智慧財產及商業法院刑事判決

111年度刑智上易字第31號

上　訴　人　臺灣桃園地方檢察署檢察官
被　　告　江茂松
選任辯護人　陳宗奇律師

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中華民國111年4月11日第一審判決（110年度智易字第23號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109年度偵字第34163號），提起上訴，暨檢察官移送併案審理（臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第23266號），本院判決如下：

主　文

原判決關於罪刑部分撤銷。

江茂松犯著作權法第九十二條擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪，處拘役伍拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年。

其他上訴駁回。

事　實

一、江茂松明知未經著作權人同意或授權，不得未加註其著作人之姓名，並公開傳輸他人語文著作，竟基於侵害著作人格權、著作財產權之犯意，未經謝○○之同意或授權，於民國107年6、7月間某日某時許，在其位於桃園市○○區○○街000號居所內，利用電腦設備連結網際網路，擅自將其於85年間重製存於硬碟內由謝○○所創作享有著作人格權、著作財產權之「ㄆ」、「ㄇ」、「ㄈ」、「ㄋ」、「ㄖ」、「ㄙ」、「ㄚ」、「ㄞ」、「ㄢ」、「ㄣ」、「ㄤ」、「ㄦ」、「ㄨ」等兒歌語文著作，上傳至其所經營之教牧與教育小站網頁而公開傳輸（網址：http://ce.fhl.net/eduction/；路徑：『教育資訊』欄位＞『親子教育』欄位＞『兒語兒歌』欄位），且未加註其著作人之姓名，供不特定人上網瀏覽，侵害謝○○表示其本名之著作人格權、著作財產權。嗣於109年2月17日，經謝○○上網瀏覽，始悉

上情（起訴書記載非法重製語文著作部分，因查無積極證據證明被告有另於100年至109年2月17日期間非法重製之行為，經原審法院不另為無罪之諭知，不在本院審理範圍，詳如本判決理由欄壹、一、本院審理範圍之說明）。

二、案經謝○○訴由內政部警政署保安警察第二總隊移送臺灣桃園地方檢察署檢察官偵查起訴及移送併案審理。

理　由

壹、程序部分：

一、本院審理範圍：

（一）按刑事訴訟法第348條於110年6月16日修正公布，並自同年月18日起生效施行，該次修正增訂第2項但書規定，針對未經聲明上訴之部分，倘為無罪、免訴或不受理者，應使該無罪、免訴或不受理部分不生移審上訴審之效果而告確定，以符合當事人進行主義之精神，減輕被告訟累，避免被告受到裁判之突襲，並在立法理由明示，該項但書所稱「無罪、免訴或不受理者」，不以在主文內諭知者為限，即第一審判決就有關係之部分於理由內說明不另為無罪、免訴或不受理之諭知者，亦屬之。

（二）按刑法沒收新制修正後，沒收已非從刑，雖定性為「獨立之法律效果」，但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於犯罪（違法）行為之罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收部分之基礎，產生裁判歧異，是依刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，縱令上訴權人僅聲明就罪刑部分上訴，倘其上訴合法者，其效力應及於相關沒收部分之判決。

（三）經查，本案係在刑事訴訟法第348條規定修正施行後之111年6月22日繫屬於本院，此有卷附蓋有上開收文日期章戳之臺灣桃園地方法院111年6月21日桃院增刑真110智易23字第1110072996號函1紙存卷為憑（見本院卷第3頁），是本案上訴之效力及其審理範圍，自應適用現行刑事訴訟法

第348條規定判斷；而本案檢察官業已明示僅針對原審判決有罪部分提起上訴（見本院卷第17頁、第95頁），被告江茂松則未提起上訴，是依刑事訴訟法第348條第2項但書、第455條之27第1項前段規定，本院僅就原判決關於罪刑及其相關沒收部分為審理，原判決關於不另為無罪諭知部分業已確定，而不在本院審理範圍。

二、證據能力部分：

（一）本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述以及其他書面陳述，雖均屬傳聞證據，惟當事人於本院審判期日中就證據能力部分均表示無意見而不予爭執，並迄至言詞辯論終結前，當事人知悉有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，猶未再聲明異議，本院審酌該等證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，且與本案待證事實具有關聯性，而認為以之作為證據，應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5之規定，認有證據能力。

