

# 商标权行使与姓名权保护的冲突与规制

马一德<sup>\*</sup>

---

**内容提要** 商标权行使与姓名权保护的冲突,不仅关涉个人权利的范围,而且事关私权和公共领域的划定。使用具有一定知名度的自然人姓名作商标使用,难以通过“商品化权”对被侵权人姓名的自由使用利益、个性化利益甚至同一性利益的损害进行救济。为了维持社会公众利益与名人独占利益之间的平衡,需通过“直接商业性身份”测试来界定法律上的名人范围。而当自然人将与具有一定知名度相同之自己姓名作商标使用时,涉及商标权与姓名权间的权利衡量。比例原则适用的扩张,使得运用其对相冲突之个人权利予以权衡成为可能。通过适用比例原则得出,双方权利在力量对比上并无任何一方处于优势地位,剥夺自然人围绕相同之姓名而生的商标权不具有理性基础,基于个案具体情形,赋予义务承担者混淆避免义务是唯一可行之方案。

**关键词** 个性化利益 商品化权 商业行为 比例原则 诚信原则

---

## 一、问 题

姓名,将人予以个别化,表现于外,以确定其人之同一性,权利人使用其姓名的权利不受他人争执、否认、不被冒用而发生同一性及归属上的混淆。<sup>①</sup> 由于姓名与商标在功能上的内在一致,二者具有天然的关联性,故姓名商标成为了姓名利用的普遍现象,尤其是具有一定知名度自然人的姓名。<sup>②</sup> 姓名是一种符号,因对符号的利用形式存在多种可能,致使因姓名符号产生的权利边界往往难以确定,权利冲突于是无法避免。姓名商标权与自然人姓名权是权利冲突的常见类型,处理好二者之间的冲突,是分清私权支配的范围和公众自由使用领域的需要,也是维护市场竞争秩序所必要的。

就既有对商标权与姓名权保护冲突的研究而言,多涉及抢注名人姓名为商标的情形,集中于对姓名权与商标权冲突产生的原因、表现形式,以及商标法对名人姓名利益

---

<sup>\*</sup> 中南财经政法大学知识产权研究中心教授,博士生导师。本文系中央马克思主义理论研究和建设工程重大项目兼国家社科基金重大项目“知识产权保护与创新发展研究”(项目批准号:2016MZD022)的阶段性研究成果。

<sup>①</sup> 参见王泽鉴《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京大学出版社2013年版,第116页。

<sup>②</sup> 参见马丽《姓名商标的语义构成——修辞及文化内涵》,载《湛江师范学院学报》(哲学社会科学)2013年第4期。

保护的要件、路径等问题的讨论。<sup>③</sup>然而,现有研究对名人姓名利益的保护,却出现了偏离民法规范体系的做法,甚至得出了对名人和普通公民姓名权的保护采用双重标准的结论。此外,对名人姓名利益保护的价值取向单一,以商标法中的混淆可能性标准赋予了名人对其姓名的独占利益,却忽视了社会公众对姓名这一公共领域中的符号的自由使用可能,进而无法维持个人权利与权利之间、个人权利与社会利益之间的平衡。

将名人姓名作商标使用,是将其姓名所承载的精神感召力不当“转嫁”至自己商品之上,转化为直接的购买号召力。<sup>④</sup>而当姓名商标所含姓名为商标权人自己所有时,“数人合法取得同一姓名者,谓之姓名之平行,在此情况下,各人使用同一姓名,而各人均可行使权利。”<sup>⑤</sup>两种不同情形所蕴含的不同法律意义决定了须对其予以区分评价,而实务和学界却以具有知名度的姓名为商标价值的唯一来源为由,<sup>⑥</sup>将使用他人姓名为商标的处理思维适用于以自己姓名为商标之情形,实难谓公平对待自然人的权利。因而,本文以区分评价使用自己姓名还是他人姓名为研讨的逻辑框架。

## 二、使用他人姓名

在商业社会中,名人以其形象创造了巨大的社会吸引力,企业希望借助名人的此种吸引力以增加商品的交易机会,名人也有意将自己的姓名使用在优质商品上,以获得自己知名度的进一步提升,这使得名人的姓名商标成为了市场交易的对象。然而,一些名人在商标注册方面显得有些迟缓,甚至未及时意识到自己姓名的商业价值,使得一些机会主义者能够抢注这些名人的姓名,以搭乘名人自身努力的“便车”。将名人的姓名注册为商标的问题在于,在现有法律体系内,如何实现对名人受损姓名权益的充分救济?而对名人姓名权益的充分救济,又关系到公民利用公共领域中的符号的自由。尤其是在目前名人“培育”的时间成本越来越低背景下,如何平衡名人个人利益和社会公众利益之间的关系,以避免因对名人权益的过度保护致使社会利益结构失衡,成为了不可避免的话题。

### (一) 名人姓名利益的保护模式

在将名人的姓名注册为商标情形中,探求何种模式能够充分实现对名人的损害救济,其前提是对名人所受的具体损害做清晰的界定,否则,对保护模式的探讨则成了无本之木、无源之水。姓名所承载的利益是复杂的,结合我国民法学者的研究成果,本文

③ 参见张伟君、许超《迈克尔·乔丹起诉乔丹体育公司侵犯姓名权一案的法律评析》,载《电子知识产权》2012年第3期;李高雅《擅自商业性使用名人人格标识的法律责任——姚明人格权及不正当竞争纠纷案评析》,载《科技与法律》2013年第1期;芮松艳《申请注册的商标损害他人在先姓名权的判定——“IVERSON及图”商标异议复审行政纠纷案评析》,载《中国专利与商标》2015年第3期;等等。

④ 在“怀特案”中,法官认为,“越有名的人,会使得认出他们的人越多,意味着其越具有宣传产品的显著性。这些最受大众喜爱的名人的身份,不仅对广告宣传者具有最大的吸引力,而且也最容易引起大众的注意。”See *White V. Samsung Electronics American*, 23USPQ2d1583(9th. cir. 1992)。

⑤ 王利明《中国民法案例与学理研究·总则篇》,法律出版社2003年版,第48页。

⑥ 参见袁博《商标注册在先权利中名人姓名商品化权的保护》,载《中华商标》2013年第8期。

认为,当他人擅自将名人姓名作商标时,名人受侵害的利益主要有如下四类:

1. 姓名的自由决定利益。首先,姓名的自由决定利益表现为权利人对姓名本身的取得、保持、变更等各个阶段的保护性权利,当然,自由决定利益的实现须在规范内行使。<sup>⑦</sup> 其次,自由决定利益体现为对姓名的自由使用,基于姓名的社会交流功能,单纯地正确被他人使用姓名被视为一种言论自由,然而,在特定商业广告中被任意言及,或姓名被不以权利人满意的方式而称呼,则有可能是一种侵权行为。德国司法判例将“通过姓名的提及造成姓名权人名誉贬损、声望下降或隐私暴露”的损害,以及“未经允许在广告中提及他人姓名,侵害姓名权人对其姓名经济利益自主权”的损害纳入到其一般人格权的保护范畴。<sup>⑧</sup> 在我国,姓名权人的“名誉贬损、隐私暴露”等损失,可藉由姓名权与名誉权、隐私权等共同提供救济;而侵害姓名自主使用利益的,可通过防止盗用条款予以解决。<sup>⑨</sup> 擅自将他人姓名作商标使用,正是侵犯了权利人自由决定其姓名使用在何种场合的利益。

