

【裁判字號】 96,重上,323

【裁判日期】 961127

【裁判案由】 損害賠償等

【裁判全文】

臺灣高等法院民事判決

96 年度重上字第 323 號

上 訴 人 創信股份有限公司

法定代理人 甲○○

訴訟代理人 乙○○

潘昭仙律師

陳佑寰律師

被上訴人 鈴木一郎(Mr. Suzuki Ichiro)

訴訟代理人 古清華律師

上列當事人間損害賠償等事件，上訴人對於中華民國 96 年 4 月 30 日臺灣台北地方法院 94 年度訴字第 6831 號第一審判決提起上訴，經本院於 96 年 11 月 13 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決主文第一項關於命上訴人給付超過新臺幣壹佰萬元本息部分及第二項關於命上訴人停止銷售任何顯示有被上訴人肖像之產品並將所有侵害被上訴人肖像權之產品立刻銷燬部分，暨該部分假執行之宣告，併訴訟費用之裁判（確定部

分除外)均廢棄。上開廢棄部分,被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

。

其餘上訴駁回。

第一(確定部分除外)、二審訴訟費用由上訴人負擔五分之一,餘由被上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

被上訴人於原審所提出之委任狀、授權書上有被上訴人本人之簽名,且經美國加州認證(見原審卷(二)第86至92頁),證人岡田良樹並證稱其上被上訴人之簽名是被上訴人所親簽(見同上卷(二)第83頁),而被上訴人於本院所提出之委任狀上亦有被上訴人本人及岡田良樹之簽名,且經台北駐大阪經濟文化辦事處公證(見本院卷第27、28頁),核其上被上訴人之簽名與原審所提出之委任狀及授權書上被上訴人本人之簽名,堪認被上訴人業經合法委任訴訟代理人,上訴人以公證書上所載簽名當事人為 Bow Planning 公司之代表人:岡田良樹,並非被上訴人 Ichiro,辯稱被上訴人於本院未經合法代理云云,並無可採。

乙、實體方面：

一、被上訴人起訴主張:被上訴人為享譽國際之日本旅美知名職棒球員,年薪高達新臺幣(下同)四億餘元,民國(下同)93年6月間,被上訴人欲與訴

外人日商美津濃公司洽商臺灣地區的肖像權授權事宜時，發現：(一)93年11月上訴人不法使用被上訴人肖像於「職業棒球」之全刊廣告；(二)93年底至94年期間，上訴人不法使用被上訴人肖像於其公車車廂外之廣告上，且擅自將原來刊登於「職業棒球」雜誌中廣告部分，大幅轉刊於指南客運等公、民營公車廣告中；(三)93年底至94年間，上訴人不法使用被上訴人肖像於其在台北士林直營門市之牆面、台北新光三越百貨公司站前店11樓MLB美國職棒大聯盟專櫃壁面、台南新光三越百貨專櫃壁面、漢神百貨專櫃壁面、高雄大遠百貨專櫃壁面、屏東太平洋百貨專櫃壁面。上訴人上開不法行為致被上訴人與訴外人日商美津濃公司之肖像權授權之洽商因而中止，被上訴人喪失3,000萬元以上之肖像權授權金收益，被上訴人僅為一部請求350萬元，其餘暫為保留；又上訴人不法侵害被上訴人之人格法益情節重大，造成被上訴人精神上之痛苦，僅為一部請求150萬元，其餘暫為保留，故被上訴人依法自得請求上訴人賠償損害、停止損害行為及刊登道歉啟事等情。爰依民法第184條第1項前段、第195條第1項規定，求為判命：(一)上訴人應給付被上訴人500萬元，及自起訴狀繕本送達之日起至清償日止按年息5%計算之利息。(二)上訴人應立即停止銷售任何顯示有被上訴人肖像之產品，以及將所有不法使用被上訴人肖像權之平面廣告移除，並將所有侵害被上訴人肖像權之產品立刻銷毀。(上開請求原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服。惟被上訴人另請求上訴人於蘋果日報、中國時報、自由時報、民生