（二）本判決所引用之非供述證據，無傳聞法則之適用，並因均與本案待證事實具有關聯性，且查無證據證明係實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第159條之4顯有不可信之情況或不得作為證據之情形，復經本院依法踐行調查證據程序，應認均有證據能力，而得採為判決之基礎。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

被告於如事實欄一所示時地，未經告訴人謝○○之同意或授權，擅自公開傳輸如事實欄一所示語文著作，且未加註其著作人之姓名，供不特定人上網瀏覽等情，業經被告供承在卷（見本院卷第64、66、101頁），核與證人謝○○於原審審判中具結證述之被害情節大致相符（見臺灣桃園地方法院110年度智易字第23號刑事卷宗第32至35頁），並有「大家來唱ㄅㄆㄇ」書籍影本（見偵卷第53至83頁）、中國時報70年4月4日報導影本（見偵卷第211至213頁）、台灣高雄地方法

院所屬民間公證人楊士弘事務所109年2月17日公證書、教牧與教育小站網頁截圖30紙（見偵卷第89至91頁、第93至151頁）在卷可資佐證，足徵被告上開不利於己之任意性陳述與事實相符，堪以採信。綜上所述，本件事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

二、論罪部分：

（一）核被告所為，係犯著作權法第92條之擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪、同法第93條第1款之侵害同法第16條規定之著作人格權罪。

（二）被告以一行為觸犯上開各罪名，應依刑法第55條之規定，從一重之擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪處斷。

（三）公訴意旨雖未敘及被告侵害著作權法第16條規定之著作人格權犯行，然此部分事實與業經起訴之部分，既有想像競合犯之裁判上一罪關係，復據臺灣桃園地方檢察署檢察官以111年度偵字第23266號移請併案審理，為起訴效力所及，復經本院對被告踐行告知罪名之程序（見本院卷第63、96、100頁），本院自應併予審究。

三、撤銷改判理由及科刑審酌事項：

（一）原審經審理後，認被告犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：

1.臺灣桃園地方檢察署111年度偵字第23266號移送併辦意旨書（下稱本案移送併辦意旨書）所載關於侵害告訴人表示其本名之著作人格權之犯罪事實，因與業經起訴之犯罪事實有想像競合犯之裁判上一罪關係，而為起訴效力所及，已如上述，原審未及審酌檢察官移送本院併案審理之犯罪事實，容有未洽。

2.按刑事審判旨在實現刑罰權之分配正義，故法院對於有罪被告之科刑，應符合罪刑相當之原則，使輕重得宜，罰當其罪，而刑罰之量定，係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權裁量之事項，不得擷取其中片

段或單一量刑因子，遽予評斷，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，說明其量刑所側重之事由及其評價，而未逾越法定刑度或有濫用裁量權限之情事，即不得任意指為違法。次按刑法第57條第10款所定「犯罪後之態度」，係指被告犯罪後，因悔悟而力謀恢復原狀、與被害人和解或賠償損害之程度而言，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，是不得因被告否認或抗辯之內容與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，即逕認其犯罪後態度不佳，而採為從重量刑之事由。經查，原判決記載：「被告…迄未與告訴人和解或賠償告訴人損害…」等語（見原判決第5頁理由欄三所載），堪認原審已將被告犯後是否與告訴人和解、賠償告訴人所受損害等犯罪後之態度列為量刑因子之一，然被告已於本院審理期間與告訴人達成和解，賠償告訴人所受損害（詳如下述），堪認被告犯罪後之態度與原審已有不同，原審量刑時未及審酌上開量刑因子之更動，而為刑罰量定，亦有未洽。

3.從而，檢察官以原審量刑過輕為由提起上訴，雖無理由，然原審認定之犯罪事實及量刑時所審酌之情狀均已變更，即無可維持，應由本院將原判決關於罪刑部分予以撤銷改判。

（二）爰以行為人之責任為基礎，審酌被告未尊重他人之智慧財產權，擅自公開傳輸他人擁有著作財產權之語文著作，並以未加註著作人姓名之方式，侵害他人之著作人格權，惟念及被告於犯後與告訴人達成和解，賠償告訴人所受損害，此有本院111年11月9日和解筆錄1紙存卷可考（見本院卷第73頁），兼衡酌被告之品性素行、犯罪動機、目的、手段、擅自公開傳輸之語文著作數量及期間、對著作權之侵害情節、生活狀況（已婚，育有二子，從事教會傳道工作，每月收入新臺幣40,000元）、教育程度為大學畢業，暨告訴人於本院準備程序中表明願意給予被告自新機

