

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

美國法上個人公開權之研究

The Right of Publicity in American Law

研究生：陳可嘉

指導教授：王敏銓博士

中華民國九十九年十一月

# 美國法上個人公開權之研究

## The Right of Publicity in American Law

研 究 生：陳可嘉

Student : Ko-Chia Chen

指導教授：王敏銓博士

Advisor : Dr. Min-Chiuan Wang

國立交通大學

科技法律研究所



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master of Laws

in

Technology Law

Nov. 2010

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國 九十九 年 十一 月

# 美國法上個人公開權之研究

研究生：陳可嘉

指導教授：王敏銓博士

國立交通大學 科技法律研究所 碩士班

## 摘要

個人形象具有經濟上的價值，這在許多現代社會中皆是不可否認的事實；個人形象經濟利益之保障，亦為當代法制發展的趨勢之一。一般而言，此等保護制度之發展與一個社會娛樂、傳媒產業發達的程度息息相關，而在舉世各國中，娛樂傳媒事業最發達者莫過於美國，故本研究以介紹美國對於個人形象經濟利益保護法制——即所謂「個人公開權」(right of publicity)——為主，藉由檢視分析美國法上個人公開權之歷史、理由、制度具體內涵以及主要爭議，並將相關學術意見與著名之實務案例相互對照，再與我國現行法之適用進行比較，以檢討我國法制對於個人形象經濟利益保護是否尚有不足之處，並嘗試提出必要之建議。

# THE RIGHT OF PUBLICITY IN AMERICAN LAW

**Student: Ko-Chia Chen**

**Advisor: Dr. Min-Chiuan Wang**

**Institute of Technology Law  
National Chiao Tung University**

## ABSTRACT

It is undeniable that in modern society one's personal identity can be economically valuable. As a result, the need for protection for such a value has become one of the trends in the contemporary legal system. Basically, the degree of development of legal protection of one's identity is closely related to how active the media and the entertainment industry are in the society. Among all the countries in the world, the media and entertainment industry in the United States of America are the most prosper ones. Therefore, this study will focus on the right of publicity in American law, which is commonly defined as "the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity." This thesis discusses the history, policy reasons, elements of infringement and several important issues of the right of publicity, and reviews the law applied to the relevant cases in Taiwan in order to provide the ground for discussing whether there is a need to improve our legal system to protect one's publicity right. This thesis also suggests possible future development of regulation to protect the economic value of one's identity.

## 誌 謝

能夠完成此篇論文，首先要萬分感謝的是我的指導教授王敏銓老師。謝謝老師在指導我的論文時總是給我有系統而明確的努力方向，而能有機會在如此開明、溫暖而有智慧的師長身邊學習亦讓學生感到萬分榮幸。另外也要特別感謝蔡蕙芳老師及楊智傑老師在口試時的指導，兩位老師嚴謹而宏觀的意見，使得這篇論文能更見完整，也讓學生在治學態度的精進上再次學到許多。

謝謝交大科法所的師長與同學們在我完成論文期間的鼓勵。感謝創所所長劉尚志老師，總是如同真正的大家長般，從不吝於展現對學生的鼓勵與期待。謝謝林志潔老師與陳鈺雄老師對我的愛護與付出，學生將永難忘懷。也要特別謝謝倪貴榮老師在我面臨生涯思考時的支持與關照，在關鍵時刻給了我很大的幫助。另外，還要感謝的是我的求學伙伴們，特別是梅老大和姿瑩，在我完成論文期間常是在最精準的時間點上替我打氣。也非常謝謝所辦助理玉佩，總是將我們這些二十好幾的蘿蔔頭的事當成像自己的事情一般悉心照料。謝謝你們！

最後要感謝的，是我最親愛的爸爸媽媽、我的好友，以及咖啡黑潮的伙伴們。謝謝你們在無私的支持外，也總是給我最理智而冷靜的批評。我何其幸運，身邊能有你們這些難得的人。

# 目 錄

中文摘要	頁次
英文摘要	i
誌謝	ii
目錄	iii
表目錄	iv
第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 研究方法	2
第三節 研究架構	3
第二章 個人公開權在美國法上的歷史、理由與法源	4
第一節 歷史沿革	4
第一項 Warren 與 Brandeis 的主張	4
第二項 Prosser 的隱私權理論	5
第三項 個人公開權的誕生	6
第二節 保護個人公開權之理由	8
第一項 道德上的理由 (Natural Right Justification)	8
第二項 追求成就的動機 (Incentive Justification)	11
第三項 經濟效益上之理由 (Economic Justification)	13
第四項 避免欺騙性廣告 (Falsity Justification)	15
第五項 維護個人人格自主 (Right of Self-definition Justification)	16
第三節 個人公開權之法源	16
第一項 概說	16
第二項 各州之普通法	17
第三項 州制定法	18
第四項 聯邦法相關規定	21
第五項 制定個人公開權聯邦法之可能性	23
第四節 小結	24
第三章 個人公開權在美國法上的要件與救濟	26

第一節	構成個人公開權侵權行為的法律要件.....	26
第一項	客觀要件 .....	26
第一款	權利之有效性 .....	26
第二款	權利遭到侵害 .....	27
	第一目 形象表徵被盜用 .....	27
	第二目 形象表徵具可識別性 .....	27
	第三目 商業利益之損失 .....	34
第二項	被告之主觀與侵權行為之成立 .....	35
第一款	應否適用真正惡意法則？ .....	35
第二款	被告主觀作為可識別性要件之證據 .....	36
第三款	嚴格責任之例外——散布侵權物品者之意圖與其法律責任 .....	36
	第一目 其他法律之相關規定 .....	37
	第二目 適用於個人公開權之原則 .....	37
第三項	合法之抗辯事由 .....	38
第二節	個人公開權受侵害時的救濟 .....	39
第一項	禁制令 .....	39
第一款	永久性禁制令 .....	40
第二款	臨時性禁制令 .....	41
	第一目 臨時性禁制令的檢驗標準 .....	42
	第二目 臨時性禁制令與禁止事前限制原則 .....	43
第三款	禁制令的地域範圍 .....	44
第二項	損害賠償 .....	45
第一款	形象的合理市場價值之返還 .....	46
	第一目 形象的財產價值 .....	46
	第二目 對原告職業地位和形象公開價值（publicity value） 的賠償 .....	48
	第三目 被告不當得利之返還 .....	49
第二款	懲罰性損害賠償 .....	50
	第一目 懲罰性損害賠償概說 .....	50
	第二目 懲罰性損害賠償之功能 .....	51
	第三目 懲罰性損害賠償的要件及適用之案件類型 .....	53
	第四目 懲罰性損害賠償的合憲性問題 .....	53
	第五目 個人公開權侵權案件中懲罰性賠償之實踐 .....	54
第三節	小結 .....	56
第四章	美國法上個人公開權之範圍 主體與客體之問題 .....	58
第一節	概說 .....	58
第二節	個人公開權之主體 .....	58
第一項	知名人物（Celebrity） .....	58
第一款	「知名人物」的定義 .....	58

第二款	知名人物的形象商業價值.....	59
第三款	知名人物作為個人公開權之主體.....	60
第二項	非知名人物 .....	61
第一款	少數說：非知名人物不受個人公開權法保護.....	61
第二款	多數說：非知名人物亦得享有個人公開權 .....	62
第三款	相關討論：損害名譽法所提供的借鏡.....	65
第四款	原告形象表徵商業價值推定原則.....	65
第五款	相關爭議案件 .....	66
	第一目 The Lerman Case .....	67
	第二目 對 Lerman 案之批評 .....	67
第三項	政治領域成員 .....	68
第一款	政治領域成員的個人公開權.....	69
	第一目 「政治領域成員」之定義.....	69
	第二目 沿革.....	69
	第三目 例外情況 .....	70
第二款	政治性言論的判準與被告使用原告表徵之情境.....	71
第三款	在政治活動中使用非政治領域人物形象表徵.....	72
第四款	已故之政治人物.....	73
	第一目 概說.....	73
	第二目 馬丁·路德金恩案 .....	73
	第三目 金恩博士案的討論 .....	74
第四項	非自然人的個體 .....	76
第一款	動物.....	76
第二款	法人及其他團體.....	77
	第一目 少數說：Bi-Rite 案之判決.....	77
	第二目 多數說：反對將法人及其他團體列為個人公開權之 保護主體 .....	78
第三節	個人公開權之客體.....	79
第一項	姓名 .....	79
第一款	概說.....	79
第二款	同名同姓的問題.....	80
第三款	常用詞彙與某人姓名同一的問題.....	81
第四款	將他人姓名修改後使用.....	81
第五款	綽號、藝名及筆名 .....	81
	第一目 概說.....	81
	第二目 著名案例：Crazylegs 案.....	82
第六款	使用他人姓名之一部：Johnny Carson 案.....	82
第二項	肖像 .....	83
第一款	肖像的可識別性判斷基本原則 .....	83
第二款	肖像不限於「面孔的呈現」——The Cohen Test.....	84
第三款	加州特別法規.....	85
第四款	使用模仿者之肖像 .....	85
第三項	虛構角色形象.....	87
第一款	將虛構角色形象列為保護客體之理由 .....	87



第二款	將虛構角色形象列為保護客體的門檻 .....	88
第三款	實務上的發展 .....	89
	第一目 Loftus 案的開創 .....	89
	第二目 Logusi 案的論辯 .....	90
	第三目「不可分原則」(Inextricably identified test) 的建立：McFarlan 案 .....	91
	第四目 後期著名案例：Marx 案 .....	91
第四款	個人公開權與著作權的競合 .....	92
第四項	聲音 .....	93
第一款	概說 .....	93
第二款	聲音作為個人形象表徵——早期相關案件 .....	94
第三款	里程碑——Bette Midler 案 .....	95
第四款	後續發展——Tom Waits 案 .....	96
第五款	音樂演奏 .....	97
第五項	其他物件 .....	98
第一款	具有象徵意義的物件 .....	98
第二款	著名案例（一）：Motschenbacher 案 .....	98
第三款	著名案例（二）：Vanna White 案 .....	100
第四節	小結 .....	103
第五章	個人公開權在我國的現況與可能之發展 .....	105
第一節	概說 .....	105
第二節	民法 .....	107
第一項	人格權之概念 .....	107
第二項	人格權之主體 .....	108
第三項	人格權之客體 .....	110
第四項	人格權的財產性質 .....	111
第五項	相關實務見解之探討 .....	113
第六項	民法與個人公開權 .....	119
第三節	著作權法 .....	120
第一項	著作保護要件與著作權之侵害 .....	120
第二項	著作權法對真實人物形象表徵之保護 .....	122
第三項	著作權法與個人公開權 .....	125
第四節	商標法 .....	126
第一項	要件與適用之商標類型 .....	127
第二項	權利侵害與救濟 .....	128
第三項	商標法與個人公開權 .....	129
第五節	公平交易法 .....	130
第一項	有關商品與服務表徵之保護 .....	130

第二項	欺罔或顯失公平行為之禁止 .....	131
第三項	相關實務判決——台灣高等行政法院八十九年度訴字第三一 四四號「伍佰案」 .....	133
第四項	公平交易法與個人公開權 .....	136
第六節	展望與建議 代小結 .....	136
第六章	結論 .....	139
參考文獻 .....		144
一、中文書籍 .....		144
二、中文期刊論文 .....		144
三、中文學位論文 .....		145
四、外文書籍 .....		145
五、外文期刊論文 .....		146
六、網路資料 .....		148



## 表目錄

表（一）：美國各州個人公開權州制定法整理.....	20
表（二）：不同法律領域對於可識別性要件的判斷法則比較.....	32



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

伴隨著當今世界各國在科技、經濟方面的發展及全球化的趨勢，娛樂與傳媒等事業在全世界都越見發達，於是造就了演藝、運動、政治及其他諸多領域之知名人物。這些知名人物的衣著打扮等個人選擇及其價值觀念，時常成為大眾仿效與認同的對象，人們在進行各種消費決定時也常會受這些名人的意見與風格影響，廣告與各種置入性行銷的行為因此往往要利用知名人物的形象來吸引消費者注意並達促銷之效；而經由積極參與這些廣告及行銷活動，藝人、傳媒名嘴等人士亦得增進或維持自身知名度，以提升其收入與職業地位。在這樣的循環下，法律規範對於個人形象經濟利益之保護即可能具有其必要性。若參照國外之立法例，則諸如美國、英國、澳洲、日本及德國等皆針對此等權益設有特別之保護<sup>1</sup>。其中以英、美兩國為例，將此一權利稱之為“Right of Publicity”，本文在此將之譯為「個人公開權」，因其定義係為：每個自然人與生俱來的，控制其形象表徵在商業利益上的權利。

我國目前並未針對個人公開權有特別立法之保護，然而實務上已有許多案例顯示國內社會對於個人形象經濟利益保護進一步之規範亦有需求。以台北地方法院九十四年度訴字第六八三一號民事判決為例，原告日籍旅美職棒球星鈴木一郎在與訴外人日商美津濃公司洽商台灣地區的肖像權授權事宜時，發現其肖像及事蹟報導被擅自大幅刊於國內一間運動用品店之各分店壁面與該商家所租用的數間公、民營公車廣告中。以致原告與美津濃公司之授權洽商因此中止。依鈴木一郎當時在全球各地平均代言報酬估計，其因此喪失之授權金收益達新台幣三千萬元以上；而被告創信股份有限公司未經授權使用職業球星肖像之行為，即便未使消費大眾誤認鈴木一郎有代言其品牌之情事，仍顯有吸引相關消費者注意以提升自己經營業績之效。原告遂根據我國民法關於人格權之規定提起訴訟，請求財產上與非財產之損害賠償，並使被告停止侵害其肖像權之行為，一審之台北地方法院認原告之請求為有理由而

---

<sup>1</sup> 1 J. THOMAS MCCARTHY, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY §§ 6:153-6:172 (2d ed. 2000).

判其勝訴。然全案經被告提起上訴至二審之台灣高等法院後，高院將地院判予原告之三百五十萬元財產上損害賠償部分完全予以廢棄，並將非財產上損害賠償酌減至一百萬元。其據以判決的主要理由包括：一、被上訴人（鈴木一郎）與日商美津濃之授權合約僅進行至洽談階段，故被上訴人並未因本件廣告事件受有具體財產上之損害；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，故縱使上訴人曾非法使用被上訴人之肖像於廣告上，亦不因此而使被上訴人之肖像權永遠無法再度授權他人使用」；及三、「被上訴人雖為國際知名之美國大聯盟日籍職棒球員，但於王建民在紐約洋基隊大放異彩前，國人對美國大聯盟，乃至被上訴人並不熟悉，亦未熱衷，上訴上使用被上訴人之肖像，並非用以詆毀、貶抑被上訴人，而僅純用以行銷被上訴人之球衣商品，足使上訴人於台灣能見度提高；且上訴人於雜誌廣告上強調被上訴人單季擊出二百六十二支安打破紀錄之光榮事蹟，亦對被上訴人形象有正面提升之作用，被上訴人所受精神痛苦應屬有限……」等等<sup>2</sup>。其他針對盜用名人形象以進行產品代言案件的判決，也常以原告尚未受有具體財產上損失為由，否決原告之財產上損害賠償請求<sup>3</sup>。依本文見解，上述種種理由雖具爭議性，但也確實顯示出我國法制在保護個人形象經濟利益方面力有未逮之處。故為使由個人形象而生的經濟利益能歸屬於應得之人，且為兼顧交易秩序之維護並在市場現實中確保個人人格自主，本文即於後續各章探討個人公開權制度之內涵及在國內可能採行之保護模式。

## 第二節 研究方法

承前所述，個人形象經濟利益保護制度之發展與一個社會娛樂、傳媒產業發達的程度息息相關；而在舉世各國中，娛樂傳媒事業最發達者莫過於美國，故本文以介紹美國對於個人形象經濟利益保護法制——即所謂「個人公開權」（Right of Publicity）——為主，藉由檢視分析美國法上個人公開權之歷史、理由、制度具體內涵以及主要爭議，並將相關學術意見與著名之實務案例相互對照，再與我國現行法之適用進行比較，以檢討我國法制對於個人形象經濟利益保護是否尚有不足之處。

<sup>2</sup> 台灣高等法院 96 年度重上字第 323 號民事判決。

<sup>3</sup> 例如「陳美鳳料理米酒代言案」——台灣台北地方法院 93 年度訴字第 1820 號民事判決。

### 第三節 研究架構

本文第二章首先就美國法上之個人公開權作相關背景之介紹，包括其發展之歷史、理由以及法源，以了解其制度形成之源由及實行之模式。隨後於第三章則進一步探討個人公開權之要件與救濟，以了解個人公開權侵權行為成立之各項基本判斷原則，與權利人在其權利受侵害時可依法尋求之具體救濟為何。此外，由於個人公開權在美國仍屬一相對新穎之法律領域，其規範對象及範圍在實務上尚富有變化，本文故將個人公開權之主體與客體獨立於第四章加以討論，以釐清數項重要爭議如：個人公開權是否為名人之專屬權利？非自然人的個體如動物及法人等得享有個人公開權嗎？政治領域成員的個人公開權應如何與大眾之言論自由相互權衡？而除了常見的個人形象表徵如姓名與肖像外，個人公開權所規範的客體尚應及於其他哪些形象表徵，才能給予權利人有效而合理之保護，又不致對他人的言論自由造成不當的限縮呢？在充分了解美國相關實務判決及學術意見之觀點後，本文在第五章的部份則將檢視國內現行法規可為個人形象經濟利益提供之保護，並將之與美國法對於個人公開權之保護進行比較，同時檢視國內法院的相關判決，以了解我國實務對於相關案件在法律適用上的見解，進而檢討個人形象經濟利益在我國法上是否已被充分保護，並嘗試提出必要之建議。

## 第二章 個人公開權在美國法上的歷史、理由與法源

### 第一節 歷史沿革

#### 第一項 Warren 與 Brandeis 的主張

在 19 世紀下半的美國，伴隨著快照技術的發明與進步，報紙成了當時成長最迅速的媒體類型。在發行量不斷上升、商業競爭加劇的壓力下，各家報社開始報導各種聳動的新聞題材，其中大部份是關於名人私生活的醜聞及八卦。有感於新聞媒體為其利益不當侵犯個人私生活領域的情況愈發氾濫，兩名美國年輕律師 Samuel D. Warren 與 Louis D. Brandeis 於 1890 年在「哈佛法學評論」發表了一篇具有劃時代意義的文章，主張美國普通法應該認可隱私權的存在。Warren 與 Brandeis 認為每個人的私生活都應有一「安靜而不被打擾的領域」，防止大眾及媒體將其私密而不願人知的事實公開揭露，而這種權利是需要法律保障的。這篇文章即為美國隱私權發展之濫觴<sup>4</sup>。

在該篇論文中，藉由回顧智慧財產權法的發展，Warren 與 Brandeis 流暢地說明個人的精神情感是如何地需要法律保護以不致受公眾之侵擾，正如同個人的生命身體安全需要法律保護不受他人傷害一般<sup>5</sup>。然而，當時的普通法能為個人隱私提供之保護並不足夠—損害名譽法僅及於不實的個人資訊揭露，而不及於私密性的個人資訊揭露；契約法僅能拘束具有契約關係的當事人，而無法防免第三人的侵害隱私行為；而財產法之規定亦無法忠實反映個人隱私的精神情感內涵。根據這兩位學者的觀察與論理，普通法已有足夠的基礎及正當性去承認隱私權的存在，並得為其建立合適的救濟制度<sup>6</sup>。

<sup>4</sup> Daniel J. Solove, *The Origins and Growth of Information Privacy Law*, 748 PLI/Pat 29, 42-43 (2003).

<sup>5</sup> Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

<sup>6</sup> Solove, *supra* note 1, at 42-44.



Warren 與 Brandeis 的主張並未能立即獲得實務上的支持。1902 年，紐約州最高法院在 Roberson v. Rochester Folding Box 案的判決中仍否認隱私權為法律權利。在該案中，被告未得原告同意，在麵粉廣告上使用原告之照片，原告因遭友人認出而導致精神緊張，訴請被告賠償。法院在判決中指出，習慣法判例中未見有隱私權之存在，所以法院不自行創設。如果真有保障之必要，應由立法機關規範<sup>7</sup>。Roberson 一案的判決在當時引發了不少批評。一則紐約時報的社論稱此判決是令自專業律師法官至市井小民都驚詫不已的見解；耶魯法學評論中的一篇文章則抨擊此判決毫無疑問地傷害了原告的權益<sup>8</sup>。

這個具有爭議性的判決直接且有效率地使紐約州議會在隔年修正的「紐約州民權法」（New York Civil Rights Act）中加入了對於隱私權之明文保護，規定未經書面同意於廣告上或因商業目的使用他人肖像（portrait or picture）者將同時構成侵權行為及刑事上之輕罪<sup>9</sup>。

距離 Warren 與 Brandies 的論文發表後 15 年，普通法上的隱私權才首次為美國法院所承認。喬治亞州最高法院在 1905 年的 Pavesich v. New England Life Insurance Company 一案中表示，隱私權乃是源於個人之自然權利，如果一個人希望能保有其生活的一部分作為自己隱身的所在，那麼他便有權選擇自己在公眾前曝光的時間、地點及方式，正如一個人的身體不應受他人控制而被任意地展示。故該案被告在未經授權的情況下於廣告中使用原告照片的行為即是侵害了原告的隱私權<sup>10</sup>。

## 第二項 Prosser 的隱私權理論

到了 1940 年代，全美國實務界幾乎皆已普遍承認隱私權為每個人都具有的法律權利，並將對隱私權的侵害視為一種對個人的侵權行為（personal tort）<sup>11</sup>。然而學者 William Prosser 指出，這些實務判決大多都只討論到法律上的隱私權是否存在，卻未

<sup>7</sup> Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538 (1902).

<sup>8</sup> Solove, *supra* note 1, at 45.

<sup>9</sup> New York Session Laws 1903, ch. 132, §§ 1 to 2.

<sup>10</sup> Pavesich v. New England Life Ins. Co., 50 S.E. 68 (1905).

<sup>11</sup> 1 J. THOMAS MCCARTHY, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY § 2:1 (2d ed. 2000).



進一步討論隱私權的實質規範內容應該如何。於是在 1960 年，Prosser 發表了隱私權法史上的著名論文，將侵害隱私權的行為區分為四種不同但是有關的態樣，他將這四種侵權行為稱作：(1) 入侵（invasion）：侵入他人隱遁或獨居之生活；(2) 私人事務之公開揭露（public disclosure of private facts）：公開揭露使他人受窘之私生活；(3) 誤導（false light）：以錯誤之形象將他人於公眾前公開及 (4) 盜用（appropriation）：為獲取利益而盜用他人姓名及形象<sup>12</sup>。

Prosser 的隱私權理論對其後的隱私權立法及普通法發展具有深遠的影響力。採納其理論架構者包括 1977 年的侵權行為法第二整編（Restatement of Torts (2<sup>nd</sup>))，自此並幾乎為全美法院的相關判決所承認，有些州在制定其隱私權法規時甚至直接引用 Prosser 的論文內容<sup>13</sup>。

### 第三項 個人公開權的誕生

隨著隱私權法制度的建立，美國法對於個人形象表徵——包括姓名及肖像等——的權利也開始有了系統化的保護。在隱私權法的作用下，未經授權使用他人形象表徵可能構成侵害隱私權的侵權行為，也可能構成輕罪。然而追溯隱私權法的發展及檢視 Prosser 的理論，我們不難發現隱私權法所保護者主要是人類精神情感方面的權利，至於個人形象表徵在遭他人盜用時的經濟損失得否透過隱私權法得到適當的補償，便是值得爭論的問題。根據 Prosser 及其支持者的見解，隱私權侵害四態樣中關於「盜用型」侵權的規範，主要即是針對權利所有者個人形象表徵的商業價值之保護——但必須建立在其精神情感也有受到侵害的前提下<sup>14</sup>。同時，為了維持其理論之簡潔完整，Prosser 也避免使用「個人公開權」這個標籤來取代「盜用型隱私權侵害」（invasion of privacy by appropriation）；然而將這兩種不同性質的權利混為論述，即造出了法律理論上的模糊地帶，也一度使得針對個人形象表徵經濟利益損害的實務操作出現困難——蓋隱私權之本質是係為「安靜而不被打擾的權利」，當知

<sup>12</sup> 愛倫·艾德曼（Ellen Alderman）、卡洛琳·甘迺迪（Caroline Kennedy）著，吳懿婷譯，隱私的權利（The Right to Privacy），頁 205-06，2006 年 12 月二版。See also *id.*

<sup>13</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 1:24.

<sup>14</sup> WILLIAM L. PROSSER, LAW OF TORTS 807 (4th ed. 1971). 轉引自 *id.* § 1:23.

名人物的形象遭人盜用以牟取商業上利益時，法院通常會以「知名公眾人物的形象已公開而不具私密性」為由否定其隱私權受侵害之主張。而即便法院承認其隱私權受侵害，原告所能請求之救濟也僅限於針對精神情感上之損害賠償，而無法及於其經濟利益上之損失；此外，由於隱私權是一身專屬之人格權利，故不得為轉讓或授權。故雖然以知名人物為代言人的廣告行為已是相當普遍的現象，當時的法律制度卻難以真正制裁未經授權的形象使用行為，或提供侵權行為被害人適切之救濟<sup>15</sup>。

雖然直至 70 年代，許多法院仍以 Prosser 的「盜用型隱私權侵害」或是其他領域之法律作為個人形象之經濟利益保護的規範依據<sup>16</sup>，然而早在 1950 年間，美國實務及學術界已開始發現到對於個人形象表徵經濟利益保護的重要性。1953 年，聯邦第二巡迴法院的 Jerome Frank 法官首度在 *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* 案之判決中使用了「個人公開權」（right of publicity）這樣的標籤，以定義個人支配自己形象之經濟上利益並防止他人盜用之權利<sup>17</sup>。該案原告 Haelan Laboratories, Inc. 是一口香糖的製造商，其與訴外人（某職業棒球員）之間有契約關係，使原告擁有將該名職棒球員的照片用於口香糖促銷用途之專屬授權。被告 Topps Chewing Gum, Inc. 是原告的商業競爭對手，在製造其某一版之口香糖產品時蓄意地引誘訴外人授權被告使用其照片以為和原告同樣的促銷用途。原告指控被告違反不正競爭法、商標法，並且惡意干預其與訴外人之間的專屬授權契約。被告則提出抗辯表示系爭專屬授權行為並無效力，因為該名職棒球員對其照片所持有的權利係為一身專屬之隱私權而不得轉讓，故原告與訴外人間的授權契約僅為訴外人許可原告使用其照片而不致構成隱私權侵害的證明。案件上訴至聯邦第二巡迴法院後，法院否決了被告上述的抗辯，並判原告勝訴。為該判決執筆的 Frank 法官認為像本案原告這樣的知名人物是甚少因為他們形象的公開而受到精神情感上傷害的，故隱私權法在此處不完全適用，法院應以獨立於隱私權之外的個人公開權來保護個人姓名與肖像財產價值。判決書中載道：「一個人對他/她的照片擁有公開價值上的權利，並得專屬授權他人發表他/她的照片。此一權利或許可被稱作『個人公開權』。」Frank

<sup>15</sup> Robert T. Thompson, *Image as Personal Property: How Privacy Law Has Influenced the Right of Publicity*, 16 UCLA ENT. L. REV. 155, 163 (2009).

<sup>16</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, §§ 1:28-30.

<sup>17</sup> *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953).

法官雖未直接將個人公開權定義為財產權，但確已肯定個人形象表徵的財產價值，Haelan 案也成為個人公開權發展史上具有里程碑意義的判決。

隨後 Melville B. Nimmer 教授在 1954 年發表了一篇專文，此文篇幅不長，卻確實地為個人公開權建立了法律理論的架構。Nimmer 指出，隱私權法不可能為個人公開權價值建立合適的規範基礎，因為隱私權是「個人專屬且不得移轉的權利」，它並不具有個人公開權所需的財產權性質；Nimmer 同時也檢視了當時其他可能用以保護個人公開權價值的法律，包括商標法及著作權法等，但他指出這些法律都不足以在理論上及實務上提供個人公開權完整而適當的保護。此外，關於個人公開權是否僅保障知名人物之形象表徵的問題，Nimmer 表示「此權利應為每一個人所擁有」。從此奠定了個人公開權法的基礎原則<sup>18</sup>。

此後，隨著部分法院逐漸開始承認並適用「個人公開權」，自 1970 年起的十年間，主張個人公開權的案件如雨後春筍般地出現，相關的學術討論也越見蓬勃，個人公開權的時代即宣告來臨<sup>19</sup>。

## 第二節 保護個人公開權之理由

### 第一項 道德上的理由（Natural Right Justification）

英美法中關於財產權的正義原則可謂保護個人公開權的主要理由。根據西方自由主義先驅洛克（John Locke）的勞動產權論（labor theory of property），任何人對於其付出勞力所獲得之成果應擁有所有權。而勞動產權論實源自於對財產自然權利的概念<sup>20</sup>。其於現代社會所體現的訴求內容為：「除非基於更重要之公共利益考量，每個人均有權獲取其努力之報酬<sup>21</sup>。」若將此原則落實在個人形象表徵的財產權上時，即具體化為「除非基於更重要之公共利益考量，每個人都均有權支配其形象表

<sup>18</sup> Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS 203 (1954).

<sup>19</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 1:31.

<sup>20</sup> Sean D. Whaley, “I’m A High Way Star”: An Outline for a Federal Right of Publicity, 31 HASTINGS COMM. & ENT L.J. 257, 263-65 (2009).

<sup>21</sup> Nimmer, *supra* note 14, at 216.

徵之商業利益。」簡單地說，沒有人能比「我」這個人更有權支配「我的形象」的了。而這樣的正義法則在美國法上的落實，即是透過隱私權法及個人公開權法來為個人的形象加以保障——隱私權法保障個人人格形象的精神情感價值，而個人公開權法則保障個人形象的財產價值<sup>22</sup>。

此外，以不當得利（*unjust enrichment*）作為保護個人公開權理由者亦是基於道德上之觀點。不當得利在普通法上的定義通常是「當事人之一方在未貢獻自身努力的情況下，獲取了因他人之支出而產生的金錢上之利益。」即便獲利一方並未使用任何違法的手段，法院仍會要求其將所獲得之金錢利益交還予有權得利的他方當事人<sup>23</sup>。故未經授權同意使用他人形象所獲得之商業利益因歸為形象所有人所得。

綜上所述，此等理論主張每個人的形象中都有些特殊而有價值的成份，這些成份所能帶來的經濟利益基於道德上之理由當然是屬於形象擁有者本人的，擅自盜取他人形象以為牟利之用應是於法所不容。Neville 法官在其 1970 年所作成的著名見解中寫道：「法院認為知名人物就其公眾形象具有合法的財產利益。這裡所謂的知名人物必須經由長時間的自我投資及鍛練以使其公眾形象具有市場價值。此形象存在於其姓名、外貌、個人紀錄及其他個人的個性表現當中，係為其辛勞付出所獲取之成就果實，而屬於財產權的一種<sup>24</sup>。」是故，個人公開權應和所有其他財產權一樣受到法律的保護，而免於未經同意的商業使用行為。

至於針對以道德理由保護個人公開權的批評則包括以下數項：

#### 一、「循環論證」的邏輯錯誤

針對以道德理由作為個人公開權保護之論理基礎的批評主要來自於循環論證的謬誤。具體而言，批評者認為，若不當得利的成立須建立在「權利存在」的基礎之上，則權利存在的理由不能只是「有人從（虛設的權利）中得利」。故關於應否保

<sup>22</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:2.

<sup>23</sup> Whaley, *supra* note 16, at 265.

<sup>24</sup> Uhlaender v. Henricksen, 316 F. Supp. 1277, 1282, (D. Minn. 1970). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:2.

護個人公開權的問題，如果爭點在於「法律是否應強制行為人給付（使用他人形象的）費用」，那麼「有人（因為形象被他人使用）受有財產上的損失」顯然無法作為有說服力的答案<sup>25</sup>。簡而言之，我們不能對所有有交易價值的事物都創設特別的財產權。不當得利理論可被視作針對既存財產權受到特定形態侵害的救濟制度，然而它並不適合作為辯證權利是否存在的理論基礎<sup>26</sup>。

確實以自然權利支持個人公開權保護的理論常須面對此一挑戰，批評者常會同時以智財權理論中使用他人的概念（idea）不構成權利侵害來和個人公開權的情況作類比。然而不同於概念的流通可促進文學、科技的發展進步，將「個人形象」置於公共領域（public domain）而使人人可取用並不能增進任何公共利益<sup>27</sup>。一般而言，個人形象既然在交易市場中具有商業價值，盜用他人形象作為廣告或其他商業用途便確實違反了一般社會通念對於公平或正當的認知，同時也相當接近其他不當得利（unjust enrichment）或不正競爭（unfair competition）的行為態樣。故本論文亦認為以自然權利作為支持個人公開權的理由，尚不必然形成邏輯上的循環論證。

## 二、使社會資源不當分配

批評者認為，勞動產權論必須奠基於下列三階段之假說：一、任何人皆為其自身權利的擁有者；二、任何人皆為其自身勞力權利之擁有者；三、任何人為其自身勞力作用成果之擁有者。雖然此理論在智慧財產權領域是被廣泛接受的立論基礎，但「名氣」（fame）並非單純為個人努力的結果——許多時候它乃是社會群體共同行動之產物。如果嚴格地遵照自然權利之法則，那麼我們反而應防止名氣所生之利益僅專屬於它所依附的個人。由於個人公開權制度並非將利益公平分配予所有對增進個人名氣有貢獻的人，故洛克的勞動產權論不應視為支持個人公開權正當性的理由<sup>28</sup>。此外，獲致名氣的成果與付出努力的動機之間未必存在直接的因果關係。雖然一

<sup>25</sup> Felix S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809, 815 (1935)

<sup>26</sup> Whaley, *supra* note 16, at 265.

<sup>27</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:2.

<sup>28</sup> Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1180 (2006); Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 CAL. L. REV. 125,



名運動員或專業演員的遠程目標可能是追求更高的專業成就或眾人的認可，但促使其實際付出精神或身體之努力者通常是較為短程的目標，例如某項的競賽或表演工作上的挑戰。因此，法律沒有必要為了次要的長程目標效益給予個人特別的利益回饋或保護<sup>29</sup>。

反對個人公開權的學者 Madow 即曾表示，個人公開權不應該是自然法所欲保護的權利，因為它潛在的作用不外是將有利的資源重行分配予已相對佔有社會優勢的人們（指知名人物），並且使他們等同於擁有對大眾文化資訊的控制權。Madow 表示，或許支持個人公開權者能提出足以反駁上述見解的論辯，但也不會是「自然法則」或「常識」這樣的說詞可交代過去的<sup>30</sup>。學者 McCarthy 針對此見解提出反駁，指出在廣告宣傳媒介中盜用知名人物形象者往往是具有相當經濟實力的廣告公司或業主，我們實難認同知名人物相對於這些企業體是「相對佔有社會優勢的」；學者 Helpern 也反對 Madow 的見解，表示個人公開權並非憑空創設了某種為名人打造的社會或經濟權利，相反地，它只是法律展現對社會經濟現況的肯認（recognition），其中包括知名人物的個人形象在現代社會和經濟活動中的角色<sup>31</sup>。Helpern 另外指出，個人公開權制度涉及分配社會資源的部份，並非重在知名人物和一般人間的利益分配，而是著眼於知名人物和想利用知名人物形象增進自己利益的企業或廣告商之間的利益分配，是故並沒有 Madow 所指控的違背自然公平正義法則的部份<sup>32</sup>。

## 第二項 追求成就的動機（Incentive Justification）

使權利所有人具有「追求成就的動機」在個人公開權的普通法發展上屬於相當常見的論理基礎。此論理係來自於法律經濟學上之觀點。支持者認為，保護個人的姓名及其他表徵不被濫用是對社會有利的政策，因為這樣可以鼓勵各領域的工作者

---

184, 188 (1993).

<sup>29</sup> Huw Beverley-Smith, *The Commercial Appropriation of Personality*, CAMBRIDGE UNIV. PRESS, 2002, at 313-14. See also WHALEY, *supra* note 16, at 264.

<sup>30</sup> Madow, *supra* note 24, at 136-38.

<sup>31</sup> Sheldon W. Halpern, *The Right of Publicity: Maturation of an Independent Right Protecting the Associative Value of Personality*, 46 HASTINGS L.J. 853, 871 (1995).

<sup>32</sup> *Id.* at 872.

發展他們的專長，並且藉由在公眾前公開他們的成就及因此所能獲得的報酬，為一般人樹立值得追求的成功範例，而使我們的社會更加豐富及進步<sup>33</sup>。

個人公開權的功能之一是對表演人的保護。就此部分而言，它和著作權法有著相似的目的，因此在論理基礎上也得適用著作權法的相關理論。美國最高法院在 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* 一案中即肯定地表示，個人公開權法正如同著作權法，其立意包括授與權利人「有價值且有執行力的權利」以加倍鼓勵這些人發表有益於公眾的作品<sup>34</sup>。

然而表演人權利之保護確實只是個人公開權所保護價值的其中一部份。在此之外，個人公開權是否有更高位階的鼓勵目的呢？學者 Kwall 認為，個人公開權所欲鼓勵者乃「具有商業授權的形象或身份價值」<sup>35</sup>。然依此觀點，個人公開權對政治人物或科學家即較不具意義<sup>36</sup>。

比較合理而宏觀的觀點是：個人公開權可鼓勵一個人努力追求專業而卓越之形象，因為此制度提供了一個有保障的平台，使在各領域的從業人員在將其專業表現公諸於世時，能專注於維持其工作表現的完美，並免於不當之商業剝削或搭便車的行為。比方說，當一個醫學家發明了一種新的特效藥，他對新聞媒體發表其研究成果時，應會以較為專業而謹慎的態度來作介紹，以防止他的形象淪為某種江湖郎中。然而，要不是在有個人公開權的保障下，就算該名醫學家再怎麼小心維護自己的形象，也難防其合作的藥商等不會以超出其同意限度的媚俗或誇飾的方式使用其名義來收宣傳促銷之效<sup>37</sup>。

事實上，追求個人成就以促進公益的理由雖看似直觀，論者並不易以推論或實證等方式來證明它。它終究是一種假設性的論點——在個人公開權制度已被建立的情況下，我們將永遠無法準確得知「如果沒有這項制度的話，我們的社會將面臨如何的損失」；反之，我們也不可能有辦法精確地量化個人公開權創設至今為這個社會

<sup>33</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:6.

<sup>34</sup> *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 576-577 (1977).

<sup>35</sup> Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 IND. L.J. 1, 41 (1997).

<sup>36</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:6.

<sup>37</sup> *Id.*

所增進的具體利益為何。就個體的觀點而言，一個人之所以會努力追求其專業領域之表現，其背後可能有各式各樣的原因及動機，有些動機甚至並非可以一般理性來解釋的。但話說回來，這也不代表這項理由不正確或不恰當<sup>38</sup>。

批評以「追求成就」作為個人公開權保護基礎的主要理由為：多數知名人物已享有相對的高收入，讓他們行使個人公開權來再獲取「額外的」的經濟利益並不會讓這些人產生多大的追求成就的動機<sup>39</sup>。問題是，此一論理模式和現代經濟以供需狀態來決定個體的收入及價值的規則是背道而馳的。對創造權利價值者說「反正你應該已經賺飽了」，然後以此否定他為其經濟利益努力的成果並不合理；此外，也有法院認為，為了證明個人公開權的原告確實具有追求成就的動機，其主張權利時須一併舉證自己在系爭案件事實發生前已對其形象進行了商業上的利用<sup>40</sup>。學者 McCarthy 批評指出，這樣的觀點實為對此一保護基礎理論的誤用——以專利法和著作權法為例，追求成就的動機亦為此二制度的重要立法理由，然而實務上從不會要求個別案件的原告證明其相關之動機。換句話說，個別原告的動機並非個人公開權案件之爭點，所謂「追求成就的動機」僅為一項支持個人公開權制度的抽象概念<sup>41</sup>。

綜上所述，「追求成就」的動機論之消極部份可能比積極部份有說服力且值得注意。即個人公開權提供人們對其形象之商業使用的「控制權」，此控制權可使權利人決定其形象如何不被濫用，而達成鼓勵個人塑造正面形象的目的。

### 第三項 經濟效益上之理由（Economic Justification）

根據傳統個體經濟學理論，在自由市場經濟中，如果所有人皆可不受限制地使用一項資源，則該項資源將會被耗盡至其不具任何價值為止，此即所謂「共有財的悲劇」（tragedy of the commons）。反之，若能以人為方式確立某項資源之稀少性，同時並授予個人財產上之排他權，則能使該資源的價值得獲保存，甚至藉由資源所

<sup>38</sup> 相關議題也曾在專利法領域被廣泛討論過。See *id.*

<sup>39</sup> C.B.C. Distribution and Marketing, Inc. v. Major League Baseball Advanced Media, L.P., 505 F.3d 818, 824 (8th Cir. 2007).

<sup>40</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 4:4.

<sup>41</sup> *Id.* § 2:6.



有人對其轉讓、授權等商業行為之控制使其原有之資源變得更有價值——整體而言這方為一種有效率地分配有限資源的方式<sup>42</sup>。

是故，授與個人對其形象表徵之財產所有權將使人們在商業市場中對於姓名和肖像及其他個人表徵作最佳且最有效率的運用。著名法律經濟學者 Richard Posner 指出，就經濟學之觀點，令個人對其姓名或肖像得擁有法定的財產權可確保廣告商選擇使用有價值的姓名和肖像時付出相當之對價<sup>43</sup>。申言之，對一特定個人形象之使用權出價最高的廣告商即決定了該形象的「市場價格」，而此規則成立的前提是法律制度承認個人公開權的存在：在法律不予規範保護的情況下，個人形象即無所謂「市場」亦無所謂「市場價格」，進而使個人形象成為公共領域的一部份，無論何人皆得任意使用之<sup>44</sup>。學者 Grady 亦認為，個人公開權的制度必須存在，以確定個人形象價值不會在商業交易中被以粗糙的使用方式快速消耗。個人公開權能夠使未來將在公開市場被交易的個人形象確實地私有化，以鼓勵人們以較為謹慎而有價值的方式來使用這項社會資產<sup>45</sup>。

然而，歷來的判決統計顯示，多數的法院在闡述個人公開權制度之正當性時並未議及保存稀少資源及分配之效率等問題；相較之下，實務的論理傾向於引用前述「追求成就之動機」以作為保護個人公開權的主要理由。而針對「提升經濟效益」這項理由的批評包括：一、此等鼓勵獨佔的資源分配模式並不適用於資訊市場（information markets）中的行為。在以「資訊」為主要流通產品的市場中，一個人的使用資訊行為並不必然導致該項資訊資源被消耗或是價值減損，同時人們也不需要仰賴個人公開權制度也能為其形象創造出象徵性的價值<sup>46</sup>；二、讓知名人物代言商品以賺取商業利益的行為本身即是不合理的，並會造成社會資源的不當分配。故為維護一健全的市易環境，法律不應該就此等行為賦予經濟上的權利保護<sup>47</sup>。

<sup>42</sup> Whaley, *supra* note 16, at 261-62.

