

東海大學法律系研究所

碩士論文

指導教授：胡心蘭 博士

論諷諧仿作於商標法與著作權法之比較與交錯 - 以
商標案例為主

A Study on the Comparison and Interaction of Trademark and
Copyright Parodies—Focus on the Trademark Cases

研究生：陳鈺儒

中華民國一零七年六月

論詼諧仿作於商標法與著作權法之比較與交錯

中文摘要

詼諧仿作係一種藝術、創作之手法，利用模仿現有的作品，再添加上詼諧訪作人自身創意，呈現出一個具有諷刺、詼諧、評論效果的全新作品，去評判、諷刺原作品。而基於詼諧訪作之呈現手法係透過模仿經典之作品這樣的特性，不論在著作權之領域，抑或商標權之領域，均可能與原著作、原商標產生侵權之法律爭議，因為取用過少的原著作或商標，則會使社會大眾無法將原作與詼諧訪作間產生連結，無法了解該詼諧訪作之意圖，然而利用原著作或商標之行為，則又難以避免地會侵害到原著作、商標之權利。

社會大眾透過詼諧訪作這種創作手法，對於原著作或商標提出自身看法、評論或諷刺，詼諧訪作背後代表的價值係人民憲法上之言論自由權的行使，憲法言論自由權係一普世價值，因為言論自由權可以使人民表達自我，促進社會文化之發展，世界上多數國家均認可之憲法權利。如果未經原著作權人或原商標權人之同意，而使用該著作或商標即構成侵權行為，必然限制了社會大眾之言論表達、思想交流，而在著作權、商標權與言論自由權的抗衡下，法律該如何取捨衡平兩者間之權益。由於美國實務上關於著作詼諧訪作之判斷標準發展較穩定且完整，在交錯比較著作詼諧訪作與商標詼諧訪作後，商標詼諧訪作之判斷標準中，是否得援引著作詼諧訪作之判斷標準為本文重心。

首先本文將介紹詼諧訪作之定義與起源，接著討論著作權、商標權與詼諧訪作的憲法定性，由於在我國實務上有關詼諧訪作之案件相當稀少，因此本文在第四章討論美國實務上關於詼諧訪作之法理，並在第五章透過交錯比較在著作權領域與商標權領域之判斷標準，而整理出在商標權領域中援引著作詼諧訪作之判斷標準妥當與否，並在第六章討論我國商標詼諧訪作之案例，並分析在個案中採用本文第五章整理出之判斷標準之結果，探討我國商標之詼諧訪作之判斷標準的發展，最後第七章統合前述各章節之重點，整理出可行之判斷標準。

關鍵字：著作權、商標權、詼諧訪作、言論自由、合理使用、混淆誤認、淡化

目錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	3
第三節 研究架構.....	3
第二章 詼諧仿作(PARODY)	6
第一節 簡介詼諧仿作.....	6
第一項 詼諧仿作之定義.....	6
第二項 詼諧仿作v. 諷作.....	8
第二節 著作之詼諧仿作的呈現.....	9
第一項 著作權法與詼諧仿作之相關介紹.....	10
第二項 著作詼諧仿作之例示.....	12
第三項 小結.....	16
第三節 商標之詼諧仿作的呈現.....	17
第一項 商標法與詼諧仿作之相關介紹.....	17
第二項 商標詼諧仿作例示.....	19
第三項 小結.....	23
第四節 本章結論.....	23
第三章 詼諧仿作在憲法上之定性	26
第一節 比較法-美國法.....	26
第二節 我國憲法下著作權之定性.....	32
第一項 著作權於憲法上之定性.....	32
第二項 小結.....	35
第三節 我國憲法下商標權之定性.....	36
第一項 商標權於憲法上之定性.....	36
第二項 小結.....	39
第四節 我國憲法下仿作之定性.....	40
第一項 詼諧仿作在憲法上的定性.....	40
第二項 詼諧仿作v. 諷作.....	47
第四章 詼諧仿作於美國法之判決標準演化	49
第一節 著作權之詼諧仿作判決標準演化.....	49
第一項 <i>Folsom v. Marsh</i> -「合理使用」概念之首現.....	50

第二項	合理使用原則法典化.....	51
第三項	Campbell 案前-法院機械化操作合理使用、重視商業使用.....	53
第四項	Campbell v. Acuff-Rose-將諷諧仿作特性融入至合理使用判斷中.....	55
第五項	Art Rogers v. Jeff Koons (1992)與Blanch v. Jeff Koons (2006).....	59
第六項	Patrick Cariou v. Richard Prince(2013).....	66
第七項	小結.....	68
第二節	商標權之諷諧仿作判決標準演化.....	71
第一項	蘭哈姆法案(Lanham Act)立法前.....	72
第二項	美國聯邦商標法(Lanham Act, 1946).....	72
第三項	蘭哈姆法下法院商標諷諧仿作之判斷標準演化.....	74
第四項	1995 年聯邦商標淡化法.....	81
第五項	2006 年聯邦商標淡化修正法.....	86
第六項	小結.....	94
第五章	比較諷諧仿作之判斷在著作與商標之異同.....	97
第一節	著作-實質近似性 v. 商標-混淆理論.....	97
第一項	著作權合理使用-實質近似性.....	97
第二項	商標侵權-混淆理論.....	99
第三項	小結.....	102
第二節	CAMPBELL 案對商標諷諧仿作之影響.....	103
第一項	轉化性與混淆理論共舞.....	104
第二項	「聯想測試法」—必須針對原作之內容或風格評論.....	107
第三項	商標淡化-商業性使用 v. 藝術性使用.....	110
第四項	小結.....	115
第三節	本章結論.....	117
第六章	我國之商標諷諧仿作.....	124
第一節	愛馬仕鉑金包 v. 嬌蕉包.....	124
第二節	香奈兒 v. 流淚香奈兒.....	130
第三節	MY OTHER BAG.....	138
第四節	本章結論.....	145
第七章	結論.....	150

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

在現今社會中，商標已成為日常生活中密不可分的存在，商標係用來指示商品或服務的來源，使消費大眾得以透過商標取得資訊，防止混淆誤認，儼然成為交易中重要之部分；與此同時，商標也乘載著商標權人過往對其商品或服務之商業信譽，不僅僅對消費大眾有重要影響，對商標權人亦蘊含著不凡的價值。

諷諧仿作人利用他人的著作，在原作上添加自身的創意，呈現出幽默、諷刺的新作品。起先諷諧仿作係針對已有名氣之著作為對象，利用眾所周知的著作原本之名氣，加入諷刺搞笑的元素，使觀眾們得以輕易得之諷諧仿作人欲傳達出之訊息。例如：藝術家陳錦芳利用法國著名畫家米勒(J.F. Millet)的「拾穗」，背景改上自有女神像配上可口可樂面對著紐約世貿大樓，三位婦人撿拾著都市製造的髒亂，高更的大溪地女郎侷促在日益縮減的原始叢林下，岌岌可危，用以諷刺自由、資本社會帶動創造力和生產力的現代文明社會，所造成的財富對立¹。



圖 1 米勒-拾穗²



圖 2 陳錦芳-都市的拾穗者³

¹ 都市的拾穗者 -Master artist Dr. T. F. Chen , <http://www.tfchen.com/portfolio-item/%E9%83%BD%E5%B8%82%E7%9A%84%E6%8B%BE%E7%A9%97%E8%80%8585051/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

² 米勒,「拾穗」,與藝術創意的發想-阿特拉斯的部落格, <https://blog.xuite.net/sinner66/blog/15463610> (最

詼諧仿作人常透過重製、改作著作，以表達抒發個人的觀點與評論。然而，隨著時代演進，網路、科技進步發達，詼諧仿作也隨之蓬勃發展，詼諧仿作這股風潮也在商標權的領域中亦蔓延開來，詼諧仿作人利用原商標標誌添加其創意，略加修改，以相似又不一樣的商標圖樣來吸引大眾目光，傳達出其欲表達之評論或諷刺等個人意見。例如：1999年 Tom Forsythe 的 Food Chain Barbie⁴，Tom Forsythe 認為芭比娃娃代表著現在的消費主義文化，擁有著非現實的完美身軀，是完美的象徵，而在芭比娃娃代表的價值下，女性的價值不再是他的信仰或道德，而是她的形象。他將芭比娃娃放置於攪拌機中，並非如表象般想攪拌破壞芭比娃娃，而是有更深的意涵，他想攪拌或破壞的是芭比娃娃所代表的完美形象，傳達出芭比娃娃不是真實的，諷刺其完美形象實際上並不存在，僅僅是塑膠玩具，女性更不應該被視為物品⁵。



圖 3 Tom Forsythe-Food Chain Barbie⁶

詼諧仿作不論在著作權或者商標權領域中，均有言論自由權與智慧財產權的衝突，詼諧仿作人在利用原著作或商標表達其言論自由權受到保障的同時，著作權人或商標權人長年累月，耗盡心血金錢經營、創造出來的著作或商標，同理亦應受到保障。在著作權領域中詼諧仿作發展較早，不論學說或實務界已有許多討論，有合理使用的法律規定給予著作詼諧仿作作為免責抗辯，在美國實務界亦已發展出較為成熟的判斷標準；惟商標權領域的詼諧仿作發展較晚且尚未純熟，又詼諧仿作的特性相同，所以在面對商標之詼諧仿作時，時常引用著作之詼諧仿作的判斷標準以作判斷標準，但著作權與商標權各

後瀏覽日: 2018/06/20)。

³ 都是的拾穗者～海報- Master artist Dr. T. F. Chen , <http://www.tfchen.com/product/city-gleaners-poster/> (最後瀏覽日: 2018/06/20)。

⁴ *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.* 案後續將在第五章第二節中詳細討論。

⁵ The Object of Perfection : Real or plastic?-Emily Bordon , <https://emilybordon.wordpress.com/essays/a-remix-the-question-of-perfections-existence-dealing-with-tom-forsythes-food-chain-barbie-and-the-role-women-assume-in-the-21st-century/> (最後瀏覽日: 2018/06/20)。

⁶ 同前註。

有其特性，在判斷商標案件時引用著作權之理論見解是否妥適仍有爭議。本論文即欲比較著作之詼諧仿作與商標之詼諧仿作判斷中，兩者間的相同相異處，以及差別待遇的論理基礎與妥當性；另外，商標之詼諧仿作在法院判斷上仍會考量原商標著名與否，而給予不同程度的保障等議題，希望能透過整理、比較美國司法上關於著作詼諧仿作與商標詼諧仿作的判斷標準後，整理出值得我國在商標之詼諧仿作借鏡的判斷衡量標準。

第二節 研究範圍與方法

詼諧仿作具有其特性，而在本文中將先討論著作權與商標權的本質異同處，再進一步分析詼諧仿作在兩權利上的定性，最後檢討在著作之詼諧仿作與商標之詼諧仿作的判斷標準上之異同處，其論理基礎為何以及妥當與否。本論文將以比較著作之詼諧仿作與商標之詼諧仿作的相同相異處為主軸，研究合適商標之詼諧仿作的判斷標準。

由於我國的討論尚不熱絡，且實務上進入法院訴訟之案例並不多見，然而，美國在著作之詼諧仿作與商標之詼諧仿作上，不論實務經驗或學說見解均已累積數十年的發展，本論文將借鏡美國立法例、司法實務以及學說見解，分析過往美國相關的著名案例，研究美國司法在面對詼諧仿作的態度與判斷標準，比較兩者間的異同。並收集、彙整我國相關議題之書籍、期刊、文章、學位論文與法院判決等，逐步分析、比較。

第三節 研究架構

本論文主要分成七章，針對詼諧仿作、著作權、商標權的特性做介紹分析，進一步討論、分析其等間之憲法上權利拉扯與異同處，再進一步分析美國司法實務上針對著作詼諧仿作與商標詼諧仿作的判斷標準等。本論文之研究架構羅列如下：

第一章 緒論

本章主要說明本文之研究動機以及目的，再說明本文之研究範圍以及方法，最後再簡要說明本文之架構及各章之內容。

第二章 詼諧仿作(Parody)

本章將介紹諷諧仿作(Parody)、諷作(Satire)之名詞定義，以及簡介著作權與商標權的歷史及權利特性，另外再介紹諷諧仿作或諷作會以怎樣的形式呈現在你我日常生活當中的一些實例。

第三章 憲法基本權之拉扯

著作權、商標權、諷諧仿作與諷作於憲法上的定性與在憲法上相互間的衝突，以及同樣的創作手法在不同領域中所創造出之衝突與侵害之異同。本章將先透過比較法-美國法上著作權、商標權以及諷諧仿作在憲法上的定性，藉以了解美國憲法在面對著作權、商標權及諷諧仿作時的態度；再進一步分析著作權、商標權及諷諧仿作在我國憲法上的定性，並分析其異同之處。

第四章 諷諧仿作於美國法上之判決標準演化

美國在智慧財產權法的領域中具有領頭羊之地位，且早期臺灣在立法時，即受美國之貿易經濟制裁等手段壓迫，我國著作權與商標權立法受美國法影響深遠，是以，本章將借鏡美國法發展，討論美國司法實務在著作、商標之諷諧仿作上之判斷標準與接受程度的演化。

第五章 交錯比較諷諧仿作判斷在著作與商標之異同

雖然同為諷諧仿作，但在著作權領域與商標權領域的判斷標準仍具有差異性，在商標之案件上不同於著作之諷諧仿作有 *Campbell* 案由最高法院表達見解，統一過去分歧之見解，美國法院在面對商標之諷諧仿作時，每個時期，甚至是同一時期不同法院間，各有不同的價值取舍、判斷標準，本章即討論諷諧仿作在此二領域中之共通點與相異處，以及著作之判斷標準對商標領域之影響等。

第六章 我國之商標諷諧仿作

我國之商標諷諧仿作的訴訟爭議並不多見，截至 107 年為止應該僅有三件，即著名之嬌蕉包、流淚香奈兒案，以及最新的 *My Other Bag* 案件，然而在這三個案件中即可一探我國法院從嬌蕉包案時，從絲毫不採納美國「諷諧仿作」法理的見解，到最新之 *My Other Bag* 案件中法院直接點名將 *My Other Bag* 公司在美國與 LV 公司爭訟之美國判

決作為參考的見解改變，並借鏡前述美國之詼諧仿作法理，討論若在此等案件中利用美國詼諧仿作法理是否會得出不一樣之結果。

第七章 結論

於本章將總結交錯比較詼諧仿作在商標與著作領域中法律定性與判斷標準，整理本文各章節開展之研究與討論，並佐以本文第一章至第六章的內容，提出本文認為在面對詼諧仿作時，商標權之判斷標準與著作權之判斷標準間交互影響之意見。



第二章 詼諧仿作(Parody)

第一節 簡介詼諧仿作

第一項 詼諧仿作之定義

「Parody」在台灣藝術界有人翻譯成「派樂地⁷」，指的是一種特殊的藝術手法，改作出一套具有諷刺、詼諧、搞笑等的新興作品，與此同時在這樣的作品中亦具有深層的意涵，並非僅僅為幽默搞笑。美國司法實務上，認為 parody 和單純的模仿的不同在於必須具有「依附性」，也就是必須依附於其想要諷刺和嘲弄的作品，才有存在意義，換言之，parody 是一種「寄生」的藝術⁸。而在我國學界對「Parody」的中文翻譯有許多種說法，有「諧擬」、「戲仿」、「戲謔仿作」以及「詼諧仿作」等等，但其背後代表的意思都是一樣的，均在解釋英文「Parody」這個字彙，並不會因為翻譯的文字不同而有不同的意義，在本文中統一用「詼諧仿作」來稱呼「Parody」。

「Parody」是一種年代久遠古老的文學藝術表現形式，亞里斯多德的「詩學」中論及赫格蒙(Hegemon of Thaso)是「首創戲仿詩的塔索斯人」，第一個用「Parody」這種文學藝術表現形式的是赫格蒙，在公元前四世紀左右，赫格蒙用模仿眾所週知的名詩並加入諷刺詼諧的元素，來達到諷刺原作，使原作原本的高雅莊嚴變得滑稽可笑⁹。依據 John Gross 在 Oxford book of parodies 中他描述到，「Parody」是發跡於拼貼(pastiche)和諷刺滑稽的模仿(burlesque)這兩個領域¹⁰，「Parody」的性質實質上介於這兩者之間，會利用到拼貼(pastiche)複製原作的同時加上滑稽(burlesque)詼諧的元素進入詼諧仿作的作品中。

「唐吉訶德」是在 1605 年文藝復興時期所出產的著作，作者塞萬提斯將當代的騎士制度、騎士精神漫畫化，用誇張荒謬的手法來模仿騎士文化藉以表達出反騎士文化的

⁷ 台北當代藝術館官方網站，於 2009 年之「派樂地 The simple art of parody」展覽，<http://www.mocatapei.org.tw/index.php/2012-01-12-03-36-46/past-exhibitions/123-2009exhibition/704-the-simple-art-of-parody> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁸ 劉靜怡，嘲諷何用？，iThome，<https://www.ithome.com.tw/node/42233> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁹ 查鳴，戲仿在西方文學理論中的概念及其流變，山東社會科學，2012年第5期總第201期，頁50-51，<http://www.sdshkx.com/upload/down/2012/05/20120509.pdf> (最後瀏覽日:2018/06/20)；維基百科「Parody」，<https://en.wikipedia.org/wiki/Parody> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

¹⁰ 同上註。

精神，在這本書的序中也提到：「但它並不僅僅是一部諷刺騎士文學的小說¹¹」。然而隨著時間演進，來到十九世紀，詼諧仿作越來越受中產階級喜愛，在這時期因為工業化的發展，開始出現有錢有閒的中產階級，也有了文學娛樂的需求，而詼諧仿作這樣的文字遊戲就是最基本的一種，因為詼諧仿作是針對眾所週知的經典來做戲謔，只有瞭解經典才能理解詼諧仿作的奧妙，所以能讀懂他們並津津樂道，顯示了自己智力上的優越¹²。

在這之後詼諧仿作持續發展，隨著社會科技的進步，詼諧仿作所涉及的面向不再只是文學藝術，更擴展到著名的商標、電影、政治人物或公眾人物等作為模仿標的，以嘲諷譏笑的文學藝術手段，藉以達到諷刺可笑的評論或批判目的。然而，在歷史上行之有年的「詼諧仿作」文學藝術手法，到了近代，因為社會文化以及科技的進步，在智慧財產權這項權利的崛起下，因「詼諧仿作」所衍生出來的問題漸漸受到重視，現代社會普遍將智慧財產收於法律的保護傘下，所以在法律的領域中，「詼諧仿作」逐漸演變成具有法律意義的用詞。

「詼諧仿作」的本質就是模仿或使用大量的原作或者原作的核心部分，藉以達到讓他人識別出嘲諷之對象之目的，然此一行為即會大量運用他人的智慧財產權。就整體作品觀察，「詼諧仿作」雖然具有這樣的本質，但其本身仍是一個獨立的作品，因為成功的「詼諧仿作」勢必添加了詼諧仿作人的創意，能讓他人辨別出與原作的不同。然而，不可否認「詼諧仿作」的這項本質勢必會與「著作權」及「商標權」產生權利的衝突，在這兩者間的價值取捨、權利抗衡就成為了現今值得探討的議題。

在早期，詼諧仿作是一種文學創作的的方法，然在近代智慧財產權的崛起下，詼諧仿作第一個衝撞的就是「著作權」，故針對詼諧仿作的判斷在著作權領域中的關爭議發展最久，在美國法院也累積了相當數量的判決先例，尤其在 1994 年 *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*¹³ 案美國最高法院判決之後，美國法院在著作權領域中對於詼諧仿作的案件之判斷標準已逐漸達成共識，且已能較成熟體系化的判斷並調和著作權與詼諧仿作間的權利關係。詼諧仿作的爭議在商標權的領域起步較著作權領域晚，著作權領域中關於詼諧

¹¹ 劉京勝，唐吉訶德 譯本序言，雲台書屋，<http://www.b111.net/novel/13/13750/3343387.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

¹² 新浪新聞 - 媒體文字遊戲興起：有話就不好好說，<http://news.sina.com.cn/c/sd/2012-08-15/145024972876.shtml> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

¹³ *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

仿作的判斷體系實值得商標權領域借鏡，再配合商標法的特色，發展出一套適合商標權的衡平標準。

同樣的，在我國針對詼諧仿作之討論多存於著作權的領域中，時常可透過新聞看到許多人利用他人的商標或著作為基礎，添加自己的創意或風格，創造出不同之作品或傳達出不一樣的意義。此類事件不必然構成法律意義上之詼諧仿作，且亦不必然引起法律糾紛，在我國訴訟實務上著作權詼諧仿作的案例並不多，多半以和解收場或根本未被提起侵權訴訟，例如：菓風小舖係以精緻糖果禮品而出名，而其中創意商品有以女性衛生棉外觀包裝棉花糖、以拉麵碗包裝王子麵或藥罐外觀內裝糖果等搞怪趣味包裝聲名大噪，惟此等行為係利用原包裝人的特色，雖放在糖果店內不致於產生混淆大眾的危險，但其模仿行為仍有可能構成原包裝人對該包裝所有之著作權侵害或者商標淡化，惟至今尚未有商標權人針對該系列產品提出侵權訴訟。由於我國實務案例不多，法院對此方面的討論亦不深，且我國學者在著作權這領域仍多受美國法的影響，故本論文將加入美國法院的案例做討論，得以之作為我國立法或司法實務之借鏡。

商標之詼諧仿作在我國不論是學術界或者實務界，均較著作權之詼諧仿作更加陌生，更少人探討。我國司法實務直到 2014 年的「流淚香奈兒案¹⁴」中，才第一次對商標的詼諧仿作做出定義。法院認為「商標的詼諧仿作」，必須是以知名商標為詼諧仿作之標的，且詼諧仿作須具有詼諧、諷刺、批判等娛樂性質，同時得以傳達出二者之矛盾，與著作之詼諧仿作不同，在商標之詼諧仿作應著重在「避免混淆之公共利益」及「自由表達之公共利益」間做衡平。

著作權與商標權的本質與立法目的均不相同，雖然均是針對詼諧仿作的法律爭議做探討，但判斷以及衡平的標準並不盡相同，目前不論是我國或者美國，在商標之詼諧仿作中均尚未完全成熟，仍未有切確且統一的定義與標準。

第二項 詼諧仿作 v. 諷作

同樣是模仿他人的作品，但仍存有許多種手法或目的，依據不同的手法或目的，而有不同的稱呼，這些均係模仿利用他人作品的上位概念本文將以「仿作」為統稱，「仿作」的下位概念有詼諧仿作、諷作、挪用、純抄襲、Kuso 等等許多手法。而「諷作(Satire)」

¹⁴ 智慧財產法院 103 年刑智上易字第 63 號刑事判決。

之手法與目的與「詼諧仿作(Parody)」非常近似且同樣具有爭議性，本項將討論諷作與詼諧仿作之異同。

在英文字詞中翻譯成「諷刺」的英文單詞有許多，例如「Irony」或者「Sarcasm」也都是翻譯成中文「諷刺」，但實際指涉的內容卻不盡相同，「Irony」是指「反話」的諷刺，說出與本意相反的話以諷刺某人事物；「Sarcasm」與「Irony」近似，都是以說出與本意相反的話藉以諷刺譏笑或挖苦，但通常「Sarcasm」是針對人進行尖刻的挖苦嘲諷，有藐視的意味，而「Irony」通常針對物。

而「Satire」雖然也是翻譯成「諷刺」，但是一種創作手法，依照 *Dr. Seuss v. Penguin books* 案第九巡迴上訴法院的定義，「Satire」是利用一個著作去諷刺、評論原作以外的人事物¹⁵，嚴格來說「Satire」諷刺是一種俗稱類型，屬於上位階概念，因此也有將「Satire」翻譯成「諷作」；上述「Irony」或「Sarcasm」等反諷是一種較為具體的修飾手法，屬於「Satire」的下位階概念。

「詼諧仿作」如前項所述，是利用原始作品內涵的各元素，來諷刺或嘲弄原始作品，意即「原始作品」是詼諧仿作諷刺的標的；而「諷作」是指利用原始作品內涵的元素，藉以諷刺或嘲弄與原作無關之議題或標的，意即諷作的諷刺標的是「原始作品以外的人事物」。

而在著作權或商標權主張合理使用上，兩者的寬容程度亦有差別，有認為面對「詼諧仿作」主張合理使用採取寬容的態度，因為詼諧仿作是針對原作為諷刺標的，故詼諧仿作人難取得授權實屬預料之事，在市場失靈的運作下應給予詼諧仿作人主張合理使用之權利；然在面對「諷作」則認為因其並非針對原作為諷刺對象，取得授權非如同詼諧仿作般不符合人之常情，故其主張合理使用多採取較嚴格的態度，不輕易賦予諷作人主張合理使用之權利，因牽涉憲法上權利之拉扯，故將於後續第三章第三節詳述。

第二節 著作之詼諧仿作的呈現

本節第一項將簡單介紹著作權法的歷史淵源和立法目的等，藉以了解著作權法的本

¹⁵ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.* 109 F.3d 1394, 1401 (9th Cir. 1997), ‘.....satire(in which the copyrighted work is merely a vehicle to poke fun at another target).....’

質及特色；第二項則討論詼諧仿作或諷作在著作權領域中的呈現，本項內容將以尚未進入司法階段的例子或外國司法案例來作例示，討論詼諧仿作或諷作在生活中的態樣。

第一項 著作權法與詼諧仿作之相關介紹

著作權法是智慧財產權中最早發跡的法律，較完整的第一部著作權法應該追溯回三百年前，在 1710 年英國首度頒布的安妮法案，安妮法案的全名為「An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed book in the authors or purchasers of such copies, during the time therein mentioned」在它的名字中便可得知，當時著作權之立法是為了「學習」這項公益，並非純為保護著作權人或者出版商的私益。這個時代的著作權有兩大特色，一是首次將著作權視為私人財產，二是此時期的著作權幾乎等於「出版權」，即此時期的著作權幾乎只保護「重製」這範圍的權利¹⁶。

在經歷數十年數百年的社會文化變遷，著作權法亦與時俱進，近代的著作權法著重於公益與私益的調和，公益與私益之衡平的展現，在此以著作權法中「合理使用」的概念為例，著作權法雖為保護著作權人權益為其立法目的之一，惟同時其立法目的亦具有公益目的，又通常著作權法的適用會擴及於社會大眾，為避免過度保護著作權人的私益反而侵害社會文化發展之公益，在配合「合理使用」的規定下，部分限制了著作權人的權利，藉以衡平社會發展之公益與著作權人之私益。

隨著時代科技的進步，著作的流通更為廣泛，國際間對於著作權的保護也日益重視，在 1887 年 9 月 5 日生效的伯恩公約是國際間最早的著作權公約，伯恩公約的正式名稱為「關於文學及藝術的著作權保護公約」(The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)，被譽為「著作權國際保護大憲章」¹⁷。自此之後，著作權法仍持續發展，1960 年代起，為因應社會變遷，許多國際性的著作權公約陸續被推動，例如：1961 年的「保護表演、錄音物製作人暨廣播機構之羅馬公約」、1971 年「保護文學及藝術著作之伯恩公約巴黎修正案」、1974 年「與貿易有關的智慧財產權協定」(TRIPs)、1996 年「世界智慧財產權組織著作權條約」、「世界著作權公約」等。

¹⁶ 數位著作權法-從著作權法的發展談起，賴文智律師，新視界 ePublishing 2001 年 9 月號 <http://www.is-law.com/old/OurDocuments/CR0009LA.pdf> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

¹⁷ WIPO- The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Work，http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698 (最後瀏覽日: 2018/06/20)；附錄(1)伯恩公約-關於文學及藝術的著作保護公約，蕭雄淋律師的部落格，<http://blog.udn.com/2010hsiao/15502103> (最後瀏覽日: 2018/06/20)。

我國著作權法在民國 74 年修正時，第一條前段的規定為：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」，此修正案所揭示之著作權法立法意旨為：「著作故保障著作人智慧之結晶，但其行世，則有賴於他人投資製作加以推廣，與社會大眾之消費欣賞，著作人乃能享有名譽與經濟利益。故著作權法之修訂，於加強著作人權益之保護外，並兼顧利用人的擴大利用，俾藉社會公共利益之調和，達成發展國家文化之目標¹⁸。」，我國著作權法之立法意旨應分為下列三點：(1)著作人權益之保障；(2)社會公共利益的調和；(3)國家文化發展的促進¹⁹。此即清楚闡釋我國著作權法的立法目的系將公益私益均收於其保護傘下。

參照我國實務見解對於著作權法之解釋及試用的基本方針²⁰，最高法院 94 年台上字第 7127 號刑事判決：「著作權法 87 年 1 月 21 日修正前，行為人若無當時第 44 條至第 63 條所列舉之合理使用情形，事實審法院即無依該法第 65 條所列四項標準逐一判斷之必要；然在著作權法為前述修正後，即使行為人未能符合該法所例示之合理使用情形，行為人所為仍有可能符合修正後著作權法第 65 條第 2 項所列之判斷標準，而成為同條項所稱之『其他合理使用之情形』，得以免除行為人侵害著作權責任。再著作權法的 65 條第 2 項第 1 款所謂『利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的』，應以著作權法第 1 調所規定之立法精神解析其使用目的，而非單純二分為商業及非營利教育目的，以符合著作權之立法宗旨。申言之，如果使用者使用之目的及性質有助於調和社會公共利益或國家文化發展，則即使其使用目的非屬於教育目的，亦應予以正面之評價；反之，若其使用目的及性質，對於社會公益或國家文化發展毫無助益，即使使用者並未以之作為營利手段，亦因該重製行為並未有利於其他更重要的公益，以至於必須犧牲著作財產權人之利益去容許該重製行為，而應給予負面之評價。」

而不同於我國，在美國法院的判決中，多可以看到美國實務對於著作權法之立法目的多採「為達到社會文化及科學之發展」之立場，在 *Campbell* 案²¹中即可以看到法院明確指出，賦予著作權人有限期間的壟斷並保障其著作權僅為著作權法的次要目的，著作權法的首要目的仍應在保障公眾接近使用著作之公益目的，是以，立法機關與司法機關對於著作權人之著作權做出適度限制，即具有為達成此一公益目的之正當性基礎。於此

¹⁸ 行政院 72 年 9 月 1 日台 72 內字第 16128 號函請立法院審議「著作權修正草案」之修正草案總說明。

¹⁹ 蕭雄淋，著作權法論，五南圖書出版股份有限公司，第 8 版，2015 年 2 月，頁 62-64。

²⁰ 半田正夫，著作權概說，法學書院，第 13 版，2007 年 6 月，頁 51。

²¹ *Campbell*, 510 U.S. 569.

可以看出，美國在著作權的保障，以憲法的言論自由及促進社會發展的公共利益為重。

我國雖將促進社會發展之公共利益與著作權人保障之私益二者均列為著作權法之立法目的，惟不可否認「促進國家社會文化及科技的發展」似乎才是著作權法之首要目的。於我國著作權法中亦不乏對於著作利用人之規定，例如：著作權之時效，著作權人為自然人者，於其死亡五十年後著作權消滅，著作將流入公共領域；著作權之合理使用，我國著作權法中第 44~63 條及第 65 條均為合理使用的規定，此等規定均為著作權法體現「公共利益」之目的。故在面對著作權與著作利用人之權利產生衝突時，應保持兩者間之平衡，過於偏重保護著作權人時即會造成阻礙社會文化及科技發展；反之，過於偏重保障著作利用人之權利時，亦會影響到著作權人之創作動機，亦會損及社會文化及科技發展，是以，立法及司法機關均應謹慎的在兩者間尋求平衡點，以體現著作權法之立法精神。

第二項 著作詼諧仿作之例示

在著作領域中的詼諧仿作，最早是出現在古希臘時期的詩歌詼諧仿作，在文學這方面發跡的，但隨著社會演進，文學藝術的種類、作品及呈現的型態越來越多元化，漸漸的詼諧仿作這樣的創作手法也延伸到文學以外的藝術領域中。於此呈現之例示不見得有引起法律爭議，惟其本質均為借用既有的他人作品，再加上自己的創意或風格，以達評論或表示意見等目的，得透過這些例子輕鬆瞭解生活上出現的哪些行為可能與仿作有關，對於詼諧仿作的法律議題亦具有參考價值。

一、小說「An Apology for the Life of Mrs. Shamela Andrews」²²

著作詼諧仿作之小說經典應該是亨利·費爾汀(Harry Fielding)所撰寫在 1741 年發行的「An Apology for the Life of Mrs. Shamela Andrews」，又簡稱為「Shamela」。這部小說是針對 Samuel Richardson 的「Pamela」這本當時流行之小說所做的詼諧仿作。

原作者 Richardson 的「Pamela」是在講述一位窮苦家庭的少女，他的父母為人正直，從小受到良好的道德教育，12 歲時到富裕家庭當侍女，在善良的女主人培養下，她學會了縫紉、刺繡、音樂、舞蹈，並閱讀大量書籍，擅長寫作，經常寫信將身邊的事情告

²² Harry Fielding Shamela Critical Essays-eNotes.com, <https://www.enotes.com/topics/henry-fielding-shamela> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

訴父母，但在女主人去世之後遭到小少爺的追求及騷擾，這位侍女自始至終堅拒小少爺厚顏無禮的壓迫及要求，但在最終小少爺讓步，向這位侍女正式求婚。這篇小說的作者認為，小少爺的求婚是這位侍女在過去長期忍受騷擾所得到的報酬；惟相反的，卻有讀者認為這是侍女精心策劃，藉由堅拒小少爺的追求，以成功達到她預想得到的最終成果。

而 Fielding 的「Shamela」就是以「侍女精心策劃達到目的」的眼光來看待「Pamela」這本書，「Shamela」是利用「Pamela」的內容，再以書信體的寫作手法，由侍女寫信給媽媽的方式來呈現，用侍女的書信道出侍女真正的心機和偽善，來嘲諷原作「Pamela」。因為「Pamela」是第一部以人物刻畫為中心的小說，對人物的心理狀態進行細緻的刻畫²³，同時亦是第一部以書信體完成之英文小說，許多人認為，這是第一部真正的小說²⁴。而「Shamela」係針對原作為諷刺對象，故屬於詼諧仿作(Parody)創作作品，此亦被視為英文小說詼諧仿作之經典。

二、音樂

在音樂這一領域的詼諧仿作，因為歌詞的改寫入門較輕易，是以在這方面的詼諧仿作不勝枚舉，例如：(1) 網友將歌手信樂團的「死了都要愛」這整首歌的歌詞，改編成「死了都要改」，來訴說設計師的苦²⁵。這類型的詼諧仿作是在諷刺設計師的生活，而非針對原作做任何批評或諷刺，應屬於諷作(Satire)。(2) 台灣網友將動畫電影冰雪奇緣中的「Let it go」這首歌的英文歌詞改成台語版本，再加以配音唱出來，旋律和 MV 內容都與原本的 MV 相同，僅將歌詞改成搞笑滑稽的版本²⁶。而這類型的詼諧仿作並沒有諷刺時事或是原作，詼諧仿作者純粹為了好玩而利用原作完成新作品，應屬於純粹

²³ 百度百科「塞繆爾·理查遜」，

<https://baike.baidu.com/item/%E5%A1%9E%E7%BC%AA%E5%B0%94%C2%B7%E7%90%86%E6%9F%A5%E9%80%8A/2005161?fromtitle=Samuel%20Richardson&fromid=1159278> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

²⁴ 廖康文集-調侃文學術語，

<http://liao-kang.hxwk.org/2011/07/18/%E8%B0%83%E4%BE%83%E6%96%87%E5%AD%A6%E6%9C%AF%E8%AF%AD/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

²⁵ 「死了都要改」歌曲該編了整首「死了都要愛」的歌詞，例如在「死了都要愛」中原版的副歌歌詞是「死了都要愛 不淋漓盡致不痛快 感情多深 只有這樣 才足夠表白 死了都要愛 不哭到微笑不痛快 宇宙毀滅心還在」，在「死了都要改」中改編成「死了都要改 不推翻重來不痛快 我們這行 都是這樣 個個都明白 死了都要改 不改到通宵不痛快 宇宙毀滅甲方還在」。 <http://vlog.xuite.net/play/VXVMZIZMLTU0MzcwMC5mbHY=?> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

²⁶ 「Let it go」讓他去[台語版]-有趣影片讚， https://www.youtube.com/watch?v=VSTh_Ofjm0g (最後瀏覽日:2018/06/20)。

KUSO。

三、 攝影展覽「雞皮芭比遊世界」

在我國藝術展覽中，宇中怡曾在 2004 年發表過「雞皮芭比遊世界」這個系列的展覽，宇中怡利用雞皮取代芭比娃娃身上的昂貴優雅服飾，在世界多處名勝景點拍照。她這系列的作品是想要透過雞皮取代昂貴優雅的服飾，來諷刺芭比娃娃的浮華感。芭比娃娃是西方美麗的象徵性標誌，芭比娃娃的服裝總是優雅高貴，但事實上隨著時間流逝，雖然沿路風景仍令人歎為觀止，但芭比娃娃看似光鮮亮麗的外表，實質上正在腐敗發霉中²⁷。

芭比娃娃的形象是眾所週知的，也有代表著對於女性的刻板印象，雖然詼諧仿作者同時對於芭比娃娃背後代表的意義表達批評諷刺，惟主要仍係針對芭比娃娃此原著作作諷刺，故應屬於詼諧仿作(Parody)的一種。



圖 4 宇中怡，「雞皮芭比遊世界²⁸」

四、 電影海報

在電影海報中也時常出現利用既有的作品加上自身創意，針對原作詼諧仿作成電影的廣告海報，以美國 *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.* 案²⁹為例，本案原告 Leibovitz 係一位具相當知名度之人像攝影師，曾為懷孕八個月的女星 Demi Moore 拍攝一張裸體

²⁷ 台灣當代藝術資料庫 - 雞皮芭比遊世界，<http://tcaaarchive.org/artwork/%E9%9B%9E%E7%9A%AE%E8%8A%AD%E6%AF%94%E9%81%8A%E4%B8%96%E7%95%8C/?lang=ch> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

²⁸ 同上註。

²⁹ *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998).

孕婦照，刊登於 1991 年 8 月號 *Vanity Fair* 雜誌封面，為其知名著作之一。被告 *Paramount Picture Corp.* 為了宣傳電影「笑彈龍虎榜(Naked Gun 33 1/3: The Final Insult)」，一部以夫妻是否應生子而男主角被迫參加生產補習班之喜劇片，被告盡可能重現原作的姿勢，不同的是將人像的臉換成喜劇男主角 *Leslie Nielsen* 的面孔以為嘲諷，並加上電影名稱及上映日期。



圖 5 左-Leibovitz 之攝影原圖 右-Paramount Picture Corp.之戲謔仿作³⁰

此案中第二巡迴上訴法院認定被告之作品雖模仿原作之風格，惟明顯原作與諷諧仿作有強烈對比，諷諧仿作可以被合理感知為一新作品，具有添加新的東西，且達到調侃、喜劇及呈現出荒謬感，有所批判，被告之諷諧仿作非單純抄襲原作，而係具有高度轉化性，構成 *Campbell*³¹ 案中之「轉化性」要件，成立合理使用³²。

五、 電影-驚聲尖笑

2000 年在美國推出「驚聲尖笑」這部電影時，即在海報的最上方標語寫到「No mercy. No shame. No sequel.」，這部電影內容係六名高中生一夜狂歡後意外撞死人，為了自己的未來，選擇毀屍滅跡。然而一封聲稱知道他們犯行的恐嚇信隨後出現，參與事件之一的女孩茱莉也在自家附近遭謀殺，引來眾多警察媒體調查報導。其他人也因此置身被殺

³⁰ Parody vs. Copyright: Court Case Examples-Don't Worry, Be Mappy , <https://dontworrybemappy.wordpress.com/2014/03/22/parody-vs-copyright-court-case-examples/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

³¹ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³² 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，頁 175。

害的恐懼中，個個使出渾身解數以防自己被殺，例如：「駭客任務」的飛簷走壁、「靈異第六感」的陰陽透視眼等，但最後還是一個個以離奇搞笑的方式被殺害³³。



圖 6 驚聲尖笑電影海報³⁴

這部電影的製作宗旨就是「惡搞、戲弄 90 年代之電影的經典橋段」，被惡搞的電影除了驚聲尖叫三部曲外，90 年代著名的靈異第六感、駭客任務、驚爆刺激點等等廣為人知的電影亦被拿來大開玩笑，利用原著作電影經典橋段模仿得惟妙惟肖再做出反差，例如將恐怖驚悚片段以搞笑戲謔的方式重新呈現，讓原應受驚嚇的觀眾捧腹大笑³⁵，成功地藉由模仿原作核心部分，達到詼諧仿作諷刺幽默之目的。

第三項 小結

著作權可以說是智慧財產法中發展最為完善的一項權利，因為自 1710 年英國首度頒布的安妮法案開始受到法律保障，是智慧財產法中發跡最早的一項權利，經歷數世紀的發展，隨著科學、社會文化的演進，在國際上亦逐漸受到重視，出現許多保障著作權的國際條約，而在我國學界及實務界之討論亦趨頻繁，受到國際上對著作權重視的影響，我國法律也隨之跟進，參考外國的學說見解及實務案例，在我國著作權法之輪廓逐漸清晰穩固。

³³ 驚聲尖笑@圖書館 PCHome 個人新聞台，<http://mypaper.pchome.com.tw/souj/post/1322213431> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

³⁴ 同上註。

³⁵ 維基百科「驚聲尖笑」，

<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%A9%9A%E8%81%B2%E5%B0%96%E7%AC%91> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

在著作仿作中有許多種類，有詼諧仿作、諷作抑或者僅純為娛樂有趣挪用等，這些仿作也不不然均會引起法律爭議，惟在這些仿作中均有個共同點，前人的作品就如同巨人的肩膀，而著作的仿作作品正是牛頓「站在巨人的肩膀上，看見更遠的世界，抵達更高的境界。」之名言的體現，透過利用前人的貢獻，加上自己的創意，呈現出新的作品，讓我們的社會文化藝術更加進步。

電影「驚聲尖笑」即把這樣的詼諧仿作的特質展現得淋漓盡致，「驚聲尖笑」透過模仿過去經典的電影橋段，而這些被「驚聲尖笑」選取的經典電影橋段都是眾所週知的，在「驚聲尖笑」中更將之模仿得惟妙惟肖，同時再加上詼諧、搞笑、幽默的創意，使「驚聲尖笑」的電影觀眾可以輕易看出是哪部電影橋段，又可以清楚瞭解到不是完全重現該電影橋段，而是在惡搞、諷刺該電影橋段。從「驚聲尖笑」中便可以清楚看到，一個成功的詼諧仿作，即必須同時在詼諧仿作中表達出相同又不同的矛盾訊息，且在該訊息中呈現出詼諧、諷刺、評論的內容。

第三節 商標之詼諧仿作的呈現

本節第一項將介紹商標法的歷史淵源及立法目的等，藉以了解商標法的本質與特色；第二項則討論詼諧仿作或諷作在商標法領域中的呈現，本項內容將以尚未進入司法階段的例子來作例示，討論詼諧仿作或諷作在生活中的態樣。

第一項 商標法與詼諧仿作之相關介紹

商標權人創造出商標之目的是為了能夠使消費者辨別商品或服務的來源，若無商標則消費者只能透過外觀或自身經驗比較產品，但現今社會很多產品實難單從外觀進行判別，以手機為例，如果沒有商標，將難以單從外觀上看出各家業者手機實質內涵的差異，商標不僅是商標權人商業上的手段，同時也會提供社會大眾較完整的商品或服務重要資訊。

世界上商標之立法，起緣於十九世紀初期，隨著經濟發展，科技的進步，社會的工業化及全球化，到了二十世紀，商標逐漸成為商人在市場上的競爭利器，商業模式已轉為大量利用商標廣告推廣商品或服務，商標權也因此逐漸受到重視。

依我國商標法第一條的規定，可以得知我國商標法的立法目的是「維護市場競爭，促進工商企業正常發展」。商標是表彰商品或服務來源的標誌，是以，商標不能與商品或服務分割，且在市場上商標不僅僅是指示商品或服務的來源，同時也會發展出對商品或服務的品質保證或廣告等其他具有經濟效益的功能，故對於商標權人而言，商標無疑是一種無形的資產。

商標所創造的經濟效益不容小覷，然各個商標所彰顯的經濟價值不可一概而論，商標的價值會因為商標權人的投資或廣告等因素的不同，而有不一樣的價值，應個別依照商標的顯著性做觀察，顯著性越高的商標，它的經濟價值也就越高。在美國立法上遂發展出「商標淡化」這套規定，以保障著名商標的顯著性，「商標淡化理論」係以「著名商標」為保護標的，僅限制針對著名商標之仿作行為，一般商標則無適用。其原因係著名商標顧名思義為眾所週知之商標符號，一般民眾看到該商標隨即聯想到某品牌、某商品或是某商品品牌給人之印象，因此著名商標相較於一般之商標更容易成為仿作之標的，而仿作在許多情況下，會使原著名商標之商標權人感受到商譽受損、商標不再具有特徵被淡化，或者商標受侵害，為保障著名商標的商標權及商譽而形成之理論。

而「商標淡化理論」最早出現在 1925 年的 *Wall v. Rolls-Royce* 案³⁶中，本案的原告在汽車及飛機的領域中登記有 **Rolls-Royce** 的商標權，並以此商標權向法院請求停止被告在收音機此商品領域內使用 **Rolls-Royce** 此商標³⁷。法院最終認為，原告所有的 **Rolls-Royce** 此商標權在汽車及飛機領域中為著名商標，而被告的收音機產品與原告的汽車及飛機均隸屬於電子產品這範圍下，且汽車和飛機是此領域的重點產品，對於消費者而言，有誤認被告之收音機產品上使用 **Rolls-Royce** 這個商標，與原告的商標做連結，被告的使用無疑會借用到原告的商譽，且在被告生產產品的品質不佳狀況下，會使原告的商譽受損³⁸。此個判決闡述出了「商標淡化」的概念。

另外美國商標權權威 Frank I. Schechter 在 1927 年在《哈佛法律評論》上曾撰文寫到：「商標權人不僅應當禁止他人將他的商標權使用於互相競爭之商品上，亦應當禁止

³⁶ *Wall v. Rolls-Royce*, 4 F.2d 333 (C.C.A. 3, 1925).

³⁷ *Id.* at 333.

³⁸ *Id.* at 334. “.....it is quite possible that the use of such a name might lead third parties to credit the plaintiff's business, on account of its name of ‘Rolls-Royce,’ with an unwarranted financial reliability, and if such assumptions eventually prove unfounded the name of ‘Rolls-Royce,’ would suffer accordingly.”

使用在非競爭商品上³⁹。」，而後引起學界針對商標淡化的討論，亦曾表示：「以 Rolls-Royce 為例，如果允許 Rolls-Royce 飯館、Rolls-Royce 小吃店以及 Rolls-Royce 褲裝、Rolls-Royce 糖果，那麼在十年之內，就將失去『Rolls-Royce』這樣一個商標⁴⁰。」，其欲強調，即便不會造成消費者的混淆誤認，但是對於著名商標而言其擁有巨大之商譽，任何人對於著名商標之不當使用、大量的不相關產品使用，仍有可能會對原來的著名商標造成沖淡、弱化或是玷污該商標之識別性或顯著性的損害。

惟如前所述，我國商標權法第一條開宗明義表示「維護市場競爭，促進工商企業正常發展」此一公益為本法的立法目的，故立法者雖擴大了商標權的保護範圍，而我國運用商標淡化理論概念之規定係商標法第 70 條，明文賦予著名商標保障，規定著名商標之利用有減損商標之識別性或信譽者，視為侵害商標權。我國係直接將該行為視為商標侵權行為，並未另外創設商標淡化之明文規定。「商標淡化理論」本文將於第四章第二節中再做詳細之介紹。

第二項 商標諷諧仿作例示

一、星趴客杯⁴¹

設計師劉一德因為覺得咖啡杯太浪費、不環保，便以星巴克的圖案為基底，利用瑪麗蓮夢露、貓王等名人的肖像來替代製成星趴客杯(STARPARKSDRINKS)，背後的意思是帶著環保杯去咖啡廳，就像參加 Party 一樣輕鬆。放出消息預計發行時，大受歡迎，但卻在不久後，收到星巴克的存證信函，因為與星巴克商標近似，指控他侵權並要求他下架銷毀。最後雙方達成協議，簽下切結書，全數銷毀。

本例示主要指涉的標的應該是「環保議題」只是藉由「星巴克」這個商標來做發揮，應該屬於諷作(Satire)的一種，雖被告引用了星巴克之核心部分，又涉商業行為，惟本文認為星趴客杯似乎無混淆消費者之虞，故如若雙方未達成和解，亦不致構成商標侵權，

³⁹ Harvard Law Review, Vol. 40, No. 6 (Apr.,1927), at 821. 'But the process of the tyre basis of trademark protection. No necessity or justification fro the protection of marks on non-competing goods is seen except.'

⁴⁰ California Law Riview, Vol. 44, Issue 3, Walter J. Derenberg, The Problem of Trademark Dilution and theAntidilution Statutes, at 449. 'If you take Rolls Royce for instance, if you allow Rolls Royce restaurants and Rolls Royce cafeterias, and Rolls Royce pants, and Rolls Royce candy, in 10 years you will not have the Rolls Royce mark any more.'

