最高法院刑事判決

109年度台上字第5253號

上　訴　人　CHO SUN MYUNG（中文譯名趙善明）
選任辯護人　張　靜律師
　　黃振銘律師
　　吳建勛律師
上　訴　人　華物國際有限公司
即　參與人
代　表　人　CHO SUN MYUNG
選任辯護人　張　靜律師

上列上訴人等因違反著作權法案件，不服智慧財產法院中華民國109年7月9日第二審判決（108年度刑智上訴字第58號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署104年度偵字第6508號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件上訴人CHO SUN MYUNG及華物國際有限公司（下稱華物公司）上訴意旨略以：

㈠CHO SUN MYUNG部分：

1.原判決只認定其有「意圖營利」，未認定有「意圖銷售」，其事實認定與主文所維持之第一審判決罪名不符。

2.系爭網站乃其委託第三人「李憲九」所製作，至案發前其尚未接管運作，事實上也尚未開啟收費換點數等功能，未實際收費，不可能有收取新台幣（下同）450元費用之情形，其

無營利或銷售意圖，原判決認其收費營利、販賣，未憑證據，理由不備。

3.其非銷售或出租實體之重製物，頂多是提供線上播放或下載之服務，非銷售或出租行為，不該當著作權法第91條第2項之罪。況依內政部警政署刑事警察局人員就扣案之1台伺服器（扣案之伺服器共有6台）內所存檔案鑑識結果，僅有8部影片，並非66部，且檔案大小、字幕等多有歧異，足認伺服器內影片與原判決附表一所示之影片不同。原判決所指之66部影片，尚無法證明係存於其伺服器之內。原判決之事實認定，顯有違誤。

4.本件未經合法告訴，且補正亦不合法，已逾告訴期間。

5.第一審於最後審理期日，始由審判長告知其可能觸犯著作權法第91條第2項之罪，而變更起訴法條，有突襲變更起訴法條及突襲變更獨任法官為合議庭之虞，侵害其防禦權，判決違法。

6.本件原判決附表三所載告訴人之代理人朱程吾提出之16片蒐證光碟，經查其中1部影片之建檔時間早於原判決認定之犯罪時間（即民國104年4月1日起），亦早於告訴人代理人所稱之蒐證時間，足證該光碟可能另有其他來源，並非來自ishowfile網站。原判決事實認定與卷內證據不符。

㈡華物公司部分：

其無收受任何利益，原判決認其有450元犯罪所得，所憑之證據即何明達之證言，無證據能力及證明力。有判決理由不備之違法。

三、惟查原判決維持第一審依想像競合犯規定，從一重論處CHO SUN MYUNG意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪刑（尚犯同法第92條之侵害著作財產權罪及第93條第4款之侵害著作權罪），暨諭知沒收；維持第一審諭知參與人華物公司因他人違法行為而無償取得之犯罪所得450元沒收等之判決，駁回其等在第二審之上訴。對CHO SUN MYUNG所犯重罪部分，已詳敘認定犯罪事實所憑證據及認定理由；

而諭知華物公司沒收部分，亦詳敘其理由。並對如何認定：本件告訴合法；何明達之證言有證據能力； CHO SUN MYUNG於原審之自白，有何明達之證言、卷附蒐證光碟16片、「ishowfile網站」之網頁「ishowfile下載排行 top 100」頁面列印及網頁截圖等證據可佐，與事實相符，堪以採信；本件犯罪所得450元由華物公司無償取得；CHO SUN MYUNG有著作權法第91條第2 項罪之犯意與犯行；其否認犯罪之辯詞，並不可採；起訴事實已記載其經營「ishowfile網站」，對外招收會員收取會費後，在該網站提供相關電腦程式，供會員下載影片等事實，係已就著作權法第91條第2項之犯罪事實為起訴，而依法變更起訴法條，於CHO SUN MYUNG訴訟防禦權之行使無礙；皆依據卷內資料予以指駁及說明。

四、從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒為事實上之爭辯，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，與首述法定上訴要件不符。其等上訴違背法律上之程式，均應予駁回。

五、按刑事訴訟法第376 條第1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。又裁判上一罪案件之一部分，得提起第三審上訴者，其不得上訴第三審部分，依審判不可分原則，第三審法院亦應併予審判，但以得上訴部分之上訴合法為前提。本件CHO SUN MYUNG 上開得上訴第三審之重罪部分，上訴不合法，本院由程序上予以駁回，對於第一審亦判決有罪，其想像競合所犯之著作權法第92條侵害著作財產權罪及第93條第4 款之侵害著作權罪部分，屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款案件，依上開說明，不得上訴於第三審法院，自無從適用審判不可分原則，併為實體上審判，其此部分上訴，亦不合法，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　16　　日

刑事第一庭審判長法　官　陳　世　淙

法　官　洪　兆　隆

法　官　楊　智　勝

法　官　吳　冠　霆

法　官　黃　瑞　華

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　21　　日