<sup>43</sup> POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* § 3.3 (4th ed. 1992); *see also* 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:7.

<sup>44</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:7.

<sup>45</sup> Mark F. Grady, *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 UCLA ENT. L. REV. 97, 98 (1994).

<sup>46</sup> Whaley, *supra* note 16, at 261.

<sup>47</sup> Steven J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 28 BULL. COPYRIGHT SOC'Y 111, 120 (1980). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:7. 並請參閱本節第一項之討論

針對後者，學者 McCarthy 回應認為，此一批評的問題在於即便我們不願苟同名人代言促銷的商業模式，在法律不承認個人公開權的情況下，以名人代言的商業行為只會更加氾濫失序而不會趨緩。既然我們的社會現狀已讓商業廣告使用知名人物形象的行為成為常態，法律制度所當為者應是藉由承認此現狀並加以管控，而非以悖離現實的態度來壓制自由經濟市場的發展。

#### 第四項 避免欺騙性廣告 (Falsity Justification)

有部分學者及法院認為防止欺騙性的廣告等商業行為是建立個人公開權制度的重要理由之一，因為有許多未經本人授權的個人表徵使用行為會被用於不實的商品代言廣告，以欺騙大眾進行消費<sup>48</sup>。學者 Treece 認為，如果社會選擇接受在廣告中使用人物姓名或肖像來促銷產品，那麼法律便應防止讓消費者被名人與商品或服務間不實的連結關係所誤導<sup>49</sup>。更有學者認為個人公開權的重要性即在避免欺騙性廣告及消費者的保護。Dogan 與 Lemley 認為個人公開權法應以商標法為範本，並以混淆誤認之虞 (likelihood of confusion) 為其法律要件<sup>50</sup>。

上述見解引發了相當的爭議與批評。實際上，當有不實廣告之情事發生時，原告即使不透過個人公開權相關之法律途徑，仍得以藍能法及州法的不實廣告相關規定提起訴訟。而若個人公開權的侵害須以「不實性」為要件，則其功能將被過度限縮以至於成為贅文<sup>51</sup>。學者 Denicola 指出，不實廣告法和商標法對造成混淆誤認或許罔的商業行為都已有相當詳盡的規範，故個人公開權必須確立其在避免欺騙性廣告之外尚有更根本而重要的存在價值<sup>52</sup>。學者 McCarthy 也認為個人公開權就整體法律

---

<sup>48</sup> Peter L. Felcher & Edward L. Rubin, *Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media*, 88 YALE L.J. 1577, 1600 (1979).

<sup>49</sup> James M. Treece, *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, 51 TEXAS L. REV. 637, 647 (1973).

<sup>50</sup> Stacy L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn From Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1166 (2006).

<sup>51</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:8.

<sup>52</sup> Robert C. Denicola, *Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols*, 62 N.C. L. REV. 603, 624 (1984).

脈絡而言不宜作為防止不實廣告的手段，惟其並未否認個人公開權的侵權行在許多時候都含有至少一定程度的不實授權或贊助訊息之暗示。雖然這當中的「不實性」並非被害人舉證其權利受到侵害之要件，但若透過個人公開權的行使能有助於消滅此等欺騙性行為，則在此限度下，「避免欺騙性廣告」的理由是可被接受的<sup>53</sup>。

## 第五項 維護個人人格自主（Right of Self-definition Justification）

在晚近對於個人公開權的理論分析中，學者 McKenna 認為「確立每個人自我定義的自治權」是建立個人公開權制度的重要理由與作用。申言之，如果一個人的整體人格形象是來自於他選擇對外傳達的一切相關訊息，那麼未經其允許使用此人形象的行為即是對其自主權的不當干涉；在個人公開權的案件中，許多知名人物提起訴訟並非因為那些盜用形象表徵的行為是有傷害性的，而是因為這種行為會使他對自己的公眾形象失去控制，卻仍須和具有此形象的「自己」共同生活下去<sup>54</sup>。

McKenna 指出，非知名人物和名人一樣，應享有對其公開形象在意義上及價值上的控制權。人們依照自己的喜好選擇其穿著打扮、社交場所以及生活方式，這些都是一個人表達自我及營造他人觀感的自主權利。允許未經授權的形象使用勢必會威脅到這樣的自主權<sup>55</sup>。舉例而言，如果有某個酒精飲料品牌未經某甲之授權在廣告使用了他的形象來吸引大眾的注意，對看過這支廣告的人們來說，其心中都不免會對某甲的形象作出某程度的結論——此結論可能是正面的也可能是負面的，但無論如何都不見得是某甲所樂見之結果。

## 第三節 個人公開權之法源

### 第一項 概說

<sup>53</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 2:8.

<sup>54</sup> Mark P. McKenna, The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition, 67 U. of Pittsburg L. Rev. 225 (2005). 轉引自 *id.* § 2:9.

<sup>55</sup> *Id.*

1953 年，美國聯邦第二巡迴法院根據紐約州普通法，首次以「個人公開權」之名義來承認個人對其人格身份經濟利益的固有財產權利。自此「個人公開權」即代表一個人對其人格身分經濟利益的固有財產權利，並且具有法律上的效力。隨後許多其他州法院也陸續承認了這項權利，有些州同樣以個人公開權稱之，有些州則將其納入隱私權法或不正競爭法的體系下。甚而有些州法院不使用明確的法律標籤，而單純地將其視為普通法的一部份。目前美國已有二十個州的普通法承認個人公開權，其中八個州的制定法亦可見個人公開權的規範條文。另外有十個州在制定法將個人公開權的內涵納於「隱私權」的體系當中。故從廣義的角度來說，目前在美國有三十個州具有個人公開權的相關規範，包括：亞利桑納、阿拉巴馬、加州、康乃狄克、佛羅里達、喬治亞、夏威夷、伊利諾、印地安那、肯塔基、麻塞諸賽、密西根、明尼蘇達、密蘇里、內布拉斯加、新罕布夏、紐澤西、內華達、俄亥俄、紐約、奧克拉荷馬、賓夕文尼亞、羅德島、田納西、德州、猶他、維吉尼亞、西維吉尼亞、華盛頓，以及威斯康辛<sup>56</sup>。

在這三十個州之外，僅有兩個州曾明示州普通法對個人公開權不予承認。其中內布拉斯加州的制定法後來逆轉了這項宣示<sup>57</sup>。紐約州則屬特例——紐約州法院向來拒絕承認任何普通法上之隱私權相關權利，而由制定法作為相關權利救濟之依歸。個人公開權因其源自隱私權體系的背景，故在紐約亦不被州普通法所承認，而完全仰賴制定法的規範<sup>58</sup>。雖然聯邦法院曾不只一次表示普通法上的個人公開權確實為於紐約州制定法以外的相關法源，截至目前為止，紐約州的實務通說仍堅持個人公開權只在紐約州制定法的框架下存在。美屬波多黎各亦不承認個人公開權<sup>59</sup>。

## 第二項 各州之普通法

在美國承認個人公開權的州當中，以普通法作為主要依據的州佔了絕大多數。相對於制定法，普通法的好處在於對違法行為的發現、確立以及糾正的彈性及效率。正如最高法院早在 1884 年所揭櫫的概念：「普通法的本質及原則即在於動態地

<sup>56</sup> *Id.* § 6:3.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> *Id.* § 6:75.

<sup>59</sup> *Id.* § 6:3.

汲取正義之泉，並將其化為新的規範準則；我們一貫的態度是，永遠不以為這個社會已窮盡一切規範之可能，而應期待種種新的經驗將持續使我們的法治系統形塑為有用而符合當今社會需求的樣貌<sup>60</sup>。」

是故，雖然仍有少數法院（主要為紐約州法院）以應避免司法造法活動為由，拒絕主動以普通法的形式去承認個人公開權<sup>61</sup>，絕大多數的美國州法院都認為以普通法具有足夠彈性及適應性的本質，它是相當適合用來形塑當下的法律制度，使之能配合隱私權及個人公開權的立法需求的。奧勒岡最高法院在 1941 年關於隱私權案件的判決中即指出，法院不應該過度害怕被人指控越俎代庖而為造法活動。事實上美國有許多法律制度都是透過法官造法而生的，在許多觀點下這些法律都是最好的；此外，普通法具有即時發掘違法行為並加以救濟的能力，使我們不用總費時等待漫長的立法程序來作出適當的反應。這確是普通法為人稱頌的部份。夏威夷州最高法院亦指出，「以缺乏先例為由（拒絕在普通法系統中承認隱私權）是相當弱勢的論述。如果普通法系統無法如此自我擴展以反應我們多變的社會、經濟及政治狀態，它早在幾世紀前就該枯萎待廢了。」在討論田納西和康乃迪克州是否應以普通法承認個人公開權的死後權利延續時，此兩州的相關法院也都表示，以普通法來因應社會制度需求的趨勢是十分合理而正當的作法<sup>62</sup>。

### 第三項 州制定法

欲歸納美國各州制定法關於個人公開權的共同細節並非易事。在個人公開權立法發展的八十年間，每各州的立法背景與理由並不盡相同，因而其優點及缺陷等種種特性也不同。整體而言，有六個州的州制定法基本上是以 1903 年的紐約州法為藍本所建構的，然這六個州的制定法在許多用語上皆實與紐約州法的版本有重要的差別；至於其他具有個人公開權相關制定法的各州，則多曾明確表態其立法應避免直接移植紐約州的規定，或是將紐約州法奉為圭臬<sup>63</sup>。隨著個人公開權在各州制定法中逐漸成熟，每個州在進行後續修法動作時也常參考其他州的相關規定，是故至今

<sup>60</sup> *Id.* § 6:4.

<sup>61</sup> *Id.* § 6:75.

<sup>62</sup> *Id.* § 6:4.

<sup>63</sup> *Id.* § 6:6.



要為任何一個州的制定法條文找出其發展淵源，已不容易。

到了 1980 年間，個人公開權已普遍為多數的法院及學說所承認，並且獨立於隱私權法以外，具有其獨特的要件及權能。加州、肯塔基及田納西州的議會各自通過了個人公開權的州制定法，以確立其財產權之性質，並賦予權利人死亡後之權利延續期間。到了 1990 年代，印地安納及華盛頓州議會也制定了類似的法律。另外還有數州係以隱私權法之名義為個人形象的商業價值設立了損害賠償的條款——實質上，這即是個人公開權內涵的核心價值所在<sup>64</sup>。

在這些將個人公開權規範於隱私權體系之下的各州中，除肯塔基及內布拉斯加外，原告都得就其損害請求賠償，其得請求之事項涵蓋隱私權法中之「未經授權使用類型」及個人形象商業利益的損失。然而，在這些州中，個人公開權與隱私權的條款仍係以一種不盡相容的方式共存著，畢竟因個人公開權的財產權性質與隱私權的人格權性質，使這兩者在要件及權能上都有著不同的需求<sup>65</sup>。對個人公開權受到侵害的原告而言，在這些州最好的策略莫過於尋求普通法對個人公開權的保障；其次則是試圖在制定法的框架中尋求適當的法律解釋，以符合其對財產權上之保護。

每個州的制定法都有其特別的優點或缺陷。以下茲將目前有個人公開權制定各州之立法要點表列如下<sup>66</sup>：（欄位中代號意義見下方表註）

州別	相 關 州 法 制 定 年 份	最 近 一 次 修 法 年 份	法 定 形 象 表 徵 保 護 類 型	死 後 權 利 是 否 延 續	死 後 權 利 延 續 期 間	法 定 權 利 救 濟 方 式	新 聞 報 導 除 外 條 款
加州	1972	2007	N,L,P,V	是	70年	D,P,A	是
佛羅里達	1967	-	N,L,P	是	40 年	I,D,P	是
伊利諾	1999	-	N,L,P,V	是	50 年	I,D,P	是

<sup>64</sup> *Id.* § 6:7.

<sup>65</sup> *Id.* § 6:7.

<sup>66</sup> *Id.* § 6:8.

印地安那	1994	-	N,L,P,V	是	100 年	I,D,P,A	是
肯塔基	1984	-	N,L	是	50 年	—	否
麻塞諸賽州	1974	-	N,L	否	—	I,D,3X	否
內布拉斯加	1979	-	N,L	是	未 予 規 定	—	是
內華達	1989	-	N,L,P,V	是	50 年	I,D,P	是
紐約	1903	1995	N,L,V	否	—	I,D,P	否
俄亥俄	1999	-	N,L,P,V	是	60 年	I,D,P,3 X,A	是
奧克拉荷馬	1955	1986	N,L,P,V	是	100 年	I,D,P,A	是
賓夕文尼亞	2003	-	N,L,P,V	是	30 年	I,D	是
羅德島	1972	1980	N,L	否	—	I,D,3X	否
田納西	1984	-	N,L,P	是	10 年	I,D	是
德州	1987	-	N,L,P,V	是	50 年	D,P,A	是
猶他州	1909	1981	N,L	否	—	I,D,P,A	否
維吉尼亞	1904	1977	N,L	是	20 年	I,D,P	否
華盛頓	1998	2008	N,L,P,V	是	10 年或 75 年	I,D,R	是
威斯康辛	1977	-	N,L	否	—	I,D,A	是

表（一）：美國各州個人公開權州制定法整理

表註：

．「法定形象表徵保護類型」欄位代號意義：

N — 姓名

L — 外貌等特徵，包括聲音。

P — 照片

V — 聲音

．「法定權利救濟方式」欄位代號意義：

- I — 禁制令
- D — 損害賠償
- P — 懲罰性損害賠償
- 3X — 三倍賠償金
- A — 給付原告合理的律師費用

除上表所列之立法內容外，某些州制定法中也有獨特的救濟或死後權利延續的規定。例如：(1) 法定不當得利返還條款（田納西）；(2) 法定真實損害賠償或不當得利返還金額之下限（加州、印地安那、內華達、德州）；(3)沒收或銷毀條款（for impoundment and destruction orders）（印地安那、田納西）；(4) 對形象具有商業價值的個人死後權利期間之展延（田納西、華盛頓）<sup>67</sup>。

其他較為特殊的規定尚如：佛羅里達州州法規定損害賠償可包含「合理的（形象表徵使用）授權金」；猶他州州制定法僅針對涉及不實代言的個人公開權案件進行規範，德州制定法則僅有關於死後權利延續的規定，自然人的權利內容依普通法規定。內布拉斯加州制定法尤為特別——其針對個人公開權侵權態樣及要件等規定十分詳盡，然在關於救濟方式的章節，則僅規定被害人得受有「法律上的救濟」<sup>68</sup>。

#### 第四項 聯邦法相關規定

綜上所述，目前個人公開權在美國概為各州州法所規範，其形式可能為普通法或州制定法。聯邦法律體系中並無專門之規範。而雖然某些聯邦法規如著作權法及藍能法（Lanham Act，即現行聯邦商標法）亦有為個人形象提供某些面向的保護，但這不表示著作權法或藍能法即為聯邦法上的個人公開權法源。簡而言之，聯邦法上的著作權法或藍能法和州法上的個人公開權相較，兩方既不相同，亦不具有一致的目的、功能或內涵<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> 整理自 *id.* § 6:8.

<sup>68</sup> *Id.* § 6:8.

<sup>69</sup> *Id.* § 6:135.



就個人形象的保護觀點而言，美國聯邦著作權法所保護者為具有固著性的個人形象之表達創作，例如含有自然人外貌的照片、影片等，但這些創作所欲描繪的個人形象本身由於缺乏固著性而不受著作權法保護。同時由於這些創作所描繪之個人形象所有者通常非為該創作著作權之所有人（例如攝影著作的著作權人通常為攝影師，而非模特兒）。為廣告行銷目的盜用他人形象的行為人通常也不會直接使用有著作權的照片或影片，而會採用其他較為迂迴的手段（例如請人模仿某位知名人物）。此外，一個人的姓名或自然外貌是幾乎不可能得成為美國著作權法上所謂“writing”而得受該法保護的<sup>70</sup>。因此著作權法確實無從取代個人公開權對個人形象商業價值之保護，它充其量只能在某些特定的個人公開權訴訟中被原告提作相關之案件主張。

個人形象表徵如姓名及肖像可能被用作商品或服務之表徵而成為合法的「商標」（trademark）或「服務標章」（service mark），而受聯邦商標法及州商標法之保護<sup>71</sup>。此等包含個人形象表徵的標章即得註冊為聯邦商標，而受藍能法第 43 條 (a) 項之保護，該標章遭盜用而侵害時，權利人即得向聯邦法院提起訴訟<sup>72</sup>。然而此種權利救濟方式之要件、客體與目的亦顯然和個人公開權法所規範者不同<sup>73</sup>。

或許聯邦法規中最接近個人公開權內涵者是藍能法的第 2 條 (a) 項及第 2 條 (c) 項這兩項條文<sup>74</sup>。根據第 2 條 (a) 項之規定，使他人形象與自己產品產生不實關聯之

---

<sup>70</sup> *Id.* § 6:40.

<sup>71</sup> *Id.* §§ 5:5, 5:13.

<sup>72</sup> *Id.* § 6:147.

<sup>73</sup> *Id.* § 5:8.

<sup>74</sup> 15 U.S.C. § 1052 (2006). “Trademarks registrable on the principal register; concurrent registration”

“No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it--

(a) Consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute; or a geographical indication which, when used on or in connection with wines or spirits, identifies a place other than the origin of the goods and is first used on or in connection with wines or spirits by the applicant on or after one year after the date on which the WTO Agreement (as defined in section 2(9) of the Uruguay Round Agreements Act) enters into force with respect to the United States.

暗示效果者，不論他人是否在世或已死亡，不得註冊為商標；第 2 條 (c) 項則規定，未經同意使用在世之他人 (a living person) 姓名、肖像或簽名者，不得註冊為商標。雖然此二項條文用語確有提及「個人之形象」(personal identity)，而與個人公開權之保護客體較為近似。但由於藍能法第2條所規範者係為「商標不得註冊之事由」，故上述條文所載之權利性質僅為一種消極之權利 (negative right)，而無法作為權利受侵害時被害人向法院提起訴訟之請求權。相對而言，藍能法第 43 條 (a) 項由於性質屬於積極權利 (positive right)，權利人受侵害時得據以提起聯邦法上的訴訟，故在法庭上反而比第 2 條 (a) 項及第 2 條 (c) 項能為個人形象提供有效之救濟

75  
。

## 第五項 制定個人公開權聯邦法之可能性

為了統整各州州法的複雜差異，有學者建議進行各州州法的整編運動<sup>76</sup>，也有學者倡議應通過聯邦的個人公開權立法<sup>77</sup>。欲使個人公開權成為合憲之聯邦法規，首須確認者為個人公開權事項與國會立法事由之間是否有所聯結。根據學者 Sean D. Whaley 的見解，基於美國憲法的州際商業條款 (Commerce Clause)，國會具有制定跨州商業行為相關規範之權限，而跨州商業行為中確有行使個人公開權之必要——例如許多商品的銷售通路都是跨越州際界限的，在這些商品的廣告中使用個人形象自然係屬於跨州的商業行為。故個人公開權實具有聯邦立法之正當性，一如國會有權制定聯邦商標法規及不正競爭法一般。值得注意的是，就商標法而言，各州州議會仍有權制定其州內之相關規範，個人公開權亦得比照此等模式，以雙軌制使聯邦法規及州法規並行無礙。當形象之使用行為單純地發生在一州之內，針對此行為所提

---

□(c) Consists of or comprises a name, portrait, or signature identifying a particular living individual except by his written consent, or the name, signature, or portrait of a deceased President of the United States during the life of his widow, if any, except by the written consent of the widow.”

<sup>75</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 6:135.

<sup>76</sup> Barbara Singer, *The Right of Publicity: Star Vehicle or Shooting Star?*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1, 49 (1991).

<sup>77</sup> J. Eugene Salomon, Jr., Note, *The Right of Publicity Run Riot: The Case for a Federal Statute*, 60 SO. CAL. L. REV. 1179 (1987); Richard S. Robinson, *Preemption, the Right of Publicity and a New Federal Statute*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 183 (1998).

起之訴訟仍最可能適用該州的個人公開權相關規範，並屬州法院管轄<sup>78</sup>。

制定聯邦法規的好處在於可提供州制定法明確的範例。針對州法未為規定的事項，法院亦得參考聯邦法規的原則，以減少爭議。此外，有了聯邦法規所提供的標準，也可降低欲跨州取得個人公開權授權或轉讓的當事人之成本，進而增進州際商業行為的經濟效益<sup>79</sup>。

總結來說，個人公開權是一個州法上的訴訟標的，受各州州法院管轄。目前唯一的例外是當案件當事人間有州籍歧異（diversity of citizenship）的情況，或因該案件有附帶管轄權（pendent jurisdiction），而滿足聯邦法院管轄權之要件<sup>80</sup>。

#### 第四節 小結

1950 年代的 Haelan v. Topps 案及 Nimmer 教授所發表的 “The Right of Publicity” 一文乃是個人公開權在實務界及學術界首獲肯認之里程碑。就歷史的觀點而言，個人公開權在美國係發展自隱私權法體系。早期學術界及實務界曾普遍將個人公開權與 Prosser 的隱私權理論中的「盜用型隱私權侵害」等而視之或混為論述，導致法院在面對個人形象經濟利益受侵害的案件時出現操作上的困難。不過在 1970 年起的十年間，隨著部份法院逐漸開始承認並適用「個人公開權」，主張個人公開權的案件便如雨後春筍般地出現，相關的學術討論也越見蓬勃，個人公開權的時代即宣告來臨。

保護個人公開權的理由——即其論述基礎——大致上可分為下列五點：一、道德上之理由；二、提供個人追求成就的動機；三、經濟效益上之理由；四、避免欺騙性廣告；五、維護個人人格自主。其中又以前二點為最基本而普遍為實務所採納。

目前美國已有二十個州的普通法承認個人公開權，其中八個州的制定法亦可見個人公開權的規範條文。另外有十個州在制定法將個人公開權的內涵納於「隱私

<sup>78</sup> Whaley, *supra* note 16, at 266.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 8, § 6:136.

權」的體系當中。故從廣義的角度來說，現在在美國有三十個州具有個人公開權的相關規範。至於聯邦法律體系中並無針對個人公開權之專門規範。雖然某些聯邦法規如著作權法及藍能法亦有為個人形象提供某些面向的保護，但此二者與個人公開權之目的、功能或內涵都有一定程度以上之差距。是故為統整各州州法的複雜差異，有學者建議進行各州州法的整編運動，也有學者倡議應通過聯邦的個人公開權立法。



### 第三章 個人公開權在美國法上的要件與救濟

#### 第一節 構成個人公開權侵權行為的法律要件

和其他智慧財產權訴訟案件相似，原告欲主張其個人公開權遭到侵害所須證明的要件包括：「原告的個人公開權為合法有效」及「被告侵害其權利」。詳言之，一個典型的個人公開權訴訟之法律要件如下<sup>81</sup>：

一、權利有效：即原告對自然人的形象表徵擁有得合法行使之權利。

二、權利遭到侵害：

1. 被告曾未經原告允許使用其形象表徵之全部或一部；
2. 所使用之形象表徵得被識別為原告本人；且
3. 被告的使用行為可能造成原告就該形象表徵商業價值上之損失。

值得注意的是，「不實性」或「混淆誤認之虞」均非個人公開權的侵害要件。故在廣告或促銷活動中為了吸引閱聽者注意而擅用他人形象表徵的行為即足以構成個人公開權之侵害，至於是否有使第三人誤以為原告有代言系爭商品或服務則非所問。然若被告所使用原告形象表徵的方式是「附帶性且微不足道的」（insignificant or fleeting），則被告得提出「微量使用」（incidental use）的抗辯<sup>82</sup>。

一般來說，侵權行為之法律要件依其性質可分為客觀要件與主觀要件。基本上，行為人之主觀並非個人公開權之必備要件。然被告之主觀狀態仍與侵權成立與否有相當之關係。以下分別就個人公開權之客觀要件與被告之主觀分別討論之。

#### 第一項 客觀要件

##### 第一款 權利之有效性

<sup>81</sup> 1 J. THOMAS MCCARTHY, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY § 3:2 (2d ed. 2000).

<sup>82</sup> *Id.*

通常在個人公開權案件中，權利是否有效並非重要的爭點。這和其他智慧財產權法的訴訟情況不甚相同。除非原告就非自然人的個體主張其權利，否則少有進一步關於有效性要件是否成立的爭議<sup>83</sup>。這樣的例外一般來說有兩種可能情況，一種是在權利人死後之個人公開權案件中，有效性爭點較為被告一方所提出；另一種是當原告主張關於非自然人——如動物、法人等——的個人公開權時，由於目前在美國實務及理論界，這兩種個體是否得享有個人公開權仍是被高度爭議的問題，故權利之有效性乃此類案件的重要爭點<sup>84</sup>。

至於原告是否具有「名人」的身份，或原告是否曾在系爭案件事實發生前已對其形象表徵進行過商業上之運用，依據美國理論通說的想法，皆不影響原告個人公開權之有效性。但在實務上仍時有相關之爭論<sup>85</sup>。

## 第二款 權利遭到侵害

在實際成立的案件中，最常見的爭議都與「權利遭到侵害」要件相關。其中，原告的個人表徵在被告的使用行為中是否具有「可識別性」（*identifiability*）時常是訴訟雙方攻防的重點。以下就證明「權利受到侵害」所須的各項要件分別描述之。

### 第一目 形象表徵被盜用

在個人公開權案件中，原告欲證明其權利受到侵害，首先須證明被告有使用其形象表徵之行為，且此一行為是未曾經過原告之授權或同意的。形象表徵包括姓名、肖像、聲音及其他足以識別原告的個人特徵。使用全部或一部的原告形象表徵皆有可能構成侵害。

### 第二目 形象表徵具可識別性

<sup>83</sup> *Id.* § 3:3.

<sup>84</sup> 請參閱本論文第四章第一節四項之討論。

<sup>85</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:14.



在證明被告未經授權使用了原告之形象表徵之後，原告尚須證明系爭形象表徵是具有「可識別性」的。可識別性屬於事實性的爭點，其在各項個人公開權侵權要件中，是為理論和實務上的討論重點所在。茲就其內涵析述之：

## 壹、形象可識別性的基本概念

由於個人公開權所關注的是個人形象表徵在商業市場中的經濟價值，故法院判決普遍要求原告必須舉證證明被告所使用的原告個人形象表徵是具有可識別性的，亦即被告所使用的形象表徵得被識別且指認為原告。一般來說，可以用來識別一個人的形象表徵包括姓名、肖像、聲音等等。在可能構成個人公開權侵害的行為中，直接使用原告的姓名通常是最易滿足可識別性要件的；而當被告使用了原告的肖像，但並未以文字加註其姓名時，則常引發可識別性的相關爭議。此外，當原告具有獨特的聲音、表演橋段等其他個人表徵時，被告所使用的表徵也可能被認定符合可識別性要件<sup>86</sup>。

可識別性要件可謂為個人公開權的核心要件。唯在多數涉及較高度經濟利益的個人公開權案件中，可識別性並不會成為重要的爭點。主要原因是在這些案件的使用情境下，被告為了達到最有效的商業宣傳效果，在使用原告（通常為知名人物）的形象表徵時皆會盡可能讓原告的識別度被最佳化。而即使有某些被告為了規避相關法律責任會對其所使用之形象表徵進行微幅之調整，然後宣稱其所使用的形象表徵並不屬於原告，此時在閱聽者導向的可識別性判準下，只要被告的使用行為實質上會使具有通常理性之一般人得識別其為原告，仍會構成個人公開權之侵害<sup>87</sup>。

## 貳、可識別性的判斷基準

目前美國法界通說對於可識別性要件的判斷法則仍未有一致而明確的見解。基本上可確定的是，若被告使用原告形象的行為係單純地「暗指原告本人」或「使人聯想到原告」是不足以滿足可識別性要件的。舉例來說，在某支廣告中出現了一個戲劇角色，即便有些許觀眾一看到它就會想起曾扮演這個角色的某位演員，這僅會

---

<sup>86</sup> *Id.* § 3:7.

<sup>87</sup> *Id.*

被法院認為合法的「引發聯想之使用行為」，而尚不足以被視作「具可識別性之使用行為」，進而構成對該演員的個人公開權侵害<sup>88</sup>。

為建立較為明確而適用於個人公開權案件之可識別性判斷基準，以下即檢視其他法律領域處理類似可識別性爭議的規則。所檢視者包括美國商標法、關於不實廣告（false advertising）及損害名譽（defamation）之法律原則，以及隱私權法。

## 一、美國商標法

「混淆誤認之虞」是美國商標普通法和聯邦制定法的共同的基本要件。一般來說，商標法之「有混淆誤認之虞」要件指的是原告須證明在其潛在消費者中，有顯著的多數人有相當可能被混淆而將被告商標所指涉者與原告商標所指涉者誤認為來自於相同來源，或有附屬、授權等商業關係。一商標權之權利人欲依據藍能法第 43 條 (a) 項提起訴訟，不論該商標是否已經獲得註冊，系爭侵權行為成立與否須視被告的行為是否可能造成混淆、誤認或欺罔；又依藍能法第 2 條 (d) 項之規定，美國聯邦專利及商標局（USPTO）在決定是否准予商標註冊時亦須判斷該商標是否與先前已註冊或被使用之另一商標有混淆之虞。大多數的州法亦以「混淆誤認之虞」為商標侵權案件的判斷依據<sup>89</sup>。當然某些商標侵權案件還會涉及是否已有商業使用行為、第二重意義，及有無權利轉讓約定等爭點。但無論如何，混淆誤認之虞都是所有商標侵權案件首要之試金石，因為商標權益之損害往往來自於社會大眾對原被告商標識別上的混淆。

有學者認為，欲滿足個人公開權的可識別性要件，被告的行為亦應達到「致混淆誤認之虞」的標準，以免個人公開權的權能被過度擴張<sup>90</sup>。學者 Goldman 認為，若被告行為並未致使他人有混淆誤認之虞，則代表社會大眾對於原告的觀感印象並

---

<sup>88</sup> *Id.*

<sup>89</sup> 4 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 23:1 (4th ed. 2010).

<sup>90</sup> Arlen W. Langvardt, *The Troubling Implications of a Right of Publicity “Wheel” Spun Out of Control*, 45 U. KAN. L. REV. 329, 443-447 (1997).



沒有真正被改變，在此情況下法律不應認定此等行為有侵害他人之個人公開權<sup>91</sup>。然反對將混淆誤認之虞列為個人公開權侵權要件者則認為，有鑑於商標法所規範者著重於不正競爭之禁止，個人公開權的立意則在於對個人形象權益之保護，理論上個人公開權之侵害仍不應以「實質多數人」的「混淆誤認之虞」為依歸，以免對個人形象的保護產生疏漏，並使個人公開權流於不具實質意義之贅文<sup>92</sup>。

## 二、不實廣告之法則

藍能法第 43 條 (a) 項的規範內容包括不實廣告行為之禁止。典型的不實廣告通常涉及被告針對其本身或競爭對手的產品之不實或誤導性的陳述。多數法院在根據藍能法第 43 條 (a) 項審理不實廣告之訴時，會逐項檢視以下要件：(1) 系爭廣告中有無對事實的不實或誤導性之陳述；(2) 該陳述是否出現在商業廣告或促銷活動之中；(3) 該陳述是否就重要事項造成欺罔或產生欺罔之可能性；(4) 系爭廣告是否發生於跨州商業活動之中；(5) 系爭廣告是否會造成原告在競爭上或其他商業利益上之損失，或有損失之可能性<sup>93</sup>。在涉及不實廣告的侵權案件中，被告使用原告形象之方式須與事實不符，或是具有誤導性的，此即不實廣告法中所稱之「不實性」( falsity )。

一般而言，前述的「不實性」是判斷不實廣告侵權行為成立與否的重要標準。然而不可否認地，任何未經授權使用他人形象以吸引第三人對某產品的行為皆應構成對個人公開權之侵害。至於該使用行為是否「不實地」暗示原告為該產品代言或表達對該產品之認同，則並非必要之條件。比方說，假設有一廣告標語寫道：「知名四分衛 也許是全聯盟最強悍的球員，但他還未嘗過 運動飲料的好滋味。你何不率先試試呢？」從字面上來看，這則廣告間接聲明了該名球員並未為其運動飲料產品代言，但它確實利用該球員的知名度來吸引大眾的注意。是故此一行為雖不致構成不實廣告之侵權行為，但顯然應被認定有侵害該球員的個人公開權<sup>94</sup>。此

<sup>91</sup> Lee Goldman, *Elvis is Alive, but He Shouldn't Be: the Right of Publicity Revisited*, 1992 B.Y.U. L. REV. 597, 626.

<sup>92</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 5:12.

<sup>93</sup> Courtland L. Reichman & M. Melissa Cannady, *False Advertising Under the Lanham Act*, 21-SPG FRANCHISE L.J. 187 (2002).

<sup>94</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 5:19.

二者差異之關鍵即在於判斷侵權時是否以「不實性」為門檻。由上可知審酌個人公開權的識別性要件時，並不宜挪用不實廣告法的判斷標準。美國不正競爭法第三次整編亦強調個人公開權並非只是不實廣告或不實代言的一種態樣，個人公開權訴訟之原告之舉證責任，亦不須包含關於不實性、欺騙性或混淆性等事項<sup>95</sup>。學者 Nimmer 與 Treece 等亦認為即便在完全沒有關於代言或廣告暗示的情況下，單純盜用他人形象以吸引大眾注意的行為亦構成個人公開權之侵害<sup>96</sup>。

### 三、損害名譽及隱私權之法則

基本上，毀謗或損害名譽之訴合法成立的首要條件是系爭言論必須「指涉及關係到」（of and concerning）原告。蓋損害名譽法之侵權認定概念係以訊息接受者的認知為中心，故漫無對象的毀謗是不存在的，任何毀謗言論都必須針對特定之人<sup>97</sup>。具體而言，在損害名譽的案件中，所謂「指涉法則」（of and concerning rule）指的是：欲滿足損害名譽的可識別性要件，原告須證明至少有一名以上的第三人得識別出被告所指涉之人即為原告；而當損害名譽案件系爭言論的內容係以姓名指稱原告時，一般原則是單純的姓名雷同尚不足以滿足損害名譽法上的識別性標準，原告須進一步證明在被告的使用行為中還有其他指涉原告的事項<sup>98</sup>。

此標準與「混淆誤認之虞」不同的重點在於，混淆誤認之虞要求在兩造產品的潛在消費者中，客觀上會有實質的多數人有相當可能被混淆。然在損害名譽案件中，原告所負之舉證責任僅要求其得證明除雙方當事人之外，有一名以上的第三人將原告識別為系爭言論所指涉之對象。至於實際上之人數多寡則只和損害賠償額度有關<sup>99</sup>。

<sup>95</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition §§ 46 comment b, 47 comment a (1995).

<sup>96</sup> Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS 203, 212 (1954); Treece, *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, 51 TEX. L. REV. 637, 644 (1973).

<sup>97</sup> 1 RODNEY A. SMOLLA, LAW OF DEFAMATION § 4:39 (2d ed. 2010).

<sup>98</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:14.

<sup>99</sup> *Id.*

指涉法則後來也廣為隱私權法所採用。惟在揭露型及錯誤公開型的隱私權侵害態樣下，原告須進一步證明被告揭露隱私的行為是在「公眾領域」中進行的，光是對特定之少數人揭露並不能構成侵權<sup>100</sup>。

法律領域	侵權行為要件判斷法則
商標法	混淆誤認之虞
不實廣告	不實性、誤導性之代言事實訊息
損害名譽、隱私權法	指涉法則

表（二）：不同法律領域對於可識別性要件的判斷法則比較

#### 四、建立適用於個人公開權之法則

學者 McCarthy 認為，比較恰當的作法或許是將損害名譽或隱私權之法律原則中的指涉性判斷標準作些許調整，以適用於個人公開權之案件。亦即：若有「實質多數」或「至少超過一定門檻的通常理性之人得由被告的使用行為中識別出原告」，則系爭案件滿足可識別性要件之要求。至於系爭使用行為是否造成一般人誤認原告有代言被告商品或服務之行為，則在所不問<sup>101</sup>；而被告主觀上是否有侵權之意圖或對其行為有完全正確的認識亦不應列為構成要件，但得在酌定損害賠償額度時作為重要因素。

#### 參、微量原則

在判斷可識別性要件時必須注意微量原則（de minimis rule）的適用，以免非為知名人物的原告僅靠幾位親朋好友基於私交的「支持」即得提起合法的個人公開權訴訟。至於要有多少「合理的一般人」得由被告的使用行為中識別出原告，才算達到可識別性要件的門檻？根據威斯康辛州最高法院的意見，「即便僅有幾個人能夠

<sup>100</sup> *Id.* § 3:15.

<sup>101</sup> J. Thomas McCarthy & Paul M. Anderson, Essay, *Protection of the Athlete's Identity: the Right of Publicity, Endorsements and Domain Names*, 11 MARQ. SPORTS L. REV. 195, □ 200-202 (2001).

合理地識別出原告，仍得構成個人公開權之侵害」；但這「同時也可能影響損害賠償的額度。」其他幾個重要的相關判決也都支持這樣的原則<sup>102</sup>。故最低門檻的設定實有賴法官或陪審團在遵循證據法則的情況下，依其常識認定一個理性的一般人是否得從被告所使用的形象表徵中識別出原告來<sup>103</sup>。

#### 肆、輔助識別及無輔助識別

學者 McCarthy 指出，可識別性標準依其容許程度應可區分為「輔助識別（aided identification）」及「無輔助識別（unaided identification）」二者。當一般人在其他輔助資訊（如親眼見到原告本人或是原告的個人資料檔案）與被告使用的原告形象表徵同時呈現時得合理地識別出原告時，即為滿足「輔助識別」標準；相反地，當一般人在沒有任何其他輔助資訊的情況仍得合理地識別出原告時，才算滿足「無輔助識別」標準<sup>104</sup>。

在 1998 年的 Don Newcombe 一案，美國大聯盟職棒明星投手 Don Newcombe 對 Coors 啤酒公司提起了個人公開權之訴，因為 Coors 公司於 Sports Illustrated 雜誌上為該公司一支名為 Killian 的啤酒產品作廣告時，使用了一幀棒球投手投球的畫像<sup>105</sup>。根據原告的主張，看到系爭廣告的人顯然會將畫中投手認作是 Newcombe 本人，因為兩者投球的姿態如出一轍。Newcombe 對此廣告深感不滿，因為他過去曾為酒癮所苦，在戒酒成功後開始擔任宣導酒精危害的活動代言人。在案件審理過程中，Coors 公司承認該畫作事實上是參考一張原告於 1949 聯盟世界大賽中投球的照片來完成的。案件經上訴後，第九巡迴法院廢棄前審的即決判決，認定系爭畫作除逕將原告球衣背號從原本的「36」改為「39」之外，其與前述原告投球的照片是「實質相同」的<sup>106</sup>。

<sup>102</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:18.

<sup>103</sup> 最極端的例子為 Cohen v. Herbal Concepts, Inc. 案（Cohen v. Herbal Concepts, Inc., 63 N.Y.2d 379 (1984).），該案之審判法院依原告丈夫一人的證詞，即判定系爭案件之可識別性要件成立。請參閱本論文第四章第二節第二項第二款。

<sup>104</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:19.

<sup>105</sup> Newcombe v. Adolf Coors Co., 157 F.3d 686, 689-90 (9th Cir. 1998).

<sup>106</sup> Newcombe, 157 F.3d at 693-94.

在判斷該畫作中的人物特徵是否滿足可識別性要件時，第九巡迴法院援用了加州制定法所提供之「即可辨識標準」（readily identifiable test）。根據此標準，一照片之觀者須可合理地判別出現在該照片中的人即是原告本人，方足以滿足個人公開權之可識別性要件<sup>107</sup>。法院在檢視相關證據後，認為原告之主張為有理由，並裁定將全案交付事實審法院來決定系爭畫像是否足夠明確而得被直接識別為 Newcombe 本人<sup>108</sup>。由上述第九巡迴法院的論理可知，加州制定法之「即可辨識標準」之實質內涵等同於 McCarthy 所提出的「無輔助識別標準」——亦即雖然法院根據案件相關證據有一定程度之確信認為系爭畫像中的人物係指涉原告本人，其仍要求系爭案件經由事實審來決定該畫像之觀者是否得在無其他輔助資訊的情況下亦得合理地識別出原告。

根據 McCarthy 的看法，在絕大多數的情況下，法院應採用「無輔助識別標準」作為可識別性要件的判斷原則。理由是在通常的商業使用情境下，被告係透過使用原告的形象表徵吸引潛在消費者之注意而獲取經濟利益——在這樣的情況下，原告的形象表徵必須本來就存在於消費大眾的印象之中，因此若普遍採用「輔助識別標準」將對被告產生不公平的結果；然而針對非知名人物的個人公開權訴訟，McCarthy 認為宜採用「輔助識別標準」。因為當一個非知名人物的個人公開權遭受侵害時，常常只有他的一些親友同事等人得在無輔助資訊的情況下由被告之使用行為識別出原告——這也確是一般人之所以被視為「非知名人物」的原因。若對非知名人物的可識別性也同樣以「無輔助識別」標準來要求，則在結果上會形同架空對非知名人物的個人公開權保護<sup>109</sup>。

### 第三目 商業利益之損失

原告形象表徵之商業價值損害可謂個人公開權案件的主要特徵，也是其與隱私權侵害案件明顯不同之處。然而，這並不意味原告必在舉證過程中必須提出具體或可量化的財產損失事項。原告亦毋須證明被告有因其使用行為獲取實際的金錢報酬。同時，被告是否有要對原告財產造成損害的意圖，亦在所不問。甚而，在聲請

<sup>107</sup> Cal. Civ. Code § 3344(b) (2000).

<sup>108</sup> *Newcombe*, 157 F.3d at 696.

<sup>109</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:19.



