

國立政治大學法律學研究所

碩士論文

指導教授： 吳瑾瑜 博士

拍賣網站經營者就商標侵權之法律責任
— 以歐盟法為中心



研究生：彭建仁

中華民國一〇一年七月

自序

竟然七年矣。

自幼即對文史抱極大興趣，身處政大環境，自是如魚得水，好不快活。大學起即未囿於本系，利用通識課、選修課下以滿足求知，上求追尋思想視野之擴增，得大師一教、與同學論學，其間快意酣暢可謂沒齒難忘。待至研所，未嘗收斂，無不秉持「Just do it.」^I之信念，於法學、歷史、滿文、德文、國考、課輔、助理等事務中或輕重或並行，縱然如此，仍覺不及潛力之萬一。

一百年九月得機會赴復旦大學做交換生，半年內遍歷滬、京、蘇、漢、渝、安、杭、瀋、哈等市，一償夙懷之歷史情感與追求，午夜夢迴之際，尚覺身處南京百子亭臆度當年雲蓋聚集；或坐望黃山官邸，癡想歷史之實然與未然；轉瞬又在上海湖南路，輕踏著法國梧桐沙沙地響，人生幾何，得以偷閒至此？一切無不有賴家人於物質、精神上無限之支持，始有我之今日！

返臺以後，撰寫論文蒙指導教授吳老師殷殷教導更給予最大自由，口試時又獲口試委員王、陳二師精確而嚴肅之評論，使本文得以今日之面目問世，惟仍不免市井人作文語，歪詩文令人觀聽^{II}之譏，自以學疏才淺，對此徒呼負負而已！或曰：苟不悅，勿閱之。誠哉斯言。

當日候我讀書終致錄取研所之同學，至今猶為感念，其時以為惡果者，或為今日之善因^{III}；而伴隨撰寫論文至最後階段者，感謝更為不同；研所在學期間，惟揚、理安、奕榔、全晉（依姓氏筆畫排列）等諸位先進於生活中帶來歡笑，同時於學術思考上多有指點，得此助力，尤感榮幸。

老友一群，多年來相互扶持，是精神上莫大助益，惟願愈益堅此情誼，於人生道路上同步前行。

^I 此乃世界名牌耐吉（Nike）之口號。

^{II} 蒲松齡，沂水秀才，載：聊齋誌異，1680年。

^{III} 葉惠芬編，蔣中正總統檔案：事略稿本（57），民國33年5月31日條，頁177，2011年10月。

讀書者，所求即在久久貫通，隨感即應^{IV}，非閱深識廣不能為之，竊以遠不及此，然論文總算個人學術生涯作品，今揣誠敬樸毅之心，將論文公諸於世。

謹幟

於廿五歲生日



^{IV} 清世宗憲皇帝口述，聖祖仁皇帝庭訓格言，第 27 則，1730 年。

摘要

線上購物之便利、迅速及不受地域限制之無遠弗屆，促使利用網路平台消費之人口極速增長，網路世界之法律問題自應為傳統民事法律所規制，然網路虛擬之特性終非以實體生活為對象之民法理論體系架構所能完整涵蓋，本文所論之線上拍賣服務提供者對使用者所為商標侵權之法律責任即為著例。

商標權人捨直接侵權人而向拍賣網站經營者請求之訴訟在我國境內雖有發生，法院卻未直接闡述見解，而於美國及歐盟境內之德國、比利時、法國、英國等處均有法院作成判決，歐盟所屬之歐洲法院對此亦表達意見，學說則早自 1990 年代末即有所討論，近年更是漸趨熱烈，各式見解相互爭辯激盪，足供我國未來發展參酌。

本文自拍賣網站與使用者之關係出發，依序探討、羅列可供適用之民事法律法規，以及國內外法院判決處理，綜合參考國內外學說見解及實務發展經驗，總結於我國法之適用，分為責任成立、侵害除去及預防可能之檢討，以及對未來制訂一般性免責條款三方面討論，冀望得以作為尋求電子商務發展、權利人保障與兼顧使用者便利三贏局面之參考。

關鍵詞：線上拍賣、網路服務提供者、商標侵權、網路服務提供者免責事由

目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究成果回顧	2
第三節 研究方法與研究範圍	3
一、研究方法	3
二、研究範圍	3
第四節 論文架構	7
第二章 線上拍賣網站之經營模式及法律關係	9
第一節 線上拍賣網站之營運	9
一、發展簡介	9
二、獲利方式	9
第二節 線上拍賣網站與線上拍賣活動之關係	11
一、拍賣競標開始前	11
二、拍賣競標進行中	13
三、拍賣成立後	14
四、紛爭解決	15
五、小節	17
第三節 線上拍賣網站之商標侵權爭議	18
一、商標侵權行為	18
二、我國判決介紹	21
三、判決評析	29
第四節 小結	32
第三章 歐盟相關指令與法院見解	33
第一節 歐盟相關指令	33
一、2000年電子商務指令	35
二、2004年智慧財產權執行指令	41
第二節 德國、比利時、法國及英國法院判決	44
一、德國聯邦最高法院	44
二、比利時布魯塞爾商業法庭	47

三、法國法院	47
四、英國高等法院	50
五、判決評析	54
第三節 歐洲法院判決	56
一、事實及爭點	56
二、判決	61
第四節 綜合評析	65
第四章 我國法之適用與檢討	67
第一節 損害賠償責任	67
一、不當得利	68
二、一般侵權行為	70
三、共同侵權行為	71
四、幫助侵權行為	72
五、危險工作或活動責任	76
第二節 侵害防止義務	79
一、法律依據	80
二、義務之承擔與範圍	83
三、執行可能性	87
第三節 一般性免責條款	90
一、著作權法之網路服務提供者民事免責規範	91
二、免責條款相關問題討論	96
第四節 小結	103
第六章 結論	107
參考文獻	110

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

隨著個人電腦興起，網路之蓬勃發展，漸漸改變人們原有之生活習慣，網路購物已成消費形式之一，根據經濟部商業司之調查，線上拍賣、購物交易市場規模由 2009 年的 1700 億元提升至 2011 年之 2400 餘億元¹，2010 年一年內曾經於拍賣網站上購物之網路使用者將近八成²，個人年成交金額平均達新台幣四萬餘元³，顯示利用網路購物，已然成為網路使用者生活習慣之一部。

提供線上拍賣交易平台之線上拍賣網站經營者，其雖非買賣交易之當事人，然而隨著線上拍賣之蓬勃發展，拍賣網站經營者介入交易之情形也愈來愈深，例如設有「安心賣家」之機制，只要買方與安心賣家之交易而受詐騙，可藉此獲得補償；亦有外國知名拍賣網站以「消費者保障」之名提供類似服務，顯示線上拍賣發展至今，於買方賣方交易過程中，網站經營者已非單純立於中立角色，要求網站經營者於某種程度上承擔責任之討論亦漸具重要性。

拍賣網站經營者可能承擔民事責任之行為涉及層面甚廣，可能係買賣糾紛所生問題，或對於使用者個人資料外洩、帳號盜用等情事負責，亦有可能係經營者為求增加銷售或瀏覽網站人次，主動向大型搜尋引擎網站以他人商標名稱購買關鍵字廣告等行為，由網站經營者主動、積極發起、參與之行為若違背法律要求或不法侵害他人權利，要求經營者為此負責自無疑問；若於買賣契約成立後，買賣方使用者關於契約履行之糾紛，或係賣方使用者販售仿冒品、盜版書籍等，行為人自應為自己之行為負責，固無由質疑，惟於網路環境中，行為人之身分未必如現實交易之明確，甚而難以追查，反觀網站經營者之身分明確，且對在網站上發生之交易、刊登之資訊等有一定控制能力，在在促使權利人轉而思考對拍賣網站請求之可能性。本文著重者即在拍賣網站對於賣方使用者所刊登之買賣標的物或其訊息有侵害第三人之商標權之情事時，拍賣網站經營者是否一律需負責或於

¹ 經濟部商業司，中華民國電子商務年鑑 2011，頁 XXII，2011 年 12 月。

² 同前註，頁 343。

³ 同前註，頁 345。

何種限度內始須負責之問題。

第二節 研究成果回顧

與本文研究主題相關之研究成果，可分為對線上拍賣、電子商務、拍賣網站業者之民事責任、拍賣網站業者之免責等方向，以下分述之：

涉及線上拍賣機制研究者如：〈線上拍賣交易模式法律關係之研究〉（吳孟真，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，2004年）、〈線上拍賣契約之法律問題研究—以契約之成立及效力為中心〉（張懿云，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2004年），研究重點多置於線上拍賣契約之性質，拍賣網站與使用者間關係等爭議。

探討網路服務提供者（Internet Service Provider, ISP）或交易平台業者責任之論文如：〈論網路拍賣平台業者之民事責任〉（葉采蓉，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2008年）、〈電子商務交易平台提供者之民事法律責任〉（王至德，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，2010年）等等論文，所涉面向大抵集中在拍賣網站對買賣方使用者，或對買賣方之買賣契約應否負擔民法、消費者保護法等等責任之問題，就本文關注之使用者商標侵權問題至多僅為其中章節。

由另一觀點，檢討網路服務提供者之免責可能者例如：〈網路服務業者之侵權責任—以著作權侵權為中心〉（張淑美，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006年）、〈網路服務提供者之著作權侵害責任〉（盧怡伶，國立成功大學法律學系碩士論文，2009年）等等學位論文，此主題在2009年著作權法新增相關規定前後，亦有多名學者從立法論角度，或為新法評析發表相關期刊論文⁴。

與本文主題直接相關之學位論文如：〈網路拍賣服務提供者商標侵權責任之比較研究〉（蘇月星，東吳大學法律學系比較法律組碩士論文，2011年）、〈網路服務提供者商標侵權責任研究〉（蔣克齊，世新大學智慧財產

⁴ 例如：王怡蘋，著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，月旦法學雜誌，173期，頁25-41，2009年10月；沈宗倫，對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，頁257-298，2010年1月；章忠信，二〇〇九年新修正著作權法簡析—網路服務提供者之責任限制，月旦法學雜誌，173期，頁5-24，2009年10月。

權研究所碩士論文，2011年）等，期刊論文如：〈淺析 Tiffany v. eBay 案與網路服務提供者商標侵權責任爭議〉（鄭苑瓊，2009年），其中或有側重美國法介紹，亦有如本文涵蓋歐盟範圍者，並以我國法律作分析基礎，對本文極具啟發性作用。

第三節 研究方法與研究範圍

一、 研究方法

本文之主題所涉範圍，於國內目前尚屬於發展中之領域，直接討論並且切合本文主題之文章甚少，搜集文章之範圍因此擴集相關領域，並將本文主題以傳統民事實體法、智慧財產法與新興之電子商務法律一一檢視，望能藉由類似事務之處理，推導出未來可能之立法方向。本文所關切之爭點在歐洲已有數起訴訟，歐洲法院亦已做出判決，歐洲、美國法學界對此多有討論，因此將利用如 Westlaw 資料庫、歐洲出版之法學期刊閱讀相關外文文章，進而分析、理解歐洲法學界對此問題相關態度及解決方法。

我國相關法制雖漸有考慮電子商務的進展，然規範密度仍屬不足，相關法學研究論述已少，實務觀點幾無，因而對於制度設計上之比較，當係較適合之研究法，本文希冀以介紹歐洲學說見解與實務之操作，對未來全面規範電子商務之制度設計，提供不同之思考。

二、 研究範圍

（一）名詞定義

1. 拍賣網站

以契約關係為劃分依據，網路購物之型態大致上可分為二類：

（1）交易平台為出賣人 (Business to Consumer, B2C)

交易平台提供者同時即為出賣人之類型，意指交易平台直接與買方締結契約，作為契約之當事人。此類型藉由交易平台提供者與銷售商品之關係，又可再分為網路商店及直接拍賣網站二種：前者係指公司或個別經營者藉由設立一專屬網站，刊

登其所生產或經銷之實體商品或數位商品之銷售目錄，消費者可瀏覽網站上之商品目錄後，透過網路方式如電子化系統或電子郵件進行訂購，而與該交易平台即銷售方締結契約，此時交易平台業者所販售者即為公司原業務所欲銷售之商品；後者則指交易平台係整合其他企業或個人之商品，然該企業或個人本身則無法經由該網站自行銷售商品，此類型網站經營模式採用「集體議價模式」，即係以利用拍賣機制決定商品最後出售之價格。

(2) 交易平台為中介角色(Consumer to Consumer, C2C)

目前交易平台大多提供中介角色，提供買方與賣方接觸與交易之場所，交易平台非為買賣契約當事人，其與賣方訂定一使用平台銷售契約、與買方訂定一使用平台購買契約，彼此呈現一三角關係。此類型可依銷售模式與規模大小再分為網路商城與中介拍賣網站：網路商城業者於網路上開設一綜合性商店網站，提供許多個人或企業於此開設網頁販賣商品，或於網站中提供網站連結而使購買方得以連結至各企業開設之網站，該平台並不作為契約一方，僅係設備提供與中介之角色，以網頁租金、會員會費、廣告與每筆交易之手續費用為收入來源；中介拍賣網站，即一般所稱之「網路拍賣」、「線上拍賣」網站，係最常見之拍賣模式，交易平台業者提供網站作為拍賣平台，無論是個人或企業方均可成為網站之賣方使用者，將欲出賣之商品刊登於網站，其他網站使用者皆可參與競標，交易平台並不成為交易契約當事人，而向賣方使用者收取商品上架費與商品交易費，作為提供賣方銷售與訂購付款機制之使用對價，與以該商品為標的、成立於買賣方使用者間之買賣契約並無關連。

本文所研究對象係針對作為中介角色之拍賣網站，並不及於網站本身做為出賣人之情形。拍賣網站依據其企業規模大小，可能本身即具備法人身分，亦可能未以該網站名稱成立法人，而由個人或法人經營者，其間差異僅在承擔法律責任時，前者由拍賣網站承擔，而後者應由經營者承擔，本文於此不詳加區分，行文時將二者混用，並無特殊意義。又，

「線上」(Online)與「網路」(Internet)於語意上有所差異，於資訊工程理論之定義或有區別，然於本文使用之「線上拍賣」與「網路拍賣」等用語所指涉者為同一社會活動。

2. 民事責任

自一般網路使用者向拍賣網站註冊成為拍賣網站之買方或賣方使用者，於拍賣網站與使用者間存有「服務協議」產生法律關係，至拍賣活動結束，買賣雙方契約成立，進入履行階段後，可能產生幾種民事爭議：

- (1) 買方、賣方使用者使用拍賣網站可能產生問題如：賣方未能順利刊登展售商品、無法讀取過往交易記錄、或於拍賣成立後遲未收得契約對造之資料等等，使用者應以服務協議為基礎，向拍賣網站請求契約上權利。又線上拍賣平台業者屬於消費者保護法中之企業經營者，除民法外，亦可能依據消費者保護法承擔相應責任。
- (2) 賣方使用者與買方使用者間有關未出貨、未付款等債務不履行、退換貨等瑕疵擔保問題，屬於契約法範疇，此時依照線上拍賣平台業者在其中扮演的角色認定其責任。
- (3) 賣方使用者刊登、販賣之商品為仿冒品，即冒用商標之商品、盜印之書籍等等，可能產生二方面問題：
 - ① 賣方使用者與買方使用者間：若賣方使用者於刊登商品時，已於商品資訊標示非正版、複製品等字樣，或以低於常理之價格出售，使買方使用者明知或可得而知商品並非真品時，除非另有買賣標的物違反強制規定或公序良俗之問題，應認買賣雙方就此商品之買賣契約成立；反之，若賣方使用者未以明確標示，或仍以一般之價格出售，自外觀無法使買方使用者明知或可得而知商品並非真品時，賣方使用者於刑事上可能該當詐欺罪名，民事方面則有侵權、契約責任或二責任之競合問題。
 - ② 賣方使用者與商標或著作權權利人間：出賣冒用商標之商品

或盜印之書籍，侵害商標或著作權權利人之權利，賣方使用者應負擔相應之刑事或民事責任。

發生於線上拍賣活動之法律糾紛或非法行為，拍賣網站是否得一律以其屬於單純、中立之平台經營者身分，主張除己身提供之平台服務所生問題外，對一切因使用者所致，或係使用者間所生法律責任均不予負責？不無疑問，尤其於今日拍賣網站已非如線上拍賣興起伊始之時完全立於平台提供之角色，復以科技之發展、便利，使得課予拍賣網站一定注意義務之構想漸趨合理，學說多有討論，受害之權利人亦向法院提出訴訟，以現行之法律體系挑戰拍賣網站之優勢地位。本文乃參照歐洲所發生數宗商標權訴訟，將焦點集中在線上拍賣網站經營者是否因賣方使用者侵害商標權，而承擔一定責任之問題。

值得注意者係，侵害智慧財產權之行為，於我國部分法律中仍有刑責，本文所論於民事侵權之行為態樣，亦可能該當刑事責任，然本文研究範圍限於拍賣網站經營者之民事責任，刑責非所論範圍。另除特別標明外，文中所參考之我國法院判決均為民事判決，不另於行文或引註時再予標明。

（二）範圍及侷限

承上所述，本文研究之焦點在線上拍賣網站就其賣方使用者所為之商標侵權行為，是否應承擔民事責任之問題，相關議題於美國或歐盟之學說實務均有討論，我國著作權法 2009 年修正係參考美國立法例而來，因此有關美國網路服務提供者之著作權免責條款立法討論，我國學者多有闡述，亦有相關學術、學位論文產出，歐盟方面相應發展之介紹雖非絕跡，然相較而言尚屬少見，本文所參考之外國學說、實務見解以歐盟區域為主，惟美國作為智慧財產權法領域之發展前沿，其觀點極為關鍵，是本文除歐盟境內學者論著外，亦適度引用美國學說看法，以求完整。外國機關機構及外文法律專有名詞於首次出現時均列明原文，行文時盡量依照我國主管機關或多數學說用法，並參酌我國法律之相應概念而為逕譯。

歐洲區域內所使用之語言眾多，除中英文外，筆者僅粗解德文，參考

資料若以其他語言撰寫，則無法研讀原文，是所選判決非以英、德語作成者，概以刊登於期刊或經正式翻譯成之英文本為主，至於學者論文，則囿於研究能力，無法一一細讀。

第四節 論文架構

除第一章緒論外，各章節之主要內容如下：

第二章為線上拍賣網站之經營模式及法律關係，首先簡介當前所見線上拍賣網站之經營模式、獲利方式及所提供之重要服務，並討論商標侵權及拍賣網站之相關問題，藉由檢視我國法院實例及法治法規，顯示現有規範之困境。

第三章提出歐盟作為外國立法例之參考，著重討論歐盟制定公布之指令中有關網路服務提供者免責規範之立法模式，由指令之立法過程、前言，及於學說有關見解、疑義及歐洲法院（Court of Justice of the European Union）裁判中對條文之闡釋，盡可能地全面理解歐盟條文就此之運作及規範。此外並羅列德國、比利時、法國與英國等歐盟數內國法院判決，最終介紹歐洲法院見解。列舉各法院判決之目的除在表明此類事情之確實存在及重要性外，更可從中觀察法院對現存法律之理解、運用或創造，尤其在致力於整合歐盟境內各國法制之前提下，歐盟數成員國內國法院面對相同之歐盟指令，將有如何不同之適用及判決結果，而歐洲法院所為權威性解釋，是否與成員國法院判決有所齟齬，又判決公布後得否統一歐盟境內見解，均值得比較觀察。

第四章依據我國現有法制體系，參考歐盟立法例及學說討論，判斷若適用我國法律，本文之爭點將有如何之結果，並尋求適當之解決途徑。概略可分三大部分而論：第一，是否將成立不當得利或侵權行為，而負擔返還或賠償責任？此爭點尤重在過失侵權行為與幫助侵權行為之探討，亦即是是否違背注意義務或預見可能性之問題，且一定程度上受拍賣網站及賣方使用者間法律關係影響；其次則討論有無利用侵害除去或預防請求權，請求拍賣網站停止當前存在之侵害，甚至進一步防止侵害之發生；最終係由立法論而言，參酌我國現有之著作權免責規範及歐盟電子商務指令類似

規定，思考對網路服務提供者設立一般性免責規範之妥適性以及或將遭遇之疑難。

第五章則綜上所述，歸結各章之結論，藉歐盟立法例與各國實務經驗，為我國網路及電子商務法制之未來發展提供建議。



第二章 線上拍賣網站之經營模式及商標侵權爭議

第一節 線上拍賣網站之營運

一、 發展簡介

從 Konrad Zuse 奠定現代電腦基礎，至 Tim Berners-Lee 分享全球資訊網知識，快速運算之電腦結合緊密串連之網際網路結果，從傳統交易模式中產生出電子商務(Electronic Commerce)之概念。所謂電子商務係指經由網路進行之商務活動，包括商品交易、廣告、服務、資訊提供、市場匯兌等，透過電子交易，使得交易之發生不再受制於時間與空間之因素，也不再陷於接受方有限之困境，而得借助預先設定之程式運作，大量地、批次地與不同之個人完成交易，同時仍可隨交易雙方之個別考量決定締約時點與方式。

網路購物此廣義概念下，由時間的演進大致上可認為，係從過去賣方藉由廣告方式吸引不特定人締約，而該不特定人可能利用電子郵件或電話與賣方訂立契約，買方所得選擇之出賣人，通常不具有集合性，即須購買方自行找尋特定銷售者而與之訂約。鑑於實體店面既已出現大型企業提供場地，如百貨公司或購物商場等，供業者租用集中販買同質或異質商品，便捷之網際網路自發展出更為便利與實用之網站供廣大消費者消費，網路交易平台隨之出現，藉由整合自我銷售資源或銷售方，以統一提供消費者多元之消費位置與選擇，交易平台可能即身兼賣方角色，亦可能係獨立於買賣方以外之單純銷售平台，其中線上拍賣網站即屬於後者之類型。

二、 獲利方式

線上拍賣網站常見的獲利之來源，大致有以下幾種：

(一) 廣告刊登

接受廣告主出資刊登廣告係入口網站(Portal Website)、搜尋引擎(Web Search Engine)等網站常見之獲利方式，主要以網站龐大的瀏覽人次，吸引廣告主於網站頁面之部分刊登廣告，增加商品或服務的曝光率。拍賣網

站若能累積大量使用者，則亦有以提供廣告刊登獲利之可能，此種廣告刊登之應用，有各種不同形式，例如：關鍵字廣告⁵、分類廣告⁶、排序優先⁷等各種類型，而廣告主可能是線上拍賣網站之賣方，亦可能是雖未於拍賣網站上銷售商品，僅係希冀能藉拍賣網站廣大的瀏覽人數，提升產品知名度者。

（二） 商品刊登及拍賣成交

提供平台予賣方陳列商品，使買方能夠便利地找尋所需商品，並順利完成交易，為線上拍賣網站之基本功能，通常網站使用者必須支付對價方能使用此類功能。陳列商品所支付之費用稱做「刊登功能使用費」，以刊登商品之件數計算，並設有收費上限，以利大量刊登，而在部分類別亦有因推廣或產品性質等原因，免收陳列商品費用之情形⁸；拍賣成交後收取的費用，稱做「成交手續費」，通常是依據成交金額之一定比例計算費用，並可能於不同之商品或服務類別訂定不同比例⁹。

（三） 額外增值服務

拍賣網站之使用功能，除了基本的陳列商品與結標成交外，尚可設定不同於一般拍賣之功能，例如直接購買價設定、拍賣底價設定等，前者係指有別於拍賣競價之過程，直接設定特定價格出賣，與一般商品買賣相同；後者係指雖開放競價，然設定一定底價，若最高出價者未達底價，即未成交之功能，若賣方欲使用拍賣平台業者預先設定一般拍賣以外之功

⁵ 係指廣告主為自己之網頁設定某些關鍵字，當網站使用者搜尋該關鍵字時，即於搜尋結果優先顯示廣告主之頁面，或將其顯示於特定廣告區域。

⁶ 係指通常無法僅依網頁描述即選購之商品，如房屋、汽車，又或是以勞務為對價之服務業等難以直接在拍賣網站上意思表示合致、無須見面即可完成交易之類型，例如 Yahoo!奇摩拍賣的分類廣告可分為房地產、汽機車、旅遊及工商服務四類，詳見

<http://tw.promo.yahoo.com/2010auction/newclassicfield/p3.html>，瀏覽日期：2012年2月16日。

⁷ 係指賣方支付一定對價，使得使用者在分類頁面或搜尋時，優先陳列賣方之商品，露天拍賣的「優先曝光」、「買排名」即屬於此類，詳見 <http://mkt.ruten.com.tw/adb/2.html>，瀏覽日期：2012年2月20日。

⁸ Yahoo!奇摩服務中心，刊登功能使用費規則，參見：

http://help.cc.tw.yahoo.com/help_cp.html?product=2&catynname=%B6O%A5%CE%BBP%B1b%B0%C8&funclass=%A5Z%B5n%B6O，瀏覽日期：2012年2月20日。露天拍賣則未收取刊登費用。

⁹ Yahoo!奇摩服務中心，交易手續費相關規則，參見：

http://help.cc.tw.yahoo.com/help_cp.html?id=2499，瀏覽日期：2012年2月20日；露天拍賣，成交手續費相關規則，參見：http://mkt.ruten.com.tw/billing/faq_p1.htm#11，瀏覽日期：2012年2月20日。

能，均需支付一定費用¹⁰。

第二節 線上拍賣網站與線上拍賣活動之關係

民法上之拍賣活動，依民法第 391 條以下規定，係以公然競價之方式，確定價金而訂立買賣契約，以拍賣人公開拍賣為要約之引誘，應買人出價應買為要約¹¹，依民法第 391 條，因拍賣人拍板或依其他慣用之方法為承諾之意思表示，線上拍賣大致參照一般拍賣活動進行，然因電子商務之性質而與一般拍賣略有不同¹²，以下分拍賣競標開始前、競標進行中及拍賣成立後三階段，以及對於線上拍賣活動產生之糾紛提供解決機制，討論線上拍賣網站在其中扮演之角色與所提供之服務。

一、 拍賣競標開始前

於賣方將商品刊登於拍賣平台，至有任何買方出價應買前之階段，線上拍賣網站做為交易平台，主要提供下列服務：

(一) 商品刊登服務

拍賣之始即為賣方將其所欲出售之商品公開拍賣，而於線上拍賣活動，當係賣方將所欲出售商品之照片、相關文字描述等資訊，依據線上拍賣網站所設立之機制，上傳於拍賣平台時，做為線上拍賣活動的開始。拍賣網站為求刊登商品之方便快捷，通常依據商品種類、數量多寡不同，提供數種不同的刊登方式¹³，除此之外，亦設有專門網頁指導商品刊登技巧¹⁴。

¹⁰ Yahoo!奇摩服務中心，直購價設定費規則，參見：

http://help.cc.tw.yahoo.com/help_cp.html?product=2，瀏覽日期：2012 年 2 月 20 日。

¹¹ 民法第 394 條：「拍賣人對於應買人所出最高之價，認為不足者，得不為賣定之表示而撤回其物。」拍賣人既可自由撤回拍賣物，表明拍賣人所為拍賣之意思表示應當屬無拘束力之要約引誘；最高法院 32 年永上字第 378 號判例指出：「拍賣與標賣，雖皆為使競買人各自提出條件，擇其最有利者而出賣之方法。惟拍賣時，各應買人均得知悉他人之條件而有再行提出條件之機會，標賣時，各投標人均不知悉他人之條件而無再行提出條件之機會，此為其不同之點。拍賣之表示為要約之引誘，而非要約，民法第三百九十一條以下定有明文，而標賣之表示，究為要約之引誘抑為要約，法律既無明文規定，自應解釋標賣人之意思定之。」

¹² 進一步討論可見：林瑞珠，網路拍賣契約爭議問題之研究，月旦法學雜誌，130 期，頁 42 以下，2006 年 3 月；林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，國立臺北大學法學系博士論文，頁 164 以下，2005 年 6 月。

¹³ 露天拍賣提供之刊登方式多達五種，參見：

<http://www.ruten.com.tw/system/index.html?type=class&no=376>，瀏覽日期：2012 年 2 月 22 日；Yahoo!奇摩拍賣也提供兩種模式，參見：

（二） 搜尋商品服務

線上拍賣網站一旦建立起品牌、信譽，吸引眾多使用者參與，同一時間內在拍賣平台上銷售之商品可能多達數百萬件，如何讓潛在的買方能夠快速的尋得所需商品，成為線上拍賣網站重要課題。因此除了設計賣方於刊登商品時必須選擇該商品適合之分類，使買方得依照分類找尋商品外，更如同搜尋引擎網站，提供以關鍵字搜尋商品之服務。

（三） 信賴機制

線上拍賣之交易過程中，買賣雙方非但未曾謀面，甚至無從確知對方所在、真實姓名等資訊，於此情況，要求買方先行付款而後收貨，將使買方畏於被詐欺（例如商品與描述不符或故意不出貨）的極大風險，對線上拍賣交易踟躕不前，因此如何降低買方風險，促使線上拍賣交易之可信賴程度，是拍賣平台極重要的課題，網站經營者從而積極設立各種信賴機制，以降低買方疑慮。線上拍賣網站常見的交易前信賴機制有：

1. 賣方認證程序

註冊成為拍賣網站之會員，僅需輸入有關交易的基礎資料，包含：姓名、地址、電話、註冊之帳號及密碼等等，進一步的核實程序，則依各網站政策不同而有區別，然大致而言，一般之認證程序僅係對所輸入之手機號碼或 E-Mail 完成驗證，以認定該手機號碼或 E-Mail 確係註冊者所使用。欲成為拍賣網站之賣方使用者，於網站上刊登商品販賣前，則另須透過手機簡訊發送驗證碼等方式核實，然仍不涉及手機號碼以外資訊之驗證。

2. 安心賣家機制

一般賣方刊登商品前僅經簡易之驗證程序，難保不為濫用，僅此程序對買方的保障而言仍未稱完善，為增加買方對拍賣網站平台

http://help.cc.tw.yahoo.com/help_cp.html?product=2&catyname=%BD%E6%AAF%A6%E8，瀏覽日期：2012年2月22日。

¹⁴ Yahoo!奇摩拍賣，拍賣教室之賣家技巧教學，參見：

http://tw.bid.yahoo.com/phtml/auc/tw/classroom/advanced/advanced_sell_home.html，瀏覽日期：2012年2月22日。

以及對賣方個人之信任，並降低帳號遭盜用或重要交易資訊遭攔截之可能¹⁵，線上拍賣網站設計「安心賣家」之驗證與防護機制，以應需求。

「安心賣家」之認證主要由兩方面組成¹⁶：個人真實身分驗證及拍賣網站帳號保護。前者係經由銀行帳號認證、自然人憑證等等各種拍賣網站以外之身分驗證，強化對賣方個人身分的確認，日後交易若生糾紛，較有獲知賣方真實身分的可能；後者透過增設密碼及電腦鎖定，或是讀取自然人憑證、輸入動態密碼，使得盜用帳號入侵困難，保證網路帳號與使用人同一，避免侵入他人帳號、以他人名義詐騙等情事。

二、 拍賣競標進行中

競標出價時，買方綜合商品價值、當前最高出價等考量，依據拍賣網站之機制輸入價格，完成出價，係最直觀且常見的拍賣模式，然線上拍賣網站除了上述直接出價機制外，另設計出「自動出價」機制供買方為出價時之選擇。「自動出價」機制中，買方所輸入的金額並非直接成為競標之最高價，而設定為買方就此商品所願意競標之最高價格，若當前出價低於該設定價格，則拍賣網站系統將自動為買方出價以保持為最高出價者，直至當前出價超過設定之價格為止¹⁷，亦即是買方若選擇此種出價模式，無庸隨時注意競標中商品出價狀況，委由系統自動出價即可確保最高出價者之地位。

買方使用者在出價成為拍賣進行中暫時之最高出價者後，拍賣網站會自動地寄出通知信通知該買方出價者目前為最高出價，當有其他買方使用者出價超過前一出價，系統亦會發出通知信通知前一買方使用者其原先之出價已為他人超過。

¹⁵ Yahoo!奇摩拍賣，安心賣家制度介紹，參見：
<http://tw.promo.yahoo.com/2010auction/paysafe/index3.html>，瀏覽日期：2012年2月24日。

¹⁶ Yahoo!奇摩拍賣，加入安心賣家，參見：
<http://tw.promo.yahoo.com/2010auction/paysafe/index4.html>，瀏覽日期：2012年2月24日。

¹⁷ Yahoo!奇摩服務中心，出價及競標，參見：http://help.cc.tw.yahoo.com/help_cp.html?id=2224，瀏覽日期：2012年2月24日；露天拍賣，下標與直接購買，參見：
<http://www.ruten.com.tw/system/index.html?type=class&no=458>，瀏覽日期：2012年2月24日。

