

司法实务精研系列

特许经营法律问题研究

何易○著

中国方正出版社

司 法 实 务 精 研 系 列

特许经营法律问题研究

何 易 ○ 著

中 国 方 正 出 版 社

Dissertation Submitted to Wuhan University
for Degree of S. J. D.

On the Legal Issues of Franchising By

He Yi

图书在版编目 (CIP) 数据

特许经营法律问题研究/何易著. -北京:中国方正出版社,2004.2
ISBN 7-80107-424-6

I. 特… II. 何… III. 特许-经营-法律-研究-中国
IV. D273.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 006761 号

特许经营法律问题研究

何易 著

责任编辑:许睿

出版发行:中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

发行部:(010) 66124758 门市部:(010) 63094573

编辑部:(010) 66158711 出版部:(010) 66510958

网 址:www.FZPress.com

责编 E-mail:XR@FZPress.com

经 销:新华书店

印 刷:北京金华印刷有限公司

开 本:880 毫米×1230 毫米 1/32

印 张:8

字 数:223 千字

版 次:2004 年 2 月第 1 版 2004 年 2 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-424-6

定价:15.00 元

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系退换)

前 言

20世纪80年代以来，特许经营在越来越多的国家得到了长足发展，并且在各国经济增长中扮演着举足轻重的角色。人们耳熟能详的知名跨国公司如麦当劳（McDonald's）、肯德基（KFC）、沃尔玛（WalMart）、家乐福（Carrefour）、假日酒店（Holiday Inns）等等无不采用了特许经营的模式。得益于特许经营的优势，这些跨国公司成功地将其商业网络延伸到世界的每一个角落。今天，当人们漫步在世界各地，随处都能见到这些特许商业存在，购买其标准化的产品或享受其优质的服务。可以毫不夸张地说，离开了特许经营这一伟大的商业制度发明，世界各国的商业、制造业和服务业就不可能取得过去20年间所取得的伟大成就。正是在这种意义上，《大趋势》的作者约翰·奈斯比特将特许经营称为人类有史以来最成功的经营理念。^①

自中国实行改革开放以来，流通领域的改革同其他方面的改革一样取得了令人称道的成就。就流通领域而言，特许经营的“拿来”为中国商业结构重组和国有企业的改革注入了新鲜的理论养料和全新的体制模本。可以说，特许经营的导入是中国中微观经济体制的一场革命，它对于企业重组、建立和完善市场经济秩序、提高知识产权保护水准以及提升中国的商业文明都会产生至深至巨的影响。

感谢风靡全球的麦当劳和肯德基，当它们在新奇的目光里落户中国时，带给我们的不仅仅是快餐文化的理念，更重要的是一种商业制度，一种在西方已有上百年成功实践而绝大多数中国人从未听说的制度。上个世纪的80年代，中国的一些企业如天津的“狗不理”包子、上海的

^① 刘文献主编：《中国特许经营大全》，中国财政经济出版社2002年版，序言第2页。



荣华炸鸡等率先尝试以特许经营方式开展业务，许多企业纷纷跟进，但是由于缺乏管理经验和人才，同时也缺乏成熟的法制环境，多数企业在一阵喧嚣之后沉寂下来。上个世纪的90年代见证了特许经营在中国的高速成长，一方面国际著名特许经营集团竞相抢占中国市场，另一方面国内企业也开始大举以特许经营方式实现重组和扩张，少数成功企业甚至尝试着向海外拓展，这一时期成功的案例有上海华联超市，马兰拉面，李宁服装等等。与此同时，特许经营的业态也从最初的餐饮、服装、超市扩展到服务业、汽车销售、酒店等多种业态。

