

# 论域名的知识产权属性与立法、执法框架

张玉瑞

**【作者简介】** 张玉瑞,中国社会科学院知识产权中心研究员,科华律师事务所律师,中国科技法学会理事,商业秘密法起草小组成员。曾在华盛顿大学、东京大学做访问学者。近期著作有《互联网上知识产权——诉讼与法律》(2000年,人民法院出版社),《商业秘密法学》(1999年,中国法制出版社)。

## 一、域名是不是知识产权

1. 电话号码、门牌地址问题。有些人认为域名只是一种技术符号,是互联网上的地址,如同电话号码、门牌地址一样,不是知识产权,而是一种独立的权利,或者没有权利。这其实不是什么新观点,在美国也曾有人提出,而且论述得更广,认为电话号码的所有权属于电话公司,门牌地址的所有权属于市政府,与之相类比的域名注册人也只有使用权,没有所有权。

有关判例当中法院认定的道理是,单纯的电话号码不是知识产权,但是,如果利用电话号码下面的英文表示,将自己的电话号码翻译成他人商标,进行宣传的,构成商标侵权。大家注意到,国内有的电话机数字键下面标有英文字母,在英语国家,可以用这些英文字母来代表数字电话号码。例如,假如一家报纸“ABCD”申请了一个电话号码87286239(翻译成电话键盘上的英文表示,就是USA today),该报纸宣传材料上写上:“USA today是本报的支持热线,有新闻线索请拨打热线电话USA today”,那么ABCD报纸构成对美国著名报纸“今日美国”(USA today)的商标侵权。

2. 知识产权的分类问题。笔者认为知识产权有4种基本的保护手段,即(1)版权保护人类思想、感情的特定表达,即作品,(2)专利以技术公开的方式,保护发明创造;(3)商业秘密保护秘密状态下的技术信息和经营信息;(4)商标法和反不正当竞争法中保

护商业标识的规定,保护经营者的商标等经营标识。

3. 域名权属于哪一种知识产权。经营者的域名是商业标识,因而经营者对其域名,享有经营标识权。经营标识权是一种反不正当竞争权,即禁止他人假冒的权利。假如有一家“网上黄金.公司”,特别有名以后,他人又注册了“网上的黄金.公司”,或者“网上黄金屋.公司”,在消费者当中造成混淆,那么就侵犯了“网上黄金.公司”的商业标识权,违反了我国反不正当竞争法。同理,他人如果在网下世界,例如有形产品的包装上印上了“网上黄金.公司”,或者印上了“网上的黄金.公司”、“网上黄金屋.公司”,也侵犯了商业标识权,违反了我国反不正当竞争法。

4. 法律逻辑。商品的包装、装潢有显著性的,即构成商业标识,受反不正当竞争法保护。就连包装、装潢都有可能构成商业标识,对域名这种注册人自愿选择的标志,就更没有理由坚持不是商业标识。美国的判例证明,经营者有显著性的域名是经营者的商业标识。

## 二、商标法在互联网上是否适用

由于对域名的性质存在模糊认识,有人认为对域名纠纷国内目前尚无法可依。与此成鲜明对照的是,美国法院在判例中已经明确宣告,国会通过的美国联邦商标法,没有明文规定其不适用于互联网上。在互联网时代,任何法律都是互联网法。这句话的意思一方面是说,任何法律都要适应互联网的发展,不断完善、修改;另一方面的意思是说,一个国家任何法律,天然就是互联网法。我国商标法、反不正当竞争法既然无明文规定不适用于互联网上,对抢注域名侵犯他人注册商标等商业标识的行为,应当天然适用。

互联网上的域名与互联网下的商标,有相同之处。域名是互联网上区别经营者的标记,有表达作

21

用;也代表商品或服务,接受社会评价,是经营者商誉在互联网上的表现。

域名与商标的不同点在于,域名只能由文字、数字组成,而商标除了文字、数字外,还可由图形构成,由文字、数字与图形的组合构成。从这一“物理”前提出发,域名只可能是侵犯文字、数字商标,不会侵犯图形、组合商标。由于商标与域名的对象、主体,在我国很大程度上是重合的,同样标识,可由各种组织申请商标和域名注册。商标的授权进行实质审查,从理论上应当杜绝了侵犯在先权利。商标的使用与管理,已经建立起完善体系,商标权人与商标使用人,是经济生活中的在先权利、既得权利人。相比之下,域名实行注册制,CNNIC仅对明显缺陷、对域名是否侵犯公共权力和公共利益进行监督;对于侵犯他人在先权利的,CNNIC无力进行审查。

