

商业特许经营合同“冷静期”期限之确定

韩 煦

(上海市人民检察院 第二分院,上海 200000)

摘要:为保障被特许人的合法权益,避免其冲动缔约,《商业特许经营管理条例》中规定了“冷静期”条款,赋予被特许人在一定期限内可以单方解除合同的权利。在适用该条款单方解除合同时,应对“冷静期”的期限进行综合判断。在满足商业特许经营关系的前提下,考量合同期限,并依据合同内容,对合同履行情况进行评析,依据实质判断标准和形式判断标准共同确定合理期限,从而实现特许人与被特许人利益的平衡,维护特许经营关系的稳定。

关键词:特许经营合同;冷静期;一定期限;实际经营

中图分类号:D923.6 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-8039(2022)05-0084-07

一、“冷静期”之性质

商业特许经营关系中,由于被特许人拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源,往往会对特许人形成一定的牵制。为了维护商业经营资源的信誉,特许人也会对被特许人的经营进行监督。因此,特许人与被特许人虽处于同等法律地位,但被特许人在整个合同关系中,往往处于弱势^[1]。同时,由于市场信息的不对称性,被特许人对经营资源的信息往往难以全面掌握,存在冲动缔约的可能。在此背景下,为充分保障被特许人的缔约权利,保障经济平稳运行,《商业特许经营管理条例》规定了“冷静期”条款,给予被特许人一定的补救措施。该条款规定,在特许经营合同中应当约定被特许人在特许经营合同订立后一定期限内,可以单方解除合同。该条款用“应当”一词,给予被特许人一颗“定心丸”,充分保障了被特许人的缔约权,使被特许人可以在冲动缔约后,及时止损,避免损失扩大。

该条款为被特许人提供了一个“冷静期”,在这个期限内,被特许人可以单方解除合同,不受约定解除和法定解除条件的约束。但该条款也限定了期限,只能允许被特许人在一定期限内解除,并非无期限行使解除权。“冷静期”的期限并未通过法律条文进行固定,不同于固定期限,但也不属

于不定期,条文表述为“一定期限”应将其解释为合理期限,这种合理期限不应进行统一固定,而应根据合理因素统一标准,并因个案不同情况进行具体分析,分别判定个案中的期限是否属于合理期限,从而满足“冷静期”条款的规定,合理行使单方解除合同的权利。

二、“冷静期”条款之设立目的

“冷静期”最早出现在1964年英国颁布的《租赁买卖法》中,实质为保护处于弱势地位的消费者,给予其解除合同而不需要承担违约责任的权利^[2]。德国的“撤回权”、法国的“反悔权”、美国的“冷静期制度”等都体现了“冷静期”的设立实质^[3]。2007年,我国制定并颁布了《商业特许经营管理条例》,该条例第12条规定了被特许人在一定期限内可以单方解除合同的权利,规定了我国商业特许经营领域的“冷静期”。

诚然,“冷静期”条款的存在也是对双方当事人缔约能力的一种平衡,督促特许人全方位披露相关信息,加强被特许人对于特许经营关系的了解,为双方后续的合作建立稳定的前提,实现特许经营关系中的互利共赢。但还应注意,“冷静期”条款的倾斜性保护也存在一定的限制,其并非为被特许人提供一个试营业的机会,被特许人在行使该项权利时,不应损害特许人的合法权益,

收稿日期:2022-04-30

作者简介:韩煦(1994—),女,河北衡水人,法学硕士,上海市人民检察院第二分院检察官助理。

转移被特许人本应承担的风险。实际而言,“冷静期”条款是一种双向制约。一方面,对于特许人而言,赋予被特许人可以单方解除合同的权利,会在一定程度上督促特许人全面介绍特许信息,加大缔约中的谨慎程度;另一方面,被特许人掌握单方解除合同的权利时,并非可以无条件无限制地行使,而是应限于一定的期限,因此也会积极了解正在缔约的特许经营关系,慎重缔约。在这种双向制约关系下的特许人和被特许人,才会避免缔约冲动,共同维护商业特许经营关系的稳定。