報等報之頭版刊登道歉啟事連續三日部分，經原審為被上訴人敗訴之判決，被上訴人未聲明不服，該部分業已確定。) 並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：上訴人就其經銷之球員商品所使用之大聯盟與球隊之商標圖樣、球員姓名、號碼、及肖像等，係自訴外人 Majestic Athletic 公司合法取得在臺灣之經銷權，因此並未侵害被上訴人之肖像權。又上訴人使用被上訴人之肖像係用以行銷被上訴人之球衣商品，應屬對授權商品之合理使用，且已盡善良管理人之注意義務，並無任何故意或過失可言。另被上訴人未能證明其受有授權金喪失之損害，且上訴人使用被上訴人之肖像，用以行銷被上訴人之球衣商品，被上訴人自可輾轉獲益，不會受有精神痛苦等語，資為抗辯。並上訴聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、被上訴人主張上訴人使用被上訴人之照片於其士林直營門市之牆面、新光三越百貨公司站前店 11 樓之「MLB 美國職棒大聯盟」及信義店 A11 館 6 樓文化館之「GO GO SPORTS CENTER」專櫃壁面、指南客運公車外廣告及刊登於 93 年 11 月 10 日出刊之第 272 期「職業棒球」雜誌封面內頁及第 1 頁之跨頁廣告中之事實，業據提出現場照片、雜誌內頁廣告影本等件為證，且為上訴人所不爭執，堪信為真正。被上訴人又主張上訴人未經被上訴人授權，不法使用被上訴人肖像，致被上訴人與訴外人日商美津濃公司之肖像權授權之洽商因而中止，被上訴人喪失 3,000 萬元以上之肖像權授權金收益，

且造成被上訴人精神上之痛苦，被上訴人僅分別為一部請求 350 萬元、150 萬元，其餘暫為保留，故被上訴人依法自得請求上訴人賠償損害、停止損害行為等語，惟為上訴人所否認，並以上述情詞置辯。是以本件兩造爭執之要點在於：上訴人被授權經銷之行為是否包含被上訴人之肖像權？上訴人之經銷行為是否構成侵權行為？被上訴人是否受有損害？與上訴人之行為有無相當因果關係？被上訴人請求賠償及除去侵害有無理由？茲析述如下。

四、上訴人被授權經銷之行為是否包含被上訴人之肖像權？上訴人之經銷行為是否構成侵權行為？

(一)按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」、「私文書應由舉證人證其真正，但他造於其真正無爭執者，不在此限。」，民事訴訟法第 277 條前段、第 357 條分別定有明文。又按「原告對於自己主張之事實已盡證明之責後，被告對其主張，如抗辯其不實並提出反對之主張者，則被告對其反對之主張，亦應負證明之責，此為舉證責任分擔之原則；各當事人就其所主張有利於己之事實，均應負舉證之責，故一方已有適當之證明者，相對人欲否認其主張，即不得不更舉反證。」最高法院 18 年上字第 2855 號、19 年上字第 2345 號分別著有判例可稽。本件被上訴人主張上訴人使用其肖像於其門市牆面、雜誌及公車外廣告等行為，為上訴人所不爭執，已如上述，上訴人辯稱其係經美國供應 Majestic Athletic 公司授權經銷商品，並得使用於廣告等語，既為上訴人否認，依

上述舉證責任分配之原則，即應由上訴人就此有利於己之事實負舉證之責。

(二)上訴人辯稱其依 Majestic Athletic 公司寄送之被上訴人及其他球員之照片，憑之製作廣告文案後，再寄送予 Majestic Athletic 公司審核確認後，上訴人才公開使用相關廣告，是上訴人已盡其善良管理人之注意義務，以使用被上訴人之肖像，並無任何故意或過失可言云云，並提出 Majestic Athletic 公司授權信函（見原審卷(一)第 135、136 頁）、2006 年 6 月 13 日意向書、上訴人之訂購單、美國供應商出貨單、與美國供應商往來書信、與美國大聯盟往來書信、2004 年 4 月 13 日意向書（見同上卷(二)第 10 至 29 頁、第 164 至 165 頁）為證，惟被上訴人否認上開文書之真正，按諸民事訴訟法第 357 條之規定，自應由上訴人證明上開文書之真正。然上訴人迄未證明上開文書之真正，已難認上訴人上開所辯為可採。縱認上開文書為真正（僅係假設），然觀之該授權信函內載：「這一封信係為確認貴公司屬於美國供應商在台灣地區的經銷商，有權販賣所有美國供應商的商品，而該些商品係經由美國國際大聯盟及美國大聯盟球員協會的合法授權。美國供應商有權製造所有美國大聯盟球員協會球員的商品所屬包括鈴木一郎在內...。」等語；2006 年 6 月 13 日意向書內載：「... 此意向書確認上訴人公司可以銷售美國供應商提供的美國大聯盟品牌的服飾...。」等語（見原審卷(一)第 135、136 頁、卷(二)第 13 頁），均僅謂

