

從電視節目之商標性質論其著作權侵害 與損害賠償計算

Trademark Characteristic of a Television Program, Copyright Infringement, and Damages Calculation

陳秉訓*

Ping-Hsun Chen*

摘 要

「置入行銷」成了電視台增加營收的方法。置入行銷的商品可能來自供應商或節目製作單位自製。不幸的是有不肖商人會販賣仿冒品，而在販售同時會利用相關節目的片段畫面。此未經同意的著作利用構成著作權侵權行為。智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號、105 年度民著上易字第 1 號等二件民事判決與 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決即屬於此類案例。該三案涉及同樣的電視劇「回到愛以前」，而仿冒品是仿製劇中由節目製作單位自製的商品。在該三案中，法院認定有著作權侵害的行為，但僅依著作權法第 88 條第 3 項的「法院酌定賠償額」說來裁定損害賠償金。但在討論賠償金額的數字時，法院有參考侵權人販售仿冒品的所得。此顯示該類侵權行為有商標權侵害的性質，因為消費者會誤認仿冒品是「回到愛以前」所授權的正版商品。

投稿日期：107.12.10 接受刊登日期：107.12.19 最後修訂日期：107.12.20

* 美國聖路易華盛頓大學法律博士，國立政治大學科技管理與智慧財產研究所副教授。

* J.D., Washington University in St. Louis School of Law, Associate Professor, Graduate Institute of Technology, Innovation and Intellectual Property Management, National Chengchi University.

從該三案，本文嘗試提出電視節目的商標性質的概念，亦即當電視節目與商品產生關連性時，與商品有關的節目畫面即有商標性質。進而，利用該電視節目的畫面來宣傳商品之行為亦是構成侵害著作權行為之一部分。商標法的損害賠償計算則可類推適用至著作權法的損害賠償計算。

關鍵詞：戲劇節目；著作權；商標；損害賠償；電視；視聽著作；著作權侵害；商標權侵害；置入性行銷；廣告

目 次

壹、前言

貳、電視節目與廣告化

- 一、節目與廣告區隔原則
- 二、置入性行銷與冠名贊助
- 三、電視節目名稱的商標化
- 四、電視節目商標化的可能性

參、「回到愛以前」相關著作權侵權案件評析

- 一、「回到愛以前」電視劇與相關商品
- 二、事實背景
 - (一) 104 年度民著上易字第 16 號民事判決
 - (二) 105 年度民著上易字第 1 號民事判決
 - (三) 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決
- 三、未採三立電視的損害賠償計算
 - (一) 著作權侵權行為之損害賠償計算方式
 - (二) 104 年度民著上易字第 16 號民事判決
 - (三) 105 年度民著上易字第 1 號民事判決
 - (四) 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決
- 四、法院酌定賠償額法
- 五、電視節目的商標性質
 - (一) 分析架構
 - (二) 戲劇類節目
 - (三) 非戲劇類節目

肆、從電視節目著作之商標性質建構著作權侵權行為概念

一、節目畫面的原創性

二、具侵害商標性質的著作權侵權行為

(一) 仿冒品 (或劣質品)

(二) 攀附

(三) 正版本

三、合理使用

四、損害賠償

五、電視節目商標性質的消失

伍、結論

壹、前言

由於電視台廣告收益的下降，造成電視節目的製作成本回收不易。「置入性行銷」成了電視台增加營收的萬靈丹¹。「置入性行銷」又稱「產品置入」(Product Placement)，係指將商品相關資訊(例如產品名稱、品牌、商標等)融入於娛樂活動(例如電視節目)中，以讓商品產生吸引力而增加觀眾購買慾望，而商品提供者對活動單位(例如節目製作單位)有相對的資助(例如費用支付)²。甚至政府單位亦會在電視節目置入性行銷，以宣導政令或推廣政策³。

由於電視節目的多樣性(包括戲劇、綜藝、生活等等)，置入性行銷的產品類別與手段也多元與創新⁴。近年偶像劇盛行，帶動相關戲劇中的產品置入活動⁵。相關產品的供應商也將戲劇畫面整合在廣告內容中，以進行產品的行銷⁶。

-
- 1 謝文華、林嘉琪、陳慧貞，「台劇置入行銷 NCC：廣告化才罰」，自由時報電子版，2009年11月4日，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/348059>，最後瀏覽日期：2017年7月13日。在該報導中，台北市影音製作公會榮譽理事長林錫輝向國家通訊傳播委員會喊話，希望放寬置入性行銷的限制，並「強調，電視劇不能出現商品 logo，製片資金難募，難以拍出大製作戲劇，台灣文化創意產業與商品，也無法藉由戲劇宣傳至海內外。反觀電影無此限制，像『海角七號』的『馬拉桑』小米酒，至今仍熱銷」。
 - 2 陳一香，淺論「產品置入行銷」與其爭議，傳播研究簡訊，第39期，頁11，2004年10月；許安琪，置入？植入？製入？智入？從多元面向觀點檢視置入性行銷，中華傳播學刊，第8期，頁162-163，2005年12月。
 - 3 廖淑君，政府從事電視置入性行銷法律規範之研究，廣告學研究，第26期，頁86-87，2006年7月；徐振興、黃甄玉，產品訊息疑似置入電視偶像劇之研究，中華傳播學刊，第8期，頁72-73，2005年12月。
 - 4 徐振興、黃甄玉，同註3，頁72。
 - 5 徐振興、黃甄玉，同註3，頁72；張啟華，「偶像劇置入行銷術」，自由時報電子版，2003年9月1日，<http://old.ltn.com.tw/2003/new/sep/1/life/fashion-1.htm>，最後瀏覽日期：2017年7月13日。
 - 6 徐振興、黃甄玉，同註3，頁72。

置入行銷的商品可能來自供應商或節目製作單位自製⁷。不幸的是有不肖商人會販賣仿冒品，而在販售同時會利用相關節目的片段畫面。此未經同意的著作利用構成著作權侵權行為。智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號、105 年度民著上易字第 1 號等二件民事判決與 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決即屬於此類案例。該三案涉及同樣的電視劇「回到愛以前」，而仿冒品是仿製劇中由節目製作單位自製的商品。在該三案中，法院認定有著作權侵害的行為，但僅依著作權法第 88 條第 3 項的「法院酌定賠償額」說來裁定損害賠償金。但在討論賠償金額的數字時，法院有參考侵權人販售仿冒品的所得。此顯示該類侵權行為有商標權侵害的性質，因為消費者會誤認仿冒品是「回到愛以前」所授權的正版商品。

電視劇畫面的「截圖」屬重製權侵害，而將該截圖放在網路上供公眾閱覽則屬公開傳輸權之侵害⁸。侵權人將電視劇畫面用於商品販售活動中，使消費者誤認相關商品已獲得節目權利人之授權，或欺騙消費者而讓其購買仿冒品，此已經超過侵害電視劇著作權的表面利益，而屬於攀附電視劇著作權人商譽的行為，故為帶有侵害類似商標權性質之行為。

或許，電視劇製作公司或電視台可主張商標權（電視劇名稱之商標）之侵害。但是，當未申請電視劇名稱商標時、或當著作權侵權人未使用電視劇名稱的商標時，電視劇的著作權人能否在著作權法中找到一條具有商標權性質的救濟路徑，是本文嘗試處理的問題。

著作具有商標性質的概念曾在美國學者 Greg Lastowka 教授的著作中提到，其以「作者」（Authorship）為客體討論可能的商標權保護⁹。

7 張宏源，文化出口 台灣偶像劇場名國際，台灣影視內容產製模式－以三立、八大為例，產業管理評論，第 2 卷，第 1 期，頁 12-14，2007 年 11 月。

8 章忠信，著作權法逐條釋義，頁 72-73、80-81，五南，2014 年 4 版。

9 See Greg Lastowka, *The Trademark Function of Authorship*, 85 B. U. L. REV. 1171,

「作者」可做為著作物的來源表徵，而錯誤的作者標示會導致消費者受到欺瞞而誤認內容物的來源¹⁰。本文將從「回到愛以前」系列判決，嘗試提出電視節目的商標性質的概念；亦即當電視節目與商品產生關連性時，與商品有關的節目畫面即有商標性質。進而，著作權受侵害將不只是重製權或公開傳輸權，而利用該電視節目的畫面來宣傳商品之行為亦是構成侵害著作權行為之一部分。商標法的損害賠償計算則可類推適用至著作權法的損害賠償計算。

「電視節目」並未在著作權法或《著作權法第五條第一項各款著作內容例示》¹¹中有明確定義，但比較接近的是視聽著作。不過，從傳播相關法規切入可能更適合定義「電視節目」。根據廣播電視法第 16 條，電視節目分為四類：新聞及政令宣導節目；教育文化節目；公共服務節目；大眾娛樂節目。本文所討論的電視節目偏屬於大眾娛樂節目，其定義為廣播電視法第 16 條「第一款至第三款以外之節目，包括歌唱、音樂、戲劇、小說、故事、笑話、猜謎、舞蹈、技藝、綜藝及其他以娛樂為內容之表演」¹²。此類節目的「置入性行銷」所受管制較小¹³，故因置入性行銷而導致著作具有商標性質的可能性增加。

此外，本文的理論係從「回到愛以前」系列判決演化而來，故可能侷限在戲劇節目的範疇中。根據《無線電視事業播送本國自製節目管理辦法》¹⁴第 4 條第 1 項，「戲劇節目指將人物、情節及場景組合成具故

1193-1200 (2005).

10 See *id.* at 1193-94.

11 內政部台（81）內著字第 8184002 號公告，<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=32403&ctNode=7011&mp=1>，最後瀏覽日期：2016 年 7 月 19 日。

12 廣播電視法施行細則第 16 條。但衛星廣播電視法無相當的規定。

13 電視節目與廣告區隔置入性行銷及贊助管理辦法第 7 條：「電視事業播送之節目，除下列節目類型外，得為置入性行銷：一、新聞節目。二、兒童節目」。

14 國家通訊傳播委員會（105）通傳內容字第 10548038210 號令訂定發布；本辦法依廣播電視法第 19 條第 3 項規定訂之。另雖《衛星頻道節目供應事業播送本國節目管理辦法》（國家通訊傳播委員會（105）通傳內容字第 10548038210 號令訂

事性之內容」，而同條第 2 項指出「戲劇節目播送型態包含連續劇、單元劇、迷你影集、電視電影等」。戲劇節目因有「劇情」而可做為消費者將相關商品或服務與該節目產生關連性之「橋樑」。另本文所針對的商品或服務也有侷限，因為《電視節目與廣告區隔置入性行銷及贊助管理辦法》¹⁵（簡稱「節目與廣告區隔辦法」）第 8 條規定菸品、酒類、跨國境婚姻媒合、須由醫師處方或經中央衛生主管機關公告指定之藥物、法令禁止販賣或交易之商品或服務、及其他法令禁止為廣告者等等，其不得節目中為置入性行銷。特別是商品部分可能限縮在文創類或流行類商品。

無論如何，本文將闡述電視節目為何可能有商標性質。以下，本文首先討論電視節目具有商標性質所涉及的傳播法規環境和商標法保護的問題。接著，本文從「回到愛以前」戲劇節目著作之相關著作權侵權案件為出發，討論電視節目的商標性質。最後，本文從電視節目著作之商標性質而建構著作權侵權行為概念，其討論侵權行為類型、合理使用、和損害賠償等等議題。於分析時，將源引商標法或相關法院判決，以進行類推適用之討論¹⁶。

定發布) 為相當的法規，但無節目類別的定義條文。

- 15 國家通訊傳播委員會（105）通傳內容字第 10548032800 號令訂定發布；本辦法依廣播電視法第 34 條之 3 第 2 項及衛星廣播電視法第 33 條第 2 項規定訂定之。
- 16 最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決／理由：「所謂類推適用，乃因法律未設規定出現漏洞，而比附援引與其性質相類似之規定，以為適用」。著作權與商標同屬智慧財產權，故著作權法所謂處理的著作的商標性質，其可透過商標法與其實務來補充內涵。

貳、電視節目與廣告化

一、節目與廣告區隔原則

電視節目與商品廣告的結合原則上不是常態¹⁷。廣播電視法第 33 條規定「電臺所播送之節目應能明顯辨認，並與其所插播之廣告區隔。但本法另有規定者，不在此限」；衛星廣播電視法第 30 條亦有相同規定。此等法律乃要求電視節目與廣告必須區隔，稱「節目與廣告區隔原則」¹⁸。

此外，廣告的插播方式亦有限制。廣播電視法第 31 條第 3 項規定「廣告應於節目前後播出，不得於節目中間插播；但節目時間達半小時者，得插播一次或二次」¹⁹。《廣播電視廣告播送方式與數量分配辦法》²⁰第 2 條：「節目播送時間達三十分鐘者，得插播廣告二次；達四十五分鐘者，得插播廣告三次；達六十分鐘者，得插播廣告四次。現場實況轉播，廣告插播得選擇適當時機為之」；《衛星廣播電視節目起迄時間認定與廣告播送方式及數量分配辦法》²¹第 3 條亦有相同規定。

17 例如在臺北高等行政法院 89 年度訴字第 706 號判決中，法院認為系爭「鍋中之寶做好菜」節目其「內容主要係介紹『豆豉鱈魚』等十道菜之作法，節目中卻出現商品『鍋寶』標誌及諮詢專線電話，且於節目中廣告時段介紹同一產品，依其內容及表現方式觀之，明顯節目廣告化」，而違反舊衛星廣播電視法第 19 條第 1 項規定「節目應維持完整性，並與廣告區分」。（見臺北高等行政法院 89 年度訴字第 706 號判決／理由。）

18 早期行政院新聞局（已廢除之組織）所頒佈之「電視節目製播規範」中，第五章篇名為「節目與廣告區隔原則」。（見臺北高等行政法院 89 年度訴字第 706 號判決／理由）

19 衛星廣播電視法無相當的規定。

20 國家通訊傳播委員會（105）通傳內容字第 10548034940 號令訂定發布；本辦法依廣播電視法第 31 條第 4 項規定訂之。

21 國家通訊傳播委員會（105）通傳內容字第 10548031480 號令訂定發布；本辦法依衛星廣播電視法第 36 條第 4 項所訂定。

再者，廣告的內容也須考量與電視節目之區別。衛星廣播電視法第 36 條第 2 項規定「單則廣告時間超過三分鐘或廣告以節目型態播送者，應於播送畫面上標示廣告二字」²²。另《節目與廣告區隔辦法》第 3 條第 3 項規定「電視事業播送之節目插播廣告時，應以字幕、圖卡、旁白、音樂或其他適當方式與節目區隔」。

