

第三章 立法及司法在台灣的現況與發展⁷²

3.1 導論

本章節係就唱片業者與 P2P 網路服務業者目前的法律衝突作一現況的說明與分析，其中約可分成三個部分，即一、商業上的現況與發展，二、訴訟上的現況與發展及三、立法上的現況與發展並最後就目前的發展狀況提出所需加強的方向做為結論。

3.2 商業上的現況與發展

3.2.1 唱片業的現況

最近這幾年在台灣唱片的銷售量一直在下滑，在 1997 年時，產值約 120 億新台幣，但到了 2006 年時，產值只剩約 32 億新台幣⁷³。

3.2.2 P2P網路服務業者之情況⁷⁴

就收入而言，Kuro 的年收入約新台幣 6 億元(100 元*50 萬會員*12 個月)而 ezPeer 的年收入約新台幣 3.6 億元(100 元*30 萬會員*12 個月)。

就人數與歌曲流量而言，Kuro 最好時一天同時有 4 萬人上線，通常也有 3 萬人，最少也有 2.5 萬人，而下載歌曲數，Kuro 一天最多曾有 400 萬次。

3.2.3 目前其他合法數位音樂通路業

1. 手機下載歌曲

台灣是世界三大手機下載歌曲市場(日本、台灣、韓國)之一，手機下載流行歌曲這個通路不可謂小，由於手機或通訊業者對於手機的掌控性較好，且也願意與著作權人合作，所以一般而言其下載的流行歌曲多半是經過著作權人授權的。

2. 年代 Imusic

年代集團曾經經營線上歌曲的下載通路，一首歌約 20~35 元，其模式是在數位音樂檔案上加上 DRM 即「數位錄音物管理系統」程式來保護，但敵不過 Kuro 及 ezPeer，這兩家網路傳輸服務業者一開始是免費下載的服務，而後來以收取月費或購買點數的方

⁷² 相關的數據與文獻特別感謝財團法人國際唱片業交流基金會(IFPI)執行長李瑞斌先生提供，並感謝李執行長撥出寶貴的時間接受訪問。

⁷³ 數據由 IFPI 李執行長提供

⁷⁴ 數據由 IFPI 李執行長提供

式向員會收取服務費用，其價格和年代Imusic比起來是便宜很多的⁷⁵，所以在敵不過Kuro及ezPeer的狀況下，年代Imusic目前已關門大吉。

3. iTunes

一般而言，音樂著作權人之所以不願意和其他通路服務合作有一很大原因是其他的通路無法保證不會發生侵權的情形，包括在通路上無非法重製之商品及後續的使用情形⁷⁶。而之所以無法保證不會發生侵權的行為是因為目前在mp3 檔案上無法找到一個有效的DRM⁷⁷，而無法找到一個有效的DRM有兩個主因，其一是目前的個人電腦或mp3 隨身聽並不支援有加上保護程式的mp3 檔案，也就是一般播放mp3 的程式或mp3 隨身聽的軟體或軟體並無法播放此類加上DRM程式的mp3 檔案⁷⁸，為了解決這個問題，Apple公司用了一個策略，就是改變消費者的習慣，讓使用者不再使用mp3 隨身聽而是使用功能更強、容量更大的iPod，而在個人電腦下載或播放音樂是利用iTune程式，這麼一來Apple公司就可以不受原來mp3 檔案格式的限制也不受使用者帶在身上的隨身聽不支援的問題，因為消費者喜歡且習慣使用iPod，而iPod裡面的歌曲是由iTune程式透過網路去獲取的有其自己的格式。然而Apple的iPod加iTune服務在台灣目前只有在賣iPod機器，而在美國等其他地方所有的線上購買及下載音樂服務在台灣是沒有的，也就是說在iPod 裡的華語音樂基本上也是未經授權的重製物。Apple的iPod加iTune在台灣之所以談不成，是因為其實即使使用iPod加iTune還是會發生非法重製的問題發生，所以國內的著作權人並不相信Apple可以確保他們的權益不受侵害，因此不願接受Apple成為他們的通路商，另外Apple的iPod加iTune在其他國家也不是都是可以順利經營其事業的，在其他國家也有因為Apple不願意公開iTune程式的原始碼而使合作破局，所以事實上iTune的市場尚未全球化⁷⁹。目前在iPod內的國語音樂除了合理使用外沒有合法的。iTune在美國的運作是0.99 美元/首歌，在香港是8 港幣/首歌⁸⁰。

4. KKBOX, Yahoo 的線上音樂

KKBOX, Yahoo的線上音樂等是串流式的，所謂的串流式的線上音樂是指消費者無法直接下載數位音樂，每次要聽音樂必須先連上該網站，以點選的方式選取欲聽取的音樂，而音樂會以直接播放的方式讓消費者聽取，形式上類似廣播，但是消費者可以自行決定內容並且沒有廣告的干擾⁸¹。一開始KKBOX經營時就標榜合法的線上音樂，但事實上一開始時KKBOX也是沒有經過音樂著作權人授權的方式經營(或者是沒

⁷⁵ 可以用便宜的價格最大的原因當然是ezPeer和Kuro並不需要付授權費給著作權人，然而年代Imusic必須考慮這項成本。

⁷⁶ 其實，傳統的唱片也是很容易就可以轉成mp3 檔案或燒成光碟而與他人分享，所以事實上唱片公司就連自己的通路也無法保證後續的使用情形，令人感到諷刺的，P2P網路上散佈的mp3 檔案事實上就是唱片業者賣出的光碟的後續使用情形之一。

⁷⁷ 然而唱片業者的光碟也無法找到一個有效的DRM可以防止燒錄或轉檔。

⁷⁸ 有無加入DRM 對系統而言是兩個不同的檔案，所以除非有專為該DRM的設計，不然是無法判讀的。

⁷⁹ 依此，國內的唱片業者認為其沒有理由一定要接受iPod加iTune成為他們的通路商。

⁸⁰ 這個價錢和年代Imusic差不多，所以即便談成了，也未畢能和Kuro或ezPeer競爭。

⁸¹ 這裡要特別說明的，串流式線上音樂非以P2P的傳輸檔案，是傳統主從式架構，所以中央主機的功能必須強大，而所使用的網路線也必需向中華電信公司特別租用大頻寬的網路，其經營成本其實是相當高的。

有經過所有的音樂著作權人授權)，其理由約略如下，KKBOX所為的是公開播放行為⁸²就像廣播一樣，所以不必著作權人的授權，而在播放時在電腦記憶體中的暫存一般通說是認為不屬於重製，所以KKBOX認為自己即使未經著作權人授權也是合法的，然而著作權人還是對KKBOX提出訴訟，不過兩造當事人一下就合解了⁸³，而KKBOX之後也努力取得多家音樂著作權人的授權並往可下載隨身攜帶的方向走。KKBOX的消費方式是 unlimited 包月制，而價格約是 149 元/月⁸⁴。串流式的線上音樂在當時算是在非法的網路音樂通路競爭下，僅存的合法線上樂音⁸⁵。

