

# 论商誉权及其民法典的定位

肖楚钢

(中南财经政法大学 法学院, 武汉 430073)

内容提要：商誉权规范具有相当的时代价值与实践需求。商誉权的独特性表现在主体和客体的特殊性，商誉权的客体是商誉利益，包含人格利益和财产利益，二者不是简单的正相关。立法机关应当准许商誉权发生限制性让与，意思自治原则要求商誉权的限制性让与具备足够的开放性。民商合一的民法总则能够明确商誉权主体范围，涵括商事主体，实现民法典对商誉权主体的周延调整；人格权编应规定商誉权的权利内容，商誉权排他性权能以商誉维护权为典型，商誉权利用性权能主要包括商誉保有、商誉调整权、商誉转让权、商誉继承权；商誉侵权通常应采过错责任原则，损害赔偿的统一救济规则应根据主体和客体的特殊属性，参考我国司法实务与国外判例的经验总结。

关键词：商誉权；民法典；民法总则；人格权编；侵权责任编

中图分类号：DF59；D923.8 文献标识码：A 文章编号：1001-148X (2020) 01-0138-08

DOI:10.13902/j.cnki.syyj.2020.01.016

“谭秦东损害鸿茅药酒商品声誉案”揭示商誉权的缺位容易“鼓励”当事人通过刑事渠道解决纠纷，间接引发公权力扩张。“360 扣扣保镖”软件商业诋毁纠纷案、陈永洲诋毁中联重科损害商业信誉案、加多宝与广药包装装潢纠纷案，等等，显示商誉纠纷中冲突各方的利益没有得到平衡的关键性。理论虽然承认商誉权的研究价值，学者也意识到人格权单独成编是为人格权发展留足空间<sup>[1]</sup>，但《民法典人格权编（草案）（二次审议稿）》仍然遗漏商誉权，体现出一定的理论不足。由于公权力边界的清晰程度取决于私权体系的完备性与具体权利的明确性，对于商誉权理论的检讨因而也具有理论价值和现实意义，尤其在商誉权的特殊属性、时代价值、立法规则方面，值得进一步探讨。

## 一、商誉权的特殊属性

商誉权的特殊属性是立法政策考量的前提，也影响商誉权的体系定位及制度建构。一般认为，商誉主要是对企业法人经营活动方面的社会评价，法人商誉权与法人名誉权之间是种属关系不是等同关系<sup>[2]</sup>，我国民商合一立法模式下的民法人格权足以涵盖商誉权<sup>[3]</sup>。由此可见，商誉权相比法人或自然人名誉权确实具有明显的财产性，但商誉权

同时还有两大更为特殊的属性，一是主体和客体特殊，二是可以限制性让与。

### （一）商誉权的特殊权利属性

商誉权的独特性表现为主体和客体的特殊性。商誉权的主体有别于通常的民事主体或商事主体。2017 年《民法总则》通过后，商誉权主体应包括营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人（例如有线电视台、无线广播台、网络电视台）、个体工商户、农村承包经营户、从事某项特定职业或实施经营性活动的自然人等。与此同时，商誉权的客体不是商誉而是商誉利益，商誉利益包含人格利益和财产利益。其中人格利益主要体现为商誉权的排他性，营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人等排他性的人格利益始于设立登记，从事某项特定职业或实施经营性活动的自然人排他性的人格利益源于法律的直接规定。商誉财产利益是商誉权主体基于社会的总体评价而享有的支配性财产利益，但容易遭受许多不确定因素的伤害。不稳定性是商誉财产利益的特征之一，社会总体评价极易受到许多干扰因素的影响而大幅变化，货币价值形式的商誉财产利益因而可以出现较大波动。例如，上市公司总市值的很大比例都属于商誉财产利益<sup>[4]</sup>，2017 年“辉山乳业”股价暴跌也说明股票价值受该上市公司未来现金流

收稿日期：2019-08-30

作者简介：肖楚钢（1991-），男，湖南衡阳人，中南财经政法大学法学院博士研究生，研究方向：民商法学。

基金项目：国家社会科学基金重大项目，项目编号：18ZDA151。

折现值的影响,反映社会投资者的期望或“评价”,体现商誉财产利益主要由社会对其的总体评价决定。

商誉人格利益与商誉财产利益互相交连,不是简单的正相关。不同于商誉权复合权利的定义和理解,商誉人格利益与财产利益虽然也存在一定互动,但并不是仅仅以人格性为基础的同时包含财产性,而是可以彼此区分。商誉人格利益和商誉财产利益的增减往往彼此独立、互不影响,商誉人格利益的增减不会导致商誉财产利益的增减,商誉财产利益的增减也不会使得商誉人格利益增减。例如,王老吉公司向灾区捐款一个亿的新闻仅是对企业道德的评价<sup>①</sup>,只会增加企业人格利益,而不会增加财产利益;但宣传王老吉凉茶具有极佳降火功效时,就会增加企业财产利益,而不会增加人格利益。又如,富士康工厂被指“黑砖窑”的报道若违背或夸大事实仅会导致企业人格利益降低,财产利益不会由此减少。因为富士康公司基本不会出于此类道德性报道失去贸易机会。但是,对于产品质量或服务水平的评价则会直接影响财产利益,若其被指产品材质健康超标,很有可能丧失大量合作机会,公司股票也很可能由此大跌,直接损害公司及股东的财产利益。