⁴¹ KUSO 版「星趴客杯」！引發侵權爭議，今日新聞，<https://www.nownews.com/news/20091102/773614> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

又雖然無構成商標侵權，但星巴克為著名商標，本案之星叭克杯仍有構成商標淡化之可能。



圖 7 星巴克杯 v. 星叭客杯⁴²

二、「笨蛋星巴克」⁴³

2014 年在美國洛杉磯新開了一間名為「Dumb Starbucks」的咖啡廳，他的招牌、杯子、菜單等所有地內東西都和正統「Starbucks」一樣，只是前面加上了「Dumb」，就變成了「笨蛋星巴克」了。這個新奇詼諧的店名，再加上開幕日當天免費贈送咖啡的活動，吸引了大批人潮來排隊。

這間「笨蛋星巴克」擺明了就是在諷刺「星巴克」，原來其背後的藏鏡人是加拿大的喜劇演員 Nathen Fielder，他表示他創立「笨蛋星巴克」這間店，並非單純的開玩笑而已，而主張其行為是「詼諧仿作」星巴克的商標，是一種藝術的展示。但是因為他們並沒有申請衛生許可，在開幕三天後即被加州衛生機關強制勒令停業⁴⁴。本例示是針對「星巴克」這個商標本身作諷刺的標的，故應屬於詼諧諷作(Parody)的一種。

⁴² 同上註。

⁴³ 「笨蛋星巴克」咖啡店，壽命只有三天(默哀)，宅宅新聞，<https://news.gamme.com.tw/659654> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴⁴ 從笨蛋星巴克事件，回顧詼諧仿作於英美商標、著作權實務上之爭議，眾律國際法律/專利商標事務所，<http://zoomlaw.pixnet.net/blog/post/56129169-%E5%BE%9E%E3%80%8C%E7%AC%A8%E8%9B%8B%E6%98%9F%E5%B7%B4%E5%85%8B%E3%80%8D%E4%BA%8B%E4%BB%B6%EF%BC%8C%E5%9B%9E%E9%A1%A7%E8%A9%BC%E8%AB%A7%E4%BB%BF%E4%BD%9C%E6%96%BC%E8%8B%B1%E7%BE%8E> (最後瀏覽日:2018/06/20)。



圖 8 笨蛋星巴克的招牌，幾乎與星巴克如出一轍，僅多了「Dumb」字樣⁴⁵



圖 9 笨蛋星巴克的杯子，幾乎與星巴克如出一轍，僅多了「Dumb」字樣⁴⁶

三、 2022 年卡達世界盃足球賽⁴⁷

2022 年 FIFA 世足賽預計在卡達舉辦，因卡達境內缺乏基層勞動工作者，政府雇請大量外籍勞工興建場館，但這些外籍勞工的勞動條件極差，最近頻頻傳出工人累死的消息，讓外界紛紛對卡達的外籍勞工制度大力譴責，而贊助的大企業在這些消息釋出後紛紛保持沈默，許多網友憤憤不平，便在這些大企業的商標上動手腳，藉以嘲諷他們贊助侵害人權的行為。本例示是針對 2022 年世足賽的贊助廠商之商標作為嘲諷之對象，惟其背後的實質內涵是「勞工人權」的不受重視，是以，應屬於諷作(Satire)的一種。

⁴⁵ 同上註。

⁴⁶ 同上註。

⁴⁷ 醜聞不斷的 2022 年卡達世界盃害死近千名勞工，激起網友們怒改贊助商的廣告來要求停止贊助，<http://www.bomb01.com/article/10966> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

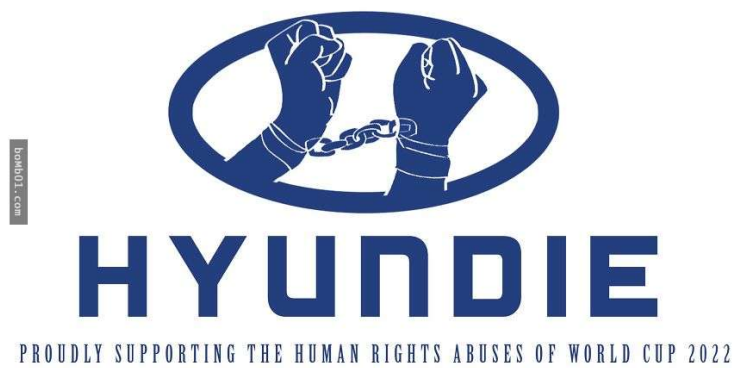


圖 10 現代汽車的商標被改成雙手被手銬靠著並寫道「驕傲的支持著 2022 年世界盃踐踏人權」⁴⁸



圖 11 VISA 商標被改成外籍勞工跪著背著 VISA，繼續工作⁴⁹



圖 12 Adidas 的商標被改成勞工努力推著商標，標語改成「只要有一群奴隸勞工，不可

⁴⁸ 同上註。

⁴⁹ 同上註。

第三項 小結

商標之仿作如同著作之仿作亦有許多可能，可能是詼諧仿作、諷作或者純娛樂性質，然雖均屬對商標的仿作，但各種仿作應否給予相同的規範仍有討論的空間。針對商標的諷作(Satire)而言，通常諷作人的目的並非為自己帶來私人的利益，而多是為了公共利益，然商標的詼諧仿作(Parody)，誠如「笨蛋星巴克」的背後藏鏡人 Nathen Fielder 所說，他針對星巴克商標詼諧仿作的行為，並非只是個玩笑，而是打算從中致富⁵¹，故商標之詼諧仿作實會給予詼諧仿作人利用原商標的知名度之機會，為自己帶來龐大商機。

在商標的領域中，隨著時代演進科技進步，詼諧仿作也漸漸延伸至商標權的範圍，且在國際化、全球化的趨勢下，商標的流通、辨識度、代表的價值也逐漸升高，所需要的保障也隨之提升，惟在賦予商標權保障的同時，不可忽略商標的詼諧仿作亦有促進工商發展、言論自由等價值，不可全然抹滅，應於兩者間取得平衡點。

第四節 本章結論

著作權和商標權均屬於智慧財產權這個領域下的權利，智慧財產權是針對人類精神層面之活動成果所產生的財產上價值者，由法律所創設出一種權利。顧名思義，智慧財產權可以從「智慧」、「財產」以及「權」這三個面向來觀察。一為「智慧」，是指「人類精神活動之成果」，意即若是搜集彙整等僅體力上的付出，而無注入新的創意之成果，並不符合「智慧」此一特性；二為「財產」，指的是前述之「人類精神活動之成果」尚需足以產生一定之財產上價值，始值得被保護；三則為「權」，意即須為立法者認為非屬於公共財，且宜以私權保護者，始立法創設該權利加以保護之，反之，縱符合「智慧」及「財產」之要件，惟立法者如認為不宜為私人壟斷而應屬公共財，不賦予權利保護之者，則仍無法主張智慧財產權⁵²。

雖著作權與商標權均屬於智慧財產權的一種，但兩者之間仍有差別，可分別由兩者

⁵⁰ 同上註。

⁵¹ Youtube「Dumb Starbuck」, https://www.youtube.com/watch?v=Bo_deCOd1HU (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁵² 章忠信，「智慧財產權之基本概念」，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=1&aid=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

之本質、立法目的、要件及條文內容等觀之。首先，從著作權與商標權之本質及立法目的出發，兩者之本質即有顯著差異。著作權是針對文學、藝術及科學之著作為保護標的，例如從美國憲法第一條第八項第八款之規定：「為提升科學之進步或有用技術之發展，授權國會立法給予著作權人或發明人對其創作或發明享有一定期間之獨佔權利⁵³。」，可以得知著作權的本質是保障文化創作；然商標權之本質則截然不同，商標權係屬於智慧財產權中之「工業財產權」之一，商標權的本質是表彰產品或服務的來源，藉以保障交易秩序。

第二，著作權與商標權之取得之方式不同。著作權之取得，在世界多數國家採「創作保護主義」，意即在完成著作的當下，即取得著作權，不論該著作是否與他人著作近似，甚至是完全相同，只要是獨立完成之著作，均於著作完成時取得著作權；商標權之取得，在世界多數國家多採「登記保護主義」，意即原則上商標權之取得，應向國家機關申請，經審查且登記後，始取得商標權，僅例外之「著名商標」得在尚未取得商標註冊登記前，即主張商標之相關權利。

第三，著作權與商標權之權利時效亦不相同。雖著作人格權無時間限制，但依我國著作權法第 21 條之規定，著作人格權專屬於著作人；而著作財產權之權利時效，依我國著作權法第 30 條之規定，著作財產權存續期間為著作人生存時與著作人死亡後 50 年。然商標權之權利存續期間，依我國商標法第 33 條第一項之規定，商標自註冊公告之日起，權利人取得 10 年之商標權；惟同條第二項亦規定到，商標權得申請展延，每次展延期間為 10 年。

著作權與商標權之取得和權利期間均有截然不同的設計，主要的原因仍在於兩著的本質及立法目的不同，著作權重視促進文化發展，而立法設計必然希望後人能利用前人之智慧，藉以促進發展出不同的文學藝術等作品，是以，著作權法僅賦與著作財產權於著作人死後 50 年間擁有獨佔權⁵⁴，而於期間過後，該著作將流入公共領域，任何人都得自由取得利用之；商標權則著重於指示商品來源以保障交易秩序，是以，其立法設計則不同於著作權，而是重視消費者得以該商標識別出商品或服務的來源，故有使消費者

⁵³ See U.S. Const. art I, §8, cl.8, 'The Congress shall have Power...To promote the progress of science and useful arts, by securing, for limited times, to authors and inventors, the exclusive right to their respective writing and discovery.'

⁵⁴ 著作權法第 30 條第一項：「著作財產權，除本法另有規定外，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年。」

免於混淆誤認商標之作用，且只要商標權人有持續利用該商標，則賦予商標權人得無限次數延展商標權之權利期間⁵⁵，以保障其長久以來經營之商標權，同時亦保障交易秩序。

著作權與商標權實際上不僅上述幾點之不同，惟兩者間不同之原因，均可歸因於其等本質與立法目的不同而致。著作權法之立法目的係促進社會文化之發展，而著作之詛諧仿作實有助於著作權法之立法目的，故國際立法多半針對著作之詛諧仿作，採取較為寬容的態度，雖對著作權人之保障較不完備，但任一著作之完成，實除歸功於作者本人外，社會文化亦扮演著重要角色。

商標法之立法目的係為維護交易安全、保障消費者利益，雖近期商標法與時俱進，有擴張其保護範圍之勢，惟仍不因此而改變商標權之性質與立法目的，而將商標權轉變為商標權人保護其私益之利器。在面對商標之詛諧仿作，應衡平商標權人之私益、商標詛諧仿作人之私益以及維持市場公平交易秩序之公益，又以維護交易秩序為商標法之立法核心精神，故不同於著作之詛諧仿作，商標法對於詛諧仿作採取較嚴格之審查態度。惟過於擴大商標權保護的範圍，恐將會危及所有商標詛諧仿作，嚴重打擊言論自由，是以，對商標詛諧仿作雖採較著作詛諧仿作嚴格之審查態度，仍應以商標法之立法目的為界線，如若無混淆誤認，致生危害市場公平交易秩序之公益，則仍應允許商標之詛諧仿作。

本文認為著作之詛諧仿作在某種程度有助於著作權之立法精神，惟商標之詛諧仿作難以想像有助於商標法之立法目的維持市場秩序，此即為何在面對商標之詛諧仿作採取較著作嚴謹之態度。綜上所述，同樣是面對「詛諧仿作」，惟應因著作權與商標權之本質與立法目的之不同，本會有不同之應對態度，自會產生合理之差別待遇。

⁵⁵ 商標法第 33 條：「商標自註冊公告當日起，由權利人取得商標權，商標權期間為十年；商標權期間得申請展延，每次展延為十年。」

第三章 詼諧仿作在憲法上之定性

本章著重於著作權、商標權、詼諧仿作與諷作於憲法上的定性與在憲法上相互間的衝突，以及同樣的創作手法在不同領域中所創造出之衝突與侵害是否仍等同而語。第一節將以美國法為中心，做比較法的討論；第二節將論述「著作權」在我國憲法上的定性；第三節將論述「商標權」在我國憲法上之定性；第四節再進一步討論詼諧仿作與諷作在我國憲法上的定性，此節將分成二個部分，一是討論著作權與商標權之「詼諧仿作」在憲法上的定性，以及應否等同視之，二則是討論「諷作」在我國憲法上的定性又有何不同。本章將整理各學說及實務見解來作分析與討論，並提出本文看法。

第一節 比較法-美國法

美國一般會認為憲法第一條第八項第八款之規定，「國會有權-為促進科學和實用技藝之進步，對作家或發明家之著作或發明，在一定期限內給與專屬權的保障⁵⁶。」，此係智慧財產權於美國憲法上之基礎條文；再者，詼諧仿作係智慧財產權之使用，屬於言論表達的一種，美國憲法並未明文規定藝術自由之保障，惟美國學說及學術界多以美國憲法增修條文第一條所規定之言論自由作為依據⁵⁷。

以下分別就著作權法、商標法以及仿作在美國憲法上之定性作討論：

一、 著作權法在美國憲法之定性

近代社會重視著作權之保障係源自英國，第一部保障著作權之法典即第二章第二節第一項所提及之西元 1710 年英國正式制定之安妮法案，該法案制定的主要目的即為獎勵學術，而賦予已印刷出版著作作品之作者及其購買人，得在法律所規定的期間內，享有一定權利之法律⁵⁸。雖然安妮法案仍有許多限制，但係從此時開始著作權正式被承

⁵⁶ See U.S. Const. art I, §8, cl.8, 'The Congress shall have Power...To promote the progress of science and useful arts, by securing, for limited times, to authors and inventors, the exclusive right to their respective writing and discovery.'

⁵⁷ 林昱梅，「藝術自由之研究-藝術自由之保障、限制與藝術之扶助」，輔仁大學法律研究所碩士論文，1997年，頁 7-8。

⁵⁸ 馮震宇、胡心蘭合著，「論美國著作權法合理使用原則之發展與適用」，中原財經法學，第 6 期，2001

認。

而美國之著作權法係沿襲英國安妮法案⁵⁹，美國制憲者認為，如若無任何保障創作或發明之法律，則將來恐無人願意致力於創作，因出版商或一般人均得輕易地複製暢銷作品，以低價出售，無庸付任何權利金給予作者⁶⁰。故依據美國憲法第一條第八項第八款之規定，憲法賦予國會制定鼓勵創作與發明之聯邦法律之權利，制定一部聯邦法律保障智慧財產權係成為國會之權利同時亦是義務，藉此保障著作權人之經濟利益及社會文化發展，美國國會於 1976 年始制定第一部正式以憲法賦予之權利為基礎制定之聯邦著作權法律。而此部著作權法規範之對象係以具體型態表現之原始創作，以概括文字適應未來社會變遷新興產物的誕生，並列舉雕刻、電影、默劇、舞蹈、其他視聽作品等項目以列舉之方式保障之，並由原先之「出版」主義，改變為「創作」主義，對著作權的保護有重大改變。

在英美法係之國家對於著作權之定性均採取「法定權利論」為依據，認為著作權之立法目的係為促進國家文化發展之公共利益，著作權乃國家為鼓勵創作，進而透過法律創設出之法定權利，以之作為獎勵創作者之誘因。例如在 *Campbell* 案⁶¹中最高法院即指出，著作權法之主要目的係在保障公眾接近使用著作之機會，賦予著作權人有限之專屬權以保障著作權人係次要目的。因此可以得知著作權人取得之著作權乃社會割讓並經由法律授權之「有限專屬權利」，保障著作權人僅為達成促進國家文化發展之公益的手段⁶²。美國憲法第一條第八項第八款之規定雖為著作權憲法上之基礎，惟該條項並未明示保護著作權，係為了促進科學及藝術之發展，而著作權排他性等權利則委由國會制定，此亦為法定權利之表現⁶³。

綜上所述，著作權法的立法目的係為促進國家文化發展之公共利益，著作權乃基於憲法第一條第八項第八款之規定，憲法賦予國會創設促進科學及藝術之發展之法定權

年 7 月，頁 162。

⁵⁹ 賀德芬，「言論自由與著作權的保護-兼談著作權的限制」，文化創新與商業契機-著作權法論文集，月旦出版社股份有限公司，增訂再版，1994 年 10 月，頁 16。

⁶⁰ 希瓦·維迪亞納桑(Siva Vaidhyanathan)著、陳怡君譯，著作權保護了誰?(Copyrights and Copywrong : The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity)，商周出版，2003 年 7 月初版，頁 27-30。

⁶¹ *Campbell*, 510 U.S. 569.

⁶² 李治安，「著作權法中的灰姑娘：利用人地位討論」，台大法學論叢，第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 935-940。

⁶³ 許富雄，數位時代合理使用之探討-以反規避條款為重心，中原大學財經法律研究所，2004 年 6 月，頁 12-13。

利。

二、 商標法在美國憲法之定性

商標法與著作權法及專利法本質迥異，可以從美國國會在 1870 年通過第一部聯邦的商標法典此案件觀之，該法典在通過後旋即被聯邦最高法院宣告違憲，因為國會在制定該法典時，引述美國憲法第一條第八項第八款有關獎勵科學及實用技藝的憲法規定，作為商標法立法基礎與中心思想，但聯邦最高法院認為，商標法與科學及實用技藝之發展無涉，因商標得於無任何新穎性或原創性之下仍受到保障，是以認定此部聯邦商標法典違憲，此事件即道出商標法之核心本質⁶⁴。商標權一直以來都被放在普通法或州法下受到保障，並未如同專利權、著作權一般從憲法層次受到保障，商標權並非發明、創作或發現，亦未被明文規定於美國憲法第一條第八項第八款受到保障。如果國會頒布之任何商業法令可以擴張及於商標權的保障，該法令即應受到「與外國貿易、幾個州和印第安部落間之貿易」的限制，國會在關於商標權的立法，關於商標權的特徵、用詞等，並非一個如此制式的規定，而是在這樣法規的內容下，希望包含了所有商業行為，包括同一國家公民間之交易行為，然而這部規範使國會限制了所有的商業行為，但缺乏憲法依據，因此無效⁶⁵。

如前所述，商標權並不在美國憲法第一條第八項第八款之保護下，傳統保護商標專用權的觀念係源自於不公平交易行為的規範，美國以法律規範商標專用權之制度，係起源於對(州)國際商務之規範，而不同於憲法明文保障著作權⁶⁶。美國國會於 1946 年依據美國憲法第一條第八項第三款之規定：「國會應有權規範美國與外國間之商業、各州間之商業，以及美國與印地安部落間之商業。」，以該條文所規定之憲法權利為基礎，國會制定出美國聯邦商標法⁶⁷(Lanham Act)，一般稱為蘭哈姆法，於 1947 年生效，此係美國法上處理商標相關法律爭議之法律根源。

⁶⁴ 張哲倫，張哲倫，商標權之性質及其對商標之侵權判斷之影響-以「混淆誤認之虞」為中心，智慧財產權月刊，第 135 期，2010 年 3 月，頁 35，https://www.tipo.gov.tw/public/AttachmentORG/%E6%9C%AC%E6%9C%88%E5%B0%88%E9%A1%8C_135-2.pdf (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁶⁵ Trademark Cases, 100 U.S. 82 (1897)，<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/82/case.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁶⁶ 范建得，論著名商業表徵之應有保護，智慧財產權，88 年 1 月，頁 77。

⁶⁷ 「美國聯邦商標法」係美國商標法發展重要里程碑，將於第四章第二節詳細講述。

綜上所述，美國法上商標權的憲法基礎不同於著作權或專利權，並非憲法第一條第八項第八款，惟美國國會於 1946 年替商標權找到其憲法基礎，乃以憲法第一條第八項第三款之規定作為商標權立法保護之憲法基礎。

三、 詛諧仿作

著作之詛諧仿作係利用他人的著作再加上自身的創意或想法，另外創造出使用者欲表達出之評論或想法，是以著作之詛諧仿作應屬言論表達之一種，因此當然受到美國憲法第一修正案之保障；而商標係由文字、圖形或符號等組成，本身係屬言論表現的一種，商標之詛諧仿作即透過商標之使用表達自己，應屬一種言論，因此，商標之詛諧仿作亦應受憲法第一修正案之保障。

美國憲法第一修正案對於言論自由之保障採取「雙軌理論」，該理論發展之理念基礎係「言論自由最重要的意義就是政府沒有權利基於言論所表達之訊息、思想、議題或內容而禁止該言論自由之表達。」，因此發展出雙軌理論，藉以判斷針對言論自由之限制造成之效果，以期是否直接針對言論內容為限制區分，一為「針對言論內容之規制」，二為「非針對言論自由之規制」，先區分言論限制屬於何者，再依照不同標準審查違憲與否⁶⁸。而不論針對著作或商標詛諧仿作之限制，均屬於對言論自由之限制，是以，應區分該限制實質上為言論之何種限制，再做違憲與否之審查。

1. 著作之詛諧仿作在美國憲法上之定性

著作權法係依「促進社會文化發展之智慧財產權法」，為鼓勵著作權人創作因而賦予著作權人對其著作有專屬排他權，惟若過度膨脹著作權人之權利，將阻礙文化及知識的傳播，進而侵害公共利益，因此為調和公共利益，著作權法制定出「概念與表達二分理論」以及「合理使用」之規定。著作之詛諧仿作係利用他人之著作，添加自己之創意或想法，創作出新的作品，而目的為評論原著作，表達出利用人的思想，故著作之詛諧仿作多出現於表達評論之言論，而著作權法賦予著作權人之專屬權，係透過著作權法中之「概念與表達二分理論」以及「合理使用」來調和著作人之權利與公眾使用之公共利益。

⁶⁸ 林子儀，「言論自由的限制與雙軌理論」，言論自由與新聞自由，元照出版有限公司，2002 年 11 月，頁 154-155。

著作權法以「概念與表達二分法」作為區分著作權法保障之對象，美國於 1976 年始於聯邦著作權法第 102 條 b 項規定：「對獨創性作品的著作權保護無論如何並不及於思想、程序、步驟、系統、使用方法、概念、原則和發現，不論其以何種形式在作品中描述、說明、展示或體現⁶⁹。」。惟早期美國司法實務上法官反認為思想、概念係著作之精髓，理應受到保障，直至 1879 年 *Baker v. Selden* 案⁷⁰始首次確立「概念與表達二分理論」，本案中原告係對一本特定記帳方式的書享有著作權，被告則採用了原告書中之記帳方式，並使用了幾乎相同之記帳表格。本案中法院判決被告勝訴，法院認為一本書和書中介紹之技術方式不同，前者係對技術之介紹解釋，屬於表達的一種，而受到著作權法保護，惟後者係重在實際應用，應屬受專利法保護之客體。此判決區分了表達與概念思想的不同，同一概念仍有不同之表達，抑或概念應循其他法律權利保障之，著作權法係保護表達而非概念。

針對「構成合理使用與否」，即在探究著作權與言論自由兩者權益的權衡，而在 *Campbell* 案⁷¹之判決中聯邦最高法院法官曾指出，詼諧仿作必須存在對原作的嘲諷，惟嘲諷的品質高級或低俗均非法院判斷之權責，法院不應對該詼諧仿作之社會價值作出評價，此係詼諧仿作受到言論自由的保障之表現，法院在判決中表示不應對該詼諧仿作之社會價值做出評價，此乃憲法言論自由中之「言論價值預斷禁止」原則之適用，法院判斷之客體乃該詼諧仿作是否符合合理使用，惟嘲諷內容的高級或低俗，乃屬於憲法言論自由保障之範疇，並非法院審理之客體，不應預斷其價值更不應對之做出限制。

著作之詼諧仿作係著作權人之著作權與詼諧仿作人之言論自由權間的權利拉扯，著作權法賦予著作權人專屬權之際，在美國實務上亦透過「概念與表達二分法」以及「合理使用」來調和憲法賦予詼諧仿作人之言論自由權，使著作權與言論自由權取得平衡。

2. 商標之詼諧仿作在美國憲法上之定性

美國針對言論之價值則採取「雙階理論」，最早係出現於 *Chaplinsky v. New Hampshire* 案⁷²判決中，美國聯邦法院大法官 Murphy 曾在判決中言及：「眾所周知，言

⁶⁹ 17 U.S. Code §102 (b): In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

⁷⁰ *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

⁷¹ *Campbell*, 510 U.S. 569.

⁷² *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

論自由的權利並非在任何時刻或任何情境下，都是一種受到絕對保障的權利。對於某些經過謹慎界定及範圍相當有限的幾類言論，加以禁止或處罰，也從未產生憲法上的爭議。這些言論類型包括淫蕩(lewd)及猥褻性(obscene)言論、粗俗的(profane)言論、誹謗性(libelous)言論、及侮蔑性或挑釁性言論(fighting words)等。而長期以來觀之，這些類型的言論內容並未涉於任何思想或意見之表達。而且從追求真理的觀點而論，這些類型言論並無任何社會價值。同時，即使這些類型言論能給社會帶來任何利益，這些可能的利益也明顯地小於限制這些言論所欲維持之社會秩序及道德規範之社會利益⁷³。」，其將言論內容價值化，認為下流、猥褻、粗鄙、誹謗、人身攻擊或挑釁等言論，無揭露任何思維意念亦無社會價值，甚至僅會造成傷害或破壞，是以，該等言論之限制或懲罰並不會引起侵害言論自由之爭議⁷⁴。於此以後，美國司法實務將言論內容區分為「高價值言論」與「低價值言論」，雖憲法第一修正案規定應賦予人民自由言論之權利，惟賦予之保障程度區別言論價值而不再同一而語。

商標之詛諧仿作係利用既有之商標，再加上詛諧仿作人自身之創意，藉以表達出詛諧仿作人欲表述之言論，因商標之詛諧仿作多使用於商業上使用，故多屬於商業性言論。惟商標法賦予商標權人對其商標有專屬權，而此係限制了詛諧仿作人基於美國憲法第一修正案之言論自由權。

美國憲法針對商業性言論的保障，依美國憲法第一修正案之規定，國會不得制定有關剝奪言論自由之法律，惟美國最高法院早期認為商業性言論應屬低價值言論，賦予其之保障不如政治性言論等高價值言論一般，於 1942 年 *Valentine v. Chrestensen*⁷⁵一案中，本案例中最高法院認為商業性言論不受憲法第一修正案之言論自由保障，而 *Chrestensen* 係為規避發傳單此純商業性言論不受憲法言論自由保障，利用廣告傳單背面之政治性言論以達受憲法第一修正案保障之目的，故本案最高法院判決維持紐約市禁止「在接到傳播有關商業的傳單和廣告」的法令，由本案可看出早期法院認為商業性言論係以營利為目的而發表之言論，並不受憲法第一修正案之保障。直至 1976 年 *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*⁷⁶一案，最高法院推翻過去見解，本案例中維吉

⁷³ 林子儀，「言論自由的限制與雙軌理論」，言論自由與新聞自由，元照出版有限公司，2002 年 11 月，頁 158。

⁷⁴ 蘇慧婕，「言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析」，中央研究院法律學研究所，106 年 4 月，頁 229-230。

⁷⁵ *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52(1942)

⁷⁶ *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748(1976)

尼亞市之消費者委員會認為維吉尼亞州法律禁止刊登處方藥價格違反憲法之言論自由，而本案最高法院認為政府應無權壓制真實訊息合法的傳遞，刊登處方藥價格有助於人民決策，而不同以往最高法院之見解，本案法院認為商業性言論之自由流通亦有其價值，改採言論自由亦受到憲法第一修正案有限之保障。

綜上所述可以得知，美國實務針對商業性言論之保障，從早期的不受到言論自由之保障，一直到現在給予近乎全面之保障，肯認不論言論之訊息內容為何而失其為言論之屬性。美國法院並未論證何者為低價值言論中之非言論成分，惟已透過實務累積確立了，無論言論之價值高低，所有以特定言論內容或溝通效果為限制對象，均屬針對言論內容之歧視管制的嚴格立場；反面而論，言論內容中立之規範，係指針對言論內容以外之客體限制，例如：言論時間、地點或方式的管制⁷⁷。然商標之詛諧仿作有在商業上使用之商業性言論，亦有為表達某立場或言論之高價值言論，究竟在雙階理論中屬於何種何種應個案認定，不可一概而論。

第二節 我國憲法下著作權之定性

第一項 著作權於憲法上之定性

著作權是否屬於憲法上基本權所保障之範圍內，目前在我國對此議題有不同之見解，學說上有許多分歧之看法，有認為著作權係從憲法第 11 條之言論自由導出之權利；有認為著作權是源自於憲法第 15 條之財產權；亦有認為著作權應從一般人格權之角度觀之，依憲法第 22 條之概括基本權出發，將著作權之重點擺在人格權之保障；然而也有認為著作權之憲法保障是依憲法第 22 條概括基本權出發，但其論理基礎係基於著作權之性質是藝術創作，應利用憲法第 22 條之理論基礎將藝術自由獨立為一憲法上保障之權利；也有主張以憲法第 23、166、167 條作為著作權之憲法保障基礎。

各說均有其長短，將分述如下：

1. 憲法第 11 條言論自由

⁷⁷ 蘇慧婕，「言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析」，中央研究院法律學研究所，106 年 4 月，頁 230-231。

我國憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」，此即憲法明文保障人民之表意自由，而「言論自由」係指人民以語言或其他文字、圖畫、聲音、動作、穿著等表現出個人價值及思想⁷⁸，言論自由具有使人民得以溝通意見、評論批評、實現自我以及追求真實等重要功能，係人民之基本權利。又憲法第十一條明文「人民有著作之自由」，學者則認為此即導出著作權係憲法所保障之範圍⁷⁹。

2. 憲法第 15 條財產權

將著作權置於憲法第 15 條財產權之下之學者，有認為著作權應自「無體財產權」之性質切入，再藉司法院釋字第 370、492 號解釋加深其論理基礎。此說認為無體財產權屬於我國憲法上財產權之一，著作權係智慧與精神之產物，實質上均得依法就其所有之無體財產權為使用收益⁸⁰，又依我國司法院釋字第 370、492 號解釋均認為商標權屬於憲法上財產權保障之範圍內，及司法院釋字第 213 號解釋亦認為專利權屬於憲法上財產權保障之範圍內，是以，同屬無體財產權之著作權應亦可納入憲法第 15 條之財產權之保護傘下⁸¹。

惟國家一方面要保障著作人的心血結晶，另一方面著作權法亦要保障促進文化傳播及提升之功能，故著作權以「財產權之絕對保障」，應斟酌公益與私益間之衡平。目前於我國多數學者均認為著作權具有財產權之性質，是以，屬於憲法第 15 條財產權之範圍內⁸²。

亦有認為著作權可分割為財產權及人格權，得分別由憲法第 15 條及第 22 條導出，話雖如此，但此說學者認為借鏡德國之聯邦憲法法院對著作權的幾個重要解釋，可得出近年來著作權之重心逐漸轉向財產權面向，是以，應該認為著作權屬財產權保障之範圍⁸³。

3. 憲法第 22 條-著重一般人格權

此說認為著作權係以人格權為出發而開展之權利，將著作之財產權亦納入人格權之

⁷⁸ 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2006 年，頁 170。

⁷⁹ 李惠宗，同上註，頁 188。

⁸⁰ 陳新民，中華民國憲法釋論，修正三版，1999 年，頁 292-293；轉引自李惠宗，同上註，頁 256。

⁸¹ 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，第 2 版，2004 年，頁 275-276。

⁸² 羅明通，著作權法論，台英商務法律，第 7 版，2009 年，頁 14。

⁸³ 陳新民，憲法學士論，台北：自刊，第 5 版，2005 年，頁 316-318。

下，此說學者認為創新係個人智慧與努力結晶而成，故立法透過賦予著作權人全權支配其著作權之權利，使創作人對其所創做之物有完整的支配力，以展現個人人格及完整其人格發展的表現，並完整著作權人之個人人格權，此係尊重個體完整性之最基本前提，與此同時，加入市場經濟權益的誘因，帶給創作人更多的創作鼓勵和動機，乃是為了得使社會產生更多、更豐富、更前進之文化創新，完整之著作權作為創作人創作之誘因，藉以達到文化創新的目的⁸⁴。

4. 憲第 22 條-著重藝術自由

此說認為依照著作權之特性，著作物之創作應分有二階段，一為創作之自由，二則為散布之自由，然單單依照憲法第 11 條之言論自由權保障，實際上無法區別二階段之保護，此時賦予之保障僅著重於前階段的創作自由，而與著作權的性質本身仍有所不合，故不仿將著作權獨立於憲法第 11 條言論自由權之外，於憲法第 22 條另以「藝術自由」之方式加以保障⁸⁵。

5. 憲法第 166、167 及 23 條

此說認為，著作權應僅為立法裁量創設出之權利及保護制度，並非基本權之一。此說學者係以著作權之歷史演進為切入點，其等認為我國之著作權係承繼外國，而借鏡英美二國，均認為著作權並非自然權，而是由成文法開展出來之權利，自然不屬於自然權下之人格權或財產權之範圍，故不能從此二基本權中導出著作權。進而認為著作權係我國之基本國策配合比例原則適用而開展之權利及制度，意即憲法第 166 條及 167 條中之「學術發明之個人或企業與科學之創造國家可以獎勵」，作為著作權法之基礎，惟仍不足以涵蓋著作權所有類型，故再利用憲法第 23 條之「增進公共利益所必要」加以補足不足之部分⁸⁶。

⁸⁴ 賀德芬，「文化創新與法制化-著作權法的現代意義」，文化創新與商業契機：著作權法論文集，月旦法學，第二版，1994 年，頁 31-32。

⁸⁵ 林昱梅，「藝術自由與嘲諷與模仿之著作權侵害判斷」，成大法學，第七版，2004 年，頁 130；「著作之引用與藝術自由」，當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照出版有限公司，2002 年，頁 269-270。

⁸⁶ 轉引自李劍非，論著作權與資訊流通自由的衝突與解決，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，參第貳章第參章。

第二項 小結

由上述內容可以知道，在著作權於憲法之定性這個議題上，我國學說有許多分歧的見解，各學說見解均有其論理基礎與優缺點所在。

本文認為，著作權法係由人格權及財產權兩個面向共同組成的，依據我國著作權法第一條：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」，明文規定我國著作權法除保障著作人著作權益之外，同時亦將社會公共利益與國家文化發展視為制定本法之核心價值。該條文依文義解釋可以得出兩種結果，一為社會公共利益與著作人權益並重，均為制定本法之最終立法目的；二則係「保障著作人權益」為手段，目的係為達成「社會公共利益」及「國家文化發展」，於第二種解釋之下，此二公益乃為我國著作權法之最終且最重要之立法目的，並利用公益作為著作權人權益之界線。本文認為著作權法之制定無可逸脫「國家文化發展」此一目的，故於此本文採第二說之見解。

立法者於著作權法制度中設計出「著作人格權」與「著作財產權」，藉以鼓勵著作人創作，我國多數見解認為，「著作人格權」與「著作財產權」分別隸屬於憲法下之人格權與財產權受保障，雖著作財產權不同於一般財產權，不具有體性或稀有性等特徵，惟憲法財產權係非常上位之概念，自應與時俱進變更其範圍，以因應社會及人民之需求並滿足人性尊嚴之保障，本文從之。

惟目前我國之著作權法保障財產權之部分，有過度保障著作權人權益之嫌，例如保障年限的延長等，使社會大眾於利用他人之著作面臨諸多困難。另外於著作人格權的保障亦有相同的問題，我國著作權法亦有過度擴張保障著作人格權之嫌，例如賦予著作人得限制他人對其著作進行變更之權利等，似過度保障著作權人之人格權而過於限制社會大眾之言論自由權，本文認為，在著作對公眾釋出之瞬間，該著作應已屬獨立之物，與著作權人之人格分離，後續社會大眾對之所為的評論、變更或仿作，只要在言論自由之合理範圍內均與著作人之人格權無涉。

綜上所述，本文認為著作權是憲法人格權與財產權共同架構出來之權利，然我國著作權法過度保障著作人之個人格權及財產權，進而限制了社會大眾之言論自由，而憲法上

言論自由最重要的精神為「言論價值之預斷禁止」，言論是否有價值應由市場進行淘汰⁸⁷，是以著作權法對於著作之評論等言論應採中立之立場，惟目前我國著作權法之制度下實有預先審查言論之情形，實有侵犯憲法上言論自由之核心價值，架空憲法言論自由之嫌。

第三節 我國憲法下商標權之定性

第一項 商標權於憲法上之定性

商標的意義主要是商人為了使消費大眾得以透過特定之文字、圖形、立體圖像或者氣味等，分辨商品或服務的來源，除此之外，商標亦彰顯出該項商品或服務的商譽。基於上述理由，不僅為保障商標權人的權益，同時亦須保障消費大眾對商品或服務的來源有識別之能力，商標自有被保護之必要，商標制度因應而生。

商標的使用歷史相當悠久，在商品出現之際，商標即隨之現蹤，可以追溯到古代埃及、希臘、羅馬時期的陶器、建築石塊、瓦塊等物品上，已刻畫或烙印標記。在 12、13 世紀歐洲封建制度崩壞，自由城市興起，配合行會的興盛，商標符號普遍使用在商品上。惟將商標作為無形、得以轉讓買賣並受法律保障的工業產權係於 19 世紀之後才出現，此分水嶺應為工業革命，工業革命前，交易多半面對面，消費者只要認識老闆或店面就容易找到商品，並不仰賴標記；然而工業革命後，機械化之大量生產改變了銷售模式，配合交通的發展，逐漸由農村擴其全國甚至全球，於此時製造者僅有透過標示始得使消費者辨識其商品的來源。於十九世紀中葉，西歐各國紛紛制定出商標法規，而於十九世紀末，由於國際貿易的盛行，商標立法開始出現統一化、國際化的趨勢，國際上開始簽訂一系列之全球性或區域性的條約⁸⁸。

於我國最早有較完整之商標的使用，可以追溯至北宋時期山東濟南「劉家功夫針鋪」所用的白兔商標，其將印有白兔圖樣及「認門前白兔兒為記」之字樣作為其商標使用。惟當時對於商標並無律法保護，直至二十世紀，清政府受西方壓迫簽訂各條約而出現對

⁸⁷ 李惠宗，同註 78，頁 170。

⁸⁸ 鄭中人，「商標法之歷史」，智慧財產權月刊，第 25 期，2001 年，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/3440c7bd-f184-4f48-a3a5-7173c3fec23.pdf>（最後瀏覽日：2018/06/20）。

外國商人商標保護之條款，並於民國 19 年時，中華民國政府頒布商標法規，惟當時之法規內容著重保護外商利益，多抄襲外國商標法⁸⁹。

在過去商標是生活的一部份，隨著時代演進，商標演繹成了權利的一種。透過上述商標在歷史上演進可以看出他的脈絡，不論古今，企業經營者均利用商標使消費大眾得以區別商品或服務的來源，「指示商品服務來源」是商標最基本的功能，與此同時，企業對商品或服務的經營累積出來的信譽，亦會透過對商標展現出其商譽，便得以促進商業發展之進步。現代社會在商標法制的討論，將商標以法律明文規定為權利保障之因，並非著重於商標權人的保障等私益，而係關注於促進商業發展之進步，保障交易安全等公益上。

就商標權在憲法上的定性主要有兩個面向的討論，分述如下：

1. 以「憲法人格權、財產權及言論自由權」為出發點

本說學者認為商標權與著作權及專利權共同稱為「智慧財產權」，是以，在探求商標權的憲法定性前，應先解決智慧財產權在憲法的定性為何，以及其受憲法何種基本權保障這些上位問題。於我國多數學說認為，智慧財產權基於保障「人性尊嚴」以及「人格發展」，係受憲法之「人格權」、「財產權」以及「言論自由」的保障。

商標之基本功能係使消費者辨別商品或服務的來源，有學者認為，基本上凡是宣傳或推廣某種商品或服務之言論，其目的係在「直接」刺激該項商品或服務之交易，以獲取商業利益，均應屬商業性言論⁹⁰。

於我國憲法第十一條，亦有保障言論自由之明文規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」，憲法言論自由保障的核心價值在「言論價值預斷之禁止」，言論應由市場自由決定其價值，而不得已公權力預先判斷言論是否有價值，只要言論不具有明顯之惡意，即應保障言論之自由發展⁹¹。惟我國憲法並未明文規定出是否任何言論均受同

⁸⁹ 「商標法學」，MBA 智庫百科，<http://wiki.mbalib.com/zh-tw/%E5%95%86%E6%A0%87%E6%B3%95%E5%AD%A6>（最後瀏覽日：2018/06/20）。

⁹⁰ 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，1987 年 12 月，頁 24-25；轉引自黃倩怡，論美國法上商標侵害之合理使用-以商業性言論為主，國立中正大學法律研究所碩士論文，2007 年，頁 51。

⁹¹ 李惠宗，同註 78，頁 179。

等之保障，抑或應是言論之不同予以合理之差別待遇，然此議題透過司法院釋字可以得知我國在言論自由係針對不同言論賦予不同程度之保障，例如司法院釋字第 414 號即認可美國法上對言論自由雙階理論，將言論內容涉及之內容以層級化區別為高價值言論或低價值言論，予以不同之言論自由保障。不論我國或美國，在憲法言論自由之保障，均對言論內容作分類，賦予不同程度之保障及限制，而在商業性言論方面，均基於為維公共利益之特性，應受較嚴格之規範。

因商標係指示商品或服務之來源，使消費大眾得以取得商品或服務之資訊，促使消費者作出合理之決定，具有促進資訊自由流通、商業發展的重要價值，是以，從言論自由的角度觀察商標權，商標為商業交易之言論，屬商業性言論。

另一方面，商標權亦可從財產權的角度觀察，我國憲法第十五條有財產權係人民基本權受憲法保障之明文規定，再者，由司法院釋字第 370 號可得知，大法官認可商標權係我國憲法第十五條財產權保障之範圍內⁹²。惟大法官並未釋明憲法第十五條財產權保障商標權之範圍，亦未提及商標權在財產權與言論自由權衝突之下應如何權衡等重要議題，造成目前商標權在面對憲法上基本權的衝突、價值取捨仍有待商榷。

2. 以「憲法第 22 條-藝術自由」之角度出發點

單純從商標所揭示之價值觀察，商標的目的即指示商品或服務之來源，故誠如上所述，由智慧財產權角度觀察，商標在憲法上係具言論自由權及財產權，惟此觀點卻忽略了多數商標之作成同時亦存在商標之藝術價值，商標褪下指示功能，實質上是一個具有獨創性特殊意義的符號或標誌，而此符號或標示，同時應被認可為一具美學價值而應受保障之創意。

以「藝術自由」的角度觀察商標權，應從憲法第 22 條切入，在此領域創設出「藝術自由權」，保護之目的與言論自由相似，均是在保障「人性尊嚴」以及「人格發展」，只是透過「藝術自由權」的保護，對創意的保障更為貼切、合適。縱使商標具有表彰商品或服務來源的功能，但多數之商標不可否認仍是一個具有藝術價值的創意結晶，實質上具有藝術之價值，是以，亦應尊重並保障商標創造人及商標的藝術價值。

⁹² 司法院釋字第 370 號摘錄：「商標權為財產權之一種，依憲法第十五條規定，固應予保障，惟為增進公共利益之必要，自得以法律限制之。」

第二項 小結

商標權與專利權和著作權共稱為智慧財產權，為一種無體財產權，均係保護人類智慧思想之精神創作。三者雖有共同之特色，惟就其等之立法目的觀察，三者實為不同之角度切入保障人類智慧思想之精神創作，有學者將智慧財產權區分為三大類，一為保護「文化創作」，由上述本章第一節可得知著作權法之立法目的即屬此範疇；二為保護「技術創新」，此為專利法之立法目的；三則為保護「交易秩序」，而商標法之立法目的即屬此範疇⁹³，三者雖均屬智慧財產權，但仍有分別，而應配合其特色賦予不同之保障，本文贊同之。

商標法雖與著作權法及專利法並列為智慧財產權法，但實際上商標法之性質與著作權法及專利法有很大的差異，著作權法與專利法之保障，均係因為權利人發現了一些技術，或創造了一些作品，而這些發現對人類文化來說是某種程度前所未見的，法律因此受與相對之保障；商標法之保護不以需要發現或創造什麼技術或作品為前提，某一個商標之所以受到保護，係因為具有識別性，第一次為人註冊或於商業上使用即可⁹⁴。

本文認為，商標權亦由憲法之「人格權」與「財產權」兩面向構成，如若認為商標之標誌或符號亦為一藝術創作，法律並未規定商標權與著作權為相斥之權利，在該商標褪下指示商品或服務來源之功能後，不失為一著作作品，應另尋求著作權法保障即可。

依我國商標法第一條規定：「為保障商標權、證明標章權、團體標章權、團體商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展，特制定本法。」，可以得知商標法之立法目的有三，一為保障消費者利益，二為維護市場公平競爭，三則為促進企業正常發展。然而，依同法第 35 條第一項規定：「商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權。」，此規定係指商標人對經註冊指定之商品或服務，取得該商標之「專屬」使用權，同條第二項亦規定到商標權人有「排他權」，可以以該註冊商標及領域排除他人之使用，此規定係為保障商標之識別性，排除消費者發生混淆誤認之虞，藉以達商標之立法目的，但與此同時，亦限制了他人之言論自由。

⁹³ 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，自版，2004 年，頁 13-14。

⁹⁴ 張哲倫，同註 64，頁 34，

https://www.tipo.gov.tw/public/AttachmentORG/%E6%9C%AC%E6%9C%88%E5%B0%88%E9%A1%8C_135-2.pdf (最後瀏覽日:2018/06/20)。

惟言論自由雖係憲法賦予人民之基本權利，但我國憲法第 23 條亦規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，意即為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要時，得以法律限制言論自由，例如刑法第 153、154 條對煽誘他人犯罪之言論加以處罰、刑法第 309、310 條對侵害他人個人名譽之言論亦予處罰，均屬言論自由之法律限制。是以言論自由之保障仍賦予立法者在公益與私益間作權衡，得以法律對人民之言論自由做適度之限制空間。

綜上所述，商標權本質上存有言論自由與財產權之衝突，本文認為法律本是價值的取舍，在商標法中即維護交易秩序等公益，與商標權人之商標權等私益間之衝突下之取舍，若賦予商標權人過多之商標權勢必過度侵害商標權人以外之人的言論自由，惟過度放縱商標權人以外之人的言論自由，又對商標權人之保障不夠充足。是以，為尋求二者間之衡平，立法者制定商標法對人民之言論自由作出適度之限制，雖限制憲法賦予人民之言論自由權，但在未逾越憲法第 23 條比例原則之前提下，為求交易秩序之公益目的，立法者以法律適度限制該權利仍應屬合憲。

第四節 我國憲法下仿作之定性

仿作有許多態樣，單純複製抄襲、純粹搞笑 KUSO、詼諧仿作、諷作等等，本文之重點將著重於詼諧仿作與諷作在著作權與商標權上之憲法定性。不論是學界或實務，早期之討論均集中於著作權之領域，而後因工業化帶起商業之興盛、交易模式的轉變，以及網路之興起，關於商標權仿作之爭端亦逐漸頻繁，惟在我國學界和實務在詼諧仿作和諷作之討論仍不多見，本章節將配合該法的立法目的及本質，討論不同種類的仿作在不同權利上得主張何種權利。本節第一項將討論「詼諧仿作」在憲法上的定性，第二項將討論「諷作」在憲法上的定性，二者內文均將區分著作權與商標權，再比較兩者之異同；第三項為結論並論述本文見解。

第一項 詼諧仿作在憲法上的定性

誠如第一章介紹，詼諧仿作係大量利用原作的元素，或者利用原作的核心元素，加入詼諧仿作人自身的創意，利用詼諧、幽默的手法，創作出極不和諧的詼諧仿作作品，

嘲諷原作本身，可以預期詼諧仿作人難以取得原作人的授權，而在大量利用他人的作品卻無授權的情形下，詼諧仿作人的行為、作品、法益等是否亦受到憲法之保障？

有學者認為詼諧仿作係「藝術自由」的展現，而在憲法上「藝術自由」亦為人性尊嚴及人格權發展的重要權利，我國憲法並未如同德國基本法一般，德國基本法第五條第三項第一句話即明文規定：「藝術、學術、研究及講學應自由」，有學者認為於我國仍應可透過憲法第 22 條之概括基本權規定導出「藝術自由權」，藉以獲得保障，與其他憲法上未明文規定之人權相同⁹⁵。然而，亦有學者認為，憲法第十一條之言論自由權的「言論」範圍相當廣泛，凡是透過語言、寫作、行動或具有表達或溝通功能的方式，展現或表達個人心中想法，或藉以作為溝通工具達成說服他人之目的，均可能成為言論自由保護之對象⁹⁶。依照後者之見解，著作權與商標權之詼諧仿作均具有表達個人心中之想法或作為溝通工具達成說服他人之目的等特性，此種「藝術自由」即屬言論自由的範疇，受憲法第十一條保障，而毋庸另由憲法第 22 條導出藝術自由權。

上述二說見解均有其論理基礎，本文認為似乎後者學說見解更具有說服力，無庸再另外創設出一權利，憲法第十一條所列出之言論、講學、著作及出版自由，應為例示並非列舉，換言之，言論自由的範圍應不限縮於憲法第十一條明文規定之領域，凡是符合表現自由、表意自由或表達自由保護意旨，均納入保護以求周延⁹⁷，本文從之。詼諧仿作實質上詼諧仿作人是透過詼諧幽默的手法，表達出對原作的感受或嘲諷，是以，詼諧仿作之藝術自由權應屬憲法第十一條之言論自由之範疇而受保障。

綜上所述，詼諧仿作在憲法上涉及原作品人的財產權、人格權、詼諧仿作人的言論自由等基本權。誠如前述，不論是著作權或商標權受憲法第十五條財產權及第二十二條人格權的保障，且著作權法及商標法賦予著作權人或商標權人有專屬排他權，利用人欲使用他人之著作或商標，應取得該權利人之授權，此即法律限制詼諧仿作人的言論自由權，依憲法第十一條之規定，人民均享有言論自由權，詼諧仿作人也不例外。

在權利人與詼諧仿作人之憲法基本權衝突下，應如何取得雙方間之平衡點，即詼諧仿作在憲法上應賦予其如何之定性，實值得深究，以下分別配合著作權法與商標法之立

⁹⁵ 陳新民，中華民國憲法釋論，修正三版，1999 年，頁 254。

⁹⁶ 劉靜怡，「言論自由：第一講-言論自由導論」，月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月，頁 74。

⁹⁷ 劉靜怡，同上註，頁 74。

法目的及性質，分析在不同領域的詛諧仿作是否應等同視之，分述如下：

1. 著作之詛諧仿作：

如前所述，在我國著作權法下，著作權人擁有著作人格權及著作財產權，此等權利係源自憲法之人格權與財產權。而著作之詛諧仿作多半利用他人受著作權保護之著作作品或素材進行創作，因此有很高的機率侵害他人的著作權，著作權人本得基於人格權及財產權等憲法基本權受侵害，依憲法基本權之「保護義務功能」請求國家保護其基本權。

