

论银行客户的商业特许经营权及其权利边界

席月民*

【摘要】基于商业特许经营合同所形成的商业特许经营权，固然是一种财产权，然而在本质属性上应归于经营权范畴。商业特许经营系统的控制力以及市场交易信息的不对称性，导致单纯的合同法调整模式力不从心，在对商业特许经营权的保护方面，经济法的作用日益显著。经济法通过一系列具体制度的确立，从法定义务的角度为商业特许经营权的横向边界和纵向边界的切定提供了依据，借以明确特许双方各自的责任区间，并兼顾特许双方以外的不特定的消费者利益。

【关键词】商业特许经营权 特许合同 权利边界 合同法 经济法

近年来，我国商业特许经营发展迅猛，市场交易活跃。据商务部统计，截至2010年底，我国特许经营体系已超过4500个，位居世界第一，经营范围已覆盖70多个行业业态。^[1]商业特许经营的走宠，使其在提高商贸流通业的组织化程度，完善商业形态，促进品牌建设，扩大创业和增加就业等方面发挥出了显著作用，但与此同时，也给商业银行贷款债权的管理和实现带来困惑。银行能否处置贷款客户的商业特许经营权？如果能，又该如何进行处置？对该问题的回答，有赖于正确认识商业特许经营权的权利属性及其权利边界。本文集中探讨银行客户的商业特许经营权及其权利边界，以期在日益强化政府干预的现实背景下，不断完善经济法律规则，有效引导和规制商业特许经营活动，依法保护当事人和利益相关者的合法权益。

一、商业特许经营权的创设及其内容

（一）商业特许经营的含义

“特许经营”一词属专业词汇，目前在英文中主要对应于两个单词，其一为“franchise”，其二为“concession”。上述两个英文单词在《布莱克法律词典》和《新牛津英语词典》中给出的释义并非完全相同。根据两部词典的解释，前者通常用于商业特许经营，后者则通常用于政府特许经营^[2]。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、零售活动的商业模式。^[3]

我国2007年《商业特许经营管理条例》指出，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（即特许人），以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者（即被特许人）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。国

* 席月民，男，河南省灵宝市人，中国社会科学院法学研究所经济法室主任，副研究员，创新工程执行研究员，法学博士，硕士生导师，主要研究方向为经济法基础理论和财税金融。

[1] 参见2012年1月4日商务部《关于“十二五”期间促进商业特许经营健康发展的指导意见》（商流通发〔2011〕510号）。

[2] 政府特许经营与商业特许经营属于特许经营范畴，但在特许人、特许方式、经营范围、适用法律等方面有着明显区别。

[3] 陆川：“经济法视野下商业特许经营法律制度研究”，华东政法大学经济法学博士论文，2009，第8页。

际特许经营协会和世界知识产权组织等机构给出的定义与这一表述虽不完全相同,但其所揭示的核心要素与主旨内容却并无二致。特许主体、特许合同以及经营资源或体系构成了商业特许经营的核心要素,作为处于市场和等级制度之间的一种组织形式,商业特许经营强调统一业务经营模式,该模式有利于快速实现资本的扩张和系统的管理,增强系统的吸引力和竞争力。

(二) 商业特许经营权的创设与内容

在我国,“特许经营权”一词首次出现在1997年《商业特许经营管理办法(试行)》中。随后,2004年的《商业特许经营管理办法》和2007年的《商业特许经营管理条例》虽继续沿用了这一概念,但均未给出其确切定义。法律定义的欠缺,给实务中商业特许经营权的行使和保护带来了不利影响,尤其在涉及侵权问题的认定上,权利属性的不确定性使法院在行为定性时遇到了障碍。商业特许经营权的设定,表面上看完全基于特许合同双方的合意。在合同法的调整下,特许双方建立了一种双务、有偿、诺成、要式、长期的合同关系,其核心是一揽子经营资源的许可和转移,进而形成集合性的商业特许经营权。

