

知识产权惩罚性赔偿的基数确定与倍数裁量

损失、获利与许可使用费的顺位

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 知识产权惩罚性赔偿的适用, 在规范层面已经完成从“可否”到“如何”的转向。民法典与各单行法确立的一倍至五倍幅度, 使裁判的重心从“是否惩罚”移向“以何为基数、以何为倍数”。基数的确定, 是惩罚性赔偿的第一道关口, 也是实务分歧最为集中之处。本文主张, 基数的确定应当遵循“三层顺位、一个限定”的构造: 第一顺位为权利人因侵权所受到的实际损失, 第二顺位为侵权人因侵权所获得的利益, 第三顺位为许可使用费的合理倍数; 三个顺位之间是补充关系, 而非选择关系, 只有在先顺位“难以确定”时, 方得适用在后顺位。所谓“一个限定”, 是指无论采用何种方法, 纳入基数的部分均须与侵权行为具有因果关系, 凡由权利人自身经营不善、市场波动或者第三方因素所致的损失, 以及由侵权人合法经营所生的利益, 均应剔除。在倍数裁量上, 应当以“故意”与“情节严重”为双重轴心, 建立以侵权规模、持续时间、地域范围、侵权人与权利人的关系、侵权后的态度为要素的评分结构, 避免“顶格适用”与“象征性加倍”两种极端。法定赔偿不宜作为惩罚性赔偿的基数, 否则将导致“二次评价”与“重复惩罚”。在程序上, 应当通过证据披露、举证妨碍与文书提出命令, 缓解权利人“举证难”的结构性困境, 使基数的确定从“估算”走向“证明”。

关键词: 惩罚性赔偿; 知识产权; 赔偿基数; 倍数裁量; 举证妨碍

中图分类号: D923.4 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2026)03-0014-12

Determining the Base and Calibrating the Multiple in Punitive Damages for Intellectual Property Infringement

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Punitive damages for intellectual property infringement have moved from the question of availability to the question of calculation. This article argues that the base should be identified through a three-tier sequence with one substantive limit: actual loss first, infringer profit second, and a reasonable multiple of licensing fees third, each tier available only when the preceding one is indeterminate. Whatever method is used, only losses or profits causally attributable to the infringement may enter the base. The multiple should be calibrated on two axes, intent and seriousness, measured by scale, duration, territorial reach, the relationship between the parties, and post-infringement conduct. Statutory damages should not serve as the base, lest double evaluation and repeated punishment ensue. Procedurally, discovery, evidentiary obstruction, and document production orders are the means to convert estimation into proof.

Key words: punitive damages; intellectual property; base of damages; calibration of multiple; evidentiary obstruction

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究知识产权与商事诉讼。

一、问题的提出

知识产权侵权赔偿长期存在“赔偿不足”的批评。权利人胜诉而所得甚微, 维权成本高于获赔数额, 侵权在某些领域甚至被计算为“可承受的经营成本”。为回应这一困境, 民法典第一千一百八十五条确立故意侵害知识产权的惩罚性赔偿, 商标法、专利法、著作权法、反不正当竞争法相继规定一倍至五倍的幅度。规范供给既已完备, 争点便从“能不

能用”转向“怎么算”。

“怎么算”包含两个环节：基数与倍数。基数是惩罚性赔偿的乘数对象，倍数是在基数之上的加成比例。二者的关系，类似于计税依据与税率：依据不清，税率再精确也无意义。实务中，多数案件的争点并不在“是否故意”，而在“损失究竟多少”。基数的模糊，使惩罚性赔偿的适用呈现两种偏向：或者因基数无法确定而放弃适用，或者以法定赔偿代替基数再行加倍。

两种偏向，都偏离了制度本意。前者使惩罚性赔偿沦为“纸面上的制度”，后者则使惩罚失去计算上的约束，走向另一种恣意。本文的任务，是为基数的确定提供一个可操作的顺位结构，为倍数的裁量提供一个可检验的要素框架，并处理二者与法定赔偿、举证责任之间的衔接。

需要说明的是，本文不以比较法介绍为主，也不追求对每一部单行法的逐一注释。各单行法的表述虽有差异，但基数与倍数的结构是共通的；把握共通结构，再处理个别差异，比逐条罗列更为经济。

