

# 商誉权的法律性质和立法模式探究

王崇敏 郑志涛\*

内容提要：商誉是商业经营主体对其商业名称所享有的声誉，商誉权是一种商事人格权，本质上具有人格属性和财产属性。就目前国内的立法而言，我们还没有对商誉权进行明确的立法，《民法总则》、《商标法》和《反不正当竞争法》等一些分散的单行法仅为商誉权提供了“碎片化”保护，该保护模式无法涵盖权利人全部商誉权益。从商誉权的私权属性来说，对其提供体系化私权保护是商誉权保护法律体系的重要组成部分。目前我国正在编纂民法典，鉴于我国实行民商合一的立法模式，立法机关应当在民法典编纂的过程中考虑商誉权保护的规范设计。同时，由于商誉权与其他民事权利的差异，在商事特别法中也应该对此有相应的考量并建立相对独立的规则，从而形成对商誉的体系化保护。

关键词：商誉；商誉权；商事人格权；私法保护

商誉作为商业经营者所特有的利益，日益受到人们的重视，立法上如何对商誉进行保护也就被提到了议事日程。在立法中遇到的重要问题是：第一，如何界定商誉权的法律性质？众所周知，商誉源于民商事主体经营活动，属于社会对特定民商事主体的经营行为的评价，特定民商事主体在经营活动中不仅创造了商誉，而且其经营行为也影响着自身商誉的优劣。脱离了商业经营活动，商誉则不复存在。商誉权利的性质，有财产权利说、人格权利说、无形财产权说等观点，我国应如何根据社会实践加以界定？<sup>(1)</sup> 第二，商誉权确立的法理基础是什么？第三，在私权保护语境下，如何对商誉权进行体系化的法律保护？就目前正在进行的民法典编纂工作而言，如果从体系化方面考虑，我们也应该对商誉权进行研究。本文基于对上述问题的思考，拟对商誉权的法律性质进行研究，结合当前民法典编纂工作，提出相应的立法建议。

## 一、学界对商誉权法律性质的探究与争论

正如前文所述，商誉是商业企业商业名称及其商业营业的声誉，它是商业名称权实质之所在。<sup>(2)</sup> 商业经营者基于商誉所享有的权利就是商誉权。商誉权作为一种私法上的权利已经成为学界共识，但是学界对该项权利法律性质的认识分歧较大，主要存在以下几种观点：

一是人格权说。持人格权观点的学者认为商誉权应该归属于人格权，人格权是商誉权的本质属性，也是商誉权作为权利存在之根本。该观点通过比较分析认为，商誉权的反不正当竞争法保护模式、知识产权保护模式、行政法保护模式等诸种模式均不足以反映商誉权的特质，也不能够

\* 王崇敏，海南大学法学院教授，博士生导师；郑志涛，江西省人民政府对外联络办公室干部，法学博士。

(1) 参见吴汉东《财产权的类型化、体系化与法典化——以〈民法典（草案）〉为研究对象》，《现代法学》2017年第5期，第33页。

(2) 参见董安生、王文钦、王艳萍编著《中国商法总论》，吉林人民出版社1994年版，第205页。

提供充分有效的保护,而人格权保护模式具有全面、有效、便利之特点,“如果在人格权法中对商誉权进行规定,这就为商誉权的反不正当竞争法保护、知识产权法保护提供了合适的注脚,也为商誉权的保护构建了立体的保护体系。”<sup>(3)</sup>该观点进一步认为,商誉权的人格权法保护具有深厚的理论根基:首先,商誉权存在的根据就在于其人格性,商誉与人格都是社会对主体的评价,不同的主体基于社会给予的评价而享有相应的人格利益,对之加以保护有其正当性。其次,人格性是商誉权作为一种权利存在的本质和价值所在,法人名誉权、信用权、商号权、商事人格权的立法模式亦不能很好地保护商誉权,只有将商誉权规定为人格权,才能更好地实现商誉权的保护。

