

域名保护的法律与经济分析

张江莉*

摘要 本文从法律 and 经济学两种视角对域名产权的初始分配进行了分析。文章阐述了有关域名纠纷的产生及司法实践中对其处理的不足,从财产法、知识产权制度、民事行为分析、竞争法等法律角度对域名纠纷解决的缺憾进行了回顾;然后从经济学的产权理论入手,对域名的分配做了效率分析,最终得出了合适的产权分配方案。

关键词 互联网, 域名产权, 法律经济学

域名作为具有极大财富意义的商业标志出现在人们面前时,其产权的分配引起了经济学家和法学家的思考。二者考虑的角度、范围和理念各不相同。崇尚公平正义的法学家往往考虑到市场主体为此付出的劳动、恶与善的意图以及法律所特有的规范体系和正当程序;而追求效率的经济学家则从成本与收益的比较中寻求能够增进社会财富的最佳途径。经济学的思维方式和价值取向在法律实践中也是适用的,追求效率的考虑也是法学家判定和思考的层面和佐证。本文从中国域名案件的审判实践出发,从法律分析和经济分析两个方面对域名在在先在的知识产权人和抢先的注册人之间的初始分配方案进行了选择,采取了以驰名商标为界线,先占和内化相结合的分配方式。法律和经济两种视角和思维及其相关互动,由此也可窥见一斑。

一、域名及其纠纷简述

设计域名的初衷是便于计算机联网和网上通讯联系。一个直观易记的域名更能实现域名的标识功能。然而随着网上商业活动的兴起,商业组织已经意识到网站作为发展电子商务的基本手段的巨大潜力,域名所具有原始的技术意义日渐被淡化,商家尽量使用商标、商号和其他商业标志作为其网站的域名,以吸引原有的消费者,扩大网上知名度。从某种程度上说,域名不仅可以代表一个企业的形象、信誉、商品及服务的质量,也为企业节省了交易成本,缩短企业与外界时空距离,带来无限商机。

域名的标志功能使得它同知识产权制度有了天然的联系,但二者之间还是缺乏必要的和顺畅的沟通。与域名有关的纠纷,主要是由于注册的域名与他

* 北京大学法学院。通信地址:北京市北京大学48楼1081房间,100871;电话:(010)62762785; Email: zjlimasa@ccermail.net.

人的商标、商号等商业标识相同或近似,从而引起商业标识权利人的不满。而域名与商标之间的冲突最为突出。域名纠纷的原因主要在与以下几个方面:

(1)域名的全球性与知识产权的地域性之间的矛盾。商标、商号等知识产权都只能基于特定国家或地区的法律在特定区域内受到保护,而域名则是在全球性的国际互联网上有效。

(2)域名的唯一性与知识产权的多重性之间的矛盾。知识产权具有专有性,但法律允许相同商标或商号为不同的人使用,尤其是在不同类别的行业之间。但域名系统要求域名具有严格的唯一性,完全相同的域名是不允许存在的。

(3)域名的分毫必计与商标、商号的相似禁止。商标、商号的专有性不仅及于商标或商号本身,而且及于与其商标或商号近似的标记。而对域名注册来说,只要两个申请注册的域名与在先注册的域名稍有差异,就会获得注册。

(4)域名系统及网络通讯技术的复杂性。域名系统呈现等级状态,又有国际顶级域名和国家顶级域名之分,因此同一个商标能被注册在不同类别或等级的域名中,给驰名商标的保护带来很大的挑战。

(5)域名注册组织的不审查政策。域名注册组织尽可能地制定域名注册的“免责条款”,即域名注册不负责向商标注册或商号管理机关查询用户申请注册的域名是否与他人受法律保护的商标或商号相冲突,是否侵害第三人的利益。¹

二、域名纠纷法律解决的两难²

与域名有关的法律冲突,主要可分为三类:“抢注”、“盗用”和“权利冲突”。“抢注”,主要指域名注册人将他人的知名商标、商号等商业标志抢

¹ 《中国互联网络域名注册暂行管理办法》(国务院信息办1997年6月3日颁布)第十九条申请人的责任:(三)申请人应当保证其申请文件内容的真实性,并且在申请人了解的范围内,保证其选定的域名的注册不侵害任何第三方的利益;申请人应当保证此域名的注册不是为了任何非法目的;第二十三条:各级域名管理单位不负责向国家工商行政管理部门及商标管理部门查询用户域名是否与注册商标或者企业名称相冲突,是否侵害了第三者的权益。任何因这类冲突引起的纠纷,由申请人自己负责处理并承担法律责任。当某个三级域名与在我国境内注册的商标或者企业名称相同,并且注册域名不为注册商标或者企业名称持有方拥有时,注册商标或者企业名称持有方若未提出异议,则域名持有方可以继续使用其域名;若注册商标或者企业名称持有方提出异议,在确认其拥有注册商标权或者企业名称权之日起,各级域名管理单位为域名持有方保留30日域名服务,30日后域名服务自动停止,其间一切法律责任和经济纠纷均与各级域名管理单位无关。《中国互联网络域名注册实施细则》(国务院信息办1997年6月3日颁布)第十三条:在由于域名的注册和使用而引起的域名注册人与第三方的纠纷中,CNNIC不充当调停人,由域名注册人自己负责处理并且承担法律责任。当某个三级域名与在我国境内的注册商标或者企业名称相同,并且注册域名不为注册商标或者企业名称持有方拥有时,注册商标或者企业名称持有方若未提出异议,则域名注册人可继续使用其域名;若注册商标或者企业名称持有方提出异议,在确认其拥有注册商标权或者企业名称权之日起,CNNIC为域名持有方保留30日域名服务,30日后域名服务自动停止,其间一切法律责任和经济纠纷均与CNNIC无关。

