

论移动互联网 App 标识的属性及商标侵权

王莲峰

(华东政法大学 知识产权学院,上海 200042)

摘要:移动互联网中的 App 标识是一种新的商业标志,该标志不仅具有区别同类 App 商品或服务来源的功能,而且独特的 App 标识逐渐成为一种稀缺资源;App 的名称和图形在移动互联网中具有唯一性,一旦被他人注册,同名 App 将无法进入该手机应用商店。App 应用软件上传是移动互联网环境下一种新的商标使用形式;如果上传与他人注册商标同名的 App 并使用在相同的商品或服务类别上,造成相关公众混淆的,构成商标侵权。App 应用商店的管理者主观上明知 App 上传者的行为侵权,客观上未采取必要措施的,构成帮助侵权,承担相应的连带责任,不能适用避风港规则免责。

关键词:移动互联网;App 标识及其属性;App 应用软件;商标侵权

中图分类号:DF523.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2016)01-0109-08

一、前言

随着智能手机的普及和移动互联网的迅猛发展,人们进入手机商店,下载 App 应用软件浏览和购物成为一种潮流和时尚,但同时也带来了相关的商标纠纷。比如,2014 年 8 月上海法院受理的首例移动互联网商标侵权纠纷案立案,该案件因涉及将他人注册商标作为 App 应用程序的名称使用,被媒体称为移动互联网领域商标侵权的新形式,该案也是继“抢注商标及域名等类型的案例”之后,出现的将他人注册商标标识用于 App 应用程序上的新型案例^①。原告易饰嘉公司 2007 年 5 月开发了“为为网”网站,作为该公司的电子商务平台,2010 年 7 月该网站开发完成并正式上线投入运营。2012 年该公司取得 3 件“为为网”注册商标,分别核定用于第 35 类、第 38 类和第 42 类,包括计算机软件设计、计算机系统设计、信息传送等。2012 年 11 月易饰嘉公司在“为为网”PC 端电子商务平台的基础上开发了“为为网”App 应用程序,并于 2014 年 4 月完成,同年 4 月 21 日至 5 月 22 日期间,易饰嘉公司多次向美国苹果公司申请在其管理的 App Store 平台注册并申请上架其开发的“为为网”App 应用程序,均遭苹果公司拒绝,苹果公司答复的理由为同款“为为网”App 版本已经存在。据原告公司调查,上海另一家沃商公司已于 2013 年 12 月 18 日在 App Store 平台上架了以“为为网”命名的 App 应用程序。随后,易饰嘉公司自 2014 年 6 月 3 日开始,多次通过苹果

收稿日期:2015-10-06

基金项目:国家社科基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(14ZDC020);上海市哲社规划一般课题“涉外定牌加工亟待解决的商标法律问题研究”(2015BFX010)。

作者简介:王莲峰(1964—),女,河南许昌人,华东政法大学知识产权学院教授,博士生导师。

^① 参见王国浩、毛立国、杨柳:《“为为网”阻击“李鬼”App 引知识产权专家热议》,载《中国知识产权报》(商标周刊),2014 年 8 月 29 日。据《中国知识产权报》(2015 年 4 月 10 日第 5 版)报道,“为为网”商标纠纷案有了新进展,苹果公司提出的管辖异议被驳回,上海市高级人民法院享有管辖权并将于近期开庭审理。

