

# 商标性使用侵犯姓名权案件中的 停止侵害适用方式

——以“混淆可能性”为中心

杨 淦

【摘要】 乔丹姓名权案属于商标性使用侵犯姓名权纠纷,法院区分商业标识的类别,确定了不同的停止侵害适用方式,突破了理论认知与司法实践的成例。但是,法院未能在借鉴混淆可能性理论的同时坚持其内在逻辑,导致对侵权损害的论证与停止侵害的适用方式之间存在割裂,裁判结论无法自洽。乔丹姓名权案带来的启示在于,区分停止侵害适用方式的理论依据,是姓名符号的商标性使用行为具有商业混淆性质。基于该行为的特点与侵权损害的特质,对混淆可能性理论进行适度调整,将在姓名符号的个性化、自主性与知名度之间建立联系,实现对混淆可能性的判断,并将其作为阻断联想以实现停止侵害救济效果的论证进路。由此,在商标性使用侵犯姓名权纠纷中,停止侵害适用方式的类型结构也得以形成:无混淆与个别混淆、少量混淆、偶然混淆时,应允许使用相应姓名符号;一定数量的相关公众混淆,应通过行业内区别性提示阻断联想;相当数量的相关公众混淆,应通过跨行业区别性提示阻断联想;一般公众普遍混淆,则应通过停止使用阻断联想。

【关键词】 商标性使用;姓名权;姓名符号;停止侵害;停止使用;混淆可能性

## 一、问题的提出:乔丹姓名权案的突破、缺憾与启示

作为商标注册中损害他人先权利的典型样态,对姓名符号的商标性使用行为,通常在商标异议、撤销和无效宣告程序及行政诉讼中评价。迈克尔·乔丹以这种方式维权的同时,<sup>①</sup>还提起了侵犯姓名权之诉。乔丹姓名权案<sup>②</sup>判决,原告迈克尔·乔丹的姓名权受到保护,其姓名 Michael Jeffrey Jordan 与中文译名“乔丹”之间形成对应关系,被告乔丹体育公司在商业活动中使用“乔丹”指代原告,

杨淦,法学博士,东华大学人文学院讲师(上海 200051)。本文系国家社科基金青年项目“新型作品的法律确认与保护路径研究”(19CFX054)和东华大学人文社科繁荣计划预研项目(2020Y006)的阶段性研究成果。

①迈克尔·乔丹对乔丹体育公司注册的多个含“乔丹”字样的商标提起了商标撤销或无效宣告申请,例如对第 6020569 号“乔丹”商标提出的撤销申请。相关争议的行政裁定及后续行政诉讼,可参见商标评审委员会商评字[2014]第 052058 号关于第 6020569 号“乔丹”争议裁定;北京市第一中级人民法院(2014)一中行(知)初字第 9163 号行政判决书;北京市高级人民法院(2015)高行(知)终字第 1915 号行政判决书;最高人民法院(2016)最高法行再 27 号行政判决书。

②本文所称“乔丹姓名权案”均为上海市第二中级人民法院于 2020 年 12 月 30 日判决的迈克尔·杰弗里·乔丹(Michael Jeffrey Jordan)诉乔丹体育股份有限公司等姓名权纠纷案,参见(2012)沪二中民一(民)初字第 1 号民事判决书。

使公众将两者联系起来,构成对原告姓名权的侵害。在确定承担停止侵害责任的具体方式时,法院提出,应区分不同情形处置:一是区分涉案注册商标,二是区分注册商标与商号。对未超过五年争议期的“乔丹”商标,停止侵害最直接的方式为停止使用,对超过五年争议期的“乔丹”商标,停止使用将使《商标法》立法目的落空。为达到停止侵害的效果,乔丹体育应以合理方式阻断公众对原、被告之间的关联性产生联想;商号是企业名称中的区别性部分,企业名称不存在争议期制度,在侵权成立的前提下,停止使用“乔丹”作为企业名称中的商号没有障碍。<sup>①</sup>

乔丹姓名权案在支持停止侵害请求权的同时,区分了停止使用和阻断联想两种不同的适用方式,停止使用是直接形式,阻断联想是间接形式,法院认为二者均能实现停止侵害的救济效果。这一判决结果突破了侵犯姓名权行为成立后,通常应适用停止侵害的理论认识与司法实践,<sup>②</sup>同时对商标性使用侵犯姓名权纠纷中,停止侵害的适用方式进行扩展:停止侵害并不等同于停止使用,通过其他方式同样可以达到停止侵害的效果。事实上,法院在描述停止侵害适用方式的具体形式时,以阻断公众对原、被告之间的关联性产生联想为目的。这是以商标性使用行为的特点为依据,试图通过停止侵害的法律救济,将原被告之间的法律关系和事实状态,还原到侵权行为发生之前。遗憾的是,法院区分停止侵害适用方式的出发点,是涉案商业标识是否受到争议期的限制,这不但带来注册商标专用权法律效力和权利边界存在差异的理论难题,而且也无法回应企业名称与注册商标在商业活动中,对消费者的吸引力存在显著差异的客观事实。要求显著性较低、识别商品来源功能较弱的企业名称停止使用,却允许显著性较高、识别商品来源功能较强的注册商标继续使用,不符合区分不同商业标识,分别通过权利和权益提供保护的规范意旨。

