

【裁判字號】98,台上,5238

【裁判日期】980917

【裁判案由】違反著作權法

【裁判全文】

最高法院刑事判決 九十八年度台上字第五二三八號

上訴人 台灣高等法院檢察署檢察官

乙○○

被告 甲○○

上列上訴人等因被告違反著作權法案件，不服台灣高等法院中華民國九十八年六月九日第二審更審判決（九十七年度上更(二)字第二四六號，起訴案號：台灣基隆地方法院檢察署九十四年度偵字第二〇七八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於乙○○部分撤銷，發交智慧財產法院。

其他上訴駁回。

理 由

一、撤銷發交（即乙○○）部分：

本件原判決撤銷第一審關於上訴人乙○○部分之科刑判決，改判依想像競合犯及修正前著作權法常業犯之規定，從一重論處乙○○犯擅自以移轉所有權之方法散布著作重製物而侵害他人之著作財產權為常業罪，處有期徒刑一年二月，減為有期徒刑七月，並為相關從刑之諭知。固非無見。

惟查：（一）盜錄、盜版物之大量重製與散布，為影響我國著作權市場秩序最嚴重之問題，不僅破壞知識經濟產業之發展，亦形成文化進步發展之障礙，故對於散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，除另有規定外，不論是否意圖營利，均應科以刑罰。另意圖散布之公開陳列、持有等之行爲，為實際散布之前置行爲，亦有禁止之必要。民國九十三年九月一日修正之著作權法第九十一條之一第一、二項規定：「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，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新台幣五十萬元以下罰金」、「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，處三年以下有期徒刑，得併科新台幣七萬元以上七十五萬元以下罰金」，即本此旨趣所為之立法。又為有效遏阻盜版光碟之散布，乃將銷售盜版光碟之罰責予以加重，而於同條第三項前段明定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處六月以上三年以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以上二百萬元以下罰金」，將自由刑下限，從修正前之法定刑「拘役」提高到「六個月」有期徒刑，並加重罰金刑之處罰。而參酌該條修正之立法理

由，並對照同法第二十八條之一、第二十九條及第八十七條第一項第六款前段之規定，足認著作權法第三條第一項第十二款規定之「散布」，可區分為「以移轉所有權之方法」、「出租之方法」及「以移轉所有權及出租以外之方法」（如出借）等三種情形，對於侵害者，則分別依第九十一條之一、第九十二條及第九十三條第三款加以處罰。易言之，第九十一條之一各項之規定，均係指以移轉所有權方法之散布，不因該條第二、三項法條文字未明載「以移轉所有權之方法散布」等字樣，即認該條第二、三項所規範之散布方法並非以移轉所有權之方法為之。又依法條文義觀之，第九十一條之一第一項規定散布之標的為「著作原件或其重製物」；第二項規定散布之標的則為「侵害著作財產權之重製物」，則本於同上之立法本旨、法條文義及系統解釋，第九十一條之一第一項所稱之「重製物」，應僅限於「合法重製物」；同條第二項所稱之「重製物」，則限於「非法重製物」。從而如契約已明訂重製發行之期限，竟違反約定而於期滿後繼續銷售庫存之著作重製物，始應依第九十一條之一第一項規定處罰；至於在夜市或商店販賣盜版光碟，或販賣違反第八十七條第一項第四款（即違反平行輸入）之商品者，即應依第九十一條之一第二、三項規定處罰。原判決事實認定：「上訴人於九十三年十二月初，因年關將近，為謀取暴利，明知某不詳真實姓名之成年男子所販售之遊戲光碟片，乃未經著作權人及商標權人日商新力電腦娛樂股份有限公司（下稱新力公司）、日商光榮股份有限公司（下稱日商光榮公司）、台灣光榮綜合資訊股份有限公司（下稱台灣光榮公司）之同意，所擅自侵害著作財產權而重製之仿冒商標盜版光碟片，仍基於販賣仿冒商標商品之概括犯意，及明知為侵害著作權之重製物，而擅自以移轉所有權之方法散布之常業犯意，以每片新台幣（下同）一百元之價格，向該人販入盜版光碟片一批，並自九十三年十二月七日起，至九十三年十二月十六日止，在『全家樂玩具專賣店』，以每片二百元之價格販賣予不特定人。」等情（見原判決第二、三頁，事實二），如果無訛，按諸前揭說明，即應依九十三年九月一日修正之著作權法第九十四條第一項、第九十一條之一第三項之規定處罰。乃原判決事實認定乙○○侵害他人之著作財產權，所侵害之重製物為光碟，並以之為常業，竟適用前述著作權法第九十四條第一項、（第九十一條之一第一項）之規定，論以犯擅自以移轉所有權之方法散布著作重製物而侵害他人之著作財產權為常業罪，有判決適用法則不當之違誤。（二）本件所查扣原判決附表二之盜版光碟雖共計有三千五百十九片，但其中編號三〇七之光碟為「裸片」，所謂「裸片」，係何所指？如何屬侵害著作財產權之重製光碟？原判決未予調

