

# 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225号

上诉人(原审被告)上海花冠营养乳品有限公司。

法定代表人曾\*\*，董事长。

委托代理人杨霞，该公司职员。

委托代理人王毅，该公司职员。

被上诉人(原审原告)磊若软件公司。

法定代表人\*\*，总裁。

委托代理人陈燕燕，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。

上诉人上海花冠营养乳品有限公司(以下简称花冠公司)因侵害计算机软件著作权纠纷一案，不服上海市徐汇区人民法院(2013)徐民三(知)初字第1076号民事判决，向本院提起上诉。本院于2014年10月28日受理后，依法组成合议庭，于同年11月27日公开开庭审理了本案。上诉人花冠公司的委托代理人杨霞、王毅，被上诉人磊若软件公司(以下简称磊若公司)的委托代理人陈燕燕到庭参加了庭审。本案现已审理终结。

磊若公司诉称，其享有Serv-U FTP服务器软件著作权，花冠公司未经磊若公司授权，在其网址为www.howell.com.cn的网站使用了磊若公司享有著作权的Serv-U FTP软件V11.0版(以下简称涉案软件)，并将网站内容存储于其自有服务器上。磊若公司以花冠公司使用盗版软件的行为侵害了其对涉案软件享有的复制权为由，诉至法院，请求判令：1、花冠公司立即停止使用磊若公司享有著作权的Serv-U FTP V11.0版计算机软件；2、花冠公司赔偿磊若公司经济损失及合理费用人民币200,000元(以下币种未经特别标注均为人民币)，合理费用包括律师费28,500元和公证费1,500元。

花冠公司辩称，1、其未使用涉案软件，不应承担侵权赔偿责任；2、磊若公司通过“Telnet+域名”的方式检测网站所在的服务器是否使用涉案软件结果不具有唯一性；3、使用其他的服务器FTP软件，通过修改欢迎界面的信息，也可以实现同样的检测结果；4、磊若公司主张的经济损失明显过高，没有事实依据；5.相关律师费和公证费亦无票据印证。

原审法院经审理查明：磊若公司系在美国设立的企业。涉案软件为Serv-U FTP V11.0版本，属于网站服务器FTP软件，通过客户端和服务器的FTP应用程序实现远程文件传送。磊若公司提供的正版光盘显示Serv-U FTP软件版权归该公司所有。登记日期为2012年6月27日的美国版权局版权登记文件显示Serv-U计算机软件第六版首次发表于2004年12月7日，美国，作者磊若公司；Serv-U计算机软件第七版首次发表于2008年4月2日，美国，作者磊若公司。原审庭审过程中，登陆磊若公司官方网站www.rhinosoft.com，显示Serv-U FTP软件的著作权人为磊若公司。另查，涉案软件(Serv-U FTP V11.0)于2011年9月2日在美国首次发表，著作权人为磊若公司。

2012年1月1日，磊若公司的授权代表向上海国惠知识产权代理有限公司(以下简称国惠

知识产权公司) 签发授权委托书一份, 主要内容为: 磊若公司授权国惠知识产权公司自2012年1月1日至2017年12月31日期间, 作为磊若公司处理法律事务的受托人, 指派代理人代表磊若公司对中国境内任何侵权人侵犯磊若公司知识产权、不正当竞争及其它相关事务在中国提起诉讼(包括民事诉讼、行政诉讼、刑事自诉或公诉程序的一审、二审、再审和执行程序), 并参加他人可能启动的其他任何相关司法程序。授权范围为特别授权, 包括提起诉讼、提交诉状和相关证据、调查取证、出庭并发表意见、承认、变更或放弃诉讼请求、和解或参加调解以及转委托等等。该授权委托书在附件中列具了计算机软件的具体版本和发表时间, 其中包括了涉案软件。

2012年9月12日, 国惠知识产权公司向上海市东方公证处申请保全证据。同日, 该公司委托代理人在公证处公证员的现场监督下, 使用公证处电脑上网进行如下操作: 点击、打开电脑桌面“开始”项下的“运行”项, 在“打开:”右边的空格中输入“telnet www.howell.com.cn 21”, 再点击“确定”按键后, 计算机电脑界面显示有“220 Serv-U FTP v11.0 ready...”字样。代理人以同样的操作方式查询了另外29个网站并得到相应的反馈信息。进入国家工信部ICP/IP地址/域名信息备案管理系统, 查询到涉案网站由花冠公司开设, 备案审核时间为2012年8月9日。上海市东方公证处对上述公证过程出具(2012)沪东证经字第12808号公证书。