值得指出的是，中国特许经营的实践暴露出一些问题，除了人们通常论及的缺乏国际知名企业和品牌、商业现代化程度低、硬件落后、缺少合格商业管理人才之外，社会公众对特许经营知识的普遍缺乏以及相关立法的滞后也是重大的制约因素——这也是一些市场转型国家在发展特许经营时面临的共性问题。中国“搞市场经济”的弊病之一就是“一哄而上”，一些人在缺乏必要的知识准备和市场调查的情况下匆匆跳进特许经营的大潮，结果很快被淘汰出局甚至被大潮吞没，正所谓“成也特许，败也特许”。要知道，任何商业制度都不可能没有风险，即使在成熟的市场经济国家如日本，像“八百伴”这样的特许业巨无霸也会“一着不慎，满盘皆输”^①，那些刚刚起步的特许从业者就可想而知了。有鉴于此，传播特许经营知识，加强对特许经营特别是特许经营法制的研究，并在此基础上探讨中国特许经营法制的完善之道就成为我写本文的原初动机。

初次对特许经营引起学术兴趣是在1999年夏天。我在浏览国际统一私法协会（UNIDROIT）的官方网站^②时得知该协会制定了一个叫做《国际分区特许协议指南》（Guide to International Master Franchise Arrangements，本文以下简称指南或UNIDROIT GUIDE）的文件，指南站在统一国际私法的角度，对特许经营的概念、特许经营的基本要素、

^① 郑灿朝等主编：“八百伴破产为我们留下什么”，《聚焦中国连锁业》，中国商业出版社1999年版，第198—204页。

^② UNIDROIT的官方网站为：<http://www.unidroit.org>



特许协议各方的权利和义务、特许经营的财务安排、特许经营中的知识产权问题、特许销售、保险、违约救济、国际特许经营的准据法和争议解决等等问题作了系统全面的阐释。这是国际社会第一次对国际特许经营进行全面深入的论述。指南不具有法律约束力，仅供订立国际分区特许协议者参考。但是考虑到两大法系一些基本法律概念和制度的区别对国际商事活动带来的不便，指南对消除法律冲突、发展和规范跨国特许经营活动、推广特许经营知识无疑具有开拓意义。

指南引发了我研究国际特许经营问题的兴趣，我遂将博士论文的选题定在了这一方向，并同我的博士研究生导师余劲松教授讨论选题。余教授在肯定该选题的同时也指出，这个课题前人研究较少，这就意味着资料比较难找，一定要充分搜集资料方可动笔。接下来的工作似乎印证了导师的“先见之明”，我搜遍了武汉大学图书馆，只找到两本参考书，年代还很早，在北京图书馆找到了第三本书，然而参考价值不大，UNIDROIT GUIDE 的英文文本连北京图书馆都没有，还是托同事从罗马捎回了一本。手头就寥寥三四本参考书，这论文怎么写？我一度产生了“知难而退”的情绪，可又心有不甘。写作就这样停顿了好久。2001年夏天我获得赴荷兰格罗宁根大学（University of Groningen）法学院攻读国际经济法与商法硕士学位（LL. M.）的机会，这使我的研究工作峰回路转。在格罗宁根大学图书馆和海牙和平宫图书馆，我检索到几百篇有关特许经营法的文献资料，包括特别有价值的“国际特许经营和销售法杂志（International Journal of Franchising and Distribution Law）”。从没有资料到资料多得难以取舍，我一方面固然十分欣喜，一方面又深感国内大学与欧洲大学的图书馆在硬件和软件方面的差距，这种差距使得国内一些社会科学的研究生们时常不得不徘徊在放纸堆里，做着低价值的重复劳动。

丰富的资料增强了我写作的信心，攻读 LL. M. 课程又给了我不少新的启发。比如欧盟竞争法，其中一个章节专门讨论特许经营与竞争法的关系，因为特许经营作为一种所谓“垂直协议（vertical agreement）”或“协同行为（concerted practice）”可能形成垄断或不正当竞争，必须用垄断法加以调整，因此在欧盟竞争法里就有专门调整特许经营的法



规。这给我的启发很大，因为法律“只不过是人们现实物质生活条件的反映”，只有在特许经营十分发达的成熟市场经济条件下立法者才会考虑从竞争法的角度去调整特许经营，而发展中国家因为特许经营起步晚，要鼓励、促进其发展，所以在他们的相关法律中就找不到竞争法的规范。要深刻理解法律，就必须深入研究其所由产生的具体物质生活条件，我相信这仍旧是法学研究方法论中最根本的一条，同时也是指导我的论文写作的基本准则。