商誉权的特殊性决定了商誉权保护模式的特殊性。司法实务大多采取名誉权的方式保护商誉权,基本上无法实现权益的充分救济,根本原因在于商誉人格利益与财产利益并非简单的正相关关系,不是恢复商誉人格利益就能恢复商誉财产利益。由于名誉权只具有人格利益而不包含财产利益<sup>[5]</sup>,名誉权主体或商誉人格利益受到侵害一般也只发生人格利益的减损,名誉权保护模式因而可以提供充分救济。对此,名誉权救济的适用范围似乎也可以扩大到对营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人等商誉权主体人格利益的保护。但与此同时,仍然应当另行规定商誉权财产利益的救济方式,以实现商誉人格利益和财产利益的周延保护:当商誉财产利益单独遭受侵害,或商誉财产利益与人格利益共同遭受侵害时,适用商誉权保护模式,其中商誉财产利益损害应当单独计算;当商誉权主体的人格利益单独遭受侵害时,商誉权可以类推适用现行名誉权保护的方式。

商誉权的特殊性保障了商誉权可以具备独立性,商誉人格利益和商誉财产利益的统一性表现为互相交连,但在利益受到不同类型侵害时又可以彼此区分。其中,商誉财产利益是商品质量、服

务水平相关的社会评价。除非回到计划经济时代,人们除了关注商品或服务的价格因素以外,往往考虑商品质量和服务水平,这是任何理性消费者的行为倾向,也是商品或服务提供者商誉财产利益存续的基础。商誉财产利益因而具有直接的财产性;但是,商誉人格利益是商誉主体品格、企业道德、社会责任相关的社会评价。这类社会评价往往只会成为人们茶余饭后的谈资,不会改变理性消费者的基本行为倾向,这是商誉人格利益存续的基础,也是商誉人格利益只具有间接财产性的原因。例如,当下逐渐盛行的“996工作制”不一定能让消费者改变或放弃在淘宝、京东网购的消费习惯与行为,但销售假货劣货很有可能可以。这一定程度上也是商誉人格利益和商誉财产利益互相交连,但又可以彼此区分的体现。

## (二) 商誉权的限制性让与

立法机关应当准许商誉权发生限制性让与。作为商誉权的客体,商誉利益关系到商誉权利的让与人和受让人,商誉权限制性让与的效力应予承认。这是由于人格权让与的绝对禁止早已受到挑战<sup>②</sup>,德国法院否认物权效力的授权契约是对人格权经济利益的忽视,既妨碍受让人也难以保障人格权主体利益。理论界在批评的同时提出“限制性让与”,以实现权利的经济价值,平衡限制性让与人和受让人利益<sup>③</sup>。正如我国台湾地区学者谢铭洋教授所言“尝试突破人格权绝对不得让与之藩篱,并肯定物权性质授权契约之效力,以兼顾人格权人与被授权人之利益”<sup>[6]</sup>。而且,商誉权客体的财产利益与人格利益互相交连的关系也可以解释商誉权的限制性让与,商誉人格利益与财产利益在商誉权移转前后保持交连状态,只发生商誉权主体的变更。例如,企业能够与另一企业签订商誉转让合同,但需连同营业、商号、商标之类的全部或者部分载体,合同必须明确约定商誉转让才会发生限制性让与的法律效果。商誉利益连同全部或部分载体一并转让给商誉受让人,商誉受让人因而可以基于商誉让与合同取得商誉利益,既包括支配利用性的财产性利益,也包括排他防御性的人格性利益。

商誉人格利益与财产利益“适度分离”也是商誉利益关系的内容,这种“适度分离”的情形属于商誉权发生移转的中间形态。当被继承人主体资格消灭时,实施经营性活动的自然人的商誉权表现为继承权能,继承人继承被继承人商誉权中的财产利益,商誉权因原权利人主体资格的丧

失（自然人因死亡而丧失以及协议或判决离婚而丧失共有关系），使得被继承人商誉权中的财产利益与人格利益相分离，但此时商誉财产利益并未消灭，而与新权利人（原权利人的继承人或与原权利人有特定身份关系的共有人）的人格利益互相交连形成新的商誉利益。可见，“适度分离”的商誉利益关系才是电子商铺过户之后“信用”等级维持不变的法理基础。