值得注意的是,商誉权的人格权说还可以进一步分为单一人格权说、特别人格权说和一般人格权说等不同观点。单一说认为商誉是法人名誉的组成部分。<sup>(4)</sup>实质上,法人名誉权是一种间接财产性质的权利或者间接具有财产内容的权利。如果二者存在差异,则仅在于因加害人及侵害方式的不同而由不同的法律加以调整。“当一个企业的名誉被一般人(即非竞争对手)侵害时,其所侵害的是名誉权;当一个企业的名誉被其竞争对手以反不正当竞争法等规范的手段侵害时,其所侵害的是商誉权”。<sup>(5)</sup>特别人格权说承认商誉权的无形财产权性质,但是认为其并非商誉权的本质所在,人格性才是其本质所在,其客体包括精神利益和财产利益,但是财产利益不具有直接性,而是体现于商誉利益之中。因此商誉权是一种有别于相关权利的特别人格权。<sup>(6)</sup>一般人格权说认为商誉权与一般人格权的内在规定性并无实质差异,商誉权是由人格权性质的权利所组成,人格性是商誉权存在的本质。<sup>(7)</sup>

与人格权说相似的另一种观点认为商誉权是商事人格权,持此观点的学者主要是一些商法学者。该观点最早由程合红所提出。<sup>(8)</sup>理论上,之所以作出如此判断主要是基于以下原因:一是在市场经济条件下,传统民法所规定的以自然人为原点而设计的人格权保护制度体系具有局限性,在商事领域,人格利益领域出现了很多新的变化,传统的人格权理论框架和规范体系无法有效应对。而商事人格权概念和相应的理论体系能够给商业经营主体的具有人格权内容的商业利益提供分析框架。二是从商誉权本身特点来说,用传统的人格权理论、知识产权理论等无法解释商誉权所具有的一些独特特征。范健等学者也认为商誉权应当归属于商事人格权,但是与前述的观点不同的是,其认为商事人格权指的是商事主体所特有的经法律确认而以商事人格利益为客体的商事主体之商事法律人格所必备的基本权利。<sup>(9)</sup>

二是财产权说。该观点认为,企业名称权、企业商誉权都应该属于财产权而不是人身权或者其他权利。<sup>(10)</sup>持该观点者分析认为,其具有财产权的一般性质,能够占有、使用、收益和处分,并能够继承;其次,商誉权的承载主体是一个经济体,是经营者,为财产而生存,没有财产便没有存在之价值。持此观点者还进一步认为这种财产权是一种无形财产权,是工业产权。<sup>(11)</sup>另有持该观点的学者认为商誉权是一种无形财产权,是一种非物质形态的特殊财产,属于知识产权范畴。<sup>(12)</sup>吴汉东分析认为,商誉权是人格权的观点忽视甚至否定商誉权的财产权属性,这是该理

(3) 许中缘 《论商誉权的人格权法保护模式——以我国人格权法的制定为视角》,《现代法学》2013年第4期,第85页。

(4) 参见吴汉东 《论商誉权》,《中国法学》2001年第3期,第91页。

(5) 张新宝 《名誉权的法律保护》,中国政法大学出版社1997年版,第35页。

(6) 参见王娜加 《论侵害商誉权及其法律救济》,《内蒙古师范大学学报》1999年第1期,第21页。

(7) 参见前引(3),许中缘文,第86页。

(8) 参见程合红 《商事人格权论——人格权的经济利益内涵及其实现与保护》,中国人民大学出版社2002年版,第80页。

(9) 参见范健、王建文 《商法论》,高等教育出版社2003年版,第450页。

(10) 参见江平主编 《法人制度论》,中国政法大学出版社1994年版,第188页。

(11) 参见前引(10),江平书,第190页。

(12) 参见前引(4),吴汉东文,第93页。

论的致命缺陷；复合权说认为商誉权兼具人格权和财产权的双重属性，该认识是正确的，但是其具体观点的展开和分析论证却存在缺陷。

三是复合权利说。坚持复合权利说观点的学者认为商誉权是人格权和财产权的结合，商誉权具有人格权和财产权双重内容，但是也有对复合权利的内容持不同观点的学者，并因此而导致复合权利说之下还有很多亚复合权利说观点，有的主张知识产权兼人格权说，有的观点认为是知识产权说。当然，持该论者的观点之间也有差异。<sup>〔13〕</sup>

