

商业特许经营关系的认定进路

金泳锋

内容提要：本文分析了创设特许经营关系的目的：上游为降低经营成本且大面积铺开其经营模式，而分化销售部门等部门、继续对下游保持较高控制、向下游流转以一整套知识产权为核心的经营资源；下游为更好更快地进入相关市场，支付对价并获得相关经营资源；最终达到双赢。本文也分析特许经营关系的三个表现：上下游流转一整套知识产权资源、构建统一的商业模式、下游向上游支付了对价。分析统一的经营模式的外部与内部构成并最终着眼于内部，认为内部构成需考虑行业特性与经营品类，结合合同文本及双方履行情况，在原料或产品来源、广告宣传、价格制定、下游的经营地域与经营销售类别等方面，察看上游有无控制及程度。综合目的及上下游关系的表现，判断特许经营关系的成立与否。

关键词：特许经营合同 订立目的 统一的经营模式

Abstract: The paper analyzes the purposes for establishing franchise relationships, i.e. upstream sectors differentiate sales departments and other departments so as to reduce operating cost and spread operation models to a large scale. Upstream sectors can better control downstream sectors and circulate a whole set of IP-based operation resources. To effectively enter the related markets, downstream sectors pay corresponding consideration to the upper stream sections and acquire the necessary operation resources, so both sectors can achieve a win-win result. The paper also analyzes three manifestations of franchise relationships. A whole set of IP-based operation resources will be circulated between upstream and downstream sectors. A unified business model will be built, and downstream sectors pay corresponding consideration to upstream sectors. The paper analyzes the external and internal structure of the unified business model and focuses on internal structure. Industry characteristics and business categories of internal structure shall be considered. Check whether upstream sections can well control raw materials or product sources, advertisement, price setting, operation areas and business and sales categories of downstream sections according to contract contents and both parties' performance of the contract. Whether franchise relationships can be established or not lies in the above purposes and manifestations of upstream and downstream relationships.

Key Words: franchise agreement; purposes of franchise agreement; unified business model

引言

法院在处理当事人之间的法律纠纷时，首先要做的便是确定当事人之间的法律关系的性质。特许经营关系与买卖关系、知识产权许可关系有较为相似之处，但法律对它作了更多强制性的管理性或效力性要求，这些要求会对上下游双方的法律关系产生重要影响，诉讼中的双方为了维护自己的利益，也会就此而产生争议。因此厘清特许经营关系与其他法律关系的

差异，彰显其特性便变得尤为重要。本文拟从宏观层面及微观层面入手，即特许经营的目的与特许经营中上下游的具体表现两方面，探讨应如何认定上下游存在特许经营关系。

一、宏观层面：特许经营的目的

(一) 为降低内部成本而分化企业并为统一化而保持较高控制

现代社会，分工越加复杂，市场经济的运

作者简介：金泳锋，博士，暨南大学法学/知识产权学院讲师
感谢西北政法大学法学本科生谭宇航对本文相关文献资料的收集和整理。

作也越加复杂,市场经济活动的主体——企业的内部结构亦变得更为复杂、企业科层大幅增加。这种变化有利亦有弊:一方面,有利于企业各个工作流程的专业化水平提高、整体的交易费用降低;另一方面,企业本身的管理、运行是需要成本的,科层的增多使得企业变得更为“臃肿”,管理与运行变得更为困难。为了扬长避短,企业需要分化一些部门出去,不再采取如此严密的科层管理模式,但同时又在一定程度上保持对这些部门的控制,不完全依赖于市场。^①

企业的分化形式是多种多样的。有的仍然保持了企业的形式,比如将整个企业拆分重组,通过控制股权而形成企业集团;有的则采取更偏向于市场化的形式,比如通过经销型买卖合同等,将产品销售给下游经营者,并在相关合同文本中对下游经营者的经销活动予以一定程度的控制。

一般认为,特许经营也是一种企业分化的形式,其创设的目的之一是将以销售部门为主的下游部门分化出去,它产生自高度化的社会分工、便捷化的物流运输、标准化的产品生销。^②工业化的统一生产线使得在不同地点生产的同类产品再无质的区别,物流的发达则使原料与成品的运输更为快捷,二者都为企业分化销售部门的同时保持产品一致性奠定了物质技术条件。

