

# フランチャイズ契約の法的性質（総論的考察）

高 田 淳

- 一 本稿の目的と議論の現況
- 二 フランチャイズ契約に含まれる三つの契約類型
- 三 フランチャイズ契約の法的性質をめぐる諸見解
- 四 各説の整理および検討
- 五 日本法に基づく法的性質決定の方向性

## 一 本稿の目的と議論の現況

### （1） 本稿の目的

近時、典型契約類型の意義について、「契約問題に臨む法的思考枠組みという観点」<sup>(1)</sup>から、これを積極的に評価していくことが、有力に主張されている。<sup>(2)</sup>これによれば、典型契約類型は、伝統的に、実際の契約の内容が不明瞭ないし不完全な場合にこれを補うための解釈基準を提供するものと捉えられてきたが、<sup>(3)</sup>このような機能とは別に、典型契

約類型について、契約関係の形成、契約内容の確定、契約の解釈などの契約問題を法的に構成するための準拠枠を設定し、契約問題に関する法的な議論・了解を可能にする機能（準拠枠設定機能）、および、社会において合理的な内容として認知された契約内容を提示し、契約問題を解決するための具体的な基準を与える機能（内容形成機能）があることを認め、この機能を重視していくべきであるという。この立場では、法律上類型として規定がされていない、いわゆる非典型契約の扱いに関しては、契約に含まれる典型契約類型は何かという法的性質決定を通じて指し示される典型契約類型の規定群が、参照されるべきこととなる。

こうした中、非典型契約の代表例とされるフランチャイズ契約<sup>(4)</sup>をめぐる紛争の解決を考えるにあたって、法的性質決定によって参照とされるべき典型契約類型があるか、それがあるとしてどのように参照されるべきか、検討に値するものと考えられる。

本稿は、フランチャイズ契約をめぐる現実の紛争場面において法的性質決定が実際の意義を発揮する場合があるかを検討することを最終的な目標としつつも、その前提作業として、フランチャイズ契約はどのような法的性質を有するかを、ドイツの議論を基礎にして検討することを目的とする。本稿は、具体的帰結からは切り離して、法的性質それ自体をめぐる議論を整理することに重点を置く。法的性質決定から導かれる実際の・具体的帰結は、別稿で論じる予定である。

## (2) 議論の現況

フランチャイズ契約については、確定的な定義はなく種々の定義の試みがあるが、つぎの定義が代表的である。<sup>(5)</sup><sup>(6)</sup>す

なわち、「フランチャイズとは、事業者（『フランチャイザー』と呼ぶ）が、他の事業者（『フランチャイジー』と呼ぶ）との間に契約を結び、自己の商標、サービス・マーク、トレードネーム、その他の営業の象徴となる標識、および経営のノウハウを用いて、同一のイメージの下に商品の販売その他の事業を行う権利を与え、一方、フランチャイジーはその見返りとして一定の対価を支払い、事業に必要な資金を投下してフランチャイザーの指導および援助の下に事業を行う両者の継続的関係をいう」。この定義によって示される商品・サービス提供のための流通組織がフランチャイズチェーンないしフランチャイズシステムであり、これを形成するための契約がフランチャイズ契約である。

フランチャイズ契約が標準的に備えている要素として、つぎのものが指摘されている。<sup>(7)</sup> フランチャイザーからフランチャイジーに対し、営業の象徴となる標章の使用が許諾され、事業経営のためのノウハウが提供され、店舗運営のための指導・援助が提供され（これらフランチャイザーから付与ないし提供される、標章、経営ノウハウ、指導援助の知的財貨ないし給付を総称して、「フランチャイズパッケージ」という用語が用いられる。<sup>(8)</sup>）、フランチャイジーは、これに對して対価を支払い、同時にフランチャイズパッケージを利用する義務を負う。

このような要素を備えるフランチャイズ契約について、つぎの法的性質が指摘されることが多い。<sup>(9)</sup> すなわち、フランチャイズ契約は、法律上類型として規定がされていない非典型契約ないし無名契約であつて、典型契約を組合わせた混合契約である。ここには、第一に、フランチャイザーがフランチャイジーにその標章を使用する権利を付与し、経営ノウハウを提供し、これに対しフランチャイジーが統一的なイメージの下に商品の販売等の事業を行うことから、フランチャイザーを委任者、フランチャイジーを受任者とする準委任契約の性質があり、第二に、フランチャイジーがフランチャイジーに対して経営ノウハウや標章の使用の対価としてロイヤルティを支払っているという点に着目す

ると、フランチャイザーをいわば賃貸人、フランチャイジーを賃借人とする賃貸借契約としての性質も有しているといえる。第三に、フランチャイザーがフランチャイジーに対し、商品や原料を供給している点を捉えると、売買契約としての側面もある、という<sup>(10)</sup>。

これに対し、フランチャイズ契約を、独自の種類の〔*sui generis*〕契約であるとする見解もある。この立場では、フランチャイズ契約は「典型契約の一つではないし、これらを組みあわせた混合契約ですらない」。同契約の「本質は、民商法の典型契約ではとらえきれない独自の契約類型であるところにある」<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>。

これらの議論において、法的性質決定によりどのような具体的帰結が導かれるかが論じられることは極めて少なく、法的性質をめぐる議論は、総じて低調である<sup>(13)</sup>。

以上の状況に比して、ドイツでは、フランチャイズ契約の法的性質について、後述のように活発な議論がされている。その背景には、ドイツには、フランチャイズ契約も包摂される中間流通契約の一般について類推適用が論じられているドイツ商法（以下、HGBと表記する。）の規定があることや、フランチャイズ契約と共通する要素を持つとされる特約店契約をめぐる判例準則が確立していることがある<sup>(14)</sup>。このようなドイツに特有の背景があることは十分に意識しなければならぬものの、上述のように、法的性質決定論を非典型契約における紛争解決の基準として活用するべきであるという主張が強められる中、ドイツにおける法的性質をめぐる議論は、日本における解釈論を考へるときにも、大いに参考になると考えられる。

(3) 本稿の構成

フランチャイズ契約に含まれる契約類型であつて、同契約にとつて本質的意義をもつ契約類型要素であると考えうるものとして、ドイツにおいて多くの見解が挙げられるのは、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素、フランチャイザーを労務給付義務者とする単純な独立的雇用契約の要素、フランチャイザーによる標章等知的財産権・ノウハウの使用許諾に関する要素の三つである。そこで、便宜上、本稿では、先に、この三つの要素をめぐる議論状況を概観し、その後、個別の見解を紹介していくこととする。<sup>(15)</sup> もっとも、フランチャイズ契約の法的性質をめぐる議論は、ドイツ民法（以下、BGBと表記する。）における労務給付を内容とする契約の分類を踏まえなければうまく見通すことができないので、初めにこの点の整理を行う。その後、上記三つの要素に関する整理を経て、法的性質に関する各見解および裁判例を紹介検討する。これを受けて、議論状況は極めて複雑であることを確認しつつも、これを整理するための視点として、当事者が実現しようとした「契約目的」が適切に考慮されているかという視点を挙げ、各説を、この観点から整理する。そして最後に、その整理を踏まえて、日本法に基づく法的性質決定の方向性を探る。

この方向性を進展させ具体化すること、すなわち、法的性質決定にどのような実質的意義があるかを検討し、かつ日本法を前提とした法的性質決定のあり方を探求する作業については、別稿を予定している。

## 二 フランチャイズ契約に含まれる二つの契約類型

### (1) BGBにおける労務給付契約の分類<sup>(16)</sup>

日本法では、労務給付を内容とする契約において、労務給付義務者に、労務給付遂行における自主性ないし裁量があるとき、その契約は、委任契約（ないし準委任契約）に位置づけられ、相手方が労務給付義務者に対して指揮命令権を有するときは、雇用契約に位置づけられている<sup>(17)</sup>。

BGBは、労務給付契約に関してこれと大きく異なる分類を採用しているので、BGBにおける分類を概観し、二つの重要な注意点を確認しておきたい。

#### (ア) BGBにおける分類

ドイツ民法は、委任契約を無償のものに限り、有償の委任契約を契約類型として認めないという立場を採用しており、したがって、結果発生を契約内容としない労務給付契約のうち、無償のものが委任契約 [Auftragsvertrag] に位置づけられ、有償のものは、すべて、労務給付義務者の独立性の有無に関わらず、雇用契約 [Dienstvertrag] に位置づけられている<sup>(18)</sup>。たとえば、医師との診療契約や弁護士に依頼をする契約も、受託内容の高度な専門性に関わらず、雇用契約に該当する。そして、ドイツ法では、雇用契約は大きく二つに分けられている<sup>(20)</sup>。一方で、雇用契約の中でも労務給付義務者（労働者）に従属性があるものは、労働法の適用を受ける労働契約 [Arbeitsvertrag] として位置づ

けられる<sup>(21)</sup>。他方で、労務給付義務者が独立性を有する労務給付契約は、労働法の適用がない雇用契約（独立的雇用契約〔selbstständiger (unabhängiger) Dienstvertrag〕<sup>(22)</sup>）として労働契約と区別されている。医師との診療契約や弁護士への依頼の契約はこれに該当する。

独立的雇用契約は、さらに二つに分かれる。すなわち、独立的雇用契約にあたる場合において、労務給付義務者がBGB六七五条一項にいう事務処理（狭義の事務処理）を引き受けているときは、BGB六七五条一項に基づき、委任契約の規定の一部（以下、BGB六七五条一項によって雇用契約に準用される委任契約の規定を、「事務処理契約規定」と呼ぶことにする。）が準用される、事務処理を目的とする雇用契約（本稿では、以下、「雇用契約的事務処理契約」と呼ぶ。）に該当する。判例によれば、狭義の事務処理が認められるためには「事務委託者の利益を擁護するための、経済的性質のある独立的活動」の引受けがなければならない<sup>(23)</sup>。

この雇用契約的事務処理契約は、事務処理契約規定の準用の点で、同じ独立的雇用契約であるもののBGB六七五条一項の適用を受けない雇用契約（以下、本稿では、「単純な独立的雇用契約」と呼ぶ<sup>(24)</sup>）と区別される。したがって、雇用契約事務処理契約は、日本法では有償委任契約に該当するが、それよりも狭い概念である。なぜなら、日本法の解釈では、事務受託者に独立性があれば、利益擁護の性質や経済的性質の有無に関わらず委任契約に該当すると解されるからである。したがって、日本の有償委任契約にあたるものは、BGBでは、労働法の適用がなく、事務処理を目的とするものにもあたらない雇用契約（単純な独立的雇用契約。たとえば、医師との診療契約、家庭教師を雇う契約）か、または、労働法の適用がなく、事務処理契約規定の適用がある雇用契約的事務処理契約（たとえば、弁護士や税理士に依頼をする契約。）に該当することになる。

以上の分類の下で、どの条文が、単純な独立的雇用契約・雇用契約的事務処理契約に適用されるかを主なものに限って概観しておく。両者とも独立的雇用契約に該当するので、雇用契約に関する規定のうち、労働契約にだけ適用されるものを除き、すべて適用される。これに属する主なものは、報酬(六二二条、六一四条)、権利義務の一身専属性(六一三条)、安全配慮義務(六一八条)、期間満了による契約終了(六二〇条)、通常の解約(六二二条)、特別の解約(六二六条)に関する各規定である。<sup>(25)</sup>さらに、雇用契約的事務処理契約は、六七五条一項所定の事務処理契約規定の適用を受ける。これに属する主な規定は、事務委託者の指示権限(六六五条)、事務処理者の報告義務(六六六条)、事務処理者の引渡義務(六六七条)、事務委託者の費用償還義務(六七〇条)、当事者の死亡時における契約の存続性(六七二条、六七三条)に関するものである。

(イ) 注意を要する点

第一に、BGBで雇用契約として識別される基準は、結果発生までは契約内容としない労務給付を行う債務が生じていること、かつ、それに対して対価が支払われることの二点だけであり、したがって、労務給付請求権者が労務給付義務者に対して、労務給付に関する詳細な指揮命令権限を有していないものでも、雇用契約として認められるということである。後述の議論との関係で敷衍すれば、ドイツでは、フランチャイズ契約に、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質を認める見解が支配的であるが、これは、決して、フランチャイジーが労働者と同様の義務・拘束を課せられていることを理由に、労働法規定ないし労働者保護法理の適用を主張するもので

はない。<sup>(26)</sup> フランチャイズ契約にこの性質を認めることが意味するのは、同契約にフランチャイジーを受任者とする（日本法で言うところの）有償委任契約の性質があること、および、フランチャイジーが利益擁護義務（後述）を負うこととの二点に限られ、これ以上の意味を何らもたない。<sup>(27)</sup>

第二の注意点は、BGBでは、日本法では有償委任契約に分類されるものが、雇用契約的事務処理契約と単純な独立的雇用契約に分けられているということである。このような分類は日本法には存しないが、両者の実際的な扱いは大きく異なり、前者には事務処理契約規定が準用され、かつ、利益擁護義務の発生が認められるのに対して、後者にはこれらの扱いがない。<sup>(28)</sup> 日本法には、利益擁護義務や経済的性質の存否を基準にして有償委任契約を分類することは行われていないので、注意を要する。

## (2) フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素

フランチャイズ契約に含まれる契約類型として多くの見解が挙げる三つの要素のうち、はじめに「フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素」を取り上げる。なお、以下の法的性質をめぐる議論においては、「主要義務」「主要的給付義務」が何かが論じられることが多い。これは、一般に、「主要義務」「主要的給付義務」が、契約の法的性質を決定づけると考えられているからである。フランチャイズ契約の法的性質をめぐる議論でも、しばしば、まず、契約において何が主要義務にあたるかを確定し、そのつぎに、その主要義務は、法律上のどの法律類型の性質をもつかを明らかにしていく、という手順がとられている。