公司官网和电子邮件向苹果公司提出异议,要求苹果公司核查并下架沃商公司开发的涉嫌侵权的“为为网”App应用程序,同时,许可易饰嘉公司合法的“为为网”App应用程序进入 App Store 平台,但苹果公司均未予以回复。2014年6月26日,易饰嘉公司以商标侵权以及不正当竞争为由,向上海市第一中级人民法院状告苹果公司及沃商公司,索赔金额为1亿元。之后,苹果公司于2014年7月2日回复易饰嘉公司,称其已将沃商公司开发的涉案“为为网”App应用程序从 App Store 平台上撤下,并将易饰嘉公司开发的“为为网”App应用程序在 App Store 平台上架。此类案件还有人们熟知的“嘀嘀打车”软件 App,因涉嫌侵犯杭州一家公司的“嘀嘀”注册商标而更名为“滴滴打车”;再如,厦门某公司开发的“App 西柚经期助手”因涉嫌侵犯他人注册的“西柚”商标,被迫改名为“美柚经期助手”等。^① 这类新型的移动互联网商标侵权案件已成为日前知识产权业界关注的热点话题。面对逐渐增多的此类纠纷,如何界定 App 标识的属性? App 应用程序的运作涉及哪些相关主体? 将他人注册商标作为 App 名称使用并上传至应用商店的行为是否构成商标侵权? 应用商店的管理者是否要承担相应的义务和责任? 可否适用避风港规则免责,等等。因为这些新的问题伴随着移动互联网的快速发展应运而生,现实生活中出现的相关 App 纠纷如何处理,也给传统的商标侵权理论和规则如何适用和应对带来挑战。目前,学界对这些问题的研究还处于讨论过程中,尚未达成共识,相关的研究性论文较少;司法实践中,App 标识与商标的纠纷案件还比较少,未见有典型的判例,但法院已开始受理此类案件。比如,上文所述“为为网”商标侵权案件,截至本论文完稿,该案还未宣判。

本文结合我国商标、商标使用和商标法的基本理论,针对移动互联网环境下 App 标识的属性进行了分析和研究。通过对 App 应用软件内容及其使用的分析,本文认为:App 应用软件上传到应用商店的行为是移动互联网环境下一种新的商标使用形式,迥然于传统的商标使用形式。结合我国商标侵权理论和判断规则,我们认为:如果上传与他人注册商标同名的 App 并使用在相同的商品或服务类别上,造成相关公众混淆的,构成商标侵权。针对 App 应用商店的管理者商标侵权的认定,我们认为:如果 App 应用商店的管理者主观上明知 App 上传者的行为侵权,客观上未采取必要措施的,构成帮助侵权,承担相应的连带责任,不能适用避风港规则免责。以上观点均是本文的亮点和创新之处,鲜见其他文章提及并论述。

二、移动互联网 App 应用程序和其标识的属性及相关法律主体

(一)移动互联网 App 应用程序属于软件类的商品

App 是英文 Application 的简称,也就是应用软件的意思,多指智能手机的第三方应用程序和应用软件,手机用户可以在移动互联网的 App 手机应用商店里下载和安装该软件。目前比较著名的 App 手机应用商店有美国苹果公司的 App Store,它是由苹果公司为 iPhone 和 iPod Touch、iPad 以及 Mac 创建的服务,允许用户从 iTunes Store 或 mac app store 浏览和下载一些使用 iPhone SDK 或 mac 开发的应用程序。另一个是 Android 的 Google Play Store,是由 Google 为 Android 设备开发的在线应用程序商店,该手机用户可以在此商店里浏览、下载及购买在 Google Play 上的第三方应用程序。为拓展市场,其他公司和个人也可以将其开发的 App 应用程序提交到上述 App 商店供手机用户下载和使用,至于下载 App 应用程序是否收费,在其各自的商店里会有提示,开发者也可通过在 App 里面放置广告来盈利。本文认为,移动互联网中的 App 应用程序应

^① 新闻稿:《“西柚”商标之争:西柚经期助手被迫改名》,http://www.thethirdmedia.com/Article/201310/show324293c76p1.html,2015年6月10日浏览。

