

線上平台營運者對第三方商標侵權之責任

陳昭華*、王敏銓**

壹、前言

貳、線上平台之意義

參、歐盟及德國法制

一、歐盟法制

二、德國法制

三、歐盟及德國法制之比較

肆、美國法制

一、案例法發展

二、立法及法案

三、總結

伍、我國法制

一、適用規範

二、法院見解

陸、各法制之比較

一、責任類型不同

二、從 DMCA 到 DSA

三、殊途同歸

柒、結論

* 作者現為國立臺灣科技大學專利研究所兼任教授。

** 作者現為國立中興大學法律學系教授。

本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局及任職單位之意見。

摘要

數位化時代，電子商務盛行，線上平台營運者在數位服務上扮演的是「中介服務提供者」的角色，應使用者要求儲存由使用者提供之資訊。因此線上平台營運者原則上是不須為平台上第三方（即賣家）提供之侵害商標權商品負其責任的，但在某些情況，平台營運者也須承擔責任，其認定標準為何？就此，我國雖曾公布《數位中介服務法》草案，惟鑑於本文所探討者僅為該草案中之一小部分，難以對整個法案做全面性之探討，因此僅就線上平台營運者責任部分，針對歐盟、德國、美國及我國法制加以探討，期能提供將來法制發展之參考。

關鍵字：線上平台、線上中介者責任、線上中介者豁免、數位服務法、通訊端正法、網路託管服務、妨害責任、輔助侵權

Online Platform、Online Intermediary Liability、Online Intermediary Immunity、Digital Services Act、Communication Decency Act、Web Hosting Service、Contributory Infringement

壹、前言

隨著網路消費型態盛行，線上購物平台也必須面對商標侵權問題。其中尤其具爭議性的，是若侵權行為人是平台上的賣方時，平台是否也必須為其使用者（賣方）的侵權行為負商標侵權責任？對此問題有二種基本體制：「線上中介者責任」（online intermediary liability），認為平台對其使用者張貼違法內容，須對受害者負責；而「線上中介者免責」（online intermediary immunity），則不對平台施加此種責任；而在這兩種基本體制之外，又存有此二者的變異及混合的體制¹。網路上的平台經營者，為第三人行為負責的情況，可能涉及多種法律問題，如言論自由、誹謗、隱私、著作權、商標權等。本文僅就與商標有關之議題進行探討。

本文從歐盟、德國、美國法制探討上述問題，並檢視我國相關判決。本文第貳部分先討論線上平台的意義。第參部分介紹歐盟及德國法制。第肆部分則探討美國法制。第伍部分討論台灣法制及相關判決。第陸部分對上述法制及判決作比較分析。第柒部分為結論。

貳、線上平台之意義

關於線上平台（online platform），歐盟《數位服務法》（Digital Services Act, DSA）對「線上平台」之定義：「係指依服務接收者²（即使用者）要求，儲存資訊並向公眾傳播之託管服務（hosting service）。但僅為他服務之次要及附屬功能，因客觀及技術因素無法與該他服務分離使用，且將該特性或功能整合到他服務非為規避本法之適用者，不在此限」（DSA 第3條第1項第（i）款）。

¹ James Grimmelman & Pengfei Zhang, *An Economic Model of Online Intermediary Liability*, 38 BERKELEY TECH. L.J. 1011, 1014 (2023).

² 所謂「服務接收者」，係指使用中介服務之任何自然人或法人，特別是為了尋求資訊或使其可接收（DSA 第3條第1項（b）款）。

線上平台最主要的工作是將用戶提供的資料依其要求儲存起來，線上平台為 DSA 規範之中介服務³之其中一種型態，特別是託管服務類型之一。根據上述定義，服務提供者為使用者提供儲存資料的基礎設施。託管服務包括「雲端運算（cloud computing）、網頁託管（web hosting）、付費參考服務或支援線上分享資訊和內容的服務（包括文件儲存和分享）等服務類別」⁴。

我國國家通訊傳播委員會曾於 2022 年 6 月提出《數位中介服務法》草案，對於線上平台服務之定義與歐盟規範極為接近⁵。

本文採歐盟對線上平台之定義。線上平台可作為買賣商品或服務之市場，如 Amazon、eBay 等線上市場。亦可作為社交網路，允許用戶相互溝通或互動，如 Meta。還有用於發布和分享内容之線上平台，例如部落格、論壇或影片平台（如 YouTube）。

線上平台，特別是線上市場，可提供第三方（賣方）於平台上販賣商品或服務，當第三人提供侵害商標權之商品或服務時，線上平台營運者是否應負責任？以下分別就不同的法制探討之。

³ 所謂「中介服務」（intermediary service），根據 DSA 第 3 條第 1 項（g）款，係指下列資訊社會服務之一：（1）「單純連線（mere conduit）」服務，包括在通訊網路中傳輸服務接收者之資訊，或提供對通信網路之接收（access）；（2）「快速存取（caching，簡稱「快取」）」服務，包括在通訊網路中傳輸使用者提供之資訊，涉及該資訊之自動、中介及暫時（temporary）的儲存，其唯一目的是根據其他使用者之請求，更有效地繼續傳輸訊息；（3）「託管（hosting）」服務，包括應使用者要求儲存由使用者提供之資訊。

⁴ DSA 前言說明第 29 點。

⁵ 草案第 2 條第 3 款規定：「線上平臺服務：指依使用者要求，將其所儲存之資訊向公眾傳達之特定型態資訊儲存服務。但僅為他服務之次要及附屬功能，因技術無法與該他服務分離使用，且非為規避本法者，不在此限。」

參、歐盟及德國法制

一、歐盟法制

(一) 適用規範

歐盟就中介服務提供者之責任制度原規定於 2000/31/EC 《電子商務指令》⁶。為了修正指令中之部分規定，歐盟理事會在 2022 年 10 月 4 日另通過了 DSA（數位服務法），於 2022 年 11 月 16 日生效，為所有數位中介服務創建了統一的法律框架。於 2024 年 2 月 17 日全面施行。但 DSA 並未取代《電子商務指令》⁷，惟為了實現更大程度的協調，DSA 納入了電子商務指令原有的責任豁免（liability exemptions）條款，以確保中介服務能在內部市場繼續蓬勃發展⁸。

1、規範目的

DSA 之規範目的是透過制定統一之規範來促進內部市場中介服務之正常運作，以建立一個安全、可預測及可信任之線上環境，促進創新，並有效保障《憲章》所規定之基本權利，包括消費者保護原則，使得到有效之保護（DSA 第 1 條第 1 項）。本法為內部市場中介服務制定了統一規則，特別是以下內容：（1）有條件免除中介服務提供者責任（conditional exemptions）之架構；（2）針對某些類別之中介服務提供者制定具體之盡職調查義務（due diligence obligations）規則；（3）有關本法實施及執行之規則，包括有關主管機關之間的合作及協調之規範（同條第 2 項）。

⁶ 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 ('Directive on electronic commerce').

⁷ DSA 第 2 條第 3 項：「本法不影響指令 2000/31/EC 的適用。」

⁸ DSA 前言說明第 16 點。

2、適用對象

DSA 適用於提供給歐盟境內消費者及企業用戶的數位中介服務，包括中介服務提供者及搜索引擎服務業者，涵蓋下列四類業者：（1）超大型線上平台（very large online platform, VLOP）及搜尋引擎：界定標準為擁有 4 千 5 百萬以上歐盟使用者的線上平台業者或搜索引擎業者；（2）線上平台：匯聚買賣雙方的平台，例如線上市集、應用程式商店、協作經濟平台及社群媒體平台；（3）網頁託管業者（hosting service），例如提供雲端及網路資訊儲存服務的業者，如 Azure、AWS；（4）提供網路基礎設施之中介服務（intermediary service）：例如網路存取供應商、網域名稱註冊機構，如 ICANN（網際網路名稱與數位位址分配機構，Internet Corporation for Assigned Names and Numbers）⁹。本文僅針對線上平台加以探討。

3、線上平台營運者之責任

（1）託管服務之免責事由

線上平台為託管服務類型之一。在探討託管服務之免責事由之前，宜先對 DSA 有關中介服務提供者之責任加以探討，以瞭解豁免之責任內容為何。

A、責任概說

DSA 就中介服務提供者之責任採取「安全港」（safe harbor）原則，根據該原則，服務提供者就第三方提供之違法內容在具備一定要件下可以免責。惟該免責規定僅在規範中介服務提供者對使用者之違法內容而可免責之情形，並非作為服務提供者應承擔之責任的積極基礎：承擔責任之基礎仍必須根據歐盟或國家法律來確定¹⁰。

⁹ European Commission, The Digital Services Act – Ensuring a safe and accountable online environment, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en. 另請參聖島智慧財產專業團體，歐盟數位服務法（DSA）已開始施行，https://www.saint-island.com.tw/Tw/News/News_Info.aspx?IT=News_1&CID=266&ID=72851（最後瀏覽日：2025/01/04）。

¹⁰ 參 DSA 前言說明第 17 點。

至於免除哪些責任？免責原則上適用於任何類型的責任，如民法中的損害賠償、排除、不作為請求權及提供資訊義務，以及刑事制裁及違反行政行為之處罰¹¹。

又免責僅限於中介服務提供者是站在中立角色時始有適用。若服務提供者並非以中立方式提供服務，而是在提供服務時發揮積極作用，或故意與使用者合作進行違法活動，則無免責規定之適用¹²。

DSA 第 4 條到第 6 條責任豁免規定並不影響成員國法律體系下的司法或行政機關要求服務提供者停止或防止侵權的可能性，此在第 4 條第 3 項、第 5 條第 2 項及第 6 條第 4 項中均有明確規定。可見責任豁免與命令不作為並不衝突，命令不作為不受 DSA 拘束，而是受成員國法律拘束¹³。命令不作為須根據國家之法律，由法院或行政機關為之。這確保了國家政府機關在個案中權衡利益之機會。該等規定在很大程度上與德國《數位服務法》（Digitale-Dienste-Gesetz, DDG）第 7 條第 3 項前段：「若服務提供者不須依據（EU）2022/2065 法第 4 條不承擔責任者，則不能對因使用者違法行為而造成之損害、排除或停止侵權承擔責任」相呼應。

¹¹ Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL März 2022, Teil 18.1 Rn. 15.

¹² 參 DSA 前言說明第 18 點、第 20 點。

¹³ Neidinger/Wildgans, in Kraul (Hrsg.), Das neue Recht der digitalen Dienste, Nomos, 1. Aufl., 2023, §3 Rn.42.

