

特许经营合同在商业特许经营法律关系中扮演的角色,其重要性在前面的文章中已经得到充分阐述:它是特许人与被特许人开展特许经营合作的基础,更是连接特许人与被特许人这两个独立民事主体的纽带。特许人不仅可在特许经营合同中约定特许经营权的授权使用范围、期限、使用方式,被特许人需交纳的各项费用等双方合作的重要事项,发挥一般合同“定纷止争”、“为争议解决提供证据”的作用;最为

重要和特殊的是,特许人可以通过特许经营合同的签署在一定程度上获得对被特许人及加盟店铺的管理与控制权。这一权利保障了特许人对整个特许经营体系的整体规划、控制和管理,使特许经营体系能够在特许人的统一管理和控制下有序发展。也正因为此,在为商业特许经营企业提供法律服务的过程中,我们开展的第一步工作往往是仔细阅读企业的特许经营合同文本,而合同也成为决定法律意见方向和方案设

计思路的重要基础。多数企业的合同结构和基本理念大致相仿,但为了更适应各自的特点和需求,设定了部分“个性条款”。但是这些个性条款是否必然具备法律效力呢?总结在实践中常见的引起争议的“个性条款”,评价它们可能存在的法律风险,并为各特许经营企业提出行之有效的应对策略,是笔者撰写本系列文章的初衷。

部分合同条款效力异议及其应对策略(一)

孟娟

某企业以商业特许经营模式从事商业活动十余年。在项目启动的前期,该企业为品牌树立、市场拓展投入了大量的心血和高额的成本。随着时间的推移,项目也日益成长,取得了较高的市场覆盖率,在其所属行业中小有名气,也赢得了多数终端客户的认可与好评。但近期,因为相同原因与数个被特许人之间产生的争议却让该企业格外困扰。

纠纷的起因源于“品牌维护费”的收取。该企业与被特许人签订的合同中约定:合同有效期为三年;为加大广告宣传力度、推广品牌,提高市场知名度,被特许人应向

特许人逐年交纳品牌维护费。其中,合同签约年度的品牌维护费为人民币2万元,被特许人应于合同签订之日一次性交纳。合同期内其他年度的品牌维护费,特许人调整该费用标准的,被特许人应当按照调整后的标准逐年交纳。双方签约后,被特许人依约交纳了第一年度的全部费用,特许人亦严格按照合同约定履行了自身义务,对被特许人提供全面的技术支持和经营指导,及时保质配送货物,主动积极地配合被特许人解决日常问题;同时,为促进品牌提升、赢得更多的客户群,特许人决定增加广告预算,以

加大广告推广力度。该笔资金既然起到了“品牌维护”的作用,则必然作为“品牌维护费”应当由被特许人与特许人共担,特许人经核算确定每个被特许人应在本年度交纳品牌维护费4万元。特许人就上述决策制作正式文件,向各被特许人发放。但交费期限届满后,虽经特许人反复催告,部分被特许人却仍未交纳通知确定的相应款项。被特许人反馈称,特许人未与其协商即调整标准,故其对此不予认可。

特许经营合同期限一般为中长期,鉴于部分合同内容(下转第01版)

(上接第02版)

按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素,确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。”

3、侵犯专利权的刑事责任

根据《专利法》的规定,只有假冒他人专利,情节严重的才可能构成犯罪,因为假冒他人专利不仅会使专利权人的声誉和经济利益遭到损害,同时会给国家的专利管理带来混乱,干扰破坏专利法律制度的发展。所以,它是一种严重侵犯专利权人合法权益和专利管理秩序的行为,这种行为理所当然地要受到法律的制裁。

《刑法》第二百一十六条规定,假冒他人专利情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。

四、专利权侵权案件的主体资格、诉讼时效及管辖

1、原告主体资格确定

《专利法》第六十条规定:“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求管理专利工作的部门处理。……”从该规定可知原告包括专利权人和利害关系人两类:

(1) 专利权人

专利权人可以是单位,也可以是个人,原始专利权人依专利登记证书登记的权利人确定。若单位名称发生了变更,则变更后的单位是专利权人,若单位发生了分立,则依分立协议约定来确定,若单位发生了合并,则合并后的单位是专利权人。若自然人是专利权人,自然人死亡,则继承人是专利权人。因此,原告起诉时应提供专利权证书、专利登记簿副本、专利授权公告文本(发明或实用新型的为权利要求书、说明书、摘要及摘要附图;外观设计为公告授权的图片或照片及简要说明)、专利年费收据、单位营业执照、单位组织机构代码证、单位法定代表人(负责人)证明、单位名称变更证明、单位分立或合并协议、自然人身份证明、自然人死亡证明、继承人资格证明等。