属于软件类的商品,同其他商品一样,App 应用程序也应该有自己的名称或标识,以区别同类应用程序软件。

(二) App 的标识是移动互联网下的一种新的商业标识

App 标识通常由名称、图形和颜色组成,如腾讯公司开发的社交软件“微信”App 的组成包括“微信+图形+绿色”,“大众点评”的 App 标识为“大众点评+图形+橙色”,苹果公司应用商店的 App 标识表现为“App Store+图形+蓝色”等。用户在应用商店下载后,通常在手机中会显示其对应的文字和图标。这些标识如同商品上的商标一样,分别代表了不同的开发商和其对应的商品或服务内容。如,移动社交类 App 应用软件中,有腾讯公司开发的“微信”、“QQ”,有新浪首次引入中国大陆的“微博”,以及陌陌科技公司开发的“陌陌”等不同名称和图标。移动电子商务类 App 中,有“当当”、“1 号店”、“淘宝”、“京东”等标识。这些标识,不仅起到识别不同公司服务来源的功能,也彰显出各自的品牌定位和特色。比如,“微信”的优势在于人气,“陌陌”的特点在于“方便找到有相同兴趣的人”,而新浪网的微博则定位于“有最新的资讯”等。这些 App 的名称和图形等标识,可称之为是移动互联网环境下的一种新的商业标识。

(三) App 标识的稀缺性和唯一性

据报道,2014 年底《互联网周刊》正式对外发布了《2014 年中国 APP 排行榜 TOP 500》榜单,该榜单显示,随着手机用户使用 App 软件的暴涨,移动互联网正全方位渗透大众生活,大量 App 应用软件顺势而出,从购物支付到出行导航、从视频游戏到移动社交,都是热门 App 应用软件的争抢之地。^① 与此相适宜,随之而来的是 App 标识的设计和命名的重要性凸显,为便于手机用户记忆,同时在移动互联网中拓展业务,市场中甚至衍生有专门的公司为他人设计制作 App 标识。同现实生活中具有显著性的商标一样,在移动互联网中,构思独特而新颖的 App 名称和图形逐渐成为一种稀缺资源,成为当下移动互联网中具有重大价值的商业标志。众所周知,域名在互联网环境下是唯一的,比如,如果有人抢先申请了 Haier.com,则真正的海尔企业就无法使用同样的域名在互联网上登记使用。而在移动互联网上,App 标识是否和域名一样也是唯一的呢? 本文认为,App 标识在移动互联网环境下也是唯一的。上文分析到,App 的名称和图形作为一种商业标志,具有区分同类性质的 App 的功能,通过不同的标识,便于消费者识别和下载使用。但 App 标识作用的发挥和一般商品不同,它必须由上传者将其上传到应用商店里,手机用户到对应的应有商店里才能下载使用。在同一个应用商店里,App 标识具有唯一性和排他性,一旦获准登记后,相同的 App 名称将无法进入该应用商店。但在现实生活中,出现了“抢注”App 的情形,将他人先在的权利(企业字号、商标、域名等)作为自己的 App 名称抢先在移动商店里登记。比如,A 公司未经许可将 B 公司的注册商标“蓝月亮”命名为其开发的 App 应用程序,抢先上传到 App Store 应用商店“占坑”,之后,真正的“蓝月亮”商标权人开发的 App 程序将无法进入苹果公司运营的手机应用商店里。对这种占坑的行为如何定性? 是构成商标侵权,还是不正当竞争行为? 如果构成侵权,App 应用程序涉及的相关主体包括哪些? 下面将逐一进行分析。

(四) App 应用软件涉及的相关主体

在传统的商标侵权纠纷中,涉及的主体一般包括商标权人、生产商和销售商等。而 App 应用程序的商标纠纷涉及的主体不仅包括商标权人,还有应用程序的开发者和上传者,以及手机应用商店的管理者。

本文以为,在 App 应用程序纠纷涉及的相关主体中,应用程序的开发一般是该程序的设计

^① 新闻稿:《2014 年手机 APP 排行榜》, <http://www.chinabgao.com/stat/stats/39227.html>, 2015 年 6 月 10 日浏览。

