

釋字第 804 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

一、本號解釋聲請案之事實背景及法官聲請釋憲主張

本號解釋共有 10 件聲請案，其中 9 件為法官聲請；1 件為人民聲請。本席認為法官最早提出聲請案之原因案件具有代表性，足以彰顯著作權法相關條文立法之缺陷與適用於個案之可能過苛，爰簡述其爭議事實及訴訟經過如下：

(一) 爭議之事實：二位差一屆的學妹學姊，均愛好音樂，告訴人黃同學創作「睡美人」乙曲授權公司出版，被告王同學亦創作歌曲授權另家公司發行光碟，告訴人認為王同學授權發行之光碟其中「到底愛怎麼了」乙曲，與「睡美人」乙曲之旋律相同，乃向地檢署提出告訴。檢察官依據鑑定人之鑑定結果，認為「到底愛怎麼了」乙曲與告訴人所發表之「睡美人」乙曲在旋律上近乎相同，並無顯著之差別，只有少數的旋律與節奏稍有不同而已，故認被告王同學係以重製於光碟之方法侵害他人之著作權而觸犯著作權法第 91 條第 3 項（即系爭規定二）¹之罪提起公訴。

(二) 訴訟經過：

- 1、於法院進行之調解程序，雙方達成和解，告訴人表明不再追究並拋棄其他請求，被告當庭向告訴人握手致歉。
- 2、因著作權法第 100 條但書規定（即系爭規定四），觸犯系爭規定二之罪係屬非告訴乃論之罪。法官於雙方達成和解後之準

¹著作權法第 91 條全文為：「(第 1 項)擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 3 年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣 75 萬元以下罰金。(第 2 項，即系爭規定一)意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。(第 3 項，即系爭規定二)以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下罰金。(第 4 項)著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」

備程序告知被告「因為雙方已經和解，如果認罪的話，徵得告訴人、檢察官同意後，有緩刑空間，如果否認犯罪，法院只能依法審理決定是否有罪或無罪」，被告回去考慮後於續行準備程序時，表明否認犯罪。法院乃進行調查，法院審理後認為證人之證詞無法證明被告聽過告訴人之「睡美人」乙曲，公訴人不能證明被告犯罪等理由，而為被告無罪之諭知。

3、公訴人不服被告無罪之判決而提起上訴，上訴審法院審理認為告訴人陳稱與被告原係好友，曾教導其彈奏「睡美人」乙曲，絕非毫無可能，況二首歌曲高度近似之程度，實難想像，若非接觸，何以致之？故認被告有犯系爭規定二之罪嫌。

4、上訴審法院認為審理本案所應適用數條著作權法之規定違憲，包括系爭規定二「重製」之規定不符法律明確性原則；系爭規定四所定非告訴乃論部分與罪刑相當原則不合等而聲請釋憲。

二、以重製於光碟之方法侵害著作權為非告訴乃論之罪之檢討

本案發展至今，值得觀察討論之面向至少有下列：

(一)系爭規定四規定以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權之罪（即系爭規定二）為非告訴乃論，係始於民國 92 年（下同）7 月 9 日修正公布之著作權法，其主要立法理由為盜錄、盜拷及散布盜版光碟之犯罪行為，成本低微，攫取非法暴利、破壞產銷秩序及經濟秩序，擾亂交易安全，更危及著作權相關產業，因此此類犯罪行為已從往昔單純侵害個人法益之性質，轉化為損害國家、社會法益的性質，應由國家主動追訴等。

按國家對犯罪行為依刑事政策之選擇而區分為告訴乃論或非告訴乃論之罪，固為立法政策之決定。但就全部之犯罪類型區分為告訴乃論與非告訴乃論二種，並從而有不同之程序規定，依此分類而區分之程序規定適用於複雜之社會生活事實

時，要兼顧法安定性與個案之妥當性就有賴執法者之智慧。本件聲請案之原因案件之訴訟程序即為法律規定適用於個案顯失均衡之例子。二名青少年時代共同學習音樂的好朋友，各自授權音樂公司發行曲子，雙方曾為了是否涉及抄襲而起爭議，但已握手言和而不再爭執。檢察官及法院認案件係以重製於光碟之方法侵害他人之著作權而屬非告訴乃論之罪，故必須查明王同學發表之曲子是否抄襲自黃同學的作品。然而十幾年前青少年時代音樂班同學，相濡以沫互相彈唱彼此欣賞，作品中有你我的影子自有可能，如有抄襲亦可能是無心之過，雙方已經互相諒解而不再追究。發表在後之作品縱與發表在前者內容雷同，在客觀上或可能構成著作權之侵害，然而主觀認知上是否有犯罪之故意尚有探究之餘地。就作曲者而言，腦中旋律之來源究為獨創或源自其他作品之引發，可能自己都無法明確分辨。然而檢察官及法院基於實務上處理非告訴乃論之罪之標準作業，一定要查個水落石出。被告可能因為不願留下有罪的犯罪紀錄，只能力拚無罪答辯。法院因此而進行之審理程序不僅須再送鑑定、且傳訊音樂班之老師、同學等為證人。法院審理後判無罪，檢察官也一定提起上訴。此案自 98 年地檢署提起公訴，雙方曾於 100 年和解後續行準備程序，法院判決無罪之後，公訴人再上訴，迄今已經 12 年了，耗費了多少司法資源，對當事人而言，這場已無意進行的訴訟，早已成為變調的曲子，無人有興趣聞問，然而訴訟之陰影卻長繞心頭，造成負擔，可以說是法院與雙方當事人皆輸之局面。

