

# 如何理解“计算”的含义和“计算”的可行性

## ——关于损害赔偿额计算的对谈之 1

对谈人：

**龙小宁** 厦门大学经济学院教授、博导；专栏作者

**宋 健** 江苏省高级人民法院二级高级法官、全国审判业务专家；本刊专栏作者

**宋健：**最近我在撰写《2019 年度高判赔额案件分析报告—以北京等八地法院高判赔额案件为样本》<sup>1</sup>一文时，对 2020 年“4.26 世界知识产权日”宣传周期间北京、上海、广东、江苏、浙江、山东、福建、天津等八地法院公布的十大案件进行了梳理，详细阅读了其中 7 件千万元以上高判赔额案件的生效判决书。这 7 个案件中，除一件是由法院直接酌定 2525 万元赔偿额外，其他 6 件都经过了详细计算。通过梳理，印证了以下两个观点：一是赔偿额是可以计算的；二是高额赔偿尤其需要计算。但这 6 件经过计算确定赔偿额的案件，从裁判理由看，法院对于计算的过程采用了诸如“计算”、“估算”、“计量性”、“裁量性赔偿”、“酌定”等各种表述，反映出在司法实践中，对于如何准确表述赔偿额的计算过程、结果以及如何使用概念、术语，法官们仍有犹豫和困惑，简言之，如果个案中损害赔偿额的确定是通过估算或推算出来的，那么我们还能称之为“计算”吗？这些问题我们需要听听经济学家的意见。

**龙小宁：**这个问题很重要，首先，我们需要澄清一些关于“计算”的相关概念。当人们用数学方法推算某一个值，是可以清晰计算得到无限精确的结果，例如圆周率的值  $\pi$ ，可以任意精确计算到小数点后若干位，因此在大家的印象中，只有这样“准确无误”的过程才是“计算”。但现实中，有大量的计算并不可能做到如此精确，因为我们需要在已有数据基础上进行分析推导，才能得到真正需要的信息，例如我们观察到的是某些商品的价格，但需要的却是另一些商品的价格，在这个过程中会使用归纳分析方法，所获信息很多是从统计意义上得到的，

<sup>1</sup> 宋健：《2019 年度高判赔额案件分析报告—以北京等八地法院高判赔额案件为样本》，《科技·知产财经》2020 年第 2 期，“知产财经”2020 年 6 月 9 日，[http://www.ipeconomy.cn/index.php/mobile/news/magazine\\_details/id/632.html](http://www.ipeconomy.cn/index.php/mobile/news/magazine_details/id/632.html).

我们不妨称之为“统计学计算”。要了解统计学计算的概念，需要从随机变量说起。

由于我们所处的世界是千变万化的，我们可以把这些随机变化用“随机变量”的概念加以描述。“随机变量”是指一个现象，可以用一个指标来衡量，比如说某个商品的营业收入，我们叫它  $X$ ，在你实际观察到它之前，并不知道它的值具体是多少，因为它会变来变去。营业收入的主要决定因素是市场需求，而市场需求的某些决定因素是相对固定的。比如需要计算一国某种食品的需求量，该国人口数量肯定会起作用，而该国的地理环境诸如气候、温度、海拔等也会起作用。这些因素有的可以观察到，也知道如何取值。但有些决定因素则根本无法观察到，同样也会影响食品的需求量，比如，消费者的情绪，某天早上起床后，他忽然想吃某种东西；再如，某个时期，社会上对某种食物的偏好发生变动，某种食物成为潮流美食，这些因素应该起作用，但我们没办法预测到，如何取值事先也不知道，因而无法具体测量出来，我们就叫它“无法观察”的因素。