B、託管服務之免責事由

(A) 免責要件

DSA 第 6 條第 1 項，「若提供之資訊社會服務¹⁴包含有使用者提供之資訊者，服務提供者在符合下列要件下，對於依使用者請求所儲存之資訊不負其責任：(a) 對於違法活動或違法內容不實際知悉 (actual knowledge)，且就他人請求損害賠償之情形，對任何明顯存在違法活動或違法內容之事實亦不認識 (aware of) 其違法；或 (b) 於知悉或認識到違法內容後，立即移除該資訊或限制其被存取。」

根據該項，服務提供者不對用戶請求儲存之資訊承擔責任，前提是對於涉嫌違法之內容不實際知悉違法，且於他人請求損害賠償之情形，對任何明顯存在違法活動或違法內容之事實亦不認識其違法；或者一旦意識到這點，就迅速採取行動阻止對違法內容之存取或將其刪除。

何時可以假定服務提供者已知悉或認識到違法活動或違法內容？服務提供者可以透過主動調查或透過第三方足夠精確且充分證實 (sufficiently precise and adequately substantiated) 的通知以 (大概) 知悉違法之內容。若是第三方之通知，則必須得到證實，以便服務提供者能識別及評估可疑之違法內容，並在必要時採取行動。然而，不能僅僅因為提供者普遍意

¹⁴ 所謂「資訊社會服務」(information society service)，根據 DSA 第 3 條第 1 項 (a) 款，係指歐盟 2015/1535 指令第 1 條第 1 項 (b) 款所定義之「服務」。其中，「服務」係指任何資訊社會服務，即通常應服務接收者之個別請求，透過電子方式，有償提供之遠距服務。就本定義而言：(1)「遠距」，係指在雙方未同時在場之情況下提供服務；(2)「通過電子方式」，係指通過處理 (包括數位壓縮) 與儲存數據的電子設備，以及通過有線、無線、光學或透過其他電磁方式傳送、接收及儲存之服務；(3)「應服務接收者之個別請求」，係指根據個別請求傳輸資料而提供服務。

識到其服務也會被用來儲存違法內容，就認為其已知悉或認識到有違法內容¹⁵。此外，對於向平台營運者發出的侵權通知有嚴格的要求。DSA 第 16 條第 3 項規定：「本條所稱之通知¹⁶，應被視為第 6 條中有關特定資訊之實際知悉或認識（actual knowledge or awareness），前提是其能使謹慎行事之託管服務者在沒有詳細法律審查之情況下，確定相關活動或資訊是違法的。」

上述規定在很大程度上符合了關於違法行為在訴訟前的提示（Vorprozessuale Hinweise auf Rechtsverletzungen）在德國法院所發展出來的原則¹⁷。根據該原則，必須能夠使基本上沒有義務進行預防性控制的線上交易平台營運商，在其不知情的情況下，能夠發現使用平台提供之軟體向平台註冊會員發布的銷售會侵害了第三方的權利。前提是：該通知須非常具體，使受通知者可以輕易地認定違法行為，亦即毋需詳細的法律或事實的審查。線上平台營運者所需的審查強度應依個案就具體情形判斷之，特別是取決於通知之違法行為的嚴重程度以及營運者查明違法行為的能力¹⁸。

一般而言，平台服務提供者必須可能從其平台上的大量內容識別出明顯的違法行為。較大的平台會為此目的提供特定的程序，借助這些程序，使平台服務

¹⁵ DSA 前言說明第 22 點。

¹⁶ 第 16 條第 1 項：「託管服務提供者應建立機制，讓任何個人或實體通知其服務中存在其認為是違法內容之特定資訊項。該等機制必須易於存取且利於使用者使用，並允許僅透過電子方式提交通知。」

¹⁷ Neidinger/Wildgans, in Kraul (Hrsg.), aaO., §3 Rn.74. 所謂訴訟前的侵權提示，係指在正式法律程序之前收集用於識別或記錄可能的侵權行為的資訊或證據。

¹⁸ BGH, Urteil v. 17.08.2011, Az. I ZR 57/09 – Stiftparfüm.

提供者可以較容易舉報違法行為¹⁹。如果平台營運者已履行了法律所認可的、社會所期待的審查程度，則該審查工作既不能在經濟上危及其商業模式，也不能使其審查變得過分困難²⁰。

至於權利人是否必須提供侵權之證據？雖然通常不需要權利人提供侵權證據，但在某些情況下，若提供者對受保護之權利（Schutzrecht）是否存在或是否有權主張該權利有合理懷疑時，則可能需要提供侵權證據。例如，若指控侵害個人權利時，通常較不易確定是否違法，則須提供侵權證據²¹。

至於何謂「違法內容」？DSA 第 3 條第 1 項第（h）款明確定義：「係指本身或與某項活動（包括產品銷售或服務提供）相關之任何資訊，該等資訊不符合歐盟法律或任何符合歐盟法律之成員國的法律，無論相關立法之具體主題或性質為何。」為了實現確保網路環境安全，「違法內容」應採廣義定義，包括與違法內容產品、服務或活動有關之資訊，無論其形式如何，例如違法仇恨言論、恐怖主義內容或違法歧視性內容等²²。

（B）不適用情形

第 6 條第 2 項及第 3 項規定不適用第 1 項之情形。

「當使用者是在服務提供者之授權或控制下所為時，前項規定不適用之」（同條第 2 項）。例如二者間具有僱傭關係或監控關係（Beaufsichtungsverhältnis）。

¹⁹ Daniel Schätzle, Haftung von Online-Plattformen für fremde Rechtsverletzungen – Störer oder Täter? 28.4.2022, <https://haerting.de/wissen/haftung-von-online-plattformen-fuer-fremde-rechtsverletzungen-stoerer-oder-taeter/> (last visited Jan. 4, 2025).

²⁰ *Id.*

²¹ BGH, Urteil v. 01.03.2016, Az. VI ZR 34/15 – Ärztebewertungsportal III.

²² DSA 前言說明第 12 點。

「當線上平台提供特定之資料或以其他方式使普通消費者相信作為交易標的之資訊或產品、服務係由線上平台本身或在其監督下之使用者所提供之情況下，而使特定的交易實現時，則第一項不適用於在消費者與商家簽訂遠端合約之線上平台根據消費者保護法承擔之責任」（同條第3項）。依本項，若線上交易平台上提供之產品或服務讓一般知情之消費者產生交易標的物是由線上平台本身或至少是由其監督下之使用者提供的印象時，則無免責規定之適用。這包括線上平台提供者允許消費者與賣家簽訂遠端合約，訂定賣家在該平台上提供商品或服務的價格時，則該賣家可被視為在線上平台之監督或控制下行事²³。

（C）免責與成員國要求之關係

同條第4項規定，「本條不影響成員國法律體系下之司法或行政機關要求服務提供者停止或防止侵權行為。」

C、自願主動調查及遵守法律

根據DSA第7條規定，「中介服務提供者誠信、謹慎、主動地以偵查、辨識、移除或限制存取違法內容，或採取必要措施，以遵守歐盟或其他國家法律，特別是本法之要求者，亦得享有第四條、第五條、第六條規定之責任免除。」

根據本條規定，託管服務營運者不會因為自願主動調查違法內容，就無責任豁免之適用。本條為DSA的創新規定。該規定的背景是：在過去，資訊儲存服務提供者幾乎沒有動力進行監控活動，這可能意味著資訊儲存服務提供者意識到監控到違法內容，將不再被允許主張責任豁免。因為加強偵

²³ DSA 前言說明第23點。

測違反內容，卻導致了潛在的責任陷阱，相對於未採取此類監控措施的資訊儲存提供者，採取監控者反處於不利地位，這似不合適，並且產生了錯誤的誘因（falsche Anreize）²⁴。因此 DSA 新增本條的規定。

本條為「好撒瑪利亞人優惠」（Guter-Samariter-Privileg）原則²⁵，根據該原則，服務提供者自行採取自願調查或類似措施來識別和阻止違法內容，並不表示無責任豁免之適用，但前提是這些措施是以誠信和謹慎的方式進行的。誠信和謹慎行為的條件應依本法的目標及要求，確保採取客觀、非歧視和符合比例的方式，並適當考慮所有相關各方的權利和合法利益，並防止不合理地刪除合法內容的必要措施。為此，相關提供者應採取合理措施，以確保在使用自動化工具執行此類措施時，所涉及之技術足夠可靠，以儘可能限制錯誤率。此外，必須澄清的是，提供者僅僅誠信地採取措施遵守歐盟法律的要求，包括本法中為執行其一般條款和條件而規定之措施，不應導致不能適用本法規定的免責條款。因此，在確定提供者是否可以從免責規定中受益時，不應考慮提供者可能已經進行或採取的活動和措施，特別是關於提供者是否中立地提供服務，因此屬於免責條款的範圍。自願行動不應被用來規避本法規定的中介服務提供者的義務²⁶。

（2）線上平台營運者之監測及資訊義務

雖然根據 DSA 第 8 條，服務提供者原則上並無一般性的監督或積極調查義務，但在個別情況下也可能具有具體的監督義

²⁴ Spindler, Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1), GRUR 2021, 545(549). 好撒瑪利亞人原則，係保護自願處於危險或困境中而不期望他人補償之個人。源自聖經中好撒瑪利亞人的寓言，目的是鼓勵人們幫助他人，不必擔心法律後果。The 4 Components of the Good Samaritan Law: Understanding Your Legal Protections, <https://intensitylaw.com/blog/what-are-the-4-components-of-the-good-samaritan-law/> (last visited Jan. 4, 2025).

²⁵ Neidinger/Wildgans, aaO, §3 Rn.83.

²⁶ DSA 前言說明第 26 點。

務²⁷，並且司法或行政機關得發布命令停止或防止違法行為（第9條）或獲取資訊（第10條）。

A、無監控或積極調查之一般義務

DSA 第8條規定：「中介服務提供者無監控其傳輸或儲存之資訊或積極調查顯示違法活動事實或情況之一般義務。」

中介服務提供者不承擔一般監控義務，不論是法律上或事實上之監控義務。但這並不影響具體案件中的監控義務，特別是不影響國家機關根據國家法律所發出的命令，而該國家法律符合由歐盟法院詮釋之歐盟法。在任何情況下，本法均不應被解釋為施加一般監控或積極調查的一般義務，或提供針對違法內容採取措施的一般義務²⁸。

歐洲法院曾對所謂的「非義務」（Nicht-Pflichten）表示：對一般監控的禁止，尤其適用於那些要求中介服務者「積極監控每個客戶提供的所有資訊，以防止未來任何侵害其智慧財產權的國內措施」²⁹。

然應注意者，中介服務者雖無一般監督義務，但並不排除必須根據具體情況進行具體監督之義務。在個別情況下，特別是司法或行政機關下令的情況下，會產生具體的監督義務³⁰。因此，法院可以命令託管提供者（例如線上平台營運者）阻止存取所儲存的違法或類似違法的資訊或將其刪除。特別是為了防止違法資訊透過「共享」迅速傳播，這並非屬於第8條之一般監督。同時每個基於監督義務所為的警告或是禁制

²⁷ DSA 前言說明第30點。

²⁸ DSA 前言說明第30點。

²⁹ EuGH 12.7.2011 – C-324/09, GRUR 2011, 1025 Rn. 139 – L'Oréal/eBay; EuGH 24.11.2011 – C-70/10, GRUR 2012, 265 Rn. 36 ff. – Scarlet/SABAM.