三、“冷静期”条款中的“一定期限”

(一)学界对“一定期限”的理解

有学者认为,“冷静期”条款的设定值得肯定,在信息不对称的情况下,有利于保护轻率签约的受许人之利益^[4]。但对于“一定期限”的规定却较为模糊,无法妥善解决实践中出现的问题。对此,学界对于“一定期限”的时间截点展开了讨论,其观点大致分为以下几种:一是以被特许人实际利用特许人的经营资源为止,实际利用经营资源意味着被特许人已经开始进入特许经营关系之中,此时若赋予被特许人解除合同的权利,难以保障特许人的利益。该观点也被大多数学者所赞同^[5]。与此同时,北京高院《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18条^①、上海高院《关于审理特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的解答》第八点^②也采取了同样的观点。二是以特许人向被特许人交付经营资源时为止。经营资源的交付意味着被特许人对特许人的经营资源处于已经掌握并随时可以利用的状态,虽是否实际利用属于未知状态,但就风险比较而言,特许人的风险相对较大,赋予特许人单方解除合同的权利难以保障特许人与被特许人之间利益的平衡^[6]。三是以双方正式履行合同时或者履行合同后的一段时间为止。该观点从正常履约的角度出发,认为履行合同是保持合同关系稳定的前提,正式履行合同时或者履行合同后的一段时间内,被特许人已经大致掌握了合同内容,此时若被赋予单方解除合同的权利则有违公平原则^[4]。四是由法官发挥自由裁量权,结合设置“冷静期”条款的目的,在公平原则的前提下,根据特许经营的具体情况确定具体期限^[7]。该观点将“冷静期”条款中“一定期限”的确定交给法官,法官根据个案的不同情况进行具体判定。五

是根据特许经营的行业特性设置多层次的期间^[8]。该观点与观点四较为类似,均为根据不同情况分别判定“一定期限”,多层次期间的判定不仅仅依据个案,还要考虑行业特性,制定适合本行业领域的特许经营冷静期期间。六是明确冷静期行使的具体期限,如签订合同后某一时间段内^③。商业特许经营模式属于一种“舶来品”,因此可以适当借鉴其他国家和地区相关立法对“冷静期”期限的规定。如美国的《特许经营条例》中规定了两个“冷静期”,一是合同签订或对价支付前10个营业日,或就特许权转让事宜,特许人与受许人第一次面对面会晤时,特许人应当向受许人提供法定公开文件;二是合同签订前5个营业日,特许人应当提供正式特许合同的影印件^[9]。新西兰《FANZ行业规则》中规定的冷静期期间为7日。澳大利亚《特许经营行为守则》规定,被特许人有权在特许经营合同订立后的7日内单方解除合同,并且在特许经营合同订立后的14日内有权要求特许人返还已缴纳的特许费^[9]。马来西亚的《特许经营法》充分尊重特许人与被特许人双方的需求,并规定冷静期期限不得少于7日,但双方可以约定更长的期限。在德国,“冷静期”规定为消费者的撤回权,在《德国民法典》第355条第(2)项中规定,撤回期间为14天,以不另有规定为限,撤回期间自合同订立时起算。明确固定“冷静期”行使期限的观点能够排除个案的影响,

^①第18条:“特许人和被特许人未约定被特许人在特许经营合同订立后一定期限内可以单方解除合同的,被特许人在特许经营合同订立后的合理期限内仍可以单方解除合同,但被特许人已经实际利用经营资源的除外。”

^②《商业特许经营管理条例》第12条“特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定,被特许人在特许经营合同订立后一定期限内,可以单方解除合同”的规定,其实质是“冷静期”的规定,目的是为了保护被特许人,以缓冲被特许人的投资冲动,赋予被特许人可以反悔的权利,因此在合同签订的合理期限内即使双方当事人未约定此条款,被特许人仍可以单方解除合同,期限有约定的从其约定,没有约定的,应结合行业特点、商业惯例等确定,但合理期限的时间一般不宜过长,通常应掌握在特许人的经营资源尚未被被特许人实际利用之前为宜。

