

民法典编纂视角下商业特许经营合同的有名化

冯 建 生^{*}

摘要:商业特许经营合同先被写入全国人大法工委民法室的《民法典合同编(草案)》“室内稿”和全国人大法工委的《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”中,却令人不解地在“提请审议稿”中被删除了。商业特许经营合同在我国市场经济活动中得到普遍采用,已经发展为成熟的合同类型。该类合同具有不同于其他合同的独有特点,在缺少直接裁判依据的情况下,法官审理相关合同纠纷案件存在找法困难,需要专门的合同法规进行调整。商业特许经营合同纳入《民法典》有着迫切的现实需要,且已条件成熟。当务之急是对《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”的商业特许经营合同条文进行完善,做到法律规范的科学化,以此推动其在《民法典合同编》中的有名化。

关键词:民法典 商业特许经营合同 裁判依据 合同有名化

一、问题的提出

在民法典编纂中,合同编应增加一些典型性的有名合同以适应社会经济发展的需要,已成为学界共识。商业特许经营合同作为我国经济活动中越来越普遍采用的一种合同,亟须明确的法律规范进行调整。在学者和实务界人士的多方呼吁下,商业特许经营合同被纳入全国人大法工委民法室 2017 年 8 月起草的《中华人民共和国民法典合同编(草案)》[以下简称《民法典合同编(草案)》“室内稿”]中,作为该编第 18 章加以专门规定。但是,其立法条文基本上搬用《商业特许经营管理条例》和《欧洲示范民法典草案》的相关规定。《商业特许经营管理条例》主要侧重于管理定位而非平等主体之间的合同关系;对《欧洲示范民法典草案》的理解,须仔细研读原文及其立法背景,并依中国语境表达。缺乏深入研究和转化而拼凑起来的法律条文可谓差强人意,学者对其提出了大量修改意见。全国人大法工委 2018 年 3 月发布的《中华人民共和国民法典合同编(草案)》“征求意见稿”[以下简称《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”]将商业特许经营合同调整为第 16 章,虽然对前述室内稿的部分条文进行了完善,但无论是规定的内容还是条文的科学性方面存在的问题仍然比较大。2018 年 8 月提请全国人大常委会审议的《民法典合同编(草案)》出人意料地将商业特许经营合同整章删除,对此并未明确说明原因,但从法工委主任沈春耀所作的《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》中可窥一斑,即在确定哪些内容纳入民法典各分编时应当遵循以下原则:内容应当具有基础性、普遍性、稳定性和平等自愿性;对涉及特定群体、领域的内容,原则上由民事特别法规定;对还处于发展变化中、经验还不成熟、拿不准的内容,暂不纳入。

商业特许经营合同自 20 世纪 80 年代引入我国,经过 30 多年的发展,其内容已经相当稳定,并且已经成为普遍适用的合同形式。特许人与受许人的法律地位平等,双方缔结合同也遵循平等自愿原则。因此,商业特许经营合同的内容符合基础性、普遍性、稳定性和平等自愿性的要求。商业特许经营合同的主体并不限于特定群体,其许可的内容也并非限于特定领域,特别法难以全面规制。商业特许经营合同具有商事合同的属性,但与民事合同也并非截然分开。从我国立法规划看,并不准备在民法典之外再制定商法典,

^{*} 河北工业大学副教授
基金项目:教育部人文社会科学研究规划项目(17YJA820004)

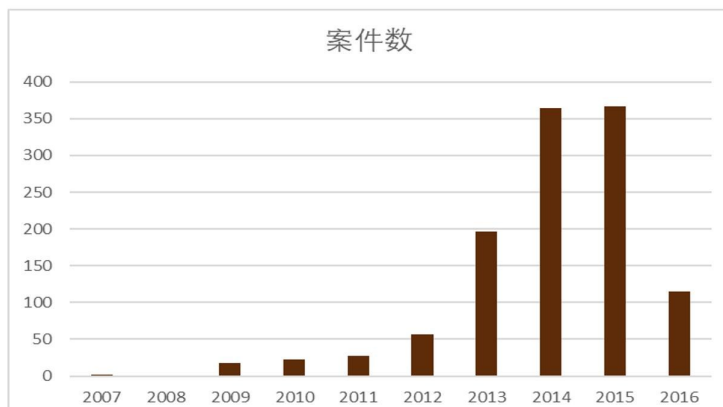
在民商合一体例的民法典合同编的编纂中,特许经营合同等典型商事合同符合纳入民法典合同编的标准。^① 在 1999 年制定《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)时,特许经营合同和合伙合同等就被列入到当时的《合同法(草案)》中专章加以规定,在最后的立法审议环节才被删掉,当时全国人大法工委所作的《关于〈中华人民共和国合同法(草案)〉的说明》给出的原因是,这些合同在当时尚不成熟、需要进一步研究。之后又经历了近 20 年的发展,商业特许经营合同在我国市场经济活动中已经非常成熟。如果仅以法律条文拟定不够科学即认为立法技术不成熟而将其删除,这是值得商榷的,完全可以通过提高商业特许经营合同的规范技术解决其立法科学性问题的。

与保险合同、旅游服务合同分别有民事单行法调整不同,我国并无民事单行法对商业特许经营合同进行规范,第十三届全国人大常委会的五年立法规划也未考虑商业特许经营合同的立法问题。商业特许经营合同有名化立法在国际上已成为一种发展趋势,如阿根廷即将商业特许经营合同列入其民法典中加以规范。《欧洲示范民法典草案》第 4 卷(有名合同)的第 5 编第 4 章对商业特许经营合同专章加以规定,无疑对欧洲大陆各国民法典的修订具有指引作用。当务之急,是汇集民法学者的智慧,借鉴国外立法经验设计出规范科学的商业特许经营合同规则,推动其在民法典合同编中的有名化。本文以此为着眼点,立足于实证分析,通过对《民法典合同编(草案)》“室内稿”和《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”的评判来探讨商业特许经营合同的有名化立法。

二、当前商业特许经营合同纠纷案件的实证考察

随着商业特许经营活动在我国迅猛发展,相关合同纠纷也大量涌现。商业特许经营合同纠纷案件的数据,可以通过中国裁判文书网、北大法宝法律数据库和北大法意教育频道数据库获得。检索发现,3 个数据库中关于商业特许经营合同纠纷的案件来源基本相同,但北大法意教育频道对案件进行了精选,所选案件更具典型性,能够使本选题的研究在满足案件数量要求的前提下更具效率。进入北大法意教育频道,在检索栏目处选择“法院案例”,然后输入“特许经营合同”进行检索,截至 2017 年 11 月 15 日,共获得案件 1 669 件。剔除不属于本选题研究范围的海商案件 8 件、国家赔偿案件 70 件,得到商业特许经营合同纠纷案件 1 591 件,其中 98 份裁判文书属于重复上传,再去除与研究主题关联度不大的申请执行案件 66 件、当事人撤诉和管辖权异议案件 112 件以及名为特许经营合同纠纷案件但实为买卖合同纠纷案件、第三人侵权案件等其他案件 146 件,共获得有效案件 1 169 件。对检索结果进行人工筛选,2007~2016 年各年度商业特许经营合同纠纷案件裁判文书数量分别为 2、1、18、22、27、56、197、364、367、115 件(参见图 1)。