³⁰ DSA 前言說明第30點。

令（不作為之訴）都是具體的（非一般的）監督義務³¹。因此，為了避免被請求不作為之訴，提供者需要避免類似的違法行為，並且最終為此目的進行適當的檢查³²。

B、對於違法內容採取行動之命令

DSA 第 9 條第 1 項規定：「中介提供服務者在收到有關國家司法或行政機構發布針對特定違法內容之命令後，應立即通知發布命令的機構或命令中指定的任何其他機構該命令的任何效力，並明確說明該命令是否以及何時生效。」

DSA 第 4 條到第 6 條的責任豁免並不影響發布「針對中介服務提供者之各種命令……」之可能性。特別是當國家司法或行政機關可能發布命令，要求排除或防止侵權行為³³。然而其法律依據並非 DSA 本身，而是基於歐盟或成員國法律之授權基礎，因為 DSA 第 9 條第 2 項第 a 款規定「根據歐盟法律或國家法律表明該命令之法律依據」。

然而在命令的範圍內，必須遵守「請求輔助原則（Grundsatz der Subsidiarität der Inanspruchnahme）」³⁴：據此，中介服務的使用者應對其提供、傳播的違法內容承擔主要責任；如果可能的話，衝突應在沒有中介服務提供者參與的情況下得到解決。如果在具體情況下，需要讓中介服務提供者捲入此類衝突，則通常應向具有針對特定違法內容採取行動的技術和操作能力的行為者發出適當的命令。這種期

³¹ LG Frankfurt a. M. 8.4.2022 – 2-03 O 188/21, MMR 2022, 494 (495).

³² EuGH 15.9.2016 – C-484/14, GRUR 2016, 1146 Rn. 85 ff. – McFadden/Sony Music.

³³ DSA 前言說明第 25 點。

³⁴ DSA 前言說明第 27 點前段：「雖然本條例規定的中介服務提供者責任規則側重於免除中介服務提供者之責任，但重要的是要記住，儘管此類供應商通常發揮重要作用，但線上違法內容和活動問題不應僅關注他們的責任和義務。在可能的情況下，受線上傳輸或存儲的違法內容影響的第三方應嘗試解決與此類內容相關的衝突，而不涉及相關中介服務提供者。如果確定此類責任的歐盟和國家法律的適用規則另有規定，則使用者應對他們提供並可能通過中介服務向公眾傳播的違法內容負責。」

望之目的特別是為了避免或儘量減少對違法資訊的可用性（Verfügbarkeit）及可接取（Zugänglichkeit）性的影響³⁵。

（A）命令之形式的最低要求

根據 DSA 第 9 條第 2 項第 a 款，「發出之命令必須包含以下內容：a. 根據歐盟法律或國家法律表明該命令之法律依據；b. 說明資訊為何包含違法內容之理由；c. 識別命令機構的資訊；d. 使中介服務提供者能夠識別及查出相關違法內容之明確資訊；e. 有關中介服務提供者及提供內容之用戶可用之補救機制的資訊；及 f. 在某些情況下，必須向哪個機構通報執行命令之資訊。」

（B）命令之地域範圍

根據 DSA 第 9 條第 2 項第 b 款，根據歐盟法及國家法律適用規則，包括《憲章》，以及適用的國際法一般原則，本命令之領土範圍僅限於實現其目標所必須之範圍。

C、提供資訊命令

DSA 第 10 條規定了提供資訊命令（orders to provide information）的要求。當國家司法或行政機關根據歐盟或國家法律向中介服務提供者發出命令，並要求他們提供有關其使用者的資訊時，便有該條之適用。第 10 條並非主管機關單獨授權的依據，而是規範了現有官方資訊請求之統一程序要求³⁶。

³⁵ Neidinger/Wildgans, aaO., §3 Rn.100-101.

³⁶ DSA 前言說明第 31 點。

第 1 項規定，中介服務提供者在收到國家司法或行政當局發出對涉及特定個人用戶之具體資訊的查閱命令後，應立即通知發布機關或接收命令中指定的任何其他機關關於命令之接收及執行，並說明其是否以及何時執行命令。

第 2 項進一步規定，從形式上看，這些要求必須包括：法律依據、識別發證機構的資訊、帳戶名稱或識別碼、理由、補救機制及命令如何遵守等訊息。

（二）法院見解

由於 DSA 自 2024 年 2 月 17 日始開始施行，目前尚無相關案例，因此只能以 DSA 施行前的案例說明之。

在探討歐盟案例之前，首先必須強調歐洲法院對線上平台營運者有透明度的要求：須清楚呈現商標商品之來源，這也是判斷商標權是否受侵害之重要基準。理由是：如果普通網路使用者很難或不可能從廣告中識別出廣告宣傳之商品或服務是否來自於商標權人或與其有經濟關聯之企業，或者來自於第三方時，則損及商標之來源功能³⁷，從而侵害商標權。

1、線上平台營運者以關鍵字廣告協助賣家銷售侵權商品是否構成侵權？

（1）事實

本案為 eBay 與 L'Oréal 在英國發生之糾紛。eBay 為線上平台營運者，在平台上提供廣泛之商品及服務，L'Oréal 為知名商標權人，銷售包括化妝品等多樣商品。L'Oréal 採封閉式銷售系統，禁止授權經銷商在 eBay 等平台上銷售其商品。但 L'Oréal 公司卻發現在 eBay 上亦可買到其化妝品，因為 eBay 以「L'Oréal」為關鍵字廣告，吸引用戶購買在 eBay 上銷售侵害其商標之商品，因此主張 eBay 參與了線上拍賣用戶的商標侵權行為。

³⁷ EuGH, 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08.

(2) 法院見解

英國法院在審理時暫停訴訟，聲請歐洲法院解釋 eBay 是否侵害商標權。歐洲法院做出初步裁決³⁸，重點為：(1) 如果線上平台營運者本身曾幫助商標侵權，則其必須先積極防止商標侵權之發生。「幫助」可以包括優化銷售要約之呈現或透過宣傳相應的要約，以擴大其涵蓋範圍，但重要的是，營運者發揮積極的作用，使其可能獲取與要約有關的資訊。(2) 即使營運者未發揮積極作用，但一個客觀、合理的營運者能夠根據某些事實認識出該要約之違法性時，營運者必須採取措施防止進一步的違法行為。(3) 關鍵字廣告部分：線上市場營運者所提供之服務包括為賣家展示販賣之要約。當賣家之要約附有相同或近似於系爭商標之標識時，該標識將無可避免地會被顯現於線上市場營運者之網站上，但此非屬商標指令或商標條例之「使用」。他人使用相同或近似於系爭商標之標識時，必須此使用人是在「自己商業活動中使用此標識」方屬商標使用。若他人提供服務，此服務的一部分是讓買受人得以在商業活動中將對應於商標之標識展示於服務提供者的網站上，則此提供者本身並非使用商標行為，從而不構成商標權之侵害³⁹。

(3) 小結

根據歐洲法院之見解，線上平台營運者必須主動確保其平台之安全。營運者透過優化第三方銷售要約之呈現或宣傳要約

³⁸ EuGH, 12. 07. 2011, C-324/09.

³⁹ 根據歐洲法院見解，商標使用必須具備下列特點：(1) 在「在商業交易過程中」(im geschäftlichen Verkehr) 使用；(2) 用於「自己的」商品／服務 (ECJ Adam Opel AG v Autec AG (C-48/05), Court Reports 2007 I-01017, Rn. 28 f.)，即商標係用以指示自己之商品／服務而使用。在搜索引擎服務商將他人商標或商標之組成部分提供給廣告主作為關鍵字時，只是讓廣告主自己使用商標，並未將商標使用在其自己之商品或服務上，故不構成商標之使用，從而不構成商標權之侵害 (ECJ Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL (C-237/08) and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others (C-238/08), European Court Reports 2010 I-02417)。

之方式，以發揮積極作用，獲取與要約有關的資訊時，若其知悉第三方銷售侵權商品時，營運者應積極採取措施防止進一步違法行為之發生。至於營運者為其賣家購買關鍵字廣告，並非商標使用，從而不構成商標侵權。

2、為線上平台營運者存放侵權商品是否侵害商標權？

(1) 事實

原告是歐盟註冊商標「DAVIDOFF」之被授權人，商標使用在「香水、精油、化妝品」。被告均屬於 Amazon 集團，被告 1 為賣家，在 amazon.de 網站上，向第三方提供在「Amazon 商城」發布銷售要約的機會。依此銷售之買賣契約是由賣家與買方簽訂的，惟賣家有機會參與「Shipping by Amazon」計劃，貨物由 Amazon 集團內的公司存放，並透過外部服務提供者進行運輸。

原告透過測試買賣訂購一款註明有「Shipping by Amazon」的 Davidoff 香水。被告 1 委託被告 2 存放出賣的商品。原告發現在 Amazon 線上銷售侵害商標權之香水瓶，帶有「送貨方式 [...]」的選項。當原告要求被告交出所有侵權商品後，收到了一個包裹，裡面裝有侵權的「DAVIDOFF」香水。原告因此對兩位被告提起商標侵權訴訟。

該案在德國訴訟後，聯邦最高法院向歐洲法院提交了以下有關歐盟商標條例第 9 條第 3 項第 b 款⁴⁰的解釋問題：為第三方存放侵害商標權商品之人，在不知情的情況下持有商品，如果其本身並無行銷目的，是否構成本條款意義下的提供或行銷之目的而持有商品？

⁴⁰ 歐盟商標條例第 9 條（歐盟商標之權利）第 3 項第 b 款規定：「若符合第二項之情況下，特別禁止下列情形：……b）提供帶有該標誌之商品，將其行銷或為此目的而持有或用該標誌提供服務。」

(2) 法院見解

歐洲法院初步裁決⁴¹：在不知情的情況下，為第三方存放侵害商標商品之人，如果其本身並不具提供或行銷之目的，則其持有這些商品，並非該條款意義下之提供或將其投放到市場上。

在歐洲法院裁決後，德國聯邦最高法院也判決⁴²，認定被告並非商標使用，不構成侵害商標權的共犯或參加者（Teilnehmer）。蓋單純為他人存放商品者，其經濟利益並非僅來自於存放其無利可圖之商品，而是來自於其有權從每筆銷售中獲得佣金。此外，法院也否認被告2涉及「妨害責任（Störerhaftung）」⁴³。所謂妨害責任，係用以確定那些雖非直接行為人或參加者，但透過其行為促成違法行為者之責任⁴³。詳言之，在侵害絕對權之情況下，任何人（雖不是行為人或參加者）故意且具充分因果地（willentlich und adäquat-kausal）促成了對受保護的合法利益的侵害者，都是「妨害人」（Störer）。由於妨害人的責任不能過度地延伸至本身沒有實施違法妨害的第三方，因此妨害人之責任以違反行為義務為前提。其範圍取決於妨害人能否以及在多大程度上可以審查或監控，以阻止第三方的侵權行為。此須就具體個案認定之⁴⁴。換言之，審查或監控義務之合理性取決於第三方之侵權行為是否需要經過詳細的法律或事實審查，或者是否明顯且易於辨識。

⁴¹ EuGH, 2. April 2020 - C-567/18, GRUR 2020, 637 - Coty Germany/Amazon Services Europe u. a..