三、 拍賣成立後

(一) 支付價金與交付商品

拍賣成立後，買賣雙方應當如何支付價金、交付標的物，通常係由買賣雙方協商，例如約集某處會面，使買賣雙方義務得以同時履行，或約定買方先將價款匯入賣方指定之銀行帳戶內，賣方確認後寄出商品至買方指定之地址等方式，不一而足。然無論是要求賣方先行交付商品或買方先行支付價金，均存在一定風險，若遇商品價值高昂之交易，輒使買賣雙方裹足不前，產生交易障礙，相關服務即應運而生。

1. 利用虛擬中介帳戶付款

使用者可選擇於拍賣網站中開設虛擬帳戶之功能，買方使用信用卡、實體或網路自動櫃員機(Automatic Telling Machine, ATM/ Web ATM)等方式支付款項至賣方虛擬帳戶，賣方須完成一定驗證身分程序後，方能將虛擬帳戶內款項轉出至實體銀行帳戶，無法直接自虛擬帳戶提領。此方式與利用一般實體或網路 ATM 轉帳不同者係，賣方即便已完成身分驗證，亦非得以即時受領貨款，而須待拍賣網站處理後再行撥付至賣方實體銀行帳戶；就安全性言，使用虛擬中介帳戶較 ATM 轉帳多道身分驗證程序，交易安全較為完善。

此服務雖涉及銀行業務，然依照使用條款，所有款項均以拍賣網站之名義留存於銀行帳戶內，拍賣網站使用者就虛擬帳戶部分並未直接與銀行發生法律關係，由虛擬帳戶撥付金額至賣方實體銀行帳戶須由拍賣網站為之，賣方使用此服務並須支付手續費¹⁸。

2. 便利商店取貨付款

選擇便利商店取貨付款時，買方得於付款之同時收得商品¹⁹，安全較具保障，且因便利商店遍布各地，使賣方得以在此地便利商店

¹⁸ Yahoo!奇摩輕鬆付服務條款，參見：<http://tw.help.yahoo.com/c2c/manual/rule/tos.html>，瀏覽日期：2012年3月1日。

¹⁹ 此外另有「便利商店取貨」服務，係指單純提供透過便利商店寄送商品之服務，收取買方所支付之價金則非業務範圍，仍依其他管道為之，是以使用「便利商店取貨」服務時，買方支付價金與收受標的物未必同時發生。本文所指的是同時支付價金與收受標的物的「便利商店取貨付款」服務。

寄送商品，買方可在彼處便利商店收貨付款，方便快捷。

本服務至少涉及四方關係：拍賣網站、便利商店及買賣雙方，賣方寄送商品的過程中，係由賣方直接送交商品予便利商店，由共同約定之貨運公司或便利商店自行委託貨運公司寄送至另一便利商店，買方再前往取貨，其中拍賣網站並未經手；買方所支付之價金，則由便利商店收得後，依便利商店與拍賣網站之協議，定期結算交予拍賣網站，拍賣網站並於收得價金後再轉交賣方²⁰。

（二） 評價

交易完成後，買賣雙方互相評價的機制，當屬線上拍賣網站特色之一。除了發表買賣雙方就此次交易對彼此合作觀感外，評價制度尚有累積、記錄個人信譽的功能，線上拍賣網站使用者得在交易之前，先行了解對方過往交易狀況，以決定是否與對方交易，就此觀之，評價亦屬信賴機制之一環。

評價分為正面、普通、負面三種，拍賣網站將使用者所得全部評價量化計算成為該使用者之信用評價，賣方使用者可以設定僅開放信用評價達一定數字以上者方可參與競標，而網站使用者條款中亦將信用評價做為停權標準之一，即低於一定標準之使用者，將無法於該拍賣網站上再行刊登商品販賣或參與競標²¹。

四、 紛爭解決

線上拍賣網站多於使用規範、服務條款中強調本身僅係「交易平台」，網站上所有商品均為使用者所刊登，拍賣網站不參與交易，對商品品質、

²⁰ Yahoo!奇摩輕鬆付 7-ELEVEN 取貨付款服務條款第三條第一項，http://tw.help.yahoo.com/c2c/manual/rule/tos_711.html，瀏覽日期：2012年3月1日；Yahoo!奇摩輕鬆付全家取貨付款服務條款第三條第一項，http://tw.help.yahoo.com/c2c/manual/rule/tos_family.htm，瀏覽日期：2012年3月1日；露天拍賣 7-ELEVEN 交貨便服務規範第九條第二項，http://mkt.ruten.com.tw/post_office/contract/es_service_seven.html，瀏覽日期：2012年3月1日。

²¹ Yahoo!奇摩服務中心，會員評價制度，http://help.cc.tw.yahoo.com/cp_info.html?id=2401，瀏覽日期：2012年3月2日；露天拍賣客服中心首頁，信用評價，<http://www.ruten.com.tw/system/?type=class&no=547>，瀏覽日期：2012年3月2日。

安全、真實性及合法性不為保證²²。然拍賣網站面對買賣雙方各式紛爭若任其自由發展，使利用該平台為交易毫無保障，詐騙、贗品橫行，則潛在之使用者容易望而卻步，嚴重影響網站之經營與存續，且拍賣網站是否得以免除各類法律責任，不無疑義，尤其利用網路侵害智慧財產權之議題於全球發酵，線上拍賣網站經營者自當採取一定措施，表明絕非任由他人利用自己網站侵權，是以拍賣網站除上述線上拍賣服務外，也存在解決交易所生糾紛或排除智慧財產權侵權之管道。

(一) 買賣雙方交易紛爭

線上拍賣所產生之交易糾紛基本上與一般交易無異，如不履行買賣所生義務，受領之商品與描述不符等等類型，民事上可能涉及債務不履行之責任，此類爭議拍賣網站通常不予介入，若使用者斷絕聯絡、無從溝通達一定時間，則拍賣網站將其認定為詐欺案件，除建議報警處理外，網站更有本身之申訴機制。以下分述線上拍賣網站對詐欺案件之處理：

1. 公告停權

拍賣網站之使用規範中明文規定，使用者若違背合約、網站政策等各項限制，拍賣網站有權不經通知，「先行移除所涉及之物件或資料、或使之無法被存取，並得暫停該會員所能使用之服務或功能之全部或一部，且得取消其會員資格、終止會員合約」²³，即一旦拍賣網站認定使用者有疑似詐欺情事，除將移除拍賣資訊，甚至將終止與使用者間合約，不得再以該帳號登入，且將可疑帳號公告之。

2. 補償制度

拍賣網站提供信賴機制，即是為了保障交易之安全，若買方使用者仍遭經過信賴機制驗證之賣方使用者詐欺時，或賣方遭買方詐欺時，由拍賣網站先行償付受害使用者補償，其意在使使用者利用

²² Yahoo!奇摩拍賣服務說明，Yahoo!奇摩拍賣使用規範第1條，<http://tw.help.yahoo.com/auct/policy/tos.html>，瀏覽日期：2012年3月3日；露天拍賣會員合約第3條第2項，http://www.ruten.com.tw/system/server_center.htm?00060001，瀏覽日期：2012年3月3日。

²³ 露天拍賣會員合約第6條第1項，同前註，瀏覽日期：2012年3月3日。Yahoo!奇摩拍賣使用規範第四條亦有類似規定，同前註，瀏覽日期：2012年3月3日。

平台交易減少顧慮²⁴，惟須符合一定條件且補償金額設有上限。

（二） 侵害智慧財產權

網路之興盛，除使生活更加便利快速外，亦造成利用網路侵權的新興問題，線上拍賣難免於外，諸如販售仿冒品、未經同意盜用圖片、文字等事件層出不窮，引起注意，各拍賣網站均對此提出對策。最基礎之措施，即為權利人發現拍賣網站上有侵害其智慧財產權情事時，得填具聲明書、檢舉通知書，檢附權利證明文件，通知網站移除侵權內容²⁵。

智慧財產權利人除可於發現侵權後，通知網站移除內容外，尚可主動加入拍賣網站之智慧財產權保護措施，以加速處理侵權頁面之速度，即權利人提供相關資料交予拍賣網站，往後有類似或相同侵權事件發生時，可利用此管道迅速將頁面撤除²⁶。

五、 小節

線上拍賣網站經營者提供拍賣平台，方便使用者利用平台買賣商品，固然可如業者所稱，單純立於交易平台之地位，不參與使用者間之交易，然而事實上線上拍賣網站雖非買賣契約之當事人，卻以不同程度、各種方式參與其中。自拍賣開始前，拍賣平台提供各式方法便利刊登商品，賣方可選擇多種讓自己商品提升銷售的廣告方法，買方也可以透過網站所提供的信賴機制決定是否出價競標；拍賣進行中，買方可依照網站的設計，設定一定條件交由網站自動出價；至拍賣結束後，買賣雙方均可透過網站與第三人的協議，經第三人或網站本身完成交貨付款等義務，若遇詐欺、不履行義務等情事，除可透過網站評價機制、申訴管道投訴，在特定情況下甚至可以直接自網站處獲得補償。此種運作模式在在說明拍賣網站並非單純之平台提供者，而確已參與買賣雙方交易活動，應探究線上拍賣網站與

²⁴ Yahoo!奇摩拍賣服務說明，Yahoo!奇摩買家/賣家保障方案，參見：

<http://tw.help.yahoo.com/auct/policy/protection.html>，瀏覽日期：2012年3月3日。

²⁵ Yahoo!奇摩著作權保護政策，參見：<http://tw.info.yahoo.com/copyright/>；Yahoo!奇摩拍賣服務說明，商標權及專利權權利人檢舉侵權商品辦法，參見：

<http://tw.help.yahoo.com/auct/policy/copyright.html>，瀏覽日期：2012年3月3日。

²⁶ 露天拍賣，智慧財產權侵權露天 PUB(Protective Umbrella Blueprint)，參見：

http://www.ruten.com.tw/system/server_center.htm?000600050026，瀏覽日期：2012年3月3日。

買賣當事人間之關係，始能確知拍賣網站在其中的地位。

第三節 線上拍賣網站之商標侵權爭議

一、 商標侵權行為

(一) 商標法上責任

侵害智慧財產權之行為，可能成立民事責任並同時該當刑事責任，於民事責任方面，主張權利受侵害者得依受侵害權利之種類，根據 2011 年新修正商標法第 68 條以下請求排除權利侵害狀態、預防權利遭受侵害或請求侵權行為損害賠償，智慧財產權相關法律就此而言屬於民法侵權行為之特別法，應優先適用智慧財產權相關法律²⁷。

1. 商標權之侵害類型

商標法第 68 條以下為侵害商標權之相關規定，商標權之侵害大體可以分為直接侵害及間接侵害二種，前者係指無法律上原由，使用相同或近似之商標於相同或近似之商品、服務之上，例如第 68 條所稱未經商標權人同意，即於同一商品服務使用相同商標，或於類似之商品服務，使用相同或近似之商標，以致消費者混淆誤認之虞者；後者指直接侵害商標行為之鄰接行為，例如第 70 條視為侵害商標權之態樣，利用著名商標致減損該商標之識別性、信譽之虞或致消費者混淆誤認之虞者，或明知有侵害商標權之虞，而製造、持有、陳列、販賣、輸出或輸入尚未與商品或服務結合之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品，即屬於商標侵權之準備、加工或輔助行為。蓋言之，即於未得商標權人同意，而為可能混淆商品或服務來源、沖淡商標識別性或降低毀損商譽之行為²⁸，侵害他人之商標權，然須注意者係第 36 條規定有不受他人商標權效力拘束之行為，依該條規定則不構成商標權侵害²⁹。

²⁷ 王澤鑑，侵權行為法（一）：基本理論，一般侵權行為（以下簡稱：一般侵權行為），頁 192。

²⁸ 曾陳明汝、蔡明誠，商標法原理，頁 123，2007 年 4 月 3 版。

²⁹ 謝銘洋，智慧財產權法，頁 363，2011 年 9 月。

2. 商標侵害之要件

商標權遭受侵害時，商標之註冊人、繼承人、受讓人或合法授權者得向侵害權利之人提請損害賠償之訴。商標法原如同舊專利法之規定，並未就行為人之主觀要件加以限制，學說上有認為應參酌侵權行為，以具備故意或過失為要件³⁰；有參酌日本、德國立法例，認為可類推民法第 184 條第 2 項，以本條為推定過失之規定³¹，然實務認為應具備故意或過失之主觀要件，方得主張損害賠償³²，甚至明言指出商標法非民法第 184 條第 2 項所稱保護他人之法律，無可適用過失推定之規定³³。2011 年修法後，於商標法第 69 條第 3 項增訂「故意或過失」之主觀要件，明確採取前者見解，是商標法上侵害商標權之主觀要件以與民法歸於同步。同條第 4 項則訂有消滅時效，與民法第 197 條第 1 項侵權行為之消滅時效相同。

商標權之侵害，於傳統上應以行為人有使用商標為前提，商標法第 6 條對商標之使用有定義性規定，惟隨網路之發展，商標侵害事件中，若嚴守商標使用之概念，恐不足以涵蓋所有侵害類型，是論者有建議將商標使用輔以混淆誤認之虞加以審酌，寬鬆認定使用

³⁰ 謝銘洋，同前註，同頁；陳昭華，商標侵害與救濟之實務及策略，頁 9，2001 年 2 月；陳文吟，商標法論，頁 141，2005 年修訂 3 版。

³¹ 主管機關智慧財產局即採此見解，參見：經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，頁 147，2005 年 5 月；曾陳明汝、蔡明誠，同註 28，頁 125。

³² 智慧財產法院 100 年度民商上字第 14 號判決：「然關於損害賠償之債，係為填補權利人因侵權事實所生之財產上或非財產上損害，在調和個人自由及社會安全之基本價值下，則採有責主義，以有故意或過失不法侵害他人權利為其成立要件，若其行為並無故意或過失，即無賠償可言，亦即故意或過失是使人負損害賠償責任之原因，損失僅係計算賠償額之標準。故民法第 184 條第 1 項前段規定：『因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。』是以，於現行商標法並未明文規定侵害商標權之損害賠償，毋須論侵害人主觀要件之情形下，商標權受侵害應與其他權利受侵害等同觀之，須以侵害人有故意或過失，商標權人始得對其請求負損害賠償責任。」智慧財產法院 97 年度民商上易字第 5 號、智慧財產法院 100 年度民商訴字第 25 號判決略同。

³³ 智慧財產法院 100 年度民商上字第 14 號判決：「次按民法第 184 條第 2 項固規定違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任。然所謂違反保護他人之法律，係指行為義務的違反，雖其法律的定義包括法律或任何法律授權制定之行政命令，甚至是習慣法均可成為保護他人之法律，但其重點為該特定之法律必須具有個別保護性質，係保護個人或單一特定之人的範圍內，且其法律用語應為禁止法條或命令法條，因此不能僅以商標權之本質或其立法目的，即認違反商標法即係違反保護他人之法律，否則在現代社會中，所有法律規範幾乎均係保護他人之法律，如此將造成侵權行為過失體系之空洞。商標法第 1 條之立法目的及商標法之相關規定，其用語並非禁止法條或命令法條，即非為保護個別特定法益之規定，故非屬民法第 184 條第 2 項所謂保護他人之法律。此外，上訴人亦未具體舉出被上訴人所為係違反何具有個別保護性質之特定法條，故上訴人仍須證明被上訴人有故意或過失不法侵害其商標權，始得向被上訴人等請求損害賠償。」

商標之範圍，而以第 36 條合理使用加以篩選³⁴，2011 年修正商標法，將商標侵權之準備、加工或輔助行為新增為擬制侵權類型，判斷上或可解除以商標使用為要件之困境。

3. 商標侵害之損害賠償

侵害商標權事件中，商標權人之利益受損、侵害人得利而消費者可能因而對商品或服務來源有所混淆或誤認³⁵，其損害賠償之途徑規定於第 71 條，除回歸民法第 216 條，以商標權人之所失利益、所受損害為計算標準外，亦有依侵害商標權行為所得之利益為計算標準，其規範模式近於民法上不當得利之規定。

4. 侵害除去及侵害防止請求權

依商標法第 69 條第 1 項、第 2 項，商標侵權除損害賠償請求權外，商標權人亦可請求侵害人除去已發生之侵害，或於有侵害商標之虞時，請求法院防止之，乃參酌民法第 767 條保護所有權之意旨而訂³⁶，其方法可能為請求銷毀侵害商標權之物品及銷毀從事侵害行為之原料、器具等，法院亦可審酌侵害之程度及第三人利益後為其他必要之處置。

(二) 線上拍賣網站可能涉及之商標侵權問題

賣方使用者藉由線上拍賣網站所提供之服務設施，刊登銷售仿冒商品，乃未獲商標權人同意而使用他人註冊之商標，賣方使用者自應負擔商標法上侵害商標權責任，然自現行我國商標法觀之，直接侵害商標權之行為仍以使用商標權為前提，而偏向間接侵害商標權之行為態樣尚限於製造、持有、陳列、販賣、輸出或輸入尚未與商品或服務結合之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品，在此定義尚未擴張之前，似無法以之為使拍賣網站承擔商標直接或間接侵權責任之依據。

³⁴ 邵瓊慧，商標侵權使用之判斷－兼論智慧財產法院最新見解，智慧財產權，135 期，頁 32，2010 年 3 月。

³⁵ 趙晉枚，商標侵害的賠償－兼評商標法的修正，科技法律透析，22 卷 9 期，頁 61，2010 年 9 月。

³⁶ 陳文吟，同註 30，頁 146。

這似乎解釋了繼著作權法制定網路服務提供者民事免責規範後，專利法修正之討論中亦加入專利間接侵權之項目，而遲遲未見我國商標法有類似修正研議，蓋網路服務提供者若無承擔侵害商標權責任之可能，更無庸論及免責規範之制定，然本文仍以為有討論免責規範之必要，理由有三：

1. 拍賣網站有成立幫助侵權之可能。拍賣網站於商品刊登或拍賣之過程中，可能過度介入、參與其中，而可認定為幫助賣方使用者侵害商標權之行為。
2. 注意義務範圍之擴張。侵權行為中注意義務之判斷並非一成不變，而可能因為社會環境、科技發展、當事人資力等有所影響，是今日拍賣網站之注意義務與未來未必等同，一旦注意義務要求變化，拍賣網站原有之作為或不作為均可能違反注意義務而負擔侵權責任。
3. 拍賣網站與使用者間之法律關係。如前所述，若拍賣網站涉入線上拍賣過程過深，可能認定為賣方使用者之代理人、履行輔助人，或其他類似之法律關係，則對拍賣網站之注意義務要求自應同等提高。

是以即便本文以為線上拍賣網站於現今之運作及法律規制下，未必需負擔侵權行為責任，然並不表示未來絕無成立侵權責任之可能，歐盟、美國境內已有類似判決，對其境內產業影響甚鉅，學界亦予以高度重視，以下謹就我國所見事例予以羅列介紹。

二、 我國判決介紹

我國關於智慧財產案件之審理，原同於一般民刑事案件由地方法院民事、刑事庭分案處理，或由行政法院審理對智慧財產局之行政訴訟，2007年頒布智慧財產法院組織法及智慧財產案件審理法，並於隔年新設智慧財產法院後，依智慧財產法院組織法第3條，智慧財產法院審理依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件、因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產

權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件，以及因刑法第 253 條至第 255 條、第 317 條、第 318 條之罪或違反商標法、著作權法、公平交易法第 35 條第 1 項關於第 20 條第 1 項及第 36 條關於第 19 條第 5 款案件，不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件。自智慧財產法院成立以後，上述民事事件除兩造合意之外，均應屬智慧財產法院管轄。

就目前我國實務上所見判決，智慧財產權人為原告，就拍賣或購物網站上販賣侵害其專利權之商品或無權使用其商標等等事實，以網路平台業者為被告起訴請求損害賠償者，尚屬少見，多數權利人在遇此情形，一方面利用網路平台經營業者所設置之通報管道為權利聲明，請求業者撤除、遮蔽該網頁，一方面則以侵害權利人為被告起訴請求賠償，鮮有將網站業者列入共同被告者。以下僅就所見分述之：

(一) 臺北地方法院 98 年度審智字第 7 號裁定及智慧財產法院 98 年度民商訴字第 15 號裁定

1. 案件事實

被告雅虎國際資訊股份有限公司（以下簡稱雅虎公司）將其所有之雅虎奇摩拍賣網站提供予會員使用，而將印有原告名稱「旦之美」及「dundun」商標、圖樣與照片之試用品、旅行瓶（樣品）等化粧品，於改變其標籤、仿單、包裝或容器等後，在其拍賣網站上出清拍賣，並刊登拍賣之廣告，該等行為已足使消費者有誤認為該廣告出賣人已自原告處取得合法販賣之授權，經原告雖以存證信函催告被告移除該等廣告內容，惟被告未為移除，原告爰依侵權行為之法律關係起訴，主張其商標權遭受侵害，並聲明：禁止被告在其所有之雅虎奇摩拍賣網站含其提供被告雅虎奇摩會員使用之網路系統以原告公司名稱「旦之美」及原告商標及「dundun」圖樣與照片為廣告之行為；被告應為雅虎奇摩拍賣網站其會員於雅虎奇摩拍賣網站所刊載之以原告公司名稱「旦之美」及「dundun」商標及「dundun」圖樣與照片刊載內容之移除行為。

2. 法院裁判

本件原告係以商標權之侵害為主張所提起之民事損害賠償訴訟，依智慧財產案件審理法第 7 條，除非當事人間合意以普通法院為第一審管轄法院，否則應向智慧財產法院起訴，臺北地方法院因而依職權裁定將本件移送於管轄法院，未為實體判決。

而移轉至智慧財產法院後，原告未繳納裁判費，經法院裁定命期補正未果，智慧財產法院作成 98 年度民商訴字第 15 號裁定原告之訴駁回，同樣未做成實體判決。

(二) 智慧財產法院 98 年度民專訴字第 48 號

1. 案件事實

原告為鈦產品開發之專業研發、製造商，產品行銷全球。原告於 94 年 6 月 10 日以「使用矽彈性體之健康裝飾品及其製造方法」向經濟部智慧財產局申請專利，並獲得專利。系爭專利之發明內容係提供一種使用矽彈性體之健康裝飾品及其製造方法，其係使用鈦微粉末為成分製成混有鈦微粉末之一層矽彈性體，然後置於皮膚接觸側，矽彈性體之裝飾突條則置於外側，製造出之彈性體身體裝飾品。

原告主張被告力奇公司未經原告之授權同意，製造與原告專利所主要保護範圍相同之鈦產品，並於被告雅虎公司之「Yahoo!購物中心」、被告興奇公司之「PChome 線上購物」、被告網路家庭公司之「PChome Online 線上購物」網頁、被告台灣樂天公司之平台網頁及被告鼎鼎公司之「Gohappy」網頁，公開販售侵害系爭專利權之侵權產品，被告等已侵害原告所有之專利。

2. 兩造主張

(1) 原告主張

被告興奇公司、雅虎公司、雅虎台灣分公司、網路家庭公司、台灣樂天公司、鼎鼎公司主張其僅為平台業者，實際販賣

者為被告力奇公司，惟平台業者對其產品網頁上有侵害訴外人台灣經銷商銀谷公司之著作權，包括「注意事項」、「液化鈦說明」及「娃娃人偶」著作，並拍攝成照片上傳到網站上供人觀覽之行為，仍應負責，是被告力奇公司就上開被告所販售系爭侵權產品之行為，依民法第 185 條規定，應各與上開被告負連帶損害賠償責任。原告爰依專利法第 84 條、第 85 條（即 2011 年專利法第 96、97 條，以下同）、民法第 179 條及第 195 條第 1 項後段規定，請求被告負損害賠償責任，並請求回復原告之商譽。

(2) 被告抗辯

除抗辯專利權之有效性外，被告雅虎公司之抗辯主要有三：

第一、雅虎公司並無製造系爭侵權商品之事實。將其網路平台中之「購物中心」部分委由被告興奇公司經營，雙方並簽訂合作合約書。被告興奇公司經營「購物中心」後，另與許多供貨廠商簽訂合作合約書，提供簽約供應商於網路上之虛擬購物商城販售商品，雅虎公司並未製造該等商品。

第二、雅虎公司要求廠商不得販賣侵權商品，已盡善良管理人之注意義務，且對全部商品無逐一檢視之可能。依被告雅虎公司與興奇公司所簽訂合作合約書第 11 條約定，被告興奇公司保證其所建置之網站內容不得侵害任何第三人之權利及不得提供違法商品或服務，另依被告興奇公司與力奇公司所簽訂合作合約書第 6 條約定，被告力奇公司保證其委託興奇公司實施銷售推廣之商品，均無侵害他人著作權、專利權或其他違反法令之情事。而被告興奇公司所經營之購物中心共有 1,500 家以上之供應商，銷售商品種類更多達數十萬件，被告雅虎公司及興奇公司於客觀上顯無事先逐一查驗之可能，然為避免侵權爭議，被告雅虎公司已要求被告興奇公司保證網站內容不得侵害任何第三人之權利，而被告興奇公司亦已明確要求供應商保證

其所銷售之商品均無侵害他人專利權，實已盡善良管理人之注意義務。

第三、知悉有侵權可能後，已立即將商品下架，並無侵權行為之主觀可歸責事由。被告興奇公司於知悉原告主張系爭侵權商品有侵權之情形後，即要求供應商立刻將系爭侵權商品下架，自不得以該簽約供應商曾於被告之虛擬網路購物商城販售系爭商品，即遽認被告具有侵害專利權之主觀可歸責事由。

被告網路家庭公司亦抗辯其已明白告知廠商不得有侵害第三人智慧財產權之行為，並無故意過失可言。且其事實上僅建置軟硬體設備、提供網路交易電腦系統，於線上交易過程中，客觀上無法逐一檢視商品。退步言之，即使有逐一檢視商品之能力，網路家庭公司既非製造商或經銷商，對於各該商品所使用之技術、有無專利、有無取得合法專利授權及是否涉及專利侵權等事項，不僅無從自外觀上判斷，且專利問題涉及高度技術性及專業性之判斷，亦無從藉由檢視商品之方式，判斷其是否侵害第三人權利。

被告台灣樂天公司之抗辯略同，主張台灣樂天公司係單純提供電子商務開店服務之平台業者，並未與被告力奇公司共同販賣系爭侵權產品，自無任何侵害系爭專利之侵權行為。且於接獲臺灣臺北地方法院 97 年度審智字第 23 號移審民事裁定後，遂由專責電子商務顧問向被告力奇公司確認有無本件所指之侵權情事，並要求其提出不侵權、已和解或取得授權之相關證明，更於知悉被告力奇公司未與原告達成和解並撤回訴訟後，隨即函告被告力奇公司將進行強制關店措施，足見其已善盡 ISP 業者合理監視之義務，殊無幫助或過失行為可言。

3. 法院判決

依智慧財產案件審理法第 16 條，於專利侵權損害賠償訴訟程序中，倘當事人就專利之有效性有所主張或抗辯時，則應先就該專利是否具有應撤銷、廢止之原因為調查，若該專利具有應撤銷、廢止

之原因，縱然認為遭指控物之技術確有落入該專利範圍之情形，該專利權人亦不得對他造主張權利，亦即不得請求損害賠償。是以，在當事人就專利有效性為主張或抗辯之情形，法院自應先就專利之有效性先為判斷，唯有專利有效性經確認後，始須再就侵權事實之有無再為判斷。本件法院整理爭點時，排定先就係系爭專利是否具備進步性、新穎性為判斷，若然，則再行判斷被告力奇公司是否侵權、其於網路平台業者被告是否共同侵權或受有不當得利。

然而依據法院之判斷，原告就其所主張之專利，引證六處均無法證明具備進步性或新穎性，系爭專利所屬技術領域中具通常知識者，於結合若干引證之技術特徵即可完成系爭專利申請專利範圍第 1 項之技術內容，且未有不可預期之功效，難謂有進步性可言，未及就網路平台業者被告是否共同侵權或受有不當得利為實體判斷，即將原告之訴以無理由駁回。

(三) 智慧財產法院 98 年度民專訴字第 83 號

1. 案件事實

原告起訴主張其業經取得「一種多功能半導體存儲裝置及用以啟動電腦主機的方法」發明專利之大陸深圳市朗科科技股份有限公司（下稱深圳朗科公司）之專屬授權，於臺灣境內有製造、販賣、使用該專利之權，詎近日發現被告多家百貨業或 3C 產品業者、香港商雅虎資訊股份有限公司臺灣分公司、網路家庭國際資訊股份有限公司，販賣被告無敵科技股份有限公司製造之數種 MP3 播放機及電腦辭典產品，上開產品經原告送請鑑定，認定該等產品與系爭專利範圍第一項請求項構成實質相同，被告無敵公司所製造之 5 款侵權產品中之「執行特定協定」單一功能存儲裝置、「一個內建抽取式磁碟分成隱藏區及公共區」，落入系爭專利申請範圍第一項之範圍。原告主張被告等所為，顯已嚴重侵害原告之權利，依專利法第 84 條第 2、3 項前段適用同條第 1 項之規定，請求被告無敵公司賠償 1000 萬元，另其餘被告每人各 100 萬元。

2. 兩造主張

(1) 原告主張

本判決中並未見原告主張之詳盡內容，或為原告本身即未詳述，僅言依專利法第 84 條第 2、3 項前段適用同條第 1 項之規定請求，可推知原告應該係將所有被告，包含製造者、實體販賣者及提供網路平台販賣者均視為專利法第 84 條之侵害專利權。

(2) 被告抗辯

被告網路家庭公司之抗辯僅就系爭專利權之有效性質疑，被告雅虎台灣分公司除抗辯專利權之有效性外，更主張其屬末端販售商品之通路商，僅係提供網路平台供廠商經營銷售而收取類似租金或上架費之報酬，從未參與廠商販售之客觀行為。又無敵公司為電子辭典產品領導廠商，雅虎台灣分公司深信無敵公司之商譽，且雙方之合約中明白保證其所委託雅虎台灣分公司等實施銷售推廣之商品，均無侵害他人之專利權、智慧財產權及其他權益或有違反法令之情事。復以原告委託律師所發出信函所附資料實無法據以合理判斷構成侵權，請求提供進一步資料未獲回應之情形下，仍盡可能做到能力所及之查證，並有無敵公司委託鑑定機關之未侵權鑑定報告為佐，被告等並無故意或過失侵害系爭專利甚明，原告自不得依專利法第 84、85 條請求被告等賠償。

3. 法院判決

如同上述之智慧財產法院 98 年度民專訴字第 48 號判決，智慧財產法院於判斷此件爭議時，應先就該專利是否具有應撤銷、廢止之原因為調查，本件法院調查後，認定系爭五款產品並未落入系爭專利申請專利範圍第 1 項之均等範圍，原告主張系爭產品侵害其系爭專利權即非可採，原告提出之鑑定技術報告並未就系爭專利申請專利範圍第 1 項中之「專用資訊」、「存儲盤」、「所述存儲空間

至少對應一個存儲盤」及前言中之「多功能」為適當解釋以確定其專利範圍，亦非可採。從而，原告依專利法第 84 條、85 條第 1 項第 2 款規定請求被告賠償，即無理由，予以駁回。

(四) 智慧財產法院 99 年度民專訴字第 145 號

1. 案件事實

原告於 95 年 6 月 9 日以「LED 的快速變焦裝置」向經濟部智慧財產局申請發明專利獲核准並授予專利證書，專利權期間自 98 年 5 月 11 日至 105 年 6 月 8 日止。後原告發現被告淵國禮品有限公司在被告露天市集國際資訊股份有限公司之網站上，未經原告授權同意販售系爭專利之產品，原告依此認為被告已侵害系爭專利權。

2. 兩造主張

(1) 原告主張

原告系爭專利產品已與其他公司簽訂專利授權使用協議，授權金額每年可高達新台幣 1 千萬元，自行車前燈之市場前景看好，且已有警察局訂購，然被告竟以侵權產品，影響授權廠商之生產意願，擠壓原告可收技術移轉及授權金空間，為此依據專利法第 85 條第 1 項第 1 款規定，請求被告賠償 30 萬元。另被告販售偽劣商品，侵害原告產品信譽，依專利法第 85 條第 2 項規定，請求被告賠償 20 萬元。又被告屬故意銷售侵權品，侵害情節重大，依專利法第 85 條第 3 項，請求酌定應賠償金額之 3 倍即 60 萬元。

(1) 被告抗辯

被告露天公司答辯稱其僅係單純之拍賣平台，既未銷售系爭商品，亦無任何侵害系爭專利之故意或過失。且被告淵國公司之法定代理人亦以合約擔保其所販售之商品絕無侵權之虞，況被告收受原告主張專利侵權之通知後，即移除系爭網頁，實無故意過失可言，且原告未舉證證明其損害之存在、損害之範

圍及因果關係等，或已在專利物品上有專利標示等，抗辯原告之主張無理由，請求法院將原告之訴駁回。

3. 法院判決

由於本件原告就相同事實，向多數被告起訴請求損害賠償，自 98 年 11 月起於智慧財產法院即已超過數十件之多，而至本件判決時，即 99 年 11 月 30 日已有 13 件民事專利侵權訴訟終結³⁷，除其中一件判決係以原告無法證明被告有專利侵權之故意或過失為原告之訴駁回外，其餘均係以系爭專利請求項部分或全部有得撤銷理由而無效為由，依智慧財產案件審理法第 16 條第 2 項之規定，以原告不得對他造主張權利，而駁回原告之訴。原告於智慧財產法院首件於 99 年 5 月 31 日以系爭專利所有請求項有得撤銷理由而判決敗訴後，已在其他上開訴訟中就同一爭點之各種主張為攻擊防禦³⁸，仍難令法院就專利之有效性為不同之認定，是原告之訴，法院以於法律上顯無理由為由駁回。

