



知识产权法律

浅析商标侵权案件中 APP 的商品和服务双重属性认定

作者：陈容 | 李宇

我们生活已离不开智能手机，而智能手机的核心魅力就是其安装的各种 APP。APP 是指安装在智能手机或电脑中的程序软件，属于第 9 类“计算机程序（可下载软件）；可下载的计算机程序；可下载的手机应用软件”。在“互联网+”的时代背景下，传统行业借助移动互联网和通讯工具等开发移动应用程序，在此基础上对传统行业进行整合，发展新型产业模式，以此衍生出的 APP 多数情况下兼具计算机软件商品和提供相关服务的双重属性，是联系相关公众、整合资源、扩展业务、发展新型产业模式的重要工具¹。

目前理论和司法实践中关于 APP 属性的认定并不完全统一，这进一步导致企业在维权或进行侵权防范时，无法准确判断涉案 APP 应用程序的属性。我们综合各地各级法院的生效判决总结认为，在商标侵权案件中认定 APP 的属性和侵权判定应当综合考虑三个要素：

- 使用的商品或服务的类别是否相同或类似；
- 他人注册商标的显著性和知名度；
- 是否具有攀附他人注册商标商誉的主观恶意。

为此，本文试图结合部分商标侵权案例对 APP 的属性问题进行一些分析和梳理，为企业侵权风险分析及防范提供一定的借鉴。

一、APP 的分类

根据具体的功能 APP 可分为两类，一类是仅具有计算机软件属性的，如日历、闹钟、记事本、计算器等类型的 APP，用户通过下载安装使用该 APP 本身具有的功能特征，实现需求；另一类是兼具计算机软件商品及其他服务属性的，用户下载安装该 APP，同时接受该 APP 运营者提供的相关商品或服务。

APP 根据具体的功能大体分为两类：

- 一类是仅具有计算机软件属性的，如日历、闹钟、记事本、计算器等类型的 APP；

¹（2017）苏民终 1982 号判决书

- 另一类是兼具计算机软件商品及其他服务属性的，如社交软件、教育培训软件等类型的 APP。

第二种类型的 APP 是新技术与新商业模式融合过程的产物，是目前存在争议比较多的 APP 类型，涉及的纠纷及判决的认定不尽相同，本文下面将仅讨论这一类型。

二、APP 商品和/或服务类别的认定情况

根据笔者对近年来此类案件生效判决的观察，各地法院对第二种类型 APP 的服务属性已基本没有争议，争议的焦点主要集中在涉案 APP 产品是当事人提供的商品还是仅是提供服务的工具或媒介，后者是否当然不具有区别商品来源的功能。

以下将结合近年案例具体讨论各地法院关于这一问题的不同看法。

（一）涉案 APP 兼具软件商品和服务双重属性

法院	涉案 APP	案由	判决要点概述及评论
广州知识产权法院	一款角色扮演类游戏 APP	商标侵权案件	被控侵权游戏所指向的为手机游戏计算机软件，与原告主张权利的第 XX 号注册商标核定使用在第 9 类商品上的“计算机软件（已录制）”在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面，属于同一类商品，同时被控侵权游戏属于网络游戏，与原告主张权利的第 XX 号注册商标核定在第 41 类服务项目上的“（在计算机网络上）提供在线游戏”相比，两者在服务目的、内容、方式、对象等方面相同，均是通过提供网络服务使游戏用户使用游戏相应的功能，因此属同一种服务。据此维持了一审判决 ² 。 可见，广州知识产权法院和广州市天河区人民法院（该案一审法院）均认定涉案 APP 提供了计算机软件和在线网络游戏服务，该 APP 兼具商品和服务双重属性。
深圳市南山区人民法院	该款 APP 的主要功能是为手机用户提供与网红对话、交流的服务	商标侵权及不正当竞争纠纷案件	被告通过苹果商店提供的 APP 属于计算机软件类的商品，被告通过 APP 提供的是在线社交类的服务 ³ 。 可见，深圳市南山区人民法院认为涉案 APP 提供的既是第 9 类商品也有第 45 类的服务，其兼具商品和服务双重属性。
北京知识产权法院	一款射击类手游产品	商标侵权及不正当竞争纠纷案件	被告手游 APP 侵犯了原告第 9 类和第 41 类商标专用权 ⁴ 。 可见，北京知识产权法院和北京市海淀区人民法院（该案一审法院）认为涉案 APP 兼具商品和服务双重属性。