² 2001年6月26日由最高人民法院审判委员会第1182次会议通过了《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》,是对一系列判例的总结。本文首先进行分析的是该公告发布前的原始案例。

先注册为域名并公开出租或出售被抢注的域名以牟利。“盗用”指域名注册人使用注册的域名但对该域名不享有商业标识权而引起的纠纷。“权利冲突”则指多个拥有商业标志权的权利人之间的冲突纠纷。我们明显地可以看到，域名的法律纠纷的本质在于，域名归谁所有。

面对域名纠纷，在缺少足够的先例，或成文法难以及时灵动的时候，法律显得有点措手不及。为解决域名纠纷，法官采取了不同的救济措施，但各种法律解决方法多少都有缺憾。接下来就从法律的角度来分析几种域名保护的方法。

(一) 通过知识产权法律制度保护域名

正如罗伯特·考特和托马斯·尤特在《法和经济学》一书中提到的那样，主流的法学理论的技术基础是对语言的分析。域名难以融入到知识产权制度中去，正是因为域名与传统知识产权的概念不相符合。

同其他财产相比，知识产权具有专有性、地域性、时间性等特点。而域名的全球唯一性与知识产权制度的地域性是矛盾的。其次，域名的时间性不明显。知识产权都有法定的保护期限，一旦保护期限届满，权利自行终止。而注册域名实行年检制度，只要注册人按期交费就可以无限期的拥有该域名。第三，域名缺乏作为知识产权的独创性。域名被设计出来的目的仅仅是使烦琐的INTER网址便于记忆。域名系统的发端，也是在于确定以词为基础的标识(域名)与IP地址之间的映射关系。域名与知识产权之间的紧密联系，更多地是在于将何种已存的知识产权(商标、商号等)作为这种标识。

更进一步，域名的性质之争，涉及到了“财产”本身。2000年11月判决的SEX.COM一案中，就域名是不是财产引发了广泛的争议。美国联邦地区法院法官James Ware支持了NSI关于域名不属于财产的抗辩，并驳回了针对Steven Cohen“盗用”域名的起诉(conversion claim)。法官指出，目前财产法能否适用于域名是不明确的，而这个工作应该是由立法者承担的职责。法院在这一案件的审理中主动限制了自己管辖权的范围，对域名的财产性质采取了保守的态度。不能确认为是财产，在法律上就没有产权可言，也无法用知识产权制度来解决问题。

(二) 通过确定民事行为能力的效力否认抢注行为的效力

民法上所称民事行为能力，是指民事主体独立参加民事法律关系，以自己的行为取得民事权利或承担民事义务的法律资格。法律上规定为无效的民事行为能力，不产生相应的法律后果，比如说，欺诈的合同无效。

这里要提到号称我国“首例域名纠纷案”的“科龙诉吴永安”一案。

该案中，原告科龙公司是“KELON”商标的注册人。当原告向中国互联网络信息中心申请以“KELON”商标作为域名注册时，发现被告吴永安开办的永

安制衣厂已经注册了域名“kelon.com.cn”。原告曾与被告商谈有关“KELON”域名注册事宜,被告要求原告支付5万元现金作为域名转让的条件。原告认为被告索要所谓域名补偿费用,诈取非法利益,故向法院起诉。在原告起诉之后,被告又提出如果原告补偿其域名注册费2000元,首年运行费用300元,就愿意放弃“KELON”域名的使用权。原告再次拒绝了被告这一要求。

该案其最后结果是原告因被告自动停止侵权为由撤回了起诉,但法院曾企图采用民法通则中有关无效民事行为的规定来规范该起域名纠纷。因为被告的行为明显存在“恶意”。³

但是,通过确定民事行为能力的效力来解决域名纠纷案存在一定的不足。先来回顾一下1999年北京市第二中级人民法院审理的著名的“宜家”一案。⁴

该案原告荷兰英特文基公司在世界二十九个国家和地区拥有以“IKEA”命名的大型专卖店一百五十余家,经营家具及家居用品。一九八三年,该公司经中国国家工商行政管理局商标局核准,在中国商品分类和国际商品分类以及服务上分别获得了“IKEA”、IKEA及图形组合商标和中文“宜家”的注册商标。在国际上,该公司在美国、英国、加拿大、法国、香港等九十个国家和地区的多种商品和服务项目上注册了“IKEA”和IKEA及图形组合商标。当该公司准备在中国互联网上注册以自己拥有的注册商标“IKEA”为标志的域名时,却发现被告北京国网信息有限责任公司已在先注册了域名“ikea.com.cn”,将原告公司的注册商标“IKEA”与被告抢注的三级域名“ikea”相比较,二者的读音、文字外形、字母组合以及消费者的呼叫方式等方面均完全相同。所以,原告认为:被告抢注的域名是对该公司已使用多年且极具独创性的注册商标公然的仿冒;原告公司的商标“IKEA”是驰名商标,其相应的中文商标“宜家”在中国、香港、台湾等使用华语国家和地区具有相当的知名度。自一九九八年以来,上海、北京已经先后开设以“IKEA”商标为标识的家居专卖店,“IKEA”商标在中国已经逐步为消费者所认同,一九九八年原告公司在中国支付的广告宣传以及推广费用为六百万元人民币,而一九九九年费用则上升为一千七百万人民币。被告在抢注“IKEA”域名后,长期空置未加以使用,其行为违反了《保护工业产权巴黎公约》的原则立场,与《中华人民共和国民法通则》第四条所规定的诚实信用原则相冲突,应属不正当竞争行为。故诉至法院,请求法院(1)判令被告立即停止使用和注销“ikea.com.cn”域名;(2)判令被告承担案件的诉讼费用。

