

【裁判字號】100,台上,1017

【裁判日期】1000630

【裁判案由】請求損害賠償

【裁判全文】

最高法院民事判決

一〇〇年度台上字第一〇一七號

上訴人 楊貴媚

訴訟代理人 謝震武律師

王嘉翎律師

被上訴人 光泉牧場股份有限公司

法定代理人 汪賜發

訴訟代理人 黃秀禎律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十九年十月二十六日台灣高等法院第二審判決（九十八年度上易字第一一三〇號），提起上訴，本院判決如下：

#### 主 文

原判決關於駁回上訴人之訴、其餘附帶上訴及追加之訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回台灣高等法院。

#### 理 由

本件上訴人主張：伊曾與被上訴人簽訂光泉薏仁糙米漿（下稱系爭產品）廣告演出合約書（下稱系爭契約），約定由伊自民國九十一年十二月起擔任系爭產品代言人，除拍攝電視廣告影片外，並參與平面攝影，將拍攝素材供被上訴人使用於賣場等相關宣傳物，期限二年。詎被上訴人於期滿後，如原判決附表（下稱附表）所示自九十三年十一月十七日起至九十七年二月二十日止之期間內，仍繼續使用伊之肖像於系爭產品，致伊受有每年代言費用新台幣（下同）四百三十七萬五千元之損害；且被上訴人侵害伊之肖像權，伊得請求賠償精神上損害一百五十萬元等情。爰依侵權行為及債務不履行損害賠償法律關係，求為命被上訴人給付五百八十七萬五千元，並加計法定遲延利息之判決。嗣於原審審理中，就上開四百三十七萬五千元本息部分，追加不當得利法律關係而為請求（上訴人就該部分超過四百三十五萬一千三百三十三元本息部分，業受勝訴判決確定）。

被上訴人以：伊於系爭契約期滿後，即將上訴人之肖像自系爭產品外包裝中移除，並更換該產品外包裝，未再使用上訴人之肖像，嗣於九十五年間變更商標，再度變更系爭產品外包裝，且提供新包裝拍攝素材之電子圖檔與通路商，依商品行銷慣例，通路商會隨之變更其廣告目錄中使用之產品圖檔，通路商於廣告型錄上刊載有上訴人肖像之系爭產品舊包裝，係誤用舊檔案所致，與伊無涉等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為命被上訴人給付部分之判決，改判駁回上訴人該部分之訴，並命被上訴人給付二萬三千六百六十七元本息，暨駁回上訴人其餘附帶上訴及追加之訴，係以：依系爭契約之約定，被上訴人於九十一年十二月一日起至九十三年十一月三十日止期間內，有權將上訴人為系爭產品所拍攝之素材電子圖檔，提供給被上訴人之通路商，並授權通路商用以重製、剪接、編輯、展示、發行或使用於平面廣告或其他宣傳製作物。故被上訴人於契約期滿後，亦應負有使通路商知悉上訴人已不代言系爭產品之契約後附隨義務。上訴人主張被上訴人於附表所示期間有使用上訴人之肖像於系爭產品上，固有大潤發流通事業股份有限公司（下稱大潤發公司）及家福股份有限公司（下稱家福公司）印製之促銷廣告目錄可稽，惟依大潤發公司九十八年六月二十九日函、家福公司同年七月二十四日函之記載，及證人即任職被上訴人之職員鄭兆景、王復文之證言，可知被上訴人並無事先發現該二公司誤用舊圖檔印製促銷廣告目錄，在賣場發放給消費者，而即時要求更正之可能，自無令其負事先要求通路商更正促銷廣告目錄之附隨義務，且其縱得知通路商有誤用舊圖檔，亦無庸對上訴人負阻止通路商繼續使用舊圖檔之附隨義務。查被上訴人已於九十三年十二月間變更系爭產品包裝為新圖檔(一)，嗣於九十五年間因變更商標樣式，再度變更系爭產品包裝為新圖檔(二)，而依大潤發公司九十八年六月二十九日、九十九年六月二十一日函，及家福公司九十八年七月二十四日、九十九年六月十七日函之記載，證人鄭兆景、王復文之證言，暨大潤發公司提出促銷廣告目錄中九十五年五月三十一日至同年六月十三日、九十六年四月十八日至同年五月一日期間以後之目錄，有標示新商標及使用新圖檔(二)，足知被上訴人變更系爭產品包裝為新圖檔(一)、(二)後，有隨之提供各該新圖檔與大潤發公司及家福公司。再者，系爭產品係以花生、糙米、薏仁粉等主原料製作而成，須冷藏保存之飲品，其保存期限頂多十來日，被上訴人變更系爭產品外包裝，並交貨予通路商，依先進先出原則，賣場中展售之系爭產品外包裝，不久之後應均為變更後之包裝，不復見有舊圖檔之外包裝者，而大潤發公司、家福公司將產品外觀印於促銷廣告目錄，目的係便於消費者按圖購物，則為使促銷廣告目錄中所示系爭產品外觀符合賣場中實際展售之系爭產品外觀，被上訴人於變更外包裝時，確有即時提供新包裝之圖檔給該二公司之必要。衡諸被上訴人提供新包裝之圖檔給通路商，其目的係取代舊圖檔，即寓有通知通路商嗣後就該產品製作平面廣告或其他宣傳製作物，應使用該新圖檔，而不再使用舊圖檔之意。大潤發公司、家福公司收受新包裝之系爭產品及新圖檔(一)、(二)時，應知悉不能再使用舊圖檔於促銷廣告目