禁制令時，只要原告能舉證證明前述各項要件係發生在「商業使用情境」下，則被告的使用行為將被推定造成原告形象表徵商業價值上之損害。只有在原告具體請求其財產權之損害賠償時，其所主張之財產損失必須被證明並量化<sup>110</sup>。

## 第二項 被告之主觀與侵權行為之成立

### 第一款 應否適用真正惡意法則？

整體而言，美國憲法對於絕大多數的民法或商業侵權法案件皆不特別要求以被告之主觀為要件，「真正惡意法則」（actual malice requirement，又稱真實惡意法則）則是少見但重要的例外<sup>111</sup>。美國聯邦最高法院於1964年在蘇利文一案（New York Times, Co. v. Sullivan）建立了真正惡意法則，嚴格限制公務員就有關其公務行為的言論（陳述），對表意人或新聞媒體所請求之誹謗侵權行為損害賠償。隨後，聯邦最高法院更陸續在一些誹謗案例裡將真正惡意原告的適用範圍大到不具公務員身份的公眾人物（public figure），甚至刑事誹謗案件中。真正惡意法則之精義，係把普通法設定由被告提出舉證的真實抗辯（defense of truth），轉變成由原告證明被告「明知陳述不實或完全不在乎其真偽」的誹謗成立要件<sup>112</sup>。

在 1977 年的 Zacchini 一案，含有美國聯邦最高法院關於是否將真正惡意法則用於個人公開權案件之簡短討論。在 Zacchini 案中，被告方為一地方電視台，其將原告的現場特技表演以「新聞」的名目重製並播送。最高法院的法官們一致認為真正惡意法則的適用對象仍應以涉及言論自由議題的損害名譽案件為主——尤其是在原告為公職人員或公眾人物的情況下——而拒絕在個人公開權的案件中開創此一先例。然而 White 大法官在其所撰寫的多數意見中有以下模糊的見解：「……我們並非認為州法應給予被告無過失責任的損害賠償……本案被告明知原告拒絕將其表演透過電視媒體進行播送，卻仍在其電視台播放了整段的表演錄影。」除此之外，一般美國法院實務及理論界對於 Zachinni 案之解讀，大都認為該判決排除了將真正惡意法

<sup>110</sup> *Id.* § 3:2.

<sup>111</sup> *Id.* § 3:44.

<sup>112</sup> 吳永乾，美國誹謗法所稱「真正惡意」法則之研究，中正法學集刊，15 期，頁 3，2004 年 4 月。



則適用至個人公開權的可能性<sup>113</sup>。

學者 Prosser 認為，在誹謗及損害名譽法中，欲認定被告行為構成侵權須滿足憲法位階的主觀要件——即被告對其言論內容的不實性至少有「知悉」（knowing）或「輕率不注意」（reckless）——此一基於憲法言論自由所創設之主觀要件限制是針對毀損名譽法中的「不實性」要件而生的，而與個人公開權法所稱之「可識別性」要件無涉<sup>114</sup>。在這樣的觀點下，此限制應不足以為個人公開權的主觀要件帶來多一層的限制，因為侵害個人公開權並不以不實性為法律要件；實務上也普遍認為在個人公開權案件中，被告有無藉其行為「使原告得被識別」的意圖並非侵權行為的構成要件。此外，就保障言論自由的角度而言，在誹謗及損害名譽案件中建立此一原則的目的是為求得個人名譽維護與新聞自由間的平衡，透過真正惡意法則所設下的限制，可防止個人動輒以損害名譽法為利器來箝制新聞自由。然在個人公開權案件中，須權衡者乃個人形象自主權利與商業言論自由，而商業言論在憲法言論自由保護位階屬最低者。故欲處理這類問題並不需要透過真正惡意法則，而應直接以第一修正案的言論自由保護為依歸。學者 McCarthy 持同樣見解，並明確表示個人公開權案應採嚴格責任（strict liability）之侵權標準；美國不正競爭法第三次整編亦同<sup>115</sup>。

## 第二款 被告主觀作為可識別性要件之證據

承上所述，雖然被告對於「使原告在系爭形象表徵使用行為具有可識別性」的主觀意圖並非侵害個人公開權之要件，但如果原告能證明被告確有此意圖，則此意圖可作為可識別性要件成立的有利證據，並進而使雙方的舉證責任轉移。亦即，此時可識別性要件會被推定成立，被告須舉反證證明消費者並無從識別出原告。實際上，僅有極少數案件中的被告能藉由證明其不知——也確實無法得知——一般閱聽者會因其發表傳播的資訊或產品中識別出原告，而被法院判定勝訴<sup>116</sup>。

## 第三款 嚴格責任之例外——散布侵權物品者之意圖與其法律責任

<sup>113</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:48.

<sup>114</sup> William L. Prosser, *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383, 404 (1960).

<sup>115</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:49. (citing REST 3d UNCOM § 46 comment e (1995).)

<sup>116</sup> *Id.* § 3:33.

個人公開權的嚴格責任有一例外，即在被告之侵權行為態樣是「單純地散布他人製作的侵權物件」時，若賦予被告嚴格責任似乎過苛。由於個人公開權之制定法及普通法中並無單就散布侵權物件之行為作出一致的規範，故值得參考其他領域之相關規定。

## 第一目 其他法律之相關規定

單純散布侵權物品者該負如何的法律責任，在各個相關法領域中有不同的規範。值得個人公開權法參考的模式包括：一、損害名譽法，及；二、著作權法與商標法—前者以善意散布者有「知悉」為有責之要件；後者則不論散布者的主觀為何，皆採嚴格責任<sup>117</sup>。

申言之，在普通法中，散布毀謗言論者得以善意作為其行為之抗辯；同時在憲法原則的規範下，原告必須舉證證明被告知悉或可得知悉其所散布之言論是有毀謗性質的<sup>118</sup>；而根據著作權法的規定，散布侵害著作權之物者即構成對著作散布權的直接侵害。即使其散布行為是善意的亦不會影響法院的裁判結果<sup>119</sup>；而在商標法中也有類似規定：當一個零售商販賣了侵害商標權的商品，即便他對該商品的侵權內涵並不知悉，該零售商仍須負散布侵害商標權商品的法律責任<sup>120</sup>。

## 第二目 適用於個人公開權之原則

實務上的多數意見認為散布侵害隱私權或個人公開權之物者，如果是「在被告（主要侵權行為人）的監督和控制下進行散布行為」的話，該散布者即為「積極的侵權行為參與者」（active participant），而須與被告共同負擔相關之法律責任；但若原告無法證明某零售商在其進行針對系爭商品的買賣行為時對該商品的不法性有

<sup>117</sup> *Id.* § 3:36.

<sup>118</sup> 目前美國通行的規範載於 Restatement (Second) of Torts § 581 (1977). *See also id.* § 3:38.

<sup>119</sup> 3 MELVILLE B. NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, § 13:08 (1984 rev.). *See also id.* § 3:39.

<sup>120</sup> 4 MCCARTHY, *supra* note 9, §§ 25:27, 23:26.

所認識，則該零售商即屬「消極的侵權行為參與者」（passive participant），而不必負擔相關法律責任<sup>121</sup>。

另有學者建議，在處理散布個人公開權侵權物品的議題時，可將系爭侵權物品分為「傳統實體商品」（如海報及附有個人形象表徵之週邊商品等）以及「傳統媒體資訊」（如報章雜誌的報導內容等）這兩個類別。由於前者的案件性質與發生在商標及著作權案件的情況有相當的同質性，故若被告散布的是「傳統實體商品」，則其善意並不足以作為抗辯，而僅得作成酌減其損害賠償金額之根據；但針對後者則應使「消極型」的侵權物品散布者得以其善意作為抗辯<sup>122</sup>。

### 第三項 合法之抗辯事由

在一般的個人公開權案件中，被告除了可針對前述各項要件提出抗辯外，其所能主張的抗辯事由重心往往在於言論自由之抗辯。此外其他常見的抗辯尚包括追訴時效限制（statute of limitations）及以反壟斷法（antitrust）為據者<sup>123</sup>。至於被告所提出之言論自由抗辯是否得以成立，系爭行為的「使用情境」（context of use）對法院而言是最關鍵的判斷因素。申言之，就一切被告使用原告形象表徵的相關情境（特別是其所採用的媒體類型）觀之，該情境究竟是（1）以傳達政治性、新聞性等具有較高言論自由位階之言論為主要目的者，或（2）以傳達商業性之廣告訊息為主。若為前者，則被告之抗辯通常可得成立；反之若為後者則否<sup>124</sup>。

在此附帶說明，反對個人公開權最常見的理由亦是「防止破壞言論自由」。學者 Kulzick 與 Hogue 認為，個人公開權和著作權一樣，其興起與發展會對言論表達造成一元化的負面效應，而著作權法尚且設有「合理使用」的規定來平衡言論自由的需求，然個人公開權卻無類似的例外制度設計，而可能危及憲法第一修正案所欲

<sup>121</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 3:40.

<sup>122</sup> *Id.* § 3:41.

<sup>123</sup> *Id.* § 3:6.

<sup>124</sup> *Id.* § 4:25. 相關討論亦可參見本論文第四章第二節第三項第二款之部分。

保障的權利<sup>125</sup>。但學者 McCarthy 指出，以言論自由作為反對個人公開權存在是有邏輯上的錯誤的——言論自由的抗辯應在特定具體的案件中方為有效，它本身並不能在立法層次上作為否定個人公開權的抽象理由<sup>126</sup>。否則諸如著作權法、商標法、或毀謗及損害名譽的法律原則等都不應存在。事實上，言論自由與上述權利間的權衡在美國向來是以逐案審理的方式進行的，故個人公開權與言論自由的權衡也應遵循此模式，而不應以第一修正案為由斷然否定個人公開權整體的合憲性。進一步言，在立法階段以言論自由為由反對個人公開權，實為對法院作為權利權衡機關的不信任。換句話說，只有當我們認為法院無法在個人公開權與言論自由的權衡問題上作出適當的抉擇時，我們才有資格將作此判斷的權柄交還予立法機關<sup>127</sup>。針對此一疑慮，喬治亞州法院在 Pavesich 一案曾作出回應，表示即便是在微妙而困難的案件中，我們仍應信任「誠實而無懼的法官」是最足以扮演權衡隱私權與言論自由兩者的角色者<sup>128</sup>。由於個人公開權係發展自隱私權法系統，此一見解也在個人公開權案件中持續地被承襲下去。

## 第二節 個人公開權受侵害時的救濟

### 第一項 禁制令

禁制令主要可分為永久性禁制令（permanent injunction）與臨時性禁制令（preliminary injunction）。永久性禁制令在智慧財產權侵權案件中是一種標準的救濟態樣，其目的在於防止被告繼續其侵害行為；而在案件的審理過程中，若原告有足夠證據得說明其有強烈的勝訴可能性，且被告進行中的行為可能為其帶來不可回復的損害，在衡平法則許可的情況下，法院可能對被告核發臨時性的禁制令——除非被告能舉出有力的事證，闡明其行為符合美國憲法第一修正案關於言論自由豁免的要件，則得防免於臨時性禁制令的核發。此外，雖然法官具有核發全國性禁制令的

<sup>125</sup> Kenneth E. Kulzick & Amy D. Hogue, *Chilled Bird: Freedom of Expression in the Eighties*, 14 LOYOLA L.A. L. REV. 57, 78 (1980). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 2:4.

<sup>126</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 2:4.

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> Pavesich, 50 S.E. at 72.

裁量權，基於避免抵觸其他州的州法規定，在個人公開權的案件，通常法院不會核發跨州的禁制令<sup>129</sup>。

### 第一款 永久性禁制令

在智慧財產權案件中，禁制令乃是一種標準的救濟方式。在不正競爭法、商標法<sup>130</sup>及著作權法<sup>131</sup>案件中，核發禁制令的主要理由在於：若不核發禁制令，將來發生的侵權行為所會造成的損害將不足以其他法定救濟方式回復或賠償原告。既然個人公開權係為不正競爭法及智慧財產權的一種子類型，前述的禁制令核發原則應可在個人公開權的案件中適用無誤。就常識上的理由而言，個人公開權受侵害時，金錢賠償對於持續中或將來發生的個人公開權侵害並非恰當的救濟方式。這等於是要求被害人眼睜睜看著原可防免的損害持續發生，直到他決定對這些損害再提出一次金錢賠償的請求<sup>132</sup>。

美國最高法院曾宣示，在智慧財產權案件中，禁制令的目的在於對原告權利之保護<sup>133</sup>。一般而言，法院經本案審理確立侵權行為成立後，核發永久禁制令幾乎是理所當然的作法。但美國專利法第 283 條中認為永久禁制令之核發並不是強制性的，而必須考量衡平因素<sup>134</sup>。據此，原告聲請永久性禁制令時必須舉證證明以滿足下列傳統衡平法上之四項準則：

- (1) 如果沒有禁制令救濟，原告是否會遭受無可回復之損害；
- (2) 法律上既有之救濟對原告是否已為足夠；
- (3) 核發永久禁制令是否符合公共利益；
- (4) 在衡平雙方損益考量後，是否仍應核發禁制令。

<sup>129</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:21.

<sup>130</sup> 5 MCCARTHY, *supra* note 9, §§ 30:1 to 30:16.

<sup>131</sup> 3 NIMMER, *supra* note 39, § 14.06.

<sup>132</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:22.

<sup>133</sup> eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 393-94 (2006).

<sup>134</sup> 盧佳德，專利排他權之研究：以美國專利案件永久禁制令之核發為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2007 年 7 月，頁 41-42。



在個人公開權案件中，禁制令的優點在於：經由仔細區辨被告行為中哪些是有侵權之實、哪些是不涉及侵權的之後，法院得以僅就被告侵權的部份核發禁制令。比方說，在被告雇用模仿者假扮為知名藝人之原告以拍攝商業廣告的案件中，法院可以核發禁制令禁止該模仿者進行任何在廣告中未經授權的模仿行為，但同時該名模仿者在其他非商業場合仍得繼續他的模仿表演。此外，當原告與被告間原本存在個人公開權之授權契約，但被告之行為超出了原告同意之範圍，禁制令也可用以禁止被告此等行為<sup>135</sup>。

然而當核發禁制令有可能抵觸憲法所保障的言論自由時，該禁制令的效力範圍即必須受適當限制以不致影響合法的言論。此乃憲法上所稱「最小限制手段原則」之實現<sup>136</sup>。部分州的制定法亦有關於個人公開權案件禁制令核發的具體條文<sup>137</sup>。

## 第二款 臨時性禁制令

臨時禁制令的主要目的在於維持現有的法律狀態，而在審判結束前，依照聯邦民事訴訟規則第65條 (a) 項必須經過合法通知、聽審、辯論程序，甚至是提供擔保金等。臨時禁制令制度類似我國定暫時狀態假處分，法院已裁定命令相對人禁止為特定之行為，主要目的在於維持法律現狀，保護原告之權利在訴訟期間不會受到損害擴大或防止未來無法從被告處獲得救濟<sup>138</sup>。

在法院審理臨時禁制令前，尚可依原告之聲請核發暫時限制令（temporary restraining order）。暫時限制令的立法目的在於避免未來可能成為本案訴訟之被告在訴訟開始前將有關證明侵權行為的證據銷燬，或造成原告受有立即且無可回復之損害。其性質類似於我國的定暫時狀態假處分之緊急處置<sup>139</sup>。

學者 John Leubsdorf 認為臨時禁制令是威力最強大的一種訴訟武器，且由於在

<sup>135</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:22.

<sup>136</sup> *Id.* § 8:11.

<sup>137</sup> 包括佛羅里達、伊利諾、印地安那、麻塞諸塞、內華達、紐約、俄亥俄、奧克拉荷馬、羅德島、田納西、猶他州、維吉尼亞、華盛頓及威斯康辛共十四州。

<sup>138</sup> 盧佳德，前 48，頁 22。

<sup>139</sup> 同前註，頁 21-22。



本案審理進行中，法院即須決定准許或拒絕核發禁制令，故其較永久性禁制令更為一種手段激烈且特殊的救濟。在 Intel Corp. v. ULSI System Technology Inc. 一案中即據此理由，認為臨時禁制令不應有例行核准的情形，法院必須以一個謹慎的態度，根據判決發展出的衡平法原則，進行是否有核准臨時禁制令必要之判斷<sup>140</sup>。

### 第一目 臨時性禁制令的檢驗標準

雖然現今各法院間對於個人公開權暫時性禁制令所採之檢驗準則不完全相同，多數的法院仍會遵循傳統的五項準則<sup>141</sup>，並經法官權衡後綜合判斷之。此五項準則為：

- (1) 原告的勝訴可能性是否足夠？
- (2) 若不核發禁制令，原告是否將受有不可回復之損害？
- (3) 核發禁制令是否會造成對訴訟現狀之改變？
- (4) 依利益衡平原則，是否應核發禁制令？
- (5) 核發禁制令是否有助於對第三方的保護，或有助於增進公共利益？

另外，聯邦第二及第九巡迴上訴法院則採用較為複雜的移動尺度檢試法（sliding scale test），其要件一為如果不核發該臨時禁制令，將導致立即且不可回復之損害；其要件二為需滿足下列二種情況之任一：（1）實體請求部分有勝訴可能；（2）存在嚴重的問題致使認為提出禁制令聲請是合理的，且不核發禁制令對聲請人造成的損害，可能大於核發禁制令對相對人可能造成之損害<sup>142</sup>。然而，採用移動尺度檢試法時，核發禁制令對公眾利益之影響仍須列入考慮<sup>143</sup>。

不論法院採用的是上述何種判斷法則，是否有「不可回復之損害」（irreparable injury）在個人公開權案件中都是核發禁制令的關鍵的要素。而依據Ali

<sup>140</sup> 同前註，頁 22-23。

<sup>141</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:23.

<sup>142</sup> 葉國良，專利訴訟之定暫時狀態處分救濟，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006 年 1 月，頁 120。

<sup>143</sup> 同前註，頁 121。

v. Playgirl, Inc. 案判決之論理，當原告身為一名公眾人物，必須靠著自己的努力與專業累積其形象及職業聲望上的價值時，這情況便正如同一間成功的企業須以其產品之口碑累積該品牌的價值，是故原告形象遭盜用的情況正如一企業品牌的商標遭受侵害一般，乃係無法單以金錢為標準來彌補之損失<sup>144</sup>。

## 第二目 臨時性禁制令與禁止事前限制原則

美國最高法院在 1930 年的 *Near v. Minnesota* 一案中首次揭示了關於禁止事前限制之原則（prior restraint rule）<sup>145</sup>。「事前限制」係指行政或司法機關在言論實際發表之前，即命令禁止其發表。禁止之方式可能包括對出版或廣播的限制等等。一般而言，對於受憲法保障的言論，任何形式的事前限制措施都是違法的。在個人公開權案件中，由於被告使用原告形象的行為可能屬於美國憲法第一修正案所保障之言論，此時臨時性禁制令之核發即會涉及「事前限制」的問題，而可能和言論自由之原則產生抵觸。

樹立禁止事前限制原則的理由包括：(1) 在任何人發表言論前預測其言論有無違法之實或是否得受憲法言論自由之保障都是相當困難的；(2) 對於有違法可能性之言論採事前限制之措施，即是對行為人違法之推定，其嚴厲性遠超過在行為人所發表之言論被確認為合法再予處罰的手段；(3) 若准許政府以事前限制之方式審查言論，那麼即是縱容政府得依其意思決定哪些資訊是准予流通、哪些議題是准予公眾議決的，此一結果既違背言論自由之精神，亦會破壞權力分立之平衡<sup>146</sup>。

基於禁止事前限制的原則，在單純毀謗（libel）案件的審理過程中，若系爭言論的真實性為案件之爭點，法院將不會以防止原告個人名譽受到進一步的傷害為由，核發對被告的暫時性禁制令<sup>147</sup>，以免因為禁制令的核發，反而造成法官對系爭言論真實性之誤判；然若系爭言論之真實性並非爭點，且被告所為同時涉及恐嚇或

<sup>144</sup> *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 729 (S.D. N.Y. 1978). *See also* 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:23.

<sup>145</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:23 (*citing* *Near v. State of Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, (1931).).

<sup>146</sup> *Id.* § 11:24.

<sup>147</sup> *Id.* (“*Equity Will Not Enjoin a Libel.*”)

原告隱私權之侵犯，則事前限制原則在此不見得適用。而在較不涉及「言論審查」爭議的專利和商標權案件中，臨時性禁制令之核發通常不會有牴觸第一修正案的問題。故學者 McCarthy 認為，同屬智慧財產權、且相關言論類型常為「商業性言論」的個人公開權案件應該也適用類似的標準<sup>148</sup>。

至於憲法上所謂「商業性言論」是否應為禁止事前限制原則之例外，實務上的意見並不一致。聯邦第二巡迴法院採否定見解，認為商業性言論和言論自由保護位階最高的政治性言論一樣應適用禁止事前限制原則<sup>149</sup>；然亦有實務見解認為，如果臨時性禁制令係針對憲法理論中所謂「商業性言論」如廣告或促銷活動等，禁止事前限制之原則可不適用<sup>150</sup>；另外也有些法院將言論區分為具有客觀化表達之創作部份與廣告行銷之部份，就該創作部份使用原告個人形象之行為適用禁止事前限制原則，而僅針對被告之廣告或行銷行為核發臨時性禁制令<sup>151</sup>。

學者 McCarthy 認為，個人公開權案件的臨時性禁制令核發是否適用禁止事前限制原則，應視案件系爭言論之性質而定。若系爭言論偏屬政治性或新聞性言論，為防牴觸憲法所保障之言論自由，法院應避免臨時性禁制令的核發；但若系爭言論為商業性言論，則應無適用禁止事前限制原則之餘地<sup>152</sup>。

### 第三款 禁制令的地域範圍

在英美法的慣例中，只要法院對審理中的案件被告具有對人之管轄權，該法院即有權對該名被告在法院管轄地以外之行為下命令，包括該名被告應作為之事項及不得作為之事項。以侵害商標權的案件為例，不論受理案件的是州法院或聯邦法院，法官皆得禁止被告在其他州，甚至美國領土以外的相關活動。但通常案件繫屬的法院不會作出這樣的裁決，理由包括：基於對其他地區司法單位的尊重、避免和

<sup>148</sup> *Id.*

<sup>149</sup> *Id.* (citing *New York Magazine, a Div. of Primedia Magazines, Inc. v. Metropolitan Transp. Authority*, 136 F.3d 123, 131 (2d Cir. 1998).).

<sup>150</sup> *Id.* (citing *Michaels v. Internet Entertainment Group, Inc.*, 5 F. Supp. 2d 823, 839 (C.D. Cal. 1998).).

<sup>151</sup> *Id.* (值得注意的是，這樣的作法又會牴觸另一言論自由之原則：“advertising for an expressive work shares the free speech immunity of the work itself.”)

<sup>152</sup> *Id.*

其他州的政策產生衝突（系爭行為在其他州可能並無違法）……等<sup>153</sup>。

然而針對個人公開權的侵權行為，實務上傾向可以核發超出法院管轄地以外之禁制令。此乃由於實際上侵害個人公開權的行為常是以跨州甚至跨國的範圍在進行著。在著名的 *Ali v. Playgirl, Inc.* 案中，法院所核發的臨時性禁制令範圍甚至及於英格蘭地區<sup>154</sup>。有實務見解認為，針對個人公開權案件所核發的禁制令原則上應為全國性的，其理由主要係基於訴訟經濟——若法院僅能核發其管轄地之禁制令，那麼等於是變相鼓勵原告必須在各法院管轄地就同一事實四處興訟以策略性地防免將來的禁反言問題。然為兼顧對兩造之公平原則，被告得舉證說明在哪些州其行為是合法的並使法院撤銷在那些州的禁制令，如此法院即能以最有效率的方式裁決出合理的禁制令內容<sup>155</sup>。美國不正競爭法的第三次整編亦贊同此一見解<sup>156</sup>。

## 第二項 損害賠償

個人公開權的特色在於承認個人形象的財產價值。侵害個人公開權的損害賠償認定重在原告所受的財產損失。根據美國不正競爭法第三次整編，金錢賠償乃是個人公開權案件的通常賠償方式（common remedy），且其金額應依原告所蒙受的財產損失或被告所得之財產利益來估算<sup>157</sup>。

通常，個人公開權損害賠償的主要部份係為原告形象的合理市場價值之返還。其他可能成立的損害賠償項目包括：對原告職業地位或將來收入損失之賠償，及被告因系爭行為所獲取之不法利益之返還。此外，當被告行為具有一定之惡性時，基於懲罰被告的惡性行為以及抑制被告與他人日後再犯等考量，法院可能會額外判予

<sup>153</sup> *Id.* § 11:25

<sup>154</sup> *Ali*, 447 F. Supp. at 731.

<sup>155</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:23 (citing *Factors Etc., Inc. v. Pro Arts, Inc.*, 652 F.2d 278, 289–90 (2d Cir. 1981)).

<sup>156</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition § 48, comment c. (1995) ("Although a court may have jurisdiction to grant broader relief, an injunction protecting the right of publicity should ordinarily be limited to conduct in jurisdictions that provide protection comparable to the forum state. A procedure permitting the defendant to request a modification of a geographically unlimited injunction upon a showing that the conduct is lawful under the law of another state can be an efficient method of resolving the issue.").

<sup>157</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition § 49, comment d (1995)

原告懲罰性的損害賠償。

由於各州州法對於原告可請求之損害賠償內容的規定並不盡相同，故可想見決定個人公開權具體價值額度並非易事。雖然目前共有十六州在其州制定法中設個人公開權損害賠償條文，然而卻未有任何一州之法規明確指出損害賠償之性質或衡量額度之判準為何；而即便某些法院偶而會在判決中載明其決定損害賠償之內部機制細節，這些資料對於讓研究者了解法官或陪審團的損賠計算準則往往少有助益<sup>158</sup>。根據哈佛法學評論學會的見解，迄今尚未有一個完善的個人公開權價值衡量機制<sup>159</sup>。學者 Matthew Savare 故認為，目前想要以任何合理程度的把握來預測法院對任一個人公開權案件會判給的損害賠償額都是不可能的事<sup>160</sup>。

不過，在這樣的不確定性之下，我們仍可以從各州法院的判決中歸納出三項法院通常使用的損害賠償額度決定之方法：一、原告形象合理市場價值之返還；二、原告將來可能收入或將來個人公開權價值之減損；三、被告不當得利之返還<sup>161</sup>。又由於法院和陪審團的決定會依案件之準據法及各種事實情況而改變，故以下本論文將分別就上述三種損賠額度決定方法，配合數則具體案件判決來說明個人公開權損害賠償之內涵。

## 第一款 形象的合理市場價值之返還

### 第一目 形象的財產價值

個人公開權的特色在於承認個人形象的財產價值<sup>162</sup>。當個人形象遭盜用時，被

<sup>158</sup> Matthew Savare, *The Price of Celebrity: Valuing the Right of Publicity in Calculating Compensatory Damages*, 11 UCLA ENT. L. REV. 129, 151.

<sup>159</sup> Note, *Federal Estate Tax and the Right of Publicity: Taxing Estates for Celebrity Value*, 108 HARV. L. REV. 683, 688 (1995).

<sup>160</sup> Savare, *supra* note 72.

<sup>161</sup> 某些時候基於案件事實之性質，法院會綜合上述各種損害賠償的內容，以為最適合該具體案件的個人公開權損害賠償金額作成心證。不過由於一般來說這樣的心證仍無法提供明確的計算模式，加上前述三項填補性損害賠償各有其不足之處，故有學者提出專為侵害個人公開權案件設計的複合式損害賠償計算公式。See Savare, *supra* note 72 at 159-62.

<sup>162</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 5:63.



害人通常得同時主張隱私權及個人公開權上的損害。其中個人公開權之訴訟主要著重在財產上之損害，而隱私權之訴訟則著重在精神上的損害。雖然這兩種損害都得以金錢方式賠償被害人之損失，然而個人公開權案件的原告須主張者乃被告盜取了自己原本應該獲得的形象利益，是故其賠償金的意義及估算之方式應近似於智慧財產權案件或竊盜案件的損害賠償金<sup>163</sup>。

個人公開權損害賠償額之計算，基本上以原告形象之合理市場價值（fair market value）為準。理由是對個人公開權的原告而言，首應回復者乃其遭被告盜用的權利價值。通常若原告是知名人物，法院會請專家證人提供相似主體在相似情境下所曾獲得之報酬，故其形象之市場價值較易計算；即便原告非為知名人物，一般來說廣告市場對於普通人的工作酬勞亦可用來估算其形象市值<sup>164</sup>。

以 Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc. 一案為例，原告演員達斯汀霍夫曼在電影《窈窕淑女》中的劇照遭被告 Los Angeles 雜誌以數位技術移花接木的方式，讓霍夫曼看起來像是穿著 1997 年的流行春裝，並以“Grand Illusions”的標題在系爭雜誌中刊出。法院判定侵權行為成立，並認為原告所受損害應以其形象之合理市場價值來計算。法院最後裁定知名演員達斯汀霍夫曼的姓名與照片刊載於 Los Angeles Magazine 的一次性宣傳行為中的價值為 150 萬元美金。該法院的決定來自下列五項要素：(1) 原告的知名度；(2) 系爭使用行為乃是原告形象首次在電影宣傳以外的場合之商業使用；(3) 對原告將來拍片相關收益的負面影響；(4) 被告在系爭使用行為所仿效之角色的獨特性；(5) 被告所經營的 Los Angeles Magazine 主要報導對象為與原告身份密切相關的電影工業<sup>165</sup>。

常見的形象市值計算方式還包括以原告過去在類似情況下獲得的授權金作為簡易的賠償額依據；也有法院依其他客觀因素估計原告之形象市值，例如按勞力價值之比例將含有原告形象之錄影帶銷售淨利分予原告等等。此外，若原告在系爭案件事實發生前從未將其形象表徵作商業授權使用，則被告在商業情境下盜用原告表徵的行為將導致系爭案件中的合理市場價值升高，理由是「初次授權行為」本身具有

<sup>163</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:31.

<sup>164</sup> *Id.*

<sup>165</sup> Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc., 33 F. Supp. 2d 867, 872-73 (C.D. Cal. 1999).



其市場價值。倘若原告未向法院提出其形象市場價值的相關證據，則法院別無其他選擇，只能判給原告象徵性的微量損害賠償（nominal damages）。無論如何，法院判定原告形象市場價值時若有不確定之部份，仍須在合理的假設和類比之推論下為之，不得有任意臆測之情事<sup>166</sup>。

## 第二目 對原告職業地位和形象公開價值（publicity value）的賠償

雖然「形象合理市場價值」是衡量個人公開權損害賠償額最直觀的標準，但對一名因為他人的盜用行為在致使其未來的形象價值產生減損的原告而言，將其得請求的損害賠償限制在真實損害額度的範圍內，將不符合公平正義的原則<sup>167</sup>。紐約最高法院曾表示，盜用形象的行為還可能額外地破壞了個人對其形象的控制權——例如在何時、何地及何種方式向什麼對象使用其形象以獲得商業上的報酬；在許多個人公開權案件中，被告的行為尚可能對原告的職業地位及公眾形象造成負面的影響，而使原告將來應得的廣告收入等也跟著減少。故在這些案件中，法院針對原告在此部份的損害亦會要求被告予以賠償<sup>168</sup>。

舉例來說，對原告職業地位和形象公開價值可能造成的損害有：(1) 被告的產品或服務為劣質品或假貨而違背原告辛勤耕耘的公眾形象；(2) 若原告從未將其形象用於與系爭商品或服務近似的領域，被告的使用行為很可能導致原告將來在該領域的授權機會被提前消耗，或減損原告將來可得之授權金額；(3) 若原告已將其形象用於與系爭商品或服務近似的領域，被告的行為可能導致原告現有的個人公開權授權契約被提前解除<sup>169</sup>。

故在 *Waits v. Frito-Lay* 一案，原告 Tom Waits 的身份為一名職業創作歌手，以其獨特的嗓音及個人風格著稱。Waits 曾公開批評音樂工作者從事商業代言活動的行為。而被告 Frito-Lay 公司在原告拒絕為其廣告演唱後，逕自在一支零食廣告中仿效原告的招牌嗓音作為廣告之主題曲。法院認為該廣告播出會使原告被公眾指為偽善

<sup>166</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:32.

<sup>167</sup> Savare, *supra* note 72, at 154-56.

<sup>168</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:33.

<sup>169</sup> *Id.*

之人，故基於被告行為將導致原告之信譽受損、進而影響其職業聲望並可能危急原告的事業等理由，同意陪審團所決定之美金 7 萬 5000 元的損害賠償。法院並強調，此賠償金額與原告確實從未代言過任何商業產品、也曾數度拒絕許多的廣告合約等事實有關<sup>170</sup>。

### 第三目 被告不當得利之返還

在侵害著作權和商標權之案例中，普通法的損害賠償標準規則包括使被告返還其販售侵權物品的款項予原告。個人公開權案件是否也得適用這樣的規則呢？美國的立法及司法機關並未達成共識，然包括不正競爭法第三次整編、加州最高法院<sup>171</sup>以及部份州的制定法<sup>172</sup>都持肯定見解。支持肯定說的理論基礎有二<sup>173</sup>：

- (1) 被告之侵權行為奪走了原告獲利之機會，故被告的所得即為原告所失。
- (2) 被告未經授權利用原告之財產來進行交易並獲取商業上之利益，即便並未造成原告的具體損失，行為人所得乃屬不當之得利（unjust enrichment）故應交還其所得利益之一部或全部予原告。此理論有部份是基於嚇阻惡意之侵權行為：預防利用他人形象重複進行侵權之獲利行為。

雖然在著作權及商標法的案例法中出現過許多以侵權行為人的獲益作為損害賠償額的先例，但並未有任一先例說明法院在州制定法無明文授權的情況下，係以何種標準決定是否准予如此的判決。Ventura v. Titan Sports 一案是少數在此情況下仍判決侵權行為人將其所得利益返還予被害人以作為損害賠償者。Ventura 為一職業摔角手，由於其雇主 Titan Sports 運動經紀公司在未經 Ventura 同意之下將其參與世界摔角大賽的錄影共近九十支的影帶授權他人發行，原告於是主張被告應返還其應得之權利金以作為不當使用其形象表徵的金錢賠償。最後陪審團決定以被告獲利之金

<sup>170</sup> Savare, *supra* note 72, at 155 (citing *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992)).

<sup>171</sup> *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813, 855–56 (1979). 轉引自 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:34.

<sup>172</sup> 包括加州、伊利諾、印地安那、田納西、德州及威斯康辛。

<sup>173</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:34.

額——即美金 810,000 元——作為本案之損害賠償額。第八巡迴法院之後在判決書中表示對陪審團決定之贊同，認為事實審法院並未濫用其裁量權。第八巡迴法院基於專家證人對於相似情境下表演者應獲權利金數額之證言，認為在被告故意侵害原告權利的狀況下，被告的所獲之利益即得被視為原告的形象市場價值<sup>174</sup>。

一般而言，在不構成重複給付（double recovery）的前提下，原告得同時請求被告賠償其所失部份並返還所得利益。若被告實際上未能藉由原告之形象獲利，其仍須給付原告所遭損害之部份；反之若被告因較原告擅於談判或其他商業長才而獲取了比原告一般水準更高的利益，則原告仍可請求被告給付此較高數額之獲利，理由是法律不鼓勵侵權行為<sup>175</sup>。

綜上所述，個人公開權損害賠償之基本標準是使被告返還原告的形象合理市場價值。然若將此標準視為常規，則對被告而言，以侵權行為之手段獲取原告的形象利益、和合法取得原告之授權間，並無太大差異。如此一來等同於誘使人們在僥倖心態作祟下略過合法授權的途徑。對原告而言，其因他人違法行為而喪失之形象自主權以及不方便之情狀亦難完全獲得回復或補償。基於上述理由，不正競爭法第三次整編建議法院在判定合理市場價值時，若對原告喪失或被告所得之利益額有不確定之部份時，直接將利益之不確定部份判予原告，以預防未來類似不當得利之情事並收合理嚇阻之效<sup>176</sup>。

## 第二款 懲罰性損害賠償

### 第一目 懲罰性損害賠償概說

所謂「懲罰性損害賠償」（punitive damages，或稱exemplary damages、Vindictive damages）一般係指就被告之特定侵害行為，法院在下判決時，除了填補性損害賠償（compensatory damages）——即被害人所蒙受之真實損害（actual damages

<sup>174</sup> Ventura v. Titan Sports, Inc., 65 F.3d 725 (8th Cir. 1995). 轉引自 Savare, *supra* note 72, at 157-58.

<sup>175</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:34.

<sup>176</sup> Restatement (Third) of Unfair Competition, comment d (1995).

）外，另基於懲罰被告的惡性行為以及抑制被告與他人日後再犯等考量，所額外判予原告的損害賠償<sup>177</sup>。申言之，當以不法行為加損害於他人時，加害人除應賠償被害人因此所受實質上損害之外，由於加害行為具有特別的危險性，加害人主觀上具有特殊的可歸責性，以致使侵害情節重大加劇時，為了懲罰並制裁加害人之加害行為、嚇阻並預防加害行為的再次發生、補償被害人之損失，及鼓勵並誘導被害人協助法律之執行，而依法律之規定，由法院判令賠償義務人使其負擔，超過其原本所應負擔之受害人實際所受損害的賠償金額責任。故懲罰性損害賠償係為一種具有高度政策性目的之法律制度，而此一多出來的損害賠償責任，則可視為是對於賠償義務人道德的評價<sup>178</sup>。

目前美國多數州針對侵權行為皆設有懲罰性損賠的規定，但仍有少數州禁止懲罰性損賠，或為懲罰性損賠設定上限。

## 第二目 懲罰性損害賠償之功能

懲罰性損害賠償雖屬民事責任的範疇，然實兼有民事法與刑事法之特徵。一般認為懲罰性損賠具有「懲罰」、「預防」、「促進執法」及「補償」四項功能。懲罰功能（punishment）乃是此制度之主要功能，亦即對具有惡性的違法行為以額外的賠償金加以懲罰。在個人權利遭受他人不法行為的侵害時，本有二種法律途徑可以提供當事人救濟，其一為透過刑事訴訟的途徑，使加害之不法行為人受到刑事處罰的制裁；另一則是藉由民事訴訟之提起，使加害人負擔損害賠償的填補責任。惟當對於某一特定侵權行為，科以刑事責任略嫌處罰過重或是該侵權行為本質上根本並不適合課予刑事責任，但若僅課予傳統一般民事損害賠償責任又顯然過於寬鬆時，立法者即可能以懲罰性損害賠償制度在傳統的民事與刑事效果間求取最適之出路<sup>179</sup>。有別於傳統損害賠償之目的僅在於填補損害，藉由懲罰性損賠，法院得在合理範圍內視被告的經濟狀態對判定的賠償金額作調整。故對於經濟能力相對優渥的被

<sup>177</sup> 鄭巧筠，論侵害專利權之懲罰性賠償，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2009年1月，頁7。

<sup>178</sup> 羅淑婷，外國懲罰性損害賠償判決承認與執行之研究，國立台北大學碩士論文，2007年1月，頁16-17。

<sup>179</sup> 同前註，頁18。

告，應提高其懲罰性損賠的數額，以避免富人將填補性損賠視作僅視為交易的一項成本，而足對其發生懲戒的效果。

預防功能（deterrence）可進一步區分為特別預防功能及一般預防功能——前者係指針對系爭案件之行為人產生嚇阻作用，即促使加害人心生警惕以期達成抑止類似不當損害行為再次發生之效果；後者則指對該行為人以外之其他第三人所產生之附帶預防效用，即對於一般存有潛在犯罪意圖之行為人造成威嚇的作用，迫使其打消實行與被告相同或類似不法行為之念頭<sup>180</sup>。

促進執法（law enforcement）的功能來自對被害人得以請求較實際所受損害額為高之賠償數額，而提高被害人起訴求償之積極誘因，以促進執法效率，而盡可能接近社會公平正義的結果。此項功能在被害人實際所受損害數額甚為微小時，更具實益。蓋若無懲罰性損害賠償金之制度，被害人可能會因實行訴訟所得甚少而不願起訴請求；又由於很多嚴重的不法行為，實際上並未構成刑法法條所規定之犯罪構成要件，以致於檢察官無法發動偵查行為，而產生了執法結果上的漏洞。因此，藉由懲罰性損害賠償金制度之功能，可以適度彌補民事訴訟及刑事偵審各自的部份缺點，鼓勵被害人尋求訴訟途徑，增加違法者被追訴之可能機率，在以司法解決紛爭的手段普及下亦可避免私人自力救濟，故有確保社會安寧而增進社會公共福祉之效果<sup>181</sup>。

補償功能（compensation）屬於此制度的附帶功效，其內涵為對被害人所受精神上損害、加重損害以及為訴訟過程所支出的各種費用提供一般而整體性的補貼<sup>182</sup>。現行法律因為各種理由，無法以填補性損害賠償制度全面保護感情上平靜所遭受的損害，尤其對於某些非財產上損害或其他難以證明之損害，被害人未必能藉由傳統的損害賠償制度獲得補償。故以懲罰性損害賠償制度，要求被告對其惡劣之不法行為所導致之損害負擔全部的賠償責任，以填補現行法律缺失的空隙。巨觀而言，懲罰性損害賠償提供合法的法律上報復途徑，協助原告使其回復感情的平靜，並賠償

---

<sup>180</sup> 同前註，頁 19。

<sup>181</sup> 同前註，頁 23。

<sup>182</sup> 鄭巧筠，前註 91，頁 14-17。



其因他人惡意行為所引起的心理創傷，而此種效果亦符合社會上大多數人的期待

<sup>183</sup>。

### 第三目 懲罰性損害賠償的要件及適用之案件類型

由於美國各州法律對於懲罰性損害賠償責任的構成要件規定不一，法律統一委員會（Uniform Law Commissioners）遂於 1994 年的全國會議中提出模範懲罰性損害賠償法草案，並於 1996 年會議中通過提供給各州立法作為參考。其中關於懲罰性損害賠償之構成要件包括：一、被告須依州法之規定負有懲罰性損害賠償之責任；二、原告須以明確有力的證據（clear and convincing evidence），證明被告惡意地（maliciously）或有意與輕率地漠視（consciously and flagrantly）他人的權利及利益而造成損害；三、須有課處懲罰性損害賠償責任之必要，即僅限於必須藉由對被告課以懲罰性損害賠償責任才能達成處罰與嚇阻之目的時，案件方符合「必要」的要件<sup>184</sup>。

整體而言，懲罰性損害賠償僅適用於被告之行為具有相當惡性之案件，即當加害行為之行為人為惡意的（malicious）、故意的（intentional）、詐欺的（fraudulent）、邪惡動機的（evil motive）、輕率的（wanton）、惡性（aggravation）、嚴重不法的（outrages）、輕蔑（spite）、蓄意的（willful）、明目張膽的（flagrant）、漠不關心（indifference）、輕率的（reckless）或強制的（oppressive）等情形<sup>185</sup>。實際上對法院而言，具體行為態樣的區辨並不重要，其重點係在於被告主觀意識狀態（state of mind）之善惡。另外，通常真實損害賠償與懲罰性損賠間須有「合理關聯」，且懲罰性損賠須以有真實損害為前提，即懲罰性損賠之請求須依附於合法的填補性（compensatory damages）或名義上（nominal damages）的損害賠償請求之上<sup>186</sup>。

### 第四目 懲罰性損害賠償的合憲性問題

<sup>183</sup> 羅淑婷，前註 92，頁 24。

<sup>184</sup> 同前註，頁 30-32。

<sup>185</sup> 同前註，頁 16-17。

<sup>186</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:36.



