

裁判字號：智慧財產法院 101 年刑智上易字第 74 號刑事判決

裁判日期：民國 103 年 02 月 20 日

裁判案由：違反著作權法

智慧財產法院刑事判決

101年度刑智上易字第74號

上訴人 臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

被告 張善震

被告 周佳民

上一人

選任辯護人 林慈政 律師

共同

選任辯護人 薛欽峰 律師

上列上訴人因被告違反著作權法案件，不服臺灣臺北地方法院100年度智易字第75號，中華民國101年5月31日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署99年度偵字第21179號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

張善震共同明知係侵害著作財產權之光碟重製物而散布，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

周佳民共同明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布，累犯，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

扣案如附表所示之物均沒收。

事 實

壹、張善震前因妨害風化案件，於民國99年10月6日經原審法院以99年度簡字第3304號判決拘役30日確定，甫於同年11月9日易科罰金執行完畢，其不構成累犯。而周佳民前於98年間，因妨害風化案件經原審法院於98年7月20日以98年度簡字第2403號判處有期徒刑2月確定，嗣於98年8月28日易科罰金執行完畢。

貳、詎張善震、周佳民均不知悔悟，明知我國前自91年1月1日起正式加入世界貿易組織(WTO)，依據世界貿易組織協定之與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)第9條第1項、伯恩公約第3條之規定，我國對於同屬世界貿易組織會員國國民之著作，應加以保護。日本為世界貿易組織之會員國之一，依著作權法第4條第2款之規定，其發行之著作應受我國著作權法之保護，如附表所示之有碼影片，為桃太郎映像出版等如附表製造者名稱欄所示之製造者享有著作權之視聽著作，非經前開著作權人之同意或授權，不得以移轉所有權之方法，散布重製物或意圖散布而公開陳列持有侵害著作財產權

之重製光碟重製等方式，侵害著作財產權。

參、張善震、周佳民另明知扣案如附表所示之光碟，為含有男女裸露性器官或與未成人性交等猥褻影像，不得散布及供人觀覽，竟意圖散布或販賣，自99年7月起，推由張善震擔任坐落臺北市○○區○○路1段43巷12號1樓之○○○便利屋之負責人，而以每月新臺幣（下同）2萬5千元之月薪，聘用周佳民擔任店員。復由張善震向真實姓名、年籍不詳、綽號「阿偉」之男子接續以每片20元價格販入含有裸露男女性器官及男女性交、性暴力、性虐待畫面，客觀上足以刺激滿足性慾，暨以每片10元販入與上開內容相類之無碼色情光碟片，均如附表所示，並自販入時起，在○○○便利屋之店內公然陳列無碼片每片25元、有碼片每片40至50元之價格，銷售前揭色情光碟片予不特定人牟利。警方嗣於99年8月8日16時30分許，持臺灣臺北地方法院核發之搜索票，前往上址實施搜索，並查扣盜版如附表所示之有碼片光碟5,441片、無碼片5,859片，兩者合計11,300片，始悉上情。

肆、本案經ジャパンホームビデオ株式會社（下稱JHV公司）、株式會社h.m.p.（下稱hmp公司）、株式會社KUKI（下稱KUKI公司）、株式會社アテナ映像（下稱ATHENA公司）、株式會社ディーブス（下稱DEEP'S公司）、有限會社プレステージ（下稱Prestige公司）、株式會社桃太郎（下稱桃太郎公司）、株式會社マルクス兄弟（下稱Marx公司）、株式會社タカラ映像（下稱TAKARA公司）、株式會社ブリット（下稱BULLITT公司）、クリスタル映像株式會社（下稱CRYSTAL公司）、株式會社ホットエンターテイメント（下稱HOT ENTERTAINMENT公司）共同委由日本國知的財產振興協會（代表人箱崎泰）、山崎敦、中川勤告訴，暨臺北市政府警察局中正第一分局報請臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、檢察官之舉證責任：

按檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。法院為發見真實，雖得依職權調查證據。然於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。刑事訴訟法第161條第1項、第163條第2項分別定有明文。故為貫徹無罪推定原則，檢察官對於被告之犯罪事實，應負實質舉證責任。檢察官舉證責任之內涵，除應盡提出證據之形式舉證責任外，尚應指出其證明之方法，用以說服法院，使法官確信被告犯罪構成事實之存在。法官基於公平法院之原則，僅立於客觀、公正及超然之地位而為審判，不負擔推翻被告無罪推定之責任，自無接續依職權調查證據之義務。倘檢察官未於起訴時或審判中提出不利於被告之證據，以證明其起訴事實存在，或未指出調查之途徑，其與待證事實之關聯及證據之證明力等事項，法院自不得違背刑事訴

訟法第163 條第2 項之規定，逕以職權調查之（參照最高法院100 年度第4 次刑事庭會議；最高法院100 年度臺上字第7167號刑事判決）。查本案檢察官起訴及上訴之範圍雖及於起訴書附表所列之光碟，惟本院於102 年12月3 日及同年月31日準備程序，經當事人與告訴人同意僅針對本案鑑定人臺灣大學法律學院黃銘傑教授所提出之鑑定結果（見本院卷一第225 至242 頁），就扣案光碟中認為有原創性之光碟，挑選如起訴書編號126 、600 、696 光碟作為本案是否侵害著作權之標的，而為代表進行勘驗，並將勘驗結果詢問當事人與告訴人，本案公訴檢察官亦表示無意見（見本院卷二第85 至86、134 至135 頁）。準此，本案起訴書附表編號126 、600 、696 光碟以外之部分，檢察官就被告是否侵害著作權之犯罪事實，未指明證據方法，核其性質，亦與維護公平正義或對被告之利益有重大關係事項有別，故本院僅須以起訴書編號126 、600 、696 光碟，作為判斷本案是否侵害著作財產權之依據，合先敘明。

## 貳、有關證據能力：

### 一、被告自白具有任意性：

按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156 條第1 項定有明文。查被告張善震、周佳民前於警詢、偵查及原審審理中之供述（見臺灣臺北地方法院檢察署99年度偵字第21179 號偵查卷第8 至9 、10至14 、81至82、97至98頁，下稱99年偵字第21179 號偵查卷；原審卷第31至32、78至83、109 至110 、167 至171 頁）。嗣於本院審理中均未抗辯非出於任意性，復與本院調查之事實具有合致性（見本院卷一第122 、293 頁；本院卷二第133 至134 頁）。職是，揆諸前揭說明，應認為被告自白具有證據能力。

### 二、供述證據有證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語。當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有上開刑事訴訟法第159 條第1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。刑事訴訟法159 條第1 項、第206 條第1 項、第202 條及第159 條之5 分別定有明文。查本案鑑定人臺灣大學法律學院黃銘傑教授於102 年6 月20日，依本院102 年4 月29日智院真柏101 刑智上易74字第1020001884號函提出鑑定報告，業經依法具結（見本院卷一第225 至242 、243 頁）。而告訴代理人甲○○於原審之證述，雖屬被告以外之人於審判外

之陳述，然被告及檢察官不爭執該告訴人代理人之證述作為證據，亦對本案鑑定報告之證據能力不予爭執，本院審酌該等陳述或鑑定作成時之情況，核無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，為證明犯罪事實所必要，以之作為證據亦為正當（見本院卷一第122頁；本院卷二第129、132頁），依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，均得作為證據。

三、非供述證據有證據能力：

本院以下援引之其餘證據資料，其中關於刑事訴訟法第164條第2項規定，證物如為文書部分，係屬證物範圍。該等可為證據之文書，已經依法踐行調查證據之程序，即提示或告以要旨，自具有證據能力。而有關被告以外之人於審判外之書面陳述，被告、辯護人及檢察官均不爭執其證據能力（見本院卷一第120至122頁；卷二第127至132頁）。本院審酌該等書面作成時之狀況，認並無不宜作為證據之情事，依刑事訴訟法第159條之5第2項規定，自得作為證據。

四、本院勘驗之結果有證據能力：

按法院或檢察官因調查證據及犯罪情形，得實施勘驗。當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。行搜索或扣押之日、時及處所，應通知前二項得在場之人。但有急迫情形時，不在此限。卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語。刑事訴訟法第212條、第219條、第150條、第165條第1項及第202條分別定有明文。職是，當事人及審判中之辯護人得於勘驗時在場，倘認有必要，並得命被告在場，且除有急迫情形外，並應將行勘驗之日、時及處所，通知前開得在場之人，使之得於實施勘驗之際，就勘驗方法、結果等事項，當場為必要之意見陳述或辯明，以昭公信，此為當事人、辯護人在場之權利。查本院於102年12月3日及同年12月31日準備程序中，針對黃銘傑教授具結之鑑定結果（見本院卷一第225至243頁），就扣案光碟中認為有原創性之光碟中，挑選如起訴書編號126、600、696光碟作為本案是否侵害著作權之標的，而為代表進行勘驗，除檢察官、被告、辯護人及告訴代理人在場外，並於103年1月23日審判程序中經審判長詢問，並告以要旨，渠等均對勘驗程序筆錄之證據能力，不予爭執（見本院卷二第5至10、81至86、134頁）。職是，本院就勘驗結果已踐行法定調查程序，故勘驗程序筆錄自得作為本案之證據。

