

上海市高级人民法院 民事判决书

(2021)沪民终24号

上诉人(原审被告)：初趣(北京)贸易有限公司，住所地北京市。

法定代表人：甘淑琴，该公司总经理。

委托诉讼代理人：李涛，北京市百瑞律师事务所律师。

上诉人(原审被告)：上海圆迈贸易有限公司，住所地上海市嘉定工业区。

法定代表人：任涛，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：马勇，北京盈科(上海)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：杜凯，北京盈科(上海)律师事务所律师。

被上诉人(原审原告)：肖尧，男，1985年10月2日出生，汉族，住湖北省。

委托诉讼代理人：严文忠，浙江常盈律师事务所律师。

原审被告：北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司，住所地北京市。

法定代表人：张奇，该公司执行董事。

委托诉讼代理人：马勇，北京盈科(上海)律师事务所律师。

委托诉讼代理人：杜凯，北京盈科(上海)律师事务所律师。

上诉人初趣(北京)贸易有限公司(以下简称初趣公司)、上海圆迈贸易有限公司(以下简称圆迈公司)因与被上诉人肖尧、原审被告北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司(以下简称京东公司)侵害外观设计专利权纠纷一案，不服上海知识产权法院(2019)沪73民初765号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年1月20日立案后，依法组成合议庭，于2021年7月15日公开开庭进行了审理。上诉人初趣公司的委托诉讼代理人李涛，上诉人圆迈公司和原审被告京东公司的共同委托诉讼代理人杜凯，被上诉人的委托诉讼代理人严文忠到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

初趣公司上诉请求：撤销一审判决，判决驳回一审原告全部诉请。事实和理由：一、一审判决事实认定错误，初趣公司系经销商，并非制造商，合法来源抗辩成立，不应承担赔偿责任。二、一审判决将其他产品的评价量作为被控侵权产品的销售量，系认定事实错误。三、一审中初趣公司提供的销售数量与圆迈公司提供的数量不一致，系京东平台查询权限和统计口径不同所致，一审判决未予采信，系错误。四、一审判决赔偿数额过高，不应依据第三方平台零售价估算，且被上诉人系个人，并未生产或销售涉案产品，无实际经济损失。五、初趣公司不应对被控侵权产品再次上架销售承担连带赔偿责任。六、被上诉人的维权费用不应由初趣公司承担。

肖尧辩称：初趣公司应认定为制造商，其在产品上贴附自己商标进行销售的模式应被认定为生产行为。初趣公司一审提供的数据和京东提供的数据存在较大出入，二审提供的数据也存在较大出入，故一审综合考虑后认定赔偿金额合理合法。

圆迈公司和京东公司答辩同意初趣公司的上诉意见。

圆迈公司上诉请求：撤销一审判决，依法改判驳回被上诉人全部诉请。事实和理由：一、一审判决圆迈公司对被上诉人损失及合理费用中的人民币5万元(以下币种相同

)承担连带责任，没有事实和法律依据。二、京东公司提供的销售数据真实有效。三、一审判决以被上诉人提供的其他产品的评价数作为销量依据属事实认定错误，涉案产品及其他产品的评价数不能作为涉案产品销量的依据。四、涉案产品的设计不落入被上诉人专利权利的保护范围，不构成侵权。