意思自治原则要求商誉权的限制性让与具有足够的开放性。如今商誉已经成为电子商铺乃至一般实体商家最有价值的要素之一，是消费者购物和消费的重要考虑内容。对于电子商务平台及其签约商户而言，商誉还是应该概括为社会对其从事商事经营活动、提供商品质量或者服务水平的总体评价，既包括消费者的购物或消费评价，也包括淘宝网、美团网等主体的考核评价内容。这些“品质外观”对于消费者的行为选择具有重要影响。同时，随着经济和社会的快速发展，客观的现实生活也对商誉利益的规范化提出了更为明显的制度需求。例如，2013年淘宝网公布三种情形下的电子商铺过户类型，包括协议离婚、判决离婚以及法定继承。对于淘宝网电子商铺而言，阿里公司基于庞大的卖家数量，改变先前“绝对禁止转让”，采取当前“限制情形过户”，一定程度上也是承认商誉权的限制性让与。但从社会发展与实践需求的长远和现实视角来看<sup>④</sup>，还是应当在符合一定规范条件下，准许电子商铺实行更为自由的商誉转让，所谓淘宝网的自身“信用体系”应当让位于更高价值的私法自治。

## 二、商誉权的时代价值

商誉权是商品经济和市场经济的现实权利，也是改善营商环境的关键内容，具有足够的时代价值与实践需求。商誉权规范不仅属于商业营法规的组成部分，也应成为民商事法规的重要内容。商誉权不同于名誉权，立法忽视这项实际存在的权利虽然不甚合理，但单独成编的人格权可以也应当细致地规范人格权的类型、内容、行使和保护等问题<sup>[1]</sup>，以此为商誉权规则的发展与完善提供真正的空间。商誉权的时代价值主要体现在两个方面，一是丰富人格权理论，兼顾民商立法体例，二是实现良法治理，适应经济和社会的实践发展。

### （一）丰富人格权理论

商誉权的理论研究是丰富人格权理论的应然要求。英美法系国家不严格区分人身权利和财产

权利，英国普通法只能把商誉带来的利益作为特殊财产，通过财产法途径解决部分人格权保护的问题<sup>[7]</sup>。大陆法系国家虽然严格区分人身权与财产权，但民法传统理论在人格权研究领域相对财产权仍有许多不足，即便在大陆法系国家或地区因而也没有将商誉权确认为一项具体人格权的先例。1963年荷兰学者赫尔曼·科恩·叶荷拉姆（Herman Cohen Jehoram）在“商誉权”（Goodwillrecht）一文中指责新民法典提案对于商誉问题的矛盾规定，以及商誉权这一主观权利被忽视，但荷兰民法典最终还是未能确认商誉权<sup>[8]</sup>。为避免我国民法典陷入类似困境或留下几十年也无法弥补的遗憾，确有必要正视商誉权的价值，丰富当前人格权理论。实际上，人格权的理论困境也被学者发现：“具体人格权概念和逻辑不甚清晰、人格权的类型化研究不足、人格权的权利义务不够具体、个人利益和群体利益的平衡有待努力、人格利益层次性保护尚显空白”<sup>[9]</sup>。而且，对于各项具体人格权的权能、效力和限制等确权规则来说，民法总则的简单列举无法周延涵括，民法典分则编中各项具体人格权的内容、效力与限制规则仍有设置的必要<sup>[10]</sup>。

商誉权的制度安排应当顾及我国民商事立法体例和传统。商法学者通常将商誉权视为商法人格权<sup>[11]</sup>，但有无必要创设商法人格权这样的权利类型学界却有较大分歧。主流民法学者持反对意见“无需叠床架屋地再创造出新的权利类型”<sup>[12]</sup>。我国立法实践中民事权利与商事权利差异确实较小，可以采用民法理论弥补两者权能差异，因而不宜通过商事立法确认新型民事权利。实际上，通过人格权编的民法典分则体系构造商誉权的权利内容更为可取。原因不仅在于人格权单独成编更符合科学体系的民法典理念、更契合民法典的内在逻辑，也是出于单独成编的人格权规范是对民法通则人格权制度立法经验的继受与发展<sup>[13]</sup>。同时，民法典分则编的结构也会影响商誉权的设置。对于权利内容而言，商誉权具体权能的构造应以满足权利行使和保护为目标，将权利内容规定在民法典分则的人格权编更为合适。这是由于，无论合同编或侵权责任编都无法确立人格权种类及权利类型，不能确认具体人格权的具体权能与权利冲突规则，司法实务难免陷入法官裁量权过大的困境<sup>[14]</sup>。由此可见，民法典分则的人格权编应该确认包括商誉权在内的具体人格权，商誉权的权利内容归于人格权编是丰富私权体系的举措，既为商誉权内容提供规范空间，也为商誉利益提供权

利保护的基础。

## (二) 实现良法治理

司法机关、行政机关乃至社会组织都属于国家实现良法治理的组成部分，但商誉纠纷的实务处理显示不少问题。从2017年最高法院对王老吉加多宝系列案件的最终判决，再到2018年网易考拉海购质疑中消协所使用的鉴定机构不具资格。这类判决和事件一方面反映出法院判决作为社会公平正义的最后一道防线，在很大程度上已经受到了既有理论<sup>⑤</sup>和成文法律规定的内容限制<sup>[15]</sup>，近年最高法院的部分判决也给市场和实践留下隐患<sup>⑥</sup>。另一方面说明某项法律规则的缺失不免间接“指引”私法主体甚至公法主体实施一些不法行为，公安机关跨省追捕的真实案例已不在少数。对此，司法判决不能突破立法规定，也无法解决法律制度规则的缺漏，审判机关对案件事实的认定与判决却可以揭示成文法国家法律规则的实质缺陷。正是在这样立法、司法和执法的现实背景下，经过民法典确认的商誉权规范因而才可能发挥其功能价值，以良法善治的方式实现国家治理能力现代化的目标。