3.2.4 P2P 網路服務業者與唱片業者合作談判

1. 唱片業者要求的條件⁸⁶

(1) 合法授權

所謂的合法授權是指，P2P 網路服務業者必須控制在其 P2P 網路上不能有非法的下載行為，即該 P2P 網路上所有的音樂檔案都必須經過著作權人的授權。

⁸² 事實上還有公開傳輸行為或公開播送行為的爭議。按著作權法第 92 條規定：「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，或科或併科新台幣七十五萬元以下罰金。」，又按著作權法第 55 條規定：「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作」，而KKBOX所為之類似網路廣播行為利用網路傳輸他人著作即有涉及公開傳輸或公開播送行為，又查KKBOX對於其會員有收取月費，且月費為每月免費無限線上收聽數位音樂之對價，自不符合著作權法第 55 條規定未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用之要件，非著作權之合理使用或對著作權之限制例外，應該當著作權法第 92 條之規定而得處以刑責。另外可以一提的是，如果KKBOX未對會員收取會費，而是以廣告的方式營利，則會有其利用網路傳輸的行為是公開播送還是公開傳輸行為的爭議，在 92 年 7 月修法前著作權法對於這類的行為只規定公開播送行為之禁止，所以就有公開傳輸行為是否為公開播送行為的爭議，然而因為有刑責上的問題，所以依刑法嚴格解釋的原則，對於 92 年修法前著作權法第 92 條的規定應解釋為不包括公開傳輸權，所以以網路公開傳輸他人著作並不違法，然而修法後以明定禁止公開傳輸，且在著作權法第 55 條的例外規定中並無公開傳輸，所以利用網路公開傳輸他人著作除著作權法第 65 條概括的合理使用規定外，應無例外規定，所以該當著作權法第 92 條之規定而有刑責，然而網路的傳輸行為也可以解釋成網路的播送行為，即不是利用網路傳輸檔案，而是利用網路直接把播送的數位訊號傳至個人電腦直接播放，這裡要特別說明的是，在網路上可以傳輸檔案的內容後在用個人電腦上的程式播出，例如傳輸mp3 檔，再用media player播放或者是傳輸播放的訊號而以網路收看的方式播放，前面的行為屬於公開傳輸沒有疑問，而後面的行為就像廣播業以無限電波傳輸訊號或有限電視以cable線傳輸訊號一樣，只是現在的媒介變成網路線，所以很有機會可以解釋為公開播送行為而有著作權法第 55 條例外規定之適用，惟本件KKBOX有向聽眾收取月費的行為，自無著作權法第 55 條適用於網路廣播行為的爭議。

⁸³ 會和解的理由本文認為有二點，第一點是當時ezPeer和Kuro方面的交涉並不理想，所以一方面KKBOX可以利用此點逼迫著作權人合作，另一方面著作權人如果和KKBOX合作之後和ezPeer或Kuro交涉時籌碼會比較多，第二點是著作權人認為串流式的線上音樂消費者沒有實際取得數位音樂檔案，所以著作權人可以控制其著作物不被重製，因此有保障。當然，雖然事實上串流式的資訊只要在播放的同時加上錄音程式，可以邊播放邊錄下，如此就可以取得可隨身攜帶的數位音樂，但由於網站上所放置的音樂品質是較差的，著作權人認為就算被錄下也沒關係，消費者想聽好品質的音樂就要自己花錢去唱片行買。所以基於上述的考量和設計，著作權人願意授權KKBOX或yahoo經營串流式線上音樂。

⁸⁴ 其中 99 元分給KKBOX而 50 元分給音樂著作權人。

⁸⁵ 後來ezPeer和Kuro相繼與音樂著作權人和解，轉型成合法的線上音樂通路。

⁸⁶ 這裡的條件是本文在 2006 年 6 月專訪IFPI李執行長時，由IFPI李執行長所提出的。

(2)有效管理

對於傳輸的數位音樂檔案要有 DRM(數位錄音物管理系統)，即利用 DRM 去控制管理數位音樂檔案以防止非法重製等侵權行為，還有後續的使用情況。

(3)透明機制

P2P 網路服務業者必須紀錄交易的次數和每筆交易的內容及對向，並提供給音樂著作權人，以供將來分配所得。

(4)合理分配

在有透明的機制的前提下，P2P 網路服務業者尚必須提供唱片業者滿意的分配價錢。

2. P2P網路服務業者回應⁸⁷

P2P 網路服務業者負責提供交易平台的 P2P 網路，請唱片業者即音樂著作權人自行上網販賣其著作物，P2P 網路服務業者並不保證消費者下載數位音樂著作物後的後續使用行為，亦不保證在其 P2P 網路上沒有非法的下載行為。就像唱片業者利用唱片行賣唱片一樣，消費者對於唱片後續的使用情形必需唱片業者自行負責。

3. 談判的結果

談判的結果當然是破裂，本文認為談判破裂最主要的原因就是 P2P 網路服務業者與音樂著作權人相互的不了解。唱片業者與 P2P 網路服務業者是處於兩個不同的世界，用不同的語言，不同的思維的兩造，中間如果沒有溝通的橋樑，在相互不了解、不信任的情況下實難於達成和解的目的。而其細部原因分述如下：

(1)互不了解

P2P網路服務業者認為自己只是提供一個交易或交換數位檔案的平台，並不涉及侵權行為，不須為他人的侵權行為做任何的保證。而唱片業者認為P2P就是用來侵害著作權，侵害唱片業者的營收入的巨大複製機。就此點，本文認為，唱片業者對於P2P網路傳輸科技並不了解，對P2P的認識有偏見，一開始談判時就對P2P網路服務業者有很深的敵意，對P2P網路傳輸科技有很深的誤解。當然與談的P2P網路服務業者也可能不太願意合作⁸⁸，而其認為自己完全沒有責任也是一種逃避責任的說法⁸⁹，

⁸⁷ IFPI李執行長於本文專訪時轉述P2P網路服務業者之前與音樂著作權人談判時的回應。

⁸⁸ 一來音樂著作權人所提出的條件就本文的觀點也認為太過苛刻，二來在訴訟上P2P網路服務業者也未畢一定會敗訴，且在進入訴訟後，P2P網路服務業者也可以繼續經營，並不影響，而時間越久P2P網路服務業者的談判力量就會愈強，不論是資金或是市場占有。