肖尧辩称：根据圆迈公司及初趣公司提供的相关数据，被控侵权产品在下架后再次上架销售了半年，圆迈公司作为店铺运营商具有明显侵权恶意，应承担连带赔偿责任。

初趣公司和京东公司答辩同意初趣公司的上诉意见。

肖尧向一审法院起诉请求：1.判令三被告立即停止侵权并删除侵权商品销售链接；2.判令圆迈公司、初趣公司立即销毁库存侵权产品；3.判令圆迈公司、初趣公司赔偿原告经济损失及为制止侵权支出的合理费用共计60万元。事实与理由：原告通过申请获得外观设计专利(专利号：ZLXXXXXXXXXXXX.8，以下简称涉案专利)的专利权，并根据上述专利生产出一款硅胶折叠杯，投放市场以来广受欢迎，取得不错的销售收益。自2018年以来，由于大量专利仿冒产品在市场涌现，导致原告销售量大幅下滑。经调查取证，圆迈公司在京东公司经营的网络平台“京东商城”上开设的网络店铺(店铺名：“班哲尼旅游用品京东自营旗舰店”)使用原告的专利产品图片和包装图片作为宣传，实际却销售非原告产品的方式销售了大量侵权产品，该侵权产品的外包装标识经销商为初趣公司以及初趣公司的品牌商标“班哲尼”。由于该侵权产品与原告的专利产品外观相似度极高，且功能完全一致，一般消费者难以区分，因此销售得以顺利进行。该行为不但误导消费者，还恶意侵害了原告的外观设计专利权，极大的挤压了原告的市场份额。被告圆迈公司销售被控侵权产品，初趣公司在被控侵权产品产品包装上标识其商标，系被控侵权产品制造商和销售商，京东公司为被控侵权产品销售提供平台，三被告的行为均应停止。为此，原告为了维护自身合法权益，请求法院根据《中华人民共和国专利法》(2008年修正，以下简称《专利法》)及相关法律法规，判决原告所请。

圆迈公司一审辩称：1.被控侵权产品具有合法来源，产品来源于初趣公司；2.不应承担赔偿责任，圆迈公司采购被控侵权产品时，要求供应商提供资质证明和授权证明，已经尽到注意义务，主观上没有过错，涉诉后及时下架，不存在主观故意；3.关于原告诉请的赔偿损失及合理开支没有任何依据。原告系个人，应该没有生产、销售行为，无法提供因侵权造成的损失，经比对价格得出的产品利润，也毫无根据。原告没有将涉案专利许可给第三方，没有许可费可以参照；4.主张不侵权抗辩。

初趣公司一审辩称：1.诉争产品是初趣公司作为经销商合法采购，具有合法来源，与诉争产品生产商深圳市合旺硅胶制品有限公司(以下简称合旺公司)签署采购合同，合同第十一条第4款明确约定，生产商保证所供商品没有知识产权争议，如发生知识产权侵权争议，由生产商承担全部责任，根据《专利法》第七十条规定，为生产经营目的的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。基于被告初趣公司与合旺公司之间的采购合同，可以证明诉争产品具有合法来源，被告初趣公司作为经销商合法采购，依法不承担赔偿责任；2.诉争产品按颜色不同共有两款，被告初趣公司合计总销售量5,024只，销售总收入226,990.8元，销售毛利润总计53,461.86元，扣除税收和其他销售成本后纯

利润合计16,435.68元；3.原告主张的合理维权费用，没有合同和发票，不应认可和支持；4.关于原告于2020年5月16日再次购买的涉案产品，属于圆迈公司与京东公司的库存产品，在平台自动上架，初趣公司自2019年10月收到诉状，即刻停止向生产商采购、停止向圆迈公司、京东公司供货涉案产品。

京东公司一审辩称：作为电商平台尽到注意义务已经下架商品，不承担侵权责任。1.不参与被控侵权产品的实际销售，没有侵权事实。作为网络平台已经公示销售者的信息，消费者不会将实际销售者的行为视为京东商城的行为，并非商品发布者、生产者、销售者，没有参与生产、销售环节，不应承担侵权责任；2.京东公司主观上不明知或应知。事前不知道侵权行为存在，原告并未提出投诉，京东公司不存在主观过错。京东商城存在海量的经营者信息，处于实时变化状态，京东公司没有能力对每一个商品是否侵权进行审查；3.京东公司尽到了事前注意和提醒义务，与商家签署的平台协议、京东开放平台信息规范等均明确卖家不得发布侵犯他人知识产权的信息，不得买卖国家限制销售的产品，尽到了经营者审核义务，做到了实名认证、形式审查。4.事后采取了制止侵权的必要措施，督促卖家如果涉嫌发现侵权产品将会进行下架处理，因此京东公司不应承担侵权责任。