2013年10月9日, 国惠知识产权公司向上海市长宁公证处申请保全证据。委托代理人在公证处公证员的现场监督下, 使用公证处电脑上网进行如下操作: 新建“SERVU 证据保全二次01”文件夹, 新建名为“001”的WORD文档放入该文件夹。打开IE浏览器, 在浏览器地址栏中输入“www.baidu.com”, 进入百度主页搜索

“www.howell.com.cn”, 进入花冠公司主页, 网页下方有花冠公司名称、地址以及联系方式。点击、打开电脑桌面“开始”项下的“运行”项, 输入“cmd”后回车, 在右边的空格中输入“telnet www.howell.com.cn 21”, 再点击“确定”按键后, 计算机电脑界面显示有“220 welcome to Serv\_U FTP Server”字样。回车后, 输入“ping www.howell.com.cn”, 显示该网站的所在的IP地址为“112.65.247.62”。上海市长宁公证处对上述公证过程出具(2013)沪长证字第6578号公证书。

清华大学出版社2010年4月第3版2012年7月第3次印刷的《Windows Server 2003系统管理(第三版)》一书第261页至第265页载明: Serv-U是Windows平台上最流行的FTP服务器软件, 其官方网站是http://www.serv-u.com。它可以在短时间内迅速组建功能强大的FTP服务器, 除了拥有大部分FTP服务器端拥有的功能外, 还支持实时的多用户连接, 支持匿名用户的访问等等。它友好的图形管理界面以及拥有安全稳定的性能, 也是被广泛使用的原因。该书第410页至第415页载明: Telnet是TCP/IP协议家族的成员, 它可以使用户在服务器上建立远程会话。该协议只支持字母数字终端, 所有命令必须在命令行中输入。Telnet最常用的功能是登陆服务器并执行服务器端的应用程序。应用Telnet服务主要是指以命令行方式从客户端登陆到服务器, 并执行操作[Telnet 主机名(或IP地址) 端口号]。

花冠公司注册成立于2000年5月17日, 注册资本1000万元, 经营范围主要包括生产乳制品、销售食用农产品、纺织品、服装、日用百货、建材、化工产品、机械设备、五金交电

电以及电子产品批发零售等。www.howell.com.cn网站是花冠公司开创办的网站，其相关内容存储于该公司自有并实际控制的服务器。

花冠公司提供了操作电脑文档截图的打印件，显示：下载Filezilla软件并安装到本地电脑，通过修改Welcome message（欢迎信息）设置为“Serv-U FTP v11.0 ready...”，在运行的DOS环境中输入“telnet www.howell.com.cn 21”，显示结果为“220 welcome to Serv\_U FTP Server”。

在原审庭审中，花冠公司代理人操作原审法院连接互联网的电脑，进入www.serv-u.com网站，下载serv-u V14.0软件试用版，安装到电脑后，先在DOS环境下输入“telnet www.howell.com.cn 21”，显示结果为“220 Welcome”；再输入“telnet www.justiming.com 21”，显示结果为微软公司的服务器传输软件。花冠公司代理人继续操作该电脑，先修改C:\WINDOWS\system32\drivers\etc路径下HOSTS文件，以记事本的方式打开HOSTS文件，在文件空白处增加“127.0.0.1 www.baidu.com 21”及“127.0.0.1 www.justiming.com 21”，替换原有文件。继续在DOS环境下，输入“telnet www.howell.com.cn 21”，显示结果为“serv-u FTP 14.0.....”；再输入“telnet www.justiming.com 21”，显示结果也是“serv-u FTP 14.0.....”；再输入“telnet www.baidu.com 21”，显示结果为“连接失败”。最后，将原审法院连接互联网电脑中的C:\WINDOWS\system32\drivers\etc路径下HOSTS文件恢复原状，在DOS环境下输入“telnet www.howell.com.cn 21”，显示结果为“220 welcome”；输入“telnet www.baidu.com 21”，显示结果为“无法连接”。

