

釋字第 804 號解釋部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

黃大法官虹霞 加入

本件有關著作權法第 91 條第 2 項規定：「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。」就此涉及「營利目的」擅自以重製而侵害著作權之行為加重刑罰，以 6 月以上有期徒刑為最低法定自由刑部分。又同法第 91 條第 3 項規定：「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。」同法第 91 條之 1 第 3 項本文規定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處 6 月以上 3 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。」上開二項規定，以重製於光碟之方法或其重製物為光碟者，作為刑罰加重之要件。本號解釋認重製概念未違反法律明確性原則，及上開規定所定之最低度法定自由刑、罰金加重及非告訴乃論之罪等部分，其與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則¹，亦尚無違背與憲法第 8 條保障人身自由之意旨，或其未違反憲法保障之平等權等見解，實難以完全贊同。其中除重製概念尚未違背法律明確性原則者以外，其餘有關光碟之著作權獨立成為犯罪類型其刑罰加重及納入告訴乃論之罪等之合憲

¹ 本號解釋認為「法定刑度之高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違」，對於罪責原則、罪責前提、罪刑相當原則與比例原則之關係，則有未予詳加辨明之疑慮，是其仍有商榷之處。（參照本院釋字第 775 號解釋本席意見書）

解釋部分，仍值得商榷，爰提出部分不同意見如下：

一、基於刑罰最後手段性及謙抑性，再思考著作權本質及其刑罰過苛之問題

關於著作權，原則上於創作完成時，著作人就該創作（著作）受著作權法之保護，享有積極利用權與消極禁止權之主觀性著作權(das subjective Urheberrecht)，即所謂具有物權或準物權性質之絕對排他權（或稱絕對專屬權）(ein absolutes Ausschließlichkeitsrecht)。²著作權之發生，採無方式主義（伯恩公約第 5 條第 2 項、日本著作權法第 17 條第 2 項參照），權利之發生，並無行政處分介入之餘地，將之視為私法之著作權法。³至於客觀性著作權（即著作權法）之性質，係屬民法以外之私法特別領域(ein privatrechtliches Sondergebiet)⁴或稱特別私法(die Sonderprivatrechte)⁵。是著作權法所保護之著作財產權與著作人格權，解釋上係屬於私權，適用民法第 184 條第 1 項侵權行為法所定之權利。是故，如著作權受到侵害者，先以民事責任之追究，作為法律救濟之主要手段，實不應過度依賴以啟動刑事救濟作為對著作權侵害行為（例如抄襲或盜版等）之先發手段。惟實務發展迄今，現實狀況往往運用俗稱「以刑逼民」作為救濟手段，亦即以刑事作為嚇阻手段，藉以達成請

² 參照 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., München: Beck, 2020, Einl. UrhG Rn.25 f..

³ 參照中山信弘，著作權法，東京：有斐閣，2008 年 11 月 30 日初版 4 刷，頁 19-20。

⁴ 參照 Ohly, in: Schricker/Loewenheim, a.a.O., Einl. UrhG Rn.43 f..

⁵ 參照 Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., München: Beck, 2021, Einleitung Rn.1.

求和解或損害賠償等目的。著作權糾紛之本質，既係屬民事法律關係（即可能涉及侵權行為或契約債務不履行等），是否須比照刑法竊盜罪處罰方式處理，甚至在刑度上更為加重，作為對抗民事侵權行為（俗稱所謂不法盜版或抄襲等行為），實有再思考之必要。

如從比較法而言，外國著作權法為防止著作權侵害行為之發生，往往設有刑罰規定，固非少見。例如德國著作權法雖設有刑事處罰，但有認為在實務上，較確切而言，刑法扮演次要之角色(eine eher untergeordnete Rolle; a subordinate role)，於現今數位及網路時代，不少是學校兒童少年，或逐漸增多是最終消費者之侵害，例如以私人使用為目的之少量不法影印，此等重製輕微案件(Bagatellfälle)，如均處以刑罰，未免有過苛之虞，故有傾向於將此等行為予以除罪化(Entkriminalisierung)。雖然就此等案件曾有排除其可罰性之提案，但於修法時，並未採納，因實務上檢察官(Staatsanwaltschaften)依現行法已可對該等輕微案件不予追訴⁶。有謂著作權法第 106 條以下之刑罰規定，係作為著作民事法之附屬性(urheberzivilrechtsakzessorische)規定，其中有些空白規定(Blankett-Vorschriften)之構成，尚須經著作權法以外其他刑法規定加以確定其不法內涵(Unrechtsgehalt)，因其未設較細緻刑