³ 《中华人民共和国民法通则》第五十八条下列民事行为无效:(一)无民事行为能力人实施的;(二)限制民事行为能力人依法不能独立实施的;(三)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;(四)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;(五)违反法律或者社会公共利益的;(六)经济合同违反国家指令性计划的;(七)以合法形式掩盖非法目的的;无效的民事行为,从行为开始起就没有法律约束力。

⁴ 来自:《电子知识产权》,1999年第9期第42页。

在庭审中法院认定，被告国网公司除注册了“ikea”域名外，还注册了 amex / bacardi / boss / cartier / dupont / carlsberg / coia / dunhill / hertz / lancome / lv / marriott / omega / philips / polo / rolex / whisper 等世界知名品牌或商标的域名，且均空置未在互联网上实际使用；并且法院根据原告的经营情况和影响认定“IKEA”商标为驰名商标。

法院在判决书中指出：法律提倡和保护公平竞争，经营者在市场竞争中应遵循诚实信用的原则，并应遵守公认的商业道德。……被告国网公司将原告的“IKEA”驰名商标作为域名使用，易误导广大消费者认为该域名的注册人也是“IKEA”驰名商标的所有人或者与该驰名商标权人有着某种合作关系，进而误认为在该域名内可以查询到“IKEA”商标相关商品的情况，提高了被告国网公司网站的访问率。被告国网公司上述使用方式客观上利用了附着于该驰名商标上的良好商誉。并且由于因特网上域名使用的惟一性，也使得该驰名商标注册权人在因特网上行使该驰名商标权受到妨碍，故应认定被告国网公司的上述行为对该驰名商标权人的商标专用权造成了侵害。……经查证被告国网公司还注册了大量与其他具有一定知名度的商标相同的域名，该大量域名均未被积极使用；被告国网公司作为网络信息咨询的服务者，注册了大量的域名而不积极使用，其待价而沽的非善意注册行为的主观动机十分明显，故被告国网公司的行为违反了公平竞争、诚实信用的基本原则，构成了不正当竞争。

最后法院判决：被告国网公司将原告“IKEA”驰名商标注册为自己的域名，该行为不仅违反了《中国互联网域名注册暂行办法》的有关规定，还有悖于《保护工业产权巴黎公约》的精神和《中华人民共和国反不正当竞争法》的基本原则，侵害了原告作为驰名商标权人的合法权益，其应承担相应的民事法律责任。因此，被告国网公司不能使用“ikea.com.cn”的域名，该域名注册应予撤销。依据《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条第一款之规定，被告北京国网信息有限责任公司注册的“ikea.com.cn”域名无效，北京国网信息有限责任公司立即停止使用并于本判决生效后十日内撤销该域名。案件受理费一千元，由被告北京国网信息有限责任公司负担。⁵

诉讼中，面对原告的指控，被告辩称“我公司注册的域名，系经中国政府授权的中国互联网络信息中心(CNNIC)依法审查批准注册的，应受法律保护”，主张该案“属行政法律关系”，⁶虽然该辩称最后未得到法院支持，但的确中国互联网络信息中心(CNNIC)的行政授权性使得域名注册行为不能简单地以民事法律行为论之。

⁵ 摘自：北京市第二中级人民法院民事判决书(1999)二中知初字第86号。

⁶ 参见：北京市第二中级人民法院民事判决书(1999)二中知初字第86号。

(三) 通过保护作为域名使用的商标权来确认域名的归属

美国在这一点上做得比较成功。1996年,美国总统克林顿签署了《联邦商标反淡化法》(Federal Trademark Dilution Act),使得当驰名商标受到淡化行为的侵害时,其所有人可以依据联邦法律获得司法救济。但在法律通过的当时,并不清楚该法是否能够用于解决域名与商标之间的争议,但在后来的审判实践中法院逐渐地确认了反淡化法的适用。

但是,在我国,目前还没有像美国那样,建立起关于商标反淡化的立法,以禁止驰名商标的冲淡和玷污。我国对驰名商标的特殊保护可见于国家工商局颁布的行政规章《驰名商标认定和管理暂行规定》和我国签署的国际公约《保护工业产权巴黎公约》。但是从二者保护的范畴来看,对驰名商标的保护也只是扩展到非同类商品的商标或企业名称的使用上,而并未涉及到域名领域。⁷

所以,尽管在“宜家”一案判决书中法院认为被告侵害了驰名商标专用权,但在最终判决,并未引用任何有关商标的法律来做为判决依据。⁸

(四) 通过反不正当竞争法解决域名争议

反不正当竞争法在这时起到了很大的作用,因为它保护的立足点更多地在于“秩序”,从而绕开了“权利”、“产权”这些敏感的概念。我国的域名纠纷案件,几乎都引用了《反不正当竞争法》第二条第一款中的诚实信用原则⁹来了结案件。