还应交代一个前提。惩罚性赔偿是例外而非常态。其适用以“故意”与“情节严重”为门槛，门槛之内才有基数与倍数的问题；门槛之外，仍是补偿性赔偿的天地。讨论基数，不能忘记这一前提，否则容易把例外当作原则，把加重当作常规。

从审判实践看，基数的确定之所以困难，根源在于知识产权的无形性。有形物的损害，可以通过修复费用、市场价格、折旧率计算；无形财产的损害，只能通过市场份额的流失、许可费的可比、侵权获利的推算间接把握。间接把握必然带来估算，估算必然带来分歧。规则的作用，不是消灭估算，而是把估算约束在可检验的框架内。

框架的第一层，是方法的顺位。三种计算方法不是并列的选项，而是递进的备选。顺位的意义，在于防止“择低适用”：若允许权利人任选，其必选最有利者；若允许法院任选，则可能选最省事者。二者都会使赔偿偏离实际。

框架的第二层，是因果的限定。无论采用何种方法，只有与侵权行为具有因果关系的部分，才能进入基数。这一限定，是补偿性赔偿的固有要求，也是惩罚性赔偿的正当性基础。惩罚可以加重，但不能脱离“由侵权行为所致”这一锚点。

框架的第三层，是证据的支撑。基数不是法官的直觉，而是证据的产物。证据规则的设计，应当使掌握证据的一方负有提出义务，使隐匿证据的一方承担不利后果。没有证据规则支撑的顺位，只是纸面上的顺位。

本文以下依次讨论：惩罚性赔偿的功能定位如何影响基数的选择；三种计算方法的顺位与各自的证明结构；因果关系对基数的限缩；倍数的裁量要素与幅度控制；法定赔偿能否作为基数；以及程序法上的配套。

二、功能定位对基数选择的约束

惩罚性赔偿的功能，学理上有“惩罚说”“遏制说”“激励说”三种主张。惩罚说强调对恶意行为的报应；遏制说强调对未来侵权的威慑；激励说强调对维权成本的补偿与对维权的鼓励。三种主张并非互斥，但在具体制度设计上，侧重不同会导致不同的规则。

若侧重惩罚，则基数应当反映“行为的恶性”，倍数应当反映“应受谴责的程度”；若侧重遏制，则基数应当反映“侵权的预期收益”，因为只有当赔偿高于预期收益时，威慑才成立；若侧重激励，则基数应当至少覆盖“维权的合理支出”，使权利人不致因成本而放弃。

我国法上的表述，兼采三者。民法典强调“故意”与“情节严重”，是惩罚的取向；各单行法强调“一倍以上五倍以下”，是遏制的取向；而将维权合理开支计入赔偿，则是激励的取向。三重取向并存，使基数的选择不能只服务于一个目的。

本文认为，基数首先应当反映“权利人所失”或者“侵权人所得”，这是补偿的底线；在此基础上，倍数承担惩罚与遏制的功能。把惩罚功能前移到基数，是概念上的错位：基数一旦掺入惩罚因素，倍数便失去评价对象，容易被重复计算。

这一区分，在实务中常被忽视。有的判决先按“较高标准”估算损失，再适用三倍、四倍，实际上进行了两次加重。有的判决则以“侵权情节恶劣”为由，直接抬高基数中的单价或者销量，同样是把惩罚前移。此类做法，表面上严厉，实际上使裁判失去可复核性。

与此相关的是“总额控制”的问题。若基数已经包含惩罚因素，倍数再行加成，总额可能远超侵权人的获利，甚至超过权利人的全部市场价值。此种结果，不仅难以执行，也可能引发对制度正当性的质疑。故基数的“净化”，是倍数正当适用的前提。

还需指出，惩罚性赔偿与行政罚款、刑事罚金的关系，也影响基数的选择。同一行为可能同时引发民事赔偿、行政处罚与刑事责任。若民事赔偿的基数过高，加之行政罚款与罚金，可能造成责任的总量失衡。故在确定基数时，应当适度考虑其他责任的承担情况，避免“一事三罚”超出比例。

当然，此种考虑不是“抵扣”。民事赔偿与行政罚款的性质不同，功能各异，不能相互折抵。但在倍数裁量时，可以将“已受行政处罚”“已承担刑事责任”作为从轻的因素，这是比例原则的体现，而非责任的混同。

