

# 以商标法“在先权利”条款对姓名权进行保护的合理性探讨

张 哲

中南财经政法大学法律硕士教育中心，武汉

**摘 要** | 我国并没有明确人格权商品化权利的规定，但随着侵犯名人姓名权等在先权利的商标案件逐渐增多，法律适用成了困扰理论与实务两界的主要问题。“乔丹商标案”仅是众多案件中的热案，但依照该案例发布的指导案例以及相关司法解释，确定了以《商标法》“在先权利”条款对姓名权等在先权利进行保护的适用法律适用思路。这不仅是对以统一的人格权权利来分析该类案件的思路的支持，也是对我国民法所确定的原则性条款的考虑，合理的维护了权利人的姓名权。

**关键词** | 商标法；姓名权；在先权利；商品化

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



## 一、以“乔丹案”为引提出问题

伴随着最高人民法院作出(2018)最高法行再32号案判决，持续了八年的“乔丹案”最终以撤销侵权商标收尾。对于由原国家工商行政管理总局商标评审委员会作出的有关“乔丹及图形”商标争议的裁定也一并予以撤销，最终将交由

作者简介：张哲，中南财经政法大学法律硕士教育中心硕士研究生，研究方向：知识产权法研究。

文章引用：张哲. 以商标法“在先权利”条款对姓名权进行保护的合理性探讨[J]. 法学进展, 2021, 3(3): 208-215.

<https://doi.org/10.35534/al.0303022>

国家知识产权局重新作出对此商标的裁定。<sup>①</sup>该案例从2012年第一次提起姓名权诉讼开始,直到2016年最高人民法院作出的(2016)最高法行再27号判决,认定了三件以“乔丹”为主要内容的商标侵害了权利人的在先姓名权。<sup>②</sup>《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(以下简称《审理商标行政案件规定》)中的第19条至第23条均是对《商标法》中保护在先权利条款的解释。其中第20条,确定了损害姓名权的细致规定。

纵观整个案件,争议商标的注册是否损害了权利人所主张的在先姓名权和肖像权是核心争议焦点。已有不少文章对商标权与姓名权的冲突原因、法理分析,以及商标法对姓名权的保护路径乃至解决途径均进行了分析。无论是保护路径的混乱,还是偏离民法规范体系的做法等,最终还是要回归维护个人利益与社会利益之间的平衡。本文基于(2016)最高法行再27号判决书的裁判要旨,分析保护姓名权等在先权利的必要性,并针对姓名权作为在先权利时,以《商标法》及其相关司法解释作为法律依据的合理性进行探讨。

## 二、保障姓名权这一在先权利的必要性

商标是一种符号,姓名是一种符号,这就致使二者在表现形式、内在功能上有着不同程度的相似性,存在关联性。<sup>③</sup>同时,由于符号的利用形式多种多样,致使姓名符号产生的权利边界难以确定,由此而产生的权利冲突无法避免,姓名商标权与自然人姓名权是权利冲突的常见类型。<sup>④</sup>在保证公共领域合理使用的同时,对个人私权利的保障也是必要的,这也是将在先权利的保护载入商标法的含义所在。

### (一) 从他们的功能上来看

自然人在社会中表彰自己的人格特征的方式是通过姓名进行的,它能使个

① 参见 百度百科:《乔丹商标案》<https://baike.baidu.com/item/2%C2%B723%E4%B9%94%E4%B8%B9%E5%95%8%E6%A0%87%E6%A1%88/17206394?fromtitle=%E4%B9%94%E4%B8%B9%E5%95%86%E6%A0%87%E6%A1%88&fromid=20266610&fr=aladdin>, 2021-5-25.

② 最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决。

③ 马丽. 姓名商标的语义构成、修辞及文化内涵[J]. 湛江师范学院学报, 2013(4).

④ 马一德. 商标权行使与姓名权保护的冲突与规制[J]. 中国法学, 2018(4).

