

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269号

上诉人(原审被告)上海天戏网络技术有限公司。

法定代表人***,该公司董事长。

委托代理人吕献群,上海御宗律师事务所律师。

委托代理人陈移辉,上海御宗律师事务所律师。

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。

委托代理人王会超,北京盈科(上海)律师事务所律师。

委托代理人任洁玮,北京盈科(上海)律师事务所律师。

上诉人上海天戏网络技术有限公司(以下简称“天戏公司”)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”)侵害计算机软件著作权纠纷一案,不服上海市浦东新区人民法院(2014)浦民三(知)初字第731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1月28日公开开庭进行了审理。上诉人天戏公司的委托代理人陈移辉,被上诉人奥托恩姆公司的委托代理人任洁玮到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:2003年5月19日至2012年8月31日,奥托恩姆公司以作者身份分别向美国版权局注册了MDaemon软件5.05版(完成年份2002年)到13版本(完成年份2012年)的版权,其中MDaemon软件11版本的完成年份为2010年,注册号为TXu 1-827-198。奥托恩姆公司分别于2010年3月10日和4月20日发布了MDaemon软件11.0.0版本和11.0.1版本。在涉案MDaemon邮件服务器软件的光盘盒正面中间有“MDaemon?”,背面有奥托恩姆公司网站也即“www.altn.com”及“? Copyright Alt-N Technologies,Ltd All Rights Reserved”,安装过程中亦出现了“MDaemon?”、“? 版权所有1996-2010 Alt-N Technologies,Ltd”。奥托恩姆公司网站上提供MDaemon邮件服务器软件30天试用版本的下载,网站上标示的MDaemon Pro 100 2YR的价格为1,370.25美元。

上海软*信息科技有限公司(以下简称软*公司)是奥托恩姆公司在中国的独家授权总代理,独家供应MDaemon邮件服务器、SecurityPlus MDaemon防病毒插件等产品,授权有效期为2006年8月1日至2015年12月31日。软*公司(乙方)与北京*普创新科技有限公司(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)和SecurityPlus For MDaemon(含2年产品升级),单价分别为人民币18万元和9万元(以下币种若无特别说明的均为人民币)。甲方于2013年1月20日支付了上述款项。奥托恩姆公司在原审审理中称,上述价格为无限用户数(即不限制使用人数)的MDaemon软件价格,软*公司主要销售无限用户数的软件,个别情况下可以出售个性化定制的产品,但这类产品没有统一的价格标准。

天戏公司成立于2006年10月10日,注册资金人民币1,000万元,经营范围包括网络技术的开发、设计,计算机软硬件的开发、设计、销售等。“www.tciplay.com”和

“ www.10sea.com ”网站的主办单位均为天戏公司。

2014年1月20日，上海国*知识产权代理有限公司（以下简称国*代理公司）向上海市徐汇公证处申请办理保全证据公证。当日在公证处，在公证员及公证人员的监督下，由申请人的委托代理人李*操作该处的计算机进行证据保全行为，通过公证处网络连接互联网，进入WINDOWS XP 操作系统，确保杀毒软件运行正常，网络连接正常，并检查了电脑的清洁性。公证过程显示：点击屏幕下方中的“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“C:\Documents and Settings \ xhgz >”；在该窗口输入“nslookup”命令，显示检测结果的窗口界面“Default Server:ns-pd.online.sh.cn Address:202.96.209.133”；输入“set type=mx”、“tciplay.com”命令，显示检测结果的窗口界面“Non-authoritative answer:tciplay.com MX preference=1,mail exchanger=mail.tciplay.com”；在“运行（R）”程序中输入“telnet mail.tciplay.com 25”命令，显示检测结果的窗口界面“220 10sea.com ESMTP MDaemon 11.0.0;Mon,20 Jan 2014 14:30:25 +0800”；输入“telnet mail.tciplay.com 110”命令，显示检测结果的窗口界面“+OK 10sea.com POP3 MDaemon 11.0.0 ready < MDAEMON-F***0.AA3049111MD0504010sea.com >”。该公证处出具了（2014）沪徐证经字第1567号公证书。同年2月21日，国*代理公司委托代理人李*再次至上海市徐汇公证处办理证据保全公证，操作过程基本同上，该公证处出具了（2014）沪徐证经字第1749号公证书。奥托恩姆公司据此向原审法院起诉，请求天戏公司停止侵权行为，卸载擅自使用的MDaemon 11.0.0软件，并赔偿经济损失和为制止侵权所支付的合理费用15万元，其中包括律师费17,000元、公证费3,000元。原审审理中，奥托恩姆公司撤回要求天戏公司停止侵权、卸载软件的诉讼请求。

原审法院于2014年9月11日组织双方进行勘验，在“cmd.exe”程序窗口输入“telnet mail.tciplay.com 110”命令，显示检测结果窗口界面为“+OK Winmail Mail Server POP3 ready”，而输入“telnet mail.tciplay.com 25”命令后的检测结果窗口界面为“220 Winmail Mail Server ESMTP ready;Thu,11 Sep 2014 10:57:30 +0808”。

