



國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

個人形象商業價值之保護

Protection of Commercial Value of Personal Image

鄭亘婷

Hsuan-Ting Cheng

指導教授：李素華 博士

Advisor: Su-Hua Lee, Ph. D.

中華民國 113 年 6 月

June, 2024

謝詞



研究所的時間似乎一轉眼就過去了，感覺上放了一段相當長的假期，跟自己對話的時間與大學時相比多上許多，自由自在地去看了自己想看的東西、嘗試先前認為沒有時間去做的事情。這份論文能夠如期完成，必須感謝素華老師，儘管在最後一學期才密集與老師討論，但老師總是很願意撥出時間給我及其他學生，也不吝指出問題點。感謝口試委員謝大法官、沈教授的鼓勵、建議及回饋。另外，也感謝佳凌在種子論壇、論文發表都積極幫忙，讓我完全不需要為出席人數苦惱；感謝朋友們在論發、口試前的加油打氣；感謝婉婷、書瑋在口試時的協助，讓我在當天心情能更輕鬆。感謝家人在研究所期間從不過問論文進度，只是相信我會順利畢業，並鼓勵我去做想做的事。感謝社團的弟弟妹妹（和少數同年紀）經常讓我受到治癒、心情愉快。最後，感謝子平在這段期間的支持及體諒。

雖然要離開待了七年的校園有些不捨，但是似乎也待得夠久了，感謝台大帶給我的一切。



摘要

隨著個人形象在商業上受到的利用型態越發多元、頻率不斷增高，其商業價值也逐漸變得不容忽視。對於個人，尤其是著名人士而言，其形象及人格特徵的重要性不再侷限於人格利益，而是及於財產利益，且財產利益之比重不必然亞於人格利益。若欲提供形象受到他人未經同意商業利用之個人適當之保護，便必須重視該重心轉移之事實，並注意法律提供之保護的出發點。

就此，比較法上英、美針對個人形象上財產利益，採取不同方式進行保護。美國法上於認知到原先作為保護方式之隱私權無法提供當事人適切主張基礎後，逐漸發展出公開權此一獨立權利，針對個人形象之商業價值提供單獨保護。相較之下，英國法上則是相對保守，拒絕承認一新權利，而選擇以既有之假冒侵權制度，在個案中進行擴張適用，試圖為個人提供救濟方式。

至我國目前則以傳統民法上人格權之侵權行為（民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項）及不當得利（民法第 179 條）為主要保護基礎。實務對於形象商業價值之變化雖非全無意識，惟在保護上並無明顯對策，人格利益保護在相關案件中仍扮演主要角色。因此，個案中原告雖於請求非財產上損害賠償時較無問題，但針對財產利益之請求經常受到阻礙，其中又以經紀公司之主張困難最為顯著。

個人形象具有商業價值之個人，以及協助管理及利用形象之經紀公司，於訴訟上無法取得理想結果，勢必將影響我國娛樂產業之發展。又為使個案中原告得成功請求相應損害賠償，本文認為比較法應能提供一定參考。

綜合參考英、美做法，本文認為美國法作法提供保護更為適切，並認為我國應有引進公開權之必要，假冒侵權則可作為參考，以建構我國的補充性保護。引入公開權將使個人人格上經濟利益定位及特殊性更為明確，且保護要件、保護範圍、權利得否移轉或繼承等特性，以及損害賠償計算等相關架構均可透過明文的方式明確化。且觀察實務判決，法院對於公開權概念之接納程度有上升趨勢，可

見公開權在我國並非全然受到排斥或無人知曉、關注。

若公開權經妥適立法，應能有效處理實務上目前問題，提供個人形象商業價值更完整之保護，並為相關產業之發展建構更良好、完備的基礎。



關鍵詞：形象、公開權、假冒侵權、人格權經濟利益、侵權行為、不當得利。

Abstract



As the commercial utilization of personal image becomes more and more diversified and frequent, its commercial value is becoming increasingly important. For individuals, especially famous persons, the importance of their image and personality traits no longer show in personality interests, but also involves property interests, which don't necessarily play a less vital part than personality interests. In order to provide appropriate protection for individuals whose images have been commercially exploited by others without their consent, it is important to take into account this shift in interests and pay attention to the essence of the protection provided by the law.

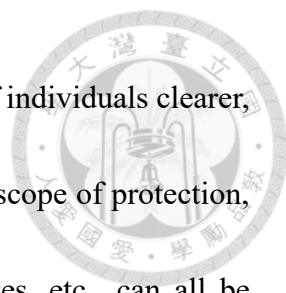
In the aspects of comparative law, in this regard, the U.K. and the U.S. have adopted different approaches to the protection of economic interests in personal images. In the United States, after realizing that the right of privacy, which originally serves as a form of protection, could not provide the basis for the parties to make appropriate claims, the United States gradually developed the right of publicity as a new and independent right to provide separate protection for the commercial value of personal images. In contrast, English law is relatively conservative, refusing to recognize a new right and choosing to use the existing law of passing off, expanding its application in cases, in an attempt to provide individuals with remedies.



In R.O.C., the protection for the property interests in one's image still rely largely on the provisions related to infringement of traditional personality rights (Article 184(1)(a) and Article 195(1) of the Civil Code) and unjust enrichment (Article 179 of the Civil Code). Although the courts are not completely unaware of the increase in the commercial value of one's image, there are no obvious corresponding measures to protect such value, and the protection of personality interests still plays a major role in the relevant cases. Therefore, although the plaintiffs in the cases had no problem in claiming non-property damages, their claims on economic interests were often obstructed, with agencies having the most significant difficulties in claiming such damages.

The fact that individuals whose personal images have commercial value and agencies that help manage and utilize their images fail to obtain the desired outcome in litigation will certainly affect the development of the entertainment industry in R.O.C. To enable the plaintiffs in these cases to successfully claim the corresponding damages, the author believes that the comparative law should provide some reference.

After making comprehensive reference to and comparison of the practices of the United Kingdom and the United States, the author believes that the protection provided by the American law is more appropriate and that it is necessary to introduce the right of publicity in R.O.C., while the law of passing off can be used as a reference to build up complementary protection. The introduction of the right of publicity will make the



positioning and specificity of economic interests in the personality of individuals clearer, and the relevant frameworks such as the elements of protection, the scope of protection, the transfer or inheritance of rights, and the calculation of damages, etc., can all be clarified through express provisions. In addition, observing practical judgments, there is an trend in the acceptance of the concept of the right of publicity by the courts, which shows that the right of publicity is not totally rejected, unknown, or unnoticed in R.O.C.

If the protection of right of publicity is properly legislated, such legislation should effectively help deal with the current problems in practice, provide a more all-rounded protection of the commercial value of personal images, and build a better and more solid foundation for the development of related industries.

Key words: Image, right of publicity, passing off, economic interests in personality rights, torts, unjust enrichment.

目次（簡目）

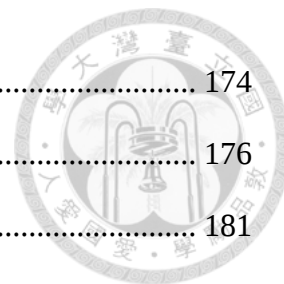


第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機及目的	1
第二節 研究方法	2
第三節 研究範圍	2
第四節 論文架構	3
第二章 形象之意義、商品化及保護.....	4
第一節 形象之意義	4
第二節 形象商品化	5
第三節 個人形象之保護困難	8
壹、妨害名譽	8
貳、妨害隱私	8
參、精神痛苦	11
第四節 智慧財產提供保護不足	12
壹、著作權	12
貳、商標權	13
第五節 英美目前主要保護方式	15
第三章 美國公開權	17
第一節 從隱私權（the right to privacy）到公開權（the right of publicity）	17
壹、隱私權之萌芽及發展初期	17
貳、隱私權之定義難題及內涵衝突	28
參、隱私與人格商業利用之內在衝突	32
肆、公開權之誕生及發展	35
第二節 公開權之建構	38



壹、基本精神及要件	38
貳、公開權之特性	43
參、對公開權侵害之抗辯	49
肆、公開權侵害之救濟	60
第四章 假冒侵權	64
第一節 假冒侵權作為形象商業價值之保護方式	64
第二節 假冒侵權之基本要件	65
壹、商譽 (goodwill)	66
貳、被告為失實陳述	75
參、原告因而受到損害	96
第三節 小結	104
第五章 我國現況及未來展望	106
第一節 相關實務判決	106
壹、侵權行為	106
貳、不當得利	130
參、侵權行為非財產上損害賠償配合不當得利	138
肆、債務不履行	145
伍、經紀公司為原告之案件	147
第二節 現況及問題	154
壹、實務對人格特徵商業價值之意識	154
貳、個案中之保護基礎及數額計算	156
參、目前問題	166
第三節 比較法之啟示	169
壹、個人形象商業利用案件之特殊性	169

貳、保護方式：公開權或假冒侵權	174
參、假冒侵權之參考	176
肆、我國應引入美國公開權	181
第六章 結論	190
參考文獻	193

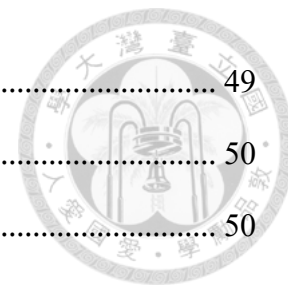


目次（詳目）

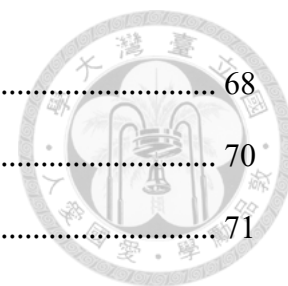


第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機及目的	1
第二節 研究方法	2
第三節 研究範圍	2
第四節 論文架構	3
第二章 形象之意義、商品化及保護.....	4
第一節 形象之意義	4
第二節 形象商品化	5
第三節 個人形象之保護困難	8
壹、妨害名譽	8
貳、妨害隱私	8
一、英美法保密義務及隱私	8
二、我國個人資料保護法	9
參、精神痛苦	11
第四節 智慧財產提供保護不足	12
壹、著作權	12
貳、商標權	13
第五節 英美目前主要保護方式	15
第三章 美國公開權	17
第一節 從隱私權（the right to privacy）到公開權（the right of publicity）	17
壹、隱私權之萌芽及發展初期	17
一、隱私權之提出	17
二、最初案例及實務初期態度	19

三、隱私權之確立	22
四、隱私權之所有權屬性（proprietary attributes）增長	25
貳、隱私權之定義難題及內涵衝突	28
一、定義難題	28
二、Prosser 教授之簡化論	29
三、學界之不同論點	30
參、隱私與人格商業利用之內在衝突	32
肆、公開權之誕生及發展	35
第二節 公開權之建構	38
壹、基本精神及要件	38
一、姓名	39
二、肖像及圖片（likeness and picture）	40
（一）具體保護要件及相關案件	40
（二）外觀相似者（look-alike）之肖像？	40
三、其他身分標識（indicia of identity）	43
貳、公開權之特性	43
一、移轉及授權	43
二、得否繼承及存續期間	44
（一）基本說明	44
（二）比較：加州及紐約州	46
1.加州	46
2.紐約州	47
3.分析	48
參、對公開權侵害之抗辯	49
一、經本人同意	49

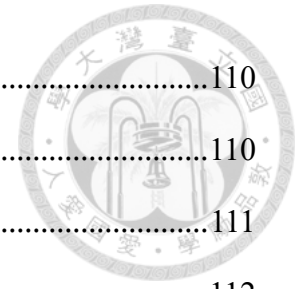


二、與言論自由的拉扯	49
(一) 新聞自由及公開權	50
1.新聞自由之限制	50
2.實務對新聞價值之詮釋	52
(二) 其他表達自由及公開權	53
1. 實務之權衡標準	53
(1) Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.案：真實惡意 (actual malice) 標準	53
(2) Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.案：轉化性測試 標準 (transformative tests)	54
(3) Rogers v. Grimaldi 案：Rogers test	55
(4) Doe v. TCI Cablevision 案：主要用途測試標準 (Predominant Use Test)	56
(5) 小結	58
2.戲謔仿作 (Parody) ?	58
肆、公開權侵害之救濟	60
一、禁制令 (injunctions ; injunctive relief)	60
二、損害賠償 (compensatory damages)	61
第四章 假冒侵權	64
第一節 假冒侵權作為形象商業價值之保護方式	64
第二節 假冒侵權之基本要件	65
壹、商譽 (goodwill)	66
一、商譽之定義	66
二、名譽及商譽之混用	67
(一) 問題點	67

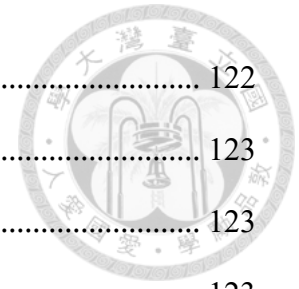


(二) 實務上之解釋	68
三、原告對人格特徵享有財產權？	70
四、一般私人之「商譽」？	71
五、二十世紀後之發展	72
六、比較：澳洲近期見解	74
貳、被告為失實陳述	75
一、失實陳述之類型	75
二、不實關聯性	76
三、是否導致欺騙結果之判斷	77
(一) 共同活動領域標準	77
1. 首次提出	77
2. 相關案件	78
(1) Wombles Ltd. v. Wombles Skips Ltd 案	78
(2) Tavener Rutledge Ltd v. Trexapalm Ltd 案	78
3. 分析	79
4. 後續發展	80
(二) 其他考量因素	81
四、失實陳述類型之擴展	81
(一) 授權關聯性失實陳述	81
(二) 代言關聯性失實陳述	82
1. 忍者龜案之影響有限	82
2. 突破性案件—Irvine v. Talksport 案	83
3. 近期案件—Rihanna v. Topshop 案	86
(三) 小結：授權商業慣習為大眾所知？	88
(四) 與其他權利保護之平衡	89

五、比較：澳洲法院之近代發展	89
(一) 關連性失實陳述及授權關聯性失實陳述	89
(二) 代言關聯性失實陳述	91
(三) 特殊形態：角色的不當利用	92
1. Hogan v. Koala Dundee Pty Ltd 案	93
2. Pacific Dunlop Ltd v. Hogan 案	94
參、原告因而受到損害	96
一、名譽價值貶損 (devaluation of reputation)	97
二、限縮擴張可能性 (restriction on expansion potential) 或喪失授權機會 (lose licensing opportunity)	99
三、混淆誤認 (confusion) 及喪失控制 (loss of control)	101
四、淡化 (Dilution)	103
第三節 小結	104
第五章 我國現況及未來展望	106
第一節 相關實務判決	106
壹、侵權行為	106
一、美鳳料理米酒案	106
(一) 本案事實	107
(二) 本案爭點及法院見解	107
1. 被告行為構成姓名權、肖像權侵害	107
2. 原告得請求非財產上損害賠償	108
3. 原告不得請求財產上損害賠償	108
(三) 簡析	108
二、鈴木一朗案	109
(一) 本案事實	109



(二) 本案爭點及法院見解	110
1. 被告行為構成肖像權侵害	110
2. 原告得請求非財產上損害賠償	111
3. 原告得否請求財產上損害賠償？	112
(三) 簡析	113
三、光泉廣告案一審	114
(一) 本案事實	114
(二) 本案爭點及法院見解	115
1. 被告遲延附隨義務致原告肖像受到侵害	115
2. 原告得請求非財產上損害賠償	115
3. 原告無財產上損害，不得請求財產上損害賠償	115
(三) 簡析	115
四、白花油案	116
(一) 本案事實	116
(二) 本案爭點及法院見解	116
1. 原告不得主張身分法益受到侵害	117
2. 原告是否得主張被繼承人之人格權受到侵害？	117
(三) 簡析	119
五、模特照片案	119
(一) 本案事實及原告主張	119
(二) 本案爭點及法院見解	120
1. 被告行為構成原告肖像權侵害（一審法院：構成公開權侵害） ...	120
2. 原告得請求非財產上損害賠償	121
(三) 簡析	121
六、范冰冰整形廣告案	122



(一) 本案事實	122
(二) 本案爭點及法院見解	123
1. 被告行為構成肖像權侵害	123
2. 原告得請求非財產上損害賠償	123
3. 原告不得請求財產上損害賠償	123
(三) 簡析	124
七、柯佳嬿同款案	124
(一) 本案事實	124
(二) 本案爭點及法院見解	125
1. 被告行為構成肖像權侵害	125
2. 原告得請求非財產上損害賠償	126
3. 原告得請求財產上損害賠償	126
(三) 簡析	127
八、婚紗照案	128
(一) 本案事實	128
(二) 本案爭點及法院見解	128
1. 被告行為構成肖像權侵害	128
2. 原告得請求非財產上損害賠償	128
3. 原告肖像不具經濟利益，不得請求財產上損害賠償	129
(三) 簡析	129
貳、不當得利	130
一、光泉廣告案二審	130
(一) 本案事實	130
(二) 法院見解：被告受有相當於原應支出費用之不當得利	130
(三) 簡析	131



二、推薦信案	131
(一) 本案事實	131
(二) 本案爭點及法院見解	131
1. 似美國公開權之侵害，得以不當得利制度調整	131
2. 以顧問費為基礎計算數額，並考量逆選擇	133
(三) 簡析	133
三、菲姐鍋具案	134
(一) 本案事實	134
(二) 本案爭點及法院見解	135
1. 被告受有不當得利	135
2. 依民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定不當得利數額	136
(三) 簡析	137
參、侵權行為非財產上損害賠償配合不當得利	138
一、許維恩照片案	138
(一) 本案事實	138
(二) 本案爭點及法院見解	139
1. 原告肖像權受到侵害，得請求非財產上損害賠償（原告僅主張非財產上損害賠償）	139
2. 原告得請求返還相當於使用費用之不當得利	140
(三) 簡析	141
二、莊茜佳整形廣告案	142
(一) 本案事實	142
(二) 本案爭點及法院見解	143
1. 原告肖像權受到侵害，得請求非財產上損害賠償	143
2. 原告得請求返還相當於授權報酬之不當得利	143

(三) 簡析	144
肆、債務不履行	145
伍、經紀公司為原告之案件	147
一、李蒨蓉案	147
(一) 本案事實	147
(二) 本案爭點及法院見解	148
1. 被告韓貿公司違約使用原告李蒨蓉之肖像	148
2. 被告公司行為違反與原告公司之契約，原告公司受有減少經紀報酬 之財產損害，得依債務不履行之法律關係請求財產上損害賠償	148
3. 被告公司行為侵害原告李蒨蓉之肖像權，原告李蒨蓉得侵權行為之 法律關係請求非財產上損害賠償，但其所受之精神痛苦有限	149
(三) 簡析	150
二、袁惟仁案	151
(一) 本案事實	151
(二) 本案爭點及法院見解	152
1. 袁惟仁肖像權非屬原告所有	152
2. 原告未受有損害，不得主張不當得利	153
(三) 簡析	153
第二節 現況及問題	154
壹、實務對人格特徵商業價值之意識	154
一、承認姓名、肖像使用授權契約之合法性	154
二、對姓名權、肖像權上經濟利益之肯認	154
貳、個案中之保護基礎及數額計算	156
一、侵權行為	156
(一) 肖像權已經確立為受保護之人格權，侵權行為大多成立	156

(二) 損害賠償	157
1.原告不得依人格權侵害請求財產上損害賠償	157
2.酌定慰撫金時考量原告形象商業價值	157
3.不排除請求財產上損害賠償之可能性，但認為原告無損害可言 ...	158
4.肯認原告得請求財產上損害賠償	158
(三) 第三人主張之可能性	159
二、不當得利	160
(一) 計算被告本應支出之具體代言費數額	160
(二) 類推適用民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定	161
三、綜合侵權行為及不當得利	162
四、經紀公司主張之可能性	162
(一) 二案事實及主張差異	163
(二) 袁惟仁案中經紀公司之困境：無權利、無故意、無損害	163
(三) 李蒨蓉案法院之不同見解	164
1.對經紀公司損害之肯認	164
2.損害賠償計算以肖像權侵害為基準	165
(四) 小結	165
參、目前問題	166
一、無法反映個人形象商業價值，與商業實務不符	166
(一) 原告請求損害賠償之困難	166
(二) 經紀公司之難題	166
二、受限於傳統見解所產生之矛盾	167
第三節 比較法之啟示	169
壹、個人形象商業利用案件之特殊性	169
一、與典型肖像權侵害案件之不同——附論肖像權之內涵	170

二、所生損害與傳統有體物損害之不同	173
貳、保護方式：公開權或假冒侵權	174
參、假冒侵權之參考	176
肆、我國應引入美國公開權	181
一、歷史進程上之相似性	182
二、引入美國公開權之益處及立法明文之重要性	182
三、跡象：實務判決中的公開權	186
（一）利用他人人格特徵商業價值，構成公開權侵害	187
（二）公開權對應至人格權之經濟利益	187
（三）公開權侵害對應至財產權侵害	187
四、關於學說上的其他質疑	188
第六章 結論	190
參考文獻	193



第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

形象是一種「資產」，無論對於個人、團隊、品牌，均為如此。此處所指的資產，起初不見得與實際財產相關，但在現代社會下卻似乎難認與金錢利益毫無關係。形象關係著他人對自身的定位、觀感及認知，即使並非受到特別關注，一般日常生活中，人們仍會有意無意的注意著自己的形象；一舉一動受到媒體放大的名人、偶像，更是如此。

名人、偶像是數百萬人的共同參照點，這些人可能從未實際互動過，但由於參與了媒體文化，他們擁有共同的經歷和集體記憶。體育和娛樂界名人在媒體中無所不在，象徵著某些想法和價值觀念¹。他們是文化領域共享交流資源的重要組成部分。由於名人對社會中的許多人來說都具有個人意義，因此對名人形象的創造性利用可以成為個人表達的重要途徑。個人模仿名人的舉止、風格、談話方式和消費模式、群體認同和文化價值²。形象良好的名人所使用的、喜歡的、推薦的、代言的，或甚至只是有所關聯的商品或服務，對於消費者，尤其是其粉絲團體，均更有吸引力。而這一事實也由娛樂產業及其他領域業者充分利用，前者舉辦見面活動、表演活動、參與節目、發行作品、販售周邊商品，後者積極與名人建立合作關係，藉其知名度及形象提高商品觸及率及銷售量。

在網路世代下，社群媒體之使用變得普遍，個人得以自己的風格經營粉絲專頁，累積追蹤人數，並為廠商、產品代言或是接受贊助。在形象商業價值之創造上，不再限於過往方式，曝光變得更為容易；與此同時，商業上對個人形象價值之利用，亦隨之變得更為多元。面臨 AI 時代的來臨，個人形象更為立體之重現不再是癡人說夢。現在透過 AI 技術及相關算法，已可以高程度地重現著名人士

¹ Thompson, J. (1990), *Ideology And Modern Culture: Critical Social Theory In The Era Of Mass Communication*, 163.

² Madow, M. (1993), *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 Cal. L.Rev. 125, 128.

的外觀、聲線等人格特徵，只要進入相關網站並提供對應指令，便可讓 AI 產出目標人物之特定姿勢、角度、表情之圖片，或是讓該人物說出指定的一段話。

隨著個人形象受重視程度提高及其價值提升，以及利用型態之多樣性增加，在理想上，法律就個人形象商業價值之保護應隨之調整，以避免落後於實況，使個人保障落空。不過，我國對此議題之討論卻並不熱絡，實務上亦出現不利原告之判決結果，似乎有保障不足之跡象。

因此，本文欲觀察比較法上面對形象價值之轉變，是以何種方式對個人形象商業價值提供保護，並與我國情形相比較。詳言之，當權利保障需求發生改變時，他國及我國在法律上係如何應對，以及該種過程中，遇到何種瓶頸或困難，或是面臨何種價值取捨、最終選擇為何。最後並比較不同做法之優缺點，及整理比較法上值得參考之處，以作為我國將來發展之參考，期能改善我國保護不足之情形，以為相關產業之蓬勃發展提供良好基石。

第二節 研究方法

本文研究方法主要包括比較法學研究、文獻查閱及判決分析。

關於比較法上相關保護制度發展，本文主要參考相關原文教科書及 Casetext、Justia、HeinOnline 等資料庫之判決及文獻。至我國之部分，主要參考司法院裁判書查詢系統整理我國重要案例，並參考月旦知識庫、法源法律網及臺灣碩博士論文知識加值系統等資料庫之相關文獻。

第三節 研究範圍

本文研究主題為「個人形象商業價值之保護方式」，其中形象係指「由一個人的內涵作為，所呈現出來的風格、特色」，而非指形狀或外貌。又因擁有形象者尚得品牌、團體、公司，或是虛擬創設之角色，甚至是其他生物或非生物，故本文將研究範圍限於「真實個人」之形象。

有鑑於本文之語言能力及資料蒐集上之限制，本文將比較法之研究範圍限於同為英美法系之美國及英國，並以二國家對於個人形象商業價值之最大宗保護方

式為主，即美國的公開權及英國的假冒侵權。至我國方面，則以實務發展為主，現有法規為輔。



第四節 論文架構

本論文共有五個章節。第一章為緒論，講述本文研究動機及目的、研究方法、研究範圍及論文架構。第二章為形象之意義、商品化及保護，包含形象之簡介、發展情形及保護方式，為對「形象」之初探，以作為後續章節之基礎。

第三章及第四章為比較法，分別為美國及英國。第三章講述美國公開權之起源、發展及現況；第四章則講述英國假冒侵權之基本要件、其個別擴張情形及現況。二章節均以制度之變化為核心，以窺探制度隨保護需求調整之情形。

第五章回歸我國法，以我國相關實務判決為主軸，對我國保護現況進行分析，並於文末參考比較法制度，就我國未來發展提出建議。第六章為結論，總結各章節之內容。



第二章 形象之意義、商品化及保護

第一節 形象之意義

「形象」一詞的定義有三：一、形狀、外貌；二、由一個人的內涵作為，所呈現出來的風格、特色；三、對實體而言。一般談到「形象」二字時，理解及想像大多較接近第二個釋義，不過內涵仍有些不同。首先，相對於限於「一個人」，一個團體、一個品牌、一個公司等等，亦可能有其「形象」；再者，除了現實世界之外，虛擬世界中經創設的角色，無論是否由真實人類演出、詮釋，亦有其形象，如動漫中的主人公、電影裡的男主角；最後，形象之主體亦不僅限於「人」，而可能及於其他生物或非生物。在現代社會下，隨著形象的商業化越來越普遍而具有吸引力，越來越多人有意以非生物為題創造角色，並賦予其形象，如現在在聊天軟體上使用的各種貼圖，經常有一特定角色為主題，而該角色便有自己的形象。人以外之生物及非生物，原本就有其形象，只是因其屬於公共領域，使用其形象較無問題產生爾。

整體言之，「形象」，或者是所謂「角色」(character)的概念可以涵括虛擬人類角色、虛擬非人類角色，以及真實個人。虛擬角色的來源(sources)包括文學著作、漫畫、藝術創作、影視作品等等，雖然多元，但較具直觀性及單純性。至於真實個人的「來源」為何，根據WIPO形象商品化的研究報告³，乃電影、表演產業及運動活動(movie and show business and sporting activities)。不過，本文認為上述應更接近個人的活動領域，WIPO將之論為個人的產生環境，似忽略了塑造個人的複雜因素，實際上要論形象被使用的「個人」自何而來，應是更為複雜的。

虛擬角色及真實個人的形象的「功能」(use)，也因其性質而有所不同。就虛擬人物的形象而言，其利用之功能大致包含兩種，第一種為娛樂功能(entertainment function)，第二種為廣告、推廣、辨識功能(promotional,

³ The International Bureau, WIPO (1994), *Character Merchandising*, 5.

advertising, and recognition functions) ⁴。前者如小說中的角色，經常由原創作人使用於故事中；後者如米其林的必比登 (Bibendum)、奧林匹克吉祥物等，是與特定公司、商品或賽事有緊密關聯，被用以增加知名度，利用人通常並非原創作人。至於真實個人之形象之主要「功能」，WIPO 報告中將之對應為「個人的活動 (activity)」⁵。實際上，此等直接對應的困難與虛擬角色及真實個人的來源相關，蓋前者可以較輕易斷言是被「創造」出來的，但後者卻並非如此。進而，欲討論前者的創造目的是簡單的，但討論後者的目的卻會有違和之處。

第二節 形象商品化

所謂形象商品化，係指原創作人、本人，或其他經授權第三人，對虛擬角色或真實個人的重要形象特徵（如姓名、肖像或外觀）進行改編 (adaptation) 或二次利用 (secondary exploitation)，使其與特定商品或服務產生連結，使消費者因為該角色的吸引力，而產生獲得該種商品或接受該種服務的慾望。在談論形象商品化 (character merchandising) 時，其中的「形象」概念主要牽涉大眾可以輕易辨認的人格特徵 (personality features)，如姓名、肖像、聲音等。

雖然多數文獻中在談論形象商品化時，多以二十世紀中期開始的發展為主，但事實上，形象商品化在更早期便曾出現蹤跡。在印度早期便有將《羅摩衍那》中的宗教形象製作成雕像、布偶或其他物品並加以銷售⁶。此種行為將形象製作為商品進行販售，主要目的並非商業性。

不過，以商業為主要目的之形象商品化，亦並非二十世紀才最初出現。早在 1744 年，就有基於 John Newbery 的書本角色製作、販賣的玩偶。十九世紀早期，便有「聖誕老公公」的玩具。此外，1843 年的《愛丁堡評論》中就曾紀錄，英國有一位先生治療膽病的藥丸宣稱得到了 10 位公爵、5 位侯爵、17 位伯爵、16 位上議

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ Sainath, S. (2022), *The Right to Personality and Its Interplay with Intellectual Property Laws: An International Analysis of Character Merchandising*. *International Journal of Law Management & Humanities*, 5, 981.

院議員、一位大主教、15 位主教及首席將軍的推薦，但後來因為偽造了上述名人
的大部分認證文件而受到懲處⁷。

隨著工業革命的到來及消費者市場的發展分化，製造商及廣告主開始尋求進
入市場以及使自己商品與競爭者商品區分的新途徑。維多利亞女王亦是形象受到
大範圍商業利用的人士之一。1887 年女王繼位周年大典時，許多廣告主將女王的
形象應用在如香水、藥丸、珠寶等各類商品上。此後，在商品上利用著名人士形
象便成為廣告經營業和商品推銷業的常見做法⁸。在二十世紀初，作家 Beatrix
Potter 為自己故事書中的角色 Peter Rabbit 的玩偶申請專利並加以製作銷售，該專
利成為當時少數以文學作品角色為標的的專利之一。在那之後，這位作家尚創造
了如拖鞋、瓷器、手帕等其他商品，也擴大了利用的角色⁹。

許多文獻認為，形象商品化（character merchandising）真正有組織的出現，
始於 1930 年代美國迪士尼公司對角色的二次性商業開發¹⁰。迪士尼公司於 1934
年首次將「米老鼠」置於大眾目光之下，而後並創造出許多其他角色，當時迪士
尼的員工 Kay Kamen 設置了一個小組，專門處理這些角色形象的第二次經濟利用
（secondary economic exploitation），包括將其用於徽章、胸章、旗幟等等商品
上。之後角色形象的利用範圍擴大，迪士尼角色被用於動畫、媒體廣告，以及更
多元的商品上，如衣服、公仔、扮演服裝上。

受此影響，約自 1950 年代起，政治界及演藝界的名人開始將自己的形象授
權於廣告、衣物上使用。而在 1970 年代及 1980 年代，開始出現電影著名角色的
形象商品化計畫，並帶來相當可觀的經濟效益¹¹。隨著科技及社會文化的發展，

⁷ Richards, T. (1990), *The Commodity Culture of Victorian England*, Advertising and Spectacle 1851-1914, 22 and 84. See also Wood, J.P. (1958), *The Story of Advertising*, Ronald Press Co., 123.

⁸ Wernick, W. (1991), *Promotional Culture*, Sage Publications, Inc., 106; J. Marconi, J. (1997), *Image Marketing* (Chicago), McGraw-Hill, ch.4.

⁹ Lanzendorfer, J. (2017), *How Beatrix Potter Invented Character Merchandising*, in: <https://www.smithsonianmag.com/arts-culture/how-beatrix-potter-invented-character-merchandising-180961979/> (最後瀏覽日：1/5/2024)

¹⁰ 最先進行形象商品化的角色是 Oswald the Lucky Rabbit，製成鈕扣、文具組，及巧克力棉花糖。

¹¹ 1978 年，華特迪士尼商品部門售出了 2700 萬美元之角色商品；1979 年，肯納製品的星際大戰

媒體上之形象運用越發多元且頻繁，其對生活之意義亦越發重大。

1988 年時¹²，全球授權產業每年零售業產值至少 100 億美元；其中華特迪士尼公司的產值就達到 40 億美元，米老鼠這個角色的相關商品有超過 9 千種¹³。根據 Statista 針對 2014 年至 2019 年全球娛樂及角色商品之銷售額統計數據¹⁴ (the annual global retail sales of licensed entertainment and character merchandise)，該數額於 2018 年達到 1227 億美元，於 2019 年更是達到 1284 億美元。此種商業態樣無疑在經濟中佔有舉足輕重之地位，而應受到相對應的重視。

現今的形象商品化可分為三種態樣，即虛擬形象商品化 (fictional character merchandising)、個人形象商品化 (personality merchandising)，以及角色形象商品化 (image merchandising)。虛擬形象商品化乃指將虛擬角色的基本特徵 (essential features) 利用於商品或服務之行銷或廣告，是歷史最悠久、最普遍的形象商品化態樣，例如將卡通人物的形象印製在衣服上。個人形象商品化¹⁵則是指將著名個人之身分運用於商品或服務的行銷上，如將球員之形象用於球鞋之行銷。此種利用方式對於商品或服務推廣主要有二個好處：首先，消費者能夠立即辨認出自己熟悉或者有興趣的名人所代言的產品；再者，消費者會傾向購買該種產品，因為他們希望自己能與名人使用相同的產品。最後，角色形象商品化是虛擬形象商品化及個人形象商品化之混合，也就是利用真人所飾演的文學作品虛擬角色之形象，而大眾可輕易將該虛擬角色與飾演之演員進行連結，如 Daniel Radcliffe 飾演的哈利波特。

本文為避免探討範圍過廣而無法進行較深入而有意義之研究及討論，因此將

相關商品銷售額更是達到 1 億多美元。

¹² Sydney Morning Herald, 11 July, 1988.

¹³ Australian Financial Review, 25 July, 1989.

¹⁴ Smith, P. (2022, February 3), *Annual Global Retail Sales of Licensed Entertainment and Character Merchandise from 2014 to 2019 (in Billion U.S. Dollars)*, Statista, <https://www.statista.com/statistics/777940/global-retail-sales-of-licensed-entertainment-and-character-merchandise/>

¹⁵ 人格商品化又稱為名譽商品化 (reputation merchandising)，蓋大部分形象受到利用之人均為在社會上有廣泛知名度者。



研究範圍限縮於涉及真人之形象商品化，而排除虛擬形象商品化，即僅含括個人形象商品化及角色形象商品化二種態樣，並以前者為主。

第三節 個人形象之保護困難

形象商品化使得個人形象之商業價值逐漸顯現並持續提高。早期個人形象之主要價值與個人人格發展較為相關，故對於個人形象之保護，亦主要從人格利益出發，如妨害名譽、妨害隱私、精神痛苦等。惟隨著個人形象之價值產生變化，當形象脫離個人控制時，受到影響的不再是純粹的人格利益，而是可能及於經濟利益。

而因原先對個人形象之保護往往以人格利益為主，故雖傳統的保護方式可能提供部分保障，但逐漸不足以應對個人實際受損情形。而智慧財產領域之規定雖然在特定情況下可能提供救濟，但因其核心本非保護個人形象上之經濟利益，故無法提供適切保障。以下分述之。

壹、妨害名譽

英美法下妨害名譽（defamation）訴訟之成立以對名譽造成損害為前提，而我國名譽權保護亦為如此。在個人形象商業價值受到他人利用之個案中，原告並非總是能成功主張妨害名譽，蓋形象為他人所利用，不必然會造成名譽損害。如個人肖像被用於廣告中，但該種使用並無負面指涉，對於原告之名譽並不會造成影響，則原告將難以主張妨害名譽；僅於該使用方式有誹謗性質，如涉及令人反感或不快的商品或服務時，始可能成立。故妨害名譽訴訟得提供之保護相當有限。

貳、妨害隱私

一、英美法保密義務及隱私

英國有以保密義務作為禁止他人使用或發表與個人相關之資訊之基礎，而近期受到歐洲人權公約第8條影響，保密義務開始有轉換為維護隱私義務之跡象。在指標性案件2004年的Campbell v. Mirror Group Newspaper案中，被告報紙報導



一位模特兒 Naomi Campbell 的毒癮，附上原告在戒癮所參與固定戒毒會時被拍攝、未經其授權公開的照片，原告主張被告違反保密義務，法院認定被告違反其維護隱私之義務，認為雖然可以發布新聞揭穿 Naomi 的謊言，但細節和照片公布是不必要的。又如 Douglas v. Hello 案中，原告欲禁止被告將自己未授權公開的婚禮照片置於雜誌中，法院認為該婚禮僅邀請特定人參與，且有告知其秘密性，故被告違反保密義務。

從上述案件中不難看出，在涉及個人隱私時，保密義務之違反可以提供一定保護，但此與形象利用案件之核心不符，無法作為主要保護方式。隱私權不宜作為保護基礎之事實，在美國實務亦為明顯，且對公開權之發展具相當重要性，此部分詳後述。

二、我國個人資料保護法

如同英美法下情形，我國隱私權能提供之保護亦有限，又我國另針對個人資料隱私權之保護訂有個人資料保護法（下稱個資法），惟亦無法提供適切保護，以下詳述之。

依個資法第 2 條第 1 款，該法所稱之「個人資料」，係指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋……等及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。個人肖像雖然並未為明列，惟係個人外觀樣貌、形象之表現，屬於一種個人生物特徵資訊，具有專屬性及可辨識性，屬於個資法第 2 條第 1 款之「特徵」，而為個人資料之一種，應無疑問。

又同法第 11 條第 1、2 項規定強調，公務機關或非公務機關應維護個人資料之正確性；個人資料正確性有爭議者，原則上應主動或依當事人之請求停止處理或利用。同條第 3 項並規定，個人資料蒐集之特定目的消失或期限屆滿時，應主動或依當事人之請求，刪除、停止處理或利用該個人資料。但因執行職務或業務所必須或經當事人書面同意者，不在此限。而違反個資法規定蒐集、處理或利用個人資料者，應主動或依當事人之請求，刪除、停止蒐集、處理或利用該個人資



料，此為個資法第 11 條第 4 項所明定。

又姓名、肖像並非第 6 條之有關病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料，故其蒐集、處理、利用應適用第 19、20 條規定。依個資法第 19 條規定，非公務機關對個人資料之蒐集或處理，應有特定目的，並符合規定情形¹⁶之一。又依第 20 條，非公務機關對個人資料之利用，原則上應於蒐集之特定目的必要範圍內為之。僅於有特定情形時¹⁷，始得為特定目的外之利用。

上述規定雖可能適用於部分個案，卻並不適於處理個人人格特徵被他人進行商業上使用之情形，而其主要原因與個資法之核心目的有關。

個資法第 1 條明定，該法之立法目的係為規範電腦處理個人資料，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用。為商業目的使用人格特徵通常與電腦處理個人資料之問題無關，並非該法依立法目的所欲禁止之情形，也因此欲以個資法去保護該種情形中的原告，必將產生困難。

又第 1 條所稱「人格權」，觀其立法理由¹⁸，應係以個人隱私權，尤其是資訊

¹⁶ 一、法律明文規定。

二、與當事人有契約或類似契約之關係，且已採取適當之安全措施。

三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。

四、學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。

五、經當事人同意。

六、為增進公共利益所必要。

七、個人資料取自於一般可得之來源。但當事人對該資料之禁止處理或利用，顯有更值得保護之重大利益者，不在此限。

八、對當事人權益無侵害。

¹⁷ 一、法律明文規定。

二、為增進公共利益所必要。

三、為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之危險。

四、為防止他人權益之重大危害。

五、公務機關或學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。

六、經當事人同意。

七、有利於當事人權益。

¹⁸ 電腦科技進步迅速，使電腦能大量、快速處理各類資料，且運用日趨普及，因而對國民經濟之提昇有重大貢獻。惟個人資料因濫用電腦而侵害當事人權益之情形日漸嚴重，亦引起民主先進國家之關切。故經濟合作暨發展組織（OECD）於一九八〇年九月通過管理保護個人隱私及跨國界流通個人資料之指導綱領，歐洲理事會亦於一九八一年完成保護個人資料自動化處理公約，並提出八項原則以供遵守。迄今已有瑞典、美國、紐西蘭、德國、法國、丹麥、挪威、奧地利、盧森堡、冰島、加拿大、英國、芬蘭、愛爾蘭、澳洲、日本、荷蘭等十七國制定相關法律以保護個人

隱私權為核心。依釋字第 603 號解釋，「資訊隱私權」乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。

雖然商業上使用人格特徵亦可涵括於「對個人資料之使用有控制權」，惟觀隱私權乃是「基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利」。而在人格特徵商業利用案件中，原告所欲主張之權利並非總是隱私權，在涉及著名人士之案件中尤然。因而，個資法在該種個案中並非合適保護依據。又個資法第 51 條¹⁹之不適用例外規定，以及第 29 條第 3 項之酌定金額範圍限制²⁰，亦可能成為個案中原告主張之阻礙²¹。

參、精神痛苦

無論是英國或美國，在承認精神安寧的利益可獲得獨立法律保護上，均較為遲疑。之所以採取保守之態度，一方面是基於對於言論自由之重視，另一方面則是考量精神上痛苦在證明上的微妙性，擔憂可能引發訴訟氾濫。

英美法下得以提起訴訟的精神痛苦（emotional distress），係指超出一個正常社會所能容忍的界線或正常人經歷範圍以外的嚴重精神困擾，而不包括日常焦慮、憂傷或恐懼情緒²²。雖然形象利用案件中之原告可能受到精神痛苦，但在英美的嚴格認定下，該種精神痛苦，尤其是著重於經濟利益之情況下，恐難以獲

資料。

¹⁹ 有下列情形之一者，不適用本法規定：

- 一、自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用個人資料。
- 二、於公開場所或公開活動中所蒐集、處理或利用之未與其他個人資料結合之影音資料。

²⁰ 依前二項情形，如被害人不為或不能證明其實際損害額時，得請求法院依侵害情節，以每人每一事件新臺幣五百元以上二萬元以下計算。

²¹ 值得一提的是，個資法第 28 條及第 29 條違反個資法致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。而所謂損害賠償，依第 28 條第 1 項及第 2 項之解釋，應包括財產上損害賠償及非財產上損害賠償，且名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。配合第一條保護人格權之立法目的，可推論出該法並未將人格權侵害之損害賠償限於非財產上損害賠償，而是及於財產上損害賠償。

²² 英國首次承認故意引發精神衝擊侵權之案件為 1897 年的 Wilkinson v. Downtown 案。該案中，被告嚇唬原告說她的丈夫在事故中腿骨折，這使原告遭受神經系統的嚴重刺激，出現嘔吐及嚴重、永久性的重大後果，並造成數周痛苦及缺乏行為能力。

得救濟。而若為了勝訴過度強調或誇大形象商業價值受他人利用之精神痛苦，亦偏離實際核心，而可能使主張變得扭曲。

我國人格權保護中，對於人格法益受重大侵害之個人提供非財產上損害賠償之救濟，又實務上認為民法第 195 條第 1 項所謂「相當之金額」，除應考量實際加害情形外，尚須考量被害人之身分、地位、與加害人經濟狀況等關係定之。而實際上原告所得請求之非財產上損害賠償，也經常受限於被告之經濟狀況而數額不高。因而，欲單以非財產上損害填補個人形象受到利用時所受到之整體損害，應為困難。

第四節 智慧財產提供保護不足

智慧財產權制度如商標權、著作權雖有保護人格衍生標的之經濟價值，但因各有其保護範圍及要件，故提供之保護仍為有限²³。

壹、著作權

著作權保護者為「著作」，故著作權是否得提供適當保護，須視個人形象是否或於何種情形下構成「著作」而定。

依我國著作權法第 3 條第 1 項第 1 款，著作係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。又無論是美國法或我國法下，著作均須具「原創性」，即「原始性」及「創作性」，前者係指著作人原始獨立完成之創作，非抄襲或剽竊而來，而後者並不必達於前無古人之地步，僅依社會通念，該著作與前已存在之作品有可資區別，足以表現著作人之個性為已足（最高法院 104 年度台上字第 2980 號刑事判決參照）。

又個人人格特徵若有一具體表達形式，且符合上述要件，則可能受著作權保護，如經特殊設計之簽名（姓名）、拍攝之照片（肖像）、錄製之歌曲（聲音）等。惟就個人人格特徵本身，實難謂具有原創性，蓋實難想像個人得以主張自己「創作」了自己的人格特徵。因此，個人雖可能禁止他人使用特定著作，卻無法

²³ 有關公平交易法之保護，詳後述。

避免被告以使用著作以外之方式使用其人格特徵之情形，更遑論在實務上，照片之著作權經常歸屬於攝影師、歌曲之著作權可能歸屬於作曲人、經紀公司，人格特徵之本人根本無法主張著作權侵害。故整體而言，著作權無法提供適當之保護。

貳、商標權

雖然相對於人格利益出發之保護，商標在執行上較為容易，惟商標有其保護要件，實際上欲發揮保護個人形象商業利益之作用，並非容易。

英、美及我國商標有類似保護及侵權構成要件，以下以我國商標法規定為例說明。

依我國商標法，所謂商標，係指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。又所謂識別性，係指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者（商標法第 18 條參照）。若個人以符合上述規定之人格特徵作為標識註冊商標，該標識得享有商標權保護。

又依商標法第 30 條規定，商標如有他人之肖像或著名之姓名、藝名、筆名、稱號者，則不得註冊商標。但經其同意申請註冊者，不在此限。由此可知，個人之肖像或姓名應得註冊商標。

不過，雖然個人人格特徵得以透過以上方式以商標權保護，惟該種方式是否確能提供適當且完整之保護，非無疑問。

商標權侵害之構成，須被告於同一或類似之商品或服務，使用相同或近似之商標，且除於同一商品或服務使用相同商標之情況外，尚須有致相關消費者混淆誤認之虞（商標法第 68 條參照）。故欲以商標保護人格特徵商業使用利益者，除須負擔商標註冊及維持上之成本，可能遇到數個難題。

首先，被告若使用個人人格特徵，並非一定被認定其係作為商標使用。商標之使用，指為行銷目的，有商標法第 5 條各款之情形（將商標用於商品或其包裝

容器；持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品；將商標用於與提供服務有關之物品；將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告），並足以使相關消費者認識其為商標。又個人姓名、肖像等人格特徵使用於商業上，經常以廣告之方式為之，而屬於商標法第 5 條第 1 項第 4 款之情形，應無疑問。惟何謂「足以使相關消費者認識其為商標」？觀同法第 18 條第 2 項規定，其關鍵應為「足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源」，並得與他人之商品或服務相區別者。

因此須判斷者為，當個人姓名、肖像或其他人格特徵出現於廣告中，相關消費者是否會認為其係在指示商品或服務來源。就此，本文以為，就常見的代言廣告而言，相關消費者應僅會認為該個人推薦或肯定該商品或服務，雖然可能因此認為該商品或服務有一定品質，但並不會認為代言人為商品或服務之提供者，因而難認其姓名或肖像指示商品或服務來源。

退步言之，儘管相關消費者因特定廣告內容而認為個人人格特徵係發揮指示商品或服務來源之功能，被告仍須於同一或類似之商品或服務，使用相同或近似之商標。如個人以姓名註冊，問題相對較小，惟就其他人格特徵而言，在判斷是否近似上相對較為困難。又於形象商業利用之案件中，原告與被告之本業通常並不相同，原告若欲避免各行各業之被告未經同意使用其人格特徵，則於註冊商標時，便須橫跨多項商品或服務類型進行申請，始有可能對抗所有使用。然而，該種作法不僅須負擔高成本，亦因原告通常不會實際將人格特徵使用於所有申請商品或服務類型，而須面臨商標法第 63 條第 1 項第 2 款之廢止問題，實際上並非可行做法。

綜上，因一般個人形象商業利用案件中，原告之人格特徵並非作為商標使用，且即使確作為商標使用，亦難認符合商標權侵害之要件，故商標權並非適當之保護方式。

在英國，雖然有透過註冊姓名來保護自己權益者，惟若申請註冊之標的不具



備識別性 (distinctiveness)，或是僅是用以指涉商品或服務之特性，則將無法成功註冊商標。又英國實務上認為，著名姓名乃用以指涉商品或服務之主題 (subject) 而非其來源，對商品或服務僅具描述功能，故否認著名姓名得註冊商標。如在 *Elvis Presley Enterprises Inc. v. Sid Shaw Elvisly Yours* 案中，上訴法院便支持否准註冊的決定，認為其無識別性；又如英國智慧財產局 (UKIPO) 否准了「DIANA, PRINCESS OF WALES」的商標註冊²⁴。其他商標註冊失敗之案例尚包括 *Alex Ferguson*²⁵ 商標註冊案²⁶、樂團 LINKIN PARK 商標註冊案。

同樣地，在美國若欲獲得商標權保護，則標識必須作為來源標示，而非僅作為商品一部份的裝飾元素。考量消費者在看到印有著名人士頭像的衣服時，通常不會認為該肖像指涉商品來源，著名人士的人格特徵欲受到商標權保護，並非總是容易。另外，商標雖然可及於姓名、標誌、圖像、聲音、顏色等，但並無法保護著名人士的肖像或是個人形象 (persona)。因而，難謂商標適於提供著名人士形象上完整而周全的保護。

第五節 英美目前主要保護方式

針對人格利益的既有保護對應不上個人實際受到的經濟損害，使個案中正義無法達成之情況越發頻繁。面對該種情形，法律上的調整迫在眉睫。同為英美法系的美國及英國就個人形象經濟價值之保護，分別採取了不同的方式。美國另外創設之公開權 (right of publicity) 成為保護主要方式，而英國則以既有假冒侵權 (passing off) 制度為主要保護基礎。不同選擇使二國實務開展出不同之樣貌。

在此須附帶說明者為，假冒侵權為普通法制度，但在美國已發展為與英、澳不同之型態，相對於假冒侵權，更常使用「盜用 (misappropriation)」一詞指涉之。又盜用在美國落於不公平競爭之領域，假冒侵權之概念也受到不公平競爭各種相關法律之影響而越發複雜。目前在美國，假冒侵權行為可透過《蘭哈姆法》

²⁴ *Re Diana Trademark* [2001] ETMR 25.

²⁵ 前英格蘭豪門曼聯總教練，被不少媒體和球迷譽為足球史上最偉大的教練。

²⁶ *Re ALEX FERGUSON* [2005] 9 WLUK 354.

第 43 (a) 條的禁止不實來源指涉及不實廣告之規定²⁷規範之。該等規定禁止可能導致消費者對商品或服務的來源、隸屬關係或贊助關係產生混淆的行為，故於形象利用案件中，亦可作為主張依據。不過，因其尚須符合「可能混淆或欺騙消費者，使其相信有一虛假關聯或贊助存在」之要件，故更常作為公開權之補充性依據。

以下將分別介紹美國及英國之主要保護方式——公開權及假冒侵權之演變、發展及現況。

²⁷ 15 U.S.C. 1125 (SECTION 43 OF THE LANHAM ACT):

(a) Civil action

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.



第三章 美國公開權

第一節 從隱私權（the right to privacy）到公開權（the right of publicity）

美國公開權現雖為一獨立權利，但其最初實作為隱私權之一部發展，故隱私權可謂公開權之起源。在美國，個人形象商業價值之保護乃以隱私權為起點，經過一百餘年之逐步發展，始成為今日以公開權為主之保護模式。以下將從隱私權出發，以觀察權利之變化過程與二權利之關係，並了解公開權之淵源。

壹、隱私權之萌芽及發展初期

一、隱私權之提出

十九世紀的美國，因為科技及文化發展，私人領域逐漸受到壓迫而減縮，個人的隱私生活成為新聞內容，未經同意拍攝的照片被刊登於雜誌報紙上而廣為流傳。媒體為了滿足大眾胃口已經越界，厚顏無恥地侵入個人生活；八卦不再只是閒來無事的消遣或有意重傷他人的工具，而是成為一種交易客體、商業模式。學者 Samuel Warren 及 Louis Brandeis 對此感到遺憾與悲痛，並認為國家及人們應有所警覺。二位學者於 1890 年所著文章 *The Right to Privacy*²⁸ 中強調，雖然個人應享有人格及財產上的完整保護已是長久的原則，但隨著時間經過，仍會發現有必要重新定義該種保護的確切本質及範圍。政治、社會及經濟上的改變意味著對新權利的承認，而普通法也逐漸發展以應對社會需求，對個人的保護從防止物理上侵害到防止精神上侵害，從安全生存到享受生活，從有形財產到無形財產²⁹。而在當時，面對重視智慧層面及精神層面的生活模式，使思想、情緒、感受之重要性需要受到法律上的承認，而當時的商業模式更是顯得更進一步保護個人「不受侵擾」的權利（the right to be let alone）具有必要性³⁰。

二位學者強調，當時誹謗法之基礎原則與涵蓋範圍與社會所需的並不相同，僅僅在處理名譽損害，但實際上損害是發生在個人與社會的外部關係上，也就是

²⁸ Warren, S. & Brandeis, L. (1890), *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 4(5), 193.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* at 195.

關乎個人在同僚眼中的評價受到影響³¹。換言之，重點應為公開行為對於個人對自身評價以及感受之影響。另外，雖法院當時以違反契約、違反保密義務，或是侵害著作權的方式處理相關問題，但因與實際上問題並未對應，因此如維持現狀，必定將發生無法處理之情況³²。二位學者因而呼籲法院透過承認隱私權，也就是個人「不受侵擾」的權利，來阻止前述不良趨勢³³。二人認為，隱私權不僅得以避免個人因隱私受侵害而產生的精神痛苦³⁴，更可以阻止當時美國新聞內容及品質的急速下滑。

在文章中，二人援引過往判決³⁵，提出「隱私權早就存在於普通法中」之見解。他們點出，普通法保障個人「決定自己的思想、情感及情緒以何種程度被分享給他人」之權利³⁶，無論是否為藝術作品，透過「避免公開」來對個人思想、情感、情緒進行保障，均為個人不受侵擾之一般性權利的體現³⁷，並強調法院在承認保護個人人格如外觀、言論、行為、人際關係等其他層面的隱私權時，並不

³¹ *Id.* at 197.

³² *Id.* at 210.

³³ *Id.* at 205.

³⁴ Warren 及 Brandeis 指出，雖然情感傷害在損害賠償計算上會被納入考量，但美國當時體系不同於羅馬法，並無針對因單純醜化或侮辱所受精神痛苦提供救濟。

³⁵ 值得注意的是，二位學者於該文章中所援引來支持自己觀點的權威意見，有許多都來自十九世紀英格蘭案例法，如以下三個案例：

一、1849 年 Prince Albert v Strange 案：維多利亞女王和阿爾伯特親王出於愛好創作了大量蝕刻版畫，並委託印刷商製作副本，好送給朋友或其他人。印刷商如實歸還原作品及複製品，但有一名員工卻偷走了一些多餘的複製品，將一套 63 幅不同的版畫以 5 英鎊的價格賣給了一位作家，該作家提議公開展出這些蝕刻版畫，並為此起草了一份目錄，他的出版商即被告印製了 50 份目錄，其中兩份送到了溫莎城堡，供女王和親王觀賞。阿爾伯特親王提起訴訟，要求交出蝕刻版畫，禁止展覽或出版這些蝕刻版畫。他的請求得到了批准，法院認為普通法不僅禁止版畫的重製，也禁止其「公開 (publishing)」，包括對其描述或是製作大綱或目錄 (catalogue) 等方式為之，基礎為：違反信託、保密義務或契約 (breach of trust, confidence or contract)。

二、1887 年的 Tuck v. Priest 案 (19 Q.B.D. 639)：原告為一照片所有人，雇用了被告去重製該照片，被告重製原告要求數量之外，又多重製了數份，並於英國以較低價格銷售，原告取得著作權後向被告提起訴訟（禁制令及損害賠償）。法官對於著作權法是否可適用意見分歧，但一致認同可以契約違反為禁制令及損害賠償之基礎。

三、1888 年的 Pollard v. Photographic Co. 案 (50 Ch. Div. 345)：一名攝影師在一般情況下拍攝了一名女士的照片，法院判定其不得展示或販售該照片的重製物，其基礎為契約默示條款的違反以及保密義務違反。將著作權解釋為隱私權的體現，而呼籲隱私權應延伸到保護個人肖像、言語、行為、個人關係等。

³⁶ Warren, S. & Brandeis, L. (1890), *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 4(5), 198.

³⁷ *Id.* at 205.



需要「創造」一個新的原則³⁸。

二、最初案例及實務初期態度

在二位學者發布該文章之後的數十年間，隱私權之討論開始出現在實務案例中，而個案的原告們在訴訟中也不斷主張、測試著這個新的隱私權理論³⁹。

其中，最早期的相關個案應為 1891 年的 Schuyler v. Curtis 案⁴⁰。Mary M.

