裁判字號：智慧財產法院 106 年刑智上易字第 65 號刑事判決

裁判日期：民國 106 年 11 月 15 日

裁判案由：違反著作權法

智慧財產法院刑事判決

106年度刑智上易字第65號

上訴人 臺灣桃園地方法院檢察署檢察官

被告 黃英鑫

上列上訴人因被告違反著作權法案件，不服臺灣桃園地方法院105年度智易字第17號，中華民國106年7月7日審判決（起訴案號：臺灣桃園地方法院檢察署105年度調偵字第235號），提起上訴，我們現在判決如下：

主 文

上訴駁回。

事實及理由

- 一、本案經本院審理結果，認為第一審判決被告黃英鑫無罪，認事用法均屬正確，應予維持，並引用第一審判決書記載之理由（如附件）。
- 二、原審判決被告無罪，主要是因為單憑網際網路號碼位址（IP）為被告家中所申請使用，並不能確定利用此IP位址下載本案據訴作品（即告訴人有著作權之電影「黃飛鴻之英雄有夢」）的人，就是被告。檢察官就此提出上訴，其上訴理由有三：(1)被告對於家中WIFI無線分享器未設定密碼，前後供述不一；(2)使用WIFI無線分享器，倘未設密碼，將會導致他人也分享占用連網頻寬，所以不設密碼有違社會常情；另原審也可以傳喚被告的配偶就此加以查證，卻漏未傳喚，有應調查之證據漏未調查之缺失；(3)以下載據訴作品之犯罪型態而言，應不存在僵屍網路、跳板等第三人犯罪情形。
- 三、犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第154條第2項定有明文。又檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，應貫徹無罪推定原則，刑事妥速審判法第6條也有明文規定。也因此，雖然刑事訴訟法第163條第2項但書規定：「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。」，但為貫徹檢察官之舉證責任，避免法院偏離中立公正之立場，此所謂「公平正義之維護」，係專指利益被告而攸關公平正義者而言，最高法院就此也有101年度第2次刑事庭會議決議可資遵循。所以如因檢察官之舉證不足以使被告定罪，法院應即為無罪之判決，並不應依職權再為不利於被告之調

查。

四、經查：

- (一)檢察官雖質疑：被告未於偵查中說明家中使用WIFI無線分享器而無密碼，後於原審準備程序中稱：家中有使用WIFI無線分享器，但沒有另外改密碼，就是用最原始的（原審審智易卷第26頁背面），最終又說家中IP分享器在本案發生前，沒有設定密碼等情，前後並不一致，但這些質疑，都僅止於質疑而已，而不是提出實質證明被告有罪的證據。被告在受訊問時，依法本來就可以保持緘默（刑事訴訟法第95條第1項第1款規定參照）；如果受訊問時沒有被問到的問題，被告因而沒有主動告知，自然不能為其不利之認定。本案中，被告於檢察官偵訊時，就已經指出家中使用之WIFI，不知道是不是被盜用（偵卷第41頁），檢察官既未進一步問被告家中使用之WIFI是否有設定密碼，或是否使用原先出廠時之密碼，就不應責怪被告為何沒有主動告知。又不論是被告於原審準備程序所說的「沒有另外改密碼」或者於原審審理中所述「沒有設定密碼」，都是在指出同一IP可能為其他人使用之可能性，檢察官應該就此進一步舉證並沒有其他人使用同一IP之合理可能性，而非僅是質疑被告前後供述不一而已。
- (二)檢察官認為：使用WIFI無線分享器，倘未設密碼，將會導致他人也分享占用連網頻寬，所以不設密碼有違社會常情，固然正確；但此項論述，應該還不到「不設密碼」即完全不合理之程度。申言之，在某些特定情況下，例如：使用者貪圖方便，且未設密碼，也沒有人因此分享占用連網頻寬等，還是有合理可能不設密碼。被告在原審就辯稱：「當初為了讓我太太使用方便，所以我沒有設定密碼，另外案發時我剛買小米的IP分享器，我不太知道怎麼設定密碼，因為小米的分享器追求的就是方便，線插上去就可以使用，本案發生之後，我才知道小米分享器的密碼設定要從手機去連結」等語（原審智易卷第52頁背面），如檢察官認此辯解不可信，就應該提出證據或聲請調查證據加以反駁。根據前面的法律規定及說明，原審法院沒有進一步為不利被告的調查，並沒有違法。
- (三)檢察官又認為：僵屍網路是指電腦被植入可遠端操控之惡意程式，主要是為獲取犯罪利益，避免遭查緝，但以下載本案據訴作品而言，該作品係存留於被告使用之電腦，明顯與僵屍網路運作方式有異。然而，檢察官所稱「該作品係存留於被告使用之電腦」乙節，實際上根本沒有證據可以支持，原審也曾訊問被告：「你們家的電腦有系爭影片嗎？」，被告就答稱：「沒有」。（原審審智易卷第27頁）。且如電腦遭植入可遠端操控之惡意程式，則遠端操控之人，亦可將下載之本案據訴作品，再度轉傳，並不會因遠端操控下載，就無法取得犯罪利益。

