论商誉和商誉权

梁上上

十一届三中全会以来，随着经济体制改革的进一步深化，社会主义市场经济的进一步繁荣，商品生产者和经营者越来越清楚地认识到商誉在现代竞争中的地位和意义。但在法学界，对商誉和商誉权几乎还没有涉及，更没有立法形式加以规范，所以有必要在理论上进行探讨。

一、商　　誉

商誉是商品经济发展到一定阶段的产物，它表示的是一种商业信誉，是商品生产者或经营者（以下称商誉主体）在它们的生产、流通和与此有直接联系的经济行为中逐渐形成的，反映社会对其生产、产品、销售、服务等多方面的综合评价。

1. 商誉的表现形态

由于商誉本身是一种综合的社会评价，反映的是商誉主体的总体商业形象，决定了商誉表现形态的特殊性、多样性和复杂性。根据顾客的接触方式和程度不同，商誉可分为：〈1〉内在的表现形态。主要是指商誉主体的经营方式和管理水平。经营方式的优劣，管理水平的高低是商誉好坏的根源所在，只有建立在良好的经营管理之上的商誉才是良好稳定的。这种经营管理是一种内部行为，与顾客的接触是间接的，常常通过商誉的外在表现形态来反映。〈2〉外在的表现形态。相对于内在的表现形态来说，它与顾客的接触比较直接，透明度高。商誉的外在表现形式主要有以下几种：第一，商业道德；第二，商业质量；第三，服务质量；第四，资信；第五，价格。〈3〉与商品生产流通有直接联系的表现形态。这种关系往往是生产流通的前提或必然后果，或者是伴随生产流通而产生的，或者是一种信息传递，比较典型的是广告宣传，因为商誉本身是一种抽象的信息，而信息的有效传播途径就是新闻媒介，所以利用广告宣传来建立商誉也是可行的。

商誉的表现形态一般是具体的，多种多样的，它们相互配合，密切联系，处于一个完整的统一体中，共同反映和影响商誉。

2. 商誉是一种无形财产

在法学界，一般不提商誉这个概念，有的学者则把商誉和名誉混同，因此认为商誉没有财产的内容。[①] 我认为，商誉的本质是一种无形财产，是有财产内容的，因为：〈1〉财产的本质在于能带来一定的利益，可通过转让等形式来实现其价值，不在于是否具有实体的形态。〈2〉从商誉的产生看，创造良好的商誉需要比社会平均劳动量更多的劳动。这种超额劳动的实质是财产，

① 梁慧星：《民法》，四川人民出版社，第358页。

它通过生产或经营过程以超额利润的货币形式流回生产者或经营者。这种超额利润就是商誉价值的体现。〈3〉从创造商誉的营利目的看，商誉主体花费金钱、时间和精力刻意创造商誉，就在于良好的商誉能创造比同行更多的利润。〈4〉从侵害商誉权给予财产赔偿来看，商誉也是一种财产。

在实践中，商誉作为无形财产已得到承认。在英国，1901 年的国内税收专员诉穆勒一案中，法院将商誉定义为："形成习惯的吸引人的力量"，抑或"企业的良好名声、声誉和往来关系带来的惠益和优势"。1976 年的斯塔工业有限公司诉雅基高案中的定义是："商誉作为财产权利的主体，不能独立存在，除非依附于某企业，它没有独立存在能力。"在美国，"衡平法院〈Equity Court〉在许多不当竞争之案件中，将商业信誉〈Goodwill of a trade or business〉认为系一种财产权〈a property right〉而应受保护，基此信誉可能发生之期待〈Propable expectances〉亦然。"[1] 可见，英、美等国家已通过判例建立了商誉是无形财产的制度。