2. 姓名的同一性利益。符号化的思维和符号化的行为,是人类生活中最富代表性的特征。<sup>⑩</sup> 符号具有指代功能,这种意义上的符号等于记号,它为了代表另一个事物而存在,这是符号的初始功能。<sup>⑪</sup> 姓名作为一种符号,自然人有权禁止他人将姓名符号用于指代他人以避免混淆,此为“同一性利益”<sup>⑫</sup>。“一个人的名字绝不是披在身上的外套似的东西,它不能够被人时时拉拉扯扯的,而完全是显示人的身份的,甚至应当说是像皮肤那样的东西与整个人是一个有机的统一体,不是随随便便就可以让人耍弄和伤害的。”<sup>⑬</sup>当赫尔德在一篇诗歌中将“歌德”的与“哥特人”、“粪土”并列(哥特人、粪土、歌德的德语均谐音),歌德说“他如此这般地拿我的名字开玩笑,我不能不说他有点过分”<sup>⑭</sup>。特定姓名指向特定的人格,“名实相符”则是必然要求。

姓名的“同一性利益”,旨在防止他人与姓名权人相混淆,以避免原本为姓名权人的行为、声誉等归属于他人,而他人获得原属姓名权人所有的东西也仅是因姓名符号的指代错乱引起的。侵害“同一性利益”的行为,表现为通过户籍上姓名变更的方式或采取其他手段,造成与其他人身份混同。将他人姓名作商标使用,是“盗用”他人姓名的情形,而“盗用”是指未经他人同意或授权,擅自以他人名义实施有害于他人或社会的行

⑦ 参见张新宝、吴婷芳《姓名的公法规制及制度完善》,载《法制与社会发展》2015年第6期;刘练军《姓名登记规范研究》,载《法商研究》2017年第3期。

⑧ 陈龙江《德国民法对姓名上利益的保护及其借鉴》,载《法商研究》2008年第3期。

⑨ 参见前引⑧,陈龙江文。

⑩ 〔德〕恩斯特·卡西尔《人论》,甘阳译,西苑出版社2003年版,第47页。

⑪ 李琛《论知识产权的体系化》,北京大学出版社2005年版,第135页。

⑫ 参见王泽鉴《人格权法》,北京大学出版社2009年版,第116页;张红《人格权各论》,高等教育出版社2016年版,第20页。

⑬ 歌德《歌德自传:诗与真》,李咸菊译,团结出版社2004年版,第266-267页。

⑭ 前引⑬,歌德书,第266页。

为,<sup>⑮</sup>制止姓名“盗用”的权利主体仍为原姓名权人。但侵犯“同一性利益”则意味着权利主体在外观上为侵权者而非原姓名权人,实为姓名的“假冒”。然而,在将他人姓名注册为自己商标并使用的情形,仍有侵犯他人姓名“同一性利益”的可能,即在得知将名人姓名作为商标可使自己的商品获得更多的交易机会后,将自己在户籍上的姓名变更为与名人相同之姓名后将其注册为商标,且在后续的商业宣传中有意向该名人靠拢,导致宣传效果的误导。

3. 姓名的个性化利益。姓名“个性化利益”是一种不被误认有错误联系的利益。<sup>⑯</sup>“个性化利益”的精神内核可概述为“作为区分功能的补充,姓名的个性化功能对于人的自我表现具有重要作用,因为姓名对于姓名权人的作品、产品和贡献,或者在最宽泛的意义上对于物体或机构而言,是最显而易见的和最常用的标志,而姓名权人和这些东西之间具有精神上或经济上的紧密联系。通过使之个性化,姓名权人可以形象地展示其行为和影响,且该行为和影响体现了人格。换言之,未经允许用姓名来“标表”某一物的行为意味着对姓名权人人格形象的歪曲,因为该行为造成了姓名权人与该物具有某种联系的错误印象。”<sup>⑰</sup>对姓名的“个性化利益”保护,旨在避免使用姓名指代“人”之外的“物”,从而引发姓名权人和该“物”之间具有某种关系的错误认识。此时,姓名所指的权利主体并没有错误,相反,正确的、可被广泛认知的具体指向才是侵权人宣传行为的意图,此正是侵权人将名人的姓名作自己商标使用的目的。

4. 姓名的财产利益。随着社会商业化程度的加深,姓名所蕴含着的信息价值被进一步挖掘,而这些信息可通过商业利用体现为财产利益。尤其是名人的姓名,由于其表征了名人的人格,诸如价值取向、道德追求等,通过名人的姓名进行商品宣传,借助名人姓名信息传递的广度,如利用名人姓名作为商标等,可以实现增加商品销售的目的<sup>⑱</sup>。而这些财产利益归属于姓名权人有其正当性:结合洛克的劳动理论,名人因其努力工作创造了一个有价值的社会形象,他应该得到他可以获得的凭借该形象而产生的所有成果;否则,人们不会像努力创造有价值的人物那样工作。赋予姓名权人享有凭借其名字获得的财产利益,是防止善意盗窃、不当得利的直接措施。<sup>⑲</sup>若该财产利益难以获得法律确认,一个公司便可通过使用名人的姓名而不当获利。名人应该可以自由地与他所希望的人交往,而如果名人与某些物品或服务有联系,他的名誉就可能会受到损害,他将可能失去尊重和经济价值。同样,如果名人不能控制自己的形象,他人就能够诱使公众相信名人实际上支持其产品。

<sup>⑮</sup> 参见王利明《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第422-423页。

<sup>⑯</sup> 参见前引<sup>⑫</sup>,王泽鉴书,第116页;前引<sup>⑬</sup>,张红书,第20-21页。

<sup>⑰</sup> Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, S. 87-88.

<sup>⑱</sup> See The Collegiate Bench of the Supreme People's Court of China, *Judicial Adjudication Rules and Enlightenment on the Case Series of Administrative Disputes over the Trademark of "QIAODAN"*, 5(2) China Legal Science 136, 148 (2017).

<sup>⑲</sup> See Souvanik Mullick & Swati Narnaulia, *Protecting Celebrity Rights through Intellectual Property Conceptions*, 2008 NUJS L. Rev. 615, 622 (2008).