Hamilton Schuyler（下稱 Schuyler）是一名已故的女性慈善家，生前參與許多私人慈善組織，並於 1852 年參與建立位於紐約的女性設計學院（School of Design for Women）；她推薦成立的「女子藝術協會（Ladies Art Association）」，與後來的「女性紀念基金協會（The Woman's Memorial Fund Association）」成員高度重疊；Schuyler 在戰爭晚期也與美國衛生委員會有顯著關聯性（prominently identified with U.S. Sanitary Commission）；同時，她也是佛農山婦女協會的副理事長。

被告中除一人外，均為女性紀念基金協會的成員，他們欲建造兩個 Schuyler 的雕像，並展示於 1893 年的世界哥倫布紀念博覽會，以紀念 Schuyler 作為一女性慈善家及女性改革者的成就。被告於 1891 年就宣布選擇 Schuyler 作為雕像製作對象，開始發放傳單招募贊助，並與同為被告的雕刻家 Hartley 訂定契約。然而，被告並未取得 Schuyler 丈夫或任何其他親屬的同意或授權。

Schuyler 的親屬提起訴訟，反對被告製作 Schuyler 的雕像、以其名義進行募款，以及將該雕像置於一名著名改革者的雕塑旁邊展示。被告則主張他們有權以適當的方式紀念 Schuyler 的生平及價值，而為此目的也可向大眾募資，原告的主張應無理由，或是也違反公共政策（public policy）。

紐約州法院引用 Warren 及 Brandeis 的文章，肯認隱私權之存在，並認為其

³⁸ *Id.* at 213.

³⁹ Prosser 教授認為 Samuel Warren 及 Louis Brandeis 所著文章對法律並無立即性影響，不過律師兼學者 Leebron 則認為該文章對於學術界及實務界均有立即性且重大的影響。（Prosser, W. (1960), *Privacy*, 48 Calif L Rev, 383, 384; Leebron, D.W. (1991), *The Right to Privacy's Place in the Intellectual History of Tort Law*, 792-4）

⁴⁰ 15 NYS 787 (Sup Ct 1891).



保護應區分非「公眾 (private)」及「公眾 (public)」人物而有不同：如一個人自願將自身呈現於大眾眼前，則在該限度內 (*pro tanto*)，該個人放棄了自己的隱私權，而不得再禁止他人在合理限度內對其描述或繪製其肖像的行為。而本件中，Schuyler 雖然有天賦及善心，但法院認為其均是作為一個非公眾人物在發揮這些才能，而從未成為公眾人物，故其並未喪失隱私權；被告行為公開 Schuyler 的姓名及回憶，使其暴露於負面評論及批評之中，進而使原告即 Schuyler 的親戚們被冠以惡名、情緒受影響，該等行為侵犯 Schuyler 的隱私權並對其親戚造成損害。

惟上訴法院駁回該判決，認為即使 Schuyler 確實享有隱私權，也因其逝世而不復存在，原告不得代表行使；只要被告的真實目的是對死者表示尊敬，而且是以合適的方式為之，則無需取得死者親屬的同意。另外，原告主張的精神損害不符合一般人遭遇相同情況時通常可預期所受損害，因此不受保護。

後 1893 年的 Marks v. Jaffa 案⁴¹援引了 Schuyler v. Curtis 案州法院之見解。在該案中，被告為一報社之編輯，將原告與另一演員之照片相並列，讓讀者可以投票選出哪一位演員較受歡迎。原告拒絕同意被告使用其肖像，並向法院聲請禁制令，以禁止被告繼續發布該新聞，經法院核准。法院認為，如果一個人可以被強迫以這種方式接受公眾的批評，以測試他在某些人心目中的受歡迎程度，那麼他也可以被要求接受以同樣方式對其誠實、道德，或他被認為擁有的任何其他美德或惡習進行測試，而被選中的受害者必須選擇在為自己的人格辯護，或是被宣布不如他的競爭對手，這種比較是最可憎的。事實上，他可能會被置於與一個人的競爭中，而與這個人的聯繫可能會對他造成特別的冒犯和損害。而法院指出，面對該種情況，原告並非沒有救濟方式。「任何報紙或機構，無論多麼有價值，都無權在未經本人同意的情況下為此類目的使用其姓名或照片」；「個人的人身和財產都有權受到保護，而現在，生命權已意味著享受生活的特權，而不受如該案那種未經授權的投票比賽的宣傳或騷擾」。法院認為個人，包括該案中作為演員之

⁴¹ 26 NYS 908 (Super Ct 1893).

原告，均應享有不受侵擾之權利（right to be alone）。

同年的 *Corliss v. Walker* 案⁴²中，已故發明家妻子以隱私權不容侵犯為由請求法院簽發禁制令，阻止被告刊登其亡故配偶的生平簡歷和照片。她主張該發明家一生都活在大眾視野外，但法官並未採取該主張，而認為該發明家享有聲譽，因此不能隨心所欲地當一個非公眾人物，言論及出版自由利益應當優先於死者的隱私權。該審法院法官並似乎將 *Schuyler v. Curtis* 案歸類為一涉及雕像建立的案子，而非與公開權利相關的案子⁴³。最終，法官考量系爭照片是在未經該發明家同意的情況下獲得的，故以違反默示契約條款為由准予禁制令限制照片之使用，但並不及於生平簡歷之使用。聯邦法院⁴⁴亦認為，雖然非公眾人物可能有權禁止他人刊登其照片，但如果涉及的是公眾人物，法院會考量更多因素；對於政治家、作家、藝術家或發明家，由於他們希望追求大眾認可，因此可以說在公眾面前他們放棄了隱私權。

此外，也有法院選擇不接受隱私權之概念存在。1899 年，密西根最高法院在 *Atkinson v. John E. Doherty & Co.* 案⁴⁵中即是如此。該法院認為，隱私權雖然看似在法學史上站得住腳，但其實個案中原告所行使的權利是基於誹謗法，其並強調，當時既有的規定就足以提供救濟，儘管因為個人感受不同，不是所有個案情形都可以獲得救濟，並非所有的「惡」都可以依法律阻止。

整體而言，在 1890 年至 1900 年這段期間，法院對隱私權的見解不僅在範圍及存續期間上不同，甚至就隱私權的存在本身也並無確立性判決，不同州就類似情形的判決也因此出現截然不同的結論。不過即使如此，從以上早期案件也已可觀察到公眾人物的隱私權問題，即公眾人物是否得主張隱私權、其保護範圍是否

⁴² 57 Fed Rep 434 (1893).

⁴³ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press., 150.

⁴⁴ *Corliss v. Walker*, 64 Fed Rep, 282 (1894).

⁴⁵ 本件中，原告為 John Atkinson 生前的妻子，John Atkinson 為著名律師及政治人物，原告請求限制將其姓名及肖像使用於雪茄品牌上。(80 NW 283 (1899).)

受影響等等，以及隱私權與言論及出版自由的權衡難題⁴⁶。這些難題持續出現於美國相關判決中，而即使是在後來以隱私權為基礎發展而出的公開權案件中，亦同樣面臨與言論及新聞自由平衡之問題。另外，從以上美國早期案件中可不難發現，隱私權在發展初期即有於個案中被用以阻止「未經授權進行人格商業利用的行為」，一方面與 Warren 和 Brandeis 提倡隱私權所力求解決的問題有所重疊，另一方面也能隱約看見公開權作為隱私權一層面的影子。

三、隱私權之確立

關於隱私權的確立，有二案件立於重要地位，分別為 1902 年的 Roberson v. Rochester Folding Box Co. 案⁴⁷以及 1905 年的 Pavesich v. New England Life Insurance Co. 案⁴⁸。有認為該二案件為最初的隱私案件⁴⁹。有趣的是，二案件事實均牽涉個人照片未經其同意被使用在廣告中之情形。

在 1902 年 Roberson v. Rochester Folding Box Co. 案中，原告為一名青少年女生，她在住家附近的一家照相館拍攝了自己的肖像。在她事先不知情、未取得她同意的情況下，她的一張照片被印在 25,000 張富蘭克林麵粉工廠生產的麵粉廣告海報上。海報的標題是「Flour of the Family」，由被告公司製作。海報被張貼在商店、倉庫、酒吧等原告熟人可能認出原告的地方。認出原告的人嘲笑她，使其倍感羞辱，導致她發生嚴重的神經休克，臥床不起，需要接受治療。

在主張上，原告認為肖像並非不好看，故並未以誹謗為基礎；而她也並未援引 1897 年、普通法上首次承認故意精神損害侵權行為的 Wilkinson v. Downton 案為基礎；而是主張自己的肖像未經其同意被用於被告產品的廣告，而因為被告的魯莽行為（impertinence），她必須受到會令她感到不快的公眾關注（publicity）。

紐約最高法院上訴庭（Appellate Division of Supreme Court of New York）以原

⁴⁶ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press., 151

⁴⁷ 171 NY 538 (1902).

⁴⁸ 50 SE 68 (1905).

⁴⁹ Brierton, T., & Bowal, P. (2014), *The Right of Publicity*. Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal, 4(2), 277.

告隱私權侵害為判決基礎。主審法官指出，如果他人為廣告目的散布及使用原告的肖像，而法院無法為原告提供保護，則這將是法學體系的污點。法官認為，任何一般無知名度的人發現其肖像在未經自己同意的情況下被使用於公共場所，都會受到極大的震驚和傷害，其隱私權也會受到侵犯⁵⁰。

然而，該判決被紐約州上訴法院（Court of Appeals of the State of New York）推翻，多數法官不認可隱私權是已經確立的原則，認為若貿然承認可能會造成濫訴，且會允許對感情傷害取得損害賠償，而這是多數法官在尚無明確普通法原則的情況下，不願意採取的見解⁵¹。對於 Warren 及 Brandeis 文章中所引述的英格蘭案例法，多數法官也採取了限縮的解釋，認為判決基礎應為傳統的違反信託（breach of trust）或衡平法，而非隱私權，而原告據以支持隱私權存在的美國相關判決也未被採納。結論上，多數法官認為隱私權在紐約州法律中並無容身之處，也無法在不損害到現有原則的情況下被納入現行法體系中⁵²。

不過，採反對見解的少數法官對法院權力採取更為彈性的觀點，強調面對因不斷變化的社會狀況及商業實務而產生的錯誤情況，應有擴張普通法原則作為救濟之道的必要。另外，採取多數看法的法官之中，亦有認為雖然法院不能創造隱私權這個新的權力，但是呼籲立法機關可以介入，立法明文禁止在廣告中未經授權使用他人姓名或照片之行為⁵³。

本件判決立即引發學術界⁵⁴以及一般大眾的廣大批判⁵⁵，審理本案之其中一位法官甚至因此不得已必須撰文捍衛判決，強調法官不應該創造法律，而只能對現有法律進行解釋及適用。不過，強烈聲浪仍促使紐約立法機關在隔年介入，明文

⁵⁰ 法官認為，如果當事人已經成名，而未經授權使用其肖像會增加其知名度，那麼情況就會有所不同。

⁵¹ 171 NY 538 (1902), 545-547.

⁵² *Id.*, 556.

⁵³ *Id.*, 564.

⁵⁴ *An Actionable Right of Privacy? Roberson v. Rochester Folding Box Co. (1902)*, *The Yale Law Journal*, 12(1), 35-38. <https://doi.org/10.2307/781309>

⁵⁵ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press., 153.

規定「為廣告或貿易目的，未經他人同意使用其姓名、肖像或照片之行為」構成侵權（tort）及輕罪（misdemeanour）⁵⁶。

至於 1905 年的 *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* 案，則與上述案件形成強烈對比。本案中，原告為一藝術家，被告將原告之照片使用於其壽險廣告中，並偽造原告之推薦⁵⁷。法院承認無隱私權相關前案確實表示應更加謹慎、注意，不過不代表就應否認該權利之存在⁵⁸。如果案件必須適用全新的原則，則法院無法提供救濟，但如果案件只是在事實上與過去不同，則法院應適用經承認的原則去提供救濟。

Cobb 法官自自然權利的觀點出發，認為雖然在作為一名社會成員並因此獲益時，個人會將許多在自然情況下得以自由行使的權利交與社會，但並不代表個人將所有權利都交出了⁵⁹。法院認為，隱私權的基礎就是自然權利，且應屬於絕對權利，無論個人是否在社會內，均得享受。人身安全包括生存權和生存時享受生活的權利，它不僅在生命被剝奪時會受到侵犯，在個人無法根據其本性、氣質和合法期望享受生活必需時，其人身安全也會受到侵犯；個人自由不僅包括不受人身約束的自由，還包括「不受侵擾」的權利、決定自己要以公開或是隱私的方式生活的權利，以及在不侵犯他人或公眾的權利的前提下，以自己最喜歡的方式安排自己的生活和管理自己的事務的權利。個人應得以選擇在什麼時間、地點、方式下處於大眾視野中，而何時要撤出大眾視野，此為個人自由權利的一部⁶⁰。因此，法院認為隱私權是自自然權利衍生出來的、由法律原則所承認，且為美國憲法所保障。

雖然本件法官同意 *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* 案紐約州上訴法院關

⁵⁶ NY Sess. Laws 1903 Ch. 132 ss. 1-2.

⁵⁷ 該廣告中有兩張照片，分別為原告及另一名看起來衣衫襤褸、面容憔悴的人，照片附註大略在指涉原告因保險而生活受到保障，而另一人則因無保險而處境不佳。原告照片下並有一段文字：「在我健康而富有成效的一生中，我在馬薩諸塞州波士頓的新英格蘭人壽保險互助公司購買了保險，如今我的家庭得到了保障，我每年都能從我的已繳保費中獲得紅利。」顯示原告的推薦。

⁵⁸ 50 SE 68 (1905), 69.

⁵⁹ *Id.*, 69.

⁶⁰ *Id.*, 70.

於 Warren 及 Brandeis 文章中所引案例的見解，但仍批評該法院的保守主義，認為該法院否認了自然上存在，且從未經判決、法律史、法律論著否定的權利，是不當的⁶¹。法院最終判決上訴無理由，認為被告行為構成隱私侵害及誹謗。Roberson v. Rochester Folding Box Co.案中的少數見解並為本案判決所援引，用以支持本案之推論。

後來 Pavesich v. New England Life Insurance Co.案成為經典案例，多數州的法院均選擇採取該案見解，而非 Roberson v. Rochester Folding Box Co.案見解⁶²。至今⁶³為止，已有 219 個法院判決援引 Pavesich v. New England Life Insurance Co.案法院見解⁶⁴。

四、隱私權之財產權屬性（proprietary attributes）增長

雖然隱私權最初被認為是對不受侵犯的人格（inviolate personality）所享有的權利，不過很快發展出明顯的所有權（或專有權）屬性⁶⁵。若觀察早期的隱私權案件，不難發現在部分判決中，除了不受侵犯的人格，隱私權亦被用於保護實質上經濟性、所有權屬性的利益。

如 1907 年的 Edison v. Edison Polyform Mfg Co.案⁶⁶中，著名發明家愛迪生發明一種醫療製劑並出賣予他人，後該醫療製劑之專利及生產經數次轉手，最終由被告公司接手，幾年後被告公司將愛迪生姓名作為公司名稱，並使用其姓名及照片於醫療製劑之廣告中，而專利移轉契約並未允許被告公司為上述行為，且被告實際販售之醫療製劑缺少一成分。愛迪生起訴要求被告公司停止之。新澤西州大法官法院（Court of Chancery of New Jersey）認為不公平交易相關法律無法適用於本案情形。被告雖然並未假冒其產品為愛迪生製造之產品，而是顯示出愛迪生與

⁶¹ *Id.*, 78.

⁶² Prosser, W. (1960), *Privacy*, California Law Review, 48(3), 386.

⁶³ 2024 年 3 月 8 日。

⁶⁴ Casetext. https://casetext.com/case/pavesich-v-new-england-life-ins-co/how-cited?PHONE_NUMBER_GROUP=C&citingPage=1&sort=relevance。

⁶⁵ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press., 156.

⁶⁶ 67 A 392 (1907).

被告公司的關聯性與監督關係，以及該醫療製劑是依據愛迪生的配方製作⁶⁷，但愛迪生並非其競爭對手，因此難論有何損害。不過，該法院認為被告行為構成隱私權侵害，指出：若同美國最高法院所稱，個人的姓名屬於其財產（property），則理論上個人特徵的特定部分也應為個人所有，且其如有經濟價值，則應歸屬於該個人，而非歸屬於未經授權的使用者⁶⁸。

又如 1911 年的 *Munden v. Harris* 案⁶⁹中，被告未經授權將原告之照片使用於珠寶廣告上⁷⁰，原告主張情感及尊嚴受損。法院判決原告勝訴⁷¹，但判決書中卻明確指出人格的財產價值。Ellison 法官指出，個人對其外觀可能有一可獲得之經濟性利益，這是個人可選擇為其利益行使的權利，因此個人理應可以限制其他人使用而獲利⁷²。隱私權是一種無形的權利，但其他許多權利也是如此，沒有人會因此否認那些權利是受法院保護的合法權利。隱私權被稱為一種新的權利，但事實上，它是一種舊的權利，只是換了個名字而已。生命、自由和追求幸福是所有人的權利。生命權包括追求幸福的權利，因為「生命權包括享有受生活的權利」。在不影響他人的情況下，每個人都有權利選擇能帶給自己最大滿足感和幸福感的生活方式。一個人可以採取隱私的生活方式，或者，如果他想要，也可以採取完

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ “If a man's name be his own property, as no less an authority than the United States Supreme Court says it is (*Brown Chemical Co. v. Meyer*, 139 U. S. 542, 11 Sup. Ct. 625, 35 L. Ed. 247) it is difficult to understand why the peculiar cast of one's features is not also one's property, and why its pecuniary value, if it has one, does not belong to its owner, rather than to the person seeking to make an unauthorized use of it. If the mere exhibition of one's face to one's friends and to others on the public streets be a publication for all purposes, then that line of cases of which *Pollard v. Photographic Company* is an example was wrongly decided, for there could be no implied contract or confidence to keep that private which was already public property.” (67 A. 392, 394 (Ch. Div. 1907)).

⁶⁹ 134 SW 1076 (1911).

⁷⁰ 該廣告內容中包括以下內容：「Papa is going to buy mamma an Elgin watch for a present, and some one (I musn't tell who) is going to buy my big sister a diamond ring. So don't you think you ought to buy me something? The payments are so easy, you'll never miss the money if you get it of Harris-Goar Co., 1207 Grand Ave., Kansas City, Mo., Gifts for Everybody, Everywhere in their Free Catalogue.」

⁷¹ 基礎為隱私權及誹謗。

⁷² “One may have peculiarity of appearance, and if it is to be made a matter of merchandise, why should it not be for his benefit? It is a right which he may wish to exercise for his own profit and why may he not restrain another who is using it for gain? If there is value in it, sufficient to excite the cupidity of another, why is it not the property of him who gives it the value and from whom the value springs?” (*Munden v. Harris*, 153 Mo. App. 652, 659 (Mo. Ct. App. 1911).)

全隱居的生活方式⁷³。

法院的結論是，一個人對自己的肖像享有排他性權利（an exclusive right to his picture），其為一項具有物質利益的所有權（a property right of material profit），同時，其亦為一具重大價值的所有權，因為它是確保一個人享受生活和行使自由的方式之一。該項權利受到侵害時，本人無需證明具體損失即可獲得一般性損害賠償（general damages）；如果有特別損害賠償，可以提出並追償；如果出現惡意要素，則可以追償懲戒性損害賠償（exemplary damages）⁷⁴。

1938 年的 *Flake v. Greensboro News Co.* 案⁷⁵中，電台播音員兼舞蹈演員的照片未經許可被用於麵包店及表演團體的聯合廣告⁷⁶，原告雖然試圖主張其不願意與該表演團體有所連結，但亦承認該廣告中的肖像並無扭曲、不當之處。就原告關於誹謗之主張，法院認為無理由，但就隱私權之主張，法院肯認 *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* 案的論述，認為未經授權在廣告或其他商業活動中使用某人的照片構成訴訟理由，故本案原告之隱私權侵害主張為有理由⁷⁷。法院指出，如公開發布並無誹謗性，則公開發布他人照片僅在涉及以下情形時會構成侵權：一、違反信託；二、違反契約；三、該照片以與商業（commercial enterprise）相連結的方式被使用；如果個人的姓名或特徵在廣告目的上可能是有價值的資產，那麼就不應容許其在未經本人同意的情況下被使用於廣告目的⁷⁸。法院並強調，個人的人格安全與財產安全同樣必要（Security of person is as

⁷³ 法官並指出，在 *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* 案中，多數人的意見雖然將隱私權稱為「一個短語（phrase）」和「所謂的權利（so-called right）」，但也承認侵害隱私權是一種「無禮」的行為（impertinence）。法院承認了這項權利，但如前所述，法院並不認為這是一項所有權（property right），拒絕為其提供衡平法院具限制力的保護；從而將衡平法所能提供的保護限制在過於狹窄的範圍內——其範圍之窄，以至於使該法院做出震驚道德的判斷。

⁷⁴ *Munden v. Harris*, 153 Mo. App. 652, 660 (Mo. Ct. App. 1911).

⁷⁵ *Flake v. News Co.*, 195 S.E. 55, 212 N.C. 780 (1938).

⁷⁶ 廣告中有原告穿著泳衣的照片，旁邊的廣告文字為麵包店及表演團體的廣告相互穿插。（“Keep that SYLPH-LIKE FIGURE by eating more of Melts' Rye and Whole Wheat Bread, says Mlle. Sally Payne, exotic red-haired Venus”, “Folies de Paree' sparkling Parisian Revue, Stage Production, NATIONAL THEATRE two days only, March 11 and 12”, “Melts' Rye and Whole Wheat Bread will give you the necessary energy, pep and vitality without adding extra weight,” says Miss Payne. Melts Bakery, 314 N. Elm St., 1829 Spring Garden St.”, “Ask for Melts' Bread — Melts in Your Mouth”.)

⁷⁷ *Flake v. News Co.*, 212 N.C. 780, 792 (N.C. 1938).

⁷⁸ 195 SE 55 (1938), 64.

necessary as the security of property.)⁷⁹。因此，由此推知，法院乃將本家中個人對姓名、肖像的控制歸於人格安全之範疇，並以隱私權加以保障，不過卻充分強調個人姓名、肖像在廣告上的經濟價值。

不過，雖有如上述之判決將隱私權用以保護經濟性利益，惟亦有其他法院採取不同見解。有法院認為隱私權主要仍是在保護個人人格免於不法侵害，雖然損害可能包括「個人人格中無法分離出來的、固有的財產利益」，但訴因建立主要仍是基於對人格而非對財產之損害⁸⁰。另，亦有法院並不承認隱私權之保護及於經濟利益，而認為應單純集中在避免情感或尊嚴之損害，如 1958 年的 *Fairfield v. American Photocopy Equipment Co* 案⁸¹。該案中，一名律師的名字未經其同意被用於影印機廣告，該廣告表示原告為「滿意的用戶」。法院在判決中指出，隱私權的概念之一是個人免受未經授權及無根據公開的權利⁸²，未經授權使用或公佈他人的姓名可能構成可訴的侵權行為⁸³，而為商業目的利用他人人格是構成隱私侵害行為中最明目張膽和最常見的手段之一。不過，法院強調，隱私權侵害訴因的重點不是在於對人格或名譽的損害，而是在於個人形象的錯誤（wrong）所導致的原告情感損害，而並不考慮被告行為可能對原告財產、商業、經濟利益或社會地位造成的影響⁸⁴。

貳、隱私權之定義難題及內涵衝突

一、定義難題

隱私權自 1890 年由 Warren 及 Brandeis 二位學者呼籲承認、在實務上逐漸受

⁷⁹ “Security of person is as necessary as the security of property.”

⁸⁰ *Gautier v. Pro-Football Inc.*, 106 NYS 2d 553 (1951), 560 aff’d 107 NE 2d 485 (1952), 560.

⁸¹ 291 P 2d 194 (1955).

⁸² citing *Brents v. Morgan*, 221 Ky. 765, 299 S.W. 967, 970, 55 A.L.R. 964, 965.

⁸³ citing *Kerby v. Hal Roach Studios*, 53 Cal.App.2d 207, 127 P.2d 577; *Birmingham Broadcasting Co. v. Bell*, 259 Ala. 656, 68 So.2d 314; *Barber v. Time, Inc.*, 348 Mo. 1199, 159 S.W.2d 291, 295; *Foster-Milburn Co. v. Chinn*, 134 Ky. 424, 120 S.W. 364, 34 L.R.A.N.S., 1137, 135 Am.St. Rep. 417; *Vanderbilt v. Mitchell*, 72 N.J. Eq. 910, 67 A. 97, 14 L.R.A., N.S., 304; *Edison v. Edison Rolyform & Mfg. Co.*, 73 N.J.Eq. 136, 67 A. 392; *Schwartz v. Edrington*, 133 La. 235, 62 So. 660, 47 L.R.A., N.S., 921, Ann.Cas.1915B, 1180; *Neyland v. Home Pattern Co., Inc.*, 2 Cir., 65 F.2d 363, certiorari denied 290 U.S. 661, 54 S.Ct. 76, 78 L.Ed. 572; *Mau v. Rio Grande Oil, Inc.*, D.C., 28 F.Supp. 845; *Routh v. Webster*, 10 Beav. 561, 50 Eng.Reprint 698; annotations 138 A.L.R. 72, 168 A.L.R. 456.

⁸⁴ 291 P 2d 194 (1955), 197.



到接受後，各種形態之個案便形塑著其樣貌。但隱私權適用上的多樣性漸漸使其性質越發不明確，亦使其保護範圍更加模糊。Warren 及 Brandeis 在 1890 年的文章中，雖然有針對隱私權之限制及抗辯提出一些原則，如不禁止與大眾或一般利益相關或經本人同意的公開，以及公開事實並不能作為抗辯等六個原則⁸⁵，但對於隱私權本身的定義，卻僅停留在「個人不受侵擾的權利」此一抽象概念，而單就隱私權本質涉及者為何，除了「個人不受侵擾的權利」外，在學說上就至少包含以下說法：對人類尊嚴或不可侵犯的人格的保護⁸⁶；個人控制對本人資訊的獲取的權利⁸⁷；他人對個人的資訊取得有限性（limited accessibility）⁸⁸；個人身分（personal identity）私密性的控制或自治⁸⁹。因此，隱私權應如何定義、是否僅為單純人格性質，抑或兼有財產性質；以及如確有財產性質，其人格性質與財產性質應如何平衡等等問題，在隱私權⁹⁰幾乎沒有外圍界線、如開花似發展的情況下，不可避免地成為實務及學說上的難題及困惑。

二、 Prosser 教授之簡化論

為了對隱私權進行全面檢視及定位，William L. Prosser 教授檢視了約 300 個案例，得出「隱私權是對四種不同利益的侵權行為」的結論；四種利益之間除了均為保護個人不受侵擾的權利之外，並無其他共通之處，只是使用共同名稱來表述。該四種利益分別為：不受他人不法侵入或干擾之權利（intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude）；得以自行控制揭露私密與否之權利（public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff）；不受他人以錯誤形象公開於眾之權利（publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye）；保護自己之姓名或特徵免於被他人盜用而獲利之權利（appropriation, for the

⁸⁵ Warren, S. & Brandeis, L. (1890), *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 4(5), 214-218.

⁸⁶ Bloustein, E.J. (1964), *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, NYU Law Review, 962, 1001.

⁸⁷ Fried, C. (1968), *Privacy*, Yale Law Journal, 77(3), 493.

⁸⁸ Gavison, R. (1980), *Privacy and the Limits of Law*, Yale Law Journal, 89(3), 423.

⁸⁹ Gerety, T. (1977), *Redefining Privacy*, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 12(2), 236.

⁹⁰ 此處隱私權係指普通法上之隱私權，憲法上保護的隱私權在更晚的時期始開始發展，且主要對抗政府而非私人行為。

defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness)⁹¹。不過，有學者指出在四種侵權行為之中，只有保護三種利益⁹²：第一種侵權行為中主要保護現存機制無法保護的精神利益⁹³；第二及第三種侵權行為中主要保護名譽利益⁹⁴；第四種侵權行為中則保護原告對姓名及肖像該等人格層面的專屬使用權利，比起精神上利益，更接近所有權性質⁹⁵。

關於第四種侵權，Prosser 教授同意其與其他三種侵權性質不同⁹⁶，不過並未因此將隱私權區分為二種權利。而針對該種侵權的範圍，有二主要原則。首先，法律所保護者僅及於作為個人身分標識（symbol of one's identity）使用的個人姓名，而不及於他人選擇相同姓名之情形。再者，被告僅於為獲得利益盜用原告身分時，始負擔責任，至於所謂利益是否限於經濟利益，Prosser 教授認為不須加諸此種限制⁹⁷。另外，雖然隱私權是否有財產性質為法院所討論，但 Prosser 教授並不認為討論該問題有重大意義，蓋無論其是否被劃分為財產權，只要權利受到法律保護，就成為有價值的權利，原告可以透過出賣或授權之方式進行利用⁹⁸。

三、學界之不同論點

關於隱私權之建構，除了 Prosser 教授提出之見解外，學界亦有提出不同觀點。如 Edward J. Bloustein 教授便反對 Prosser 教授將隱私權分為四種型態的簡化論⁹⁹作法，並就隱私權建構提出一個一般性的理論，試圖協調法學理論發展的分歧，將隱私重塑為一個單獨、統一的法律概念¹⁰⁰。Bloustein 教授認為，貫穿隱私權的核心為「不可侵犯的人格（inviolable personality）」¹⁰⁰。在其理論下，Prosser 教授

⁹¹ Prosser, W. (1960), *Privacy*, California Law Review, 48(3), 389.

⁹² Bloustein, E.J. (1964), *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, NYU Law Review, 965.

⁹³ Prosser, W. (1960), *Privacy*, California Law Review, 48(3), 392.

⁹⁴ *Id.*, 398.

⁹⁵ *Id.*, 400.

⁹⁶ *Id.*, 406.

⁹⁷ *Id.*, 405.

⁹⁸ *Id.*, 407.

⁹⁹ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 161

¹⁰⁰ Bloustein, E.J. (1964), *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, NYU Law Review, 962.

所提的第四種侵權，即盜用姓名及特徵之類型，涉及的亦僅為純粹尊嚴利益侵害¹⁰¹，只是透過將商品與個人姓名或肖像聯繫在一起的方式引發而已¹⁰²。

Bloustein 教授並主張，為廣告目的使用個人照片往往有侮辱之傾向，將人格特徵商業化本身便是具侮辱性的¹⁰³。

Bloustein 教授雖提出隱私權之核心，並強調抽象性是不可避免的，惟此並未解決隱私權定義、範圍模糊之問題；雖理論建構有良好的出發點，但從客觀角度來看，其理論與隱私權的發展實況並不相容，將人格特徵盜用的侵權類型勉強歸類於尊嚴利益侵害，也顯得過於刻意。畢竟實際上，廣告主並非因著名人士放棄隱私而支付對價，而是因為其具有知名度，而著名人士也絕非是放棄隱私獲得對價。

而除 Bloustein 教授外，Ruth Gavison 教授亦對 Prosser 教授文章提出反對見解。Gavison 教授主張隱私權應為一個一元的法律概念，以反映法律以外之隱私權概念（extra-legal notions of privacy），不應將其切割為不同利益元素¹⁰⁴。其認為，Prosser 教授所採的簡化主義雖然強調「隱私權很少在沒有涉及任何其他利益時受到保護」的事實，但這種立場可能使隱私被認為不是一種重要價值而無提供法律保護之必要¹⁰⁵。Gavison 教授提出一中性（neutral）¹⁰⁶的隱私概念¹⁰⁷，以作為隱私權之界線之參考；其由三個要素組成：一、關於一個人，他人所掌握的信息量（秘密性）；二、對個人的關注程度（隱匿性）；三、物理性地接近一個人的可

¹⁰¹ 該學者認為，只有當社會承認隱私權允許個人控制使用其姓名或肖像條件時，個人才能就其姓名或肖像在社會上的商業價值索取回報；「公開權」不存在，存在的僅僅只是一種在某些條件下可以為放棄的隱私索取商業價值的權利。（*Ibid*, 989）

¹⁰² Bloustein, E.J. (1964), *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, NYU Law Review, 986-987.

¹⁰³ *Id.*, 987.

¹⁰⁴ Gavison, R. (1980), *Privacy and the Limits of Law*, Yale Law Journal, 89(3), 421-424.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Gavison 教授將「隱私」二字之使用區分為作為一「中性概念」使用、作為一「獨特價值」使用，以及作為一「法律概念」使用，但僅對中性概念提出定義。其所謂中性概念，係指一般人用以辨認是否發生隱私侵害時所用之概念。

¹⁰⁷ 該隱私概念之前提為：當他人完全不能接近一個人的時候，該個人享有完全的隱私。

能性（獨處性）¹⁰⁸。其文章中並明確指出人格特徵盜用與隱私權侵害無關¹⁰⁹。

而除上述學者提出不同見解外，亦有侵權法學者認為應注重 Prosser 提出的第四種侵權類型與其他三種類型性質不同之事實，並指出精神痛苦及純粹經濟上損失二種互相無關聯的概念會造成法律體系上的分裂，公眾人物在人格特徵盜用案件中係為公開性利益受侵害所苦，而非隱私利益，法律應在涉及經濟考量及涉及精神痛苦的案件之間進行明確、適當的劃分¹¹⁰，以避免法律適用上的混亂。此觀點無疑點出隱私權無論是在先前實務上，或是學界理論建構上，都經常遇到的困境，而這樣的困境，也變相推動著日後公開權的誕生。

值得點出的是，雖然對於隱私權議題有許多學者提出論著，且 Prosser 教授對隱私權的侵權型態的簡化及分類方式亦並非毫無爭議，但就美國隱私權之發展，Prosser 教授之影響力仍不容置疑。其所提出的四分類型即為美國 1977 年《侵權行為法第二次整編》（Second Restatement of Torts）第 652 條¹¹¹所採。

參、隱私與人格商業利用之內在衝突

隨著時間經過，「隱私權並不適合作為個人對其姓名、肖像或聲音之經濟利益之保護方式」之事實越顯明確，因此，實務界及學者們開始創建另一個責任基礎，也就是所謂的公開權（right of publicity）。實際上，Prosser 教授及 Bloustein 教授提出隱私權相關理論時，並非全無「公開權」前身之蹤跡¹¹²，惟 Prosser 教授將其視為隱私權之一部，而 Bloustein 教授則拒絕承認人格之經濟利益，認為隱

¹⁰⁸ 對於 Gavison 教授的主張，有認為對隱私的核心概念進行公式化，可能導致拒絕邊緣權利請求之結果，且其所提出之隱私概念無法包括如使他人對個人產生錯誤認識等情形。另，在人格利用導致傷害個人尊嚴利益的案件中，雖然隱私可能不是問題核心，但仍有涉及之。（Beverly-Smith, H. (2002). *The Commercial Appropriation of Personality*. Cambridge University Press., 168-169)

¹⁰⁹ Gavison, R. (1980), *Privacy and the Limits of Law*, Yale Law Journal, 89(3), 440.

¹¹⁰ Harper, F., James, F., Gray, O. (1956), *The Law of Torts*, Boston, 689-690.

¹¹¹ 652A. General Principle

(1) One who invades the right of privacy of another is subject to liability for the resulting harm to the interests of the other.

(2) The right of privacy is invaded by:

(a) unreasonable intrusion upon the seclusion of another, as stated in 652B; or

(b) appropriation of the other's name or likeness, as stated in 652C; or

(c) unreasonable publicity given to the other's private life, as stated in 652D; or

(d) publicity that unreasonably places the other in a false light before the public, as stated in 652E.

¹¹² 實際上，Prosser 教授所提出的第四種人格盜用侵權類型便可以說是公開權的前身。

私權僅保護人類尊嚴利益。二位學者低估了個人隱私以及人格商業利用之間的協調難度¹¹³，但該問題實際上正是推動公開權成為一與隱私權分離之法律概念的主因。

協調隱私和人格商業利用的困難，在早期隱私權案件即已出現¹¹⁴，而該種問題於涉及著名人物時最為明顯。許多案件中¹¹⁵，原告為著名人物，被告未經授權使用其肖像，法院並不會認為原告受到侮辱而受有精神損害，或是其獨處不受侵擾的權利受到侵害。而其原因多為「該著名人士放棄其隱私權」。詳言之，當一個人成為著名人士，某方面來說就是將自己的部分生活對大眾公開，而因此放棄隱私權。雖然這並不表示其私生活也一併不再受到隱私權保護，因其受隱私權保護之範圍仍須視其「公開」的範圍而定，惟就防止他人將之姓名或肖像作商業上使用而言，隱私權並無法成為主張依據。其主要原因為，通常此種公開使用並不會被認為是「冒犯的」(offensive)或是「踰矩的」(beyond the limits of decency)，不會有呈現出「錯誤形象」的問題；另外，基於「有損害才有賠償」之原則，當法院判斷原告並無精神上痛苦，也就是並無「損害」時，原告便無法取得任何損害賠償。

1942 年的 O'Brien v. Pabst Sales Co. 案¹¹⁶即為其中一案例。原告為一知名足球員，而他同時亦為禁酒組織活躍份子，曾拒絕為酒精飲料代言。被告為一啤酒公司，未經原告同意在日曆廣告中使用其照片。原告主張其隱私權受到侵害，並且未主張經濟損失，因為他不希望暗示自己的形象對該產品產生代言作用。法院多數認為，原告為最著名之球員之一，活躍於公開場合，因而放棄了其隱私權，不

¹¹³ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 172.

¹¹⁴ 如 1891 年的 Schuyler v. Curtis 案中，法院選擇區分公眾及非公眾人物，並認定原告雖然進行許多慈善活動，但均以「非公眾人物」之角色進行，因而仍受到隱私權保護。惟事實上，公眾人物及非公眾人物之判斷無明確標準，且該案並非僅僅涉及隱私保護，而是亦涉及人格特徵之商業利用，因此便會出現二者關係為何、是否得以並存的難題。換言之，原告經法院認定為一「非公眾人物」是否仍有人格特徵商業利用之利益應受保護。

¹¹⁵ 如 Martin v. F.I.Y. Theatre Co. 案及 Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, Inc. 案。

¹¹⁶ 124 F 2d 167 (5th Cir. 1941).

再是一「私人 (a private person)」，並指出原告所接受到的大眾關注正是他所追求的，也是他長期以來不斷接受的¹¹⁷；同時，法院認為被告行為雖然將原告錯誤塑造成一個會飲酒的人，以及錯誤表示原告有代言被告產品，但並未對原告造成損害，因為釀造和出售啤酒是受尊敬的商業活動¹¹⁸。

從上述法院見解中不難發現，當一個人成為公眾人物，即使受到其所不欲的大眾關注，隱私權之主張亦不為法院所接受，如在上述案件中，法院便將原告所接受到的大眾關注一視同仁，而不問其以何種形象受到大眾關注。如果對本案情形進行整體觀察，可以發現原告主要欲避免的是「形象因他人行為受到影響」，換言之，原告所須受保護的權利應與其形象控制相關，也就是更接近名譽侵害問題，惟在本案中，卻因為法院認為啤酒釀造及販售是受尊敬的商業活動，使原告無法受到應有保護。

該案中採取不同意見之 Holmes 法官認為，多數法官之決定會導致在不涉及誹謗之形象利用案件中，與原告處境類似者無法得到救濟，而其認為，這與廣告主「購買使用特定個人姓名或照片之權利，以建立其商品之需求及商譽」之商業實務做法有所矛盾¹¹⁹。Holmes 法官提出，原告享有一種別於隱私權的權利，即在商業產品上使用其姓名或照片之權利，因此得以主張被告行為侵犯其財產權，而此觀點的基礎便是認知到廣告主經常會為了使用著名人物的姓名、肖像而支付對價¹²⁰。

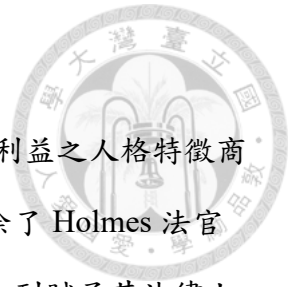
雖然 Holmes 法官期待透過該種方式，使原告受到保護，但本文以為，該案原告重視的畢竟仍是其人格利益，透過經濟利益保護來達成保護人格利益之效果，在結果上也許均會看到原告取得損害賠償，但意義卻是完全不同的。如提供無法對應的救濟，日後原告便可能在人格利益受到損害的情況下，被迫主張經濟利益受到損害，如此一來，無論是日後原告的主張、被告的抗辯，還是法院的判

¹¹⁷ *Id.*, 170.

¹¹⁸ *Id.*, 169.

¹¹⁹ *Id.*, 171.

¹²⁰ *Id.*, 167.



決，都容易日趨形變，離事實越來越遠。

不過即便如此，Holmes 法官提出的見解仍對主要涉及經濟利益之人格特徵商業利用案件有所幫助，且亦對日後公開權之誕生產生助力。而除了 Holmes 法官之外，亦有其他法院法官¹²¹開始承認知名度的經濟價值，並認知到賦予其法律上保護之必要¹²²。

除了著名人物放棄隱私權之難題外，以隱私權為基礎去控制其姓名、肖像使用尚會遇到其他問題，也就是隱私權之不可移轉（non-assignable）之特性。1950 年代，美國大部分地區均認為隱私權屬於人格權（personal right）而非財產權，因此不可移轉。換言之，即使著名人物與他人簽訂契約，約定由他人取得使用其姓名、肖像等人格特徵之獨占、專屬權利，法院也不會認為該他人自該著名人物取得一得據以向第三人主張之權利¹²³。

肆、公開權之誕生及發展

對於公開權之誕生，在 1950 年前即有不少實務判決及學界意見提供推力，而第二巡迴上訴法院在 1953 年的 *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.* 案¹²⁴（下稱 *Haelan 案*）之見解，無疑是在先前的基礎上，使公開權離確立又

¹²¹ 在 *Gautier v. Pro-Football Inc.* 案(106 N.Y.S.2d 553 (1st Dep't 1951))中，雖然法院認定原告無法依隱私權受保護，但 Desmond 法官在相同意見書中指出以隱私權理論保護公開性價值之不適當性。在 *Uproar Co. v. N.B.C.* 案(8 F. Supp. 358, 361 (D. Mass. 1934).)，法院認定「Graham」這個用以指涉著名廣播員 Graham McNamee 的名字，透過該廣播員和廣播公司的努力取得一重大價值，尤其是針對廣告目的，而此一商業價值獨立於廣播員此一職業。該權利帶有經濟價值，並具有財產權的特性，因此應受衡平法保護。最終法院認定針對「Graham」此一名字，有一財產權，並得移轉予廣播公司，廣播公司得主張該權利，避免他人使用 Graham 之名字。在 *Madison Square Garden Corp. v. Universal Pictures Co.* 案(9 255 App. Div. 459, 7 N. Y. S. 2d 845 (1st Dep't 1938).)中，被告聲稱製作的影片展示史坦利杯在紐約的職業冰上曲棍球比賽。影片中並未明示比賽是在麥迪森廣場花園進行，但由於一般認為史坦利杯是會在麥迪森廣場花園舉行，法院認為原告的照片使公眾誤認該影片含有在原告運動場拍攝的片段。影片中也包含關於原告冰上曲棍球隊的真實新聞片段，是在實際比賽期間拍攝的，但這些片段不是在紐約拍攝，因此並未包含廣場花園。雖然原告主張不公平競爭，但法院轉從公開性價值作為一種財產權出發。法院認定原告透過花費大量金錢，並發揮管理才能、付出努力，才創建出具有價值的影片授權事業，並引用前案 *Fisher v. Star Co.* 案(231 N. Y. 414, 428, 132 N. E. 133, 137(1921))所述：「任何取得經濟價值且不違反法律及公序良俗之公民權利，均屬於應受保護之財產權」。

¹²² 202 F 2d 866 (2nd Cir. 1953), 868

¹²³ Nimmer, M. B. (1954), *The Right of Publicity, Law and Contemporary Problems*, 19(2), 209-210.

¹²⁴ 202 F 2d 866 (2nd Cir. 1953).

更進一步。該案中，原被告為具競爭關係之二口香糖生產商。原告公司率先和數名知名棒球選手簽訂契約，取得將選手照片使用於口香糖商品的專屬權利，但被告在知悉原告上述契約之情況下，故意誘導部分球員與自己簽署契約，取得於商品上使用該等球員照片之授權，並另外接受與部分球員簽訂契約之第三方移轉之使用權利。被告主張原告與球員間簽訂之契約僅僅是使球員放棄對原告主張侵權之權利，隱私權是不可轉讓的權利，原告並沒有取得任何得據以對被告起訴的權利。

就被告之主張，法院並未採認。法院認為，個人對於其肖像之公開性價值享有一獨立於隱私權的權利，也就是將公開其照片的專屬特權授予他人的權利¹²⁵，可被稱為「公開權（the right of publicity）」，且該種權利得被單獨、整體有效授予，不限於隨同企業移轉而移轉之方式。許多著名人士並不會因為姓名或肖像被利用而遭受精神上痛苦，但會因為無法對該利用收取費用而感到痛苦、覺得權利受到剝奪，而隱私權在此情況中無法發揮保護作用，因而有創設另一法律責任以應對商業型態改變之必要。法院的論理為，除非權利主體得以禁止他人於照片或其他廣告方式中使用其肖像，否則享有該權利並不會「產生金錢獲利」¹²⁶。

儘管先前實務及學說上不乏針對人格商業利用之商業現況及隱私權不適於提供保護等問題進行討論，但 *Haelan* 案判決中，法院畢竟「創設」一新權利，雖然 *Nimmer* 等學者強調隱私權的不足，呼籲實務肯認公開權之存在，但對於相對保守的實務界而言，欲在短時間內接受或承認一新權利作為單獨訴因實有困難，法官們仍傾向以傳統之法律責任作為判決基礎，而對公開權之獨立性有所質疑。如 *Strickler v. National Broadcasting Co.* 案¹²⁷ 中，法院便表明不願意在加州法院中，成

¹²⁵ *Id.*, 868.

¹²⁶ 202 F 2d 866 (2nd Cir. 1953), 868.

¹²⁷ 本案事實如下：原告當時為美國海軍指揮官，搭乘一架從檀香山飛往舊金山的商業客機。在飛行期間，客機出現引擎故障，被迫緊急降落。原告和其他乘客以及船員被海岸警衛隊的一艘快艇救起。被告將原告的姓名、身分和上述經驗以戲劇形式呈現於洛杉磯和舊金山電視台以及被告國家廣播公司旗下眾多電視台播出的電視節目中。原告主張此種電視廣播侵犯了他的隱私權，並且未經他的同意，透過律師提起訴訟，提出了九項訴訟理由，其中六項基於隱私權、三項基於公開權。(167 F Supp. 68 (SD Cal. 1958))

為將公開權確立為訴因之首例¹²⁸。又如 Hogan v. A.S. Barnes & Co. Inc. 案¹²⁹，該案涉及被告未經同意使用原告之姓名及照片¹³⁰之事實，原告主張被告侵害隱私權、不公平競爭、公開權侵害、誹謗及違反出版商對作者之忠實義務，而儘管法院指出，原告對於其姓名及照片所表現出與高爾夫球相關之名譽及商業價值，有一可執行之財產權（an enforceable property right in the goodwill and commercial value of his name and photograph in connection with the game of golf）¹³¹，且被告之行為構成對該財產權之盜用（misappropriation），但法院並不承認公開權為一獨立訴因，而認為其僅是不公平競爭原則之另一種適用結果¹³²，最終判決以不公平競爭為基礎。

1970 年代，美國實務上開始承認隱私權與公開權的區別¹³³，公開權逐漸被接受為獨立訴訟請求及獨立侵權型態，而非僅為盜用原則¹³⁴的適用結果¹³⁵，不過各法院仍未完全取得共識。如在 1970 年的 Uhlaender v. Henrickson 案¹³⁶中，原告為棒球選手，被告在棒球桌遊中使用其姓名、比賽成就等相關資料，法院便點出原告之訴訟請求不是基於隱私權產生，而是基於原告姓名的商業價值之盜用，重點為財產權侵害；但在 1974 年的 Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co. 案¹³⁷中，法院雖認為原告對於其身分具有所有利益，卻拒絕闡明該種權利屬於隱私權還是公開權。直到 1977 年，美國最高法院在 Zacchini v. Scripps-Howard

¹²⁸ 167 F Supp. 68 (SD Cal. 1958), 70

¹²⁹ 114 USPQ 314 (Pa. Comm Pl. 1957).

¹³⁰ 原告為著名職業高爾夫球員，被告出版一本書，將數名著名高爾夫球員的名字和照片明顯置於書籍封面套紙上和書本內容中，其中便包括原告。

¹³¹ 114 USPQ 314, 317.

¹³² 114 USPQ 314, 320.

¹³³ Bergmann, S. (1999), *Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis*, Loyola of Los Angeles Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Entertainment Law Review, 19(3), 479.

¹³⁴ 學者 McCarthy 指出，雖然盜用原則可能在早期案例為公開權提供基礎，但公開權不能僅僅被看作是盜用原則的適用，因為隨著時間經過，公開權已經發展成一種獨立的智慧財產權，比處於模糊狀態的盜用理論更為成熟及精確。

¹³⁵ McCarthy, J.T. (2014), *Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan (2d ed.), § 1:10.

¹³⁶ 316 F Supp. 1277 (1970).

¹³⁷ 498 F 2d 821 (9th Cir. 1974), 826.

Broadcasting Co.案¹³⁸判決中給予公開權全國性的承認，公開權之地位始受到確立。

該案中，被告將原告所進行之人體加農砲表演於電視上播出。俄亥俄州法院認為原告所受之公開權侵害是可訴的，但廣播公司作為涉及公共利益的新聞報導機構，享有豁免特權，因此判決原告敗訴。但最高法院推翻該判決，認為完整報導原告全長十五秒的表演並不受憲法《第一修正案》保護，並明確區分保護名譽利益、避免精神損害的隱私權，以及保護個人對其表演之所有性利益的公開權。根據該案法院之見解，保護公開權之理由在於鼓勵如原告表演之娛樂¹³⁹。

第二節 公開權之建構

公開權甫經最高法院承認之時期，尚無法完全脫離隱私權，法院仍經常使用隱私權案件的先例來決定公開權之範圍及限制¹⁴⁰，而此情況在公開權發展較為緩慢的州更為明顯¹⁴¹。隨著相關案例累積，關於公開權的要件、保護範圍等內涵漸漸受到更多討論而逐漸成形。

壹、基本精神及要件

《第三次不公平競爭法整編》第 46 條明定公開權侵害之要件，該規定如下：「未經同意為商業目的使用他人之姓名、肖像或其他身分特徵，從而盜用其身分之商業價值者，應根據第 48 條（禁制令）和第 49 條（金錢賠償）規定承擔相應責任¹⁴²」。依據普通法¹⁴³，主觀上不以被告之侵害故意為必要，且被告不得以誤認他人同意作為抗辯¹⁴⁴。客觀上，公開權所保護之利益為個人身分之無形價

¹³⁸ 433 US 562 (1977).

¹³⁹ *Id.*, 573.

¹⁴⁰ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 181.

¹⁴¹ 如 Allison v. Vintage Sports Plaques, 136 F 3d 1443 (11th Cir. 1998), 1147。

¹⁴² Restatement, Third, Unfair Competition (1995) §46 Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity: The Right Of Publicity: "One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in § § 48 and 49."

¹⁴³ 因針對公開權並無聯邦法律規範，各州對公開權保護之要件不統一，被告侵害他人權利之意圖、被告獲得經濟利益之意圖是否為公開權之要件，因州而異。

¹⁴⁴ *Douglass v. Hustler Magazine Inc.*, 769 F 2d 1128 (7th Cir. 1985), 1140; Restatement, Third, Unfair Competition §46 comment e.

值（intangible value of the person's identity），而非商業或交易上的名譽（goodwill）¹⁴⁵；又其責任基礎係盜用（misappropriation）而非不實陳述（misrepresentation），因此公開權之侵害不以欺騙行為之存在或造成消費者混淆誤認為要件¹⁴⁶。

須注意者為，雖然公開權之侵害須個案被告盜用原告身分之「商業價值」，惟並不以原告有一定知名度或是先前曾對其人格特徵進行商業利用為前提¹⁴⁷。Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.案¹⁴⁸之判決中便寫道：盜用相對不知名個人之身分仍可能造成其經濟上損失，且該行為本身亦可能為先前無價值的身分創造經濟價值。

至於被告是否「盜用」原告身分之商業價值之認定，則以被告對原告人格特徵之利用是否「足以使他人辨認出原告」為判斷標準¹⁴⁹。使用個人身分特徵之態樣多元，且隨著科技及媒體文化、商業模式之發展，盜用身分的方式也不斷增加，早已不限於使用其姓名、肖像，也因此公開權保護尚及於「其他身分特徵」。不過，各州對於「其他身分特徵」之範圍界定於並不相同。以美國整體而言，目前經法院肯認為公開權保護範圍之人格特徵及其具體保護要件如下¹⁵⁰：

一、姓名

須使公眾認識到該姓名係指涉原告¹⁵¹。姓名在該要件之判斷上較為單純。改

¹⁴⁵ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 181.

¹⁴⁶ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F 2d 994 (2d Cir. 1989), 1003-4.

¹⁴⁷ 不過，部分法院認為死後公開權之保護須以原告生前曾對其人格特徵進行商業利用為前提。

¹⁴⁸ 498 F 2d 821 (9th Cir. 1974), 824, n.11

¹⁴⁹ *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F 2d 821 (9th Cir. 1974), 826-7; *Waits v. Frito-Lay Inc.*, 978 F 2d 1093 (9th Cir. 1992), 1102

¹⁵⁰ 美國各州對公開權之保護依據不同，或以成文法，或以普通法，或二者兼具，故保護範圍亦隨著州不同而有所差異，以成文法為例，肯塔基州僅保護個人姓名、肖像（Kentucky Revised Statutes 1999 – section 391.170），田納西州保護姓名、照片、肖像（Tennessee Code 2010 - §46-25-1103），而加州之保護範圍則及於姓名、聲音、簽名、照片及肖像（California Civil Code 1951 – section 3344）。而其他以普通法保護公開權的州，保護範圍則可能更廣。

¹⁵¹ Restatement, Third, Unfair Competition (1995) §46 comment d.



名前之本名及綽號或別稱¹⁵²均屬於保護範圍內¹⁵³。

二、肖像及圖片 (likeness and picture)

(一) 具體保護要件及相關案件

公眾必須理論上能從該該肖像或圖片中辨認出原告¹⁵⁴。形式上除了照片、繪畫、影片等之外，以個人為刻劃對象之人體模型及雕像，亦屬於肖像之範圍¹⁵⁵。實務上並認為，若以個人特定造型為基礎進行繪畫，即使有進行些微修改，仍屬之¹⁵⁶。

著名的 Ali v. Playgirl, Inc. 案¹⁵⁷即為涉及肖像利用之案件。在該案中，原告為重量級世界拳王穆罕默德·阿里 (Muhammad Ali)，被告雜誌描繪了一名坐在拳擊場角落裡的黑人裸體男子。該描繪並非真實照片，而是介於寫實和卡通之間的插畫。法院認為，儘管只是對該圖片進行簡單觀察，也能辨認出該人物就是原告。

在部分案件中，「能否從肖像中辨認出原告」之要件判斷上並不容易，如 Cohen v. Herbal Concepts, Inc. 案¹⁵⁸中，被告的產品廣告中，僅出現二名裸體女子的背面，看不到臉。該案法院最終認為，一個人可能在看不到臉部特徵的情況下由他人所辨認，尤其是熟人更可能認出本人；在該案所涉及廣告中，可藉由頭髮、骨架、身材 (stature)、姿勢等特徵來辨認出原告¹⁵⁹。

(二) 外觀相似者 (look-alike) 之肖像？

關於使用外觀相似之人的肖像是否構成公開權侵害¹⁶⁰，法院在 Onassis v.

¹⁵² 相關案例如：Hirsch v. S.C. Johnson & Sons Inc. 案 (NW 2d 129 (1979), 137)，該案保護原告之綽號「Crazylegs」，禁止被告將該綽號使用於其刮毛凝膠產品廣告中。

¹⁵³ 相關案例：Abdul-Jabbar v. General Motors Corp. 案 (85 F3d 407 (9th Cir. 1996))。

¹⁵⁴ Restatement, Third, Unfair Competition (1995) §46 comment d.

¹⁵⁵ Young v. Grenaker Studios (175 Misc. 1027).

¹⁵⁶ Loftus v. Greenwich Lithographing Co. (192 App. Div. 251).

¹⁵⁷ 447 F. Supp. at 723.

¹⁵⁸ 482 N.Y.S.2d 457 (1984).

¹⁵⁹ 482 N.Y.S.2d 460.

¹⁶⁰ 1913 年的 Binns v. Vitagraph Co. 案 (210 N.Y. 51) 曾經處理「使用他人肖像來指涉原告」是否應禁止的問題，法院認為法律所稱圖片 (picture) 不見得必須是本人的照片，而可以包括能夠代表該個人的任何呈現形式 (any representation of such person)。

Christian Dior-New York, Inc.案¹⁶¹中持肯定見解。該案原告為美國前第一夫人，為眾所周知的著名人物，被告發布了一則廣告，刊登了一張假想婚禮的照片。照片中出現了幾位名人和一位與原告極為相似的女性。被告公司辯稱，該廣告應受到保護，因為他們沒有使用原告的照片。

紐約最高法院駁回了這一論點，並發布了禁止繼續出版該廣告的禁制令。法院認為，照片（photograph）可能只是對鏡頭前人物的描繪，但「肖像或圖片（portrait or picture）」的範圍更廣，包括「能傳達個人本質和形象的表現形式（a representation which conveys the essence and likeness of an individual）」，不僅僅包括事實上為本人之情況，如表現出與本人有密切、刻意相似性（the close and purposeful resemblance to reality），也包括在內。只要廣告給人的整體印象是原告本人曾出現在廣告中，那麼就算廣告中出現的人並非與原告完全相同，只是被告創造了一種假象（illusion）¹⁶²，訴因亦成立¹⁶³。任何人都不得隨意利用他人的姓名或外貌進行交易，又以其使用的內容與本人相似但不相同為由主張免責¹⁶⁴，否則就是法院放任了被告對法律的規避¹⁶⁵。

根據上述法院見解，在特定條件下，外觀相似的人的肖像即可能屬於本人肖像之範圍。該見解在 Allen v. National Video, Inc.案¹⁶⁶中由法院所援引，不過法院指出，Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.案之情形非常特殊：在假象及真實交織的情況下，幾乎不可避免地暗示了該案原告本人的出現。在 Allen v. National Video, Inc.案中，被告在其錄影帶租賃連鎖店廣告中，使用了與原告外觀相似者的肖像，該外觀相似者並擺出原告為人熟悉的特別姿勢；廣告背景中出現原告著名

¹⁶¹ 472 N.Y.S.2d 254 (N.Y. Sup. Ct. 1984) aff'd without opinion, 488 N.Y.S.2d 934 (N.Y. App. Div. 1985).