甚至，節目的內容也應避免廣告的成分。消極方式為《節目與廣告區隔辦法》第 3 條第 2 項，即「電視事業播送節目，應全程或每段節目開始時，於畫面上標示節目名稱」。積極者為同辦法第 4 條其限制特定型態的節目內容，以避免節目內容與相關的插播廣告間無法區隔。限制類型可分為節目名稱、節目參與者、與節目表達等三大類別，而其同時必須達到「明顯促銷、宣傳商品或服務，或鼓勵消費，或利用視聽眾輕信或比較心理影響消費者」之程度²³。

關於節目名稱，其不得「與特定廠商品牌、商品、服務、電話、網址、標識或標語相同」²⁴，或「與其所插播之廣告關聯」²⁵。關於節目參與者，其不得以「言論或表現」等方式，「呈現特定廠商品牌、商品、服務、電話、網址、標識或標語」，或「涉及特定產品之效用、使用方式、價格」²⁶。如果所插播之廣告為節目參與者所演出時，該節目不得與該廣告有關聯；或二者雖無關聯，但該廣告與節目間應置入其他廣告以區隔²⁷。

關於節目表達，其不得「利用兒童、名人、專業者、贈品、統計、

22 廣播電視法無此規定。

23 電視節目與廣告區隔置入性行銷及贊助管理辦法（簡稱「節目與廣告區隔辦法」）第 4 條第 1 項。

24 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 1 款。

25 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 2 款。

26 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 3 款。

27 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 4 款。

科學數據、實驗設計結果等手法，突顯特定商品或服務之價值」²⁸。「節目所用之道具、布景、贈品、特定活動或其他設計」不得以「影像、聲音或其他形式呈現特定廠商品牌、商品、服務、電話、網址、標識或標語」，亦不得「涉及特定產品之效用、使用方式或價格者」²⁹。此外，「節目所用之道具、布景、贈品、特定活動或其他設計」不得與插播之廣告有關聯；或二者雖無關聯，但該節目與廣告間不得「未以其他廣告前後區隔」³⁰。最後，節目表達不得有「特定廠商品牌、商品、服務、電話、網址、標識或標語」，亦不得「涉及特定產品之效用、使用方式、價格」³¹。

《節目與廣告區隔辦法》前身為《節目廣告化或廣告節目化認定標準》³²（簡稱「認定標準」）。在《認定標準》時代，已有司法實務所認可的「節目與廣告未區隔」之案例。例如在最高行政法院 98 年度判字第 344 號判決之個案中，中天電視股份有限公司所經營之「中天綜合台」頻道於 2005 年 5 月 26 日晚間播出「今晚哪裡有問題」節目，該節目邀請「百家班活蝦店」老闆介紹其餐廳的菜色，而相關內容包括裝蝦的錫鍋上有店名「百家班」、該老闆詳述餐點有關之材料的新鮮度與品質、價格等、店家所在位置之揭露等³³。最高行政法院認為該內容於「客觀上已足以認定節目進行時段中有廣告之行為」，而維持主管機關

28 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 5 款。

29 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 6 款。

30 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 7 款，其規定「節目所用之道具、布景、贈品、特定活動或其他設計，與廣告有關聯；或雖無關聯但未以其他廣告前後區隔者」。

31 節目與廣告區隔辦法第 4 條第 1 項第 8 款。

32 趙怡、褚瑞婷，「『修正廣告區分認定原則』之分析與建議」，國政分析，2007 年 6 月 15 日，<http://www.npf.org.tw/3/2501>，最後瀏覽日期：2018 年 1 月 21 日。

33 最高行政法院 98 年度判字第 344 號判決／理由／一。

對該節目廣告化問題之認定、及相關罰款的行政處分³⁴。又例如在最高行政法院 101 年度判字第 273 號判決之個案中，被上訴人大禾多媒體股份有限公司其經營之年代綜合台頻道於 2010 年 3 月 16 日所播出的「臺灣好骨氣」節目，其內容為「主持人參訪製作魚膠原蛋白工廠、訪問工廠總經理、膠原蛋白達人，其後由使用者提出見證，末強調上年紀者、喜歡運動者應加強保護膝關節、提早加強膠原蛋白補充等」³⁵。上訴人主管機關「認定系爭節目內容明顯表現出媒體為特定商品服務宣傳之意涵，節目內容未與廣告區分」，因而違反當時衛星廣播電視法規定，並處以罰鍰與命立即改正³⁶。雖本案處分被廢棄，但僅是因處分程序有瑕疵，而主管機關對廣告化認定之決議並未否定³⁷。

電視節目與商品廣告的區隔原則限制電視節目與商品產生關連性之情況。此影響電視節目與特定商品或服務間產生「識別性」的可能性，亦即消費者不易辨識商品或服務是來自某電視節目內所呈現的商品或服務³⁸。不過，這樣的限制卻被「置入性行銷與冠名贊助」的相關規定而侵蝕。

34 最高行政法院 98 年度判字第 344 號判決／理由／五／（二）。

35 最高行政法院 101 年度判字第 273 號判決／理由／一。

36 同前註。

37 臺北高等行政法院 100 年度訴字第 794 號判決／事實及理由／七：「綜上所述，本件原處分因其作成未經被告委員會議之決議，且未於訴願程序終結前予以補正，已具備違法，應予撤銷之事由，自無從維持，訴願決定未予糾正，即有違誤。從而，原告訴請撤銷訴願決定及原處分，為有理由，自應由本院予以撤銷，由被告依法另為適法之處分」；經最高行政法院 101 年度判字第 273 號判決駁回主管機關之上訴。

38 商標法第 18 條第 2 項：「前項所稱識別性，指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者」。

二、置入性行銷與冠名贊助

在考慮節目製作成本不易取得或回收、及平衡觀眾收視權益的情況下，有限的開放電視節目得有置入性行銷與冠名贊助之內容已成為當代電視政策的趨勢³⁹。對電視台而言，如此可補償廣告時間限制的問題，並增加收益來源的多元性⁴⁰。

「置入性行銷」指「為事業、機關(構)、團體或個人行銷或宣傳，基於有償或對價關係，於節目中呈現特定觀念、商品、商標、服務或其相關資訊、特徵等之行為」⁴¹。電視節目可在一定條件下納入商品宣傳的元素。根據《節目與廣告區隔辦法》第9條，「電視事業於節目為置入性行銷時，其節目內容之製播，應依節目內容所需，融入節目情節，自然呈現」，但同條又禁止四類行為：(1)刻意影響節目內容編輯；(2)直接鼓勵購買商品或服務；(3)誇大商品或服務之效果；(4)過度呈現商品、商標或服務。另該辦法第11條規定若「商品、商標或服務在節目上之呈現，屬節目編輯上合理之素材」，「且未因節目置入之商品、商標或服務而獲得利益者，得不視為置入性行銷」。

「贊助」指「事業、機關(構)、團體或個人為推廣特定名稱、商標、形象、活動或產品，在不影響節目編輯製作自主或內容呈現之完整情形下，而提供金錢或非金錢之給付」⁴²。「贊助」又分「一般贊助」與「冠名贊助」，二者差異在於後者指「該節目名稱冠以贊助者之產品、

39 劉昌德，台灣商營電視節目內容管制的演變：結構去管制下的「內容再管制」，廣播與電視，第26期，頁109，2006年1月；徐振興、黃甄玉，同註3，頁72-73、77-79。

40 廣播電視法第31條第1項：「電臺播送廣告，不得超過播送總時間百分之十」；另見謝文華、林嘉琪、陳慧貞，同註1。

41 廣播電視法第2條；衛星廣播電視法第2條。

42 廣播電視法第2條；衛星廣播電視法第2條。

服務、事業、機關（構）、團體、個人之名稱、標識、商標、品牌或相關附屬圖案」⁴³。無論是哪種贊助，贊助者不得介入節目內容編輯、或影響視聽眾權益⁴⁴。

「置入性行銷」與「冠名贊助」不能同時出現，否則即為廣告。在臺北高等行政法院 105 年度訴字第 56 號判決的案例中，三立電視股份有限公司（以下稱「三立電視」）所經營之三立都會台頻道於 2015 年 3 月 13 日播出「22K 夢想高飛」節目⁴⁵，而該「節目片頭出現三商美邦人壽名稱及標識之熱氣球…，而節目劇情進行中左上角鏡面疊映『三商美邦人壽 22K 夢想高飛』，並有劇中飾演即將共組家庭之演員討論為家庭成員規劃未來人壽保險保單內容之對話…，並於節目片尾插播式字幕『置入提供『三商美邦人壽』』『冠名贊助『三商美邦人壽』』」⁴⁶。劇情中關於保險的對話為：「『…有了 Baby 之後，我們的保單要重新規劃嗎？當然，你觀念愈來愈好了，…，規劃理財型的終身壽險…，附加醫療險和意外險，…這樣是最好的…很快就升上了保險公司的經理…』」⁴⁷。主管機關認為此違反當時《贊助暫行規範》而「於片中違規『置入』該特定廠商品牌，顯已違反『贊助不介入節目內容』及節目與廣告區分認定原則」，因而以違反當時「衛星廣播電視法第 19 條第 1 項節目應與廣告區分之規定」⁴⁸。該處分為本案法院所維持⁴⁹。

43 節目與廣告區隔辦法第 15 條第 1 項。

44 節目與廣告區隔辦法第 14 條。

45 張中昌，「拍偶像劇宣傳理念 保險業新招」，中時電子報，2016 年 1 月 2 日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20160102000113-260205>，最後瀏覽日期：2018 年 1 月 31 日，這部偶像劇的道具，從名片、給客戶的保單、辦公桌上吉祥物等，都可見三商美邦人壽的企業標誌，等於透過情節和場景的安排，將品牌精神巧妙編入，同時提升品牌的曝光，以及打入年輕族群。

46 臺北高等行政法院 105 年度訴字第 56 號判決／事實及理由／五／（二）／1。

47 臺北高等行政法院 105 年度訴字第 56 號判決／事實及理由／五／（二）／2。

48 臺北高等行政法院 105 年度訴字第 56 號判決／事實及理由／四／（一）。

49 臺北高等行政法院 105 年度訴字第 56 號判決／事實及理由／六。

從產品或服務與電視節目的連結性而言，「置入性行銷」因法規要求而致所置入之商品或服務應自然融入劇情中，此有助於觀眾對特定商品或服務與電視節目間產生連結；但「冠名贊助」卻僅是於節目播出時於畫面上加入節目名稱與冠名名稱，而不能將與冠名有關的商品或服務融入劇情內。因此，「置入性行銷」有機會讓觀眾將特定商品或服務和電視節目產生關連，但「冠名贊助」則可能性低。本文所闡述的電視節目商標化的現象應僅存在於涉及「置入性行銷」的電視節目。

三、電視節目名稱的商標化

電視節目名稱為文字，而屬於可申請商標之標的⁵⁰。以三立電視為例，其申請過「甘味人生 TASTE OF LIFE」⁵¹（該戲劇節目為三立台灣台八點檔大戲，曾播送兩年⁵²）。不過，三立電視並未替所有戲劇節目名稱申請商標（例如「回到愛以前」、「愛上哥們」⁵³、「軍官情人」⁵⁴

50 商標法第 18 條第 1 項：「商標，指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成」。

51 註冊號 01766678，指定商品類別 005 號：「蛋白質膳食補充品；藍藻營養補充品；綠藻營養補充品；植物纖維素營養補充品；…」；註冊號 01767780，指定服務類別 035 號：「廣告設計；網路廣告設計；廣告美術設計；型錄設計；商標設計；電視廣告；電台廣告；…」；註冊號 01767380，指定商品類別 029 號：「芝麻油；苦茶油；食用橄欖油；香腸；臘腸；肉食罐頭；燉雞；雞肉；肉類速食調理包；海鮮速食調理包；烏魚子；食用燕窩；果凍；花生油；食用菜籽油；食用葵花油；芥花油；豬肉製品；牛肉乾；龜苓膏凍」；註冊號 01767486，指定商品類別 030 號：「醬油；醬油膏；辣椒醬；調味醬；甜辣醬；XO 醬；米醋；調味水果醋；速食麵；速食粿仔條；蜂王乳；蜜；年糕；蘿蔔糕；芋頭糕；油飯；炒飯；筒仔米糕；粽子；水餃」。

52 黃馨慧，「PTT 讚「會演戲」！陳冠霖超有成就感 搶韓瑜坦言沒信心」，三立新聞網，2017 年 6 月 1 日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=263322>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 2 日。

53 自由時報，「《愛上哥們》版權賣 8 國 比照韓星辦付費見面會」，自由時報電子版，2016 年 2 月 25 日，<http://ent.ltn.com.tw/news/breakingnews/1612626>，最後瀏

等等），且其曾有戲劇節目名稱未申請到商標之案例，例如「天下第一味」。「天下第一味」是關於餐飲業的故事⁵⁵。在商標申請案第095044615號的個案中，智慧財產局核駁「天下第一味」的商標申請，該申請指定使用在商品類別029之「豬腳、豆花、奶油、薑醬、芝麻油、果凍、薑母鴨、羊肉爐、魚鬆、瓜子、甕仔雞、醬菜…」等商品。核駁意見認為「依消費者的認知，通常僅將其視為一般廣告用語，不足以使商品之相關消費者認識其為表彰商品之標識，並得藉以與他人之商品相區別，應不具識別性」，另對申請人「所檢附之網路檢索、商品型錄與媒體廣告等之實際使用樣態，尚難藉此遽認本件商標業經申請人長期、大量、廣泛之使用，已於交易上成為表彰其商品之識別標識，所稱核無足採」⁵⁶。因此，戲劇名稱或許可貼切描述該戲劇的核心內容，但當該名稱申請商標時，如指定與戲劇內容有關的商品或服務，該名稱可能被視為「一般廣告用語」，而必須依靠「後天識別性」來取得識別性。

電視節目名稱的性質應類似「標語」類商標。根據《商標識別性審查基準》⁵⁷之4.11.1，「標語是用來宣傳服務或商品的詞句，通常簡短、精練、容易記憶，常用以表達業者的經營理念或商品、服務的特色，

