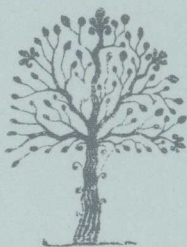


文库主编：华东政法大学国际法研究中心

特许经营法律 与实务问题研究

张国元 著



华东政法大学
国际法学文库

*A Study on the Law
and Practice of Francise*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

特许经营法律 与实务问题研究

张国元 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

特许经营法律与实务问题研究 / 张国元著. —北京:法律出版社, 2009. 1

(华东政法大学国际法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9190 - 4

I. 特… II. 张… III. 专卖—商业经营—经济法—研究—中国 IV. D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 005920 号

©法律出版社·中国

责任编辑/何 敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/8.75

字数/222 千

版本/2009 年 2 月第 1 版

印次/2009 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9190 - 4

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民法院检察长、教授、博士生导师:曹建明

2007 年 4 月 27 日

前言

特许经营被誉为 20 世纪最成功的商业模式,人们耳熟能详的麦当劳、肯德基都是采用这种经营模式。电子信息技术更加推动了特许经营的发展,两者相结合贯穿于商业、流通、消费等环节,成为现代商业服务业非常重要的经营模式。特许经营的新发展也促进了中国、美国等国对此方面的立法活动。

2007 年 3 月,美国 FTC 正式颁布了长达 398 页的“特许经营规则”(Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures)修正案,到 2008 年 7 月 1 日,美国领域范围内已全面地适用这一新的特许经营规则。

2007 年 5 月 1 日,中国《商业特许经营管理条例》开始实施。

目前国内对于特许经营(Franchise)的研究较少,以介绍特许经营的实务问题居多,少有的一些从法律角度的分析也略显零碎,缺乏系统、深入的研究。本书的价值正在于对特许经营的法律问题进行系统、深入的研究,不仅从理论上进行充分的分析、论证,而且结合实务进行综合分析,更对国内外的相关立法进行评析,从而可以对特许经营在我国的规范和发展起到应有的作用,为我国扩大内需,保持经济持续、快速发展贡献绵薄之力。全书以历史分析的方法、比较分析的方法,结合经济学、管理学和法学进行分析论证,力求使读者能对特许经营的相关法律问题有较为全面、深入的了解,既可以满足法学学习、研究者之需,亦能为从事特许经营实务的人士提供参考。本书的作者长期从事法学的教学和研究,并且长期从事与特许经营相关

的律师业务,对特许经营有较为深入的了解,相信作者的理论研究成果和实践的心得能为读者带来特许经营法律与实务问题更多的借鉴和参考。

全书约20万字,共分为六章,在对特许经营的基本情况综合分析、介绍的基础上,对特许经营的法律关系、特许经营管理的法律问题、特许经营知识产权保护的法律问题、外商投资特许经营的法律问题进行深入研究,并且在本书最后还对特许经营的相关立法进行评析,从而为进一步规范我国特许经营的立法提供参考,也为法学学习、研究者提供进一步思考的空间。本书以对特许经营的法律分析为主线,在每一部分内容中都结合国内外的相关案例进行分析、说明,以使读者能更进一步地了解特许经营的法律内涵,并可以为从事特许经营实务的人士提供参考。

第一章是特许经营概述。本章首先对特许经营进行了界定,讨论了其法律特征,分析了特许经营模式的优势与缺陷;继而探究了特许经营的起源,在各国包括在我国的发展历程,并对特许经营在我国发展过程中存在的问题进行了深入分析,提出了相应的建议;本章接着将特许经营与相关的概念进行了区分,包括特许经营与连锁经营、特许经营与直销、特许经营与传销、特许经营与经销(分销)、特许经营与代理以及特许经营与相关的法律概念如许可关系、合伙关系、雇佣关系以及公司等进行了比较;为方便后文的讨论,本章最后还对特许经营从各个角度进行了分类。