¹⁶² 法院指出，該案被告的廣告中，除了與原告外觀相似者，與其一起出現的其餘三名著名人物均為本人，使整體組合充滿真實感。

¹⁶³ 472 N.Y.S.2d at 262.

¹⁶⁴ 472 N.Y.S.2d 254 (N.Y. Sup. Ct. 1984) aff'd without opinion, 488 N.Y.S.2d 934 (N.Y. App. Div. 1985), 261.

¹⁶⁵ 472 N.Y.S.2d at 261.

¹⁶⁶ 610 F. Supp. 612, 623 (S.D.N.Y. 1985)

電影的錄影帶，廣告標語並包含：「成為 VIP，我們會給你明星般的待遇（"Become a V.I.P. at National Video. We'll Make You Feel Like a Star."）」，以及「你不需要有明星臉，也能享受明星般的服務（"you don't need a famous face to be treated to some pretty famous service."）」¹⁶⁷。

法院認為，本案如要得出與 *Allen v. National Video, Inc.* 案相同之結論，則必須是系爭照片類似地呈現出原告有實際在廣告中出現的假象¹⁶⁸。對此，法院點出問題的重點並不是一些人，甚至不是大多數人在看到這則廣告時是否會「想起」原告；為了認定照片中包含原告的「肖像或圖片」，法院必須得出這樣的結論：大多數能夠辨認出原告真實照片的人都有可能認為這實際上是原告的照片。法院認為這項標準是必要的，因為要處理的問題不是一張原告照片是否能被某些人認出，而是「一張被告的照片在法律上是否應被視為原告的肖像或照片」。而在本案中，法院認為無法得到上述結論。

Onassis v. Christian Dior-New York, Inc. 案中，法院對肖像範圍的解釋主要立基於二個重點：一、被告廣告創造原告本人有實際出現的假象；二、被告透過此種方式利用了原告的身分，而這是法律所不該放任的。不過單以「假象」作為判斷，似乎稍嫌抽象¹⁶⁹，亦無法確定其所欲達成之目的為何。觀察其整體論述方向，似乎綜合了「盜用」以及「混淆誤認」¹⁷⁰，不過二者之關係並不明確。而在情況類似的 *Allen v. National Video, Inc.* 案中，法院基於前案之「假象」見解，提供更詳細的判斷標準¹⁷¹，且值得注意的是，其雖對原告以公開權為基礎之主張提

¹⁶⁷ 610 F. Supp. 612 (1985), 618

¹⁶⁸ *Id.*, 623-624

¹⁶⁹ 舉例而言，若個人死亡後，其肖像出現於廣告中，則原則上該廣告並不會創造出本人有實際出現的假象，則依照上述法院見解，該個人之公開權是否並無受到侵害？又如有一個人因特定規範不得代言任何產品，且該事實為大眾所知，則若產品廣告中出現與該個人外觀相似者之肖像，理論上並不會創造出本人有實際出現的假象，是否也可以認為該個人之公開權並為受到侵害？均有待商榷。

¹⁷⁰ 法院引述前案指出，即使是使用自己的照片，若使用方式具有欺騙性或是會引發混淆誤認，則該使用亦非法所許。另外，也指出使用外觀相似者的肖像，和使用本人的素描，會產生一樣的結果——以他人的名字或特徵進行交易行為，並未經本人同意對其進行不合理之商業利用。

¹⁷¹ 本文認為，該標準甚至較前案更加嚴格，蓋考量 *Allen v. National Video, Inc.* 案所涉廣告中的種種因素，整體而言，對於本人出現在廣告中的暗示性實為不低，但法院卻認為無法

出見解，但卻明確指出原告基於《蘭哈姆法》規定之主張更符合該案情形；相較於公開權有些勉強的要件建構，《蘭哈姆法》中關於混淆誤認可能性之實質標準更適於該案之處理¹⁷²。這也顯示出，法院在 *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.* 案所提出之標準，或許不免受到其他法律保護制度之影響，而過度拉伸了對於「肖像」的定義。

三、其他身分標識 (indicia of identity)

除上述基本之人格特徵於符合要件時為公開權保護範圍之外，實務上亦有承認對其他身分標識之保護，如聲音¹⁷³、有特殊標記的跑車¹⁷⁴、名言金句¹⁷⁵，甚至是特殊的穿衣風格、髮型及姿勢¹⁷⁶。不過，涉及後二者之代表判決在學說上受到不少抨擊，認為公開權之保護受到過度擴張。

貳、公開權之特性

一、移轉及授權

根據 *Haelan* 案之法院見解，公開權不同於隱私權，為一得自由轉讓之財產性權利¹⁷⁷。因此，個人得將公開權移轉或授權他人¹⁷⁸。

原權利人移轉公開權時，其所有權 (ownership) 便轉讓給受讓人。原權利人受該移轉約束，如果利用相關權利與移轉相關規定或條款相抵觸，則原權利人不得為之。受讓人作為權利所有人，得獨立向侵權之第三人主張權利¹⁷⁹。

相較之下，授權是在不轉讓任何所有權的情況下使用權利之有限制許可¹⁸⁰。

¹⁷² 610 F. Supp. 612 (1985), 624-625.

¹⁷³ 原先法院不願保護聲音，自 *Midler v. Ford Motor Co.* 案 (849 F.2d 460 (9th Cir. 1988)) 改變見解。該案被告在原告拒絕在其廣告中唱歌後，便去找原告之和聲歌手，並要求其唱得越像原告越好。法院認為，聲音就像人臉一樣獨特，模仿一個人的聲音是在盜用其身分。後 *Waits v. Frito-Lay Inc.* 案 (978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992)) 延續該案法院之見解。

¹⁷⁴ *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974), 824.

¹⁷⁵ *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets Inc.*, 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983), 835-6.

¹⁷⁶ *White v. Samsung Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992).

¹⁷⁷ 202 F.2d 866 (2nd Cir. 1953).

¹⁷⁸ Restatement, Third, Unfair Competition § 46 comment. g (1995).

¹⁷⁹ Bergmann, S. (1999), *Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis*, Loyola of Los Angeles Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Entertainment Law Review, 19(3), 494.

¹⁸⁰ Restatement, Third, Unfair Competition § 46 comment g. (1995).

當事人可將授權限制在特定身分層面、期限、使用方式、地區或產品系列等具體範圍內¹⁸¹。授權可分為專屬授權及非專屬授權，二者法律意義有明顯不同。專屬授權係指，授權人明確承諾在該授權範圍內不再授權其他人使用。只要專屬授權之範圍有限且不相互衝突，則個人亦能同時專屬授權與不同人；反之，非專屬授權之範圍內，公開權人仍可再次將權利授權給其他人¹⁸²。被授權人因未獲得所有權，因此一般而言無法對抗第三人的使用¹⁸³。但因 *Haelan* 案法院認為，該案原告作為一專屬被授權人，有權利得對抗被告，而之後法院也並未質疑該見解¹⁸⁴，故目前實務肯認公開權之專屬被授權人得自行起訴¹⁸⁵。

二、得否繼承及存續期間

（一）基本說明

傳統上，隱私權作為一人格權，其保護止於個人死亡時。然而，公開權是否得繼承，以及其存續期間應如何劃定，是長期困擾法院之問題，也是學者積極討論的議題之一。有認為，因公開權普遍被認為是一財產權（property right），故應為可繼承之權利，繼承人得藉由原權利人高價值之權利獲利¹⁸⁶。然而，一般將公開權描述為財產權，通常是在承認「法院執行一項具有經濟價值的權利請求」的事實，並不代表該權利理當具備財產權通常具有之所有屬性。此於 *Haelan* 案判決書中亦有提及¹⁸⁷。一方面，公開權尚於發展階段，無法直接確定其性質甚或目的是否與其他財產權相同，而得推論出其應具有相同特性之結論；另一方面，公開權自隱私權分支而來，且發展初期受到隱私權前案之影響不容忽視，考量到隱私權之性質，欲在短時間內斷定公開權是一純粹之財產權，亦有其困難。

¹⁸¹ 超出範圍之使用會構成公開權侵害，但不構成契約違反。(Id. § 46 comments. a-b.)

¹⁸² McCarthy, J.T. (2014), *Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan (2d ed.), §10.13.

¹⁸³ Restatement, Third, Unfair Competition § 96 comment g. (1995).

¹⁸⁴ *Bi-Rite Enterprises Inc. v. Button Master*, 555 F Supp. 1188 (1983), 1199; Restatement, Third, Unfair Competition § 46 comment g. (1995).

¹⁸⁵ McCarthy, J.T. (2014), *Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan (2d ed.), §10.13.

¹⁸⁶ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 183.

¹⁸⁷ 202 F 2d 866 (2nd Cir. 1953)

目前美國各州對於公開權是否得繼承及其存續時間有不同規定，尚無統一見解。如喬治亞州¹⁸⁸、新澤西州¹⁸⁹、田納西州¹⁹⁰等州在普通法上承認公開權得繼承，而加州¹⁹¹則是以成文法規定公開權得繼承。與此相對的，紐約州民法第 50 條明確規定，任何個人、商號或公司，在未事先徵得任何生存之人（或未成年人的父母或監護人）書面同意的情況下，將其姓名、肖像或照片用於廣告目的或貿易目的，均屬輕罪¹⁹²。雖然看似與其他州的公開權無過大差異，但一方面該規定將主體限於「生存之人（any living person）」，另一方面，該規定保護之利益係納於隱私權之保護體系之中，因此，無論是觀察上述規定，或是實務上見解，在紐約州，隱私權衍生出的公開權或其他權利均應在當事人死亡時終止。不過整體而言，雖然仍有部分州尚未考量過公開權的繼承性議題，但大部分曾考量該問題的州均肯認該權利之可繼承性¹⁹³，而其死後之存續期間，則短至十年¹⁹⁴，長至一百年，並有州並無限制存續期間¹⁹⁵。

美國各州之所以針對公開權繼承性及存續期間至今仍無統一標準，部分係因美國《憲法》第一條第八項第八款並未提及公開權或公開權人。該款規定，立法機關有權透過確保作者和發明人在「有限的時間內」對其各自的著作和發現享有專有權，以促進科學和實用藝術的進步。因此嚴格來說，公開權之保護並不必然須有時間限制。而另一方面，雖然商標權同樣並非上述規定所提及之權利，但其依《蘭哈姆法》¹⁹⁶受到聯邦性保護，而反觀公開權並無類似保護基礎，僅為依各州規定規範之財產利益。

¹⁸⁸ *Martin Luther King Jr Center for Social Change Inc. v. American Heritage Products*, 296 SE 2d 697 (Ga. 1982)

¹⁸⁹ *Estate of Presley v. Russen*, 513 F Supp. 1339 (1981).

¹⁹⁰ *The State of Tennessee, Ex. Rel. The Elvis Presley International Memorial Foundation v. Crowell*, 733 SW 2d 89 (Ten. App 1987).

¹⁹¹ California Civil Code §3344 and § 3344.4 (The Astaire Celebrity Image Protection Act).

¹⁹² “A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor.”

¹⁹³ Restatement, Third, Unfair Competition §46 comment h. (1995).

¹⁹⁴ Tennessee Code §47-25-1104 (Personal Rights Protection Act 1984).

¹⁹⁵ McCarthy, J.T. (2014), *Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan (2d ed.), § 9:17.

¹⁹⁶ The Lanham Act, 15 U.S.C. §§ 1051-1072, 1091-1096, 1111-1129, 1141-1142(n) (2012).



（二）比較：加州及紐約州

值得一提的是，各州對於公開權之見解，不僅在存續期間上可能隨著時間變動，對於該權利是否得存續至死後之看法，亦可能產生變化，如加州及紐約州。

1.加州

1979 年，加州最高法院在 *Lugosi v. Universal Pictures* 案¹⁹⁷中雖然認為公開權應受保護，但認為該種保護應止於死亡。直到 1984 年，加州《民法》修正新增第 3344.1 條，才擴大承認公開權存續至個人死後五十年。當時的修正確立了個人對其肖像專屬利益之權利屬於財產權，因此該權利得以繼承¹⁹⁸。這項修法使繼承人得以對未經其同意在商品上或商品內使用，或為廣告目的使用其已故親人的姓名、聲音或肖像的行為提起訴訟。1999 年，加州立法機構通過並發布了「阿斯泰爾名人形象保護條款（*Astaire Celebrity Image Protection Act*）」，該規定將公開權的保護期間延長至死後七十年，與美國著作權存續期間之延長一致¹⁹⁹。

在法規制定上，加州立法機構參考了美國最高法院在 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting* 案²⁰⁰中關於公開權保護基礎政策之見解²⁰¹。最高法院認為，各州保護公開權的利益與保護專利權及著作權之目的類似，均為使個人得以收穫努力的結果，並防止因竊取商譽所生之不當得利²⁰²。不過針對保護期間是否應類似，最高法院並未表示見解。

而立法機關之所以認為公開權與著作權之存續期間應一致，與 1997 年的 *Astaire v. Best Film & Video Corp.* 案有重大關係。該案被告將原告亡夫在電影中的跳舞片段使用於其舞蹈教學錄影帶中，原告因而主張該種使用侵犯了她控制其亡夫公開權的法定權利。初審法院判原告勝訴；但上訴法院推翻了原判決，並對當

¹⁹⁷ 603 P.2d 425, 428-29 (Cal. 1979).

¹⁹⁸ S.B. 209, 1999-2000 Reg. Sess., 5-6 (Cal. 1999).

¹⁹⁹ 當時藉由聯邦《著作權期限延長法案》（*Copyright Term Extension Act*, CTEA），五十年的保護期間已延長至七十年。娛樂業大力遊說加州立法機構頒布與聯邦著作權法保護期間一致的立法。

²⁰⁰ 433 U.S. 562 (1977).

²⁰¹ S.B. 209, 1999-2000 Reg. Sess., 5-6 (Cal. 1999)

²⁰² *Zacchini*, 433 U.S. at 576.

時適用法律之用語進行了解釋，認為在「影片（film）」中利用已死亡之人的形象並無法律上責任²⁰³。

法案提出者和加州立法機構成員一致認為，法院的見解²⁰⁴是基於形式多於實質之解釋方式²⁰⁵。立法機構試圖澄清法規實質意義，因而制定「阿斯泰爾名人形象保護條款」，擴大對死者繼承人的保護，並將影片也納入保護範圍²⁰⁶。立法機構指出，立法沿革表明當時法規中原先規定之五十年保護期間，乃參照聯邦著作權法規定的保護期間所起草。而肖像盜用相關法律應跟隨著著作權保護之腳步，這點於電影產業最為明顯²⁰⁷。Astaire v. Best Film & Video Corp.案涉及電影的事實，使法院格外注重，並使最終法案對公開權之保護期限與聯邦著作權法一致。

2. 紐約州

紐約州較早討論公開權繼承問題之案件為 1975 年的 Price v. Hal Roach Studios, Inc.案²⁰⁸。該案原告為二寡婦，主張被告不法授權二位已過世著名喜劇演員之姓名及肖像之專屬商品化權利（exclusive merchandising rights）。法院判決原告勝訴，認為紐約普通法上公開權存續至死亡後²⁰⁹，強調隱私權及公開權在本質上之不同，認為後者具純粹經濟性本質，因而無理由使該權利之保護於個人死亡時終止²¹⁰。

但 1981 年第二巡迴法院在 Factors Etc. v. Pro Arts Inc.案²¹¹中採取不同見解。該案原告 Factors 等公司在著名歌手貓王去世幾天後，與貓王所成立之 Boxcar 公

²⁰³ 116 F.3d at 1300-02.

²⁰⁴ 法院認為，被告在其影片開頭中展現原告亡夫之形象，與將其形象印在 T 恤上並不相同。

²⁰⁵ S.B. 209, 1999-2000 Reg. Sess., at 10 (Cal. 1999).

²⁰⁶ CAL. CIV. CODE § 3344.1 (i) (West 2012) “As used in this section, ‘photograph’ means any photograph or photographic reproduction, still or moving, or any videotape or live television transmission, of any person, such that the deceased personality is readily identifiable. A deceased personality shall be deemed to be readily identifiable from a photograph if one who views the photograph with the naked eye can reasonably determine who the person depicted in the photograph is.”

²⁰⁷ “The likeness appropriation law corollary to copyright law was made at the behest of the movie studios, among others.” (S.B. 209, 1999-2000 Reg. Sess. (Cal. 1999)).

²⁰⁸ 400 F. Supp. 836 (S.D.N.Y. 1975).

²⁰⁹ *Id.*, 847.

²¹⁰ *Id.*, 844.

²¹¹ *Factors Etc. v. Pro Arts, Inc.*, 652 F. 2d 278 (2d Cir. 1981).

司²¹²簽訂了一份為期 18 個月的專屬授權契約，取得貓王公開權之授權，Factors 等公司並將支付 Boxcar 公司其銷售額的百分之五。但在契約簽訂的第二天，被告合法獲得了貓王照片的著作權，並開始銷售印有該照片的海報，Factors 等公司因而對被告提起侵害公開權之訴訟。該案法院認為，公開權是侵犯隱私權的下位概念，故該權利將在人死亡後消滅，從而得出 Boxcar 主張無理由的結論²¹³。而該案對於紐約州法院日後在處理公開權繼承問題時的見解²¹⁴，幾乎產生確立性作用²¹⁵。

3. 分析

從上述二州的見解得以觀察到，一州對公開權之定位影響著公開權是否得繼承及其存續期間之規定。加州立法機構將公開權視為與著作權有一定接近性的權利，因而採取類似保護方式，而紐約州法規則明確將公開權置於隱私權保護體系中²¹⁶，因而於個人死亡時即消滅。

權利定位不同，往往與權利之保護目的及保護基礎相關，美國對於上開議題雖不乏討論，但至今並無共識。有認為盜用人格是包含了不同範圍利益的混合問題，在經濟和尊嚴利益之間清楚劃分界線並非總是可行²¹⁷，公開權發展主要是為難以歸於隱私權框架中、主要為經濟性的利益提供更大保護，但不意味著該種利益能完全被劃分為經濟利益²¹⁸。學者 McCarthy 曾指出，若法院承認一種獨特的法律權利，使其損害賠償數額得根據精神損害和經濟損害綜合衡量決定，美國法

²¹² 貓王生前將其公開權的所有權轉讓給了他所成立的 Boxcar 公司。

²¹³ 法院行使多元化管轄權，適用田納西州法律，因為不法行為發生在該州。田納西州法律中，公開權屬於隱私權的下位概念，此點於紐約州法律並無不同，因而本案適用之法律非紐約州法律，對於該案見解影響日後案件之程度並無過多影響。

²¹⁴ 如 James v. Delilah Films Inc. 案中，法院即認為根據紐約州《民法》第 50 和 51 條，公開權此一法定權利之保護並不及於死亡後（544 N.Y.S.2d 447, 451 (1989)）。

²¹⁵ Brierton, T., & Bowal, P. (2014), *The Right of Publicity*. Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal, 4(2), 285.

²¹⁶ 除紐約州外，威斯康辛州亦將公開權保護置於隱私權體系下，且成文法亦明確將形象權保護期間限於個人尚生存時（Wis. Stat. § 995.50 Right of Privacy）。

²¹⁷ 該學者舉 1942 年的 O'Brien v. Pabst Sales Co. 案為例（不飲酒者之形象被用於啤酒廣告中之個案）。

²¹⁸ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 187

律會更具內在和諧性²¹⁹。

公開權在加州之見解下偏向一經濟利益，而在紐約州則更接近人格利益，此種不同影響了二州對公開權之定位，並進而影響其特性。而美國其他各州對於公開權特性之見解之所以多元不統一，各州對公開權保護目的、保護基礎、定性之見解差異無疑為原因之一。

參、對公開權侵害之抗辯

一、經本人同意

公開權乃保護個人之人格特徵免於他人未經本人同意而盜用，故如使用經本人同意，被告自得於本人同意之範圍內，據以抗辯²²⁰。本人同意之方式可為正式協議，如轉讓或授權。此外，在不需要書面同意的情況下，亦可透過行為默示同意。同意之範圍得限於特定產品或媒體、特定期間或特定地理區域等等²²¹。應注意的是，同意拍攝照片並不代表同時同意將照片進行商業上使用。例如，當攝影記者為參與公共事件的人拍照，而將照片用於說明有新聞價值的事件時，可能可以認為有默示同意存在，但如將照片用於廣告，則不得認為有默示同意存在²²²。

二、與言論自由的拉扯

《美國憲法第一修正案》(First Amendment to the United States Constitution，下稱《第一修正案》)禁止美國國會制定任何法律剝奪言論自由或新聞自由。在早期案件中，法院就已意識到未經本人授權之人格利用及表達自由之間的緊張關係²²³。

如單純從公開權侵害之要件論之，則僅在被告係為商業目的進行利用，如使用於廣告或商品銷售上時，始會產生法律責任²²⁴。反過來說，如被告確係為商業目的利用他人人格或身分，則通常無法以表達自由為抗辯依據，蓋《第一修正

²¹⁹ McCarthy, J.T. (2014), *Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan (2d ed.), §1:39.

²²⁰ Restatement, Third, Unfair Competition § 46 comment . (1995).

²²¹ *Id.*

²²² *Id.*, §10:7[A].

²²³ *Id.*, Chs. 7 and 8.

²²⁴ 加州民法第 3344 條有明定相關要件。

案》並不保護錯誤及具誤導性的商業言論，而即使是不具誤導性之商業言論，保護程度亦較低²²⁵。換言之，在該種情況中，公開權之保護應勝於表達自由之保護。反之，如被告使用原告人格特徵之目的為傳遞資訊或想法，則通常無須負擔公開權之法律責任，蓋此時表達自由之保護優先於公開權之保護。

實務上有藉由區分被告之使用係屬「資訊性使用（communicative use）」或是「商業性使用（commercial use）」來判斷其行為是否超出言論自由之範圍，而侵害原告之公開權。例如，有判決認為，於小說作品中使用他人身分或以傳記形式描寫他人人生故事，原則上屬於資訊性使用，而不構成公開權侵害²²⁶。不過該種區分並非總是容易、明確，而於判斷被告行為是否應為《第一修正案》所保護時，其使用目的亦並非總是實務上唯一的判斷依據。隨著時間經過、個案判決累積，法院對於公開權及表達自由之平衡，亦漸漸發展出其他判斷標準。目前實務上主要使用之判斷標準包括：真實惡意標準、藝術相關性標準、轉化性測試標準、使用用途標準等²²⁷。又針對涉及新聞自由之案件，法院於論述之重點上與其他涉及表達自由之案件較為不同，故以下將分為二部分介紹之。

（一）新聞自由及公開權

1.新聞自由之限制

一般而言，有新聞價值及涉及公共利益相關事務的媒體報導屬於「資訊性使用」，故通常在新聞報導中使用名人公開出席場合拍攝之照片，不構成公開權侵害，但仍須視個案狀況判斷，若實際上涉及商業性利用，自然無法以新聞自由為主張免責。另外，新聞使用並非無限制，如首次承認公開權之 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* 案，就是超出新聞使用界線之案例。該案中，最

²²⁵ 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996)

²²⁶ 法院於 *Matthews v. Wozencraft* 案（15 F 3d 432 (5th Cir. 1994)）中指出，被告在小說中使用原告的名字並不為該書提供價值，她也並非使用原告的名字來向公眾原告「代言」這本書，因為他的名字就這本書而言並沒有獨立的價值。其他相關案件：*Ruffin-Steinback v. dePasse* 案（82 F Supp. 2d 729 (E.D.Mich., 2000)）。

²²⁷ Koo, A. (2006), *Right of Publicity: The Right of Publicity Fair Use Doctrine Adopting Better Standard*, *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, 4(1 & 2), 1-24.

高法院認為，被告完整報導原告全長十五秒的表演並不受《第一修正案》保護。法院指出，「無論在特定情況下新聞報導受保護與不受保護之間的界限在哪裡，我們都非常確信，當媒體未經表演者同意播放其整個表演時，《第一修正案》和《第十四修正案》並不能使媒體豁免」²²⁸。

從該案中可以觀察到，對於資訊性使用及商業上使用之區分並非總為明確，有時界線十分模糊，因而該種標準判斷尚須更為細緻的建構，同時將其作為唯一判斷依據亦並非最適當之作法。

在其他被告使用目的較為模糊之個案，如 *Montana v. San Jose Mercury News, Inc.* 案中，能看到法院對於公開權保護與新聞自由之平衡提出更詳細之考量因素。該案被告於報紙上刊登了關於舊金山 49 人隊在 1990 年超級盃獲得勝利的專欄，該專欄是針對整個球隊，其中亦包括對原告的藝術性描繪。報紙上的每一頁都以海報的形式複製，並向公眾出售或在慈善活動中贈送。原告主張上述海報的複製和銷售構成了對其姓名、照片和肖像的商業盜用。報紙報導本身並不構成公開權侵害，該案之重點在於被告同時以海報形式複製頁面並加以販售，是否得同樣受到《第一修正案》的保護。就此，法院先是指出該海報與原新聞出版品應受相同保護，因報社有權利重製其受保護之內容來宣傳自己，且原告肖像出現於海報上之原因與出現在報紙上之原因完全相同，即「原告是當代具新聞價值之比賽中的主要球員」²²⁹。但這亦不表示應提供所有紀念性海報全面保護，故法院接著考量了以下因素並認為該海報為《第一修正案》所保護：被告本業為報社而非海報公司、海報僅以成本價販賣或是直接贈送、海報描繪的是比賽整體而非僅僅為運動員肖像、海報在比賽剛結束時出版，且主要是為了慶賀賽事而非為運動員喝采，以及海報並未創造出原告為被告代言之印象²³⁰。

²²⁸ *Zacchini*, 433 U.S. at 574-75

²²⁹ 34 Cal. App. 4th 797.

²³⁰ *Id.*



2. 實務對新聞價值之詮釋

紐約最高法院於 *Paulsen v. Personality Posters, Inc.* 案²³¹ 中，承認新聞對公開權的戲謔仿作抗辯。該案原告曾競選總統，但本業為一著名喜劇演員，其競選活動係以喜劇為基礎。原告授權第三方公司銷售其選舉鈕扣、貼紙、海報等商品，被告未經原告同意，銷售印有原告肖像的模擬選舉海報。法院判原告敗訴，認為被告所為與公眾利益議題密切相關，屬於《憲法》所保護的表達自由範圍。

首先，法院強調，與《憲法》考量相一致且不斷被強調的是，紐約州《民法》第 51 條並無意限制「傳播有關公共利益的新聞或資訊之相關活動」；儘管該等活動本身可能為了營利而進行，但仍有特殊性而不屬於第 51 條所指涉之商業目的²³²。因此，早期認為報紙、雜誌和新聞在使用與新聞相關或具有新聞價值的名稱或圖片時，可免受法定禁令的約束，這種特殊地位²³³之範圍也已擴展到其他傳播媒體，包括書籍、漫畫書、廣播、電視和電影²³⁴，並事實上已幾乎及於任何形式的「書面文字或圖片」，包括海報和傳單²³⁵。

其次，法院認為，所謂「涉及公共利益」或「具新聞價值」的事務範圍，一直都是以最自由、廣泛的術語定義的。啟發公眾的特權絕不限於傳播時事意義上的新聞，而是包括所有類型的事實性、教育性和歷史性資料，甚至及於娛樂²³⁶。原告作為一名藝人，積極尋求促進和刺激公眾的關注，以提高他的地位；為了獲得這種關注，他選擇踏上國家政治舞台，而這個領域本身總是具有新聞價值。儘管原告主張自己參選僅為一種「玩笑」，他的競選活動實際上僅為一種「宣傳噱

²³¹ 59 Misc. 2d 444, 448 (N.Y. Sup. Ct. 1968).

²³² *Paulsen v. Personality Posters*, 59 Misc. 2d 444, 448 (N.Y. Sup. Ct. 1968) (citing *Humiston v. Universal Film Mfg. Co.*, 189 App. Div. 467; *Lahiri v. Daily Mirror*, 162 Misc. 776; *Callas v. Whisper, Inc.*, 198 Misc. 829, *affd.* 278 App. Div. 974, *affd.* 303 N.Y. 759; *Booth v. Curtis Pub. Co.*, 15 A.D.2d 343).

²³³ 法院指出該種特殊性的基礎如下：「無論個人是自願還是非自願成為公眾人物，都會受到公眾的關注，在與合法公眾利益相平衡之情況下，法律對其隱私所能之提供保護很少」。

²³⁴ *Paulsen v. Personality Posters*, 59 Misc. 2d 444, 448 (N.Y. Sup. Ct. 1968) (citing *Gautier v. Pro-Football*, 278 App. Div. 431, *affd.* 304 NY 354; *Dallesandro v. Holt Co.*, 4 AD2d 470.)

²³⁵ *Id.* (citing *Rubino v. Slaughter*, 136 N.Y.S.2d 873; 47 N.Y. Jur. 97, Privacy, § 25)

²³⁶ *Id.*

頭」，而不屬於《憲法》保護的公共利益事項範圍，但法院並未採納該種主張。

法院認為，當一名藝人以開玩笑或其他方式參與總統選舉時，該事實顯然具有新聞價值並涉及公眾利益。被告所販售之海報描繪了原告在競選時的角色及精神，儘管可能偏離傳統政治評論模式，或者對某些人娛樂性質較資訊提供性質更強，但這不會改變其受保護的地位。

（二）其他表達自由及公開權

1. 實務之權衡標準

美國實務自 *Zacchini* 案後便開始發展更為系統化的權衡標準，以處理表達自由與公開權之衝突。針對非涉及新聞報導之表達自由與公開權平衡問題，實務上目前使用之主要標準有四²³⁷，以下介紹相關案例及標準內容。

（1）*Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.* 案²³⁸：真實惡意（actual malice）標準

原告為一成功且知名的電影演員。1982 年，原告主演了電影《窈窕淑女》（*Tootsie*），飾演一名為了試鏡而男扮女裝的角色。電影中的一張照片中，原告穿著紅色長袖亮片晚禮服和高跟鞋，在美國國旗前擺姿勢。後被告（雜誌公司及其出版商）出版的雜誌中，刊登了一篇題為「Grand Illusions」的文章，利用電腦軟體修改了過去著名電影的劇照，使演員看起來像是穿著當時的春季時裝。在原告的照片中，他的頭像和美國國旗之部分均與原版照片相同，但他的身體被一個擺著相同姿勢、穿著絲綢晚禮服和高跟鞋的男模特身體所取代。雜誌頁面上有文字表明該劇照來自電影《窈窕淑女》，並在標語中提及原告的姓名。雜誌其他內頁有設計師的廣告，封底並提供上述禮服及鞋子的商店及價錢資訊。原告主張被告

²³⁷ 在 2013 年的 *Hart v. Electronic Arts, Inc.* 案中，第三巡迴法院指出當前較為普遍使用之判斷標準有三：考量公開權之商業利益基礎的主要用途標準（Predominant Use Test）、參考商標權法之 *Rogers Test*，及參考著作權法之轉化性使用標準（Transformative Use Test）。本文認為，真實惡意標準或係因涉及非商業言論，適用之情況較為少見，始未出現於第三巡迴法院所列標準中。值得一提的是，第三巡迴上訴法院雖列出三個標準，卻指出主要用途標準及 *Rogers Test* 並不適用於該案（前者因標準本身問題，後者因本案情況不適合），最後僅參考轉化性使用標準。

²³⁸ 255 F.3d 1180 (9th Cir.2001).

行為構成公開權侵害、不公平競爭且違反《蘭哈姆法》，並據以請求賠償。被告則稱，其對照片的使用受到《第一修正案》的保護。

起先，地方法院判決原告勝訴，因其認為被告修改後的原告照片屬於「剝削性商業使用」(exploitative commercial use)，但第九巡迴法院持不同見解，駁回了原告的主張，認為該雜誌文章有權受到《第一修正案》的全面保護。

造成二法院不同結論的主要原因在於，第九巡迴法院認為，被告發布經過修改的原告照片，不屬於商業言論 (commercial speech) 範疇。法院指出，就《第一修正案》之保護，「商業言論」有其特殊意義，儘管商業言論及非商業言論之間的界線尚非明確，但商業言論之核心應為「該言論除促進商業交易之外無其他目的或功能」(it does no more than propose a commercial transaction)²³⁹。而整體觀察下，被告整篇文章結合了時尚攝影、幽默以及對經典電影和著名演員的視覺和口頭評論。該文章中的任何商業因素都與表現因素密不可分，而無法從受完全保護之一作品整體中分離出來²⁴⁰。因此，法院認為被告文章受到《第一修正案》對非商業言論的全面保護，原告僅得通過證明被告之「真實惡意」才能推翻這一保護²⁴¹。

(2) Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.案²⁴²：轉化性測試標準 (transformative tests)

該案原告為喜劇演員組合「三個臭皮匠」(The Three Stooges)所有相關權利的註冊所有人。被告為一名藝術家，在未經原告同意的情況下，將三人的肖像繪製成炭筆素描畫，並出售印有該畫的石版畫和上衣。原告主張「三個臭皮匠」的公開權受到了侵害。被告則抗辯其依《第一修正案》享有言論自由，法院不得禁

²³⁹ citing *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.*, 463 U.S. 60, 66, 103 S. Ct. 2875, 77 L.Ed.2d 469 (1983).

²⁴⁰ 255 F.3d at 1185.

²⁴¹ 法院指出，真實惡意之測試問題之所以在公開權案件中不常出現，乃因相關個案中被告將著名人物身人格特徵使用於廣告中，通常僅有促進交易之目的，而屬於商業言論。相關個案：*Newcombe v. Adolf Coors Co.*, 157 F.3d. 686, 691 (9th Cir. 1998)、*Abdul-Jabbar v. Gen. Motors Corp.*, 85 F.3d. 407, 409 (9th Cir. 1996)、*Waits*, 978 F.2d at 1097-98、*White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 971 F.2d 1395, 1396 (9th Cir. 1992)、*Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460, 461(9th Cir. 1988)。

²⁴² 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

止其行為。加州最高法院根據「相關作品是否增加了重要的創造性元素，從而使作品具有轉化性（transformed），而不僅僅是名人肖像」，在《第一修正案》和公開權之間建立了一個平衡測試標準²⁴³。該標準內容為，著名人物的肖像是否是創造該作品所使用的「素材」（material）之一，抑或是對著名人物的描繪或模仿便是該作品的全部實質內容。最終，法院依照該測試標準，認為被告的炭筆畫只是對「三個臭皮匠」進行直接描繪，轉化性不足，因而非《第一修正案》保護範圍。

(3) Rogers v. Grimaldi 案²⁴⁴：Rogers test²⁴⁵

本案被告為電影製片人，以著名演員 Ginger Rogers 及 Fred Astaire 的名字命名了一部虛構的電影（Ginger and Fred）。原告主張被告之電影名稱創造一種「電影是關於原告或由其贊助、支持或有以其他方式參與電影的不實印象」（false impression），並主張被告侵犯其公開權及違反《蘭哈姆法》規定²⁴⁶。法院判決原告敗訴，認為被告將其姓名使用於電影名稱中是被允許的。

法院在判斷原告關於《蘭哈姆法》之主張是否有理由時，提出一「藝術相關性」標準（artistic relevance），即「除非個人人格特徵之使用（本案中指涉電影名稱）與作品完全無藝術相關性，或是雖然有藝術相關性，但對該作品之來源或內容有明確的誤導性，否則該使用仍屬《第一修正案》之保護範圍」²⁴⁷。法院判斷原告基於公開權之主張時，亦採取類似之論理，並說明即使該使用他人姓名會隱含該他人對作品的代言（endorsement），只要與作品具有藝術相關性，則藝術表達仍優先於公開權保護²⁴⁸。換言之，僅於個人身分的使用與作品完全無關，或該

²⁴³ 法院進一步補充說明，出於商業目的對個人身分的轉化性使用可能有多種受保護的形式，如戲謔仿作、新聞報導、虛構描寫和社會批評。

²⁴⁴ 875 F.2d at 996.

²⁴⁵ 美國第三巡迴法院曾指出該標準並不適當，而認為個案中需要更加謹慎地平衡言論自由以及控制、管理個人身分及從中獲利的權利。

²⁴⁶ *Id.*, 997.

²⁴⁷ “...uses of a celebrity's name in a movie title is protected by the First Amendment unless the title has no artistic relevance to the underlying work whatsoever, or, if it has some artistic relevance, unless the use explicitly misleads as to the source or the content of the work.”

²⁴⁸ 875 F.2d at 1000.

作品僅僅是為銷售商品或服務所做商業廣告的偽裝時，公開權之保護始優於言論自由²⁴⁹。本案所提出之標準後來即被稱為「Rogers test」。

(4) Doe v. TCI Cablevision 案²⁵⁰：主要用途測試標準 (Predominant Use Test)

被告 Todd McFarlane 在其廣受歡迎的漫畫書《閃靈悍將》(Spawn) 中創作了一名 Anthony Tony Twist Twistelli 的暴力惡棍角色。該角色與美國國家曲棍球聯盟前職業曲棍球選手 Tony Twist 同名，與 Tony Twist 在外表上沒有任何相似之處，不過法院指出二者在形象上有所類似²⁵¹。被告是一名曲棍球迷，承認自己以 Tony Twist 的名字命名了該漫畫角色，其漫畫中亦有其他角色係以選手名字命名，但否認角色與選手有關。原告主張被告盜用其姓名及誹謗，向法院申請禁制令並請求損害賠償。

原告提出證據表明被告確實透過使用其姓名獲益：如《閃靈悍將》之相關產品中便包括印有「閃靈悍將」字樣的曲棍球及球衣，以曲棍球迷，也就是原告的主要粉絲基礎為客群；又如被告曾在曲棍球比賽中贊助舉辦了「閃靈悍將之夜」，發送包含 Tony Twist 同名角色的商品。此外，原告亦提出有公司在得知該角色使用其姓名後，撤回原本代言報價之證據，主張其與該惡棍角色的關聯導致他其為產品代言人的姓名商業價值下降。

密蘇里州最高法院認為本件相關證據足以證明被告意圖透過使用 Tony Twist 的名字吸引消費者對《閃靈悍將》漫畫書和相關產品的關注來獲得商業優勢，因而符合公開權侵害之要件。但於考量公開權與言論自由之平衡問題時，法院拒絕適用實務上經常出現的「表達性或商業性使用」標準以及《第三次不公平競爭法

²⁴⁹ 875 F.2d at 1004 (citing *Frosh v. Grosset & Dunlop, Inc.*, 427 N.Y.S.2d 828, 829 (N.Y. App. Div. 1980)).

²⁵⁰ 110 S.W.3d 363 (Mo.2003).

²⁵¹ 在其冰球生涯中，Tony Twist 成為了聯盟中最傑出的「執行者」(enforcer)，他的主要職責是保護進球隊員免受對手的人身攻擊。在擔任這一角色期間，特威斯特因其在冰上的暴力手段而惡名昭彰。一位《體育畫報》的作者如此描述 Tony Twist：「站在冰刀上把人打得毫無還手之力需要一種特殊的天賦」，「沒有人比這位聖路易斯藍調隊的左邊鋒做得更好」。

整編》中提及的「相關性」標準²⁵²，亦選擇不採取加州法院提出的轉化性測試標準。法院認為上述標準忽略了一個事實，也就是「個人姓名和身分的許多使用方式同時具有表達性質和商業性質」(both expressive and commercial components)。因此，法院選擇採用了一篇法律學術文章提出的「主要用途測試標準」

(predominant use test)²⁵³，認為該種標準更適合用於處理涉及兼具表達性及商業性之言論的案件。在該標準之下，若被告銷售的產品主要是利用個人身分的商業價值，則應認定該產品侵害個人之公開權，不受《第一修正案》的保護，即使其中包含在其他情況下可能被視為「言論」的表達性內容，亦同。另一方面，如果產品的主要目的是對著名人物進行表達性評論，則表達之價值可以得到更大的重視²⁵⁴。

而本案中，法院認為原告提出被告使用其姓名或身分係為了獲得商業利益是可採的，但透過該種使用，將原告在球賽中強硬性格特色作為虛構角色的個性隱喻，使該使用亦具有表達性成分。不過，被告指出該種使用並非戲謔仿作、表達性評論，或是以原告形象為基礎建構虛擬角色。因此，上述隱喻雖具文學性質，

²⁵² "...a 'relatedness' test that protects the use of another person's name or identity in a work that is 'related to' that person. The catalogue of 'related' uses includes 'the use of a person's name or likeness in news reporting, whether in newspapers, magazines, or broadcast news . . . use in entertainment and other creative works, including both fiction and nonfiction . . . use as part of an article published in a fan magazine or in a feature story broadcast on an entertainment program . . . dissemination of an unauthorized print or broadcast biography, [and use] of another's identity in a novel, play, or motion picture. . . .' The proviso to that list, however, is that 'if the name or likeness is used solely to attract attention to a work that is not related to the identified person, the user may be subject to liability for a use of the other's identity in advertising. . . .' (Restatement, Third, Unfair Competition §47 cmt. c at 549)." 該標準之內涵與 Rogers Test 相似。

²⁵³ 法院認為依照資訊性或商業性使用標準、相關性標準，及轉化性測試標準，只要姓名和身分的使用以任何方式具有表達性，無論是否有商業利用，訴因均會被排除。根據相關性檢驗標準，只有當使用個人姓名及身分之使用完全是商業性，且與該個人無關時，個人才可提起訴訟。根據轉化性測試標準，如對名人身分進行轉化或以其為基礎建構虛構性角色 (fictionalized characterization)，即使使用的唯一目的是對該人姓名或身分進行商業利用，也不可訴。儘管這些測試標準是為了平衡所涉及的預期利益而提出，但實際上根本並沒有進行平衡——一旦人格使用被認定具有表達性，該使用就會受到保護。

²⁵⁴ "If a product is being sold that predominantly exploits the commercial value of an individual's identity, that product should be held to violate the right of publicity and not be protected by the First Amendment, even if there is some 'expressive' content in it that might qualify as 'speech' in other circumstances. If, on the other hand, the predominant purpose of the product is to make an expressive comment on or about a celebrity, the expressive values could be given greater weight."

但其文學價值與商業價值相比微乎其微。故整體而論，使用原告姓名的主要用途是為了銷售漫畫書和相關產品，而不是藝術或文學表達，在這種情況下，公開權之保護應優先於言論自由。

(5) 小結

對於上述判斷標準之採納方式，各法院不一，有於個案中僅採用其中一個判斷標準者，亦有同時採取多個標準者。部分判決中，法院之論述較為籠統或架構較為模糊，故並非總是可以判斷法院是否有採取上述標準²⁵⁵。不過整體而言，面臨公開權及表達自由之平衡問題時，上述標準通常為法院所參考。

2. 戲謔仿作 (Parody) ?

一般而言，戲謔仿作為《第一修正案》所保護²⁵⁶。著作權法下的戲謔仿作，須符合《1976年著作權法》(U.S. Copyright Act of 1976)第107條²⁵⁷之合理使用；商標權法下的戲謔仿作，則須無造成消費者混淆誤認之可能性²⁵⁸。相較於上述二法，在公開權相關案件中，即使被告不乏以戲謔仿作為抗辯理由，因法院仍

²⁵⁵ 如第六巡迴法院於2003年的ETW Corporation v. Jireh Publishing, Inc.案。該案中，被告販售的畫作中包括對著名高爾夫球選手Tiger Woods肖像之描繪，而該選手已將利用其姓名、肖像等人格特徵之所有公開性權利移轉予原告。被告之畫作係為慶祝該選手之勝利，畫中描繪了選手、球童，以及先前的比賽冠軍。法院的論述重點依論述先後排列包括：該畫作並非僅由Tiger Woods的肖像組成，而是對其於錦標賽中獲勝的全觀；畫中的各種元素足以使該畫為第一修正案所保護，且畫本身係對一運動界歷史事件之描繪，能傳遞並歌頌該事件在美國文化中的價值；參考不公平競爭法第三次整編(Third Restatement Of Unfair Competition)第4章第47節評註d.中所述類似著作權合理使用之規則，認為被告作品提供的實質資訊及創造性內容勝過對原告銷售的不利影響；被告作品非商業言論，考量體育或娛樂界名人已經成為社會特定思想或價值觀的象徵並成為文化中有價值之表達方式，權衡選手之財產利益保護與對言論自由限制程度後，得出言論自由較為重要之結論。

²⁵⁶ McCarthy, J.T. (1995), *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Thomson West, §31:153

²⁵⁷ Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—
(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
(2) the nature of the copyrighted work;
(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.
The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

²⁵⁸ McCarthy, J.T. (1995), *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Thomson West, §31:153

多以上述平衡標準為主要論述基礎，或進行綜合性判斷，故於公開權是否已建立類似概念，及須符合何種標準，並不明確²⁵⁹。

目前實務上與戲謔仿作最為相關之公開權案件，應為 1996 年的 *Cardtoons v. Major League Baseball Players Association* 案²⁶⁰。該案中，Cardtoons 為一間專門製作戲謔仿作集換式卡牌的公司，其製作的卡牌上印有著名棒球運動員的漫畫和對其職業生涯的幽默評論，用各種主題諷刺球員。美國職棒大聯盟球員協會主張該等卡牌侵犯了球員的公開權。美國第十巡迴上訴法院認為，對著名棒球運動員的戲謔仿作卡牌屬於《第一修正案》的保護範圍，其重要性超過了球員的公開權。在其分析中，法院強調戲謔仿作作為一種自我表達形式，是在思想市場上進行社會批判的寶貴手段。又被告之卡牌上含有與球員個人職業生涯及在職業棒球界的聲譽相關之評論，顯示卡牌公司在著名人物身份之上加入了自己的重要創意成分（a significant creative component of its own to the celebrity identity），進而創造了一種全新的產品。最後，法院認為即使沒有公開權，著名人物仍然可以通過授權及代言獲得經濟回報。

法院考量公開權之保護必要性不高，而戲謔仿作對於言論自由之行使又具有相當重要性，再加上類似轉化性使用的標準，最終得出 Cardtoons 公司勝訴之結論。整體而言，雖然對於戲謔仿作概念於公開權中的明確使用方式並無琢磨，惟仍肯定了該種言論的重要性，並體現出以戲謔仿作作為抗辯，並非全無可能。

²⁵⁹ 著名案件 *White v. Samsung Electronics America, Inc.* 案中，法院否決了被告的戲謔仿作抗辯，認為被告廣告屬於商業言論，不受相同保護。法院將該案與 *Hustler Magazine v. Falwell* 案相區隔，認為後者所涉及之行為帶有重大的戲謔意味，但三星的廣告目的僅為在商業上吸引消費者購買爾。另外，觀察法院於平衡名譽利益、免於精神痛苦之利益及表達自由之態度，也能大致推導出實務對於公開權遇上戲謔仿作之情況，選則保護表達自由之可能性較高。1988 年的 *Hustler Magazine v. Falwell* 案中，被告在其雜誌中刊登對原告極度不尊重、明顯帶有戲謔原告意味之內容，並在雜誌上註明虛構及諷刺目的。美國聯邦最高法院以全票通過以下結論：對公眾人物故意造成情緒困擾的行為，亦屬於第一修正案所保障的言論自由範圍內。

²⁶⁰ 95 F.3d 959 (10th Cir. 1996).



肆、公開權侵害之救濟

一、禁制令 (injunctions ; injunctive relief)

依《第三次不公平競爭法整編》第 48 條第 1 項規定，法院若考量同條第 2 項所定相關因素後認為適當，則可授予原告禁制令，以防止依同法第 46 條應承擔侵害公開權責任之人持續盜用他人身分的商業價值或造成該種危險 (continuing or threatened appropriation of the commercial value of another's identity)。又第 48 條第 2 項規定：禁制令救濟的適當性和範圍取決於對案件所有因素的比較評估 (comparative appraisal)，包括以下主要因素：

- (1) 應受保護利益之性質 (the nature of the interest to be protected)；
- (2) 盜用之性質及程度 (the nature and extent of the appropriation)；
- (3) 相對於其他救濟措施，核發禁制令對原告之適當性 (the relative adequacy to the plaintiff of an injunction and of other remedies)；
- (4) 若核發禁制令，對被告的合法利益可能造成的損害，以及如果否准禁制令，對原告的合法利益可能造成的相對損害 (the relative harm likely to result to the legitimate interests of the defendant if an injunction is granted and to the legitimate interests of the plaintiff if an injunction is denied)；
- (5) 第三人及公眾之利益 (the interests of third persons and of the public)；
- (6) 原告是否在提起訴訟或以其他方式主張其權利時有任何不合理的拖延行為 (any unreasonable delay by the plaintiff in bringing suit or otherwise asserting his or her rights)；
- (7) 原告是否有任何相關不當行為 (any related misconduct on the part of the plaintiff)；以及；
- (8) 決定禁制令範圍和執行禁制令的實際性 (the practicality of framing and enforcing the injunction)。

另外，如原告已起訴但案件仍在候審，法院亦可考量下列因素後，核發預防

性禁制令 (preliminary injunction)：原告受到不可回復損害之可能性 (the likelihood that the plaintiff will suffer irreparable harm)、原告勝訴的可能性 (the likelihood of the plaintiffs success on the merits)、原被告之間的衡平 (the balance of equities between the parties)、社會利益 (the interests of society) ²⁶¹。

二、損害賠償 (compensatory damages) ²⁶²

公開權受侵害時，原告得主張被告賠償其因此所受之損害。雖然在原告無法證明經濟損害時，亦可能純粹基於其控制姓名或肖像中商業價值之權利被剝奪之事實獲得賠償，但該種賠償僅為名義性損害賠償 (nominal damages) ²⁶³，數額極低。

一般對於損害賠償之數額計算基礎，得為原告所受損失，或是被告所得利益，惟二者僅得擇高者計算²⁶⁴。所謂原告所受損失，在原告曾經積極對其身分進行商業性利用之情況，則可能包括損失之銷售額，或是失去原有代言機會之報酬。此外，如個人身分因過度曝光或與令人不快之商品或服務有所連繫，而使身分之商業價值或聲譽受到損害²⁶⁵，則因此造成之經濟損失，如未來獲利機會之損

²⁶¹ Restatement, Third, Unfair Competition § 48 cmt. d (1995); see e.g., *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 726 (S.D.N.Y. 1978); *Factors Etc., Inc. v. Creative Card Co.*, 444 F. Supp. 279 (S.D.N.Y. 1977), aff'd 579 F.2d 215 (2d Cir. 1978); *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.*, 472 N.Y.S.2d 254 (N.Y. Sup. Ct. 1984), aff'd without opinion, 488 N.Y.S.2d 943 (N.Y. Sup. Ct. 1985).

²⁶² Restatement, Third, Unfair Competition §49. Monetary Relief: Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity:

(1) One who is liable for an appropriation of the commercial value of another's identity under the rule stated in § 46 is liable for the pecuniary loss to the other caused by the appropriation or for the actor's own pecuniary gain resulting from the appropriation, whichever is greater, unless such relief is precluded by an applicable statute or is otherwise inappropriate under the rule stated in Subsection (2).

(2) Whether an award of monetary relief is appropriate and the appropriate method of measuring such relief depend upon a comparative appraisal of all the factors of the case, including the following primary factors:

(a) the degree of certainty with which the plaintiff has established the fact and extent of the pecuniary loss or the actor's pecuniary gain resulting from the appropriation;

(b) the nature and extent of the appropriation;

(c) the relative adequacy to the plaintiff of other remedies;

(d) the intent of the actor and whether the actor knew or should have known that the conduct was unlawful;

(e) any unreasonable delay by the plaintiff in bringing suit or otherwise asserting his or her rights; and

(f) any related misconduct on the part of the plaintiff.

²⁶³ *Zim v. Western Publishing Co.*, 573 F.2d 1318 (1978) (5th Cir. CA), 1327 note 19

²⁶⁴ Restatement, Third, Unfair Competition (1995) §§46 comment h.

²⁶⁵ *Id.* § 49 cmt a.

失，亦可計入原告所受損失內²⁶⁶。如 *Clark v. Celeb Publishing, Inc.* 案中，原告為一名模特兒兼女演員，因其照片未經其同意被刊登於一本低品質的色情雜誌上，而提起訴訟請求損害賠償。原告主張，其他雜誌今後不會想再僱用她，因為她與一本品質及聲譽低落的雜誌產生關聯。法院判決被告賠償原告預期之經濟損失 7000 美元²⁶⁷。

實務上於評估損害賠償數額時，經常會在確認原告損失或是被告所得利益之數額時遇到困難，蓋個人身分之商業價值本即抽象，故為使最終得出之損害賠償數額體現出個人身分之實際價值，法院通常必須考量眾多因素。其中，常見考量因素包括如原告之知名度、原告在先前類似使用情況中獲得之報酬金額，及專家對於相似地位之人於類似使用情況中可得授權金所出具之意見等等²⁶⁸。值得一提的是，法院於判斷損害賠償數額時雖必須謹慎，但並未因此出現低估合理市場價值（fair market value）之問題²⁶⁹。

在未經授權之身分使用帶有誹謗性或是錯誤性的情況，被告行為亦可能造成原告精神或名譽上損害。該部分屬於隱私權侵害範疇，其損害賠償可與公開權侵害之損害賠償並存。

除了上述補償性損害賠償金外，原則上原告尚可依一般侵權原則²⁷⁰，請求懲罰性賠償金（punitive damages），但部分州之成文法將懲罰性賠償金之請求限於被告故意侵權之情形，如內華達州²⁷¹即使如此。

²⁶⁶ *Waits v. Frito-Lay, Inc.* 978 F.2d 1093, 1103-04 (9th Cir. 1992); *Clark v. Celeb Publ'g, Inc.*, 530 F. Supp. 979, 984 (S.D.N.Y. 1981); *Hirsch v. S.C. Johnson & Son, Inc.*, 280 N.W.2d 129, 138 (Wis. 1979).

²⁶⁷ *Id.* at 984.

²⁶⁸ Bergmann, S. (1999), *Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis*, Loyola of Los Angeles Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Entertainment Law Review, 19(3), 479.

²⁶⁹ 如 *Apple Corps Ltd. v. Leber* 案中，法院評估的合理市場價值高於 550 萬美金。(229 U.S.P.Q. 1015, 1016 (Cal. Super. Ct. 1986).)

²⁷⁰ *Waits*, 978 F.2d at 1105

²⁷¹ Nev. Rev. Stat. § 597.810 (Remedies for unauthorized commercial use; liability of owner or employee of medium used for advertising):

1. Any commercial use of the name, voice, signature, photograph or likeness of another by a person, firm or corporation without first having obtained written consent for the use is subject to:
(a) Injunctive relief to prevent or restrain the unauthorized use; and



(b) An action at law for any injuries sustained by reason of the unauthorized use. In such a suit, the plaintiff may recover:

- (1) Actual damages, but not less than \$750; and
- (2) Exemplary or punitive damages, if the trier of fact finds that the defendant knowingly made use of the name, voice, signature, photograph or likeness of another person without the consent required by NRS 597.790.



第四章 假冒侵權

第一節 假冒侵權作為形象商業價值之保護方式

假冒侵權（passing off）在普通法上為一獨立訴因。雖然其核心基礎究竟為詐欺（deceit）或是誹謗（defamation）並不明確，然十九世紀起，多數認為應為前者。與詐欺不同的是，假冒侵權並非賦予受騙消費者起訴的權利，而是賦予商業上競爭對手起訴權利。

假冒侵權最初之精神係為避免被告將自己的商品假冒為原告的商品販售，以「商譽之保護」為核心。假冒侵權的法律並非用以確保公平競爭，亦非欲避免他人販賣相同或抄襲的商品，後者僅能透過著作權、專利、秘密資訊相關法律為之。有權威性判決便指出，該侵權行為發展的背景是被告不當使用商標或等同商標之標識，從而使潛在買家相信他的商品是競爭對手的商品²⁷²。惟隨著時間經過，其適用範圍漸漸受到拉伸而包括對商品之等級或品質為失實陳述（misrepresentation）之情形²⁷³。此外，原先對於原被告必須有競爭關係的要求，也漸漸鬆動，而改為「即使原被告間並非同業競爭關係，被告不實指涉其商業與原告之商業有所關聯，會造成原告商譽之損害」²⁷⁴。如今，假冒侵權更可適用包括對商品本身的失實描述²⁷⁵。

英國、澳洲法上並無承認類似美國公開權之權利，實務上大多為確保言論自由不會受到過度限制，而認為不應或無須承認普通法上個人對自己人格特徵享有一獨立權利。在英、澳形象商業利用案件中，原告主張及法院判決之主要依據為既有侵權型態——假冒侵權。

英國法院對於將假冒侵權適用於人格利用案件中，持相對保守態度，而澳洲法院則更願意調整假冒侵權核心構成要件，以對人格受到利用之被告提供救濟。

²⁷² *Erven Warnink BV v. Townend (J) & Sons (Hull) (Advocaat)*, [1979] AC 731, p 740.

²⁷³ *Spalding (A.G.) & Bros. v. Gamage (A.W.) Ltd* (1915) 32 RPC 279, 283-4.