一审法院认定事实：

一、与涉案外观设计专利有关的事实

专利号为ZLXXXXXXXXXXXX.8、专利名称为“硅胶折叠杯”的外观设计专利，申请日为2017年11月23日，授权公告日为2018年6月15日，专利权人为原告肖尧。本外观设计产品用于盛水的容器，包括立体图、使用状态参考图以及6面图。简要说明记载最能表明设计要点的图片是立体图，设计要点是产品的整体形状。专利目前处于有效状态。

国家知识产权局于2018年10月10日作出的涉案外观设计专利权评价报告记载，本专利与对比设计1以及现有设计在产品设计上存在明显区别，对于一般消费者来说，该差别对外观设计的整体视觉效果产生了显著影响，本专利与对比设计1以及其他现有设计相比均具有显著差异，因此，本专利符合专利法第二十三条第一款、第二款的规定。此外，未发现本专利存在其他不符合专利法有关外观设计授权条件的缺陷。

2020年5月18日，国家知识产权局作出第44520号无效宣告请求审查决定：维持涉案专利权有效。合议组认为，涉案专利与对比设计1、2组合后的对比设计相比在杯盖和杯体的具体形状上仍然存在不同，鉴于折叠杯类产品的其他设计特征更易被一般消费者所关注，由于涉案专利与组合后的对比设计的相同点属于该类产品的常见设计，而在杯盖和杯体上存在的上述差异更易于被关注，因此相对于二者的相同点而言所述差异对整体视觉效果更具有显著影响。

二、原告指控被告侵权行为的有关事实

2019年9月29日，原告取证人员在个人电脑上购买了涉案侵权产品，并将购买的完整过程进行视频录像，购买结束后立即将该视频录像申请时间戳证据保全。取证人员利用自己个人电脑，打开QQ浏览器，在百度搜索栏输入“北京时间”进行搜索，并点击电脑右下角显示电脑系统时间。在网址栏输入“www.jd.com”进入京东网站，在该网站搜索名称为“班哲尼旅游用品京东自营旗舰店”的店铺，并点击“进入店铺”进入该店

铺主页面，点击该店铺“查看所有商品”菜单下的“所有宝贝”子菜单显示该店铺所有商品，并选择按销量从大到小对所有商品排序。点击第一页倒数第二个名称为“班哲尼硅胶折叠水杯旅行便携出差旅游漱口伸缩杯子户外硅胶多功能洗漱杯550ML”的商品并进入该商品详情页，该详情页显示本商品“京东价”为人民币49元，“PLUS会员专享价”为人民币45元，累计评价显示数量为“1万+”，并显示有“550ML碧绿色”和“550ML苍穹灰”两种颜色。商品评价区域的“晒图”子菜单下，显示有大量客户评价晒图为涉案产品图片，并显示好评度为98%。取证人员分别选取碧绿色和苍穹灰(商品编号分别为XXXXXXX和XXXXXXX)各1个加入购物车并付款结算，商品总金额为人民币98元，外加6元运费，合计付款104元。订单号为XXXXXXXXXXXX。购买结束后，取证人员在百度搜索栏输入“北京时间”进行搜索，并点击电脑右下角显示电脑系统时间。2019年10月1日，原告取证人员在“丰巢快递柜”收取了两件快递，其中一件快递单号为“JDXXXXXXXXXXXX”，取证人员当场进行了拆封验看，并重新封存，收取快递的完整过程进行视频录像，并立即将该视频录像申请时间戳证据保全。

2020年5月16日，原告取证人员在个人电脑上购买了涉案侵权产品，并将购买的完整过程进行视频录像，购买结束后立即将该视频录像申请时间戳证据保全。原告取证人员在名称为“班哲尼旅游用品京东自营旗舰店”的京东店铺购买“班哲尼硅胶折叠水杯旅行便携出差旅游漱口伸缩杯子户外硅胶多功能洗漱杯550ML碧绿色”的商品一个，商品编号XXXXXXX，价格49元，运费6元，总价55元，订单号XXXXXXXXXXXX。2020年5月20日，原告取证人员在“丰巢快递柜”收取单号为“JDXXXXXXXXXXXX”的快递，取证人员当场进行了拆封验看，并重新封存，收取快递的完整过程进行视频录像，并立即将该视频录像申请时间戳证据保全。