我最终将博士论文的题目定为《特许经营法律问题研究》。所谓“特许经营”，简单地说就是这样一种经营模式：特许人将自己所有的经营模式、商标、服务标记、商号、产品、专利和专有技术中的一种或数种，以特许协议的方式授予受许人使用，受许人按照特许协议的约定，在特许体系统一的经营模式下从事经营，并向特许人支付相应的费用。所谓“法律问题研究”，表明本文将聚焦于特许经营所涉的法律方面，相关的经济学或企业管理问题不在讨论范围之内。实际上，国内市面上将特许经营作为一个经济或财经问题来研究的书籍已有不少，而将其作为法学课题来研究的，囿于见识，我尚未见到——尽管不能称之为所谓“填补空白”，但多少可以表明这一选题的点滴新意。

本文分为十章。第一章讨论了特许经营的概念、特征、分类及其历史发展，并从经济角度简要分析了这一体制的利弊。第二章主要介绍了特许经营立法状况，包括一些国家的国内专门立法、特许经营的行业自律规范和国际组织指定的一些不具有约束力的指南性文件。值得指出的是，这些指南性文件尽管没有法律约束力，但是对实践的指导作用却是不可忽视的。特许经营起源于美国，兴盛于欧美，后起于亚洲，因此本文当然少不了对美欧亚诸国特许经营法制的国别研究。从第三章至第七章，文章立足于特许协议特别是国际分区特许协议（合同法问题），从信息披露法、竞争法、知识产权法、公司法、税法等多个部门法的视角对特许经营体制展开分析。之所以从合同法入手，乃是因为特许经营从本质上说是通过特许协议将多个商业存在联结在一起的经营模式，研究特许经营首先就必须阐明特许协议各方当事人的权利义务关系。从合同法的角度来说，特许协议就是一种“有名合同”，这种合同除了具备一



般合同的共性特征之外，还有其独特之处，这从它与信息披露法、竞争法、知识产权法、公司法、国际税法等法律部门密切关系也可以看出来。因此，在合同法问题之后，文章接着从特许经营与其他几个部门法的结合部展开分析。接下来第八章讨论特许人对第三人的代负责任 (vicarious liability)，这是普通法中一个十分重要的问题，相信对中国今后的有关立法也具有借鉴意义。在论述完实体法问题之后，第九章对特许经营所涉的程序性问题，即准据法和争议解决机制进行了讨论。国际经济法是一个实践性很强的法学部门，理论研究应当“经世致用”，为此，最后在第十章探讨了进一步发展中国特许经营的战略与对策，以及完善中国特许经营立法的径路，以期对今后中国相关的法制建设有所助益。

目 录

前 言	(1)
第一章 特许经营制度概述	(1)
第一节 特许经营的概念、特征和分类	(1)
一、特许经营的概念	(1)
二、特许经营的特征	(3)
三、特许经营的分类	(7)
第二节 特许经营的发展历史及其国际化趋势	(11)
第三节 特许经营的优点与缺点	(15)
一、特许经营的优点	(15)
二、特许经营的缺点	(19)
第二章 特许经营的法律制度：国内立法、行业自律规范和	
国际规范	(22)
第一节 世界各主要国家的特许经营立法	(23)
一、美洲国家的立法：美国、加拿大、墨西哥、巴西	(23)
二、欧盟立法以及法国、西班牙、俄国等欧洲国家立法	(26)
三、澳大利亚的立法	(28)
四、亚洲国家的特许经营立法：日本、韩国、印度尼西亚、 马来西亚	(32)
第二节 特许经营的行业自律规范	(37)
一、国际性特许经营协会的自律规范：以 EFF《特许 经营伦理守则》为例	(38)