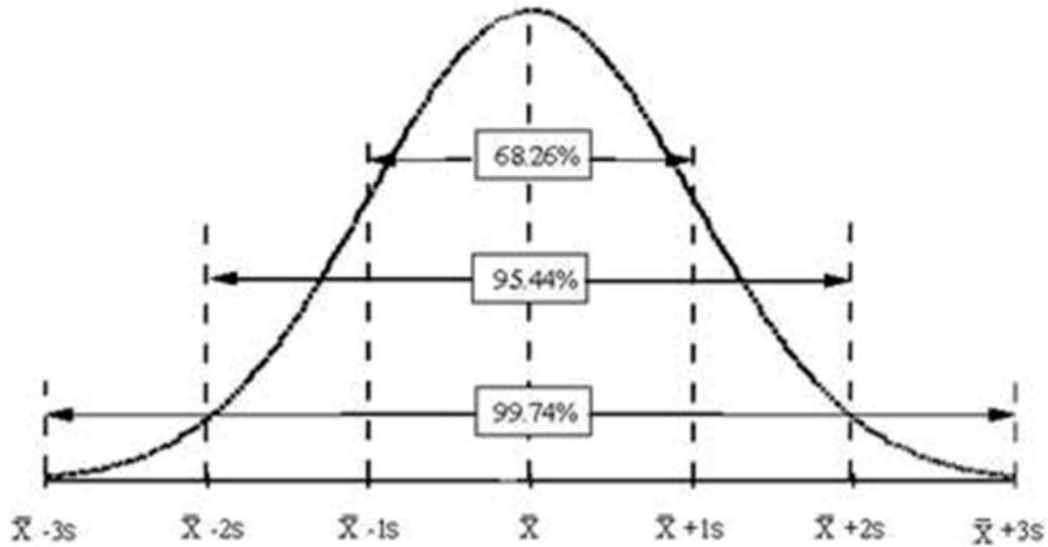
总结起来，有两类因素是我们观察不到的变量，即有些是我们事先知道的但无法取值的，另一些是我们事先预想不到更无法取值的，所以这两类因素的影响肯定是随机的。我们再回到营业收入，可见对营业收入的影响因素有两类，第一类影响因素是我们可以预想且可以进行测度的，比如人口多少、国家的地理环境、国家的人均收入水平等，但第二类影响因素是我们预想不到或没有办法观察的，它们的变化是随机的，我们事先不知道它会是提高或者是降低，也即事先不知道它会是正的或者是负的影响。类似地，生产成本也受到很多随机因素的影响，例如技术变化、自然疫情等等，也是随机变量。接下来，企业的利润等于它的营业收入减去它的生产成本，也肯定是一个随机分布的变量，具有不确定性。

这种不确定性在现实中大量存在。即使是针对过去已发生的侵权行为计算损害赔偿金额时，如果企业的财务信息缺乏或不完整，也需要对随机变量的数值进行测算。而实践中还存在很多需要针对未来发生事件进行预测的情况，比如在决定是否要实施诉前禁令或临时禁令时，就需要针对未来的损害进行衡量，再比如，知识产权产品的市场价值，也是具有不确定性的随机变量。

如此来看，世界充满了不确定性，那么我们如何才能了解这个世界呢？这时就需要使用从具体到一般的以统计学为代表的归纳分析方法，归纳方法的使用意味着统计学计算过程难免会出现误差，这一点与数学推导中的精确计算不同。正因为有出现误差的可能性，我们不能百分之百地确定具体数值是多少，因此经常会把统计学计算过程称之为估算，也就是说，这个计算过程中有估计的成分，下面就来简单介绍估算过程的具体含义。

从统计意义上讲，可以认为这个“随机变量” $X$  的取值存在一个平均值，又称期望值，而这个平均值是可以想办法得到的，这是第一个概念。而当我们知道平均值之后，还可以想办法知道这个“随机变量”的取值围绕平均值的变化幅度是多大，这是第二个概念，一般叫做差异性变量。简单地从统计意义上讲，我们可以通过两个概念把一个不断变化的现象描述出来，即它的平均值是多少以及围绕平均值的变化幅度是多少。

具体而言，我们可以在中间画一条线，这条线对应的是上面讲到的随机变量的平均值，然后在这平均值的两侧画两条线，这两条线就给出了一个区间，而这个区间就是  $X$  对应一定概率的取值范围。这里的概率是另一个统计学上的概念，含义是说  $X$  取值位于上述区间内的可能性是多大。例如下面图中的  $\bar{X}$  即代表随机变量  $X$  的平均值，而两条线给出的区间  $(\bar{X} - 1s, \bar{X} + 1s)$  则是对应概率为 68.26% 的取值区间。