人区别于他人,是一种符号。<sup>①</sup>作为一种符号,商标也是由能指、所指和对象组成的三元结构。其中,“能指”就是有形或可以感知的标志,“所指”为商品的出处或商誉,对象则是所附着的商品。<sup>②</sup>那么同样的,姓名作为一种符号也应当是可以由能指、所指和对象组成的三元结构。以信息经济学的角度来看,价格是在搜寻中获得的,是以付出成本为代价的。为了能够降低信息成本,商标所具备的信息传递与建立信誉机制的延伸功能,当姓名与固定商品挂钩使也同样具备这样的功能。

## (二) 从他们的经济效益来看

名人的姓名承载着巨大的形象价值和精神感召力,当这一姓名一旦用于商业活动时,该姓名所承载的符号含义马上会转化为最直接的广告效应和购买号召力。<sup>③</sup>也就是说,当姓名作为商标进行商事活动的时候,其自身的显著性更强,所携带的信息量更大,所带动的消费也更多,给企业所带来的利益也更大。在同样的以信息经济学为视角的情况下,信息成本就成了阻碍商家与消费者之间进行互动的绊脚石,影响市场活跃度,企业、消费者和代表全社会的国家都有希望降低信息成本的激励,而商标的使用能够有效地分担信息成本。<sup>④</sup>那么,名人姓名用来标示商品时同样可以做到这一点,并且可以做得更好。

## (三) 从他们争议的原因上来看

“乔丹”案中所争议的姓名权,不仅仅是传统意义上作为人格权的姓名权本身,而是呈现出了人格权商品化的特殊含义,即姓名商品化权。所谓姓名商品化权,是指名人基于其声望而将自己的姓名进行商业利用以获取利益的权利。<sup>⑤</sup>姓名权商品化在我国还没有系统的法律规范,仅有《商标法》第32条的在先权

① 王利明. 论人格权商品化[J]. 法律科学(西北政法大學學報), 2013(4).

② 彭學龍. 商標法基本範疇的符號學分析[J]. 法學研究, 2007(1).

③ 袁博. 商標註冊在先權利中名人姓名商品化權的保護[J]. 中華商標, 2013(8).

④ 彭學龍. 信息經濟學視角下的商標制度[J]. 知識產權, 2012(8).

⑤ 魯陽. 姓名權與姓名商標權之衝突[J]. 湖南經濟管理幹部學院學報, 2004(3).

利条款、《反不正当竞争法》第6条以及《审理商标行政案件规定》等个别司法解释做了概要规定,缺少相应的救济手段。从而可能会引起侵犯个人权利、破坏市场竞争关系等问题的发生。

由以上的功能、经济效益以及争议原因可以看出,名人姓名自身所附带的公众吸引力,要比普通商标更强。当擅自以名人姓名注册为商标时,那么必然会引起名人与该企业的权利冲突,如果不加以规制市场将会变得混乱不堪。

### 三、以商标法及其司法解释进行规制的合理性

看回“乔丹案”,虽然我国法律体系中并没有对“在先权利”有明确定义,但可以通过国际公约或其他国家的立法论述来分析。在国际公约中,《保护工业产权巴黎公约》(以下简称巴黎公约)以及《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称TRIPS协议)是对在先权利规范的较为明确的。《巴黎公约》中规定商标侵犯第三人在被请求给予保护的国家的既得权利的不得注册或者注册商标无效,《TRIPS协议》中规定商标权不得损害任何已有的在先权利。<sup>①</sup>我国商标法根据《TRIPS协议》第16条之一的要求规定了在先权利规范,其内容与协议文本基本相同,都追求原则性,在立法上属于抽象规范。<sup>②</sup>姓名权是权利人在注册商标前就所有的权利,基于此,姓名权也是在先权利的一种。笔者认为,可以从以下两个方面来分析。

#### (一) 对人格权的统一保护

《指导案例113号》中,指出了三项保护外国自然人对特定名称主张姓名权的限制条件,前提就是该特定名称在我国具有一定的知名度。<sup>③</sup>该案例中,最高人民法院对于迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名作出了具有长期广泛知名度的认定,并肯定了“乔丹”与迈克尔·杰弗里·乔丹的稳定对应关系。<sup>④</sup>也就是说“乔丹”

① 郑成思. WTO 知识产权协议逐条讲解 [J]. 北京: 中国方正出版社, 2001: 11-27.