フランチャイズ契約は、商品・サービスを販売するフランチャイズチェーン（フランチャイズシステム）を構築する

ためのものである。そのため、フランチャイジーには、契約によって販売促進義務が課せられる。販売促進義務とは、フランチャイジーが、店舗経営を通じて可及的に多くの顧客を獲得すること、および、販売のために継続的に努力しなければならないことを意味する<sup>(29)</sup>。販売促進義務に位置づけられる具体的な個別的義務としては、経営実行義務、宣伝義務、研修受講義務、報告・検査受忍義務、最低引取義務、在庫保持義務、展示義務、コンセプト遵守義務、店舗・店舗外面をフランチャイザーの計画を考慮して構築すること<sup>(31)</sup>、が挙げられている。

多くの見解は、この販売促進義務を主要的給付義務と捉え、この義務が存することに法的性質決定上の意義を認めている。Canarisは、販売促進義務がフランチャイザーにとって本質的に重要であるのは明らかであり、販売促進義務は、原則として、「類型を規定する主要義務 [eine typusprägende Hauptpflicht]」である<sup>(32)</sup>。また、Höfnerは、フランチャイジーの「第一次的な義務 [primäre Pflicht]」は、契約対象財貨の販売を促進することにあると表現し、Gieslerも、「フランチャイジーの最重要の主要的給付義務にして、フランチャイズ契約の本質的目的を反映するものは販売促進義務である。」と述べる<sup>(34)</sup>。Gitter<sup>(35)</sup>、Martinekも、同様に、販売促進義務がフランチャイズ契約にとって本質的義務であることを指摘している。

販売促進義務をフランチャイズ契約の本質的義務とみなす見解においては、販売促進義務の要素に、雇用契約的事務処理契約の法的性質が認められている<sup>(37)</sup>。後述のように、この位置づけは、フランチャイジーに対するフランチャイザーの指示権限を帰結する六六五条などの事務処理契約規定の適用の可能性をもたらすほか、代理商法の類推適用を検討する際の前提ともなる<sup>(38)</sup>。また、この性質を根拠にして、フランチャイジーは、代理商・特約店と同様に、利益擁護義務を負う、とされている<sup>(39)</sup>。

なお、フランチャイズ契約を本質的に決定づけるものとして販売促進義務を捉えつつも、この義務を備えていることを指して、「中間流通契約」「中間流通システム」の性質ないし要素が存する、と表現されることがある。この中間流通契約・中間流通システムという表現は、フランチャイズ契約と代理商契約・特約店契約の類似性を指摘するためのものであるが、<sup>(40)</sup> 契約の特徴的要素として販売促進義務があることを強調するために用いられており、実際には、フランチャイズ契約に雇用契約的事務処理契約の要素があることを指し示す意味をもつことがある。<sup>(41)(42)</sup>

(3) フランチャイザーを労務給付義務者とする単純な独立的雇用契約の要素

フランチャイズ契約は、当該業態における経験・知識をもたない、または、それらに乏しいことが多いフランチャイジーに対し、店舗の開設・運営を可能にし、支援をすることも目的としている。この目的のために、フランチャイザーは、経営体開設・編入義務 [Betriebsgliederungspflicht] および経営支援義務 [Betriebsförderungspflicht] を負うとされている。<sup>(43)(44)</sup>

その内容については、つぎのように理解されている。<sup>(45)</sup> 経営体開設・編入義務とは、店舗開設までにフランチャイザーが行うすべての措置を指し、チェーンごとに個別的に異なる内容をもつが、店舗の初期設備・内装、商標・サインマーク・特許のライセンス、営業秘密の付与、ノウハウの指導、従業員研修などがこれに属する。経営支援義務の内容は、店舗開設後にフランチャイジーの経営を指導援助するためすべての措置である。これもチェーンごとに異なるが、通常、地域横断的な宣伝、研修、店舗営業の内容に関する助言、販売システム・帳簿管理などに関する中央管理的業務をその内容とする。

Canarisは、この義務をも主要的給付義務とし、この義務の要素に法的性質決定上の意義を認め、つぎのように論じる。<sup>(46)</sup> 経営体開設・編入義務、経営支援義務は、活動に向けられた義務であるので、雇用契約の性質をもつ。この義務は、単なる誠実義務の具体化としてみるべきでなく、「対価的牽連関係に組み込まれた主要的給付義務 [synallagmatische Hauptleistungspflicht] とみなされるべきである。なぜなら、フランチャイジーは、この義務の履行のために自らの対価を支払うからである。」Martinek<sup>(47)</sup> および Höpfer<sup>(48)</sup> も、この義務を主要義務とみなし、この義務に、六一一条以下の雇用契約の要素を認める。なお、これらの見解が認めるのは、雇用契約の中でも、事務処理契約の要素のない、単純な独立的雇用契約の性質である。

これに対し、Gieslerは、後述のように、フランチャイザーの経営体開設・編入義務および経営支援義務を、単純な独立的雇用契約の性質を有するものと、雇用契約的事務処理契約の性質を有するものに分け、後者に、助言・指導の給付など多くのフランチャイザーの給付を位置づけている。

加盟金・ロイヤルティは、この要素を構成する給付への対価である。<sup>(49)</sup>

#### (4) 知的財産使用許諾契約の要素

フランチャイジーによる店舗の開設・運営を可能にするために、フランチャイズ契約は、商標などの知的財産権やノウハウという知的財産の使用許諾をも内容とする、とされている。個々のフランチャイズシステムにおいて、特許権、実用新案権、意匠権などの使用許諾が行われることもある。これらのように法律上排他的保護が与えられる知的財産権についての使用許諾が行われるときは、その要素にライセンス契約の性格があることには異論がない。<sup>(50)</sup> いくつ

かの見解は、排他的保護を伴う知的財産権以外の、「ノウハウ」「コンセプト」「システム」と呼ばれる知的財貨の使用許諾が行われる点を重視するべきとし、その使用許諾義務を主要的給付義務と位置づけ、この要素に法的性質決定上の意義を認めている。ここでいう「コンセプト」「システム」とは、ノウハウをも包含した、店舗運営のために利用される経験・知識・組織的メリットの総体を意味している。具体的にはつぎのように論じられている。

Canarisは、「フランチャイザーの要素的義務は、……契約対象の利用をフランチャイジーに提供することにある。」  
「フランチャイザーは、フランチャイジーがフランチャイズシステムに参加できるようにする義務を負う。」と述べ、ここに属するのは、フランチャイジーを組織システムに編入すること、標章の利用許与、ノウハウの移転、フランチャイズハンドブックの交付であるという<sup>(51)</sup>。

Cebullaは、つぎのように述べて、コンセプトの使用許諾の要素こそがフランチャイズ契約の本質的要素であると主張する<sup>(52)</sup>。すなわち、「当事者にとってフランチャイズ契約の価値を形作るのは、物・知的財産権・労務給付を組合わせたものではない。」そうではなく、価値を形作るのは「マーケティングコンセプトという非物的な特別の対象である。」<sup>(53)</sup>「したがって、フランチャイズ契約の本質的对象は、フランチャイジーが、一定期間、利用のために供与を受ける、コンセプトである。」という。Möllerもこの説を支持している<sup>(53)</sup>。

Forkelは、企業の無体的側面の利用提供を内容とするライセンス契約がフランチャイズ契約の本質であるという<sup>(54)</sup>。すなわち、「ライセンス契約よりも適切にフランチャイジングの特質を考慮する類型はない。」「フランチャイズ契約によってフランチャイザーからフランチャイジーに付与されるのは、事業的アイデア、解決策、経験、行為指導、組織・宣伝コンセプト、そのための関係であり、一言で言えば、企業の無体財貨的側面である。」「法律論的には、企業

の無体財的側面のライセンスが存すると言うことができる。」という。

この要素をフランチャイズ契約にとつて本質的であるとみなした上で、どのように法的性質決定するべきかについては、二つの方向がある。一つは、ライセンス契約を独自の性質をもつ類型として位置づけ、フランチャイズ契約をライセンス契約の一つに分類する考え方である (Forkel, Ullmann)。もう一つは、この要素を、B G Bにおける用益賃貸借契約<sup>(55)</sup>の性質をもつものとして理解する考え方である (Canaris, Cebulla, Möller)。これらは後で個別に整理する。

加盟金・ロイヤルティは、この要素を構成する給付への対価である<sup>(56)</sup>。

### 三 フランチャイズ契約の法的性質をめぐる諸見解

一般に、フランチャイズ契約は、以上の三つの要素などの、複数の契約類型の要素を含む混合契約であるとされ、混合契約の分類の中でも、定型結合契約 [Typenkombinationsvertrag] であるとされている。この位置づけは、通説であるという<sup>(57)</sup>。

一部的見解は、フランチャイズ契約について、混合契約ないし定型結合契約であることを指摘し、かつ、以上の三つをはじめとしてフランチャイズ契約に含まれうる契約類型を列挙するとどめて、それ以上に、包含される契約類型の要素のうち、どの要素が不可欠ないし本質的かを論じない、というスタンスをみせている。本稿では、この立場を仮に、「非限定的混合契約説」と呼ぶ。

これとは対照的に、多くの見解は、混合契約であるという共通の前提に立ちながらも、類型としてのフランチャイ

ズ契約において、以上の三つのうち、特にどの要素が本質的要素として重視されるべきかを論じている。本稿では、このような見解を、特に非限定的混合契約説と区別して、「限定的混合契約説」と呼ぶことにする。限定的混合契約説に属する見解は、類型としてフランチャイズ契約であると位置づけられるために不可欠の契約類型の要素は何かを論じる点で共通するが、どの契約類型の要素をもつて不可欠とするかをめぐって、実に多様な主張がされている。

以上の各見解は、フランチャイズ契約が混合契約であることを前提に、一定の契約類型が含まれると考える点で共通しているが、ドイツにおいても、これを否定し、フランチャイズ契約には、どのような契約類型の性質も認められないとする「独自の種類の契約」説がある。

以下、非限定的混合契約説、限定的混合契約説、独自の種類の契約説の順に、その内容を紹介していく。

#### (1) 非限定的混合契約説<sup>(58)</sup>

##### (ア) Gitter の見解

Gitter は、フランチャイズ契約は、組合契約・使用賃貸借・用益賃貸借・売買・雇用契約などとして性質づけられるかを逐一検討して、これらをすべて否定した上で、つぎのように論じる。<sup>(59)</sup>

フランチャイズ契約は、法定の契約類型に位置づけることはできない。フランチャイズ契約は、種々の契約類型の主要的給付義務 (Hauptleistungspflicht) から構成される複合体であり、定型融合契約 [Typenverschmelzungsvertrag] である。個別の契約の構造がどのようなものか、商品とサービスのどちらを志向しているか、どの市場段階における結合か、に応じて、ライセンス契約、ノウハウ契約、用益賃貸借契約、労務給付契約の要素という個別の重点が前面

に現れる。フランチャイズ契約の本質的要素、権利義務は、それらが単独では存立しえないほど緊密に組合わされている。個別の部分の相互依存関係の程度は、個別の契約内容を取り出すことは、フランチャイズという発想の全体的意図を破壊し、契約目的を変容しかねない程度にまでいたっている。

(イ) Giesler の見解

Giesler は、まず、フランチャイズ契約の一般については、非限定的混合契約説の立場を明らかにするが、しかし、全てではないにせよ、多くのフランチャイズ契約に妥当しうる「標準的位置づけ [Standardzuordnung]」を考へることは可能であり有用であるとして、「標準的な」フランチャイズ契約を想定し、その法的性質を検討している。詳しくは、つぎのように論じている。

《非限定的混合契約説》<sup>(61)</sup>

フランチャイズ契約は、多様な契約類型の要素から構成される混合契約である。ここには使用賃貸借、利益賃貸借、事務処理契約、雇用契約、場合によって売買契約、請負契約が属し、それぞれが事務処理契約と組合わされていることもある。さらに、ほとんどすべての場合で、ライセンス契約の要素が含まれる。混合契約との性質づけが適切であるのは、同時に個別の規制要素が締結され、これらが相互に組合わせられて全体として統一的な規制に統合されているからである。

「もつとも、個別の要素の重要度は、それぞれのフランチャイズ契約において異なる。したがって、どの要素が一般的に優越しているか述べることは、ほとんど不可能である。」せいぜい、重要な役割を果たすことが多いのは、労

務給付の要素、事務処理の要素、および用益質貸借の要素である、ということしかできない。

「混合契約の中でも、フランチャイズ契約は、その通常の現象形態においては、定型結合契約である。」異なる契約の要素に由来する同価値の給付要素の融合を確認できるからである。

《標準的位置づけ [Standardzuordnung]<sup>(2)</sup>》

このように、当事者の給付がどのような法的性質決定を受けるかという問題は、統一的な回答を与えることはできないので、法的性質決定は、契約の個別的な内容構成に依存する。しかし、全てのフランチャイズ契約に妥当するものではなくとも、「大部分のフランチャイズ関係に妥当する、フランチャイズ契約の権利義務を抽象的に述べる」とは可能である。なぜなら、契約当事者が追求する典型的な利益が存するからである。

その典型的な利益とは、経済的利益の実現およびリスクの最小化であるが、フランチャイザーの側では、とりわけ、商品・サービスの販売を行う利益、さらにこの利益のためにフランチャイジーにチェーン店舗の運営を勧誘する利益という形をとり、フランチャイジーの側では、営業コンセプトおよびチェーン成果への参加、および、そこから生じる店舗による利潤の実現化という形をとる。そして、これらの目的のための契約上の義務は、全て、主要的給付義務 [Hauptleistungspflicht] とみなされるべきである。「この背景から、少なくとも大部分のフランチャイズ関係に妥当しうる、抽象的な基本原則のいくつかを定立することができる。」

フランチャイズ契約における典型的な給付義務は、部分的には比較的明確な「標準的位置づけ」を可能にする。この標準的位置づけは、おそらく、非常に多くの事例において妥当するであろう。標準的位置づけは、つぎのとおりである。