另查明，上海软\*\*信息科技有限公司（以下简称软\*\*公司）系磊若公司Serv-U FTP计算机软件在中国地区的独家授权总代理。2007年11月2日，软\*\*公司与北京新\*\*技发展有限公司（以下简称新网公司）签订《订货合同》，约定由该公司向新网公司提供Serv-U Corporate Enterprise服务器软件一套（含两年软件版本升级），单价为355,000元。该合同双方均已履行。在该合同的“版权声明”条款中约定，所购软件系磊若公司产品，版权为磊若公司所有。2011年8月18日，该公司与深圳市康\*\*科技发展有限公司（以下简称康\*\*公司）签订《订货合同》，约定由软\*\*公司向康\*\*公司提供Serv-U FTP文件服务器软件（含一年软件版本升级和电话、在线技术支持）白银企业版，单价为320,000元。该合同双方均已履行。在该合同的“版权声明”条款中约定，所购软件系磊若公司产品，版权为磊若公司所有。

在serv-u官方网站（网址为www.serv-u.com）中对serv-u ftp软件有美元495元和美元2,995元两种报价。磊若公司在中国独家授权总代理软\*\*公司的官方网站www.rhinosoft.com.cn（另一网址为www.serv-u.cn）网站中对Serv-U FTP软件白金版有120,000元的报价，包括有“Serv-U 软件及其系列产品系美国Rhino Software公司版权所有产品”的版权声明，并提供Serv-U FTP 新版计算机软件的免费试用下载服务，试用期为30天。原审审理中，磊若公司表示涉案软件只提供最新版本软件的下载试用服务。原审法院认为，本案的争议焦点为：1、磊若公司是否是涉案软件的著作权人；2、花冠公司是否存在侵害磊若公司涉案软件著作权的行为；3、如果构成侵权，侵权人应承担的侵权责任。

关于磊若公司是否是涉案软件的著作权人。原审法院认为，根据《中华人民共和国著作权法》及其相关司法解释的规定，当事人提供的涉及著作权的底稿、原件、合法出版物等，可以作为证据。在作品或者制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人，但有相反的证据除外。本案中，磊若公司提供了涉案软件的正版光盘、磊若公司对国惠知识产权公司的版权维权授权委托书以及版权声明等，可以证明磊若公司系涉案软件的著作权人。因此，磊若公司是涉案软件的著作权人。磊若公司系美国企业，涉案软件为境外版权作品，中国和美国均为《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的成员，依照该公约及《中华人民共和国著作权法》的相关规定，磊若公司对涉案软件依法享有的著作权应受我国法律保护。

关于花冠公司是否存在侵害磊若公司涉案软件著作权的行为。原审法院认为，磊若公司进行公证取证所使用的telnet命令是计算机程序中的正常命令，该命令的基本功能是允许用户登录远程主机系统，用户使用telnet命令时，如同在本地登录执行命令一样，该命令可以让用户在本地运行telnet，登录到远程服务器，服务器再把运行结果返回本地。本案中，磊若公司基于telnet命令的上述功能，通过telnet命令实施远程登录，获取涉案网站所在的服务器中关于FTP软件的身份回馈信息，该信息显示FTP软件信息为Serv-U FTP V11.0版本。

从技术上考虑，首先，虽然通过修改本地系统盘一定路径下的HOSTS文件，可以实现相应的预设的查询结果。但磊若公司的证据保全公证并非仅仅针对本案花冠公司，而是多达30个网站。而证据保全中操作电脑的过程是连续不间断的，磊若公司代理人通过修改公证处电脑而获得不同反馈结果的概率极低。其次，在案证据显示，服务器控制者可以通过修改软件的相关设置，以欺骗黑客、躲避网络袭击，这种操作在技术上是可以实现。在服务器控制者修改软件相关设置的情况下，运用telnet命令远程登录主机所获取的结果不一定能真实的反映目标主机上是否实际安装、使用了涉案软件。因此，运用telnet命令远程登录主机所获取的结果并不具有确定性和唯一性。但是，如果运用telnet命令远程登录主机所获取的反馈信息显示有相关软件的信息，则认定目标主机安装、使用了涉案软件的盖然性程度很高。因此，花冠公司主张其安装其他服务器传输软件而修改了欢迎信息，则应提供证据予以证明。本案中花冠公司并未提供相关证据，故其提出的抗辩理由，原审法院不予采信。