所以有許多可能的折衷方案因而連談的機會都沒有。

(2) 就合法授權而言

P2P網路服務業者認為，其根本沒有授權的問題，P2P網路傳輸科技只是個交易或交換數位資訊的平台，本沒有所謂授權重製的問題，要得到授權的，是那些利用P2P網路傳輸科技去交易或交換數位音樂檔案的消費者⁹⁰，與P2P網站沒有關係；另一方面唱片業者亦簡化的認為，那些歌曲根本就是P2P網站在賣的，所以P2P網站當然要取得授權。本文認為就純粹的P2P網路傳輸科技而言，的確是沒有著作權授權的問題，但依現況，P2P網路服務業者這樣的說法是很不負責任的，因為如果該P2P網站標榜著以交換(流行)音樂數位檔案為號召，雖然法律上是有空間，但在商業上、道德上，很難叫唱片業者不去抗議不去認為P2P網站就是在賣流行歌曲的。而且所謂的有空間，所隱含的另一個意義，就是P2P網路服務業者遊走於法律邊緣，也就是其行為也很有可能成立非法重製罪的幫助犯，或教唆犯，所以說P2P網路服務業者認為自己完全沒有授權的問題並不全然正確，除非他可以做到只賣P2P網路傳輸程式，對於使用者後續的行為沒有任何監督控制的能力。

另外，所謂的「不能有未授權的著作物於其P2P網路上流通」的另一個隱含的問題是，音樂著作權人即唱片業者打算部分授權，即有些歌授權給甲P2P網路服務業者，某些歌授權給乙P2P網路服務業者，以之為商業上的策略，控制該等P2P網路服務業者。但這對P2P網路服務業的經營而言是不合其商業利益的，蓋就數位資訊交換的服務平台而言，音樂不可否認的是最大宗的交換檔案，雖然其它的如電影、漫畫、遊戲、軟體…等雖然為數也不小，但不是在傳統WWW的網頁上可以免費取得，並無經營的市場，就是會受限於頻寬過小而交換不易的情形。當然頻寬過小的問題在日後頻寬變大、壓縮技術變好或傳輸的演算法變強後，便會解決(目前出現的BT程式就是專門用來傳輸大檔案的P2P技術)。但不論如何，以P2P網路傳輸科技經營交易或交換數位檔案平台的服務，數位音樂是一開始一定要進入的門檻⁹¹，換句話說，不能交易或交換數位音樂，P2P網站的市場會很小，很難經營下去，故如果產品被切割也就是只有部分的歌曲或者某些重要的流行音樂無法取得，這會造成使用者的不滿意而流失⁹²，更可能使該P2P網站因而失去競爭能力或被唱片業者控制⁹³。

(3) 就有效管理而言

⁸⁹ 如把P2P比喻為唱片行，那P2P網路至少要保證在其網路上沒有侵權的商品。就此點而言，P2P網路服務業者似非完全沒有任何責任。

⁹⁰ 業界常用的術語是小P，而P2P網路服務業者則稱為大P

⁹¹ 本文認為要經營P2P網路傳輸服務就必需把傳輸數位歌曲當作是使用者會發生的主要行為。因為沒有這部分的市場，P2P網路傳輸服務根本沒有經營的空間。

⁹² 在商業上可以想到的類似例子如KTV產業兩大競爭對手好樂迪與錢櫃，其中各自只有部分的流行音樂，所以如果消費者喜歡唱某歌手的歌，可能就只好去某家KTV唱，這樣的結果兩邊都無法讓消費者完全滿意，而各自流失部分顧客至其他的歌較完整的KTV。

⁹³ 關於這個問題，學者Fisher在其書—THE PROMISE TO KEEP—中主張「最惠國待遇原則」，即唱片業者給予某一通路商的優惠就必須給予其他通路商，其目的是防止唱片業者對通路商的控制，而影響自由市場競爭的經濟模式。

唱片業者要求P2P網路服務業者在其系統上增加DRM，認為這是合作的前提，並要求保證可以「有效管理」，即如果有未授權之著作物正在流通，要立刻制止，且後續的使用行為也能控制。但這與P2P本身系統所使用的技術有很大的關連性，因為如果該P2P系統是完全分散式或是超級節點式的，要做到有效管理，可能有實質上的難處。再者，因為P2P網路服務業者通常沒有要求顧客軟體昇級的必然性，也很難利用昇級的方式，在其P2P程式中加入DRM，當然因為交換的數位音樂檔案是由消費者所提供的，所以也無法在數位音樂檔案中直接加入DRM。而且即便是目錄資訊集中式的P2P架構，一樣很難去做到完全的控制，如果是使用自製的檔案格式或是現有的mp3格式去做DRM都會有加上DRM後新的檔案格式可能欠缺通用性的問題而不受消費者歡迎，另外因為沒有直接從作業系統或mp3隨身聽的韌體上去改程式，控制的效果也可能有限⁹⁴。所以在這個問題上，牽涉P2P網路傳輸科技軟體本身的技術實現方式，須個別而論，但在結論上，可以確定的是要做到有效管理有可能因為科技本身的問題而無法完全達到這個要求，所以唱片業者要求如果P2P網路服務業者不能達到「有效管理」就無法合作，實會造成雙方沒有談判的空間，故唱片業者在不了解科技本質的基礎上即認定P2P網路服務業者是故意不合作，實有誤會。

另一個著作權人建議解決「有效控制」的問題的方法就是在搜尋引擎上作過濾程式來管理與控制P2P網路上流通的檔案，但這也是很容易就可以破解的，因為事實上在P2P網路上流通的數位資訊通常是消費者所提供的，P2P網路服務業者並無法決定該檔案之名稱、檔案之格式…等⁹⁵，使用者只要簡單的更改檔名就能規避。所以要完全達到唱片業者所要求的有效管理實在很困難，而唱片業者認為達不到就不可能合作，實會造成雙方沒有談下去的空間⁹⁶。

⁹⁴ 有效的DRM一直是個問題，由網路與個人電腦問世已久而數位影音在網路上販售卻一直是個難以突破的問題，我們即可了解到目前為止一個通用的好的有效的DRM一直還沒出現。

⁹⁵ 當然就DRM這方面，P2P程式可以設計為不論是什麼格式什麼檔名的檔案，如果沒有加上DRM就不能傳輸，只是這樣一來就會使整個P2P網路變成只為著作權人服務，另外強迫沒有著作權保護的著作物也要加上DRM系統則有侵犯人民言論自由的疑慮，當然最大的問題是消費者可能會變得不愛使用該P2P軟體而尋求其他的P2P網路傳輸服務。