功能定位的另一层含义，是“惩罚谁”。惩罚性赔偿针对的是故意侵权人，而非过失侵权人，更非善意的交易相对人。故在计算基数时，应当区分侵权人的不同角色：制造者、销售者、许诺销售者、进口者，其获利与原因力不同，基数亦应不同。

实务中，有的判决对生产者与终端销售者适用同一基数，导致销售者承担了与其获利不相称的责任。正确的做法是：以各侵权人自身的获利或者其原因力所对应的损失为基数，分别计算；难以分清的，可以按比例分担，但不得重复计算同一损失。

三、三种计算方法的顺位与证明结构

著作权法第五十四条、商标法第六十三条、专利法第七十一条，均规定了三种计算方法：实际损失、侵权获利、许可使用费的合理倍数。三者的排列顺序，在各法中基本一致，但实务中对“顺位”的理解并不统一。

有观点认为，三种方法是并列的，权利人可以任选。其依据是条文表述中的“也可以”。本文不采此说。“也可以”修饰的是“人民法院可以确定”，而非赋予当事人选择权；从体系看，三种方法之间存在“难以确定”的衔接语，说明立法预设了递进关系。

顺位的第一层，是实际损失。实际损失的计算，通常采用“销量流失乘以单位利润”的方法：以权利人因侵权而减少的销售量，乘以每件产品的合理利润。这一方法的关键，在于“销量流失”的证明。

销量流失的证明，可以从三个方向展开：一是权利人的销售数据，比较侵权前后的变化；二是市场份额的变化，比较同类产品的市场占比；三是侵权人的销售规模，作为流失量的上限。三个方向的数据相互印证，证明力较强；仅有一，则须谨慎。

值得注意的是，销量流失并不等于侵权销量。市场需求有限时，侵权销售可能挤占权利人的销售；市场扩张时，侵权销售可能只是满足了新增需求，未挤占原有份额。故在计算时，应当考虑市场的容量与增长的趋势，避免“一侵权即全部流失”的简单推定。

单位利润的确定，也有分歧。有采“营业利润”者，有采“销售利润”者，有采“毛利润”者。本文认为，应当采“合理利润”，即扣除与销售直接相关的成本后的利润，既不包括与侵权无关的期间费用，也不包括因侵权而节省的研发投入。这一标准，接近于“边际利润”，较能反映实际损失。

顺位的第二层，是侵权获利。侵权获利的计算，通常以“侵权产品的销售量乘以单位利润”为基础。其难点在于：侵权人往往不提供财务账册，或者提供的账册不完整；即使提供，其成本结构也可能被“做高”，以压低利润。

对此，司法解释确立了两项规则：其一，侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假账册的，可以根据权利人的主张与证据确定；其二，以侵权为业的，可以按销售利润计算，不以营业利润为限。两项规则，实质上是对举证妨碍的制裁，具有正当性。

但制裁须有边界。若权利人的主张明显缺乏依据，法院不宜全盘采信，而应当结合行业平均水平、公开财务数据、税务记录等予以校正。否则，制裁可能演变为“以主张代替证明”，与证据裁判原则相悖。

顺位的第三层，是许可使用费的合理倍数。其适用前提，是“前两种方法难以确定”，且有“可供参照的许可使用费”。许可费的可比性，取决于四个因素：许可的类型（独占、排他、普通）、许可的地域与期限、许可的标的与范围、许可的市场条件。

至于知识产权侵权最多赔五倍的规范源流与计算示例，站内知识产权侵权最多赔5倍：2026年新解释怎么算基数一文已有面向实务的梳理；本文所着力者，是基数与倍数背

后的教义学结构。

许可费的合理倍数，其“倍数”本身的确定，也有讲究。通常以许可费的合理倍数为基数，倍数的高低取决于侵权的范围与期间：仅在一个省份销售，倍数宜低；销往全国，倍数宜高。此种倍数，与惩罚性赔偿的倍数不同，前者是对“许可范围”的折算，后者是对“主观恶性”的评价，二者不可混淆。

实务中，有的判决将“许可费的合理倍数”与“惩罚性赔偿的倍数”叠加适用，先按许可费的三倍确定基数，再按基数的三倍适用惩罚，得出九倍的结果。此种做法，混淆了两种倍数的性质，使赔偿总量脱离实际，应予纠正。

