

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

崔建远*

摘要 中国《商标法》第 32 条所谓在先权利,指被保护的民事权利、民事权益在商标注册之日前已由民事主体依法享有,并且根据侵权责任法等法律的规定,应予保护。这是最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书的概括、抽象,但却失之于偏颇,未能整体把握民法各项制度及规则。判决书坚持的“稳定对应关系说”存在着缺点。国家工商行政管理总局商标评审委员会所主张的“唯一对应关系说”,在重名、笔名、译名、艺名并存的情况下,难以用以判断某特定姓名与某特定主体之间有无对应关系。构成侵害姓名权的要件之一是姓名权人积极地使用其姓名,不使用姓名,他人难以知晓该姓名权的存在,却责令他人承担侵害姓名权的法律责任,不利于经营活动的正常开展。

关键词 姓名权 乔丹 在先权利 注册商标 对应关系

引言

自 2012 年以来,美国篮球明星迈克尔·杰弗里·乔丹与中国乔丹体育股份有限公司因后者的商标含有“乔丹”字样而发生了持续的法律争议。这一系列的法律争议最终于 2016 年落幕。篮球明星乔丹关于乔丹体育股份有限公司有关商标侵害其姓名权的纠纷,得到了最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书的支持,该判决的裁判要旨如下:

* 暨南大学法学院周相讲席教授。

自然人就特定名称主张姓名权保护的,该特定名称应当符合以下三项条件:其一,该特定名称在中国具有一定的知名度、为相关公众所知悉;其二,相关公众使用该特定名称指代该自然人;其三,该特定名称已经与该自然人之间建立了稳定的对应关系。我国《商标法》第31条所谓在先权利,应指被保护的民事权利、民事权益在商标注册之日前就已经存在,已由民事主体依法享有,并且根据我国《民法通则》《侵权责任法》和其他法律的规定,对此类民事权利或者民事权益应予保护。本案现有证据足以证明“乔丹”在中国具有较高的知名度、为相关公众所知悉,中国相关公众通常以“乔丹”指代再审申请人迈克尔·杰弗里·乔丹(Michael Jeffrey Jordan),并且“乔丹”已经与再审申请人之间形成了稳定的对应关系,故再审申请人就“乔丹”享有姓名权。乔丹公司对于争议商标的注册具有明显的主观恶意。乔丹公司的经营状况,以及乔丹公司对其企业名称、有关商标的宣传、使用、获奖、被保护等情况,均不足以使得争议商标的注册具有合法性。因此,争议商标的注册违反中国《商标法》第32条的规定。〔1〕

一、不宜不当扩张在先权利的涵盖范围

中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书认为,《中华人民共和国商标法》(以下简称为《商标法》)第31条(2013年中国《商标法》第32条)规定,“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利”。此处所谓在先权利,对于《商标法》已有特别规定的在先权利,应当根据《商标法》的特别规定予以保护;对于《商标法》虽无特别规定,但根据《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称为《民法通则》)、《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称为《侵权责任法》)和其他法律的规定应予保护,并且在争议商标申请日之前已由民事主体依法享有的民事权利或者民事权益,应当根据该概括规定给予保护(行政判决书第25页)。

观察中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书的认定和判决,可知其对《商标法》尚无特别规定的在先权利创设了一套认定标准,并且没有限定范围具有的普遍适应性,计有:①被保护的民事权利、民事权益在商标注册之日前就已经存在,已由民事主体依法享有;②根据《民法通则》《侵权责任法》和其他法律的规定,对此类民事权利或者民事权益应予保护。

这样认定在先权利的标准,其实也是创设一项法律规则,适用于老字号被他人抢注商标的案型,并认定抢注该商标者侵害了老字号的在先权利,进而保护老字号,这是合适的。

但该认定标准(规则)适用于有些案型则未必适当。例如,它若适用于债权领域,则往往违反中国现行法及其理论,是错误的、有害的。对此试举一例予以说明。出卖人甲将A动产出卖与乙,但未交付,后又将A物出卖与丙,且予以交付。于此场合,乙的债权及其利益受到了侵害,尽管《民法通则》及《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)都保护乙的该项债

〔1〕 最高人民法院网, <http://courtpapp.chinacourt.org/zixun-xiangqing-34702.html>, 最后访问日期: 2017年1月25日。

权,但《民法通则》《合同法》及《侵权责任法》并未承认丙侵害了乙的债权,并不责令丙向乙承担侵权责任,除非有证据证明甲和丙恶意串通,损害乙的权益,从而适用《合同法》第52条第2项的规定,甚至第58条等规定。

更有甚者,日本民法对基于法律行为而发生的物权变动本采意思主义,在前例中乙已经取得了A物的所有权,甲却将A物再卖与丙且予以交付,这本是侵害乙的所有权的行为,但日本民法却没有如此认识和处理,认为甲和乙之间的A物买卖合同有效,甲和丙之间的A物买卖合同也有效,且不是无权处分。^{〔2〕}

中国等国家和地区的民法这样认识和处理的原因可能多种多样,但与债权一般欠缺公示肯定密切相关,再就是交易安全的要求。

再进一步,中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书创设的认定在先权利的标准,在物权法领域也有失灵的例证。例如,甲将登记在自己名下但实际是他与乙共有的A房出卖与丙,符合《中华人民共和国物权法》(以下简称为《物权法》)第106条第1款规定的条件。按照中国现行法及其理论,丙善意取得A房的所有权,对乙也不构成侵权,尽管乙一再否认甲和丙的A房买卖合同的效力,一直主张对A房的所有权。在这里,乙对A房的物权在丙善意取得A房所有权时已经存在,乙对A房的物权受《民法通则》甚至《侵权责任法》的保护。就是说,依照中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书创设的认定在先权利的标准,丙侵害了乙对A房的物权,应当责令丙对乙承担侵权责任。但这是违反《物权法》第106条第1款及其理论的,笔者推测连最高人民法院自己也不会这样认定和判决。