人,只要该程序软件是其独立研发的自主产品,不会侵犯他人知识产权,但如果开发者将其设计的应用程序上传到应用商店里,则另当别论,同时,这些主体是否构成商标侵权,还要依据个案进行判断。比如,以上述“蓝月亮”商标纠纷为例,涉及的主体包括“蓝月亮”商标权人B公司、擅自使用原告“蓝月亮”注册商标作为其开发和上传同一款App应用软件名称的A公司,以及手机App应用商店的管理者。如果A公司和应用商店管理者构成侵权,各自应承担何种义务和责任?A公司上传App应用程序是否属于商标使用的一种形式?移动互联网环境下构成商标侵权需要具备哪些条件?作为App应用商店的管理者,是否应该承担较高的注意义务?可否适用避风港原则进行免责?这些问题将会在下面的论述中谈到。

三、移动互联网App应用软件上传者的商标侵权认定

基于对现行《商标法》第57条第一项和第二项的理解,本文以为,认定商标使用者是否构成侵权,主要有两个参考标准:其一,审查使用者的行为是否构成商标使用;其二,商标使用是否会造成相关公众的混淆。移动互联网环境下,认定App应用程序上传者的行为是否构成商标侵权,同样要考虑这两个认定标准,但也有其特殊性,笔者观点如下:

(一)App应用程序上传者的行为构成商标使用

使用者的行为是否构成商标使用,是认定商标侵权应考虑的主要因素之一。何谓商标使用,现行《商标法》第48条做了明确规定,即指在商业活动中,起到识别商品或服务来源为目的的使用,比如,将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中,等等。在移动互联网环境下,开发者将App应用程序上传的行为是否属于商标使用呢?本文认为,将App应用程序上传,应该是移动互联网环境中一种新的商标使用形式,有其特殊性。上述谈到,App应用程序不同于一般意义上的商品,它是一款软件类商品,只有将这种软件置于特定环境中才能发挥作用。比如,开发者把该款软件上传到App手机应用商店里,供用户下载和使用,进而提供相应的服务。手机用户一旦下载App程序,上传App的开发者即埋下了一颗种子,可持续与用户保持联系,进行相关电子商务活动等。对消费者而言,通过在手机商店里选择不同名称的App应用程序下载到手机后,开始使用该程序提供的相应服务,选购相应的商品,而此时的App应用程序的名称、图标和颜色等商业标识符号就起到了区别同类服务来源的功能。如此在商业活动中的行为,构成商标意义上的使用。比如,在上述“为为网”商标纠纷中,被告方沃商公司未经原告易饰嘉公司许可,将原告方注册的商标“为为网”作为沃商公司开发的App应用程序软件的名字,上传至苹果公司所提供的App Store平台,利用其应用程序进行销售和服务,这种行为就构成商标使用,因为此时被告沃商公司标注的“为为网”文字起到了指示该App应用程序服务来源的作用。

(二)使用与注册商标同名的App应用程序容易造成相关公众的混淆

在移动互联网环境中,认定使用者是否构成商标侵权,除了要考虑上述App应用程序上传者的行为是否构成商标使用之外,还要考虑如果使用相同的App应用软件的名称是否会造成相关公众的混淆。

依据我国商标法的相关规定以及法院审理商标案件的司法实践分析,认定是否造成混淆的参考因素主要有:

其一,侵权者使用的商标和他人已注册商标相同或者近似。移动互联网商标侵权纠纷中,“使用者的商标”一般为App应用程序的名称,而该名称与他在先注册商标的文字相同。比如,在上述所谈的“西柚”商标纠纷中,权利人主张的缘由就是“西柚”是其注册商标,厦门某公司未经许可擅自使用“西柚经期助手App”而被商标权人指控侵权。再如,北京小桔科技的“滴滴打车”App,也因