在这个例子中我们知道，这个随机变量的平均值是多少，而且知道可能在70%、95%甚至99%的概率下，这个随机变量的具体取值会在这个概率区间范围内。从图中可以看出，随着概率的变化，这个区间就可以变大或者变小，区间越宽，对应的概率也越大。换句话说， $X$  取值落入越宽的区间内的可能性也越大。如果我们不能容忍任何出错的可能性，或者说我们想让这个区间包括100%的可能性，那么这个区间应该是无穷大，因为即使是极不可能发生的事件，如果用无限的时间作为周期也可能发生，因而这个区间就会变得无穷大。但如果我们不需要那么极端，我们只要90%或95%的可能性，则相对应的区间也就变小。这其中反映的是一个普遍性的规律：对于一个给定的随机变量来说，如果我们要得到更准确的取值，也就是对应更窄的取值区间，那么就要容忍一个更低的落入取值范围的概率，我们得到的取值超出取值区间的概率就会增大。可见，我们确定随机变量具体数值的计算过程中有估计的成分，对应的是90%或95%的概率区间，所以统计学计算通常也称为估算。

具体到个案中，我们可能无法精确无误差地确定侵权造成的损失是多少，但可以计算在90%或95%概率下造成的损失有多大，因此个案损害赔偿的确定，其实通常也是一个估算过程。但尽管如此，我们还是必须说明，在估算过程中，仍然对应着两个维度的精确计算。第一个维度，是指可以精确计算出平均值是多少，平均值体现为一个具体数值，这是可以精确计算出来的；第二个维度，是指可以精确计算出在90%或者95%概率对应的区间，尽管对应不同的概率会有不同宽度

的区间，但一旦给定了具体的概率，那么该区间上限与下限所对应的数值同样也是精确计算的结果。

因此，我们不能认为，统计学计算或者估算过程中没有什么信息含量，或者说估算没有意义，如果这样理解就错了，因为估算过程中所得出的平均值以及区间上下限数值都是经过准确计算的，唯一的不确定性只是对应的概率本身不确定，而其中平均值以及区间上下限数值的计算，是要依赖相关学科，例如经济学分析得出的。统计学计算，或者说统计意义上的计算非常重要，它广泛运用于经济社会生活的方方面面，比如在经济分析中 GDP 增长率、失业率、通货膨胀率的计算，以及某些假设条件下政策实施可能引起的效果，等等，都需要使用统计学的计算方法。而且从其他领域的学科研究看，统计学计算不仅运用于经济学领域，在生物学、医学、化学等其他学科领域中同样得到大量运用。

总结起来，我们不能简单认为，只有数学推导中的精确计算才是计算，有科学误差的统计学计算就不是计算。不同计算方法给出的计算结果精确度不同，但本质上都是计算。其实从研究和实践的经验来看，上面讨论的统计学计算方法应用更为广泛。

**宋健：**龙老师，您关于经济学和其他领域研究中统计学计算的解释，真让我豁然开朗。其实仔细推敲看，我们绝大多数案件中赔偿额的确定，实际运用的就是统计意义上的计算方式，最典型的是，在计算权利人损失或被告侵权获利时，一般都需要采用行业或者同类企业的相关平均利润率，再如在适用比例原则计算专利技术和商标的贡献率时，实际都是估值。例如，江苏法院在审理“小米商标案”<sup>2</sup>中，根据被告在电商平台店铺中销售被诉产品的商品评论数作为确定被诉产品数量的基数，再取同行业格力公司、美的公司年度报告中显示小家电行业 29.69%-37.01%毛利率的中间值，两者相乘，最终计算出被告的侵权获利。因此，如果我们将损害赔偿额确定建立在统计学方法基础上，则只要判赔额是通过计算确定的，就可以将此定义为“计算”，而无需纠结究竟是计算还是估算/推算，

---

<sup>2</sup> “小米”商标案：小米科技有限责任公司、小米通讯技术有限公司诉中山奔腾电器有限公司、中山独领风骚生活电器有限公司、麦大亮侵害商标权及不正当竞争纠纷案，一审：南京中院(2018)苏 01 民初 3207 号；二审：江苏高院(2019)苏民终 1316 号。

从这个意义上看，我们完全可以将司法确定赔偿额的方式明确界定为三种：一是计算，二是酌定，三是混合模式即计算+酌定。由此看来，在司法实践中，之所以损害赔偿额计算难普遍存在，除了举证问题外，更多的还是对计算这一概念本身的认识存在偏差。下面我的问题是，既然经济学家都认可多数情况下赔偿额是估算出来的，而估算显然不能等同数学推导中的精确计算，那会不会导致出现以下的疑问，就是个案中法官不如干脆直接酌定一个赔偿额，这样反而更加经济与便利？