⁴² BGH, 21.01.2021 - I ZR 20/17.

⁴³ 《德國民法典》第1004條第1項：「所有權人受到除剝奪或扣留占有以外其他方式之妨害時，得要求妨害人排除妨害。所有權人有繼續受妨害之虞者，得提起不作為之訴。」德國實務亦將妨害之概念類推適用於商標法。根據實務見解，妨害責任以違反審查義務為前提。任何故意、充分、有因果關係地協力，造成（Herbeiführung）或維持（Aufrechterhaltung）違法的妨礙（Beeinträchtigung）者，即使沒有任何促進競爭的意圖，亦無過失，都可視為妨害人，對其請求不作為或排除侵害。支持或利用第三方應自行負責的行為也足以構成協力（Mitwirkung），前提是被利用人有合法機會阻止該行為（BGH, Urteil vom 17.5.2001 – ambiente.de.）。妨害責任與損害責任不同。後者是因違法行為造成他人損害時，應負損害賠償責任。目的是填補受害人遭受的損害。妨害責任則是指雖非直接行為人或參加者，但透過其行為促成違法行為者之責任。妨害人通常應負排除侵害或不作為，防止侵害之發生。

⁴⁴ BGH, 21.01.2021 - I ZR 20/17, Rn.43.

法院認為，無緣無故地要求一家為大量客戶儲存貨物的公司檢查其所占有的所有商品是否存在可能的違法行為，根本上是不合理的。在網路領域，根據 2000/31/EC 指令第 12 至 15 條以及《電信媒體法》（Telemediengesetz, TMG）第 7 至 10 條規定的服務提供者的責任豁免，線上平台業者對於第三方提供之商品並無一般性的監督或積極調查義務，但在認識到明顯違法時，則必須採取行動⁴⁵。

在物流服務，如果倉庫管理員無緣無故地承擔檢查義務，那麼物流將會受到嚴重損害。此原則亦適用於商標侵權之情形，因此，倉庫管理員一般沒有義務檢查第三方存放的貨物是否違法，這是合理的⁴⁶。

（3）小結

不論歐洲法院的初步裁決或德國聯邦最高法院均認為：就單純倉儲而言，並無審查其所持有之商品是否侵權之義務，又因其非為行銷自己商品之目的而持有，並非商標之使用。德國法院亦認定不須負妨害責任。

3、線上平台營運者未明確區分自己或第三方商品應否為廣告侵權商品負責？

（1）事實

以「紅底鞋」商標聞名的法國廠商 Christian Louboutin（原告），2019 年主張電商平台 Amazon.com 展示第三方賣家之仿冒商品的廣告行為，以及提供協助倉儲及運輸與標示與系爭商標相同標識之商品的行為，侵害其商標權，因此請求法院判決 Amazon 網站應停止於商業行為中使用與該商標相同的標識。

⁴⁵ Ebd., Rn.44.

⁴⁶ Ebd., Rn.45.

盧森堡和比利時地方法院請求歐洲法院釐清電商平台是否須因展示仿冒商品之廣告而負擔直接侵權責任。

(2) 法院見解

歐洲法院在 2022 年 12 月 22 日的初步裁決⁴⁷認為：電商平台實際上仍可能因為網站之廣告中展示、宣傳來自第三方之仿冒商品，而構成「使用」他人商標之行為，故仍需負擔商標侵權責任。主要理由如下：

- A、線上銷售平台（除了銷售自己之商品外，還包括線上市場），未經商標權人同意，在相關市場上提供附有與商標權人註冊商標相同之標識於同一商品上，致該平台之通常知情且具合理注意力的用戶在該營運商的服務與系爭標識之間建立了連結，特別是在考慮到案件的所有情況後，給人的印象是該平台營運者係以自己的名義，並為自己計算，銷售帶有該標識之商品者，則該營運者是自己使用該標識。
- B、該平台營運商以統一的方式（未區分商品來源）展示其在平台上發布的要約，即展示以其自己的名義並為自己計算而銷售的商品的廣告以及相關市場上第三方提供的商品的廣告。同時，其在所有此類廣告中展示自己對信譽良好的經銷商的標記，並在經銷帶有該商標的商品時向第三方提供附加服務，包括儲存和運輸這些商品。
- C、上述行為將更強化「商品是由該平台業者所提供」之印象，平台營運人未經商標權人同意，使用與註冊商標相同之標識於廣告上，自然構成商標侵權。

⁴⁷ EuGH, 22. Dez 2022 - C-148/21 & C-184/21.

(3) 小結

除銷售自己之商品外，還包括線上市場之電商平台營運商在廣告中未明確呈現商品來源，給人係以自己名義並為自己計算之方式經營者，若第三方上架之商品為侵害商標權商品，平台營運者應負商標侵權責任。此案例提醒平台營運者在銷售廣告上宜明確劃分自己之商品及第三方賣家提供之商品，使消費者可以區分商品來源，以降低商標侵權之風險。

二、德國法制

(一) 適用規範

為了實施歐盟 DSA 之規範，德國制定了《數位服務法》（DDG），取代了之前的 TMG⁴⁸，該法於 2024 年 5 月 14 日生效。其適用範圍，根據 DDG 第 1 條第 1 項，本法適用於所有在德國提供服務的服務提供者，包括線上中介提供者及線上搜索引擎提供者。關於 DDG 對線上平台之責任規定分述如次。

1、適用 DSA 關於免責之規定

關於線上平台之免責事由，DDG 第 7 條第 1 項：「（EU）2022/2065 法（即 DSA）第 4 條至第 8 條適用於所有服務提供者，包括公共機構，無論使用是否收費。」因此 DSA 中有關中介服務提供者責任豁免之規定，特別是第 6 條有關託管服務之免責，在德國亦有適用。簡言之，線上平台營運者原則上不對依使用者要求所儲存之資訊負責，但在知悉或認識到違法內容後應立即移除該資訊或限制其被存取。未立即移除資訊或限制存取者，可依其所涉及之規範（如商標法），對線上平台營運者請求損害賠償、排除或防止侵害。

⁴⁸ TMG 在 2024 年 5 月 13 日廢止。TMG 之前關於責任的規定在很大程度上被廢止，現在由 DSA 第 4 條及以下條款涵蓋，內容沒有重大變化。

2、封鎖請求權

DDG 第 8 條進一步規範發生違法行為時之封鎖請求權。如果使用者利用網路傳輸或存取之數位服務侵害他人之智慧財產權，且權利人無其他途徑可補救其受到之侵害者，則可要求提供者封鎖資訊的使用，前提是封鎖是合理及適度的。又在發生封鎖義務的情況下，網路連線業者沒有義務償還訴訟前及訴訟外之費用。

第 8 條規定：「（1）使用者利用通訊網路傳輸資訊或提供網路存取服務之數位服務侵害他人之智慧財產權，且權利人無其他途徑可補救其受到之侵害者，權利人得請求有關服務提供者封鎖資訊之使用，以防止侵權行為重複發生。（2）封鎖必須合理、適度。（3）不得向服務提供者要求償還根據第 1 項提出及執行索賠之訴訟前及訴訟外費用，除非服務提供者故意與其服務使用者合作侵害他人的智慧財產權。（4）若服務免費或由公共機構提供者，第 1 至 3 項亦有適用。即使服務提供者根據（EU）2022/2065 法第 4 條至第 6 條及第 7 條規定承擔受限制的責任，根據一般法律，基於法院或官方命令刪除資訊或封鎖使用資訊的義務亦不受影響。」

（二）法院見解

線上平台營運者對第三方商標侵權是否應負責任，除考慮是否構成商標使用外，尚須考慮線上平台營運者對於交易流程介入之程度，若其扮演積極角色，即須負侵權責任。與此相關的有幾則判決⁴⁹，惟礙於篇幅，本文僅舉一案例說明之。

1、事實

美食攝影師兼線上食譜集 Marion 烹飪書的營運者（原告）在 marions-kochbuch.de 的互聯網上免費提供了其非常欣賞的菜餚照片以及相應的食譜。網路使用者將這些圖像上傳到 Chefkoch.de 網站，該

⁴⁹ BGH, 19. 3. 2015 – I ZR 94/13 – Hotelbewertungsportal; KG Berlin., BGH, 4. 4. 2017 – VI ZR 123/16; OLG Frankfurt a. M. (lexetius.com/2017,1225).

網站還提供了一系列食譜。攝影師要求經營入口網站的 Chefkoch 公司禁止公開使用者上傳的食譜照片，並請求損害賠償。Chefkoch 公司在收到通知後立即刪除該等圖像，但未發布充分的停止聲明。

2、判決

聯邦最高法院認定被告不僅經營線上平台，事實上亦明顯地承擔了對其網站上發布之食譜和插圖內容的責任，因此判決原告勝訴，理由⁵⁰是：（1）一個第三方可以在其上對公眾發布特定內容（在本案：食譜）之網站，該入口網站的營運者若在啟動之前可審查發布內容的完整性和準確性，並據此將其作為自己的內容者，則營運者應根據一般規定對該內容承擔責任。（2）若入口網站的使用者清楚內容（原始）不是來自營運者，而是來自第三方者，亦適用之。（3）入口網站營運者採用該內容的另一個跡象是，其授予自己對第三方內容的全面使用權，並向他人提供商業使用該內容的機會。

本案法院認定入口網站對發佈內容是「作為自己的」（Zu-eigen-Machen）的理由有三⁵¹：（1）網站的外部設計：將他人內容整合到自己的網站中，以及在出版物中添加網站運營者的標誌，都是「作為自己的」的強烈標誌。（2）更重要的是，被告明確表示，只有在對資訊之完整性和準確性進行編輯控制後，才將食品作為自己的內容公開。在這過程中，表現出「認同第三方之內容，並將其變為自己的」⁵²。（3）被告在一般條款和條件中被授予對食譜的廣泛使用權，並向第三方提供作商業用途⁵³。

3、小結

本案認定網路入口網站的營運者必須負責之關鍵因素為：如果網路入口網站營運者在啟動之前審查發布之內容的完整性及準確性，或

⁵⁰ BGH, 12. 11. 2009 – I ZR 166/07 – marions-kochbuch. de.

⁵¹ Neidinger/Wildgans, aaO., §3 Rn.36.

⁵² BGH, 12.11.2009 – I ZR 166/07, Rn. 27.

⁵³ BGH, 12.11.2009 – I ZR 166/07, Rn. 26 f.