上述关于商誉权性质的各种观点都具有一定的道理，从不同侧面反映了商誉权的内在规定性和外在特征，相比较而言，将商誉权的性质认定为商事人格权的观点更值得赞同。对此除了已有研究者所提出的论据支撑之外，还有以下方面值得考量。首先，商誉权与一般人格权还是存在巨大差异，将其定位为商事人格权符合其本质特征。一般人格权是自然人所享有的、与自然人人身不可分离的专属性权利，虽然商誉权作为一种商事人格权与一般人格权有很大的相似性，商事人格权享有者一般是法人和非法人组织，也具有主体性，有意志和人格，但是这种意志和人格毕竟具有拟制性质，与自然人人格权显然不同。其次，将商誉权定位为商事人格权更有利于对商誉的保护。现有立法需要对商誉提供法律保护是经济发展的结果，采用人格权的保护方法，将其置于绝对权地位，能够对商誉权提供全面、有效的保护。再次，将商誉权性质定位为商事人格权符合立法的科学化和体系化要求。在商誉权一般人格权保护模式下，会出现内在体系的不协调。对于商誉，在早期，国内有学者就认为属于一般人格权范畴，这种认识今天看来确实存在值得商榷之处：首先，商誉权和法人名誉权在权利性质和主体范围方面存在差异。其次，基于商誉权的特殊性，应该建立与之相协调的规范体系加以调整。<sup>〔14〕</sup> 本文将从立法的科学化和体系化方面对商誉权的立法进行科学设计。

## 二、商誉权的本质为商事人格权

### （一）商誉利益保护的正当性

商誉利益保护的正当性评价应以商誉利益的正当性为基础。所谓利益的“正当性”可以作利益价值是否符合“正义”的理解。正义是评价利益正当性与否的程序，也是正当性评价的结果——正当利益；正义是权利的内核，亦是利益走向权利的桥梁。<sup>〔15〕</sup>

从国外的立法体例来看，对商誉权不同的立法模式反映出该国对商誉权保护正当性的追求。在大陆法系国家，德国和日本主要通过反不正当竞争法对商誉进行保护，而在法国则通过财产法进行保护，俄罗斯立法是用人格权来保护商誉权益。德国民法典未直接规定商誉或商誉权，对商誉的保护主要适用反不正当竞争法。德国在民法典中视商誉为企业信用的一部分，侵害企业信用就可能构成对企业名誉或商誉的侵害。如《德国民法典》第 824 条对信用损害作了具体规定，即只要违背事实声言或者传播不利于他人信用的，即使不知道不真实但应当知道，也应当承担相应的损害赔偿责任。同时，德国《反不正当竞争法》第 4 条规定了 11 种禁止损害企业信用的行为类型，第 5 条规定的“引人误解的广告”行为，以及第 6 条第（2）款规定的“比较广告”行为均属于不正当竞争行为。<sup>〔16〕</sup>

日本和德国类似，也是通过反不正当竞争法律规范保护商誉。日本 1993 年《不正当竞争防止法》不仅对以虚假标识方式损害他人商誉的行为作出了禁止性规定，还对不正当竞争行为的

