

博士論文

ドイツの起業者についての一考察

平成 29 年 9 月

知念晃子

岡山大学大学院
社会文化科学研究科

ドイツの起業者の一考察

目次

序章	1
第1節 問題の所在	1
第1款 問題状況 —フランチャイズ契約当事者の予測可能性が確保されていない—	1
第2款 問題意識—フランチャイズ契約当事者間の知識・経験の差に基づいた判断基準や目安を明らかにする必要がある—	3
第2節 本稿の検討課題	4
第1款 検討対象と検討課題—ドイツにおける議論—	4
第1章 「起業者」概念の生成と意義	5
第1節 「起業者 (Existenzgründer)」の生成	5
第1款 「起業者」の生成	5
第2款 民事法上の「起業者」の概念	6
第2章 「起業者」の法的取り扱い (第I期)	10
第1節 2つのリーディングケース	10
第1款 法状況	11
第2款 Koblenz 高裁 1986年判決	12
第3款 Oldenburg 高裁 1989年判決	14
第4款 Koblenz 高裁 1986年判決と Oldenburg 高裁 1989年判決の相違	16
第5款 Koblenz 高裁 1986年判決と Oldenburg 高裁 1989年判決の検討	16
第2節 初期の「起業者」についての学説	17
第1款 学説の状況	18
第2款 各学説の考察と相違	21
第3節 第I期の考察—「起業者」に相当する者に対する認識と法的取り扱い—	23
第1款 「起業者」概念の萌芽	23
第2款 第I期における「起業者」の法的取り扱いの根拠	24
第3章 「起業者」の法的取り扱い (第II期)	25
第1節 学説に影響を与えた諸判決と法改正	25
第1款 欧州司法裁判所の見解	25
第2款 ドイツ国内における重要判決—Oldenburg 高裁 2001年11月12日決定—	28
第3款 法改正	30
第2節 学説の展開	33
第1款 学説の状況	33
第2款 各学説の考察と相違	36

第3節 第Ⅱ期の議論の考察	38
第4章 「起業者」の法的取り扱い（第Ⅲ期）	40
第1節 BGHによる重要な判決	40
第1款 BGH2005年決定	40
第2款 BGH2007年判決	42
第3款 BGH2005年決定とBGH2007年判決の意義	43
第4款 BGH2005年決定とBGH2007年判決による判断枠組み	45
第2節 学説の発展	46
第1款 学説の見解	46
第2款 各見解の相違	49
第3節 第Ⅲ期の検討	49
第1款 BGH2005年判決への批判	50
第4節 小括	50
第5章 分析・検討	52
第1節 「起業者」に対する認識	53
第1款 それぞれの時期における「起業者」に対する認識	53
第2款 「起業者」に対する認識の検討	54
第2節 「起業者」の法的取り扱い	55
第1款 両アプローチの萌芽	55
第2款 「経験」アプローチとは	56
終章	58
第1節 ドイツ法の総括	58
第1款 「起業者」の特性	58
第2款 相手方事業者との非対等性・対等性を根拠づける要素	58
第2節 日本法への示唆	58
第1款 「起業者」概念の積極的評価—「起業者」に対する認識—	58
第2款 「起業者」概念の消極的評価—BGHによる判断枠組み—	60
第3節 残された課題	60

序章

第1節 問題の所在

民法は、取引における当事者が互いに対等であることを前提としている。このような前提のもと、所有権絶対の原則と契約自由の原則によって自由で平等な取引がもたらされ、近代社会へ経済活動の活性化をもたらした。その後、諸原則は修正された。特に、契約自由の原則への修正によって、契約の構造上、対等ではない当事者関係に存在する格差の是正に寄与してきた。だが、契約が多様化・複雑化してきている現代においても、従来の考え方では対応できない契約構造的に非対等であると考えられる取引関係は存在する。この一例として、フランチャイズ契約¹当事者間の関係を挙げることができよう。

第1款 問題状況 —フランチャイズ契約当事者の予測可能性が確保されていない—

わが国において、フランチャイズ契約をめぐる紛争で最も多いのは、同契約の締結前に示された説明や情報に問題があったとして、フランチャイジーがフランチャイザーに損害賠償を請求するケースである²。フランチャイザーはフランチャイジーに対し、必要な説明あるいは情報を提供する義務を負っている。フランチャイザーが提供すべき説明・情報の内容は、法令に規定されている³。法令上開示が要求される説明や情報の内容について、異論の余地はない⁴。しかし、多くの訴訟において問題となっているのは、法令で定められている範囲外の内容の説明・情報提供についてである。法令外の内容のフランチャイザーの説明・情報提供義務につい

¹ フランチャイズ契約とは、本部であるフランチャイザーと加盟店であるフランチャイジーとの間で締結される契約である。一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会によれば、フランチャイズ契約とはフランチャイザーとフランチャイジーの継続的關係であると説明されている。すなわち、フランチャイザーはフランチャイジーに対し、自己の商標や経営のノウハウを用いて同一のイメージのもとに商品の販売その他の事業を行う権利を与える。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フランチャイザーに支払い、事業に必要な資金をフランチャイジーが自ら投下し、フランチャイザーの指導および援助のもとに事業を行う（一般社団法人日本フランチャイズチェーン協会『新版フランチャイズ・ハンドブック』（商業界、2012年）22頁参照。）。

² 小塚荘一郎『フランチャイズ契約論』（有斐閣、2006年）145頁参照、井上健一「フランチャイズ契約締結過程における契約締結上の過失」ジュリ 1039号（1994年）132頁参照。近年では特に、フランチャイザーの提示した売上・収益の予測と実際の売上との乖離を理由とする紛争が多い（金井高志「フランチャイズの紛争例と業界団体の取組」自正 65巻3号（2014年）49頁。）。

³ 中小小売商業振興法（以下、「小振法」という。）は、同法11条1項においてフランチャイズを念頭に置く「特定連鎖化事業」に関する情報・説明提供義務を規定している。ただし、「特定連鎖化事業」は小売業を営む者を対象としており、サービス業は対象外となってしまうため、すべてのフランチャイズが対象となるわけではない（中小企業庁小規模企業部小売商業課編『中小小売商業振興法の解説』（通商産業調査会、1992年）22頁参照。）。これに加え、小振法11条1項各号にフランチャイザーが反したとしても、主務大臣による勧告が行われ、フランチャイザーがこの勧告にも反した際にはその旨を公表する（同法12条）にとどまり、民事上の効果は弱いとされる（金井高志「フランチャイズ契約締結段階における情報開示義務—独占禁止法、中小小売商業振興法及び『契約締結上の過失』を中心として」判タ 851号（1994年）43頁。）。小振法以外には、公正取引委員会によって「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方」（公正取引委員会事務局取引部取引課「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方」公取 396号（1983年。）」というガイドラインが示された。同ガイドラインの内容は、事業者には義務を負わせるものではない。また、同ガイドラインに違反した場合、不公正な取引方法の一般指定の第8項（ぎまんの顧客勧誘）に該当するおそれがあるが、民事上の契約関係に直接影響を与えるものではない。

⁴ 本稿では、法令上の情報開示義務については扱わないこととする。

ては、現在までに判例が確立しているわけではないが、裁判例においてひろく認められている。裁判例で認められている説明・情報提供義務の内容やその程度は、フランチャイザーのフランチャイジーに対する「適正ないし正確な情報を提供すべき信義則上の義務」⁵に基づいて決定される。この義務は裁判例上、「信義則上の保護義務」や「説明義務」、「情報提供義務」と称され、その義務の内容や有無も個々の判決において異なっている。これらの義務の内容は、裁判所がフランチャイズ契約当事者間に知識や経験の差があることを考慮し、個別具体的事情に応じて決定される⁶。学説においては、これまでに蓄積されてきた裁判例の分析から、信義則上の保護・説明・情報提供義務の意義を検討する、あるいはどのような情報を提供すべきかと、その範囲について分析・検討しているものがある⁷。以上のような先行研究の結果、フランチャイザーが提供すべき説明や情報の内容について一定程度明らかになってはきたものの、信義則上の保護・説明・情報提供義務の有無や内容を判断するための基準や目安については、あくまでも個別具体的事案によって異なる状況にあると考えられる⁸。

以上の裁判例と学説状況からわかることは、裁判をしてみなければ当該フランチャイザーに信義則上の保護・説明・情報提供義務違反があるか否か、さらに、いかなる内容の義務が課されるかは明確ではないことである。すなわち、フランチャイズ契約当事者から裁判結果の予測可能性が奪われている状態なのである。一般的に、フランチャイザーは、フランチャイジーの知識・経験の程度に応じ、説明・情報提供の有無及び、内容や程度を変更しなければならないと考えられる。だが、フランチャイザーに要求される信義則上の保護・説明・情報提供義務の内容は、紛争が生じた際に提訴した裁判所によって確定されるうえに、その判断の具体的基準、あるいは目安といったものは、裁判例・学説からは明らかではない。このような状況が続けば、フランチャイズ契約当事者間の裁判結果予測可能性を奪う状態が継続するだけでなく、どのような要素を重視して信義則上の保護・説明・情報提供義務違反の有無を判断するかが、提訴した裁判所によって異なりうるという由々しき事態を招くことにもなる。

⁵ 小塚・前掲注2・147頁。

⁶ 宮下修一『消費者保護と私法理論—商品先物取引とフランチャイズ契約を素材として』（信山社、2006年）408～411、438～440頁。有間（小笠原）奈菜「フランチャイズ契約締結過程における情報提供義務—経験・情報量格差の考慮—（上）」一法2巻2号（2003年）700頁。

