

# 混淆姓名之侵权责任

## The Tort Liability of the Confusion of Personal Names

张 红

ZHANG Hong

**【摘 要】** 姓名混淆是指在使用姓名用以识别个人以及商业活动时，因姓名或姓名标识相同或类似而发生的识别混淆情形。《民法通则》第 99 条规定禁止他人“假冒、盗用”姓名权人的姓名，但对使用与他人近似姓名以及自然重名下的投机使用姓名是否侵权规定不明。至于在著作出版、商业广告以及商标注册等领域，姓名权人从《民法通则》姓名权条款上寻求保护救济，条件也颇为苛刻。通过以姓名下个人识别利益与商业价值利益的不同保护为视角进行观察，《民法通则》第 99 条中应区分出“假冒”与“盗用”的不同含义，有条件地吸收使用近似姓名或自然重名造成混淆为“假冒”之一部分，同时厘定禁止“盗用”他人姓名属姓名标识下财产利益保护的界定范畴。其他部门法有关姓名权人的保护性规定也应与《民法通则》保持一致。

**【关键词】** 姓名权；识别混淆；假冒；盗用

**【中图分类号】** DF52 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2015)04-0049-20

**Abstract:** Usually we think that a person's name which is the same or similar to other people can cause confusion of identification. Trademark that builds up with a name is the same or similar to other people also creates wrong connection between the goods and people who own the name. Article 99 of The General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China regulates that usurpation of and false representation of personal names shall be prohibited. But if someone used his name which is similar to others to pretend to be someone else, tort law has not stipulated that belong to the infringement. To change this situation, first we should explain that "General principles of the civil law" the 99th should be liable for the difference between "fake" and "theft". Then the "fake" can also means if someone used his name which is similar to others to pretend to be someone else.

**Key words:** The Right of Name; Identification Confusion; False Representation of Personal Names; Usurpation of Personal Names

[收稿日期] 2014-04-22

[作者简介] 张红，男，1982年4月，中南财经政法大学法学院教授，法学博士，研究方向为民商法学。

[基金项目] 本文受教育部新世纪优秀人才计划资助，并为国家社科基金重大项目“社会治理体制创新法制建设研究”（14ZDC027）之部分成果及国家社科基金后期资助项目“损害赔偿与债法现代化”（13FFX008）之部分成果。

## 一、问题

人的姓名的作用是使人们在一般交往包括在法律交往中相互识别<sup>[1]</sup>……姓名乃用以区别人己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。<sup>[2]</sup>另外,知名人士的姓名具有推销商品及服务的商业用途。<sup>[3]</sup>以上论述所指,即是姓名在个人参与社会活动中所具有的功能。在身份识别的用途上,姓名用以区分个人;在商业推广的用途上,姓名则作为其他标识对产品或服务予以区分。前者体现了个体的人格尊严,后者则代表了特定人的商业价值,但就损害结果的表现来看,都是造成受众识别混淆进而导致权利人利益损失。

就围绕姓名造成识别混淆的侵害行为,我国《民法通则》第99条规定禁止对姓名的“假冒、盗用”。<sup>①</sup>学理及司法实务中的通说对此处“假冒、盗用”的理解是,假冒是指冒名顶替,使用

他人姓名并冒充该人参加民事活动或其他行为;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和社会的行为。<sup>②</sup>而比较法上对侵害姓名权行为的规定,一般使用的则是“冒用”、“无权使用”与“不当使用”等措词。<sup>③</sup>对《民法通则》第99条如此理解,问题有三<sup>④</sup>:

第一,假冒他人姓名,其对象是被假冒人之身份,但效果体现在假冒身份的各种行为。而盗用他人姓名亦是在他人名义下强加其本人没有实施的行为。仅以加害人是否亲自“冒充”作为行为方式区分的判断依据,且并未说明两者有何区别,对侵害他人姓名权的责任成立认定有何意义?

第二,正因为行为内涵定义时并未恰如其分地找到其背后的利益保护分割点,除了行为内涵上并无本质区别外,假冒和盗用在侵害结果以及相应的责任区分上没有说明。<sup>⑤</sup>姓名权的内涵同样具有人格利益与财产利益。如果说假冒与盗用在导致利益损害时并无分别,那么同时规定两

① 此外,《著作权法》第48条第8项、《反不正当竞争法》第5条第3项、《广告法》第25条、《商标法》第9条及第32条等,均规定在利用姓名时不得作混淆视听以产生姓名利益归属错位之不当使用。

② 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;杨立新:《人格权法》,法律出版社2011年版,第415页。实务中对侵害他人姓名权的行为类型描述上亦主采这种说法,参见案例“庄鑫因与中国电信股份有限公司泉州分公司、中国电信股份有限公司人格权纠纷案”,福建省泉州市中级人民法院(2014)泉民终字第660号民事判决书;“张万民与被上诉人国药集团新疆制药有限公司姓名权纠纷一案”,新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院(2014)乌中民一终字第163号民事判决书;“何某、杨某因姓名权纠纷一案”,上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民一(民)终字第1838号民事判决书。

③ 《德国民法典》第12条:有权使用某一姓名的人,因他人争夺该姓名的使用,或因无权使用该姓名的人使用此姓名,从而使其利益受到损害时,权利人得请求排除此侵害。有继续受侵害之虞时,权利人得提出停止侵害之诉。参见:《德国民法典》,陈卫佐译,法律出版社2006年版,第5页。《瑞士民法典》第29条第2款:因他人冒用姓名而受到侵害的人,可诉请禁止冒用;如冒用有过失的,并可诉请损害赔偿;如就侵害的种类侵害人应当给付一定数额的慰抚金时,亦可提出此项诉请。参见《瑞士民法典》,殷生根、王燕译,中国政法大学出版社1999年版,第1页。《奥地利普通民法典》第43条:任何人因使用姓名的权利产生争议,或任何人因他人未经授权使用其姓名(包括假名)遭受损害的,均可诉求排除妨害,侵权人有过错的,受害人可请求损害赔偿。参见:周友军、杨垠红译,《奥地利普通民法典》,清华大学出版社2013年版,第5页。《意大利民法典》第7条:法律确认每个人使用自己姓名的权利。因他人不当使用姓名而给权利人造成损害的,可以通过法律救济途径请求停止侵害……参见费安玲译:《意大利民法典》(2004年),中国政法大学出版社2004年版,第11-12页。

④ 通说有关“假冒、盗用”的理解虽不尽合理,但对目前司法实务并无太大影响。根据笔者所搜集整理的案例来看,法院往往根据实际损害后果去进行侵权责任承担的具体分析,并不在乎对侵害姓名使用权的行为类型作出更细致严格的区分并形成判例学说。

⑤ 司法解释中规定的两种侵害姓名的具体行为也同时归入“假冒、盗用”之中:《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第141条规定:盗用、假冒他人姓名、名称造成损害的,应当认定为侵犯姓名权、名称权的行为。第149条规定:盗用、假冒他人名义,以函、电等方式进行欺骗或者愚弄他人,并使其财产、名誉受到损害的,侵权人应当承担民事责任。

者又有何意义?

第三,无论是假冒还是盗用,都是针对加害人的行为而言的。但侵害行为的类型提取是不可能穷尽且完美的。在对侵害行为类型作出规范的同时,权益保护体系也需要有能吸纳全新类型的概括条款。对姓名使用权的侵害救济条款只作行为方式上的描述,未免有所缺失。

此外,《民法通则》第99条所面对的更大的困难是,加害人使用并非与姓名权人相同之姓名,而体现为读音、字形相似,或结合其他方式使其形象与姓名权人难以辨识,假冒、盗用“他人姓名”的规定使姓名权人难以依姓名权条款得到保护<sup>①</sup>;更有甚者,加害人利用姓名决定及变更之固有权利,造成公共登记上姓名相同再行使用<sup>②</sup>,或利用笔名、艺名拟定之自由,使用与他人相同的姓名,谋取不正当利益<sup>③</sup>。此时《民法通则》第99条对“他人姓名”的假冒、盗用在条款文意上难以通达,又不能轻率否定形成相同姓名时自然人对姓名自主决定及使用之效力。

围绕姓名类标识产生的商业性混淆与个体姓名识别上的混淆不尽相同:人格平等且尊严无价,但个体所具有的商业价值却是可以得到评估的。在涉及姓名的其他标识性使用,特别是在姓名转换成为其他商业标识进行使用时,各部门法

对原姓名权人的权利保护做法不一:作为广告形象的一部分而使用的姓名,《广告法》第25条采取了未经授权则全无的标准;在商号、企业名称的选择上,《反不正当竞争法》第5条第3项要求不得“擅自使用他人的企业名称或者姓名”,但仍以“引人误认为是他人的商品”作为违法必须构成要件;而在商标注册中,特别是对他人姓名进行加工形成商业标识的情况中,认定构成使用他人姓名侵权的,在构成要件认定上更为苛刻(姓名相同+知名度要求)<sup>④</sup>。面对这些部门法的特别规范,《民法通则》第99条禁止“假冒、盗用”他人姓名作为一般规范,具有怎样的内涵效力?现有立法及司法实务并不能回答这个问题。虽然通过特别法的适用能够在这些领域对姓名权人予以保护,但保护效力强弱不一,且《民法通则》第99条作为姓名权利保护的核心条款,如果在该条的适用上出现问题,却在其他法律中得到了姓名利益上的保护,法规范的体系性与民事权利内涵的统一性就无法自圆其说了。

目前国内有关姓名权的学理分析,就其保护利益、权属本质以及一般侵权类型等,皆多有珠玉在前<sup>⑤</sup>。各特别法分支中涉及自然人姓名与广告、商标、域名转化利用规范的基本讨论也有相

<sup>①</sup> “马爱农与新世界出版有限责任公司等不正当竞争纠纷上诉案”,北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第048.39号民事判决书。法院最终依《反不正当竞争法》第5条判决新世界出版公司承担赔偿责任而非《民法通则》第99条。

<sup>②</sup> “湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案”,《最高人民法院公报》2005年第10期。

<sup>③</sup> “广东飞乐影视制品有限公司与罗林侵犯著作权及姓名权纠纷案”,北京市第一中级人民法院(2006)一中民终字第6252号民事判决书。

<sup>④</sup> “云迪及图”商标争议案,中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2009]第25683号重审第07111号争议裁定书;“贝壳汉母”案,中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2010]第17044号商标争议裁定书等。商标争议案中多运用“具有不良影响”条款对以近似名人姓名的商标注册进行裁定驳回,而没有认定是侵害他人的姓名权。