第一に、知的財産権の使用許諾に対しては、用益賃貸借法の規定（B G B 五八一条二項、五三五条以下）が適用される。第二に、フランチャイザーの側の、新サービス開発、フランチャイズコンセプトの継続開発、ブランドへの攻撃に対する防衛、などの給付には、純粋な雇用契約（単純な独立的雇用契約）の要素（B G B 六一一条以下）が認められる。第三に、フランチャイザーの、助言・指導・援助、チェーンへの供給者との交渉を内容とする給付義務は、雇用契約的事務処理契約の性質をもつ（B G B 六七五条一項、六一一条以下）。第四に、フランチャイジーのためのビジネスプランの作成などの仕事の完成は、請負契約的事務処理契約の性質をもつ（B G B 六七五条一項、六三一条以下）。第五に、物の販売に関係する売買契約の性質も存する（B G B 四三三条以下）。第六に、フランチャイジーの販売促進義務は、雇用契約的事務処理契約としての類型要素に属する。第七に、ライセンス契約の法的性質自体は未解明であるものの、フランチャイズ契約のライセンス契約の要素には、B G B 五八一条二項、五三六条以下が適用される。

#### 《Giesler の見解の特徴》

Giesler の議論は、フランチャイズ契約の標準的位置づけ〔Standardzuordnung〕である点は注意を要する。すなわち、同説では、フランチャイズ契約の法的性質決定や法的処理は、基本的には個別の契約の内容によることが明言されている。しかし、標準的なフランチャイズ契約に対して原則として妥当するべき法的性質決定・法的処理を考えることは可能であるとして、Giesler はそのあり方を論じたのである。したがって、上述の法的性質決定は、原則として標準的なフランチャイズ契約に妥当するが、そうでないフランチャイズ契約も存することは当然の前提とされている。

標準的位置づけにあてはまる場合に関する Giesler の見解の特徴は、つぎの点にある。フランチャイジーの販売促進義務の要素について、雇用契約的事務処理契約の性質を認める点は、後述の多くの他の見解と同じである。これに

対し、同見解は、フランチャイザーの給付を、単純な独立的雇用契約の性質を有するものと、雇用契約的事務処理契約の性質を有するものに分け、後者に、助言・指導の給付など多くのフランチャイザーの給付を位置づけている。これは、フランチャイザーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質を広く認める点で異彩をはなっている。<sup>64</sup>

## (2) 限定的混合契約説

多くの説は、混合契約であることを前提としつつも、類型としてのフランチャイズ契約にとつて本質的な契約類型の要素を特定しようと試みている。これに取り組む説は、その大部分が、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質を不可欠な要素として認めている。それを前提にしつつ、フランチャイザーの側の給付として本質的重要性のあるものは何か、それに対してどの契約類型の要素を認めるべきかをめぐって、さらに見解が分かっている。これらの説の対極に、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素をそもそも否定し、フランチャイジーによるノウハウなどの知的財貨の提供の要素こそが、類型としてのフランチャイズ契約において決定的に重要であるとする説がある。

### (ア) 限定的混合契約説 その1 事務処理契約要素・雇用契約要素結合説

フランチャイズ契約の本質的要素として、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素、および、フランチャイザーを労務給付義務者とする単純な独立的雇用契約の要素の二つを挙げる見解として、つぎのものがある。

## (a) Martinek の見解

Martinek は、フランチャイズ契約全般について、形態別分類論〔Typologie〕を主張する。ここでは、フランチャイズ契約に該当する契約が、その大部分を占め、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性格が認められる「従属型フランチャイジング〔Subordinations-Franchising〕」と、その性格がなく、フランチャイジーがフランチャイザーの指示に従う義務を負わない「対等型フランチャイジング〔Partnerschafts-Franchising〕」とに分類されている。<sup>(65)</sup> 本稿では、前者に関する主張に紹介の重点を置く。

## 《形態別分類論〔Typologie〕》

Martinek によれば、フランチャイズ契約をも対象とする中間流通法は、一方的な上下関係・利益擁護関係である中間流通関係（指示権限がある流通統括者（メーカー）と、その延長された手としての指示従属的な中間流通業者（販売業者）<sup>(66)</sup>の関係）を対象としており、対等者間の対等的流通協力関係を把握するのには向かないところ、フランチャイジングの中には、当事者の対等の思想に支えられ、従属の要素を欠くものもある。<sup>(67)</sup> このようなフランチャイズ契約の全体と捉えるために適切なものは、当事者の力関係・影響関係の違い、すなわち利益状況・力関係の状況に応じた形態別分類を行うこと〔Typologie〕である。<sup>(68)</sup>

利益状況・力関係の状況に応じて分類すれば、フランチャイズ契約は、従属型フランチャイジングと対等型フランチャイジングの二つに大きく分けられるという。ドイツにおけるフランチャイジングの六〇から七〇パーセントを占めると推測される従属型フランチャイジングにおいては、当事者間における上下関係が支配し、フランチャイジーは、非対象的な力関係の状況・利益状況に基づいて、フランチャイザーのマーケティング戦略のために道具化されている、

とい<sup>(69)</sup>う。

### 《対等型フランチャイジング》

従属型フランチャイジング以外のものは対等型フランチャイジングに分類され、その特徴は、当事者間に上下関係が存せず、当事者が対等者として関係に参加するという点に求められている。対等型フランチャイジングに関して最も重要な点は、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素（フランチャイジーの販売促進義務）が存しないということ、したがって、フランチャイザーは事務委託者として事務処理に関して指示をする権限を有せず、フランチャイジーはフランチャイザーに対して利益擁護義務を負わないということである。Martinekは、対等型フランチャイジングを、当事者が共同の利益を追求する要素（内的組合の性質）を基準にして、さらに三つに分けている。その概要はつぎのとおりである。<sup>(70)</sup>

第一は、共同の利益追求の要素がなく、交換型契約に位置する調整型フランチャイジング [Koodinainons-Franchising]<sup>(71)</sup>である。この形態では、フランチャイザーは、単に、ノウハウ・競争上の優位性をもたらすイメージ・標章・宣伝手段を提供する者であり、フランチャイジーはこれらを、（システムをフランチャイザーの利益のためにも実施するという側面もある従属型フランチャイジングと異なり）自己の利益のためにだけに利用する。ここでは、必須の類型要素は、フランチャイザーが負う（単純）雇用契約上の経営体開設・編入義務および経営支援義務だけであり、当事者の利益は契約内容に取り込まれていない。第二は、チェーンに特有のマーケティングコンセプトに基づく商品・サービスの販売の最適化というフランチャイザー・フランチャイジー両者の利益が、共同の目的として契約内容となっている形態であり、共同型フランチャイジング [Koalition-Franchising] と呼ばれている。<sup>(72)</sup>この形態では、フランチャイザーと個々

のフランチャイジーとの間のそれぞれの関係に、民法上の内的組合関係が生じている。<sup>(73)(74)</sup> 第三は、販売・マーケティングのシステムないしコンセプトそのものの最適化が、全関係者（フランチャイザーと全てのフランチャイジー）にとつての共通の目的として契約内容になっている形態で、合同型フランチャイジング [Konföderations-Franchising] である。ここでは、全関係者を構成員とする民法上の内的組合が生じている。<sup>(75)</sup> ここでは、システム・コンセプトの最適化という集合体（チェーン）の利益がそのまま共通の目的となっており、全関係者が、それぞれに、この共通目的のための協力支援をする義務を負う。<sup>(76)</sup>

《従属型フランチャイジング》<sup>(77)</sup>

Martinek は、従属型フランチャイジングにおいては、フランチャイズ契約は、種々の契約類型要素から構成される定型結合契約であるものの、その中でも、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約と、フランチャイザーを労務給付義務者とする単純な独立的雇用契約の要素を常に有する契約であるとする。そして、前者の要素の方が契約の全体において優越的意義をもつと解する。また、Martinek は、知的財産権・ノウハウの使用許諾の要素がフランチャイズ契約の本質的要素ではないことについて、詳細に論じる。Martinek は、つぎのように述べる。<sup>(78)</sup>

フランチャイズ契約では、主要義務として、フランチャイザーの経営体開設・編入義務および経営支援義務と、フランチャイジーの対価支払義務・販売促進義務が生じる。これらの主要義務 [Hauptpflicht] を基礎に置いて契約にどのような法的性質があるか、検討するべきである。

一方で、フランチャイザーの義務には、その核心において、雇用契約の法的性質がある。なぜなら、フランチャイ

ズパックの基準によって、指導措置、助言措置、宣伝措置、研修提供、研修教育給付を行うことには、BGB六一一条の意味での雇用契約の性質があるからである。そのほかの、契約類型の要素（店舗に関する賃貸借の要素、売買法の要素、店舗設備に関するリース契約の要素など）が、場合によって、この雇用契約上の基本的義務の周囲に入ってくることはありうる。

他方で、フランチャイジーの販売促進義務は、明らかに、事務処理契約の法的性質をもつ。フランチャイジーの利益のために、フランチャイザーの指示に従って行われる販売促進は、フランチャイジーの利益のための、経済的性質のある独立の活動であり、したがって、BGB六七五条一項による雇用契約的事務処理契約にあたる。というのは、販売促進は、フランチャイジーの固有の利益のためだけに行われるのではなくて、フランチャイジーの利益擁護のためにも、しかももっぱらそのために行われるからである。

フランチャイズ契約は、したがって、「一部不変的な、一部可変的な類型要素を伴う定型結合契約」として識別される。不変的な要素とは、つぎの二つである。すなわち、「フランチャイザーの経営体開設・編入義務および経営支援義務に関する雇用契約の要素」、および「フランチャイジーの販売促進義務に関する事務処理契約の要素」である。個別の契約内容によって結合されるそのほかの要素としては、売買、賃貸借、ライセンス、ノウハウ契約がありうる。このように多くの契約類型要素が関わる中でも、フランチャイザーの利益のための販売促進という事務処理契約の要素が支配的な意味をもつ。すなわち、事務処理契約の要素こそが、利益擁護の中間流通関係の創設を目指す協力関係のための契約としてのフランチャイズ契約に、経済的法的特徴を与える。したがって、同契約は、「要素可変的な定型結合契約であるが、支配的な要素として事務処理契約の要素をもつ契約」である。

## (b) Höpfer の見解

Höpfer が、このように論じて、ほぼ同趣旨を説く<sup>(7)</sup>。

まず、法的性質決定のためには、契約上の主要義務 (Hauptpflicht) を参照にしなければならない。当事者の契約上の義務、契約の法的性質は、経済的事実・経済的関連事項の知見およびその分析を通じて、解明される。とくに、当事者の経済的利益・期待、当事者に存するリスクが、契約上の義務を決定する。そして、フランチャイズ契約においては、当事者の経済的利益の実現とリスクの最小化が、唯一の「契約目的」[Vertragszweck]である。この契約目的が当事者の唯一の契約締結動機を構成する限りで、この目的の達成のための義務は、主要義務である。

そうすると、契約目的である当事者利益を実現する義務が、法的性質を決定づける主要義務であることになる。事業コンセプト [Geschäftskonzept] 参加というフランチャイジーの利益を実現するものとして、フランチャイジー側に、「包括的な経営体開設・編入義務および継続的な経営支援義務」が課せられる。これに対して、フランチャイジー側では、「包括的網羅的販売」というフランチャイジーの利益を実現するものとして、販売促進義務が生じる。

では、両当事者のこれらの主要義務は、どのような法的性質決定を導くか。一方で、フランチャイジーの主要義務 (経営体開設・編入義務、経営支援義務) には、フランチャイジーが独立に指示に拘束されずに提供する助言援助のための継続的措置を行うことが含まれるが、これは、六一一条一項・二項の意味での労務であり、したがって、「フランチャイズ契約は、一方で、強く、雇用契約的要素によって支配される」。他方で、フランチャイジーの第一次的義務は、商品・サービスの販売を促進することにある。このフランチャイジーの義務は、フランチャイジーの側の雇用契約要素を示す。ところが、「販売促進は、フランチャイジーの利益のためだけでなく、支配的な程度で、フランチャイジー

の利益の擁護のためにも行われる。これにより、雇用契約の要素に加え、フランチャイザーのために行われる、フランチャイジーの事務処理の要素が生じる。」<sup>87)</sup> なぜなら、販売促進は、B G B 六七五条一項、六一一条の意味での、他人の事務処理にあたるからである。

結論として、フランチャイズの契約関係は、定型結合契約として、多くの他の契約類型をも内包する場合もあるが、「当事者の経済的利益状況から生じる契約の主要義務（フランチャイザーの経営体開設・編入義務、経営支援義務、フランチャイジーの販売促進義務）は、第一には、雇用契約の要素と事務処理契約の要素によって特徴づけられ、それぞれの規定に服する。」

(イ) 限定的混合契約説 その2 事務処理契約要素・用益賃貸借契約要素結合説

フランチャイズ契約の本質的要素として、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素、および、商標などの知的財産権・ノウハウの使用許諾の要素の二つを挙げる見解として、つぎのものが<sup>88)</sup>ある。

(a) Emmerichの見解

Emmerichは、フランチャイズ契約の本質的要素は、商標などの知的財産権・ノウハウの使用許諾の要素と、フランチャイジーを事務処理者とする事務処理契約の要素（Emmerichは、中間流通関係の要素と呼ぶ。）であるとする。ただし、この二つの要素は重要度において違いがあるとし、前者に優越的意義を認める。

Emmerichは、つぎのように論じる<sup>89)</sup>。

フランチャイジングは、つぎの四点でほかの契約と区別される。すなわち、グループ全体がフランチャイザーの方

針によって厳格に組織づけられていること、外部には統一的に現れること、フランチャイジーは対価を支払ってノウハウを利用する権利を得ること、フランチャイザーは、継続的支援義務を負い監督統制権を有することである。「このことを直視すれば、ライセンス契約の要素が、他の中間流通システムとの区別における、フランチャイズ契約の識別的特徴要素であることは本来疑いをいれない。したがって、フランチャイズ契約に、第一に、ライセンス契約、したがって、権利の用益賃貸借をみることが適当である。」だからといって、フランチャイズ契約がほかの契約類型要素を伴う混合契約であることは否定されない。ここには、売買契約の要素・雇用契約の要素が考えうる。しかしこれとは独立に、ライセンス契約・用益賃貸借の要素が支配的であることは確認される。

フランチャイズ契約は、「ライセンス契約要素を特徴的要素として有する、中間流通関係である。フランチャイズ契約は、したがって、権利の用益賃貸借に近似し、場合によって、用益賃貸借法・使用賃貸借法の適用が認められうる。そのほかの点では、他の中間流通関係との緊密な類縁性がみられる。したがって、フランチャイズ契約には、同時に、広い範囲で、代理商法が適用可能である。」