第二章是特许经营法律关系研究。本章首先对特许经营法律关系的实质和性质进行了研究,并继而详细分析了特许经营法律关系的相关主体;在此基础上本章对特许经营协议(合同)进行了深入的研究,对特许经营中当事人的权利和义务进行了具体分析,并对特许经营的法律责任分担进行了探讨;本章最后还对区域特许经营的法律关系从合同、责任以及当事人之间的关系等方面进行了研究。

第三章是特许经营管理的法律问题研究。本章首先对特许经营的管理体系作了详尽的介绍和分析,并分析其管理的基本前提和重

要的管理理念;继而提出应以法律为基础对特许经营进行科学的管理,因而在这一部分中设计了特许经营管理的法律安排;本章最后提出了特许经营管理所需的法律保障,从法律实务的角度对特许经营的管理提出了相关的建议。

第四章是特许经营与知识产权。本章首先全面、详尽地分析了特许经营中所涉及的各类知识产权,并对各类知识产权的保护在法律上进行了深入分析;本章最后对特许经营在经营管理过程中可能遇到的各类知识产权侵权进行了总结,并对其侵权责任进行了深入的分析,提出了防止或减少知识产权侵权相应的建议。

第五章是外商投资特许经营法律问题研究。本章首先从我国“入世”与特许经营相关的承诺着手,详细分析了我国的相关法律规范,包括商务部颁布的《外商投资商业领域管理条例》、《商业特许经营管理条例》以及《外商投资企业从事特许经营业务管理暂行办法》等;接着本章就外商特许经营企业进入中国的模式、市场准入以及市场垄断等方面对外商投资特许经营的相关法律问题进行了深入的分析 and 研究;本章最后还对外商投资特许经营的本土化问题进行了深入的探讨。

第六章是特许经营相关法律评析。本章首先对特许经营的国际立法进行了介绍和分析,对相关国际立法的性质、规范的价值等进行了分析;接着对相关国家的特许经营立法进行了全面的分析和评价,希望从中取得有益的经验;最后对我国的相关立法,包括一些地方立法进行了概括性的分析,提出了其有益的一面及不足之处,并对我国今后进一步完善对特许经营的立法提出了些许建议。

