



法制与社会

LEGAL SYSTEM AND SOCIETY

国际标准刊号：ISSN 1009-0592

国内统一刊号：CN 53-1095/D

邮发代号：64-52

下

第5期 2010

- 政治—经济—法制—社会—伦理—综合性期刊
- 中国期刊网全文收录期刊
- 万方数据—数字化期刊群收录期刊
- 中国学术期刊综合评价数据库来源期刊
- 中国学术期刊（光盘版）全文收录期刊
- 北京龙源网全文收录期刊
- 维普资讯网全文收录期刊



封面人物：

甘肃省敦煌市人民检察院检察长—李学功



LSAS 法制与社会 Legal System And Society

主办|HOST UNIT

云南省法学会|Law Society of Yunnan Province

出版|PUBLISHER

法制与社会杂志社|Magazine Press of Legal System and Society

编辑|EDITOR

法制与社会编辑部|Editorial Department of Legal System and Society

总编辑|Editor-in-Chief

李健|Jian LI

副总编辑|Associate Editor-in-Chief

赵玲|Ling ZHAO

编务协理|Editorial Assistant Manager

方友 秦天|You FANG Tian QIN

出版总监|Publishing Majordomo

李健|Jian LI

国际标准刊号|ISSN

ISSN 1009-0592

国内统一刊号|CN

CN 53-1095/D

广告许可证|ADVERTISING PERMIT

5300004000031

邮发代号|SUBSCRIPTION CODE

64-52

社址|ADDRESS

昆明市西昌路26号云南省司法大楼8楼|8th Floor, Judicial Building of Yunnan Province, Xichang Road No. 26, Kunming City

邮政编码|ZIP CODE

650034

电话|TEL

0871-4105028 4199873

网址|Web Site

<http://fzsl.chinajournal.net.cn>

投稿邮箱 E-MAIL

fzsl0871@yahoo.com.cn

出版时间|Publishing Date

每月15日|the 15th Day of Every Month

Contents 目录

法学研究

Law Research

法家思想在中国法制史发展中的地位探析	郭兵 罗春梅	001
人情与法——以古代中国传统为背景	刘珂	003
中国古代的家族法	严贵香	005
法治与和谐	郭鹏飞 李琳	006
从社会生产发展探析法权模式演进	张海琳	008
晚清西方人眼中的中国法律文化弊端	张振明	009
浅谈我国当前实施社会主义法治的传统法律文化问题	赵岩林	010
理性的思考:认真对待税之法性	宋青霞	012
未成年人监护人侵权责任问题研究	张璐璐	017
和谐语境下“严打”刑事政策的反思及完善	廖劲敏	021
对新形势下刑事和解工作的思考	贺刚飞	023
和谐社会视野下的刑事和解的适用 ——以检察机关适用为视角	蒋向东 林裕	025
惩治恐怖主义犯罪刑事政策研究	喻义东	027

法制园地

Legal Field

我国刑事证据展示制度的立法模式构想	郑沛青	030
浅议我国刑事诉讼证据制度的完善与整合	邢春宇	032
完善我国刑事证人出庭制度的建议	丁婧歆	034
试论民事撤诉审查制度的建立	汪德锋	036
我国建立附条件不起诉制度的必要性研究	曹松根 陈倩倩 周龙俊	037
浅议我国劳动争议处理机制的现状及其改革 ——从仲裁前置程序之视角分析	蔡玉桂	039
构建我国个人信息保护法律制度之探微	姜威 赵丽娜	041
窝藏、包庇罪与伪证罪的区别	李兵 刘东 姜传伟	043
论交通肇事罪——交通肇事后逃逸与因逃逸致人死亡	钱若男	044
暂予监外执行的制度缺陷及其完善	江文权 李国坤	046
破产管理人选任制度研究	申静涛	048
浅议破产管理人的法律地位	李英姿	049
论我国民事审判监督制度	高晓宇 曹颖	051