⁶ 參照 Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München: Beck, 2018, §106 Rn. 2；有關 2006 年 6 月 15 日資訊社會著作權規定第二次法律草案(Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)，參照 Begründung, BT-Drs. 16/1828, 18.（參照 <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/018/1601828.pdf>）（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。

法特別篩選(Filter)措施，而將民法性質之任何著作權及著作鄰接權之侵害行為，擴張而納入著作權刑罰之制裁範圍。於此納入刑罰規定之情形，因較少以最後手段性原則(der ultima ratio-Grundsatz)或輔助性原則(Subsidiaritätsgrundsatz)⁷角度加以審酌，且對此等著作權侵害類皆以國家刑罰制裁，其是否過苛亦應受比例原則之審查。

德國著作權法第 106 條規定不法重製之一般侵害著作權行為，處以 3 年以下自由刑及罰金，且於 1985 年 6 月 24 日著作權領域規定修正法(Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.6.1985)增訂著作權法第 108a 條規定。嗣後，於 1990 年 3 月 7 日強化智慧財產保護與防止產品盜取法之擴大適用範圍，主要係對抗影視產品盜取及盜版領域之組織犯罪及集團犯罪。⁸除前述私人著作權侵害(private Urheberrechtsverletzungen)刑罰之外，亦處罰有關第 108a 條規定營利不法利用(Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung)，自由刑提高 5 年以下，係屬營利行為之加重構成要件(Der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln)，且處罰未遂犯。又與犯罪行為有關之物，得予沒收(德國著作權法第 110 條參照)。另有關判決公告方面，基於被害人之聲請，如對其具有特別利益者，得於刑事判決中諭知

⁷ 有關刑法之輔助性原則，係源自憲法所保障法治國衍生之比例原則。有謂刑罰作為社會政策之最後手段，及將其任務定義為輔助性法益保護。(參照 Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., München: Beck, 2020, § 2 Rn. 86ff., 97ff.)

⁸ 參照 Heinrich, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2019 – Beck-online, UrhG § 108a, Rn.1.

以一定方式公告其判決（德國著作權法第 111 條參照）。⁹上述以營利為目的之著作權侵害行為之刑罰，其中有關刑罰範圍 (Strafrahmen; 刑度)，我國與德國雖同以 5 年為刑度之上限，但我國法則設有 6 個月以上之最低法定自由刑之下限規定。

對於營利不法侵害著作權行為之處罰，採取加重刑罰之外國立法例。例如美國 1976 年著作權法第 506(a)(1)(A)條有關故意侵害著作權之犯罪行為(Criminal offenses)，以營業利益為目的，或以私人獲利(for purposes of commercial advantage or private financial gain)者，處以刑罰。於 1992 年，因電腦軟體之盜版猖獗，為杜絕侵權之亂象，故加重著作權之刑罰。當時有關著作權重罪(the felony copyright)規定，注重於受著作權保護之著作，不再著重於錄音物、電影或視聽著作。於美國第 18 法典第 2309a 及 b 條有關著作權刑事侵害(18 U.S. Code § 2319(a)(b)-Criminal infringement of a copyright)規定，加重其刑罰。如係為初犯者，該犯罪行為包含電子方法之重製或散布(the reproduction or distribution, including by electronic means)，其如於 180 日期間，未經著作權人之授權，重製至少 10 件重製物或販賣 1 件或更多重製物或其散布物之全部零售價值超過 2500 元以上者，處 5 年以下監禁 (imprison)，或科或併科罰金。如屬再犯或慣犯(a second or subsequent offense)者，處至多 10 年監禁。其他犯罪行為，處 1 年以下監禁或罰金。¹⁰

⁹ 參照 Reh binder/Peukert, Urheberrecht, 18.Aufl., München: Beck, 2018, §44 Rn.1084, 1088, 1090.