② 韩景峰. 商标法中在先权利的法理分析 [J]. 知识产权, 2012 (10).

③ 最高人民法院指导案例 113 号。

④ 最高人民法院 (2018) 最高法行再 32 号行政判决。

作为特定名称,是满足我国法律对姓名权保护的具体要求,可以适用商标法的在先权利条款。

我国法律并没有明确人格权商品化权利,从这一点上来讲,姓名权依旧仅仅是人格权,不存在商品化问题。伴随着越来越多的人格权商品化现象出现,这种人格权商品化的现象不再是传统的人身权与财产权的民法分类,而是人格利益与财产利益的结合。<sup>①</sup>这种权利结合的出现,使得我国有许多学者对此提出疑问,再加上该案件在2016年最终以判例的形式扩大了姓名权的保护范围,不少学者认为该判决有待斟酌,指出最高人民法院存在创设认定在先权利标准的问题。<sup>②</sup>也有其他学者认为,在保护路径上应当按照人身权和财产权二元分立的模式分别来保护。<sup>③</sup>理论界对于我国应该采取什么样的立法方案来保障人格权商品化权利也存在着较大的争议,并将目光投向域外法系。

当前世界上对于人格权商品化权益规定走得比较靠前的是德国与美国,源于两个不同法系,有着对于人格权的商品化权利不同的保护途径。在美国,传统人格权是以保护精神利益为核心的“隐私权”,而以保护人格权财产权利为主的“公开权”是以此发展来的。隐私权被认为是一种“个人的、不可分割的”权利,公开权是一项源于隐私权的权利。<sup>④</sup>公开权赋予名人在姓名、肖像和其他身份特征的商业价值上一种可转让和可继承的权利。<sup>⑤</sup>而在德国,大陆法系特有的人身权与财产权分立的传统观念对人格权商品化理论的发展有着极大的影响,德国是在判例中通过扩展人格权内涵的方式,在人格权权利制度范围内分为人格的精神利益和人格的财产利益,而不是将人格权商品

① 王利明. 人格权法(第三版)(王利明法学教科书)[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2021: 173-182.

② 崔建远. 姓名与商标:路径及方法论之检讨 最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书之评释[J]. 中外法学, 2017(2).

③ 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[J]. 法学, 2018(3).

④ KOO A. Right of publicity: the right of publicity fair use doctrine – adopting a better standard, Buffalo Intellectual Property Law Journal, 2006(4): 1-24.

⑤ MADOW M. Private ownership of public image: popular culture and publicity rights[J]. California Law Review, 1993(81): 125-242.

化作为一种单独的财产权利进行保护。但此种方式，并不改变人格权的本质和特性。

笔者认为，人格权商品化的现象逐渐增加，正是体现了其背后所蕴含的经济价值。对于出现的新情况，以国家现存法律体系为基准，通过分析域内外的法律制度，最高人民法院仅对姓名权的含义作了扩大解释，并没有创设标准。并且，该判决仍然是在人格权这个统一的权利范围内做出的，并没有划分财产利益和精神利益抑或人格权与财产权。单就该判决来看，最高人民法院适用商标法及其司法解释对姓名权进行保障，体现了对姓名权这一人格权的统一保护路径，是针对我国法律中关于在先权利保护所存在的空白的补充。

## （二）对法律的合理适用

除了《商标法》对权利人姓名权的保障，《反不正当竞争法》也通过制止经营者使用有一定影响力的他人姓名来维护市场秩序。通过《反不正当竞争法》对姓名权所延伸出的财产性权利进行保护，而并不应当由《商标法》的在先权利条款全部解决这一矛盾是学界的另一种声音。但实际上并不是简单地从法律保护客体来分析，毕竟按照上文所提的观点，人格权与人格权商品化权利是统一的，不当分化成单独的人身权或者财产权。应当全面地从立法目的、法律主体角度来分析所应当适用的法律。

