

中國大陸網路服務提供者商標間接侵權責任的 若干問題—以淘寶案為例

邱奕賢*

摘要

二十一世紀物聯網獲得了消費者的青睞，也逐漸改變了人們的消費模式，其中對於商標權的侵害隨之衍生。網路購物平臺中的商標權侵權行為非一方單獨進行的，需要借助平臺業者第三人提供交易的必要協助始得已完成。因此，商標權人是否得追究間接促成侵害結果之人責任，成為了各方關注的議題。本文以中國大陸知名的淘寶網民事侵權訴訟案為中心，探討建立完整的商標間接侵權法制的必要性及可行性。借鑒中國大陸法制及法院重要判決，結合我國法制面現況，以期對我國提出兼顧商標權保護及促進工商企業正常發展的具體建議。

關鍵字：商標、間接侵權、輔助侵權責任、代理侵權責任、蘭哈姆法案、互聯網、淘寶網、侵權責任法、共同侵權責任、避風港

收稿日期：104 年 4 月 20 日

* 美國舊金山金門大學法學博士，僑光科技大學財經法律系助理教授，chiuihs@ocu.edu.tw(S. J.D. Golden Gate University, San Francisco, Assistant Professor of Law, Overseas Chinese University, chiuihs@ocu.edu.tw)。本文相關論述僅為一般研究性之探討，不代表本局之意見。

壹、緒論

網際網路（互聯網）已是二十一世紀最受歡迎的通訊工具，無遠弗屆的訊息傳輸跨越了國與國之界線，也改變了人們的消費模式。目前電子商務規模與實體交易相較已不遑多讓¹。中國大陸網路購物商機亦是蓬勃發展，根據2014年中國互聯網路資訊中心（China Internet Network Information Center，簡稱CNNIC）的統計，2013年網路購物市場繼續快速向前發展，交易金額達到1.85萬億元，較2012年增長40.9%²。網路購物平臺也如雨後春筍般相繼成立，當中不乏大型公司，例如，阿里巴巴（Alibaba）³，旗下的淘寶網更是目前中國大陸最大的購物網站⁴，自其受歡迎的程度可知目前中國大陸電子商務所衍生的商機是如何龐大⁵。

然而，當人們在享受科技所創造的經濟果實時，現實世界的衝突與問題也在虛擬空間中逐一呈現，當然也包括對智慧財產權的侵害行為。網路上因販售仿冒商品所衍生的糾紛層出不窮，充斥仿冒品的網路交易世界讓商標權人與消費者均深受其害⁶。尤其是網路交易中的賣家利用網路無遠弗屆的特性，將侵權商品散播至世界各地，商標權人對於網路交易過程所蒙受的巨大損害卻難以獲得完整的賠償，主要原因在於網路商品的賣家通常是規模較小的公司或個人，資力與所造成的損害往往不成比例，故對商標權人所受的損害無法負擔全部的賠償金額。有鑑於此，商標權人遂仿效音樂著作權人紛紛將求償對象轉向間接促成交易的網路購物平臺業者，即網路服務提供者（Internet Service Provider, ISP）。

¹ 呂曜志、邱昱芳，【中國大陸電子商務發展趨勢對臺商的啟示】，經濟部全球台商服務網，<http://twbusiness.nat.gov.tw/files/201501/20150116CNtoTWB1.pdf>（最後瀏覽日：2015/01/16）。

² 參見大陸中國互聯網路資訊中心【2013年中國網路購物市場研究報告】，<https://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/201409/P020140901332431510284.pdf>（最後瀏覽日：2014/04）。

³ Ryan Mac and Brian Solomon, Alibaba Prices Shares At \$68 In Largest US IPO Ever, available at <http://www.forbes.com/sites/ryanmac/2014/09/18/alibaba-prices-shares-at-68-as-it-gears-up-for-the-largest-us-ipo-ever/> (latest visited Mar. 04, 2015).

⁴ Alibaba The world's greatest, The Economist, available at <http://www.economist.com/news/briefing/21573980-alibaba-trailblazing-chinese-internet-giant-will-soon-go-public-worlds-greatest-bazaar> (latest visited Apr. 14, 2015).

⁵ 近年來中國大陸光棍節業績成長的表現，參見【中國光棍節一天海撈近2千億台幣，PChome要賺15年】，The News Lens 關鍵評論，<http://www.thenewslens.com/post/12709>（最後瀏覽日：2013/11/11）。

⁶ 根據中國大陸國家工商行政管理總局抽檢購物網站，淘寶網正品率僅37.25%。參見【工商總局發佈2014年下半年網路交易商品定向監測結果】，中國大陸國家工商行政管理總局，http://www.saic.gov.cn/zwgk/zyfb/qt/xxzx/201501/t20150123_151599.html（最後瀏覽日：2015/1/23）。