通常,商业特许经营权会包括注册商标、商号、专利或专有技术、产品或服务以及标准化管理技术等内容,但从实践看,并非所有的特许经营权都包含上述内容,从而使得该权利具有一定的组合型和开放性特征。一般而言,特许经营权的基本要素有三项,即注册商标、产品或服务以及标准化管理技术,三者缺一不可。此外,该权利还具有集合性特征,体现在:(1)创设特许经营企业的权利;(2)使用与特许经营事业有关的特许人的商业秘密;(3)要求特许人提供信息、技术、经营建议及系统,或与特许人一致的经营方法;(4)在授权的地域范围内得以排除任何其他企业以同样的方式进行经营;(5)在享有专有销售渠道的地域范围内得以排除任何其他企业使用同一销售模式;(6)使用特许人的财产性标记,包括商标、服务标志、商业名称等等;(7)使用特许人的一整套经营模式来从事商品或服务的销售(又称“一揽子授权”);(8)在获得授权的固定时间内享有更新经营的选择权;(9)要求特许人提供与特许经营有关的营运操作标准系统和程序;(10)要求特许人提供广告计划、促销手段、经营设计、固定资产和流动资产的配置、现金的流程、建立会计帐目的方法和程序、开展经营的各项培训,等等。^[4]

二、商业特许经营权的界定及其权利属性

尽管在我国特许经营法律体系中缺乏明确定义,但这些年来学界对商业特许经营权的界定却不乏尝试和探讨。

(一) 主要代表性观点

在欧盟委员会的有关规定中,特许经营权被界定为一整套工业产权或知识产权,即为了向最终用户转售产品或提供服务而许可他人使用与商标、商业名称、店徽、统一的经营模式、实用新型、著作权、技术秘密或专利权在内的一整套工业产权或知识产权。^[5]

有学者认为,特许经营权的实质就是知识产权的复合许可使用权。它只是一种派生权利,即仅仅是从专有使用权中派生出来的一种许可使用权,就像商标使

^[4] David J. Kaufman: "An Introduction to Franchising and Franchise Law, Commercial Law and Practice Course Handbook Series", Practising Law Institute 1992, Vol. 603, No.A4-4367.

^[5] 吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,第573页。

用许可权是从商标权派生出来的一样，属于一种附带的、从属的权利，其行使与否一般主要取决于权利人的意愿。^[6]

也有学者对上述欧盟委员会所下定义提出批评，认为该定义涉及范围较窄，而且比较技术化，虽认识到特许权人的系统以及包括知识产权在内的诸多无形财产权所能起到的作用，但只是对“特许经营合同”概念的套用，而没有从“权利”的角度来揭示特许经营权作为一项无形财产权的本质。该学者认为，所谓特许经营权，是指商业企业通过政府授权^[7]或者契约的方式所获得的在特定条件下从事特殊商品或服务的经营的权力，或是利用授权人的知识产权及经营模式等无形财产从事经营的权利。特许经营权本质上是一项民事权利，更具体地说是无形财产权。^[8]

与此接近的观点认为，特许经营权指向了一种经济资格或能力，而这种经营性资信利益使得特许经营权不同于既有的财产权利而成为一种独立的财产权。特许经营权虽然依约取得，但这不妨碍其作为一项独立财产权的存在。^[9]

还有一种观点认为，当民事权利的客体已由有形物扩展到无形物，权利空间被技术推进着不断扩大的时候，特许经营权已经跻身为一种新型的无形财产权，是一种“与一定的经营模式相联系的无形财产权”。这种财产权可以由受许人一定程度上独占、排他利用的现实，与物权的权利性质具有一致性，只是受许人的权利行使因特许经营体系维护等内生性要求，不可避免地受到特许人的相应控制。在这个意义上，其与用益物权还存在一定差距，姑且可将其定性为一项类似于准物权的他物权。^[10]