可见,将名人的姓名作商标使用,对名人姓名所造成的利益损害主要为姓名权人的自由决定利益、个性化利益、财产利益,甚至包含同一性利益。在对将他人姓名作商标使用所致损害的类型明晰之后,方可对我国现有司法实务处理抢注名人商标纠纷的救济模式进行评价,进而探讨出能对名人受损利益充分救济的模式。我国司法实践的形成判决对名人姓名利益的保护采取了两种模式:

一是“商标化权”(或“形象权”“公开权”)模式。例如,在“披头士乐队案”中,法院认为,“知名乐队名称作为一种拟制的称谓,与该乐队的表演者、作品、个性化表演、公众认可程度联系紧密,从而产生了清晰明确的指向,具有较强的号召力。并且这种号召力的大小与乐队及其成员的个性化言行风格、作品传播、媒体报道、粉丝数量等因素所承载的知名度强弱密切相关。知名乐队名称作为商标使用在衍生商品上,其附随的号召力能够直接吸引潜在的商业消费群体,增加销量,产生更多的商业机会,本身就蕴含了较高的商业价值。上述潜在的商业机会和商业利益就是该乐队名称的‘商品化权’,可以作为在先权利获得保护。因此,苹果公司主张的 BEATLES 知名乐队商品化权虽非法定权利,但存在着实质的权益内容,称为商品化权益更为贴切。”<sup>②0</sup>

二是“姓名权”模式。在“乔丹案”中,最高法院认为,依据《商标法》第31条的规定,自然人就特定名称主张姓名权保护时,该特定名称应具有一定知名度、为相关公众所知悉并用于指代该自然人。在判决书中,最高人民法院花费了大量的篇幅认定“乔丹”与体育明星迈克尔·乔丹之间存在对应关系。针对“擅自使用他人的姓名,引人误认为是他人的商品”的不正当竞争行为的认定,其认为,该不正当竞争行为本质上也是损害他人姓名权的侵权行为。<sup>②1</sup>该判决的认知前提是姓名权为一项人格权,其可以容纳对尚未上升为民法权利的利益的利益的保护。而在“扎克·波森诉商标评审委员会商标行政纠纷案”中,法院认为,“原告 Zac Posen(中文译为扎克·波森)本人在世界时装(服装)设计界具有一定的知名度和影响力,且该品牌服装在中国大陆地区的相关公众中亦具有一定的知名度和一定规模的消费群体。虽然 Zac Posen 作为姓名存在于美国社会中,但由于该姓名在与时装或服装结合在一起时,相关公众则必然会联想到作为时装(服装)设计师的原告本人,该指代唯一、明确。擅自将‘扎克·波森 ZAC POSEN’作为商标注册使用,已构成对原告在先姓名权的侵害。”<sup>②2</sup>与“乔丹案”不同的是,该判决的认知前提是姓名权不同于一般的人格权,不仅保护人格利益,且保护姓名承载的财产利益。

将名人姓名注册为商标并在自己的商品上使用,侵害的利益既有人格利益也有财产利益。德国法以“姓名权”统一对姓名权中的人格利益和财产利益进行保护的模

式,是我国民法学者较为肯认的范式。然而,在我国司法实务中,此种保护模式则呈现出了认知分歧:一是将“姓名权”视为一种纯粹人格权,对姓名权人的财产利益损害则可通过

<sup>②0</sup> 北京市高级人民法院(2015)高行终字第752号行政判决书。

<sup>②1</sup> 参见最高人民法院(2016)最高法行再31号行政判决书。

<sup>②2</sup> 北京市第一中级人民法院(2012)一中知行初字第2642号行政判决书。

以侵犯人格权所造成损失进行填补,<sup>②③</sup>此为典型的通过规制“手段”实现对“目的”救济方式;二是仅强调姓名权对姓名中财产利益的救济,将其视为一种当所要保护财产利益尚未上升到法上权利时,借助姓名权对其进行救济的“权宜之计”,至于对姓名权人人格利益损害的救济则被忽略。上述认知分歧产生的根源在于法院对姓名权的权利性质认识上的摇摆,即对于姓名权所保护的利益是否包含对因姓名而生的财产利益难以确定,如有学者即认为,“乔丹案”是以保护姓名权为名,行保护姓名的财产利益为实。<sup>②④</sup>然而,姓名权中的人格利益和财产利益均有保护的必要性,不可忽略其一,此已经成为我国民法学界的通说观点。<sup>②⑤</sup>现代民法理论逐渐认同了人格权的财产属性,这是由传统人格权向现代人格权发展的标志之一。<sup>②⑥</sup>对姓名权中任一类型利益的忽视,不仅无法实现对姓名权人损害的填补,且将导致对现有民法人格权利益结构的错误理解。

而“商品化权”模式源于以美国的公开权制度,本质上是一种可以自由许可使用的财产权。“商品化权”模式引起的争论集中于,可否以“目的吸收手段”方式借“商品化权”既实现对目的——财产利益的救济,又可对手段——人格利益损害的填补?正如当侵权人冒他人之姓名将其所保管之物取走时,往往被认定为仅是侵害物权,而并不以姓名权为由救济。将名人的姓名注册为商标并使用,被普遍认为主要侵犯的是姓名权人的财产利益,而对权利人人格利益的侵害可利用目的吸收手段的方式处理。此种方式有其成立的依据,即人格权(益)与财产权(益)具备成立请求权竞合的可能性。但请求权竞合成立的前提是至少一个请求权实现后,可全额赔偿受害人的实际损失。<sup>②⑦</sup>而将他人知名姓名注册为商标并使用,对姓名权人造成的侵害后果不限于财产利益,还包括人格利益损害,即自由决定利益、个性化利益,以及在故意改名使公众相信注册者为知名自然人本人时侵犯的姓名权人的同一性利益。“人格利益损害”概念并不等同于“人格损害赔偿”概念,仅通过“商品化权”这一纯粹财产权的救济途径,是无法实现对人格利益损害充分救济的。存在不同的侵害后果,就可以认定标的并不重合,因而也就无法认定存在权利竞合,自然也不能成立“目的可以吸收手段”。

若仅通过“商品化权”无法实现对知名自然人利益损害的充分救济,是否可通过其与姓名权的搭配共同救济?此方案可以避免在通过“商品化权”对财产利益予以救济之后忽略对受损人格利益的填补,这也是美国法对名人姓名、肖像等权利进行保护时所采

<sup>②③</sup> 根据《侵权责任法》第20条的规定“侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因此受到的损失赔偿;被侵权人的损失难以确定,侵权人因此获得利益的,按照其获得的利益赔偿;侵权人因此获得的利益难以确定,被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致,向人民法院提起诉讼的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。”从损失的计算的方式来看,对于该条中“财产损失”也可以解释为包含未经许可商业利用姓名等人格要素侵害姓名权等权益造成的财产损失。

<sup>②④</sup> 参见孔祥俊《姓名权与姓名的商品化权益及其保护——兼评“乔丹商标案”和相关司法解释》,载《法学》2018年第3期。

<sup>②⑤</sup> 参见王利明《人格权法》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第216-219页;前引⑫,张红书,第23-24页。

<sup>②⑥</sup> 参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2007年版,第92页;前引⑮,王利明书,第104-113页。

<sup>②⑦</sup> 参见李锡鹤《民法哲学论稿》(第2版),复旦大学出版社2009年版,第363页。

取的模式。<sup>⑳</sup>然而,“强调知识产权是民事权利,不是一句学术装饰语,它具有现实的方法论意义,启发知识产权研究者自觉利用民法的给养。”<sup>㉑</sup>若在知识产权问题的研究中一味地从域外法领域引入新鲜词汇,且对其是否能够适应我国现有的民法体系不加检验,其本身便是一种违背民法体系化思维的做法,这样的做法只会导致知识产权法学的研究逐渐偏离民法体系运行的轨道,加深知识产权法与民法之间的隔阂。知识产权问题的研究要善于利用民法的既有理论,在民法学通说上认同了姓名权本身包含人格利益和财产利益的内容、且在当下人格权的研究中“商品化权”尚未被接纳的情形下,利用民法的理论成果处理将他人姓名注册为商标的纠纷,是唯一符合民法规范体系要求的做法,且不会引起任何规范体系上的不适应。因此,当冒用他人姓名侵犯的财产利益尚未上升到民法上的权利时,由姓名权加以保护较为科学;若姓名权人已将其姓名注册为商标时,则须以商标权的名义进行救济。<sup>㉒</sup>