至於懲罰性損害賠償之合憲性問題，主要涉及美國憲法第十四修正案的正當法律程序條款<sup>187</sup>（Due Process Clause）。美國聯邦最高法院在 1996 年的 *BMW of North America, Inc. v. Gore* 一案中首次以懲罰性賠償金過高為由認定該案先前的判決違憲<sup>188</sup>。最高法院並在此案判決中建立了判斷懲罰性賠償金數額合憲性的三項標準：一、被告行為的可非難程度（the degree of reprehensibility）；二、懲罰性賠償金與真實損害數額間的比例；三、與類似案件的民事或刑事處分相較，本案之處分是否合理。*BMW* 一案的多數意見當時並不願意為此三項綱要性的標準提供更詳盡之具體判斷法則。到了 2003 年的 *Campbell v. State Farm* 一案，聯邦最高法院才進一步闡明並擴張上述標準之適用，使大額的懲罰性賠償須在更嚴格的法院監督下方能成立。其中最值注意者在於法院使懲罰性賠償金額原則上不得超過原告真實損害的十倍，否則極有可能構成違憲<sup>189</sup>。此外，該法院提醒下級法院，判斷懲罰性賠償金最重要的指標為「被告行為的可非難程度」，並明示若法院之判決基礎係基於考量被告在其他州所為之行為，而該行為在他州係屬合法，則此判決即屬違憲<sup>190</sup>。

#### 第五目 個人公開權侵權案件中懲罰性賠償之實踐

在個人公開權案件中，若原告能證明被告之侵權行為具有預謀或明知等主觀上的不法性，則被告可能須依法院判決給付一定的懲罰性損害賠償。例如在 1992 年的 *Waits* 案，第九巡迴法院在陪審團作出的決議下判給了原告 Tom Waits 2,000,000 美金的懲罰性損害賠償金。原告為一知名創作歌手，被告在系爭案件中以明知而請他人模仿原告歌聲的方式在廣告中使用原告的聲音形象表徵。在適用加州法針對懲

<sup>187</sup> U.S. Const. amend. XIV, § 1. (“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”)

<sup>188</sup> *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). *See also* 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:37.

<sup>189</sup> *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003). *See also* 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:37.

<sup>190</sup> 鄭巧筠，前註 91，頁 28。

罰性損賠的要件時，法院指出所謂「脅迫、詐欺或預謀」中「預謀」的定義為「明知而故意無視他人權利（willful and conscious disregard of the rights of others）之惡劣行為」。當一廣告商或其代理人全然了解其在廣告中所模仿的聲音是為一特定的表演者所擁有，且這樣的聲音模仿行為既是違反加州法律規定，又為該名表演者所不同意的，則「被告乃是在明知而故意的情況下，在估量了相關風險後，以系爭行為無視地損及 Waits 的合法權利。」<sup>191</sup>

在 Fraizer v. South Florida Cruises 一案，第三巡迴法院表示，賓州州法中的懲罰性損賠要件包括輕率地不顧他人權利（reckless disregard to the rights of others）的違法行為。而單純因為被告之大意誤信中間人所傳達的錯誤訊息而構成侵害原告個人公開權的行為，尚不能滿足此一懲罰性損賠的主觀要件<sup>192</sup>。

其他在商業情境使用原告形象表徵被判賠懲罰性損害賠償的案件包括：被告的行為係「故意使用心計」（intentionally and cleverly calculated）而對公眾形成不實之代言印象者；在原告律師已令其停止後仍在廣告中使用原告的照片者；明知原告已拒絕授權使用其姓名與照片，仍在廣告中使用之；在原告一再拒絕同意被告使用其姓名後，被告仍為相關使用等等<sup>193</sup>。

在州法規部份，某些州的制定法有關於侵害個人公開權案件之懲罰性損害賠償的明文規定。其中部份州法以行為人有主觀上的「明知」（knowingly）為要件<sup>194</sup>；其他州則僅簡要規定原告有權請求被告給付懲罰性損害賠償金<sup>195</sup>。紐約州上訴法院在解釋紐約州制定法時則曾特別指出，在個人公開權侵權案件中，真實損害賠償與行為人之主觀意識狀態無涉，但懲罰性損害賠償則須以被告對使用原告形象有主觀上之「明知」為要件。然值注意者，被告之主觀意識程度僅需達到「明知」之標準即可，原告並不須證明被告有「惡性」或有「輕率」等成分<sup>196</sup>。相較於紐約州對其

<sup>191</sup> Waits, 978 F.2d 1093.

<sup>192</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, § 11:36 (citing Frazier v. South Florida Cruises, Inc., 19 U.S.P.Q.2d 1470, (E.D. Pa. 1991)).

<sup>193</sup> *Id.* § 11:36.

<sup>194</sup> *Id.* (包括紐約州、奧克拉荷馬、羅德島與維吉尼亞共四州。)

<sup>195</sup> *Id.* (包括加州、佛羅里達與內華達州等。)

<sup>196</sup> *Id.* (citing Welch v. Mr. Christmas Inc., 57 N.Y.2d 143, (1982).)

他侵權行為的懲罰性損賠標準，個人公開權的原告是較易於獲得懲罰性賠償金的。不過對於善意的行為人（例如因攝影師有提出模特兒簽名同意的授權書而使用該模特兒照片的廣告公司），便不得使其給付懲罰性賠償金，因其主觀尚未達到「明知」之程度<sup>197</sup>。

### 第三節 小結

理論上，構成個人公開權侵害的客觀要件一如多數侵權行為之要件，包含權利的有效性及權利遭到侵害兩部份。後者又可再區分為「形象表徵被盜用」、「形象表徵具可識別性」及「商業利益之損失」三部份。權利之有效性在個人公開權案件中通常並非重要的爭點；而在判斷權利是否遭到侵害時，原告的形象在被告的使用行為中是否具有「可識別性」（identifiability）係為重要之爭點。目前美國法界通說對於可識別性要件的判斷法則仍未有一致而明確的見解；就消極面來說，若被告的行為僅單純「引發對於原告的聯想」並不足以滿足可識別性要件。學者 McCarthy 倡議以「無輔助識別」（unaided identification）標準作為判斷可識別性要件在具體個人公開權案件中成立與否的原則，即要求當一般人在沒有任何其他輔助資訊的情況仍得合理地識別出原告時，可識別性要件方告成立；惟在原告完全不具知名人物的身份時，法院可例外採行「輔助識別」的標準，以確保非知名人物的個人公開權亦得受到法律保障。

原則上，個人公開權之主觀要求係採嚴格責任標準，行為人之主觀並非個人公開權侵權成立的要件。真正惡意法則（actual malice requirement）在個人公開權案件亦無適用之餘地。然若原告可證明被告確有盜用其形象以牟利之意圖，則此意圖可作為可識別性要件成立的有利證據，進而使雙方的舉證責任轉移。

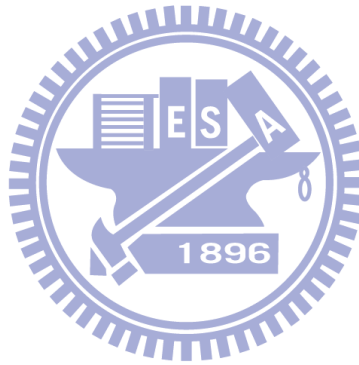
個人公開權侵權案件的原告可請求之救濟則包括禁制令及損害賠償。禁制令概可分為暫時性禁制令及永久性禁制令。在案件審理的過程中，為維持法律現狀，並保護原告之權利在訴訟期間不會受到損害擴大或防止未來無法從被告處獲得救濟，

---

<sup>197</sup> *Id.*

法院得核發暫時性禁制令。暫時性禁制令的核發應經法官以基於衡平法發展出的各種原則判斷之，並在系爭案件有涉及言論自由保障時遵循禁止事前限制（prior restraint）之原則。法院經判決認定侵權行為成立後，則可核發永久性禁制令，以免損害持續發生並形成金錢損賠或其他救濟方式無法回復補償之損害。

歷來法院通常使用的個人公開權損害賠償額度決定之方法有三：一、原告形象合理市場價值之返還；二、原告將來可能收入或將來個人公開權價值之減損；三、被告不當得利之返還。個人公開權損害賠償額之計算，基本上應以原告形象之合理市場價值為準，然考量原告未來形象價值之減損及被告可能無視於合理市場價值的賠償額度，而抱僥倖心態略過合法授權的途徑，故法院視情況亦得以原告將來可能之收入或被告之不當得利作為損害賠償額。此外在州制定法有授權的情況下，法院得另基於懲罰被告的惡性行為以及抑制被告與他人日後再犯等考量，額外課予被告懲罰性的損害賠償。



## 第四章 美國法上個人公開權之範圍——主體與客體之問題

### 第一節 概說

個人公開權在美國屬於一個相對新穎的權利類型。雖然大多數的州已透過制定法或普通法承認個人公開權，並且在基本法律要件部份都有相似的規定，然而歷來各法院及學術界關於個人公開權法所規範之主體與客體的討論並未見停歇。關於個人公開權之主體，常見的爭議包括：是否僅知名人物得享有個人公開權？政治領域人物的個人公開權該如何與憲法第一修正案之言論自由相權衡？非自然人的個體也得享有個人公開權嗎？而關於個人公開權之客體，除了常見的姓名、肖像之外，原告還能就哪些個人形象表徵來主張個人公開權呢？申言之，在現今大眾媒體如此普及而多元的情況下，一個人得用以標識其形象的方式何其多，諸如聲音、動作姿態及隨身的物件道具等都可能成為展現個人風格的手段。究竟個人公開權所規範的客體應及於哪些形象表徵，才能給予權利人有效之保護，又不致對他人的言論自由造成不當的限縮呢？由於此部份之研究內容堪稱龐雜，但有許多重要課題以及值得我國法制發展參考之處，本論文故在此將其獨立成章加以討論。

### 第二節 個人公開權之主體

#### 第一項 知名人物 (Celebrity)

##### 第一款 「知名人物」的定義

「知名人物」這項標籤通常會被用在擁有廣為人知的姓名或面孔的人身上。所謂「知名人物」一般會被定義為「具有名氣的或廣為人知的人士」，根據語源學學者 W. Funk 的見解，「名氣來自於別人怎麼樣談論你；而名聲則否。名聲通常較名

氣留存得長久，這是因為它來自於別人怎麼樣評斷你<sup>198</sup>。」就此觀點而言，所謂名人即是被許多人知悉或談及（但未必熟識或了解）的人。此外，所謂「知名」也是一個在許多方面具有相對性的狀態：就他人主觀之觀點，一個人眼中的名人可能是另一個人眼中的無名氏；就空間之觀點，在甲地赫赫有名的聞人在乙地常常無人知曉；就時間之觀點，曾經風光一時的人也可能在一夕之間沒沒無聞。是故，一般能被稱為知名人物者，常常包含了各行各業各種領域中曾經知名或正熱門的佼佼者。

## 第二款 知名人物的形象商業價值

根據美國一項具有代表性的市場研究著作中所作的統計，有近三分之一的電視廣告中會出現知名人物；而廣告中的商業資訊在有名人「加持」的情況下，在市場上會更有存續力<sup>199</sup>。同時，根據美國螢幕演藝人員協會的資料，其協會成員的總收入中有 48% 來自廣告收入；至於廣告商在選擇要合作的名人時，則通常會仰賴一個被稱作“Performer Q Ratings”的統計資訊，來檢視該名人的知名程度究竟如何<sup>200</sup>。不過這不代表知名度越高的人就越適合從事代言商品的工作——在上述資訊之外，也有一項市場研究指出，當某個名人在廣告及行銷活動中過度曝光時，他對消費者的魅力及購買意願提升能力常會下滑。因此現在許多廣告商比較傾向於採用「軟性行銷」的策略，讓名人出現在廣告之中，但不進行代言或和產品有直接的連結<sup>201</sup>。為何知名人物的形象表徵有如此的商業價值？雖然關於在廣告中使用名人形象表徵的市場心理學已超出了本文的討論範圍，然而對廣告商及消費者可能具有之動機的簡要檢視將會對某些相關理論之形成及現況解釋有一定的助益。

基本上，在廣告及產品行銷中出現名人表徵會在各種不同的層面提升賣方商業

<sup>198</sup> WILFRED FUNK, WORD ORIGINS 59–60 (1950). 轉引自 1 J. THOMAS MCCARTHY, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY § 2:1 (2d ed. 2000).

<sup>199</sup> Jones, *Celebrity Endorsements: A Case for Alarm and Concern for the Future*, 15 NEW ENGLAND L. REV. 521, 525 (1980). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:8.

<sup>200</sup> 參見 The Q Scores Company 官方網站關於 Performer Q 之頁面 <http://www.qscores.com/pages/Template1/site11/28/default.aspx> (last visited on 2010/08/01)

<sup>201</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:8.



利益，包括吸引消費者的注意力，及讓消費者對商品產生認同等<sup>202</sup>。此外，在產品代言活動中，無論代言人是名人、專業相關人士或一般市井小民，不論其代言是透過廣告或是直銷管道，代言行為在消費的決策過程中總是或多或少地扮演著具有影響力的角色，因為它原本是一種藉由親身的經驗作成的背書或推薦。比方說，當一個人在汽車展售中心正決定他要不要買某輛車的時候，如果銷售員告訴他：「我推薦你這款車不只是為了作生意。不瞞你說，我自己最近換車的時候也選了這輛，因為它真的划算又經得起考驗。」這席話多少能影響購買者的決定<sup>203</sup>；使用名人代言至少會產生與上述事件相同的效果。假設有位職業棒球明星在體育用品店向人推薦一款棒球手套，他的看法很可能足以影響一般消費者的決定。

代言行為即便發生在名人原本的專業領域之外，其對代言產品所表達的認可也很可能對消費者的購買決策產生正面的影響<sup>204</sup>。延續前例，當這位職棒球星成為臍帶血銀行的代言人後，雖然他並非醫學或生物科技方面的專家，但大眾基於對於該職棒球星的正面形象的信賴，相信他不會為了金錢酬勞去替一家不可靠的企業代言。在這個例子當中，這位職棒球星的選擇本身即代表臍帶血銀行的品質及服務說服力，故其代言行為對消費大眾而言仍有提高購買機會的影響力。

名人代言除上述的作用之外，更能提供大眾某種將自身與知名人物產生連結的可能性，無論這樣的連結是多麼短暫而遙遠的。這樣的連結在大多數的消費者心中都具有一定之價值，就算消費者本身並未明顯地意識到如此的心理狀態<sup>205</sup>。故假設前述的職棒球星轉行改開水果行，並且自己在店裡負責銷售，雖然大眾不見得會因為這位球星的專業而覺得這些水果多了一層品質上的保證，他們仍可能會忍不住在下班後多繞點路去買袋「棒球明星賣的橘子」。目前已有難以計數的統計資料指出零售業者是如何仰賴名人的吸引力來銷售其產品，這也是為什麼我們所收看的電視節目和所翻閱的報章雜誌總是充斥著滿載名人肖像或姓名的廣告內容。

### 第三款 知名人物作為個人公開權之主體

<sup>202</sup> James M. Treece, *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, 51 TEXAS L. REV. 637, 637-39 (1973).

<sup>203</sup> *Id.* at 645.

<sup>204</sup> *Id.*

<sup>205</sup> *Id.* at 646.

綜上所述，廣告商使用名人形象的目的包括：一、為吸引大眾對其廣告或產品的注意力；二、暗示消費者這位名人為其產品背書；三、運用大眾渴望與名人產生潛在情感上之連結情以增進銷售量。對廣告商而言，知名人物的群眾魅力（audience appeal）是他用來銷售產品的利器；而對知名人物來說，其自身的群眾魅力則代表了他在娛樂媒體市場的主要交易價值。為了培養自己的群眾魅力，一個名人要作的往往不只是努力創造實質的成功以求取名氣，他還得犧牲其部份的隱私以爭取在大眾媒體前的曝光率並形塑出自己的媒體人格<sup>206</sup>。學者 Treece 認為，既然運用名人形象的商業廣告之主要價值來自於該位名人為其專業成就所付出的努力以及對於其個人隱私的犧牲，此價值所創造的利益即應受法律的保護；另外，保障知名人物對於其姓名或肖像的控制權也具有增進公共利益的意義——藉由授予個人對其形象在廣告使用上的控制權，可避免不實廣告之情事發生，而達成私法上對廣告事業的規制作用<sup>207</sup>。

值得注意的是，知名人物固然時常成為個人公開權案件的原告，然而這僅是一種自然形成的統計上結果，而非意味著一個人必須是知名人物才得成為適格的個人公開權主體。簡而言之，所謂名人或是媒體寵兒通常是那些我們最常在平面或電視媒體所接觸到的人物——包含運動員、政治人物以及演藝人員——他們的職業屬性使得他們必須持續地在大眾面前曝光，並藉此管道賺取收入或維繫成就，其個人形象往往因此具有較高之經濟利益；而由於個人公開權所欲保障者正是個人人格或形象的經濟利益，故最常涉及個人公開權案件的也是這些人。

## 第二項 非知名人物

### 第一款 少數說：非知名人物不受個人公開權法保護

目前在美國，不論是學術界或是實務上的多數意見皆一致認為：所有人——不論是否為知名人物——都得擁有個人公開權。至於反對非知名人物也能有擁個人公開權

---

<sup>206</sup> *Id.* at 646-47.

<sup>207</sup> *Id.*

的少數意見，在此概述如下：

從 1983 年起直至 1996 年間，實務上都一直有部分見解認為個人公開權應專屬於名人所有，或是認為非名人的個人公開權可以被便宜行事地忽略過去<sup>208</sup>；在學術討論的領域中，學者 Peter Felcher 與 Edward Rubin 建議個人公開權法應將「形象表徵已有商業運用之實」列為要件。他們認為，個人公開權的損害賠償應建立在「受損害之財產權已被證明具有經濟價值」的前題之下。是故，對於在案件事實發生之前未曾「使用」過自己形象表徵商業價值之原告，他的個人公開權並不存在。Felcher 及 Rubin 認為，對非知名人物的一般人來說，既然他們並非正處在試圖利用其形象或表徵賺取金錢收入的狀態之中，他們在其個人形象表徵被他人擅用的時候，只能就尊嚴或情感受損的部份請求隱私權上的損害賠償，而不得提起侵害個人公開權之訴<sup>209</sup>。

持相類似意見的還有學者 Steve Hoffman，他的理由是個人公開權的利益應保留給那些「專注於追求他們姓名與形象所能帶來之金錢報酬的人們」。雖然 Hoffman 也承認「任何人都有可能透過媒體曝光一夕成名」，他的理論仍以「是否具有名人身份」來區辨一個人得否享有個人公開權，不論其名氣是透過「專注地追求」或是「偶然的一夕成名」得來的<sup>210</sup>。

## 第二款 多數說：非知名人物亦得享有個人公開權

美國法院實務上業已透過一系列的判決確認了個人公開權案件中原告形象表徵商業利益存在推定之原則，此原則使原告即便非為知名人物，仍具有請求被告返還擅自使用其形象表徵所獲取之商業利益。事實上，不論原告的身份為何，一個人對他的姓名和外貌表徵所具有的法定權利都有兩個面向——一為隱私權，一為個人公開

<sup>208</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:15 (citing *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 729 (S.D. N.Y. 1978); *Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products, Inc.*, 250 Ga. 135, 296 S.E.2d 697, 700 (1982).).

<sup>209</sup> Peter L. Felcher & Edward L. Rubin, *Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media*, 88 YALE L.J. 1577, 1591 (1979).

<sup>210</sup> Steven J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 28 BULL COPYRIGHT SOC'Y 111, 112-14 (1980). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:15.

權；一般非知名人物欲透過法律來保護的利益重心多在其隱私權上，而知名人物所注重的利益重心則落在個人公開權上。當然，一位大隱於世的名人在其形象被某支商業廣告盜用時，他仍得以隱私權法主張其權利；而同樣的事件發生在一位市井小民身上時，他亦得主張其個人公開權並要求廣告商返還他應得的利益<sup>211</sup>。故不論是名人，或是其他一般人，都得視其持有的證據，選擇就他人未經授權使用自己個人形象表徵的行為提起隱私權損害賠償之訴或個人公開權損害賠償之訴；或是同時提起二者。此外，雖然確實名人所擁有的個人公開權會具有較高的經濟價值，但這僅為損害賠償額度的問題，而無關於非知名人物的個人公開權存在與否的問題。

美國聯邦第九巡迴法院曾進一步闡述了這樣的觀點：「一般來說，原告所具有的名氣和其形象表徵遭盜用所帶來的損失金額會成正比。然而，也有其他可能的情況：一是盜用名人的形象表徵，結果主要造成的是精神上的損害；二是盜用了一個相對不知名的人物的形象表徵，結果其損害主要是反映在被告不當取得的商業利益上——即便在遭被告盜用前，原告的形象表徵是不具商業價值的<sup>212</sup>。」

至於在學術界，支持「個人公開權屬於所有人」的觀點者，則佔有壓倒性的多數。Nimmer 在其 1954 年發表具有標竿意義的論文中，便有議及這個問題——Nimmer 藉由引述 O'Brien v. Pabst Sales Co. 一案中的不同意見表示：「確實，隨著每個人身處情況的不同，個人公開權『所對應的經濟價值可能有多有少，甚至可能僅有些微的份量』；但個人公開權仍應是每個人都具有的權利」<sup>213</sup>。隨後學者 Gordon 也表示個人公開權不應該是名人的特權，且支持原告形象表徵商業價值推定原則。Gordon 在仔細分析了所有早期的個人公開權相關案件後，得到了一個重要結論：「許多判決的不確定性和矛盾其實來自於原告律師往往會陷入當年隱私權法的泥沼中，在針對原告個人形象表徵商業價值受到侵害時，反而將訴訟策略鎖定在原告的精神損害賠償上<sup>214</sup>。」

<sup>211</sup> Treece, *supra* note 5, at 647. (1973).

<sup>212</sup> 1 McCarthy, *supra* note 1, § 4:16 (citing Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821, 824 (9th Cir. 1974)).

<sup>213</sup> Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS 203, 217 (1954) (citing O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F.2d 167 (C.C.A. 5th Cir. 1941)).

<sup>214</sup> Harold R. Gordon, *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, 55 N. U. L. REV. 553, 611; 554 (1960). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:19.

學者 McCarthy 則指出，整體而言，認為個人公開權專屬於知名人物的論點有四項法律及邏輯上的錯誤：(1) 首先，支持這樣論點的人認為個人形象表徵的經濟價值來自於一個人自發地對其形象所能帶來的金錢報酬的追求。然而如同在 1973 年的 *Cary Grant v. Esquire* 案中所確立的原則，即使一位名人選擇不主動追求這種商業利益，當他人未經授權使用其形象表徵時，該名人仍得享有個人公開權的保障<sup>215</sup>；(2) 此論點忽略了前小節所述及的基本邏輯問題：當被告選擇了原告形象表徵作為商業宣傳之用，這個行為本身即為原告的形象表徵在商業市場上建立了其存在的地位與價值；(3) 這樣的論點沒有顧及其所可能造成的後遺症——當一般人在其形象表徵受侵害時只能選擇隱私權訴訟時，他通常必須違背心意地去強調自己所受的精神傷害，並且被迫揭露致其受窘的私密事項。此結果將完全背離原告真正的訴求，即返還其應得的個人形象表徵商業價值；(4) 有些支持該論點的人士甚至會引用實務上的統計結果指出，大多數的個人公開權案件原告都是大家公認的知名人物。McCarthy 認為這完全是本末倒置的嚴重邏輯錯誤。當然由於知名人物的形象表徵通常具有較高的經濟價值，他們必會「比一般人更努力進行訴訟程序」。然而正如我們不會因為多數簡單的车禍案件得透過保險制度獲得解決，就認為這些事件都並不涉及法律上的侵權行為損害賠償，非知名人物的個人形象商業利益被盜用的案件數量及得獲損害賠償的金額固然都比較少，但這不代表我們可以忽略其所得主張法律權利之正當性<sup>216</sup>。

同時值得注意的是，「人人都得享有個人公開權」並不是一個純理論或理想主義的概念。事實上，廣告商在藉由知名人物吸引注意及代言促銷外，也常會運用一個相對不知名的人物來代表一種「典型的一般大眾」形象，進而表現出某種「一般人都會嚮往其產品或服務」的氛圍。是故，即便非為知名人物，一般人形象表徵在廣告商業市場上也確實具有一定的交易價值，這是無須置疑的<sup>217</sup>。

總結來說，個人公開權法所保障的是權利人的形象財產權，不論其知名與否。一個人即便不具有知名人物之身份，其形象財產權之內涵亦非隱私權法所得全面涵

<sup>215</sup> *Grant v. Esquire, Inc.*, 367 F.Supp. 876, 880-81 (S.D. N.Y. 1973).

<sup>216</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:20.

<sup>217</sup> TREECE, *supra* note 5, at 643.



蓋的。在其他諸多重要判決及不正競爭法第三次整編的條文中，也都支持上述見解<sup>218</sup>。

### 第三款 相關討論：損害名譽法所提供的借鏡

美國最高法院曾在關於損害名譽的法律系統中建立了關於原告有無公眾人物身份與被告法律責任輕重的標準<sup>219</sup>，這個標準後來被證明是非常不明確且在實務上難以運用的<sup>220</sup>。該標準後來發展成為針對關於「全域型公眾人物」及「特定領域公眾人物」損害名譽案件之間法律效果細微的區分準則。然而時至今日，對於究竟該如何於何種情境下，在所謂全域型公眾人物、特定領域公眾人物及一般個人之間劃出法律上的界線，仍是讓學界與實務界都困擾不已的問題。

是故，有了上述的前車之鑑，一般的理論和實務都傾向認為憲法實務中關於「惡意」與「公眾人物」之法律原則，並沒有必要適用在個人公開權的理論及實際案件之中<sup>221</sup>。申言之，個人公開權所標幟的係為「一個人得以透過法律訴訟使其形象表徵遭盜用的商業利益損失能獲得補償」之概念，故不應預先對「名人」及「非名人」作出劃分。正如同我們在毀謗及損害名譽的案件中所得到的經驗，這樣的二分法將導致制度缺乏明確性及穩定性；即使就現實層面而言，這也缺乏必要性。總而言之，享有個人公開權的要件不應包含「具有知名度」在內。原告在公眾間知名的程度只影響我們對其形象及人格表徵的商業價值判斷，而僅與案件之損害賠償額度有關。

### 第四款 原告形象表徵商業價值推定原則

實務上曾以常識論證（commonsense rule）來建立原告形象商業價值推定原則。這個原則的內容是：如果被告為了商業上獲益的目的使用原告的個人形象表徵，那麼我們便可推定原告的形象是具有商業價值的。個人公開權案件的原告在此原則下，並無須證明自己的知名度如何，便能得到適切的保護與賠償。相類似的推論法

<sup>218</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:16.

<sup>219</sup> Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 342 (1974).

<sup>220</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:3.

<sup>221</sup> *Id.*



則也曾在商標法的案件中被完善地建立過<sup>222</sup>。申言之，在個人公開權案件中，若事實顯示被告「選擇」了使用原告的形象表徵來為自己的商品宣傳促銷，那麼表示被告覺得該形象表徵是有商業價值，且非完全可任意代換的；既然被告都這樣認為，法院又如何能正當地否定掉原告形象表徵所可能含有的商業價值呢？由此可知，在此情況下推定原告個人形象表徵具有商業價值，將是較為合理而明智的作法。同時，這也代表了不論在被告使用原告形象表徵之前，原告是否已自願地對其人格或形象表徵進行商業上的運用，都不會影響這個推定原則的成立與否<sup>223</sup>。

除了常識論證之外，廣告市場的慣例也有助於我們確立此推定原則的合理性：廣告商在請人參與商業廣告演出時，即使對方並非知名人物，也必定都會獲得一定的金錢報酬<sup>224</sup>。此外，就政策制定之觀點，支持原告形象表徵商業價值推定原則的理由是：如果限制非知名人物的一般大眾在其形象表徵遭盜用時只能就隱私權上的損害請求賠償，通常結果只是讓原告被迫強調致其受窘的私人事項細節及精神上的痛苦，這樣的過程本身不但對原告而言是一種必須自我貶抑的不愉快經歷，更通常與其真正的訴求毫不相干<sup>225</sup>。如果所有的個人公開權案件原告所尋求的不過是返還其形象公平的市場價值，那麼個人公開權法就應該平等地保障所有人如此的需求——不論他對其他人來說有無有名。

## 第五款 相關爭議案件

美國的某些判決曾經暗示性地指出，普通法必須考慮將「已有商業利用之實」列為個人公開權之要件：即原告對其形象或人格表徵必須在系爭案件事實發生前已曾「進行過商業上的開發利用」<sup>226</sup>。1981 年的 *Lerman v. Chuckleberry Pub. Inc.* 案為其中具有代表性的案件<sup>227</sup>。以下茲就該案件作進一步的介紹與討論：

---

<sup>222</sup> *Id.* § 4:17.

<sup>223</sup> *Id.*

<sup>224</sup> *Id.*

<sup>225</sup> *Id.* § 4:18.

<sup>226</sup> 在美國，由繼承人主張的個人公開權案件中通常適用這樣的原則，然此處討論的是權利人本人仍在世的情況。

<sup>227</sup> *Lerman v. Chuckleberry Pub., Inc.*, 521 F. Supp. 228 (S.D. N.Y. 1981), rev'd, 745 F.2d 123 (2d Cir. 1984).

## 第一目 The Lerman Case

在本案中，被告的 *Adelina* 雜誌在關於某部電影的報導中刊出了兩幀劇照，其中一張是特寫一位裸身的女人，另一張則是二男三女一起狂歡的畫面。在關於這兩張照片的說明中，被告誤將原告 Jackie Collins Lerman—即該電影的劇本作者，一位成功的小說家—指為在這兩張照片中出現的女演員。原告於是對被告提起訴訟。

一審法院在審理關於本案中個人公開權之訴的部份時，未多作解釋便直接將由繼承人所主張的個人公開權案件（postmortem right of publicity）中關於「原告的人格形象表徵已作商業利用」的原則引入本案之中。在法院的判斷下，由於原告（作為一位名作家）已在她的著作及宣傳訪談活動中使用過其姓名，故滿足此一要件<sup>228</sup>。

二審法院推翻了一審的判決，認為本案首要處理的爭點是「報導錯誤」的法律責任。系爭雜誌受有第一修正案的新聞自由保障，原告依憲法標準須舉證該雜誌中所出現的錯誤係為被告知悉（knowing）且輕率不注意（reckless）的；在這之外，上訴法院又將地院誤用「已作商業利用」的觀念重覆了一次。該法院認為，既然原告從未就其裸照作過商業價值的開發，她自然不得就系爭照片中所涉及的財產權問題提出合法的請求。法院更附帶說明，表示原告的個人公開權之訴並不能真正成立，因為她所請求的其實應該是關於隱私權上的精神損害賠償，而非關於其姓名的商業價值損害賠償<sup>229</sup>。

## 第二目 對 Lerman 案之批評

對二審法院的判決，學者 McCarthy 表示：「（這判決代表了）如果原告沒有在系爭案件事實發生之前先就其人格及形象表徵進行過商業價值的利用，那麼原告個人公開權的經濟價值便不被法院承認。」申言之，若原告未曾就自己的形象進行商業上的使用，就算被告擅自使用原告之形象表徵，法院仍不會主動以被告之盜用行為為理由推定原告形象具有一定之商業價值。McCarthy 認為，如此將會架空個人公

<sup>228</sup> *Lerman*, 521 F. Supp. at 232.

<sup>229</sup> *Lerman*, 745 F.2d at 134.

開權法對所有人一概予以保障的立義，因為非知名人物的形象表徵在第一次被他人冒用之前，恐怕都未曾有過任何商業用途。而 Lerman 案的上訴法院就此爭點，只有引用兩個判決先例，兩者竟都是關於由繼承人主張的個人公開權案件。實際上，即便是在關於由繼承人主張的個人公開權案件中，有商業利用之實作為要件的必要性都廣受爭議了<sup>230</sup>，更何況這些案件與與本案之爭議類型有著根本上的差異。此外，上訴法院「暗示原告在作關於個人公開權之請求時應證明其已對她的裸身形象作了商業運用」之論點也頗令人費解。因為原告提起本訴的重點是在系爭裸照與其身份的錯誤連結，她所要求的是：「我的名字只能指涉我這個人。」為何原告應該要就他人的相片已有被商業利用之實舉證，法院在此卻漏未作進一步之闡釋<sup>231</sup>。

整體而言，第二巡迴法院關於本案的討論，在法律或一般邏輯上都缺乏一致性以及明確性。多數就類似案件事實為判決的法院都持相反意見，而認為為使所有人都能平等地享有個人公開權法所提供的保護及利益，「個人形象表徵已有商業利用之實」並不應列為個人公開權之法律要件。如同第九巡迴法院後來在 Abdul-Jabbar v. General Motors, Corp. 一案所表示的：「個人公開權所保護的不僅是某個知名人物對其形象表徵所得獲得的商業利益，而亦應包括其決定不對其姓名或其他表徵作商業使用的權利<sup>232</sup>。」

總結來說，所謂「知名人物」是一個難以定義而且模糊的概念。雖然確實大多數關於個人公開權的判決確是以知名人物為原告，但這只能說是經濟利益導向立法下的現實結果，而非確立某種「名人權」。此外，根據多數意見，當被告確有對原告之個人形象表徵作商業上之利用的時候，原告的個人表徵即被推定具有商業價值。根據本文的觀點，不論原告是否為知名人物，他都應該能擁有完整的個人公開權保護；至於原告個人表徵是否「已有商業利用之實」，則不應成為個人公開權訴訟成立與否之要件。

### 第三項 政治領域成員

<sup>230</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 9:11.

<sup>231</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:6.

<sup>232</sup> Abdul-Jabbar v. General Motors Corp., 75 F.3d 1391, 1400 (9th Cir. 1996)

## 第一款 政治領域成員的個人公開權

本論文在此特別就「政治領域成員」這個身份討論其個人公開權的內容，係由於在美國憲法第一修正案的規範下，關於政治領域中的人物之言論及意見是受到言論自由及新聞自由之最高度保障的。不論其他憲法修正案的目的及作用範圍為何，第一修正案都將保護政治方面的言論自由——即美國人民得以書面或口說表達關於政治及公眾事務的言論之自由<sup>233</sup>。因此，那些成為政治領域一份子的人以及他們的私人事務，幾乎完全不得主張隱私權法上的權利。然而，如果有人將政治領域成員的形象表徵私自挪用於完全的商業用途，那麼該政治領域成員應該仍得主張其個人公開權受到侵害。

### 第一目「政治領域成員」之定義

一般所謂的政治人物（politician）指的通常是從事政府行政或立法部門工作的人士，然而本文所稱的政治領域成員（political figures）所指的不只是政治人物，還及於任何廣義地在政治事項運作中活躍的人——包括有關政治的社會運動從事者、及各級法院法官等等。此外，一個人的職業類別及他是否有主動參與政治活動的意願，對於他是否會被認定為政治領域成員之結果皆不生直接的影響<sup>234</sup>。

### 第二目 沿革

在 1905 年的 *Pavesich v. New England Life Ins. Co.* 案中，喬治亞州最高法院作出了一項重要判決，指出公職參選人必須放棄他們絕大部份的個人隱私權。該法院認為，一個人在角逐公職的時候，必須「放棄所有可能限制大眾對他的私生活進行任何適當調查的權利」——如此才能讓選民仔細檢視他的人格是否值得人民的信賴，以將公職的重任交付其手中。但即便在這樣的情境下，他所放棄的權利並不包含那些侵犯他的私生活，又與他適任公職與否毫不相干的舉措上<sup>235</sup>。

<sup>233</sup> Anthony Lewis, *New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to The Central Meaning of the First Amendment*, 83 COLUM. L. REV. 603, 605 (1983).

<sup>234</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:24.

<sup>235</sup> *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 122 Ga. 190 (1905).

在 Pavesich 案的判決作成約五十年後，紐約州法院就政治領域中的個人公開權問題提出了進一步的裁示：在 Paulsen v. Personality Poster, Inc. 一案中，法院認為當一個諧星以扮演政客來調侃政治圈的人事物時，他即已進入政治活動的領域，其個人公開權須和其他政治領域的成員一樣，基於言論自由受到限制<sup>236</sup>。Paulsen 案的原告是一位知名的電視政治模仿秀諧星，他以假扮為美國總統大選候選人的情境喜劇為大眾所熟知。在他的表演當中，Paulsen 常會以喜劇的表演方式對美國政壇時事進行評論或諷刺。被告 Personality Poster 公司以發行各式海報為業，其於原告未同意的情況下製作了一張 Paulsen 佩帶印有「1968」字樣肩帶的海報，並在海報下方打上了「美國總統大選」等字。基於以上情事，加上 Paulsen 已專屬授權予另一家公司製作銷售其個人的週邊商品如海報、別針及貼紙等事實，原告於是根據紐約州法提起訴訟，請求法院核發臨時性禁制令以使被告停止系爭海報之銷售。法院否決了原告的請求，理由是在紐約州法及第一修正案的規範下，出版者有合法使用與新聞報導相關之姓名和外貌表徵之權限。既然原告 Paulsen 是一位公眾人物，並且主動地參與了 1968 年的總統大選相關活動——即便他只是扮演一個諷刺性的角色——被告的海報公司便得自由使用 Paulsen 的公眾形象來進行對該選舉之評論。至於被告之行為是否涉及營利則在所不問<sup>237</sup>。

判決書中指出，關於全國性的政治事務是一個永遠具有最高新聞價值的領域。任何人在進入這個領域的時候，都必須放棄任何會限制到他人批評這些政治事務的可能之權利——不論這個人原本的身份是否為政治人物<sup>238</sup>。

### 第三目 例外情況

然而，前述原則仍有例外。當他人未經授權使用某個政治人物的形象表徵於某種商業的、完全非政治的情況下，此時該政治人物即如同所有其他人民一般，得主張他的個人公開權受到不法之侵害。事實上在美國，政治人物或「前政治人物」出現在商業廣告中已屬稀鬆平常，尤其當政治人物在從政前曾為演藝人員時，情況可

<sup>236</sup> Paulsen v. Personality Posters, Inc., 299 N.Y.S.2d 501 (Sup 1968).

<sup>237</sup> TREECE, *supra* note 5, at 660-62. (1973).

<sup>238</sup> Paulsen, 299 N.Y.S.2d at 507.



能會變得更加特別而具爭議性，然而目前這樣的案件尚未透過訴訟得到任何具體的結論<sup>239</sup>。

## 第二款 政治性言論的判準與被告使用原告表徵之情境

如前所述，在發表政治性言論的過程中使用他人形象時，原本構成個人公開權侵害的行為可能會因憲法第一修正案而獲豁免。至於何種形象使用行為得被豁免，一般則須視系爭行為的使用情境（context of use）為何<sup>240</sup>。亦即，被告的行為主要要表達的是政治相關訊息抑或商業交易相關訊息（即廣告等）。然而雖然區辨被告的使用行為是屬於資訊傳播用途或廣告商業用途是必要的，但這並非易事——商人通常會在一則商業廣告中混合使用新聞性及促銷性的訊息；即使是在相當商業化的使用情境下，使用政治人物的個人形象表徵仍通常會傳達某種「揶揄」的訊息，而得受第一修正案之保護<sup>241</sup>。廣義地說，所有的報章雜誌及電視新聞報導內容可能都同時涵蓋了新聞性訊息及促銷性訊息，而使得簡單的二分法則不易被建立。不過就特定之具體案件事實而論，通常我們還是能夠藉由被告使用原告形象的相關背景資訊作出合於常理的判斷。

首先，如果被告所使用的是政治人物（politician）的個人形象表徵，即使系爭使用情境屬純商業情境，被告所為仍通常皆屬於合法的政治性言論。比方說，如果一餐具製造商逕將某位總統候選人的肖像印於馬克杯上加以銷售，以消費者購買使用該馬克杯的立場而言，許多消費者可能將擁有該馬克杯並在他人面前使用它的行為視為一種支持該總統候選人的意見表達方式，故被告的行為仍可能受第一修正案之豁免，而不構成對該候選人個人公開權之侵害<sup>242</sup>。

至於在非政治人物的政治領域成員當中，非公職人員（含行政及立法部門中從事事務職的人員）在政治圈中所佔的位置通常是較為次要的。因此，進一步討論其

<sup>239</sup> Tyler T. Ochoa, *The Schwarzenegger Bobblehead Case: Introduction and Statement of Facts*, 45 SANTA CLARA L. REV. 547, 555 (2005).（但若上述的商業使用行為中仍含有相當程度的政治性言論表述，那麼該行為仍得豁免於個人公開權的規範之外。）

<sup>240</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:26.

<sup>241</sup> 2 MCCARTHY, *supra* note 1, §§ 8:90, 8:100.

<sup>242</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:27.



他公眾人物的形象表徵是否足以有效地傳達政治性的訊息將是重要關鍵。如 Paulsen 案所揭示的原則，第一修正案的豁免範圍可及於非政治人物，但限於能直接有效表達一定政治訊息的知名人物——包括演藝人員及其他公眾人物。比方若有某位電影明星長期以來以其強烈的政治立場（例如反戰）著稱，則在某個政治宣傳商品中使用其肖像便有可能受第一修正案之豁免而不構成對其個人公開權之侵害。對這類的個人公開權主體而言，如果形象表徵使用情境並不尋常，例如有人將知名的公眾人物的肖像搭配政治標語印在其製造的產品上並加以販售，但其製造販售的並非通常之訊息傳播媒介如海報、旗幟等，而是商業性質濃厚的產品如菸灰缸、球鞋，那麼該行為通常不在第一修正案的豁免範圍內，被告的行為仍將構成對原告個人公開權之侵害；其次，在考慮使用情境之外，如果被告所欲表述傳達的「言論」在不使用該知名人物形象表徵的情況下，仍得有效傳達，那麼該行為構成個人公開權之侵害的可能性也會提高<sup>243</sup>。

### 第三款 在政治活動中使用非政治領域人物形象表徵

政治活動所牽連的對象往往範圍甚廣。若在政治活動中使用了非政治領域人物的形象表徵，則該名人物的個人公開權與言論自由原則之間的權衡關係又會如何呢？基本上，在第一修正案的規範原則下，當某甲成為公眾議題的討論對象，那麼如果有個公職候選人未經授權使用了某甲的形象表徵，將不構成對某甲個人公開權之侵害<sup>244</sup>。例如若有一位知名藝人將其與同性伴侶的長年感情生活付梓出書，而某國會議員參選人為表達對同性戀者人權的立場在其競選文宣中使用了該藝人的姓名或肖像，則此行為基本上不會構成對該名藝人個人公開權之侵害；但如果某政治候選人在其競選宣傳中用的是非政治領域成員的個人表徵，且此一使用行為並不能傳達與該位候選人的立場或任何與該次選舉相關的政治訊息，那麼這便很有可能構成對該名非政治領域成員的個人公開權侵害<sup>245</sup>。

<sup>243</sup> *Id.* § 4:28.