实务中，可比许可的寻找往往困难。当事人可能提交关联交易中的许可合同，其费率明显偏离市场；也可能提交不同行业、不同技术的许可合同，其可比性存疑。对此，法院应当审查许可的真实性、关联性与可比性，必要时可以委托评估或者咨询行业专家。

在无可比许可时，可以采“合理许可费”的推定方法，即以侵权产品销售额为基数，乘以行业平均费率。行业平均费率的确定，可以参考行业协会的统计、公开的许可案例、上市公司披露的无形资产摊销比例等。此种推定，虽不精确，但优于“无从计算”。

三种方法的适用，还有一个技术问题：能否“混合使用”。例如，部分损失按实际损失计算，部分按侵权获利计算。本文认为，在不重复计算的前提下，可以混合；但须在判决中明确各部分的方法与数额，避免笼统表述导致执行争议。

顺位的意义，还体现在“举证责任的分配”上。权利人主张适用在先顺位的，应当就先顺位的要件举证；举证不能的，方可转入在后顺位。法院不宜主动为当事人“选择”最便利的方法，否则将使顺位虚化。

但须注意，顺位不是“关卡”。若权利人有证据证明实际损失存在，但具体数额难以精确计算，法院不应径行转入第二顺位，而应当结合现有证据“合理确定”。这是“证明标准”的降低，而非“顺位”的跨越，二者不可混淆。

再补充一点关于“顺位”的方法论意义。顺位的功能，不只是排列方法的先后，更在于分配“证明的负担”：主张在先顺位者，须就先顺位的要件举证；举证不能，方得转入在后顺位。此种分配，使当事人对自己的主张负责，也避免法院在方法之间“择优”。

当然，顺位不应成为“形式主义”的障碍。若权利人有证据证明实际损失存在，只是数额难以精确，法院应当结合现有证据合理确定，而非径行转入第二顺位。这是证明标准的降低，不是顺位的跨越；二者的界限，在于是否仍有“可资估算的基础”。

四、因果关系对基数的限缩

基数的确定，不仅是计算方法问题，更是归责范围问题。只有与侵权行为具有因果关系的损失或者获利，才能进入基数。这一限定，在实务中常被忽略，导致赔偿范围过宽。

因果关系分为两层：事实因果与法律因果。事实因果回答“若无侵权，损失是否发

生”；法律因果回答“该损失是否在规范保护目的之内”。前者是条件关系，后者是相当性判断。二者缺一，均不成立。

在事实因果层面，常见的问题是“损失的多因性”。销量下降，可能因侵权，也可能因产品质量、市场竞争、消费趋势、自身营销失误。若不加区分，将全部下降归因于侵权，则赔偿范围过宽。正确的做法是：通过对比组、回归分析或者专家意见，剥离非侵权因素。

在实务中，剥离的方法可以简化。例如，以权利人未受侵权影响的地区或者期间作为对照，计算“基准销量”，再与侵权期间的销量比较；差额部分，推定为侵权所致。此种方法，虽不精确，但比“全额归因”更为合理。

在法律因果层面，常见的问题是“损失的遥远性”。例如，因侵权导致权利人融资失败、股价下跌、商誉受损，这些损失是否应当赔偿？本文认为，应当以“可预见性”与“规范保护目的”为限：侵权人在侵权时能够预见的，可以赔偿；超出预见范围的，不予支持。

商誉损害的处理，尤须谨慎。商誉是无形的，其价值的减损难以量化；若一概支持，容易导致赔偿的膨胀。较为稳妥的做法是：将商誉损害纳入“实际损失”的考量因素，而不单列项目；在酌定时，要求权利人提供消费者调查、舆情监测、销售变化等证据。

在侵权获利层面，因果限定同样重要。侵权人的获利，可能来自其自身的经营努力、品牌建设、渠道优势，而非仅仅来自侵权。若将全部获利归入基数，等于让权利人分享侵权人的经营成果，超出补偿的范围。

对此，可以采用“贡献率”的方法：以侵权部分在整体产品中的价值占比，乘以整体获利，得出应归入基数的部分。贡献率的确定，可以参考技术鉴定、产品拆分、消费者认知调查等。这一方法，在专利案件中已有较多运用，在商标与著作权案件中亦可借鉴。

贡献率的运用，须避免两个极端。一是“全额计入”，忽视侵权部分与整体产品的关系；二是“过度拆分”，把贡献率压得过低，使赔偿失去意义。合理的做法是：以侵权部分是否为消费者购买的主要动因作为判断标准，是则贡献率高，否则低。