与买卖、代理、知识产权许可等关系中上下游关系不同,为了保持上下生产销售的统一化、规范化、标准化,^③特许经营的分化程度相对有

限,上游仍希望对下游保持较高度度的管控,即尽管二者都会导致上游经营者的产品或知识产权往下游流动,但在特许经营关系中,上下游的关系更多地保持了企业运作的特性。许可人的管理之手深入控制被许可人从事的各种商事活动:统一配送生产原料、管理或培训人员、固定销售区域与销售类别、确定经营计划与广告宣传、确定装修装潢、限定平时与促销时的产品价格等。总之,除了二者属于独立的法律主体与纳税主体外,上下游呈现出一体化的外观并形成了较为紧密的管理与被管理关系。

在实务中,能够引起原被告对法律关系的性质产生争议的合同文本均或多或少地存在着上游对下游进行管控的条款。假如这些条款仅是作出笼统的约定,而没有具体约定上游如何管控下游,上述目的并不能在合同文本中充分彰显,法院在认定特许经营关系时更为慎重。^④相反,若前称之约定已经足够具体,确系体现出严格的管控,无论其合同名称如何,甚至双方特书一条以确认他们之间的法律关系,都不能使法院直接据此而对合同文本作定性。^⑤

(二) 构建并输出统一的商业模式

在买卖关系中,双方主要交易的标的是货物本身。在特许经营关系中,特许人则试图将什么交付出去?北京市高级人民法院认为是“拥有注册商标、企业标志、专利等经营资源的企业,以合同形式将其拥有的经营资源许可”。^⑥其采用了较为广义的“经营资源”作为客体,但又通过列举的方式表明这些经营资源

① 市场交易信息在市场中的流动并非处于完全充分的状态,信息检索费用(即确定市场主体的消费需求的费用)、衡量费用(即确定单位生产者对产品的贡献并在产品销售后分解贡献于各单位生产者的费用)、谈判费用(即在市场上讨价还价的费用)都会随着交易信息的不明朗而增多成本,这使得市场的运作同样具有较大成本。关于这方面的论述可参见:张五常:《企业的合约性质》,载盛洪主编:《现代制度经济学》,中国发展出版社2009年版,第139—156页。

② 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2009年博士学位论文。

③ 徐杰主编:《知识产权审判实务技能》(人民法院工作实务技能丛书),人民法院出版社2013年版,第164页。

④ 上海市普陀区法院(2003)普民二(商)初字第736号民事判决书“陆程诉上海德茂贸易有限公司买卖合同案”:虽然被告在一些场合使用了加盟的字眼,但被告并未表示自己具有特许经营资格,所称的加盟就是特许经营,故不能认定该辅导经营合约书等同于特许经营合同……前提是购买被告商用咖啡机和相关配件,之后才谈得上委托经营或辅导经营,可见买卖是主旨,辅导经营是配套辅助,被告称其以辅导经营作为售后服务的经营方式成立。

⑤ 广州市中级人民法院(2017)粤73民终131号民事判决书“广州市百悦餐饮管理有限公司、何利平特许经营合同纠纷”:对合同性质的认定应当依据合同内容及合同履行情况所体现的法律特征进行综合判断,而非单纯依据合同名称进行认定。又如,山东省高级人民法院(2011)鲁民三终字第233号民事判决书“山东亿家乐房产经纪咨询有限公司与李袁燕特许经营加盟合同纠纷上诉案”,该案原被告约定双方为总分公司关系,但法院根据双方合同约定及实际履行情况,对此不予认定。

⑥ 《北京市高院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第1条。

应具有知识产权属性。上海市高级人民法院则认为是“拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术，以及在先使用并具有一定影响的未注册商标、商业秘密、字号商号等具有知识产权属性的经营资源”，明确将客体限定在“具有知识产权属性的经营资源”。^⑦虽然两法院对此稍有不同认识，但都强调了“知识产权”“经营资源（模式）”两点。《商业特许经营管理条例》第3条也明确规定：“本条例所称商业特许经营（以下简称特许经营），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（以下简称特许人），以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者（以下简称被特许人）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。”可见，与买卖关系不同，在特许经营关系中，上游交易的目的是将以知识产权^⑧为核心的经营资源，作为客体许可给下游使用，以建立、输出统一的商业模式。