將第三方資訊整合到自己的編輯中來，是「作為自己的」內容，可見其對於網站上內容是扮演積極的角色，因此必須就該資訊承擔責任。

三、歐盟及德國法制之比較

（一）規範方面

首先將 DSA 與 DDG 關於線上平台責任有關規定比較如下。

DSA 規範	DDG 規範	備註
託管服務之免責（第 6 條）	適用 DSA 關於免責之規定（第 7 條第 1 項）	DSA 免責規定在第 4 條至第 6 條，但由於線上平台僅涉及託管服務，故僅比較 DSA 第 6 條。
自願主動調查（第 7 條）	未規定	
排除監控或積極調查之一般義務（第 8 條）	未規定	
對違法內容採取行動之命令（第 9 條）	封鎖請求權（第 8 條）	DDG 第 8 條是 DSA 第 9 條之進一步的補充規定
提供資訊命令（第 10 條）	未規定	

由上可見 DSA 第 6 條有關託管服務提供者之責任豁免規定在德國亦有適用，至於 DSA 第 9 條至第 10 條關於對違法內容採取行動之命令，在 DDG 則進一步規定封鎖請求權。然 DSA 是「Regulation」，具有普遍適用性，其規範整體均具有拘束力並直接適用於各會員國⁵⁴，因此上述即使未直接規定於 DDG，在德國亦有適用餘地。綜合歐盟及德國關於線上平台之責任規定，可歸納如下：

- 1、線上平台營運者對於依使用者請求所儲存之資訊在符合下列要件下不負責任：（1）不實際知悉違法活動或違法內容，且就損害賠償方面，亦不認識任何明顯存在違法活動或違法內容之情況；或（2）在獲知

⁵⁴ 王泰銓，關於歐盟法規範的名稱翻譯、條款引用與適用上的問題，2019，https://www.eusa-taiwan.org.tw/europe_detail/65.htm（最後瀏覽日：2025/01/04）。

或認識到違法內容後，立即移除該資訊或限制其被存取（DSA 第 6 條、DDG 第 7 條第 1 項）。

2、線上平台營運者不會因為自願主動調查違法內容，就無免責之適用（DSA 第 7 條）。

3、服務提供者原則上並無一般性的監督或積極調查義務（DSA 第 8 條），但在個別情況下也可能需要具體的監督義務，並且司法或行政機關得發布命令停止或防止違法行為或獲取資訊（DSA 第 9 條至第 10 條）。

4、DDG 第 8 條進一步規範發生違法行為時之封鎖請求權：如果使用者利用通訊網路傳輸資訊或提供網路存取服務之數位服務侵犯他人之智慧財產權，且權利人無其他途徑可補救其受到之侵害者，則可要求提供者封鎖資訊的使用，前提是封鎖是合理及適度的。

（二）法院見解方面

判斷線上平台營運者應否就平台上侵害商標權商品負責之關鍵因素有二：1、誰的行為？2、就他人的行為，責任如何歸屬？詳言之，如果平台上之要約是營運者自己的要約或當作為自己之要約者，營運者應承擔侵權責任；如果是他人的要約，平台僅在違反注意義務或未採取防範措施的情況下承擔責任。此外，商標侵權以有使用商標為前提，而商標使用，以使用在自己的商業交易中為前提，若非使用在自己的商業交易中，即不構成商標使用。茲以此標準歸納歐盟及德國法院之見解。

1、營運者當成自己之行為

（1）平台營運者對網頁內容採取積極角色者應對網頁內容負責。例如：營運者在啟動之前審查發布之內容的完整性及準確性，或將第三方資訊整合到自己的編輯中來，甚或獨立更改第三方在網路上之言論者，均屬「作為自己的」內容的行為，即須對網站上內容承擔責任。

- (2) 電商平台營運商（除銷售自己之商品外，還包括線上市場）在廣告中未明確呈現商品來源，給人係以自己名義並為自己計算之方式經營者，應就第三方上架之侵權商品負責。

2、雖非平台營運者之行為，但營運者未盡注意義務或未採取防範措施

- (1) 營運者在獲知或認識到違法內容後，有立即移除該資訊或採取措施限制資訊被存取之義務。
- (2) 營運者透過優化第三方銷售要約之呈現或宣傳要約之方式，以發揮積極作用，獲取與要約有關的資訊時，若其知悉第三方上架侵權商品時，營運者有積極採取措施防止進一步違法行為發生之義務。
- (3) 營運者違反上述行為義務時，根據德國實務，應承擔「妨害責任」。

3、構成商標使用？

- (1) 為線上平台代銷售商品提供倉儲服務者，因非屬為行銷自己商品之目的而持有，非為商標之使用。
- (2) 當平台之普通知情且具合理注意力之使用者在該營運商的服務與系爭商標間建立聯繫時，屬營運者使用該商標。
- (3) 使用者認為營運者以自己名義並為自己計算銷售商標商品者，為營運者使用該商標。

肆、美國法制

美國聯邦商標法規定商標直接侵權的請求權基礎，但並未規定間接侵權的請求權基礎。法院從普通法的侵權行為引進間接侵權的法源。使商標侵害責任，除直接侵權責任外，亦及於引誘或促進他人之商標侵害行為者⁵⁵。

⁵⁵ 3 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 25:17 (5th ed.). 美國聯邦最高法院曾在 Sony 案，比較著作權與商標權的間接侵害責任，認為源自 Inwood 案的商標輔助侵害法則範圍更窄，比著作權的間接侵害更難成立。Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 439 n. 19 (1984); see 3 MCCARTHY, *id.*

一、案例法發展

（一）從 Inwood 到 Tiffany v. eBay

在 1982 年的 *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.* 案，美國聯邦最高法院試圖界定構成輔助侵害商標權的行為，闡述的輔助侵害法則如下：「若製造商或經銷商故意引誘他人侵害商標權，或者已知或有理由知他人涉及商標侵害而繼續向其提供商品，製造商或經銷商對欺罔所造成之損害，應負輔助侵權之責任」⁵⁶。依據 Inwood 案，對於明知而鼓勵（引誘）、明知而協助（貢獻於）混淆或欺罔消費者之製造商或經銷商，應負輔助侵害商標權責任⁵⁷。

在 Inwood 案，美國聯邦最高法院區分直接侵權及輔助侵權（製造商或經銷商之責任）。在輔助侵權中又分為兩個類型：1、故意引誘他人侵害商標；2、已知或有理由知他人涉及商標侵害，而繼續向其提供產品⁵⁸。在兩種類型中，以第二種比較可能適用於電商交易平台⁵⁹。

第二巡迴上訴法院於 2010 年判決的 *Tiffany v. eBay* 案⁶⁰，是電商交易平台對銷售仿冒品的商標侵害，是否負輔助侵權責任的指標案例。Tiffany 對 eBay 進行通知後，eBay 下架被特定通知的品項，但並未審查網站上全部 Tiffany 品項，以決定是否有仿冒品。在輔助商標侵害的訴訟，地方法院判 eBay 勝訴。

Tiffany 於上訴時，主張 eBay 為「故意盲目」（willful blindness）。第二巡迴法院認為地方法院的認定並無明顯違誤；並認為要使網路服務提供者負責，所要求的故意程度高於「一般知悉」（general knowledge）。所謂故意盲目，是指「轉頭看向其他地方，以避免知道特定侵害」。而

⁵⁶ *Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc.*, 456 U.S. 844, 854-55 (1982).

⁵⁷ 3 MCCARTHY, *supra* note 55, § 25:18.

⁵⁸ 3 MCCARTHY, *id.* § 25:18（亦將 Inwood 案的輔助侵害區分為這兩種類型；並指出 Inwood 案見解來自 1924 年的 Warner 案，*William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co.*, 265 U.S. 526 (1924)）。

⁵⁹ Andrew Ligon Fant, Note, *Reconsidering the Willful Blindness Doctrine in Contributory Trademark Infringement*, 29 J. INTELL. PROP. L. 318, 326 (2022).

⁶⁰ *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay, Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010).

eBay 移除受到特定通知的品項，且暫停重覆侵權者的帳戶，依其行為並非故意盲目。

Tiffany 案建立法理基礎，使網路服務提供者並無查緝仿冒的積極義務，而且查緝仿冒的責任置於商標權人。對於電商平台的注意義務，Tiffany 確立僅「一般知悉」不足以使平台負輔助侵權責任⁶¹。

（二）Tiffany 後案件

第九巡迴上訴法院在 2011 年判決的 *Louis Vuitton Malletier v. Akanoc Solutions, Inc.* 案，接續 Tiffany 案繼續探討網路服務提供者的輔助侵權責任。第九巡迴法院認為，對服務提供者課以輔助侵權責任，須被告對侵權的工具具有直接的控制與監督。服務提供者在主觀上，對其用戶涉及商標侵害，須為明知或可得而知；基於此認知，服務提供者仍提供服務給其用戶者，應負商標的輔助侵權責任。

本判決重點有：一、當服務提供者涉及輔助侵權責任，法院須考量其對侵權工具的控制程度（引用 *Lockheed Martin v. NSI*⁶² 案之見解），而網頁託管服務者對於網頁具有直接控制。二、輔助侵權行為人的「貢獻」須出於故意，而故意包括真正或擬制知悉（actual or constructive knowledge）——即明知或可得而知⁶³。

第四巡迴法院在 2012 年判決的 *Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc.* 案，闡述輔助侵權的主觀要件。關於輔助侵權的「明知或可得而知」要件，第四巡迴法院認為必須知悉特定的侵權行為人；若服務提供者僅知道有「若干比例」的使用者從事侵權行為，此種「一般知悉」（general knowledge）不足以成立輔助侵權。第四巡迴法院引用聯邦最高法院在 *Sony* 案對商標輔助侵權的旁論，以及第二巡迴法院的 Tiffany 案見解，認為 *Inwood* 案中的「明知或可得而知」係指知悉從事侵權的特定事例⁶⁴。

⁶¹ Hayley Dunn, *What's in Your Box? Removing the Tiffany Standard of Knowledge in Online Marketplaces*, 29 CATH. U. J. L. & TECH. 91, 94-95 (2021).

⁶² *Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc.*, 193 F.3d 980, 984 (9th Cir. 1999).

⁶³ *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. Akanoc Solutions, Inc.*, 658 F.3d 936, 942-43 (9th Cir. 2011).

⁶⁴ *Rosetta Stone Ltd. v. Google, Inc.*, 676 F.3d 144, 163-64 (4th Cir. 2012).