因此，原审法院认定涉案网站所在的服务器在公证取证当时安装有涉案软件，花冠公司作为www.howell.com.cn网站内容存储服务器的所有者和实际控制人，侵害了磊若公司对涉案软件享有的复制权。

关于花冠公司应当承担的侵权责任。原审法院认为，如前所述，花冠公司未经磊若公司授权许可，在其所有并控制的服务器上安装了涉案软件，侵害了磊若公司对涉案软件享有的复制权，依法应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。磊若公司请求法院判决花冠公司停止侵权的诉讼请求，予以支持。关于花冠公司承担赔偿责任的具体金额，鉴于花冠公司因侵权获得的利益及磊若公司因被侵权受到的损失均难以确定，原审法院根据涉案软件的价值、知名度、同类软件的市场许可费用、花冠公司侵权行为的性质、主观状态、侵权情节等，酌情综合确定。合理开支部分，磊若公司主张的律师费28,500元虽然

过高，但该项费用必然发生，原审法院根据律师工作量和案件复杂程度，参考上海市律师行业收费标准酌定；公证费1,500元虽未超出网页保全公证的一般收费标准，但本次公证保全的网站有30家，故原审法院酌情确定该项费用。

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、第八条第一款第（四）项、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、第二十五条第一款、第二款之规定，判决：一、花冠公司立即停止使用磊若公司Serv-U FTP V11.0版计算机软件著作权的行为；二、花冠公司于判决生效之日起十日内赔偿磊若公司经济损失及合理开支40,000元。

原审判决后，花冠公司不服，提起上诉，请求二审法院撤销原审判决，改判驳回被上诉人的原审全部诉讼请求。其主要理由是：1、第二次公证保全证据时，上诉人使用的并非涉案软件；2、被上诉人两次公证保全证据显示的结果不同，且其在中国独家授权代理公司的官方网站上提供有试用版下载，故用telnet命令实施远程登录，获取涉案网站所在服务器中FTP软件身份回馈信息的方式不具有科学性，不能证明上诉人未经授权使用了涉案软件；3、原审判赔金额没有依据。

被上诉人磊若公司答辩称，其通过公证保全获取侵权证据，公证程序合法，上诉人主张可以通过修改相关信息，获得侵权结果，却未能就其实施了相关修改予以举证证实，故原审判决合法合理，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审期间，上诉人向本院提交（2014）沪徐证经字第7171号公证书，以证实上诉人在2013年9月2日即已使用FileZilla软件，早于被上诉人第二次证据保全公证（2013年10月9日），故被上诉人使用telnet命令获得的上诉人服务器中软件信息不真实，该取证方式不具有科学性。

被上诉人质证认为，上诉人提交的证据非二审新证据，且其作为服务器管理者，在一审判决之后所做的公证，无法证实公证取证之时的实际使用状况，故对该证据的真实性、关联性均不予确认。

本院对该证据认证认为，上诉人提交该证据为了证实其在被上诉人公证取证时已不再使用涉案软件。鉴于上诉人实际软件使用情况，本应在一审期间提交，故该证据不属于一审庭审结束后新发现的证据，不是二审的新证据。同时，涉案软件系安装在上诉人自行控制的服务器上，上诉人于一审判决后对其软件使用情况所做的公证无法还原被上诉人公证保全时的实际使用情况，故该证据与上诉人当时是否安装、使用了涉案软件不具有关联性，本院对上诉人提交的该证据不予采纳。

被上诉人在二审期间未提交新的证据。

经审理查明：原审法院查明的事实属实，本院予以确认。

二审期间，上诉人对原审勘验过程中，修改HOSTS文件后，输入“telnet www.baidu.com 21”，显示结果为“连接失败”持有异议。经查，2014年2月17日原审预备庭笔录记载，上诉人当庭演示修改HOSTS文件后，输入“telnet www.baidu.com 21”，显示结果为“连接失败”。上诉人的代理人在该笔录上签字确认上述记录。因此，上诉人对该节事