特许经营源自于工业化时代，到了知识经济时代，新型交易模式使得区分特许经营与买卖关系的难度加大。稍有洞察力的上游经营者都能清晰地意识到：光“卖产品”是不够的，“卖品牌”才能走得更远。此即意味着，哪怕在买卖关系中，上下游流转的也不仅仅是产品，还往往包括诸如商标等各类知识产权。而在知识产权许可关系中，双方交易的客体更是同样为无形资源，同样包含了知识产权客体。上述两种情形使得我们在厘清不同的法律关系时的难度更大：当上下游仅对下游作技术、业务指导而不带有前一部分所称之控制的目的及其具体表现时，当然不能认定双方为特许经营关系。但当上游还试图对下游作一定程度的控制时，应如何把握认定的进路？

上游对下游的经营活动进行管控的目的是多种多样的。有的真的是为了建立特许经营关系、形成统一的商业模式；有的则是为了更好地销售产品而对经销商加以管控；还有的是为了避免下游不恰当地利用上游的知识产权。尽管知识产权许可会在其他法律关系中呈现，但正如前文所述，销售产品才是销售者的主要目的，知识产权许可并非合同的主要标的，而是作为附随，为下游能使用该标的物而必须或能更好地实现标的物的效果。^⑨同理，单纯的知识产权许可关系中，上游许可的知识产权是有限的，单一的知识产权许可足以达到将无形财产变现的目的，并不要求下游建立统一的商业模式，故没必要将其进行市场经营所需要全套知识产权资源许可给下游。而在特许经营关系中，建立统一的商业模式是上游目的之一，需要对下游作出更为广泛的许可，许可的知识产权客体绝不会仅仅只有商标，而是为构建统一的经营模式而需要的一整套经营资源，比如经营诀窍及销售网络等商业秘密、企业字号、构成作品的装修装潢及宣传资料等。因此，本文认为特许经营关系的上游作出的知识产权许可应是为使下游能建立统一的商业模式的目的而服务的——许可的是一整套知识产权。^⑩虽然双方在合同中很可能并没有明确约定上游许可下游使用一整套知识产权，但上游为了能在“店面的形象和环境，产品、服务组合及质量标准，消费者细分与定位，店面选址标准，基本组织结构和管理制度等”^⑪方面保持一致，其中必定需要将大量知识产权用作许可。

定语“以一整套知识产权为核心”是不可忽略的。经营模式是否为法律上的一种可交易的客体？特许人的经营模式确能受到反不正当竞争法的保护，但反不正当竞争法是禁止行

^⑦ 《上海市高级人民法院关于审理特许经营合同纠纷案件若干问题的解答》第1条。

^⑧ 尽管知识产权是一种法定权，但在认定特许经营关系时，可作较为宽松的解释，不宜认为仅《民法总则》第123条所明确列举的客体才可成为特许经营关系中的知识产权。若某一非法定类型的智慧财产无明显不属于知识产权客体的事由，只因其不符合严格的法定性，不宜将其排除在外。

^⑨ 此种许可多局限于商标——毕竟商标贴附于商品上，为下游能有效地进行广告宣传等经营活动，商标许可很有必要。

^⑩ 此处并不要求许可人必须具有一整套知识产权，而是认为双方至少在合同中有此种约定。假如双方有约定而实际上游又没有，下游可以根据特许经营所创设的信息披露制度而请求解除合同、赔偿损失等。

^⑪ 徐杰主编：《知识产权审判实务技能》（人民法院工作实务技能丛书），人民法院出版社2013年版，第165页。

为而不是授予权利的法律，即使其受到反不正当竞争法的保护不当然等同于保护的主体可成为法律上的客体而被交易。实际上，经营模式具体所包含的内容可能会随着经营理念、市场环境的变化而变化，其内涵与外延并不明晰，难以在合同文本中约定被许可出去的究竟是什么，也难以在商业谈判中确定价格。许可人为保持客体明确性与定价清晰化，也须连同诸如商标、商业秘密等知识产权客体一同作许可。