此舉固然對於填補商標權人損害有實質的意義，但由於網路購物平臺業者並非未直接實施侵害行為的一方，對於網際網路使用過程中不法情事的發生是否應負法律責任，引發各界熱烈討論。目前國際上已有透過立法方式逐步立法規範網路服務提供者監督責任的趨勢，以著作權侵害為例，部分國家採取分散式立法——將網路服務提供者的法律責任分散制訂於個別法律之中，例如，1998 年美國國會通過的「數位千禧年著作權法案」（Digital Millennium Copyright Act，下稱 DMCA）⁷。亦有將網際網路相關行為規範均置於單一法規中的集中式立法，例如 2000 年通過的「歐洲議會內部市場電子商務資訊社會指令」（簡稱電子商務指令，Directive of The European Parliament And of The Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, Directive on electronic commerce）⁸。臺灣係採取美國分散式立法，於著作權法中增訂網路服務提供者侵害著作權之法律責任，2009 年 5 月 13 日起開始正式實施，而中國大陸則在 2006 年 7 月 1 日起實施「信息網路傳播權保護條例」⁹。其他國家如法國於 2009 年 5 月 13 日通過「促進網路上創作之散佈與保護法案」（PROJET DE LOI favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, HADOPI），而英國也在 2010 年 4 月 9 日通過頒布「數位經濟法案」（The Digital Economy Act），顯見各國已意識到網路傳輸行為的立法規範已到了刻不容緩的地步。

雖然如此，各國對於商標權間接侵權行為判斷與認定上仍未見統一，導致法院審理時迭有疑慮，例如，美國 1946 年通過的商標法「蘭哈姆法案」（Lanham Act）未見明文規定。有鑑於此，本文以與臺灣市場經濟發展有密切關係的中國大陸為例，以期經由比較兩岸法律制度，探討商標間接侵權責任在中國法制解決方案，並對臺灣商標權法制發展有所啟發。畢竟，政府應從整個網路架構的源頭減少網路商標權侵害，擬定一個有效且合理的控管機制，對我國電子商務的發展才能有所助益。此一過程中應以建立公平完善的運作機制為目標，企盼能同時兼顧網路服務提供者、網路使用者與商標權人等多方利益，此亦為商標法所欲達成之立法目的。

⁷ 美國的 DMCA 法案並不是單一的立法，而是包裹立法，其中網路服務提供者責任限制事由規定於「1997 年網路著作權責任限制法案」（The On-Line Copyright Liability Limitation Act of 1997）。

⁸ Council Directive 2000/31/EC.

⁹ 資訊網路傳播權保護條例第一條明白揭示以「鼓勵有益於社會主義精神文明、物質文明建設的作品的創作和傳播」為目的。

貳、間接侵權理論與實踐

一、間接侵權理論的發展

直接侵權係指直接實施法所不許的利用行為而侵害他人的權利，而間接侵權（secondary infringement liability）則係指未實施直接侵權卻故意引誘或幫助他人實施直接侵權，區分之主旨目的在於填補侵權行為過程中未實施直接侵害行為者的法律上歸責問題。易言之，間接侵權責任的成立必須以直接侵權責任成立為前提，若無直接侵權責任，間接侵權責任將無所附麗。

間接侵權行為係源自於英美法系，透過案例的累積逐漸發展出輔助侵權（contributory infringement）、代理侵權責任（vicarious infringement）以及誘引侵權責任（inducing infringement）¹⁰，理論內容豐富與大陸法系國家民法中傳統的侵權行為責任有所差異。試舉一例說明，若某百貨公司中設櫃營業的攤商有販賣侵權的不法商品如盜版或仿冒品，該百貨公司因場所提供者的角色而對場所中有攤位大量出售不法商品的情形具有監督管理之責。申言之，百貨公司在明知部分攤位從事侵權行為的情況下，還繼續提供攤位、設施、停車位、廣告、水管維修等，如同對攤商的不法行為進行實質性幫助，自應承擔法律責任。但依傳統大陸法系國家之侵權責任要件觀之，百貨公司因未曾直接實施不法行為，欲令其為他人的侵權行為負擔共同侵權之責，恐有困難。一旦採取英美法系國家的間接侵權歸責理論，製造商或商場主人便應負起協助或未盡監督之責任，不能無視商場中販賣者肆無忌憚的侵權行為發生。

類似的情況也發生在網路世界中，考慮到過於嚴格的法律責任承擔只會不當加重網路服務提供者的經營成本，反而不利於網際網路中電子商務的發展¹¹。直至2010年7月1日「侵權責任法」正式生效之前，中國大陸承審法院對於網路商標侵權案件審理上採取格外謹慎的態度，依中國大陸民法通則規定第一百三十條規定按部就班逐一檢視成立共同侵權行為責任之構成要件。由於中國大陸民法通則就行為人是否構成共同參與侵權行為並未如英美法有詳細的主客觀要件呈現，

¹⁰ 代表性案例為美國2005年美國聯邦最高法院的 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd. 案。