**龙小宁：**我觉得，您上面提到的观点的确反映出目前在损害赔偿计算方面存在的认识偏差。这可能源自于我们整个社会对现代研究方法缺乏了解，例如认为只有数学演绎方法推算出来的数值才是准确的，而用其他方法计算出的数值都是不准确或者没有价值的。但事实上，我们对科学和世界的认知以及对现实和社会的了解本身就是一个渐进的过程，不能因为无法准确计算某个数值小数点之后的多少位，就把一定置信区间<sup>3</sup>内任何有用的信息都弃之不用。这里的置信区间就是指随机变量的取值以给定的概率出现在某个区间中，例如  $X$  的 95% 的置信区间就对应上面图中的  $(\bar{X} - 1s, \bar{X} + 1s)$ 。虽然一个区间并不能给出随机变量的确定取值，但变量取值以很大可能性存在于某个区间内这一事实仍然包含了重要的信息量，而这个区间越窄，则信息量越大。

数学推导中使用的演绎方法是基于三段论，是从已知的普遍性规律推导出个别性结论的逻辑方法，所以推导出的结果一定是准确无误的。而归纳方法则不同，是通过一系列具体事实概括出一般原理，因而得到的结果可能会有误差，原因是已经观察到的具体事实可能不全面。但与演绎方法相比，归纳方法却是我们解决不确定性问题、了解未知世界和进行科学探索时更为重要和有用的工具，因为这些情境下并没有已知的普遍性规律可以依赖，即使是有偏差，也可以帮助我们开拓新领域、获取新知识。经济类问题的研究便是典型的例子，经济社会发展日新月异，不断涌现出新的现象和挑战需要研究，因此需要大量使用归纳方法，“统计学计算”必不可少。

---

<sup>3</sup> 置信区间是指由样本统计量所构造的总体参数的估计区间。在统计学中，一个概率样本的置信区间（Confidence interval）是对这个样本的某个总体参数的区间估计。

实际上，统计研究方法非常重要，很多国家在中学初中阶段就已经开设统计学课程，因此公众普遍具有统计学方面的知识背景，了解统计学的重要性。以天气预报为例，大家都同意气象学是一门科学，但播报员在播报天气情况时，都是预测明天可能下雨或者可能晴天，那么，我们能否因为播报员未预报明天一定下雨或者一定不下雨，就认为天气预报没有一点有用的信息呢？尽管天气预报只是估计得出的信息，预报明天下雨的可能性是 80%，不下雨的可能性是 20%，然而我们仍然会觉得天气预报的信息有用，因为毕竟存在 80% 的下雨可能性，故而如果我们怕淋雨，出门就最好带上雨伞。这说明，在统计意义上基于一定的事件发生概率对对应的区间进行计算，其得出的信息是有价值的。同理，类似的计算或估算对于解决损害赔偿计算难的问题也是可以作出贡献的。

**宋健：**龙老师您关于天气预报的事例的确很有说服力，这也特别符合知识产权客体以及损害具有无形性的特点，说明没有不能计算的损害，只是计算精确度有所不同，据我的了解，凡是在个案中有过成功计算确定赔偿额审判经验的法官，都很认同赔偿额可以计算且高额赔偿更有必要计算确定的观点。因此，我认为，司法实践中似乎不需要过度纠结于赔偿额计算的精确度，只要所确定的赔偿额足以弥补权利人的损失，就已经能够实现设立损害赔偿制度的立法目的。目前，法律规定的损害赔偿额确定方式有四种：权利人的损失、侵权人的获利、合理的许可费以及法定赔偿，同时，最高法院早在 2009 年的司法政策文件<sup>4</sup>中就已经确立了“酌定赔偿”或称“裁量性赔偿”的裁量方法，具体是指，“对于难以证明侵权受损或侵权获利的具体数额，但有证据证明前述数额明显超过法定赔偿最高限额的，应当综合全案的证据情况，在法定最高限额以上合理确定赔偿额。”不过值得关注的是，司法实践中对酌定赔偿/裁量性赔偿的适用早已超出了当年司法政策的原意，因为其原意是指“难以计算”时，可以在法定赔偿最高限额以上合理确定赔偿额，但如今在损失或获利均可以计算的情形下，法院也可能略过计算过程而直接酌定一个赔偿额，或者在计算赔偿额的基础上再增加酌定赔偿额部分。因此，似乎需要重新解释酌定赔偿与其他计算方式之间的关系。