² （2016）粤 73 民终 584 号判决书

³ （2016）粤 0305 民初 11055 号判决书

⁴ （2016）京 73 民终 696 号判决书

综上，广州知识产权法院、广州市天河区人民法院、深圳市南山区人民法院、北京知识产权法院和北京市海淀区人民法院均认定涉案 APP 提供的是计算机软件商品和在线网络游戏/在线社交服务，兼具商品和服务双重属性。

笔者比较认同“XX 打车”案件主办法官提出的，关于判断使用商标的商品或服务类别应当坚持“客观标准”⁵，即消费者以该标识对何种商品或服务来源进行了区分。若消费者以之进行某类商品（如 APP）来源的区分，则属于在该类商品上进行了商标使用；若消费者以之区分某种服务（如打车服务）的来源，则属在该类服务上进行了商标使用。而不能以主观标准即商标使用者的主观意图进行判断。按照这一标准，即便消费者的目的是为了获取 APP 承载的服务，在接触服务之前，消费者必然要通过搜索来下载该款 APP，此时 APP 就具有区分软件产品来源的作用，此后在接受服务的过程中，APP 就具有区分服务来源的作用。对于这种 APP 其本身就兼具商品和服务的双重属性。

（二）涉案 APP 仅是工具，其仅具有服务属性，不具有软件商品属性

法院	涉案 APP	案由	判决要点概述及评论
杭州市滨江区人民法院	一款网约车产品	商标侵权纠纷案件	涉案 APP 产品并非被告单独提供用于销售的产品，而是作为线上预约车辆的工具，被告提供涉案应用程序下载以供消费者作为工具使用，以便利用该软件在线上约车，被告产品的消费群体为司机和乘客，涉案产品识别的是专车服务来源，而非软件商品来源 ⁶ 。 杭州滨江法院因此否认了涉案 APP 产品的商品属性。
东莞市中级人民法院	一款网络存储与分享产品	确认不侵害商标权纠纷案件	二审判决中认定上诉人和被上诉人都认同涉案产品属于第 42 类服务上的使用，据此认定涉案产品不侵犯原告第 9 类注册商标专用权。 二审判决未对该网盘不属于第 9 类进行深入探讨，但一审东莞市第一中级人民法院((2013)东一法知民初字第 00206 号判决书)对此做了详细论述，其认为，用户必须先在公司官方网站上注册获批准账号后，才能享用这些互联网服务，即用户在选择服务时已经清楚知道服务的来源者到底是谁。网盘是一种利用互联网环境和技术提供云存储应用的服务，属于互联网服务项目，其使用对象就是互联网用户。涉案同步网盘、浏览器等是网盘云存储服务应用时所提供的对应客户端软件，虽然是一种可下载的应用软件，但其实质是云存储服务项目内容的一个组成部分，这个组成部分是互联网用户享用云存储服务的便捷通道，这些客户端软件一旦脱离了云存储服务，或者一旦脱离了网络环境，都是不能正常使用的 ⁷ 。

⁵ “XX 打车”案件主办法官观点，http://blog.sina.com.cn/s/blog_13c36ff600102wh26.html

⁶ (2016)浙 0108 民初 5704 号判决书

⁷ (2014)东中法知民终字第 40 号判决书

法院	涉案 APP	案由	判决要点概述及评论
			东莞法院因此认定涉案产品不侵犯第 9 类注册商标专用权。
上海市浦东新区人民法院	一款 AR 玩具产品	商标侵权及不正当竞争纠纷案件	<p>消费者购买玩具后，如有动物图案的卡片，还必须使用经营者提供的软件，以便在屏幕上显示该动物的立体影像，并实现互动。如果消费者只下载软件，不购买经营者的商品，则无法体验增强现实的效果。按照相关公众的一般认识，双方当事人的涉案商品属于第 28 类的智能玩具而非第 9 类的计算机程序。二审上海知识产权法院在二审（（2017）沪 73 民终 297 号）中维持了一审判决，但对该问题未进行深入探讨⁸。</p> <p>上海市浦东新区人民法院从涉案产品的最终目的的角度认为 AR 软件只是工具并非最终消费者认定产品来源的商品，据此认为涉案产品不侵犯原告第 9 类注册商标专用权。</p>
江苏省高级人民法院	一款提供农业金融、技术相关服务的 APP	侵害商标权纠纷案件	<p>被告虽然开发并在手机应用商店上架了涉案 App，但并不通过涉案 App 向相关公众销售计算机软件或提供软件系统的开发及安装等服务，而是通过开发、运营该 App 向农民提供农业金融、农业技术咨询等方面服务，且被告在第 36 类金融服务、通过网站提供金融信息等、第 44 类人工授精（替动物）、兽医辅助、动物养殖、植物养护等服务类别上已分别注册了该商标。因此，不能仅因被告使用了 App 移动应用程序这一平台或形式，就将其归入第 9 类商品，该 App 系被告为农民提供农业金融、技术等相关服务的工具，其所提供的服务的类别与涉案注册商标核定使用的商品类别具有明显区别，并不属于类似商品或服务¹。</p> <p>江苏高院从该款 APP 未进行销售、未提供软件安装服务，其只是被告提供农业金融、技术等相关服务的工具等角度，从而不认可涉案产品与第 9 类商品相类似。</p>