⁷ 宮下・前掲注6・408～411頁、小塚莊一郎「フランチャイズ契約と説明義務」判タ1178号（2005年）171頁、有間（小笠原）奈菜「フランチャイズ契約締結過程における情報提供義務—経験・情報量格差の考慮—（上）」一法2巻2号（2003年）700～708頁、三島徹也「フランチャイズ契約の締結過程における情報提供義務」法時72巻4号（2000年）70頁、半田吉信「フランチャイザーの情報提供義務」千葉20巻2号（2005年）1頁、金井高志「フランチャイズ契約裁判例の理論分析（1）～（5）」判タ52巻16号4～12頁、18号20～31頁、21号15～27頁、24号103～118頁、28号81～98頁（2001年）、渡辺博之「フランチャイズ契約交渉のさいの保護義務と信義誠実の原則の適用関係論—信義則の行為規範的側面に関する実践的研究—（上）・（中）・（下）」判時1912号164～173頁、1915号164～168頁、1918号164～175頁、ほか。

⁸ 宮下修一教授は「具体的な事情に基づいた裁判所の判断を正当化するための手段として、信義則上の義務違反、さらにそれを理由とした契約締結上の過失に基づく責任という法律構成を用いている」と分析する。ただし、近年の裁判例の中には具体的事情によらずに信義則上の保護・説明・情報提供義務の有無や内容を判断する事案も増加してきているとも指摘しており、裁判例における判断基準の変化がうかがえる（宮下・前掲注6・411頁。）。

第2款 問題意識—フランチャイズ契約当事者間の知識・経験の差に基づいた判断基準や目安を明らかにする必要がある—

以上のように、フランチャイズ契約当事者から裁判結果の予測可能性が奪われているのは、フランチャイザーに要求される信義則上の保護・説明・情報提供義務について裁判所が判断する際、判断の具体的な基準や目安が明らかではないことが原因であるといえる。判断の具体的な基準や目安が明らかでないというのは、裁判所が考慮している要素がそれぞれの裁判例において異なっており、どのような要素を考慮すべきか、さらに、複数の要素のうち、どれを重視すべきであるのかがわからないことが要因であるとみられる。つまり、フランチャイザーに要求される信義則上の保護・説明・情報提供義務を判断するための考慮要素について分析・検討する必要があると考えられるのである。

考慮要素の分析・検討を行う際には、フランチャイズ契約当事者間の知識・経験の差に着目することが有用であると考えられる。フランチャイジーには、事業の経験や知識を蓄積していない者もいれば、十分な事業経験の蓄積がある者もあり、フランチャイジーを画一的に取り扱うことは妥当でないと考えられるからである。フランチャイズ契約当事者間の知識や経験の差によってフランチャイジーの取り扱いを変えるべきであるならば、フランチャイザーに要求される信義則上の義務を判断するに際しては、考慮すべき要素が異なってくるはずだからである。わが国においては、フランチャイジーは本来、「独立した事業者」であり、事業に関する意思決定について自ら判断し、その判断について責任を負うべきであるとされる⁹。そして、この「独立した事業者」であるフランチャイジーは、フランチャイザーと対等な地位の者であるとも解されてきた¹⁰。しかし、この対等とする解釈に対しては、以下の2点が指摘できよう。まず、フランチャイズ契約が構造的に当事者間の情報格差を生じさせる契約であると近年の裁判例において認められる傾向にあること¹¹。次に、脱サラした者や主婦といった事業経験のない者がフランチャイジーになる場合、このような者が締結するフランチャイズ契約は、消費者契約と類似していること¹²。これらの指摘どおりであるならば、フランチャイジーの特徴について考慮し、フランチャイザーと対等な立場にある者だと解することそのものを見直すべきだと考える。

以上から、現在わが国においては、裁判例・学説上、フランチャイジーは必ずしもフランチャイザーと対等であるとはいえないことが認められつつあることが明らかである。よって、フランチャイジーとはフランチャイザーと対等な地位にある者だという従来の認識を改め、新たな認識に基づく適切な法的取り扱いについて模索する必要があるといえるであろう。そ

⁹ 河上正二「判批」別冊ジュリ 200号（2010年）5頁参照、川越憲治『フランチャイズシステムの法理論』（商事法務研究会、2001年）86頁参照、宮下修一・前掲注6・372頁参照。

¹⁰ フランチャイズ契約において情報提供が問題となった初期の頃（1980年代後半から1990年代）においては、「フランチャイズ契約は、対等な立場の事業者間の合意である」と考えられていたようである（山口純夫「フランチャイズ契約」法時 62巻2号（1990年）31頁。）。

¹¹ 福岡高判平成18年1月31日判タ1235号217頁ほか。

¹² 山下友信「判批」商法〔総則・商行為〕判例百選（第三版、1994年）217頁、沖野真巳『消費者契約法（仮称）』の一検討（2）NBL653号（1998年）19頁、半田・前掲注7・8～9頁。

の上で、フランチャイザーに要求される信義則上の保護・説明・情報提供義務の考慮要素について検討を行う必要があると考える。しかしながら、単純に、フランチャイジーはフランチャイザーに対して劣位する者であると改めればよいわけでもない。前述したように、フランチャイジーの中には事業経験のある者もいるし、逆に事業経験のない者もいるからである。

第2節 本稿の検討課題

第1款 検討対象と検討課題—ドイツにおける議論—

以上のように、わが国においてはフランチャイジーに対する新たな認識の獲得と、その認識に基づいた信義則上の保護・説明・情報提供義務判断の考慮要素の検討を行うことが必要であると考えられる。

わが国においてフランチャイジーに対する新たな認識が必要である一方、ドイツでは、事業を始めようとする者について、事業経験のある者とない者とで分けて考え、特に事業経験のない者について、「起業者 (Existenzgründer)」という概念を用いて議論が展開されている。「起業者」は、少なくとも取引の初期段階においては相手方事業者との関係は非対等であることが判例・学説において正面から認められている。同時に、「起業者」はある一定の取引の段階に入ると、相手方事業者と対等な者として扱われることも認められている。このような認識は、私法における当事者対等原則のあるドイツ¹³にあっても異論なく受け入れられている。さらに、紛争が生じた際の判断基準が連邦通常裁判所（以下、「BGH」という。）判例によって確立している。「起業者」概念をめぐる議論は、ドイツにおいて独自に発達したものであり、他の国においてはみられない。

「起業者」は、契約を締結することによって初めて事業者となる者を意味する。つまり、事業経験のない素人が事業を始める場合に「起業者」と言われる。素人が事業を始めようとするケースはドイツに限られたものではなく、わが国においてもみられる。たとえば、脱サラしてフランチャイジーになろうとする者がこれにあてはまる。しかし、わが国には現在においては素人が事業に参入する場合の問題は指摘¹⁴されていても、ドイツにおける「起業者」の議論ほど発達しているわけではない。このようなドイツ法における「起業者」の議論を参照することで、事業経験のないフランチャイジーに対する認識について、わが国には存在しなかった理解を得ることが可能であると考えられる。ドイツの議論から得られる知見からはさらに、日本国内の裁判例を体系的に整理するための新たな視点や基準あるいは目安を獲得することが可能であると考えられる。

本稿は、ドイツ法に分析・検討の範囲を限定し、「起業者」概念から知見を得ることとしたい。特に、①ドイツにおける「起業者」に対する認識と、②相手方事業者との非対等性・対等性を根拠づける基準や要素の抽出を課題とする。

¹³ ディーター・ライポルト（円谷峻訳）『ドイツ民法総論—設例・設問を通じて学ぶ—』（第2版、成文堂、2015年）23頁。

¹⁴ 金井・前掲注3・40頁。宮下・前掲注6・364頁。王姝文「日本のフランチャイズ契約締結過程における紛争に関する研究—情報開示提供義務と消費者保護理論の関係を中心に—」中大院39号（2010年）161頁。

第1章 「起業者」概念の生成と意義

まず、「起業者」の意義を明確にしておく必要がある。「起業者」について定義しているのは、「起業者」の行う消費貸借について定めたドイツ民法典（以下、「BGB」という。）512条（旧507条）である。同条の解釈によれば、「起業者」とは、営業的もしくは独立した職業的行為の開始の目的で消費貸借を行う者で、既に行われた活動のために消費貸借をするわけではないことを表明あるいは証明する必要のある者のことであるとされている¹⁵。しかし、「起業者」をめぐる問題は消費貸借に限られない。むしろ、消費貸借以外で生じる問題の方が議論の中心となっている。本稿は後者の問題について取り扱うが、現在のところ消費貸借以外の問題における「起業者」について定義がなされていない。そこで、本章では「起業者」についての議論の分析を行う前提として、消費貸借契約以外の場面における「起業者」概念の意義を明らかにする。具体的には、第1節で「起業者」がドイツ法に登場した経緯を説明する。次に第2節において、本稿における「起業者」の定義を示すこととする。

第1節 「起業者（Existenzgründer）」の生成

第1款 「起業者」の生成

「起業者」という言葉そのものは、社会法（Sozialgesetzbuch, SGB）上の施策から一般に知られるようになり、日常的な言葉としても定着していったものとみられる。社会法（SGB）上、「起業者」は失業者対策の一環として登場した。その最初の施策が、1997年に創設された移行助成金（Überbrückungszuschuss）制度であった。同助成金制度は、労働者が自営業に移行する際の生活費を助成する制度であった¹⁶。その後、移行助成金制度とは別に個人創業助成金（Existenzgründungszuschuss ; Ich-AG）制度が2003年から開始された。同助成金制度は、起業のための資金助成を行う制度であった。「Ich-AG（自分自身で企業を立ち上げる）」をスローガンに、失業者が自ら事業を開始することを奨励した¹⁷。Ich-AGとは、起業のために個人創業助成金を受給して設立された企業のこと、失業者が自らの知識や技能を労働者として提供するだけでなく、特に自営業者として活かすことを意図していた¹⁸。同助成金制度は、長年にわたって改善されてこなかったドイツの失業率を抜本的に改革する目的で、2002年から2005年までに行われた政策（いわゆる「ハルツ改革」）の一環であった¹⁹。35万件以上の新規の起業があった2004年には、その48%が個人創業助成金制度を利用し、一定の成果を上げたという²⁰。それ以降、失業者が自営業を開始する場合は「起業者」に該当するということが一般に定着し

¹⁵ Vgl. Germar Enders, *Neuerungen im Recht der Verbraucherdarlehensverträge*, (2004), S.164.