¹¹ 代表性案例為2010年美國知名的 Tiffany(NJ) Inc. v. eBay Inc. 案。

例如美國法 Inwood 法則¹²，法院僅能依個案情況判斷是否構成協助或參與侵權行為¹³。待立法引進英美法間接侵權責任後，始見法院判決將網路服務提供者對於網路用戶的侵權行為主觀上是否具知情或有預見能力，客觀上是否具有避免侵害行為發生的能力納入考量。

二、立法引進

近來大陸法系國家受其影響紛紛探討立法引進的可能性，以因應科技發展及市場行銷的變遷。目前中國大陸民法中僅有關於共同侵權行為¹⁴之規定而未有直接侵權和間接侵權的區分，理論上共同侵權行為責任已足以涵蓋間接侵權行為，但因主客觀構成要件的設計需因事制宜，將間接侵權行為規範於其他特別法中建構。其中，以著作權法最先規範網路服務提供者的間接侵權責任，在「資訊網絡傳播保護條例」中課予網路服務業者防免著作權侵害義務的同時，也規定了資訊網路服務提供者的免責條款，提供法律責任的避風港（safe harbor）¹⁵，以平衡各方利益¹⁶。2006年11月中國大陸最高人民法院更頒布「關於審理涉及計算機網路著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」，其中第三條明白指出「網絡服務提供者通過網絡參與他人侵犯著作權行為，或者通過網絡教唆、幫助他人實施侵犯著作權行為的，人民法院應當根據民法通則第一百三十條的規定，追究其與其他

¹² 美國1982年美國聯邦最高法院的 Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc. 案所建立的 Inwood 法則又稱為雙叉測試法（two-prong test），亦即製造商或批發商若「故意」引誘他人侵害商標權或在「明知或可得知」的情況下，持續提供商品予侵害商標權人，均構成商標權輔助侵權責任，作為商標輔助侵權責任的判斷。

¹³ 詳見本文第三章淘寶網代表性案例的討論。

¹⁴ 中國大陸民法第一百三十條規定：「二人以上共同侵權造成他人損害的，應當承擔連帶責任。」中國大陸侵權責任法第九條第一項亦有相似的規定：「教唆、幫助他人實施侵權行為的，應當與行為人承擔連帶責任。」另參見最高人民法院「關於貫徹執行〈民法通則〉若干問題的意見」第一百四十八條：「教唆、幫助他人實施侵權行為的人，為共同侵權人，應當承擔連帶民事責任。」

¹⁵ 所謂「避風港條款」，係當著作權人發現其著作物在網站上遭非法使用，並告知網路服務提供者侵權情事時，網路服務提供者只要依法定程式將被指控侵權的內容物移除，即可免除侵害著作權之責任，等於賦予網路服務提供者責任避風港。

¹⁶ 中國大陸信息網絡傳播保護權條例第二十三條規定：「網絡服務提供者為服務對象提供搜索或者鏈接服務，在接到權利人的通知書後，根據本條例規定斷開與侵權的作品、表演、錄音錄像製品的鏈接的，不承擔賠償責任；但是，明知或者應知所鏈接的作品、表演、錄音錄像製品侵權的，應當承擔共同侵權責任。」

行為人或者直接實施侵權行為人的共同侵權責任¹⁷。」換言之，此一解釋承認民法共同侵權責任作為歸責依據的地位。

2010年7月1日中國大陸直接針對網路侵權行為制定了「侵權責任法」，以為明確規定。其中第三十六條第二項及第三項規範網路服務提供者的監督義務，第二項「網路用戶利用網路服務實施侵權行為的，被侵權人有權通知網路服務提供者採取刪除、遮罩、斷開鏈結等必要措施。網路服務提供者接到通知後未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網路用戶承擔連帶責任。」又同條第三項規定「網路服務提供者知道網路用戶利用其網路服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網路用戶承擔連帶責任。」「侵權責任法」得普遍適用於各種侵權態樣，係民法領域的延伸，作為民事侵權歸責的基礎原則，在網路侵權案例中獲得普遍的適用¹⁸。

商標法領域則未見網路服務提供者監督責任的直接規範，僅有原中國大陸商標法實施條例第五十條第二款的規定「故意為侵犯他人註冊商標專用權行為提供倉儲、運輸、郵寄、隱匿等便利條件的」屬於商標法侵犯註冊商標專用權的行為，將商標權間接侵害予以明文。惟相關規定於2014年修正中已遭移列至本法¹⁹，改列於2013年8月30日第十二屆全國人民代表大會新修正的中國大陸商標法第五十七條第六款「故意為侵犯他人商標專用權行為提供便利條件，幫助他人實施侵犯商標專用權行為的」中，雖然用語略有不同，但後者適用要件明顯較前者寬鬆，即行為人不以提供實體便利條件為限，解釋上更可涵蓋虛擬世界的一切有效協助行為。這是中國大陸首次將商標輔助侵權責任納入立法，至於商標的代理侵權責任則未見於此次立法之中。不過除了法律責任外，2014年1月26日中國大