〔13〕参见前引〔4〕，吴汉东文，第 93 页。

〔14〕参见前引〔5〕，张新宝书，第 112 页。

〔15〕参见彭诚信《从利益到权利——以正义为中介与内核》，《法制与社会发展》2004 年第 5 期，第 73 页。

〔16〕参见张春艳《我国知识产权停止侵害救济例外的现实困境及突围》，《当代法学》2017 年第 5 期，第 117 页。

侵权损害承担方式作了较为详尽的规定。其中,在侵权行为人主观存在过错的情况下,法院可以根据权利人诉求中所提及的民事责任承担方式取代损害赔偿金的承担方式。

法国在商法典第1编总论第4章“营业资产”部分中规定了营业资产,形成商誉的无形财产权保护模式。尽管民事立法上没有提及商誉权概念,但法国物权法上具备庞杂的无形财产权体系,一类是以区分标记和智力创造成果作为标的,其主要表现为经营垄断权;另一类则是以顾客为标的,表现为一种顾客权利。法国法上,顾客权利和“营业资产”结为一体。“营业资产”既是一类财产群,也是一类顾客群,即企业营业资产的价值取决于其对顾客的吸引力。<sup>(17)</sup> 法国法上的营业资产法律制度设计是以商事主体的无形资产为核心,保护的是商事主体获得顾客和营利的权利。本质上,这类对顾客群的占有正是权利人商誉的体现。

俄罗斯在对商誉权进行保护的模式上采用的是名誉权的立法模式,即以名誉权的保护实现对商誉权的保护。其民法上未规定商誉权概念,而是视商业信誉为名誉权一部分,并归入精神损害赔偿范畴。<sup>(18)</sup>

英美法系通过判例确定了商誉作为商主体财产权的保护模式。在英国,起初“商誉”和“名誉”交织在一起,仿冒之诉保护的商誉被视为企业名誉的一部分。1620年法庭认为商誉是名誉的一类,即“顾客的友善看法与惠顾”。<sup>(19)</sup> 1810年,Crutwell案中法官Eldon提出传统的商誉概念,即“老顾客倾向于去老地方的可能性”。<sup>(20)</sup> 1901年的“税收专员诉穆勒案”中,商誉突出的财产属性使其成为不同于名誉的独立概念,法庭将商誉进一步阐述为“形成习惯的吸引人的力量”或者“企业的良好名声、声誉和往来关系带来的惠益和优势”。1915年,“斯伯丁诉加米奇”案提供了20世纪仿冒侵权的框架,确定了商誉概念,商誉被认为是与消费者相关的财产权。<sup>(21)</sup> 1990年,英国最高法院在“瑞克特·克尔曼有限责任公司诉保尔顿股份公司及其他侵权者”案中确立了仿冒他人商品、侵害商誉权的民事责任原则。<sup>(22)</sup> 通过该判例,英国正式明确仿冒诉讼的救济包括仿冒他人商品侵犯商誉权的行为。

在美国,法院将“商誉”视为一类“财产权”加以保护。在1993年的Newark Morning Ledger Co.案中,美国最高法院充分肯定了商誉的财产性,即“商誉是指立足并超越于资金股票等实体财产、源于前期消费者的恩惠和依赖而产生的利益”。<sup>(23)</sup> 同时,美国法院认定侵犯商誉的行为构成不正当竞争,除了可以援引先前判例,还可以适用州、联邦的成文法予以规范,如《联邦贸易委员会法》、《联邦商标反淡化法》、《兰哈姆法》和《统一欺骗贸易行为法》等。另外,针对侵权行为不同,相关救济规定也不同。一是商业标识的淡化行为。对于将他人商标或商号作可能引起混淆性的使用或将他人商标或商号作淡化使用,权利人可以根据《兰哈姆法》申请禁止令,可以请求取得因侵权行为而产生的全部利润和损害赔偿或取得其中之一。<sup>(24)</sup> 二是欺骗替代行为。三是商业诽谤和虚伪宣传行为。

(17) 参见尹田《法国物权法》,法律出版社2009年版,第59页、第63页、第64页。

(18) 参见前引〔3〕,许中缘文,第87页。

(19) Broad v. Jollyfe, Cro. Lac. 565, 79 Eng. Reprint 509 (1620), J. Thomas Mc-Carthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Volume 1, pp. 2-3. 转自前引〔8〕,程合红书,第75页。

(20) Crutwell v. Lye, 17 Ves. Jr. 335, 34 Eng. Reprint 129 (1810). 转自李阎霞《论商标与商誉》,知识产权出版社2014年版,第3页。