## (二) 名人与公众的利益平衡

如上文所述,侵权人将名人姓名作商标使用,意在混淆消费者对商品或服务来源的认知,而只有当他人姓名具有一定知名度方可实现这一目标。然而,在互联网快速发展的社会背景下,信息传播的速度加快,从一个普通人到成为名人的时间成本和物质成本在不断降低,尤其在互联网时代背景下,所用时间可能更少。若一个普通人成为名人后获得如传统名人相同的保护,诉讼肯定将增加。而姓名原系公共领域的符号,社会公众可选取并使用公共领域内任何符号,此为一种言论自由。<sup>㉓</sup>名人对姓名符号使用自由的垄断,乃是将其姓名从言论中排除的尝试,当对这些人的利益通过绝对权进行保护时,社会的利益结构就被个人分割,社会公众的利益领域不断缩小。随着互联网发展,培育名人的成本下降,此种利益的失衡愈发严重。现有对名人利益的保护模式,使得消费者不被混淆的利益为名人的独占利益服务,而在何种程度上法律制度不适用于名人的垄断保护,关系到个人与社会公众之间的利益平衡。该问题是传统名人姓名利益保护所未曾遇到的,是在互联网环境中面临的新事项。

信息“产生”和“控制”之间的平衡,要求并非所有制造信息者皆可实现对信息内容的独占。名人要实现对姓名符号的垄断,需要证明其在姓名符号之上发展出了须由法律予以独占保护的独特利益,亦即姓名符号的指代功能承载着除了人格利益额外的东西(如财产利益)。《商标审查及审理标准》规定,以“该姓名权人在社会公众当中的知晓程度”为认定商标损害在先姓名权需要考虑之因素。<sup>㉔</sup>此规定导致法院在判定是否应

<sup>⑳</sup> See Joshua Beser, *False Endorsement or First Amendment: An Analysis of Celebrity Trademark Rights and Artistic Expression*, 41 San Diego L. Rev. 1787, 1804-1809 (2004).

<sup>㉑</sup> 前引⑪,李琛书,第97页。

<sup>㉒</sup> 参见广东省汕头市中级人民法院(2006)汕中法知初字第3号民事判决书。

<sup>㉓</sup> See Joshua Beser, *supra* note 28, 1789-1790.

<sup>㉔</sup> 《北京市高级人民法院关于商标授权确权行政案件的审理指南》第19条虽然将姓名是否具有有一定声誉作为判断姓名权侵害的考虑因素,但在实务操作中,已将其视为保护在先姓名权的要件。

赋予名人独占利益时,仅考虑名人的知名度而非姓名是否具有值得保护的财产利益,但知名度不等同于其一定具有财产利益。而且,此认知还使得法院在处理个案时疲于证实原告在各领域的知名度,以及该知名度是否溢出,进而由知名度的证实得出是否存在混淆可能性的判断。<sup>③</sup>此种判断实质上是赋予了具有一定知名度的自然人对姓名符号的绝对垄断,如此又进一步加剧了个人利益与社会利益之间的紧张关系。为了缓解这种关系,由名人举证证明其个人声誉是否赋予了姓名以财产利益,而不将生活中的名人概念直接纳入到法律判断中,是为调解这种不平衡关系的关键。

仅拥有一个有着知名度的名字,无论其知名度有多高,尚不足以当然显示其背后已存在财产利益,其潜在的利益更不易被认可。在自然人证明其姓名背后的财产利益(即其名字必须用于商业或服务之上,消费者能够从其姓名识别商品或服务的来源)的情形下,姓名本质上是作为一种未注册商标而存在的。将该事项作为平衡名人利益和社会利益之间的平衡点的原因在于:一些具有一定知名度的自然人在多数情况下不认为其是在涉猎商业行为,或者没有意识到其是在以自己的名义进行交易,这是因为他们还没有意识到其重要性;<sup>④</sup>且该类自然人多数情况下并没有属于自己的商品或服务,更甚者是一个艺术家耻于进行商业活动,这导致部分名人实质上是难以在自己的姓名之上建立财产利益的,如此便使得赋予名人对姓名以独占利益在现有规范存在不适用的空间。“作为演员、歌手或电视节目明星的成功职业,仅凭这一事实不能提供根据商标法使用名称的专有权利,这些案件需要清楚地表明高度商业价值,且该价值是独立的。”<sup>⑤</sup>因此,一个名人若申请对其姓名赋予其独占权利,需对姓名背后的财产利益即作为未注册商标的事实进行举证,如此便解释了在“乔丹案”中,法院在审理过程中反复确认有关迈克尔·乔丹在该案之前存在代言事实的原因。<sup>⑥</sup>

至于名人姓名财产利益存在的举证范围,可参照“世界知识产权组织对特定 UDRP 问题的专家小组意见概述”中的观点,即“为了证明投诉人建立未注册或普通法的商标权,投诉人必须证明其商标已成为消费者与投诉人的商品和/或服务相关联的独特标识。证明这种获得性独特性(也称为次要含义)的相关证据包括一系列因素,例如(i) 商标使用的期限和性质,(ii) 商标下的销售额,(iii) 性质(iv) 实际公众(例如消费者,行业,媒体) 认可程度,以及(v) 消费者调查。”<sup>⑦</sup>这同时也说明了潜在的商业利益是不受保护的。而关于举证程度,则涉及到名人对其财产利益的来源做具体的证明,以确定这些商业价值的来源是明确的。正如在希拉里·克林顿案件中仲裁专家组作出的决定,“像

<sup>③</sup> 例如,在“郭晶晶商标争议案”中,商评委和法院均以具有“知名度”为认定混淆情事及不良影响产生之关键,参见北京市高级人民法院(2010)高行终字第766号行政判决书。

<sup>④</sup> See Neil Brown, *The Arbitration of Celebrity Domain Name Disputes*, 13 Int'l Trade & Bus. L. Rev. 165,179 (2010) .

<sup>⑤</sup> See Anna Nicole Smith c/o CMG Worldwide v. DNS Research, Inc., NAF Case No: FAO220007.

<sup>⑥</sup> 最高法院确认了关于再审申请人代言有关产品的事实,即在本案之前,再审申请人还先后代言了耐克公司的“AIRJORDAN”系列产品,以及“恒适(Hanes)”内衣、“Wheaties Box”麦片、“佳得乐”饮料等多种类型的产品。参见最高人民法院(2016)最高法行再31号行政判决书。

<sup>⑦</sup> WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition(“WIPO Overview 3.0”), at 11.