參、認定被告販賣猥褻光碟罪所憑證據與理由：

一、認定被告犯罪所憑證據：

上開共同販賣猥褻光碟事實，被告張善震、周佳民對該犯行均坦承不諱，檢察官對於原審認定本案件扣案光碟中，無碼

片部分屬於猥褻物品部分，亦無爭執（見99年度偵字第21179號偵查卷第8至9、10至14、81至82、97至98頁；原審卷第31至32、78至83、109至110、167至171頁；本院卷一第263至264頁、本院卷二第137頁）。且有搜索筆錄、扣押物品清冊、扣押物品收據、扣押物品目錄表、查扣物品照片84張、現場照片40張、扣案物照片15張等附卷可稽（見99年偵字第21179號偵查卷第17至20、24至54、55至69、142至146、147至150、335至337、342至349、350至351頁），復有如附表所示之物扣案可佐（見99年偵字第21179號偵查卷第17至23頁）。

## 二、認定被告犯罪所憑理由：

### （一）猥褻物品之定義：

按猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。刑法第235條第2項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行為，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形（參照大法官釋字第407號、第617號解釋）。

### （二）如附表所示之扣案光碟為猥褻物品：

如附表所示之扣案光碟，其內容包括強調性器官特寫、性器官接合、多人共同性交及異物插入性器官等畫面，此有猥褻光碟播放畫面附卷可證（見99年度偵字第21179號偵查卷第24至70頁），該等扣案之猥褻光碟足以使一般人產生興奮或刺激性慾，而與單純展現人體美感因而裸露女子乳房、下體之圖像不同，更與具有教育性、醫學性之影像迥異，其拍攝手法足使觀者產生羞恥心理及厭惡感而傷害善良風俗及性的道德感情，衡諸目前社會觀念，足認扣案之如附表所示猥褻光碟，屬於其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品。

### （三）被告為販賣猥褻光碟罪之既遂犯：

犯刑法第235條第1項之販賣猥褻物品罪者，行為人係指以營利為目的，著手販賣猥褻物品罪，販賣行為之完成與否，應視標的物之是否交付，作為既遂、未遂之標準（參照最高法院101年度第10次刑事庭會議決議一）。查被告張善震、周佳民均自承分別以10元、20元代價向「阿偉」販入上開無碼、有碼光碟片，並在店內以無碼每片25元、有碼每片40至50元之價格販售予不特定人，被告之自白與事實相符，事證明確，洵堪認定，應依法論科。職是，核被告所為，均係犯刑法第235條第1項之販賣猥褻影音光碟片罪。

肆、認定被告侵害著作財產權之重製光碟而散布罪：

一、原審認被告未侵害著作財產權：

被告雖均矢口否認有侵害著作財產權之犯行，惟檢察官認有碼片部分，被告未經合法著作權人同意或授權，而擅自重製，或以移轉所有權之方法，散布著作物原件或重製物或意圖散布而公開陳列持有侵害著作財產權之重製物等方式，侵害著作財產權部分提起上訴。並指摘原審採納被告所辯，未區分被告所販售散布之有碼光碟情色程度為何？是否已達不應受保護之程度？未說明色情光碟不受著作權法保障之見解，是否違反釋字第617號解釋保障人民言論及出版自由、法律保留。是原審於判決書中載明理由，實有判決不載理由或所載理由矛盾之違法。因被告就販售有碼片部分，有公開陳列及持有之行為，違反著作權法第91條之1及刑法第235條等罪，為想像競合，請從一重之違反著作權法第91條之1第3項、第2項罪處斷，並加重其刑云云。

二、本案主要爭點：

本院於102年7月9日準備程序整理當事人不爭執與爭執事項，被告固坦承犯共同販賣猥褻光碟之犯行，然否認有著作權法第91條之1第2項及第3項之犯行。準此，本院應審究本案主要爭點如後：（一）色情影片是否屬著作權法第3條第1項第1款所稱之著作，而受我國著作權法所保障？（二）色情影片是否因「有碼片」或「無碼片」，致受著作權法之保護有異？（三）日本色情著作是否應受我國著作權之保護？（四）本案如附表所示扣案之色情有碼片，是否受著作權法之保護？（五）被告張善震、周佳民之行為，是否違反著作權法第91條之1第2項及第3項？有無明知侵害著作財產權之主觀要件？（六）原判決就被告張善震、周佳民共同販賣猥褻光碟罪部分之量刑是否有變更之必要？茲論述如後（見本院卷一第264頁）。

（一）色情著作為著作權法第3條第1項之第1款之著作：

所謂作者，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，著作權法第3條第1項第1項定有明文。故著作為知識文化之創作，至於知識文化之創作，是否具有應用價值，在所不論。因著作之品質與美感，非創作性考量之要素，此為美學不歧視原則之涵義。被告抗辯稱本案查扣之色情光碟非著作權法上之著作，最高法院88年度臺上字第250號、94年度臺上字第6743號刑事判決均認色情光碟片有礙維持社會秩序或違背公共利益，亦無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，不受著作權法所稱之著作云云。職是，本院自應審究色情著作是否屬著作權法之著作，應受著作權之保護，茲探討如後：

1. 本院認有原創性之色情著作應受著作權法保護：

（1）最高法院認色情著作不受著作權法之保護：

最高法院88年度臺上字第250號刑事判決認為著作權法第3

條第1款所稱著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作而言，不包含色情著作。因著作權法之立法目的除在保障個人或法人智慧之著作，使著作物為大眾公正利用外，並注重文化之健全發展，故有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，其無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障應受公序良俗限制之原則，故色情著作非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法之保障。職是，最高法院刑事判決認為色情著作之內容有礙我國社會風俗，並逾越我國規範之限制級尺度，有違公共秩序與善良風俗，自不受著作權法之保障。縱使第三人製造或販賣色情著作之行為，色情著作人自不得對其主張著作權，追究民事或刑事責任。最高法院94年度臺上字第6743號刑事判決重申色情光碟片未享有著作權，不受著作權法之保護。

(2)人民表現自由之基本權利受憲法保護：

按人民有言論、講學、著作及出版之自由，憲法第11條定有明文。我國1985年修正前之著作權法係採註冊保護主義，必須經登記程序，始得取得著作權，不符憲法保護言論與著作自由之本旨，修正後改採創作保護主義，俾於避免出版品主管機關動輒依據88年1月25日廢止之出版法第32條第3款之規範，禁止猥褻出版品出版。且違反公序良俗之著作，並非著作權法第9條規定之消極取得著作權之要件。準此，本院認不得以著作權法未規範之消極要件，禁止或剝奪有原創性之色情著作權人，應受著作權法保護之權利，否則與憲法賦予人民表現自由之基本權利不符。

(3)我國為WTO會員應遵守TRIPS協定：

我國為WTO之會員，即應遵守TRIPS協定，依據TRIPS協定第9條第1項規定，會員應遵從伯恩公約第1條至第21條及附錄之內容，應適用國民待遇原則與最低限度保護原則。伯恩公約第17條僅容許會員國以立法或行政程序行使允許、演出或展出等權利，未容許各會員國得將色情著作排除在著作權法保護客體之外。著作權之保護固具有屬地性，然著作權有國際普及保護之必要，是締結國際著作權公約，由各國著作權法共同遵循，以統一法律之適用。我國為WTO之會員國，而著作權法亦具有國際性，我國為配合世界趨勢，期與國際規範相結合，自應符合TRIPS協定之內容，修改與解釋著作權法之規範。我國與WTO之全體會員間有著作權互惠保護關係，應遵守TRIPS及伯恩公約之國民待遇原則，是WTO會員之色情著作於著作財產權存續期間內，未經著作權人授權或同意均不得擅自重製或散布。依著作權法第4條第2款之規定，外國著作應受我國著作權法保護。既然保護外國著作，對外國及我國色情著作亦應為平等之對待。