商誉权规范是适应经济和社会发展的必要规则。电子商务的兴起促进了经济社会的发展和进步，商业兴旺是经济繁荣与产业结构转型升级的重要原因，但也带来我国企业信用和商誉保护需求的急剧增加。由于人们在信息时代中获取网络资讯的门槛越来越低，掌握和传播网络信息的便捷度大幅提升，商誉权利人被不当言论、不实之词等网络谣言侵害商誉利益的现象因而也愈发普遍，甚至演变为某些主体常见的恶性竞争手段。对于商誉权主体而言，商誉权利人其实也不限于营利法人，而是一个更为庞大的群体。除了营利法人，具有经营活动的非营利法人、非法人组织，商业实践广泛存在的淘宝网电子商铺卖家、闲置交易平台卖家，生活实践的会计师、律师、医师、教师等特定职业工作者都是实际拥有商誉利益的主体。这些从业者可以丰富和便捷人们的经济社会生活，多元化的商誉权主体能给人们提供多样化的行为选择。商誉权的确立可以为这些商誉权主体提供完整的私权保护，使这些市场经济主体、传统领域工作者和新兴经济主体都能良好的市场环境中更好地服务于经济社会发展。

商誉权的特殊性和时代性共同决定了商誉权应该具有独立性，尤其在信息网络和全球营商环境有待改善的背景下，司法实务类推名誉权的保

护模式无法有效救济商誉价值，现行公法规范也不能充分化解商誉纠纷各方利益不平衡的根本问题。而且，政府推行“大众创业、万众创新”政策下的整个社会同样需要商誉权具有独立性，这是由于大家普遍都是彼此商品或服务的劳动提供者，都直接或间接享有商誉利益，都需要商誉权规则提供法制保障。

## 三、商誉权的民法典定位

确认商誉权的法律地位一直都是理论界的共识，不少学者建言献策，例如，在民法典知识产权编确立商誉权<sup>[16]</sup>，通过反不正当竞争法和反垄断法规定商誉权<sup>[17]</sup>，设立商（事）法通则确认商誉权<sup>[18]</sup>，把商誉权规定于人格权编<sup>[19]</sup>，将商誉权具体归入人格权编内“法人人格权”下的“人格发展权”<sup>[20]</sup>。但是，这些建议基本没有提出完整的立法设计，也缺乏关于商誉权内容和主体的明确定义与范围。

### (一) 民法总则规范商誉权主体

民法总则能否规定商誉或商誉权存在一些学理争议，但都不是否认民法总则规范商誉权主体的理由。有德国学者认为总则部分可以明确规定商誉“在法人的社会形象或者商誉受到侵害的情况下，法人是人格权的主体”<sup>[21]</sup>。也有学者提出：“在民法典总则中对商誉权进行原则性规定，并以此统领其他法律法规中有关保护商誉权的具体规定”<sup>[22]</sup>。但还有学者出于民法典的整体性反对将商誉权置于民法总则，以防止浪费立法资源和拆散人格权规定，避免增加不同主体准用的情形和司法实践的困扰<sup>[3]</sup>。但是，权利的制度安排应该首先考虑权利主体、内容与法典篇章结构的逻辑关系，整体性并不是民法典的唯一特征，对于权利的概括也不能只是罗列出一个用语。由此，民法总则可以设置兼具逻辑性和明确性的商誉权主体制度，因为民法总则的主体制度能够最大程度涵盖商誉权的主体范围，也能为商誉权内容归入人格权编、商誉损害赔偿归入侵权责任编，甚至商誉权的限制性让与归于合同编调整作好制度铺垫。而且，从民商合一视角下的权利主体制度出发，民法总则只是明确商誉权主体范围，不是概括一个商誉或商誉权的用语，不会造成主体准用的增多，反而能让商事主体涵括其中，实现民法典对商誉权主体的周延调整。

对于民事主体制度而言，商誉权主体应包括营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人、个体工商户、农村承包经营户、从事某项特定