<sup>⑤</sup> 参见王利明:《论人格权商品化》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第4期;张平华:《人格权的利益结构与人格权法定》,载《中国法学》2013年第2期;王坤:《人格符号财产权制度的建构及其法律意义》,载《浙江社会科学》2013年第11期;隋彭生:《人格派生财产权初探》,载《北京航空航天大学学报》(社会科学版)2013年第5期;温世扬:《析“人格权商品化”与“人格商品化权”》,载《法学论坛》2013年第6期;温世扬:《论“标表型人格权”》,载《政治与法律》2014年第4期;刘召成:《人格权主观权利地位的确立与立法选择》,载《法学》2013年第6期;张红:《姓名变更规范研究》,载《法学研究》2013年第3期;李永军:《论姓名权的性质与法律保护》,载《比较法研究》2012年第1期;刘文杰:《民法上的姓名权》,载《法学研究》2010年第6期;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;袁雪石:《姓名权本质变革论》,载《法律科学》2005年第2期;张善斌、冯兴俊:《姓名权财产利益的法律保护》,载《法商研究》2002年第4期;徐武生、徐铁岩:《对户籍立法中姓名权的若干问题的思考》,载《公安大学学报》2000年第2期。

当沉淀。<sup>①</sup>但有关上述姓名混淆问题的专题研究仍付诸阙如。本文需要研究的是姓名二重社会功能上所具有的不同利益的保护与现有《民法通则》第99条的解释如何协调,以及是否需要增补姓名权的内涵。下文即以姓名的个体识别功能以及姓名作为其他标识的识别功能入手,以姓名相同与姓名近似为侵害行为特征上的区别,综合我国判例学说,寻求对上述问题的合理解答。

## 二、冒用:个体识别混淆侵权

关于称谓使用的混淆,首先应依据姓名作为交往工具性特质确立两点前提:其一,需对所涉混淆的称谓进行使用。只有当所涉混淆称谓为不同个人而为使用,社会认知识别上才会发生混淆,否则不会产生侵权问题;其二,姓名在交往中出现混淆,需达到社会对混淆发生予以肯定的一般认识,但并不要求实际出现大面积的辨识错误。一来可以及时制止侵害结果扩散,减少损失;二来省去姓名权人举证麻烦,便于维权。

可以索引到明确个人身份的其他信息,如身份证号、医疗保险证号、驾驶证号、通讯地址及方式等。虽可被人冒用,但这些信息乃是身份确认的社会规范性要素,日常生活工作中不作交往性使用,在进一步的身份确认中,才会涉及。即,需要对这些身份信息进行确认时,也需要对

姓名称谓的确认。将这些要素纳入姓名权条款的保护,不符合姓名称谓的功能本质,也没有实际意义。<sup>②</sup>

在不同性质的主体之间虽然存在称谓相同、近似的情形,如自然人称谓与其他社会组织称谓相同、近似,但一般来说很难产生辨识的混淆。比如“李宁”作为自然人姓名,与作为社会组织的“李宁体育用品有限公司”不会发生辨认错误的情形。同样,自然人称谓与物品、动物名称重合者,也不会发生辨识上的错位。<sup>③</sup>所以,存在混淆危险的,应限于自然人正式姓名、假名之间的讨论。

在现有的信息化大环境下,个人身份的识别除了姓名,还有诸如身份证件、电话号码、个人照片等等,冒充他人需要全方位地捏造身份信息,这也使姓名权人较为容易发现他人的侵害行为,此类侵害也是《民法通则》第99条规定的典型的“假冒”。但在图书、音像资料出版行业,姓名仍是重要的个人信息识别工具。

《著作权法》第47条第3项规定“没有参加创作,为谋取个人名利,在他人作品上署名的”,应承担侵权责任;第48条第8项规定“制作、出售假冒他人署名的作品的”,也应承担侵权责任。以上规定表明,虚构作者与作品联系的,都应当承担侵权责任。如果是侵害相同权利,放在同一条或许较为合适;如果不同,那么分别侵害的是什么权利,条文并未说明。有的法院认为此

<sup>①</sup> 参见马波:《制度语境与法律概念功能的界定路径分析——以在先姓名权保护为视角》,载《内蒙古社会科学》(汉文版)2014年第2期;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;陈志兴:《使用自己姓名作为商标注册不得有不良影响——“刘德华”商标确权案引发的思考》,载《中华商标》2013年第8期;陈晓丹、袁婷:《当商标权遇上姓名权》,载《中华商标》2012年第6期;臧宝清:《关于姓名权与商标权冲突有关问题的思考》,载《中华商标》2013年第3期;冯晓青、谢蓉:《商标注册不得侵犯在先权利之姓名权——易建联公司与“易建联”商标注册争议纠纷案解析》,载《CHINA LAW》2012年第6期;丁颖、冀燕娜:《专门性域名争议解决机制中投诉人权益的认定》,载《知识产权》2013年第8期;来小鹏:《完善我国姓名注册商标的法律思考》,载《中国工商管理》2013年第2期;周波:《姓名权作为在先权利在〈商标法〉框架下的保护现状分析——〈商标法〉第三十一条的适用及其存在的问题》,载《中国专利与商标》2013年第1期;杜小卫:《域名抢注及其法律规制》,载《河北法学》2008年第6期;鄢斌:《UDRP网络姓名权保护规则研究》,载《法商研究》2007年第2期。

<sup>②</sup> 王泽鉴先生认为,就台湾地区“民法”第19条规定而言,“凡在社会交易及生活上具有识别性功能的标志,均应纳入受‘姓名权’保护的范畴”。参见王泽鉴:《人格权法》,台湾三民书局2012年版,第139页。

<sup>③</sup> 所以,将“以他人姓名称呼猫犬者”,不发生身份混淆错位,应视为不当使用姓名。在程度严重时,姓名权人亦可提出名誉权保护之诉,防御侵权人之不当行为。参见马爱农诉新世界出版社等不正当竞争纠纷上诉案。

两者均是侵害署名权的规定<sup>①</sup>，也有法院认为将他人姓名冠以非其作品的行为并非侵害姓名权人的署名权，而是姓名权。<sup>②</sup>

署名行为意喻著作权人对其作品表彰其与作者具有创作联系，作品附有作者人身属性。但对于市场而言，读者在遴选文化产品时并不事先预知其对产品的满意度，优秀的作者无疑与优秀的商业品牌一般，能够增加读者对该文化产品的兴趣与信心。署名权强调的是作品所吸附的特殊人身属性，是特殊姓名权，署名行为体现出的商业价值并非姓名权人人格内涵中的商业价值，而是作者将精神投入到作品中，作品本身具有的商业价值。正因为此，署名权的侵害要考察对象著作权人与作品是否实际存在客观对应联系。由此可见，《著作权法》第47条第3项表达的是他人侵害真实著作权人的署名权（并非假冒），第48条第8项则是著作权人侵害他人姓名权的假冒行为，其内涵与一般假冒他人的行为无二。

对于《著作权法》第48条第8项的禁止假冒规定，现实中较为特殊的情形则是，若登记姓名或者使用的笔名、艺名相同或相似，法院对是否构成假冒他人的意见并不统一。但一般看来，若确实引起受众对作品来源的辨识混淆，此时能否通过姓名权条款对被假冒人予以救济？又如，在许多文学影视作品中，出现了现实人物与虚拟人物之间的姓名相同或相近，是否会产生混淆？在具体情况的判断中，是否可依姓名权条款而保护现实人物姓名的独特性？

#### （一）使用相同姓名是否构成假冒

现实中同名同姓的情形并不少见，但在著作权的表达中如果是类似作品且对作者介绍语焉不详，则容易引起读者误认。假冒他人出版“伪书”或发行音像制品的，在我国屡见不鲜。<sup>③</sup>其

中最为有名的，则是“湖南王跃文诉河北王跃文等侵犯著作权、不正当竞争纠纷案”。在该案中，湖南王跃文是国家一级作家，其在1999年创作的小说《国画》口碑颇佳。而河北王跃文原名为王立山，改名后发表了长篇小说《国风》。《国风》一书对作者的简介是“王跃文，男，38岁，职业作家，发表作品近百万字，小说因触及敏感话题在全国引起较大争议”。湖南王跃文后起诉中元公司、华龄出版社和叶国军以及王立山制作、出售假冒其署名的作品，侵害其著作权，且对原告构成不正当竞争。

就河北王跃文假冒湖南王跃文，法院认为：尽管在《国风》一书发表前，湖南王跃文已经成为知名人士，但没有任何法律规定禁止他人使用与知名人士相同的署名。《国风》一书的作者署名“王跃文”，其来有据，是正当行使著作权中的署名权，不是《著作权法》第47条第8项（修订后为第48条第8项）所指的假冒他人署名，不侵犯湖南王跃文的著作权。而对于河北王跃文是否采取了不正当竞争手段，法院认为：“作为文化市场的经营者，作者往往通过在作品上署名，来传扬自己和自己的写作方式。消费者在选购图书时，作品题材和作者是其考虑的主要因素。知名作家在作品上的署名，已经成为图书的一种商品标识，发挥着指引消费者作出消费决定的重要作用。知名作家的署名一旦被借鉴、仿冒、攀附或淡化，就可能引导消费者作出错误的消费决定，从而影响到署名人的正当权益，因此这些行为属于不正当竞争。”于是裁判河北王跃文并非假冒湖南王跃文，但河北王跃文构成对湖南王跃文的不正当竞争，依法应当承担赔偿责任。<sup>④</sup>

在罗林案中，因歌手潘晓峰发行的专辑署名

<sup>①</sup> “广东金融学院与蒋峰侵犯著作权纠纷上诉案”，广东省高级人民法院（2006）粤高法民三终字第339号民事判决书；“姜国因与人民出版社、王晓辉侵害著作财产权纠纷案”，北京市第二中级人民法院（2011）二中民终字第20606号民事判决书。

<sup>②</sup> “何国贵因姓名权纠纷案”，北京市第一中级人民法院（2010）一中民终字第20117号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见：“郭敬明不满伪书侵占市场，呼吁国家健全知识产权法律管理”，<http://www.chinanews.com/cul/2012/06-09/3950919.shtml>；“虚假故事，能成为‘心灵鸡汤’吗”，[http://xh.xhby.net/mp2/html/2011-04/28/content\\_356394.htm](http://xh.xhby.net/mp2/html/2011-04/28/content_356394.htm)；“畅销伪书‘现形记’”，<http://news.163.com/10/0201/01/5UDCH4TS000120GR.html>。访问日期：2013年12月21日。