（二）商业特许经营权的经营权属性

笔者认为，上述争论在澄清商业特许经营权的性质方面虽不无裨益，但将商业特许经营权定义为知识产权或他物权均有失偏颇，不利于全面把握该权利的各项特征，也不利于从法律上准确界定其权利边界，更不利于科学构建相应的法律支撑和保护体系。

现代法制应当以对权利的确认和保护为宗旨去设定和分配义务。^[11]权利是现代政治法律的一个核心概念，无论什么样的学派或学者都不可能绕过权利问题来研究法律。法理学教科书关于权利的界定有着不同的学说根据，如“自由说”、“意思说”、“利益说”、“法律上之力说”等。有关商业特许经营权界定的上述观点，基本倾向于从实证角度进行论证，并侧重于从实在法的角度来解释该权利。问题在于，要全面、正确地理解法律上的权利概念，较为关键的是把握权利的要素，而不是其定义。霍菲尔德认为，“权利”一词包含四个方面的意思，即“要求”（right or claim）、“自由”（liberty or privilege）、“权力”（power）

[6] 郑新建、王茜：“商业特许经营的知识产权法分析——商业特许经营之知识产权价值功能发现”，载《知识产权》，2010年第1期。

[7] 这里应指政府特许经营。

[8] 杨明、曹明星：“特许经营权：一项独立的财产权”，载《华中科技大学学报》，2003年第5期。

[9] 刘亚军、马乐：“国际特许经营中商标独占使用权保护的困境与选择——由一起商标平行进口案例引发的思考”，载《当代法学》，2006年第4期。

[10] 姚辉、周悦丽：“论特许经营权的法律属性”，载《山东警察学院学报》，2008年第4期。

[11] 郑成良：“权利本位论”，载《中国法学》，1991年第1期。

和“豁免”(immunity)。^[12]夏勇则认为,权利主要包含五个要素,这些要素中的任何一个都可以用来阐释权利概念,表示权利的某种本质,即权利是为道德、法律或习俗所认定为正当的利益、主张、资格、力量(包括权威和能力)或自由。^[13]前述中的知识产权也好,准物权也好,均系从无形财产权这一权利类别角度来考察商业特许经营权性质的,虽也强调了利益问题、资格问题等,但其对权利要素的考量并不全面和充分。既然任何一个要素都在表示权利的某种本质,这就意味着以其中任何一个要素为原点而对权利下定义似乎都不为错,只不过争论本身其实都难逃“盲人摸象”的尴尬而已。至于究竟是以其中一个或几个要素为原点来分析,还是综合全面地考量其中的所有要素,从界定者的法律解释框架和分析路径上相比较,显然后者要优于前者。

就商业特许经营权而言,其首先是一种受到道德和法律所保护的利益,具体表现为被特许人依据特许经营合同获得特许人经营资源使用权的让渡;其次,它也是一项主张或要求,由被特许人通过表意行为向特许人提出主张或要求,特许人通过履行相应义务确保被特许人权利的实现,这样的主张或要求可以基于合同的约定,也可以基于法律的直接规定;再次,它还是一种资格,即被特许人使用特许人各类经营资源,从事与特许人相同的营业,这种资格的取得来自于商业特许经营合同的全面效力;复次,它也是一种力量,这种力量既可以从不容许被侵犯的权威或强力意义上来讲,也可以从能力的意义上来讲,具体可以表现为被特许人对特许人实际控制力的一种合理对抗或者被特许人自身经营能力的一种快速提升;最后,它又是一种自由,被特许人可以按照个人意志在授权地域内去扩大或缩小经营规模,或者维持现状。商业特许经营权所具有的这些权利要素,是辨析其性质时所不容被忽略的,而且恰恰是这些要素成就了该权利的经营权属性。随着市场经济的逐步发展,企业的生产经营活动受到普遍的关注,而企业改革的核心就是生产经营权的问题。在民商法领域,财产权的概念不断扩张,明确生产经营权的概念、更好地区分经营权和所有权、他物权,无论是在法学理论还是法学实践上都有十分重要的意义。经营权即生产经营权,是指企业或者其他生产经营者运用财产的和非财产的手段,进行营利性经济活动的权利。^[14]商业特许经营权固然是一种财产权,然而在本质属性上应归于经营权范畴,如同承包经营权、租赁经营权、资产经营权等概念一样,它是由一系列的具有经济因素和管理因素的权利束所构成,继而表现为一种集合性财产权。作为集合性财产权,其权利内容具有组合性和开放性,不是单一经营资源所构成的权利,而是特许人在商事活动中将多种经营资源优化组合后所形成的权利,而且这些权利的管理性和受控制性十分突出,可通过经营模式与经营体系结构的维系表现出来。