法院对阻断联想与停止使用及停止侵害的内在关系作出的评判,明显受到商标侵权判定方式及混淆可能性理论的影响:消费者对原被告关联性产生联想,就是混淆误认的形式之一。只有确认阻断联想才可以让法律关系和事实状态,回复到侵权行为发生之前这一前提,停止使用才能成为阻断联想的下位概念,区分停止侵害适用方式的正当性才得以证立。但是,对关联性产生联想只是混淆、误认的表现形式之一,如果商标性使用造成了其他形式的混淆、误认,是否应采取不同的停止侵害适用方式?依据混淆可能性的表现形式或程度高低,能否在停止侵害适用方式上体现差异?商标性使用对姓名权造成侵害的具体形式,与商标侵权中的混淆、误认有何差别?通过对混淆可能性理论的进一步深入,能否在混淆、误认的不同形式、不同程度,与停止侵害的适用方式之间建立逻辑联系,并确立区分停止侵害适用方式的具体标准?为了回答这些疑问,本文将从乔丹姓名权案提供的启示出发,以混淆可能性理论为中心,寻找在商标性使用侵犯姓名权纠纷中,区分停止侵害适用方式的理论依据,确立停止侵害适用方式的区分标准,实现对停止侵害适用方式的类型化建构。

## 二、区分停止侵害适用方式的理论依据:从权利争议期到混淆可能性

较之于损害赔偿,停止侵害请求权并不要求具有主观过错。<sup>③</sup> 停止侵害的适用针对具体化的侵

---

<sup>①</sup>参见(2012)沪二中民一(民)初字第1号民事判决书。

<sup>②</sup>在“晶艺公司诉深圳机场和北方公司专利侵权案”(2004深中法民三初字第587号民事判决书)中,法院认定侵权行为成立的同时,未支持停止侵害的诉讼请求,而是责令被告支付合理使用费作为替代。这一做法已被司法解释认可,2016年施行的《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第26条规定:“被告构成对专利权的侵犯,权利人请求判令其停止侵权行为的,人民法院应予支持,但基于国家利益、公共利益的考量,人民法院可以不判令被告停止被诉行为,而判令其支付相应的合理费用。”

<sup>③</sup>参见[奥]海尔姆特·库齐奥:《侵权责任法的基本问题(第1卷):德语国家的视角》,朱岩译,北京:北京大学出版社,2017年,第21页。

害行为,法律救济的效果在于直接令侵害行为不复存在。具体到姓名权,在成立侵权的前提下,停止对相关姓名的使用才能达到停止侵害的效果。虽然最高人民法院在司法政策中提出,停止使用注册商标的民事责任可在特定情况下受限。<sup>①</sup>但作为人格权,姓名权与商标权存在显著差异,不能直接参照。此外,该司法政策是对限制适用停止侵害责任的指引,并未针对停止侵害的适用方式作出说明。事实上,“司法适用主要是对法律规则的适用,其常规依据是具体、明确的法律规则,原则主要通过规则的辅助和补充发挥作用。”<sup>②</sup>乔丹姓名权案的判决,突破了理论共识与实践通例,必须通过法律原则和基本法理的阐释,在正当性方面提供充足依据。

#### 1. 乔丹姓名权案区分停止侵害适用方式的出发点:权利争议期的限制

乔丹姓名权案中,法院对停止侵害适用方式的具体化探讨,体现出从外部限制向内部区分转换的尝试,并且寻找到一条看似清晰的区分标准:涉案商业标识是否受到权利争议期的限制。遵照这种逻辑,在商标性使用侵害姓名权时,停止对包含涉案姓名的商标及商号的使用,就是实现停止侵害的最佳方式。但法院面临的难题是:对注册时间已超五年的“乔丹”商标,如果判令停止使用,在判决生效后,被告能否基于其仍然继续有效的注册商标专用权使用商标,还是必须严格履行生效裁判文书确定的法律责任,无法继续使用商标?

最高人民法院于行政诉讼中,确认了超过五年争议期的涉案注册商标,不存在“有害于社会主义道德风尚或其他不良影响”和“以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册”的情形,从根本上否定了注册超过五年的相关“乔丹”商标法律效力的可能性,确认了超过五年争议期的涉案商标,相关注册商标专用权已无争议空间。<sup>③</sup>但对于侵害姓名权案下的民事侵权诉讼,当侵权责任成立时,商标使用与姓名权之间的潜在冲突并未就此化解,法院仅以“当人格权与财产权相冲突时,应当确立人格权价值的高阶性和保护的优越性”<sup>④</sup>就终结了对“权利冲突”问题的讨论,其潜在认知是:停止使用仍是实现停止侵害的基本方式,阻断联想只是特定情形下的例外限制与权宜之计。

#### 2. 乔丹姓名权案区分停止侵害适用方式的内在理据:混淆可能性

乔丹姓名权案中,法院以是否存在权利争议期,作为区分停止侵害适用方式的理由。但在通过“阻断联想”替代停止使用的正当性论证中,其立论的基础在于侵害姓名权的损害后果,是误导公众对乔丹体育与迈克尔·乔丹的关系产生联想,阻断联想也就阻断了损害,实现了对侵害的停止。这种论证方式,是法院在本案中采用混淆可能性理论,对姓名符号商标性使用进行评价的延伸。

在论证被告行为造成损害后果,且成立因果关系的过程中,法院的逻辑链条以“联想”为基础:被告误导公众对原告关系产生联想——消费者购买被告产品——被告获利——造成原告精神上的痛苦。<sup>⑤</sup>这一思路借用了商标法上的“混淆可能性理论”,法院也并未停留在纯粹的联想层面,而是强调公众对原告关系产生的联想,商标法中的“间接混淆”即是消费者对经营者之间存在经济联系的混淆。在进一步的阐释中,法院强调,这种联想是消费者选择购买被告产品的原因之一,在一定程度上认可消费者对商品来源发生了“实际混淆”。实际混淆虽被认为过于僵化而不能有效制止商标