¹⁶ 労働政策研究所編「ドイツにおける労働市場政策—その評価と展望—」労働政策研究報告書 No.69（2006年）17頁〔野川忍〕、厚生労働省編『世界の厚生労働』2005～2006年海外情勢報告（2007年）146頁。

¹⁷ 中田邦博＝寺川永ほか「ドイツ債務法現代化の経験（1）—日本民法改正への示唆を得るために—」関法64巻5号（2015年）402頁。

¹⁸ 労働政策研究所・前掲注16・70頁〔ハラルト・コンラット〕。

¹⁹ いわゆる「ハルツ第Ⅱ法」（第二労働市場政策現代化法、Das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Harz II）により、社会法典へと組み込まれた。

²⁰ 労働政策研究所編「ドイツにおける労働市場政策—その評価と展望—」労働政策研究報告書 No.69（2006年）122頁、71頁。

たとみられる。

現在では、移行助成金制度と個人創業助成金制度は統合され、「起業助成金 (Gründungszuschuss)」となっている²¹。同助成金は、「失業者が起業活動をすることで失業状態を終了させる場合に、起業開始直後の数か月間の生活費や社会保険料をカバーするための助成金」²²として、社会法典第3編 (Sozialgesetzbuch, SGB III) 93条に規定されている。同助成金の受給要件には、起業助成金を含む社会法典第3編に規定された助成金を受給していないこと (同法 156条)、既に同法に規定された助成金を受給したことがある場合は、その受給が終了してから24か月が経過していること (同法 93条4項) が含まれている。さらに、起業助成金の受給者が成功する (非失業状態 *nicht arbeitslos* となる) 割合は、ドイツ全体で2012年2月から2016年3月まで常に95%以上を維持している²³。これらから、起業助成金の受給者が自営業経営に失敗し、再び同助成金を受給するという場合は非常に少なく、「起業者」は自営業の経験がない失業者であるのが通常であるといえる。

以上から、「起業者」とは、自営業を開始する失業者で、かつ、それまでに自営業経験のない者であることがドイツにおいて定着していったとみられる。

第2款 民事法上の「起業者」の概念

前款において述べたように、「起業者」は現在、社会法上の概念として一般に定着しているが、起業のために締結された契約の解除や撤回が争われる場合には、社会法上ではなく民事法上の問題となる。だが、このような問題における「起業者」について、現在まで消費貸借契約以外では具体的な定義づけはなされていない。そこで、以下に学説や裁判例において「起業者」として紹介されている具体例を示し、民事法上で考えられている具体像を明らかにしよう。

1. フランチャイジー

まず、「起業者」についての民事法上の重要な判例は、BGH2005年2月24日決定²⁴ (以下、「BGH2005年決定」という。) である。同決定は、その後の諸判決や学説、コンメンタールにおいて参照・引用され、現在でも強い影響を与えている²⁵。BGH2005年決定は、その傍論においてではあるが、起業の具体例としてフランチャイズ契約を挙げている。

フランチャイズ契約は、同決定が示される以前の学説や諸判決において既に、起業の典型例として取り扱われていた。これには、以下の2つの理由があると考えられる。まず第1に、1997

²¹ 森直子「不況の中での自営業創業支援」NIRA政策レビューNo.40 (2009年) 10頁。

²² 厚生労働省編『世界の厚生労働』2016年海外情勢報告 (2017年) 154頁。
編『世界の厚生労働』2016年海外情勢報告 (2017年) 154頁。

²³ Bundesagentur für Arbeit, Verbleib von Teilnehmenden aus ausgewählten Instrumenten der Arbeitsmarktpolitik mit Kostenträgerschaft im Rechtskreis SGB III untersucht 6 Monate nach Austritt hinsichtlich sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung und Arbeitslosigkeit, März 2017.

²⁴ BGH, Beschl. v. 24.2.2005-III ZB 36/04 = NJW 2005, 1273.

²⁵ Hans-W. Micklitz/Kai Purnhagen, Münchener Kommentar, zum BGB 7. Auflage (2015), §13 Rn.40 ; Jürgen Ellenberger, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band 7, 74., neubearbeitete Auflage, §13 Rn.3; Christian Prasse, MDR 2005, 962 ; Ulrich Kuhlke, EWIR 2005, 781, 782 ; Thomas Grädler/Christian Marquart, ZGS 2008, 251 ; Wolfgang B. Schünemann/Michael Blomeyer, JZ 2010, 1157; usw.

年の欧州司法裁判所（EuGH）判決（以下、「Benincasa 事件判決」という。）²⁶において、「起業者」とされる当事者がフランチャイジーであったことが挙げられる。同判決は EU 加盟国であるドイツへも影響を与え、その結果、ドイツ国内でも「起業者」についての重要な判決と位置付けられた判決である（同判決の詳細は、第 3 章第 1 節第 1 款を参照）。BGH2005 年決定においても Benincasa 事件判決は引用されているだけでなく、その他の裁判例や学説でも先例として参照されている。同事件の判決では、フランチャイジーに取引経験がないことからフランチャイザーと非対等な関係にある者とみるべきかについて検討された。また、Oldenburg 高裁 2001 年 11 月 12 日決定²⁷（以下、「Oldenburg 高裁 2001 年決定」という。）においても、フランチャイジーの法的取り扱いが争われた。Benincasa 事件同様、フランチャイジーに取引の経験がないことからフランチャイザーと非対等な関係にある者とみるべきかについて検討がなされた。Oldenburg 高裁 2001 年決定も Benincasa 事件同様、諸判決や学説、コンメンタールで「起業者」に関わる重要な判決として紹介されている（同決定の詳細は、第 3 章第 1 節第 2 款を参照）。次に第 2 の理由として、ドイツ政府がフランチャイズを奨励した結果、90 年代までにフランチャイズ契約はドイツにおいて普及していた²⁸という背景に加え、自営業経験のない者にとって、フランチャイズ契約は初めて独立して自営業を開始するには参入しやすいシステムであると考えられることが挙げられる。以上から、特にフランチャイジーが「起業者」の典型的モデルとして挙げられると考えられる。

2. 自営業経験のなかった者が自営業を開始する場合

BGH2005 年決定をはじめ、各裁判例・学説・コンメンタールでは、初期の「起業者」についての民事事件として Koblenz 高裁 1986 年 7 月 24 日判決²⁹（以下、「Koblenz 高裁 1986 年判決」という。）と Oldenburg 高裁 1989 年 4 月 27 日判決³⁰（以下、「Oldenburg 高裁 1989 年判決」という。）を参照・引用している³¹（両判決の詳細は第 2 章第 1 節において述べる）。両判決の事案は類似しており、すなわち、それまで自営業経験のなかった者が代理店契約を締結したことで自営業を開始する場合であった。それにもかかわらず、両判決は、代理店契約の締結時における同契約当事者を対等と取り扱うか否かについて、相反する判決を示した。

また、BGH2005 年決定において争われたのは、病院に勤務していた医師が独立開業を行う場合であった（同決定の詳細は第 4 章第 1 節第 1 款において詳述する）。

²⁶ EuGH, 3.7.1997, Rs. C-269/95, - Benincasa/Dentalkit. I-3788 - I-3800.

²⁷ OLG Oldenburg, 9 SchR 12/01 Beschl. v. 12.11.2001 = DB 2002, 423-424.

²⁸ 高田淳「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(2)」新報 105 巻 10=11 号(1999 年)64 頁参照。

²⁹ OLG Koblenz, Urt.v. 24.7.1986—6 U 677/85, NJW 1987,74.

³⁰ OLG Oldenburg, Urt. v. 27. 4. 1989 — 1 U 256 / 88, NJW-RR 1989.

³¹ Pfeiffer, Soergel §13 Rn.35 ;Jens Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, (1990), S.43 ;Günter Erdmann, BB 1992, 796 ; Palandt/Helmut Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (1998) 57.Aufl., §24 AGBG Rn.11 ;Erman/Werner, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG, SchuldRAnpG, VerbrKrG, 10.,neubearbeitete Aufl (2000), §24 AGBG Rn.5 ; OLG Oldenburg, Beschl. v. 12. 11. 2001, NJW-RR 2002, 641 ;Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, (2001) 9.Aufl., §24a Rn.15 ;Christian Prasse, ZGS 2002, 355 ;BGH NJW 2005, 1273 ; BGH, 15.11.2007 - III ZR 295/06 = NJW 2008, 435 ; Thomas Grädler, ZGS 2008, 251 ; MünchKomm/Micklitz/Purnhagen, a.a.O., §13 Rn.40 ;usw.