三、 判決評析

本文所列之判決事實類似，即原告宣稱為智慧財產權利人，發現於被告所經營之拍賣網站上販賣有侵害其智慧財產權之商品，因拍賣網站之交易型態中，網站經營者並非出賣人，故此種事件中，原告主張出賣人直接侵害其權利，而網站經營者提供平台予出賣人侵害原告權利，應與出賣人共同實行侵權行為，依民法第 185 條第 1 項後段之共同侵權行為負損害賠償責任，然亦可見原告依智慧財產相關法律主張網站經營者與出賣人同係侵害專利權者。

而被告網路平台經營者之抗辯，則大致可歸類為四種：

³⁷ 於司法院法學資料檢索系統中查詢所得，僅可發現相同事實於 99 年 11 月 30 日以後之判決，並未查得本件中法院所稱 13 件終結之判決。

³⁸ 就司法院法學資料檢索系統之可查得之資料，自 99 年 11 月 30 日至 100 年 4 月 14 日止，原告就相同事實所提訴訟，已作成判決者達 30 件之多，均為無理由駁回，其中包含 6 件上訴駁回判決。

（一）未共同實施侵權

此係針對原告主張侵權行為之直接抗辯，拍賣網站與其他購物平台之最大區別即在於前者僅提供平台予使用者刊登商品資訊，出賣人為該刊登資訊之使用者，而非拍賣網站。而此類侵權事件中，最明顯之侵害智慧財產權行為即是販賣仿冒商品，被告拍賣網站自當以其非出賣人，故未實施侵權行為而為抗辯。上述事件中，被告稱其為「單純提供電子商務開店服務之平台業者，並未與被告共同販賣系爭侵權產品，自無任何侵害系爭專利之侵權行為」，或主張「其屬末端販售商品之通路商，僅係提供網路平台供廠商經營銷售而收取類似租金或上架費之報酬，從未參與廠商販售之客觀行為」等等為抗辯。

（二）無法檢視網站上所有商品，對侵權並不知情

侵權行為之主觀構成要件為具備故意或過失，拍賣網站經營者並未主動出賣侵權商品，自無直接故意或積極故意可言，然有無可能該當間接故意或或成立過失，則有待檢驗。拍賣網站使用方便、收費低廉且效益極高，使用者眾多，所陳列商品更多如牛毛，拍賣網站經營者事實上無法一一檢視商品內容，更無由發現其中可能涉及侵權之商品，以此做為拍賣網站主觀上對侵權事情事毫不知悉，客觀上更無從檢驗，不具備故意或過失之抗辯。例如陳稱「事實上僅建置軟硬體設備、提供網路交易電腦系統，於線上交易過程中，客觀上無法逐一檢視商品」，或「拍賣或購物平台上所販售之商品數量龐大，網站經營者於目前之科技水準，根本無一一檢視之可能」等等。

值得一提者係於智慧財產法院 98 年度民專訴字第 48 號事件中，被告網路家庭公司之抗辯，認為「即使有逐一檢視商品之能力，網路家庭公司既非製造商或經銷商，對於各該商品所使用之技術、有無專利、有無取得合法專利授權及是否涉及專利侵權等事項，不僅無從自外觀上判斷，且專利問題涉及高度技術性及專業性之判斷，亦無從藉由檢視商品之方式，判斷其是否侵害第三人權利」，直指問題核心，令人激賞。

（三）事前已與使用者約定不得有侵害他人智慧財產權之情事

若法院傾向贊同使用者可能利用拍賣網站侵害他人權利屬於拍賣網站經營者得以預見之範圍，拍賣網站為避免進一步遭認定有預見而縱任其發生，或應注意而未予注意，於其抗辯中提出拍賣網站與使用者雙方之合約中明白保證其所銷售之商品，均無侵害他人之專利權、智慧財產權及其他權益或有違反法令之情事，甚至要求賣方使用者另以合約擔保其所販售之商品絕無侵權之虞。網站經營業者與商家締約時，一再強調商家不得販賣侵害第三人權利之商品，對仍出現侵害智慧財產權之情事非但無過失，更已盡到善良管理人之注意義務。

（四）事後立即將網頁撤除

上述各事件中，亦見被告有抗辯「收受原告主張專利侵權之通知後，即移除系爭網頁，實無故意過失可言」者，為此抗辯之可能原因有二：

1. 延續前述抗辯，因無法檢視所有商品，對商品涉及侵權並不知情，然自收受專利侵權通知起，經營者已然知悉侵權情事，便立即將商品所在網頁撤除，以此表明並無幫助或共同實施侵權之行為之主觀意欲。
2. 援引目前國際上一般對網路服務提供者「通知／取下」之規範法理，作為本身免責之抗辯。智慧財產法院 98 年度民專訴字第 48 號中，被告樂天公司之抗辯足見此意旨：「...更於知悉被告力奇公司未與原告達成和解並撤回訴訟後，隨即函告被告力奇公司將進行強制關店措施，足見其已善盡 ISP 業者合理監督之義務，殊無幫助或過失行為可言」。

有趣者係，智慧財產法院 98 年度民專訴字第 48 號判決之言詞辯論終結時點在 2009 年 9 月 18 日，當時甫於同年 5 月 13 日修正公布之著作權法於第 90 條之 6 至第 90 條之 8 各條之第 3 款均有「通知／取下」之免責規定，然本件屬於專利侵權事件，毫無適用著作權法之餘地，亦未見拍賣網站業者主張類推適用至專利權侵害之責任免除，而本件被告樂天公司仍以完成「通知／取下」作為抗辯之

理由，於判決書中雖無法看出被告之訴狀中是否曾載明此抗辯之依據何在，然我國法制缺乏對此之直接規範，卻是不爭之事實。

第四節 小結

線上拍賣之運作係以使用者註冊成為線上拍賣網站會員後，利用網站所預先設定之程式，賣方上傳刊登所欲出售之商品而買方搜尋所欲購買之商品，以競爭出價或直接購買之方式，達成締結買賣契約之目的，拍賣網站並收取刊登商品資訊費或成交手續費，作為收入來源之一。

拍賣網站經過十餘年之發展，由原先單純之交易平台提供者，提供交易平台予買賣方使用者自由刊登或選購商品，發展至拍賣網站可接受買方委託支付價金予賣方，買賣方亦可透過拍賣網站利用便利商店取貨付款；買賣方原只得依據互相評分之交易評價紀錄以判斷當事人之可信賴程度，今日則由拍賣網站出面擔保使用者之信用，甚而於發生糾紛時，拍賣網站先行償付使用者之損失，在在說明線上拍賣網站已非單純中立角色，而係積極介入、協助買賣方使用者之聯繫、契約之締結及便利義務之履行等事項，對線上拍賣網站相應負擔之責任，當有另一番思考。

就目前可見之國內判決範圍內，除本文所述四件事例外，在 2008 年智慧財產法院成立後所審理之民事事件中，可得三十餘件拍賣網站使用者利用網站侵害智慧財產權之事件，權利人以排除商標權侵害、因侵害商標、專利或著作權而請求損害賠償等等事由提起訴訟，可見智慧財產權利人因權利受侵害而提起訴訟者雖有之，然將拍賣網站經營者與直接侵權人同列被告提起訴訟，或逕行對拍賣網站經營者請求者卻寥寥無幾，僅有的數宗案件更因程序問題或倚為請求基礎之智慧財產權淪為無效等原因，不及論述至拍賣網站應否負責之爭點即告終結，至今仍無由得知我國法院對此問題之見解，殊為可惜。然這些判決當中保留了當事人間對拍賣網站經營者是否應當負責之攻防，可得知我國法律實務工作者之基本見解及於我國法律上可能適用之請求基礎，極具法律思考之價值。

第三章 歐盟相關指令與法院見解

第一節 歐盟相關指令

歐盟指令中涉及電子商務者眾多³⁹，若以歷史進程排序，早在 1995 年「資料保護指令」(the Data Protection Directive⁴⁰)時，即提及個人資料於電子郵件之使用，於該指令之前言第 47 點⁴¹規定：「鑒於包含有個人資料之信息以電信或電子郵件服務方式傳送，而該類服務之唯一目的在於傳輸此類信息者，就信息中所包含之個人資料，原則上認定其控制者為發出該信息之人，而非提供傳輸服務者；然而，若附加個人資料之處理對服務之運行為必要，則認定提供服務之人即為控制者。」於 1997 年頒布之「遠距契約銷售指令」(the Distance Selling Directive⁴²)，規範遠距交易所應盡之義務框架，以電子方式完成之交易亦包括在內，其於前言第 13 點⁴³規定：「鑒於只要沒有以一永久介質接收資訊，以某些電子技術傳輸之資料往往在本質上即為短暫性；就此而論，消費者應及時收得契約履行必要資訊之書面通知」。

1998 年開始，**歐盟正式針對網路發展而建立共同性框架規範**，當年頒布的「資訊社會服務技術標準及規範指令⁴⁴」與其修正指令⁴⁵中就電子商務

³⁹ Ian Walden, *Regulating electronic commerce: Europe in the global E-economy*, 26(6) E.L. Rev. 529, 530(2001); Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *Recent Events in EU Internet Law*, 14(1) J. Internet L. 20, 21(2010).

⁴⁰ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

⁴¹ Directive 95/46/EC, Recital (47): "Whereas where a message containing personal data is transmitted by means of a telecommunications or electronic mail service, the sole purpose of which is the transmission of such messages, the controller in respect of the personal data contained in the message will normally be considered to be the person from whom the message originates, rather than the person offering the transmission services; whereas, nevertheless, those offering such services will normally be considered controllers in respect of the processing of the additional personal data necessary for the operation of the service".

⁴² Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

⁴³ Directive 97/7/EC, Recital (13): "Whereas information disseminated by certain electronic technologies is often ephemeral in nature insofar as it is not received on a permanent medium; whereas the consumer must therefore receive written notice in good time of the information necessary for proper performance of the contract".

⁴⁴ Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations.

⁴⁵ Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations.

的相關名詞為基礎定義，本指令中所稱「資訊社會服務」(Information Society Service)即係指：「以電子方法、達到個別服務接收者的需求，且通常為有償提供之遠距服務⁴⁶」；其後於1999年「電子簽章指令」(the Electronic Signatures Directive⁴⁷)規定關於認證、授權以及電子簽章之安全等問題；2000年「電子商務指令」(the Electronic Commerce Directive⁴⁸)係至今規範電子商務最重要之基礎框架；同年「電子貨幣指令」(the Electronic Money Directive⁴⁹)則於網路環境中，提供使用電子貨幣之保障基礎；2001年之「著作權指令」(the Copyright Directive⁵⁰)在上述指令之基礎上更進一步保護著作權人，提供權利人於網路媒介者(Intermediaries)所提供之服務中有侵害其權利時，向法院請求禁制令(Injunction)之法律基礎⁵¹；2004年的「智慧財產權執行指令」(the Enforcement Directive⁵²)中重申成員國必須確保智慧財產權利人有得向法院請求禁制令之權利⁵³。

應注意者係，歐盟迄今未針對網路服務提供者或對線上拍賣業者制定成立侵權行為責任之框架性條款，而著重制定免除責任之統一規範，服務提供者侵權責任之成立，仍應如同一般侵權行為之處理，交由各成員國依據內國法律認定，例如1993年底所頒布的歐洲共同體商標規則⁵⁴第14條第1項⁵⁵規定：「共同體商標的效力完全依照本規則認定。此外，侵害共同

⁴⁶ Art. 1(2)(a) of Directive 98/48/EC: “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.”

⁴⁷ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures.

⁴⁸ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

⁴⁹ Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions.

⁵⁰ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

⁵¹ Art. 8(3) of 2001/29/EC: “Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.”

⁵² Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

⁵³ Art. 9(1)(a) of the Enforcement Directive: “Member States shall ensure that the judicial authorities may, at the request of the applicant: injunctions against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or a related right are covered by Directive 2001/29/EC”

⁵⁴ Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark.此後本規則歷經多次修正，最近一次版本於2009年所公布，為 Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community Trade Mark.

⁵⁵ Art. 14(1) of 40/94/EC: “The effects of Community trade marks shall be governed solely by the provisions of this Regulation. In other respects, infringement of a Community trade mark shall be governed by the national law relating to infringement of a national trade mark in accordance with the

體商標權應依第十章之規定，適用與侵害內國商標有關之內國法。」由於歐盟成員國眾多，兼且作者研究能力有限，本文中未如我國法之討論一般，另論述可能使線上拍賣網站成立侵權行為責任之歐洲各國國內法規，以下僅分別就涉及線上拍賣網站經營者之歐盟指令條文內容為介紹。

一、2000年電子商務指令

電子商務發展在歐盟區域提供大量之就業機會，特別是中小企業因而蓬勃發展，刺激經濟增長、投資以及工業競爭⁵⁶，然資訊社會服務在歐盟境內卻必須面對眾多法律阻礙，包括各國法制間差異、適用之不確定性等均對資訊社會服務之建立與發展有所妨害，因此希冀藉由指令之制訂、歐洲法院之判決先例消除各類法律障礙⁵⁷，以確保資訊社會服務在成員國區域內自由流通促進歐盟內部市場之良好運作⁵⁸。

2000年制定之電子商務指令即於此背景下產生，其內容涵蓋範圍甚廣，例如第3條資訊社會服務在歐盟內部市場中之自由流通、第5、6、10條不同類型之資訊公開要求、第7條有關主動提供之商業訊息、第12條以下之媒介服務提供者責任、第17條之訴訟外紛爭解決機制等等⁵⁹。

本指令所稱「資訊社會服務」意義同於1998年資訊社會服務技術標準及規範指令中所稱之資訊社會服務⁶⁰，其範圍涵蓋在線上進行之經濟活動，特別是線上買賣商品之交易，惟不含商品之交付或非線上服務；不限於促成線上交易者，亦包含未向服務接收者收費之經濟活動，例如提供線上資訊、商業通訊、搜尋、資料近用等服務，以及透過通訊網路傳送資訊、連接至通訊網路或依服務接收者之要求代管資訊。至於廣播電視因非基於個別之要求而傳播，不屬於本指令之資訊社會服務；自然人之間使用電子信件或其他類似通訊方式而非用作交易、商業或專業用途，包含當事人間契約之訂定，不屬於資訊社會服務；本質上不能以遠距或電子方式完成之

provisions of Title X.” 本條項於2009年版本並未更動。

⁵⁶ Directive 2000/31/EC, Recital (2).

⁵⁷ Directive 2000/31/EC, Recital (5).

⁵⁸ Art. 1(1) of Directive 2000/31/EC.

⁵⁹ Patrick van Eecke & Barbara Ooms, *ISP Liability and the E-commerce Directive: A Growing Trend toward Greater Responsibility for ISPs*, 11 No. 4 J. Internet L. 3, 3(2007).

⁶⁰ Directive 2000/31/EC, Recital (17).

事項，例如公司帳目之法定審計、醫療行為等也並非資訊社會服務⁶¹。

本指令之第二章第四節標題題名為「媒介服務提供者之責任」(Liability of Intermediary Service Providers)，綜觀整部電子商務指令，雖曾於前言中提及媒介服務提供者數次，然未就「媒介服務提供者」一詞做出定義。

第四節內容事實上並未規範媒介服務提供者所應負擔之責任，反而係將媒介服務提供者區分為單純傳輸、快取服務和代管服務三種類型而為責任之限制，或為義務之免除⁶²，其特色係採取水平立法方式，亦即是無論第三人提供之不法資訊涉及何種責任，媒介服務提供者之行為只要符合指令所設計之要件，均一體適用免責之規定，免除一切民刑事或行政責任⁶³。本節之立法目的在限制媒介服務提供者在內國法下可能負擔之責任，即於符合一定要件之情況下，不得以內國法追究媒介服務提供者之責任⁶⁴，然只有在資訊社會服務運作及提供進入通訊網路之技術傳送或暫存第三人上傳之資訊，其唯一目的在使資訊之傳送更具效率，且該活動具有單純技術、自動及被動之本質，亦即資訊社會服務提供者對於其所傳送及儲存之資訊並不知悉，亦未加以控制時，方能適用免責之規定⁶⁵。以下就各條文內容分述之：

⁶¹ Directive 2000/31/EC, Recital (18).

⁶² Cyril van der Net, *Civil Liability of Internet Providers Following the Directive on Electronic Commerce*, in E-COMMERCE LAW 49, 49 (Henk Snijders & Stephen Weatherill eds., 2003).

⁶³ Commission of the European Communities, *First Report on the Application of Directive on Electronic Commerce*, 16(2003), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:EN:HTML> (06/05/2012 visited)；財團法人資訊工業策進會科技法律中心（以下簡稱：資策會），網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，頁 67，2003 年 12 月，<http://www.cepd.gov.tw/dn.aspx?uid=2522>，瀏覽日期：2012 年 4 月 10 日。

⁶⁴ ECJ, Judgment of 23/03/2010, joined cases C-236/08- 238/08, Google France S.A.R.L, Google Inc. v. Louis Vuitton Malletiere SA (C-236/08), Viaticum SA, Lucetiel S.A.R.L (C-237/08), and Centre National de Recherché en Relations Humaines (CNRRH) S.A.R.L (C-238/08), 2010 E.C.R. I-02417 [hereinafter Google AdWords Case], at 107.

⁶⁵ Directive 2000/31/EC, Recital (42).

(一) 單純傳輸服務提供者 (Mere Conduit)⁶⁶

電子商務指令第 12 條所稱之單純傳輸服務提供者，指所提供之服務內容係就服務接受者所提供之資訊，在通訊網路上進行傳輸，或提供進入通訊網路者，包括在通訊網路中，以傳輸為單一目的之範圍內，自動地、居間地及短暫地儲存執行該傳輸的資訊內容，且若該儲存未超過傳輸所必需的合理期間之情形。此類單純傳輸服務提供者若並未主動發起該項傳輸、未選擇該傳輸之接收者或是未選擇或修改該傳輸之資訊內容時，電子商務指令即要求成員國應確保內國法之規定不得因傳輸資訊之內容不法，要求單純傳輸服務提供者為之負責。

本條第 3 項則規定，本條款不影響法院或行政機關依據成員國之法律規定要求服務提供者終止或防止損害之可能性。

當服務提供者並未涉及所傳輸之資訊且未修改其內容時，可享有「單純傳輸」及「快取服務」之免責利益，而所謂修改傳輸資訊，不包括發生在傳輸過程中基於技術本質而對資訊有所影響之操作，蓋該等操作並不改變所傳輸資訊之本質⁶⁷。

⁶⁶ Directive 2000/31/EC, Art. 12 "Mere conduit":

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

- (a) does not initiate the transmission;
- (b) does not select the receiver of the transmission; and
- (c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

⁶⁷ Directive 2000/31/EC, Recital (43).

(二) 快取服務提供者 (Caching)⁶⁸

快取服務提供者所提供之服務內容是就服務接受者所提供之資訊，在通訊網路上進行傳輸，而其行為唯一之目的是應服務接收者之要求，使資訊傳送更具效率。本條規定成員國應確保快取服務提供者於符合下列要件下，即無庸對資訊自動、媒介及暫時的儲存負責：(1) 提供者未修改資訊內容者；(2) 提供者遵守接取資訊之條件；(3) 提供者遵守企業普遍承認且使用之資訊更新規範；(4) 提供者未干擾妨害經企業普遍承認且使用之合法技術以取得該資訊使用中之資料；(5) 提供者於實際得知傳輸來源之資訊已從網路上消除，或已無法接觸該資訊，或法院或行政機關已命移除該資訊或使其無法連接時，應立即消除該資訊或使其無法連接。

與前條相同，本條亦不得影響成員國法院或行政機關依據其內國法律規定，要求服務提供者終止或防止損害之可能性。

(三) 代管服務提供者 (Hosting)⁶⁹

⁶⁸ Directive 2000/31/EC, Art. 13 “Caching”:

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

- (a) the provider does not modify the information;
- (b) the provider complies with conditions on access to the information;
- (c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;
- (d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and
- (e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

⁶⁹ Directive 2000/31/EC, Art. 14 “Hosting”:

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

- (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or
- (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

就服務接收者所提供之資訊加以儲存者，即稱做代管服務提供者，成員國應確保服務提供者只要符合下列規定，即不須就應服務接收者之要求而儲存之資訊負責：(1) 提供者對不法之活動或資訊並無實際知悉，並且在有關損害賠償之請求上，並未察覺該不法活動或資訊有顯而易見之事實或狀況；(2) 服務提供者在實際知悉或察覺到有不法活動或資訊時，立即移除該資訊或使該資訊無法連接。然而服務接收者之行為若係在代管服務提供者之授權下而為之或由代管服務提供者控制時，即無從適用本條之免責規定。

本條不得影響成員國法院或行政機關依據其內國法律規定，要求服務提供者終止或防止損害之可能性，亦不影響成員國制定有關除去相關資訊及使其無法連接之程序。

為了享有責任限制之利益，服務提供者因資訊儲存而實際知悉或察覺有不法行為時，應迅速移除該相關資訊或使其無法連接，即所謂「通知／取下」(Notice and Takedown) 程序，電子商務指令對此程序並未多做規定，應由何種管道通知代管服務提供者方可認定為本條之「實際知悉」、通知之內容為何等等問題，均交由內國法律或內國法院決定⁷⁰。指令要求進行移除或使其無法連接之作為均應遵守內國法關於表意自由之法律及為此目的所設之相關程序，且指令之規定並不影響成員國訂定在移除資訊或使其無法連接之前應履行之特別要件⁷¹，亦即是成員國可規定例如資訊社會服務於移除資訊前必須先行通知、催告，或通知之最低次數等等程序。

歐洲法院於 Google 關鍵字廣告案⁷² 中認為，依電子商務指令第 14 條

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

⁷⁰ Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, 1/2011 CRI 1, 3(2011).

⁷¹ Directive 2000/31/EC, Recital (46).

⁷² 本件事實大致為：Google 於其所經營之搜尋引擎網站上提供關鍵字廣告之服務，商家可以透過購買特定關鍵字廣告，於搜尋引擎使用者輸入該特定關鍵字搜尋時，優先列出購買該關鍵字商家的網址於列表前方。Louis Vuitton、Viaticum 和 CNRRH 等三家廠商發現有其競爭者或其產品之仿冒品販售網站購買三家廠商名稱作為關鍵字廣告，亦即是當 Google 搜尋引擎使用者輸入三家廠商之名稱為搜尋關鍵字時，優先顯示者將為販售 LV 仿冒品之網站或其同業競爭者，Louis Vuitton 等三家廠商認為 Google 公司之營業行為侵害商標權，向法國法院提起訴訟。法國法院則就三項

得享有服務提供者之限制責任者，必須立於中立之地位，即單純技術上地、自動地及被動地貯存訊息，對其所貯存訊息既一無所知，亦未予以控制⁷³。單就搜尋引擎網站提供關鍵字服務並向使用者收費之事實本身，並不足以認定搜尋引擎業者必定不適用於第 14 條之責任限制⁷⁴。法院最終提供之判準為：服務提供者不得主動控制資料之儲存，否則即將被認為對於這些廣告之違法內容有認識而未及時刪除；反之，如果服務提供者並未扮演主動角色，則對於其所儲存之訊息不負責任⁷⁵。

(四) 無一般性監視義務 (No general obligation to monitor)⁷⁶

就上述單純傳輸、快取及代管服務之媒介服務提供者，指令中特別規定免除其一般之監視義務，其規定為：

1. 成員國不應對第 12 條、第 13 條、第 14 條之服務提供者，一般性地課與義務監視其所傳輸或儲存之資訊，其亦不應課與其主動尋找不法活動之事實或情況之一般義務。
2. 成員國得規定資訊社會服務提供者有義務儘速告知主管機關有關服務接收者可疑不法活動或資訊，或在主管機關之要求下，提供訂有儲存協議之服務接收者之資訊，使能辨別該服務接收者之身份。

第 15 條雖禁止成員國課予服務提供者一般性之監督義務，然於前言第 48 點又說明此限制並不影響成員國可制訂內國法加諸具期待可能性之

問題提請歐洲法院先決裁判 (Preliminary Ruling)，其中第三有關電子商務指令之先決問題為：若關鍵字購買者之行為不構成商標之使用，則資訊社會服務提供者在被告知有非法使用商標等情事前，就此服務提供是否受電子商務指令第 14 條之保護而免責？See: ECJ, Google AdWords Case, at 22-41.

⁷³ ECJ, Google AdWords Case, at 113, 114.

⁷⁴ “the mere facts that the referencing service is subject to payment, that Google sets the payment terms or that it provides general information to its clients cannot have the effect of depriving Google of the exemptions from liability provided for in Directive 2000/31.”, ECJ, Google AdWords Case, at 116.

⁷⁵ ECJ, Google AdWords Case, at 120.

⁷⁶ Directive 2000/31/EC, Art. 15 “No general obligation to monitor”:

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.
2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

注意義務於代管服務提供者，以偵測或防止特定形式之不法活動⁷⁷，論者以為二者規定或許有所矛盾，徹底執行前言第 48 點可能妨礙指令第 15 條之適用⁷⁸；前言第 47 又言此限制不及於內國法院命服務提供者對個案為監督及國家機關依據內國法所為之命令⁷⁹，論者有謂前言第 47 點對本條之解釋似乎意指如果內國法律有所規定，內國法院即可命資訊社會服務提供者為一般性監督⁸⁰，對第 15 條之效力亦有影響。

二、2004 年智慧財產權執行指令

在數位環境裡，媒介服務提供者所提供的服務特別容易為濫用而侵害他人之權利，此時由服務提供者終止該侵害最為便利，因此有必要賦予智慧財產權權利人向法院聲請禁制令之可能性，以避免損害之繼續發生或擴大⁸¹，是以 2001 年之著作權指令特別就此項禁制令聲請為規定，訂於第 8 條第 3 項⁸²：「成員國應確保權利人於媒介服務提供者之服務為第三人用以侵害著作權或相關權利時，有對媒介服務提供者聲請禁制令之權利。」而此聲請禁制令之權利並不損害任何其他措施、程序和救濟辦法⁸³。而早在 1993 年頒布之共同體商標規則第 98 條第 1 項⁸⁴已有類似規定：「共同體商標法院發現被告侵犯或威脅侵犯共同體商標權利，除有其他特殊事由外，法院應以命令禁止被告進行侵犯或可能侵犯共同體商標之行為。該法院亦

⁷⁷ Directive 2000/31/EC, Recital (48): "This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities."

⁷⁸ Patrick van Eecke & Barbara Ooms, *supra* note 59, 4; Jane Strachan, *The Internet of Tomorrow: The New-Old Communications Tool of Control*, 26(3) E.I.P.R. 123, 132(2004); Luca Tiberi & Michele Zamboni, *Liability of Service Providers*, 9(2) C.T.L.R. 49, 51(2003).

⁷⁹ Directive 2000/31/EC, Recital (47).

⁸⁰ Miquel Peguera, *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems*, 32 Colum. J.L. & Arts 481, footnote 39(2009).

⁸¹ Directive 2001/29/EC, Recital (59).

⁸² Directive 2001/29/EC, Art. 8: "3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right."

⁸³ Directive 2004/48/EC, Recital (23).

⁸⁴ Art. 98(1) of 40/94/EC: "Where a Community trade mark court finds that the defendant has infringed or threatened to infringe a Community trade mark, it shall, unless there are special reasons for not doing so, issue an order prohibiting the defendant from proceeding with the acts which infringed or would infringe the Community trade mark. It shall also take such measures in accordance with its national law as are aimed at ensuring that this prohibition is complied with." 本條項於 2009 年版本移作第 102 條第 1 項，然內容並未更易。

應依其內國法採取確保禁令得以遵守之措施。」旨趣相同。

2004 年所頒佈之智慧財產權執行指令第 11 條第三句，將範圍擴大到對所有智慧財產權之禁制令聲請⁸⁵，而不侷限於著作權或商標權，其規定：「成員國應確保權利人於媒介服務提供者之服務為第三人用以侵害智慧財產權時，有對媒介服務提供者聲請禁制令之權利，且不影響著作權指令第 8 條第 3 項之實施」。

與電子商務指令第 12 條以下之規定不同，智慧財產權執行指令第 11 條第三句所規定者並非有關媒介服務提供者之責任豁免問題，而在要求於第三人利用媒介服務提供者所提供之服務侵害智慧財產權時，即便服務提供者本身對該侵權行為無庸負責，亦必須終止第三人發起之侵害⁸⁶。

歐洲法院於 SABAM v. Netlog 案⁸⁷中對本條禁制令之範圍有所說明。該件係由比利時布魯塞爾法院所提出對本條之疑問：成員國內國法院得否因預防侵權之需要核發禁制令，命代管服務提供者以自己之費用設置篩選系統，無限期地就其網站上所有使用者提供之資訊為檢查？歐洲法院認為若依原告之請求，則如此之篩選系統必須足以檢查出哪些檔案可能包含有權利人擁有之權利，並且判斷這些檔案內容及其公開是否不法，最終防止此類不法檔案之存在⁸⁸。此類禁制令將命服務提供者監視其所儲存之全部或幾乎全部之資訊，更甚者係，此等義務並無時間限制，所檢查者除了已存在之侵害外，亦及於將來可能發生之侵害，要求服務提供者以自己之費用加設此等篩選系統，對服務提供者之營業自由傷害極鉅，違背智慧財產權執行指令所要求「確保尊重智慧財產權之同時，不至於產生不必要之繁

⁸⁵ Directive 2004/48/EC, sentence 3 of Art. 11: "Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC."

⁸⁶ Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, at 4.

⁸⁷ ECJ, Judgment of 16/06/2012, Case C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV*, OJ C 98, 31.3.2012, p.6. 本件事實大致為：原告 SABAM 是一家音樂經紀公司，負責授權旗下音樂作品之著作權予第三人，被告 Netlog 經營線上社交平台，註冊該網站成為使用者後，可擁有個人線上空間，其最主要之功能在於可利用該平台與其他個人交流、溝通、聯絡情誼。SABAM 於 2009 年向法院聲請核發禁制令，主張 Netlog 的網站使用者可於個人空間中，張貼 SABAM 擁有著作權之音樂作品，而未經 SABAM 之同意，要求 Netlog 立即防止侵權之音樂作品繼續出現在其網站上，並應賠償損害。Netlog 則抗辯如此之禁制令有違電子商務指令第 15 條一般監視義務之禁止。受訴法院比利時布魯塞爾法院暫停該案之審理，提交歐洲法院為先決裁判。

⁸⁸ *Id.*, at 36.

複及耗費」之立法意旨⁸⁹。

三、 小結

歐盟智慧財產權執行指令第 11 條第三句所規定避免損害繼續或擴大之禁制令，輔以電子商務指令第 12 至第 14 條均規定成員國可命服務提供者「終止或防止侵害」與前言第 48 點提及之「偵測或防止不法活動之注意義務」，暫且不論是否與第 15 條一般監視義務之禁止相違背，歐盟指令之架構與我國法上妨害除去或妨害預防請求權差可比擬，即不論相對人是否對侵害狀態之存在是否應負責，只要相對人對目前侵害權利之狀態得以支配，便可要求相對人除去目前之侵害狀態，甚至提前至預先防止侵害之發生。

比較著作權法與歐盟電子商務指令中服務提供者免責之規範，免責之條件如未變更、修改、篩選使用者提供之資訊、對侵權之事實並不知悉，或應於知悉後立即移除該等資訊等要求大致相同，僅在是否因侵權事實而獲利有所不同，我國著作權法將「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」作為免責事由之一，歐盟電子商務指令前言第 17 點及所引用之 1998 年資訊社會服務技術標準及規範指令中所稱之資訊社會服務則通常為有償地提供服務，並未將未獲得利益作為免責標準。

適用主體方面，我國著作權法分作連線服務、快速存取服務、資訊儲存服務及搜尋服務提供者四類，歐盟電子商務指令則只分成單純傳輸、快取服務和代管服務提供者三種，依據歐洲法院實務，搜尋服務提供者亦屬於代管服務提供者之類型⁹⁰，事實上歐盟成員國轉化電子商務指令時，於適用之服務提供者類型方面亦有不同選擇⁹¹，並無重大差異。

⁸⁹ *Id.*, at 45, 46.

⁹⁰ 於 Google 關鍵字廣告案中，Google 作為一著名搜尋引擎業者，歐洲法院係以電子商務指令第 14 條代管服務提供者論斷其是否得以適用免責條款。

⁹¹ 例如西班牙和葡萄牙於轉化指令為內國法時，將搜尋引擎及超連結（Hyperlink）業者視為指令第 14 條之代管服務提供者，而奧地利及列支敦斯登則將搜尋引擎業者視作第 12 條之單純傳輸服務提供者。See: Commission of the European Communities, *supra* note 63, at 13.