封存实物经一审当庭拆封勘验，第一次购买的快递内有两个硅胶折叠杯，规格均为550ML，颜色分别为碧绿色和苍穹灰，形状一致，产品标签上印有班哲尼商标，注明经销商为初趣公司。产地：中国广东。第二次购买的快递内有一个硅胶折叠杯，颜色为碧绿色。

该折叠杯包含杯盖和杯体，杯盖上设置封口盖，杯体分多段设计，整体上由上至下直径渐缩，由上支撑部、上折叠部、中部护手环、下折叠部、下支撑部组成。杯盖上有了一圈凸起的圆环，饮水口位于圆环上，饮水口上设置有与之匹配的活动盖，活动盖通过一条软带固定在杯盖圆环内与饮水口相距最远的另一端，软带为细条型，固定点形状为圆形，凸起的圆环部分嵌有一圈在饮水口处开口的硅胶圈，活动盖的盖帽部分具有向下延伸的帽耳，平行于该软带的杯盖外圈底部边缘有一个凸出的挂孔，上面附带有一个类三角形挂钩。上支撑部与杯盖外圈直径相同，上折叠部、下折叠部均有两条圆滑凹凸面过渡，下支撑部为光滑圆柱形，中部护手环有数条用于增加手指摩擦力的条纹。

一审庭审中，原告指控“班哲尼旅游用品京东自营旗舰店”商品详情页宣传图片使用的是原告的专利产品图片。经比对，原告第一次取证购买时被控侵权产品销售展示图片与涉案专利在软带与挂孔的位置关系相同，二者相互垂直；而被控侵权产品软带与挂孔是平行的，产品展示图片与实物不同。

三、原告主张经济赔偿的相关事实

名称为“深圳合旺硅胶制品有限公司”1688网站店铺展示“食品级硅胶折叠水杯户外运动旅行硅胶折叠550ml咖啡杯可伸缩便携”，2-998个售价19.40元，999-9999个售价19.11元，10000个18.82元。产品展示图片与被控侵权产品实物相同。

2019年10月1日，圆迈公司出具上海增值税电子普通发票，金额104元，备注订单号为XXXXXXXXXXXX。原告未提交其他维权费用证据。

初趣公司自认，采购单价20.02元，供给京东公司单价42元，2018年7月至2019年11月销售SKU为XXXXXXX的产品1782个，SKU为XXXXXXX的产品3242个，总计5024个，涉案产品于2019年11月下架，2019年12月销售量为0。目前库存剩余情况为，SKU为XXXXXXX的产品京东公司0个，初趣公司225个，SKU为XXXXXXX的产品京东公司1个，初趣公司137个。

京东公司自认，被控侵权产品(SKU为XXXXXXX和XXXXXXX)在2018-2020年间销售总量4,987个(2020年销售48个)，销售总金额228,728元。

经比较，初趣公司与京东公司分别提供的销售数据表格显示的涉案被控侵权产品2018-2020年的销售数量并不一致。

四、被告主张合法来源抗辩的相关事实

京东公司提供北京京东世纪贸易有限公司(以下简称京东世纪贸易公司)(甲方)与初趣公司(乙方)的产品购销协议文本以及初趣公司向京东世纪贸易公司提供的授权书。协议5.1.2.6记载，产品页面的相关信息由乙方自行上传、发布至网页并进行维护，乙方应保证在产品页面上上传、发布、维护的相关信息合法合规，不存在虚假宣传、不侵犯第三方合法权益，否则产生的一切责任和损失由乙方承担。5.1.3记载，乙方应保证已取得产品的知识产权权利人的授权许可……对因乙方提供的产品侵犯第三方的知识产权或其他合法权益而引起的任何针对甲方的投诉或索赔，甲方有权对产品下架并退货处理，同时乙方应积极配合甲方抗辩，……如因上述侵权事项给甲方造成损失的，应予以全部赔偿。授权书声明初趣公司为“班哲尼”品牌产品的合法经销商，授权初趣公司拥有“班哲尼”在中国大陆及海外网络的经销权利，销售初趣公司班哲尼品牌。

