

商誉侵权及其司法救济 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_95_86_E8_AA_89_E4_BE_B5_E6_c122_483385.htm 知识经济的一个突出特点是：企业资产从有形化向无形化方向发展。在企业总资产中，无形资产的比重逐渐超过有形资产。在发达国家的一些高科技企业中，这种趋势尤为明显，企业的无形资产已占到资产总额的50%~70%，其中一部分就是商誉。随着激烈竞争的市场经济的发展，商誉作为一种重要的无形财产，越来越受到各界的重视；商誉侵权和商誉损害赔偿纠纷日益增多，但对商誉侵权的法律研究却是少之又少。本文试从学科交叉（会计学与法学）和司法实践的角度论述如下：一、商誉的概念及其法律特征 商誉是什么？目前尚无明确的法律定义。有人认为：商誉，是企业拥有或控制却无法具体辨认的，能够对企业获得社会必要收益能力产生影响的诸要素综合的资本化价值。商誉的价值，反映了一个企业包括管理水平、经营业绩、销售网络、内部控制、人员素质、地理环境、历史声誉等诸多因素在内的整体素质，同时它也体现了企业未来的发展前景（“对企业商誉的价值评估探讨”周承霖刘敏杨华武汉工业学院）。也有人将商誉主体扩大，认为“商誉是指某行业或企业在生产、经营、服务中所形成的品质，是社会各方面特别是消费者对该行业或企业的评价，是该行业或企业的名誉、信誉和声誉的综合表现。”（赵振江孙海龙“商誉及其侵害赔偿的理论和实践”《现代法学》2000年第三期）。还有人从会计角度定义，认为“商誉通常是指企业所处的地理位置优越，或由于信誉好而获利了客户信任，或由于

组织得当、生产经营效益高，或由于技术先进，掌握了生产诀窍等原因而形成的无形价值。这种无形价值表现在企业的获利能力超过了企业的获利水平。”（财政部注册会计师考试委员会办公室编《'98年度注册会计师全国统一考试指定辅导教材?D?D会计》P177页）或曰商誉是不能确指和辨认又不能单独购进、出售或转让的无形资产，在会计上通常把商誉称为购买其它企业时成本超过净资产的差额。上述定义和描述，虽然角度不同，概括有异，赵振江，孙海龙二位学者还似嫌失之过宽，但在商誉是一种非常重要产权、是知识产权的重要组成部分、属于无形资产这一点上，却是有着共识的。据美国证券交易委员会的统计资料,1998年美国有1106家公司的商誉资产超过其总资产的50%，商誉总额为890亿美元,而1992年，则有1451家公司的商誉资产超过其总资产的50%，商誉总额高达1580亿美元。由此可见,随着科学技术的进步和市场竞争的加剧，高新技术不断渗透企业，企业的资产结构发生了明显的变化，无形资产急剧上升，达到了举足轻重的地位。但商誉因其特殊的性质及特点，即其形成因素的复杂性、为企业带来未来经济利益的极不稳定性、及其无法与企业整体脱离单独计价的特性，使得商誉的确认计量长期以来成为理论界争论的焦点，也就成了商誉侵权赔偿司法实践的一大难题。作为一种无形资产，商誉有其鲜明的特性：（1）非实体性 一方面商誉没有人们感官可感触的物质形态，人们只能从观念上感觉它，它或者表现为人们心目中的一种形象，或者以社会对对象的一种整体评价的形式表现为一种社会关系范畴。另一方面，它在使用过程中没有有形损耗，报废时也无残值。我国《企业会计制度》第四十三条则规定为

：“无形资产，是指企业为生产商品或者提供劳务、出租给他人、或为管理目的而持有的、没有实物形态的非货币性长期资产。”商誉就符合此规定。（2）依附性 商誉内含于企业整体形象和资产组合之中，虽不具有独立实体却无法离开实体。其价值必须依托一定的实体 - 企业及其表现形式（如产品、服务或商号）才能实现，二者的关系有如锐利之于锋刃，一旦与企业剥离则烟消云散，一文不值。（3）不确定性从会计学角度上看，可以说从未有一个问题像商誉这样让人困扰、引人关注。这是由于商誉不但是一种主观评价，是由多种因素形成的，而且这种评价始终处于动态变化之中，所以，一方面，它的有效期受技术进步和市场变化的影响很难准确地加以确定；另一方面，由于有效期的不确定，加上影响企业未来收益因素的多元化，它给企业带来的未来收益也很不稳定。（当然，商誉的难以确定性是就其动态性质而言，商誉具有相对稳定性，可以评估，可以量化。此点下文再谈。）（4）共享性 商誉可以由几个主体同时共有。如体现在商标上的商誉，经转让后受让企业就可以与出让企业同时享有；体现在企业名称中的商誉也可以因为企业并购而与被并购的企业共同享有。改革开放以后，外资企业、民营企业与国有企业合资，利用国有企业的技术人才和销售网络研制和推销自己的产品，很快地占领国内市场。这在相当程度上是得力于共享国企多年来耗费巨资创造的商誉的结果。（5）人身性 无形资产往往被特定主体垄断占有，具体表现为以下几个方面：有些无形资产在法律制度的保护下，禁止非持有人无偿地取得，排斥他人的非法竞争，如专利权；有些无形资产的独占权虽不受法律保护，但只要能确保秘密不泄露于