Contents 目录

浅论水资源开发利用法律保障制度的完善——以西安市为例	郑 鑫 白 雨 052
我国监护制度的比较与完善	于 水 053

● 法律经纬

Legal Survey

由“索马里海盗事件”引发的法律问题思考	姚 磊 黄春霞 054
对向犯理论的适用:向制假者购买居民身份证的行为不应定罪	卢 程 056
浅谈婚姻家庭暴力的一些法律救助	陈松斐 唐 晖 059
我国中医药知识产权保护现状分析及对策	刘 敏 061
对计算机网络犯罪若干法律问题的思考	李坤明 063
暴力干涉婚姻自由罪罪数刍议	张有胜 065
关于监狱人民警察执法风险防范的思考	徐 伟 067
基于我国专利权滥用的有关思考	王洪冰 069
论重婚的构成	娄雨洋 071
大学生犯罪的典型心理探析及思考	岳 峰 张 雪 073
试论诈骗罪中的“自愿交付”行为	张 咪 075
浅论我国劳动就业歧视及其法律救济	陈夏璐 078
后危机时代的突发性水污染事故防治 ——坚持“以人为本”健全我国突发性水污染事故防治体系	陆 军 080
论共同共有的份额问题	杨倩昕 082
劳动争议纠纷中经济补偿金、经济赔偿及赔偿金的适用问题研究	韦枝展 083
浅析职务行为与代理	徐唐炼 084
有关知识产权的计算机软件权利保护	于 强 085
秘密监听与隐私权保护	刘 莎 杜红翠 王冬青 086

● 经济与法

Economy and Law

商标与特许经营体系	尹冬生 087
浅析证券交易持续信息披露制度	陈 琳 089
试论控股股东的诚信义务	董昱晶 091
论有限责任公司隐名股东的股东资格认定	侯颖颖 093
银信合作信贷资产类理财产品法律风险浅析	金水淼 095
董事勤勉义务的规范标准	赵 隽 097
论经济犯罪的证据收集	闫水华 099
解读新《保险法》第 65 条对责任保险中三方利益的平衡	张春美 101
当前民间借贷虚假诉讼案件的认定与防范	薛 玮 103

商标与特许经营体系

尹冬生

摘要 无论何种类型的特许经营,都是围绕商标的许可使用而展开的,因此,商标的许可使用在特许经营中处于核心地位,对特许经营体系的构建和发展也具有十分重要的法律意义。然而,面对特许经营中注册商标和非注册商标并存的现状,能否将非注册商标用于特许经营中的商标许可使用呢?答案是肯定的。

关键词 特许经营 许可使用 注册商标 非注册商标

中图分类号: D923.4

文献标识码: A

文章编号: 1009-0592(2010)05-087-02

特许经营被称为 20 世纪最成功的商业经营模式,从其产生和发展的历史表明,商标不仅是赢得被特许人及消费者认同特许经营体系的“窗口”,也是特许人借助商标扩张特许经营体系的“利器”。因此,明确商标在特许经营体系中的地位,理顺相互关系,对于构建和发展特许经营体系,保护当事人的合法权益至关重要。

一、商标与特许经营的关系

商品商标型特许经营和经营模式型特许经营是特许经营的两种基本形态,但两种类型的特许经营都没能离开商标的许可使用而单独存在,因此,商标许可使用在特许经营中处于核心地位,是开展特许经营活动的重要内容。

商品商标型特许经营是被特许人使用特许人的商标和营销方法来销售特许人的产品。汽车销售店、品牌服装专卖店属于商品商标型特许经营,其销售标注有特许人商标的产品时,根据“商标权利用尽”原则无须另行获得特许人的商标授权许可;但将特许人商标使用到仅属于自己的经营活动中(如:汽车销售商组织的自驾游)或自造产品而销售时,则应另行获得特许人的商标授权许可。也恰是上述原因,特许人与被特许人才必须建立以商标授权许可为核心的特许经营关系,否则就属于《商标法》规定的侵权行为。