覽日期：2018年2月2日。

- 54 三立新聞，「逼死誰！軍官老爸寇世勳退伍沒事幹 管教兒女一秒玻璃心？」，三立新聞網，2015年7月23日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=86475>，最後瀏覽日期：2018年2月2日。
- 55 大紀元電子報，「60集連續劇《天下第一味》即將播出」，大紀元電子報，2007年4月12日，<http://www.epochtimes.com/b5/7/4/12/n1675628.htm>，最後瀏覽日期：2018年2月2日。
- 56 智慧財產局（96）智商0308字第09680389610號處分書，https://twtmsearch.tipo.gov.tw/OS0/OS0401_SCN3.jsp?issueNo=XpJ13RyT4TE1KV0gzKzRVcjUzaGpXRWZrVGd5dz09&l6=zh_TW&isReadBulletin_US=&isReadBulletinzh_TW=true，最後瀏覽日期：2018年2月2日。
- 57 經濟部（101）經授智字第10120030550號令修正發布，同年7月1日生效。

業者也常藉創意的標語吸引消費者的注意，建立產品形象」。而電視節目名稱也有簡約易記、及反應節目內容的性質⁵⁸，並在名稱能於觀眾腦中留下深刻的印象時，而有助於收視率的提升⁵⁹。以「回到愛以前」戲劇節目名稱為例，其反應劇中女主角回到其與男主角開始相愛以前的時空背景⁶⁰，且僅有五個字，而屬「標語」之一種。

對「標語」類商標的識別性，4.11.1 指出「對一般消費者而言，通常需要在標語經過相當的使用後，才會認識到該標語與一定的商品或服務的來源有關，此時標語才具有區別來源的功能，而具有識別性。因此除非是高度創意性的標語或含有高度識別性商標的標語，消費者在第一印象上即得將之作為區別來源的標識，否則應證明取得後天識別性，始得准予註冊」。另「後天識別性」的建立必須參酌「商標之使用方式、時間長短及同業使用情形；銷售量、營業額及市場占有率；廣告量、廣告費用及促銷活動之資料；銷售區域、市場分布、販賣據點或展覽陳列處所之範圍；各國註冊之證明；市場調查報告；其他得據為認定有後天識別性之證據等因素」⁶¹。

電視節目名稱的「後天識別性」必須建立在相關商品或服務的使用

58 公共電視網頁，藝數狂潮的誕生 About，https://www.pts.org.tw/newmediaart_now/about_1.html，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 3 日，「《藝數狂潮》的節目命名，是取自藝術在數位時代之下不可抵擋的新浪潮。節目跟隨八位不同領域的新媒體藝術家，…，走訪德國、荷蘭…，橫跨三大洲，拍攝近三十個國際間享譽盛名的藝術機構與藝術盛會，將他們看到、聽到、感知到的，與一般民眾的生活做連結…」。

59 張雅惠，「節目命名有學問！ 名字響提振收視率」，TVBS 新聞網路版，2012 年 8 月 16 日，<https://news.tvbs.com.tw/entry/27915>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 3 日。

60 陸小龍女，小隆女話戲劇~想《回到愛以前》土地公：你掉金斧頭或銀斧頭？，Family 網站，2013 年 11 月 4 日，<https://www.family.tw/archives/20870>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 3 日。

61 智慧財產法院 106 年度行商訴字第 81 號行政判決／事實／五／（三）／2。

上，但除非製作單位在節目推出之際即做好相關商品的行銷規劃，否則與商品銷售活動有關的「後天識別性」因素，其對節目名稱之識別性成立幾乎皆為負面的。此外，即使在節目開始後才有相關的周邊商品行銷活動，其持續期間將受到節目的播出期間之影響。如果節目下檔，則相關銷售活動可能即停止，而無法累積有利於「後天識別性」之證據。因此，電視節目名稱的「後天識別性」不易建構；唯有依賴名稱本身的創意性或先天識別性，才得容易以取得商標權之保護。

四、電視節目商標化的可能性

在「節目與廣告區隔原則」和「置入性行銷規範」的平衡間，電視節目與特定商品或服務間的關連其可能性大幅增加。透過商品或服務融入節目內容而中，讓觀眾產生該商品或服務與該節目的聯想，進而當節目的相關符號（例如節目名稱、節目畫面、內容角色等等）與相關商品或服務併呈時，觀眾做為消費者則將意識到該商品或服務即為節目中所展現的商品或服務。當該聯想的強度可提升至消費者能將電視節目的相關符號做為特定商品或服務的來源時，則該電視節目將具有商標性質⁶²。以下將以智慧財產法院針對電視劇「回到愛以前」的相關著作權法判決來闡述此現象。

參、「回到愛以前」相關著作權侵權案件評析

一、「回到愛以前」電視劇與相關商品

「回到愛以前」為三立電視與臺灣電視公司（以下稱「台視」）合

62 商標法第 18 條第 2 項「識別性，指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者」。

作拍攝的電視劇，於 2013 年 11 月 3 日起每週日十點在台視播出⁶³，並於 2014 年 3 月 30 日播畢⁶⁴。「回到愛以前」的著作權為三立電視所有⁶⁵。「回到愛以前」的劇情大意是女主角（由魏蔓飾演）回到過去以改變她和男主角（由姚元浩飾演）的命運⁶⁶。在回到過去之前，女主角給男主角一個手鍊做為信物（如圖 1）⁶⁷。該手鍊成事實上是三立電視所策劃的電視劇周邊商品，其由 MAXin 設計公司所設計（其宣傳廣告見圖 2）⁶⁸。另個周邊商品為「補夢網」（如圖 3⁶⁹），其雖為美國印地安的文化物品⁷⁰，但卻由花蓮原住民所手工製作⁷¹。

63 台視，《回到愛以前》火場、車禍搏命演出 姚元浩「昏倒」熱到甩手 魏蔓、王思平苦練芭蕾舞跳到頭暈，2013 年 11 月 1 日，<http://www.ttv.com.tw/Taiwan/TTVInfo/TTVInfo3853.htm>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 1 日。

64 吳志偉，「回到愛以前大結局 要讓觀眾猜不到」，自由時報，2014 年 3 月 30 日，<http://ent.ltn.com.tw/news/paper/766320>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 1 日。

65 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）／1。

66 陳幼英，「非譙不可的戲劇：魏蔓被批失憶變智障《回到愛》逼退 10 萬人」，蘋果日報，2014 年 3 月 4 日，<http://ent.appledaily.com.tw/section/article/headline/20140304/35676969/>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 1 日。

67 娛樂中心，「偶像劇週邊飾品夯 山寨版手鍊流竄市面」，三立新聞網，2014 年 1 月 17 日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=10731>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 1 日。

68 手鍊拍賣網頁，<https://tw.bid.yahoo.com/item/%E3%80%90%E5%9B%9E%E5%88%B0%E6%84%9B%E4%BB%A5%E5%89%8D%E3%80%91MAXin-Bliss%E3%80%80%E7%9C%9F%E7%9A%AE%E7%92%B0%E7%B4%94%E9%8A%80%E6%89%8B%E9%8D%8A%E3%80%80%E4%BD%A9%E6%88%B4%E4%B8%BB-100070235816>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 3 日。

69 畫面取自某部落格網頁，<http://fortuna520.pixnet.net/blog/post/367234625-%E5%A6%8D%E6%84%9B%E6%8D%95%E5%A4%A2%E7%B6%B2%E6%89%8B%E4%BD%9C%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E5%9D%8A%E2%94%80%E5%82%B3%E9%81%9E%E6%84%9B%E8%88%87%E5%96%9C%E6%82%85%E7%9A%84%E7%A5%9D%E7%A6%8F>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 3 日。

70 徐鑫元、蕭美鈴，印地安文化藝術元素應用於服飾配件設計，華岡紡織期刊，第 12 卷，第 3 期，頁 235-236，2005 年 9 月。



圖 1 「回到愛以前」的 Bliss 手鍊

71 廖婕妤、楊子見，「華劇話題夯 周邊文創商品商機無限 詢問度暴增」，三立新聞網，2014 年 2 月 17 日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=13760>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 3 日。



圖 2 正版 Bliss 手鍊的廣告



圖 3 女主角手持「捕夢網」

二、事實背景

(一) 104 年度民著上易字第 16 號民事判決

在智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決中，被告擅自將「回到愛以前」的片段畫面於 2013 年 12 月間上傳至其經營的拍賣網站，以用於販售「【回到愛以前】明星同款 Bliss 鈦鋼手鍊」的商品廣告⁷²。根據新聞報導，此類手鍊商品為仿冒品，其以劣質的材料來仿製正版的「Bliss 手鍊」，但卻使用電視劇的畫面來混淆消費者，以吸引不知情的消費者購買仿冒品⁷³。

被告為家庭主婦並育有二個小孩，但其並未在外工作，且其配偶的工作不穩定，故才在網路販賣系爭手鍊商品以貼補家用⁷⁴。被告原願意 5 萬元和三立電視和解，但因三立電視要求 100 萬元的賠償金而作罷⁷⁵。因而，被告最後經臺南地方法院以 104 年度智簡字第 38 號刑事判決而認為有觸犯著作權法第 91 條第 1 項之擅自重製罪及第 92 條之擅自公開傳輸罪，並處以拘役 50 日，但可易科罰金⁷⁶。另在同案的刑事附帶民事訴訟判決中，地方法院判被告應賠償 5 萬元⁷⁷。三立電視對此不服而上訴至智財法院。智財法院最後仍維持 5 萬元的賠償金⁷⁸。

72 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／一／(二)。

73 同註 67。

74 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／二。

75 同前註。

76 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／一／(二)。

77 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／一／(二)／2。

78 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／二／(二)。

（二）105 年度民著上易字第 1 號民事判決

在智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中，被告於 2014 年 3 月間擅自將「回到愛以前」的片段畫面上傳至其經營的拍賣網站，以用於宣傳其販賣的「印地安捕夢網」商品⁷⁹。「回到愛以前」播送當時，「捕夢網」同時為三立電視推出的文創商品⁸⁰。

被告曾以「收入不穩定，經濟困難，無法給付高額賠償金」為由，而願以 2 萬元與三立電視和解，但三立電視未同意和解⁸¹。後經臺中地方法院以 104 年度中智簡字第 56 號刑事判決，認定被告觸犯著作權法第 91 條第 1 項之擅自重製罪，而處以拘役 50 日，但可易科罰金⁸²。另在刑事附帶民事訴訟部分，地方法院判被告應賠償 2 萬元⁸³，但三立電視不服而提起上訴。最後，智財法院維持地方法院的判決⁸⁴。

（三）105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決

在智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決中，被告於 2014 年 2 月間逕自將「回到愛以前」的片段畫面（見圖 5）上載至其拍賣網站，以用於搭配「Bliss 手鍊鈦鋼手繩」之名義而銷售仿冒品⁸⁵。

本案經高雄地方法院以 104 年度智簡字第 49 號刑事判決而認為被

79 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）。

80 同註 71。

81 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／二。

82 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／四／（一）／2。

83 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／三。

84 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／六。

85 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／事實／甲／二／（一）。

告侵害三立電視的公開傳輸權，故判處被告拘役 20 日，但得易科罰金並以 1 千元折算 1 日⁸⁶。另在同案的刑事附帶民事訴訟中，地院判被告應賠償 1 萬元⁸⁷。三立電視不服，並上訴至智財法院，但是智財法院仍維持原判決⁸⁸。



圖 5 新聞報導所揭露的侵權著作⁸⁹

三、未採三立電視的損害賠償計算

(一) 著作權侵權行為之損害賠償計算方式

根據著作權法第 88 條第 2 項及第 3 項，著作權侵權行為之損害賠

86 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／一。

87 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／事實／乙／二。

88 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／四。

89 陳慰慈，「截圖偶像劇網拍手鍊 賣家判賠電視台 1 萬元」，自由時報電子版，2016 年 7 月 16 日，<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1764940>，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 20 日。

償計算方式有五種⁹⁰。第一種為「具體損害法」⁹¹，即「依民法第二百十六條之規定請求」⁹²，其指「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限」⁹³，而「所失利益」指「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益」⁹⁴。第二種為「差額法」⁹⁵，即「被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害」⁹⁶。第三種是「所得利益法」⁹⁷，即「請求侵害人因侵害行為所得之利益」⁹⁸。第四種為「總銷售額法」⁹⁹，即「侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益」¹⁰⁰。第五種為由「法院酌定賠償額」¹⁰¹，「如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額」¹⁰²。再者，「如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元」¹⁰³。

在三個案中，三立電視所主張的損害賠償計算介於具體損害法的

90 王怡蘋，著作權損害賠償之再建構：以德國法為借鏡，台大法學論叢，第 44 卷，第 3 期，頁 818-819，2015 年 9 月。

91 同前註 90，頁 819。

92 著作權法第 88 條第 2 項第 1 款。

93 民法第 216 條第 1 項。

94 民法 216 條第 2 項。

95 王怡蘋，同註 90，頁 819。

96 著作權法第 88 條第 2 項第 1 款。

97 王怡蘋，同註 90，頁 819。

98 著作權法第 88 條第 2 項第 2 款。

99 王怡蘋，同註 90，頁 819。

100 著作權法第 88 條第 2 項第 2 款。

101 王怡蘋，同註 90，頁 819。

102 見著作權法第 88 條第 3 項。

103 同前註。

「所失利益」和差額法之間。亦即，三立電視認為其可將系爭電視劇的畫面授權予他人以用於商品的推銷，但其並無法建立侵權行為與授權期待利益間的因果關係。

（二）104 年度民著上易字第 16 號民事判決

在智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決中，三立電視指出「系爭戲劇每集製作費之直接成本為 180 萬元，製播集數共計 22 集，系爭戲劇製作費用達 3,960 萬元。另粗估每集須支出之編劇費用、後製費用、字幕費用及宣傳費用達數十萬元。準此，系爭戲劇製作成本約達 5 千萬元」¹⁰⁴。另三立電視認為「系爭戲劇男女主角…為目前臺灣偶像劇之一線藝人，為眾多廠商喜愛之配合對象」，以致被告「以系爭戲劇之高收視率及男女主角之高人氣，作為提高其所販賣商品之銷售率」。因此，三立電視主張「雖不易證明實際損害額，然基於系爭戲劇成本達 5 千萬元，且系爭戲劇之周邊效應、周邊商品、相關戲劇畫面及男女主角於系爭戲劇有高度商業價值等情」，故其「爰依著作權法第 88 條規定，向【被告】請求製作成本 2 % 金額即 100 萬元，應屬合理」¹⁰⁵。