(4)創作性著作應為著作權保護標的：

經濟部智慧財產局（下稱智慧局）前就色情著作在國外是否受保護及是否有其他限制，經函詢駐外單位結果，得知相關

國家雖對色情著作之散布等行為有法律限制，然有保護色情著作之規定（參照智慧局92年9月10日智著字第0000000000-0號函）。準此，不論是本國或外國之色情著作，是否為著作權法所稱之著作，應視具體個案內容而定，倘具有創作性，自得為著作權保護標的，並不因司法實務就盜版、販賣盜版色情著作以刑法第235條妨害風化罪對行為人課以刑事責任，而逕行認定色情著作不適用著作權法之保護（參照智慧局93年6月15日電子郵件字第930615a號函）。

## 2. 釋字第407號宣示憲法保障人民言論出版自由：

### (1) 釋字第407號意旨：

大法官會議釋字第407號解釋認為所謂猥褻出版品者，係指在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性之道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。而有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。

### (2) 色情著作非不受著作權保護之消極要件：

① 釋字第407號解釋除定義猥褻出版品，以釐清刑法第235條之猥褻罪構成要件外，亦認為基於尊重憲法保障人民言論與出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，公序良俗風化之觀念，應隨社會發展與風俗變異而有不同之詮釋。準此，本院認為色情著作符合猥褻出版品，散布、販賣、持有及製造色情著作之行為人，固應受刑事之追訴，然此非不受著作權保護之消極要件。質言之，基於比例原則，國家為兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，固可對色情著作採取適當之管制措施或限制其權利行使，然不得否定有原創性之色情著作應有之著作權，否則對著作權人所造成之損害與所欲達成保護未成年人、維護公序良俗之利益間，兩者之權益顯失平衡。

② 猥褻著作有礙社會善良風俗，各國雖得限制或禁止其流通，並以出版法、刑法等法律處罰、禁止散布行為。惟各國多數認同藝術與色情是一體兩面，對於適當裸露或為適當處置者均認為藝術創作，並非均視為猥褻物品。否則美國流行巨星瑪丹娜、卡卡之表演，在我國舊傳統觀念，豈有容身之處。甚至臺灣諸多青少年為之瘋狂，不辭辛苦漏夜排隊買演唱會門票。況臺灣之有線電視媒體均有成人頻道，益徵現近社會對於藝術創造之尊重及支持，遠逾往昔。

## 3. 釋字第617號解釋宣示保障性言論之表現與性資訊之流通：

### (1) 釋字第617號意旨：

大法官會議釋字第617號解釋認為立法機關為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，而制定法律規範，釋憲者就立

法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。基於貫徹憲法第11條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，自應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。憲法第11條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，自應受上開憲法對言論及出版自由之保障。

(2)猥褻物品分為硬蕊與軟蕊：

①釋字第617 號解釋，將猥褻物品分為硬蕊與軟蕊。前者係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等情節，不具藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品。後者係指除硬蕊之外，客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品。因硬蕊著作之性質，非屬文學、科學、藝術或其他學術價值，顯無促進國家文化發展之功能，即無保護之必要性，故探討色情著作是否受著作權法之保護，著重於軟蕊之範疇。

②釋字第617 號宣示性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，應受憲法對言論及出版自由之保障。依據法律明確性原則，著作權法未排除色情著作之保護，在法律適用之理解性與可預測性，法院不得任意限制憲法或法律保障之權利。準此，全面否認色情影片非著作或不受著作權法之保障，除違反著作權法之創作保護原則，違反法律保留原則外，亦不符釋字第617 號所揭諸之人民言論及出版自由保障，是另行加諸人民財產權法律所未規範之限制。

③刑法第235 條第1 項之散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指為硬蕊猥褻資訊或物品之傳布，或對硬蕊猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為。同條第2 項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，其指意圖傳布含有硬蕊猥褻資訊或物品而製造、持有之行為。至對於製造、持有等原屬散布、播送及販賣等之預備行為，擬制為與散布、播送及販賣等傳布性資訊或物品之構成要件行為具有相同之不法程度，其屬立法之形成自由。同條第3 項規定針對猥褻之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，就違反前2 項規定之猥褻資訊附著物及物品，適用義務沒收主義。

(二)具有原創性之色情軟蕊著作應受著作權法保護：

1. 色情與情色不易區分：

所謂情色者，係指具有性意味之描繪，其與色情之主要差異，在於情色未必以引起感官刺激為目的，有時係以性表達概念。例如，哲學、藝術之概念，或藉助描寫與性相關之內容反映社會。色情則以刺激人類之性慾為主要目的。因兩者均

與性有密切關聯，故其等界線模糊而不易分隔。例如，戰國策記載韓國宣太后對尚子稱：妾事先王，先王以其嬖加妾之身，妾困不疲，盡置其身妾之上，而妾弗重，何也？以其少有利焉。今佐韓，兵不眾、糧不多，則不足以救韓。夫拔韓之危，日費千金，獨不可使妾少有利焉。此誠為描述性生活之明例，可見情色未必有直接或露骨之性描寫，有時藉助意象以表達情色意味。故中國古典文學常以巫山、雲雨等意象表示性愛。在部分之網路次文化，常以糟糕借代情色，是糟糕係指帶有幽默、諷刺意味之情色作品，多用暗喻手法，而非直接之描繪，由於此詞起源於動畫、漫畫及遊戲(ACG)愛好者，故多用作形容帶有情色意味之ACG作品，隨著網路文化之傳播，年輕人亦常以糟糕指稱有情色意味之描寫。

## 2. 色情與猥褻之定義因時而異：

色情或猥褻之定義，因時代與社會風情不同而異。而猥褻一詞係法律上之不確定法律概念，其認定標準，應依各時代、地域之道德標準、禮俗規範及生活習慣而定。以往雖認為「查泰來夫人之情人」為色情小說，然時至今日則視為該著作為探討女人情慾之重要文學論著。近年知名電影著作「色戒」，不乏男女性交畫面，是情色著作不因僅具有色情之元素，即認為非著作。著作權法保護智慧創作之投入，不作道德風俗之審查，是否取得著作權，端賴有無智慧創作之著作，作為保護之判斷標準。至於是否敗壞風俗或有無散布權，係刑法或相關法律之規範，並非著作權法應處理之法律議題。基於市場機制，倘色情著作內容低俗不堪，自鮮有人問津；反之，唯美浪漫之色情著作，即有極佳之銷售。

## 3. 不得任意加諸著作權法未規定之限制：

依據創作精神智力投入之程度，作為著作權保護之要件，不得因著作有色情之素材，而遽認為非著作。申言之，色情素材並非不受著作權保護之消極要件，著作權之保護不宜過於道德化，不得貿然即以公序良俗之公益名義，不當限制色情著作權人之權利行使。否則所有涉及公序良俗之情事，動輒主觀認定重於著作權之私益，屆時恐變成濫用公序良俗之情形，淪為流氓條款，將嚴重影響法之安定性及交易安全。甚者，任意加諸法律未規定之限制，逕認具原創性之色情著作無法取得著作權，致重製他人之色情著作，不構成著作權侵害，顯然適用法律有違誤之事由，依據民事訴訟法第467條、刑事訴訟法第377條規定，構成上訴第三審法院之事由。

## 4. 平等原則與明確性原則：

釋字第617號解釋雖界定刑法第235條之猥褻罪構成要件，並認為該法條就性言論之表現與性資訊之流通，未為過度封鎖與歧視之規定，對人民言論及出版自由之限制屬合理相當，其符合憲法第23條之比例原則，亦未違背憲法第11條保障人民言論及出版自由之本旨。然釋字第407號、第617號意旨，均未否定色情著作屬著作權法所稱之著作，不受著作權

之保護。質言之，憲法第7條之平等原則，要求國家機關對於事物本質上相同之事件作相同處理。平等原則亦導出禁止恣意原則，禁止國家機關作成決定時，違反憲法基本精神及事物本質。職是，不得以著作權法未規範之消極取得著作權要件，任性或專斷以個人主觀之公序良俗，不保護色情著作應享之著作權。況參諸法明確性原則，著作權法未排除色情著作之保護，在法律適用之理解性與可預測性，法院不得加諸未有之限制，全面否認色情著作非著作，遽認色情著作非著作權保護之標的。