域名注册制度的特点,是基本上靠域名申请人自觉、自律。在这样制度下某些域名的恶意注册,的确侵犯了商标权。对此,北京市高级人民法院《关于审理因域名注册、使用而引起的知识产权民事纠纷案件的若干指导意见》规定:“对于域名纠纷案件,应根据双方当事人争议的法律关系的性质确定案由。原告以域名侵犯其商标权为由提起起诉的,应确认为侵犯商标权纠纷”。

### 三、域名侵犯商标权的判断原则

由于具体判断缺少经验,使人们争执不下,更为域名不可能侵犯商标权的论点,提供了“事实根据”。由于驰名商标的保护范围加宽,因而他人注册域名侵权,还比较容易判断。普通商标的保护范围仅限于相同或者相似商品、服务,判断域名是否侵犯商标权,标准难以掌握。其实只要注意到一个技术细节,即域名与商品、服务同类原则,就可以解决这个问题。

域名注册不进行实质审查,带来两大方面的问题。一是域名可能侵犯在先商标权,损害消费者利益;二是域名权本身,也处于不稳定状态,对他人的侵权行为,只受到反不正当竞争法保护。为了克服后一个缺陷,域名注册人为寻求更强权利,可以去注册商标。

自从建立域名体系以来,美国专利与商标局收到包含域名的商标注册申请,日益增加。为审查域名商标申请,美国专利与商标局修改《审查指南》,在22 互联网上公布。《审查指南》采取了“经营者的域名,

与商品或服务同类原则”,强制性地使域名在商品、服务的商标分类表中,与企业的产品、服务相等同。

《审查指南》特别规定:在互联网上“宣传自己产品和服务不是一项独立经营。经营者建立一个网站,唯一目的是宣传自己产品、服务的,不能将表示这种宣传的域名,注册为独立的服务商标。因为标识表现的行为,并不构成商标法意义上的服务。”

本质上,经营者设立网站宣传自己商品、服务的,同其在网下世界中举办的宣传橱窗、宣传展览是一样的。

“域名与商品、服务同类原则”非常重要,因为这是禁止经营同类商品、服务的经营者使用竞争对手的域名做自己商标的根本原则。商标申请时的分类,也是确定商标侵权时的分类。美国法院根据商标法判断的基本原则是:在后经营者的商品、服务,与在先经营者的商品、服务相同或者近似,在后经营者的域名与在先经营者的商标相同或者近似,足以引起消费者混淆的,在后经营者的域名侵犯了在先经营者的商标权。

### 四、商标法的局限性

与互联网的蓬勃发展同步,对域名侵犯商标权,美国法院迅速反应,最大限度地运用商标法已有规定,对法律适用进行扩张解释。尽管如此,还是不能完全顺理成章地制裁下列域名侵犯商标权行为,完整互联网法制的要求,导致新法律产生。

1.“最终误认”问题。商标法的基本原理,是通过保护商标,禁止经营者混淆商品、服务,造成消费者误认,从而保护消费者、商标权人的合法权益。对普通商标侵权行为进行制裁的关键,是经营者使用相同或相似标识,造成消费者误认商品、服务进行购买,从而造成最终误认。有最终误认才有商标侵权,没有最终误认,消费者就不会购买,不产生侵权。

经营者在互联网上使用商标权人的商标作域名,在有的情况下,消费者最终没有误认。消费者到达经营者网站后,稍加阅读,就会发现此经营者非商标权人,即使购买了产品或服务,消费者也明知不是商标权人的。从这个角度认识,确认商标侵权的核心概念“混淆”,在域名侵犯商标权的案件中,不能很好适用。

美国法院发展出“最初兴趣混淆”原则,只要被告域名与原告商标相同或近似,使消费者产生最初兴趣混淆,来到被告的网站,就足以构成误认。

2. 普通商标被非同业竞争者抢注问题。对此不能适用一般商标侵权构成,因为抢注者是在不同商品上使用他人商标作为域名。对此在司法实践中,法官可以通过两个方法解决,一个是上述“最初兴趣混淆”理论,认定只要存在这种混淆,被告就借用了原告商誉;另一个是放松对驰名商标的认定标准,将原告商标认定为驰名商标,从而扩大原告商标的保护范围。

