

智慧財產法院解釋憲法聲請書

聲 請 人 智慧財產法院第三庭仁股配屬合議庭

合議庭法官 李維心、杜惠錦、蔡志宏

上聲請人因審理 106 年刑智上更（一）字第 1 號違反著作權法等案件，對於應適用之法律，依合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，且先前本院第二庭松股配屬合議庭，已對相同法律提出解釋憲法聲請，為法律公平適用，本合議庭爰提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由，聲請併案為憲法解釋如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋：

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，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上二百萬元以下罰金。」

（下稱【第二項規定】）同條第 3 項規定：「以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金。」（下稱【第三項規定】）其中【第二項規定】，無論侵害著作權之具體行為情狀如何，亦不管行為人責任之高低，一律設下最低為六

個月有期徒刑之刑罰，有違憲法上的比例原則，形成對於人民自由權利之不必要限制。又【第三項規定】，係以重製之特定載體作為提高併科罰金之加重要件，依當今社會及科技技術之發展，已經喪失其加重處罰之區別正當性，應屬無正當理由而為較嚴厲法定刑之差別待遇，有違憲法第七條之平等原則。從而，【第二項規定】之最低刑罰為六個月有期徒刑部分，以及【第三項規定全部】，均自應解釋公布之日起，不再適用。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過

（一）聲請人審理之 106 年刑智上更（一）字第 1 號違反著作權法等案件，被告 ○○○ 等 16 人被訴共同販賣猥褻影音光碟（刑法第 235 條）、擅自以重製於光碟之方法侵害他人著作權（即【第二項規定】及【第三項規定】），前經本院前審就共同販賣猥褻影音部分判處罪刑，就擅自以重製於光碟之方法侵害他人著作權部分，以重製內容均不受著作權保障為由，不另為無罪之諭知。案經最高法院以不另為無罪諭知部分，違反司法院大法官釋字第 407、617 號解釋為由，發回

更審。本合議庭更為審理期間，被告乃於 107 年 4 月 18 日具狀聲請裁定停止審判，其所具理由即為被告被訴違反之【第二項規定】、【第三項規定】，已經本院其他合議庭聲請解釋憲法中，為免裁判見解歧異及保障被告之訴訟權益，有裁定停止審判之必要（附件一：被告刑事聲請裁定停止審判狀）。

（二）本合議庭受命法官於 107 年 6 月 4 日指定準備程序期間聽取檢辯雙方及告訴人關於本件應否停止審判聲請解釋憲法之意見（附件二：本案於 107 年 6 月 4 日準備程序筆錄），並定期等候當事人補充相關資料後，經本合議庭評議結果，認應適用之【第二項規定】、【第三項規定】，依合理之確信，確有違憲疑義，且因本院第二庭松股配屬合議庭就相同規定，已經聲請解釋憲法（現已列為待審案件中法官聲請案件第一件，詳見附件三：司法院大法官待審案件一覽表法官聲請案部分截圖），為法律之公平適用，避免僅因承審合議庭不同，而產生不同判決結果，本合議庭認有加入併案聲請之必要。

二、涉及之憲法條文

憲法第 7 條、第 23 條。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解

一、本院松股配屬合議庭就相同規定聲請釋憲，已先後提出釋憲聲請書、補充釋憲理由書，並經裁定公開（附件四：101 年度刑智上訴字第 88 號案件 107 年 3 月 31 日裁定），於此均予引用。且因各該聲請書、補充理由書，應均已呈送鈞院大法官，爰不再檢附為附件，合先敘明。

二、將【第二項規定】比對同條第 1 項規定：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」

可知：第二項規定之所以設下法定最低度刑為六個月有期徒刑之限制，係因【第二項規定】之行為增加了「意圖銷售或出租」的加重要件要素；然而，意圖銷售或出租的態樣繁多，有可能偶一為之，也可能數量稀少，更有可能行為人本身有情可憫恕的事由，尤其現今網路技術發達，已進入共享經濟的時代，著作權作為無體財產權，並不因共享而減低其效用，在一般人之生活上，極易因共享而觸法，不分青紅皂白將法定最低刑提高到六個月有期徒刑的結果，將使法官妥適量刑空間遭到不當

緊縮，只要個案稍有加重因素，就不得不將量刑提高至六個月以上，結合刑法原本對於易科罰金之易刑處遇建制，行為人將因此喪失易科罰金的機會。

三、觀諸釋字第 366 號、第 662 號解釋可知：可否易科罰金關係著國家是否使用拘束人民自由權利之嚴厲手段，剝奪人民受易科罰金的機會，有必要以較嚴格的標準進行憲法控制：必也其剝奪易科罰金機會之加重因素，足以正當化不得易刑處遇之嚴厲手段，始能認為通過憲法控制之檢驗。對比有體財產侵害之刑罰加重事由，如：刑法第 321 條的各款事由，均是以客觀情況為加重基礎，而【第二項規定】卻僅以主觀之「意圖銷售或出租」作為加重因素，明顯正當化基礎薄弱，可能因此將意圖銷售但實際上尚未及銷售的重製行為（與無銷售意圖的重製行為所生法益損害相當）直接提升其法定刑為六個月以上有期徒刑，而極易導致不能易科罰金。

四、再進一步以同為無體財產權、智慧財產權的商標權為例，釋字第 594 條解釋曾肯定商標權侵害行為刑罰規定之合憲性。然商標法第 95 條所規定應處以刑罰之商標權侵害行為，本均以行銷目的為前提，並無另外純粹以主