<sup>④</sup> 《最高人民法院公报》2005年第10期。

“西域刀郎”，并采用了与“刀郎”罗林类似的商品包装风格，从而引起纠纷。潘晓峰辩称，“刀郎”本为新疆少数民族称谓，属国民之共有财富，人人均得使用，其自称“西域刀郎”也与罗林之“刀郎”不同，不存在仿冒侵权。法院认为，尽管“刀郎”一词具有新疆少数民族文化等含义，但因罗林以艺名方式推出其歌曲作品为公众所认知，“刀郎”一词不仅带有原有含义，而且兼具“演唱者罗林”的特定署名含义。且潘晓峰专辑收录与罗林专辑曲风近似的歌曲，配以相近似的雪域背景，追求与罗林专辑近似的视觉效果，尤其在其专辑包装上标示演唱者潘晓峰“西域刀郎”艺名时，弱化使用“西域”，突出放大“刀郎”，其结果是对罗林“刀郎”艺名的使用和演唱者身份的假冒；且在包装内部介绍上，尚有多处未将“刀郎”与“西域刀郎”进行区分。最终法院认定飞乐影视制品公司与潘晓峰侵犯了罗林的作品署名权和表演者权，而非援引姓名权条款对其进行保护。在对“刀郎”与“西域刀郎”之间的混淆方式进行认定时，法院认为：“潘晓峰在非罗林创作的作品上署名为‘刀郎’，在非罗林演唱的作品上标注‘西域刀郎’，虽在‘刀郎’前加注‘西域’，但由于‘西域’与‘刀郎’的含义相关，并未产生修饰或限制作用，‘西域刀郎’与‘刀郎’并不具有实质区别，加之在具体使用中‘西域’二字仅以印章方式置于‘刀郎’二字左上角，字体大小与‘刀郎’二字不同比例，故‘西域刀郎’与‘刀郎’基本相同。”<sup>①</sup>

但还需注意的是该案一审法院判决意见：“本案争讼的是冒名问题。对此，我国《民法通则》规定了权利人有权制止假冒其姓名的行为，《著作权法》规定了署名权和假冒他人署名的法律责任，《反不正当竞争法》规定了经营者不得擅自使用他人姓名。上述法律均是针对冒名行为的法律规范，其中姓名权侧重于保护权利人的人格利益，制止假冒署名既保护人格利益，也保护财产利益，制止不正当竞争则主要保护财产利益。对作者署名或者表演者署名的假冒，冒用者

的目的不在于损害作者基于姓名的人格权益，而在于利用作者署名的影响推销自己的作品，所损害的是作者与作品的联系以及相应的财产权益，基于姓名权已不能给予有效的保护。侵犯署名权、不正当竞争之构成要件与侵犯姓名权之构成要件存在上述交集，相对于姓名权而言应属于特别规则。”<sup>②</sup>

与刀郎案相似的案件亦曾在我国台湾地区发生（“鱼夫、鱼父”案）。在该案中，上诉人笔名“鱼夫”，从事政治评论漫画写作经年，夙著盛誉。一审中原告“鱼夫”主张，其于1989年公职人员选举期间，绘制“请支持民进党成为有力的制衡力量”漫画广告，并登报刊载。同年11月30日《联合晚报》第九版下半版刊登署名“鱼父”，仿冒上诉人“1989年票选‘最受欢迎’评论漫画家”所绘制“谁能让下一代过得更好”漫画广告，极力丑化民进党人士，故认为“鱼父”侵害其姓名权。法院认为，是否侵害他人姓名权，系以使用之姓名是否可能使人产生误认混淆之虞为判断标准，“鱼夫”与“鱼父”均为绘制选举期间宣传漫画，惟其诉求之政治评论理论并不相同，图形外观互异，难以认为有抄袭、模仿的情形。<sup>[4]</sup>

在以上案例中，无论自称姓名或是登记姓名与他人相同或是相似，行为人确有自身行使姓名权利的合法基础（自我表达之自由），即便是因他人过失而产生了混淆误认，造成损失的，拥有相同文字姓名的其他权利人并无加害或不作为之违法。但将自身身份特征（特别是从严格的社会秩序角度来看）包装得跟他人一般无二，再将此身份投入社会交往，导致的后果必是在此因果关系下可期待的混淆状况及其不正当利益归属。此种行为本身即代表了对侵权后果的积极追求。此即梅迪库斯所谓“冒用他人姓名从事行为是指冒名者给出的姓名旨在指向某个特定的人，并且恰恰要使这个人接受私法上的约束”。<sup>[5]</sup>这是典型的制造辨识混淆而造成权利人之间法益失衡的行为。

如在王跃文案中，从王立山改名到创作《国

① 北京市第一中级人民法院（2006）一中民终字第6252号民事判决书。

② 而关于署名权的判断，笔者赞同只有作者才享有在作品上署名的权利，在作品上冒他人之名并非侵犯他人署名权的行为。参见王迁：《“署名”三辩——兼评“安顺地戏案”等近期案例》，载《法学家》2012年第1期。

风》进行出版发行,明显针对的是湖南王跃文的《国画》一书的影响力和市场价值。王立山之改名行为仅获得了使用该姓名的一般正当性。《著作权法》第48条第8项规定实则是保护姓名权人不被他人冒用姓名进行创作,并不关涉到姓名权人的著作权问题。虽然湖南王跃文所受经济利益损害由《反不正当竞争法》第5条第3项、第20条第1款得到救济,但登记重名而加以权利滥用者,应当认定是冒名侵权行为,应对原告姓名权上的精神利益请求(赔礼道歉)予以考虑。但法院认为赔礼道歉民事责任是人身权利受到侵害时,侵权人承担民事责任的方式。由于各被告的行为不构成侵犯著作权,故对此项诉讼请求不予支持。<sup>①</sup>

对于相似姓名混淆的案例,则需要在裁判上作进一步的深入分析。法院积极将“西域刀郎”认定为“刀郎”的冒用名,与现行相关法律规定密切相关。《著作权法》第48条规定:“有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任……(八)制作、出售假冒他人署名的作品的”;《反不正当竞争法》第5条规定:“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易,损害竞争对手……(三)擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人的商品”。根据上述法律规定,只有将“刀郎”与“西域刀郎”等同起来,才能进一步认定存在“假冒他人署名的作品”,以及“引人误认为是他人的商品”。但此仅是法院在机械套用法律,还是称谓(姓名)“相似”性混淆类型的侵权并无存在空间?抑或是《民法通则》第99条中的“冒用”姓名规定并不能解决此类问题?当“假名”伴随归属其下之作品成为商品进入市场时,该商品如何在消费群体中形成吸引力,符合消费者的品质预期,形成作品的相关联人物尤其是作者的标签效应是“假名”者所追求的。罗林案中法院认为“西域刀郎”在表达和包装上弱化“西域”,且“西域”

没有限定、指向效力,表达的含义应当理解为潘晓峰作为作者,此时所使用的身份表达即为“刀郎”而非“西域刀郎”。故实际上判断的关键应是该作品信息所指向的作者是否为“刀郎”,而不是“刀郎”与“西域刀郎”存在怎样的具体差别。生活中另有包装上标明“××新著”、“××续著”字样,实则是“××新”之作品的情形<sup>②</sup>,此时作品作者所欲表达的身份,按一般社会认知判断,也应是知名作家的身份。按这样的理解,采《民法通则》第99条、《著作权法》第48条第8项与《反不正当竞争法》第5条第3项中行为要件构成的严格解释,则较为妥当。

由上可知,“模仿”他人姓名是无法适用《民法通则》第99条之姓名冒用禁止条款的。分析此两案例的意义,在于突破字面文意的浅层纠缠,进一步追问在一般人看来“相似”称谓是否得为成立侵权的关键要素。姓名与其名义下的行为具有密切联系,姓名称谓在相似基础上是否构成混淆损害,不能孤立相关行为得出结论。具体而言,在罗林案中,“西域刀郎”与“刀郎”近似,两者署名下作品风格近似,商品包装也具有很多共同特点,结合起来就使得受众产生了其是“刀郎”的错觉。故而可以认为,“西域刀郎”这一称谓并不有损于“刀郎”的姓名权,惟“西域刀郎”在推广其作品的行为中进行了全面性的模仿,最终造成了混淆的发生。在这一行为中,出现了姓名侵权以及不正当竞争行为。而在“鱼夫”案中,抛开“鱼父”称谓是否与“鱼夫”近似这一问题,署“鱼父”名者所绘漫画广告意涵指向与“鱼夫”相左,信息受众面对相异观点,自然地不会认为此两幅作品出自同一人之手。故综合来看,两者之间并未发生混淆。

因此,在有其他表意信息(特别是商品)辅助的情形下,该“相似”称谓与原称谓皆指向同一人,即是等同于“使用他人姓名”(《反不正当

<sup>①</sup> 有关赔礼道歉民事责任的适用参见张红:《不表意自由与人格权保护——以赔礼道歉民事责任为中心》,载《中国社会科学》2013年第7期。

<sup>②</sup> “冒名金庸开博发《新越女剑》金庸要告假冒者”,<http://book.sina.com.cn/news/c/2007-04-18/1335213679.shtml>,访问日期:2013年12月11日。

竞争法》第5条第3项前段)。<sup>①</sup>尤其是在市场环境中,个人称谓相似,例不胜数。而在一般社会交往中,尽合理之注意义务,对相似人物的称谓进行识别,也是对正常社会活动参与者的一种基本要求。但在商家的各种销售手段下,消费者了解到的信息具有阶段性和诱导性。此种混淆行为属对消费者的欺骗性宣传,应认定为欺诈行为。<sup>[6]</sup>消费者自可依据《消费者权益保护法》第55条的规定,要求适用惩罚性赔偿。

## (二) 作品描写人物姓名混淆侵权

### 1. 写实性作品描写中的姓名混淆

作品中所出现的人物称谓重合乃是指书刊、电影等作品中人物的姓名与现实中人物之姓名重合。<sup>[7]</sup>此种情形,若以真实人物作传记、访谈类创作,多在未有姓名权人授权的情形下,创作有关该人之传记、人生感悟或捏造、暴露姓名权人之隐私等信息,是为对姓名权人人格上的不当堆砌。在张艺谋案中,由被告黄晓阳所著《印象中国:张艺谋传》一书,于2008年8月经被告华夏出版社出版发行,该书封面为张艺谋肖像,肖像下方署有“张艺谋”字样的手写签名。该书内容涉及原告张艺谋婚姻家庭、个人情感、事业成就等诸多方面。书中多处内容直接描述了原告张艺谋的婚姻生活及感情纠葛,且相关内容多以“他或张艺谋说”的描述方式出现。原告张艺谋以两被告以营利为目的,未经张艺谋授权许可使用其个人肖像、伪造其签名,道听途说、肆意捏造内容,并大肆对外公布张艺谋的隐私为由,主张被告侵害其肖像权、姓名权、名誉权,诉至法院要求赔偿。<sup>②</sup>在杨澜案中,被告北京工业大学出版社于2009年12月未经杨澜授权出版发行了《杨澜给女人24堂幸福课》一书,作者为李文静。该书不但以杨澜的姓名命名,且在封面、页面使用了大量的杨澜肖像照片,通篇贯穿杨澜的经历、经验以及“杨澜认为”等表述形式。杨澜以被告出版社及作者通过强行将侵权作品与杨澜

