

上海市第一中级人民法院

民事判决书

(2014)沪一中民五(知)终字第226号

上诉人(原审被告)上海鼎源软件技术有限公司。

法定代表人***,该公司董事长。

委托代理人董科、钱惊譞,上海申新律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)奥托恩姆科技有限公司(Alt-N Technologies, Ltd.)。

法定代表人***,该公司联合首席执行官。

委托代理人陆平凡,上海瀛东律师事务所律师。

原审被告上海乃谐电气设备有限公司。

法定代表人***,该公司董事长。

委托代理人张勇。

上诉人上海鼎源软件技术有限公司(以下简称“鼎源公司”)为与被上诉人奥托恩姆科技有限公司(以下简称“奥托恩姆公司”)、原审被告上海乃谐电气设备有限公司(以下简称“乃谐公司”)侵害计算机软件著作权纠纷一案,不服上海市闵行区人民法院(2014)闵民三(知)初字第3号民事判决,向本院提起上诉。本院于2014年12月10日立案受理后,依法组成合议庭,于2015年5月18日公开开庭进行了审理。上诉人鼎源公司的委托代理人钱惊譞,被上诉人奥托恩姆公司的委托代理人陆平凡,原审被告乃谐公司的委托代理人张勇到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:

2001年2月27日,奥托恩姆公司在美国取得“ALT-N TECHNOLOGIES”在商品分类第九类“用于全球网络领域用于信息化应用的计算机软件”上的注册商标专用权;2004年11月16日,奥托恩姆公司在美国取得“MDAEMON”在商品分类第九类“用于电子邮件应用的计算机邮件服务器软件”上的注册商标专用权;2007年12月4日,奥托恩姆公司在美国取得“WORLDCLIENT”在商品分类第九类“用于电子邮件应用程序的网页电子邮件计算机软件”上的注册商标专用权。

2008年11月,奥托恩姆公司以作者身份向美国版权局分别申请登记了MDaemon软件9.0版(完成年份2006年)、9.6版(完成年份2007年)、10.0版(完成年份2008年)的版权,注册号分别为TXu 1-589-117、TXu 1-590-107、TXu 1-589-185。

乃谐公司成立于2008年4月,注册资本人民币100万元(以下币种同),经营范围为电子设备、机械设备、电子元器件、电子产品等的销售,从事电子科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务,商务咨询等。

鼎源公司成立于2004年4月,注册资本100万元,经营范围为计算机软硬件的研发、设计、制作、销售,系统集成,并提供相关的“四技”服务,网络工程的设计、安装、调试、维护等,其系乃谐公司网站的建设者及邮件服务器系统的搭建者。

奥托恩姆公司曾就侵犯其知识产权等事项向上海国*知识产权代理有限公司(以下简称国*公司)出具授权委托书一份,授权国*公司作为代为处理法律事务的委托人,指派代

理人代表奥托恩姆公司对中国境内的任何侵权人就其侵犯奥托恩姆公司知识产权、不正当竞争及其他相关事项在中国提起诉讼，并参加被告可能启动的其他任何相关司法程序，授权范围为全权代理，并有特别授权，包括：提起诉讼；证据保全和/或禁令；调查取证；安排证据公证；参加其他与本案有关的诉讼活动；转委托等。