其他一些名人一样,希拉里·克林顿参议员能够以自己的名义建立一个未注册商标。她曾是著名的参议员,也是美国前总统的妻子。然而,正是她所写的几本书的大量销售,导致她的名字与贸易和商业相关。”<sup>③</sup>若仅是以一位著名的参议员或妻子,是难以认定其名字背后存在财产利益的,也就可认定当其名字若被他人注册为商标并使用是不存在混淆情事或混淆可能性的。

如上所述,任何在商业市场上具有价值的人都有资格在“直接商业性身份”认证下得到法律的保护。然而,“名人总是依赖于公众的参与而创造其形象,所有名人必须将其独特的一面推向媒体的焦点,才能获得认可。”<sup>④</sup>当名人的供给超出了市场的消化能力时,便产生了偶然的或短暂的名人现象,那么,名人的姓名所承载的财产利益是否也会随着名人的名气而消失呢?如前文所述,与商业行为直接关联的名人姓名可视为名人的一种未注册商标,那么,是否可依据“注册商标没有正当理由连续三年在核定使用的商品上未使用而被撤销”的规定进行处理呢?在“贾巴尔诉通用汽车案”中,针对通用汽车对贾巴尔的名字长期未在贸易中使用的抗辩,美国第九巡回法院认为,名字不能以与标准商业商标相同的方式放弃。<sup>⑤</sup>姓名并不是因商业利用而产生和维持的,因此并不能如注册商标相同的方式被法律放弃。虽不同于贾巴尔的名气在其姓名未使用于商品时仍存在,但短暂名人只要曾经涉猎商业行为,即使商业上停止使用其姓名,也难以改变其姓名的独特属性,保留这种特征对于边缘名人未来的商业行为至关重要。<sup>⑥</sup>因此,短暂的名人并不会因其名气不再而失去法律对其姓名财产利益保护的资格。

综上,“法律上的名人”不等同于“生活中的名人”。自然人为获取利润,花费了大量的精力创造名人价值,法律保护名人独有的利用该价值的权利,至于名人是否因其本身能力抑或运气而获得名气,则在所不问。可见,法律上的名人范围显然小于生活中名人的范围,其排除了那部分具有一定名气但未从事过任何商业行为的名人,这就为不赋予名人对其姓名的垄断权利保留了一定的空间,并意味着在此空间内公民的言论自由可得实现,从而为平衡社会公众利益与个人利益提供了砝码。同时,对于法律上名人的界定,也使得上述关于司法实务对自然人姓名权的保护采双重标准的担忧迎刃而解。

### 三、使用自己姓名

姓名作为一种公共领域内的符号,在不会引起错误联系的场合,被别人使用于指征他人,于本人无涉,本人无权加以阻止。但当一方或双方滥用其权利时,便产生了权利的冲突。虽有观点否认“权利冲突”的存在,认为权利冲突产生的原因是忽略了任何权

<sup>③</sup> *Hillary Rodham Clinton v. Michelle Dinoiaa/k/aSZK.com*, NAF Case No: FA0414641.

<sup>④</sup> Ann Olivier McGeehan, *Trademark Registration of a Celebrity Persona*, 87 Trademark Rep. 351,361-362 (1997).

<sup>⑤</sup> *See Abdul-Jabbar v. Gen. Motors Corp.*, 85 F.3d 407,412 (9th Cir. 1996).

<sup>⑥</sup> *See Joshua Beser, supra* note 28,1808-1809.

利都有自己的特定范围,守望权利边界即可避免权利冲突。<sup>④②</sup>但因立法者的有限理性、社会的变动性以及法律语言的模糊性等诸多因素的存在,权利的边界往往难以守望。以姓名这一“符号”为利用对象的各权利之间存在利益范围上的重叠,权利冲突在所难免。而处理权利冲突的方法主要有参考权利位阶和诉诸比例原则两项。其中,参考权利位阶的方法较为直观,赞成者多认为法定权利在法律体系内部存在高低之分,<sup>④③</sup>若能通过权利位阶对相冲突权利在权利位阶图上实现各自定位,便可很好地解决权利冲突的问题。然而,对于冲突双方使用各自的姓名的权利,参考权利位阶的方法不具有适用空间,因此下文将重点讨论适用比例原则协调冲突的权利。

### (一) 比例原则的适用性及价值分析

判断比例原则的适用价值,需分析其与已有之民法基本原则间的关系,若据其他基本原则便能够解决权利冲突,则无比例原则适用之余地。<sup>④④</sup>在自然人将其与名人相同之姓名作商标使用情形中,诚实信用原则为必然考虑之事由,因权利行使并非毫无限制,权利不可滥用。而反对适用该原则进行裁判者认为,以“诚实信用原则”作为否定权利行使的理由形式成分居多,实质意义不大,<sup>④⑤</sup>且该原则缺乏明确的规范内容,不可避免地会扩大法官的自由裁量权,<sup>④⑥</sup>但在追求实质正义的指引下,在穷尽现有规范时仍可将其作为一般条款适用。这亦是众多司法裁判所持观点。诚实信用原则与比例原则在追求目标上具有一致性,即便比例原则较诚实信用原则更具可操作性,在诚实信用原则已被习惯性地接受的现实情形下,比例原则是没有适用空间的。然而,此表象实则是对诚实信用原则规范性质的误解。

规范可区分为“规则”与“原则”。“规则在适用时,是以完全有效或者完全无效的方式。如果一条规则所规定的事实是既定的,那么,或者这条规则是有效的,在这种情况下,必须接受该规则所提供的解决办法;或者该规则是无效的,在这样的情况中,该规则对裁判不起任何作用。”<sup>④⑦</sup>而据阿列克西对原则之定义,“原则是一种要求某事在事实上和法律上可能的范围内尽最大可能被实现的规范。因此,原则是最佳化命令。它们能以不同的程度被实现,实现的强制程度不仅取决于事实因素,也取决于法律上的可能性。”<sup>④⑧</sup>规则在事实和法律可能范围内构成一种“决断”,具有确定性的效力,只能够被完

④② 参见郝铁川《权利冲突:一个不成为问题的问题》,载《法学》2004年第9期。

④③ 如孙宪忠认为,民法上在对紧急避险中的利益进行判断时,通常遵循的标准应当是生命权优先于身体权和健康权,身体权和健康权优先于财产权。参见孙宪忠《民法总论》,社会科学文献出版社2004年版,第90页。

④④ 郑晓剑《比例原则在民法上的适用及展开》,载《中国法学》2016年第2期。

④⑤ 参见陈忠五《商标权行使与姓名权保护的冲突——“最高法院”100年度台上字第787号判决评释》,载《台湾法学杂志》2012年6月第201期。

④⑥ 参见[德]莱因哈德·齐默曼、西蒙·惠特克主编《欧洲合同法中的诚信原则》,丁广宇、杨才然、叶桂峰译,法律出版社2005年版,第14页。

④⑦ [美]罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版,第44页。

④⑧ [德]罗伯特·阿列克西《法律原则的结构》,载罗伯特·阿列克西《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第132页。

全实现或完全不实现;而原则未如规则般具有强效力的规定性,可在完全实现和完全不实现两者之间实现,其实现的程度如何取决于事实和法律的可能性。当两项规则之间产生冲突时,则可通过或在其中一项规则中引入一个例外条款或宣告至少其中一项无效予以解决。而对于原则之间的冲突,因原则的本质是一项最优化命令,不能依据规则冲突之结果,仅能通过确定一项原则相对于另一个原则的条件式优先关系予以化解,阿列克西将此优先关系的确定过程称为“权衡”。<sup>④⑨</sup>