之间建立联系,使公众误以为这一联系的存在,以实现违法获利为由,诉至法院要求赔偿。<sup>③</sup>在上述两则案例中,姓名权所受的侵害主要来源于未经姓名权人授权使用了姓名权人之签名(张艺谋案),或似在杨澜案中,以杨澜第一人称的表述形式,使作品与杨澜之间建立错误联系。以上类型之侵权,亦涉及对姓名权人的名誉、隐私利益的侵犯。其对于人格上利益的其他侵害,应针对不同客体所受损失以寻求救济。

### 2. 虚构作品描写中的姓名混淆

另外的情形是,作品与现实并无直接契合,但不脱离真实世界的基本架构。就创作者角度而言,分为创作者事先知道现实中此人的存在并以其为原型进行同名形象之创作、创作者事先知道现实中此人但改变其形象进行创作和创作者不知现实其人之形象而为创作。<sup>④</sup>但在诉讼中此种分类之判断将会十分困难,因为单从主观意愿出发很难得出创作者是否存在恶意——作者创作的人物的姓名偶尔与实际存在的姓名一致,常常会给实际存在的人物带来麻烦,但此种行为不具有违法性,原则上受害人对这种姓名的使用只能容忍。<sup>[8]</sup>原告难以证明被告存在主观恶意。一般而言,恶意创作某形象与现实人物吻合,虽难以造成大众对现实中某个人的混淆误认,但对影射之人却可能造成形象上之影响(如对名誉权或私生活的侵害)。当小说家、戏剧作家或电影编剧对其作品中的人物使用与现实某个真人相同之姓名时,该真实存在人得否对上述小说家等,提起禁止(或请求变更)使用该姓名并请求损害赔偿之诉讼?此涉及对“姓名之尊重”与“文学及艺术之创作自由”之对立的重大法益衡量问题。

有关这一问题,实务案例鲜见。在德国实务上有人认为,在文学作品或者电影中使用他人姓名,非属姓名权之侵害,盖其不构成姓名使用,而仅为单纯之姓名提及(names nennung)。此类

<sup>①</sup> 实际上,此处是因有不实描述或非经授权进行纪实性描述,导致被描写之姓名权人与该作品及作品中之描述发生不应有之关联。

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院(2010)高民终字第411号民事判决书。

<sup>③</sup> “杨澜‘被出书’案一审胜诉获赔偿45万元”,<http://365jia.cn/news/2011-09-20/6E5D1831AB460A02.html>,访问日期:2012年5月13日。

<sup>④</sup> 参见杨立新:《小说侵权责任研究》讲稿,2001年9月5日,第5-8页。

情形,应借由一般人格权,就可能侵害私领域或名誉之情事,加以救济。<sup>[9]</sup>法国裁判见解认为真实人物亦可与作品中虚拟人物发生混淆关系,但仅有“混淆之危险”尚不满足,须有因该混淆而有“损害”之情事,即权利人须证明“足生损害之混淆”(confusion damageable)或其危险之存在。但其实质也是针对虚拟人物与现实人物姓名重合时,所投射的不良依附影响。<sup>[10]</sup>例如,在法国的一则案例中,知名电影导演K于其所制作上映之电影中,有一诱拐小孩之角色,该诱拐犯为取信于电影中小孩之双亲,而有一句“我是S公司之宣传部部长‘Henri Chemin’”的对白,然而在现实生活中,实际上确有S公司,且于同样部门之负责人姓名就有“Henri Chemin”存在。就此一案例,巴黎第二审上诉法院判决命该电影导演与电影公司应给付“Henri Chemin”12 000法郎之损害赔偿。<sup>①</sup>对于“足生损害”之混淆危险,在多数裁判上,均认为应限于小说家等人就其等著作中所使用之角色系属“可憎恶的”(odious)、“感觉不好的”(déplaisant)、“滑稽的”(ridicule)之角色时,权利人始得对小说家等人有所请求。例如,某称姓为“d’Arenberg”之公爵,对A电影公司起诉请求禁止A公司在其某部电影中继续使用该“d’Arenberg”之音声与表记并请求损害赔偿,法院最后驳回原告之请求,认为电影中以“von Arenberg”之姓登场之德军将领,该人未必是被描述成“可憎恶的”或系“滑稽的”角色。<sup>②</sup>

除上面所述的要件外,如若要对创作者的主观过错作出判断,应尚有需要注意之处。小说作家等人于写作时已知悉该已存之人物,并有意地使该真实人物姓名于其作品中出现之事例不在少数,然而因不注意或系因调查不周而出现的情况同样存在。此时法院裁判需进一步求诸被告是否有故意过失存在。就后述情形,作家于写作当时固可能不知有“可生损害”之混淆危险存在,惟其接到本人之抗议后,倘未为适当处置,则可能被认为是已具有故意过失。比如,作家D的小说

中有一担任上尉的“姓”为“Duglandier de la Bastie”的角色,该上尉后来变成俘虏,然而,该上尉对于其被俘虏同伴间之脱逃计划,竟以不能突出其才能为由而拒绝参加该脱逃计划;另一方面,有一担任将领的姓名为“Royer de la Bastie”的真实人物存在,且该人于担任上尉时曾为德军所俘虏,并有几次试图脱逃的经历。其对该作家D提起诉讼,请求禁止该小说使用其“姓”、损害赔偿及登报澄清。第一审法院判决原告胜诉(损害赔偿金额为50万法郎),被告提起上诉,上诉法院认同原告大部分请求(但损害赔偿金额减为仅赔偿1法郎)。值得注意的是,上诉法院针对“于取得同意或因不注意而使用某‘姓’时,对于‘可生损害’之混淆有所助力之场合”,肯定原告有提出异议权利问题上的意见评述。盖原审系认定倘被告调查现役军人名簿,即可避免发生混淆之危险,对于此,上诉审并不认为就此点而言被告方面有何过失存在(因在现役军人名簿上,原告之姓名被记载于“Royer”之处),但上诉审判认为被告于知道原告提出抗议后,仍然未有适当处理,故认为被告有不注意之情事存在而存有过失。<sup>③</sup>

通过德、法两国司法裁判及学说,结合我国现有情况,可以发现,对于创作的文学作品、电影中的人物与真实人物姓名相同的情形(传记类作品除外),虽然在某些场合会引起读者(观众)对持有该姓名人士其经历、品行的误解,但很难产生对现实中人物身份定位的破坏的后果。换言之,此种姓名指称不会导致该姓名下自然人身份确定的混淆(将真实人物与虚构人物混淆起来是难以想象的),自然不应交由控制身份属性的姓名权予以考量,而在创作人有主观歪曲故意时,对姓名权人的名誉、隐私造成侵害,自有相应权利类型予以保护。

### 三、盗用:姓名商业利用混淆侵权

使用与他人相同的姓名制造称谓混淆,称谓

① 巴黎高等法院1974年3月16日判决J. C. P., 1975. II. 17935。

② 谢努大审法院1962年3月13日判决Gaz. pal. 1962. II. 158。

③ 巴黎高等法院1957年7月10日判决D. 1957. 622。

混淆导致行为、贡献归属（不管是法律意义上还是社会影响上）都会出现错误。<sup>[11]</sup>在广告、商标、企业名称、网络域名等涉及姓名使用的场合，虽然一般不会出现个人称谓上的混淆，但在携有知名人士姓名的广告、商标等上却可能出现与姓名权人未予授权使用其姓名的情形。在这种情形下标示出的姓名所指向的姓名权人是明确、特定的，只是这种姓名使用和姓名权人之间的关联性存在问题，导致称谓利益发生分流与减损。

因而，姓名外化关联混淆的发生，必须限定在对姓名权人的称谓本身进行利用表彰的范围内，而非携有其姓名下一切行为的总结。换言之，姓名外化关联的混淆，不发生姓名权人身份错位与辨识混淆的结果，是为一般人对该关联关系与该姓名权人称谓下其他同质关联关系的混淆。

姓名权人若欲避免此种混淆发生，核心的内容即是控制他人对自身姓名的关联性使用。而这一控制的范围与力度，必须符合称谓关联“混淆”的界定内涵。就范围而言，将他人姓名用于标示物品或社会组织，则易产生该人与标示对象间有一定关系的印象，但仅以产生错误印象为由即认为构成姓名权侵害，容易无限上纲至将一切藉由姓名指称导致错误印象的行为，均归属为侵害姓名权，势必有所限制。<sup>[12]</sup>而称谓关联“混淆”中所涉之关联关系，必须在该姓名下有其他相同性质之关联关系可与之类比，或按一般社会认知可予推知。这一类关联关系众多而活跃存在的，是为商业利用之场合。因此，称谓利益“混淆”的适用集中在了商业利用中姓名归属的不正确排除。申言之，在明知或可推知姓名权人决然不会允许其称谓存在与某项事业的关联关系时，此时应认定为不当使用他人姓名而非盗用他人姓名。<sup>①</sup>

而对于控制力度即“关联性”程度的要求，反映的则是姓名权人的称谓与商业利用中所标示出的文字符号的联系紧密程度。只有探明该文字符号所指即唯一的姓名权利人，才能进一步判断该关联关系是否导致称谓利益的“混淆”。在存

有重名的前提下，姓名权利人的明确，需通过实际情形具体推断；而商标的文字符号与姓名之间，若存在一定差异（相似关系），是否可得其确为姓名权人所持有的称谓，值得讨论；另外值得关注的是，在广告活动中，对姓名权人称谓的使用手法，也存在不同情况。厂商可藉由特殊的广告手法，使得遭到无权使用的姓名或肖像具有吸引消费者目光的作用，且不会引起该名人为商品“背书”之误认。<sup>[13]</sup>这些侵权手法的不同，对姓名权人人格利益与经济利益的损害，需进一步研究。围绕以上两点，现针对姓名称谓在商业广告、商标使用、网络运用三个方面的具体问题，讨论称谓关联“混淆”在其中的形成与适法处理。

### （一）商业广告中的姓名关联混淆侵权

#### 1. 王海案

1996年10月，上诉人王海去往协作公司下属协和商场一次，未购到假货。1997年1月21日，协和公司在《华西都市报》刊登一则宣传商品优惠活动的广告，在众多广告词中写有“打假英雄王海三到协和无功而返”的词句。上诉人王海认为此则广告严重侵害了原告的姓名权和名誉权，诉求法院要求被上诉人赔偿其姓名权、名誉权损失，并赔礼道歉。被上诉人协和公司辩称其广告并未贬低王海人格，且全国众多打假者皆称“王海”，协和公司广告词中涉及的“王海”乃是泛指，并不指向本案中的原告王海。该广告词“打假英雄王海三到协和无功而返”不构成对王海名誉及姓名侵权。

就姓名侵权得否认定，一审法院认为：“该公司发布的广告词没有实施干涉王海决定、使用、依照规定改变姓名的行为。协和公司以自己的名义对外宣传促销，也无假冒王海姓名的行为……对于广告词中出现‘王海’的姓名，协和公司的行为欠妥，但广告词中大部分内容均未涉及王海姓名，不属盗用王海的名义以进行广告促销活动，而是以王海到协和公司未购到假货来证明该公司无假货的事实。”因此，协和公司的该广告词不构成对王海姓名权的侵害。<sup>②</sup>

① BGHZ 26, 349.

