

商标法13 | 推开三重门，未注册驰名商标“酷狗”终获保护

（二）——第二扇门之互联网企业驰名数据的认定因素（2017）

日期：2017.04.20 作者：明星楠/鲁雪

阿基米德曾说：给我一个支点，我可以撬动整个地球。当时的他也许并未预料到如今的信息时代可以随时震撼到整个地球；隐秘而传奇的图灵为世界制造出第一台计算机并提出人工智能概念时，当时的他也许并未预料到如今的信息时代仅传输就可以快到几毫秒。随着信息爆炸的盛行，互联网领域可以毫不掩饰的说：地球我来了，世界我来了。

而作为“互联网+”领域中的先行者，“酷狗音乐”这一跨界融合平台自然聚集了众多的关注。根据中国文化艺术行业协会以及第三方权威统计机构提供的数据显示，2006年至2014年期间，酷狗在线音乐应用中用户数量、日播放量、最高同时在线数量及市场份额均排名第一，根据审计机构数据显示，酷狗的销售额截止2009年已经达到两千万元以上。在同行业中，PC端酷狗音乐占据40%，移动端占据32%的市场份额，与同属K阵营的酷我音乐相加，市场份额更是超过50%，可谓是占据整个音乐行业的半壁江山。因此“酷狗”商标作为未注册商标已经达到了驰名的程度。那么对于互联网企业来说，认定驰名的因素与传统行业又存在哪些不同之处，今天就让我们推开这第二扇门来一窥究竟！

一、互联网企业无过多的广告宣传投入，初期的销售数据亦无法与传统行业标准相比

互联网存在数字化、虚拟性、在线交互、即时通信等特征，每当连接网络时便可以说是参与网络时代的一种媒体形式，是跟外界沟通和信息交流的一种主要形式。

1. 资源互换形态下的推广宣传，不同于传统的线下广告推广

同传统行业相比，我们很难看到互联网领域的企业对于其品牌的广告宣传，或者更准确的说是线下的广告宣传，比如在地铁站，公交车站，报纸杂志宣传媒介等。基于互联网自身的行业特点，相关受众也基于网络。因此一般我们最常见的宣传推广往往是基于互联网络媒体平台的资源互换。所谓资源互换是指一种双方商定在一段时间内彼此资源交换的一种形式。如央视在315晚会或其他项目中需要网络媒体资源支持时，仅仅依靠电视台的力量是十分有限的，同时腾讯网、新浪网这些网络门户们需要把自己最新的产品放在央视这个放大镜下进行曝光。所以央视口播，门户出资源支持，里面不太会涉及到广告费。腾讯网新浪网需要登录主流媒体被提及曝光，而央视借机在这些门户网站拓展影响力渠道。

如此一来，互联网企业的广告宣传推广费用相较于传统行业的广告宣传费用就显得不在一个层面上。

2.互联网企业初期的销售数据相较于传统行业并未占据优势

中国的互联网是从1998年开始发展，至今仅有近二十年的历史，是一个发展虽短但又极快的行业。在互联网行业发展的最初十年也是互联网企业看不到赢利模式的时间，这中间中国有非常大量的优秀互联网公司，但并不赚钱。

无论是酷狗音乐、在线视频还是微博、微信，更多的互联网平台提供的是免费的服务，只有在消费其周边产品时才可能产生一定的费用。相较于传统行业如“湾仔码头”、“玫琳凯”等快销产品的认证证据，它们的销售收入、广告投入，利润、纳税也都在上千万甚至上亿的数量级。但是像本案中酷狗音乐平台作为一个免费收听的模式，在成立之初，虽然净利润一直在增长，但相较于传统行业，它的直接净利润和纳税情况的数额并不是特别高。互联网本身的商业模式，就是通过免费使用积累大量用户，获取流量，有了流量之后通过其他的增值服务变现，这是一个相对较长的市场培育过程。

因而，互联网企业的销售费用相较于传统行业也不突出。

二、互联网企业的自身特点决定了对于驰名认定因素不能机械适用

1. 法律虽规定认定驰名所需要素，但亦并非机械的全部予以适用

《商标法》第十四条规定：驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定。认定驰名商标应当考虑下列因素：（一）相关公众对该商标的知晓程度；（二）该商标使用的持续时间；（三）该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围；（四）该商标作为驰名商标受保护的记录；（五）该商标驰名的其他因素。

