

有关商誉权几个法律问题的探讨

黄云

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 商誉权是商主体对其所创造的商誉所享有的专有权和不受侵害权。商誉对于商主体而言是追逐超额利润的手段, 具有工具价值, 不同于名誉权对于自然人的目的性价值, 因此商誉权异于名誉权而具有无形财产权性质。在我国现阶段相关法律制度缺失的状况下, 商誉侵权主体仅限于有竞争关系的经营者, 不仅造成对于商誉权的保护不力, 更易导致商誉权法律性质的混乱, 有必要借鉴国外经验建立相关法律制度。我国对商誉侵权形式仅规定为捏造、散布虚假事实, 不能够有力地保护商誉权, 应规定更宽泛的范围。

关键词: 商誉; 商誉权; 侵权主体; 客观要件

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2004)03-0288-04

一、引言

案例一: 原告为北京翰林汇科技有限公司(简称翰林汇公司), 写作之星(WDS)增强版(简称写作之星)软件的销售者, 该软件于 1998 年 7 月投放市场。被告为北京江民新技术有限责任公司(简称江民公司), KV300 的开发者, 该软件于 1999 年 1 月投放市场。1999 年 4 月, 江民公司开发生产的反病毒软件产品 KV300 对翰林汇公司生产销售的办公自动化助写软件产品“写作之星”误报有黑客程序, 翰林汇公司以侵犯商誉为由, 起诉至北京市第一中级人民法院。一审认定江民公司侵权行为成立, 依据《民法通则》第 122 条和《产品质量法》第 29 条规定, 判令江民公司向翰林汇公司公开赔礼道歉, 赔偿翰林汇公司经济损失 5 万元及诉讼所支出的合理费用 8 433 元。江民公司提起上诉, 北京高院公开开庭审理后于 2000 年 4 月 17 日作出终审判决: 驳回上诉, 维持原判。

案例二: 被告王洪购买原告北京恒升远东电子计算机集团(简称恒升集团)的电脑一台, 后因电脑质量问题发生纠纷, 未得到妥善处理, 王洪遂在互联网上开设个人主页声讨恒升集团, 中国计算机世界出版服务公司、生活时报社对此进行了报道和转载。恒升集团遂以“侵害法人名誉权”将被告王洪、中国计算机世界出版服务公司(以下简称服务公司)、生活时报社诉诸法院, 请求三被告恢复名誉、消除影响、公开赔礼道歉并赔偿经济损失 240 万元。

这两个典型案例反映出了有关商誉的几个问题, 如商誉权的法律性质、主体、构成要件等不仅在法律意义上模糊不清, 在司法实践中也很含混。因此, 本文拟就这些问题作一探讨。

二、商誉权的法律性质

对于商誉权的法律性质, 学界存在三种观点。

其一是人格权论。该说将商誉权与名誉权等同, 认为商誉权与名誉权一样, 从属于人格权。人格权论认为商誉权不具有财产性, 或者虽承认其具有财产性, 但财产性不是其本质属性, 仅人格权才是其本质属性。商誉权与商主体, 特别是商品生产、经营者的人身依附关系是人格权论的理论依据, 《民法通则》的第 101 条和 120 条有关法人名誉权的规定则是人格权论的法律论据。

其二是人格权与财产权相结合的复合权论。此理论认为商誉权具有财产权和人格权的双重内容, 侵害商誉权的行为不仅侵犯了权利主体的知识产权, 同时也侵犯了其人格权, 是一种竞合侵权。

其三是知识产权说, 认为商誉权具有人身性和财产性的双重属性, 与专利权、商标权、版权相似。其理由在于商誉是人的脑力、智力的创造物, 与各种信息有关, 这些信息与各种有形物质相结合, 符合知识产权的固有特征。^[1]也有学者虽认同此种理论, 但

认为将商誉权归类于知识产权,关键在于其无形财产属性,或者说其客体(即商誉)的非物质性。^[2]

笔者认同第三种学说,认为商誉是一种无形财产,且此性质导致了商誉权归属于知识产权。在此笔者试图从商誉的性质、商誉权概念及商主体的本质属性来阐述商誉权的财产权性质,归属于知识产权。