② 四川省成都市中级人民法院（1997）成民初字第136号民事判决书。

王海不服一审判决,诉至四川省高院。二审法院经审理认为:“协和公司在促销广告中使用‘打假英雄王海三到协和无功而返’的广告词,虽然真实地反映了王海未购得假货的事实,但未征求姓名权人王海的同意,违反了《中华人民共和国广告法》第25条的规定<sup>①</sup>,其擅自使用王海姓名的行为侵害了公民以代表其身份,参与各种民事活动的姓名权,已构成对王海姓名权的侵害。”故判令被上诉人登报道歉,并赔偿王海损失费人民币5000元。<sup>②</sup>

## 2. 高信谭案

在我国台湾地区,与王海案同年发生的“高高兴兴谈灵芝案”(以下简称高信谭案)亦有比较价值。在该案中,原告诉称,被告双鹤企业股份有限公司于招揽一般民众加入成为直销商的说明会中,在被告的广告活动中,有如下表述:“在这张幻灯片上,各位可能对这位朋友蛮熟悉的,他就是名嘴高信谭先生。这张幻灯片是在民国七十六年十一月的时候华视新闻杂志上播出的这个节目,这里讲的一段话就在这里:‘国科会有意大量推广灵芝栽培及研究’”,“这张幻灯片的人你们认识吧,那是知名节目主持人高信谭先生。他是一位学者及华视新闻杂志的主持人,他可不是随随便便讲的,再说他的名字取得有多好?高高兴兴地谈。”提及原告之姓名。

台湾地区高等法院认为:“上述录影带中并无冒用上诉人姓名,亦无不当使用上诉人之姓名,自无侵害上诉人姓名权可言,另从上诉人所主张之演讲录影带内容观之,整个演讲内容中仅有其中一句话提及上诉人之姓名,即研究者赞誉上诉人为名嘴云云,而‘名嘴’一词之使用,就一般社会观念而言,显系正面之评价,如此之引用,既非冒用上诉人姓名,更未就上诉人姓名作不当使用,自难谓被上诉人已侵害上诉人之姓

名权。”

但其高等法院也承认:“上述录影带演讲者亦自承……又称‘这卷带子大家看过吗?也许新来的朋友没有看过,没关系,带你来的朋友会有,先向他借回去看,里面有专家学者。当然,这卷带子看过了以后,你对灵芝就有进一步认识了’……演讲者恐客户对该录影带并无兴趣,乃介绍该录影带系由名嘴高信谭先生所主持以引起客户对该录影带之兴趣,进而观赏该录影带以达推销之目的。”<sup>③</sup>

## 3. 广告非授权使用姓名的严格限制

广告的内容中各表现要素有主次之分,姓名权人的称谓在广告中对该商品或服务的宣传作用也要根据实际情形进行判断。正面推介、招揽消费者的广告形式的称谓利用,可谓“推荐商业活动”的关联关系的构建,未获得允许时,姓名权人自得请求禁止。存在的问题是,在很多场合,因使用特殊的广告手法,其中并不表明姓名权人与商品之间的推介关系,却能藉由名人姓名的呈现,吸引广告接受者的目光。

这方面的事例,美国法上常见的有“拒绝性代言”(disclaimer endorsement)<sup>④</sup>。就此情形,美国实务上认为系对姓名的商业使用,成立对公开权的侵害。<sup>⑤</sup>其学者认为,若广告可以毫无限制地使用名人的人格特征,会造成消费者的错误印象,以为这些名人都同意其人格特征被广告使用,而且支持这些广告的商品。<sup>[14]</sup>而在德国的司法实践中,已将在广告中使用姓名定性为一般“自由提及姓名”的例外。德国联邦最高法院赋予了姓名权人一项对在广告中使用姓名的排他性决定权,从而扩充了姓名权的权利范围。<sup>[15]</sup>目前德国学界的通说见解也认为,当广告导致接受广告者产生一种姓名权人已同意该姓名的使用的错误印象时,即构成对姓名权的侵害。<sup>[16]</sup>

① 《广告法》第25条规定:“广告主或者广告经营者在广告中使用他人名义或者形象的,应当事先取得其书面同意;使用无民事行为能力人、限制民事行为能力人的名义或者形象的,应当事先取得其监护人的书面同意。”

② 四川省高级人民法院(1997)川民终字第170号民事判决书。

③ 台湾地区高等法院1996年重上字第136号判决。

④ 例如,酒商所作广告:“知名美式足球后卫Ira Idaho或许是联盟最佳球员,但他从未尝试Double D啤酒。你为什么?”参见McCARHTY, § 5.4 [A], 5-25。又如,“他是世界上最强大国家的总统,但他从未拥有一品脱的Mansfield(酒名)”。McCARHTY, § 5.4 [B], 5-31。

⑤ 参照同类型判决:Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983)。

相比台湾案件的处理,大陆法院对王海案的处理较为符合姓名权保护的内涵。该案中商家利用王海生平“踊跃打假”的一贯作风与其购物行为相结合,以达商业宣传效果。对于此种利益受损,虽不构成《民法通则》第99条之盗用、冒用,但属造成“授权使用”印象,“干涉”姓名权人自主建立关联关系之举。又《广告法》第25条对商业广告予以特别规制,商业广告中未经授权的姓名使用——无论其为商业代言抑或是无涉提及——都受到法律上的禁止。

由于我国姓名权具有“不当使用”防止的内涵,对此问题无需求助于一般人格权方法上的介入,结合美国法、德国法的观点,可以认为,在商业广告中使用他人姓名称谓,即使该使用行为并不形成直接的商业活动推荐的关联关系,只要形成“授权使用”的印象,就属于不当使用权利人姓名称谓。至于赔偿方面,对广告宣传中的商业活动并未形成直接推荐的,自然不能要求以代言使用之费用或剥夺其他商业机会之损失要求赔偿,应以自主决定性精神利益受损请求金钱赔偿。

## (二) 商标注册中的姓名关联混淆侵权

商标权人(注册申请人)运用与姓名称谓相同或类似的构造方式建立的商标,一方面希望该商标发挥对其所标示的特定商品或服务对不同消费群体进行特定性指引的功能,另一方面则希望消费者受该姓名称谓下特定个体巨大影响力之吸引,提高其商业活动价值。<sup>[17]</sup>就此两方面功能来看,对商品的区分不良所产生的纠纷在于商业领域内标示的冲突,包括商标之间的冲突以及商标与企业名称的冲突。只有在第二种功能中,商标所表达出的与姓名权人具有关联关系失当,造成消费者的误解,才需要姓名权这一“在先权利”

予以修正。<sup>①</sup>

### 1. 基于姓名加工的商标注册侵权

在“乔丹”商标异议复审案中,商标评审委员会(以下简称“商评委”)认定,运动员迈克尔·乔丹仅在篮球运动领域具有一定知名度。“乔丹”为英美普通姓氏,在除篮球运动之外的其他领域,“乔丹”并不与运动员迈克尔·乔丹具有唯一对应关系。申请人将被异议商标申请注册在绳索等商品上不会损害迈克尔·乔丹的姓名权,进而不会损害相应的商业权利。<sup>②</sup>

在“云迪及图”商标争议案中,争议商标的中文是申请人李云迪的名。商评委裁定认定争议商标由中文“云迪”、对应的汉语拼音及钢琴琴键、半个吉他图形组合构成,与申请人姓名在文字构成、呼叫、含义等方面相近,争议商标使用的钢琴等商品与申请人享有一定知名度的钢琴演奏领域存在较强的关联性,故争议商标易造成相关公众误认为争议商标与申请人存在特定关联,从而对申请人的姓名权造成损害。<sup>③</sup>

在“IVERSON及图”等商标异议复审案件中,商评委认定“IVERSON”本身为普通美国姓氏,并非ALLEN IVERSON的姓名全称,故对申请人姓名权的主张,未予支持。此案进入诉讼程序后,一审法院判决撤销了被诉裁定。一审判决认为,ALLEN IVERSON对其姓名享有姓名权。在案证据可以证明NBA篮球明星ALLEN IVERSON在中国具有较高的知名度,且通常被称为IVERSON。第三人对IVERSON与篮球之间的关系应有所认知。与第三人有关的企业实际生产篮球鞋产品且其企业网站中所作的宣传均在相关程序上指向NBA篮球明星ALLEN IVERSON。故第三人具有不正当目的,

<sup>①</sup> 我国2013年修订的《商标法》第9条规定:“申请注册的商标,应当有显著特征,便于识别,并不得与他人已在先取得的合法权利相冲突”;第32条亦规定:“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”。

<sup>②</sup> 中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2010]第08314号异议复审裁定书。

<sup>③</sup> 见中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2009]第25683号复审第07111号争议裁定书。按照关于注册商标损害姓名权的一般审理标准,此案可以裁定姓名权理由不成立。但是,考虑到争议商标图样构成及指定使用商品情况,根据相关公众的一般认知,有可能会将争议商标与申请人联系起来。商评委裁定实际上考虑了李云迪作为知名人物的整体形象。