通过反不正当竞争法解决域名争议是目前最有效的方法,但是也存在一定的不足,那就是,几乎所有的案件,法院都丝毫没有涉及到当事人双方竞争关系的问题。

综上所述,根据我国目前的现行法,用法律分析的角度并不是十分的缜密和周全。如何看待域名权利的分配,从经济分析的角度去思考,会给法律人更多的启发。

⁷ 《驰名商标认定和管理暂行规定(修正)》(1996年8月14日国家工商行政管理局令第56号公布1998年12月3日国家工商行政管理局令第86号修订)第九条将与他人驰名商标相同或者近似的商标使用在非类似的商品上,且会暗示该商品与驰名商标注册人存在某种联系,从而可能使驰名商标注册人的权益受到损害的,驰名商标注册人可以自知道或者应当知道之日起两年内,请求工商行政管理机关予以制止。第十条自驰名商标认定之日起,他人将与该驰名商标相同或者近似的文字作为企业名称一部分使用,且可能引起公众误认的,工商行政管理机关不予核准登记;已经登记的,驰名商标注册人可以自知道或者应当知道之日起两年内,请求工商行政管理机关予以撤销。《保护工业产权巴黎公约》第六条之二〔商标:驰名商标〕(1)本联盟各国承诺,如本国法律允许,应依职权,或依有关当事人的请求,对商标注册或使用国主管机关认为在该国已经属于有权利享受本公约利益的人所有而驰名、并且用于相同或类似商品的商标构成复制、仿制或翻译,易于产生混淆的商标,拒绝或取消注册,并禁止使用。这些规定,侵犯商标的主要部分构成对上述驰名商标的复制或仿制,易于产生混淆时,也应运用。

⁸ 见前注5。

⁹ 见前文所提到的“宜家”一案审判情况。民法上所指诚实信用原则,是市场经济活动中形成的道德规则,要求人们在市场活动中讲究信用,恪守诺言,诚实不欺,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。

三、域名产权的现有分配形式

笔者在文章中采用了“域名产权”这个名称，从而先为经济分析打开了一条道路。前文对于实例的分析，在法律上一般是称对于“域名的权利”。“产权”不是一个法律术语。以下要说明的是从法律用语到经济学用语的过渡以及域名产权归属的现状。

(一) 域名与产权

在运用产权理论分析域名纠纷以前，有一些语词上的意义需要澄清。对于物或财产的权利，国内目前还没有十分明确统一的概念。在我国《民法通则》中使用的是“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”；¹⁰民法理论中存在“物权”的概念，并且正在起草物权法；在实际的经济生活中，人们又引入了“产权”的概念。“产权”在法律上其实还没有明确的涵义，它更多地是一个经济学的概念。所以，关于域名的“产权”保护，从法律的概念体系上看，法学家犹豫再三，目前还只能说“不”。而运用经济学进行分析，会更加方便和有利。

经济学家并不怀疑，在实际经济生活中，域名的产权是存在的。

经济学家对于产权的含义，有着不同的诠释，人们对于产权的含义，也存在种种不同的理解，¹¹这里不再赘述。但从本质上说，产权是一组由其拥有者可以自由行使的权利，它包括所有、收入、交换、继承和其他自由处置的权利。¹²所以对于域名的归属问题，在事实的经济生活中，我们可以将之确定为产权问题。对域名拥有产权的人，拥有上述的一系列权利。

从另一个角度来讲，域名之上也值得建立产权。首先，正像科斯所确定的那样，产权的确定是市场交易的核心。只有确定域名的产权，才能实现域名的转让；反过来说，有转让的需要，就有有效确认域名产权的必要。现实中的确存在域名转让的现实和潜在的可能。至少，网站转让的时候，域名也同时实现了转让。或者，恶意的抢注的重要表现之一，就是大量地“先占”，然后向他人出售、出租或以其他方式有偿转让。从理论上说，合格的域名拥有人也有权将域名做转让的处理。所以，域名是具有商业价值的可流通的商品。此外，经济学家认为，产权的界定和实施是有代价的，应当权衡界定产权的收益和成本。对于海底或电磁波谱，在管理产权体系的成本降低以前仍然是无主的。应当说，确定域名产权的成本是不算高的。到域名注册管理机构注册一个域名，其代价并不比注册一个商标或专利，或登记一个不动产更高昂。即使是通过诉讼确权，也和一般的财产确权纠纷一样，不会耗费更多

¹⁰ 见《民法通则》第五章“民事权利”第一节“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”。

¹¹ 比如说，《产权》（俞友康，1994：第3-10页）一书中，作者就列举了11种产权的涵义。

¹² 这里暂不在法律上与物权作比较，二者有非常近似的地方。

的社会资源。所以,实际的经济生活有确立域名产权的要求,并且也不会有太高的确认的成本。

(二) 域名产权确定之现状

尽管法律无法将域名融入到他自己尚难以明确的“物权”、“产权”、“财产权”的概念体系中去,但司法的和民间的途径,事实上也一直在实际地确定域名的产权。域名的产权主要归于两类人。

1. 域名归于注册人或称先占人。

域名系统发源于上世纪80年代早期,其功能在于确定以词为基础的标识(域名)与IP地址的映射关系。此后,由美国国家科学基金(NSF)发起,率先建立了域名注册制度。在美国,域名的注册与管理权目前属于非营利性的组织ICANN(International Corporation for Assigned Names and Numbers)。现在,许多国家都建立起了域名的注册与管理机构,在我国是中国政府授权的中国互联网络信息中心(CNNIC),英国类似的机构是Nominet。域名注册的一般原则是“在先原则”。如我国《中国互联网络域名注册暂行管理办法》规定,按照“先申请先注册”的原则受理域名注册,不受理域名预留。¹³