3. 域名囤积、倒卖问题。注册、倒卖域名者根本没有传统的经营项目,不是竞争关系中的经营者,理由是其注册、倒卖域名,并不是想使自己的商品和服务与商标权人的产生混淆。但美国法院认为:倒卖域名以及相关的恶意注册本身,就是经营行为。

### 五、域名相关规定

任何域名都是唯一的,互联网上不可能有完全相同的两个域名存在。在网下世界,商标权人投入巨资培育商标的显著性和驰名性,在网上世界不小心被他人注册域名,商标权人就无法使用商标作域名,在网上开展经营活动,其在网下形成的商誉就无法方便地转移到网上。实践需要调整域名侵权的特别法,在实践中也产生了这类法律意见或者规定,创立了一种新的“抢注域名侵权行为”。

1. WIPO 世界知识产权组织 1999 年 4 月 30 日发表的“互联网域名问题的最终报告”认为,域名纠纷解决组织应当制止侵权注册域名行为,这种行为的构成是:(1)域名与他人商品商标、服务商标相同或混淆性相似;(2)注册者对该域名,过去不存在任何权利和合法利益;(3)注册、使用域名出于恶意。

2. ICANN 受美国政府控制的 ICANN(业务之一是管理后缀为 .com、.org、.net 等域名的注册),1999 年 10 月 24 日生效采用“统一域名争议解决政策”,规定注册机构可以依据申请人注册协议的规定或其他法律要件注销、转移或以其他方式变更域名注册。

3. ACPA 1999 年 11 月 8 日,美国反占据域名的消费者保护法(ACPA)生效,成为新一代域名特别法的代表。其中规定:对于商品或服务标识,及可受本节保护之个人姓名,在下述情况下,行为人对权利人承担侵权责任:(1)行为人对该标识有获利的恶意;并且(2)注册、转让或者使用域名,该域名( )在注册时,与权利人的显著性标识相同或混淆性近似;( )在注册时,与权利人的驰名标识相同或混淆性

近似,或者构成对该驰名标识的淡化;( )构成美国法典第 18 章第 706 节、第 36 章第 220、506 节保护的商标、词语和姓名。

4. 北京市高级人民法院去年 8 月 15 日发布的《关于审理因域名注册、使用而引起的知识产权民事纠纷案件的若干指导意见》第五条,规定了恶意注册域名侵权行为的 3 个必备条件:(1)注册的域名与权利人享有的标识相同或足以导致误认的相似;(2)域名持有人对该域名标记不享有任何其他在先的权利;(3)对该域名的注册和使用具有恶意。

5. CNNIC 去年 11 月间发布的《中文域名争议解决办法(试行)》,规定域名侵犯商标权的构成是:(1)投诉人享有受法律保护的中国商标权;(2)被投诉的域名与该商标相同,或者具有足以导致混淆的相似性;(3)域名持有人对该域名及包括该域名的其他字符组合不享有商标权,也没有受法律保护的其他权利和利益;(4)域名持有人对该域名的注册与使用具有恶意;(5)投诉人的业务已经或者极有可能因该域名的注册与使用受到损害。

中国国际经济贸易仲裁委员会域名争议解决中心,第一个获得 CNNIC 授权,成为依据上述“办法”和有关法律解决中文域名争议的民间机构。

综上所述,调整域名侵权的一个基本原则,就是禁止恶意注册他人商业标识为自己域名。

### 六、我国有关域名的立法现状

对于域名的性质、域名的权利、域名与商标权的关系,国内存在很多模糊认识。分歧之大,表现在甚至对于国际组织、外国有关的法律成果,对国内已经成文的有关的规定、办法,不同的人有不同的理解;目前甚至没有人提出颁布域名特别法,或者是在商标法的修改中,加入解决域名与商标冲突的规定,这种现状应当引起有关部门的注意。

与我国其他法律一样,我国商标法也有兜底条款,表现之一是第 38 条第 4 项:“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”,亦构成商标侵权。这一规定可以理解为,没有使消费者避免实际的“最终误认、混淆”,是构成域名商标侵权的必要条件。适用这一弹性条款判决域名侵犯商标权的各种行为,不像美国商标法那样需要扩大解释。启用我国商标法有关弹性条款,会在一定程度上缓解制定域名特别法的急迫需要。但这只是一个方面,另一方面是,面对相对复杂的域名侵权行为,在国家法律层面上,始