¹⁰ 參照 Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 465(7th ed. 2016); Serge Subach, Criminal Copyright Infringement: Improper Punishments from an Improper Analogy to Theft, 40 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement

以上可見，美國著作權侵害之刑罰，區分輕重之著作權犯罪，其刑罰設有加重標準，但非規定於著作權法之中。整體而言，其與其他國家著作權刑罰規定之犯罪類型及刑度不盡相同，且其處罰刑度不比本件相關系爭規定輕，惟卻未明定 6 個月最低法定刑度，亦未特別針對重製於光碟之方法或其重製物為光碟之犯罪，作為加重刑罰之獨立犯罪類型，可資參照。

另如日本著作權法於平成 18 年修正時強化其罰則，比照刑法竊盜罪之法定刑為 10 年徒刑以下或 50 萬元以下，將侵害著作權、出版權、著作鄰接權者，處 10 年以下徒刑或 1000 萬元以下罰金，並得以併科。其中有關著作權侵害罪之罰金比竊盜罪之罰金更重。從比較法觀察，有稱該次修正使日本有關智慧財產權侵害罪，係世界上最重罰之規定。¹¹另日本著作權法（令和 2 年 6 月 12 日）第 119 條第 2 項第 2 款規定，以營

255, 258, 262（該文對於量刑改革法(The Sentencing Reform Act)有所批評，其認為對於著作權侵害行為處以監禁及高額罰金，難以被任一可接受之刑罰理論(Theories of Punishment)（即如威嚇(deterrence)、遏阻(containment)、復歸(rehabilitation)及應報(retribution)等）所充分支持。又有關美國 1992 年修正，刪除著作類型之區分，而擴及重罪制裁之適用範圍包含所有侵害行為。又著作權相關智慧財產法規定，在資訊時代有關著作權盜版影響經濟，故藉修法以確保美國經濟為目的，但其對於擴張形式著作權法有所批評(Criticisms of Expanded Criminal Copyright Laws)。因著作權幾乎涉及日常生活之所有領域(all aspects of everyday life)，立法者須審慎研擬著作權法，以避免數以百萬計之民眾日常活動有成為犯罪化之虞(to avoid criminalizing the daily activities of millions of people)。參照 Timothy D. Howell, Intellectual Property Pirates: Congress raises the Stakes in the Modern Battle to Protect Copyrights and Safeguard the United States Economy, 27 St. Mary's L.J. 613, 642, 648, 649.

¹¹ 參照中山信弘，前揭書，頁 518。按前述美國法，可見著作權侵害者亦可能被判 10 年以下監禁，可供參考。

利為目的，依第 30 條第 1 項第 1 款規定自動影印機（自動複製機器）侵害著作權者，處 5 年以下徒刑或 500 萬元以下罰金，並得併科。同條第 3 項規定，依第 30 條第 1 項規定之私人使用之目的，侵害著作權者，處較輕刑罰或（及）罰金，因其係以非營利為目的之一般侵害著作權行為，其刑度係處 2 年以下或 200 萬元以下之罰金，並得併科。於此情形，有認為使用前述自動複製機器者大多是一般大眾，其可罰違法性較低，非為刑事處罰之對象。但民事責任另當別論。¹²日本著作權法相關著作權侵害之刑罰規定類型，不以前述之例為限。於此僅舉一例，藉以顯示日本著作權法，除處罰一般侵害著作權行為外，另有以營利目的之侵害著作權行為，設有加重處罰規定。

此外，因我國已加入世界貿易組織(WTO)，自應受「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）第五節刑事程序第 61 條規定，會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具予以扣押、沒收或銷燬。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意違法並具商業規模者，訂定刑事程序及罰則。¹³上開規定就故意及具商