上訴人有權販賣所有美國供應商的「商品」、「服飾」，並未提及美國供應商已獲被上訴人授權使用被上訴人之「肖像」或上訴人業經授權使用被上訴人之「肖像」。再觀之上訴人所指美國大聯盟以電子郵件提供之球員照片（見同上卷(二)第 28、29 頁），其上均同時出現三位不同之球員，核與上訴人本件使用之照片為被上訴人單獨一人者，並不相同，再參以證人即被上訴人之經紀人岡田良樹證稱：被上訴人只有簽署大聯盟的契約及球員的契約，簽約的組合是單獨肖像，肖像權沒有授權給球員協會，要三個球員的肖像權同時才可以使用等語（見同上卷(一)第 83 頁反面），亦無從據以認上訴人業經合法授權單獨使用被上訴人之肖像。是以依上訴人所提出之上開文書均不足證明上訴人業經合法授權使用被上訴人之肖像。

(三)上訴人復提出 Majestic Athletic 公司之網頁、該公司 2006 年春季商品目錄、球衣商品照片（見同上卷(一)第 114 至 115 頁、卷(二)第 110 至 113 頁），並提出衣服附卷，以資證明被上訴人有授權 Majestic Athletic 公司使用其肖像云云，然為被上訴人所否認，並主張其僅同意 Majestic Athletic 公司銷售有被上訴人之球衣背號及姓名之商品，但並未授權該公司使用他的肖像等語（見同上卷(一)第 127 頁反面）。經查，縱使 Majestic Athletic 公司所銷售之商品上有被上訴人之肖像屬實，亦不足為被上訴人有授權 Majestic Athletic 公司使用其肖像之證明。雖上訴人於本院審理中又提出 Majestic Athletic 公司之 Dan 先生於 2007 年 9 月 4 日出具之宣誓書及大

聯盟球員工會 2007 年 9 月 12 日之公函(均經駐紐約台北經濟文化辦事處認證，見本院卷第 186 至 201 頁) 為證，惟觀之該宣誓書及公函，僅足證明 Majestic Athletic 公司為大聯盟球員工會之國際被授權商，上訴人為 Majestic Athletic 公司在台灣之經銷商，上訴人有銷售 Majestic Athletic 公司之品牌之大聯盟球衣，無法證明被上訴人有授權 Majestic Athletic 公司或上訴人公司得合法單獨使用被上訴人之肖像，足見上訴人上開所辯云云，並非可採。

(四)上訴人辯稱被上訴人之肖像權歸屬於美國職棒大聯盟西雅圖水手隊所有，被上訴人無權向上訴人提出侵權行為損害賠償請求云云。惟為被上訴人所否認。經查依上訴人所提出之大聯盟球員工會代表全體球員與大聯盟各球隊簽訂「92 年至 95 年基本契約」(0000-0000 Basic Agreement，見本院卷第 51 至 62 頁，上證 1) 之附件 A：大聯盟各球隊與個別球員間之「統一球員契約」(Uniform Player's Contract，見本院卷第 63 至 73 頁，上證 2) 中之「統一球員契約」3.(c)規定：「球員同意其肖像得由球隊於指定時間以照片、動畫或電視攝影，並同意所有關於這些肖像之權利歸屬於球隊，且得由球隊任意以任何方式基於公開之目的而使用。(The Player agrees that his picture may be taken for still photo graphs, motion pictures or television at such times as the Club may designate and agrees that all rights in such pictures shall belong to the Club and may be used by the Club for publicity purpose in any manner it desire.)」(見本院卷第 65 頁)。是依本條之規定，大聯盟球員同意歸屬於所屬球隊所有之肖像權，以由球隊於