现在转入姓名权领域,中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书创设的认定在先权利的标准,适用于姓名权及其侵害的案型,同样暴露出如同它适用于债权、善意取得领域时出现的弊端。例如,心脑血管领域有位著名的大夫也姓乔丹,在计算机软件设计领域有位著名的教授同样姓乔丹,甚至于在棒球赛场有位出尽了风头的运动员也姓乔丹,并且他们都来状告乔丹体育股份有限公司,诉称其姓名权因乔丹体育股份有限公司注册相关商标而受到了侵害,诉请撤销这些商标、乔丹体育股份有限公司赔偿其损失。主审法院该如何裁判呢?笔者推测主审法院不会支持乔丹大夫、乔丹教授、乔丹棒球手的诉讼请求。

再换个角度观察和分析这个案型,篮球运动员迈克尔·杰弗里·乔丹状告乔丹大夫、乔丹教授、乔丹棒球手,诉称他们侵害了自己的姓名权,诉请他们赔偿损失,或者反过来乔丹大夫、乔丹教授、乔丹棒球手状告篮球运动员迈克尔·杰弗里·乔丹,诉称迈克尔·杰弗里·乔丹侵害了他们的姓名权,诉请他们赔偿损失,主审法院会支持这些诉讼请求吗?估计也不会支持。

为什么会这样呢?笔者认为,至少须把握如下几点:①对于具有公示方法并且已经公示的民事权利,法律保护的力度会强大而周到,保护的措施会齐备且有力;相反,对于没有公示的民

〔2〕 参见(日)田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,齐乃宽、李康民审校,法律出版社2001年版,第53页以下。

事权利,法律保护力度会相应地降低,保护的措施也会酌情选择。例如,登记在甲名下的A房,被乙擅自出卖与丙。因A房及其所有权已经公示,法律全面保护A房所有权人甲,不承认丙取得A房所有权,会支持甲基于合同法或者侵权法请求乙承担违约责任或者侵权责任。但对于一物多卖,法律一般不因此而否认第二个买卖合同的效力,一般不阻止第二个买受人取得买卖物的所有权,一般不认定第二个买受人侵害了甲的物权。同理,一个自然人取名张月亮,对外没有宣传,没有使用,另外一个自然人也取名张月亮,一个公司注册商标含有张月亮三个字,法律也不应当认定该公司、后来取名张月亮的自然人侵害了首先取名张月亮的自然人的姓名权,原因之一是首先取名张月亮的自然人没有公示张月亮这个姓名。当然,还有其他因素使然,此处不赘。②法律区分具有排他性的权利与非排他性的权利,在保护的彻底性、保护的刚柔度等方面存在着差别。例如,对于所有权、建设用地使用权、宅基地使用权等排他性物权,法律奉行一物一权主义。但对债权则允许一个标的物上并存着几个债权。对于姓名权也不绝对禁止重名,没有采取一人一名主义。③由此决定,判断是否侵害张月亮的姓名权,绝非简单地看他也取名张月亮,绝非单纯地看他申请注册的商标含有张月亮的字样,而是必须结合另外的因素,甚至是较多的因素,必须是整体地审视、把握和运用法律,使有关法律制度及规则相互衔接和配合。中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决创设认定在先权利的标准,并据此认定乔丹体育股份有限公司侵害了乔丹的姓名权,失误在于它不是将几项因素综合考量、将若干制度相联系和制约地解释和适用,而是片面地凸显某点,就据此得出结论。它创设认定在先权利的标准,并据此认定乔丹体育股份有限公司侵害了乔丹的姓名权,是经不起推敲的,特别是对姓名权及其受到侵害与否的处理更显得有些武断。

二、姓名重在将主体特定化

姓名,乃用于区别他人的一种语言上的标志,将人予以个别化,表现于外,以确定其人的同一性。〔3〕“乔丹”,仅仅是姓氏,仅凭姓氏难以将某个民事主体特定化。这如同在中国的“张”姓,“张”到底指向那个自然人呢?无法特定化。系争案件中的当事人“乔丹”,只是迈克尔·杰弗里·乔丹的姓氏,“乔丹”这个字样不构成完整的姓名,也不宜由此形成一个姓名权。如果认为“乔丹”已将某个自然人特定化了,具体到系争案件,就是特指美国篮球运动明星迈克尔·杰弗里·乔丹,那么,从全体姓“乔丹”的自然人一侧来说,就等于说后于迈克尔·杰弗里·乔丹取名的姓“乔丹”的自然人都侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权;从迈克尔·杰弗里·乔丹一侧来看,是否是迈克尔·杰弗里·乔丹侵害了先于他出生的全体姓“乔丹”的自然人的姓名权呢?从中国姓乔丹的自然人一侧观察,就意味着先于迈克尔·杰弗里·乔丹取名乔丹的自然人都侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,或者反过来迈克尔·杰弗里·乔丹侵害

〔3〕王泽鉴:《人格权法》,台湾三民书局、台大法学院福利社、新学林出版股份有限公司、元照出版公司2012年版,第135页。

了先于他取名乔丹的自然人的姓名权。笔者敢说这样的逻辑及结论是不成立的,难获赞同。

在是否侵害姓名权的问题上,侵权人与被侵权人的姓名应当是对应的,但所谓“乔丹”这个字样,只是“乔丹体育股份有限公司”这个名称的一个构成元素,而“乔丹体育股份有限公司”这个名称含有多项因素,如含有它属于公司而非合伙这个因素,含有它是股份公司这个因素,含有它是股份有限公司这个因素,含有它是有关体育用品方面的公司这个因素。“乔丹”字样在“乔丹体育股份有限公司”中不具有姓名的地位及效力,只是“乔丹体育股份有限公司”区别于其他公司、使自己特定化的一个因素。这就是说,“乔丹”与“乔丹体育股份有限公司”在姓名方面没有对应起来,二者之间不对等、不对称。