²⁷⁴ *Erven Warnink BV v. Townend & Sons (Hull) Ltd* [1979] AC 731, 741-2 *per* Lord Diplock.

²⁷⁵ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 59.

以下說明假冒侵權在英國實務上適用的發展，及目前假冒侵權於個人形象商業利用案件中之適用，並輔以澳洲實務之見解比較，以觀察若不以公開權為保護基礎，而是以消費者欺騙、商譽保護為核心的假冒侵權為基礎去處理相關案件，其方式、推論、效果有何不同。

第二節 假冒侵權之基本要件

根據 1979 年 *Erven Warnink v. Townend* 案中 Diplock 法官的說法，須符合五項必要要件，始有可能構成有效之假冒侵權訴因。該五項因素包括：存在一失實陳述（misrepresentation）；該陳述由交易者於交易過程中作出；該陳述係對該交易者提供之商品或服務之預期顧客或最終消費者作出；可合理預見該陳述預計將對其他交易者之商業（business）²⁷⁶或商譽（goodwill）造成傷害，以及；該陳述對該其他交易者之商業或商譽造成或可能造成實際損害。該說法經常為現代假冒侵權之討論起點，同時也顯現出假冒侵權態樣已變得多元，使 Diplock 法官提出之要件相對寬鬆，對於損害的要求亦從「商譽」擴張至及於「商業」。不過 Diplock 法官也承認，符合其所提出測試之五項因素之事實，並不必然會構成假冒侵權。

因上述 Diplock 法官提出之定義過於複雜，且本身不確定性過高，並未受到實務持續採用。法院近代傾向使用的標準為假冒侵權「經典三要件」（classical trinity），該標準於 1957 年 *Oertil v. Bowman* 案²⁷⁷所討論，並於 1990 年 *Reckitt & Colman Ltd v. Borden Inc.*案²⁷⁸中由 Oliver 法官所重申。在 *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Marks and Spencer plc* 案²⁷⁹中，Nourse 法官並指出，Diplock 法官提出的五要素在個案分析中提供的幫助並不如經典三要件。

所謂「經典三要件」係指：

一、原告享有名譽或商譽（reputation or goodwill）：原告透過自身與向公眾

²⁷⁶ 有組織的提供顧客所需的商品與服務的一種行為。

²⁷⁷ (1957) RPC 388.

²⁷⁸ [1990] 1 WLR 491, 499.

²⁷⁹ [1998] FSR 697[7].

提供其特定商品或服務時所使用的識別性外觀 (get-up) (無論是否僅由品牌名稱、商品說明或標籤或包裝的個別特徵組成) 的聯繫, 在購買公眾心目中建立起原告就其提供之商品或服務上之商譽或名譽。上述識別性外觀必須使大眾能辨認其為原告商品或服務的獨特外觀;

二、被告有為失實陳述 (misrepresentation): 被告向公眾作出失實陳述 (無論是否故意), 導致或可能導致公眾相信被告提供的商品或服務是原告的商品或服務。公眾是否知道原告作為商品或服務的製造商或供應商的身份並不重要, 只要他們認為其來自一個特定來源, 而該來源實際上為原告即可;

三、原告因而受到損害: 原告必須證明, 由於被告失實陳述被告的商品或服務的來源與原告提供的商品或服務的來源相同, 導致錯誤信賴, 從而使其遭受了損害或可能遭受損害 (預先請求時)。

上述三要件均與購買者之信賴有關, 三者互有關聯且相互形塑, 故欲將三者明確分開實非容易。惟因不同要件在發展上仍面臨不同問題及擴張需求, 故以下仍嘗試就三要件分別進行說明。

壹、商譽 (goodwill)

一、商譽之定義

假冒侵權制度所保護者為易因被告失實陳述而受侵害的經營上或商譽上財產利益, 而非特定的標示²⁸⁰或商品外觀 (get up)。故侵權之成立須以商譽存在為前提。

關於商譽, 1901 年的 *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine Ltd.* 案²⁸¹經常受到引用, 其中有一段說明為:「商譽難謂非一種財產。商譽每天都被購買和販售。商譽得以其他財產被取得的方式被取得。當一個人取得商譽之後, 他可以將其占為己有。如有必要, 他可以透過法律程序主張自己對

²⁸⁰ *Star Industrial Co. Ltd v. Yap Kwee Kor* [1976] FSR 256, 269 per Lord Diplock.

²⁸¹ [1901] AC 217.

該商譽享有專有權；他也可以選擇拋棄商譽——當然前提是達到符合此種財產性質之條件。」

又根據上述案件法官所提出之定義，所謂商譽係指「商業良好名聲、名譽及周邊關係所帶來的利益及優勢」(the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business)，故商譽必須附於商業始得維持，無法單獨存在²⁸²。

典型意義上，商譽係指「來源性商譽」，當來源性商譽受到損害，則僅原告本身受到損害。但在 Erven Warnink BV v. Townend (J) & Sons (Hull) 案²⁸³後，商品性商譽 (product goodwill)，也就是雖然企業並無生產某種商品的專有權利，但其因該商品所享有的商譽，亦成為假冒侵權保護對象。又在 Irvine v. Talksport 案²⁸⁴判決後，似乎又增加「推廣性商譽 (promotional goodwill)」此一型態之商譽，即就名譽或名聲所享有的商譽。

二、名譽及商譽之混用

(一) 問題點

單純享有「名譽 (reputation)」是否足以符合「商譽」存在之要件，實有待商榷，但如同 Reckitt & Colman Ltd v. Borden Inc. 案法官在經典三要件中採用的說法，部分法院會將「名譽」及「商譽」二概念並列 (即「商譽或名譽」(goodwill or reputation))²⁸⁵，而使二者關係及差異更加模糊。實際上，相較於商譽，名譽之範圍理論上較為廣泛，也因此滿足「享有名譽」之要件相對較為容易。二者是否得受到相同之保護，非無疑問，有法官便曾指出，商譽無法獨立存在，而名譽卻無疑可以在沒有商業為基礎的情況下存在，且實際上也經常出現該種情況；名譽本身並無法構成一法律所保護的財產²⁸⁶。故，如欲避免假冒侵權之範圍過大，

²⁸² *Id.* at 224.

²⁸³ [1979] AC 731, [1980] R.P.C. 31.

²⁸⁴ [2003] EWCA Civ 423; [2003] 2 All ER 881; [2003] EMLR 538.

²⁸⁵ Drysdale, J. & Silverleaf, M. (1994), *Passing off Law and Practice*, 2dn edn (London), Ch. 3.

²⁸⁶ *Anheuser Busch Inc. v. Budejovicky Budvar NP* [1984] FSR 413.

並考量到假冒侵權保護者為經營上或商譽上財產利益，將範圍限於商譽應為更合理之作法²⁸⁷。而若欲貫徹此作法，則必須明確區別商譽及名譽二概念，但因商譽包括名譽帶來的利益及優勢，故欲將二者確實分開，並非易事。

假冒侵權適用於涉及個人而非公司或其他商業主體之個案時，商譽及名譽之間的區別同樣具重要性，惟欲進行該種區別，難度無疑更高，蓋法院所面對的是兼具商業利益及尊嚴利益的個人名聲，理論上必須能夠分析原告名聲中二利益的多寡，始能進一步判斷個案中受影響者究僅為名譽，抑或是須依附商業存在的商譽。

在個案中，原告欲證明其享有商譽，「商業」(business)為其中一關鍵前提，蓋原告必須涉足商業，始可能享有必須依附商業存在的商譽。因此，「商業」之範圍多大、原告須有多大程度的投入始為足夠，便為重要問題。且理論上，「商業」是否存在，應有助於區分單純名譽及商譽。

(二) 實務上之解釋

觀察實務見解，經法院判斷得主張假冒侵權之原告身分十分多元，其中亦包含許多並非屬於典型意義商人(trader)者。交易(trade)的概念受到寬鬆的解釋，範圍廣泛，涵蓋²⁸⁸了專門職業(professional)及藝術(artistic)及文學領域(literary)之職業²⁸⁹，如表演者及作家²⁹⁰。如 *Modern Fiction v. Fawcett* 案²⁹¹中，法院即認為原告作為作家使用的筆名屬於其財產，被告出版商對該筆名並無專屬性權利，而是原告對該筆名有得對抗出版社之專屬使用權，因此被告出版社將該筆名使用於非原告所寫著作上之行為構成假冒侵權。換言之，若從事上述「交

²⁸⁷ *Nice and Safe Attitude Ltd v. Piers Folk* [1997] FSR 14,20; *Athlete's Foot Marketing Associates Inc v. Cobra Sports Ltd* [1980] RPC 343, 349 per Walton J. (comparing *A. Bernardin et Cie v. Pavilion Properties Ltd* [1967] RPC 581 and *Maxim's v. Dye* [1977] FSR 364.)

²⁸⁸ *Kean v. McGivan* [1982] FSR 119; *British Diabetic Association v. Diabetic Society Ltd* [1995] 4 All ER 812, 819

²⁸⁹ 其他甚至包含慈善機構，其交易活動為「募資」。

²⁹⁰ *Landa v. Greenberg* (1908) 24 TLR 441; *Hines v. Winnick* (1947) 64 RPC 113; *Modern Fiction v. Fawcett* (1949) 66 RPC 230; *Forbes v. Kemsley Newspaper Ltd* (1951) 68 RPC 183

²⁹¹ (1949) 66 RPC 230

易」者得證明自己享有可能因被告失實陳述而受損的商譽，則有可能提起假冒侵權訴訟，阻止其姓名受到使用。此外，商譽之所有者為大眾或市場會與商品特性或品質相聯繫之人，不必然為商品生產者²⁹²，因而商譽亦可能基於行銷活動（marketing activities），此對角色商品化產業相當重要。

在涉及個人姓名經他人未經授權使用的英國早期案件中，商譽與名譽的混用情形及商業的廣泛概念便已出現。如 1816 年的 *Byron v. Johnson* 案²⁹³中，原告為一名著名詩人，其提起訴訟，期能阻止被告將原告姓名使用於非原告所著之作品廣告中以提升銷量。該案法院核准其禁制令申請，認為被告行為構成假冒侵權。由此可見，法院認定「詩人」亦屬於「商人」範圍，原告享有一「商譽」。

又在當時，藥廠經常為廣告目的使用醫師姓名，而在該背景下所衍生之訴訟中，更能觀察到實務上「商譽」及「職業名譽」之概念逐漸合併。又在相關案件中，1848 年的 *Clark v. Freeman* 案²⁹⁴為最為著名且影響力最大的案件之一。

該案中，原告為當時女皇的醫師，作為一名結核病治療專家，其不僅在醫學界享有盛名，對一般大眾而言亦為著名人物。被告為一藥劑師，將原告之姓名用於詐欺性醫療（庸醫，quack medicine）之廣告。原告對其提出誹謗訴訟，但因當時 1854 年普通法訴訟法（Common Law Procedure Act 1854）尚未制定，普通法法院（courts of law）及衡平法法院（courts of equity）均無法針對誹謗核發禁制令²⁹⁵，僅大法官法庭（the Court of Chancery）得為之，而其僅於案件經陪審團審理後始可能核發禁制令。由於原告關於誹謗之主張遇到實務上阻礙，該案法官見解無論從法院引用的案例或是其指出的問題觀察，均與原告主張的誹謗並無多大關聯，而是更接近假冒侵權的考量。

在該案之前，同樣涉及個人姓名使用，且法院同意核發禁制令之前案包括如

²⁹² *Dental Manufacturing Co v. C de Trey & Co*, [1912] 3 KB 76, p 88.

²⁹³ (1816) 2 Mer 29 (35 Eng Rep 851).

²⁹⁴ (1848) 11 Beav 112 (50 Eng Rep 759).

²⁹⁵ 普通法法院在 1854 年前無法核發禁制令、衡平法法院則是不得審理誹謗案件。

Croft v. Day 案²⁹⁶、Byron v. Johnston 案²⁹⁷、Routh v. Webster 案²⁹⁸。然而法院認為，該案事實無法與該等案件事實相類比，因而無法適用上述案件之法院見解。不過，法院指出，若原告過去曾經製作並銷售藥物，則該案事實便會於上述案件更為接近。

法院認為，原告必須證明其財產、生存手段或謀生手段受到損害，而在本案尚未確定原告名譽受到嚴重損害。法官在這裡使用的「名譽」(reputation)一詞是指「商譽」(goodwill)，其接著並指出：「這是與原告地位類似的人因獲得顯赫地位而必須承受的『負擔』之一²⁹⁹；其他人試圖利用他們的姓名和名譽(reputation)為自己謀取利益；不幸的是，這種情況不斷發生」。

由上述敘述可見名譽與商譽概念之混用，且依該法院見解，其似乎認為，若原告於被告侵權所從事商業有同一領域之商業時，假冒侵權更有可能成立，不過此部分或與其他要件更為相關，在此不多加贅述。

三、原告對人格特徵享有財產權？

前所述及之 Clark v. Freeman 案後為 Williams v. Hodge 案³⁰⁰所援引。該案中，原告為一之名外科醫師，欲禁止被告將其姓名使用於外科手術器材之商品目錄中，而使大眾認為其中一個器材為原告所發明。原告主張，大眾獲得的該種印象與醫療專業之規矩不符，從事醫療實務者不應從事發明者的角色，因而被告之行為將使其成為醫界笑柄，對其造成損害。原告律師主張，被告之失實陳述旨在損

²⁹⁶ 該案中，Day & Martin 公司經營一間製作黑色塗料的公司，被告名字為 Day，他取得了一個名為 Martin 的人授權使用其姓名，並以 Day & Martin 為名開設公司，同樣製作黑色塗料，瓶子與標籤均與原公司大致相似。該案法院核准禁制令，基礎為阻止商標使用。

²⁹⁷ 該案中，著名詩人提起訴訟，期能阻止被告透過將其姓名使用於非其所著之作品廣告的方式提升銷量，而該案法院核准其禁制令申請，認為被告行為構成假冒侵權。

²⁹⁸ 該案中，原告之姓名未經其同意被一間股份有限公司使用，該公司於其公開說明書中將原告列為董事 (trustee)。原告並未同意擔任董事，並擔心被告以該種方式使用其姓名會使其日後必須負擔額外責任。該案法院同意核發禁制令，並明確指出不得未經同意使用他人姓名，而使該個人可能負擔之責任被迫增加。

²⁹⁹ It is one of the taxes to which persons in (the plaintiff's) station become subjected, by the very eminence they have acquired in the world.

³⁰⁰ (1887) 4 TLR 175.

害原告之商業 (business)³⁰¹。

該案法院因認為必須受到 Clark v. Freeman 案法院見解之拘束，而拒絕核發禁制令。不過，法官指出，依其個人見解，被告並無權利使用原告之姓名，就如同其並無權利竊走原告的錢一樣。

實際上，在 Williams v. Hodge 案前便有不少針對 Clark v. Freeman 案的批評，如 Maxwell v. Hodge 案³⁰²中，法官便認為 Clark v. Freeman 案之原告應對其姓名享有財產權，法院應得據以核發禁制令。不過，上述 Maxwell v. Hodge 案的見解最終並未為實務所採納。

1899 年，Dockrell v. Dougall 案³⁰³中，一名知名醫師聲請禁制令，希望阻止被告將其姓名使用於被告的治療痛風廣告中，該治療方式並非真實有效，而是欺詐性的。原告之主張依據為誹謗，但一審陪審團認為被告的陳述並無誹謗性，原告因而敗訴。上訴審中，法院進一步針對「原告是否對其姓名享有財產權」之問題進行審理，但該主張遭法院駁回。上訴審法院法官 Vaughan Williams 在相同意見書中表示，若原告能證明其在財產、商業或職業方面遭受損害 (injury to his property, business, or profession)，則可能具備訴因。雖然本案中陪審團認為沒有該種損失，惟上述見解仍顯示出法院以假冒侵權處理與本案類似情形時所採取之見解，而該案見解無疑使 Clark v. Freeman 案見解地位更加穩固。

透過 Maxwell v. Hodge 案法官提出之見解未受到採納一事³⁰⁴可知，實務並未接受原告對自己姓名或形象享有財產權，而僅是對「商業」為相當廣義解釋，進而使可能享有「商譽」者之範圍更大，而與名譽概念更為接近而產生混用情形。

四、一般私人之「商譽」？

另，商譽及名譽概念之混用可體現於涉及「一般私人」姓名使用之案件，如

³⁰¹ 其提出之前案為 1880 年的 Massam v. Thorley' s Cattle Food Co. 案 ((1880) 14 Ch D 748.)。該案中，原告為一名發明家的繼承人，該發明家發明了一種牛糧，並以自己的姓名命名該牛糧，而被告為其競爭對手，以該發明家之姓名銷售自己的商品。

³⁰² (1867) 16 LR 2 Ch App 307.

³⁰³ (1899) 15 TLR 333.

³⁰⁴ 不過，後來實務仍不時將該問題提出討論。



1847 年的 *Routh v. Webster* 案³⁰⁵。該案中，原告之姓名未經其同意被一間股份有限公司使用，該公司於其公開說明書中將原告列為董事（trustee）。原告並未同意擔任董事，並擔心被告以該種方式使用其姓名會使其日後必須負擔額外責任。該案法院同意核發禁制令，並明確指出不得未經同意使用他人姓名，而使該個人可能負擔之責任被迫增加。該案法院見解是否得被解釋為是對未經同意所為之任何方式之名稱使用進行禁止，仍非明確；且文獻指出，該案結果很可能受到當時的合夥及公司法所影響，因而是否得以認為該案確立了假冒侵權型態「禁止未經同意使用他人姓名之行為」之原則，亦非無疑問。然而，該案至少表明了一見解：即使並非任何意義上的「商人」，而是純粹私人，若暴露於承擔額外責任之風險中，仍可受到保護。在此意義下，法院似已無意區分商譽及名譽，即使是個人單純名譽，亦可構成假冒侵權中之商譽要件。

五、二十世紀後之發展

進入二十世紀，英國假冒侵權發展出更堅實的理論基礎，其保護利益確立為原告商業商譽中的財產利益，而非商業本身³⁰⁶。然而，個人名譽及商業商譽二不同概念之模糊關係並未明朗化。原告持續嘗試將商譽與名譽畫上等號，以主張被告行為構成假冒侵權，而該種主張確實得到部分法院支持，使原告成功阻止被告使用其著名或具商業吸引力之名稱製作盜版商品。

如 1959 的 *Sim v. H.J. Heinz & Co. Ltd* 案³⁰⁷中，原告為一名嗓音獨特的知名演員，欲聲請禁制令，請求法院禁止被告將其聲音使用於廣告中。原告主張被告之行為構成誹謗及假冒侵權。關於假冒侵權，原告提出如演員等專業人士所為戲劇或音樂劇表演屬於一商業或交易，並因此可能享有商譽，且該種商譽屬於一財產權，類似於對商品外觀或包裝的財產權，可能因他人之不實陳述所導致的大眾混淆誤認而受到損害。雖然法院認為本件中並無名譽之損害，因而並未核發禁制

³⁰⁵ (1849) 10 Beav 561 (50 Eng Rep 698).

³⁰⁶ *Spalding (A.G.) & Bros. v. Gamage (A.W.) Ltd* (1915) 32 RPC 273

³⁰⁷ [1959] 1 WLR 313.

令，不過，有法官指出，若為商業獲利目的未經同意使用他人之聲音不需負任何責任，則這樣的法律具有嚴重缺陷³⁰⁸。

上訴法院維持原審見解，不過有法官認為原告主張非全無理由，但指出究竟是個人確實對自己的聲音享有一財產權，抑或是該案更接近共同領域中不公平交易的範疇，仍待商榷。整體而言，法院並未排除個人對其人格特徵，如聲音，享有商譽的可能性。

後來的判決中，有法院直接否決個人對人格特徵享有財產權之可能性，如較為近期的 *Lyngstad v. Anabas Products* 案³⁰⁹。該案中，著名瑞典團體 Abba 因其姓名及照片未經同意被使用於商品上，因而向法院聲請禁制令。關於原告對於其姓名享有所有性權利的主張，法院以該見解與英國實務主流不符而拒絕採用³¹⁰。又原告另主張自己作為藝人（entertainers）已建立名譽，而在大眾眼裡其姓名及照片與該名譽產生聯繫，因此被告係為商業目的利用其名譽。法院駁回原告請求，主要理由為：原告未能證明其在英國從事商業經營而因此有與被告之商業產生混淆之可能性。從該見解觀察，法院並未否認團體對於自己姓名或照片遭他人使用時，與姓名或照片有產生聯繫之名譽亦可能受到損害，而該種名譽為假冒侵權所保護；僅該種名譽有地域之別，在不同地區建立的商譽附著於不同地區的商業爾。依照最近見解，商譽無須以地區內發生實際交易為基礎，只要該地區內確實有原告之顧客即可，此乃考量商業型態因科技、網路發達而改變，交易型態已經與過往不同之事實。

整體而言，英國實務上的名譽及商譽概念區分不清而有並列情形，且對於經營商業之解釋並不全然遵照嚴格文義，似乎有使保護範圍擴大之可能。實務雖尚未明確承認個人對自己形象有一受假冒侵權制度保護的名譽，但並不排除其可能

³⁰⁸ [1959] 1 WLR 313, 317.

³⁰⁹ (1997) FSR 62.

³¹⁰ 法院認為從證據中僅得推知部分大眾可能會認為原告有進行某種形式的授權同意被告使用其姓名，且對此，審理法官仍有懷疑該種推理是否有足夠基礎，蓋其並不認為歌手的該種授權行為是商業常態。

性，故人格特徵受到他人利用，雖並非典型意義的假冒侵權，但原告成功主張自己享有「商譽」之可能性並不低。

又實務上為保護原告而對假冒侵權進行擴張適用，雖有時在結果上呈現偏向「盜用」為基礎之保護，惟法院普遍不認為個人對其姓名或商品服務相關標識有一財產性權利，此見解於 *Spalding v. Gamage* 案中亦受到法官重申。原告受到保護的財產性權利係「源自於原告產品名譽的顧客關係或商譽 (customer connection or goodwill emanating from the reputation of the claimant's products)」。

六、比較：澳洲近期見解

以近期見解來看，相對於英國而言，澳洲法院於適用「商譽」要件時，採取更具擴張性的方式。其中，1960 年的 *Henderson v. Radio Corporation, Pty Ltd* 案³¹¹ 為一重要案例。

該案中，二位職業舞者因其肖像未經授權被使用於唱片封面而聲請禁制令，最終成功禁止被告使用行為。Evatt 法官指出，雖然假冒侵權之救濟前提為原告有涉足商業經營，但對商業經營之檢視應以最廣泛的方式為之，包括專業及各職業 (profession and callings)。Manning 法官並補充，廣告實務的發展已開啟一新領域，在該領域，因運動、藝術、社會或其他活動表現而獲得名聲的個人，得以透過推薦或贊助各式各樣的商品來獲得龐大利益。

在法院對於商業實務運作之確實認知下，假冒侵權中之「商譽」要件以更能反映實況的方式受到解釋。因而在澳洲法院的假冒侵權訴訟中成功證明自己享有商譽的原告身分更為多元，包括了演員³¹²、職業騎手³¹³、流行團體³¹⁴及電視節目主持人³¹⁵。

整體而言，英、澳見解的流動及不同可反映於對人格經濟利益之保護程度。

³¹¹ (1960) RPC 218

³¹² *Pacific Dunlop Ltd. v. Hogan* (1989) 87 ALR 14.

³¹³ *Paracidal Pty Ltd v. Hercum Pty Ltd* (1983) 4 IPR 201.

³¹⁴ *Hutchence v. South Seas Bubble Co. Pty Ltd* (1986) 64 ALR 330.

³¹⁵ *10th Cantanae Pty Ltd v. Shoshana Pty Ltd* (1987) 79 ALR 279; *Honey v. Australia Airlines Ltd* [1989] ATPR 40-964, affirmed (1990) 18 IPR 185 (Federal Court of Australia, Full Court)

人格之經濟利益可分為既存的商業利益和潛在的身分價值。一部分人會積極地將個人形象作為交易客體，自行利用或是授權給第三人使用，而一部分人的形象價值則為潛在的、尚未經實現的。

英國早期實務不承認個人對其姓名有財產權，僅接近接受「個人若能證明其商業或職業受到損害，則具有訴因」。不過在 *Lyngstad v. Anabas Products* 案中，法院似乎認為原告的商业或商譽並非在於其職業中，而是在該職業的附屬性商業中，也就是為商業目的利用其形象之作法。雖然仍有法官對此表示質疑，不過整體而言，該見解在商譽是否存在的判斷上，著眼點開始從個人享有的職業上名譽移動至該名譽所帶來的商業利益。就此點而言，該見解更接近澳洲法院見解。不過英國法院考量的明顯僅包含既存的商業利益，而不及於潛在的身分價值。至於澳洲法院則似不限於前者。

貳、被告為失實陳述

一、失實陳述之類型

雖然最傳統、典型的失實陳述為被告假冒自己商品為原告之商品，不過經過發展，假冒侵權之失實陳述已不限於該種情形，而及於錯誤建立原被告商業間關聯性之情形。又在人格特徵利用案件中，被告行為之結果通常係「建立原被告之間不存在的關聯」，該關聯包括如二者存在一授權契約或代言契約關係，而該關聯雖理論上會導致大眾混淆誤認，並進而對原告造成損害或產生損害之虞，然而該種新的關聯型態是否構成假冒侵權中的失實陳述，仍須經實務確認。

整體而言，廣義來源性失實陳述中，除了典型的純粹來源性失實陳述（pure source misrepresentation）及品質性失實陳述（misdescription）外，尚包含延伸性的關聯性失實陳述。*Erven Warnink BV v. Townend (J) & Sons (Hull)* 案中，Diplock 法官便認同：*Spalding v. Gamage* 案判決使法官們認識到了同類行為（假冒侵權）尚有其他態樣，如被告謊稱他們的業務存有關聯性會損害原告商業的名譽，從而損害原告商業的商譽。

又假冒侵權個案中常見之關聯性失實陳述類型（指事實上出現之類型，而非法院認為構成假冒侵權之失實陳述類型）大致可以分為三種³¹⁶：

一、原告與被告之商業有所關聯之失實陳述（商業關聯性失實陳述）；

二、授權關聯性失實陳述，又可分為：

（一）被告商品之生產經原告授權並具有大眾信賴之特定種類、來源、品質之失實陳述（關聯性強）；

（二）原告和被告之間存在某種授權關係之失實陳述（關聯性弱）；

三、被告商品或服務經原告代言（endorsed）之失實陳述（代言關聯性失實陳述）。

商業關聯性失實陳述屬於假冒侵權中失實陳述之類型，較無爭議。二十世紀初，假冒侵權之範圍由原被告商品完全相同的情況擴張到「原被告非經營同領域商業的直接競爭者，但被告不實陳述二者之間有關聯，將損害原告商譽」之情形³¹⁷。故就現代發展，尤其是針對個人形象商業價值保護之議題，主要須探討者為「授權關聯性失實陳述」及「代言性失實陳述」依法院見解是否足以構成假冒侵權中之失實陳述，以及其基礎為何。

二、不實關聯性

無論是何種類型，失實陳述除須與原告之商譽相關外，同樣重要的是被告之該種使用行為是否可合理預期會導致欺騙結果（calculated to deceive）。然原告須證明原被告間存在何種不實關聯性（misconnection），以指出被告行為構成假冒侵權失實陳述，並不明確。如 Millett 法官在 Harrods v. Harrodian School 案³¹⁸中曾指出，失實陳述必須使大眾認為原告對被告商品或服務之品質負責，若依此見解，則僅僅是創造了原告有贊助或提供經濟資助的錯誤印象，並不足以構成失實陳述。惟亦有判決採取不同見解，如 Michael Kerr 法官在 Ewing v. Buttercup

³¹⁶ Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 72.

³¹⁷ *Erven Warnink BV v. Townend & Sons (Hull) Ltd* (1979) AC 731, 741 – 742 per Lord Diplock.

³¹⁸ [1996] EWCA Civ 1315.

Margarine 案³¹⁹中便採取較為寬鬆的標準，法官認為，只要大眾會認為原告與被告之商業或商品有混雜關係 (mix up)，無論大眾是否知道是何種關聯，均為足夠³²⁰。依此見解，創造出原告贊助被告的假象便會構成假冒侵權之失實陳述。

至今，英國實務就上述問題尚未採取統一見解，如 British Sky Broadcasting Group plc v. Sky Home Services Ltd. 案³²¹便採取 Millett 法官之見解，而 Tubzee Ltd. v. Safron Foods Ltd. 案³²²便採取 Michael Kerr 法官的見解。

三、是否導致欺騙結果之判斷

(一) 共同活動領域標準

1. 首次提出

英國法上的一重要案件，1948 年的 McCulloch v. Lewis A. May Ltd 案³²³中，法官針對是否構成失實陳述之判斷提出一新標準——「共同活動領域 (common field of activity)」標準。

該案原告為一名著名的兒童廣播節目主持人，被稱為「Uncle Mac」。他失去一條腿和一隻眼睛的視力，且行動不便。原告在其聽眾間及其著作讀者間享有廣大名譽，不少人因其講解能力出色及受兒童歡迎而認識他。被告為膨化小麥製造商，以「Uncle Mac 的麥片」為名製造並銷售其商品，廣告並包括與其節目性質及其身體狀況相關之內容。原告主張被告之行為係以其名譽為基礎進行交易，構成假冒侵權。

自 Clark v. Freeman 案後，實務上便認為個人對其虛構之特別名稱不具有權利 (there was no right to a fancy name in *vacuo*)。因此，本案原告原則上必須能夠證明其對「Mac 叔叔」這個名稱享有職業、商業或商品上之名譽，以及被告行為使大眾對原被告之職業、商業或商品產生混淆誤認，也就是構成商業關聯性失實陳

³¹⁹ (1917) 2Ch.1(CA).

³²⁰ (1917) 34 RPC 232, p.237.

³²¹ [2006] EWHC 3165 (Ch) Briggs J.

³²² 2008 WL 4125363, 2008, HH Behrens.

³²³ (1948) 65 RPC 58.

述。但 Wynn-Parry 法官基於其對過去案件事實之整體分析，針對「混淆誤認」之判斷提出一其認為合適之新評估方式——「共同活動領域」(common field of activity)。詳言之，法官認為從過去法院曾介入之假冒侵權案件中，可以發現一共同點，即原被告有一共同之活動領域，而法官認為該要素便是法院的判斷基礎。因此，如將該基準套用於本案，則因原告從未從事過膨化小麥之製作或販賣，故被告使用原告之別稱並未構成假冒侵權。

2. 相關案件

後共同活動領域標準於數個案件中受到採用，如以下二個案件：

(1) Wombles Ltd. v. Wombles Skips Ltd 案³²⁴

「Wombles」是由 Elisabeth Beresford 創作的虛構動物，最初出現在 1968 年的兒童小說系列中。他們生活在洞穴中，透過有創意的方式蒐集及回收垃圾來保護環境。原告公司負責 Womble 角色著作權的商業性利用授權，如相關周邊商品之製作。被告係製作垃圾收集箱的公司，於公司名稱及產品上使用「Wombles」之文字，原告因而向法院聲請禁制令。本案 Walton 法官適用共同活動領域標準，認為因原告之活動領域為著作權授權，而被告則是提供垃圾收集箱，故原告及被告並無共同活動領域，大眾並無可能混淆誤認二商業間有關聯性，故被告行為不構成假冒侵權。

(2) Tavener Rutledge Ltd v. Trexapalm Ltd 案³²⁵

「Kojak」為環球影業製作發行的一部影集。被告未經環球影業授權自行製造 Kojak 牌棒棒糖，而原告則為經環球影業授權的製造商。雖然原告以自己經授權為由，抗辯被告始為侵權行為人，但法院認為環球影業從事影集製作，被告從事棒棒糖生產，二者並無共同活動領域。

值得一提的是，該案中原告有進一步主張，大眾對於角色商品化 (character

³²⁴ [1975] FSR 488.

³²⁵ [1977] RPC 275.



merchandising) 之商業實務的了解程度，足以使大眾假定「Kojak」的使用是經過環球影業授權，且環球影業對商品之品質有一定程度之控制；因而，大眾會被誤導而認為原告與環球影業之商業間有關聯性。但法官認為沒有證據可以證明大眾對角色商品化實務有所了解，並強調若欲構成混淆誤認，尚必須存在一「授權人對使用其名稱之商品會進行品質控管」之商業實務，且該實務須為公眾所了解，並使公眾在發現一商品使用特定名稱時，會去推論原創作者有進行授權，且該種授權是對商品品質的保證。

3. 分析

於上述 *Wombles Ltd. v. Wombles Skips Ltd* 案中，被告事實上利用方式所造成的效果，相較於使原被告間產生商業關聯性，更接近授權關聯性。換言之，一般大眾相較於認為原被告商業間有所關聯，應更可能認為二者間有授權關係。而 *Tavener Rutledge Ltd v. Trexapalm Ltd* 案中的被告與環球影業間亦是類似狀況。第一案法官採取共同活動領域標準否准禁制令之作法，以及第二案法官斷然否認二公司為共同活動領域之適用結果，無疑顯示出該標準對於失實陳述類型擴張（自商業關聯性失實陳述擴張至授權關聯性失實陳述）的重大阻礙。

不過，第二案在原告的主張下，雖然法院尚未認同角色商品化之商業實務常態性及公眾知悉程度，但至少可以認為保留了「授權關聯性失實陳述」作為失實陳述類型之可能性，仍非全無進展。另外，值得一提的是，第二案法官特別指出「真人有真實的特質，故使用真人之姓名無疑會指涉，或在適當情況下可能指涉原告有為其代言」。第二案涉及的是影集中的角色，相對於真人，法院認為在商品上使用角色的名字，不會使人認為該角色或是飾演角色的演員代言了棒棒糖商品。依此見解，非涉及飾演角色之人格特徵利用案件構成混淆誤認之難度或許相對較低。

然而，與第二案同年的 *Lyngstad v. Anabas Product Ltd* 案³²⁶中，原告並未成功

³²⁶ (1977) FSR62, 67.

說服法院認為被告行為構成授權關聯性或代言關聯性失實陳述。該案被告未經原告樂團同意使用原告成員之姓名及照片於其商品上，而原告主張該行為會導致之混淆誤認為「大眾會認為被告銷售之商品與原告有某種關聯性：原告已授權被告為之或是代言或認同該商品」。而該種情形會危及原告樂團進行類似商業行為的機會，即將姓名或肖像使用權利授權他人之機會。

儘管本案法院並未以共同活動領域為必要標準，但原告上述主張仍未被接受。法官雖認為若大眾確實會產生上述印象，則確有對原告造成損害之可能性，如商品品質不良的情況，但法官認為，並沒有充分證據能證明公眾對於原被告間的關聯性可能會產生混淆誤認³²⁷。法官認為，被告只是在迎合青少年對偶像肖像的需求。故除共同活動領域之標準對失實陳述類型擴張為一阻礙外，法院認為大眾對商業實務之了解不足亦為一問題。

4.後續發展

後實務上仍持續採用共同活動領域標準，使得整體對「造成混淆誤認之失實陳述」之認定上仍為嚴格。如 1984 年 Stringfellow v. McCain Foods (GB) Ltd 案³²⁸為少數原被告有共同活動領域而構成假冒侵權失實陳述之案例，且該案中之所以得構成，亦歸因於特殊情形。該案中，原告經營名為 Stringfellow 的夜總會³²⁹，而被告於包裝及銷售其薯條商品時使用 Stringfellows 的名稱。法院認為包裝及銷售行為本身不會使公眾對其關聯性產生混淆誤認，但因被告之「廣告主題」與夜總會相關，因而有使公眾混淆誤認之可能性，構成失實陳述³³⁰。

又如 1996 年的 Harrods Ltd v. Harrodian School Ltd 案中，原告為著名百貨公司 Harrods 所有人，而被告在 Harrodian 俱樂部（最初為原告百貨公司的員工成立的俱樂部）所在的場所開辦了一所名為 Harrodian School 的預備學校。原告主張

³²⁷ 該案原告並未在英國從事過相關商業活動，對此判斷亦有影響。

³²⁸ [1984] RPC 501.

³²⁹ 與原告姓名相同，不過本案中被告之使用行為應會與夜總會事業產生關聯，而非與本人產生關聯。

³³⁰ 不過，該案法院最終認為該行為未導致對原告的損害。

被告透過指涉百貨公司及學校間的關聯性，使大眾認為該學校由原告百貨公司所贊助或支持，藉此利用原告之商譽，其行為構成假冒侵權，請求法院禁止之。法院認為欲認定原被告有共同活動領域，則原被告經營之商業須為相互競爭關係。

特別的是，共同活動領域之要求於涉及角色商品化的案件中最為常見，而又正是在該種案件中，共同活動領域之要求尤其顯得不合理而突兀。所幸共同活動領域標準因建立基礎薄弱，並非所有法院判決均同意將其列為失實陳述之必要判斷標準³³¹。2002 年的 *Irvine v. Talksport Ltd* 案中，Laddie 法官更明確指出共同活動領域標準並非假冒侵權之構成要件。

（二）其他考量因素

在判斷被告使用行為是否會導致欺騙結果時，法院通常會以商品或服務之消費者為參考對象，若該消費者群具有或是缺乏特定知識，則亦會納入考量。此外，法院尚會考量交易時之情形、商品展示之方式等，且原告亦可能提出問卷調查結果或專家意見作為參考。若原被告從事類似的商業活動，則無疑更可能造成混淆，然而絕非以此為必要條件。

四、失實陳述類型之擴展

（一）授權關聯性失實陳述

英國實務在失實陳述類型擴展上進度緩慢，直至 1991 年，始出現英國少數將授權關聯性失實陳述承認為失實陳述型態的判決——*Mirage Studios v.*

Counterfeit Clothing Co. Ltd 案（下稱忍者龜案）。

該案原告為《忍者龜》（Teenage Mutant Ninja Turtles）的製作公司，被告未經原告授權販售相關周邊商品。法院認為，授權第三人使用《忍者龜》角色的形象屬於原告業務重點之一（除了製作節目之外），於訴訟時，僅僅在英國，原告就已授權超過 150 名被授權人，且該授權關係中尚包含品質控管條款。未經授權

³³¹ *Lyngstad v. Anabas Products Ltd.* 1997 FSR 62, 67; *Lego System Aktieselskab v. Lego M Lemelstrich Ltd.* 1983 FSR 155, 186; *Mirage Studios v. Counter-Feat Clothing Co. Ltd.* 1991 FSR 146, 157

的商業利用會對原告造成損害，蓋原告可能喪失授權利益、授權之價值可能因與品質較差的商品有所連結而減損。

法院指出，本件原被告並非從事相互競爭之商業業務，因此唯一可能引發的混淆誤認便是「原告有授權被告於商品上使用《忍者龜》的形象」。證據顯示，一般大眾有意識到忍者龜的形象通常僅於經過原告授權時始會出現在商品上，也就是大眾會將忍者龜角色與原告進行連結。而法官認為，造成該種連結之行為足以構成假冒侵權行為。

忍者龜案判決對於失實陳述型態擴張的最大意義在於，原告無須提出證據證明大眾會因失實陳述而誤認商品有經原告授權；大眾的期望應是購買真品，如證據不足，法院必須推斷若消費者意識到產品不是真品，就不會購買，而是轉而尋找真正的商品³³²。

（二）代言關聯性失實陳述

1. 忍者龜案之影響有限

雖然法院於忍者龜案中有將失實陳述型態擴張至授權關聯性失實陳述，但尚未及於與著名人物形象保護最為相關的代言關聯性失實陳述。如 Robert Walke 法官所指出，雖然忍者龜案的判決明確而令人信服，但該法院見解並未為所有未經授權使用著名人物肖像的損害賠償請求提供基礎，而是明確指出了該案原則範圍適用上的有限性³³³。同樣，Simon Brown 法官也指出，認為「公眾普遍認為角色商品化是角色本人的專有權利」這種觀點過度簡化，完全忽視了所有案件判決最終都必須以其個案事實為依據的既定原則³³⁴。姓名或肖像之使用欲構成失實陳述，則該姓名或肖像必須在商品上有如同商標的實質重要性，僅僅是大眾會認為被告與授權人之間有某種關聯性並不足夠，大眾必須「依賴該種關聯性而去選購被告商品」³³⁵，且重點是「是否會造成對此關心的部分大眾（the part of the public

³³² [1991] FSR 145,159.

³³³ [1999] RPC 567, 582.

³³⁴ *Id.* at 597.

³³⁵ Wadlow, *Passing off*, 313.

which cares) 混淆誤認」³³⁶。

確實，並非在所有情況消費者均關心其購買之商品是否有經過授權或是有特定來源³³⁷。若將特定角色使用於商品上是為了增加商品的有趣性或吸引力，則法院便可能認為該種陳述並不具實質重要性 (not material)³³⁸。例如，粉絲購買印有偶像肖像的海報或杯子的目的可能僅僅是滿足喜好，而不是購買一特定來源的商品，其可能並不在乎商品的來源³³⁹，也因此難認其有受到欺騙。同樣地，證明大眾知悉授權人通常會對商品品質進行管控並不足夠，必須證明大眾會依賴該種事實而去選擇商品。

2. 突破性案件—Irvine v. Talksport 案

2003 年的 Irvine v. Talksport 案法院見解就將失實陳述類型擴張至代言關聯性失實陳述而言，乃一重要里程碑。就法院見解觀之，假冒侵權包括「虛假代言 (false endorsement)」，不以雙方有競爭關係或共同活動領域為前提。

該案原告 Eddie Irvine 是一名出色的一級方程式 (Formula 1，下稱 F1) 車手，凡對賽車有興趣者均知悉此事實。原告是在賽車競速中做出成績的少數英國車手之一，而 1999 年為其最成功的一年。在賽季期間，他開的 F1 賽車是由法拉利所製。當年，他差點得到冠軍，最終獲得第二名。

被告 Talksport Ltd. 經營同名的廣播電台，為當時英國最大的商業廣播電台之一。該廣播的原名為「Talk Radio」，直到 1999 年年底才改名為「Talksport」，希望可以轉變經營方向，不再著重於新聞和一般談話，而是轉向運動。1999 年被告取得 F1 大獎賽世界冠軍賽的轉播權。

為了因應經營方向轉變，並從潛在廣告商獲取利益，被告開始著手於特別推銷活動，其中包括請一間行銷及傳播公司—SMP Limited (下稱 SMP)—製造禮

³³⁶ *Arsenal Football Club Plc v. Reed* [2001] ETMR 860, 869 per Laddie J.

³³⁷ *BBC Worldwide Ltd v. Pally Screen Printing Ltd* [1998] FSR 665, 674.

³³⁸ Carty, H. (1993), *Character Merchandising and the Limits of Passing Off*, *Legal Studies* 13(3), 289, 298.

³³⁹ *Arsenal Football Club Plc v. Reed* [2001] ETMR 860, 870

盒，寄給不到一千個可能進行廣告製入的對象。禮盒上印有數張照片，包括 F1 賽車的照片及另一位著名 F1 賽車手 Michael Schumacher 的照片。盒內有一件白色短褲和一本廣告小冊子，小冊子上印有 F1 賽車的部分照片以及三名摩納哥大賽獎的贏家，包括 Michael Schumacher、Mikka Hakkinen，及原告。

雙方均不爭執，該不具名的禮盒和短褲很可能被丟棄，只有小冊子會被留下，可能會被放在書桌上或是傳給其他人。小冊子封面是原告的照片。本件並無著作權侵害的問題，因被告有購買該照片之使用權。然而，該照片中原告原本是拿著手機，被告卻將手機換成收音機，並加上「Talk Radio」之字樣。原告主張此種使用其照片之方式構成假冒侵權行為。

被告主張本件情形並不構成假冒侵權行為。其援引之主要判決為 Elvis Presley Trade Marks 案中 Simon Brown 法官的判決：「原告所援引的英國判決都著重於著作權保護、避免假冒侵權行為，或誹謗行為。沒有一個判決創設了原告所主張的廣泛權利，即著名人士能夠單獨享有角色利用之一般性權利。…… Whitford 委員會³⁴⁰拒絕承認此種填補著作權及禁止假冒侵權相關法律漏洞之『角色權（character right）』。該種權利在三十年前的 McCulloch v. Lewis A. May 案中也曾被拒絕承認。因此本案中我也拒絕承認該種權利。在處理識別性的問題時，不應預設只有著名人士或其繼承人得將其角色進行商業性使用或授權。壟斷不應該這麼容易被創造。」

被告抗辯，原告所欲主張的權利基礎就是在先前判決中被拒絕承認的廣泛、新興權利。這個抗辯引出重要問題，也就是假冒侵權行為中的請求權基礎性質為何，以及原告是否得依該請求權基礎請求未經授權的代言行為（endorsement）。

能夠構成假冒侵權行為之行為樣態在過去幾年並不一致，蓋假冒侵權行為與市場狀況高度相關，必須因應貿易情形進行調整，先前案例雖能提供依據，卻無

³⁴⁰ 政府設立專門研究著作權法及設計法之委員會，由法官、教授、律師、工會成員、商界代表、設計界代表組成。

法反映出近期發展。最接近該案時間的英國代言案件是 *McCulloch v. Lewis A. May* 案³⁴¹。在該案中，法官認為根據判例法，原告必須證明自己有進行與原告販賣商品「同領域之活動」，並認為該案中，原告並無任何製造或銷售麥片的行為，因此被告使用其姓名銷售並不構成假冒侵權行為。

不過本件法官認為難以苟同此種見解，並指出 *McCulloch v. May* 案並未被新南威爾斯州最高法院採納。法官認為 *Henderson v. Radio Corporation, Pty Ltd* 案之見解較值得採納，且與英國長久以來權威見解較為一致。另外，該案見解不僅在澳洲被採納，在加拿大亦被採納。

不過，如果 *McCulloch v. May* 案的限縮見解有誤，證明從事業務重複非假冒侵權成立之要件，商品或服務間的替代性也並非必要，則其請求權基礎的範圍為何？是否能涵蓋假冒代言（false endorsement）？

法官指出，假冒侵權規範之適用已經較 *McCulloch v. May* 案廣泛，其所適用的商業環境也不斷波動。即使在訴訟中沒有證據，法院也可依司法認知（judicial notice），根據著名人士經常利用其姓名或形象進行代言的事實去認定相關個案事實。而且，著名人士不僅會在其專業領域進行代言，也會依據他們的著名程度跨足其他領域。

法官認為，假冒代言（false endorsement）應無理由不構成假冒侵權行為。不過，原告至少需證明二個事實：第一，在被告行為時，原告有具一定程度的名譽或商譽（at the time of the acts complained of he had a significant reputation or goodwill）；第二，被告的行為使被告市場中一定部分的消費者得到錯誤訊息，認為被告的產品有受原告代言、推薦或是認可（the actions of the defendant gave rise to a false message which would be understood by a not insignificant section of his market that his goods have been endorse, recommended or are approved of by the

³⁴¹ 原告是著名的兒童電台節目主持人，被稱為「Uncle Mac」。他失去一條腿和一隻眼睛的視力，且行動不便。被告使用他的名字販賣麥片食品，廣告並包括與其節目性質及其身體狀況相關之內容。

claimant)。

法院認定，本件原告於被告行為時有一定程度的商譽。又因本件涉及的是代言而非商品化權利 (merchandising rights)，因此原告不能僅提出其形象被進行商業上利用，而須證明被告的使用有代言的暗示性意義，或是會使其客群相信有代言一事。本件法官認為，即使照片有被修改過，收到禮盒的人仍有一定部分會認為小冊子上的照片有代言意義，更何況照片修改痕跡並不明顯。

最終法官認為，原告對其商譽有一財產權 (a property right in his goodwill)，得據以對抗第三人未經授權而為虛假陳述或指涉原告代言其商品或事業之利用行為 (unlicensed appropriation consisting of a false claim or suggestion of endorsement of a third party's goods or business)³⁴²。

3. 近期案件—Rihanna v. Topshop 案

2013 年，Rihanna 因 Topshop 從 2012 年 3 月開始銷售印有其照片的上衣，向 Topshop 提起訴訟，請求賠償 330 萬英鎊。Topshop 使用的照片是一位獨立攝影師在 2011 年拍攝影片時拍攝的，該攝影師作為照片的著作權人，授權 Topshop 使用該照片。由於 Rihanna 未表示同意，其主張上衣上出現她的形象，構成了與其相關的失實陳述，鼓勵公眾購買，導致她作為「時尚指標 (fashion icon)」的名譽和商譽受損。Topshop 則抗辯該上衣僅為一件服裝，顧客購買乃因喜歡產品和圖案。其聲稱，該上衣為一高品質的時尚服裝，與普通的明星商品截然不同，沒有任何跡象表明它是 Rihanna 的官方商品，且不會使大眾產生此種想法。

2013 年 7 月，高等法院 (the High Court) 作出有利於 Rihanna 的判決，認定 Topshop 出售該款上衣構成假冒侵權行為，因為這可能導致人們誤以為該款上衣已獲得 Rihanna 的認可 (approved) 或授權 (authorised) 而購買。高等法院發布禁令，禁止 Topshop 在未告知購買者該服裝未經認可或授權的情況下銷售該服

³⁴² 法官最後特別提到，在訴訟前階段時他曾詢問本案是否有《人權法》相關爭點。詳言之，是否有涉及該法第 1 條及第 8 條。法官希望如果假冒侵權行為尚未發展至足以涵蓋假冒代言，便會需要考量《人權法》相關規定作為最後的動力，好將其適用推向該結果。

裝。

Topshop 對此判決提出上訴，主張高等法院並未區分代言案件和商品推銷案件，且並未認識到假冒侵權法下，該種服裝上之圖片使用並未指涉來源。上訴法院之三位法官一致駁回了 Topshop 的上訴，維持了高等法院的判決。

該判決具有里程碑意義，蓋其涉及重要問題，即個人在多大程度上可以利用假冒侵權行為作為控制其形象使用的機制。

二法院均認為，假冒侵權所有要件均有該當。在上訴法院的判決中，Kitchin 法官解釋道，假冒侵權法的目的不是保護個人免受公平競爭的侵害，該制度保護的是商譽，防止一個人將自己的商品或服務冒充另一個人的商品或服務。法院認為 Rihanna 作為音樂藝人和「時尚指標」都擁有商譽，大量顧客可能因誤以為該上衣已獲得 Rihanna 授權或為官方商品而受騙購買該上衣，且上衣的銷售損害了 Rihanna 的商譽，造成了其商品銷售業務的損失，並導致其失去了對時尚領域商譽的控制。儘管如此，Kitchin 法官還是指出，並不能推斷某個名人的名字或形象出現在一件商業消費品上，公眾就會自動認為這件商品得到了該名人的認可。

Topshop 抗辯其並未作出失實陳述；但法院認為有二事實具有決定性意義。

其一，Rihanna 和 Topshop 以前就有聯繫，而且 Topshop 為強調這種聯繫做出了巨大努力。首先，Topshop 在 2010 年舉辦了一次購物比賽，參賽者有機會贏得與 Rihanna 的私人購物約會；其次，Rihanna 在 2012 年 2 月到訪 Topshop 店面。這些事件表明，Topshop 在過去已經認識到並試圖利用 Rihanna 作為時尚指標的公眾地位。

其次，出現在上衣上的圖片非常獨特，是 2011 年在北愛爾蘭拍攝 We Found Love 影片時拍攝的，當時受到了媒體的高度關注。照片中 Rihanna 的髮型和服裝是為其 2011 年專輯《Talk That Talk》的宣傳所選擇的。法院認為，這很有可能使該圖片被視為已獲授權的宣傳照。

然而，Underhill 法官明確表示，他認為此案為邊界案件，並認為上述兩項事

實本身都不足以構成侵權，但結合起來就能構成必要的陳述。

關於個人是否有能力控制其姓名或公眾形象的使用這一備受爭議和爭論的問題構成了 Topshop 的上訴理由之一，並在高等法院和上訴法院的判詞中都有所體現。雖然從表面上看，Rihanna 似乎獲得了所謂的肖像權利，但二法院均強調英國法律沒有這種獨立權利的基本原則。Kitchen 法官建議，個人若想控制對其形象的使用，必須以其他訴因為依據，如違反契約、違反保密協議、侵犯著作權，或者以假冒侵權為依據。

（三）小結：授權商業慣習為大眾所知？

從相關案件中可以看出，雖然法院已不執著於原被告間須有共同活動領域始可能構成假冒侵權行為，但仍不認為只要個人的姓名或其他人格特徵出現在商品上，就表示該個人有肯認或授權該商品之製作及銷售等。故就個案中是否存有失實陳述，大眾或消費者是否會因為姓名或人格特徵使用而受到誤導欺騙，仍須個別判斷，而依照實務見解，此又涉及大眾或消費者是否就相關授權或代言商業慣習有所了解，及是否會因此認為商品品質受此影響。

無論是單純「原創作人或本人是否有對相關商品授權使用之商業慣習而為大眾所知」，或是尚包括「授權同時也代表對商品品質有所控管且該慣習為大眾所知」，法院在判斷上均有相當困難。蓋相較於法律問題，該種問題更接近事實問題，法官必須將自己放在商品潛在消費者的角度，始可能適切判斷。不過在大部分案件中³⁴³，因被告已販售相關商品一段時間，故原告有可能提出實際混淆誤認之事例，而該種事例便能成為法院判斷時的參考³⁴⁴。至於原告是否得以設計問卷調查的方式證明，應有一定困難，蓋問卷中的問題不得有引導性，且亦不能讓原本對商業慣習不知者因問卷問題開始思考或懷疑是否有該種慣習存在³⁴⁵。實務上

³⁴³ *Arsenal Football Club Plc v. Reed* [2001] ETMR 860, 869 per Laddie J.

³⁴⁴ 雖可作為參考，但理論上不應作為唯一判斷標準，蓋最終法院仍須以自己對一理性之人想法之觀察去判斷。(Parker-Knoll Ltd v. Parker Knoll International Ltd [1962] RPC 265, 291-2 per Devlin LJ.; Neutrogena Corp. v. Golden Ltd [1996] RPC 473, 495; HFC Bank Plc v. Midland Bank Plc [2000] RPC 176, 198.

³⁴⁵ *Imperial Group Plc v. Philip Morris Ltd* [1984] RPC 293, 302.

的問卷調查所得到的答案往往模糊又無定論³⁴⁶，又或者對主張並無幫助³⁴⁷。

（四）與其他權利保護之平衡

實務上對涉及形象商品化或代言問題的案件採取過於保守之態度，因而與商業實務開始脫節。然而，法院之所以採取保守見解，其背後尚有一其須面對之問題，即是否得以難以確定存在與否的消費者混淆誤認為基礎，對個人或公司提供超越著作權或商標權的保護。若不明確區分使用姓名或肖像對於一商品之意義究竟是在於提升產品本身價值，還是指示商品來源或保證品質，則著作權之考量與商標權、假冒侵權的考量更會受到混淆³⁴⁸。英國實務明確拒絕另以一角色權去補充著作權保護，而認為應以假冒侵權或不公平交易法去填補較為合適，然而在填補上又因須顧慮與著作權保護之平衡，故實務在保護之擴張上相對有所保留。

五、比較：澳洲法院之近代發展

（一）關連性失實陳述及授權關聯性失實陳述

相較於英國法，澳洲法在失實陳述之解釋擴張上較為積極。而相關案件中最具代表性者同樣為 1969 年的 *Henderson v. Radio Corp. Pty Ltd* 案。

該案中，二名著名舞者的照片未經同意被使用於舞曲錄音帶封面上。該錄音帶主要是教學使用，不過一般大眾亦為目標客群。錄音帶之封面強調二位舞者的照片，法官認為很容易使可能購買者受到欺騙。錄音帶背面有註明推薦人，其中並無原告的名字。

法院認為，根據相關證據足以認定錄音帶主要的客群可能會相信原告照片出現在封面上表明他們推薦或者認可這個錄音帶；因此，法院認為被告行為構成對原被告間之商業有關連性的失實陳述，並認為原告並非從事錄音帶販賣之事實並不影響判斷，共同活動領域亦非必要條件。Evatt 法官指出，欲使假冒侵權成立，

³⁴⁶ *Hogan v. Koala Dundee Pty Ltd* (1988) 86 ALR 187, 192-5; *Pacific Dunlop Ltd v. Hogan* (1989) 87 ALR 14, 22 *per* Sheppard J.

³⁴⁷ *Stringfellow v. McCain Foods* [1984] RPC 510, 531-2.

³⁴⁸ 相關案件：*Halliwel v. Panini* 案：法院不認為在標籤上未明示未獲授權會使公眾相信或誤認商品經原告授權而購買。

原告僅須證明被告不實陳述其商品為原告之商品，或其商業為原告之商業或與原告之商業有所關聯，即為已足。

上述案件中，法院似乎肯認「推薦或認可」為關聯性之一種，並認為共同活動領域並非判斷混淆誤認之必要條件，不過究竟在活動領域完全不相關之情形，使用他人姓名或肖像是否也會構成失實陳述，即是否會使原被告商業間產生關連性，或其難度會受到多大程度之影響，無法從本案判決推論出。該問題與商業實務上著名人物形象之使用是否能夠受到保護息息相關，蓋著名人士代言之商品或服務與其本業不必然相關。而從 *Henderson v. Radio Corp. Pty Ltd* 案判決，尚難謂認為實務明確承認代言關聯性失實陳述。

約與 *Henderson v. Radio Corp. Pty Ltd* 案相隔十年後，1981 年的 *Children's Television Workshop v. Woolworths Ltd* 案³⁴⁹承認授權關聯性失實陳述為一失實陳述類型³⁵⁰。

該案中，原告製作之電視節目《芝麻街》，被告製作該節目中的布偶角色的周邊商品並進行販售。法院認為，被告行為將欺騙公眾相信其商品是經原告授權，或與原告之間存在關聯性，因而構成典型的假冒侵權。*Helsham* 法官並指出，只要消費者認為原被告之商業間有關聯性，則原告之合法商業利益自然受到損害，蓋授權機會之損失本身便足以構成損害，原告無須另外證明被告行為對其名譽造成不良影響或其因被告商品品質不良所受之商業上損害。

後 *Hunchence v. South Seas Bubble Co. Pty Ltd* 案³⁵¹中，原告流行樂團的肖像未經同意被被告使用，因而提起訴訟。原告有在經營周邊商品之製作授權，且被告使用了原告著作，原被告間有一競爭關係，因此本案的混淆誤認可能性非常明顯³⁵²。法院特別指出當代相關商品授權的商業規模，認為消費者可能假定被販賣

³⁴⁹ [1981] 1 NSW LR 273.