外界，实际上也能独占，如专有技术；还有些无形资产不能与企业整体相分离，除非整个企业权转让，否则别人无法获得，商誉就是如此。商誉具有人身性和财产性双重结合的属性。商誉与权利主体人身不可分离，总是和从事生产，经营，服务的生产经营者联系在一起，表现了生产经营者的人格权，甚至与生产经营者的法定代表人和业务骨干的人格魅力及业务水平密不可分。（6）高效性 商誉能给企业带来远远高于其成本的经济利益。企业的商誉越好，则其获利能力越强，而且往往与实体产品不成比例，如某些名牌产品，与它们在成为名牌之前，品质方面未必有多少差异，但价格差异却非常大。反之，企业的商誉如果不佳，则其获利能力就弱，市场竞争能力也就越差。（7）可增值性 企业商誉价值的变化与企业存在的时间成正比，由于它是企业在长期生产经营过程中逐渐积累起来的一种无形资产资源，通常年限越久，价值越大，除非企业由于经营管理不善，产品品质或服务质量下降。美国可口可乐商标1994年评估价值为360亿美元，1999年6月为838.5亿美元。可以说这种增值绝大部分来源于该公司的商誉。所以说在知识经济时代商誉具有明显的增值性。（8）可比性差 商誉的交换价值横向比较的难度很大。一方面，商誉都是“这一个”，在市场上很难找到与它相同的参照品，因而没有市场价值可供比照；另一方面，商誉仅对特定的企业有意义，转让和变现能力极差，因此商誉在价值上横向比较非常困难。还必须指出的是，商誉还呈现出“建树缓慢，丧失迅速”的特点。往往多年成之不足，一朝毁之有余。现已破产的南京冠生园食品公司就是一例。

二、商誉的评估

虽然商誉本身没有财产的实体形态，但是它的潜在

价值则反映了权利人的财产利益，是社会成员对商誉主体的经营能力，生产水平，资信状态，商品品质、服务态度等整体经营素质的评价。良好的商誉的产生是一个创造性的过程，而且需要花费巨大代价，商誉既是生产经营者的财富和荣誉又是经营者市场竞争中重要的无形资产和立足的支柱，对经营者的市场生存和发展至关重要。但由于在理论界和司法界对商誉及商誉损害赔偿问题认识上的不一致，特别是因技术原因导致的商誉侵权案件往往十分复杂，加之实践中即使被侵权方的经济损失或侵权方的获利可以查清，但被侵权方的商誉作为无形资产的间接损失也难以计算。不过，由于商誉的价值首先体现在商标和商号的价值上（必须指出的是：商誉可以体现在商标上，但二者是包容关系：商誉是包括商标在内的。作为消费者或者顾客对生产经营者的商誉的看法，往往首先是看有关的商标及有关的厂商，企业的商号，商标和商号在许多时候将成为影响商誉的主要因素。），而商标和商号的价值是可以评估的；此外，商誉的评估还应包括生产经营者的营销网络（营销渠道、具有识别性的营业点等），以及研究与开发状况和法定代表人及有关业务骨干的声誉等。所以可采用资产评估的方法对商誉价值加以确定，从而确定侵权人的赔偿数额。司法实践中一般应采用收益现值法。收益现值法是一种以“效用决定论”为基础的价格评估方法，以商誉在未来时期所能给企业经济活动带来的效益来确定其价值。而在具体操作上，一般以超额收益法为宜。依据超额收益、资本化率、无风险报酬率以及收益年期四个基本因素的影响，来确定该企业所拥有的商誉的价值，及该价值受损的程度。然而由于商誉是企业拥有或控制却无法具体