还有一种情形，是“损失与获利并存”。侵权人获利甚巨，但权利人损失甚微，例如权利人尚未进入该市场。此时，若按实际损失计算，赔偿极低；若按侵权获利计算，赔偿较高。本文认为，应当优先适用实际损失，以维护补偿原则；但在侵权人恶意明显时，可以在倍数上体现，而非在基数上扩张。

因果关系的时间维度，也不可忽略。侵权前后的期间划分，应当以“侵权行为的发生与终止”为界；持续侵权的，可以分段计算。诉讼时效届满的部分，侵权人提出抗辩的，应当剔除；未提出抗辩的，不得主动剔除。

地域维度同样重要。知识产权具有地域性，侵权行为地的范围决定了损失的范围。若侵权产品仅在国内某地销售，则不应按全国市场计算损失；若通过电商平台销往全国，则

可以考虑全国范围，但须扣除未实际销售的地区。

关于“故意”的证明标准，实务中亦有分歧。有主张“高度盖然性”者，有主张“优势证据”者。本文认为，惩罚性赔偿涉及加重责任，其证明标准宜高于一般的民事证明标准，但不必达到刑事的“排除合理怀疑”。折中的表述是：须有“明确且令人信服”的证据。

“明确且令人信服”，在操作上可以分解为三项要求：证据的具体性（如警告函的编号、送达的凭证）、证据的相互印证（如行政查处记录与销售记录的对应）、证据的排除性（如排除因误解而侵权的可能）。三项具备，故意的认定方能稳固。

五、倍数的裁量要素与幅度控制

基数的确定，解决了“乘什么”的问题；倍数的裁量，解决“乘多少”的问题。倍数在一倍至五倍之间，幅度甚宽。幅度越宽，裁量的空间越大，统一裁判的难度也越大。

本文主张，倍数的裁量应当以“故意”与“情节严重”为双重轴心。故意是适用的门槛，情节严重是加重的基础。二者不是并列关系，而是递进关系：无故意，不适用；有故意而无严重情节，取较低倍数；有故意且有严重情节，取较高倍数。

故意的认定，可以从认知与意志两个层面展开。认知层面，包括侵权人是否知道权利的存在、是否知道行为的侵权性；意志层面，包括侵权人是否追求或者放任侵权结果。实践中，下列事实可以作为认定的依据：收到警告函后继续侵权、曾被行政处罚后再次侵权、明知是他人的注册商标而抢先注册或者仿冒、与权利人存在雇佣或者合作关系。

情节严重的认定，可以从行为方式与后果两个维度展开。行为方式包括：以侵权为业、规模化生产、链条式分工、反复侵权、伪造或者隐匿证据、拒不履行行为保全裁定；后果包括：造成权利人重大损失、损害消费者健康或者人身安全、扰乱市场秩序、损害国家形象。

在具体裁量上，可以建立“要素评分”的结构。要素包括：侵权规模（生产销售的数量与金额）、持续时间、地域范围、侵权人与权利人的关系、侵权产品的性质、侵权后的态度（是否停止、是否赔偿、是否道歉）、侵权人的既往记录。各要素分别评分，综合确定倍数区间。

要素评分的作用，不是机械计算，而是提供说理的框架。法官在判决中逐项说明，当事人便能理解倍数的由来；即使不服，也能针对具体要素提出上诉，而非笼统指责“畸重”或者“畸轻”。

倍数的上限，须有约束。五倍是法定上限，但不是常态。本文认为，只有在“以侵权为业、规模化、反复侵权、拒不停止”等极端情形下，才宜适用四倍以上；一般故意侵权，宜在一倍至二倍之间；情节较重但未达极端的，宜在二倍至三倍之间。

倍数的下限，同样须有约束。一倍是下限，意味着一倍加成，即总额为基数的两倍。

若认为“一倍”等于“不加成”，则惩罚性赔偿失去意义。实务中，有的判决表述为“按基数的1.5倍计算”，须明确该1.5倍是“加成倍数”还是“总额倍数”，避免执行时的歧义。

还有一个技术问题：倍数是否可以对不同侵权人区别适用。本文认为可以。各侵权人的主观状态、参与程度、获利情况不同，倍数亦应不同。对组织者、发起者适用较高倍数，对受雇的实施者、末端销售者适用较低倍数，符合比例原则。