(三)日本色情著作應受我國著作權之保護：

1.美國法制保護色情著作之著作權：

(1)衡平公序良俗與著作權保護：

美國聯邦第5巡迴上訴法院1979年Mitchell Bros. Film Group v. Adult Theater 事件，暨美國聯邦第9巡迴上訴法院1982年Jartech, Inc. v. Clancy 事件，明確認定色情著作可受著作權法之保護，改變美國法院傳統否認色情著作應受著作權保護之見解。因美國憲法之前言未要求任何著作權保護之著作，應實際上有促進科學或有用技術之進步。而增進創造力之最好方法，係政府不得任意限制著作權之客體。申言之，禁止政府肆意干涉之方式，除可避免政府行為對潛在著作人所產生令人噤若寒蟬之效果外，亦可防止主管機關或法官產生錯誤區分著作有效與無效之判斷。既然美國憲法未要求著作應具備立即滿足身體需要之有用性，故憲法對於著作之保護，不因著作有猥褻內容(obscenity)而阻礙著作權之保護。況第三人未經授權而重製或利用某著作，該事實即可認定該著作具備有用性，益徵著作權之保護範圍及於猥褻著作。故第三人未經同意而擅自重製他人之猥褻著作(obs-cene articles)，其不得以猥褻內容為由，作為未侵害著作權之抗辯。退步言，縱使猥褻著作無積極散布利用之權限，僅有部分之著作權，然具有著作權法上消極排除他人侵害之權限，故猥褻著作僅能稱為相對無著作權保護能力之著作，並不能否認其為著作。況有無違反公序良俗或道德標準，並非認定創作之要件。職是，公序良俗係不確定之法律概念，其會隨社會文化之發展而與時俱進，不得僅憑審判者個人之主觀認知或道德標準，國家僅得藉由限制色情著作之散布或處罰，衡平公序良俗與著作權保護之衝突困境，不應全面否定色情著作應受著作權法之保護，不審查色情著作是否具備創作性。

(2)違反公序良俗並非取得著作權之消極要件：

公序良俗常受限於當代文化與道德之拘束，違反公序良俗並非取得著作權之消極要件，故色情著作不應以此為由，不予著作權法之保護。參諸美國聯邦最高法院Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 事件，認為一幅表現馬戲團活動之海報(The Great Wallace Shows)認為有原創性，其係

一幅美術著作，不因係被用來作為廣告用途，或僅能吸引一般大眾或教育程度較低階層之人民，而否認其為美術著作。質言之，將圖畫或美術之價值評量，交予僅受過法學教育訓練者為終局判斷，其具有危險性，因某些天才之著作在極端情形下，可能無法得到欣賞，該非比尋常之創新會使法官厭惡，直至社會理解作者所表達之語言(new language)。既然有人不顧原告之權利而企圖去重製該海報，就表明其有價值，該海報值得受著作權之保護。準此，創作無須具備美感，甚至為低度藝術(low art) 或有色情成分，亦不得因其實用性及商業性不高，遽行否認其為創作。故兒童之塗鴉亦屬創作，雖無商業價值而遭出版社拒絕出版的創作，然不失為創作。準此，創作不應以不合道德標準而拒絕承認其為創作，不應將原創性與藝術性、美感或猥褻等因素混為一談。準此，具原創性色情著作雖未具高度文學或藝術價值，然仍受著作權之保護。

## 2. 大陸地區法制保護色情著作之著作權：

大陸地區修正前之著作權法第4 條雖規定，依法禁止出版、傳播之作品，不受本法保護。著作權人行使著作權，不得違反憲法與法律，不得損害公共利益。然2010年2月26日通過，並予公布，自2010年4 月1 日起施行之修正著作權法，修改為著作權人行使著作權，不得違反憲法與法律，不得損害公共利益。國家對作品之出版、傳播依法進行監督管理。準此，參照大陸地區修正之著作權法第4 條之立法意旨可知，倘色情著作未違反大陸地區之憲法與法律，亦未損害公共利益，大陸地區雖可依法禁止出版或傳播色情著作，然亦可享有著作權保護。再者，使用人符合大陸地區著作權法第22條之著作權限制規定，使用色情著作，應指明作者姓名、作品名稱，且不侵犯著作權人依本法享有之其他權利時，可不經著作權人之許可，無償使用色情著作。

## 3. 德國法制保護色情著作之著作權：

德國著作權法除在第5 條規定公文書不受著作權法保護外，對於受保護之著作內容並無任何限制，僅要符合著作權法保護之要件，屬於文學、科學或藝術之人之精神創作，均可受到保護。在德國有若干案件涉及色情影片之糾紛時，法院亦未因其為色情著作而不予以保護，最具代表性之案例為1984 年之Video Intim 案。原告為丹麥公司，在該案件主張被告販售其所拍攝之色情影片錄影帶侵害其權利，故訴請被告賠償原告所受之損害，被告則抗辯色情錄影帶屬刑法第184 條第1 項所禁止之色情文書，不受著作權法保護。漢堡高等法院維持地方法院判決，駁回上訴。漢堡高等法院認為色情電影僅是表現原始之性愛過程，雖通常不具有人之精神創性。然原告之成果保護權，並不因其為色情著作而受影響，因著作權法未規定違法或違反善良風俗之著作，不屬於著作權所保護之客體。縱使違法或違反善良風俗之著作，可能致其無

法享有完整之著作權或成果保護權，雖無利用權利，然有禁止第三人未經其同意而重製或散布之防衛權。職是，色情著作固因其內容違反善良風俗而應禁止散布，然權利人得行使防衛權，禁止第三人未經其同意或授權而利用色情著作。

#### 4. 日本法制保護色情著作之著作權：

##### (1) 日本著作權法第2條第1項第1款與第13條：

日本著作權法第2條第1項第1款所稱著作，係指表達思想或感情之創作，而屬於文藝、學術、美術或音樂之範圍者。日本著作權法第13條規定不得為權利標的之著作，僅限如後標的：①憲法及其他法令。②國家或地方公共團體之機關、獨立行政法人，或地方獨立行政法人所頒布之告示、訓令、通達及其他類似文書。③法院判決、裁定、命令及審判，暨行政機關所為之準於裁判程序之裁決及決定。④前開3款所列著作之翻譯物或編輯物，而由國家或地方公共團體之機關、獨立行政法人或地方獨立行政法人所製成者。準此，屬於文藝、學術、美術或音樂之著作，而非不受保護之標的者，均可受著作權法之保護。因色情著作並非排除保護之標的，故日本著作權法賦予色情著作之應有保護，除使色情著作權得取直接之商業或經濟利益外，並促進與鼓勵更多色情著作之創作，成就日本為色情著作之創作王國。

##### (2) 日本為WTO之會員國：

我國前於2002年1月1日加入WTO，應受WTO之TRIPS之拘束。依據TRIPS協定第9條第1項規定，會員應遵從伯恩公約第1條至第21條及附錄之內容，保護全體會員之國民著作。WTO會員應依據TRIPS協定與伯恩公約之規定，即TRIPS第1條第3項、第3條第1項、第4條及伯恩公約第5條第1項等規定，保護WTO會員之國民著作，其保護之標準，適用最低限度保護原則、國民待遇、最惠國待遇原則、自動保護原則及獨立保護原則。因我國加入WTO，依據著作權法第4條第2款規定，我國與WTO之全體會員應適用互惠保護原則，WTO會員所有之國民之著作均受保護。有鑑於TRIPS揭示制定合理有效保護智慧財產權制度之必要性，並要求會員應確保智慧財產權之措施，不致造成合法貿易之障礙。職是，對同屬WTO會員之日本國民色情著作，應受我國著作權法保護。

##### (四) 起訴書附表編號126、600、696光碟應受著作權保護：

著作權之保護要件分為積極要件與消極要件，前者為取得著作權保護之必備要件；後者則為不得具備之要件，否則不受著作權之保護。著作權之積極要件而言，取得著作權應具備著作已完成、具有原創性、人類精神之創作及具有一定之表現形式等積極要件。衡諸交易常情，色情著作於著作人完成後，始於市面發行圖利，故認定色情著作是否完成或人類精神所為，較無問題。至於部分創作雖符合著作之要件，然基於社會公益之考量，著作權法明文規定不受著作權保護，此

為著作權保護之消極要件。因當事人、告訴人同意以本案起訴書編號126、600、696光碟，作為本案是否侵害著作權之勘驗標的（見本院卷二第5至10、81至86、134頁）。該等光碟並無人獸交及裸露生殖器官之畫面，性交部分有使用馬賽克遮蔽，核其性質屬色情軟蕊著作。職是，本院僅就本案起訴書附表編號126、600、696光碟，是否何類型之著作、有無原創性、是否有客觀表達方式及有無不受保護著作等事項，茲探討如後：

1. 起訴書附表編號126、600、696光碟為視聽著作：

視聽著作之重點在於同時產生視覺與聽覺之效果，其包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其它藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作，故視聽著作須以固定物為要件。審核起訴書附表編號126、600、696光碟之客觀表達方式，應屬著作權法第5條第1項第7款之視聽著作（見本院卷一第225至226頁）。