二、国内特许经营协会的自律规范：以 IFA《行为原则与标准守则》为例	(38)
第三节 特许经营的国际规范	(45)
一、国际统一私法协会及其《国际分区特许协议指南》	(45)
二、世界知识产权组织及其《特许经营指南》	(48)
三、《联合国国际货物销售合同公约》对国际特许经营的影响	(57)
四、世界贸易组织《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协定》对国际特许经营的影响	(59)
第三章 与特许经营有关的合同法问题：以 UNIDROIT 指南为例	(66)
第一节 特许协议概述	(66)
一、特许协议、分区特许协议和国际分区特许协议	(66)
二、开展国际特许经营的其他方式	(68)
三、分区特许经营的利弊分析	(70)
四、签订国际分区特许协议应考量的主要因素	(73)
第二节 分区特许协议中特许权授予的具体安排	(79)
第三节 主特许人的权利与义务	(86)
第四节 分特许人的权利和义务	(91)
第五节 分特许协议的制定	(95)
一、使用预先制定的标准格式合同	(96)
二、主特许人准备一个分特许协议的基本框架	(97)
第六节 分区特许协议的财务安排	(98)
一、主特许人的收入来源	(99)
二、分特许人的收入来源	(100)
第四章 与特许经营有关的信息披露法问题：以美国的立法为例	(103)
第一节 联邦贸易委员会关于信息披露的法规和各州的	



“小 FTC 法”	(103)
一、联邦贸易委员会关于特许经营的法规: FTC 法规	(103)
二、各州的“小 FTC 法”	(105)
第二节 美国各州的登记和信息披露法	(107)
第三节 受许人的损害赔偿和特许人的抗辩	(109)
第四节 美国特许经营法的域外效力	(117)
一、联邦特许经营法的域外效力	(117)
二、美国各州特许经营法的域外效力	(120)
第五章 与特许经营有关的竞争法问题: 以欧盟的立法为例 ...	(127)
第一节 1988 年以前欧共体委员会和欧共体法院对待特 经营的态度	(128)
第二节 1988 年以前欧共体委员会对五个案件的决定	(132)
一、Yves Rocher 案	(133)
二、Pronuptia 案	(134)
三、Computerland 案	(134)
四、ServiceMaster 案	(135)
五、Charles Jourdan 案	(137)
第三节 欧共体委员会 EEC4087/88 号法规评析	(138)
第四节 欧共体委员会 2790/1999 号法规评析	(146)
第六章 与特许经营有关的知识产权问题	(153)
第一节 与特许经营有关的商标使用权	(154)
一、分区特许经营中主特许人对商标使用的监督和控制 ...	(154)
二、未获得授权第三人对主特许人商标使用权的侵犯	(155)
三、第三方对分特许人提起的侵权之诉	(155)
四、未注册商标的使用	(156)
五、商标使用权的分许可	(156)
第二节 专有技术与行业秘密	(158)
第三节 行业形象	(163)



第七章 与特许经营有关的其他部门法问题：公司法、税法、 电子商务法和数据保护法	(165)
第一节 与特许经营有关的公司法问题：特许经营中不同 公司组织形式的运用	(165)
一、通过分支机构或全资子公司直接开展特许经营	(165)
二、举办合营企业开展特许经营	(167)
第二节 与特许经营有关的税法问题	(170)
一、关于入门费的税收和特许维持费的税收问题	(170)
二、特许人和受许人的税收关系	(171)
第三节 与特许经营有关的电子商务法问题	(174)
一、电子商务与 UNCITRAL 示范法	(174)
二、特许经营中的电子商务	(176)
三、利用电子商务发展中国的特许经营	(178)
第四节 与特许经营有关的数据保护法	(180)
一、欧盟的数据保护法简介	(180)
二、欧盟数据法对特许经营的影响	(182)
三、在欧盟和欧洲经济区内特许人和受许人之间的数据 传送	(183)
四、欧洲经济区以外的数据传递	(184)
第八章 特许人的代负责任	(186)
第一节 代负责任和特许人对特许体系的控制	(187)
一、普通法中特许人代负责任的由来	(187)
二、普通法确立代负责任所必需的控制：若干案例的 分析	(188)
三、普通法中其他导致代负责任不成立的因素	(190)
第二节 美国联邦和州制定法所规定的特许人代负责任	(191)
一、联邦和州制定法中涉及特许人代负责任的法律	(191)
二、特许人代负责任的例外：直接责任	(194)
第三节 特许人免于承担代负责任的方法	(197)