過去基本權之功能僅有防禦權與受益權，而「保護義務功能」係近代大法官開發出之新的基本權功能，在司法院釋字第 400 號中大法官指出，「憲法第十五條財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、人格發展及尊嚴。」，此司法院釋字明顯指出財產權之保障包含免於受第三人之侵害；另外司法院釋字第 445 號中大法官亦提及，「國家為保障人民之集會自由，應……並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」，此司法院釋字指出為達集會遊行安全順利進行之目的，國家有義務保障該集會遊行不受第三人干擾，此無疑是基本權之保護義務功能。理論上，任一基本權只要有遭受第三人侵害之虞，均有保護義務功能的適用，保護義務功能亦無限制國家利用何種手法保護人民之憲法基本權，可能是立法、司法亦或行政，惟該第三人亦得基於其基本權之防禦功能主張其基本權受侵害，此時仍須考量國家採取之保護手段是否過度限制第三人之權利，在保護與限制中取得平衡點⁹⁸。

於著作權的案例中，即著作權人得依其憲法上人格權與財產權之保護義務功能，請求國家禁止詛諧仿作，惟與此同時，國家禁止詛諧仿作亦造成詛諧仿作人之言論自由權(藝術自由)受限制之侵害。對於憲法基本權對第三人效力，學說或實務上仍存有不同見解，有認為基本權主要作用僅為防禦國家之侵害，對第三人應無適用，第三人之侵害應另尋私法途徑解決，與憲法基本權無關；亦有學者主張基本權應可直接適用於第三人，無庸透過法律轉化即可直接在私人關係間產生效力，拘束第三人；另有學者主張基本權之效力可擴及私法領域，惟基本權本質上仍是對抗國家行為之公法上防禦權，是以，基本權須透過法律開放性之規定，將基本權帶入法律條文中⁹⁹。本文認為直接效力說與基

⁹⁸ 許宗力，「基本權利：第二講-基本權的功能」，月旦法學教室，第二期，2002年12月，頁75-76。

⁹⁹ 許宗力，「基本權利-第五講：基本權之第三人效力與國庫理論」，月旦法學教室，第9期，2003年7

本權是公法上防禦權的本質不合，惟實際上第三人帶來的侵害並不亞於國家帶來之侵害，有使基本權效力擴張至私法關係之必要，是以，基本權對第三人之效力採間接效力說為妥。

再者，言論自由保障的範圍會因為不同理論基礎而有保障高低之分，藝術自由作為憲法第 11 條言論自由下的權利，自然亦會因為採取不同之理論基礎而異其保障範圍。言論自由採取之理論基礎主要有三說，一為「健全民主程序說」，此說學者主張言論自由有助於保障民主程序的健全，予以社會大眾更多之資訊，人民取得之資訊越豐富越能做出正確之民主政治決定，並認為當人民在行使其權力時，為了要做比較睿智的選擇，就必須要充分的資訊輔以判斷，惟此說要求僅有助於民主健全之高價值言論，例如涉及與公益有關之公共問題等政治性言論，國家則減少對其言論之限制，但是藝術性言論或表現，同樣需有助於民主程序健全始得獲得同樣之保障¹⁰⁰。然而依此說見解，多數之諷刺仿作均無法有助於健全民主程序，進而不得主張等同之言論自由保障；二為「追求真理說」，亦有稱此說為「言論市場自由說」，此說學者主張言論自由係在幫助人民發現真實，透過言論自由之開放，讓不同的意見互相交流競爭，並從中發現真理¹⁰¹。惟藝術是加入感性元素的作品，並非單純表達觀點事實，依照此說見解，諷刺仿作多半僅係諷刺原作而不帶有追求真理的內涵，因而不得主張完整之言論自由保障；第三說為「表現自我說」，此說學者主張言論自由的價值在保障個人自我發展、實現自我、完成自我，保障個人自主且自由的自我表達，此說學者將個人的存在是為目的本身，並非只是為他人完成某目的之工具，言論自由同其他基本權，係源於個人自主存在尊嚴的肯認，為了保障個人之自主及自尊而設¹⁰²。

上述三說見解均有其論理基礎，學者林子儀認為，憲法最基本的價值係個人存在本身，基於人性尊嚴，個人絕對不會是為完整某目的之手段，又依據第三說「自我表現說」之見解，任何與個人自主的表現或言論均為憲法言論自由欲保障之內容，意即包含了前兩說「健全民主程序」與「追求真實」等言論之保障¹⁰³，本文從之，針對言論自由保障之範圍採「自我表現說」之見解。

月，頁 65-70。

¹⁰⁰ 林子儀，「言論自由之論理基礎」，言論自由與新聞自由，元照出版有限公司，1999 年 9 月，頁 24-34。

¹⁰¹ 同上註，頁 16。

¹⁰² 同上註，頁 34-46。

¹⁰³ 同上註，頁 47-56。

綜上所述，本文認為，著作之詼諧仿作在憲法上的定性係受憲法第十一條言論自由之保障。而在著作之詼諧仿作爭議中，涉及著作權人之「人格權、財產權」，與詼諧仿作人之言論自由權兩相抗衡。立法者在兩者之基本權間權衡後，於著作權法中訂有第 10 條之一觀念與表達二分，著作權法僅保護表達、第 17 條之禁止不當變更權、第 65 條之合理使用等規定限制著作權人之著作權，此等規定均屬開放性之概念，得依基本權對第三人的間接效力，進而透過解釋將憲法基本權帶入其中，再於言論自由之保障範圍採「自我表現說」，進而保障詼諧仿作人之言論自由權。

從著作權法第 1 條可以得知，著作權法之立法目的與理由除了保障著作權人之權益外，更是在調和社會公益、促進國家文化發展，我國著作權法先賦予著作權人著作權保障其私益，再利用合理使用等規定來調和社會得以利用著作之公共利益。由此可以看出，我國著作權法應是透過調和著作權人權益與社會公共利益，以達促進國家文化發展之最終目的。由於每個案件中之基本權價值孰輕孰重不可等同而語且難以預料，故立法採開放性之概念，賦予法院於個案中衡量二者價值之權，以求個案公平正義。

2. 商標之詼諧仿作：

商標之詼諧仿作係指他人使用商標時並未作為商標使用，且無意混淆消費大眾或竊他人商標之信譽¹⁰⁴。如同前述著作之詼諧仿作，商標之詼諧仿作亦屬於表達言論之一種，受憲法之言論自由權保障。商標之詼諧仿作與著作之詼諧仿作最大之不同點在於，著作之詼諧仿作係著作權人之著作權與詼諧仿作人之言論自由權兩相抗衡；而商標之詼諧仿作係商標權人之商標權、詼諧仿作人之言論自由權，與社會大眾混淆誤認之公益目的三者處於三面關係，欲找到商標權與商標詼諧仿作間之平衡點較著作之詼諧仿作更加複雜一些。

依照我國商標法第 68 條之規定：「未經商標權人同意，為行銷目的而有下列情形之一，為侵害商標權：一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。」，依條文文義解釋可以得出，本條係以「行銷為目的」之行為做為構成侵害商

¹⁰⁴ 楚曉雯，「淺論商標之嘲諷性使用」，萬國法律，第 177 期，2011 年 6 月，頁 76。

標權之前提，目前我國實務多採商標權之侵害以「商業使用」為前提要件之見解¹⁰⁵。

商標之詼諧仿作通常有兩種用途，一為純粹發表意見，純諷刺他人之商標未與商品或服務作結合；二為利用諷刺他人之商標與自己之商品或服務結合。前者純粹發表意見，並未有商業上使用，故自應受到憲法第十一條之言論自由保障；惟後者係利用諷刺他人之商標與自己之商品或服務結合，實際上有利用他人在市場上之識別度之嫌，俗稱搭便車之行為，且有商業性之使用，故有極高之可能造成商標權之侵害。

美國之言論自由發展較我國早且較完整周全，其對言論自由之保障堪屬世界第一，而我國現今司法實務上關於詼諧仿作之爭議並不多見，多半均在進入司法程序前即以和解收場，又學界對詼諧仿作之討論亦多比較美國法，是以，於此借鏡美國關於商標之詼諧仿作的判斷標準與案例來作討論。美國聯邦商標淡化修正法案即明文將著名商標之詼諧仿作列為合理使用之免責事由之一¹⁰⁶，詼諧仿作人若針對著名商標為之，則可以主張免責，乃因著名商標具有眾所週知的特性，即便對之為詼諧仿作亦不會造成社會大眾混淆誤認，是以權衡之下認為於此情形之下，言論自由係更值得保護。再以 2001 年「食物鏈芭比」的案例中，法院認為被告 Forsythe 之作品，以芭比娃娃為詼諧仿作之對象，其作品並無減損商標或造成商標淡化之虞，故認為其行為為合理使用，且法院在判決中指出「將使用芭比娃娃作為評論之藝術創作全權交由原告芭比娃娃製造公司 Mattle 控制，不符合公共利益。」¹⁰⁷，由此段話可以推知法院認為利用他人商標評論之藝術創作應受憲法言論自由之保障，商標權人之商標權應予以適當之限制。

於我國現行商標法之下，商標權人多半透過上述商標法第 68 條商標侵權或第 70 條著名商標侵權之規定，向法院提起告訴並禁止詼諧仿作人之行為。而在現行法下並未明文規定任何有關商標之詼諧仿作的合理使用免責條款，商標法第七十條第一款之規定係效仿美國聯邦商標淡化修正法而定之條款，惟立法者並未同時訂出詼諧仿作之免責條款，是以，在第七十條第一款之規定下，著名商標之詼諧仿作幾乎可以說是不可能存在，於此法院及應透過憲法言論自由權來調和。

綜上所述，商標權之憲法基礎係人格權與財產權共同組成的權利；而商標之詼諧仿

¹⁰⁵ 智慧財產法院 102 年度民商上第 3 號民事判決、智慧財產法院 102 年度刑智上易第 15 號刑事判決。

¹⁰⁶ 楚曉雯，同註 104，頁 76。

¹⁰⁷ 吳介祥，〈藝術商標諧擬之智財問題研究〉，藝術評論，第 20 期，2000 年，頁 227，<http://academic.tnua.edu.tw/publish/books/e20/20-8.pdf> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

作屬於言論與表達意見的範疇，應受憲法上言論自由之保障。是以，兩者均具有基本權之基礎，如若過度保障商標權，賦予商標權絕對權之定性，即可能造成個人或公眾意見表達自由之權利¹⁰⁸；反之，過度擴張詼諧仿作人之言論自由權，亦會侵害商標權人的權利，同時亦可能減損促進工商業發展此一立法目的。

本文認為，依我國現行商標法之規定，實有過度限制商標之詼諧仿作人憲法上言論自由權之虞，而有違憲之可能。本文建議應借鏡美國聯邦商標淡化修正法中之詼諧仿作免責條款，修法加入詼諧仿作之免責條款，明文規定詼諧仿作之免責條款，建立一套如著作權合理使用之規定，賦予法官個案裁量之空間，不但不妨礙交易秩序，亦利我國社會文化之發展，並且得以追求個案正義。

3. 二者應否等同視之？

著作權與商標權兩者雖均屬於智慧財產權，惟二者之本質與立法目的實則迥異，著作權的立法目的是促進學術文化發展，而商標權之立法目的係維持交易秩序。二者之立法目的雖均屬公益目的，但其等實質內涵卻不盡相同，著作權之保障係著重著作人創意表達之保護，即便有極度相似的兩著作，但只要能證明均係獨立創作而成，則均受著作權保護，因此著作權法係重視著作人之原創性；而商標則不要求原創性，商標的功能是指示商品或服務的來源，可以使用已存在的名詞作為其商標，例如櫻花牌熱水器、蘋果手機、白馬磁磚等，均係利用已存在之名詞作為商標使用，只要符合商標法之規定即可登記作為其商標使用，全然不追求原創性，惟在商標法下不容許相同或相似的商標使用於相同或相似之產品或服務上。

著作之詼諧仿作與商標之詼諧仿作雖均係透過幽默諷刺的手法，對原作進行嘲諷，然實際上造成之侵害並不相同。著作之詼諧仿作係侵害著作權人之著作人格權與財產權，如若不賦予著作權人適當之保障，勢必會減損著作權人創作或公開其作品之意願，進而無法達成著作權法「促進學術文化發展」之立法目的；而商標之詼諧仿作除侵害商標權人之商標權外，同時亦有造成社會大眾混淆誤認之可能，進而影響人民之經濟決定，無法達成商標法之「維持交易秩序」之立法目的。

在詼諧仿作的審查上，必然需要配合原作之權利性質與該法之立法目的，來權衡該

¹⁰⁸ 楚曉雯，同註 104，頁 76。

詼諧仿作的價值、定性與存在的合理性。著作權法中有合理使用之規定供著作之詼諧仿作人主張免責事由，以保障詼諧仿作人之言論自由權；然而在商標法中尚無如同著作權法中，商標之詼諧仿作得以主張合理使用之規定。

著作之詼諧仿作的發展較商標之詼諧仿作早，且亦較完整，故司法實務上或者學說見解在面對商標之詼諧仿作議題時，多會借鏡著作之詼諧仿作的相關規定或判斷標準。惟本文認為，商標之詼諧仿作影響人民日常生活之決定，其帶來之影響較著作之詼諧仿作廣泛，審查標準應不同於著作之詼諧仿作，針對商標之詼諧仿作實應予較嚴苛之審查。誠如前述，我國目前對於商標之詼諧仿作並未有任何免責之規定，實有過度限制商標詼諧仿作人之言論自由權之嫌，憲法上之言論自由權為一普世價值，世界多數國家均認可言論自由係人民憲法上之基本權，為促進國家文化民主發展的重要權利。然而在面對商標之詼諧仿作時，雖本文認為應予以較嚴格之審查，但並不代表得剝奪其存在之空間，不可否認商標之詼諧仿作仍有助於社會文化、工商業之發展，是以，商標之詼諧仿作應予較著作之詼諧仿作嚴格之審查，但仍不得完全剝奪商標詼諧仿作人之言論自由權。

第二項 詼諧仿作 v. 諷作

如第一章所介紹，諷作係諷作人大量利用他人之作品，或者利用他人作品之核心部分，加入諷作人自身的創意，諷刺原作以外的人事物，與詼諧仿作最大的不同在於諷刺的對象為何，然而，單就此差異即應探討是否應賦予諷作與詼諧仿作相同之保障？因諷作係在諷刺原作以外之人事物，而不如詼諧仿作一般被預期難以取得原權利人之授權，是以，在諷作未經原權利人授權之情況下利用原作，其行為、作品、法益是否仍得主張受到憲法之保障？

諷作在我國的著名案例例如網友 Shoda 製造之「無間道 CD-PRO2」，將電影中之畫面、對白等進行剪貼、配上無厘頭之配音，這類諷作實則具有相當多創意，雖不免有詆毀或諷刺原作之意思，但多半僅係利用原作來表達一些時事或抒發個人情緒等，有些甚至對原作之銷售或知名度有正面之幫助，這樣的利用行為，實對社會文化發展有一定之貢獻¹⁰⁹。

¹⁰⁹ 經濟部智慧財產局-著作權(四)網路篇 11-18，
<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=219599&ctNode=7561&mp=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

諷作類型的案件在美國也有著名的判決，以 *Blanch v. Koons* 案¹¹⁰為例，在本案中法院認為被告 Koons 的二次創作非針對原作為諷刺、評論，但其轉化性夠高，且合理使用第三要素使用之質與量，在諷作的案件中放寬至「是否足以引起聯想該風格之社會現象」，法院最終為有利 Koons 的判決。本案之爭議係著作權之保護與言論自由之權衡，著作權之保護並非提供一著作免於受評論或批評之庇護，若利用他人之著作係為評論或批評，即便係商業性之使用，只要具備高度轉化性，仍屬合理使用之範疇，無庸原作之著作權人授權。由此可以得知，上述美國判決將諷作視為言論之一種，亦屬言論自由之保障範疇。

諷作如同詼諧仿作，均係利用詼諧幽默的手法諷刺某標的之表達手法，如上關於言論自由權之論述，諷作應亦屬於憲法言論自由權之「言論」表達，故亦受憲法言論自由權保障。惟諷作針對之對象並非原作，係得不透過任何原作而達到諷刺某標的之目的，故其實質上無庸依靠於某一著作上，不如詼諧仿作一般需要透過利用原作來達到使大眾得以建立聯想，因此諷作在審酌合理使用原作的門檻自然會較詼諧仿作嚴謹。

惟我國目前不論著作權法或商標法均並未針對諷作有合理使用之明文規範，雖我國著作權法第 52 條有規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」，然本條係規定「引用」得成立合理使用，而非所有利用之方式。除此之外，我國並無條其他有關諷作得主張合理使用的免責條文。

本文認為，雖諷作與詼諧諷作同受憲法言論自由之保障，在審查諷作是否成立合理使用的要件時，兩者有相似之處，均係利用他人之原作，故得以參酌審查標準發展較為完善之詼諧仿作審查要件，惟因兩者之本質上仍有差異，原作之於詼諧仿作而言，係為其諷刺之標的物，有利用之必要，且難以取得原作授權係人之常情；惟原作之於諷作而言，原作僅是一載體，並非完成諷作諷刺目的之必要利用，故諷作之審查仍不得依照詼諧仿作合理使用之審查標準照單全收，應以較詼諧仿作成立合理使用更嚴格之標準審查是否得成立合理使用，以取得著作權或商標權等私權及其立法目的與諷作之憲法言論自由權間之平衡點。

¹¹⁰ *Blanch*, 467 F.3d. 本案將於後續第四章節詳細分析。

第四章 詼諧仿作於美國法之判決標準演化

在現代世界中，美國在智慧財產權法的領域中具有領頭羊之地位，且由於早期臺灣在立法創設智慧財產權相關法規時，即受美國之貿易經濟制裁等手段壓迫，故我國之著作權法與商標法受美國法之影響深遠，在立法之初，並未以我國之社會及文化發展需要為出發點，也因此有學者戲稱，臺灣之著作權法稱為美國之子法亦不為過¹¹¹。本章第一節會先討論美國在著作權法上針對「詼諧仿作」的判斷標準與接受程度，因為「詼諧仿作」在法律上的發展係著作權法之領域優先於商標法之領域，且著作權法針對詼諧仿作的判斷標準對商標法在詼諧仿作之審查上亦具有重要之影響；第二節則會討論商標法上針對「詼諧仿作」的判斷標準與接受程度，在美國法上商標法針對詼諧仿作的判斷標準與接受程度，係受著作權法之影響，且尚未如同著作權法上一般完整，故不同之法院間仍有不同見解，值得深究。

第一節 著作權之詼諧仿作判決標準演化

於美國著作權法上並無條文明文規定著作之詼諧仿作免責條款，美國司法實務上均透過著作權法中之「合理使用」規定來處理著作之詼諧仿作之法律爭議。詼諧仿作在著作權法的領域中所涉及之主要爭議點為「該詼諧仿作得否主張合理使用？」，誠如前述，著作權法雖賦予著作權人相當之權利以保障其著作權，惟著作權法之立法目的係促進社會文化發展，為達此一公益目的勢必適度限縮著作權人之著作權，而「合理使用」原則即為公私益間之調和¹¹²。針對「合理使用」的解釋，美國學者 Horace G. Ball 認為合理使用係指第三人在未經著作權人同意之情況下，可以以合理之方式利用著作權人具獨占權之著作，此種概念亦時常於美國著作權相關判決中引用¹¹³。意即，合理使用係社會大眾在未取得著作權人之同意下，便得在合理之範圍內利用該著作。

¹¹¹ 希瓦·維迪亞那桑(Siva Vaidhyanathan)(著)，陳宜君(譯)，著作權保護了誰？，商周出版，2003年，賀德芬推薦序。

¹¹² 謝銘洋，智慧財產權入門，2011年9月，頁251。

¹¹³ Horace G. ,The Law of Copyright and Literary Property at 260 (1944).，轉引自黃怡騰，著作之合理使用案例介紹，經濟部智慧財產局，2001年，頁6-8。

第一項 *Folsom v. Marsh*-「合理使用」概念之首現

1841 年的 *Folsom v. Marsh* 案¹¹⁴是在美國第一個關於著作權上合理使用的判決，在本案判決的開頭 Joseph Story 法官即表示：「This is one of those intricate and embarrassing questions, arising in the administration of civil justice, in which it is not, from the peculiar nature and character of the controversy, easy to arrive at any satisfactory conclusion, or to lay down any general principles applicable to all cases.¹¹⁵」，他認為「合理使用」這個原則本身具有不確定性的特質，合理使用很難建立一個統一、明確的判斷標準適用於每個情況。

本案之案例事實為原告將美國總統華盛頓的公私書信彙整，於書中清楚附記引註，並加註自己的文字及插畫等而編輯成約七千頁之著作；被告於自己之著作「華盛頓傳記」中利用了原告書之內容，在被告八百六十六頁的內容中有三百五十三頁與原告書之內容幾近相同(利用原告著作之比例約為 4.5%)，且被告的利用並非為評論而是單純複製利用。而本案法官 Joseph Story 認為被告雖然利用原告書中內容之篇幅比例不高，但卻是在原告之著作前未曾公開之總統華盛頓之書信內容，實為該書之核心，最具有價值的部分，因而認為被告的作品並非被告的智慧結晶，而係抄襲而來的，因此被告之行為不能主張係合理使用¹¹⁶。

另外本案除了是美國法上「合理使用」概念的首現外，同時 Joseph Story 法官亦在本案判決中建立了「合理使用」原則的雛形，其將過去英國法院中有關「合理使用」的規則彙整並運用於本案例中，即著名的合理使用三要素：(1) 使用作品之性質與目的。此要素係強調利用他人作品之目的係增進社會文化發展，有助公益發展，且並非單純之抄襲仍要注入自己的智慧創意；(2) 引用作品之數量及價值。大量引用或利用精華之部分，自然不能視為合理之使用；(3) 引用對原作市場地位、價值的影響程度。¹¹⁷因為原作與後續之新作均係針對同一素材為創作，極可能處於同一市場，新作可能對原作的市場銷售產生影響甚至取代之，故仍須考量使用後造成的經濟影響。「合理使用」原則在 Joseph

¹¹⁴ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D.Mass. 1841).

¹¹⁵ *Id.* at 344.

¹¹⁶ *Id.* at 345.

¹¹⁷ *Id.* at 348. “In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of these lectures made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.”

Story 法官推動之下，對後續之著作權法影響重大¹¹⁸。

本案可謂為建立起美國著作權法第 107 條「合理使用」原則之雛形，而在本案之後續美國司法實務上，法院碰觸到著作之詛諧仿作相關法律爭議時，Joseph Story 法官於本案中關於「合理使用」原則之見解一再被援引。

第二項 合理使用原則法典化

自 1841 年 *Folsom* 案 Joseph Story 法官在判決中建立合理使用三要素後，該判斷基準為後續法院遇到合理使用相關案件時一再被引用作為判斷標準，直至 1976 年美國才將司法機關長久引用的合理使用原則立法納入著作權法第 107 條中，於 1978 年正式生效。

第 107 條 - 排他權之限制：合理使用¹¹⁹

不論第 106 條及第 106A 條如何規定，有著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或影音著作或該條所定之其他使用方法，為批評、評論、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術、或研究之目的者，非屬著作權之

¹¹⁸ 陳俊宏、呂豐足，網路著作權的合理使用原則概觀，中央警察大學資訊、科技與社會學報，2003 年第一卷，頁 108-109。

¹¹⁹美國著作權法第 107 條 (17U.S.Code §107)原文如下：

§107-Limitations on exclusive rights : Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching(including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. Indetermining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1)the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2)the nature of the copyrighted work;

(3)the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4)the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

美國智慧財產局官方網站，<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107> (最後瀏覽日:2018/06/20)；

中文翻譯轉自經濟部智慧財產局 - 美國著作權法 <https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=332837&ctNode=7015&mp=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

侵害。於特定個案決定著作之使用是否為合理使用，其考量之因素應包括—

- (1) 使用之目的及性質，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的。
- (2) 該有著作權著作之性質。
- (3) 就設有著作權著作之全體衡量，被使用部份之質與量。
- (4) 其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

於考量前開因素時，如著作尚未公開發表者，並不當然排除合理使用之認定。

「合理使用」原則上傳統上是適用在「第二個作者未經過第一個作者的同意下，於其本身之著作中，使用了第一個作者的著作」的情況。意即，第二個作者合理地在未經第一個作者的同意授權下私自使用第一個作者的著作，而其使用在實質上並未侵害第一個作者著作現在或未來的經濟價值，反之，某方面更促進公共福祉，即為合理使用，不構成著作權之侵害¹²⁰。

惟 1976 年著作權法中立法明文規定「合理使用」原則後，在個案中如何操作合理使用原則仍有不同意見，因為條文並未明確規範出四項判斷基準的適用順序，且由文義解釋觀之，應是四項要素均須一一審酌並具備缺一不可。1980 年代在美國紐約南區聯邦地方法院的法官 Pierre N. Leval 認為第 107 條之條文用語不夠明確，無法明確判定何為「被利用著作的種類」或「利用之目的與性質」，關於利用部分的質與量，或利用行為對著作權著作的潛在市場之影響等，法條亦無陳明「可接受」與「過度」的界線，使得各法院仍須在習慣法的領域中假設合理使用原則的定義，但此種假設係不正確的，因為法官彼此間對於合理使用並無一個統一的概念，而是根據各自對合理使用的闡釋，對於合理使用與否之判斷，多半係考量著作之「私有財產」的性質，而非針對著作權¹²¹。

¹²⁰ Latman, Gorman&Ginsburg, 1989, 轉引自陳俊宏、呂豐足，網路著作權的合理使用原則概觀，中央警察大學資訊、科技與社會學報，2003 年第一卷，頁 109。

¹²¹ 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

而在美國法院實務上關於合理使用的判斷，也因為立法明文後而有一段過於僵化適用著作權法第 107 條及過往判決的時期，法院在操作合理使用時，並未依照「合理使用」的特性，各要素一一審酌，無熟輕孰重，應綜合一切情形權衡後進而判斷，個案認定，而非僅係機械化的操作條文內容及過往判決見解。

第三項 Campbell 案前-法院機械化操作合理使用、重視商業使用

在 1976 年著作權法第 107 條中明文規定合理使用後，由於各法院法官對於條文合理使用之解釋不盡相同，而 1994 年 *Campbell* 案中最高法院發表見解前，在這段時期法院多未參酌利用行為為諷諧仿作等之特性，機械化操作合理使用之規定，且法院亦非均衡審酌合理使用之四要素，而係將該條文解釋為第一要素即最重要之要素，重視該利用行為為商業性之使用與否，以下案例分別述之：

一、*Mac, Inc. v. Wilson* (1981)¹²²

本案之事實背景係被告於 1974 年 1 月至 1976 年 7 月間，改寫原告之歌曲「Boogie Woogie Bugle Boy of Company B」，被告不變動原告歌曲之旋律，惟將歌詞改寫成「Cunnilingus Champion of Company C」，並於劇院中演出。原告認為被告的行為侵害其對該歌曲之著作權，進而提起侵權訴訟¹²³。

在本案中法院並未就合理使用之各要素條列式討論，而係就重點要素為判斷，法院認為被告之行為並非諷刺原告之著作故不成立諷諧仿作，亦不成立合理使用。法院最終判決被告敗訴，主要原因有三：(1)法院認為使用目的上縱使為商業上之使用，只是較難成立合理使用，但仍有成立合理使用之可能¹²⁴；(2)在未經過著作權人同意，且利用相當多原作之情形下，常理難被認為利用行為是合理的¹²⁵；(3)最關鍵之原因，法院認為原作與諷諧仿作二者係於同一市場，兩者均有出專輯，亦在舞台上演唱，係處於競爭關係，而被告之行為實質上已侵害原著作之市場經濟利益¹²⁶，綜上理由，法院認為被告之行為不構成合理使用，因此判決被告敗訴。

年 8 月，頁 174。

¹²² *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981).

¹²³ *Id.* at 182.

¹²⁴ *Id.* at 185.

¹²⁵ *Id.* at 183.

¹²⁶ *Id.* at 185.

本案之事實背景與 1994 年之 *Campbell* 案相似，均為被告改作他人的歌曲。惟本案與 *Campbell* 案之判決結果截然不同，本案與 *Campbell* 案的時間點上相差十餘年，經過十餘年的時間，兩個判決呈現出了不同的觀點與見解，法院在 *Campbell* 案中建立起「轉化性(Transformative)」與「聯想測試法則(Conjure up)」，將在後續第四項 *Campbell* 案中詳述。

二、*Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.* (1984)¹²⁷

本案係 *Folsom v. Marsh* 案後，對美國著作權之合理使用判斷影響重大之判決之一，本案原告是環球影業公司(Universal Studios, Inc.)與迪士尼公司(Walt Disney Company)，原告等將其擁有著作權之節目以公開放映、有線或無線頻道上限制播放、出售配銷權與地方電視台等方式在電視台公共頻道上播放；被告則為索尼公司(Sony Corporation)，索尼公司製造一款名為「Betamax」的錄影機，此機器具有定時錄影、多頻道選錄以及重複使用錄影帶等之功能，而其最具特色之功能則為「時段挪移(time-shifting)」，此功能係將某電視節目錄製完成後，人們得在日後擇一時間另行觀看一次，觀閉後隨即刪除。這台錄影機已於市面上銷售出百萬台，原、被告兩造均針對購買此錄影機之消費者，於消費後之觀影消費方式、使用習慣等進行調查，結果雖不盡相同，惟均有「時段挪移」之功能改變消費者之消費習慣之結果¹²⁸。此處之爭點即在於，未經著作權人之同意或授權而從事此等錄製行為是否構成侵害著作權之行為？

本案歷經三審，第一審係加州地方法院，本案法院駁回了原告之所有主張，認為家庭用之錄影機並非商業性使用，且在共頻道上播出本為免費，又此機器亦有助於大眾增加收視，進而達成美國憲法第一修正案之透過公共頻道打資訊流通目的，原告亦未因此減損其市場佔有，故具備合理使用之要件¹²⁹；惟第二審第九巡迴上訴法院於著作權合理使用之部分駁回地方法院之判決，認為被告索尼公司應該為共同侵權行為負責¹³⁰；然而第三審最高法院則採取與第一審地方法院相近之見解，認為雖表面上被告出售之機器係重製侵害原著作權，惟仍得討論被告之行為是否成立合理使用，同地院之見解認為非商

¹²⁷ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)

¹²⁸ *Id.* at 417-418.

¹²⁹ *Id.* at 418.

¹³⁰ *Id.* at 416.

業性使用即得成立合理使用，不構成侵權行為¹³¹。

本案對後續著作權之合理使用影響深遠之部分在於，最高法院將重點擺在非商業化、時間移轉性的重置行為上，明白表示出只要有商業性使用，即應推定為不構成合理使用¹³²，造成日後許多法院在處理著作權合理使用之判斷時，僵化合理使用之判斷標準，以商業性為主要判準，若有商業性之使用，則不再檢視著作權法第 107 條之他項要素，逕下不構成合理使用之結論。

第四項 **Campbell v. Acuff-Rose** 將諷諧仿作特性融入至合理使用判斷中

前述判決均著眼於「合理使用」這個點上做判斷，在 *Campbell v. Acuff-Rose* 案¹³³中法院則開始重視諷諧仿作的特性，在合理使用的判斷中，加入諷諧仿作的特性，衍生出一套為諷諧仿作量身定做的合理使用判斷標準，在 1994 年的 *Campbell* 案中，美國法院針對合理使用的判斷標準有了重大轉折，可以說是美國著作權法上關於合理使用判斷標準之新的里程碑，為後續法院在面對諷諧仿作爭議時，合理使用之審查判斷上多為引用。

本案的事實背景為 1964 年 Roy Orbison & William Dees 做了一首歌曲名為「Oh pretty woman」，其將著作財產權交給 Acuff-Rose Inc.(以下稱為 Acuff-Rose)並由其錄製，Acuff-Rose 並完成著作權登記，經該歌曲註冊其著作權。1989 年樂團 2 Liver Crew 的成員 Luther R. Campbell 寫了一首名為「Pretty woman」的歌曲諷刺原作「Oh pretty woman」。1989 年 6 月 5 日 2 Liver Crew 的經紀人寫信通知 Acuff-Rose，2 Liver Crew 寫了一首針對「Oh pretty woman」諷諧仿作之歌曲，表示他們願意將此創作歸功於原著作權人，並支付一筆費用給予原著作權人。然而 Acuff-Rose 拒絕授權 2 Liver Crew 製作有關於原作「Oh pretty woman」的諷諧仿作。2 Liver Crew 仍於 1989 年六七月份釋出此首歌曲，一年後此唱片賣了近二十五萬張。而 Acuff-Rose 對 2 Liver Crew 及該歌曲之錄製公司，提起著作權侵權訴訟¹³⁴。

¹³¹ 美國著作權合理使用之重要判例研究，梗筠、劉江彬，智慧財產權第 44 期，2002 年 8 月，頁 63-64，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/92170cd7-90d6-43f7-aa19-e89239b3d751.pdf>（最後瀏覽日：2018/06/20）。

¹³² *Sony*, 464 U.S., at 449.

¹³³ *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569. (1994).

¹³⁴ *Id.* at 571-573.

本案歷經三審，第一審美國地方法院作出有利被告之判決，認定被告之作品雖為商業之用，但不足以構成侵權行為，又被告之作品取用於原作之數量，僅使用了足以達到聯想原作之數量，並未取用過多之原作，且被告之作品應認為極無可能對原作造成市場上之取代效果，故被告之作品應為諷諧仿作，構成合理使用¹³⁵；而第二審第六巡迴上訴法院推翻一審見解，判定原告勝訴，認為雖然被告之作品為諷諧仿作，但被告之作品為商業用，是否為商業用作為合理使用之第一個要素，故應最為重要，又被告之諷諧仿作使用過多原告原作之核心，進而牴觸第三個要素，另外，被告的作品亦有造成原告潛在市場的侵害，被告的諷諧仿作不構成合理使用¹³⁶。

第三審美國最高法院則又推翻第二審之見解，作出有利被告之判決，認為被告之作品為針對原告作品之諷諧仿作，且認為具有轉化性，綜合考量各項要素，認定被告之作品構成合理使用。本案之核心爭點在於著作的諷諧仿作在合理使用的判斷，依據美國1976年的著作權法第107條四項要素的衡量標準為何？整理本案第三審判決，可以得出以下重點：

一、著作權法第107條之四項要素應綜合考量：

法院認為關於是否為合理使用之判斷並無一定行之標準，而須依據法條作為個案判斷，任一要素均不應被分離判斷，而應依據著作權法之宗旨一併予以分析，再將四要素分析結果綜合考量¹³⁷。

二、第一要素-使用之目的與性質：加入「轉化性(Transformative)」

此要素即判斷利用原作之作品是否為商業性使用，抑或為教育使用等，過往法院在「合理使用」的判斷上，多認為利用之行為如若為商業性質，則成立合理使用之空間較小；反之，若係非商業性質之利用行為，則成立合理使用之空間較大。惟在 *Campbell* 案中法院認為不能單單從利用行為的性質逕為判斷，此要素主要是在判斷利用者的行為是否存有正當性，意即該利用行為是否符合著作權法為公眾啟蒙而鼓勵創作之目的？而 *Leval* 法官認為是否具有正當性即在思考該利用行為「是否經過轉化，且轉化至何種程

¹³⁵ *Id.* at 573.

¹³⁶ *Id.* at 573-574.

¹³⁷ *Id.* at 578. 轉引自胡心蘭，「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，頁174。

度？」，而本案法院即在此要素中加入了「轉化性(Transformative)」的判斷，直接引用了 Leval 法官所為之「轉化」，並修正自 Sony 案以來，各級法院以「商業性質」作為合理使用第一事實要素為唯一標準的誤解¹³⁸，來判斷諷諧仿作是否有表達出新的意義或訊息等。

法院表示「轉化性」係在審查「該著作是否僅為取代其所利用之原著作，或為進一步之目的或不同之特色而添加了新的東西，以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作。意即，該新著作是否經轉化，且轉化至何種程度。」惟雖然轉化要素並非成立合理使用之當然要件，但若具有「轉化性」，轉化程度越高，則可以減輕商業性等其他要素的考量，越容易成立合理使用¹³⁹。

著作權之立法目的通常能由二次著作中更展現出來，在本案中被告的諷諧仿作明顯是為了嘲諷原告的原作，又雖然轉化性並非必須在主張合理使用之作品中找到，惟在合理使用中，轉化性越高則其他要素即相對不重要，是以，商業性判斷是要素之一，但並非決定性之要素。

三、第二要素-原作之性質

此要素係在檢視被利用之著作的性質，原著作若為高識別性的著作，例如科幻小說，則二次著作較難成立合理使用；反之，如若係低識別性之著作，例如彙整之唐詩集，因原創性低，則二次著作較易成立合理使用。本案原著作為原創之音樂著作，應屬於高識別性的著作，原則上其之二次著作應較難成立合理使用，惟基於諷諧仿作之特性即模仿眾所週知的著作，於諷諧仿作的判斷中，第二要素對於成立合理使用之影響性微乎其微，故原作之性質於本案係屬無關勝負之要素。¹⁴⁰

四、第三要素-使用原作的質與量：「聯想測試法(Conjure up)」

第三要素應綜合考量使用原作之質與量，並非質與量分別審查，而係考量使用原作之理由是否合理、具有說服力等，且法院表示，當諷諧仿作之目標特定於某一著作上，則其所使用原作的量必須達到足以使他人聯想(Conjure up)原作，始能達到嘲諷之目的，

¹³⁸ 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，頁 175。

¹³⁹ *Campbell*, 510 U.S., at 579. 轉引自胡心蘭，同前註，頁 175-176。

¹⁴⁰ *Campbell*, 510 U.S., at 586.

此即「聯想測試法」¹⁴¹。

本案例中被告複製原告著作中第一句歌詞以及音樂，但複製具有識別性之部分是詼諧仿作的必要特性，且使用的量並不因原作的核心被利用即認定使用過量，又被告於其著作中亦立即在下一句歌詞展現新的創作，讓人清楚明白二者為不同作品，是以，在本案例中被告並無過度使用原作之情形¹⁴²。

五、第四要素-對原作及原作潛在市場之影響

本要素係衡量若不限制二次作品，是否會造成原作的市場產生不利之影響，於此所指之市場，應包含原作的市場及原作的衍生作品之潛在市場¹⁴³。並且須區別詼諧仿作與抄襲之傷害，詼諧仿作通常與原作的市場不同，且詼諧仿作之目的係為了嘲諷原作，故通常均會對原作帶來傷害，惟為達著作權法之立法目的，在屬於合理之範圍內仍應予以許可¹⁴⁴。

六、其他

最高法院指出，縱然被認定為詼諧仿作，其並非必然成立合理使用，仍須綜合審查四項要素判斷之。惟在審酌時應一併將詼諧仿作具有之特性，即為嘲諷原作、不能只是利用原作的知名度獲得利益、需要模仿原作藉以達成目的等加入合理使用之判斷中。是以，詼諧仿作必須存在對原作的嘲諷，惟嘲諷的品質高級或低俗均非法院判斷之權責，法院不應對該詼諧仿作之社會價值作出評價，此外，詼諧仿作的優劣與品質好壞並不影響成立合理使用與否¹⁴⁵。

另外，本案例之被告主張二審認為本案適用商業性即不合理使用之假說是錯誤的，於第三審中亦明確指出，二審引用 Sony 案中的商業性之使用標準係錯誤的，兩件事實背景不同，有過於速斷之誤。如若將商業性判斷作為成立合理使用與否之唯一判斷標準，則將壓縮成立合理使用之可能，應賦予第二次使用具有轉化性之作品不應輕易被推斷具

¹⁴¹ *Id.* at 588.

¹⁴² *Id.* at 588-589.

¹⁴³ *Id.* at 590.

¹⁴⁴ *Id.* at 591.

¹⁴⁵ *Id.* at 582-583.

有市場侵害，始能達成著作權法之立法目的¹⁴⁶。

Campbell 案對後續司法實務之影響深遠，在本案中法院意識到著作之詼諧仿作有其特性，因此為著作之詼諧仿作量身定做了一套屬於詼諧仿作的「合理使用」判斷標準，使著作之詼諧仿作人在主張合理使用抗辯時，法院得有一套符合著作詼諧仿作的特性之合理使用判斷標準。自「轉化性」的提出後，後續多數法院在著作之詼諧仿作的合理裡用判斷上，均會依循本案之判斷標準，將「轉化性」作為著作權法第 107 條合理使用第一要素的主要依據，且在實際採用轉化性考量的案件中，其所產生的影響力不僅體現於第一要素中，更左右了整個合理使用原則成立與否之結果，換言之，雖然轉化之要素並非成立合理使用之當然要件，但他卻足以促成合理使用之認定¹⁴⁷。

第五項 *Art Rogers v. Jeff Koons (1992)*與 *Blanch v. Jeff Koons (2006)*

這兩個案件都是現代挪用藝術家 Jeff Koons 為被告的案件，挪用藝術顧名思義就是從別人的著作中挪曲利用，再加上自身創意，創作出令人感到反轉的全新藝術作品。為此種藝術手法為引起與原作之聯想，多會利用原作的核心部分，因此經常引起原著作權人提出侵權告訴。而這兩個案件雖然均非審查詼諧仿作之合理使用，但這兩個案件係分別發生在 *Campbell* 案前後，可以藉由這兩個判決對比，法院縱使在面對非詼諧仿作的著作仿作，亦會引用在 *Campbell* 案最高法院之見解，可以觀察出 *Campbell* 案對後續法院面對合理使用判斷態度的影響力。

一、*Rogers v. Koons. (1992)* ¹⁴⁸

本案事實背景係原告 Rogers 拍攝了一張一對美國夫婦坐在長椅上手中抱著八隻小狗的照片，並調成黑白色調。被告 Koons 則在觀光景點購買到以原告之照片為封面之明信片，被告將原告之黑白攝影著作改作成立體之雕像並做更改，其將小狗漆成藍色、整體漆上鮮豔的顏色、小狗之鼻孔以燈泡取代、在婦人耳朵上加上鮮花等。雖然經過被告更改，但原則上還是跟原攝影著作差異不大，仍可看出係以該照片為基礎。被告在完成改作後在其名為「*Banality Show*」之售票展覽中展示而後出售¹⁴⁹。

¹⁴⁶ *Id.* at 583-584.

¹⁴⁷ 胡心蘭，同註 138，頁 177。

¹⁴⁸ *Art Rogers v. Koons.*, 960 F.2d. 301 (1992).

¹⁴⁹ *Id.* at 305.



圖 13 左 Rogers-Puppies 右 Koons-String of Puppies¹⁵⁰

在本案中被告 Koons 主張原告 Rogers 之攝影著作缺乏原創性，因為該照片係一般美國常見之生活景象，故原攝影著作應不受著作權法保障。退步言之，縱使原作受著作權法保障，其係以雕像方式呈現不同之著作，具有原創性，其使用應為合理使用。在本案中對被告最不利之事實係被告之製作筆記，被告強調其作品必須忠於原作，須盡可能一模一樣地呈現出原作的樣貌，然而，這樣的利用行為在主張合理使用的第三要素判斷上對被告而言相當不利¹⁵¹。

本案聯邦第二巡迴上訴法院首先指出，一個著作雖受著作權法之保障，但並不代表該著作中的每一個元素均個別受到保障，著作權法係保障那些具有最低程度原創性之元素；本案中被告 Koons 主張原告 Rogers 之攝影著作不具有原創性，惟法院不贊同之，法院認為著作權法係保障原告攝影著作之表達，原告在拍攝該照片時，其所選擇之特定物件、燈光、場景設置等呈現方式，係該照片之特色所在，使該攝影著作具有原創性而受到著作權法保障¹⁵²。

合理使用四要素之判斷上，以下分別述之：

1. 第一要素-使用目的與性質

法院首先認 Koons 的利用行為係惡意，且具有商業性，不利於合理使用的成立，惟法院亦認知到商業性使用並非第一要素的決定性要素¹⁵³。商業性使用之重點在於利用

¹⁵⁰ Copyright in the visual arts-Art Rogers vs. Jeff Koons , <https://copyrightvisualarts.wordpress.com/2011/12/20/art-rogers-vs-jeff-koons/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.* at 307.

¹⁵³ 胡心蘭，同註 138，頁 188。

行為是否為了規避權利金之支付，若是才會被認為是商業性使用，而有 Sony 案¹⁵⁴的適用，而被推定為非合理使用。而本案中被告 Koons 係故意使用原告 Rogers 的著作，而受有利益，這個事實不利被告在合理使用上此要素之判斷。

法院接著檢視被告 Koons 之作品可否成立諷諧仿作(Parody)或諷作(Satire)，因為在歷年判決中，諷諧仿作或諷作被認為是評論方式的一種，有助於促進社會文化發展，被認為具有創造性且符合著作權之立法目的。惟法院認為如若放任利用人得主張係為追求創新或更高之藝術而利用他人著作，會使合理使用抗辯無限上綱，失去合理使用適切的範圍，因此認為非以原作為諷刺對象之諷作，並無利用原著作之必要，在此要素之判斷上應較不利。而本案中被告 Koons 之著作係在諷刺物質生活的社會，針對社會大眾進行諷刺並非原作本身，故應屬於諷作。法院認為因被告係基於獲利之惡意，且無從由被告之著作中觀察到對原作之嘲諷，故在合理使用之第一要素判斷上較不利被告¹⁵⁵。

2. 第二要素-原作之性質

法院認為原告 Rogers 係一攝影師，且其攝影著作具有原創性，並非單純之事實，因此在此要素之判斷上亦作出不利被告之認定¹⁵⁶。

3. 第三要素-使用原作的質與量

法院認為此要素之判斷，並非著重於原作被擷取了全部或者一小部分，而係在於原作之核心部分被擷取多少¹⁵⁷。法院認為被告之著作係利用了原作中核心部分的全部，退步言之，就算被告之行為構成諷諧仿作，其所擷取之部分仍超出了合理利用之質與量。法院更表示，被告為其創作行為插上諷諧仿作(Parody)的旗幟，但實質上其係舉著海盜的旗幟(the flag of piracy)¹⁵⁸，因此在此要素的判斷上亦作出不利於被告之認定。

4. 第四要素-對原作及原作潛在市場之影響

法院認為此要素係在衡量公公益間之影響，利用行為造成之結果如對原作之不利影響越小，則越容易淡化商業性使用要件的衡量，且在此要人之證明上，原告僅需證明散

¹⁵⁴ *Sony*, 464 U.S. 417.

¹⁵⁵ *Art Rogers*, 960 F.2d., at 309-310.

¹⁵⁶ *Id.* at 310.

¹⁵⁷ *Id.* at 311.

¹⁵⁸ *Id.*

播足以影響原作之潛在市場¹⁵⁹。法院認同這樣的利用行為會侵害原作之市場以及其衍生著作潛在市場，在本案中被告 Koons 的行為即侵害原告 Rogers 原得授權與其他藝術家製作成雕像之權利¹⁶⁰，故法院在此要素的判斷上亦作出不利被告之認定。

綜合本案法院之判斷，法院認為被告 Koons 的主張無理由，其利用行為並不構成合理使用，而作出被告敗訴之判決。

二、Blanch v. Koons (2006)¹⁶¹

本案事實背景係原告 Blanch 拍攝了一張一雙穿著高鞋鞋的女人雙腿交叉放在男人的大腿上，並在刊登在 *Allure* 雜誌上。而被告 Koons 在未經過原告的同意下利用原告的攝影著作，被告將原作照片中之背景除去，僅擷取原作中女性的雙腳，並調整角度及顏色，使用於其畫作「Niagara」中，而後與其他畫作一同以兩百萬美元賣出。原告認為被告之利用行為侵害其著作權，因而提起侵權訴訟¹⁶²。



圖 14 左-Blanch-Silk Sandals 右-Koons-Niagara¹⁶³

本案歷經兩審，一審紐約州南區聯邦地方法院為有利被告 Koons 之判決，法院認為因為被告之作品符合合理使用的第一個要素「轉化性」的要件；原告之著作原創性不高，在第二要素的判斷亦不利原告；在第三要素的判斷上雖法院認為被告係取用原告作

¹⁵⁹ *Id.* at 312.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Blanch v. Koons.*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006)

¹⁶² *Id.* at 248.

¹⁶³ Patents & Technology Law-How to Pirate a Book on Copyright Law <https://medium.com/patents-technology-law/how-to-pirate-a-book-on-copyright-law-96149fa96975> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

品之核心部分，惟原告之作品原創性不高，故認為在此要素上採持平的看法；而在第四要素市場替代性的判斷上，法院認為元被告之作品係屬不同市場，故亦為不利原告之判斷，因此綜合合理使用之四要素判斷，認為被告之利用行為屬合理使用¹⁶⁴。

而後原告不服上訴至第二巡迴上訴法院，於此原告 **Blanch** 主張其攝影著作「**Silk Sandals**」不論是場景選擇或者表現之方式均由其選擇，欲表達出帶有性含義之照片，應具有原創性。且雖該攝影著作係為 **Allure** 雜誌拍攝，但其仍保有著作權，並未授權他人發行或使用該攝影著作；而被告 **Koons** 主張原告之照片對其而言係在廣告中呈現之女性典型形象，而其畫作係為諷刺社會大眾受流行文化之影響、引導，卻仍不自知，欲藉由其著作諷刺該典型形象，以達批評此社會現象。然上訴法院維持原審判決，最終由被告 **Koons** 勝訴。在分析合理使用抗辯時，上訴法院之判決分析如下：

1. 第一要素-使用目的與性質

法院首要討論之重點即放在被告 **Koons** 之作品是否具有「轉化性」，於此法院引用了 *Campbell* 判決中之用語「merely supersedes the objects of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message.¹⁶⁵」，認為這句話完美呈現出本案的情形，該作品並非只是單純的取代原作，而是增加創意，為了不同目的，產生了不同的表達、意義或訊息。法院認為被告的作品係由流行雜誌中選取一張照片，除去背景、改變媒介、在畫作中用不同的細節呈現，且兩作品係表達出不同含義，因此具有「轉化性」¹⁶⁶。

法院在確定被告之作品有「轉化性」後，緊接著探討商業性的問題，法院認為雖然被告之作品係售票展出並於後售出，實屬商業性使用，惟依據 *Campbell* 案的判斷標準，有商業性使用並不必然推定非合理使用，應認商業性使用為考量因素之一，當轉化性越高，應越淡化商業性使用¹⁶⁷。

被告 **Koons** 主張使用 **Blanch** 的作品對其而言是必要的，原告之照片代表著社會大眾之特定風格、隨處可於大眾媒體上見到之影像風格，是每一個人的生活經驗。因此，

¹⁶⁴ *Blanch*, 467 F.3d, at 249.