至于中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书所引《人民日报》《参考消息》《经济日报》刊登《乔丹获“冠中冠”称号》《乔丹迈入名人堂》等信息,来佐证“乔丹”即迈克尔·杰弗里·乔丹,除了存有老百姓的印象、认知来认定某特定姓名与某特定主体之间存在对应关系的嫌疑外,也恰恰在阐释一个道理、一项规则:将姓“乔丹”特定化在迈克尔·杰弗里·乔丹这个篮球运动明星上,仅仅有“乔丹”字样是不够的,必须有其他因素,有特定情景,如篮球特别是美国篮球、篮球运动等情景。“乔丹体育股份有限公司”作为一家公司,从事体育活动器材等类型的商品制造、经营业务,并非篮球运动,这与使用“乔丹”字样就与迈克尔·杰弗里·乔丹直接对应起来所需要的其他因素、特定情景是有距离的。在这个意义上说,“乔丹体育股份有限公司”这个名称没有侵害迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权。

“乔丹体育股份有限公司”注册的第 6020569 号“乔丹”商标,使用在国际分类第 28 类的“体育活动器材、游泳池(娱乐用)、旱冰鞋、圣诞树装饰品(灯饰和糖果除外)”商品上。在迈克尔·杰弗里·乔丹没有从事“体育活动器材、游泳池(娱乐用)、旱冰鞋、圣诞树装饰品(灯饰和糖果除外)”商品的经营活动的背景下,即使放在商标领域的视野里,“乔丹”字样在“乔丹体育股份有限公司”中也同样不具有姓名的地位及效力,只是“乔丹体育股份有限公司”区别于其他公司、使自己特定化的一个因素。

如果因为“乔丹”著名,乔丹体育股份有限公司申请第 6020569 号“乔丹”商标,就侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,那么,毛泽东主席、邓小平主席不但在中国家喻户晓,而且闻名于世界,是否某些商家所取字号或申请注册的商标中含有“毛”或“邓”的字样,就侵害了毛泽东主席、邓小平主席的姓名权了呢?笔者尚未见到持肯定说的判决。

如果“乔丹体育股份有限公司”名称之中含有“乔丹”字样就侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,则必须还需要具备其他相关因素,如图形或者肖像或者照片或者文字描述等,甚至还要特定情景,才可以得出肯定的结论。欠缺其他相关因素、特定情景,仅凭“乔丹体育股份有限公司”名称之中含有“乔丹”字样,是不宜得出侵害姓名权的结论的。因此,乔丹体育股份有限公司在第 6020569 号“乔丹”商标事项上也没有侵害迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权。

所以,中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书认定,乔丹体育股份有限公司侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,笔者对此难以赞同。

当然,这部分观点和结论要想立得住,有赖于阐释清楚特定姓名与特定主体之间的对应

关系,下文将对此进行论述。

三、某特定姓名与某特定自然人之间对应关系之辨析

中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书阐释道:自然人依据《商标法》第31条(2013年中国《商标法》第32条)的规定,就特定名称主张姓名权保护时,应当满足必要的条件:其一,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;其二,该特定名称应与该自然人之间已经建立稳定的对应关系(以下简称为稳定对应关系说)。同时明确表态,不支持国家工商行政管理总局商标评审委员会所主张的以自然人主张的“姓名”与该自然人形成“唯一”对应(以下简称为唯一对应关系说)为前提,对自然人主张姓名权的保护提出过苛的标准,理由主要是存在着重名、艺名、笔名、译名等其他名称的现象,姓名与自然人之间难以形成唯一对应关系(行政判决书第27—28页)。

实际上,稳定对应关系说至少存在着如下缺点:①所谓稳定,系变化的反义词,是短暂的对立面,用在姓名与自然人之间的对应关系方面,应指某特定自然人一直使用某姓名,或者反过来说,某姓名一直指代某自然人,而非今天某特定的自然人使用该姓名,明天又换成另外一个姓名。时间因素、不变因素在其中居于核心位置。例如,王保树,特定指代先后工作于北京市委、中国社会科学院法学研究所、清华大学法律学系、清华大学法学院的经济法、商法的著名教授。此为支持稳定对应关系说的例证。但是,也存在着不支持稳定对应关系说的例子,如某甲在1990年姓张名雄,于1991年1月5日却改名为章卓越,于1992年2月2日再改名为张明。章卓越之于某甲显然不符合稳定关系说,但不得否认章卓越是某甲的姓名及姓名权。这是虽不“稳定”,却应当也能够认定某特定姓名与某特定自然人相对应、该自然人享有该姓名权的例子。接下来看看虽然“稳定”却仍难认定某特定姓名与某特定自然人相对应的情形。②重名,如自出生起一直名叫张月亮的某甲任职于A大学,另一位自出生起一直名叫张月亮的某乙工作于B公司,就第一位张月亮之于某甲、第二位张月亮之于某乙而言,这虽然符合稳定对应关系说,但仍难确定张月亮与特定自然人甲、特定自然人乙之间的特定指向。例如,著有《李双双小传》《黄河东流去》《王结实》的在1928年7月4日出生于河南省洛阳的著名作家李准,^{〔4〕}另一位是著有《艺术·现代意识和他的参照系》《繁荣与选择》等作品的在1939年出生于山东邹平的中国作家协会会员李准。^{〔5〕}若不结合其他因素、特定情景,孤立地点名“李准”,则难以将“李准”特定在著有《李双双小传》的李准先生或者著有《艺术·现代意识和他的参照系》的李准会员,尽管“李准”之于出生于河南省洛阳的李准先生、之于出生于山东省邹平的李准会

〔4〕 百度·百科网, http://baike.baidu.com/link?url=4j6gsapy9TVqGAjC2Jf17pZfYrgHv5Wn54I_lVapcySgIrdOwgpD9uoer1wEFAoKC7JsGip3FrAbKVqt0QWTZUfkkzGYfPgG3q9K25n6kbG, 最后访问日期:2017年1月25日。