2013年1月8日，国*公司作为申请人向上海市徐汇公证处申请办理保全证据公证。同日，由国*公司的委托代理人宋*操作该公证处的计算机，通过公证处网络连接互联网，进行了如下保全证据行为：1、打开电脑，进入WINDOWS XP 操作系统，杀毒软件运行正常，网络连接正常。2、点击屏幕下方的“开始”按钮后，在“运行(R)”程序中输入“cmd”命令，屏幕显示“cmd.exe”程序窗口。在该窗口输入“nslookup”命令，检测结果的窗口界面显示：“Default Server:dns3.shdmt.net Address:210.5.153.250”；输入“set q=mx”、“niceharmony.cn”命令，检测结果的窗口界面显示：“Server:dns3.shdmt.net Adress:210.5.153.250 Non-authoritative answer: niceharmony.cn MX preference = 10, mail exchanger=mail.niceharmony.cn”等信息。3、在“运行(R)”程序中输入“telnet mail.niceharmony.cn 25”命令，检测结果的窗口界面显示：“220 iknowing.com ESMTP MDaemon 10.1.1；Tue, 08 Jan 2013 15:32:02 +0800”；输入“telnet mail.niceharmony.cn 110”命令，检测结果的窗口界面显示：“+OK iknowing.com POP3 MDaemon 10.1.1 ready”。4、在IE浏览器地址栏输入“www.miibeian.gov.cn”网址按回车键后，进行域名信息备案查询。在“网站域名”中输入“niceharmony.cn”后进行查询，显示查询结果：主办单位上海乃谐电气设备有限公司，网站备案/许可证号为沪ICP备09093960号-1，审核通过时间2011-02-22。在上述页面中点击“www.niceharmony.cn”，显示域名为“niceharmony.cn”的网站相关页面，页面显示乃谐公司介绍等信息。5、在IE浏览器地址栏输入“http://mail.niceharmony.cn”网址后，页面显示“WorldClient for MDaemon”邮箱登录页面，下方有“MDaemon /WorldClient v10.1.2 ? 2009 Alt-N Technologies.”等内容。

2013年4月17日，国*公司的委托代理人李*又至上海市徐汇公证处办理证据保全公证。同日，由国*公司的委托代理人李*操作该公证处的计算机，通过公证处网络连接互联网，进行了如下保全证据行为：1、打开电脑，进入WINDOWS XP 操作系统，杀毒软件运行正常，网络连接正常。2、在IE浏览器地址栏输入“www.miibeian.gov.cn”网址后，进行域名信息备案查询。在“网站域名”中分别输入“niceharmony.cn”后进行查询，显示查询结果：主办单位上海乃谐电气设备有限公司，网站备案/许可证号为沪ICP备09093960号-1，审核通过时间2011-02-22。在上述页面中点击“www.niceharmony.cn”，显示域名为“niceharmony.cn”的网站相关页面，页面显示乃谐公司介绍等信息。3、点击屏幕下方的“开始”按钮后，在“运行(R)”程序中输入“cmd”命令，屏幕显示“cmd.exe”程序窗口。在该窗口输入“nslookup”命令，检测结果的窗口界面显示：“Default Server:dns3.shdmt.net Address:210.5.153.250”；输入“set q=mx”、“niceharmony.cn”命令，检测结果的窗口界面显示：“Server:dns3.shdmt.net Adress:210.5.153.250 Non-authoritative answer:niceharmony.cn MX preference = 10, mail exchanger=mail.niceharmony.cn”等信息。4、在“运行(R)”程序中输入“telnet

mail.niceharmony.cn 25 ”命令，检测结果的窗口界面显示：“220 iknowing.com ESMTTP MDaemon 10.1.1 ; Wed , 17 Apr 2013 11 : 19 : 13 +0800 ”；输入“telnet mail.niceharmony.cn 110 ”命令，检测结果的窗口界面显示：“+OK iknowing.com POP3 MDaemon 10.1.1 ready ”。5、在IE浏览器地址栏输入“http://mail.niceharmony.cn ”网址后，页面显示“WorldClient for MDaemon ”邮箱登录页面，在下方有“MDaemon /WorldClient v10.1.2 ? 2009 Alt-N Technologies. ”等内容。

2013年7月12日，国*公司通过上海市公义律师事务所向乃谐公司发出律师函，称其使用的是未经授权的MDaemon10.1.1邮件服务器软件，相关取证工作已经作了证据保全公证，故要求被告收函后提供已经购买正版软件的授权证明，并与奥托恩姆公司律师联系，妥善解决纠纷。