如果我们想象,将26个英文字符和9个阿拉伯数字及连接符“-”按照20位数以内¹⁴的任何位数的排列组合,看作是域名领域内广袤的无主财产(就像前文所述,就像人们发现了大片的无主土地或外层空间一样),注册的“在先原则”实际上是以“先占”的方式划归了域名的产权。

2. 对域名的权利属于在先的知识产权人

在域名与驰名商标的纠纷案件中,法院最终都将域名的产权划归到在先商标权人,或者是通过反淡化法,或者是通过认定反不正当竞争确认。这样确定域名产权,更大的目的不在于域名本身,而是认为,在先的知识产权人的权益受到了侵害。就像土地所有人会拥有土地下面的矿产一样,知识产权人的权利实质上扩展到了域名领域。

从另一个角度讲,知识产权人将自己的标识用于自己商业网站的域名是最有效率的。权利人的商标、标识被他人抢注或盗用是给抢注人或盗用人带来了正的外部性,应当将它们内化。

¹³ 《中国互联网络域名注册暂行管理办法》(国务院信息办1997年6月3日颁布)第20条。

¹⁴ 《中国互联网络域名注册暂行管理办法》(国务院信息办1997年6月3日颁布)第10条。

四、域名保护的经济分析

总结前面对域名权的确定，域名的归属的方法，一般有两种：

(1) 先占或注册。域名归先注册的人所有。先占原则的最大优点是，它提出了一个相对简单而且费用较低的办法来决定所有权的初始归属。但是，正如现实中显示的那样——以抢注、盗用的方式来牟取暴利或进行不正当竞争的事件大量存在——先占原则导致无效率，域名到达最有效利用者手中的成本很高，不是诉讼就是高昂的收购金。

(2) 内化给在先的知识产权人。同注册相比，所有权与先占脱节的规则具有避免先占者无效率投资的优点，但执行相对要花费更高的代价。比如说，域名注册人必须实现了解有没有在先的知识产权存在，要了解不同地域、不同行业的在先权利有没有存在，成本并不见得小。

除了上述的理由外，由于域名的全球唯一性，不同地域、不同行业的商家可能同时拥有某一商业标识权，却不能同时拥有同一域名，就是说在权利冲突的情况下，“先占”的原则仍不可少。

那么，域名到底依照哪一种规则来分配给哪一类人更好呢？

(一) 两种方式各有优劣

按照科斯的产权理论，法定权利的最初分配从效率角度上看是无要紧要的，只要这些权利能自由交换。换句话说就是，由法律所规定的法定权利分配不当，会在市场上通过自由交换得到校正。

这样来看，域名的产权只要明确即可，即使是通过恶意的抢注而得来，因为，市场会自动调节，在先的知识产权人自然会按照市场确定的价格通过交易来获得域名的产权。那么，立法者和司法者为什么还要以特殊的立法和案件审判来重新划分产权的最初归属呢？甚至还要重新从经济学的角度来分析确定域名的所属呢？

首先，从法律的层面上讲，法学所追求的是有别于经济学上效率准则的公平理念。域名和商标都是属于有经济价值的商业标志，对企业的经营活动和经济效益有关键性的作用。域名的商业含金量主要源于在先的知识产权，因而更适合于归属于为此付出劳动的在先的知识产权人。此外，法律对于抢注者的恶意有明显的排斥倾向。参照国内外相关的立法和审判实践以及国际公约，法律上的恶意主要包括：域名持有人注册域名的主要目的在于向他人出售、出租或以其他方式有偿转让；域名持有人注册域名的主要目的在于将网络用户的注意力吸引到自己的站点或其他在线站点；域名注册的目的是诋毁商业竞争者的商誉或扰乱对手的经营；域名持有人注册域名是为了阻止商标权人将商标注册为对应的域名。法律必须抑制这种“恶”。

另一方面,从经济分析的角度上来讲,对效率的追求也同样要求对域名权益的初始分配不可随心所欲,放任不管。

前面已经总结出,应当要确立域名的产权,而实际经济生活中,司法和民间的行为也实际地确定着域名的产权。在经济学的角度上,也早就肯定了明确产权的重要性。微观经济学的一个中心思想就是,自由交换往往使资源得到最充分的利用,在这种情况下,资源配置被认为是帕累托(Pareto)有效的。所以科斯强调,如果没有明确的产权,将会发生混乱。诺思也指出:“对建立较有效率的市场而言,特别重要之处在于对产品和劳务较好地界定和行使产权。”“有效的市场意味着充分界定和行使产权,它意味着创造一套促进生产效率提高的约束变量。”对域名产权初始分配的更高的要求是,明确更有效率的产权,而不是随便一种产权。