〔5〕 “李准(1939~)”, 中国作家网, 2016年7月4日, <http://www.chinawriter.com.cn/zxhy/member/2580.shtml>, 最后访问日期:2017年1月25日。

员,都是稳定的、没有变化的。

唯一对应关系说则不存在上述缺点,不仅如此,它还最符合姓名及姓名权的本质属性及功能:众所周知,姓名,在民事主体制度中,就是要将某特定民事主体特定化,^{〔6〕}张三就是张三,李四就是李四,否则,就没有达到将民事主体特定化的要求和目的。但是,唯一对应关系说若令人信服地立起来,还必须阐释清楚如下问题点:①唯一对应关系的确切含义是什么?②重名之于自然人的特定化;③户籍姓名与艺名、笔名、译名等其他名称之于某特定自然人;④户籍姓名、艺名、笔名、译名等其他名称之于几位自然人。⑤绰号之于某特定自然人。下文专就这些问题点展开解析:

第一,唯一对应关系可有两种界定,第一种界定仅仅在最终结果方面要求某特定姓名与某特定自然人之间完全对应起来,甚至不强调某特定自然人逆向地、无歧义地被冠予某特定姓名,换句话说,忽略判断某特定姓名与某特定自然人之间对应与否的试错过程;第二种界定则严格得多,不但在最终结果方面要求某特定姓名与某特定自然人之间完全对应起来,而且强调自始至终的全过程都必须是某特定姓名与某特定自然人之间完全对应起来,该特定自然人的姓名就是该特定姓名,重视双向对应。例如,“李梓萌”特定地指向中央电视台《新闻联播》节目的著名播音员李梓萌,中央电视台《新闻联播》节目的著名播音员李梓萌名叫“李梓萌”。再如,“迈克尔·杰弗里·乔丹”这个姓名特定地指向美国篮球运动明星迈克尔·杰弗里·乔丹,美国篮球运动明星迈克尔·杰弗里·乔丹名叫“迈克尔·杰弗里·乔丹”。国家工商行政管理总局商标评审委员会所持唯一对应关系说,可能是聚焦于最终结果这点,有些机械地把握因果关系规则,可能是忽略判断对应关系的“入口”和试错过程了,它在客观上归属于第一种界定的范畴。而中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书不采纳国家工商行政管理总局商标评审委员会所坚持的唯一对应关系说,则可能是忽略了最终结果这点,偏离了因果关系规则的要求,过于看重判断对应关系的“入口”和试错过程,狭隘地认为对应关系只有一种表现形态,那就是第二种界定的唯一对应关系。

的确,第一种界定的唯一对应关系,不是纯粹的或曰真正的唯一对应关系。但这并不意味着此种界定毫无价值,在最终结果这点上必须满足第一种界定的要求,即必须是某特定姓名与某特定主体之间形成唯一对应关系,假如没有形成唯一对应关系,还认定构成侵害姓名权,就是违背因果关系规则,如同“草菅人命”。第二种界定的唯一对应关系,才是真正的唯一对应关系,但它在存有重名、笔名、艺名、译名的场合是失灵的。由于中国现行法没有赋予姓名权绝对排他的效力,没有奉行一人一名主义,没有禁止重名、笔名、艺名、译名甚至绰号,重名、笔名、艺名、译名就难以避免,故于此场合,第二种界定的唯一对应说无法胜任工作,确难自圆其说。

第二,重名之于自然人的特定化,在虽然几位自然人取名相同,但只有一位自然人的姓名受法律保护,其他几位重名的自然人的姓名不受法律保护的情况下,该姓名自然特定地指代受姓名法律保护的那位自然人的姓名,姓名权只归该姓名受法律保护的自然人的姓名。与此有所不同,

〔6〕 王泽鉴,见前注〔3〕,第135页。

在几位自然人取名相同且均受法律保护的情况下,该姓名到底指代哪位自然人?解决这个问题,封闭式地聚焦于该姓名与自然人这两个因素,是无法达到目的的,因为这几位自然人的姓名相同,且均合法;只有引入其他相关因素、特定情景,才会得到法律人想要的结果,即该姓名与某特定自然人之间才在最终结果上呈现唯一对应关系,不引入其他相关因素、特定情景就难以出现这种唯一对应关系。如同上文所引两位作家李准,如果单纯地提及作家李准,则难以确定到底是哪位李准。但当引入1928年7月4日出生于河南省洛阳、著有《李双双小传》这些信息时,就可以锁定是那位大名鼎鼎的获得矛盾文学奖的李准,而非出生于山东邹平的李准。这个例子还反映出稳定关系说无法奏效。再如,我国台湾地区高等“法院”于陈美凤料理米酒代言案中认定:“系争美凤料理米酒使用‘美凤’二字与被上诉人肖像在销售海报广告与商品包装在内,依社会通念‘美凤’与被上诉人肖像之连用,即在使用被上诉人名,一般大众会认为系被上诉人所推荐……”〔7〕

必须明白,只有引入其他相关因素、特定情景才会在最终结果上形成某特定姓名与某特定自然人之间唯一的对应关系,这不是第二种界定的唯一对应关系,已经不是纯粹的唯一对应关系。

第三,所谓户籍姓名与艺名、笔名、译名等其他名称之于几位特定的自然人,其中的户籍姓名之于哪位自然人,就是上文所论重名之于自然人的特定化,结论照旧,不再赘述。其中艺名、笔名、译名等其他名称之于几位自然人,即几位自然人所取艺名或笔名或译名相同,且只有一位自然人的受法律保护,其他几位的不受法律保护,那么,该艺名、笔名或译名自然特定地指代艺名、笔名或译名受法律保护的那位自然人,艺名权、笔名权或译名权只归该姓名受法律保护的自然人。但在几位自然人所取艺名、笔名或译名相同且均受法律保护的场合,该艺名、笔名或译名到底指代哪位自然人?于此场合还得引入其他相关因素、特定情景,才能确定该艺名、笔名或译名特定地指代某特定的自然人。只要引入其他相关因素、特定情景,该姓名与某特定自然人之间便呈现唯一对应关系。一句话,第二种界定的唯一对应关系说于此领域也受到了挑战。