查、審認及說明，並於事實內詳加記載及於理由內剖析明白，即認上訴人此部分亦犯上開之罪，並將該「裸片」光碟九片，連同其他盜版光碟一併宣告沒收，亦難謂無證據調查未盡及判決理由不備之違法。（三）商標法第八十三條及九十三年九月一日修正之著作權法第九十八條均有關於沒收之特別規定，應優先於刑法第三十八條第一項第二款而適用。而商標法第八十三條規定「犯前二條之罪所製造、販賣、陳列、輸出或輸入之商品，或所提供於服務使用之物品或文書，不問屬於犯人與否，沒收之。」係採義務沒收主義，法院並無裁量沒收與否之權限；九十三年九月一日修正之著作權法第九十八條規定「犯第九十一條至第九十六條之一之罪，供犯罪所用或因犯罪所得之物，得沒收之。但犯第九十一條第三項及第九十一條之一第三項之罪者，其得沒收之物，不以屬於犯人者為限。」則係採職權沒收主義，沒收與否，法院有裁量之權。採義務沒收主義者，自應優先於採職權沒收主義之規定而適用。原判決認上訴人以一行為同時觸犯九十三年九月一日修正之著作權法第九十四條第一項及商標法第八十二條之罪，應從一重之上揭著作權法第九十四條第一項之罪處斷。並將扣案如原判決附表二所示之盜版遊戲光碟，不論有無侵害商標專用權，均依上述著作權法第九十八條規定宣告沒收，且將乙○○所有供犯罪所用之盜版遊戲光碟目錄二本，依刑法第三十八條第一項第二款規定宣告沒收，亦有適用法則不當之違誤。以上均為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於乙○○部分有撤銷之原因。爰依智慧財產法院組織法第三條第二款前段、智慧財產案件審理法第一條、同法施行細則第五條第二項，發交智慧財產法院更為審判。又原判決不另為無罪之諭知部分（原判決理由甲、貳之十），基於審判不可分之原則，併予發交，附此敘明。

## 二、駁回上訴（即甲○○）部分：

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。檢察官上訴意旨略稱：被告甲○○全家均曾因販賣盜版仿冒遊戲光碟，而被法院判刑確定。故被告本人及其家人均係販賣盜版仿冒遊戲光碟之老手，通常不在店內放置大量違法物品，僅於店中放置少量樣品及目錄，供客戶選購後，再由他處送來。是原判決謂：「一般販賣同一名稱光碟片同時有數片之情形」一語，未必為真。又原判決附表四編號十一、十四、二十一、二十

二之光碟片均可執行，被告所辯上開光碟均係壞片，並非事實。況編號三、九、十一、二十六、二十八之光碟片均為新片。而對消費者言，祇要價格便宜，又可執行，外觀如何，應非主要購買因素，另光碟上有刮痕，尚非不得販賣，且非必他人使用過之舊光碟，原判決以部分扣案光碟有刮痕，即臆測係他人使用過之舊光碟，論證謬誤，足見被告確有販賣上揭光碟。又原判決對證人張丁桂、楊元達、吳秀真於第一審之證言，如何不足採，未於理由內詳予敘明，亦有理由不備之違法云云。惟查原判決以公訴意旨略以：被告明知原判決附表一編號一、二、四所示之商標名稱、圖樣，分別係各該編號所示公司向我國經濟部智慧財產局申請註冊登記，經核准取得商標專用權之商標圖樣，分別指定使用於電視遊樂器、遊戲光碟等商品，且均仍於專用期間內（商標圖樣、註冊號數、專用期間）。又新力公司設計之遊戲軟體，均以新力公司之「Play Station」（下稱「P S」）系統或「Play Station 2」（下稱「P S 2」）系統之遊戲光碟片對外發行。新力公司於將遊戲燒錄至光碟片時，為表彰遊戲來源及品牌，於「P S」系統遊戲光碟片內灌入新力公司所有之「P S 圖」商標圖樣，及「Licensed By SONY Computer Entertainment Inc.」（由新力公司授權）、於「P S 2」系統遊戲光碟片灌入新力公司所有之「Play Station」商標圖樣。又美商微軟公司將遊戲燒錄至光碟片時，為表彰遊戲來源及品牌，於遊戲光碟片內灌入微軟公司所有之「XBOX」商標圖樣。新力公司所生產之「P S」「P S 2」系統遊戲光碟中內建「Library Programs」執行程式與衍生著作程式、微軟公司自行開發「XBOX」軟體遊戲之「開發套件」（XBOX Development Kit）內之執行程式與衍生著作程式，均係上開公司向美國著作權局註冊登記，擁有著作財產權之電腦程式著作物，依著作權法第四條本文但書，根據「臺美著作權保護協定」之規定，受我國著作權法之保護，非經著作權人之授權或同意，不得擅自以移轉所有權之方法散布著作重製物。詎被告明知姓名年籍不詳之成年男子所販售之遊戲光碟片，乃未經著作權人及商標權人新力公司、微軟公司之同意，所擅自重製之盜版遊戲光碟片，仍基於意圖販賣而陳列與販賣仿冒商標商品之概括犯意、明知為侵害著作權之重製物而擅自以移轉所有權之方法散布之常業犯意，以不詳價格向該人買入後，自九十三年七、八月間（原判決誤載為十二月十七日，應予更正。）起至九十四年二月十六日為警查獲止，在其所經營之「全家樂玩具專賣店」，以每片二百元之價格販賣予不特定人。嗣於九十四年二月十六日十二時許，經警持搜索票在上址查獲，扣得如原判決附表四、五所示盜版遊戲光碟五十六片，及遊戲光碟目錄五本，因認被告所為