¹² 參照中山信弘，前揭書，頁 519。

¹³ “Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a

業規模(wilfully and on a commercial scale)之侵害著作權案件，要求應予刑事制裁（即如具有充分嚇阻作用之徒刑或罰金）。因此，目前欲達到著作權法全面除罪化或去刑罰化之目標，並不易實現。但可在所謂故意及具商業規模之著作權侵害要件，予以更精準之界定及規範設計，在未除罪化之前，現階段法律規定亦不致於違反前述 WTO/TRIPS 第 61 條對各會員國須制定著作權刑罰相關規定之要求。

刑罰乃以物理的強制力而剝奪人之生命、自由、財產等，故不應輕易發動，不應將一切違法行為皆作為處罰對象，僅以具有刑罰必要性之犯罪，始有其適用，即所謂刑法之謙抑主義。亦即，倘若有其他可能使用之社會控制手段（例如倫理制裁、民事賠償、行政程序之制裁等），應使用該種手段，因此刑罰係保護生活利益之最後手段。¹⁴因此，保護著作權之相關刑罰規定，應僅限於故意及具商業規模之著作權侵害案件，就此等

corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.” 與貿易有關之智慧財產權協定第 61 條之英文及中文譯本，參照：<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-128-207126-bb3f9-1.html>（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。

¹⁴ 關於刑法之最後手段性或謙抑主義等刑法特質之論述，參照林山田，刑法通論，臺北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版，頁 60；陳子平，刑法總論，臺北：元照出版，2008 年 9 月二版，頁 11-12；張麗卿，刑法總則理論與運用，臺北：五南圖書出版，2018 年 9 月七版，頁 28；余振華，刑法總論，臺北：三民出版，2017 年 9 月，修訂三版，頁 52。

社會侵害性¹⁵之行為，始發動刑罰，就其他類型之著作權侵害，實不宜動用刑罰。當然，在相關規定未除罪化前，雖有謂以刑事制裁作為保護著作權（如防止盜版行為等），具有國家或社會法益之侵害，故其比運用民事侵權訴訟而制裁侵權人，更具嚇阻功能。惟從刑法之主要原則而論，除罪刑法定原則、法治國原則、比例原則、罪責原則及人道原則等應予遵守者外，其亦應考量慎刑原則，實不可迷信刑罰萬能或高估重刑之嚇阻效果，而以審慎或限縮「用刑」為要¹⁶，以符現代刑事立法及司法之理念及運作原則。

另從長期之著作權立法及司法政策而言，如欲將著作權法秩序導向正軌，相關法律糾紛，宜先以民事爭訟作為救濟管道，而刑事救濟應係備而不用，亦即由個案當事人主動進行攻擊或防禦，法院再來判斷何者有理由，並非利用國家公權力之刑事制裁作為糾紛解決之主要管道，在未充分考量個案所涉及特別公共利益輕重等差異性情形下，而過度依賴法院依職權進行，卻係遂行私人利益糾紛解決之目標。換言之，司法資源應作較佳之分配及善用，如非不得已須運用以刑事制裁，亦應將之作為最後手段，否則不盡然能達成預防犯罪之效，且如欲借用刑罰處罰，是否可達成所欲重建產業秩序之目標，不無疑問。有鑑於本院甚少對於著作權法案件作出釋憲解釋，如能藉對系爭相關規定宣示違憲，促使相關機關有效重新檢討著作權刑罰，

¹⁵ 有關社會侵害性之用語，本院釋字第 594 號及第 602 號等解釋「國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者」，可資參照。

¹⁶ 參照林山田，前揭書，頁 95-97。

甚至智慧財產刑罰相關規定之妥當性及實效性，此乃極佳之機會，本號解釋未充分掌握此時機，且有些瞻前顧後，難免令人遺憾！

二、以重製於光碟之方法或其重製物為光碟作為刑罰加重要件之商權

著作權法於 93 年 9 月 1 日增訂有關以重製於光碟或重製物為光碟之刑罰加重規定，因修正法律當時，重製於光碟之影音產品之盜版不良風氣，重大影響著作之文化產業之秩序。¹⁷ 在此之前，著作權法並未因著作權載體之不同，而單獨訂定刑罰。當時之立法理由為，因科技進步使光碟之重製變得相當容易，成本低且獲利高，再加上侵害之權利人眾多，因而提高有期徒刑之刑度。相關數據，或有所本，或係推估，似難精準計算，但無論該數據是否屬實，仍可感受到當時音樂光碟盜版猖獗之現象。如從當時之時空狀況觀之，相關機關為保護音樂相關產業及著作人之權益，增訂以重製於光碟犯罪或其重製物為