（二）曾經審理本案的法官當庭所表示「因為雙方已經和解，如果認罪的話，徵得告訴人、檢察官同意後，有緩刑空間，如果否認犯罪，法院只能依法審理來決定是否有罪或無罪。」完全是審理侵害國家、社會法益的非告訴乃論之罪之口吻，目的是要告訴犯罪者犯了罪不一定花了錢就無事。然而本案之本質

可說基本上是私人間權益之糾紛，與國家社會法益之關聯成分較稀薄，且與立法理由定此罪為非告訴乃論所擬打擊的盜錄、盜拷及散布盜版光碟之行為實有差距。現在審理本案之法官主張觸犯系爭規定二之案件在實務上情節未必重大，而系爭規定四制定觸犯系爭規定二之罪者一律非告訴乃論，因此主張系爭規定四與罪刑相當性原則不合而涉違憲。本號解釋認系爭規定四並未違憲，主要是因區分犯罪類型為告訴乃論或非告訴乃論之罪，原則上屬於刑事政策之選擇，因此採寬鬆標準予以審查。本號解釋理由認為系爭規定四立法所追求之目的屬正當公共利益，又以重製物是否為光碟而有告訴乃論或非告訴乃論之差別待遇，與憲法保障平等權之意旨尚無違背。本席認為系爭規定四將觸犯系爭規定二之罪定為非告訴乃論在立法當時或有其時代必要，施行結果可能亦已發揮其功能，如臺灣加入WTO，在國際上漸次脫離剽竊智慧財產權之惡名，並促進國內文化產業之保障等，因此僅因個案適用上過苛尚難認系爭規定四為違憲。在大的法律框架下適用於個案可能過苛之平衡有賴法官審判之智慧。

（三）至於非告訴乃論之罪被告與被害人和解後，檢察官是否一定要起訴（及上訴）？依臺灣高等檢察署及所屬各署檢察官偵辦案件審慎起訴應行注意要點第4條規定：「檢察官偵辦得依職權為不起訴處分或緩起訴處分案件，有下列情形之一者，宜依職權為不起訴處分或為緩起訴處分：……（11）非告訴乃論之罪經與被害人和解……」，然此注意要點僅就得依職權不起訴之案件為規定，而得依職權為不起訴之案件依刑事訴訟法第253條之規定係指刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，其中第1款之規定為「最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」。而系爭規定二所定之罪為「6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上500萬元以

下罰金」即無法符合檢察官得依職權不起訴之要件，才會導致實務上檢察官不得不起訴（上訴）之情形。本號解釋認系爭規定四將觸犯系爭規定二之罪定為非告訴乃論並未違憲，但本席認為由聲請案之原因案件之訴訟經過可見非告訴乃論之罪在實務上之運作確有可能造成沒必要之司法與當事人之負擔。有關機關應就非法重製罪適用非告訴乃論程序之範圍檢討相關規定。或可考慮依侵害著作權之態樣及數量區分為私人間著作權侵害之類型，以及組織或集團具有商業規模之著作權侵害類型而分別定不同之罰則，並分別區分為告訴乃論或非告訴乃論。

另本號解釋認定系爭規定二定以 6 個月以上有期徒刑為其最低度法定自由刑並未違憲。但本號解釋同時指明就此部分應適時檢討修正，以免法律與社會脫節。本號解釋並未討論系爭規定二所定 5 年以下有期徒刑為最重法定自由刑是否過重，但依刑事訴訟法第 376 條及第 253 條規定，檢察官得依職權不起訴者，以及刑法第 61 條所定得依情節輕微顯可憫恕而免除其刑者，均限最重本刑為 3 年以下有期徒刑之規定，故本席認為系爭規定二之最重本刑自應一併檢討。本席認為如認就涉及光碟之侵害著作權犯罪仍於一定範圍內維持非告訴乃論，亦應依情節之輕重分定不同之最重本刑，以讓檢察官及法官於適用於個案時有較大之裁量空間。