第二節 德國、比利時、法國及英國法院判決

一、 德國聯邦最高法院

於 2004 到 2008 年間，商標權人就商標權之侵害控告拍賣網站之案件，共有三件上訴至德國聯邦最高法院（Der Bundesgerichtshof），請求聯邦最高法院作出判決，後此三件判決被統稱做一、二、三號網路拍賣判決（Internet-Versteigerung I, II, III），為歐盟領域內最早就此類事件作出判決之內國最高法院，極具意義，以下就三判決分別為介紹：

（一）網路拍賣判決 I

原告 Rolex 係世界知名之鐘表公司，其發現於 Ricardo 公司經營之網路拍賣網站上，由個別賣方使用者刊登之商品資訊中，存在有侵害 Rolex 商標權之商品，部分甚至標明為「仿製品」（Fake）、「複製品」（Replica）等字樣，Rolex 發函予 Ricardo 要求處理，Ricardo 僅將 Rolex 主張侵害其商標權之頁面撤除，然拒絕全面檢查在其所經營網路拍賣平台上販售之商品是否有其他類似的侵害行為⁹²，Rolex 因而主張 Ricardo 應對其所受商標侵害負責。被告 Ricardo 則抗辯其無庸對第三人造成之損害負責，特別是其毫無監視所有使用者行為之可能，應依電信服務法（Telemediengesetz, TMG）第 11 條⁹³免除責任。

原審 Köln 高等法院認為 Ricardo 並未使用 Rolex 之商標，真正使用商標者為拍賣網站之賣方使用者，Ricardo 僅依賣方使用者之設定，對拍賣之進行為額外處理，例如標記「最低價格」、「目前最高出價」等等。拍賣網站亦不承擔「妨害人責任」（Störerhaftung），因其並無意思上之協力

⁹² Christian Rutz, *Germany: Trade Marks – Auction Sites' Liability for Counterfeits*, 29(10) E.I.P.R. N113, N113(2007).

⁹³ §11 TMG, Speicherung von Informationen: " Diensteanbieter sind für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern

1. sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder
2. sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben.

Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird."本條即德國轉化電子商務指令第 14 條第 1 項而訂定之內國法。

(willentliche Mitwirkung)，不符妨害責任之要件，因此對損害無庸負責。

聯邦最高法院於 2004 年 3 月對本案作出判決⁹⁴，法院認定賣方使用者係利用自動之程式刊登商品，拍賣網站對要約之內容並無核驗，是不得將此類要約資訊刊登視作已經拍賣網站之同意或認可。就德國法之層次而言，電信服務法第 11 條之責任免除不得用做免除不作為請求權（Unterlassungsanspruch）之基礎，亦即是服務提供者不得主張其享有免責之利益而無庸負擔移除不法資訊之義務，此明文規定於同法第 8 條第 2 項第二句⁹⁵。

拍賣網站並未刊登販售侵權商品、為出賣之要約或將商標用做廣告，並不成立商標侵害。於此亦無法認定拍賣網站該當幫助侵權，因為幫助侵權之成立以行為人對不法行為有所認識並且主觀上具備未必故意（bedingter Vorsatz）為要件，本件被告拍賣網站在侵權之商品刊登前對該情事毫無知悉，是以不成立幫助侵權行為。即便拍賣網站不屬於直接侵權人或幫助侵權人，其亦可能為認定成立妨害人責任，如同被告一般之線上拍賣平台，無法期待其得以對網站上所有使用者之行為為檢驗或監督，在商品刊登之前即防止侵害之發生，若強求附加此類義務，則有損害拍賣網站商業運行模式之虞，然亦不能否認拍賣網站對於侵權商品交易收取費用之事實，是以當拍賣網站已經知悉有明顯之不法行為，除有義務立刻移除或使之無法接取外，更當盡可能地阻止同樣之商標侵害於未來再度發生，以本件為例，被告即有義務依照判決之意旨，對販售 Rolex 手錶之要約為特別之檢驗⁹⁷。

總結而言，本件中法院認為拍賣網站不僅有移除特定仿冒商品刊登之義務，於其既已知悉有仿冒之侵權情事後，自應以各種方式確保其網站上不再刊登販售明顯侵害受害人商標權之商品⁹⁸。

⁹⁴ BGH Urt. v. 11.03.2004, CR 2004, 763-767.

⁹⁵ §8(2)(2) TDG: "Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 unberührt."

⁹⁶ BGH Urt. v. 11.03.2004, a.a.O., 765.

⁹⁷ BGH Urt. v. 11.3.2004, a.a.O., 766-767.

⁹⁸ BGH Urt. v. 11.3.2004, a.a.O., 764.

（二）網路拍賣判決 II

2007 年，Rolex 公司對另一拍賣網站 eBay 公司提出之訴訟，由 Düsseldorf 高等法院上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院基本上仍維持其見解，認為拍賣網站未主動販售侵權商品，也未使用系爭商標做為廣告用途，不成立一般侵權行為；就是否成立幫助侵權行為之爭點，法院同樣認為幫助侵權之行為人對不法行為必須有所認識且主觀上具備未必故意，本件被告拍賣網站在侵權之商品刊登前對該情事毫無知悉，並不符合幫助侵權之要件⁹⁹。

法院並進一步確認，當侵害尚未發生，而妨害人有理由可預見在此情形下侵害極有可能發生時，妨害人須採取一定措施。此法理基礎與預防性不作為請求權（vorbeugender Unterlassungsanspruch）相同，即於權利有受侵害之虞時即可請求預防，不需要等到權利真正被侵害後使得請求救濟¹⁰⁰。至於拍賣網站應當設置何種措施，法院則認為應設置一篩選軟體，得以搜尋特定字句以檢驗當前之商品刊登情況，於必要時甚至應該以人工操作檢查，雖依當前科技發展尚無法檢驗並防止各種侵權狀況之發生，只要拍賣網站已經盡其所能，而仍不能發現部分侵權事實，主觀上即不具備故意或過失¹⁰¹。

（三）網路拍賣判決 III

2008 年，聯邦最高法院再度就類似案件為判決，除就直接或間接侵害商標權之部分均以拍賣網站不具故意否認原告之請求外，亦認定一旦網路拍賣平台業者被通知其經營之網站上有損害第三人商標權之內容時，除應立刻遮蔽該內容外，並應確保類似商標侵害不再發生，包含對同一商標權利人之其他商品名稱之侵害。因此網路拍賣平台業者應設置合理的篩選機制，預防明顯的類似或相同侵害再度發生，始得免除其責任¹⁰²，與前二則網路拍賣判決之觀點基本一致。

綜合觀察德國聯邦最高法院自 2004 年至 2008 年之三宗網路拍賣判

⁹⁹ BGH Urt. v. 19.4.2007, NJW 2007, 2638.

¹⁰⁰ BGH Urt. v. 19.4.2007, a.a.O., 2639.

¹⁰¹ BGH Urt. v. 19.4.2007, a.a.O., 2639-2640.

¹⁰² BGH Urt. v. 30.4.2008, CR 2008, 581.

決，自首樁判決後立場即未有太大改變，確立德國聯邦最高法院對此類事件之立場¹⁰³。

二、 比利時布魯塞爾商業法庭

原告 Lancôme 主張被告 eBay 所經營之拍賣網站上陳列有許多使用 Lancôme 名稱之非法商品以及標榜相似、仿製 Lancôme 之商品廣告，Lancôme 主張 eBay 應採取數項措施以打擊仿冒品，例如：防止賣方使用者刊登帶有仿製品、仿冒等字眼之 Lancôme 商品；對於曾有販賣贗品紀錄之賣方使用者，防止其再行刊登出售 Lancôme 商品之訊息；對於經常刊登銷售 Lancôme 商品之賣方，應加強核驗其身分、住址或商家之統一編號，否則不予刊登¹⁰⁴。eBay 則抗辯其確實協助買方與賣方使用者使用線上拍賣系統，然對使用者上傳之內容或廣告皆未修改或控制，其本身之行為屬電子商務指令第 14 條之提供代管服務，應有責任免除條款之適用¹⁰⁵。

布魯塞爾商業法庭（Commercial Court of Brussels）認為判斷是否適用免責規定，應先觀察媒介服務提供者所提供之服務，只要符合電子商務指令之要求即可免責，不論服務提供者利用該服務為何種活動，或是其是否從中獲利。而本件 Lancôme 主張 eBay 所應負責之行為均為電子商務指令第 14 條之代管，是以 eBay 可享有免責之利益，至於 Lancôme 所主張 eBay 應禁止特定商品刊登之出現，則有違電子商務指令第 15 條之規定，加諸 eBay 一般性的監視義務，法院亦不予支持¹⁰⁶。

三、 法國法院

2008 年間，法國法院做成三件關於知名品牌廠商控告拍賣網站業者 eBay 之判決，其均認為 eBay 須為其網頁中侵害原告權利所造成之損害負責，然理由有部分不同，以下分述之¹⁰⁷：

¹⁰³ Kurt M. Saunders & Gerlinde Berger-Walliser, *The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe*, 32 Nw. J. Int'l L. & Bus. 37, 66(2011).

¹⁰⁴ Commercial Court of Brussels, decision of 30 July 2008, CRi 5/2008, 152.

¹⁰⁵ *Id.*, 153.

¹⁰⁶ *Id.*, 153.

¹⁰⁷ Anne S.Y. Cheung & Kevin K.H. Pun, *Comparative Study on the Liability for Trade Mark Infringement of Online Auction Providers*, 31(11) E.I.P.R. 559, 562(2009).

(一) Hermès International v. eBay

本件特魯瓦 (Troyes) 地方法院同意無論是 eBay 透過預先設定之網頁程式展示使用者上傳之資訊，或是將商品歸類於特定類別均不會影響代管服務之性質，eBay 儲存並顯示使用者所上傳之商品資訊，確屬電子商務指令中所稱之代管服務提供者。

然而，eBay 提供工具使賣方使用者得以銷售、促銷商品，並且於買賣方使用者間設立拍賣條款，均使法院認定 eBay 不僅是代管服務提供者，也屬於線上拍賣服務提供者，而後者之身分並無免責條款可資適用，應回歸適用一般侵權規定。且依其線上拍賣服務提供者之角色，eBay 應積極的監視拍賣活動並搜索不法商品。eBay 雖抗辯其已設立 VeRO 計畫以對抗仿冒品銷售，然法院以為 eBay 可採取更多方法強制賣方使用者廣泛的確認商品資訊，例如促使賣方提出或上傳產品編號、型式、真品保證書之照片等等。

最終法院認為依據法國智慧財產權法典第 L.713-2 條¹⁰⁸，eBay 並未盡到監視其網站以避免不法用途之義務，須與侵權之賣方使用者連帶賠償 Hermès 之損失，並且應於 eBay 法國網頁上及四種雜誌上公告本判決¹⁰⁹。

2010年7月，漢斯上訴法院 (the Court of Appeals of Reims) 同樣贊同一審法院之意見，認定eBay之運作遠比單純儲存複雜，結合代管服務和編輯者之角色，無法適用法國數位經濟信賴保護法 (the Law on Confidence in the Digital Economy¹¹⁰) 之責任排除¹¹¹。

¹⁰⁸ Article L713-2 of the French Intellectual Property Code reads: "The following shall be prohibited, unless authorized by the owner: a) The reproduction, use or affixing of a mark, even with the addition of words such as: "formula, manner, system, imitation, type, method," or the use of a reproduced mark for goods or services that are identical to those designated in the registration; b) The suppression or modification of a duly affixed mark." available at Legifrance <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=36&r=2591#art10175> (20/12/2010 visited)

¹⁰⁹ Hermès International v Cindy Feitz, eBay France and eBay International AG RG No. 06/02604 (Tribunal de grande instance [TGI] [Court of First Instance]) Troyes, June 4, 2008, English version available at <http://www.law.pace.edu/files/pilr/AllCasesTranslated.pdf> (02/04/2012 visited).

¹¹⁰ 法文原名為：La loi pour la confiance dans l'Economie Numérique (LCEN)，為法國轉換電子商務指令之內國法。

¹¹¹ Franck Valencia, *Legal ambiguity in the digital economy: the case of eBay and the liability of online auction sites*, 2011(4) I.B.L.J. 415, 418(2011).

(二) Christian Dior Couture v. eBay

本件受訴法院巴黎商業法庭認為 eBay 確實經營代管業務，然亦扮演拍賣居間的角色，無法享有代管服務提供者之免責利益。既然否定了 eBay 的代管地位，法院自可不顧電子商務法之特別規定，直接適用法國民法典第 1382、1383 條¹¹²之民事責任一般規定，進而認定 eBay 因為其未盡監督之責任而必須承擔責任。eBay 無法確保拍賣活動不會損及第三人之利益（本件中即指銷售仿冒品），屬於應注意而未予注意之過失，應對第三人之損害負責¹¹³。

eBay 於二審仍抗辯其並未積極地刊登廣告，亦對刊登於網站上的資訊並未編輯控制，然巴黎上訴法院 2010 年 9 月 3 日之判決中認為拍賣網站在銷售前對賣方使用者之協助，已足以表明其之主動介入屬於中介居間之角色。二審判決仍與一審判決採同樣見解，認為 eBay 之整體行為無法切割為代管業務及居間人，eBay 並非單純技術上、自動和被動的運作，甚至也並非對資料全無知悉或控制。因此不能受到 LCEN 6.I.2、6.I.7 的保護¹¹⁴。

法院對代管服務提供者為嚴格定義，即為應服務使用者要求儲存資訊之單純機制，而不包含其他服務，一旦代管服務提供者提供儲存以外之服務，該提供者即無法適用 LCEN 的責任排除規定。同樣地，一旦拍賣網站對於拍賣之發起、得標成立與監督提供服務，其即喪失對所儲存資訊之中立性，而扮演積極之角色，因此對該等資料所有知悉與控制，換言之，只要存有特定促成提升能見度之設計，對使用者所上傳之內容有正面的作用，即已逾越單純之資料儲存。

(三) Louis Vuitton Malletier SA v. eBay

Louis Vuitton Malletier 是一家設計、生產及製造皮件和時裝之著名公

¹¹² Art. 1382 of French Civil Code reads: "Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it." ,and Art. 1383 reads: "Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence." available at Legifrance

<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=22&r=494#art4453> (20/12/2010 visited)

¹¹³ Christian Dior Couture SA v eBay Inc, eBay International AG RG No. 2006077807 (Tribunal de Commerce [TC] [Commercial Court]) Paris, June 30, 2008, English version available at <http://www.law.pace.edu/files/pilr/AllCasesTranslated.pdf> (02/04/2012 visited).

¹¹⁴ Franck Valencia, *supra* note 111, 417(2011).

司，以 Louis Vuitton (LV) 字樣做為其商標，該公司發現於 eBay 經營之拍賣網站上有銷售 LV 仿製品之廣告，Louis Vuitton Malletier 主張自 1999 年起，已屢次通知、警告 eBay 應採取必要措施以阻止類似情形之存在或一再發生，然未獲 eBay 之正面回應，因而提起訴訟。

Louis Vuitton Malletier 主張 eBay 不僅儲存使用者所提供之訊息，亦以居間為業，事實上後者方為其主要營業項目，是以不得享有媒介服務提供者之免責利益。eBay 則抗辯依法國數位經濟信賴保護法，對於應接收者要求所貯存之訊息，其並未知悉其中有違法之情事，且作為代管者，無庸主動監視其網頁上所有資訊，僅有於知悉存有不法資訊時，立即移除該網頁之義務。

巴黎商業法庭於判決中認為 eBay 固然屬於代管，然其在網路拍賣交易中亦扮演居間之角色，兩種角色於 eBay 經營其事業並從中獲利之過程中無法截然二分，是以同時作為代管及中介者之 eBay，對其網站上所傳輸貯存之訊息不可謂毫不知情且無法掌控¹¹⁵。eBay 做為居間人，未能確保其營運不為第三人用做侵權之工具，又未能阻止部分使用者一再為類似之侵權行為，對於侵權行為之發生有過失，應依法國民法典第 1382、1383 條負侵權行為損害賠償責任¹¹⁶。

四、 英國高等法院

於英格蘭及威爾斯高等法院 (High Court of England and Wales) 受理之本案中，原告 L'Oréal 公司發覺在被告 eBay 公司所經營之拍賣網站上，有七名賣方使用者 (亦為本件共同被告) 刊登販賣仿冒原告 L'Oréal 公司商標之商品，侵害 L'Oréal 公司之商標權。

eBay 抗辯其設有 VeRO programme、Community Watch、Sanctions 及 High Risk Brands 等四方面對於侵權商品所為防範及補救之措施，已盡最大之注意義務，不應再為損害負責。法院整理之相關爭點有¹¹⁷：

¹¹⁵ Louis Vuitton Malletier v eBay Inc and eBay International AG RG No. 2006077799 (Tribunal de Commerce [TC]) Paris, June 30, 2008. English version published on *Louis Vuitton Malletier SA v eBay Inc*, [2010] E.T.M.R. 10, para. 62-65. 事實上本件與上述 Dior 控告 eBay 之一審判決均由巴黎商業法庭於同一天公布判決，二件判決之承審法官亦有部分重疊。

¹¹⁶ *Id.*, para. 71, 77.

¹¹⁷ *L'Oréal SA v. eBay international AG*, [2009] EWHC 1094 (CH), at 32.

- 一、個別賣方使用者販賣之仿冒品、非於歐洲經濟區（European Economic Area, EEA）販售之商品、試用品以及去除包裝之四類產品是否均屬於侵權商品？
 - 二、eBay 是否與使用其網站侵害 L'Oréal 商標權之賣方使用者負連帶責任（jointly liable）？
 - 三、就使用商標連結到侵權商品頁面，eBay 是否負擔主侵權責任（liable as primary infringers）？
 - 四、eBay 是否受電子商務指令第 14 條之保護？
 - 五、L'Oréal 可否依照智慧財產權執行指令第 11 條尋求救濟？
 - 六、上述爭點有無遠距契約銷售指令之適用？若然，應如何適用？
- 以下僅就與本文相關之爭點二、四、五加以介紹。

（一） eBay 是否與侵權之賣方使用者負連帶責任？

L'Oréal 公司主張 eBay 必須負擔共同侵權責任之理由在 eBay 之行為「誘使」（Procurement）侵權活動之發生，或與其賣方使用者有「共謀」（Participation in a Common Design）。前者在英國判例法上須以被告向個別侵權人所為，並且必須誘使一特定之侵害為要件，本件承審法官認定 eBay 之行為並不符合要件。

法院就當事人之攻防，判斷結果均有利於 eBay，法院認為：

- 一、於英國法層次，eBay 並無任何防止其使用者侵害他人權利之義務。

eBay 於本爭點中提出質疑，詢問 eBay 是否有義務採取一切合理方法防止對權利人之侵害，且其法源依據及範圍為何？

L'Oréal 則回應稱 eBay 確有法律上義務不得誘使商標侵權之發生，且不得參與共謀侵權，其法源依據為共同侵權，標準係以 eBay 是否已經採取「一切合理方法」防止侵害為判斷基準。

法院認為 L'Oréal 所提出之回應適足否認其主張，事實上甚至構成了一種循環論證：eBay 公司有責任防止對第三人的侵權，因

為他們有責任不參與共謀侵害權利，他們參與了共謀侵害權利，因為他們並沒有能夠防止對第三人的侵權；法院並認為應先確認者係 eBay 有法律上義務採取一切合理方法防止侵害第三人權利，否則 eBay 是否已經採取該等措施並不具重要性，且到底所謂合理方法的基準為何？均為不明之處¹¹⁸。

二、eBay 之系統或政策對侵權商品之陳列確無隱含的偏好或刻意鼓勵侵權行為，反之，其甚至採取措施防止或至少盡可能減少侵權行為之發生，縱使 eBay 可以有更多積極作為，仍不影響其未鼓勵或偏好侵權商品刊登之事實¹¹⁹。

三、法院認為構成共同侵權行為必須有四要件：商標權人必須證明 eBay 對特定商標有法律上注意義務；eBay 必須是積極的鼓勵、獎勵或有意識地促成權利侵害；eBay 所提供之功能必須本質上即導致權利侵害，而無不侵害第三人商標之可能；eBay 必須故意以此獲利。

本件中，法院認定 eBay 的確促成侵權商品之交易，確實知悉侵權行為可能發生而仍由此獲利之事實並不足以使 eBay 成立共同侵權¹²⁰；eBay 有可能因為智慧財產權執行指令第 11 條而對未來可能發生之侵害有防範之義務，然此並不使其必須對過去之侵害承擔共同侵權責任¹²¹。

(二) eBay 是否受電子商務指令第 14 條之保護？

eBay 主張比較電子商務指令第 13 條及第 14 條可知，第 14 條所稱之「資訊儲存」涵蓋範圍不僅是「自動、媒介和暫時」，第 14 條中所稱以電子方式儲存之資料並無限制其性質或內容。eBay 主張 L'Oréal 既未參與 VeRO 計畫，則 eBay 對其損失自毫無知悉或察覺可言，若 L'Oréal 就本案之主張得以成立，則有違電子商務指令第 15 條所禁止之一般監視義務；L'Oréal 則主張依據電子商務指令前言第 42 點，第 14 條之儲存應限縮在「資

¹¹⁸ *Id.*, at 373, 374

¹¹⁹ *Id.*, at 380.

¹²⁰ *Id.*, at 381.

¹²¹ *Id.*, at 375.

訊社會服務提供者之活動係運作及提供進入通訊網路之技術過程」且「該活動僅具有技術、自動及被動之性質」，服務提供者已經「對於被傳送及儲存之資訊並不知悉，亦無法加以控制」，然 eBay 主動編排並且參與將資訊供做廣告、拍賣之用，eBay 並且有權力決定商品是否刊登或刊登之久暫，此已不符合第 14 條之定義，因而無法適用該條¹²²。

受訴法院參考法國、比利時法院二者所作出結果迥異之判決，以及德國聯邦最高法院作出之一系列網路拍賣判決中對電子商務指令第 14 條之解讀，並提及歐洲法院在 Google 關鍵字廣告案中對本條之解釋，仍認為無法尋得在本件中得以適用之正確見解，縱使英國高等法院本身較贊同 L'Oréal 之主張，仍決定將本爭議提交歐洲法院做解釋¹²³。

(三) L'Oréal 可否依智慧財產權執行指令第 11 條救濟？

本爭點涉及之智慧財產權執行指令第 11 條第三句，英國並未特別將轉換成內國法，而仍適用原已存在之法律，原有之法條是否可以涵蓋第 11 條第三句之內容，則有疑問。

1981 年最高法院法 (the Supreme Court Act 1981) 第 37 條第 1 項規定，當符合公平及便利時，高等法院可做成暫時或終局的禁制令¹²⁴。受訴法院回顧以往英國實務對本條之適用，有認為該條之適用應限於二種情形：一方證明他方侵害其合法或公平之權利，或有侵害之虞時；一方預示不履行，或威脅如此時¹²⁵。然亦有其他法院認為該條之適用無庸以任何條件為前提。eBay 主張，當散布系爭商品之行為本身並未侵害權利人權利時，並無本原則之適用。受訴法院認為於禁制令之相對人根本未占有、保管或控制系爭商品時，此規定的確難以適用¹²⁶。

第 11 條之適用是否應以媒介服務提供者並非侵權人為前提，並以本條作為對媒介服務提供者為禁制令之依據，若係如此，則第 11 條或可理解為就現存法律提供一原則基礎，而不具直接效力。然法院對於第 11 條

¹²² *Id.* at 436-440.

¹²³ *Id.* at 441-443.

¹²⁴ 原條文為：“The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to be just and convenient to do so.”

¹²⁵ L'Oréal SA v. eBay international AG, [2009] EWHC 1094 (CH), at 449.

¹²⁶ *Id.* at 453.

究竟當如何理解，且其效力範圍又及於何處，均有疑問¹²⁷。對德國法院作出數則判決有關適用妨害人責任之見解，eBay 表示反對，其主張智慧財產權執行指令第 11 條要求於媒介服務遭第三人用做侵權時，成員國必須提供對媒介服務提供者之禁制令，而德國法院妨害人責任原則已經逾越此範圍，達到電子商務指令第 15 條中所禁止的一般監視義務¹²⁸。

最終英國高等法院對爭點五無法做出判斷，提交歐洲法院請求就智慧財產權執行指令第 11 條為進一步解釋。

五、 判決評析

雖同為歐盟之成員國，各內國法院對於 2000 年電子商務指令、2001 年之著作權指令及 2004 年的智慧財產權執行指令所共同架構出歐盟對於線上拍賣網站經營者責任要求之理解大相逕庭。

就有關線上拍賣網站是否承擔侵權行為損害賠償責任之問題，表列如下表：

國家	判決結果	理由
德國	否定	主觀上不具備故意。
法國	肯定	拍賣網站並未盡到避免網站為人用作不法用途之注意義務。
比利時	否定	屬於電子商務指令第 14 條之代管服務，自一律免責。
英國	否定	主觀上並未誘使或共謀侵權行為之發生或實行。

有關線上拍賣網站是否有防止侵害再度發生之義務，各國法院見解如下表：

國家	判決結果	理由
德國	肯定	拍賣網站負有妨害人責任。

¹²⁷ *Id.*, at 454.

¹²⁸ *Id.*, at 464.

法國	未論及	
比利時	否定	違背電子商務指令第 15 條一般監視義務禁止之規定。
英國	提交歐洲法院	

至於線上拍賣網站是否符合免責條款得以主張免責，各法院見解如下表：

國家	判決結果	理由
德國	否定	不得就妨害人義務主張責任免除。
法國	否定	同時具備代管服務和編輯者之角色。
比利時	肯定	屬於電子商務指令第 14 條之代管服務。
英國	提交歐洲法院	

光譜之左端為比利時法院。比利時法院寬鬆認定電子商務指令第 14 條之文義，當判斷線上拍賣網站經營者之營運模式主要屬於該條所稱之代管時，即依該條文義內容，於拍賣網站經營者不知情之情況下，判決其無庸對該網站之使用者對第三人之侵權行為負責，亦不必防止往後類似之侵權情事再度發生，其僅依同條第 1 項 b 款負有在實際知悉或察覺後立即撤除該網頁之義務；另一極端為多數之法國法院，其嚴格解釋適用電子商務指令第 14 條，認為只要媒介服務提供者之運作包含代管以外之服務，即不屬於該條所稱之代管服務提供者，自無法適用免責規定，應回歸一般侵權行為責任加以認定，法國法院進一步認為拍賣網站之經營雖含有代管服務，然亦立於居間人之地位，拍賣網站上之內容雖多為網站使用者所上傳，而網站已逾越單純代管之角色，對內容多有控制、整理，自然必須對於該網站上所發生之侵權行為負責；居於其中者為德國法院之見解，認為業者基於雖本身未構成侵權行為，對賣方使用者之侵權行為亦毋庸負責，然依據同條第 3 項、智慧財產權執行指令第 11 條第三句及其內國法相應規定，課予經營者防止對同一權利人之類似侵權行為再度發生之義務¹²⁹；

¹²⁹ Anne S.Y. Cheung & Kevin K.H. Pun, *supra* note 107, 564; Andreas Rühmkorf, *The Liability of Online Auction Portals: Toward a Uniform Approach?*, 14 No. 4 J. Internet L. 3, 8.

英國法院則明確表明拍賣網站不與實際實行侵權行為之賣方使用者構成共同侵權行為，然對於拍賣網站是否屬於電子商務指令第 14 條所稱之代管服務，以及智慧財產權執行指令第 11 條之禁制令範圍為何，均未自為判斷，而係交由歐洲法院對該等條文為解釋。

第三節 歐洲法院判決

自進入 21 世紀以來，eBay 等大型跨國拍賣網站於歐洲大陸、美國等地疲於應訴，而獲致不同判決。特別於歐盟領域內，縱使 2000 年頒有電子商務指令，然以指令（*Directive*）而非規則（*Regulation*）之形式規制，本身即隱含在此議題上尚未取得完全共識，容許各國於指令允許之框架內，依據國情、政策而為不同之規範。然各國立法、司法機關對指令條文內容之理解是否有誤，則有待歐洲法院統一解釋。

2004 年至 2009 年間，歐洲各國法院對於智慧財產權人控告拍賣網站之事件均逕行適用內國法律做出判決，直到 2009 年 7 月 16 日，英國高等法院決定將數指令中幾個關鍵法律問題提交歐洲法院為先決裁判（*Preliminary Ruling*），歐洲法院首次有機會針對拍賣網站責任範圍所涉及之問題表示意見，並於 2011 年 7 月 12 日做出判決¹³⁰。

一、事實及爭點

L'Oréal 是個香水、化妝品以及護髮產品之製造商及供應商，對於其商標在英國及當時的歐洲共同體均擁有商標權，且極為知名。L'Oréal 自有一個封閉的且有選擇性的銷售網，在銷售網中，L'Oréal 要求其授權之經銷商不得提供商品予其他經銷商。

eBay 經營電子市集（*Electronic Marketplace*），供其賣方使用者在網站上出售商品，並在交易完成後收取 1% 之費用。除以拍賣出價、價高者得之方式出賣外，亦有賣方直接定價、買方直接購買之機制。所有在 eBay 上註冊的賣方或買方使用者，均須同意 eBay 的使用者協議，其中包含禁止販賣仿冒品及侵害商標之條款。賣方使用者更可在 eBay 上設立線上商

¹³⁰ ECJ, Judgment of 12/07/2011, Case C-324/09, L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others, OJ C 269, 10.9.2011, p.3.

店（Online Shop），在其中陳列了單一賣方使用者所有的商品，而在商品分類以及描述以及促進、增加商品之銷售等方面，eBay 提供賣方詳細的協助，從而組織銷售，進行拍賣（包括利用代理出價）之過程，也提供服務以通知會員他們感興趣商品之資訊，並由第三方網站促銷和宣傳商品。然 L'Oréal 和 eBay 均不爭執 eBay 並非出賣人之代理人，且未曾以任何方式占有商品。

eBay 設立有 VeRO 計畫（Verified Rights Owner program），利用通知／取下系統提供權利人移除侵權商品刊登之協助。當參加 VeRO 計畫時，權利人必須提出懷疑侵權之列表，逐一系列明商品編號，並由 eBay 所列舉的十六種侵權理由中選擇該商品之侵權事由。根據本件訴訟資料顯示，已有超過一萬八千名權利人參與 VeRO 計畫，然 L'Oréal 以該機制有所不足而拒絕參與其中。

2007 年 5 月 22 日，L'Oréal 致函 eBay，通知 eBay 在其網站上發現眾多銷售侵權商品之情形，並要求採取措施解決這些問題。eBay 之回應並未使 L'Oréal 感到滿意，L'Oréal 隨後提起數宗訴訟，包括向英國高等法院提起之訴訟。L'Oréal 之主張有三：

一、eBay 網站上販賣有十七件使用 L'Oréal 商標之仿冒品，此點兩造均不爭執。L'Oréal 主張就該十七件仿冒品，eBay 與出售仿冒品之賣方使用者應負連帶責任（jointly liable for these infringements）。另有十五件商品雖非仿冒品，然屬於非賣品（例如：試用品）、帶有商標並僅限於北美地區出售之商品，其中尚有一些屬於去除包裝之商品，L'Oréal 主張出售此類商品均已侵害商標權。

二、L'Oréal 主張 eBay 在自己網站上使用 L'Oréal 之商標，並且向搜尋引擎購買關鍵字廣告，均屬侵害商標權之行為。例如於 Google 搜尋引擎鍵入「shu uemura」（shu uemura 為 L'Oréal 旗下之品牌），會出現 eBay 之贊助商連結（Sponsored Link），點擊該連結則會進入 eBay 網站並顯示以「shu uemura」為關鍵字之搜尋結果，L'Oréal 認為搜尋結果所販賣者多為侵權商品，進而主張 eBay 直接引導使

用者至販售侵權商品之頁面，係緊密參與實際出賣侵權商品之前階段行為，就實際出賣以及其後之過程中，eBay 確有參與賣方使用者之行為。事實上，L'Oréal 已撤回於國內法院對個別賣方使用者之訴訟。

三、L'Oréal 主張即便 eBay 無庸負任何責任，其亦可依照 2004 年智慧財產權執行指令向法院聲請禁制令。

2009 年 7 月 16 日，英國高等法院將本件交由歐洲法院為先決裁判，並提出法律上爭點，可區分為四類問題¹³¹：賣方所出賣之商品是否本質上屬於侵權商品；eBay 是否須負連帶責任或主侵權責任；eBay 是否符合 2000 年電子商務指令第 14 條之責任限制要件，而可以此為免責之抗辯；L'Oréal 可否依照 2004 年智慧財產權執行指令第 11 條尋求救濟。而於本件爭議中 L'Oréal 所指稱之侵權商品包含仿冒品、非在歐洲經濟區販售之商品、試用品以及去除包裝之產品。謹將爭點臚列於下：

- 一、若出售這些非供銷售的試用品、樣品，而未支付對價予商標權人授權的經銷商，這樣的商品是否屬於歐盟商標指令第 7 條第 1 項¹³²和共同體商標規則第 13 條第 1 項¹³³中所稱的「投入市場」？
- 二、若未得商標權人之同意即去除香水或化妝品之包裝，會構成「合理理由」使得商標權人可依照歐盟商標指令第 7 條第 2 項¹³⁴和共同體商標規則第 13 條第 2 項¹³⁵反對去除商標之產品之進一步商品化（Further Commercialisation）？

三、爭點二之解答，是否因下列情事而有所不同：

¹³¹ 此分類係參考：Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 59, 09/12/2010.