图 1:商业特许经营合同纠纷案件年度数量示意图



从图 1 可以看出,各年度商业特许经营合同纠纷案件的发生数量并不均衡,但总体呈上升趋势。

① 参见李建伟:《我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究》,《政治与法律》2017 年第 7 期。

2007、2008年发生的案件数量只有零星的1、2件,至2012年每年仅有缓慢的增长,但到了2013年以后,案件数量迅猛增加。2016年的案件数量虽然显示为100余件,但并非表明2016年的案件数量在下降,主要原因有二:其一,这里统计案件数量的年份是以立案时的年份为准,有些案件的审结往往会持续到下一年或者更久,因而2016年相关案件的裁判文书并不能够全部在当年作出。其二,北大法意教育频道对裁判文书的收集上传具有滞后性,因此到检索日止,其数据库中仅包含了2016年的部分商业特许经营合同纠纷案件的裁判文书。^①

在对商业特许经营合同纠纷案件的整体情况进行简要概括之后,我们再对该类合同纠纷案件的个案情况加以分类归纳。

首先通过逐份查阅的方式对样本案件的主要纠纷事由进行统计,以发现商业特许经营合同纠纷不同于其他合同纠纷的特点。因有些案件中双方当事人相互提起诉讼,且有些案件中不只涉及一项纠纷事由,最终显示的案件数量为1406件,超出1169件,乃存在对案件重叠统计的现象(具体数据参见表1)。

表1:商业特许经营合同纠纷事由统计表

主要纠纷事由	所涉案件数	占总数的百分比
特许人违反信息披露义务(欺诈)	417	29.66%
特许人未履行提供指导、培训或支持义务	176	12.52%
特许人侵害受许人排他性经营权	67	4.77%
特许人单方终止特许经营合同	34	2.42%
特许人限制受许人转让特许经营权	18	1.28%
特许人不履行供货义务	30	2.13%
特许人的其他违约行为	92	6.54%
受许人要求行使冷静期解除合同权利	17	1.21%
受许人为与特许经营相竞争的行为	28	1.99%
受许人擅自转让特许经营权	19	1.35%
受许人违反约定从他人处采购原料等	17	1.21%
受许人损害特许经营商誉、整体形象	21	1.49%
合同终止后受许人擅自使用特许经营权	29	2.06%
受许人未履行对账、受监督等义务	32	2.28%
合同的效力纠纷	45	3.2%
受许人拖欠特许权使用费	26	1.85%
受许人拖欠货款等	144	10.24%
受许人要求特许人返还保证金、加盟费	149	10.6%
受许人的其他违约行为	45	3.2%

从表1可以看出,所发生的案件纠纷事由中,既有一般的合同纠纷事由,如合同的效力、费用拖欠、合同解除和其他一般合同违约行为等,也有商业特许经营合同特有的纠纷事由,如特许人违反信息披露义务、违反培训和指导等义务、侵害受许人排他性经营权,受许人冷静期合同解除权、与特许经营相竞争、损害特许经营商誉、整体形象等纠纷。统计显示,特许人违反信息披露义务纠纷的案件数量最多,占比近30%之多;其次为特许人违反培训、指导等合同义务纠纷的案件,占比超过12.5%。在这些合同纠纷事由中,最具商业特许经营合同特点的就是受许人在冷静期内行使合同解除权纠纷。对这些纠纷多发事项或

① 本文于2018年2月完成初稿,数据库中案例持续更新,北大法意教育频道于2018年5月改版升级,数据库名称也由“法院案例”改为“司法案例”,其中案例数据增加较多,如果重新选取样本进行统计将耗时甚巨。因现有统计数据对本文研究的问题已有反映,故不再重新选取样本,仅对2016、2017年的案件发生数量进行补充。经检索,截至2019年5月31日,用本文所述方法进行统计并剔除无效案件,共获得有效数据为2016年740件,2017年832件,与本文所述趋势一致。

者体现该类合同自身特点的权利、义务,有必要作为商业特许经营合同立法的重点内容加以规定。

个案统计的另一个着眼点是法院在审理商业特许经营合同纠纷案件时适用的具体法律条文,以查明处理该类合同纠纷时的法律依据及有无直接的法律规范加以规制(统计结果参见表2)。

表 2:处理商业特许经营合同纠纷适用的主要法律

适用的法律条文	规范的事项
《合同法》第 8、44 条;《民法通则》第 57 条	合同(法律行为)的效力
《合同法》第 9、48 条;《民法通则》第 63、66~67 条	合同(法律行为)的代理
《合同法》第 39、41 条	格式合同条款
《合同法》第 42 条	缔约过失
《合同法》第 52 条;《合同法司法解释(一)》第 4、10 条;《合同法司法解释(二)》第 14 条	合同的无效
《合同法》第 54~56、58 条	合同的撤销
《合同法》第 61~62、67、153 条;《民法通则》第 84 条	合同(法律行为)内容的确定与履行
《合同法》第 77~80、84、86、88 条	合同的变更与转让
《合同法》第 91、93~98 条	合同的终止与解除
《合同法》第 99~100 条;《合同法司法解释(二)》第 24 条	债的抵销
《合同法》第 107~116、119~122 条;《合同法司法解释(二)》第 27、29 条;《民法通则》第 106、111~112、115、134 条	合同(民事)责任的承担
《合同法》第 396、402、406、410 条	委托合同
《合同法》第 10、32 条;《商业特许经营管理条例》第 11 条	合同的形式与成立
《合同法》第 60、92 条;《商业特许经营管理条例》第 18 条第 2 款	合同当事人的保密义务
《商业特许经营管理条例》第 3 条	特许人的资格
《商业特许经营管理条例》第 8 条	特许人的备案义务
《商业特许经营管理条例》第 7、14 条	特许人提供经营指导、技术支持和培训的义务
《商业特许经营管理条例》第 17、21~23 条	特许人对受许人的信息披露义务
《商业特许经营管理条例》第 18 条第 1 款	特许人对受许人转让特许经营权的同意权
《商业特许经营管理条例》第 12 条	受许人在冷静期解除合同的权利
《民法通则》第 4~5 条;《合同法》第 3~6 条;《商业特许经营管理条例》第 4 条	合同(法律行为)自愿、平等和诚实信用