若专利权发生了转让,则受让人是专利权人,但前提必须是专利权转让合同生效,专利权已经转让给受让人的。因此,起诉时,受让人应提供转让合同和登记证明等。如果没有在国家知识产权局登记,而法院已经受理了,那我认为可以考虑以下几种途径解决:一是在辩论终结之前完成登记;二是可以考虑侵害合同之债;三是可以考虑撤诉,登记后重新起诉。

(2) 利害关系人

独占许可合同被许可人。被许可人应提供主体资格相关证明和独占许可合同。

排他许可合同被许可人:被许可人应提供主体资格相关证明和独占许可合同。

特别需要注意的是专利权普通许可合同的被许可人无权以他人侵犯专利权提起诉讼,除非普通许可合同有特别约定。特别约定比如授权给普通许可合同的被许可人起诉的权利;普通许可人与被许可人约定在第三方侵权的情况下,普通许可人构成违约等。如果没有这些约定的话,普通许可合同被许可人可以要求专利权人提起诉讼,若专利权人不提起诉讼,被许可人可以以不正当竞争行为提起诉讼。

2、专利权有效性

(1) 专利权是否超过保护期限

发明专利保护期限为20年,实用新型专利和外观设计专利保护期限为10年。专利保护期从申请之日起开始计算而不是从授予专利权之日开始计算。若是发明专利,则从专利公告之日起至专利权授予之日期间,可以要求专利实施人支付适当的费用。从这里可以看出在这一阶段实施人不构成专利侵权,如果构成侵权则不是支付适当的费用问题,而是赔偿问题。也可以看出实用新型和外观设计专利在这一阶段不受任何保护。那作为权利人如何保护呢?我个人认为可以通过商业秘密、著作权进行一定的保护。

(2) 专利权人是否缴纳年费

专利权人每年应缴纳年费,若专利权人未缴纳年费,则丧失专利权,但是,在专利缴费期限届满后六个月内补缴,专利权仍然有效。缴费时间在专利权证书中均有载明,应当予以关注。

(3) 专利权人是否转让专利权

如果侵权行为发生在转让前,原专利权人在诉讼时效内仍有权提起诉讼。

(4) 实用新型专利和外观设计专利是否取得权利评价报告

《专利法》第六十一条规定:专利侵权纠纷涉及实用新型专利或者外观设计专利的,人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人或者利害关系人出具由国务院专利行政部门对相关实用新型或者外观设计进行检索、分析和评价后作出的专利权评价报告,作为审理、处理专利侵权纠纷的证据。

因此,建议专利权人在被授予实用新型和外观设计专利时提出专利权评价报告申请,以方便以后尽快提起诉讼,维护专利权人利益。需要说明的是,2009年10月1日以前授予专利权的,仍然只能要求国家知识产权局出具检索报告。

3、被告确定

从理论上说,以下五种主体都可以成为发明专利和实用新型专利的被告:生产者、销售者、进口者、许诺销售者、以生产经营为目的的使用者

以上1至4种主体可以确定为外观设计专利的侵权人。但在司法实践中,一般不把使用者作为被告,因为使用者承担的责

任往往是停止使用,达不到打击直接侵权者的目的。所以,一般是把生产者、销售者、许诺销售者或进口者作为被告,但是,如果暂时无法确定生产者、销售者和进口者时,可以先将以生产经营为目的的使用者作为被告,然后由被告举出证据证明专利产品的生产者或销售者,从而追加被告或另行提起诉讼。依据《专利法》规定:为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能证明该产品合法来源的,不承担赔偿责任。因此,一般情况下,使用者、销售者、许诺销售者会提供产品的合法来源,从而免除其赔偿责任。

4、专利侵权事实

对专利侵权事实的证据进行固定一般应通过公证处、知识产权局、海关、法院等机关对专利侵权产品进行查封、扣押、保全等。证据保全内容一般应涉及侵权产品、侵权人与他人签订的买卖合同、销售发票、说明书、宣传画册、营销名片等。然后将侵权产品与专利产品权利要求书进行比对来确定是否构成侵权。比对:相同原则、等同原则、全面覆盖原则。

5、损害赔偿额计算

专利侵权的民事法律责任包括停止侵权、销毁侵权产品、损害赔偿等,民事责任关键是确定损害赔偿额,依据《专利法》规定,损害赔偿额包括因侵权所受到的实际损失和为制止侵权行为所支付的合理开支。合理开支至少包括调查取证费、公证费、律师代理费等。

《专利法》条规定:侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的,人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素,确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕21号)第十六条规定:人民法院依据专利法第六十五条第一款的规定确定侵权人因侵权所获得的利益,应当限于侵权人因侵犯专利权行为所获得的利益;因其他权利所产生的利益,应当合理扣除。