在我国，商誉作为一种无形财产首先在众多的中外投资保护的双边协定中得到了普遍确认，如我国与瑞典的《关于互相保护投资的协定》〈1982. 3. 29〉第 1 条规定："投资"应包括缔约一方投资者在缔约另一方境内，依照其法律和规章用于投资的各种形式的资产，尤其是：……一项版权、工业产权、工艺流程、商名和商誉；……。我国国内，那时商誉在理论上还未得到普遍的认同，更没有在生活中加以实践。随着近几年不同所有制的经济实体间的横向联营、承包经营、租赁经营、股份制改革等一系列新的经济现象的出现和发展，经济学界已达成共识：商誉是一种无形财产，并建立了科学的评估体系。[2] 较典型的说法是："所谓商誉是指具有经济属性，能影响企业获得一定利润水平能力的一种特殊的信誉，其价值通过企业收益和社会基准收益差额部分的本金化价格来实现。"[3] 这一定义虽然与法学上的概念尚有一定的差距，但已说明了商誉的经济特征——财产性。这种观点在《股份制试点企业会计制度》〈1992. 5. 23〉得到了肯定，该制度第 37 条规定："无形财产包括专利权、商标权、专有技术、土地使用权、商誉等。"而且在实践中也得到了证明，1989 年沈阳金杯汽车股份有限公司较早地把商誉作为无形财产之一种，和商标等放在并列的地位单独地进行资产评估，并以确定的资产值进行投资。[4] 其后在中外合资、合作过程中，又有许多著名的企业纷纷仿效。到 1992 年，郑州亚细亚商场的商誉值竟达 1200 万元，更把商誉评估推向高潮。[5]

以上从理论上，实践上证明了商誉是一种特殊形式的财产，其特殊性在于：它是一种无形财产。

3. 商誉的特征：

〈1〉从存在形态看，商誉处于一种信息状态，不占据空间而且难于控制，容易为他人获知。良好的商誉能带来良好的经济效益，商誉主体就会努力扩大影响范围；不良的商誉，商誉主体就会尽量缩小影响范围。但是，这种控制往往很难，因为商誉处于一种信息状态，其流向和强度是难以控制的，这是商誉的实质——一种社会评价所决定的，这也是容易被不法分子所利用的

---

① 陈明汝：《专利商标法选论》，第 178 页。

② 《企业资产评估》，企业管理出版社。

③ 金德浩主编《资产评估学》，吉林大学出版社 1992 年版，第 204 页。

④ 余长国：《资产评估的原理和方法》，百家出版社 1989 年版，第 135 页。

⑤ 见《中国青年报》1992 年 11 月 15 日消息（头条）。

原因。(2)从表现形态看,良好的商誉具有完美性和创造性,良好的商誉能博采众家之长,经过提炼和重新组合,形成具有鲜明个性的完美形象,这种完美性和创造性正是商誉主体创利获益的关键所在。(3)从使用价值的实现来看商誉的效益必须通过中间媒介。一般的物质商品从商店买来后就可直接用于生产或生活,使用价值的实现立即完成,而商誉仅仅是存在于商誉主体和顾客之间的一种信息,是促进他们进行联系的桥梁和纽带,其使用价值必须通过具体的商业经济行为并用货币形式来实现。(4)从商誉的本体看,它是一种综合的抽象,商誉作为财产是商誉主体整体素质的反映,必须依附于商誉主体,是离开了具体生产流通行为的综合抽象,这与具体的买卖合同行为不同。当然,在客观上,具体的买卖行为会对抽象的商誉产生影响。

二、商誉与几个相近概念的区别

1. 商誉与商标的区别

商誉与商标有密切的联系,因为它们都具有"区别功能、来源功能、质量功能、广告宣传功能",所以商标可以是商誉的一个载体,但相异之处颇多:(1)商誉通过内在的、外在的等多种表现形态来反映,商标以文字、字母、图形等标识以确定形式存在。(2)商誉是抽象的无形的,商标标识是看得见、摸得着的。(3)商誉是每一个商品生产者或经营者必然具有的,商标或注册商标不一定每一个生产者、经营者都具有。(4)商誉可以通过广告在没有销售活动的地区或国家建立,商标使用是粘附在商品上的实际使用。(5)商誉以权利主体的生存为基础,伴随着权利人的存在而存在,注册商标是有期限的,但可续展。(6)商誉在法律规定的范围内不受限制,不可非法剥夺,也不得放弃,任何抛弃商誉的表示均属无效,而商标则可以按一定程序注销。

2. 商誉与荣誉的区别

两者的主要区别有:(1)性质不同,荣誉是有关部门或社会团体所授予的一种奖励或表彰,而商誉则是社会对商誉主体所持的肯定或否定的看法或态度。(2)评价主体不同,荣誉的评价主体是特定的,而商誉的评价主体是与其有直接或间接(如道听途说)联系的全体社会成员,这些社会成员与商誉主体不需要有隶属关系,可以是公民,也可以是法人。(3)评价范围不同,荣誉往往确指某一特定的具体方面,如授予"计量信得过单位"。商誉是指与商业形象有关的一切方面。