³⁵⁰ 其他案件：*Fido Dido Inc. v. Venture Store Pty Ltd* (1988) ATPR 40-912。

³⁵¹ (1986) 64 ALR 330.

³⁵² 其他有類似論述之案子：*Paracidal Pty Ltd v. Herctum Pty Ltd* 案 ((1983) 4 IPR 201.)：原告為馬術師及訓練師，其與馬的合照未經同意被使用於被告的馬術廣告中。被告管理一野生動物保護區，並提供馬術表演。原被告之商業領域相似，二者間混淆誤認之可能性高。

的商品是經原告同意，且原告據此收取權利金或其他費用。儘管被告商品上有註明「非正版」(bootleg)，但仍不影響其假冒侵權責任之成立。另外，法院並未要求原告提出「消費者可能依賴授權人控管商品品質之認知去選購商品」之證據。

(二) 代言關聯性失實陳述

與代言關聯性失實陳述之討論最為相關的案子，應為 1987 年的 10th Cantanae Pty Ltd v. Shoshana Pty Ltd 案³⁵³。該案中，原告為著名的電視節目主持人 Sue Smith，其曾經出現在幾個廣告代言產品。被告製作的錄影機廣告中，出現一位與 Sue Smith 外觀上沒有相似之處的女性，字幕寫道：「Sue Smith 正隨心所欲地使用著她的錄影機」。

法院認為，原告必須證明被告呈現一種原告為該產品代言或是以其他方式與其產生關連性的陳述，及該種陳述可能導致公眾受到誤導。就此方面，原告處於劣勢。「Sue Smith」為一常見姓名，因此單單名字本身並未呈現指示原告之資訊，且廣告中的女性又與原告外觀上不同。原告並未提出任何大眾混淆誤認之實例。法院認為，若在本案中保護原告，便是授予原告在一常見姓名 Sue Smith 上一具有執行力的獨占性權利。

從上述見解來看，「代言關聯性失實陳述」似乎並非無可能作為失實陳述之態樣。不過，對於關聯性或是代言效果的解讀，在審理該案法官之間即已有所不同。Wilcox 法官認為，本案原告在廣告中被指涉之程度不足，但若指涉程度增加，則其認為被告將原告與廣告商品相聯結，觀眾可能推論原告代言該產品，推薦購買該商品。不論代言有多頻繁，在看到受尊敬之人的姓名出現在廣告中，觀眾也不可能全然不受影響。

而 Pincus 法官則認為，不應該僅因廣告提到了某個名字，就認定產品具有某些特性，如受到本人認可甚至檢驗。同時，該法官亦認為應明確區分贊助 (sponsorship) 及代言 (endorsement) 之概念，雖然二者在商業實務上是相輔相

³⁵³ (1987) 79 ALR 299.

成的。如賽車上之各種品牌名稱或標誌，或是賽車手身上穿著的商品，並非品牌為選手代言，而僅為贊助。而選手可能被認為為品牌代言，但並非贊助。

Pincus 法官之上述見解，以後 Honey v. Australian Airlines and Another 案³⁵⁴為例，更容易理解。該案中，被告雖確實使用原告肖像，但卻難認為有代言意義。該案第一被告在廣告中使用原告的肖像，但因廣告主要目的是在校內鼓勵運動，而非推薦第一被告公司，故第一被告公司的品牌標誌僅佔了很小的版面。第二被告是宗教團體，同樣並非有意利用原告之形象，亦未提到其姓名，僅為展示一種生活方式而使用其照片。與先前案件不同的是，本案涉及的使用方式均非在銷售商品廣告中為之。本案中無法認為大眾會推論原告代言被告商業，且因原告為業餘運動員，故法院認為原告並無商譽。原告更接近一種吸引注意力的媒介（attention grabbing device），被告雖使用其姓名或形象，但並未建立與商品或服務的聯繫。

就目前整體而言，因涉及代言關聯性案件數量尚且不足，且鮮少出現案件中原告商業活動領域完全不同之情形，因此尚難僅透過相關判決知悉法院對於該種情形會做出何種判斷。不過可確認是，涉及代言關聯性的案件中，法院認為會造成大眾混淆誤認之失實陳述係「未經同意於廣告或商品銷售上使用姓名或肖像會指涉原告認可被告之商品或服務，二者商業因此有所關聯或存在關係」；而該種混淆誤認理論上將導致原告商業受到損害或有受到損害之危險。

（三）特殊形態：角色的不當利用

著名人物之形象利用，除了對本人真實形象之利用外，亦可能為其曾飾演角色之形象利用。該種利用方式，除了涉及本人之外，亦會涉及相關作品，因此在關聯性上更加複雜。相關判決如下：

³⁵⁴ [1989] ATPR 40-961, affirmed (1990) 18 IPR 185 (Federal Court of Australia, Full Court).

1. Hogan v. Koala Dundee Pty Ltd 案³⁵⁵

本案例中，被告未經授權利用原告於電影 Crocodile Dundee 中飾演之角色形象。被告不僅使用該角色名稱「Dundee」，更將該角色形象與無尾熊結合，使用在店鋪內外及商品上。無尾熊穿著與該角色類似的裝扮，並拿著一把刀子，如同與該角色在電影中的形象。

Pincus 法官認為，原告之所以使用該形象，是希望消費者看到時能想起原告、電影，或是二者。換言之，被告希望以此方式獲得利益。因此，本案屬於非典型人格特徵利用案例，因為不僅涉及以本人的形象交易，更攀附電影及電影主角知名度。

原告主張被告行為構成失實陳述並導致大眾對以下三點產生混淆誤認：一、被告商業是否由原告所有，或為原告商業之一部，或經原告授權；二、被告或其產品是否由原告代言或附屬於（affiliated）原告，或與原告有關連性；三、被告產品或商業是否受到原告贊助（sponsorship）或認可（approval）。上述主張均為常見，且大部分落於澳洲假冒侵權失實陳述之類型範圍內。然而，Pincus 法官卻提出一全新觀點，認為「即使形象使用（包括姓名）與商業（business）毫無關聯，亦可能提起仿冒侵權訴訟」³⁵⁶。

該法官認為，著名虛擬角色的創作人得禁止他人使用其創作之角色銷售商品，並得授權相關權利以利用該角色，且即使該創作人除了創作之外從來沒有經營過任何商業，也不影響該權利。法官指出，單純將形象使用於廣告中與指示商品來源或品質的陳述不同，雖然可能能夠有效提升銷售，但不見得是藉由創造或依賴大眾腦海中的任何結論³⁵⁷。

³⁵⁵ (1988) 83 ALR 187.

³⁵⁶ “I think the law now is, at least in Australia, that the inventor of a sufficiently famous fictional character having certain visual or other traits, may prevent others from using his character to sell their goods and may assign the right so to use the character. Furthermore, the inventor may do these things even where he has never carried on any business at all, other than the writing or making of the work in which the character appears... The characteristics of such a suit are not necessarily precisely the same as the older type. In particular, an assignment of a right in a character need not assign any business.”

³⁵⁷ (1988) 83 ALR, 195.

而該法官在本案中提出新觀點有很大一部份原因是，其認為在本案中大眾或許會將被告使用的無尾熊形象與原告的電影相連結，但少數人始會傾向認為被告商店與電影有商業上關聯。因此，欲認為有一大眾會依賴的失實陳述便有困難。

在此之前，無論是英國還是澳洲法院，均認為假冒侵權訴訟並不使個人對其姓名或形象具有權利，而是對商業上商譽予以保護；商譽無法單獨存在，因此無法單獨移轉。而 Pincus 法官在本案的見解似乎肯認該種權利之存在，使假冒侵權之責任基礎由原先的商譽利用及混淆誤認，變為「盜用」(misappropriation) 本身。雖然確實提供原告更高程度之保護，但此畢竟與假冒侵權長期以來的核心價值有所抵觸。

假冒侵權中對原告的保護往往是建立在對被告的限制上，因此若過度擴張保護，便是對競爭者的過度限制，即使欲因應商業實務，二者之利益仍應維持平衡，此概念長期以來為實務所重視。法院是否應再給予角色創作者的經濟利益更多保護，本已有所爭議，而透過偏離核心概念的方式擴張假冒侵權之要件來達成，更是受到質疑。

2. Pacific Dunlop Ltd v. Hogan 案

後來澳洲法院判決中並未沿用 Hogan v. Koala Dundee Pty Ltd 案的法院見解。如同樣涉及 Crocodile Dundee 的 Pacific Dunlop Ltd v. Hogan 案³⁵⁸。該案中，被告廣告中的演員模仿 Crocodile Dundee 電影中的其中一幕，電影中的畫面是原告飾演之角色用比對手好的刀子擊退對手，而廣告中則改成為高級的靴子阻擋進攻者，其中該靴子便為被告商品。初審法院認為，有實質數量的大眾會認為在原告及被告及其廣告間，有某種商業性質的聯繫存在。廣告中的角色形象與演員形象高度一致，且原告先前也曾將自己形象使用於其他廣告中，因此，使用角色形象不僅會使大眾聯想到該角色，亦會聯想到飾演角色的原告本人。多數法官認為被告之行為構成假冒侵權。

³⁵⁸ (1989) 87 ALR 14.

Beaumont 法官認為上訴審主要釐清的問題為：是否有相當比例的公眾會被誤導而相信原被告間訂有一商業協議，即原告同意廣告使用其形象。而其認為答案是肯定的。

Burchett 法官則採取不同觀點，其認為應處理的問題為：廣告是否表達靴子是由原告代言的虛假資訊。該法官認為，角色商品化不應被是與大眾腦中在想什麼最為相關，而應是與商品與角色之間的關聯創造問題，重點並非對本人或角色進行精準的失實陳述。因此，應著重的不是消費者是否會推論原告有授權廣告，而是消費者認同該角色或個人，並因此渴望與該角色或個人穿著相同或類似的物品。該法官認為，角色身上的物品之相關商品所引起的該種渴望不能被認為是一種誤導，蓋其所承諾的價值並非在於商品品質，而是在於與自己的關聯性。相對的，未經授權使用形象的廣告會造成誤導，因為實際上該種與本人或角色的關聯性並不存在。

該種觀點相較於必須判斷「大眾是否對授權商業實務有所知悉並藉此選擇商品」的方式更為直接，但結果上來看，其效果為保護著名人物代言或創造與商品之間連結的權利。其論理方式將盜用之概念帶入失實陳述當中，即盜用行為會導致消費者混淆誤認原被告之間有關係。

後該種對於失實陳述之解釋方式，為法院所採用。如 Talmax Pty Ltd v. Telstra Corp Ltd. 案³⁵⁹中，原告為一游泳選手，被告將原告之照片使用於其廣告中。法院認為，被告不實陳述其為原告所贊助及原告同意被告在廣告中使用其姓名、形象及名譽，並支持其電信服務，構成《交易實務法》第 52 條³⁶⁰規定及假冒侵權行為。而如 20th Century Fox Film Corp v. South Australian Brewing Co. Ltd 案³⁶¹中，

³⁵⁹ (1996) ATPR 41-535 (Supreme Court of Queensland – Court of Appeal)

³⁶⁰ §52: Misleading or deceptive conduct: (1) A corporation shall not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive. (2) Nothing in the succeeding provisions of this Division shall be taken as limiting by implication the generality of sub-section (1).

³⁶¹ 被告使用辛普森家庭中的專用語「Duff Beer」，指涉被告商品與原告製作卡通及製作相關周邊商品的商業有關聯，構成一失實陳述，而可能損害原告是授權業務的經營。((1996) 34 IPJ 225, 246 (Federal Court of Australia – General Division)).

法院亦單以相關用詞之使用指涉原被告之間的關聯，而認為被告行為構成一失實陳述。

澳洲法院所採取的論理方式雖然似乎並未捨棄對於失實陳述指涉原被告間有所聯繫的要求，但實質上，在人格盜用案件中，法院持續保護著名人物的「代言權」。

參、原告因而受到損害

假冒侵權之核心保護範圍為商業商譽中的財產，而非保護個人對其姓名或其他人格特徵之權利。因此，原告欲主張假冒侵權，便須證明失實陳述對其商譽造成實際損害或是存在損害的可能性³⁶²，也就是構成「經典三要件」中的第三個要件。

如同其他假冒侵權要件，英國法院及澳洲法院在「損害」之解釋上採取不同方式，其所認定之損害範圍亦有相當差異。

在最典型的假冒侵權訴訟中，即被告不實陳述其商品為原告之商品的情況中，幾乎可以自然推導出原告商業受到損害的結論，蓋原告原有的交易機會幾乎必然受到分散³⁶³。然而隨著可訴的失實陳述類型擴大，為了區分失實陳述是否可訴，對損害的證明要求越發重要。

如在 *Erven Warnink BV v. J Townend & Sons (Hull) Ltd* 案³⁶⁴中，法院便強調損害證明之必要性。不過在損害是否存在的判斷上，亦有法院認為若能證明其他重要因素，便能推知原告確實受到損害，如審理 *Henderson v. Radio Corp. Pty Ltd* 案的新南威爾斯高等法院，不過，該種見解與英國法院見解相左，且於後續案件中亦未為澳洲聯邦法院所採。

多數法院認為「損害」在假冒侵權訴訟中為原告必須證明之重要因素，僅在證明之程度要求上可能因法院而不同。在當事人雙方之目標客群同一的情況，被

³⁶² Cane, P. (1996), *Tort Law and Economic Interests* (2nd edn), Oxford Academic, 78.

³⁶³ Wadlow, C. (2021), *Wadlow on the Law of Passing-Off* (3rd edn), Sweet & Maxwell, 62.

³⁶⁴ [1979] AC 731, [1980] R.P.C. 31.

告顯然有利用原告商譽的意圖，相較於商業活動領域不同之情況，實際損害或損害可能性之證明是更容易達成的。惟人格特徵利用案件中，原被告之商業活動領域經常不同，如著名運動員之形象被使用於球鞋廣告之情況，運動員通常不會以製作及販賣球鞋為其經營之商業，因此損害之證明之困難程度必然更高。

不過，即使是假冒侵權中較為實務所接受的失實陳述類型，亦可能碰到難以證明具體損害之問題³⁶⁵。實務上所考量的損害類型因而不限於如銷售金額損失該等具體損害，而是包含不同類型：名譽價值貶損（devaluation of reputation）、限縮擴張可能性（restriction on expansion potential）或喪失授權機會（loss of a licensing opportunity）、混淆誤認（confusion）及喪失控制（loss of control）、淡化（dilution）。以下分述之。

一、名譽價值貶損（devaluation of reputation）

一般名譽貶損可分為二種情形，第一種涉及品質，即在產品有不同等級之情形，被告將非特定品質之產品假冒為該種等級產品，如 *Spalding v. Gamage* 案中之情形³⁶⁶。第二種則是涉及有害性關聯（injurious association）。有害性關聯又可分為不同情況，如損害原告名譽之價值（depreciation of reputation），此種損害於被告名聲不佳時尤為可能發生，不過原告仍須證明有發生該種損害之真實、具體危險³⁶⁷。

將假冒侵權行為擴大到包括人格盜用的論點必須仰賴授權或代言協議的概念，蓋該論點必須將該種行為納入「被告不應聲稱其商業是原告商業或與原告商業有關」的原則中³⁶⁸。如果該種失實陳述能夠得到證實，那麼，原告和被告之間的有害性關聯將是一個公認的損害型態。

³⁶⁵ *Daper v. Trist and Tristbestos Brake Linings, Ltd.* 案中(1939)，Goddard 法官指出，如果個人商業的商譽受到假冒商品的干擾，就會對其造成損害。

³⁶⁶ Lord Parker: “A cannot without infringing the rights of B, represent goods which are not B’s goods of a particular class or quality to be B’s goods of that particular class or quality”.

³⁶⁷ *Unitex Ltd v. Union Texturing Co.*, [1973] RPC 119.

³⁶⁸ *The Clock Ltd v. The Clock House Hotel Ltd* (1936) 53 RPC 269, 275 per Romer LJ.

如 *Harrods Ltd v. R. Harrod Ltd* 案³⁶⁹中，原告為著名百貨公司及其所有人，被告為一借貸公司，原告為阻止被告以類似名稱經營借貸公司，向法院聲請禁制令。法院核准該聲請，認為原告可能因與被告產生關連性，在大眾心中的形象因而受損。

又如 *Annabel's (Berley Square) Ltd v. Schock* 案³⁷⁰中，原告為高檔夜總會，成功向法院聲請禁制令，阻止被告在其伴遊服務上使用「Annabel」這個名字。法院認為將被告之伴遊服務與原告之商業相互聯結，很可能對原告商譽造成不可計量的損害。

關於個人形象商業價值利用之案件中，原告「商譽」的解讀方式有二種：一、原告在其專業或藝術、文學職業方面享有的商譽；二、原告利用其形象之商業方面所享有的商譽，包括自行利用或授權他人使用。採取第一種解讀方式之判決有如 *Dockrell v. Dougall* 案³⁷¹及 *Sim v. Heinz* 案³⁷²。

而雖然共同活動領域在是否構成失實陳述上並非必要要件，亦非為所有法院所採，但在商譽是否受到損害之評估及判斷上，仍可能為法院所參考。在 *McCulloch v. May* 案中，原告主張其作為一名作者及廣播主持人之職業上商譽有受到損害之風險，進而使其維生的方式同樣有受到損害之風險。但 *Wynn-Parry* 法官駁回該主張，認為原告所提並非實際、具體的損害風險（real and tangible risk of damage）。

雖然在特定情況下，被告使用原告形象之方式確實會對原告在專業或藝術、文學職業方面享有的商譽受到損害，如違反其職業倫理的情形，但亦有許多人格利用案件之情況均非如此，如於正常商品的廣告中使用個人肖像，原則上並不會導致其職業、專業上商譽受到損害；也因此以第一種方式解釋該種案件中的原告

³⁶⁹ (1924) 41 RPC 74.

³⁷⁰ [1972] RPC 838.

³⁷¹ 該案承認該種可能性。((1899) 15 TLR 333.)

³⁷² [1959] 1 WLR 313.

商譽，便可能使原告在最後的「損害」要件證明困難³⁷³。

有害性關聯之另一較為極端的型態為責任承擔風險或訴訟風險 (risk of litigation)。在案件中，原告可能主張其因被告創造雙方商業之間之關聯性，而使其暴露於額外的責任承擔風險或訴訟風險中³⁷⁴。此種主張通常與其他型態之有害性關聯相關，如因被告之商品品質不佳或是有嚴重瑕疵，而使消費者對原告提起訴訟；或是被告將原告姓名列於負責者名單中，而使被告因此有承擔責任之風險³⁷⁵。該種訴訟不必然是基於有理由之主張，而可能僅為惱人、必須花費時間金錢的訴訟。

通常，在個人形象利用案件中，較不會造成此種損害，除非被告使用原告姓名或肖像之方式使原告依照相關法律可能必須承擔責任³⁷⁶，如英國 1987 年消費者保護法 (Consumer Protection Act 1987) 第 2 條第 2 項 b 款 (瑕疵商品責任)，或職業倫理相關規定。若原告之人格特徵係被使用於正常之廣告或商品上，通常不會造成此種損害。

二、限縮擴張可能性 (restriction on expansion potential) 或喪失授權機會 (lose licensing opportunity)

對於個人商譽之解釋方式有二種，已如前述。如採第二種解釋方式，即原告利用其形象之商業方面所享有的商譽，包括自行利用或授權他人使用，則在損害上原告便可能主張其授權機會之喪失，至少包括授權被告並藉此收取權利金之機會。而若原告在被告使用時並無對其形象進行相關利用，則其可能主張被告損害

³⁷³ 如在澳洲的 *Henderson v. Radio Corp. Pty Ltd* 案中，原告即有主張將其肖像使用於錄音帶上，使他們與演奏錄音帶音樂的管絃樂團之間產生關聯性，因而對他們造成損害。惟該管絃樂團與原告相較，並無優劣可言，故該損害主張被法院認為過於抽象，並非實際、具體的損害。

³⁷⁴ 如 *Illustrated Newspapers v. Publicity Services* 案。

³⁷⁵ *Routh v. Webster*, (1849) 10 Beav 561 (50 ER 698)

³⁷⁶ Consumer Protection Act 1987 §2 (Liability for defective products):

(1) Subject to the following provisions of this Part, where any damage is caused wholly or partly by a defect in a product, every person to whom subsection (2) below applies shall be liable for the damage.

(2) This subsection applies to: (b) any person who, by putting his name on the product or using a trade mark or other distinguishing mark in relation to the product, has held himself out to be the producer of the product.

其未來授權之可能性。

此外，原告可能證明其有意願發展接近被告商品之多樣化產品³⁷⁷，因而被告之使用行為使其擴張之可能性受到限縮。然而，原告必須提出明確證據證明有可能之損害，以避免其藉此取得獨占地位或是創建就其名稱之授權權利。

涉及將來可能性之損害主張在實務上經常不為法院所接受，其原因通常在於，法院不願以推測的方式去肯認損害存在，即希望將來發展該領域市場、將來可能有授權機會，或是將來可能導致混淆誤認等充滿不確定性的主張。

英國實務普遍認為，若原告無法證明其本可利用其姓名或肖像，或被告之利用危害原告之利用可能性，則不得主張喪失授權機會為其損害³⁷⁸。且有法官指出，喪失授權機會是基於純粹猜測所假定的潛在損害，並不足以作為假冒侵權成立的依據³⁷⁹。

不過在澳洲即有成功主張之案例，即 *Henderson v. Radio Corp. Pty Ltd* 案³⁸⁰，該案中，上訴法院雖然並未接受原告主張，即被告之行為對其擴展至相關領域之可能性受到限制而使其受到損害，然而 Evatt 法官進一步指出，不當盜用他人商業或職業上聲譽本身即為一種損害，蓋被告不當剝奪了原告決定授予或者維持其專業推薦之權利，因此剝奪了原告本可收取的費用³⁸¹。

後英國的 *Lego v. Lego M Lemelstrich* 案中，法院見解受到澳洲法院 *Henderson v. Radio Corporation* 案的見解影響。該案原告雖並無正在進行之授權行為，且並無多元化發展之意圖，仍成功主張其擴張可能性受到限制³⁸²。法院認為，盜用原告商業上名譽會損害商譽，蓋其剝奪原告為自己利益使用或利用之權利，只要原告有機會授權，就有受到該種損害。

³⁷⁷ 如 *Alfred Dunhill Ltd v. Sunoptic SA* 案中，原告原僅販售菸草產品，但證明有意發展男士奢侈品市場，因而成功阻止被告將其名稱使用於太陽眼鏡。

³⁷⁸ *Stringfellow v. McCain Foods (GB) Ltd*, [1984] RPC 501, 544.

³⁷⁹ [1984] RPC 501, 544 *per* Slade LJ.

³⁸⁰ [1969] RPC 501, 545.

³⁸¹ Manning 法官亦認為，被告行為剝奪了原告本可獲取的授權費用或報酬。([1969] RPC 218, 243.)

³⁸² [1983] FSR 155.

反對見解認為上述見解係偏向名聲盜用而非商譽保護。此外，並有認為以喪失授權機會作為一種損害類型係循環論證。紐西蘭高等法院 Fisher 法官在 *Tot Toys Ltd v. Mitchell* 案³⁸³中便指出，原告僅在有一其得據以禁止他人未經同意使用其形象的可執行權利時，才可能有一透過利用形象收取費用的權利，並得以該收取費用之權利受到侵害作為損害之類型。而現下原告僅可能透過假冒侵權訴訟去禁止被告未經同意使用其形象，若主張假冒侵權中的損害是透過利用形象收取費用的權利，無疑是在主張假冒侵權的損害便是被告行為構成假冒侵權時原告得受保護的權利。換言之，該種行為的合法性尚處於疑問狀態。因此若承認喪失授權機會得為假冒侵權之損害，無疑是在否認損害作為假冒侵權要件的必要性及獨立性。

整體而言，限縮擴張可能性或喪失授權機會作為損害類型之主張有逐漸受到法院接受之趨勢，不過仍非無反對聲浪。

三、混淆誤認 (confusion) 及喪失控制 (loss of control)

錯誤關聯所產生的混淆誤認本身並不足以構成損害之可能性，不過有法院肯認，若原被告間為競爭關係，則該種混淆誤認可合理預期會造成交易機會分散及有害關聯性之損害³⁸⁴。另有認為，如果客戶或潛在客戶經常將原告與被告的企業混淆，或誤認為兩者之間存在關聯，那麼任何企業都有可能因此受到損害³⁸⁵。

至「喪失控制」則屬於更為抽象的損害，主要係指原告因被告之失實陳述而對自己的商譽或名譽失去控制。換言之，原告之商譽或名譽不再僅受其自身之行為影響，而尚會受到被告行為之影響。

實務上有承認「喪失控制」為損害類型之案件，如 *British Legion v. British Legion Club (Street) Ltd* 案³⁸⁶。該案被告為正當營運的俱樂部，故無證據表明原告

³⁸³ [1993] 1 NZLR 325.

³⁸⁴ *British Legion v British Legion (Street) Ltd*, (1931) 48 RPC 555

³⁸⁵ *Chelsea Man Menswear Ltd v Chelsea Girl Ltd*, [1987] RPC 161, CA. And see Jenkins LJ in *Brestian v Try* [1958] RPC 161, CA.

³⁸⁶ (1931) 48 RPC 555.

會因為被告營運方式而受到有害性關聯損害或是面臨訴訟風險。然而，法官認為若被告出現財務問題或營業執照問題，就有造成損害之可能性。

另外，如 *Hulton Press v. White Eagle Youth Holiday Camp* 案³⁸⁷中，原告出版社與被告的假日營地因被告失實陳述而被認為有所關聯，法官認為如營地發生災難、事故或傳染病，則原告便會受到損害。

另外³⁸⁸如 *Lego System Aktieselskab v. Lego M. Lemelstrich Ltd* 案³⁸⁹。該案法院認為原告不能控制自己的名譽構成對其商譽損害的風險。不過有認為該等見解純粹是基於避免錯誤關聯性之目的，蓋該案法院雖認為原告對於被告商品之品質無從控制而因此核發禁制令，但雙方從事商業之領域差異相當大，且原告並未對被告商品之品質提出質疑。

整體而言，「喪失控制」作為一損害態樣過於廣泛、模糊，從上述案件觀察，法院經常在論述中摻雜一定的假設情形，且通常該種假設情形發生之機率並不高³⁹⁰。有認為接受如此抽象之損害型態，或僅是為了避免錯誤關聯性之產生，似乎與「損害」作為假冒侵權必要要件之精神不符，畢竟當他人利用個人之姓名或其他人格特徵時，幾乎必然會使該個人之形象脫離自己控制，如此將導出所有案件中均存在損害之結論，原告亦無證明之必要³⁹¹。因而，原告應提出足夠證據證明有真實具體之損害危險。對人格特徵受他人未經授權利用者而言，喪失控制或並非穩固而強力之損害主張。

不過就近期判決來看，法院確實對於損害之解釋越發寬鬆，而有越來越多判決將喪失控制列為損害之態樣之一。如 *Rihanna v. Topshop* 案即為如此。

³⁸⁷ (1951) 68 RPC 126.

³⁸⁸ 其他案件包括 *Harrods Ltd. v. Harrodian School Ltd.* 案、*Mecklermedia Corp. v. DC Congress Gesellschaft mbH.* 案。

³⁸⁹ [1983] FSR 155.

³⁹⁰ (1931) 48 RPC 555.

³⁹¹ 有認為在採取人格盜用理論去保護個人形象免於他人利用時，「喪失控制」更可能構成損害之一種。(Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 103.)



四、淡化 (Dilution)

美國法下的反淡化原則 (dilution doctrine) 保護商標在大眾心中的辨識度不會因其他交易商將商標使用於「非競爭性商品」而淡化。淡化作為損害不以大眾對商品來源或品質產生混淆誤認為前提，而是商標的廣告功能及商業吸引力。淡化之概念被引入英國 1994 年商標法 (Trade Marks Act 1994) 中³⁹²，並亦出現於假冒侵權之損害主張中。

英國 1993 年的 Taittinger SA v. Allbev Ltd 案³⁹³中，原告生產香檳和法國葡萄酒，被告則生產一種名為「接骨木花香檳」的飲料。該飲料不含酒精，但用香檳酒相同外觀的瓶子出售，瓶子上的標籤和帶線瓶塞與香檳瓶子上的相似。原告以假冒侵權為由提起訴訟。

上訴法院認為原被告的商品間有混淆誤認之風險，且被告之行為可能侵蝕「香檳」作為產品描述的單一性及獨特性，因而對原告造成嚴重損害。不過，因為該案尚有證據顯示混淆誤認會導致銷售下降及有害關聯性等損害，故該案中淡化作為損害類型僅為附帶性的。

而在 1996 年的 Harrods Ltd v. Harrodian School Ltd 案³⁹⁴中，原告為著名百貨公司所有人，而被告在 Harrod 俱樂部（最初為原告百貨公司的員工成立的俱樂部）所在的場所開辦了一所名為 Harrodian School 的預備學校。原告主張被告透過指涉百貨公司及學校間的關聯性，使大眾認為該學校由原告百貨公司所贊助或支持，藉此利用原告之商譽，其行為構成假冒侵權，請求法院禁止之。

但法院認為，法律並不保護 Harrod 名字本身之價值，而僅保護其所產生的商譽價值。Harrod 百貨公司提供種類繁多的商品和服務，並在該方面長久以來享有

³⁹² Trade Marks Act 1994 Section 5(3): (3) A trade mark which—(a) is identical with or similar to an earlier trade mark, and (b) is to be registered for goods or services which are not similar to those for which the earlier trade mark is protected, shall not be registered if, or to the extent that, the earlier trade mark has a reputation in the United Kingdom (or, in the case of a Community trade mark, in the European Community) and the use of the later mark without due cause would take unfair advantage of, or be detrimental to, the distinctive character or the repute of the earlier trade mark.

³⁹³ [1993] FSR 641.

³⁹⁴ [1996] RPC 697.

良好聲譽。然而，大眾僅會認為商人的聲譽與特定範圍的商業活動領域有所關聯，為眾人所知並不表示在所有領域都享有商譽，而只有商譽才能受到假冒侵權之保護。假冒訴訟要求證明有混淆誤認情事，淡化卻不以混淆誤認為前提，欲以其作為損害類型實有困難³⁹⁵。

理論上，單純原告形象之「淡化」，因不以混淆誤認為要素，與假冒侵權的核心概念相左，故難以作為獨立之損害類型。

然而，近期案件 *Irvine v. Talksports Ltd* 案中法官指出，如果個人取得有價值的名譽，相關規範便能保護其名譽不受未經授權之他人利用。若該他人以其名目販售品質較差的商品或服務，損害是直接的，「不過原告能起訴主張之情形並不限於該種情況，而是包括減損其名譽或商譽之識別性（reduce, blur or diminish its exclusivity）」³⁹⁶。原告及被告不須從事共同領域的業務，也不須證明其銷售受到減損，僅須證明有誤導情事使被告得以利用原告之名譽。

依上述，法院似乎認為「淡化」亦可為一損害類型，而有放寬要件解釋之傾向。

有認為，若將喪失控制、喪失擴張可能性、授權可能性或喪失獨特性納入假冒侵權之損害類型，則假冒侵權之本質便會受到改變，而接近盜用及不公平競爭之領域。不過，即便是強調堅守假冒侵權核心的英國法院，在損害之認定上也有逐漸放寬之趨勢，而使假冒侵權更有可能作為個人形象商業價值保護之渠道。

第三節 小結

目前就個人形象利用案件，英、澳之假冒侵權要件解釋上有所不同。假冒侵權能夠提供人格特徵遭他人利用者之保護程度，在不同國家、不同法院有顯著的差異。不過整體而言，隨著商業型態之改變，假冒侵權之適用範圍亦隨之逐漸擴大，而不限於最初被告將自己商品假冒為原告商品之型態。無論是對「商譽」的

³⁹⁵ 該案中原告無法提出混淆誤認存在之足夠證據，亦無法證明其他損害類型存在，故法院判定被告使用 *Harrods* 的名稱並未侵犯原告的商譽，不構成假冒侵權；反對意見（Sir Michael Kerr）認為，在某些情況下，商人的獨特名稱本身就可以構成其商譽的一部分，而因此構成一財產利益。

擴張解釋，對不同失實陳述型態之承認，或是接受新型損害態樣，各國法院均使個人形象利用案件適用假冒侵權之可能性逐漸提高。

不過即使如此，適用範圍擴大之速度似乎仍不及於商業型態變化之速度，此問題於英國實務上尤然。英國法院堅守假冒侵權之核心，故在擴張上相對猶豫³⁹⁶；而澳洲法院雖對擴大適用假冒侵權較為積極，卻引發假冒侵權適用偏離核心價值之問題，故二國實務做法難謂有必然較佳者，而是更接近不同價值選擇結果爾。

值得注意的是，英國近年似乎終於踏出關鍵之一步，承認代言關聯性失實陳述，而與澳洲法院提供的保護範圍更為接近。此對於在英國欲主張形象上權利者，無疑意義重大，而在英國假冒侵權發展進程上，亦為一大突破。

³⁹⁶ *Hodgkinson & Corby Ltd. v. Wards Mobility Services Ltd.*, [1994] 1 W.L.R. 1564 [1570] (U.K.)，Jacob 法官認為，假冒侵權所處理的範圍從未將超出欺騙性案件，如果不限於欺騙性案件，就會進入「誠實競爭」的領域，以欺騙以外的原因去宣告行為違法。法院表示無法理解為何要那麼做，而認為那樣只會阻礙競爭。



第五章 我國現況及未來展望

第一節 相關實務判決

就個人人格特徵之「商業上使用」之民法上保護，我國多數學說認為在本人主張之情況下，保護基礎主要為民法第 18 條、第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項對於「人格權」之規定，其中又以姓名權及肖像權為主；而在被授權人主張之情況下，則依民法第 184 條第 1 項後段及民法第 179 條為主要請求依據。此見解與實務見解大致相同，不過實務上實際適用時是否確能發揮保護效果，則有待商榷。為窺探我國實務就涉及人格特徵商業上利用之案件，係如何適用規定或依照何種方式處理及分析個案，以下整理我國部份相關實務判決之見解。又為方便觀察不同類型個案中之實務見解及其變化，爰依請求權基礎進行分類，並依判決時間先後進行排序。

我國於涉及形象利用之案件中，以民法上傳統人格權為主張依據者仍為多數，其可謂為我國目前主要處理及保護方式，故以下整理相關判決。有部分案件除民法上傳統權利外，尚提出公開權或其他類似權利為主張依據，此等案件可見本章第三節「肆；三、跡象：實務判決中的公開權」，於此處不論；又以下關於判決之介紹僅著重於與本文主題相關者，其餘部分暫略，合先敘明。

為便於觀察，以下依不同請求權基礎將案件區分為數類，並說明各案件之事實、主張及法院見解。

壹、侵權行為

一、美鳳料理米酒案³⁹⁷

本案為涉及形象利用之早期重要判決之一，因法院於判斷非財產上損害賠償數額時，考量因素較為特殊，故為不少文獻所提及、討論。

³⁹⁷ 臺灣臺北地方法院 93 年度訴字第 1820 號民事判決、臺灣高等法院 94 年度上易字第 616 號民事判決。



（一）本案事實

原告係具有全國性高知名度之演藝明星，當時受邀主持「鳳中奇緣」「美鳳有約」等美食節目將全台各地知名美食透過節目介紹予消費大眾，之後陸續出版多本料理書籍，並拍攝廣告代言食品、餐具、家電等。原告與被告簽訂契約，為其商品拍攝廣告，後被告長品製酒股份有限公司（下稱長品公司）生產製造、被告良液貿易股份有限公司（下稱良液公司）代理銷售商品「美鳳料理米酒」，酒瓶外包裝使用原告之姓名及照片。

就此，原告主張被告行為侵害原告之姓名權與肖像權，企圖利用原告在料理食品方面已建立的知名度，為其商品銷售增加銷路。爰依民法第 185 條第 1 項、第 184 條第 1 項前段、公司法第 23 條第 2 項規定請求被告四人連帶賠償財產上損害 150 萬元，併依民法第 184 條第 1 項、第 195 條第 1 項規定請求被告等連帶賠償非財產上損害新臺幣（下同）100 萬元與利息。另依民法第 18 條第 1 項、第 19 條規定請求判決被告不得使用原告姓名及照片作為其生產或代理銷售之商品或廣告物上。

（二）本案爭點及法院見解

1. 被告行為構成姓名權、肖像權侵害

法院認為被告行為構成姓名權及肖像權侵害。法院³⁹⁸參酌證據認定，雙方合約均約定原告是為「阿里山米酒」商品廣告物拍攝廣告，均無為「美鳳料理米酒」商品之用語，更無代言廣告之簽訂，被告良液公司係未經授權擅自使原告姓名與肖像。又法院指出，單獨個人名字或未屬侵害姓名權，但如能辨別名字為何人，該名字仍屬人格權保護範圍。又民法第 195 條第 1 項所定「不法侵害其他人格法益」，包括肖像權在內。系爭「美鳳料理米酒」使用「美鳳」二字與原告肖像在銷售海報廣告與商品包裝在內，依社會通念「美鳳」與原告肖像之連用，即使在使用原告名字，外人得認為係原告所推薦，被告良液公司等未經授權擅自使

³⁹⁸ 高等法院就被告上訴部分與地方法院意見相同。

用，自侵害原告之人格權。

2.原告得請求非財產上損害賠償

關於非財產上損害部分，法院考量原告為全國性知名演藝明星，復為美食節目主持人，具有一定之公眾形象，認為依社會通念，原告推薦之商品，必有助於商品之銷路。法院並衡量原告之身分、地位、良液公司錯誤認為已經原告授權，並非逕行製造，認為與完全擅自仿冒者之侵害程度不同，故判斷被告應賠償六十萬元為適當。

3.原告不得請求財產上損害賠償

關於財產上損害賠償，法院認為，雖然原告指出其因被告未經授權使用，致其受有廣告酬勞之財產損害，但該廣告酬勞損害，僅以其與阿里山公司間之廣告合約約定報酬 150 萬元為證，上開廣告合約依前所述，亦因阿里山公司之投資人林哲億出資而支付報酬。原告是否因良液公司擅自使用姓名肖像，另阻滯原告另接受他人廣告合約，並無證據證明，是難認原告受有財產上之損害。

（三）簡析

從法院論述觀察，原告之所以不得請求財產上損害賠償，乃因其無法證明自己因被告之使用而受到何種實際損害。換言之，法院雖然知悉原告得因廣告合約而收取報酬，卻不認為原告會因他人未經同意使用而受到財產上損害，此等見解實難謂無矛盾之處。又法院於酌定非財產上損害時，復將原告知名度納入考量，且似依此提高非財產上損害數額，但其基礎為何，並不明確，僅可推測法院有意考量使用原告姓名、肖像之影響力。本文認為，法院或希望以此方式突顯出著名人士之形象價值，僅尚未肯認該種形象價值可歸類為單純財產上利益，故改於酌定非財產上損害賠償時考量之，雖屬於較為迂迴的做法，但無疑在形象利用實務上跨出第一步。



二、鈴木一朗案³⁹⁹

本案因一審法院之見解在當時實務判決中具有一定突破性，為早期受到學者注目的案件之一，對於個人形象保護之實務發展亦有相當重要性。

（一）本案事實

本案原告為鈴木一朗，係享譽國際之日本旅美知名職棒球員，於日本職棒球壇與美國大聯盟中的西雅圖水手隊均有優異表現。被告未經授權將其照片使用於士林直營門市之牆面、新光三越百貨公司站前店 11 樓之「MLB 美國職棒大聯盟」及信義店 A11 館 6 樓文化館之「GO GO SPORTS CENTER」專櫃壁面、指南客運公車外廣告及刊登於 93 年 11 月 10 日出刊之第 272 期「職業棒球」雜誌封面內頁及第 1 頁之跨頁廣告中。

原告主張被告不法侵害原告之肖像權，爰依民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項規定請求被告賠償損害、停止損害行為及刊登道歉啟事。原告主張其因被告之不法行為喪失 3,000 萬元以上之肖像權授權金收益，蓋日商美津濃公司欲與原告洽商臺灣地區的肖像權授權事宜，並且提出高額的授權金邀約，孰知卻因被告之行為，請原告經紀人必需先處理被告之不法使用行為，其後該肖像權授權之洽商因而無法繼續而中止；另參酌王建民日前之代言費及出席費金額。原告僅為一部請求 350 萬元，其餘暫予保留；又原告不法之商業圖利行為侵害原告之人格法益情節重大，造成原告精神上之痛苦，爰一部請求被告賠償 150 萬元，其餘亦暫為保留；另被告之行為使原告之優良名譽受有損害，為求正視聽，導正業受誤導之訊息，免原告再受到名譽侵害下，請求被告應登報道歉，以回復名譽之損害。又於其主張中，原告強調三點：被告之知名度及影響力⁴⁰⁰、首次代言之

³⁹⁹ 臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 6831 號民事判決、臺灣高等法院 96 年度重上字第 323 號民事判決、最高法院 97 年度台上字第 1396 號民事判決。

⁴⁰⁰ 被告於本職棒球壇與美國大聯盟中的西雅圖水手隊均有優異表現，西雅圖水手隊以高達美金 1312 萬 5000 元之轉隊費、與原告簽署三年將近美金 1,500 萬元至 1,800 萬元（折合新臺幣為 4 億 8985 萬 5000 元至 5 億 8782 萬 6000 元）之契約，當時為亞洲球員在美國大聯盟身價最高的明星球員。因原告在國際棒壇上之重要地位與不凡身價，故其肖像在所有職棒球迷、尤其是亞洲籍的球迷來說，是屬於勝利與保證的象徵，如果任何商品一旦與鈴木先生的肖像相互連結，將會對全

特殊性⁴⁰¹、原告的良好形象⁴⁰²。

被告則抗辯其使用任何有關美國職棒大聯盟球隊之棒球人商標、所屬球隊之隊徽、所屬球員照片及商品，及為經銷該等商品所為之廣告，係經美國供應商 MAJESTIC ATHLETIC 合法授權，美國供應商 MAJESTIC ATHLETIC 為美國大聯盟與美國球員協會之全球代理商，凡屬美國球員協會成員，皆受該協會之規範，原告自不例外。球衣係經一般商業交易購得，此時被告當然有權利將該商品轉賣予不特定之消費者，而不受限於數量與次數；被告應用廣告手法，將商品使用之圖片予以放大，促銷販賣同一商品予特定區域中之不特定消費者，仍屬被告原應具有的合法商業交易權利，不應被視為非法。

（二）本案爭點及法院見解

1. 被告行為構成肖像權侵害

一審法院⁴⁰³認為，被告未經授權或再授權使用原告之肖像，其行為構成侵權行為，得請求財產上及非財產上損害賠償。

法院指出，被告稱原告有授權 MAJESTIC ATHLETIC 得使用其肖像且其為該公司在臺灣之經銷商，但未能提出充足證據證明，且即使上述為真，被告亦未能以之證明原告有授權 MAJESTIC ATHLETIC 得再授權被告得使用其肖像為廣告，足見被告所辯並非可採。故原告主張被告不法使用其肖像權，應為可採。

另外，法院強調，肖像權為人格權之一，且為個人形象及個性之表現，亦屬重要人格法益之一種，又肖像權與其他人格權不同，肖像之使用，若用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值，此於知名之影藝人員、

球的亞洲職業棒球球迷產生無以估計的說服力與影響力。

⁴⁰¹ 職棒球員在某一地區之首次代言曝光的授權金或代言費用，如為首次曝光或首次代言者，該地區之首次代言費用或曝光之權利金或代言費用將遠高於爾後同一地區之肖像權權利金或代言費，因首次曝光或代言，因性屬稀少性，故必定吸引該地區所有媒體與消費者的目光，對於其所代言商品或代表的活動、產品等等當然為巨大之廣告利益與形象推銷。

⁴⁰² 原告形象正直敦厚努力有禮，在臺灣球迷心中擁有不可取代的首席亞裔棒球選手地位，更使原告之肖像具有經濟上與無形之價值，加上原告曾在臺灣發生 921 大地震時赴臺義賣自己的球具，並捐出義賣所得供作救災之用，故原告之形象對臺灣球迷來說更有無可劃分的情感上正面因素。

⁴⁰³ 臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 6831 號民事判決。

運動員尤然，肖像權受侵害者，除得依民法第 195 條第 1 項前段請求侵權行為人，賠償其精神上損害外，並得依民法第 184 條第 1 項規定請求財產上損害賠償及回復損害之原狀。被告雖舉學者之見解，辯稱原告在法律上不得為本件之請求，惟其所引學者史尚寬、鄭玉波、曾隆興及曾世雄之見解，均為民法第 195 條修正前之見解，而援引之其他學者見解皆與本件原告之請求權為民法第 184 條第 1 項前段及第 195 條第 1 項無關，自不得為被告有利之依據。

原告主張被告不法使用其之肖像，致其受有非財產上之損害及財產上損害，其損害與被告之行為間有相當之因果關係等情，與常情相符，亦堪予採信。

二審法院⁴⁰⁴採取與一審法院相同之見解。

2.原告得請求非財產上損害賠償

一審法院認為原告得依肖像權侵害請求慰撫金，但不得依名譽權侵害請求。關於肖像權，法院審酌原告為知名選手、對我國友善之事實，以及原告經濟狀況、被告實收資本額、侵害肖像權方式、期間等，認定原告得請求非財產上損害 150 萬元，並得請求被告立即停止銷售並銷毀相關產品，並將平面廣告移除。關於名譽權，法院指出使用他人之肖像權，並不當然因而貶損他人在社會上之評價，構成對他人名譽權之侵害。而本件被告之使用方式係在為其經銷之棒球週邊商品為廣告，並無減損原告名譽之行為甚明。

至二審法院雖同意原告得請求慰撫金，惟核減其得請求之數額。法院斟酌原告雖為國際知名之美國大聯盟日籍職棒球員，但國人對美國大聯盟乃至原告並不熟悉，亦未熱衷，且被告使用原告之肖像，並非用以詆毀、貶抑原告，而僅係單純用以行銷被告之球衣商品；又被告於雜誌廣告上強調原告單季擊出 262 支安打破紀錄之光榮事蹟，亦對原告之形象有正面提升之作用，原告所受精神上之痛苦應屬有限，及原告於美國西雅圖水手隊之年薪為美金 1,250 萬元，上訴人公司之實收資本額為 6,292 萬元、上訴人以廣告之方式侵害被上訴人肖像權，期間約一

⁴⁰⁴ 臺灣高等法院 96 年度重上字第 323 號民事判決。



年，於被上訴人發現通知後即陸續停止等一切情況，認為被上訴人請求 150 萬元，尚嫌過高，應予核減為 100 萬元。

3.原告得否請求財產上損害賠償？

一審法院參考原告類似性質肖像契約之權利金酌定損害金額。法院認為在財產上損害的計算上，不宜參考王建民之契約，蓋國人對其知悉度與接受度，及王建民本身的新鮮度、代言方式均與原告不同，自難相以比擬。法院轉而參考原告於中國大陸上海地區肖像權授權之權利金折合新臺幣約為 350 萬元，考量上海地區與臺灣地區相仿，同為經濟高度發達之地區，被授權人又同為日商美津濃，足見原告若與日商美津濃公司洽談臺灣地區之肖像權授權金，上開授權金自為重要之參考，因此，本院依民事訴法第 222 條第 2 項規定，以本件原告確受有財產上之損害，其雖不能證明其確切之損害金額，然審酌上開各情，認為其損害額為日幣 1,000 萬元，折合新臺幣 350 萬元，原告請求被告給付該金額為其財產上損害賠償，即為有理由。

高等法院雖認為原告得請求移除平面廣告，但因其未舉證證明被告有進口及銷售有原告肖像商品之事實，故不得請求停止銷售或銷毀相關商品。另外，法院認為原告不得請求財產上損害賠償。

關鍵在於法院審酌原告提出之證據，認為不足以證明原告有與訴外人日商美津濃公司洽商台灣地區授權金 3000 萬元以上之肖像權授權事宜，亦無從認日商美津濃公司因上訴人將被上訴人的肖像刊登於雜誌上，而「撤銷」「高額的授權金邀約」。且法院指出，肖像權如作為商業上使用，非不得重複、多次授權予相同或不同之人使用，故縱被告曾非法使用原告之肖像於廣告上，亦不因此而使原告之肖像權永遠無法再度授權他人使用，被告既未舉證證明日商美津濃公司有就台灣地區為肖像權授權金之要約，並因本件雜誌廣告事件而撤銷該要約之情事，則原告主張其受有 350 萬元之肖像權授權金收益損害，即無可採。



最高法院⁴⁰⁵維持二審見解，認為上訴無理由。

（三）簡析

本文以為，相較於其他審法院見解，本案一審法院見解最為適切，不僅指出肖像可能具有財產權性質，更援引適當條文，得出肖像權受侵害者除得請求非財產上損害賠償之外，尚得請求財產上損害賠償之初步結論，而未受限於一般肖像權侵害原告通常僅請求非財產上損害賠償之慣例。復參考性質相當之契約約定金額，以認定適切財產上損害賠償數額，實屬正確。

較為可惜的是後續審級並未採納一審法院見解。又觀後續審級認為原告未受到財產上損害之關鍵在於原告無法證明代言機會之喪失，及其肖像可重複授權而難認被告使用其肖像對其造成何種「具體」損害，因而基於無損害即無賠償之原則，認定原告不得請求財產上損害賠償。依照此種見解，或僅於原告原有準備簽訂之授權契約，卻因被告使用其肖像而使該交易取消或中斷時，法院始會認定有損害可言，但並非所有肖像有經濟價值者均恰好碰上該種情況，應不難想見，故此種見解對於與原告處境類似者之保護，實屬有限。

又若一方面承認肖像權受侵害者得請求財產上損害賠償，一方面卻又過於嚴格判斷損害之發生，則原告似僅得轉而以非財產上損害賠償為主要保護方式，惟如此將使起初對於肖像權侵害之財產上損害賠償請求權之承認失去意義，且以非財產上損害賠償去填補財產上損害賠償亦必將出現不協調之處，如法院可能在酌定慰撫金時考量肖像之價值，又或是連非財產上損害之請求都面臨困難。如本案即是後者情況，即法院雖承認原告肖像權受到侵害，但因被告使用方式對原告形象無損害，而認定原告所受精神上痛苦有限。換言之，原告不僅無法請求財產上損害賠償，以確保肖像價值不受到他人利用，亦無法透過提高非財產上損害賠償數額，來填補自己所受損害，最終的結果便是原告受到的肖像權保護，在肖像權因商業利用而產生財產上價值之情形，反而大打折扣。

⁴⁰⁵ 最高法院 97 年度台上字第 1396 號民事判決。



三、光泉廣告案一審

(一) 本案事實

原告楊貴媚於民國 91 年 10 月 25 日與被告簽訂「光泉薏仁糙米漿」廣告演出合約書（下稱系爭合約），工作內容包含拍攝電視廣告影片乙支及為相關宣傳物使用之平面攝影擔任代言人工作，系爭合約第 6 條「合約期限」載明「甲乙雙方約定以電視廣告上檔日起計（民國 91 年 12 月），合約期限為二年。」合約期限屆滿後，大潤發公司及家樂福公司之廣告目錄中，光泉薏仁糙米漿產品仍使用原告肖像作為宣傳使用。須注意者為，本案中原告之肖像係出現在訴外人的廣告目錄上，而非直接出現在被告之商品或其製作之廣告上，尚屬於較為特別的情況。

就此，原告主張被告於合約期限屆滿後，繼續將原告肖像使用於大賣場之促銷廣告目錄冊中，已逾三年半，且經多次告知仍不改正，顯已侵害原告肖像權。

針對財產上損害賠償，原告提出其於 93 年間代言產品，包括電視及平面廣告，一年之代言費用約為 250 萬元，本件被告於合約期限屆滿後仍盜用原告肖像於該公司之平面宣傳製作物，造成原告每年代言費用損失 125 萬元，使用期間長達三年半，損害金額總計為 4,375,000 元。而針對非財產上損害賠償，原告主張其已成為國際知名影星，從影以來，電影及電視作品已達數十部，廣告作品亦有十餘部，係為橫跨影視兩界之實力派演員，原告不法之商業圖利行為侵害原告之人格法益情節重大，衡諸原告經多年努力於演藝界所建立之地位，依民法第 195 條第 1 項前段規定，請求被告賠償 150 萬元之精神上損害賠償。

被告則抗辯自己非行為人，且亦無侵權故意可言⁴⁰⁶。被告公司接獲原告通知後，並隨即發電子郵件通知通路商注意不要使用到已經到期的圖檔。針對原告主張之財產上損害賠償，被告指出，93 年間簽訂合約包含原告及所有成員之酬勞、

⁴⁰⁶ 被告主張其自系爭合約屆滿後，隨即變更產品之包裝同時亦未曾再使用過原告之肖像於任何產品或廣告之上。大潤發公司及家樂福公司之廣告目錄並非被告公司所印製，亦未送請被告公司審核。

藝人之代言費隨其走紅受歡迎程度而有不同，不應以 93 年約定之代言費為計算基礎。又就非財產上損害賠償部分，被告公司為國內知名食品製造商，信譽卓著，產品之品質獲得廣大消費者之肯定，對於原告並無造成任何負面影響之可能，甚至可能提升原告之聲譽。

（二）本案爭點及法院見解

1. 被告遲延附隨義務致原告肖像受到侵害

法院在判決中肯認肖像權與其他人格權不同，指出「肖像若使用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值」。又法院提出肖像權之侵害行為主要有三：肖像的作成；肖像的公開；以營利目的使用他人肖像。故未經他人同意，就其肖像使用於營業廣告，構成對肖像權之侵害。又因被告遲延履行通知義務之結果造成原告肖像權之侵害，法院認為原告得依民法第 227 條之 1 準用第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定請求財產及非財產上損害賠償。

2. 原告得請求非財產上損害賠償

關於非財產上損害之部分，法院斟酌原告為知名影星、實力派演員，以及其代言費用、使用期間、使用方式、被告實收資本額，認為原告所受精神上之痛苦應屬非輕，得請求非財產上損害賠償 150 萬元。

3. 原告無財產上損害，不得請求財產上損害賠償

關於財產上損害部分，法院認定原告無財產上損害，其理由為：肖像權如作為商業上使用，非不得重複、多次授權予相同或不同之人使用，故縱使原告肖像遭被告通路商非法使用於廣告上，亦不因此而使原告之肖像權永遠無法再度授權他人使用。原告既未舉證證明有預期代言、肖像權授權簽訂因本事件而無法成立之情事，則其主張受有 4,375,000 元之收益損害，即無可採。

（三）簡析

一審法院肯定肖像之經濟價值，且其所提出之肖像權侵害行為主要型態中，除肖像的作成及肖像的公開外，尚包括「以營利目的使用他人肖像」，此與學說

見解相同。其中第三種類型與美國隱私權四分法的第四種類型相似，或有受到美國學說影響之可能性，惟從判決中無法得知。不過至少從法院上述分類可以肯定，以營利目的使用他人肖像之行為在實務上並非少見，而受到一定重視。

較為可惜的是，雖有上述分類，且「以營利目的使用他人肖像」看似有特殊性，更能凸顯肖像之經濟價值，但不同侵害型態之間有無效果上差異，從判決中無法確知，且法院並以肖像尚得授權他人使用為由，拒絕原告就財產上損害賠償之請求，採取與鈴木一朗案上級審類似的論述方式。

四、白花油案⁴⁰⁷

本案為繼鈴木一朗案另提出突破性見解的判決，除了肯認肖像權之經濟價值外，更進一步認為該經濟價值有繼承可能性，無疑為個人形象保護之重大進展。

（一）本案事實

顏玉瑩為「白花油」品牌之創辦人，於70年3月20日死亡。和興白花油廠即顏福和於56年間以「顏玉瑩姓名及真像」為商標，申請註冊獲准，註冊號數第26139號，嗣於65年3月11日將該商標移轉予和興白花油廠有限公司，當時董事長為顏玉瑩，顏玉瑩於70年3月20日死亡，原告顏何秀琮於75年6月5日接任和興白花油廠有限公司董事長。

原告主張被告顏玉瑩和興公司不僅其公司名稱「顏玉瑩」特取部分，侵害顏玉瑩姓名權，且該公司復以「顏玉瑩」中英文姓名、肖像個別或連用方式不法侵害「顏玉瑩」之姓名權及肖像權，或不法侵害原告或其他法定繼承人之人格法益或基於父、母、子、女、配偶關係之身分法益，爰依民法第18條、第19條、第184條第1項、第2項及第195條、第213條規定請求顏福成經營之數被告公司不得將顏玉瑩中文姓名或英文姓名或肖像作為商標或使用於商品上。