一、依据特许协议免除代负责任	(197)
二、受许人的补偿	(198)
三、购买第三人责任保险	(199)
四、特许人在代负责任案件中的诉讼策略	(200)
第九章 国际特许经营的准据法和争议解决	(202)
第一节 国际特许经营的准据法	(202)
一、准据法选择	(203)
二、准据法选择的可履行性及常见的选择结果	(204)
三、以国际统一实体法作为准据法	(205)
第二节 国际特许经营争议解决	(206)
一、协商、调解、小型审判	(207)
二、国际商事仲裁	(210)
三、国际商事诉讼	(211)
第十章 发展中国特许经营的思考	(216)
第一节 中国特许经营的发展现状和前景	(216)
第二节 进一步发展中国特许经营的积极意义与制约因素	(219)
一、进一步发展中国特许经营的积极意义	(219)
二、进一步发展中国特许经营面临的制约因素	(221)
第三节 完善中国特许经营法制的思考	(223)
一、立法模式选择	(223)
二、中国特许经营法律立法关于特许经营的概念、立法 重点和标准格式协议	(225)
三、关于行业自律规范和国际惯例	(227)
主要参考文献	(229)
后 记	(239)

第一章 特许经营制度概述

第一节 特许经营的概念、特征和分类

一、特许经营的概念

汉语的“特许经营”一词，译自英语的“Franchising”。按照布莱克法律词典的解释，“Franchising”原意指由政府授予个人或公司的一种特权，这种特权区别于一国公民所享有的普通权利。在英国，Franchising是指王室的一种特权，后又引申为授予或出售的诸如使用某个名称或销售产品或服务的权利，即制造者或供应商授权销售商按照约定的条件使用其产品和名称的权利。^① 20世纪以来，“Franchising”一词被广泛使用在商业领域，泛指制造商、供应商授予批发商或零售商使用其商标、商号、专有技术和经营模式等从事批发、销售活动的商业模式。“Franchising”在汉语中除了翻译为“特许经营”之外，也有译作“特许连锁”或“加盟连锁”、“合同连锁”的。将“Franchising”译为“特许连锁”或“加盟连锁”等是从连锁经营的角度出发，将其视为连锁店的组织形式之一，与“直营连锁”和“自由连锁”相并列。^② 将“Franchising”译为“特许经营”是一种最为常见的汉语译法，本文采

① Black's Law Dictionary, 5th ed., West Publishing Co., 1979, P. 592.

② 参见朱明侠编著：《特许经营》，对外经济贸易大学出版社2001年版，第1页。



用的就是这种译法。^①

关于特许经营的概念，目前，世界各国对它所下的定义不完全一致。以下举出几种比较有代表性的定义：

美国商务部将特许经营定义为：“主导企业将自己开发的商品、服务和营业系统（包括商标、商号、企业形象的使用权、经营技术等），以合同的形式授予加盟店在规定的区域内经营和使用，加盟店则交纳一定的营业权使用费，并承担约定的义务”。日本通产省下的定义是：“特许连锁指的是这样一种系统，即连锁系统的特许人与受许人以合同的形式规定特许人给予受许人使用其商号、商标等营业象征，以相同的企业形象从事经营活动的权利。特许人负有对受许人进行经营指导和向受许人长期提供商品（包括服务和其他资料）的责任。作为获得上述权利和服务的对价，受许人须向特许人支付规定的加盟金、保证金和权利金”。世界知识产权组织在1994年发表的《特许经营指南》中将其定义为：特许经营是这样一种安排：开发出经营某种商业体系的一方（特许人）允许另一方（受许人）按照特许人规定的条件使用其体系，同时取得一定的对价。这种关系是一种持续性关系，受许人按照特许人确立的标准和商业实践开展经营，并接受特许人的监督和持续的援助和支持。国际特许经营协会（International Franchise Association，本文以下或简称为IFA）所下定义为：“特许经营是一种持续的关系，在这个关系中，特许人提供一种被经许可的商业经营权，并在组织、训练、商品