第二巡迴法院在 2021 年判決的 Omega v. Canal 案，結果顯然異於 Tiffany 案，但並未否定 Tiffany 案所建立的法則。顯示市場經營者的責任，會因其營業型態而有所不同。在 Omega 案第二巡迴法院認為，市場經營者須對「一般知悉」的侵權行為負責，負有盡誠信的努力，以排除侵權行為的責任。在本案，Canal 是實體賣場，對商品較可能有直接接觸，因此也被課予較高的檢查義務。

第九巡迴法院在 2023 年的 Y.Y.G.M. SA v. Redbubble, Inc. 案，對 Tiffany 案闡述的「故意盲目」法則，予以進一步論述。本件原告 Y.Y.G.M. 是擁有自己品牌的服飾及家用物品廠商；被告 Redbubble 經營線上市場，其型態為由藝術家上傳其創作，可印於多種商品之上，Redbubble 處理接單、交第三人製造商品、安排運送、處理退貨退款；商品以 Redbubble 外包裝寄送，但因商品直接由第三人製造商寄出，Redbubble 於出貨前並未檢視商品。於 2018 年，Y.Y.G.M. 通知 Redbubble，其網站上有侵權品項，Redbubble 移除這些品項，並且通知 Y.Y.G.M. 可再告知其想要移除的品項。次年，Y.Y.G.M. 即對 Redbubble 提起輔助侵害商標權的訴訟。

對於繼續提供產品或服務類型的輔助侵權，過去案例法已澄清須行為人知悉特定侵權行為人或特定侵權行為事件，始負輔助侵權責任。第九巡迴法院在 Y.Y.G.M. 案則針對故意盲目類型的輔助侵權，澄清其主觀要件：相同地，僅一般知悉在被告的平台上有侵權存在，並不足以構成輔助侵權；須被告特定知悉（例如被通知）其平台上有特定的侵權行為事件或特定的侵權行為人，而忽視這些事實，始構成故意盲目。

特定知悉的要件，是基於被告並無在自己的平台上，為商標權人巡查商標侵權的義務。被告的義務，始自於知悉特定侵權行為人或特定侵權行為事件時開始。第九巡迴法院引述 Omega 案及第七巡迴法院在 Hard Rock Café 案的見解，認為：一個人並無義務在自己的財產權，尋找別人所為的侵權行為的義務；「故意盲目」法則，並不施加找出及防止侵權行為的義務。反之，故意盲目僅指當被告被通知其網站上有侵權行為時，不能忽視這些事實。

Y.Y.G.M. 案判決也進一步闡明被告受到侵權通知後的作為義務：在被告知悉特定的侵權事例之後，必須盡誠信的努力（bona fide efforts）排除侵害。在被告知道有特定的侵害之時，才產生此義務；而此義務也僅止於被告明知或可得而知的特定侵害事件。至於誠信努力的內容為何，則視個案脈絡而不同。例如，跳蚤市場的經營者與有數百萬筆商品的網路市場，其合理的反應即有不同。對大型網路市場而言，依據侵權通知而移除侵權商品及對重複侵權者採取適當措施，即足以證明非故意盲目⁶⁵。

二、立法及法案

（一）通訊端正法第 230 條

美國國會在 1996 年訂立通訊端正法（Communication Decency Act, CDA），其目的在積極促進網路及類似的互動服務系統之發展。在第 230 條（c）項訂有「好撒瑪利亞人」（Good Samaritan）之保護，其中第一款規定，不得將一人之言論視為另一人之言論：「互動電腦服務之提供者或使用者，不得被視為其他資訊內容提供者提供之任何資訊之出版者或發言者」。另外，在同條（c）項（2）款有民事免責之規定⁶⁶。

若被指控智慧財產權侵害者，特別是為他人侵權行為負責之間接責任，是否可援引通訊端正法第 230 條的保護？該條第（e）項（2）款規定：「本條不得被解釋為限制或擴張任何智慧財產權法」。因上開規定，法院一致認為通訊端正法之免責規定不適用於聯邦智慧財產權法。但因第九巡迴法院將「智慧財產權」解釋為「聯邦智慧財產權」，所以第九巡迴法院轄下的聯邦地方法院及州法院，認為通訊端正法第 230 條仍可作為侵害州法智慧財產權（例如州法商標權）的抗辯⁶⁷。

⁶⁵ Y.Y.G.M. SA v. Redbubble, Inc., 75 F.4th 995, 1002-03 (2023).

⁶⁶ 47 U.S.C. § 230 (2018).

⁶⁷ 3 MCCARTHY, *supra* note 55, § 22:4.50.

（二）SHOP SAFE Act

美國聯邦商標法欠缺輔助侵權的規定，亦無得免除輔助侵權責任的安全港條款，而衍生商業上的問題——商標權人以及網路市場，都有把巡查線上商標侵害的義務歸屬於對方的經濟上誘因。若有明確的安全港條款，則可減少雙方不必要的糾紛及訴訟成本，減少雙方重複的勞力，以及阻卻過度的訴訟。基於此，美國國會在 2021 年提出聯邦商標法的修正案，稱為 The Stopping Harmful Offers on Platforms by Screening Against Fakes in E-Commerce Act of 2021，簡稱為 SHOP SAFE Act⁶⁸，但迄今仍未通過。

SHOP SAFE Act 在聯邦商標法第 32 條（即註冊商標之侵害）增訂第（4）款，標題為「電子商務平台的輔助侵權責任」（Contributory Liability for Electronic Commerce Platform）。該項（A）款規定，對於第三人賣方使用仿冒商標於商品的販賣、販賣之要約、散布、廣告，而影響健康及安全，電子商務平台應負輔助侵權責任。除非平台證明，在侵害行為發生前，平台已符合安全港條款的每一個條件⁶⁹。

整體而言，SHOP SAFE Act 將巡查仿冒責任完全歸於電商平台，具有反競爭效果：等於給予商標權人法律上的工具，可關閉無能力實踐安全港條款要求措施之小型平台，只留下有能力實踐這些措施的大型平台。

三、總結

因電商平台業者及商標權人都有誘因，將查緝商標侵害的負擔歸給對方，輔助侵權法則涉及誰必須負擔此成本。對於查緝侵權商品，商標權人至少可以說是與電商平台業者具有相同能力，且商標權人具有較多成功經驗，也比較有能力識別侵權商標及商品⁷⁰。以目前的美國案例法傾向，查緝責任係歸屬於商標權人，電商平台業者並不負一般的查緝責任。

⁶⁸ S. 1843, 117th Congress (2021).

⁶⁹ 因篇幅所限，茲不詳述條文內容，其中重要之點包括：平台須（1）確認賣方身分；（2）要求賣方確認產品真正性；（3）以契約要求賣方不得使用仿冒商標；（4）明確標示產品來源國及製造者；（5）要求賣方使用自有或經授權之影像，且正確展示實際銷售的商品；（6）履行合理的過濾仿冒商品的科技措施；（7）快速移除合理知悉為仿冒的商品；（8）履行對重覆侵權者的終止政策。詳細條文請參閱前註所引法案。

⁷⁰ *Id.* at 342.

輔助侵權法則也同時具有安全港（避免責任）的作用：電商平台業者只須於收到特定的通知後，迅速下架侵權商品，以此避免輔助侵權責任。然而，因欠缺明確的通知格式及程序，使各方都因此增加成本。美國目前對於商標侵害的通知取下、以及責任限制，欠缺相關立法。目前僅有未通過的法案，而像 SHOP SAFE Act 及類似法案亦未能完全解決問題。

伍、我國法制

一、適用規範

台灣目前尚無對中介服務者之規範，但國家通訊傳播委員會曾於 2022 年 6 月提出了「數位中介服務法草案」⁷¹，目標是促進數位通訊傳播自由流通與服務，建立安全及可信賴之數位環境。規範內容與歐盟 DSA 及德國 DDG 相近。在維護數位中介服務提供者服務之自由及國民基本權利之前提下，建立安全港機制，鼓勵數位中介服務提供者針對違法內容依其服務使用條款採取合法且必要的自律檢視與因應措施，且原則上不負主動監控使用者內容之義務⁷²。

此外，著作權法在 2009 年修正時，增訂第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」，其中亦建立「通知／取下」機制（著作權法第 90 條之 6 至第 90 條之 8），讓網路服務提供者能在符合特定條件下免除民事責任。其中分別為適用於快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者、以及搜尋服務提供者之通知／取下規定。

二、法院見解

法院曾經針對電視購物台業者銷售侵害商標商品之責任作出判決。涉及之主要問題點為：電視購物台業者銷售未經授權之仿冒商標商品是否應負直接侵害商標權責任？能否以線上平台業者「通知、取下」之責任免責？

⁷¹ 國家通訊傳播委員會（NCC）曾於 2022 年 6 月 29 日提出「數位中介服務法草案」，並於同年 8 月 11 日、8 月 16 日及 8 月 18 日辦理三場公眾公開說明會，嗣因三場說明會所蒐集之各界意見所涉議題層面多元，尚需時間進行充分研析與討論，並再行檢討以提升草案品質後，續行對外溝通，故暫緩辦理原定於 8 月 25 日之公聽會，迄今尚無進一步進展。

⁷² 參數位中介服務法草案總說明。

（一）電商平台就第三方商標侵權應否負連帶責任之判斷基準

根據法院見解，電子商務之交易模式大抵可分為四大類：

① Consumer to Consumer (C2C)；② Business to Business to Customer (B2B2C)；③ Business to Customer (B2C)；④ Business to Business (B2B)。申言之，所謂 C2C（顧客對顧客），係指電商負責提供平台與交易服務，透過管理匯流資訊，撮合成每筆交易收取手續費，或向賣家收取廣告費用，其是由消費者與開店賣家直接進行交易；所謂 B2B2C，供應商提供貨品並透過平台商提供之平台及服務將貨品直接銷售給消費者，平台則收取手續費或廣告費；所謂 B2C（企業對顧客），係指企業直接與消費者交易之商業模式，由供貨者供貨給企業，企業幫供貨者展示商品賣給消費者，再由供貨者透過與企業營收拆分之方式，與企業共同進行產品之銷售；所謂 B2B（企業對企業），係指企業之間的交易平台，因網際網路的出現連結了各企業與上下游，使得資訊交換更加方便、供應鏈得以做更好之整合，交易模式也變得更便捷、透明化，透過 B2B 電商平台企業能夠更簡單、穩定地找到產品上、下游。準此，電商平台就直接侵權行為人販賣相關侵害商標權商品之行為是否應連帶負損害賠償責任，則應視其所採行之電子商務交易模式、介入銷售行為之程度、能否預見或避免損害發生之注意程度等，以判斷其是否有違反應盡之注意義務⁷³。

（二）相關案例

1、電商平台僅單純提供交易平台

關於 C2C，在「雅虎公司、露天公司及蝦皮公司」被控侵權案，法院認為：商品或服務之出賣人仍為開店賣家，電商開立之發票明載「代收代付」，並備註有店家資訊，僅為單純提供線上平台予個人賣家自行刊登商品之交易平台，且電商平台已明確要求賣家不得刊登、販售侵害第三方智慧財產權之侵權商品，並提供權利人檢舉之機制，

⁷³ 智慧財產及商業法院 110 年民商訴字第 8 號民事判決。

盡力避免損害之發生及擴大等一切情狀，堪認其已盡注意義務，並無侵害商標權之故意或過失，無須與直接侵權人共同負侵權責任⁷⁴。

2、以電商平台名義開立銷貨單、發票

在「好森活生技多媒體公司」被控侵權案，法院認定不論銷貨單或發票均係以好森活之名義，並非屬其所辯之 B2B2C 電子平台。其既以自己名義販售系爭商品，自應就其所刊登、販售之商品進行事前審查，審查是否有侵害他人商標權之情事，若未為適當之注意及查證，致侵害他人之商標權，即應負侵權責任⁷⁵。