将与名人相同之姓名作为商标使用的行为,若符合诚实信用原则,则该行为有效,若不符合则无效,是全部和全无的效果模式,效力具有确定性。立此,诚实信用原则表面上虽为一项民法基本原则,实则为一项规则。拉伦茨认为,法律原则并不是一种非常一般的规则,此类法律原则并不区分构成要件及法效果,一旦作出这种区分,便是建构规则的开始。<sup>⑤⑩</sup> 法律原则是指法的一般法律思想或理念,如私法自治、契约自由等,违反法律原则并不当然导致确定的行为效力。诚实信用原则与一般法律原则极为相似,此种相似体现为在运用诚实信用原则时,仍需考量所有的情形并进行权衡。正如贡特所言,规则与原则的区别仅在于适用方式的不同,在考虑到所有(事实和法律)因素的情况下可将一条规范作为一个原则来对待。但阿列克西则认为,在考虑到所有情况之后同样可能以全部或全无的方式适用规则,因规则中的考虑所有情形并不等同于最佳化。<sup>⑤⑪</sup> 在诚实信用原则条款适用过程中,对于何种行为是符合诚实信用,必须保持一定的概括性,以应对社会情形的变化,而对概括性内容的具体化需对各种情形进行选择,此为在事实要件上的衡量,而非给予法律价值上的评价。

在确定相冲突的两项原则何者优先时,便由比例原则加以权衡,通过“手段—目的”的方式确保相冲突之原则在法律可能的范围内得以最大程度的满足。比例原则所权衡的对象是不具有确定效力的法律原则,而非具体确定的规则。有学者将比例原则视为诚实信用原则的下位原则,认为其为诚实信用原则提供了可供操作的方法。<sup>⑤⑫</sup> 该观点在认识上陷入了双重错误的陷阱:诚实信用原则在适用过程中所运用到的是规则中的涵射方法,而比例原则的核心价值在于权衡;诚实信用原则作为规则中的概括条款,在具体适用中是将概括性的内容具体化,而不涉及法律上的价值评价和选择,而比例原则所权衡的是法律原则背后价值的优先顺序。将比例原则视为诚实信用原则的下位原则的做法,实乃是对诚实信用原则的规范性质和比例原则的性质的误解。由于法律原则与权利之间具有内在的可融通性,比例原则的适用对象同样可扩展及相互冲突之权利。

④⑨ 〔德〕罗伯特·阿列克西《重力公式》,载罗伯特·阿列克西《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第148页以下。

⑤⑩ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2013年版,第348页。

⑤⑪ 参见前引④⑨,〔德〕罗伯特·阿列克西文,第139页。

⑤⑫ 郑晓剑认为,比例原则是诚信原则的下位类型,可以在其他的行为类型中作为判断行为有无违反诚信原则的思考工具和论证理由,增强诚信原则在具体适用上的可预见性和说服力,指引和规范法官自由裁量权的运用。参见前引④④,郑晓剑文。

所以,在将与名人相同之姓名作商标使用所形成的权利冲突中,适用诚实信用原则的局限并非其内容的概括性而是其规则属性所造成的,比例原则在此的作用是诚实信用原则所无法替代的。

此外,比例原则的适用价值还涉及与利益平衡方法之间的关系论证。利益平衡方法是在法律规定有漏洞或者不周延的情况下,法官对相互冲突之权利进行价值衡量与利益取舍,确定给予何种利益优先保护。<sup>⑤</sup> 利益平衡方法亦是司法追求实质正义的要求,同比例原则的功能具有内在的一致性。但利益平衡方法是基于法官自由裁量权,方法的主观色彩较浓,法官极易将其自己的态度加入到对案件优先利益的确定之中,故利益平衡方法存在被滥用的风险。而比例原则包含适切性、必要性和狭义比例原则三个子原则,每一个子原则都有其具体的构成与判断,且三个子原则之间在逻辑上有先后顺序,具有较强的程序性,能够最大限度地排除法官在运用比例原则时的主观态度对最终结果的影响,这可克服法官在运用利益平衡方法时的滥用自由裁量权的风险。就比例原则的本质而言,其也是对权利与权利或权利与公共利益的冲突进行价值评价和利益选择,适用的过程较利益平衡方法更为客观和更具操作性。所以,比例原则亦未被利益衡量方法所替代,仍有其存在和适用的价值。

## (二) 比例原则的具体适用

### 1. 适用前提梳理

将与名人相同之姓名作商标使用,不仅导致个人权利之间的冲突,还关涉个人权利行使与相关公共利益的冲突。在运用比例原则对个人权利之冲突进行权衡时,要厘清公共利益在权衡过程中的角色,以及其对权衡之对象的力量对比有何影响。个人权利与公共利益之间的关系是复杂的,为满足公共利益之需要牺牲与之冲突的个人权利之惯性思维,是将个人置于社会利益二次分配的次要地位,以个人权利的牺牲为保障公共利益圆满的手段。当商标权的行使致市场竞争秩序之公共利益无法实现时,商标权即应服从于市场竞争秩序之维护而被限制甚至被剥夺,在此认识下,商标权与竞争秩序之公共利益便难以形成实质上的冲突。此时,若运用比例原则对商标权与姓名权进行权衡,商标权便已因与姓名权处于天秤之同一端的公共利益之存在而当然遭到限制,因而无需再对其与姓名权进行权衡,比例原则之运用便流于形式。不过,上述观点虽然在概念上是可能的(因可为所有之个人权利找寻到一个与之相应的公共利益为其目标,其区别无非是层次高低不同罢了),但这种以商标权为实现竞争秩序之公共利益的手段是否同时在规范上可行,却不无疑问。

以个人权利为公共利益实现之手段,是将个人权利置于工具性的地位。当作为目的之公共利益不存在或个人权利阻碍其实现时,个人权利便无存在之必要,对其进行何种限制都是合理的,故个人权利与公共利益难以形成实质冲突。但此乃未将个人权利认真对待之态度,换言之,未尊重人之为人,个人权利地位的存在直接或间接地依赖于

<sup>⑤</sup> 参见王利明《民法上的利益位阶及其考量》,载《法学家》2014年第1期。

目的/手段关系的存在。<sup>⑤④</sup> 尤其在个人权利与并非和其相对应之公共利益目标形成冲突时,在目的/手段关系之下,形成冲突的并非个人权利与公共利益,而是公共利益之间形成的对立,亦更无法形成个人权利与公共利益之间真正的冲突。行使商标权以不造成市场秩序混乱为界,但并不意味着当商标权的行使与该目标产生冲突时均要牺牲商标权,商标法对商标权的保障亦是其立法宗旨。商标权在商标法体系中应具有初显地位,其存在通过自身论证力得以证成,而非仅为市场秩序利益实现的手段。这也是商标法与竞争法的不同之处。故认定商标权为以竞争秩序为内容之公共利益的实现手段,虽在逻辑概念上可行,但不具备规范基础。

商标权以其自身论证力得以存在,使得其与以竞争秩序为内容之公共利益形成真正冲突。但为了突出商标权在商标法中的独立体系价值,须在权衡商标权与公共利益冲突关系的内容中确立商标权具有初显优先地位。出于规范上的理由,此种关系并不排除限制或剥夺阻碍市场竞争秩序利益和消费者利益实现之商标权的可能,只是对于商标权的限制或剥夺要基于更为充分的理由,即,当不存在合理且充分理由对商标权的限制、或者存在同样的理由可对公共利益和商标权进行限制时,对为保障公共利益而牺牲商标权的实现之论证都可被证明为不充分。在商标权与竞争秩序利益冲突时,赋予商标权初显优先地位体现了对商标权这一个人权利的认真对待,但此地位对商标权而言仅是一种弱保护,其作用不应被高估,其仅是施加了一种有利于个人权利却增加公共利益负担的论证负担,无法排除公共利益优先于商标权的可能性,只要支持竞争秩序利益实现的理由强于支持商标权实现的理由即可。将个人商标权置于初显优先地位,不仅是认真对待个人权利的体现,更是为了后续权衡商标权与姓名权、竞争秩序利益关系的需要,否则,后续比例原则的运用便仅具有形式上的价值,无法达至实质正义之目标。