原审法院认为，《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》第五条之1规定：“就享有本公约保护的作品而论，作者在作品起源国以外的本同盟成员国中享有各该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利，以及本公约特别授予的权利。”《中华人民共和国著作权法》第二条第二款规定：“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。”《计算机软件保护条例》第五条第三款规定：“外国人、无国籍人的软件依照其开发者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者依照中国参加的国际条约享有的著作权，受本条例保护。”奥托恩姆公司是设立于美国的企业法人，中国与美国均为《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》的成员国，故根据上述规定，涉案软件的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，虽未提供涉案软件11.0.0版本的著作权登记证书，但由于同一种软件不同的版本只是对该软件的升级、更新，且涉案软件光盘上的版权信息已经注明奥托恩姆公司为著作权人。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11.0.0版的著作权。

未经奥托恩姆公司许可，对该软件进行复制并使用的行为是对奥托恩姆公司享有的计算机软件著作权的侵犯。

奥托恩姆公司提交了两份公证书以证明天戏公司的侵权行为，对此天戏公司提出以下异议：（1）通过下载目标软件和修改hosts文件，可以制造出域名服务器使用目标软件的假象，故公证书的真实性不应被认可；（2）telnet协议命令本质是远程控制服务器的办法，也是黑客用以入侵的常用手段，作为取证方式存在合法性的存疑，应将权利软件与被控侵权软件的源代码、目标代码置于同一运行环境之下进行比对；（3）公证书中载明的结果仅为一行含有MDaemon和天戏公司域名信息的代码，无法直接证明天戏公司存在使用行为。

针对上述异议，原审法院认为，首先，奥托恩姆公司的两次公证取证均在公证处的电脑上进行，且全程由公证员及公证人员进行监督，在每次操作的开始均确保杀毒软件运行正常、网络连接正常，并检查了电脑的清洁性。天戏公司提出的通过下载目标软件和修改hosts文件制造出域名服务器使用目标软件的假象，缺乏事实依据，原审法院对该两份公证书的真实性予以确认。

其次，奥托恩姆公司公证书中所采取的计算机远程技术取证手段并未违反法律的禁止性规定，取证内容针对的是对外公开运行网站的邮件系统使用软件情况而非具体的邮件信息本身，取证行为造成的后果尚未达到损害被取证对象的个人隐私、商业秘密等合法权益的程度，也未损害社会公共利益。鉴于计算机软件权利人对于终端用户安装使用盗版软件的行为在客观上存在较大的取证困难，为降低维权成本、节约司法资源，不苛求权利人必须对权利人软件与被控侵权软件是否构成实质性相同进行鉴定，只要权利人提交的证据能够证明被控侵权行为人存在使用盗版软件的情况，亦可认定侵权行为的存在。

最后，对于奥托恩姆公司公证取证的具体内容，其通过输入“set type=mx”命令及天戏公司的域名“tciplay.com”的查询结果为“mail exchanger=mail.tciplay.com”，表示天戏公司网站存在邮件服务器；输入“telnet mail.tciplay.com 25”的查询结果为“220 10sea.com ESMTP MDaemon 11.0.0”，表示连接到了天戏公司网站的邮件服务器，该服务器使用了MDaemon 11.0.0软件进行发信；输入“telnet mail.tciplay.com 110”的查询结果为“+OK 10sea.com POP3 MDaemon 11.0.0”，表示连接到了天戏公司网站的邮件服务器，该服务器使用了MDaemon11.0.0软件进行收信。根据计算机知识，在本地计算机上使用telnet命令对远程计算机服务器使用软件的情况进行探测系通常的计算机远程查询技术手段，若反馈页面显示了某邮件服务器软件的名称，则该目标主机安装使用了该软件的盖然性程度很高。本案中，通过上述技术手段，探测到天戏公司网站的邮件服务器使用了涉案MDaemon11.0.0软件进行发信、收信；同时，天戏公司也自认其曾从网上下载名为MDaemon11.0.0的软件进行试用，且其自认的下载时间与奥托恩姆公司第一次公证取证的时间基本相符；此外，根据审理中的勘验情况，通过上述技术手段探测出当日天戏公司网站使用的是Winmail邮件服务器软件，与天戏公司陈述的其现在使用的邮件服务器软件相印证，可见通过telnet命令可以探测出天戏公司网站使用的何种邮件服务器软件。根据民事诉讼高度盖然性的证明标准，如无相反证据，可以认定天戏公司网站安

装使用了涉案MDaemon 11.0.0软件。因此，奥托恩姆公司对天戏公司安装使用了涉案软件的事实已完成举证责任，天戏公司否认该事实，则应由天戏公司承担未使用涉案软件的举证责任。天戏公司经营涉案网站，控制了网站服务器，有能力、有条件举证证明其邮件服务器使用软件的实际情况，如通过其邮件服务器原始日志载明的软件安装、更新、卸载等信息证明其软件使用情况，但天戏公司对此未举证证明，应当承担举证不能的后果。

