最高法院刑事判決

109年度台上字第743號

上　訴　人　游世印

上　訴　人　義本科技股份有限公司

代　表　人　羅鈺雯

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108年11月21日第二審判決（108年度刑智上訴字第19號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署101年度偵字第21996號、102年度偵字第26006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。且必須依據卷內資料為具體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，始屬相當。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人游世印有其事實欄所載受僱於上訴人義本科技股份有限公司（下稱義本公司），因執行業務，意圖銷售而擅自重製全曜財經資訊股份有限公司（下稱全曜公司）享有著作財產權之「CMoney系統」電腦程式著作，並改作暨編輯成內含「iGold籌碼大師」、「iGold4S研究精靈」暨「Setup_iGold_SN_Win7.exe」之「iGold」系統電腦程式並加以散布銷售之犯行，因而維持第一審依想像競合犯關係從一重論游世印以意圖銷售而擅自以重製方法侵害他人著作財產權罪，處有期徒刑1年，並諭知扣案之備份檔案硬碟3顆均沒收（暨論義本公司以法人之受雇人因執行業務犯著作權法第91條第2項之罪，科罰金新臺幣（下同）100萬元，此部分詳如下述）之判決，而駁回上訴人等在第二審之上訴；另撤銷第一審判決關於義本公司犯罪所得沒收部分，改判諭知義本公司未扣案犯罪所得1,334萬9,041元沒收，於全部或一部不能沒收（或不宜執行沒收時），追徵其價額，

已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所為異於原判決所認定之爭辯或主張為何不足以憑採，亦在理由內詳加指駁及說明，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於上訴人等之部分，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人等上訴意旨

㈠、游世印上訴意旨略以：原判決對於游世印之量刑，僅抽象空泛審酌游世印本件犯罪之動機、目的、手段、生活狀況、品行、智識程度、與被害人之關係及犯罪所生損害等一切情狀，並未說明其如何審酌各該事項之具體情形，遽予維持第一審判決所量處之有期徒刑1 年，殊有不當。再游世印違反兒童及少年性交易防制條例之前案，與本案並無關聯，且兩案所侵害之法益迥然不同，何況上開前案雖經判處有期徒刑1 年7 月，並宣告緩刑5 年，於民國103 年2 月6 日確定，惟上開緩刑期間於108 年2 月5 日屆滿，原所宣告之有期徒刑已失其效力，乃原判決猶以該等前案紀錄，作為本案不宜宣告緩刑之理由，同嫌失當云云。

㈡、義本公司上訴意旨略以：在沒收新制下關於犯罪所得之計算，應分兩階段思考，於前階段先界定「利得存否」，於後階段再判斷「利得範圍」，前者應扣除中性支出之必要成本，後者始採「總額原則」，不予扣除犯罪成本之支出。原判決核算義本公司獲有邱耀澍等人共同非法銷售擅自重製並改編而成之「iGold」系統電腦程式之犯罪所得總計為2,134 萬9,041 元，但並未扣除義本公司所支出如其上訴理由㈠狀「99年度至102 年度支出成本明細表」所列之相關營業成本合計1,390 萬2,505 元，不無混淆計算「利得存否」（應扣除中性支出之必要成本），與計算「利得範圍」（無須扣除犯罪成本）之區別，故其所認定義本公司犯罪所得金額顯屬違誤。又原判決認定游世印、邱耀澍、陳靖平及張君銘（下稱游世印等4 人）本件共同犯罪所得即全曜公司所受之損害為2,134 萬9,041 元，則依民法第271 條及第276 條第1 項關

於數人同負一債務而其給付可分者，原則上應各平均分擔；債權人向連帶債務人中之一人免除債務，就該債務人應分擔之部分，其他債務人同免其責任等規定，游世印等4 人每人應平均分擔之賠償金額約為533 萬7,260 元（2,134萬9,041元÷ 4 ），而全曜公司既同意分別以600 萬元、100 萬元及100 萬元與邱耀澍、陳靖平及張君銘和解，就低於上開每人應平均分擔之差額部分，形同債務之免除，而對其他連帶債務人發生效力，自應認為邱耀澍、陳靖平及張君銘每人原應平均分擔之加總金額1,601 萬1,780 元（533 萬7,260 元x 3 ）均已賠償予全曜公司，且其中邱耀澍實際賠償全曜公司600 萬元，逾其上開應分擔金額之66萬2,740 元部分，亦應計入全曜公司實際受償之金額內，故全曜公司實際獲得之賠償金額合計為1,667 萬4,520 元（533 萬7,260 元x 3 ＋66萬2,740 元），義本公司所獲犯罪所得中之1,667 萬4,520 元，應視為已實際合法發還全曜公司，義本公司猶保有之犯罪所得僅為467 萬4,521 元而已（2,134 萬9,041元－1,667萬4,520 元），乃原判決遽而對義本公司科以罰金，且諭知沒收之金額竟高達1,334 萬9,041 元，亦有可議云云。

