

【法学】

中国特许经营法律规制初探

李 婷¹, 郑名洛²

(1. 长安大学 人文社会科学学院, 陕西 西安 710064; 2. 蒲白矿务局, 陕西 渭南 715517)

摘 要: 入世后为了促进特许经营在中国的全面发展, 我们急需建立、健全符合国际规则和国际惯例的相关法律制度。在立法过程中应结合欧盟国家的相关立法经验, 并注意以下三个方面: 特许经营应纳入我国反垄断法律规制的范畴; 通过制定特许经营条例或实施细则完成特许经营的政府规制; 采取政府推进模式促进特许经营的发展。

关键词: 特许经营; 反垄断法; 法律规制; 政府推进模式

中图分类号: D920.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-6248(2004)03-0063-04

Research on franchising legal regulation in China

LI Ting¹, ZHENG Ming-luo²

(1. School of Humanities and Social Sciences, Chang'an University, Xi'an 710064, China;

2. Pu-Bai Mining Bureau, Weinan 715517, China)

Abstract: In order to develop franchising in China after entering WTO, we are urged to set up and accomplish the relevant legal institution according to international rules and custom. In the process of legislation, we can use the rich experience of UN countries for reference. And the following three aspects must be stressed: bringing franchising into anti-monopoly regulation; making franchising rules or detailed rules for implementation; developing franchising in government-improving mode.

Key words: franchising; anti-monopoly law; legal regulation; government-improving mode

特许经营(Franchising), 是特许人(许可方)通过特许经营合同, 许可受许方(经营方)使用其专利、专有技术、商标、商号、服务标记、商业秘密及经营管理模式的一种特殊的商业经营方式。特许经营以其规模化、低成本、智慧型的商业扩张模式在发达国家迅速发展, 并随着全球经济一体化、贸易自由化的加强, 呈现出多行业、市场化、国际化的发展趋势^①。中国的特许经营起步时间不长, 在其发展过程中也涉及了一系列相关法律问题。入世后, 为了促进特许经营在中国的全面发展, 我们急需建立、健全符合国际规则和国际惯例的相关法律制度。因此, 深化对特许经营法律规制的理论研究显得十分必要和

迫切。

一、特许经营法律规制的必要性

特许经营是建立在特许人拥有的一整套知识产权之上, 特许人和受许人在知识产权与资金的享有和利用方面是互助互补的共生关系。涉及知识产权的行为与涉及其他财产权的行为一样, 可能产生反竞争性的后果与影响。^[1] 知识产权的许可对竞争常常起到双重作用: 一方面, 通过知识产权许可, 可以使知识产权与其他生产要素结合起来, 推进新技术传播, 推动生产和流通的发展, 并使知识产权更快、更好地实现其商业价值, 同时也可大规模降低成本,

收稿日期: 2004-07-21

作者简介: 李 婷(1978-), 女, 陕西西安人, 长安大学人文社会科学学院助教, 主要从事国际法、国际经济法的教学与研究。

① 1997年美国特许经营企业达3000多家, 加盟网点25万个, 年营业额近8000亿美元, 经营额占国内零售额40%, 提供了800万个就业机会。英国特许企业541家, 有2.68万个加盟者, 经营额占国内零售额32%。日本特许企业541家, 有13.9788万个加盟者。详见《全球特许经营一览表》, 载于《中国商报特许加盟专刊》1999年第1期。