首先,商誉(goodwill)早在1810年就被诠释为“企业给顾客们的商业信誉”^[3],而在1901年IRC诉Muller案中被表述为“商誉是能带来顾客的吸引力”^[4]。美国著名会计理论学家亨德里克森(Hendriksen)在其专著《会计理论》中指出:1)商誉是对企业好感的价值。“人们通常认为商誉产生于融洽的商业关系,企业与雇员的良好关系以及顾客对企业的好感。这种好感可能起源于企业所拥有的优越的地理位置,良好的口碑,独占特权和管理有方等。”^[5]2)商誉是企业超额盈利的现值。3)商誉是一个企业的总计价帐户。其中第一点说明了商誉产生的原因;第二点说明了商誉的本质;而第三点则是会计上购买商誉的计价方法。现代西方法律词典将商誉解释为:商誉是一种无形资产,它由因企业经营管理人员的人格和经验而获得的超过企业纯粹的出售价值的好感或者声望,因企业经营管理人员的技术和可信赖性而产生的声誉,企业的地理位置或者其他附着于企业的能够招徕和留住顾客的环境因素等构成。^[6]

通过从以上会计及法律理论上对商誉的理解,我们了解了商誉的产生有许多因素,诸如企业管理人员的人格经验与技术、特许权、有效的管理、地理位置等,其中人力资源是商誉产生的核心,经营者、管理者的能力与商誉的产生具有重要的联系,而这也正是将商誉权归于人格权论的重要论据。但同时我们必须承认,商誉的形成和发展是与企业的整体而不是某一要素有关,不能将各要素割裂开来认识商誉的性质,而且也只有将企业作为一个整体看待时,商誉的价值才可以得到确定。人格权论的缺陷在于其将具体的经营者等人力资源这一商誉形成要素剥离开企业这个整体,从而认为商誉不具有直接的财产利益。

商誉的实质是企业超额盈利的现值。对一个企业而言,商誉可以为企业带来超额利润,而商誉受损则会导致巨额利润的损失。如2002年全球名牌商誉排行榜显示,排名第一的可口可乐的商誉价值达838.5亿美元之巨,而2002年美国Qwest通讯国际公司称由于商誉下降,将导致该公司直接损失240亿美元,由此而引发的网络产业价值下降以及用户数量减少,还将使该公司损失108亿美元。^①由于商誉对企业实现超额利润的巨大影响,它被视为是一项

重要的资产,在企业购并中对它的确认和价值的估算都有着非常重要的意义。商誉的财产性质在诸多中外投资保护双边协定中也得到了确认的。如1982年我国与瑞典签订的《关于互相保护投资的协定》中就规定了“投资包括版权、工业产权、工艺流程、商名和商誉”。1992年财政部与国家体制改革委员会联合颁发的《股份制试点企业会计制度》第37条确认:“无形资产包括专利权、商标权、专有技术、土地使用权、商誉等。”同年,财政部发布的《企业会计准则》和《企业财务通则》等两个文件规定:“无形资产是指企业长期使用,但是没有实物形态的资产,包括专利权、商标权、著作权、土地使用权、非专利技术、商誉等”。由此可见,商誉与专利权都是特殊的、可以单独进行资产评估并以确定的资产值进行投资的财产,属于无形财产的范围。由此而产生的商誉权的财产权性质也是不容置疑的。

其次,关于商誉权的概念,有学者认为“商誉权是民事主体对其在工商业活动中所创造的商誉享有利益而不受他人非法侵害的权利”,还有的认为“商誉权是商誉主体依法对其创造的商誉享有的专有权和享有商誉不受侵害的权利”。在这些概念中,商誉权的权能是一致的,都是对其所有商誉的专有权和不受侵害权,不同的是权利主体。笔者认为这里的“民事主体”过于宽泛,而参加工商业活动的民事主体可以被理解为广义上的商主体;“商誉主体”并不能说明商誉权的主体范围。因此,笔者认为,商誉权是商主体对其创造的商誉享有的专有权和排除侵害的权利。因为只有商主体才会存在商誉,将商誉权利主体明确为商主体更有助于对商誉权性质的理解。商主体具有法定性、营利性、营业性和独立性的法律特征,而其中营利性是商主体的本质属性,追逐、获取最大的利润是商主体存在且从事商事活动的最大的动因。商主体通过艰苦的努力创造商誉,就是为了凭借商誉为其带来超额的利润。对于商主体而言,商誉是手段而非目的,它具有工具价值,不同于自然人的名誉。名誉对于自然人而言,其价值在于实现自然人的自然权利,满足其精神利益,是一种目的价值。由此商誉权从形式上看是商主体经济能力的社会评价,但异于作为对一般主体社会评价的名誉权,已演化为财产利益。

人格权论的缺陷在于它否认了商誉权的财产权性质。但在实践中,很多企业的名誉权官司实则都是商誉权官司,而司法机关对于商誉权的保护,多是借法人名誉权保护之名行商誉权保护之实。本文案例一所反映的便是在司法实践中商誉权性质的混乱。一审法院认定江民公司商誉侵权行为成立,而对此商誉权保护的法律依据则是《民法通则》第120条的有关自然人、法人名誉权保护的规定。江民公