¹⁷ 據修正系爭著作權法相關規定之當時新聞報導，其引用國際唱片業協會（International Federation of the Phonographic Industry; IFPI）所宣稱，於 2000 年間，每 5 件販賣音樂光碟(Musik-CDs)有 1 件盜版(Raubkopie)，至 2003 年達到新紀錄之高峰，稱每 3 件販賣音樂光碟有 1 件盜版。參照 Spiegel Netzwelt, Eine Milliarde Musik-CDs Weltrekord bei Raubkopien, 22.07.2004, 參照 <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/eine-milliarde-musik-cds-weltrekord-bei-raubkopien-a-309968.html>（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。另見該報導引述當時 IFPI 所稱之十大對抗音樂盜版之最弱國家，臺灣亦名列其中。該德文報導為：„Als größte Schwachstellen im Kampf gegen die Musikpiraten nannte der IFPI zehn Staaten: Brasilien, China, Mexiko, Pakistan, Paraguay, Russland, Spanien, Taiwan, Thailand und die Ukraine.“ 以資參照。

光碟，加重其刑事處罰，固有其時代背景。面對運用光碟侵害著作權之盜版行為盛行之初，基於治亂世用重典之想法，且為確保影音相關著作權及其產業之目的，而增加犯罪類型及加重處罰規定，雖可理解，惟依據當時之社會背景環境而配合增修之犯罪類型、構成要件及其刑罰加重等法規範，現在之時空背景已有變動，是否仍舊合宜？此外，94年2月2日修正、95年7月1日施行之刑法，基於刑罰公平原則之考量，杜絕僥倖之犯罪心理，並避免鼓勵犯罪之誤解，已刪除第56條連續犯之規定，並將含有連續犯性質之常業犯一併全數刪除後。以光碟為載體非法重製，有因數量少，情輕法重，仍必須處6月以上有期徒刑，或有因重製方便，先後大量重製，或經營不同店家，因實務上無法評價為連續犯或常業犯，也難以集合犯或接續犯相繩，累計併罰之結果，所應執行之有期徒刑可高達數年，因而發生與罪刑相當原則不合之虞。¹⁸因此，對於往昔將以重製於光碟之方法或光碟作為重製物之情事，以刑事制裁、甚至加重刑罰手段，介入著作權之私權糾紛中，由於現時傳播媒體技術推陳出新，就相關處罰規定之妥當性及實效性而言，其仍有再推敲之處。

又影音等著作之載體，係屬於傳播之媒介物，若出現新興傳播媒介，即隨之加重刑罰，作為其刑罰加重之犯罪態樣，是否一有新型傳播媒介出現，即需修法。立法者此等另立特別刑罰，藉以回應新興傳播科技進步挑戰之心態，頗值得商榷。況且如認為新法制定或法律修正，須與時俱進，目前已從往昔之影音媒體（例如傳統唱片、錄音帶或錄影帶），演變至數位化