¹⁶⁵ *Campbell*, 510 U.S., at 579.

¹⁶⁶ *Blanch*, 467 F.3d, at 252.

¹⁶⁷ *Id.* at 253-254.

被告主張透過利用原作中的元素，可以論證其批評具有真實性，亦能達到使大眾了解其欲表達之意涵，其行為係重新詮釋，而與單純引用並不相同。被告的這段主張非常有說服力，法院在審視被告的作品後，亦認同被告的使用行為係欲表達出其欲表達之意涵¹⁶⁸。被告的作品應屬於諷作(Satire)，因其並非針對原作本身為諷刺對象，係以社會文化為諷刺對象，雖然不能成立諷諧仿作(Parody)，但法院認為被告的作品轉化性高，且為公共利益大來的利益高，又雖然被告的作品有售票展出，惟商業性使用與非商業性使用無法一分為二，仍有模糊地帶，售票展出即應屬灰色地帶，是以，綜合現有證據並不足以證明被告之惡意(Bad faith)，故法院在第一要素之判斷認為「強烈的」有利於被告¹⁶⁹。

2. 第二要素-原作之性質

第二巡迴上訴法院不認同第一審紐約地院認為原告 **Blanch** 之作品創作性不高的看法，本審法院認為原告的作品具有創作性，在第二要素的判斷上認為有利於原告。惟因被告之作品轉化性高，故此要素的影響有限¹⁷⁰。

3. 第三要素-使用原作的質與量

紐約地方法院在此要素的判斷上採持平的見解，惟第二巡迴上訴法院認為此要素判斷上應認為有利被告 **Koons**。因為在考量此要素時應著重於「利用行為是否超出其藝術目的？」，在本案中即被告 **Koons** 利用原告 **Blanch** 著作之行為是否超出期作畫之目的，而法院認為被告僅利用照片中女人的雙腳，並未將背景等均置入其畫作中，被告之使用應符合「為合理喚起大眾聯想起該特定風格」之範圍，故被告之使用尚屬合理¹⁷¹。

4. 第四要素-對原作及原作潛在市場之影響

於此要素之判斷上，法院亦引用 *Campbell* 案中之標準，認為在探討衍生著作之市場是否受到侵害時，應以該衍生著作之市場係原著作權人有可能涉足之市場，而本案法院認為原告應舉證證明其主張「可能涉足」之市場存在，反之則可認定被告 **Koons** 之作品並未侵害原作之潛在市場。另外原告 **Blanch** 在本案中肯認被告之行為並未侵害其

¹⁶⁸ *Id.* at 254-255.

¹⁶⁹ *Id.* at 256.

¹⁷⁰ *Id.* at 257.

¹⁷¹ *Id.* at 258.

原作之經濟利益，是以，法院在此要素的判斷上亦作出有利被告 Koons 的決定¹⁷²。

綜上所述，本案第二巡迴上訴法院使用 *Campbell* 案所建立的合理使用判斷標準來檢視本案件是否成立合理使用，法院最終判決被告 Koons 勝訴。

三、Campbell 案前後之比較

兩個案件被告均是 Jeff Koons 利用他人的著作於自己的著作中，然而相隔十四年的時間，在合理使用上出現了 *Campbell* 案此經典案例後，可以看到在 *Campbell* 案前後法院在合理使用四個要素的判斷上，有了截然不同的分析邏輯以及結果。在 1992 年時「轉化性」此要件尚未形成，法院依照傳統合理使用四項判斷基準分析，第二巡迴上訴法院認為 Koons 的藝術作品不成立合理使用；然而，在 2006 年時轉化要件已被廣為採用，第二巡迴上訴法院認為 Koons 的藝術作品所呈現的正式轉化的精髓，當然成立合理使用¹⁷³。

在第一要素的判斷上，法院從 *Rogers* 案中認為商業性的判斷係「是否規避授權金之給付」，轉變為 *Blanch* 案中認為應先判斷轉化性，轉化性越高越能淡化商業性使用的影響，且在商業性的討論不再以支付授權與否，引用 *Campbell* 案中的判斷標準，認為如果是一個合理使用，則根本無須獲得事先同意，回歸到合理使用與否的判斷。且 *Blanch* 案之法院亦不再認為諷作即無需使用到他人之著作，並且表示只要轉化性程度高，雖是諷作仍有成立合理使用之可能。

在第三和第四要素的判斷上，因為兩案件之間仍有差異，*Rogers* 案中 Koons 係幾乎利用全部的原作，惟 *Blanch* 案中 Koons 只利用了小部分的原作，也因此第三要素的判斷上，後案被告的利用行為被認定係符合合理的範圍；在第四要素的判斷上，因 *Rogers* 案中原告 Rogers 有授權予他人使用，因而實際受有損害，惟 *Blanch* 案中原告 Blanch 並未授權予他人，且亦表示無計劃授權，而法院認為原告必須舉證其經濟利益受侵害的證明，或未來可能之發展，否則法院無法為有利著作權人的判決。

透過這兩個案件的比較，在 *Campbell* 案後法院多援引其建立之判斷標準，且可以看出法院在著作權的合理使用時逐漸細膩化，不再是僵化的判斷合理使用之規定。亦因

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ 胡心蘭，同註 138，頁 186。

此，雖然 Koons 在兩案主張中均利用他人攝影著作所完成之作品，並非針對特定攝影師或其作品本身，而係針對整體社會、大眾為批評對象，然而在 *Blanch* 案中，第二巡迴上訴法院找到了「詼諧仿作」與「諷作」間，得以跨越合理使用「實際可行的界線」的正當性，最終得以主張合理使用¹⁷⁴。

第六項 Patrick Cariou v. Richard Prince(2013)

Patrick Cariou v. Richard Prince 案¹⁷⁵之事實背景為原告 Patrick Cariou 以牙買加原住民即當地方景為主題拍攝了一系列攝影著作，並於 2000 年出版「Yes, Rasta」之攝影集。而被告 Richard Prince 與 Jeff Koons 相同為挪用藝術家，其購買多本原告之攝影集後，利用其中的照片做些許改變，做出一系列之作品，並展出及出售該系列作品。而原告 Cariou 得知其著作被利用後隨即對被告 Prince 提出侵害著作權之告訴。¹⁷⁶



圖 15 左-Patrick Cariou 之攝影著作 右-Richard Prince 之著作¹⁷⁷

本案歷經兩審，第一審為紐約州南區地方法院，法院判決被告 Prince 敗訴，法院首先指出在合理使用之第一要素判斷上，不認同被告主張其使用原告著作之目的係將之作為創作素材(Raw material)，且引用 *Rogers* 案之判決，認為若放任利用人得主張係為追

¹⁷⁴ 胡心蘭，同註 138，頁 195。

¹⁷⁵ *Patrick Cariou v. Richard Prince.*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)

¹⁷⁶ *Id.* at 699-703.

¹⁷⁷ The Fashion Law-Richard Prince Claims Art work Covered by Fair Use, Ct. Says 'Not So Fast', <http://www.thefashionlaw.com/home/artist-richard-prince-claims-instagram-artworks-covered-by-fair-use> (最後瀏覽日:2018/06/20)

求創新或更高之藝術而利用他人著作，會使合理使用抗辯無限上綱，失去合理使用適切的範圍。而認定被告的著作轉化性不高，亦無法觀察出評論原作或某社會文化等意圖，故在第一要素使用之目的判斷上為不利於被告之決定。在第二要素原作的性質，法院表示原告 *Cariou* 的著作係具有原創性的作品。在第三要素使用的質與量，被告係利用近乎全部之原作，且在第一要素已被認定轉化性極小，是以，法院於此要素判斷上亦為不利被告之認定。在第四要素市場影響性的判斷上，法院認為被告之作品展覽且作成目錄出售等行為，實為商業性行為，且已侵害原告原本可能出展或授權其攝影著作的經濟利益，故在此要素判斷上亦為不利被告之認定。最後，法院認為被告的行為非合理使用，而判決被告敗訴。¹⁷⁸

被告 *Prince* 不服地院之判決，上訴至第二巡迴法院。而聯邦第二巡迴上訴法院扭轉了第一審法院的判決，認定被告 *Prince* 的 30 幅著作中，有 25 幅成立合理使用，而為部分利於被告，部分駁回之判決。法院在本案之判決引用了 *Pierre Leval* 法官在 *Toward a Fair Use Standard* 文中的見解作為開頭：「著作權法並非一不可侵犯的自然權，而是被創造來使社會文化更加豐富進步的規範¹⁷⁹。」，「過分的擴張著作權的保護，只會造成限制並無助於達成著作權之立法目的¹⁸⁰」。

上訴法院在合理使用的第一要素判斷上，認為地方法院加入「必須是針對原作之評論才有討論轉化性的空間」的規定，係增加法所無的限制，並指出法律並無要求利用人一定要對被利用著作或其著作人予以批評或評論始可構成轉化¹⁸¹。另外法院更表明，即便利用人係以法律規定以外的理由作為其創作理由，只要利用人的新作品有表達出新意，達到轉化性的要求，亦得成立合理使用，而在此要素的判斷上只要達到轉化性，即應為有利於利用人的決定。上訴法院在認定轉化性與否時即採用「合理的被感知」(*reasonably be perceived*)，將兩作品做並列(*side-by-side*)的比較¹⁸²，而法院在審查後，認為其中僅有 5 幅無法判斷達到轉化性的要求與否，其他 25 幅則因展現出與原作截然不同的風格、美感，縱使被告並未針對原作為評論，仍得因轉化性高而在第一要素為有利於被告之認

¹⁷⁸ *Patrick Cariou*, 714 F.3d., at 704.

¹⁷⁹ *Id.* at 705, see *Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv.L.Rev.1105, at 1107 (1990). “The copyright is not an inevitable, divine, or natural right that confers on authors the absolute ownership of their creations. It is designed rather to stimulate activity and progress in the arts for the intellectual enrichment of the public.”

¹⁸⁰ *Id.* at 1109, “excessively broad protection would stifle, rather than advance, the objective.”

¹⁸¹ 胡心蘭，同註 138，頁 184。

¹⁸² 同上註，頁 184-185。

定¹⁸³。

在第二要素的判斷上，法院贊同地院的見解，亦認為原告 *Cariou* 的作品具有獨創性。而第三要素的判斷上援引 *Blanch* 案，將此要素的重點放在「利用之質量是否符合創作目的」上，而認為地院在此要素上認為被告 *Prince* 取用過多原作係錯誤的認定，因為法院認為法律並未要求第二次使用者不能使用超過所需要的量。而在第四要素的判斷上，法院一樣援引 *Blanch* 案的見解，著重於「二次創作的作品是否侵奪原作的市場」，在判斷侵奪與否時，主要觀察該二次創作之作品與原作之實質內容、觀眾、消費群等是否相似。本案法院認為本案原、被告之目標消費群不同，且依據原告 *Cariou* 的證詞，並未有證據指出原作有潛在市場存在或原告有開發潛在市場的意願，故亦為有利被告之認定。

綜上所述，第二巡迴上訴法院就被告 *Prince* 創作的 30 幅著作中之 25 幅著作認定構成合理使用，其餘 5 幅則無法判斷。由上述第二巡迴法院的見解可以看到，法院有將合理使用的範圍回歸法條文義的傾象，本案見解改變了過去在合理使用中第一要素與第三要素的見解，針對第一要素法院不再要求必須為詼諧仿作或諷作，只要轉化性夠高，二次創作作品具有新意，即能主張合理使用；而針對第三要素則亦不再要求不得使用過量的原作，回歸條文之文義解釋，認為法無明文限制即不應予以設限，一改過往法院判決之見解。

第七項 小結

美國司法實務從 1841 年 *Folsom* 案中首現合理使用原則的概念，美國合理使用原則始萌芽發展；惟美國國會一直到 1976 年才制定著作權法第 107 條之規定，將合理使用原則明文化，惟在明文化後的美國法院，有一段過於僵化操作合理使用的時期，例如在 1981 年 *Mac* 案、1984 年 *Sony* 案僵化商業性使用，認為只要有商業性使用及推定非合理使用等。

然而，在 *Campbell* 案出現後，最高法院改變了過去法院僵化操作合理使用原則，建立了一套合理使用原則的判準，在合理使用原則的判斷標準中確立了「聯想測試法」，並加入了「轉化性」的審查，為後續法院影響深遠，從上述第五項中的 1993 年 *Rogers*

¹⁸³ *Patrick Cariou*, 714 F.3d., at 706.

案與 2006 年 *Blanch* 案比較即可看出差異，在 2006 年 *Blanch* 案中法院對於合理使用的操作更為細膩。後續法院在面對著作之合理使用時，均會利用 *Campbell* 案¹⁸⁴中所建立之「合理使用」標準作判斷。

而在 2013 年的 *Carou* 案係 *Campbell* 案後關於著作權合理使用中最重要之判決，因為在本案法院一改過去在合理使用中第一要素與第三要素的見解，改變了過去判決累積建立起的規則，給予二次創作人擁有更多的空間發揮創意。然而，指定陪席之第九巡迴上訴法院 *Wallace* 法官則在不同意見書表示無法理解，並引用了 *Campbell* 案¹⁸⁵中最高法院曾引用該院 1903 年 *Bleistein* 案 *Holmes* 法官之「美學不歧視」原則：「只有受過法學訓練的人，於最限縮亦最明顯的界線之外，將自己幫做某著作物之價值的最終判定者，是一件非常危險的事。」¹⁸⁶

本章節之案例係依照時間先後排序，目的在使讀者能看出美國實務上對於著作權合理使用的判斷標準演化，然而綜觀上述案件事實可以發現，每個案件之利用人存有不同的使用目的，主要分為三種，詼諧仿作、諷作與單純挪用，利用人的使用目的亦是法院衡量得否主張合理使用的參考因素之一。詼諧仿作係以原作為諷刺、評論之標的，為使觀眾達到連結，因此有直接引用原作的必要性；諷作係以社會或其他事物為諷刺、評論之標的，至多有間接利用而無利用原作的直接必要；而挪用係無任何諷刺、評論之目的，單純的利用原作達到藝術、幽默、有趣的意圖，原則上此則應無利用原作的任何必要性，是每種仿作主張合理使用，法院似乎有不同程度的判斷標準，分述如下：

一、詼諧仿作-*MCA* 案與 *Campbell* 案

針對詼諧仿作，法院在 *MCA* 案中法院即可得知當時法院在面對詼諧仿作時並未融入詼諧仿作之特性，係僵化操作合理使用判斷標準，認為該詼諧仿作具有商業性，又未經原作者人同意而擅自取用，且與原作應屬同一市場，而認定該詼諧仿作不得主張合理使用；在十餘年後相似的 *Campbell* 案¹⁸⁷中，法院在合理使用的第一要素判斷標準中參入「轉化性」、第三要素的聯想測試法加入詼諧仿作特性，認為為達聯想而有直接引用原作的必要、第四要素市場侵害中審酌詼諧仿作之目的係為了嘲諷原作，故通常會對原

¹⁸⁴ *Campbell*, 510 U.S. 569.

¹⁸⁵ *Campbell*, 510 U.S. 569.

¹⁸⁶ 胡心蘭，同註 138，頁 185。

¹⁸⁷ *Campbell*, 510 U.S. 569.

作帶來傷害，但在屬於合理之範圍內仍應予以許可等重要見解的改變。最高法院在合理使用之第一要素中加入「轉化性」，檢視諷諧仿作是否傳達出新的意義、訊息，並明示若具有「轉化性」則減輕其他要素對成立合理使用的影響力，本文認為「轉化性」乃兩案例事實相仿卻得出迥異結果之關鍵原因，「轉化性」的出現使的諷諧仿作人擁有較過去寬闊的創作空間。

二、諷作-*Rogers* 案與 *Blanch* 案

在此兩案中均係 *Koons* 主張為諷刺社會價值而利用著作人之原作，乃屬於諷作的一種。在 *Campbell* 案前之 *Rogers* 案中法院認為 *Koons* 之作品在第一要素上係商業性使用，且 *Koons* 之著作係在諷刺物質生活的社會，針對社會大眾進行諷刺並非原作本身，故非諷諧仿作而係諷作，因此無利用原作的必要存在，第三要素使用之質與量上，法院認為被告之行為係打著諷諧仿作的旗幟，實質上行海盜之實，第四要素市場侵害上認為原告 *Rogers* 原得授權與其他藝術家製作成雕像之權利受到侵害，法院認為有潛在市場受到侵害的證據即已足。

反觀 *Campbell* 案後之 *Blanch* 案，法院認為 *Koons* 的作品產生了不同的表達、意義或訊息，將有轉化性，因此減低商業性使用的影響，而 *Koons* 的作品係以社會文化為諷刺對象，雖然不能成立諷諧仿作，但法院認為被告的作品轉化性高，且為公共利益大來的利益高，因此為有利 *Koons* 的認定，在第三要素上 *Koons* 之使用應符合「為合理喚起大眾聯想起該特定風格」之範圍，故尚屬合理，而對市場的侵害法院引用 *Campbell* 案中之標準，認為在探討衍生著作之市場是否受到侵害時，應以該衍生著作之市場係原著作權人有可能涉足之市場，而 *Blanch* 並未舉證，因此為有利 *Koons* 的認定。在前述之 *Blanch* 案中，不難發現在 *Campbell* 案中建立之「轉化性」不僅僅適用於諷諧仿作之合理使用抗辯審查上，在 *Campbell* 案後不論是諷諧仿作或諷作，只要「轉化性」夠高，則均得減輕其餘合理使用審查要素的影響力，極有可能成立合理使用。

三、挪用-*Patrick Cariou v. Richard Prince* 案

在 *Cariou* 案中 *Richard Prince* 在法庭中直白地表示其並無任何諷刺、評論原作或社會價值任何東西的意圖，其作品係單純之藝術創作。然而法院在本案中放寬了過去法院認為要對原作批判始得主張合理使用的見解，認為法律並無要求利用人一定要對被利用

著作或其著作人予以批評或評論始可構成轉化，採用「合理的被感知」，只要轉化性夠高縱未有任何評論意圖，仍得成立合理使用，而在第三要素上著重於利用之質量是否符合創作目的，並認為法律並未要求第二次使用者不能使用超過所需要的量，在第四要素上法院認為本案原、被告之目標消費群不同，且未有證據指出原作有潛在市場存在或原告有開發潛在市場的意願。

綜觀上述分類，可以清楚地觀察到在 *Campbell* 案後法院在面對各種仿作時，「轉化性」的地位至關重要。在早期美國法院認為縱使該二次著作係針對原作為評論或諷刺，但使用的性質與目的通常參有商業性質，在合理使用的判斷上多為較不利利用人之決定，惟在 *Campbell* 案後可以發現，在各種仿作案件中只要法院認為轉化性夠高，即可調和其他各項不利的要素，得出二次創作人得以主張合理使用之結論。

在 *Cariou* 案中法院則又更放寬了藝術家們的創作空間，紐約地方法院本以須針對原作有諷刺或評論的詼諧仿作始得主張具有轉化性，才能被認定符合合理使用之標準；惟第二巡迴上訴法院推翻此見解，認為只要二次創作著作具有高度轉化性，不論是否針對原作、社會評論的詼諧仿作或諷作，僅僅為單純的挪用行為，全然無利用原作的必要性，亦得降低合理使用判斷標準中之其他要素重要性，使二次創作人仍得主張合理使用。本文認為美國實務上似乎漸漸將著作權之合理使用的重點，擺在二次創作人的創作「轉化性程度為何」的判斷上了，只要轉化程度夠高，即便其他因素係不利二次創作人，但因為呈現出不同的意義、表達或訊息，因此符合著作權之立法目的，促進社會文化發展，故均得主張合理使用。

第二節 商標權之詼諧仿作判決標準演化

美國關於商標權立法之保護基礎、權利取得、存續方式等，均不同於著作權法與專利法，已如前述，商標權與著作權、專利法雖均屬智慧財產權，但其本質上存有很大的差異，有關商標法的法理，均以主張侵害企業的商譽或欺瞞消費者的侵權行為為訴因的判決先例發展出來的¹⁸⁸。而關於商標之詼諧仿作相關法規範，美國國會直至 2006 年才在美國聯邦商標淡化修正法中之免責事由明文規定。實際上在美國司法實務上，商標之詼諧仿作相關之法律爭議存在已久，而因為商標權與著作權均屬於智慧財產權的一種，

¹⁸⁸ 蘇月星，淺談美國法對間接商標侵權責任之類型，智慧財產權月刊，101 年 6 月，頁 59-60。

而著作權關於詆諧仿作之發展，不論在實務界或學說界均較早且蓬勃，在商標之詆諧仿作判斷上多會借鏡著作之詆諧仿作的判斷標準，惟兩權利之本質仍不盡相同，商標法亦逐漸衍生出一套符合其本質之判斷標準。接下來將介紹美國商標之詆諧仿作在實務上的判斷標準，透過美國的立法及司法實務判決研究其演化歷程。

第一項 蘭哈姆法案(Lanham Act)立法前

在美國聯邦法立法保護商標權以前，傳統上美國對於商標權的保護係由法院根據普通法(Common Law)給予未註冊之商標保障，意即商標一經創設使用，即享有「Common Law Right」。美國國會一直至 1870 年始制定第一部聯邦法統一保障商標權(Federal Trademark Law)，惟此部商標法係以美國憲法第一條第八項第八款為憲法基礎，旋即被美國最高法院認為商標權與著作權及專利權之本質不同，不符合該憲法規範之要件，進而宣告違憲。其後在 1881 年美國國會以憲法第一條第八項第三款的商務規定，作為商標權立法保障之憲法基礎，制定了新的一部聯邦商標法，施行有十四年之久。而在 1905 年美國國會又訂立一部新的聯邦商標法，本部聯邦商標法在經歷九次的修正，成為蘭哈姆法案(Lanham Act)的藍本¹⁸⁹。

第二項 美國聯邦商標法(Lanham Act, 1946)

美國在 1946 年 7 月 5 日制定美國聯邦商標法(Trademark Act of 1946)，也就是眾所周知的蘭哈姆法案(Lanham Act)，由美國總統杜魯門簽署通過。此部美國聯邦商標法的立法原因主要是為保護商標的商譽、避免消費者混淆誤認以及促進市場之競爭，於 1947 年 7 月 6 日生效。惟美國的商標權法係採雙軌制度，即聯邦商標法與州法雙管齊下，適用於聯邦秩序者稱為聯邦商標法，至於州階層則適用各州制定之法律及不正競爭之普通法¹⁹⁰。在當時各州尚各有其商標相關之法規，為解決州法與聯邦法間的衝突，聯邦商標法承認在各州法下註冊之商標得作為商標使用的表見證據，以作為聯邦商標註冊之根據。

然而，在這部美國聯邦商標法中只對於商標之直接侵害規範詳細，而對於「商標之詆諧仿作」等行為並未有明文規定得以合理使用作抗辯之相關條文。雖然商標之詆諧仿

¹⁸⁹ 曾陳明汝，論美國商標制度之變動與改革，國立台灣大學法學論叢，第 21 卷 2 期，81 年 6 月，頁 1-2。

¹⁹⁰ 曾陳明汝，商標法原理，學林出版，2007 年 4 月修訂三版，頁 366-367。

作已發展悠久，在這個時期商標之詛諧仿作亦早已頻繁出現於生活中，相關的法律爭議也可以說是法院的常客，但仍尚未有相關的明文規定。且從美國之司法實務中可以觀察到，法院已然利用憲法第一修正案「言論自由權」作為商標之詛諧仿作的保障基礎，將商標之詛諧仿作視為合理使用的態樣之一。接下來將介紹此時期將商標之詛諧仿作行為以憲法第一修正案為保障之法院判決。

一、*Prestonettes, Inc. v. Coty*¹⁹¹

案例事實係 *Prestonettes* 公司購買 *Coty* 公司之廁所芳香劑，加入黏合劑並壓縮後，重新將之包裝進有 *Coty* 公司商標之鐵盒中在販售¹⁹²。第一審地方法院為有利 *Prestonettes* 公司之判決，允許被告在心販售之商品上貼有區別 *Prestonettes* 公司與 *Coty* 公司為二獨立無關連之公司的標語再進行販售¹⁹³；*Coty* 公司不服一審判決提起上訴，而第二巡迴上訴法院推翻地院的見解，判決禁止 *Prestonettes* 公司繼續再重新包裝之商品上利用 *Coty* 公司之商標，並禁止 *Prestonettes* 公司以任何形式利用 *Coty* 公司之商標¹⁹⁴；*Prestonettes* 公司不服又上訴至聯邦最高法院，惟最高法院則是支持地院的見解，認為 *Prestonettes* 公司的行為不涉及參入假商品或醜化 *Coty* 公司之商標，只要 *Prestonettes* 公司使用標語而無誤導消費者，則不構成商標侵權¹⁹⁵。

雖然本案與詛諧仿作無關，但從最高法院的見解可以知道，法院認為商標權並非神聖不可侵犯，只要利用人係非惡意且已為有助於大眾發現真實，則仍在言論表達之容許範圍中。

二、*L.L. Bean v. Drake Publisher, Inc.*¹⁹⁶

案例事實是原告 *L.L. Bean* 係販售運動用品之公司，以郵寄商品目錄的方式供消費者郵購；被告 *Drake Publisher, Inc.* 則為一間出版社，其雜誌內容係具有成人色情娛樂之內容。而在 1984 年 10 月份之雜誌中被告利用與原告商標之「*L.L. Bean's Back-To-School-Sex Catalog*」作為文章標題，且亦在內文中引用原告一模一樣之商標，

¹⁹¹ *Prestonettes, Inc. v. Coty*, 264 U.S. 359 (Supreme Court 1924).

¹⁹² *Id.* at 366-367.

¹⁹³ *Id.* at 367.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.* at 369.

¹⁹⁶ *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987).

搭配上裸體性感照片，將該篇文章歸類為幽默諷刺性文章¹⁹⁷。

第一巡迴上訴法院認為地院的判決係違反憲法言論自由之保障，並於判決中指出，被告的使用只是以原告為諷刺模仿之對象，並未有商業性使用，是以，應受憲法言論自由之保障；且縱使被告的詼諧仿作係粗俗、猥褻，具有被冒犯、令人討厭的性質，仍無礙其受憲法言論自由之保障，因為商標之詼諧仿作旨在諷刺或評論，若禁止以有趣詼諧的方式對生活中商標符號等開玩笑，則將會嚴重侵害人民受憲法第一修正案保護之言論自由權¹⁹⁸。

於此時期，由於商標淡化法尚未出現，商標權人遇到商標詼諧仿作時，僅能以商標侵權訴訟，主張詼諧仿作人之使用可能造成混淆誤認之可能，而美國法院對於商標詼諧仿作之準否亦以「是否構成混淆誤認之可能」為判斷標準，惟詼諧仿作通常均能使消費大眾區分商標權人與詼諧仿作人之商品不同，法院不易認定詼諧仿作人之使用構成混淆誤認之可能¹⁹⁹。

縱使在這個時期的法院有擴張解釋「混淆誤認之虞」以保障商標權之趨勢，將「混淆誤認之虞」擴張涵蓋了可能造成消費大眾誤以為雙方間具有贊助、從屬、聯繫等關係，但其擴張的範圍仍無法涵蓋商標淡化之侵權。然而隨著時間演進，部分州及法院逐漸認可「商標淡化理論」，意即縱使在不引起消費大眾混淆誤認的情況下，法院仍適用商標淡化之州法，作為認定減損商標是別性或商譽之虞的基礎；也有法院直接援引商標淡化之理論，作為判斷基礎以保護商標權。

第三項 蘭哈姆法下法院商標詼諧仿作之判斷標準演化

一、 Polaroid 要素分析原則-Polariod 案

在蘭哈姆法下，對於商標之詼諧仿作能主張之商標侵權僅有「構成混淆誤認之虞」，然而「混淆誤認之虞」實際上卻是個大哉問，因為其並未有任何情況均能適用的判斷公式，仍應配合個案情形個案適用。美國第二巡迴法院在 1961 年的 *Polaroid Corp. v.*

¹⁹⁷ *Id.* at 27

¹⁹⁸ *Id.* at 33-34.

¹⁹⁹ 施品安，著名商標之淡化保護 V. 嘲諷性使用著名商標之言論自由保障，科技法律透析，第 22 期 7 卷，2010 年 7 月，頁 4。

*Polarad Electronics Corp.*案²⁰⁰中整理出八個判斷混淆誤認之要素：

1. 原告商標的強度

商標有指示性、暗示性、任意性以及獨創性等四種，而此要素及在判斷原商標之識別性高低，識別性越高之標商受到的保障越強烈，原商標越獨特、知名則其越強勢，越容易在消費者腦中留下強烈印象，相對地更容易造成消費者誤會利用該商標之被告與原商標權人原告之商品或服務有關係。惟在商標之詛諧仿作案例中卻截然不同，因為若原商標愈強勢，則消費者愈容易區別商標之詛諧仿作與原商標，而不易構成混淆誤認。

2. 商標間的相似度

商標之詛諧仿作本質即在模仿，藉由大量呈現原作，加上些許不同之創意的方式諷刺原作，因此在商標詛諧仿作的案例中，不可避免的詛諧仿作會與原商標近似；惟一個成功的商標詛諧仿作，亦須與原商標間具有明顯的差異性，始能達成詛諧仿做之目的。是以在面對商標之詛諧仿作，此要素的判斷上，分析兩者間的相似度，不如配合詛諧仿作的特性檢視兩者是否有明顯之差異。

3. 商品與服務間的近似程度

原則上商標之侵權案件，商品或服務範圍越近似，越容易構成混淆誤認，亦越容易構成侵權；惟在商標詛諧仿作的案例中，基於詛諧仿作的特性，原商標與詛諧仿作兩者間之商品或服務越近似，則越容易呈現出詛諧仿作之效果；反之，若詛諧仿作在不同商品或服務範圍，因消費者對原商標不熟悉，則較難與消費者產生共鳴，達到詛諧仿作的效果。

4. 被告的意圖

原則上使用人若故意選擇近似他人之商標，因有蓄意使用市場上知名商標相似

²⁰⁰ *Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp.*, 287 F.2d 492, 495 (2d Cir. 1961) “.....the prior owner's chance of success is a function of many variables: the strength of his make, the degree of similarity between the two marks, the proximity of the products, the likelihood that the prior owner will bridge the gap, actual confusion, and the reciprocal of defendant's good faith in adopting its own mark, the quality of defendant's product, and the sophistication of the buyers.”

之外觀類型，而被推定具有惡意的搭便車意圖，有利於商標侵權的認定上；惟在商標詼諧仿作案例中，因詼諧仿作人使用近似的外觀類型，其使用之意圖係為諷刺消遣，因此不推定為具有混淆大眾之惡意。

5. 原告擴張進入相關市場的可能性

原則上原告有進入相關市場之可能則會提高消費者混淆誤認之風險，惟在商標詼諧仿作的案例中，詼諧仿作人的主要意圖並非混淆大眾，而係嘲諷或批評原商標權，不同於一般商標侵權人的目的主要係在混淆消費者多於同一領域使用，詼諧仿作人會在不同商品或服務範圍為詼諧仿作。「原告進入相關市場可能性」有兩種，一為原商標權人已有擴張計畫，二則為原商標權人未有擴張計畫，但消費者有誤認有擴張之可能，且誤認利用人與原商標權人係同一品牌。

6. 實際混淆之情事

在訴訟中，要證明實際混淆情事係屬不易，惟一旦證明有實際混淆情事，則會成為商標侵權最有利的證據。在商標之詼諧仿作案例中，是否有實際混淆情事係法院混淆誤認之虞判斷中最重要之要素，雖在混淆誤認之虞判斷上須檢視各要素，惟只要實際上消費者有混淆之結果，則縱使他項要素並未得出構成混淆誤認之虞的結果，仍應被認定構成混淆誤認。

7. 被告商品或服務的品質

原則上商標侵權案件中的侵權人會提供與原商標近似的品質，藉以達到混淆消費者之目的；惟商標之詼諧仿作中主要目的係嘲諷並非造成混淆誤認，故可能提供與原商標具有明顯差異之品質，進而使消費者一碰觸到商品即可清楚知道此商品係與原商標不同。

8. 消費者的謹慎成熟度

於此要素之消費者係指詼諧仿作之消費群體，有時對一般消費者而言會造成混淆誤認，惟對於詼諧仿作針對的客群因為對原商標具有一定熟悉度而不會造成混淆

誤認。 *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs* 案²⁰¹中法院指出，常理而言高價商品會使消費者在購買時以較高之注意為之，而這樣的謹慎有助於免於混淆誤認。

上述第二上訴巡迴法院整體出之八個要素被稱為「Polariod 要素分析原則」，為後續法院多援引作為商標之混淆誤認判斷標準，惟商標之詼諧仿作內涵了「言論自由」，因此在判斷時，不應機械式的操作「Polariod 要素分析原則」，而係配合詼諧仿作的特質加以操作「Polariod 要素分析原則」，充分考量言論自由權。而法院亦提醒，在判斷混淆誤認時，此八個要素並非列舉之規定，仍有其他可能，需個案判斷將各項因素納入考量。

二、 無替代溝通途徑-Dallas Cowboys Cheerleaders 案

*Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*案²⁰²的事實背景係被告為色情影片製作商，在其製作之色情影片「Debbie Does Dallas」中，讓女主角身著與美國足球隊 Dallas Cowboys 的拉拉隊制服極為相似之服裝，因此原告認為被告之行為侵害其商標權，進而對其提起侵權訴訟。被告抗辯主張「混淆誤認之虞」為商標侵權之要件，而其利用行為並無誤導合理之第三人該色情影片係商標權人製造，因此並不構成混淆之要件，不成立商標侵權²⁰³。惟第二巡迴上訴法院不認同被告之主張，認為其過於限縮解釋混淆誤認之虞此要件，法院認為只要被告之利用行為有使消費者誤認原商標權人有授權或贊助利用人，即已滿足混淆誤認之虞的要件²⁰⁴。

法院於本案中使用了「無替代溝通途徑」(no alternative avenues of communication) 審查標準：「……因為除了侵害他人商標權外，還有許多其他方法可以表達對體育運動界情色風氣的評論，因此地院判決之暫時禁制令並沒有侵害被告憲法第一修正案之權利²⁰⁵。」，意即審查詼諧仿作人的利用原商標行為是否是唯一表達其理念思想的方式？由此可以觀察出法院認為言論自由有千萬種方式得以實現；而蘊含大量經濟利益與商標權人心血成本之商標權，往往只能透過權利人對其商標之專屬權加以保障，因此，只要詼

²⁰¹ *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410, 420 (S.D.N.Y. 2002).

²⁰² *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F. 2d 200 (2d Cir. 1979).

²⁰³ *Id.* at 202.

²⁰⁴ *Id.* at 203.

²⁰⁵ *Id.* at 206. “Because there are numerous ways in which defendants may comment on “sexuality in athletics” without infringing plaintiff’s trademark, the district court did not encroach upon their first amendment rights in granting a preliminary injunction.”

諧仿作人沒有非以詼諧仿作表達其思想之必要不可，禁止其詼諧仿作的行為，並不會因此扼殺其表達自由之權利；換句話說，在利益的權衡上，法院是選擇了「犧牲被告『其中一種』說話的方式，以換取商標權人『唯一』的商標權利不受侵蝕」²⁰⁶。

惟依照「無替代溝通途徑」之審查標準，幾乎任何理念思想都有千萬種言論表達之方式，而以商標權為依據限制言論自由權，似乎過於侵害憲法第一修正案所賦予人民之言論自由權，因此，此判斷標準出現後，不乏學界之抨擊。

三、Rogers 平衡測試法-*Rogers v. Grimaldi* 案

Rogers v. Grimaldi 案²⁰⁷的事實背景係原告為一名著名藝術家 Ginger Rogers，而被告為 Alberto Grimaldi 和 MGM，製作了一部關於芭蕾舞者「Ginger and Fred」故事的同名虛構電影，在義大利非常有名；原告 Rogers 主張被告 Grimaldi 的電影名稱已侵害蘭哈姆法賦予其之商標權，以及普通法下其之名譽權²⁰⁸。第二巡迴法院贊同地方法院及簡易法庭的見解，認為被告的利用行為係藝術性使用，並非商業性使用，判決原告敗訴²⁰⁹。

第二巡迴上訴法院在本案判決中指出，一般在藝術領域中，只有在避免公眾混淆誤認之利益大於公眾在言論表達自由上的利益時，始得將商標法適用於藝術作品上²¹⁰。憲法第一修正案賦予人民言論自由權，雖然並非能主張言論自由而完全免責於蘭哈姆法，惟電影名稱的內涵不僅僅為商業性使用，更包含表達表現之性質，是以，應較純商業性使用獲得更多之保障；另外，在利用名人人名時，除作品的標題與該作品無任何藝術關聯性，或者僅有些許之關聯性，但標題或內容會誤導消費大眾其來源者外，不應於該作品上適用商標法²¹¹。

在經過「無替代溝通途徑」判斷標準創設後十年，1989 年第二上訴巡迴法院在本案中意識到「無替代溝通途徑」此標準無法提供除足夠之空間給予文學表達之發展，此判斷標準無法調和商標權與言論自由權之利益，也在本案判決中推翻過往之見解，建立起「Rogers 平衡測試法」，而「無替代溝通途徑」也就在司法審查上黯然退場。「Rogers

²⁰⁶ 吳佩凌，商標之戲謔仿作-對既有秩序的「有理」取鬧？，政治大學法律學系碩士論文，2014 年，頁 111。

²⁰⁷ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

²⁰⁸ *Id.* at 996-997

²⁰⁹ *Id.* at 997.

²¹⁰ *Id.* at 998.

²¹¹ *Id.* at 999.

平衡測試法」即一般在藝術領域中，只有在避免公眾混淆誤認之利益大於公眾在言論表達自由上的利益時，始得將商標法適用於藝術作品上；而在利用名人的人名為標題時，除作品的標題與該作品無任何藝術關聯性，或者具有些許之關聯性但標題或內容會誤導消費大眾其來源者外，不應於該作品上適用商標法。

然而，在本案中雖與詼諧仿作無關，惟在商標之詼諧仿作上亦涉及憲法第一修正案言論表達之自由，與防止公眾混淆誤認之公益兩相衡取捨，是以，在同年的 *Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, Inc.* 案²¹²中，第二上訴巡迴法院亦將「Rogers 平衡測試法」作為審查標準，擴張及於所有藝術性言論之表達，包含詼諧仿作在內。本案事實係原告 *Cliffs Notes Inc.* 為一間出版公司，曾出版一系列傳統文學導讀，解析著名文學提供摘要與分析，此系列書籍受到大學生歡迎；被告則為一出版幽默雜誌之出版公司，出版了 *Spy Notes*，其模仿原告著名文學導讀此系列書籍之封面及封底，以之作為詼諧仿作嘲諷之對象。

本案第一審地方法院依照「Polaroid 要素分析原則」，認為被告的詼諧仿作存在高度的混淆可能性，因此下達了禁制令²¹³。而本案上訴法院首先指出，在一個表達性作品侵害商標權之虞的案件中，應適用「Rogers 平衡測試法」衡量言論自由之公益與避免消費者混淆誤認之公益²¹⁴；且法院亦認為「不單純因為疑似侵權之行為與藝術表達有關，而使商標權失去保障²¹⁵。」，上訴法院權衡過後，不認同地方法院的見解，認為原告與被告之作品間雖有相似處，但同時存在明顯差異，消費者得清楚了解到被告的作品是一個詼諧仿作，即便有微小的機率可能有消費者會混淆誤認兩者係出同源，但衡量言論自由的公共利益，這樣的風險應屬容許範圍²¹⁶。

本案上訴法院為商標之詼諧仿作做了一個定義：「一個商標詼諧仿作必須傳達出矛盾的訊息：『這是原作，但這又不是原作而是一個詼諧仿作。』」，若只傳達出前者訊息，這不僅是一個差勁的詼諧仿作，且在商標法上是站不住腳的，因為會造成消費者混淆誤

²¹² *Cliff's Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, Inc.*, 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989).

²¹³ *Id.* at 492-493.

²¹⁴ *Id.* at 494.

²¹⁵ *Id.* at 493. “trademark protection is not lost simply because the allegedly infringing use is connection with a work of artistic expression.” *Silverman v. CBS Inc.*, 870 F.2d 40, 49 (2d Cir.)

²¹⁶ *Id.* 496.

認。²¹⁷」。

四、 是否構成混淆誤認之虞 → 「Rogers 平衡測試法」

在 *Anheuser-Busch, Inc. v. Balducci Publications* 案²¹⁸中，第八巡迴上訴法院在審查商標之諷諧仿作是否構成商標侵權時，第一關先審查諷諧仿作人之使用「是否構成混淆誤認之虞」，若無則無商標侵權，反之若有則進入第二關，利用「Rogers 平衡測試法」判斷之。

本案事實背景係原告 Anheuser-Busch 為一間啤酒公司，而被告 Balducci Publications 係出版商，被告在其出版之一本名為「Snickers」的雜誌封底的廣告中，刊登模仿原告「Michelob」商標之「Michelob Oily」的諷刺廣告，在廣告中的標語寫到「One Taste and You'll Drink It Oily.」，並放上與原告商品極為相似的圖，例如 Michelob Dry 的鐵罐將油倒在一條魚上、全身被油浸濕 A & Eagle 等，廣告中有各種「Michelob Oily」的產品，均與原告之「Michelob family」系列產品極為近似，原告發現此則廣告後對被告提起商標侵權及商標淡化之訴訟²¹⁹。

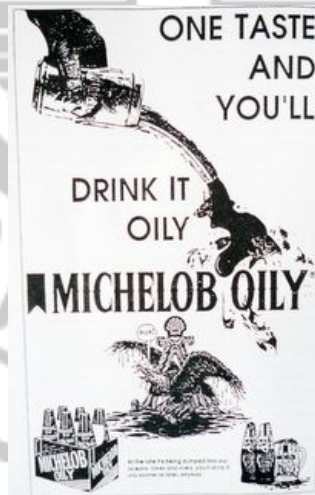


圖 16 Snicker Magazine 之諷刺廣告²²⁰

²¹⁷ *Id.* 494. “A parody must convey two simultaneous-and contradictory-message: that it is the original, but also that it is not the original and is instead a parody. To the extent that it dose only the former but not the latter, it is not only a poor parody but also vulnerable under trademark law, since the customer will be confused.”

²¹⁸ *Anheuser-Busch, Inc. v. Balducci Publications*, 28 F.3d 769, 772 (8th Cir. 1994).

²¹⁹ *Id.* at 771-772.

²²⁰ Blog Law Blog-Trademark Infringement in the Presidential Election?, <http://bloglawblog.com/blog/?cat=73>

被告 *Balducci Publications* 在訴訟中表示該諷刺廣告的目的在於評論諷刺，由於近來 Shell 將石油倒入 Gasconade River 中，而 Gasconade River 則是原告 *Anheuser-Busch* 製造啤酒之水源²²¹。第八巡迴上訴法院指出地方法院將「是否構成混淆誤認之虞」與「憲法第一修正案」合併一起考量，認為涉及侵害商標權之內容如為社論形式表達，則構成混淆誤認之虞的證據應該更明確、具說服力，此係地院過度增加原告的舉證責任，使原告之舉證責任高於一般商標侵權案件的標準，地院之分析係不正確的²²²。

本案法院認為應該區分兩階段審查，第一階段審查是否有構成混淆誤認之虞，而法院認為被告的諷刺仿作行為近乎與原告之商標完全相同，且被告刊登之位置實際上多為廣告之用，因此，有構成混淆誤認之虞²²³；在確定構成混淆誤認之虞後，進到第二階段審查「*Rogers* 平衡測試法」，因為在面對構成混淆誤認之虞的商標諷刺仿作上，審查上應回歸商標權的核心思想，比較「避免混淆誤認」的公共利益與憲法第一修正案之「言論表達自由」的公共利益，僅有在「言論表達自由」的公共利益超越「避免混淆誤認」的公共利益時，始得准許商標之諷刺仿作²²⁴。而本案中被告可以輕鬆地降低大眾混淆誤認之風險(例如換個刊登位置)，仍得達到其欲表達評論諷刺之目的，因此法院認為被告之諷刺仿作侵害原告之商標權。

第四項 1995 年聯邦商標淡化法

商標淡化係指「將他人夙著盛譽之商標使用於雖非同一或同類商品，或完全不致發生誤認混銅之各種各樣之商品，以致該著名商標之標誌性被沖淡或變弱之現象²²⁵。」，前述均以「一般商標」為保護對象，而商標淡化理論則是針對「著名商標」發展出來的一套規範。因為商標係企業主要之市場行銷工具，代表著企業之辛苦勞動或鉅額成本累積而成之商譽，與此同時，對消費者而言，商標亦是一種便利取得商品或服務來源資訊之管道。

美國於 1995 年國會始通過「聯邦商標淡化法」(*The Federal Trademark Dilution Act, FTDA*)作為蘭哈姆法之修正案，將在美國實務界與學界發展已久的「商標淡化理論」建

(最後瀏覽日:2018/06/20)。

²²¹ *Anheuser-Busch*, 28 F.3d, at 772.

²²² *Id.* at 773.

²²³ *Id.* at 774.

²²⁴ *Id.* at 776. See *Cliff Notes*, 886 F.2d at 494.

²²⁵ 曾陳明汝，同註 190，頁 164-165。

立了法律根源。最早商標淡化理論係於 1987 年 *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee* 案²²⁶中最高法院首度採用，法院在分析是否應禁止私人替會在商業活動過程中使用「Olympic」一詞時提出：「即使不存在混淆，仍可能由於降低著名商標的顯著性，並導致該商標商業價值降低，而損害商標權人之利益，此種商標使用行為仍屬非法使用²²⁷」；而在 1927 年的 Schechter 教授於哈佛法學評論(*Harvard Law Review*)中發表之「商標保護理論基礎」(*The Rational Basis of Trademark Protection*)文章中指出，如他人長期於不同之商品或服務，使用與著名商標構成相同之商標，而有致減損或分散著名商標所表彰之品質與價值時，則對著名商標之保護應擴大至不類似或不具競爭關係之商品或服務²²⁸。而後美國各州均受其影響，於 1947 年美國麻州率先立法納入商標淡化理論，惟各州立法不盡相同，亦有不承認商標淡化理論之州，因此，美國國會於 1995 年通過「聯邦商標淡化法」。

1995 年之聯邦商標淡化法給予著名商標反淡化之保護，規定於蘭哈姆法第 43 條第 c 項第 1 款，主要內容為使用之商標或營業名稱，係在著名商標著名之後始使用，而使用有使著名商標之識別性減損者，著名商標權人得向法院主張衡平原則請求核發禁止命令。於此時期之聯邦商標淡化法規定，著名商標權人如欲主張商標遭淡化，需使用人之行為有導致「實質淡化」始須負商標淡化之侵權責任；反之，若僅係「有遭淡化之可能」則不符合商標淡化侵權的要件。欲主張商標淡化的要件有四：(1)其商標為著名商標；(2)利用人之使用係在商標著名以後；(3)利用人之使用為商業性使用；(4)有實際淡化情事。滿足此四個要件後，法院則進一步審查該使用是否為聯邦商標淡化法所規定豁免之例外情形，豁免例外情形有三：(1)合理使用他人著名商標於比較廣告中，區別與著名商標競爭之商品或服務；(2)非商業性使用；(3)任何形式之新聞或評論中使用著名商標。

在商標之詼諧仿作中，因為著名商標廣為人知的特性，使得社會大眾容易取得詼諧仿作人欲傳達之訊息，引此多以「著名商標」作為諷刺評論之對象，因為詼諧仿作係透過對原作核心部分作模仿，再加上自身創意，表達出玄外之音，如以一般社會大眾不清楚之商標為諷刺對象，實難使公眾產生共鳴，意識到兩者之差異性，而難以達到詼諧仿作之目的。因此，在商標之詼諧仿作審查中，除了「混淆誤認之虞」的審查外，仍需檢

²²⁶ *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987)

²²⁷ 鄧宏光，美國聯邦商標反淡化法的制定與修正，電子知識產權，第 2 期，2007 年，頁 32，<http://m.racktom.com/read/95329e3101f6e87127076173.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

²²⁸ 王美花、張瓊慧，論商標之淡化，智慧財產權月刊，第 84 期，2005 年 12 月，頁 71。

視諷諧仿作是否構成商標淡化之侵權，且因為成功的仿作普遍不會造成消費者混淆誤認，因此法院的審查都將著重於「商標淡化」上。然而，於此時期，商標之諷諧仿作尚未被列舉為商標淡化免責事由之一，惟商標之諷諧仿作係藝術及評論之目的使用著名商標，而非商業性使用，應屬於上述免責事由中之(2)非商業性使用，只要諷諧仿作的人的使用為非商業性使用，則豁免於聯邦商標淡化法下之商標淡化侵權責任。

於 1995 年聯邦商標法通過後到 2006 年聯邦商標淡化修正法通過前，法院對於商標之諷諧仿作的判斷則有區分為兩種模式，分述如下：

一、以「言論自由」為中心

此類型的案件中，法院並未將諷諧仿作解釋進聯邦商標淡化法之免責事由之一，而係針對諷諧仿作的特性加以分析。透過言論自由的重要性，分析著名商標與諷諧仿作使用之間的關係，認為諷諧仿作除諷諧性評論著名商標外，未有其他目的或行為，故認為諷諧仿作之使用不僅未模糊著名商標之識別性或毀損著名商標之商譽，反而因消費者對諷諧仿作之使用與著名商標產生連結，而加強著名商標的識別性或知名度²²⁹。

以 *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC* 案²³⁰為例，在本案中被告 Nature Labs 為一間寵物香水製造商，其推出一瓶寵物香水名為「Timmy Holedigger」，且在標語上寫到「如果你喜歡 Tommy Hilfiger，那你的寵物也會愛上 Timmy Holedigger」，為同時在瓶身引註「此模仿香水與 Tommy Hilfiger Licensing, Inc.無關」的免責聲明²³¹。本案中紐約州法院認為，儘管原告的產品中也有香水，但並沒有寵物香水，且被告在包裝或標語上均明顯呈現其與原告無關係，例如在標語上寫「強烈到足夠給男人用，但這是吉娃娃專用的」，被告的 Timmy Holedigger 明顯是商標之諷諧仿作，是一個有趣的雙關表達方式，應受到憲法第一修正案言論自由的保護²³²。

二、以「聯邦商標淡化法之非商業性使用免責事由」為中心

²²⁹ 施品安，著名商標之淡化保護 V. 嘲諷性使用著名商標之言論自由保障，科技法律透析，第 22 期 7 卷，2010 年 7 月，頁 5-6。

²³⁰ *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410 (S.D.N.Y. 2002).