2013年12月26日，奥托恩姆公司向原审法院起诉，请求判令两被告：一、立即停止侵权行为，卸载软件“MDaemon10.1.1 ”；二、在《中国法制报》上向奥托恩姆公司公开赔礼道歉；三、赔偿经济损失27万元及为维权支出的律师费25,000元、公证费4,800元、交通费200元等合计30万元。诉讼中，奥托恩姆公司确认乃谐公司已停止使用涉案软件，故申请撤回了第一项诉讼请求。

原审法院另查明，上海软*信息科技有限公司（以下简称软*科技公司）系奥托恩姆公司在中国的独家授权总代理。软*科技公司（乙方）与北京毕*创新科技有限公司（甲方）于2012年12月17日签订的《定货合同》约定，乙方向甲方提供MDaemon Pro邮件服务器软件（含2年产品升级），单价180,000元;SecurityPlus For MDaemon（含2年产品升级），单价90,000元。甲方于2013年1月20日支付了上述款项。

2014年5月8日，软*科技公司的网站（www.altn.cn）显示，MDaemon邮件服务器软件单套一年内免费升级和维护的价格为12.8万元，单套二年内免费升级和维护的价格为18万元。

鼎源公司员工**于2014年4月通过电子邮件形式向软*科技公司就MDaemon邮件服务器软件价格进行询价，该公司员工**以电子邮件回复的报价单显示，MDaemon PRO un User邮件服务器软件、MDaemon PRO 50 User邮件服务器软件及MDaemon PRO邮件服务器企业版软件的单套价格分别为12.8万元、1.5万元及12.8万元。

原审法院认为，奥托恩姆公司提供的公证书中列明的相关权利文件经过相应的公证认证手续，合法有效。根据美国版权局出具的著作权登记证书，可以证明奥托恩姆公司享有MDaemon多个版本软件的著作权。虽然奥托恩姆公司没有提供MDaemon软件10.1.1版的著作权登记，但由于同一种软件不同的版本一般只是对该软件的升级、更新，故在没有相反证据的情况下，可以认定奥托恩姆公司享有涉案MDaemon软件10.1.1版的著作权。关于鼎源公司是否侵犯了奥托恩姆公司对涉案计算机软件享有的著作权。根据相关计算机知识，在本地计算机上使用telnet命令可以对远程计算机服务器使用软件的情况进行探测，此系常用的计算机技术手段，两被告辩称奥托恩姆公司公证取证过程不具有合法性之意见不能成立。本案中，鼎源公司确认其曾为乃谐公司建设涉案网站并安装过MDaemon邮件服务器软件，但辩称其初始安装的是奥托恩姆免费版软件，后应乃谐公司要求安装了其他软件，并出于安全目的考虑将telnet命令返回的信息伪装成奥托恩姆

公司软件信息。对此，法院认为，虽然技术上可以通过修改设置使telnet命令返回的结果与目标主机上实际安装、使用的软件信息不一致，但上述修改行为会在服务器上留存相关的修改信息。如果运用telnet命令远程登录主机后获取的信息显示远程主机安装有相关软件的信息，则认定远程主机安装、使用涉案软件的盖然性很高。由于telnet命令通过远程登录获取的信息有限，故从技术上考虑，服务器中的软件版本及安装、更新、卸载等记录信息，应由软件的实际安装者或控制者提供。鼎源公司未能向法院提交其曾安装的软件系免费版本的相关证据，亦未能提交相关软件安装、卸载、修改记录，又未能向法院说明其主张的将其他软件信息修改成涉案软件信息的必要性，理应承担相应的不利后果，法院根据证据的盖然性标准认定鼎源公司安装了涉案软件。对于奥托恩姆公司关于鼎源公司对涉案软件进行了修改的主张，因其未向法院提交相应证据予以证明，法院对此不予采纳。鼎源公司未经奥托恩姆公司许可对涉案软件进行复制的行为侵犯了奥托恩姆公司对涉案软件依法享有的著作权，应当承担相应的民事责任。