涉嫌侵犯他人的“嘀嘀”注册商标而被迫更名为“滴滴打车”。

其二,App 使用的类别和已注册商标核定使用的商品或者服务类别相同或者类似。商标专用权的范围是有限制的,权利的行使仅以其核准注册的商标和核定使用的范围为限。移动互联网环境中商标使用的类别主要是计算机互联网等服务项目。如果他人未在注册商标权利人核准的商品或者服务类别上使用相同或近似商标,不会发生侵权行为。司法实践中,法院主要参考《商标注册用商品和服务国际分类》表进行比较,审查原被告双方使用的商品或者服务类别是否相同或者类似。比如,在“115”商标纠纷中,河北一家企业核准注册了“115”商标,并且以此为由,向各大 App 应用商店主张权利,要求下线广州一家公司的“115 网盘”App,声称“115 网盘”未经权利人许可擅自将其“115”注册商标的名字作为软件 App 的名称使用,构成对权利人的商标侵权。法院经审理认为,权利人所持有的“115”商标是第 9 类的商品商标,包括计算机键盘、电子字典、笔记本电脑和计算机外围设备等硬件产品。而“115 网盘”公司提供的服务产品属于第 42 类的服务项目,包括技术研究、提供互联网搜索引擎、计算机软件更新等,双方使用的商标分属不同类别的商品和服务,而且,该公司的注册商标为“115.com”。这些标识显示,“115 网盘”公司的行为不会造成相关公众混淆,不构成商标侵权,由此,“115 网盘”公司赢了诉讼。^①但在近期的“陌陌”商标纠纷中,北京陌陌科技公司或因商标问题卷入诉讼。因为第 45 类“陌陌”商标此前已经被杭州某公司注册,而第 45 类涵盖了包括社交陪伴、交友服务、婚姻介绍等在内的服务,与北京陌陌科技公司的主营业务相似。权利人要求陌陌公司停止同名软件的下载服务、更名,并赔偿经济损失,据悉,该案已被北京知识产权法院受理。^②

其三,商标使用起到了识别商品或者服务来源的作用。商标通过在商业活动中的使用,其标识商品来源和品质等功能才能得以发挥,生产者得以宣传自己的产品或者服务,同时,也便于消费者“认牌”选购。如果商品贴上商标后没有投入市场,或者仅在内部或者少量使用,商标识别功能不会产生。对 App 应用程序的开发者而言,如果仅仅是设计了一款 App 应用程序,没有投入市场,就不属于商标使用;但如果上传到手机应用平台上,供消费者浏览和下载,并通过 App 标识起到了识别商品或服务的来源,这种行为即构成了商标法意义上的使用。

其四,注册商标的显著性强、知名度高。毋庸置疑,显著性是商标的灵魂,如果商标具有先天显著性,不仅容易获得注册,也会得到较高的法律保护。众所周知,现代商品社会里企业营销的终极状态是口碑传播,一个好名字、好商标,是口碑传播的起点,而有价值的商标也会成为企业的“金子招牌”。移动互联网时代,对开发 App 软件的设计者也不例外。如何为 App 软件取一个易记响亮的名字,既能清晰诠释自我内涵,又能轻松吸引消费者的注意力,不是一件容易之事,需要开发者的投入和智慧。目前,知名度较高的 App 名称,如“麦包包”、“嘀嘀打车”、“人人猎头”等,这些名称的设计,巧妙地通过叠加字的运用,使人容易记忆,具有显著性,同时,通过不断的宣传使用提升其知名度。现实中,如果他人擅自使用这些显著性强、知名度高的 App 名称,通过傍名牌,抢注同名 App 应用程序并上传到应用商店里的行为,不仅构成商标侵权,也是一种不正当竞争行为。

结合上述因素,本文认为,在移动手机商店中,上传和已注册商标同名的 App 应用程序并在使用在相同或者类似商品或服务上,容易造成相关公众混淆,会导致消费者误认为该款 App 应用程序归属于商标权人。如果在先注册商标具有较强的显著性和较高的知名度,这种搭便车的使用,不仅会破坏商标的识别来源的功能和其所承载的美誉度,给商标权人带来损失,也会损害到消费者的利益。违法使用者不但要承担商标侵权责任,也难逃反不正当竞争法的制裁。就具体个案而言,比