⁹⁶ 在這方面，本文認為事實上P2P網站沒有義務去做任何防止未經授權的重製物於其網路上流通，首先就是該未經授權的重製物之流通可能是合理使用，而這是法所不禁止的，在這方面P2P網站基於服務型事業所應具有的基本經營理念—顧客至上，不應去禁止其使用者。其次是在不只一家P2P網站的競爭下，如果一家答應去阻擋遊走未經授權的重製物於其網路上流通，則很快的所有的會員都會流到另一個不禁止的網站上。所以就現階段而言，本文認為可以做的是，P2P網站提供一個有機會合法的交易平台，讓唱片業者自行上網販賣其著作物，至於使用者欲為合法或非法行為並非P2P網站可以控制，這有待市場機制與教育來改變。其中本文所謂的市場機制是指，唱片業者必須學會什麼是合理的價錢，而不是滿意的價錢，在消費者時代，所有的價錢是雙方可以合意才能決定的，如果唱片業者一味的只想賺取高利潤，壟斷所有的定價(其實市面上所有唱片的價錢幾乎都在某一定程度上，這未嘗沒有聯合行為的問題，而所有的唱片，幾乎都是十幾首歌只有一兩道是主打，這未嘗沒有搭售的問題，唱片業者自己似乎也遊走在法律的邊緣)，而忽略消費者的所能接受的價格，這會讓侵權行為的發生機率加大，有許多人是可以接受一定的價格下去取得合法的數位音樂的。另外在數位檔案的時代，消費者自己提供網路資源，自己的硬碟，去取得重製成本幾乎為零的數位音樂檔案，而唱片業者免去了相當的宣傳費，通路費，製做光碟費用，印刷封面的費用，是有一定的空間去把價格降低的，在對消費者適當的教育下，付出合理的價錢讓創作人能繼續創作，讓唱片業者能繼續經營，去取得合法的數位檔案，或非法重製而有被訴追的風險，本文相信，會有不少人選擇前者的。退一步言，現在網路上早已充

(4) 就透明的機制而言

唱片業者要求 P2P 網路服務業者對每一次的交易留下記錄，以便日後可以分配所得，但為 P2P 網路服務業者所拒絕，唱片業者認為 P2P 網路服務業者之所以拒絕，主要的原因是因為 P2P 網路服務業者透露愈多，以後談判不成會被拿來作為證明 P2P 網路服務業者對其網路有控制能力的訴訟證據，對 P2P 網業經營者會愈不利。這個懷疑，本文認為有一定的道理，因為這整個談判的過程，雙方一直沒有交集，談判破裂的可能性幾達 100%，任何一個有理性的 P2P 網路服務業者都不會告訴唱片業者，自己對使用者的控制能力到那裡，以防萬一日後在訴訟上被拿來攻擊自己。另一方面而言，如同上述加入 DRM 技術所會碰到的難題，P2P 網站經營者目前而言，其所選擇的 P2P 網路傳輸科技可能並無法控制使用者交換何種檔案、檔案名稱…等，如果於搜尋引擎上下功夫去記錄交易資料，也會很容易被突破，所以這方面也不是完全沒有技術面上的問題。要照唱片業者的要求走，P2P 網路服務業者不是沒有任何障礙。

(5) 就合理分配而言

唱片業者要求依下載量分配所得，且認為這個問題是接上一個問題而來的，沒透明的機制，就無法合理分配，但 P2P 網業經營者認為並不是這樣的，因為目前的收費機制是採取月費制，一個月 99 元，可以加收 50 元給唱片業者，至於使用量，雖然無法正確到個位數，但是可以統計出一個足夠用以分配的約略值，但唱片業者不接受這樣的回應。

另外，唱片業者希望能得到滿意的價錢，而不是由消費者或 P2P 網路服務業者訂定⁹⁷。然而 P2P 網路服務業者卻無法認同⁹⁸。

(6) 視 P2P 網路為一個交易平台

P2P 網路服務業者認為其提供交易平台，在談判的過程中曾建議唱片業者可以自行上去賣唱片，但唱片業者認為沒有可靠的 DRM，他們不可能在 P2P 的網站上賣唱片。然而即便 P2P 網路服務業者可以保證在其網站上數位音樂皆是合法流通，唱片業

滿未授權的重製物，沒有任何合法的管道，要如何叫消費者去合法取得呢？消費者的確可以去唱片行買合法的唱片，但在網路的時代，這種不為消費者著想的商業模式，早已被充滿未授權的重製物的網路證明，是被消費者唾棄的，如果唱片業者不思改變，這種情況也不會有何改變，P2P 網路傳輸服務，台灣有經營者，中國大陸也有經營者，全世界都有，而中華民國的刑法是有國界的，檔下了台灣的 P2P 網站，檔不下其他地方，檔不下全世界，就算檔下全世界的 P2P 網站，還有 open source 的免費 P2P 軟體，還是會有抓不完的小 P，網路侵權的現況不會改變。

⁹⁷ 在訪問 IFPI 李執行長時，問道唱片業者對於市調人民可以接受每下載一首歌 10 元的回應時，李執行長表示：價格應是由唱片業者訂定，而不是消費者，並說明，下載一首歌 10 元不是唱片業者可以滿意的價錢，消費者如果覺得太貴可以不要買。

⁹⁸ 本文認為這樣的想法似乎不是個充分競爭的市場會出現的想法，而且目前的實際狀況，許多消費者認為市售的唱片太貴，所以選擇不向唱片業者購買而由網路或盜版商取得。

者尚要求，不止是在其網路上，更要下載後的mp3 能有效控制，不外流。但是事實上要做到這點，除了自制的格式或OS業者(如微軟)外是很困難辦到的⁹⁹，目前即便有，也是很容易就被破解，或者無法達到音樂隨身帶著走的要求。

3.3 訴訟上的現況與發展

3.3.1 IFPI 欲達成的目的

著作權人團體 IFPI 對於 P2P 網站進行訴訟，其主要的目的為停止 P2P 網站的運作，如果無法停止其運作，退而求其次，停止對於有著作權歌曲之侵權行為，即要求在 P2P 網路上沒有侵權行為的發生，另外 IFPI 希望能藉由訴訟將 P2P 網站的企業負責人處以刑事責任並且對小 P(為非法下載行為的消費者)處以刑事責任以敬效尤，當然也會對企業請求損害賠償以及對小 P 處以民事損害賠償責任以敬效尤。

3.3.2 IFPI 在對 P2P 網路服務業者的訴訟策略

在訴訟策略上，IFPI 如同在台灣的其他訴訟，也是民事與刑事並同進行。原因不外，對科技產業的訴訟，如果沒有刑事的介入，無法得到足夠的證據。我國並無如美國民事訴訟有揭露程序，可以為相關資料的查證；而且，即使有，IFPI 也沒有足夠的金錢去應付如美國民事訴訟的揭露程序的龐大費用。所以 IFPI 合理地以刑事訴訟中的國家力量去取得所需的證據，以達勝訴的可能。