在权利客体上,经营权的客体已超出了传统物权的物或者知识产权的智力成果,直接指向了包括各种有形和无形财产在内的经营资源。同时,经营权收益的实现不仅源于客体本身,还源于客体之外。之所以强调其经营权属性,是因为商业特许经营十分接近于企业组织模式的科层控制经营方式,一旦特许人和被特许人就经营权控制达成一致,并签订特许经营合同,则双方的所有权虽保持独立,而经营控制权已经大部分由被特许人让渡给了特许人。特许经营体系成立后,其中的激励因素会促成市场上的双赢或多赢局面。特许人对被特许人的控制力不是

[12] 沈宗灵:“对霍菲尔德法律概念学说的比较研究”,载《中国社会科学》,1990年第1期。

[13] 夏勇:“权利哲学的基本问题”,载《法学研究》,2004年第3期。

[14] 徐孟洲:《耦合经济法论》,中国人民大学出版社,2010年版,第134页。

源自特许经营合同，而是源自商业特许经营权本身。这可以从商业特许经营的内部关系和外部关系对比中找到依据。

在内部关系中，特许双方是通过特许经营合同来安排彼此的权利和义务的，以此形成长期稳定的合作关系。正因为如此，一些学者会顺势从合同债权角度进行剖析，而问题在于，商业特许经营权其实并非合同债权，它是作为特许合同标的物而客观存在的。就该权利本身而言，这种基于市场交易配置模式下的契约关系其实只是一种迷惑人的表象。事实上，在特许经营体系中，被特许人所获得的特许经营权必须依靠特许人对整个特许经营系统提供的管理支持和统一的经营管理标准作为根本保障。如果一个被特许人允许其自身经营质量下降，那么当他从中受益的同时其他的被特许人将蒙受一定的损失。这种外部行为被最恰当地归纳为“在同一水平面上的自由发挥”。^[15]

反观商业特许经营的外部关系，尤其是站在消费者角度，商业特许经营体系所展示出来的实则为一个有机整体，无论是特许人还是被特许人，其不仅有着统一的形象和产品质量，而且有着相同或近似的价格和服务，这样有效降低了消费者在购买相关产品或服务时所承担的检索成本，提高了产品或服务在消费者心目中的识别度，进而赢得与对手的竞争。普通消费者无力区分所有权各自独立的商业特许经营与所有权控制或股权控制下的企业直营在组织上的差异。相比之下，在认定商业特许经营权的受控制性时，外部关系较之于内部关系更为重要，这不仅表现在对商业特许经营组织模式的判定上，而且表现在对特许经营体系组织形态的判断上，毕竟特许人和被特许人从事商业特许经营的目的就是为了迅速扩张，占领市场，提高盈利能力。

因此，正是商业特许经营权本身，而不是特许合同，赋予了特许人对被特许人的经营控制力。只有将内部关系和外部关系系统一起来进行考量，并从整体上把握商业特许经营权的内容，而不是人为分割其各项经营资源顾此失彼地去进行曲解，才能辩证认识商业特许经营权的本质属性，也才能在法律调整模式的选择上更接近于事实真相，切实保护权利主体的现实利益。然而，我们不得不承认的是，在现有的经济法理论研究和经济法实践中，经营权并没有像经营者的义务那样受到理论研究和立法实践的重视，而这恰恰是最需要补正的薄弱环节。^[16]