五、綜前所述，檢察官提起本案上訴，並無理由，故依刑事訴訟

法第373 條、第368 條規定，駁回檢察官上訴。

六、另外，我們在審理本案時，發現檢察官之所以能夠透過IP位址查到被告，進而提起本案公訴，是因為警方直接向電信公司調取IP使用者年籍資料及連絡方式，電信公司也相應配合所致（原審智易卷第15-18 頁）。此部分因可能有違反通訊監察保障法之疑義，未來如遇有相關證據能力爭議，我們有可能因此判定取證違法，而排除證據能力，故有必要特別附帶說明如下，以促請犯罪偵查機關注意，並盡速研商改善此部分之偵查方式：

- (一)檢察官偵查最重本刑三年以上有期徒刑之罪，有事實足認通信紀錄及通信使用者資料於本案之偵查有必要性及關連性時，除有急迫情形不及事先聲請者外，應以書面聲請該管法院核發調取票。司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有調取通信紀錄之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發調取票。通訊保障及監察法第11條之1 第1 項前段、第2 項分別定有明文。
- (二)依據上述法律規定，國家為偵查犯罪，而有查看人民通信紀錄，以及瞭解通信使用者資料時，已非毫無法律限制，且已經立法者列為法官保留及令狀原則之適用範圍。其中關於通信使用者資料部分，雖然表面上只對檢察官有所規定，而未規定司法警察官在取得通信記錄時之法定程序，但檢察官在我國刑事偵查法制上，為唯一之偵查主體，司法警察官依其層級僅分別有協助檢察官偵查犯罪之職權，或受檢察官之指揮，偵查犯罪（刑事訴訟法第229 、230 條參照），依照法律之體系解釋，實在難以認為協助或接受指揮之司法警察官可以不受審查、自主取得人民之通信使用者資料，但作為偵查主體之檢察官卻反而要受法官保留及令狀原則之拘束。所以應認為司法警察官也應該比照檢察官受到同一限制，才符合我國刑事偵查法制之架構。
- (三)如果僅憑法律無明文對司法警察官限制，就認為司法警察官可以不受審查、自主取得人民之通信使用者資料，那麼檢察官就可以藉由指揮司法警察官之職權，指揮司法警察局不受審查地取得通信使用者資料。如此一來，上述法律規定對於檢察官偵查手段之程序限制，就形同完全被架空。這樣的解釋，應該明顯是違反立法者之立法原意。
- (四)網路IP位址之使用者資料本身就是個人資料，依個人資料保護法本應受法律保護。當使用者資料與網路IP位址結合時，該項資料不僅涉及個人資料，同時也涉及憲法第12條之祕密通訊自由。當然自由並非不能以法律予以合理限制，但自由保障與法律限制間之平衡，有賴於立法機關整合國家社會與個人間之整體需求，予以妥適斟酌，並應由司法機關從憲法觀點加以事後審查確認。由於網際網路已成為當前社會生活的構成重要部分，國際上確有將網路IP位址作為個人資料加強保護之趨勢。歐盟法院第二庭於西元2016年10月19日在Ca

se 582/14 - Patrick Breyer v Germany乙案之判決中即指出：歐盟指令95/46 第二條（a）款所規定之個人資料，在特定情況下，亦包括網路使用者連結網站時所使用之浮動式IP位址。另即將於明年（2018年）5月25日施行之歐盟一般資料保護規則（General Data Protection Regulation, 2016/679）更於其第4條（1）款明文規定個人資料包括個人線上可識別資訊，而可認為直接包括網路IP位址在內。也因此，我國立法者於103年間修法時，將通信使用者資料列為法官保留、令狀原則之適用範圍，以強化其保護，可謂符合此一趨勢。

(五)雖然前述立法後，社會有部分出現限制過嚴、影響犯罪偵查之意見（請參見行政院數位法制議題的線上法規討論平台，法務部提案討論：放寬通訊保障及監察法對調取通信紀錄之限制，<https://talk.vtaiwan.tw/t/topic/554>），行政院也曾於103年10月16日經院會通過「通訊保障及監察法」部分條文修正草案，提案刪除通訊保障及監察法第11條之1之條文，但畢竟此項修正草案，並未獲立法修正通過，這表示社會對於開放偵查機關完全不受司法節制，自主調取人民通信使用者資料，仍有所疑慮。也因此，在此階段，法院仍應本於立法原意，於個案中依法審查警方任意取得通信使用者資料之合法性並排除其證據能力。倘本案警方未經聲請調取票程序，直接向電信公司調取IP使用者年籍資料，是警方一般普遍執法之方式，自有必要注意前述合法性問題，並盡速研商改善。

七、本案由檢察官陳建文提起公訴，並經檢察官田炳麟到庭執行職務。

中 華 民 國 106 年 11 月 15 日

智慧財產法院第三庭

審判長法 官 汪漢卿

法 官 伍偉華

法 官 蔡志宏

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中 華 民 國 106 年 11 月 15 日

書記官 張君豪