²³¹ *Id.* at 412-413.

²³² *Id.* at 415.

此類型的案件中，法院則適用前述聯邦商標淡化法免責事由中之(2)非商業性使用加以審查，區別諛諧仿作之使用是否為商業性與非商業性之情形為分析，將「非商業性使用」擴大解釋，不局限於完全不帶有商業性之使用。法院認為富有言論表達之諛諧仿作，只要主要目的係為評論著名商標權人或其商品、服務，即便該使用本身含有商業性質，該諛諧仿作仍可被認定為「非商業性使用」，於商標淡化侵權責任中免責²³³。

以 *Mattle, Inc. v. MCA Records, Inc.* 案²³⁴ 為例，在本案中被告 MCA Record 使用「Barbie」於諛諧仿作之歌曲中，歌詞內容為「I'm a Barbie girl, in a Barbie world. Life in plastic, it's fantastic. You can brush my hair, undress me everywhere.....」，原告 Mattle 公司認為被告的歌詞對於其所有之「Barbie」商標權已造成侵害，主張聯邦商標淡化法之淡化侵權責任²³⁵。惟本案第九巡迴上訴法院對於「非商業性使用」作擴張性解釋，認為如果一個言論並非全然的商業性言論，而具有商業以外之目的，即應受到憲法第一修正案之保護²³⁶。被告的利用行為雖有營業，惟其同時幽默的諷刺了「Barbie」的形象及代表的文化，並非純商業性之使用，因此應受到憲法第一修正案之保障，屬於「非商業性使用」之免責事由²³⁷。

雖然此時期的法院對於商標諛諧仿作的判斷有不同的見解，但不論是以「言論自由」為基礎，或者以「聯邦商標淡化法之免責條款」為基礎，均在承認諛諧仿作的存在價值，為其尋求生存之空間。

然而，在 *Moseley v. V. Secret Catalogue, Inc.* 案²³⁸ 中最高法院針對商標權人在主張商標淡化時，要求商標權人提出有「實質商標淡化」情事之證據。本案事實係原告 Secret Catalogue, Inc. 為「VICTORIA'S SECRET」之商標權人，VICTORIA'S SECRET 係一間生產、販售女性內衣、泳衣、乳液等等產品之公司，在全球擁有超過 750 間專賣店，此公司亦投入大量資金在廣告宣傳上，以合理價格、高品質、精美設計著名，「VICTORIA'S SECRET」已成為內衣之著名品牌，原告在肯塔基州路易斯維爾有一間分店；而被告

²³³ 施品安，同註 229，頁 6。

²³⁴ *Mattle, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002)

²³⁵ *Id.* at 898-899.

²³⁶ *Id.* at 904-905.

²³⁷ *Id.* at 906-907.

²³⁸ *Moseley v. V. Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418 (6th Cir 2003).

Victor and Cathy Moseley 為一間位於肯塔基州伊麗莎白鎮名為「Victor's Little Secret」零售店之所有人及經營人。被告在 1998 年 2 月間發廣告傳單，而傳單內容稱其位於伊麗莎白鎮附近之「VICTOR'S SECRET」店將在情人節開幕。一位駐紮當地之軍人認為此係企圖利用他人具有商譽之商標，販售自己廉價低俗商品之行為，而將傳單寄給 VICTORIA'S SECRET。VICTORIA'S SECRET 之律師團隨即發函予 Moseley，告之其選用「Victor's Secret」做為販售女性內衣之店名，有致消費者混淆誤認為「VICTORIA'S SECRET」之虞，亦有淡化著名商標之識別性之虞，因此請求 Moseley 停止使用該店名。而後 Moseley 將店名改為「Victor's Little Secret」，但 VICTORIA'S SECRET 仍無法接受，因而提起商標侵權、商標淡化之訴訟²³⁹。

本案第一審地方法院認為被告 Moseley 之「Victor's Little Secret」使用並未實質造成原告「VICTORIA'S SECRET」商標識別性稀釋，但有玷污之效果，且兩者相似性過高而有構成淡化之效果，因此判決禁止被告 Moseley 繼續以「Victor's Little Secret」為店名之使用²⁴⁰。第二審第六巡迴上訴法院認為應揚棄第四巡迴上訴法院在 *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Utah Division of Travel Development* 案中，原告主張商標淡化則須證明被告使用之商標與原告之著名商標間具有高度相似，足以造成社會大眾心理上、直覺上之聯想，且造成著名商標實際之經濟損害的意見。本案法院認為原告商標權人僅須證明被告之行為有造成淡化之於即可²⁴¹，應該適用第二巡迴上訴法院在 *Nabiso, Inc. v. P F Brand, Inc.* 案中的標準去評斷是否構成商標淡化，因此必須考量兩點地院未提及的問題，一為「VICTORIA'S SECRET」此商標是否具有識別性，針對此法院認為「VICTORIA'S SECRET」應屬於一任意性、創造性之商標，因此享有高度商標權保障；二為實際淡化發生前核發禁制令的依據為何，法院則認為消費者雖然不會期望在被告的店內買到原告之商品，但消費者聽到「Victor's Little Secret」則很可能自然的聯想到「VICTORIA'S SECRET」此商標，並與限制及成人玩具、禮品、女性貼身物等被告販售之物品做連結，而造成典型之商標因貶義或稀釋而遭淡化²⁴²。

最高法院認為商標淡化成立與否，是否以商標權人證明實際淡化為必要，不同法院間有不同見解，因此受理此案。最高法院認為 FTDA 之規定「著名商標權人，有權在

²³⁹ *Id.* at 418-420.

²⁴⁰ *Id.* at 425.

²⁴¹ *Id.* at 418.

²⁴² *Id.* at 425-428.

他人之商標或店名之使用造成著名商標識別性淡化時，向法院聲請禁制令救濟之²⁴³，法條文義為須證明「實質淡化」，並非「淡化之虞」，且在 FTDA 定義下之淡化係削弱著名商標表彰之商品或服務與他人之商品或服務之區別力²⁴⁴。本案法院雖然認同第四巡迴上訴法院在 *Ringling Bros.* 案中「兩個商標造成社會大眾心理上、直覺上之聯想尚不足已成立商標淡化」之意見，但不認同「實際淡化係舉證經濟損失」之見解。法院認為雖然本案中該名軍官看到「Victor's Little Secret」時實際聯想到「VICTORIA'S SECRET」，但並未因此對「VICTORIA'S SECRET」產生負面印象；且無證據證實「VICTORIA'S SECRET」之識別性有降低，原告並未提出實際淡化之證據²⁴⁵。另外，最高法院亦認為 FTDA 之商標淡化不包含玷污原商標之商譽，不應予以擴張解釋²⁴⁶。最高法院認為縱使要求原告提出實際淡化之證據不容易，但不得因此免除商標權人之舉證責任，因而認定本案證據不足已成立商標淡化，駁回地院判決而發回後依最高法院見解續行訴訟²⁴⁷。

雖然 *Moseley* 案²⁴⁸ 與諛諧仿作無關，但在本案中最高法院明確表示欲主張商標淡化，則須由商標權人舉證證明有「實質淡化」之情事，明顯提高了 FTDA 適用之困難度，且最高法院針對「商標淡化」僅限於商標識別性稀釋，不及於商標商譽之減損的見解，對商標權人之保障均大大下降。也因此推動後續的修法。

第五項 2006 年聯邦商標淡化修正法

在 1995 年聯邦商標化法時期，雖將淡化理論明文立法值得讚許，但因為條文規定仍存有不明確之處，使得法院間在適用上有不同的見解，讓各界開始推動修法。而後在 2006 年 9 月美國國會通過了「聯邦商標淡化修正法」(Trademark Dilution Reverse Act, TDRA)，作為聯邦商標淡化法的修正案。聯邦商標淡化修正法主要之內容有：

一、將過去依 FTDA 主張商標淡化之「實質淡化」要件改變為「淡化可能性」，不論利用人之利用是否有實際導致消費者混淆誤認，不論是否利用人與原商標權人雙方間為競爭關係，亦不論是否對原商標權人造成實際經濟利益之損害，只要利用人是在商業活動中利用原商標有可能導致原著名商標淡化即構成「淡化可能性」的要件。

²⁴³ 15 U.S.C. 1125(c)(1)

²⁴⁴ *Moseley*, 537 U.S., at 418.

²⁴⁵ *Id.* at 434-435.

²⁴⁶ *Id.* at 430.

²⁴⁷ *Id.* at 436.

²⁴⁸ *Id.*

二、明確界定出商標淡化之兩個種類，一為「模糊(Blur)²⁴⁹」係指利用人之商標與原著名商標間存在之相似性，使原著名商標之顯著性降低；二為「減損(tarnishment)」係指利用人之商標與原著名商標間存在之相似性，使原著名商標之商譽受到減損、侵害。

三、擴大了商標合理使用的範圍，在 TDRA 下商標之合理使用有三種，一為任何合理使用，指示性、描述性或非為表彰商品或服務來源之合理使用行為，包含了(1)在比較廣告中使用著名商標做商品或服務之比較，(2)為辨識、評論或諷刺批評原著名商標權人之商品或服務；二為任何形式的新聞報導或評論；三則為任何非商業性之使用²⁵⁰。

於此次聯邦商標淡化修正法可以觀察出，立法者有意對著名商標之保障提高，在主張商標淡化之要件改變為有「淡化之可能」即可；惟與此同時立法者為衡平商標權與言論自由之間的權益，亦立法明文在商標合理使用之免責條款中加入諷諧仿作，可見立法者對於諷諧仿作人的言論自由日趨關注。雖然在修法後開始有法院將商標之諷諧仿作作為商標淡化之免責抗辯事由，但是法律仍明文規定諷諧仿作要主張合理使用的一大前提為「利用人非利用諷諧仿作作為指示商品或服務之來源用」，滿足此要件始得主張合理使用。

以 *Louis Vuitton v. Haute Diggity Dog* 案²⁵¹為例，來檢視在配合 2006 年之聯邦商標淡化修正法之適用下，法院對於商標之諷諧仿作的判斷標準為何。本案事實背景係原告 Louis Vuitton Malletier 公司係世界知名之奢華高級皮包等產品製造商，亦曾製造、販售狗用項圈、牽繩、背包等商品，在其專賣店內販售價位約略在 200-1600 美金區間，但其尚未製造販售過狗用玩具。被告 Haute Diggity Dog 係一製造寵物用之絨毛咀嚼玩具

²⁴⁹ 依據 15U.S.C. §1125(c)(2)(B)之規定，考量標準為：(1)兩商標近似度；(2)著名商標之先天與後天識別性；(3)著名商標權人對其商標之獨佔性使用程度；(4)著名商標在市場之識別度；(5)利用人是否意圖使其商標與著名商標產生連結；(6)兩商標之實際聯想度。

²⁵⁰ 15 U.S.C. §1125(c)(3): 「The following shall not be actionable as dilution by blurring or dilution by tarnishment under this subsection:

(A) Any fair use, including a nominative or descriptive fair use, or facilitation of such fair use, of a famous mark by another person other than as a designation of source for the person's own goods or services, including use in connection with--(i) advertising or promotion that permits consumers to compare goods or services; or (ii) identifying and parodying, criticizing, or commenting upon the famous mark owner or the goods or services of the famous mark owner.

(B) All forms of news reporting and news commentary.

(C) Any noncommercial use of a mark.」

²⁵¹ *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252, 256 (4th Cir. 2007).

及床組等商品，其販售之商品多以著名商標之高價位商品為詼諧仿作，例如 Chewnel No.5(Chanel No.5)、Sniffany & Co.(Tiffany & Co.)、Dogior(Dior)等，其主要於寵物店內販售，而販售之商品價位多半不超過 20 美元。而被告亦針對原告 LV 的商品詼諧仿作，製造了一個狗狗的咀嚼玩具名為「Chewy Vuitton」，原告因此對被告提起商標侵權與商標淡化之訴訟²⁵²。



圖 17 狗咬著 Haute Diggity Dog 製造之 Chewy Vuitton²⁵³



圖 18 Louis Vuitton 包包與 Chewy Vuitton²⁵⁴

從判決中可以觀察出第四巡迴上訴法院在判斷本案時，係分成三個層次進行判斷，首先針對被告 Haute Diggity Dog 之「Chewy Vuitton」分析是否成立詼諧仿作，如若成立詼諧仿作，則進一步討論是否會構成「混淆誤認之虞」，若不構成「混淆誤認之虞」，接

²⁵² *Id.* at 258.

²⁵³ The Fashion Law-Cases of Interest:Louis Vuitton v. Haute Diggity Dog , <http://www.thefashionlaw.com/home/cases-of-interest-louis-vuitton-v-haute-diggity-dog> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

²⁵⁴ Mowing the Law: Trademark Dilution:Yea or Nay , <http://mowingthelaw.blogspot.com/2013/02/trademark-dilution-yea-or-nay.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

下來討論是否有構成「商標淡化」，分析被告之行為是否得主張合理使用免責，分述如下：

一、 成立詼諧仿作與否？

本案法院係利用 PETA 標準²⁵⁵判斷被告之「Chewy Vuiton」是否成立詼諧仿作²⁵⁶。法院認為雖然「Chewy Vuiton」是在模仿 LV 手提包的設計，但他同時也呈現出明顯的詼諧仿作意圖，大眾均會意識到它是在模仿 LV 的手提包，但卻都不會認為兩者均由 LV 公司出產，明顯體會到兩者的不同，因此其係符合第一要件；再來，將兩者並列，可以明顯感受到「Chewy Vuiton」傳達出的幽默與諷刺效果，亦符合第二要件，因此，法院認為「Chewy Vuiton」係一成功之詼諧仿作，充分在詼諧仿作商品上結合原告之特色，以達到諷刺的效果²⁵⁷。

二、 構成混淆誤認之虞與否？

在法院認為被告之「Chewy Vuiton」成立詼諧仿作後，進一步探討是否有混淆誤認之虞，本案法院於此利用 Pizzeria Uno 要素²⁵⁸進行混淆誤認之虞與否之分析，認為被告之行為不構成混淆誤認之虞，理由分述如下：

1. 原告 Louis Vuitton 的商標具有強烈之識別性

原被告均不爭執原告 Louis Vuitton 的商標係眾所週知，惟原被告在著名商標引發的結果有不同意見，對此法院則指出原商標若為著名商標原則上會得出受到較強烈完整的保障，但是在涉及詼諧仿作時，因為對於知名度越高的商標為詼諧仿作，越容易使大眾察覺諷刺的對象為何，以及兩者為原商標與詼諧仿作的區別，而得出相反的結論。如同地院觀察到在詼諧仿作案件中，越著名之商標，越能避免詼諧仿作造成混淆誤認之可能性。因此，法院認為消費者看到「Chewy Vuiton」

²⁵⁵ *People for the Ethical Treatment of Animals v. Doughney*, 263 F.3d 359, 366 (4th Cir. 2001). PETA 標準為：1. 詼諧仿作係一種簡單的娛樂方式，利用原商標加上被告之創意，表達出其欲傳達之訊息；2. 詼諧仿作需傳達出兩種矛盾的訊息，此係原作，又非原作也，而在傳達出第二個訊息非原作係詼諧仿作，同時應具有諷刺、娛樂、揶揄的效果。

²⁵⁶ *Louis Vuitton*, 507 F.3d, at 261.

²⁵⁷ *Id.* at 260-261.

²⁵⁸ *Pizzeria Uno Corp. v. Temple*, 747 F.2d 1522 (4th Cir. 1984). Pizzeria Uno 要素為：(1)原告商標之強度或識別性；(2)兩商標間之相似度；(3)兩商標分別識別商品或服務間之近似度；(4)雙方使用於商業中設備或場所之接近程度；(5)雙方廣告之相似性；(6)被告意圖；(7)實際混淆情況。

時可以輕易的得知並非 Louis Vuitton 的產品而係詼諧仿作，在此要素判斷上為有利被告的認定。²⁵⁹

2. 基於詼諧仿作的特性兩商標有相似之必要

詼諧仿作的特性即為模仿原作的核心部分，以達到連結的效果。而法院認為 Haute Diggity Dog 的利用行為未逾越必要之部份，合理的利用了 LV 包的特徵而再加上自身創意，達到連結原作的效果，又使兩者有明顯的差異，因此，在此要素的判斷上亦為有利被告的認定。²⁶⁰

3. 兩商標於係不同產品領域

法院認為「Chewy Vuiton」係一絨毛玩具，與原告 Louis Vuitton 之商品領域截然不同，即便原告有販售狗項圈、外出包等，但並未販售絨毛玩具，是以，此要素亦為有利被告的認定。²⁶¹

4. 兩商標之商品係處不同之銷售管道

法院認為兩者間不論是價值、質感、外觀或銷售地點等均不相同，一幾乎未重疊，故此要素亦為有利被告的認定。²⁶²

5. 兩商標之商品廣告性質亦不近似

法院認為兩商品的廣告亦未重疊，原告之廣告係經由高端時尚雜誌等，而被告之廣告係經由寵物用品的相關管道進行之，故此要素亦為有利被告的認定。²⁶³

6. Haute Diggity Dog 無造成混淆誤認之意圖

法院指出儘管被告的詼諧仿作行為係意圖獲利，惟此並不代表其有造成大眾混淆誤認之惡意，雖然實際上被告係搭了一程原告的順風車，但被告的主要目的

²⁵⁹ *Louis Vuitton*, 507 F.3d, at 261-262.

²⁶⁰ *Id.* at 262.

²⁶¹ *Id.*

²⁶² *Id.* at 262-263.

²⁶³ *Id.*

係幽默諷刺，而從中之獲利僅係附隨效果，故此要素亦為有利被告的認定。²⁶⁴

7. Haute Diggity Dog 實際上未造成消費者混淆誤認

在此要素上原告 Louis Vuitton 在地方法院時已承認無實際混淆誤認之證據，而其主張之「Chewy Vuiton」會造成大眾對 Louis Vuitton 的 Vuitton 拼音錯誤，法院則認為這並非「商品或服務的來源」有混淆誤認之虞，是以，此要素亦為有利被告的認定。²⁶⁵

綜上所述，上訴法院利用 Pizzeria Uno 要素分析得出被告 Haute Diggity Dog 之詼諧仿作商品「Chewy Vuiton」並未造成大眾混淆誤認之虞，因此被告之行為並未構成商標之侵權。²⁶⁶

三、構成商標淡化與否？

雖然被告 Haute Diggity Dog 之行為並未構成商標之侵權，惟仍要進一步探討是否構成商標淡化。原告 Louis Vuitton 主張被告的廣告及銷售會淡化原告之商標，且認為該被告販售之玩具有致寵物哽塞窒息之危險，而有減損原告商譽之可能，違反聯邦商標淡化修正法。而本案中第四巡迴上訴法院表示，詼諧仿作並非商標淡化之絕對抗辯事由，仍須配合聯邦商標淡化修正法之規定進行審查²⁶⁷。

首先，法院檢視被告之行為是否構成聯邦商標淡化修正法之合理使用，雖然在聯邦淡化修正法中有明文規定詼諧仿作的免責事由，惟其成立合理使用之前提係使用人不得利用他人之著名商標指示自己的商品或服務來源，意即詼諧仿作若以商標性質之使用則無法主張合理使用。而法院認為本案中被告雖成立詼諧仿作，惟其係用以指示商品之來源，因此不構成聯邦淡化修正法中之該款合理使用²⁶⁸。

然而，法院指出不成立合理使用，並非當然構成商標淡化，聯邦淡化修正法中另外有於一般情形下，判定是否得成立商標淡化免責之規定。法院先檢驗被告之行為是否構成「模糊」，而依據 15 U.S.C. §1125(c)(2)(B)之規定，考量標準為：(1)兩商標近似度；(2)

²⁶⁴ *Id.* at 263.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ *Id.* at 266.

²⁶⁸ *Id.* at 267.

著名商標之先天與後天識別性；(3)著名商標權人對其商標之獨佔性使用程度；(4)著名商標在市場之識別度；(5)利用人是否意圖使其商標與著名商標產生連結；(6)兩商標之實際聯想度。法院認為本文中 2.3.4 要素係雙方不爭執，且顯而易見，而在第 1 要素則認為基於詼諧仿作特性，被告的模仿是必要的；在要素 5.6 的部分則認為，雖被告有故意連結兩商標，但亦同時傳達出兩商標明顯的不同。因此，法院認定被告的詼諧仿作並未模糊原告商標的識別性。²⁶⁹

緊接著討論被告的行為是否構成「減損」，法院認為原告並未提供相關證據支持其論點，因此認為原告主張被告的商品利用原告之商標會造成原告商譽減損僅為原告之臆測，無論理基礎，故意任並被告的詼諧仿作並未減損原告之商譽。²⁷⁰

在本案第四巡迴上訴法院在面對商標之詼諧仿作，將詼諧仿作、混淆誤認之虞、商標淡化、合理使用與模糊減損均邏輯分明的層層分析，判斷標準的架構較過去實務判決清晰，實值得後續法院在面對商標之詼諧仿作的案件時為參考標準。

在 2008 年的 *Smith v. Wal-mart Store, Inc.* 案²⁷¹即引用了許多 *Louis Vuitton* 案第四巡迴上訴法院之見解。本案事實係原告 Charles Smith 對於 Wal-mart 未給付加班費、一週工作逾 60 小時、僅給予最低時薪等行為，對員工十分不友善，就如同納粹一般對美國社會產生不良影響，為諷刺 Wal-mart 而擷取「Wal-mart」字首與「holocaust(大屠殺)」字尾結合出「Walocaust」，並且設計出一個藍色 Walocaust 字樣，下方搭配老鷹用爪子抓著黃色笑臉的圖樣；而被告 Wal-mart 係一跨國零售公司，針對「WAL-MART」、「WALMART」、「WAL*MART」、「ALWAYS LOW PRICE」等字樣註冊商標權。原告在 2005 年間將其圖樣印至於衣服、杯子、泰迪熊等物品上，並在 CafePress 網站上販售，而後被告發函警告原告及該網站其行為侵害被告之商標權要求停止販售任何有關 Wal-mart 字樣之物品，CafePress 網站隨即下架原告之物品，原告因而提起訴訟，請求法院確認其行為係合法，免於受 Wal-mart 公司求償之懼。在隔年三月原告 Smith 又創造出一個新字彙「Wal-Qaeda」暗指 Wal-mart 像 Al-Qaeda(蓋達組織)一般，利用訴訟攻擊、威脅其言論自由，並結合言論自由之字彙印製在商品上，重新於網路上販售。被告

²⁶⁹ *Id.* at 268.

²⁷⁰ *Id.* at 268-269.

²⁷¹ *Smith v. Wal-mart Store, Inc.*, 537 F. Supp. 2d 1302 (N.D. Ga. 2008).

則反訴原告侵害其商標權、商標淡化、不正競爭、公司信譽等。²⁷²

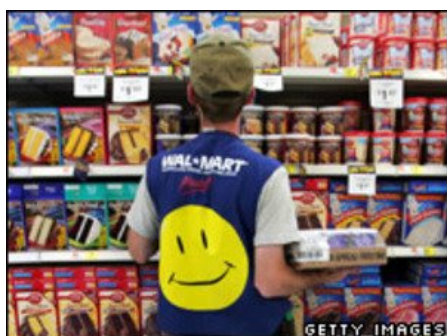


圖 19 Walmart 員工制服²⁷³



圖 20 Smith 之 Walocaust 圖樣²⁷⁴

本案法院在判斷混淆誤認時採用 *Safeway Stores, Inc. v. Safeway Discount Drugs, Inc.* 案²⁷⁵之混淆誤認之虞標準，法院首先判斷 Smith 之行為是否為詼諧仿作，法院引用了 *Louis Vuitton* 案之見解「詼諧仿作的定義即將諷刺商標之作品與商標權人創造之理想商標圖樣並列對比形成出一種簡單的娛樂方式。」²⁷⁶，並認為在本案中原告之作品很明顯的是針對被告 Walmart 之詼諧仿作，同時呈現出兩者間之相同與不同之處，因此原告之係一成功之詼諧仿作²⁷⁷。法院首先亦先判斷原告 Smith 之行為是否為詼諧仿作，法院引用了 *Louis Vuitton* 案之見解「詼諧仿作的定義即將諷刺商標之作品與商標權人創造之理想商標圖樣並列對比形成出一種簡單的娛樂方式。」²⁷⁸，並認為在本案中原告之作品很明顯的是針對被告 Walmart 之詼諧仿作，同時呈現出兩者間之相同與不同之處，因此原告之係一成功之詼諧仿作²⁷⁹。接著法院再一次引用 *Louis Vuitton* 案之見解認為詼諧仿作並不排除混淆誤認之判斷，只是在判斷時影響判斷之方式²⁸⁰。而後法院認為原告之利用行為係成功的使大眾聯想起被告之商標，並透過搭配之老鷹抓笑臉圖樣或言論自由等字

²⁷² *Id.* at 1308-1013.

²⁷³ The IPKat: Walmart not so smiley, <http://ipkitten.blogspot.tw/2008/03/wal-mart-not-so-smiley.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)

²⁷⁴ Will and Lissa: Random Thoughts: Lissa's: Walocaust and Wal-Qaeda, <http://lissaloveswill.blogspot.tw/2008/03/lissas-walocaust-wal-qaeda.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)

²⁷⁵ *Safeway Stores, Inc. v. Safeway Discount Drugs, Inc.*, 675 F.2d 1160 (11th Cir. 1982).

²⁷⁶ *Smith*, 537 F. Supp. 2d, at 1316. “a parody is defined as a simple form of entertainment conveyed by juxtaposing the irreverent representation of the trademark with the idealized image created by the mark’s owner.” See *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252, 260.

²⁷⁷ *Id.* at 1316-1317.

²⁷⁸ *Id.* at 1316. “a parody is defined as a simple form of entertainment conveyed by juxtaposing the irreverent representation of the trademark with the idealized image created by the mark’s owner.” See *Louis Vuitton*, 507 F.3d, at 260.

²⁷⁹ *Id.* at 1316-1317.

²⁸⁰ *Id.* at 1317.

樣得使大眾得知其諷刺、批判意圖，因此屬於批判性言論²⁸¹接著法院分析是否構成混淆誤認之虞，得出不構成混淆誤認之虞之結論²⁸²。

法院再進一步審查是否有構成商標淡化之虞，法院首先引用 *Mattel* 案之見解，表示依聯邦商標淡化法，以藝術性或社論的方式評論原商標權人之商品或其形象，因受憲法第一修正案言論自由之保障係不可控訴的，且聯邦商標淡化修正法僅適用於純商業性言論²⁸³，若言論主要針對政治或宗教信念，惟同時具有經濟利益，仍應歸類為非商業性言論免責於聯邦商標淡化修正法²⁸⁴。而本案之原告主要意圖係評論、諷刺被告 *Walmart*，商業上之銷售行為係次要目的，故非屬商業性言論，而受到憲法第一修正案之保障，*Walmart* 之淡化主張係無理由²⁸⁵。

Smith 案之法院首先判斷是否為詼諧仿作，若是詼諧仿作則並非排除混淆誤認之虞的判斷，而係為配合詼諧仿作之特性，影響法院在混淆誤認之虞之判斷方式，如若認無混淆誤認之虞則進一步判斷是否構成商標淡化，此係依循 *Louis Vuitton* 案中第四巡迴上訴法院建構之判斷標準脈絡進行判斷，本案判決中亦引用許多 *Louis Vuitton* 案法院之見解，由此可知 *Louis Vuitton* 案對後續法院在面對商標之詼諧仿作之影響深遠。

第六項 小結

商標之詼諧仿作係一個發展已久的法律爭議，在每個階段有不同的爭議，不論在學界或實務界對其之探討卻不如著作之詼諧仿作多，在商標之詼諧仿作上有時候會借用到著作之詼諧仿作的判斷標準來做審查，惟著作權和商標權之性質迥異，其等保護之標的、立法目的均不相同，故在適用上仍有疑義。然而，美國國會直至 1946 年立法始通過聯邦商標法(蘭哈姆法)，始將商標權以聯邦法明文賦予保障。然而，在聯邦商標法下並未針對詼諧仿作為任何明文規定，此時期的法院多以憲法第一修正案之言論自由權作為商標詼諧仿作的侵權免責基礎，惟言論自由仍不得過度侵害商標權，原商標權人則會以「混淆誤認之虞」為基礎主張該詼諧仿作已構成商標侵權，法院衡量原商標權人之商標權與詼諧仿作人之言論自由權為判斷侵權與否。於此時期，因尚未有聯邦商標淡化法，有法院會以州之商標淡化法或商標淡化理論作為判斷標準，判斷詼諧仿作是否對原商標造成

²⁸¹ *Id.* at 1316-1317.

²⁸² *Id.* at 1316-1338.

²⁸³ *Id.* at 1339. *See Mattel, Inc.*, 353 F.3d, at 812.

²⁸⁴ *Id.* at 1139.

²⁸⁵ *Id.* at 1139-1140.

淡化。

1995年聯邦商標淡化法通過後，明文規定了原商標權之合理使用的例外免責條款，其中一款為「非商業性使用」，而開始有商標之詛諧仿作人主張此款即詛諧仿作之合理使用明文免責條款。惟此時期法院對「非商業性使用」仍見解不一，未達成一個通用標準，而亦有法院延續過去以憲法第一修正案之言論自由權作為商標之詛諧仿作的免責基礎。於此時期，雖有合理使用的明文規定出現，但因並未將詛諧仿作明文化，而法院針對判斷標準亦尚未有一致見解。

直至 2006 年聯邦商標淡化修正法通過後，構成商標淡化的要件由原本的「實際淡化」改為「有淡化可能」即可，立法者係擴大對於商標權人的保護，而為避免對商標權人的保護擴大過於侵害公共利益，立法者亦在本次修法中，將商標之詛諧仿作明文規定為商標合理使用之例外免責條款之一，以保障公眾的「言論自由權」。惟詛諧仿作欲主張此項合理使用事由仍須滿足一大前提，該詛諧仿作必須為非商標性使用，意即，該詛諧仿作不得為指示自己之商品或服務來源之用，然此即限制了許多商標之詛諧仿作以此款作為主張合理使用免責的基礎。故法院在不符詛諧仿作之免責事由要件的情況下，會轉用「非商業性使用」此款作為詛諧仿作人之免責基礎。

在過去的判決中曾為商標之詛諧仿作判斷提供許多不同的判斷標準與要素，惟尚未有統一之見解或判斷標準，而係由承審之法官在許多不同的判斷標準中，選擇自己偏好的判斷標準來做審查，甚至有法官預先斷定偏好的結果再選擇使用之判斷標準的可能，此係嚴重侵害公平原則，不論是原商標權人或詛諧仿作人，均會因為無統一的判斷標準而無所適從。

法院在經歷數十年的商標詛諧仿作案例後，2007 年的 *Louis Vuitton* 案²⁸⁶中第四巡迴法院在判決中，將商標侵權與商標淡化分層討論，先商標侵權的討論中區分成立詛諧仿作與否，再進一步討論「混淆誤認之虞」，認為無混淆誤認之虞則為構成商標侵權，再進入下一層商標淡化的討論，於此先討論能否成立「詛諧仿作」之合理使用，若無則不得主張該款免責事由，進一步討論一般情形下該商標詛諧仿作是否構成「模糊」或「減損」，若均無對原商標權仍亦不構成商標淡化。相較於過去的實務見解，本案法院為商

²⁸⁶ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

標之詼諧仿作建立了一套頗具邏輯且架構分明的判斷標準，值得參考借鏡。



第五章 比較詼諧仿作之判斷在著作與商標之異同

美國法院在面對商標之詼諧仿作時，每個時期，甚至是同一時期不同法院間，各有不同的價值取捨、判斷標準，從前面第四章的內容可以了解在各個時期的法院配合當時的法律發展出的各種商標之詼諧仿作審判標準，惟於第四章的描述僅針對各個時期的法律、判斷標準或著名判決分析出來的標準等為敘述，於本章節將進一步透過過往判決，分析、比較法院在面對商標之詼諧仿作時，著作之詼諧仿作的判斷標準對其之影響力，兩者的相異處，並分析同為詼諧仿作，在商標權與著作權的差別待遇妥適與否。

第一節 著作-實質近似性 v. 商標-混淆理論

著作權合理使用判斷標準中，其中一個要素為「實質近似性」，與商標權侵權行為中之「混淆理論」，係法院在面對著作詼諧仿作與商標詼諧仿作時，用以判斷是否構成侵權的標準，兩者的共通點為均透過觀察、判斷原作與利用原作之作品兩者間的相似程度，輔助侵權與否之判斷標準，雖然均係法院在面對詼諧仿作的判斷標準，惟配合著作權與商標權之本質與立法目的不同，進而發展出兩套相似又相異的判斷標準。

第一項 著作權合理使用-實質近似性

在 1994 年 *Campbell* 案出現以前，尚未有轉化性要件出現，而法院在面對著作之詼諧仿作時，多以「商業性」及「實質近似性」(Substantiality)為判斷標準。在此介紹「實質近似性」以 *Berlin v. E.C. Publications, Inc.* 案²⁸⁷ 為例，本案的案例事實係被告 MAD 雜誌在其發行之雜誌專欄中，改編許多當下流行、眾所週知的歌曲歌詞，而原告 Mr. Berlin 的歌曲「A Pretty girl is like a Melody」即為被改編的歌曲之一，原告認為被告的行為侵害其著作權而提起訴訟。

本案一審地方法院認為原告的原作與被告的詼諧仿作間，不論是類型、內容或者目的都無近似性，而判決被告勝訴²⁸⁸。原告不服提起上訴，第二巡迴上訴法院則認為雖然被告的詼諧仿作係商業性質使用，但不因此失去合理使用之免責主張，仍應衡量著作權

²⁸⁷ *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F. 2d 541, 546 (2d Cir. 1964).

²⁸⁸ *Id.* at 542.

法之立法目的，只有在保障著作權人的私益帶來的利益大於著作權法立法目的促進藝術、科學和工業發展的公益時，詼諧仿作人始不得以合理使用為其免責事由²⁸⁹。法院亦認為詼諧仿作人為了使消費者意識到原作與原作有產生連結，必然會利用原作充足的質量去完成一個成功的詼諧仿作²⁹⁰，運用原作一定的質與量係詼諧仿作的特性。在強調詼諧仿作的特性後，本案法院在判斷詼諧仿作時則採用「實質近似性」來判斷，並且強調在詼諧仿作或諷作，不論是在評論社會、文學或者純粹幽默娛樂，其等本質上應該享有一定的自由，本案例中被告實際上雖大量利用原作中的元素，但被告之目的係為達到「喚起大眾對原作連結」(recall or conjure up)，則這樣的利用則屬必要之利用，成就詼諧仿作的幽默之處即在將相似、熟悉的語句放進一個牛頭不對馬嘴的段落中，如果實質近似性這標準並未被僵化使用，則這樣的利用行為應不構成「實質性」的要件²⁹¹。因此法院認為被告之作品與原告之原作間並無實質近似性，上訴法院仍維持地院的判決。

「實質近似性」(substantial likelihood)即在 *Folsom* 案中建立的「合理使用原則」中第二項要素「引用作品之數量及價值。大量引用或利用精華之部分，自然不能視為合理之使用²⁹²」；在美國著作權法第 107 條合理使用明文規定後，亦將之納入條文中，體現在第三要素的「使用的質與量」中。

「實質近似性」係在比較原作與利用原作之作品間的差異，在詼諧仿作的案例中則多會配合詼諧仿作的特性，去檢視詼諧仿作利用了原作多少的質和量，是否有過度利用的情形等。然而，「實質近似性」並非單純的比較詼諧仿作利用了原作多少元素，其重點在於原作的核心部分被利用了多少，在某些情況下僅僅利用了一小部分原作的元素，但因為屬於原作的核心部分，仍不被允許；同樣的在某些情況下即便利用了全部的原作，也是有可能被允許的。在 *Art Rogers* 案中法院即曾表示：「在一般的觀察者能否認出一個被指控侵權著作確實係挪用原著作的元素²⁹³。」，可以得知法院在判斷「實質近似性」時係以一般人的眼光去審查，並非一一細膩地就每一個細節去檢視。

²⁸⁹ *Id.* at 544.

²⁹⁰ *Id.* at 544. “it conceded that the parodist must be permitted sufficient latitude to cause his reader or viewer to ‘recall or conjure up’ the original work if the parody is to be successful.”

²⁹¹ *Id.* at 545.

²⁹² *Folsom*, 9 F. Cas. 342.

²⁹³ *Art Rogers*, 960 F.2d, at 307. “whether an average lay observer would recognize the alleged copy as having been appropriated from the copyrighted work.”

第二項 商標侵權-混淆理論

在 1994 年 *Campbell* 案前，聯邦商標淡化法亦尚未出現，美國法院在面對商標諛諧仿作的態度，雖然已開始會加入諛諧仿作的特性，但法院判斷時主要係依蘭哈姆法之規定，以是否構成「混淆理論」為主要的判斷主軸。然而，誠如前述第四章第二節第三項之內容，在這個時期法院尚未有穩定的見解，存在著不同的判斷標準，相類似的案件卻會因為不同法院法官而有截然不同的判決結果，呈現出百家爭鳴的狀態。

以 *Girl Scouts of U.S. v. Personality Posters Mfg. Co.* 案²⁹⁴與 *The Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc.* 案²⁹⁵對比為例：

一、*Girl Scouts of U.S. v. Personality Posters Mfg. Co.*²⁹⁶

本案原告係美國女童軍非營利、非政治的慈善機構，他們的宗旨是提倡誠實、忠誠、純潔和愛國的美德，而被告 Personality Posters Mfg. Co. 卻製作了一張海報，由一個懷孕的女子身著原告廣為人知的女童軍制服和標語，女童軍認為被告的行為已侵害其商標權，向法院聲請暫時禁制令²⁹⁷。



圖 21 Personality Posters Mfg. Co. 所攝之爭議海報²⁹⁸

²⁹⁴ *Girl Scouts of U.S. v. Personality Posters Mfg. Co.*, 304 F. Supp. 1228(S.D.N.Y. 1969).

²⁹⁵ *The Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc.*, 346 F. Supp. 1183(E.D.N.Y. 1972).

²⁹⁶ *Girl Scouts of U.S.*, 304 F. Supp. 1228

²⁹⁷ *Id.* at 1230.

²⁹⁸ GSUSA v. Personality Posters, <http://www.vintagegirlscout.com/lawposter.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

而本案法院駁回了原告的主張，法院認為原告主張被告的利用行為會造成大眾混淆誤認，惟原告應舉證證明被告的行為會造成大眾混淆誤認被告的產品係出自原告或由原告贊助的實證，原告並未能舉出實證。另外，原告主張收到許多會員民眾的抱怨電話，但法院表明憤怒並不代表誤認，相反，憤怒的大眾更是明白此非美國女童軍製作，而係被不當使用²⁹⁹。

二、*The Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc.*³⁰⁰

本案例中被告 Gemini Rising, Inc. 利用原告的商標圖案，僅將原告「Coca-Cola」改成「Cocaine」，並將其製作之海報印製、傳播、販售³⁰¹。原告可口可樂公司認為被告的行為已侵害其商標權因而向法院提起訴訟。



圖 22 可口可樂公司原海報³⁰²

圖 23 Gemini Rising, Inc. 製之爭議海報³⁰³

被告主張在本案的情況中並沒有商標法的適用，因為其並未製造、販售與原告相似的產品，亦未造成大眾混淆誤認之可能。但法院認為被告的行為實有造成公眾混淆誤認之虞，商標係專屬於原告，且使用於原告的產品上，原告對商標權的財產權當然擴張及於他的聲譽及對公眾廣告等權利³⁰⁴。另外，法院認為被告主張一般合理的人都不會混淆

²⁹⁹ *Girl Scouts*, 304 F. Supp., at 1231.

³⁰⁰ *The Coca-Cola Co.*, 346 F. Supp. 1183.

³⁰¹ *Id.* at 1186.

³⁰² *Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc.* -1972 Trademark Infringement. Impairment. Property Right. Likely Confusion. Case Brief, <http://lehrmach2.blogspot.tw/2015/05/coca-cola-co-v-gemini-rising-inc-1972.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

³⁰³ 同上註。

³⁰⁴ *The Coca-Cola Co.*, 346 F. Supp., at 1188-1189. “That trademark belongs to and is uniquely identified with plaintiff and its products. Plaintiff’s property right in its mark clearly extends to its reproduction and publication in advertising and for other promotional uses regarding its products.”

誤認只是被告的一面說詞，並不值得採納，原告使用的廣告海報商標圖案係現今新出現的「Pop-Art」，因此有可能使消費大眾誤以為係原告新的廣告創作³⁰⁵。

在這兩個案例中，被告均係大量利用原告的商標或商標內容物，然而卻有截然不同的結果，在 *Girl Scouts of U.S.* 案³⁰⁶ 中法院認為原告要提出構成「混淆誤認」之虞的實證，始能構成商標侵權；但在 *The Coca-Cola Co.* 案³⁰⁷ 中法院則不要求原告提出混淆誤認的實證，而係擴大商標權的權利及於商譽與廣告等，本案的法院實際上係以「混淆誤認之虞」之名，為「商標淡化」審查之實。雖然兩個案件法院均未討論到詼諧仿作，但被告之行為與詼諧仿作近似，而於此二案中即可看出，相似的行為卻因為法院法官的不同而有天差地遠的結果，毒品與著名商標連結極為不妥，而懷孕與女童子軍結合尚可接受，並無統一之判斷標準，似乎全然取決於承審法官的喜好、心證等主觀價值上。

「混淆理論」在 1946 年的蘭哈姆法中規定在相似的商品間亦可能存在混淆誤認之虞，立法明文將混淆理論擴張及於相關連的競爭商品間；而在 1989 年蘭哈姆法修法時，該法第 43 條 a 項則規定，任何使用商標之行為可能引起混淆，或導致誤認欺騙，使大眾誤認與他人有聯盟、附屬等關係，或者誤認商品、服務、活動之來源係他人，或者由他人贊助者，構成商標侵權行為³⁰⁸。商標權人僅在他人利用商標之行為有導致消費大眾混淆誤認之虞時，始得向法院請求禁止他人利用其商標，縱使消費者不得因混淆誤認商標而受侵害訴諸法院，但多數法院仍認為蘭哈姆法第 43 條 a 項之立法意旨在保護消費大眾³⁰⁹。

「混淆理論」係在審查利用人之利用行為是否會造成消費大眾產生混淆，誤認利用人之利用行為係源自於原商標權人，或者兩者間具有關聯、附屬、聯盟、贊助等特別關係。換言之，即在審查利用人之利用行為與原商標間的相似程度，但基於商標權法之立法目的係在保障社會大眾不受混淆誤認的公共利益，是以，與此同時，仍須探討雙方之商標行為是否在同商品、服務或相關、相似商品、服務之範圍領域內使用，或者是否會構成消費者誤認兩者間有贊助等特殊關係。因此理論上，法院在判斷「混淆理論」時，縱使原商標與利用人之商標間十分相似，但並未構成消費大眾混淆誤認之虞時，仍不應

³⁰⁵ *Id.* at 1190.

³⁰⁶ *Girl Scouts*, 304 F. Supp. 304.

³⁰⁷ *The Coca-Cola Co.*, 346 F. Supp. 1183.

³⁰⁸ 15U.S.C. § 1114 (1)(a) Section 32 (1)(a) of the Lanham Act

³⁰⁹ 曾陳明汝，同註 190，頁 365-366。

禁止利用人使用，亦即，混淆誤認之可能性才是判斷重點，相似度的審查只是輔助判斷要素。

詼諧仿作有兩種，一種是可能造成混淆之詼諧仿作，另一種則為不會造成混淆之詼諧仿作，兩個之共通點即為均在利用他人的商標達到幽默的效果³¹⁰。在商標之詼諧仿作法院以「混淆理論」判斷的案例中，以第四章第二節第三項中之 *Cliff's Notes, Inc.* 案³¹¹ 為例，法院在判決中曾說到「一個針對時代雜誌詼諧仿作，是很難不去模仿時代雜誌具有商標權的紅色邊筐，而成功的完成這個詼諧仿作³¹²。」，法院明白地表示商標之詼諧仿作必定與原商標間具有高度的相似性，若是鉅細彌遺的審查相似性，則商標之詼諧仿作必然難以從侵權行為中脫身。因此，配合商標權法的立法目的係保護交易秩序，而非賦予商標權人專屬的獨佔性權利，故「混淆理論」並非單純地檢視兩者間之相似程度，而係配合個案中言論自言之公益與保障消費者的公益間利益權衡。

第三項 小結

一個產品中可能同時受到著作權法及商標法之保障，然而著作權法和商標法間並非替代關係³¹³，是以，在一個產品中智慧財產法各別保護之面向均應分別分析。法院在面對著作之詼諧仿作時，配合著作權法「促進文學、藝術、科技發展」之立法目的，以「實質近似性」作為侵權與否之判斷標準。而在「近似性」前面加上了「實質」兩字，意即並非鉅細彌遺地觀察兩者間每個細節是否相似，單純地文義解釋「近似性」，而係需深入探究原作與利用人之著作兩者間傳達出之訊息、創作目的等，判斷兩者間是否存有實質上的相似。「實質近似性」著重之處在於以一般人的角度觀察，兩個作品所傳達出的訊息是否相似，是否會輕易的被認為兩者係抄襲的關係。

法院在面對商標之詼諧仿作時，配合商標法「保障消費者利益，促進工商業正常發展」之立法目的，以「混淆理論」作為判斷侵權與否之標準。「混淆理論」即「是否存在使消費大眾構成混淆誤認之可能性」，而最簡單、基本的，即在比較原商標與利用人

³¹⁰ *Louis Vuitton*, 507 F.3d, at 261, See 6 J. Thomas McCarthy, Trademarks and Unfair Competition, §31:153, at 262 (4th ed. 2007) “There are confusing parodies and non- confusing parodies. All they have in common is an attempt at humor through the use of someone else’s trademark.”

³¹¹ *Cliff's Notes, Inc.*, 886 F. 2d. 490.

³¹² *Id.* at 494. “It is hard to imagine, for example, a successful parody of Time magazine that did not reproduce Time’s trademarked red border.”

³¹³ J. Thomas McCarthy, MCCARTHY ON TRADEMARKS & UNFAIR COMPETITION §6:17.1 (4th ed. 2002) “In general, there is no reason why a given work cannot be the subject of both trademark and copyright protection.....However, trademark law cannot be used as a substitute for a copyright.”

之商標兩者間的相似程度，惟「混淆理論」最主要之立法目的並非在保障商標權人，而係在保障消費者不受到錯誤訊息而為誤認之消費行為，以保障消費者利益，是以，「混淆理論」著重之處在於以消費大眾的角度觀察，兩個商標行為是否會使之混淆誤認為同一商品或服務之來源。

同為面對詼諧仿作，著作權領域利用「實質近似性」來衡量，而商標權領域利用「混淆理論」來判斷，實則兩者間存有相似之處，兩種判斷標準均以普通人的視角，無需利用專業領域之人的眼光觀察，站在一般社會大眾的角度判斷原作與詼諧仿作間的相似度，且兩者均非僅表面的檢視原作與詼諧仿作間的相似程度，而係各自配合詼諧仿作與該權利結合之特性為判斷重心。然而，在詼諧仿作的審查上必然會面對與言論自由之公益間的利益權衡，配合詼諧仿作與著作權、商標權結合的特性為判斷重心，此即係造就兩者相異之主因，誠如前述，著作權著重於促進科技藝術進步，在判斷合理使用與否係在衡量著作權人之私益與言論自由之公益兩者間的利益衡量；而商標權著重在避免消費者混淆誤認，在判斷侵權與否實則在衡量消費者混淆誤認之公益與言論自由之公益間之利益權衡。因為衡量的權益不同，在判斷上則出現不同的重心，著作之詼諧仿作單純的衡量兩者間是否有實質近似性，而商標之詼諧仿作的「混淆理論」雖亦在衡量兩者的近似性，惟因配合商標權法的立法目的，將兩者是否近似之重心放在是否有構成消費者混淆誤認之可能性。

第二節 *Campbell* 案對商標詼諧仿作之影響

Campbell 案為著作詼諧仿作之經典案例，最高法院在衡量詼諧仿作是否構成合理使用時，將詼諧仿作的特性加入其中，與合理使用原則調和，為著作之詼諧仿作建立了一套量身定做的審查標準。然而，本案不僅僅對著作之詼諧仿作有重大影響，本案法院在判決中建立的「轉化性」、「聯想測試法」等，對後續法院在面對商標詼諧仿作之判斷上，亦有著不可忽視的地位。以 *Harley Davidson, Inc. v. Grottanelli* 案³¹⁴為例，在本案中法院認同被告之見解，「……不論商標之詼諧仿作受到的保護範圍為何，均應參考近年來最高法院對著作之詼諧仿作合理使用的見解³¹⁵。」，法院接著並直接引用 *Campbell*

³¹⁴ *Harley Davidson, Inc. v. Grottanelli*, 164 F.3d 806. (2d Cir. 1999).

³¹⁵ *Id.* at 813. “……whatever protection is to be afforded a trademark parody must be informed by the Supreme Court's recent elucidation in the copyright context of parodies allegedly protected by the defense of fair use.”