第四,所谓户籍姓名与艺名、笔名、译名等其他名称之于某特定自然人,例如,著名诗人、歌词作家公木,特指著有《老子校读》的、户籍姓名为张松如的吉林大学中文系教授,而非另外的任何一位自然人。再如,著有《呐喊》《彷徨》《野草》《阿Q正传》的鲁迅,专指在1881年9月25日出生于浙江省绍兴府会稽的周树人,而非另外的任何一位自然人。

公木、张松如都特定地指向了生前任教于吉林大学中文系的先生,这明白无误地显示出两个姓名指向了同一位自然人,这如何认识特定姓名与特定自然人之间的对应关系?笔者主张:我们务必牢记法律关系的方法,即艺名用于文艺法律关系而非买卖房屋法律关系或其他民商交易关系之中、笔名用于著作法律关系而非买卖房屋法律关系或其他民商交易关系之中、译名用于译作法律关系而非买卖房屋法律关系或其他民商交易关系之中,而户籍姓名用于另外的

〔7〕 参见我国台湾地区高等“法院”2005年度上易字第616号判决。转引自前注〔3〕,第145页。

法律关系场合,例如,在选举关系或被选举关系中使用户籍姓名,在不动产登记关系中使用户籍姓名,在雇佣关系中使用户籍姓名,等等。就是说,笔名、艺名、译名之于自然人与户籍记载的姓名之于自然人是平行的若干条线上的唯一对应关系,这若干条线不交叉,笔名、艺名、译名与户籍记载的姓名各自在相应的法律关系中排上用场,发挥作用。笔名、艺名、译名之上的权利与户籍姓名权在内容上不尽一致。这样,立于法律关系的视野,户籍姓名与某特定自然人之间依然呈现确定的对应关系,艺名、笔名或译名与某特定自然人之间同样呈现确定的对应关系。

第五,绰号,例如“狗熊”“白痴”“小炉匠”“一撮毛”等等,并非某特定自然人自己给自己取得姓名,亦非其监护人及其他亲朋好友给他起的姓名,而是社会上的他人甚至大众百姓指代某特定自然人的符号。特别是“狗熊”“白痴”之类的绰号,带有侮辱性的因素,依公序良俗原则,它们不得成为某特定自然人的姓名。

绰号未被某特定自然人承认时不属于该自然人的姓名,他人以此为要素注册商标不涉及侵害姓名权的问题。绰号若被某特定自然人承认且不违背公序良俗时,便成为该自然人的别称,也可以说是该自然人的姓名。它与该自然人之间的关系相同于上文分析的笔名、艺名、译名之于某特定自然人之间的关系,不再赘言。

总结以上分析,可知稳定关系说和唯一对应关系说各有弱点,明智的解决方案是,区分情形而确定不同的对应关系学说,总的精神是高度重视某特定姓名,结合其他相关因素、特定情景确定该姓名所指向的某特定自然人。我们不妨将之称作折中说。

具体到系争案件,“乔丹”这个姓氏,与迈克尔·杰弗里·乔丹之间不呈现唯一对应关系,如同中国的“张”姓与张松如之间、“王”姓与王保树之间不呈现唯一对应关系一样。如此,认定迈克尔·杰弗里·乔丹就“乔丹”享有姓名权,欠缺坚实的法理支持,难以服人。

四、认定某特定姓名与某特定自然人之间有无对应关系的依据

笔者关注系争案件,与他人讨论其中的姓名权及其侵害问题,时常听到专家、学者脱口而出:“‘乔丹’,当然就是美国篮球运动明星‘迈克尔·杰弗里·乔丹’。”法律人就此得出结论:乔丹体育股份有限公司注册的有关商标含有“乔丹”字样,未经迈克尔·杰弗里·乔丹同意授权,显然侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权。

在笔者的视野里和话语中,这是一些人甚至众人百姓“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”某特定姓名与某特定自然人之间存在对应关系,据此认定:乔丹体育股份有限公司注册的有关商标含有“乔丹”字样,未经迈克尔·杰弗里·乔丹同意授权,侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权。哪怕这种认知是不符合客观真实的,也要以众人百姓的认知作为认定存在对应关系的依据。这种思维路径及方法十分普遍。

中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再27号行政判决书认定,《人民日报》《参考消息》《经济日报》《当代体育》《篮球》、腾讯网、中国新闻网等媒体于其有关报道、宣传、刊载

作品中将“乔丹”指向“迈克尔·杰弗里·乔丹”(行政判决书第29—33页);两份问卷调查报告显示,当被问“提到乔丹,您第一反应想到的是”时,分别有85%、63.8%的受访者第一反应想到的是“迈克尔·杰弗里·乔丹”(行政判决书第33—34页)。据此佐证乔丹体育股份有限公司注册的含有“乔丹”字样的有关商标侵害了“迈克尔·杰弗里·乔丹”的姓名权。

由此显示出,最高人民法院的思维路径及方法依然是:依据一些人甚至众人百姓“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”“乔丹”与迈克尔·杰弗里·乔丹之间存在对应关系,乔丹体育股份有限公司注册的有关商标含有“乔丹”字样,未经迈克尔·杰弗里·乔丹同意授权,侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权。

对于这样的思维路径及方法,笔者难以赞同,兹分析、阐释如下:

某特定姓名与某特定自然人之间的对应关系,应指法律承认的客观上存在的特定姓名与特定自然人之间的对应关系,包括法律承认的姓名,如张松如、李准等,法律不承认的符号则不在其中,如“白痴”“混蛋”就不属于法律承认的姓名,还包括法律承认的特定姓名锁定在特定自然人头上这种对应关系——包括户籍姓名与特定自然人之间的对应关系,也包括艺名与特定自然人在戏曲等关系中的对应关系、笔名与特定自然人在作品关系中的对应关系、译名与特定自然人在译作关系中的对应关系。