认识到上段分析很重要，经营模式具有相对抽象性，假如忽略了该定语会使得特许经营关系与买卖关系变得难以区分。产品销售渠道、广告宣传方式、经营规划方案等都可能被理解为企业“经营模式”的表现形式。若据此推论，上游对下游若仅在前述方面存在较为严格的管控，双方即形成了“统一的经营模式”——这显然不正确。有法院对此予以了充分的注意，在“陈礼志与无锡东皇车业科技有限公司买卖合同纠纷上诉案”中，原被告双方在合同中明确约定：“东皇公司（被告）有权对陈礼志（原告）销售渠道进行监控、盘点库存；东皇公司提供全国统一的广告宣传，陈礼志超计划的促销活动，需东皇公司许可；东皇公司有权根据公司战略需要，制定并要求陈礼志配合某个时期的促销让利活动或其他经营活动；东皇公司有权根据市场情况及品牌发展战略，要求陈礼志调整经营风格和方向。”从合同文本看，上游对下游的管理非常严格，但一二审法院均认为，“东皇公司授权陈礼志在浙江省乐清市销售该品牌电动车，陈礼志仅是获得独家销售权，东皇公司并未为陈礼志设定统一的经营模式，无知识产权资源的许可使用……双方仅构成买卖合同关系”^⑫。

（三）小结

前文主要分析了作为引起法律关系的上游与下游建立特许经营关系的目的，但在上述两个目的指引下，上下游双赢的终极目的得以形成：对上游而言，分化降低了企业内部运营成本，控制下游形成的统一经营模式又可以

将企业的形象、产品推向市场，提高经营效益。对下游而言，通过发挥规模经济的效益并利用上游较为成熟的经营模式，被特许人的信息检索费用、衡量费用、谈判费用等市场交易费用均可大幅降低，从而更好更快地为其带来经济效益。

可见，在厘清特许经营关系与买卖、知识产权许可等关系时，整体思路应如此进行（具体细节则在下一部分展开）。首先需要查看上游对下游有无保持较高程度的控制，如无，即可证明双方不存在管理与被管理的关系，哪怕双方因其他原因而形成了相对统一的商业外观，也基本可以排除特许经营关系的成立。但是，当上游对下游存有一定控制时，并不能够当然认定特许经营关系的成立，第二步则需要考虑是否存在知识产权资源的上下游流转。若上游对下游根本没有作任何知识产权资源的许可，双方交易的主要标的是货物，毫无疑问，双方更多地是成立买卖关系。若上游对下游存有知识产权资源许可，第三步则需要考虑两点：一是这种知识产权资源许可的程度，二是许可所欲达到的效果。由于在特许经营关系中上游意图与下游建立起统一的商业模式，故而上游对下游作的知识产权资源许可必须要有能达到这种目的（或称效果）的可能，此时的许可往往是上游在展开工商业活动时所需要的一整套知识产权资源，这在合同中的表现为：要么明确列举为数众多的知识产权许可种类，要么作出宽泛性的许可。因此，若双方在合同中仅约定非常有限的知识产权资源的许可或者某种知识产权资源的许可是为实现产品有效使用所必须的，双方更多地是成立知识产权许可关系或买卖合同关系。另外，若由于双方合同文本的倾向性模糊及实际履行情况不清晰或无实际履行，上游实际对下游作的控制不清晰，许可的程度与效果也未必能够被清晰证明时，考虑到法律对特许经营关系的上游作了更多的管理性规定及权利与义务应该保持一致的法理，法院不宜认定双方成立的是特许经营关系，否则将会对上游造成不公平。

^⑫ 无锡市中级人民法院（2016）苏02民终2895号民事判决书。

二、微观层面：特许经营关系的具体表现形态

当我们认定特许经营关系的建立具有前述目的后，我们不难发现特许经营关系的构成在客观上要求：1.许可人具有或宣称具有一整套包含了知识产权客体的经营资源；2.其通过合同将它们许可出去并收取对价；3.其在此后仍能对被许可人保持较高的控制力，并形成了统一的经营模式。

（一）一整套知识产权资源的上下游流转

正如前面所述，上游为在上下游之间构建统一的商业模式，需要将其一整套知识产权资源予以许可，双方可能在合同文本中并没有就此作明确约定，但只要双方同时约定有“下游可以使用上游的商标等经营资源”及“下游运用上游的经营模式从事经营活动”等语，此即可认定已符合本点所称情形。^⑬正如前所述，下游运用上游的经营模式从事经营活动的，必定需要使用的不再仅仅是商标，还有众多知识产权资源。