^③冯建生《民法典编纂视角下商业特许经营合同的有名化》(《法商研究》2019年第4期)主张自合同签订之日起30日内;胡东方的《被特许人法定解除权研究》(西南政法大学硕士学位论文,2018年)以7天为标准;黄细江的《论商业特许经营合同的解除》(西南政法大学硕士学位论文,2012年)7天;熊颀军的《商业特许经营“冷静期”条款之法律探析》(上海交通大学硕士学位论文,2015年)7天;万年树的《我国商业特许经营冷静期权利的滥用和禁止》(《法制与社会》,2016年第2期)在5-14天内确定合理期限;李君、张岑沁的《商业特许经营“冷静期”条款的法律适用和完善》(【法宝引证码】:CLI.A.245042)三个月之内;程晨的《特许经营冷静期制度的法律思考》(上海师范大学硕士学位论文,2015年)至少10日。

将冷静期的期间固定下来,在该期限内可以适用“冷静期”条款,超过该期间则无法适用“冷静期”条款。

在学界的上述观点中,注重实质判断的观点较多,观点一至观点五均考虑到了特许经营关系中的实际情况,通过辨别被特许人涉入特许经营关系的程度来判定是否可以允许被特许人适用“冷静期”条款。观点六则从注重形式判断的角度避免了被特许人拖延行使单方解除权的可能。这几种观点,虽在一定程度上契合了“冷静期”条款的设立目的,但却较为单一。在观点一中,若被特许人始终不利用经营资源,经过较长时间后,被特许人适用“冷静期”条款单方解除合同会损害特许人的利益,加大了特许人的经营风险。在观点二和观点六中,由于特许经营类型的差异,被特许人并非可以在固定的时间或条件下全面掌握特许经营内容,当被特许人在特许人交付经营资源或超过固定期限后才发现无法继续履行合同,不允许其适用“冷静期”条款解除合同,不仅有违防止被特许人冲动缔约的初衷,还会导致特许经营合同关系陷入不稳定状态,不利于合同目的的实现。在观点三中,正式履行合同并非代表被特许人对特许经营内容和特许经营资源的掌握,同时,由于特许经营类型的差异,正式履行合同以及正式履行合同后一段时间的判定存在差异,因此很难将其视为固定的标准。观点四和观点五看到了个案的差异性,关注了个案的具体情况以及行业特性和领域的差异,但却过于强调个性导致共性不足,无法形成统一的标准,难以实现特许经营关系的稳定。

(二) 司法实践对“一定期限”的判定

在参考学界观点的基础上,关于“冷静期”条款中“一定期限”的判定,司法实践中虽大多仍以是否实际利用经营资源为标准^①,但又根据特许经营的业务类型、双方履行合同等个案特殊情况,观点出现了新变化,大致分为以下几种:第一,将实际利用经营资源标准进行扩大解释,即无需要求被特许人实际使用经营资源,只要被特许人实际掌握特许人的经营资源,处于随时可以利用的状态并依据该资源能够独立正常经营即可^②。但这仅为考量因素之一,无法一票否决“冷静期”条款的适用。除此之外,还需考虑特许人与被特许人之间利益的平衡,判断被特许人解除合同是否会不恰当地转移风险以及是否会损害特许人的合

法权益^③。第二,在遵循双方当事人意思自治的基础上,以固定期限为基础,并结合经营资源的利用情况综合判定。特许经营合同对冷静期下解除合同的“一定期限”有约定的,按照约定;没有约定的,结合行业特点、商业惯例等予以确定。此外,合理期限的时间一般不宜过长,通常应掌握在合同签订后一个月之内。但被特许人尚未实际利用特许人的经营资源的,合理期限可适当延长至合同签订后三个月^④。第三,无论特许经营合同中是否约定了“冷静期”条款的“一定期限”,都根据合同已签约期限占约定特许经营期限的比例来判定是否在“一定期限”内。在约定特许经营期限固定的情况下,若签约期限占比较小,在被特许人难以掌握特许经营关系实质内容的情况下,不允许其解除合同则不利于合同目的的实现;若签约期限占比较大,被特许人可能已经实际掌握了特许经营资源,此时若再允许其根据“冷静期”条款解除合同,很大程度上会对特许人的权益造成损害,导致双方利益出现严重失衡。