构成对 ALLEN IVERSON 姓名权的损害。<sup>①</sup>

结合上文中关于个人姓名称谓“相似”而产生混淆的论述,发现商标与特定姓名权人的关联关系的成立,要有固定相应的客观标准,比如,所在国对符号标示的一般社会认知程度、经济发展规范化阶段、文化习俗传统等。实际上,姓名的使用方式具有多种形式,如国人对西方人的姓名较不熟悉,有时姓氏较名字更具有识别作用,如大卫·贝克汉姆、比尔·克林顿等姓名中,姓氏往往比名字更为人们熟知。<sup>[18]</sup>虽然在大部分情况下,需要姓氏和名字结合起来才能准确指向某一具体的自然人,但由于商标标识中可以附加图形或其他要素,商标所运用的商品或服务亦可以起到指向或暗示某一领域特定人士的作用,故仅标示出姓氏或名字亦存在能与某一自然人联系起来的情形。如以歌星的姓氏或名字加一麦克风图形、体育明星的姓氏或名字加一运动动作或运动器材等,再将其使用在与娱乐、体育相关的商品、服务上,完全有可能使公众将其与某歌星或体育明星联系起来。综上,商标整体的识别与姓名完全一致的识别应作同等考量,即商标整体形成的身份性指向明确时,此商标利用他人身份进行宣传的手段,视同直接利用他人姓名而注册商标。

而以他人姓名谐音商品或服务用途,作为商标注册的情况下(如“锅德刚”、“泻停封”、“流得滑”等),消费者一般不会认为姓名权人对商标文字构造具有授权性使用,并不会产生错误的关联关系认识,故难以通过姓名权对其进行异议。但是在这种情况下,若涉及具有较高社会知名度的公众人物,商标的读音与公众人物的姓名读音完全一致,相关公众仍会将涉案商标与公众人物联系在一起,如不进行制止,则可能致使戏谑、影射他人之风盛行,有违我国所提倡的尊重道德。例如在“贝壳汉母 BECOHAM”商标争议案件中,商评委对申请人大卫·贝克汉姆依据姓名权提出的请求未予支持,但是认为申请人作

为世界知名足球运动员已在中国享有较高声誉和影响力,申请人姓名中文译名“大卫·贝克汉姆”与“DAVID BECKHAM”亦已形成较为密切的指代、对应关系。争议商标与申请人姓氏及其中文翻译在构成、读者上相近,指定使用在避孕套等商品上,易使相关公众误认为使用该商标的上述产品经申请人授权或者存在其他特定联系,从而对相关公众产生误导,有害于社会主义市场秩序及社会主义道德风尚。<sup>②</sup>对此,应依据《商标法》第10条第8项中“其他不良影响”的条款进行处理。

## 2. 基于重名的商标注册侵权

在“刘德华”商标争议案中,内地“刘德华”于2004年在洗面奶、去污剂、化妆品、洗发液等商品上申请注册“刘德华”商标,2007年该商标获准注册(后该商标几经转手,由广州市金栢丽保健品有限公司(以下简称金栢丽公司)取得)。2009年,亨泰环宇有限公司(以下简称亨泰公司)提出撤销争议商标注册的申请,其主要理由包括争议商标侵犯了其旗下著名艺人刘德华的姓名权以及争议商标的注册具有不良影响,扰乱了市场竞争秩序。

2011年5月,商标评审委员会作出裁定,该裁定认定:(1)“刘德华”是争议商标最初的注册申请人的真实姓名,也是亨泰公司旗下艺人刘德华的艺名,两人都依法享有姓名权。(2)争议商标与艺人刘德华姓名相同,后者已具有一定的社会知名度,其姓名已为公众所熟知,争议商标核定使用的商品与后者所从事的演艺事业及其商业价值有密切联系,故在实际使用中易使消费者产生联想,从而产生商品来源的误认,损害了广大消费者和艺人刘德华的合法权益,具有不良影响。综上,商标评审委员会依据《商标法》第10条第8项的规定,裁定争议商标予以撤销。<sup>③</sup>

金栢丽公司不服裁定,诉至法院并辩称公民

<sup>①</sup> 中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2011]第21810号异议复审裁定书、北京市第一中级人民法院(2012)一中知行初字第1384号行政判决书。

<sup>②</sup> 中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2010]第17044号商标争议裁定书。

<sup>③</sup> 中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商评字[2011]第09341号关于第4143917号“刘德华”商标争议裁定。

将自己的姓名作为商标使用,哪怕与名人姓名相同,只要其是将商标交由经营者正常使用,其行为本身不具有恶意,法律就不应禁止该行为。法院认为,本案争议商标的原始注册申请人名叫刘德华,虽然法律规定公民有使用自己姓名的权利,但将姓名注册为商标的使用方式已非公民正当权利行使之必需。《商标法》第10条第8项规定,有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志不得作为商标使用。在判断有关标志是否属于具有其他不良影响的情形时,一般应当考虑该标志或者其构成要素是否可能对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响。如果有关标志的注册既损害特定民事权益,又可能对代表社会公共利益的广大消费者的合法权益产生消极、负面影响,则可以认定属于有其他不良影响的情形。因此,争议商标已经构成《商标法》第10条第8项所述的有其他不良影响的标志,不得作为商标注册和使用。<sup>[19]</sup>

在现有商标审查中,“不良影响”条款的大量适用,使私权与公益、主动审查与当事人主张等范畴之间的界限模糊,有损法条适用的平衡性。<sup>[20]</sup>在审理该案时,最高院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》已然生效,但商评委及法院的处理思路仍是立足于“刘德华”商标所带来的“不良影响”而适用《商标法》第10条第8项之规定。此种处理立场,应是意识到姓名权人基于其姓名利用之权能而实现商标利益的机会平等性,但这种机会平等必须与权利人通过努力而获得的影响力形成充分的协调。上述案例中所针对的商标如果投入使用,虽有引起消费者误认其产品来源的隐患,但造成消费者损失的,更多的是产品本身质量低劣或质价不一,消费其中名人价值的部分要放到次要位置。即造成误认的“不良影响”乃是姓名权人称谓关联混淆的社会效果之一种,受到主要侵害的,仍是姓名权人的私人利益。

姓名权作为具体人格权之一,其负载的利益主要包括负载于人格中、维持身份一致性利益对姓名商业价值的独占的利益。由此,姓名权的保护范围是人的“身份一致性”利益及姓名商业价值的独占利益,即确保姓名主体对外形成正确的

社会印象,不发生误认,以及独占地利用姓名所承载的商业价值。<sup>[21]</sup>因此,判断诉争商标是否侵犯他人姓名权时必须以该姓名在先具有一定的知名度或者有明确的指向为前提。特定的姓名标志与个人形成对应关系,该姓名上所承载的商业利益也就唯一归属于该姓名权人。

由此我们应当认为,即使有相同姓名情形的存在,非知名一方注册该姓名的,属违反诚实信用原则而捏造该商标与知名一方或确切指向之人存在不实关联关系的,应由被侵权人通过《民法通则》第99条及《侵权责任法》第2条、第6条、第15条、第20条诉求权利回复并赔偿损失,而违法商标则依据《商标法》第9条、第32条诉求撤销。

### (三) 域名注册中的姓名关联混淆侵权

#### 1. 周立波案

2007年10月,一位叫岳彤宇的北京女士注册了域名“zhoulibo.com”。2011年5月10日, zhoulibo.com 网站上显示要约出售涉案域名的信息。2011年9月,周立波以该域名主要部分与其姓名的汉语拼音完全一致,足以导致用户混淆为由,向亚洲域名争议解决中心投诉,要求将争议的域名转移至其名下。该中心于同年12月作出裁决,将该争议域名转让给周立波。2011年12月16日,岳彤宇向上海市第二中级人民法院提起本案诉讼。上海市第二中级人民法院在2012年4月27日作出判决,驳回原告岳彤宇继续持有和使用 zhoulibo.com 域名的诉讼请求。之后岳彤宇不服一审判决向上海市高级人民法院提起上诉,上海市高级人民法院在2012年9月作出终审判决,驳回岳彤宇的起诉,维持原判。

一审法院认为:其一,被告周立波对其姓名“周立波”及其拼音“zhoulibo”享有禁止他人擅自使用或禁止他人以不正当手段从事市场交易等经营活动的合法权益。其二,原告岳彤宇对涉案域名或其主要部分既不享有合法权益,又无注册、使用涉案域名的正当理由;且原告岳彤宇在明知涉案域名的主要部分“zhoulibo”与被告周立波的姓名“周立波”相近似,与被告周立波姓名的拼音“zhoulibo”相同,已足以使相关公众产生涉案域名与被告周立波相关联的误认的情况下,擅自将涉案域名与被告周立波相关联,并以

人民币10万元的要约高价出售的方式转让涉案域名,以期获得不正当利益。

故原告岳彤宇注册、使用涉案域名具有明显恶意,其注册、使用涉案域名的行为属于擅自使用他人姓名,足以造成相关公众误认的不正当竞争行为。依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第5条第3项,《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》第6条第2款,《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条、第5条第1款第3项、第8条的规定,判决驳回原告岳彤宇的诉讼请求。<sup>①</sup>二审法院支持一审法院的裁判论证,认定上诉人岳彤宇注册、使用涉案域名的行为属于擅自使用他人姓名,足以造成相关公众误认的不正当竞争行为,符合《中华人民共和国反不正当竞争法》第5条第3项规定的情形。<sup>②</sup>

对于周立波域名争议一案,根据《反不正当竞争司法解释》第6条第2款<sup>③</sup>的规定,只要具有一定市场知名度、为相关公众所知悉的名称都可以受到保护。这也与域名争议专门解决机制中关于受保护的姓名需满足“显著性和与商品服务联系的排他指向性”这些惯例要求十分类似。《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》(以下简称《域名争议解决办法》)中对域名注册过

程中受保护的姓名并未作出规定,但学者大多倾向于参考《统一域名争议解决政策》(以下简称UDRP)机制下商标权的标准来检验投诉人姓名能否受到保护。其具体标准主要有两个:首先要满足显著性,其次要满足引申意义。这两个要件必须同时满足,缺一不可。显著性通常是通过表明姓名权人声名卓著、其姓名具有明显特征易被识别来证明。一般而言,像作家、音乐家、演员这样的名人的姓名权益更容易获得保护,因为他们的名字更容易被人知晓,而且他们也有作品或商品服务向消费者提供,以自己的名字来区别商品的来源。而引申意义一般是姓名权人通过在商业活动中使用姓名或者通过使用姓名提供了商品或服务,因而在公众心目中形成了一种排他的指向性,能够使得消费者将姓名与这种商品和服务固定地联系起来,从而具备商标的标识性特征。<sup>[22]</sup>

而对于具体侵权成立满足条件的认定,我国《域名纠纷司法解释》也在第4条<sup>④</sup>对“原告的权益认定、混淆相似性问题、被告与争议标的关系等”作出规定,这与我国《域名争议解决办法》的规定一致。<sup>⑤</sup>之后在第5条<sup>⑥</sup>还对被告行为恶意的认定情形作了相应规定。而且依据《域名纠纷司法解释》第7条的规定,构成不正当竞