三、惟查：

㈠、游世印部分：刑法第57條乃司法量刑之立法控制與指示，並授權事實審法院為刑罰之合義務性裁量，其序文前段明定「科刑時應以行為人之責任為基礎」，揭櫫刑罰裁量立基於行為人之責任應報；中段規定應考量特殊預防之行為人再社會化及一般預防之威嚇等功能而「審酌一切情狀」；後段並規定「尤應注意……（例示10款）事項，為科刑輕重之標準」，則係就行為人有責行為不法內涵之總體，提示應體察應報、預防與教育等刑罰目的之斟酌要項，俾為性質與情節殊異具體個案「審酌一切情狀」之例示，而此所稱「審酌一切情狀」，其文義射程暨涵攝之範圍甚為寬廣，規範意旨具有開放性。是刑罰裁量所考慮之情節，並不限於上揭法定例示者，而個案判決亦不以逐項悉數臚列論述為絕對必要。蓋前揭

例示諸項之為量刑因子，於具體個案中，並非窮盡之列舉，其中尚不能排除有至關緊要，或無足輕重之情形，其分量本非一致，祇須合乎責任與預防之目的追求，斟酌之要項無失，堪為刑罰裁量所由之必要說明即為已足。而植基於目的論刑罰觀之緩刑機制，著眼於特殊預防需求之個別化處遇，同屬刑罰裁量之一環。故而，刑罰之量定，及其是否宜暫緩執行而為緩刑之宣告，均係實體法上賦予事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟符合規範體系及目的，於裁量權之行使無所逾越或濫用，而無顯然違背公平、比例及罪刑相當原則者，即不得任意指摘為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決針對游世印之量刑，已於理由內說明略以：第一審判決依刑法第57條規定，針對游世印之素行及犯罪動機、目的、手段、行為分擔、所生損害及犯後態度等事項，具體審酌游世印前無違反著作權法相關犯行，與邱耀澍等人共同出資成立義本公司，以其資訊專業負責上架銷售散布擅自重製並改編而成之「iGold」系統電腦程式，犯罪期間逾3年，侵害全曜公司之權利頗鉅，而義本公司因此獲利甚豐，破壞國家保護智慧財產權之立意，而其犯後並未立即坦承犯行，且迄今尚未填補全曜公司所受之損害，兼衡其生活狀況、品行、智識程度及與被害人關係（游世印前任職於全曜公司擔任程式設計師）等一切情狀，量處有期徒刑1年，尚屬適當。另說明游世印犯後迄今尚未賠償全曜公司之損害，且其先前曾因違反兒童及少年性交易防制條例案件經判處有期徒刑1年7月，並諭知緩刑5年確定，於緩刑期滿前故意犯本件違反著作權法罪行，本案自不宜遽為緩刑之宣告等旨。經核原審以第一審判決之論罪科刑並無不當，乃予維持而駁回游世印在第二審之上訴，且認其所受宣告之刑，並無以暫不執行為適當之情形，而未宣告緩刑，均已於理由內論敘說明甚詳，核其所為之論斷與說明，尚未逾越法律賦予法院得自由裁量刑罰輕重暨其執行刑罰與否之權限，亦無違背公平、比例及罪刑相當原則之情形。游世印上訴意旨並非依據卷內訴訟

資料具體指摘原判決究有如何違背法令之情形，徒執己見，漫指原判決未依法具體審酌其量刑之相關事項，且不予宣告緩刑為違法云云，無非係就原審刑罰裁量職權之適法行使，任意指摘，顯非適法之第三審上訴理由，是其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。又游世印對於上揭意圖銷售而擅自以重製方法侵害他人著作財產權重罪部分之上訴，既屬不合法律上之程式而應從程序上駁回，則其所犯與該罪具有想像競合犯關係之擅自以改作及編輯方法侵害他人著作財產權輕罪部分，本屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件（原審及第一審均為有罪之判決），自無從適用審判不可分原則一併加以審理，故該部分之上訴亦非合法，應從程序上併予駁回。

㈡、義本公司部分：⑴、關於本案部分：按最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，刑事訴訟法第376條第1項第1款定有明文。原判決認定義本公司本件應依著作權法第101條第1項之規定，科以同法第91條第2項所規定之罰金即100萬元，因而維持第一審科處義本公司罰金100萬元之判決，而駁回義本公司在第二審就本案部分之上訴。另撤銷第一審在邱耀澍主文項下就義本公司本件犯罪所得宣告沒收部分之判決，改判諭知義本公司未扣案之犯罪所得1,334萬9,041元沒收，於全部或一部不能沒收（或不宜執行沒收時），追徵其價額。原判決論斷義本公司本件係犯前揭專科罰金之罪，依上述規定，其所涉本案部分既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。故義本公司對於本案部分提起第三審上訴，於法不合，此部分應予駁回。⑵、關於沒收部分：①、義本公司係法人，並無犯罪能力，故其並非本件犯罪之共同犯罪行為人。惟依原判決之認定，上訴人游世印與本件其他共同正犯邱耀澍、陳靖平及張君銘等人將本件犯罪所得全部匯入其等所合資開設之義本公司設於中國信託商業銀行股份有限公司（下稱中國信託商業銀行）00000000****號帳戶，並