职业或实施经营性活动的自然人。其中，有经营活动的非营利法人如有线电视台、无线广播台、网络电视台等；从事某项特定职业的自然人如会计师、律师、医师等；实施经营性活动的自然人如淘宝网店主、微信微店店主、闲置交易平台店主等。随着我国乡村振兴战略的逐步展开和农民集体所有权市场化需求的显现，农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、新型农业经营主体也应属于商誉权的主体范围。农村土地作为农产品的直接生产地或加工地，也属于农业相关经营者商誉利益的当然构成要素。例如，福岛核泄漏事故导致日本福岛、茨城、栃木、群马、千叶等地出产的农产品遭到不少国家明确抵制，商誉价值一落千丈。而实际上，主体范围的不尽相同，正是商誉权主体无法等同于商事（法）主体的关键。与此同时，不同商誉权主体分别享有的特定商誉权权能也应充分考量。实施经营性活动的自然人应享有商誉继承权、商誉转让权等商誉权的支配利用性权能，以及商誉维护权；从事某项特定职业的自然人出于职业的人身依附属性而不能享有商誉继承权和商誉转让权，但可以享有商誉维护权、商誉保有权等；营利法人享有商誉转让权、商誉维护权等而无法享有商誉继承权。但由于民法总则主体制度不适合规定具体权利内容，因而可在人格权编加以规定，以衔接民法总则的主体规范。

由此而言，可在今后的修法进程中，通过民法总则主体制度明确商誉权的主体范围，具体列举商誉权主体的典型分类，同时保持适当开放性，以涵盖未来可能出现的新型商誉权主体。为了兼顾民法总则对主体制度的修订，可以在修法文本中增设一条两款：（1）商誉权主体包括营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人、个体工商户、农村承包经营户、从事某项特定职业或实施经营性活动的自然人等；（2）农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、新型农业经营主体等，适用于前款规定。

## （二）人格权编确立商誉权内容

人格权编规定商誉权的权利内容，是权利属性和立法技术的必然要求。民法人格权的本质属性决定了商誉权属于人格权范畴，商誉权的财产性特征既不能否定其在人格权编的合理定位，也无法让商誉权纳入物债二分的财产权体系<sup>[23]</sup>。一方面，商誉权的特殊权利属性和具体特征使得商誉权的内容难以完全编排于民法总则或其他分则，相比民法总则和其他分则各编，人格权编能够在

立法结构和篇幅上容纳商誉权的各项具体规定。因为人格权编主要为权利的具体规范，侵权责任编作为权利救济规则无法从地位上或功能上取代它<sup>[24]</sup>，即便是民法总则、合同编、物权编也无法替代人格权编明确商誉权的内容及权能。另一方面，将商誉权的内容定位于人格权编符合立法的现实性和可操作性，人格权编能够考虑和设置商誉权的特殊性质与内容权能，预留足够立法空间，也可兼顾法律条文间的逻辑性、法律体系间的整体性和法律适用的便捷性。

商誉财产利益也会影响商誉权的准确定位。有学者认为商誉财产利益是通过具体经济活动能够转化而成的非直接财产利益<sup>[25]</sup>，也有学者提出商誉财产利益是直接的财产性利益<sup>[3]</sup>，乃至已由直接财产利益嬗变成为财产权<sup>[26]</sup>。还有学者认为对于特定职业自然人的社会评价只具有间接财产性而不包括直接财产利益<sup>[11]</sup>。作为商誉权的客体之一，商誉财产利益是不是具有直接财产性，能不能让商誉权嬗变为财产权，应当回到商誉权客体进行判断。商誉权客体是商誉利益，商誉利益包括商誉人格利益和商誉财产利益，其中的财产利益可以分为直接财产利益和间接财产利益，间接财产利益虽然是没有经济内容的利益，但对经济效益可能具有一定影响<sup>[5]</sup>。直接财产利益属于含有经济内容的物质利益，物质利益的表现形式主要包括对企业净资产的直接增减、对财产利益的积极增加或消极减少、对财产利益增加的消极减少等。商誉财产利益因而具有直接财产性。例如，对于商誉权主体道德性的不实指责只会侵犯名誉权，只能损害权利主体的人格利益和间接财产利益。但专业性或经营性的不实指责就会侵犯商誉权，同时损害权利主体的商誉人格利益和财产利益（包含直接财产利益和间接财产利益）。但是，商誉财产利益的直接财产性无法将商誉权转变为财产权，因为商誉人格利益始终存在。

商誉权与商誉权的权能是本质与形式的关系，商誉权权能是商誉权的表现形式。曾有学者把商誉权的内容归纳为“商誉保有权、商誉维护权、商誉利用权”<sup>[22]</sup>，但商誉权的内容与商誉权的表现形式（各项权能）之间其实不可分离。例如，当商誉权人在行使具有排他性的商誉维护权时，商誉权就表现为商誉权维护的权能形态，当商誉权人在行使具有利用性的商誉利用权时，商誉权就表现为商誉利用权。商誉权具有多种权能是表明商誉权人在选择和确定实现商誉权的具体方式上

享有多种选择可能,不代表商誉权人可以使得商誉权同时呈现多种权能。商誉权的权能因而也不止于前述“商誉保有、商誉维护、商誉利用”三种。事实上,但凡能够归于商誉权排他性或商誉权利用性的权利都是商誉权的权能,各项权能应当保持商誉权的性质,即排他性或利用性,这些商誉权能实际上组成了商誉权的内容。