相较学界的观点而言,司法实践中的观点避免了较为单一的判定模式,在避免被特许人冲动缔约的同时,也注重保护特许人的权益,综合考虑特许人与被特许人的利益平衡,可以说是学界观点的“升级版”,在一定程度上为特许经营纠纷提供了解决办法。但其也存在一定的局限性:第一

^①参见酉阳县开口极美艺术培训有限责任公司与重庆艾宣文化传播有限公司特许经营合同纠纷案(重庆市第一中级人民法院(2021)渝01民终4725号民事判决书);王海涛与广州信善餐饮管理有限公司上海分公司、广州信善餐饮管理有限公司特许经营合同纠纷案(上海市徐汇区人民法院(2020)沪0104民初25962号民事判决书);钟泽祥与广州品尊餐饮管理有限公司特许经营合同纠纷案(广东省广州市黄埔区人民法院(2021)粤0112民初769号民事判决书);胡懿、蜜娅蜜餐饮管理(无锡)有限公司特许经营合同纠纷案(江苏省无锡市新吴区人民法院(2021)苏0214民初2047号民事判决书);王琨与北京鼎泰禾餐饮管理有限公司特许经营合同纠纷案(北京市丰台区人民法院(2020)京0106民初28498号民事判决书)。

^②参见朱新胜、壹瓶好久(青岛)网络科技有限公司特许经营合同纠纷案(山东省青岛市中级人民法院(2021)鲁02民终5001号民事判决书)。

^③参见曹彬诉济南乾豪科技发展有限公司特许经营合同纠纷案(山东省高级人民法院(2013)鲁民三终字第223号民事判决书);北京晋级爱之家国际文化传播有限公司等特许经营合同纠纷案(北京知识产权法院(2021)京73民终356号民事判决书);刘佳佳、雷成与重庆绿蚂蚁企业管理咨询有限公司特许经营合同纠纷案(重庆市第一中级人民法院(2020)渝01民终3236号民事判决书);郭春燕、吴金良等与广州千秋餐饮管理服务有限公司特许经营合同纠纷案(广东省广州市海珠区人民法院(2020)粤0105民初30020号民事判决书);欣凯国际品牌管理(广州)有限公司与赵坚灵特许经营合同纠纷案(广州知识产权法院(2020)粤73民终4723号民事判决书)。

^④参见北京市高级人民法院《关于当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题(2018)》第5点特许经营合同案件。

种观点从维护双方利益平衡的角度对于实质判断因素的考虑较为全面,但在具体判断中,是否达到随时可以利用经营资源的程度以及是否不恰当地转移风险损害特许人的利益等判定标准难以统一,会出现裁判的差异。第二种观点虽充分考虑到双方当事人的意思自治,但若约定冷静期限较短时,以该期限确定能否适用“冷静期”条款不太合理。此外,该观点注意到了形式判断和实质判断的统一,考虑到是否实际利用经营资源与固定期限判定的融合。但却将期限固定为一个月或三个月,忽略了个案的特点与特许经营行业的类型等,在一定程度上难免有些武断。第三种观点是对原有固定期限观点的一大突破,该观点避免了形式判断中的绝对性,灵活考虑了个案的差异,摒弃了固定思维的局限。但该观点忽视了实质判断因素,尤其是当双方约定的特许经营期限较短时,“一定期限”的判定也会根据比例相应缩短,此时若被特许人并未实际利用经营资源等,超期后不允许其适用“冷静期”条款则有违公平原则,不利于特许经营关系的稳定。