进一步说,正如我们所知,经济分析的基本方法着眼于成本与收益的比较。人们总是希望用尽量小的成本换取尽量大的收益。只有在设置产权的收益大于设置产权的成本时,产权的设置才会发生。在更高的要求下,即使设置产权的收益大于设置产权的成本,也要在产权的设置过程中选择最小成本的一种方式。并且,法律并非是如经济学家科斯所想象的那样,可以随便地为权利划定一个界限。财产的权利是公民的最基本权利之一,公民对于财产法效率和合理的期待,对于产权的归属有着事实上的影响。这种期待除了在民主代议的程序上会影响立法以外,也会通过实际的经济生活来影响财产立法。在域名问题上,在法律还没有明确规定的情况下,尽管存在在先的注册人,在先的知识产权人认为域名应当内化为自己的权利,从而拒绝与在先注册人合作,引起诉讼,在个案中争取法律的倾斜。法律与经济仍然是不同的空间,它们又交错在一起,进行互动的影响和融合,法律确定了某种产权的归属,从而就导致了一系列的经济后果;但同时,在财产法确定产权归属的过程中,经济因素也会促使法律得出更经济的结论。

所以,权利的初始分配,事实上对于资源最终是否能达到最有效的使用,还是有很大影响的。最有效的权利初始分配,并非如科斯所说的那样,只要明确产权就可以,我们应当转换标准,一种使资源到达最有效使用者手中成本最低(转移支付的成本即交易成本更低),在以后周期的生产效率更高的产权初始分配方式才是最有效率的。

再回头来说科斯的产权理论。在科斯定理交易成本为零的假设中,不同的分配方式是没有差别的,因为对于整个社会来说,只有财富的转移,而没有财富的增加或社会成本的减少。但是我们实际地考虑一下现实的情况,可以发现,它们之间仍然存在如下差别:

(1) 交易成本的实际存在。交易成本,也可视为是转移支付价值的成本,在现实的交易中一直都是存在的,但在域名权益的转移中,该成本显得尤其

高。这与域名的全球唯一性是密切相关的。尤其是在商业领域，只有以 com 为顶级域名的域名才是最具有商业价值的域名，成为商家必争。在这种全球唯一的状况下，地域、交通、文化、语言等的限制使得在先的知识产权人和抢注人之间进行协商的可能性相对更小，磋商的成本变得更高。这使得科斯定理的前提和假设显得更加不合实际，域名产权的初始分配，应当尽量减少转移支付的发生。

(2) 转移支付的投向。除了域名产权在市场主体之间进行转换存在较高的交易成本以外，交换之中的这一笔转移支付的价值在抢注者手中的投向与在知识产权人手中的投向的不同，在接下来的一轮生产周期中也对整个社会的效益产生了不同的影响。以向他人出售、出租或以其他方式有偿转让域名为目的，或以诋毁商业竞争者的商誉或扰乱对手的经营活动、阻止商标权人将商标注册为对应的域名为目的的恶意抢注者，取得这一笔转移支付的价钱的目的未必在于有效扩大再生产，增加社会财富。

在“权利冲突”的情况下，域名注册在先的非商业主体，对于所得的转移支付费用，一般就更是用于消费，而不是扩大再生产了。比如说，美国 MTV 公司的一位职员在职期间注册了“mtv.com”的域名，并创建了网站以宣传 MTV 和他自己。MTV 公司虽然知道这一雇员的行为，但是没有表示反对。后来，该雇员离开了 MTV 公司，但拒绝将这一域名转让给 MTV 公司。最后双方经过协商，达成了协议。在这样的情况下，个人对于转移支付费用的投向，对社会财富的增长来说没有帮助。

所以，域名产权的初始分配，应当侧重于有生产经营能力的一方主体，这样可以使转移支付的费用成为再造价值的资本金，而拥有在先的商业性知识产权就是一个明显的标志。¹⁵

(3) 规模报酬递增。即使是域名产权争夺的双方都有意将转移支付部分的费用转而投入生产，拥有更强大经济实力的一方将是更有效率的一方。根据规模报酬递增的原理，生产规模更大的企业能够引进更多的专业化程度更高的机器设备，雇佣更多的具有不同专业知识的劳动，进而更充分地利用设备，进行资源的集约化使用，能够大规模地低价购进生产要素，大幅度提高单位成本带来的收益。

所以，如果将域名的初始产权分配给实力更强大的企业，将会给社会带来更多的规模报酬，实现资源的最佳配制。而商标的知名度正是企业实力的反映。

¹⁵ 除了在前面所提到的“科龙诉吴永安”一案中提到的 5 万元以外，目前还没有其他具体的显示转移支付费用大小的数据。但是，这肯定是一个可观的数字，尤其是对于大企业的索价。可以参照一下以前的商标注册的抢注，1998 年，转让“熊猫”商标的低价是 340 万元，转让“大京九”商标的低价是 310 万元。参见《中华商标》1998 年第 4 期，第 4 页。

(二) 第三种分配方式

除了在前面提到的两种域名分配方式以外,其实还存在更加经济有效的第三种方式。现在就来进行具体的分析。

首先假设:(1)注册域名的成本为 c_0 ,它基本是不变的,一般忽略它;(2)使用域名的收益是 p ;(3)在承认先占原则的法律体系下,在先的知识产权人从在先注册人手中取得域名的成本为 c_1 ;(4)在赞同将域名内化给在先的知识产权人的法律体系下,欲注册者了解是否存在其他在先的知识产权的成本是 c_2 ;(5)无论在何种分配原则下,社会的净成本为 c ;(6)在先的知识产权(设为商标)的知名度为 r 。

首先来看商标的知名度对商标权人收益的影响。在在先的知识产权人(设为商标权人)手中,商标的知名度 r 越高,由商标构成的域名给商标权人带来的价值 p 越高。见图 1。