3. 起業助成金を受給しようとする者

BGH2005年決定と並び、「起業者」についての重要判例とされているBGH2007年11月15日判決³²（以下、「BGH2007年判決」という。）では、チェーン展開されているフィットネスタジオの開店準備行為が問題となった。この事案では、起業助成金を受給するための書類作成をめぐり、委任契約当事者間の関係が対等であるか否かが争われた（同判決の詳細は、第4章第1節第2款を参照。）。

4. 民事法上の「起業者」概念とは

1～3に共通していることとして、「起業者」とされる者に自営業や取引の経験が乏しいことが指摘できる。1のフランチャイジーの場合、フランチャイズ契約が自営業経験のない者にとって参入しやすいシステムであることに加え、Benincasa事件でもOldenburg高裁2001年決定でも、取引経験のないことを理由にフランチャイザーと非対等な関係にあると判断されうるかが検討された。このことから、フランチャイジーの中でも自営業経験のない者が「起業者」とされるといえよう。他方、3の起業助成金受給者の場合、第1款でも述べたように、既に起業した者が同助成金を受けることはほぼない。したがって、起業助成金受給者は通常、自営業経験のない者であると考えられる。

次に、民事法上「起業者」とされる者は、社会法上考えられている「起業者」の意義を包摂しているが、必ずしも起業助成金を受給している必要はないことが指摘できる。3は起業助成金を受給しようとした場合で、社会法典上の「起業者」に該当する。もっとも、他方で1のフランチャイジーの場合、Benincasa事件・Oldenburg高裁2001年決定ともに、起業助成金受給の有無を問題としていない。また、2の場合、Koblenz高裁1986年判決とOldenburg高裁1989年判決が示された当時、起業助成金は存在していなかった（第1款参照）ことから、そもそも起業助成金受給の有無は問題とならなかった。つまり、起業助成金受給の有無に関係なく、自営業などの経験に乏しい者で、かつ、起業をしようとする者であるならば「起業者」とされることがいえるのである。

以上から、民事法上の「起業者」とは、これから自営業を始める者で、かつ、それまで自営業経験のない者であると定義することができよう。この定義には起業助成金受給者も含まれていることから、その範囲は社会法上の「起業者」概念よりも広いと考えられる。ただし、「起業者」の定義や概念についての詳細な分析は現在も進行中であり、将来的にはより緻密で具体的な定義へと発展する可能性を秘めていることには注意を要する³³。

本稿ではさしあたり、現在までに考えられているところの民事法上の定義に従って論を進め

³² BGH, Urteil. v. 15. 11. 2007-III ZR 295/06 = 2008, 435.

³³ たとえば、「起業者」とはどの時点からどの時点までの者のことをいうのか、特に「起業が終わる」というのはいつの時点なのか、ある自営業を開始した後に、さらに既存の自営業と類似の新しい自営業に着手すること（Branchenfremde Nebengeschäfte）も起業とみるべきなのかという疑問が提示されている。また、「起業者」はBGB上の消費者と事業者に該当すると考えられているが、その直接的な根拠が明らかではない上に、そもそも消費者像と事業者像とは何かなど、さまざまな問題について議論されている（Vgl. Enders, Neuerungen im Recht der Verbraucherdarlehensverträge, (2004), S.165f.; MünchKomm/Micklitz/Purnhagen, a.a.O., §13 Rn.65a, 69f.）。

ることとしたい。すなわち、これから自営業を始める者で、かつ、それまで自営業経験のない者のことを本稿に「起業者」の定義とする。

第2章 「起業者」の法的取り扱い（第I期）

第1章においては、ドイツ民事法学における「起業者」の定義づけを行った。本章以下では、その定義に基づいた「起業者」の法的取り扱いについて、学説・判例上のような議論がなされたのかを紹介し、整理していくこととする。議論において中心となっているのは、起業のためにする契約の締結時に、十分な取引経験のない「起業者」と相手方事業者とを対等に取り扱うべきか否かである³⁴。そこで展開された諸見解を整理し分析することで、「起業者」の法的取り扱いについての一定の基準や要素を抽出することを試みる。また、議論は法改正や諸判決による影響を受けて、変容していった。議論の変遷の歴史は、ドイツ民事法における「起業者」に対する独自の認識形成と、その認識が受け入れられていった経緯を表している。よって、「起業者」の法的取り扱いをめぐる議論は、その変遷をたどる形で紹介・整理していくこととする。議論の変遷は大きく3つの時期に分けることができ、本稿ではそれぞれ、第I期、第II期、第III期と表す。本章ではそのうち、第I期について概観する。第I期では、現在までの諸裁判例・学説に影響を与えているリーディングケースとなる2つの高裁判決が登場し、学説でも「起業者」の法的取り扱いについて見解が示された。そこで、本章第1節では、リーディングケースとされている2つの高裁判決を紹介する。第2節では、学説を紹介し、それぞれの見解の相違をまとめる。第3節では、第I期の議論について検討を加える。

第1節 2つのリーディングケース

「起業者」についての議論を紹介するにあたり、まずは諸裁判例や学説、コンメンタールにおいて重要な判決とされている Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決を紹介する必要がある。両判決は、「起業者」を相手方事業者と対等と扱うべきか否かを判断するリーディングケースと位置づけられているからである³⁵。リーディングケースとされているのは、両判決における当事者が、現在までに形成されている民事法上の「起業者」の定義に一致する者であると考えられるためである。よって、Koblenz 高裁 1986 年判決も Oldenburg 高裁 1989 年判決も民事法上の「起業者」概念が定着する前に示された判決ではあるが、同概念に関する裁判例であると考えることができるのである。両判決がリーディングケースと位置付けられていることに加え、特に Koblenz 高裁 1986 年判決で示された考え方は「起業者」に対する認識を形成する原型になったと考えられる。以上の理由から、Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決の詳細を紹介することは非常に意義深いと考えられるため、本節で紹介することとする。

³⁴ Pfeiffer, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil 3, 13.vollständig neu bearbeitete Auflage (2002), §§13, 14, 126a-127, 194-218, §13 Rn.35.

³⁵ Pfeiffer/Soergel §13 Rn.35 ;Jens Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-Verträgen, (1990), S.43 ;Günter Erdmann, BB 1992, 796 ; Helmut Heinrichs/Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (1998) 57.Aufl., §24 AGBG Rn.11 ;Erman/Werner, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG, SchuldRAnpG, VerbrKrG, 10.,neubearbeitete Aufl (2000), §24 AGBG Rn.5 ; OLG Oldenburg, Beschl. v. 12. 11. 2001, NJW-RR 2002, 641 ;Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, (2001) 9.Aufl., §24a Rn.15 ;Christian Prasse, ZGS 2002, 355 ;BGH NJW 2005, 1273 ; BGH NJW 2008, 435 ; Thomas Grädler, ZGS 2008, 251 ; MünchKomm/Micklitz/Purnhagen, a.a.O., §13 Rn.40 ;usw.

第1款 法状況

Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決が示された時期において、「起業者」を対象とする法律は存在していなかった。両判決において問題となったのは、契約の締結によって初めて商人となる者が代理店契約を締結する時点において旧約款規制法（旧 AGBG）にいう商人とみなされる（すなわち、対等な関係であるとみなされる）べきか否かであった。

旧約款規制法（旧 AGBG）は、契約において約款が使用される場合には契約交渉による利益調整が事実上欠落することに鑑みて制定された法律である³⁶。このため、原則的には約款を使用する契約の相手方が商人であるか否かといった限定をせず、全ての契約当事者に約款規制の保護を与える³⁷。ただし例外的に、約款使用の相手方が商人である場合、旧約款規制法（旧 AGBG）2 条・10 条・11 条・12 条に規定される禁止条項をその取引中に加えることを認め、商人に対する保護を減じる（旧約款規制法（旧 AGBG）24 条 1 項 1 号³⁸）。禁止条項とは、商取引には適するが、それ以外の取引には適しないため、商取引以外の取引で使用することが禁じられる約款条項のことである。同法 10 条と 11 条に規定される禁止条項は、商取引に対して使用を禁ずると、取引の柔軟性が失われてしまう条項である。他方で、商取引に旧約款規制法（旧 AGBG）10 条と 11 条に規定されている禁止条項が加えられているとしても、実質的な平等を確保するため、同法 9 条³⁹による約款内容の審査は排除されない。

以上のように、旧約款規制法（旧 AGBG）にいう商人も一定の約款規制の保護を受けることはできるが、非商人に比して保護を減じられることになる。したがって、ある人が同法の非商人に対する保護を受けるには、同法にいう非商人であると認められなければならない。ところが、Koblenz 高裁 1986 年判決以前まで、同法における商人の範囲は必ずしも明確ではなかった。Koblenz 高裁 1986 年判決、Oldenburg 高裁 1989 年判決の事案では、それまで自営業をしたことのなかった者が代理店契約を締結することで自営業を始めた、すなわち、起業をしたケースであった。このような場合でも、起業を行っただけの「起業者」は商人の範囲に含まれるべきか、両判決の事案において争われた。

³⁶ ミヒャエル・ケスター（河内宏＝角松生史訳）「ドイツ法と欧州共同体法の緊張関係の中における約款法」法政 72 巻 4 号（2006 年）216 頁。

³⁷ 相手方が商人であっても約款規制についての規定が適用されるのは、現在も変わっていない（BGB310 条 1 項）。

³⁸ 旧約款規制法（旧 AGBG）24 条 1 項

「第 2 条、第 10 条、第 11 条および第 12 条の規定は、次の約款について適用がない。

1. 商人に対して用いられたもので、当該契約がその者の商営業の範囲に属する場合」。

（石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法』（改定普及版、同文館、1999 年）310～311 頁〔谷本圭子参照。〕）。

³⁹ 旧約款規制法（旧 AGBG）9 条

「(1) 約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合には、その条項は無効である。

(2) 約款中の条項が次の各号に該当する場合には、疑わしいときは、その条項は不当に不利益を与えるものと推定される。

1 法規定と異なる条項が、その法規定の本質的基本理念と相容れないとき、または、

2 条項が、契約の性質から生ずる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限するとき。」

（石田〔田中康博〕・前掲注 38・97 頁。〕。

両判決は、類似した事案であったにも関わらず、相反する考え方と結論を示した。具体的には、Oldenburg 高裁が Koblenz 高裁 1986 年判決とは見解を異にする旨を明示した。つまり、両判決では異なる考え方が示されたのである。