综上,学界和司法实践中关于“冷静期”条款“一定期限”判定的观点,在一定程度上存在类似之处,都注意到了特许经营关系中“一定期限”判定应考虑实质判断因素和形式判断因素,并对两种判断因素标准进行了一定的延伸和突破,对个案具有一定的借鉴意义。但美中不足的是,这些观点都或多或少注重形式或者实质判断标准中其中之一种判定标准,即使顾及到另一种标准也是“点到为止”,没有将两种判断标准进行深入融合。因此,在特许经营合同纠纷中,在现有的学界和司法实践观点基础上,应注重“一定期限”形式判断因素和实质判断因素的融合,在平衡特许人与被特许人利益的角度下,维护特许经营关系的稳定。

四、“一定期限”判定标准之完善

在特许经营合同纠纷中,“冷静期”条款的适用取决于“一定期限”的判定。在判定过程中,应全方位多角度分析适用“冷静期”条款单方解除特许经营合同的条件。在符合特许经营合同关系的前提下,对于作为理由单方解除合同的“冷静期”条款而言,判定“一定期限”时既要重视特许经营合同关系中的实质判断因素,又要注重形式判断要素的影响。在尽量统一标准的情况下,合

理适用“冷静期”条款,从而有效维护特许经营关系的稳定。

(一) 特许经营合同关系的判定

通常,合同名称并非判断合同性质的主要依据,认定是否属于特许经营合同,应看双方签订合同的内容是否符合特许经营合同的基本条件。

根据《商业特许经营管理条例》第3条第1款的规定可知,满足商业特许经营需符合三个条件:一是特许人应拥有可授权使用的特许经营资源,这也是特许经营中知识产权属性的体现;二是特许人提供统一化、规范化和可复制化的经营模式,包括提供培训、开业咨询和指导、技术支持服务等等,被特许人遵循合同约定的统一模式开展经营^[1];三是一般情况下,被特许人应向特许人支付一定的特许经营费用。但商业特许经营并不排斥免除特许经营费或以抽成等方式替代直接交纳固定数额的特许经营费^①。上述三种条件是适用“冷静期”条款的前提,只有在符合特许经营合同的关系下,才可以在符合条件的情况下,适用“冷静期”条款单方解除合同。

(二) 合同中“冷静期”条款的约定

在特许经营合同关系中,并非所有的特许经营合同都会约定“冷静期”条款,因此在“一定期限”的判定中也会存在差异,需要分别加以判断。

1. 未约定“冷静期”条款

未约定“冷静期”条款,即双方在特许经营合同中未约定被特许人可以在合同签订后的一定期限内单方解除合同的条款。在此情况下,必然也不会约定行使“冷静期”的期限。在未约定“冷静期”条款的合同纠纷中,双方主要会存在以下争议:一是该份特许经营合同是否有效;二是在未约定“冷静期”条款的前提下,是否还可以适用“冷静期”条款单方解除合同。

对于第一个争议,从立法目的来看,“冷静期”条款的设立是为了保护被特许人,以缓冲被特许人的投资冲动,赋予被特许人可以反悔的权利。作为一种倾斜性保护,《商业特许经营管理条例》的相关规定属于管理性、强制性规定,未约定并不必然导致特许经营合同无效。从另一个角度看,若将未约定“冷静期”条款的合同统一认定

^①参见邓振霞与北京壹号美网络科技有限公司特许经营合同纠纷案(北京市石景山区人民法院(2020)京0107民初10704号民事判决书)。

为无效,对特许人而言过于严苛,也会导致商业资源的浪费,影响商事交易的效率,不利于推动特许经营市场的发展。此外,北京高院《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18条、上海高院《关于审理特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的解答》第八点以及北京市高级人民法院《关于当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题》(2018)第五点中均规定即使未约定“冷静期”条款,被特许人仍然可以单方解除合同。在此表述中,“解除”一词意味着合同的效力处于有效状态,因此也可以倒推,未约定“冷静期”条款,并不导致特许经营合同无效。