案³¹⁶的見解認為詼諧仿作的主張必須對原作內容或風格有批評或諷刺³¹⁷。

第一項 轉化性與混淆理論共舞

Campbell 案中最高法院在合理使用之判斷標準第一要素中，提出了一個新的要件—「轉化性」，已如第四章第一節第五項 *Campbell v. Acuff-Rose* 案詳細說明，簡而言之，轉化性即在新的作品中加入新的東西，呈現出不同的特質、表達不同的訊息等。「轉化性」在合理使用中並非必要的要件，僅係若具備「轉化性」則可減輕衡量合理使用之其他要素，如同本案中最高法院所言：「新作品之轉化程度越高，其他要素之重要性則會降低，例如對合理使用判斷上不利之商業性要素³¹⁸。」

在 *Campbell* 案後有許多法院在面對商標之詼諧仿作時，會結合 *Campbell* 案最高法院之見解為審查標準，而利用到「轉化性」此要件來判斷商標之詼諧仿作之案件，以 *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books, USA, Inc.* 案³¹⁹為例，本案事實係原告 *Dr. Seuss Enterprises, L.P.* 為一個知名的兒童教育書作者及插畫家，其最著名的著作為「*The Cat in the Hat*」，且擁有「*The Cat in the Hat*」、「*Dr. Seuss*」及該貓之插畫的商標權，以及該書的著作權。而被告 *Penguin Books USA, Inc.* 和 *Dove audio, Inc.* 出版一本名為「*The Cat Not in the Hat*」的著作，模仿原告之「*The Cat in the Hat*」寫作、繪畫風格，而內容為諷刺 *O.J. Simpson* 雙重謀殺案的審判，原告認為被告的行為侵害其著作權、商標權，因而提起訴訟並請求禁制令³²⁰。

³¹⁶ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³¹⁷ *Harley Davidson*, 164 F.3d, at 813.

³¹⁸ *Campbell*, 510 U.S., at 579.

³¹⁹ *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books, USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997).

³²⁰ *Id.* at 1396-1397.

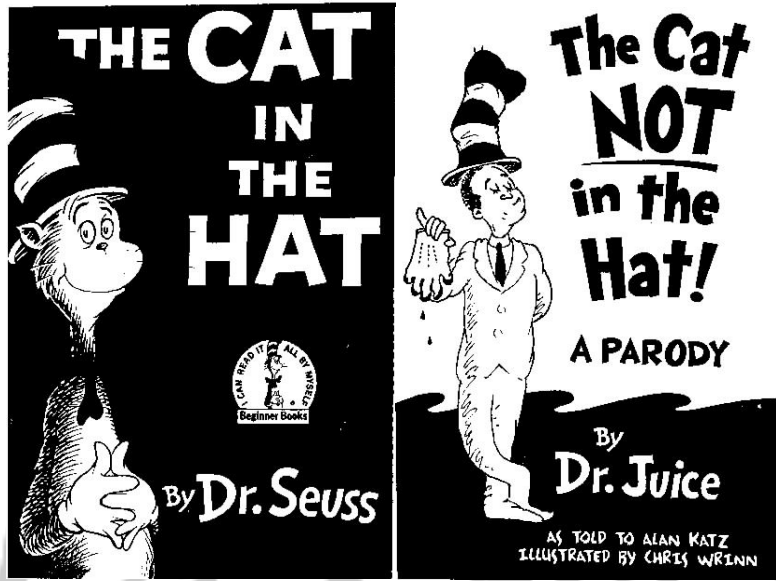


圖 24 Dr. Seuss-The Cat in the Hat³²¹ 圖 25 Dr. Juice-The Cat NOT in the Hat³²²

本案同時涉及著作之諷諧仿作及商標之諷諧仿作，第一審加州南區地方法院判決同意原告之禁制令聲請，被告不服因此提起上訴³²³；第二審第九巡迴上訴法院在本案中引用 *Campbell* 案中的「轉化性」要件，認為被告的作品中並未有添加新的具有「轉化性」的創作，未努力呈現出新的表達、意義或訊息等，且該作品為商業性使用，更減弱其之合理使用主張³²⁴。惟本案中法院在引用 *Campbell* 案之「轉化性」要件時，係針對著作權之合理使用判斷的部分，法院認為被告模仿原告著作之行為非合理使用，因未具「轉化性」之要件；而後在商標侵權的部分，法院係直接判斷「混淆誤認之可能性」，利用 *Sleekcraft* 八要素原則³²⁵，法院衡量過後認為一審之判決無誤，維持一審判決原告勝訴³²⁶。

再以 *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.* 案³²⁷ 為例，本案事實係被告 Thomas

³²¹ Satire or Parody? Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA-Min's Blog , <http://blogs.harvard.edu/yuminemma/2009/12/16/satire-or-parody-dr-seuss-enterprises-v-penguin-books-usa/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

³²² *Id.*

³²³ *Dr. Seuss*, 109 F.3d, at 1394.

³²⁴ *Id.* at 1401. “Because there is no effort to create a transformative work with ‘new expression, meaning, or message,’”

³²⁵ *Id.* at 1404. 引用自 *AMF, Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341 案，八要素有：「(1)原商標之強度；(2)商品或服務之相似度；(3)商標之相似度；(4)實質混淆誤認之證據；(5)銷售管道的使用；(6)產品類型和消費者在消費時之注意程度；(7)被告之意圖；(8)產品線之擴張性。」

³²⁶ *Id.* at 1046.

³²⁷ *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003). “以下以 *Walking Mountain* 案為簡稱”。

Forsythe 為一名攝影師，其拍攝一系列名為「Food Chain Barbie」之攝影著作，利用裸體之芭比娃娃放置於古老之廚房用具中，創造出荒誕而帶有個人觀點的作品。被告主張此系列作品係在嘗試批評與芭比娃娃產生連結之女性物化現象，因為傳統女神神話和社會接受物化女性等現象，係芭比娃娃所體現之價值；且他表示選擇將芭比娃娃為作品呈現，係因為芭比娃娃是給予我們美麗、完美主義消費文化的產品中最悠久的一個³²⁸。

本案第九巡迴法院指出被告之利用行為，雖然明顯地具有商業性使用之預期，惟依 *Campbell* 案最高法院之見解，多數在評論或批評之作品，均具有販賣、營利等商業性之使用，因此在考量被告之作品具有極大之轉化性與詼諧仿作之特質，其商業性使用之特質便不再如此重要³²⁹。而後在混淆誤認可能性之判斷上，法院利用 *Rogers* 測試法，法院最終認為被告利用 *Barbie* 係有其必要及關聯性，且其照片並無誤導大眾被告與原告間具有贊助等特殊關係，因此認定本案中自由及藝術表達之公共利益大於潛在消費者混淆誤認之公共利益，判決原告敗訴。

由上述案例可以觀察到在一個商標詼諧仿作的案件中，經常伴隨著著作權侵權、商標權侵權與商標淡化的法律爭議，法院通常會先審查著作權合理使用抗辯之部分，並利用 *Campbell* 案中最高法院之見解，「主張合理使用抗辯之門檻即為詼諧仿作之特性是否能被合理地觀察到？」³³⁰，先就著作權部分探討轉化性，判斷該詼諧仿作之詼諧仿作特性是否夠突出，接著再探討商標侵權之部分，此時的法院不再就詼諧仿作之特性為特別論述，直接分析判斷混淆理論上。在 *Dr. Seuss* 案中法院即在著作權合理使用抗辯中，認為被告之作品轉化性不足並非合理使用，而在商標權侵權部份則判斷混淆理論，法院則以 *Sleekcraft* 八要素原則為判斷標準；在 *Walking Mountain* 案中法院首先亦在著作權合理使用抗辯中做判斷，惟本案法院認為被告之作品具有極大之轉化性，因而得減輕其他要素之重要性，最終認為被告之使用係成立合理使用，接著在商標權侵權部分判斷混淆理論，法院選擇用 *Rogers* 平衡測試法做判斷標準。

法院在判斷著作權合理使用抗辯時之「轉化性」要素，係在審查詼諧仿作是否具有一定程度的新意義、訊息或目的，呈現出與原作不同的作品；在商標侵權之「混淆理論」判斷上，係在審查兩商標間的相似性，是否會構成消費者混淆兩者來源同一等。綜上所

³²⁸ *Id.* at 796.

³²⁹ *Id.* at 803.

³³⁰ *Campbell*, 510 U.S., at 582.

述，可以發現法院並未將轉化性要件直接結合進入判斷商標侵權之混淆理論中，係先在著作權合理使用抗辯中判斷「轉化性」，探究諷諧仿作的特性，接著在商標侵權混淆理論之部分，因為法院間尚無統一之見解，而過去案例中已出現許多不同的判斷標準，法院似乎是預先判斷出結論後再引用偏好之判斷標準判斷是否有構成混淆誤認可能性之虞，*Campbell* 案之轉化性尚未被結合進入商標侵權之判斷中，法院在判斷商標侵權與否時如同先射箭再畫靶。

第二項 「聯想測試法」—必須針對原作之內容或風格評論

Campbell 案中最高法院針對諷諧仿作的特性做出了一個定義：「諷諧仿作必須針對原作之內容或風格評論、諷刺³³¹」。在 *Campbell* 案後有許多法院在面對商標之諷諧仿作時，會引用 *Campbell* 案最高法院之見解為審查標準，以 *Elvis Presley Enters., Inc. v. Capece* 案³³²為例，本案事實係被告 Barry Capece 以有限合夥的方式開了一間名為「The Velvet Elvis」的酒吧，而在 1992 年十二月時經美國專利與商標局(United States Patent and Trademark Office, PTO)公告，而原告 Elvis Presley Enterprises, Inc.(EPE)知道但未在三十天內依 15 U.S.C. §1063 提出異義，因此 PEO 在 1993 年三月公佈「The Velvet Elvis」註冊為 Capece 使用之商標³³³。雖然在同年九月該餐廳關閉，但在 1994 年一月 Capece 以新的有限合夥方式重新開張一間同名之酒吧在新的地點，且 Capece 為唯一的股東，而 1994 年七月 EPE 發函通知 Capece，以法律手段作威脅，禁止其利用「Elvis」作為店名，但 Capece 仍於同年八月以「The Velvet Elvis」開張³³⁴。而該酒吧除了利用到「Elvis」在其名稱外，在店內的裝飾亦利用了多幅 Elvis Presley 畫像、照片、菜單名為「The king of dive Bars」，且菜單上亦有「Love me blenders」、「Peanut butter and banana sandwiches, a favorite of Elvis's」等與 Elvis Presley 相關的使用³³⁵。因此 PEP 對被告提起商標侵權、聯邦商標淡化、違反州法之賦予公開 Elvis Presley 名字、相關事物之權利。

本案第一審地方法院認為被告的廣告行為侵害原告之商標權及違法不公平競爭法，但並不認為被告之「The Velvet Elvis」商標使用行為為侵權，而法院判決禁止被告利用

³³¹ *Id.* at 580.

³³² *Elvis Presley Enters., Inc. v. Capece*, 141 F.3d 188 (5th Cir. 1998).

³³³ *Id.* at 191-192.

³³⁴ *Id.* at 192.

³³⁵ *Id.* at 192.

Elvis 相關之事物做廣告之用，至於其他原告之聲明均為有利被告之認定³³⁶。

然而原告上訴後，第五巡迴上訴法院推翻地院見解，而主要理由即在於被告的行為並非以 Elvis Presley 為詼諧仿作之對象。法院首先指出詼諧仿作在商標詼諧仿作中，並非免責抗辯之事由，而係一個考量造成混淆誤認與否之因素³³⁷。並引用 *Dr. Seuss* 案³³⁸中法院引用 *McCarthy on Trademarks* 之見解：「有些詼諧仿作會構成侵權，有些則否；而『詼諧仿作』並非魔法般地阻擋商標侵權或淡化的法律責任。」³³⁹。法院表示最高法院針對著作之詼諧仿作的見解對商標之詼諧仿作亦有影響，接著法院引述了最高法院在 *Campbell* 案中針對著作詼諧仿作的見解：「詼諧仿作的核心在於利用原作之元素創造一個新的作品去評論原作的作品，若並非針對原作之內容或風格做評論為目的則不同於詼諧仿作需要利用原作的元素，因此諷作利用原作的準否須較詼諧仿作嚴謹」³⁴⁰。然而，被告在其證詞中曾表示：「其詼諧仿作針對之對象為『六零年代』—Los Vegas 悠閒休息的場景、絲絨畫作的熱潮，或者 Elvis Presley 帶來的狂熱等」。被告亦承認其之詼諧仿作可以透過不利用 Elvis Presley 的方式來呈現其對「六零年代」的評論，因此法院認為被告沒有利用 Elvis Presley 名字的必要，則詼諧仿作即無法與混淆可能性抗衡³⁴¹。

本案第五巡迴上訴法院即清楚指出 *Campbell* 案雖然為一著作之詼諧仿作的案例，但對於法院在面對商標之詼諧仿作判斷上亦有相關，具有參考價值。本案第五巡迴上訴法院最終判定原告勝訴之因，主要在分析 *Campbell* 案中「針對原作為評論」此要件，法院認同著作之詼諧仿作判斷中之此要件，進一步認為在面對商標之詼諧仿作時，因為同為詼諧仿作，故亦應針對原作之內容或風格為評論對象，反之則無利用原作中元素之必要性，因而利用行為極有可能構成侵權行為。

³³⁶ *Id.* at 193.

³³⁷ *Id.* at 198.

³³⁸ *Dr. Seuss*, 109 F.3d.

³³⁹ *Elvis Presley*, 141 F.3d, at 198. “Some parodies will constitute an infringement, some will not. But the cry of ‘Parody!’ does not magically fend off otherwise legitimate claims of trademark infringement or dilution.”

³⁴⁰ *Id.* at 199. “.....the Supreme Court considered parody in the copyright context, which is relevant to the treatment of parody in the trademark context.....’the heart of parodist’s claim to quote from existing material, is the use of some elements of prior author’s composition to create a new one that, at least in part, comments on author’s works. If, on contrary, the commentary has no critical bearing on the substance or style of the original composition, which the alleged infringer merely uses to get attention or to avoid the drudgery in working up something fresh, the claim to fairness in borrowing from another’s work diminishes accordingly (if it does not vanish), and other factors, like the extent of its commerciality, loom larger. Parody needs to mimic an original to make its point, and so has some claim to use the creation of its victim’s (or collective victims’) imagination, whereas satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing.’”

³⁴¹ *Id.* at 200.

Campbell 案中最高法院在面對著作之諷諧仿作時，建立之合理使用的判斷標準係強調諷諧仿作的特性必須受到重視，因此針對諷諧仿作提出了一個特性，即諷諧仿作必須針對原作之內容或風格為評論，因為為促使觀眾將諷諧仿作與原作做連結，諷諧仿作人始有借用原作的元素之必要，以達到諷諧仿作創作之目的，而建構利用原作之合理性。在 *Lyons Partnership v. Giannoulas* 案³⁴²中第五巡迴上訴法院亦引用了 *Campbell* 案中最高法院對 Parody 的定義：「一個利用模仿原作的特色風格呈現出漫畫或滑稽的效果之藝術作品³⁴³」，而法院進一步指出不論在著作或商標權領域中，單純為諷諧仿作之用，為引起觀眾將諷諧仿作與原作間產生連結，而引用原作的行為是可以被接受的³⁴⁴。本案被告主張其利用原作的行為僅為使觀眾產生連結，置入 Barney 角色的關聯性，並非意圖從利用 Barney 的商譽獲取利益，而法院接受被告之說法認為其行為係諷諧仿作，而進一步在判斷混淆誤認之虞時，則利用 *Elvis* 案之判斷標準認為諷諧仿作針對原作為評論作為混淆誤認之虞判斷時的因子之一，最後法院認定並無足夠之證據證明被告的行為違反蘭哈姆法³⁴⁵。而不論是在前述之 *Dr. Seuss* 案³⁴⁶或 *Mattel* 案³⁴⁷中法院均以諷諧仿作是否針對原作為評論對象，作為判斷利用原商標合理性之標準。

³⁴² *Lyons Partnership v. Giannoulas*, 179 F.3d 384 (5th Cir. 1999). 本案事實係原告擁有 Barney 玩偶，係一隻可愛的紫色恐龍，深受孩童們喜愛，但家長就不盡然了，有些家長覺得它很煩人。而某天一個孩子與他的家長一起看棒球賽，當吉祥物「Famous Chicken」出來時會打敗 Barney 此紫色恐龍玩偶，小孩因此十分沮喪，家長因此向 Barney TV 抱怨，而 Barney TV 則對「Famous Chicken」的製造者提起商標侵權訴訟。 *Id.* at 385-386.



圖 San Diego Chicken 踩著 Barney。

³⁴³ *Id.* at 388 “artistic work that imitates the characteristic style of an author or a work for comic effect or ridicule.”

³⁴⁴ *Id.* at 388.

³⁴⁵ *Id.* at 388-390.

³⁴⁶ *Dr. Seuss*, 109 F.3d, at 1041. “The stanzas have ‘no critical bearing on the substance or style of’ The Cat in the Hat.”

³⁴⁷ *Mattel*, 296 F.3d, at 901. “The song does not rely on the Barbie mark to poke fun at another subject but targets Barbie herself.”

第三項 商標淡化-商業性使用 v. 藝術性使用

經過前述許多美國實務上的案例分析，可以發現在商標詼諧仿作的案例中有著一個共通性，就是均以著名之商標作為詼諧仿作諷刺之標的，而分析商標之詼諧仿作的使用目的，可以歸納出兩種模式，一是商業性使用，例如 *Louis Vuitton* 案³⁴⁸之被告詼諧仿作 LV 的商標便是以製造商品販賣為目的，即商業性使用，而另一種則是藝術性等非商業性使用，以 *Walking Mountain* 案³⁴⁹為例，被告利用芭比娃娃作為諷刺的對象，其目的在於製造出該藝術作品，去批判芭比娃娃背後代表的社會女性價值，並非以商業性販售為目的。

本文認為在區分商業性使用與非商業性使用的方式，與著作權合理使用之第一要素中之「商業性」判斷相似，應該以該商標詼諧仿作之主要目的視之，如若該詼諧仿作的主要目的是在販售商品，以營利為導向，則應無疑屬於商業性使用；反之，若該詼諧仿作的主要目的並非在於販售商品，而是諷刺、評論等其他目的，則縱使其後有銷售性的使用仍應屬於非商業性使用。本文認為可以針對詼諧仿作之不同目的，可以再細緻化援引 *Campbell* 案中最高法院之見解，融入商標之詼諧仿作的商標淡化判斷標準中，針對商業性使用與藝術性使用，分述如下。

一、商業性使用-適用商標淡化法「模糊」之判斷標準

綜觀前述美國案例之分析，不乏商標之詼諧仿作，均以商業性使用為目的，以 *Louis Vuitton* 案³⁵⁰為例，在本案中被告之詼諧仿作係利用 LV 公司之商標，製作出寵物的咀嚼玩具等商品而販售之，被告在製作該詼諧仿作時的主要目的即販售該商品，故無疑是商業性使用；再以 *Tommy Hilfiger* 案³⁵¹為例，被告推出一瓶寵物香水名為「Timmy Holedigger」，並在標語上寫到「如果你喜歡 Timmy Hilfiger，那你寵物也會愛上 Timmy Holedigger」，本案被告將原告之 Timmy Hilfiger 商標詼諧仿作後作為其商品之名稱，而其主要目的亦在販售該寵物香水，故無疑亦是個商業性使

³⁴⁸ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

³⁴⁹ *Walking Mountain*, 353 F.3d 792.

³⁵⁰ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

³⁵¹ *Tommy Hilfiger*, 221 F. Supp. 2d 410.

用。

著名商標權人在面對商業性使用之詛諧仿作時，多會同時主張詛諧仿作人的利用，會減損原商標之識別性，構成商標淡化理論中之「模糊」。本文認為在面對商業性使用之詛諧仿作，得借鏡 *Louis Vuitton* 案³⁵²之判斷標準審查是否構成商標淡化，首先檢驗被告之行為是否構成「模糊」，而依據 15U.S.C.§1125(c)(2)(B)之規定，考量標準為：(1)兩商標近似度；(2)著名商標之先天與後天識別性；(3)著名商標權人對其商標之獨佔性使用程度；(4)著名商標在市場之識別度；(5)利用人是否意圖使其商標與著名商標產生連結；(6)兩商標之實際聯想度，惟上述六點的判斷時應該加入詛諧仿作的特性，綜合考量。

在面對商業性使用之商標詛諧仿作時，主要著名商標權人均會主張商標淡化理論中之「模糊」，本文認為因為「模糊」乃減損著名商標之識別性，仍與商標之識別性、是否構成混淆誤認等，商標法之立法目的維持市場交易秩序相關，本文認為在這一部份，主要還是在探討是否對著名商標之識別性影響程度，因此引用 *Louis Vuitton* 案之判斷標準，衡量原著名商標與詛諧仿作間的近似性等，比較原商標的識別性是否因為詛諧仿作而有受到減損，惟在判斷上仍應加入詛諧仿作的特質，不得機械式操作。

二、藝術性使用-可以加入「轉化性」及「聯想測試法」作為判斷要素

在商標之詛諧仿作中，亦有許多案例係非以商業性使用為目的，本文認為在面對非商業性使用的詛諧仿作，因為該詛諧仿作並未將之作為商標性使用，而較無涉及商標法之立法目的維持交易秩序、公平競爭等問題，因此在與言論自由權衡量下，應該要給予非商業性使用更寬廣的空間。

非商業性使用即該詛諧仿作並非以商業性之使用為主要目的，惟非商業性使用是一個反面排除法，將符合商業性使用的詛諧仿作剔除掉之後，剩餘之詛諧仿作都在非商業性使用的打擊範圍內，本文認為這樣的分類過於不確定，又有打擊面過於廣之嫌，可以在此引用 *Campbell* 案³⁵³中最高法院建立之「轉化性」作為藝術性使

³⁵² *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

³⁵³ *Campbell*, 510 U.S. 569.

用的一個正面判斷標準，在非商業性使用之詼諧仿作中，在分析其是否傳達出不同的意義、訊息，而具有轉化性，可以將之視為藝術性之使用。

例如在 *Walking Mountain* 案³⁵⁴中被告所製作的「Food Chain Barbie」，係以批評諷刺芭比娃娃背後代表的女性地位、社會價值等，透過「Food Chain Barbie」一系列將芭比娃娃放置在各種家用電器中，以衣衫不整、融化等型態呈現的藝術作品，表達出芭比娃娃與現實女性的差別，或者在 *Mattel* 案³⁵⁵中，被告製作之歌曲亦係針對芭比娃娃隱含的價值觀作為嘲諷對象，以歌曲的方式呈現出詼諧仿作，兩案中被告在製作該詼諧仿作時均非以販賣銷售等目的為之，而係為評論、藝術等目的出發，先排除了商業性使用，在考量其是否具有「轉化性」，本文認為兩個案件中之詼諧仿作，均呈現出與芭比娃娃原本傳達的訊息、意義完全不同，因此具有高度的轉化性，屬於藝術性之詼諧仿作。又本文認為縱使藝術性使用之詼諧仿作，有展覽售出、歌曲發行等帶有商業性質行為，仍不因此喪失其藝術性使用之定性，因為在社會生活上帶有商業性的行為過於廣泛，只要其主要目的並非商業性，又具有轉化性，即應認定該詼諧仿作為藝術性使用。

再以 *Lyons* 案³⁵⁶為例，被告吉祥物「Famous Chicken」製造商在棒球比賽開場時，以「Famous Chicken」出來時會打敗 Barney 此受孩子歡迎之紫色恐龍玩偶，而 Barney TV 則對「Famous Chicken」的製造者提起商標侵權訴訟。在判斷被告之詼諧仿作行為是否有減損原商標權人之商譽時，可以先判斷本案中之詼諧仿作是屬於何種使用：首先判斷該詼諧仿作是否為商業性使用，本案中「Famous Chicken」製造者在針對 Barney 詼諧仿作時，並非基於販售的主觀意圖，非以營利、銷售等商業性目的作為創作之主要原因，因此屬於非商業性使用，接著進一步討論該詼諧仿作是否為藝術性使用，於此本文認為引用 *Campbell* 案之「轉化性」要素審查標準，在本案中被告之詼諧仿作已傳達出不同於原商標之訊息、意義，具有高度轉化性，因此本文認為本案之詼諧仿作係為了達到幽默、諷刺的效果，故意屬於藝術性使用之詼諧仿作。

在藝術性使用之商標詼諧仿作案件中，著名商標權人在商標淡化之主張上，多

³⁵⁴ *Walking Mountain*, 353 F.3d 792.

³⁵⁵ *Mattel*, 296 F.3d 894.

³⁵⁶ *Lyons*, 179 F.3d 384.

會著重於該詼諧仿作利用原商標的行為，減損其著名商標之商譽，構成商標淡化中之「減損」。而在 *Louis Vuitton* 案³⁵⁷中法院針對「減損」係認為應由原商標權人提出減損商譽之證據，不得以原商標權人之一面之辭認定，尚未提出一套判斷標準。本文認為，在判斷藝術性使用等非商業性使用之詼諧仿作，是否有減損其著名商標之商譽、是否構成商標淡化，除可以在判斷是否藝術性使用時援引 *Campbell* 案³⁵⁸中最高法院建立之「轉化性」作為判斷要素外，可以再將該案中建立之「聯想測試法」，加入到減損商譽與否之判斷標準中，判斷該詼諧仿作是否有利用原商標引起聯想之必要，又引用原商標的行為是否有引用過多，超出引起聯想的必要程度等，判斷引用該原商標的行為是否在合理接受的範圍內。而「指示性合理使用」即指在使用他人商標時，若該使用係為指涉他人商品或服務所必要，則對他人商標之使用屬於合理使用³⁵⁹，本文認為「指示性合理使用」與 *Campbell* 案之「聯想測試法」有異曲同工之妙。

例如針對 *Lyons* 案³⁶⁰，在判斷被告之詼諧仿作行為是否有減損原商標權人之商譽時，可以先判斷本案中之詼諧仿作的「轉化性」程度如何，作為是否為藝術性使用的判斷要素，並引用「聯想測試法」，如同該案第五巡迴上訴法院所言，不論在著作或商標權領域中，單純為詼諧仿作之用，為引起觀眾將詼諧仿作與原作間產生連結，而引用原作的行為是可以被接受的³⁶¹，惟本文認為並非具有「轉化性」，或者通過「聯想測試法」即於商標淡化中免責，而係將「聯想測試法」、「轉化性」作為判斷之要素之一，綜合考量後個案認定之。

再以 *Mattel* 案³⁶²為例，在判斷被告之行為是否有減損原商標之商譽，構成商標淡化與否時，可以首先討論被告詼諧仿作作品之「轉化性」程度，被告係針對芭比娃娃為詼諧仿作，以歌曲嘲諷、批評，以不同的藝術手法呈現，且與原商標權人之芭比娃娃傳達出不同的意義、訊息，本文認為此二案被告之詼諧仿作實具有高度之轉化性，因此屬於藝術性使用；進一步以「聯想測試法」作為判斷要素之一，在

³⁵⁷ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

³⁵⁸ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³⁵⁹ 美國法上商標戲謔仿作 (Trademark Parody) 案例介紹 - 聖島智慧財產專業團隊，http://www.saint-island.com.tw/TW/Knowledge/Knowledge_Info.aspx?IT=Know_0_1&CID=322&ID=844 (最後瀏覽日:2018/06/20)。

³⁶⁰ *Lyons*, 179 F.3d 384.

³⁶¹ *Id.* at 388.

³⁶² *Mattel*, 296 F.3d 894.

本案例中被告以芭比娃娃所蘊含之社會價值觀作為嘲諷、批評之對象，因此有直接利用芭比娃娃使社會大眾產生聯想之必要性，故本文認為被告在作品中直接利用芭比娃娃的行為，符合「聯想測試法」，只是會了使大眾產生聯想，並未取用過度。且本案第一審法院亦引用 *New Kids on the Block v. News America Publishing* 案³⁶³中指示性合理使用標準，認為被告不可能在不提到 *Barbie* 的情況下嘲弄芭比娃娃；再者，被告沒有在樂曲影片中抄襲芭比娃娃的造型或標籤 LOGO，被告也在 CD 盒上註明此曲係作為社會評論、而非芭比娃娃製造商所製作或承認，故聯邦地方法院認為此構成指示性合理使用³⁶⁴。本文認為，在此本案例中一審法院之「指示性合理使用」與 *Campbell* 案之「聯想測試法」有異曲同工之妙，被告之詼諧仿作在判斷是否有構成商標淡化時，若加入 *Campbell* 案中之「轉化性」及「聯想測試法」作為判斷標準要素，則可以得出均具有高度轉化性，且符合聯想測試法之結果，不構成商標淡化之結論。

三、小結

在面對不同使用目的之詼諧仿作，著名商標權人主張之商標淡化理由會因此而異，商標淡化理論中主要有兩種型態，一為「模糊」，即造成原著名商標之識別性受到減損、模糊，在面對商業性使用之詼諧仿作時，原著名商標權人多會主張利用人之詼諧仿作減損原商標識別性，構成商標淡化理論中之「模糊」；二為「減損」，即使原著名商標之商譽受到減損，而在面對藝術性使用之詼諧仿作時，原著名商標權人多會主張利用人之詼諧仿作，使原商標權人之商譽受到玷污、減損，因此構成商標淡化理論中之「減損」。

在商標詼諧仿作之標竿判決 *Louis Vuitton* 案³⁶⁵中，法院在判斷商標淡化的部分時，並未引用到 *Campbell* 案中「轉化性」、「聯想測試法」之見解，本文認為在針對商標淡化理論中之「模糊」部分，主要仍在商標識別性的判斷上，且 *Louis Vuitton* 案中建立起有邏輯的判斷標準，並已將詼諧仿作的特性融入其中，是以無引用 *Campbell* 案中「轉化性」、「聯想測試法」之必要；惟在判斷商標淡化理論中之「減損」部分，主要是在面對藝術性使用之詼諧仿作，然並非所有的非商業性使用均可作為藝術性使用，而在判斷是否為藝術性使用時，可以借鏡 *Campbell* 案中之「轉

³⁶³ *New Kids on the Block v. News America Publishing*, 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992). 本案例中對於指示性合理使用的標準為：(1)若不使用該商標則無法指稱該商品或服務；(2)被告對商標之使用只有到足以合理必要指稱該商品或服務之程度；(3)被告沒有任何暗示其受到商標權人贊助或授權。*Id.* at 306.

³⁶⁴ 同註 359。

³⁶⁵ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

化性」要素，作為正面判斷標準，一個非商業性使用之詼諧仿作，若已傳達出不同於原商標之訊息、意義，具有高度「轉化性」，則應屬於藝術性使用，本文認為在面對藝術性使用之詼諧仿作，判斷是否構成商標淡化理論中之「減損」，應該著重於商標權是否有過度侵害人民之言論自由權，由於藝術性之使用不會構成混淆誤認等破壞交易秩序問題，故應給予較商業性使用之詼諧仿作更關廣之空間，在確認為藝術性使用後，可以再引用 *Campbell* 案中之「聯想測試法」作為判斷標準，雖然 *Campbell* 案係針對著作詼諧仿作，但本文認為在藝術性使用之商標詼諧仿作案件中，亦側重詼諧仿作人之言論自由權，在有引用原商標之必要，又未引用過多的原商標情形下，應承認該詼諧仿作使用原商標的手段，係屬於合理範圍，不構成商標淡化。

雖然在著作權體系中並沒有淡化這樣的概念，惟本文認為同樣是在面對詼諧仿作，一個商標之詼諧仿作的「轉化性」越高則如同著作之詼諧仿作，越應該容許它的存在，以利社會、文化發展，在不過度侵害商標權之下，保障社會大眾之言論自由權；又詼諧仿作的特質不論在著作權或商標權均相同，即以某原作為評論、諷刺之對象，用幽默、有趣的模仿手法表現出來，而同樣的有利用原作的必要性，是本文認為在商標淡化理論中，亦有援引「聯想測試法」作為判斷標準之合理性。因此，本文認為將 *Campbell* 案最高法院建立之「轉化性」及「聯想測試法」，得引用至商標淡化理論的判斷標準中，作為商標淡化理論之判斷要素之一。

綜上所述，本文認為在面對藝術性使用之商標詼諧仿作仿作時，在判斷該行為是否構成商標淡化時，須衡量原告之商標權以及被告之言論自由權，在 *Walking Mountain* 案³⁶⁶第九巡迴上訴法院即曾表示，在一個商標超越了商標法中之角色，具有社會文化上之重要性時，美國憲法第一修正案所保障之言論自由即會在認定被告是否侵害此商標時發生作用，在本案中芭比娃娃之形象並不單純具有表彰商品來源功能，而亦具有文化上之意義，從而在認定被告之責任時應考慮被告之表現自由³⁶⁷。因此，本文認為此時與著作之詼諧仿作在判斷上之核心重點相同，在判斷上有引用 *Campbell* 案³⁶⁸最高法院建立之「轉化性」及「聯想測試法」作為判斷標準的空間。

第四項 小結

Campbell 案雖然是一個純著作權之案件，但對後續不論是著作權或商標權之詼諧

³⁶⁶ *Walking Mountain*, 353 F.3d 792.

³⁶⁷ 同註 359。

³⁶⁸ *Campbell*, 510 U.S. 569.

仿作判斷上均有重要的影響，由上述案件中可以得知在商標之詼諧仿作案件中，法院開始重視詼諧仿作的特性，例如在 *Walking Mountain* 案中法院將「詼諧仿作之特質是否可以被察覺察覺」作為審查門檻³⁶⁹、在 *Lyons* 案中法院對於詼諧仿作引用原作核心之元素採取開放的態度，認為不論在著作或商標中若純為詼諧仿作目的之利用行為應為合法可接受的³⁷⁰、在 *Elvis Presley* 案中法院要求商標之詼諧仿作必須針對原作之內容或風格為評論³⁷¹。

惟在商標詼諧仿作之判斷中，美國法院尚未將 *Campbell* 案中建立之「轉化性」要素，融入商標之詼諧仿作的判斷標準之中。本文認為在商標之詼諧仿作的案件中，不仿將「轉化性」要素融入到商標侵權、商標淡化的審查中，如同在著作詼諧仿作中扮演的地位般，並非作為唯一的判斷標準，但作為一具有影響力之判斷要素。因為商標侵權係在審查是否有混淆誤認之虞，則勢必會呈現出不同的意義、訊息，則有很高的機率不會構成混淆誤認；而商標淡化係在審查是否有減損商標識別性或商譽，商標淡化係商標權與言論自由權兩權利間之衡平，若一個商標詼諧仿作具有高度之「轉化性」，則應保障其言論自由權，降低其他構成商標淡化之判斷要素。惟本文認為如同著作詼諧仿作之判斷標準中「轉化性」扮演的角色，在商標之詼諧仿作中，具有「轉化性」並非必然不構成混淆誤認，僅係影響著後續混淆誤認之判斷要素，轉化性程度越高，則越減輕其他要素的影響力。

本文認為在商標之詼諧仿作判斷標準中，可以在判斷是否構成商標侵權、商標淡化前，加入「轉化性」此要素檢驗，而在判斷一個商標詼諧仿作的轉化性時，可以分成兩個階段，第一階段為該商標詼諧仿作是否作為只是商品或服務來源之用，意即是否為「商標性使用」，若該利用原商標之二次創作並非作為商標性使用，則有很高的機率已傳達出不同的訊息、意義，而已具有一定程度轉化性，惟並非非做商標性使用必然具有高度轉化性，本文認為仍須個案認定，在無法確實認定具有高度轉化性時，仍應進一步分析第二階段，實質審視該二次創作是否有傳達出不同於原商標之訊息、意義；惟若利用原商標之二次創作係作為「商標性使用」，應認為其在第一階段的轉化性程度並不高，則應進一步分析二次創作之商標，是否有表現出與原商標不同的意義、訊息，判斷該二次

³⁶⁹ *Walking Mountain*, 353 F.3d, at 801.

³⁷⁰ *Lyons*, 179 F.3d, at 388. "In general, a reference to a copyrighted work or trademark may be permissible if the use is purely for parodic purposes."

³⁷¹ *Elvis Presley*, 141 F.3d. 188.

創作之商標實質上具有之轉化性程度，在判斷出其轉化性程度後，如同 *Campbell* 案³⁷²最高法院之見解，轉化性程度越高的二次創作，其他構成侵權之判斷要素的影響力應隨之降低。

另外，在商標之詼諧仿作判斷上，美國法院多會援引 *Campbell* 案³⁷³最高法院關於「聯想測試法」之見解，本文認為實質贊同。因為詼諧仿作不論在著作權或商標權上，均具有同一特性，就是以原作為評論、諷刺之標的，是以，在商標之詼諧仿作中對原商標的利用具有直接關聯性，如同 *Lyons* 案中法院指出不論在著作或商標權領域中，單純為詼諧仿作之用，為引起觀眾將詼諧仿作與原作間產生連結，而引用原作的行為是可以被接受的³⁷⁴；惟若並非詼諧仿作，而是諷作的話，僅具有間接關聯性，其利用原商標的合理門檻則應較詼諧仿作高，如同上述 *Elvis Presley* 案中法院認為被告若並非針對原作之內容或風格做評論為目的則不同於詼諧仿作需要利用原作的元素，因此諷作利用原作的準否須較詼諧仿作嚴謹³⁷⁵。

本文認為不論是在著作權領域，亦或者商標權領域，詼諧仿作特性均係相同的，*Campbell* 案³⁷⁶中最高法院針對「詼諧仿作」之定義、特性等，提出了不少分析與見解，雖然著作權與商標權之本質不盡相同，但在詼諧仿作的案件中，法院均須以詼諧仿作的特性為基礎出發判斷，這也造就了 *Campbell* 案不僅對著作之詼諧仿作有重大影響，在商標之詼諧仿作案件上亦是一個值得後續法院援引參考的案例。

第三節 本章結論

綜合前述商標權之案例可以觀察到，各個案件中之商標利用人，如同前述第四章第一節之小結中著作之利用人，均存有利用目的而完成其作品，主要同樣分為詼諧仿作、諷作與挪用此三種，而同樣的在商標之領域中，法院對不同種類之利用目的，會給予不同程度之寬容及言論藝術自由權。在商標之利用案件中，法院首先均會先探討該利用商標之作品究竟屬於哪種性質，以 *Louis Vuitton* 案³⁷⁷建立之階段審查為例，法院首

³⁷² *Campbell*, 510 U.S. 569.

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ *Lyons Partnership*, 179 F.3d, at 388.

³⁷⁵ *Elvis Presley*, 141 F.3d, at 199.

³⁷⁶ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³⁷⁷ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

先便先審查是否成立詼諧仿作，由於詼諧仿作之特性不論在商標或著作領域大致相同，是法院在商標權之案件中亦多會引用著作之相關法院見解作為論理基礎，以下將針對此三種利用目的分別述之：

一、詼諧仿作

成立商標之詼諧仿作主要有兩個要件，一為該作品必須呈現出是原商標，而又不是原商標矛盾相反之訊息，二則為與此同時必須傳達出諷刺、評論、幽默之訊息，且必須是針對原商標之諷刺、評論，儘管不是全然針對原商標，但至少必須要有一部分訊息係針對原商標進行諷刺評論³⁷⁸。而成立詼諧仿作則法院便會進一步將詼諧仿作的特性納入審查後續之商標侵權、淡化之中，即詼諧仿作為諷刺原商標必然須對原商標有一定程度之模仿，以促使大眾得以將其詼諧仿作與原商標做連結，而存有直接利用原商標之必要。

依據 *Louis Vuitton* 案³⁷⁹法院建構出之判斷架構，在認定為詼諧仿作後，接著判斷商標侵權的部分，針對是否構成混淆誤認之虞，法院於此引用 *Campbell* 案³⁸⁰最高法院在著作權案件中之見解，將「詼諧仿作」具有直接引用原作必要以達連結之特性，在加入混淆誤認之虞的判斷上，本文認為同為詼諧仿作，是不論利用之原作為商標或著作，詼諧仿作的特性均相同，因此在檢視「混淆理論」之各要素時，有配合其詼諧仿作之特性的必要。

而在商標淡化的判斷上，由於著作權詼諧仿作中並沒有淡化這個概念，因此於此並引用著作權領用之部分，又美國聯邦商標淡化修正法中已有將詼諧仿作作為合理使用之免責規定，惟針對詼諧仿作作為合理使用之規定仍有限制，法條規定僅有非針對著名商標之詼諧仿作作為商標使用之行為，始符合商標淡化中合理使用之免責抗辯，詼諧仿作並非絕對免責事由。惟不成立聯邦商標淡化修正法中之合理使用免責，不代表必然構成商標淡化，該法中仍有一般情形下商標淡化免責之規定即「模糊³⁸¹」，以及「減損」原商標之商譽則需原告提出實質證據。本文認同 *Louis Vuitton* 案中第四巡迴上訴法院將詼諧仿作的特性納入其中之見解，雖有故意與原商標做連

³⁷⁸ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³⁷⁹ *Louis Vuitton*, 507 F.3d 252.

³⁸⁰ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³⁸¹ 15U.S.C. § 1125(c)(2)(B)

結，但又同時傳達出兩者不同的訊息，如同在判斷「混淆理論」各要素時應納入詼諧仿作的特性，在商標淡化的判斷上亦應如是。

二、諷作

如若不成立詼諧仿作，通常均因該利用人的作品並未傳達出諷刺、評論原商標之訊息，而係利用原商標，達到諷刺某社會、文化，或者其他價值觀念之手段。惟不成立詼諧仿作並不代表該利用行為必然構成商標侵害、淡化，諷作係為諷刺、評論某一社會文化、價值，雖然並無利用原商標之直接必要，仍存在有間接必要，然如同著作權案件之 *Art Rogers* 案³⁸²中，法院即曾在判決中指出詼諧仿作或諷作均被認為係一種評論之方式，有助於促進社會文化發展，被認為具有創造性且符合著作權法之目的，惟諷作不如詼諧仿作般有利用原作引起聯想的必要，故在諷作中利用原作的門檻要求必然較詼諧仿作高，惟法院不否認其仍有成立合理使用之可能。

在商標權領域中亦然，許多利用人會利用某商標諷刺社會文化、價值等，在商標權領域中區別詼諧仿作與諷作的方法，以 *Elvis Presley* 案³⁸³為例，在本案中被告係利用 Elvis Presley 的名字、作品、照片等，藉以諷刺六零年代的美國社會，而法院引用最高法院在 *Campbell* 案中針對著作詼諧仿作的見解：「詼諧仿作的核心在於利用原作之元素創造一個新的作品去評論原作的作品，若並非針對原作之內容或風格做評論為目的則不同於詼諧仿作需要利用原作的元素，因此諷作利用原作的準否須較詼諧仿作嚴謹」³⁸⁴，藉以作為區分詼諧仿作與諷作的判斷標準，而本案法院認為被告之行為係諷作，而無直接使用原商標的必要。

然而商標法之立法目的與著作權法不盡相同，著作權法係為追求促進社會、文化、科學的進步，同時亦須藉由保障著作權人的著作權以達此立法目的；而商標權則係為促進工商業發展、避免消費者混淆誤認，主要著重於市場秩序、公平競爭等公益上。以 *Dr. Seuss* 案³⁸⁵為例，本案被告係利用原告的原作品添加自身創意，諷刺社會案件，實屬諷作，而法院在商標侵權的判斷上，係直線分析「混淆理論」，並未強調諷作的特徵。本文認為著作權法與商標法之立法目的不同，商標法之立法

³⁸² *Art Rogers*, 960 F.2d., at 309-310.

³⁸³ *Elvis Presley*, 141 F.3d 188.

³⁸⁴ *Id.* at 199.

³⁸⁵ *Dr. Seuss*, 109 F.3d 1394.

目的乃避免消費者混淆誤認、維持市場秩序及促進發展，惟在面對該諷作是否構成商標侵權之判斷態度，法院判斷「混淆理論」時仍應參酌諷作的特徵，諷作雖然並未如同詼諧仿作般有利用原作的直接必要性，但利用原商標達到其諷刺其他人事物的效果，仍有間接利用原作之必要，且對社會文化亦屬有益。又如前所述，商標之「混淆理論」與著作之「實質近似性」性質相似，均在審酌原作與利用人的作品間的相似度，僅係配合著作權法與商標法之立法目的，而發展出不同重心之審查標準，諷作不如詼諧仿作般有直接利用原作達到聯想之必要，惟仍具有促進文化發展之公益，以及保障言論自由，因此本文認為只要利用原商標之行為，符合商標法立法目的，尚無導致消費者混淆誤認之虞時，仍應賦予諷作利用原商標之空間。

在判斷無商標侵權後，則再進一步探討是否有構成商標淡化之情事，在商標淡化之判斷上，美國法上已有聯邦商標淡化修正法將某些情形明文為合理使用免責，但其中並未包含諷作，惟本文認為並不因此表示諷作不得逾商標淡化中免責，因美國聯邦商標淡化修正法中仍有針對一般情形下，判斷是否得成立商標淡化免責之規定，如同 *Louis Vuitton* 案³⁸⁶中第四巡迴法院在其審查之第三階段中依據 15 U.S.C. §1125 (c)(2)(B)之規定，檢視是否構成「模糊」，以及該利用行為是否構成「減損」原商標之商譽。

三、挪用

挪用則係該利用人利用原商標，並不具任何諷刺、評論原商標、社會、文化、價值或觀念的意圖，僅係單純為好玩、有趣，而挪用原商標之元素作為其作品之用，然而，挪用則不同於詼諧仿作、諷作，不具有有直接利用原作引起連結的必要，亦不具有諷作為聯想起某特定風格、文化等，有間接利用原作的必要。如同著作權案件之 *Cariou* 案³⁸⁷中法院放寬了過往只有詼諧仿作與諷作才有利用原作的必要性得主張合理使用的見解，改採縱使不具有任何評論意圖，亦得有成立合理使用之可能。

本文在商標權的案例中尚未發現有法院如同 *Cariou* 案獨立針對挪用的手法進

³⁸⁶ *Louis Vuitton*, 507 F.3d, at 268.

³⁸⁷ *Patrick Cariou*, 714 F.3d. 694.

行討論，而均係直線分析「混淆理論」，本文認為 *Dallas Cowboys Cheerleaders* 案³⁸⁸ 中，被告將電影場景放在德拉斯州，且利用與 *Dallas Cowboys Cheerleaders* 極為相似制服，而並未有任何諷刺、評論之意圖，將被告之創作行為進行分類，應該屬於挪用的創作手法，惟法院在本案中並未分析，而係直線分析「混淆誤認」。本文認為雖然不同於著作權，商標法之立法目的係促進工商業發展、避免消費者混淆誤認，主要著重於市場秩序、公平競爭等公益上，惟在挪用涉及商標侵權之案件中，雖然利用人無任何利用原商標之必要，但利用人之行為亦不應因此必然構成商標侵權行為，仍應進一步審查「混淆理論」，惟因為不同於詼諧仿作、諷作，無直接利用、間接利用原商標之必要，因此在分析該挪用行為是否有構成消費者混淆誤認之虞時，門檻應較詼諧仿作、諷作更高。而在商標淡化之探討上亦同，雖然挪用行為非於立法明文之免責規定中，惟美國聯邦商標淡化修正法仍有概括條款，需要經過個案審查使得分析是否構成商標淡化。本文認為於挪用案件中，挪用人同樣具有言論、藝術自由權，仍應審酌其利用原商標之行為，是否有違反商標法之立法目的，進一步審酌是否有商標侵權、淡化之情事。

本文認為在各個商標之利用行為案件中的審查流程應大同小異，雖然 *Louis Vuitton* 案係一詼諧仿作之案件，惟本文認為不論詼諧仿作、諷作或挪用的判斷架構均應先判斷究竟為詼諧仿作或諷作，再進一步判斷是否構成混淆誤認之虞，接著討論商標淡化的問題，是雖然利用之目的不同，但 *Louis Vuitton* 案³⁸⁹之判斷架構、理論基礎，在諷作和挪用的判斷上同樣具有參考借鏡的價值。

首先均應先定性出該利用行為為何，再進一步納入該利用行為之特性，討論是否有構成消費者混淆誤認之虞，惟本文認為在面對商標之仿作時，直線分析「混淆理論」前，不仿將最高法院在 *Campbell* 案³⁹⁰建立之「轉化性」要素加入審查標準中。「混淆理論」之目的在審查該利用行為是否使消費者有混淆誤認之虞，惟如果利用人之利用行為，不論是詼諧仿作、諷作或挪用，具有高度「轉化性」，勢必會呈現出不同於原商標之意義、訊息，則不易構成消費者混淆誤認之虞。因此，本文認為在判斷商標之仿作案件中，*Campbell* 案³⁹¹中建立之「轉化性」要素亦值得參酌使用，具有高度轉化性之商標詼諧

³⁸⁸ *Dallas Cowboys Cheerleaders*, 604 F. 2d 200.

³⁸⁹ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

³⁹⁰ *Campbell*, 510 U.S. 569.