3. 商誉与名誉的区别

商誉和名誉有很大的相似性,容易混淆,但区别也是明显的:(1)主体范围不同,名誉主体可以是任何公民,法人或非法人组织,商誉主体仅仅限于从事商品生产经营的公民、法人和非法人组织。如一个学生由于不经商而只享有名誉,不能成为商誉主体。(2)评价内容不同,商誉是对生产者、经营者的商业经济行为的形象评价,名誉是对非商业经济行为的社会评价,如某个体摊主在家里敬老受幼,左右邻舍相处和谐,邻居对他评价极好,这是一种名誉,但他在摊上却常常坑害顾客,其商誉并不好。可见,两者反映的内容不同。也许有人认为,这两者无法划清界限,是同一概念的不同表述,从而否定商誉的存在。其实,正象我们利用不同的标准来判断一个小学生是好孩子还是好学生一样(一个好学生在家不一定是好孩子,一个好孩子在校不一定是好学生),是可以区别商业形象与非商业形象的,因为它们反映不同的侧面。(3)实现方式不同,商誉可以用严格科学的管理方法,灵活多样的经营方式,顾客至上的优质服务,优美舒适的购物环境,鲜招迭出的公关活动等商业经济行为来实现。(4)内容属性不同,名誉虽然与财产有一定的联系,但不直接体现为财产,不以财产为内容;商誉可通过科学的评估方法直接体现为

财产。

有人认为，商誉反映名誉，是名誉的一部分。我认为，名誉和商誉虽有一定的联系，但商誉的财产性决定了，两者反映不同的内容，是截然不同的概念。需要注意的是，民法通则第101条规定："公民、法人享有名誉权，公民的人格尊严受法律保护，禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉权。"该条没有规定法人名誉权所保护的客体——名誉是指法人的人格尊严，但由于公民的名誉权保护的客体是人格尊严，而且理论上认为名誉权是法人人格权之一种，这样给人一个感觉：法人名誉权保护法人的人格尊严。再由于历史、文化、习俗等原因，人们往往把名誉与人格尊严联系在一起，认为没有财产内容。而提商誉的概念，则容易与经济行为联系在一起，认为它是一种无形财产，这与人们的普遍心理趋向同一。所以为使法人的最重要的以营利为目的而创造的商誉得到切实的保护，必须把商誉作为一个不同于名誉的概念提出来。

三、商誉的评估

商誉是一种财产，要使其成为量化的资产必须通过评估。由于商誉具有抽象性、综合性等特征，决定了价值量计算的复杂性，作为一种特殊的产品，其价值量不能象一般商品那样直接以它所花费的社会必要劳动时间来计算，现可根据《国有资产评估管理办法》用一定的程序由特定的资产评估机构进行评估，具体可这样进行：

1. 基本因素，即对评估具有决定性作用的因素，具体地说，就是商誉所创造的超额利润或新增利润。就超额利润来说，要测出该商品生产者或经营者的资本收益率和同行业的基准收益率，采用收益现值的标准，把两者相减就可得到。就新增利润的测定来说，要测出现阶段的资金收益率和以前一段相对时间的基准收益率，用同样的方法就可得到。超额利润是横向的比较，是同行业之间的比较；而新增利润是纵向比较，是自身前后两个时期的比较，这两种方法最好结合使用。同时，由于商誉自身的不定型性，必须用动态法和静态法两种方式计算，确定其评估值。

2. 非基本因素，这是我认为还须考虑的因素，主要有：〈1〉商誉的形成成本，也即形成现阶段的商誉所付出的代价。商誉由于不可比性，无法在流通过程中自然地形成它的价值基础——社会必要劳动时间，社会往往只能承认每个商誉的个别劳动量为必要劳动量。因此，商誉形成的成本，就当然成为评估商誉的重要因素。〈2〉商誉的成熟程度，也即商誉信息的传播广度和顾客的接受深度，商誉作为联系生产者、经营者和顾客的接受深度，商誉作为联系生产者、经营者和顾客的"桥梁"，是促销创益的催化剂。因此，商誉的成熟成度就自然地成为测定因素，比较有效的方法可考虑民意测验。

总之，虽然对作为无形财产的商誉的评估是一项很细很复杂的工作，但是是可行的。这也恰恰证明了商誉的确是一种无形财产。

四、商誉权及其特征

商誉权就是商誉主体依法对其创造的商誉享有专有权和享有商誉不受侵害的权利，作为商誉主体的一项重要权利，它属于知识产权。有人认为，它不是知识产权，其保护比一般的知识产权更为复杂。[①] 我认为，这是不妥当的，因为，从根本上说，它是人的脑力、智力的创造物，"与