<sup>244</sup> *Id.* § 4:30 (citing *Davis v. Duryea*, 417 N.Y.S.2d 624, 628 (Sup 1979) ; *Dukas v. D.H. Sawyer & Associates, Ltd.*, 520 N.Y.S.2d 306, 308 (Sup 1987).).

<sup>245</sup> *Id.* § 4:30 (citing *Browne v. McCain*, 611 F. Supp. 2d 1062, 1069 n.3 (C.D. Cal. 2009).).

此外，政治人物及候選人為了其工作及選舉需要，和人合照算是稀鬆平常之事。而政治人物及其競選團隊在使用這些照片時有何限制呢？根據猶他州最高法院的見解，如果照片是在公共或半公共領域中被拍攝的，那麼對於出現在照片中的人們，不論是自願和該政治人物合照，或是不經意地出現在照片中，基於第一修正案之原則，都不會構成個人公開權的侵害<sup>246</sup>。

#### 第四款 已故之政治人物

##### 第一目 概說

當未經授權的形象表徵屬於已故的政治人物時，關於第一修正案的問題將更具爭議性。通常這樣的使用可能出現在「緬懷」該政治人物的場合，或是用以提倡該政治人物生前所號召或認同的政治議題。根據 McCarthy 的意見，應該要讓已故政治人物的繼承人得決定是否要求他人停止對該政治人物個人表徵的商業使用<sup>247</sup>。無法否認的是，在這類案件當中，欲使商業剝削行為與受法律保障的政治言論表達間劃清界線將更顯困難。

##### 第二目 馬丁·路德金恩案

1982 年的馬丁路德金恩案是說明上述難題的最佳案例<sup>248</sup>。該案被告在金恩博士死後數年，製造並賣其塑膠半身像，每尊售價為美金 29.95 元，並附有描述金恩生平的小手冊。金恩博士的繼承人及「馬丁路德金恩社會改造事務中心」於是據喬治亞州法共同提起個人公開權之訴，並舉證指出被告在商品上市前曾徵求原告的同意但遭拒絕，隨後仍逕自進行其販售及廣告活動。被告方面則抗辯其行為是為了表示對金恩博士之政治理想與原告機構的支持，並且曾承諾會將其獲益捐予原告以進行更多社會改造活動，故其行為應受第一修正案之保障。

<sup>246</sup> *Id.* § 4:30 (citing *Cox v. Hatch*, 761 P.2d 556, 563, 16 Media L. Rep. (BNA) 1366 (Utah 1988)).

<sup>247</sup> *Id.* § 4:31.

<sup>248</sup> *Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products, Inc.*, 250 Ga. 135 (1982).

第十一巡迴上訴法院將本案之法律爭點作了以下的整理，並交由喬治亞最高法院作出最終之認定<sup>249</sup>：

- (1) 個人公開權在喬治亞州是否與隱私權各為獨立之權利型態？
- (2) 若問題 (1) 之答案為肯定，則個人公開權是否得在原權利人死後仍得存續？
- (3) 若問題 (2) 之答案亦為肯定，則原權利人是否必須在生前就其個人公開權進行商業上之運用以使其權利得於其死後存續？
- (4) 若上述答案皆為肯定，則所謂「商業上之運用」法律上的定義與判準為何？又原告應如何證明其個人公開權已有商業運用之實？

喬治亞州最高法院針對上述問題作成結論如下：(1) 在喬治亞州，個人公開權與隱私權為各自獨立存在的權利類型；(2) 金恩博士的個人公開權得於死後存續；(3) 要求政治領域成員須在生前以商業方式使用其形象來獲得死後個人公開權的存續是不合理的，故「已有商業運用行為」在此不適合作為權利成立或存續之要件<sup>250</sup>。此外，就本案的具體事實而論，喬治亞州最高法院支持事實審法院之見解，認為金恩博士的個人公開權在其死後仍確實存續，且由於被告的行為有「得到金錢上的報酬」，故第一修正案的保障在此並不適用。然而，在協同意見書中，Weltner 法官大力批判了此判決將被告有無「獲取金錢報酬」作為判斷第一修正案適用與否的基準<sup>251</sup>。

Weltner 法官在其協同意見中提出了一連串假設性的問題，用以說明這類案件將會隨著背景事實的差異產生完全不同的法律效果，而多數意見以「有無金錢報酬」為判準依據在此並不是合理明智的作法。事實上，美國聯邦最高法院也向來認為「書籍、報紙及雜誌經由出版而獲利的事實並不會影響它們成為受新聞自由的合法保護客體。」是故重點不應放在被告是否因其行為享有金錢報酬，而是其行為是否能被當成一種言論，而該言論是否得成為受第一修正案豁免之客體<sup>252</sup>。

<sup>249</sup> *King, Center for Social Change, Inc.*, 250 Ga. at 137.

<sup>250</sup> *Id.* at 145-47.

<sup>251</sup> *Id.* at 151.

<sup>252</sup> *Id.* at 151-52.

### 第三目 金恩博士案的討論

本案判決的重要性在於有關政治活動參與者的個人公開權權利內容。雖然喬治亞最高法院將其判決範圍限制在「非現任公務人員的政治領域人物」，但有鑑於金恩博士畢生積極參與政治活動的種種事蹟，本判決實際上即確立了所有政治領域人物皆得享有個人公開權之原則<sup>253</sup>。

申言之，此判決肯認個人公開權是一種財產權，而政治領域人物得和演藝人員及任何其他人一樣擁有個人公開權。然而在許多現實情況下，政治領域人物所能主張的個人公開權必須受限於第一修正案所規範的言論自由事項。基本上，關於政治領域人物的討論或評論幾乎總是具有憲法上之新聞價值的，因此曾有人主張只有「完全商業性」的形象使用行為會構成對政治領域成員個人公開權之侵害——亦即形象使用行為除了「買我吧」之外便無向大眾傳遞任何其他訊息。但這樣的主張又會衍生出別的問題：有些消費者會表示他們購買附有政治領域人物形象的產品即是為了表達自身政治觀，或是作為一種政治性言論表述的象徵，故對這些消費者而言，商業交易行為並不能作為排除政治言論自由的充分理由。喬治亞州最高法院就這部份的爭議所採之解決途徑是以較為相對性的標準權衡原告的權利及公共利益，即政治領域人物得在「未使第一修正案所保護之利益有顯著減損之情況下」主張其個人公開權<sup>254</sup>。

至於消費者的言論表述權是否得擴及於被告，而使被告之行為亦得受第一修正案之保障？由於本案被告並未提出此抗辯，故不論是支持喬治亞州最高法院多數意見或是協同意見的法官都並無論及此點。但如果我們假設被告當初有提出此一抗辯，那麼接下來所應檢視的即是：被告的行為目的是否係為了有效傳達政治上的訊息？而金恩博士的個人形象表徵出現在這樣的使用情境及素材中是否有足夠的重要性？如果不使用金恩博士的形象表徵，是否仍然傳達同樣品質的種族平等與包容理念？半身塑像算不算是傳統的政治/社會意見表達媒介？無論如何，我們必須承認回

<sup>253</sup> Eileen R. Rielly, Note, *The Right of Publicity for Political Figures: Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products*, 46 U. PITT. L. REV. 1161, 1162-63 (1985).

<sup>254</sup> *Id.* at 1163-64.

答這些問題並非易事。

至於政治領域成員之個人公開權是否得於死亡後存續的問題，法院的結論是個人公開權一如其他財產權，得於政治領域人物死後歸予其繼承人。但同樣地，繼承人於主張其權利時亦須受第一修正案的限制。且考量將政治領域成員之形象納入公共領域所能帶來的整體社會利益，對於繼承人主張的個人公開權案件應設有一定的時效限制<sup>255</sup>。此外，喬治亞最高法院在判決書中表示，金恩博士的繼承人有權「防止金恩的形象表徵遭他們不欣賞或認為不恰當的方式被利用」。法院認為金恩的家人應有權利去防止像是本案被告這種未經授權的剝削行為，「以控制、保存及延展他的地位和他所留下的回憶」。學者 McCarthy 認為這部份判決的問題在於將個人公開權的權能和隱私權混淆了。隱私權等人格權因具有一身專屬性質，隨權利所有人死亡而消滅，而個人公開權之性質為財產權，得依當事人意思被移轉或繼承，所保護者僅限於一個人的形象表徵的商業價值，並不及於其精神及人格的部份，故原告所主張的「名譽及尊嚴上之權利」即無法成為本案的法律爭點<sup>256</sup>。實則，本案被告得以用來抗辯的關鍵是憲法第一修正案所保護的言論自由，而在言論自由與合理使用的議題中，原告對被告的「言論」接受程度向來不是應被考慮的問題，因此本案中金恩博士的繼承人「欣不欣賞」被告的使用行為並不應被法院納入考量。如果依照前述喬治亞最高法院的見解，對於政治人物死後個人形象表徵的使用規範將包括授予其繼承人有限的請求權，來防止其不欣賞的、主觀上認為不正當的或是攻擊性的使用行為，這顯然會帶來相當具有爭議性的結果。我們可以想像，如果一個公眾人物在世時，要讓對他的損害名譽訴訟得以成立都是相當困難的事，那麼在他身後的一切「不正當使用」都得依其繼承人之價值觀為判準被限制時，關於其繼承人的權利與言論自由的保護議題將變得多麼矛盾而複雜<sup>257</sup>。

#### 第四項 非自然人的個體

##### 第一款 動物

---

<sup>255</sup> *Id.* at 1164.

<sup>256</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:33.

<sup>257</sup> *Id.*



有些學說建議動物——包括居家寵物及動物明星——也都應該擁有個人公開權。更具體地說，支持動物也應受個人公開權保護的人士認為「動物的擁有者」應有法律上的權利去對抗未經其同意使用他的動物之形象表徵的行為<sup>258</sup>。雖然某些動物明星的形象表徵是具有非常高的經濟價值的，這並無庸置疑，然而關於此建議的論理困難是，個人公開權是源自於對每個「人類」與生俱來的形象權。欲使動物本身或其飼主擁有該動物的個人公開權，其正當性基礎恐怕有待商榷。

實務上，在首度有討論到動物個人公開權之案件中，紐約州地方法院根據紐約州制定法的規範，採取了否定見解。該法院認為個人公開權的主體只限於人類本身。雖然法院仍依原告請求核發了禁制令，禁止被告進一步在其餅乾產品的廣告中使用原告飼養的小狗之照片，然其理由是原告擁有對這些照片的財產權，而非基於原告就個人公開權部份的請求<sup>259</sup>。

## 第二款 法人及其他團體

一般而言，美國各州的普通法和制定法都不承認法人得享有個人公開權<sup>260</sup>。不正競爭法第三次整編中的規定亦僅承認自然人得享有個人公開權。根據其觀點，個人公開權雖屬財產權，但其根基仍為對「個人尊嚴及自主」之保障，故其範圍不應及於非自然人以外之個體<sup>261</sup>。

### 第一目 少數說——Bi-Rite 案之判決

唯一的例外來自 1983 年的 *Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master* 一案及後續

<sup>258</sup> NIMMER, *supra* note 16, at 216.

<sup>259</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:37 (citing *Lawrence v. Ylla*, 184 Misc. 807, 55 N.Y.S.2d 343, 65 U.S.P.Q. 342 (Sup 1945)).

<sup>260</sup> 在紐約有一項特別法賦予非營利團體關於其名稱、標誌的財產上絕對權利。然而就整體法律結構而言，這項特別法並與個人公開權之範圍並無關聯。紐約州法院亦向來認為根據州法規定，自然人以外的其他個體或團體皆不得受隱私權或個人公開權之保護。See N.Y. Gen. Bus. Law § 397 (1961). See also *id.* §§ 4:41, 6:73.

<sup>261</sup> Restatement (Third) for Unfair Competition § 46, comment d (1995).



援用它的判決<sup>262</sup>。Bi-Rite 案的原告為數眾多，包括一家專門製造販售流行搖滾團體/歌手週邊商品的公司、數個搖滾樂團，以及知名搖滾歌手 Neil Young 與 Pat Benatar 等人在內的兩名藝人。上述原告針對被告 Button Master 公司未經授權逕自販售印有這些樂團及藝人代表圖騰或肖像的行為提起訴訟，原告所據以主張的法源包括紐約州之商標制定法規、藍能法第 43 條 (a) 項、紐約州制定法關於個人公開權之條款，以及普通法上的個人公開權<sup>263</sup>。關於原告主體適格性的爭議在於：其中以樂團名義提起訴訟之原告是否得合法地主張其個人公開權呢？為判決執筆的 Sofaer 法官表示肯定，並於判決書中指出一個發展出其形象市場價值的團體應該比照一般個人享有同樣的個人公開權。判決並引述學者 Winner 在 1981 年提出的一項觀點：針對法人的形象保護，法律應借用對自然人形象保護的概念，以涵蓋商業個體形象的「流行文化價值」，以補商標法的不足之處<sup>264</sup>。然而在該論文中，Winner 並未探討如此擴大個人公開權範圍對相關法領域與整體法律架構所可能帶來的效應，而 Sofaer 法官亦未進一步詳述其自身心證之理由及推論過程。

## 第二目 多數說：反對將法人及其他團體列為個人公開權之保護主體

反對將個人公開權的主體擴張至法人之主要理由為維持整體法律系統的穩定。申言之，若以個人公開權法來保護法人及其他團體的「形象表徵」，可能會造成現行的商標法及不正競爭法功能遭取代，而這兩者的普通法及制定法內容都已臻成熟，尤其在自由競爭與公平競爭的議題上，可謂已通過種種理論及現實的考驗。貿然以個人公開權法取代之，將帶來法律系統重整的各種風險<sup>265</sup>。

在現行法律體系下，對公司行號名稱及商業團體形象之保護主要係仰賴商標法和不正競爭法的相關規範。商標法自創設至今已有一百五十年的歷史，其對社會的重要貢獻主要在於：一、維持自由競爭與公平競爭兩種價值的平衡狀態；二、維持消費者獲取資訊正確性的保護與商業競爭權間的平衡。由於個人公開權的侵權要件

<sup>262</sup> Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master, 555 F. Supp. 1188 (S.D. N.Y. 1983). See also 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:42.

<sup>263</sup> *Id.* at 1191.

<sup>264</sup> Ellen P. Winner, *Right of Identity: Right of Publicity and Protection for a Trademark's "Persona,"* 71 TRADEMARK REP. 193 (1981). 轉引自 *Id.*

<sup>265</sup> *Id.* § 4:44.

較商標法易於成立，如果承認公司行號等商業個體具有個人公開權，那麼大部份的商標法規將形同贅文。而若容許相對「年輕」而尚有待精進的個人公開權法取代商標法的功能，恐怕不是非常明智的作法<sup>266</sup>。

而針對前述 Bi-Rite 案所引述之學者 Winner 的觀點，學者 Denicola 則回應指出，商標法針對各種混淆誤認及詐欺行為態樣設有不同的救濟方式。欲應用個人公開權模式擴張原本商標法的保護標的，提倡者應提出相對應的配套規範。此外，Denicola 認為將盜用商標與盜用自然人的形象表徵劃上等號便是忽略了個人公開權核心概念——「維護個人形象自主權」<sup>267</sup>。

### 第三節 個人公開權之客體

#### 第一項 姓名

##### 第一款 概說

使用某人的姓名是識別這個人的常見方式之一。然而，人常會有和別人同名同姓的情況發生，是故單純的「姓名同一」並不能作為構成個人公開權侵害的要素，法律尚須要求其他相關證據證明該姓名指向個人公開權案件中的姓名所有者（即原告）；而如果一個人的名字同時具有非姓名上的文字意義，那麼原告必須證明被告的整個使用情境皆是指向原告；又如果原告為眾人所熟知的僅是其名字的一部，那麼被告就這一部份的名字之使用，即得構成個人公開權的侵害<sup>268</sup>。

而倘若一個人因為改名或另起宗教上名號之因素而前後以不同的名字識別自己，那麼他可能就這兩個以上的名字都能主張其個人公開權。在 Abdul-Jabbar 一案，聯邦第九巡迴法院即於判決中指出，原名 Lew Alcindor 的原告雖然因為宗教因

<sup>266</sup> *Id.*

<sup>267</sup> Denicola, Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols, 62 No. Carolina L. Rev. 603, 623-27 (1984). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:44.

<sup>268</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:48.

素將自己的名字改為 Kareem Abdul-Jabbar，但這並不表示被告可以任意使用Lew Alcidor 這個名字而不致侵害原告的個人公開權<sup>269</sup>。法院認為「根據加州的制定法，所謂『姓名』並不限於原告現正使用的名字。本案被告在其廣告中使用了原告改名前的名字以吸引電視觀眾的注意，進而獲致了商業上的報酬」，這樣的行為即可能構成對原告個人公開權的侵害。第九巡迴法院於是指示此處的事實爭點在於「Lew Alcidor 這個名字是否『等同於』Kareem Abdul-Jabbar 所指涉之人，如同‘Here’s Johnny’中的‘Johnny’與‘Johnny Carson’所指涉的為同一人那樣。」而將此爭點之判斷交由事實審之陪審團決定。

## 第二款 同名同姓的問題

既然一個人可能會跟其他許多人同名同姓，那麼光是「姓名具有同一性」應不足以確定其所識別之人物。出現在案件使用情境的其他附加因素必須也能證明被告所使用的名字會被一般人識別為原告，對原告的個人公開權侵害方能成立。依多數實務見解，判斷姓名可識別性的法則為「指涉法則」（the of and concerning rule）。此一法則源自於損害名譽法，後來也在許多個人公開權法的案例中被援用。尤其在虛構故事的角色命名會否構成對個人公開權侵害的討論中，此原則尤其重要：如果被告所創造的虛構角色只是單純地和原告的姓名相同，而無其他證據得指出該角色係指涉並有關於原告本身，被告的命名行為便不足構成對原告個人公開權之侵害<sup>270</sup>。

然而在某些事實得一望即知的案件中，我們也不能太過強調附加因素及使用情境作為判斷因素的重要性。舉例來說，曾經有一名被告在未經授權的情況下重製並販賣披頭四樂團的唱片。被告將該唱片的藝人標明為“John, Paul, George and Ringo”<sup>271</sup>。被告就個人公開權之訴的部分聲稱該名稱所指的並不是披頭四樂團，法院反駁其抗辯指出：「很明顯的，名字分別叫“John, Paul, George and Ringo”的四個人擺在一起時並不會被大眾認作是披頭四樂團以外的其他人物組合。」

<sup>269</sup> Abdul-Jabbar, 75 F.3d at 1400.

<sup>270</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:49.

<sup>271</sup> Apple Corps Ltd. v. Adirondack Group, 124 Misc. 2d 351, 476 N.Y.S.2d 716, 718–19 (Sup 1983). 轉引自 *id.* § 4:50.

### 第三款 常用詞彙與某人姓名同一的問題

除了同名同姓的狀況外，如果原告的名字另外有其文字上的意義及所代表的事物，那麼原告在指控被告因使用自己的姓名侵害其個人公開權時，也必須舉證證明被告的行為是為了指涉原告這個人，而非只是要使用或表達該名字的一般詞義所指涉之事物。

### 第四款 將他人姓名修改後使用

有時被告會將原告的姓名作變造後再使用。此時的爭點則為在被告的使用情境下，是否有足夠多的閱聽者會將變造後的姓名識別為原告本人。法院在進行判斷時，並不會因為被告所使用的是「類似」原告的原名而非直接「挪用」便認為被告的使用行為不構成個人公開權之侵害<sup>272</sup>。

### 第五款 綽號、藝名及筆名

#### 第一目 概說

一個人可能被用以識別的稱呼除其姓名外，尚可能包括其綽號、藝名、筆名及其他稱謂<sup>273</sup>。對於使用他人綽號、藝名或筆名等的情況，若這些本名以外的稱呼在被告的使用情境下足以識別原告這個人，即可能會構成對原告個人公開權之侵害。然對於紐約州制定法中所載的「姓名」範圍為何，實務判決尚未達成一致的共識：有些法院採限縮解釋，認定綽號不足以成為具識別性的名稱，也有法院持相反的見解。

至於我們該如何判斷一個人的綽號是否具有其個人形象識別性，而得受法律保護？學者 McCarthy 認為，在可能得知被告使用行為的一般大眾中，須有一定多數的人識得該綽號代表原告本人。如果某人的某個綽號只限於他的少數親朋好友知曉，那麼被告對此綽號的使用將不構成個人公開權之侵害。

<sup>272</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:53.

<sup>273</sup> *Id.* § 4:56.

## 第二目 著名案例：Crazylegs 案

關於使用他人綽號而構成個人公開權侵害之代表性案件為 1979 年的 Crazylegs 案<sup>274</sup>。該案原告 Elroy Hirsch 曾是一位有名的美式足球明星。他從大學時期起就因為他特別的快跑方式得到了“Crazylegs”的綽號，並且也以此綽號聞名於職業美式足球界。此外，他也以瘋狂快腿的稱呼出現在各個商業廣告中。至於被告則是一名女性除毛凝膠的銷售商，並將所販售的一款除毛凝膠命名為 Crazylegs。

原告主張被告的行為構成對其商標權及個人公開權之侵害；被告則就個人公開權侵害的部份，抗辯其產品為和美式足球運動完全無關的女性除毛用品，通常沒有任何人會在看到女性除毛用品時聯想到原告這位運動健將。就被告這部份的主張，原告則提出反駁，舉證指出被告曾多次積極以此一商標進行在運動活動中進行商業贊助，因而更容易使人將此商品和原告的身份產生聯想。

威斯辛州最高法院綜合上述案件事實及雙方主張，推翻了前審之見解，認為原告的主張得合法成立，且關鍵的事實爭點為：被告是否因為使用了和原告綽號相同的商標名稱而藉原告的形象獲取了商業上的利益？對此爭議的結論則須留待陪審團作成決定<sup>275</sup>。

其實綽號得否作為人物識別的符號問題，在隱私權法的領域也曾被討論過。著名隱私權學者 Prosser 對此議題採肯定見解，認為「顯而易見地，藝名、筆名及其他稱號如果得以代表識別原告，那麼原告便有權拒絕他人對該稱號未經授權的使用<sup>276</sup>。」

## 第六款 使用他人姓名之一部：Johnny Carson 案

原告 John W. Carson 是一個知名的電視節目主持人。而被告在未經原告同意的

<sup>274</sup> Hirsch v. S.C. Johnson & Son, Inc., 90 Wis. 2d 379 (1979).

<sup>275</sup> *Id.*

<sup>276</sup> William L. Prosser, *Privacy*, 48 CALIF. L. REV. 383, 404 (1960). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:57.



情況下，將其所販售的流通廁所之廣告標語撰為：「強尼來了（Here's Johnny）！」並且在副標中寫道：「世界知名的喜劇表演者。」聯邦第六巡迴法院審酌相關證據後，認為一般大眾有相當高的可能性會將被告商品標語中的“Johnny”識別為原告 Johnny Carson，因此認定原告之主張為有理由。然採反對立場的 Kennedy 法官則認為，“Here's Johnny”這句標語並不是原告所曾創造標幟自己形象的方式，其意義也不僅限於娛樂產業上的用途。既然花費時間心力想出系爭標語的人是被告而非原告本人，故被告的行為幾乎沒有任何剝奪原告努力掙來的成就或其獨有之權利<sup>277</sup>。

對於不同意見的論點，多數意見指出被告使用系爭標語是為了和原告的形象有所連結，被告對此見解亦不否認；至於原告是否曾「發明」或「擁有」這句標語或其所象徵之全部意義並非重點，被告在系爭使用情境下是否會讓一般大眾認為標語中的“Johnny”即是 Johnny Carson 本人才是法院應考慮的議題，因為原告的形象確實是其「努力掙來的成就及其獨有之權利」，也是其個人表徵所具有的重要價值。故雖然被告並無使用原告的全名，就本案的使用情境而言，被告的行為確有對原告的個人公開權造成侵害<sup>278</sup>。

綜上所述，考慮使用他人姓名或其他名稱的個人公開權議題時，重要的爭點係落在可識別性要件上——即構成侵權與否之關鍵在於事實上是否有一定程度的相對多數人會將該名稱識別為原告本人。至於原告通常會以什麼樣的名稱被他人識別則非重點。

## 第二項 肖像

### 第一款 肖像的可識別性判斷基本原則

肖像是具有可識別性的個人形象表徵，它可以被用來明確識別一個人的形象及身份，這是不證自明的事實。在美國歷來的實務判決中幾乎未見任何法律意見認為

<sup>277</sup> Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831, 839 (6th Cir. 1983).

<sup>278</sup> *Id.* at 836-38.



肖像易有識別性不足的問題。事實上，在許多案件中法院對於肖像的識別性都是不待多作討論而直接予以承認的<sup>279</sup>。不過在少數的個人公開權案件中，被告仍會提出關於肖像中人物識別性的抗辯，而法院也曾針對這些爭議予以討論，並且樹立了一些關於可識別性的基本原則如下<sup>280</sup>：

- (1) 首先，即使原告在訴訟時的容貌特徵已隨時間產生變化，只要系爭肖像（不論是照片、畫像或其它圖像）中的原告曾是可被識別的，那麼原告即享有個人公開權上的損害賠償請求權。
- (2) 其次，有多少人能從系爭照片中認出原告只會影響案件的損害賠償額度，而非判斷被告有無侵權的必要條件<sup>281</sup>。
- (3) 在 *Ali* 案中，法院認為紐約州法中所保護的原告「畫像或照片」尚且及於「原告所得被人識別的外貌表徵」，而不僅限於對原告面孔樣貌的正面呈現，即使被告在使用原告照片時未直接指明其中的人物就是原告本人時亦同<sup>282</sup>。

## 第二款 肖像不限於「面孔的呈現」——The Cohen Test

比較特別的情況發生在 1984 年的 *Cohen v. Herbal Concepts, Inc.* 案中<sup>283</sup>。*Cohen* 案（又稱“The Nude Back Case”）的被告為促銷其減肥產品 “Au Natural” 而擅自令攝影師在未經原告的同意下拍攝原告母女兩人的裸照作成平面廣告，並將該廣告廣為傳播。使本案具爭議性的原因有二，一是原告母女二人皆非知名人物，二是因為由於系爭照片是由兩人的側後方、在一定的距離以外拍攝的，故原告的臉孔並未在該廣告中出現。

紐約州上訴法院認為本案係為合法成立的個人公開權訴訟，因為紐約州隱私權

<sup>279</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:60.

<sup>280</sup> *Id.* § 4:61. (citing *Negri v. Schering Corp.*, 333 F. Supp. 101, 103-04 (S.D. N.Y. 1971)).

<sup>281</sup> *Id.*

<sup>282</sup> *Ali*, 447 F. Supp. at 726.

<sup>283</sup> *Cohen v. Herbal Concepts, Inc.*, 100 A.D.2d 175 (1st Dep't 1984), *aff'd*, 63 N.Y.2d 379 (1984).

法及個人公開權法規中所保護的「肖像」並不以包含權利人可得識別的面孔為要件，也不限於可被一般大眾可識別的個人特徵。由於原告母女二人在系爭照片中係為全裸入鏡，而原告的丈夫作證表示他能從系爭照片中認出他的妻子，如此便足以讓訴訟成立了<sup>284</sup>。該法院參與審判的法官一致認為，既然案件得以成立，那麼本案的事實爭點即為系爭照片中人物的可識別性，而原告須就此事實爭點負舉證責任，證明其身份得單純地從該照片中被識別出來。法院並進一步指示，有鑑於原告之身份非為知名人物，包括「髮型、骨架、肢體輪廓及姿態等在內的「輔助識別元素」（aided identification）」——都得為充分的證據。

上述的肖像可識別性判斷標準後來被稱為“The Cohen Test”。此一標準確立了：(1) 原告的面孔並非判斷有無可識別性之要件；(2) 若原告熟識之人得從被告使用之肖像中認出原告，該肖像即具可識別性等原則；然而這也表示如果被告所使用照片中並無任何可得識別原告的特徵證明，那麼即便事實上照片中的人物確為原告，被告仍不致侵害其個人公開權<sup>285</sup>。

### 第三款 加州特別法規

加州州制定法有將關於肖像可識別性的判斷標準明文化。在 Cal. Civ. Code § 3344(b) 及 Cal. Civ. Code § 3344(b)(1) 中，作為個人公開權保護標的的「照片」包括了「任何人於任何照片或是以相關技術重製的靜像、動態影像或電視現場轉播畫面中得被輕易地識別其身份者。」而所謂「得被輕易地識別其身份者」，該法規指的是「當有人能以肉眼觀看並合理地判斷照片中的人物和提起法律訴訟之人為同一人時」，可識別性的要件即告完備<sup>286</sup>。

### 第四款 使用模仿者之肖像

如果在廣告中不直接使用名人的肖像，而是使用其模仿者（look-alike）的肖像

<sup>284</sup> 法院對此證據之證據能力是有但書的：若原告的丈夫並非單純地從照片本身認出他妻子，而是因為他當初有在場觀看到拍攝的過程，那麼其所言即不足為證。See 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:61.

<sup>285</sup> *Id.*

<sup>286</sup> Cal. Civ. Code §§ 3344(b), 3344(b)1.

來引起大眾的注意，這樣的使用行為仍可能滿足可識別性之要件，此時行為人即須負起侵害個人公開權的損害賠償責任。

相關的重要判決為 1984 年的 *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.* 一案<sup>287</sup>。其案件事實如下：著名設計師精品服飾品牌 Christian Dior 在其休閒服飾系列的一支平面廣告中以虛構之名流婚宴為背景，讓一位替身模特兒裝扮成原告美國前第一夫人賈桂琳·甘迺迪·歐納西斯的模樣，與其他許多名人共同出席該場婚宴派對。歐納西斯本人發現上述事實後即向法院聲請禁制令，以禁止被告一切散布該廣告的行為。法院經審酌相關事實後，認定被告行為包含了蓄意使觀者聯想到原告本人的意圖，故核准了該禁制令的核發。法院在解釋法律時表示，紐約州隱私權及個人公開權法規所欲保護者乃個人特質的核心價值，使其人格與形象免於非自願的盜用行為。故此法規適用對象不僅針對偷拍或其他未經授權使用原告本人肖像之行為，而尚及於任何利用特定人物外貌特徵以傳達指涉該名人物身份的一切行為——即便其所呈現者非為該特定人物本人之真實肖像，而僅係對其外貌特徵有意圖的擬真<sup>288</sup>。

此一判決對於使用名人模仿者來打廣告的行為作出了法律上的重要規範：在檢視系爭肖像的可識別性要件時，法院認為「照片有註明姓名」並非必要的條件，甚且認為紐約州制定法中所指的「肖像權」及於較字面上更廣的範圍——即在使用名人的替身之肖像時，仍可能構成對該名人肖像權之侵害，以防止當行為人蓄意在廣告中利用他人形象或外貌的關鍵特徵時，藉由使用模仿者的手段來規避其法律責任。法院認為，若不如此規定，那麼當某位知名人物拒絕某個廣告商的代言邀約，該廣告商便可找個神似該名人的「替身」來混淆消費者的視聽，法律必須制止這種「搭便車」的行為。此外值得注意的是，*Onassis* 案的被告並未對原告某張既有的特定照片進行仿效，而是整體性地揣摩原告的外貌形象。學者 Malkan 評析此判決時指出，使用模仿者之肖像在個人公開權侵權態樣中可被視為一種「偽造」原肖像以達成欺瞞觀者的行為，其與透過對原肖像再加工的「變造」行為應有同等的可歸責性

<sup>287</sup> *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.*, 122 Misc. 2d 603 (Sup 1984), *judgment aff'd*, 110 A.D.2d 1095 (1st Dep't 1985).

<sup>288</sup> Jeffrey Malkan, *Stolen Photographs: Personality, Publicity, and Privacy*, 75 TEX. L. REV. 779, 807-08 (1997).

後續類似案件在援用 Onassis 的判決時，則更進一步認為如果被告使用原告的照片時將其姓名註明為其他第三人，將不必然導致該肖像使用行為無法滿足可識別性要件而使被告得以免責。事實上，這種不實標示他人姓名的行為可能會給被告帶來更多的法律責任，例如不實廣告及毀謗等等<sup>290</sup>。

### 第三項 虛構角色形象

當行為人所盜用者為他人所扮演過的角色形象時，是否亦有可能構成對原本扮演該角色之演員的個人公開權侵害呢？美國實務藉由歷來相關案件的累積，對上述議題概採肯定見解。簡而言之，有些演藝人員能夠藉由他們的舞台風格及表演方法或所詮釋的角色特徵創造出一種「表演人格」，並使該表演人格對普羅大眾而言總是和該演員本身具有難以分割的緊密連結，甚至可視為一體。在這樣的情況下，當被告在某個商業廣告或產品標示上使用了某位演員的所扮演的角色之形象，若該角色與該名演員具有相當緊密之關係，則被告可能會被認定為具有識別性而侵害該名演員的個人公開權。至於被告所使用的個人表徵所識別者究竟為飾演該角色之演員本人，抑或其所識別者僅為一單純的虛構角色，而該演員曾飾演過該角色，則屬事實爭點<sup>291</sup>。

#### 第一款 將虛構角色形象列為保護客體之理由

根據學者 McCarthy 的見解，法律沒有理由不保護一位表演者獨特而具可識別性的角色人格<sup>292</sup>。事實上，在許多情況下，某些表演者的公眾形象僅來自於他所扮演的角色，而非其私生活中的人格與身份。基於上述理由，這些表演者的商業相關形象與其演藝生活以外的形象無關，相反地，他們苦心耕耘投資的是一個獨特的「表

<sup>289</sup> *Id.* at 807.

<sup>290</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:64 (citing *Peck v. Tribune Co.*, 154 F. 330 (C.C.A. 7th Cir. 1907), *rev'd*, 214 U.S. 185, 29 S. Ct. 554 (1909), *rev'd*, 214 U.S. 185, 29 S. Ct. 554, 53 L. Ed. 960 (1909).).

<sup>291</sup> *Id.* at §4:68.

<sup>292</sup> *Id.* at §4:68-73.

演人格」。事實上，形象（persona）在拉丁文中的原義本就是表示一種用在劇場上、可以強調演員聲音的共鳴，以製造某種情境轉換或角色表象的面具<sup>293</sup>，關於個人形象商業利益之保護，當然可能得及於專業表演者的獨一無二的表演人格。

舉例來說，偉大的喜劇演員查理·卓別林在其戲劇生涯為數眾多的作品中以扮演名為「夏洛特」的小人物最廣為人知。這位夏洛特總是留著小鬍子，穿戴褪色的黑禮帽、過大的黑皮鞋，以及一套破舊的西裝。這個虛構角色形象在人們心中留下了經典的印象。但當卓別林在真實的人生中進行與演藝無關的其他活動時（比方公開受領英國牛津大學的文學榮譽博士學位），可能鮮少有人能夠認出他就是在默片喜劇中引人發噱的那個卓別林。此時假設有人未經其同意在某支商業廣告中使用了夏洛特種種著名的形象表徵，卻辯稱由於他並未使用卓別林本人任何「真實」的形象表徵，故其行為無法使人識別出卓別林本人而不構成個人公開權之侵害，這樣的理由恐怕也會被大眾視為笑話一則<sup>294</sup>——這個例子可以用來說明一個人（通常是職業演藝人員）確實應得以他所曾詮釋的角色形象獲人識別，並以此角色的種種特徵作為主張其個人公開權的自我形象表徵。

## 第二款 將虛構角色形象列為保護客體的門檻<sup>295</sup>

然而，一個演員僅飾演過某個舞台上或影片中的角色並不足以使該角色成為他自己可識別的形象表徵。在一般的情況下，該角色的相關商業權利僅屬於劇作著作權的所有人。是故，接下來的問題便是，究竟一個演員和他所飾演的角色需有多緊密的關係，才能據該角色主張自己的個人公開權？學者 McCarthy 認為，一個角色「可被識別為某演員的身份」，和一個角色「只會讓人想起某位演員」這兩者之間，有著重要的分別。至少在個人公開權案件中，原告必須證明他的案件事實屬於前者，才能使被告的行為構成侵權。換句話說，在以虛構角色作為形象表徵的個人公開權案件中，該角色必須有「內化」為原告形象之事實，可識別性要件才告滿足<sup>295</sup>。

<sup>293</sup> MALKAN, *supra* note 89, at 832 (citing ROBERT C. ELLIOTT, THE LITERARY PERSONA, 20–21 (1983)).

<sup>294</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:68.

<sup>295</sup> *Id.* § 4:69.



於是，這類案件的爭點係關於可識別性要件具備與否的事實判斷問題——究竟被告的使用行為主要是針對獨立於原告（飾演者）形象之外的虛構角色，抑或反之，其針對者得指涉至一特定人之個人形象？如果就一般合理之人的通常認知而言其所識別之核心形象指涉者為某位演員本人，那麼我們便可認定這名演員的形象遭不法之使用，被告的行為於是構成個人公開權之侵害。

### 第三款 實務上的發展

#### 第一目 Loftus 案的開創

早期美國各法院關於將戲劇角色視作某位演員得主張個人公開權之形象表徵的案件並未能提供我們太多相關的判準法則。第一個涉及角色形象的個人公開權案件應是 1920 年的 Loftus v. Greenwich Lithographing Co. 案<sup>296</sup>：原告 Gladys Loftus 自 1917 年起在知名歌舞劇場 Midnight Frolics 中登台亮相。她的舞台扮相係當年極負盛名之時裝設計師 Lady Duff-Gordon 為其量身打造的玫瑰花禮服，並搭配一頂獨特的飾有玫瑰葉的帽子。同年在原告的同意下，攝影師 Alfred C. Johnson 為她拍攝了身著此套禮服的照片，並將此攝影作品於哈潑時尚、大都會、以及城市與鄉村等著名雜誌中進行發表。1918 年初，被告 Greenwich 印刷輸出公司為電影“Shame”製作輸出宣傳海報，在該海報中，一名男子以責備的神情俯視著身穿上述玫瑰禮服、且貌似 Loftus 的女子。被告方面坦承負責繪製這幅海報的畫家是按照攝影師 Johnson 為原告拍攝的照片來描繪畫中女子的，但辯稱畫中女子的姿態與形貌都有經過調整與改作，且該畫作亦具備衍生著作所必須的要件<sup>297</sup>。

在事實爭點部份，法院認為原告在此畫像中是可被識別的，因為畫中女子和原告在舞台上的著名角色穿的是相當類似的玫瑰特製禮服，並頭戴同樣的玫瑰葉帽。雖然這樣的案件事實也可能被視作被告對原告照片的著作權之侵害，然而承審法院認為，在本案首應保護的財產權利，係「藉由舞台服裝得被識別的原告之形象權（即個人公開權）。」判決書中指出：「本案中並無證據能證明任何原告以外的人

<sup>296</sup> Loftus v. Greenwich Lithographing Co., 182 N.Y.S. 428 (1st Dep't 1920).

<sup>297</sup> *Id.* at 428-29.



曾公開穿著過系爭戲服，因此我們可以公平地認為，原告在公眾所被識別的即為她所扮演的系爭舞台角色，而該角色正是以此等服裝與姿勢為人識別的<sup>298</sup>。」

另被告抗辯系爭畫作與原告外貌的「接觸距離」(distance of access)已遙遠至原告之個人公開權所能及的範圍。上訴法院否定此抗辯，並表示若本案的這兩張照片/畫作足以呈現同樣的人物形象，則即便被告的畫作刻意以部分改作的方式迴避兩者相間的相似性，仍將被視為有實質上的近似。上訴法院認為 Johnson 所拍攝的照片及被告製作的海報中的人物，實質上都會被識別為原告本人，且系爭海報「雖非完整的重製品，但具備所有原告照片的重要特徵<sup>299</sup>。」故被告的行為仍構成對原告權利之侵害。

## 第二目 Logosi 案的論辯

隨著相關案件的累積，美國法院對於應如何判斷某個虛構角色得否作為某演員的個人形象表徵，並維持判決的一致性，開始有了較多的討論。一個值得檢視的案例是 1979 年 Lugosi v. Universal Pictures 案中加州最高法院的多數意見與不同意見之間的論辯<sup>300</sup>。Lugosi 一案的原告為演員 Bela Lugosi 之繼承人，其主張 Bela Lugosi 在生前於美國環球影業所製作的電影“Dracula”中扮演著名吸血鬼德古拉公爵而聞名於世，他也是首位在電影中詮釋此一角色的演員，故 Lugosi 就他飾演該角色的樣貌特徵應享有財產上的權利，且此一權利應得於其死後存續。因此，當環球影業之後令其他數名演員「使用 Lugosi 所扮演角色的特徵」來飾演德古拉公爵時，這樣的行為即構成對 Lugosi 形象財產權利的侵害。

該案的多數意見認為，系爭影片中扮演吸血鬼德古拉公爵的個人公開權權利人 Bela Lugosi 既非飾演他自己的真實身份，亦非該角色的創造者，故不應就系爭角色享有個人公開權<sup>301</sup>。撰寫協同意見書的 Mosk 法官表示，法院並非不認為演員不可能就其飾演的角色獲個人公開權保護。當某位演員自創一個前所未有的角色，並以

<sup>298</sup> *Id.* at 429.

<sup>299</sup> *Id.* at 430.

<sup>300</sup> *Lugosi v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425 (Cal. 1979). (最後該法院以 4 比 3 的多數決判被告勝訴。)

<sup>301</sup> *Id.* at 432.