¹⁸ 參照智慧財產法院第二庭聲請書，頁18-20。

之儲存或傳輸形式，則往昔以 CDs 或 DVDs 等光碟作為重製載體，以為加重刑罰之對象，自有重新檢討之必要。尤其是面對數位時代之網路或線上影音傳輸媒體之進步，「光碟」業已漸退場，而被網路傳輸檔案、雲端等新傳輸或儲存方式所取代，或另以體積更小且容量大之 USB，抑或以可攜式儲存裝置等所取代。面對不斷更迭之新興傳播媒介，難道又有必要隨時將其納入處罰範圍，取代光碟載體，作為侵害著作權之刑罰加重之客體？因此，就以光碟作為重製方法或重製物加重處罰之相關規定，實需與時俱進，應重新檢討現行以光碟載體作為加重刑罰規定之妥當性及實效性，是否足以因應前述新興傳播媒介之變革？如不具妥當性及實效性，則有將上述以光碟作為重製方法或重製物之系爭加重處罰規定予以廢除之必要！值此傳播技術日新月異之年代，時勢推移，法亟待與時而轉，令人期待立法者能制定一套合乎時宜之法律，以利應用。又在未來得及修法之前，因本號解釋之原因案件，兼及法官聲請釋憲案與人民聲請案，其牽涉對象甚多，如宣告上開系爭規定違憲，給予此等聲請案件原因案件當事人得以直接受到司法救濟之機會，始不違背本號解釋受理本件聲請解釋憲法之良善美意，以落實本院解釋保障人民憲法基本權之初衷！

此外，有關係爭相關刑罰加重規定，立法者原本認為以拘役或易科罰金處罰，恐致刑罰失能，而予以刪除拘役等相關規定。是本號解釋一方面認為立法者之修法合憲，另一方面又期待法官就個案情節，得依刑法第 59 條規定酌減其刑，並使犯罪情節輕微之個案，得依刑法第 41 條第 1 項本文規定易科罰金之可能，以避免執行短期自由刑等見解，如從上述系爭相關規定之歷史解釋，恐有違反加重刑罰立法原意之虞！且實務上

亦有非法重製之光碟數量不多，告訴人與被告和解並撤回，但因該撤回不生效力，被告又因他案構成「慣犯」，且無刑法第 59 條之酌減情形，而至少必須處有期徒刑 7 月以上，造成個案罪刑嚴重失衡。總之，本號解釋之結果，係全面性合憲，縱使對有關機關另有「併此指明」或「併此敘明」，呼籲有關機關適時檢討。惟此等未具拘束力之呼籲式（警告式）宣示解釋，其作用如何，頗令人懷疑！

三、著作權法第 100 條但書有關非告訴乃論之罪規定問題

著作權法第 100 條就著作權犯罪採告訴乃論之原則，少數例外，始採非告訴乃論。¹⁹至 92 年 7 月 9 日修正著作權法第 100 條時，因數位化著作，例如電子書、視聽、錄音著作之影音光碟或電腦程式光碟產品等之盜拷、盜錄或散布盜版物之行為，至為猖獗，其所侵害者，已從往昔單純侵害個人法益性質轉化為損害國家、社會法益²⁰之性質，不宜繼續為告訴乃論之

¹⁹ 例如 53 年 7 月 10 日著作權法第 40 條就第 34 條之罪，須告訴乃論。但犯第 34 條之罪（按：侵害著作人格權）而著作人死亡者，為非告訴乃論。之後修正相關規定，除條次變更外，其內容有所增修，例如 74 年 7 月 10 日修正為犯第 43 條之罪而著作人或被冒用人死亡之情形，非告訴乃論。按 53 年 7 月 10 日著作權法第 34 條規定，違反第 20 條之規定者，處一千以下罰金。第 20 條係就改竄割裂變匿姓名或更換名目發行之侵害著作人格權中之同一性保持權。之後，81 年 6 月 10 日修正著作權法，改規定於第 100 條，該條但書除維持當時現行條文對著作人已死亡而侵害著作人格權及未經登記之製版權刊有業經等字樣之犯罪，仍規定為非告訴乃論之罪。對於第 91 條至第 93 條之常業犯，定為非告訴乃論之罪，認為係杜絕此類犯罪之最直接、有效之方法。

²⁰ 刑法之任務(Aufgabe des Strafrechts)，係社會侵害性行為之對抗(die Bekämpfung sozialschädlichen Verhaltens)或禁止(Verbot)。於此範圍，與警察法形成共同之關聯性。立法者依方面行使權力獨占，他方面負