¹⁷ 中國大陸2006年11月修正的「最高人民法院關於審理涉及計算機網路著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」第三條規定：「網絡服務提供者通過網絡參與他人侵犯著作權行為，或者通過網絡教唆、幫助他人實施侵犯著作權行為的，人民法院應當根據民法通則第一百三十條的規定，追究其與其他行為人或者直接實施侵權行為人的共同侵權責任。」第四條規定：「提供內容服務的網絡服務提供者，明知網絡用戶通過網絡實施侵犯他人著作權的行為，或者經著作權人提出確有證據的警告，但仍不採取移除侵權內容等措施以消除侵權後果的，人民法院應當根據民法通則第一百三十條的規定，追究其與該網絡用戶的共同侵權責任。」惟此一解釋已於2013年1月1日遭「最高人民法院關於審理侵害資訊網路傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定」取代。

¹⁸ 劉揚，【論網路服務提供者的侵權責任】，光明網，<http://court.gmw.cn/html/article/201304/15/125488.shtml>（最後瀏覽日：2013/04/15）。

¹⁹ 2014年4月29日中國國務院令第651號。

陸國家工商總局頒布了「網路交易管理辦法²⁰」，並自 2014 年 3 月 15 日起施行，顯示中國大陸對於網路打假的重視，正透過行政及立法部門重新檢示網路平臺服務經營者對平臺的管理責任。

參、淘寶網代表性案例

一、魯道夫·達斯勒體育用品波馬股份公司訴浙江淘寶網路有限公司等商標侵權糾紛案

原告魯道夫·達斯勒體育用品波馬股份公司（下簡稱波馬公司）為“PUMA 及豹圖形”註冊商標之商標權人，2006 年 2 月 16 日原告發現被告陳仰蓉於另一被告互聯網資訊服務商浙江淘寶網路有限公司（下簡稱淘寶網）所經營的淘寶網販售標有原告上述“PUMA”及“豹圖形”註冊商標之運動鞋因而提告，訴請請求法院判令：1. 賠償原告損失；2. 兩被告停止侵權行為；3. 兩被告登報賠禮道歉。

被告淘寶網主要抗辯理由有二：1. 淘寶網為互聯網資訊服務業務提供者，並非本案所涉的銷售假冒註冊商標的商品銷售方。2. 目前法律或規章沒有要求網路服務提供商對用戶利用系統條件發佈的資訊內容做實質審查的義務，從技術上講事先審查也是不可能的。網路服務提供商既不可能也沒有權力逐一檢查遍佈全國或全球的銷售者。網路服務提供者在對用戶提供服務時，對電子商家或網上用戶的資訊內容承擔的是形式審查和合理的事後監督義務。且已按「淘寶網服務條款」和相關規則對第二被告的相關資訊記錄進行資料查詢，即盡事後審查義務，發現第二被告已從 2006 年 6 月 1 日起將涉案物品下線。

本案中，承審的第一審法院廣東省廣州市中級人民法院依中國大陸民法通則第一百三十條規定「二人以上共同侵權造成他人損害的，應當承擔連帶責任。」及當時的商標法實施條例第五十條第二項規定「故意為侵犯他人註冊商標專用權行為提供倉儲、運輸、郵寄、隱匿等便利條件的。」認為互聯網資訊服務商對網路購物平臺中所發生的侵害行為與網路商店可能構成共同侵權責任，但以故意協助網路商店販售侵權商品為限。申言之，本案被告淘寶網作為網路用戶發佈資訊

²⁰ 2014 年 1 月 26 日中國國家工商行政管理總局令第 60 號。

的技術支持者自具備對這些資訊予以刪除的能力，若網路服務商明知網路用戶使用其網路空間及資訊銷售侵犯他人商標權的商品卻不刪除相關資訊作為事後彌補，即應負故意為侵犯他人商標權而提供便利條件之責，並與網路商店構成共同侵權責任。

最後法院判定被告淘寶網未違反事前審查義務、事後補救義務，駁回原告對被告之請求。本案因雙方當事人均未提出上訴而定讞²¹。

二、衣念（上海）時裝貿易有限公司與浙江淘寶網路有限公司、杜國發侵害商標權糾紛案²²

原告衣念（上海）時裝貿易有限公司（下簡稱衣念公司）係商標權利人，在2009年9月29日至2009年11月11日期間，原告衣念公司發現另一被告杜國發透過浙江淘寶網路有限公司（下簡稱淘寶網）所經營的淘寶網銷售侵權商品後，先後七次向淘寶網發送侵權通知函，淘寶網接獲通知後雖先後七次刪除了杜國發發佈的商品資訊，但未採取其他制止侵權行為的措施。淘寶網在知道杜國發以銷售侵權商品為業的情況下，依然向其提供網路服務，故意為侵犯他人註冊商標專用權的行為提供便利條件，繼續縱容、幫助杜國發實施侵權行為。故原告訴請法院判令被告杜國發、淘寶網共同賠償原告之經濟損失並刊登致歉啟事，說明淘寶網曾銷售過侵犯原告商標專用權的產品。