“肯德基”、“麦当劳”是经营模式型特许经营的典型成功代表,其产品科技含量及服务水平并非深不可测,然以商标的授权许可为基础的经营模式却创造了巨大的商业成功。究其原因,一是“肯德基”、“麦当劳”具有很高的品牌知名度,在各个地区和市场已经被公众认可;二是“肯德基”、“麦当劳”特许经营体系的开发创建者,经过长期的市场实践,将经营理念、营销手段、店铺设计、产品配置等经营因素综合成了具有明显市场竞争优势的经营模式。特许人在被特许人付费后,将具有明显市场竞争优势的经营模式复制于被特许人的商业活动中,而这种复制是围绕“肯德基”、“麦当劳”商标的授权许可而展开的,从这一角度来看,被特许人使用特许人商标既是权利,也是义务;否则,就成了“为他人

作嫁衣裳”。

随着特许经营的发展,商品商标型特许经营和经营模式型特许经营越来越难以区分,如:供应商对经销商不仅提供标注有商标的商品,还提供较全面的商业运营指导(涉及经营模式的许可使用),所以,《商业特许经营管理条例》未对商品商标型特许经营和经营模式型特许经营分别予以规定。

二、商标对于构建和发展特许经营体系的法律意义

1. 商标是特许经营体系的识别标志。商标是用以区别商品或服务来源的标记。特许经营作为一种先进的经营模式,特许人和被特许人必然要使用一些识别性标志,并以此来区分商品或服务的来源,而商标无疑是其中非常重要的识别性标志,正是这些作为识别性标志的商标具有显著、简明、易记的特点,从而使消费者通过商标将不同的特许经营体系区别开来。

2. 商标是特许经营体系的商誉载体。使用不同商标的商品或服务的质量及性价比各不相同,消费者通过长期的比较和筛选,自然在心目中会对某些使用商标的商品或服务产生消费的欲望或偏好。一般来说,在选择同类商品或服务时,消费者首先看到的是商标,谁的商品或服务质量好、性价比高,消费者就会竞相购买谁的商品,从而使消费者一见到商标,就可以凭其掌握的信息对使用该商标的商品或服务的质量、性价比等问题做出判断。特许经营体系有了商标,能够帮助消费者认牌购货,维护消费者的利益,获得消费者的认同和信赖,这种认同和信赖的程度越高,特许经营体系的“商誉”就越高,市场占有率就越深入,吸收社会资本加盟的可能性就越大。

3. 商标是阻止被特许人脱离特许经营体系的重要保障。在特许经营活动中,被特许人在付费后将特许人的商标、经营模式和相关商品等经营资源用于商务活动,赚取利润,特许人不享有被特许人所经营业务的所有权,在产权关系上与被特许人是独立的平等主体,互不隶属。被特许人之所以愿意向特许人支付特许经营费而加盟特许经营体系,一是因为被特许人本身不具备从事该行业的经营经验、经营技术和相关商品;二是特许人的经营模

式往往经过了市场竞争的检验,在一定区域和时期内具有同行业的市场竞争优势;三是特许经营体系所使用的商标具有较好或很好的市场知名度,承载了有利于市场竞争的“商誉”,已经使消费者对使用该商标的同类商品或服务产生了购买欲望或消费偏好。一旦特许经营体系失去商标的许可使用,有利于市场竞争的“商誉”便失去了承继的载体,被特许人在熟悉经营模式,掌握相关经营经验、经营技术,并获得相应商品后,完全可以另起“炉灶”,脱离特许人苦心经营的特许经营体系,这就违背了特许人利用社会资金进行市场扩张和提高品牌知名度的初衷。然而,现实的特许经营都是围绕商标的许可使用展开的,随着被特许人的不断加盟,特许经营体系越来越庞大,所使用的商标越来越有影响和市场知名度,该商标所承载的“商誉”也吸引了越来越多的消费者,在此种情况下,被特许人一旦不使用特许经营体系所使用的商标就会丧失有利于市场竞争的“商誉”,从而面临巨大的市场风险。从这一角度看,商标的许可使用是避免被特许人另起“炉灶”的重要保障。

三、特许经营中商标许可使用的具体运作

《商业特许经营条例》第31条规定:“特许经营活动中涉及商标许可、专利许可的,依照有关商标、专利的法律、行政法规的规定办理”。对于商标的许可使用,《商标法》第40条只规定了对注册商标的许可使用,而对未注册商标许可使用的法律效力却未作规定。下面将分别阐述注册商标和未注册商标在特许经营中的许可使用,并重点分析未注册商标在特许经营中许可使用的法律效力。