## 2. 具体适用

比例原则的核心是狭义比例原则。狭义比例原则关注的是原则在法律可能性范围内的最大程度的实现,即涉及到法律上原则和与之相对立原则间的权衡问题,而权衡的核心在于权衡法则,即“一个原则的不满足程度或受损害程度越高,另一个原则被满足的重要性就越大”<sup>⑤⑤</sup>。而将比例原则适用于权利与权利之间的冲突,该权衡法则可表述为“一个权利的不满足程度或受损害程度越高,另一个权利被满足的重要性就越大”,即一项权利受限制的合理性论证是借助与之相对的权权利的重要性而完成的。由权衡法则可以推出,权衡的过程中共可分解为三个步骤:第一是确认一方权利受侵害或受限制的程度;第二是确认与之相对的权权利被满足的重要性程度;第三是证成满足相对立之权利而对另一个权利的不满足是否符合理性。但最后的证成,仍然无法排除适用比例原则者的主观决断,而此种主观决断很可能来自于适用者的偏见,至于如何克服这一主观性

<sup>⑤④</sup> 参见 [德] 罗伯特·阿列克西《个人权利与集体利益》,载罗伯特·阿列克西《法·理性·商谈——法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2012年版,第240页。

<sup>⑤⑤</sup> 前引⑤, [德] 罗伯特·阿列克西文,第150页。

偏见仍需进一步研究。

在商标权与姓名权之间进行与个案相关联的权衡,首先要确定这两项权利受侵害的密度,以及在它们之间形成的比例关系。禁止姓名商标的使用,对权利人的损害是持久的,对其围绕自己姓名所生之商标权是一种剥夺式侵害。完全禁止自然人将与名人相同之姓名作商标使用,很难被认为是对自然人姓名权和姓名商标权的一种较轻的侵害,因此将其列为侵害密度表中的较重等级是可被接受的。自然人利用其自己之姓名并作商标使用,与故意注册他人具有知名度之姓名、或者出于恶意将其姓名改为与知名自然人姓名相同后作为姓名商标使用不同,<sup>⑤</sup>由其行为并不能推定出行为人为具有可被否定的主观恶意,因自然人将其姓名作商标使用是姓名权的本身之内容,且对消费者利益的侵害和市场秩序的混乱的影响与前两种情形是等同的,故可认定此种情形中对知名自然人姓名权的侵害并不具有侵犯的严重性,且与上述出于故意的情形之侵害相比是较轻的。与此相应,禁止另一个自然人对相同姓名作商标使用,对于知名自然人的姓名权保护的重要性就是中等的,或者也许只是轻的。分量较轻的侵害理由无法证成较重的侵害。为了能证成禁止判决,对名人姓名权的侵害就必须至少要等重。

就相反的侵害理由而言,在对名人姓名权的侵害中,在故意将他人具有知名度之姓名作商标使用、或者出于恶意将其姓名修改为与知名自然人之姓名相同后作为姓名商标使用的情况下,对行为人可作禁止使用该姓名商标的惩罚,因其对知名自然人姓名权的侵害是严重的,其行为是对名人人格的严重蔑视,且盗取了名人姓名背后所蕴藏的巨大经济价值。对名人姓名权益的严重侵害,加之对消费者合法权益的侵害和市场竞争秩序的破坏,进而形成了与信息自由遭受侵害相对的一种严重侵害,在这种情况下,并不因为对人格权重要性的衡量错误而增加对他人信息自由的限制和负担,其侵害进入到了一个几乎无法通过加强侵害的理由来得到证成的地步,故权衡的论证在该范围内无法发生。而在本文此处所讨论的问题中,与上述情形不同的是,对知名自然人姓名权的侵害并没有达到一种对其人格的蔑视的程度,因而难以认定对其姓名权中之人格利益产生侵害,而是仅在客观上产生了对知名自然人姓名权中财产性利益的侵害,在这种情形中,对相同姓名自然人姓名权的侵害并未达到一种无法通过加强侵害的理由来证成的地步,权衡在这个范围内是可发生的,侵害理由并未达到一种足以证成任何侵害都可认定为较轻的程度。

因而,适用比例原则得出了这样一种结论,双方出现了一种平手的情形,没有任何一方具有优先实现的地位。这就意味着在自然人将自己与名人相同之姓名作商标使用的情形中,对其行为作禁止性裁定并不具有以权衡结构为支持的理性基础。同时,也证明了在处理该类型案件中要以保存双方的权利为前提。至于如何才能避免双方权利的

<sup>⑤</sup> 正如王利明认为,自然人的姓名权依法受法律保护,但权利人必须正当、合法地行使其姓名权,不得滥用姓名权损害他人利益和社会利益,滥用姓名权的范围非常广泛,诸如随意更改姓名造成权利义务关系混乱,基于不正当目的而改名换姓亦是一种滥用姓名权的行为。参见前引<sup>⑤</sup>,王利明书,第221页。

完整行使带来的市场混淆行为,便是另一层面的问题了。

### (三) 权利冲突的解决方案

如上开所述,权衡的双方之间并不存在一方对另一方的优先地位,在避免混淆发生的条件下保留双方权利的平行行使成为可能的解决方案。就比较法而言,依德国《商标法》第23条第1款规定,<sup>⑤7</sup>商标权人不得禁止他人将自己之姓名与地址使用于交易上,换言之,若使用自己之姓名或名称,而出现相同商标之情形,是基于人人有权使用自己姓名或名称来裁决的。德国实务在肯定了同姓名之人可使用其姓名注册商标的同时,发展出了同姓名之人合理规避混淆的义务,即,在时间上使用相对较晚的同姓名之人,应采取合适且必要措施避免混淆误认的发生。此项平衡方式值得参考之处在于:一方面维护各姓名权人使用其姓名或名称之权利;另一方面课以义务,以避免因使用相同之姓名或名称发生混淆误认之情事。如果双方均有权获得使用相同姓名之利益,则后申请者并无放弃之义务。即使在先使用者具有一定知名度,基于其长久以来使用与广泛之知名度,其姓名权较后申请者之姓名权享有较高之优先性,此种优越性也并不体现在后使用者放弃使用姓名的权利,而是体现为混淆规避义务的具体分配上。只有当同名之他人注册商标之目的在于故意混淆时,后使用者才须放弃使用姓名的权利。针对混淆规避义务必须在可期待范围内,采取合适且必要之措施,以避免混淆误认情事发生。