淘寶網則辯稱已採取了合理審慎的措施，及時刪除權利人投訴的涉嫌侵權的資訊，並且衣念公司的投訴中均未附任何證據，不是有效的投訴，淘寶網只是為了平衡投訴人和被投訴人之間利益，採取刪除資訊但不予處罰的措施，其不具有主觀上的過錯。

一審法院認為，被告杜國發於淘寶網上銷售與衣念公司註冊商標相同或類似，足以導致消費者對商品來源產生誤認，應負擔直接侵害商標權之責任。而另一被告淘寶網在有條件、有能力針對特定侵權人杜國發採取措施的情況下，卻未採取必要措施以制止侵權，是對杜國發繼續實施侵權行為的放任、縱容。其故意為杜國發銷售侵權商品提供便利條件，構成幫助侵權，具有主觀過錯，應承擔連

²¹ 廣東省廣州市中級人民法院（2006）穗中法民三初字第179號。

²² 最高人民法院發佈之2011年知識產權保護十大典型案例之一。

帶賠償責任²³。

本案上訴至二審，上訴人淘寶網主張衣念公司的投訴未提供判斷侵權的證明，不是有效投訴，淘寶網無法就投訴資訊是否構成侵權進行審核，亦不知道杜國發侵權行為的存在。被上訴人衣念公司則辯稱上訴人明知杜國發存在侵權行為，仍未採取任何措施以防止再次侵權行為的發生，其為侵權行為提供了網路服務幫助。上海市第一中級人民法院最後認為一審認定事實基本清楚，適用法律正確，因而判定淘寶網知道杜國發利用其網路服務實施商標侵權行為，但僅是被動地根據權利人通知採取沒有任何成效的刪除鏈結之措施，未採取必要的能夠防止侵權行為發生的措施，從而放任、縱容侵權行為的發生，其主觀上具有過錯，客觀上幫助了杜國發實施侵權行為，構成共同侵權，應當與杜國發承擔連帶責任，故判決駁回上訴，維持原判²⁴。

三、立邦塗料（中國）有限公司訴上海展進貿易有限公司、浙江淘寶網路有限公司侵害商標權糾紛案²⁵

2011年8月23日，原告立邦塗料（中國）有限公司（下簡稱立邦公司）商標權人，用於立邦漆系列產品上；被告之一的上海展進貿易有限公司（下簡稱展進公司）未經原告許可，在另一被告浙江淘寶網路有限公司（下簡稱淘寶網）所經營的淘寶網上開設的店鋪中肆意使用原告的上述商標標識來裝飾其店鋪，足以使消費者誤認為被告展進公司與原告立邦公司存在關聯，侵害了原告的商標權。原告聲稱曾多次要求被告淘寶網履行網路服務提供者的管理義務，採取有效措施制止展進公司的侵權行為但淘寶網對原告的投訴卻不予理睬，放任展進公司繼續侵權，導致原告損失擴大，構成共同侵權。故此訴請法院判令：1. 被告立即停止侵害行為；2. 刊登聲明，賠禮道歉，消除影響；3. 賠償原告經濟損失。

被告淘寶網辯稱展進公司的銷售行為不構成商標侵權，更何況淘寶網只是網路服務提供者，並非侵權行為直接實施者，未有明知侵權的情況。再者，淘寶網已盡到了事先審查注意義務，而原告向淘寶網的致函又未能指明展進公司行為的

²³ 上海市浦東新區人民法院（2010）浦民三（知）初字第426號。

²⁴ 上海市第一中級人民法院（2011）滬一中民五（知）終字第40號。

²⁵ 最高人民法院公佈之2012年中國法院知識產權司法保護50件典型之二十四。

侵權之處，且原告要求淘寶網對所有的立邦產品予以遮罩，也超出了淘寶網的技術手段。

一審法院認為，展進公司使用商標的方式未違反構成商標權侵害，故駁回原告請求²⁶。上訴審中，上海市第一中級人民法院亦持相同見解，駁回原告上訴。簡言之，間接侵權責任之成立以構成直接侵權責任為前提，今展進公司未構成商標侵權責任時，淘寶網的間接協助侵害之責也無從成立²⁷。

四、美國威斯康辛州花旗參農業總會與浙江淘寶網路有限公司、吉林市參鄉瑰寶土特產品有限公司侵害商標權糾紛上訴案²⁸

原告美國威斯康辛州花旗參農業總會（Ginseng Board of Wisconsin, Inc.，下簡稱花旗參農業總會）為商標權人，於2011年發現被告浙江淘寶網路有限公司（下簡稱淘寶網）所經營的淘寶商城中由同案被告吉林市參鄉瑰寶土特產品有限公司（下簡稱瑰寶公司）在未經授權情況下銷售印有其商標的產品。原告花旗參農業總會以侵權為由向淘寶網創始人馬雲而非淘寶網發送律師函，但淘寶網未採取任何措施或以技術手段制止瑰寶公司的侵權行為，故原告訴請法院依法判令：1. 二名被告應立即停止侵權行為，並向原告就其侵權行為作出書面道歉；2. 連帶責任賠償損失。