¹³² Article 7(1) of Directive 89/104: "The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the Community under that trade mark by the proprietor or with his consent."

¹³³ Article 13(1) of Regulation No 40/94: "A Community trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the Community under that trade mark by the proprietor or with his consent."

¹³⁴ Article 7(2) of Directive 89/104: "Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialization of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market."

¹³⁵ Article 13(2) of Regulation No 40/94: "Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialization of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market."

(一) 移除包裝之後，商品因此未載明歐盟化妝品指令第 6 條第 1 項¹³⁶所要求之資訊，特別是不具備成分表和使用期限。

(二) 因缺乏應載明之資訊，而使得第三人在共同體成員國內出賣此類去除包裝之商品或為出賣之要約時，將構成刑事犯罪。

四、承爭點二，如果進一步商品化將會損害，或很可能損害商品形象甚至及於商標商譽，則爭點二之答案是否不同？若然，則商標權人是否須證明此損害後果之存在？

五、若線上市集經營者向搜尋引擎購買特定商標做為關鍵字，而於搜尋引擎使用者在搜尋該關鍵字時，將展示該商標做為線上市集經營者之贊助商連結，則如此之商標展示，是否構成歐盟商標指令第 5 條第 1 項 a 款¹³⁷和共同體商標規則第 9 條第 1 項 a 款¹³⁸中所稱之「使用」？

六、當點擊爭點五所稱之贊助商連結時，將連結到第三人使用商標所

¹³⁶ Article 6(1) of Directive 76/768: "Member States shall take all measures necessary to ensure that cosmetic products may be marketed only if their packaging, containers or labels bear the following information in indelible, easily legible and visible lettering:

(a) the name or style and the address or registered office of the manufacturer or the person responsible for marketing the cosmetic product who are established within the Community. Such information may be abbreviated in so far as the abbreviation makes it generally possible to identify the undertaking. Member States may require that the country of origin be specified for goods manufactured outside the Community;

(b) the nominal content at the time of packaging;

(c) the expiry date for products with a stability of less than three years;

(d) particular precautions to be observed in use, and especially those listed in the column "Conditions of use and warnings which must be printed on the label" in Annexes III and IV, and which must appear on the container ; where this is impossible for practical reasons, this information must appear on the packaging or on an enclosed leaflet, but in the latter case an abbreviated external indication must appear on the container, referring the consumer to the information specified;

(e) the batch number of manufacture or the reference for identifying the goods ; however, where this is impossible for practical reasons because the cosmetic articles are too small, such information need appear only on the multiple retail pack or sleeve of these articles. "

¹³⁷ Article 5(1)(a) of Directive 89/104: "The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered"

¹³⁸ Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94: "A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the Community trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the Community trade mark is registered"

為之廣告或商品銷售頁面，依據個別商品之狀態不同，可能已侵害或未侵害商標權，線上市集經營者是否屬於歐盟商標指令第 5 條第 1 項 a 款和共同體商標規則第 9 條第 1 項 a 款所稱使用與侵權商品有關之商標？

七、若爭點六所提及的商品廣告或銷售要約包含一些未經過商標權人同意而投入歐洲經濟區的商品，則針對商標涵蓋範圍內消費者所為之廣告或銷售要約，是否屬於歐盟商標指令第 5 條第 1 項 a 款和共同體商標規則第 9 條第 1 項 a 款，而不屬於歐盟商標指令第 7 條第 1 項和共同體商標規則第 13 條第 1 項所稱之商標「使用」？又商標權人是否應證明，當為如此之廣告或銷售要約時，即必然意謂著將系爭商品投入至商標所涵蓋之領域內？

八、若商標權人所主張之商標展示是出現在線上市集經營者之網頁上，而非贊助商連結，則爭點五到爭點七之解答是否不同？

九、若此商標使用方式已經落入歐盟商標指令第 5 條第 1 項以及共同體商標規則第 9 條第 1 項 a 款之範圍，並且不屬於歐盟商標指令第 7 條第 1 項以及共同體商標規則第 13 條第 1 項之權利耗盡之情形，而針對消費者所為之廣告或銷售要約等行為均在商標所涵蓋之領域內時，則：

(一) 此種使用是否符合電子商務指令第 14 條第 1 項所稱之「就服務接收者所提供之資訊加以儲存」？

(二) 電子市集經營者之行為雖有符合電子商務指令第 14 條者，然亦有超出條文範圍之部分，經營者是否仍能就符合之部分主張免除責任？若然，就超出條文免責範圍之行為可否接受損害賠償或為其他金錢上賠償？

(三) 若電子市集經營者知悉於其網站上有廣告、為銷售之要約以及販賣之商品有侵害商標權之情形，而將來可能會有不同的使用者利用同一方法繼續侵害該等商標權，則此時經營者是否為電子商務指令第 14 條第 1 項所稱之「實際知悉」(Actual Knowledge) 或「察覺」(Awareness)？

十、若第三人利用如網站經營者一般之媒介服務侵害註冊商標，智慧財產權執行指令第 11 條是否要求成員國確保商標權人可取得要求媒介服務提供者預防將來侵害之禁制令，以對抗特定侵害之繼續存在？若然，該禁制令之內容範圍為何？

本文僅就與主題相關之爭點九與爭點十為進一步討論。

二、判決

(一) 「代管」要件之判斷

爭點九須解決之問題之一係：究竟線上市集經營者所提供之服務是否屬於電子商務指令第 14 條第 1 項所稱之代管？

歐洲法院於 Google 關鍵字廣告案已指出，電子商務指令第 12 條至第 15 條係在限制資訊社會服務中之媒介服務提供者於內國法可能承擔之責任，因此在內國法之脈絡下，要求媒介服務提供者承擔責任必須受限於電子商務指令第 12 條至第 15 條之要件。雖然對內國法院而言，其所須判斷者係責任成立之要件，然對歐洲法院而言，此係在判斷電子市集經營者可否依照電子商務指令而免除其責任。歐洲法院贊同英國政府、波蘭政府、歐盟執委會¹³⁹以及 Advocate General¹⁴⁰（以下簡稱：AG）提出之意見中所言，一個增加賣方與買方接觸機會的網路服務，原則上符合電子商務指令所稱之服務，因該指令之意旨，如其標題所稱「特別是電子商務方面的資訊社會服務」，其概念包含為了資料傳輸或儲存之目的而以電子設備為遠距之服務，依服務接收者之個別要求並且原則上為有償，電子市集經營者很明顯符合上述要件。

在訴訟程序中，就 eBay 將使用者所提供之資料儲存於其伺服器之記

¹³⁹ 依據「歐洲法院規約」（Protocol on the Statute of the Court of Justice）第 23 條，歐洲法院於收受先決判決之聲請時，可先就相關問題徵求各會員國、執行委員會（European Commission）；若系爭法律涉及部長理事會（Council of the European Union）或歐洲中央銀行（European Central Bank）業務，可請該機構提供意見；若涉及部長理事會與歐洲議會（European Parliament）共同相關之議題，亦可發函詢問之。本件中，除原案當事人 L'Oréal 及 eBay 外，尚有英國、法國、義大利、波蘭、葡萄牙等國政府以及理事會發表意見。

¹⁴⁰ 歐洲法院所置 Advocate General 一職，中文譯名有：佐審官、檢察官、諮詢檢察官、辯護檢察官、總辯官、輔佐法官、諮詢法官等等，參見：陳世傑，獨具一格的歐洲法院佐審官制度，淡江人文社會期刊，37 期，頁 27-51，2009 年 3 月。本文未作進一步研究，行文逕以英文簡稱 AG。

憶體內之事實，當事人並無爭議。每當使用者於 eBay 新開一個賣方帳戶並提供有關銷售之資料時，eBay 都會運行儲存的機制加以儲存；於交易完成後，eBay 會以買賣之價格做為收費基礎，所以通常此服務是有償的。然並非單憑電子市集經營者所提供之服務中，包含儲存其賣方使用者所傳輸之資訊等事實，即可認定屬於電子商務指令第 14 條第 1 項之範圍，得享免責之利益，歐洲法院之歷年判決一再強調適用歐盟法律時不能僅為文義解釋，而是更要考量此條文產生之背景及規範所欲追求之目的¹⁴¹。網路服務提供者若要適用電子商務指令第 14 條，重點在該服務提供者是否為指令第二章第四節所稱之媒介提供者。反之，若服務提供者並非以技術上自動的方式，中立地處理客戶提供之資訊，而是主動了解、控制這些資訊等等，則自無第 14 條之適用。

法院認定 eBay 確有處理賣方上傳之資料，例如買賣標的物係依據 eBay 所設定之詞句而歸於某一分類之下，而在某些情形，eBay 也為個別商品之提升銷售提供幫助。正如英國政府所言，僅憑電子市集經營者儲存買賣資訊於伺服器內、設定關鍵字詞、由服務中獲取報酬，以及提供一般資訊予其客戶等等事實，並不能排除其屬於指令中責任免除之列。反之，電子市集經營者提供幫助提升部分賣方銷售商品之能見度，此事實可認定經營者在賣方與可能的買方間並非立於中立之地位，而積極的認識或控制這些與銷售有關之資料。所以就此情形而言，電子市集經營者並不能適用指令第 14 條第 1 項之責任免除。

綜上所述，受訴法院應當檢驗 eBay 是否如上述於銷售過程中扮演積極的角色，以判斷其是否得依照電子商務指令第 14 條免除責任。

(二) 「實際知悉」或「察覺」之判斷

爭點九之問題二為：若線上市集經營者屬於代管，則在何種情況下可認定經營者已具備電子商務指令第 14 條第 1 項之「知悉或察覺」？

受訴法院如果認為 eBay 並未如前段所述之主動積極，則必須要進一步認定在此情形下，eBay 是否符合指令第 14 條第 1 項 a、b 款而享責任免

¹⁴¹ 例如：16.10.2008, Case C-298/07 Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, at 15; 18.5.2000, Case C-301/98 KVS International, at 21.

除。於電子市集經營者單純利用技術自動處理資料，因而符合電子商務指令第 14 條第 1 項的情形下，經營者依照第 1 項，僅在未實際知悉其儲存有不法訊息、對不法事實之存在並未查覺，以及當知悉或察覺不法，立即刪除或遮蔽該網頁時，得就不法行為主張免責。對受訴法院而言，應考慮者係 eBay 對於系爭侵害 L'Oréal 商標之銷售要約是否已經察覺有明顯的不法訊息或狀態存在，若然，則自不能賦予服務提供者免責之利益。更甚者，各種使得服務提供者嗣後知悉有違法事實或狀態之情形，亦應屬於第 14 條第 1 項 a 款之涵攝範圍。

在此理解下，這些方法特別應該包含服務提供者自發所為對不法行為或資訊之調查，以及經營者受通知而知悉有不法行為之存在。特別在後者之情形，縱使如此之通知並不當然可排除第 14 條之適用，因為這些主張存在不法活動之通知可能並不明確或根本不成立，然一般而言，以一位細心的商業經營者理當辨別不法之標準，內國法院於判斷經營者是否實際知悉或查覺不法情事之存在時，應將有此通知存在列為考量因素之一。

綜上所述，爭點九之答案為：當電子市集經營者並未積極主動而知悉或控制資料時，即符合第 14 條第 1 項。而其中積極主動係指經營者提供幫助，使得商品銷售資訊之能見度增加。

（三）禁制令範圍之判斷

爭點十所須解決之疑難為：智慧財產權執行指令第 11 條是否要求成員國確保商標權人可取得禁制令以要求媒介服務提供者預防將來之侵害？若然，該禁制令之內容範圍為何？

特別是智慧財產權執行指令第 11 條第三句之涵攝範圍，eBay 認為該條中所稱之禁制令必須針對一特定且明確的智慧財產權侵害，而 L'Oréal、英國、法國、義大利、波蘭、葡萄牙政府以及歐盟執委會則認為在特定條件下，禁制令可用做防止未來之侵害。

1. 成員國有義務保證內國法院可命線上服務提供者採取防止侵害之措施

為了判斷智慧財產權執行指令第 11 條第三句之「禁制令」範圍

是否有防止未來侵害之意思，首先必須要說明的是智慧財產權執行指令第 11 條第三句所稱之「禁制令」與同條第一句之「禁制令」語意有相當之不同。對侵權行為人之禁制令，在邏輯上係為防止該行為人繼續侵害，然服務提供者之狀態更為複雜而致使其被要求有更多種類的禁制令，可以此解釋兩者間之差異。因此在第三句中的「禁制令」不能等同於第一句中所稱「針對防止繼續侵害之禁制令」。

其次，就智慧財產權執行指令之客體觀之，係成員國必須確保特別在資訊社會能對智慧財產權為有效之保護，歐洲法院認為依據該指令第 11 條第三句，對於提供線上市集予網路使用者之服務提供者，內國法院必須能夠命令該等服務提供者除了採取措施終止侵權外，也及於防止進一步之侵害。由電子商務指令第 18 條可得出這樣的解釋，該條要求成員國確保在其有關資訊社會服務之內國法中，內國法院可命資訊社會服務立即採取措施終止侵害，並且防止更多利益損失。對智慧財產權執行指令第 11 條第三句之解釋若僅針對終止目前的損害，將限縮了電子商務指令第 18 條之範圍，這有違智慧財產權執行指令第 2 條第 3 項「本指令不影響電子商務指令」之法則，同樣不符合智慧財產權執行指令前言第 24 點所稱「依據特定之情形且情況允許，應提供防止將來智慧財產權侵害之方法」。

2. 加諸於線上服務提供者之方法

從智慧財產權執行指令前言第 23 點可清楚的看出，成員國依照第 11 條第三句所須提供的禁制令的內容，例如其構成要件、程序進行等，均屬於內國法層次，內國法律之規定必須足以達成指令所追求之目的，因此適用本條時，必須謹記在心的是依據智慧財產權執行指令第 3 條第 2 項，所使用之方法必須有效和符合比例，目前英國尚未轉換智慧財產權執行指令第 11 條第三句成內國法，然而受訴法院在適用內國法時，仍然必須盡可能地參酌第 11 條第三句之文義和目的，成員國在訂定相關規範或內國法院在適用法律時，也應觀察由智慧財產權執行指令及指令所參考之法源中所生之限制。

首先，依據電子商務指令第 15 條第 1 項結合智慧財產權執行指

令第 2 條第 3 項，這些措施不能要求線上服務提供者主動監視每一個使用者在其網站上的資料，以防止將來可能發生之智慧財產權侵害。事實上這種監視義務亦違反了智慧財產權執行指令第 3 條所要求的方法必須公平、符合比例且不得成本過高。

其次，智慧財產權執行指令第 3 條清楚的表明法院裁定之禁制令不得使合法交易產生障礙。亦即是，受訴法院裁定之禁制令，不得產生使平台上所有帶有該商標之產品均全面、永久不得銷售之效果。正如 AG 在其意見第 182 段指出，若線上市集經營者並未為了防止將來同一商標為同一行為人所侵害，而決定自發的中止對侵權行為人提供服務，則可以禁制令之方式令經營者為之。

更甚者，為了確保可由侵害權行為人處獲得損害賠償，可命電子市集經營者採取措施使確認賣方使用者之身分更為容易。在此方面，L'Oréal 認為，由電子商務指令第 6 條以下可知，縱然對個人資訊保護之尊重有其必要性，然侵權行為人所為乃交易商業行為而非私人事務，應清楚地確知個人身分。上述可成為智慧財產權執行指令第 11 條禁制令內容之例示方法，應注意保持各種不同權利和利益之平衡。

綜上所述，爭點十之解答為：智慧財產權執行指令第 11 條第三句應理解為要求成員國確保內國法院就智慧財產權之保護，除可命線上市集經營者採取措施除終止其使用者所為之侵害狀態外，更應防止同樣之侵害再度發生。而此類禁制令必須有效、符合比例且不妨害合法交易之進行。

第四節 綜合評析

大型拍賣網站經營者於 21 世紀的最初十年於歐洲大陸即接連遭受知名品牌之法律挑戰¹⁴²，2000 年公布之電子商務指令看似對經營者提供絕佳之「責任避風港」條款，然歐洲數國法院對責任豁免之要件卻有不同之解

¹⁴² 除侵害智慧財產權利事件外，拍賣網站亦可能因網站內容而觸犯其他法律或侵害他人權利，例如 2007 年 7 月德國聯邦最高法院即對 eBay 網站上涉及兒少不宜媒體（jugendgefährdende Medien）交易行為之責任做出判決，參見：BGH, Urt. v. 12.7.2007, NJW 2008, 758.

讀，就拍賣網站是否屬於得享有免責利益之代管服務、究竟有無監督或預防侵害之義務等關鍵爭點眾說紛陳，導致相同之事實，適用類似之法律，而作出結果迥異之判決。2009 年英國高等法院將此爭議提交歐洲法院審理，兩年後歐洲法院正式做出回應，與先前於 Google 關鍵字廣告案之判斷相同，認定服務提供者必須立於中立地位，未積極主動而知悉或控制其所儲存之資料，方為電子商務指令中所稱之代管服務提供者；成員國依據智慧財產權執行指令，確有命服務提供者防止侵害發生之可能，其細節則交由各成員國以行政或立法方式決定，此係歐洲法院第一次為詢問智慧財產權執行指令第 11 條之解釋¹⁴³，格外具有指標性意義。

歐洲法院所為解釋得否產生統一各成員國內國法院見解之效果，尚需時間觀察各國實務發展，然其對相關條文之闡釋，乃至其他成員國內國法院之條文適用均可對我國法制發展提供重要之參考。



¹⁴³ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 169.

第四章 我國法之適用與檢討

本章所欲討論者，可分二層次而論：首先，線上拍賣網站就使用者利用網站為商標侵權之事件，依我國現有法制體系，可能承擔何種民事責任？於損害賠償責任方面，著重討論一般侵權、共同或幫助侵權責任之成立，及商標侵害排除或侵害防止之可能依據；其次，針對網路服務提供者所為之一般性免責規範，我國類似美國立法例，僅適用於著作權事件，未若歐盟採水平式立法，不區分可能承擔之責任種類一體適用，因此對本文中心問題並無直接適用餘地，然從立法論而言，檢討我國著作權法及歐盟體例之優劣、疑難等，可提供為將來之立法參考。

第一節 損害賠償責任

於立法者之想像中，網路服務提供者於日常營運過程，依現有之法律體制可能須面對何種民事法律風險，可由 2009 年新增著作權法第六章之一之立法理由看出端倪，該立法理由首先即明言新增之第六章之一旨在建立「網路服務提供者責任避風港」，是其必建立在「網路服務提供者對網路使用者之著作權侵權行為依法有負擔責任之空間」為前提，繼而參照最高法院 22 年上字第 3437 號判例並為反面解釋，如網路服務提供者就使用者之侵權行為有故意或過失，網路服務提供者仍有可能負擔「共同侵權行為」之責任。在現行法制下，網路服務提供者對網路使用者著作權或製版權之侵權行為，於相關要件符合時，仍有民法第 28 條、第 185 條、第 188 條及著作權法第 88 條之適用，從而，民法第 185 條第 2 項「造意人及幫助人，視為共同行為人」之規定，對網路服務提供者自亦適用。

分析著作權法立法者之論述可知，除因法人、僱用人之身分而應負擔之責任外，立法者所提及者即為著作權法第 88 條之侵害著作權一般規定，以及民法第 185 條共同侵權與造意、幫助侵權責任規定，當然立法者應係舉例言之，不可由此推論網路服務提供者僅可能負擔此二類侵權責任，於思考本文所關注之商標權侵害事件，亦應為同樣論理，是以以下就線上拍賣網站經營者可能負擔之各類民事責任予以檢討分析。

一、不當得利

民法第 179 條規定：「無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。」為不當得利之基礎規定，其類型可分為給付型不當得利與非給付型不當得利¹⁴⁴，二者之區別在：前者係基於受損人有意識、有目的之給付，而當時或嗣後喪失法律上原因，換言之，即一方基於他方之給付而獲有利益，卻無法律上原因之情形，其規範目的在回復當事人間欠缺給付目的而生財產變動之狀態；後者乃因給付以外行為或因法律規定而造成之財產損益變動，主要在於調整因特定行為或法律規定而產生之利益不當歸屬¹⁴⁵。

非給付型不當得利可能因行為人之行為、法律規定或自然事件而發生¹⁴⁶，其共同特徵為係因給付以外事由而發生之不當得利¹⁴⁷，又可分為侵害型、支出費用型及求償型不當得利。

其中權益侵害之不當得利係指以自己之行為，取得原屬他人之利益而不具法律上正當性，亦即在整體法秩序中有關權益歸屬之價值判斷上，行為人不具保有利益之正當性時，即所謂無法律上之原因¹⁴⁸。其責任成立要件有三：①因侵害他人權利而獲有利益，亦即享有原屬他人之利益；②致他人受有損害，係指他人之權益因此遭受侵害，惟不以有財產移轉為必要，此係與給付型不當得利不同之處；③無法律上原因，指如此享有他人之權益不具正當性，法律上並無原因¹⁴⁹。

2011 年修正之商標法第 69 條、第 71 條第 1 項第 2 款之損害賠償方法

¹⁴⁴ 黃立，民法債編總論，頁 201，2006 年 11 月 3 版。

¹⁴⁵ 王澤鑑，債法原理（二）：不當得利（以下簡稱：不當得利），頁 34，2009 年 7 月增訂新版；黃立，同前註，頁 201、215。實務有明示採取此種分類之判決，參見：最高法院 99 年度台再字第 50 號判決：「查不當得利依其類型可區分為『給付型之不當得利』與『非給付型不當得利』，前者係基於受損人有目的及有意識之給付而發生之不當得利，後者乃由於給付以外之行為（受損人、受益人、第三人之行為）或法律規定所成立之不當得利。」

¹⁴⁶ 王澤鑑，不當得利，頁 161；最高法院 100 年度台上字第 899 號判決。

¹⁴⁷ 黃立，同註 144，頁 215。

¹⁴⁸ 例如於商業競爭之情形，競爭者無不「侵害」其他同業之利益而爭取己身最大利益，然其手段若屬正當，該等利益即應認為為經濟秩序所允許而得合法保有，參見：黃立，同前註，同頁；最高法院 100 年度台上字第 899 號判決：「又『非給付型之不當得利』中之『權益侵害之不當得利』，凡因侵害取得本應歸屬於他人權益內容而受利益，致他人受損害，欠缺正當性，亦即以侵害行為取得應歸屬他人權益內容之利益，而從法秩序權益歸屬之價值判斷上不具保有利益之正當性者，即應構成『無法律上之原因』而成立不當得利。」

¹⁴⁹ 王澤鑑，不當得利，頁 166 以下。

屬於不當得利之特別規定¹⁵⁰，以商標侵害人因侵害行為所得之利益為計算標準，甚至規定於侵害人不能就其成本或必要費用舉證時，將該項商品之全部銷售收入直接視為所得利益，性質上屬於不當得利¹⁵¹。

依商標法第 71 條第 1 項第 2 款之損害賠償方法觀之，確似民法上不當得利損害賠償計算方法，惟須注意者係，民法上不當得利不以行為人有故意或過失為要件，然若認商標法第 69 條第 3 項同時為商標權受侵害主張侵權行為或不當得利之共同基礎，則形成依商標法主張不當得利，要件較民法不當得利一般規定更為嚴苛之情形。學者有認為侵害智慧財產相關法律中之不當得利規定，並不排除被害人依民法主張不當得利，並參考德國案例，以此等利益依性質不能返還，其償還之數額應依交易上客觀價額認定¹⁵²。

若以民法所區分給付型和非給付型不當得利以觀，其關鍵差異在給付型不當得利係以一方向他方給付為要件，拍賣網站因提供平台接受賣方使用者刊登商品資訊，由廣告收入或直接向賣方使用者收取費用而獲得利益，拍賣網站獲得利益並非基於權利人之直接給付，不符給付型不當得利之要件，網站與權利人間關係不屬於給付型不當得利。

就非給付型不當得利之侵害型、支出費用型及求償型三種不當得利類型而言，線上拍賣網站與權利人間並非後者為前者有所支出費用之情形，不屬於支出費用型不當得利，亦未涉及三人關係財產損益變動之求償型不當得利，所應檢討者僅限於權利侵害型不當得利。侵害型不當得利以侵害他人權利受有利益、致他人受損害、無法律上原因為要件，自受損害之商標權以觀，其保護之目的在維持商業競爭之秩序，禁止利用、攀附他人建立之商譽等等，線上拍賣網站之賣方使用者利用網站販售仿冒品，固然是利用他人商譽，造成消費者之混淆誤認而享有原屬於權利人之利益，於此

¹⁵⁰ 黃立，同註 144，頁 218。書中原文指商標法第 61 條、第 64 條為不當得利之特別規定，第 61 條規定內容約等同於 2011 年修正之商標法第 69 條，固無疑問，惟第 64 條所指為何則不明。遍查該書出版前之舊法，2002 年以前商標法第 64 條為沒收之規定，2003 年該條則修正為「商標權人得請求由侵害商標權者負擔費用，將侵害商標權情事之判決書內容全部或一部登載新聞紙」，亦與不當得利關係甚淺，本文以為該書所指第 64 條應係 2002 年修正之商標法第 66 條、或 2003 年之第 63 條之誤植，即約等同 2011 年修正商標法第 71 條。

¹⁵¹ 王澤鑑，不當得利，頁 201。書中原文指 2002 年商標法第 66 條第 2 項第 2 款應係誤植，本規定為該條第 1 項第 2 款。

¹⁵² 王澤鑑，不當得利，頁 202。

行為中，拍賣網站所獲得之利益係賣方使用者利用網路平台之對價，並非屬於商標權人原應享有之利益，且拍賣網站獲得利益係基於其與使用者間契約，具備法律上原因，商標權人亦不得依非給付型不當得利向線上拍賣網站有所請求。

二、一般侵權行為

商標法第 68 條、第 70 條規定有侵害商標權及視為侵害商標權之行為，其行為態樣為出於商業行銷之目的，直接無權使用他人之商標於相同商品、服務；或使用類似商標於類似商品服務上，造成消費者有混淆誤認之虞；或對著名商標有損減損或弱化，甚至造成混淆等等行為。

就此而言，主張線上拍賣網站業者侵權行為人難以成立，蓋依商標法第 5 條，線上拍賣網站本身並未出於行銷之目的，而主動使用他人商標，所有於網站上所顯示之他人商標，無論係有權或無權使用，均為網站使用者所上傳，網站本身並未使用該等商標，遑論侵害。

退步言之，即便認為線上拍賣網站確已使用他人之商標，依商標法第 36 條第 1 項第 1 款，線上拍賣網站上展示有他人之商標，其目的在指引買方使用者點擊進入觀看該頁面所販售之商品，即將商標用作標示商品之名稱、來源或有關說明，當屬符合商業習慣及誠信原則之合理使用，亦難認對商標有所侵害。

民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」本條保護之客體，依通說見解應指「權利」，而不包含所謂「利益」¹⁵³，智慧財產權為具有排他性之權利，亦屬第 184 條第 1 項前段所保護範圍，就侵害智慧財產權之事件有本條之適用¹⁵⁴。

民法第 184 條第 1 項前段侵權行為之成立，以行為人具有故意或過失為前提。所謂故意，係指明知行為違反一定義務，將造成特定結果而執意

¹⁵³ 不同意見請參閱：陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，臺大法學論叢，36 卷 3 期，頁 114-124，178-191，2007 年 9 月。該文作者認為通說見解區分之「權利」和「利益」往往難以嚴格區別，不足作差別對待之正當基礎，且現行民法第 184 條第 1 項前段排除對「利益」之保護，憑藉其它侵權行為法相關規定仍無法解決利益保護不周之問題，因此對第 184 條第 1 項前段之「權利」、「利益」區分有檢討改善之必要。

¹⁵⁴ 王澤鑑，一般侵權行為，頁 192。

為之，或預見特定結果之發生，而其發生不違本意而言，

過失則係指應注意、能注意而不注意，即主觀上雖無故意，然行為未能達到客觀要求之標準，或雖預見結果之發生，然確信結果將不發生者亦屬之¹⁵⁵，其種類依注意義務高低通常可分重大過失、具體輕過失與抽象輕過失三類，侵權行為法中過失之認定，如無特別規定，係指違背抽象輕過失之善良管理人注意義務，應注意、能注意而未注意，或怠於為交易往來所必要之注意¹⁵⁶，係抽象地比較善良管理人於相同情況下能否避免侵權行為之發生，以判斷行為人是否已盡注意義務，而免於過失侵權之歸責。

三、共同侵權行為

民法第 185 條所規定之共同侵權行為，究竟各行為人間是否意思聯絡，有主觀說和客觀說之爭論：前者認為各行為人須具備意思聯絡方能成立共同侵權行為，否則僅就各自行為負責；後者則以為行為人之行為均為損害之共同原因，即為行為關聯共同，亦有共同侵權行為之適用¹⁵⁷。實務上原採主觀說¹⁵⁸，自 1977 年司法院做成例變字第 1 號變更見解後，實務就此問題率採客觀說¹⁵⁹，即以行為關聯共同取代主觀意思聯絡之要件，因此創造出過失共同侵權行為之可能。

以行為關聯共同判斷之過失共同侵權行為，條文本身之意義並非使行為人成立侵權行為，而僅在規範行為人對受害人負擔連帶賠償責任，並規

¹⁵⁵ 黃立，同註 144，頁 261。

¹⁵⁶ 王澤鑑，一般侵權行為，頁 294；黃立，同前註，頁 261-262，2006 年 11 月 3 版；最高法院 19 年上字第 2746 號判例：「因過失不法侵害他人之權利者，固應負損害賠償責任。但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」

¹⁵⁷ 王澤鑑，侵權行為法（二）：特殊侵權行為（以下簡稱：特殊侵權行為），頁 20 以下，2006 年 3 月；張鈺光，共同侵權行為類型化之初探，載：邁入二十一世紀之民事法學研究：駱永家教授七秩華誕祝壽論文集，頁 517，2006 年 7 月。

¹⁵⁸ 最高法院 20 年上字第 1960 號判例：「他人所有物而為數人各別所侵害，若各加害人並無意思上之聯絡，祇能由加害人各就其所加害之部分，分別負賠償責任。」；最高法院 55 年台上字第 1798 號判例：「本件車禍係計程車與卡車司機駕駛不慎肇事，依司法院第二三八三號解釋，無共同過失之侵權行為，法院僅得就各該司機應負過失責任程度之範圍內，令其與僱用人連帶賠償。」事實上前揭判例所引用之司法院第 2383 號解釋乃針對刑法為解釋，解釋文稱：「(一)二人以上因共同之過失發生犯罪者，應各科以過失罪之刑，不適用刑法第二十八條條文，其判決主文毋庸為共同過失之宣示。」

¹⁵⁹ 司法院 66 年例變字第 1 號：「民事上之共同侵權行為（狹義的共同侵權行為，即共同加害行為；下同）與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同。共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關聯共同，亦足成立共同侵權行為。」

定行為人間之內部責任分擔，換言之，各行為人應有故意或過失，為不法行為而侵害他人權利，並具備因果關係¹⁶⁰，於此情形，行為人之行為各自原已足以成立侵權行為，係因共同造成損害結果之發生而成立共同侵權行為，須連帶負賠償責任¹⁶¹。

拍賣網站就仿冒品於網站上銷售，並未成立商標一般侵權行為，已如上述，既拍賣網站本身不成立侵權行為，自更無由與賣方使用者成立共同侵權行為。

四、幫助侵權行為

線上拍賣網站經營者是否成立幫助侵權行為，為其是否負擔民事責任之關鍵爭點之一，實亦即美國聯邦上訴第二巡迴法院（United States Court of Appeals for the Second Circuit）所為 Tiffany (NJ) Inc. v. eBay 判決¹⁶²之重要攻防戰場，拍賣網站本身並未主動實施行為侵害商標權利，而係提供平台予賣方使用者刊登資訊，因賣方使用者侵害第三人權利而使得拍賣網站可能負擔「間接侵害責任（Indirect Liability for Right Infringement）」，其責任之成立以賣方使用者成立直接侵害責任為前提¹⁶³，於我國法，依據幫助侵權人之從屬性，自應確立賣方使用者成立侵權行為後，方討論拍賣網站有無依第 185 條第 2 項負擔幫助侵權責任之可能。

歐洲法院歷來對網路服務提供者商標侵權之認定相當一致，重點非置於商標之使用，而在「出於交易之目的」，然可惜者係，英國高等法院並未就服務提供者是否成立主侵權責任或間接、輔助侵權責任之問題提交歐洲法院為先決裁判，歐盟商標指令僅統合了各國商標侵權之主要侵權責

¹⁶⁰ 曾隆興，詳解損害賠償法，頁 89，2003 年 1 月。

¹⁶¹ 王澤鑑，特殊侵權行為，頁 33；最高法院 22 年上字第 3437 號判例：「依民法第一百八十五條第一項之規定，共同侵權行為人固連帶負損害賠償責任，惟同條項前段所謂共同侵權行為，須共同行為人皆已具備侵權行為之要件始能成立，若其中一人無故意過失，則其人非侵權行為人，不負與其他具備侵權行為要件之人連帶賠償損害之責任。」

¹⁶² Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010). 該判決之評析介紹請參見：黃心怡，從 Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc. 看網路網站服務提供者之商標輔助侵權責任，東吳大學法學院法律學系，2010 年英美法學術研討會，2010 年；鄭苑瓊，淺析 Tiffany v. eBay 案與網路服務提供者商標侵權責任爭議，科技法律透析，21 卷 7 期，頁 7-11，2009 年 7 月；蘇月星，網路拍賣服務提供者商標侵權責任之比較研究，東吳大學法律學系比較法律組碩士論文，2011 年 7 月。

¹⁶³ 沈宗倫，對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，頁 261，2010 年 1 月。

任，並不及於輔助侵權責任¹⁶⁴，是以歐洲法院至今尚未確立網路服務提供者之責任是否絕非主侵權責任而屬於間接或輔助侵權責任，有關於此之判斷仍留待歐盟各成員國內國法院處理¹⁶⁵。

拍賣網站可能負擔幫助侵權責任之行為為提供交易平台供賣方使用者販售侵權商品，或事先予以特殊標既使其更為明顯等促銷手段，侵權商品之買賣要約刊登於拍賣網站後，侵權之事實既已發生，拍賣網站隨後對此商品刊登所為之任何促成交易、促銷等行為，皆不構成共同或輔助侵權責任，蓋此類之協助行為均發生於侵權行為成立以後，無法再對侵權行為有所幫助¹⁶⁶，法律適用與事實涵攝上當有所注意。

（一）故意幫助侵權行為

侵權行為之幫助人責任，規定於第 185 條第 2 項，將幫助人視作共同行為人，蓋幫助人於行為人實施侵權行為之際或之前，予行為人助益，便利其實施行為，於民法上評價與共同實施侵權行為無異¹⁶⁷。

幫助行為是否以故意為要件，學說上有爭議，若參照刑法上幫助犯之要件，自應以故意為要件，無成立過失幫助之可能¹⁶⁸；有學者以為幫助並不以故意為必要，因過失而為之幫助亦可成立侵權行為，尤其在實務改採客觀之行為關聯說後，為保護被害人，自當認為因過失或欠缺意思聯絡時仍得成立¹⁶⁹；有以為應以故意為要件，惟因過失而為之幫助行為，對損害之發生亦具有共同原因關聯，仍得成立第 1 項之共同侵權行為¹⁷⁰；實務上則認為幫助人主觀上須以具備故意或過失為必要¹⁷¹。

¹⁶⁴ Dennis Lievens, *L'Oréal v. eBay – Welcomed in France, Resented in England*, 43(1) IIC 68, 71(2012).