由表 2 可知,属于一般性合同纠纷的事项,如商业特许经营合同的效力、履行、终止与解除和责任的承担等等,在《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)、《合同法》以及相关司法解释中都能够找到法律依据。在无当事人约定或特别法规定的情况下,合同法的一般性规定完全可以作为处理商业特许经营合同纠纷的裁判根据。表 2 还显示,有些合同事项,在《合同法》加以规范的同时,作为特别法的《商业特许经营管理条例》又加以强调,如合同的形式与成立、当事人的保密义务。有些合同事项,则由《商业特许经营管理条例》专门加以规范,如其第 7、14 条对特许人向受许人提供培训、指导等义务作出规定,第 12 条对受许人冷静期解除合同的条款加以倡导性规定,第 17 条和第 21~23 条规定了特许人对受许人的信息披露义务,第 18 条第 1 款规定了特许人对受许人转让特许经营权的同意权。

三、民法典编纂中商业特许经营合同有名化的现实需要

在民法典编纂中,哪些新型合同应当在合同编中有名化,依据的标准是什么? 李建伟教授认为,某一

类型合同进入合同编的基本标准是重要且必要。重要是指此类合同在市场交易中具有普遍性,必要是指此类合同客观上缺失规范,确有法律调整的必要性、迫切性。^① 朱广新教授认为,民法典合同编中新增典型合同时应进行重要性和体系性思考。重要性是指在社会经济发展中具有重大意义,体系性思考则包括能否弥补现行典型合同在类型形态上的不足和列入民法典合同编的恰当性两个方面。^② 学者表述虽然有所不同,但内涵上并无实质性差异。商业特许经营合同在我国已经被普遍采用,其重要性不言而喻。因此,下文主要从社会现实需要的角度阐述其有名化立法的必要性。

(一)商业特许经营合同独有特点需要有名化处理

1.具有不同于其他合同的确定内容

某类合同应在民法典合同编中有名化,首先要看该类合同有没有区别于现有典型合同的确定内容。商业特许经营合同的主要内容是特许人许可受许人在特定区域、时间内使用其商标、专利等知识产权和经营模式从事特许经营活动,与买卖合同等其他合同的内容区别开来。合同内容不同,决定了合同规范也有不同。商业特许经营合同规范应当主要围绕特许人对知识产权的瑕疵担保义务、为受许人培训、指导的义务、受许人排他性经营权、受许人维护特许经营整体商誉、正当使用特许权和竞业禁止义务等内容展开。受许人在特许经营中使用特许人的商标等从事经营活动,从第三人角度看很容易与代理相混淆。但是,商业特许经营合同与代理存在本质的区别,代理行为往往被视为本人行为的一部分,但特许经营中受许人是以自己名义独立地开展经营行为,并不是特许人的代理人。^③ 商业特许经营合同在内容上存在不同于其他合同的特点,使其不能归类到任何一种既有的有名合同之下。不同的合同内容要求有不同的合同规范专门进行调整,合同有名化有助于确定合同的具体内容。^④

2.合同内容的复合性不等同于合同联立

商业特许经营合同的主要内容虽是特许人许可受许人使用其商标、专利等知识产权和经营模式等从事经营活动,但合同履行中往往伴随有原料供给、劳动成果提供等内容,因而呈现出复合性特点。例如,特许经营合同中包含的专利、专有技术许可使用等内容,表现出技术合同的特征;有些合同则要求受许人从特许人处购买原料或相关货品,包含了买卖合同的内容;还有些合同要求受许人依特许人的委托,完成特定事项或劳动成果,蕴藏了委托合同或承揽合同的特征。当合同内容包含了数个典型合同的特征而呈现出复合状态时,是否应将其认定为合同联立或者混合契约?对此,我国台湾地区学者王文宇先生指出:当数个典型契约的特色混合于同一非典型契约中时,便已不只是“量变”之现象,而会产生“质变”之效果。因此,即使可以从非典型契约中观察出典型契约之特色,亦不表示该非典型契约可以被认定为联立或混合契约,非典型契约本身就是一种独立的契约类型。^⑤ 商业特许经营合同虽然蕴含了多个典型合同的特征,但并非这些合同的简单叠加,而是发生了性质的改变,因而有必要在合同法中有名化。

3.受许人受控制的弱势地位需要立法关注

在商业特许经营合同中,受许人和特许人的法律地位虽然平等,但基于合同内容的特殊性,特许人对受许人形成一定的控制关系。具体而言,受许人要使用特许人的商标、商号、专利或专有技术等对外从事经营活动,特许人在知识产权的许可使用方面处于支配和控制的地位。特许人往往利用这种优势地位迫使受许人签订合同时接受其单方拟定的格式条款,直接影响受许人的具体权利。另外,为了维护特许经营的整体商业信誉,特许人需要对受许人的生产或经营活动进行监督和管理,甚至对受许人的经营活动进行全程控制。特许人对受许人的这种控制关系,使得受许人处于事实上的弱势地位,这也可以从前面相关案件的统计分析中得到体现(参见表3)。

① 参见李建伟:《我国民法典合同法编分则的重大立法问题研究》,《政治与法律》2017年第7期。

② 参见朱广新:《民法典之典型合同类型扩增的体系性思考》,《交大法学》2017年第1期。

③ 参见方新军:《现代社会中的新合同研究》,中国人民大学出版社2005年版,第128页。

④ 参见宁红丽:《论合同类型的认定》,《法商研究》2011年第6期。

⑤ 参见王文宇:《非典型(商业)契约的漏洞填补——论任意规定与补充解释的择用》,台湾《月旦法学杂志》2009年第1期。

表 3:商业特许经营合同纠纷中特许人与受许人提起诉讼的占比

案件诉讼提起方	案件数量	占案件总数的百分比
受许人提起诉讼	792	67.7%
特许人提起诉讼	258	22.1%
受许人与特许人相互起诉	119	10.2%

表 3 表明,在所统计的 1 169 件案件中,除其中 119 件为特许人与受许人相互提起诉讼外,受许人因认为自身合同权益受到侵害提起的诉讼多达 792 件,是特许人提起诉讼案件数量的 3 倍还多。合同权益更易受侵害的事实也表明了受许人的弱势地位。为了不损害处于弱势一方当事人的利益,有必要对其予以特殊考虑。^① 因此,应当有明确的合同规范对受许人的利益予以特别保护,如在合同信息披露义务、合同单方解除权的行使、合同的转让、续期和终止等方面,在权利设定上向受许人倾斜。另外,如果特许人的控制超过必要限度,使受许人失去自我而成为特许人获取自身利益的工具时,特许人就应当对受许人的行为承担法定责任。