^① 参见(2014)东中法民终字第 40 号民事判决书。

^② 王国浩:《“陌陌”被诉商标侵权遭千万元索赔》,《中国知识产权报》2015 年 4 月 24 日 22 版。

如,上述“为为网”商标纠纷中,原告方易饰嘉公司申请的商标“为为网”作为服务商标具有显著性,应受到商标法保护。原告的注册商标已核定使用在第38类服务类别上,被告方沃商公司未经许可,擅自使用与原告注册商标相同的文字“为为网”,命名其App应用程序并上传到App Store手机商店,与原告提供的服务重合,造成两者在服务类别上相同。另据媒体报道,原告方易饰嘉公司经过多年的投入宣传和诚信运营,其经营的“为为网”已享有较高的社会知名度和市场美誉度,2012年曾荣获“中国电子商务最具诚信十佳典范企业”等荣誉。而本案被告方沃商公司的经营范围并不包括电子商务以及各类商品的销售、进出口和物流服务,却仿照商标权利人易饰嘉公司“为为网”的商业模式,在App应用程序中开设“为为抢购”、“为为旅游”等频道从事相关电子商务,容易导致相关公众的混淆,使相关消费者认为该款App应用程序是易饰嘉公司即“为为网”提供的手机客户端服务。基于“为为网”商标侵权案中目前双方提供的证据,笔者认为,被告方沃商公司的行为涉嫌侵犯原告方易饰嘉公司的注册商标专用权;如果沃商公司主观明知而恶意假冒原告在先的注册商标并上传到App store的占坑行为,也构成不正当竞争;如果沃商公司声明自己是合理正当地使用“为为网”名字,则需举证说明。

四、移动互联网App应用商店管理者的商标侵权认定及免责

移动互联网环境下,App应用商店管理者的侵权责任如何认定?能否适用“避风港规则”免责呢?在上述“为为网”案件中,如果被告方沃商公司的行为涉嫌构成商标直接侵权,那么,苹果公司作为App应用商店的经营管理者,是否要承担连带责任,构成帮助侵权呢?以下对这些问题展开论述。

(一)App应用商店管理者的侵权责任认定

根据我国《侵权责任法》第36条规定,网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。基于上述规定,结合民事侵权责任的原理,本文认为,在移动互联网中,App应用商店管理者侵权责任的承担条件为:

其一,主观上明知网络用户的侵权行为。主观上明知是民事侵权责任中认定帮助侵权的要件之一,网络提供者只有主观上知道网络用户正在进行的行为有可能侵犯他人权利的,才涉嫌构成帮助侵权。而直接侵权并不要求权利人举证侵权人主观上是否明知,只要存在侵权的事实即可认定。当然,主观上明知或者应知的举证,还要结合具体案件进行认定,比如,权利人已向网络管理者提交了相关权利证明并以书面方式告知等。结合“为为网”商标侵权案,原告易饰嘉公司2014年4月16日在苹果公司的官方网站(Apple.com)注册了开发商账号,ID为libo@homevv.com,并为此支付了99美元。2014年4月21日,原告根据苹果公司规定的流程,在App Store注册并申请上架“为为网”移动应用程序,获得ID号866985372;2014年4月30日上架申请遭到苹果公司拒绝。此后,原告又分别于2014年5月4日、5月22日提出申请,苹果公司先后于2014年5月12日、5月30日予以拒绝,其理由为:“为为网”App版本已经存在,ID为739688712,名称“为为网”。随后,易饰嘉公司于2014年6月3日通过苹果公司的官方网站向苹果公司提出异议,并于同年6月4日、6月17日、6月23日多次提出申请,但苹果公司均未予理会,直至2014年7月2日,苹果公司回复易饰嘉公司称,已将沃商公司开发的涉案“为为网”App应用程序从App Store平台上撤下。从原告方易饰嘉公司2014年6月3日提出异议直至苹果公司2014年7月2日最终撤除侵权“为为网”App应用程序的过程来看,苹果公司主观上是明知沃商公司的假冒侵权行为的。