基本上，三立電視將「回到愛以前」的製作成本視為收視率的正向原因，而收視率又是電視劇知名度的正向原因，進而可提高相關演員的代言費及戲劇名稱的商標授權金¹⁰⁶。因此，三立電視認為「於判斷上

104 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）／2。

105 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）／2。引文中的「【…】」部分為筆者改寫原文相關內容，以符合本文論述之需要。

106 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／一／（二）／2：「應將系爭戲劇之製作成本列入損害賠償之考量：【三立電視】為提高戲劇之收視率與知名度，付出高成本以維持戲劇之品質。申言之，收視率與製作成本具有關聯性，進而影響演員之代言費、戲劇商標或名稱之授權費用數額」。

訴人之系爭戲劇所受損失時，應考慮系爭戲劇之製作成本」¹⁰⁷。

對此主張，法院認為三立電視「雖提出系爭戲劇委製合約、藝人代言費用新聞資料、系爭戲劇男女主角代言相關新聞等資料，作為證明系爭戲劇製作成本甚高之依據」¹⁰⁸，但該些「證據資料無法直接證明，【三立電視】就【被告】未取得授權而重製、公開傳輸上開攝影著作所失之利益」¹⁰⁹。亦即，就具體損害法或差額法，法院認為三立電視無法證明以系爭戲劇的製作成本為計算基礎的「所失之利益」與著作權侵害行為之間的因果關係，故三立電視的損害賠償主張為不可採。

另本案法院從所得利益法出發，而指出三立電視「未提出【被告】之銷售出貨單或帳冊，以證明【被告】因本件侵害行為所得之利益。詳言之，就【三立電視】所提出之證據資料以觀，尚無法確認【被告】因本件侵害行為所得利益為何，或依【被告】已銷售侵權商品之數量與金額，進行估算【三立電視】所受之實際損害額若干」¹¹⁰。此觀點將侵害著作權行為從複製系爭戲劇的畫面轉化為銷售與系爭戲劇有關的仿冒品（假 Bliss 手鍊）。在後者的情境中，法院所指之「侵權商品」並非「畫面」重製物，而是手鍊。亦即，法院認為系爭著作的非法使用與仿冒品的銷售是有因果關係，因而仿冒品的銷售所得可視為侵害著作權之所得。不過，因為三立電視無法舉證仿冒物的銷售金額，故法院無法據以認定損害賠償金。

107 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／貳／一／（二）／2。

108 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／二／（一）。

109 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／二／（一）。系爭戲劇畫面應非攝影著作，而屬視聽著作的一部分。

110 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／二／（一）。

(三) 105 年度民著上易字第 1 號民事判決

在智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中，三立電視同樣主張損害賠償計算應考慮「系爭戲劇所支出之總成本」與「參與系爭戲劇男女主角之代言費用」等，而以「系爭戲劇製作成本之 2 % 即 100 萬元，作為【被告】侵害【三立電視】著作權造成之授權費用之損失」¹¹¹。

三立電視對授權費用理論與其在智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決之主張類似。三立電視將被告的利用行為關連至被告的產品銷售行為，並認為該利用「確實已使消費者誤認【被告】所販售之商品為【三立電視】授權製造之商品」¹¹²，因而三立電視期望以「授權費用」來計算損害賠償¹¹³。至於如何計算，三立電視仍主張戲劇製作費用為基準，其理由仍為費用與戲劇知名度的正相關，而知名度又與授權金有正相關¹¹⁴。另 2 % 的計算是基於製作成本 5,000 萬元與男女主

111 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／一／(三)。

112 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中／事實及理由／貳／一／(二)。

113 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中／事實及理由／貳／一／(二)：「故【被告】擅自重製【三立電視】享有著作權之影片畫面用以促銷其商品，已使【三立電視】受有未獲得授權費用之損害」。

114 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中／事實及理由／貳／一／(二)：「而於外國影視公司龐大資本製作之戲劇競爭下，我國自製之戲劇為維持競爭力，勢必需付出高成本維持戲劇品質，始能與外國輸入之戲劇競爭，我國自製戲劇之收視率顯然與製作成本具有相當之因果關係。戲劇之收視率與知名度良好時，亦將提升參與該戲劇演員代言產品之代言費用，與該戲劇授權產品使用其商標或名稱之授權費用，演員代言費用、戲劇商標或名稱之授權費用數額勢必與戲劇之收視率有關，亦即演員代言費用、戲劇商標或名稱之授權費用亦應與戲劇之製作成本有相當之關連性。是以，判斷【三立電視】產製之戲劇之相關著作權利受侵害所生之損失時，自應將系爭戲劇之製作成本納入衡量之範圍」。

角之代言費¹¹⁵。

對此，本案法院認為三立電視的損害賠償計算並無依據¹¹⁶。首先，法院雖因被告不爭執系爭戲劇的製作費而承認 22 集的總製作費為 3,960 萬元，但法院認為就與系爭戲劇相關的宣傳行銷成本 1,040 萬元部分，三立電視並未提出證據證明，故否認其為真實¹¹⁷。其次，法院指出三立電視未能「就截取系爭戲劇之 1 個畫面之價值與系爭戲劇共 22 集之成本及宣傳行銷成本之總值 5,000 萬元有何關聯、系爭戲劇節目授權產品使用戲劇畫面之授權費用以成本總值 5,000 萬元之 2 % 計算之根據」等提出證據資料以佐證其主張，故其「以系爭戲劇共 22 集之成本及宣傳行銷成本 5,000 萬元之 2 % 計算請求金額 100 萬元，即非有據」¹¹⁸。

（四）105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決

在智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決中，三立電視雖承認不易計算「回到愛以前」的實際損害，但其提出該戲劇節目畫面截圖係「用以刊登販賣商品訊息之行為，具有代言性質」，而應以節目製播與宣傳成本之 2 % 為損害賠償額，即 100 萬元¹¹⁹。至於以 2 % 計算之理由則類似前述二個相關判決。三立電視主張被告對非法畫面的利用是讓消費者誤認其所販售之商品乃獲得三立電視

115 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中／事實及理由／貳／一／（三）。

116 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中／事實及理由／貳／五／（三）。

117 同前註。

118 同前註。

119 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／事實／甲／二／（一）。

的授權，因而其「受有未獲得授權費用之損害」¹²⁰。其次，三立電視認為節目製作費與收視率正相關，而收視率有利於「演員代言產品代言費用、商標或名稱授權費用」，故損害賠償計算應以製作成本為基準¹²¹。另 2 % 之主張是基於製作成本 5,000 萬元和男女主角代言費的綜合考量¹²²。

對此，本案法院並不同意三立電視的主張，而其論述類似於前述 104 年度民著上易字第 16 號民事判決¹²³。就具體損害法或差額法，法院指出三立電視雖提出系爭戲劇「之委製合約、藝人代言費用、【相關】男女主角代言等相關新聞資料」，但「尚難直接證明【其】就【被告】未取得授權而【使用系爭戲劇之】截圖所受之損害」¹²⁴。另就所得利益法，法院認為三立電視「未提出【被告】銷售出貨單、帳冊等」，以證明被告侵害行為之所得利益，亦無「依【被告】實際上已銷售侵權商品數量、金額估算【其】因此所受實際損害額」¹²⁵。

此外，在適用「法院酌定賠償額」時，本案法院亦批評三立電視的賠償金數額¹²⁶。法院首先認為被告的確利用「回到愛以前」中具有男女主角的畫面，並搭配「回到愛以前」文字與待販售的手鍊相片，以吸引消費者購買手鍊商品，此屬「未經授權取得該照片與劇名使用權利」¹²⁷。然而，法院指出被告的利用行為並非「傳達著作聲音與絕大部分影

120 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／事實／甲／二／(二)／1。

121 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／事實／甲／二／(二)／2。

122 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／事實／甲／二／(二)／3。

123 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／四。

124 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／三。

125 同前註。

126 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／四。

127 同前註。

像內容，公眾亦不因有此網頁上截圖而可完全接收系爭視聽著作表達之內容」¹²⁸。亦即，法院認為侵權內容物非屬視聽著作型態，此意涵法院從侵害的程度來界定侵權使用之性質。再者，法院認為被告「僅係攀附上訴人視聽著作之知名度，以侵害系爭視聽著作為手段，推展其自己商品之不公平競爭行為」¹²⁹。最後，在考慮被告「因其出售數量為零，尚無造成【三立電視】重大損害」之情況下，法院否定三立電視所請求的賠償金，因為該金額「顯逾其所受損害」¹³⁰。

四、法院酌定賠償額法

在上述三個案中，智財法院以「法院酌定賠償額」方式來決定損害賠償金¹³¹。在智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決中，法院考慮「【三立電視】為公司法人，而【被告】自【2013】年 12 月間某日至【2014】年 3 月 15 日止，其於露天拍賣網站，以【三立電視】享有著作財產權之上開攝影著作，為商品介紹，以每件 320 元之價格販賣手鍊。並佐以露天拍賣網頁之顯示，已販賣之數量為 14 個等情」以及被告「教育程度為高中畢業，目前無業，尚有 2 名子女需撫養，且家庭經濟狀況不佳」，而「認本件【三立電視】得請求之金額，以 5 萬

128 同前註。

129 同前註。

130 同前註。

131 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／二／（一）：「準此，【被告】侵害【三立電視】之著作財產權所得金額，未臻明確，是【三立電視】亦未能舉證其所受之損害額，故本件有不易證明其實際損害額之情形，是【三立電視】請求依著作權法第 88 條第 3 項之規定，由本院依據本件侵害情節酌定賠償額，即無不合」；智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／三：「核屬著作權法第 88 條第 3 項規定之『實際損害額不易證明』情形」。

元為適當」¹³²。亦即，就「法院酌定賠償額」之計算，本案法院採取「兩造之職業、身分、社會地位、經濟能力及侵害情節等考量因素」¹³³。

在智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決中，法院考慮被告「以重製及公開傳輸之方式，侵害【三立電視】系爭戲劇之視聽著作財產權、所截取系爭戲劇之畫面僅有 1 個、所經營網路拍賣賣場之規模不大、侵權時間之長度非長、所侵害著作在市場流行之程度」以及被告「自承其使用系爭畫面做為廣告，所販賣之捕夢網商品售價為每件 420 元，於本件查獲前已售出約 5、6 個等一切情狀」，而「酌定【三立電視】所得請求【被告】賠償之損害以 20,000 元為適當，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回」¹³⁴。雖法院未明講，但其計算損害賠償時所考慮的因素應僅為「侵害情節」，而與 104 年度民著上易字第 16 號民事判決有所差異。

不過，在智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決中，法院並非直接認定損害賠償額度，而僅審查下級法院操作「法院酌定賠償額」方式時有無賠償金認定之不適當¹³⁵。法院指出下級法院「爰以【被告】侵害【三立電視】前述視聽著作財產權之方式，係以重製及公開傳輸【三立電視】享有著作財產權之視聽著作影像之方法為之，與節錄含有聲音檔案之視聽著作片段之侵害方法相較，侵害【三立電視】之視聽著作財產之程度及比例較低，且【被告】經營之露天拍賣網頁之規模不大，侵害時間短暫，依卷附拍賣網頁列印資料所示，【被告】兜售之商品售價為 390 元，網頁上顯示之已賣數量為 0 件等侵害情節，認酌定【被告】應賠償【三立電視】之賠償額以 1 萬元為適當，可

132 智慧財產法院 104 年度民著上易字第 16 號民事判決／事實及理由／參／二／（二）。

133 同前註。

134 智慧財產法院 105 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／五／（三）。

135 智慧財產法院 105 年度附民上字第 4 號刑事附帶民事訴訟判決／理由／四。

認於法有據」¹³⁶。法院基本上以「侵害情節」做為認定賠償金之唯一因素。

無論該三個判決的損害賠償計算是參酌幾項因素，5萬元、2萬元或1萬元的賠償金結果顯示「法院酌定賠償額」法基本上無任何規格可循，而純粹是法院的恣意判斷。不過，判決意見中具體引述被告販賣商品之售價和銷售量，此顯示手鍊或捕夢網等商品的銷售行為是侵害行為的一部份。亦即，法院將系爭著作權侵害行為由「重製節目畫面」延伸至「利用節目畫面來行銷產品」，此意涵「產品的行銷行為」與「著作利用行為」是具有關連性，因而損害賠償金即與商品販售所得有關。

在104年度判決中的商品銷售額為4,480元，而105年度民著上易字第1號民事判決的金額為2,520元（以6件商品為計算基礎），故前案的賠償金（5萬元）高於後案的賠償金（2萬元），儘管二案的侵權行為都僅是重製一個節目畫面。另在105年度附民上字第4號刑事附帶民事訴訟判決中，因為銷售量是零，故該案賠償金和105年度民著上易字第1號民事判決相比而更低，達「法院酌定賠償額」的最低額1萬元。

三則個案的賠償金與仿冒品銷售總金額間可轉化成二次函數： $y = 3 \times 10^{-7}x^2 - 0.0002x + 1$ ， $R^2 = 1$ ，其中 y 為賠償金， x 為仿冒品銷售總金額， R^2 為決定係數（Coefficient of Determination）¹³⁷。但該二次函數僅適用於網路拍賣的行為，且侵權使用行為應屬「情節輕微」的類型。另 y 值的上限可能有其限制，不全然是「法院酌定賠償額」的最高額100萬元，但按照三個案例無法推估一定數值。因為「法院酌定賠償額」法還有其他參酌因素（例如兩造之職業、身分、社會地位、經濟能力等等），如果其他因素有更不利侵權人的狀況，則賠償金與仿冒品銷售總

136 同前註。

137 當 R^2 的值越趨近1，代表 y 值的改變可由 x 值推估。（See LAWRENCE L. LAPIN, MODERN ENGINEERING STATISTICS 420-422 (1997).）