京东公司与京东世纪贸易公司于2010年11月22日签订《平台服务协议》，该协议约定京东公司为京东世纪贸易公司提供平台服务，合同自2011年1月1日起生效，有效期5年，该协议终止前，双方无异议的，合同自动延长一个有效期。协议第1.3条约定，“乙方使用甲方的平台，应向甲方支付平台使用费，每年贰万元人民币”。

初趣公司提供与合旺公司于2018年6月26日至2019年8月29日之间的购销合同17份，销售产品均为硅胶折叠咖啡杯，颜色包括碧绿色和苍穹灰，单价18.2元，税点10%，进货数量总计5,700个，进货总金额112,497元，合同均备注发货时发不带任何品牌LOGO的包装盒。

联网备案信息显示，“jd.com”网站名称为“京东商城：京东多媒体网”，开办者为京东公司。

各方一审当庭确认被控侵权产品在京东商城已经下架但销售链接尚未删除。一审审理中，被告圆迈公司、京东公司表示，京东自营华东地区的销售者是圆迈公司，被控侵权产品下架的实际操作方为圆迈公司。

一审法院认为：本案系侵害外观设计专利权纠纷。原告系涉案专利的专利权人，该专利权目前仍处于有效状态，任何单位或个人未经原告许可，不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其专利产品。本案的主要争议焦点在于：

一、被控侵权产品的被诉外观设计是否落入原告外观设计专利权的保护范围

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第八条规定，在与外观设计专利产品相同或者相近种类产品上，采用与授权外观设计相同或者近似的外观设计的，人民法院应当认定被控侵权产品落入专利法第五十九条第二款规定的外观设计专利权的保护范围。本案中，被控侵权产品与涉案专利均为硅胶折叠杯，属于相同产品，可以进行外观设计侵权比对。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第十四条规定，人民法院在认定一般消费者对于外观设计所具有的知识水平和认知能力时，一般应当考虑被诉侵权行为发生时授权外观设计所属相同或者相近种类产品的设计空间。设计空间较大的，人民法院可以认定一般消费者通常不容易注意到不同设计之间的较小区别；设计空间较小的，人民法院可以认定一般消费者通常更容易注意到不同设计之间的较小区别。各方当事人均未向一审法院提交现有设计的证据，结合涉案专利权评价报告，涉案专利在产品的形状设计上与现有设计在杯盖和杯体上存在较大区别，涉案产品在形状上的设计空间较大。《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十一条规定，人民法院认定外观设计是否相同或者近似时，应当根据授权外观设计、被控侵权产品的设计特征，以外观设计的整体视觉效果进行综合判断；对于主要由技术功能决定的设计特征以及对整体视觉效果不产生影响的产品的材料、内部结构等特征，应当不予考虑。下列情形，通常对外观设计的整体视觉效果更具有影响：(一)产品正常使用时容易被直接观察到的部位相对于其他部位；(二)授权外观设计区别于现有设计的设计特征相对于授权外观设计的其他设计特征。被控侵权产品的被诉外观设计与授权外观设计在整体视觉效果上无差异的，人民法院应当认定两者相同；在整体视觉效果上无实质性差异的，应当认定两者近似。将被控侵权产品与涉案专利进行对比发现，二者之间的主要相同点在于：1.均为上大下小的圆筒形，直径与高度比例基本相同，均由杯盖与杯体构成，杯体均被中部护手环分为上下两个折叠区；2.主视图：上下两个折叠区折痕的数量及大小排布完全一致，中部护手环宽度比例与处于杯体的位置基本相同，杯底的支撑部均为没有折痕光滑圆柱形，且比例基本相同；3.后视图：杯盖均有一凸出的用于穿设挂环的挂孔；4.左视图：中部护手环都有数条用于增加手指摩擦力的条纹；5.右视图：中部护手环都有数条用于增加手指摩擦力的条纹；6.俯视图：杯盖均有一圈凸起的圆环，饮水口都位于圆环上，饮水口均设有与之匹配的活动盖，活动盖通过一条软带固定在杯盖圆环内与饮水口相距最远的另一端，软带与固定点形状基本相同；7.仰视图：均为上小下大形状，均可见数层杯体的可折叠部分，均可见挂孔。二者之间的主要区别点在于：1.主视图：涉案专利杯体与杯盖相连的上支撑部的直径与杯盖相比较小，被控侵权产品的上支撑部与杯盖直径大小相同，中部护手环条纹数目和密度明显比专利多和密；2.俯视图：侵权产品凸起的圆环部分相比涉案专利多嵌入了一圈硅胶圈，活动盖的盖帽部分多了向下延伸的帽耳，挂孔位置与软带在同一水平方