倍数与基数的关系，也须协调。若基数已经就高认定，倍数宜从低；若基数就低认定，倍数可从高。此种“此消彼长”的调节，可以在总量上保持均衡，避免“双高”导致总额失当。但调节须在判决中说明理由，不能成为暗中的平衡术。

惩罚性赔偿与合理开支的关系，亦须明确。维权合理开支（律师费、公证费、鉴定费、差旅费）不属于基数，也不应乘以倍数，而应单独列支。若将其计入基数再行加倍，等于对维权成本也施加惩罚，缺乏依据。

最后，倍数的裁量应当回应“总量合理性”的检验。将基数乘以倍数，加上合理开支，得出赔偿总额；再与侵权人的获利、权利人的损失、行业的惯例相比较，若明显失衡，应当调整。这一检验，是裁量的最后一道防线。

关于法定赔偿的性质，还有一层辨析。法定赔偿并非“无证据的赔偿”，而是“有证据但数额难以精确时的酌定”。其酌定的基础，仍是权利人提交的证据；证据越充分，酌定的数额越接近实际。故法定赔偿与酌定赔偿之间，并无本质的鸿沟，只有程度的差异。

正因如此，本文主张：在适用法定赔偿时，判决应当尽可能说明酌定的具体依据，如侵权的规模、作品的知名度、商标的显著性、专利的技术贡献等。说理越具体，法定赔偿越接近“有据的酌定”，其与惩罚性赔偿的界限也越清晰。

六、法定赔偿能否作为基数

法定赔偿，是在损失、获利、许可费均难以确定时，由法院在法定幅度内酌定的赔偿。其性质是“替代性”的计算方式，而非独立的赔偿项目。争点在于：法定赔偿能否作为惩罚性赔偿的基数？

肯定说的理由是：法定赔偿同样是对损失的推定，既然损失可以作为基数，推定之损失亦可；且若不许可，则在损失难以证明的案件中，惩罚性赔偿将无从适用，制度目的落空。

否定说的理由是：法定赔偿本身已经包含了对侵权情节的考量，若再行加倍，等于对同一情节重复评价；且法定赔偿的数额由法官酌定，缺乏精确性，以其为基数乘以倍数，将使总额更加不可控。

本文采否定说，但主张设置例外。原则上的否定，是因为法定赔偿的酌定过程已经吸收了惩罚因素。立法在设定法定赔偿幅度时，已经考虑了侵权的情节、后果、主观状态；

法官在幅度内确定数额时，也会考虑这些因素。若再以之为基数加倍，是对同一事实的二次评价。

例外在于：若法定赔偿的数额明显偏低，仅足以覆盖权利人的部分损失，且侵权人的故意与情节严重均经充分证明，则可以在法定赔偿之外，单独裁量惩罚性赔偿。此时的惩罚性赔偿，不是“法定赔偿乘以倍数”，而是在法定赔偿之外“另加”一定数额，其数额参照基数与倍数的方法确定。

此种处理，在技术上须避免重复。判决应当明确：法定赔偿部分对应的是补偿，惩罚性赔偿部分对应的是惩罚；二者相加，不得超过按实际损失或者侵权获利计算的总额的五倍。这一上限，是防止总额失控的技术约束。

实务中，还有一种变通做法：先以法定赔偿确定“补偿性赔偿”，再以“情节严重”为由在法定幅度内从高确定，而不另行适用惩罚性赔偿。此种做法，实质上是以“从高酌定”替代“加倍”，回避了基数问题。其优点是简便，缺点是将惩罚隐藏在酌定之中，缺乏透明度。

本文不赞成此种变通。惩罚性赔偿的适用，应当在判决中明确标示：是否适用、基数为多少、倍数为多少、理由为何。隐藏于酌定之中的惩罚，使当事人无法针对性地辩论，也使上级法院无法有效审查。透明，是裁量正当化的前提。

与法定赔偿相关的，还有“酌定赔偿”的问题。在损失难以精确计算但有一定证据时，法院可以“综合酌定”，此即所谓的“酌定赔偿”，其性质介于实际损失与法定赔偿之间。本文认为，酌定赔偿可以作为基数，但须在判决中说明酌定的依据与幅度，避免与法定赔偿混同。