列為義本公司之營業收入，故義本公司係因犯罪行為人即游世印等4 人為該公司實行違法行為而取得上述犯罪所得，故其雖為本案之被告即上訴人，但就取得上述犯罪所得及沒收上述犯罪所得之角度而言，義本公司應屬財產有可能被沒收之第三人。而關於檢察官聲請沒收義本公司本件犯罪所得部分，其原應依刑事訴訟法關於第三人參與沒收程序規定，參與本件沒收訴訟程序，但原判決以其係本案之被告（即上訴人），可於本案審理中表示其關於沒收之意見，且義本公司亦同意在該公司項下沒收其犯罪所得，認為不須對義本公司另啟動第三人參與沒收程序（見原判決第11頁倒數第7 至5 行），而逕對義本公司諭知沒收及追徵。故義本公司對於本案部分雖不得提起上訴，且原審亦未命其參與本件沒收程序，然其因係取得游世印等4 人犯罪所得之第三人，原判決對其財產宣告沒收，其實質上兼具有參與沒收程序第三人之身分。而游世印等4 人想像競合所犯本案重罪部分即著作權法第91條第2 項之罪，既屬得上訴於第三審法院之案件，且義本公司係於原審始初次被宣告沒收及追徵，為保障義本公司之財產權益，仍應認其就原判決關於沒收其財產（即犯罪所得）部分，得提起上訴，合先敘明。㈡、刑法及相關法令基於「不正利益不應歸犯罪行為人所有」之普世原則，在確定利得直接來自於不法行為，除其得因發還被害人而不予沒收外，此一利得範圍是否扣除成本，學理上雖有「總額原則」與「淨額原則」之分，然105 年7 月1 日施行之刑法第38條之1 第1 項之立法說明載敘「依實務多數見解，基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不論成本、利潤均應沒收」等旨，明白揭示犯罪所得之沒收，採取學理上之「總額原則」。又因犯罪所得之沒收，性質類似不當得利之衡平措施，而非屬刑罰，除犯罪所得之存否暨其範圍，同時亦為犯罪構成要件事實或法定加減刑罰之事由，而應適用嚴格證明法則外，以經自由證明為已足，苟事實審法院已依憑卷內證據資料敘明其論斷之合理依據，即不容任意指摘為違法。

本件原判決於理由內說明略以：邱耀澍等人供承自99年7月間起至103年1月1日止非法銷售「iGold」系統電腦程式之收入，皆存入義本公司名下之中國信託商業銀行前揭帳戶等語，而查上開帳戶內於上揭期間匯入之加總金額，扣除與邱耀澍等人本件犯罪無直接關聯之義本公司股本、解約定存存入、上課講師費、現金增資、銷售退回、零用金回存、繳納營業稅暨利息及所生利息等諸筆款項後，核計義本公司因其受雇人邱耀澍等人之犯行所獲得之犯罪所得為2,134萬9,041元；至義本公司主張其關於薪資等營業成本共1,390萬2,505元應予扣除云云，與刑法第38條之1為澈底剝奪犯罪所得，不問成本或利潤均應沒收，以根絕犯罪誘因之立法目的不符，自非可採等旨綦詳（見原判決第11頁第11行至第12頁第11行）。核原判決上開論斷俱有卷內證據資料可憑，於法尚無不合。義本公司上訴意旨置原判決明確之論斷與說明於不顧，仍執其不為原審所採取之同一陳詞，再事爭辯，要非得提起第三審上訴之適法理由。③、刑法第38之1第2項、第3項及第5項規定，犯罪行為人以外之法人，明知他人違法行為而取得；因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得；犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得之犯罪所得，除已實際合法發還被害人之部分，或有同法第38條之2第2項過苛減免條款適用者外，沒收或追徵之。原判決以義本公司因其受雇人邱耀澍等人非法銷售「iGold」系統電腦程式獲有未扣案犯罪所得合計2,134萬9,041元，而全曜公司因與邱耀澍、陳靖平及張君銘和解，已獲得渠等分別賠償之600萬元、100萬元及100萬元等情，說明於上開賠償金額合計800萬元之範圍內，視同義本公司之犯罪所得已實際合法發還全曜公司，而義本公司其餘犯罪所得1,334萬9,041元，仍應依法予以沒收暨追徵，核其此部分論斷，於法尚屬無違。義本公司上訴意旨，無視原判決上揭明確之論斷與說明，猶憑己意，就沒收暨追徵之數額漫為爭論，並任意指摘原判決違法，顯與法律規定得為第三審上訴理由之

違法情形不相適合，其此部分之上訴為違背法律上之程式，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　　3　　月　　5　　日

最高法院刑事第二庭

審判長法官　郭　毓　洲

法官　張　祺　祥

法官　沈　揚　仁

法官　林　靜　芬

法官　蔡　憲　德

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　10　　日