侵犯发明、实用新型专利权的产品系另一产品的零部件的,人民法院应当根据该零部件本身的价值及其在实现成品利润中的作用等因素合理确定赔偿数额。

侵犯外观设计专利权的产品为包装物的,人民法院应当按照包装物本身的价值及其在实现被包装产品利润中的作用等因素合理确定赔偿数额。

6、诉讼时效

《中华人民共和国专利法》第六十八条

规定:侵犯专利权的诉讼时效为二年,自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算。

发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的,专利权人要求支付使用费的诉讼时效为二年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算,但是,专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的,自专利权授予之日起计算。

《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十三条规定:侵犯专利权的诉讼时效为二年,自专利权人或者利害关系人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过二年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在继续,在该项专利权有效期内,人民法院应当判决被告停止侵权行为,侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

这里的“得知”或“应当得知”的对象应是侵权行为和侵权行为人两个方面。只有在权利请求人“得知”或“应当得知”侵权行为和侵权行为人时,法律所赋予的诉权才能真正地实现,诉讼时效的起算才具有实质意义。

以上诉讼时效的规定要求权利人积极行使诉权,若从知道或应当知道专利侵权之日起超过2年的且侵权人已停止侵权,则权利人丧失了胜诉权。若从知道或应当知道专利侵权之日起超过2年且侵权人在起诉时仍在侵权的,则不丧失胜诉权,但损害赔偿数额只能计算最近2年的损失。

7、确定诉讼管辖地

诉讼地域管辖问题影响到权利人行使诉权的成本和诉讼结果,因此,争取对权利人有利的人民法院进行管辖是非常重要的。专利侵权的诉讼地域管辖地为侵权行为地或被告诉住所地。

侵权行为地包括侵权行为发生地和结果发生地,具体包括被控侵犯发明、实用新型专利权的产品的制造、使用、许诺销售、销售、进口等行为的实施地;专利方法使用行为的实施地,依照该专利方法直接获得的产品的使用、许诺销售、销售、进口等行为的实施地;外观设计专利产品的制造、销售、许诺销售、进口等行为的实施地;假冒他人专利的行为实施地,以及上述侵权行为的侵权结果发生地。

被告住所地指户籍所在地、经常居住地、主要办事机构所在地。

原告仅对侵权产品制造者提起诉讼,未起诉销售者,侵权产品制造地与销售地不一致的,制造地人民法院有管辖权;以制造者与销售者为共同被告起诉的,销售地人民法院有管辖权。销售者是制造的分支机构,原告在销售地起诉侵权产品制造者制造、销售行为的,销售地人民法院有管辖权。

从以上规定可知,我们可以通过一定的方法来实现对原告有利的法院管辖,比如在原告所在地购买侵权产品,以生产经营为目的进行使用;由原告所在地的销售商购买侵权产品进行销售等方法。



YIMING LAWYER

信任源于专业 E-mail: texujingying@138.com 24小时服务热线: 13501057306

特许经营资讯

2010年06月06日

主办单位: 北京市奕明律师事务所

第23期01版

特许经营纠纷之证据法则

寇纯石

随着商业特许经营市场的不断发展和逐步调整、完善过程,特许经营纠纷大量涌现,当一件民事纠纷转向诉讼,双方之间的较量就转化为举证过程。因为一个诉讼案件最终能否胜诉关键取决于双方证据力的对比。只不过有些情况下,法律对某些问题有特殊规定,这样能够减轻一方的举证责任。

2001年,最高人民法院颁布《民事诉讼证据规则》,为民事案件审理中证据的认定和适用提供了法律依据。本作者代理多起特许经营纠纷案件,对于案件中证据的举证、质证颇有心得,根据法律规定再结合司法实践,我讲一讲诉讼中如何应用证据以及应注意些什么。