錄中表彰系爭產品。則被上訴人既已履行契約後附隨之義務，大潤發公司、家福公司嗣後繼續誤用舊圖檔印製促銷廣告目錄，侵害上訴人之肖像權，並非被上訴人不履行作為義務所致。上訴人依侵權行為及債務不履行損害賠償法律關係，請求被上訴人賠償五百八十七萬五千元及其利息，為無理由。至家福公司、大潤發公司於系爭契約終止後，繼續使用舊圖檔製作促銷廣告目錄，使消費者信賴上訴人仍為系爭產品之代言人，造成被上訴人受有減免相當於委由上訴人以舊圖檔代言系爭產品原應支出之費用之利益，此利益應歸屬於上訴人，被上訴人應返還該不當得利。審酌附表所示大潤發公司、家福公司在賣場使用包含舊圖檔之促銷廣告目錄之期間共計四百四十天，扣除仍於系爭契約期間內之九十三年十一月十七日至同年月三十日之促銷期間十四天後，共計四百二十六天，以上訴人於系爭契約中關於平面拍攝素材供賣場製作相關宣傳物之報酬為四萬元，及系爭契約期限二年，計算出被上訴人上開期間所受不當得利為二萬三千六百六十七元。上訴人依不當得利法律關係，請求被上訴人給付之金額及其利息，於該範圍內，應予准許，逾此範圍，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟查大潤發公司、家福公司將產品外觀印於促銷廣告目錄，目的之一係便於消費者按圖購物，為使促銷廣告目錄中所示系爭產品外觀符合賣場中實際展售之系爭產品外觀，被上訴人於變更外包裝時，確有即時提供新包裝之圖檔給該二公司之必要，為原審認定之事實。果爾，大潤發公司、家福公司於附表所示期間之促銷廣告目錄使用包含上訴人肖像之舊圖檔，是否亦係為符合賣場中實際展售之系爭產品外觀，以便消費者按圖購物，已非無疑。且證人即擔任被上訴人特販部量販超市業務處負責人之鄭兆景證稱：「……我們拿到DM（即促銷廣告目錄）時，是已經印出來的，我們沒有辦法提前拿到DM，進架或售價打錯，我們會去跟通路要求更正……」等語（見一審卷(二)第一八頁背面）。則倘被上訴人於契約期滿後如附表（下稱附表）所示自九十三年十二月二十三日起至九十七年二月二十日止之期間，係交付新包裝之系爭產品與通路商，而通路商係誤用舊圖檔印製促銷廣告目錄，被上訴人於事後拿到該廣告目錄，豈會僅注意售價有無打錯，而不顧及影響消費者按圖購物之廣告上所印系爭產品外觀與實際展售之產品外觀是否不符，並任由通路商於長達三年多期間，數十次之促銷廣告目錄均使用舊圖檔，未要求更正，亦與常理有違。原審就被上訴人於上開期間交付通路商之系爭產品外觀有無使用舊圖檔，未詳加研求，徒以被上訴人有變更系爭產品外包裝，並將新包裝之圖檔給通路商，即認上訴人主張被上訴人於系爭契約期滿後仍

繼續使用伊之肖像於系爭產品云云為不可採，不無可議。上訴論旨，指摘原判決於其不利部分違背法令，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇〇 年 六 月 三十 日

最高法院民事第四庭

審判長法官 劉 福 來

法官 陳 重 瑜

法官 吳 麗 女

法官 鄭 雅 萍

法官 劉 靜 嫻

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇〇 年 七 月 十二 日

Q