第 2 款 Koblenz 高裁 1986 年判決

まず、Koblenz 高裁は以下のように判示し、「起業者」に相当する者に旧約款規制法(旧 AGBG)の保護を与えたとした。すなわち、契約締結により初めて商人となる者は、契約の締結時点においては商人ではなく、相手方事業者に劣位する者であると判断した。

1. 事実の概要

Y は、結婚相手の仲介を行う結婚相談所である。1983 年 10 月 1 日、Y は X と、X が W 地区担当の代理店となる契約（以下、「代理店契約」という。）を締結した。代理店契約に基づく X の業務内容は、Y 名義で結婚相手の仲介を行い、顧客とパートナー仲介契約を締結することであった。代理店契約中に含まれていた第 12 項は、X が Y に対して支払う手数料の配当割合について定めていた。また、同契約中の第 16 項は、解約について定めており、X が解約告知を行う際、その代理店の後任者が見つかり、かつ、その者が代理店契約を締結する場合には、第 12 項その他の約款に基づき Y に支払われた手数料について、100%の払い戻しが行われるとされていた。

X は、以下のように主張した。別個に定められた利益配当についての約款によれば、Y の受け取る手数料は、9,000 マルクとされていた。これに従い、X は 6,000 マルクを現金で支払った。残りの 3,000 マルクについて、X は、X の受け取る利益配当の一部、すなわち、X が成立させたパートナー仲介契約の報酬の 10%と相殺されたと主張した。

1984 年 1 月 20 日、X は同年 3 月 31 日に代理店契約を終了する旨の解約告知を行った。X は契約終了日までに、X が成立させたパートナー仲介契約の報酬として計 1,600 マルクを得ていた。同報酬の 10%（すなわち、160 マルク）について Y は、利益配当の約款規定に基づき、残っていた手数料と相殺した。他方、1983 年 12 月に X が成立させたパートナー仲介契約の報酬 600 マルクが、未だに顧客から支払われていなかった。

X は、代理店の後任者を 7 名指名することに成功したと主張し、第 16 項の規定に基づき、6,760 マルクを Y に対し支払うよう求めた。6,760 マルクの内訳は、X が Y に対し現金で支払った手数料 6,000 マルク、Y によって手数料と相殺された 160 マルク、顧客から受け取っていなかった報酬 600 マルクである。第一審は X の請求を一部認容した。

2. 判旨

Koblenz 高裁は、Y が受領した 6,000 マルクについて不当利得であるとし、控訴棄却した。

Koblenz 高裁はまず、以下のように述べて X が本契約中の第 16 項の要件を満たしているかは疑わしいとした。第 16 項は、代理店からの解約告知に際し、解約告知者が適切な後任者を見つけ出し、かつ、指名された後任者が契約を開始する場合にのみ、手数料の完全な払い戻しを予定している。X は 7 名の後任者を指名したと主張していたが、Koblenz 高裁は、同指名に成功したといえるかは疑わしいとした。したがって、X は第 16 項に基づいて後任者の指名に成功し

たということではできず、同項の要件を満たしたとは言えないという。しかしながら、第 16 項は旧約款規制法（旧 AGBG）10 条 7 号⁴⁰に反し無効であるため、X は Y に対して手数料を払い戻すよう請求することができると Koblenz 高裁は判断した。

第 16 項は、一明らかに一当事者間で交渉して定められたわけではないため、旧約款規制法上の約款であることが同裁判所によって確定された。ゆえに、同項は商人に対する例外が適用される場合を除き、同法 9～11 条に規定される約款規制を免れないことになる。すなわち、X が商人であった場合、第 16 項が旧約款規制法 9～11 条に反していても同項は有効であり、X が非商人であった場合、同項が 9～11 条に反していれば無効となるのである。Koblenz 高裁によれば、X は代理店契約の締結により独立した代理商の地位を獲得したとし、その結果、旧商法 1 条 1 項 7 号に基づく商人となったという。だが、代理店契約に署名をした時点における X は、商人であったとはいえないとした。すなわち、契約書に署名をすることで Y によってあらかじめ定められた代理店契約の約款を受け入れることを決意したであろう時点における X を、商人であったとみなすことはできないというのである。たしかに、X は、1982 年 9 月に子を出産してから 1983 年 10 月に代理店契約を締結するまでは職に就いてなかった。そして、1982 年 9 月以前は建築設計士であったという事実が認められている。しかし、このような事情をもって X を商人とみなし、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条を適用することはできないと Koblenz 高裁は判断した。X を商人とみなすことは、同条の文言と目的に矛盾するからであるという。同裁判所によれば、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条の目的とは、十分な法の知識を持たず、そして、取引について未経験である約款使用の相手方を保護することであるという。また、たとえ代理店契約締結前における当事者間の交渉が X の行為（代理店契約締結）の準備に役立ったとしても軽微であり、そのような交渉から X は商人的な経験を得ていないとした。これらから、X は契約締結時点において商人であったとはみなされないという。結論として、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条は代理店契約中の約款第 16 項について適用されず、同項は非商人に対する禁止条項（旧約款規制法（旧 AGBG）10 条 7 号）に反し、無効であるとされた。

以上から、第 16 項は無効であるため、X の指名した後任者が適切であるか否かはもはや問題とならないとされた。Y が X から受領した手数料 6,000 マルクは BGB812 条 1 項 1 文⁴¹、同法

⁴⁰ 旧約款規制法 10 条 7 号 [評価の余地を伴う禁止条項]

「普通取引約款において、とくに次のものは無効とする。

7. (契約の解消)

契約当事者の一方が契約を解除または解約告知する場合に、約款使用者が、次のことを請求できるものとする条項。

a)物の使用、権利の行使もしくはなされた給付について不当に高い報酬、または

b)不当に高い費用の償還」

本件において X が Y に支払った手数料は同条同号 b の「費用」に相当する。

(石田 [梶山玉香訳]・前掲注 38・175 頁。)

⁴¹ BGB812 条 1 項

「法的根拠なく、他人の給付により、又はその他の方法で他人の費用により、ある物を得た者は、これを他人に返還する義務を負う。この義務は、法的根拠が後に失われた場合又は法律行為の内容に従った給付により目的とされた効果が生じなかった場合においても成立する。」

(国立国会図書館編 [山口和人訳]『債務法関係』(基本情報シリーズ②ドイツ民法Ⅱ、国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年) 160 頁。)

818 条⁴²に基づく不当利得であると認められ、Y には相手料金を X へ返還する義務があると Koblenz 高裁は判断した。

第 3 款 Oldenburg 高裁 1989 年判決

Koblenz 高裁 1986 年判決に対し、Oldenburg 高裁 1989 年判決は相反する判断を示した。契約締結によって初めて商人となる者に対してであっても、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条を適用し同法の保護を与えないとした。すなわち、「起業者」に相当する者を商人とみなし、相手方事業者と対等な地位にある者だと判断したのである。

1. 事実の概要

X は、通信販売業を営む者である。X と Y は、1982 年 3 月 10 日と同年 5 月 24 日に、Y を代理店とする代理店契約を締結した。同契約によれば、Y の契約上の義務の中に、X とその顧客の間の売買契約を仲介・清算することが含まれていた。つまり、Y は売買代金を回収し、同代金を X に送付すべきであるとされていた。加えて、Y は X と顧客の間で取り交わされた書類や返送品、補償請求の清算を行うべきであるとされていた。その後、代理店契約に基づく経営が開始され、X の設置した「代理店口座」から X によって売買代金が引き落とされた旨の記載された請求書を Y は受け取った。Y は顧客から売買代金を回収し、同口座へ入金した。その後、Y の入金記録に基づいて Y の利益配当請求額が X によって計算された。代理店口座は、納品書、支払書類の一覧とともに、毎月 Y に郵送される口座残高通知書から、Y のために設置された（筆者注：Y の口座である）と考えられた。代理店契約には、「Q 取次店についてのガイドライン」が含まれていた。同ガイドラインによれば、Y が異議を申し立てる期間は、会計報告から 3 ヶ月以内とされていた。1986 年 1 月、代理店契約は X と Y 双方からの即時解約告知によって終了した。同契約の終了時において、Y は、契約終了前の最後の口座残高通知において差引残高が 75,043.22 マルクであったことと、1986 年 1 月 31 日の口座残高通知について何の異議申し立てもしていなかった。X は Y に対する残余債権を同差引残高から 8,261.59 マルクであると算出した。（筆者注：Y はその後、差引残高（75,043.22 マルク）と口座残高通知について、通知のなされた 1986 年 1 月 31 日から 3 ヶ月を経過後に異議を申し立てたようである。それゆえ、Y は同差引残高と口座の残高通知に基づいて算出された残余債務（8,261.59 マルク）について、債務の履行を拒んだとみられる。さらに、Y は自らが商人ではないとし、「Q 取次店についてのガイドライン」が非商人に対して用いられてはならない禁止条項（旧約款規制法（旧 AGBG）10 条）に抵触していることから、代理店契約の無効を主張したようである）。X は同残余債権に 8%の利息を付して Y に履行を求めた。第一審（原審）は、8%の利息については引き下げを