公司的上诉理由是现行法律对商誉没有规定,一审法院判定其构成商誉侵权以及赔礼道歉范围和赔偿数额的确定于法无据,这个理由虽然没有得到法院的确认,但着实使法院的判决陷于了不尴不尬的境地。

三、商誉侵权主体

在《保护工业产权巴黎公约》及世界知识产权组织(WIPO)的《反不正当竞争的保护示范法》中,商誉侵权主体被限定为存在竞争关系的经营者。即商誉侵权主体必须满足两个条件:1)必须为经营者;2)必须存在竞争关系。我国《反不正当竞争法》第14条也规定“经营者不得捏造、散布虚伪事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”。该行为又被称为商业诽谤行为,其主体为有竞争关系的经营者。《反不正当竞争法》中的这条规定是我国仅有的关于商誉权保护的法规,而这也使得对财产权的司法保护名不正而言不顺。

在案例一中,江民公司是专门制作反病毒软件的公司,翰林汇公司则非软件制造商,也并不销售反病毒软件。Kv300软件是反病毒软件,被误测的“写作之星”是办公用的辅助软件。被告与原告并非竞争对手,两种软件也不是同类软件。因此,江民公司给翰林汇公司造成的商誉损害不能适用《反不正当竞争法》的规定,而只能适用《民法通则》有关法人名誉权保护的规定和《产品质量法》来保护其商誉。借助于人格权保护手段来保护财产权,无论是从法律性质,还是从保护的力度来说都有很大的缺陷,但在完善的商誉权保护制度缺失的现实中,这也是进行商誉权保护的无奈之举。

在案例二中,王洪在网上开设个人主页对恒升集团进行声讨,恒升集团以恒升品牌评价下降导致被退货而造成经济损失为由,将王洪诉至法院。在此案中,王洪是消费者,而不是与恒升集团存在竞争关系的经营者,显然不适用《反不正当竞争法》。同样,一审、二审法院均依据《民法通则》第120条之规定,将此种以财产利益为核心的商誉权以不具有直接财产利益的人格权之名来保护。

从这两个典型案例中可以看出,我国对于商誉权的保护不是依据《反不正当竞争法》中关于商业诽谤的规定,就是依据《民法通则》中关于法人名誉权保护的规定,而这其中的划分是以主体为标准的。最高人民法院于1998年做出司法解释,提出从主体要件方面来区分侵犯商誉权行为与侵犯名誉权行为。看似解决了侵权主体的问题,切实保护了商誉权,实则使商誉权的保护更加不确定,法律性质更加模糊。因为主体的不同不可能导致商誉权性质的转

变。

在英美法中,对商誉权的保护是借助于假冒诉讼来解决的。假冒诉讼的主体也仅限于有竞争关系的经营者。除此,如果一项言论伤害了他人或者其货物的商业信誉,就可依普通法对其提起恶意之诉。这类侵权也被称为有害欺诈或者商业诽谤。^[5] 恶意欺诈的构成要件是:一个真实、贬损性的陈述,基于恶意而为,而且造成了特定的损害,这类侵权行为所针对的是受害人的财产利益而非人格利益。而在诸如德国、奥地利、希腊等欧洲国家,其民法典中有专门条款保护自然人和法人的信用,若没有专门规定的则适用民法典中的一般条款加以保护。信用与商誉一样归属于无形财产范畴,它是一种没有物质形态的无形财产利益。^[7] 信用所保护的并不是社会名誉而是经济上的名誉^[8]。信用基本上不同于名誉,法律保护自然人或法人的信用,其目的是保护主体的经济利益而不是人格尊严和情感利益,侵害信用不需要受害人与加害人之间存在竞争关系,在这样的案件中虽然也经常涉及到公平交易原则。^[9] 而有竞争关系的经营者之间的商誉权仍由反不正当竞争法来保护,如德国反不正当竞争法第15条“商业诽谤”便是对竞争的经营者商誉权的保护的规定。

笔者认为借鉴这些国家的经验建立相关的法律制度,特别是有关信用权的制度,不仅有利于打破商誉权与名誉权(本质上是财产权与人格权)不分的混沌现状,更可以在司法实践中切实保护此类财产权,不致因主体不适格而使财产权的属性被改变,而使受损害者得不到应有的赔偿。