自己獨創的方式詮釋它時，該演員即很有可能得就此角色享有其個人公開權，例如 1975 年的勞萊與哈台案<sup>302</sup>；然不同意見認為，雖然原告不得主張 Bela Lugosi 「擁有」對德古拉公爵一角絕對的個人公開權，但應仍得就其所飾演的德古拉公爵主張個人公開權。最後本案判決並未能針對演員和其所飾演的角色該具有如何的關係以成立個人公開權之案件設下明確的標準，但其貢獻在於指出了表演人與虛構角色所帶來之形象商業利益歸屬的判斷爭議重點所在<sup>303</sup>。

### 第三目「不可分原則」(Inextricably identified test)的建立：McFarlan 案

直到 1994 年的 McFarland v. Miller 一案，第三巡迴法院才建立了所謂的「不可分原則」，以作為判斷此類案件的基準<sup>304</sup>。在該案判決中，第三巡迴法院表示，一個演員只有在其所飾演的某個角色與他的公眾形象緊密結合以至不可分的程度時，這名演員才得就該角色之形象享有個人公開權。此一判決確立了表演人得否就其角色主張個人公開權，端視其個人形象和該角色的形象之結合程度如何，而與該表演人是否為該角色的創造者或著作權人無涉<sup>305</sup>。

### 第四目 後期著名案例：Marx 案

晚近的馬克斯三兄弟案 (Groucho Marx Productions, Inc. v. Day and Night Co., Inc.) 之判決亦贊同此一觀點<sup>306</sup>。原告馬克斯三兄弟以他們著名的舞台角色「Groucho、Chico 與 Harpo」為人所熟知，而這些角色不論在質或量上也都幾乎都占了他們演藝人生的全部。如果一般人看到私底下的馬克斯三兄弟，恐怕反而會完全認不出他們來。因此，當被告抗辯其使用近似馬克斯三兄弟之舞台角色形象並不構成對他們本人的個人公開權侵害時，法院即無法認同這樣的論點。參與本案審判的法官 Conner 明確地指出：「馬克斯三兄弟確實是藉由充實了他們所創造的角色才

<sup>302</sup> *Id.* at 432-33 (citing *Price v. Hal Roach Studios, Inc.*, 400 F. Supp. 836, 845 (S.D. N.Y. 1975)).

<sup>303</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:71.

<sup>304</sup> *McFarland v. Miller*, 14 F.3d 912, 920-921 (3d Cir. 1994). *See also id.*.

<sup>305</sup> *Id.* *See also* 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:72.

<sup>306</sup> *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day and Night Co., Inc.*, 523 F. Supp. 485 (S.D. N.Y. 1981), judgment rev'd, 689 F.2d 317 (2d Cir. 1982).

能掙得他們在演藝事業上的所得及地位，然而這些角色與他們在真實人生中的個性習慣等人格特色並無必然的關聯。事實上，這三兄弟的所有演出、工作合約，以及接拍的廣告都是以他們著名的獨特角色來取得金錢上的報酬對價。是故被告抗辯其未使用原告『本人』日常的形象表徵，因而不致侵害他們的個人公開權，這在常識上是完全沒有邏輯可言的<sup>307</sup>。」

#### 第四款 個人公開權與著作權的競合

除了可識別性的事實上爭點外，此類案件常涉及的問題是：當某個電影製片公司已經擁有系爭角色的著作財產權時，飾演該角色的演員是否還能主張他基於該角色的個人公開權？在 1995 的 *Wendt v. Host Intern., Inc.* 案（又稱 *The Cheers Case*）中，原告 John Ratzenberger 與 George Wendt 分別飾演派拉蒙影業於 1982 至 1993 年間發行的長紅影集 “Cheers” 中的兩名要角 “Cliff” 與 “Norm”。被告 Host International（以下簡稱 Host）則為一間專門經營機場連鎖餐飲業務的公司，Host 公司在派拉蒙影業的授權下於美國境內的數個機場開設「Cheers 主題酒吧餐廳」，該餐廳內部的裝潢則係以 Cheers 一劇中幾乎集集出現的「Cheers 酒吧」為佈置藍本<sup>308</sup>。

Host 公司為使其餐廳佈置的主題性更為完整，故曾向 Ratzenberger 與 Wendt 兩人請求個人公開權之授權，使被告得在餐廳中使用以 Cliff 及 Norm 這兩個角色為造型的真人尺寸機器人，並將他們擺放在劇中兩人在酒吧裡常會坐的老位子。然而由於兩名原告不願為此授權，Host 於是將兩尊機器人的外貌作了微幅的修改，並把他們更名為 “Hank” 與 “Bob” 逕行使用。在訴訟過程中，本案的訴訟參加人派拉蒙影業曾表示反對原告之主張，認為若允許演員們在這類案件中勝訴，將導致著作財產權擁有者的利益形成過去未曾有過的限縮，一審的法院亦據此理由裁定不受理此案。然受理上訴的聯邦第九巡迴法院則認為即使派拉蒙影業擁有 Norm 與 Cliff 這兩個角色完全的著作財產權，但針對系爭機器人與原告之間的「形象表徵相似成分」，此一個人公開權之訴仍得成立。第九巡迴法院在此並為「文學性的角色：Norm 與 Cliff」，與「個人形象的呈現：兩名原告的扮演成果」劃出了界線：前者

<sup>307</sup> *Groucho Marx Productions, Inc.*, 523 F. Supp. at 491.

<sup>308</sup> *Wendt v. Host Intern., Inc.*, 125 F.3d 806, 809 (9th Cir. 1997).

的財產權屬性為聯邦法上的著作財產權，所有人為派拉蒙影業；後者的財產權屬性則為州法上的個人公開權，所有人為飾演此二角色的兩名原告，兩者並為得受法院承認的權利<sup>309</sup>。

此外，在前述 McFarlan 案的判決中，法院亦表示演員和製片公司間關於角色之著作權歸屬的契約不會影響該演員對於使用其角色形象的第三人主張個人公開權的能力，因為這類案件的爭點並非關於某位演員和某製片公司（戲劇著作權所有人）誰擁有對某個角色的權利——權利的歸屬問題乃是存在於該演員和使用系爭角色形象的契約外第三人之間<sup>310</sup>。

## 第四項 聲音

### 第一款 概說

前面幾個小節的內容說明了表演人格所能表彰的個人公開權是許多表演者所能創造最重要的形象價值核心。雖然許多相關案件係著眼於視覺上的形象表徵，然而人們在聽覺上所能接收認識的形象內涵在許多時候並不亞於視覺所能帶來的效果。學者 McCarthy 認為，在政策上排除將「聲音」視為個人表徵之一種的可能性是不合情理的。此處所謂的「聲音」包括了獨特的人聲特質、表現語調的方式，甚或藉由樂器或其他人工發聲方式的音響效果。在美國，除各州制定法有特別限制的情況外，多數的普通法原則上皆支持將聲音視為得具備可識別性之個人表徵。關於聲音的個人公開權保護可能引發被著作權之預先排除的相關問題並容後述<sup>311</sup>。

早年在美國曾有許多法院認為個人公開權所保護的形象商業價值僅限於視覺上、外觀上的，故認定聲音表徵不足以滿足可識別性要件<sup>312</sup>。直到 1988 年，聯邦第九巡迴法院才以 Midler v. Ford Motor Co. 一案立下了突破性的里程碑<sup>313</sup>。在該案件

<sup>309</sup> *Id.* at 812.

<sup>310</sup> *McFarland*, 14 F.3d at 921.

<sup>311</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:74.

<sup>312</sup> *Id.*

<sup>313</sup> *Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

中，福特汽車公司請某個廣告商找來了一位聲音酷似知名影／歌星 Bette Midler 的歌手錄製一支汽車廣告的配樂。Midler 於是對該汽車公司提起個人公開權之訴。第九巡迴法院判定原告 Midler 勝訴，並在判決書中具體揭示了一個人的身份形象得以其聲音獲人識別的原則：

「一個人的聲音和他的面孔一樣，是獨特而個人的。人類的聲音可說是最能明白彰顯某個人身份的要素之一。舉例來說，當我們接起電話，聽到對方回應一聲『喂』時，往往就能辨別出某個親朋好友的身份……當一個歌手總是以她獨特的音色及唱腔展現自己的個人特質時，私自模仿她的歌聲以作商業廣告用途即是竊用她的身份財產權<sup>314</sup>。」

不過時至今日，美國仍有少數州（如密西根）的普通法尚未承認聲音得作為具有可識別性的個人形象表徵<sup>315</sup>。

## 第二款 聲音作為個人形象表徵

### 早期相關案件

第一個討論以聲音作為個人形象表徵議題的案件是 1962 年的 Bert Lahr 案。在該案判決中，聯邦第一巡迴法院認為，紐約州隱私權法規中的「姓名與肖像」不得擴張解釋至包含聲音的部份，然而被告在廣告中所模仿的原告聲音確實具有可識別性，故就原告在不正競爭部份的請求，法院判決原告之主張為有理由<sup>316</sup>。

而在 1970 年的 Nancy Sinatra 案中，法院認為如果歌手並非所演唱歌曲之著作權所有人，那麼在判定可識別性要件成立與否時，法院便不能將系爭歌曲的詞曲著作內容視為用以識別該歌手的要素。亦即，該歌手的聲音表現風格所帶來的可識別性必須是獨立於任何特定歌曲外仍能存在的。這樣的觀點類似於前述關於戲劇表演者的可識別性判別基準——一個演員的表演風格必須內化成其個人形象的一部份，

<sup>314</sup> *Id.* See also 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:74.

<sup>315</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:74.

<sup>316</sup> Lahr v. Adell Chemical Co., 300 F.2d 256 (1st Cir. 1962). See also *id.* § 4:77.

（McCarthy 指出，雖然原告請求所根據的條文是分別屬於隱私權法、不正競爭法及損害名譽法，然法院在處理不正競爭議題時，所討論的內容確實與個人公開權之保護客體息息相關。）



而非僅令人具有其飾演過某一角色的印象，其表演風格才得被視為滿足個人公開權之可識別性要件<sup>317</sup>。

立場更保守者為 1973 年 Booth 一案之判決。判決書中載道：「……然而，在此等案件（即個人公開權案件）中，原告必須舉證證明他的姓名或樣貌有遭被告使用。既然系爭廣告所使用的歌聲的演唱者是不具名的，也並未使用任何關於原告的姓名或樣貌來指明此歌聲的出處，法院便須判決原告的個人公開權未受侵害。」<sup>318</sup>

### 第三款 里程碑 Bette Midler 案<sup>319</sup>

直至 1988 年 Bette Midler 一案的判決確定後，美國法院對於聲音模仿案件的態度與論理模式方有較為開放性的進展。Midler 案的被告福特汽車公司在 80 年代後期推出了一系列的電視廣告，廣告中以許多 70 年代勁歌金曲作為重點元素，訴求對象則是當時具有高消費力的青年族群。廣告製作單位為此成功邀得了幾位原唱者來替他們重錄歌曲，然而知名女歌星 Bette Midler 拒絕了此項邀約。於是該製作單位便請來了一個聲似 Bette Midler 的歌手代為演唱 Midler 在 1973 年的名曲 “Do You Want To Dance”，並指示該歌手「要唱得越像 Bette Midler 越好。」<sup>320</sup>

第九巡迴法院判定原告 Bette Midler 就加州普通法上的個人公開權之訴訟得成立。該法院表示：「當一個有高知名度的職業歌手擁有她特殊的嗓音與唱腔，而有某業者為了商品銷售的目的故意模仿她的聲音來製作廣告，那麼該名業者便是盜用了不屬於自己的東西，而在加州法規的規範下構成侵權行為。」法院指出，1970 年的 Nancy Sinatra 案原告所本的是不正競爭法上的請求權，故對本案沒有拘束力。而雖然被告行為並未違反加州制定法關於個人公開權的規定，（因為「使用模仿原告的聲音」在嚴格的解釋下，並非使用原告的聲音）；然而被告行為不構成制定法上的侵權並不會影響原告在普通法上的請求權。而由於一個人的聲音，正如同他的姓名

<sup>317</sup> *Sinatra v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 435 F.2d 711, 168 U.S.P.Q. 12 (9th Cir. 1970). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:77.

<sup>318</sup> *Booth v. Colgate-Palmolive Co.*, 362 F. Supp. 343 (S.D. N.Y. 1973). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:77.

<sup>319</sup> *Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

<sup>320</sup> *Id.* at 461-62.



樣貌等任何其他表徵，是可茲識別其身份形象的，故第九巡迴法院推翻地方法院認定被告勝訴的簡易判決，並將案件發回地院<sup>321</sup>。地方法院重行審理此案後，宣判原告 Bette Midler 勝訴，並判給 Midler 四十萬美金的損害賠償金。隨後的上訴法院維持原判，本案即告確定<sup>322</sup>。

#### 第四款 後續發展——Tom Waits 案

Bette Midler 案的判決對個人公開權規範客體之範圍有著具啟發性的重要意義。1992 年，第九巡迴法院對 Waits v. Frito-Lay, Inc. 一案的判決，即建立在 Midler 案的基礎上，將以聲音為個人形象表徵的規範內涵發展得更為完整<sup>323</sup>。

該案原告 Tom Waits 是美國著名的創作歌手，他的歌曲風格和嗓音都具有令人難忘的特色。Waits 自出道以來便未接受過任何廣告的邀約，並曾公開表示他認為音樂工作者不應和廣告商合作，因為那會減損其作為一名藝術工作者的個體完整性。然而樂事公司在一支墨西哥玉米脆片零食的廣告中，讓 Tracy-Locke 廣告製作公司以一名模仿 Waits 的聲音的歌手，演唱旋律風格近似 Waits 名曲 “Step Right Up” 的廣告歌，並在各電視台播送。Waits 於是向 Frito-Lay 及 Tracy-Locke 根據加州普通法及藍能法第 43 條 (a) 項，提起個人公開權及不實代言的訴訟<sup>324</sup>。

在本案判決中，第九巡迴法院再次確認「聲音」是足以識別一個人形象的表徵之一，亦即為個人公開權保護的標的。該法院在指示陪審團應參考的判斷依據時，將 Midler 案中所揭示這類案件中原告應負的舉證責任內容條列如下<sup>325</sup>：

- (1) 被告有為商業目的使用原告聲音表徵的意圖——該法院表示，「聲音風格」本身並非個人公開權所要保護的標的，然一個獨特的「聲音表徵」所代表的個人形象確實是應受保護的。

<sup>321</sup> *Id.* at 463-64.

<sup>322</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:78 (citing Midler v. Young & Rubicam Inc., 944 F.2d 909 (9th Cir. 1991)).

<sup>323</sup> Waits v. Frito-Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

<sup>324</sup> *Id.* at 1097-98.

<sup>325</sup> *Id.* at 1100-02. See also 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:78.

- (2) 其所使用的聲音是獨特的——一個聲音「獨特」的定義為：一聲音與其他歌手的聲音是可被分辨的，且具有特定的音質或個性，得被指認為某特定的歌手所獨有。「獨特性」是一個相對性的要素，陪審團得「以其自身的常識來決定原告的聲音是否足夠獨特以至於應賦與其法律上的保護。」
- (3) 其所使用的聲音是廣為人知的——而一個聲音「廣為人知」的定義則為：一聲音「是被一相對廣大區域中相當數量以上的人所認識的；若一個歌手尚未達到被公認為『巨星』的程度（the status of "superstardom"），則其歌聲便不能算是達到『廣為人知』的標準。」

此外，由於聲音這項個人形象表徵比起姓名或肖像，對個人身份的指涉力畢竟較低，故有實務意見認為在以「聲音表徵」作為唯一權利客體的個人公開權案件中，被告之主觀亦應納為侵權行為之構成要件。1993 年的 Jarvis 一案判決即採此一見解。該法院指出，單純地對一歌曲進行「取樣」的使用行為不必然侵害演唱者的個人公開權，當被告的目的只是要使用該歌曲的旋律，而與演唱者的形象無涉時，其行為僅會構成著作權的侵害<sup>326</sup>。

## 第五款 音樂演奏

一位歌手的以其特殊的音色及唱腔得使其歌唱表演人格具有可識別性，已如上所述；那麼一位樂手是否也可用其特殊的演奏方式確立其表演人格之可識別性呢？

早年的相關案例都發生在紐約州。理論上，判斷此類個人公開權之訴成立與否時，關鍵應在於被告所模仿原告之「演奏風格」是否足夠獨特以致於不僅有部份樂迷會將該演奏風格固定地識別為原告個人形象的一部分。不過實際上法院所採取的似乎是較為相對性的標準——即在不違反著作權法的前提下，如果被告的行為是以仿效原告（比方某位知名專業爵士樂手）的經典演奏橋段，並將這樣的演奏內容灌錄成唱片加以發行販售，法院便傾向認定「在與原作相競爭的唱片作品中模仿音效的行為」是合法的；然而如果被告是為宣傳音樂以外的商品或服務，而逕自在廣告

<sup>326</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:78 (citing Jarvis v. A & M Records, 827 F. Supp. 282, 299 (D.N.J. 1993)).

中模仿某位知名樂手的演奏方式及情境，那麼法院便會傾向認定原告之請求為合理，進而宣判被告敗訴<sup>327</sup>。如果這樣的判斷模式形成常態，則顯然會使判決論理具有邏輯上的瑕疵：因為被告行為是否違反著作權法本來不應是衡酌其有無侵害他人個人公開權之要素，而唱片之灌錄與發行本身亦是商業行為。故法院未來若欲明確地將在此情境下仿效他人演奏風格之行為與在廣告中進行者作一區辨，則應提出更進一步合理的論理基礎。

## 第五項 其他物件

### 第一款 具有象徵意義的物件

一個人的形象也可能經由某個與其緊緊之有形體的物件來獲人識別。此等物件對擁有他的人而言具有類似「名字」的作用<sup>328</sup>。相關問題例如可識別性要件的成立與否，以及其所具備的個人公開權價值多寡，則屬系爭案件的事實爭點。申言之，一個人的外表樣貌、聲音及動作行為等皆是由他的軀體所表現的種種表徵。由於這些表徵的來源和這個人的肉身全然不可分，是故我們很輕易地就能認可這種種表徵是具有可識別性的。然而「名字」——包括本文前面所討論的姓名和能指名一個人身份的其他稱呼——，不同於上述表徵，其雖非人與生俱來的標記，也不似外貌聲音那般具體，卻被公認為識別一個人的首要方式。接下來的問題是：足以扮演「名字」的角色者，除了文字言語上的稱呼，是否還能及於和一個人有緊密標記關係的無生命物件？這樣的物件又須和他的擁有者具備如何的關係，才能被認定適格於具個人公開權可識別性的形象表徵？

### 第二款 著名案例（一）：Motschenbacher 案

首先為上述問題提供明確解答的是第九巡迴法院就 1974 年 *Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*，一案的判決。該案原告 Lothar Motschenbacher 是一名職業賽車手，他針對菸商 R.J. Reynolds 公司在為旗下的 Winston 香煙品牌所製作的電視廣

---

<sup>327</sup> *Id.* § 4:75.

<sup>328</sup> *Id.* § 4:84

告中使用了十分近似他在比賽時所使用的車輛塗裝之圖片的行為，提起個人公開權的訴訟。一審的地方法院以即決判決認定在被告的廣告畫面中，一般人無法確定識別出照片中的車手是否就是原本原告本人，故以即決判決（summary judgment）認定被告並無侵害原告的個人公開權。案件上訴至第九巡迴法院後，一審判決即被推翻。第九巡迴法院認為原告在系爭廣告中身份之可識別性是應受審判的事實爭點，原告應有機會在事實審理程序中證明其權利受到侵害<sup>329</sup>。以下茲就案件事實及第九巡迴法院的論理作進一步之介紹：

原告 Motschenbacher 指出他的個人形象是藉由其專屬賽車上的特殊塗裝樣式來建立識別度的。一直以來，他的賽車塗裝都是以全紅的底色，搭配車頭及車尾的細白條紋飾邊，以及白橢圓底、黑色字的「11」號選手號碼標誌。他並指出沒有其他的賽車具有一樣的獨特塗裝樣式。而在系爭廣告中，被告係以一張在賽車場上實拍的照片為基礎，並加上漫畫式的設計對白框後，以動畫方式呈現其欲表達的廣告訊息，諸如「你知道嗎？Winston 香煙抽起來好極了！這正是一支香煙該有的味道。」在這張照片最前方出現的實際上即是原告所駕駛的賽車，然而被告對這張照片多作了些更改，例如將原告賽車上的「11」號字樣改成「71」，以及在該賽車上標上 Winston 香煙的商標等。而前述原告車輛的重要特徵（如紅底細白飾邊及選手號碼標示的樣式）則清楚地被保留在畫面中<sup>330</sup>。

原告亦提交了一些證人所作的書面口供，證明他們能夠立即地從系爭廣告中辨別出上述車輛是屬於原告的。由於在一般情況下賽車手及車隊的收入有相當部份是來自廣告贊助，而車手會將贊助商的商標印於賽車服或車輛塗裝上，原告於是指控被告的行為等同於未經同意使用了他的形象及代言權<sup>331</sup>。

第九巡迴法院審酌上述事實後於判決中作成以下的結論：「雖然我們和地方法院同樣認為原告本人的樣貌在系爭廣告畫面中是無法被識別的，然而，地院據此便認為畫面中的賽車手無法被識別為原告，則是不當的結論……廣告中的賽車所呈現的外表特徵不但是原告賽車所獨有的，它也確實會讓一些人認為那便是原告所駕駛

<sup>329</sup> Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974).

<sup>330</sup> *Id.* at 822.

<sup>331</sup> *Id.* at 823.

的賽車<sup>332</sup>。」是故，對一個人的形象具有緊密的標識或象徵意義的物件可能會和他的姓名具有相同的識別作用。任何人在此情況下得就其被標識的形象主張個人公開權，但並非表示此人對是項物件會多有任何得據以主張的權利<sup>333</sup>。惟須注意的是，個人公開權所保護者為「人的形象價值」，而非「形象價值之固著物」。

### 第三款 著名案例（二）：Vanna White 案

關於此議題最有名的案件應是 1992 年的 White v. Samsung Electronics America, Inc.案<sup>334</sup>。原告 Vanna White 是一位知名的電視節目主持人，她所主持的「命運輪盤（Wheel of Fortune）」遊戲節目是電視史上最受歡迎的綜藝節目之一。而被告三星電子在系爭廣告中以一個和 White 在命運輪盤節目中同樣打扮的機器人、操作和該節目中同樣的遊戲轉盤，來為該公司新生產的錄放影機作廣告。系爭廣告的宣傳標語是：「西元 2012 年，最歷久不衰的遊戲節目。」該廣告是三星電子當時所製作的一系列平面廣告中的一支，此系列廣告將時間背景設定在未來的二十年後，表現屆時的消費者將透過被告的電子產品接收各項有趣的流行文化產品<sup>335</sup>。

White 根據加州制定法、加州普通法以及藍能法第 43 條 (a) 項向法院控告三星電子公司違反個人公開權及不實代言的相關規定。地方法院判決支持原告所有的請求；上訴審的第九巡迴法院認為被告行為並未違反加州制定法的規定——由於加州隱私權制定法（含個人公開權相關規定）的侵權要件包括對原告「外形樣貌」（likeness）的使用，而第九巡迴法院認為系爭廣告中以機器人對原告外型進行趣味性的模仿，並不能算是使用了原告的「樣貌（likeness）」，故判決原告在州制定法上的個人公開權未受侵害。由於三星電子公司在系爭廣告中使用的是「具有機械外型的機器人」而非「以 White 精確樣貌形塑而成的人體模形」，第九巡迴法院於是認定原告在加州制定法上之訴因不成立，故推翻地方法院就此部份的判決<sup>336</sup>。

---

<sup>332</sup> *Id.* at 827.

<sup>333</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:86

<sup>334</sup> White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395, 20 Media L. Rep. (BNA) 1457, 23 U.S.P.Q.2d 1583 (9th Cir. 1992),

<sup>335</sup> *Id.* at 1396.

<sup>336</sup> *Id.* at 1397.



然而在討論普通法的訴因成立與否時，如同大多數個人公開權的判決，第九巡迴法院判別可識別性的基準是建立在案件中所有得用以識別原告形象要素所綜合呈現的整體狀況；法院引述 Motschenbacher 案、Midler 案及 Carson 案，強調普通法上的個人公開權不限於對原告「姓名與樣貌」的使用，任何對原告具有可識別性的表徵進行使用之行為都可能構成個人公開權的侵害：「系爭廣告機器人的穿著打扮也許並非原告所獨有，被告或許也可以聲稱如此打扮的『女機器人』轉動遊戲紙盤的模樣不過就像某個正在玩拼字遊戲的女人一般。然而這些要素再搭配上和原告所主持節目同樣的佈景，系爭廣告中的機器人便可以合理地被認為使用了 Vanna White 的個人形象表徵。事實上，被告公司內部都以『Vanna White』作為他們這支廣告的代號。我們並不感到意外。」而「最歷久不衰的遊戲節目」這樣的廣告標語也暗示了廣告中出現的遊戲節目就是原告主持的「命運輪盤」。為決定被告是否有不法使用原告的個人形象，法官 Alfred T. Goodwin 在判決書中列表一一比對了系爭廣告中之機器人與 White 的外貌特徵，發現該機器人所呈現的形象在當時世上只可能指涉原告本人，進而作出三星電子公司確有使用 White 形象的結論。簡言之，就三星電子使「頭戴假髮、身穿長袍並配戴珠寶的機器人操作『命運輪盤』遊戲道具」的行為，法院裁定原告 Vanna White 得維持其訴因成立，並將案件發回地院就普通法的個人公開權及不實代言部分重行審判<sup>337</sup>。最後事實審之陪審團認定被告於個人公開權及不實廣告法上之侵害事實存在，並判給 Vanna White 美金四十萬餘元的損害賠償金。

White 一案的判決引起了相當的爭議。第九巡迴法院的 Kozinski 法官即提出了強烈的不同意見。他擔心這樣的判決意味著任何廣告對知名人物形象僅進行「暗示性的使用」都將構成侵權行為<sup>338</sup>。雖然 Goodwin 法官在判決書中區分商業使用與非商業使用的不同言論自由保護標準，以試圖解決本案事實在第一修正案爭議上的疑慮，但 Kozinski 法官反駁道，這樣的論理代表法院已偏離了社會現實的真相：「在我們的流行文化中，銷售行為必須帶有娛樂作用，而娛樂行為必須帶有銷售作用已是常態，故所謂商業及非商業行為的界線不僅是趨於模糊，而是已然消失。誰能明確指出三星電子廣告中的模仿演出和『週六夜現場』或 Spy 雜誌中的相同單元有什

---

<sup>337</sup> *Id.* at 1399.

<sup>338</sup> *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 989 F.2d 1512, 1514 (9th Cir. 1993).



麼差別呢？實際上它們都是利益導向的媒體，也都藉由使用名人形象的方式來進行販售行為——只不過前者賣的是 VCR，後者賣的是廣告；……同時它們也都試著娛樂大眾，並且為我們的文化添注了些許新元素。不論這些元素是否值得被社會長久留存；而在這些活動也總有希望自己的形象並非被如此呈現的人們<sup>339</sup>。」

另一位持不同意見的 Arthur L. Alarcon 法官認為，原告的形象不可能獨立於其姓名、聲音、外貌特徵及簽名等傳統上代表一個人身份的表徵而存在，更不可能完全仰賴其扮相（例如衣著、髮型及首飾）來代表其形象。而即便三星廣告中的機器人有意藉由上述的扮相揣摩 White 在命運輪盤中的形象，Vanna White 本人對此形象亦無任何財產上的權利，因為此一扮相所代表的乃是「命運輪盤」節目的整體形象設計，White 只是負責照本宣科地表現其中的一個部份而已<sup>340</sup>。其他批評者一般認為，法院在 White 案判決中並未提供足夠明確的規範標準，讓廣告製作者知道構成此類侵權的界限為何<sup>341</sup>。

雖然 Alarcon 與 Kozinski 這兩位法官的不同意見顯然因為過度堅持將 White 的私人身份與職業身份區隔，而忽略了在某些情況下，這兩種身份確實可能相互混同。但 Kozinski 的不同意見仍為 White 一案的判決所帶來的爭議提出了值得省思的概念。有趣的是，根據學者 Malkan 的見解，Alarcon 法官所持不同意見的理由正好可以用來說明 White 的主持扮相得以完全代表其形象（至少可代表其有經濟價值的形象）權利內容的原因——Alarcon 法官認為 White 的名氣全然來自於擔任命運輪盤節目的主持人，她的樣貌雖然具有魅力，但其面孔或身材都不足夠特殊以和任何其他為相同扮相的女性產生明確的區隔；此外，她主持該節目的方式也相當簡單而直接，並不特別具有個人特色。也就是說，White 並未對她的主持身份作出任何「藝術能力的展現」，其個人特質亦未展現任何特色於其主持身份之上，故 White 並不應就其身為命運輪盤的主持人之形象主張個人公開權。然而 Malkan 首先指出，「藝術能力的展現」本來即非個人公開權存在之要件，且正由於 White 並未作出任何

<sup>339</sup> *Id.* at 1520.

<sup>340</sup> *White*, 971 F.2d at 1402.

<sup>341</sup> Sheldon W. Halpern, Essay, *The Right of Publicity: Maturation of an Independent Right Protecting the Associative Value of Personality*, 46 HASTINGS L.J. 853, 866 (1995). See also 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 4:87 (citing Stephen R. Barnett, *First Amendment Limits on the Right of Publicity*, 30 TORT & INS. L.J. 635, 645 (1995)).

「扮演」、「模擬特定角色」的動作，她在命運輪盤節目中所展現的即是最接近她本人的真實形象；其次，White 的知名度全然來自其遊戲節目主持人身份的事實，也正代表她本人與她所扮演的角色具有相同的個人公開權價值。她專屬於她所扮演的角色，她所扮演的角色也在事實上專屬於她<sup>342</sup>。

按學者 Malkan 的見解，假設性格表現是一個人展現自我的形式，而外貌表現則是一個人展現性格的形式，在 Loftus 案及 Onassis 案中，法院實務逐步肯認了自我展現之形式與自我的實質內涵在司法審判上的不可分性，因而認定即便被告並未直接完整地「挪用」原告的外貌表現，他仍可能因為盜用原告的性格表現方式而構成個人公開權之侵害。Malkan 認為，當第九巡迴法院判決 White 得維持對三星電子公司的訴因成立時，即是對個人外貌與性格的不可分性全面的承認<sup>343</sup>。

#### 第四節 小結

在美國，不論是學術界或是實務上的多數意見皆一致認為：所有人——不論是否為知名人物——都應受完整的個人公開權保護。此外，原告個人表徵是否「已被商業運用」不應成為個人公開權訴訟成立與否之要件。而依原告形象商業價值推定原則，如果被告為了商業上獲益的目的使用原告的個人形象表徵，那麼我們便可推定原告的形象是具有商業價值的。個人公開權案件的原告在此原則下，便無須證明自己的知名度如何，便能得到適切的保護與賠償。

政治領域人物屬於較特別的個人公開權主體，因為在第一修正案的規範下，關於政治領域中的人物之言論及意見是受到言論自由及新聞自由的最高度保障的。在隱私權法的傳統上，那些屬於政治領域的人幾乎完全不得主張隱私權法上的權利，個人公開權法亦繼受了同樣的概念。根據 Paulsen 一案所揭示的意旨，關於全國性的政治事務是一個永遠具有最高新聞價值的領域。任何人在進入這個領域的時候，都必須放棄任何會限制到他人批評這些政治事務的可能之權利。不論這個人原本的身份是否為政治人物。然而，如果有人將政治領域成員的形象表徵私自挪用於完

<sup>342</sup> MALKAN, *supra* note 89, at 816-17 (1997).

<sup>343</sup> *Id.* at 810.

全的商業用途，那麼該政治領域成員應該仍得主張其個人公開權受到侵害。

至於非自然人的個體，例如動物與法人及其他團體，按美國當今之學術與實務之通說，尚不得成為個人公開權之主體。

個人公開權之客體傳統上包括姓名、肖像等得識別一個人身份的形象表徵。根據 *Crazylegs* 案之判決，所謂姓名得包括藝名、筆名及綽號等；而根據 *Cohen* 一案所揭示的法則，所謂肖像並不限於臉孔，在系爭照片或圖片中之一切輔助識別元素（aided identification）包括「髮型、骨架、肢體輪廓及姿態等」都得為證明肖像可識別性之元素。此外，如果在廣告中不直接使用名人的肖像，而是使用其模仿者（look-alike）的肖像，這樣的使用行為仍可能滿足可識別性之要件而構成個人公開權之侵害。

依美國實務見解，個人公開權之適格客體尚包括一個人所扮演之虛構角色形象、聲音以及隨身之物件。當一名演員能夠藉由他們的舞台風格及表演方法特徵創造出一種表演人格，並使該表演人格對大眾而言總是和演員本身具有難以分割的緊密連結時，對此表演人格未經授權的商業使用即會構成對該演員個人公開權之侵害；此外，第九巡迴法院在 *Bette Midler* 及 *Tom Waits* 等著名案件的判決確立了「聲音」是足以識別一個人形象的表徵之一，並得為個人公開權保護的標的；最後，第九巡迴法院經由 *Motschenbacher* 及著名且具爭議性的 *Vanna White* 案中指出，一個人的形象具有緊密的標識或象徵意義的物件可能會和他的姓名具有相同的識別作用，是故有意圖地盜用他人用以建立個人形象的扮相、整體外觀樣貌等，亦可能構成個人公開權之侵害。

## 第五章 個人公開權在我國的現況與可能之發展

### 第一節 概說

目前在國內，隨著資訊傳播方式與廣告形態之多元化，個人形象——尤其是藝人等知名人士的姓名與肖像等——也蓬勃地發展出各種商業上的用途；此外，個人藉由傳媒及各種綜藝節目建立自我形象風格及知名度進而獲得廣告代言機會的例子亦屢見不鮮。於是，姓名、肖像等本來為個人所固有的人格價值（人格權），往往會因被商業宣傳行為利用後，具有其個別經濟價值上的評價（財產權）<sup>344</sup>。那麼在我國，當一個人的姓名、肖像在商品化事業或廣告上被擅自冒用時，該名當事人得依據何種法源，對冒用者請求損害賠償以及停止正在進行或將來可能發生的使用行為呢？以下即舉三項實務上發生過的案例以說明目前國內待討論之相關問題：

一、商界名人何麗玲（以下簡稱何），於二〇〇二年一月間接受美麗佳人雜誌（Marie Claire）之專訪，替該雜誌從事專訪的人員事前並未告知何該專訪係為法頌牌（Faconnable）手錶所拍攝之專輯，而僅表示其採訪主題為「圓融人生」，希望何向其讀者談談如何待人處事方能獲致成功。何依約前往拍攝專訪照片時，採訪者即拿出法頌錶數只，向何妄稱如能於拍攝採訪時配戴該品牌之手錶將更能彰顯其品味，於是何麗玲即配戴現場所提供之手錶完成當天之訪談與拍攝工作。詎料其後該採訪者竟將當天所拍攝之照片整理過後，作成促銷法頌牌手錶之廣告，並於雜誌中附加法頌錶各項產品之圖樣、標價，且於所附標題中加上「法頌錶與何麗玲的『錶』情對話」，該八頁之促銷廣告中並於最後一頁詳列法頌錶之各地代理商之地及電話。上述廣告經編排後，先是刊登於九十一年二月號美麗佳人國際中文版促銷廣告夾頁中，後又被製作成單獨之小冊，置放在法頌錶各經銷商處，以作為法頌錶該季之宣傳品及產品型錄，供不特定之消費者賞閱索取。何麗玲遂對該雜誌出版社、雜誌社社長、總編輯、採訪員及手錶廠商提起侵權行為損害賠償之民事訴訟，主張上開被告侵害其肖像權等人格權，並請求財產上及非財產上之損害賠償。此案

<sup>344</sup> 劉得寬，人格權上的「Publicity 權」（公表權）——以日本判例、學說為中心，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月，頁 115-116。

被告方面針對原告的主張，則抗辯系爭專訪係為「圓融人生」的手錶廣告專輯，並於專訪前曾表示將贈送原告價值七萬多元之法頌錶，原告亦有接受並答謝，以原告之精明幹練及社會歷練，應係明知被告有意為法頌錶促銷之事實；且系爭廣告照片仍經原告同意所拍攝之自信、愉悅之照片，對原告之形象有肯定提升之作用，自無侵害原告人格權利之情事等等<sup>345</sup>。

二、前副總統夫人、中國小姐連方瑀（以下簡稱連）於二〇〇四年三月總統大選期間，應中天娛樂電視台「康熙來了」節目之邀，偕其丈夫及家人暢談家庭生活點滴，其中當主持人詢問連保養之秘方時，連遂透露其所使用之美白產品為萬芳醫院醫師所開立之處方退斑軟膏，並表示該軟膏價格低廉但效果良好。詎於該次錄影約一個月後，連之友人在台北市之連鎖藥局無意間發現得陞生技醫藥公司所生產的三款美白藥品，在未經連的同意之下，隨藥附送印有其肖像之廣告文宣，或以彩色印刷廣告提供予藥局，置於藥局中供人觀看，且該三款美白藥品並不需醫師處方箋即能輕易購買。連於是對得陞公司提起侵權行為損害賠償之訴，請求被告賠償其非財產上之損害<sup>346</sup>。

三、二〇〇二年間，大眾電信股份有限公司為促銷其所發售之中文傳呼機計畫拍攝一系列之電視及平面廣告。在廣告開拍前，該公司曾主動與魔岩唱片公司接洽其所屬歌手吳俊霖（藝名伍佰）為此傳呼機之代言人，然為魔岩唱片所拒，事後大眾電信公司即未經伍佰本人或魔岩唱片的同意之下，自行決定以模仿伍佰之方式完成廣告拍攝。其宣傳手法概以演唱會為背景，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。廣告中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，為其銷售之傳呼機進行宣傳。魔岩唱片公司認為大眾電信之宣傳內容係以戲謔不實之手法使用伍佰之名稱，致誤導消費者及損害藝人形

<sup>345</sup> 台灣台北地方法院九十一年度訴字第2476號民事判決。

<sup>346</sup> 台灣台北地方法院九十三年度訴字第2351號民事判決。



象與信譽，遂依公平交易法第二十條第一項第二款、第二十一條第一項、第二十二條及第二十四條之規定，向公平交易委員會提出檢舉<sup>347</sup>。

綜觀本論文前四章的內容概可想見，上述三則案例若發生於美國承認個人公開權的州內，原告一方勢必會以個人公開權作為其請求權基礎；而雖然我國目前並未針對個人公開權有特別立法之保護，但依憲法第二十二條之概括規定，「凡人民之其他之自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」因此，個人公開權並不因其未有法律明文規定而不受保障。實際上，吾人並不難在民法、公平交易法等法規中發現有涵蓋到類似美國個人公開權之規定。故本章將依序檢視民法、著作權法、商標法、公平交易法等法規可資提供之保護，並將上述各領域之法規與美國法對於個人公開權之保護進行比較，同時檢視國內法院的相關判決，以了解實務對於相關案件在法律適用上的見解，進而檢討個人公開權在我國法上是否已有充足之保護。

## 第二節 民法

一般而言，侵害個人公開權之行為，例如冒用名人之肖像在自己產品之宣傳廣告當中，或是妄稱某知名人士係為自己產品的代言人，不外乎是對於知名人士姓名、肖像等個人形象表徵的不當使用。而姓名權、肖像權，此等與個人公開權相關之權利規範，在我國主要見於民法總則編之條文中。實則，民法對於人格權之保護與個人公開權有所重疊，亦有互不相涉之處。要言之，我國民法就人格權的保護，基本上著重在個人人性尊嚴的維護，而本論文所討論之個人公開權，則是針對個人形象之經濟利益保護所作的規範。以下即先概述我國民法對於人格權之相關規定，再討論當一個人的個人形象表徵遭人盜用時，所可能在民法上主張的請求權基礎，以檢視民法上的個人公開權保護是否完備。

### 第一項 人格權之概念

<sup>347</sup> 台北高等行政法院八十九年度訴字第三一四四號判決。

民法第十八條規定，「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」民法第十八條所稱人格權係指「一般人格權」而言，即指關於人之存在價值及尊嚴的權利。一般人格權經具體化而形成各種特別人格權，民法明定的有姓名（第十九條）、生命（第一九四條）、身體、健康、名譽、自由（修正前第一九五條第一項）。民法所以規定特別人格權的主要理由，在使被害人得請求慰撫金。為強化對人格權的保護，民法債編修正將原一九五條第一項「不法侵害他人之身體、健康、名譽或自由者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分」修正為：「不法侵他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。」以擴張民法對人格權原有之保護範圍，及於信用、隱私、貞操等之侵害，並增訂「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<sup>348</sup>。

人格權之保護主要涉及侵權行為法。人格權受侵害時，被害人得主張者主要為不作為請求權（第十八條第一項）及損害賠償請求權<sup>349</sup>。關於損害賠償請求權，參照民法第一八四條第一項前段之規定，因故意或過失不法侵害他人的人格權者，關於財產上之損害，被害人得請求回復原狀，其不能回復原狀或回復原狀顯有困難者，得請求金錢賠償（第二一三條以下）。關於非財產上損害，原則上亦得請求回復原狀，其不能回復原狀或回復原狀顯有困難者，以法律有特別規定者為限，始得請求賠償相當的金額（慰撫金）<sup>350</sup>。

## 第二項 人格權之主體<sup>351</sup>

<sup>348</sup> 民法債編修正，第一九五條，立法理由。

<sup>349</sup> 王澤鑑，民法總則，2009增訂版，頁138。

<sup>350</sup> 前揭註，頁142。

<sup>351</sup> 王澤鑑，「人格權保護的課題與展望（四）- 人格權的主體 -」，台灣本土法學雜誌，103期，2008年2月，頁67-79。

民法第六條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」第七條則規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」是以我國民法對於人格權之主體認定概採傳統見解，以自然人及未死產的胎兒為限，且胎兒因其尚未出生，其保護範圍受有限制。為與美國個人公開權所保護之主體作一比較，以下就我國民法關於「死者人格權」與「法人及非法人團體的人格權」之保護概為說明：

## 一、死者人格權

我國民法對於死者人格權的保護並未設有規定，係認人死亡後，權利能力消滅，人格權亦無所附麗，不復存在；法律既無明文規定，故在實務上亦無相關判決；學說方面也少有討論。惟人的價值仍存留屍體之上，即無論對屍體的性質採取何種見解，均應肯定對屍體不得任意使用、收益或處分，而應作為祭祀、埋葬的對象，以維護人的尊嚴。學者黃立主張當死者之肖像權涉及商業之利用時，仍係財產權利，繼承人仍得主張其權利<sup>352</sup>。然此一主張涉及人格權是否具有財產性質的議題，而此議題在我國目前之理論及實務界皆未有定論<sup>353</sup>。