#### (b) Ullmann の見解

知的財産権・ノウハウの使用許諾の要素と事務処理契約（中間流通関係）の要素の二つが、フランチャイズ契約の不可欠の要素とする見解は、Ullmann によっても主張されている<sup>(82)</sup>。Ullmann はつぎのように論じる<sup>(83)</sup>。

フランチャイザーが獲得した何らかの知的財産権利のライセンスは、フランチャイズ契約の不可欠の要素に属する。この知的財貨は、広く捉えられ、フランチャイザーの事業体において実体化した知識（事業の手法全体、知識価値、システムなどと呼ばれる。）が理解されうる。知的財貨の利用付与は、フランチャイズ契約締結および存続の前提条件で

ある。フランチャイジーが、フランチャイザーから、他では入手できない給付を取得するときだけ、フランチャイジーは、すすんで、拘束を受けた中間流通業者として扱われることを望むからである。「したがって、フランチャイズは、中間流通関係におけるライセンス〔die Lizenz im Absatzmittlungsverhältnis〕である。」

知的財貨のライセンスが、フランチャイズ契約の核心をなす。何がライセンスされる知的財貨であるかは、一個の問題であるが、契約締結時に関しては、フランチャイザーが契約書において伝達されるノウハウとして記述しているものであり、契約存続中に関しては、契約存続中に新たに構築された事業組織システムという構造である。

特約店契約に関して判例が形成してきた判断準則によれば、HGB八九条bは、フランチャイズ契約にも類推適用される。すなわち、指示拘束的な実行義務、フランチャイジーのフランチャイザーの販売組織への編入、顧客の割当という類推適用の要件は、十分に満たされている。フランチャイズ契約の核心としてライセンスを法的に位置づけることは、フランチャイズ契約を、代理商法の準則によって評価することには、影響を及ぼさない。

(ウ) 限定的混合契約説 その3 事務処理契約要素・雇用契約要素・利益貸借契約要素結合説 (Canarisの見解)  
Canarisは、上述の三つの要素のすべてが、フランチャイズ契約にとって本質的であり、同契約は、この三つの契約類型要素が結合した定型結合契約であるとす。Canarisは、つぎのように論じる。<sup>84)</sup>

フランチャイズ契約にとつての主要な特徴的要素であつて、すべての現象形態の詳細に一致するものではないにせよ、実務のイメージに広い範囲で合致する要素はつぎの三つである。すなわち、フランチャイジーによる自己の名と自己の計算による継続的受託、フランチャイザーが擁するシステムの利用権限および利用義務、フランチャイジーの

対価支払義務である。

コンセプト適用 [Konzeptanwendung]、システム促進 [Systemförderung] を行うフランチャイジーの義務は、「BGB六七五条、六一一条の意味での事務処理契約・雇用契約の性質」をもつ。「なぜなら、この義務は、フランチャイザーの利益を目的とするものとして規定づけられており、かつ、結果の発生でなく、活動の実行のみを対象としているからである。」この義務は、原則として、フランチャイズ契約の類型としての性格を決定する「類型を規定する主要義務 [eine typusprägende Hauptpflicht]」である。「その履行は、フランチャイザーにとって明らかに本質的重要性があるからであり、かつ、フランチャイジーには、フランチャイザーから、利得可能性が許与されるからである。」

フランチャイズ契約は、フランチャイザーの支援義務 [Förderungspflicht] も伴う。この義務はフランチャイザーの活動（フランチャイジーにコンセプトを教育すること、店舗組織形成における支援、販売システムの中央的管理、宣伝措置の実行）に向けられており、「雇用契約の性質」をもつ。この義務は、単なる誠実義務の具体化としてみるべきでなく、「対価的牽連関係に組み込まれた主要的給付義務 [synallagmatische Hauptleistungspflicht]」とみなされるべきである。なぜなら、フランチャイジーは、この義務の履行のために自らの対価を支払うからである。」したがって、この要素は、事務処理契約の要素よりも重要度が低い要素なのではない。

フランチャイジングはライセンス契約に位置づけられるとの見方を基礎に置く Fohle<sup>86)</sup>らの見解もあり、この見解では、フランチャイザーのコンセプトおよび組織への参加・それに伴う権限が強調されている。このライセンス契約アプローチは、本質的な側面を言い当てている。「フランチャイジーの義務だけでなく、権利を理論的に転換し、フ

ランチャイジングの法的性質決定において考慮するのが適當である。実際、ランチャイジングは、ランチャイザーのコンセプト・組織システムの特別な利用権を内容としている。」しかしながら、これを把握するためには、ライセンス法の立ち入った理論的議論は不要であり、単に、BGB五八一条一項の利益貸借の法律上の定義を検討すればよい。この定義は、全く一般的に、「対象物 [Gegenstand]」の利用権を内容としてしているのであり、この広い概念には、難なく、ランチャイザーのコンセプト・組織システムを包含することができるのである。「ランチャイジングには、したがって、BGB五八一条一項の利益貸借契約の要素が内在している。この要素は、他の二つの要素と同格に [gleichrangig] 並立するものである。なぜなら、ランチャイジーは、ライセンス契約の要素に関連する権利のためにも、そして、まさにそのために、対価を支払うからである。」

なお、ライセンス法の要素のみが唯一の支配的要素であるとする見解は適當ではない。ランチャイザーの義務は、ランチャイジーにシステムへの参加を可能にすることだけにあるのではなく、ランチャイジーの営業活動を積極的に支援することにあるからである。

「ランチャイーズ契約は、混合契約として、すなわち、原則として、事務処理契約、雇用契約、利益貸借契約の要素の結合から構成される混合契約として性質づけられるべきである。」当然ながら、個別の事例では、ほかの要素(売買法の要素、店舗物件に関する使用貸借法の要素など)も付け加わることもある。

(エ) 限定的混合契約説 その4 知的財産使用許諾の要素を重視する説

ランチャイーズ契約の本質的要素を、知的財産権やノウハウなどの知的財産の使用許諾に求め、この要素が最も重

要であるとする見解もある。この見解に関して注意が必要なのは、使用許諾の対象である知的財貨が広く捉えられているという点である。すなわち、通常、フランチャイズ契約において使用許諾の対象となる知的財貨としては、標章・ノウハウが挙げられるが、ここで取り上げるライセンス契約説・利益貸借説では、より広く、「行動指導、組織・宣伝コンセプト、そのための関係」(Forkel)、フランチャイザーによる指導援助などの個別的な給付をも包括する「システム」ないし「コンセプト」(Cebulka, Moller)が使用許諾の対象となる、とされている。

(a) ライセンス契約説

Forkel、Ullmannは、ライセンス契約を独自の意義をもつ類型として認めた上で、これがフランチャイズ契約の本質的な要素であるとする。もつとも、両者とも、同契約が雇用契約的事務処理契約の要素をも持つことを排除するものではない。

(i) Forkelの見解

Forkelは、Martinekのライセンス契約説への批判に対して逐一反論しつつ、ライセンス契約を独自の契約類型として基礎づけ、このライセンス契約にフランチャイズ契約を位置づけることを提唱する。もつとも、Forkelは、フランチャイズ契約が、雇用契約的事務処理契約の性質をもちうることは否定せず、むしろこれを明確に肯定している。ただ、そのような性質はフランチャイズ契約以外のライセンス契約でもしばしば観察されるものであり、フランチャイズ契約を特徴づけるものではない、という。Forkelはつぎのように論じる<sup>(86)</sup>。

Martinekのように、フランチャイズ契約を、雇用契約的事務処理契約として単純に位置づけるのでは不十分である。フランチャイズ契約やライセンス契約の中に、ほかのすべての法定契約類型と区別する中核的特徴をもつ契約が存す

るならば、独立の契約であると考えざるべきでない。ライセンス契約は、「知的財貨 [Immaterialgüter] に適合的な、他では取り換えの利かない契約類型」を形成し、その内容構成は、広範に、契約実務、裁判所、学説によって形作られている。ここで重要なのは、ライセンス契約の主要内容 [Hauptinhalt] は何かという問題であり、この点においては、ライセンス契約は、明らかに相当な輪郭を備えている。

決定的に重要なのは、「フランチャイザーがフランチャイジーに付与するコンセプトの全体」を捉えるものとして、ライセンス契約としての理解が適切かということである。ここで明確に認識しなければならないのは、フランチャイザーに存するのは、「営業的コンセプト、経験・知識・流通アイデアを包括したもの、発達した販売組織、宣伝システム」であること、すなわち、「知的な創造成果」であることである。

そして、法律学における企業に関する分析によれば、「企業の知的側面」すなわち、「計画、アイデア、知的コンセプト、組織、経験、標章、外部との関係、それに結合する企業の妥当力、宣伝力によって特徴づけられている企業の知的側面」が重視されるべきである。この知的財貨は、現代の高度に発展した工業社会・サービス社会、発展する情報化社会において、ますます重要性を高める。企業の知的財貨的側面の保有者が、これを他人に利用許諾するときは、法律取引として現れるのは、ライセンス契約である。このようなライセンス付与は、フランチャイジングにおいては、「自己の企業において成功的な作業計画、事業方法、マーケティングコンセプトを開発した者が、他人に、これを譲渡して、その他人が、独立した事業者として、この知的財貨に参加できるようにし、その後は、定評のある経験・知識価値、組織的コンセプト、関係などを、その事業において利用できるようにする」という点に見出される。

また、フランチャイザーの指示・監督権限があることや、フランチャイザーが、フランチャイジーの経営を継続的

に積極的に支援する義務を負うことが、ライセンス契約の性質と相いれないという見解もあるが、これらは正当ではない。<sup>(87)</sup>

結論として、ライセンス契約以外に、フランチャイジングの特質を適切に考慮する類型はない。フランチャイズ契約には雇用契約的事務処理の要素もあるが、これは、この要素が、ほかのライセンス契約よりも、段階的に強く現れているというだけのことである。フランチャイジングでは、ライセンスの対象は、企業の知的側面という財貨〔Immaterialgut Unternehmen〕（事業的アイデア、解決策、経験、行動指導、組織・宣伝コンセプト、そのための関係）であり、この対象は、経済的な統一体として観察され、法律取引においても統一体として把握されているのである。このように、企業の知的側面という財貨をフランチャイジングの核心に認めるときは、フランチャイジングについて、「法律論的には、企業の知的財貨側面のライセンス〔Lizenz am Immaterialgut Unternehmen〕が存するということができる。」

## (ii) Ullmann の見解

すでにその見解を紹介したUllmannも、Forkelと同様に、フランチャイズ契約において使用許諾の対象となるのは「フランチャイザーの事業体において実体化した知識」であり、これが契約の核心をなすとす。もともと、Ullmannは、同時に、フランチャイズ契約が中間流通関係であることを明確に認め、HGB八九条bの類推適用をも肯定し、このことは、フランチャイズ契約の核心にライセンス契約を認めることと矛盾しない、という。Ullmannの見解は、ライセンス契約をフランチャイズ契約の核心とみることに、および使用許諾の内容の捉え方の点ではForkelと一致するが、中間流通関係（事務処理契約要素）の存在をも肯定する点では、むしろ、Emmerichの見解と共通する。

(b) 用益賃貸借契約説

Cebulla および Moller も同様に、知的財貨の使用許諾の要素が本質的要素であるとする。しかし、二点において、Forkelらと見解を異にする。第一に、フランチャイズ契約における本質的要素が知的財貨の使用許諾の要素であるという見地をおしすめ、これのみが唯一の本質的要素であるという。すなわち、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素を、フランチャイズ契約における本質的要素としては認めない。第二に、ライセンス契約という独自の契約類型を認めず、使用許諾の要素に、用益賃貸借契約の性質を認める<sup>(89)</sup>。

また、両者は、契約にとって本質的なフランチャイザーの給付を、標章の使用許諾、ノウハウの提供、フランチャイザーによる指導援助などの個別的な給付を包括する「システム」ないし「コンセプト」の提供として把握し、これをもって、利用付与が行われる対象とみなす点においても共通する。ここでは、利用付与の対象である「システム」「コンセプト」は、従来ライセンス契約の対象とされていた標章やノウハウを含むが、経営支援の給付などのそれ以外のフランチャイザーの給付をも包括している。

(i) Cebulla の見解

用益賃貸借法規定の現代的意義を広く再検討した Cebulla は、その検討の一環としてフランチャイズ契約を扱い、つぎのように論じる<sup>(90)</sup>。

比較的古い世代のフランチャイズ契約は、主に、中間流通契約としての性格 [absatzmitnehmende Züge] をもっていた。これに反し、今日支配的に行われているフランチャイズ契約は、知的財産権の広範な利用許諾に加え、多くの相互的労務給付を内容としている。

中間流通契約の要素〔Das absatzmitelnde Moment〕は、フランチャイズ契約を類型として把握するのに適していない。「なぜなら、多くの契約において、フランチャイジーの利益擁護的販売促進義務は存しないからである。」

「フランチャイズの対象、および、最終的にフランチャイジングを十分に特徴づけるためには、両当事者の利益を考慮した、フランチャイジングの本質的内容の解明が必要である。」「この意味で、フランチャイズ契約にとって本質的なのは、マーケティングシステムなしコンセプトの、一定程度の期間にわたる利用許諾である。」

「当事者にとってフランチャイズ契約の価値を形作るのは、物・知的財産権・労務給付を組み合わせたものではない。」そうではなく、価値を形作るのは「マーケティングコンセプト〔Marketing-Konzept〕という非物的な特別の対象である。」個別的要素は、それらの全体がコンセプトとして結合して、はじめて、市場における意味をもつ。「したがって、フランチャイズ契約の本質的对象は、フランチャイジーが、一定期間、利用のために供与を受ける、コンセプト〔Konzept〕である。」

ライセンス契約の法的性質については一致した見解は存しないので、法的性質決定の意義は法的安定性の増加にあるとする観点からは、ライセンス契約説は有用でない。また、両当事者が負う労務給付義務は、必要不可欠な義務ではあるが、この義務は、コンセプトを付与し保持することに仕える義務であるので、契約類型を決定する主要義務〔den Vertragstyp bestimmende Hauptpflicht〕にはあたらない。