(21) 参见李艳《论英国商标法与反不正当竞争法的关系》,《知识产权》2011年第1期,第106页。

(22) 参见前引〔4〕,吴汉东文,第94页。

(23) Newark Morning Ledger Co. v. United States, 507 U. S. 546 (1993). 转自李国庆《美国商标许可合同中商誉制度评述》,《知识产权》2013年第12期,第98页。

(24) 参见【美】查尔斯·R·麦克马尼斯《不公平贸易行为概论》,陈宗胜、王利华、侯利宏译,中国社会科学出版社1997年版,第115页、第118页。

## (二) 商誉权采用商事人格权保护模式的可行性

### 1. 民事权利体系的开放性

各国立法中，民事权利体系都具有开放性，这能够保证随着社会的变化，新型权利能够纳入权利保护体系中去。我国《民法总则》第126条和《侵权责任法》第2条以“概括+列举”的方式保持了民事权益体系的开放性和包容性。随着社会经济发展，不断出现的新型民事权利需要纳入私法的保护范围，诸多未明确列举的民事权益将可能成为私法的保护对象。商誉作为商业经营活动中一种重要的商事利益对经营者十分重要，因此各国都将其纳入权利保护体系，我国自然也不例外。值得注意的是，我国在商誉权保护的国际实践中一直不断探索并取得进步。根据我国和瑞典、荷兰等国签订的双边投资保护协定规定，商誉是可作价出资的资产，具有转让的可行性。商誉的地域性是指商誉同企业地址和营业活动等要素紧密联系，且同一企业不同营业地区的商誉相互独立。显然，传统理论中的商誉地域性已在网络环境影响下有所减弱，因此在立法上我们必须予以应对。

### 2. 域外成熟立法经验可资借鉴

权利客体制度的发展趋势表明，商誉这类无形财产已经为传统的权利客体体系所接纳，成为成熟市场经济中重要的私权类型。俄罗斯在民商法律中虽未规定商誉的概念，但已明确提及商誉信息，并针对侵害商誉的行为确立了相关损害赔偿规定。在法国，顾客权利和营业权利主要是由营业资产法律规范规定。顾客权利和商誉权益类似，属于民事主体重要的无形财产权，都直接表现为顾客等社会公众对特定主体的经营性评价，而且该类评价直接决定特定主体的营业资产情况。

### 3. 对商誉权采取商事人格权保护是权利类型化的要求

面对不断发生变化的客观环境，相对滞后的成文立法有其独特的应对方式，即权利的类型化区分处理。域外成熟立法经验表明，商誉利益是一个能够加以类型化的、为法律所认可和保护的独立权利形态。对商誉提供法律保护也是社会经济发展条件所决定的，将实践着的社会关系上升为法律，是法律发展的基本动力。商誉作为一种新型的权利类型，对其提供法律保护，反过来也推动社会的发展和进步。<sup>(25)</sup>

## (三) 商誉权采用商事人格权保护模式的价值性

商誉利益保护的价值即是商誉利益的社会意义所在。商誉利益的价值性主要体现在：一是商誉是能够评估且能够被商业利用的财产。商誉的财产价值能够通过会计计量予以明确，经营主体的整体商誉能够整体转让，且经营主体能够通过许可使用商誉载体获得一定的经济效益，发挥商誉在境外作价出资等资本作用。另外，商誉能够提高商事主体之间交易和合作的效率，有助于引导诚信交易行为，保障交易和合作的安全。二是商誉是经营者各类有形财产与无形财产优势的集合。所以，相较于一般财产，商誉的形成和维持都较为困难。同时，竞争对手或他人通过模仿、复制或盗用等不正当手段能够侵犯到的只是整体商誉的一部分，无法模仿、复制或盗用完整的商誉。因此，商誉是经营主体维持和提升核心竞争力的基本保证。三是商誉能够通过经营活动不断叠加，产生积累效益，形成百年老字号、传统秘方等高质量商誉。