³⁹¹ *Id.*

仿作，應如同 *Campbell* 案最高法院的見解，降低其他判斷構成侵權與否之要素的影響力。再者，商標權最重要的一項功能即為指示商品或服務之來源，因此利用人的利用行為是否仍為商標性之使用，作為指示商品或服務之來源，本文認為此亦可作為商標仿作中「轉化性」程度的判斷因素，因為若利用人並未將二次創作作為商標性使用，則有很高的機率已呈現出不同意義、傳達出不同訊息。

而在判斷完商標侵權與否後，進一步將探討是否有商標淡化之情事，在詼諧仿作、諷作及挪用中，僅有詼諧仿作被明文規定於聯邦商標淡化修正法中之免責事由，且如前所述並非所有詼諧仿作均涵蓋在內，僅有非商標使用之詼諧仿作為明文之免責事由。而商標使用之詼諧仿作、諷作或挪用，並非因此必然構成商標淡化，聯邦商標淡化修正法仍有概括規定，即 15 U.S.C. §1125 (c)(2)(B)之規定，個案審酌檢視是否構成「模糊」，接著審查是否構成「減損」，而減損須由原告舉出該利用行為有侵害其商標商譽之證據。

此外，本文認為在 *Campbell* 案中最高法院的一段見解，似乎可以直接套用到商標之詼諧仿作的案件中關於商標淡化的判斷中：「……如果評論並未包含針對原作之內容或風格做出批評、比較，則該涉嫌侵權之人僅僅是利用原作之知名度吸引注意力或避免自己辛苦創作出新的東西，其主張借用行為之合理性將會被減弱，而其他要素例如商業性之重要性將會被提升³⁹²。」，著作係著作權人辛苦之創作結晶，而商標係商標權人長久經營、累積商譽之結晶，在商標權淡化理論中關注商標權人之商標權不受不當之減損識別性、商譽，因此，本文認為此見解與商標權之特性相符，在判斷商標之詼諧仿作時，同理如果一個商標之詼諧仿作並未針對原商標之內容或風格為評論，則其主張借用之合理性理應被降低。惟 *Campbell* 案中最高法院認為一個詼諧仿作之品味為好或壞不應該影響成立合理使用與否³⁹³，本文認為此見解與商標淡化理論尚有衝突，因為不同於著作權法，商標法中有商標淡化理論，如上所述商標淡化理論旨在保障商標權人之商標不受不當減損其商譽之行為侵害其商標權，然而，一個商標之詼諧仿作若是以毒品方式呈現，例如 *The Coca-Cola* 案³⁹⁴，則有可能使消費者將該商標與毒品連結，進而可能造成 *Coca-Cola* 之商譽遭到減損，而有構成商標淡化之虞，故在商標之詼諧仿作判斷上，詼

³⁹² *Id.* at 580. “....., the commentary has no critical bearing on the substance or style of the original composition which the alleged infringer merely uses to get attention or to avoid the drudgery in working up something fresh, the claim to fairness in borrowing from another’s work diminishes accordingly (if it does not vanish), and other factors, like the extent of its commerciality, loomer larger.”

³⁹³ *Id.* at 582.

³⁹⁴ *The Coca-Cola Co.*, 346 F. Supp. 1183.

諧仿作之品味好壞是有可能影響該詼諧仿作合理存在與否的。惟本文認為雖然 *Campbell* 案中最高法院之一個詼諧仿作之品味為好或壞不應該影響成立合理使用與否的見解，與商標淡化理論有衝突之處，然而縱使商標淡化係為保障商標權人之權益，仍不應過度擴張保障商標權，過度限縮利用人之言論自由權，僅係非在商標案件中照單全收適用，仍具有參酌之價值。

由於著作之詼諧仿作在美國實務上發展較完善，且曾在 *Campbell* 案時經由最高法院表達見解，統一過去了在判斷上的分歧見解。站在巨人的肩膀上，可以看得更遙遠，本文認為同為詼諧仿作，在商標之詼諧仿作案件中，借鏡在著作權案件中演化出來之判斷標準，例如 *Campbell* 案最高法院建立之「轉化性」、「聯想測試法」等，只要配合商標權的特性與立法目的，參酌作為商標之詼諧仿作之判斷標準尚無不妥之處，另外，雖然 *Campbell* 案雖是針對詼諧仿作合理使用之案件，惟詼諧仿作與諷作、挪用本質上仍有相似之處，從 *Blanch* 案與 *Cariou* 案中，法院均引用 *Campbell* 案之見解作為論理基礎可以得知在不衝突之情形下，其審酌標準為法院引用參考。

綜上所述，詼諧仿作、諷作、挪用均為某種藝術創作手法的名稱，其等有著共同的特性，即利用既已存在的著作、商標進行創作，而同時又各自擁有其特徵。如前所述在著作權領域中之發展較完整蓬勃，然而由於被利用之權利特性與立法目的之不同，而著作權與商標權各自有不同著重之處，惟因為屬於同一種創作手法，縱使在不同領域發生，仍有著相同的特性，並非不得互相借鏡參考，將著作權領域中之判斷標準引用至商標權領域中，再配合商標權之權利特性與立法目的，與該創作手法之特性相互調和下，逐漸形成相似又相異的判斷標準尚無不妥。

第六章 我國之商標詼諧仿作

我國實務上進入訴訟之商標詼諧仿作的案例並不多見，許多案件在尚未進入訴訟前即以和解收場，例如在 2017 年底呱吉拍攝之「空中英語傳教士」影片，呱吉製作的空中英語傳教士之影片以模仿空中英語教室的用字及字體設計，拍攝幽默帶有黃色之英語教學影片，因此擁有「空中英語教室」商標權之基督教救世傳播協會發函予呱吉，主張空中英語傳教士之影片已侵害其空中英語教室之著名商標權，且有減損其識別性及商譽，要求呱吉刪除影音及協商。呱吉原本主張其行為為詼諧仿作並無侵權，絕對力抗到底，但在發表力抗到底之聲明的一個月後，傳出呱吉態度放軟，將進行協商的消息³⁹⁵。雖然空中英語傳教士此案尚不確定是否就此以和解收場，惟不可否認，此案件之發展流程係我國多數涉及商標詼諧仿作案件中，詼諧仿作人的選擇，因此目前在我國實務上，商標之詼諧仿作的案例除了有愛馬仕鉑金包與嬌蕉包案、香奈兒與流淚香奈兒案，以及 107 年 3 月之 My Other Bag & The Face Shop 的交付審判刑事裁定外，幾乎沒有其他相關之案件了³⁹⁶，以下將針對此三案分別述之，藉以瞭解我國法院在面對商標之詼諧仿作的判斷態度。

第一節 愛馬仕鉑金包 v. 嬌蕉包³⁹⁷

一、案例事實

嬌蕉包係將愛馬仕鉑金包圖案轉印在環保帆布上，模仿得惟妙惟肖，因為大 S 與嬌蕉包老闆相識，在 2011 年藝人大 S 婚宴上獲得贊助將嬌蕉包作為伴手禮，而嬌蕉包一炮而紅成為熱議話題，業者也因此訂單電話接到手軟，不僅在台灣，大陸和香港也有網友指定購買，亦因此法國精品愛馬仕公司注意到嬌蕉包，控告嬌蕉包侵害其著作權與商標權³⁹⁸。嬌蕉包將愛馬仕商標中之馬車換成了香蕉，而從遠處看酷似愛馬仕鉑金包，拉

³⁹⁵ 商標戲謔仿作 空中英語控呱吉侵權 - 財經 - 自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/business/paper/1174739> (最後瀏覽:2018/06/20)。

³⁹⁶ 汪家倩，文創不可不知：從「嬌蕉包」、「流淚香奈兒」到「笨蛋星巴克」——商標詼諧仿作 (Parody)，可以不可以？，萬國法律雜誌社，第 202 期，2015 年 8 月，頁 47。

³⁹⁷ 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決、最高行政法院 101 年度裁字第 391 號判決。

³⁹⁸ 嬌蕉包 @ 微笑是我的原動力 - 痞客邦，<http://qup211019.pixnet.net/blog/post/51355262-%E5%AC%8C%E8%95%89%E5%8C%85> (最後瀏覽

近距離才會發現原來只是一個印有柏金包的帆布環保袋。嬌蕉包公司因嬌蕉包涉有二訴訟，一為嬌蕉包之商標註冊行政訴訟³⁹⁹，二則為愛馬仕公司對嬌蕉包公司提起之著作、商標侵權訴訟⁴⁰⁰。



圖 26 愛馬仕商標 v. 嬌蕉包商標⁴⁰¹

圖 27 柏金包 v. 嬌蕉包⁴⁰²

二、行政訴訟-智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決：有混淆誤認之虞

嬌蕉包商標註冊之行政訴訟事實背景係 99 年 7 月原告(蔡 O 霖)欲以「BANANE TAIPEI 及圖樣(圖 嬌蕉包商標)」商標，向被告(經濟部智慧財產局)申請商標註冊，惟被告審查後認為本件商標與參與人(法商埃爾梅斯國際)申請或註冊在先之據以核駁註冊第 1423330 號「LOGO ATTELAGEET H ENCERCLENOIR ET BLANC」、第 500616 號「赫梅氏 HERMES AND CARRI AGE DEVICE」、第 581655、500613 號「HERMES AND CARRI AGE DEVICE」及第 640774 號「HERMES 及圖」商標構成近似，又均指定使用於同一或類似之商品/服務，有致相關消費者混淆誤認之虞，違反商標法第 23 條第 1 項第 13 款之規定，爰以 100 年 3 月 8 日商標核駁第 329289 號審定書為核駁之處分；而原告不服提起訴願，同年六月經濟部訴字第 10006099840 號決定，為駁回之處分；原告仍不符遂像智慧財產法院提起行政訴訟，聲明應予撤銷上開處分及訴願決定，並請求准予商標註冊之處分⁴⁰³。

原告主張其商標具有高度識別性，其圖樣設計均屬詼諧仿作，參酌美國 *Louis Vuitton*

日:2018/06/20)。

³⁹⁹ 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決。

⁴⁰⁰ 臺北地方法院 102 年度智簡字第 30 號刑事判決。

⁴⁰¹ 葉咨甫，嬌蕉包商標侵權案之討論，政大科技管理與智慧財產研究所，2012 年 4 月 11 日，<http://archive.tiipm.nccu.edu.tw/inter3/news.php?Sn=313> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴⁰² 伴手禮嬌蕉包被訴 大 S 又出包，<http://big5.huaxia.com/xw/tpxw/2011/04/2364347.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴⁰³ 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決。

案⁴⁰⁴之見解，可得出兩商標間無致生混淆誤認之虞，並且主張法院應該採取大膽幽默、詼諧揶揄之藝術風格角度，予以欣賞；而被告則主張原告與參加人之商標近似，且商品或服務之領域亦相似，混淆誤認之虞的要件並非須有致消費者混淆誤認之實，只要有致消費者混淆誤認之虞即可，再者，原告之商標應屬惡意攀附，並非原告主張之詼諧仿作，又我國法制與美國法制不同，應無適用美國商標仿作之空間，請求駁回原告之訴⁴⁰⁵。

法院最終判決原告敗訴，法院認為本件判斷有無混淆誤認之虞，應參考下列相關因素：(1)商標識別性之強弱；(2)商標是否近似暨其近似之程度；(3)商品/服務是否類似暨其類似之程度；(4)先權利人多角化經營之情形；(5)實際混淆誤認之情事；(6)相關消費者對各商標熟悉之程度；(7)系爭商標之申請人是否善意；(8)其他混淆誤認等相關因素之強弱程度、相互影響關係及各因素等綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞；而本案中參加人之商標具有高度識別性，原告之商標與被告之商標近似度高，兩者之商品或服務範圍亦屬同一或類似，且認為原告抄襲參加人之先天識別性強之註冊商標，正顯示其仿效參加人所有自創商標之企圖，適足以證明其欲引起市場混淆誤認之意圖，因此足認有致相關消費者混淆誤認之虞，且參加人之商標具有高之知名度，原告有藉以拉抬自己身價，搭便車不勞而獲之情形，綜上所述法院認為原告之商標，有商標法第 23 條第 1 項第 13 款規定不得註冊之情形，因此核駁處分與訴願決定並無違誤，且法院並指出美國第四巡迴上訴法院針對 *Louis Vuitton* 案⁴⁰⁶之見解並不適用於此，因為事實背景、當事人以及我國制度與美國制度等均不同，因此不得以此為有利本案之認定根據⁴⁰⁷。而後原告仍不服智慧財產法院之判決提起上訴，最高行政法院認為智慧財產法院之判決並無違誤，維持智慧財產法院之見解，駁回上訴⁴⁰⁸。

三、刑事訴訟-臺北地方法院 102 年度智簡字第 30 號刑事判決：有混淆誤認之虞

而第二個案件即為愛馬仕公司認為嬌蕉包侵害其商標權，埃爾梅斯國際訴由新北市政府警察局刑事警察大隊報告臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查，因在地方法院行準備程序時被告已就犯罪事實認罪，故聲請以簡易判決處三個月徒刑，得易科罰金；而法院認為被告之行為均係犯商標法第 95 條第 3 款之於同一商品上，使用近似於註冊商標

⁴⁰⁴ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

⁴⁰⁵ 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決。

⁴⁰⁶ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

⁴⁰⁷ 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決。

⁴⁰⁸ 最高行政法院 101 年度裁字第 391 號判決

之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者罪，被告等為牟私利，恣意使用近似他人商標於同一或類似商品上，非但使消費者產生誤認混淆而紊亂市場機制，亦使告訴人受有一定程度之損失，惟被告二人於判斷時已坦承犯行，尚有悔意，且與告訴人已達成和解，因此最終法院為得易科罰金和緩刑之判決⁴⁰⁹。

在本件刑事案件中被告隨著行政訴訟連連敗退，在最高行政法院敗訴定讞後，便決定改口認罪、和解，銷毀上千個嬌蕉包並道歉賠錢，由於被告已認罪和解，法院在判決中便簡單帶過法條規定並未詳述有致消費者混淆誤認之虞的判斷標準。

四、小結

透過嬌蕉包商標註冊之行政訴訟，可以發現我國法院在面對商標之詛諧仿作之態度，本案法院在商標詛諧仿作的判斷，著重商標侵權之「致混淆誤認之虞」上，法院在判斷時未提及詛諧仿作，而係機械式操作有無混淆誤認之虞的相關判斷要素，全然未參酌詛諧仿作的特性。另外，嬌蕉包業者在本案中提出美國法院之 *Louis Vuitton* 案⁴¹⁰的判決，可以作為本案法院判斷的參考標準，而本案法院係認為由於我國商標法與美國並不相同，商標之取得我國採註冊制，美國則採先使用制，且 *Louis Vuitton* 案的事實背景與本案嬌蕉包的事實背景並不相同，因此不得作為參考。

美國商標法之制度與我國不盡相同，惟各國立法不同，並不因此表示美國實務長久以來發展出之詛諧仿作法理全然不具有參考價值，法律是一個跟著社會變遷遷移的規則；再者，法院單純以個案事實背景不相同，因而無參考之空間作為理由，本文認為此理由毫無論理基礎，因為美國實務上發展出之詛諧仿作的法理，早已了解到詛諧仿作在個案中有著許多不確定性，各個案件不能等同而語，因此美國之詛諧仿作法理發展出之判斷標準係一個結合了詛諧仿作的特性，具有彈性之判斷標準。美國實務上在商標之詛諧仿作的判斷標準發展較我國悠久且完整，本文認為雖然兩國法制不盡相同，事實背景亦有異，但是在非囫圇吞棗般盲目引用美國法理，而係配合我國之法制及個案事實背景下，美國之詛諧仿作法理仍具有借鑑之價值。

在本案中若法院願意參酌 *Louis Vuitton* 案⁴¹¹的判斷標準，再搭配個案事實進行判斷，

⁴⁰⁹ 臺北地方法院 102 年度智簡字第 30 號刑事判決。

⁴¹⁰ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

⁴¹¹ *Id.*

也許會有全然相反之結果，在此本文將以 *Louis Vuitton* 案的判斷標準分析本案嬌蕉包是否得於商標侵權、淡化之責任中免責，分述如下：

(一) 嬌蕉包是否為詼諧仿作-成立詼諧仿作

在探討是否為詼諧仿作時，本文同樣參酌 *Louis Vuitton* 案之 PETA 判斷標準⁴¹²，即是否呈現出矛盾相反之訊息，又該訊息是否具有幽默、諷刺來審查是否為詼諧仿作。本文認為嬌蕉包係在模仿愛馬仕柏金包的設計，惟嬌蕉包係將鉑金包圖示轉印在平價便宜的帆布袋上，本文認為嬌蕉包係以一種簡單的娛樂手法，加上嬌蕉包製作人的創意，呈現出既是柏金包又不是柏金包的矛盾相反訊息，而與此同時嬌蕉包亦具有揶揄、諷刺昂貴柏金包的效果，因此本文認為嬌蕉包應屬詼諧仿作的一種。

(二) 是否構成混淆誤認之虞-不構成混淆誤認之虞

於此本文亦利用 *Louis Vuitton* 案之 Pizzeria Uno 要素⁴¹³來做審查，(1)原商標識別性：愛馬仕為世界著名之商標，識別性極高，在一般情形係容易構成混淆誤認，惟在詼諧仿作案例則相反，正因為愛馬仕商標著名而得以使消費者輕易察覺嬌蕉包詼諧仿作的諷刺、玩笑目標；(2)兩商標相似性：嬌蕉包之商標係愛馬仕商標之馬車改為香蕉，並做一些微調，然而遠看酷似愛馬仕，近看才會發現係轉印愛馬仕包包之帆布包，惟基於詼諧仿作的特性，兩商標有相似的必要性；(3)商品、服務領域：兩商品雖均係手提包，惟市場卻不相同，愛馬仕之商品為高端動輒上萬元的市場，而嬌蕉包係價格兩千元左右，屬於平價小資族群；(4)銷售管道：愛馬仕係透過實體專賣店或網路販售，而嬌蕉包不會再愛馬仕之專賣店販售，惟亦有透過網路銷售；(5)廣告性質：兩商標之商品管道性質不近似，一個係經由高端時尚雜誌等，另一則由一般網路廣告，兩這不相重疊；(6)使用者主觀意圖：有以詼諧仿作獲利之意圖不代表有混淆大眾之意圖，雖然實際上嬌蕉包搭上了愛馬仕商標之順風車，但其主要目的係幽默諷刺，而從中獲利是附隨效果；(7)實際混淆情事：本文認為嬌蕉包並未造成實際混淆之情事，且愛馬仕包為高單價商品，消費者會在購買時提高注意力，看到嬌蕉包應該均

⁴¹² 同註 255。

⁴¹³ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

可輕易察覺並非愛馬仕之柏金包，並不會有混淆嬌蕉包為愛馬仕相關或有贊助關係等情事。綜上觀察，除了在銷售管道上均有透過網路銷售對嬌蕉包較為不利以外，其他要素判斷均有利嬌蕉包，因此本文認為，嬌蕉包應無致相關消費者混淆誤認之虞。

(三) 是否構成商標淡化-不構成商標淡化

由於愛馬仕公司係對檢察官提出刑事告訴，在我國商標法關於商標淡化的規定為商標法第 70 條，而屬於民事求償範圍並無刑責，雖然本案中並未提到商標淡化，但為求判斷的完整性，本文便一併審查。我國並未如同美國聯邦商標淡化修正法一般有明文規定詛諧仿作為淡化之免責事由，惟美國聯邦商標淡化修正法另有「模糊」的免責規定，此法理係審查該詛諧仿作是否構成商標「模糊」，美國法下考量之標準為商標間近似度、著名商標之先天與後天識別性、著名商標權人之獨佔性使用程度、著名商標在市場之識別度、利用人是某意圖使其商標與著名商標產生連結、兩商標實際聯想度。而在嬌蕉包案中本文認為商標近似度礙於詛諧仿作特性固屬必要、著名商標之先天識別性強、獨佔性及市場識別度亦均高、利用人有故意連結著名商標之意圖，惟其同時亦傳達出兩這不同之意圖，因此並無構成商標「模糊」；而接下來繼續討論是否構成商標「減損」，減損須由原商標權人舉證證明利用人之利用行為有減損商標商譽，惟本案例中原商標權人並未舉證，且本文認為嬌蕉包應無減損愛馬仕商譽，反而使愛馬仕更廣為人知係一高端時尚之品牌，是以綜合各項要素判斷後，本文認為應為有利嬌蕉包之認定，嬌蕉包並無構成商標淡化之情事。

再者，本文認為雖然 *Campbell* 案係著作之詛諧仿作，惟同第五章第三節所述，本文認為在該案中美國最高法院建立之「轉化性」判斷要素，在商標之詛諧仿作案件中亦得納為判斷要素之一，在商標侵權的部分「轉化性」應分成兩個層次思考，首先判斷該利用原商標之二次創作是否為「商標性使用」，因為若非為商標性使用，則有很高的機率已傳達出不同的訊息、意義，而已具有高度轉化性；惟若二次作為係作為「商標性使用」，則進一步分析二次創作之商標是否有表現出與原商標不同的意義、訊息，判斷該二次創作之商標實質上具有之轉化性，在判斷出轉化性程度後，如同 *Campbell* 案⁴¹⁴最

⁴¹⁴ *Campbell*, 510 U.S. 569.

高法院之見解，轉化性程度越高的二次創作，其他構成侵權之判斷要素的影響力應隨之降低。在本案中若將轉化性標準納入判斷，本文認為嬌蕉包將愛馬仕的柏金包轉印於帆布袋上，將愛馬仕的商標稍作更改而為販售，其詼諧仿作應屬商標性使用，仍作為指示商品、服務之來源，惟本文認為其轉印於帆布袋上的行為，實已呈現出不同於愛馬仕柏金包的訊息，具有一定程度之轉化性，因此在判斷後續之商標侵權應考量其轉化程度，降低其他要素之影響力。而在商標淡化的部分，因為本案之詼諧仿作屬於商業性使用，本文認為主要仍在判斷是否有減損該著名商標之識別性，即是否構成商標淡化之「模糊」，依照 *Louis Vuitton* 案中第四巡迴上訴法院整理出來之判斷標準即可。

綜上所述，本文認為嬌蕉包案若參酌美國詼諧仿作之法理，引用 *Campbell* 案之轉化性要素，嬌蕉包應具有一定程度之轉化性，而在後續考量是否構成商標侵權、淡化時，應降低其他要素之影響力。在參酌 *Louis Vuitton* 案的判斷標準，嬌蕉包係一詼諧仿作，且不構成混淆誤認之虞，又無模糊、減損原商標，因此並未構成商標侵權、淡化，得出與我國判決全然相反之結論。

第二節 香奈兒 v. 流淚香奈兒⁴¹⁵

一、案例事實

雙 C 交叉之商標圖案係瑞士商香奈兒股份有限公司在台灣申請註冊登記之商標，而被告之流淚香奈兒包與嬌蕉包案手法相似，被告自中國工廠購入流淚香奈兒包，該包係將香奈兒之格紋包轉印在尼龍布上，另外將香奈兒之雙 C 商標圖案做成流淚狀，將流淚香奈兒商標圖案使用於手提袋、購物袋等在店內陳列販賣，而流淚香奈兒包受到許多小資女青睞。

⁴¹⁵ 臺灣士林地方法院 103 年度智易字第 3 號刑事判決、智慧財產法院 103 年刑智上易字第 63 號刑事判決。



圖 28 香奈兒 v. 流淚香奈兒⁴¹⁶

本案例中被告不否認意圖販售而持有、陳列流淚香奈兒系列之商品，惟其主張其所販售之手提包和購物紙袋係以註冊商標「HALLOWEEN 及南瓜」之圖像作為指示商品來源之圖樣，而掉漆式的雙 C 圖樣只是詼諧仿作的手法，用以裝飾其商品，其並無仿冒近似香奈兒商標之意圖，其使用亦無致消費者混淆誤認之虞；然而，檢方認為被告明知香奈兒註冊商標，未經商標權人同意，逕自自大陸工廠購入與香奈兒商標近似之商品持有，並販售予不特定人牟利，涉嫌違反商標法第 97 條之意圖販賣而公開持有、陳列仿冒商標商品罪嫌⁴¹⁷。

二、智慧財產局：有混淆誤認之虞

而智慧財產局於 103 年 5 月 20 日公函中表示，係爭皮包商品正面圖案係由類似溶化設計之外文字母雙「C」左右背對相互交疊，並與白色旋鈕所組成，與瑞士商香奈兒股份有限公司註冊...第 626850 號「Monogram Double C Device」商標相較，二者均以雙「C」字母之設計為構圖主題圖案，僅溶化設計意象及白色旋鈕有無之別，其彼此背對相互交疊成弧形樣態之外觀構圖意匠極相彷彿，是就二者整體圖樣，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通所用之注意，可能會有所誤認二商品來自同一來源或雖不相同但有關聯之來源，應構成近似商標，復二者均使用於各種皮包、皮夾等相同或類

⁴¹⁶ 【獨家】都是轉印！嬌蕉包不行「流淚香奈兒」無罪，蘋果日報，2014 年 6 月 30 日，<https://tw.appledaily.com/new/realttime/20140630/425130/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴¹⁷ 臺灣士林地方法院 103 年度智易字第 3 號刑事判決。

似之商品，綜合前述依行政審查觀點判斷，相關消費者極可能誤認其來自相同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，而產生混淆誤認之虞⁴¹⁸。

三、臺灣士林地方法院⁴¹⁹：無混淆誤認之虞，諭知無罪

本案一審士林地方法院認為被告知店面陳設、裝潢及店內產品包裝盒，均以祥駿公司董事呂百合申請註冊授權使用之「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」作為其銷售商品之表彰圖樣，且被告販售之手提袋、購物袋等商品內部均車縫印有「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」之自有品牌標籤，以及掛上「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」橘色吊牌，另外，購物紙袋側面則印有商店位置標識及 HALLOWEEN 圖樣，足見被告經營祥駿公司於上址店面持有、陳列之手提袋、購物紙袋，確刻意於商品、購物紙袋及通路等相關媒介物積極標示「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」，藉以與他人商品區別，是就本件店面通路及手提袋、紙袋整體標示情形綜合觀之，實難認被告主觀上有欲使相關消費者混淆誤認與告訴人香奈兒公司之商標商品來自同一來源或雖不相同但有關聯來源之犯罪故意⁴²⁰。

且依一般社會通念及相關消費者客觀認知，就被告販售之手提袋、購物紙袋之整體標示情形及商標主要部份(外觀為掉漆形式雙 C 商標)隔離觀察，仍無從使本院確信相關消費者有誤認其與瑞士商香奈兒公司商品來自相同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，而產生混淆誤認之虞，自無從單以卷存事證認被告係自始有意致相關消費者混淆誤認，仍意圖販賣而持有、陳列該等商品。是難遽以商品上標示掉漆形式雙 C 商標均以雙「C」字母之設計為構圖主題圖案，即以商標法第 97 條罪責相繩⁴²¹。

至於被告意圖販售而持有、陳列之使用掉漆式雙 C 商標商品，縱或有詆毀、貶低、危害告訴人香奈兒公司之註冊商標之信譽而減損其評價，甚或有利用信譽之情形，至多亦僅係應否令其依商標法第 70 條等規定負商標侵權民事責任之問題。綜上所述，一審士林地方法院認為公訴意旨所舉事證，尚無足使本院確信被告有檢察官指訴之上開犯嫌，為被告無罪之諭知。

⁴¹⁸ 同上註。

⁴¹⁹ 同上註。

⁴²⁰ 同上註。

⁴²¹ 同上註。

四、智慧財產法院⁴²²：有混淆誤認之虞，且非詼諧仿作，屬商標侵權行為

檢察官不服一審判決提起上訴，二審智慧財產法院首先針對混淆誤認之虞此要件為解釋，法院認為所謂「有致相關消費者混淆誤認之虞」，係指行為人之商標有使相關消費者對其所表彰之商品來源或產製主體發生混淆誤認之虞而言。又判斷行為人之商標與註冊商標有無混淆誤認之虞，應參酌：1.商標識別性之強弱；2.商標是否近似暨其近似之程度；3.商品/服務是否類似暨其類似之程度；4.註冊商權人多角化經營之情形；5.實際混淆誤認之情事；6.相關消費者對各商標熟悉之程度；7.行為人是否善意；8.其他混淆誤認之因素，綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞⁴²³。

接著法院再進一步分析被告商品上所使用之「掉漆實心鎖扣」圖樣，近似於告訴人香奈兒公司之商標，是否有致相關消費者混淆誤認之虞。法院認為告訴人之商標經告訴人長期廣泛使用已達著名商標程度，故告訴人之商標具有較強之識別性；被告使用之「掉漆實心鎖扣」圖樣與告訴人香奈兒公司之商標兩者之外觀構圖意匠極相彷彿，以具有普通知識經驗之消費者，於購買時施以普通之注意、異時異地隔離整體觀察時，不易區辨，有可能誤認「掉漆實心鎖扣」圖樣與告訴人之商標為系列商標，應屬構成近似之商標，且近似程度高；被告與告訴人屬於同一商品服務領域；告訴人之「香奈兒 Chanel 皮包」其上壓印有菱格紋，正面有雙 C 商標圖樣之金屬扣，背帶為皮穿金屬鏈，而被告之手提包商品目錄，左上方印有「溶化香香包系列」字樣，且其正面、背面、側面等皆印有菱格紋圖案，背帶印有金屬鏈圖案，購物紙袋亦印有「溶化香香包」正面、背面的圖案，亦有菱格紋圖案，是難認被告使用「掉漆實心鎖扣」圖樣主觀上為善意。因此，綜合上開相關因素，足可認定客觀上「掉漆實心鎖扣」圖樣有使手提袋、購物紙袋之相關消費者誤認兩商標之商品為同一來源之系列商品，或誤認其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，而產生混淆誤認之虞⁴²⁴。

而針對被告之「掉漆實心鎖扣」圖樣係以告訴人之雙 C 商標為「詼諧仿作」，非商標之使用，且不論在店面或商品上均有「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」之標誌、吊牌等作區別，並無使相關消費者混淆誤認之虞，且無侵害商標權之故意等主張，這部分法院首先認為相關消費者於選購商品時，該「掉漆實心鎖扣」圖樣極易吸引相關消費者之目

⁴²² 智慧財產法院 103 年刑智上易字第 63 號刑事判決。

⁴²³ 同上註。

⁴²⁴ 同上註。

光及注意，且因該圖樣與香奈兒公司之商標高度近似，即與其商品產生具體連結，而使相關消費者得以辨識為指示商品來源之商標圖樣，是被告確為行銷手提袋之目的，而使用「掉漆實心鎖扣」圖樣，足使相關消費者認識該圖樣為商標，不得僅以被告同時於手提袋內裡、吊牌、購物紙袋、店內招牌、型錄、網頁等使用「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」、「HLW 及南瓜圖樣」，遽謂無使相關消費者混淆誤認之虞，或無侵害商標權之故意，而卸免其責，故被告辯稱非屬商標使用云云，要無足取⁴²⁵。

本案法院接著討論「商標之詼諧仿作」係基於言論自由、表達自由及藝術自由之尊重，而對商標權予以合理之限制，商標權涉及商標權人之利益與避免消費者混淆誤認之公共利益，如欲允許「商標之戲謔仿作」，模仿知名商標的商標必須具詼諧、諷刺或批判等娛樂性，並同時傳達二對比矛盾之訊息，且應以「避免混淆之公共利益」與「自由表達之公共利益」予以衡平考量。被告雖辯稱：消費者看到「掉漆實心鎖扣」圖樣理應會會心一笑，明白清楚扣案提包之「掉漆實心鎖扣」圖樣係為戲謔圖樣(世界品牌知名商標怎會掉漆)云云，縱可認屬「詼諧之娛樂性質」，然其所欲表達與告訴人香奈兒公司之商標所建立的形象相反或矛盾的訊息為何？未見被告具體之表明，難認「掉漆實心鎖扣」圖樣與表達性作品具有最低程度的關聯，無從判斷其有何文化上貢獻或社會價值而具有犧牲商標權之保護必要性，實屬一商業上搭便車行為。故被告此部分抗辯，並非可取⁴²⁶。

綜上所述，智慧財產法院認為被告所辯無非卸責之詞，不足採信，被告之行為實違反商標法第 35 條第 2 項第 3 款規定，構成商標權之侵害，而被告販售之行為係犯商標法第 97 條之意圖販賣而陳列仿冒商標商品罪。

五、小結

在流淚香奈兒案中臺北地方法院與智慧財產法院做出了全然相反之判決，一審地方法院在判決中並未討論詼諧仿作，係直接分析是否有構成混淆誤認之虞，而地院首先討論被告之主觀意圖，認為被告之商品、店面、手提袋等均印有其自有品牌「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」之標籤，與香奈兒公司作區別，因此認為無混淆誤認之主觀故意；接下來討論被告之行為客觀上是否有構成混淆誤認之虞，而法院採隔離觀察，認為依一般社會

⁴²⁵ 同上註。

⁴²⁶ 同上註。

通念，並不會使消費者誤認兩者兼具有主從或合作之特別關係，無構成使消費者混淆誤認之虞，因此認定被告之行為並不構成商標法第 97 條之罪責；另外，法院討論到被告之行為縱使有詆毀、貶低、危害告訴人香奈兒公司之註冊商標之信譽而減損其評價，或有利用其信譽之情形，此等商標淡化之行為並無刑責，至多僅依我國商標法第 70 條規定負民事責任。

然而檢察官不服一審判決上訴至第二審智慧財產法院，智財法院則得出了與一審相反之結論，法院首先指出應參酌 1.商標識別性之強弱；2.商標是否近似暨其近似之程度；3.商品/服務是否類似暨其類似之程度；4.註冊商權人多角化經營之情形；5.實際混淆誤認之情事；6.相關消費者對各商標熟悉之程度；7.行為人是否善意；8.其他混淆誤認之因素，綜合認定是否已達有致相關消費者產生混淆誤認之虞，而法院在本案中指出 1. 香奈兒公司商標為著名商標，識別性強；2.兩商標間相似度極高，消費者購買時施以普通之注意、異時異地隔離整體觀察，並不易區辨，有可能誤認「掉漆實心鎖扣」圖樣與香奈兒公司之商標為系列商標，屬構成近似之商標且近似程度高；3.兩者之商品屬於同一市場；6.流淚香奈兒幾乎將香奈兒公司之格紋包的特徵全模仿出來了，因此法院認為被告之主觀意圖難認為善意，法院就上開幾點討論，綜合認定被告之行為已構成混淆誤認之虞，法院針對被告之不論在店面或商品上均有「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」之標誌、吊牌等作區別，不構成混淆消費者之主張，認為因為其「掉漆實心鎖扣」圖樣與香奈兒公司之產品相似，因此極易吸引相關消費者之目光及注意，並將之與香奈兒公司產生連結，僅以被告同時於手提袋內裡、吊牌、購物紙袋、店內招牌、型錄、網頁等使用「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」、「HLW 及南瓜圖樣」，不足以認定其無構成混淆誤認之虞。

本案智財法院在直線分析混淆理論後，針對被告之「詼諧仿作」主張提出法律見解，法院認為模仿知名商標的商標必須具詼諧、諷刺或批判等娛樂性，並同時傳達二對比矛盾之訊息，且基於對言論自由、表達自由及藝術自由之尊重，而應對商標權予以合理之限制，商標權與詼諧仿作應以「避免混淆之公共利益」與「自由表達之公共利益」予以衡平考量。而法院認為本案中流淚香奈兒縱有娛樂意義，但並未傳達出對比矛盾之訊息，無利用香奈兒公司商標之最低程度的關聯，且不具有增進社會文化之價值，而無犧牲商標權保護之必要。

在本案中智慧財產法院終於針對「商標之詼諧仿作」提出討論，其對「商標之詼諧仿作」做出了一個定義：「模仿知名商標的商標必須具詼諧、諷刺或批判等娛樂性，並同時傳達二對比矛盾之訊息」，本文認為此定義與 *Campbell* 案中最高法院對詼諧仿作之定義相似，似乎不再像嬌蕉包案一般，認為外國法例法理因與我國法制不同、事實背景不同而不具參酌價值；另外，智財法院亦表示商標之詼諧仿作係有存在之空間，在商標權與詼諧仿作的權衡中，應以「避免混淆之公共利益」與「自由表達之公共利益」衡平考量，智財法院為商標之詼諧仿作開了一條路。惟智財法院雖在判決理由中提及詼諧仿作值得讚許，但本文認為法院之分析層次有誤，邏輯上應先判斷是否為詼諧仿作，再進一步討論是否有混淆誤認之虞，因為是否成立詼諧仿作，應該會影響後續混淆誤認之虞的判斷標準，故本文認為應先定性該二次創作，再進一步討論商標侵權。且本文認為智慧財產法院針對詼諧仿作的見解太過局限，如若亦參酌 *Louis Vuitton* 案⁴²⁷的判斷標準，應會得出不同結論，分述如下：

(一) 是否成立詼諧仿作-成立詼諧仿作

以 PETA 判斷標準審查，本文認為流淚香奈兒係將香奈兒的雙 C 商標設計，改為掉漆式的雙 C 設計，雖然實為模仿香奈兒商標，惟大眾均會意識到它是在模仿香奈兒，明顯體會到兩者的不同，且可以感受到流淚香奈兒欲傳達出之幽默與諷刺效果，是本文認為應符合 PETA 判斷標準，流淚香奈兒應為一成功之詼諧仿作。

(二) 是否構成混淆誤認之虞-不構成混淆誤認

於此利用 Pizzeria Uno 要素來審查，(1)原商標識別性：香奈兒亦為世界著名之商標，識別性極高，同前所述在詼諧仿作案例則相反，正因為香奈兒商標著名而得以使消費者輕易察覺流淚香奈兒詼諧仿作的諷刺、玩笑目標；(2)兩商標相似性：流淚香奈兒之商標係香奈兒之雙 C 商標改為掉漆式，惟基於詼諧仿作的特性，兩商標有相似的必要性；(3)商品、服務領域：兩商品雖均係手提包，惟市場卻不相同，香奈兒之商品之客群為高端消費之客層，而流淚香奈兒屬於平價小資族群；(4)銷售管道：香奈兒係透過實體專賣店或網路販售，而流淚香奈兒不會在香奈兒之專賣店販售，惟亦有透過網路銷售；(5)廣告性質：兩商標

⁴²⁷ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

之商品管道性質不近似，一個係經由高端時尚雜誌等，另一則由一般網路廣告，兩這不相重疊；(6)使用者主觀意圖：有以詼諧仿作獲利之意圖不代表有混淆大眾之意圖，雖然實際上流淚香奈兒搭上了香奈兒商標之順風車，但其主要目的係幽默諷刺，而從中獲利是附隨效果，且在流淚香奈兒之商品或店家均有「HALLOWEEN 及南瓜圖樣」，可以得知使用者主觀上並無混淆消費者之意圖；(7)實際混淆情事：且香奈兒包包為高單價商品，消費者在購買時之注意力會相較一般消費高，看到流淚香奈兒包便可以輕易察覺並非香奈兒之包包，並不會有混淆流淚香奈兒與香奈兒公司有贊助關係等情事。綜和上述分析，本文認為應為有利流淚香奈兒之判斷，應無構成混淆誤認之虞。

(三) 是否構成商標淡化-無構成商標淡化

同前所述我國針對商標淡化僅有民事責任，在流淚香奈兒案中本文認為商標近似度本於詼諧仿作之特性固屬必要、香奈兒商標之先天識別性強、獨佔性及市場識別度均高，而雖利用人有故意連結著名商標之意圖，惟其同時亦傳達出兩這商標係不同之訊息，是以應不構成商標「模糊」；而在商品「減損」的判斷上，雖然流淚香奈兒有諷刺、幽默香奈兒商標的意思，但原商標權人並未舉證證明，利用人之行為有構成其商譽減損，是以綜合判斷本文認為應為有利流淚香奈兒之認定。

且本文認為若將 *Campbell* 案⁴²⁸建立之轉化性加入商標侵權判斷標準中，由於流淚香奈兒並不是用來指示商品或服務之來源，非商標性使用，本文認為被告模仿香奈兒雙 C 標誌之掉漆式雙 C 已傳達出不同的訊息，存在一定程度之轉化性，因此應降低其他構成商標侵權、淡化要素之影響力。綜上所述，本文認為參酌 *Louis Vuitton* 案⁴²⁹的判斷標準，並加入 *Campbell* 案建立之轉化性要素，將得出流淚香奈兒應為一具有轉化性之商標詼諧仿作，且不構成商標侵權。在商標淡化之部分，因為本案屬於商業性使用之詼諧仿作，故依照 *Louis Vuitton* 案之判斷標準即可，本文認為本案中亦未構成商標淡化。在本案中即呈現出了商標爭訟案件之特色，縱使有判斷標準，但是在不同人之操作下，有著全然相反之結論，且必須仰賴實務見解的累積、反覆的經驗，才能琢磨出可能的界

⁴²⁸ *Campbell*, 510 U.S. 569.

⁴²⁹ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

限何在⁴³⁰。

第三節 My Other Bag

一、臺北地方法院 106 年聲判字第 285 號刑事裁定：無商標侵權、淡化

本案例事實係法商路易威登馬爾梯耶公司(LV 公司)告訴被告臺灣金樂生活健康有限公司(下稱臺灣金樂公司)之負責人陳子儀，非法陳列、販賣侵害其商標權之手提袋、粉餅、鏡子商品(下稱係爭商品)，涉嫌犯商標法第 97 條之侵害商標權商品罪嫌。然而，檢察官為不起訴之決定，原告認為不起訴處分書援引不得適用於我國法制、美國法制下之「戲謔仿作」法理作為不起訴處分理由，復未說明係出於何等「自由表達」與「避免混淆」公共利益衡平考量，又被告為臺灣樂金公司之負責人，應知悉系爭商品涉及商標權爭議，其以電子郵件詢問母公司韓商樂金公司並獲保證未侵害他人智慧財產權，適足以證明其明知系爭商品侵害商標權之主觀故意，原不起訴處分及駁回再議處分書未調查、斟酌不利被告事證，理由亦違背經驗、證據法則，因此聲請交付審判⁴³¹。



圖 29 My ther Bag & The Face Shop 聯名爭議商品⁴³²

⁴³⁰ 汪家倩，同註 396，頁 52。

⁴³¹ 臺北地方法院 106 年聲判字第 285 號刑事判決。

⁴³² 8 CUSHION COMPACTS WITH BEAUTIFUL AND CUTE PACKAGING YOU'LL LOVE AT FISRT

而被告主張臺灣金樂公司與 The Face Shop Co., Ltd 兩間公司均係韓國金樂集團(LG 公司)旗下之子公司,系爭商品係 The Face Shop 品牌與美商 MOB 公司(My Other Bag Inc.) 品牌聯名系列,是粉餅商品附贈手拿鏡與外包裝袋,均由韓國原裝進口,雖有以手繪 LV 包之意示圖作圖樣,但都標示有「My Other Bag & THE FACE SHOP」商標,可知 LV 包之示意圖意在戲謔,並非作為商標使用,且聲請人並無粉撲、粉餅商品,自無使市場混淆之虞;又公司同仁於 105 年 10 月間接到韓國總部告知,將 MOB 系列商品下架後,伊於 105 年 11 月間經警方通知到案說明再詢問總部,經回覆該商品圖樣之授權人 MOB 公司業於合約中擔保所授權使用於商品之設計圖不會侵害任何第三人之著作權或其他權利,且 MOB 公司之帆布包因以 LV 包示意形象為圖樣,與聲請人在美國法院有商標訴訟,業於 105 年 1 月判決結果認此等使用屬於嘲諷、詼諧之商標合理使用⁴³³。

法院認為雖臺灣金樂公司販售之系爭商品視覺印象上仍與聲請人之前揭 LV 彩色商標相似,確能令人直覺聯想到現行銷全球、以奢華、時尚為宣傳形象之 LV 名牌包。惟觀諸系爭商品上並不是直接使用聲請人之商標圖樣,而係以手繪聲請人托特包商品外觀為圖樣,除將交疊字母之「LV」以「MOB」取代,且於商品通常標示商標之位置,即中央位置之上、下方,俱顯著標示「My Other Bag & THE FACE SHOP」兩聯名品牌,並採用質感樸實之棉麻布材質束口袋作為外包裝,佐以「My Other Bag」意為「我的另一個包」,可見系爭商品將圖樣設計作示意為聲請人包包商品手繪圖,意在以促狹、戲弄之方式,示意這是有別於以奢侈、華麗、時尚、昂貴形象深入人心而受追捧之 LV 托特包之外的「另一個包」,業已傳達商品本身與手繪圖樣所指涉名牌包間對比矛盾之訊息,且其商品通路、外型,亦與聲請人之商品存在明顯區隔⁴³⁴。

且被告經告知可能涉及商標權限爭議後,被告即向韓國樂金公司詢問,經韓國樂金公司以電子郵件告知系爭商品係韓商 THE FACE SHOP 公司經美商 MOB 公司授權商品設計圖樣後生產,合約條款中授權人保證該授權並未侵害第三人權利,授權使用於商品不會侵害任何人之智慧財產權或其他權利等節,又授權人 MOB 公司與聲請人 LV 公司間在美國法院因商標權侵害案件涉訟,業經美國紐約南區聯邦地區法院判決認為 MOB

SIGHT 一 見 鐘 情 气 墊 霜 ,
<http://www.nuyou.com.sg/beauty/8-beautiful-cute-packaging-cushion-compacts-love-makeup-cccushion-foundation/?slide=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴³³ 臺北地方法院 106 年聲判字第 285 號刑事判決。

⁴³⁴ 同上註。

公司以手繪線條示意名牌包作為其商品圖樣之設計，所指涉之名牌包明顯是在開玩笑，不構成商標淡化、商標或著作權侵害等節，有該院 *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc* 判決書可參⁴³⁵。

綜上所述，法院認為被告之行為無致相關消費者混淆誤認，未侵害或淡化聲請人之商標權，亦無明知、故意之主觀意圖，原檢察官及臺灣高等法院檢察署智慧財產分署檢察長以被告犯罪嫌疑不足，分別予以不起訴處分及駁回再議之聲請，經核均無違誤之處，聲請人指摘原處分不當，聲請裁定交付審判，洵無理由應予駁回⁴³⁶。

二、Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.

由於我國法院在上述裁定中，已明白表示 My Other Bag 與 LV 公司在美國之判決書可供本案參酌，因此本文於此將討論美國法院針對 My Other Bag 之法律見解。

(一) 案例事實

*Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.*案⁴³⁷之被告 My Other Bag(以下簡稱 MOB)係創始人 Tara Martin 在 2011 年加州 Santa Monica 建立的品牌，其起初是受到「My other car.....」之新穎的車用保險桿貼紙啟發(novelty bumper stickers)，MOB 則在其製造販售的帆布包包上一面畫上昂貴手提包，另一面畫上 My Other Bag 字樣，且其所使用之布料恰恰與 LV 手提包相反，是一個便宜環保又幽默詼諧的包包，社會大眾可以在日常生活中使用，而清楚地呈現出諷刺 LV 的經典包包意涵⁴³⁸。原告 LV 公司認為被告的行為侵害其著作權、商標權，以及已構成商標淡化，因而在 2014 年提起訴訟。

⁴³⁵ 同上註。

⁴³⁶ 同上註。

⁴³⁷ *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.*, 674 Fed. Appx. 16 (2d Cir. 2016). 以下以“My Other Bag 案”簡稱。

⁴³⁸ *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.*, 156 F.Supp.3d, at 430-431. (2016) 以下以“My Other Bag 案”簡稱。



圖 30 My Other Bag v. LV⁴³⁹



圖 31 My Other Bag 正反面照⁴⁴⁰

本案第一審紐約州南區地方法院認為被告的 MOB 明顯為一個玩笑，任何人不需要清楚知道 My other car 貼紙亦可以清楚理解到 MOB 欲傳達出來的玩笑幽默意圖，最終為有利於被告的判決⁴⁴¹。原告 LV 公司在本案中提出三類主張被告行為侵權，一為聯邦商標法下與紐約州法下之商標淡化，二為聯邦商標淡

⁴³⁹ Supreme Court Denies Louis Vuitton's Appeal Over "Parody" Tote Bags-The Fashion Law , <http://www.thefashionlaw.com/home/supreme-court-denies-louis-vuittons-appeal-over-parody-tote-bags> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴⁴⁰ 「My Other Bag」與「LV」，誰侵了誰的權，<https://read01.com/DGNN8B5.html#.WwfYo1OFPjA> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

⁴⁴¹ *My Other Bag*, 156 F.Supp.3d, at 430.

化法下之商標侵權，三則為聯邦著作權法下之著作權侵害⁴⁴²。

(二) 本案分析

案法院首先判斷 LV 公司的商標淡化主張，首先指出依據美國聯邦商標淡化修正法 15 U.S.C. §1125(c)(3)之規定禁止淡化著名商標，惟該使用係合理用來識別、詼諧仿作、批評或評論該著名商標或其商品服務，非用於指示商品或服務來源，則屬合理使用因而免於商標淡化之責。又雖然本條未明定出詼諧仿作的定義，但本案法院引用 *Louis Vuitton* 案中之見解「詼諧仿作是透過商標不適當的表現與商標權人所展現之完美形象並列而形成之簡單娛樂形式⁴⁴³」，且一個成功的詼諧不僅須傳達出詼諧仿作與原作不同，還必須呈現出諷刺、嘲笑、玩笑或娛樂等明顯的訊息⁴⁴⁴。而法院認為 MOB 公司製造的包包已清楚傳達出與原告 LV 無任何關聯的訊息，又 MOB 之產品係一以卡通形式畫出 LV 包包之設計與商標，平價耐用的帆布包包，不同於 LV 奢華高端的包包，兩者天差地遠，因此認為 MOB 公司使用 LV 的商標係屬於詼諧仿作⁴⁴⁵。

接著法院判斷 LV 公司的商標侵權主張，法院首先指出商標侵權中的判斷重點在於是否相似處會使一般謹慎之消費者有可能被誤導、混淆商品或服務的來源，而本案法院在判斷混淆可能性時使用 *Polaroid* 案中的 *Polaroid* 八大要素⁴⁴⁶，同時法院亦指出 *Polaroid* 八大要素並非機械式操作，而仍應著重於是否可能會造成消費者混淆誤認⁴⁴⁷。法院表示原告 LV 的商標侵權主張不成立的原因，與其淡化主張不成立的原因多為相似，在第一項要素原商標強弱的判斷上，法院認為 LV 為著名商標，在一般情形係容易構成混淆誤認，惟在詼諧仿作案例則相反，正因為 LV 商標著名而得以使消費者輕易察覺 MOB 詼諧仿作的諷刺玩笑目標⁴⁴⁸。

⁴⁴² *Id.* at 432.

⁴⁴³ *Louis Vuitton*, 507 F.3d, at 260. “a simple form of entertainment conveyed by juxtaposing the irreverent representation of the trademark with the idealized image created by the mark's owner.”

⁴⁴⁴ *My Other Bag*, 156 F.Supp.3d, at 434.

⁴⁴⁵ *Id.* at 435-438.