¹⁶⁵ Christopher Morcom, *Trade Marks and the Internet: Where Are Now?*, 34(1) E.I.P.R. 40, 51-52(2012).

¹⁶⁶ Dennis Lievens, *L'Oréal v. eBay – Welcomed in France, Resented in England*, at 73.

¹⁶⁷ 王澤鑑，特殊侵權行為，頁 39；張鈺光，同註 157，頁 519；劉清景，債編總論逐條整理，頁 132，2000 年 3 月。

¹⁶⁸ 張鈺光，同前註，頁 526。

¹⁶⁹ 孫森焱，民法債編總論上冊，頁 279，2012 年 2 月修訂版；林誠二，民法債編總論－體系化解說－(上)，頁 275，2000 年 9 月

¹⁷⁰ 王澤鑑，特殊侵權行為，頁 41；Staudinger, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §830 Rn. 46 (13. Aufl. 2008).

¹⁷¹ 最高法院 92 年度台上字第 1593 號判決：「(民法第一百八十五條)第二項所稱之幫助人，係指幫助他人使其容易遂行侵權行為之人，其主觀上須有故意或過失，客觀上對於結果須有相當因果關係，始須連帶負損害賠償責任。」；最高法院 99 年度台上字第 1207 號判決：「按數人共同不法侵害他人之權利，應連帶負損害賠償責任；造意人及幫助人視為共同行為人，民法第一百八十

本文以為自文義而言，「造意」、「幫助」本身即具備積極主動之性質，條文用語又未明文將主觀要件放寬至過失，不可輕易為擴張之解釋而失卻一般語意理解；再者，侵權行為之賠償責任基礎在於違反法律所定之社會義務，因過失而造意他人實施侵權行為而須負擔與實際侵權人同等之侵權責任，有失平衡，過失幫助亦應為同一解釋；實務於共同侵權行為改採行為關聯共同理論，使不具主觀意思聯絡之數行為人亦可能成立第 185 條第 1 項之共同侵權行為，實際上並未用以判斷成立侵權行為責任之標準，僅係於賠償責任改為連帶賠償，並無法用以解釋同條第 2 項造意幫助責任之主觀要件，蓋若認過失亦可成立造意或幫助責任，則影響者非僅賠償範圍，而係擴張侵權責任之成立，二者性質不同，是以本文以為造意、幫助侵權責任仍以造意人、幫助人主觀具備故意為要件。

學說謂幫助侵權之成立，限於幫助人主觀上為故意為限，而將過失幫助論以第 185 條第 1 項之共同侵權行為之論述亦有疑義，蓋行為本身若足以成立侵權行為，自無另論以幫助之必要，換言之，正係因為幫助人之行為原不足以成立第 184 條、第 185 條第 1 項之侵權行為或共同侵權行為，方有創設第 185 條第 2 項將幫助行為視作共同侵權行為之必要，復以學說多謂第 185 條第 1 項共同侵權行為之成立係以個別行為人本身足以成立侵權行為為前提，是似無認定過失幫助行為後，而反得成立第 185 條第 1 項共同侵權行為之可能¹⁷²。

至於幫助侵權行為之成立，是否以被幫助之人成立侵權行為為前提，即是否與刑法之評價相同具備「從屬性」之問題，學說率採肯定說¹⁷³。

主張線上拍賣網站故意幫助侵權商品交易，必須符合二要件：一、線上拍賣網站確實有幫助賣方使用者侵害他人權利之行為，例如提供上傳刊登商品所必須之軟體、程式等；二、線上拍賣網站對於類似之侵權行為曾經、且將來仍可能再度發生之事實有知悉，而仍決意促成交易，二者中前

五條定有明文。此所謂造意及幫助行為，乃教唆或幫助他人使遂行或易於遂行侵權行為，其主觀上有故意或過失，客觀上對於其發生之結果有相當因果關係，即須連帶負損害賠償責任。」另最高法院 97 年度台上字第 2050 號、99 年度台上字第 1058 號判決見解均同。

¹⁷² 鄭玉波，民法債編總論，頁 169，1990 年 9 月 13 版。

¹⁷³ 林誠二，同註 169，頁 274；陳猷龍，民法債編總論，頁 78，2011 年 10 月 5 版；林廷瑞，論共同侵權行為，法學叢刊，31 卷 2 期，頁 58，1986 年 4 月。

者之認定於事實上尚無太大爭議，關鍵即在拍賣網站經營者之主觀故意要件是否具備。

由拍賣網站一再提醒賣方使用者不得刊登販售仿冒品，應注意智慧財產權規範等，並設有許多查舉違規情事之管道等事實，足以認定拍賣網站本身並無侵害智慧財產權之直接故意，於故意部分，所應討論者係拍賣網站對侵權事實是否有所知悉，而仍然提供服務，是否具備間接故意之問題。

線上拍賣平台可能為人利用販售侵權商品之事實甚明，一般人皆有所知悉，身為平台經營者之線上拍賣網站更不待言，惟間接故意中所要求之「預見」範圍為何，是否限於對特定使用者將作侵權使用有所預見，或僅係對可能為不特定人做侵權使用之概括知悉亦足該當，不無疑問。

本文以為間接故意中「預見」之範圍當限於對特定行為人將為侵權行為而言，若對所提供服務可能為他人濫用有所預見即可構成侵權行為之間接故意，則使服務提供者動輒得咎，不利於社會經濟生活之自由發展，於一般社會交易活動態樣亦應為同樣解釋，舉例言之：出售具備危險性工具者，理論上均得預見該工具可能為買受人用作侵害第三人生命、身體、財產之器具，若非預見「特定」買受人欲購買危險工具用作傷害他人用途，而仍執意出售之，否則難以構成侵權行為所稱之間接故意，美國聯邦上訴第二巡迴法院 *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay* 判決亦採此見解¹⁷⁴。

（二）過失幫助侵權行為

本文以為我國民法第 185 條第 2 項所稱之幫助侵權責任須以行為人主觀上具備故意為要件，已如前述，惟民法學說及實務上多承認成立過失幫助侵權行為之可能，仍有予以討論之必要。過失之主觀狀態，即為對法律所要求之義務有能力注意，而未予注意，在線上拍賣網站之商標侵權責任事件，其焦點則集中在拍賣網站對於發生商標侵權事件應盡注意義務之範圍。

販賣仿冒品、無權使用他人圖片、文字而直接侵害智慧財產權者為賣方使用者，探究線上拍賣網站對侵權事件之發生有無過失，當指其未能有

¹⁷⁴ *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93, 113 (2d Cir. 2010).

效監督線上拍賣環境，事前預防損害產生，關鍵即在拍賣網站應監督至何種程度始得符合條文要求之善良管理人注意義務。衡量目前網路資訊數量，以人力檢測毫無效率，反而阻礙交易運作，而以程式設定相關字句，除無法因應語詞變化而可能產生缺漏、錯認外，程式亦難以判斷所得之資訊是否即該當於侵權要件，而阻止其刊登，是以要求線上拍賣網站完全禁絕所屬網站上侵權情事之存在並無期待可能，於今日之技術條件下，可認一般拍賣網站經營者所提供檢舉侵權系統、智慧財產權保護方案中，對為舉發販售侵權商品之賣方使用者予以警告、公告帳號甚而禁止再行刊登商品之舉措，以當前之科技水準而言已符合避免侵權行為發生之善良管理人注意義務，而無過失可言，正如英國高等法院所言，若無其他法律課與拍賣網站特殊之注意義務，線上拍賣網站之行為應符合侵權行為所要求之注意義務，不成立過失幫助侵權行為。

應注意者係於侵權行為法討論之過失，與一般免責條款所認定之過失不同，侵權行為法之過失，係指對於未盡防止發生侵權行為之義務而言，而一般免責條款中所稱過失，則係於侵權事實存在後，未盡及時取下之注意義務，歐洲法院認為拍賣網站具有過失即不可享有免責利益之見解係在解釋一般免責條款，並不代表歐洲法院亦認為不符免責條款之要件而具有過失即足以認定拍賣網站對商標侵權之發生亦具有過失，拍賣網站是否因而負擔相關侵權責任尚需檢討責任成立之要件，即證明拍賣網站有過失僅可避免其以電子商務指令第 14 條之免責事由加以抗辯，然並非必定成立侵權行為，成立侵權行為與否之判定，仍留待各內國法院處理¹⁷⁵。

五、危險工作或活動責任

1999 年民法於侵權行為法中增設第 191 條之 3，規範從事危險工作或活動者之侵權責任，本條中所稱之「危險」範圍為何，甚難界定，學說更是見解紛陳，或認為該危險應特別足以損害他人權益，且得以因盡相當注意義務而避免¹⁷⁶；或認為應與第 191 條所稱「欠缺」為同一解釋，指為具備通常可合理期待之安全性而言¹⁷⁷；或認為指不尋常、不合理的高度危險

¹⁷⁵ Dennis Lievens, *L'Oréal v. eBay – Welcomed in France, Resented in England*, at 76.

¹⁷⁶ 王澤鑑，特殊侵權行為，頁 260-261。

¹⁷⁷ 劉春堂，判解民法債編通則，頁 158，2010 年 9 月修訂 6 版。

¹⁷⁸；或有依條文規定，以為僅須工作活動之性質，其使用之工具、方法有生損害於他人之危險者均屬之，未多作闡述者¹⁷⁹；或認為應依照損害發生之可能性、損害之嚴重程度、是否極盡注意而仍無法控制、社會、經濟及科技發展、行為人因此所獲利益和社會需求等情事綜合考量之¹⁸⁰，本條屬於舉證責任倒置之過失推定規定，其範圍自應從嚴解釋¹⁸¹，由立法理由中所例示之危險工作或活動如工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山等等以觀，立法者似將危險限定在高度、特殊的危險，避免無限擴大範圍，以致從事一般工作或活動者承擔過度責任¹⁸²。

最高法院對本條危險事業或活動之範圍，做出明確意見者並不多見，其中認定屬於危險事業或活動者諸如：經營傢俱製造、加工及買賣之工廠¹⁸³、鐵路車站間之舊輸電線回收工程¹⁸⁴、印刷業¹⁸⁵等等，至於醫療行為則非屬於本條之危險事業活動¹⁸⁶。值得注意者係，在涉及醫療行為之事件中，法院認為「醫療行為並非從事製造危險來源之危險事業或活動者，亦非以從事危險事業或活動而獲取利益為主要目的，亦與民法第一百九十一條之三之立法理由所例示之工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火等性質有間，並無民法第一百九十一條之三之適用。」似可推知危險事業活動之認定，除應從事該事業或活動之主要目的為獲取利益外，更應比照立法理

¹⁷⁸ 蘇惠卿等，自危險責任之生成與發展論民法第一百九十一條之三—民法研究會第十九次學術研討會，法學叢刊，46卷1期，頁183-186，2001年1月。

¹⁷⁹ 黃立，同註144，頁338；孫森焱，同註169，頁323；林誠二，同註169，頁334；陳猷龍，同註173，頁103。

¹⁸⁰ 楊佳元，一般危害責任理論－就一般危害責任理論，探討消費者保護法之商品製造人責任與民法修正草案第一九一條之若干問題，法學論叢，41卷3期，頁103以下，1996年7月。

¹⁸¹ 黃上峰，從德國危險責任法制論我國民法第一九一條之三之解釋適用，法令月刊，55卷8期，頁20-21，2004年8月。

¹⁸² 詳細討論及學說臚列參見：阮富枝，危險活動之侵權責任—包含民法所定一般危險責任及特別法所定特殊危險責任，法學叢刊，55卷1期，頁43-46，2010年1月。

¹⁸³ 最高法院100年度台上字第2286號判決：「本件頂緻公司經營家具製造、加工及買賣，系手工廠存放木製易燃物及油漆，屬高度危險工作場所，則被上訴人所經營之事業及其工作，有生損害於他人之高度危險。」

¹⁸⁴ 最高法院99年度台上字第680號判決。

¹⁸⁵ 最高法院98年度台上字第1232號判決：「發祥公司所經營之印刷業，因使用之油墨及溶劑，含甲苯、異丙醇等物質，於接觸高溫、火焰、火花或著火物時，易產生劇烈燃燒，而有致生損害於他人之危險。」

¹⁸⁶ 最高法院96年度台上字第450號判決、最高法院95年度台上字第2178號判決。

由中例示之類型確定其範圍。

臺灣高等法院 94 年度上國易字第 9 號判決¹⁸⁷中對於架設網站供公眾發表言論是否得成立第 191 條之 3 之侵權責任，表示有見解：「查本件上訴人主張其名譽權受有貶損之事，係肇因於訴外人 WAIUCC、lawpig、motif、pinang、GUM 等人所為侵害其名譽權之言論。惟本件被上訴人架設建置上開區○○路中心之各項相關網路設備，衡諸常情，通常不必然發生損害上訴人名譽權之結果，是被上訴人設置相關網路設備之行為，與上訴人之損害間，並無相當之因果關係。是上訴人主張被上訴人提供硬體設備，供學校教職員工設立 BBS 站發表言論之活動，產生侵害上訴人名譽權的危險，上訴人確因此而受有名譽權之損害，被上訴人應依民法第 191 條之 3 前段之規定，負損害賠償責任云云，洵非有據。」

本件中，高等法院與第一審法院見解相同，均以不具相當因果關係否決原告之訴。就法學方法而言，論斷是否成立第 191 條之 3 之侵權行為，首先當檢視行為人所經營之事業、活動或其使用之工具、方法是否具備第 191 條之 3 所稱之「有生損害於他人之危險」，若然，方再行論述此危險與受害人所生之損害間是否有因果關係，由本件法院之論述順序上亦可清楚知悉法院同樣採此架構，惟判決中逕行認定受害人之損害與網站之架設間不具備相當因果關係，對於架設網站是否屬第 191 條之 3 所稱之危險並未詳論¹⁸⁸，法院對此究竟採何種見解，不得而知。

與第 191 條之 3 之立法理由明示之工廠廢棄物、瓦斯爆竹廠、賽車比賽等等相比，開設線上拍賣網站雖有造成智慧財產權被侵害之危險，然此非極度、特殊之危險，尚屬社會交易活動能承受之危險範圍，難認可劃歸

¹⁸⁷ 本件事實略為：原告發現於被告學校 BBS 站「中正大學寂寞芳心小站」上刊登有辱罵原告及指涉不實之文字，經多次要求移除上開侮辱、毀謗原告之言論，系爭網站法律版版主均置之不理，反將之移往精華區任人閱覽，迄至一年後之 92 年 4 月始行移除，致原告之名譽權受到嚴重貶損。而上開 BBS 站係被告所設置及監督管理，為公有公共設施，原告依被告 BBS 站管理辦法及台灣學術網路 BBS 站管理使用公約：「各學校應盡告知本公約之義務，並應為其 BBS 站等各類網站服務負起監督責任」等規定，主張被告管理人員對網路上譏謗性言論顯未盡管理之責，致原告名譽受損，原告遂依國家賠償法第 3 條第 1 項、第 2 條第 2 項規定，起訴請求被告應負損害賠償責任。

¹⁸⁸ 不同見解：張淑美，網路服務業者之侵權責任-以著作權侵權為中心，頁 76，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006 年 11 月；陳聰富，歐陸法嚴格責任立法與我國民法第 191 條之 3 之檢討，國立臺灣大學法學論叢，40 卷 2 期，頁 599-600，2011 年 6 月。二文作者於分析本件判決之下級審臺北地方法院 93 年度國字第 16 號判決時，似錯將被告抗辯認作法院見解，得出法院認為第 191 條之 3 之危險係指特別危險、異常危險、高度危險或不合理危險，而架設網站屬於社會通常行為，不適用第 191 條之 3 之結論。

於第 191 條之 3 所稱之危險工作或活動類型而可直接適用本條請求損害賠償。惟誠如高等法院所言，以實務所採之相當因果關係理論，依本件事實難認有因果關係，就此觀之，不論架設網站是否屬於「危險」，結論並無不同。

第二節 侵害防止義務

第 767 條第 1 項規定，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還；對於妨害其所有權者或有妨害之虞者，得請求除去或防止之¹⁸⁹。本條中段及後段所稱之「妨害」，係指無正當權源而阻礙或侵害所有權支配可能之情形¹⁹⁰，就所有人而言，係於其所有權完整無缺之情形下，被占有以外之方法妨害其所有權之完整行使¹⁹¹，妨害一旦除去，即可圓滿行使權利，如因妨害而使權利消滅者，則無行使妨害除去請求之必要¹⁹²。而妨害事由之發生，不限因相對人之作為或不作為而生，亦不論其有無故意或過失，即不限於所謂行為妨害之情形，縱係因自然力或第三人之行為而產生，僅需妨害之除去於相對人得以支配之範圍，即所謂狀態妨害，可請求相對人除去該妨害之現狀¹⁹³。

本條後段所稱對所有權有妨害之虞，其判斷標準應就具體存在之危險情況、社會一般觀念決定，所有權人在客觀上其所有權被妨害之可能性極大，而有事前防範之必要者即足當之¹⁹⁴，不以一度曾發生，而有繼續被妨害之虞為必要¹⁹⁵。對於相對人請求之內容，可能係不再從事有侵害之虞之

¹⁸⁹ 本條第 1 項係針對所有權而為之規定，該條第 2 項則將適用之範圍擴及至其他物權，智慧財產權雖非民法明訂之物權種類，然依商標法第 44 條、專利法第 6 條、著作權法第 39 條均明定得以商標、專利及著作權為標的設定質權，可推知我國法律體系下係將智慧財產權定性為動產性質之財產權，參見：謝在全，民法物權論，頁 241，2010 年 9 月修訂 5 版。於商標法第 69 條、專利法第 96 條及著作權法第 84 條皆存有與民法第 767 條第 1 項中後段類似之規定，是本文於此討論者雖係以民法物權為客體之妨害除去或妨害預防請求權，事實上重點係在藉民法發展已久之學說檢視智慧財產法之類似規定，而非以為得屏除智慧財產法之特別規定而逕行適用民法。

¹⁹⁰ 王澤鑑，民法物權，頁 162，2009 年 7 月。

¹⁹¹ 謝在全，同註 189，頁 173。

¹⁹² 姚瑞光，民法物權論，頁 56，1999 年 10 月。

¹⁹³ 王澤鑑，民法物權，頁 162；謝在全，同註 189，頁 189；鄭玉波、黃宗樂，民法物權，頁 77，2007 年 11 月修訂 15 版；不同意見：吳光明，新物權法論，頁 65，2009 年 9 月。該書作者認為須考慮行為人是否出於故意或過失。

¹⁹⁴ 謝在全，同註 189，頁 175；姚瑞光，同註 192，頁 57；最高法院 90 年度台上字第 2408 號判決。

¹⁹⁵ 王澤鑑，民法物權，頁 166。

行為，而請求不作為；亦可能為防止某種侵害狀態之產生，而請求其積極作為¹⁹⁶，例如修繕即將傾倒之圍牆等等。

妨害除去或防止之費用，應由何者負擔，有所爭議，學說有認為依民事訴訟法第 78 條敗訴之一方應承擔訴訟費用之法理及強制執行法第 28 條之規定，自應由敗訴之一方、強制執行之債務人，即相對人承擔¹⁹⁷；於狀態妨害之情形，妨害之狀態可能為第三人甚至係權利人所造成，相對人應向實際造成妨害狀態之人請求償還費用，若第三人與相對人間有契約關係，則更屬當然¹⁹⁸。

一、法律依據

（一）侵害除去請求權

商標法第 69 條第 1 項與民法第 767 條中段、後段之規定類似，均規定權利人對於妨害其權利者，得請求除去之；對有妨害其權利之虞者，得請求防止之。線上拍賣網站之賣方使用者於網站上刊登販售仿冒品，該仿冒品之存在係對商標權之侵害，固無疑問，傳統上商標權人應對賣方使用者主張除去侵害請求權，並可依商標法第 69 條第 2 項請求法院銷毀侵害商標權之物品及從事侵害行為之原料或器具，或為其他必要之處置。於數位時代，商標權人轉向線上拍賣網站經營者主張撤除網頁，事實上雖無法排除侵害商標權之仿冒品，甚而銷毀該等物品，然可排除仿冒品透過網站銷售之可能，亦應准許之。

（二）侵害防止請求權

至於侵害防止請求權，係指依具體存在之危險情況、社會一般觀念可認為權利於客觀上被妨害之可能性極大，而有事前防範之必要者而言，賣方使用者利用線上拍賣網站刊登販賣仿冒品之要約極為便利，類似情形確有存在，亦無從預計不再發生，不論線上拍賣網站對此有無故意或過失，防範該等侵害確係於拍賣網站之可支配範圍，商標權人自可依商標法第 69 條第 1 項請求侵害預防請求權。惟商標權人於訴訟上應如何主張依當前具

¹⁹⁶ 鄭玉波、黃宗樂，同註 193，頁 79。

¹⁹⁷ 王澤鑑，民法物權，頁 166；鄭玉波、黃宗樂，同前註，同頁。

¹⁹⁸ 謝在全，同註 189，頁 177-178。

體存在之情況，可證明其權利為他人妨害之可能性極大，有防範之必要，則為另一難題。

德國法院在發展此部分見解時，採取知悉侵害後，即應防止同樣侵害繼續發生之見解，係依據德國民法典第 862 條第 1 項及第 1004 條第 1 項而來，德國民法典第 862 條第 1 項規定，占有為不法妨害時，占有人得請求妨害人除去其妨害。有繼續侵害之虞者，占有人得訴請不作為¹⁹⁹；第 1004 條第 1 項則規定，所有權為侵奪或占有以外之方式妨害者，所有人得請求妨害人除去其妨害。有繼續侵害之虞者，所有人得訴請不作為²⁰⁰，自文義觀之，均規定占有人或所有人首先應當請求除去妨害，嗣後仍有繼續侵害之虞時，方得提起不做為之訴，蓋為避免妨害預防請求權之過度擴張²⁰¹，此與我國民法第 767 條中段及後段有些許差異，即依我國民法之規定，並未要求妨害發生後，所有人應先請求除去妨害，若遇妨害有繼續之虞時，始得請求防止繼續之妨害，而係規定於所有權有遭妨害之虞時，可逕行適用第 767 條後段，請求法院防止之²⁰²，商標法第 69 條立法理由言明係參考民法第 767 條而規定，解釋上應同於民法。惟即便德國民法第 1004 條明確文義如此，近來多數學說亦肯認可擴張至對首次妨害為預防性之請求²⁰³，占有人無庸等到妨害真正發生使得主張防止繼續之妨害，可於首次妨害即將發生之際主張不作為請求權²⁰⁴。於我國法體系，權利侵害曾經發生之事實非請求妨害防止之要件，然或可為訴訟上主張妨害可能性極大之證明。

民事免責之範圍，是否及於侵害除去或侵害防止責任，亦即是拍賣網站得否主張其符合免責要件或依法設置通知／取下程序而可免除除去侵害或防止侵害之責任，於現行著作權法第六章之一以下並未明文，自文義

¹⁹⁹ § 862 BGB Anspruch wegen Besitzstörung: "(1) Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen."

²⁰⁰ § 1004 BGB Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch: "(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen."

²⁰¹ 鄭玉波、黃宗樂，同註 193，頁 78；姚瑞光，同註 192，頁 57。

²⁰² 王澤鑑，民法物權，頁 166；謝在全，同註 189，頁 177-178。

²⁰³ Wolf 著，吳越、李大雪譯，德國物權法，頁 153，2006 年 9 月。

²⁰⁴ Münchener Kommertar, §1004 Rn. 95; Staudingers Kommentar, §1004 Rn. 207.

為解釋，第六章之一標題雖泛言「民事免責事由」，然第 90 條之 5 以下各條規定均稱「不負賠償責任」，可推知立法者之原意應為免除民事賠償之責任，而非所有之民事責任或義務，章節標題所指民事免責之範圍應有所限縮；其次，我國著作權法與國際間所有類似責任避風港規定對代管服務提供者免責之「通知／取下」要求，本身即屬於侵害除去之態樣，自無以此主張不負此責任之可能，是以參酌歐盟電子商務指令第 14 條第 3 項、智慧財產權執行指令第 11 條第三句均明文免責之範圍不包含要求代管服務提供者為終止侵害或預防侵害之責任，德國聯邦最高法院之網路拍賣判決、歐洲法院判決亦採此見解。

（三）以「知悉」作為侵害防止之依據？

AG 於意見中提出擴張「知悉」範圍之見解，其舉例言之：若 A 在九月時被發現於電子市集內銷售侵害 X 商標之產品，而於十月又上傳相同或類似侵害商標之產品，則仍然認為電子市集經營者對十月之侵害屬於實際知悉，於此情形可認為是同一持續之侵害，而非二獨立之侵害，電子商務指令第 14 條中所稱之「行為」如係指進行之行為，更可涵蓋過去、現在以及未來。換言之，責任例外並不適用在電子市集經營者已受侵害商標之通知，或相同使用者持續的、一再地為同樣侵害之情形²⁰⁵。

證明服務提供者對第三人利用其服務侵權之情形主觀上具備「實際知悉」或「察覺」，有相當困難。以 eBay 為例，權利人透過 eBay 提供之 VeRO 計畫通知 eBay 者僅係有疑似侵權之情形，並不保證被舉報之商品刊登確已侵害權利，若連對於現正存在之侵權情事均不能實際知悉，則如何要求對尚未上傳之商品刊登可能侵權有所查覺？再者，線上拍賣網站僅提供商品刊登上傳所需程式，對其內容根本沒有控制或影響之行為，於賣方使用者之首次侵權情事發生後，權利人要如何證明拍賣網站完全確定該賣方使用者將故意地繼續侵權？因此「實際知悉與否」不足以作為認定拍賣網站是否達到預防未來侵害之方法²⁰⁶。

AG 舉出短期間內類似之侵害屬於同一侵害之見解亦不足採，例如賣

²⁰⁵ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 166-168.

²⁰⁶ Dennis Lievens, *eBay's Accessory Liability for Counterfeiting – Why Joint Tort Liability Just Doesn't Cut the Mustard*, 42(5) IIC 506, 513-514(2011).

方使用者刊登侵權商品，而為權利人發現並通知拍賣網站予以撤除後，該賣方使用者於二周後又刊登同樣之侵權商品，若依 AG 之見解，認定後者之侵害屬於前者侵害之延續，顯與事實悖離，因賣方使用者正是由於第一次侵權之商品刊登被取下，而故意再行刊登，前後二刊登行為間未必為同一行為²⁰⁷。

二、義務之承擔與範圍

歐盟智慧財產權執行指令第 11 條第三句規定有防止未來侵害之禁制令，其與「通知／取下」程序不同者在於後者係在阻止已發生之侵權行為繼續存在，而前者所關注者在於防止日後侵害之發生，於電子商務指令之規制下，禁制令之存在可能與電子商務指令第 15 條一般監視義務之禁止有所衝突²⁰⁸，我國目前法制並無類似規定，法院命服務提供者為權利侵害預防之作為，是否與一般性監督義務有所衝突之問題，法律適用上在我國尚不成爭議，惟由法理或立法論而言，線上拍賣網站應負擔之監督或侵害預防義務之範圍為何，仍值討論。

（一）學說爭議

認為應由拍賣網站承擔監督責任之見解以為拍賣網站可監督並控制進入使用其服務之使用者行為，無論是設置程式監督新的商品刊登或是檢查已存在的出賣要約，與商標權人相較，均立於優勢地位，拍賣網站採取的種種防範侵權措施已表明其已作為由各種來源接收侵權訊息通知之中央入口站（Centralized Portal）。反之，若由商標權人來防範侵害，所需耗費成本則遠高於網站，商標權人若發現拍賣網站上有眾多侵害其商標之情事，權利人必須通知網站以移除該等商品之刊登，或者起訴成千上萬之個別賣方使用者以解決問題，不如要求拍賣網站經營者負責監督商標權侵害之情形更具效率²⁰⁹，且相較於權利人而言，媒介服務提供者通常與侵權人

²⁰⁷ Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, at 7.

²⁰⁸ Thibault Verbiest, Gerald Spindler & Giovanni Maria Riccio, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, 20, 21 (2007), available at http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf (07/05/2012 visited)

²⁰⁹ David H. Bernstein & Michael R. Potenza, *Why the Reasonable Anticipation Standard Is the Reasonable Way to Assess Contributory Trademark Liability in the Online Marketplace*, 2011 Stan. Tech.

間有契約關係，而因此可執行契約中有關排除侵害之條款，亦有終止對侵權使用者提供服務之契約上基礎²¹⁰。仿冒品對商標權人之經濟利益影響極鉅，反觀目前拍賣網站之運作，拍賣網站向多數之商品刊登收取刊登費或成交手續費，拍賣網站對查舉侵權之商品刊登並無經濟上誘因，若未以法律加監督義務於拍賣網站，理論上拍賣網站並無積極監督之必要。是以若認定拍賣網站須因使用者之侵權負責，則可預期拍賣網站將與權利人合作打擊侵權活動，對防範侵權、遏止不法有積極之助益²¹¹。

認為不應全由網站負擔責任之見解則認為，若為了強調智慧財產權之保護，而加諸不合理之義務，例如要求拍賣網站監督檢查網站上儲存之所有資訊，則容易迫使拍賣網站為求避免承擔責任，不得不於商品刊登前逐一核查使用者所上傳之資訊，或一律拒絕使用者提供特定資訊，或於搜尋非法資訊之成本耗費過鉅，均嚴重影響拍賣網站之正常經營，亦對電子商務之發展有所斷害²¹²，且檢驗網站資訊之系統設置成本毫無疑問的將移轉至網站使用者身上，特定拍賣網站若負擔此義務，其與其它拍賣網站相較，必導致其競爭力大幅降低²¹³。另一方面，若將糾舉侵害智慧財產權事件之責任完全置於拍賣網站經營者，進而加諸拍賣網站之經營成本，將使拍賣網站之經營成本過高，小型之拍賣網站無法負擔此類成本而退出市場，同時阻止新拍賣網站成立與加入市場競爭²¹⁴。

其次，自基本權之保障視角，依國家法律之規定，使商標權人得以要求拍賣網站經營者對網站上之資訊事前篩選或事後檢查、移除，與言論自由之保護間有所衝突；同樣地，核發搜索令以發覺個別使用者之真實身分

L. Rev. 9, para.60(2011).

²¹⁰ Toby Headdon, *Beyond Liability: On the Availability and Scope of Injunctions Against Online Intermediaries After L'Oreal v eBay*, 34(3) E.I.P.R. 137, 137(2012).