商誉权可以分为排他性和利用性两大类权能:排他性权能以商誉维护权为典型,利用性权能主要包括商誉保有、商誉调整、商誉转让、商誉继承。其中,商誉维护权是商誉权为绝对权、对世权的呈现形态,商誉权人以外的主体均为义务人,任何单位和个人都负有不得侵害权利人商誉的法定义务;商誉保有应该解释为商誉权人以保持商誉为目的,依法享有实施一定积极行为和采取一定防范措施的权利<sup>⑦</sup>;商誉调整是商誉权人在自己经营、管理的过程和范围中,主动针对内部经营、管理活动进行调整的权利,相比商誉保有体现出更大的内部性。例如,2015年2月阿里公司公布大数据打假模式,同年5月推出“卖家治理卖家制度”,8月继续上线英文版TaoProtect系统,提供给商家举报涉嫌侵犯知识产权、商标、专利的数据平台;商誉转让的限制是要求商誉权必须与营业转让、商号转让、商标转让或者姓名、肖像、商号授权许可使用的人格权有限转让相结合,但不因某一载体转让就推定商誉权也随之转让,商誉权是否随载体转让必须明确规定于转让合同;商誉权人有权签订商誉赠与合同,但赠与主体限于实施经营性活动的自然人,从事某项特定职业的自然人不能成为商誉赠与的主体;商誉继承权也应限制,自然人不能继承被继承人基于特定职业(如会计师、律师、医师等)而享有的商誉,但实施经营性活动的自然人(如淘宝网店主、微信微店店主、闲置交易平台店主等)可以成为被继承人。

由此而言,作为一项特殊的民法人格权,商誉权独特的权利内容决定了该项权利应当规定于民法典人格权编。基于上述理由,可在民法典《人格权编》增设一条三款有关商誉权性质和内容的规定:(1)商誉权是营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人、从事某项特定职业或实施经营性活动的自然人等主体基于所获得的社会总体评价而享有的具备财产价值的排他性权利;(2)营利法人、非法人组织、有经营活动的非营利法人等主体对于拥有的商誉,依法享有维护、保

有、调整、利用等排他性和支配性的权利;(3)实施经营性活动的自然人可以依法转让、赠与享有的商誉,也可以由其继承人依法继承。

### (三) 侵权编明确商誉损害赔偿

侵权责任编确定商誉损害赔偿规则首先可以发挥私权救济优势。侵权责任编的民事责任承担方式较为全面,能够给予商誉权利人比较充分的救济途径,弥补反不正当竞争法和刑法等公法对于商誉权利人保护的不足。侵权责任编应建立商誉权的保护机制也是学者共识,但不少观点仅停留在权利用语的罗列层面。例如,将商誉权、营业权等商事主体享有的商誉权益纳入侵权责任法第2条第2款的调整范围<sup>[27]</sup>,将商誉权与名誉权、荣誉权、商标专用权、专利权等并列规定于侵权责任编,形成体系化保护<sup>[19]</sup>。现有研究基本没有阐述如何具体衔接民法典人格权编和其他各分则编,没有论及侵害商誉权的归责原则,没有明确商誉损失应该如何赔偿,立法规则缺乏可操作性。

商誉权规则也涉及总则与分则、分则与分则的协调,影响侵权责任编与人格权编、民法总则的关系。对于商誉权是否能够在人格权法中适用人格权请求权,要从立法技术上考量人格权请求权与侵权请求权的选择编排与取舍<sup>[28]</sup>,就目前人格权编草案来看,适用侵权请求权或许更为适当。从价值理念和规范内容分析,两法均体现人文关怀的价值理念,区别在于侵权法注重事后损害赔偿,主要规范权利的保护范围和责任形式,人格权法侧重规定人格权的具体类型与权能、权利行使与冲突规则<sup>[29]</sup>。侵权责任编因而应当主要承担损害赔偿、保护救济的规范任务,为避免重复规定和浪费立法资源,可以将商誉权损害赔偿的规定完全纳入侵权责任编,采用侵权请求权模式。

商誉侵权通常应采过错责任原则。在我国现行侵权责任法的多元归责体系下,一般商誉侵权案件应适用过错责任原则,不仅是出于过错责任原则能体现法律尊重人们行为的相对自由,以利确认人们行为规范,展现法律制裁的教育和预防功能,也是民法公平原则的反映。另一方面,无过错责任原则往往以补偿经济地位较弱的受害人为目标,以社会整体利益平衡为度量,是伴随工业革命而来并且夹杂社会学痕迹的制度产物<sup>[30]</sup>。而且,无过错责任存在“不利于发挥民事责任的教育和预防作用、缺乏弹性、自身逻辑矛盾”的缺陷,过错推定责任仅为认定过错责任的特殊方法而未曾脱离过错责任的轨道,没有缩小过错责任