3、電商平台主導廣告之製作、拍攝及開立發票

在「東森公司、森森公司」被控侵權案，由於電商平台積極介入交易，法院認定其係立於出賣人地位銷售商品，因此應負直接侵權責任，主要理由如下⁷⁶：

- (1) 電視購物台業者非僅是協助廠商促銷而已，而是立於出賣人地位銷售商品：東森、森森公司在電視購物台銷售方式，係由一節目主持人搭配廠商共同促銷商品，該電視購物台之主持人為東森、森森公司之受僱人，而非供應商之員工。購物台廣告內容是由購物台業者主導召開製播會議，並由該公司人員擔任包括導演、主持人、製作人在內之要職主導製作、拍攝，供貨廠商僅能於該會議中表達意見，購物台業者擁有完全之決定權，佐以前開購物台主持人係購物台業者所聘僱，其促銷功力對該檔商品銷售量占極重要角色，影響購物台之營收好壞甚深，且消費者見電視購物節目後，從撥打節目訂購電話、客服人員諮詢、訂貨到售貨服務等等，亦均由東森及森森公司處理，發票亦由東森、森森公司開立，故東森、森森公司在整個銷售系爭手錶過程中，非僅是協助廠商促銷而已，本身即為立於出賣人地位為商品銷售行為。

⁷⁴ 同前註。

⁷⁵ 參智慧財產及商業法院 111 年度民商訴字第 56 號民事判決。

⁷⁶ 智慧財產及商業法院 110 年度民商上更（二）字第 6 號民事判決。

(2) 東森、森森公司並未盡其應有之善良管理人注意義務，且不能以線上平台業者「通知、取下」之責任免責：(a) 東森、森森公司雖非專業手錶製造及銷售商，而無自行判斷系爭手錶真偽之專業能力，惟其等就確保供貨商所提供之商品非為侵害他人商標之仿冒品，既已建立應有之防免機制⁷⁷，並依規定要求惟富等公司提出進口報單、海關完稅證明、切結書等文件，然在廠商所提供進口報單文件有前述明顯偽變造之瑕疵情形，不但未予落實查證動作，且未依所售高單價精品之性質適時於上架前檢驗或於出貨予消費者前確認，尚難以此逕認其已盡到善良管理人之注意義務。(b) 東森、森森公司所建置之系爭購物網，其上資訊並不是供應商所發動或請求，而是東森、森森公司所自己設計刊載，其等不僅對於要刊登販售何種商品有決定權（標榜「東森嚴選」），且其本身就是商品出賣人。因此，東森、森森公司對於販售之商品介入甚深，非僅提供中介服務而已，顯然東森、森森公司並非數位通訊傳播法草案所稱「數位通訊傳播服務提供者」，因此，東森、森森公司之銷售行為乃系爭商標侵權之行為人，並無從比照數位通訊傳播服務提供者，僅須要負通知、取下之責任即可。

陸、各法制之比較

一、責任類型不同

對於平台是否應為使用者生成內容（user-generated contents）負責的問題，美國與現今的歐盟從不同角度切入。美國因應此問題是由法院的案例法主導，採取

⁷⁷ 在防免非法侵害他人商標權之外部機制方面，依東森公司、森森公司與供應商陳○○等人簽訂之商品寄售契約書、切結書，均要求供應商應確保商品係依法報關進口課稅之真品，商品來源是經過合法管道取得，並保證商品非仿冒品。又在內部機制方面，東森公司、森森公司亦訂有「精品配飾類商品送檢須知」，依該規定，廠商如提供精品類商品，送樣至樣品倉時須提出真品平行輸入，由貿易或經銷商自行（平行）由產地進口（輸入）的商品文件證明。可見公司無論外部及內部方面，對於所銷售真品平行輸入之精品類手錶商品，均訂有要求廠商查核來源及內部查驗流程相關機制。

民事侵害中的輔助侵權法則，以此架構平台對於使用者生成內容的責任結構。歐盟及德國則是以立法主導，採用 2000 年電子商務指令、DSA 及 DDG 的通知取下制度，其淵源為美國著作權法第 512 條的通知取下條款，以此作為線上服務提供者對使用者生成內容的架構。

在電子商務指令與 DSA 之前，歐盟國家對於上述問題的處理方法與美國法類似，都是採取間接責任模式⁷⁸。DSA 則另闢蹊徑，試圖為網路服務提供者責任找出另一個選擇。歐盟以立法創造平台本身的控管（moderation）內容義務，若不符合此義務，則另有法律執行的途徑。在另一方面，DSA 保留現有的責任豁免制度——即在電子商務指令第二章第四節規定的責任豁免，被納入 DSA 第二章，而幾乎沒有改變。有論者觀察：DSA 的責任並不是一種代理侵權（在此指間接侵權）制度，而是一種基於通知取下條款的、對託管服務提供者要求的內容控管責任⁷⁹。

德國採納 DSA 之規範，亦有通知取下條款之適用，但在違反免責要件時應如何承擔責任，由於 DSA 免責規定僅在確定中介服務提供者對使用者之違法內容可免責之情形，並非作為確定服務提供者應承擔之責任的積極基礎，承擔責任之基礎仍必須根據歐盟或國家法律來確定。在德國，商標法並無間接侵權之規定，因此引用民法「妨害責任」作為承擔責任之基礎。所謂妨害責任，係用以確定那些雖非直接行為人或參加者，但透過其行為促成違法行為者之責任。任何故意、充分、有因果關係地協力，造成或維持違法的妨礙者，即使沒有任何促進競爭的意圖，亦無過失，都可視為妨害人，可對其請求不作為或排除侵害。然妨害責任以違反行為義務為前提，其範圍取決於妨害人能否以及在多大程度上可以審查或監控，阻止第三方的侵權行為。

二、從 DMCA 到 DSA

網路服務提供者，作為使用者生成內容的傳播者與促進者，無法被期待與傳統出版業者負相同責任。在 DSA 之前，已經有兩個對網路服務提供者給予責任豁

⁷⁸ Martin Husovec, *Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules*, 38 BERKELEY TECH. L.J. 883, 909 (2023) (“Prior to the DSA, most of the relevant laws tried to influence providers’ behavior by threatening them with accessory liability for what their users do.”).

⁷⁹ Jennifer M. Urban, *Foreword*, 38 BERKELEY TECH. L.J. 865, 877 (2023).

免的立法例可參考，其中一個是美國於 1996 年立法的通訊端正法；另一個是美國 1998 年立法的數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act, DMCA）。通訊端正法第 230 條採完全豁免的模式，對許多國家而言無法接受。DMCA 第 512 條（即增訂的美國著作權法第 512 條）為條件式免責的模式，較易為其他國家所受。

歐洲共同體在 2000 年的電子商務指令，參考 DMCA 第 512 條的規定，採取條件式免責模式⁸⁰；但對規定予以簡化，去除 DMCA 中繁瑣的部分⁸¹。DMCA 訂有四種服務提供者的免責：單純連線、快速存取、託管、搜尋。歐洲共同體參照美國對於服務提供者的分類，但只規定三種業者的免責：單純連線、快速存取、託管⁸²。值得注意的是，美國 DMCA 第 512 條為著作權法中的規定，不適用於其他法領域。但歐盟立法的動機是統合內部市場，因此其制定的電子商務指令第四節免責條款效力成為各領域通用的規則，不僅適用於著作權或商標權，而且及於智慧財產權以外的法律領域。隨著 DSA 的制定，電子商務指令中的免責條款也被保留下來。

三、殊途同歸

美國以傳統侵權責任體系中的輔助侵權法則，以架構網路服務提供者對於其使用者侵權的責任體系；歐盟則採取另一種思維，其電子商務指令、DSA 及 DDG 以美國的 DMCA 第 512 條為基礎，以通知取下條款為核心建構網路服務提供者對使用者侵權的責任。兩個法系雖建構規則的途徑不同，但最終都處理同一個問題：網路服務提供者在何種條件下，能夠對其服務使用者的侵權行為不負責任（或需要負責）？

⁸⁰ Urban, *id.* at 866-67; Husovec, *supra* note 78, at 888-93.

⁸¹ 以美國著作權法第 512 條為例，網路服務提供者欲援用責任限制，除須履踐通知取程序外，另須符合許多前提要件之要求。該條對四種類型的網路服務提供者給予責任限制，但各種類型各自有其複雜的要件。除此之外，又皆須符合三個共通的前提要件：（1）須符合 17 U.S.C. § 512(k)(1) 的網路服務提供者定義；（2）須採行對於重複侵權者的終止政策；（3）須容許保護或識別著作的「標準科技措施」。若未能符合以上各要件，則不能主張免責。相對地，歐盟 DSA 之責任限制僅要求踐行通知取程序，其餘要求則作為服務提供者的盡職義務，而非主張免責之前提。例如，即使網路服務提供者無對重複侵權者的終止政策，僅為盡職義務之違反，但仍得主張免責。Husovec, *id.* at 910; 1 HOWARD B. ABRAMS & TYLER T. OCHOA, THE LAW OF COPYRIGHT §§ 5:107-109, 111.

⁸² Husovec, *id.* at 899-91.