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适用法律若干问题的解释》第四条首先规定：人民法院认定商标是否驰名，应当以证明其驰名的事实为依据，综合考虑商标法第十四条规定的各项因素，但是根据案件具体情况无需考虑该条规定的全部因素即足以认定商标驰名的情形除外。紧接着在第五条规定：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：（一）使用该商标的商品的市场份额、销售区域、利税等；

（二）该商标的持续使用时间；（三）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；（四）该商标曾被作为驰名商标受保护的记录；（五）该商标享有的市场声誉；（六）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。可见，问题的关键还是在证明商标是否具有知名度，该知名度可以由诸多因素推导得出结论，但并不以符合每个要件为条件。

事实上，2014年7月3日，国家工商行政管理总局令第66号公布的《驰名商标认定和保护规定》第十三条亦明确：商标局、商标评审委员会在认定驰名商标时，应当综合考虑商标法第十四条第一款和本规定第九条所列各项因素，但不以满足全部因素为前提。

WIPO商标、外观设计及地理名称常务委员会(SCT)在1999年7日至12日在瑞士日内瓦举行的第二次会议第二部分讨论时，形成了一个关于驰名商标保护建议的最终文本，当年9月的保护工业产权巴黎联盟及世界知识产权组织大会通过的《关于驰名商标保护规定的联合建议》中第一章驰名商标认定第二条第3点明确：以上标准因素是用以帮助主管机关认定商标是否驰名的指导性因素，而非作出认定的前提条件。更确切地说，在每一案例中，驰名商标的认定取决于该案例的特殊情况。在某些案例中，可能全部因素都相关。在另一些案例中，可能部分因素相关。在此外一些案例中，可能一个因素也不相关，而据以作出认定的可能是未在本款第2

项中列举的其他因素。此种其他因素，可能会单独地或与本款第2项中列举的一个或多个因素一起，具有相关性。

考虑到我国国情，想要被认定为驰名商标进行保护的量是很大的，所以实践中不论是行政机关的审查，还是司法机构的审查，针对驰名商标都做了一些量化要求，包括它的利润利税，包括它的宣传范围，广度、持续时间这一系列硬指标。那么在这种情况下，如果按照上述法律和司法解释来看，互联网企业的销售数据和宣传数据并不能完整体现出足以说服的数据，那么是否不能全部满足上述硬性指标就构不成驰名商标？显然，从上述的法律和司法解释亦可以看出，虽然罗列了众多参考要素，但这些认定并没有说要全部达到或全部包含。即使没有完全包含，在某一项上数据突出，比如市场占有率过半，行业处于领头羊地位等，都是认定驰名商标非常重要的因素，归根结底还是看该商标在相关公众上的知晓程度。

2. 驰名商标认定的核心要件在于相关公众的认知程度

按照法条的解读，驰名商标应该主要是广为知晓。驰名商标的核心要件在于相关公众的认知程度。因此对于前述法条的解读，我们认为在认定是否构成驰名的因素原则上都需要进行考量。如果在特殊的领域，就比如本案中的互联网领域，相关指标基于行业特性并不能一一对应规定中的全部要素，但相关公众对其的认知程度又远远高于其他商品或服务品牌。此时再对驰名商标的全面要求就显得不合时宜。因此，当商标满足了其中一项因素且较为突出时，也可以通过这些方面去认它是一个驰名商标。从近年来的司法实践中不难看出，大都考虑了不同行业特点所造成指标上的差异性。如果机械地将营业额作为硬指标，那么如“慈济”等公益服务是不可能被认定为驰名商标的。

具体到本案，要求认定驰名商标的服务是在互联网领域，其特点在于短时间内可能达到相当的规模，服务主推“免费下载、免费收听”，其赢利点也与传统行业明显区别，因此并不能用同一把尺子衡量。而且驰名商标认定的核心要件在于相关公众的认知程度，而并非机械的在营业额、商标使用时间等指标上设定“硬指标”。

我们到底应当怎样看待互联网公司，特别是类似于免费平台如目前大部分APP的相关知名度？我们认为，驰名认定的经济数据指标衡量需要跟其产业特点，服务特点相结合，时代的脚步伴随着新兴事物不断前行，作为法律服务者我们的思维也需要不断更新，如此才能追得上时代的步伐。商评委和北京高院正是在考虑互联网品牌的上述特殊情况，才与时俱进地认可了“酷狗”商标的知名度，对其予以驰名商标的特殊保护。

万慧达代理酷狗公司参与了本案评审、一审及二审程序。