<sup>①</sup>《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号)第9条规定:“与他人著作权、企业名称权等在先财产权利相冲突的注册商标,因超过商标法规定的争议期限而不可撤销的,在先权利人仍可在诉讼时效期间内对其提起侵权的民事诉讼,但人民法院不再判决承担停止使用该注册商标的民事责任。”

<sup>②</sup>巩固:《〈民法典〉“绿色原则”司法适用的类型与功能——基于相关判决的分析》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2021年第6期。

<sup>③</sup>迈克尔·杰弗里·乔丹与国家工商行政管理总局商标评审委员会、乔丹体育股份有限公司“乔丹”商标争议行政纠纷案,参见(2016)最高法行再27号行政判决书。

<sup>④</sup>参见(2012)沪二中民一(民)初字第1号民事判决书。

<sup>⑤</sup>参见(2012)沪二中民一(民)初字第1号民事判决书。

侵权,<sup>①</sup>但实际混淆的发生,通常意味着已满足混淆可能性标准而构成商标侵权。在有关停止侵害责任适用方式的论证中,法院认为阻断联想即可阻断损害,使被告无从基于与原告的联系获得额外利益,从而达到停止侵害的目的。前述逻辑使得如下推论也能够成立:对姓名的商标性使用行为,停止侵害的目的在于阻断联想,停止使用只是阻断联想的一种方式。

### 3. 混淆可能性的适用条件:姓名符号商标性使用行为的商业混淆性质

考察乔丹姓名权案中法院的整体论证逻辑,体现出实用主义的司法导向。在没有明确的法律依据区分停止侵害适用方式的前提下,以涉案的不同商业标识是否受到权利争议期的限制为依据,在没有驳回原告停止侵害诉讼请求的同时,以停止使用之外的方式,最大程度地实现停止侵害的救济效果。但是,仅以权利争议期为依据,又无法回应阻断联想的停止侵害适用方式应如何实现,以及怎样达到停止侵害的救济效果此一难题。为此,法院实际上仍然沿用了侵权判定的思路,借由混淆可能性理论进行简要阐释。事实上,“义务或法律义务是通过规范性的必然要求被界定的,就意味着它给义务的承担者施加了一种确定的社会压力。”<sup>②</sup>但对姓名权而言,由于其权利边界的不确定性,相应的法律义务也需要在个案中厘定,停止侵害的适用方式由此具备弹性空间。

进一步来看,区分停止侵害适用方式的正当性依据在于,对姓名符号的商标性使用行为与传统意义上对姓名权的侵害存在显著差异,此时对姓名权的保护理据并非对自然人人格利益的维护,而主要是为了实现其财产利益,从法理上更接近反不正当竞争法对商业混淆行为的评价。在乔丹姓名权案中,法院以保护姓名权为据对商标性使用的评价,已然走上了反不正当竞争法范式下的混淆路径。遵照这一逻辑,适用何种方式阻断联想,应该与商标性使用行为形成联想的具体情形和程度相一致,亦即与具体行为造成混淆可能性的程度高低相匹配。但在乔丹姓名权案中,法院并未依循该思路,导致其判决存在难以克服的悖论:对超过五年争议期的注册商标,由于其注册与实际使用的时间更久,与相应商品的联系更为紧密,市场知名度更高,相关公众对商标与姓名之间的联想更为牢固,实现阻断联想的难度更大,适用停止使用以达到停止侵害的效果更具说服力。此外,商标与商号在市场中发挥的识别作用完全不同,对商标适用区别性提示的方式阻断联想,却对商号直接适用停止使用说服力不足。

## 三、停止侵害适用方式的区分标准:混淆可能性的嵌入与调适

民法理论指出,加害行为的表现形式不同,决定了停止侵害的实现方式也有所不同。<sup>③</sup>此处的实现方式虽针对加害行为的具体表现形式,但也为停止侵害适用方式的类型化区分提供了依据。具体到商标性使用侵害姓名权的行为,停止侵害的实现方式,也应与相关行为造成混淆、误认的具体表现形式相匹配。乔丹姓名权案提供了实践素材,但未能准确界定停止侵害适用方式中停止使用与阻断联想的关系,使得最终结论与混淆可能性理论无法自洽。对停止侵害适用方式区分标准的把握,需要进一步探寻混淆可能性理论对姓名符号商标性使用行为的评价路径。

### 1. 注册商标混淆可能性的判断方式:多因素考量法

根源于制止仿冒的混淆可能性理论,以注册商标为模型构建,着力于解决在何种商品<sup>④</sup>上使用何种商标有可能导致消费者混淆、误认的问题,通常基于商标、商品及消费者认知三要素作出评价。商

<sup>①</sup>参见王太平:《商标侵权的判断标准:相似性与混淆可能性之关系》,《法学研究》2014年第6期。

<sup>②</sup>王夏昊:《法律义务的基本语义类型与特性》,《南京师大学报》(社会科学版)2023年第2期。

<sup>③</sup>参见程啸:《侵权责任法》,北京:法律出版社,2018年,第657页。

<sup>④</sup>这里的商品也包括服务,为了行文便利,后文省略服务,但相关论述同样适用于服务。

标与商品都是客观化的具象事物,消费者认知则具有较强的主观属性。司法实践中对混淆可能性的应用,通过比对与拟制实现,致力于最大程度地还原消费者识别商标、选购商品的具体场景和决策过程。凡是对商标、商品的比对和消费者认知产生影响的因素,都可能进入混淆可能性的评价环节。