---

<sup>4</sup> 《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》[法发（2009）23号]第16条规定：“积极引导当事人选用侵权受损或者侵权获利方法计算赔偿，尽可能避免简单适用法定赔偿方法。对于难以证明侵权受损或侵权获利的具体数额，但有证据证明前述数额明显超过法定赔偿最高限额的，应当综合全案的证据情况，在法定最高限额以上合理确定赔偿额。”

**龙小宁：**赞同您的观点，我觉得，现在法庭在许多案件中使用酌定赔偿/裁量性赔偿的确定方式，与引入经济分析和统计计算方法并不矛盾，反而是给经济分析介入到损害赔偿计算过程中提供了一个比较好的机会。什么叫酌量？我的理解，酌量就是斟酌加考量，就是在个案确定赔偿额时，法官可以根据已查明的事实信息，再加上自己的经验判断，最终确定赔偿额，而这样得到的裁决也可能会比较准确，因为法官的审判经验在确定赔偿额时也能发挥重要作用，尤其是具有丰富判案经验的法官。在我看来，案件涉及的事实信息和相关技术领域的背景资料是准确计算损害赔偿金额的基础，而经济、财会等方面的分析方法以及法官的审判经验则都是可以帮助更准确计算损害赔偿金额的有力工具。经济学分析和法官的审判经验之间不是竞争和替代的关系，而是支持和互补的关系，在实践中可能表现为对定量和定性分析的依赖程度不同。如果把法官斟酌基础上做出裁定的方法称为“酌定”，而将基于数量分析和推断基础上的裁定称为“计算”，那么也可以说“酌定”和“计算”应该都是“确定”损害赔偿金额的重要方法。在具体案件中，应该选择能够帮助获得更准确的损害赔偿金额的方法或方法组合，而不需要机械强调一定使用某一类方法。

需要说明的是，司法实践中的赔偿额计算一定会或多或少地存在一定的误差，不可能达到100%的精确度，这是由损害赔偿额的随机变量属性所决定的。但我们却可以通过引用更多的方法，既包括法官基于案件经验的裁决，也包括经济分析基础上的计算，来更大程度地提高赔偿额的计算精确度。表现在上文的图中，也即针对给定的概率值，尽可能地缩小对应区间的范围。

例如，您上面提到的“小米”商标案，该案是通过计算确定赔偿额的，而这个赔偿额数值其实是一个近似值，即不知道确切数值是多少，只能是约等于多少。而从统计学计算的视角看，另一种可能是先根据经济分析确定一个平均值，再基于给定的概率取一个数值区间，然后再由法官根据计算中没有考虑到的其他个案因素在上述区间中围绕平均值划定一个更窄的区间，并从中酌定一个赔偿额，这便有助于获得更准确的损害赔偿额。在这个过程中，酌定方法和计算方法的一并使用会让赔偿额的计算精确度进一步提高。



**宋健：**龙老师您的上述分析意见给我很大启发。首先，根据个案情形酌定一个较高判赔额也属合理。我在研究上海法院审理的“热血传奇”游戏案<sup>5</sup>时，刚开始对于法院直接酌定2525万元赔偿额是心存疑虑的，因为该案权利人一审诉讼请求赔偿额是1亿元，最终法院酌定赔偿额是2525万元，但从判决书中并不能看出清晰的裁判理由。现在看来，同时期其他法院审理的“武侠Q传”游戏案<sup>6</sup>、“梦幻西游”游戏案<sup>7</sup>、“花千骨”游戏案<sup>8</sup>，这三个案件中，“花千骨”游戏案一审法院全额支持了权利人主张的3000万元诉讼请求赔偿额，其他两个案件一审诉讼请求赔偿额都是1亿元，而这三个案件的判赔额区间为1691万余元-3000万元，“热血传奇”游戏案确定的2525万元赔偿额虽不是计算得出的，但也是在上述赔偿额区间范围内，且双方当事人均没有提起上诉，这说明该案判赔额是妥当的，同时我猜测上海法院应该也是参考了类案的裁判尺度。而此种情形，我们在不同法院审理的类案中也时常可以观察到。