法律承认的真实的、客观存在的某特定姓名与某特定自然人之间的对应关系,包括户籍记载、小说署名等外在于人们头脑“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”的客观事实,这是裁判者认定存在对应关系的依据。裁判者不得以一些人甚至众人百姓头脑里“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”某特定符号与某特定自然人之间存在对应关系,作为认定某特定符号与某特定自然人之间存在对应关系的根据。因为他人乃至众人百姓“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”可能是不符合客观真实的,是误解。他人乃至众人百姓“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”正确了,固然属于某特定姓名与某特定自然人之间存在着对应关系。然而,他人乃至众人百姓“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”错了,某特定姓名与某特定自然人之间照样存在着对应关系。

具体到系争案件,“乔丹”与美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”之间是否存在对应关系,换言之,“乔丹”是否就是专门指代美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”,应以法律承认的特定姓名与特定自然人之间的对应关系为准予以认定。至于《人民日报》《参考消息》《经济日报》《当代体育》《篮球》《腾讯网中国新闻网》等媒体于其有关报道、宣传、刊载作品中将“乔丹”指向“迈克尔·杰弗里·乔丹”(行政判决书第29—33页),两份问卷调查报告显示,当被问“提到乔丹,您第一反应想到的是”时,分别有85%、63.8%的受访者第一反应想到的是“迈克尔·杰弗里·乔丹”(行政判决书第33—34页),这些都属于他人乃至大众百姓的“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”。

这些“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”可能准确地反映了“乔丹”这个符号与美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”之间的关系,也可能误解了“乔丹”这个符号与美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”之间的关系。无论是准确地反映还是误解了客观真实,都是“乔丹”这个符号与美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”这个自然人之间关系(或是对应

的,或是不对应的)在他人头脑中的反映、形成的认识。在这个层面进行思考和认定,法律人必须遵从物质决定精神、社会存在决定社会意识的原理,而不是相反。客观真实是什么就是什么,人们对此认识的正确了更好,认识错了,不以该错误认识为准。如果以媒体的报道、宣传、刊载以及问卷调查报告反映的认识作为认定的依据,来认定特定姓名与特定自然人之间的对应关系,那么,在方法论上就是错的,是违反马克思主义的。在系争案件中就是,在法律上,美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”到底用什么符号指代,“乔丹”是否专指美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”,应以户籍记载为准,应以“迈克尔·杰弗里·乔丹”汽车驾驶执照载明的符号为准,应以“迈克尔·杰弗里·乔丹”在相应的体育俱乐部的注册为准。

不得以他人甚至众人的误解为准,而应以客观真实为准,来认定一定的客观关系,这有若干类似的例证。太阳与地球之间的互动关系以及由此导致的许多规律及认识,在很长的历史时期,“地心说”统治于世。本来,地球围绕着太阳旋转,是真实的,符合自然规律的,但“地心说”是错误的,可是在那段历史时期却众口一词。如果把地球围绕着太阳旋转的关系类比为某特定姓名与某特定自然人之间的关系,“地心说”则相当于百姓大众对于某姓名与某特定自然人之间对应关系的“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”。于此场合,绝不可因众人都持“地心说”就得出太阳围绕地球旋转的结论,还得遵从自然规律,坚持地球围绕着太阳旋转的结论,更不宜责令出版、印刷、经销有关“地心说”的书籍、画作的商家对数不胜数的信徒、百姓承担侵权责任。

再如,牛顿力学长期统治科学界,并被运用于宏观和微观的世界,只是在晚近才被认知,在微观世界里它应被量子力学取代。^{〔8〕}这再次证明,宇宙的运动状态及规律如何,应立足于客观真实,而不得以人们的认知作为依据。再就是,人们的认知有误,也不都是要成立法律责任。在这里,如果有人要追究牛顿的法律责任,同时请求出版商、发行商们退还与牛顿力学的书籍有关的款项,恐怕会被人耻笑。

还如,2003年“非典型肺炎”肆虐广东、北京等地时,广为流传的知识是板蓝根冲剂能抵御“非典型肺炎”,经销板蓝根的商家也因此而获利颇丰。在这里,依然须遵从医学上板蓝根对于“非典型肺炎”的疗效的客观事实,绝不可因众人“觉得”“感觉”“印象”甚至“认知”板蓝根能抵御“非典型肺炎”就得出板蓝根能医治“非典型肺炎”的结论,进而认定经销板蓝根的商家侵害了消费者的权益的结论,甚至责令这些商家对消费者承担侵权责任。

其实,在商界,精明的商人恰恰应善于利用人们的认知,包括不正确的认知,从事商业活动,获取盈利。对此,恐怕应该鼓励,如同赞扬合理避税的纳税人一样,至少不予否定。

同样,“乔丹”对应着成千上万的姓“乔丹”的自然人,“迈克尔·杰弗里·乔丹”才真正对应着美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”,绝不可因许多百姓大众“觉得”“感觉”“印象”

〔8〕 信息来源: 百度百科网, http://baike.baidu.com/link?url=KN0TAqSfL6kWZw_RmEFeiTTOu8rugw91mTyC1EzOdZj3MzLCZq0MjFibDtNPSHOCiJArFGYqBm0xWjp85DjFNjBGom-oHw3c6vaUaKWAr8j_FmAC_AbwmTNRKVFfaOd, 最后访问日期: 2017年2月6日。

甚至“认知”“乔丹”就是、只是美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”，就得出“乔丹”必定是美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”的结论，进而得出乔丹体育股份有限公司注册的有关商标侵害了美国篮球运动明星“迈克尔·杰弗里·乔丹”的姓名权的结论。