目 录

第一章 特许经营概述 / 1

第一节 特许经营发展情况概述 / 1

一、特许经营的概念与法律特征 / 1

二、特许经营模式的优势与缺陷 / 6

三、特许经营在国外的发展历史 / 12

四、特许经营在中国的发展 / 18

第二节 特许经营与相关概念 / 25

一、特许经营与连锁经营 / 25

二、特许经营与直销 / 30

三、特许经营与传销 / 32

四、特许经营与经销(分销) / 34

五、特许经营与代理 / 35

六、特许经营与其他相关法律概念 / 37

第三节 特许经营的种类 / 40

一、按特许权授予和行使方式分类 / 40

二、按特许经营权的内容分类 / 45

三、按特许经营所从事的业务分类 / 47

四、按特许人和受许人身份分类 / 49

五、按特许经营体系是否跨越一国国境分类 / 50

第二章 特许经营法律关系研究 / 52

第一节 特许经营法律关系及其法律关系主体 / 52

一、特许经营法律关系概述 / 52

二、特许经营法律关系中的法律主体 / 55

第二节 特许经营合同法律问题研究 / 60

一、特许经营合同概述 / 60

二、特许经营合同的订立 / 64

三、特许经营合同的主要内容和条款 / 67

四、特许人和受许人的主要权利义务 / 77

五、特许经营的法律责任分担 / 81

第三节 区域特许经营法律关系研究 / 83

一、区域特许经营概述 / 83

二、区域特许经营合同 / 85

三、区域特许经营的法律关系 / 87

四、区域特许经营中的法律责任 / 89

本章案例分析:由于特许人不符合条件致合同被撤销 / 92

第三章 特许经营管理的法律问题研究 / 95

第一节 特许经营管理体系 / 95

一、特许经营管理体系概述 / 95

二、从特许人角度出发的特许经营管理体系分析 / 96

三、从受许人角度出发的特许经营管理体系分析 / 103

第二节 特许经营管理的法律安排 / 107

一、作为特许经营合同重要组成部分的文件 / 107

二、特许经营过程中的法律服务 / 109

三、特许人与受许人的协调机制——对受许人的法律保护 / 111

第三节 特许经营管理的法律保障 / 114

一、从对特许人规制的角度分析特许经营的法律保障 / 115

二、从对受许人角度分析特许经营的法律保障 / 119

三、特许经营中的法律责任承担的进一步分析 / 123

本章案例分析:麦当劳成功的管理体系 / 129

第四章 特许经营与知识产权 / 136

第一节 特许经营中的知识产权 / 136

- 一、知识产权使用是特许经营的核心 / 136
- 二、特许经营中涉及的知识产权问题 / 138
- 三、结语 / 157

第二节 特许经营中知识产权侵权的法律责任 / 158

- 一、特许经营中商标、服务标识的侵权及法律责任 / 158
- 二、特许经营中商业秘密侵权的认定与处理 / 163
- 三、特许经营中专利权侵权的认定与处理 / 169
- 四、特许经营中著作权侵权的认定与处理 / 171
- 五、结语 / 173

本章案例分析：“便宜坊”特许经营案 / 174

第五章 外商投资特许经营法律问题研究 / 177

第一节 “入世”与中国外商投资特许经营立法 / 177

- 一、“入世”与外商在华开展特许经营 / 177
- 二、“入世”后外商投资特许经营相关立法 / 183

第二节 外商投资特许经营的若干法律问题 / 190

- 一、国际特许经营企业进入中国的模式 / 190
- 二、跨国特许经营企业在华发展的门槛：市场准入 / 198
- 三、市场垄断 / 202

第三节 外商投资特许经营的本土化研究 / 204

- 一、肯德基与麦当劳对垒中国市场——本土化的角逐 / 205
- 二、零售业本土化的摸索——沃尔玛的中国隐痛 / 210
- 三、“变”与“不变”——“本土化”的异化 / 212

本章案例分析：特许经营外商投资第一案 / 214

第六章 特许经营相关法律评析 / 217

第一节 特许经营的国际立法及评析 / 217

- 一、特许经营的国际法影响 / 217
- 二、有关特许经营的国际指南 / 223
- 三、特许经营的行业自律规范 / 227

第二节 相关国家特许经营立法评析 / 230

一、美国的特许经营立法概况 / 230

二、欧盟以及相关成员国的立法 / 233

三、澳大利亚的特许经营立法概况 / 237

四、亚洲国家的特许经营立法:日本、马来西亚和韩国等国家 / 240

第三节 特许经营的国内立法及评析 / 243

一、特许经营的国内立法发展历程 / 243

二、《商业特许经营管理条例》的体系 / 250

三、《条例》的创新 / 251

四、《条例》的评价与展望 / 253

本章案例分析:联邦贸易委员会诉乔丹·艾施莉公司案 / 254

参考文献 / 259

后记 / 264

第一章 | 特许经营概述

第一节 特许经营发展情况概述

一、特许经营的概念与法律特征

（一）特许经营的概念

一般认为,汉语中的“特许经营”一词译自英文“Franchising”,用来表示以一种特殊形式经营的商业。事实上,英文的“Franchise”源于法文“Franc”,其本意是“不受奴役”,发展到“Franchise”就隐含了“特许”、“自由”等义。根据布莱克法律词典的解释,在汉语中,对于“Franchising”一词有两种不同的翻译和理解,第一种翻译为“特许连锁”或“加盟连锁”,认为特许经营是连锁店的一种组织形式,并与公司连锁、自由连锁并列为连锁的三大类型;第二种翻译为“特许经营”,使之独立于连锁店、自由连锁、合作社等而成为一种单独的经营组织形式。该两种翻译实际上体现了对“Franchising”内涵的两种截然不同的理解。根据西方营销学的界定及其在世界各国的经营实践,特许经营与其他的连锁方式有很大的区别,因而为了更好地区分相关概念的异同,本文也将采用“特许经营”的译法。