，涉犯商標法第八十二條、著作權法第九十一條之一第三項、第九十四條之罪嫌云云。但經原審綜合調查證據之結果，以（一）被告係從事維修光碟遊戲機的業務，而客戶送交維修光碟機有遺留盜版光碟未取走，應屬常見之事（詳下各證人之證詞）。本案如原判決附表四、五所示之五十六片光碟，於九十四年二月十六日查扣當時，係堆疊在其維修光碟機業務之處所，客觀上屬於工作物，並非待售狀態，且當場查扣六十餘片光碟，其中夾雜十片正版光碟，之後交其領回，只留扣案之五十六片光碟，若係為販賣之用，理應將正版與盜版分開，始符合銷售盜版光碟之常態。況一般擬供銷售之盜版光碟，表面應屬新穎完好（蓋光碟片之燒錄成本不高，若係外觀破損實難認有交易價值）。而本件扣案之五十六片光碟，經勘驗結果，原判決附表五所示之光碟不能讀取，而原判決附表四所示之光碟中，可供讀取者，碟面存有顯著刮痕者有二十三片，益證該批扣案光碟係經他人使用過之舊光碟，此與一般擬供銷售之盜版光碟，表面應新穎完好，顯不相同。況原判決附表四所示之光碟，除編號三外，其餘均為一片，此亦與一般販賣同一名稱光碟片同時有數片之情形不同，尚難以查扣原判決附表四、五所示之物，即據此認定被告有販賣盜版光碟片之意圖。（二）雖第一審依扣案維修紀錄所登錄之客戶資料，訪查證人並傳喚作證，其中張丁桂於第一審審理時結證稱：其因「P S 2」遊戲機無法讀取遊戲光碟片，曾於九十四年二月十五日拿至全家樂玩具店維修時，順便購買一片有關賽車的遊戲光碟，價格二百元，同一片遊戲片，在燦坤賣場、百視達影視店購買須一千餘元。自購買價格及包裝上判別出其向全家樂玩具店所購得之遊戲光碟為仿冒，購買之原因係因為價格便宜等語；楊元達結證稱：其因「P S 2」遊戲機無法讀取遊戲光碟片，曾於九十四年二月十一日拿至全家樂玩具店維修，多次在該店購買盜版光碟片，一片二百元，同樣之正版片須一千多元，自購買價格及包裝上判別究係正版或盜版。且其購買之「格鬥」為裸片，僅在片子上以馬克筆標示片名等語；吳秀真結證稱：其因家中之「P S 2」遊戲機無法讀取遊戲光碟片，曾於九十四年農曆過年前後（九十四年十二月三十一日）拿至全家樂玩具店維修，之後其小孩自店員提供之目錄中挑選遊戲光碟，一片二百元，用塑膠套套著等語。但彼等均未明確指明所購買者究係何種光碟，是否屬原判決附表四、五所示之盜版片名，其證詞已不明確，且彼等及證人曹勝傑、劉欣榮、張雅婷、劉晉榮於原審之前審到庭作證接受詰問，楊元達具結證稱：「我不知道什麼叫做裸片，只有向乙○○買過一次光碟片（經指認）。嗣經提出其所購買者為格鬥類正版之二手片」；吳秀真證稱：「大概去年農曆過年，到店裏買光碟，忘