3.3.3 刑事訴訟的運用

1. 可達成的目的

(1) 停止 P2P 網路的運作

利用扣押證物之方法，扣押相關電腦設備，可以暫時停止網站的運作，但因為 P2P 網站是以電腦程式為主，並非硬體為主¹⁰⁰，所以很容易再生，即換台電腦重灌軟體就可以了。

(2) 將企業負責人處以刑事責任

依著作權法之刑事責任部分，可以處企業負責人最高五年有期徒刑，和 200 萬元罰金，就 5 年有期徒刑而言，實有足夠的嚇阻性，但是要小心人頭頂替的方式，這類的事件常發生在處罰賭博性電子遊藝場負責人的案例上，而 P2P 網站也有如同

⁹⁹ iPod之所以能被部分唱片業者授權就是因為其使用自製的數位音樂儲存格式，其特色就是除了iPod外其他的mp3 player是無法播放的，故可以有效的控制數位音樂。另外microsoft的media player也有一款DRM系統，而microsoft公司的DRM之所以可以做得很好，本文認為主要的因原是其本身是亦OS系統的製造公司，DRM軟體可以藉由與OS間的合作達到較好的監督控制效果。

¹⁰⁰ 與傳統主從式網站需要強大的硬體設備不同。

電子遊藝場一樣，有再生容易、收入遠大於被查獲因而被沒收扣押所產生的損害等特性，所以也有注意類似情況發生的必要。而就 200 萬元罰金而言，實無任何警惕性，目前 P2P 網路服務業者，如以侵害音樂著作權之方式經營，一個月的獲利就超過千萬，根本不會在意 200 萬的罰金。

(3) 對小 p 處以刑事責任以敬效尤

因為通常小p都是罪證明確，所以很容易入罪，問題是小p太多抓不完，如同IFPI李執行長所述：對小p而言，被抓到的機率就像被公車撞到一樣，而小p被抓通常也沒有新聞性，社會大眾並不會了解知道，故其以敬效尤的功能不大，除非如同與Kuro案一樣，小p與 P2P網路服務業者一同被抓，產生新聞性而讓一般大眾產生警惕的效果。另外小p由於罪性較低，所以常常是在偵查程序中就以緩起訴處分做結，而處罰內容通常是不樂之捐或是社區服務，初犯一般而言不會真的有自由刑，就算真正進入審判程序，最後的結果也常常是認罪協商加緩刑的判決，並不會有太嚴重的後果¹⁰¹，當然新聞性小不容易被報導，而刑法的社會教育功能也就因而不能彰顯。

2. 無法達成的目的

以刑事的方式進行訴訟無法完全停止 P2P 網站的營運，無法停止權行為的繼續發生，也無法請求損害賠償。

3.3.4 民事訴訟的運用

1. 可達成的目的

(1) 停止 P2P 網站的運作

① 定暫時狀態假處分

以定暫時狀態假處分之方式，停止 P2P 網站的運作，但是這個程序通常很難在一開始就執行，因為科技產業的科技犯罪行為通常搜證不易，而定暫時狀態假處分，也有其本身的問題：

I 歷史解釋上的不適用

定暫時狀態假處分原來是用在扶養費等對生活維持有定暫時狀態之必要的情況，當初立法時，並不能想像用以停止一個企業的營運，所以這法條是否可以如同美國禁止令之效果，實值得討論，惟國內多數實務認為是可以用的。

II 時效上的問題

¹⁰¹ 參考對IFPI李執行長訪談的內容。

定暫時狀態假處分，如用以暫停科技產業之營運，因為科技產業常有的特徵就是產品生命週期短，通常約二、三年左右，而在台灣就民事訴訟而言，三個審級加下來，通常都會超過三、五年。尤其科技產品在訴訟中，相關事實不易瞭解清楚，因而法律的適用也不明確，光準備庭對訴訟標的的確認可能就要花半年以上的時間。故常會花更久的時間去審理這類的案件。結論就是定暫時狀態假處分，如果確定，就等同於勝訴判決。這個結論在美國的禁制令也適用。而且定暫時狀態假處分並不需供擔保金。所以定暫時狀態假處分，不能是單單由一造釋明就可以決定，一定要有兩造陳述的機會，而聲請方要盡一定的舉證責任，在美國法下有一定的要件，而在台灣法文上只有：「為防止重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類似之情形而有必要時」之規定，目前有論文建議於判決理由去審酌美國法下的要件，但畢盡非我國法所明定，要法官造法形成判例還有一定的路途要走。故結論是如果聲請方要負一定的證明義務，則在台灣的科技訴訟中，因為一開始的舉證困難，所以一般科技訴訟不會自訴，而會以告訴的方式，請檢察官進行，因而勢必要等刑事訴訟終結偵查，進入一審，可以調偵查卷宗時，才有可能舉證。而偵查原則上沒有時間限制的，再加上科技訴訟在事實面難以為法律人所理解，所以科技訴訟的偵查可以很久。因此結論上，定暫時狀態假處分通常沒有等證據出來不易聲請，而就算等證據出來，因為事實面的難以理解，加上裁定准予定暫時狀態假處分等於勝訴判決，所以法官沒有足夠充分的證據並不適宜在審判初期即先定暫時狀態¹⁰²。

② 假扣押

以假扣押方式扣住 P2P 網路服務業者之財產，使其經營不易，這個方法因為可以用保證金代釋明，所以也沒有舉證上的問題，但要扣住 P2P 網路服務業者所有的錢，以使其無法經營，這也有 IFPI 銀彈不足的問題，所以事實上難以執行。

(2) 禁止對有著作權之歌曲為侵權行為

① 假處分的使用

對於假處分，規定於民事訴訟法第五百三十二條：「(第 1 項)債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。(第 2 項)假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之。」故假處分必須是金錢以外的請求，如行為不行為之請求，而對 P2P 網路服務業者可以想得到的是，請求被告不為侵害重製權或散佈權之行為。請求的原因必需是「日後不能強制執行」、或「甚難執行」之虞，而可以想得到的是流行歌曲有一定時效性，等訴訟判決確定可強制執行時，該歌曲最賺錢的時間已過，流行已退，唱片

¹⁰² 本文認為科技訴訟的定暫時狀態假處分與傳統人事等訴訟的定暫時狀態假處分應有不同，特別是傳統人事訴訟定暫時狀態假處分不論與最後判決相符與否其對雙方造成的損害都尚可彌補，反觀科技訴訟，裁定定暫時狀態假處分如同勝敗訴判決，等訴訟終結後，即便對造賠償因定暫時狀態假處分所造成的損害，也無法彌補另一造因此損失的市場占有率，商譽等損失，所以其損害額與損害範圍實非人事訴訟可以比擬，本文建議可參考外國法立法例，特別立法處理之。