民事证据有书证、物证、视听资料、证人证言、鉴定结论和勘验笔录几类。特许经营纠纷中出现最多的是书证、物证,一般都为合同、收款票据、托运单以及租赁合同、装修合同等一些损失的证据。根据《民事诉讼法》的规定,民事诉讼活动实行“谁主张、谁举证”的举证原则,即“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。”据此,诉讼风险和举证责任首先落到原告头上,因为其处于攻势,诉讼是由他提起的,其压力是显而易见的,如果原告不能证明自己的诉讼主张成立,则被告根本不用举证,仅需反驳就可防御住原告的“进攻”。正所谓“打官司如打仗,法庭如战场”。至于原告证据需要举到什么程度才能证明自己的主张成立,在下面证据审核认定中予以详述。当原告完成举证责任后,举证责任轮换至被告身上。由于原告的先行主张,在没有看到被告方的证据之前,先入为主的印象往往会使人们主观上倾向原告,可以说被告是相对被动的,被告为了反驳原告的主张,就要举出更加充分的证据,所以,被告的举证责任更重一些。在特许经营纠纷中,原告方的举证责任难易取决于原告主张的理由,如果其主张的理由均是被告需要履行的义务,则相应的举证责任就会转换到被告方,比如,原告主张被告未向其发货、未给予其相应的服务等等,如果被告无法提供充分证据予以证明已履行了自己应尽的合同义务,则最后将由被告方承担举证不能的不利后果。根据《民事诉讼证据规则》第五条规定,“在合同纠纷案件中,主张合同关系变更、解除、终止、撤销的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任。对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。”法律上,对商业特许经营活动做了专门规定,尤其是对特许人做了若干义务性规定,根据《商业特许经营管理条例》规定,特许人在与被特许人签订特许经营合同之前,应当向被特许人进行信息披露,未披露的,被特许人有权解除合同。这是特许人的一项法定义务,司法实践中,往往以被特许人为原告的情况居多,而被特许人又多以未向自己进行信息披露为由要求解除合同,因为对于原告来说以此为突破口,大大减小了自己的举证义务,原告只需主张,几乎不用举证,而作为被告的特许人如果不能举出证据,则承担败诉后果。

举证责任确定后,就对证据的效力进行审核,即质证。



审核、认定证据应从证据的真实性、关联性、合法性三方面出发,针对证据证明力有无以及证明力大小进行质疑、说理与辩驳。这是原被告双方辩论最激烈的环节,有无证明力及证明力大小的确定,最终将决定双方诉讼主张或抗辩理由的成立与否。根据《民事诉讼证据规则》规定,书证、物证、视听资料应当提供原件或原物,证人证言中证人应当出庭作证,涉及专业性问题的,当事人可以申请鉴定。未成年人所作的与其年龄和智力状况不相称的证言、与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言、存有疑点的视听资料、无法与原件原物核对的复印件复制品以及无正当理由未出庭作证的证人证言等均不得单独作为认定案件的事实依据。国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;原始证据的证明力一般大于传来证据;直接证据的证明力一般大于间接证据;证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。

特许经营纠纷案件中,原告提供的多为合同、收据、托运单、发、退货单、网页、宣传材料、租赁合同及票据、装修合同及票据、运费单据、交通住宿票据等等,但这些

证据未必都能被法院采纳,因为往往有些证据不符合证据的真实性、合法性、关联性的特征。以租赁合同及票据、装修合同及票据为例,原告所举这些证据主要为了证明其遭受的损失,但司法实践中多数不被法院支持,其原因在于不符合证据的“三性”,而并非这些不属于原告造成的损失。房屋租赁、装修及交通住宿等支出均为原告为了履行合同所做的必要支出,而且对于特许经营这种商业模式,被特许人往往要按照特许人的要求进行装修,以保证特许经营模式的实现,所以,如果因为特许人原因造成被特许人经营失利,则装修支出必然是被特许人的损失,理应由特许人承担。遗憾的是,由于被特许人的法律意识淡薄,对于签合同更是犹如盲人摸象,其签订的租赁合同、装修合同多数在时间、地点上与特许经营合同的内容不符,且均为与第三方签订的合同,其真实性难以得到对方认可,所以,无法实现原告的证明目的。

综上,证据的重要性和质证过程的复杂性决定了案件的成败,而证据的举、质、用等诉讼活动并非是掌握了法律规定就能运用自如。也不向数学方程式一样可以照搬套用,没有固定的套路,全凭理论知识和经验。所以,对于一般人来说,其最应注意的就是细心和耐心,做到多阅读、多思考、慎签字。

(上接第03版)

在签约当时不可预见或确定等方面的考虑,合同中即出现了“参见特许人.....时标准”或“以特许人.....时标准为准”等条款。那么,这类条款的效力该如何界定呢?被特许人在合同中确认同意以特许人单方调整确定的标准交纳费用,是否必然意味着被特许人目前不交纳该笔费用构成违约呢?是否可以视为被特许人对权利的放弃或者疏忽,而直接要求其自身不当行为为“买单”呢?实践中存在争议:笔者认为,衡量该被参见或援引的“标准”能否作为认定被特许人义务的依据,应当主要审查该被特许人是否知晓并明示认可上述标准的内容。原因如下:

首先,是基于意思自治的基本合同原

理。意思自治是以主体地位平等、机会平等为其确立前提;以确立保障权力、救济权利的权利本位为其基础;以契约自由为其核心内容;以维持稳定的法律关系为其主要功能。该原则主要体现在当事人有权自主实施法律行为,他人不得干预;其主旨是当事人意志决定论,即当事人有权按照自己的自由意愿形成合理的预期,作出自由选择,去设定自己的权利义务。当事人的意志不仅是权利义务的渊源,而且是其发生根据。意思自治不仅意味着当事人有为自己创设权利自由的自由,而且意味着当事人有不为自己创设权利自由的自由。当事人的自我意志可以而且应当成为约束合同关系的准则,当事人可以而且应当对其依其自我意志作出的选择负责。本案中,

被特许人以不知道、不理解、不认同被参见或援引的“标准”为由拒绝交纳费用的,正是以意思自治原则作为支持力量,将上述交费标准的调整结果视为未经其认可即为其强制设定的义务。

第二,根据民事诉讼法等相关法律法规的规定,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据;在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同订立和生效的事实承担举证责任。也就是说,当企业认为被参见或援引的“标准”与合同的相关条款相结合具有确定的法律效力、当然约束被特许人,而被特许人对此提出异议时,企业应当就其参见或援引的“标准”为被特许人知晓并认可、对被特许人产生法律效力承担举证责任;如果特许企业不能证明其已将

相应标准向被特许人传达并取得被特许人的认同,其仅基于单方决策后向被特许人作出意思表示的,将可能承担举证不能的不利法律后果。

那么,当企业处于上述尴尬境地时,应当如何固定相应决策的效力呢?在合同中约定书面通知送达的邮箱地址及电子邮件的法律效力;在合同中约定相应政策公示平台及公示效力;在年度培训课程中设置制度更新章节,向被特许人传递制度内容并要求被特许人签署等均不失为可行方式。但归根结底,以特许经营体系良好发展为动力,以特许人与被特许人共赢为目标,加强特许人与被特许人的合作沟通精神,才是更根本地解决合同履行中种种问题的最佳途径。

浅议商业特许经营活动中分特许人的备案

涂志

根据现有的商业特许经营形式，从许可的性质角度，可分为直接特许和分特许（或称区域特许）。分特许是特许人将指定区域内的独家特许经营权授予被特许人，被特许人再将特许经营权授予本区域内的其他被特许人开设网店，从事经营活动。以分特许的方式开展特许经营活动能够使特许人以较低的运营成本实现品牌较快的扩张，分特许人可根据当地市场特点改进市场体系，快速占领市场，赢得市场份额，因此特许人通过授权特许并允许被特许人再特许的经营模式，是现今商业发展中的主要方式之一，且这种经营模式在跨国经营中表现尤为明显和突出。

理论与实践中的分特许人，注定了其在商业行为和模式中具有双重身份，一方面分特许人在与特许人的特许经营合同中是被特许人的身份；另一方面分特许人在再授权许可别人通过特许经营模式所形成的特许经营法律关系中又是特许人的地位。所以分特许人在开展特许经营活动时既要受到《条例》中关于特许人条件的规制和限制，同时也应该享受到《条例》关于被特许人的权利和要求。虽然直接特许和分特许的概念在《条例》中并没有被明确提及，但在商业特许经营备案与行业监管乃至商业实践中已经凸现二者的区别与客观存在的事实。为此，笔者就商业特许经营行为中的分特许人依据《条例》的规定办理商业特许经营备案问题，提出如下薄见。

根据《条例》第八条和《备案管理办法》第五条的规定，分特许人作为特许人在申请办理备案时，除了应该严格按照有关规定提交备案资料以外，还应该依据《条例》第八条第二款第六项的要求向商务行政管理机关提交主特许经营合同，不仅作为备案的依据，同时也作为信息披露的依据。因为：

一、是信息披露的需要。《信息披露管理办法》第五条第二项第一款明确规定了特许人应该以书面的形式披露经

营资源的情况，那么作为分特许人其取得分特许人地位的经营资源必然来自于特许人的授权，而这种资源的授予使用可能是通过主特许经营合同的形式；特别是当分特许人既作为被特许人从事经营，又作为特许人发展加盟商的时候，根据《信息披露办法》第五条第一项关于披露特许人经营活动的基本情况的要求，作为分特许人是应当履行披露自身依据主特许经营合同从事经营活动的基本信息的，分特许人在进行备案时向商务行政管理机关提交主特许经营合同的行为也属于《条例》第二十二条第十二项规定的范畴。

二、是备案审查的需要。《条例》第三条的规定，特许经营是指特许人将经营资源授予以合同的形式授予其他经营者使用，被特许人按照一定的经营模式开展经营并承担一定费用的活动。据此我们不难看出特许经营实际上包含三个方面，一是资源的授予使用，二是统一的经营模式，三是收取一定的费用。分特许人经营资源的既可以通过主特许经营合同取得，也可以通过独立的授权使用证明取得，但是如果仅仅只有资源的授权使用，是不能完全判定资源所有权人与使用人之间的行为属于特许经营行为，也就是说资源实际使用人不是当然的被特许人，更不是当然的分特许人的身份再特许，因此，采取授权使用方式取得经营资源的分特许人要想成为分特许人的法律地位从事特许经营活动，除了提供资源授予使用证明以外，还必须提供证据证明其行为属于特许经营行为，即主特许经营合同。