範圍，爰將犯著作權法第 91 條第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項本文規定所定兩種較重大之著作權侵害行為納入非告訴乃論之範圍，由國家主動追訴，以期有效遏止侵權犯罪。除因配合刑法修正而修正著作權侵害之非告訴乃論之罪(例如舊法因刑法廢除常業犯規定，配合一併刪除)外，有關何種犯罪較重大，是否納入非告訴乃論之範圍，故應有一定標準，且容許立法者隨社會變遷，而適度予以調整。惟其所欲納入之犯罪，如有過苛之情形，自應一併檢討其是否合憲？

另從比較法觀察，例如前述德國著作權法第 108a 條就營利之侵害著作權行為，而為加重刑罰構成要件之規定，不同於前述第 106 條等之基本構成要件(Grundtatbestände)，其刑事追訴(Strafverfolgung)，係非告訴乃論之罪(Offizialdelikt)，刑事追訴機關因特別公共利益，認為必要者，得依職權提起公訴，例外非屬告訴乃論(德國著作權法第 109 條)。此可能於公訴程序中聲明為參加訴訟人而參加訴訟(Nebenklage; 德國刑事訴訟法第 395 條第 1 項第 6 款; §395 Abs. 1 Nr. 6 StPO)，但被害人不須提起自訴(Privatklage; 德國刑事訴訟法第 374 條第 1 項第 8 款; §374 Abs. 1 Nr. 8 StPO)。²¹以上就營利犯罪行

保護人民之義務。於是，刑法任務，保護個別及公共之法益(Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit)。於此是否亦涉及「社會」之保護(Schutz der Gesellschaft)，學理上仍有爭議。(參照 Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, 13. Aufl., München: Beck, 2021, Vor §1 Rn. 4.)

²¹ 此款規定就產業財產權及著作權侵害，享有參加訴訟之權限，有認為其係與體系疏離之外來者(systemfremd)，因其未涉及對被害人之重大攻擊性犯罪，且所侵害者並非屬於其高度人格性之法益(in seinen höchstpersönlichen Rechtsgütern)。(參照 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Aufl., München: Beck, 2020, §395 Rn.6.) 此見解

為之加重其更高刑度(Strafrahmen)從 3 年增至 5 年之處罰後果。因當時影音盜版領域中涉及組織及集團犯罪，以加重營利侵害行為之刑度²²，但未明定另以其影音光碟之重製方式或載體作為其加重刑罰或增定為非告訴乃論之制裁模式，茲與本件系爭規定相互比較之後，值得再探究目前系爭規定之必要性！

綜上，現行著作權法第 100 條但書規定非告訴乃論之罪，僅剩兩項之罪，亦即前述有關重製於光碟方法或其重製物為光碟等犯罪予以加重刑罰之型態。如前所述，除告訴乃論與非告訴乃論兩類型之外，有屬折衷之類型者，例如德國著作權法就以營利為目的之不法重製之著作權侵害行為，基於特別公共利益考量，刑事追訴機關如認為必要時，得依職權提起公訴，由此可見，仍有另類選擇之可能，可供參考。本席認為光碟作為載體之犯罪應予除罪化且認其違憲者，自與前屬系爭有關刑罰加重規定一併宣示違憲，方屬合理！

四、結語與展望

當然在系爭相關規定除罪化之前，受著作權侵害者運用刑事訴訟作為救濟手段，在司法實務上，固無可厚非。惟職司著作權刑事政策之立法者或相關機關，實不宜以刑罰作為對抗著作權侵害現象之手段。在刑事政策之選擇上，所謂刑罰最後手段性及謙抑性等理念，自當深思再三，以此為念，並基於慎刑、「輕刑減政」等理念，甚至「刑期無刑」為上策，逐步實踐於

值得參考。

²² 參照 Kudlich, in: Schricker/Loewenheim, a.a.O., Vor §§106 ff. Rn.11f., 51f., §108a Rn.1f..

刑事立法政策形成過程之中。

最後，對於本號之解釋，除本件聲請人以外之外界人士自有其期待，但本號全面性合憲作為解釋結論，恐感到失望者並非僅是本件聲請人而已！關心此等議題者，恐亦難以接受此合憲之理由及其結論！未來如何彌補，唯有期待相關機關盡速檢討及修正不合時宜之著作權刑罰相關規定，以期公允處理著作權糾紛！