4.继续性合同特点需要特别规范调整

继续性合同,是“指契约之内容,非一次的给付可完结,而是继续的实现,其基本特色系时间因素在债的履行上居于重要的地位,总给付之内容系于应为给付时间的长度”。^② 继续性合同与一时的合同在履行上的区别为:“一时的合同,原则上其债务一经履行,债权关系即归于消灭。继续性合同,在约束的期间内,其履行呈持续状态。”^③继续性合同关系依时间而定,则在时间上自须有所限制,一个在时间上不可解消的继续性结合关系,将过分限制当事人的活动自由,^④故应赋予当事人解约的自由。商业特许经营期间,特许人要持续性地允许受许人使用特许经营权,受许人则要持续性地履行合同义务并接受特许人的监督和管理,使他们之间呈现出一种继续性合同关系。作为继续性合同,存续期间一般比较长,更有无固定期限者。如果当事人一直受无固定期限合同的约束,会发生限制其自由的不利后果。因此,应当针对商业特许经营合同的持续性特点对合同解除等问题做出特别安排。另外,继续性合同将一定期间状态的存续或维持作为目的,因而当事人之间的信赖关系便成为合同的实质性要素。^⑤ 在商业特许经营中,特许人与受许人基于信任发生合同关系,当事人及其自身条件发生变更将直接影响合同关系的稳定。为稳定商业特许经营合同关系,当许可使用的知识产权发生权属变更、当事人破产或死亡时,对合同关系的承继问题也应作出规定。

(二)直接裁判依据的欠缺要求商业特许经营合同有名化立法

1.某些合同纠纷事项难以直接找到合同法裁判依据

如上所述,商业特许经营合同中发生的一般性合同纠纷事项可以在《合同法》中找到裁判依据,有些具有自身特点的纠纷也能从《商业特许经营管理条例》中找到裁判依据。但是,也有些具有自身特点的纠纷并不能在上述法律规范中找到直接裁判依据,如表 1 中所列示的因特许人侵害受许人排他性经营权、受许人从事与特许经营相竞争业务、受许人损害特许经营的整体形象和商誉、合同终止后受许人擅自使用特许经营权等产生的纠纷。在这种情况下,法院依据什么裁判案件? 通过个案调查发现,法院主要以合同中的约定条款作为裁判依据。例如,表 1 中所统计的 67 件特许人侵害受许人排他性经营权纠纷案件中,法院基本上是以合同中授予受许人的独占性特许经营条款作为裁判依据的。^⑥ 这一情况同样发生在受许人

① 参见战东升:《民法典编纂视野下的服务合同立法——日本立法经验及其借鉴》,《法商研究》2017 年第 2 期。
② 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社 2013 年版,第 155~156 页。
③ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 89 页。
④ 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社 2013 年版,第 157~158 页。
⑤ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2018 年版,第 89 页。
⑥ 具体裁判情况参见陕西省西安市雁塔区人民法院(2014)雁民初字第 03275 号民事判决书、山东省青岛市中级人民法院(2013)青知民初字第 451 号民事判决书、浙江省温州市中级人民法院(2013)浙温知初字第 37 号民事判决书等。

损害特许经营整体形象、商誉的合同纠纷案件中。^①而在合同终止后受让人擅自使用特许经营权纠纷案件中,法院或者以合同中的约定条款作为裁判依据,^②或者告知当事人按侵权纠纷另行起诉。^③

但是,并非所有的商业特许经营合同都能够对上述事项做出约定,此时法院该如何处理?个案分析可以发现,法院主要有3种处理方法:一是参照相近合同中类似事项的法律规范,如表3中所列示的参照有关委托合同的《合同法》第396、402、406和410条来审理相关纠纷事项。然而,并不是所有的商业特许经营合同纠纷事项都能够找到相近合同类似事项的合同法规则。二是以《民法通则》第4~5条和《合同法》第3~6条等原则性规定作为裁判依据。但是,这些原则性规定过于抽象,基本上可以涵盖所有的合同或者民事行为事项,它们是不宜直接作为裁判依据的,以避免“向一般条款逃逸”。^④三是告知当事人以侵权纠纷另行起诉。通过侵权诉讼来保护自己合法权益对合同当事人而言并非易事,其举证责任较重,包括对行为人主观过错、侵权行为、损害和因果关系等都要加以举证。而违约采严格责任原则,合同当事人一般无须就对方当事人的主观过错进行举证,只要证明其存在违约行为即可,举证责任相对较轻。可见,在缺少合同法规则的情况下,不仅给合同当事人找法带来困难,也给法院增加许多工作量。

2. 一些合同事项虽有特别法规定但司法实践中问题较多

一些具有商业特许经营合同特点的合同纠纷虽然能在《商业特许经营管理条例》中找到裁判依据,但司法实践中也存在较多问题,尤以特许人违反信息披露义务和受让人冷静期解除合同引发的纠纷为典型。

信息披露义务是特许人的一项最主要的义务,表1所统计的案件数量最多的也是特许人违反信息披露义务引发的纠纷,占有案件的比例达30%。查阅裁判文书发现,我国法院审理特许人违反信息披露义务纠纷案件时,适用的法律依据主要是《商业特许经营管理条例》第17条和第21~23条关于特许人信息披露义务的规定。《商业特许经营管理条例》作为行政法规,在为法院审理相关案件提供重要法律依据的同时,也带来了一些司法实践问题。从其名称及第1条的立法目的来看,它主要是对商业特许经营活动进行规范管理,而非为平等主体的合同当事人提供明确的权利义务规范。这样,当事人在发生合同纠纷寻找法律依据时,常常将该法规忽略。统计分析表明,虽然特许人违反的是信息披露义务,但受让人未依违反信息披露义务的诉由,而是以欺诈为由提起诉讼的案件并非个例,计有98件之多。对受让人而言,提起欺诈诉讼相较于特许人违反信息披露义务诉讼的难度要大得多。

在违反信息披露义务诉讼中,受让人主要举证特许人存在违反信息披露义务的行为及该行为给自己造成损害。但是,在欺诈诉讼中,受让人首先要举证特许人欺诈的存在,这并不容易,从案件的裁判结果中也可以得到印证。具体而言,受让人主张特许人欺诈的成立,一般应满足4个条件:特许人主观故意;客观欺诈行为;受让人因欺诈而做出错误的意思表示,即因果关系的存在;受让人遭受损失。^⑤法院认为:特许人仅仅未告知并不等于其故意隐瞒或提供虚假事实而构成欺诈;^⑥特许人虽然有夸大的不实行为,但受让人凭经验能够判断不至于作出错误意思表示的,不能认定为欺诈;^⑦因此,受让人自身也负有注意义务,受让人未尽注意义务的则承担相当于“明知”的不利后果。^⑧在总计98件欺诈诉讼案件中,有77件因受让人未能有效证明特许人欺诈成立致使其诉讼主张未获法院支持,比例高达78.6%。为避免此尴尬境况,将