指定時間以照片、動畫或電視攝影者為限，並非球員所屬球隊即可概括取得球員之肖像權，上訴人執此契約規定辯稱被上訴人無權向上訴人提出侵權行為損害賠償請求云云，自無可採。

(五)上訴人又辯稱其使用被上訴人之肖像係用以行銷被上訴人之球衣商品，應屬對授權商品之合理使用云云。惟查，上訴人雖自 Majestic Athletic 公司合法取得大聯盟球衣商品在台灣之經銷權，但上訴人所經銷者，除被上訴人之球衣商品外，亦包含其他大聯盟球員之商品，且其商品上僅有球員之姓名及號碼，並不含有肖像之商品，故上訴人所行銷的應為「大聯盟」授權之球衣商品，而非「被上訴人」授權之球衣商品，則上訴人以所經銷商品上既有之被上訴人姓名、號碼製作廣告，已足達其行銷大聯盟球衣商品之目的。上訴人未經被上訴人授權擅自於其廣告中加列大幅被上訴人肖像，足以消費者誤認被上訴人為其公司之代言人，自難謂係合理使用，縱上訴人將被上訴人之「肖像」用於「該肖像所指涉商品」之「廣告」中，但因被上訴人並非上訴人公司之代言人，上訴人此舉難謂符合現行商品行銷實務，以及公平交易法第 21 條「廣告真實」之法理，上訴人此部分抗辯，並無足採。

(六)上訴人辯稱其主觀上確信其得合法使用被上訴人之肖像，故於 94 年 6 月 21 日收受訴外人亞太彩虹國際有限公司委由律師於 94 年 6 月 15 日寄發之警告函後，即依指示撤除相關之廣告，自亦無任何侵權行為可言云

云。惟查上訴人使用被上訴人之肖像於廣告上，於行為時即已侵害被上訴人之肖像權，縱事後撤除相關之廣告，亦不過係回復侵害前之原狀，尚不得謂為無任何侵權行為。

五、被上訴人是否受有損害？與上訴人之行為有無相當因果關係？被上訴人請求賠償及除去侵害有無理由？

(一)按民法第十八條規定：「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。」。同法民法第一百八十四條第一項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」故人格權亦得為侵權行為之客體，被害人得據以請求財產上之損害賠償。又第一百九十五條原規定：「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。」，嗣於八十八年四月二十一日修正公布為：「不法侵害他人之身體、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。」，修正立法理由在於：「第一項係為配合第十八條而設，原條文採列舉主義，惟人格權為抽象法律概念，不宜限制過嚴，否則受害者將無法獲得非財產上之損害賠償，爰擴張其範圍，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。」。而肖像為個人形象及個性之表現，所謂肖像權，係個人對其肖像是否公開之自主權利，即以自己肖像之利益為內容之權利，屬重要之人格法益之一種。又肖像權與其他人格權不同，肖像之使用，若用於商業上，亦具財產權之性質，得發揮其經濟上之利益與價值，此於知名之影藝人員、運動員尤然。故未經他人同意，就其肖像為攝影、寫生、非以幽默為目的之漫畫陳列、複製，或以肖像作營業廣告，均構成對肖像權之侵害。肖像權因受他人故意或過失不法之侵害，且情節重大者，受侵害者，亦得依民法第 195 條第 1 項前段請求侵權行為人，賠償其非財產上之損害賠償。

(二)上訴人雖舉學者之見解，辯稱被上訴人在法律上不得為本件之請求，惟其所引學者史尚寬、鄭玉波、曾隆興及曾世雄之見解，均為民法第 195 條修正前之見解，學者王澤鑑於其侵權行為法第一冊中與本件有關之論述為以民法第 184 條第 1 項後段之請求權為中心(卷(一)第 159 至 162 頁)，再學者王澤鑑於月旦法學發表之回復原狀與金錢賠償，則係以民法第 213 條之規定為其論述範圍(卷(一)第 163 至 166 頁)，皆與本件被上訴人之請求權為民法第 184 條第 1 項前段及第 195 條第 1 項無關，自不得為上訴人有利之依據。