天戏公司还提出其系在涉案软件的免费试用期内试用该软件，已经进行了卸载。原审法院认为，因涉案软件的试用期为30天，但奥托恩姆公司两次证据保全公证的间隔时间超过30天，故天戏公司关于试用后在试用期内卸载了涉案软件的意见，原审法院不予采纳。据此，原审法院认定，天戏公司未经奥托恩姆公司许可，复制并在商业经营活动中使用了涉案MDaemon11.0.0软件，侵害了奥托恩姆公司对涉案软件依法享有的著作权，应当承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。因天戏公司已经停止使用涉案软件，奥托恩姆公司撤回要求天戏公司停止侵权的诉讼请求并不违反法律规定，原审法院予以准许。

关于赔偿数额的确定。《中华人民共和国著作权法》第四十九条规定：侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。奥托恩姆公司在本案中主张根据MDaemon软件无限用户的市场销售价格计算奥托恩姆公司的经济损失。对此原审法院认为，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，且在实际销售时根据客户的情况可能也会与报价有差异，而奥托恩姆公司的代理商在我国国内也并非只销售适用于无限用户数的软件。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、需求等来确定购买有多少使用人数的软件。知识产权侵权损害实行全面赔偿原则，权利人获得的侵权损害赔偿应与其遭受的损失相当。奥托恩姆公司未能证明天戏公司的经营规模要求其必须选择无限用户的软件，也没有证明天戏公司使用涉案软件的持续时间。同时，软件销售后，用户可以不受时间限制持续使用该软件，只是服务到期后会在软件升级等方面受到限制，而天戏公司现已停止使用涉案软件。因此，奥托恩姆公司主张的赔偿数额不合理，原审法院不予采纳。鉴于奥托恩姆公司的损失和天戏公司的获利均无法确定，故天戏公司的赔偿额由原审法院根据以下因素酌情确定：MDaemon软件是一款知名的邮件服务器系统软件；涉案11.0.0软件发布于2010年3月10日，其后一版本的软件发布于同年4月20日，虽然天戏公司开始使用涉案软件的时间不明，但从普通用户的使用习惯看，一般会选择下载最新版本的软件；天戏公司停止使用涉案软件的时间；奥托恩姆公司网站上MDaemon软件的售价，但其在我国国内的售价高于在美国的售价；天戏公司有一定的经营规模；天戏公司具有主观过错等。奥托恩姆公司主张律师费17,000元、公证费3,000元，但未提供支付的凭证。由于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，故原审法院根据奥托恩姆公司的诉请、本案的案情、本案是涉外案件、律师的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。

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，作出判决：上海天戏网络技术有限公司应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33,000元、合理费用人民币7,000元。

判决后，天戏公司不服，向本院提起上诉，请求撤销原审判决，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在被上诉人提供的免费试用期间合法使用，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、原审判赔金额过高。

被上诉人奥托恩姆公司辩称，被上诉人使用telnet命令查询涉案邮件服务器主机涉案软件信息所取得的证据真实合法。上诉人天戏公司对技术漏洞并未提供证据证明，即使存在上诉人所称的技术漏洞，两次公证都是在公证处电脑上进行，有公证员监督，不可能存在上诉人所称的造假可能性。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。

上诉人天戏公司在二审中提交了一份新证据：公证书，旨在证明Telnet软件本身存在技术漏洞，被上诉人以该软件获得的探测结果不存在客观性，不能证实上诉人实施了侵权行为。被上诉人奥托恩姆公司对该证据的质证意见为：对证据的真实性予以认可，但与本案不存在关联性，被上诉人在公证取证时没有进行上诉人所述的修改。

针对上诉人在二审期间提供的该证据，本院认证意见为，该证据与本案待证侵权事实之间缺乏关联性，故本院不予采信。

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天戏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，原审判赔金额是否适当。

一、关于上诉人天戏公司是否实施了被上诉人奥托恩姆公司所指控的软件侵权行为
上诉人天戏公司认为，被上诉人奥托恩姆公司采用telnet命令远程登录上诉人的计算机终端进行取证的方式存在疑点，telnet协议本身存在技术漏洞可以由使用者通过人为篡改的方式任意产生搜索结果，因而该公证书不能作为认定上诉人存在被控侵权行为的直接证据。对此，本院认为，被上诉人采用telnet协议远程登录上诉人的计算机终端进行取证过程系在公证处的电脑进行，且公证过程由公证人员监督，并出具了相应的公证书

，因此，对该取证过程的真实性应当予以确认。上诉人主张被上诉人在取证过程中进行了篡改方式、人为控制搜索结果，但未能提供相应的证据，本院对该上诉主张不予采信。上诉人还认为，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，上诉人系在试用期内使用。对此，本院认为，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，上诉人关于其系在同一域名不同计算机上分别安装了系争软件免费试用版的主张，并未提供相应证据予以证实，故本院亦不予采信。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

关于上诉人天戏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，适用法律正确，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800元，由上诉人上海天戏网络技术有限公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长	张华松
审 判 员	桂佳
人民陪审员	胡瑜
书 记 员	刘晓静

二 一五年四月二十三日