① 具体裁判情况参见广东省广州市越秀区人民法院(2013)穗越法知民初字第212号民事判决书、北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第18658号民事判决书、湖南省常德市中级人民法院(2015)常民三初字第86号民事判决书等多份裁判文书。

② 参见广东省广州市越秀区人民法院(2014)穗越法知民初字第83号民事判决书、北京市东城区人民法院(2015)东民知初字第10593号民事判决书和北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第03494号民事判决书等多份裁判文书。

③ 参见广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法知民终字第416号民事判决书等裁判文书。

④ 参见韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,《吉林大学社会科学学报》2017年第6期。

⑤ 参见陕西省西安市雁塔区人民法院(2014)雁民初字第05942号民事判决书和广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法知民终字第270号民事判决书等多份裁判文书。

⑥ 参见浙江省温州市中级人民法院(2009)浙温知初字第475号民事判决书和浙江省温州市中级人民法院(2009)浙温知初字第488号民事判决书等多份裁判文书。

⑦ 参见北京市西城区人民法院(2014)西民初字第03560号民事判决书和北京市第二中级人民法院(2014)二中民终字第06956号民事判决书等多份裁判文书。

⑧ 参见上海市黄浦区人民法院(2013)黄浦民三(知)初字第182号民事判决书。

以管理职能定位的行政法规转化为调整平等主体间权利义务的合同法规范是最佳选择。

受让人冷静期解除合同的纠纷也是颇具商业特许经营合同特点的纠纷类型。冷静期解除合同的规范在美国称为冷静期制度,即允许受让人在订立合同后的一定期限内或者完成不可退款的付款之前解除特许经营合同。^① 该项制度目的在于缓冲受让人的投资冲动,赋予其反悔的权利。当前我国处理这一合同纠纷的法律依据是《商业特许经营管理条例》第12条的规定,即特许人与受让人应当在合同中约定受让人可以在合同订立后一定期限内解除合同。合同中对受让人冷静期解除合同的权利有约定的情况下,该约定当然可以作为法院裁判案件的依据。^② 从案件审判来看,在合同没有约定的情况下,有些法院也直接以该条规定作为受让人享有冷静期解除合同权利的依据。^③ 这一做法有欠妥当,因为从该条文“应当”的表述看,其只是倡导性规范而非赋权性规范。在确定是否支持受让人冷静期内解除合同的请求时,法院一般以受让人未实际使用特许经营资源作为行使解除权的前提条件,并在未约定冷静期的期间时作为确定是否超出合理期限的依据。^④ 对冷静期合理期限的确定,有些法院将其把握在1个月之内,^⑤这与冷静期制度设立的目的是相符合的。但是,有些法院将该期限放得过宽,在合同订立后9个月甚至满1年时还支持受让人此项权利请求,^⑥显然没能准确理解冷静期制度的立法精神。这完全是由我国冷静期制度立法本身的问题引起的,“该法律条款在内容上过于模糊,难以为特许经营合同订立提供明确的法律行为模式,亦无法为特许经营纠纷司法裁判提供确定的裁判规范”。^⑦ 为解决上述问题,我国应当以合同法立法的形式对受让人冷静期解除合同的权利作出规定,将其明确为一项法定权利而不仅仅作倡导性规定,并明确该项权利的行使期限。

3. 某些合同事项特殊性不能完全适用合同法一般性规定

《合同法》关于合同转让、解除和终止的规定虽然可以用于处理商业特许经营合同中发生的相应纠纷事项,但特许经营合同自身的特点往往导致其不能简单地套用《合同法》的这些一般性规定。

关于合同转让,《合同法》第88条规定,合同一方当事人将自己的合同权利、义务一并转让给第三人的,须经对方当事人同意。《商业特许经营管理条例》第18条第1款亦规定受让人对外转让特许经营权须经特许人同意。但是,特许经营合同一般持续时间都比较长,其间客观情况变化会迫使受让人转让其特许经营权,如果特许人拒不同意受让人转让,将使受让人受到不当限制而发生严重损失。因此,需要在受让人的合同转让权与特许人的同意权之间进行平衡,设计出能够兼顾两者利益的制度。

对合同的解除,《合同法》第94条规定当事人在满足法定情形时才可以解除合同。而商业特许经营合同作为一种继续性合同,存续期间一般比较长,更无固定期限者。如果当事人一直受无固定期限合同的约束,会发生限制当事人自由的不利后果。因此,对继续性合同,只要没有限定合同的期限,原则上宜承认当事人的解约自由。^⑧ 同样,在商业特许经营合同没有约定经营期限时,也应当赋予当事人单方解除合同的权力。但是,针对特许人常常对受让人形成控制这一事实,双方当事人是否都享有任意解除合同的权力,在立法上应作出妥当安排。

就一般合同而言,期限届满原则上合同终止,即使一方当事人提出续期的请求,另一方当事人也无给予展期的强制义务。但是,在商业特许经营合同中,受让人经过前期较长时间的投入经营,会对所从事的

① See John Sotos, Recent Trends in Franchise Relationship Laws, 10 International Journal of Franchising Law, 11 (2012).

② 参见北京市丰台区人民法院(2014)丰民初字第02775号民事判决书。

③ 参见广西壮族自治区南宁市青秀区人民法院(2015)青民三初字第143号民事判决书和上海市闵行区人民法院(2013)闵民三(知)初字第129号民事判决书。

④ 参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第03781号民事判决书和重庆市第一中级人民法院(2012)渝一中法民初字第00051号民事判决书等多份裁判文书。

⑤ 参见北京市丰台区人民法院(2015)丰民(知)初字第4587号民事判决书、湖北省武汉市江汉区人民法院(2014)鄂江汉知民初字第00129号民事判决书和北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第03781号民事判决书。

⑥ 参见上海市闵行区人民法院(2013)闵民三(知)初字第129号民事判决书和北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(知)初字第04592号民事判决书。

⑦ 胡海涛:《商业特许经营冷静期制度的解析和完善》,《中国社会科学院研究生院学报》2016年第2期。

⑧ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第89页。

特许经营活动产生依赖关系,因而在合同期满后仍希望继续该经营活动。对受许人合理的续展合同期限的请求,国外立法一般都给予支持。例如,美国判例法承认合同期满终止前受许人享有对合同的展期权,特许人拒绝续展合同期限的须有正当理由。^①我国商业特许经营合同立法时,也应当对受许人的展期权作出规定。

商业特许经营合同具有不同于其他合同的独有特点,但法律规范的缺失给法院审理相关案件带来较大困难。为破解这一难题,商业特许经营合同有名化立法势在必行。解决无名合同法律适用上困难的有力举措,是将更多的合同种类纳入立法,亦即使其有名化。^②合同有名化立法为当事人提供最基本的行为规范,能够有效地规范各种合同关系,引导当事人正确缔约,也为法官正确裁判合同纠纷提供法律依据。^③