三、是行业监管的需要。特许经营和传销最大的区别之一就在于组织结构的层次上，特许经营的组织结构一般不会超过二层，最多是三层，特别是特许人在发展省级分特许人是，在合同中是有相关的约定的；但是传销的层次却是没有限制的，而且是层次越多机会越大。因此，提供主特许经营合同更有利于甄别经营行为的属性，加强行业的监管，防止



传销行为的发生。

当然，作为分特许人进行商业特许经营活动备案，除了上述要求以外，还应该严格按照《条例》关于“两店一年”的要求提交其他应该提交的备案材料。

特许人在采用会员卡制度中不可忽视的法律问题

李广兴



会员卡制度作为一种促销方式以其能够刺激消费、迅速回笼资金、提高顾客的忠诚度等优点在商业领域被广泛应用。会员卡一般分为两类，一类是积分卡，即消费者现金消费后，以一定标准的积分计入卡内，商家以积分折抵现金来刺激消费者消费；另一类是现金卡，即商家首先推出一定面值的只能在商家自己经营场所内消费的卡，由消费者以等额资金或者一定的优惠价格购买该卡，然后消费者用该卡在商家经营场所内消费。

在商业特许经营体系中，由于特许人与被特许人之间是独立的民事主体，即特许人的直营门店与被特许人的门店虽然看上去是统一的装修，统一的标志，并且提供的是统一

的产品或者服务，但门店财产以及经营收入的所有人是不同的，经营过程中对外承担的法律主体也是不同的。因此，在特许经营体系中采用会员卡制度也带来了许多新的法律问题，有些问题对特许人来说甚至构成了法律风险，可能会给特许人造成巨大的经济损失和商誉影响。比如被特许人到期或中途停止经营，其销售出去的会员卡尚未消费完毕，由于被特许人没有向消费者返还剩余卡金，而导致特许人承担相应的法律责任；消费者持卡消费与被特许人发生纠纷，特许人承担连带保证责任等等。

会员卡制度从法律性质的角度看，是商家与消费者形成的一种合同关系，在商业特许经营领域，由于特许人与被特

许人均独立的民事主体，在不同的情况下，其合同主体及法律责任承担的方式也有所不同，下面我们根据不同情况具体加以分析：

第一种情况，由特许人统一制作，由特许人及被特许人分别在自己的门店销售会员卡。如果该卡只能在售出店使用，那么其法律责任由卡的售出店自行承担，即如果是特许人的直营店，由特许人承担法律责任，如果是被特许人的店，由被特许人承担法律责任，但在售卡过程中应当向消费者明示。如果该卡在特许经营体系中各个门店都可以使用，除售卡店承担法律责任外，特许人应当承担连带责任。因为特许经营体系是由特许人建立并控制，尤其是会员卡在不同的被特许人门店之间可以消费的情况下，必须由特许人的协调、管理和担保，否则不能实现。

第二种情况，由特许人统一制作，统一销售的会员卡。此种情况除消费者在被特许人门店消费过程中产生纠纷承担法律责任外，一概由特许人承担法律责任。

第三种情况，由被特许人自行制作，自行销售的会员卡。这种情况下，一般由被特许人自行承担。但值得注意的是，被特许人往往以特许人加盟店的名义销售会员卡，被特许人一旦停止经营，而没有退还会员卡的剩余卡金，那么持有会员卡的消费者往往回找到特许人，即使特许人不承担法律责任，也会对特许人的商业信誉造成负面影响。另外，有些不法之徒也在以会员卡作为诈骗钱财，或者进行违法传销的手段，一旦被特许人利用会员卡从事了违法经营，在公安机关案件查处过程中必然会牵涉到特许人，也必然会影响到特许人的正常经营。所以，特许人针对被特许人自行制作和销售会员卡应当严格限制或者禁止。