辨认的综合资本化价值。商誉的价值，反映的是企业包括管理水平、经营业绩、销售网络、内部控制、人员素质、地理环境、历史声誉等诸多因素在内的整体素质，体现的是企业未来的发展前景。如何建立一个有效、统一的能科学、公正、合理、客观地反映商誉价值的评估模式，是目前评估界仍需探索的问题。

三、商誉侵权的司法救济原则

1. 归责原则

商誉侵权的行为多种多样，但不外乎两大类：一是来自于竞争对手的，与《反不正当竞争法》所列举的并无二致；二是来自于用户或消费者，如前些年一用户在网络上对恒升笔记本电脑的所为，再如2001年底到2002年初武汉野生动物园一奔驰车消费者砸车的新闻炒作。其构成要件与一般侵权法相同，由于法律专门规定的阙如，司法实践中对知识产权(包括商誉)侵权的归责原则的适用也就往往是参照名誉侵权的过错归责原则或过错推定原则处理。这一作法实际上是存在弊端的。首先，由于商誉权利的法律保护范围被他人无意及无过失闯入的可能性与实际机会，比物权等权利多得多，普遍得多，这种“无过错”给他人知识产权造成损害的“普遍性”，就成了知识产权领域归责原则的特殊性。同时，在知识产权侵权纠纷中，被侵害人要证明侵害人“有过错”比后者证明自己“无过错”要困难得多，所以，对商誉侵权不能简单照搬名誉侵权的过错归责原则或过错推定原则。其侵权责任的归责原则应由法官视具体情况决定适用过错原则或一般过错推定原则。

2. 赔偿原则

依据《民法通则》第134条规定的承担民事责任的方式，针对商誉侵权的特殊情况，其承担民事责任的方式应该有：停止侵害；排除妨碍；消除影响、恢复名誉；赔偿损失；赔礼道歉。其中最难的是商誉侵害的损失赔

偿。笔者认为商誉损害赔偿司法救济原则有四：（一）全面赔偿原则。即根据受害人财产损失的大小，精神损害的大小，确定侵害人的民事赔偿的范围：既包括财产损失和精神损害，也包括直接损失和间接损失的赔偿。（二）赔偿客观损失原则。即客观受损是多少，就判令侵权人赔偿多少，而不考虑当事人经济状况。不少学者认为，侵权赔偿案件中，在确定侵害人的民事责任后，确定赔偿数额时，还必须考虑当事人的经济状况。理由是民事责任主要是一种财产责任，而损害赔偿的民事责任在性质上只能是一种财产责任。如果侵害人的经济状况较差，没有财产或财产很少，无力承担这种财产赔偿责任，对他们施以财产制裁实际上是不可能的。笔者认为，对有财产能力的商誉侵权者应当罚当其过自不待言，对没有多少财产能力的商誉侵权者也同样要罚当其过，因为侵犯商誉者往往就是没有多少财产能力的个人或组织，“罚当其力”的作法在无法掌握其财力的情况下无异于小罚大帮忙，就是要罚得无人敢以身试法，哪怕受损害方实际上的所得远低于判决结果，法律的震慑效果仍旧存在。具体操作中，可以分为两种情况。在可以量化的情况下，根据《反不正当竞争法》第20条的规定：“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”可以适用如下赔偿原则：1、填平原则，可以计算出受损数额时，侵害人的赔偿数额应等于受害人因此受到损失。计算方式可以参照最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解

释》第十条规定：“因名誉权受到侵害使用生产、经营、销售遭受损失予以赔偿的范围和数额，可以按照确因侵权而造成客户退货、解除合同等损失程度来适当确定。” 2、获利原则，被侵害人的损失难以计算而侵害人的获利却可以计算时，侵害人的赔偿数额为其在侵权期间所获得的利润。在无法量化的情况下，就可以采取惩罚原则，根据侵权行为人的主观恶性和侵权手段及客观影响给予其明显超过所得好处的惩罚。（三）精神抚慰与物资补偿相辅的原则，由于商誉很难像物质损害那样完全用数字来计算。受害人的损失的实质是由于侵权人的行为而使消费者在其心目降低了对受害人商誉的评价。所以此种物质赔偿的作用有二，一是给予受害方一定的经济补偿，二是通过经济补偿对受害人抚慰，以维护其在社会上的声誉。所以应当更注重运用《民法通则》规定的“消除影响、恢复名誉；赔礼道歉”三种救济方式。（四）自由裁量的原则，即在法律规定不具体也不完善、个案情况的差别又很大的情况下，由法官根据实际情况，围绕救济受害人和制裁侵权者的目的进行自由裁量。电话

: 13807349187 (0734) 8485116 (宅

) -----

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com