(三)查上訴人未經被上訴人合法授權擅自使用被上訴人之肖像於其商業廣告文宣，已如前述，上訴人之上開行為，乃屬不法侵害被上訴人對其肖像是

否公開之自主權利，揆諸前揭規定，上訴人自得依民法第一百八十四條第一項前段及同法第一百九十五條第一項之規定，請求被上訴人賠償財產及非財產上之損害賠償。惟按「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故被上訴人所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在。」、「按損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。所謂相當因果關係，謂無此行為，雖必不生此種損害，有此行為，通常即足生此種損害者，為有相當因果關係；如無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即為無相當因果關係。」，最高法院四十八年台上字第四八一號、八十年台上字第一七七三號分別著有判例可稽。故上訴人依上開法條請求被上訴人賠償財產、非財產上之損害及除去其侵害，仍應就其有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係等成立要件，負舉證之責任。茲就被上訴人所請求之財產、非財產上之損害及除去其侵害，應否准許，析述如下。

(四)財產上之損害部分：

- 1.被上訴人主張上訴人上開不法行為致被上訴人與訴外人日商美津濃公司之肖像權授權之洽商因而中止，被上訴人喪失 3,000 萬元以上之肖像權授權金收益，被上訴人僅為一部請求 350 萬元，其餘暫為保留云云，並

提出日商美津濃公司與被上訴人之經紀人岡田良樹往來之電子郵件為證 (見原審卷(二)第 50 至 57 頁) , 惟為上訴人否認上開電子郵件之真正 , 按諸民事訴訟法第 357 條之規定 , 自應由被上訴人證明上開電子郵件之真正。然被上訴人迄未證明上開電子郵件之真正 , 已難認被上訴人上開主張為可採。縱認上開電子郵件為真正(僅係假設) , 然觀之該電子郵件中 , 收信人為岡田良樹之電子郵件 , 其發信人為久保田憲史 , 內容僅係就有關職業棒球雜誌刊登被上訴人肖像乙事 , 要求查明上訴人有無使用權並加以處理 , 並無隻字片語述及日商美津濃公司要求與被上訴人洽商肖像權授權及授權金數額之記載 , 自無從據以認被上訴人有與訴外人日商美津濃公司洽商台灣地區授權金 3000 萬元以上之肖像權授權事宜 , 亦無從認日商美津濃公司因上訴人將被上訴人的肖像刊登於雜誌上 , 而「撤銷」「高額的授權金邀約」。至於被上訴人所提出之被上訴人之經紀人岡田良樹致趙佩俐的電子郵件 , 雖載「美津濃公司表示業務合作之意願低落」等語 , 然查該收件人趙佩俐並非日商美津濃公司之人員 , 且該郵件之日期為 95 年 11 月 18 日 , 係在本件訴訟起訴(94 年 9 月 28 日) 後約一年半之後 , 自無回溯過去 , 任意臆測之理 ! 再者 , 該郵件所附之前函 , 並未見日商美津濃公司有任何人員表示業務合作意願低落之字句 , 則上開字句 , 顯屬被上訴人之經紀人岡田良樹之臆測 , 自不足採為有利被上訴人之證據。

2. 證人岡田良樹雖證稱：「美津濃公司曾經談過肖像權要包含台灣部分，後來為了這件訴訟問題，所以才沒有把台灣簽在內。」等語（見原審卷(二)第 84 頁），然查證人岡田良樹負責被上訴人在日本及東南亞有關經紀上之事由，與本件有利害關係，其證言有偏頗之虞，已難採信，再參酌證人岡田良樹證稱：「(問：在日本使用被上訴人的肖像權如何計算授權金?) 比如說有契約要簽的話一年一億五千萬日元幣，只有契約，但是如果要有照片及活動的話價格另計。」、「(問：東南亞臨近各國有無授權使用過?) 香港、新加坡、泰國都沒有，到現在為止只有中國有。」、「(問：中國授權金如何計算?) 上海又加了一千萬日元，共一億六千萬日元幣。」、「(問：契約是與中國公司簽? 還是與日本公司簽?) 一樣的契約，日本的契約一億五千萬日元，不是直接與中國公司的簽，只是加了被上訴人只是加了上海，多了一千萬日元。」等語（見同上卷(二)第 83 頁反面、84 頁），惟被上訴人迄未能提出其與日商美津濃公司所簽訂之肖像權授權契約，亦未提出日商美津濃公司有就台灣地區為肖像權授權金之要約，以及因本件雜誌廣告事件而撤銷該要約之證明文件，自不得單憑證人岡田良樹之證言，即認被上訴人受有 3,000 萬元以上之肖像權授權金收益損害。