我国 2013 年修改的《商标法》明确采纳混淆可能性标准,并进一步区分假冒商标和仿冒商标:商标与商品双相同的“假冒商标”情形下,推定存在混淆可能性;商品相同而商标近似、商品类似而商标相同,以及商品类似而商标近似三种“仿冒商标”情形,则需要结合其他要素,判断是否成立混淆可能性。<sup>①</sup>就假冒商标而言,混淆可能性的推定成立,意味着商标与商品的比对完成后,拟制中的消费者认知必然出现混淆、误认的结果,其他要素的考量被排除在外,这实际上也是对注册商标专用权公示公信效力的确认。就仿冒商标而言,在适用于商标授权确权行政案件的司法解释中,混淆可能性判定的多因素考量法已被接纳。<sup>②</sup>这对民事侵权案件中适用混淆可能性标准具有借鉴意义,其中罗列的因素有商标的近似程度、商品的类似程度、商标的显著性和知名度、相关公众的重合程度及注意程度。这些因素都可以嵌入到商标、商品和消费者认知三要素之中:商标的近似度与商品的类似度是客观比对,商标的显著性和知名度、相关公众的重合程度和注意程度,则是对消费者认知这一主观选择进行拟制时的影响因素,个案中法院还可通过兜底条款将其他因素纳入考量范畴。

由此,针对注册商标的混淆可能性程度及其影响因素,可简要归纳为:商品相同或类似的程度、商标相同或近似的程度、商标显著性与知名度的高低、相关公众的重合程度及注意程度,与混淆可能性呈现出正相关的关系,各个因素之间也可能相互影响。

## 2. 混淆可能性适用于商标性使用:姓名符号知名度的决定性影响

对姓名符号的商标性使用,至少从行为模式上看,与假冒和仿冒商标行为具有可比性,将混淆可能性嵌入其中没有理论障碍。但是在注册商标模式下,作为比对对象的注册商标,与核定使用的商品类别均具有确定性;而在姓名符号的商标性使用中,作为比对对象的姓名符号与商品类别则不具有确定性,涉及的主观因素明显增加,其中的考量因素也需要作出相应调适。

首先,就商标这一要素而言,姓名符号的商标性使用,必须在个案中重新识别作为姓名权客体的姓名符号。注册商标专用权具有公示公信效力,确保注册商标作为一种受保护的法益,具有建立在社会典型公开性基础上的可识别性。<sup>③</sup>此外,注册商标的符号边界确定且清晰,被诉侵权的商标同样如此,且使用时间通常晚于请求保护的注册商标,这决定了混淆可能性中商标的比对具有客观性。与之相对,商标性使用指向的姓名符号,通常都对应着被诉侵权人使用的商标。作为姓名权保护客体的姓名,通过对作为商标使用的姓名符号,进行逆向识别来确定,这一过程会受到多重主观因素的影响。一是该姓名的识别需要满足知名度要求,知名度并非确定性的客观描述,在不同时空中变动较大,反法及其司法解释分别使用“有一定影响”<sup>④</sup>和“具有一定知名度、为相关公众所熟悉”<sup>⑤</sup>的表述,存在解释空间与不确定性。二是商标性使用的对象是类姓名符号时,对姓名权客体的识别难度进一步加大,《民法典》采用“混淆性知名度”标准对译名、姓名的简称等提供保护。<sup>⑥</sup>这足以造成公众混淆,成为判定是否具有知名度的条件,其法理逻辑与“混淆性近似”颇为接近,存在循环论证的嫌

<sup>①</sup>1982 年、1993 年及 2001 年《商标法》均笼统地规定,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,即构成侵犯注册商标专用权。2013 年修订的《商标法》则将商标、商品双相同的情形单独举示,对商品相同而商标近似、商品类似而商标相同以及商品类似而商标近似的情形规定在满足混淆可能性的前提下构成侵权。

<sup>②</sup>参见《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》(法释[2020]19 号)第 12 条、第 13 条。

<sup>③</sup>参见于飞:《侵权法中权利与利益的区分方法》,《法学研究》2011 年第 4 期。

<sup>④</sup>参见 2019 年修订的《反不正当竞争法》第 6 条第 3 项。

<sup>⑤</sup>参见《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》(法释[2020]19 号)第 6 条第 2 款。

<sup>⑥</sup>《民法典》第 1017 条规定:“具有一定社会知名度,被他人使用足以造成公众混淆的笔名、艺名、网名、译名、字号、姓名和名称的简称等,参照适用姓名权和名称权保护的有关规定。”

疑。三是作为商标性使用对象的类姓名符号,有时甚至并未被相应民事主体主动使用,其知名度的获得及归属,能否当然连接到该主体不无争议。

其次,就商品的比对而言,商品类别的确定也要在个案中结合知名度的认定重新确认。在注册商标模式下,注册商标核定使用的商品类别清晰且明确,被诉侵权商标使用的商品类别也易于识别。但在姓名的商标性使用中,相应的姓名符号并没有明确对应的商品类别,只能根据姓名权主体所处行业或领域对其在相应行业或领域内的知名度进行判断。推定姓名符号能够承载这种知名度,并拟制其会将自己的姓名注册或使用在与其所在行业或领域密切相关的商品类别,再对商品类别进行比较。当然,如果姓名权主体的知名度突破了行业或领域,则商品类别也应做适当扩展。