會之意見（見本院卷第68頁）等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑，並審酌被告之職業、經濟能力、維持刑罰執行之有效性與公平性等情狀，諭知易科罰金之折算標準。

（三）被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告乙節，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表存卷可考，被告僅因一時短於思慮，致罹刑典，然其於犯後已與告訴人達成和解，賠償告訴人所受損害，而告訴人於本院準備程序中亦表明願意給予被告自新機會等情，已如上述，是被告有意且盡力彌補告訴人所受損失，經此偵審程序及科刑判決後，當能知所警惕而無再犯之虞，本院因認上開宣告之刑以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款之規定宣告緩刑2年，以啟自新。

四、上訴駁回部分（即原判決關於沒收部分）：

(一)原判決關於罪刑部分雖有上開應撤銷之事由，然關於沒收部分，已於理由欄敘明被告上開公開傳輸之檔案，雖係因犯罪所生之物，惟未扣案，是否屬被告所有及是否尚存不明，不予宣告沒收之旨。經核原審就此部分認事用法均無不合，並因沒收具有獨立性，而非刑罰，得與原判決關於罪刑部分分離，應予維持。

(二)茲因檢察官僅對於原判決關於罪刑部分不服而提起上訴，揆其所提出之上訴理由，關於合法上訴效力所及之沒收部分，並未指摘原判決有何違法或不當之處，因認檢察官就此部分之上訴為無理由，應予駁回。

五、退併辦部分：

本案移送併辦意旨書所載關於竄改著作內容、名目之犯罪事實，雖與本案起訴書所載犯罪事實，具有想像競合犯之裁判上一罪關係，惟按著作權法第17條於87年1月21日經總統公布修正，並自同年月23日起生效，限縮著作人所享有之同一性保持權利，以損害著作人名譽之方式利用其著作，為其構成要件。換言之，以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變他人

著作之內容、形式或名目，尚須害及著作人之名譽，始得納入同法第93條第1款所定之刑事罰範疇。經查，被告就此部分堅詞否認有何不當改變他人著作犯行；復觀諸本案檢察官於併辦意旨書就被告所涉竄改著作內容、名目等侵害著作人之同一性保持權罪嫌之移送併案審理內容，僅空泛指稱：「…將系爭著作書名、作者竄改為『兒歌兒語』、『江茂松』，另將第62頁題名『小蚯蚓』之內容『三千斤』竄改為『三十斤』，以此方式侵害謝○○之…同一性保持之著作人格權…」等語（見併辦意旨書第1頁／本院卷第33頁），並未具體說明被告就此部分有何致生損害著作人名譽之情事，而與著作權法第17條規定之侵害著作人之同一性保持權行為構成要件有別。從而，本案移送併辦意旨書所載關於竄改著作內容、名目之部分，難認與本院論罪科刑部分有何實質上或裁判上一罪關係，本院無從併予審理，應退由臺灣桃園地方檢察署檢察官另為適法之處理。

據上論斷，應依智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第369條第1項前段、第368條、第364條、第299條第1項前段，著作權法第92條、第93條第1款，刑法第11條前段、第55條、第41條第1項前段、第74條第1項第1款，判決如主文。

本案經臺灣桃園地方檢察署檢察官鄭皓文提起公訴、檢察官廖榮寬移送併案審理，臺灣高等檢察署智慧財產檢察分署檢察官羅雪梅到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　29　　日

智慧財產第五庭

審判長法　官　李維心

法　官　蕭文學

法　官　彭凱璐

以上正本證明與原本無異。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　29　　日

書記官　張君豪

附錄論罪科刑法條：

著作權法第92條

擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租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。

著作權法第93條

有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金：

一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。

二、違反第七十條規定者。

三、以第八十七條第一項第一款、第三款、第五款或第六款方法之一侵害他人之著作權者。但第九十一條之一第二項及第三項規定情形，不在此限。

四、違反第八十七條第一項第七款或第八款規定者。