关于乃谐公司是否侵犯了奥托恩姆公司对涉案计算机软件享有的著作权。乃谐公司并非涉案软件的实际安装者，相关公证书显示的涉案软件安装的服务器域名为

“iknowing.com”，亦非属其所有，故其对涉案软件的功能性使用并不属于对涉案软件的复制，不构成对奥托恩姆公司复制权的侵犯。对于奥托恩姆公司关于两被告的行为构成共同侵权的主张，因乃谐公司使用涉案软件的行为并不构成侵权，且奥托恩姆公司亦无证据证明两被告就鼎源公司未经许可复制安装涉案软件的行为存在意思联络，故法院对奥托恩姆公司上述主张不予采纳。综上，奥托恩姆公司要求乃谐公司承担相应民事责任的诉讼请求并无依据，不予支持。

关于鼎源公司民事责任的承担。奥托恩姆公司于诉讼中撤回了第一项诉讼请求，系其在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利，对此予以准许。本案中，鼎源公司侵犯的是奥托恩姆公司的财产性权利，奥托恩姆公司不能证明被告的被控侵权行为对奥托恩姆公司的人身权利或商誉造成侵害，故其要求被告赔礼道歉的诉讼请求于法无据，不予支持。对于奥托恩姆公司主张的经济损失，权利人获得的侵权损害赔偿应与其遭受的损失相当。奥托恩姆公司的软件价格因软件功能、使用人数、升级服务的时间等不同而有差异。由于这种价格上的差异，用户在一般情况下会根据自己的经营规模、需求等来确定购买相应使用人数的软件。奥托恩姆公司未能证明鼎源公司安装的软件是全功能、不限制用户数的版本，也未能证明乃谐公司的经营规模要求其必须选择无限用户的版本，又未提供证据证明乃谐公司所使用的软件包含了相关的插件及乃谐公司使用涉案软件的持续时间。因此，奥托恩姆公司以两年升级、无限用户数的版本及相关插件的合计价格27万元主张赔偿金额缺乏依据，且不合理，法院不予采纳。鉴于奥托恩姆公司的损失和被告的获利均无法确定，故法院结合涉案软件在邮件服务器软件中具有较高的知名度，鼎源公司系专业从事软件行业的企业，却未经许可使用涉案软件，主观过错严重等因素，参考MDaemon系列软件的相关售价信息，酌情确定奥托恩姆公司经济损失的数额。对于奥托恩姆公司主张的律师费、公证费，奥托恩姆公司虽未提供支付凭证，但奥托恩姆公司确实委托了律师参与诉讼，也申请了证据保全公证，故法院根据奥托恩姆公司的诉请、本案案情、律师工作量及律师收费标准、公证过程等因素酌情确定律师费

和公证费的金额。对于交通费，奥托恩姆公司未向法院提交相应票据，亦未能证明该项费用支出的必要性，不予支持。

据此，原审法院依照《中华人民共和国著作权法》第二条第二款、第十条第一款第（五）项、第十一条第一款、第四十八条第（一）项、第四十九条，《计算机软件保护条例》第五条第三款、第二十四条第一款第（一）项、第二十五条，《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条、第二十一条、第二十五条第一款、第二款、第二十六条之规定，判决：一、上海鼎源软件技术有限公司于判决生效之日起十日内赔偿奥托恩姆科技有限公司经济损失人民币40,000元及律师费、公证费等合理费用人民币10,000元，合计人民币50,000元；二、驳回奥托恩姆科技有限公司的其余诉讼请求。