值得注意，此点即使得到满足，也并非据此可认定特许经营关系的存在，还需要回顾知识产权资源流转的目的而作出判断。如北京知识产权法院在一案中指出：“彭宝玉与妆装优品公司签订的《C—UK区域特许加盟合同》的主要内容是彭宝玉作为妆装优品公司的区域代理商代理销售C—UK果蔬面膜机系列产品，该协议虽涉及妆装优品公司对彭宝玉的监督、培训以及商标等知识产权的授权使用，约定有‘甲方许可乙方在特许经营区域内，为履行本合同之目的使用甲方拥有的商标（商号、

标志）、专利、著作权、商业秘密等’等。但上述约定均系服务于产品销售的合同目的。因此，《C—UK区域特许加盟合同》应属一般的产品销售代理合同，不涉及妆装优品公司授权彭宝玉在特定的经营模式下使用其特定的经营资源，不属于商业特许经营合同。”^⑭

总之，双方仅有约定知识产权资源的许可使用而无证据表明许可是为了上下游能构建起一致的商业模式，或仅有约定上游对下游进行严格管控但无约定知识产权资源在上下游流转的，均可能会被法院据此而认为不构成特许经营关系。

（二）下游为取得特定以知识产权资源为核心的商业模式而支付对价

在认定特许经营关系成立时，法院往往给出的一个考量因素是许可人支付了特许经营费，并且认为特许经营费的形式并不限于某种明目，甚至不一定需要在合同中列明，哪怕货物价款中包含了该笔费用。^⑮在实务中，北京市高级人民法院明确把加盟费、许可费、返点金等都列入在内^⑯。根据返点金的性质，许可人虽预先支付了一笔费用，但该笔费用是有可能通过被许可人销售产品而全额拿回的。此时，所谓被许可人为取得特许经营资源而支付的对价实质就是先付返点金的利息。问题在于，同一种货币给付方式，在认定特许经营关系不存在的案件中，法院又会认为这不属于特许经营费。例如有法院认为“货款”就是购买货物的款项，并不是下游为获得特许经营资格而支付的对价，并以此佐证不构成特许经营关系^⑰。实际上，特许经营费很少以其本来的名称被列出，法院

^⑬ 最高人民法院（2016）最高法民申1193号民事判决书“吴书立与张磊特许经营合同纠纷”；广东省高级人民法院（2014）粤高法民三申字第12号民事判决书“连云港王菲贸易有限公司与深圳市马天奴服装专卖连锁企业有限公司特许经营合同纠纷”。

^⑭ 北京知识产权法院（2016）京73民终1047号民事判决书“北京妆装优品商贸有限公司与彭宝玉等特许经营合同纠纷”。

^⑮ （2014）粤高法民三申字第12号民事判决书“连云港王菲贸易有限公司与深圳市马天奴服装专卖连锁企业有限公司特许经营合同纠纷”：“虽然双方在合同中并未约定连云港公司须向马天奴公司支付特许经营费用，但连云港公司支付的货款中实际已包含有一定比例的特许经营费用”。

^⑯ 《北京市高院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第5条：当事人可以在特许经营合同中直接约定特许经营费用，也可以通过货款返点、盈利提成、培训费等形式约定特许经营费用。

^⑰ 广东省高级人民法院（2015）粤高法民三申字第73号民事判决书“张香琴与东莞市欧妮纳时装有限公司特许经营合同纠纷”：“从张香琴与欧妮纳公司签订的《品牌特许代理合同》约定以及双方实际履行合同的情况来看，双方约定并履行了产品销售的条款，但是，双方之间并未将欧妮纳公司拥有的商标、企业标志等经营资源许可给张香琴使用，张香琴亦未向欧妮纳公司支付特许经营费”。

在认定特许关系成立时，就会把各种费用都解释为特许经营费，以此来“佐证”法律关系的成立；相反，则不作此种解释，反而用作证明法律关系的不存在。法院在判决中似乎出现了逻辑循环。商事活动是有偿活动。特许经营关系中，支付价款所获得的对价是有权使用相关经营资源，只要存在经营资源的许可使用并且另一方给付了价款，无论该笔价款以什么形式出现，这应当属于双方自愿交易的结果。因此特许经营费其实并不能真正成为判断要件，它所要达到的只是表明该合同为有偿合同，是一种形式要求，若上下游之间被认定为形成了统一的经营模式的，不能因一方没有“支付了特许经营费”而否定特许经营关系的成立。