⁴² BGB818 条

「(1) 返還の義務は、利用された用益及び受領者が、取得した権利に基づき、又は取得した物の破壊、毀損若しくは剥奪に対する賠償として得たものに及ぶ。

(2) 返還が、取得されたものの性状のため不可能であるか、又は受領者が、その他の理由で返還を行うことができないときは、受領者は、価値を賠償しなければならない。

(3) 返還又は価値賠償の義務は、受領者が、もはや利得を有しない限りにおいて、排除される。

(4) 係争が生じた時点から、受領者は一般の規定による責任を負う。」

（国立国会図書館〔山口和人訳〕・前掲注 41・160～161 頁。）。

することとして、Xの主張を認めた。Yはこれを不服として、控訴した。

2. 判旨

Oldenburg 高裁は、Xの請求について、利息の部分を除き認容した。

まず、同高裁は X・Y 間で締結された代理店契約が HGB84 条にいう代理商契約であると同時に、BGB675 条⁴³にいう事務管理契約であるとした。

次に、Yは「Q取次店についてのガイドライン」に署名をすることで、期限内に異議申し立てをしなければ代理店口座に入金された金額をXへと引き渡すことを承諾したものであるとされた。Yは、1986年1月31日の口座残高通知について期限内に異議を申し立てなかったため、同通知の内容は、Xの残余債権算出の基礎であると認められた。したがって、1986年1月31日の口座残高通知における差引残高に基づき、Xによって算出された8,261.59マルクは、Xの残債権額として正当であると Oldenburg 高裁は認めた。

さらに、Yが自らは商人ではなく、「Q取次店についてのガイドライン」が非商人に対する旧約款規制法（旧 AGBG）10 条に規定される禁止条項に抵触していると主張していた点につき、Oldenburg 高裁は以下のように判示した。たしかに、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条 1 項 1 号によれば、同法 10 条は商人に対しては適用されない。同条にいう商人とは、HGB1 条から 6 条に規定された者のことである。契約の締結によって初めて商人となる者に対しては、Koblenz 高裁 1986 年判決が同条の適用を否定し、非商人であると結論付けた。しかし、そのような判断に従うべきではないと Oldenburg 高裁は述べる。同高裁によれば、本件における Y は、代理商契約の締結によって商人となったとされる。その際、少なくとも Y は、自身が代理店契約に基づく義務を果たす能力があると思っていたはずであるという。したがって、Y は遅くとも契約締結時以降、通常の商人が払う注意を払うべきであったし、そのような注意に応じ、さらなる行為に対する準備をすべきであったとされた。以上から、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条が予定している非商人の保護に値するような利害関係を Y には認めることができないと Oldenburg 高裁は判断した。すなわち、X・Y 間で締結された代理店契約に対し、商人・非商人間で締結された契約内容の審査（旧約款規制法（旧 AGBG）10・11 条の禁止条項の審査）を行うべきではないというのである。本件における代理店契約は商人間で締結された契約であるとして、契約内容の審査は商人間の審査（旧約款規制法（旧 AGBG）9 条の約款内容審査のみ）を行うべきであるという。しかし、Oldenburg 高裁は X・Y 間で締結された代理店契約に旧約款規制法（旧 AGBG）9 条の違反は存在していないとして、契約内容に問題はないとした。

⁴³ BGB675 条

「(1) 事務の処理を対象とする雇用契約又は請負契約に対しては、この款に別段の異なる定めがない限り、第 663 条、第 665 条から第 670 条まで、及び第 672 条から前条までの規定を適用し、義務者に、解約告知期間を遵守することなく解約告知を行う権利が帰属するときは、第 671 条第 2 項の規定も準用する。

(2) 他人に対して助言又は勧告を与える者は、契約関係、不法行為又はその他の法律の規定から生じる責任を妨げることなく、助言又は勧告に従ったことから生じる損害を賠償する義務を負わない。

(3) 一方の当事者が、相手方が第三者の主催する懸賞競技 [Gewinnspielen] に参加するための申請又は登録を行う義務を負う契約は、テキスト方式によることを要する。」

(国立国会図書館 [山口和人訳]・前掲注 41・130～131 頁。)

結論として X の請求が認められ、BGB675・667 条⁴⁴に基づき、Y は X に対し事務管理から得たものを全て引き渡さなければならないとされた。

第 4 款 Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決の相違

Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決の事案において、「起業者」に相当する者は、どちらも代理店契約の締結まで自営業の経験がない者であり、同契約の締結によって初めて自営業を開始した。それから、どちらも「起業者」側は自らを商人ではないと主張し、代理店契約中に含まれる約款について非商人に対する保護を求めるといった類似した事案であった。

判決において共通しているのは、「起業者」に相当する者が代理店契約を締結した後は、商人になるとしている点である。

両判決で相反しているのは、契約締結時における「起業者」に相当する者を商人とみなすか否かであった。まず、Koblenz 高裁は代理店契約の締結時における「起業者」に相当する者を商人ではなかったとしている。それは、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条が十分な法の知識と取引経験を持たない者を保護することが目的であるとしていることに照らし、契約の締結によって初めて商人となる者、すなわち「起業者」に相当する者は保護されるべきであるからとしている。これに対し Oldenburg 高裁 1989 年判決は、代理店契約の締結時における「起業者」に相当する者を商人であるとした。同判決によれば、まず、代理店契約が商法典（HGB）84 条の代理商契約であるとした。そして、代理店契約の締結時点において、「起業者」に相当する者は、同契約によって生じる義務を負うことができると自ら判断していると考えられるという。さらに、Koblenz 高裁 1986 年判決に「従うべきではない」とし、「起業者」に相当する者に取引の経験が不足していることを考慮することを否定した。以上の理由から、Oldenburg 高裁は「起業者」に相当する者を商人であるとして相手方事業者と対等に取り扱うべきとした。

第 5 款 Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決の検討

まず、Koblenz 高裁 1986 年判決が前提としているのは、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条の目的である。同条の目的とは、十分な法の知識と取引経験を持たない者を保護することである。そして、代理店契約の締結時における「起業者」に相当する者には取引の経験が不足しており、この事実は旧約款規制法（旧 AGBG）24 条の目的に適合すると同裁判所は判断した。Koblenz 高裁が、「起業者」に相当する者に取引経験が不足していることを非商人と判断するための根拠としている点は、以下のように考えることができる。まず、取引の経験を有していることは、契約の内容が自らにとって利益となるか否かを判断する能力を培わせる要素になると Koblenz 高裁が考えているとみられる。そして、「起業者」に相当する者は取引の経験が商人に比して不十分であるため、商人である相手方事業者と同等に契約内容について判断することができない、

⁴⁴ BGB667 条

「受任者は、委任者に対して、自己が委任の遂行のために受領したもの及び事務処理から得たものの全てを引き渡す義務を負う。」。

（国立国会図書館〔山口和人訳〕・前掲注 41・129 頁。）。

と同高裁は評価したとみられる。すなわち、「起業者」に相当する者と相手方事業者の間には、契約について判断する能力の差があると Koblenz 高裁は評価していると考えられるのである。

これに対し、Oldenburg 高裁 1989 年判決は「起業者」に相当する者に十分な取引経験がないことを問題としない。同裁判所は、旧約款規制法（旧 AGBG）にいう商人とは、HGB1 条から 6 条に規定された者であるとしていることから、商行為を行う者は商人であるということを前提としているとみられる。さらに、「起業者」に相当する者は代理店契約を締結したこともまた、同人を商人と判断できる要素であるとしている。この点につき、同契約を「起業者」に相当する者が締結することができたのは、代理店契約から生じる義務を履行できると自ら判断したからであると Oldenburg 高裁は評価している。同裁判所によれば、代理店契約は代理商契約に相当するという。よって、代理商契約を締結した、すなわち、自ら代理商契約から生じる義務を履行できると判断し商行為を行った「起業者」に相当する者は商人であると Oldenburg 高裁は判断したのである。つまり、商行為を行うことを意図する者は商人として相手方事業者と対等に扱われるべきであること、起業のためにする契約そのものは商行為であることを、Oldenburg 高裁は評価していると考えられる。

以上から、「起業者」に対する法的取り扱いについて考量する要素を 2 点抽出することができる。1 つは、取引経験の蓄積が不十分なことである。そして、もう 1 つは、自ら商人としての義務を履行できると判断し、商取引を締結する行為である。Koblenz 高裁 1986 年判決も Oldenburg 高裁 1989 年判決も、「起業者」に相当する者が代理店契約の締結後には商人となることを認めている。しかし、同契約の締結時については、結論が分かれている。このことから、2 つの要素は、起業のためにする契約の締結時において、「起業者」と相手方事業者を対等と扱うべきか否かを判断するものであるといえよう。すなわち、取引経験の不足を重視して相手方事業者とは非対等な関係であったとするか、自ら商人の負う義務を履行できると考えて商取引を締結したことを重視して相手方事業者と対等な関係であったとするかを判断する要素なのである。

第 2 節 初期の「起業者」についての学説

Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決以降、「起業者」に相当する者について分析する学説が登場した。Von Westphalen は Koblenz 高裁 1986 年判決について評釈を行っている（本節第 1 款 1）。この時期においてはまだ民事法上の「起業者」概念が定着していなかったため、「起業者」の言葉を用いて分析を行う学説はない。しかし、フランチャイズ契約当事者間の対等性について旧約款規制法（旧 AGBG）の側面から検討する学説は存在していた。フランチャイズ契約におけるフランチャイジーは本稿における「起業者」の定義にあてはまる者である。また、BGH2005 年決定も起業の具体例としてフランチャイズ契約を挙げている。以上から、フランチャイジーを「起業者」とすることが可能なのである。さらに、この時期において示されたフランチャイズ契約当事者間の対等性を問題としている学説は、「起業者」の法的取り扱いについての議論の萌芽と位置付けることができる。より具体的には、学説は、起業のためにする契約の締結時における「起業者」に相当する者と相手方事業者とは、対等な関係である

か否かの視点から、「起業者」に相当する者の法的地位について検討を行っている。よって、以下では、フランチャイズ契約の締結時における当事者間の対等性をめぐる学説を第Ⅰ期の「起業者」の法的取り扱いに関連する学説として紹介する。