之銷售已受損，已屬日後不能強制執行之情況。

然而使用假處分，亦有其問題。根據IFPI李執行長表示，他們曾用該法條來禁止P2P網路服務業者為侵權行為，其好處是因為可以以擔保代釋明，所以不同於定暫時狀態假處分沒有舉證困難的問題，但事實上，還是有些問題存在。例如一個禁止散佈重製當時流行歌曲的假處分裁定擔保金加強制執行費要花費四百萬。IFPI沒有那麼多錢，以每個月都會發行一兩張專輯的速度，如果用這個方法，每個月都要花幾百萬來做特定歌曲的假處分，IFPI沒那麼多銀彈。另外等到強制執行生效一般要兩個月後，該歌曲最賺錢的時間已過，流行已退，唱片之銷售已受損，實無執行之實益。而且每次所發的執行命令，因法律語言要求精準，並依據聲請人之聲請定之，結果是法院會要求聲請人聲明要禁止利用P2P網站下載或搜尋那些檔案，而P2P網站也會依該檔案名稱在搜尋引擎上設計過濾程式，如IFPI要求禁止下載名為「周杰倫，七里香」或「七里香，周杰倫」的檔案，則P2P網路服務業者也會設計禁止上述兩種搜尋的要求，可想而見的，如果只寫「七里香」，或「周杰倫·七里香」，或「周杰倫_七里香」…等，這些都是不禁止的，結果是該四百萬元的假處分裁定沒有實際的效用¹⁰³。

(3)取得損害賠償

依勝訴判決執行P2P網路服務業者與小P之財產，在對小P方面，因為訴訟簡單，可以很快就執行，但此等執行沒有新聞性，無法對社會產生教育的效果，不能有效減少侵權行為的發生，甚至會帶來負面的觀感。至於對P2P網路服務業者的執行，其勝訴判決求得不易，要花好幾年的功夫，在執行上，實有疑問。

2. 無法達成的目的

使用民事的手段當然無法給與P2P網路負責人及小P刑事責任以敬效尤，不過如果能處以高額的民事損害賠償，亦未畢沒有社會教育功能。

3.4 立法上的現況與發展

3.4.1 Kuro 的法案建議—強制授權

1. Kuro 於民國 92 年 8 月 22 日所提之修正條文建議

新增著作權法第 50 條之 1：「

(第 1 項)除已訂定個別授權契約者外，以網路科技提供服務播送音樂或供網路使用人上傳、下載或交換網路音樂檔案之業者，就其服務所利用或與其服務有關之音樂或錄音著作，應就其服務收入提撥一定比例之補償金支付予著作財產權人。

¹⁰³ 據IFPI李執行長表示，其申請的假處分裁定被P2P網路服務業者放在首頁上，嘲笑IFPI。

(第 2 項)以網路科技提供網路音樂服務之業者，已依前項規定支付補償金者，視為該業者及使用其網路音樂服務之人已取得相關音樂或錄音著作之著作財產權人授權。

(第 3 項)第一項所載補償金之提撥比例或提撥金額、有權收取單位或機構、得參與分配之著作權人或著作財產權人、分配方式、分配金額等，由主管機關定之。」

2. 唱片業者的反對意見¹⁰⁴

(1)該法侵犯私權屬違憲之行為

著作權人認為該修法建議侵犯私權且屬違憲行為，理由略謂：1·凡利用著作均須得著作權人的授權為無法改變的金科玉律。2·著作權為私權，對於授權內容與對象，權利人有決定權。並以所有權為例，說明權利人如何處分私有的財產，當然有其個人的自由。3·有權選擇對其有保障的網路交易方式，而拒絕任何無法保障權益的交易模式。MP3 之檔案無法管理下載後之行為，不為唱片業者所接受。4·除非合理使用，否則不得強制授權。

(2)補償金制度只適用於機器並不適用於技術服務

補償金制度僅適用於機械設備或儲存媒介如錄音機、錄影機、光碟燒錄機、錄音帶、CD、CD-ROM。網路科技服務業者，不是重製、傳播機器設備或儲存媒介¹⁰⁵，自然不是著作權補償金制度適用的對象，而無補償金制度適用之餘地。且「法定強制授權」將使著作權人未蒙科技之利，卻先受其害，而有違背憲法保障人民財產權之虞。

(3)不合潮流、無法執行且圖利特定業者的立法

唱片業者更認為這法只針對音樂與錄音檔案加以規範，單純是為網路音樂服務業者解套，屬就地合法之陽謀，且僅侷限在解決網路音樂之傳播有圖利特定業者之嫌。而這樣的立法是絕無僅有的立法，不為外國所接受，並將招致 WTO 會員國之非議。最後，從實務上而言，該法案過於抽象，窒礙難行。

3. 本文的見解¹⁰⁶

Kuro 的提案確有缺陷，但唱片業者的反對意見，更屬誤解，以下將論述對唱片業者反對意見的不同意見並點出 Kuro 提案的缺陷。

(1)補償金制度未必違憲

¹⁰⁴ 參考IFPI李執行長對Kuro提案的意見。

¹⁰⁵ 著作權人團體認為P2P網站是提供小偷指示那裡可以偷東西的資料庫，非重製、傳播機器設備或儲存媒介。

¹⁰⁶ 參考William W. Fisher III, THE PROMISE TO KEEP(2004)一書

著作權的歷史來源是國王因利益關係授予印書商的獨占權，實與所有權等私有財產權不同，故在歷史解釋上，著作權是否屬於憲法第 15 條所謂之財產權而為基本人權不無疑問，且即便認為是基本人權，在為增進公共利益上亦並非不得以法律限制之，憲法第 23 條定有明文。

(2)並非合理使用才能強制授權

著作權人在著作權法之保障下，確有自由選擇交易對象之權利，但著作權除了「合理使用」之侵權除外規定(非強制授權)、實有為公眾利益或交易方便而為之強制授權，如著作權法第 69 條，音樂著作之強制授權。且事實上可以合理使用，就不必強制授權，所以認為合理使用方須(能)強制授權實有誤會。

(3)管理後續的使用超出責任範圍

合法下載屬購買行為有著作權法第 59 條之 1 權利耗盡原則之適用，故合法下載後的 mp3 檔案如何使用本是所有人的權利。且其為個人使用而重製於個人之 mp3 player 上，應屬合理使用，此可參考美國法認為關於「私人使用之空間移轉」為合理使用之相關判決，其他如為家用之重製亦常屬於合理使用之範圍，就像買了光碟會借朋友分享一樣，沒有道理限制這類的的使用，故 P2P 網路服務業者能保證在其網路上傳輸的為合法使用者，實已盡當相之義務，就像 Apple 電腦公司的 iTunes 一樣。唱片業者在其利益思維下希望每個使用者都買它的唱片，都付費使用，但是在沒有網路沒有 CD 的時代也是不可能的。更何況現在 CD 轉 MP3 的軟體網路上到處找得到，自己買了 CD 轉為 MP3 或為保存或為個人使用之方便或與周遭朋友分享，實為常見之事，亦應屬合理使用之範圍。本文認為 P2P 網站如能提供一個合法下載的平台，讓非法的重製行為有機會合法化，實為功德一件，並增進唱片業者之利益。