三、商业特许经营权的权利边界与法律规制

商业特许经营权的财产性、集合性、组合型、开放性、受控制性等特征表明，廓清商业特许经营权的权利边界至关重要。商业特许经营具有企业组织科层关系的特点，特许合同的缔结并不会完全按照当事人意思自治进行。商业特许经营系统的控制力以及市场交易信息的不对称性，导致单纯的合同法调整模式力不从心。政府的介入，使经济法调整模式随之跟进，从而有效降低了特许经营市场的交易成本，维护了实质公平，增进了总体效益。我国商业特许经营活动的制度建构和法律规制，经历了由民商法到经济法的部门跨越，在对商业特许经营权的保护方面，具有鲜明的经济法特征。

（一）商业特许经营权的横向边界及其制度保障

商业特许经营权在横向维度上具有一定的伸缩性，其横向边界主要取决于特许双方在合同订立时共同对权利客体即经营资源的范围所作出的界定。由于实践

^[15] Mathewson, G. F. and Winter, R., *the Economics of Franchise Contract*, *Journal of Law and Economics*, 1985, 28:503-26.

^[16] 徐孟洲：《耦合经济法论》，中国人民大学出版社，2010年版，第135页。

中商业特许合同常使用格式合同，因而经济法律、法规和规章对特许合同内容和提供时间的限制，尤其是其中有关经营资源的相关内容，成为确定商业特许经营权横向边界的重要依据。与此同时，强制信息披露制度和保密协议制度的建立和完善，也为该权利横向边界的清晰化奠定了良好基础。

1. 缔约前限期提供格式合同制度。按照《商业特许经营管理条例》第 21 条的规定，特许人应在订立特许经营合同之日前至少 30 日，向被特许人提供特许经营合同文本。同时，该条例第十一条详细列举了特许经营合同应当包含的主要内容。2012 年修订的《商业特许经营信息披露管理办法》强调，如果特许人要求被特许人与特许人（或其关联方）签订其他有关特许经营的合同，应当同时提供此类合同样本。这些强制性规定，为被特许人充分了解和判断商业特许经营权的权利边界和内容提供了足够的时间和途径，使商业特许经营权横向边界的确定具有了直观的文本标准，有利于在确保合同效率不受损失的前提下，打破特许人与被特许人合同地位上的不平等性，继而实现特许双方主体之间的利益平衡。但是实践中，需要重点注意两个问题：其一是对合同文本的解释应采用正确的解释方法，合同文本中要有具体的解释条款，避免引起表述上的歧义，同时对一些专用名词还应有明确定义；^[17]其二是对特许经营合同的“霸王条款”应给予重视，不得利用该类条款损害被特许人和消费者利益。

2. 强制信息披露制度。《商业特许经营管理条例》第三章专章规定了信息披露制度，对披露信息的期限、信息范围和内容以及披露方式和信息质量等提出了要求。根据规定，特许人应在订立特许经营合同之日前至少 30 日，以书面形式向被特许人提供规定信息，其披露范围涵盖特许人基本信息和特许权详细信息两大类型。其中，特许权信息包括特许人的注册商标、企业标志、专利、专有技术和经营模式的基本情况，以及向被特许人提供产品、服务、设备的价格和条件等。新信息披露办法规定的要求更为具体，包括：（1）注册商标、企业标志、专利、专有技术、经营模式及其他经营资源的文字说明；（2）经营资源的所有者是特许人关联方的，应当披露该关联方的基本信息、授权内容，同时应当说明在与该关联方的授权合同中止或提前终止的情况下，如何处理该特许体系；（3）特许人（或其关联方）的注册商标、企业标志、专利、专有技术等与特许经营相关的经营资源涉及诉讼或仲裁的情况。该制度制约了特许人在商业特许交易中对市场竞争的破坏，有效降低了被特许人在分析、判断特许人经营资源过程中的信息搜集成本，降低了商业特许经营的系统风险，为商业特许经营权横向边界的清晰化和可靠性提供了基本保障。实践中，需要重点把握所披露信息的完整性、真实性和准确性，尽量避免遗漏和错误。