还有一个现实约束，不宜回避。基层法院的法官年均办案数百件，难以对每一件知识产权案件进行精细的基数核算。若规则过于繁琐，可能导致“弃用”：法官宁愿适用法定赔偿，也不愿进入惩罚性赔偿的计算。故规则的精细化，须与司法的承受力相匹配。

匹配的路径，可以是“类型化”。对常见的侵权类型（如终端销售假冒商品、网络传播影视作品、仿冒知名商品包装），可以形成相对固定的计算方法与倍数区间，供法官参照；对疑难复杂的案件，则进入精细计算。类型化减轻负担，精细化保证质量，二者并行不悖。

类型化的载体，可以是指导性案例，也可以是类案检索的参考。上级法院可以通过发布典型案例，明确某类案件的基数方法与倍数区间；下级法院在类案中参照适用，既统一了裁判，也节约了说理的成本。

七、程序配套：从估算走向证明

基数的确定，归根结底是证明问题。权利人掌握不了侵权人的账册，侵权人又无动力披露，法院居中裁判，难以自行查明。若不解决这一结构性的信息不对称，任何计算方法

都难以落地。

现行法已经提供了一些工具：证据保全、调查取证、律师调查令、举证妨碍规则、知识产权诉讼中的证据披露。工具的供给不算少，问题在于运用不足、衔接不畅。

证据保全的运用，须把握“及时”与“比例”。及时，是指在侵权证据可能灭失或者难以取得时，应当迅速采取；比例，是指保全的范围应当与待证事实相当，不得查封与侵权无关的财物，也不得因保全而使侵权人停产停业。

调查取证与调查令的运用，须解决“配合度”问题。实践中，银行、电商平台、行政机关对调查令的配合程度不一。较为有效的做法是：由法院出具协助调查函，明确协助的范围与期限；对无正当理由拒不协助的，可以依妨害民事诉讼处理。

举证妨碍规则的运用，是破解“账册难题”的关键。其适用须具备三个条件：一是一方当事人持有证据；二是该证据对查明事实有必要；三是持有方无正当理由拒不提供。三个条件具备，法院可以推定对方的主张成立。

推定的范围，须有节制。若对方主张的数额明显脱离行业常规，法院不宜全盘采信，而应当结合其他证据调整。推定的性质，是“不利后果的承担”，而非“事实的拟制”；其目的是促使披露，而非惩罚拒不披露。

在知识产权案件中，还可以运用“文书提出命令”。即由法院命令一方提出其掌握的文书，无正当理由不提出的，对方关于该文书内容的主张可以视为真实。这一制度在我国尚处于探索阶段，但其功能与举证妨碍相近，可以结合适用。

专家辅助人的运用，也值得重视。基数的计算往往涉及会计、评估、行业分析等专门知识，法官难以自行判断。由当事人申请专家辅助人出庭，就专业问题提出意见，可以弥补法官的知识短板。专家辅助人的意见，不是鉴定意见，但其说理可以作为参考。

鉴定程序的运用，须避免“以鉴代审”。鉴定机构只能就专门性问题提供意见，不能就法律问题作出判断；鉴定结论须经质证，法院应当审查其方法、依据与过程。实践中，有的判决直接采信鉴定结论，未作实质审查，容易导致错误。

判决说理的要求，是程序配套的最后一环。基数的确定过程，应当在判决中完整呈现：采用了何种方法、依据了哪些证据、剔除了哪些因素、为何采用该倍数。说理越具体，上诉与再审的争点越明确，裁判的统一性越容易实现。

从更长远的视角看，基数的确定还依赖于“数据基础”的建设。法院可以会同行业协会、行政机关，建立许可费率数据库、侵权获利的统计口径、行业平均利润的参考标准。数据的积累，可以使估算逐步逼近实际。

另有一个容易被忽略的维度：惩罚性赔偿的执行效果。若判决数额远超侵权人的履行能力，则执行不能，判决沦为形式；若数额适中而履行有保障，则威慑实效反而更强。故在裁量倍数时，可以适度考虑侵权人的经营规模与履行能力，避免“判而不得”。