（三）形成统一的商业模式

根据前文的分析可看出，前两点的判断最终离不开第三点的判断，甚至可以认为前两点都是为佐证第三点成立而服务的。遗憾的是，《商业特许经营管理条例》第3条并未明确“统一经营模式”的具体内涵，法院在具体审判中只能就此作自由心证。法律语言当然有其抽象性，但本条可能抽象了一个本不应该作如此抽象的术语。

值得注意，是否形成统一的经营模式并不是一个有或无的问题，而是一个多或少的程度问题。总的来说，它应是兼具外部与内部的、较高程度的统一。

1. 外部统一

“外部统一”是指特许经营双方在经营时，消费者很可能会认为他们为同一家企业或者具有其他类似的关联关系。诸如是否有统一的装修装潢、下游经营者店铺里所销售的产品是否仅来自于上游经营者等“外部”因素，往往成为法院判断判断双方是否形成“统一的经营模式”的重点。^⑩这种认定具有一定合理性，上游经营者确实需要下游以统一的外观进行经营，才能达到将其形象及销售的产品推向市场的效果。

然而，具有统一的外部特征并不一定能判断特许经营关系的成立。首先，判断是否形成外部统一存在一定难度。并不是所有上游经营者都有着风格鲜明的商业外观，若其本身仅有商标而无独特的装修装潢时（在服装销售行业最为常见），其在授权他人经销其商品时并许可他人使用其商标，而下游经营者又在销售中突出使用了该商标，进店购物的消费者此时亦可能认为二者有紧密的关联，但我们无任何理由认为这种消费者产生的“误认”即足以证明特许经营关系之存在。其次，销售活动在网络环境下的特殊性使得“外观”要素变得不再充分。在实体店中，我们仍然可能通过店铺的装修装潢、销售何种产品等判断统一的商业外观是否形成。但在网络环境中，这些具体的考量要素变得更为模糊。假如在一家专门做某品牌的海外正品代购的淘宝店中，店主在页面上展示了产品的各个细节，利用了产品的广告宣传资料以及报关证明等（此处不考虑店主是否构成侵权的问题），这似乎是满足了统一的商业外观的要件，但我们显然不能根据此认定特许经营关系之存在。

更为重要的是，在产生是否构成特许经营关系（还是构成买卖关系）争议的案件中，双方在纸面上约定的合同条款，若被实际履行，均可能会导致外部统一，但它们的致因却是多样的：有的是约定下游经营者“有权”使用相关的经营资源，“有权”要求上游提供相应的服务；有的是约定下游经营者“有义务”“必须”使用相应的经营资源，以达到建立统一的经营模式的效果；有的是约定上游经营者为下游“提供”开展经营所需的技术指导与管理服务，不提下游是“应”接受还是“可”接受；有的则仅约定下游经营者有权使用商标，但对其他经营资源则只字不提。因此，本文认为特许经营关系是否成立的判断核心应该回归上下游经营者之间的关系本身，察看外部统一是否系因上游控制而致。外部统一本身只能起到佐证作用，不能用它来反证内

^⑩ 例如广州市中级人民法院在（2016）粤01民终12846号民事判决书“阳江平与北京小小童心儿童用品有限公司广州分公司、北京小小童心儿童用品有限公司买卖合同纠纷”的审理中，发现合同无约定需建立统一的商业外观时，便就双方实际有无建立起统一的外观进行了事实调查。

部控制的成立。^{①⑨}

2. 内部统一

我们的视野最终回到上下游的内部关系，但经营活动的复杂性使我们难以将所有因素都考虑在内，判断特许经营关系的成立，究竟要考虑何种因素？

商业经营活动是复杂的，不同的行业有着不同的特性，首先需要确认在某特定行业中，业内企业是如何进行内部管理、监控下游的。^{②⑩}例如，服务提供与产品销售之间便有出较大差异。服务提供并不以产品为销售的核心，服务者往往起到更大的作用，这使得上游经营者更强调通过培训、监督服务人员以保持对下游的质量控制。^⑪而产品销售行业则更注重特许经营店里的产品的来源，往往要求产品或产品的原料等来自于特许人本身。特许经营是工业生产时代的产物，不同商人在不同地区以统一的外观进行生产经营，产品质量当然成为特许人的关注点。为了保证被特许人生产、销售的产品质量等同，特许人当然会作出上述要求，毕竟在特许人的观念中，分化出去的仅是销售部门或附带生产部门的销售部门。同理，在产品质量保持标准的难度越大的行业，上游对下游在产品及其原料等的来源所作的要求越高。^⑫值得注意，尽管寻找出行业特性非常有必要，但并不是当我们确定企业更注重哪方面并发现其确