（二）本案爭點及法院見解

本案例中主張姓名權及肖像權者並非權利主體本身，故主要爭點在於原告是否

⁴⁰⁷ 智慧財產法院104年度民商上更(一)字第3號調解成立。

得主張顏玉瑩之姓名權及肖像權，或是是否得主張其他權利，而得請求禁止被告相關使用、公開展示及販售商品行為。



1.原告不得主張身分法益受到侵害

一審法院認為，民法第 195 條第 3 項係指侵害身分法益之情形，而所謂身分權，係指基於特定身分而發生的權利，主要有親權、配偶權及繼承權。又所謂配偶權，指配偶間因婚姻而成立以互負誠實義務為內容的權利，親權則係指父母對子女保護教養為內容的權利。本件原告係請求排除被告使用顏玉瑩之肖像及中、英文姓名所生之損害，與民法第 195 條第 3 項侵害配偶權、親權及繼承權等身分法益之規定顯不相符，且顏玉瑩已死亡，專屬於顏玉瑩本身之身分權於其死亡時亦消滅，故原告據民法第 184 條第 1 項後段、第 195 條第 3 項規定而為請求，亦屬無據。

二審法院維持一審見解，三審法院對此並無相關論述。

2.原告是否得主張被繼承人之人格權受到侵害？

一審法院⁴⁰⁸認為，自然人於死亡時即喪失作為權利義務之主體，包括姓名權及肖像權在內之人格權與人身攸關，原則上具有專屬性，不得繼承（民法第 195 條第 2 項參照）。因顏玉瑩已於 70 年間死亡，故顏玉瑩之姓名權、肖像權等人格權應於其死亡時消滅，原告自不得主張。此外，法院認為被告於顏玉瑩死亡後方使用顏玉瑩之姓名、肖像為商標登記或產製商品，並未對顏玉瑩之肖像、姓名為毀損、污穢，該使用方式尚難認即有違反顏玉瑩之意思。

至於原告主張顏玉瑩為著名姓名之部分，法院考量顏玉瑩並未以顏玉瑩中文或英文姓名為公司登記或產品名稱而廣為人知，且同姓名之人比比皆是，認為依社會通念，自無禁止被告使用顏玉瑩同一中文或英文姓名之必要。又姓名、肖像等人格權為一身專屬權，對死者姓名、肖像的侵害行為並不同於對繼承人、家屬等生存者的侵害，乃屬當然，是原告主張被告侵害顏玉瑩之肖像權、姓名權及原

⁴⁰⁸ 臺灣臺北地方法院 99 年度智字第 25 號民事判決。



告人格權云云，尚無足取。

又關於原告主張被告違反商標法第 23 條第 1 項第 15 款保護他人法律，法院認為該款雖然規定標識未得同意使用他人之肖像或著名之姓名、藝名、筆名、字號者，不得申請商標註冊，然該法條規定所保護之肖像、姓名、藝名等係屬人格權之範圍，參酌民法規定人之權利能力始於出生，終於死亡，苟該當事人已死亡，自無再予保護之餘地。

二審法院⁴⁰⁹維持一審見解，但最高法院⁴¹⁰提出與一、二審不同之見解，認為原告得繼承被繼承人之人格特徵使用權利。

最高法院指出，傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的「精神利益」為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承。然隨社會變動、科技進步、傳播事業發達、企業競爭激烈，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其「經濟利益」，而具財產權之性質，應受保障。又人之權利能力終於死亡，其權利義務因死亡而開始繼承，由繼承人承受。故人格特徵主體死亡後，其人格特徵倘有產生一定之經濟利益，該人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承，而無任由第三人無端使用以獲取私利之理。

法院認為本件系爭姓名及肖像於顏玉瑩生前已具相當之經濟利益，倘其死亡後，該經濟利益依然存在，顏福成於顏玉瑩死亡後，使用系爭姓名肖像得利，或無不可；然若被告使用系爭姓名肖像為商標或商品包裝等，獲取私利之舉，僅獲顏福成一人之同意，未經顏玉瑩其餘繼承人全體或多數之同意，且其使用方式已妨礙原告等其餘繼承人之合法利用，則原告主張被告侵害顏玉瑩人格權及人格特徵所具財產法益之相關權利，依繼承法則，得請求回復云云，是否毫無足取，最

⁴⁰⁹ 智慧財產法院 102 年度民商上字第 5 號民事判決。

⁴¹⁰ 最高法院 104 年度台上字第 1407 號民事判決。



高法院認為非無研求之餘地。

(三) 簡析

最高法院得出與下級審法院不同結論之關鍵在於，其認為人格特徵具有經濟利益，且該經濟利益得屬於得繼承之標的，此見解不僅就人格權之特性提出不同於傳統之理解，更透過承認人格權經濟價值可繼承，使其保護更上一層樓。又因此為最高法院之見解，故可想見該見解在實務上的重要性更為顯著。

除了因應商業實務變化、科技及社會發展，而正式人格權經濟價值之財產性質之外，自其文字觀察，法院認為人格權上經濟價值之所以應得由繼承人繼承，亦有基於「防免第三人盜用而獲利」之考量。此與美國公開權發展時，法院經常採取的保護基礎論述類似。不過，本案最高法院僅敘述人格特徵經濟利益具財產權性質，及人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承，是否將該部分獨立為有別於人格權之權利，並不明確。如此一來可能碰到的問題為，所謂人格特徵經濟利益究竟是否仍為人格權之一部而兼有人格權之性質，而若答案為肯定，則應如何與傳統人格權不可移轉或繼承之特性兼容。

五、模特照片案⁴¹¹

(一) 本案事實及原告主張

原告林易慶、柯婉雯係品牌創作工作者，為推廣該品牌服飾，以原告賀文胤、林淑菁為模特兒（下稱原告模特兒）拍攝用以宣傳其品牌產品之攝影著作，其著作權為原告林易慶及柯婉雯所共同享有（下稱系爭照片）。又原告模特兒授權原告林易慶、柯婉雯得為宣傳推廣其品牌產品，於各類媒體使用彼等在上開攝影著作中之肖像。

被告樂高渥克公司委託訴外人公司設計建置 A 品牌網站，由該公司江姓設計師負責設計。原告於 98 年 11 月間授權江姓訴外人其得將系爭照片使用在其所設

⁴¹¹智慧財產法院 101 年度民著訴字第 19 號民事判決、智慧財產法院 102 年度民著上易字第 4 號民事判決。

計之「保險套品牌 A 品牌臺灣官方網站」，且約定非經原告林易慶、柯婉雯之同意，不得變更系爭攝影著作之表現形式，並特別應保留模特兒服飾之品牌標誌。被告吳冠儀自江姓訴外人取得系爭照片原始檔，並以系爭照片製作 A 品牌平面廣告，刊登於「男人幫」、「壹周刊」、「柯夢波丹」等雜誌。

原告模特兒主張被告擅自使用含有二人肖像之系爭照片作為平面廣告，刊登於上述雜誌，侵害其肖像權，依民法第 184 條第 1 項、第 195 條第 1 項請求非財產上損害各 25 萬元。

（二）本案爭點及法院見解

1. 被告行為構成原告肖像權侵害（一審法院：構成公開權侵害）

一審法院首先指出，原告模特兒就其肖像本即要供被告作商業使用，僅因原告原意係授權網站使用，被告卻擅自使用於平面廣告，超出原授權使用之意思，是與一般不以商業使用為條件下而受肖像權侵害之情形不同，原告模特兒係就其財產權化之肖像權利請求損害賠償，故應就其請求肖像之標的再為細分。按美國法自隱私權發展出就姓名、肖像、聲音等個人形象特徵，得為控制而作為商業上利用之公開權（Right of Publicity），為獨立於隱私權外之權利。一般肖像權具人格權性質，然肖像權作商業使用之公開權，除具人格權外，亦含有財產權性質。侵害人為自己利益，未經同意擅自利用權利人之姓名或肖像等，使其姓名、肖像等具有商業價值，並推銷此種商業利益，即構成公開權之侵害。

法院指出，肖像權係個人對其肖像是否公開之自主、彰顯其個人人格特徵之權利，具有人格利益，為民法第 18 條所稱之人格權之一種，如未經他人同意，擅自使用他人照片之行為，構成對肖像權之侵害；而公開權係權利人就其可控制肖像作為商業利益使用，因有肖像權之人格法益因素在內，如加以侵害，亦認屬侵害該肖像權之人格利益，而符合民法第 195 條第 1 項前段所稱之「其他人格法益」範圍。

至於所謂情節重大，法無明文，實務上未有定論，然為判斷被侵害之肖像法

益情節是否重大，宜從被害人是否為公眾人物、使用場合、使用目的等因素為綜合之考量。倘被害人為公眾人物，因其肖像本身即具有一定之經濟上價值，未經同意即將其照片供作營業上使用，當屬情節重大無疑。倘被害人非公眾人物，則依行為之手段、侵害行為之影響情事與侵害人所獲利益而判斷。

本件被告未經同意使用原告模特兒肖像之平面廣告刊登於銷量可觀之雜誌上，效果顯超過網站使用，構成對二人之公開權侵害，且情節重大，其等請求被告依民法第 195 條第 1 項前段規定為非財產上損害賠償，亦屬有據。

2.原告得請求非財產上損害賠償

關於損害賠償範圍，法院審酌原告模特兒以服飾、化粧品之模特兒為職業活動之一，被告將原本僅為網站上供少數人觀看之肖像變為公眾得長期閱覽或保存之形式，與原告原意相左，再衡量原告二人為大學畢業、肖像受侵害之程度及被告公司代理行銷所獲報酬等情，認被告吳冠儀應賠償其二人各 10 萬元之非財產上損害。

二審法院雖與原審法院得出大致相同之結論，僅慰撫金之酌定數額下降，但其並未提及公開權作為基礎，而是單純以肖像權論之⁴¹²。二審法院同樣認為，平面雜誌可一再流通轉閱，實際閱覽人數自超過雜誌發行數量，是系爭照片使用於平面媒體廣告，實際閱覽人數理應超越同時期進入該網站瀏覽之人數，因而被告未經原告同意即擅自將系爭照片刊登上開平面媒體廣告，自構成對原告肖像權之侵害，不因原告非屬公眾人物即可謂情節非屬重大。

（三）簡析

本件原告模特兒僅請求非財產上損害賠償，因而一審意識到肖像權之商業利益，並對美國公開權加以說明雖然實屬實務上之突破，但畢竟與原告之主張欠缺對應性，二審未將該部分納入判決並無不妥⁴¹³，故較無法從本案判決中看出二審

⁴¹² 「肖像權係個人對其肖像是否公開之自主、彰顯其個人人格特徵之權利，具有人格利益，自屬民法第 195 條所稱之其他人格法益。」

⁴¹³ 有時並非法院不願意突破，而是受到原告主張之限制；不過原告之主張之所以限縮，也是受到

法院對公開權之態度。

又從一審法院所述，較無法得知其所認為之肖像權與公開權之間關係為何，蓋其提及「一般肖像權具人格權性質，然肖像權作商業使用之公開權，除具人格權外，亦含有財產權性質」。究竟公開權屬於肖像權使用於商業上之特殊形態，抑或是公開權為獨立於肖像權之權利，並不明確。

六、范冰冰整形廣告案⁴¹⁴

（一）本案事實

本案原告范冰冰係國際性高知名度之演藝明星，被告未經原告之同意將原告之肖像使用於其網站所刊登之文章右上方，該文章標題為「削骨-下巴雕塑手術夢幻瓜子臉三部曲之一」，緊接內容為「夢幻瓜子臉，三部曲之一，沒有麗質天生的瓜子臉，也可以後天再造，擁有精緻小巧的瓜子臉，是許多女性夢寐以求的夢想，而下巴的形狀，更是影響臉型的重要關鍵」等等。

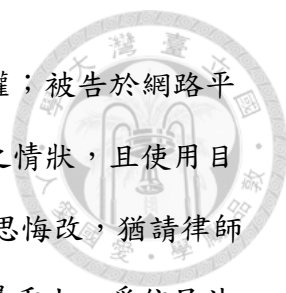
就被告行為，原告主張不當得利及侵權行為，不過主張方式較為特別。

就前者部分，原告指出，演藝明星之肖像本身即具有一定之經濟上價值，有財產權性質，委請演藝明星廣告商品，亦需根據其知名度之高低，支付相當之費用，已屬現今國內外社會之常態，且為國內學者及德國聯邦最高法院普遍之見解。從而，演藝明星之肖像權，自屬民法第 179 條所規範之財產上利益。被告未經原告同意，竟擅自使用原告之肖像，為其服務項目宣傳，自屬無法律上原因，而受有使用原告肖像權之財產利益，致原告受有代言或廣告費用之損害。爰依民法第 179 條前段之規定，依原告代言廣告之行情即人民幣 1700 萬元計算，被告應返還新臺幣 1,000 萬元之不當得利予原告。

就後者部分，原告說明，若法院認藝人之肖像權僅屬非財產上利益，則被告企圖利用原告之知名度，作為其手術服務項目之廣告用途，致使消費大眾產生誤

實務整體的保守性影響，因此似乎陷入惡性循環當中。

⁴¹⁴ 臺灣臺北地方法院 104 年度重訴字第 959 號民事判決。



認原告與系爭服務具有代言關聯之想法，嚴重侵害原告之肖像權；被告於網路平台上不法使用原告之肖像，為不特定多數人隨時隨地得以供聞之情狀，且使用目的為商業營利使用，期間長達4年；於原告提起訴訟後，竟不思悔改，猶請律師於蘋果日報發表聲明，持續消費原告，侵害原告肖像權情節當屬重大。爰依民法第179條⁴¹⁵、第184條第1項前段、第195條第1項、第188條第1項等規定，請求被告應賠償原告非財產上損害1,000萬元。

（二）本案爭點及法院見解

本案爭點理應為：被告行為是否構成不當得利、被告行為是否侵害原告肖像權，及相關效果為何。惟觀察判決內容，似僅處理侵權行為之部分，其見解如下：

1. 被告行為構成肖像權侵害

法院認為被告行為侵害原告肖像權。法院指出，所謂肖像人格法益之侵害行為，係指未經同意擅自作成或公開肖像而侵害個人對其肖像是否公開之自主權利而言。被告未經同意，擅自使用原告肖像，應構成對原告肖像權的侵害，又其侵害期間為103年6月起至104年7月止。法院考量被告侵害原告肖像權供個人營利使用，情節重大，顯不具正當性，肯認行為之不法性。

2. 原告得請求非財產上損害賠償

就非財產上損害賠償，而在慰撫金酌定上，法院審酌兩造身份地位、經濟狀況、原告肖像之商業價值⁴¹⁶、被告侵害原告肖像權程度，致原告受有精神上之痛苦等一切情狀，認原告就其肖像權受損害得請求之慰撫金，以150萬元為適當。

3. 原告不得請求財產上損害賠償

原告主張以財產上利益返還為主，非財產上損害賠償為輔，惟法院針對前者

⁴¹⁵ 該條應非適當依據，在此僅為完整呈現原告主張而保留。

⁴¹⁶ 法院指出，原告係兩岸三地之演藝人員，分別為大陸地區河南瑞貝卡髮製品股份有限公司、山景科創網絡技術（北京）有限公司擔任廣告形象代言活動，堪認原告之肖像權具有相當之商業價值。

並未進行任何論述，而是直接判斷原告是否得請求非財產上損害賠償並得出肯定結論。因此，可推論法院應係認為原告不得主張財產上損害賠償。



（三）簡析

本案中之形象利用對原告造成財產上兼非財產上之影響，其中又以財產上損害為重，惟本案法院對於原告主張肖像權侵害所造成的財產上損害似乎加以忽視，並未對原告該主張何以無理由進行論述，而是逕僅酌定非財產上損害賠償。由此可見，本案法官若非單純漏未審判，則可能是不認同個人人格特徵有商業使用上之利益可言，又或是認為人格權並不保護經濟利益，故原告不得依此請求財產上損害賠償。如為如此，則該法官之見解應是受到傳統民法上人格權之定位影響。

實際上，從原告主張的論述方式中，亦可看出法院過往採取見解所產生的影響。原告雖有意以主張財產上損害賠償為主，惟考量法院可能直接否定人格權侵害得主張財產上損害賠償，故最終仍保守論述，即若藝人之肖像權僅屬非財產上利益，則原先欲以財產上損害賠償名義主張之金額，改以非財產上損害賠償之名義主張。原告應並非無法將損害歸類，僅為勝訴以獲得適切保障，始採取此種主張方式，其違和之處不言而喻。又自法院於本案之結論觀察，原告以非財產上損害名義請求，由法院進行酌定之慰撫金數額，殊難想像能接近財產上損害賠償數額，故原告欲透過此種主張方式獲得完整保護，應相當困難。

七、柯佳嬿同款案⁴¹⁷

（一）本案事實

本案原告柯佳嬿係知名演員，從事演藝工作超過十年，演出多部電影、戲劇、音樂錄影帶，並曾獲頒第 51 屆金鐘獎戲劇節目最佳女主角獎，入圍第 21 屆亞洲電視大獎最佳戲劇女主角獎；入圍第 22 屆亞洲電視大獎最佳戲劇女主角獎；獲頒第 55 屆金鐘獎戲劇節目最佳女主角獎。被告非常網路公司刊載原告之

⁴¹⁷ 臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 1585 號民事判決（後撤回上訴）。

肖像，作為商品之廣告，並於商品之名稱中標示所販賣商品之衣物、耳環、外套等物件為「想見你柯佳嬿黃雨萱同款」。

原告主張被告行為足使社會大眾誤認該等商品係由原告所代言、推薦，不僅侵害原告之肖像權，情節重大，且因假借原告之形象與名氣，提升自己商品之銷量，受有不當得利。爰依民法第 18 條規定，請求被告移除原告之肖像，並依民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項前段，請求被告公司及其董事長連帶賠償慰撫金 100 萬元及利息，另依民法第 184 條第 1 項前段、公司法第 23 條第 2 項或第 179 條規定，請求擇一為原告勝訴之判決，命被告連帶賠償原告自 109 年 2 月 18 日起至同年 4 月 21 日共 2 個月份之財產上損害或不當得利 50 萬元。

被告抗辯，刊載原告於〈想見你〉之劇照，表示所販售之商品與原告在〈想見你〉劇中之穿著相同，並非原告個人拍攝之畫面，客觀上亦無表示原告代言、推薦之意思。又非常網路公司對原告亦無任何醜化之舉。另其刊載原告肖像之時間不長，期間相關產品之銷售額僅 1,996 元，價值低微。

（二）本案爭點及法院見解

1. 被告行為構成肖像權侵害

法院認為被告行為構成侵權行為。

法院指出人格權侵害責任之成立以不法為要件，而不法性之認定，採利益衡量原則。又其參照最高法院 104 年度台上字第 1407 號民事判決意旨指出，雖然傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的「精神利益」為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承，然隨社會變動、科技進步、傳播事業發達、企業競爭激烈，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其「經濟利益」，而具財產權之性質，應受保障。是以，未經公眾人物之同意，擅自使用其肖像作為廣告，已足使社會大眾或消費者誤認該公眾人物與產品或活動有所關聯者，實係藉此利用該公眾人物之

形象、名聲，以謀取自己之利益，應認已侵害該公眾人物之肖像權，情節重大，被害之公眾人物得請求加害人賠償慰撫金及財產上損害。

而本件中，原告係知名演員，被告公司刊載原告肖像作為商品之廣告，並於商品之名稱中標示所販賣商品之衣物、耳環、外套等物件為「想見你柯佳嬿黃雨萱同款」，藉此利用原告之形象、知名度，促進商品之銷售，以謀取自身利益，確係不法侵害原告之肖像權，且情節重大。雖被告公司並未就原告之肖像為任何竄改、合成，或加註醜化、攻訐之言詞，惟此尚無解於其擅自使用原告肖像之違法性，原告得請求損害賠償。

2.原告得請求非財產上損害賠償

就非財產上損害部分，法院斟酌原告之身分、地位、被告公司之資本額、其故意擅自使用原告肖像之事實，使用張數、時間、刊載之版面、其使用目的僅為營利，別無其他公益之考量，但其使用原告之肖像時並未為醜化、攻訐，最終認原告本件所得請求之慰撫金以 20 萬元為適當。

3.原告得請求財產上損害賠償

就財產上損害部分，法院指出原告為知名藝人，形象良好，於國內、乃至華人世界均有相當之知名度，其肖像自有相當之經濟價值。惟因被告係擷取原告於〈想見你〉之劇照作為廣告之用，與一般代言活動之型態不同，尚難逕行認定原告之損害金額，爰審酌週邊一切情事，以認定原告之損害金額。

法院參酌原告所提出之與其他廠商間之代言契約，雖原告所從事之代言活動之態樣不僅止於拍攝照片，尚包含其他類型活動，且與廠商約定報酬額時，常係以一年或多年為期間，與本件被告使用原告肖像之態樣雖非全然相同，其中報酬額之部分仍得作為參考。又原告遭受被告侵害之時，仍無妨另外承接其他代言工作，自不應以原告同時承接之各廠商費用總額計算，而應個別觀察單一廠商之代言費用。最終，法院參酌原告所提各項代言契約之代言期間、代言或授權內容、原告所須配合之工作量繁簡、以及授權刊載之照片、影片數量，與本件前述於粉

絲專頁刊載之原告肖像 7 張、於購物網站中刊載原告肖像 20 張之情形相對比，並審酌原告上述之工作經歷、於演藝圈之地位，認定本件肖像權侵害致原告所受財產上損害為 30 萬元。

就被告提出銷售額不高之抗辯，法院指出侵權行為之債係以填補被害人之損害為目的，不當得利則係為去除得利人不當取得之利益，兩者規範目的不同。是以在侵權行為之債，尚不得以加害人未因侵權行為而獲得利益為由，解免其損害賠償責任。因此，無由因此為有利於被告之認定。

（三）簡析

本案事實之特別之處在於被告使用原告形象之方式。不同於典型形象利用案件所出現的較為直接的代言效果，本案被告係以「與原告同款」的方式來吸引消費者購買商品，一般而言，消費者並不必然會認為被告產品為原告所代言。本件被告以此為抗辯，惟該種不同對於原告的肖像權侵害主張有何影響？

於比較法上，該種抗辯於假冒侵權訴訟中或具有意義，蓋失實陳述須導致混淆誤認，以澳洲法院見解來看，該混淆誤認包括誤以為原告有為被告代言之情形。不過，在美國公開權訴訟中，卻不見得能發揮作用，蓋公開權侵害之認定重點在於「能否辨認出原告」，並未另以大眾是否可能認為原告有代言為要件。

又觀我國姓名權、肖像權侵害之構成，同樣並無該種限制或要件，故理論上該等抗辯應不影響侵權行為之構成，僅有可能影響依民法第 195 請求條非財產上損害賠償之前提，即「人格法益侵害情節重大」。而自本判決觀之，法院並未以大眾可能認為原告為被告代言為標準，而採取較為寬鬆的「已足使社會大眾或消費者誤認該公眾人物與產品或活動有所關聯」作為情節重大之認定標準。

又法院並未因此忽略代言關聯性與一般關聯性之程度差別，而是於計算原告財產上損害時納入考量，使原告最終請求損害賠償金額得反映出被告行為之嚴重程度及原告所受損害多寡。

此外，本案判決雖有提及「原告遭受被告侵害之時，仍無妨另外承接其他代

言工作」，但並未如其他判決以此為由認定原告無財產上損害，實為正確。

本文認為本判決整體論述清晰正確，實值參考。



八、婚紗照案⁴¹⁸

(一) 本案事實

原告許小芸與被告簽訂「念像攝影委任合約書」(下稱系爭合約)，委託被告為原告二人進行婚紗攝影，服務費用為 70,000 元，原告已支付。系爭合約第 9 條約定：「甲方(即原告)同意乙方(即被告)拍攝之成品進行數位化、重製等加值流程後收錄成品之所有使用權」。該合約後經雙方調解同意終止，被告同意退款 45,000 元予原告。後被告將其先前為原告拍攝之照片公開張貼於其所架設之第三人稱攝影工作室網站。

原告主張被告將含有其肖像之照片作為宣傳廣告、行銷等商業活動營利目的使用，侵害其肖像權而情節重大，爰依民法第 18 條、第 184 條第 1 項前段及 195 條第 1 項請求被告賠償原告許小芸 62,500 元(支出費用 25,000 元、非財產上損害 37,500 元)、原告黃信捷 37,500 元(非財產上損害)。

(二) 本案爭點及法院見解

1. 被告行為構成肖像權侵害

首先，法院認定系爭契約終止後，被告已無權使用系爭照片。而系爭照片所示原告之肖像，被告係公開張貼於其所架設之第三人稱攝影工作室網站上，作為宣傳廣告、行銷等商業活動營利目的使用，則就被告之使用情節以觀，應認已侵害原告之肖像權且情節重大，原告得請求被告賠償損害。

2. 原告得請求非財產上損害賠償

又損害賠償中，就非財產上損害部分，法院考量原告二人之身分、收入、經濟狀況⁴¹⁹及被告使用方式、使用期間，認本件原告之請求各以 1 萬元為適當。

⁴¹⁸ 臺灣臺中地方法院 110 年度小字第 7 號民事判決(臺灣臺中地方法院 111 年度小上字第 26 號民事裁定維持)。

⁴¹⁹ 經查本件原告許小芸為大學畢業，自己開設工作室，月收入約 3 萬元，名下無不動產；原告黃

3.原告肖像不具經濟利益，不得請求財產上損害賠償

就財產上損害賠償之部分，法院認為原告主張人格權之經濟利益部分（美國法稱為「公開權」，Right of Publicity），一般係指利用知名人士之姓名、肖像、動作、聲音等人格特徵於商業活動，而產生一定之經濟利益而言。本件原告許小芸陳稱其有 2000 多位粉絲而有一定曝光等語，然依其所述尚難認其肖像已具有足夠之人格特徵而得於商業活動上產生一定之經濟利益，是其請求財產上之損害，尚屬無據。關於 25,000 元損害，係屬系爭契約價金 70,000 元之部分，因雙方並同意不得再就系爭消費糾紛有其他爭執或提起訴訟，原告許小芸自不得再就該部分有所主張。

（三）簡析

本案中較為特別的點為，從判決所見之原告主張中，並未明確提及公開權，甚至並未針對肖像權侵害主張財產權，但法院卻自行提出公開權之考量，綜合前面所述案件法院見解，可見實務對於公開權並非全無了解或完全排除該權利存在之可能性。甚而，在適當的案件中，公開權會成為法院考量點之一。

不過本案法院認為，公開權保護範圍僅限於知名人士之人格特徵使用價值，而本案原告並非知名人士，故其肖像上並無經濟利益可言，因而認為原告不得就肖像權之侵害主張財產上損害。惟公開權於美國實務上雖用以保護知名人士較為普遍，但仍不排除對非知名人士人格特徵之保護。故本案法院以此為由認為原告不得請求肖像權侵害所造成之財產上損害，或稍嫌不妥。

不過，整體而言，法院至少在本案中並未排除個人人格權中有一經濟利益部分之可能性，並認知到其可對應至美國公開權，僅其理解上之範圍相對較為限縮。雖非直言我國得引入美國公開權，但至少就原告得否主張人格權中經濟利益部分之判斷上，以美國公開權作為參考對象。

信捷為大學畢業，在氣體工廠工作，月收入約 35,000 元，名下無不動產。被告係大學肄業，目前在剛在國泰人壽公司工作，尚無收入，名下無不動產，業經兩造陳述明確，並有稅務電子開門所得調件明細表在卷可憑。



貳、不當得利

一、光泉廣告案⁴²⁰二審

(一) 本案事實

本案原被告雙方間存有契約關係，被告於契約約定期間屆至後仍繼續使用原告形象（詳細案件事實請參前「壹、侵權行為；三、光泉廣告案一審」）。原告除主張其肖像權受侵害外，尚於第二審追加民法第 179 條規定為請求權基礎。

(二) 法院見解：被告受有相當於原應支出費用之不當得利

本案一審法院認為被告違反契約附隨義務而侵害原告肖像權，故有針對原告侵權主張進行審理，惟二審法院認為被告並無違反附隨義務，且原告肖像遭到使用乃因通路商誤用舊圖檔，不可歸責於被告，故被告亦無侵害原告肖像權之故意或過失，最終以不當得利為判決基礎。

法院認為，家福公司、大潤發公司之行為，使消費者信賴原告仍為系爭產品之代言人，致被告受有減免相當於委由原告以系爭舊圖檔代言系爭產品原應支出之費用之利益，此利益本應歸屬於原告，被告並無保有該利益之法律上原因，是原告主張被告應返還此一不當得利，尚非無據。又原告受有不當得利之期間，應以廣告目錄使用舊圖檔之期間為準，共計 426 天。復參考原被告間契約中相關宣傳方式之報酬⁴²¹，計算出被告不當得利金額應為 23,667 元。

雖二審法院判決經最高法院⁴²²廢棄發回，不過更審法院⁴²³之見解仍與二審法院相同。後上訴經最高法院認定為不合法。

⁴²⁰ 臺灣臺北地方法院 98 年度訴字第 595 號民事判決

⁴²¹ 原告雖有提出與其他公司簽訂之報酬較高之契約，但因內容差異甚大，法院並未採納。

⁴²² 本件經上訴至最高法院（最高法院 100 年度台上字第 1017 號民事判決）。最高法院認為通路商誤用舊圖檔印製促銷廣告目錄，被告於事後拿到該廣告目錄，理應不會僅注意售價有無打錯，而不顧及影響消費者按圖購物之廣告上所印系爭產品外觀與實際展售之產品外觀是否不符，並任由通路商於長達三年多期間，數十次之促銷廣告目錄均使用舊圖檔，未要求更正，亦與常理有違。

簡言之，最高法院認為不應單以被告有變更產品外包裝，並將新包裝圖檔給通路商，認定被告無於契約期滿後仍繼續使用原告之肖像於系爭產品。

⁴²³ 臺灣高等法院 100 年度上更(一)字第 51 號民事判決。



（三）簡析

本案一審法院雖認為侵權行為成立，但是並不認為原告受有財產上損害，而依照二審見解，被告並無故意或過失，侵權行為不成立，故無法得知若法院認為侵權行為成立，是否會允許原告請求財產上損害賠償。從二審法院判決來看，並無過多對於肖像經濟價值之描述，法院得到被告受有不當得利之結論，論述上亦相對簡單。本文認為，或許此有受到原被告間本有一相關契約約定之事實影響。換言之，對於被告來說，使用原告肖像確實為一種利益，因此才與原告訂定廣告演出契約；故若被告於契約約定期間外繼續使用原告肖像，則欲推論出被告受有利益以及數額為何，相對較為容易。而實際上，二審法院確實認為被告受有利益為「原應支出之費用」。

二、推薦信案⁴²⁴

（一）本案事實

原告江晃榮與被告公司於民國 95 年 10 月 13 日簽署長期顧問約聘合約書（下稱系爭合約）為期一年，原告於其間替被告公司販售之酵素產品撰寫推薦信函（下稱系爭信函）。被告於系爭合約期滿後之 94 年 6 月間在被告公司官網上放置「江晃榮教授真心的建議」訊息；及在 104 年 4 月間，在中國大陸上海市國金中心商場之被告公司櫃檯前，放置有原告肖像照片之系爭信函。

原告主張被告使用有原告肖像之系爭信函，侵害原告之著作權。爰依違反著作權法之損害賠償及不當得利之法律關係，請求被告賠償。不過，本案法院依民事訴訟法第 199 條之 1 對原告諭知另以「不當得利」請求權作為請求基礎。

（二）本案爭點及法院見解

1. 似美國公開權之侵害，得以不當得利制度調整

法院指出，雖然壽多邦公司以公開展示之方式，使用系爭信函，對原告並不構成著作權之侵害，但將原告之肖像、親筆信函進行商業化使用，這在美國比較

⁴²⁴ 智慧財產法院 105 年度民著訴字第 38 號民事判決

法上即是對所謂「個人身分商用權（right to publicity）」之侵害。法院並參考美國 2016 年《第三次不公平競爭法整編》第 46 條，指出個人身分商用權係指個人享有以其個人身分進行商用廣告之權利，包括：決定是否及如何以其個人身分進行商用廣告，以及享有以其個人身分進行商用廣告時所帶來之經濟利益。而所謂以個人身分進行商用廣告，則包括：以個人姓名、聲音、外表、形象（含有形及無形）、簽名、資歷、經驗等進行商用廣告，此在美國各州判例法及制定法受到廣泛之承認。

又法院表示，對於個人身分商用權之侵害，如果著重於個人身分部分，法律性質即類似於人格權之侵害；如果著重於商用廣告部分，法律性質即類似於對財產權之侵害。兩者對應至我國現行民事法律體系，則分別可以人格權或財產權之侵權行為加以詮釋或理解。以本案而言，由於原告不同意被告使用其個人身分廣告行銷，並非因為單純無意願，而是因為未獲得相當之對價，此由兩造間先前曾簽署之合約書中自明（合約中定明原告有對外推廣壽多邦產品之契約義務；至於合約之效力為何，不影響原告確有行使其個人身分商用權之意之認定），是應以財產權之侵害加以定性理解，較符合本件個案之情形。又由於以財產權侵害定性理解個人身分商用權之侵害，就如同未經他人同意，就使用他人的財產對自己為有利之使用，此時行為人使用他人財產所獲得之利益，在經濟利益歸屬上，即當屬該他人所有，卻為行為人所受益，亦可透過不當得利之制度加以調整返還。在學理上，此即稱為非給付型之不當得利⁴²⁵。

法院認為被告公司未經原告同意，使用系爭信函，以促銷其產品，應認為構成不當得利，即應依民法第 179 條負有返還其利益之責任。

⁴²⁵ 王澤鑑於其所著「債法原理(二)--不當得利」乙書，即明白指出：「... 不排除若干人格法益具有財產性質（人格財產或經濟法益），得為市場交易的客體，予以商業化... 權利人對此等得為交易客體人格財產法益，具有專屬排他的權利，侵害之者，乃取得應歸屬於他人權益內容的利益，欠缺法律上原因，應成立不當得利」等語（見該書 2006 年 10 月修正版再刷，第 204 頁），可認採取同樣見解。



2.以顧問費為基礎計算數額，並考量逆選擇

以個人身分進行商用廣告，依其利益性質，應屬不能返還（無從返還至系爭信函未公開展示之狀態），故依民法第 181 條規定，應返還其價額。

就返還數額，法院參考兩造曾簽署之長期顧問約聘合約書，約定之合作期間為一年，顧問費用為 5 萬元，並認為無衍生由原告參與活動應給予之特訓月活動或差旅津貼之問題，故應以一年 5 萬元之顧問費作為本案不當得利事實之利益價額基礎。另一方面，法院指出，仍須考量這樣的價額核估同時也有侵權行為損害賠償之性質，故不應機械性地比例切割相對於一年 5 萬元之一次公開展示系爭信函之價額，以避免發生「寧可侵權，也不要事先商議取得授權」之逆選擇。最終法院認為本案之不當得利價額應以 35,000 元加以核估為適當。

（三）簡析

本件中法院對原告之諭知為影響本案判決結果的關鍵。法院不僅對於本案情況有正確認知，亦對美國公開權有一定了解，同時展現出對公開權之高接受度。雖有部分說明並非完全正確，如「對於個人身分商用權之侵害，如果著重於個人身分部分，法律性質即類似於人格權之侵害；如果著重於商用廣告部分，法律性質即類似於對財產權之侵害」；實際上美國公開權以多數見解而言，應係強調後段部分所指涉內涵，其本身即屬財產權性質，與人格利益相關的保護，應主要以隱私權為基礎。不過，法院提出人格特徵商業利用對個人之侵害，如對應至我國現行民事法律體系，則分別可以人格權或財產權之侵權行為加以詮釋或理解，確實接近美國對於人格、個人身分之整體保護制度之架構。而法院提出應以財產權之侵害加以定性理解，亦為對本案情形之正確評價。

依照法院見解，本件對個人身分商用權之侵害，屬於對原告之財產權侵害。較為可惜的是，法院在本案中主要以不當得利為其諭知原告之請求權基礎，或許因種種考量，如認為不應貿然承認公開權屬於民法第 184 條第 1 項前段所保護之「權利」，或是被告在本案中是否有故意或過失等問題仍有待商榷，而未直接以

侵權行為作為諭知之請求權基礎。不過，法院仍在判決字裡行間呈現出其對本案主要涉及問題之理解，並強調本案的不當得利也有侵權行為損害賠償之性質（財產權侵害），甚因而認為民法第 28 條關於法人代表人與法人之侵權連帶責任於此亦應有適用。

本案法院於判決中援引美國公開權，其見解在實務上無疑具有重大突破性，僅其雖認為原告財產權受侵害，卻諭知原告請求返還不當得利，而於計算金額時，又考量侵權行為始考量之「嚇阻不法」目的。雖然法院之有正當考量，整體論理上卻略微違和，蓋其似乎捨棄民法第 184 條第 1 項前段不用，卻又依照侵權行為之精神為判斷。由此可見，在無法明確肯認公開權屬於民法第 184 條第 1 項前段保護之權利的情況下，法院即使可能為原告提供保護，且甚至願意進一步思考防免未來相似情形發生之必要，但在論理上卻容易遇到阻礙。

三、菲姐鍋具案⁴²⁶

（一）本案事實

當事人兩造簽訂系爭契約，約定原告同意於合約有效期限內，授權被告使用其肖像權並代言其產品及配合被告業務推廣，授權期間自 97 年元月 1 日至 101 年 12 月 31 日止共 5 年，區域範圍為臺灣、中國大陸及香港。上開合約有效期間內，原告同意被告得使用其肖像權行銷產品，原告並應全力配合被告業務之需要為其產品代言及業務行銷推廣，其範圍包含平面、電子媒體及廣告影片之拍攝，惟廣告影片之拍攝每年以乙支為限，超出時，被告同意每支再給付原告 50 萬元；被告則同意依約定給付原告酬金⁴²⁷。又被告於契約約定期間外，於 102 年 7 月 25 日蘋果日報刊登「歡慶第 200—直營店進駐烏魯木齊美美百貨」、「永遠的

⁴²⁶ 臺灣臺北地方法院 106 年度重訴字第 812 號民事判決、臺灣高等法院 107 年度上字第 680 號民事判決、最高法院 108 年度台上字第 1109 號民事裁定（上訴不合法）。

⁴²⁷ (1)第 1、2 年 1,000 萬元，由甲方於簽約時按季 1 次以票據全部給付乙方，並給乙方簽收無誤。(2)第 3 年依第 2 年之酬金加付百分之 10。(3)第 4 年依第 3 年之酬金加付百分之 10。(4)第 5 年依第 4 年之酬金加付百分之 10。上開酬金(2)(3)(4)之給付方式為甲方應於每年元月 10 日前按季 1 次以票據給付全年之酬金，惟若甲方各該期之營業收益優於前年度，甲方同意該年度之酬金分 2 期 1 次以票據給付（每半年為乙期），1 期不履行視為全部到期。

NO.1—菲姐義大利生活館」之標題，將原告照片排放於標題下方位置，並刊登該品牌鍋具照片、被告商品其他廣告人士照片。另於 102 年 1 月 24 日自由時報刊登菲姐義大利生活館廣告，將原告肖像排放於廣告右方位置。



原告主張，被告於系爭契約期限屆滿後之 102 年 1 月 1 日至同年 12 月 31 日間，繼續使用原告之照片以行銷被告所銷售之「菲姐義大利生活館」鍋具，而應返還不當得利或負侵權行為賠償責任，爰請求被告給付 1,000 萬元，並依不當得利或侵權行為法律關係擇一主張：

就不當得利之部分，被告無法律上之原因擅自使用原告肖像行銷鍋具產品，而於系爭契約授權期間，被告均依約每年給付原告 1,000 萬元（第 3 年後每 1,000 萬元，故原告請求被告返還 1,000 萬元之不當得利。

就侵權行為之部分，被告未經原告同意即使用原告肖像為其行銷之用，核屬侵害原告肖像權，且被告逾越系爭契約授權期間使用原告肖像之個人資料作為其行銷之用，已違反個人資料保護法第 20 條規定，是被告所為構成侵權行為，自應就原告所受非財產上之損害負賠償之責。

（二）本案爭點及法院見解

因原告主張依不當得利或依侵權行為法律關係擇一請求被告返還不當得利或負損害賠償責任，而法院認依不當得利法律關係請求之部分，已屬有據，從而原告主張以侵權行為法律關係為請求部分即無庸審酌。

1. 被告受有不當得利

一審法院認定，倘兩造間無另有約定，則被告於系爭契約授權期間屆至後，繼續使用原告肖像，應屬無合法權源使用原告肖像。又被告抗辯已就 102 年間使用原告照片支付對價一事，並無足夠證據。被告於系爭契約期限屆滿後，未經原告同意，繼續使用原告肖像以行銷產品，即屬無法律上原因使用原告之肖像，被告自受有利益，而原告因此受有損害，原告主張不當得利請求權，洵屬有據。

二審法院採取相同見解。

2.依民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定不當得利數額

關於金額，一審法院認為系爭契約約定授權 5 年期間，核與本件被告於 102 年間使用原告肖像權行銷產品之時間緊接相近，可為本件參考依據。又法院衡諸原告於本件所提出被告使用原告肖像之情形，並不涉及廣告影片與業務行銷推廣情節，而涉及產品代言及媒體廣告之範圍情形、前開被告所認合理使用原告肖像之代價及兩造主張等一切情事，依民事訴訟法第 222 條第 2 項之規定，認定本件 500 萬元為原告主張不當得利之返還金額為適當。

二審法院認為，原告既無法證明被告於 102 年度除系爭廣告外仍有使用其肖像，則關於被告使用其肖像所受利益，僅為被告於系爭廣告使用原告肖像通常應支付之對價即合理授權金，尚難認應以全年概括授權之授權金額定之，不過應得被告使用原告肖像之實際情狀，參考系爭契約之約定予以定之。

對於原告主張被告 94 年至 103 年之營業額甚高，使用其肖像之對價應為 500 萬元的部分，法院認為營業額係經其經營團隊擬定行銷策略、決定產品及公司經營方向，更受專櫃設計、員工訓練及臨場銷售技巧等各種具體因素影響，非可認僅與使用被上訴人肖像直接相關，且尚須扣除成本、費用、稅捐始為實際利潤，自未能僅以上訴人營業額計算其使用被上訴人肖像 2 日之不當得利金額。

從而，法院綜酌系爭契約關於酬金、授權項目、範圍之約定、被告於授權期間使用被上訴人肖像之頻率及方式，及系爭廣告使用原告肖像之程度非小，暨估算該使用程度如置於系爭契約之授權項目，其比例亦非極低，原告肖像與系爭鍋具產品有深刻聯結，及被告營業額等一切情狀，類推適用民事訴訟法第 222 條第 2 項規定，認被告於系爭廣告使用原告肖像通常須支付之對價即合理授權金，亦即所受利益即不當得利應為 150 萬元。原告雖主張本件合理授權金應為 500 萬元云云，惟法院認為系爭契約授權期間，肖像使用之範圍及於型錄、專櫃、提袋，及特賣會、周年慶時之報紙廣告，且尚及於大陸及香港地區，故尚難認上訴人於 102 年 1 月 24 日、102 年 7 月 25 日 2 次使用被上訴人肖像之合理授權金高達 500

萬元；至原告另主張被告曾承認每月給付 30 萬元作為使用肖像之授權費，故 102 年授權費至少應為 360 萬元云云，惟上訴人於 102 年間既僅使用系爭肖像 2 次（2 日）刊載於系爭廣告，自亦未能以全年授權費 360 萬元計算其不當得利。

（三）簡析

本案原告之主張方式為依「不當得利之返還」或「侵權行為非財產上損害賠償」進行請求，惟侵權行為本可請求財產上損害賠償及非財產上損害賠償，因此原告何以並未以此主張，而選擇以不當得利為依據，有待商榷。本文初步認為，或許與當時實務見解或是傳統學說有關，或是原告本來就認為侵害肖像權僅得請求非財產上損害賠償，但無論原因為何，單從原告的主張依據就可看出不協調性，侵權行為因某些原因而不適於主張金錢上損害賠償。

因本案之判決係以不當得利為原告之請求權基礎，故原告是否得主張被告使用其肖像之行為侵害其肖像權並造成財產上損害，即肖像權所保護者是否及於肖像上的經濟利益，並非本案之爭點，法院也因此並未明確提出相關見解。不過，至少雙方當事人均認可肖像上之商業價值；而從法院肯認原告得依不當得利請求返還利益該點來看，亦係未排除該種可能性。而本文以為，此與本案原被告之間本即有授權契約關係、被告曾有依該契約支付使用原告肖像之對價應有關聯；至少相對於原被告間無契約關係之情況，如本案原告被間本有契約之情況中，欲解釋被告使用原告肖像受有利益是相對容易的。

本件之另一重點在於不當得利數額之計算上。因法院係依民事訴訟法第 222 條第 2 項之規定酌定損害賠償金額，因此數額係如何計算出來相對較不明確。不過，可確定者為，法院有將原被告間過去契約約定之報酬數額納入參考，並依被告使用方式去推估其理應支付之報酬數額。

又法院之所以須依民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定損害賠償額，乃因被告之所得利益，即「因使用原告肖像而獲有免為支付通常須給付之對價」、授權金數額，無法經由原告所提證據資料證明。不過本文認為，既原被告間已有契約，法

院實際上亦係參考該契約去計算損害賠償數額，則是否有必要援引上述規定酌定，實有些微疑問。不過目前來說，對於判決結果並無過多影響。

又於損害賠償之酌定上，雖除一審法院考量之因素，二審法院另有考量原告肖像與系爭鍋具產品有深刻聯結，但仍認為一審酌定之損害賠償金額過高。原告雖提出關於被告使用原告肖像之實際證據，但二審法院並不認為得因此以全年授權金去計算被告所得利益，重新審酌後認為不當得利應以 150 萬為適當。從判決中可觀察到，二審法院著重於「被告僅使用 2 天、2 次」之事實，但就藝人或其他著名人士之代言，亦非使用越多次效果便越好，且代言契約或是授權使用形象之契約通常亦不會約定單次、單天。法院雖然並未直接以 2 日於一年之比例計算不當得利，惟仍應注意考量代言契約在使用時間上之特性，如此始能避免數額無法反映損害程度。

參、侵權行為非財產上損害賠償配合不當得利

部分案例中，原告之主張方式為依侵權行為請求非財產上損害賠償，但不依侵權行為請求財產上損害賠償，而是另以不當得利為請求權基礎。

一、許維恩照片案⁴²⁸

（一）本案事實

原告於民國 98 年間經由當時演藝事務經紀人即訴外人多利安股份有限公司（下稱多利安公司）代表，與被告簽定合作契約書（下稱系爭合作契約），由原告為被告拍攝 Artdeco 彩妝保養品網站平面廣告（下稱系爭廣告），雙方約定被告僅得於 98 年 7 月 1 日至 99 年 1 月 31 日期間在 PAYEASY 網站使用原告之平面照片，報酬為 26,250 元以及 5,000 元等值商品，合計為 31,250 元。

被告將原告之照片使用於 PCHOME 網站（99 年 7 月 12 日至 100 年 5 月 17 日），又在系爭合作契約使用期限屆滿後繼續使用原告之照片於 PAYEASY 網站

⁴²⁸ 臺灣臺北地方法院 100 年度訴字第 3611 號民事判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 66 號（和解）。

(全部使用期間為 98 年 7 月 29 日至 100 年 5 月 25 日)。

原告分別依侵權行為法律關係及不當得利法律關係請求被告賠償。

就侵權行為部分，原告請求非財產上損害賠償。肖像權人對其肖像具有是否公開的自主權利，因此被告未經原告同意，就其肖像作為營業廣告，即構成對肖像權之侵害。被告於系爭合作契約使用期限屆滿後，繼續使用原告之照片於 PAYEASY 網站之行為不僅損及原告所享有之經濟上利益，且將使原告無從掌握知悉照片之流向，致生原告形象受到醜化與打擊之可能，侵害原告肖像權行為情節重大⁴²⁹且主觀上具有故意⁴³⁰；又因原告於社會上具有相當知名度，消費者極可能受該等網站誤導，使其形象受損，造成原告精神上之痛苦，是原告爰依民法第 18 條、第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項之規定，請求被告賠償慰撫金 30 萬。

原告並依不當得利法律關係請求被告返還不當利益 216,434 元，即相當於原告本應支付予原告使用肖像權之使用費，包括 PCHOME 網站使用費 31,250 元，及使用期限屆滿後繼續使用於 PAYEASY 網站費用 185,184 元。

(二) 本案爭點及法院見解

1. 原告肖像權受到侵害，得請求非財產上損害賠償（原告僅主張非財產上損害賠償）

法院審酌證據認為被告於系爭合作契約使用期限屆滿後，仍繼續使用原告之照片於 PAYEASY 網站，且將使用原告照片之系爭廣告刊登於 PCHOME 網站，且被告雖辯稱曾與經紀公司達成口頭協議繼續使用原告肖像，但並未提出證據以實其說。故原告主張被告未經其同意使用其肖像，侵害其肖像權，應堪採信。

法院論述，所謂肖像權，係個人對其肖像是否公開之自主權利，即以自己肖

⁴²⁹ 被告多次自承其為專門代理國際知名品牌之公司，基於被告所具之專業性，當可輕易避免逾期使用原告照片於 PayEasy 網站、以及違約擅自使用原告照片於 PCHOME 網站之行為發生。職是，自得認定被告侵害原告肖像權情節洵屬重大。

⁴³⁰ 被告於 PayEasy 網站使用原告肖像之權利已於 99 年 1 月 31 日因系爭合作契約期滿而消滅，被告於斯時即無使用原告肖像之權利，卻又另侵害原告肖像權之行為，主觀上具有故意。



像之利益為內容之權利，屬重要之人格法益之一種。又肖像權與其他人格權不同，肖像之使用，若用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值，此於知名之影藝人員、運動員尤然。故未經他人同意，就其肖像為攝影、寫生、非以幽默為目的之漫畫陳列、複製，或以肖像作營業廣告，均構成對肖像權之侵害。肖像權因受他人故意或過失不法之侵害，且情節重大者，受侵害者，亦得依民法第 195 條第 1 項前段請求侵權行為人，賠償其非財產上之損害賠償。本件被告未經原告合法授權擅自使用被上訴人之肖像於其商業廣告文宣，已如前述，被告之上開行為，乃屬不法侵害原告對其肖像是否公開之自主權利，揆諸前揭規定，原告自得依民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項之規定，請求被告賠償非財產上之損害賠償。

就數額部分，法院斟酌原告為全國性知名演藝人員，經歷多年艱苦奮鬥，始立足演藝圈，並建立今日正面之公眾形象，依社會通念，其代言之產品必有助於產品之銷路，而邇來藝人因所代言之產品發生瑕疵或有廣告誇大不實情事而連帶遭指責，致其形象受到相當程度傷害之事件，亦時有所聞，足見藝人代言產品雖可獲得相當可觀之報酬，但若所代言之產品並無代言內容所稱之品質、功效，或有瑕疵而對消費者造成損害，其亦需為此付出相當之代價，又被告自承該公司專門代理國際知名品牌，為達產品宣傳效果，曾與不少平面模特兒簽訂合作契約，其中不乏知名模特兒如林志玲等情，則其自當恪守契約約定，不得未經授權擅自使用原告之肖像於商業用途，足見被告前揭所為核屬侵害原告之人格法益情節重大，又被告實收資本額為 800 萬元，原告後與老行家國際燕窩公司簽訂系爭代言合約，代言費用為 25 萬元等一切情況，認為被上訴人請求被告賠償慰撫金 30 萬元，尚嫌過高，應予核減為 20 萬元，方屬公允。

2.原告得請求返還相當於使用費用之不當得利

根據法院認定之事實，認為被告受有原應支付予原告使用肖像權費用之不當利益。又關於數額之計算，法院認為：

就 PCHOME 網站之部分，因 PCHOME 屬國內知名購物網站，且被告將使用原告照片之系爭廣告刊登於 PCHOME 網之期間為 99 年 7 月 12 日至 100 年 5 月 17 日，時間長達約 10 月，明顯高於系爭合作契約授權期間 6 月，則原告主張依系爭合作契約約定報酬 3 萬元（即酬金 25,000 元及等值商品 5,000 元）計算被告就該部份所得不當利益，應屬妥適。

就 PAYEASY 網站之部分，原告雖主張其於 99 年 4 月間與老行家國際燕窩公司簽定之系爭代言合約之費用相當於每月 13,889 元，是以被告於 99 年 5 月 21 日至 100 年 5 月 25 日期間，使用原告之照片於 PAYEASY 網站所受之不當利益應以每月 13,889 計算云云。惟查上述二合約約定之代言範圍、宣傳任務、使用媒介有諸多差異，法院認為自應以系爭合作契約約定報酬 3 萬元計算超出約定期間之不當得利較為合理，並得出此部分不當得利為 71,781 元。

被告之不當得利總計 101,781 元。

（三）簡析

本案法院論述中有提及肖像權之特殊性，其文字與先前案件相同，可見該種見解逐漸為實務所固定採取。不過本件因原告依侵權行為法律關係所主張者僅有非財產上損害賠償，而不及於財產上損害賠償，故無法觀察該種特殊性對肖像權侵害所生財產上損害賠償認定上之意義。

觀法院在本案所參酌之慰撫金酌定相關實務，為最高法院 51 年台上字第 223 號之法院見解，即「慰藉金之賠償須以人格權遭遇侵害，使精神上受有痛苦為必要，其核給之標準固與財產上損害之計算不同，然非不可斟酌雙方身分資力與加害程度，及其他各種情形核定相當之數額」。

本案法院在侵權行為相關構成要件及損害之認定上，如單以文字觀之，似乎是認為在「侵害人格法益情節重大」之構成要件上之考量包括：原告為知名演藝人員、原告成為知名藝人之付出、代言產品可能的代價、被告對於侵權之認知；而在慰撫金之酌定上則考量被告實收資本額及原告代言費用。不過因依照上述最



高法院見解，二者之考量基礎並非全無重疊之可能，因此法院是否在慰撫金之酌定上亦有考量構成要件上所考量之因素，並非完全明確。在此所欲點出的是法院於酌定慰撫金時考量代言費用之事實。蓋代言費用作為財產上損害賠償計算時之參考，並無問題，但何以酌定非財產上損害時須納入參考？係作為原告資力參考、加害程度參考，或是因其他考量而納入參考？是否重新採取早期法院見解，於非財產上損害賠償之酌定考量原告肖像之價值？欲探討法院之做法是否妥適，尚須確認上述問題之答案，惟判決對於慰撫金酌定部分之論述往往籠統，故欲達成此目的實有困難。

二、莊茜佳整形廣告案⁴³¹

本案與范冰冰整形廣告案同樣涉及整形廣告，惟使用方式稍有不同。

（一）本案事實

本案原告為演藝人員，被告於其位於基隆市之診所 2 樓外牆所懸掛之廣告招牌：「妮可美麗 Nico Beaute 整形外科診所」「整形、微整形、雷射除斑」等文字圖片側邊，未經同意使用含原告肖像之 SKG 女團香港專輯封面之照片，併於照片下方附加「你要的完美我們可以幫你實現！」「For Your Beautiful Life」等文字。

原告主張被告將其肖像強制商業化，作為固定性肖像代言廣告看板使用，係為達其營利目的，使原告肖像權受到重大侵害。系爭廣告招牌形式容易讓民眾認為原告是診所代言人，且易使民眾誤認原告接受過被告診所的整形手術，破壞原告的形象及聲譽，造成原告精神上感到憂慮痛苦。原告為藝人身分，故肖像權對於原告來說極為重要，是生活與事業中不可缺少亦不容忽視的一部分，綜上所述，原告爰請求被告賠償慰撫金 50 萬元。

另因肖像權可作為交易之客體，具有相當之商業利益，應認為未經同意而使

⁴³¹ 臺灣基隆地方法院 106 年度訴字第 112 號民事判決、臺灣高等法院 106 年度上字第 1055 號調解成立。

用他人肖像，構成不當得利，得以需支付之對價，計算其應返還之價額。原告參考既有代言契約約定酬勞，基於不當得利法律關係，請求被告應賠償其所受之不當得利 2,195,000 元。



（二）本案爭點及法院見解⁴³²

1.原告肖像權受到侵害，得請求非財產上損害賠償

法院認為被告實施製作招牌行為時，明知其招牌其上有他人肖像，依據常識，如無他人授權即當然構成侵犯他人肖像權，又被告未經同意即將含原告肖像之系爭 SKG 女團專輯照片使用於診所廣告招牌上，其行為應構成對原告肖像權的侵害，侵害原告肖像權期間應自 105 年 8 月至 106 年 2 月 8 日止，約 7 個月期間。

法院指出，肖像權所保障者係肖像權人自由決定公開之權利，是被告既未得原告同意擅自將原告肖像照片刊登於個人診所之廣告招牌上，自屬有損原告肖像權且情節重大。法院採納原告主張，認為系爭廣告招牌確有損害原告形象之虞，而致原告受有精神上之痛苦，是原告請求被告賠償其非財產損害之慰撫金，為有理由，不過數額以 10 萬元為適當。又法院認為登報道歉與原告肖像權之保護相左，故認為原告僅得請求被告於診所網頁上刊登道歉啟事。

2.原告得請求返還相當於授權報酬之不當得利

法院認為本件原告為兩岸三地之演藝人員，其曾為佛山艾絲凱奇電氣有限公司擔任廣告電氣代言，有原告提出廣告代言人合同書、補充協議等件為證，堪認原告之肖像權具有相當之商業價值；而被告未經原告同意侵害將其肖像用於其招攬生意之廣告招牌上，自應認侵害歸屬原告之肖像財產上權利；復按肖像權為人格權利之一，其性質核屬不能返還者，則原告依不當得利法律關係請求被告返還其所應支付相當對價，於法並無不合。