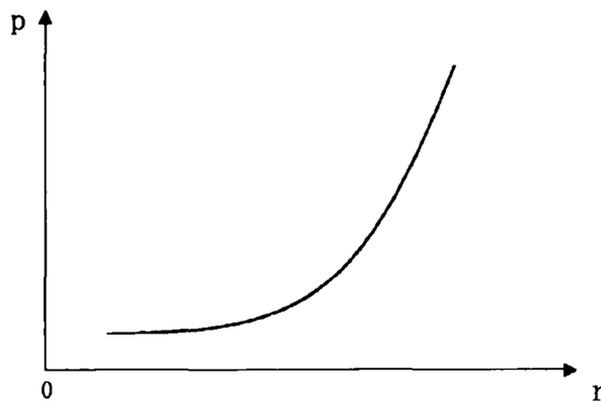


图 1. 商标的知名度与商标权人使用与商标相同的域名所取得的收益成正比

在承认先占原则的法律体系下,欲注册者了解是否有其他在先的知识产权的成本 c_2 几乎为 0(他不用在意是否会发生对于在先知识产权的侵权,只需要注意一下有没有事先的同样的注册就可以了),在先的知识产权人从在先注册人手中取得域名的成本是 c_1 。商标的知名度 r 与社会净成本 c 之间存在如下关系(见图 2):在承认先占原则时,在先的知识产权人从在先注册人手中购得域名。商标知名度 r 越高,在先注册人的要价 c_1 就越高。 r^* 代表驰名商标,对于驰名商标,在先注册人的要价 c_1 猛增。 c_1 作为转移支付的价值,在考虑到其投向和规模报酬因素后,形成的对社会的净成本 c ,与商标知名度成正比。

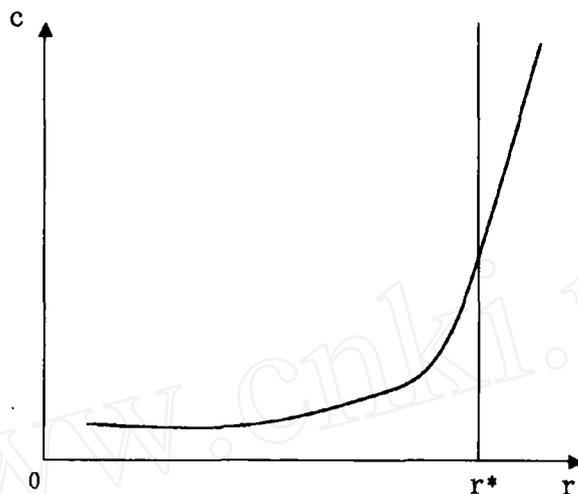


图 2. 先占原则下社会净成本与商标知名度成正比

在赞同将域名内化给在先的知识产权人的法律体系下，在先的知识产权人从在先注册人手中取得域名的成本 c_1 为 0，欲注册者了解是否有其他在先的知识产权的成本是 c_2 ，商标知名度 r 与社会净成本 c 存在如下关系（见图 3）：域名当然地应当属于在先的商标权人时，其他主体要注册域名时，要了解欲注册的域名有没有与在先的商标权冲突，商标知名度 r 越高，欲注册者了解是否有其他在先的知识产权的成本 c_2 越低。商标一旦达到知名的程度， c_2 就猛然变得很小了。由此形成的对社会的净成本，与商标知名度成反比。

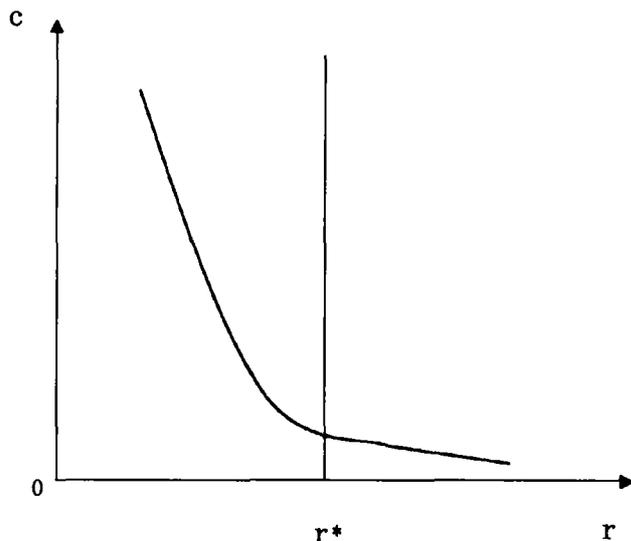


图 3. 域名内化给在先知识产权人时社会净成本与商标知名度成反比

现在将图2和图3结合起来,综合先占和内化两种方式形成的第三种方式中,商标知名度 r 与成本 c 的关系为(见图4):如图所示,将两种划归域名的方式结合起来,当某一商标达到驰名的程度时,适合将与该商标相同的域名内化给在先的商标权人,而当该商标不是驰名商标时,可采先占注册的方式。成本总是不会超过 c^* 。