法的安定性は、フランチャイズ契約を「用益賃貸借契約の新たな形態」として理解することによってのみ獲得される。具体的契約の個別的内容によつては、労働法や代理商法の適用が認められることはありうるが、このような具体的・個別的契約内容からは独立してフランチャイズ契約に適用されるのは、用益賃貸借法のみである。フランチャイズ契

約は、「フランチャイザーがフランチャイジーに、フランチャイズ対価という給付と引き換えに、事業的コンセプトについて、一定期間、利用を許諾する継続的債権関係」である。「このコンセプトは、その法的性質によれば、特別の対象 [ein besonderer Gegenstand] であるから、フランチャイジングは、特別の対象に関する用益貸借契約である。」

(ii) Mollerの見解

Mollerは、フランチャイジーの販売促進義務は、知的財産権・ノウハウの使用許諾に伴う付随義務に過ぎないという考えを基本に据え、この立場から事務処理契約の要素を認める見解を批判する。Mollerは、つぎのように論じる。<sup>(9)</sup>  
契約において、フランチャイザーは、フランチャイズパックを提供する義務を負う。このフランチャイズパックとは、調達・販売・組織コンセプト、知的財産権の利用権、フランチャイジーの教育、フランチャイジーに対する継続的積極的支援義務、コンセプトを常に発展させる義務から構成されるものである。

フランチャイジーは、包括的なコンセプト [eine umfassende Konzeption]、すなわちシステム [ein System] の利用権を得る。ここには、標章の利用だけでなく、ノウハウの利用も含まれる。ところで、BGBの基本構想によれば、すでに、用益貸借契約は非物的な対象を包含している。決定的なのは、ある対象 [ein Gegenstand] が、契約当事者の一方に、利用のために提供される、ということである。フランチャイズ契約では、フランチャイジーに事業体のコンセプト [Unternehmenskonzept]、<sup>1)</sup> の利用権が与えられることで、この条件は満たされている。

Martinekを代表とする事務処理契約の要素を重視する解釈によれば、フランチャイジーの販売促進義務、フランチャイザーの指示に服従する義務は、主要義務 [Hauptpflicht] であると解されている。しかし、「フランチャイジー

の利益擁護的販売促進義務は、契約上の主要義務ではない。」むしろ、この義務は、「事業者のコンセプトの共同利用から生じる付随義務〔Nebenpflicht〕として」生じるものである。フランチャイズ契約において、事務処理の関係を認めることができるのは、個別の委任の実行義務が重点を占め、かつ、フランチャイザーの具体的指示権が合意されているときに限られる。

「フランチャイジングの特別性は、商品・サービスの販売・提供にあるのではない。」フランチャイジングの特別性は、「商品・サービスの流通の基礎にあるコンセプトである。」「両当事者間においては、コンセプトとは、フランチャイジーを独立性に向けて踏み出すことができるようにする、フランチャイザーの給付である。」フランチャイザーの給付とは、経営上のノウハウ、店舗開設の際の支援、契約存続中の支援であり、フランチャイジーは、この給付に対して対価を支払う。「フランチャイズ契約は、したがって、利益貸借契約として位置づけられるべきであり、システムの利益貸借〔Systempacht〕と呼ばれるべきであろう。」このシステムには、標章、ノウハウが含まれるだけでなく、研修の提供・販売システムの組織（有利な購入条件など）が含まれる。

このほかにも売買契約の要素、特別の対価と引き換えに特別の研修・支援を受けるための雇用契約の要素が含まれる。したがって、システム利用の枠内で、ほかの契約類型の要素も用いられる。この解釈によれば、フランチャイジーの従属性、その経営への編入は、実際には、システムの利益貸借から生じる付随義務の遵守の結果生じるものに過ぎない。

(3) 独自の種類の契約<sup>(92)</sup>説

Skaupy は「ライセンス契約が「独自の種類の契約」である」とされていることを指摘した上で、フランチャイズ契約は、ライセンス契約・ノウハウ契約・代理関係の混合であるところ、これら三つの契約自身が非常に多様性を有している<sup>(93)</sup>ので、それらの混合であるフランチャイズ契約は、なおのこと「独自の種類の契約」であるとする。

アメリカ法とドイツ法の比較法的研究を行った Behr は、両国において、フランチャイズ契約について、売買契約、代理関係ないしエイジェンシー [agency]、組合関係ないしパートナーシップ [partnership]、ライセンス契約に位置づける見解が主張されていることを整理し、すべての見解について逐一反論を行い、適切でないとする<sup>(94)</sup>。そして結論として、フランチャイズ契約は、独自の種類の契約であるとする。すなわち、この契約は、極めて多様な契約類型の特徴を備えるものであって、しかもそれらの類型のどれが法的評価を決定づけるかが決められないものであるという。通常は、売買契約、代理契約、組合契約、労働契約、ライセンス契約の要素が存するが、個別の要素の重要度は、フランチャイズ契約の広範性のため、極めて多様でありうる、とする<sup>(95)</sup>。

(4) 判例の見解

連邦通常裁判所（以下、BGHと表記する。）の判決としては、①BGH WM 2000, 783 (2000, I, 13) が、原審判決が行ったフランチャイズ契約の法的性質決定をめぐるその当否が争われた事案において、法的性質決定に関する判断を留保している<sup>(96)</sup>。この判決以外に、BGH判決で、フランチャイズ契約の法的性質を論じたものはみあたらない<sup>(97)</sup>。

## (ア) 下級審裁判例

これに対して、法的性質を論じる下級審判決は少なくない。

## ② OLG Frankfurt a.M. NJW-Verbr 1996, 142 (1994. 9. 27)

「本件フランチャイズ契約は、多種類の契約類型から構成される契約である（定型結合契約）。ここで、当事者によって締結された契約は、調整型フランチャイジングの領域に位置づけられる。なぜなら、従属型フランチャイジングとは異なり、事務処理者としての指示拘束を受ける利益擁護義務が欠けているからである。」

## ③ OLG des Landes Sachsen-Anhalt OLG-NL 2003, 28 (1999. 5. 7)

「フランチャイズ契約それ自体は、BGBの規定する契約類型のどれにも位置づけられない。」「フランチャイズ契約は、通常、売買法・用益賃貸借法・事務処理法の要素をもつ、混合契約である。結合された契約類型の準則は、それぞれ独立して適用される。給付障害がどの法律効果をもたらすかについては、当該義務が服するそれぞれの契約類型の法が基準となる。」

## ④ OLG Hamm NZG 2000, 1169 (2000. 3. 13)

「フランチャイズ契約は、ライセンス契約という特徴的な要素を伴う、中間流通契約であり、権利の用益賃貸借に近いものである、とされている。フランチャイズ契約は混合契約であり、そのそれぞれの内容的特徴に応じて、種々の契約類型の要素が、異なった重要度をもちつつ相互に結合しうる契約である。」

## ⑤ OLG Düsseldorf WRP 2002, 235 (2001. 11. 14)

「フランチャイズ契約は、定型結合契約である。フランチャイズ契約は、一般に、フランチャイザーの経営体開

設・編入義務と経営指導義務に関する雇用契約の要素と、フランチャイジーの販売促進義務に関する事務処理契約の要素を特徴としている。契約の個別の内容構成にしたがい、これに加え、ほかの契約類型要素、すなわち、売買、使用賃貸借、利益賃貸借およびライセンス契約・ノウハウ契約の契約類型要素が加わりうる。」

⑨ OLG München BB 2002, 2521 (2002, 6, 26)

「本件契約は、従属的流通フランチャイジングとして性質づけられ、したがって、事務処理を目的とする雇用契約が重点を占める定型結合契約として性質づけられる。これに並存する権利の利益賃貸借の要素には、当審は、契約の重点を見出すことはできない。」

#### (イ) 裁判例の整理

BGHは、フランチャイズ契約の明示的な法的性質決定を留保している。下級審の判断については、すべての裁判例がフランチャイズ契約を混合契約であるとしている点において共通点があるが、それ以外には全く統一性がない。

④ 判決、⑤ 判決、⑥ 判決の三つは、フランチャイジーを事務処理者とする事務处理的雇用契約の性質を認める点では共通する。その上で、その他の本質的要素として、④ 判決は権利の利益賃貸借の要素を挙げ（本稿でいう「限定的混合契約説」その2 事務処理契約要素・利益賃貸借契約要素結合説」に近い）、⑤ 判決は、フランチャイザーを労務提供者とする単純な独立的雇用契約の要素を指摘する（本稿でいう「限定的混合契約説」その1 事務処理契約要素・雇用契約要素結合説」にあたる。）のに対し、⑥ 判決はそれ以外の契約類型要素を指摘しない。

③ 判決は、優越のないし本質的な契約類型要素を特定しないので、本稿でいう「非限定的混合契約説」ないし独自

の種類の契約説にあたる。そして、②判決は、特異な地位を占め、当該契約においてフランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質を否定した上で、当該契約を「調整型フランチャイジング」に分類した。これは、Martinekの形態別分類論を採用し、フランチャイズ契約の中には、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の要素をもたないものもあることを承認する考えである。

#### 四 各説の整理および検討

##### (1) 各説の整理

以上で、フランチャイズ契約の法的性質をめぐるドイツの学説・裁判例における諸見解を概観したが、複雑な議論状況にあるので、諸見解の相違点・共通点を整理する。

第一に、少数の説が、フランチャイズ契約の性質を決定づける特定の契約類型は存せず、個別の契約毎に法的性質や法的処理を検討するほかないという非限定的混合契約説ないし独自の種類の契約説をとるのに対し、大多数の説は、フランチャイズ契約は何らかの契約類型によって性質づけられるとする限定的混合契約説に立つ<sup>(98)</sup>。

第二に、限定的混合契約説の中でも、フランチャイジーの販売促進義務に見出される、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質について、これを契約の本質的要素と認めるべきか否かをめぐって対立がある。少数の説 (Cebula, Möller) は、これを否定し、知的財貨使用許諾契約の要素のみが契約の本質的要素であるとすることに反し、多数説は、これを肯定する<sup>(99)</sup>。

第三に、以上のように、多数説は、限定的混合契約説を前提とし、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約を契約の本質的特徴と認めるが、この多数説は、フランチャイザーの給付についてどのような契約類型の要素を認めるべきかに関してさらに分かれる。すなわち、フランチャイザーの給付に、単純な独立的雇用契約の性質を認める見解 (Martinek, Hopner)、『知的財貨使用許諾の性質を認める見解 (Ermerich, Ullmann)』、その両者を認める見解 (Canaris) が主張されている。

## (2) 法的性質決定の方法

ところで、法的性質決定は何を基準に行われるべきであろうか。換言すれば、主要的給付義務が何であるかは、どのように決まるであろうか。その基準は、Gester、Hopner が主張するように、当事者が契約で実現しようとした「契約目的」ないし「契約利益」に求めるべきであろう。すなわち、契約目的実現のために奉仕する義務を主要的給付義務とみるべきであり、その主要的給付義務を要素とする契約類型の性質を、当該契約に認めるべきであると考えられる。

では、フランチャイズ契約におけるそれぞれの当事者の契約目的は何であろうか。上述した Gester、Hopner の見解および④判決によれば、フランチャイザーの契約目的は、商品・サービスの販売を行う利益、さらにこの利益のためにフランチャイジーにチェーン店舗の運営を勧誘する利益、包括的網羅的に販売する利益、コンセプトの市場化・事業拡大にある。これに対し、フランチャイジーの契約目的は、営業コンセプトおよびチェーン成果への参加、および、そこから生じる店舗による利潤の実現化にある。

## (3) 各説の検討

各説を、契約目的を適切に考慮して法的性質決定をなしているか、という観点から検討していく。

## (ア) フランチャイジーの給付

まず、フランチャイジーの主要的給付義務として販売促進義務を認め、この要素に、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約の事務処理契約の性質を認めるべきであろうか。これについては、一方では、フランチャイズ契約の一般についてこの性質を認める立場とこれを否定する立場 (Cebulla, Möller) とが対立しており、他方では、その中間的立場として、フランチャイズ契約の多くはこの性質を有するとしつつ、フランチャイズ契約として分類される契約には、この性質を有しないものも存することを認める説 (Giesler, Martinek) がある。

フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約の事務処理契約の性質 (フランチャイジーに販売促進義務があること) は、フランチャイズ契約一般について否定されるべきであろうか。先に述べたように、フランチャイザーにとつての契約目的を、「商品・サービスの販売を行う利益、フランチャイジーにチェーン店舗の運営を勧誘する利益、包括的網羅の販売、コンセプトの市場化・事業拡大」にみるならば、フランチャイジーの販売促進義務はこの契約目的実現のために不可欠であるので、この義務の要素をフランチャイズ契約の一般について否定するのは、適切でないと考えられる。

では、逆に、フランチャイズ契約であれば、常に、フランチャイジーの販売促進義務 (フランチャイジーを事務処理

者とする雇用契約的事務処理契約の性質）が認められるべきであろうか。これは、契約の実態に依存する。すなわち、この問題は、すべてのフランチャイズ契約において、フランチャイザーの契約利益（商品・サービスの販売を行う利益、さらにこの利益のためにフランチャイジーにチェーン店舗の運営を勧誘する利益、包括的網羅的販売、コンセプトの市場化・事業拡大）を実現するための義務（販売促進義務）が契約における重要部分を占めているか、それとも、そうでない契約で、フランチャイズ契約と名づけられている契約が一定の割合で存在すると認められるか、によつて決まる。この問題に最終的に回答するには、広範で徹底的な実態調査が必要であるが、筆者が把握する限り、多いとはいえないものの、たしかに、フランチャイズ契約と名づけられている契約であっても、かならずしもフランチャイジーの販売促進義務を契約の重要部分とはせず、重点は、むしろ、標章・ノウハウ・システムの使用許諾に置かれているものも散見されるように思われる。<sup>(10)</sup>この現状認識を前提とすれば、Giesler ないし Martinek の理解のように、典型的なフランチャイズ契約については、フランチャイジーの販売促進義務（フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質）が認められるが、それを欠くフランチャイズ契約もときに存すると理解する方が、より適切に実態を受け止められると考えられる。