实在该方面对下游作了管控，即认为上下游构成特许经营关系，我们仍需结合特定产品的特性，回顾这种管控所设置的目的。^⑬因为，不同的行业对如何才属于形成了“统一的经营模式”的回答是有不同的。

经营策略^⑭需要被统一，例如上游经营者为下游制定统一价格、外观及广告宣传策略建立有序的经营网络，具体展开如下。首先，“禁止经营其他同类产品”则在字面含义中即能体现出较强的控制，其至少会带来以下两个效果：原料或产品的来源被限定、上下游在产品销售品类上形成较为统一的外观。本文认为，如无相反情况，可据此初步认定此种管控足以形成“统一的经营模式”。有法院在审判时也明确指出销售一种商品与销售多种商品是区分特许经营关系与买卖关系的要素之一。^⑮其次，下游擅自开设分店、变更经营地域等，会对上游所欲构建的商业布局造成一定的影响，即使在经销型买卖关系中，部分上游也较为忌讳，不应认为有此条款即认为存在较高度度的管控，而认定特许经营关系的成立。当然，它们可以成为存有较高度度的管控的具体表现形式之一。另外，统一的价格政策一词具有较大的弹性，制定全国统一零售价、统一进行打折、统一通过广告作价格宣传等都可纳入其范畴。在经销型买卖关系中，上游已从下游处获得了

^{①⑨} 如在杭州市中级人民法院（2016）浙01民终5号民事判决书“王永胜与杭州彩贝服饰有限公司买卖合同纠纷”，双方在合同中明确约定“店面按统一标准装修、陈设橱窗”，但法院综合考察整个合同后认为“从本案《加盟合同书》的约定条款及履行情况来看，仅涉及供货、销售等环节的事宜，且王永胜支付给彩贝公司的4万元明显系预付货款，并非特许经营费用”，认定双方成立的是买卖合同关系。

^{②⑩} 分析同行业公司进行内部管控的方式，进行横向对比，无疑会使得判决更有说服力，但我国法院却没有这样做过。

^{③⑪} 如提供美容服务的经营者，在北京市高级人民法院（2009）高民终字第4104号民事判决书“杨国伟诉北京亮丽新世界美容有限公司特许经营合同纠纷案”中，双方明确约定上游对下游的工作人员进行培训。值得注意，特许经营中，最为常见的餐饮行业是兼具服务提供与产品销售两重的，正如山东省高级人民法院在（2010）鲁民三终字第30号民事判决书“丁玲诉成都钟鲢鱼餐饮管理有限公司特许经营合同纠纷”中所称“其核心内容是商标及其经营管理标准和菜品技术质量标准”。

^{④⑫} 例如特许经营中最为常见的餐饮行业，它兼具服务提供与产品销售两重性，不同厨师用不同原料进行制作，风味也不同，正如山东省高级人民法院在前述（2010）鲁民三终字第30号民事判决书中所称“其核心内容是商标及其经营管理标准和菜品技术质量标准”。广州知识产权法院（2017）粤知73民终178号民事判决书“广州市百悦餐饮管理有限公司、莫海燕特许经营合同纠纷”，也体现了类似观点。

^{⑤⑬} 在烟台市中级人民法院（2014）烟商二终字第246号民事判决书“王迎节与山东睿智教育科技有限公司买卖合同纠纷”中，上游向下游一种提高学生智力水平的产品，双方在合同中约定了下游要接受上游的培训，并约定下游不得将产品单独出售还需给客户提供相应的服务。培训、销售方式的限定无疑都是服务于该特殊产品销售及其功能发挥的，不能认为这些约定属于特许经营中所称的管控。

^{⑥⑭} 本文在此用“经营策略”一词指称上游经营者对下游采取的相关措施，以表明其属于一种内部统一，而法条所称的“经营模式”则是兼具内部与外部特征的，二者并不能同语替换。