(4)補償金制度並非只適用於機器

補償金制度應是較可行為方法，之所以要用補償金制度，實是因為現行法下的困境，並非只有機器才適用，像音樂著作在著作權法第 69 條也有強制授權的機制，而網路廣播服務也有補償金的機制，唱片公司認為補償金制度限於機器之論點不知所云，亦不知來源為何？歷來補償金制度的出現，多半是現行法制下，造成兩個產業的衝突，並出現如全民皆罪無法執行法律等社會成本過大問題。而網路音樂正有此情況，網路業者是新的通路商，與傳統唱片業者的利益有衝突。而在網路的時代下，消費者在網路上取得有著作權的著作實為容易之事，目前的現況就是全國大半的網路使用者有在網路上侵害著作權之行為，至少大部分的大專院校學生有在網路上重製錄音著作物之經驗，如不使其合法化，司法機關是否有能力執行著作權法 92 條之規定？難道立法機關、行政機關可以看著全國年輕一輩的國民(事實上範圍應更廣)都有著作權違法重製罪的案底。再者侵害著作權本是法定犯，其不法性並非來自於本質上的惡，而是法定上的違法，故本是政策問題，即便強力推行著作權的美國，

在轉變為著作權出口的国家之前，亦是有名的大海盜國，原因無外，因為當時在政策上，支持著作權對國內的經濟發展不利。所以並不是沒有選擇強制授權的餘地，如何權衡多方的利益，才是問題的所在。

(5)補償金制度非為 WTO 所不容

補償金的立法確實先進，但並非為 WTO 所不容，且有許多學者已投入相關的研究，並非不為世人所接受。台灣的立法也不是一定要繼受外國法，如為國民之須要與利益，在充分的討論研究下，未嘗不可率先世界各國而為網路音樂之強制授權。

(6)補償金制度並非不可行，然須符合授權明確性原則

補償金並非不可行的一個選擇。網路在一定之條件下實是有辦法去記錄並計算下載次數與檔案的，當然相對的也有規避的方法，但如果行為人沒有規避的必要，相信是可以計算出一個相當精確的下載次數的統計表以便分配補償金。事實上即便無法直接的計算下載次數，亦有學者建議可以利用類似電視收視率的方法去計算下載率，將來可以作為分配的依據。但是 Kuro 的提案也不是完全沒有缺陷的關於如何實現這個強制授權的機制，實是該法案可否運作重點，就法律的層面而言，Kuro 的提案只是提出以強制授權解決問題的想法，而細部實現授權予行政機關，並未見多餘的著墨，但補償金制度最大的問題就是在如何實現，而 Kuro 的提案完全看不出來，且其授權的範圍太大了，有違授權明確性原則，所以唱片業者認為會有窒礙難行的問題，實非無的放矢，至少就授權金如何決定，相關人員的組成要有一定之規範，實不應泛言授權行政機關。

3.4.2 唱片業者的建議—課予科技提供者侵權責任

1. 由立法委員謝國樑先生所提修正條文(詳見附表一)之討論

(1)修正案與原法之比較

	依修正案分析之	依原法，即依著作權法第 91 條第 1 項或第 92 條之幫助犯或教唆犯分析之	比較結果
客觀要件	<ul style="list-style-type: none"> a. 提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術 b. 因而受有利益 	<ul style="list-style-type: none"> a. 第三人以重製或公開傳輸之方式侵害著作權 b. 行為人為幫助或教唆行為 	<ul style="list-style-type: none"> a. 依建議之修正法條，不以有實際侵權行為發生為要件，只要有提供行為即可，而原法要以有實際之侵權行為發生，故就此點可謂修法後擴張責任範圍。

			<p>b. 修正案以受有利益為要件，而原法並無，就此點而言可謂修正案在擴張責任範圍後的限縮。而從另一個觀點似乎明定提供免費程式無任何責任。</p>
主觀要件	<p>a. 供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權之意圖。並規定採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。</p> <p>b. 對提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術之行為有認識</p> <p>c. 對受有利益之事實有認識。</p>	<p>a. 幫助意圖</p> <p>b. 對幫助行有認識。</p>	<p>修正案的主觀要件的 a 點與現行法主觀要件的 a 點最大的不同就是對象是否須要特定，就這點而言，修正案是有義意的，在舉證上或入罪上，就非必然要先抓小 p，或對特定小 p 之侵權行為有認識。另外條正案主觀要件的 a 點增加了「採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖」本文認為如採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，根本就是第著作權法第 91 條第 1 項及第 92 條之幫助教唆犯，而一行為犯數法依法條競合取一重者，還是依 91 條第 1 項及第 92 條之幫助教唆犯處之。而 b 點兩邊可謂大同小異，另修正案多了 c 點，亦需注意，此有美國法代位侵權責任的影子。</p>
效果	<p>違反上開規定之處罰為二年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。於侵害情節重大者主管機關並得限期</p>	<p>第 91 條第 1 項的罰則是三年以下有期徒刑、拘役，或科併科新台幣七十五萬元以下罰金。而第 92 條的罰則亦</p>	<p>修正案不會比較重所以在法條競合的情況下，會選原處罰之方法，即依第 91 條第 1 項或第 92 條之幫助犯，但修正案有行政的屆期改正及勒令歇業，比原有可</p>

	改正，屆期不改正者，得勒令歇業。	是三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新台幣七十五萬元以下罰金。	行的措施更多元。
--	------------------	---------------------------------	----------

(2)對於比較結果之討論

① 原法案所無法管理的脫法行為

目前就惡意之 P2P 網路服務業者，即事實上以侵害錄音物著作權為主要營業收入，借由「科技中立」之口號，遊走法律邊緣經營事業，就現行法之判斷，具有下列情況下無法使其入罪：I．該科技有實質非侵權之用途，即為中性之業務。可以在主觀構成要件上主張沒有幫助意圖，在客觀構成要件上主張無客觀歸責性，並在違法性上主張業務上正當行為。故提供科技本身並不構成重製或公開傳輸之幫助犯。II．行為人之廣告或其他商業措施用語其性質上屬中性，無法指摘其有教唆或幫助為侵權之行為。III．其系統使 P2P 網路服務業者無法控制也不了解是否有實際的侵權行為發生。再加上有其他非侵權之用途，亦無不作為犯的問題。IV．其並未針對特定人為教唆或幫助，無法成立幫助犯或教唆犯。