(イ) フランチャイザーの給付

つぎに、フランチャイザーの主要的給付義務をどのように捉え、その要素にどのような法的性質決定をするべきか、を検討しなければならない。

先に述べたように、フランチャイジーの契約目的は「営業コンセプトおよびチェーン成果への参加、および、そこ

から生じる店舗による利潤の実現化」にある。この契約目的のためのフランチャイザーの給付について、各説はそれぞれの法的性質を論じているが、契約目的を適切に考慮している点では、各説に優劣はないと考えられる。というのは、フランチャイザーは「営業コンセプトおよびチェーン成果への参加、および、そこから生じる店舗による利潤の実現化」のための給付を行うが、その給付は、使用許諾として性質づけることも、単純な独立的雇用契約上の給付として位置づけることも、またその両方の性質を認めることも可能であるからである。この点を認めた上で、さらにもどの見解が適切かを検討するには、それぞれの法的性質決定から導かれる具体的帰結を明らかにする必要がある。

## 五 日本法に基づく法的性質決定の方向性

以上の考察を踏まえると、日本法に基づく法的性質決定についてどのような方向性が得られるだろうか。

まず、日本のフランチャイズ契約についても、フランチャイザーにとつての契約目的が、「商品・サービスの販売を行う利益、フランチャイジーにチェーン店舗の運営を勧誘する利益、包括的網羅的販売、コンセプトの市場化・事業拡大」にあると考えられるならば、そのための販売促進義務に、フランチャイジーを受任者とする準委任契約という本質的特徴を認めるべきである。その上で、その法的性質決定から、どのような具体的帰結がもたらされるか、とりわけ、どの条文の適用が基礎づけられるかを考えていかなければならない。また、フランチャイズ契約に分類されるものの中に、例外的に、販売促進義務を主要な要素として持たないものが一定程度存する可能性も視野に置かなければならない。

つぎに、フランチャイザーの給付（経営体開設・編入義務および経営支援義務）にどのような契約類型要素を認めうるか考えなければならぬ。この点に関するドイツの三つの説は、日本法を前提にすると、準委任契約を認める説、知的財貨使用許諾契約の性質を認める説、両者を認める説となる。そして、先の考察によれば、契約目的を受け止めるという点では、各説に優劣はない。そうすると、日本法に基づき法定性質決定も、それぞれの説が導く具体的帰結を検討し、その具体的帰結がフランチャイズ契約をめぐる紛争の処理に対して、適切な解決基準を提供しうるか否かという観点から行われなければならないであろう。

（二〇一四年八月脱稿）

- (1) 潮見佳男『契約各論Ⅰ』（二〇〇二年）一〇頁。
- (2) 大村敦志『典型契約と性質決定』（一九九七年）三五頁以下、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」『債権法改正の課題と方向』別冊NBL五一号（一九九八年）所収五頁以下。この議論について見通しのよい整理を与えるものとして、潮見佳男・前掲書五頁以下、石川博康「典型契約と契約内容の確定」『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ1 民法の争点』（二〇〇七年）所収二二六頁以下、沖野眞己・最判平成二〇・七・四判例時報二〇二八号三二頁評釈判例タイムズ二二九八号（二〇〇九年）四八頁以下。
- (3) 我妻栄「債権各論 上巻」（一九五四年）四七頁以下、同「債権各論 中巻二」（一九五七年）二二〇頁。
- (4) 山本敬三・前掲論文一〇頁は、「典型契約類型に入りきらないような契約類型」の代表例として、石川博康・前掲論文二三七頁は、「非典型の契約類型であってもそれが法的なカテゴリーやスキーマとして法適用者や契約当事者において実際に構成されている」例として、フランチャイズ契約を挙げる。
- (5) 詳しくは、川越憲治『フランチャイズシステムの法理論』（二〇〇一年）三頁以下、金井高志『フランチャイズ契約裁判例の理論分析』（二〇〇五年）二二頁以下、小塚莊一郎『フランチャイズ契約論』（二〇〇六年）三六頁以下参照。

フランチャイズ契約の法的性質（総論的考察）（高田）

二五七

- (6) これは日本フランチャイズチェーン協会が採用する定義である（日本フランチャイズチェーン協会編『新版 フランチャイズ・ハンドブック』（二〇一二年）二二頁）。
- (7) 小塚莊一郎・前掲書四四頁以下、同五四頁、西口元ほか編『フランチャイズ契約の法律相談』（第三版、二〇一三年）（以下、西口元ほか編『法律相談』として引用。）一三頁。
- (8) 川越憲治・前掲書八三頁以下、小塚莊一郎・前掲書三七頁。
- (9) 金井高志・前掲書一四頁以下、西口元ほか編『判例ハンドブック フランチャイズ契約』（二〇一二年）（以下、西口元ほか編『判例ハンドブック』として引用。）四頁以下、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『フランチャイズ事件処理の手引』（二〇一二年）六頁、西口元ほか編『法律相談』一四頁。ここで取り上げたもの以外の見解については、拙稿「特約店契約およびフランチャイズ契約の特徴とその解消について（一）」（以下、「特徴と解消」として引用）法学新報一〇五巻八九号（一九九九年）二二六頁以下を参照。
- (10) なお、金井高志弁護士は、この三つの性質に加え、フランチャイザーは、フランチャイジーに対し、ノウハウについて継続的に改良・開発し、これを継続的に提供し、またそのノウハウの伝達のためにフランチャイジーないしその従業員に対して訓練等を行うなどの指導・援助義務をすることが義務付けられるという点について、フランチャイジーを委任者とする標準的要素があることも指摘される（前掲書一五頁）。
- (11) 川越憲治・前掲書九二頁以下。同旨、小塚莊一郎・前掲書五一頁以下。ただし、小塚教授は、独自の種類の契約と位置づける場合、そのままでは解釈論や制度設計の指針が得られず、法律論が恣意に流れ、実務の追認に終わるおそれがあるとされ、それに代わる指針を、契約条項に即して見出すことが不可欠とされる。そして、実際、小塚教授は、多くのフランチャイズ契約が共通して備える「標準的な」条項を見つけうることを前提に、その標準的なフランチャイズ契約における特徴的な契約条項を分析し、その機能を明らかにされる（小塚莊一郎・前掲書五三頁以下）。さらにまた、吉井啓子教授は、典型契約の要素が組み合わさった混合契約であると単純に説明しえない独自性がフランチャイズ契約にあるか否かという観点から分析を行いこれを肯定し、同契約には「典型契約には帰することのできない「非典型契約」としての独自性を認めることができるのではないだろうか」とされる（NBL九三九号（二〇一〇年）六二頁以下）。
- (12) さらに別の角度からアプローチする説として、藤原正則教授の見解がある（藤原正則「フランチャイズ契約と多角的法律

関係」法律時報八二卷二号(二〇一〇年)一一一頁以下、同「ネット契約としてのフランチャイズ契約?」(一・定)北大法學論集六一卷二号(二〇一〇年)五一頁以下)。藤原教授は、ドイツのネット契約理論に示唆をえて、フランチャイズ契約の解釈において、「団体、組合の要素」を顧慮する方向性を提示される。すなわち、ネット契約理論とは、トイブナーなどドイツの一部の学説が提唱する理論で、参加者の独立性を保持しつつ、組織形成によるメリットを得ようとするシステムが契約を通じて形成されているときは、その特徴を解釈論に反映するべきとする理論であるところ、この理論の応用場面の一つとして、フランチャイズシステムにおいては、組織が非集会的なシステムにより参加者に危険と利益が分散されていると説く。この分析視角からは、フランチャイザーを事務処理者とする事務処理契約の要素をフランチャイズシステムが持っていることは、より説得的に論証可能になる、という。

(13) もっとも、周知のように、前掲最判平成二〇・七・四は、あるフランチャイズチェーンにおいて、フランチャイザーがフランチャイジーを代行して商品供給者に対して行った代金支払について、フランチャイジーがその詳細な内容の報告を請求した事案に関する当該事案における契約に、フランチャイジーを受任者とする準委任契約の性質を認め、これを根拠にフランチャイジーは代金支払に関する報告義務を負うと解したが、この判決は活発な議論を呼んだ。この判決をめぐる文献は膨大な数にわたるが、ここでは、後藤巻則・最判平成二〇・七・四評釈ジュリスト一三七六号(二〇〇九年)八五頁、沖野眞己・前掲評釈四一頁、山本豊・最判平成二〇・七・四評釈私法判例リマークス四〇号(二〇一〇年)四二頁を挙げておく。

(14) その詳細については、拙稿「特徴と解消(二)」法学新報一〇五巻一〇一一号(一九九九年)九八頁以下参照。

(15) これらのほか、フランチャイズ店舗物件に関する賃貸借契約の要素、取扱商品に関する売買契約の要素が含まれることも指摘されている。

(16) ここでの記述に関連する範囲で、BGBの条文訳を掲げる(右近健男編『注釈ドイツ契約法』(一九九五年)三七二頁以下(青野博之執筆)、四八二頁以下(今西康人執筆)を参考にした)。なお、BGHは、通常の解約および特別の解約に関しては、フランチャイズ契約に対して、HGBの条文を類推適用している(拙稿「特徴と解消(二)」法学新報一〇五巻一〇一一一号九八頁以下参照)ので、BGBの雇用契約に関する通常・特別の解約の規定の訳出は行わない。

六一一条 雇用契約における契約典型的な義務

フランチャイズ契約の法的性質(総論的考察)(高田)

(一) 雇用契約により、労務を約した者は、約束した労務を給付する義務を負い、相手方は、合意した報酬を与える義務を負う。

(二) いかなる種類の労務も、雇用契約の目的とすることができる。

#### 六一二条 報酬

(一) 報酬は、労務給付が、事情によれば報酬と引換えに行われることが期待されるときは、黙示で合意されたものとする。

(二) 報酬の額が定められていない場合において、報酬規定があるときは、報酬規定による報酬が、報酬規定がないときは、通常の報酬が合意されたものとみなす。

#### 六一三条 非譲渡性

労務給付義務者は、疑わしいときは、自ら給付をしなければならぬ。労務を求める請求権は、疑わしいときは、譲渡することができない。

#### 六一四条 報酬の支払時期

報酬は、労務給付の後に支払うべきものとする。報酬が期間で定められているときは、報酬は、各期間の経過後に支払うべきものとする。

#### 六一八条 保護措置義務

(一) 労務給付請求権者は、労務給付義務者が、労務給付の性質が許す限りで生命および健康にとつての危険から保護される態様で、自身が労務の実行のために手配するべき場所、設備又は器具を設置し、及び維持し、かつ、自身の命令又は指揮の下に行われる労務給付を規律しなければならぬ。

(二項以下省略)

#### 第二二節委任、事務処理契約及び支払の給付

##### 第一款 委任

#### 六六二条 委任における契約典型的な義務

委任の承諾によって、受任者は、委任者から委託された事務を、委任者のために、無償で処理する義務を負う。

#### 六六五条 指図と異なることをする場合

受任者は、事情によれば、委任者は、事実を知っていれば指図と異なることを是認したであろうと考えることが許されるときは、委任者の指図と異なることをすることができ、受任者は、猶予による危険がないときは、指図と異なることをする前に、委任者に通知をし、その決定を待たなければならぬ。

六六六条 報告義務及び結果報告義務

受任者は、委任者に対して、必要な通知を行い、求めに応じて事務の状況を報告し、かつ、委任の実行後に、結果の報告をする義務を負う。

六六七条 引渡義務

受任者は、委任者に対して、委任の実行のために取得するすべてのもの及び、事務処理から得るすべてのものを引き渡す義務を負う。

六七〇条 費用償還

受任者が、委任の実行のために費用支出をした場合において、受任者が、事情によればその費用支出が必要であると考えることが許されるときは、委任者は、償還をする義務を負う。

第二款 事務処理契約

六七五条 有償の事務処理

(一) 事務処理を目的とする雇用契約又は請負契約には、本款において異なる定めがない限り、六六三条、六六五条ないし六七〇条及び六七二条ないし六七四条を準用し、義務者に、解約予告期間を遵守することなく解約告知をする権利があるときは、六七一条二項も準用する。

(二項省略)

- (17) 我妻栄『債権各論 中巻二』(一九六二年)五三二頁・五四〇頁、石田穰『民法V(契約法)』(一九八二年)二九四頁、幾代通・広中俊雄編『新版 注釈民法(一六) 債権(七)』(一九八九年)二頁以下(幾代通執筆)、二〇六頁(明石三郎執筆)、広中俊雄『債権各論講義』(第六版、一九九四年)二四三頁。

- (18) Vgl. Emmerich, BGB - Schuldrecht Besonderer Teil (12. Aufl., 2009), 125f.; Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht (35. Aufl., 2011), 239; Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch (14. Aufl., 2011), Vor § 611 Rn. 11, Rn. 1.

18ff. また、右近健男編・前掲書三七二頁（青野博之執筆）参照。

- (19) なお、有償の労務給付契約のうち、労務給付義務者が一定の結果の発生にまで責任を負うときは、日本法と同様、請負契約であるとされる。もっともBGBは、請負契約にあたる契約でも六七五条一項でいう事務処理の概念を満たすものもあることを前提に、そのような請負契約には、事務処理契約規定を準用する旨、同条において規定している。本稿では、このような請負契約を、請負契約的事務処理契約と呼ぶことにする。

- (20) Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil (6. Aufl. 2003), 145; Eckert, Schuldrecht Besonderer Teil (2. Aufl. 2005), 234ff.; Emmerich, aO., 128; Brox/Walker, aO., 239; Schreiber, in: Schulte (Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (6. Aufl. 2009), § 611 Rn. 3f.; Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), aO., Vor § 611 Rn. 2f.