四、商业特许经营合同有名化应规定的主要内容

商业特许经营合同在民法典中有名化时,应作为合同编的专章内容加以规定。具体规范的拟定,既要体现该合同自身的特点,又要注意与民法典合同编甚至民法总则中其他规范的衔接。为避免立法上的重复,与合同编的其他内容交叉重叠的,放到合同编的总则章节统一规定,商业特许经营合同一章只规定体现该合同独有特点的规范。通读《民法典合同编(草案)》“室内稿”和《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”关于商业特许经营合同的规定,发现存在的问题较多,故对该合同立法应规定的主要内容进行阐述,兼对《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”的有关规定提出完善意见。

(一)商业特许经营合同的定义

合同概念的准确界定有助于商业特许经营合同立法的科学性、合理性。商业特许经营中,受许人通常在获得许可后利用特许人的商号、商标、专利或专有技术等从事经营活动,同时,良好的营业模式是特许经营成功的关键,因而也成为受许人利用的对象。特许使用的对象不限于特许人的商号、商标、专利或专有技术等传统知识产权,还包括特有的营业模式。归纳而言,商业特许经营合同是特许人将其商号、商标、专利或专有技术等知识产权以及其特有的营业模式等许可给受许人使用来从事特许经营活动的合同。《民法典合同编(草案)》“室内稿”第351条在对该合同定义时遗漏了专利和专有技术这两项内容,《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第309条对其加以补充。但是,《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第309条仍沿袭了《民法典合同编(草案)》“室内稿”的规定,将特许经营活动限定为受许人为了自己的利益独立开展经营活动,这有欠妥当。在商业特许经营活动中,特许人和受许人的利益在某种程度上具有一致性,有时甚至是捆绑在一起的,因此不应将受许人开展特许经营活动限定为仅仅为了自己的利益。同时,受许人与特许人在法律地位上虽为两个相互独立的民事主体,但在特许经营活动中特许人往往对受许人形成控制关系,由此受许人能否完全独立地开展特许经营活动有待考证。因此,对商业特许经营合同定义时应将这一不当限制删除。另外,特许人的整体营业形象往往蕴含于其营业模式之中,无单独列示的必要。

(二)合同当事人的基本权利与义务

1. 合同当事人之间的如实告知义务

为了保证在充分了解相关信息的情况下签订特许经营合同,特许人与受许人应相互告知可能影响合同签订的重大信息。该项告知义务更多地体现为对特许人的要求,其对受许人的告知义务也被称为信息披露义务,一些地区或国家的立法对此明确加以规定。例如,国际统一私法协会专门制定有《特许经营信息披露示范法》,美国联邦贸易委员会制定的《特许经营规则》第436条要求特许人在提供特许经营许可前向受许人提供特许经营信息披露文件。我国《商业特许经营管理条例》第3章对特许人的信息披露义务专门作出规定,商务部又制定有《商业特许经营信息披露管理办法》。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第311条第1款对特许人的信息披露义务作出规定,但非常简单,仅仅规定特许人应在订立合同前至少

① See Rochelle Spandorf, Structuring Licenses to Avoid the Inadvertent Franchise, 2 *Landslide*, 42 (2010).

② 参见李建伟:《我国民法典合同编分则的重大立法问题研究》,《政治与法律》2017年第7期。

③ 参见王利明:《典型合同立法的发展趋势》,《法制与社会发展》2014年第2期。

30 天向受许人提供相关信息。“相关信息”应当确定在什么范围内？与特许经营合同订立有关的信息都要进行披露吗？从各国相关立法来看，一般都将特许人应披露的信息限定为与合同订立有关的重大信息。^①

在有些商业特许经营活动中，对受许人的经营资质或能力有特定要求。此时，受许人也应当将此方面的重大信息如实告知特许人，以便特许人决定是否授予其特许经营权。对受许人的如实告知义务我国尚欠缺规定，有必要在相关立法时加以完善。

合同履行期间，对新发生的与特许经营有关的重大信息或者应披露的信息发生重大变更的，合同当事人也应当及时进行披露或告知。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第 315、319 条对此义务作出规定。鉴于该内容同属于当事人的信息告知义务事项，故可与合同订立中当事人的告知义务合并一处加以规定。

对违反信息告知义务的法律后果，给对方当事人造成损失的，首先要承担损害赔偿责任。如果违反信息告知义务情节严重致使合同目的不能实现的，对方当事人有解除合同的权利。对这些法律后果，因合同编总则部分已进行规定，故商业特许经营合同一章不宜再重复规定。

2. 受许人冷静期内单方解除劳动合同的权利

如前文所述，为了缓冲受许人的投资冲动，许多国家立法都赋予了受许人在签订特许经营合同后合理期限内反悔的权利，即允许受许人在冷静期内无理由单方解除合同。对冷静期的期限，各国规定并不统一，澳大利亚为 7 日，南非为 10 个工作日，墨西哥为 30 日。^② 前面的案件统计显示，我国多数法院将该期限掌握在 30 天内，因此建议将受许人冷静期解除劳动合同的权利行使期间规定为自合同签订之日起 30 日内。既然该制度的目的在于防范受许人的冲动行为，因此只能适用于首次签订合同，不适用于合同的续签和转让。同时，该权利的行使还应受到一定限制，我国法院通常要求以受许人未实际利用特许经营资源为前提。另外，受许人在被授予特许经营权之前已经接受培训并掌握了特许经营的模式、技巧的，其行使任意解除权的时机已经丧失，不应再允许其单方任意解除合同。^③ 《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第 312 条并未将后一种情形列入进来，实属疏漏，对此应加以完善。虽允许受许人在冷静期内单方解除合同，但特许人对此并无过错，因此，其为订立和履行合同所支出的必要费用应由受许人给予补偿。

3. 受许人的排他性经营权

在特许区域内享有排他性经营权是受许人实现特许经营目的的根本保证。为保障受许人的该项权利，特许人自己首先不能在约定区域内从事与特许经营相竞争的业务。此外，在该区域范围内，特许人还不能再授予他人存在竞争关系的特许经营权。当然，受许人自愿放弃该项权利的，对其意思自治予以尊重。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第 317 条在承继《民法典合同编(草案)》“室内稿”第 361 条的基础上又增加了一款，即当特许人违反相关义务侵害受许人排他性经营权时，受许人有权要求特许人或其他受许人从自己的专营区域撤离。笔者认为，前述自力救济权是受许人实现排他性经营权的内在要求，无须专门列出。且前面的案件调研发现，当受许人的排他性经营权受侵害时，受许人很难自力救济，而是需要通过诉讼的方式寻求法院的公力救济。

4. 特许人的权利瑕疵担保义务

保证受许人不受权利纠纷干扰地利用特许经营权是特许人的一项法定合同义务，也是受许人顺利开展特许经营活动的基本要求。特许人应当确保自己对相关知识产权享有处分权，既包括特许人自己是该知识产权的所有权人的情形，也包括特许人获得该知识产权的所有权人同意允许其再向受许人许可使用该知识产权的情形。同时，该知识产权本身还不能存在权属纠纷，否则也会影响受许人的特许经营活动。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第 313 条规定特许人应确保受许人不受干扰地使用经营资源，“不受

① See David N. Kornhauser, Materiality in Franchise Disclosure: an Analysis of How “Material Facts” Have Been Interpreted under Other Legislation, 53 Alberta Law Review, 120 (2015).