那么，如何才能在特许经营体系中规范地采用会员卡制度，有效防范特许人的法律风险呢？首先必须系统设计有关会员卡的法律制度，即在特许经营体系中销售会员卡所形成的法律关系及法律责任承担必须要明确。其次，要将会员卡制度作为特许经营合同的条款写入特许经营合同，只有这样才能对被特许人形成有效的约束。第三，会员卡制度中要明确约定被特许人终止经营时，其所售出的会员卡剩余卡金如何处理。在实务操作中，由特许人统一制作，统一销售会员卡，由被特许人根据会员销售向特许人进行结算的模式是在特许经营体系中特许人能够有效防范会员卡法律风险的一种形式，但其也有体统建立成本及管理成本比较高，被特许人支持态度不积极等弊端。总之，由于每个特许经营体系的具体情况不同，其所采用的会员卡制度也会有千差万别，特许人应当根据自己的情况来采取措施，在充分利用会员卡制度这一促销优势的同时，有效规避其中的法律风险。

商业特许经营企业知识产权保护——专利权篇

杨帆

(上接第22期第03版)

二、专利权侵权的构成及行为

1、专利权侵权的构成

《专利法》第十一条规定,“发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。”第十二条规定,“任何单位或者个人实施他人专利的,应当与专利权人订立实施许可合同,向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。”

也就是说,侵犯专利权的行为必须是《专利法》明确规定的行为,且必须具备一下几个要件:

(1) 被侵权的专利权必须是合法有效的专利权。

只有在我国依法取得专利权并在法律保护期限内的专利权,才可能成为侵害的对象。没有在我国取得专利权或者取得的专利权终止(在规定保护期内未因缴费、无效宣告、放弃等原因失效的专利权和期限届满的专利权内无偿使用,而不会构成专利侵权。

(2) 未经专利权人许可,违法实施专利的行为。

没有得到专利权人的许可而实施权利人的专利,侵犯的权利人的合法权益,构成专利侵权。单要注意的是《专利法》规定了几种不认为是侵权的行为,是专利侵权责任的例外规定,如果行为人不能举证以此作为抗辩理由,则应当认定行为人为构成专利侵权,并依法承担责任。

(3) 侵权行为人必须是以生产经营为目的。

《专利法》规定,“发明创造被授予专利权后,除本法另有规定外,任何人不得实施其专利,而实施即是不得以生产经营为目的。”因此,以生产经营为目的也应是判断专利侵权的构成要件之一。

(4) 行为人主观上有过错。侵权人主观上的过错包括故意和过失。所谓故意是指行为人明知自己的行为是侵犯他人专利权的行为而实施该行为;所谓过失是指行为人因疏忽或过于自信而实施了侵犯他人专利权的行为。

(5) 侵权行为人侵犯的是专利权保护范围内的权利。

专利法规定,发明或实用新型专利权的保护范围,以其权利要求的内容为准,说明书及其附图可以用于解释权利要求;外观设计专利权的保护范围,以表示在图片或照片中的该外观设计专利产品为准。按照专利法规定,发明或实用新型的权利要求书应当说明发明或者实用新型的技术特征,清楚、简要地表述请求保护的权利要求。权利要求包括独立权利要求和从属权利要求。其中独立权利要求应当从整体上反映发明或实用新型的技术方案,记载解决其技术问题所必需的技术特征;从属权利要求则应当附加的技术特征,对引用的权利要求作进一步的限定。每一项权利要求均都确定一个保护范围,该范围由记载的权利要求中的所有必要的技术特征限定,该些技术特征的综合则构成了权利要求书所保护的技术方案。

外观设计专利权的保护范围则以表示在该图片或照片中的外观设计专利产品为准。

如果侵犯的是专利权保护以外的其他权利则不构成专利侵权。

具体的侵犯专利权的行为,包括(1)制造发明、实用新型或外观设计专利产品;(2)使用发明或实用新型专利产品;(3)许诺销售发明或实用新型专利产品;(4)销售发明、实用新型或外观设计专利产品;(5)进口发明、实用新型或外观设计专利产品;(6)使用发明的专利方法;(7)使用、许诺销售、销售、进口依照发明的专利方法直接获得的产品。

需要特别说明的是,使用、许诺销售外观设计专利不属于侵犯专利权的行为。而对于发明的专利方法的保护,沿及该方法直接获得的产品。

另外,《专利法》还规定了假冒专利权和冒充专利权的侵权行为。假冒专利权,使其产品与他人的专利产品在消费者中造成混淆,是一种违背诚实信用原则的不正当竞争行为,既侵害了专利产品的信誉,也欺骗和侵害了消费者。鉴于假冒专利的主观恶性大,情节严重可能会构成犯罪,而侵犯专利权和冒充专利权,则不会被追究刑事责任。

实践中,除了上述直接侵犯专利权的行为,还包括一些间接侵犯专利权的行为,如制造、出售专门用于专利产品的关键部件或者用于实施专利方法的专用设备或材料或未经专利权人授权或者委托,擅自转让或再转让权利人专利技术等。

根据《民法通则》第130条“二人以上共同侵权造成他人损害的,应当承担连带责任”的规定以及最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第148条规定:“教唆、帮助他人实施侵权行为的人,