原则的适用范围<sup>[31]</sup>。可见一般商誉侵权纠纷不符合无过错责任原则的设立意旨，也没有采取无过错责任原则的现实需求。但是，对于特殊情形的商誉侵权类型，例如上市公司与上市公司之间的商誉侵权纠纷是否需要采用过错推定的归责原则，存在竞争关系的经营者之间，如网络电商平台与有相同相近品牌或业务的实体经营者，有无适用过错推定责任的制度需求。在这些情形下采取过错推定责任是不是能更好地规范企业之间的商业竞争行为，能不能给消费者提供更优质、更丰富、更实惠的商品或服务，还是可以留给学理和判例予以探讨与发展。

侵权责任编的核心价值是明确侵权责任，预防和制裁侵权行为、保护合法权益。作为私权保障法，侵权责任法主要是为遭受侵害的民事权益提供救济，民事责任的要义也在填补损害<sup>[32]</sup>。但是，现有理论仍未提出商誉损害的统一救济方案与标准。例如，对于因素多元且因果关系较难证明的情形，可由法官自由裁量<sup>[33]</sup>；通过法律直接规定的形式，解决难以确定实际损失的商誉侵权纠纷<sup>[34]</sup>；法院和仲裁庭对于商誉损害纠纷可以采纳专家证言、经济金融数据、市场调查分析、商业记录等举证<sup>[35]</sup>；借鉴美国法院对于商誉价值评估的参考因素，完善商誉修复合理费用，采用会计估价法证明损害<sup>[36]</sup>。对此，立法机关可以根据商誉权主体和客体的特殊属性，参考我国司法实务与国外判例的经验总结，明确商誉损害赔偿的统一救济规则：上市公司商誉遭受侵害的，采取我国会计法律法规明确的计量方法，法院可以借鉴“事件研究法”原理，参考美国法院通过判例承认的“直接资本总额法”或“超额收益算法”<sup>[4]</sup>，确定商誉损失的具体数额；一般商誉损害的赔偿方法采取填补性损害赔偿；特定自然人的商誉损害可以根据损害后果的严重程度确定损失数额<sup>[37]</sup>。

基于以上分析，《侵权责任编》可以增设一条四款规定：（1）上市公司商誉损害金额根据我国会计法律法规确定，人民法院应当基于事件研究法原理，权衡直接资本总额法和超额收益算法，确定上市公司的商誉损失；（2）一般商誉损害因商誉权人生产、经营、销售遭受的损失，通过由侵权而致客户退货、解除合同等损失综合确定；（3）实施经营性活动的自然人遭受商誉侵害时，适用前款规定；（4）从事某项特定职业的自然人由于商誉侵权发生用人单位解除劳动合同等严重后果的损失，参照用人单位违法解除劳动合同应支付

的赔偿金确定。

#### 四、结语

商誉权规范确立于民法典，不仅是完善我国民事法律制度的选择，也是丰富我国私权体系的举措。作为一项私权利，商誉权理应划清主体范围，展开具体权利内容，明确救济途径与方法。确立商誉权规则的价值不止是保护和规范商誉权主体的利益与行为，也包括商誉权主体聘用的劳动者、投资商誉权主体的投资者，甚至对商誉权主体提出批评意见的评论者，实现各方利益平衡。作为一部权利法，民法典确认权利的内容、权能、效力和限制等规则，也有规范公权力的意义，因为只有私权体系和内容足够完备与具体，私权利才能成为防止公权力轻易启动的边界。

习近平新时代中国特色社会主义思想强调对公平正义、人民为本、良法善治和依法治国的追求，精髓是以人民为中心，内核是以权利为本位。商誉权的民法典定位符合社会经济发展的时代潮流，也契合以人民为中心的精髓实质和以权利为本位的价值内核。商誉权规则理应成为优化和改善我国企业营商环境的重要保障，商誉权的规则构建对于保有、留存和发展国内优质企业，防止大量外资企业转移生产线具有现实意义，希望以上分析和建议能够引起国家立法机关的热切关注。

注释：

- ① 企业道德与公司应承担的社会责任密切相关。参见《中华人民共和国公司法》第5条。
- ② 债权效力的授权原则上没有问题，但能否订立物权效力的人格权部分内容的让与契约却有争议。参见谢铭洋，智慧财产权基本问题研究[M]，台北：翰芦图书出版有限公司，1999：61。
- ③ “限制性让与”也称“限制让与”（beschränkte Übertragung）是指权利人依照权利内容、依时间或地区移转让与他人，待受让人取得权利的原因消灭后，权利自动回归至原权利人。参见谢铭洋，智慧财产权法[M]，台北：元照出版有限公司，2016：284-296。
- ④ 例如，淘宝网店铺确实存在转让的现象与需求。据笔者调查，2018年淘宝网“四钻”商铺转让价约1.2万元，而网络店铺经营者所付出的体力与脑力劳动程度已不亚于实体店经营者。
- ⑤ 相较而言，我国台湾地区学者使用“母权和子权”的方式理解“限制让与”。例如“在授权之情形授权人虽将其使用权让与被授权人行使，但授权人仍然保有智慧财产权之‘母权’，而被授权人所取得者仅为‘子权’，

嗣后子权消灭,授权人仍然可以回复其完整之权利,是以授权被认为是“限制让与”。参见谢铭洋.智慧财产权法[M].台北:元照出版有限公司,2016:296.