²¹¹ The Trademarks and Unfair Competition Committee of New York City Bar Association, *Online Auction Sites and Trademark Infringement Liability*, 14(2003), <http://www.abcny.org/pdf/report/Online%20Auction%20Sites%20Final%20Report.pdf> (2012/04/09 visited).

²¹² Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, at 5.

²¹³ Lilian Edwards, *The Fall and Rise of Intermediary Liability Online*, in *LAW AND INTERNET* 47, 68 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., 2009).

²¹⁴ David H. Bernstein & Michael R. Potenza, *supra* note 209, para.64 ; E. Jordan Teague, *Promoting Trademark's Ends And Means Through Online Contributory Liability*, 14 Vand. J. Ent. & Tech. L. 461, 476(2011).

等強制處分，可能影響到人民之隱私權²¹⁵。

再者，就執行之有效性而言，智慧財產權利人對自己所有之權利內容通常最為熟悉，個別產品之設計、樣式及技術之使用是否侵害到權利人之權利，由智慧財產權人做判斷遠較由專業經營電子市集之拍賣網站經營者更為準確而有效率²¹⁶，除了部分粗糙的仿製品能由外觀輕易辨別與真品之不同而予以撤除外，多數侵害智慧財產權之產品若交由不具專業知識、經驗及訓練過程者檢驗，難以辨認虛實真偽，強加此類義務於拍賣網站，迫使拍賣網站為此另行僱用專業檢驗人員，徒增線上拍賣交易之運作成本²¹⁷。

AG 在此部分之見解則以為，在網路環境特別容易出現侵害明顯存在，卻又無法確知侵權行為人之情形，即的確有第三人利用媒介服務侵害智慧財產權，然該行為人真正身分不明。為了保護權利人，將禁制令之對象設定為已確知身分、能應訴並且可以防止繼續侵權之媒介服務提供者，確有其必要性。於歐盟法律層次下之思考，媒介服務提供者禁制令之內容範圍應依智慧財產權執行指令第 3 條第 2 項所稱具備有效性、有嚇阻力及比例性，而依照合比例性之要求，應當排除要求媒介服務提供者防止對同一商標未來一切侵害之禁制令。在智慧財產權執行指令中，並未禁止於內國法規定防止繼續侵害以及防止對同一商標未來侵害之禁制令，關鍵在於須使媒介服務提供者確知其義務，並且不能加諸不可能達成、不合比例或不合法之義務，例如一般性之監督義務。最終 AG 建議：對禁制令之合理範圍應為雙重同一，即侵權人同一和被侵權之商標同一。因此自可命媒介服務提供者防止同一行為人對同一商標之繼續或一再侵害，因為如此之義務對資訊社會服務而言，僅需關閉有問題之使用者帳號即可達成²¹⁸。歐洲法院之判決亦贊同此見解。

對於 AG 及歐洲法院認為拍賣網站應負擔之積極監視義務限定在同一賣方使用者對同一商標所為同類侵害，學說則有不同意見，蓋即便是為了

²¹⁵ Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, at 5.

²¹⁶ Niko Härting, *Internetrecht*, S. 357.

²¹⁷ Todd Evan Lerner, *Playing The Blame Game, Online: Who Is Liable When Counterfeit Goods Are Sold Through Online Auction Houses?*, 22 *Pace Int'l L. Rev.* 241, 262(2010).

²¹⁸ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 179-182.

防止單一賣方使用者再次侵害特定商標，拍賣網站都必須對其使用者採取某種積極之監督措施，當代管服務提供者為了防止侵害之再度發生，必須監督愈來愈多的特定賣方使用者，會不會淪為一般性之監督義務？²¹⁹再者，就實際面而言，雖 AG 及歐洲法院之見解看似已極其限縮範圍，然真正適用在使用者眾多之大型拍賣網站時，應積極監視之使用者可能高達數以萬計，拍賣網站因而必須創設侵權之黑名單，將曾為檢舉刊登侵權商品之使用者臚列在內，並監視其等隨後所有之商品刊登，核對是否又對同一商標有所侵害，實際上已與一般性監督義務無異，電子商務指令禁止一般性監督之意義，即在將此義務轉換由權利人承擔²²⁰。且歐盟電子商務指令雖規定免責條款適用於單純傳輸、快取及代管服務等扮演被動角色的媒介服務提供者，而禁止一般性監督義務，卻又肯認對特定個案之監督義務，其間之差別實在難以辨明，似乎僅能交由各成員國立法者、法官為判斷²²¹，歐洲法院之判決無法達成統一見解之目的。

（二） 本文見解

商標權人因著名商標之使用而獲得利益，加強防止拍賣網站上侵權商品之出現，獲最大利益者自然是權利人，權利人不但可以確保其收益，更可維持商譽於不墜，則自當對其商標之保護保持警覺，進而建立保護及監視商標之機制，並將因排除當前侵害及預防未來侵害之成本作為商業經營之必要支出²²²，自不當將監督責任全部由拍賣網站負擔。即便可以精確判斷由權利人或拍賣網站實施保護之措施方法較符合成本利益考量，然電子商務牽涉層面甚廣，變化發展極速，當各項因素有所變動之時，難以確保原先之責任分配仍然合理。尤其是當事人均亟盼遏止不合法之交易，又同時希望將打擊仿冒、盜版方面之成本降至最低，與其將責任完全分配於一方當事人，不如合理地將責任平分至二者²²³，考量網站與權利人之資力與

²¹⁹ Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, at 6.

²²⁰ *Id.*, 6-7.

²²¹ Patrick van Eecke & Barbara Ooms, *supra* note 59, 5. 該文於第 6 頁以下列舉了比利時、丹麥、德國、法國等國家發生之五件案例，說明內國法院對電子商務指令之理解和適用各有不同，亟待歐洲法院之統合。

²²² Emily Favre, *Online Auction Houses: How Trademark Owners Protect Brand Integrity Against Counterfeiting*, 15 J.L. & Pol'y 165, 205, 208(2007).

²²³ David H. Bernstein & Michael R. Potenza, *supra* note 209, para.66.

判斷商標侵權之能力，拍賣網站所應負擔之責任應限於已為商標權人依商標法第 69 條第 1 項以訴訟請求，並經法院判決確認者，此外商標權人更應與線上拍賣網站合作開發適當之篩選系統，以作為預防侵害之方法。

至於商標權人所得請求預防之範圍，是否與歐洲法院見解相同，限於同一侵權人對同一商標之侵害，或如德國聯邦最高法院所採，應防止之範圍擴及類似之商標侵害，本文以為於我國法制下，既無歐盟指令禁止一般監督義務之規定，而所謂狀態妨害之侵害排除或防止請求權之制度，要在除去當前或預防未來侵害之狀態，而要求對此狀態有支配力之人負責，至於實際侵權人為何者則非所問，是於目前制度下，商標權人應得請求網站預防日後所有類似方式之侵害，而不限於同一侵權人之侵害。

設置篩選系統之費用應由商標權人或拍賣網站負擔，為學說爭論重點之一，實即侵害防止義務之履行是否造成過鉅負擔，而使拍賣網站只得選擇退出市場，甚至阻止新設立之同業進入市場競爭之問題，若依我國學說見解，此項費用應由義務人即拍賣網站承擔，再由拍賣網站向造成妨害狀態之實際行為人，即實際販售仿冒品之賣方使用者依侵權行為求償，論理上並無疑義，惟考量網路使用者之身分可能難以確認，復以其資力恐難以負擔龐大費用，如此之費用分配或將導致由拍賣網站終局負責之實際結果。

三、執行可能性

如上所述，依我國商標法第 69 條、民法第 767 條第 1 項後段之規定，權利人對於特定且迫在眉睫之侵害可能，得向法院聲請，對相對人主張妨害防止請求權，請求法院命相對人應作為或不作為，固無疑問，惟權利人得否依此妨害防止請求權請求相對人無限期之預防妨害之發生？不無疑問。

（一）行為與不行為義務之強制執行

任何涉及財產權民事訴訟之提起，必須確保將來執行之可能，方有訴訟之實益，否則即便獲致勝訴判決，若未得據以執行財產或確保履行，則徒耗訴訟資費，勝訴判決亦淪為具文。因此在立法上設計假執行、假處分

制度以為訴訟前對將來執行可能之確保，於審判程序完結後另設計有強制執行制度，以國家公權力介入私權糾紛，力求當事人之權利得以實現。除當事人主動於訴訟前聲請法院為假執行、假處分裁定，訴訟後聲請執行法院對被告為強制執行外，法院所為判決主文亦應具備可執行性，方得使權利之順利行使得以圓滿。

權利人經由訴訟程序向相對人主張妨害除去或預防請求權獲致勝訴判決後，得以此為執行名義向法院聲請強制執行，就其性質，應屬於強制執行法第 127 條以下關於行為及不行為請求權之執行。

1. 行為義務之執行

行為義務，或謂作為義務，其執行依強制執行法第 127 條、第 128 條，可區分得代替作為與不可代替作為二種，前者係指為給付內容之作為，由債務人親自為之或由第三人代替為之，依執行名義所欲達成之目的，於經濟上利益或法律上效果無任何差異而言²²⁴；後者係指非由債務人親自為之無法達成請求目的之作為義務，二者執行方法因而有所不同，即可替代行為義務之債務人不履行時，執行法院得命第三人代為履行，並命債務人支付其費用；不可替代行為義務之債務人不履行時，則以拘提、管收或處以怠金之間接強制方式促使債務人履行。

2. 不行為義務之執行

不行為義務，或稱不作為義務，規定於強制執行法第 129 條，係指命債務人容忍債權人或第三人行為，或禁止債務人為一定行為之執行而言，對此不作為義務，論理上依據不作為義務之期間存續及目的性質，又可分作一次性不作為義務、反覆性不作為義務及繼續性不作為義務三種：一次性不作為義務係指依據該債務之性質，債務人一旦有一次違反義務，該不作為債務立即喪失存在目的而歸於無意義，例如不得於某日之前刊登含有商業機密之文章於報刊上、不得於某日之前公開演唱新曲等等，學者有謂此種不作為義務既無事前預防之執行方法，亦無事後除去行為之實益，無強制執行之可能²²⁵；反覆性不作為義務係指債務人不

²²⁴ 陳計男，強制執行法釋論，頁 551-552，2012 年 2 月；吳光陸，強制執行法，頁 516，2007 年 2 月；李沅樞，民事執行法論：強制執行法，頁 497，2007 年 3 月。

²²⁵ 楊與齡，強制執行法論，頁 644，2007 年 9 月修正 13 版；陳榮宗，強制執行法（修訂新版），

得在一定期間或不定期間內為多數、各別之一定行為之義務，例如每日晚間十時以後不得製造高於一定分貝之聲響；繼續性不作為義務則指債務人於一定期間或不特定期間內，繼續而不間斷地不得為一定作為之義務，例如容忍他人之袋地通行權、不得加蓋樓層阻擋日照、三年內競業禁止之約定，反覆性與繼續性不作為義務之債務人縱一時違反義務，因債務之履行具反覆或繼續性，請求權人仍得為終止當前違反義務之狀態或預防將來義務之違反而請求強制執行²²⁶。惟有論者以為所有不作為請求之執行，其用意均在排除現在不作為債務之違反，並非用以預防該不作為債務之違反，當事人僅能依保全程序以預防債務人違反不作為義務²²⁷。

（二）執行可能性與判決主文

關於民法第 767 條第 1 項後段之侵害預防請求權事件，於實務上為判決時，係與強制執行法第 127 條以下相同，區分預防之方法為作為或不作為而作成不同判決主文，例如於臺灣高等法院高雄分院 90 年度上字第 170 號判決²²⁸中，原告主張被告應設置擋土牆，以防止因被告施工所致土壤流失對原告所有之房屋造成侵害，法院判決原告勝訴，命被告應負擔預防侵害之作為義務，並作成判決主文言「被上訴人應依據卷內之『高雄市○○區○○街八巷一弄十號 A 棟受損房屋重建基地擋土牆及排水施工工程預算書圖』所載施工法與位置向高雄市政府申請雜項執照後，於被上訴人所有坐落高雄市○○區○段三小段一九四地號土地地界內側施作擋土牆及排水設施」；至於不作為義務之侵害預防判決，參見臺灣彰化地方法院 98 年度訴字第 584 號判決²²⁹，本件原告主張為求預防高壓電纜線通過其所有

頁 607，2000 年 11 月 2 版；賴來焜，強制執行法各論，頁 715，2008 年 4 月。

²²⁶ 張登科，強制執行法，頁 563，2010 年 2 月修訂版；賴來焜，同前註，頁 716。

²²⁷ 李沅樺，同註 224，頁 506。

²²⁸ 本件事實略為：被告進行舊廟拆除改建工程時，未注意施工處位處山坡地，僅自設擋土牆，又未完整施工，山坡地水流因受其新建擋土牆阻擋而向鄰地流竄，土石流失側移，致原告所有之房屋二棟因而受有損害。原告曾向被告催告修復，被告提存後竟拒不設置擋土牆，致房屋損害日漸擴大，隨時有崩塌之危險，有重建之必要，為此原告爰依(一)民法第 184 條、第 213 條、第 214 條等規定，訴請被告給付房屋之重建、修復費用之損害賠償及法定遲延利息，而原告所有之房屋隨時有遭妨害之虞，(二)依民法第 767 條中段、後段及同法第 774 條、第 794 條之規定，請求被告設置如訴之聲明第一項所示之擋土牆，並加強坡面排水設施，以防止日後繼續發生之損害。

²²⁹ 本件事實略為：座落彰化縣社頭鄉里○段第 938 地號土地為原告所有，而被告因興建「南投～彰林」345KV 輸電線路計劃在系爭土地鄰近處搭設 # 22A 鐵塔（即高壓電塔）及 # 23 鐵塔，# 22A 鐵塔所在地部分已於 95 年 11 月 13 日完成私有土地價購；# 23 號鐵塔所在地部分，亦於 96

之土地上方將造成對身體與財產之損害，請求被告台電公司為禁止架設高壓電纜線之不作為，法院對原告主張表示贊同，所為判決主文為「禁止被告為高壓電纜線通過原告所有，座落彰化縣社頭鄉里○段 938 地號土地上方之行為。」由上開二判決可之實務就侵害預防判決之主文，若為命不作為義務，則稱「禁止某行為」；於命作為義務之情形，則詳述所應為之行為內容，以滿足具可執行性之要求。

權利人向拍賣網站主張妨害防止請求權，若其內容為命拍賣網站經營者永久地防止權利侵害之事件於拍賣網站上發生，依此，拍賣網站應負擔一防止侵害發生之作為義務，而綜上我國學說對作為義務之分類，並未如不作為義務般，分作一時性、反覆性及繼續性之不作為義務，僅區分可代替或不可代替之作為義務，無論於今日設置篩選系統並永久地防止某類侵害發生之作為義務是否為不可替代義務，或因科技之發展而於將來成為可替代之作為義務，適用強制執行法均無困難之處，而此種作為義務之判決主文當詳述線上拍賣網站應架設如何效用之篩選系統以防止特定商標侵權再度發生。

第三節 一般性免責條款

隨著時間發展，網路之營業、運作型態不斷推陳出新，然一直以來，我國法制對於網路服務提供者沒有任何特別立法規制，仍須依據一般民事法律、智慧財產權相關法規探究網路服務提供者之責任，直至 2009 年，我國新修正著作權法，方於著作權領域對網路服務提供者有所規範，亦是我國法制首次針對網路服務提供者所為之特別規定，宣告我國法制因應網路世代邁入新紀元。本節首先探討我國著作權法中存在之民事免責規範，再參酌歐盟法之發展研擬將免責規範適用於商標法事件之可能。

年 7 月 25 日完成私有地徵收，如從該兩處鐵塔拉直高壓電纜，勢必經過系爭土地上方，因原告自始即在該處自任耕作，從事勞動，原告因而主張被告將 345KV 之高壓電纜線跨越系爭土地上方，將嚴重影響系爭土地之使用，請求法院禁止被告為高壓電纜線通過系爭土地上方之行為。惟應注意者係，本件上訴後，二審法院改判被告台電公司勝訴，最高法院維持二審法院見解，以台電公司勝訴定讞。

一、著作權法之網路服務提供者民事免責規範

於 2009 年，我國法制終於對網路服務提供者責任及責任豁免問題有所回應，修正了著作權法第 3 條，新增有關網路服務提供者之定義，並增訂第六章之一、第 90 條之 4 以下，以之規範網路提供者之民事免責事由。立法理由中說明此次係依照美國於 1998 年訂定之「數位千禧年著作權法 (Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)」而修正，增訂專章，賦予網路服務提供者「避風港」之機制，以下分別就修正暨新增內容為介紹。

(一) 適用免責條款之主體

著作權法第 3 條第 1 項第 19 款所稱之網路服務提供者，共有四種類型：連線服務提供者、快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者，以下簡述其意義²³⁰：

1. 連線服務提供者

係指「透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者」，即提供個人或法人連線至網路之經營者²³¹，例如中華電信 Hinet、台灣固網等等業者。

2. 快速存取服務提供者

係指「應使用者之要求傳輸資訊後，透過所控制或營運之系統或網路，將該資訊為中介及暫時儲存，以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者」。

3. 資訊儲存服務提供者

係指「透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者」，其本身可能設置一定程式架構，方便使用者上

²³⁰ 章忠信，二〇〇九年新修正著作權法簡析－網路服務提供者之責任限制，月旦法學雜誌，173 期，頁 8-9，2009 年 10 月。

²³¹ 不同意見請參閱：吳嘉生，電子商務法導論，頁 123-124，2003 年 10 月。該書作者認為連線服務提供者與網路服務提供者係平行之概念，而提供連線服務者通常亦經營提供網路服務。

傳資料，供個人使用或以一定方式公開呈現，例如提供部落格、相簿，以及拍賣網站等等屬之。公司委託他人架設網路討論區，網站之運作雖由自己經營，然本身無法直接控制該討論區，必須透過受委託者方得刪除討論區之言論，主管機關認為只要討論區之言論非由經營者所為，經營者僅係提供一空間供使用者發表言論，該公司仍屬本條所稱之資訊儲存服務提供者，而有免責規定之適用²³²。

4. 搜尋服務提供者

係指「提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者」，搜尋服務業者依照使用者輸入之關鍵字搜尋可能相關之資訊，於網路資訊、資料日益增加之際，網路使用者多使用搜尋網站查找所需訊息，凸顯其重要性，亦因而產生新的法律問題。如 Google，Yahoo!奇摩等為我國境內較為著名之搜尋業者。

(二) 免責之事由

1. 主張免責之先決要件

2009年增訂著作權法第六章之一，標題命名為「網路服務提供者之民事免責事由」，新增四種網路服務提供者之民事免責事由，其中於第90條之4第1項首先規定通用於四種服務提供者之免責前提²³³，下面就各種類型分別敘述之²³⁴：

- (1) 以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施者。若雖欠

²³² 經濟部智慧財產局（98）年電子郵件字第 980831 號函。

²³³ 著作權法第 90 條之 4：「符合下列規定之網路服務提供者，適用第九十條之五至第九十條之八之規定：

一、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。

二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。

三、公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。

四、執行第三項之通用辨識或保護技術措施。

連線服務提供者於接獲著作權人或製版權人就其使用者所為涉有侵權行為之通知後，將該通知以電子郵件轉送該使用者，視為符合前項第一款規定。

著作權人或製版權人已提供為保護著作權或製版權之通用辨識或保護技術措施，經主管機關核可者，網路服務提供者應配合執行之。」

²³⁴ 章忠信，同註 230，頁 10 以下。

缺此等方式，而於接獲著作權人或製版權人就其使用者所為涉有侵權行為之通知後，立即將該通知以電子郵件轉送該使用者，亦視為符合規定。此所稱契約，係指服務提供者與使用者訂立如使用者約款一類文件，載明使用者應避免侵害他人著作權及違反時之相關處置；電子傳輸係指在使用者為可能侵害著作權之行為時，跳出視窗提醒使用者，務必取得著作權人之合法授權，以避免侵害他人著作權等訊息；自動偵測系統則指包含自動或半自動之偵測或過濾侵害著作權內容之技術；而所稱其他方式，於立法理由中例示如設置專人處理著作權或製版權侵害之檢舉事宜，並在具體個案中積極協助釐清是否涉有侵權之爭議。

(2) 以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有多次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務，本條款即著名的「三振條款」(Three Strikes Out)。就本款規定，立法理由未多作說明，然論者提出數項文義不清之處：

- ① 條文所稱「三次」侵權，究竟係指侵害標的之數量，抑或是侵害之次數？學者認為應以侵害次數計算方不致使本條之違反判定過於嚴苛。又本條款是否為強制規定？可否約定少於或多於三次？學者則認為以降低著作權侵害危險之目的觀之，約定低於三次尚不致增加風險，仍得享有免責；反之，若為多於三次侵權方予停權之告知，則不能享有免責之待遇²³⁵。主管機關經濟部智慧財產局於修法後公布之「著作權法網路服務提供者 ISP 民事免責事由及相關實施辦法 Q&A」則認為此問題「規範上係交由 ISP 與使用者自行約定，因而實際執行不但應由 ISP 視其實際營運情形、經營策略及相關成本，依其需求自行斟酌考量，相關執行細節亦應具體落實於 ISP 與其使用者間之契約內容或行為上」²³⁶。

²³⁵ 沈宗倫，同註 163，頁 272。

²³⁶ 經濟部智慧財產局，著作權法網路服務提供者 ISP 民事免責事由及相關實施辦法 Q&A，Q4，網址：

http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml_Show.aspx?ID=992ab386-3bc8-4505-bf92-fea736736271&path=3565#4，瀏覽日期：2011 年 6 月 30 日。

- ② 著作權之侵害，可分對著作人格權之侵害與對著作財產權之侵害，本條款涵蓋何者？就此有不同見解。學者有不區分著作權人格權或著作財產權而一併討論者²³⁷；亦有學者以為民事免責之設計主要係基於政策導向，人格權之保護不可因之而有所限縮，認為本條僅限著作財產權之侵害始有適用餘地²³⁸。
- ③ 侵權之認定究應以服務提供者認定為準，或是僅限經司法判決或予司法判決同一效力之紛爭解決機制認定方屬之？就條文觀之，似由服務提供者自行判斷即可，然未經司法機關審判即可終止服務，可能涉及侵害使用人表達意見、接觸資訊基本人權之違憲爭議²³⁹。
- (3) 公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。根據經濟部發布之「網路服務提供者民事免責事由實施辦法」第2條，此所稱「聯繫窗口資訊」，應載明下列事項：一、聯繫窗口之姓名或名稱、地址、聯絡電話、傳真號碼及電子郵件信箱。二、接受電子簽章之格式或無須電子簽章之說明。
- (4) 執行著作權人或製版權人為保護著作權或製版權，提供經主管機關核可之通用辨識或保護技術措施時，網路服務提供者依規定配合執行。此並非賦予服務提供者開發辨識或保護技術之義務，而係於著作權人主動提供該技術，且經主管機關核可時，服務提供者方有配合執行之義務²⁴⁰。

2. 主張免責之個別事由

網路拍賣平台經營者架設拍賣網站，應網站使用者之要求儲存使用者所提供之拍賣商品資訊、交易歷史紀錄、交易評價等等，平台經營者同時於網站設置一定程式，方便使用者上傳資料，並使使用者所上傳之資料以一定方式公開呈現於網路，以此觀之，網路拍

²³⁷ 王怡蘋，著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，月旦法學雜誌，173期，頁37，2009年10月。

²³⁸ 沈宗倫，同註163，頁272。

²³⁹ 周伯翰，網路服務提供者免責條件之分析與檢討，法學新論，25期，頁37，2010年8月；章忠信，同註230，頁11。

²⁴⁰ 經濟部智慧財產局，同註236，Q5。

賣平台經營者應屬於著作權法四種網路服務提供者中之資訊服務提供者。以下僅就資訊服務提供者依著作權法第 90 條之 7 得主張免責之個別事由為介紹：

- (1) 對使用者涉有侵權行為之事實不知情者。此之不知情係指：對系統上之資料或利用該系統上資料之行為為侵權一事確不知情，或對明顯之侵權活動事實或情況毫無知悉而言²⁴¹，對照本條第 3 款可知，本款規定當限於「事前不知情」之情形始有適用²⁴²。
- (2) 未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益者，係指網路服務提供者之獲益與使用者之侵權行為間不具有相當因果關係。就此立法理由提供兩個例子作參考：一是網路拍賣平台業者對使用者收取費用，以之為使用者使用其服務之對價，然該對價使用者亦經刊登商品資訊或交易成功即予收取，不分買賣之標的物究屬合法或非法商品，即非「直接」自侵權行為獲有財產上利益；另一例則視網路服務提供者所提供之服務中，牽涉侵權行為之比例高低而判斷服務提供者之廣告收益是否為「直接」自使用者侵權行為所獲之財產上利益，如侵權活動所占之比率甚微時，則難認該廣告收益係屬直接自使用者侵權行為所獲之財產上利益；反之，若所占之比率甚高時，該廣告收益即可能構成直接自侵權行為獲有之利益。
- (3) 經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊。網路服務提供者接獲著作權人或製版權人之通知後，並不負侵權與否之判斷責任，只要通知文件內容形式上齊備，應立即移除或使他人無法進入該涉嫌侵權內容。「網路服務提供者民事免責事由實施辦法」第 3 條則進一步對本條款所稱之通知為細部規定²⁴³。

²⁴¹ 立法理由中表示此條款係參照美國 DMCA 第 512 條 (c) 規定，原文為：does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing ; is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

²⁴² 沈宗倫，同註 163，頁 283。

²⁴³ 網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 3 條：

「本法第九十條之六至第九十條之八所稱通知，應載明下列事項，並由著作權人、製版權人、專

二、免責條款相關問題討論

(一) 主體要件

1. 資訊儲存服務之定義

何者能夠適用免責條款，享有免責之利益，於我國著作權法中定義之「資訊儲存服務提供者」為「透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者」，歐盟電子商務指令中所稱「代管服務提供者」為「就服務接收者所提供之資訊加以儲存者」，二者定義類似，皆強調此類服務之被動性，應使用者之要求，儲存使用者提供之資訊。惟當制定電子商務指令之時，代管服務提供者與編寫網頁實質內容者之區辨甚為容易，十年後之今日，各式各樣的網路服務平台鼓勵使用者利用其設施、程式上傳影片、照片、文件或撰寫網路日誌、販售商品等，縱使未向使用者收取任何費用，然網路平台依據該內容之不同，針對可能之瀏覽者展示相應範疇之廣告，使得廣告瀏覽量大增，從中獲取利潤²⁴⁴，則究竟能否屬於指令中所稱代管服務之範圍？我國著作權法所採取之定義既與電子商務指令類似，於實際個案適用上不免產生疑難。

歐洲法院在 Google 關鍵字廣告案中，係以電子商務指令之前言第 42 點²⁴⁵來探究第 14 條之規範意旨，而認為所適用之主體僅限於

屬授權之被授權人（以下簡稱權利人）或權利人之代理人簽名或蓋章：

一、權利人或其代理人之姓名或名稱、地址及聯絡電話、傳真號碼、電子郵件信箱或其他自動聯繫方式之說明。

二、被侵害之著作或製版之名稱。

三、請求將涉有侵害著作權或製版權之內容移除或使他人無法進入之聲明。

四、足使網路服務提供者知悉該涉有侵權內容之相關資訊及其存取路徑。

五、表示權利人係基於善意，相信涉有侵權內容係未經合法授權或違反著作權法之陳述。

六、註明如有不實致他人受損害者，權利人願負法律責任。

前項通知，應用書面或經電子簽章之文件，以郵寄、傳真或電子郵件方式為之。但網路服務提供者已提供判別權利人之機制，或與權利人或其代理人另有約定者，從其機制或約定。

以代理人名義提出第一項之通知者，應同時聲明其已受權利人委任，並載明權利人之姓名或名稱。在同一系統或網路，有多數著作或製版涉有侵權者，權利人或其代理人得以同一通知為之。」

²⁴⁴ Lilian Edwards, *supra* note 213, at 67.

²⁴⁵ Directive 2000/31/EC, Recital (42): "The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which

「單純技術上、自動以及被動」的資訊社會服務提供者，亦即是這些服務提供者「對其所傳輸或儲存之資訊既不知悉亦未加以控制」，將代管服務提供者之責任限制標準設定為「中立」（Neutral），此一立場於後來之判決仍繼續維持。

AG 則認為前言第 42 點與第 14 條之代管無關，前言第 42 點所指稱者應係指第 43 點所討論之責任免除類型，也就是「單純傳輸」與「快取服務」，而非「代管」。當作如此理解時，第 42 點之文義即較為清楚：「運作或連接到網路的技術過程對第三人所提供之資訊為傳輸或暫時儲存，其唯一目的係使該傳輸更具效率」。與代管服務提供者有關之規定應為前言第 46 點²⁴⁶，因為該點主要言及資訊之儲存，較符合代管服務之性質。電子市集做為電子商務資訊社會服務發展的要素，若將 Google 關鍵字廣告案對代管服務提供者之責任判準也套用於電子市集上，則電子商務指令之規範意旨將遭受嚴重的破壞²⁴⁷，「中立」似乎不是很正確的檢驗方法，如果拍賣網站因為以不同的技術方法介入或指引如何於其系統中陳列商品內容，即被認定不符合第 14 條「儲存使用者所上傳之資訊」之定義而不受該條保障，根本昧於商業經營之現實²⁴⁸。

學者亦指出，若嚴格解釋資訊儲存服務提供者之定義，則服務提供者為達此要求，可能傾向完全不接觸其所儲存之資料，除了大異於當前商業實務運作外，亦將降低服務提供者研究並採取新措施以防範不法之動力，因為任何對資料之處理、檢查，都可能被認定為不再屬於中立地位，同時失去電子商務指令之免責保護²⁴⁹，反而

implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.”

²⁴⁶ Directive 2000/31/EC, Recital (46): “In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.”

²⁴⁷ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 141-142.

²⁴⁸ *Id.*, at 146.

²⁴⁹ Patrick van Eecke & Maarten Truyens, *L'Oréal v. eBay: The Court of Justice Clarifies the Position of Online Auction Providers*, 5/2011 CRi 129, 133(2011).

產生不利於電子商務發展之影響。

是以未若將中立地位之分析以個案為判斷基礎，亦即是僅在分析特定情狀，可認定於該商品刊登之時點，拍賣網站已非立於中立地位，始予排除於免責適用之外。舉例言之，若拍賣網站之員工對於特定之商品刊登積極地提供幫助，而對要約之內容有所認識時，拍賣網站雖就此商品刊登不能主張免責之利益，然不代表其對於其他商品刊登亦失去了中立之地位。再者，歐洲法院之判決似可認為只有自然人親自參與此類積極行為，方足以認定拍賣網站失去中立地位，若拍賣網站係使用程式演算法自動地建議賣方使用者使用一些常用詞句，以增加該商品刊登為買方使用者搜尋到之機會，則基本上拍賣網站之中立地位不受影響²⁵⁰。

2. 具備多重身分之處理

依歐洲數國法院之判決以觀，代管服務提供者與編輯者間之差異逐漸縮小讓二者間之清楚區別更顯困難，因代管服務提供者幾乎無可避免的需要處理其所儲存之資訊，雖無任何欲控制資訊內容之意思，惟一旦有處理之行為，則容易使法院認定其身份轉為內容之編輯或撰寫者，而不再是代管或被動之儲存，則是否一旦有逾越或不足於代管服務之處，即將被認定非屬代管服務？²⁵¹換言之，若服務提供者雖有單純儲存資訊之服務，然亦有明顯逾越此角色之行為，則仍否享有免責之利益？

就此問題，AG 認為單就條文文義本身，難以認定電子商務指令設定之三種行為態樣只在個別存在時，方有免責之適用。若一公司或企業單純地經營快取服務或屬於代管服務提供，自可享有免責利益，並無疑義，然如此精確區分於實際運作有其困難，特別是在這種持續變化且幾乎無法預測之網路行業，很難想像與代管服務完全契合之商業模式，即便有此種商業模式存在，今日之定義在網路快速發展之時代亦無法恆久不變，故將免責條款之主體限於特定之商

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ Franck Valencia, *supra* note 111, 429.