2. 起訴書附表編號126、600、696光碟有原創性：

我國著作權法採創作保護主義，著作權法第10條定有明文。故色情著作係本於獨立之思維、智巧及技匠，具有原始性與創作性，著作人於色情著作完成時，即享有著作權。換言之，著作人非重製他人著作，縱使為雷同或相似之平行色情創作，惟屬自己獨立之創作，具有原創性，同受著作權法之保障，不得以專利之新穎性要求，排除保護之列。所謂原創性者，係指著作必須為著作人所原始獨立完成，未接觸或抄襲他人之著作，以表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意。原創性之著作要件，係我國實務與學理參考美國著作權法所使用之用語而來，其為主觀之新穎性，容許其他著作偶然與重複併存。原創性包括原始性與創作性。就原始性而言，係指著作人原始獨立完成之創作，而非抄襲或剽竊所致。而創作性者，係指著作具有之少量創意，其足以表現作者之個性（參照最高法院90年度臺上字第2945號、97年度臺上字第1587號、97年度臺上字第3914號刑事判決）。職是，創作性之程度，不必達空前未有之地步，倘依社會通念，該著作與前已存在之作品間有可資區別之變化，足以表現著作人之個性即可。反之，著作與人類之思想感情無關，未能展現作者之個性者，即無創作性可言，則非著作權法所稱之創作。經查：

(1) 檢察官起訴書附表編號126光碟有原創性：

- ① 本片係以類似紀錄片之拍攝手法，敘述女演員分四段與五位在室男發生性行為之過程。影片開始先訪問女演員對於在室男破處之想法，敘述女演員希望協助在室男完成其破處之旅，能有美好回憶之想法，影片最後並以訪問女演員對於本次破處計畫執行之感想，作為結尾。在每個段落情節中，作者均試圖表現出五位在室男對於本次破處之旅之緊張與害羞心

情，並由女演員以訪問方式試圖放鬆男性之心情，逐步教導其如何引起女性慾望及如何與女性進行性交行為。在第二段情節中，在室男雖經教導及誘惑，最後仍無法有效勃起進行性行為，為本片最為寫實之處；第四段情節同時有二位在室男與女演員於同一房間發生性行為之作法，突顯出與第一、三段情節不同處。此雖是同一主題設定，然於具體進行過程中，有不同之情節發展，使得本片具有其獨特性，而得認定足以表現作者之個性或獨特性而具有最低程度之創意之創作性要件（見本院卷一第231至232頁；本院卷二第7至8、14至35頁）。職是，本院勘驗結果與鑑定人臺灣大學黃銘傑教授均同此見解。

②從本片之拍攝手法、情節設計、女演員與各在室男間之互動關係、在室男出現既期待而怕不行等表達，在有關與在室男之情慾行為部分，得以得知作者傳達在室男對於性愛行為之期待與情慾想法，應為我國著作權法第3條第1項第1款所稱之著作（見本院卷一第232頁）。準此，從本片之表達內容，情色與非情色部分之拍攝手法、情節設計，均足以表現作者之個性或獨特性而具有最低程度之創意之創作性要件。

(2)檢察官起訴書附表編號600光碟有原創性：

①本片以類似紀錄片之拍攝手法，講述製片公司應徵在室男與執業AV女演員發生第一次性行為之破處之旅，全篇共由三位男性之第一次性行為經驗所構成。各段落均由與在室男之對話開始，訪問其應徵參加此活動之理由、過去之女性經驗、現在心境及本次體驗後對於未來性行為之期待。第一、二段落由女演員儘量裝成男性之女朋友，由擁抱、親吻等一般男女朋友間之親密動作開始，逐漸舒緩將要進入第一次性經驗者之緊張及生澀之心情。因男性過度緊張而硬度不夠而無法有效進入女性性器官時，以各種方式勉勵與激勵之，使男性得以完成第一次體驗。第三段是由過去曾應徵參加，而未能成功完成第一次性經驗之在室男，再次進行挑戰。由該位男性先行朗讀自己對於前一次之心得及本次體驗之期待開始，過程中可看出該位男性因過度緊張及期待，而屢次出現多話及搞笑之舉動，女演員亦因男性之性格不同，而出現與對待前二位男性不同之角色扮演及作法，使得本段落之情節發展及展現，出現與前二段相當不同之表達方式及內容。各段落中均可見影片試圖藉由在室男對於第一次性經驗之期待及體驗，激發起觀賞者、特別是在室男之渴望與共鳴（見本院卷一第238至239頁；本院卷二第83、36至58頁）。職是，本院勘驗結果與鑑定人臺灣大學黃銘傑教授均同此見解。

②自從本片之拍攝手法、情節設計、參與演出之男性角色選擇、女演員依據各個男性個性不同所發展出不同之互動關係、在室男之期待、害羞及生澀表情等表達，在有關與在室男之情慾行為部分，得知作者傳達之在室男對於性愛行為之期待與情慾想法，可認定其具備足以表現作者之個性或獨特性而

具有最低程度之創意，應為我國著作權法第3 條第1 項第1 款所稱之著作（見本院卷一第239 頁）。準此，從本片之表達內容，情色與非情色部分之拍攝手法、情節設計，均足以表現作者之個性或獨特性而具有最低程度之創意之創作性要件。

(3)檢察官起訴書附表編號696光碟有原創性：

①本片圍繞著廣告公司關於泳衣之廣告企劃而展開，描述發生於女性低階主管於其部屬及上司間之情慾行為。故事以廣告公司之女性低階主管，因原先之泳裝模特兒在泳裝企劃案發表過程中，突然不告而別，造成臨時找不到其他替代之模特兒，致使該女性主管自行穿著泳衣，繼續企劃之發表。女性主管之部屬及上司在看到該位女性主管穿著泳衣之姿色及身材後，各自對其產生性幻想，上司並幻想藉由權勢及升遷之誘惑，使得女性主管在半自願與半強迫下與自己發生性行為。甚至女性主管本身亦因穿上泳裝後，對於自己造型之自戀，進而利用情趣商品進行自慰。準此，廣告公司之場景設定、泳衣廣告企劃之情節展開、女性主管替代上陣穿上泳衣展示後而對於自己身體之自信、部屬與高階主管對於該女性主管之性幻想等，可知本片所表達公司員工因工作而產生之情慾思想，可認定其為本片表達所具有之獨特性（見本院卷一第240 至241 頁；本院卷二第84、59至73頁）。職是，本院勘驗結果與鑑定人臺灣大學黃銘傑教授均同此見解。

②從本片之場景設定、情節設計、故事流程、上司利用權勢之性騷擾行為、男性部屬對於女性主管之性幻想行為及女性主管因泳衣而生之情慾感覺等項目，可知作者傳達公司女性主管與部屬、上層主管間之情慾發展過程之特色及獨特性，可認定其具備足以表現作者之個性或獨特性而具有最低程度之創意，應為我國著作權法第3 條第1 項第1 款所稱之著作（見本院卷一第241 頁）。準此，從本片之表達內容，情色與非情色部分之拍攝手法、情節設計，均足以表現作者之個性或獨特性而具有最低程度之創意之創作性要件。

3. 起訴書附表編號126、600、696光碟有客觀表達方式：

參諸該等影片性交畫面均使用馬賽克遮蔽，著作必須將人之思想與感情依一定形式表現於外部，是著作權保護著作之客觀表達形式。本案扣案影片光碟，均經專業團隊企畫，先由編劇編纂、設計不同內容之劇情及文案，並撰寫劇本及臺詞，繼而經由導演指導演員演出及專業攝影人員拍攝，復經剪輯後製及廣告行銷之策劃，花費諸多成本製作，核屬具原創性之人類精神創作，足以表現製作團隊之個性與獨特性。參諸該等影片性交畫面均使用馬賽克遮蔽，亦無任何人獸交、裸露性器官之畫面，其為具有原創性之視聽著作，自應受我國著作權法之保護。再者，國內公開播放之電影「3D肉蒲團之極樂寶鑑」屬於具有情色內容之電影，其內容及畫面與該等光碟本質相合，此有維基百科之相關資料在卷可稽（見99

年度偵字第21179 號偵查卷第268 至270 頁)。參與該片演出之女演員乙○○○，其為日本情色片之演員，所主演之影片亦在本案之扣案影片光碟中。準此，起訴書附表編號126、600、696 光碟之著作人利用構想或概念，將抽象之思想及情感本身，具體以電影與攝影等媒介物，以客觀方式呈現色情著作之內容。

#### 4. 起訴書附表編號126、600、696光碟無消極要件：

##### (1) 不受著作權法保護之消極要件：

基於社會公益之考量，我國著作權法第9 條規定不受著作權法保護之標的如後：①憲法、法律、命令或公文，其包括本國與外國所制作者。公文之範圍，涵蓋公務員於職務上正式或草擬之令、呈、咨、函、公告、講稿、新聞稿及其他文書。②中央或地方機關就前款著作作成之翻譯物或編輯物，其包含本國與外國機關。③標語及通用符號、名詞、公式、數表、表格、簿冊或時曆，均缺乏著作必須具備之最低創造要件，不視為著作。④單純傳達事實之新聞報導，係就日常生活發生之事實報導，除有快速散布之必要外，其無思想或感情創作之表現，故不具備語文著作之要件。⑤依本國法令舉行之各類考試試題及其備用試題，有時雖具有創作性，然為使學生或應考人得利用與接觸，俾於準備考試，故排除著作權之保護範圍外。