第1款 学説の状況

第Ⅰ期における学説は、全体的に、「起業者」に相当する者の特徴について分析している。その結果として、「起業者」に相当する者が相手方事業者に対し劣位にあるあるいは劣位にないことの考慮要素を示している。

1. Von Westphalen⁴⁵ (1986年)

Von Westphalen は、Koblenz 高裁 1986 年判決について評釈を行い、同判決を支持すると同時に、「起業者」に相当する者は、非商人であると主張する。Von Westphalen によれば、契約の締結によって初めて商人となる「起業者」に相当する者が、契約の締結時においても商人と同視されるべきかについて、初めて判断を示した点に Koblenz 高裁 1986 年判決の意義があるとした。Von Westphalen は、同高裁が旧約款規制法（旧 AGBG）24 条の目的に照らし、代理店契約締結時における「起業者」に相当する者を非商人であるとした点を適切であったと評価する。

さらに、起業者とその相手方商人との間で交渉がなされたといえなければ、旧約款規制法（旧 AGBG）1 条 2 項⁴⁶の意味の契約条件は存在しないことになる⁴⁷ことから考えても、Koblenz 高裁 1986 年判決を妥当であると評価できるという。商人と非商人では交渉能力が異なっているため、たとえ両者間で約款についての交渉をしたところで、旧約款規制法（旧 AGBG）1 条 2 項にいうところの交渉が行われたとはいえないと Von Westphalen は指摘する。そして、「起業者」に相当する者は起業のための契約締結によって初めて商人になる者であることから、商人と同等といえるほどの交渉能力を備えていないという。これに加え、「起業者」に相当する者と相手方事業者との間の交渉能力の差は、商人と非商人間の差に相当するという。したがって、たとえ「起業者」に相当する者と相手方事業者との間で約款についての交渉が行われたところで、その交渉は旧約款規制法（旧 AGBG）1 条 2 項に基づき有効な交渉とは言えないことになる。

⁴⁵ Graf von Westphalen, EWIR 1986, 849-850.

⁴⁶ 旧約款規制法（旧 AGBG）1 条 2 項

「(2) 当該契約条件が契約当事者間において個別に交渉された結果である場合には、普通取引約款ではない。」

(石田 [高嶋英弘]・前掲注 39・12 頁。)

⁴⁷ 旧約款規制法（旧 AGBG）1 条 2 項は、契約当事者が契約に含まれる約款について交渉を行ったといえるのであれば、その約款は有効であるとする規定である。「交渉を行った」といえるのは、以下のような場合であるとされる。すなわち、「契約の一方当事者が自己の約款を契約交渉に持ち込み、必要な限りでその約款について他方当事者に説明し、さらに他方の契約当事者に真意で、自分はこの約款を基礎とした契約内容に関する交渉をなすことを望んでおり、その変更のための提案を誠実に吟味し場合によっては考慮する用意があると申し出ている一方で、その他当事者がその申し出に応じることは事案の状況に従い可能であり期待されえたにもかかわらず、それに応じないまま、無変更の約款の効力を承認したという場合」（石田 [高嶋英弘]・前掲注 39・23 頁。）である。

以上から、「起業者」に相当する者は商人とみなされるべきではないと Von Westphalen は主張する。

2. Liesegang⁴⁸ (1991 年)

Liesegang は、フランチャイズシステムとフランチャイズ契約当事者間の関係について検討を行い、「起業者」に相当する者の法的取り扱いについて分析を行っている。Liesegang は、商法典 (HGB) 1 条と 2 条に基づく商行為を行うことになることから、フランチャイジーは商人である、という前提で、以下の 3 点を指摘する。

まず第 1 に、フランチャイズシステムとは、継続的債権関係をベースとし、法的に独立した事業者間で垂直協力的に組織される販売システム (vertikal-kooperativ organisiertes Vertriebssystem) であるという。「垂直協力的」とは、Liesegang によれば、たとえば製造者と販売者、卸売商人と小売商人のように販売段階の異なる事業者間で構成されることを意味する⁴⁹。フランチャイズ契約においてフランチャイザーは、チェーン全体での統一的なサービス提供を確保するため、仕入れやフランチャイジー教育・支援等についてルールを作成する。フランチャイジーは、そのルールに従って運営することを義務付けられる。つまり、フランチャイズシステムはルールを作るフランチャイザーとそのルールに従うフランチャイジーという垂直的な関係で組織されているというのである。

第 2 に、Liesegang によれば、フランチャイズ契約は、フランチャイズ契約当事者間が対等であることへの配慮がなされた上で作成される契約であるという。それは、フランチャイザーがフランチャイズ契約を作成する際には、BGB242 条⁵⁰に基づく誠実及び信義の原則、旧不正競争防止法 (旧 UWG) 26 条 2 項に基づくフランチャイジーの平等な取り扱いの原則に従って契約内容を作成しなければならないからであるという。しかしながら、フランチャイジーには多くの場合、提示された契約内容をそのまま受け入れる、あるいはわずかな変更をもって承諾するという選択肢しかなく、契約内容について交渉をすることは諦めざるをえないという実態があると Liesegang は指摘する。つまり、フランチャイジーにとって不利な契約内容が定められてしまうおそれがあるのである。Liesegang によれば、このように予め定式化された契約は、旧約款規制法 (旧 AGBG) 1 条 1 項⁵¹の普通取引約款に該当し、同法上の内容審査に基づいた保

⁴⁸ Helmuth Liesegang, BB 1991, 2381-2385.

⁴⁹ Liesegang は、フランチャイズ契約における従属的關係について Ekkenga の見解を参照している。:Vgl. Jens Ekkenga, Die Inhaltskontrolle von Franchise-verträgen, (1990), S.43-47.

⁵⁰ BGB242 条 [誠実及び信義に従った給付]

「債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義 [Treu und Glauben] が要請するところに従って給付を行う義務を負う。」

(国立国会図書館 [山口和人訳]・前掲注 41・3 頁。)

⁵¹ 旧 AGBG1 条 1 項

「普通取引約款とは、契約の一方当事者 (使用者) が、契約の締結に際して他方の契約当事者に設定する、多くの契約に用いるために予め定式化された全ての契約条件をいう。約款の諸規定が、外見上は契約書と分離されているかあるいは契約書自体に取り込まれているか、いかなる範囲に及ぶものであるか、いかなる種類の書体で記載されているか、および契約がいかなる形式をとっているかは、これを問わない。」

護をフランチャイジーは主張する余地があるという。フランチャイジーは同法 24 条にいうところの商人に該当するため、フランチャイジーが同法の内容審査を求める場合、商人に対する契約内容の審査（同法 9 条のみの審査）を受けるといふ。

第 3 に、フランチャイジーは、フランチャイズ契約を締結することによって、自らの行う行為のもたらす結果のみならず、フランチャイザーからもたらされる影響を受けるといふ事業者的リスクを引き受けていると Liesegang は指摘する。「事業者的リスク」とは、フランチャイジーがフランチャイズ契約を締結することにより、同契約特有の垂直協力的関係に入ることを自ら承諾していることを意味するといふ。したがって、フランチャイジーはフランチャイザーの経営方針や事業に関する決定に干渉することはできないと Liesegang は述べる。

3. Erdmann⁵² (1992 年)

Erdmann は、Liesegang と同様、フランチャイズ契約当事者間は垂直協力的関係であるとしていふ。これに加え、フランチャイズ契約と当事者間の関係は、構造的に非対等な関係であることを認めている。これらを前提として、契約を長期間に拘束することを禁じる旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a⁵³ の適用可否から、フランチャイジーの法的な取り扱いを分析する。

旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a は、2 年以上の契約期間を定める条項を非商人に対して用いることを禁じていふ。ドイツフランチャイズ協会によれば、フランチャイズ契約は 5 年以上が契約期間として予定されるのが通常であり、契約を更新するとさらに 5 年以上の期間が加わるといふ。Erdmann は、このような長期の契約期間になるときに、旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a の問題となる可能性があるとして指摘する。

Erdmann は、旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a の規制の範囲について、以下のように分析する。

まず、旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a は、消費者がしばしば予測することのできない契約上の義務から保護されるべき場合に規制の範囲を限定していふ。また、同条が対象とする契約は、たとえば通信教育や新聞・雑誌の定期購読などとされていふ⁵⁴。Erdmann は、独立して事業者になろうとするフランチャイジーを、たとえば雑誌の長期的な定期購入から保護されるような、同条の典型的な消費者と同じく扱うことはできないとし、フランチャイジーは同条の意味する消費者ではないとした。

次に、フランチャイジーは商人と扱われることから、非商人の保護を図ることを目的とする

(石田〔高嶋英弘〕・前掲注 39・12 頁。)

⁵² Erdmann, BB 1992, 795-797.