金額間的關係將有不同的函數關係可能。

五、電視節目的商標性質

(一) 分析架構

從「回到愛以前」著作侵權事件的三個個案，可思考電視節目的商標性質。亦即，消費者透過電視節目的相關片段畫面，而認為相關商品是該電視節目中所使用的特定商品，或產生購買該特定來源商品的動機。例如，消費者看到「回到愛以前」中與「Bliss 手鍊」有關畫面在網購網頁出現時，可能會認為該網購的手鍊商品即是正版的「Bliss 手鍊」。

商標的功能在於區別產品或服務的來源¹³⁸。根據商標法第 18 條第 1 項，「商標，指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成」。「節目畫面」視其為二維或三維的畫面，而類似於「圖形」或「全像圖」類型的商標客體。但「節目畫面」必須具有「識別性」才取得商標的性質¹³⁹。根據商標法第 18 條第 2 項，「識別性，指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者」。因而在判斷上，應將「節目畫面」與其所置入的相關商品或服務二者一起評估。

因為前該三個案屬商品與電視節目的結合，本文的分析以商品的角度來討論識別性的問題。置入商品的性質可分為四類：1. 特殊的節目自創商品；2. 一般的節目自創商品；3. 具特殊性的置入商品；4. 不具特殊性的置入商品。以下先從戲劇類節目角度闡述商標性質的概

138 陳昭華，商標法之理論與實務，頁 2，元照，2013 年。

139 同前註，頁 19。

念，而再延伸至非戲劇類節目的討論。

(二) 戲劇類節目

「特殊的節目自創商品」的案例為前述判決的「Bliss 手鍊」，其專門為「回到愛以前」所設計因而原創性高。此外，「Bliss 手鍊」在劇情中具有聯繫男女主角的「信物」功能，故其不是一般的物品，而是具有特殊意義的物品。因而，觀眾會將「Bliss 手鍊」與「回到愛以前」間形成關連性¹⁴⁰。當觀眾看到手鍊商品配上相關戲劇畫面時，會認為該手鍊商品是「回到愛以前」節目提供者所認證的正版商品。與 Bliss 手鍊有關的戲劇畫面即有「識別性」。

「一般的節目自創商品」的案例為前述判決的「捕夢網」，其雖然是節目製作單位自行製造的商品，但「捕夢網」因屬特定文化的物品而必須有一定的特徵，故其原創性可能不高，以致觀眾可能無法辨識「回到愛以前」的捕夢網和其他來源的捕夢網間之差異。此外，「捕夢網」曾出現在其他戲劇中，例如美國電影「Dreamcatcher」(見圖 4(a))¹⁴¹、韓國戲劇「繼承者們」(見圖 4(b))¹⁴²等。然而，由於「回到愛以前」劇情與「捕夢網」結合，且「捕夢網」有特別的製作者，故對劇迷來說，當與「捕夢網」有關的劇情畫面與捕夢網商品同時顯現時，他們可能會認為該商品即為「回到愛以前」的捕夢網而非其他的捕夢網。因此，「捕夢網」的劇情畫面應有「識別性」。

「特殊的節目自創商品」和「一般的節目自創商品」的差異在於前

140 當觀眾對戲劇節目產生著迷的心態，則其越可能產生對相關置入性商品的購買慾望。(蔡明達、盧懿岑，電視消費關聯性對於來源國印象與品牌態度影響之研究－以韓國電視劇集為例，行銷評論，第9卷，第4期，頁419，2012年12月。)

141 See <http://www.imdb.com/title/tt0285531/mediaviewer/rm842042368>, last visited 05.28.2017.

142 See https://images-na.ssl-images-amazon.com/images/I/710wfkRHTOL._SL1500_.jpg, last visited 05.28.2017.

者的商品和節目間已產生一對一的關係，而儘管被引用的電視畫面中並無相關商品出現，當該畫面用於相關商品之行銷時，觀眾仍會聯想相關商品是源自該節目。例如，因為 **Bliss** 手鍊是「回到愛以前」男女主角間的重要信物，當手鍊商品與「回到愛以前」的畫面共同呈現時，觀眾可能會認為該商品是節目權利人所授權。當然，引用的畫面並非電視劇的任一畫面，而是可讓觀眾聯想到該電視劇的畫面，例如必須有主要演員出現的畫面。

另一方面，在「一般的節目自創商品」部分，相關商品因曾出現在不同的電視節目，而不易直接和特定節目聯想。當節目畫面中無相關商品時，觀眾不易聯想該商品與該節目之關係。因此，引用的畫面取得商標性質的前提是該畫面中應出現相關商品，且該畫面應有與該商品有關的角色人物，以讓觀眾產生聯想，而讓該畫面取得識別性。

「具特殊性的置入商品」的案例為美國戲劇「**Walking Dead**」中韓國商現代汽車公司置入行銷其休旅車「**Hyundai Tucson**」¹⁴³，其雖非專門為節目所製造的汽車而由外部廠商所提供，但該休旅車在節目有有特定功能而與劇情有關，例如逃離危險場所時必須靠該休旅車的性。因為休旅車與節目間仍有一定的關連性，一旦讓消費者產生「我要買「**Walking Dead**」影集內的那部休旅車」的印象時，該戲劇節目具有「識別性」。不過，如果該具特殊性的置入商品有多元的供應商，則「識別性」可能會降低。假設非現代汽車公司的其他車商的休旅車亦同

143 See Brian Steinberg, *Advertisers Embrace Gory Shows Like 'Walking Dead'*, Variety, Apr. 3, 2013, <http://variety.com/2013/biz/news/advertisers-embrace-gory-shows-like-walking-dead-1200332162/>, last visited 05.28.2017. (“Yes, that was a nearly pristine kiwigreen Hyundai Tucson ferrying characters in this season of AMC’s smash post-apocalyptic zombie drama ‘The Walking Dead.’ Viewers will never see the vehicle smeared with zombie blood. Nor will it ever break down. Why? Because Hyundai paid for the program’s gang of survivors to drive the car this season (and is negotiating for the next cycle). As part of the deal, it can never be used to crush or mangle the series’ famous shambling creatures and must always be presented in good working order.”).

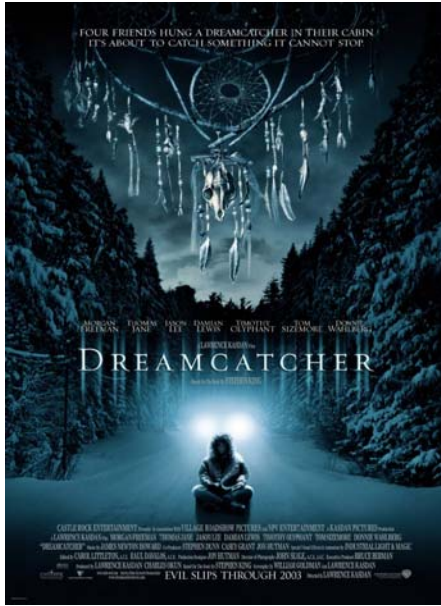
時出現在「Walking Dead」劇情中，則該戲劇節目與汽車間的關連性將降低。然而，如果有其他的廣告活動強化該戲劇節目與特定汽車間的關連性，則就該特定汽車而言，該戲劇節目仍具有「識別性」。至於引用的畫面，其內容應能讓觀眾聯想到該節目為主。

最後，「不具特殊性的置入商品」的案例為電視劇使用的一般商品，例如在美國影集「GRIMM」中常出現 Apple 電腦¹⁴⁴或手機¹⁴⁵，因為和該電視劇本身的重點劇情無關，而不易使觀眾產生該電視劇與相關產品間的聯想¹⁴⁶。特別是，如果該類置入商品亦出現在其他戲劇節目，則觀眾更無法將該商品與特定節目產生關連性，而該戲劇節目即無「識別性」。

144 See GRIMM, *Grimm - All Roads Lead to Diana (Episode Highlight)*, YouTube, 2017.05.17, <https://youtu.be/pzwO99MHxwc>, last visited 05.29.2017.

145 See http://grimm.wikia.com/wiki/Product_Placement, last visited 05.30.2017.

146 蘋果日報，「台偶像劇掀熱潮 周邊銷量多 8 成」，蘋果日報，2014 年 12 月 3 日，<https://tw.appledaily.com/lifestyle/daily/20141203/36242532>，最後瀏覽日期：2018 年 5 月 27 日。



(b)「繼承者們」的畫面

(a)「Dreamcatcher」電影宣傳海報

圖4 「捕夢網」的使用

(三) 非戲劇類節目

非戲劇類節目而有商品或服務為置入性行銷內容者，例如為美食節目、旅遊節目、和談話性節目等等。雖有特定商品或服務和該類節目內容結合，但因為須符合《節目與廣告區隔辦法》第9條「融入節目情節，自然呈現」之要件，此讓節目內容對相關商品或服務而言屬「描述性」的意義。商標若屬「描述性」，則不具識別性而無法註冊¹⁴⁷；同樣地，當節目內容屬「描述性」，該節目著作則無商標性質。

根據《商標識別性審查基準》之 2.2.1，「描述性標識指對於商品

147 陳昭華，同註 138，頁 40。

或服務的品質、功用或其他有關的成分、產地等特性，作直接、明顯描述的標識，消費者容易將之視為商品或服務的說明，而非識別來源的標識。所謂商品或服務之說明，依一般社會通念，如為商品或服務本身之說明，或與商品或服務本身之說明有密切關連者」。在美食節目中，主持人或節目旁白對餐廳的餐飲品項描述，並搭配品項的畫面；在旅遊節目中，對於旅館的住宿服務、房間設置或附屬設施的描述；在談話性節目中，對商品功能的介紹¹⁴⁸。此類表達基本上在傳達商品或服務的品質或功能，對觀眾而言應屬相關商品或服務的說明。因而，與該商品或服務的節目畫面僅有「描述性」特質而不具有識別性，故無法讓該節目畫面產生商標性質。

雖「後天識別性」可讓「描述性標誌」取得識別性¹⁴⁹。根據《商標識別性審查基準》之 2.3，「不具先天識別性的標識，未必不能取得商標註冊，如果申請人可以證明該標識於市場使用後，相關消費者已經將其視為指示及區別一定來源的標識，此時，該標識具有商標功能，故可以核准註冊」。美食節目、旅遊節目、或談話性節目等的畫面出現餐飲、旅館、或商品或服務內容等，其畫面本質即在描述相關商品或服務，故利用該畫面之結果應不易產生來源識別的效果，而無法構成具商標性質的著作使用，故不易達到為了建立後天識別性而為之使用。因此，該等非戲劇類節目不易產生商標性質。

148 民視綜藝娛樂，【GoGo 捷運】第 117 集《中和新蘆線一行天宮站》，Youtube 影片，2018 年 3 月 25 日，<https://youtu.be/GnW2hiYAkvc>，最後瀏覽日期：2018 年 4 月 1 日；民視綜藝娛樂，【美鳳有約】預防膝蓋老化提早到 關節保養怎麼做？（高欣欣、蕭惠、許瓊月），Youtube 影片，2017 年 12 月 14 日，<https://youtu.be/Lhgk9KQvYp0>，最後瀏覽日期：2018 年 4 月 2 日。See also Super Taste (Travel Show), [ENG SUB] Find The Best Food In Yunlin, Taiwan 20180319 Super Taste (HD), YouTube, 2018.05.19, <https://youtu.be/C64amOvdOVw>, last visited 04.02.2018.

149 陳昭華，同註 138，頁 49。

肆、從電視節目著作之商標性質建構著作權侵權行為概念

當電視節目產生了商標性質時，對相關節目畫面之未經同意的利用行為，雖侵權行為屬著作權侵害行為，但在思考侵權行為類型時，可跳脫重製權侵害或公開傳輸權侵害之傳統框架，而從商標性質來思考其他的侵權行為類型可能性，以下進一步闡述之。

一、節目畫面的原創性

主張著作權侵害的前提是受侵害之著作為適格的著作¹⁵⁰。除了法定不予著作權保護的類型外¹⁵¹，系爭著作必須具備「原創性」，始得取得著作權法之保護¹⁵²。在考慮利用電視節目畫面的侵權行為時，應釐清系爭節目畫面的原創性問題。以下，先討論「電視節目」的原創性，而再論「節目畫面」的原創性。

關於「電視節目」的原創性，有智慧財產法院 102 年度民著訴字第 20 號民事判決可供參酌。該案中的受保護電視節目為三立新聞台的「新台灣加油」政論性談話節目¹⁵³。被告稱該節目不具原創性，因為「系爭節目係由節目主持人及來賓針對時事主題為口頭論述，並接聽觀眾電

150 著作權法第 3 條第 1 項第 1 款。

151 著作權法第 9 條。

152 黃銘傑著，劉孔中主編，「原創性」概念之再建構－從產業發展觀點與競爭理念出發，國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊），頁 96-97，中央研究院法律研究所，2014 年。

153 智慧財產法院 102 年度民著訴字第 20 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）。自由時報，「『新台灣加油』為三立電視主要的政論性談話節目」，廖筱君被懲處的原因 作家透露：答案就在影片中！，自由時報電子版，2017 年 4 月 21 日，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2043123>，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 9 日。

話意見，現場實況轉播予電視觀眾收視，原告對於節目內容，未投入任何創作性，不能認為係該節目之創作人，亦非著作人」¹⁵⁴。但該案法院認為有原創性，因為「系爭節目由節目主持人及來賓針對時事主題為口頭論述，原告並在螢幕上將論述內容，以標題短語配合，且包含攝影師鏡頭運用，導播選擇畫面，透過現場實況轉播予電視觀眾收視，系爭節目之編排模式於其他電視台亦可發現相同類型，但其來賓與討論主題並不相同，而可認表現其個性或獨特性，已具備最低程度之創作或個性表現」¹⁵⁵。

從智慧財產法院 102 年度民著訴字第 20 號民事判決，可歸納幾項電視節目原創性的分析元素：節目內容（時事主題）、編排模式、表演者的演出（主持人或來賓對時事的評論）、攝影方式、拍攝畫面的選擇、電視畫面的旁白等。依據這些元素，來綜合判斷是否系爭電視節目表現「個性或獨特性」。基本上，有少量的創意即足以達到「原創性」的要求¹⁵⁶。節目製作單位只要未抄襲其他電視節目的內容，或取得他電視節目或內容物權利人的授權而製作其內容，則該單位所完成的電視節目即有「原創性」¹⁵⁷。