記是向那位購買光碟片，購買光碟片的時候，店裡面的人有告訴我這是舊片，該片現在已不見了，不知道當時購買的光碟片是正片還是盜版片」；曹勝傑證稱：「去年（九十四年）年初有拿遊戲機給被告修理，拿給他修理的時候，遊戲機裡面有光碟片，片名為『真三國無雙3』，該光碟片是盜版的，遊戲機修理好的時候，遊戲機拿回去裡面沒有光碟片，被告有打電話給我說我的光碟片在店裡，請我去取回光碟片，但後來我沒有去取回。沒有在店裡買過盜版片，我自己的盜版片是同學給我的，在送修光碟遊戲機的時候，沒有看到店裡面有販售盜版光碟片」；劉欣榮證稱：「有拿遊戲機給被告修理，在去年（九十四年）農曆過年前，拿遊戲機修理的時候，裡面有光碟片，是『美國大聯盟』盜版片。遊戲機修好後取回，裡面的光碟片沒有一起拿回去。後來被告有叫我去拿光碟片，但是我沒有去拿」；張雅婷證稱：「差不多一、二月時，有拿遊戲機給被告修理，但是沒有修理成功。我拿去的時候遊戲機裡面沒有光碟片存在，不是因為沒有光碟片的關係沒有辦法修理，當時我自己有帶五片去，老闆說要改機器才可以玩那五片的遊戲，後來我就沒有改，遊戲機我拿回去，但光碟片我就留在店裡面，不知道那五片是盜版還是正版，但應該是盜版，片名忘記了，好像有一張是棒球的」；張丁桂證稱：「只到被告店裏買過一次光碟片，是家中小朋友在玩。我不知道市面上有賣二手的正版光碟，當時購買的光碟片二百元，不知是正版或盜版（當庭提出）」；而證人即告訴代理人劉晉榮對張丁桂提出之光碟片則稱：「看起來像是正版的光碟」等語，顯見被告所辯係乙○○因販賣盜版遊戲光碟為警查獲後，伊始繼續經營。九十四年二月十六日在店內查獲之盜版遊戲光碟，部分係作為維修機器測試之用，部分係客戶遺留，且扣案光碟中有若干光碟之碟面存有顯著刮痕，該批扣案光碟係經他人使用過之舊光碟，並非用以販賣等語之辯解，堪以採信等情甚詳，因而將第一審關於被告部分之科刑判決撤銷，改為諭知被告無罪之判決，已敘明其理由，而其所為論述，核與卷證資料相符，從形式上觀察，並無違背法令之情形存在。查證據之取捨，為事實審法院之職權。證人之陳述有部分前後不符，究竟何者為可採，法院本得依其確信自由判斷，苟未違背經驗法則或論理法則，即難遽指為違法，非謂一有不符或矛盾，即應認其全部均為不可採信。而所謂「論理法則」，係指推理、演繹之邏輯規則；所謂「經驗法則」，則係指吾人基於日常生活經驗所得之定則，並非個人主觀之推測。本件證人張丁桂、楊元達、吳秀真於偵審中所為之先後證述，雖有不一，但原判決已就相關事證詳加調查論列，復綜合證人曹勝傑、劉欣榮、張雅婷、劉晉榮之證言、卷附維修紀錄、勘驗筆錄及扣案

遊戲光碟，參互斟酌判斷，資為有利於被告之認定，尚非原審主觀之推測，難謂原判決之認定有違證據、經驗及論理法則。另原判決已說明張丁桂、楊元達及吳秀真於第一審之證詞，如何不足以證明被告有起訴書所指販賣盜版光碟之理由（見原判決理由乙、四之（二）（三）），亦難謂原判決有理由不備之違法。至扣案光碟上有刮痕，固非不得販賣，且非必他人使用過之舊光碟，但依證人乙○○所證，九十三年十二月十六日警察查扣盜版光碟時，約有四十片左右之盜版光碟漏未查扣等語（原審上訴卷第二〇六頁反面、第二〇七頁），則於九十四年二月十六日查扣之盜版光碟是否前揭漏未查扣者，尚非全然無疑，再參酌張雅婷、劉欣榮及曹勝傑所稱彼等因遊戲機送修而將使用過之舊光碟遺留在被告店內未取回之證詞，尚難逕以扣案光碟推認被告有非法販賣之犯行，原判決之論述亦不違法。又查認定被告有罪之事實，應憑證據，如未能發現相當之證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎，是檢察官既無從提出其他可資佐證之證據，以證明告訴人新力、台灣光榮等公司之指訴為真實，原審因而為被告有利之認定，其所為論斷自無違法可言。檢察官上訴意旨，置原判決之明白論斷於不顧，或為單純事實之爭執，或仍持原判決已說明理由而捨棄不採之陳詞，再為事實上之爭執，或就屬於事實審法院採證認事職權之行使，全憑己見，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴第三審之要件。應認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段、第三百九十七條、第四百零一條，智慧財產法院組織法第三條第二款前段、智慧財產案件審理法第一條、同法施行細則第五條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 十 七 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 陳 世 淙

法官 徐 昌 錦

法官 許 錦 印

法官 吳 燦

法官 施 俊 堯

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 二 十 一 日

Q