其二,网络管理者客观上未采取必要措施,使得权利人受到更大损失。认定App应用商店管理者的侵权责任,不仅要考虑其主观上是否明知网络用户的行为侵权,客观上也要看其是否采取了对应的必要措施,在收到被侵权人的通知后是否及时采取删除、屏蔽和断开链接等措施,是否履行

了“通知+删除”的义务,否则就要承担损害扩大部分的连带责任。

综上所述,手机应用商店的管理者只有同时具备上述两个条件,才构成帮助侵权,承担相应的连带责任。该条规定也较好地平衡了网络服务商和网络用户各自的责任,有利于电子商务的健康发展。在移动互联网环境下,手机应用商店的管理和经营者作为网络服务提供者,主观上是否要承担较高的注意义务?同时,为阻止侵权进一步扩大化,客观上是否要采取相应的必要措施呢?毋庸讳言,在移动互联网环境下,作为提供手机应用商店的经营者一般均拥有较强的技术实力。现实交易中,多数手机应用软件平台的管理者也会从运营中获取可观的经济利益,在这样的情形下,平台的管理者对其在该平台上发布的软件应用程序更应具有较高的注意义务。换言之,如果商标权利人发现手机应用商店中有侵权软件程序,并向其提交了权利证据和说明,应用商店管理者应及时进行处理并采取有效措施,包括删除和下架该侵权软件程序等,不得无故拖延,放任侵权者,从而导致权利人的利益受到进一步损失。至于应用商店管理者的删除行为是否及时,在涉诉时,不仅需要原告和被告双方举证,法院也要根据网络服务的性质,有效通知的形式、时间和准确程度,网络信息侵害权益的类型和程度等因素综合判断。如果手机应用商店管理者不能证明其采取了必要措施,并导致权利人利益受到进一步损失,依据上述《侵权责任法》第36条规定,应就损害的扩大部分与App上传者承担连带责任。同时,根据我国第三次修订后的《商标法》第57条第(六)项和《商标法实施条例》第75条规定,手机应用商店的管理者作为网络商品交易平台,为侵犯他人商标专用权提供了存储、下载侵权软件等便利条件,会涉嫌与App上传者构成共同侵权。结合“为为网”侵权纠纷,苹果公司作为App Store平台的经营者,具有绝对的管理和控制权,有能力也有责任对发布于其上的移动应用程序进行全面的审查和筛选,并对开发者的身份和相关权利进行核实和验证。但在该案件中,苹果公司在长达近一个月的时间里,并未对原告方易饰嘉公司多次向其提出声明并主张权利的异议进行及时处理,并采取有效措施,而是置若罔闻,放任侵权者,有可能导致权利人的利益受到进一步损失。而苹果公司允许沃商公司涉案的“为为网”应用程序进入App Store平台,客观上也为沃商公司的商标直接侵权行为提供了场所和帮助。如果苹果公司不能证明其采取了必要措施,会涉嫌与沃商公司构成共同侵权。

针对手机应用商店管理者的责任认定,也可参考北京市第二中级人民法院2012年审理的一起信息网络传播权纠纷案件。该案原告李承鹏诉被告苹果公司及第三人艾通思有限责任公司、第三人欧迎丰侵害信息网络传播权,法院经审理后在判决书中指出:“苹果公司作为综合性的网络服务平台App Store平台的运营者,对App Store平台具有很强的控制力和管理能力,其通过App Store平台对第三方开发商上传的应用程序加以商业上的筛选和分销,并通过收费下载业务获取了可观的直接经济利益,故对于App Store平台提供下载的应用程序,应负有较高的注意义务。”^①本文认为,该案的判决对手机应用商店管理者商标侵权责任的认定也具有一定的借鉴意义。