至於「節目畫面」，其屬靜態性質而類似於攝影著作，故可參考攝影著作的原創性判斷。根據最高法院 97 年度台上字第 6410 號刑事判決，「攝影著作有極大程度係依賴機械之作用及技術之操作，在製作時

154 智慧財產法院 102 年度民著訴字第 20 號民事判決／事實及理由／貳／六／（一）／3。

155 同前註。

156 黃銘傑，同註 152，頁 96-103。

157 「原創性」的另種觀點為「獨立創作而無抄襲之情勢」。（謝銘洋著，劉孔中主編，我國著作權法中「創作」概念相關判決之研究，國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊），頁 60-61，中央研究院法律研究所，2014 年 12 月。）談話性質的節目有明顯的原創性不足現象，相關研究可參閱吳品儀、李秀珠，檢視台灣電視產業模仿同形現象－以綜藝談話性節目為例，廣播與電視，第 33 期，頁 63-88，2011 年 12 月。

需決定主題，並對被攝影之對象、構圖、角度、光量、速度進行選擇及調整，有時尚須進行底片修改，此時，在攝影、顯像及沖洗有其原創性，因而加以保護」¹⁵⁸。另根據最高法院 98 年度台上字第 1198 號刑事判決，「通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指著作」¹⁵⁹。該二判決揭示攝影過程的各階段（主題選擇、拍攝、後製等）是攝影著作原創性的判斷因素，而各階段須皆投入創作，該攝影著作才具有原創性。此外，雖對「實物」之拍攝採不保護的態度¹⁶⁰，但可能僅是「原創性」闡述的問題¹⁶¹。

關於電視節目的製作，其工具為攝影機，並依據節目腳本來拍攝所需的畫面，或對現場節目的製播亦有與畫面相關的場景或鏡頭深度之選擇，以滿足閱聽人的需求¹⁶²。此外，畫面拍攝完後，還有對畫面的後製工作，例如調色、動畫等等¹⁶³。此等製作過程類似攝影的主題

158 最高法院 97 年度台上字第 6410 號刑事判決／理由。學者謝銘洋教授認為此基準對原創性的要求較為嚴格。（謝銘洋，同註 157，頁 76。）

159 最高法院 98 年度台上字第 1198 號刑事判決／理由。

160 黃心怡，論攝影著作之原創性，東吳法律學報，第 24 卷，第 3 期，頁 6，2013 年 1 月。

161 智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 41 號刑事判決／理由／二／（二）／6：「此分別拍攝、橫置攝影及中置反光光影皆為獨特原創想法，是由此 3 張照片可知著作人即告訴人所僱用之【攝影者】所欲表現之本意，並非單純對實物拍攝而得之照片，應認具原創性，為受著作權法保護之攝影著作」。

162 安碧芸，鏡頭之後：美式足球超級盃轉播之畫面影像研究，體育學報，第 47 卷，第 3 期，頁 451-452，2014 年 9 月；李慧馨，電視劇製播與收視率——一個情境和結構取向的探討，藝術學報，第 71 期，頁 116-118，2002 年 12 月；范宜善，影像剪輯的表面結構與深層結構，國教新知，第 53 卷，第 4 期，頁 47-49，2006 年 12 月。

163 謝章富、許立明，從形式與內涵探討數位化時代的電視節目製播，藝術學報，第 68 期，頁 99-100，2001 年 8 月；王亞維，回復電視節目製作者的專業角色——戲劇節目《我可能不會愛你》的座談與回應，廣播與電視，第 35 期，頁 122-131，2012 年 12 月。關於戲劇節目後製的調色手法，可參閱艾利斯，《明天和你》：讓韓劇獨有的「調色」，成為時空旅人的資本，娛樂重擊，2017 年 2 月 13 日，

選擇、拍攝、後製等步驟。對製作後形成的各節目畫面，如電視節目製作的各階段都有投入創作，則各畫面應可符合原創性要求。不過，最高法院 98 年度台上字第 1198 號刑事判決對「實物」拍攝採不保護的態度，使得僅拍攝「商品」的節目畫面（例如美食節目常有單純顯示餐飲的畫面，見圖 6）其原創性問題產生疑慮。



圖 6 餐飲的畫面¹⁶⁴

電視節目由數個節目畫面所構成。當進行著作權侵權分析時，雖系爭電視節目通常具有原創性，但被侵害的特定畫面是否具原創性應由個案的認定。該特定畫面的原創性有無將影響侵權成立的有無。如同一件著作中可能有部分屬於「公共領域資訊或知識」，而就該部分的「實質近似」並不能主張抄襲¹⁶⁵。亦即，一件著作中有受保護部分，也

<http://punchline.asia/archives/39749>，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 12 日。

164 圖片來源，http://farm6.static.flickr.com/5162/5227349185_44682af132_z.jpg，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 16 日。

165 智慧財產法院 104 年度民著上字第 18 號民事判決／事實及理由／貳／五／（一）

有不受保護部分。當不受保護部分被侵害時，並不成立侵權行為。因此，如果特定畫面被視為無原創性，則儘管其屬侵害的部分，權利人也無法主張著作權侵害。

二、具侵害商標性質的著作權侵權行為

對具有商標性質的電視節目，其相關節目畫面的非法利用之著作權侵權類型可從商標的角度思考，以下分「仿冒品（或劣質品）」、「攀附」、「與「正作品」等三個類型闡述。

（一）仿冒品（或劣質品）

「回到愛以前」相關判決的侵權行為乃利用節目畫面來輔助其仿冒品的銷售行為，此非常類似商標法的侵害商譽問題。著作權法第 87 條第 1 項第 1 款規定「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：一、以侵害著作人名譽之方法利用其著作人」。何謂「侵害著作人名譽之方法」，在該款的立法歷史中並無解釋¹⁶⁶。但商標

／3／（5）：「然綜觀上訴人所主張之實質近似之處，均係從系爭著作一、二之章節中挑選而出之『片段』（句型、例字、例句）相似之處，而非書籍中整篇章節之編排、文法、句型、例句、例字的『表達』方式『整體』達到『相同』或『實質近似』，…而囿限於對初學日文者應教授的內容範圍的限制，對於教授句型、例句、例字經教學經驗累積後對於教學看法難免趨於一致，而其所使用文法、句型、例句、例字的方式難免相同，然實難僅憑使用相同之『文法』、『句型』、『例句』、『例字』即驟認有侵害原告之著作權。…縱有句中用字或句型相似之部分，揆諸前揭說明，亦屬任何人均得使用之公共領域資訊或知識，而與上訴人個人之表達無關，上訴人對之本不得主張著作權」。

166 著作權法第 87 條第 1 項第 1 款規定源自於總統（81）華總（一）義字第 2805 號令修正公布的著作權法。但行政院的法律提案中並無解釋該款。（見立法院議案關係文書，院總第 553 號，政府提案第 3963 號，1990 年 12 月，頁報 86，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcec7c9cdc8cfcfc5cbc9d2cecace>，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 16 日。立法院委員會討論時亦無相關資訊解釋該款定義。（見立法院公報，第 80 卷，第 83 期，頁 289，<http://lis.ly.gov.tw/ttscgi/>

法的侵害商標權人商譽的概念應可類推適用該「侵害著作人名譽」的概念。

根據最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決，「所謂類推適用，乃因法律未設規定出現漏洞，而比附援引與其性質相類似之規定，以為適用」¹⁶⁷。著作權和商標權皆屬智慧財產權，故性質相似。在電視節目的情境中，節目製作單位因契約關係取得著作人／著作權人之身分，而對法人單位而言，其商譽即相當於「名譽」。法院對於商標侵權人的侵害商譽行為，會准予商標權人根據民法第 195 條回復名譽請求權¹⁶⁸。因而，當著作產生商標性質時，且侵害該著作之行為有類似商標使用行為時，則商標侵權行為的規範應可類推適用於侵害著作權之行為，以藉由保障商譽的概念來補償著作人名譽之損害。

在智慧財產法院 105 年度民商訴字第 25 號民事判決的個案中，法院認為「被告銷售之系爭商品含有仿冒系爭商標圖樣之機芯，且該機芯確有運轉時會產生噪音及徒手拆卸電池不易，品質劣於原告生產之機芯產品，造成原告之商譽受損」¹⁶⁹。亦即，侵權人的侵害商標權之使用乃是搭配著仿冒品的銷售，而再因仿冒品的低品質而造成商標權人的商譽損失。將此類推適用於著作權法第 87 條第 1 項第 1 款之侵權行為

lgimg?@xdd!cecacfdc7c9cfccfc881c7cfcf7cccf4cfd9c6c4cfccfca，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 16 日)。另委員會審查報告亦無相關解釋。(見立法院議案關係文書，院總第 553 號，1991 年 12 月，頁討 85，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcec7c7cdcacfc5c7cdd2cec7c9>，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 16 日。

167 最高法院 106 年度台上字第 2335 號民事判決／理由。

168 智慧財產法院 107 年度民商上字第 3 號民事判決／事實及理由／參／七。本文審查委員曾建議針對「侵害商標權人商譽可以類推適用於侵害著作人名譽的概念」，可「在理論基礎上」有「更充實」的討論。此涉及「名譽」和「商譽」二者概念間的分析與討論，須要從民法的人格權出發，並參酌商標法對於商譽保護概念的發展。但由於本文篇幅和修改時間限制，筆者僅以智財法院的實務做為類推適用之依據，以回應審查委員的意見。還請容許筆者未來再另撰文討論該議題。

169 智慧財產法院 105 年度民商訴字第 25 號民事判決／事實及理由／乙／伍／五／(二)。

時，即當節目畫面有商標性質時，侵害商譽的問題會發生在販賣仿冒品(或劣質品)的情境，如同「回到愛以前」相關判決的被告其販賣「Bliss手鍊」或「捕夢網」的仿冒品，讓消費者誤買劣質品而傷害三立電視的商譽。

(二) 攀附

如果侵害節目畫面的行為人有相關商標且於商品行銷時有使用該商標，但其對系爭節目畫面的利用是誤導他人購買其商品而非系爭節目內所置入的商品，則該類著作權侵權行為類似攀附他人商標之行為。

以智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決為例，該案中受害商標為新加坡商鱷魚國際私人有限公司 (Crocodile International Pte Ltd) 的註冊商標，包括「Crocodile」和「鱷魚」等文字商標和鱷魚圖形商標，該商標指定於是服飾類商品¹⁷⁰；而侵權人以「鱷魚／Crocodile 原廠廠拍」為名義從事服飾販售業務，但其銷售場所的商品多數是其他廠牌的服飾，且所販售的「Crocodile」服飾是過季的商品¹⁷¹。本案涉及商標法和公平交易法的違反¹⁷²。關於商標法問題，侵權人有未經同意使用商標之行為，但因為侵權人販售的是合法授權之「鱷魚」牌服飾，故該案法院認為屬於商標權效力所不及與權利耗盡之範圍，而無侵害商標權之責任¹⁷³。不過，該案法院認為侵權人有違反公平交易法第 21 條規範之不實廣告及第 25 條 (當時公平交易法第 24 條) 攀附商譽之行為¹⁷⁴。

170 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／一／(二)。

171 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／一／(三)。

172 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／四／(二)。

173 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／五／(一)至(六)。

174 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／五／(十)

特別針對攀附商譽之行為，涉及侵權人有無構成公平交易法第 25 條之行為，即「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」¹⁷⁵。該案法院發現侵權人「多年來竟持續利用『鱷魚』以及『Crocodile』作為廣告唯一且主要之標題，並搭配使用【本案商標權人】經銷商特別推廣宣傳之新品照片…，意圖使消費者混淆誤認【侵權人】廣告中所展示之其他服飾商品均為鱷魚品牌，以吸引消費者至廠拍展場選購 99 %非『鱷魚』或者『Crocodile』品牌之各類商品…，並造成消費者實際上混淆誤認之結果」¹⁷⁶。因而，該案法院認為侵權人「利用【本案商標權人之】著名『鱷魚／Crocodile』商標作為新聞以及招牌廣告吸引消費者進入廠拍會場選購，以增加其他商品交易機會之行為，顯係攀附【本案商標權人】長久以來努力經營之『鱷魚／Crocodile』商標知名度，榨取【本案商標權人】長期以來努力之成果，而不利於【本案商標權人】之欺罔、顯失公平行為」，故侵權人之「廣告行為構成公平交易法第 25 條之違反」¹⁷⁷。

在攀附的情境下，非法利用節目畫面的侵權人可能無著作權法第 87 條第 1 項第 1 款之侵害著作權人信譽的問題，因為其販售的商品不是仿冒品或劣質品。但若將智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決類推適用在該類著作權侵權行為的分析上，對侵權人的民事責任應可考慮系爭電視節目之商標性質。亦即，當計算該侵權人之損害賠償時，其所得利益的計算基礎應可參酌相關商品銷售的金額。

二)。

175 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／五／(十四)／1。

176 智慧財產法院 104 年度民商上字第 9 號民事判決／事實及理由／貳／五／(十四)／3／(1)。

177 同前註。

（三）正作品

如果未經同意而利用節目畫面的侵權人其所行銷的產品是正作品，則其行為非屬於侵害電視節目之商標性質的著作權侵害行為。儘管消費者是因系爭節目畫面而產生購買意願，由於其事實上所購買的產品是正作品，故並未有混淆誤認而買錯產品的問題。

此類利用型態可由商標權權利耗盡的概念來類推思考。以智慧財產法院 105 年度民商上字第 12 號民事判決為例，被告購買原告法商香奈兒股份有限公司的產品做為活動贈品用，其以實體物品照片用於活動贈品說明，並且在相關活動佈置中加入原告的商標¹⁷⁸。該案法院認為被告行為有商標權利耗盡之適用，亦即同法第 36 條第 2 項規定「附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於國內外市場上交易流通，商標權人不得就該商品主張商標權。但為防止商品流通於市場後，發生變質、受損，或有其他正當事由者，不在此限」，因為被告「為舉辦系爭活動，派員至百貨公司之上訴人專櫃，購入上訴人之商品後，以實品、實物拍攝照片方式作為系爭活動之中獎贈品說明，且適當附加系爭商標於相關佈置物，並無使商品流通於市場後，發生變質、受損或有其他不正當事由」¹⁷⁹。