所以就一個惡意的 P2P 網路服務業者，一般而言 P2P 網路服務是有實質非侵權的用途，可以算是中性之業務行為，其系統採用超級節點或完全分散式之程式，在程式的設計上是有可能主張對特定的侵權行為無法了解及阻止。如果其廣告只是促進大家去使用其電腦程式，而無教唆或幫助之性質，如「用 P2P 程式建立自己的歌曲資料庫」、「下載你喜歡的歌」、「盡情下載」…等中性之廣告詞句，甚至在首頁上標上請尊重智慧財產權，請勿下載有著作權之歌曲等字眼。則雖然實際上在其網路內流竄者主要是有著作權的歌曲，而無法以現行法去管制。

② 修正案亦不能處理

現行法並無法管制的狀況。修正案就有辦法嗎？基於上開的比較，可以發現：I．在客觀要件上，修正案只是提前了入罪的時間，在沒有實際侵權行為發生時，光提供該程式就可入罪，但如果沒有實際侵權行為的發生，通常 P2P 網路服務業者也不會滿足第三個獲利要件。故客觀要件上反而修正案多了獲利之要件，而結果就是如果 P2P 網路服務業者在一開始的免費試用期間，原有的法律可能已入罪了，但修正案反而客觀構成要件不該當。II．在主觀要件上，其要求證明有供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權之意圖、對提供軟體的行為有認識，及對受有利益之事實有認識；但事實上主觀構成要件只要能證明有這個意圖及對提供軟體的行為有認識，如公眾亦可特定，再加上提供軟體之客觀行為，不就構成原有重製或公開傳輸的幫助犯嗎？而在該條欲新增的第 2 項規定採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。意指不論何行為，只要是在說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權，就認為有「供公眾透過網路公開傳輸或

重製他人著作，侵害著作財產權之意圖」，但事實上如一個廣告可以看出在說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權，那廣告本身就是一個教唆或幫助侵權的行為，根本不用再新增法律以補漏洞；一個廣告可以看出在說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權，根本無待明文就可以認定為「供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權之意圖」。故本文認為該等立法草案，根本沒有看出問題點，以為法律的漏洞在沒有規範提供行為故不為罪。實不知真正的漏洞在目前 P2P 網路的使用，大多用於侵害錄音物著作權，有科技可以減少或部分防範，但確沒有法律要求業者加上此等科技，造成業者自陷於無監督控制能力放任侵權行為發生，現行法無法可管的情況，並不是對提供行為沒有規範。

(3)修正案的其他問題

本修正案已於民國 96 年 6 月 14 日正式立法通過，通過的法案和當初的提案沒有什麼修改，通過的過程中也沒有對該法案做太多的討論，然而這樣的立法實令人擔心，一言堂的立法通常只會為往後帶來更多的紛爭，雖然依本文的分析，該法案未必能真有實用，但它幾個明顯的問題，如禁止提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式的客觀要件打擊面太廣會引起科技業者不必要的恐慌、第 87 第 2 項將教唆、幫助犯視為正犯混亂了原來刑法的體係等等，都未見說明亦未有任何研究，實在太粗糙了。

本修正案最大的特定是它免除了特定對象的要求，即起訴時也不必抓一個小 p 以求能成立幫助犯或教唆犯，可以直接使 P2P 網路服務業者入罪，一般人民比較不會對唱片公司反感。而相對的行政上的處置也比較多。關於不必抓一個特定的小 p 即可讓業者入罪確實是現行法所無法做到的，在修正法案的要件下，現行為可能早已該當著作權法第 91 條第 1 項及第 92 條之幫助或教唆犯，是否有實益，值得討論。而關於行政措施，本文認為任何以侵害他人著作權為營業之主要項目之事業者應以行政措施命其改正或命其停業或歇業實屬得宜之立法。另外修正案的條文也有嗅出一點美國法下代位責任的味道，但有點牛頭對馬尾情形，因為該修正案的主觀要件是輔助侵權的主觀要件或我國法的幫助意圖，客觀要件則是綜合輔助侵權的工具提供之幫助及代任責任的受有利益，這樣混合的立法，依以往的經驗，實讓人擔憂。且依上述之分析更可看出，並無太大實益。最後修正案所謂參考的美國最高法院 Grokster 案，但依本文的認知，美國最高法院 Grokster 案並沒有處理到 P2P 網路傳輸科技與著作權侵權的核心問題，即對於 Sony doctrine，該判決並沒有給實質非侵權使用下明確的定義(當然，有學者認為根本不該給明確的定義)，該判決只是引用舊有的判決先例，以傳統的輔助侵權概念(類似我國的幫助犯)，來說明非屬 Sony doctrine 所處理的行為要回歸傳統理論，並沒有為 Sony doctrine 劃出一個更明確的邊界，也沒有實質上解決 P2P 網路傳輸科技與著作權的問題。

3.5 小結

唱片業者與 P2P 網路服務業者的戰爭不斷地推陳出新，演變到現在，已變成兩個極端，即合法的網路音樂通路商，對其通路有完全的控制能力，及非法的網路音樂通路商，對其通路幾乎完全沒有控制能力。在非法的網路音樂通路商存在下，合法的通路商有很高的進入障礙，但也因為有非法的網路音樂通路商，合法的通路商可以談到較好的價錢，而使一般民眾受惠。目前的情況，實是因目前的法制下所發展出來的結果，所以欲以修法方式來解決，不無道理，就程序法而言，本文認為，假扣押、假處分加上定暫時狀態假處分是可以運作的，只是細部的審查標準需要精製化，可以以修法或法官造法的方式進行；而實體法方面，就社會及著作權人的最大利益，本文建議採 Kuro 方所提的補償金制度，但細部的執行方案及授權範圍，應以立法明定。至於如果欲採唱片業的修正案，本文認為現行為修正案並不能解決真正的問題，要劃清責任，建議修法上可以加入代位責任並在行政管制上要求 P2P 網路服務業者於其程式上加入合理的監控管理機制，至於何謂合理的監控管理機制，可以由主管單位會同相關當事人、公會、專家學者共同訂定，並規定每經過一定的時間再討論修正。這樣才會有助於把責任劃更清楚，並使 P2P 網路服務業者有空間去經營與侵權無關的業務行為而不防礙科技的創新。

然而在修法之前如何在現行法下找到一個平衡，則為本文所著重之目的之一，其中又可分民事的相關責任與刑事的相關責任，如同 ifpi 李執行長所述，想要得到較好的途徑解決，就要兩邊同時進行，而本文囿於篇幅，所以從刑事上最具爭議的議題切入研究，也就是 P2P 網路服務業者的刑事幫助犯責任，本文認為，如果一個 P2P 網路服務業者可以避免刑事幫助犯的罪責，則在目前法下，可以認為是合法經營的事業，所以本文著重於此點之討論。