使特许人能够通过知识产权的许可获得可靠的较高回报;另一方面,也存在特许人利用自身的经济和技术优势,控制受许人,并提出限制竞争的许可条款,从而带来妨碍有效竞争的负面影响。因此尽管特许经营具有多种经济上、组织制度上的重要功能,但鉴于其可能产生的弊端,同样应当受到相关法律法规的规制,这一规制主要来自于反垄断法。反垄断法适用于有形财产权的一般原则,也同样适用于知识产权及涉及知识产权的行为。然而基于知识产权的易受侵害性,以及知识产权法律保护的目的、程度和期限方面的特点,须在反垄断的立法和实践中,对涉及知识产权的行为,尤其是特许经营中的知识产权问题结合具体情况和特定市场要求予以考虑。实践中,各国反垄断法一般对于知识产权往往会给予较为特别的对待,而作为知识产权特殊形态的特许经营权也不例外,这是由知识产权的特殊性质决定的。知识产权是法律为实现特定目的而创立的一种特权,由于这些权利人依法享有专属使用以及排除他人未经其同意而使用的权利,因此,对于自由竞争自然会产生限制与影响。虽如此,对权利人藉此实现并确保其在经济上的利益这一立法上的价值判断,应当给予尊重。如果反垄断法对行使此种权利的行为当成一般的经济行为加以规范,并确保自由竞争为理由加以限制,则上述法律所赋予权利人的排他权之意旨与立法目的则难以实现。因此,反垄断法在知识产权领域中适用时应确保创新者有一定程度上的利益独占,激励其生产新知识的积极性,并针对具体情形,给予特殊的对待。例如特许经营中,特许人为了保证其授予受许人的技术秘密和提供的帮助,不会使其竞争者直接或间接受益,往往会在特许合同中做出一些限制性约定,例如要求受许人在合同期内或期满后一段时间内,不得在约定的区域经营相同或类似的商品、服务以及禁止受许人在未经特许人许可的情况下转让加盟网点给第三方等。对此类限制性条款,反垄断法通常都持宽容态度,予以认可。此外,特许经营对其营销网络进行保护的主要途径是维护特许网络的同一性和声誉,从而保护特许人、受许人、消费者的共同利益,而为了维护整个网络的同一性和声誉,特许人往往会要求受许人必须按照合同约定,采用特许人的经营管理方式经营商品和提供服务,甚至特许人会要求受许人在其指定的地点设立特许加盟店,按特许人的要求装饰店

面,要求受许人仅销售特许人或其指定的供应商的产品等。反垄断法在规制这些行为时,往往不得不出立法和司法上的价值选择:特许人授予受许人使用其所享有的知识产权,给予受许人技术和资金上的帮助,无疑会大大推动新技术的开发利用,提高受许人的经营水平和技术发展;另一方面,特许人为了维护自身及特许网络的利益,其行为往往有可能造成妨碍竞争,影响交易秩序的后果,但这也是为了给予特许经营更有利、更宽松的生存发展空间。对此反垄断法不得不相应做出一些让步,承认并许可特许经营中的一些限制竞争的行为。鉴于此,目前世界各国几乎都对特许经营采取单独立法与其他相关法律^②结合的形式加以规制。

二、中国有关特许经营法律规制的现状

(一)中国特许经营法律制度起步较晚,发展尚不健全

特许经营在中国的发展无论是在实践上还是理论上均起步较晚。据笔者所知,第一篇介绍特许经营的文章发表于1995年。国际知名特许经营品牌如麦当劳、假日酒店等在20世纪80年代末进入中国市场时,主要是以合资企业方式建立起来的。直到90年代后期,富士彩卷专卖店等在中国的设立才真正带动了特许经营在中国的发展。而中国特许经营方面的立法更加滞后,最初仅能从一些以规范连锁经营为主的部委规章中找到零星有关特许经营的规定,专门性的《商业特许经营管理办法(暂行)》则是1997年11月才由原国内贸易部正式颁布。值得注意的是,以上这些法规都仅仅限于规范国内的特许经营,而在规范国际特许经营方面的立法至今仍是一个空白。仅就中国现有的法律环境而言,如果再不补充专门性的立法,是不能适应国际特许经营发展的。如在知识产权法方面,知名的国际特许品牌往往能在许多国家作为驰名商标得到保护,而我国现行《商标法》对驰名商标特别保护的力度仍显不足。特许经营中的专有技术、经营模式虽可作为商业秘密通过《反不正当竞争法》得到保护,但是这种保护并不完善,单行的《商业秘密保护法》近期仍难以出台。在许多国家产品包装与店面装潢都可作为实用艺术品得到保护,在中国只有前者可根据反不正当竞争法和专利法得到有限保护;对于后者,由于我国著作权法并未将实用艺术作品列入保护客体,