向而非垂直；3.仰视图：被控侵权产品杯底为图文组合，涉案专利底部为多个圆形的凸纹。一审法院认为，首先，二者的整体形状对整体视觉效果具有显著影响，被控侵权产品的被诉外观设计与涉案专利整体形状和布局基本相同，被控侵权产品的被诉外观设计使用了涉案专利区别于现有设计的设计特征。其次，被控侵权产品在增加的硅胶圈和帽耳系被控侵权产品在采用与涉案外观设计近似的形状之余所附加的设计要素，属于额外增加的细小设计要素，上支撑部与杯盖直径的差异、中部护手环的条纹数、帽耳以及挂扣的位置，亦属于细微差异，对侵权判断不具有实质性影响。并且，涉案产品底部属于涉案产品正常使用时不容易被直接观察到的部位，因此二者底部虽有区别，但对二者整体视觉效果不会产生实质性影响，即对侵权判断不具有实质性影响。综合评价二者的相同点和不同点，被控侵权产品与涉案专利整体视觉效果上没有实质性差异，认定二者构成近似。因此，被控侵权产品落入涉案外观设计专利保护范围。

二、两被告的合法来源抗辩是否成立

关于圆迈公司的合法来源抗辩，圆迈公司系京东世纪贸易公司在华东地区的分销商，京东世纪贸易公司与初趣公司的协议表明，圆迈公司在京东公司提供的平台上销售的被控侵权产品来源于初趣公司，初趣公司对此予以确认，且初趣公司向圆迈公司提供的授权书，保证其对被控侵权产品具有知识产权，故圆迈公司在得知本案诉讼之前系合法善意购买，其合法来源抗辩成立。然，圆迈公司在对被控侵权产品进行下架之后，未经权利人许可再次上架该产品，后续的销售难谓善意，故对再次上架之后销售的被控侵权产品，其合法来源抗辩不成立。

关于初趣公司的合法来源抗辩，初趣公司虽然提供了与合旺公司的购销协议，证明被控侵权产品来源于合旺公司，但是协议上注明供应提供不带任何品牌LOGO的包装盒，并在进货后加贴初趣公司的未注册商标予以销售，对外公示其为产品出品商，商标具有标识商标来源的功能，该标注商标的行为系以被控侵权产品生产者身份对外明示，会让消费者认为被控侵权产品系初趣公司的产品，初趣公司属于专利法上的制造商，制造商无权主张合法来源抗辩。

三、各被告应承担的法律责任。

关于京东公司的法律责任，原告要求京东公司删除侵权链接，一审法院予以支持。

关于圆迈公司的法律责任，被告圆迈公司未经许可，在涉案京东自营店销售的被控侵权产品侵犯了原告专利权，应当承担停止侵权的民事责任。对于再次上架前的销售，合法来源抗辩成立，无需承担赔偿责任。对于再次上架之后的销售，主观上具有过错，需要与被控侵权产品的制造商初趣公司一起承担连带赔偿责任。