其次，您提出的法官可以将酌定方法和计算方法一并使用从而提高赔偿额计算精确度的观点，也印证支持了之前我的观点，即司法实践中可以将赔偿额的确定方式明确界定为三种，除计算确定或酌情确定赔偿额外，还可以根据个案情形采取第三种计算+酌定的混合模式综合确定赔偿额，这的确有助于更加准确地确定赔偿额，事实上，在司法实践中我们已经可以观察到此种裁量方法的运用（详见我在《2019年度高判赔额案件分析报告—以北京等八地法院高判赔额案件为样本》一文中的分析）。

最后，我一直认为，对于大量适用法定赔偿的小标的额案件，从诉讼经济角度看，权利人就诉讼请求赔偿额的说明义务大于举证，由法官根据类案经验适用法定赔偿，实为必要。当然也需要指出，并不是每一个案件都能给法官提供可资借鉴

---

<sup>5</sup> “热血传奇”游戏案：娱美德娱乐有限公司、株式会社传奇IP诉上海欣烁网络科技有限公司、浙江欢游网络科技有限公司、上海恺英网络科技有限公司等著作权侵权及不正当竞争纠纷案，一审：上海普陀区法院(2017)沪0107民初24009号（已生效）。

<sup>6</sup> “武侠Q传”游戏案：明河社出版有限公司、完美世界(北京)软件有限公司诉北京火谷网络科技有限公司、北京昆仑乐享网络技术有限公司、北京昆仑万维科技股份有限公司侵犯改编权及不正当竞争纠纷案，一审：北京一中院(2014)一中民初字第5146号；二审：北京高院(2018)京民终226号。

<sup>7</sup> “梦幻西游”游戏案：广州网易计算机系统有限公司诉广州华多网络科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案，一审：广州知识产权法院(2015)粤知法著民初字第16号；二审：广东高院(2018)粤民终137号。

<sup>8</sup> “花千骨”游戏案：苏州蜗牛数字科技股份有限公司诉成都天象互动科技有限公司、北京爱奇艺科技有限公司侵害著作权纠纷案，一审：苏州中院(2015)苏中知民初字第00201号；二审：江苏高院（2018）苏民终1054号。

的裁量经验，在多数案件中，尤其是高额赔偿通过计算确定更为妥当，也更为公平合理，否则很容易被公众诟病为“拍脑袋”决定。

**龙小宁：**同意您的看法，法官依据经验酌定赔偿额是有价值的，也符合经济分析的逻辑和思路——有价值的信息应该得到充分的应用，但多数案件可能并不具备直接酌定赔偿额的条件，尤其是涉及高额赔偿金额的新型案件，因为缺少可以借鉴的类似案例。

**宋健：**我在撰写《司法判赔额的高与低——兼议高额赔偿为何需要经济学计算》一文<sup>9</sup>时，提出高额赔偿计算需要引入经济学计算，但从判决书看，目前法院在个案中计算赔偿额的方法并不复杂，例如，权利人主张以被告的侵权获利确定赔偿额，通常计算公式是以被诉产品数量×行业的平均利润率。那么，我下面的问题是，什么是“经济学计算”？在什么情况下需要引入经济学计算？换言之，经济学计算如何能使损害赔偿计算更趋于公平合理？

**龙小宁：**谢谢宋老师的这个问题，因为之前其实主要是在讲为什么统计意义上的计算是重要的。那么，经济学的作用何在呢？简单的答案就是，虽然上文中所讨论的随机变量对应的取值区间是使用统计学方法计算得出的，但具体随机变量的选取，以及它所对应的平均值以及差异性变量的计算则离不开经济学理论和经济学分析。归根到底，经济学分析的重要性来源于司法案件所涉及的损害赔偿问题本身是一个经济问题这一事实，因此它的计算自然会涉及经济领域的问题并以经济学分析逻辑为基础，而经济学家或者受过专业经济学教育的人士是最合适的研究人选。就像我们上面讲到的天气预报的例子，虽然气象分析师也大量运用了统计方法，但遇到关于天气状况的专业问题，我们总归会去咨询气象学专家，而不是统计方法的研究者——统计学家。也因此，我常常会在提及损害赔偿计算方法的时候，使用经济分析或经济学计算的提法，来说明计算过程中经济思维和分析框架的主导地位。当然，统计方法在其中是重要的分析工具，但离开了经济逻辑和经济理论而单纯谈论统计方法的使用，就犯了向统计学家讨教下周天气如何同样的错误。