觀要件來作為加重要件要素。更未見有何必須將法定最低刑提升至六個月有期徒刑的立法。而著作權相較於商標權本身，並不具有特殊應該差別處罰之因素。這一點可以參看與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）第 61 條對於對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，同有訂定刑事程序和罰則以及救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金之要求，並未區別侵害著作權案件為較高標準之保護。且該條還規定此等處罰應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。由此可知，立法者並不應該以無法正當化的理由，就恣意提高侵害著作權之法定最低度刑。

五、在歷來憲法解釋中，也有對法定最低刑進行憲法控制之案例。釋字第 669 號解釋即謂：槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項關於空氣槍之處罰部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對於犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕或另為適當刑度之規定，違反憲法第 23 條之比例原則，而宣告違憲。其所持理由即考量以下之特殊情形：合法空氣槍為容易取得之休閒娛樂商品，改造此類槍枝，所

需零件易於取得，無須高度技術，倘僅出於休閒、娛樂等動機而改造合法槍枝，以致觸法，即使適用刑法第 59 條減輕其刑，最低刑度仍達二年六月以上有期徒刑，應認罪責與處罰不相對應。

六、雖然【第二項規定】之最低刑度為六月有期徒刑，而可以易科罰金，適用刑法第 59 條規定，最多更可以減低至三月有期徒刑。但偶然為銷售一份違法重製物所為之重製行為，其法益侵害性遠低於有殺傷力空氣槍對社會之潛在危險性，甚至依照前述 TRIPS 第 61 條規定因不具商業規模，根本沒有人罪處罰之必要，卻在適用刑法第 59 條減輕其刑之後，仍須處以最低三月之有期徒刑，自與比例原則有所違背。申言之，是否違反比例原則，應重視罪責與處罰之間是否相對應，而不應以可以易科罰金，即一律認為無違反比例原則之問題。此外，根據司法院類似判決刑度資訊檢索系統之實證調查統計結果，適用【第二項規定】之量刑，自 100 年至 105 年，共達 299 件，其中量刑在未滿 6 個月者，僅有 6 件（附件五：司法院類似判決刑度資訊檢索系統就第二項規定查詢列印結果），也就是能夠適用第 59 條減輕其刑，使量刑低

於六個月者，僅占比約 2 %，可見其機會微乎其微。倘無視於此實證數據，僅以尚有刑法第 59 條規定以資衡平，即認為就此可以脫免違憲結果，未免自欺欺人。

七、行文至此，不能不引述當今司法院院長許宗力大法官於釋字第 669 號解釋之協同意見書中所言：「本席必須善意提醒立法者，切莫誤認對特別刑法中的重刑規定，只要一律設置衡平條款即為合憲。固然衡平條款配合刑法第五十九條規定，已經能大幅降低刑罰的嚴峻性，不過針對特別刑法的目的位階、適合性、必要性、相當性、明確性等，仍將面臨司法者愈益嚴格的檢視。」、「人民在刑事訴訟程序中面對嚴酷刑罰的恐懼、面對無謂刑罰的怨懟，立法者是否能體會？本席不憚其煩，再次懇切呼籲立法機關務必檢討特別刑法中重刑規定之構成要件是否嚴謹、刑度是否合宜，期許見樹不見林的重刑迷思終有終結之一日，讓刑罰在我國早日成為名實相符的最後手段」。讓可能根本沒有人罪處罰必要的行為，行為人卻必須爭取那 2% 才能衡平減輕刑罰的機會，難道不正是強令人民在刑事訴訟程序中面對嚴酷刑罰的恐懼（稍有加重事由，就必須面對不能易科罰金的刑罰）？

行為人難道不會有面對無謂刑罰的怨懟？又難道這不足以說服有權釋憲者正視其問題的嚴重性？

八、如【第二項規定】之最低刑度可違憲宣告而不予適用，其最低度刑依刑法第 33 條第 3 款規定，雖仍有 2 月有期徒刑的限制，如依刑法第 59 條規定減輕後，最低仍為 1 月有期徒刑，適用於此類行為之最輕情節，雖還是稍嫌過重，但較現行【第二項規定】違反比例原則之情況，已大幅改善，且其他非最輕情節之案件，也將重新獲得原本在憲法價值下，所應該享有可易科罰金之妥適量刑機會，連同【第二項規定】將法定最高刑逕行調高至五年有期徒刑，聲請人基於權力分立之憲政架構，認可尊重立法形成自由。

九、至於【第三項規定】以重製載體為光碟作為提高併科罰金之加重要件，在當今科技技術發展，各類比光碟有更大容量的儲存載體（如：行動硬碟、隨身碟、雲端儲存裝置）已普及問市，且為消費者所廣為使用後，此種加重要件依然保留在法律條文中，其突兀及違和感，甚為顯然，已無待多言。此項規定不合理之處，就猶如在殺人罪中，另規定以毛瑟槍或長矛殺人者應加重刑罰，一

樣荒謬。參照釋字第 687 號解釋所揭示無正當理由以設定較為嚴厲之法定刑為差別待遇，有違憲法第七條平等原則之法理，【第三項規定】亦應認為屬無正當理由而加重併科罰金數額，而違反憲法第七條之平等原則。

肆、關係文件之名稱及件數

附件一：被告刑事聲請裁定停止審判狀。

附件二：本案於 107 年 6 月 4 日準備程序筆錄。

附件三：司法院大法官待審案件一覽表法官聲請案部分截圖。

附件四：本院 101 年度刑智上訴字第 88 號案件 107 年 3 月 31 日裁定。

附件五：司法院類似判決刑度資訊檢索系統就第二項規定查詢列印結果。

此 致

司 法 院 大 法 官

中 華 民 國 107 年 9 月 28 日

智慧財產法院第三庭

法 官 李維心

法 官 杜惠錦

法 官 蔡志宏

以上正本係照原本
中華民國



28 日
官記
君