对于第二个争议,北京高院《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18条、上海高院《关于审理特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的解答》第八点以及北京市高级人民法院《关于当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题》(2018)第五点中已经明确规定,未约定“冷静期”条款,并不影响被特许人据此行使单方解除合同的权力。一方面,被特许人的这项“悔约特权”是法定性质的解除权^[7],并非当事人可以约定的权利,未约定不影响被特许人权利的实现。另一方面,从立法目的的角度而言,《商业特许经营管理条例》第12条虽然在形式上规定只有在合同中予以约定,被特许人才可以行使解除权,但立法本意是赋予被特许人在一定期限内无需任何理由解除合同的权力,无需双方特别约定^[5]。因此,即使双方在特许经营合同中并未约定“冷静期”条款,但也不影响被特许人适用《商业特许经营管理条例》第12条的规定单方解除合同。

2. 排除适用“冷静期”条款的约定

排除适用“冷静期”条款的约定是未约定“冷静期”条款的一种特殊表现形式,但与未约定“冷静期”条款的“刻意回避”不同,排除适用“冷静期”条款的“主观恶性”较为明显。在此情况下,即使双方对排除适用“冷静期”条款达成了一致的意思表示,但并不能排除被特许人根据“冷静期”条款单方解除合同的权力。一方面,如上文所述,被特许人的该项特权是一种法定权利,若允许双方以约定的形式放弃,则第12条便形同虚设,不符合立法目的。另一方面,该条是对被特许人的特殊保护,避免处于相对优势的特许人利用优势地位损害被特许人的利益。通过约定排除该

条款,在一定程度上会限制特许人的主要权利,加大了特许人在特许经营合同中的风险,可依据我国《民法典》第497条的规定^①主张该条款无效。

3. 已约定“冷静期”条款

已约定“冷静期”条款的处理较为简单,一般基于双方当事人的意思自治,有约定从约定。但也要注意,当事人的约定应符合“冷静期”条款的立法目的以及特许经营合同的目的。

在已约定“冷静期”条款的合同中,一般会出现两种情况:其一是仅仅约定被特许人可以单方解除合同,但对期限并未明确规定。此时被特许人行使单方解除合同的权力需要符合“一定期限”的判定标准。其二是双方不仅约定了“冷静期”条款,同时也明确约定了适用该条款单方解除合同的期限。此时在一般情况下,可以依据双方意思自治确定“一定期限”。但双方的意思自治应为双方对约定期限的真实合意。若双方对行使“冷静期”条款约定了较短的期限,则特许人必须采用必要的说明或提示引起被特许人的特别注意,从而获得被特许人的同意。否则,该项约定不能视为双方的一致意思表示。此外,由于处于特许经营关系中的相对弱势地位,即使被特许人不同意约定的“一定期限”,往往为达到签约成功的目的而选择接受既有约定,在此情况下,鉴于“冷静期”条款的立法目的,若被特许人后续认为约定的“一定期限”不合理,在判定能否适用“冷静期”条款单方解除合同时,在双方符合形式上的意思自治的前提下,还应判断双方约定的期限是否符合“一定期限”的判定标准。若双方约定的期限使被特许人处于极其不公平的合同地位时,仍应允许被特许人在合理的“一定期限”内行使单方解除合同的权力。

(三)“一定期限”的判定依据

允许被特许人适用“冷静期”条款单方解除合同,并不意味着被特许人可以无条件地解除合同,而应受到一定的限制。该限制便是“冷静期”条款中的“一定期限”。

关于“一定期限”的判定,结合学界和司法实践的观点,大致分为两种判定标准:一种是实质判

^①《中华人民共和国民法典》第497条:“有下列情形之一的,该格式条款无效:(一)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形;(二)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利;(三)提供格式条款一方排除对方主要权利。”