从国外的实践经验来看，在市场经济条件下，商誉保护的价值性还突出表现为商誉的可资本化的财产价值。世界范围内，主要的英美法系国家和大陆法系国家正在积极应对商誉的资本化。早在1896年，美国密苏里州上诉法院在Beebe诉Hatfield一案的审理中就已经承认“公司商誉具有市场价值，可以用来交换另一公司的股票”。<sup>(26)</sup>

<sup>(25)</sup>参见前引〔4〕，吴汉东文，第94页。

<sup>(26)</sup>胡震远《论商誉权的资本能力》，《电子知识产权》2012年第5期，第61页。

英国则在《公司法》第 582 条（支付方式的一般规则）规定，“一家公司分配的股份，以及对他们的任何溢价，可以用金钱或金钱价值来支付（包括商誉和专有技术）”。不惟如此，商誉的资本能力在大陆法系国家也得到了普遍承认。德国判例和学说认为，“营业”将各个现物出资标的物都包含在其整体中，故商号权、商业信誉、交易关系自然可以用作出资。

瑞士的情形与德国相仿，有形标的物、物权、役权、用益权、无形价值、各类请求权、其他权利以及物的全体都可以作为现物资本。其中，无形价值包括商号、商标及关于擅长的领域，多数学说认为仅限于伴随营业自身出资的场合可以获得承认，而物的全体包括营业全体、破产财团等。<sup>[27]</sup>

在日本，现物出资的财产包括动产、不动产、矿业权、无形财产权、国债、公司债、专有技术、没有转让限制的股权、营业整体等，即物的全体。<sup>[28]</sup>另外，为鼓励企业自愿增加减排的投资，有学者认为因自愿减排产生的“绿色商誉”可以通过资本化的途径为企业产生实际的直接经济收益，即自愿减排的投资可以被视为“绿色商誉”，并视为一类市场期权。

尽管商誉资本化在理论层面不存在障碍，但实践仍有问题。商誉的财产本质和信息形态决定商誉出资在实践中不仅需要面对商誉交付和财产价值评估等问题，还需要处理商誉出资后的风险分担问题。因此，商誉出资的实践障碍破解离不开其他社会制度的支撑，如社会征信法律体系和“失信被执行人”名单公布机制等诚信制度。

### 三、《民法典》编纂背景下商誉权的立法模式设计

#### （一）我国商誉权保护立法模式的缺陷

##### 1. 立法规范呈现“碎片化”

我国现有民事法律规范没有明确使用商誉权概念，在各民事单行法中，对商誉的概念使用和保护均有涉及，但未形成体系化保护。一是 2017 年 10 月 1 日开始实施的《民法总则》，其第 110 条第 2 款保留了《民法通则》第 101 条、第 102 条关于法人享有名誉权和荣誉权的规定，同时一并规定法人、非法人组织享有的名称权，延续了以法人人格权保护商誉的模式。二是新修订的《反不正当竞争法》第 11 条保留了关于禁止损害竞争对手“商业信誉”和“商品声誉”的规定，明确禁止编造、传播虚假信息或者误导性信息，对经营者商誉予以部分保护。三是《商标法》中的法律规范对商誉侵权损害赔偿救济的相关规定。如《商标法》第 13 条和第 63 条确定了驰名商标的跨类保护规则，为注册的驰名商标确立了反淡化保护规则，并明确了商标侵权损害赔偿的范围和方式。对商誉权缺乏明确的立法规定，相关立法又比较分散，这就将商誉权的保护置于不利境地。当前我们正在进行民法典立法，应该借此契机，重新考虑其定位，对其进行体系化规定，主要包括：一是明确商誉权的性质和立法定位；二是考虑商誉权规定置于何处，即是放在民法典中还是放在商事通则中？商誉权毕竟是在商业经营活动中产生的，因此在一些商事特别法中对商誉加以规定自然不能回避，所以如何在体系上实现规则之间的协调统一也必须加以考虑。