1. 特许经营中注册商标的许可使用。注册商标使用许可的形式主要有两种:一种是独占使用许可,另一种是普通使用许可。独占使用许可,是指许可人在同一时间、同一地域内,以约定的方式将注册商标仅许可某一个被许可人使用,许可人依约定不得使用该注册商标。普通使用许可,也称为一般使用许可,是指许可人可以许可不同的人在同一范围内使用其注册商标。特许人和被特许人既可以通过独立的商标许可使用合同列明注册商标许可使用的具体形式,也可以在特许经营合同中列明注册商标许可使用的详细条款。为了保障被特许人的合法权益,维护市场的有序竞争,特许经营中的商标使用许可一般应采取独占使用许可的形式,并应根据《商标法》的规定报送国家工商行政管理总局商标局备案,否则,未经备案的商标使用许可合同不得对抗善意第三人。需要指出的是,《商标法》虽然规定了商标使用许可合同应当备案,但是,由于商标许可使用合同属于民事合同范畴,即使商标使用许可合同未经备案,也不影响商标使用许可合同的效力。

2. 特许经营中未注册商标的许可使用。在实践中,涉及未注册商标使用许可的案件并不少见,比如“黑天鹅”饺子馆、“土掉渣”烧饼店等特许经营合同纠纷案。2007年5月1日开始实施

的《商业特许经营条例》(以下称《条例》)第3条规定:“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(以下称特许人),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”。正是这一条规定,引起了非注册商标是否能用于特许经营的种种争论,那么,非注册商标究竟能不能用于特许经营呢?笔者认为,《条例》第三条只是将注册商标列举为特许经营的经营资源之一,而没有排除非注册商标在特许经营中的许可使用,况且,商务部和商务厅作为特许经营的备案机关,在实践中一直接受使用非注册商标的特许经营体系的备案,因此,非注册商标能够用于特许经营。

一方面,商标的价值在于商标使用后所蕴涵的商誉,而对商标予以注册的目的仅仅在于维持法律秩序的稳定性和商标权的确定性,未注册商标虽然未经过商标主管机关核准,但在其使用过程中也会给企业带来一定的、甚至是巨大的物质财富;可见,未注册商标的许可使用已成为现实的市场需求。虽然《条例》、《商标法》都对未注册商标在特许经营中使用许可的法律效力做出明确规定,但从法学理论来看,特许经营的商标许可使用在本质上属于合同关系,至今没有任何一部法律及行政法规对未注册商标的使用许可予以明确禁止,根据私法领域“法无明文禁止即允许”和“意思自治”的原则,在商标许可使用主体符合法律规定、意思表示真实、合同标的不违反法律和行政法规的强制性规定的情况下,结合现实的市场需求,应当认定未注册商标的使用许可具备法律效力,能够用于特许经营。

另一方面,被许可的未注册商标可能侵犯第三人的合法权利,或因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。因此,特许人应当合法、诚信地将未注册商标用于特许经营体系,摒弃“擦边球”、“搭便车”心理,尽量避免侵犯他人的合法权利,并在签订特许经营合同前着重对未注册商标进行详尽的信息披露。就被特许人而言,在签订特许经营合同前不仅应要求特许人全面、完整地披露《条例》第22条规定的信息,还应审查未注册商标是否违反法律、行政法规的强制性规定,并在特许经营合同中对使用未注册商标可能发生的法律责任进行约定。

综上所述,特许经营是围绕商标的许可使用而展开的,商标对于特许经营体系的构建和发展具有十分重要的法律意义,不论是注册商标,还是非注册商标都能够用于特许经营。

参考文献:

- [1]张栋. 特许经营法律实务. 法律出版社. 2008.
- [2]吴汉东. 知识产权基本问题研究. 中国人民大学出版社. 2005.
- [3]欧阳光, 吴静, 王龙刚. 公司特许经营法律实务. 法律出版社. 2007.
- [4]黄勤南. 知识产权法. 中央广播电视大学出版社. 2009.
- [5]王正. 未注册商标使用许可的法律效力. 中华商标. 2006(11).