3. 保密协议制度。《商业特许经营管理条例》第 18 条规定，被特许人不得向他人泄露或者允许他人使用其所掌握的特许人的商业秘密。新信息披露办法在其第七条中对被特许人的保密义务作了进一步规定，强调特许人向被特许人披露信息前，有权要求被特许人签署保密协议，而且被特许人的保密义务覆盖了缔约前、缔约后以及解约后三个阶段。按照规定，被特许人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论特许经营合同是否成立，不得泄露或者不正当使用。合同终止后，被特许人因合同关系知悉特许人商业秘密的，即使未订立合同终止后的保密协

^[17] 上海市工商行政管理局、上海市经济委员会、上海连锁经营协会共同制定《上海市商业特许经营示范文本》（2005 年印制）对“特许经营体系”、“加盟店”、“特许标识”、“特许产品”、“经营手册”、“直接特许”、“区域特许”、“复合区域特许”、“特许区域”、“营业地”、“建筑物”等合同条款中出现的概念进行了明确定义。

议,也应当承担保密义务。被特许人违反规定,泄露或者不正当使用商业秘密给特许人或者其他造成损失的,应当承担相应的损害赔偿责任。与保守、单一的传统经营模式相比,商业特许经营中的商业秘密具有权利主体多元化、外部使用性特征明显以及容易泄露、保护难度较大等特点。^[18]通过上述保密义务和保密协议的规定,使特许人的商业秘密作为其经营资源的组成部分,同样被明确为商业特许经营权横向边界的重要判断标准。实践中,特许双方需要注意对保密人员范围、保密事项、保密期限、保密措施等具体内容进行约定,切忌语焉不详或太过笼统。

(二) 商业特许经营权的纵向边界及其制度保障

由于特许经营对外具有共同的外部特征,一旦出现经营失败或侵犯第三人利益的情况,如何确定特许人与被许人之间的责任分担,如何保护无过错第三人的利益便显得十分突出。尽管特许人和被许人可以在特许经营协议中对责任分担问题做出安排,但是这不能防止特许人利用其经济实力和从业经验上的优势做出不利于被许人利益的约定。^[19]因此,如何为商业特许经营权纵向边界的厘定以及责任承担提供判断标准,继而兼顾特许双方以外的不特定的消费者利益,这一问题在特许经营实务中更应该引起重视。

1. 限制竞争条款。毕竟商业特许经营属于一种高效的分销组织形式,特许人和被特许人在一个特许经营体系中并不属于同一层级,尽管其相互之间不存在直接竞争关系,内部很少发生不正当竞争行为,但在实践中却可能出现限制竞争的情形。具体来讲,特许经营体系常常采取一些表面上与《反垄断法》规定相悖的做法,如分割销售市场、固定向第三者转售商品的价格、搭售和附条件交易以及限定原料采购来源等。^[20]这些行为是否构成我国《反垄断法》上的垄断行为,是否构成对被特许人经营权的侵犯,主要取决于特许合同中限制竞争条款的合理性边界。基于商业特许经营本身的特征,限制竞争条款的出现在维持特许经营体系方面有其自足性一面,有利于减少特许经营体系的内部竞争,实现产品和服务的同质化,强化品牌的认知度,并增强品牌的竞争力。根据我国《反垄断法》第15条规定,对商业特许经营权纵向边界的合理确定,关键在于特许合同中的限制性竞争条款在行为目的上能否落入该法的豁免情形。这些情形主要包括:(1)为改进技术、研究开发新产品;(2)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工;(3)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力;(4)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益;(5)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩;(6)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益;(7)法律和国务院规定的其他情形。此外,特许人是否构成市场支配地位,是否具有正当理由,也是判断时的重要依据之一。