其中一個核心的問題，就是服務提供者在主觀上對於使用者的侵權行為有何種認識，才足以啟動服務提供者對使用者生成內容的責任？這個主觀認識的點，也就是誰負有在網路上巡查侵權的責任之轉換點：在何時，在網路上巡查侵權的責任，才從權利人（例如商標權人）轉換到網路服務提供者？

美國基於輔助侵害法則建構網路服務提供者責任體系，其法則產生於實體商店時代，但到 21 世紀則需因應電商平台而作調整。Inwood 是實體商店案件，涉及輔助侵權的藥廠對侵權物品有直接接觸，甚至提供侵權物品給藥房，因此法院以「明知」或「可得而知」為輔助侵權的主觀要件。到了 Tiffany 案，事實已經轉變為電商平台，對於商品通常無直接接觸，此時問題則成為：權利人對電商平台的通知須特定到什麼程度，才能使電商平台符合應負輔助侵權責任的主觀要件。法院幾乎毫無例外地，認為對電商平台的通知須到達「特定知悉」程度，除非平台將侵權行為「作為自己的」。如果輔助侵權者是實體商店，則法院又回歸 Inwood 案的「明知」或「可得而知」。也可以說，經由主觀要件，美國法院連接實體商店時代的輔助侵害法則，與電商平台時代的通知取下程序，但依據輔助侵權者的營業型態區分主觀要件的寬嚴，而實體商店與大型電商平台分別在光譜的兩端。

歐盟現今的服務提供者責任，則直接採取網路時代的「通知取下程序」，直接將問題聚焦於通知的特定性問題；是否能經由通知取下獲得全面的責任豁免（DSA 問題），與間接責任問題（國內法問題）已經分離。若符合 DSA 的「條件式免責」前提，則網路服務提供者即可不為其使用者的侵權行為負責。在 DSA 前言說明第 30 點表明，不論在事實上或法律上，中介服務提供者不應負擔一般性的監控侵權責任。在規定第 8 條又重申其旨⁸³。另外，DSA 前言說明第 22 點敘明通知取下程序的法則：服務者為獲得免責，須對不法活動實際知悉時，迅速移除或禁用該內容。服務提供者的實際知悉可來自自己的調查，或經由他人的通知，此通知須足夠明確與充分證實，使一個謹慎行事的經營者能合理辨識、評估、以及對該不法活動採取行動。不能僅因服務提供者「一般地知悉」其服務亦被用於儲存違法內容，就認為有實際知悉。

⁸³ 關於 DSA 第 8 條之解釋，請參見本文前述參、一、3.B.(2)(A) 節之說明（「無監控或積極調查之一般義務」）。

美國與歐盟，二者皆對侵權通知須到達特定的程度，使網路服務提供者具有對特定侵權行為「實際知悉」，若服務提供者仍不迅速採取行動，才須對使用者的侵權行為負責。歐盟與美國雖然建構責任的方法不同，但殊途同歸，也就是其精神都採取網路時代的通知取下政策。

然而，若服務提供者有「作為自己的」的情況，則無法獲得免責條款之保護，甚至可能成立直接侵權責任。歐洲法院在 Christian Louboutin 案，因平台予人以自己名義、為自己計算而銷售商品的印象，而須負商標侵害責任。德國 Marion 案，因入口網站對發佈內容「作為自己的」，故須承擔對於網站上發佈內容的責任。我國「好森活」及「東森、森森公司」案，皆因被告以自己名義販售商品，立於出賣人地位進行銷售，而應負商標侵害責任。美國法院也曾經有類似的判決⁸⁴。以上判決都展現類似的思維：若電商平台與第三人賣方無明顯的區別，將難以避免商標侵害責任。

德國法院判決亦認為，若平台將使用者之銷售行為或言論「作為自己的」，則須承擔責任，此乃依據平台的經營型態及行為類型區別責任。同樣地，美國法院亦區別線上業者的類型，依據其營業之型態而有不同的責任，亦區別因素包括控制程度、以及業者對外呈現自己的方式。第九巡迴法院在 Y.Y.G.M. 案說：何謂誠信努力，依據個案之脈絡而有不同，例如跳蚤市場的合理努力，與有數千筆商品的線上市集即有不同。我國智財法院 110 年度民商上更（二）字第 6 號民事判決，亦首先依據業者類型區別其責任，因該案業者主要經營型態為電視購物，參酌其控制程度及對外呈現自己的方式，而認為其係直接行為人。既確認東森、森森公司為直接行為人後，於是課以善良管理人注意義務；並且因非屬間接責任類型，故「不能以網路平台業者『通知、取下』之責任免責」。上開見解，值得贊同。

柒、結論

由上敘述可知，歐盟、德國與美國法制探討上述問題，各有不同的應對之道。歐盟採取主動積極的立法，建立成文法的責任體系。德國追隨歐盟的架構，並發

⁸⁴ Ohio State University v. Redbubble, Inc., 989 F.3d 435 (9th Cir. 2021).

展自己的立法及案例法，但因 DSA 為近期施行，尚未有案例法。美國則傾向由案例法逐漸發展，對於立法或修法既未成功也不熱衷。顯示美、歐法系對於網路此等規範，是否採取自由放任立場，有基本上不同的看法。

本文所述的外國法制都有一些共通點：平台業者不負一般性的監控義務，但對已知悉的特定侵權具有監控義務。對於責任的免除，各法系都要求平台履行「通知取下」政策，作為免責的條件。但著作權法中繁瑣的其他前提，在商標侵權責任免除中未被採用。然歐盟課予更為詳細的盡職調查義務，由公私部門共同執行。我國目前法院見解，與歐美趨勢一致。但在說理上，由於我國尚乏線上平台責任之規範，因此在判決討論是否有通知、取下之適用時並無直接之法律依據，就此，原擬在數位通訊傳播法草案或數位中介服務法草案中規定，惟該二草案迄今均尚未通過，當面臨類似案件時將面臨法律基礎不明之問題。就此，歐盟、德國或美國之法制將足為我國將來法制發展之參考。

對於數位服務是否立法規範見仁見智，已如前述，美國傾向不立法，歐盟則有明確的規範。歐盟鑑於在《電子商務指令》通過後，出現了新的創新數位服務，塑造及改變了人們的通信、連接、消費和開展業務之方式，使用這些服務也成為社會和個人新風險和挑戰的來源，因此制定 DSA。DSA 旨在確保在內部市場提供創新數位服務的最佳條件，促進在線安全和保護基本權利，併為有效監督中介服務提供者建立強大而持久的治理結構。

我國目前尚無數位中介服務相關規範，有謂如加以規範將造成政府對網路環境之監督，並可能影響網路環境之言論自由，但有規範也可能有下列優點：1、更有效地保護消費者權利；2、明確規範線上平台及社交媒體之責任；3、明確處理違法內容及產品之規範；4、透過更好的監督實現更高的透明度。並可提供免責之規範基礎。

有鑑於本文探討範圍僅限於數位中介服務者中之託管服務者責任，僅藉《數位中介服務法》草案中託管服務提供者之責任⁸⁵，本文認為有疑義部分提出未來立法建議如次：

一、草案第 11 條第 1 項第 2 款

本條規定在立法理由中表示係參考 DSA 第 6 條之規定。根據 DSA 該條第 1 項規定，服務提供者不對用戶請求儲存之資訊承擔責任，前提是對於涉嫌違法之內容不實際知悉，且於他人請求損害賠償時，對任何明顯存在違法活動或違法內容之事實亦不認識；或者一旦意識到這點，就迅速採取行動阻止對違法內容之存取或將其刪除。其免責的主觀要件應同時具備：1、不實際知悉，及 2、不認識。

草案第 11 條第 1 項第 1 款規定：「一、對涉嫌違法之內容不知悉，且於他人請求損害賠償時，依顯示之事實，亦不能察覺該內容為明顯違法。」與 DSA 第 6 條第 1 項 (a) 款非常接近，但在同條項第 2 款卻僅規定「二、知悉涉違法內容後，立即移除該資訊或限制其接取。」漏未規定「察覺」（本文稱為「認識」），少了一個主觀要件。

二、草案第 22 條第 3 項

根據 DSA 第 6 條第 1 項，「違法活動或內容」之認定對線上平台營運者至關重要，但實務上也是個困難的問題。蓋若線上平台營運者採取較為寬鬆的認定，可能對使用者之言論自由造成傷害；反之，採取較為嚴格的認定，則平台營運者即有另被第三人主張民、刑事責任之風險，因其已知悉，但未立即移除該資訊或限制接取，不符合責任豁免之條件，因此平台營運者對「違法活動或內容」的認定應採何種態度至關緊要。

⁸⁵ 《數位中介服務法》草案中託管服務提供者之責任有關之規定有：第 6 條（數位中介服務提供者不負主動調查或監控違法活動之義務）、第 11 條（資訊儲存服務提供者提供他人使用而由第三人儲存資訊之服務免責）、第 12 條（數位中介服務提供者積極、主動對違法內容為必要處置者，仍可免責）、第 17 條（數位中介服務提供者依法院或行政機關依其主管法律要求提供使用者資料之程序）、第 22 條（通知及回應機制）及第 23 條（資訊儲存服務提供者移除使用者提供之特定資訊或限制其接取時，應告知該使用者之事項）。

就此，DSA 在立法理由第 22 點特別說明在何時可以假定服務提供者已知悉或認識到違法活動或違法內容。根據該點，有二可能：（1）服務提供者主動調查；（2）透過第三方足夠精確且充分證實的通知以（大概）知悉違法之內容。若是第三方之通知，則必須得到證實，以便服務提供者能識別及評估可疑之違法內容，並在必要時採取行動。然而，不能僅僅因為提供者普遍意識到其服務也會被用來儲存違法內容，就認為其已知悉或認識到有違反內容⁸⁶。此外，對於向平台營運者發出的侵權通知有嚴格的要求。DSA 第 16 條第 3 項規定：「本條（第一項）所稱通知，應被視為第 6 條中有關特定資訊之實際知悉或認識（actual knowledge or awareness），前提是其能使謹慎行事之託管服務者在沒有詳細法律審查之情況下，確定相關活動或資訊是違法的。」德國實務亦認為：通知須非常具體，使受通知者可以輕易地認定違法行為，亦即毋需詳細的法律或事實的審查。由上可見，不論 DSA 第 16 條第 3 項或德國實務均不會賦予平台營運者非常高的審查力度，而是使其在很容易辨識的情況下認定是否為違法活動或內容。

草案在第 22 條第 3 項規定：「依第一項規定所為之通知⁸⁷，視為第十一條第一項規定之知悉。」該規定可能有幾個問題：1、僅規定「知悉」，沒有規定「察覺」（或認識），規定不夠完整，理由與草案第 11 條第 1 項第 2 款同。2、忽略了類似 DSA 第 16 條第 3 項後半段的規定：「前提是其能使謹慎行事之託管服務者在沒有詳細法律審查之情況下，確定相關活動或資訊是違法的」，將使服務提供者是否已知悉或認識到違法活動或違法內容的認定變得非常困難，對於服務提供者甚為不利，因此建議增加後半段之規定。

三、草案第 17 條

草案第 17 條係關於司法或行政機關對使用者資訊之調取規定：「數位中介服務提供者應依法院裁判或行政機關依其主管法律所為之行政處分書提供其因提供服務而保存之特定使用者資料。」

⁸⁶ DSA 前言說明第 22 點。

⁸⁷ 該條第 1 項規定：「資訊儲存服務提供者應建立易於接近使用之機制，使任何人得以通知其所提供服務中之特定資訊為違法內容。」

司法或行政機關對使用者發布之違法活動或內容，可要求數位中介服務提供者採取行動，以排除或防止侵害之繼續發生，採取的行動除要求中介服務提供者提供使用者之資訊給司法或行政機關外，尚有其他可能性，例如德國 DDG 第 8 條規定，如果使用者利用網路傳輸或存取之數位服務侵害他人之智慧財產權，則可以要求提供者封鎖資訊的使用。惟為避免封鎖過度影響使用者權益，對於封鎖權之行使定有許多限制。

基於以上說明，本文對草案第 17 條之建議為：1、增訂對於使用者之違法內容可採取之行動方式的一般性規定，使司法或行政機關在資訊調取權之外，尚有採取其他更適合行動方式的可能性。2、在司法或行政機關之資料調取權部分：建議進一步對資料調取之依據、資料範圍、理由及補救機制做規範，以保障使用者權益。