被告初趣公司未经许可，制造、销售的被控侵权产品侵犯了原告专利权，应当承担停止侵权以及赔偿经济损失的法律责任。

关于经济损失的计算方式，原告主张按照圆迈公司京东售价49元-合旺公司1688网站售价19.4元=29.6元，因销售数量必然大于评论数量，被控侵权产品评价数量1万+，按照销量排序在被控侵权产品之后的产品评价数量2.8万+，故推知被控侵权产品销量大于2.8万+，侵权获利=单个产品的利润*被控侵权产品销量 > 29.6元*28,000=828,800元，故主张60万元的赔偿数额(包含合理费用)。京东公司提供数据显示，被控侵权产品2018年至

2020年销量4,987件，2020年销量48件。一审法院认为，初趣公司提供的数据与京东公司提供的数据存在差异，且京东公司系圆迈公司的关联方，其提供的数据未提供数据形成的过程以及证明该数据具备客观性的其他证据，一审法院不予采纳。原告以被控侵权产品在京东自营店的评价数量推测其销售数量，具有一定参考性。故一审法院综合被控侵权产品销售利润、对外公示的评价数量、专利贡献率、各被告主观过错程度等因素，分别酌定再次上架前初趣公司应承担的赔偿数额以及再次上架后两被告应连带承担的赔偿金额。

关于原告为制止侵权行为所支付的合理开支，原告仅提供购买的发票，该笔费用一审法院予以支持，关于律师费、差旅费，一审法院认为，原告虽未提供律师费发票，考虑到诉讼代理的工作已实际发生以及原告诉讼代理人在本案诉讼中的工作量，一审法院酌情确定律师费的金额。

鉴于初趣公司自认圆迈公司与初趣公司均存在库存产品，故一审法院对原告要求销毁库存产品的诉请予以支持。

综上，一审法院判决：一、圆迈公司、初趣公司立即停止侵害肖尧享有的名称为“硅胶折叠杯”、专利号为ZLXXXXXXXXXXXXX.8的外观设计专利权，京东公司立即删除侵权商品销售链接；二、圆迈公司、初趣公司立即销毁库存侵权产品；三、初趣公司应于判决生效之日起十日内赔偿肖尧经济损失及合理费用40万元，圆迈公司对其中的5万元承担连带赔偿责任；四、驳回肖尧的其余诉讼请求。本案一审案件受理费9,800元，由原告肖尧负担1,640元，被告圆迈公司负担1,020元，被告初趣公司负担7,140元。

二审中，初趣公司向本院提交(2020)京精诚内经证字第02297号公证书，用以证明被控侵权产品的实际出库数量。对此，被上诉人对其内容真实性不予认可，圆迈公司及京东公司对该证据予以认可。本院认为，该证据所涉网络平台与原审被告京东公司及上诉人圆迈公司存在关联，鉴于被上诉人对其内容真实性不予认可，则在无其他证据予以佐证之情形下，本院对该证据不予采信。

其他当事人未向本院提交新证据。

经审理查明，一审法院查明的事实属实，本院依法予以确认。

本院认为，本案二审所涉争议主要在于：一、被控侵权产品是否落入涉案专利保护范围；二、初趣公司的合法来源抗辩是否成立；三、一审判赔认定是否不当；四、初趣公司是否应负担合理费用。

一、被控侵权产品是否落入涉案专利保护范围

本院认为，外观设计专利侵权判定应遵循“整体观察、综合判断”之原则，即应根据被控侵权设计与授权外观设计的设计特征，以外观设计的整体视觉效果予以综合判断。同时，产品正常使用时容易被直接观察到的部位以及涉案外观设计区别于现有设计的设计特征应对外观设计比对的判断更具影响。本案中，经比对被控侵权产品与涉案专利，可以认定上诉人圆迈公司所主张的二者间的区别设计均属细微差异，对整体视觉效果并无实质性影响。一审判决对此所作相应阐释清晰准确，本院依法予以支持，并对圆迈公司相应上诉主张不予认同。