① 王家福等主编《民法债权》，法律出版社，第430页。

各种各样的信息有关”，而且“这些信息与各种有形物质相结合”，这符合知识产权的固有特征。[1] 这也符合《建立知识产权组织规定》的“知识产权包括……以及在工业、科学、文学或艺术领域里一切其他智力活动而产生的权利，”从内容上说，商誉权具有人身性和财产性双重内容，与专利权、商标权、版权相似。从国外的实践和立法看，他们把专利、商标商号、和商誉所享有的独立权利，称为工业产权。[2] 我国与许多国家的双边互保投资协定也承认商誉权是知识产权。比如，我国与法国的《关于相互鼓励和保护投资的协定》(1984年5月30日)规定，“投资”系指依据在其领土和海域内接受投资的缔约一方的法律用于投资的各种财产，尤其是：……(四)著作权，工业产权，专利技术，工艺流程，商号和商誉。

商誉权与权利主体人身不可分离，总是和具体的商品生产者或经营者联系在一起，离开了具体的商品生产者或经营者，就无所谓商誉权。它一旦存在，其本身就构成一种民事法律关系，它的权利主体是特定的，义务主体是不特定的，即除了特定的权利主体以外的任何人都必须承担不得妨碍其行使商誉权的义务，也不允许他人侵犯，它具有强烈的排它性，是对世性质的绝对权。

商誉权还有其自身的特性：(1)商誉权直接体现为财产利益，具有财产内容。(2)商誉权不是一成不变的，不是只能一次或数次使用的权利，这是商誉的特殊性所决定的。一般的物质商品在同一时间内只能售给一个用户，只产生一次经济效益。一般地，一个所有权只有一个使用权；而一般的技术商品则具有“一经产生，多次转让，多次使用”的特征，即技术商品可以同时出售给几个用户，由此产生多次经济效益，而商誉作为财产，与它们都不同：其一，一般的物质商品和技术商品的形态是具体的，而商誉则是抽象的。其二，一般的物质商品和技术商品都是定型的，可变性不大，如专利技术方案是定型的，一般物质商品的形态更是实物。也就是说，它们都是生产过程的终结，具有最终形态性，而商誉始终处于不断优劣变化的循环圈之中。其三，从经济效益来看，商誉也不是一次或多次简单地产生经济效益，而是经常性地持续不断地产生效益，而且其使用过程也表现为无形，这种无形相对于一般物质商品的实物转移和技术商品的载体转移而言的。因此，商誉权是特殊的权利。(3)商誉权的取得也有特色，在物质商品领域中，所有权或原始取得或继受取得；在技术商品领域中，所有权即专利权经申请取得。而商誉权呢？与它们的取得均不同，要区分为未量化和量化的商誉权。因为：其一，商誉权与生产者、经营者的人身不可分离性决定其不是继受取得；而是自从商誉伴随着商誉主体从事第一项商业经济活动产生时起，未量化的商誉权从此存在，受法律保护。其二，商誉的不断自我发展的循环性，决定了商誉权不可能象技术商品那样可以通过申请而加以固定化；其三，由于在一般合理长的时间内仍具一定的相对稳定性，所以可通过专门的评估机构用科学的评估方法取得量化的商誉权。需要强调的是，在评估前，未量化的商誉权始终存在，受法律严格保护，不能因为未量化而否定其存在。