四、商誉侵权的客观要件

我国法律规定的商誉侵权构成要件是以《反不正当竞争法》为依据的,其客观要件为行为人实施了损害他人商誉的违法行为,且我国《反不正当竞争法》规定之商誉侵权违法行为仅为“捏造、散布虚假事实”。从上面两个案例来看,两被告均未进行“捏造、散布虚假事实”之行为。江民公司是由于技术误报而导致损害翰林汇公司的商誉,王洪是在网上将其消费事实公开并对恒升集团进行声讨而被恒升集团以商誉侵权为名诉至法院。两案件中商誉侵权的表现形式虽各不相同,但他们均非法律所规定之非法侵权行为。如果说此两案由于侵权主体的不适格导致反不正当竞争法的不适用,从而对这些客观要件的分析没有实际含义。那么,在华为电气股份有限公司(简称华为)与中兴通讯股份有限公司(简称中兴通讯)互诉商誉侵权的不正当竞争案件中,则可以看出我国商誉侵权表现形式之规定的缺陷。

华为与中兴通讯同为开发、生产、经营通信设备及其配套产品包括通信电源的大型企业,在华为诉中兴通讯不正当竞争案中,中兴通讯在宣传资料中将自己的电源产品的性能指标与华为的同类产品进行列表对比,并将资料散发给客户,其中部分内容有失客观、全面,被法院认定侵犯了华为的商誉权。而在中兴通讯诉华为不正当竞争案中,华为的手法与中兴通讯的如出一辙,也被法院认定为侵犯了中兴通讯的商誉权,构成不正当竞争。但是很显然,华为与中兴通讯的行为并非“捏造、散布虚假事实”,而是在对比广告中有不公正的、有失客观的陈述,但这种行为并未受到我国《反不正当竞争法》的禁止,因此它是否可以作为确定商誉侵权行为的客观要件是值得商榷的。

世界知识产权组织关于反不正当竞争示范法将商誉侵权行为概括为两种:一种是采取虚假说法的行为,即我国所规定的“捏造、散布虚假事实”;一种是采取不当说法的行为,即不公正、不准确、不全面地陈述客观事实,意在贬低对手的商誉,如华为与中兴通讯采用的进行广告对比以贬损对手的行为。笔者认为应将不当说法的行为纳入我国商誉侵权行为中来,因为在现实生活中,对事实进行片面的断章取义,甚至是歪曲的陈述以侵害竞争者的声誉的情况大量存在。而且侵权的手段随着科技的进步不断丰富,除了原始的口头传播外,还有利用网络进行的商誉侵权。只有对商誉侵权行为规定更宽泛的范围,对商誉权的保护才不会师出无名,也才会更加有力。此外,对于事实真实的陈述是否侵权的问题,笔者认为也可归由不当说法的行为解决。真实地陈述事实是否构成商誉侵权,一直以来存在争议。我国显然是将其排除在侵权之外的,日本《不正当竞争防止

法》也有类似规定。而法国则认为恶意诽谤的言论不论是否属实,都可能对竞争者造成重大损害,且根据事实或以核心部分为事实的中伤诽谤,其破坏力有时更甚于凭空捏造的不实传闻,因而内容真实与否与侵权行为之构成无关。笔者则认为,一般真实陈述事实不应被作为商誉侵权,只有在真实事实被出于恶意进行曲解主张或陈述,也就是成为一种不当说法的行为时,应被认定为侵权行为而承担侵权责任。因此,笔者认为对于商誉侵权表现行为的修改扩充也是切实保护商誉权的必行之举。

注释:

① <http://www.sina.com.cn> 2002年10月31日08:20 新浪科技

参考文献:

- [1] 梁上上. 论商誉与商誉权[J]. 法学研究, 1993, (5): 41-42.
- [2] 吴汉东. 论商誉权[J]. 中国法学, 2001, (3): 91-98.
- [3] 郑成思. 知识产权论[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [4] 徐亮. 知识产权法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003.
- [5] 汤云为, 钱逢胜. 会计理论[M]. 上海: 上海财经大学出版社, 1997.
- [6] 李玉香. 现代企业知识产权类无形资产法律问题[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [7] 吴汉东. 论信用权[J]. 法学, 2001, (1): 41-48.
- [8] 克雷蒂安·冯·巴尔. 欧洲比较侵权行为法(上卷)[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [9] 张新宝. 网上商业诽谤第一案: 恒升诉王洪等侵权案评析[EB/OL]. <http://www.civillaw.com.cn/>, 2002-03-12.

On legal issues of right of goodwill

HUANG Yun

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Right of goodwill is an exclusive right for business subjects to free from injury to their goodwill. For business subject, goodwill is a means of acquisition of excess profits and it's different from reputation right. The right of goodwill is a kind of intangible property right. Being lack of related legal system in China, subject of goodwill tort confined to competitive business not only fails to protect goodwill effectively, but tends to make the legal nature of goodwill more indistinct. We should learn from other countries to set up related legal system.

Key words: goodwill; right of goodwill; subject of goodwill tort; object elements of goodwill tort

[编辑: 苏慧]