② See John Sotos, Recent Trends in Franchise Relationship Laws, 10 International Journal of Franchising Law, 11 (2012).

③ 参见李自柱：《〈商业特许经营管理条例〉中的任意解除权》，《人民司法》2015 年第 21 期。

干扰”语义过宽,因为干扰的形态多样,外延远远超过特许使用权的权利瑕疵,对第三人实施的干扰行为为特许人并不能够全部加以控制,因此特许人显然难以承担起确保受许人不受干扰这一重责。特许人要承担的实际上是权利瑕疵担保义务,即保证不因第三人主张权利而影响受许人对特许经营资源的使用。对第三人与此不相关的干扰行为,应由受许人对第三人主张侵权责任。

5. 受许人的竞业禁止义务

受许人实施与特许经营相竞争的行为,如在特许场地内经营与特许业务相同或相近的产品或服务,将会严重损害特许人的利益,故原则上不允许受许人在合同履行期间从事与特许经营相竞争的业务。即使是合同终止后的一定期限内,受许人也不得利用从特许人处获取的技术和经营信息从事相竞争的业务。对特许人与受许人双方的利益均衡考虑,将该期限确定为2年适宜。

《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第323条对受许人的竞业禁止作出规定,但将其规定为约定义务而非法定义务。同时,相关条文只规范了合同终止后的竞业禁止,对合同履行期间的竞业禁止并未加以规范。该条第3款还规定,特许人严重违约致合同终止的,受许人可以在合同终止后1个月内解除竞业限制约定。竞业禁止的目的在于保护特许人的权益免遭受许人不当竞争行为的侵害,特许人的该项权利并不应因其存在严重违约或违法行为而遭受减免。特许人要对自己的违约行为承担责任并不等同于他的合法权益因存在违约就应予以剥夺。因此,这一规定极为不当,应予删除。

6. 受许人接受监督和检查的义务

受许人的经营行为会直接影响特许人乃至特许经营体系的整体利益,因此对其营业活动进行监督和检查是特许人不可缺少的一项权利。为保障特许人这一权利的行使,受许人应当配合和接受特许人进入其营业场所监督检查。《欧洲示范民法典草案》第4卷“特许经营”一章的第304条规定了此项义务,该条还规定了特许人查阅受许人会计账簿的权利。特许人能否随意查阅受许人的会计账簿?其合理限度是什么?虽然受许人要获得特许人的许可从事特许经营活动,但受许人和特许人是两个各自独立的民事主体,特许人不能干涉受许人的经营自主权,更不能随意查阅受许人的会计账簿。只有出于必要且无法通过其他方式进行检查时,才允许特许人查阅受许人的会计账簿等财务资料。因此,应当将特许人的查账权限于以下情形:特许权使用费等费用是按受许人营业收入的一定比例收取;有其他正当理由必须查阅受许人会计账簿等财务资料。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第318条仅是简单搬用了《欧洲示范民法典草案》的相关规定,并未对特许人行使查账权的门槛进行必要的限制,有欠妥当。

除了上述列举之外,商业特许经营合同当事人的基本权利和义务还包括特许人提供培训、指导的义务、宣传推广的义务、受许人合理使用特许经营权的义务和维护特许经营体系整体商誉的义务等。另外,保守特许人的商业秘密也是受许人的一项重要义务,但因在合同编总则部分已经对合同当事人的保密义务作出了规定,故本章无须重复规定。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”将《民法典合同编(草案)》“室内稿”第365条关于受许人保密义务的规定予以删除,体现了立法的体系化和科学化要求。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第320条还增加了特许人指定供货时的保证义务规范,弥补了《民法典合同编(草案)》“室内稿”的立法不足,但条文内容略显繁杂,需要予以精简。

(三) 特许人对受许人的替代责任

替代责任是侵权法中发展形成的一个概念,意指一个人并不是基于自己的过错行为而是替他人的侵权行为承担责任。^①一个人对他人的侵权行为承担替代责任,至少要满足两个基本条件:(1)对侵权行为人有监督控制的能力;(2)从该侵权行为中获得直接的经济利益。^②商业特许经营中,受许人因特许经营行为侵害第三人权益时,特许人是否要承担替代责任?美国法上确立的基本原则是,特许人是否对受许人

① See Lewis N. Klar, Q.C., Tort Law, Thomson Carswell, 2008, p.645.

② See Demetriades v. Kaufmann 690 F. Supp. 289, 293 (S.D.N.Y. 1988).

的行为形成过度控制以及受许人是否(事实上或表面上)有权代表特许人行事。^①就法理而言,特许人与受许人作为法律上各自独立的民事主体,原则上只对自己行为的法律后果承担责任。但因特许人对特许经营资源的掌握,往往对受许人形成控制关系,如果超过必要限度形成过度控制,使受许人失去自我而被视为特许人的代表时,特许人就应当对受许人实施特许经营行为给他人造成的损害承担替代责任。替代责任在对外关系上体现为对第三人的责任,但在特许人和受许人之间却体现为内部责任分配问题。内部责任分配的法律基础是两者之间合同关系的存在,即控制关系是基于特许合同形成的。在此意义上,替代责任是特许人与受许人之间合同关系所引申的结果。

我国关于替代责任的规定主要体现为《中华人民共和国侵权责任法》第34~35条所列的雇主对雇员的替代责任,我国尚无特许人对受许人替代责任的规定。特许人与受许人之间并不存在类似于雇主和雇员之间的雇佣关系,因而侵权责任法的规定难以在商业特许经营中类推适用。在此明确特许人对受许人的替代责任,对防范特许人对受许人形成过度控制、保护权利人的合法权益十分必要。