## 二、法人及非法人團體的人格權

法人——包括社團法人及財團法人——依民法第二十六條規定亦得享有人格權。現行法對法人的人格權尚無設有限制規定。依學說及實務見解，法人的人格權範圍，以非專屬於自然人所有之人格法益為限——亦即法人得享有姓名權、名譽權及信用權；但不得享有生命、身體、健康、身體自由、貞操等權利。至於法人是否得享有隱私權，則略有爭議。參照司法院釋字第63號解釋及歷來司法實務，隱私權係指保障個人生活私密領域，免於他人侵擾及個人資料資訊自由控制的權利，故應以自然人為權利主體。

<sup>352</sup> 黃立，「人死後有無人格權侵害之問題」，台灣本土法學雜誌，第40期，頁117。

<sup>353</sup> 見本章本節第四項之討論。

因故意或過失不法侵害法人的人格權，或故意以背於善良風俗之方法加損害於法人者，應負損害賠償責任。此項損害包括財產上損害及非財產上損害——關於財產上的損害，應包括商品銷售數量及營業因此受影響的財產不利益，法院應斟酌損害的原因及其他一切情事，依所得心證定其數額<sup>354</sup>；至於法人名譽權所受侵害而發生的非財產上損害（即精神上痛苦）亦得請求回復名譽的適當處分，然就此非財產上損害被害人是否得請求慰撫金，目前尚有可爭議之處：依最高法院六十二年台上字第二八六號判例，法人名譽受損害時，並無精神痛苦，故不得請求慰撫金；然最高法院九一年台上字第二二六號判決採不同見解，認為法人雖無精神痛苦，但於損害不能回復時，亦得請求慰撫金。

非法人團體，例如未依法為法人登記的同鄉會或宗教團體等，雖無權利能力，而不能如同法人享有非專屬於自然人的人格權，但亦屬一種組織體，具有一定的社會作用，故應類推適用民法第二六條規定，認其亦得享有姓名、名譽等非專屬於自然人的人格法益，而受符合其本質及目的的保護。

### 第三項 人格權之客體

#### 一、對姓名之保護

民法第十九條特別規定：「姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害。」足見民法對姓名權之重視。姓名權既屬人格權的一種，應有民法第十八條第一項規定的適用。故姓名權受侵害時，除得請求法院除去其侵害外，其有受侵害之虞時，得請求防止之。就要件言，以客觀上違法侵害姓名權為已足，加害人有無故意或過失，則非所問。依國內之學說，姓名權侵害之主要情形有：干涉他人自己決定姓名、盜用他人姓名、冒用他人姓名，及對他人姓名之不當使用<sup>355</sup>。

至於姓名權受侵害時之損害賠償請求權（民十九條），適用上尚有爭議。最高法院五一年度台上字第一一一四號判例肯認姓名權受侵害者，亦得請求慰撫金，似

<sup>354</sup> 最高法院九一年台上字第二二六號判決。

<sup>355</sup> 王澤鑑，侵權行為法第一冊，頁138-139，1998年。

將所謂損害賠償解釋為非損產損害賠償。而被害人依民法第十九條規定請求損害賠償時，學說上有強調姓名權的侵害人應負無過失損害賠償責任者<sup>356</sup>，亦有認為仍須以侵害人之故意或過失為要件者<sup>357</sup>。

## 二、對肖像及其他個人表徵之保護

肖像權（right of portrait）乃是以自己肖像的利益為內容的權利，進一步言則指自然人就以其為內容之攝影（包括照片與錄影）所享有之權利。我國民法並無明文規定對真實人物肖像之保護，而係以民法第十八條概括規定之。然肖像既是以自然人為內容，則其為人格之表現、並含有濃厚之人格利益，屬於一般人格權而受民法之保護，在我國實務上幾已無異議，自不待言<sup>358</sup>。

肖像權為民法第一八四條第一項前段所稱的權利，因受他人故意或過失不法侵害時，被害人得請求損害賠償，包括財產上損害賠償及非財產上損害賠償。又肖像權係民法第一九五條第一項所稱「其他人格法益」，於侵害情節重大時，就非財產上損害，亦得請求賠償相當金額（慰撫金）。

至於如聲音等其他個人形象表徵，亦可能透過民法一般人格權之規定獲得保護。

## 第四項 人格權的財產性質

依傳統見解，人格權乃存於權利人自己人格上的權利，因出生而取得，因死亡而消滅，在權利關係存續中不得讓與或拋棄，係屬於一身所有的非財產權。然晚近亦有國內學說認為，因社會經濟活動的擴大、科技的發展，特定人格權（尤其是姓

<sup>356</sup> 史尚寬、洪遜欣。轉引自王澤鑑，前揭註6，頁146。

<sup>357</sup> 王澤鑑，前揭註，頁146。

<sup>358</sup> 謝銘洋，論人格權之經濟利益，固有法制與當代民事法學，戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁127。



名權及肖像權)既已進入市場而商業化,如作為雜誌的封面人物,推銷商品或出版寫真集等,具有一定經濟利益的內涵,應肯定其兼具有財產權的性質<sup>359</sup>。

學者王澤鑑指出,當一個人的姓名權及肖像權遭強制商業化及獲利剝奪時,被害人在私法上除傳統之損害賠償請求權外,得主張加害人返還所獲利益的請求權基礎尚有四項:一、以獲利作為量定慰撫金的一項因素;二、不當得利請求權;三、不法管理;四、類推適用無體財產權。其中第一項請求權基礎涉及慰撫金應否具有制裁預防的功能,其他三項請求權基礎則皆涉及人格權的財產性質<sup>360</sup>。例如偷拍他人照片以作為自己發行雜誌之封面照片,係侵害他人肖像權,取得應歸屬於他人的權益,或可成立不當得利。此時受害人得依不當得利規定請求侵害人返還使用其肖像的利益,而以通常應支付的對價計算其應償還的價格(第一七九條、第一八條)<sup>361</sup>。如此即得在民法既有的規定下為侵害人格權的財產權性質部份提供可能的救濟;不法管理請求權則係依民法第一七七條第二項,即以加害人明知肖像的使用為他人之事務,而為自己之利益管理之者,被害人得請求返還因管理所得之利益;類推適用無體財產權(智慧財產權)受侵害的損害賠償請求方法,則使被害人得類推適用著作權法第八八條、專利法第八五條,或商標法第六六條等規定據以請求,此時問題在於肖像權與著作權是否具類似性及其類推的「同一法律理由」。然不論基於上述何種請求權基礎,承認人格權的財產權性質都會涉及社會文化、人格價值及新聞自由相關議題,故顯具討論上的困難性<sup>362</sup>。

學者謝銘洋則直接將人格權之內涵區分為二,一為對人格利益之保護,另一則為對經濟利益之保護,並認為法律應積極承認人格權之經濟利益內涵,使權利人透過權利之行使,可享有一定的人格權之經濟利益<sup>363</sup>。至於哪些人格權具有經濟利益

<sup>359</sup> 王澤鑑,前揭註6,頁147。

<sup>360</sup> 王澤鑑,人格權保護的課題與展望(三)——人格權的具體化及保護範圍(3):肖像權,台灣本土法學雜誌,第87期,頁77-78。

<sup>361</sup> 王澤鑑,前揭註6,頁147。

<sup>362</sup> 王澤鑑,人格權保護的課題與展望(三)——人格權的具體化及保護範圍(3):肖像權,台灣本土法學雜誌,第87期,頁78。

<sup>363</sup> 所謂「限制性讓與」(Beschränkte)之觀念,指的是在授權契約中,被授權人所取得之授權,係由本體權利(即母權, Mutterrecht)所分離出來之部份權利內容(即子權, Tochterrecht),此一分離並非終局之分離或讓與,其強調分離出來之權

之內涵？原則上以人格權之類型區分，其利益核心越逼近一己之人身權者，經濟利益之內涵就越少：例如生命權，即應無容許其有經濟利益內涵之餘地；至於健康、身體、自由等權利，其經濟利益之內涵亦極為有限；而非人身性之權利，而是與社會接觸有關之人格權，例如姓名、肖像、名譽、隱私、著作人格權、個人資料保護權等，其具有之經濟利益內涵則較高<sup>364</sup>。而在人格權不得讓與之前提下，至少可承認債權效力之授權契約，且在物權效力之授權契約尚有爭議的情況下，謝銘洋教授建議可參考德國學者 Forkel 所提出之「限制性讓與」概念，以兼顧授權契約雙方當事人之利益<sup>365</sup>。

## 第五項 相關實務見解之探討

### 一、何麗玲法頌錶代言案

以本章第一節所載何麗玲控告美麗佳人雜誌一案為例，原告所請求者乃被告侵害其肖像權的財產上損害及非財產上損害二者。在財產上損害部分，原告主張其為社會知名人士，被告等人利用其知名度為品牌手錶宣傳，卻未支付分文之廣告代言費用，故請求財產上損害二百五十萬元；另就非財產損害部份，因被告除擅將廣告刊登於其雜誌外，並將照片作成小冊數千本致不特定人可以隨意拿取，對原告造成精神上損害，故請求慰撫金二百五十萬元。本案經台灣台北地方法院判決，認為肖像權係屬一般人格權，且被告侵害原告人格權之事實存在，原告就上述兩部份之請求皆有理由。就財產上損害之部份，原應按原告「所受之廣告報酬之損害數額」酌定之，然因原告未就此部份舉證，法院爰衡酌原告之社會知名程度，認定其所受財產上損害數額為二十萬元；至非財產上損害部分，則以被告國際亞洲公司（雜誌出版社）未給付予原告任何對價，但受有被告瑞士海外公司（法頌錶代理商）就系爭

利與本體權利之間仍有一定之關連存在，人格權人之權利僅於達成契約目的與利益之必要範圍內，分離並移轉部份權能於被授權人，一方面被授權人之利益因取得部分權利而可以受到保護，另一方面其本體權利仍保留在人格權人處，以確保人格權主體之利益，人格權人於有重大事由時，仍得隨時終止契約，而且一旦此一分離之子權歸於消滅，則其權利內容即自動回復到人格權人身上，而不須有任何返還之行為。參閱謝銘洋，前揭註 15，頁 123-124。

<sup>364</sup> 前揭註，頁 124。

<sup>365</sup> 前揭註，頁 132-138。

手錶廣告專題之承攬報酬三十萬元，及兩告身份地位、教育程度、經濟能力、原告所受之精神痛苦之程度及被告國際亞洲公司之出版品美麗佳人雜誌於雜誌界之評價，認原告受有精神上之損害（即慰撫金）以三十萬元為適當。

台北地方法院就本案的判決雖准予原告二十萬元的財產上損害賠償金，然對於決定此賠償金額的理由僅謂「因原告未舉證其所受之廣告報酬之損害數額，本院爰衡酌原告之社會知名程度，認定其所受財產上之損害數額為二十萬元。」語意似有未明——究竟原告應舉證所受廣告報酬損害數額之具體內容為何？是否得以原告以往代言之平均收入為參考？或得以被告所多得之利益而定？還是須舉證原告因系爭案件而喪失之相關代言機會報酬？至於原告之社會知名程度衡量標準為何，此知名度又會如何影響系爭案件財產上損害數額之計算，法院亦未詳細說明。同時法院在酌定原告所應得的精神上損害時，又以被告雜誌出版商未給付予原告任何對價而受有另一被告（法頌錶代理商）就系爭手錶廣告專題之承攬報酬三十萬元為主要理由，判予原告三十萬元之慰撫金。故法院實已將被告之獲利作為量定慰撫金的一項因素，姑且不論此見解尚會涉及慰撫金應否具有制裁預防功能之爭議，就本案事實觀之，在原告無意授權被告使用其形象於系爭手錶廣告專輯的情況下，被告出版商所受有的手錶廣告專題承攬報酬具有不當得利之性質，故法院審酌被告此一獲利內容時，實已不免涉及人格權的財產性質問題。

綜上所述，本案判決肯認肖像權為一種人格法益，且積極承認被告應就侵害人格權所造成之財產上損害進行賠償，殊值贊同。然而對於財產上損害賠償之具體認定標準，則僅簡略帶過，對於被告因不法使用原告形象所得利益之性質，亦未多加探討。若法院能對上述問題以及人格權的財產性質再多作闡釋，必將對我國人格權法制之發展更有助益。

## 二、鈴木一郎運動用品代言案

在台北地方法院九十四年度訴字第六八三一號判決，原告日籍旅美職棒球星鈴木一郎在與訴外人日商美津濃公司洽商台灣地區的肖像權授權事宜時，發現被告創信股份有限公司在民國九十三年底至九十四年間擅自將原來刊登於「職業棒球」雜

誌中廣告部分，轉刊於數家公、民營公車廣告中，並擅自使用原告之肖像於其直營運動用品店及全台五間百貨公司之運動用品專櫃壁面，以致原告與美津濃公司之授權洽商因而中止，使其喪失三千萬元以上之肖像權授權金收益，並造成原告精神上之痛苦，故分別請求財產上之損害賠償三百五十萬元及非財產上損害賠償一百五十萬元，並請求被告應停止銷售任何顯示有原告肖像之產品並予以銷毀，且須將所有不法使用原告肖像權之平面廣告移除。此外，原告另主張被告應登報道歉<sup>366</sup>。

原告方面表示，其於日本職棒球壇與美國大聯盟均有優異表現，大聯盟西雅圖水手隊日前方以合計約三千萬元美金之鉅額轉隊費暨簽約金與原告簽約，使原告當時成為亞洲球員在美國大聯盟身價最高的明星球員。故原告在國際棒壇上具有重要地位與不凡身價，任何商品與其肖像連結將對全球的職棒球迷產生一定之說服力與影響力；再者，職棒球員在某一地區之首次代言費用或曝光之權利金，因首次曝光之稀少性及吸引力，其金額將遠高於爾後同一地區之肖像權權利金或代言費。原告因珍惜其在台灣之形象，在台不輕易允諾代言，更未參與任何商業行銷活動，故至今未授權台灣任何團體得以在台灣地區使用其肖像<sup>367</sup>。

一審的台北地方法院認為原告上開請求除被告之行為並未減損原告之名譽，故無須登報道歉外，其餘請求均為有理由，故判予原告財產上損賠及非財產上損賠合計五百萬元之賠償金，並命被告應停止使用原告之肖像，且須將已為使用之產品予以銷毀。然而案件經被告提起上訴至二審之台灣高等法院後，高院將原判決關於財產上損害賠償之部分完全予以廢棄，並將非財產上損害賠償酌減至一百萬元；至於請求除去侵害部分，二審法院維持一審關於將有原告肖像之平面廣告移除之判決，但認為原告就被告銷售顯示有系爭肖像之產品部份未盡舉證責任，故將此部份請求予以駁回<sup>368</sup>。

高等法院為上述判決的理由如下：（一）就財產上損害之部分，高院認為被上訴人（即原告）雖有提出美津濃公司要求其查明上訴人（即被告）是否有鈴木一郎

<sup>366</sup> 台灣台北地方法院 94 年訴字第 6831 號民事判決。

<sup>367</sup> 前揭註。

<sup>368</sup> 台灣高等法院 96 年度重上字第 323 號民事判決。



肖像使用權之電子郵件為證，然其中僅要求被上訴人「查明上訴人有無（鈴木一郎肖像）使用權並加以處理」。法院認為：「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，故縱使上訴人曾非法使用被上訴人之肖像於廣告上，亦不因此而使被上訴人之肖像權永遠無法再度授權他人使用。」然由於被上訴人與日商美津濃之授權合約僅進行至洽談階段，美津濃公司尚未提出台灣地區肖像權授權金之要約，亦未指出其係因本件廣告事件有撤銷該要約之情事，故被上訴人主張其受有三百五十萬肖像權授權金收益損害，即無可採。（二）至於非財產上損害部分，高院認為「被上訴人雖為國際知名之美國大聯盟日籍職棒球員，但於王建民在紐約洋基隊大放異彩前，國人對美國大聯盟，乃至被上訴人並不熟悉，亦未熱衷，上訴上使用被上訴人之肖像，並非用以詆毀、貶抑被上訴人，而僅純用以行銷被上訴人之球衣商品，足使上訴人於台灣能見度提高；且上訴人於雜誌廣告上強調被上訴人單季擊出二百六十二支安打破紀錄之光榮事蹟，亦對被上訴人形象有正面提升之作用，被上訴人所受精神痛苦應屬有限……<sup>369</sup>」

首先關於非財產上損害部分之認定，姑且暫不論二審法院對原告鈴木一郎當時在台灣之知名度與美國職棒大聯盟對國內棒球愛好者吸引力無引據之妄斷，此等判決對被告擅用他人肖像之行為似乎尚有默許甚至讚許之意。判中書中載道：「上訴人使用被上訴人之肖像，並非用以詆毀、貶抑被上訴人……而足使上訴人於台灣能見度提高，亦對被上訴人形象有正面提升之作用……」試問在資訊傳播如此發達的今日，難道社會大眾還須仰賴侵權行為人任意製造、散佈侵權物品，才能有效地認識具有全球知名度的職棒球星嗎？上述二審法院之見解不僅使無權使用他人形象以牟利的行為有了部正當化的藉口，更罔顧個人追求形象自主之基本權利，實為司法系統對人格尊嚴保護的退步；又本案原告先前在台未曾授權任何廠商進行代言等廣告活動，乃為雙方所不爭之事實。就高院判決之見解而言，此一事實或許係為原告原本在台能見度並不高所導致之結果，實則若參考美國個人公開權法制，則原告未曾在台灣進行代言或商業曝光之事實反將使案件之損害賠償額大為提高，其理由正如原告所主張，因首次曝光之稀少性及吸引力，其金額將遠高於爾後同一地區之肖像權權利金或代言費<sup>370</sup>。依本文見解，公眾人物之知名度與其形象商業價值本與

<sup>369</sup> 前揭註。

<sup>370</sup> 請參閱本論文第三章第二節第二項第一款第二目之討論。



其是否選擇將自己的形象用於商業代言用途及使用之頻率不必然相關。就本案之事實背景而言，原告身為國際性職業運動員，其所參與之賽事當時在國內有穩定之報導與轉播，又其於系爭案件事實發生前後數年在球壇之表現皆相當優異，故其知名度和形象價值應無待藉由肖像商業授權或代言行為來加以提升或證明。然本案高等法院於判決中卻暗示原告在台知名度並不高，反倒可能會因為被告的侵權行為「提升其在台之正面形象」，這恐怕要使原告因本次案件所受之精神痛苦雪上加霜。

至於原告所受財產上損害之部分，法院以訴外人日商美津濃公司尚未對原告提出台灣地區肖像權授權之要約為主要理由，再加上「縱使上訴人曾非法使用被上訴人之肖像於廣告上，亦不因此而使被上訴人之肖像權永遠無法再度授權他人使用。」等論述，認為原告並未受有財產上之損害，而將一審酌定之一百五十萬元財產上損害賠償金予以撤銷。此等論理與多數實務相關判決之意見略同：在「陳美鳳料理米酒代言案」<sup>371</sup>中，原告陳美鳳係全國高知名度演藝明星，多年來在社會大眾心中建立了美食代言人之地位。被告良液貿易股份有限公司代理銷售「美鳳料理米酒」，未經原告同意，擅自在酒瓶外包裝使用原告之姓名及照片，為其商品宣傳，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，且造成消費大眾心理上認為「美鳳料理米酒」係原告推薦代言。原告陳美鳳以姓名權及肖像權受到侵害，提起訴訟請求財產上損害賠償一百五十萬元及非財產上損害賠償一百萬元。一審之台北地方法院在審酌原告關於財產上損賠之主張時，認為原告提作廣告酬勞金額的證據（另一家廠商之料理米酒代言契約），並不足以證明其是否因被告擅自使用姓名肖像的行為，另阻滯原告另接受他人廣告合約，是難認原告受有財產上損害，而將原告就此部分之訴予以駁回<sup>372</sup>。上述鈴木一郎案及陳美鳳案之財產上損賠認定論理，蓋來自於我國司法實務上並未正面承認人格權之財產性質，故侵害人格權之財產上損害賠償概以有已具體發生之財產損害為前提。然而名人代言或形象授權之商業交易活動，其性質與談判過程機制皆相當複雜，若使原告必須在能舉證證明其已受有具體財產上損害的前提下方能受有相對應的賠償金額，恐將難以實現對人格權經濟利益之保護。以現今實務對於財產上損害之認定，實與美國案例

<sup>371</sup> 台灣台北地方法院 93 年度訴字第 1820 號民事判決。

<sup>372</sup> 全案經良液公司上訴後，二審的台灣高等法院將上訴駁回而維持原判。參見台灣高等法院 94 年度上易字第 616 號民事判決。

法上曾不當地要求原告之形象須曾有商業運用之實無異。依本文見解，此部分問題或可參考美國個人公開權法制中的「原告形象商業價值推定原則」，在此原則的規制下，如果被告為了商業上獲益的目的使用原告的個人形象表徵，那麼我們便可推定原告的形象是具有商業價值的，並可藉此衡量原告所受到的財產上損害額度為何<sup>373</sup>。

### 三、其他相關案件

實際上，在近年來許多冒用名人形象的案件中，原告所訴請者仍多為侵害人格權的非財產上損害賠償。在前述的連方瑀控告得陞生技醫藥公司一案，被告所為乃利用原告知名度代言，以為營利之用。原告所請求者乃非財產上之損害賠償，故法院審酌相當之損害額計算時，概以實際加害之情形、加害之程度、被害人所受精神上痛苦之程度、賠償權利人之身分、地位、經濟能力，並斟酌賠償義務人之故意或過常之可歸責事由、程度、資力或經濟狀況綜合判斷之。最後本案裁判法院決定慰撫金之金額時，主要理由為「被告未經原告同意，擅自將原告之肖像印製於系爭藥品……等文宣資料上……故意使人誤認原告係被告系爭藥品之代言人，利用原告高知名度，以獲取商業利益，已嚴重貶損原告之人格，造成原告精神上痛苦。」故判予原告連方瑀五十萬元之慰撫金。其他類似的實務案例尚包括中興醫院知名中醫師瘦身貼布代言案<sup>374</sup>、藝人田麗手錶代言案<sup>375</sup>，及藝人陳美鳳健康食品代言案<sup>376</sup>等。這些案件的原告皆為具有一定知名度之人物，其姓名與肖像在未經本人同意之下遭業者擅用，以推廣銷路，或使消費者誤信原告有代言系爭商品之情事。在這些案件中，原告之姓名及肖像被盜用，除因喪失自己形象自主權及蒙受信譽減損之風險而受有一定之精神利益損害外，原告方面必然亦受有經濟利益上之損失——諸如就系爭形象盜用案件未得之代言報酬、因形象已被使用而喪失之將來代言機會，以及若因被告行為使原告聲譽減損的情況下所蒙受的收入損失等。然而在我國現行法制下，由於傳統見解認為，人格權係以人的尊嚴價值及精神利益為其保護內容，實務上尚未肯認姓名、肖像本身具有應受保護的財產利益，故許多原告提起訴訟時仍僅就非財產上損害賠償為請求，再視法院是否會將加害人所獲利益作為一種衡量慰撫

<sup>373</sup> 請參閱本論文第四章第二節第二項第四款之討論。

<sup>374</sup> 台灣台北地方法院 93 年度訴字第 4445 號民事判決。

<sup>375</sup> 台灣台北地方法院 96 年度訴字第 5748 號民事判決。

<sup>376</sup> 台灣高等法院 96 年度上易字第 873 號民事判決。

金的因素<sup>377</sup>。問題在於原告所蒙受者實為經濟利益分配上的不公平，卻須為滿足慰撫金請求之要件而聲明其精神受有巨大之痛苦，以獲得足夠之損害賠償金額，實為背離社會現實的結果，亦難達成司法公平正義之目標。此悖論與美國個人公開權發展早期，許多原告依據隱私權法請求損害賠償時所面臨之困境實屬類似<sup>378</sup>。故吾人實可以美國個人公開權法為借鏡，在未來嘗試於我國建構合適之規範機制。

另外值得注意的是，上述案件原告所主張之請求權基礎，仍皆係侵權行為之損害賠償，目前實務上尚未有不當得利或不法管理等請求權基礎被主張。

## 第六項 民法與個人公開權

綜上所述，在我國民法的人格權相關規定中確有許多關於個人形象保護之部分。若將此部分與美國法上之個人公開權作一比較，則我國民法在個人形象保護的主體方面基本上無法涵蓋死者之相關權利，但美國個人公開權之性質屬於財產權，通常得由繼承人主張相關權利；而我國民法承認法人及非法人團體得享有一定限制內之人格權，但美國實務及學說通說大致上認為僅自然人得享有個人公開權。在客體方面，我國民法與美國個人公開權一樣及於傳統個人形象表徵如姓名與肖像，而其他個人表徵例如聲音等，亦可能透過民法一般人格權之規定獲得保護；美國個人公開權則是藉由數十年來相關判例的演進，將個人公開權之客體由基本的姓名與肖像，逐步拓展至聲音、虛構角色形象以及其他可代表個人形象的物件等。此外，在我國當人格權受侵害時，被害人得主張者主要為不作為請求權及損害賠償請求權。但在關於人格權損害賠償請求權中財產上損害之認定，概以有已具體發生之財產損害為前提，否則被害人得請求之金錢賠償僅以慰撫金為限；而在美國，當一個人的個人公開權受侵害時，即代表其所蒙受者為財產上之損失，故包括因系爭侵權行為所直接導致原告失去的工作機會，或是原告將來職業地位或薪資行情可能蒙受之減損，都得作為法院量定損害賠償金額的依據。

<sup>377</sup> 此見解在前述台灣高等法院 94 年度上易字第 616 號民事判決中首次被提出。請參閱王澤鑑，「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，2008 年 3 月，頁 84。

<sup>378</sup> 1 J. THOMAS MCCARTHY, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY §§ 5:61, 5:63 (2d ed. 2000).

由於我國對於個人形象之保護主要見於民法人格權之相關條文當中，故近年來亦有學者對人格權的經濟利益內涵進行探討，並倡議藉由保護人格權的經濟利益內涵，來因應姓名與肖像等個人形象表徵之商業化發展。依本文見解，此一規範模式的好處在於可能得藉由法院實務的開展，不必然須透過國會立法的途徑，即得在我國既有之法律系統下使個人形象的商業價值獲得保護。然若歸根究柢，承認人格權的經濟利益，無非是為使姓名、肖像等個人形象表徵在商業交易行為中得獲適切之保護。但此一保護模式在實務上是否能獲採納，又在理論上是否完滿，仍值得進一步觀察與商榷。學者劉得寬在探討日本法上的「Publicity 權」（又稱公表權）時，即表示這種以姓名、肖像等人的個（屬）性為基礎的權利雖與人格權有共同之處，然人格權乃對姓名、肖像等私人性人格上利益為保護對象；「公表權」乃對姓名、肖像等積極的利用所生的經濟上利益為保護對象，其具有排他支配的財產權性格，故在權利體系中獨立於人格權之外而存在<sup>379</sup>。依本文見解，若法律所欲保護者係為「個人形象表徵的經濟利益」，則理論上應使所欲保護的個人形象表徵在法律上兼具有人格權及財產權兩部份，而非侷限於人格權相關規定中發展其權利客體的其他性質之利益內涵，就整體制度結構而言將較為明確而合理，亦得免於落入人格權利益內涵界限劃分不清的難題之中。

### 第三節 著作權法

#### 第一項 著作保護要件與著作權之侵害

本節旨在檢視我國著作權法在真實人物形象表徵遭他人盜用時所能提供的保護。首須注意者，著作權法所保護之著作有一定之範圍，限於文學、科學、藝術或其他學術範圍內之作品<sup>380</sup>。又基於公共利益之考量，法律排除某些可能具有原創性之作品<sup>381</sup>。基本上，在我國著作之保護要件有四：一、須具有原創性；二、須具有

<sup>379</sup> 劉得寬，前揭註1，頁120。

<sup>380</sup> 著作權法第三條第一項第一款。

<sup>381</sup> 著作權法第九條。

一定之外部表現形式；三、為文學、科學、藝術或其他學術範圍內之著作；四、須非不得為著作權標的之著作。為後續論述需要，茲就前二項要件析述如下：

## 一、原創性

「原創性」乃指著作人基於其人格精神而獨立創作，以表達其思想、感情或個性，並具有最低程度之創意而言。原創性乃是著作受保護之基本要件。著作權法第三條第一項第一款所稱之「創作」，即指原創性。原創性之內涵可再進一步分為原始性及創作性：所謂「原始性」（又稱獨創性），乃指著作為著作人所原始獨立創作完成，而未抄襲他人著作而言——是以凡經由接觸（access）並進而抄襲他人之作品即失其原始性而非獨立創作，因之即不受著作權法保護。至於所完成之著作是否具備專利法所稱之客觀新穎性（novelty）並非所問；所謂「創作性」（又稱創意性），則指作品須係基於人格之精神作用，以表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性者。申言者，著作須具有至少輕微分量（slight amount）之創意。至於著作之品質及美感則非創作性考量之要素。然若作品之完成完全無人類之精神作用在內，而與人類之思想情無關，或未能展現作者之個性者，則不符創作性要件而非著作權法所稱之「創作」<sup>382</sup>。

## 二、須具有一定之外部表現形式

按所謂著作，必須其創作內容已形諸於外部，具有一定之表現形式，屬「客觀化之表達」（expression），為自外部所能感知，方合乎保護要件。此雖未見諸於著作權法明文，但為各國所同。所謂一定表現形式，並不以有形為必要，此與美國著作權法以「固著性」（fixation）為要件有所不同。從而，依我國著作權法，著作人如以文字、言語、動作、音、色等形式表現其創作內容已合乎外部之表現之要求，其創作是否有形或無形，或有無將之固著於有體物均非所問。此外，依新著作法第十條之一，著作權之保護僅及於該著作之表達，而不及於其所表達之思想、概念等。此即著作權理論所謂「思想與表達區分原則」之立法化。

<sup>382</sup> 羅明通，著作權法論(I)，2009 第七版，頁 164-168。



至於著作權是否受侵害，乃以接觸及實質相似為抄襲之構成要件<sup>383</sup>。所謂抄襲，不僅包括未經授權之重製，亦包括著作財產權人其他專有權利之侵害，例如被告以公開口述、公開演出、公開上映、改作等方法抄襲原告著作等均是。所謂「接觸」，凡依社會通常情況，被告應有合理之機會或合理之可能性閱讀或聽聞原告之著作，即構成接觸；所謂「實質近似」，其判斷基準乃綜合「量」之考量與「質」之考量——若被告所抄襲者之量雖不顯著，卻為著作之「重要」（material and substantial）部分，其行為亦顯然構成實質近似<sup>384</sup>。

## 第二項 著作權法對真實人物形象表徵之保護

首先須說明的是，「姓名」這項個人表徵由於不具有原創性，顯非得為著作權之客體<sup>385</sup>。以下茲就真實人物的外表樣貌、聲音以及虛構角色形象檢視著作權法的相關規定。

### 一、對外貌的保護

真實人物的外貌，經一定形式表達後，則可能成為著作權法所例示之美術著作（如繪畫、漫畫、素描或雕塑等著作<sup>386</sup>）、攝影著作、視聽著作之內容，就這些作品來說，即便是業餘者的作品也得滿足著作權法的原創性要件。然欲以著作權法保護一個人的外貌表徵，該表徵所有人可能面臨的問題有二：(1) 著作權所有人與表徵所有人並非同一——以攝影著作為例，即便被拍攝者可以透過契約的方式購得該肖像攝影著作的著作權，但不得忽略的事實是，著作權原始的歸屬是屬於攝影者的；(2) 著作權法所保護者僅為「表達」，而不及於表達背後的概念或個人形象——就形象保護的功能而言，表徵所有人通常關注者並非以其肖像為內容之特定畫像或是照片本身，而是他作為一個「人」的「身份」和「形象」之權利。畫像或照片只是用

<sup>383</sup> 「抄襲」、「接觸」及「實質相似」等用語並非我國制定法所使用之名詞，而係源自我國實務上判決。而究其精神，則係受美國著作權法之影響。參見著作權法論(II)，2009 第七版，頁 447-448。

<sup>384</sup> 前揭註，頁 449-467。

<sup>385</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 32, § 5:42.

<sup>386</sup> 「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」，81 年 6 月 10 內政部頒布。

以辨識其身份形象的一種方式；在人的一生中，也許會有數以百計或千計的照片為某個特定的場景時刻留下固著的印記，這些照片可能得分別成為合法的著作權標的，權利歸屬於拍下它們的各個不同攝影師。然而其背後所指的「形象」卻是獨一無二且不可分割的。

攝影著作的表現形式為照片。肖像權和著作權之攝影著作以不同的權利狀態共存於同一物質（照片）中。在兩者權利衝突時，應如何調和攝影師和被攝者既有各自的權利與義務，遂成為討論之重點。基本在，在私人權利關係間有衝突時，如涉及兩種不同態樣的基本權時，有學者認為須依「基本權價值位序權衡原則」解決。此種衡量包括基本權主體之各種基本權競合所呈現之基本權價值<sup>387</sup>。按肖像權係人格權，為憲法所保障之基本權；而著作權為財產權之一種，依憲法第十五條規定，亦應予保障。惟從國家整體價值而言，有關民主秩序、法治原則以及各項基本權之規定，不外以促使個人基本尊嚴獲得確保為最高宗旨，故各種法律的規範與調和都應趨向於使個人之尊嚴獲得更大之維護。而著作權之性質為財產權，其行使權利不得濫用，乃法律之基本原則，而肖像權為民法第一九五條第一項規定所保護之一般人格權，使個人人格權可獲得最基本的尊重，為個人基本尊嚴獲得確保之重要規定，當著作權與肖像權衝突時，衡量其利益結果，應以著重人格權之「人」的要素之肖像權的保護優先於著重財產權要素之著作權<sup>388</sup>。不過值得注意者，假設某甲擁有自己某張照片的著作權，某乙在未經授權的情況下翻拍了該照片，則某甲即得透過著作權之訴訟向某乙請求損害賠償；然若某乙並未翻拍該照片，而是直接偷拍某甲本人，則此時某甲即無法透過著作權法向某乙作任何請求。

## 二、對聲音的保護

真實人物的聲音表徵亦可能經一定形式之表達成為語文著作、音樂著作或是錄音著作的內容。語文著作包括文字著作及語言著作。前者指以文字、數字或符號產生之著作；後者則指專以口述產生之著作，性質上屬無形著作，包括演講、佈道、

<sup>387</sup> 李惠宗，「論新聞自由與隱私權的衝突—愛滋病學童案—」，1999年8月，台灣法學雜誌。轉引自林正雄，「肖像權之保障」，司法新趨勢，第24期，頁41。

<sup>388</sup> 台北地方法院94年度訴字第1653號民事判決。

辯論、吟詩、賀辭等<sup>389</sup>。電視廣告或名人之名言佳句如非短句而具有創作性者，自可依語文著作保護之<sup>390</sup>。至於個人聲音的特質（例如嗓音之高亢或沙啞）、說話的語調方式以及口頭禪，一般而言不具有創作性，而非著作權保護之標的。

音樂著作乃是將思想或感情以旋律表現之著作，亦可以歌曲與歌詞結合之形態出現。樂曲（以旋律、節奏及編曲等為要素）及歌詞<sup>391</sup>均屬音樂著作。至於錄音著作係指以任何機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作，但附隨於視聽著作之聲音不屬之。此連續性之聲音包含音樂、言語或其他聲音，至於所附著之有體物之性質為何在所不論<sup>392</sup>。我國對錄音著作人之保護概與一般著作人相同，但無公開演出權，惟錄音著作之著作人得請求公開演出之人支付使用報酬<sup>393</sup>。

綜上所述，真實人物欲對其聲音主張著作權，首先其聲音之表現必須符合著作之要件——即因該聲音以具有原創性的方式為客觀化的表達，而依其創作性質成為語文著作、音樂著作，或成為錄音著作的內容。故即便某知名人士的口頭禪或歌唱的嗓音能讓人一聽就識別其身份，這樣的聲音表現仍不足以作為著作權的保護標的；其次，該名真實人物必須擁有系爭語文著作、音樂著作或錄音著作的著作權。由此可知，著作權法對真實人物聲音表徵的保護，一如其對真實人物外貌的保護，僅及於個別的聲音「表達」而不及於該聲音背後的個人形象。

### 三、對虛構角色形象的保護

著作權法對於虛構角色之保護，通常可能之類型包括語文著作、戲劇、舞蹈著作以及對於表演人之保護。其中語文著作的定義已如前述。小說、戲劇或電影登場人物之稱號、外形特徵、個性特質等構成作品最主要之部份，一般以「造型」稱

<sup>389</sup> 羅明通，前揭註 35，頁 202。

<sup>390</sup> 按標語、標題、成語、單句、短句、口號等，一般均因創作性太低而不認為著作。惟句子多短方可認為短句，並無一致之見解。一般言之，句子越短，欲受著作權保護所需之創作高度愈高。請見閱前揭註，頁 205。

<sup>391</sup> 歌詞在著作權類別概念上為具有重疊現象之跨類著作，其若非與樂曲為共同著作，在未授權使用於音樂著作時，仍為語文著作。請參閱前揭註，頁 206。

<sup>392</sup> 前揭註，頁 239-240。

<sup>393</sup> 前揭註，頁 241。

之，如其係以文字或語言之方式呈現，且非被普遍使用而具有原創性，應受語文著作之保護<sup>394</sup>；而所謂戲劇、舞蹈著作，包括舞蹈、默劇、歌劇、話劇及其他之戲劇、舞蹈著作<sup>395</sup>。以上創作類型經客觀化表達後，縱未有文字或語言所呈現之腳本，關於其中登場人物之外形特徵及個性之表達應仍得受著作權法保護。

至於表演人之保護的相關規定見於著作權法第七條之一第一項：「表演人對既有著作或民俗創作之表演，以獨立之著作保護之。」又於同條第二項規定：「表演之保護，對原著作之著作權不生影響。」按表演係指對既有之文學、科學、藝術或其他學術範圍之既有著作或民俗創作，以演技、舞蹈、歌唱、朗誦、演奏樂器或其他方法實際詮釋演出。依該條文立法說明，表演雖有創意，但其創意度尚未達到著作權法所要求之「創作」程度，故不以「著作」稱之，僅稱為「表演」，而以獨立著作保護之<sup>396</sup>。蓋表演人藉其表演將著作向公眾傳播，具有精神價值，對文化之發展與普及具有貢獻，因之，對此文化勞動成果應予保護<sup>397</sup>。表演人權利之內容依現行著作權法，包含以下之專有權利：一、重製權；二、公開播送權；三、公開演出權；四、公開傳輸權；五、散布權；六、出租權；及七、輸入權<sup>398</sup>。

由上可知，「表演」受著作權法保護之關鍵有二：一、須構築於既有著作或民俗創作之表演，亦即係對既有著作再現其內容，故其本質上仍以一定形式之表達為要件。且著作權法對該表演之保護亦僅及於「表達」，而不及於表演背後之概念或抽象之角色形象。二、須經表演人的實際詮釋，縱其創意度之要求不必達到一般著作之「創作」程度，仍須具備最低限度之創意。

### 第三項 著作權法與個人公開權

<sup>394</sup> 前揭註，頁 204。

<sup>395</sup> 經濟部智慧財產局「著作權法第五條第一項各款著作內容例示」。

<sup>396</sup> 由於我國著作權法體系並未建立獨立之著作鄰接權保護制度，故於著作權法明文對表演人之表演以獨立著作保護之。請參閱前揭註36，頁1。

<sup>397</sup> 前揭註，頁 1。

<sup>398</sup> 其中，表演人之重製權、公開播送權、公開演出權、散布權、出租權及輸入權之內涵皆與著作財產權人所有之權利內容有所不同，在此不予贅述。請參閱前揭註，頁 9-31。

若以美國法的發展為借鏡，學者 McCarthy 認為著作權法不能等同於、也不可能取代個人公開權的保護。著作權法的立意在於保護創意的表達，而個人公開權的核心意義則在於對自然人形象權利的維護<sup>399</sup>；前者是分散性的，而後者是整體而不可分的。正如同 Nimmer 教授所觀察到的，要在一個人的姓名和肖像中找到著作權法所謂有形之表達（writing）等要素是相當牽強的<sup>400</sup>。在 Lugosi 一案中，也有實務意見精確地指出：「個人公開權所保護的對象乃是一種無形的經濟利益，它是不可能構成（著作權法）有形之表達的<sup>401</sup>。」

雖然如此，在我國現今之法制下，當一個人的個人形象被他人盜用以獲取商業利益時，著作權法仍有得為被害人效勞之處：除了「姓名」因不具創作性而無法受著作權法保護外，其他個人形象表徵諸如肖像及聲音等，在滿足著作之要件且被害人即為著作權人的情況下，被害人即得就該表徵所構成之「著作」主張相對應之各種權能。就法律效果之觀點，藉由著作權法的規範可命侵權行為人停止其諸如重製、散布、公開播送等行為，並使被害人得就財產上及非財產上之損害，請求相當之賠償金。

此外，由於我國著作權法第七條之一設有關於表演人之保護，故假設有位演藝人員的個人形象是幾乎完全建構在其所扮演的虛構角色形象上，此時當他人盜用了此一角色形象以獲取商業利益時，於被害人之表演構成著作之前提下，即可能得依據此條文主張其重製權等專有權利，並得就其財產及非財產上之損害請求侵權行為人予以賠償。是以我國著作權法對於虛構角色形象這項個人表徵之保護，顯然多有助益。

#### 第四節 商標法

<sup>399</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 32, § 5:45.

<sup>400</sup> 1 NIMMER ON COPYRIGHT § 1.01 [B][1] (1984 rev). 轉引自 *id.*

<sup>401</sup> Lugosi v. Universal Pictures, 25 Cal. 3d 813, 849 (1979). 轉引自 1 MCCARTHY, *supra* note 32, § 5:45.