^② 特许经营所涉及的相关法律很多,主要有:合同法、民法、知识产权法、竞争法、企业法、税收法、财产法、劳动法以及技术转让法等。

所以无法得到保护。在竞争法方面,中国在此方面的立法基本上空白,所以也谈不上特许协议是否违反竞争法的问题。值得注意的是,中国1985年颁布的《技术引进合同管理条例》中明文规定了9种审批机关不得批准的限制性条款,其中包括以下三类在特许经营中常见的条款:“限制受方自由选择从不同来源地购买原料、零部件或设备”,“限制受方利用引进的技术生产产品的数量、品种或销售价格”,“禁止受方在合同期满后继续使用引进的技术”。外经贸审批机关如严格执行该条例,势必对国际特许经营进入中国市场带来很大障碍。可见,为进一步扩大对外开放,促进国际特许经营在中国的健康发展,急需进一步加强各方面的相关立法,以创造一个适宜的法律环境。

(二)入世对于中国特许经营法律制度提出了更高要求

在中国加入WTO的协议中,涉及商品流通领域的内容是在“服务贸易”项下的“分销服务”部门,包括四个分部门:佣金代理、批发、零售、特许经营。在每个分部门中,包括对市场准入限制、国民待遇限制的承诺和其它承诺三项。在每一项承诺中,又包括跨境交付、境外消费、商业存在、自然人流动四种服务提供方式。其中,影响最大的是市场准入问题。关于特许经营服务方面,中国政府承诺:允许外国公司通过特许经营形式进行营销活动,在2003年前取消所有限制。因此,入世后面对已经开始并将愈演愈烈的竞争,我们必须深化商品流通体制和商业企业改革,并根据国际惯例完善有关的法规,使中国的内资特许经营企业进一步发展壮大,更好地适应新的竞争。由于WTO的原则、规章、制度,完全是为了约束政府行为而制订的,政府部门必须要树立遵守国际规则和国际惯例的观念,在WTO的原则框架内研究对策,尽快建立和完善有关特许经营市场准入以及有效监管的法律、法规和标准体系。首先,按照中国政府做出的承诺,现行的对外商连锁企业(包括特许经营企业)的市场准入限制条件,都将在几年内取消。但是,在多数发达国家,外商连锁企业进入该国从事国内连锁经营,也不是轻而易举的事。除了企业竞争能力本身的原因以外,不少国家都通过立法做出规定,对设立新的大型零售商店需要进行“经济需求”方面的审查,审查的标准是当地人口密度,现有商店的数量和服务地域范围,新开店对现有商店经营收入的影响和对交通环境的影响,新开店可以创造的就业机会等。当然,这种审查对本国

的投资者也同样适用。我们完全可以借鉴这种做法,在逐步取消对外商市场准入方面的限制性规定后,通过国际通行的办法,由政府进行必要而有效的控制。对于一些条件不够成熟暂时无法立法的内容,还可考虑通过制定行业标准进行规范,有针对性地制定一些市场准入方面的标准。其次,在利用反垄断法规对特许经营企业进行经营监管时,一方面应注意制止不正当竞争行为,防止垄断产生;另一方面又要适度把握特许经营中反垄断的力度,以免限制特许经营的发展。此外WTO的基本原则也对中国今后特许经营的立法提出了更高要求。以透明度原则为例,在该原则下现行有关特许经营的一些内部规章、做法将被废止,取而代之的将是公开的法律、法规。

三、立法建议

从特许经营的发展历史来看,尽管特许经营是市场经济的产物,但发展到一定阶段就必然需要法律的规范与保护,需要“国家干预”这一有形之手来建立正常、有序的市场秩序,以促进特许经营业的进一步发展。目前,中国还未出台关于特许经营的健全的法规,运行中只是参照《商标法》、《合同法》、《专利法》、《反不正当竞争法》等来规范其经营行为,不能专业性、全方位有效地保护和规范特许人和受许人的权利和义务。因此,应尽快制订符合我国国情的特许经营法规,以保障特许经营的健康发展。结合欧盟国家的相关立法经验,笔者认为在立法过程中应注意以下三个方面:

首先,特许经营应纳入我国反垄断法律规制的范畴。特许经营有着独特的经营方式,它一方面具有相当高的经济功能,除了可以促进品牌间的“产品竞争”以外,更可促进不同组织与交易形态间的“组织竞争”。但另一方面,它也可能产生限制竞争的负面影响,尤其是当特许经营的体系发展壮大到一定程度,可能会对市场形成控制。因此,无论从实际需要还是从各国实践经验来看,都有必要将特许经营纳入反垄断法律的规制范畴。由于特许经营在中国的发展较晚,为了给其一个更宽松、更有利的生存空间,在我国未来制定的反垄断法中,对于特许经营的规制应当借鉴西方一些国家的经验,采取较为宽容、温和的原则,避免采用过于严厉苛刻的标准。笔者认为,欧盟的一些法律制度设计对于未来中国反垄断立法有较好的借鉴意义。例如目前欧盟将其有关特许行为局限在竞争法领域^[2]。在整个欧盟竞