被告淘寶網則辯稱 1. 淘寶網對瑰寶公司所銷售的產品沒有法定的審查義務。2. 淘寶網在瑰寶公司成為淘寶網賣家之時就已經做到了合理的審查義務，故對銷售侵權產品不存在共同侵權之故意，不應承擔連帶責任。3. 淘寶網建立了全面的資訊檢查控制制度，在制度及管理上不存在過失。4. 淘寶網為保護註冊商標權採取了必要手段，盡到了合理注意義務。淘寶網要求瑰寶公司就“不得銷售侵犯他人權利的商品”作出書面承諾，並建立正品保障及賠付制度、全面的投訴處理流程和假貨退出機制。5. 原告向淘寶網送達的侵權通知缺少必要條件。由於原告在律師函中並未提及具體的鏈結和網路位址，也沒有向淘寶網提供構成侵權行為的

²⁶ 上海市徐匯區人民法院（2011）徐民三（知）初字第138號。

²⁷ 上海市第一中級人民法院（2012）滬一中民五（知）終字第64號。

²⁸ 最高人民法院公佈之2012年中國法院知識產權司法保護50件典型之二十二。

初步證據，因此，淘寶網僅憑律師函無法作出判斷，更不能恣意採取刪除、遮罩或者斷開鏈結等措施。6. 原告對損失擴大部分應當自行承擔。原告並未向淘寶網提供判斷侵權成立的初步證據，也未告知明確的網路鏈結位址，導致淘寶網不能及時採取技術措施，顯然原告對損失擴大部分存有故意。7. 淘寶網已經採取必要措施，做到了網路交易平臺防止損失擴大的基本義務。

本案一審法院吉林市中級人民法院判定，被告淘寶網既對外承諾「品牌正品、商城保障」，自應在接到原告花旗參農業總會投訴瑰寶公司有利用網路交易平臺行侵權之舉後主動著手進行審查，而非被動等待原告提交侵權鏈結，故判決淘寶網部分承擔與瑰寶公司的連帶責任²⁹。

惟上訴至二審，吉林省高級人民法院則認為淘寶商城的「正品保障」是針對網店經營行為的保證，而原告的起訴是針對淘寶網的侵權，二者並非一談，因此還應該回歸到網路服務提供商的法定義務上，否定了淘寶網對瑰寶公司所銷售產品的審查義務³⁰。其次，中國大陸侵權責任法第三十六條第二項要求網路服務提供者就網路用戶利用網路服務實施侵權行為，接到被侵權人通知後未及時採取必要措施者，對損害的擴大部分與該網路用戶承擔連帶責任。反之，若因被侵權人怠於履行告知義務時，導致網路服務提供者無法及時採取必要措施防止損失擴大，網路服務提供者不應對此承擔賠償責任。本案原告在律師函中並未提及具體的鏈結和網路位址，也沒有向淘寶網提供構成侵權行為的初步證據，因此，淘寶網無法僅憑律師函通知恣意刪除、遮罩或者斷開鏈結，導致不能及時採取技術措施，原告顯然應對損失擴大部分自負其責。

最後上訴法院判定一審淘寶網於接到被侵權人的通知後已盡到合法注意義務，且原告的投訴沒有達到法定要求，故判決撤銷原判，改判一審被告淘寶網不承擔侵權責任。

²⁹ 吉林省吉林市中級人民法院（2011）吉中民二初字第103號。

³⁰ 吉林市高級人民法院（2012）吉民三涉終字第3號。

肆、案例評析與建議

一、案例評析

中國大陸早期網路交易平臺業者的商標侵權責任問題，因當時無法律明確規定，只能援引民法通則建構共同侵權行為責任作為判決依據。觀乎上述淘寶網民事訴訟第一案，法院引用民法及商標法實施條例作為審判基礎即是明證。嗣後案例則因中國大陸侵權責任法的頒行，遂逐漸以之建構法理上主要判斷依據。惟侵權責任法規範上有諸多缺失，何種情況下能為網路服務業者提供法律責任避風港，成為中國大陸法院審理淘寶網案例時的焦點爭議問題。本文認為，中國大陸侵權責任法第三十六條雖可被視為網路服務提供者法律責任避風港的明文，但在適用上有以下值得深思之處：

（一）立法體例

依中國大陸侵權責任法第一條規定，其適用對象為普通民事案件，未如著作權法或商標法等民事特別法針對特殊情況所制定，適用結果是否妥適有待商榷。就商標法未及規定之處侵權責任法雖然能補其不足，但畢竟間接侵權責任係要求非直接侵權行為人負擔法律責任，法律要件的建構上未必能夠齊一，應格外謹慎。本文認為，網路服務提供者商標間接侵權責任立法體系上應參考著作權法的立法模式，直接於商標法中明文規範為宜，避免法律適用體系紊亂外，更能因事制宜，符合商標法「保障消費者和生產、經營者的利益，促進社會主義市場經濟的發展」之立法目的³¹。