⁴³² 臺灣基隆地方法院 106 年度訴字第 112 號民事判決、臺灣高等法院 106 年度上字第 1055 號調解成立。



法院參酌原告所提其與第三人間之代言內容及報酬作為判斷本件被告使用原告肖像權所獲取利益，並考量使用期間，認為原告得請求返還之個人肖像授權報酬為 20 萬元。

整體而言，無論是財產上損害還是非財產上損害，法院得出之數額均與原告請求數額有顯著差異。

（三）簡析

本案原告兼有請求財產上損害賠償及非財產上損害賠償，而本案事實有一較為特別的關鍵，即該形象使用與整形相關，且會使大眾認為原告可能進行過整形手術，對其形象可能造成重大影響。在前述范冰冰整形案中，雖原告肖像同樣使用於整形手術之廣告上，惟較無指涉原告有進行整型手術之表徵，而更偏向僅將原告肖像作為理想臉型之範例，此乃與本案不同之處。因而，本案事實更能體現出肖像權侵害的複雜性；從本案事實出發，更能理解肖像權受侵害者欲兼主張財產上及非財產上損害賠償時所面臨的困境：二者若同時出現，似乎有不協調之處。

詳言之，因應商業、科技、社會上發展，法院正視人格特徵使用上之經濟利益並承認之，不過該經濟利益與人格權之關係為何，未於上述過程中受到建構，在整體架構考量不完全之情況下，部分個案中的主張便可能呈現出未解之問題，也就是個人是否確得同時主張姓名權、肖像權受侵害而併請求財產上及非財產上損害賠償？此種請求是否因情況不同而有限制？

目前因法院在論述上之架構通常為：就非財產上損害部分沿用傳統見解，就財產上損害賠償則或肯認人格特徵有經濟價值而得請求。蓋二者之關係，似乎是一權利的兩個面向，其請求並不相互衝突。

惟依本文觀察結果，在如本案之情況，亦即原告在被告尚未使用其形象時，原告理論上不會願意為被告代言或同意其使用自己姓名或肖像之情況下，肖像權之二種損害之關係較為特殊。詳言之，若原告認為被告使用其姓名或肖像會使其

形象受損而受到精神痛苦，有非財產上損害，則原告再去請求授權本應獲得之財產上損害賠償，似乎顯得相互矛盾，蓋其理當不會進行該種損害其形象之授權。

本件的結論剛好繞開上述困境，以侵權行為處理非財產上損害，以不當得利處理財產上損害，然此究為法院考量上述問題後所選擇的處理方式，亦或是基於原告主張方式之判斷，難以確認；又原告是因何種理由進行此種主張、是否也考量到上述問題，亦無從得知。不過，可確定的是，本案判決所採取的處理方式，確實可以處理人格權非財產上及財產上損害賠償在請求上可能碰到的問題，僅該種方式是否恰當，仍有待商榷。侵權行為與不當得利之主張雖不相互排斥，惟仍非同一請求權基礎，而有不同特性及效果；又若僅以不當得利作為保護基礎，則法院承認人格特徵之經濟價值，甚或承認該種經濟價值得以繼承之實益，亦可能受到折扣。

本文認為，原告在本件中之主張之所以有不協調之處，乃因其過於強調形象受損所造成之精神痛苦。若觀我國對於肖像權侵害之理解，實際上係著重於「個人對自己肖像之控制」，而理論上應完全獨立於名譽權，在判斷上不應考量名譽是否受到影響。故若原告於本件主張其非財產上損害係源自於自己肖像脫離控制，則再去主張財產上損害賠償，應不會產生上述問題。

若法院亦認知到此點，或許也可不必另以不當得利處理原告之財產上損害賠償請求問題。財產上及非財產上損害均以侵權行為為基礎，對原告之保護亦將更有體系、更完整。

肆、債務不履行

實務上部分案例單純以契約約定方式處理，如臺灣臺北地方法院 103 年度重訴字第 1156 號民事判決（林依晨案），惟該種案件中，法院對於人格特徵商業上利用之特性並無過多論述，對實務見解分析之幫助相對較小，故在此不論。

又一般被告超出契約約定期間使用原告形象之個案中，通常以不當得利處理雙方法律關係，與債務不履行較無關係。不過，在被告另外利用其他第三人資源

使用原告形象時，便可能因此負有一附隨義務，須於約定使用期間結束時通知第三人停止使用相關檔案。如光泉廣告案中，法院即是採取此見解，認為被告負有附隨義務，僅一二審法院對於被告有無違反該附隨義務，採取不同見解。

詳言之，法院認為因與被告合作之通路商係以被告之提供訊息為最新之資訊，因此，當系爭合約到期時，被告之通路商須由被告主動告知，始能知悉原告之代言已終止。雖系爭合約未明文約定被告負有通知通路商不得繼續使用原告肖像之義務，惟原告授權同意被告使用肖像於被告產品包裝上有其期限，被告基此授權將肖像圖檔散布予其通路商使用，授權期限屆至後，被告基於契約附隨義務，即負有保護授權期間散布原告肖像不得再被公開展示從事商業活動。被告應本於誠實信用原則及契約之主要目的而有告知通路商不得繼續使用原告肖像之義務，俾免不知情通路商仍繼續使用原告肖像，侵害原告肖像權益。

該案一審法院審酌證據⁴³³認為被告遲延履行通知義務，致通路商因不知原告代言期限屆至，仍繼續使用原告肖像作為宣傳使用，此係可歸責於被告事由所致，其違反契約作為義務。又債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，依民法第 227 條之 1 準用第 192 條至第 195 條及第 197 條之規定，負損害賠償責任。被告遲延履行通知義務之結果造成原告肖像權之侵害，原告得依上述規定請求財產及非財產上損害賠償。不過，二審法院⁴³⁴認為被告並無違反附隨義務。法院認為，依誠信原則，原告應可期待被告於系爭契約履行後，會採取合理、適當作為，使通路商知悉兩造間已不存在系爭產品代言關係。又法院審酌被告對於大潤發、家福公司的廣告目錄並無事先發現其中誤用系爭舊圖檔，而即時要求更正之可能，被告於系爭契約履行後，如已採取合理、適當作為，使通路商知悉兩造間就系爭產品之代言關係業已終了，因而並未違反上開附隨義務。

⁴³³ 主要係因被告是否明確告知原告代言終止，因家福公司承辦採購人員已離職致無法證實。

⁴³⁴ 臺灣高等法院 98 年度上易字第 1130 號民事判決。



伍、經紀公司為原告之案件

因經紀公司並非人格特徵受到使用者，在主張上較為不同，且若藝人同為原告，則請求更為複雜，故將經紀公司作為原告之案件另獨立為一類。

一、李蒨蓉案⁴³⁵

本案原告包括藝人及經紀公司。

(一) 本案事實

原告騰龍公司與被告韓貿公司於民國 97 年 10 月 6 日簽訂「韓貿開發有限公司韓國 ORIKS 全系列的 BB CREAM 產品廣告平面拍攝暨平面代言人合約書」（下稱系爭合約書），約定由被告韓貿公司委請原告騰龍公司所屬藝人即原告李蒨蓉擔任被告之「韓國 ORIKS 全系列 BB CREAM」商品（下稱系爭 BB 霜）平面廣告代言人，契約期間自 97 年 10 月 24 日起至 98 年 10 月 23 日止，代言費用為 120 萬元。被告韓貿公司使用原告李蒨蓉之肖像時，與系爭宣傳照出現於同一版面之商品，除系爭 BB 霜外，尚有其他美妝品，且系爭 BB 霜與其餘美妝品之照片間，不論位置或照片尺寸均無明顯區隔；於購物網站銷售商品時，將系爭 BB 霜與其他美妝品搭配成組或採加價購方式銷售，並於該銷售之網站頁面中將系爭宣傳照與該組商品或加價購商品並列；另，於契約期間屆滿後，仍繼續將原告李蒨蓉之肖像使用於商品廣告。

原告騰龍公司主張，被告違反合約書約定使用原告李蒨蓉肖像，因此受有就該等商品享有李蒨蓉代言之利益，卻未支付代言費用，致原告騰龍公司受有損害，以每類商品代言費用 120 萬元計算，原告至少受有 600 萬元之損害，爰僅請求被告韓貿公司賠償其中之 500 萬元。另被告韓貿公司逾越系爭合約範圍而使用原告李蒨蓉肖像，侵害其肖像權，爰依民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項之規定，請求被告賠償原告慰撫金 100 萬元。被告吳馥瑜（韓貿公司之負責人）並應負連帶賠償責任。

⁴³⁵ 臺灣臺北地方法院 99 年度重訴字第 708 號民事判決。



(二) 本案爭點及法院見解

1. 被告韓貿公司違約使用原告李蒨蓉之肖像

法院審酌廣宣物及網站頁面之內容⁴³⁶，認為堪認一般消費者並無法因此區辨原告李蒨蓉代言之商品範圍除系爭 BB 霜外，是否及於其他商品；易言之，就與系爭 BB 霜一同出現於前述廣宣物中之商品而言，事實上亦發生由原告李蒨蓉代言之效果。而原告指稱被告公司於合約期滿後仍繼續使用系爭宣傳照作為商品之廣告部分，法院確認被告於原告指稱的其中 7 個網站使用系爭宣傳照之違約情事。

2. 被告公司行為違反與原告公司之契約，原告公司受有減少經紀報酬之財產損害，得依債務不履行之法律關係請求財產上損害賠償

法院認為被告韓貿公司有未依約定方式、時間使用系爭宣傳照之行為，一方面違反與原告騰龍公司之契約，另一方面則屬侵害原告李蒨蓉之肖像權，原告騰龍公司與李蒨蓉，自得分別依債務不履行之法律關係及侵權行為之法律關係，請求被告韓貿公司賠償損害。

而關於損害之類型，法院首先指出肖像權與其他人格權不同，肖像之使用，若用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值，此於知名之影藝人員、運動員尤然。故未經他人同意，就其肖像為攝影、寫生、非以幽默為目的之漫畫陳列、複製，或以肖像作營業廣告，均構成對肖像權之侵害。肖像權因受他人故意或過失不法之侵害，且情節重大者，受侵害者除得請求賠償財產上損害，亦得依民法第 195 條第 1 項前段規定，請求侵權行為人賠償非財產上之損害（臺灣高等法院 96 年度重上字第 323 號判決參照）。

至於就財產上損害之計算，法院認為雖原則上受侵害人得請求賠償肖像所受損害及所失利益（民法第 216 條參照），並依差額說具體加以計算，但因肖像權

⁴³⁶ 系爭宣傳照與商品照片係出現於同一版面，雖附表一所示廣宣物偶有出現文字，說明原告李蒨蓉僅為系爭 BB 霜之代言人，惟該等文字占前述廣宣物之版面面積甚微，若非細看，甚難察覺前開文字之存在。

不同於具有形體之物權，當遭他人侵害作為商業上廣告時，受侵害人通常難以依差額說具體計算其損害，而肖像權之財產利益，性質上與專利權、商標權、著作權之法律構造近似，又法律所以就專利權等無體財產權設此規定，主要係鑑於此等權利易受侵害，難以防範及損害難以證明。此項立法意旨於姓名、肖像等人格特徵遭受侵害時，亦屬存在，因而關於專利權等所設損害賠償之計算方法⁴³⁷，應有類推適用之餘地。

又依原告騰龍公司與原告李蒨蓉間之經紀合約，原告李蒨蓉將肖像授權他人使用之事宜，須由原告騰龍公司獨家為其接洽，其並須因此支付原告騰龍公司經紀報酬。是當原告李蒨蓉之肖像權受侵害，除原告李蒨蓉本身受有財產損害外，原告騰龍公司亦因此受有減少經紀報酬之財產損害。

實際損害計算上，法院考量李蒨蓉因經紀公司安排之演藝活動所得收入中，經紀公司所得收取之報酬為百分之二十，故騰龍公司向韓貿公司所收之代言費用，尚須按前述比例與原告李蒨蓉拆帳，並非全額由其受領，因而不得以系爭合約之代言費用 120 萬元為基準。依此，法院計算如下：

原告騰龍公司得請求被告韓貿公司賠償之財產上損害為：李蒨蓉依通常情形可得預期之代言費約為 600 萬元（120 萬/每類產品*5 類產品）*經紀報酬比例 20% *同業利潤淨利率 20% = 24 萬元。

3.被告公司行為侵害原告李蒨蓉之肖像權，原告李蒨蓉得侵權行為之法律

關係請求非財產上損害賠償⁴³⁸，但其所受之精神痛苦有限

法院認為李蒨蓉因肖像權受侵害，而得依民法第 195 條第 1 項前段規定，請求侵權行為人賠償非財產上之損害，已如前述。又在慰撫金之酌定上，應斟酌加

⁴³⁷ 當專利權、商標權、著作權遭侵害時，專利法、商標法、著作權法規定相同之損害賠償計算方式，被害人得擇一請求，即：一、依民法第 216 條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形所可得預期之利益，減除受害後實施同一權利所得之利益，以其差額為所受損害。二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。於侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得全部收入，為其所得利益（專利法第 85 條第 1 項、商標法第 63 條第 1 項、著作權法第 88 條第 2 項規定參照）。

⁴³⁸ 本案中原告李蒨蓉並未請求財產上損害賠償。

害人與被害人雙方之身分、資力與加害程度，及其他各種情形核定之。法院審酌原告李蒨蓉為國內知名藝人，被告未以其同意之時間及方式使用系爭宣傳照之肖像，認為其主張因此受有精神上痛苦，應屬非虛，但因宣傳照用於與原授權產品類別性質、用途相仿之美妝品廣告，而非用以詆毀、貶抑原告李蒨蓉，應無損其形象，故原告李蒨蓉所受精神上痛苦核屬有限，最終核准原告 20 萬元慰撫金。

（三）簡析

本案原告並未明確指出請求權基礎，法院就經紀公司之請求部分雖先就肖像權之經濟價值予以論述，惟最終以債務不履行為基礎，故該部分考量對於李蒨蓉之請求應具有較為重大之意義。

本案最值得注意的部分為，法院提出具有重大突破性之損害賠償計算方式，充分考量肖像遭他人作為商業上廣告之侵害特殊性，意識到傳統損害賠償計算方式之侷限，並選擇類推適用智慧財產權之損害賠償計算方法。此外，法院並明確認知到經紀公司會因被告行為受到何種損害，而並未執著於經紀公司並非肖像權人之事實。

若欲指出本案稍嫌可惜的部分，則在於經紀公司及藝人雖均為原告，但李蒨蓉並未主張其肖像權受侵害而受有財產上損害，僅經紀公司主張之，故無法藉由本案判決確認法院對於涉及經紀公司之情況，在處理上完整見解為何。從判決論述中僅得大略推知，若原告李蒨蓉有為上述主張，則其財產上損害賠償應以其預期代言費為基準，並扣除經紀公司之報酬，至於是否需要再乘上類似於經紀公司同業利潤淨利率之比例或其他須納入考量之因素，則不得而知。

又在被告李蒨蓉之非財產損害上，法院認為原告受有精神上痛苦之主要基礎是「被告未經其同意使用其肖像」，不過同時考量該種使用對於原告李蒨蓉之形象並無損害。依照本文對此見解之解讀，法院似乎是認為如使用他人肖像，則該他人便會因未經同意之肖像使用本身而受有精神上痛苦，僅精神痛苦之程度會因該種使用之性質而受到影響，如使用上是否有詆毀之意等。



二、袁惟仁案⁴³⁹

本件原告為袁惟仁之經紀公司，而非人格權主體（即袁惟仁），故得較清楚觀察到經紀公司在訴訟中面臨的問題。

（一）本案事實

袁惟仁為具有全國高知名度之藝人，同時也是音樂製作人及詞曲創作人，並曾為眾多大牌藝人推出許多膾炙人口的專輯或譜曲，亦曾擔任選秀節目的評審，因其通曉音樂市場、善於剖析歌手演唱風格、掌握詞曲技巧之形象深植人心。被告經營一即時視訊直播社交平台「浪 Live」，直播內容涵蓋歌唱才藝、樂器演奏、魔術表演、遊戲實況等，且專注於才藝型主播的開發與培養。

原告與袁惟仁前於 107 年 3 月 22 日簽立演藝事業合約書（下稱系爭合約），約定袁惟仁自同年 3 月 31 日起將其肖像權獨家授予原告全權代理經紀。被告未經原告授權，於其直播社交平台「浪 Live」之粉絲專頁、手機 APP 直播平台及其播送之海報內、數媒體之電子報中使用袁惟仁之肖像，並以袁惟仁與其平台直播主之指導合作作為廣告宣傳內容。

原告主張，被告明知與袁惟仁間無任何合作契約或其他合作形式，未經授權使用袁惟仁之肖像，藉以增加平台知名度，業已嚴重侵害原告所擁有對旗下簽約藝人袁惟仁之肖像權等人格權；爰依民法第 179 條不當得利返還請求權、第 184 條第 1 項前段侵權行為損害賠償請求權等規定，請求被告返還或賠償其故意不法使用袁惟仁肖像權獲取商業利益所應支付之對價或賠償金 270 萬元。

又其因被告藉故推延其所提出之後續合作及費用問題，不得不對外發布聲明稿，重申袁惟仁絕非被告直播造星計畫五月造星導師，然被告始終置之不理，致使原告遭媒體及娛樂業界質疑所言純屬子虛烏有，僅係為達新聞炒作之宣傳目的云云，因而侵害原告之名譽權甚鉅。爰依民法第 184 條第 1 項前段侵權行為損害

⁴³⁹ 臺灣臺北地方法院 108 年度訴字第 527 號民事判決、臺灣高等法院 108 年度上字第 1432 號民事判決。

賠償請求權、第 195 條第 1 項侵害名譽之非財產上損害賠償請求權等規定，請求被告賠償 30 萬元之非財產上損害暨為回復名譽之適當處分等情。



(二) 本案爭點及法院見解

1. 袁惟仁肖像權非屬原告所有

一審法院認為袁惟仁之肖像非屬原告所有，理由主要有三。

首先，法院認為法人不得享有肖像權。其次，法院認為「肖像權」不得為讓與之客體，原告作為被授權人，基於債之相對性，不得以授權契約對抗被告。法院雖然指出現代社會中經濟活動之範圍因社會之發展及科技之進步而隨之擴大，有一部份之人格權所保護之客體因而已經成為經濟活動之客體，而使得姓名權及肖像權除單純具有人格利益之內涵外，尚包含有經濟利益之內涵，但仍認為肖像權既係人格權之一種，而具有高度之屬人性。最後，法官指出系爭合約書僅約定袁惟仁同意將其肖像權獨家授予原告全權代理經紀，並未明文記載袁惟仁同意將其肖像權移轉予原告所有⁴⁴⁰。

又法院認為被告所為並未侵害袁惟仁之肖像權，蓋袁惟仁於多數照片中直視鏡頭、擺姿勢，拍攝應取得袁惟仁之同意；照片之著作財產權非屬袁惟仁，而著作權法乃民法之特別法，被拍攝者對於附著於攝影著作之肖像，不得再主張肖像權。

二審法院結論與一審法院相同。

二審法院認為，原告依照與袁惟仁之間的契約僅取得「對袁惟仁肖像權之使用權」，係得向袁惟仁主張之請求權而已。該請求權並不構成民法第 184 條第 1 項前段保護之「權利」。

又原告於二審上訴追加民法第 184 條第 1 項後段規定為請求權基礎，主張被上訴人係故意以背於善良風俗之方法，侵害其對袁惟仁肖像權之使用權。法院認為該主張亦為無理由，蓋債權僅具相對性而不具公開性，倘行為人不知該債權內

⁴⁴⁰ 惟理論上如肖像權不得為讓與客體，則自然不因契約有無相關約定而有所影響。

容，自難遽謂其係以違背國民一般道德之方法加損害於債權人，而屬背於善良風俗之行為。法院審酌證據，認為難認本件被告先前知悉袁惟仁將肖像權使用權授權與原告一事，且袁惟仁與被告間亦有簽訂歌曲委託創作契約書，難認被告係故意以背於善良風俗之方法加損害於原告⁴⁴¹。

2.原告未受有損害，不得主張不當得利

法院認為，縱被原告確有未得袁惟仁之同意而為使用其照片之情事，則受有損害者為袁惟仁，並非依系爭合約取得使用權之原告，自難認上訴人因此受有未能收取廣告代言酬勞之損害，故原告不得依不當得利請求返還。

（三）簡析

依本案法院見解，肖像權兼有人格利益及經濟利益內涵，但整體作為人格權具有一身專屬性，故不得移轉。惟觀最高法院先前見解，係曾認為人格特徵之經濟利益得「繼承」，因此考量一身專屬權和權利人不可分離，只可由權利人本人行使，權利人不得轉讓給他人，繼承人亦不得繼承之特性，上述見解或與最高法院相左。

又本案原告並非肖像權人本人（即袁惟仁），而是經紀公司。在娛樂產業實務中，經紀公司實際上控制藝人之形象及演藝活動，包括廣告拍攝、代言等，基本上全權掌控藝人肖像使用。但依照本案法院採取之見解，經紀公司無法以原告身分向侵權第三人主張權利，因經紀公司與藝人間的契約僅使其有一請求權，無法對抗第三人。

而關於不當得利之主張，法院認為受有損害者為袁惟仁而非經紀公司，因而經紀公司亦不得請求返還利益。惟經紀公司是否確無受到損害？本文以為，法院該等見解或係受到前階段經紀公司無獲得原告肖像權之結論影響，再加上對於經紀公司就藝人肖像控制之程度了解不足，始會導出經紀公司無受到損害之結論。

⁴⁴¹ 至原告主動以電子郵件聯繫被告後是否有故意情事，法院參考郵件內容，認為並未言明原告已取得袁惟仁肖像權之獨家使用權，或有要求被上訴人應移除系爭行為所刊登袁惟仁之照片等內容，因而判斷被告接獲上訴人之電子郵件後，拒絕停止使用袁惟仁之照片，仍不構成故意。



整體而言，本案法院在人格特徵之經濟利益之理解上，採取與最高法院不同之見解，而該見解進而導致本案經紀公司獲得救濟之重要路徑受到封鎖，而其他可能的請求權基礎，包括民法第 184 條第 1 項後段侵權行為、第 179 條不當得利，以及名譽權之請求，亦在法院的嚴格認定下遭到駁回，使經紀公司全無救濟途徑。不過依照本院見解，若原告非經紀公司而是藝人本人，或許得順利獲得損害賠償，故法院或許係以保護藝人、肖像權人之觀點出發，僅其見解不見得適當；又或者法院僅係考量傳統人格權之性質，而未重視其經濟利益內涵之特殊性。

第二節 現況及問題

壹、實務對人格特徵商業價值之意識

一、承認姓名、肖像使用授權契約之合法性

在許多案件中，原被告間均存有一授權使用姓名或肖像之契約，而該種契約在娛樂產業實務上亦為相當普遍之作法。而從實務相關判決來看，法院雖然認為姓名權或肖像權具有一身專屬性，因而不得透過該種契約移轉予他人，但對於該種授權契約之效力幾乎從未產生質疑，並且經常以該種契約之約定內容、報酬作為損害數額計算之參考。整體來說，法院承認透過契約將姓名或肖像授權他人使用之行為為合法行為，並不認為以該種方式獲得對價有損及人格尊嚴或違反公序良俗等問題。又從部分判決觀之，法院並不排除「再授權」之可能性。

二、對姓名權、肖像權上經濟利益之肯認

實務上對姓名權、肖像權上經濟利益之明確肯認，最早應是出現於鈴木一郎案一審法院判決（臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 6831 號民事判決）。該判決中提出，「肖像權與其他人格權不同，肖像之使用，若用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值，此於知名之影藝人員、運動員尤然，肖像權受侵害者，除得依民法第 195 條第 1 項前段請求侵權行為人，賠償其精神上損害外，並得依民法第 184 條第 1 項規定請求財產上損害賠償及回復損害之原



狀」，乃強調肖像權用於商業上所產生之特殊性。

後李蒨蓉案⁴⁴²參考鈴木一朗案一審上述見解，並補充道「故未經他人同意，就其肖像為攝影、寫生、非以幽默為目的之漫畫陳列、複製，或以肖像作營業廣告，均構成對肖像權之侵害」。法院明確將為廣告目的利用他人肖像之行為列為肖像權侵害之型態。

而雖然當初鈴木一朗案一審提出之見解並未為二審所採納，但繼上述李蒨蓉案之後，最高法院於著名的白花油案⁴⁴³提出確立性的類似見解，對往後判決影響甚大。最高法院明確點出了實務上必須確實接受及應對的事實，即人格權在社會、科技、文化發展下，已經有所不同：「傳統人格權係以人格為內容之權利，以體現人之尊嚴及價值的『精神利益』為其保護客體，該精神利益不能以金錢計算，不具財產權之性質，固有一身專屬性，而不得讓與及繼承，然隨社會變動、科技進步、傳播事業發達、企業競爭激烈，常見利用姓名、肖像等人格特徵於商業活動，產生一定之經濟效益，該人格特徵已非單純享有精神利益，實際上亦有其『經濟利益』，而具財產權之性質，應受保障。」此外，法院並認為該經濟利益於人格特徵主體死亡後，無任由第三人無端使用以獲取私利之理，故人格特徵使用之權利尚非不得由其繼承人繼承。

從人格權中經濟利益搖擺不定的情況，一步來到確立人格權中經濟利益為可繼承之標的，無論是在實務近年肖像權相關判決中，還是整個實務界對權利保護擴張之進程，上述見解的突破性均無庸置疑。相較於李蒨蓉案之見解，白花油案中最高法院之見解及於姓名權及肖像權，範圍較大，且作為最高法院之見解，也更具有影響力。較為可惜的是，最高法院在白花油案中並未對損害賠償層面提出見解，李蒨蓉案提出類推適用智慧財產權法上損害賠償計算方式之見解，也因此無以受到檢驗或評價。後來的判決，也不乏受到傳統損害賠償數額計算之限制。

⁴⁴² 臺灣臺北地方法院 99 年度重訴字第 708 號民事判決。

⁴⁴³ 最高法院 104 年度台上字第 1407 號民事判決。



貳、個案中之保護基礎及數額計算

依前述判決觀之，目前實務上保護基礎，除了直接依契約約定處理外，主要為侵權行為，其次為不當得利，並且另有組合二基礎請求者。以下整理各請求權實現之整體情形，以作為後續分析之基礎。以附隨義務違反為請求主軸之案件過於少數，故以下不論，合先敘明。

一、侵權行為

在涉及個人形象商業價值利用之案件中，尤其是原被告間無契約關係存在者，以侵權行為為原告請求權基礎者為最大宗。

（一）肖像權已經確立為受保護之人格權，侵權行為大多成立

就侵權行為是否構成，較為早期的案件中，被告可能抗辯肖像權非受保護之人格權之一，該種抗辯源自於 88 年 4 月 21 日修正前民法第 195 條第 1 項列舉規定人格權之範圍，僅為身體、健康、名譽、自由四權。不過，近十年乃至二十年之相關判決，均參考民法第 195 條修正立法理由，指出該次修法乃因原先人格權範圍衡諸現代法律思潮，實屬過窄，修法時乃斟酌我國傳統之道德觀念，擴張其範圍，及於信用、隱私、貞操等之侵害，且增設「不法侵害其他人格法益而情節重大」等文字，俾免掛漏並杜浮濫。又肖像為個人形象及個性之表現，應為重要人格法益之一，故不法侵害他人肖像而其情節重大者，被害人亦得請求賠償慰撫金，此可謂實務上之共識。

又因肖像權係個人對其肖像是否公開之自主權利，從而未經他人同意，擅自使用他人照片之行為，構成對肖像權之侵害，此認定於相關個案中亦無困難。至於被告行為是否符合民法第 195 條第 1 項所定不法侵害他人人格法益而「情節重大」，因何謂情節重大，法無明文，實務目前較多法院採取之見解為「宜從被害人是否為公眾人物、使用場合、使用目的等因素為綜合之考量」。而在相關案件中，法院亦多認定被告侵害原告人格法益情節重大。



(二) 損害賠償

實務大多認為形象利用個案中，被告侵害原告之人格法益情節重大，已如前述，故一般肯認原告得請求非財產上損害賠償。至肖像權侵害是否得請求財產上損害賠償，雖依我國民法條文觀之，並未禁止，惟因肖像權、姓名權等人格權在過往以非財產上損害賠償為主，故法院就此見解仍非統一。自相關判決來看，雖亦有少數突破性見解，不過多數對以人格權侵害請求財產上損害賠償之主張，仍持保留態度。至今實務見解大致可分為以下幾類：

1. 原告不得依人格權侵害請求財產上損害賠償

部分案件中，法院認為原告不得以人格權受侵害為基礎，請求財產上損害賠償。如范冰冰整形廣告案⁴⁴⁴中，原告之主張係以依肖像權請求財產上損害賠償為優先，退步言之，如認為藝人之肖像權僅屬非財產上利益，則請求非財產上損害賠償，而該案法院逕以後者准予原告之請求。換言之，法院認為藝人之肖像權並無財產上利益，因而駁回原告就該部分之請求。

2. 酌定慰撫金時考量原告形象商業價值

部分法院雖不認為原告得請求財產上損害賠償，但並非完全不考量肖像利用於商業上的經濟價值，反而是法院會透過一種相對迂迴的方式，於酌定原告慰撫金時，將肖像之商業價值納入考量。如美鳳料理米酒案⁴⁴⁵中，法院認為原告是否因被告公司擅自使用姓名肖像，另阻滯原告另接受他人廣告合約，並無證據證明，是難認原告受有財產上之損害，但在審酌非財產上損害賠償時，審酌「原告為全國性知名演藝明星，復為美食節目主持人，具有一定之公眾形象，依社會通念，原告推薦之商品，必有助於商品之銷路」之事實。又如范冰冰案中，法院酌定慰撫金時，除審酌兩造身份地位、經濟狀況、被告侵害原告肖像權程度外，尚將原告係兩岸三地之演藝人員、為多公司擔任廣告形象代言活動，及原告之肖像

⁴⁴⁴ 臺灣臺北地方法院 104 年度重訴字第 959 號民事判決。

⁴⁴⁵ 臺灣臺北地方法院 93 年度訴字第 1820 號民事判決、臺灣高等法院 94 年度上易字第 616 號民事判決（維持見解）。



權具有相當商業價值之事實納入考量。

3.不排除請求財產上損害賠償之可能性，但認為原告無損害可言

又部分法院則對於原告得否依肖像權侵害請求財產上損害賠償，並未進行明確論述，僅不否認其可能性，但最終判斷為原告無財產上損害可言，而認定其請求為無理由，如鈴木一朗案二審判決即採此見解。該案法院認為原告主張其受有350萬元之肖像權授權金收益損害為無理由，原因有二：其一，原告提出之證據不足以證明原告有與訴外人公司洽商台灣地區授權金3000萬元以上之肖像權授權事宜，亦無從認訴外人公司因被告將原告的肖像刊登於雜誌上，而撤銷高額的授權金邀約；其二，肖像權如作為商業上使用，非不得重複、多次授權予相同或不同之人使用，故縱被告曾非法使用原告之肖像於廣告上，亦不因此而使原告之肖像權永遠無法再度授權他人使用。

4.肯認原告得請求財產上損害賠償

肯認肖像權受侵害者得請求財產上損害賠償之判決，於得出原告得依據上述權利請求財產上損害賠償之前，多會先針對肖像權上之經濟利益進行承認。而就此，法院之論述因大多受到鈴木一朗案影響而大致相同，即「又肖像權與其他人格權不同，肖像之使用，若用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值，此於知名之影藝人員、運動員尤然，肖像權受侵害者，除得依民法第195條第1項前段請求侵權行為人，賠償其精神上損害外，並得依民法第184條第1項規定請求財產上損害賠償及回復損害之原狀」，藉此肯認肖像權受侵害之原告除非財產上損害賠償外，亦得請求財產上損害賠償。

又在柯佳嬿同款案判決中，法院提出以下論述：「未經公眾人物之同意，擅自使用其肖像作為廣告，已足使社會大眾或消費者誤認該公眾人物與產品或活動有所關聯者，實係藉此利用該公眾人物之形象、名聲，以謀取自己之利益，應認已侵害該公眾人物之肖像權，情節重大，被害之公眾人物得請求加害人賠償慰撫金及財產上損害」。上述見解更明確點出商業上肖像使用案件中原告為何得以請

求財產上損害，不過從文字上觀察，一方面僅針對「公眾人物」之肖像權論之；而另一方面，似乎以「使用其肖像作為廣告，已足使社會大眾或消費者誤認該公眾人物與產品或活動有所關聯」為要件。然此是否為法院之本意，無法確認。

又肯認原告得請求財產上損害賠償之判決中，法院就損害賠償之數額認定，多依民事訴訟法第 222 條第 2 項規定酌定之。如鈴木一朗案一審法院便參考原告於上海肖像權授權之權利金折合新臺幣約為 350 萬元，考量上海地區與臺灣地區相仿，同為經濟高度發達之地區，被授權人又同為日商美津濃，酌定其損害額為日幣 1,000 萬元，折合新臺幣 350 萬元。又如柯佳嬿案法院參酌原告所提各項代言契約之代言期間、代言或授權內容、原告所須配合之工作量繁簡、以及授權刊載之照片、影片數量，與該案被告於粉絲專頁、購物網站刊載之原告肖像數量及相關情形相對比，並審酌原告上述之工作經歷、於演藝圈之地位，認定本件肖像權侵害致原告所受財產上損害為 30 萬元。

綜上，法院依民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定損害賠償額時，主要參考「原告與第三人訂定之契約」約定內容，以盡可能計算出假如原被告間有授權契約，則授權金或代言費用數額應為多少。

除上述計算方式外，李蒨蓉案法院提出一重要見解，認為得專利權損害賠償計算方式應有類推適用之餘地。不過，目前尚未見其他判決採取該見解。

（三）第三人主張之可能性

本人以外之第三人是否可能對侵權行為人主張權利侵害，涉及該權利是否得繼承或移轉，以及第三人取得何種權利或利益之問題。

即使同為肯認肖像權上之經濟利益，不同判決對於該種經濟利益可否繼承之見解亦可能有所不同，而該種不同又對於判決結果有很大影響，此點於白花油案中之各審見解差異中最為顯著。白花油案最高法院明確肯認人格權經濟利益之可繼承性。換言之，繼承人可能得主張被繼承人具有經濟價值之人格權，如肖像權、姓名權等。不過因類似情形之個案稀少，故雖然最高法院提出意義重大之見



解，卻較難見實際適用於其他個案上之情形，實為可惜。

至於非繼承人之第三人主張之可能性，就民法第 184 條第 1 項前段請求權而言，涉及的是人格權得否移轉之問題。就此，觀袁惟仁案之法院見解可知，法院雖然肯認肖像權有經濟利益之內涵，但僅肯認肖像權得授權他人使用，並不認為肖像權得成為讓與之客體，授權契約也僅具債權效力。而第三人依照授權契約取得對本人之利益雖可能落入民法第 184 條第 1 項後段保護範圍，但在故意之認定上，法院仍偏嚴格，目前尚無成功主張之相關形象利用個案。

二、不當得利

自前述實務判決觀之，除侵權行為法律關係外，民法第 179 條不當得利亦為普遍主張依據，又此於原被告間有契約關係之案件中，尤為常見。又被告所得「利益」之內容，多數判決認為係「被告免於負擔的代言費用」，如光泉廣告案更一審⁴⁴⁶及許維恩案⁴⁴⁷；僅少數判決以「使用原告之肖像」為被告所得利益，如菲姐鍋具案一審⁴⁴⁸，且該見解並未為同案二審所採。雖然後者應為較妥適之見解，不過實際而言，儘管認為使用原告之肖像始為被告所得利益，在法律效果之判斷上，仍應依民法第 181 條但書規定，即依其性質不能返還而返還其價額，而價額之計算或會回歸被告本應給付代言費用，故最終結論應不因此受到影響。

又「被告免於負擔的代言費用」具體數額之判斷上，實務上有以下二種作法，以下分述之。

（一）計算被告本應支出之具體代言費數額

多數以不當得利為判決基礎之法院，係直接憑藉相關證據計算出具體不當得利數額，如光泉廣告案之法院係直接以原被告既有契約為基準，計算被告本應支

⁴⁴⁶ 法院認為家福公司、大潤發公司之行為，使消費者信賴原告仍為系爭產品之代言人，致被告受有減免相當於委由原告以系爭舊圖檔代言系爭產品原應支出之費用之利益，此利益本應歸屬於原告，被告並無保有該利益之法律上原因，是原告得請求被告返還此一不當得利。

⁴⁴⁷ 法院認為被告受有原應支付予原告使用肖像權費用之不當利益。

⁴⁴⁸ 被告於系爭契約期限屆滿後，未經原告同意，繼續使用原告肖像以行銷產品，即屬無法律上原因使用原告之肖像，被告自受有利益，而原告因此受有損害，原告主張不當得利請求權，洵屬有據。

付之報酬：法院先認定原告受有不當得利之期間，應以廣告目錄使用舊圖檔之期間為準，共計 426 天，復參考原被告間契約，拍攝平面廣告供賣場製作相關宣傳物之報酬應為 4 萬元，依期間比例，計算出被告不當得利最終金額。許維恩案亦是採取類似作法。

（二）類推適用民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定

少數法院則認為，當事人已證明受有損害，即原告已證明被告因使用其肖像而獲有免為支付通常須給付之對價即授權金之利益，而不能證明其數額或證明顯有重大困難，故應類推適用民事訴訟法第 222 條第 2 項酌定數額，如菲姐鍋具案⁴⁴⁹。

須特別指出者為，法院在該案明確拒絕以被告之營業額為返還數額，蓋法院認為被告之營業額係經其經營團隊擬定行銷策略、決定產品及公司經營方向，更受專櫃設計、員工訓練及臨場銷售技巧等各種具體因素影響，非可認僅與使用原告肖像直接相關，且尚須扣除成本、費用、稅捐始為實際利潤，自未能僅以上訴人營業額計算其使用被上訴人肖像 2 日之不當得利金額。

又該案中法院酌定具體數額時審酌之情況包括：系爭契約關於酬金、授權項目、範圍之約定、被告於授權期間使用被上訴人肖像之頻率及方式，及系爭廣告使用原告肖像之程度非小，暨估算該使用程度如置於系爭契約之授權項目，其比例亦非極低，原告肖像與系爭鍋具產品有深刻聯結，及被告營業額等一切情狀。

整體而言，雖在計算數額上或有是否另援引民事訴訟法第 222 條第 2 項為依據之差別，但最終法院所欲得出之數額均為被告本應支付之對價（原告損失之授權金），故結論實際上並無差別。又值得點出的是，在法院肯認原告得依人格權侵害請求財產上損害賠償之情形中，在損害賠償計算上亦是採取相同作法。換言之，依現行實務見解，無論是依侵權行為或是不當得利，個人形象受到利用之原

⁴⁴⁹ 臺灣臺北地方法院 106 年度重訴字第 812 號民事判決、臺灣高等法院 107 年度上字第 680 號民事判決、最高法院 108 年度台上字第 1109 號民事裁定（上訴不合法）。



告所得請求之數額是相同的，惟以侵權行為為請求權基礎主張之成功可能性卻較不當得利低上許多。

三、綜合侵權行為及不當得利

部分案件中，原告選擇較為特殊之主張方式，即依侵權行為法律關係請求「非財產上損害賠償」，依不當得利法律關係請求返還財產上利益，如莊茜佳整形案⁴⁵⁰即為如此。

何以原告不單純以侵權行為一併請求財產上及非財產上損害賠償，而另針對財產部分主張不當得利？本文以為，此種主張方式或許正顯現了原告以人格權受侵害為由請求財產上損害賠償之困難。儘管該種主張方式顯得不直覺，卻確實更可能為法院所接受。就此，或應反思何以原告得主張返還不當得利，卻無法在侵權成立之前提下，依照侵權行為請求同樣標的？此乃因人格權之經濟利益在實務上仍無法脫離人格權過往保護方式之束縛，詳後述。

值得注意的是，上述之莊茜佳整形案中，法院就不當得利數額判斷之論述中，尚有提及肖像權侵害問題：「本件原告為兩岸三地之演藝人員……原告提出廣告代言人合同書、補充協議等件為證，堪認原告之肖像權具有相當之商業價值；而被告未經原告同意侵害將其肖像用於其招攬生意之廣告招牌上，自應認侵害歸屬原告之肖像財產上權利」。由此可見，法院並非否認肖像權上可能有經濟利益，原告應得直接依肖像權侵害請求財產上及非財產上損害，故本案實亦可能單以侵權行為處理即可，僅該種見解是否為實務所普遍接受，有待商榷，也因此原告或亦不願承擔風險。

四、經紀公司主張之可能性

涉及經紀公司及藝人之案例，法律關係較為複雜且有其特殊性，因而將該種案例獨立進行分析。前述李蒨蓉案及袁惟仁案二案雖均為涉及經紀公司之案例，

⁴⁵⁰ 臺灣基隆地方法院 106 年度訴字第 112 號民事判決、臺灣高等法院 106 年度上字第 1055 號調解成立。



不過在判決結果上有顯著的差異。李蒨蓉案中的經紀公司成功請求損害賠償，而袁惟仁案中的原告經紀公司則無。至該種差異是否係因案件事實不同所導致，抑或是有其他主要原因，本文期能透過以下分析窺知一二。

（一）二案事實及主張差異

首先，在事實上二案之不同為，李蒨蓉案中經紀公司與被告訂有一契約，而被告係超出契約約定範圍使用李蒨蓉之肖像於商品廣告中，經紀公司欲向被告請求返還利益（未明確指出請求權基礎，但就論述推論應為不當得利）；而在袁惟仁案中，係袁惟仁未透過經紀公司與被告間疑似有一合作計畫，被告將袁惟仁之姓名之肖像使用於廣告中，經紀公司欲向被告請求使用袁惟仁肖像之費用。

相較之下，李蒨蓉案之事實較為單純，主要涉及經紀公司與被告間的契約違反問題，但因李蒨蓉亦作為原告請求被告賠償侵害其肖像權之損害，故請求上便分為：經紀公司作為契約當事人之請求，及李蒨蓉作為肖像權人之請求。而在袁惟仁案中，經紀公司與袁惟仁之間有契約關係、袁惟仁與被告間有契約關係，但經紀公司與被告間並無契約關係。又該案之原告僅為經紀公司，而不包括袁惟仁，換言之，該案係涉及經紀公司對一使用其旗下藝人肖像權之第三人之請求。

李蒨蓉案中，法院認為被告一方面違反與經紀公司之契約，另一方面則侵害李蒨蓉之肖像權，經紀公司與李蒨蓉得分別依債務不履行之法律關係及侵權行為之法律關係，請求被告公司賠償損害。但在袁惟仁案中，經紀公司卻碰到難題，即其究竟有何「權利」受到侵害？觀原告主張，係請求被告依不當得利返還或依侵權行為賠償其故意不法使用袁惟仁肖像權獲取商業利益所應支付之對價或賠償金 270 萬元。因此，便會涉及被告是否受有利益致原告受損害，及被告行為是否構成第 184 條第 1 項前段或後段（原告並為主張同條第 2 項）之問題。

（二）袁惟仁案中經紀公司之困境：無權利、無故意、無損害

觀法院之論述，關於侵權行為主張之駁回主要立基於同樣的判斷上，即法院認為袁惟仁之肖像權非屬原告所有。詳言之，一二審法院均認為授權契約僅具債

權效力，經紀公司並未取得權利，充其量僅取得一請求權，而該種請求權並非民法第 184 條第 1 項前段所保護之「權利」，僅可能由同條同項後段規定保護。而法院審酌相關證據判斷被告並無故意可言，故經紀公司亦無法依第 184 條第 1 項後段規定請求。

關於民法第 179 條之主張，一審法院僅依「袁惟仁之肖像權非屬原告所有，被告所為並無侵害袁惟仁之肖像權」為理由，認為原告不得依不當得利向被告請求返還，論述過程相對不明確。而二審法院則指出，即使被告確有未得袁惟仁之同意而為使用其照片之情事，則受有損害者為袁惟仁，並非依系爭合約取得使用權之經濟公司，自難認經紀公司因此受有未能收取廣告代言酬勞之損害。

整體觀之，袁惟仁案中經濟公司碰到的困難為：針對第三人使用其旗下獨家經紀藝人之形象時，對該第三人並無一可主張之請求權。而主要原因包括：經紀公司無法依契約受讓袁惟仁肖像權、本案中被告無故意情事、受損害者為袁惟仁而非經紀公司。

（三）李蒨蓉案法院之不同見解

1. 對經紀公司損害之肯認

李蒨蓉案中經紀公司雖依債務不履行請求，但從法院對於其所受「損害」應如何計算之論述上，可以看出針對「受損害者」部分，該法院與袁惟仁案法院採取不同見解，而該種不同便是使判決結果不同之關鍵之一。

該案法院於論述經紀公司依債務不履行得否請求損害賠償時，係自李蒨蓉之肖像權侵害出發，即確認肖像權受侵害者得請求財產上及非財產上損害賠償，接著再指出李蒨蓉肖像權侵害與經紀公司之關聯性，即依經紀公司與李蒨蓉間之經紀合約，李蒨蓉將肖像授權他人使用之事宜，須由經紀公司獨家為其接洽，其並須因此支付經紀公司經紀報酬。是當李蒨蓉之肖像權受侵害，除李蒨蓉本身受有財產損害外，經紀公司亦因此受有減少經紀報酬之財產損害。



2. 損害賠償計算以肖像權侵害為基準

又於損害賠償之計算上，法院亦是以李蒨蓉肖像權侵害所得請求之損害賠償為基礎，以李蒨蓉依通常情形可得預期之代言費 600 萬元為基準，乘上經紀公司之經紀報酬比例，再乘上經紀公司之同業利潤淨利率，最後得出經紀公司所得請求之損害賠償金額。

由此可見，袁惟仁案與李蒨蓉案中的經紀公司之所以得到不同的結果，主要係因法院對於經紀公司與藝人肖像權關係之認知不同。在袁惟仁案中，法院認為第三人使用袁惟仁肖像時，受損者僅為袁惟仁，而不及於經紀公司，但在李蒨蓉案中，法院肯認經紀公司會因李蒨蓉肖像權受侵害而受到財產損害。

又李蒨蓉案中經紀公司與李蒨蓉分別依債務不履行及侵權行為請求損害賠償，雖請求權基礎與其他案件類似，但該案於損害賠償數額之計算上，提出了其他案件法院未注意到或未點出，但實際上對於原告權益保護影響相當重大的觀點，即肖像權作為商業上使用之特殊性（就此，詳見本章「第三節；壹、個人形象商業利用案件之特殊性」），也因此，法院以適當方式進行了損害賠償計算⁴⁵¹。

（四）小結

有鑑於李蒨蓉案法院提出較為適切之見解，經紀公司似乎非無救濟餘地，但在此必須點出的是，袁惟仁案始為較為近期之判決，李蒨蓉案判決則是距今已約十年。換言之，近期判決提供之保護反而不如先前判決。因此，經紀公司是否得期待能於訴訟中取得法律上適切保護，實有待商榷。

⁴⁵¹ 法院指出，財產上損害之計算雖原則上受侵害人得請求賠償肖像所受損害及所失利益（民法第 216 條參照），並依差額說具體加以計算，但因肖像權不同於具有形體之物權，當遭他人侵害作為商業上廣告時，受侵害人通常難以依差額說具體計算其損害，而肖像權之財產利益，性質上與專利權、商標權、著作權之法律構造近似，又法律所以就專利權等無體財產權設此規定，主要係鑑於此等權利易受侵害，難以防範及損害難以證明。此項立法意旨於姓名、肖像等人格特徵遭受侵害時，亦屬存在，因而關於專利權等所設損害賠償之計算方法，應有類推適用之餘地。



參、目前問題

一、無法反映個人形象商業價值，與商業實務不符

(一) 原告請求損害賠償之困難

在原被告間契約有明定違約處理方式之個案中，原告獲得救濟較無問題，但在原被告間並無契約關係或契約並無相關約定之個案中，原告就其財產利益上之主張，便容易碰到困難。實務上雖大致肯認姓名權、肖像權使用於商業上有經濟利益，但不少法院認為原告不得請求財產上損害賠償，而即使法院認為原告得主張，亦可能認為原告無損害，或是酌定之損害賠償數額偏低。如部分判決以「使用次數」而非使用期間計算損害賠償數額，忽略一般形象授權契約或代言契約通常約定一使用期間並據以計算對價，而非以使用次數為準，因而使賠償無法反映原告之損害。在個人形象商業價值受到他人利用之情形中，被告經常為一與原告不曾訂定授權契約、無合作關係之第三人。若個人無法依契約以外之基礎獲得適切保護，則將無法反映其形象在商業上得以發揮之價值，而此乃我國實務上目前之情況。

(二) 經紀公司之難題

經紀公司在實務上遇到之阻礙更為明顯。實務上目前一致見解為，肖像權為人格權，因而無法移轉，故被授權使用藝人姓名、肖像等人格特徵之經紀公司，並未因授權契約取得一得據以對第三人主張之權利，於訴訟中無法依民法第 184 條第 1 項前段請求損害賠償。至依同條同項後段請求僅限於被告故意之情形，法院對故意之認定又偏嚴格，故經紀公司欲以侵權行為請求財產上損害賠償，實有困難。而即使經紀公司主張不當得利，法院亦可能認為藝人始為受有損害者，而認定經紀公司不得請求返還利益。

經紀公司與藝人簽訂授權契約，因而得獨家使用藝人之姓名、肖像等人格特徵，已為娛樂產業之商業常態。經紀公司從練習生時期便提供資源，不僅及於才能訓練，更及於推廣行銷，藝人出道後，經紀公司多全權負責藝人之形象管理，

並有權決定藝人何時、以何方式使用其形象，以確保其商業活動順利，並以此方式獲得利益。

又法院對於經紀公司與藝人間契約之效力通常並無疑問，早期最高法院⁴⁵²見解亦明白肯認了獨家經紀契約之合法及有效性：「演藝人員之經紀人鑑於藝人須長期培訓及投資，因而於演藝人員經紀契約約定演藝人員在一定期間內不得從事與其經紀範圍相衝突之表演活動之限制，倘未逾越合理之範圍，既出於契約當事人之同意，自與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦難謂違反其他強制規定，且與公共秩序無關，自非無效」。

又合約當事人，基於契約自由及意思自主之原則，當事人得在理性思考與自由經濟市場機制下，利於相互平等之基礎，斟酌情況，權衡損益，選擇締約之對象、方式及內容，以追求締約之經濟目的⁴⁵³。然而，儘管經紀公司實際上有管理藝人形象之實權，但在實務判決結果上，經紀公司卻因無法依據契約取得任何得對第三人主張權利，又被認無受到任何損害，而在請求損害賠償上受到嚴重阻礙，其締約之經濟目的難以達成。而當實務上所能獲得之保護與娛樂產業常態所預期者不同，經紀公司在法律上無方法確保自己依據契約本可以獲得之利益時，其簽訂契約甚至從事經紀之意願必然受到影響，或必須另尋方式確保自己付出得到回報，無論是何種情形，均將阻礙我國本已相對緩慢之娛樂產業發展。

二、受限於傳統見解所產生之矛盾

原告依侵權行為及不當得利就財產上受到損害為主張，法院判予原告之損害賠償同為被告本應支付之使用對價，然而原告依照不同請求權基礎請求，成功之可能性卻有所不同，已如前述。何以發生此種現象，有待探討。

從相關判決中可以發現，以不當得利為請求權基礎之個案中，原被告均有契約關係。而事實上，在該等案件中，法院就原告受有損害、被告受有利益之推

⁴⁵² 最高法院 87 年度台上字第 43 號民事判決。

⁴⁵³ 最高法院 103 年度台上字第 2112 號民事判決參照。



論，相較於侵權行為為請求權基礎之案件中法院就原告受有經濟上損害之論述，明顯簡略許多。換言之，原被告間本有契約之情況，法院較容易認定損害存在。如原被告間本有契約，則於被告超出契約約定時間或範圍使用原告肖像或姓名進行廣告時，較容易推論出原告本可與被告訂定授權契約而有可預期獲得的利益，而因被告行為使其受有無法獲得報酬之損害。故在認定上相對於原被告間無契約之情形，整體較為容易、直接。

然而，在現實務上普遍肯認姓名權、肖像權使用於商業上有經濟利益之情況下，原被告間是否有契約，理應不會對於原告得否請求財產上損害賠償造成影響。因此，就以侵權行為或不當得利為請求權基礎之判決結果上差異，原被告間是否有契約關係雖可能造成法院論述上些微差異，但並非主要影響因素。

觀察實務上肯認姓名權、肖像權使用於商業上有經濟利益，卻未肯認原告得請求財產上損害賠償之判決，本文推測此種觀點可能係受到傳統民法或過去實務影響，即肖像權、姓名權受侵害者所得請求之損害賠償多限於非財產上損害賠償之常態，蓋通常侵害肖像權及姓名權，並不會有如侵害身體權、健康權等其他人格權，可能受到付出醫藥費等財產上損害之情況，而是以精神痛苦之非財產上損害為主。

至於法院不排除原告依肖像權請求財產上損害賠償之可能性，但認為被告並未受有財產上損害，因而不得請求賠償之情形，觀察其主要論理為：原告無法證明其因被告行為而喪失具體授權機會；肖像權如作為商業上使用，非不得重複、多次授權予相同或不同之人使用。本文以為，上述論理的主要問題均源自於法院對於肖像權用於商業上之特殊性考量不足，因而受限於傳統民法上「有損害始有賠償」之原則。詳言之，肖像權之商業上使用不僅使肖像權具有財產性質，更重要的是其為一性質類似於智慧財產權之無體財產權，不如有體物會因利用而減損，而可以多次自行利用或授權他人使用。如謹守「有損害始有賠償」之原則，則似乎只要原告之肖像權經濟價值仍然存在，就無損害可言。又或者即使被告使

用原告肖像確實對原告肖像之經濟價值造成減損，原告欲證明該減損之數額，亦相當困難。

如同李蒨蓉案中法院所指出，財產上損害之計算雖原則上受侵害人得請求賠償肖像所受損害及所失利益（民法第 216 條參照），並依差額說具體加以計算，但因肖像權不同於具有形體之物權，當遭他人侵害作為商業上廣告時，受侵害人通常難以依差額說具體計算其損害⁴⁵⁴。

整體而言，因法院受限於傳統實務見解，並且未給予個人形象商業利用案件之特殊性足夠重視，始造成實務上依侵權行為及依不當得利請求會有截然不同之結果之現況。

第三節 比較法之啟示

壹、個人形象商業利用案件之特殊性

比較法上，無論是英國或美國，均因應商業型態之改變而調整其保護方式。美國為因應隱私權無法提供適當保護而另創設公開權，而英國則因原先要件無法含括新的使用方式而寬鬆解釋假冒侵權之成立要件。而無論是美、英，均對於個人形象之價值轉變有所意識，對現代形象之經濟價值給予重視，並將人格商業利用之特殊性反映在法律保護上：二國在保護上均自財產利益出發。

我國目前雖承認人格特徵之經濟價值，但尚未對於人格特徵商業利用案件之特殊性有足夠認知，在保護上也經常與人格利益之保護連動，尚無法跳脫原先保護方式，亦無法正視人格權上經濟價值之財產性質。實際上，在判斷法律應提供何種保護時，應有明確區分人格特徵商業利用案件與傳統人格權侵害案件，以及區分該種案件與傳統有體物權利侵害案件之必要，惟此經常為實務所忽略。以下分述之：

⁴⁵⁴ 肖像權之財產利益，性質上與專利權、商標權、著作權之法律構造近似，又法律所以就專利權等無體財產權設此規定，主要係鑑於此等權利易受侵害，難以防範及損害難以證明。此項立法意旨於姓名、肖像等人格特徵遭受侵害時，亦屬存在。因此，智慧財產權法上所設之損害賠償計算方法，在肖像權經濟利益受到損害時，應有參考之餘地，並可類推適用。



一、與典型肖像權侵害案件之不同—附論肖像權之內涵

依我國學說見解，對肖像權之侵害行為，其主要情形有三：肖像之製作、肖像之公開、以營利目的使用他人肖像⁴⁵⁵。而實務上之常見典型肖像權侵害個案事實包括如：未經本人同意在公開場所拍攝其照片並刊登於新聞⁴⁵⁶、未經本人同意將含有原告肖像之影片上傳於平台⁴⁵⁷等。該種案件中之原告通常僅請求非財產上損害賠償。

面對個人形象利用案件，法院必須理解其與過去典型肖像權侵害案件有所不同。換言之，法院必須意識到須受到保護的核心價值已經產生變化，不必然為單純人格性質利益，而可能兼具財產利益或以財產利益為主。事實上，如探究藝人人格特徵在娛樂產業中所發揮之主要效益，應不難發現其性質已非以個人人格為重，而是與財產更為相關。因此，肖像權受到侵害之原告並不必然僅得請求非財產上損害賠償，肖像權本身之性質亦不必然與傳統人格權相同。

又除對肖像權本身之認知問題外，實務上另一顯著問題為，法院對於個人形象利用案件之背景商業實務認知不夠明確，或者對其重視程度不足，導致最終判決結果經常無法提供適切保護，尤其是娛樂產業實務中經紀公司角色之份量，在判決中往往無法呈現。欲更適切體現個人形象利用案件之特殊性，則了解娛樂產業中之角色分配，應能提供相當幫助。