商標是製造商或經銷商附加於其商品或服務上並具識別性的標識，用以區別自己與他人商品或服務<sup>402</sup>。依我國商標法第五條規定，商標得以文字、圖形、記號、顏色、聲音、立體形狀或其聯合式所組成<sup>403</sup>。凡欲表彰自己商品或服務之標識，均可提出商標權之申請。

## 第一項 要件與適用之商標類型

就個人形象的保護而言，一個人可以透過註冊商標的方式，使其形象表徵受商標法之保障。而欲將形象表徵註冊為合法之商標，首先該形象表徵必須用於商品或服務之標識。此外，所使用之表徵須滿足商標法第二十三條第一項第十二款所明定之「識別性」要件。商標符合識別性的標準有二：(1) 商標非一般之圖樣，而得直接表彰業者之商品，使消費者藉以區別商品或服務來源<sup>404</sup>，即商標具備所謂「固有識別性」；(2) 若商標不具固有識別性，但由申請人反覆地使用，使其因此產生聲譽並具有識別之功能時，便視該圖樣已取得「第二意義」(secondary meaning)，而具有識別性<sup>405</sup>。

個人形象表徵得註冊為商標之法定類型，通常包括文字商標、圖形商標、立體商標、聲音商標或其聯合式商標<sup>406</sup>。依經濟部智慧財產局規定，文字商標係由人類可辨識之中文、外文、字母、姓名、商號或無意義的創用字等所組成之商標；圖形商標係由人物、動物、植物、器物、自然景觀或幾何圖形等所組成之商標；立體商標係以具有長、寬、高三度空間之立體形狀所組成之商標；至於所謂聲音商標，係指足以使相關消費者區別商品或服務來源之聲音。例如具識別性之簡短的廣告歌曲、旋律、人說話的聲音、鐘聲、鈴聲或動物的叫聲等<sup>407</sup>。比較特別的是，聲音本

<sup>402</sup> 汪渡村，商標法論，2008 初版，頁 10。

<sup>403</sup> 前揭註，頁 11。

<sup>404</sup> 陳文吟，商標法論，修訂三版，2005，頁 51。

<sup>405</sup> 前揭註，頁 56。

<sup>406</sup> 依我國商標法規定，商標的構成要素僅以商標法第五條所列舉者為限，即法定的商標類型僅有文字商標、圖形商標、記號商標、顏色商標、聲音商標、立體商標或其聯合式商標。其他例如氣味商標則非列舉得受保護的商標。參見智慧局「商標法逐條釋義」。

<sup>407</sup> 智慧局「立體、聲音及顏色商標功能性審查基準」。

屬聽覺的感知範疇，非視覺所得感知。惟為註冊保護並公告周知，該聲音應「以視覺可感知之圖樣表示」者為限，始為適格的保護標的<sup>408</sup>。

一般而言，真實人物之個人表徵例如其肖像，若經衍生為圖形標章或立體標章以作商標使用，通常較容易符合商標註冊之要件<sup>409</sup>。若欲直接以真實人物的肖像、姓名及聲音註冊為商標，由於這些個人形象表徵並不具備固有識別性，尚須取得第二意義以註冊為合法之商標<sup>410</sup>。然須注意的是，商標法的識別性與個人公開權理論中所謂的識別性有所差異。若參考美國理論及實務通說，個人形象表徵要滿足個人公開權之識別性要件，該形象表徵僅須被超過少數之他人識別為表徵之擁有人即可；然商標法所要求之識別性則以足使消費者認識其為表彰商品或服務來源並藉以與他人之商品或服務相區別為判準<sup>411</sup>。

## 第二項 權利侵害與救濟

標章經註冊取得商標權後，商標權人除當然得排除他人使用相同商標圖樣於同一商品或服務外，亦得排除他人使用相同商標於類似商品或服務，以及近似商標於同一或類似商品或服務<sup>412</sup>。依商標法第六十一條第二項及第六十二條之規定，商標侵害態樣包括未得商標權人同意而為下列行為：一、違反商標法第二十九條第二項之規定者，亦即侵害註冊商標之權限；二、減損著名註冊商標之識別性或信譽者；三、以他人註冊商標表彰自己營業主體或來源之標識。以下茲就該三種商標侵害態樣分述如下：

- 一、 侵害註冊商標之權限者，其客觀構成要件依商標法第二十九條第二項規定，除於同一商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標者外，在於類

<sup>408</sup> 商標法逐條釋義。

<sup>409</sup> 林鈺豪，真實人物商品化之研究——以美國公開化權（Right of Publicity）為中心，天主教輔仁大學財經法律學研究所碩士論文，2006年1月，頁99-100。

<sup>410</sup> McCarthy 1 MCCARTHY, *supra* note 1, § 5:9.

<sup>411</sup> *Id.*

<sup>412</sup> 陳文吟，前揭註57，頁107。

似之商品或服務使用相同於其註冊商標之商標者，或於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標之商標者，商標權人皆須證明行為人之使用有致相關消費者混淆誤認之虞<sup>413</sup>。所謂混淆誤認之虞，乃指商品或服務之相關消費者會誤認或極有可能誤認二商標為同一來源，或誤認二商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係者<sup>414</sup>。

二、減損著名註冊商標之識別性或信譽者，則不以行為人使用商標於與著名註冊商標同一或類似之商品或服務為限，其營業範圍亦不受此限制。此類型之侵害亦無需有致相關消費者混淆誤認之虞，然商標權人須證明在系爭行為實際上有造成減損之情事方可<sup>415</sup>。

三、以他人註冊商標表彰自己營業主體或來源之標識者，亦不以行為人之營業範圍須與註冊商標指定使用之商品或服務為同一或類似為限。然商標權人須證明侵害之結果，確有致商品或服務相關消費者混淆誤認之事實存在<sup>416</sup>。

至於商標權人得請求之民事救濟則包括：一、防止侵害暨排除侵害；二、損害賠償；三、登載報紙；四、銷毀仿冒之物品；五、海關查扣。此外，行為人若係故意或有詐欺意圖而侵害他人商標權，尚須負擔刑事責任<sup>417</sup>。

### 第三項 商標法與個人公開權

<sup>413</sup> 至於主觀上是否為故意，法無明定，揆諸民法第一八四條暨商標法第六十一條，仍以故意或過失為其要件。請參閱前揭註，頁 141。

<sup>414</sup> 汪渡村，前揭註 55，頁 295。另請參閱經濟部智慧財產局「混淆誤認之虞審查基準」。

<sup>415</sup> 陳文吟，前揭註 57，頁 142。

<sup>416</sup> 前揭註，頁 142-143。

<sup>417</sup> 相關規定見商標法第八十一條、商標法第八十二條、公平交易法第三十五條第一項、公平交易法第三十八條、刑法第二百五十三條及刑法第二百五十四條。惟實務上因商標法及公平交易法所定之刑責較刑法所規範者為重，以特別法優於普通法之原則，多適用前揭二法，而鮮有適用刑法之案例。請參閱前揭註，頁 150-153。

若依據個人公開權之理論，所有的自然人都當然擁有個人公開權。但顯然並非每個人都能就其姓名或肖像主張其商標法上的權利。就兩者的目的而言，建立商標制度是為使商品或服務來源得被確實無誤地辨識<sup>418</sup>，保障個人公開權則是為使個人身份得被確實無誤地辨識，以維護個人形象的經濟價值。這是兩者間差異的核心。是故實務上，商標權受侵害要件判斷之關鍵主要在於「混淆誤認之虞」的有無；而個人公開權受侵害判斷之關鍵則在於「識別性要件」成立與否。亦即個人公開權不要求被告行為須致相關消費者有混淆誤認之虞；此外依美國普通法的規則，個人公開權侵權之成立，僅須有「超過少數的人」能由侵害人之行為識別出被害人即可<sup>419</sup>。一般來說，在事實條件相同的情況下，個人公開權之侵權行為應是較商標權之侵權易於成立的。

在我國現今法制下，未經同意使用他人已註冊為商標之個人形象表徵，依事實之不同可能構成前述各種商標權侵害之態樣。如同其他類型的侵害商標權案件，行為人之使用有無致相關消費者混淆誤認者常是主要的爭點。若形象所有人有將其形象表徵註冊為合法之商標，且能舉證證明相關法律要件，權利人即得主張請求損害賠償、防止侵害暨排除侵害，甚且得請求行為人登載報紙及銷毀仿冒之物品等，對個人形象受侵害之商業利益損失亦有填補作用。

## 第五節 公平交易法

### 第一項 有關商品與服務表徵之保護

我國公平交易法（以下或簡稱為公平法）中亦有關於商品與服務表徵之保護規定。依公平法第二十條第一項規定，事業就其營業所提供之商品或服務，不得以相關大眾所共知之他人姓名，為相同或類似之使用，致與他人商品混淆。亦不得以相關大眾所共知之他人姓名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。此處所規範者，乃為仿冒行為之禁

<sup>418</sup> 1 J. THOMAS MCCARTHY, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION § 3:10 (4th ed.).

<sup>419</sup> 1 MCCARTHY, *supra* note 32, § 3:15.

止，以保護表徵權利人之合法利益，並避免消費者誤認商品或服務之來源，進而維護交易秩序與公平競爭<sup>420</sup>。亦即，未經授權使用真實人物的姓名或其他表徵時，亦可能違反公平法之規定。惟表徵權利所有人須證明以下要件：一、其姓名或表徵為相關大眾所共知<sup>421</sup>；二、該行為與自己商品、營業或服務為相同或類似之使用；及三、須致與自己商品、營業或服務相混淆。

承上節所述，仿冒商品行為之禁止，亦屬於商標法之規範範圍。兩者間主要差異有二：一、侵害商標權之適用，限於商標法施行細則所訂之同一或同類商品，至於公平法之規定，則無此限制，但亦須具備為相關事業或消費者所普遍認知，且有致商品來源發生混淆等要件；二、商標法保護之客體係以獲准註冊之商標為原則，但公平法則不限於已於國內註冊之商標<sup>422</sup>。就公平法第二十條所保護之客體言，舉凡姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀等商品之表徵，及商號或公司標章或其他表示他人營業或服務之表徵，均為該法所保護<sup>423</sup>，其範圍較商標法更為廣泛。如同時構成商標法之侵害商標之行為及公平法之仿冒行為者，依實務通說，應構成想像競合犯，從一重處斷<sup>424</sup>。

就法律要件而言，公平交易法第二十條的關鍵在於消費者有無混淆誤認之虞；就規範目的言，其所禁止者乃與他人之商品或營業服務相混淆；而其客體則為商品或服務之表徵，而無關乎個人形象之保護<sup>425</sup>。

## 第二項 欺罔或顯失公平行為之禁止

<sup>420</sup> 汪渡村，公平交易法，2007修訂三版，頁176。

<sup>421</sup> 所謂「相關大眾所共知」之標準及「商品之表徵」之定義部分，即該項表徵足使商品之相關交易對象見到系爭表徵時，雖不必確知該商品主體之名稱，然有相當人數之人會將其與特定商品主體產生聯想，故受保護之表徵需具有識別力及實際的市場經濟實力，本質上具有個別排他之經濟利益，始有受公平法保護之經濟價值；又「表徵」是否為「相關大眾所共知」，需就系爭「表徵」在市場上廣告促銷程度、推出市場時間、商品在市場銷售狀況、營業規模、市場占有率及消費大眾之印象等綜合判斷。詳見公研釋八號公平交易法第二十條規定釋疑，行政院公平交易委員會函，中華民國八十三年八月十七日，(83)公法字第639八一號。

<sup>422</sup> 汪渡村，前揭註73，頁194

<sup>423</sup> 賴源河編審，公平交易法新論，2005年3月三版，頁327。

<sup>424</sup> 汪渡村，前揭註73，頁194

<sup>425</sup> 何愛文，美國法之個人公開權(Right of Publicity)於我國受保護之可能性，全國律師第3卷第12期，民國88年12月，頁58。



公平交易法第二十四條規定：「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」

參考國外實務及學說上之見解，此條文之性質乃為不公平競爭行為之概括條款<sup>426</sup>。故適用本條之規定，應符合「補充原則」，即本條僅能適用於公平交易法其他條文規定所未涵蓋之行為，若公平交易法之其他條文規定對於某違法行為已涵蓋殆盡，即該個別條文規定已充分評價該行為之不法性，或該個別條文規定已窮盡規範該行為之不法內涵，則該行為僅有構成或不構成該個別條文規定的問題，而無由再依本條加以補充規範之餘地。反之，如該個別條文規定不能為該違法行為之評價規範者，始有以本條加以補充規範之餘地<sup>427</sup>。

此外，該條文之保護對象實包括競爭者及消費者，其中「欺罔或顯失公平行為」及「足以影響交易秩序」要件須合併適用，並以「消費者損害」為必備之要件，且適用必要限制，以避免過度擴張適用之可能<sup>428</sup>。關於二十四條各要件的適用，公平會之處理原則甚嚴<sup>429</sup>。台北高等行政法院九十一年度訴字第三二二號判決亦指出：「公平交易法屬於競爭法，一個欺罔或顯失公平之競爭行為，必須足以影響交易秩序始當為該法所規定，否則，關於欺罔，已有民法第九十二條就詐欺，關於顯失公平，亦有民法第七十四條就因乘人急迫、輕率、無經驗之顯失公平的契約加以規定，要無在公平交易法中利用第二十四條再給予概括規定之必要。從而，並非只要事業有欺罔或顯失公平之競爭行為，即有公平交易法第二十四條之適用，必也該行為足以影響交易秩序始足當之。而所謂足以影響交易秩序，雖不以交易秩

<sup>426</sup> 賴源河，前揭註 76，頁 437。

<sup>427</sup> 行政院公平交易委員會，「行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十四條案件之處理原則」，94.2.24.公法字第 0940001299 號令發布。

<sup>428</sup> 例如：判斷「足以影響交易秩序」時，應考量是否足以影響整體交易秩序（諸如：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果及是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為等事項）或有影響將來潛在多數受害人效果之案件，且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限，始有本條之適用。至單一個別非經常性之交易糾紛，則應尋求民事救濟，而不適用本條之規定。請參閱汪渡村，前揭註 73，頁 245。

<sup>429</sup> 詳見行政院公平交易委員會對於公平交易法第二十四條案件之處理原則，94.2.24.公法字第 0940001299 號令發布。

序已實際產生影響者為限，惟亦必以競爭者或消費者之損害足以發生為前提<sup>430</sup>。」

### 第三項 相關實務判決——台灣高等行政法院八十九年度訴字第三一四四號「伍佰案」

實務上關於將上開公平交易法條文適用於真實人物形象保護之討論並不多見。在魔岩唱片檢舉大眾電信違反公平交易法一案中，被檢舉人大眾電信股份有限公司（即本案訴訟參加人）於促銷中文傳呼機時，未經原告同意使用原告所屬藝人吳俊霖（藝名伍佰）之名義進行廣告宣傳，其宣傳手法以演唱會為背景，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。原告認為被檢舉人之宣傳內容係以戲謔不實之手法使用伍佰之名稱，致誤導消費者及損害藝人形象與信譽，有違行為時公平交易法第二十條第一項第二款、第二十一條第一項、第二十二條及第二十四條之規定，向被告機關（公平交易委員會）提出檢舉。其中第二十一條第一項為禁止虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，由於系爭廣告主要係以電信服務之優惠價格為訴求，此部分訊息並無不實之處，自難認有違反該條文之規定；而第二十二條為營業誹謗之禁止，系爭廣告內容雖確有若干玩笑戲謔之處，然原告暨其所屬藝人吳俊霖（伍佰）與參加人並非處於競爭關係之事業，且廣告整體所傳達之訊息並無不實情事，故參加人亦顯無涉及營業誹謗行為；至於較值爭議之第二十條第一項第二款及第二十四條之規定，台灣高等行政法院判決如下：

- (1) 公平交易法第二十條第一項第二款規定：「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

<sup>430</sup> 臺北高等行政法院九十一年度訴字第三二二號判決。

業或服務之設施或活動混淆者<sup>431</sup>。」本件參加人雖有引用「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「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二十條第一項第二款之規定。

在此，台北高等行政法院闡明了在公平交易法為競爭法的前提下，於演藝事業以外的範圍使用知名演藝人士的形象表徵將因兩造競爭關係的欠缺而不足構成公平法第二十條所稱之「混淆誤認之虞」。於此論理下，一般未經授權而擅以知名人物（或以知名人物的模仿者）為代言人的行為將大部份無法構成公平交法第二十條之表徵仿冒。此見解雖無違誤，然法院以兩造競爭關係之欠缺為理由驟認相關事業或消費者不致知「伍佰」係表彰參加人公司之商品或服務的來源，似與事態常理相違——在現代社會，各類廠商聘請知名人物為自己產品或服務進行代言宣傳者所在多有，蓋以個人形象為商業宣傳的策略重點在於吸引相關消費者的注意，或引起消費者認同以增進消費意願，所使用的人物形象自不以該商品或服務之從業人員為限，而多有以知名演藝人員作為自己商品或服務表彰者。

- (2) 同法第二十四條規定，除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。系爭廣告用「不要伍佰」、「伍佰不來了」等用語，應不致使消費者產生「伍佰」係參加人公司產品或服務代言人之印象，且系爭廣告所傳達之訊息並無不實或引人錯誤之情事，是參加人之行為尚非公平交易法所稱之欺罔行為；況「伍佰」一詞原係一般大眾用以表達五百單位之簡稱，嗣因原告所屬藝人吳俊霖使用「伍佰」藝名從事演藝活

<sup>431</sup> 公平交易法第二十條第一項一、二款在八十八年修正時，將原本的「相關大眾所共知」之文字修正為「相關事業或消費者所普遍認知」，以使本條構成要件更為明確。本案被檢舉人行為時為八十八年三月一日，是時上揭條文已公布施行，而與現行法同。

動而成為該藝人之著名表徵，惟尚非謂任何人一旦使用該用語直接或間接表達單位或數字之意義，亦違反公平交易法之規定。參加人雖以文字、圖片或聲音使人聯想到「伍佰」，惟其意旨在表達五百元（價格），表現方式雖有使用「伍佰」藝名，然其目的並非以攀附著名表徵之手法，提升本身聲譽，或藉以減省自創品牌所需付出之努力，應無涉及搭便車之情事；縱其表現手法有若干玩笑戲謔之性質，惟尚不致使「伍佰」藝名之顯著性遭到稀釋、沖淡或貶損之虞。「伍佰」一詞係由固有名詞衍生出表彰藝人吳俊霖之意義，系爭廣告內容既已表明係銷售參加人公司之產品或服務，僅在廣告上利用「伍佰」一詞的原有意義及衍生印象的關聯性，藉以加強消費者對特定品牌優惠價格之認知，應不致減損「伍佰」藝名之吸引力，該廣告行為尚難認有違反行為時公平交易法第二十四條之規定。

承本節前項所述，公平交易法第二十四條乃為一補充性質之概括條款，由於其涵蓋者甚廣，適用時必須注意各種必要限制，以免過度擴張其範圍。就第二十四條的要件而言，由於通說認為「消費者損害」為本條之必要限制，在系爭案件中，即便消費者確信伍佰為被檢舉人產品之代言人，然是項產品之重要交易資訊對交易相對人而言乃產品優惠之內容，而非代言人為何，就此部份來說，被檢舉人的行為應無構成公平法第二十四條所稱之「欺罔」。何況系爭廣告係以戲謔之手法使用藝人伍佰之形象，在客觀上恐難認為有致使消費者受騙而錯認伍佰為該產品代言人之虞。關於「顯失公平」要件，由於其規範者亦重在不公平競爭行為之禁止，或對交易相對人不公平之行為，系爭案件原告既與被檢舉人無商業上的競爭關係，亦非系爭產品的交易相對人，故欲以顯失公平為由認被檢舉人有違反公平交易法之情事，亦屬勉強。是以本件判決並未否認藝人伍佰之藝名形象就商業宣傳活動具有其顯著性及吸引力，然就系爭案件而言，確難以公平交易法相繩，應值贊同。

此一案例說明了將公平交易法用於個人形象經濟利益保護的困難之處。誠如上述法院見解所言，以諧趣之模仿方式使用藝人形象，並不致減損藝人藝名顯著性。但實際上原告及藝人本人重視的應不僅為系爭藝名或形象的顯著性有無減損，而是

對該藝名或形象的掌控權其相關的經濟利益。倘若他人以趣味性的模仿方式即得任意使用知名藝人的個人形象為自己的商品進行宣傳，則勢必會影響到藝人們運用自己在演藝事業努力之成果獲取收入的機會及金額。此外，本案被檢舉人大眾電信在拍攝該廣告前，曾主動與原告魔岩唱片公司接洽請伍佰為代言人，然為原告所拒，事後即自行決定以模仿伍佰之方式完成系爭廣告拍攝，為雙方所不爭執之事實。此事實雖不足影響被檢舉人是否違反公平交易法之判斷，然若以美國一般個人公開權案件為對照，若被告一方曾向原告提出代言之邀約而遭拒絕，此行為將成為原告舉證被告侵權極有力之證據<sup>432</sup>。

#### 第四項 公平交易法與個人公開權

綜上所述，公平交易法關於仿冒行為之禁止（第二十條一項）的規定條文明示事業不得違法使用「相關大眾所共知之他人姓名或其他表示他人營業、服務之表徵」，此與個人公開權以個人形象表徵為保護客體的規範模式雖有近似之處，然鑑於公平法之本質為競爭法，所謂仿冒行為又以「致使相關消費者有混淆誤認之虞為要件」，在個人形象遭盜用以牟取商業利益的相關案件中，被害人欲援用此一規定主張其權利實屬不易；至於公平法關於欺罔或顯失公平行為之禁止（第二十四條）之規範，雖然表面上似乎涵蓋甚廣，然由於此條文之性質乃為不公平競爭行為之概括條款，適用時須滿足「欺罔」、「顯失公平」、「足以影響交易秩序」及「造成消費者損害」等要件，且須符合補充原則並維持公平法之競爭法本質，因此公平會及法院實務通常會傾向限縮範圍以免過度適用。是故公平交易法之規範與個人形象經濟利益之保護雖似有關聯，然實際上要引據前揭公平法的規定來作相關請求時確是易生窒礙的。

#### 第六節 展望與建議——代小結

二十世紀以來，舉世各國的社會、經濟發生重大變遷，科技進步、傳播及娛樂事業的發展，以及企業的競爭，造就了娛樂、戲劇、運動、政治等領域的知名人物

<sup>432</sup> 例如馬丁路德金恩案、Bettie Midler 案，及 Tom Waits 案等。



(celebrities) 享有一定的名氣或聲望。此等人士的衣著打扮、嗜好、使用物品、生活方式等，成為社會許多人模仿追求的時尚。因此名人的肖像、姓名、聲音等個人形象表徵，乃得以各種方式被使用於製造、推銷商品或服務，故名人之形象表徵具有一定的經濟、財產價值<sup>433</sup>。善用名人之形象，往往可為商品或服務帶來更多價值；而自娛樂乃至於日常生活等各種產業，名人形象表徵皆已成為代言或促銷活動之重要商業交易標的。在已有個人公開權法制的美國是如此，在當今的台灣亦然。是故，為使由個人形象而生的經濟利益得歸屬於應得之人，且為兼顧交易秩序之維護並在市場現實中確保個人人格自主，對個人形象之經濟利益以法律加以保障乃是不可避免之趨勢。

若參照美國個人公開權的法制發展，吾人不難發現既存其他相關法領域之法規—如著作權法、商標法、公平交易法及傳統上針對人格利益所設之法規—皆不可能等同於個人公開權制度所提供之保護，本章前述的各節的討論亦說明了國內也有同樣的問題。然此非謂我國有必要依循美國之法制，進行個人公開權之立法。實則，美國係屬於普通法／習慣法之國家，以判例法為基礎，個人公開權在美國也多仰賴法院造法建構相關理論及深化權利具體內涵。我國法律則以國會立法為基礎，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（如著作權法）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，將是一大挑戰。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，不少學者亦提出批評。畢竟可作為「個人形象表徵」者自與個人一身緊密相關的姓名、肖像以至於「身外之物」例如服裝、配飾等，可謂包羅萬象，個人公開權客體之界限應擴張至何等界限才不致易生權利之濫用或帶來更多與言論自由抵觸之問題，亦有待解決。現階段在我國若欲以立法之手段來保護個人公開權，亦將須直接面臨上述種種挑戰。

依本文見解，目前在我國若欲使個人形象之經濟利益獲得較為適切之保護，關鍵之一在於對人格權之經濟利益內涵的承認。若能藉由法院實務判例之開展積極承認人格權的經濟利益，使一定的人格表徵如姓名、肖像、聲音等具有財產價值，並

---

<sup>433</sup> 王澤鑑，前揭註 31，頁 83。

藉由援用其他法規如著作權法關於表演人之保護或公平交易法關於商品及服務表徵之保護等，使個人形象之經濟利益保護在我國獲得較為完善之落實。在此過程中，則不妨參考美國個人公開權中下列各項原則與標準，以改善我國目前對人格權保護實務之盲點、增進個人形象保障機制建構之效率：

- (一) 每個自然人皆得享有人格權之經濟利益——雖然可預見地，實務上之多數爭訟將是有關於知名人物之人格權經濟利益，然欲使人格權的保護更加完善，不論就理論上或現實考量，都應使任何盜用他人形象以獲取經濟利益者就其所侵害之權利進行賠償。尤其可參考者為美國案例法中所謂「形象商業價值推定原則」。
- (二) 採用更明確之損害賠償衡量標準——即以：(1) 原告形象合理市場價值之返還；(2) 原告將來可能收入或將來個人公開權價值之減損；及 (3) 被告不當得利之返還等項目來酌定具體案件中的財產上損害賠償金額，以取代現今實務見解中普遍欠確明確性的自由心證。
- (三) 與言論自由之權衡——例如關於政治領域成員的人格權經濟利益問題，在美國法的發展上已累積相當的案例及學說可供參考，以免人格權的經濟利益在法律解釋上與憲法之言論自由相牴觸的問題。
- (四) 其他美國法個人公開權關於可識別性判斷基準、死後人格權經濟利益相關議題、懲罰金損害賠償制度之建立及侵權行為成立之主觀要件認定……等，都可以作為我國將來人格權法發展制度內涵之借鏡。

然承本章第二節第六項中所述，未來若透過充分而深入之學說討論、以及對實務上人格權經濟利益保護之觀察，仍認我國對個人形象之經濟利益須進行更周全之保護，依本文見解，此時便應透過立法程序，在人格權體系之外獨立創設「個人公開權」，使其具有排他支配之財產權性格，就整體制度結構而言將較為明確而合理，亦得免於落入人格權利益內涵界限劃分不清的難題之中。

## 第六章 結論

個人形象具有經濟上的價值，這在許多現代社會中皆是不可否認的事實。二十世紀以來，伴隨著科技的進步與經濟之發展，娛樂、廣告及傳播等事業在諸多國家的社會中都越見蓬勃，人們為了追求物質及精神生活的多樣性及進步性，其消費活動往往會與這些事業所提供的資訊習習相關；而在娛樂及傳播事業相互競爭的現實下，社會也造就了演藝、運動、政治及其他諸多領域之知名人物。此等人物的衣著打扮等個人選擇及其價值觀念，時常成為大眾仿效與認同的對象。故自人們日常生活的消費以至各種娛樂事業交易活動，名人形象的運用往往扮演著不可或缺的角色。使用知名人物代言或進行廣告宣傳，通常可為企業的商品或服務帶來更多價值；而即便一個人尚非為知名人物，其個人形象具有的潛在經濟利益亦不得忽視。個人形象經濟利益之保障，即成為當代法制發展的趨勢之一。

就美國法制之歷史發展，1950 年代的 Haefliger 案及 Nimmer 教授所發表的 “The Right of Publicity” 一文乃是個人公開權在實務界及學術界首獲肯認之里程碑。就歷史的觀點而言，個人公開權在美國係發展自隱私權法體系。早期學術界及實務界曾普遍將個人公開權與 Prosser 的隱私權理論中之「盜用型隱私權侵害」等而視之或混為論述，導致法院在面對個人形象經濟利益受侵害的案件時出現操作上的困難。不過在 1970 年起的十年間，隨著部份法院逐漸開始承認並適用「個人公開權」，主張個人公開權的案件便如雨後春筍般地出現，相關的學術討論也越見蓬勃，個人公開權的時代即宣告來臨。依照現今美國理論及實務通說，個人公開權的定義是：「每個自然人與生俱來的，控制其形象表徵在商業利益上的權利。」

個人公開權在美國基本上是一個由各州普通法所產生建構出來的智慧財產權；對於該權利的侵害，係屬於不正競爭法上的商業侵權行為。在智慧財產權法的系譜中，個人公開權法是一個獨立的類別，它並非只是一種屬於商標、著作權、不實廣告，或者隱私權法的子類型。雖然個人公開權法確實和這些相鄰近的法律具有某些相似之處，但它確實具有獨立存在的理由。理論上，保護個人公開權的理由大致上可分為下列五點：一、道德上之理由；二、提供個人追求成就的動機；三、經濟效

益上之理由；四、避免欺騙性廣告；五、維護個人人格自主。其中又以前二點最為基本而普遍為實務見解所採納。目前美國已有二十個州的普通法承認個人公開權，其中八個州的制定法亦可見個人公開權的規範條文。另外有十個州在制定法將個人公開權的內涵納於「隱私權」的體系當中。故從廣義的角度來說，現在在美國有三十個州具有個人公開權的相關規範。至於聯邦法律體系中並無針對個人公開權之專門規範，然為統整各州州法的複雜差異，已有學者建議進行各州州法的整編運動，或使國會通過聯邦的個人公開權立法。

雖然各州法制略有不同，不過就構成個人公開權侵害的客觀要件而言，則皆包含「權利的有效性」及「權利遭到侵害」兩大部份，而後者又可再區分為「形象表徵被盜用」、「形象表徵具可識別性」及「商業利益之損失」三項要件。至於權利之有效性在個人公開權案件中通常並非重要的爭點。在判斷權利是否遭到侵害時，原告的形象在被告的使用行為中是否具有「可識別性」(identifiability)乃是關鍵。目前美國法界通說對於可識別性要件的判斷法則仍未有一致而明確的見解；不過已有相當之實務見解採納學說上的建議，而以「無輔助識別」(unaided identification)標準作為判斷可識別性要件在具體個人公開權案件中成立與否的原則，此一原則要求當一般人在沒有任何其他輔助資訊的情況仍得合理地識別出原告時，可識別性要件方告成立；惟在原告完全不具知名人物的身份時，法院可例外採行「輔助識別」的標準，以確保非知名人物的個人公開權亦得受到法律保障。至於行為人之主觀則非個人公開權侵權成立的要件，亦即個人公開權所採行者為無過失責任制。

在救濟方面，個人公開權侵權案件的原告可請求者包括禁制令及損害賠償。禁制令概可分為暫時性禁制令及永久性禁制令。在案件審理的過程中，為維持法律現狀，並保護原告之權利在訴訟期間不會受到損害擴大或防止未來無法從被告處獲得救濟，法院得核發暫時性禁制令。暫時性禁制令的核發應經法官以基於衡平法發展出的各種原則判斷之，並在系爭案件有涉及言論自由保障時遵循禁止事前限制(prior restraint)之原則。法院經判決認定侵權行為成立後，則可核發永久性禁制令，以防止損害持續發生並形成金錢損賠或其他救濟方式無法回復補償之損害。至於決定損害賠償額度之方法，歷來法院通常使用者有三：一、原告形象合理市場價



值之返還；二、原告將來可能收入或將來個人公開權價值之減損；三、被告不當得利之返還。個人公開權損害賠償額之計算，基本上應以原告形象之合理市場價值為準，然考量原告未來形象價值之減損及被告可能無視於合理市場價值的賠償額度，而抱僥倖心態略過合法授權的途徑，法院視情況亦得以原告將來可能之收入或被告之不當得利作為損害賠償額。此外，在州制定法有授權的情況下，法院另得基於懲罰被告的惡意行為以及抑制被告與他人日後再犯等考量，額外課予被告懲罰性的損害賠償。

在歷來諸多的個人公開權案件判決中，關於個人公開權主體與客體的各項問題一向是爭議之核心。在主體方面，依照美國現今通說，一個人不論是否為知名人物，皆得受完整的個人公開權保護，但至今仍有少數意見認為僅名人得享有個人公開權；政治領域成員則屬於較特別的個人公開權主體，其所擁有的權利範圍因美國憲法第一修正案對言論自由的保護而受到限縮；至於動物、法人及其他團體，目前學術及實務通說基本上傾向不承認這些非自然人的個體得享有個人公開權。在客體方面，姓名與肖像為兩種慣常用於識別個人形象之表徵，故此二者也是個人公開權案件中最常見的客體。根據 *Crazylegs* 案之判決，所謂姓名得包括藝名、筆名及綽號等；而根據 *Cohen* 一案所揭示的法則，所謂肖像並不限於臉孔，包括「髮型、骨架、肢體輪廓及姿態等」個人形貌特徵都得為證明肖像可識別性之元素。此外，如果在廣告中不直接使用名人的肖像，而是使用其模仿者（look-alike）的肖像，此等行為仍可能構成個人公開權之侵害。此外，依美國實務見解，個人公開權之適格客體尚包括一個人所扮演之虛構角色形象、聲音以及隨身之物件。可見在當今的美國，個人公開權之客體已是包羅萬象，而不僅限於傳統上的個人形象表徵。

相較於美國之法制，我國目前並未針對個人公開權有特別立法之保護，但依憲法第二十二條之概括規定，「凡人民之其他之自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」因此，個人公開權並不因其未有法律明文規定而不受保障。為使由個人形象而生的經濟利益得歸屬於應得之人，且為兼顧交易秩序之維護並在市場現實中確保個人人格自主，對個人形象之經濟利益以法律加以保障乃是不可避免之趨勢。經由參照美國個人公開權的法制發展，並逐一檢視我國現存關於個人形象權利保護之法規，吾人不難發現既存其他相關法領域之法規—如民法、著作



權法、商標法及公平交易法等—皆不可能等同於個人公開權制度所提供之保護。然此非謂我國有必要依循美國之法制，進行個人公開權之立法。實則，美國係屬於普通法／習慣法之國家，以判例法為基礎，個人公開權在美國也多仰賴法院造法建構相關理論及深化權利具體內涵。我國法律則以立法機關立法為基礎，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（如著作權法）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。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，不少學者亦提出批評。畢竟可作為「個人形象表徵」者，從個人一身緊密相關的姓名、肖像，以至於形形色色的「身外之物」如服裝、配飾等，可謂包羅萬象，個人公開權客體之界限應擴張至何等界限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。現階段在我國若欲以立法之手段來保護個人公開權，亦將須直接面臨上述種種挑戰。

依本文見解，目前在我國若欲使個人形象之經濟利益獲得適切之保護，關鍵問題之一即在於對人格權之經濟利益內涵的承認。現階段若能藉由法院實務判例之開展積極承認人格權的經濟利益，使一定的人格表徵如姓名、肖像、聲音等具有財產價值，並藉由援用其他法規如著作權法關於表演人之保護或公平交易法關於商品及服務表徵之保護等，使個人形象之經濟利益保護在我國獲得較為完善之落實。在此過程中，則不妨參考美國個人公開權中特定之原則與標準，諸如確立所有自然人皆得以法律保障其人格權經濟利益之基本原則，並透過「形象商業價值推定原則」落實此一理念；而藉由採用更明確之損害賠償衡量標準，包括以（一）原告形象合理市場價值之返還；（二）原告將來可能收入或將來個人公開權價值之減損；及（三）被告不當得利之返還等項目來酌定具體案件中的財產上損害賠償金額，取代現今實務見解中普遍欠確明確性的自由心證，可改善我國目前對人格權保護實務之盲點、增進個人形象保障機制建構之效率。同時，其他美國法個人公開權關於可識別性判斷基準、死後人格權經濟利益相關議題、懲罰性損害賠償制度之建立及侵權行為成立之主觀要件認定……等，都可以作為我國將來關於個人形象經濟利益保護制度內涵發展之借鏡。

最後，未來若透過充分而深入之學說討論、以及對實務上人格權經濟利益保護之觀察，仍認我國對個人形象之經濟利益須進行更周全之保護，則此時便應透過立法程序，在人格權體系之外獨立創設「個人公開權」，使其具有排他支配之財產權性格，就整體制度結構而言將較為明確而合理，亦得免於落入人格權利益內涵界限劃分不清的難題之中。



## 參考文獻

### 一、中文書籍

1. 王澤鑑，民法總則，增訂版，2009。
2. 王澤鑑，侵權行為法第一冊，1998。
3. 汪渡村，公平交易法，三版，2007。
4. 汪渡村，商標法論，2008。
5. 陳文吟，商標法論，三版，2005。
6. 賴源河編審，公平交易法新論，三版，2005。
7. 羅明通，著作權法論（I），七版，2009。
8. 羅明通，著作權法論（II），七版，2009。
9. 愛倫．艾德曼（Ellen Alderman）、卡洛琳．甘迺迪（Caroline Kennedy）著，吳懿婷譯，隱私的權利（The Right to Privacy），二版，2006。

### 二、中文期刊論文

1. 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍(3)：肖像權，台灣本土法學雜誌，第 87 期。
2. 王澤鑑，「人格權保護的課題與展望（四）- 人格權的主體 - 」，台灣本土法學雜誌，103 期，2008 年 2 月。
3. 王澤鑑，「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，2008 年 3 月。
4. 何愛文，美國法之個人公開權(Right of Publicity)於我國受保護之可能性，全國律師第 3 卷第 12 期，民國 88 年 12 月。
5. 吳永乾，美國誹謗法所稱「真正惡意」法則之研究，中正法學集刊，15 期，2004 年 4 月。
6. 林正雄，肖像權之保障，司法新趨勢，第 24 期。

7. 黃立，「人死後有無人格權侵害之問題」，台灣本土法學雜誌，第 40 期。
8. 劉得寬，人格權上的「Publicity 權」（公表權）——以日本判例、學說為中心，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月。
9. 謝銘洋，論人格權之經濟利益，固有法制與當代民事法學，戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集。

### 三、中文學位論文

1. 林鈺豪，真實人物商品化之研究——以美國公開化權（Right of Publicity）為中心，天主教輔仁大學財經法律學研究所碩士論文，2006 年 1 月。
2. 葉國良，專利訴訟之定暫時狀態處分救濟，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2006 年 1 月。
3. 鄭巧筠，論侵害專利權之懲罰性賠償，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2009 年 1 月。
4. 盧佳德，專利排他權之研究：以美國專利案件永久禁制令之核發為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2007 年 7 月。
5. 羅淑婷，外國懲罰性損害賠償判決承認與執行之研究，國立台北大學碩士論文，2007 年 1 月。

### 四、外文書籍

1. FUNK, WILFRED, WORD ORIGINS (1950).
2. MCCARTHY, J. THOMAS, MCCARTHY ON TRADEMARKS AND UNFAIR COMPETITION (4th ed. 2010).
3. MCCARTHY, J. THOMAS, RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY (2d ed. 2000).
4. NIMMER, MELVILLE B., NIMMER ON COPYRIGHT (1984 rev.).
5. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (4th ed. 1992).
6. PROSSER, WILLIAM L., LAW OF TORTS (4th ed. 1971).
7. SMOLLA, RODNEY A., LAW OF DEFAMATION (2d ed. 2010).

## 五、外文期刊論文

1. Beverley-Smith, Huw, *The Commercial Appropriation of Personality*, CAMBRIDGE UNIV. PRESS 313 (2002).
2. Cohen, Felix S., *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935).
3. Denicola, Robert C., *Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols*, 62 N.C. L. REV. 603 (1984).
4. Dogan, Stacey L. & Lemley, Mark A., *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161 (2006).
5. Felcher, Peter L. & Rubin, Edward L., *Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media*, 88 YALE L.J. 1577 (1979).
6. Grady, Mark F., *A Positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 UCLA ENT. L. REV. 97 (1994).
7. Goldman, Lee, *Elvis is Alive, but He Shouldn't Be: the Right of Publicity Revisited*, 1992 B.Y.U. L. REV. 597.
8. Gordon, Harold R., *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, 55 N. U. L. REV. 553 (1960).
9. Halpern, Sheldon W., *The Right of Publicity: Maturation of an Independent Right Protecting the Associative Value of Personality*, 46 HASTINGS L.J. 853 (1995).
10. Hoffman, Steven J., *Limitations on the Right of Publicity*, 28 BULL COPYRIGHT SOC'Y 111 (1980).
11. Kulzick, Kenneth E. & Hogue, Amy D., *Chilled Bird: Freedom of Expression in the Eighties*, 14 LOYOLA L.A. L. REV. 57 (1980).
12. Kwall, Roberta Rosenthal, *Fame*, 73 IND. L.J. 1, 41 (1997).
13. Langvardt, Arlen W., *The Troubling Implications of a Right of Publicity "Wheel" Spun Out of Control*, 45 U. KAN. L. REV. 329 (1997).
14. Lewis, Anthony, *New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to The Central Meaning of the First Amendment*, 83 COLUM. L. REV. 603 (1983).
15. Madow, Michael, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 CAL. L. REV. 125 (1993).



16. Malkan, Jeffrey, *Stolen Photographs: Personality, Publicity, and Privacy*, 75 TEX. L. REV. 779 (1997).
17. McCarthy, J. Thomas & Anderson, Paul M., Essay, *Protection of the Athlete's Identity: the Right of Publicity, Endorsements and Domain Names*, 11 MARQ. SPORTS L. REV. 195 (2001).
18. Nimmer, Melville B., *The Right of Publicity*, 19 LAW & CONTEMP. PROBS 203 (1954).
19. Ochoa, Tyler T., *The Schwarzenegger Bobblehead Case: Introduction and Statement of Facts*, 45 SANTA CLARA L. REV. 547 (2005).
20. Prosser, William L., *Privacy*, 48 CAL. L. REV. 383 (1960).
21. Reichman, Courtland L. & Cannady, M. Melissa, *False Advertising Under the Lanham Act*, 21-SPG FRANCHISE L.J. 187 (2002).
22. Rielly, Eileen R., Note, *The Right of Publicity for Political Figures: Martin Luther King, Jr., Center for Social Change, Inc. v. American Heritage Products*, 46 U. PITT. L. REV. 1161 (1985).
23. Robinson, Richard S., *Preemption, the Right of Publicity and a New Federal Statute*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 183 (1998).
24. Singer, Barbara, *The Right of Publicity: Star Vehicle or Shooting Star?*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1, 49 (1991).
25. Salomon, J. Eugene, Jr., Note, *The Right of Publicity Run Riot: The Case for a Federal Statute*, 60 SO. CAL. L. REV. 1179 (1987).
26. Savare, Matthew, *The Price of Celebrity: Valuing the Right of Publicity in Calculating Compensary Damages*, 11 UCLA ENT. L. REV. 129.
27. Solove, Daniel J., *The Origins and Growth of Information Privacy Law*, 748 PLI/Pat 29 (2003).
28. Thompson, Robert T., *Image as Personal Property: How Privacy Law Has Influenced the Right of Publicity*, 16 UCLA ENT. L. REV. 155 (2009).
29. Treece, James M., *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, 51 TEXAS L. REV. 637 (1973).
30. Warren, Samuel D. & Brandeis, Louis D., *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).
31. Whaley, Sean D., *"I'm A High Way Star": An Outline for a Federal Right of Publicity*, 31 HASTINGS COMM. & ENT L.J. 257 (2009).

32. Winner, Ellen P., *Right of Identity: Right of Publicity and Protection for a Trademark's "Persona,"* 71 TRADEMARK REP. 193 (1981).
33. Note, *Federal Estate Tax and the Right of Publicity: Taxing Estates for Celebrity Value,* 108 HARV. L. REV. 683(1995).

## 六、網路資料

1. <http://www.qscores.com/pages/Template1/site11/28/default.aspx> (last visited on 2010/08/01).