五、商誉权的保护

商誉的实质是人们之间的经济利益关系，它直接关系到他人对该生产者、经营者的信任程度，关系到其民事权利的得失。商誉主体在事实上能否与他人发生各种权利义务关系，它的商

① 《知识产权纵横谈》，世界知识出版社，第4页。

② 郑成思：《工业产权国际公约概论》，北京大学出版社，第2页。

誉起着很大作用。如果它的社会评价受到歪曲，就会对其在民事交往或其它社会活动中产生不利的、甚至可能导致破产的影响。商誉权就是商誉主体依法享有的商誉不受侵害的权利，商誉的保护通过商誉权的行使来实现。损害生产者、经营者商誉的行为通常是通过散布有关该商誉主体的商业道德、资信情况、商品质量或服务质量的不真实信息来损害社会对它的综合评价。构成侵害商誉权，应具备：1. 主观上过错，有的出于个人恩怨，有的为了提高自己而贬低他人，是一种不正当竞争。2. 散布非真实消息的行为，包括两项内容：〈1〉散布了有关商誉的情况，散布与商誉无关的情况，不构成侵犯商誉权；〈2〉所散布的有关商誉的情况是不真实的，所散布的情况如果是真实的，即使有损于商誉，亦不构成侵害该商誉主体的商誉权的违法行为。3. 让第三者得知，也即所散布的有损于该商誉的不真实情况只要传播给第三者，并足以使商誉受到损害，就构成对商誉权的侵害。如果所散布的情况并不损害它的商誉，则不构成侵害商誉权。至于是否有损于该生产者或经营者商誉，不是以其自己判断为准，而是以一般人的通常判断为准。具备以上三项要件，即构成侵害商誉权的违法行为，不必考虑该生产者或经营者的商誉现在是否已经受到损害。

商誉权受损不仅直接使商誉的自身价值大大降低，造成贬值，还关系到商品生产者、经营者的生产经营状况。目前只在几个法律文件中简略地提及"商誉"这一词，而且不是在基本法中提到，概念不明，不足以引起人们的重视，而且还会与名誉等混淆，不利于保护商誉权人的利益。根据我国的实际，商誉立法可分为两个阶段：现阶段在民法通则的知识产权这一节中增加商誉权的内容，在基本法的高度给人们一个初步的印象，增强和培养法律意识；第二阶段，制定单行的商誉法预计也不要太长的时间，因为知识产权的法律意识迅速加强会推进它的立法进程。单行的商誉法的主要内容应包括：商誉的取得、评估、投资、转让、合并、侵权责任，还会涉及商誉的管理。单行法制定时要协调好与民法、商标法、反不正当竞争之间的关系。而就目前来说，由于没有法律明文规定，只能比照有关法律处理。我国法律规定：凡用侮辱、诽谤等方式侵犯他人的名誉，情节严重、构成犯罪的，要按照刑法第 145 条规定，追究刑事责任并附带民事赔偿。凡造成民事主体商誉权损害的要比照民法通则第 120 条规定，承担民事责任。具体的责任承担方式有：停止侵害，恢复商誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。关于商誉权受损的索赔问题，一般来说，因商誉权受损造成的资产损失是相当大的，我认为可以用降低商誉造成的实际和预期损失为基准，然后根据侵害行为人和受害人的不同情况作增减考虑。

在商业竞争中，侵犯商誉权可以构成不正当竞争，如利用商品混同来损毁商誉，即商品质次价高的企业采用假冒或模仿〈包括形状和包装〉他人商品等欺骗手段，达到坐享他人商誉，并损害他人商誉，以至最后牟取经济利益的不正当竞争。又如散布不真实的消息来诋毁商誉，它们利用新闻媒介，或与其他机构〈如商检部门〉勾结来诋毁商誉〈如商检不合格〉，达到获利的目的，构成不正当竞争除了满足上述侵权行为的条件外，还必须满足：〈1〉侵害行为人是竞争者；〈2〉该行为必须发生在竞争中，包括商品买卖、提供劳务、提供服务、广告宣传，由于"不正当竞争行为的直接危害，不只涉及那些名称权、名誉权、商标权等被侵害的企业，还涉及广大消费者，使整个竞争秩序受到侵害。"[①] 所以不正当竞争兼有竞争权利滥用和侵权行为两种性质，从保护广大消费者利益和社会主义经济秩序出发，我认为在追究民事责任的同时，应当采用措施制止不正当竞争，如规定实施不正当竞争的厂长、经理在三年内不得经商，再次经商则要经严

① 王保树：《经济法》，四川人民出版社，第 214 页。

格的品德考评等。

在实践中需要注意区别的是，侵犯商誉权和侵犯名誉的定性。例如，灭鼠大王邱满囤认为：被告捏造虚假事实、诬蔑其发明的诱鼠剂没有吸引力；编造邱氏鼠药含有国家禁用的氟乙酰胺，诽谤了他的名誉，提出了侵犯名誉权的诉讼。[1] 我认为，该案侵犯的应该是商誉权，因为诬蔑诱鼠剂没有吸引力和编造鼠药含有毒物，直接的指向对象是商品本身(即诱鼠剂)，涉及的是商品性质问题，而公民名誉权的侵犯对象是个人名誉，所以该案以提起商誉权侵害为妥。

(作者单位：杭州大学法律系)

责任编辑：张　涵

① 《中国鼠王进京告状》，《文化报》，1992年11月20日。