業類型而排除同時經營其他業務者，並無實益²⁵²。歐洲法院對此並未表達意見，殊為可惜。

作為單純資訊儲存工具之代管服務，只要代管網站並未逾越此角色以及其中立之義務，對其所傳輸之內容並不負責任；反之，編輯者必須對其所呈現之內容依法負責。若線上拍賣網站調整商品陳列之排序、設計網頁呈現之架構或者是強調特定項目物品，則屬於控制之行為，或僅係將使用者提供之內容毫無更動的呈現於網站²⁵³？部分法國法院即認為拍賣網站確實經營代管業務，然亦扮演拍賣居間角色，無法享有代管服務提供者之利益，既然否定了網站之代管地位，法院自可不顧電子商務法之特別規定，而直接適用侵權行為之一般規定，進而認定線上拍賣網站因其未盡監督之責任而須承擔責任。

AG 則以為，免責條款對於同時扮演多種角色之情形依然有所適用，事實上現實中同時符合多種類型之情形方為常態，與其強求切分服務提供之類型，不如探究服務之態樣，並清楚的劃分服務提供者之部分行為可享責任限制之利益，其他行為再交由成員國內國法「正常」責任規範處理，負擔可能之損害賠償責任或刑事責任。因此，如果服務提供者之部分行為可構成免責事由，其他不在此範圍內之行為則必須依照內國法之規範處理²⁵⁴。

本文以為不若寬鬆認定資訊儲存服務提供者之地位，而是否得免責，仍視是否符合其他要件而定，例如參考我國著作權法，資訊儲存服務定義為應使用者之要求被動儲存資訊，然服務提供者仍必須符合對使用者涉有侵權行為不知情、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益或經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊等條件，方得依著作權法主張免責，若服務提供者所提供之服務分別有符合或逾越免責條件者，則自當分別適用一般侵權規範與免責規定處理。

²⁵² Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 148-149.

²⁵³ Franck Valencia, *supra* note 111, 416-417.

²⁵⁴ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 149-150.

（二）免責要件

資訊儲存服務或代管服務提供者之免責條件，各立法例大同小異，約為：一、對使用者設有侵權之事實並無知悉；二、知有侵權情事後，立即將相關頁面撤除；三、並未因侵權行為而直接獲有利益。在歐盟各成員國主張拍賣網站經營者應承擔侵權責任，首先應先證明拍賣網站之行為於內國法上該當某種侵權行為，待拍賣網站以電子商務指令第 14 條作為免責抗辯之依據，則商標權人應證明拍賣網站於侵害商標權之銷售要約中扮演積極角色，或者對於未發覺此類非法要約之存在有過失²⁵⁵，即對拍賣網站不符合免責條件為主張，故確定免責條件之實際內容為何，格外具重要性。

1. 對侵權行為並未知悉

於歐盟法之討論，服務提供者何時符合電子商務指令第 14 條所稱之「實際知悉」，AG 認為首先服務提供者必須實際知悉違法活動或訊息之存在，而非只是懷疑或假定，且於法律英文中，「Knowledge」應係指對過去或現在之事物，而不包含未來，是以此所稱「知悉於電子市集內之商標權侵害」，其客體必須是正在進行之行為或已存在之事實；其次，實際知悉之標準似乎排除了服務提供者應知，或理當懷疑存有違法活動之可能，只要其非實際知悉，即非屬本條所稱之知悉。綜上所述，AG 認為實際知悉意指透過外部通知或服務提供者本身之找尋，而知悉過去或現在之資訊、活動或事實²⁵⁶。

歐盟各成員國將第 14 條轉化成內國法時，對知悉之判斷有不同處理：有規定應經過正式程序及官方通知後方屬之；有交由法院判斷者；有成員國則規定有二種認定方式，經通知／取下程序或以內國法一般規則均可作為判斷實際知悉之依據。若實際知悉之要件限縮在官方正式通知，將造成事實上一律寬鬆適用免責規定之結果，蓋司法或行政機關之資源有限，無法應付龐大且變動快速之網路侵權事件，即使限縮在著作權或商標侵權事件，仍有反應不及之問題；若以權利人之通知作為認定實際知悉之依據，則不免須面對此通知程序可能為濫用之危險，即使濫用通知系統者將負擔一定法律責

²⁵⁵ Dennis Lievens, *L'Oréal v. eBay – Welcomed in France, Resented in England*, at 71.

²⁵⁶ Opinion of Advocate General Jääskinen, Case C-324/09, at 162, 163, 165.

任，遭冒用、濫用之風險仍遠高過利益。更甚者係，一旦將通知作為認定標準，則必促使服務提供者接受通知後，為求免責，傾向立即撤除遭舉報之問題頁面，而無待細查或自行判斷該內容究竟有無涉及不法，對公眾利益損害甚鉅²⁵⁷。本文以為在此可參考歐洲法院之見解，即權利人之通知不當然得作為知悉之標準，法院應判斷該通知於外觀上是否具備可信之程度，拍賣網站之能力、注意義務以及受通報為侵權人之使用者之利益綜合考量。

至於知悉之程度為何，是否及於行為之違法性，參照我國著作權法第 90 條之 7 第 1 款主張免責之條件規定為「對使用者涉有侵權行為不知情」，立法理由中表明參考之美國數位千禧年著作權法第 512 條 (c) 規定，原文係使用「does not have actual knowledge」，歐盟電子商務指令用語亦同，然參照德國轉化電子商務指令而訂定之內國法²⁵⁸則僅稱「keine Kenntnis」，歐洲各國對此亦有不同立法用語²⁵⁹，論者有謂「Actual Knowledge」與僅稱「Knowledge」之區別在於前者所要求之認識客體及於行為之違法性，而後者僅對行為有所知悉即為已足²⁶⁰，於我國著作權法雖僅稱「不知情」，然其客體明文指向「涉有侵權行為」，應解作對行為之違法性有所知情始足當之，即偏向「Actual Knowledge」之意涵。

若以相同標準適用於線上拍賣網站，則不免產生疑問：即便係實體物品，未必能由外觀得知是否侵害他人之商標權，何況僅係由使用者提供之照片、圖片觀察，或憑權利人之通知即欲推斷拍賣網站知悉之範圍是否及於行為人之「違法性」，於法律適用上顯有困難。

2. 立即移除侵權內容

究竟電子商務指令第 14 條及我國著作權法第 90 條之 7 所稱「立

²⁵⁷ Thibault Verbiest, Gerald Spindler & Giovanni Maria Riccio, *supra* note 208, at 14-16.

²⁵⁸ 德國原將電子商務指令第 14 條之規定轉化入電信服務法 (Teledienstegesetz, TDG)，2007 年修法將名稱改為電信媒體法 (Telemediengesetz, TMG)，屬於電子商務統一法 (Elektronischer-Geschäftsverkehr- Vereinheitlichungsgesetz, ElGVG) 之第一篇。

²⁵⁹ Thibault Verbiest, Gerald Spindler & Giovanni Maria Riccio, *supra* note 208, at 34-35. 該報告指出除德國外，荷蘭、葡萄牙、捷克、立陶宛、匈牙利及馬爾他等國於轉化本條規定成為內國法時，用語均有所調整。

²⁶⁰ 王怡惠，德國電信服務法下訊息儲存服務提供者之法律責任，科技法律透析，20 卷 7 期，頁 17，2008 年 7 月。

即」移除資訊，有無確切之時限要求，於立法理由中未見說明，網站經營者為平衡各方利益，非一經通知有侵權事物即立刻撤除頁面，而經過一定之檢驗程序、予相對人申辯之機會等程序，或因網站本身之規模、公司組織結構、營利狀況均可能對處理侵權通知之效率有所影響，論者有謂與其要求服務提供者「立即」移除，未如改以要求接獲通知後，必須「採取合理措施」較易適用²⁶¹。

即便 AG 承認使用者上傳之商品刊登資訊屬於商業言論，為基本權保障之言論自由所涵括，AG 仍認為為了防止使用者之侵權行為，得終止該使用者之帳戶服務，再結合拍賣網站對特定使用者之監督義務，無異構成由私人所發起之言論事先審查（Precensor）制度。允許立即終止使用者帳戶，或讓私人得以自動地取下疑似侵權之資料，對言論自由產生莫大威脅。許多人以經營網路拍賣為生，逕行終止帳戶對其生計影響重大，且部分微小的智慧財產權侵害容易無意間侵害而不自覺，是以應避免採行立即終止帳戶之極端手段，並且要求智慧財產權利人於使用「通知／取下」機制時，必須確保其所為報告具有相當可信程度，並為之負責²⁶²。

就此難題，芬蘭、立陶宛和波蘭等國與美國數位千禧年著作權法立法例²⁶³相似，於予權利人適用通知／取下程序之同時，亦提供「反對通知／回復」（Counter-notice and Put-back）之程序予使用者主張內容合法之機會，服務提供者於收受權利人通知時，除立即撤除問題頁面外，應發通知予刊登該頁面之使用者，使用者於收受服務提供者之通知後，若主張內容並無不法，可發一反對通知予服務提供者，此時服務提供者若未自權利人處收得權利人將對使用者提出告訴之回應，服務提供者當立即回復頁面內容，以平衡權利人與使用者之間利益；反之，若權利人回稱其將對使用者提出告訴，則服務提供者須待判決結果方決定是否回復內容，在此過程中，法律確保服務提供者無庸承擔侵權責任，亦不違反其與使用者間契約義

²⁶¹ Lilian Edwards, *supra* note 213, at 66.

²⁶² Patrick van Eecke & Maarten Truysens, *L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?*, at 7.

²⁶³ § 512 (g)(2)(C) DMCA.

務²⁶⁴，於我國著作權法第 90 條之 9 有類似規定。

3. 未直接自侵權行為獲有利益

若服務提供者因使用者所提供之不法資訊而有所獲利，是否仍得享有免責利益？未見於歐盟電子商務指令²⁶⁵，而於我國著作權法第 90 條之 7 有規定，其所稱「直接」，係指行為人之侵權行為與拍賣網站之獲利有相當因果關係，立法理由正係以拍賣網站為例，認為不論使用者係從事販買合法或非法商品，均一律收取者，尚難認侵權行為與獲有財產上利益有相當因果關係。以當前拍賣網站之運作均一律向賣方使用者收取費用觀之，若非作如此解釋，寬鬆認定因果關係，則一旦刊登有仿冒品之販賣要約，拍賣網站幾無適用免責可能，此一理解值得贊同。

惟反面而言，拍賣網站不區分合法或非法商品，一律向刊登商品之賣方使用者收取費用之原因即在於原則上拍賣網站並未對刊登商品之內容為檢查，是以如此之免責條件對拍賣網站而言甚易達成，蓋拍賣網站既未檢查商品內容真偽，難以想像拍賣網站發現非法商品後，非但不予移除或警告，反對特定非法商品之刊登收取費用，從中直接獲利，而遭認定不符免責條件。如此規定之存在將促使拍賣網站不顧商品刊登之內容，傾向採取齊頭式收取費用之機制，對智慧財產權之保護未必有利。

第四節 小結

誠如論者所言，網路服務提供者責任限制條款之目的在確保網路世界裡之資訊自由流通以及電子商務之發展²⁶⁶，而為求公平，在線上市集所發生的侵害商標權事件之處理不應與現實世界中有所不同，縱使線上拍賣網站經營者對賣方使用者之確實身分知悉較少、並未真正接觸商品並且處理更為大量之交易，這些差異充其量只能影響到當事人間權利義務之平衡，

²⁶⁴ Thibault Verbiest, Gerald Spindler & Giovanni Maria Riccio, *supra* note 208, at 16.

²⁶⁵ Lilian Edwards, *supra* note 213, at 67.

²⁶⁶ Thibault Verbiest, Gerald Spindler & Giovanni Maria Riccio, *supra* note 208, at 4.

不應因此對經營者之責任判斷有所改變²⁶⁷，本章乃嘗試在我國現有體制下，解決線上拍賣網站業者之責任範圍問題。

於責任成立之可能規範，除不當得利請求權無法成立外，因未自行使用商標或應認為合理使用商標而不成立商標之一般侵權行為，同時亦無法構成共同侵權行為；經營拍賣網站不符合危險事業之定義，無法依此請求；爭議最大者在幫助侵權行為，就故意幫助而言，網站經營者並未預見特定之侵權行為即將發生，而就過失幫助而言，又無法認定經營者所應負更高之注意義務，各種侵權責任均有不符要件之處，商標權人難以據此為主張。

侵權行為之判斷，除了上述已論及有關主觀面具備故意、預見可能性，或具備過失即善良管理人注意義務之範圍、危險事業之認定等等問題外，仍應注意實務於侵權行為因果關係之判斷所採取之「相當因果關係」理論，即「無此行為，雖必不生此損害；有此行為，通常即足生此種損害」之判斷²⁶⁸，線上拍賣網站可用作合法或非法之用途，除非得以證明使用人利用線上拍賣網站多半從事侵權之行為，或係拍賣網站之經營本身即以利於侵害他人權利為號召，否則依實務相當因果關係之判斷，經營者提供線上拍賣平台予使用者之行為，恐難認定通常足生侵權之結果，二者間並無相當因果關係，網站經營者之侵權責任難以成立。

侵害除去請求權為當前權利人所得主張最有利之依據，尤其在著作權法採去通知／取下機制後，經法院審核之除去侵害狀態更具理由；侵害防止請求權之主張疑難則在證明賣方使用者對權利之妨害可能性極大而有防範之必要，是否能特定可能侵害之賣方使用者為何者，又或如何能推斷得出妨害可能極大之結論，事實上極為困難，縱侵害防止請求權縱無法律面問題，仍遭遇能否開發出良善篩選系統之現實疑慮，該系統必須得以準確防止販售仿冒品之要約於拍賣網站刊登，而不造成誤阻合法商品刊登或漏未防堵侵權商品陳列，進而侵害言論自由或隱私權，有待日後科技克服。或有學者以為一旦建立服務提供者有義務防止未來侵害之法制基礎，未來之發展當係智慧財產權利人將盡量利用事前預防侵害規定，主張拍賣

²⁶⁷ David H. Bernstein & Michael R. Potenza, *supra* note 209, para.7.

²⁶⁸ 參見：最高法院 23 年上字第 107 號、33 年上字第 769 號及 48 年台上字第 481 號判例。

網站應設置篩選系統，而非通知／取下之事後補救措施，甚至預測代管服務提供者能以通知／取下之措施主張免除責任之時代即將過去²⁶⁹，足見此制度存在之重要性。

至於網路服務提供者之一般性免責規範，我國僅有關於著作權之免責條款，並不及於本文所論之商標侵權，美國立法例亦同，本章乃主要以歐盟之發展經驗，分別論述主體要件以及免責條件之設計，其中主體要件應以個別之商品刊登為基礎，觀察服務提供者是否並未積極介入、協助甚至編輯使用者之資訊，此外，服務提供者之經營型態未必完全符合免責條件，應可依不同行為而區分免除責任之範圍。免責條件之各立法例大同小異，其中所稱知悉應及於侵權之違法性，並應注意其與責任成立規範之知悉意義有所不同；其次，知悉侵權事實存在後應立即取下或移除該頁面，即所謂「通知／取下」機制，一直以來即有為人濫用之風險，就此除濫用者應負法律責任外，立法例亦採取「反對通知／回復」機制以平衡當事人關係；至於歐盟電子商務指令所未採取之未自侵權行為中得利要件，我國著作權法則採之，立論雖然合理，然適用上恐將造成一律免責之效果。

另一值得關注之發展為拍賣網站與使用者間之法律關係對責任成立判斷之可能影響，本文第二章以為以現今線上拍賣網站運作觀之，網站與使用者間應類推適用居間契約處理，我國民法雖未如美國法上採取轉呈責任（Vicarious Liability，或譯為「替代責任」）之立法模式，而僅有如第 28 條、第 187 條、第 188 條等個別承擔責任之事由，惟若拍賣網站介入線上拍賣交易之情形愈加深入，對使用者應負擔之注意義務愈高，則可思考於過失侵權行為之成立，或於免責條件中知悉要件之判斷為相應之調整。

蓋隨著科技之進展，在將來網路服務提供者對使用者之事先監督已成經濟、技術上可能，於考量人格權、隱私權之前提下，或許得提升網路服務提供者之注意義務，甚至負擔侵權行為之損害賠償責任，是以當前我國針對網路服務提供者之特殊規範雖付之闕如，將來是否有制定特殊規範之必要，則有待學說與實務之累積、討論。

²⁶⁹ Lilian Edwards, *supra* note 213, at 87.



第六章 結論

本文以為解決線上拍賣網站是否因其使用者侵害商標權而負責之問題，至少可由三方面觀之：

- 一、線上拍賣網站是否應負損害賠償責任？
- 二、拍賣網站於現行法制下有無停止當前侵害，或防止未來侵害發生之義務？若然，則各自之範圍為何？
- 三、若將制定網路服務提供者之一般性免責規範，則其主體要件與免責條件當如何設計？

於責任成立之可能規範，除不當得利請求權無法成立外，拍賣網站經營者未親自使用商標或縱認為屬於商標使用，亦屬於合理使用商標而不成立商標之一般侵權行為，同時亦無法構成共同侵權行為；經營拍賣網站不符合危險事業之定義，無法依此請求；爭議最大者在幫助侵權行為，就故意幫助而言，網站經營者並未預見特定之侵權行為即將發生，不符間接故意之要件，而就過失幫助而言，目前仍未見法律明文要求經營者應負更高之注意義務，各種侵權責任均有不符要件之處，商標權人無法據而主張，請求損害賠償。

拍賣網站經營者是否成立侵權行為，亦將因拍賣網站與使用者間關係之不同而有所影響，就目前拍賣網站之運作而言，線上拍賣網站雖主張並未介入買賣雙方交易，並非民法居間契約所稱積極主動的提供締約機會或往來媒介雙方成立契約，若因個別情事或將來運作之發展，拍賣網站介入線上拍賣交易之情形愈加深入，而可進一步認定拍賣網站居於使用者之代理人、履行輔助人等地位，則在侵權行為注意義務、故意過失之預見可能性方面之法律判斷均可能有所改變。

侵權行為之判斷，除了上述問題外，應注意現今實務於侵權行為因果關係之判斷所採取之「相當因果關係」理論之判斷，線上拍賣網站可用作合法或非法之用途，除非線上拍賣網站多半已淪為從事侵權之行為，或係拍賣網站之經營本身即以利於侵害他人權利為廣告、號召，否則依相當

因果關係之判斷，難認經營者提供線上拍賣平台予使用者之行為與侵權之結果具備相當因果關係，網站經營者之侵權責任難以成立。

欲依當前法體系向拍賣網站主張損害賠償既有一定困難程度，正如德國聯邦最高法院所採見解，主張侵害除去請求權為當前權利人所得主張最有利之依據，尤其在著作權法採去通知／取下機制後，侵害除去請求權之行使如同經法院審核之通知／取下之程序，更顯其明確及合理性，自應允許權利人主張之；若權利人進一步企求預防未來之權利侵害，而主張侵害防止請求權，其疑難則在證明賣方使用者對權利之妨害可能性極大而有提前防範之必要，縱侵害防止請求權縱無法律面問題，實際上仍遭遇能否開發出精確篩選系統之疑慮，此類困難只待未來技術克服。然一旦建立服務提供者有義務防止未來侵害之法制基礎，則易使智慧財產權利人傾向主張事前預防侵害，而非事後補救之通知／取下條款。

需注意者係，拍賣網站是否須承擔侵權責任之認定，可能因為網站運作現實、法律法規變動而有所影響，並非絕對不負責任，因此討論訂定免責條款之可能仍有其必要性。我國著作權法雖有關於網路服務提供者之免責條款，然其係參考美國立法例，未若歐盟指令採取水平立法模式，無法適用於本文所論之商標侵權事件，惟自立法論角度，均有參考價值。免責條款之爭點在主體要件以及免責條件之設計，其中前者應觀察服務提供者於個別商品刊登中，是否並未積極介入、協助甚至編輯資訊，此外服務提供者之經營型態縱未完全符合要件，應可視行為區分免除責任之範圍，未必須如法國法院採取一律不得適用免責條款之嚴苛見解。

免責條件中所稱知悉應及於侵權之違法性，並應注意其與責任成立規範之知悉意義有所不同；其次，知悉侵權事實存在後應立即取下或移除該頁面，即所謂「通知／取下」機制有遭濫用之風險，就此除規定濫用者本應負法律責任外，立法例亦採取「反對通知／回復」機制以平衡當事人關係；至於歐盟電子商務指令並不將未自侵權行為中得利作為免責之要件之一，我國著作權法則採之，立論雖然合理，然適用上可能造成一律免責之事實結果。

拍賣網站由原先單純之交易平台提供者，經過十餘年之發展，已積極參與、協助買賣方使用者之聯繫、契約之締結及便利義務之履行等事項，我國對於網路服務提供者或線上拍賣網站經營者可能承擔之民事責任，實務上雖有類似事件於法院起訴，然仍未見有表示意見者，立法上至今並無特殊處理，民事責任之成立仍須依照事件性質，適用各智慧財產權法律或民法一般規定，一般性免責條款則仍未排入立法序列，將來是否有制定特殊規範之必要，於考量網站使用者人格權、隱私權及線上拍賣網站經營模式之前提下，對線上拍賣網站應負擔之責任，自當與時俱進，俾益創造兼顧電子商務發展、權利人保障與使用者便利之三贏局面。



參考文獻

一、中文

(一) 書籍

1. 王澤鑑，侵權行為法（一）：基本理論·一般侵權行為，2006。
2. 王澤鑑，侵權行為法（二）：特殊侵權行為，2006。
3. 王澤鑑，債法原理（二）：不當得利，增訂新版，2009。
4. 王澤鑑，民法物權，2009。
5. 李沅樺，民事執行法論：強制執行法，2007。
6. 吳光明，新物權法論，2009。
7. 吳光陸，強制執行法，2007。
8. Prof. Manfred Wolf 著，吳越、李大雪譯，德國物權法，2006。
9. 吳嘉生，電子商務法導論，2003。
10. 林誠二，民法債編總論－體系化解說－(上)，2000。
11. 孫森焱，民法債編總論上冊，修訂版，2012。
12. 姚瑞光，民法物權論，1999。
13. 黃立，民法債編總論，3版，2006。
14. 張登科，強制執行法，修訂版，2010。
15. 陳文吟，商標法論，3版，2005。
16. 陳計男，強制執行法釋論，2012。
17. 陳榮宗，強制執行法（修訂新版），2版，2000。
18. 陳猷龍，民法債編總論，5版，2011。
19. 曾陳明汝、蔡明誠，商標法原理，3版，2007。
20. 曾隆興，詳解損害賠償法，2003。
21. 經濟部智慧財產局，商標法逐條釋義，2005。
22. 楊與齡，強制執行法論，修正13版，2007。
23. 鄭玉波，民法債編總論，13版，1990。
24. 鄭玉波、黃宗樂，民法物權，修訂15版，2007。
25. 賴來焜，強制執行法各論，2008。
26. 謝在全，民法物權論，修訂5版，2010。
27. 謝銘洋，智慧財產權法，2版，2011。

28. 劉春堂，判解民法債編通則，修訂6版，2010。
29. 劉清景，債編總論逐條整理，再版，2000。

(二) 專書論文

張鈺光，共同侵權行為類型化之初探，載：邁入二十一世紀之民事法學研究：駱永家教授七秩華誕祝壽論文集，頁513-534，2006。

(三) 期刊論文

1. 王怡惠，德國電信服務法下訊息儲存服務提供者之法律責任，科技法律透析，20卷7期，頁15-20，2008。
2. 王怡蘋，論著作權法之間接侵害－從德國案例所獲之啟示，東吳法律學報，19卷4期，頁75-108，2008。
3. 王怡蘋，著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，月旦法學雜誌，173期，頁25-41，2009。
4. 沈宗倫，對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，頁257-298，2010。
5. 阮富枝，危險活動之侵權責任－包含民法所定一般危險責任及特別法所定特殊危險責任，法學叢刊，55卷1期，頁33-94，2010。
6. 林廷瑞，論共同侵權行為，法學叢刊，31卷2期，頁57-61，1986。
7. 林瑞珠，網路拍賣契約爭議問題之研究，月旦法學雜誌，130期，頁38-49，2006。
8. 邵瓊慧，商標侵權使用之判斷－兼論智慧財產法院最新見解，智慧財產權，135期，頁7-32，2010。
9. 周伯翰，網路服務提供者免責條件之分析與檢討，法學新論，25期，頁21-47，2010。
10. 黃上峰，從德國危險責任法制論我國民法第一九一條之三之解釋適用，法令月刊，55卷8期，頁4-22，2004。
11. 章忠信，二〇〇九年新修正著作權法簡析－網路服務提供者之責任限制，月旦法學雜誌，173期，頁5-24，2009。
12. 陳忠五，論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省，臺大法學論叢，36卷3期，頁51-254，2007。
13. 陳聰富，歐陸法嚴格責任立法與我國民法第191條之3之檢討，國立

臺灣大學法學論叢，40 卷 2 期，頁 569-628，2011。

14. 楊佳元，一般危害責任理論 - 就一般危害責任理論,探討消費者保護法之商品製造人責任與民法修正草案第一九一條之若干問題，法學論叢，41 卷 3 期，頁 103-114，1996。
15. 趙晉枚，商標侵害的賠償 - 兼評商標法的修正，科技法律透析，22 卷 9 期，頁 36-64，2010。
16. 鄭苑瓊，淺析 Tiffany v. eBay 案與網路服務提供者商標侵權責任爭議，科技法律透析，21 卷 7 期，頁 7-11，2009。
17. 蘇惠卿等，自危險責任之生成與發展論民法第一百九十一條之三 - 民法研究會第十九次學術研討會，法學叢刊，46 卷 1 期，頁 171-193，2001。

(四) 學位論文

1. 林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，國立臺北大學法學系博士論文，2005。
2. 張淑美，網路服務業者之侵權責任 - 以著作權侵權為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006。

二、西文

(一) 德文註釋書

- 1.Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004.
- 2.Staudinger, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Unerlaubte Handlungen 3, 13. Aufl., 2008.
- 3.Staudinger, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, 12. Aufl., 1999.

(二) 書籍

HÄ RTING, NIKO, Internetrecht, 3. Aufl., 2008.

(三) 專書論文

1. EDWARDS, LILIAN, The Fall and Rise of Intermediary Liability Online, in LAW AND INTERNET 47-88 (Lilian Edwards & Charlotte Waelde eds., 2009).
2. VAN DER NET, CYRIL, Civil Liability of Internet Providers Following the Directive on Electronic Commerce, in E-COMMERCE LAW 49-57 (Henk Snijders & Stephen Weatherill eds., 2003).

(四) 期刊論文

1. BERNSTEIN, DAVID H., & POTENZA, MICHAEL R., Why the Reasonable Anticipation Standard Is the Reasonable Way to Assess Contributory Trademark Liability in the Online Marketplace, 2011 Stanford Technology Law Review 9(2011).
2. CHEUNG, ANNE S.Y. & PUN, KEVIN K.H., Comparative Study on the Liability for Trade Mark Infringement of Online Auction Providers, 31(11) European Intellectual Property Review 559(2009).
3. FAVRE, EMILY, Online Auction Houses: How Trademark Owners Protect Brand Integrity Against Counterfeiting, 15 Journal of Law & Policy 165 (2007).
4. HEADDON, TOBY, Beyond Liability: On the Availability and Scope of Injunctions Against Online Intermediaries After L'Oreal v eBay, 34(3) European Intellectual Property Review 137 (2012).
5. LERNER, TODD EVAN, Playing the Blame Game, Online: Who Is Liable When Counterfeit Goods Are Sold Through Online Auction Houses?, 22 Pace International Law Review 241(2010).
6. LIEVENS, DENNIS, eBay's Accessory Liability for Counterfeiting – Why Joint Tort Liability Just Doesn't Cut the Mustard, 42(5) International Review of Intellectual Property and Competition Law 506(2011).
7. LIEVENS, DENNIS, L'Oréal v. eBay – Welcomed in France, Resented in England, 43(1) International Review of Intellectual Property and Competition Law 68(2012).

- 8.MORCOM, CHRISTOPHER, Trade Marks and the Internet: Where Are Now?, 34(1) European Intellectual Property Review 40(2012).
- 9.PEGUERA, MIQUEL, The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems, 32 Columbia Journal of Law & the Arts 481(2009).
- 10.RUTZ, CHRISTIAN, Germany: Trade Marks – Auction Sites’ Liability for Counterfeits, 29(10) European Intellectual Property Review N113(2007).
- 11.RÜHMKORF, ANDREAS, The Liability of Online Auction Portals: Toward a Uniform Approach?, 14 No. 4 Journal of Internet Law 3(2010).
- 12.SAUDERS, KURT M. & BERGER-WALLISER, GERLINDE, The Liability of Online Markets for Counterfeit Goods: A Comparative Analysis of Secondary Trademark Infringement in the United States and Europe, 32 Northwestern Journal of International Law and Business 37(2011).
- 13.STRACHAN, JANE, The Internet of Tomorrow: The New-Old Communications Tool of Control, 26(3) European Intellectual Property Review 123(2004).
- 14.TEAGUE, E. JORDAN, Promoting Trademark's Ends and Means Through Online Contributory Liability, 14 Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 461(2011).
- 15.The Trademarks and Unfair Competition Committee of New York City Bar Association, Online Auction Sites and Trademark Infringement Liability(2003),
<http://www.abcnyc.org/pdf/report/Online%20Auction%20Sites%20Final%20Report.pdf>
- 16.TIBERI, LUCA, & ZAMBONI, MICHELE, Liability of Service Providers, 9(2) Computer and Telecommunications Law Review 49(2003).
- 17.VALENCIA, FRANCK, Legal Ambiguity in the Digital Economy: The Case of eBay and the Liability of Online Auction Sites, 2011(4) International Business Law Journal 415(2011).
- 18.VAN EECKE, PATRICK, & OOMS, BARBARA, ISP Liability and the E-commerce Directive: A Growing Trend toward Greater Responsibility for

- ISPs, 11 No. 4 Journal of Internet Law 3(2007).
- 19.VAN EECKE, PATRICK, & TRUYENS, MAARTEN, Recent Events in EU Internet Law, 12(2) Journal of Internet Law 25(2008).
- 20.VAN EECKE, PATRICK, & TRUYENS, MAARTEN, Recent Events in EU Internet Law, 14(1) Journal of Internet Law 20 (2010).
- 21.VAN EECKE, PATRICK, & TRUYENS, MAARTEN, L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers?, 1/2011 Computer und Recht international 1(2011).
- 22.VAN EECKE, PATRICK, & TRUYENS, MAARTEN, L'Oréal v. eBay: The Court of Justice Clarifies the Position of Online Auction Providers, 5/2011 Computer und Recht international 129(2011).
- 23.WALDEN, IAN, Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global E-economy, 26(6) European Law Review 529(2001).

三、研究計畫、報告與年鑑

- 1.財團法人資訊工業策進會科技法律中心，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，2003，<http://www.cepd.gov.tw/dn.aspx?uid=2522>，瀏覽日期：2012年4月10日。
- 2.經濟部商業司，中華民國電子商務年鑑2011，2011。
- 3.Report from the Commission to the European Parliament, The Council and the European Economic and Social Committee - First Report on the Application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular Electronic Commerce, in the Internal Market (2003), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0702:EN:HTML> (06/05/2012 visited)
- 4.Thibault Verbiest & Gerald Spindler & Giovanni Maria Riccio, Study on the Liability of Internet Intermediaries(2007), available at http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final

_report_en.pdf (07/05/2012 visited)

四、外國判決

(一) 比利時

Commercial Court of Brussels, decision of 30 July 2008, *Computer und Recht international* 5/2008, 152-153.

(二) 德國

1. Bundesgerichtshof, Urteil vom 11.3.2004, *Computer und Recht* 2004, 763-767.

2. Bundesgerichtshof, Urteil vom 19.4.2007, *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, 2636-2640.

3. Bundesgerichtshof, Urteil vom 30.4.2008, *Computer und Recht* 2008, 579-582.

(三) 法國

1. Christian Dior Couture SA v eBay Inc, eBay International AG RG No. 2006077807 (Tribunal de Commerce [TC] [Commercial Court]) Paris, June 30, 2008, English version available at <http://www.law.pace.edu/files/pilr/AllCasesTranslated.pdf> (02/04/2012 visited).

2. Hermès International v Cindy Feitz, eBay France and eBay International AG RG No. 06/02604 (Tribunal de grande instance [TGI] [Court of First Instance]) Troyes, June 4, 2008, English version available at <http://www.law.pace.edu/files/pilr/AllCasesTranslated.pdf> (02/04/2012 visited).

3. Louis Vuitton Malletier v eBay Inc and eBay International AG RG No. 2006077799 (Tribunal de Commerce [TC]) Paris, June 30, 2008, [2010] *European Trade Mark Report* 10.

(四) 英國

L’Oreal SA v. eBay international AG, [2009] EWHC 1094 (CH).

(五) 歐洲聯盟

1. Judgment of 23/03/2010, joined cases C-236/08- 238/08, Google France S.A.R.L, Google Inc. v. Louis Vuitton Malletiere SA (C-236/08), Viaticum SA, Lucetiel S.A.R.L (C-237/08), and Centre National de Recherché en Relations Humaines (CNRRH) S.A.R.L (C-238/08), 2010 European Court Reports I-02417.
2. Judgment of 12/07/2011, Case C-324/09, L’Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others, Official Journal C 269, 10.9.2011, p.3.
3. Judgment of 16/06/2012, Case C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v. Netlog NV, Official Journal C 98, 31.3.2012, p.6.

(六) 美國

Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010).