① 上海市第二中级人民法院(2011)沪二中民五(知)初字第171号民事判决书。

② 上海市高级人民法院(2011)沪高民三(知)终字第55号民事判决书。

③ 《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》第6条第2款规定:“在商品经营中使用的自然人的姓名,应当认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的‘姓名’。具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的自然人的笔名、艺名等,可以认定为反不正当竞争法第五条第(三)项规定的‘姓名’。”

④ 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定:“人民法院审理域名纠纷案件,对符合以下各项条件的,应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争:(一)原告请求保护的民事权益合法有效。(二)被告域名或其大部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译;或者与原告的注册商标、域名等相同或近似,足以造成相关公众的误认。(三)被告对该域名或其大部分不享有权益,也无注册、使用该域名的正当理由。(四)被告对该域名的注册、使用具有恶意。”

⑤ 《域名争议解决办法》第8条规定:符合下列条件的,投诉应当得到支持:(一)被投诉的域名与投诉人享有民事权益的名称或者标志相同,或者具有足以导致混淆的近似性;(二)被投诉的域名持有人对域名或者其主要部分不享有合法权益;(三)被投诉的域名持有人对域名的注册或者使用具有恶意。

⑥ 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条规定:“被告的行为被证明具有下列情形之一的,人民法院应当认定其具有恶意:(一)为商业目的将他人驰名商标注册为域名的;(二)为商业目的注册、使用与原告的注册商标、域名等相同或近似的域名,故意造成与原告提供的产品、服务或者原告网站的混淆,误导网络用户访问其网站或其他在线站点的;(三)曾要约高价出售、出租或以其他方式转让该域名获取不正当利益的;(四)注册域名后自己并不使用也未准备使用,而有意阻止权利人注册该域名的;(五)具有其他恶意情形的。”

争的可以适用《反不正当竞争法》第2条第1款<sup>①</sup>的规定。这意味着即使不构成擅自使用他人姓名,足以造成相关公众误认的不正当竞争行为类型,法院也可以依据公平、诚信原则判断抢注他人姓名的域名行为是否构成不正当竞争。

尽管将抢注他人姓名作为域名的行为可以纳入反不正当竞争法模式中加以规制,从而能够较好地保护具有姓名权益的主体的财产利益,但这并非意味着适用这一模式没有争议。反不正当竞争法一般主要规制的是商业经营者之间的竞争行为,能否扩大到无竞争关系的他人?对此问题有学者尝试作出如下解释:其认为反不正当竞争法规范的是整个市场的竞争秩序,不正当竞争行为的本质特征在于“损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序”;只要域名持有人的抢注行为符合这个特征,即可以纳入反不正当竞争法模式规制范围。<sup>[23]</sup>此观点殊值赞同。

## 2. 鲁迅案

当域名持有人对于抢注域名并非出于商业目的,也并非有明显商业使用及其相关行动,或者是其对域名的不当使用更多地侵害到相关合法权益人的人格精神利益等情形时,就无法再选择适用反不正当竞争法模式。但我们可以根据《民法通则》、《民通意见》和《侵权责任法》中关于姓名权的相关规定对其进行救济。

例如,梁华在2004年注册了“鲁迅.cn”、“鲁迅.中国”等以鲁迅命名的6个域名。鲁迅之子周海婴发现被告用鲁迅的名字抢注多个域名,并在网上公开叫卖,于是在2009年向北京市第一中级人民法院起诉,北京第一中院在2009年10月判决被告停止使用以“鲁迅”名字命名的6个域名,但是驳回原告周海婴关于将这些域名转移至其名下的诉讼请求。而北京市高院在2011年3月对本案驳回上诉,维持原判。

一审法院认为:被告将鲁迅的姓名注册为域名用于商业用途,或将鲁迅域名标价出售,既会

对鲁迅后人包括周海婴造成精神痛苦,同时也会对中华民族感情造成伤害,属于最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条第(1)项规定的以违反社会公共利益、社会公德的方式侵害死者姓名。因此,梁华将争议域名用于商业用途,以及将“鲁迅.中国”标价出售的行为,均构成侵权行为,依法应当承担停止侵害、赔偿损失的民事责任。同时,法院认定姓名权本身作为人格权的一部分,随着自然人死亡而消灭,不发生继承的问题。因此,原告周海婴虽对鲁迅先生的姓名、名誉等享有精神利益,但却对于鲁迅先生的姓名并无专有的权利。周海婴要求将争议域名移转到自己名下的请求,无任何法律依据,本院不予支持。<sup>②</sup>

二审法院同样认定周海婴作为鲁迅的近亲属有权维护基于鲁迅姓名所形成的人格利益。而梁华将含有“鲁迅”字样的争议域名用于商业用途,以及将“鲁迅.中国”列入“域名出售或出租”列表的行为,属于以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者姓名的行为,构成侵权。而且初审法院依据《域名司法解释》第8条的规定判定被告梁华就其前述涉案行为承担相应的停止侵权、赔偿损失的民事法律责任,并无不妥。<sup>③</sup>

作为死者的继承人,除了对已故继承人的姓名享有重要的精神利益内容外,还对这一知名姓名所蕴含的商业价值享有一定的财产利益。即继承人可以对死者的人格利益中的财产价值在不违背社会公序良俗的前提下进行支配和开发。未经继承人的许可,他人不能对其进行商业性使用。对于未经死者近亲属允许而对该姓名进行商业化使用的,死者的近亲属有权予以制止,并有权提起诉讼,请求赔偿。<sup>[24]</sup>因此,如若域名持有人对以“鲁迅”名字命名的域名未经鲁迅继承人许可,对其进行了明显的商业使用,继承人可以通

<sup>①</sup> 《反不正当竞争法》第2条第1项规定:“经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德。”

<sup>②</sup> 北京市第一中级人民法院(2009)京一中民初字第4747号民事判决书。

<sup>③</sup> 北京市高级人民法院(2011)京高民终字第76号民事判决书。

过主张不当得利的方式要求使用人返还其所获得的不当商业利益或是依据《侵权责任法》第20条的规定主张侵权损害赔偿。

而尽管继承人享有对已故被继承人姓名的各种精神、财产利益,但这并不意味着有关被继承人姓名的域名就当然归属于继承人,因为作为对系争部分域名享有合法民事权益的范围更多地集中在对域名的商业性使用及授权和防止对域名的不当使用等被认定为具有恶意的情形等方面,而这并不妨碍域名持有人注册以后对域名的各种非商业性的合理使用情形。因此一审法院不认可原告要求被告移转系争域名的请求的做法值得赞同。

### 3. 正当利益下域名注册与姓名权冲突

域名与姓名权益冲突的实质是域名注册人与姓名权人以及姓名权人之间的利益冲突,特别是在冲突双方对争议域名或其重要部分均具有一定民事权益的情形下,此时究竟谁可以享有该域名?依据何种标准来判断?面对这些合法权益冲突时,法律需要对各种利益的重要性作出估价或衡量,以及为协调利益冲突提供标准。

而目前我国的法律、法规一般都只是调整符合侵权行为和构成反不正当竞争行为的域名争议纠纷案件,而对于均居合法权益的域名与姓名权益之间的合法冲突类型,无法纳入《商标法》等知识产权法律、《反不正当竞争法》或《侵权责任法》的一般规制模式,而且目前我国司法实务中尚未出现对于此种权利冲突类型的裁判案例,这就需要我们扩展视线,将目光转向域外,寻求域外司法实务的相关实例,并合理借鉴域外实务的有益探索。

#### (1) “shell.de”域名争议案

德国虽然未就域名与姓名权益冲突的防范与解决问题制定专门的法律,但是德国的司法机关却对如何防范与解决域名与姓名权益冲突进行了有益的探索,其中最具有代表性的就是德国联邦最高法院对 Shell Aktiengesellschaft v. Andreas Shell 案的审理与判决。

双方的争议由以被告的姓名注册为“shell.de”网址而引起。原告是德国 Shell GmbH,是世

界著名的 Shell Oil Company (壳牌公司)的子公司。其母公司是两个字母商标的拥有者。被告是 Andreas Shell,其从“shell.de”的注册者处转让获得这一域名,并且在“shell.de”地址下用红色和黄色两种颜色建立了其企业的主页。原告以该行为是对其著名商标的侵犯以及对公平交易规则的违反为由,向法院提起诉讼。地区法院基本上支持了这些诉讼请求,上诉法院也驳回了被告的上诉请求。之后被告 Andreas Shell 针对该判决又向联邦最高法院提出上诉。

“Shell Aktiengesellschaft v Andreas Shell”一案的疑难之处在于虽然原告是“Shell”这一标记的名称权人,但由于被告本身也是“Shell”这一标记的姓名权人,因而被告对“Shell”这一标记的使用基本上不能被认定为无权使用。

对此,联邦最高法院指出,“一方面,如果姓名权人对姓名的使用会产生与同一姓名的其他拥有者相混淆的危险或可能,那么姓名权人在使用其姓名时负有某种私法上的义务,即只能以能够最大限度地排除该种危险的方式使用。另一方面,尽管考虑到同一姓名(名称)的多个权利人都主张其享有将该姓名(名称)注册为域名的权利时可能发生的冲突的数量巨大,运用简单而又公平的先注册原则能够有效地解决这一类问题,然而,由于在这个案件中,各方当事人的利益在不同程度上都很重要,以至于不能适用先注册原则,相反,有必要在同一姓名的不同拥有者的利益之间进行平衡”。

所以尽管被告 Andreas Shell 根据先注册原则取得域名“shell.de”,但联邦法院认为不能因此而排斥原告将其企业名称注册为域名的权利,并且被告的域名注册行为可能会造成与原告相混淆或误导公众进而侵犯原告的合法权益。基于这样的考虑,它支持了上诉法院关于要求被告在其域名中加上一个区别性的标识这一项判决内容。<sup>[25]</sup>

(2) “krupp.de”域名争议案和德国 Paderborn 地方法院的类似案件

德国曾经有人以自己的姓名登记为企业的名称提供线上服务,并以其中的姓氏部分(Krupp)登记取得网域名称“krupp.de”,而原告为一历史

悠久且极为著名的钢铁、机械制造企业，Krupp 不仅为企业名称的重要组成部分，且原告亦以之取得商标注册，原告认为被告以相同名称取得网域名称，侵害了其姓名权，因而要求被告将该网域名称移转让与给原告。

地方法院判决被告应将该网域名称移转让与给原告，Hamm 高等法院原则上亦肯定之，认为被告登记的网域名称侵害了原告的姓名权。因原告为著名企业，不仅应避免混淆的危险，而且应保护其避免被淡化，是应享有禁止其他企业使用相同名称的权利；虽然被告有相同的姓氏与企业名称，然而尚不足以使其得以选择以此为网域名称，原告基于其长久以来的使用与广泛的知名度，其姓名权应该较被告的姓名权享有较高的优先性，不能仅因被告登记网域名称在先，就丧失取得以 krupp 为网域名称的地位。此外，高等法院认为姓名权只是赋予权利人排除侵害与请求不作为的权利，加害人并无义务协调原告使其取得一定的法律地位，因此认为原告仅得请求被告不得继续使用该网域名称，而不得请求被告移转该网域名称给原告。