尽管特许经营在全球已经经历了一百余年的发展,但是目前不同的国家、国际组织之间尚没有一个统一、明确的定义。

1979年美国联邦贸易委员会规定,凡属下列两种连续性关系之

一的,肯定为特许经营:第一种,包括下列三个特征:(1)特许经营的受许人出售的货物或服务项目要求达到特许经营特许人规定的质量标准(指受许人按照特许人的商标、服务标记、商号名称、广告或其他商业象征经营商业)或出售标明特许人标记的产品或服务项目;(2)特许人对受许人企业的经营方法行使有效的控制(Significant Control)或给予有效的协助(Significant Assistance);(3)在业务开始的6个月内,受许人要向特许人或其成员支付500或500美元以上的费用。第二种,也包括下列三个特征:(1)受许人出售由特许人或与特许人有关的商人供应的货物或服务项目;(2)特许人为受许人找到开立账户的银行或为受许人找到自动售货机、货物陈列架的地点或位置,或向受许人介绍能够办妥上述两件事的人员;(3)在业务开始后的6个月内,受许人要向特许人或其成员支付500或500美元以上的费用。^[1]

欧洲特许经营联合会(European Franchise Federation)给出的定义为:特许经营是一种营销产品和(或)服务和(或)技术的体系,基于在法律和财务上分离和独立的当事人——特许人和他的单个受许人——之间的紧密和持续的合作,依靠特许人授予其单个受许人权利,并附加义务,以便根据特许人的概念进行经营。此项权利——经由直接或间接财务上的交换——给予并迫使单个受许人商号,和(或)商标,和(或)服务标记,经营诀窍,商业和技术方法,持续体系,和其他工作和(或)知识产权,在双方一致统一而制定的书面特许经营合同的框架和条款之内。^[2]

日本连锁加盟协会(JFA)的定义是:总公司和加盟人缔结合同,将自己的店号、商标以及其他足以象征营业的东西和营业的诀窍授予对方,使其在统一企业形象下销售其商品;而加盟店在获得上述权利的同时,相对地需付出一定的代价给总公司,在总公司的指导及援

[1] 参见张然主编:《特许经营操作实务》,新华出版社2000年版,第3页。

[2] 参见赵涛:《特许经营管理》,北京工业大学出版社2002年版,第6页。

助下,经营事业的一种存续关系。^[1]

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活动,并接受特许人的监督和持续的援助和支持。^[2]

国际特许经营协会(International Franchise Association, IFA)所下定义为:特许经营是特许人和受许人之间的契约关系。对受许人经营中的特定领域、经营诀窍和培训,特许人有义务对受许人提供或保持持续的兴趣;受许人的经营是在由特许人所有和控制下的一个共同标记、经营模式和(或)过程之下进行的,并且受许人从自己的资源中对其业务进行投资。^[3] 在所有定义中,IFA的这一定义在国际上被广为引用,影响较为深远。

鉴于特许经营在中国良好的发展势头,我国在立法中也对特许经营下过明确的定义,^[4]在2007年2月6日颁布并于2007年5月1日开始实施的《商业特许经营管理条例》第3条中就给出了明确的定义:“本条例所称商业特许经营,是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业,以合同形式将其拥有的经营资源许

[1] 参见赵涛:《特许经营管理》,北京工业大学出版社2002年版,第6页。

[2] 参见何易:《特许经营法律问题研究》,中国方正出版社2004年版,第2页。

[3] 参见肖朝阳:《特许经营法律实务》,中信出版社2003年版,第2页。

[4] 在此之前,我国的相关法规也曾下过类似的定义:如1997年颁布的《商业特许经营管理办法(试行)》中规定: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,被特许者按合同的规定,在特许者统一的模式下从事经营活动,并向特许者支付相应的费用。2004年,商务部重新修订了该管理办法,出台了正式的《商业特许经营管理办法》,并于2005年2月1日起正式生效。在该办法中规定,“商业特许经营,是指通过签订合同,特许人将有权授予他人使用的商标、商号、经营模式等经营资源,授予被特许人使用;被特许人按照合同约定在统一经营体系下从事经营活动,并向特许人支付特许经营费。”