2. 回授条款。在特许经营合同中常常包含回授条款。^[21]由于商业特许经营资源多包含知识产权,因此回授条款其实就是被许可人同意知识产权许可人有权使用被许可人改进的许可技术的协议。回馈授权作为知识产权许可中的一种协议安排,要求被许可方就其对许可技术所作的后续改进或通过使用标的技术所获得的

[18] 闫海、冷雪:“商业特许经营中商业秘密及其法律保护”,载《中州大学学报》,2011年第5期。

[19] 韩强:“特许经营的责任分担和风险防范”,载《法学》,2002年第6期。

[20] 陈彦晶:“特许经营在反垄断法上的豁免”,载《北方法学》,2011年第3期。

[21] 徐士英:《竞争法新论》,北京大学出版社2006年版,第94页。

新技术,应当向许可方报告、转让或授权。^[22]在商业特许经营合同中,回授条款对于市场竞争既会有积极促进的一面,也会有消极遏制的一面,因此其是否构成专利权滥用,并不能一概而论。划分回授条款的合理性边界,须考虑相关市场中竞争产品存在与否,独占或非独占许可,是否对竞争有不利影响,以及对被许可人发明意愿的影响等。在这一问题上,既不能简单地直接适用《反垄断法》,也不能完全无视《反垄断法》而仅通过适用《专利法》来完成,相反,准确把握《反垄断法》第55条的规定至关重要。其中,是否构成滥用专利权并排除、限制竞争,是判断的基本标准。另外,从现行《合同法》及其司法解释的规定看,我国对于无偿的、非互惠的、独占性的回授持否定态度。^[23]

3. 备案条款。在我国,商业特许经营通过备案管理制度,加强对特许双方、消费者或社会公众的利益保护。对特许人而言,及时备案不仅能提高企业诚信度,更有利于企业的长期发展。对被特许人而言,在加盟时应关注特许企业是否通过了特许经营备案,以尽量避免陷入加盟陷阱。对社会公众而言,则可利用备案系统查询信息,了解情况,选择消费。具体说来,通过商业特许经营信息管理系统可以查询到下列信息:(1) 特许人的企业名称及特许经营业务使用的注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源;(2) 特许人的备案时间;(3) 特许人的法定经营场所地址与联系方式、法定代表人姓名;(4) 中国境内全部被特许人的店铺分布情况。^[24]2011年新修订的《商业特许经营备案管理办法》,统一和完善了商业特许经营的备案标准及备案流程,从而为商业特许经营合同的备案条款提供了依据,特许人应当在与中国境内的被特许人首次订立特许经营合同之日起15日内向备案机关申请备案。但由于该办法中对特许人未履行备案义务仅规定了罚款等行政责任,因此,其对商业特许经营权纵向边界的厘定以及责任承担并未给出更明晰的结论,仍有赖于商业特许经营合同的具体约定。

总之,法律对商业特许经营权的确认和保护事关经济自由、经济繁荣和经济安全。与西方发达国家相比,我国的商业特许经营市场目前仍处在成长阶段。尽管2011年我国已建立北京特许经营权交易所及其线上交易平台,但在规模化、标准化、信息化等方面与发达国家仍存在较大差距,有关商业特许经营权保护的法律法规体系尚需进一步完善。从经营权角度全面、系统地加强对商业特许经营权的保护,不能仅靠合同法、专利法、商标法等,更需要民商法、知识产权法与经济法的有效互动和协调。

[22] 宁立志、陈珊:“回馈授权的竞争法分析”,载《法学评论》,2007年第6期。

[23] 参见《中华人民共和国合同法》第329条和《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2004]20号)第10条。按照上述规定,限制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术,或者双方交换改进技术的条件不对等,包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进的知识产权,即属于非法垄断技术、妨碍技术进步,这样的技术合同无效。

[24] 参见2011年11月7日商务部修订,同年12月12日公布,2012年2月1日起施行的《商业特许经营备案管理办法》第十五条。