---

<sup>9</sup> 宋健：《司法判赔额的高与低——兼议高额赔偿为何需要经济学计算》，《科技·知产财经》杂志 2020 年第 1 期，“知产财经”2020 年 4 月 21 日，[https://mp.weixin.qq.com/s/e-yFfiXH\\_IrPpCsR5B7NnA](https://mp.weixin.qq.com/s/e-yFfiXH_IrPpCsR5B7NnA)。

具体来说,经济学家可以为司法案件的损害赔偿计算提供什么帮助呢?首先,经济理论可以帮助更准确地计算损害赔偿金额。在前文的讨论中,我们谈到需要确定数值的随机变量 X 对应的平均值和置信区间,也提到给定概率值,置信区间越窄,估计越准确。而经济理论基础上进行的量化分析就可以帮助缩小置信区间的范围,从而提高损害赔偿的准确程度。

其次,在计算中所需要的特定财务数据信息不完整时,经济学理论可以帮助提供其他的信息渠道。例如,我们在计算损害赔偿时,如果企业的生产过程已经结束,生产成本和营业收入都有比较准确的会计报表或财务信息,那么依据这些信息可以准确计算出企业利润。但更多情况下,我们感兴趣的随机变量并没有对应的数据存在,例如有些侵权人拒不提交侵权非法获利相关的财务指标,再如有些案例中涉及侵犯他人专利权的企业因为还未开始运营,没有相应的生产成本或营业收入的相关数据。这时就需要经济学理论和分析来提供帮助,在前一类案件中可以基于随机变量的决定因素有哪些,根据其中可以获得的数据信息推导出所需要变量的指标;在后一类案件中,则需要根据产业经济学的相关理论和模型来分析和预测侵权企业的未来经营业绩。

再次,侵权案件中的“填平原则”实质上是经济学逻辑的体现,基于此,在常用财务指标缺乏的场合中经常可以利用经济学分析方法开发出新的损害赔偿计算方法来体现“填平原则”的精神(参见我在《“真功夫”侵权案件 2 亿元索赔额合理吗?——再谈知产案件损害赔偿额的经济计算》一文中的讨论)<sup>10</sup>。最后,在更一般性的分析中,经济理论还可以帮助法庭和当事人分析计算某类行为的允许和禁止对社会总福利水平的影响,因此可以帮助涉及禁令等法律措施的侵害知识产权、不正当竞争以及垄断等类案件的裁决。<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> 详见龙小宁:《“真功夫”侵权案件 2 亿元索赔额合理吗?——再谈知产案件损害赔偿额的经济计算》,《科技·知产财经》2020 年第 1 期,“知产财经”2020 年 4 月 18 日,[http://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine\\_details/id/316.html](http://www.ipeconomy.cn/index.php/index/news/magazine_details/id/316.html)。

<sup>11</sup> 参见《中国知识产权》杂志第 151、152、153 各期“IP 财经”专栏文章中的讨论:

龙小宁:《侵权案件中损害赔偿的经济分析:从商品链接的价值估算谈起》,载《中国知识产权》杂志第 151 期,第 34-39 页。

龙小宁:《完善损害赔偿制度:严格知识产权保护的重要途径》,载《中国知识产权》杂志第 152 期,第 32-37 页。

龙小宁:《知识产权的价值评估——上市公司市值法》,载《中国知识产权》杂志第 153 期,第 30-33 页。

**宋健：**据我了解，业界对运用经济学分析还可能存在两方面的困惑，一是运用经济学分析计算赔偿额，是否会导致诉讼成本过高以及诉讼不经济？二是法院能否接受运用经济学计算方法来确定损害赔偿额，这两个问题会直接影响到经济学计算在司法实践中的运用。

**龙小宁：**宋老师您又提出两个特别精彩的问题，咱们下一期继续讨论？还可以进一步讨论关于经济学计算中公平合理性的问题。

**宋健：**好的，非常期待。（未完待续）