- (21) 労働契約は、従属的雇用契約 [abhängiger Dienstvertrag] とも呼ばれる。労働契約は、人格的従属性の程度、すなわち、労働組織への編入の有無によつて独立的雇用契約と区別され、区別のための識別基準としては、労務給付請求権者への指示拘束性、労働場所・時間の他人決定性、労働給付の人格的拘束性、他の労働の禁止がある (Vgl. Eckert, aO., 234ff.; Emmerich, aO., 128; Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), aO., Vor § 611 Rn. 3. また、小塚莊一郎『フランチャイズ契約論』一三九頁以下参照)。

- (22) 独立的雇用契約は、自由雇用契約 [freier Dienstvertrag] とも呼ばれる。

- (23) BGHZ 45, 223 (1966, 4, 25); BGH NJW-RR 2004, 989 (2004, 4, 29). 詳しくは、拙稿「フランチャイズチェーンにおける購入利益をめぐる法的処理」法学新報二〇〇〇年一一二号（二〇〇一年）四三頁以下参照。

- (24) 独立的雇用契約のうち、雇用契約的事務処理契約でない契約については、一般的な呼称はないようである。Giesler がこのタイプの契約を「純粋な雇用契約 [reiner Dienstvertrag]」と表現しているのを参考にしつて (Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), Franchiserecht (2. Aufl. 2007), 399). 本稿では、単純な独立的雇用契約という呼称を用いる。

- (25) 雇用契約に関する規定のうち、独立的雇用契約にだけ適用があるものは、一般的に、社会的・経済的弱者である労務給付義務者に特別な法的保護をあたえる趣旨に基づくものであるとほされていなら (Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil (15. Aufl. 2010), 212f. 同書は、雇用契約における力関係は非常に多様であり、すべての雇用契約にあてはまる典型的な保護必要性は認めることができないとし、「したがって、すべての種類の雇用契約を対象としようとする規範

は、社会的理由に基づく保護の点で、中立でなければならぬ」と述べた。もともと、例外的に、独立的雇用契約をも適用対象としているにもかかわらず、社会的保護思想に基づくものと明確に認められている規定もある。その唯一の規定は、六一六条であり (Vgl. Schreiber, in: Schutze (Schriftleitung), aO., § 616 Rn. 1; Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), aO., § 616 Rn. 1)。また、右近健男編・前掲書三八七頁以下 (青野博之執筆) 参照。この条文は労務給付に対する一時的障害が存したときも報酬請求権が存続することを定める。ちなみに、安全配慮義務を定める六一八条は、労務給付請求権者が負う一般的な配慮義務 (Fürsorgepflicht) を具体化したものであるとされ (Schreiber, in: Schutze (Schriftleitung), aO., § 617-§ 619 Rn. 1; Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), aO., § 618-§ 619 Rn. 1)。この一般的な配慮義務は、信義則 (二四二条) に由来するとされている (Mansel, in: Jauernig (Hrsg.), aO., § 611 Rn. 38。右近健男編・前掲書三七五頁 (青野博之執筆))。

- (26) ただ、当然のことながら、ある具体的なフランチャイズと称する契約に関して、フランチャイジーに従属性があるのではないか、したがって、当該契約が労働法の適用のある労働契約に該当するのではないかが、個別のケースで問題となることはある (小塚莊一郎・前掲書一三九頁以下参照)。しかし、これは、フランチャイズ契約について一般的に雇用契約的事務処理契約の性質が認められることとは別個の問題である。

- (27) もともと、実際には、フランチャイジーには、一定の法理に基づいて法的保護が与えられている。しかしながらこれは、HGBの類推適用や、フランチャイザーの誠実義務という法律構成によるものであって、労働者保護法理の準用によるものではない。HGBの類推適用およびフランチャイザーの誠実義務の基礎づけについては、別稿にても若干紹介する。この点の詳細については、拙稿「特徴と解消 (二)」法学新報一〇五卷一〇一―一〇一八五頁以下、九八頁以下参照。

- (28) 後述の議論との関係で敷衍すれば、ドイツではフランチャイザーの経営支援義務の要素に単独的雇用契約の性質を認める見解が多いところ、この見解に立てば、フランチャイザーは、経営支援の給付の際、フランチャイジーに対して利益擁護義務を負わないこととなる。もともと、この点についての詳しい検討は、別稿に譲らざるをえない。

- (29) Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aO., 463。また、Gitter は、フランチャイジーは、代理商同様の活動義務を負う。フランチャイジーの義務は、「販売方針を積極的に構築する」態様で規定されている」と述べる (Gitter, Handbuch des Schuldrechts Gebrauchshilfungsverträge (1988), 489)。Martinek は、販売促進義務は個々の契約・ハンドブックで個別具体的に規定されているとしつつ、その枠内でも、とくにフランチャイザーが求めるのは、「フランチャイジー店舗を、

- チェーンシンボルの強調および給付作業の特別な態様を通じて、チェーン商品の販売のために方向付けること」であるとす  
 る (Martinek, *Moderne Vertragstypen* Bd II (1992), 68)。なお、Canaris は、販売促進義務に相当する義務を、「コンセプト  
 適用義務 [Pflicht zur Konzeptanwendung]」を表現しようとする (Canaris, *Handelsrecht* (24. Aufl., 2006), 300)。
- (30) Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aO., 464.
- (31) Gitter, aO., 489f.; Höpfer, Kündigungsschutz und Ausgleichsansprüche des Franchisenehmers bei der Beendigung von Franchiseverträgen (1997), 64.
- (32) Canaris, aO., 300.
- (33) Höpfer, aO., 64.
- (34) さらに、「販売促進義務は、フランチャイジーの給付義務であって、他の中間流通業者の義務プログラムと類比可能なものである。」「販売促進義務が、フランチャイジーを中間流通業者にし、フランチャイジーを、単に契約の権利を自己の利益のために利用する純粹なライセンシーから、本質的に区別するのである。」と述べる。Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aO., 463f.
- (35) 「フランチャイジーは、フランチャイザーの販売組織に編入されているので、フランチャイジーには、契約財貨の販売を促進する義務を負う。」「フランチャイズシステムにも通常存在しているマーケティングコンセプトは、自己決定的な動機付け、販売の動態性に依拠しているのであり、消極的な行為しかししないことは、これに反するであろう」という。Gitter, aO., 489.
- (36) フランチャイジングは、「完全に、利益擁護および事務処理思想によって特徴づけられた、メーカーないしチェーン統括者の「延長された手」としての流通機関という像を伴う、中間流通法の思考カテゴリーに位置づけられる」という。Martinek, aO., 66.
- (37) Canaris は、販売促進義務は「BGB 六七五条一項、六一一条の意味での事務処理契約・雇用契約の性質をもつ。なぜなら、この義務は、フランチャイザーの利益のために(も)規定されているからであり、かつ、活動の単なる実行を目的としているからである」とし (Canaris, aO., 300)。<sup>9</sup> Martinek は、販売促進は、「BGB 六七六条、六一一条による、雇用契約上の他人の事務処理にあたる」「なぜなら、販売促進は、フランチャイジーの固有の利益追求のためだけに行われるのではなく、フランチャイザーの利益擁護のためにも、しかももっぱらそのために行われるからである」という (Martinek, aO., 69f)。

Gieslerも、「販売促進義務は、利益擁護義務であって、フランチャイズ契約の事務处理的雇用契約の要素にあたる。B G B 六七五条、六一一条以下が適用可能である。」と述べる (Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aaO, 464)。法的性質をめぐる各論者の議論は後で詳述する。

- (38) Martinek は、「代理商契約は、利益擁護的中間流通を目的とする事務処理契約という特別の類型であって、その規定および規律類型とともに、多くの点で、広範に、従属型フランチャイズングのための指導形象として妥当しなければならぬ。」と云う (Martinek, aaO, 105)。もともと、一般に、フランチャイズ契約に、フランチャイジーを事務処理者とする事務处理的雇用契約の要素が認められても、それだけで代理商法の規定の類推適用が認められるのではなく、類推適用が問題となる個々の代理商法の規定について、個別的に、それぞれの立法趣旨に基準を置いて、類推適用の可否が検討されるべきである、と云われている (Vgl. Kroll, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aaO, 500)。この点は別稿で論じる。

(39) Canaris, aaO, 293, 300.

(40) そのような用法がみられる文献として、Ullmann, CR 1991, 193, 196, 199f; Cebulla, Die Pacht nichtsächlicher Gegenstände (1999), 192; Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aaO, 463f.

(41) Martinek はこのように述べる。フランチャイズ契約に雇用契約的事務処理契約の性質を認める説によれば、「商品流通法の法に属する」 (Martinek, aaO, 50)。Emmerich は、このように述べる。「フランチャイズングという集合名称のもとでは、今日、多様な形態の流通システムが含まれている。……フランチャイズングの実態は、商品・サービスの製造・販売に関連し、かつ、フランチャイジーの経営の全体に関係し、または、フランチャイジーが製造し販売する製品もしくはサービスの一部にだけ関連するところがある。」 (Emmerich, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (Neubearbeitung, 2005), Vorbem. zu § 581 Rn. 138)

(42) 「中間流通契約」「中間流通システム」と同義に用いられるものとして、「利益擁護的中間流通契約 [Interessenwahrerender Absatzmittlungsvertrag]」な、し「利益擁護的中間流通関係」という語もある。この「利益擁護的」という表現は、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質があることを意味している。上述のとおり、ドイツ法では、B G

B六七五条一項の雇用契約的事務処理契約を識別するのは、事務受託者が事務委託者の利益を擁護する要素があることとされている。そこで、事務処理契約の性質があることが「利益擁護的」と表現されているのである。

- (43) Martinek, aAO, 67f.; Höpfer, aAO, 61f.
- (44) 日本の議論においても同様の分類は行われている。すなわち、金井高志弁護士が、「契約締結後の店舗開店にあたっての指導・援助」と呼ばれるものが経営体開設・編入義務としての給付、「契約締結後の運営時における指導・援助」と呼ばれるものが経営支援義務としての給付にあたる（金井高志・前掲書五三四頁以下）。
- (45) Martinek, aAO, 67f.; Canaris, aAO, 300（なお、Canarisはこの義務を単に支援義務 [Förderungspflicht] と呼んでいる。); Höpfer, aAO, 62.
- (46) Canaris, aAO, 301.
- (47) 「フランチャイザーの義務には、核心において、雇用契約の法的性質がある。」なぜなら、「フランチャイザーが指導措置、助言措置、宣伝措置、研修提供措置を行い、研修教育給付を行うことには、BGB六一一条の意味での雇用契約の性質が内在しているからである。」Martinek, aAO, 69. もともと Martinek は、フランチャイズ契約において、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的要素が、ほかの要素（とくにフランチャイジーを労務給付義務者とする雇用契約の要素）に優越していることを強調する。これは、Canaris と明確に異なる点である。詳しくは後述する。
- (48) 「要約的に述べれば、フランチャイザーの主要義務は、一方で支援措置の提供にあり、他方で、無体的財産権の利用付与にある。フランチャイザーが独立に指示に拘束されずに提供する助言援助のための継続的措置は、六一一条一項・二項の意味での義務であり、したがって、フランチャイズ契約は、一方で、強く、雇用契約的要素によって支配される。」Höpfer, aAO, 63.
- (49) Martinek, aAO, 69.
- (50) Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aAO, 421f.
- (51) Canaris, aAO, 310. なお、Canaris は、「フランチャイズ契約のこの要素に、利益貸借契約の法的性質を認める。これについては、後述する。」
- (52) Cebulla, aAO, 195.
- (53) 「フランチャイズの特別性は、商品・サービスの販売・提供にあるのではない。」フランチャイズの特別性は、「商品・

サービスの流通の基礎にあるコンセプトである。「両当事者間においては、コンセプトとは、フランチャイジーを独立性に向けて踏み出すことができるようにする、フランチャイザーの給付である。経営上のノウハウ、店舗開設の際の支援、契約存続中の支援は、フランチャイジーが、加盟金・継続的フランチャイズ対価すなわちロイヤルティを支払い、統一の強制に服することの理由である。フランチャイズ契約は、したがって、用益賃貸借契約として位置づけられるべきであり、システムの用益賃貸借と呼ばれるべきであろう。」Möller: AcP 203 (2003), 319, 333.

(54) Forkel ZHR 153 (1989), 511, 537ff.