在 1999 年 9 月德国 Paderborn 地方法院所处理的另外一个案件中，被告以其姓氏取得网域名称的登记，而原告则为某一地区的著名汽车商，其亦系使用自己的姓氏作为企业名称，并使用于信笺、广告等，其欲扩大自己的营业，以该名称申请网域名称时发现被告已经先取得登记，原告乃诉请被告放弃该网域名称。结果法院判决原告败诉。其理由认为：如果双方都有使用该名称的正当利益，则先取得登记者原则上并无放弃的义务，除非原告为具有知名度的企业，而且必须是全德国知名的企业，始得享有请求被告放弃该网域名称的权利。因为网路管理组织所登记的网域名称具有全国性的效力，因此必须是具有全国知名度的企业，始能就网域名称的使用享有优越的受保护地位。而原告只是地区性的汽车商，因此其并不享有此地位。

由上述案例可知，联邦最高法院始终牢牢把

握住了如何平衡原告与被告之间的利益这一核心问题。联邦最高法院的上述解决方案一方面并未完全否定被告作为姓名权人享有使用其姓名的权利，另一方面也对该域名注册可能产生与作为名称权人的原告相混淆、误导公众进而侵犯原告的合法利益的不利影响进行了限制，较为有力地保护了原告的合法利益。

在对域名中的姓名符号均享有合法权益的域名权益人与姓名权人等其他合法权益主体相冲突的情形下，由于先登记取得域名者有使用该域名的正当利益，其并不构成对其他拥有相同姓名或名称者的姓名权的侵害，因此原则上他人并不能要求其放弃系争域名。但是域名持有人在此种情况下也负有一定的法律义务，不仅不能基于域名网站作不恰当的商业利用，而且要对其域名网页添加合理的技术、标识等，以达到在一般社会公众看来与知名个人、企业直接相关的商品、服务明显区分的效果。

而且在有限严苛的例外情形下，亦即一方为具有高知名度的企业，基于该企业在社会上的高知名度（基本上限于在全国层面的影响力），一般网路使用者及社会大众容易误认为使用该网域名称即为该知名企业，而引起混淆误认，可例外容许该著名企业就其姓名或名称享有较为优越的地位，取得网域名称的使用权。<sup>①</sup>

### （3）我国裁判尺度上的把握

①在涉及域名与姓名称谓的纠纷中，在先合法权益应当受到优先保护，但其只有在受到或可能受到实质损害时才能够对抗在后合法权益，即只有在域名注册人将自己或与姓名相近似的字符注册为域名的行为给他人的在先合法权益——姓名权、商标权、企业名称权等造成了或可能造成实质损害时，才能够对注册人的域名权益作出限制乃至撤销。

在具体的制度设计上，还应当结合在先存在的以同一姓名作为商标或企业名称的知名程度和影响力来认定该种域名注册行为是否对在先合法权益造成或可能造成实质损害。

<sup>①</sup> 参见谢铭洋：《论网域名称的法律保护》，载《智慧财产权》2001年第3期，第43-44页。

②对于拥有同一姓名的多个自然人中的某人先将该姓名申请注册为域名却遭到其他姓名权人异议的情形,则应该优先保护较为重要的合法权益。如果姓名权人对姓名的使用会产生与同一姓名的其他拥有者相混淆的危险或可能,那么姓名权人在使用其姓名时负有某种私法上的义务,即只能以能够最大限度地排除该种危险的方式使用。

对于注册人虽为善意但在客观上产生了与拥有同一姓名的名人或公众人物的实质性误导或混淆的危险,则可以要求在域名的具有标识性部分增加一个具有区别性的字符,以与拥有同一姓名的名人或公众人物“保持距离”;对于注册人具有恶意的域名注册,如为了利用拥有同一姓名的名人或公众人物的知名度或影响力来增加网站的访问量而进行注册并产生了实质性的误导或存在混淆的危险,则可以直接撤销该域名等。

③对于自然人以自己的姓名注册为域名,与此同时,拥有同一姓名的其他自然人以该姓名作为商标申请注册或作为企业名称申请登记,并且同时获准而引发的冲突,由于这三种情形都属于其他姓名权人对姓名的合法使用,因而不存在谁对谁的在先权利的侵犯问题,而只是该相同的客体——姓名上承载的权利或利益的根据或权源不同,应当结合对姓名权人的主观方面和注册、登记行为的客观结果的具体考察来协调冲突。<sup>①</sup>

即如同上述情形一样,要区分其他注册登记人善意且客观上无混淆的危险、主观善意但客观上却产生混淆相似的效果和主观恶意三种情形加以探讨。当然,值得注意的是,鉴于域名权益本身在我国民事权益体系中的弱势地位和域名财产价值与其他商业标识权益财产价值相对而言的“低位”,对于其他合法权益人的登记注册行为的认定将更加宽松,对域名权益人的利益倾斜将更加不明显等。

#### 四、结论

基于上文关于姓名指代个人与姓名和商业活

动、域名构建的关联性使用的分析,应认为:

(1)个人的其他文字、数字性身份信息,如身份证、驾驶证、手机号码在被他人假冒使用时,并不能将其孤立起来视作侵害身份信息。这些身份信息并非作为一般日常身份交流而加以利用,且利用场合需结合姓名,故并无必要在姓名权条款中对此类信息单独予以规定保护。

(2)无论是与他人重名还是姓名相似,都具有正常使用自身姓名以表彰自身活动的合法内涵。唯通过仿冒其他身份特征的手段,有识别混淆的危险时,才应认为仿冒者有《民法通则》第99条中的“假冒”姓名侵权行为,而不应过度关注其本来姓名或加以改造的假名。即“相似”姓名下的假冒混淆并没有法律上规定的必要,因为姓名称谓“相似”只是假冒姓名侵权中的一种进入路径,混淆危害才是确定侵权发生的核心标准。

(3)作品中人物与现实人物姓名相同的,若为纪实性或传记性作品,非有姓名权人授权的,属《民法通则》第99条“盗用”他人姓名,自无疑义。若虚构作品中出现与现实人物姓名一致或类似,造成读者对现实人物经历、品行的歪曲理解,虽不会导致姓名权人身份、行为混淆,但常有损于姓名权人的名誉、隐私等人格权益,自应由相对应的人格权、隐私权进行保护。

(4)在广告中非经授权使用他人姓名的,根据我国《广告法》第25条的规定,自应禁止,但并不区分是否对该商业活动具有推介作用。故法院在判断广告中姓名权人的利益损失时,应区分姓名权人商业价值利用损失与自主决定性精神利益损失。

(5)商标与姓名权人是否具有特定联系,需要进行综合考量。对于对姓名文字进行改造的商标注册行为,如果使用该商标的商品或服务可以判断与特定人物存在联系,应认定存在侵害他人先姓名权利,属违反《商标法》第9条、第32条。但纯属谐音他人姓名的商标,应属不当使用他人姓名;而重名人士之中对该姓名的商标注册,属侵害知名人士或该商标可特定对应之人的

<sup>①</sup> 参见邵培樟:《域名与姓名权益冲突问题研究》,华中科技大学2005年硕士学位论文,第48-52页。

姓名权利,盗取他人身份一致性利益下对姓名商业价值独占的利益。

(6) 抢注他人姓名作为域名的,在抢注行为有损于其他市场经营参与者的合法权益,扰乱社会秩序时,可通过《反不正当竞争法》第2条第1款予以规制;非出于商业目的而更多侵害姓名权人人格精神利益的抢注行为,则可通过《民法通则》、《侵权责任法》中姓名权有关条款对姓名

权人的人格利益进行救济。而注册人与他人重名而申请注册的,则优先保护较为重要的合法权益。域名注册中注册人均具有一定民事权益时,在先合法权益应受到优先保护,除非其对在后合法权益造成实质性损害。拥有同一姓名的数人同时申请商标、企业名称与域名注册时,应结合对姓名权人的主观方面和注册、登记行为的客观结果来进行冲突协调。

### 参考文献

- [1] [德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法总论》(上册),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2002年版,第158页。
- [2] 王泽鉴:《人格权法》,台湾三民书局2012年版,第135页。
- [3] 同上。
- [4] 同上,第141-142页。
- [5] [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第694页。
- [6] 马瑞洁:《伪书的法律责任》,载《出版广角》2005年第4期,第49页。
- [7] 王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2012年第2版,第382页。
- [8] [日] 五十岚清:《人格权法》,北京大学出版社2009年版,第122-123页。
- [9] Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, S. 85.
- [10] 李悌恺:《姓名权之研究》,台湾辅仁大学2010年博士学位论文,第105页。
- [11] 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。
- [12] Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, S. 86f.
- [13] Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, S. 209.
- [14] Baird, Note, *Human Cannonballs and the First Amendment: Zucchini v. Schripps-Howard Broadcasting Co.*, 30 STAN. L. 1185 (1987).
- [15] Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, S. 137.
- [16] Vgl. Horst-Peter Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, S. 91.
- [17] 陈志兴:《使用自己姓名作为商标注册不得有不良影响——“刘德华”商标确权案引发的思考》,载《中华商标》2013年第8期,注释11.
- [18] 刘粉宝:《已故名人的姓名(权)与商标权冲突的调整》,载《中华商标》2001年第3期,第18页。
- [19] 陈志兴:《使用自己姓名作为商标注册不得有不良影响——“刘德华”商标确权案引发的思考》,载《中华商标》2013年第8期,第34页。
- [20] 臧宝清:《关于姓名权与商标权冲突有关问题的思考》,载《中华商标》2013年第3期,第42页。
- [21] 冯晓青、谢蓉:《商标注册不得侵犯在先权利之姓名权——易建联公司与“易建联”商标注册争议纠纷案解析》,载《CHINA LAW》2012年第6期,第46页。
- [22] 丁颖、冀燕娜:《专门性域名争议解决机制中投诉人权益的认定》,载《知识产权》2013年第8期,第37-42页。
- [23] 李扬:《网络知识产权法》,湖南大学出版社2002年版,第216页。
- [24] 高原:《关于“鲁迅域名案”的法律思考》,载《法制与社会》2010年第2期(上半月刊),第58-59页。
- [25] 邵培樟:《域名与姓名权益冲突问题研究》,华中科技大学2005年硕士学位论文,第28-29页。

(责任编辑:朱晓峰)