23

终适用一条弹性条款,是否合理和够用。

例如美国《反占据域名的消费者保护法》,规定了抢注域名侵权的赔偿责任,分为一般赔偿、3倍赔偿和法定赔偿,表现出对抢注域名侵权后果的恶劣性,立法、司法者非常重视。

### 七、我国有关域名的执法框架

1. 人民法院。人民法院审理知识产权案件,理所当然包括域名侵犯商标权行为。

根据惯例,对于成文法没有明文规定的侵权行为,最高人民法院可以司法解释的方式,在法律执行中作出规定。最高人民法院有关部门,目前正在进行这一工作。

2. 工商行政管理机关。工商机关介入域名与商标冲突,曾经引起一些人的不理解和指责。但是根据商标法,工商机关的确有法定权力和义务。

根据商标法第39条的规定,县级以上工商部门应当处理域名侵犯商标权案件。

抢注域名后囤积、出售以牟利等行为,是在互联网条件下妨害商标的新型侵权行为,与我国最高法院将颁布新的司法解释相适应,在行政执法中,如果国家工商局出台有关规定禁止这些行为,县级以上工商部门也应当可以处理这类案件。

3. 专门仲裁。CNNIC规定了当事人可以选择专门的域名仲裁程序。我国域名的专门仲裁程序,具有专家仲裁、时间短等特点,在解决中文域名纠纷中,应当发挥更大作用。

专门域名仲裁与其他途径的关系是:

(1) 产生纠纷以后,必须选择进行专门仲裁,或者进行一般仲裁,或者进行诉讼,以图解决域名是否侵犯商标权的问题,不能消极避战,否则请求人、被告的域名将被取消。

(2) 专门域名仲裁程序,不对抗一般仲裁程序、诉讼程序。至于专门域名仲裁程序是否能对抗工商机关的行政查处程序,目前尚无法律规定。

从形式(并非从实质)上说,CNNIC是事业法人,其规定并非行政规章,与我国商标法及其实施条例不在一个层面上。当然这并不排除,就工商机关有关域名的行政行为,国家工商局与国家信息产业部门间的工作协调。

(3) 专门域名仲裁程序不解决赔偿。

专门域名仲裁程序起源于美国。美国是域名注册大国,很多外国公司和个人在美国注册域名,产生

纠纷后就要适用美国法律、在美国进行诉讼。注册人对美国的保护主义和霸气早有体会,因而强烈要求对域名争端进行国际仲裁。顺应这一潮流,ICANN在统一域名争端解决政策中,建立了强制托管程序,指定世界知识产权组织等国际仲裁机构,解决域名纠纷。这种域外争端解决程序有特殊性,不是一般意义上的仲裁:(1)域外争端解决程序的提起,不以当事人(尤其是仲裁中被申请人)意志为转移,无论当事人是否乐意,必须选择或者进行国际“仲裁”,或者到法院诉讼。(2)域外争端解决程序的结果,必须得到当事人自愿承认和遵守,否则当事人还可到法院诉讼。

以上第一个特点表现了对跨国域名纠纷,国际仲裁已经产生,正在发展。第二个特点表现了国家主权原则。国际仲裁结果,在当事人自觉遵守前提下,才产生实际效力。无论国际仲裁是公平还是不公平,主权国家有权对涉及本国公司、法人的域名纠纷,行使最高和最终的司法裁判权,美国已经产生这类判决。

## 小资料

**主机 Host** 指互联网上,每一台接受访问的计算机,包括其他装置和虚拟主机。

**IP地址** Internet Protocol Address 也称数字地址。主机在Internet上的唯一地址,一串4组由圆点分割的数字组成。

**域名** Domain Name 一组用以表示电脑主机在网络中所在位置的文字符号,用字母拼写而成。实质上是IP地址的转换符号。

**域名系统** Domain Name System 将形象的文字型域名翻译成对应的数字型IP地址。

**域名结构** 通常包含三层:

1. 顶级域名或称国际域名,其化码由ISO3166规定,如.cn代表中国,.jp代表日本。

2. 二级域名,我国又分为类别域名6个,如.ac适用科研机构,.com适用于工商、金融等企业;行政区域名34个,如.bj代表北京市,.fj代表福建省,.hk代表香港特别行政区等等。

3. 三级域名,又称特定名称,为申请人所特定。