⁴⁴⁶ (1)原商標的強度；(2)商標相似度；(3)商品或服務之近似度；(4)被告意圖；(5)原告進入相關市場之可能性；(6)實際混淆情事；(7)被告商品或服務之品質；(8)消費者之謹慎成熟度。於第四章第二節第三項有詳細介紹。

⁴⁴⁷ *My Other Bag*, 156 F.Supp.3d, at 440-441.

⁴⁴⁸ *Id.* at 441.

在第二項要素兩商標相似性上，法院認為觀察兩商標之相似度並非單純審查兩商標本身，而係觀察其上下文整體等對照比較，而在本案中不可否認兩者有相似性，但被告以 MOB 字樣替換 LV 字樣，且僅在帆布包包一面畫上原告包包之圖樣，另一面則大大標示出 My Other Bag 字樣，綜合觀察這些相異處，法院認為一般消費大眾均會明白 MOB 包包係一個玩笑，而非真的與 LV 公司有關聯⁴⁴⁹；在第三項商品或服務之相似度、第四項原告進入相關市場之可能性判斷上，法院亦為有利於 MOB 之判斷，因為兩者價格相差過大，且 LV 公司一再強調其商品係走奢華精緻風格，故可以清楚明白，兩者的商品服務相似度不高，又原告 LV 公司應無進入平價環保袋市場之可能⁴⁵⁰。

而在第五項要素實際混淆情事判斷上，法院亦為有利於 MOB 之判斷，因為 MOB 並未使消費者相信其與 LV 有關聯，又已在市場發行多年，而 LV 公司無法證明消費者有混淆誤認之情事⁴⁵¹；在第六項要素被告之意圖判斷上，法院亦為有利於 MOB 之判斷，因為法院認為 MOB 只是要幽默一下，而非欲攀附、利用 LV 的品牌商譽、知名度，因此無惡意⁴⁵²；在第七項要素與第八項要素判斷上，法院亦為有利 MOB 之判斷，因為 LV 並未取得 MOB 的低品質包包有減損其商譽的證據，再者第八要素因為 LV 包包的價格係需要消費者提高注意力再進行購買，因為此等高之注意力，而有助消費者免於混淆誤認，又 MOB 包包的一面即以斗大且清晰的字體標出 My Other Bag，而可以使消費者清楚明瞭 MOB 包包非與 LV 公司相關聯⁴⁵³。綜上所述，法院認為被告的 MOB 係一有趣的詼諧仿作，而無使消費者產生混淆誤認之可能性，因此被告之行為並未構成商標侵權⁴⁵⁴。

最後法院判斷 LV 公司之著作侵權主張，法院依著作權法第 107 條合理使用四要素進行判斷，並引用 *Campbell* 案最高法院之見解，詼諧仿作係合理使用，不因具有商業性而即構成侵權，因此雖然 MOB 有商業性但亦可能成立合理使用。法院認為 MOB 包包使用 LV 包包的圖樣係為達成功使消費者聯想到 LV，

⁴⁴⁹ *Id.* at 441-442.

⁴⁵⁰ *Id.* at 442.

⁴⁵¹ *Id.*

⁴⁵² *Id.* at 443.

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ *Id.* at 443-444.

而使用合理的質與量，且 MOB 包包並非取代 LV 包包的存在，故綜上所述，法院亦認為被告之行為無侵害原告之著作權⁴⁵⁵。

而原告 LV 公司不服第一審法院之判決，上訴至第二審巡迴法院⁴⁵⁶，惟第二審上訴巡迴法院仍維持第一審地方法院之判決。針對混淆誤認可能性法院認為即便重新測試一次 Polaroid 八大要素仍會得出同樣之結論，又 MOB 與 LV 之商標明顯不同，且兩者之商品亦屬不同領域，第一審判斷並無違誤⁴⁵⁷；針對商標淡化部分，法院認為第一審判斷亦無違誤，且法院更指出 MOB 包包對 LV 的奢華形象係一個優雅溫和的玩笑，甚至可能可以說是一種讚美、推崇，實為詼諧仿作無誤⁴⁵⁸；針對著作侵權的部分，法院亦認為一審判斷無誤，MOB 包包確實傳達出不同於 LV 包包的意義、訊息，實具有轉化性⁴⁵⁹，綜上所述，第二巡迴上訴法院完全認同地方法院的見解。而後 LV 公司上訴至美國最高法院，惟美國最高法院已於 2017 年 10 月駁回其上訴。

三、小結

本案中 The Face Shop 與 My Other Bag 聯名，推出一系列化妝品搭配 My Other Bag 包包在台販售，而我國檢察官為不起訴之決定，在不起訴處分書中援引美國法制下之「戲謔仿作」法理作為不起訴處分理由，而告訴人 LV 公司不服，認為美國法與我國法不同，不得援引，且檢察官並未於不起訴處分書中清楚說明「自由表達」與「避免混淆」公共利益之衡平判斷標準，因此向法院聲請交付審判。

本案臺北地方法院認為被告之商品，呈現出這是有別於以奢侈、華麗、時尚、昂貴形象深入人心，而受追捧之 LV 托特包之外的「另一個包」，已傳達出不同於 LV 包包的訊息，且同時該訊息帶有幽默諷刺，因此成立詼諧仿作；而被告之商品確實能使消費者聯想到 LV 公司之商品，惟被告並未直接使用其商標，而係在環保麻布袋上繪 LV 公司之托特包商品外觀為圖樣，並將交疊字母之「LV」以「MOB」取代，且於商品通常標示商標之位置，顯著標示出「My Other Bag & THE FACE SHOP」兩聯名品牌，已使 LV

⁴⁵⁵ *Id.* at 444-445.

⁴⁵⁶ *My Other Bag*, 674 Fed. Appx. 16

⁴⁵⁷ *Id.* at 17-18.

⁴⁵⁸ *Id.* at 18. “.....The fact that the joke on LV's luxury image is gentle, and possibly even complimentary to LV, does not preclude it from being a parody.”

⁴⁵⁹ *Id.* at 19.

公司之商品與被告之商品產生區隔，不致生混淆誤認。另外，在本案中法院一改過去不輕易採納美國實務相關之詼諧仿作法理，亦明示贊同檢察官之不起份處分書見解，在裁定中直接援引美國 *My Other Bag* 案⁴⁶⁰之判決，認為在美國 *My Other Bag* 公司與 LV 公司之爭訟結果可為我國本案參考。

而在上述 *My Other Bag* 案中可以發現，美國實務上目前在面對商標之詼諧仿作時，多會引用 *Louis Vuitton* 案⁴⁶¹中之判斷流程及標準。而在本案中美國法院認為 *My Other Bag* 已呈現矛盾又詼諧諷刺的訊息，無疑成立詼諧仿作，本案法院在判斷混淆可能性時使用 *Polaroid* 案中的 *Polaroid* 八大要素：(1)原商標的強度；(2)商標相似度；(3)商品或服務之近似度；(4)被告意圖；(5)原告進入相關市場之可能性；(6)實際混淆情事；(7)被告商品或服務之品質；(8)消費者之謹慎成熟度。在配合詼諧仿作之特性，綜合衡量上述要素後，法院認為 *My Other Bag* 是一個有趣的詼諧仿作，無使消費者混淆誤認之虞，不構成商標侵權；而在商標淡化上，法院表示 *My Other Bag* 使用 LV 之商標並非作為商標性使用，因此符合聯邦商標淡化修正法 15 U.S.C. §1125(c)(3)之詼諧仿作免責規定，*My Other Bag* 不構成商標淡化。綜上所述，美國法院認為 *My Other Bag* 為一詼諧仿作，且不構成商標侵權、商標淡化。

雖然本案不同於前述嬌蕉包、流淚香奈兒二案，在本案中爭議之事實背景與美國 *My Other Bag* 案相似，均為 *My Other Bag* 商品對 LV 公司之商標是否構成侵權，而臺北地方法院在本案中一改過往智慧財產法院認為美國法與我國法制不相同，不得參酌美國實務上之詼諧仿作法理的見解，惟本案中檢察官和法院均大膽表示美國之案例亦可作為我國商標詼諧仿作判斷上之參酌，得作為論理依據，本文認為此交付審判裁定開始承認美國實務上詼諧仿作之法理具有參考價值，實為我國之商標詼諧仿作判斷標準，向前邁進一大步，值得肯定。

第四節 本章結論

觀察上述案件不難發現利用人均以「詼諧仿作」作為合理使用之抗辯，然而在這三個案例中的三個仿作行為均係利用著名商標之高級手提包作為仿作對象，嬌蕉包係將愛

⁴⁶⁰ *My Other Bag*, 156 F.Supp.3d 425.

⁴⁶¹ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

馬仕柏金包，實體轉印在環保麻布袋上；而流淚香奈兒係將香奈兒之包包實體轉印，改用便宜的布料將香奈兒包包之特色全然仿作，僅在扣環上將原本香奈兒之商標扣環，改成掉漆式香奈兒扣環；而 *My Other Bag* 則是將許多著名商標之包款，以卡通化畫作的方式，畫在環保麻布袋上。嬌蕉包、流淚香奈兒和 *My Other Bag* 三個仿作行為在我國僅有 *My Other Bag* 被法院認定成立詼諧仿作，無商標侵權、商標淡化之情事。

嬌蕉包和 *My Other Bag* 均係利用高級包款的樣式轉印、畫在環保麻布袋上，惟嬌蕉包係實體轉印，並未在轉印上添加其他仿作人之創意，流淚香奈兒更是直接將香奈兒包款直接實體呈現，僅利用不同的材質，及在扣環處改成掉漆式香奈兒，*My Other Bag* 則係利用卡通化的方式，將著名商標之包款轉畫在帆布袋上，相較於嬌蕉包和流淚香奈兒，*My Other Bag* 呈現出更多詼諧仿作人之創意；再者，嬌蕉包和流淚香奈兒均係針對單一著名商標，嬌蕉包針對愛馬仕，流淚香奈兒則是針對香奈兒，然而 *My Other Bag* 則是以各種著名商標之高級包款為對象，並未針對單一之著名商標；且 *My Other Bag* 在其製作之環保袋上僅在一面畫上著名商標之包款，而在另一面則用斗大字體標明「*My Other Bag*」等字樣，簡潔明顯又清楚的呈現出非著名商標之包款，幽默諷刺的意思，是以，雖然本文認為依據 *Louis Vuitton* 案⁴⁶²之判斷標準，不論是嬌蕉包案、流淚香奈兒案均應成立詼諧仿作，且均未構成混淆誤認或商標淡化，得出與我國法院判決結果全然相反之結論，惟不可否認 *My Other Bag* 與嬌蕉包、流淚香奈兒相比，仍有不同之處，本文認為 *My Other Bag* 之創意程度實較嬌蕉包、流淚香奈兒高，又相較於嬌蕉包、流淚香奈兒，因為其在麻布環保袋之一面斗大地標上 *My Other Bag* 等字體，實更無構成混淆誤認之虞。

在嬌蕉包案件中，我國智慧財產法院僅以美國 *Louis Vuitton* 案與此案不同，乃因當事人、事實背景，以及我國註冊主義與美國先使用主義不同，便以此判定其「詼諧仿作」之法理於我國並不適用⁴⁶³，在判斷上未進一步深入探討「詼諧仿作」的特性性質，而直線判斷「混淆誤認之虞」。本文認為實有不妥，此係限制了社會大眾以商標作為評論、玩笑之對象，使商標權人擁有對其商標評價之絕對權力，實有過度放大商標權，而限縮了大眾之言論自由權之嫌。

⁴⁶² *Id.*

⁴⁶³ 陳匡正，商標戲謔仿作之合理使用判斷——評智慧財產法院一〇〇年度行商訴字第一〇四號行政判決及智慧財產法院一〇三年度刑智上易字第六三號刑事判決，月旦法學雜誌，第 243 期，2015 年 8 月，頁 233。

在流淚香奈兒案中，第一審士林地院雖然亦未探討「詼諧仿作」，係直線分析「混淆誤認之虞」，惟士林地院認為並無構成混淆誤認之虞，而本案至多討論商標淡化之民事侵權責任，並未達到刑事刑責之程度⁴⁶⁴，此判決一出便引起許多討論，不論在律師界或者新聞，在當時有許多不同之聲音，有人認為士林地院之判決相當前衛，可望為社會文化發展帶來助力，同時亦有認為此判決對商標權的保障不足。本文認為法院運用與嬌蕉包同樣的判斷標準，卻得出了相反之結論，法院並未將詼諧仿作納入判決討論中，而係直線分析混淆誤認，似乎全然取決於法官之心證，將使商標權人與詼諧仿作人都無所適從。

然而本案在二審時，判決結果大逆轉改判被告有罪，本案智財法院針對「詼諧仿作」提出了分析，法院認為「詼諧仿作」乃為保護言論自由、藝術創作，用以限制商標權的手段，以及商標法為保護商標權、保障消費者利益、維護市場公平競爭、促進工商企業正常發展的立法目的為本，是否允許「詼諧仿作」，當以「避免混淆之公共利益」與「自由表達之公共利益」而為衡平考量⁴⁶⁵。本文認為雖然本案二審智財法院敗決被告敗訴，惟法院在判決中點出了我國亦有主張商標之「詼諧仿作」的可能，給了一個大方向，認為商標之詼諧仿作應該呈現出相反或者矛盾的訊息，且須以原商標為評論諷刺對象，具有最低程度之關聯，另外，亦須具文化上之貢獻或社會價值，具有犧牲商標權之保護必要性，詼諧仿作人始得以「詼諧仿作」為抗辯。

而在 My Other Bag & The Face Shop 聯名商品之案件中，臺北地方法院在 107 年 3 月作出裁定，法院認為 MOB 包包清楚呈現出對比矛盾的訊息，且二者間之商品通路、外型，亦與聲請人之商品存在明顯區隔，另外，法院在判決中亦仍明白指出本案中 LV 公司與 MOB 公司在美國已有商標侵權涉訟，且亦業經美國法院判決，因此採取美國法院判決之結果，認同臺灣金樂公司在我國販售之 MOB 與 The Face Shop 聯名商品，並未有侵害 LV 公司之商標、著作權或商標淡化等情節。雖然本裁定僅為交付審判之裁定，法院並未能如同一般訴訟案件般具體審酌所有事證，惟本案例中法院不同於過去嬌蕉包案、流淚香奈兒案，而係直接引用美國判決作為本案之參考，實為一大進步。

我國實務上不論在商標抑或是著作之領域，關於詼諧仿作的案例極少，正在起步之

⁴⁶⁴ 汪家倩，同註 396，頁 53。

⁴⁶⁵ 陳匡正，同註 463，頁 233。

階段，並不如美國實務一般已累積相當數量之判決經驗，且我國仍將商標之詼諧仿作判斷，集中於「是否有構成混淆誤認之虞」與「詼諧仿作人之言論自由」兩相權衡，惟尚未在混淆誤認之虞的判斷中加入詼諧仿作的特性，且亦缺乏層級化之精細判斷。古話說得好，「他山之石，可以為錯」，如同美國實務上意將著作權之判斷標準見解，引用於商標之案件中，雖然當事人、事實背景以及我國法制與美國法制均有異，惟具有差異性並不代表美國之「詼諧仿作」法理無參考價值，況且不論是著作或是商標，美國實務上在詼諧仿作的案件中，均係透過長期的判決經驗累積，找尋合適的判斷標準，並了解到在詼諧仿作案例中，而必須融入詼諧仿作之特性，配合事實具體個案判斷。

本文認為在我國商標之詼諧仿作判斷上，法院不仿借鑒美國實務上有關於商標詼諧仿作之法理，例如 *Louis Vuitton* 案⁴⁶⁶中第四巡迴上訴法院關於商標詼諧仿作，所建立之體系體系流程，先檢視該仿作行為是否成立詼諧仿作，再進一步搭配詼諧仿作的特性審查商標侵權與否，接著再判斷是否有構成商標淡化之情事，層層分明邏輯清晰，雖然美國與我國商標法不盡相同，但審查流程體系仍有參酌價值。再者，本文認為不僅外國商標詼諧仿作的法理值得我國借鑒，著作之詼諧仿作的判斷標準實同樣具有參考價值，雖然在不同權利領域，但創作手法皆為詼諧仿作，即有著同樣的特性，在與商標權不相衝突的情形下，本文認為亦有援引之空間，例如前述美國 *Campbell* 案⁴⁶⁷中最高法院在著作詼諧仿作的判斷標準中，所建立之「轉化性」和「聯想測試法」，本文認為均有引用至商標詼諧仿作在判斷商標侵權、商標淡化的判斷標準之中，作為判斷要素之一。

是以，在嬌蕉包案件中智慧財產法院斷然認定被告提出參考 *Louis Vuitton* 案之法理，因為與本案事實背景有異而全然不與參酌，本文認為我國法院何嘗不能借助美國實務上詼諧仿作法理，搭配我國制度及本案事實參酌適用，斷然否決的做法實有不妥之處；反觀智慧財產法院在 103 年的流淚香奈兒案中終於針對「詼諧仿作」提出分析，雖尚未如同美國法院般細緻，但其判決中對「詼諧仿作」的定義，與本文分析之美國法院對詼諧仿作的見解具雷同之處，似乎有開始將美國實務案例作為參考的跡象，本文認為不失為一個好的開始；而在 107 年 3 月的 *My other Bag & The Face Shop* 案，雖然本案較特別，事實背景與美國 *My Other Bag, Inc* 案幾近一致，均係針對 MOB 包包畫上 LV 包包之示意圖，而引起之法律爭議，而臺北地方法院在本案中明白指出本裁定結果係參考美國判

⁴⁶⁶ *Louis Vuitton*, 507 F.3d. 252.

⁴⁶⁷ *Campbell*, 510 U.S. 569.

決之結果，可以說是一改過去在嬌蕉包案中法院明白指示不引用美國判決中商標誣諧仿作法理的見解，使我國實務界不再畫地自限，實為我國實務界在面對商標之誣諧仿作時，往前邁進了一大步。



第七章 結論

經過本文各章節針對詼諧仿作在商標法與著作權法領域交錯比較之研究與討論後，於本文末將整理各章節之重點，並提出本文見解，統整本篇論文之內容重點。詼諧仿作是一種創作手法，透過模仿原作再加上自身的創意，創造出一個相同又不同矛盾的作品，傳達出對原作的諷刺、評論，在著作權、商標權領域上經常被使用的藝術、評論手法，惟在面對著作之詼諧仿作與商標之詼諧仿作，有不同的判斷標準，本文即在討論兩者間的異同，以及是否有互相引用、借鑑的空間。

本文在第三章討論在著作權、商標權在憲法上的定性，以及詼諧仿作等創作在憲法上的定性，在美國法下著作權係依據憲法第一條第八項第八款之規定而發展出來的權利，在英美法係國家對於著作權之定性均採「法定權利論」，認為著作權之立法目的係為促進國家文化發展之公共利益，著作權乃國家為鼓勵創作，進而透過法律創設出之法定權利，作為獎勵創作者之誘因；而商標權則被認為不屬於在憲法第一條第八項第八款涵攝範圍內，因商標得於無任何新穎性或原創性之下仍受到保障，商標權一直以來都被放在普通法或州法下受到保障，直至美國國會於 1946 年依據美國憲法第一條第八項第三款之規定：「國會應有權規範美國與外國間之商業、各州間之商業，以及美國與印地安部落間之商業。」，以該條文所規定之憲法權利為基礎，國會制定出美國聯邦商標法 (Lanham Act)。

而在我國針對著作權之憲法定性有許多見解，有主張著作權係從憲法言論自由權導引出來的權利，亦有主張憲法財產權、一般人格權、藝術自由權等，本文認為著作權法係由人格權及財產權兩個面向共同組成的，我國多數見解認為，「著作人格權」與「著作財產權」分別隸屬於憲法下之人格權與財產權受保障，雖著作財產權不同於一般財產權，不具有體性或稀有性等特徵，惟憲法財產權係非常上位之概念，自應與時俱進變更其範圍，以因應社會及人民之需求並滿足人性尊嚴之保障；我國針對商標權的憲法定性亦有不同見解，有認為商標權係以憲法人格權、財產權及言論自由權開展出來的權利，亦有以主張係依據藝術自由權，本文認為，商標權亦由憲法之「人格權」與「財產權」兩面向構成，與此同時，我國商標權法亦賦予商標權人「排他權」，可以以該註冊商標及領域排除他人之使用，此規定係為保障商標之識別性，排除消費者發生混淆誤認之虞，

限制了他人之言論自由。

從著作權與商標權在美國及我國之憲法定性，即可以了解到商標權與著作權的本質係不相同的，而在檢視針對詛諧仿作之憲法定性，美國實務上透過「概念與表達二分法」以及「合理使用」，來調和憲法賦予著作詛諧仿作人之言論自由權，使著作權與言論自由權取得平衡；在商標詛諧仿作上，美國實務針對商業性言論之保障，從早期的不受到言論自由之保障，一直到現在給予近乎全面之保障，肯認不論言論之訊息內容為何而失其為言論之屬性，商標之詛諧仿作有在商業上使用之商業性言論在雙階理論中屬於何種何種應個案認定，不可一概而論。我國在面對著作之詛諧仿作，均以言論自由權做為基礎，但採取之論理基礎有不同見解，有採「健全民主程序說」、「追求真理說」或者「表現自我說」，而本文贊同林子儀學者見解依「自我表現說」之見解，任何與個人自主的表現或言論均為憲法言論自由欲保障之內容，意即包含了前兩說「健全民主程序」與「追求真實」等言論之保障；商標之詛諧仿作通常有兩種用途，一為純粹發表意見，純諷刺他人之商標未與商品或服務作結合；二為利用諷刺他人之商標與自己之商品或服務結合，前者純粹發表意見，故自應受到憲法第十一條之言論自由保障；惟後者係利用諷刺他人的商標與自己之商品或服務結合，實際上有利用他人在市場上之識別度之嫌，即搭便車之行為，且有商業性之使用，故有極高之可能造成商標權之侵害。綜上所述可以發現詛諧仿作不論在著作權或商標權領域，均以言論自由權作為其憲法之保障依據，僅係配合不同權利之特性，而產生不同的判斷標準。

第四章則在研究美國法下，詛諧仿作在著作權與商標權領域中的判斷標準演化，在著作權法中「合理使用」的首現係在 1841 年的 *Folsom v. Marsh* 案⁴⁶⁸中，然而直至 1976 年美國才將司法機關長久引用的合理使用原則立法納入著作權法第 107 條中，惟第 107 條之條文用語不夠明確，立法明文後而有一段過於僵化適用著作權法第 107 條及過往判決的時期，此時期法院在操作合理使用時，並未依照「合理使用」的特性，各要素一一審酌，綜合一切情形權衡後，個案認定，*Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc.* 案⁴⁶⁹即為一個經典案例，最高法院將重點擺在非商業化、時間移轉性的重置行為上，明白表示出只要有商業性使用，即應推定為不構成合理使用，造成日後許多法院均以商業性為主要判準，若有商業性之使用，則不再檢視著作權法第 107 條之他項要素，逕下不

⁴⁶⁸ *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342.

⁴⁶⁹ *Sony*, 464 U.S. 417.

構成合理使用之結論。

一直到了 1994 年的 *Campbell v. Acuff-Rose* 案⁴⁷⁰時，才開始不再僵化操作著作權法第 107 條，最高法院將詼諧仿作的特性融入合理使用的判斷標準中，同時建立了「轉化性」及「聯想測試法」，為著作之詼諧仿作量身定做了一套屬於詼諧仿作的「合理使用」判斷標準，使著作之詼諧仿作人在主張合理使用抗辯時，後續法院得有一套符合著作詼諧仿作的特性之合理使用判斷標準，對後續司法實務之影響深遠。然而，到了 2013 的 *Patrick Cariou v. Richard Prince* 案⁴⁷¹，更放寬了 *Campbell v. Acuff-Rose* 案之判斷標準，法院有將合理使用的範圍回歸法條文義的傾象，一改過去在合理使用中第一要素與第三要素的見解，針對第一要素法院不再要求必須為詼諧仿作或諷作，只要轉化性夠高，二次創作作品具有新意，即能主張合理使用；而針對第三要素則亦不再要求不得使用過量的原作，雖然本案尚屬個案，但不得否認實務上對於合理使用的判斷標準有越來越寬鬆的趨勢。

而美國商標之詼諧仿作的判斷標準則是依據不同時期的商標法有不同的判斷標準，在 1946 年前美國國會亦曾制定出聯邦商標法，當時是以美國憲法第一條第八項第八款之規定作為商標權之憲法基礎，惟美國最高法院認為商標權與該條款之科學、實用技藝無關，因此宣告該部聯邦商標法違憲，而直到 1946 年美國國會改以憲法第一條第八項第三款之規定制定美國聯邦商標法，也就是俗稱的蘭哈姆法，在這部法中只對商標之直接侵害規範詳細，對於「商標之詼諧仿作」等行為尚未有明文規定得以合理使用作抗辯之相關條文，然而，從美國之司法實務中可以觀察到，法院已開始利用憲法第一修正案「言論自由權」作為商標之詼諧仿作的保障基礎，將商標之詼諧仿作視為合理使用的態樣之一。在 1995 年聯邦商標淡化法出現前，美國實務上出現許多不同的判斷標準，有 Polaroid 要素分析原則、無替代溝通途徑、Rogers 平衡測試法或先判斷是否構成混淆誤認之虞，再審查 Rogers 平衡測試法等，並無一個統一標準，且這個時期多半在判斷商標侵權的問題，商標淡化的主張則取決於各州淡化法或公平競爭法規定。

直到 1995 年聯邦商標淡化法出現賦予著名商標反淡化之保護，同時也出現免責規定，為此時亦尚未將詼諧仿作納入免責事由中，此時期之法院在判斷詼諧仿作是否免責於商標淡化時，大致上有兩個方向，一係以言論自由權作為論理基礎，並未討論商標淡

⁴⁷⁰ *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569. (1994).

⁴⁷¹ *Patrick*, 714 F.3d 694.

化之免責事由，二則以非商業性之免責事由作為論理基礎，富有言論表達之詼諧仿作，只要主要目的係為評論著名商標權人或其商品、服務，即便該使用本身含有商業性質，該詼諧仿作仍可被認定為「非商業性使用」，於商標淡化侵權責任中免責。到了 2006 年美國國會終於在美國聯邦商標淡化修正法中，將「詼諧仿作」納入免責事由中，而其後 2007 年之 *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC* 案⁴⁷²，第四回巡上訴法院在本案中，將商標之詼諧仿作的判斷標準層級化、細緻化，首先討論是否成立詼諧仿作，接著第二步討論商標侵權，最後探討有無構成商標淡化，分析被告之行為是否得主張合理使用免責，相較於過去的實務見解，本案法院為商標之詼諧仿作建立了一套頗具邏輯且架構分明的判斷標準。

在第五章中交錯比較著作權、商標權詼諧仿作判斷標準的異同，一個產品中可能同時受到著作權法及商標法之保障，然而著作權法和商標法間並非替代關係，著作之實質近似性，與商標之混淆理論，兩個判斷標準均以普通人的視角，無需利用專業領域之人的眼光觀察，且不得僅表面檢視原作與詼諧仿作間的相似程度，應各自配合詼諧仿作與該權利結合之特性為判斷重心，著作權著重於促進科技藝術進步，在判斷合理使用與否則實在衡量著作權人之私益與言論自由之公益兩者間的利益衡量；而商標權著重在避免消費者混淆誤認，在判斷侵權與否實則在衡量消費者混淆誤認之公益與言論自由之公益間之利益權衡，著作之詼諧仿作單純的衡量兩者間是否有實質近似性，而商標之詼諧仿作的「混淆理論」雖亦在衡量兩者的近似性，惟仍須配合商標權法的立法目的，因此將兩者是否近似之重心放在是否有構成消費者混淆誤認之可能性。

Campbell v. Acuff-Rose 案為著作之經典案例，但對商標之詼諧仿作也具有一定之影響力，美國法院尚未將 *Campbell v. Acuff-Rose* 案中建立之「轉化性」要素，融入商標之詼諧仿作的判斷標準之中。惟本文認為在商標之詼諧仿作的案件中，不仿將「轉化性」要素融入到商標侵權、商標淡化的審查中。在商標侵權的混淆理論中加入「轉化性」，本文認為可以分兩階段審查，第一階段為該商標詼諧仿作是否作為只是商品或服務來源之用，意即是否為「商標性使用」，第二階段，實質審視該二次創作是否有傳達出不同於原商標之訊息、意義；若第一階段非作為商標性使用，則通常該詼諧仿作已具有一定程度的轉化性，惟若該作品係「商標性使用」，則應進一步分析二次創作之商標，是否有表現出與原商標不同的意義、訊息，判斷該二次創作之商標實質上具有之轉化性程

⁴⁷² *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252, 256 (4th Cir. 2007).

度，在判斷出其轉性程度後，如同轉化性要素在著作合理使用中扮演角色一般，並非唯一或必備的判斷標準，但轉化程度越高則越減輕其他混淆理論中判斷要素的影響力。

而在商標淡化的部分，本文認為可以加入「轉化性」作為區別商業性使用與藝術性使用之判斷標準，由於現在商業性使用與非商業性使用的區別只有一個反面排除法，所有商業性使用以外的均屬於非商業性使用，而在此加入一個正面判斷標準，將具有「轉化性」的詼諧仿作歸類為藝術性使用，也就是先討論是否為商業性使用，不是的話進一步討論是否具有轉化性，如果是商業性使用或不是商業性使用但也不具有轉化性的話，因為商業性使用或不具有轉化性的商業性使用與商標法之立法目的保障消費者免於混淆誤認、維護交易秩序等具有關聯性，直接以 *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC* 案之標準判斷是否構成商標淡化，而如果不是商業性使用但具有轉化性的話，則屬於藝術性使用，由於藝術性使用較無涉商標法維持交易秩序、公平競爭等立法目的，不會構成混淆誤認等破壞交易秩序問題，故應給予較商業性使用之詼諧仿作更關廣之空間，因此本文認為可以引用 *Campbell v. Acuff-Rose* 案中之「聯想測試法」作為藝術性使用之詼諧仿作的判斷標準。

而在商標之詼諧仿作判斷上，美國法院已多會援引 *Campbell v. Acuff-Rose* 案最高法院關於「聯想測試法」之見解，本文認為實值贊同，因為詼諧仿作不論在著作權或商標權上，均具有同一特性，最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose* 案針對「詼諧仿作」之定義、特性等，提出了不少分析與見解，雖然著作權與商標權之本質不盡相同，但在詼諧仿作的案件中，法院均須以詼諧仿作的特性為基礎出發判斷，因此本文認為在商標之詼諧仿作判斷上仍有借鑑的價值。

第六章討論我國案例，我國商標之詼諧仿作進入法院審判之案例並不多，僅有嬌蕉包案、流淚香奈兒案以及最近出爐的 *My Other Bag & THE FACE SHOP* 聯名產品之裁定，然而從這三個案件中亦可窺知我國法院的見解演化，在嬌蕉包案時法院斷然否決有參酌美國法上商標之詼諧仿作相關法理之可能。而到了流淚香奈兒案時，法院為詼諧仿作下了定義，雖然並未明講，但與美國法理相似，實有引用美國法理之嫌，本文認為法院在我國對於得否借鏡美國詼諧仿作之法理上，已不像過往一般全然否決。接下來到了今年出爐的 *My Other Bag & THE FACE SHOP* 聯名產品之裁定，本案法院一改過去智財法院

見解，直接表示參考美國 *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc* 案⁴⁷³之判決內容，實為一大進步。

如同牛頓所言，我能看得更遙遠，是因為我站在巨人的肩膀上，本文認為美國誣諧仿作的法理發展較我國悠久且完善，我國在商標之誣諧仿作的判斷標準上仍有進步空間，除了可以參酌美國商標之誣諧仿作之法理外，美國著作之誣諧仿作的法理亦不失參考價值，誣諧仿作具有同樣之特性，在與商標權不衝突之情況下，著作之誣諧仿作法理亦得作為借鑑。本文認為除了 *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC* 案邏輯清晰、架構分明之判斷標準值得我國法院參考外，*Campbell v. Acuff-Rose* 案最高法院建立之「轉化性」及「聯想測試法」亦得作為商標誣諧仿作的判斷要素之一。「轉化性」要素的部分，在商標侵權之判斷上分為兩個層次討論，一為是否為商標性使用，二則為實際轉化性程度為何；而在商標淡化的判斷上則先定義出該誣諧仿作為商業性使用或藝術性使用，將轉化性作為藝術性使用的一個正面判斷標準，在非商業性使用之誣諧仿作中，再分析其是否傳達出不同的意義、訊息具有轉化性，而可以將之視為藝術性之使用，又在面對藝術性使用之誣諧仿作多半被指控減損著名商標之商譽，因為與商標法之立法目的維持交易秩序較無直接關聯，本文認為應賦予藝術性使用之誣諧仿作較寬廣之空間，而在後續可以加入「聯想測試法」作為判斷要素之一，檢視該誣諧仿作是否有引用過多原商標之情形。我國在誣諧仿作這個領域上，不仿站在美國誣諧仿作法理這個巨人的肩膀上，使我國關於誣諧仿作的法理可以看得更遠，發展得更完善。

⁴⁷³ *My Other Bag*, 156 F.Supp.3d 425.

參考文獻

一、書籍

1. 史慶璞，美國憲法理論與實務，2007年6月，三民書局股份有限公司。
2. 劉孔中、陳新民，憲法解釋之理論與實務(上、下冊)，第三輯，1992年，中央研究院中山人文社會科學研究所。
3. 林子儀，言論自由與新聞自由，元照初版第二刷，2002年11月，元照出版有限公司。
4. 羅明通，著作權法論(I、II冊)，第七版，2009年9月，群彥圖書股份有限公司。
5. 蕭雄淋，著作權法論，八版一刷，2015年2月，五南圖書出版股份有限公司。
6. 賀德芬，文化創新與商業契機-著作權法論文集，增訂再版，1994年10月，月旦出版社股份有限公司。
7. 林洲富，著作權法案例式，三版一刷，2016年3月，五南圖書出版股份有限公司。
8. 劉孔中，比較商標法，2014年9月，新學林出版股份有限公司。
9. 曾陳明汝，商標法原理，修訂再版，2004年1月，學林文化事業有限公司。
10. 沈中元，藝術與法律，二版一刷，2016年9月，五南圖書出版股份有限公司。
11. 陳運星，設計遇上法律，2010年3月，五南圖書出版股份有限公司。
12. 李惠宗，憲法要義，元照出版有限公司，2006年。
13. 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，第2版，2004年。
14. 陳新民，憲法學士論，台北:自刊，第5版，2005年。
15. 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，自版，2004年。
16. 陳新民，中華民國憲法釋論，修正三版，1999年。
17. 謝銘洋，智慧財產權入門，2011年9月。

二、期刊、論文、研究報告

1. 林昱梅，「藝術自由之研究-藝術自由之保障、限制與藝術之扶助」，輔仁大學法律研究所碩士論文。
2. 馮震宇、胡心蘭合著，「論美國著作權法合理使用原則之發展與適用」，中原財經法學，第6期，2001年7月。
3. 李治安，「著作權法中的灰姑娘：利用人地位討論」，台大法學論叢，第41卷第3期，2012年9月。
4. 許富雄，數位時代合理使用之探討-以反規避條款為重心，中原大學財經法律研究所，2004年6月。
5. 張哲倫，張哲倫，商標權之性質及其對商標之侵權判斷之影響-以「混淆誤認之虞」為中心，

- 智慧財產權月刊，第 135 期，2010 年 3 月。
6. 范建得，論著名商業表徵之應有保護，智慧財產權，88 年 1 月。
 7. 蘇慧婕，「言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析」，中央研究院法律學研究所，106 年 4 月。
 8. 蘇慧婕，「言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析」，中央研究院法律學研究所，106 年 4 月。
 9. 林昱梅，「藝術自由與嘲諷與模仿之著作權侵害判斷」，成大法學，第七版，2004 年。
 10. 李劍非，論著作權與資訊流通自由的衝突與解決，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
 11. 黃倩怡，論美國法上商標侵害之合理使用-以商業性言論為主，國立中正大學法律研究所碩士論文。
 12. 劉靜怡，「言論自由：第一講-言論自由導論」，月旦法學教室，第 26 期，2004 年 12 月。
 13. 許宗力，「基本權利：第二講-基本權的功能」，月旦法學教室，第二期，2002 年 12 月。
 14. 許宗力，「基本權利-第五講：基本權之第三人效力與國庫理論」，月旦法學教室，第 9 期，2003 年 7 月。
 15. 楚曉雯，「淺論商標之嘲諷性使用」，萬國法律，第 177 期，2011 年 6 月。
 16. 吳介祥，〈藝術商標諧擬之智財問題研究〉，藝術評論，第 20 期，2000 年。
 17. 陳俊宏、呂豐足，網路著作權的合理使用原則概觀，中央警察大學資訊、科技與社會學報，2003 年第一卷。
 18. 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。
 19. 美國著作權合理使用之重要判例研究，梗筠、劉江彬，智慧財產權第 44 期，2002 年 8 月。
 20. 蘇月星，淺談美國法對間接商標侵權責任之類型，智慧財產權月刊，101 年 6 月。
 21. 曾陳明汝，論美國商標制度之變動與改革，國立台灣大學法學論叢，第 21 卷 2 期，81 年 6 月。
 22. 施品安，著名商標之淡化保護 V. 嘲諷性使用著名商標之言論自由保障，科技法律透析，第 22 期 7 卷，2010 年 7 月。
 23. 吳佩凌，商標之戲謔仿作-對既有秩序的「有理」取鬧？，政治大學法律學系碩士論文。
 24. 鄧宏光，美國聯邦商標反淡化法的制定與修正，電子知識產權，第 2 期，2007 年。
 25. 王美花、張瓊慧，論商標之淡化，智慧財產權月刊，第 84 期，2005 年 12 月。
 26. 汪家倩，文創不可不知：從「嬌蕉包」、「流淚香奈兒」、到「笨蛋星巴克」——商標諷諧仿作 (Parody)，可以不可以？，萬國法律雜誌社，第 202 期，2015 年 8 月。
 27. 葉咨甫，嬌蕉包商標侵權案之討論，政大科技管理與智慧財產研究所，2012 年 4 月 11 日。
 28. 陳匡正，商標戲謔仿作之合理使用判斷——評智慧財產法院一〇〇年度行商訴字第一〇四號行政判決及智慧財產法院一〇三年度刑智上易字第六三號刑事判決，月旦法學雜誌，第 243 期，2015 年 8 月。

三、判決

1. 智慧財產法院 100 年度行商訴字第 104 號行政判決。
2. 最高行政法院 101 年度裁字第 391 號判決。
3. 臺北地方法院 102 年度智簡字第 30 號刑事判決。
4. 臺灣士林地方法院 103 年度智易字第 3 號刑事判決。
5. 智慧財產法院 103 年刑智上易字第 63 號刑事判決。
6. 臺北地方法院 106 年聲判字第 285 號刑事裁定。

四、網路資料

1. 台北當代藝術館官方網站，於 2009 年之「派樂地 The simple art of parody」展覽，
<http://www.mocataipei.org.tw/index.php/2012-01-12-03-36-46/past-exhibitions/123-2009exhibition/704-the-simple-art-of-parody>(最後瀏覽日:2018/06/20)。
2. 新浪新聞-媒體文字遊戲興起：有話就不好好說，
<http://news.sina.com.cn/c/sd/2012-08-15/145024972876.shtml> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
3. 劉靜怡，嘲諷何用？，iThome，<https://www.ithome.com.tw/node/42233> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
4. 數位著作權法-從著作權法的發展談起，賴文智律師，新視界 ePublishing 2001 年 9 月號
<http://www.is-law.com/old/OurDocuments/CR0009LA.pdf> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
5. 劉京勝，唐吉訶德 譯本序言，雲台書屋，<http://www.b111.net/novel/13/13750/3343387.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
6. 附錄(1)伯恩公約-關於文學及藝術的著作保護公約，蕭雄淋律師的部落格，
<http://blog.udn.com/2010hsiao/15502103> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
7. 廖康文集-調侃文學術語，
<http://liao-kang.hxwk.org/2011/07/18/%E8%B0%83%E4%BE%83%E6%96%87%E5%AD%A6%E6%9C%AF%E8%AF%AD/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
8. 「死了都要改」歌曲該編了整首「死了都要愛」的歌詞
<http://vlog.xuite.net/play/VXVMZIZMLTU0MzwcMC5mbHY=?> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
9. 「Let it go」讓他去[台語版]-有趣影片讚，https://www.youtube.com/watch?v=VSTh_Ofjm0g
(最後瀏覽日:2018/06/20)。
10. 台灣當代藝術資料庫-雞皮芭比遊世界，
<http://tcaarchive.org/artwork/%E9%9B%9E%E7%9A%AE%E8%8A%AD%E6%AF%94%E9%81%8A%E4%B8%96%E7%95%8C/?lang=ch> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
11. 驚聲尖笑@圖書館 PCHome 個人新聞台，
<http://mypaper.pchome.com.tw/souj/post/1322213431> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
12. KUSO 版「星趴客杯」！引發侵權爭議，今日新聞，
<https://www.nownews.com/news/20091102/773614> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
13. 「笨蛋星巴克」咖啡店，壽命只有三天(默哀)，宅宅新聞，<https://news.gamme.com.tw/659654>
(最後瀏覽日:2018/06/20)。
14. 從笨蛋星巴克事件，回顧詼諧仿作於英美商標、著作權實務上之爭議，眾律國際法律/專利商標事務所，

- <http://zoomlaw.pixnet.net/blog/post/56129169-%E5%BE%9E%E3%80%8C%E7%AC%A8%E8%9B%8B%E6%98%9F%E5%B7%B4%E5%85%8B%E3%80%8D%E4%BA%8B%E4%BB%6%EF%BC%8C%E5%9B%9E%E9%A1%A7%E8%A9%BC%E8%AB%A7%E4%BB%BF%E4%BD%9C%E6%96%BC%E8%8B%B1%E7%BE%8E> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
15. 醜聞不斷的 2022 年卡達世界盃害死近千名勞工，激起網友們怒改贊助商的廣告來要求停止贊助，<http://www.bomb01.com/article/10966> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 16. Youtube 「Dumb Starbuck」，https://www.youtube.com/watch?v=Bo_deCOd1HU (2017/12/22)。(最後瀏覽日:2018/06/20)。
 17. 章中信，智慧財產權之基本概念，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=1&aid=1>(最後瀏覽日:2018/06/20)。
 18. 鄭中人，「商標法之歷史」，智慧財產權月刊，第 25 期，2001 年，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/3440c7bd-f184-4f48-a3a5-7173c3cfec23.pdf> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 19. 經濟部智慧財產局-著作權(四)網路篇 11-18，<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=219599&ctNode=7561&mp=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 20. 美國著作權法第 107 條 (17U.S.Code §107)，美國智慧財產局官方網站，<https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107> (最後瀏覽日:2018/06/20)；中文翻譯轉自經濟部智慧財產局-美國著作權法 <https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=332837&ctNode=7015&mp=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 21. 美國法上商標戲謔仿作(Trademark Parody)案例介紹-聖島智慧財產專業團隊，http://www.saint-island.com.tw/TW/Knowledge/Knowledge_Info.aspx?IT=Know_0_1&CID=322&ID=844 (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 22. 商標戲謔仿作 空中英語控呱吉侵權-財經-自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/business/paper/1174739> (最後瀏覽:2018/06/20)。
 23. 嬌蕉包@微笑是我的原動力-痞客邦，<http://qup211019.pixnet.net/blog/post/51355262-%E5%AC%8C%E8%95%89%E5%8C%85> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 24. 伴手禮嬌蕉包被訴 大 S 又出包，<http://big5.huaxia.com/xw/tpxw/2011/04/2364347.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 25. 8 CUSHION COMPACTS WITH BEAUTIFUL AND CUTE PACKAGING YOU'LL LOVE AT FISRT SIGHT 一见钟情气垫霜，<http://www.nuyou.com.sg/beauty/8-beautiful-cute-packaging-cushion-compacts-love-make-up-ccushion-foundation/?slide=1> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
 26. 「My Other Bag」與「LV」，誰侵了誰的權，<https://read01.com/DGNN8B5.html#.WwfYo1OFPjA>

(最後瀏覽日:2018/06/20)。

27. WIPO- The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Work ,
http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698 (最後瀏覽日: 2018/06/20)。
28. Trademark Cases, 100 U.S. 82 (1897) ,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/82/case.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
29. Copyright in the visual arts-Art Rogers vs. Jeff Koons ,
<https://copyrightvisualarts.wordpress.com/2011/12/20/art-rogers-vs-jeff-koons/> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
30. Patents & Technology Law-How to Pirate a Book on Copyright Law
<https://medium.com/patents-technology-law/how-to-pirate-a-book-on-copyright-law-96149fa96975> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
31. The Fashion Law-Richard Prince Claims Art work Covered by Fair Use, Ct. Says 'Not So Fast' ,
<http://www.thefashionlaw.com/home/artist-richard-prince-claims-instagram-artworks-covered-by-fair-use> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
32. Blog Law Blog-Trademark Infringement in the Presidential Election? ,
<http://bloglawblog.com/blog/?cat=73> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
33. The Fashion Law-Cases of Interest:Louis Vuitton v. Haute Diggity Dog ,
<http://www.thefashionlaw.com/home/cases-of-interest-louis-vuitton-v-haute-diggity-dog> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
34. Mowing the Law: Trademark Dilution: Yea or Nay ,
<http://mowingthelaw.blogspot.com/2013/02/trademark-dilution-yea-or-nay.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
35. The IPKat: Walmart not so smiley,
<http://ipkitten.blogspot.tw/2008/03/wal-mart-not-so-smiley.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
36. Will and Lissa: Random Thoughts: Lissa's: Walocaust and Wal-Qaeda,
<http://lissaloveswill.blogspot.tw/2008/03/lissas-walocaust-wal-qaeda.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
37. *Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc.* -1972 Trademark Infringement. Impairment. Property Right. Likely Confusion. Case Brief ,
<http://lehrmach2.blogspot.tw/2015/05/coca-cola-co-v-gemini-rising-inc-1972.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
38. *GSUSA v. Personality Posters* , <http://www.vintagegirlscout.com/lawposter.html> (最後瀏覽日:2018/06/20)。
39. Satire or Parody? *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA*-Min's Blog ,
<http://blogs.harvard.edu/yuminemma/2009/12/16/satire-or-parody-dr-seuss-enterprises-v-penguin->

books-usa/ (最後瀏覽日:2018/06/20)。

40. Supreme Court Denies Louis Vuitton's Appeal Over "Parody" Tote Bags-The Fashion Law ,
<http://www.thefashionlaw.com/home/supreme-court-denies-louis-vuittons-appeal-over-parody-tote-bags> (最後瀏覽日:2018/06/20)。

五、英文書籍、判決

1. J. Thomas McCarthy, MCCARTHY ON TRADEMARKS & UNFAIR COMPETITION
2. Harvard Law Review, Vol. 40, No. 6 (Apr.,1927)
3. Hearing Held Before the House Comm. On Patents, 72d Cong., 1st Sess. 15 (1932) (statement of Frank I. Schechter).
4. *Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.*, 510 U.S. 569, 114 S.Ct. 1164 (1994).
5. *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109 (2d Cir. N.Y. 1998).
6. *Wall v. Rolls-Royce*, 4 F.2d 333 (C.C.A. 3, 1925).
7. *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).
8. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
9. *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52(1942).
10. *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748(1976).
11. *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D.Mass. 1841).
12. *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180 (2d Cir. 1981).
13. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).
14. *Art Rogers v. Koons.*, 960 F.2d. 301 (1992).
15. *Blanch v. Koons.*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).
16. *Patrick Cariou v. Richard Prince.*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013).
17. *Prestonettes, Inc. v. Coty*, 264 U.S. 359 (Supreme Court 1924).
18. *L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc.*, 811 F.2d 26 (1st Cir. 1987).
19. *Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp.*, 287 F.2d 492, 495 (2d Cir. 1961).
20. *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410, 420 (S.D.N.Y. 2002).
21. *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F. 2d 200 (2d Cir. 1979).
22. *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).
23. *Cliff's Notes. Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group. Inc.*, 886 F.2d 490 (2d Cir. 1989).
24. *Anheuser-Busch, Inc. v. Balducci Publications*, 28 F.3d 769, 772 (8th Cir. 1994).
25. *San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee*, 483 U.S. 522 (1987).
26. *Tommy Hilfiger Licensing, Inc. v. Nature Labs, LLC*, 221 F. Supp. 2d 410 (S.D.N.Y. 2002).
27. *Mattel, Inc. v. MCA Records, Inc.*, 296 F.3d 894 (9th Cir. 2002).
28. *Moseley v. V. Secret Catalogue, Inc.*,537 U.S. 418 (6th Cir 2003).
29. *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252, 256 (4th Cir. 2007).
30. *People for the Ethical Treatment of Animals v. Doughney*, 263 F.3d 359, 366 (4th Cir. 2001).
31. *Pizzeria Uno Corp. v. Temple*, 747 F.2d 1522 (4th Cir. 1984).
32. *Smith v. Wal-mart Store, Inc.*, 537 F. Supp. 2d 1302 (N.D. Ga. 2008).
33. *Safeway Stores, Inc. v. Safeway Discount Drugs, Inc.*, 675 F.2d 1160 (11th Cir. 1982).
34. *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F. 2d 541, 546 (2d Cir. 1964).
35. *Girl Scouts of U.S. v. Personality Posters Mfg. Co.*, 304 F. Supp. 1228(S.D.N.Y. 1969).
36. *The Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc.*, 346 F. Supp. 1183(E.D.N.Y. 1972).
37. *Harley Davidson, Inc. v. Grottanelli*, 164 F.3d 806. (2d Cir. 1999).
38. *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books, USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9th Cir. 1997).
39. *Mattel, Inc. v. Walking Mountain Prods.*, 353 F.3d 792 (9th Cir. 2003).
40. *Elvis Presley Enters., Inc. v. Capece*, 141 F.3d 188 (5th Cir. 1998).
41. *Lyons Partnership v. Giannoulas*, 179 F.3d 384 (5th Cir. 1999).
42. *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.*, 156 F.Supp.3d, at 430-431. (2016)
43. *Louis Vuitton Malletier, S.A. v. My Other Bag, Inc.*, 674 Fed. Appx. 16 (2d Cir. 2016).