最后,需要确定哪些因素会对拟制中的消费者认知产生影响。在注册商标混淆可能性判断中,影响消费者认知的主要因素包括其商标的显著性和知名度,以及相关公众的重合程度与注意程度。具体到姓名符号的商标性使用行为,前述因素的进一步确定仍以姓名的知名度为前提,商标的显著性大致对应着姓名的个别性,固有显著性即姓名本身的独特性,获得显著性则与相应姓名权主体的知名度密切相关。相关公众的重合程度,实际上是拟制的购物场景中潜在消费者群体的比对。在姓名符号的商标性使用中,确定相应姓名的知名度范围后,才能进行这种比对。相关公众的注意程度主要与消费者选择的商品类型及价格等因素有关,确定了姓名的知名度范围,才能对潜在消费者及其对应的商品类型和价格等因素作进一步判断。

综合看来,将混淆可能性嵌入到姓名符号的商标性使用行为之中,在对原有的商标、商品、消费者认知三要素的进一步确认中,体现出姓名知名度的重要意义,知名度的有无、高低及范围对姓名权客体的识别、商品的类似度、消费者认知都产生现实影响。知名度越高,混淆的可能性通常也越高,这意味着知名度已深入决定混淆可能性的各个要素之中,并发挥间接影响。在原有的注册商标模式下,通过商标、商品和消费者认知三要素对影响混淆可能性的因素进行的考察,将转换为对评判姓名知名度的诸多要素进行的审视。

### 3. 姓名符号知名度的判断路径:自主性与个别性的个案甄别

参照以注册商标为原型的混淆可能性评价过程,在商标性使用侵犯姓名权案件中,对混淆可能性的判定,需在比对姓名符号与涉案商标、姓名符号所在商品类别与涉案商标注册和使用的商品类别,以及拟制消费者认知的前提下展开。但与注册商标不同的是,姓名符号及姓名符号所在商品类别均需个案中识别和确认,这是确定知名度指向性和知名度范围的起点和重要依据,并进一步影响消费者重合程度及注意程度。

在商标侵权行为中,注册商标核定使用的商品类别清晰而明确,以之作为比对对象既符合商标注册的公示公信效力,又体现出作为一项私权,商标注册行为及注册商标专用权延及范围的确定中,民事主体自主自决的特点。姓名权同样属于私权,作为一种具体人格权,其重要特质之一,就是体现人的自主性及个别性。<sup>①</sup>为此,对姓名符号及其所在商品类别的识别与确认中,也需考量姓名权主体的自主选择。具体而言,这种自主选择体现于两个方面,一是姓名权客体指向的姓名符号,应以其登记在册的正式姓名为准,姓名符号扩张至译名、网名、笔名、姓名的简称等类姓名符号,则需要满足被姓名权主体主动使用或接纳的条件;二是在民事主体自行或授权他人注册或使用其姓名符号时,在商标性使用侵犯姓名权案件中指向的姓名符号及其所在商品类别,应受到前述行为的影响与限制。民事主体在自行使用,或授权他人注册、使用其姓名符号时,一般均会选择最能体现其知名度的姓名符号。从尊重民事主体自主选择的角度的,在其自行使用或授权他人使用姓名符号的情

<sup>①</sup>参见王泽鉴:《人格权法》,北京:北京大学出版社,2012年,第43页。

况下,该姓名符号及其所在的商品类别,应作为与商标性使用的姓名符号和商品类别进行比对的对象。

此外,在商标法领域,缺乏显著性的商标无法获得注册,通用名称和描述性标志因为无法识别商品,而被认为不具有显著性。<sup>①</sup>与此同时,这两类标志获得注册,还有可能导致,本应属于公有领域可供所有经营者使用的标志,被个别经营者独占。因此显著性越强,通常意味着商标的独特性越强,他人对其进行的仿冒也更缺乏正当性。在姓名权领域,固然不存在因个性化不足而无法登记和使用姓名的问题,但在商标性使用侵犯姓名权纠纷中,面对寻求姓名权保护的姓名符号,仍需明确两个问题:一是相应姓名符号的个别性程度如何,这相当于对商标固有显著性的判断,个别性程度越高,他人对其进行仿冒也就越缺乏正当性;二是相应姓名符号知名度的取得,是否与姓名权主体紧密相关,非因姓名权主体取得的知名度需要进行剔除。这种认识可以在商标保护不应延及日常词汇的论证中找到依据:如果赋予一个日常词汇的使用人以独占性财产权,就会导致“根除”(uprooting)该标识的效果,因为该词汇“潜在的未来发展”被阻断了。<sup>②</sup>在请求保护的姓名权客体为姓名或译名的简称时,进行这一判断更具现实意义。例如,在乔丹姓名权案中,“乔丹”系英美国国家普通姓氏,个性程度较低,这一事实在乔丹商标行政纠纷案中被商评委和一审法院所认可。<sup>③</sup>

商标性使用侵犯姓名权纠纷中,对姓名权提供保护,来源于民事主体在相应行业或领域内获取的知名度。知名度高低通常无法进行准确量化,只能基于社会评价进行高度盖然性推定。但考虑到姓名权的人格权属性,相应姓名符号使用的自主性越强、姓名符号本身的个性化越高,其在商标性使用侵犯姓名权纠纷中,成为姓名权保护客体的可能性就越大,获得知名度的可能性也越高,对姓名符号的注册与使用发生混淆的可能性也越高。