二、初趣公司的合法来源抗辩是否成立

初趣公司主张，其并非被控侵权产品制造商，其合法来源抗辩成立，并不应对被控侵权产品再次上架销售承担赔偿责任。对此，本院认为，在案事实表明，初趣公司系从合旺公司购入不带任何品牌LOGO的被控侵权产品并贴附初趣公司商标标识后对外予以销售，实际以其行为对外宣示其产品制造者之地位，并因此在经营活动中享有产品制造者之利益，则在此种情形下，无论被控侵权产品实际来源何处，均应认定初趣公司实施了制造被控侵权产品的行为，并据此由其承担产品制造者之相应法律责任。故初趣公司的合法来源抗辩不能成立，其作为产品制造者，理应对全案赔偿金额承担法律责任。综上，本院对一审判决相应认定予以认同，并对初趣公司相应上诉主张不予支持。

三、一审判决认定是否不当

上诉人初趣公司及圆迈公司均主张一审判决认定不当，主要理由包括：一审判决将更新迭代等相关产品的评价总数作为认定依据系属错误；初趣公司及京东公司一审提供的相关数据均真实；一审判决依据第三方平台零售价估算产品销售利润系属错误；一审原告并无经济损失；圆迈公司不应对赔偿承担连带责任且该责任数额过高。

对此，本院认为，本案中，并无在案证据表明权利人因侵权所受的损失及专利许可使用费的情况，而初趣公司及京东公司作为本案一审共同被告，各自所提供的相关数据并无其他相应证据予以佐证，即不足以证明侵权获利，故一审判决依据法定赔偿相关规则对本案损害赔偿作出认定，于法有据。其中，涉案平台上被控侵权产品对外公示的评价数量并非一审直接认定的依据，而系具有一定参考性的考量因素；且亦非唯一考量因素，一审判决同时综合考虑了被控侵权产品销售利润、专利贡献率、各被告主观过错程度等因素，酌情确定了相关损害赔偿数额，并无不当。尤其关于主观过错程度一节，本院注意到，圆迈公司虽就被控侵权产品具有合法来源，但在该产品涉诉后，圆迈公司存在下架后再次上架销售之行为，具有明显过错，应对该再次上架销售行为承担连带赔偿责任；初趣公司虽辩称其在接到起诉书的第一时间即停止供货，且其无法控制圆迈公司和京东公司的销售行为，然其二审期间提交的证据虽未被本院采信，但其中内容可以反映被控侵权产品在再次上架销售期间，初趣公司处仍存出库记录，故该公司对此显然亦具有过错。此外，本院需要指出的是，一般而言，商品评价数量既是网络交易环境下商品受欢迎程度的反映，也是其吸引消费者选择购买的重要因素。本案中，虽然涉案平台的商品链接上设置了“只看当前商品评价”的选项，但在该链接上对该选项的具体含义并无相应解释和说明，消费者一般不易发现或理解其具体指向，则在此情形下，无论该链接中所涉商品是否存在更新或迭代，其在售商品实际在一定程度上享有了链接对外公示的评价数量，并因此成为影响消费者做出选择的重要因素。基于此，并因无证据足以证明被控侵权产品的实际销售数量或侵权获利，则一审判决以商品链接对外公示的最大评价数量作为酌定法定赔偿金额的参考因素，并无不妥。综上，一审判决关于损害赔偿的相关认定均无不当，本院依法予以维持，并对初趣公司和圆迈公司前述上诉主张均不予认同。

四、初趣公司是否应负担合理费用

本院认为，初趣公司作为被控侵权产品制造者，理应承担侵权赔偿责任，同时也包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支，基于本案诉讼代理工作实际发生，则一审

判决相应认定具有事实和法律依据，应予支持。

综上所述，初趣(北京)贸易有限公司、上海圆迈贸易有限公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币7,300元，由上诉人初趣(北京)贸易有限公司负担人民币6,382元，上诉人上海圆迈贸易有限公司负担人民币918元。

本判决为终审判决。

审 判 长
审 判 员
人民陪审员
书 记 员

马剑峰
张莹
陶冶
刘伟

二〇二一年七月二十八日