断标准,以实际利用经营资源的判定为主。该标准以特许经营的实际情况为基准,以被特许人是否符合实质判断标准要件来判断是否可以适用“冷静期”条款。另一种是形式判断标准。该标准则以合理期限的确定为基准,若被特许人提出解除合同的期限在该期限内,则可以适用“冷静期”条款。如上文所述,这两种标准是判定“一定期限”的两个维度,单取任何一个标准判定均略有不足,因此应将两种标准相结合,互为补充,共同维护特许经营关系的稳定。

1. 实质判断标准之细化

实质判断标准以被特许人是否实际利用特许人的经营资源为主,也是当前学界和司法实践中主流的观点。但并非只要被特许人未实际使用经营资源就可视为绝对符合实质判断标准,该标准的适用需要进一步细化,从而使之更加契合《商业特许经营管理条例》第12条的立法目的。

一方面,对于实际利用的判断,实际利用并非必须实际使用了经营资源,而是被特许人已经掌握了核心的经营资源并处于随时可以利用能够独立正常经营的状态^[12],并且这种状态使得被特许人已经获得了特许经营中的主要信息并能够理性判断从而对履行合同不再犹豫。

另一方面,对于经营资源的判断,应结合特许经营的类型和内容,根据被特许人是否已接受特许人提供的商业秘密、培训、货物以及被特许人是否已实际开店经营等因素具体判断,一般涉及特许经营的核心内容。若被特许人接受了特许人提供的商业秘密或培训等开业指导,而该商业秘密或培训属于特许经营项目的核心内容,就可以认定其已实际使用经营资源。若被特许人仅收到了特许人发送的货物但没有开店经营并实际进行销售,则可以认定其未实际利用经营资源^①。

再一方面,“一定期限”并非被特许人的试运营机会,被特许人不应利用该期限转移商业风险^[5]。因此在判断实际利用经营资源时,还应注重特许人与被特许人双方之间的利益平衡,判断允许被特许人单方解除合同对特许人造成的影响,比如解除合同是否会不恰当地转移特许人应当承担的商业风险以及是否会损坏特许人的合法权益等^②,从而维护特许经营关系的稳定。

2. 形式判断标准之明确

为了避免被特许人借助实质判断标准恶意拖延单方解除合同的时间,浪费特许经营资源,损害

特许人的利益,在实质判断标准的基础上还应注意形式判断标准,两者相辅相成、互为补充。在形式判断标准中,主要是确定合理期限从而加大对特许人的保护。对此,明确约定固定期限确实可以直截了当地避免纠纷,但也会造成“一刀切”,不利于个案之间的平衡。因此,在形式判断标准中,应以判定合同签订期限占约定特许经营期限的比例为主,若合同签订期限相较约定特许经营期限而言较长时,则很难判断被特许人因不清楚特许经营的内容而导致盲目缔约,此时即使被特许人尚未实际利用经营资源,也加大了特许人的商业风险,有违公平原则,也不符合“冷静期”条款的设立目的。

特许经营关系中,被特许人在享受倾斜性保护的同时,也应具有审慎签约、加强考察的义务,不能盲目为被特许人提供“试错”的机会。因此本着公平原则,对于合同签订期限占约定特许经营期限的比例,应以30%为基准,特殊的商业特许经营类型可以适当延展,从而倒逼被特许人对缔约负责,加大其了解特许经营内容的主动性。

(四)“一定期限”确定后的其他问题

在判定“一定期限”后,还应注意以下问题:一是被特许人单方解除合同的行使方式。为确保顺利解除合同,根据“冷静期”条款单方解除合同应以书面形式或者电子邮件形式行使,以口头形式行使的,被特许人需提交证据证明特许人已经对此明知。二是为保障特许经营关系的稳定性,防止被特许人滥用权利,被特许人根据“冷静期”条款解除合同只适用于在同一特许经营体系中第一次签订特许经营合同^[13],针对同一特许经营关系再次签订特许经营合同时,则不可再次适用“冷静期”条款单方解除合同。三是“冷静期”条款并非给予被特许人任何理由解除合同的兜底性条款,而是为了避免被特许人冲动缔约而给予的