(四)商业特许经营合同的转让、续期与终止

1. 受许人对特许经营权的转让

合同一经生效,任何一方当事人都不得随意摆脱合同约束,包括将合同的权利义务转让给他人。特别是在商业特许经营中,受许人特定的资质或经营能力往往是特许人决定授予其特许经营权的考量因素。特许经营权转让时,受让人是否具有该资质或经营能力直接影响特许经营活动的开展,进而影响特许人的利益。因此,受许人转让特许经营权须经特许人同意。同意权的赋予是对特许人权益的保护,但特许人同意权的绝对化会限制受许人转让特许经营权的正当权利。为了防止特许人恶意限制受许人转让特许经营权,美国判例法要求特许人拒绝受许人转让特许经营权时须有正当理由。^②美国这一成熟经验可资我国借鉴,在商业特许经营合同立法中应根据该合同的持续性特点,对特许人的同意权进行适当限制,规定特许人拒绝受许人转让特许经营权的应当给出正当理由,否则视为同意转让。

2. 受许人续展特许经营权

如前文所述,受许人经过前期的投入经营往往会对特许经营活动产生依赖关系,故在期限届满后还想续期经营,对受许人的这一正当请求应予支持。美国判例法要求特许人拒绝受许人展期请求的应给出正当理由,这一做法值得我国借鉴。

《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第322条第1款对合同的续期问题作出规定,即合同期满前6个月内当事人未作否定表示的则合同自动续期。这一规定极为不当。首先,期限届满合同终止是合同法的一般规则,当事人有续期需求的应提出申请并获得另一方同意。在合同当事人沉默的情况下即为其续展合同期限实为对当事人意思自治的干涉。其次,依该条文的文义解释,如果特许人在合同期满前6个月内提出不续期的,则合同终止。这样,即使特许人对不续期没有正当理由,受许人的展期权也不能实现。最后,在续期的情况下,当事人一般也会对续展后的合同期限作出约定。而该款直接将续展后的合同规定为不定期合同,同样是对当事人意思自治的干涉。

3. 无固定期限合同的终止

在商业特许经营合同未约定期限时,为防止当事人长期受制于合同不得解脱,在合同履行达到合理长的时间之后,应当允许当事人在提前通知的情况下解除合同。问题的关键是,任意解除合同的权利是双方当事人享有还是只赋予特定一方当事人?一般而言,任何一方都享有任意解除权,但在有些继续性合同中,基于立法政策和利益平衡等因素的考虑,任意解除权仅赋予一方当事人。^③例如,《中华人民共和国劳动合同法》第37条规定只有劳动者一方享有任意解除劳动合同的权利。作此规定的目的在于加强对弱势

① See David W. Oppenheim, Felicia A. Nadborny, Vicarious Liability Update, 8 International Journal of Franchising Law, 39 (2010).

② See John Sotos, Recent Trends in Franchise Relationship Laws, 10 International Journal of Franchising Law, 14 (2012).

③ 参见张红:《论继续性合同终止制度的法律构造》,《财经理论与实践》2012年第6期。

地位劳动者的保护,防范用人单位随意解除合同损害劳动者的利益。具体到商业特许经营合同,受许人的弱势地位及其对特许经营的依赖性也要求对其特别保护,对特许人单方解除合同的权利进行必要限制。基本思路是,既不能剥夺特许人的单方解除权,也不能任其滥用解除合同权利损害受许人的权益。故借鉴前面的立法经验,要求特许人单方提出解除合同的须有正当理由。合同期满后特许人拒绝受许人展期请求的都须有正当理由,合同履行中特许人解除合同更须有正当理由。《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第22条第3款对特许人单方提出解除合同的并无这一限制,为立法疏漏。

4. 不可归责于受许人的合同终止时的救济

在合同履行期间,难以避免会发生一些不可归责于受许人的事由致合同被终止。合同在履行中突然被终止,可能使受许人面临损害发生的风险,如设备投资无法按原计划收回、存货不能妥当处理等损失。为了尽量减少合同终止可能给无过错的受许人带来的损失,美国的伊利诺伊、密歇根、华盛顿、阿肯色等州的法律都规定了特许人对受许人购买的设备、存货等的回购义务。^① 欧洲一些国家的司法实践同样确立了对无过错受许人的这一救济措施,例如,德国的法院对因自己过错导致合同终止的特许人施加了回购受许人的存货和设备的义务,^② 法国法院同样要求滥用终止权的特许人接管受许人的存货以作为损害赔偿的一部分。^③ 我国《民法典合同编(草案)》“室内稿”第369条也对特许人的回购义务作出规定,但没有区分合同终止的原因,统一规定合同终止后特许人对受许人的回购义务。因受许人的原因导致合同终止的,原则上特许人不负有回购的义务,但特许人自愿回购的除外。《民法典合同编(草案)》“室内稿”的该条规定显然不当地加重了特许人的负担,《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第324条对此予以纠正。但《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”的规定仍不太严谨,应将特许人的回购义务限于合同非正常终止的情形。特许经营合同因期限届满而终止的,原则上特许人对受许人不负有回购义务,除非当事人之间另有约定。因为特许经营合同有期限的,受许人应当对存储的材料和产品等有一个事先的预算和安排。作为特许人回购的替代性救济措施,可规定在可行的情况下特许人应当允许受许人继续使用特许经营权以售完存货。因特许人的原因导致合同终止的,受许人还可以主张损害赔偿。

另外,在商业特许经营合同的终止方面,作为合同主体的当事人发生变故或者作为许可对象的特许经营权发生变更,都会影响到合同本身的存续。例如,承载良好商业信誉的商号、商标是特许经营业务取得成功的基本保障,特许人的商号、商标等知识产权发生变更时,会影响市场对其接受度,进而危及受许人的利益。但是,此种情况发生时,一概终止特许经营合同可能并不符合受许人的利益,因此应当赋予受许人终止合同的选择权,并对由此给其带来的损害作出救济性安排。另外,在特许人破产或者受许人死亡或破产时,商业特许经营合同是否因合同主体发生变故而当然终止? 基于其持续性特点,为稳定合同关系,立法上也应当做出妥当安排。

《民法典合同编(草案)》“征求意见稿”第312条第2款还对商业特许经营合同的期限作出了规定,即当事人约定的期限应当不少于3年。前面的个案调研中发现,双方当事人签订的合同期限短于3年甚至为1年的并非个别现象。合同期限本应由双方当事人自由约定,法律强行规定其应不少于3年有干涉当事人意思自治之嫌。并且,该条文的后半部分规定受许人同意较短期限的除外,这实际上允许当事人商定的合同期限少于3年。因此,该条规定并无实际意义,建议删除。

责任编辑 张家勇

① See Ill. Franchise Disclosure Act of 1987, Ill. Comp. Stat. § 705/20; Mich. Comp. Laws, 1979, § 445.1527(d); Wash. Rev. Code § 19.100.180(2)(i); Ark. Code § 4—72—209(1987).

② See Milan Parivoidis, Termination of Franchise Contracts — A Comparative Study, 7 International Journal of Franchising Law, 22 (2009).

③ See C. Cass. Com. 26 October 1982, B. Civ. IV No. 275.