#### 四、停止侵害适用方式的类型化建构:混淆可能性的程度区分

在涉及注册商标与企业名称权利冲突的案件中,法院根据知名度的程度高低,分别作出责令被告停止使用和不得突出使用其商号的判决。<sup>④</sup>这为商标性使用侵害姓名权纠纷中,停止侵害适用方式的类型化区分提供了有益启示。此外,《民法典》规定的侵害人格权民事责任认定的考量要素条款,<sup>⑤</sup>有助于实现立法者承认法官自由裁量权,平衡保护人格权及其冲突利益的基本目的,<sup>⑥</sup>同样为姓名权保护司法实践作出突破提供了规范依据。

##### 1. 无混淆与个别混淆、少量混淆、偶然混淆:允许使用相应姓名符号

目前,理论界对反法框架下知名度与商业标识保护强度的关联性形成如下认识:“知名度越小,对他人的容让空间越大,他人侵权的可能性越小;相反,知名度越高,对他人的避让行为要求越高,他人构成侵权行为的可能性越大。”<sup>⑦</sup>结合前文对混淆可能性理论嵌入商标性使用并作出的相应调适,

<sup>①</sup>商标法上通常根据固有显著性的强弱将标志区分为臆造标志、暗示性标志、描述性标志和通用名称,最早进行这一区分的是美国的弗兰德林法官。参见 *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*, 537 F.2d 4, 10 (2d Cir. 1976)。

<sup>②</sup>参见 M. A. Naser, “Rethinking the Foundations of Trademarks”, *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, Vol. 5, No. 1, 2007, pp. 1 - 49.

<sup>③</sup>参见商评字〔2014〕第 052058 号关于第 6020569 号“乔丹”商标争议裁定;北京市第一中级人民法院(2014)一中行(知)初字第 9163 号行政判决书。

<sup>④</sup>参见宁波市中级人民法院(2005)甬民二初字第 3 号判决书;北京市第一中级人民法院(2006)一中民初字第 6684 号判决书。

<sup>⑤</sup>《民法典》第 998 条规定:“认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任,应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度,以及行为的目的、方式、后果等因素。”

<sup>⑥</sup>参见朱晓峰:《人格权侵害民事责任认定条款适用论》,《中国法学》2021 年第 4 期。

<sup>⑦</sup>谢晓尧:《在经验与制度之间:不正当竞争司法案例类型化研究》,北京:法律出版社,2010 年,第 170 页。

姓名符号的个性化程度和使用的自主性程度对相应姓名符号能否成为姓名权保护客体,并获取知名度产生直接影响。而知名度对混淆可能性产生直接影响,导致相关公众产生混淆、误认的程度、范围及频率存在差异,阻断联想的难度不同,停止侵害的适用方式也应有所区别。

当姓名符号的个性化程度较低、使用的自主性程度不足时,很难成为姓名权保护的客体并获得知名度,对相应姓名符号的商标性使用行为也不会构成混淆。仅造成个别混淆、少量混淆、偶然混淆时,相应的联想也并未建立起来,不存在阻断联想的必要性,停止侵害的请求通常不会得到法院支持,其结果是被告可以继续使用相应商业标识。在被告使用的商业标识与原告姓名权客体的比对中,后者存在一定的可扩展性。即满足知名度要求的笔名、艺名、网名、译名、姓名的简称,均可能成为被告使用的商业标识,比对的对象也相应调整。知名度指向的是姓名主体,而姓名及姓名符号是承载知名度的外在形式,姓名主体的知名度越高,其延展到与之相关的姓名符号的可能性也就越大。指向同一民事主体的不同姓名符号,可依据知名度的高低获得不同程度的保护,商标性使用行为造成混淆可能性的程度也受到影响,但相应姓名符号获得保护,通常需要满足民事主体自主使用或主动接纳的要求。此外,姓名符号的个性化程度决定了对其进行商标性使用是否存在正当性理据,与日常词汇一致或接近的姓名符号的知名度,在很大程度上来自该词汇本身。

可见,原告对该姓名符号使用的自主性程度,以及该姓名符号本身的个性化程度,直接关涉知名度附着和扩展到的具体姓名符号是否具有正当性理据,从而对混淆可能性的程度高低发挥影响,并决定了停止侵害请求权能否得到支持。

## 2. 一定数量的相关公众混淆:通过行业内区别性提示阻断联想

在商标侵权的判定中,已经拟制了“相关公众”<sup>①</sup>这一判定主体,将混淆可能性的发生限定在特定行业与领域之内,但由于混淆、误认同时受到注意程度与混淆类型的限制,<sup>②</sup>拟制中的相关公众在实际进行混淆可能性的考量时,其范围被进一步限缩。只有施加了合理、谨慎注意力的消费者发生的来源混淆、关联关系混淆才能被认定为商标侵权。因此,相当数量的相关公众混淆,并非具体数量或确定比例的验证与判断,只能是一种对混淆可能性的推测。基于商标权的财产权属性,注册商标制度的公示公信功能,以及混淆可能性判定中客观要素较多的现实,这种对“相当数量”的抽象描述,得以还原为一些具体要素的客观考察,得出的结论相对可靠。

但是,将这一论证路径套用到姓名符号的商标性使用行为之中,却会因为过于粗疏,而对正常的商业经营和竞争秩序产生不当影响。具体而言,姓名权主体的知名度,通常限定在或者源起于某个行业或领域,对姓名的商标性使用行为,也与该行业或领域密切相关,产生混淆的消费者,自然也指向特定行业或领域。被告所使用的姓名符号,是否能够成为原告姓名权保护的客体,需要考察相应姓名符号的个别性与使用的自主性。在原告于特定行业与领域内,自行使用特定姓名符号的情况下,情况就更为复杂。前述情形还会对消费者注意程度,及可能产生混淆的类型造成现实影响,增加混淆可能性判定的难度。以乔丹姓名权案为例,迈克尔·乔丹在篮球和体育领域的知名度自不待言,但“乔丹”在客观上确实为英美普通姓氏的中文表达,其个性化程度相当有限。此外,迈克尔·乔丹本人也从未使用或授权他人使用中文“乔丹”二字作为商标,相反,他授权耐克将表征其个人的姓名符号 Air Jordan 作为商标注册和使用。这意味着至少在体育用品这一领域,消费者接触到“乔丹”商标及其商品时,可能联想到的商业标识除了迈克尔·乔丹外,还可能包括 Air Jordan 以及通常与其