##### 2. 商誉权相关权利保护不协调

商誉权的保护源于对其性质的科学界定和理论体系的完整架构。目前我国民事基本法未对“商誉权”作一般规定，不同学说对商誉权法律属性的认识也不尽一致。商誉权益的保护分散规定于民事法律、经济法律等法律规范中，立法上从防止不正当竞争侵权、商誉侵权行为犯罪化和

[27][日] 志村治美 《现物出资研究》，于敏译，法律出版社 2001 年版，第 140-143 页。

[28] 赵旭东 《新公司法制度设计》，法律出版社 2006 年版，第 281 页。

防止商誉载体侵权三方面对商誉权益予以保护。而这些保护并没有关于商誉的权利属性的界定,使得商誉权以及与之类似的相关规定在法律保护中并不统一。

### 3. 商誉权损害法律救济机制存在不足

对商誉的法律保护,既有公法的手段,也有私法保护方法。<sup>(29)</sup>从整体上讲,二者必须相互为用,相得益彰,从而实现对商誉权的全面保护。但是,由于历史的局限,加之学术界对商誉法律问题研究相对落后,我国法律对商誉法律保护的设计缺乏科学性。我国当前主要通过不同法律载体对商誉加以保护,《反不正当竞争法》、《侵权责任法》、《商标法》、《广告法》等法律规范均成为司法裁判的依据,但是这些救济机制均有不足,问题主要有:(1)现行侵权责任法保护方式的滞后。当前,我国现有法律对商誉权的保护主要集中在《侵权责任法》、《反不正当竞争法》中,但侵权法保护规则相对落后,缺乏侵权责任法作为损害救济法对商誉权保护的核心作用,不能适应现代商业社会对其保护的需求。主要体现在:一是侵权主体范围狭窄。《反不正当竞争法》规制对象为经营者的不正当竞争行为。但是,商誉侵权主体并非仅有经营者。一方面,侵犯商誉的主体广泛,另一方面,商誉侵权主体可能是和权利人不具有竞争关系的其他民事主体,如媒体不实报道。二是侵权行为类型单一。《反不正当竞争法》规定编造、传播虚假信息或者误导性信息属于禁止的商誉侵权行为类型,事实上,商誉侵权行为不仅只是编造、传播信息这些类型。三是适用名誉权损害赔偿制度保护商誉具有明显的局限性,各经营主体的商誉权都应得到保护。商誉侵权损害赔偿适用名誉权损害赔偿的规定由《民法总则》确立。但是,《反不正当竞争法》第2条规定经营者包括自然人、法人和非法人组织。因此,不仅是法人,自然人和非法人组织的商誉也应受到“一视同仁”的保护。一方面,根据名誉权损害赔偿相关规定,自然人名誉侵权适用精神损害赔偿规则,而法人和非法人组织则不能。<sup>(30)</sup>另一方面,名誉权损害赔偿的范围和数额是按照因侵权造成的客户退货、解除合同等损失予以确定。作为保护商誉的规则,并未认识到商誉能为权利主体带来预期收益的特点,缺少对商誉权人受侵害后预期可得利益丧失的保护。<sup>(31)</sup>(2)通过知识产权法手段的保护规范也存在不足。商誉作为一种类知识产权的财产权利,知识产权法律应该对之进行规定并予以保护,但是当前知识产权法律规范并没有对商誉进行专门保护,其保护主要是集中于商誉载体的权利方面。这就存在诸多不足:一方面,缺少确权保护,另一方面,知识产权法律规范规制的商誉侵权行为类型有限,不少侵权行为既侵犯了载体的相关权利,又构成对该载体商誉的侵犯。但是,侵犯载体商誉的行为则无法适用知识产权法律规范明确其应承担的民事责任。

## (二) 我国商誉权立法的设计方案

### 1. 明确商誉权的商事人格权性质

不同法域对于商誉权法律属性的认识存在差异,但是最终都会结合各国法律体系的实际情况而做出立法模式选择,笔者对此已有阐述。就我国而言,在立法上要将商誉权明确写入法律条文之中,首先要考虑我国实行民商合一的立法体例,因此在民法典中如何规定商誉权就极为重要了。因为商誉权的商事人格权的特性,可以考虑将商誉权规定在人格权编中,规定“法人、非法人组织享有商业名称、商业信用、商业名誉等商业人格权益”,与民事主体的人格权利保护规定相并列。