总结上面几个案件可以看出，法院在认定涉案 APP 产品不具有商品识别属性时，基本都是从 APP 仅是工具不是最终提供的服务的角度出发，并以此否认该 APP 在搜索、下载过程中所起到的区分软件产品来源的功能。笔者认为纯粹的“兼并”标准比较片面，其实质是否认了软件和服务的独立属性。

上述案例虽然都作出了 APP 不具有商品识别属性的认定，但请注意，这一结论的作出是与具体案情有关的，即被诉侵权的主体及 APP 产品都并非恶意搭便车的产物，而是由企业自主创设的产品，且基于产品的不断研发创新在市场上具有了较高的知名度，而原告注册商标基本没有进行使用或知名度极低。可见，法院在认定涉案 APP 的属性和是否侵权时，综合考虑了原告注册商标、被告涉案 APP 产品使用情况、知名度、恶意情况等因素。

⁸ （2017）沪 0115 民初 7398 号判决书

三、涉及 APP 商标侵权案件认定要素

在 App 使用的标识与他人注册商标构成近似的情况下，是否侵害他人第 9 类“计算机软件”商品上注册商标专用权，综合各地各级法院的生效判决，我们认为，应当综合考虑以下因素予以认定：

- (1) 二者使用的商品或服务的类别是否相同或类似；
- (2) 他人注册商标的显著性和知名度；
- (3) 是否具有攀附他人注册商标商誉的主观恶意。

在这三个因素中，判断二者使用的商品或服务的类别是否相同或类似是关键，其他要素对是否侵犯第 9 类注册商标专用权也具有相当的影响。

上述第一组认定 APP 兼具商品和服务双重属性的案例中，被诉侵权的产品明显具有搭便车的恶意，而第二组认定 APP 不具有商品识别属性的案件中，被诉侵权的产品大部分都属于基于诚信和商誉积累创建的自有产品，且被诉侵权产品基于当事人的使用已具有较高知名度，而原告的注册商标要么没有使用，要么知名度极低，共存于市场上不会造成混淆误认。

可以看出，法院在认定 APP 产品是否侵犯他人第 9 类注册商标专用权时，除了从商品/服务的功能、用途、销售渠道、对象等角度进行分析外，实际上还考虑了知名度、恶意等因素，这就回归到了商标法的本质，即商标的基本功能是识别商品和服务的来源，脱离了这一基本原则讨论商标、商品/服务是否构成近似都是片面的。

因此，我们认为，认定 APP 使用标识是否侵犯第 9 类“计算机软件”注册商标权，不能一概而论，否则将进入两个极端。如果一杆子打死，通通都认定 APP 侵权，导致在先商标注册人的保护范围过大，可能“垄断”了在先注册人在第 9 类商品上的权利，限制互联网行业的有序发展。或者一概认为 APP 不具有软件商品识别属性，不侵犯第 9 类“计算机软件”商标权，会使得第 9 类“计算机软件”商标注册形同虚设，导致他人可以随意进入软件商标领域，无法体现注册商标保护制度的意义。

四、企业风险防范建议

从企业防范风险的角度，在 APP 上线之前，建议对 APP 进行全面的品牌注册，即在指定第 9 类计算机软件商品上注册的同时尽可能全面指定该款 APP 可能提供的服务类型范围，比如：在线网络游戏服务、社交服务、培训服务、金融服务等等。

如果 APP 上线之际，已有在先权利人注册了该品牌，对于恶意抢注人建议启动相应的商标确权程序进行维权。

如果被诉侵权，不要着急慌张，参考江苏高院判决所述，“在某一企业第 9 类“计算机操作程序”商品上完成了商标注册的情况下，并不当然排除他人借助移动应用软件使用与该商标相同的名称进行与该商标核定使用的商品或服务不同类别的经营”，考虑从 APP 的目的、提供的商品或服务类型、知名度、恶意等方面，按照上面的分析思路进行不侵权抗辩，以降低法律风险，维护善意使用者的市场交易安全。

在条件具备的时候，考虑主动提起确认不侵权之诉，以消除侵权隐患。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

陈容

电话： +86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com