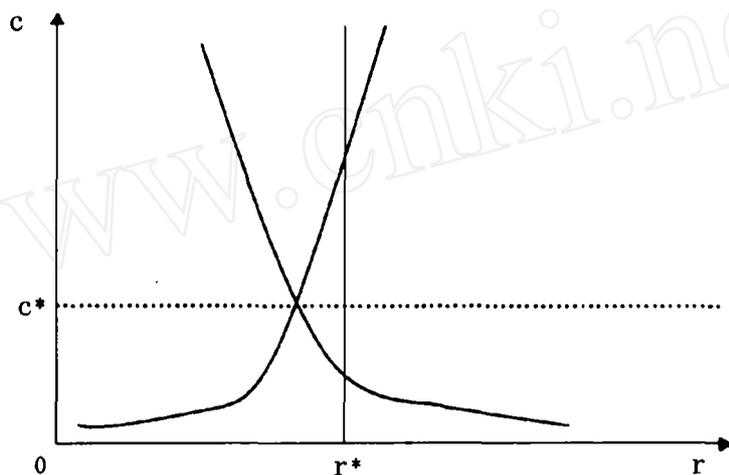


图4. 第三种方法: 结合先占与内化, 结合的界限是驰名商标

第三种方式, 将尽力摒弃前两种方式中的不足, 而是结合二者的优点, 从而使域名达到最有效使用的人手中所要求的成本最低。

在 r^* 的右边, 当某一商标是驰名商标时, 与商标相同的域名在商标权人手中效用最大, 其他人也容易知道该在先商标权的存在, 不会“善意抢注”。如果这仍然采用先占原则, 在先的知识产权人从在先注册人手中取得域名的成本为 c_1 极高。驰名商标作为企业良好经营能力的有效证明, 要求对于拥有驰名商标的企业应当在域名产权初始分配时得到产权, 以减少交易成本和转移支付费用作为非生产所用或低效益生产所用。

在 r^* 的左边, 当某一商标不是驰名商标时, 与商标相同的域名在商标权人手中的效用与该域名在非商标权人手中的效用差别相对较小, 事先了解是否有该在先商标权的存在成本也较高, 这时就没有必要将该域名内化给商标权人。同时, 由于对同一个商标, 不同行业的不同企业可以同时拥有, 在商标非驰名的情况下, 每个企业的生产能力相差不大, 很难分清那一个企业具有最优的生产力, 用先占的方式分配域名, 反而更加经济有效。

要注意的是, 两条曲线相交于 r^* 的左面, 形成一个小的波峰。这是因为驰名商标是一个不断变化的范畴, r^* 可以代表已经确定的明确的驰名程度。但在事实上, 随着经济生活的变迁, 驰名商标总是不断有所增加。有一部分

就是在法院诉讼中确认的。在一些驰名商标没有得到明确的、权威的确认的时候，诉讼就会发生，当法院确认该商标为驰名商标时，与该商标相同的域名就属于商标权人；当法院确认该商标为非驰名商标时，与该商标相同的域名就属于在先的注册人。由于诉讼增加了双方的成本，所以在 r^* 的左边，确认产权归属的成本增高，形成因确认驰名商标而导致的较高成本。

上述的经济分析，在法律的实践中也得到了相应的体现。我国通过反不正当竞争法对域名进行保护，重视了对驰名商标的确认。在上文提到的宜家案中，以及后来的宝洁诉晨铨等案件中，法院都确认原告（在先的商标权人）的商标为驰名商标，从而将与该商标相同的域名判给原告；而在 PDA 一案中，法院认为原告不能证明自己的产品商标是驰名商标，而将与该商标相同的域名判给被告。在总结案例审判的基础上，2001年6月26日最高人民法院审判委员会发布了《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》，确立了以驰名商标为界限的域名分配方式。¹⁶

五、结 语

通过上文对域名案件的分析，我们可以发现法学与经济学之间的互动、融合的关系。尽管二者有着不同的价值理念和思维方式，但是并非是不可沟通。在很多时候，从这些不同的价值理念和思维方式也可以得到相同的，符合社会利益和公正的分配方式，是所谓的殊途同归。对域名保护的理论和经济分析，就很好地证明了这一点。

参考文献

- [1] 胡代光，高鸿业（主编），《西方经济学词典》，北京：经济科学出版社，2000年。
- [2] 考特·罗伯特，托马斯·尤特，《法和经济学》，张军译，上海：上海三联书店和上海人民出版社，1994年。
- [3] 梁慧星，1996，《民法总论》，北京：法律出版社，1996年。
- [4] 邱惠君，孙丽杨，“PDA 注册商标与域名抢注纠纷”，《电子知识产权》，1999年第8期。
- [5] 瑟拉德·苏珊，“美国联邦反淡化法的立法与实践”，张今译，张保国校，《外国法译评》，1998年第4期。
- [6] 吴登楼，“恶意抢注域名构成不正当竞争——“safeguard”注册商标在域名上的权利一审获支持”，上海第二中级人民法院，《电子知识产权》，2000年第11期。
- [7] 薛虹，《网络时代的知识产权法》，北京：法律出版社，2000年。
- [8] 俞友廉，《产权》，中国人事出版社，1994年。
- [9] 张平，《知识产权法详论》，北京：北京大学出版社，1994年。

¹⁶ 见《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》，（法释〔2001〕24号，2001年6月26日最高人民法院审判委员会第1182次会议通过。）第四条 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：（二）被告域名或其主要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；第五条 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。

A Law and Economics Perspective on the Initial Assignment of Domain Names

JIANGLI ZHANG

(Peking University)

Abstract This paper analyzes the initial assignment of domain names from the point of view of law and economics. It reviews several domain name disputes and analyzes the inefficiency in the Chinese judicial practice. Then, applying the property right theory, the author conducts an economic analysis on the initial assignment of domain names from the viewpoint of social welfare maximization. The analysis reveals a method of efficient assignments, which is then applied to justifying the principle of protecting famous brands.

JEL Classification K19, K49