^① 中国也有学者认为，将特许经营权与商业连锁经营权相混淆的认识是不科学的，会给理论研究和实践操作造成很多困难，因为两种权利的含义不同，特点不同，所产生的法律关系不同，运作方式不同。参见吴汉东、胡开忠著：《无形财产权制度研究》，法律出版社2001年版，第588—590页。这种见解不无道理，但是应当指出的是，将特许经营视为连锁的形式之一是国际社会普遍接受的一种分类方式，例如美国有人将连锁分为正规连锁、自由连锁和特许连锁三种（还有人增加了一种合作连锁，共分为四种）；日本将特许经营称为“フランチャイズチェーン”，即“franchise chain”。尽管特许连锁和其他连锁形式的确存在着重大区别，但它们都不过是商业经营模式，都存在“连锁”这个共同的外部结构特征（正因为如此顾客们并不能区分麦当劳的哪些店是特许经营店、哪些店是总部的正规连锁店，他们也没必要知道），以共同的结构特征作为分类标准并无不妥。只要对各种连锁形式做出明确的界定，并不会引起混淆，或给理论研究和实践操作造成困难。实际上，在美国或日本就没有因为将特许经营称为“特许连锁”造成过什么困难。



计划和管理上提供援助以作为从加盟者获得报酬的回报”。^① 在 IFA 的网站上对特许经营还有如下的描述：“特许经营是一种销售产品或服务的模式，在这一模式中至少包含两层人士的参与：（1）特许人，将其商标、商号或商业体系加以出租；（2）受许人，支付特许费（通常还需另外支付入门费），以获得使用特许人商标、商号和商业模式的授权。”^② 中国原国内贸易部在 1997 年 11 月发布的《商业特许经营管理办法（试行）》中，将特许经营界定为：“特许经营是指特许者将自己拥有的商标（包括服务商标）、商号、产品、专利和专有技术、经营模式等以特许经营合同的形式授予被特许者使用，被特许者按合同规定，在统一的业务模式下从事经营活动，并向特许者支付相应的费用”。^③

上述定义虽然表述各不相同，但概括起来基本特征是一致的，即特许经营是一种以特许协议^④连结的商业模式，合同一方为特许人（Franchisor，或称为特许权人，本文以下称为特许人），他将自己所拥有的经营模式，连同知识产权（商标、专利等）和专有技术、商业秘密的一种或数种，按照协议约定授予受许人（Franchisee，或称为被特许人，本文以下称为受许人）使用，受许人按协议约定在统一的业务模式下从事经营活动，并向特许者支付相应的费用。

在典型的特许经营模式中，所有的受许人都以独立法人的身份加入，在人事、财务上保留自主性，但在经营业务及运作模式上则保持高度统一，并且接受特许人的指导和控制。各个受许人既是独立的商业存在，又必须在特许协议的约束下形成一个统一的对外企业形象。特许系统内部通常只存在特许人和各受许人之间的纵向关系，而各受许人之间不发生横向联系。

二、特许经营的特征

综合世界各国对特许经营的定义，可以将其特征作如下概括：

① 引自徐印州、肖怡著：《特许连锁经营》，广东经济出版社 2000 年版，第 8—9 页。

② <http://www.franchise.org/resourtrl/faq/ql.asp/>，访问日期：2002 年 8 月 16 日。

③ <http://www.franchise.com.cn>，访问日期：2001 年 10 月 6 日。

④ franchising agreement，在中文里有特许经营契约，特许契约、特许合同、特许协议等不同表述。本文统一使用“特许协议”一词。