在这里，应当注意姓名权制度、《商标法》及《反不正当竞争法》在立法宗旨及功能方面存在着差异。在《商标法》《反不正当竞争法》的领域，文字、图形等相近，可能存在着导致众人混淆误认，从而损害在先权利的享有者的权益，形成不正当竞争，从而损害有关商家的权益。这是应被禁止的。但是，姓名权制度有着不同于《商标法》《反不正当竞争法》的立法宗旨及功能，侵害姓名权有自己的构成要件，包括在最终结果这点上，某特定符号与某特定自然人之间形成唯一对应关系。正是因为存在着这些差别，在《商标法》《反不正当竞争法》领域，使用了某特定符号违反了《商标法》、形成了不正当竞争，并不等于在人格权领域的某特定符号与某特定自然人之间就一定存在着对应关系。当然，也有未经同意使用某特定符号同时违反《人格权法》《商标法》《反不正当竞争法》的情形，解决之道自然应重视和依赖构成要件，而不得仅凭主观好恶。

五、人们公认的特定符号与姓名及侵害姓名权

不赞同笔者的上述观点，坚持“乔丹”字样就是指向了美国篮球运动明星迈克尔·杰弗里·乔丹的学者，还有一个理由，那就是人们都觉得中国人一提到“乔丹”二字，就认为那是美国篮球运动明星迈克尔·杰弗里·乔丹。

这里面含有这样的思维路径和逻辑：众人公认为一个特定的符号确定无疑地指向了一个特定的主体，据此可以认定，未经同意，使用该特定符号就构成侵害姓名权。此类实例不少：①“四人帮”或“王、张、江、姚”确定地指王洪文、张春桥、江青、姚文元；②牛津大学的不少教师在讲课过程中时常用“那个学校”指代剑桥大学，授课教师和听课者都心知肚明，此处“那个学校”就是剑桥大学；③在不少外交场合，发言人用“某国”“个别国家”指代某特定的国家，听众也都清楚此处“某国”“个别国家”确定无疑地指代某特定国家；④至少在一个群体里，众人都知晓“白痴”特定地指向某特定自然人，明白“葛朗台”特定地指向某特定自然人。

此处特定符号与姓名及姓名权之间的关系，首先要确定特定符号是否符合姓名的构成及要求：若不符合，则与姓名及侵害姓名权无关，不是本文讨论的事项；若符合，接下来确定这是否构成姓名权的侵害。在笔者看来，以上四例均不符合姓名的构成，更未侵害姓名权。第四例有可能构成侵害名誉权，也不构成侵害姓名权。用这四例支持“乔丹”符号即为美国篮球运动明星迈克尔·杰弗里·乔丹的结论，欠缺说服力。

至于人们误解某特定符号指向某特定主体，就更不是支持该特定符号与某特定主体之间形成唯一对应关系、构成侵害姓名权的论据了。例如，北京市海淀区五道口附近有家清华园宾馆，大连市有座北大桥。尽管有相当一部分人误认为清华园宾馆是清华大学的宾馆，北大桥是属于北京大学的桥梁，但都不得以人们的这些误解作为认定清华园宾馆与清华大学之间、北大桥与北京大学之间存在对应关系的依据。

六、迈克尔·杰弗里·乔丹损失了什么?

如果是乔丹体育股份有限公司侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,必须是对迈克尔·杰弗里·乔丹造成损害,或是其社会评价因此而降低,或是其就业因此而遇到障碍,或是其人格尊严因此而已经贬损,等等。但无证据证明迈克尔·杰弗里·乔丹受到了此类损害,迈克尔·杰弗里·乔丹的名誉没有受到伤害,其人格没有受到损伤,其实,系争案件中双方争的,基本上是乔丹体育股份有限公司运营尤其是使用注册商标的经营所收获的经济利益。在这样的前提下,如果是迈克尔·杰弗里·乔丹也在经营与乔丹体育股份有限公司所经营的类似甚至相同的业务,那么,乔丹体育股份有限公司使用乔丹这个称谓注册商标,并且构成侵权的话,才会给迈克尔·杰弗里·乔丹造成经济损失。但是,迈克尔·杰弗里·乔丹没有开展这样的营业。所以,乔丹体育股份有限公司运营尤其是使用涉案注册商标进行经营,收获经济利益,并未给迈克尔·杰弗里·乔丹造成经济损失。

退一步说,即使乔丹体育股份有限公司注册、使用第 6020569 号“乔丹”商标给有关公司造成经济损失,甚至间接地影响了迈克尔·杰弗里·乔丹从中的分成,那么,于此场合的请求权人也是受到影响的授权使用迈克尔·杰弗里·乔丹这个姓名的公司,^{〔9〕}而不是迈克尔·杰弗里·乔丹,在此类与乔丹体育股份有限公司之间的法律关系中,迈克尔·杰弗里·乔丹不是当事人一方,他不是适格主体。

支持迈克尔·杰弗里·乔丹的论者可能会说,姓名权商品化,乔丹体育股份有限公司侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,就直接给他造成了经济损失,故乔丹体育股份有限公司应当赔偿迈克尔·杰弗里·乔丹的经济损失。对此,笔者回应如下:

姓名权的商品化,前提是已经存在姓名及姓名权,如果连姓名及姓名权都不存在,何谈姓名权的商品化。“乔丹”仅仅是一个姓氏,不是迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名,迈克尔·杰弗里·乔丹对“乔丹”不享有姓名权。所以,他无权针对乔丹体育股份有限公司的注册商标主张剥夺了其姓名权商品化而带来的经济利益。

如果“乔丹”应当商品化,谁注册含有“乔丹”字样的商标就侵害了迈克尔·杰弗里·乔丹的姓名权,那么,是否就意味着其他“乔丹”姓氏的欧美人都可以状告乔丹体育股份有限公司侵害其姓名权,并同样得到最高人民法院的支持?如果“乔丹”应当商品化,迈克尔·杰弗里·乔丹已经与某家公司签约,许可其使用自己的姓名,从而获取经济利益,那么,是否意味着其他“乔丹”姓氏的欧美人有权状告迈克尔·杰弗里·乔丹侵害了他们的姓名权,迈克尔·杰弗里·乔丹对他们应当承担赔偿责任?