此种考虑，不是“因贫减责”，而是在“威慑”与“可执行”之间寻求平衡。惩罚的

目的，是使侵权不再有利可图，而非使侵权人破产；适度的数额，配合严格的执行，比高额的虚判更有力量。

还有一层，关乎“市场的信号”。惩罚性赔偿的判决，经由公开的裁判文书向社会传递信号：何种行为被认定为故意，何种情节被认定为严重，何种倍数被认定为适当。信号的清晰，使潜在侵权人能够自我评估，从而在事前调整行为。

信号若要清晰，判决的说理必须具体。笼统地写“情节严重，本院酌情适用三倍”，无法形成信号；逐项列明侵权的规模、持续的时间、警告后的态度，才能形成可参照的坐标。公开的坐标，是最好的一般预防。

由此观之，基数与倍数的精细化，不仅是技术问题，也是治理问题。技术使裁判可预期，治理使市场可引导；二者结合，惩罚性赔偿方能从“个案的加重”走向“秩序的塑造”。

愿规则的精微，化为市场的敬畏；愿裁判的审慎，化为创新的底气。此即本文的期许。

最后须重申一句。惩罚的力度，永远应当与行为的恶性相称；计算的技术，永远应当服务于这一相称。技术若脱离价值，便沦为数字的游戏；价值若脱离技术，便沦为空洞的口号。

相称的实现，靠的是每一个案件中的具体权衡：看技术的贡献，看市场的状况，看侵权的恶意，看当事人的处境。权衡得宜，判决便既有力度，也有分寸。

有分寸的判决，才是好的判决；有分寸的制度，才是活的制度。此即本文的落脚。

行文至此，尚有一点未尽。知识产权的地域性与互联网的无界性之间存在张力：一项技术、一部作品、一个标识，可以在数秒之内跨越法域。赔偿的计算若仍局限于本地市场，便可能低估损失；若扩张至全球市场，又可能超出侵权人的预见。分寸的把握，须结合销售的实际流向、平台的覆盖范围、权利人的布局策略综合判断，不宜一概而论。

八、结语

惩罚性赔偿的制度价值，不在于“罚得重”，而在于“罚得准”。罚得重而不准，威慑便沦为恐吓；罚得准而不重，威慑便流于形式。基数与倍数的精细化，正是“准”的技术保障。

本文主张的三层顺位，旨在防止方法的任意选择；本文主张的因果限定，旨在防止范围的无限扩张；本文主张的要素评分，旨在防止倍数的恣意裁量；本文主张的否定法定赔偿作为基数，旨在防止评价的重复。四者合观，构成一个可操作、可检验、可复核的框架。

框架的意义，不在于提供标准答案，而在于提供说理的语言。有了共同的语言，当事人可以针对性地辩论，法官可以具体地说明，上级法院可以有效地审查。共识，正是在共

同的语言中形成的。

当然，规则的精细化不能替代裁判的经验。基数与倍数的最终确定，仍须依赖法官对案件的全面把握：技术的价值、市场的状况、侵权的恶性、当事人的处境。规则约束裁量，经验充实裁量，二者不可偏废。

还须提醒的是，惩罚性赔偿的扩张适用，应当保持审慎。知识产权的保护，须与创新激励、竞争秩序、消费者福利相平衡。过度的保护，可能抬高后续创新的成本，形成新的垄断；不足的保护，则抑制创新的意愿。分寸的把握，是知识产权法的永恒课题。

愿规则的精细，使创新者得其应得，使侵权者负其应负；愿裁判的审慎，使保护有度，使竞争有序。此即本文的初衷。

最后须说明，本文所论，多基于民事审判的视角；刑事、行政责任的衔接，另有其规则。三类责任的协调，是另一篇文章的任务，本文不赘。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第一千一百八十五条。
- [2] 《中华人民共和国著作权法》第五十四条，《中华人民共和国商标法》第六十三条，《中华人民共和国专利法》第七十一条，《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条。
- [3] 《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》（法释〔2021〕4号）第一条至第六条。
- [4] 《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2020〕12号）第二十五条、第三十条、第三十一条。
- [5] 最高人民法院知识产权审判庭：《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定理解与适用》，人民法院出版社2021年版。
- [6] 王迁：《知识产权惩罚性赔偿的适用条件与计算方法》，《中国法学》2022年第2期。
- [7] 崔国斌：《知识产权侵权损害赔偿的基数确定》，《法学研究》2021年第5期。
- [8] 张鹏：《惩罚性赔偿中“故意”与“情节严重”的认定》，《知识产权》2022年第7期。