行為人透過合法管道購入系爭戲劇節目所附隨的產品。既然相關節目畫面對系爭產品有識別性的意義，當該行為人使用該節目畫面以行銷系爭產品時，此即為利用系爭戲劇節目的商標性質。就此類似商標使用行為，因為其是處分合法的正作品的行為之一部分，則將智慧財產法院 105 年度民商上字第 12 號民事判決類推適用在此情境，該行為人可視為受到商標權利耗盡之保障，因而其利用該節目畫面之行為並非侵害系爭戲劇節目之商標性質。不過，系爭節目畫面的利用仍是

178 智慧財產法院 105 年度民商上字第 12 號民事判決／事實及理由／貳／二／(三)。

179 智慧財產法院 105 年度民商上字第 12 號民事判決／事實及理由／參／四。

未經著作權人同意，故該行為仍屬著作權之侵害行為。

三、合理使用

是否構成著作權侵害仍須考慮有無合理使用的適用，因為著作權法第 65 條第 1 項規定「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」¹⁸⁰。合理使用的判斷依賴四個因素，即著作權法第 65 條第 2 項之規定「著作之利用是否合於…或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」。

由於節目畫面和攝影著作近似，故以智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決為例來分析。在該案中，侵權人東森電視事業股份有限公司（稱「東森公司」）於東森新聞臺頻道之「臺灣啟示錄」節目播送「戰火蔓延時—我的一九四九二部曲」新聞特輯（下稱系爭特輯），其中內容包括未經著作權人同意而公開播放「臺灣兵影像故事」一書中之「斷臂老人獨照」攝影著作¹⁸¹。對此行為，該案法院認為無合理使用之適用¹⁸²。

關於因素一「利用之目的及性質」，該案法院指出「利用他人著作之目的可粗分為商業與非營利教育等類型。非營利性之教育目的與具有商業目的之利用行為兩者相比，前者較容易成立合理使用。或者無生產力之使用，亦較有生產力之使用，易成立合理使用」¹⁸³。就東森公

180 楊智傑，智慧財產權法，頁 103，新學林，2013 年。

181 智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／一／（一）。

182 智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／六／（二）／2。

183 智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／六／（二）／

司的利用行為，該案法院認為東森公司是營利性電視台，「其在系爭特輯播放過程中，亦有插播廣告收取費用」，而此顯示東森公司「製作與播送系爭特輯而利用系爭攝影著作之行為，具有商業利用之目的與性質」¹⁸⁴。因而，該案法院認為東森公司「利用系爭攝影著作自應給付相當之對價，始稱公允」¹⁸⁵。

關於因素二「著作之性質」，該案法院指出其「係指被利用著作之性質而言。基於權益衡量，創作性越高之著作應給予較高度之保護，故他人主張對該著作之合理使用的機會越低」¹⁸⁶。針對系爭攝影著作，該案法院認為作者的拍攝過程「耗費經年，深入臺灣山區部落，拍攝日據時代之臺籍斷臂老兵為攝影之主題，以真實故事描述錯亂與悲劇時代，凸顯台灣人過往之歷史」，而此創作過程使得系爭攝影著作「與一般攝影著作相比，顯有相當程度之創意，自應受較高之保護，賦予較大之獨占地位，以排除他人任意利用」¹⁸⁷。

關於因素三「利用之質量及其在整個著作所占之比例」，該案法院認為該因素之認定方式「應同時參考量與質等因素。因著作有其精華與核心部分，故利用他人著作時，倘為全部著作之精華或核心所在，較不易主張合理使用。反之，利用他人著作屬不重要之部分，或所利用之質量占著作之比例甚少，較易成立合理使用」¹⁸⁸。針對系爭利用行為，該案法院指出系爭攝影著作重點在顯現「日據時代之臺籍斷臂老兵所處情境，故照片人物為系爭攝影著作之要素，其餘之文字或語言之

2 / (1)。

184 同前註。

185 同前註。

186 智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／六 / (二) / 2 / (2)。

187 同前註。

188 智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／六 / (二) / 2 / (3)。

記載僅屬次要之地位」，因而系爭利用行為事實上屬「直接引用照片內容，自應認為係使用系爭攝影著作之重要部分」¹⁸⁹。

關於因素四「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，該案法院認為其判斷「除考量利用人之使用，對現在市場之經濟損失外，亦應參酌對市場未來之潛在市場影響，兩者在判斷時應同具重要性。利用結果越會影響著作潛在市場與現在價值者，其較不容易成立合理使用」¹⁹⁰。針對系爭利用行為，該案法院指出系爭攝影著作並非絕版，故東森公司事實上可從著作人處取得同意或授權使用，因而「東森公司竟捨此不為，主張適用合理使用，自難認有理由」¹⁹¹。此外，系爭攝影著作取自於「臺灣兵影像故事」著作，而該書「有其一定市場經濟價值，倘任憑他人非法利用系爭攝影著，將造成【著作權人】現在與潛在市場之損失」¹⁹²。

從智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決之見解來思考，未經電視節目著作權人同意將節目畫面放置在網路上做為行銷商品輔助用，此行為屬營利性質，故合理使用分析的因素一不利於行為人。關於因素二，電視節目的拍攝涉及每個畫面與劇情的關連性，特別是相關置入產品在畫面的自然呈現，因而其創作性應高，故因素二亦不利於行為人。關於因素三，因為行為人乃使用完整的節目畫面，故不利於合理使用之認定。關於因素四，節目畫面可做為著作權授權的標的，例如娛樂新聞報導的劇照可由電視台提供¹⁹³，故未經同意的

189 同前註。

190 智慧財產法院 100 年度民著上易字第 1 號民事判決／事實及理由／六／（二）／2／（4）。

191 同前註。

192 同前註。

193 梁夢竹，「《回到愛以前》回伯登場 姚元浩魏蔓哭慘」，大紀元電子報，2014 年 2 月 22 日，<http://www.epochtimes.com/b5/14/2/22/n4089210.htm>，最後瀏覽日期：2018 年 6 月 11 日。

使用必然損害著作權人對節目畫面授權之市場，因而不利於合理使用之認定。

雖然未經同意而利用電視節目畫面之行為不容易落入合理使用，但從電視節目之商標性質考慮，應有「轉化性使用」(Transformative Use)成立的空間，因而有些許的合理使用可能。

「轉化性使用」是針對因素一的補充原則¹⁹⁴，其意義根據智慧財產法院 103 年度民著上更(一)字第 2 號民事判決為「利用人利用原著作時若賦予與原著作不同之其他意義與功能，若與原著作差異性越高，轉化性越大，則可主張合理使用之空間則越大」¹⁹⁵。在考慮電視節目具有商標性質之情況下，可參酌商標法第 36 條第 1 項，即「下列情形，不受他人商標權之效力所拘束：一、以符合商業交易習慣之誠實信用方法，表示自己之姓名、名稱，或其商品或服務之名稱、形狀、品質、性質、特性、用途、產地或其他有關商品或服務本身之說明，非作為商標使用者」。

如果節目畫面之使用僅是為了描述產品的性質、特性或用途，則該使用將系爭節目畫面的性質有所調整。舉例來說，「印地安捕夢網」是特定文化物件的通用名稱¹⁹⁶，而當所使用的節目畫面中有出現捕夢網但其畫面內容在顯示捕夢網的文化意涵時，該節目畫面的使用性質即脫離揭露劇情內容的功能，而產生解釋捕夢網產品性質之功能。在此情境下，該使用可落入「轉化性使用」，而增加合理使用的可能性。

194 見蔡惠如，智慧財產法律規範 101，頁 209，元照，2012 年。另關於美國法上的「轉化性使用」概念，可參閱胡心蘭，轉化才是王道？論合理使用原則轉化性要素之適用與影響，東海大學法學研究，第 53 期，頁 183-246，2018 年 1 月；胡心蘭，做了一個「挪用」的動作－論轉化性於挪用藝術之適用，東海大學法學研究，第 49 期，頁 153-212，2016 年 8 月。

195 智慧財產法院 103 年度民著上更(一)字第 2 號民事判決／事實及理由／五／(二)／3／(2)。

196 徐鑫元、蕭美鈴，同註 70，頁 235-236。

四、損害賠償

在拍賣網站上利用電視節目畫面之行為，其不同於直接於網路上播放電視節目之行為，雖然二者皆屬侵害該電視節目著作之公開傳輸權。電視節目的主要利用方式是提供觀眾收視以瞭解節目內容，但單一節目畫面的利用並未讓觀眾能接收節目內容。

對於未經同意利用節目畫面之侵權行為，在評價損害賠償時，如果僅從電視節目的一般侵權行為來看，則會因為侵害程度過小（即一幕節目畫面佔整齣電視節目之比例過低），而估算過低的賠償金額。

然而，若考慮電視節目的商標性質，則損害賠償的計算可考慮侵權人利用節目畫面之目的行為的可責性。針對前述三類涉及電視節目商標性質之利用行為，即利用節目畫面以幫助販售「仿冒品（或劣質品）」、「攀附」、與「正作品」，其分別有適當的損害賠償計算方式。

針對為販售「仿冒品（或劣質品）」所為之著作權侵害行為，該行為為涉及著作權法第 87 條第 1 項第 1 款「以侵害著作人名譽之方法利用其著作人」之侵權行為，故就「仿冒品（或劣質品）」之販售行為部分亦屬於侵權行為之一部分。因而，在著作權侵害之損害賠償計算上，該販售行為應納入計算的考慮。其次，販售行為與著作權侵害行為的並存涉及系爭著作的商標性質，故著作權法第 88 條第 3 項的「法院酌定賠償額」法可引入商標法第 71 條第 1 項第 3 款之損害賠償計算法，即「就查獲侵害商標權商品之零售單價一千五百倍以下之金額。但所查獲商品超過一千五百件時，以其總價定賠償金額」。如此，法院在參酌侵權人商品的零售單價來計算侵害著作權而生之損害賠償，以反映著作權法第 87 條第 1 項第 1 款的侵權行為乃侵害了系爭著作之商標性質，並能責難販售「仿冒品（或劣質品）」之傷害消費者之行為。

針對具有「攀附」性質的著作權侵害行為，其雖涉及系爭著作的商

標性質的利用，但該行為人同時卻利用自有商標來行銷商品，故該著作權侵權行為的過程中亦包括正當商標權之使用。因而，除了著作權法的「法院酌定賠償額」法可引入商標法第 71 條第 1 項第 3 款之損害賠償計算法之外，應更考量商標法第 71 條第 2 項之規定，即「前項賠償金額顯不相當者，法院得予酌減之」。

具體而言，應考慮系爭著作的商標性質及著作權侵權人的商標對販售商品所產生的「識別性」價值。亦即，若侵權人的商標對其販售商品亦有一定的「識別性」意義，則整體販售商品之行為並非完全依賴系爭著作的商標性質。因而，儘管以商品的零售單價來估算系爭著作之損害賠償金額，但必須根據侵權人的商標其對商品來源識別之貢獻度，來衡量是否再酌減損害賠償金額。

此概念可參酌智慧財產法院 105 年度民商訴字第 24 號民事判決，該案被告受他人委託生產系爭商品，而「系爭商品包裝盒及瓶身標籤樣本均由訂購人提供」，包括該訂購人之標示「正新」與「CST 正新廈門集團」等字樣、「穿盔甲之人像設計圖」、及生產者資訊等等，但「包裝盒正面及側面中央使用『金門島嶼圖』及『金門』之圖樣近似於系爭商標」，而「有造成相關消費者混淆誤認之虞」¹⁹⁷。

在論斷損害賠償金額時，該案法院認為「惟【侵權商品之】瓶身標籤之整體圖樣表現，與原告【商標權人】所生產之高梁酒品差異甚大等情，認為本件侵權之情節及主觀惡性尚非重大，原告請求 165 萬元之賠償金額，尚嫌過高，應酌減至新臺幣 20 萬元為適當」¹⁹⁸。該案法院基本上參考侵權人其商品上的識別標示與系爭商標間的相對識別程度，而認為侵權人的標示亦有識別商品來源之作用，並因此而降低損害賠償金額。

197 智慧財產法院 105 年度民商訴字第 24 號民事判決／事實及理由／乙／伍／八／（二）。

198 同前註。

最後，針對與販售「正版品」有關之系爭著作利用行為，其雖未傷害系爭著作的商標性質，卻仍屬該商標性質之利用。就此未經同意的系爭著作利用行為，損害賠償計算法可參考著作權法第 88 條第 2 項第 1 款「差額法」，而考慮置入性行銷的費用（包括當期的置入費、後續的片段使用授權金等），以估算權利人所未能獲得的以行銷商品為目的之著作權授權金。

五、電視節目商標性質的消失

商標會因「未使用」而失去權利¹⁹⁹，則電視節目的商標性質亦應有類似的狀況。商標法第 63 條第 1 項規定「商標註冊後有下列情形之一，商標專責機關應依職權或據申請廢止其註冊：…二、無正當事由迄未使用或繼續停止使用已滿三年者。但被授權人有使用者，不在此限」。其中「繼續停止使用」之類型可類比至電視節目的商標性質討論。

負有置入性行銷目的的電視節目在首播時，搭配相關商品或服務的推廣，因而有使用到該電視節目的商標性質而有「商標使用」的情勢。然而，當該電視節目或相關商品或服務已經退流行或停止傳播，則電視節目與商品或服務間的關連性亦將有減低或消逝的情況。一旦失去「關連性」，電視節目的商標性質亦同時消失。至於相關的電視節目畫面的未經同意使用，其著作權侵權問題則回歸著作的本質。損害賠償金的計算則考慮著作使用行為本身，而不論該使用行為的目的行為（即商品販售或服務提供等行為）。

伍、結論

「置入性行銷」已為當代電視節目的特徵。電視節目的著作利用不再只是於電視上的公開播送。被置入的商品在行銷時會附帶相關電視

199 陳昭華，同註 138，頁 171-179。

節目畫面的利用。另一方面，觀眾亦須要依賴節目畫面來辨識相關商品是否是該節目所顯示的商品。此電視節目與商品間的關連性造就該電視節目的商標性質。

為完整保護電視節目的著作利用過程，有必要認可電視節目具有商標性質的可能性。如此，針對未經同意的電視節目畫面使用，其著作權侵害之損害賠償計算可考量該畫面使用行為的目的行為，即相關商品的販售行為，並且類推適用商標法的損害賠償計算規定。