需要提请注意的是,系争案件适用的准据法是中国法,而中国现行法尚未承认姓名权的商品化,所以,迈克尔·杰弗里·乔丹就其姓名权受侵害而请求乔丹体育股份有限公司赔偿经济

〔9〕 王泽鉴,见前注〔3〕,第 136 页。

损失,是缺乏法律依据的。

七、使用姓名在侵害姓名权构成中的必要性

中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书认为,根据《民法通则》第 99 条第 1 款的规定,“使用”是姓名权人享有的权利内容之一,并非其承担的义务,更不是姓名权人“禁止他人干涉、盗用、假冒”,主张保护其姓名权的法定前提条件(行政判决书第 34 页倒数第二自然段)。

在笔者看来,照此逻辑,一个婴儿降生,其父母为其取名为张月亮,但对外从未使用过,众人均不知该婴儿名叫张月亮。此后,一房地产开发有限责任公司取名为“张月亮房地产开发有限责任公司”,申请注册了含有张月亮字样的商标。在这种背景下,该张月亮或其父母代他状告“张月亮房地产开发有限责任公司”侵害了张月亮的姓名权,能够得到支持吗?恐怕难有人支持该诉讼请求。

这是为什么呢?如同物权受到法律的强有力的保护乃因其已经公示、众人因此而知晓该物权一样,姓名只有使用才会使他人知晓某特定的自然人名叫该姓名,反过来说,该姓名将该自然人特定化,使其与其他自然人区别开来。此时他人恶意地取重名,注册含有该姓名的商标,在满足其他因素、特定情景的构成要件时,才会构成侵害姓名权。只有其父母知晓其姓名的婴儿,该姓名成为他人的姓名,成为他人注册商标含有的因素,难谓成立侵害姓名权。

如果说某自然人不对外活动,只做宅男或宅女,不使用自己的姓名,尚可理解,尚能生存,但要作为社会一员,作为社会之网上的一个纽结,不使用自己姓名恐怕寸步难行。试问,不使用姓名,如何入托、入学、入职?进而,如何在社会上交往?不使用自己的姓名,如何接受信函?如何参与诉讼程序?不使用自己姓名,依据什么“禁止他人干涉、盗用、假冒”?不使用自己的姓名,怎么会有他人干涉其姓名呢?只有自己使用其姓名,才会有他人干涉其使用姓名的问题。不使用自己姓名,如何举证证明他人存在过错?更不必说举证证明他人恶意盗用、假冒其姓名了。

从另一个角度讲,一个人不使用其姓名,类似于不主张权利,如此“怠于”作为,法律有必要优惠地保护他吗?

八、如何对待国人称呼“老外”?

中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书认为,由于语言和文化等方面的差异以及为了便于称呼,我国相关公众通常习惯于以外国人外文姓名的部分中文译名来指代、称呼外国人,而不会使用其完整姓名的中文译名,有时甚至对其完整姓名的中文译名不了解、不熟悉。因此,在判断外国人能否就其外文姓名的部分中文译名主张姓名权保护时,需要考虑我国相关公众对外国人的称谓习惯(行政判决书第 29 页)。

在笔者看来,循此逻辑,欧美人姓“金”的大有人在,该姓“金”就指代特定的欧美人,中国人起名含有“金”的姓名,中国公司使用含有“金”字的名称,注册含有“金”字的商标,就都侵害了欧美姓“金”的某特定的自然人的姓名权,可就麻烦大了,在欧美某姓“金”的自然人状告中国政府或者某位中国人时,中国政府或者某位中国人都得承担侵权责任。试问,中国的人民法院能够这样裁判吗?

必须明白,法律上的认定在许多情况下不同于百姓的认识,法律规则在许多情况下不同于百姓的习惯。对这两者是区别对待和处理,还是等同而视,务必慎重。

务请注意,欧美人觉得汉语拼音难读,中国人对外采用汉语拼音的方式标明自己的姓名,这对不少欧美人来说都不易读正确,于是,欧美人往往只称呼中国人的姓或者名,如称呼张月亮为“月亮”或“张”。按照中华人民共和国最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书的逻辑和认定,欧美人称呼“张”就肯定指向了张月亮。于是,某家欧美的公司注册了含有“张”/zhang 字样的商标,张月亮因此状告该公司侵害了姓名权,欧美的法院能够支持该诉讼请求吗?恐怕难以支持。既然如此,按照对等原则,为什么我们中国的最高人民法院如此毫不利己、专门利人呢?为什么对“乔丹”如此慷慨大方呢?

Abstract: In accordance with Article 32 of Chinese Trademark Law, the existing prior rights mean that the rights have been enjoyed by civil subject before the date of trademark registration, and these rights should be protected according to the the PRC's Tort Law, General Principles of Civil Law and so on. This confirmation was abstracted and generalized by the Ruling (2016) No. 27 Verdict of Administrative Case Retrial by the People's Supreme Court. However, it is partial and ignoring the understanding of civil law regulations in integrity. The theory of so-called Relationship of Sustainable Correspondence in the Judicial decision is defective. Concerning the theory of so-called Sole Correspondence Relation, which is claimed by the Trademark Review and Adjudication Board of the State Administration for Industry and Commerce, it is not practicable to judge the specific correspondence relation between the name and the subjective person on the circumstances of that the same name, pen name, translation name and stage name is coexist. One of the prerequisite for infringement of name right is that the name is used actively by the owner. If he did not use the name, and the name is hard to know by the outsiders, it will not be beneficial to the normal business activity to lay the responsibility of infringement on the negative behavior.

Key Words: Right of Name; Jordan; Prior Rights; Trademark Registration; Correspondence

(责任编辑:许德风)