争法体系中,《欧盟条约》中有关竞争的法律规范起着母法的作用。《欧盟条约》中对特许经营最具指导意义的实体规范部分第 85 条第 1 款规定:“一切可能影响成员国之间贸易并具有阻止、限制或者扭曲共同市场的竞争的目的或效果的限制竞争行为皆为法律所禁止。任何不利于竞争的合同、决定、联合行为均属自动无效。而不论当事人是否以限制竞争为目标。”可见,特许经营中一些限制市场竞争的行为亦是禁止的。然而考虑到知识产权的特殊性质,过多的限制可能会损害特许人的利益和积极性,欧盟法院则给出类似“合理原则”的判断标准。1998 年欧盟委员会又颁布了《关于对特许经营类型协议适用条款第 85 条第 3 款 4087/88 号法规》,该法规明文规定凡在本办法所设标准下从事生产、销售商品或提供服务的特许经营合同,可以不依《欧盟条约》第 85 条第 3 款逐一进行个别豁免,换言之,特许经营合同从此可以不受第 85 条第 1 项之规范而获得集体豁免。笔者认为鉴于中国市场化进程中已经以及可能出现的限制竞争行为,出台反垄断法十分必要。不过在反垄断法中有关特许经营的法律规制中应采取不同于一般限制性竞争行为的处理态度。例如可以在法律上规定哪些限制性行为是允许的,哪些是被禁止的。同时在司法实践中涉及相关案件时也可给予法院更多的裁量空间,而判断行为是否构成限制竞争的标准,可借鉴《欧盟条约》的做法,即不论此行为本身的特征,而主要考察此行为对社会和经济的正面效果是否大于负面效果,如果是则应当容许,如果否则应予禁止。

其次,通过制定特许经营的专门立法来完善对特许经营的规制。该专门立法具体可采用行政条例的形式,在条例中应从政府角度明确特许经营的定义、适用范围、行为主体、特许人与受许人的权利义务关系,特许合同、特许人信息披露的原则和内容(至少应包括特许者的董事和管理人员;诉讼和破产

历史;现有受许人数量的统计数据;财务报告,包括经审计的财务说明书等),以及政府的管理职权,机构和具体方法(比如规定特许者必须经过注册并经政府相关管理部门审查之后方能开展相关业务)。此外,特许经营条例还应就其与其他部门法,包括合同法、知识产权法、公司法等之间的关系及适用原则进一步明确。在严格、细致并保持一定的预见性的基础上通过立法的方式,制定完善的法律规范。在具体立法实践中可以采取“拿来主义”,充分吸收利用国际特许经营立法方面的先进经验,通过赋予一些公认的国际特许经营惯例以法律效力,与国际特许经营制度相接轨,从而达到事半功倍的效果。

最后,在立法中还应强调对特许经营市场的培育,加快制定宏观发展战略,在金融、税收等方面给与倾斜和优惠,采用政府推进的模式来促进特许经营的发展。由于我国特许经营的发展刚刚起步,政府需要对特许经营给予一定的政策扶持。特许经营本身就是一种社会化的经营组织,是大流通的产物。所以,发展特许经营要全方位开放,反对地方保护主义和行政干预,政府应创造条件打破各种形式的壁垒和行政管理的分割;在税收管理上,不仅要给予一定的优惠措施,更要注意避免对特许人和受许人的重复纳税;对于缺乏资金的中小企业,银行应在贷款上给予支持;对于大型特许经营要给予进出口经营权,鼓励进行跨国特许经营。只有这样才能使我国特许经营赶上全球经济发展的潮流,适应入世后的挑战。

参考文献:

- [1] 王源扩. 美国反托拉斯法对知识产权许可的控制[J]. 外国法译评, 1998, (2): 58.
- [2] 张玉卿, 庞正中. 国际特许经营指南[M]. 北京: 法律出版社, 2002.

[责任编辑 陈志和]