<sup>①</sup>《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释(2020年修正)》(法释[2020]19号)第8条第1款规定:“商标法所称相关公众,是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或服务的营销有密切关系的其他经营者。”

<sup>②</sup>参见姚鹤微:《商标混淆可能性的概念澄清与制度反思》,《兰州学刊》2019年第8期。



同步使用的 NIKE 文字商标及图形商标。在 Air Jordan 与 NIKE 具有较高知名度的前提下,迈克尔·乔丹本人的知名度毫无疑问还能够直接延伸到乔丹二字。对体育用品领域的消费者而言,由于其本身对迈克尔·乔丹与耐克之间合作关系较为熟悉,区分含有“乔丹”字样的不同商业标识的指向性更为敏感,反而更不易发生混淆、误认。

因此,对于姓名符号的商标性使用行为,在混淆可能性方面应该作进一步区分。对于姓名符号的个别性程度不高、使用的自主性不强、被告使用的姓名符号与原告自主使用或授权使用的姓名符号存在一定差异的情形,姓名符号的知名度,实际上已被多个姓名符号稀释,相关公众的注意程度也受到影响,发生来源混淆的可能性不高,主要表现为关联关系混淆。此时可以认定,被告的行为基本满足了侵权要求,亦即达到了一定数量的相关公众混淆。由于造成混淆的范围、数量以及确定性程度不高,通过判令被告在相关行业与领域内作出区别性提示的方式阻断联想,足以实现停止侵害的救济效果。

### 3. 相当数量的相关公众混淆:通过跨行业区别性提示阻断联想

如果姓名符号的个性化程度较高、姓名符号使用的自主性较强,姓名符号的知名度也相对提升,姓名权对商标性使用行为的排除效力也应更强。此时,商标性使用行为造成混淆的范围、数量与确定性相应提升,可以将其描述为相当数量的相关公众混淆。这种情形主要是指,在相关领域的消费者施加合理、谨慎注意力的情况下,仍然有超过半数的消费者,或者相应消费者有超过一半的几率,会对商品的来源发生混淆、误认,或者对原、被告之间的关联关系产生混淆、误认。这种情况下,由于姓名符号的高知名度,产生联想的相关公众与姓名权主体取得知名度的行业并非完全对应,行业内区别性提示在阻断联想方面的效果存在疑问。为了最大限度地实现救济效果,通过跨行业的区别性提示才能阻断联想。

在涉及商标注册行为侵害他人在先姓名权的纠纷中,法院便依据上述要素对姓名主体的知名度进行评价,在涉案商标注册的商品和服务类别与姓名主体获得知名度的行业与领域并非密切相关的情况下,支持了商标评审委员会撤销商标注册的裁定。例如,在金柏丽公司诉商评委案中,争议商标系注册于化妆品等商品上的“刘德华”文字商标。商评委对艺人刘德华从事娱乐事业的时间、成就及影响力进行综合评价后,认定姓名符号“刘德华”已具有一定的社会知名度并为公众所熟知,争议商标核定使用的商品与艺人刘德华从事的演艺事业及其商业价值有密切关联,故争议商标使用该姓名符号易使消费者产生联想,对商品来源发生误认。<sup>①</sup>

对于个性化程度较高、使用自主性较强的姓名符号,其知名度通常难以锁定到某一特定领域,相应的商标性使用行为,虽然并未限定于和姓名权主体所在的行业或领域之内,但参照注册商标权的法律效力,延及类似商品的理论共识,对于有可能造成相当数量相关公众混淆的姓名符号商标性使用行为,法院在认定侵权行为成立的同时,应当判定被告通过跨行业的区别性提示阻断联想。具体应该在哪些行业内作出区别性提示,则需要根据个案情形,在对姓名符号的知名度进行甄别的基础上,参照商标法上类似商品的判定标准,确定跨行业区别性提示的具体方式。

### 4. 一般公众普遍混淆:通过停止使用阻断联想

鉴于姓名符号知名度主要集中在或起源于某个具体行业或领域,对姓名符号的商标性使用行为也与相应行业或领域密切相关,才能实现使消费者产生混淆和误认的效果。但在现实中,一方面有不少行业内顶尖人物的知名度超出了行业和领域限制,另一方面文化体育娱乐领域的知名人物曝光率更高,更容易在一般社会公众中获得普遍性知名度。由此,跨行业的商标性使用行为开始出现,意

---

<sup>①</sup>参见(2011)一中知行初字第2272号判决书。

图使消费者对商品来源产生误认,或者认定使用商标的经营者与姓名符号对应的主体之间具有特定联系。此种情况下,混淆可能性在满足数量门槛的同时,发生混淆的主体也扩展到了具体行业或领域之外,溢出了姓名符号对应的知名人物所在行业或领域。在侵害姓名权成立的情况下,这种商标性使用行为,还有可能对社会公众利益与公众秩序产生不良影响,必须通过停止使用的方式阻断联想。