（二）適用對象

中國大陸資訊網絡傳播保護條例依照網路服務提供者的行為態樣為準適用法律，包括提供網路自動接入服務、自動傳輸服務、自動存儲從其他網路服務提供者獲得的著作物、資訊存儲空間、搜索或鏈結服務等³²。侵權責任法則未有此區分，對於是否排除機械式操作的網路連接服務提供者，法律適用之主體範圍並不

³¹ 中國大陸商標法第一條。

³² 我國著作權法則仿效美式立法，依所扮演的角色將網路服務提供者詳加區分為連線服務提供者、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。

明確。由於網路服務提供者因網路技術不同而提供不同的服務，立法上似應更明確加以界定，按照網路傳輸過程所參與的行為不同而負擔不同的責任，有助於法律安定性與明確性³³。以淘寶網觀之，營運模式是屬於提供資訊存儲空間、搜索或鏈結服務的網路服務提供者，有監督的能力與責任³⁴。至於提供網路自動接入服務、自動傳輸服務、自動存儲的網路服務提供者因技術上無法識別所傳輸的資訊內容，自不應令其負監督管理之責。法律規定若能直接清楚指出依所涉及的何種服務行為做為責任歸屬的判準，立法上較為妥適。

（三）賠償責任

上述淘寶網第四案中，法院明確援引中國大陸侵權責任法第三十六條第二項僅要求網路服務提供者知道網路用戶利用其網路服務侵害他人民事權益時，應及時採取必要措施，否則對之後所發生「損害的擴大部分」與該網路用戶承擔連帶責任。換言之，對接獲權利人通知之前所發生之損害賠償應適用同條第三項，唯有網路服務提供者知道卻未採取行動的情況下始與該網路用戶承擔連帶責任。將損害賠償範圍切割為接獲通知前與接獲通知後分別適用不同法律條款，立法上似無此必要。

（四）避風港機制

中國大陸侵權責任法中民事免責條款的要件顯然是借鑒中國大陸信息網絡傳播權保護條例採取的「通知／刪除」（notice-and-takedown procedures）模式³⁵，在主觀上非明知或者應知的前提下，提供搜索或者連結服務的網路服務提供者在接到權利人的通知書後，依法斷開與侵權的作品、表演、錄音錄影製品的連結即可算是進了合理的注意義務，得以進入法律責任避風港。不過同法就通知書形式³⁶、不實通知及恢復通知之責任³⁷相關規定有的付之闕如或是法律要件過於模糊不清，導致網路服務業者審查義務不明，究竟是實質審查或形式審查未予釐清，商標權人與網路服務提供者無所適從，易造成彼此間訴訟紛爭不斷。

³³ 同註19。

³⁴ 司曉、範露瓊，【評我國「侵權責任法」互聯網專條】，中國知識產權研究網，http://www.iprcn.com/IL_Lwxc_Show.aspx?News_PI=2099（最後瀏覽日：2011/10/17）。

³⁵ 17 U.S.C. § 512(c)(f)(g)。

³⁶ 中國大陸資訊網絡傳播保護條例第十四條。

³⁷ 中國大陸資訊網絡傳播保護條例第二十四條。

揆諸上述淘寶網第二案中，法院認為即便網路服務提供者未接獲通知或權利人的通知有所瑕疵，倘網路服務提供者「知道」侵害情形存在卻視若無睹而未採取「必要措施」以制止繼續侵權，仍可能因放任、縱容侵權行為的發生，而與網路用戶承擔共同侵權責任。值得注意的是，首先，網路服務提供者主觀上「知道」侵害情況，究竟是否包括「明知」與「可得知」。此一爭議涉及網路服務提供者注意義務的判斷，向來是各方爭論的焦點。論者有謂網路服務提供者就實質上可以掌控的領域中所發生的侵害狀況，應負起一定的監督責任；另有謂網路服務提供者不應被課予主動審查的責任，避免過猶不及之憾。雖然兩說立論各有所據，但仍應以前者為是，藉由課予網路服務提供者一定的自律責任，可避免放任、縱容侵權行為的發生，對促進公平交易有正面的意義。而真正的問題在於「可得知」該如何解釋，較為妥當？或可參照美國著作權法第 512 條 d 項規定，網路服務提供者「察覺」（aware）與否係以一般合理之人為判斷標準，即便被告「事實上不知悉」侵害情事的發生，因客觀上有明顯的加害行為係一般合理之人所無法忽略，進而推論網路服務提供者的過失責任³⁸。實際上的操作標準則可透過法院於個案中的判斷逐漸發展形成司法先例³⁹。

其次，所謂必要措施範圍包含甚廣，涉及網路服務提供者所提供服務的類型、技術、成本等因素，可能包括警告、限制使用權限或是永久取消該網路用戶的使用權等。必須按實際狀況個案判斷採取何種措施最為恰當。事實上，上述淘寶網第二案並非衣念（上海）時裝貿易有限公司首次控告淘寶網路有限公司侵犯商標專用權。在稍早的衣念（上海）時裝貿易有限公司與徐某、浙江淘寶網路有限公司侵犯商標專用權糾紛案本文中，法院認為「被告淘寶網收到原告的侵權投訴後，對原告提供的證據進行了初步審查，根據原告的要求暫時保留了涉嫌侵權的商品資訊鏈結，並提供了被告徐某的身份資訊。待原告提起訴訟後，被告淘寶網即刪除了相應的商品資訊鏈結⁴⁰。」且在被告在淘寶網公告的使用規則中「明確規定用戶在淘寶網網上交易平臺上不得買賣侵犯他人知識產權或其他合法權益的物品等，並設置了相應的懲罰規則⁴¹。」最後判定被告已經盡到其應負的合理注意義

³⁸ 17 U.S.C. § 512(d).