(二)App应用商店管理者的免责

根据《信息网络传播权保护条例》规定,应用商店运营商和管理者提供的是信息存储空间,若要免责,需要同时具备以下几个条件:第一,明确标示该信息存储空间是为开发者所提供;第二,未改变开发者所提供的作品;第三,不知道也没有合理的理由应当知道开发者提供的作品侵权;第四,未从开发者提供的作品中直接获得经济利益;第五,在接到权利人的通知书后,删除权利人认为侵权的作品。本文认为,尽管这些免责条件是针对侵犯著作权的手机应用商店规定免责的五个条件,但该条件也可适用于商标侵权案件中对应用商店运营和管理者责任的免除。如上所述,多数手机应

^① 参见(2012)二中民初字第2236号民事判决书。

用商店管理者是收费的,比如,App Store 作为手机应用程序的在线销售平台,第三针对苹果公司的产品开发应用程序,上传至 App Store 供苹果用户付费下载或免费试用。App Store 通过用户下载付费的形式获得收入,由苹果公司统一代收,与开发者按照 3:7 的比例分成。^① 由于苹果公司通过手机应用商店直接获取利益,仅此一点,就不符合避风港原则的适用。目前,针对市场中一些急功近利的 App 应用程序的上传者,商店管理者如不进行较严格的审查,有可能会在其应用商店里出现侵犯他人商标权或其他在先权利的应用程序,届时,手机应用商店的管理者不能以“避风港”原则为由要求免责,从而默认和纵容那些用他人先在的知名商标和商号等走捷径者,以小成本开发应用程序的占坑行为。

综上,随着移动互联网的迅猛发展,加之手机购物交易的方便和快捷,App 名称的抢注或许将成为继抢注商标、域名和微信公众号之后的一个新领域。为保护在先权利人的利益,应规范和引导 App 开发者和上传者的行为,避免侵犯他人注册商标和商号等权利。为促进电子商务的正常发展,作为 App 手机应用商店的管理者,应尽可能要求上传者提交相关的权利凭证,以便判定上传者的应用程序软件及其名称是否侵权。如果权利人举报有涉嫌侵权的 App,应用商店的管理和运营者应尽快核查后,及时删除和下架涉嫌侵权的 App 应用程序软件,以免作为共同侵权者承担连带责任。但应用商店下架涉嫌侵权 App 应用程序软件,是否有必要提供一个统一的标准? 因为一个新开发的 App 应用程序软件也许是一家互联网公司的全部财产,轻易下架或者错误撤销也可能不会对 App 开发者造成严重损失。另外,面对海量的 App 申请,是否要提高应用商店管理者对 App 软件发布者的审查标准? 如何防止网络服务提供者滥用避风港规则免责? 如何平衡 App 软件上传者、手机应用商店管理者、使用者及相关权利人的利益等,这些问题也将会引起人们更多的思考。

On Attributes and Trademark Infringement of Mobile Internet App Logos

Wang Lianfeng

(School of Intellectual Property, East China University
of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: As a new commercial sign, the unique icon for App logos in the mobile internet not only can identify the sources of products or services but also becomes a rare resource. The name and graphic design of the App could be unique in the mobile internet, and once being registered, the App with the same name could never be sold in the application stores. Uploading App application software in mobile internet is a new way of using trademarks. If the uploaded App is the same as others' registered trademark being used at the same products or services, it causes relevant public to confuse and leads to trademark infringement. The managers of the APP application stores who know or have reason to know the infringement subjectively but have not taken any necessary measures objectively, could not apply the safe harbor rules to exempt the liability, but will be jointly liable for contributory infringement.

Key words: mobile internet; App logo and its properties; App application software; trademark infringement

(责任编辑:海林)

^① 余小林:《手机应用商店如何控制法律风险?—App Store“侵权门”的警示》,《中国电信业》2011年第9期。