就商标性使用侵犯姓名权的纠纷而言,在相应行业或领域之外,对姓名符号进行商标性使用造成混淆可能性的判定中,姓名符号知名度是否溢出了具体行业或领域是前提性条件。这一论证过程,与驰名商标跨类保护的整体思路颇为接近。考察司法解释中的相关规定,<sup>①</sup>决定商标是否驰名的因素,主要是商标使用的时间、范围、方式及市场声誉等。商标使用的时间越长、范围越广、方式越多、市场声誉越好,通常意味着其知名度越有可能溢出所在行业或领域,获得跨类保护的正当性也越强。以之为参照,姓名主体取得知名度的时间、范围、方式及所获荣誉,都是衡量相关姓名符号是否能够与其联系,以及知名度能否溢出具体的行业或领域的重要因素。

在姓名主体的知名度溢出行业或领域的前提下,他人对姓名符号的商标性使用,即使在对应的行业或领域之外,依然可能造成相当数量的消费者混淆,且此时的消费者已经不再局限于相关公众,而是上升为一般公众。从法理逻辑上来看,也与驰名商标跨类保护所需的在一般公众中获得知名度的要求相匹配,在侵害姓名权的同时,还会对社会公共利益与公共秩序造成不良影响。此时停止侵害的适用,应通过停止使用的方式达到阻断联想的效果。

## 五、结 语

乔丹姓名权案在支持停止侵害请求权的同时,突破性地提出从阻断联想的角度达到停止侵害的目的,是从内部区分停止侵害民事责任使用方式的尝试。该案的裁判逻辑虽以商标法上的混淆可能性理论为基础,但对停止侵害责任适用方式的区分,却未能在混淆可能性的理论框架内进一步延伸。类比以注册商标为模型的混淆可能性理论,在商标性使用行为侵犯姓名权纠纷中,知名度是确定姓名权保护客体及保护强度,以及研判混淆可能性的决定性因素,在知名度、混淆可能性程度高低及停止侵害适用方式之间,足以建立逻辑联系,真正实现在法律救济环节区分停止侵害适用方式的范式转换。在我国创新驱动发展战略取得重大成果,进入世界创新型大国行列的背景下,<sup>②</sup>以商标性使用侵犯姓名权纠纷为切口,进一步完善侵害商标权甚至知识产权的法律救济方式,将为理论研究与制度实践提供创新与突破的蓝本,通过对姓名权保护等相关法律法规规则的完善,彰显“中国式现代化的本质就是人的现代化”<sup>③</sup>这一深刻认识。

(责任编辑:吴 欢)

---

<sup>①</sup>《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》(2020年修正)第5条规定:当事人主张商标驰名的,应当根据案件具体情况,提供下列证据,证明被诉侵犯商标权或者不正当竞争行为发生时,其商标已属驰名:(1)使用该商标的商品的市场份额、销售区域、利税等;(2)该商标的持续使用时间;(3)该商标的宣传或者促销活动的方式、持续时间、程度、资金投入和地域范围;(4)该商标曾被作为驰名商标受保护的记录;(5)该商标享有的市场声誉;(6)证明该商标已属驰名的其他事实。前款所涉及的商标使用的时间、范围、方式等,包括其核准注册前持续使用的情形。对于商标使用时间长短、行业排名、市场调查报告、市场价值评估报告、是否曾被认定为著名商标等证据,人民法院应当结合认定商标驰名的其他证据,客观、全面地进行审查。

<sup>②</sup>参见胡鞍钢:《中国式经济现代化的重大进展(2012—2021)》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2022年第6期。

<sup>③</sup>付文军:《中国式现代化的历史辩证法蕴涵》,《南京师大学报》(社会科学版)2023年第1期。

# **The Application of Ceasing Infringement in Trademark Cases**

## **Involving the Violation of the Right to Name:**

### **Centering on the Likelihood of Confusion**

YANG Gan

**Abstract:** The Jordan case involves a dispute where the use of trademarks infringes upon the right to one's name. In this case, the court categorized various types of commercial marks and established distinct methods for halting the infringement, representing a departure from established theoretical understandings and legal practices. However, the court struggled to maintain internal consistency while applying the theory of likelihood of confusion. This led to a disconnect between the arguments for infringement damage and the methods for ceasing infringement, resulting in an incongruous judgment. The Jordan case offers a valuable insight: the theoretical foundation for distinguishing the methods of ceasing infringement hinges on the notion that using name symbols as trademarks introduces an element of commercial confusion. By making moderate adjustments to the likelihood of confusion theory, grounded in the characteristics of this behavior and the attributes of infringement damage, a link can be established between the individualization, autonomy, and recognition of name symbols. This, in turn, serves as a framework for evaluating likelihood of confusion and serves as the basis for arguments aimed at preventing associations to achieve the desired relief for cessation of infringement. Consequently, in disputes where trademark usage infringes upon the right to one's name, a typological framework for applying methods to cease infringement is established. For instance, when there is no confusion, only individual confusion, limited confusion, or accidental confusion, the use of corresponding name symbols should be permitted. In cases where a certain number of relevant members of the public are confused, industry-specific distinguishing prompts should be employed to prevent associations. When a considerable number of relevant public individuals experience confusion, cross-industry distinguishing prompts should be used to prevent associations. Finally, if the general public is generally confused, the association should be stopped by discontinuing use.

**Keywords:** trademark use; right to name; name symbol; cessation of infringement; cessation of use; likelihood of confusion

**About the authors:** YANG Gan, PhD in Law, is Lecturer at College of Humanities, Donghua University(Shanghai 200051).