^①北京市高级人民法院《关于当前知识产权审判中需要注意的若干法律问题》(2018)第五点(特许经营合同案件):“关于被特许人是否实际利用了特许人的经营资源,应当根据被特许人是否已接受特许人提供的商业秘密、培训、货物以及被特许人是否已实际开店经营等因素具体判断。如果被特许人已经接受了特许人提供的商业秘密或培训等开业指导,而该商业秘密或培训属于特许经营项目的核心内容,就可以认定其已实际使用经营资源。如果被特许人仅收到了特许人发送的货物但没有开店经营并实际进行销售,特许人在合理期限内提出解除合同的,可以认定其未实际利用经营资源。”

^②参见曹彬诉济南乾豪科技发展有限公司特许经营合同纠纷案(山东省高级人民法院(2013)鲁民三终字第223号民事判决书)。

倾斜性保护。若因特许人怠于履行合同义务(如“未就选址问题达成一致”“未对员工进行培训”等),或被特许人发现无法适用“冷静期”条款而单方解除合同但特许人存在上述问题时,可以依据违约条款或根据我国《民法典》第563条的规定解除合同。

综上所述,《商业特许经营管理条例》第12条虽是对被特许人的特殊保护,但在适用时也应注意维持特许人与被特许人之间的利益平衡。因此,在适用“冷静期”条款解除合同时,应在特许经营合同关系的前提下,本着公平原则,通过实质判断标准和形式判断标准相结合的方式,合理判定“一定期限”的范围,积极引导被特许人审慎缔约,从而维护特许经营关系的稳定,推进商业经济平稳健康发展。

参考文献:

- [1]冯建生.民法典编纂视角下商业特许经营合同的有名化[J].法商研究,2019(4).
[2]熊顾军.商业特许经营“冷静期”条款之法律探析

[D].上海:上海交通大学,2015.

- [3]刘晓军.对特许经营合同案件诸问题的认定[J].人民司法,2011(11).
[4]李自柱.《商业特许经营管理条例》中的任意解除权[J].人民司法,2015(21).
[5]李晓民,宋建宝.商业特许经营合同纠纷特有法律问题实证研究[J].法律适用,2016(9).
[6]李学辉.浅析被特许人任意解除权问题[N].法制日报,2013-07-31(012).
[7]张金柱.特许经营合同纠纷中相关法律问题探讨[J].山东法官培训学院学报(山东审判),2017(5).
[8]胡海涛.商业特许经营冷静期制度的解析和完善[J].中国社会科学院研究生院学报,2016(2).
[9]黄细江.论商业特许经营合同的解除[D].重庆:西南政法大学,2021.
[10]汪传才.论澳大利亚特许经营立法及其借鉴价值[J].暨南学报(哲学社会科学版),2006(2).
[11]苏志甫.特许经营合同的认定与解除[J].人民司法,2010(2).
[12]韩乔亚.特许经营合同纠纷新动向与审理难点应对[J].中关村,2019(7).
[13]程晨.特许经营冷静期制度的法律思考[D].上海:上海师范大学,2015.

Determination of Cooling-off Period of Commercial Franchise Contract

HAN Xu

(Second Branch of Shanghai People's Procuratorate, Shanghai 200000, China)

Abstract: In order to protect the legitimate rights and interests of the franchisee and prevent him/her from concluding a contract impulsively, *Administration Regulations of Commercial Franchise* stipulates a “cooling-off period” clause, which gives the franchisee the right of terminating the contract unilaterally within a certain period of time. When applying this clause to terminate the contract unilaterally, the duration of the “cooling-off period” should be comprehensively judged. On the premise of satisfying the commercial franchise relationship, we should consider the contract period, evaluate and analyze the contract performance degree according to the contract content, and determine a reasonable period jointly according to the substantive and formal judgment standards, so as to achieve a balance of interests between the franchisor and the franchisee, and to maintain the stability of franchise relationship.

Key words: franchise contract; cooling-off period; a certain period of time; actual operation

(责任编辑 陇 右)