(55) BGBでは、有償で特定の契約目的物を使用する権利を発生させる契約のうち、目的物が有体物であり、かつ、借主に使用の権利を与えるものだけが使用賃貸借契約 [Mietvertrag] であり、目的物に関して借主が使用だけでなく収益の権利をも取得するもの、または、有体物以外の物を目的物とするものは用益賃貸借契約 [Pachtvertrag] であるとされ (右近健男編・前掲書一五五頁 (松岡宏興執筆)、二九〇頁 (村田博史執筆)。Medicus/Lorenz, aaO., 152, 190f.)、両者は区別して規定されている。用益賃貸借契約における契約対象は、単に「目的物 [Gegenstand]」と規定されており、これには、有体物だけでなく権利、店舗・事業経営やその一部など、果実・収益を生み出すあらゆる客体が含まれると解されている (右近健男編・前掲書二九六頁 (村田博史執筆)。Medicus/Lorenz, aaO., 191.)。それぞれの定義を示す条文を訳出しておく。

#### 五三五条 使用賃貸借契約の内容および主要義務

(一) 使用賃貸借契約により、使用賃貸人は、使用賃借人に、賃貸借の期間中、賃借物 [Mietsache] の利用を供与する義務を負う。使用賃借人は、賃借物を契約で定めた使用に適した状態で使用賃借人に委ね、かつ、賃貸借の期間中に、賃借物をこの状態に保持しなければならない。使用賃貸人は、賃借物に基づく負担を負わなければならない。

(二) 使用賃借人は、使用賃借人に、合意された賃料を支払う義務を負う。

#### 五八一一条 用益賃貸借の契約類型上の義務

(一) 用益賃借人は、用益賃貸借契約により、賃貸借の期間中、用益賃借人に賃借目的物 [verpachteten Gegenstand] の使用を供与し、かつ、正常な経営の法則に従って収益と認めることができる限り、果実の収取を供与する義務を負う。用益賃借人は、用益賃借人に、合意された賃料を支払う義務を負う。

(二) 農地用益賃貸借を除く用益賃貸借については、第五二八条ないし第五八四条bにより異なる結果が生じない限り、

フランチャイズ契約の法的性質 (総論的考察) (高田)

使用貸借に関する規定を準用する。

- (56) Cebulla, aaO, 199; Möller, aaO, 333.
- (57) Höpfer, aaO, 67f.; Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aaO, 382f.; Peukert, AcP 205 (2005), 430, 474. Vgl. Emmerich, in: aaO, Vorbem. zu § 581 Rn. 142f.; Möller, aaO, 325 (それぞれ、混合契約と理解する学説が多いことを指摘する)。
- (58) 本文で挙げたもののほか、von Hoyningen-Hueneの見解も非限定的混合契約説に近い。同説は、次のように述べる (von Hoyningen-Huene, in: Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (3. Aufl., 2010), Vorbem. zu § 84 Rn. 18)。「フランチャイズ契約は、法律上規定がされていない契約であり、法定のどの契約類型にも位置づけることができない。フランチャイズ契約は、類型の混合契約であって、労務給付の要素(六七五条の意味での事務処理契約)を優越的な要素として伴う継続的債権関係をもたらすものである。」
- (59) Gitter, aaO, 493ff.
- (60) Gitter, aaO, 496f.
- (61) Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aaO, 382f.
- (62) Giesler, in: Giesler/Nauschütt (Hrsg.), aaO, 389ff., 398ff.
- (63) したがって、Giesler説は、「標準的位置づけ」の枠内のフランチャイズ契約については、限定的混合契約説に分類しうる。
- (64) この性質づけは、フランチャイザーに、事務処理契約規定を根拠とする義務を課し、利益擁護義務を課す可能性をもたらす。実際に、Gieslerは、BGB六七五条一項・六七七条を根拠にして、フランチャイザーに、購入利益の引渡を義務づけることを試み、また、フランチャイザーがフランチャイジーから徴収する宣伝プールの管理について、フランチャイジーは利益擁護義務を負うと主張している。Gieslerのこの見解の一部は、拙稿・前掲「フランチャイズチェーンにおける購入利益をめぐる法的処理」法学新報二二〇巻一一―一二号九頁以下で紹介したが、再度別稿でも取り上げる。
- (65) Martinek説における形態別分類の訳語は、小塚莊一郎・前掲書四九頁以下に従った。Martinek説の詳細については、拙稿「特徴と解消(二)」法学新報一〇五巻一〇―一一号七三頁以下参照。
- (66) これは、具体的には、代理商・特約店のことである。
- (67) Martinek, aaO, 57ff.

- (68) Martinek, aAO, 62f.
- (69) Martinek, aAO, 66.
- (70) Martinek, aAO, 78ff.
- (71) この形態が、ドイツのフランチャイズिंगの一〇パーセントから二〇パーセントを占めているという。
- (72) 共同型フランチャイズिंगおよび合同型フランチャイズिंगは、ドイツのフランチャイズिंगの一〇パーセント程度を占めるという。
- (73) すなわち、フランチャイザーと個別のフランチャイジーの二当事者を構成員とする組合契約関係が、フランチャイジーの数だけ、平行的に成立することになる。
- (74) ここにおける出資は、フランチャイジーに関しては販売促進の給付であり、フランチャイザーに関しては経営体開設・編入および経営支援の給付である（ロイヤルティは、フランチャイザーが享受する利益分配にあたる）という。
- (75) すなわち、一つのチェーンにおいて、全関係者を構成員とする一つの組合契約関係が成立することになる。
- (76) 合同型フランチャイズिंगにおいては、チェーンとしてのイメージの統一性、共同のマーケティング、競争行為の統一性、システムの安定性は、関係者を構成員とする協議機関における決定という全体的意思に基づくという。
- (77) 以下、本稿において、Martinekの主張に関する限り、とくに断らない場合は、「フランチャイズ契約」とは、「従属型フランチャイズिंगにおけるフランチャイズ契約」を指す。
- (78) Martinek, aAO, 67ff, 102f.
- (79) Hophner, aAO, 44ff, 60f. Martinek 説との違いは、Hophner 説では Martinek 説のような形態別分類論は採用されていないこと、および、Martinek 説と異なり、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的要素に優越的重要性を認めていない、という点に見出すことができる。
- (80) なお、Karsten Schmidt の見解もこの立場に近く、つぎのように述べている (Karsten Schmidt, Handelsrecht (5. Aufl., 1999), 76f)。

フランチャイズ契約は、「支配的な要素として（BGB 六七五条の意味での事務処理にあたる）労務給付要素を伴う混合契約であって、継続的債権関係を基礎づけ、同時に、フランチャイザーが構築したマーケティングシステムへ、フランチャ

イジーがライセンス類似的に参加することを基礎づける契約」である。フランチャイザーの給付に関しては、契約の内容構成によって、雇用契約、請負契約、利益貸借契約、ライセンス契約、売買契約の要素が用いられるが、これらの要素は、どれも、決定的な契約対象として絶対化されえない。

- (81) Emmerich, in: aO., Vorbem. zu § 581 Rn. 147ff.
- (82) ただし、Ullmann の見解は、使用許諾される対象を、広く、「フランチャイザーの事業体において実体化した知識」と捉える点で、Emmerich の見解と異なる。使用許諾のこの捉え方は、後述の Forkel の見解に影響を受けたものであり、Ullmann の見解は、Forkel の見解とともにライセンス契約説として分類することもできる。
- (83) Ullmann, CR 1991, 193, 194ff.
- (84) Canaris, aO., 300ff.
- (85) これらの見解は、後述する。
- (86) Forkel, aO., 516ff.
- (87) 詳しくは、つぎのように述べられている (Forkel, aO., 533ff.)。
 

指示・監督の権利は、フランチャイジングにおいて、より強く現れるというだけのことである。しばしば、ほかのライセンス契約において、経済・技術上の監督権は認められている。また、ライセンスシが知的財貨を利用できるようになるべきであるとしたら、これを可能にするためのすべてのこと（すなわち、積極的な支援）が行われるべきであり、これは、契約の全期間にわたって行われるべきである。これは、ライセンス契約において使用許諾の対象となる知的財貨に内在する特質を考慮した結果にすぎない。企業の知的側面という知的財貨の対象は、動態性と不可分であり、企業の活動がなければ、企業に含まれる知的対象は即時に瓦解してしまうであろう。ここから、積極的行為義務が、両当事者に課せられる。しかし、これは、ほかのライセンス契約と比べて、段階的な偏差があるというだけのことである。
- (88) 詳しくは、つぎのように述べられている (Forkel, aO., 537f.)。
 

フランチャイズ契約に事務処理契約の要素を持つという Martinek の見解は、それ自体は支持されるべきであり、実際に、フランチャイジングは、利益擁護関係である。すべてのフランチャイジーは、独立の事業者であるにも関わらず、フランチャイザーの事業者的コンセプトに従う義務を負い、同時に、フランチャイザーの利益に配慮する義務を負い、その利益を同時

に尊重しなければならない。しかし、この状況も、ライセンス契約においてよくみられるものであり、ライセンス契約と相容れないものではない。

- (89) 先に述べたとおり、利益貸借契約では、利益貸借人が提供する契約対象が有体物に限定されないため、ノウハウないシステムという無体的な知的財産の使用許諾の要素を重視する見解にとつては、契約対象を狭く限定しない利益貸借契約の契約類型が、フランチャイズ契約を把握するものとして最もふさわしいと考えられるのである。

(90) Cebulla, aO., 192ff.

(91) Möller, aO., 323ff.

- (92) 本文で挙げたもののほか、Dickersbachの見解 (Dickersbach, in: Westermann/Grünwald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I (13. Aufl., 2011), Vor § 581 Rn. 19f.) も独自の種類の契約説に近い。同説によれば、フランチャイズ契約においては、利益貸借・雇用契約・ライセンス契約・ノウハウ契約、場合によって請負契約・組合の要素が組合わされており、かつ、個別の要素のどれが重要かは個別のフランチャイズ契約の内容に依存するのであり、フランチャイズ契約は、法律に規定されたどの契約類型にも位置づけられないという。また、先に「非限定的混合契約説」に位置つけたGüterの説も、「個別の契約内容を取り出すことは、フランチャイズという発想の全体的意図を破壊し、契約目的を容れかねない程度にまでいたっている。」としているので、実質的には独自の種類の契約説に近い。

(93) Skaupy, BB 1969, 114f.

- (94) Behr, Der Franchisevertrag Eine Untersuchung zum Recht USA mit vergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht (1976), 47ff. 141f. Behrによれば、売買契約説は、多くの援助・研修義務・監督権・指示権を伴う継続的關係、販売組織への編入によって生じるフランチャイジーの事実上の従属性、フランチャイザーの販売政策への従属を無視してしまう。代理關係・エイジェンシー説については、フランチャイズ契約においては通常フランチャイジーに代理権が生じないこと、エイジェンシーとは異なりフランチャイジーは、相手方の利益のために行動する立場にないことから不適切であるという。組合・パートナーシップ關係がフランチャイズ契約に存するかについては、それらが前提とする共同所有關係およびそれに伴う平等な監督権がフランチャイズ契約には存せず、むしろ、フランチャイザーが、店舗経営の実行・利用に供された権利・知的財産の利用に関して、一方的な監督権を有していることから、これを認めることができないという。ライセンス契約説

については、ライセンス契約の要素は、フランチャイズ契約全体の一部を形成するに過ぎず、しかも、個別の事案では、当該フランチャイズ契約にとって重要な意味を持たない場合もあるという問題を指摘する。さらに、事務処理契約説については、事務処理契約の性質を認めたとところで、事務処理に関する法律準則のごく一部しか参照にされえないことを指摘し、そのような説は議論を進展させるものではないとして、これを退けている。

(95) だからといって、フランチャイズ契約をめぐる法律問題が、従来の契約類型から完全に切り離されて扱われるべきであるというわけではなく、売買法の準則・代理商法の準則、ほかの契約類型の準則も適用可能であつて、ただし、既知の契約類型の準則を取り入れる際には、その準則の基礎とされている利益状況と問題となつている事態の利益状況を慎重に比較することが必要である、という (Behr, aaO, 142)。

(96) この判決は、フランチャイズ契約に基づいてロイヤルティの支払請求権を得たとするフランチャイザーの主張に対し、フランチャイザーが契約上の義務を履行していないか(履行していないとしたらフランチャイジー側にロイヤルティの支払拒絶権が生じるのではないか)、フランチャイジーの支払義務を定める契約条項が約款規制により無効ではないか、等が争われた事案に関するものである。原審判決は、フランチャイズ契約の法的性質について踏み込んだ判断を行い(原審判決によれば、「フランチャイズ契約とは、確かに、混合契約ないし結合契約であり——個別の内容構成によるが——ライセンス契約、ノウハウ契約、代理商契約の要素、事務処理契約、賃貸借契約、オプション契約、融資契約の要素、労務給付の要素を伴うものであるが、しかし、共通する目的は、第一に、販売促進にあるのであつて、その販売促進とは、フランチャイザーの中央管理的販売組織にフランチャイジーを継続的に編入することによるものである」)、その法定性質決定によれば、フランチャイジーが支払うロイヤルティは、フランチャイザーのどの義務と対価関係に立つかは確定できないものであり、そうすると、そもそも、フランチャイザーの特定の義務の不履行を証明することで対価としてのロイヤルティの不発生を主張したり、対価に関する契約条項の不当性を主張したりすることはできないと判断した。これに対して、BGHは、本判決において、原審判決を破棄し、原審判決がしたような法的性質に関する「一般的考察が支持されるべきものか否かについては、判断する必要がある」とした。それは、原審判決は、両当事者間に締結された契約の捉え方に関して、当該契約からは離れて特定の見解を採用してそれ以外の見解を無視したため、「フランチャイザーのどの給付義務が、フランチャイザーの毎月のロイヤルティ請求権と対価関係に立つのかという問題について、十分な確認が行われていない」からであるという。すなわ

ち、原審判決が、具体的な当該契約の権利義務内容を個別に検討しないまま、フランチャイズ契約について一般的な法的性質決定を行い、それを当該契約にそのままではめてしまったものであったのに対し、BGHは、個別の合意により両当事者がどのような義務・反対給付義務を負担したかを、両当事者の主張・立証に基づいて確定するべきであるとしたのである。したがって、BGHが原審判決の法定性質の判断について評価をしなかったのは、訴訟の本来の対象であるべき当該契約の権利義務を個別的に検討せずに、事案から離れた一般的な法定性質決定を行った原審判決の手法が不適切であるという理由による。事案から乖離した一般的・抽象的法的性質決定を行ったこと自体が不適切であると判断されたのであるから、当該契約について個別的に契約内容を認定した上で法的性質を論じることが無意味とされたわけではないことに注意を要する。

- (97) もっとも、BGHは、代理商法条文の類推適用やフランチャイザーの誠実義務に関する準則の適用がフランチャイズ契約に認められるかを論じ、これを肯定している。ここでは、フランチャイズ契約と代理商契約ないし特約店契約との類似性が認められており（拙稿「特徴と解消（二）」法学新報一〇五卷一〇—二号八〇頁以下参照）、そうであれば、フランチャイジーを事務処理者とする雇用契約的事務処理契約の性質があることは、明示的には示されないものの、前提とされていることになる。この点については、別稿で論じる。

- (98) Gieslerは、フランチャイズ契約の一般については、非限定的混合契約説であるが、「標準的位置づけ [Standardzuordnung]」の枠内のフランチャイズ契約については、その特徴的な法的性質を特定の論じている。同説は、「標準的位置づけ」の枠内のフランチャイズ契約については、限定的混合契約説である。

- (99) もっとも、多数説の中でも、Matthiesは、独自の形態別分類論を主張し、雇用契約的事務処理契約の性質を持たないフランチャイズ契約のタイプも認めている。

- (100) 同判決は、つぎのように述べる。フランチャイジーは、当該フランチャイズ事業を行うことで「利益を挙げるといふ経済的利益を追求」し、フランチャイザーは、フランチャイザーの「コンセプトの市場化、および、その事業の拡大という目的を追求している。」

- (101) ②判決は、そのようなフランチャイズ契約が存することを明確に認めた。

（本学教授）