而若意識到肖像權在個案中扮演之角色有所變化，將不難發現過往實務對肖

⁴⁵⁵ 王澤鑑（2022），人格權法：法釋義學、比較法、案例研究，頁 164-165。

⁴⁵⁶ 臺灣高等法院臺中分院 111 年度上字第 299 號民事判決：「系爭報導內使用之楊正之照片，係李育材於僑光科大校園內拍攝，拍攝前未經取得楊正之同意。……而觀之系爭報導使用之楊正照片，其內容為楊正行走於僑光科大校園之照片，為楊正在校園內之公開行動，未涉及楊正之其他隱私，且該照片係以僑光科大為背景，核與系爭報導關於楊正取得僑光科學士學位及教職等內容具有關聯性，且系爭報導就楊正部分之內容亦涉及公共利益，已如前述，故而被上訴人拍攝並使用楊正之照片於系爭報導之行為，應認具有公益性新聞報導價值之正當性，且無濫用楊正肖像權之情事，其使用方式亦符合比例原則，則依上開規定及說明，無從認被上訴人此部分所為構成對楊正肖像權之侵害，亦無違反個人資料保護法之情事。」

⁴⁵⁷ 臺灣高等法院 112 年度上易字第 484 號民事判決：「該影片於時間 2 分 5 秒至 2 分 10 秒出現原告之樣貌，然原告非公眾人物，被告未經其同意，擅自刊登其外貌形象，已影響其肖像不被公開之權利，且白國豐使用肖像之目的係為使閱覽附件 1-1 所示貼文之不特定多數人得以認識楊文宏之長相，並對楊文宏產生負面評價，自屬不法侵害楊文宏之肖像權」。

肖像權之理解或認知並不全然正確，僅在過去肖像權以人格利益為主之情況下，問題並未顯現出來。以下詳述之。

於傳統肖像權侵害案件類型中，有部分判決會強調肖像權侵害之認定應完全獨立於名譽權侵害之判斷，而明言：「是否貶損他人在社會上（對原告）之評價，乃是否另侵害名譽之問題，與肖像權之被侵害與否無關。」不過在部分判決，包括近期判決中，於判斷原告肖像權是否受到侵害或情節是否重大時，法院仍會考量照片是否涉及個人隱私、原告是否為非公眾人物等。換言之，不僅是照片內容之隱私性，包含原告的身分在內均可能影響被告行為是否構成肖像權侵害。

一方面，此種見解涉及隱私權與肖像權之間關係究竟為何，何以肖像是否受保護仍可能因是否侵害隱私權而受到影響之問題；另一方面，原告作為公眾人物及非公眾人物，何以肖像權保護上會有不同，雖然並不明確，不過無論是與隱私權保護上差異有關，或是為肖像權本身在保護上的差異，均顯示二種身分的不同。若不去探究該種不同之根本原因或基礎，或上述見解是否適當，而直接將同樣的標準套用在人格特徵利用案件中，便可能得出不合常理之結論，進而嚴重影響判決之正當性。

判決中在論述被告行為何以構成情節重大人格法益侵害時，通常採取較為籠統之方式為之，對於何以肖像權侵害之判斷中須納入隱私權侵害與否，並無明言。不過從一較為早期之判決用辭中或可窺探一二⁴⁵⁸：臺灣臺北地方法院 93 年度勞訴字第 129 號民事判決中寫道，雇主在其工作場所裝設監視錄影機，雖可能影響員工之個人隱私權，然此部分牽涉之隱私權，僅限於勞工工作時間內之身體外觀動作，「此部分隱私權尚非屬隱私權最核心部分如肖像、前科、指紋等，且未牽涉公共利益或善良風俗，應可要求員工忍受」。依上述，法院係將肖像當

⁴⁵⁸ 同時期的文章中，亦有提到如「民法第一百九十五條所規範的『隱私權』，也包含『肖像權』的概念」；「肖像權也是廣義的隱私權」等文字。

作隱私權之核心部分，故肖像權便可能被定位為隱私權之一部。若然，則於判斷肖像權侵害時考量隱私權，便是基於其定位使然。

然而，不論是對肖像權與隱私權或是肖像權與名譽權之間的關係，其正確理解應為：在個案中，一行為可能同時構成多種人格權之侵害，而發生請求權競合，被害人得考量個人情況、舉證責任等因素，一併或選擇主張之⁴⁵⁹。肖像權不應為隱私權之一部，僅充其量有重疊之部分爾，又該點在肖像顯現之經濟價值越發顯著的情況下更為明顯，蓋對肖像權財產利益之保護顯然並非落入隱私權保護之範疇中。而將肖像權與隱私權相互分離之另一重要原因在於，若使肖像權歸於隱私權範疇，則我國將面臨美國在創設公開權之前所遇到的相同困境，即發生權利內涵之衝突。

關於是否為公眾人物在肖像權案件中之角色，實務上有數個判決⁴⁶⁰採取之見解為：判斷被侵害之肖像法益情節是否重大，宜從被害人是否為公眾人物、使用場合、使用目的等因素為綜合之考量。其指出，「倘被害人為公眾人物，因其肖像本身即具有一定之經濟上價值，未經同意即將其照片供作營業上使用，當屬情節重大無疑。被害人雖非公眾人物，然如使用照片之場所不當有損被害人之名譽，或使用照片之目的非出於良善，其目的係為將被害人之照片當作負面教材使用，應認其情節亦屬重大，而得請求賠償相當之金額。」

如此區分公眾人物及非公眾人物而套用截然不同標準是否妥適，不無疑問。公眾人物於個案中確實可能注重其人格經濟價值被他人利用，但並不必然不重視其因肖像脫離自身控制所受到的精神痛苦。而非公眾人物之肖像上經濟價值雖可能有限，但若其肖像被用於廣告上使用，侵害情節是否確實未達重大，亦有疑問。故若以上述考量區分被害人是否為公眾人物之基礎，正當性似乎不足。

⁴⁵⁹ 王澤鑑（2022），《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，頁 163，自刊。

⁴⁶⁰ 如臺中地方法院 97 年度訴字第 559 號民事判決、臺北地方法院 97 年度勞簡上字第 6 號判決、臺中地方法院 101 年度訴字第 751 號民事判決、高雄地方法院 103 年度訴字第 1596 號民事判決、苗栗地方法院 112 年度苗簡字第 738 號民事判決。

又上述見解於判斷非公眾人人物之肖像權侵害情節是否重大，仍考量名譽是否損害，似未能將肖像之侵害自名譽之侵害完全分離。整體而言，該見解並不妥適。

本文以為，臺灣高等法院臺中分院 112 年度上易字第 415 號民事判決（抗藍光案），呈現了對肖像權本質之正確理解：「對他人肖像之作成、公開或作商業上用途，應得肖像權人之同意，此乃體現個人自主決定之權利。又肖像權與其他人格權間具有密切關連，然因各該權利之內容、保護之法益、對象或界限、侵害之成立要件，救濟之方法等各有不同，自應加以區別，是否構成肖像權之侵害，並不以名譽或隱私被侵害為要件，仍須依具體個案情節予以判斷。又侵害肖像權情節是否重大，應就其侵害之態樣、被害情節、回復可能等情節綜合為判斷⁴⁶¹。」

而依據該種見解，肖像權之保護核心係「個人自主決定」，故即使肖像權之性質產生變化，亦不會與其核心衝突。

二、所生損害與傳統有體物損害之不同

個人人格特徵受到他人未經同意之商業利用時，原告所受損害究竟為何？實務上若肯認姓名權、肖像權侵害得主張財產上損害賠償，則於計算損害賠償數額時，經常面臨此問題。

個人就自身人格特徵經濟價值所享有之權利與有體財產權不同，純粹屬於法律上抽象之存在，性質上更接近無體財產權，該權利之存在、行使均不以附著於有體物為必要，且具有公共財性質：當一個使用者消費公共財物之後，不致對該財物造成任何減損，亦無礙於其他使用者就同一財物，再進行消費。學理上亦有

⁴⁶¹ 該案中，被告將原告照片張貼於其所經營之賣場網頁，法院認為該網頁係架設在蝦皮購物網站，具有網路無遠弗屆、瀏覽者不確定之特性，且肖像一經公開，甚難回復成為未曾公開之狀態；另被告使用系爭照片目的在從事商業行為，又查原告對於公開對象有設限制之情形，且至 112 年 4 月 4 日至少已有 3 人瀏覽，則原告主張系爭照片因被張貼在上開網頁而有被移花接木之危險等語，即屬有據。原告又主張兩造均未經衛福部核准販售藍光眼鏡，信屬實在，則原因被告於賣場網頁張貼系爭照片，並註明「抗藍光」等字，亦可能使其受有遭衛福部究責之風險。據上，應認上訴人擅自張貼系爭照片在賣場網頁，對於原告肖像權之侵害情節確屬重大，原告主張被告上開侵害肖像權之行為，造成伊生活及身心之痛苦，堪可認定。



稱為無耗竭性或非敵對性⁴⁶²。

有體財產權發生侵害情事，可直接觀察該有體物是否有物理缺陷或經濟價值減損，因而在判斷及想像是否有損害發生或現實損害、二者之因果關係，並無困難⁴⁶³。但無體財產權之侵害並無法以類似方式判斷損害為何。

就此點而言，人格權經濟利益之保護在損害賠償上所遇到之困境與我國智慧財產權保護長期以來在實務上遇到的困難相同，即法院低估有體財產權及無體財產權間差異之重要性，而仍經常依前者之損害評估方式去判斷後者之損害是否存在、內容為何。因此，判決中始會出現以「原告非不得再授權他人使用其肖像」、「原告並未因此失去授權機會」為由，認定原告未受有財產上損害。惟其所保護之客體既然與一般有體財產權完全不同，一般財產權法之解釋與規範，自無法一概適用⁴⁶⁴。

正如同李蒨蓉案中法院所指出的，財產上損害之計算雖原則上受侵害人得請求賠償肖像所受損害及所失利益（民法第 216 條參照），並依差額說具體加以計算，但因肖像權不同於具有形體之物權，當遭他人侵害作為商業上廣告時，受侵害人通常難以依差額說具體計算其損害。法院並指出，肖像權之財產利益，性質上與專利權、商標權、著作權之法律構造近似，又法律所以就專利權等無體財產權設此規定，主要係鑑於此等權利易受侵害，難以防範及損害難以證明。此項立法意旨於姓名、肖像等人格特徵遭受侵害時，亦屬存在，因而關於專利權等所設損害賠償之計算方法，應有類推適用之餘地。上述見解應有相當參考價值。

貳、保護方式：公開權或假冒侵權

於認知到人格特徵商業利用之特殊性後，應進一步思考美國及英國所採取的做法中，何者較為妥適而值得參考。美國公開權與英國假冒侵權現今態樣均為因

⁴⁶² 張哲倫（2014），〈專利權之無體性質對專利侵權訴訟程序之影響〉，《智慧財產權月刊》，第 192 期，頁 10-11。

⁴⁶³ 李素華（2017），〈智慧財產侵害之「損害發生」與損害賠償法制建構—從智慧財產法院九十七年度民訴字第四七號民事判決談起〉，《月旦法學雜誌》，第 263 期，頁 179。

⁴⁶⁴ 同前註。

應商業型態之改變而調整之結果，不過，在個人形象保護的發展進程上有二個較為重大的不同。

首先，公開權與假冒侵權的核心基礎並不相同；其次，美國及英澳法院因應商業型態不同所進行的調整方式不同。

公開權係保護個人對自己形象、人格特徵的商業上使用權利，其基礎主要是自然權利、避免不當得利、鼓勵產業發展；假冒侵權係保護基於商譽之財產權，且英國實務明確否認個人對人格特徵有一獨立財產權，幾乎是否認公開權存在可能性，二權利之核心自然有一定差異。

相較於假冒侵權係以禁止失實陳述以保護商譽，間接提供保護個人形象利用權利的可能性，公開權係直接對人格特徵使用權利進行保護，因而更貼合商業實務上個人的權利保護需求，保護範圍更廣也更全面。因而，我國若欲提供最適切之保護，必須考量保護之出發點、核心基礎是否適當、是否有拐彎抹角之疑慮。

又關於調整方式，美國於意識到原先採取之保護方式有所不足時，係另創設一獨立權利，並賦予其單獨要件及效果；而英國則是以原有保護方式為基礎，去針對保護需求進行擴張適用。就目前保護效果而論，本文以為美國公開權因獨立作為一權利發展，彈性更佳、能提供完整之保護，反觀假冒侵權經常受限於「失實陳述」之核心而難以擴張至能提供適當保護之程度。雖然並非在任何情況下，創設新權利均必然能達到比維持原先保護方式還要更好的保護效果，惟如原先保護方式確實有侷限性，而無法提供適切保護，或是擴張將導致原先保護方式偏離核心而影響體系完整性，則選擇創設一新權利應為更適當之作法。故我國於選擇擴張既有保護基礎或創設一獨立新權利時，自應將上述因素納入考量。

綜上，本文以為就公開權與假冒侵權二者而言，公開權提供保護更加完整，彈性空間大，獨立於隱私權發展，故可避免扭曲既有保護體系，更適宜作為我國將來對個人形象保護上發展之主要參考。至假冒侵權，則可能作為輔助性之保護基礎之參考。



參、假冒侵權之參考

如欲將英國假冒侵權制度對應至我國現有制度，則最為接近者應為公平交易法及商標法。不過英國重視競爭自由，長期以來均強調假冒侵權制度核心並非禁止不公平競爭，而是保護商譽，因此尚難直接將假冒侵權制度類比為我國公平交易法規定。就此點而言，美國之假冒侵權（盜用）相關規定落於智慧財產領域，反而與我國公平交易法更為接近，不過，二制度仍僅為有相似之處，仍難謂得相互對應而直接作為參考。

因此，了解假冒侵權制度所能提供的價值主要有在於，考量假冒侵權在英國作為主要保護方式、在美國作為補充性主張依據，我國公平交易法或亦能提供一定保護。不過同時，亦須謹記假冒侵權之核心價值與個人形象商業價值對應不上，僅得提供間接性保護，我國公平交易法是否得為適當保護，亦應將上述教訓納入參考。個人形象商業利用可能涉及之該法條文包括第 22 條、第 21 條及第 25 條規定，以下分述之。

公平交易法第 22 條規定，事業就其營業所提供之商品或服務，不得以著名之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，致與他人商品混淆；或以著名之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，於同一或類似之服務為相同或近似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆。於文義上，著名個人之姓名似乎屬於本條規範範圍。惟觀上述規定之立法理由，該規定主要係為防免事業為使人對商品、服務主體產生混淆之行為，亦即為仿冒他人商品表徵之行為；姓名、商號或公司名稱屬「標示」之種，商品容器、包裝、外觀非屬「標示」或「商標」，遂另以「表徵」二字為包括標示、商標或其他表示商品特徵之泛稱。由此可知，該條之「姓名」係作為商品或服務之主體表徵而言，應難以包括一般個人之姓名，故人格特徵受到利用之個人，通常應無法以該條作為主張依據。

又依公平交易法第 21 條，事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。又所謂與商品相關而足以影響交易決定之事項，包括商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地，及其他具有招徠效果之相關事項。

為商業目的未經同意使用他人姓名或肖像是否構成違反上述規定之行為，應以該種使用是否屬於「與商品相關而足以影響交易決定之事項」之表示或表徵為準。就此，學說上較無討論，而實務上相關案件亦較少，僅得從少數判決中相關論述推知應是採肯定見解。如依臺灣高等法院 95 年度上易字第 855 號民事判決見解，如原被告間無代言契約，而被告所為虛偽不實或引人錯誤之表示，足使一般消費者誤信原告亦為系爭商品之使用者，則顯然違反公平交易法第二十一條第一項規定⁴⁶⁵。又如鈴木一朗案二審中，法院指出，被告未經原告授權擅自於其廣告中加列大幅原告肖像，「足以使消費者誤認被上訴人為其公司之代言人，自難謂係合理使用，縱被告將原告之『肖像』用於『該肖像所指涉商品』之『廣

⁴⁶⁵ 臺灣高等法院 95 年度上易字第 855 號民事判決：上訴人以雙方並無簽訂代言合約，且拍攝被上訴人之照片版權歸上訴人所有，所以定稿後，上訴人認為無需再經被上訴人確認，是該名人採訪錄內容並非忠實反映被上訴人對正式上市商品之真實意見及其親身體驗結果，實屬明確。再者，被上訴人否認曾試用系爭商品及該則採訪內容之陳述，而上訴人又無法提供曾將系爭商品之試用品供被上訴人試用之具體事證，則上訴人以欺罔之表現或表示於雜誌刊登名人採訪錄，反映上訴人以外之他人，對系爭商品之意見及親身體驗結果，足使一般消費者誤信被上訴人亦為系爭商品之使用者，而為虛偽不實及引人錯誤之表示，顯然違反公平交易法第二十一條第一項規定，應堪認定。上訴人對於因此經公平會認定違法並處以二十五萬元之罰鍰之事實亦不爭執，益加可證上訴人未得被上訴人之同意，擅自製作廣告使用被上訴人之肖像，且在未實際採訪被上訴人之情況下，擅自撰寫廣告內容，仍屬侵害被上訴人之肖像權。

上訴人將被上訴人之肖像刊登於系爭雜誌上，並撰寫不實之文字內容以詐騙消費者，且其商品完全未經被上訴人試用，邇來媒體多次報導藝人所代言之產品對消費者造成了不同程度之傷害，已為大眾廣為週知，故上訴人未經被上訴人同意而登刊肖像並撰寫不實廣告之行為，已然使被上訴人陷於身心畏懼，所畏懼者為萬一對不特定之消費者造成不良影響，後果將不堪設想之不安感，精神上顯然受有損害。

經查被上訴人因遭上訴人擅自製作廣告使用被上訴人之肖像，且在未實際採訪被上訴人之情況下，擅自撰寫廣告內容，侵害被上訴人之肖像權，精神確受極大痛苦，其請求精神慰撫金，核與民法第一百九十五條規定相符，應予准許。本院審酌被上訴人之學歷為高級中學職業進修補習學校畢業，及其年收入之經濟狀況、肖像權未經同意而刊登對其精神所受之影響、上訴人公司之實收資本額等情形，認上訴人以賠償被上訴人六十萬元之精神慰撫金為適當，被上訴人此部分之請求，為有理由，應予准許。

告』中，但因原告並非被告公司之代言人，上訴人此舉難謂符合現行商品行銷實務，以及公平交易法第 21 條『廣告真實』之法理」。

又觀現下各種品牌為提高自家商品曝光率與知名度，「代言」為十分常見的行銷手法；許多有關消費研究中皆提及消費與認同感有關，人們會透過消費模式中的符號使用，建立構築自我感與認同感⁴⁶⁶。故由此推論，在姓名、肖像使用易使消費者認為該肖像權人有為該商品代言之情況中，著名人士之代言確實屬於「具有招徠效果之相關事項」，應無疑問。

此外，公平交易法第 25 條尚有一補充性概括條款，禁止事業為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。

然而，公平交易法是否適合作為人格特徵商業上經濟利益之保護基礎，則有待商榷。觀公平交易法之立法目的，乃為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮（公平交易法第 1 條參照）。因而，在人格特徵盜用案件中的本人（如肖像權人），並非公平交易法之主要保護對象。

而實際上，個人欲依上述規定主張損害賠償，仍須依公平交易法第 29 條至第 31 條之規定為之。依公平交易法第 29 條及第 30 條，事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任，且被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。其中「權益」之範圍為何、是否包括權利及利益，立法理由中並無說明。

若與民法侵權行為之規定相比對，公平交易法第 29 條及第 30 條與民法第 184 條第 2 項「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限」之規定較為相像。又該條所保護者及於權利及利益。惟於判斷上，所謂「保護他人之法律」，應就法規範之立法目的、態樣、整體結構、體系價值、所欲產生之規範效果及社會發展等因素綜合研判；凡以禁止

⁴⁶⁶ 王怡強、吳素梅（2019），〈名人代言對消費者購買意願影響之研究〉，《觀光與休閒管理期刊》，2019 年第 7 卷特刊，頁 24-34。

侵害行為，避免個人權益遭受危害，不問係直接或間接以保護個人權益為目的者，均屬之。此外，須進一步檢驗個案被害人所受損害是否為該法律所欲防止者，始構成侵權行為損害賠償義務。換言之，除須檢驗該法律是否出於保護他人為目的外，尚須檢驗被害人是否為該法律所欲保護之對象，及被害人所受損害是否為該法律所欲保護之權利或利益。

而架構類似的公平交易法規定，於解釋上理應採取相同標準，即於判斷當事人得否依公平交易法主張權利時，須判斷其是否有保護他人之目的、保護對象為何，及損害是否落入保護範圍內。

首先，就是否有保護他人之目的，觀公平交易法第 21 條之立法理由⁴⁶⁷，該條主要應係為維持競爭之公平性，並附帶保護消費者，故確有保護他人之目的。然而，就保護對象、損害是否落入保護範圍之部分，本文以為，欲認為公平交易法第 21 條有保護姓名、肖像等人格特徵受到他人未經同意使用者免受損害之意，實有困難。故該等案件中之原告應無法依上述規定請求被告賠償其因人格特徵遭到利用所受到的損害，無論是權利或是利益均同⁴⁶⁸。

至於實務上對此之見解，因主張被告違反公平交易法而請求損害賠償者多為現有競爭者或潛在競爭者⁴⁶⁹，鮮少有人格權受到侵害之原告以公平交易法為請求權基礎，故幾乎無相關判決。僅從早期的臺北高等行政法院 89 年度訴字第

⁴⁶⁷ 事業常為競爭之目的，於商品或其廣告上或以其他使公眾得知之方法，就商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等做虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，致他人誤信而與之交易遭受損害，故明定禁止。

⁴⁶⁸ 經推論得出此結論，本文認為實屬可惜，蓋公平交易法第 31 條不僅訂有懲罰性賠償金，並訂有依被告侵權所得計算損害賠償之特殊規定，對於人格特徵經濟利益之保護將大有幫助。該條之立法理由如下：

一、由於被害人常因損害額不大或甚難證明實際之損害範圍，致不願或不能向侵害人請求損害賠償，此種情形將造成對不法侵害行為之縱容或鼓勵。爰參照美國立法例，明定法院因被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償，但不得超過已證明損害額之三倍。

二、侵害人因侵害行為受有利益，其利益如超過被害人所受之損害額時，縱賠償被害人所受之損害後，侵害人仍保有不法所得，殊屬不當，故本條第二項參考美國立法例，規定被害人得請求專依侵害人因侵害行為所受之利益計算其損害額。

⁴⁶⁹ 智慧財產法院 106 年度民公上字第 2 號民事判決（紅茶案）。



3144 號判決得以大致窺探實務當時之見解。

該案涉及之廣告係以演唱會為背景，在眾人狂呼「伍佰」之後，由一女聲稱：「伍佰不來了，現在只有二佰伍」，該廣告係以藝人「伍佰」之藝名為對比，強調其費率下降之消息。另又以一身著黑色皮衣皮褲，手執麥克風酷似藝人吳俊霖之人像，其旁書寫「不要伍佰！只要二百五十元，中文E Z傳呼……」之廣告文字，刊登於公車車廂廣告，為參加人之傳呼機宣傳。原告為藝人吳俊霖之經紀公司，主張參加人違反當時公平交易法相關規定，其中包含第 20 條第 1 項第 2 款⁴⁷⁰及第 21 條第 1 項⁴⁷¹。

關於前者規定，其主張，藝人吳俊霖（即伍佰）在流行樂界素負盛名，其藝名具有極高之商品價值。藝人伍佰之姓名顯為消費者普遍認知之表徵，參加人卻為類似之使用，致誤導消費者使其產生混淆，其行為顯然違反公平交易法第 20 條之規定。參加人所為冒用「伍佰」名義進行廣告宣傳之行為，嚴重斷害「伍佰」之聲譽，降低其經濟價值，原告之利益亦因之受損。而關於後者規定，原告則主張，參加人所使用之宣傳手法，顯然即利用吳俊霖之藝名「伍佰」之高知名度，吸引消費大眾之注意，讓消費者誤認吳俊霖係為該項產品之代言人，無形之中讓吳俊霖為該項產品背書，使消費者基於認同藝人吳俊霖之心理而購買該項產品。

就此，法院認為該件參加人雖有引用「伍佰」名義，然其係用於廣告文句中，作為彰顯其通信服務價格僅為五百元之一半的方法，相關事業或消費者尚不致認知「伍佰」係表彰參加人公司之商品或服務的來源，而得以區別不同之商品或服務的特徵，亦即參加人並未有將「伍佰」作為商品或服務之表徵之情事；況

⁴⁷⁰ 事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：．．．二、以相關大眾所共知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。

⁴⁷¹ 事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

「伍佰」藝名係吳俊霖演藝事業之表徵，參加人之營業項目則為傳呼服務，兩者間並無競爭關係存在，尚難認有因相同或類似使用而產生混淆之情事，即無違反行為時公平交易法第 20 條第 1 項第 2 款之規定⁴⁷²。

又廣告內容是否有虛偽不實或引人錯誤之情事，應以交易相對人之認知，並就廣告整體內容判斷之。系爭廣告主要係以電信服務之優惠價格為訴求，其引用「伍佰」名義作為彰顯其服務價格僅為五百元之一半的方法，此部分訊息並無不實之處，自難認有違反行為時公平交易法第 21 條第 1 項之規定。

整體而言，依上述見解，就現行公平交易法第 22 條之適用上，法院考量該「姓名」是否用以表彰商品或服務之來源，並考量原告及參加人間有無競爭關係以判斷有無混淆誤認之可能性；就現行同法第 21 條之適用上，則主要考量廣告內容之特性，認為該種使用並不違反規定。就前者，見解與前述推論一致；而就後者，則因個案情況而看不出法院對於主要問題之見解。不過，該案法院另有強調「本案涉及姓名權及其商業價值一節，應屬民法保護範疇應如何計算損害賠償之問題，與公平交易法規範競爭秩序之宗旨有別，自非本案所應審究」，似可認為法院採取見解與上述推論結果無顯著差異。

因公平交易法第 25 條訂有概括性補充規定，故欲使個案情形落入該條文義範圍內，應非難事。不過，有鑑於公平交易法之精神，不見得能提供個人形象商業利益全面保護，已如前述，因此，就現行公平交易法而言，或能阻止部分形象利用行為，但僅能作為補充性保護依據。

肆、我國應引入美國公開權

基於我國面臨問題與美國公開權發展前期面臨問題之相似性，以及引入公開權所能帶來的幫助及益處，本文以為我國引入或參考公開權應為適當作法，以下詳述之。

⁴⁷² 事業就其營業所提供之商品或服務，不得有以相關事業或消費者所普遍認知之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，為相同或類似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。



一、歷史進程上之相似性

美國公開權保護內涵原為隱私權之一部，後因權利內涵衝突及人格權不可移轉之問題，造成隱私權無法就人格商業利用提供適切保護。而我國目前嘗試以現有制度處理人格商業利用案件，雖然並非如美國以隱私權為保護基礎，而是以理論上應獨立於隱私權之姓名權、肖像權進行保護，但實際上我國目前與美國當時遇到相同的問題，即權利內涵之衝突、不可移轉性造成的保護不足。

詳言之，我國所遇到的權利內涵衝突，發生於人格權內部。原先歸類為人格權的姓名權、肖像權，目前經實務承認其使用於商業上具有經濟利益，然而就該經濟利益之部分，卻因仍作為人格權之一部，而被冠以人格權之特性或是採取過往對人格權之見解，如侵害人格權以請求慰撫金為主。且部分判決仍於判斷肖像權是否受侵害時，考量個人是否為非公眾人物、照片是否涉及隱私，故雖然實務上尚未出現該種見解，但難認我國完全不可能面臨當初美國隱私權遇到的問題，即公眾人物是否得於人格特徵受到商業上利用時受到適當保護。

又關於不可移轉性所造成之問題，主要體現於被授權人無法對第三人主張權利之困境，已如前述。

因此，就歷史進程來看，我國與美國公開權被提出前所遇到的問題有不容小覷的相似性，我國目前進程對應至美國發展進程，約落在隱私權之提出後、公開權之承認前，故美國公開權之參考甚或引進，對於處理我國目前面臨問題，應有一定價值。

二、引入美國公開權之益處及立法明文之重要性

我國學說及實務上有認為應肯認人格利益或人格特徵具有財產價值，並發展出相對應有效率的保護方法，但不應或無須引入美國公開權。

部分學者之所以認為不應引入美國公開權，乃係參考德國通說認為姓名權或肖像權雖具有財產性質，但原則上不得讓與，而認為在我國法上應採用同於德國法上的見解，認此項財產利益構成人格權的部分，具有不可分離性，僅得授權他

人使用其姓名或肖像，又該授權關係僅發生債之關係，不具對抗第三人的效力，被授權人對侵害的第三人得主張侵害他人權益不當得利。我國既有之規範已足以提供適切保護，且應無引入公開權之必要⁴⁷³。

實務上亦有採取相同見解。路克羅伊案⁴⁷⁴中，法院指出美國法上將「為自己使用或利益而利用他人姓名或肖像（Appropriation of Name or Likeness）」，列為侵害隱私權之四種侵權行為類型之一，並另創設保障肖像、姓名等個人特徵經濟利益之「公開權」。而相較於美國法，我國民法第 18 條已有保障一般人格權之規定，立法者並於民法第 195 條第 1 項前段明定具體化之個别人格權，則依我國法體系架構，人格權之保障範圍解釋上本即可涵蓋人格精神利益及財產利益之保護。「肖像權」雖非民法第 195 條第 1 項前段列舉之個别人格權，惟肖像係個人外貌、形象之人格表現，與個人主體性及人格自由發展密切相關，於法解釋論上本應屬「人格權」之保障範圍，為民法第 184 條第 1 項前段之「權利」，且係民法第 195 條第 1 項前段概括規定之「其他人格法益」。

是以，傳統上以美國法為基礎，將「個人姓名或肖像不被他人作商業上使用」之財產利益，納入以保護精神利益為內涵之「隱私權」保障，並另創設保障肖像等人格特徵財產利益之「公開權」見解，於我國民法第 18 條、第 195 條第 1 項深受德國民法影響而建立之完整人格權保障體系，即無援引而分別納入我國民法「隱私權」、「肖像權」保障之必要。故肖像之精神利益、財產利益，均屬民法「肖像權」之保障範疇，其內涵包含個人有決定是否公開其肖像，及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人公開之決定權，暨對其肖像之使用有知悉與控制權⁴⁷⁵。

⁴⁷³ 王澤鑑（2008），〈人格權保護的課題與展望（五）——人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護（下）〉，《台灣法學雜誌》，107 期，頁 82。

⁴⁷⁴ 臺灣臺北地方法院 111 年訴字第 4221 號民事判決（目前（2024 年 2 月）移調解）。

⁴⁷⁵ 本案原告之主張某程度上顯示出我國法目前保護仍有不足之問題：個資法、資訊隱私權、名譽權顯然無法為涉及形象使用之案例提供處理方式，而肖像權則須視個別法官見解、實際情形而定。至法院關於資訊隱私權部分之論述，本文則認為稍有疑問。

本案法院指出我國隱私權並不如美國法上隱私權涵蓋「為自己使用或利益而利用他人姓名或肖



惟本文認為有引入之必要性，以下詳述之。

目前實務見解也已證實，單單是承認人格權上有一經濟利益是不足的。若欲以現有架構為保護基礎，前提是實務必須充分理解商業型態變化，並確實跳脫傳統見解。其必須賦予人格權之經濟利益一獨立地位，明確區分人格權中的人格利益及經濟利益，並知悉、接受二者有不同特性；另外，實務也必須認知到人格權經濟利益侵害與傳統有體物上權利侵害之不同。

就此，本文觀察過往判決發展，以及同為無體財產權之智慧財產權相關案件之法院見解，認為在不引入公開權之情況下，欲達成上述目標，難度非常高。

儘管實務上在相對早期便有最高法院承認人格權經濟利益之可繼承性，其財產性質確在接下來十多年未受到足夠重視，其可移轉性更是從未受到承認。可見法院仍希望維持人格權之整體性，而無法正視人格權經濟利益之特殊性，實務在見解上的突破十分緩慢。

又人格特徵受他人未經同意於商業上進行利用者，在損害賠償之主張上面臨的困境，在已有特別因應權利特性而明文損害賠償計算方式的智慧財產權相關案件中，亦遇到相同問題，即法院仍會受到傳統有體物權利侵害之損害判斷方式所拘束，因而認為「無損害即無賠償」。在法有明文的情況下，法院尚可能受傳統見解影響，那麼我國作為一成文法國家，如何能期待在法無明文的情況下，法院

像」之型態，並強調相較於美國法，我國現行法體系架構中，人格權之保障範圍解釋上本即可涵蓋人格精神利益及財產利益之保護，無須參考美國之保護方式，分別納入我國民法「隱私權」、「肖像權」保障之必要。因而，原告以資訊隱私權為基礎之主張，應以肖像權為基礎即可。然而，實際上本案中原告所欲請求被告停止之行為，理應並非「為自己使用或利益而利用他人姓名或肖像」之型態。換言之，主要並非與商業利益相關，而是與人格利益相關。故法院認為應以肖像權而非隱私權為基礎，實屬因誤會所生之想法。或許針對「為自己使用或利益而利用他人姓名或肖像」之型態，會因美國公開權之發展歷史而聯想到隱私權與公開權之關係，因而需要處理我國是否須引入公開權，或是應依現有架構進一步處理之問題。但在本案所涉及之行為並非屬於上述型態，而是更接近隱私權核心，即使是在美國法架構下思考，亦會得出相同結論。

如同法院所指出，資訊隱私權係保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。肖像權或許在保護範圍上可能有所重疊，但二者絕非得以相互替代之關係。本文並認為，關於原告資訊隱私權之主張是否有理由，法院如採取類似於其關於肖像權、名譽權之論述，去權衡雙方當事人之權利，應為較妥適之作法。



能確實跳脫傳統見解，並主動提供適當保護呢？故本文以為，引入公開權並明文之，有其必要性。

又立法明文公開權為一應受保護之權利，尚有其他好處。

首先，從目前實務見解觀察，肖像權究竟係使用於商業上有一財產性利益，抑或是肖像權本身兼具財產權性質，並不明確。若明文公開權為一獨立權利，則作為一獨立於姓名權、肖像權等人格權之權利，其特殊性會更加明確，也可避免產生與人格權之關係不明之問題。將公開權與人格權完全分離，始能避免該等經濟利益繼續與人格權掛勾而無法移轉，導致第三人無法主張權利之困境。

另，目前對於人格特徵經濟利益之保護，實務上認定之要件並不明確，如是否僅著名人士得主張？或個人是否僅對姓名權、肖像權有財產利益？因實務均是依照個案狀況表達見解，在對保護之建構上相對緩慢，故上述問題之答案從過往判決尚無法確定，亦難想像可能在近期獲得。若明文公開權保護，則得明確規定其保護要件及範圍。如此並能避免範圍過於限縮，而無法及於姓名、肖像以外之人格特徵，或是及於目前尚未被承認為人格權保護之具體態樣者。

又針對目前實務所計算出之損害賠償數額不當之問題，亦可透過明文之方式處理，尤其可充分考量形象利用之特殊性，並因應其特性明定適當之損害賠償計算方式，以減少或避免實務受到傳統思考方式局限之影響。而若公開權侵權受到明文，法院便無須為使原告得確保經濟利益，再另以不當得利為基礎。侵權行為乃對於被害人所受之損害，由加害人予以填補，俾回復其原有財產狀態之制度，而不當得利乃剝奪受益人之得利，使返還予受損人之制度，二者之直接目的不同，得請求之範圍並不一致。原告主張侵權行為之好處在於，原告所得請求者不以被告所得利益為限，故提供該種可能性與原告，有其重要性。

又關於公開權於我國之定位，有學者指出，關於個人形象之保護傳統上主要見於民法關於人格權之各條文中，並透過其他法領域中的相關條文對特定事項加以規範，若在我國進行個人公開權立法，如何定位此一新創設之權利與其他既存

法律之關係，將是一大問題⁴⁷⁶。本文以為，應可參考美國就公開權定位之多數見解，將其定位為一「智慧財產權」⁴⁷⁷，蓋其保護與個人身分及形象相關的無形資產。智慧財產權與傳統權利之關注點不同，其關注者並非體力上勞動，而是精神上勞動（mental labor）。個人形象應屬後者之結果。

三、跡象：實務判決中的公開權

實務上對公開權概念的接受度及了解程度，亦有逐漸增加的趨勢，從早期明確否認公開權於我國受到保護，到近期開始將公開權與我國保護相互對應，甚至是單獨認為公開權應受保護。

早期華碩案⁴⁷⁸中，被告華碩證券公司使用其「華碩」名稱及註冊商標等大眾周知之企業表徵，作為公司名稱特取部分，並為服務標章之使用，原告華碩電腦公司主張，自己對辛勤建立之知名度，享有「知名度利用權」（Right of Publicity，即公開權），指出該權利在美國立法例上廣泛承認並歸類為智慧財產權，未經同意擅予使用，係侵害該公司之財產上權益，因而依公平交易法救濟，或依民法第 184 條第 1 項、第 2 項規定請求損害賠償。

就此，該案法院認為，智慧財產權之保護涉及公共利益與智慧財產權人個人私益之調和，係智慧財產權法制之重要課題，是關於智慧財產權之種類，須依法定，不得自由創設。我國智慧財產權法制下，僅承認著作權、商標權、專利權、營業秘密及積體電路電路布局等項，未及於知名公司名稱之「知名度利用權」，是在法無明文之情形下，尚難認其係侵權行為所保護之客體。

反觀近期部分判決中，可見法院開始參考公開權之內涵及範圍。

⁴⁷⁶ 陳可嘉（2010），美國法上個人公開權之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

⁴⁷⁷ 至其應另立專法，或是應納入現有智慧財產權相關法律中，本文以為，雖然美國多將公開權納入不公平競爭範疇，惟其不公平競爭領域所涵括之概念本較我國廣泛許多，依照我國現行公平交易法整體規範架構，似難以符合條文體系之方式將公開權增訂其中。公開權雖與商標權有某程度之類似性，然其保護要件、範圍畢竟不同，若將其規定於商標法中，亦可能顯得突兀。故本文傾向以另立專法之方式明文公開權。

⁴⁷⁸ 臺灣高等法院 88 年度重上字第 350 號民事判決、最高法院 93 年度台上字第 771 號民事判決維持（一審臺灣臺北地方法院 88 年度重訴字第 702 號民事判決經程式判定為依法不得公開或須去識別化後公開之案件）。



（一）利用他人人格特徵商業價值，構成公開權侵害

模特照片案中，法院認為原告賀文胤、林淑菁就其肖像本即要供被告作商業使用，僅被告超出原授權使用之意思使用爾，是與一般不以商業使用為條件下而受肖像權侵害之情形不同。因此，法院認為原告係就其「財產權化之肖像權利」請求損害賠償，故應就其請求肖像之標的再為細分。

就此，法院以美國法類比：「按美國法自隱私權發展出就姓名、肖像、聲音等個人形象特徵，得為控制而作為商業上利用之公開權（Right of Publicity），為獨立於隱私權外之權利。一般肖像權具人格權性質，然肖像權作商業使用之公開權，除具人格權外，亦含有財產權性質。侵害人為自己利益，未經同意擅自利用權利人之姓名或肖像等，使其姓名、肖像等具有商業價值，並推銷此種商業利益，即構成公開權之侵害」。

法院認為本件被告未經同意使用原告肖像之平面廣告刊登於銷量可觀之雜誌上，效果顯超過網站使用，構成對二人之公開權侵害⁴⁷⁹。

（二）公開權對應至人格權之經濟利益

婚紗照案中，法院就財產上損害賠償之部分論述，提及：「原告主張人格權之經濟利益部分（美國法稱為「公開權」，Right of Publicity），一般係指利用知名人士之姓名、肖像、動作、聲音等人格特徵於商業活動，而產生一定之經濟利益而言」，並認為原告雖有 2000 多位粉絲，然尚難認其肖像已具有足夠之人格特徵而得於商業活動上產生一定之經濟利益，因而不得請求財產上損害賠償。

（三）公開權侵害對應至財產權侵害

在推薦信案中，法院提到將原告之肖像、親筆信函進行商業化使用，在美國比較法上即是對所謂「個人身分商用權（right to publicity）」之侵害，又個人身分商用權，係指個人享有以其個人身分進行商用廣告之權利，包括：決定是否及如

⁴⁷⁹ 該案原告僅請求非財產上損害賠償，故雖法院認定二人公開權受到侵害，但無法得知法院就損害賠償部分之見解，即公開權受到侵害之原告得否或得如何請求財產上損害賠償。

何以其個人身分進行商用廣告，以及享有以其個人身分進行商用廣告時所帶來之經濟利益。而所謂以個人身分進行商用廣告，則包括：以個人姓名、聲音、外表、形象（含有形及無形）、簽名、資歷、經驗、等進行商用廣告，此在美國各州判例法及制定法受到廣泛之承認。

又法院指出，對於個人身分商用權之侵害，如果著重於個人身分部分，法律性質即類似於人格權之侵害；如果著重於商用廣告部分，法律性質即類似於對財產權之侵害。兩者對應至我國現行民事法律體系，則分別可以人格權或財產權之侵權行為加以詮釋或理解。法院進而認為，本案中由於原告不同意被告使用其個人身分廣告行銷，並非因為單純無意願，而是因為未獲得相當之對價，是應以財產權之侵害加以定性理解。

由上述可知，實務對公開權之見解，從最早期判決中斷言其並非我國明文保護之智慧財產權而不得作為請求權基礎，到近期有判決不排除公開權與我國人格權經濟利益部分之對應性，有判決於判斷上參考美國公開權之保護範圍，甚有判決直接以個人身分商用權作為判斷原告應受保護之基礎，對公開權之接納程度逐漸增加。此種情形亦顯示公開權在我國並非全然陌生而難以引入之概念。

四、關於學說上的其他質疑

或有質疑，人格權中之經濟利益是否確能完全自人格利益區分、抽離？本文以為，公開權畢竟是涉及個人人格特徵之使用，對人格特徵之控制自然與人格多少有所相關，但仍非不得將其定位為智慧財產權。就如同我國現制下之智慧財產權，尤其是專利權、著作權，均兼有保護財產權及人格權，且財產權部分亦非與個人人格發展毫無相關，僅其主要價值落在財產面爾。又即使單以人格權保護人格利益及財產利益，在訴訟中，原告亦須區分財產上損害賠償及非財產上損害賠償之數額，故將財產利益獨立以公開權保護在此方面應並不會造成影響。

此外，自美國個人公開權開展以來，對於法律提供予權利人的保護是否過當之爭議也未曾停歇，個人公開權客體之界限應如何劃定，才不致易生權利之濫用



或帶來更多與言論自由牴觸之問題，亦有待解決。因而不應急於引入公開權，而應著重於人格權經濟利益之肯認⁴⁸⁰。另有擔憂，公開權在美國目前仍面臨許多爭議，尚處於發展階段，不宜貿然引入。然本文以為，公開權目前主要爭議乃因其保護範圍過大而有壓縮到言論自由之可能性，故我國於明文時，若謹慎採取適於我國目前狀況的部分，應能避免上述問題，例如，在保護範圍上可較美國限縮，而無須一次全面引進。

⁴⁸⁰ 陳可嘉（2010），美國法上個人公開權之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

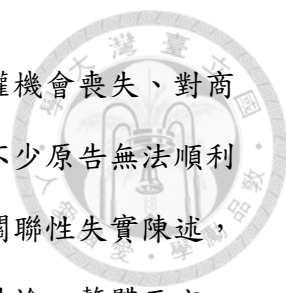


第六章 結論

隨著個人形象在商業上受到的利用型態越發多元、頻率不斷增高，其商業價值也逐漸變得不容忽視。對於個人，尤其是著名人士而言，其形象及人格特徵的重要性不再侷限於人格利益，而是及於財產利益，且財產利益之比重不必然亞於人格利益。因而，原先以人格利益為核心之保護基礎，如妨害名譽、妨害隱私等，便不再足以提供完整保護。若欲提供形象受到他人未經同意商業利用之個人適當之保護，便必須重視該重心轉移之事實，並注意法律提供之保護的出發點。就此，比較法上英、美針對個人形象上財產利益，採取不同方式進行保護。

美國法上原先以隱私權作為保護基礎，在隱私權發展前期便可見隱私權主張出現於與個人形象商業價值利用相關之個案，並被用於保護經濟性質之利益。如此現象使隱私權所有權屬性增長、隱私權內涵兼含人格利益及財產利益，因而產生衝突，導致個案中形象商業價值受到利用之原告於主張隱私權時遇到阻礙。於認知到原先作為保護方式之隱私權無法提供當事人適切主張基礎後，美國實務逐漸以隱私權之一部內涵為基礎，發展出公開權。後來公開權並由最高法院承認為一獨立權利，針對個人形象之商業上利用利益提供單獨保護，其保護範圍及於各種人格特徵，除姓名、肖像、聲音外，尚包括如穿衣風格此種更為外圍的形象要素，且在保護上，係以能否辨認個人為要件。雖於個案中，公開權之保護仍需與言論自由相平衡，不過整體而言，其保護之範圍仍相當寬泛。

相較之下，英國法上則是相對保守，拒絕承認一新權利，也明確否認個人有一控制形象商業使用之權利，而選擇以既有之假冒侵權制度，在個案中進行擴張適用，試圖為個人提供救濟方式。假冒侵權保護核心為商譽上之財產價值，其成立要件包括：原告享有商譽、被告失實陳述可合理預見導致欺騙結果、原告受有損害。隨著實務上侵害商譽之行為態樣越發多元，實務上對假冒侵權各要件之適用亦有所擴張：「商譽」擴張及於商譽及名譽，並對「商業」概念採取寬泛解釋；失實陳述從原本典型的來源性失實陳述，擴張至品質性失實陳述，再擴張至



關聯性失實陳述；損害態樣亦擴大及於擴張可能性之限縮、授權機會喪失、對商譽控制之喪失等。觀察英國實務上之個人形象商業利用案件，不少原告無法順利使法院認為被告行為成立假冒侵權，且直至近期始有承認代言關聯性失實陳述，並且法院不認為商品上出現肖像便可得出消費大眾受到欺騙之結論。整體而言，假冒侵權適用上雖有擴張傾向，但與形象利用轉變之速度相較，仍稍嫌不足，不過，對於代言關聯性失實陳述之承認，對於個人形象商業價值之保護提升有重大意義。

至我國目前則以傳統民法上人格權之侵權行為（民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項）及不當得利（民法第 179 條）為主要保護基礎，並以前者為最大宗。實務對於形象商業價值之變化雖非全無意識，惟在保護上並無明顯對策。就侵權行為之部分，人格權保護在相關案件中仍扮演主要角色，且法院對於原告得依人格權侵害所得主張之損害賠償，仍以非財產上損害賠償為主，即使認為原告得請求財產上損害賠償，亦可能認為原告無損害可言，故以最終結果來看，肯認財產上損害賠償之請求者仍為少數。個案中原告針對財產利益之請求經常受到阻礙，其中又以經紀公司之主張困難最為顯著，不僅無單獨權利可主張，法院又可能忽略經紀公司與藝人之重要連結，而認為經紀公司無損害可言，而為不利於經紀公司之認定。

依我國目前實務判決觀之，我國目前無法提供個人形象商業價值足夠之保護。個別訴訟結果無法反映個人形象之價值，與商業實務上個人經常得利用形象獲利之實情難以對應。此外，同樣是相當於授權使用費用或代言費之利益，實務上判斷個人可能依不當得利請求利益返還，卻鮮少認為其得依姓名權或肖像權侵害請求該等財產上損害賠償，本身即有矛盾。而該種矛盾乃受到傳統侵害案件之常態及關於損害賠償之傳統見解所限制。

個人形象具有商業價值之個人，以及協助管理及利用形象之經紀公司，於訴訟上無法取得理想結果，勢必將影響我國娛樂產業之發展。又為使個案中原告得



成功請求相應損害賠償，本文認為比較法應能提供一定參考。美國及英國雖採取之應對做法不同，且在調整之速度上亦有一定差距，但二國均以財產利益為出發點，並認識到原先人格利益為核心之保護基礎之不足。因此，本文認為我國當務之急為正視形象利用之特殊性。除須認知到個人形象商業價值利用案件與傳統上人格權侵害案件之核心不同外，尚須明瞭該種侵權行為之損害與傳統有體物之損害不同。

本文並比較及綜合參考英、美做法，認為美國法作法提供保護更為適切，並認為我國應有引進公開權之必要，假冒侵權則可作為參考，以建構我國的補充性保護。關於引入公開權之原因，一方面乃基於我國目前所遇到之問題與美國創設公開權前所遇到者類似，在歷史進程上也相似性，因而公開權應有相當意義之參考價值；另一方面，引入並明文公開權將使個人人格上經濟利益定位及特殊性更為明確，且保護要件、保護範圍、特性，以及損害賠償計算等相關架構均可透過明文的方式明確化。其中，又以公開權作為財產權而具有可移轉之特性為重點，蓋該點對於個人形象之利用可否順利發展及成長，具有重大意義。

觀察實務判決，法院對於公開權概念之接納程度有上升趨勢，可見公開權在我國並非全然受到排斥或無人知曉、關注。若公開權經妥適立法，應能有效處理實務上目前問題，提供個人形象商業價值更完整之保護，並為相關產業之發展建構更良好、完備的基礎。我國相關產業如欲達到足以立足於國際之地位，則我國法律能提供多少保護，便為關鍵；而依我國現況來看，改變無疑為必要。



參考文獻

一、中文資料

(一) 期刊文章

王怡強、吳素梅 (2019)，〈名人代言對消費者購買意願影響之研究〉，《觀光與休閒管理期刊》，2019 年第 7 卷特刊，頁 24-34。

王怡蘋 (2018)，〈人格權之經濟利益？——從最高法院 104 年度台上字第 1407 號民事判決探討人格權之保護〉，《裁判時報》，第 74 期，頁 23-30。

王澤鑑 (2008)，〈人格權保護的課題與展望 (五) ——人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護 (上)〉，《台灣本土法學雜誌》，104 期，頁 81-96。

王澤鑑 (2008)，〈人格權保護的課題與展望 (五) ——人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護 (下)〉，《台灣法學雜誌》，107 期，頁 75-87。

王澤鑑 (2008)，〈人格權保護的課題與展望 (五) ——人格權的性質及構造：精神利益與財產利益的保護 (中)〉，《台灣本土法學雜誌》，105 期，頁 73-90。

李素華 (2017)，〈智慧財產侵害之「損害發生」與損害賠償法制建構——從智慧財產法院九十七年度民專訴字第四七號民事判決談起〉，《月旦法學雜誌》，第 263 期，頁 179。

李智仁 (2004)，〈人格權經濟利益之保障——個人公開權 (Right of Publicity) 之探討〉，《法令月刊》，第 55 卷，第 11 期，頁 28-41。

張哲倫 (2014)，〈專利權之無體性質對專利侵權訴訟程序之影響〉，《智慧財產權月刊》，第 192 期，頁 10-11。

陳可嘉 (2010)，美國法上個人公開權之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文。

謝銘洋 (2010)，〈從美國法上之商業利用權 (Right of Publicity) 探討肖像權之財產權化——最高法院九十七年台上字第一三九六號民事判決解析〉，《月旦裁判時報》，第 4 期，頁 102-108。

(二) 書籍

王澤鑑 (2022)，《人格權法：法釋義學、比較法、案例研究》，頁 163，自刊。



二、英文資料

(一) 期刊文章

- An Actionable Right of Privacy? Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902), *The Yale Law Journal*, 12(1), 35–38. <https://doi.org/10.2307/781309>
- Bergmann, S. (1999), *Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis*, Loyola of Los Angeles Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review Entertainment Law Review, 19(3), 479, 494
- Black, G. (2010), *Publicity and image rights in Scots law*, *Edinburgh Law Review*, 14(3), 364-384.
- Bloustein, E.J. (1964), *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, *NYU Law Review*, 962, 986-987, 1001.
- Brierton, T., & Bowal, P. (2014), *The Right of Publicity*. *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal*, 4(2), 277, 285
- Cantero, I.& Feinsohn, D.& Kim, H.& Mayr, S.& Rainsford, E. (2010), *Exploiting publicity rights in the EU*, EIPIN report.
- Carty, H. (1993), *Character Merchandising and the Limits of Passing Off*, *Legal Studies* 13(3), 298.
- Coors, C. & Mezei, P. (2016), *Image rights: exploitation and legal control in English and Hungarian law*, *Hungarian Journal of Legal Studies*, 57(1), 10-24.
- Dogan, S. L., & Lemley, M. A. (2006), *What the right of publicity can learn from trademark law*, *Stanford Law Review*, 58(4), 1161-1220.
- Fried, C. (1968), *Privacy*, *Yale Law Journal*, 77(3), 493.
- Gavison, R. (1980), *Privacy and the Limits of Law*, *Yale Law Journal*, 89(3), 421-424, 440
- Gerety, T. (1977), *Redefining Privacy*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law*

- 
- Review, 12(2), 236.
- Gervais, D., & Holmes, M. L. (2014), *Fame, property, and identity: the scope and purpose of the right of publicity*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, 25(1), 181-226.
- Howell, R. G. (1998), *Publicity rights in the common law provinces of Canada*, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, 18(3), 487-510.
- Johnson, E. E. (2017), *Disentangling the right of publicity*, Northwestern University Law Review, 111(4), 891-944.
- Koo, A. (2006), *Right of Publicity: The Right of Publicity Fair Use Doctrine Adopting Better Standard*, Buffalo Intellectual Property Law Journal, 4(1 & 2), 1-24.
- Leebron, D.W. (1991), *The Right to Privacy's Place in the Intellectual History of Tort Law*, 792-4
- Madow, M. (1993), *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 Cal. L.Rev. 125, 128.
- Marlan, D. (2020), *Unmasking the right of publicity*, Hastings Law Journal, 71(2), 419-474.
- Marshall, L.(2007), *The Right of Publicity: A Comparative Perspective*, Albany Law Review, 70. 469.
- McGee, A., Gale, S., & Scanlan, G. (2001), *Character merchandising: aspects of legal protection*, Legal Studies, 21(2), 226-250.
- Moskalenko, K. (2015), *The right of publicity in the USA, the EU, and Ukraine*, International Comparative Jurisprudence 1 (2015), 113–120.
- Nest, C. (1999), *From Abba to Gould: Closer Look at the Development of Personality Rights in Canada*, Appeal: Review of Current Law and Law Reform, 5, 12-17.
- Nimmer, M. B. (1954), *The Right of Publicity*, Law and Contemporary Problems, 19(2),

209-210.

Prosser, W. (1960), *Privacy*, California Law Review, 48(3), 383, 384, 386

Richards, T. (1990), *The Commodity Culture of Victorian England*, Advertising and Spectacle 1851-1914, 22 and 84.

Rothman, J. E. (2012), *The inalienable right of publicity*, Georgetown Law Journal, 101(1), 185-242.

Sainath, S. (2022), *The Right to Personality and Its Interplay with Intellectual Property Laws: An International Analysis of Character Merchandising*. *International Journal of Law Management & Humanities*, 5, 981.

Synodinou, T. (2014), *Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences*, *Laws* 2014, 3, 181–207.

The International Bureau, WIPO (1994), *Character Merchandising*, 5.

Thompson, J. (1990), *Ideology And Modern Culture: Critical Social Theory In The Era Of Mass Communication*, 163.

Warren, S. & Brandeis, L. (1890), *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 4(5), 193, 214-218.

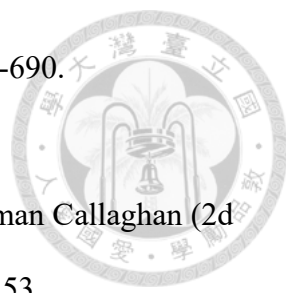
Wright, T. (2021), *Reformation of the right of publicity*, Belmont Law Review, 9(1), 37-61.

(二) 書籍

Beverley-Smith, H. (2002), *The Commercial Appropriation of Personality*, Cambridge University Press, 59, 72, 103, 150, 151, 153, 156, 161, 172, 181, 183, 187.

Cane, P. (1996), *Tort Law and Economic Interests* (2nd edn), Oxford Academic, 78.

Drysdale, J. & Silverleaf, M. (1994), *Passing off Law and Practice*, 2nd edn (London), Ch. 3.

- 
- Harper, F., James, F., Gray, O. (1956), *The Law of Torts*, Boston, 689-690.
- Marconi, J. (1997), *Image Marketing* (Chicago), McGraw-Hill, ch.4.
- McCarthy, J.T. (2014), *Rights of Publicity and Privacy*, Clark Boardman Callaghan (2d ed.), § 1:10, §1:39, §9:17, §10:7, §10:13, Chs. 7 and 8, §31:153.
- McCarthy, J.T. (1995), *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Thomson West, §31:153.
- Wadlow, C. (2021), *Wadlow on the Law of Passing-Off* (3rd edn), Sweet & Maxwell, 155, 313.
- Wernick, W. (1991), *Promotional Culture*, Sage Publications, Inc., 106.
- Wood, J.P. (1958), *The Story of Advertising*, Ronald Press Co., 123.
- Young D. (1994), *Passing Off: The law and practice relating to the imitation of goods, businesses, and professions*, Oyez Longman, 62.
- Welkowitz, D.& Ochoa, T. (2010), *Celebrity Rights: Rights of Publicity and Related Rights in the United States and Abroad*, Carolina Academic Press.

(三) 網路資料

- Casetext, https://casetext.com/case/pavesich-v-new-england-life-ins-co/how-cited?PHONE_NUMBER_GROUP=C&citingPage=1&sort=relevance
- Smith, P. (2022, February 3), *Annual Global Retail Sales of Licensed Entertainment and Character Merchandise from 2014 to 2019 (in Billion U.S. Dollars)*, Statista.
<https://www.statista.com/statistics/777940/global-retail-sales-of-licensed-entertainment-and-character-merchandise/>
- Lanzendorfer, J. (2017), *How Beatrix Potter Invented Character Merchandising*,
<https://www.smithsonianmag.com/arts-culture/how-beatrix-potter-invented-character-merchandising-180961979/>