实所提异议，与事实不符，本院不予采纳。

本院认为，被上诉人系涉案软件的著作权人，未经被上诉人的许可，对该软件进行复制的行为是对其享有的软件著作权的侵犯。本案争议焦点在于被上诉人通过远程登录取证的方式是否具有科学性，以及上诉人是否实际安装、使用了被控侵权软件。对此，本院评析如下：

根据相关教科书的记载，telnet可以使用户在服务器上建立远程会话，其最常用的功能是登陆服务器并执行服务器端的应用程序。用户使用telnet命令时，如同在本地登录执行命令一样，登陆到远程服务器，服务器再把运行结果反馈回本地。根据上诉人在原审中提交的证据以及勘验过程可见，服务器控制者可以通过两种方式，即修改欢迎信息或修改HOSTS文件，也会出现通过telnet命令获得相关服务器使用涉案软件的反馈信息。因此，在服务器控制者修改软件相关设置的情况下，运用telnet命令远程登录主机所获取的结果不一定能真实的反映目标主机上是否实际安装、使用了涉案软件，telnet命令获取的结果不具有确定性和唯一性。

本案中，上诉人以telnet命令获取的反馈信息不具有确定性和唯一性为由，否认其使用涉案软件，并主张第一次公证获得的反馈信息是因上诉人防止黑客攻击，自行修改欢迎页面所致。本院认为，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，当事人反驳对方诉讼请求所依据的事实，有责任提供证据加以证明，没有证据的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。现上诉人所提相关主张，尽管经勘验证实具有一定的可能性，但鉴于上诉人系自行管控服务器，其有能力，也应该对其主张的修改欢迎信息的事实提供证据，如相关修改日志等，予以证实，然其未尽举证责任，应承担举证不利的后果。

上诉人还主张第二次公证时其已经不再使用涉案软件，并质疑公证过程中被上诉人有修改HOSTS之嫌。本院认为，首先，被上诉人通过公证的方式取证，取证内容具有很高的真实性，上诉人质疑公证过程的真实性，既未提交相应证据也未以此为由向公证机关申请撤销公证；其次，从技术层面来看，通常情况下，运行telnet命令，如果反馈页面显示有涉案软件的名称，则说明被探测的服务器上安装涉案软件的盖然性很高，即上诉人服务器上安装涉案软件的概率很高；再次，如前所述，上诉人作为服务器的管理者未能提交证据证实其实际使用软件的状况，在被上诉人已尽举证义务证明其事实主张的情况下，上诉人对相关反驳事实未尽举证责任，亦应承担举证不利的后果。

此外，上诉人又主张被上诉人在中国独家授权代理公司的官方网站上有提供软件试用版下载，故telnet命令获得的软件使用反馈信息可能是试用版的使用。本院认为，如前所述，上诉人若主张使用了试用版软件，导致被上诉人公证之时获得了使用被控侵权软件的信息，则应当提交相应的证据予以佐证。现上诉人仅提出了试用版软件存在使用的可能性，但未举证证实其实际使用的即为试用版软件，故本院对上诉人的该主张不予采信。

综上所述，尽管telnet命令获取的结果不具有确定性和唯一性，但结合本案双方当事人的举证情况，原审法院认定上诉人在其服务器上安装、使用被控侵权软件具有高度盖然性，并无不当。上诉人对其实施的侵权行为，依法应承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。

任。

关于本案的判赔金额问题，鉴于被上诉人未能提交证据证实上诉人因侵权获得的利益或被上诉人因被侵权受到的损失，故原审法院根据涉案软件的价值、知名度、同类软件的市场许可费用、上诉人侵权行为的性质、主观状态、侵权情节等，酌情综合确定经济损失，并无不当。至于合理开支部分，律师费、公证费均系被上诉人为维权支出的费用，原审法院根据律师的实际工作量和案件复杂程度，参考行业收费标准以及本案公证的实际情况，酌情确定，亦无不妥。上诉人关于原审判赔金额缺乏依据的主张，与事实不符，本院不予支持。

综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，所作判决并无不当。上诉人的上诉请求及理由缺乏事实和法律依据，应予驳回。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）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币800元，由上诉人上海花冠营养乳品有限公司负担。

本判决为终审判决。

审	判	长	徐燕华
审	判	员	桂佳
	人	民陪	胡瑜
	审	判	
书	记	员	谭尚

二 一四年十二月十九日