3. 再查，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，被上訴人既未舉證證明

日商美津濃公司有就台灣地區為肖像權授權金之要約，並因本件雜誌廣告事件而撤銷該要之情事，被上訴人則主張其受有 350 萬元之肖像權授權金收益損害，即無可採。

(五)非財產上之損害部分：

- 1.按慰藉金之賠償須以人格權遭遇侵害，使精神上受有痛苦為必要，其核給標準固與財產上損害之計算不同，然非不可斟酌雙方身分資力與加害程度，及其他各種情形核定相當之數額（最高法院 51 年台上字第 223 號判例意旨參照）。查上訴人非法使用被上訴人肖像於廣告上，侵害被上訴人之肖像權，已如前述，上訴人之精神自因此受有痛苦，則上訴人依前述規定，請求被上訴人賠償其因此所受之非財產上之損害，自屬有據。
- 2.本院斟酌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，上訴人使用被上訴人之肖像，並非用以詆毀、貶抑被上訴人，而僅係單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 262 支安打破紀錄（*ICHIRO 262 RECORDBREAKER SINGLE SEASON RECORD*，見上證 13）之光榮事蹟，亦對被上訴人之形象有正面提升之作用，被上訴人所受精神上之痛苦應屬有限，及被上訴人於美國西雅圖水手隊之年薪為美金 1,250 萬元，上訴人公司之實收資本額為 62,920,000 元（見原審卷(一)

第 66 頁)、上訴人以廣告之方式侵害被上訴人肖像權，期間約一年，於被上訴人發現通知後即陸續停止等一切情況，認為被上訴人請求 150 萬元，尚嫌過高，應予核減為 100 萬元，方屬公允，被上訴人逾此數額之請求，為無理由。

(六)除去侵害部分：

1.被上訴人主張上訴人以平面廣告方式不法使用被上訴人肖像權，應將該平面廣告移除等語，上訴人雖辯稱其於 94 年 7 月間接獲被上訴人存證信函後，即自行停止及清除上開行為云云，惟查被上訴人於原審 96 年 4 月 18 日言詞辯論期日主張上訴人之門市仍看到被上訴人之肖像等情，為上訴人所不否認，則被上訴人請求上訴人停止其行為並將廣告移除，即屬有據，應予准許。

2.被上訴人又主張上訴人銷售有被上訴人肖像之產品，自應將侵害被上訴人肖像權之產品銷燬云云，惟上訴人否認有進口及銷售有被上訴人肖像之產品，被上訴人就此部分有利於己之事實，並未舉證證明，故無從認定上訴人有銷售被上訴人肖像產品之事實，從而被上訴人請求上訴人停止銷售任何顯示有被上訴人肖像之產品，及將侵害被上訴人肖像權之產品銷燬，為無理由，不應准許。

六、綜上所述，被上訴人主張上訴人侵害其肖像權，致其受有非財產上之損害，依民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項前段規定，請求上訴人賠償

其非財產上之損害 100 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日即 94 年 12 月 21 日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息，並請求上訴人應將所有不法使用被上訴人肖像權之平面廣告移除，均為有理由，應予准許。至於被上訴人請求上訴人賠償其財產上之損害 350 萬元及自起訴狀繕本送達翌日即 94 年 12 月 21 日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息，並請求上訴人停止銷售任何顯示有被上訴人肖像之產品及將所有侵害被上訴人肖像權之產品立刻銷燬，為無理由，應予駁回。至於被上訴人敗訴部分，其假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示，至於上開應准許部分，原審判令上訴人給付，並為假執行之宣告，核無違誤，上訴意旨，就此部分，仍執前詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件判決之基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及主張舉證，於判決結果不生影響，無一一審究之必要，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 96 年 11 月 27 日

民事第十庭

審判長法 官 黃豐澤

法 官 吳光釗

法 官 蕭芳菁

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後 20 日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後 20 日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第 466 條之 1 第 1 項但書或第 2 項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中 華 民 國 96 年 11 月 27 日

書記官 王秀雲

附註：

民事訴訟法第 466 條之 1（第 1 項、第 2 項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。