从立法目的来看，《商标法》是以保护商标的识别功能为目的，维护的是商标专用权，保障的是国家商标管理制度。而《反不正当竞争法》是以维护社会竞争秩序为目的，打击和制止不正当竞争的行为。《商标法》是以商标制度为基础，通过保护权利人对商标的专有权，从而提升市场主体的能动性。《反不正当竞争法》是以制止经营者恶意利用他人力等行为，来保证良好运行的市场秩序。《商标法》更加倾向于保护权利人的私权益，而《反不正当竞争法》更加倾向于保护公权益。

从法律主体来看，《商标法》所限定的是民事主体，而《反不正当竞争法》则是以经营者为主的商事主体，这也是两者在适用法律中最大的区别。对于《反不正当竞争法》的主体而言，所享有的权利以及权利保护方式更多的是与公共



利益或者说市场秩序相关。有关《反不正当竞争法》第六条第（二）项中姓名的认定，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》中进行了说明，其中第六条明确“在商业经营中使用的自然人的姓名”。这其实就表明了以反不正当竞争法来保护自然人姓名时，应当建立在商业经营抑或与市场相关的基础上。换句话说，不正当竞争存在的可能性，就是通过混淆消费者与特定商品间的稳定联系，不法经营者通过这样的混淆行为在损害原上商品经营者经济利益的基础上，获取相对应的市场利益。而商标法中所对应的民事主体，则是民法所规定的参加民事法律关系，享受权利和承担义务的人。人格权所具有的专属性与独特性，是人格尊严与意志的体现。因此，在判断姓名权是否受到侵犯时，分析的重点应当集中于原权利主人的人格利益以及对自己权利的意志自由是否受到侵害。<sup>①</sup>

从前文所述可以看出，通过比较，适用《商标法》在先权利条款保护权利人的姓名权更合理，《反不正当竞争法》的主要任务是保证市场经济的合理运行，对个人权利的保护并不是其主要任务。

## 四、结语

“乔丹案”仅是商标诉讼中保护在先姓名权的一个热案，但绝不是个案。商品经济的发展为人格权商品化现象的扩大提供了机会，类似的有关在先权利的诉讼将会不断增加。在当前的法律体系下，以《商标法》在先权利条款及其相关司法解释对符合条件的个体姓名权进行保护是较为合理的，《指导案例113号》对于在先权利保护问题所应适用的法律进行了梳理，起到了较大的指导作用。以未来的发展状况来看，尽管《民法典草案》已通过表决，但对于草案内容，我国对于人格权商品化的规定仍是空白。以商标法及其司法解释对姓名权等在先权利进行保障仅算缓兵之计，还不能够妥善解决未来经济社会中层出不穷的人格权商品化的现象，有关法律仍有待完善。

<sup>①</sup> 刁佳星. “乔丹”姓名权侵权纠纷案探析[J]. 邵阳学院学报(社会科学版), 2017(4).

## Discussion on Reasonableness of Protecting Name Right in the “Prior Rights” Clause of the Trademark Law

Zhang Zhe

*Zhongnan University of Economics and Law, Center of Juris Master Education,  
Wuhan*

**Abstract:** The strong instrumentalism of the autonomy of will and the prior ethics of humanity have their own shortcomings, but they cannot complement each other. The autonomy of will is restricted and restricted by ethics, morality, and the maintenance of marriage and family by the marriage and family law in the behavior of relatives. The hysteresis and stability of ethics and morals themselves are gradually emerging in the current era of rapid development and social life. Out of touch. These problems make part of the legal interests in the kinship behavior fail to be well protected. The intervention of the state coercive force maintains modesty while properly adjusting the relationship between the two is the focus of this article.

**Key words:** Relative status behavior; Autonomy of will; Ethics and morality; Behavior of bigamy