^{⑦⑮} 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“贾正、广州宽客酒庄酒业有限责任公司与贵州茅台酒厂（集团）保健酒业有限公司特许经营合同纠纷”：“商业特许经营对于独占性的要求显著高于一般的经销协议，受许人只能销售特许人的产品，而经销商可以同时为许多制造商经销产品”。

产品的对价，对下游作控制是较为有限的，最多只为了维护其销售网络而制定全国统一零售价，并要求下游作打折、宣传等活动时进行备案，不可能深入下游销售的细节。故在特许经营关系中，统一的价格政策应表现为对产品的平时售价、促销时间及促销度等方面都有作要求，此处所称的“统一”应该是高度的统一。^{②6}

上游对下游的管控本身需要一定成本，在现实中，上下游基于种种原因而实际未履行所谓的指导服务、管理服务，是否能以双方实际履行合同的行为对双方的关系进行认定？双方当然能够通过实际行为变更合同约定条款。但在本题所讨论的法律关系中，能否以上游不作为而下游无要求其作为为依据，断定双方实际作出了变更？有法院即是据此而作出判决的。^{②7}这可以回避掉合同中模糊不清的法律关系，而直接从上游实际有无对下游作严格管控而判定特许经营关系是否成立。但这是存有争议的，毕竟当事人的诉讼时效还没过，基于维持合作关系等原因，其完全有可能暂不追究对方的不作为。因此，本文认为“认可”应有能体现其真实意思的积极行为（明示），或一方实际履行情况已经根本性地背离了原合同的目的、无履行合同的主要条款（诸如合同的权利义务条款）等而另一方未在合理期间（由法院自由裁量）内提出异议（默示）。

在理想形态下，内部统一应该作为被许可人需要承担的义务形式表现在合同中。但上游经营者出于法律规避等原因，合同条款有时以上游经营者为下游“提供”经营指导服务、管理服务等权利义务性较为模糊的语言呈现。特许经营关系与经销等长期合作的买卖关系从来不是泾渭分明的。在此类买卖关系中，上游经营者为保证货物在下游流转时不出现重大问题或为搭建有序的下级销售网络，也会在合同中设定一定的管理与控

制条款，甚至比特许人作出的要求更高，此时则需要综合上文的分析，结合合同订立的目的、双方交易的客体、双方所处的行业、合同的整体内容及其履行情况等方面作出判断，查看是否建立起统一的商业模式及其建立的原因（不是为了销售产品或避免他人不正当地利用其知识产权，而是为了保持上下游生产销售的统一化、规范化、标准化）。

三、结语

总之，我们在认定双方构成特许经营关系时，首先，要从宏观上把握住双方订立合同的目的，双方法律关系的具体展开具备达到其目的的可能性。其目的是：上游为降低内部成本而分化销售部门，再将以一整套知识产权为核心的经营资源许可给下游使用并对下游保持较高程度的控制，试图在市场中大面积铺开其经营模式；下游为更好更快地进入相关市场，而支付对价并获得上述经营资源的使用权。其次，从微观上认定特许经营关系的成立，需要上游许可下游使用一整套知识产权经营资源、下游支付对价、上下游形成统一的商业模式。由于合同约定不清晰，判断前两点是否成立，在多数情况下需要考虑是否形成统一的经营模式——它是微观层面认定的核心，需要综合考虑外部与内部的相关因素。外部可以成为佐证因素，但最终得着眼于内部。内部分析需要考虑行业特性、经营产品或服务的种类，分析上游要如何才能有效地深入控制下游；需要结合合同文本及双方实际履行情况，考虑上游在原料或产品来源、广告宣传、价格制定、下游的经营地域与经营销售类别等方面有无控制、做何种程度的控制，以综合认定是否形成内部统一。最后，若上下游内外统一程度较高且合同的整体及双方的履行情况又符合前述目的、客体亦适格，应认定构成特许经营关系。■

^{②6} 例如在前述广州市中级人民法院（2014）穗中法知民终字第270号民事判决书中，上游宽客公司不仅对已存的酒品的全国统一零售价作了不得变更的严格限定，还对将来拟推出的酒品价格、所有酒品的促销价格与促销时间作了同样的要求，此正是统一价格的表现形式。

^{②7} 烟台市中级人民法院（2014）烟商二终字第246号民事判决书“王迎节与山东睿智教育科技有限公司买卖合同纠纷”。