³⁹ 同前註。

⁴⁰ 上海市黃浦區人民法院（2010）黃民三（知）初字第 42 號。

⁴¹ 同註 34。

務，不應負擔侵權責任。對於同樣的原告和類似的案情，卻得出截然相反的判決結果，係因法院個案判斷上就被告是否已滿足必要措施認定上的差異所造成。

二、建議

中國大陸形式上以單獨法規（*sui generis*）的方式，將網路服務提供者之責任予以集中規範於侵權責任法中，但在不同法領域中又各有網路服務提供者間接侵權責任規範，立法體例頗為特殊，兼具集中式與分散式立法模式的特徵。立法體系上建議參考著作權法的立法模式，於商標法中另為明文規範，有助於提昇法律安定性。2013 年中國大陸新商標法，雖宣示了商標權侵害型態不再侷限於直接實施侵害行為，在訊息傳輸的過程中扮演橋樑的角色的網路服務提供者，亦有因「共同侵權行為」而負責的可能。不過，相關責任僅止於「故意」的輔助侵權類型，對於網路服務提供者的監督責任則未有規定。

本文認為，應將前述中國大陸侵權責任法中網路侵權專條規範移植於商標法，並重新設計適合商標法的法律要件，以明確網路服務提供者的監督責任。申言之，網路服務提供者固然沒有主動監控侵權資訊的義務，但全面審查除了大幅增加營運成本，網路服務提供者畢竟不是司法機關，令其負擔合法性審查的責任恐有不當。故透過商標法直接清楚規範網路服務提供者的審查義務及處理程式，將有助於經營者法律風險及經營成本的評估，對於調和商標權人、網路用戶與網路服務提供者的利益亦有正面的意義。蓋不夠完備的法律規範，更令網路服務提供者隨時可能陷入司法訴訟的麻煩中，不利經營上法律風險評估，有阻礙企業投資之虞。立法上甚至可進一步制定「三振條款⁴²」機制，讓習於販賣侵害商標權商品的網路使用者失去使用網路服務的權利，有維護交易秩序、鼓勵合法商家的功能。此外，中國大陸新商標法第五十七條第六款網路服務提供者商標輔助侵權的範疇較之美國法 Inwood 法則狹隘，待日後中國大陸司法實務運作逐漸成熟時，或可考慮採取美國法院見解，擴大對商標權人之保障。

⁴² 所謂「三振條款」即當網路使用者有三次以上涉及侵權情事時，網路服務提供者有權終止提供其網路服務的權限。

伍、結論

2011年12月16日中國大陸最高人民法院所印發「關於充分發揮智慧財產權審判職能作用推動社會主義文化大發展大繁榮和促進經濟自主協調發展若干問題的意見」通知第六條規定：「追究網路服務提供者的侵權責任應當以首先使用通知與移除規則為前提。既要防止降低網路服務提供者的過錯認定標準，使通知與移除規則形同虛設；又要防止網路服務提供者對於協力廠商利用其網路服務侵權消極懈怠，濫用通知與移除規則。」可見網路服務提供者法律責任的設計上與執行上要滿足各方需求實非輕而易舉之事。當中涉及到交易秩序的公平、公眾使用網路的權利以及網路服務提供者的經營空間、電子商務的發展等，非單方面的考量可以涵蓋。尤其目前沒有國際公約直接要求會員國建立商標間接侵權法制，各國仍以透過司法實務逐步就個案發展為主，擔心過於嚴苛的法律恐不利於本國網路經濟的發展，甚至超過了對於商標權利人的保護。

有鑑於網路科技發展的現今情況，各類網路服務提供者正處於隨時可能會被控侵害他人權利的風險之下，立法政策上若不及早釐清相關法律責任，長遠觀之，反而不利於資金投入電子商務的經營發展。我國無理由置外於網路交易市場的前提下，欲發展電子商務先健全相關法制已是刻不緩的事。目前我國法律制度，仍以民法第一百八十五條第二項作為間接侵權行為的認定基礎，故本文傾向發揮大陸法系簡明而有系統的立法特徵，藉由國會立法早日釐清法律責任，不必等待漫長的司法解決途徑。如此，將有利於我國網路相關產業的發展，同時實現商標法維護市場公平競爭、促進工商企業正常發展的立法宗旨，於我國經濟發展轉向建立自有品牌之際當有所助益。