可其他经营者使用,被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营,并向特许人支付特许经营费用的经营活动。”

虽然定义并不统一,但对于特许经营的一些基本特点国际上还是能够达成一定共识的。著名经济学家马丁·门德尔森曾将特许经营的基本要素总结为:(1)特许经营关系的存在是以某种合同的存在为前提的,而这个合同是双方当事人协商一致的结果;(2)特许人应首先建立一套有显著标识的成功经营模式(体系),其中此标识可能是商标和(或)商号;(3)特许人对受许人进行开业前的培训和支持,以使受许人顺利开业并成功经营;(4)受许人开业后,特许人仍需与其保持密切的联系,并继续提供支持帮助;(5)受许人被授权使用特许人的商号、商标从事经营活动并因此而获益;(6)受许人必须以自有资金对其业务进行实质性投资;(7)受许人拥有其业务;(8)受许人须为其获得的权利和服务向特许人支付费用。^[1]

(二) 特许经营的法律特征

通过以上对于特许经营各种不同定义的分析与总结,我们可以从中归纳出特许经营这一现代经营模式在法律角度上的一些基本特征:

1. 特许经营的法律基础是特许协议

特许经营本质上是一种契约性质的关系。特许人与受许人之间既不是雇佣关系,也不是母公司与子公司或母公司与分支机构之间的关系,而是彼此独立、自负盈亏的不同市场主体通过签订特许协议而联结在一起的。特许协议是契约的一种,符合合同的一般法律特征。实践中,特许人通过特许协议控制受许人按照自身的要求发展特许企业,获取特许费用,并为其提供全方位的指导、服务与监督;受许人也严格遵循特许协议中的规定开展经营,并向特许人支付一定的对价。同时,合同双方都要受特许协议的约束,任一方违反了特许

[1] Martin Mendelsohn. Franchising [M]. London: Ftlaw & Tax, 1995.8, p.6, 转引自任学青:“特许经营基本法律问题探析”,载《法学论坛》2002年第4期。

协议都要承担相应的法律责任。可以说,特许经营的各个环节都是以特许协议为其法律基础并且通过特许协议互相联结在一起的,如果没有了特许协议,那么特许经营也就不可能展开了。我国最新颁布的《商业特许经营管理条例》中对特许经营所下的定义也凸显了特许合同在整个特许经营构成中的核心地位。

2. 特许经营的核心是特许权的授予

特许经营是以特许权的授予为基础的,特许人经实践检验成功的产品、服务及其经营标志和经营模式是吸引受许人投资经营的强大动力。受许人只有在取得特许人特别授权的情况下,才具有进行特许经营业务的资格。也就是说,特许权的授予,即特许权的许可使用是特许经营的前提和基础。但是,对于特许权的法律性质学术界却颇有争议。虽然特许权属于权利人的无形财产权这一点基本可以确定,^[1]但对于此项权利具体归属于何种权利范畴却存在争议,总体上来说有三种相关的学说。^[2]综合这些学说来看,本书认为,特许权应属于一种特殊的“以经营为模式的无形财产权”。

3. 被特许人与特许人具有共同的外部特征

从形式上看,特许经营是特定经营体系或经营模式的统一。受许人在取得特许权的基础上被授权按照特许人的特定经营体系或经营模式(包括营业场地布置、财务管理体制、经营管理体制、生产服务程序、员工服装、经营口号、经营理念等内容)经营。特许经营体系或特许经营模式的统一是特许权许可使用的内在要求和外在特征。受许人有权利也有义务按照特许人规定的经营模式从事经营,而特许人也是通过经营体系来规范和监督受许人的商业运作并以此维护特许人的质量水准及商业声誉。这一点对于特许人来说尤为重要。例如,肯德基在中国大陆虽然已经开有近两千家店,虽然每转让

[1] 参见吴汉东、胡开东:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第53~64页。

[2] 参见何易:《特许经营法律问题研究》,中国方正出版社2004年版,第5页。