- ⑥ “这一判决看似解决了其权利归属纠纷,但却留下隐患”。参见曹新明.知名商品特有包装装潢权益归属理论探析[J].法律科学(西北政法大学学报)2018(6).
- ⑦ 例如,香港维他奶公司曾经耗费巨额资金收回数百万瓶流入市面的豆奶并予销毁,避免经营多年的商誉一夜之间化为乌有。参见郑成思.论知识产权的评估[J].法律科学(西北政法大学学报),1998(1).

参考文献:

- [1] 王利明.使人格权在民法典中独立成编[J].当代法学,2018(3):3-11.
- [2] 王利明.人格权法[M].北京:中国人民大学出版社,2016:276.
- [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[J].现代法学,2013(4):82-92.
- [4] [美]梅尔林·德·维利尔斯.侵害公司名誉权所产生的损害赔偿[J].广州:中山大学出版社,2011:112-120.
- [5] 马俊驹,余延满.民法原论[M].北京:法律出版社,2010:142.
- [6] 谢铭洋.智慧财产权基本问题研究[M].台北:翰芦图书出版有限公司,1999:61.
- [7] 马俊驹.人格与人格权立法模式探讨[J].重庆大学学报(社会科学版),2016(1):184-196.
- [8] 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[M].北京:中国人民大学出版社,2002:80.
- [9] 孟勤国.人格权独立成编是中国民法典的不二选择[J].东方法学,2017(6):80-84.
- [10] 王叶刚.人格权确权与人格权法独立成编——以个人信息权为例[J].东方法学,2017(6):107-112.
- [11] 范健,王建文.商法的价值、源流及本体(第二版)[M].北京:中国人民大学出版社,2007:325.
- [12] 姚辉.关于人格权商业化利用的若干问题[J].法学论坛,2011(6):10-16.
- [13] 王利明.试论人格权的新发展[J].法商研究,2006(5):16-28.
- [14] 王利明.再论人格权的独立成编[J].法商研究,2012(1):19-25.
- [15] 谢铭洋.智慧财产权法[M].台北:元照出版有限公司,2016:284-296.
- [16] 郑成思.民法草案与知识产权篇的专家建议稿[J].政法论坛,2003(1):36-49.
- [17] 于新循.商誉及商誉权之法律归位分析[J].求索,2007(3):113-115.
- [18] 《商事通则》调研组.<中华人民共和国商事通则>建议稿[A].王保树.商事法论集(第20卷)[C].北京:法律出版社,2012:2.
- [19] 王崇敏,郑志涛.商誉权的法律性质和立法模式探究[J].当代法学,2018(6):71-78.
- [20] 许中缘,颜克云.论法人名誉权、法人人格权与我国民法典[J].法学杂志,2016(4):37-48.
- [21] [德]托马斯·莱赛尔.未来民法典总则中法人的一般条款[M]//张怀岭,译.王洪亮,田士永,朱庆育,等.中德私法研究(15)民商合一与分立.北京:北京大学出版社,2017:197.
- [22] 郑新建.商誉权的法律保护[M].北京:中国人民公安大学出版社,2010:53-349.
- [23] 税兵.商誉权探微[J].甘肃政法学院学报,2004(6):23-27.
- [24] 王利明.人格权法制定中的几个问题[J].暨南学报,2012(3):2-8.
- [25] 王娜加.论侵害商誉权及其法律救济[J].内蒙古师大学报(哲学社会科学版),1999(3):20-24.
- [26] 吴汉东.试论人格利益和无形财产利益的权利构造——以法人人格权为研究对象[J].法商研究,2012(1):26-31.
- [27] 许中缘,黄娉慧.民商合一视角下的侵权责任法编商事立法研究[J].法治研究,2018(3):31-43.
- [28] 马俊驹.人格和人格权理论讲稿[M].北京:法律出版社,2009:343-344.
- [29] 王利明.独立成编的人格权法与侵权责任法的关系[J].社会科学战线,2012(2):192-199.
- [30] 张新宝.侵权责任法[M].北京:中国人民大学出版社,2006:23-26.
- [31] 王卫国.过错责任原则:第三次勃兴[M].北京:中国法制出版社,2000:167-171.
- [32] 张新宝.侵权责任法原理[M].北京:中国人民大学出版社,2005:11.
- [33] 赵震江,孙海龙.商誉及其侵权损害赔偿的理论和实践[J].现代法学,2000(6):40-43.
- [34] 郑新建.商誉损害赔偿若干问题研究[J].河北法学,2006(7):49-52.
- [35] 刘瑛.CISG项下违约商誉损失赔偿实证研究[J].理论与现代化,2011(6):79-85.
- [36] 黄骥.论我国商誉损害赔偿计算规则的完善——以美国相关规则为借鉴[J].知识产权,2015(10):45-54.
- [37] 肖楚钢.商誉损害赔偿的民法典路径[J].法治论坛,2017(1):54-66.

(责任编辑:李江)