##### (2) 違反公共秩序或善良風俗非不得享有著作權之消極要件：

色情著作非法令或公文，亦非法令或公文之翻譯物或編輯物。而色情著作非標語符號，其創作之目的，亦非單純傳播事實，且其性質或內容，顯非依本國法令舉行之各類考試試題及其備用試題甚明。準此，色情著作非著作權法消極不保護之標的。參諸我國專利法第24條第3 款、第105 條、第124 條第4 款及商標法第30條第1 項第7 款等規定，均明定違反公共秩序或善良風俗者，不受專利法或商標法保護。反之，著作權法並無相關規定，應屬立法者有意不加以規範者。足認違反公共秩序或善良風俗並非不得取得著作權之消極要件，色情著作應受著作權法之保護。再者，TRIRS 第27條第2 項亦規定，會員基於保護公共秩序或道德之必要，包括保護人類、動物、植物生命或健康或避免對環境的嚴重破壞，為禁止某些發明於其境內商業利用，得不給予專利。益徵公序良俗之除外條款，雖適用於申請專利範圍，然非屬著作權不保護之標的。

##### (3) 著作權法與刑法之規範目的不同：

色情著作得否作為著作權保護之標的，應探討著作權法第3 條之創作要件與第1 條之公益文化發展之關係。所謂猥褻著作，係指不道德、色情之文學、藝術或視聽之作品。因該等作品妨礙社會善良風俗而戕害青少年身心，各國均限制或禁止其自由流通，並以出版法、刑法等法律處罰散布者。換言之，色情著作是否為猥褻物品，其製造、陳列、散布、播

送及持有等行為，是否應受刑法或其他法令之限制、規範，應依各該法令決定之，自與著作權無涉。著作權僅規範著作是否有原創性，不問創作之品質如何。倘符合著作要件，應受著作權法之保護，排斥他人非法之侵害。人民有創作之自由，縱使其創作出不容於一般社會道德或法律標準之作品時，亦不得因此否認該創作非為著作。再者，刑法之散布猥褻物品罪成立，僅須所散布之物品為猥褻物品即足，維護社會法益為其規範目的。而著作權法第91條之1係以被害人合法著作權存在為前提，其立法目的在保護人民財產權，足見兩者犯行構成要件不同，立法目的有異。

(五)被告成立著作權法第91條之1第2項、第3項之罪：

按明知係侵害著作財產權之重製物而散佈或意圖散佈而公開陳列或持有者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣7萬元以上75萬元以下罰金。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。著作權法第91條之1第2項、第3項定有明文。職是，著作權法第91條之1第2項、第3項規定，均無處罰過失之特別規定均係以行為人明知為侵害他人著作權之商品而仍販賣、散布、意圖販賣而陳列或輸入為其構成要件。故行為人除須在客觀上有販賣、散布、意圖販賣或散布而陳列或輸入仿冒著作商品之行為以外，就其所販賣、散布、意圖販賣或散布而陳列或輸入者係屬仿冒著作商品，在主觀上應有明知之直接故意，該當刑法第13條第1項之行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為直接故意，有別於刑法第13條第2項之間接故意（參照最高法院91年度臺上字第2680號刑事判決）。倘被告對構成犯罪之事實，在主觀之心態上，僅消極放任或容任犯罪事實之發生者，即刑法第13條第2項之間接故意，抑是過失者，自不成立著作權法第91條之1第2項、第3項之犯行。職是，本院自應先審究被告客觀上是否有販賣、散布、意圖販賣或散布而陳列或輸入仿冒著作商品之行為；繼而就被告所販賣、散布、意圖販賣或散布而陳列或輸入者係屬仿冒著作商品，在主觀上是否有明知之直接故意；最後認定被告犯行是否成立著作權法第91條之1第2項、第3項之罪，茲探討如後：

1. 告訴人為起訴書附表編號126、600、696光碟著作權人：起訴書附表編號126、600、696影片光碟，均經專業團隊企畫，先由編劇編纂、設計不同內容之劇情及文案，並撰寫劇本及臺詞，繼而經由導演指導演員演出及專業攝影人員拍攝，復經剪輯後製及廣告行銷策劃，最後在市場行銷。準此，告訴人具有創作能力、有充裕或合理而足以完成該等著作之時間及支援人力，該等著作為告訴人所創作，該等著作已完成而在市場流通。被告並自承本案如附表所示之盜版光碟內容，來自告訴人所發行，並遭被告將非法複製光碟行銷於市場。準此，告訴人為起訴書附表編號126、600、696光

碟之著作權人。

2.符合著作權法第91條之1第2項、第3項之客觀要件：

一般著作足以表現出作者之個別性或獨特性，且具有最低程度之創意，縱使不具應用價值，品質或美感程度不佳，亦屬知識文化之範圍，受著作權法之保護。基於憲法之平等原則，對於事物本質上相同之事件作相同處理，非有正當理由，不得為差別待遇。故執法者不得任意或專斷，而隨主觀之道德觀念或個人好惡，此為禁止恣意原則，不得非法剝奪具有創作性之色情著作，而應受著作權法保護之權利。職是，起訴書附表編號126、600、696光碟為原創性之視聽著作，被告未經告訴人同意或授權，而擅自重製，或以移轉所有權之方法，散布著作物原件或重製物或意圖散布而公開陳列持有侵害著作財產權之重製物等方式，被告犯行符合著作權法第91條之1第2項、第3項之客觀要件。

3.被告具有明知侵害著作財產權之主觀要件：

(1)被告違法販賣散布色情光碟為業：

被告係以違法販售散布猥褻光碟為業，遭查獲本案前即有多次販賣猥褻物品遭查獲之犯罪記錄。被告張善震並於99年9月8日之本案經警查獲後至101年2月15日止，仍在臺北市○○區○○路○段○○巷○弄20之1號「○○道」、臺北市○○區○○街○○○號「○○光碟店」等多處地點販售猥褻光碟為警於100年3月2日、100年12月14日及101年2月15日查獲，並經臺灣臺北地方法院檢察署（下稱臺北地檢）檢察官起訴書與臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）判決在案，此有臺灣高等法院被告前科紀錄表附卷可證（見本院卷二第106至120頁）。

(2)被告明知如附表所示有碼影片有著作財產權：

被告雖違法販售散布猥褻光碟，迭遭檢察官起訴與法院論罪在案。然被告長期以販售散布猥褻光碟維生，衡諸被告之經歷與色情影片交易常情，前揭國內公開播放之電影「3D肉蒲團之極樂寶鑑」，屬於具有情色內容之電影，其內容與畫面及本案扣案之有碼光碟，均屬描寫性愛情節之影片，既然前者受我國著作權保護，不得任意侵害其著作財產權。況附表編號126、600、696光碟之表達內容，自情色與非情色部分之拍攝手法、情節設計，均足以表現作者之個性或獨特性而具有最低程度之創意之創作性要件，其與一般視聽著作應具原創性要件，並無二致，衡諸被告以盜版光碟維生，其應知悉如附表所示有碼影片具有著作財產權。

(3)被告應知悉日本保護色情著作之著作權：

因日本保護色情著作之著作權，故促使色情影片之製造與行銷，並成為日本國內之重要產業。告訴人均為日本專業經營色情影片之公司，投資成本從事編劇、編纂、設計不同內容之劇情及文案，並撰寫劇本與臺詞，再由導演指導演員演出及專業攝影人員拍攝，創作完成受日本著作權之保護色情著

作，進而行銷市場營利，被告以販售色情光碟牟利，豈不知上開情事，益徵被告明知如附表所示有碼影片應受著作財產權保護。

伍、論罪之說明：

一、明知係侵害著作財產權重製光碟而散布與販賣猥褻物品罪：核被告所為，係犯著作權法第91條之1第3項前段、第2項之明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布罪及刑法第235條第1項之販賣猥褻物品罪。其明知係侵害著作財產權之重製光碟而持有，或意圖散布而公開陳列之低度行為，均應為散布之高度行為所吸收，不另論罪。因著作權法第91條之1第3項，係同條第2項之加重規定，其罪刑均屬獨立，此為借刑法立法之例，自毋庸併引第2項。被告意圖販賣而持有猥褻光碟，並進而為販賣行為，該持有之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，亦不另論罪。