为共同侵权人,应当承担连带民事责任”,该条实际上就是对间接侵权行为予以认定并追究民事责任的规定。

2、专利权侵权的行为

根据《专利法》等法律法规的规定,侵犯专利权的行为主要有:

(1) 发明和实用新型专利权被授予后,除专利法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

外观设计专利权被授予后,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、销售、进口其外观设计专利产品。

《专利法》第七十条规定,“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能证明该产品合法来源的,不承担赔偿责任。”

(2) 假冒他人专利的行为。

未经许可,在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人的专利;未经许可,在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号,使人将所涉及的技术误认为是他人的专利技术;未经许可,在合同中使用他人的专利号,使人将合同涉及的技术误认为是他人的专利技术;伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。

(3) 以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的行为。

制造或者销售标有专利标记的非专利产品;专利权被宣告无效后,继续在制造或者销售的产品上标注专利标记;在广告或者其他宣传材料中将非专利技术称为专利技术;在合同中将非专利技术称为专利技术;伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件。

(4) 为假冒、冒充专利提供生产经营便利的行为,即为假冒他人专利、冒充专利行为印制或者提供专利标记、以及为假冒他人专利、冒充专利的行为提供摊位、仓储、运输、隐匿、宣传、广告等便利的行为。

《专利法》第六十九条规定,有下列情形之一的,不视为侵犯专利权:专利产品或者依照专利方法直接获得的产品,由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后,使用、许诺销售、销售、进口该产品的;在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备,并且仅在原有范围内继续制造、使用的;临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具,依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照互惠原则,为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的;为科学研究和实验而使用有关专利的;为提供行政审批所需要的信息,制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的,以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的。

三、侵犯专利权的法律责任

1、侵犯专利权的行政责任

侵犯专利权的行政责任,主要指由行政机关对侵权人做出的行政处罚。行政处罚的方式主要有:责令停止侵权,处以罚款,没收非法所得以及直接用于侵权的工具等。

(1) 侵犯专利权的行政责任

第一,根据《专利法》的规定,未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,专利权人或者利害关系人可以请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时,认定侵权行为成立的,可以责令侵权人立即停止侵权行为;进行处理的管理专利工作的部门应当事人的请求,可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解。

第二,根据《专利法》第五十九条的规定,假冒他人专利的,除依法承担民事责任外,由管理专利工作的部门责令改正并予公告,没收违法所得,可以并处违法所得3倍以下的罚款,没有违法所得的,可以处5万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第三,根据《专利法》的规定,以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的,由管理专利工作的部门责令改正并予公告,可以处5万元以下的罚款。

2、侵犯专利权的民事责任

专利权是一种民事权利。侵犯专利权应当主要承担相应的民事责任。侵犯专利权应当承担的具体民事责任在我国《民法通则》中已有规定。在司法实践中采用较多的主要有停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等方式,这几种侵犯专利权的民事责任方式,既可以单独适用,亦可以合并适用。

(1) 停止侵害

停止侵害是指对已经开始并正在进行的不法侵权行为责令立即停止,而不论这一行为进行到何种程度。这是最大限度地减少知识产权权利人损失的一种有效措施。如果侵权人是过失侵权,通过这一司法裁决可以告知侵权人,阻止侵权行为的继续发生。如果侵权人是故意侵权,更应该立即执行该司法决定,以减少对专利权的侵害。然后,视情况严重程度,再施以其他处罚。作为专利权人,一旦发现他人侵权,应立即予以警告并及时向人民法院起诉,请求人民法院做出停止侵害的裁决。

为了有效地实行这一措施,人民法院可以根据权利人的请求,采取没收、销毁侵权产品,责令侵权人交出侵权工具、封存或者收缴侵权标识等方法,以阻止侵权人继续实施侵权行为。

(2) 消除影响

消除影响是指为了消除侵权人因侵权行为而给知识产权权利人造成的不良影响而采取的一项措施。消除影响的方式和范围,根据侵权行为的方式和范围而定。一般原则是,侵权人在什么范围内造成的影响,就责令其在什么范围内予以消除。可以采取登报、广播的形式,公开承认侵权,并保证不再侵权,以恢复专利权权利人的名誉或者商誉。

(3) 赔礼道歉

赔礼道歉是侵权人向权利人承认错误的一种方式,这种赔礼道歉可以当庭面对面地进行,也可以是公开性地通过新闻媒介进行,使广大公众有所了解。其公开范围应该根据侵权行为影响范围而定。一般情况下,赔礼道歉与消除影响结合使用。

(4) 赔偿损失

《专利法》第六十五条规定,“侵犯专利权的赔偿数额

(下转第04版)