针对规避义务具体采取何种方式予以履行在具体案件中的体现不同,但一般性的混淆避免义务履行规则是可以探寻的。若为避免混淆之发生,在姓名商标上添加图形是较为常见的做法,尤其是采用自然人本人的头像剪影为商标图形与姓名商标共同使用。然而,图形在区别申请人与被申请人上之功效较为薄弱,因为,姓名是以读音而非以姓名的图样发挥其功能的,而此种功能恰恰是图形所欠缺的。在履行规避混淆之义务时,如仅以添加不具有法律意义之图形以示区别,则无法对所使用之姓名作出补充说明,并无法将其与其他使用相同姓名之情形相区别,此时,义务的履行仍需付诸于添加以读音为主要功能的文字标识,方可避免混淆误认之情事发生。至于所添加的文字内容为何,是否任何意义者均可,学界和实务界对此并没有提供可供参考的观点。但基于添加文字之意图可推知,此类文字的内容必须足以与在先他人姓名相区别,故而文字的内容必须起到减弱公众对所标示商品或服务与在先姓名者之间的联系,满足此特点者,所添加的文字内容需至少具有同该姓名相异的突出性。若其所添加的文字并不具有可将姓名商标同在先姓名权人之间的联系进行切割之作用,则二者之间存在的联系须保持于微弱程度为限。此外,添加的文字内容虽需具有突出性,但其内容不可再涉及在先姓名权人相关联的语义内容,否则将反而可能增加同姓名之人注册的姓名商标与在先姓名权人之间的联系。

<sup>⑤7</sup> 德国《商标法》第23条规定,只要不与善良风俗相冲突,商标或商业标志所有人应无权禁止第三方在商业活动中使用:(1)其名称或地址;(2)与该商标或商业标志相同或近似,但与商品或服务的特征或属性,尤其是与其种类、质量、用途、价值、地理来源或商品的生产日期或服务提供日有关的标志;或者(3)必须用该商标或商业标志表示一个产品或服务的用途,尤其是作为附件或配件。

若义务人已尽其可能采取所有合适且必要之措施,仍无法完全避免发生混淆误认之情事时,则应进一步考量义务人是否有明显应受保护之利益,即义务人是否有使用该姓名之必要性——唯有存在此必要性,方得要求原告容忍仍无法避免之混淆误认之可能性。<sup>⑤⑧</sup> 本文认为,此种必要性是由于在注册商标之前,自然人既以该姓名作商标性使用,并承担了一定的商品声誉,亦承载了自然人必要的经济价值,即因商品使用而使得姓名商标具有显著性。若同姓名之人将其姓名注册为商标,并未承担任何商誉或者微小的商誉时,或者承担了个人或商品较差的名声,可将其认定为不具有明显受保护的利益,则在无法消除混淆误认的情形下,可裁定撤销该姓名商标。此外,若仅为了表示原告与被告之间存在某种关联,则此种关联利益并不是法律所应保护的必要利益。<sup>⑤⑨</sup> 在判断利益保护之必要性时,须以两点为基础:一方面可使姓名权受到必要保护;另一方面又可限制姓名权之保护范围,避免因保障范围过于宽广而阻碍商标注册或造成商标注册的不确定性。应受保护之利益包含商业利益、经济利益、纯粹人格利益、精神利益以及情感利益等,此等利益于个案中是否属于应受保护之范围,则仍须考量利用方式、利用目的等因素,以作为利益衡量之判断。另外,如果原告从未单独使用相同姓名使用于某一领域,而被告将其注册在该领域商品之上,则社会大众未必会联想到原告:因为原告与被告分属不同领域,并无产生混淆误认之可能性。

## 四、结 论

在互联网快速发展的背景下,商标权与姓名权的冲突汇集了这个时代两个鲜明的特征:名人崇拜和名人效应。名人的姓名被这个时代所需要,尤其是那些希望通过名人效应达到商业目的的人,当然也包括名人自己。而当名人还没有注意到其名字的商业价值时,他人可能已将该姓名符号作为商标使用,而无论该符号属于他人的姓名还是自己的姓名。本文通过对这种两种情形的讨论,得出了以下结论:

第一,关于使用名人的姓名作商标使用,是司法实务中最为普遍的侵权行为之一。此种行为不仅侵犯了名人姓名权上的财产利益,且损害了名人关于姓名的自由使用利益、个性化利益,甚至同一性利益。但将名人姓名的财产利益抽离出并以“商品化权”进行救济不仅有违民法体系化的思维方式,而且难以实现对名人受到的人格利益损害的完全救济;

<sup>⑤⑧</sup> 参见王怡苹《论姓名权之保护与商标注册——从德国实务案件谈起》,载《月旦法学杂志》2017年第6期。

<sup>⑤⑨</sup> 德国联邦法院在 Heilige 案中表示,就系争案件而言,新设立之公司尚无应受保护之利益可资援引,亦无强制应登记该名称之事由,相较于既已存在之公司,已于德国境内广为交易市场所认知,仅于例外情形得要求原告容忍被告所造成之混淆误认之虞。被告虽然抗辩,其名称应表现出与纽约 Heilige Inc. 母公司间具有经济关联性,惟此项利益尚不足以合理化原告之容忍义务。详言之,纵未出现于德国交易市场之外国公司,于德国境内设立法律上独立之子公司,若因其与国外母公司间之关联性即可使德国既有公司负担容忍义务,在判断混淆误认之虞上即有别于一般无国外公司关联性之德国新设立公司,而产生差别待遇之结果。参见德国联邦法院工业产权与版权 BGH GRUR 1968, 212, 214.



第二,当培育名人的成本不断降低,社会上的名人更新速度加快时,赋予名人关于姓名利益的独占性保护,将打破个人利益与社会公众利益之间的平衡。设置不同于生活中名人的法律名人概念、规定直接与商业行为相关的名人姓名才可享受独占利益,才能维持社会利益结构的均衡;

第三,在自然人将其与名人相同之姓名作商标使用情形中,因现有规范体系并不禁止相同姓名的使用,仅涉及个人权利与个人权利之间的权衡,故不能以处理使用他人姓名作商标使用的思维解决纠纷。且姓名权的正当取得使得以禁止同姓名之人姓名商标权行使难以适用。“全有或全无”的效果状态并不是彻底解决权利冲突的理性之策,且易造成规范体系内部的价值冲突;

第四,在使用自己与名人相同之姓名作商标使用的情形,作为协调权利冲突方法的比例原则在该商标权与姓名权冲突中存在适用空间。通过运用比例原则的论证,双方权利并不存在一方对另一方的优先地位,因而,在避免混淆发生的条件下保留双方权利的平行行使成为可能的解决方案,这也是实现实质正义的最佳方案。

---

**Abstract:** The conflict between the exercise of trademark right and the protection of name right is not only related to the scope of individual rights, but also to the delimitation of private rights and the public sphere. It is difficult to provide relief for the infringed about the free use of the name, the personalized and identical interests through “merchandising right” when using the name of a natural person with a certain reputation as a trademark. To maintain the balance between the public interest and exclusive interests of celebrities, it is necessary to define the celebrity range in law through the “direct commercial identity” test. When a natural person uses his name with a certain reputation as a trademark, it involves the measurement between the trademark right and name right. The expansion of the proportionality principle makes it possible to balance individual rights in conflicts. According to the principle of proportionality, neither party is in a dominant position in the comparison of power. The deprivation of the trademark right of a natural person around the same name does not have a rational basis. Based on the specific circumstances of the case, the only feasible solution is to endow the responsibility of avoiding confusion to the obligator.

---

(责任编辑:王莉萍)