二、著作權法第91條之1第3項前段與刑法第235條之接續犯：

(一)接續犯之要件：

按犯罪行為人所為究竟應成立一罪或數罪，其決定之依據，在於罪數論所描述之一行為，係指人之一個意思決定所啟動的一個複合之因果流程，一個複合之因果流程是由數個相互連結而具有方法目的、原因結果或持續複製關係之因果事實所構成，該一行為是社會經驗認知上之一行為，故構成一罪之行為，不論實現一個或數個構成要件，均僅被評價為一罪。而刑法上之接續犯，係指行為人之數行為於同時同地或密切接近之時、地實行，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理，而論以單純一罪而言（參照最高法院100年度臺上字第5085號刑事判決）。

(二)被告為包括一罪之接續犯：

被告自承分別以10元、20元代價向「阿偉」販入上開無碼、有碼光碟片，並在店內以無碼每片25元、有碼每片40至50元之價格販售予不特定人，核被告所為，均係犯刑法第235條第1項之販賣猥褻影音光碟片罪。就起訴書附表編號126、600、696光碟部分，為著作權法第91條之1第3項前段之明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布。因著作權法第91條之第2項、第3項之構成要件為散布，刑法第235條第1項構成要件為販賣，本身即含有重複實施之意思。是被告自99年7月起至同年9月8日為警查獲止之該段期間內，持續在同一地點內販賣猥褻影音光碟片與有著作財產權之影音光碟片之行為，具有不斷反覆實行之特性，故被告以其單一非法販賣猥褻影音光碟片之意思決定，開啟其嗣後之事實行為，期間雖有多次違反上開犯行之構成要件被實現，惟無礙其於意思決定之初，即有預定實行複次作為之性質，且客觀上，其等前開行為，均係在密集期間內以相同之方式持續進行

，未曾間斷，具有反覆、延續實行之特徵。職是，被告基於單一意思決定，在同一地點陸續所為販賣猥褻影音光碟片等多次行為，均係侵害同種類法益，時間緊密，地點相同，難以強行分開，應視為數個舉動之接續施行，客觀上應以包括之一行為，加以評價較為合理，是應論以包括一罪之接續犯。

### 三、被告成立共同正犯：

按共同正犯之成立，祇須具有犯意之聯絡，行為之分擔，既不問犯罪動機起於何人，亦不必每一階段犯行，均經參與。而共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時，基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙於共同正犯之成立，且其表示之方法，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，均無不可。共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，其包含間接之聯絡者，故共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，應對於全部所發生之結果，共同負責。換言之，共同正犯間，非僅就其自己實行之行為負其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實行之行為，應負共同負責。故共同正犯應就全部犯罪結果共負責任，正犯中之一人，其犯罪已達於既遂程度者，其他正犯應以既遂論科。最高法院28年上字第3110號、29年上字第3617號、34年上字第862號、32年上字第1905號、73年臺上字第1886號、第2364號、77年臺上字第2135號分別著有判例。揆諸前揭說明，被告就上開犯行有犯意聯絡及行為分擔，成立共同正犯。

### 四、被告所犯為想像競合犯：

被告以一個散布行為同時侵害多人之著作財產權，為想像競合犯，應依刑法第55條規定，以一罪論。而被告自99年7月起至同年9月8日為警查獲止之該段期間內，其散布盜版有著作財產權光碟及販賣猥褻光碟之行為，時間完全重疊，行為地點相同，社會觀念上難以分割為二個不同行為，應認為屬於一行為觸犯數罪名之想像競合關係，應論以情節較重之著作權法第91條之1第3項前段之明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布罪。

### 陸、原判決之評斷：

#### 一、檢察官上訴意旨略以：

(一)著作權法第91條之1與刑法第235條之要件與立法目的不同：色情與猥褻之定義或因時代與社會風情不同而異，是情色著作不該僅因具有色情之元素，即認為非著作。況大法官釋字第617號闡明性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，應受上開憲法對言論及出版自由之保障。依據法明確性原則，著作權法未排除色情影片之保護，在法律適用之理解性與可預測性，不得全面否認色情影片非著作或不受著作權法之保障。而刑法散布猥褻物品罪之成立，僅須所

散布之物品為猥褻物品即為已足，即維護社會法益是其規範目的，而著作權法第91條之1係以被害人具有合法著作權存在為前提，兩者構成要件與立法目的不同。

(二)扣案之有碼光碟有著作財產權：

我國自91年1月1日起正式加入WTO，依據TRIPS第9條第1項、伯恩公約第3條之規定，我國對於同屬世界貿易組織會員國國民之著作，應加以保護。日本既為世界貿易組織之會員國之一，依著作權法第4條第2款之規定，其發行之著作亦應受我國著作權法之保護。本案扣案影片光碟，均經專業團隊企畫，先由編劇編纂、設計不同內容之劇情及文案，並撰寫劇本及臺詞，再經由導演指導演員演出及專業攝影人員拍攝，後復經剪輯後製及廣告行銷之策劃，花費眾多時間、人力成本方製作完成，核屬具原創性之人類精神上創作，足以表現製作團隊之個性與獨特性。準此，被告所為，就公開陳列販售有碼片部分，係犯著作權法第91條之1第3項、第2項之明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布或意圖散布而公開陳列或持有。而就販售有碼片部分，係犯刑法第235條罪嫌，其為想像競合，請從一重之違反著作權法第91條之1第3項、第2項罪嫌處斷。因本案件扣案之有碼光碟計5,441片、無碼光碟計5,859片，扣案數量龐大，顯見被告經營規模可觀，對社會危害甚鉅。並加重其刑云云。

二、本院認原審判決有撤銷事由：

原審以事證明確而認定被告共同販賣猥褻光碟，據予論科，雖有論述，惟檢察官上訴主張扣案之有碼光碟有著作財產權，被告販賣該等非法重製光碟係侵害著作財產權之犯行，請求依法論斷。準此，本院自應探究原審是否有認定事實或適用法律之錯誤，致有原審判決應予撤銷之事由。經查：

(一)原審認被告為集合犯不影響成立之罪數與應受刑罰：

被告基於單一意思決定，在同一地點陸續所為販賣猥褻影音光碟片等多次行為，均係侵害同種類法益，時間緊密，地點相同，客觀上應以包括之一行為，加以評價較為合理，是應論以包括一罪之接續犯。至於原審認定被告為集合犯，雖與本院認定被告犯行屬接續犯性質有異，然此僅為法律見解之不同，對於被告應成立之罪數與應受刑罰實質均未更異，自不構成撤銷原審判決之事由。

(二)原審認有碼色情光碟片非屬著作權保護之客體有誤：

原審據以論科，固非無見，並認色情光碟有礙維持社會秩序或違背公共利益之著述，無由促進國家社會發展，且與著作權法之立法目的有違，基於既得權之保障應受公序良俗限制之原則，是色情光碟片非屬著作權法所稱之著作，自不受著作權法不得製造或販賣之保障等情。然基於憲法賦予人民表現自由之基本權利，著作權法未規範之消極要件，不得禁止或剝奪色情著作人應受著作權法保護之權利。故法院不得任意限制憲法或法律保障之權利。準此，起訴書附表編號126

、600、696 光碟為原創性之視聽著作，被告未經告訴人同意或授權，以移轉所有權之方法，散布著作物原件或重製物或意圖散布而公開陳列持有侵害著作財產權之重製物等方式，共同成立著作權法第91條之1 第3 項前項之明知係侵害著作財產權之重製光碟而散布罪，原審認定系爭扣案有碼色情光碟片，非屬我國著作權保護之客體，容有不當。

(三)原審認有既遂或未遂之標準有誤：

犯刑法第235 條第1 項之販賣猥褻物品罪者，行為人係指以營利為目的，著手販賣猥褻物品罪，販賣行為之完成與否，應視標的物之是否交付，作為既遂、未遂之標準（參照最高法院101 年度第10次刑事庭會議決議一）。原審固認販賣猥褻物品罪，其所謂販賣、係指以營利為目的，將猥褻物品販入或賣出而言，不以先買後賣為限，且一有販入或賣出，犯罪即屬完成。然被告基於營利為目的，向「阿偉」販入上開無碼、有碼光碟片，嗣於店內以無碼每片25元、有碼每片40至50元之價格販售予不特定人，並交付該等光碟片，揆諸前揭說明，原審認有既遂或未遂之標準有誤。職是，原審判決有上揭認定事實與適用法律之錯誤，故檢察官上訴指摘原判決不當，為有理由，應由本院予以撤銷改判。