判决后，鼎源公司不服，向本院提起上诉，请求撤销原审判决第一项，驳回奥托恩姆公司在原审中的全部诉讼请求。其主要上诉理由是：1、被上诉人奥托恩姆公司采用telnet命令的取证方式不合理，上诉人对系争软件的使用是被上诉人提供的免费版，上诉人为原审被告乃谐公司网站技术服务所需，在其服务器上安装了涉案软件的免费版本，上诉人系在试用期内使用。此后又更换了邮箱服务软件，但将telnet信息伪装成MDaemon,并去除免费字样。被上诉人提供的现有证据无法证实上诉人存在侵权行为；2、原审判决赔偿金额过高，系争软件市场销售价格仅为15,000元，根据乃谐公司的经营规模即使购买正版软件所涉金额也只有15,000元，故原审判决40,000元明显高于被上诉人实际损失。

被上诉人奥托恩姆公司辩称，计算机软件权利人对终端用户安装软件的行为，客观上存在举证困难，被上诉人检测得到的反馈信息可以认定被上诉人已完成了能力范围内的举证责任。上诉人作为邮件服务器的实际控制者，有能力承担举证责任，而上诉人没有提供反驳证据，故原审法院认定上诉人侵权，事实清楚，证据充分，符合法律规定。原审法院对赔偿数额系综合考虑了正版软件价格和上诉人主观故意等酌定因素，合理合法。故请求驳回上诉，维持原审判决。

原审被告乃谐公司述称，同意上诉人意见，对上诉人是否存在侵权行为不清楚。如果构成侵权，原审判决赔偿金额过高。

本院经审理查明，原审查明的事实属实，本院予以确认。

本院认为，系争软件著作权受我国法律保护。奥托恩姆公司提供了美国版权局出具的MDaemon系列软件著作权登记证书，在没有相反证据的情况下，可以认定奥托恩姆公司享有系争软件的著作权。结合当事人在二审期间的诉辩意见，本案二审的争议焦点在于：1、被上诉人奥托恩姆公司提供的证据是否足以证明上诉人鼎源公司实施了被控侵权行为；2、如果上诉人实施了被控侵权行为，原审判决赔偿金额是否适当。

一、关于上诉人鼎源公司是否实施了被上诉人奥托恩姆公司所指控的侵权行为

上诉人鼎源公司认为，上诉人为原审被告乃谐公司服务器上所安装的是涉案软件的免费版本，其后已删除，但将telnet信息伪装成MDaemon,并去除免费字样。由于被上诉人奥托恩姆公司对系争软件提供一定期限的试用期，因此，上诉人安装免费版的行为不构成侵权。对此，本院认为，当事人对自己所主张的事实，有责任提供相应证据予以证实。

被上诉人对于上诉人被控侵权行为进行的两次公证间隔时间已经超过系争软件的免费试用期限，上诉人在安装系争软件后已在免费试用期内予以删除的主张，并未提供相应证据予以证实，故本院不予采信。原审法院根据被上诉人提供的证据，结合上诉人在原审庭审中的陈述，在上诉人未提供相应反驳证据的情况下，以高度盖然性的证明标准认定上诉人实施了被控侵权行为，并无不当。

二、关于原审法院判决确认的赔偿金额

关于上诉人鼎源公司认为原审法院判赔金额过高的上诉理由，在被上诉人奥托恩姆公司因侵权行为所遭受的损失和上诉人的非法获利未能查明的情况下，原审法院采用法定赔偿的方法确定本案赔偿金额并无不当。原审法院在酌定赔偿金额时已考虑到涉案软件的知名度、侵权期间、侵权规模等因素，所确定的赔偿数额亦未超出自由裁量的幅度，故本院予以认同。

综上所述，原审判决事实认定清楚，审判程序合法，法律适用正确，裁判结果并无不当。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币1,050元，由上诉人上海鼎源软件技术有限公司负担。

本判决为终审判决。

审	判	长	沈强			
审	判	员	胡瑜			
	人	民	陪	审	员	孙倩
书	记	员	刘晓静			

二 一五年六月二十五日