不過，電視節目的商標性質其成立有其條件，必須由相關商品或服務的性質來界定「識別性」之存在與否。本文提出以置入商品的性質來切入，可分為四類，而不同類的商品與節目畫面之間有特定的組合，以產生識別性。首先，就「特殊的節目自創商品」，其應搭配的節目畫面乃與劇情有關即可。其次，對於「一般的節目自創商品」，節目畫面必須有利用該商品有關的劇情才行。第三，針對「具特殊性的置入商品」，相關節目畫面必須出現該商品。第四，「不具特殊性的置入商品」無產生識別性的可能。

當有販售非正版的、被置入的商品之行為時，針對其所附帶的系爭電視節目畫面之非法利用行為，其可歸入著作權法第 87 條第 1 項第 1 款「以侵害著作人名譽之方法利用其著作人」之侵權行為，而類比為商標權侵害行為。因而，在損害賠償的計算上，法院可類推適用商標法第 71 條第 1 項第 3 款，以參酌非正版商品的銷售單價來計算損害賠償。另對於「攀附」性質的著作利用行為，則可源引商標法第 71 條第 2 項，而酌減損害賠償金額。至於販賣正版商品的行為，其損害賠償金可從置入性行銷的收費來估算合理的著作權授權金。

不過，電視節目的商標性質也會消失，例如系爭節目或商品已經停播或退流行，而導致節目與商品間的關連性終止。一旦商標性質消失，則針對非法的節目畫面使用，其損害賠償計算即回到系爭著作的利用狀況為準。

本文的侷限是未能提出具體的計算公式，而此須要行銷理論、財務理論等相關商學知識的引入以輔助推演。未來，可站在本文的理論依序上，繼續發展具體的計算公式，以提供法院應用。另本文未能提出著作權法的修法可能性，以處理以行銷為目的侵害著作權之行為。其主要原因是著作權法第 87 條第 1 項第 1 款應可處理此議題，而本文乃補充該條款在適用時的法理依據。未來，如果類似案件變多，或許可能再針對相關案例的歸納而提出新的請求權類型。

參考文獻

中文

一、專書

章忠信，著作權法逐條釋義，五南，2014年4版。

陳昭華，商標法之理論與實務，元照，2013年。

黃銘傑著，劉孔中主編，「原創性」概念之再建構－從產業發展觀點與競爭理念出發，國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊），中央研究院法律研究所，2014年。

楊智傑，智慧財產權法，新學林，2013年。

蔡惠如，智慧財產法律規範 101，元照，2012年。

謝銘洋著，劉孔中主編，我國著作權法中「創作」概念相關判決之研究，國際比較下我國著作權法之總檢討（上冊），中央研究院法律研究所，2014年12月。

二、期刊論文

王亞維，回復電視節目製作者的專業角色－戲劇節目《我可能不會愛你》的座談與回應，廣播與電視，第35期，2012年12月。

王怡蘋，著作權損害賠償之再建構：以德國法為借鏡，台大法學論叢，第44卷，第3期，2015年9月。

安碧芸，鏡頭之後：美式足球超級盃轉播之畫面影像研究，體育學報，第47卷，第3期，2014年9月。

吳品儀、李秀珠，檢視台灣電視產業模仿同形現象－以綜藝談話性節目為例，廣播與電視，第33期，2011年12月。

李慧馨，電視劇製播與收視率－一個情境和結構取向的探討，藝術學報，第 71 期，2002 年 12 月。

胡心蘭，做了一個「挪用」的動作－論轉化性於挪用藝術之適用，東海大學法學研究，第 49 期，2016 年 8 月。

胡心蘭，轉化才是王道？論合理使用原則轉化性要素之適用與影響，東海大學法學研究，第 53 期，2018 年 1 月。

范宜善，影像剪輯的表面結構與深層結構，國教新知，第 53 卷，第 4 期，2006 年 12 月。

徐振興、黃甄玉，產品訊息疑似置入電視偶像劇之研究，中華傳播學刊，第 8 期，2005 年 12 月。

徐鑫元、蕭美鈴，印地安文化藝術元素應用於服飾配件設計，華岡紡織期刊，第 12 卷，第 3 期，2005 年 9 月。

張宏源，文化出口 台灣偶像劇場名國際，台灣影視內容產製模式－以三立、八大為例，產業管理評論，第 2 卷，第 1 期，2007 年 11 月。

許安琪，置入？植入？製入？智入？從多元面向觀點檢視置入性行銷，中華傳播學刊，第 8 期，2005 年 12 月。

陳一香，淺論「產品置入行銷」與其爭議，傳播研究簡訊，第 39 期，2004 年 10 月。

黃心怡，論攝影著作之原創性，東吳法律學報，第 24 卷，第 3 期，2013 年 1 月。

廖淑君，政府從事電視置入性行銷法律規範之研究，廣告學研究，第 26 期，2006 年 7 月。

劉昌德，台灣商營電視節目內容管制的演變：結構去管制下的「內容再管制」，廣播與電視，第 26 期，2006 年 1 月。

蔡明達、盧懿岑，電視消費關聯性對於來源國印象與品牌態度影響之研究－以韓國電視劇集為例，行銷評論，第 9 卷，第 4 期，2012 年 12 月。

謝章富、許立明，從形式與內涵探討數位化時代的電視節目製播，藝術學報，第 68 期，2001 年 8 月。

三、其他資料

三立新聞，「逼死誰！軍官老爸寇世勳退伍沒事幹 管教兒女一秒玻璃心？」，三立新聞網，2015 年 7 月 23 日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=86475>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 2 日。

大紀元電子報，「60 集連續劇《天下第一味》 即將播出」，大紀元電子報，2007 年 4 月 12 日，<http://www.epochtimes.com/b5/7/4/12/n1675628.htm>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 2 日。

內政部台（81）內著字第 8184002 號公告，<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=32403&ctNode=7011&mp=1>，最後瀏覽日期：2016 年 7 月 19 日。

公共電視網頁，藝數狂潮的誕生 About，https://www.pts.org.tw/newmediaart_now/about_1.html，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 3 日。

手鍊拍賣網頁，<https://tw.bid.yahoo.com/item/%E3%80%90%E5%9B%9E%E5%88%B0%E6%84%9B%E4%BB%A5%E5%89%8D%E3%80%91MAXin-Bliss%E3%80%80%E7%9C%9F%E7%9A%AE%E7%92%B0%E7%B4%94%E9%8A%80%E6%89%8B%E9%8D%8A%E3%80%80%E4%BD%A9%E6%88%B4%E4%B8%BB-100070235816>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 3 日。

台視，《回到愛以前》火場、車禍搏命演出 姚元浩『昏倒』熱到甩手 魏蔓、王思平苦練芭蕾舞到頭暈，2013 年 11 月 1 日，

<http://www.ttv.com.tw/Taiwan/TTVInfo/TTVInfo3853.htm>，最後瀏覽日期：2017年5月1日。

民視綜藝娛樂，【GoGo捷運】第117集《中和新蘆線一行天宮站》，Youtube影片，2018年3月25日，<https://youtu.be/GnW2hiYAkvc>，最後瀏覽日期：2018年4月1日。

民視綜藝娛樂，【美鳳有約】預防膝蓋老化提早到 關節保養怎麼做？（高欣欣、蕭惠、許瓊月），Youtube影片，2017年12月14日，<https://youtu.be/Lhgk9KQvYp0>，最後瀏覽日期：2018年4月2日。

自由時報，「《愛上哥們》版權賣8國 比照韓星辦付費見面會」，自由時報電子版，2016年2月25日，<http://ent.ltn.com.tw/news/breakingnews/1612626>，最後瀏覽日期：2018年2月2日。

自由時報，「『新台灣加油』為三立電視主要的政論性談話節目」，廖筱君被懲處的原因 作家透露：答案就在影片中！，自由時報電子版，2017年4月21日，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2043123>，最後瀏覽日期：2017年8月9日。

艾利斯，《明天和你》：讓韓劇獨有的「調色」，成為時空旅人的資本，娛樂重擊，2017年2月13日，<http://punchline.asia/archives/39749>，最後瀏覽日期：2017年8月12日。

吳志偉，「回到愛以前大結局 要讓觀眾猜不到」，自由時報，2014年3月30日，<http://ent.ltn.com.tw/news/paper/766320>，最後瀏覽日期：2017年5月1日。

娛樂中心，「偶像劇週邊飾品夯 山寨版手鍊流竄市面」，三立新聞網，2014年1月17日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=10731>，最後瀏覽日期：2017年5月1日。

張中昌，「拍偶像劇宣傳理念 保險業新招」，中時電子報，2016年1

月 2 日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20160102000113-260205>，最後瀏覽日期：2018 年 1 月 31 日。

張啟華，「偶像劇置入行銷術」，自由時報電子版，2003 年 9 月 1 日，<http://old.ltn.com.tw/2003/new/sep/1/life/fashion-1.htm>，最後瀏覽日期：2017 年 7 月 13 日。

張雅惠，「節目命名有學問！ 名字響提振收視率」，TVBS 新聞網路版，2012 年 8 月 16 日，<https://news.tvbs.com.tw/entry/27915>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 3 日。

梁夢竹，《回到愛以前》回伯登場 姚元浩魏蔓哭慘，大紀元電子報，2014 年 2 月 22 日，<http://www.epochtimes.com/b5/14/2/22/n4089210.htm>，最後瀏覽日期：2018 年 6 月 11 日。

陳幼英，「非譙不可的戲劇：魏蔓被批失憶變智障《回到愛》逼退 10 萬人」，蘋果日報，2014 年 3 月 4 日，<http://ent.appledaily.com.tw/section/article/headline/20140304/35676969/>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 1 日。

陳慰慈，「截圖偶像劇網拍手鍊 賣家判賠電視台 1 萬元」，自由時報電子版，2016 年 7 月 16 日，<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1764940>，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 20 日。

陸小龍女，小隆女話戲劇~想《回到愛以前》土地公：你掉金斧頭或銀斧頭？，Family 網站，2013 年 11 月 4 日，<https://www.family.tw/archives/20870>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 3 日。

智慧財產局（96）智商 0308 字第 09680389610 號處分書，https://twtmsearch.tipo.gov.tw/OS0/OS0401_SCN3.jsp?issueNo=XpJ13RyT4TE1KV0gzKzRVcjUzaGpXRWZrVGd5dz09&l6=zh_TW&isReadBulletin_US=&isReadBulletinzh_TW=true，最後瀏覽日期：2018

年 2 月 2 日。

畫面取自某部落格網頁，<http://fortuna520.pixnet.net/blog/post/367234625-%E5%A6%8D%E6%84%9B%E6%8D%95%E5%A4%A2%E7%B6%B2%E6%89%8B%E4%BD%9C%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E5%9D%8A%E2%94%80%E5%82%B3%E9%81%9E%E6%84%9B%E8%88%87%E5%96%9C%E6%82%85%E7%9A%84%E7%A5%9D%E7%A6%8F>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 3 日。

黃馨慧，「PTT 讚「會演戲」！陳冠霖超有成就感 搶韓瑜坦言沒信心」，三立新聞網，2017 年 6 月 1 日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=263322>，最後瀏覽日期：2018 年 2 月 2 日。

圖片來源，http://farm6.static.flickr.com/5162/5227349185_44682af132_z.jpg，最後瀏覽日期：2017 年 8 月 16 日。

廖婕妤、楊子見，「華劇話題夯 周邊文創商品商機無限 詢問度暴增」，三立新聞網，2014 年 2 月 17 日，<http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=13760>，最後瀏覽日期：2017 年 5 月 3 日。

趙怡、褚瑞婷，「修正廣告區分認定原則」之分析與建議」，國政分析，2007 年 6 月 15 日，<http://www.npf.org.tw/3/2501>，最後瀏覽日期：2018 年 1 月 21 日。

謝文華、林嘉琪、陳慧貞，「台劇置入行銷 NCC：廣告化才罰」，自由時報電子版，2009 年 11 月 4 日，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/348059>，最後瀏覽日期：2017 年 7 月 13 日。

蘋果日報，「台偶像劇掀熱潮 周邊銷量多 8 成」，蘋果日報，2014 年 12 月 3 日，<https://tw.appledaily.com/lifestyle/daily/20141203/36242532>，最後瀏覽日期：2018 年 5 月 27 日。

英文

Grimm, *Grimm - All Roads Lead to Diana (Episode Highlight)*, YouTube, 2017.05.17, <https://youtu.be/pzwO99MHxwc>, last visited 05.29.2017.

LAPIN, LAWRENCE L., *MODERN ENGINEERING STATISTICS* (1997).

Lastowka, Greg, *The Trademark Function of Authorship*, 85 B.U. L. REV. (2005).

Steinberg, Brian, *Advertisers Embrace Gory Shows Like 'Walking Dead'*, Variety, Apr. 3, 2013, <http://variety.com/2013/biz/news/advertisers-embrace-gory-shows-like-walking-dead-1200332162/>, last visited 05.28.2017.

Super Taste (Travel Show), *[ENG SUB] Find The Best Food In Yunlin, Taiwan 20180319 Super Taste (HD)*, YouTube, 2018.05.19, <https://youtu.be/C64amOvdOVw>, last visited 04.02.2018.

Abstract

“Product placement” has become a source of a television station’s revenue. The placed product may be sponsored by a vendor or developed by the program production company. Unfortunately, some unethical businesses will sell counterfeits, while using some related scene of the program for purposes of marketing those counterfeits. Such unauthorized use of a copyrighted TV program constitutes copyright infringement of the program. Three cases of the Taiwan Intellectual Property Court have fallen within that scenario. The same drama show “Back to the Days Prior to Our Falling in Love” was involved, while the placed products were developed by the production team of the show. The IP Court relied on Article 88, Paragraph 3 of the Copyright Act to calculate damages by weighing its preferable factors. One of those discussed factors was the infringer’s sales of counterfeits. These three court decisions indicate that such type of copyright infringement includes some nature of trademark infringement, because the consumers were misled to consider the infringer’s products as authorized products. Therefore, this paper will propose that a television program may have trademark characteristic that results from the connection between the placed product and the program. Using a scene of the television program to promote the infringer’s product should be considered as part of the copyright infringement. The damages calculation then can be based on the equivalent provisions vested in the Trademark Act.

Keywords: Drama Show, Copyright, Trademark, Damages, Television, Audiovisual Work, Copyright Infringement, Trademark Infringement, Product Placement, Advertisement