柒、量刑說明：

一、本案依據刑法第16條但書得減輕其刑：

(一)違法性錯誤之情形採責任理論：

按除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。刑法第16 條 定有明文。所謂不知法令，係指對於刑罰法令有所不知，且其行為不含有惡性而言。申言之，刑法第16條所規定之違法性錯誤之情形，採責任理論，即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立。至於非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑之不同法律效果。因法律頒布，人民即有知法守法義務；是否可避免之，行為人有類如民法上之善良管理人之注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免。行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責任，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社會通念是否均信為正當者為斷（參照最高法院20年非字第11號判例、88年度臺上字第5658號、100 年度臺上字第156 號刑事判決）。

(二)被告違法性錯誤未達於不可避免之程度者：

1. 被告犯行不符刑法第16條本文之規定：

被告雖抗辯稱渠等信賴最高法院88年度臺上字第250 號、94 年度臺上字第6743號刑事判決見解，認色情光碟片不受著作

權法之保護，故有無法避免有違法性錯誤之情形云云。然被告曾多次犯他案散布猥褻物品罪而侵害社會法益之事實，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可稽（見本院卷二第106至115頁）。是被告係以違法販售散布猥褻光碟為業，遭查獲本案前即有多次販賣猥褻物品遭查獲之犯罪事實，足認被告本案犯行，難謂對於刑罰法令均有所不知，且其行為具有惡性，顯非有正當理由而無法避免者，不符刑法第16條本文規定之應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立。

## 2. 被告之可非難性低於通常之違法性認識：

被告違法性錯誤固未達於不可避免之程度者，惟因有上揭最高法院謂色情光碟片有悖於公共秩序善良風俗，難認係著作權法所保護之著作等情，且被告多次販賣色情光碟，均未論斷有侵害著作財產權之犯行。準此，被告行為之惡性程度及依一般社會通念觀之，其可非難性低於通常之違法性認識，符合刑法第16條但書得減輕其刑之要件。而本院是否酌減被告其刑，端視渠等行為之惡性程度及依一般社會通念是否均信為正當者為斷，並非必減。

## 二、本院審酌量刑因素：

憲法第16條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（參照釋字第396號、第482號、第582號解釋）。故被告並無自證犯罪及自證無罪之義務，是其否認犯罪，所持之辯詞，縱無可取，仍不得因此資以為反證其犯罪之論據。申言之，刑事訴訟法為保障被告之防禦權，尊重其陳述之自由，包括消極不陳述與積極陳述之自由，前者賦予保持緘默之權，後者則享有無須違背自己之意思而為陳述之權。再者，依據刑事訴訟法第95條第2款、第96條、第289條第1項等規定，得行使辯明權，以辯明犯罪嫌疑，並就辯明事項之始末連續陳述；暨審判期日調查證據完畢後，得就事實及法律辯論。基於保障被告防禦權而設之陳述自由、辯明、辯解及辯護權，係被告依法所享有基本訴訟權利之一，法院復有闡明告知之義務。則科刑判決時，對刑之量定，應以被告之責任為基礎，本諸比例、平等及罪刑相當等原則，並審酌刑法第57條所列各款情狀為輕重之標準，其中同條第10款所稱犯罪後之態度，係指被告犯罪後，因悔悟而力謀恢復原狀，或與被害人和解，賠償損害等情形而言，應不包括被告基於防禦權之行使而自由陳述、辯明或辯解、辯護時之態度。故法院不得因被告否認或抗辯之內容與法院依職權認定之事實或法律之適用，有所歧異或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳，而採為量刑輕重標準之一（參照最高法院93年度臺上字第664號、97年度臺上字第6725號刑事判決）。準此，本院審酌被告之量刑因素如後：

### (一) 被告張善震部分：

違法性錯誤尚未達於不可避免之程度者，其可非難性係低於通常，雖符合減輕其刑之要件，然並非必減。因被告張善震擔任之負責人，其較受僱人即被告周佳民犯罪情節重大，居於本案之主導地位與主要犯罪獲利者，故本院認不應依刑法第16條但書減輕其刑。再者，審酌被告張善震販賣含猥褻內容與有著作財產權之光碟，有損社會善良風俗與侵害著作財產權，前已有販賣猥褻物品內容罪質相同之犯罪前科，固難認其有悔悟。惟念其犯後尚能坦承部分犯行，態度非差，參諸其知識程度、犯罪之動機、目的、手段等一切情狀，量處如本判決主文第2項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

(二)被告周佳民部分：

1. 被告周佳民量刑因素：

被告周佳民販賣含猥褻內容與有著作財產權之光碟，有損社會善良風俗與侵害著作財產權，前已有販賣猥褻物品內容罪質相同之犯罪前科，難認其有悔悟。惟被告周佳民之父丙○○從事勞力之船務工作，因患有呼吸肺栓塞等急性症狀，其尚負有逾200萬元之債務，而自100年5月間起開始小本經營「0000 000000」文化創意商店（見原審卷第54至70頁）。再者，被告周佳民於本案案發之後，除上開設計商店外，亦與其兄丁○○共同於臺北市經營○○餐飲事業，而被告周佳民之母親戊○○罹患惡性腫瘤，近日須進行手術及化療。更自100年間起於青輔會所屬之臺北市青年志工中心擔任志工，並以經營事業之部分盈餘購買耶誕禮物予育幼院（見本院卷一第199至204頁；本院卷二第162至163頁）。

2. 被告周佳民有刑之加重及減輕情事：

按刑有加重及減輕者，先加後減，刑法第71條第1項定有明文。被告周佳民前如有犯罪事實欄所示之前案紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽（見本院卷一第7至14頁；卷二第106至113、117至120頁），其受有期徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第47條第1項之規定加重其刑。就被告周佳民所犯上開之罪，符合刑法第16條但書之規定，且其受僱於被告張善震，犯罪情節較輕，衡諸其行為惡性程度與一般社會通念，本院得減輕其刑，並依法先加後減之。再者，念其犯後尚能坦承部分犯行，態度非差，參諸其知識程度、犯罪之動機、目的、手段等一切情狀，量處如本判決主文第3項所示之刑，暨諭知易科罰金之折算標準。

三、宣告沒收：

按犯第91條至第96條之1之罪，供犯罪所用或因犯罪所得之物，得沒收之。但犯第91條第3項及第91條之1第3項之罪者，其得沒收之物，不以屬於犯人者為限，著作權法第98條定有明文。關於沒收規定，其他法律或刑法分則有特別規定者，應優先於刑法總則第38條沒收規定之適用。而義務沒收

主義，自應優先於採職權沒收主義而適用。申言之，著作權法第98條規定雖應優先於刑法第38條第1項第2款而適用，然著作權法第98條係採職權沒收主義，沒收與否，法院有裁量之權。參諸釋字第617號解釋可知猥褻物品分為硬蕊與軟蕊，故本案扣案如附表所示之猥褻光碟，不論為無碼或有碼光碟、有著作財產權或無著作財產權光碟，依刑法第235條第3項規定，猥褻物品不問屬於犯人與否，均應宣告沒收。職是，採義務沒收主義者，自應優先於採職權沒收主義，適用刑法第235條第3項之規定。

四、不另為無罪之諭知：

綜上所述，公訴人所提出之證據，除起訴書附表編號126、600、696光碟外，難以使法院認定被告有侵害他人著作權光碟而販賣之確信。況綜觀卷內現有事證，復查無其他積極之證據證明被告確有公訴人所指此部分之犯行，原應為無罪之諭知，惟此部分與前揭論罪科刑之販賣猥褻光碟與明知係侵害著作財產權之光碟重製物而散布犯行，有裁判上一罪與接續犯等關係，爰不另為無罪之諭知，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，著作權法第91條之1第2項、第3項前段、第98條，刑法第235條第1項、第3項、第11條前段、第16條、第28條、第38條第1項第2款、第41條第1項前段、第47條第1項、第55條、第71條第1項，刑法施行法第1條之1第1項、第2項後段判決如主文。

本案經檢察官覃正祥到庭執行職務。

中 華 民 國 103 年 2 月 20 日

智慧財產法院第二庭

審判長法 官 陳忠行

法 官 熊誦梅

法 官 林洲富

以上正本證明與原本無異。

不得上訴。

中 華 民 國 103 年 2 月 20 日

書記官 吳羚榛

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第235條

散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科3萬元以下罰金。

意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。

前2項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。

著作權法第91條之1：

擅自以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之

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50萬元以下罰金。

明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，處3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣7 萬元以上75萬元以下罰金。

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2 百萬元以下罰金。但違反第87條第4款規定輸入之光碟，不在此限。

前2 項之罪，經供出其物品來源，因而破獲者，得減輕其刑。

著作權法第98條

犯第91條至第93條、第95條至第96條之1 之罪，供犯罪所用或因犯罪所得之物，得沒收之。但犯第91條第3 項及第91條之1 第3 項之罪者，其得沒收之物，不以屬於犯人者為限。

本判決附表即起訴書附表：

---

資料來源：司法院法學資料檢索系統