将商誉权规定在人格权编中具有十分重要的理论意义:首先,它对明确商誉权的性质,统一

<sup>(29)</sup>对商誉的保护,除了私法的手段之外,尚有公法如行政法、刑法的保护手段。总体上说,公法的调整保护主要是通过公共权力的介入对违法行为人加以制裁,但并不对商誉权享有者直接保护,实际上是一种间接保护。笔者在本文中对公法保护不予讨论。

<sup>(30)</sup>参见《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第5条。

<sup>(31)</sup>参见《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释》第10条。

我国商事人格权立法具有方向意义。其次，将商誉权规定在人格权编中，在民法典中进行规定，既符合民商合一的立法模式，同时也能够使得民法典的体系更加完整，实现立法的体系化和科学化。再次，将商誉权置于民法典人格权编中，能够更明确凸显商誉权的特点和法律地位。

## 2. 在侵权责任法编中建立侵犯商誉权的救济机制

为衔接民法典人格权编确立的商誉权之规定，相关民事法律也应分别调整，如在侵权责任编规定商誉损害救济制度，形成体系化保护，在侵权责任编中明确保护商誉权益。除了《侵权责任法》已经列举的 18 项权益之外，还包括其他的人身、财产权益，因此，为提供商誉侵权救济，应在该条增加规定“商誉权”，与人格权编中相关规定相协调，将商誉权与名誉权、荣誉权、商标专用权、专利权等并列规定，也可以避免商誉权保护和人格权保护或知识产权保护的混同。

## 3. 在未来的《商事通则》中具体规定商誉权

对商誉权的保护仅仅依靠上述规范设计安排还不够。目前，我国立法部门和学界都在酝酿制定《商事通则》，如果这一立法目标得以实现，未来应当在《商事通则》中对商事人格权以及商事人格权所包含的商业名称权、商业信用权、商业信息权、商业信誉权等进行详细规定。同时，商誉权也有丰富的内涵，如果对之加以列举性规定，对于商誉权的保护将更为有利。

# 结 语

对私权的保护是社会主义法治建设的重要内容，是实现法治文明的重要标志。<sup>(32)</sup> 商誉权是商事经营者所享有的一项重要的商业人格权利，对其提供法律保护是必然要求。我国目前正在进行民法典的编纂工作，这也是完善商誉权利保护立法，对商誉进行私法保护的良好时机。大陆法系国家的民法立法遵循民事权利保护的立法路径，我国在民法典编纂中也沿袭了这一作法。但是在具体的编纂过程中如何给商誉权进行定位并建立体系化的保护规则却并非易事。商誉权的体系化需要解决几个方面的问题：首先是其相关规定必须在我国目前的民商合一的背景下来设计。根据大陆法系的立法经验，未经体系化的权利不能成为法定权利从而不能得到法律的保护；同时即便成为法定权利，也要符合体系化的要求。关于商誉权的保护规则，笔者认为，将其规定在民法典中更为可取。但是，一个不容忽视的问题是，商誉权毕竟是与商事主体从事商业经营活动密切相关的一种权利，在国际立法中也具有趋同性，并在商业中广泛实践。在世界范围内，商誉已经成为经营者参与市场角逐的重要竞争力。所以，仅在民法典中加以规定还不够，还要在其他商事特别法中加以规定。其次，在商誉权的救济方面主要依靠侵权法规则。如前所述，商誉权的本质是商誉主体享有的特殊经济利益，在市场行为中，若商誉权招致侵害，受害人可以依据侵权法的规定来加以救济。另外，在完善私法保护手段的同时，仍然要重视公法保护，使两道保护防线形成合力。

责任编辑：王国柱

(32) 参见王国柱、李建华《中国特色社会主义知识产权法学理论研究》，《当代法学》2013年第1期，第13页。