⁵³ 旧 AGBG 11 条 12 号 a [評価の余地のない禁止条項]

「普通取引約款において、次のものは無効とする。

12. (継続的債権関係における存続期間)

約款使用者による商品の定期的な供給または労務もしくは請負給付の定期的な提供を目的とする契約関係において、

a) 相手方当事者を 2 年を超えて拘束する契約存続期間]

(石田〔増成牧〕・前掲注 39・253 頁訳参照。)

⁵⁴ 同条は、「売買、請負、雇傭契約」を対象とし、具体的には新聞・雑誌の定期購読や、通信教育などが適用の対象とされていふ (石田〔増成牧〕・前掲注 39・254~255 頁参照。)

旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a が、フランチャイズ契約中の契約期間についての条項に対して適用されることはないとして Erdmann は指摘する。フランチャイジーが商人として扱われる根拠として、Erdmann は Oldenburg 高裁 1989 年判決を引用する。さらに、フランチャイジーが、例えば店舗の賃貸借契約といったフランチャイズの準備に必要な取引を行うことは、明らかに商法典（HGB）343 条⁵⁵にいう商行為に該当するということが根拠として示す。また、ある取引が商行為であるのか私的取引であるのかが不明な場合の区別基準となる商法典（HGB）344 条 1 項⁵⁶の観点からも、フランチャイズ契約は私的取引ではないということが根拠づけられるという。

以上の理由から、Erdmann は、独立して事業者となろうとすることを決心したフランチャイジーを典型的な消費者と同列に置いて保護することは妥当でないとし、旧約款規制法（旧 AGBG）上の「消費者」ではないとする。

第 2 款 各学説の考察と相違

1. 各学説の考察

学説は、起業のための契約締結時における「起業者」に相当する者の法的地位について、大きく 2 つの観点から分析を試みている。すなわち、「起業者」の取引経験や交渉能力といった「実質的」観点と、法解釈、特に HGB の解釈に基づく「起業者」の法的地位を重視する「形式的」観点である。以下では、これら 2 点の観点に着目して各学説の考察を行う。

(1) Von Westphalen

Von Westphalen は、「起業者」に相当する者と相手方事業者を同列に置くべきではないとする見解である。その根拠としてまず、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条が法的知識や取引経験のない者を保護する目的である点を挙げている（Koblenz 高裁 1986 年判決を支持）。次に、相手方事業者と「起業者」に相当する者がたとえ契約内容について交渉をしたとしても、それは実質的に交渉したとはいえないことを根拠としている。契約の締結時における「起業者」に相当する者には、商人と同程度の交渉力がなく、むしろ相手方事業者との交渉能力の差は商人・非商人間の差と同視できるという。すなわち、「起業者」に相当する者の取引的経験の不足と交渉力の不均衡を根拠としている。

(2) Liesegang

Liesegang は、「起業者」に相当する者であるフランチャイジーを相手方事業者と同列に置く

⁵⁵ HGB343 条 [商行為の概念]

「(1) 商行為は、商人の行為でありその商業の経営に属する行為すべてである。

(2) 1 条 2 項にあげる行為は、商人が通常は別の行為を目的とする商業の経営において締結した場合でも、商行為である。」

（谷本圭子「契約法における『消費者保護』の意義—適用範囲に着目して—（1）」立命 259 号（1998 年）123 頁訳参照。）

⁵⁶ HGB344 条 1 項 [商行為の推定]

「(1) 商人がなす法律行為は、疑わしいとき、その商業の経営に属するものとみなす。」

（谷本・前掲注 55・123 頁訳参照。）

見解である。まず、Liesegang によれば、フランチャイジーは商行為を行うことになるため商人であるとする。次に、Liesegang は、一方では、フランチャイズ契約当事者は垂直協力的関係であることを認めている。しかしながら他方では、フランチャイザーは契約当事者間の対等性に配慮してフランチャイズ契約を作成しなければならないこと、さらに、フランチャイズ契約特有の従属的關係に入ること（事業者のリスク）を自ら引き受けていると考えられるということも指摘している。これらを総合して、フランチャイジーはフランチャイザーと同列に置くことができるかと Liesegang は結論づけている。

以上から、Liesegang の見解は次のように考察することができよう。すなわち、フランチャイジーとフランチャイザーの関係は、その契約構造からいって実質的に非対等である。しかし、このような構造的な非対等性は、契約の作成時に要求される対等への配慮と、フランチャイジーの背負う事業者のリスクによって解消される。これに加え、フランチャイジーは（商法上）商人と解されていることから、実質的にはフランチャイザーと非対等な関係であっても、形式的にはフランチャイザーと同列に置くことが可能であると Liesegang は解していると考えられる。

(3) Erdmann

Erdmann は、非商人に対する具体的な約款規制の観点から、フランチャイジーをフランチャイザーと同列に置く見解である。その根拠は、以下の2点であるとする。まず第1に、新聞や雑誌の定期購読、通信教育などが規制の対象として予定されている旧約款規制法（旧 AGBG）11条12号aにいうところの「消費者」とフランチャイジーを同列には置けないこと。第2に、フランチャイジーは、（商法上、）商人と解されていることから、形式的にはフランチャイザーと同列に扱うことができること。このように、Erdmann はフランチャイジーをフランチャイザーと同列に置く見解であるが、Erdmann も Liesegang と同様に、フランチャイズ契約当事者間の関係は垂直協力的であり、実質的には非対等であることを認めている。

以上から、Erdmann の見解は次のように考察することができよう。すなわち、フランチャイズ契約当事者は互いに商人であっても、同契約の構造上、実質的にはフランチャイジーはフランチャイザーに劣位する者であると考えられる。しかしながら、フランチャイジーを旧約款規制法（旧 AGBG）11条12号aの予定する「消費者」と同視し、保護を与えるほどの劣位性をフランチャイジーに認めることはできない。以上から、少なくとも旧約款規制法（旧 AGBG）11条12号aに限っては、フランチャイジーはフランチャイザーと対等と扱われるべきであると Erdmann は解していると考えられる。

2. 学説間の相違

学説は、「起業者」に相当する者を商人として相手方事業者と対等であるとするか、非商人として相手方事業者と対等であると扱うべきではないかの2つの見解に分かれた。まず、「起業者」に相当する者を相手方事業者と対等に扱うべきとする見解である Liesegang と Erdmann は、その根拠としてフランチャイジーが商行為を行うことになる点を指摘している。両者が根拠とし

ているのはその点だけではない。Liesegang の場合、フランチャイズ契約における当事者は実質的には非対等な関係であると認められるものの、同非対等性は契約の作成時に要求される契約当事者間の対等性への配慮に加え、フランチャイジーは自ら非対等な関係に入るという事業者のリスクを負っていることから、フランチャイズ契約当事者間の関係は対等であると同視している。Erdmann の場合、旧約款規制法（旧 AGBG）11 条 12 号 a の予定している「消費者」とは同視できないこと、フランチャイズ契約そのものが商行為であることから、フランチャイジーとフランチャイザーは対等な関係にあるとしている。

「起業者」に相当する者を形式的に相手方事業者と対等と扱う以上の見解に対し、Von Westphalen は「起業者」に相当する者と相手方事業者とは非対等な関係と扱うべきであるという見解である。Von Westphalen によれば、契約を締結することによって初めて商人となる「起業者」に相当する者と相手方事業者との間には、商人と非商人間と同程度の交渉能力の差があるという。したがって、たとえ「起業者」に相当する者と相手方事業者とで契約内容について交渉が行われたとしても、そのような交渉は名目的でしかなく、旧約款規制法（旧 AGBG）1 条 2 項に反するとしている。

以上が各見解の相違点である。この時期におけるどの学説も、「起業者」に相当する者と相手方事業者が実質的には非対等な関係であることを認めている。Von Westphalen は、契約を締結することによって初めて商人となる「起業者」に相当する者には取引の経験が十分でないこと、交渉能力が相手方事業者に比べて劣位する点を指摘している。Liesegang と Erdmann は、フランチャイズ契約当事者間には「垂直協力的」関係があることを是認している。「垂直協力的」とは、Liesegang によれば、フランチャイジーはフランチャイザーの作成したルールに従わなくてはならないという従属的な関係であることを意味する。このように、「起業者」に相当する者と相手方事業者を対等な関係であると主張する見解であっても、その当事者は実質的に非対等な関係にあることを認めていたのである。

第 3 節 第 I 期の考察—「起業者」に相当する者に対する認識と法的取り扱い—

ここで、第 I 期における諸判決と学説状況について総合的な考察を加えることとしたい。

第 1 款 「起業者」概念の萌芽

以上の議論状況から、Koblenz 高裁 1986 年判決を「起業者」に対する認識についての問題提起をなした判決と位置付けることができよう。問題提起とは、「起業者」に相当する者と契約を締結した相手方事業者は、契約上の地位から実質的に対等な関係であると果たして判断されるべきか否かということである。Koblenz 高裁 1986 年判決の事案においては、以下のような問題提起がなされたといえる。すなわち、契約の締結によって初めて商人となる者が、商人である相手方事業者と契約を締結したからと言って、そのことをもって両者は互いに対等な関係であると判断されるべきであるかである。同判決を受けて、それ以降の諸判決と学説は、「起業者」に相当する者と相手方事業者との関係について議論を展開した。

このような問題提起と同時に、Koblenz 高裁 1986 年判決からは、「起業者」に相当する者に対する同裁判所の独自の認識を読み取ることが可能である。同裁判所は、契約締結時においては「起業者」に相当する者を相手方事業者に対し劣位にある者と取り扱うべきであるとし、契

約締結後においては相手方事業者と対等な者と取り扱うとした。つまり、「起業者」に相当する者とは、その取引段階によって法的な取り扱われ方が変化する者であることを示している。

Koblenz 高裁 1986 年判決を契機として始まった第 I 期の議論において、「起業者」に相当する者としては、「契約の締結によって初めて商人となる者」がまず挙げられる。学説上では主に、「フランチャイジー」がモデルとして考えられていた。そして「起業者」に相当する者の特徴について、Koblenz 高裁 1986 年判決と学説は共通して理解していたものと考えられる。すなわち、「起業者」に相当する者とは相手方事業者に対し実質的には非対等な関係にある者である。これは、Koblenz 高裁 1986 年判決と学説全体が、「起業者」に相当する者の実態の特徴を指摘していることから根拠づけられる。Koblenz 高裁 1986 年判決は、「起業者」に相当する者に取引の経験が不足していることを指摘する。Von Westphalen は、「起業者」に相当する者の取引経験の不足に加え、同人と相手方事業者との間には交渉能力の著しい不均衡が存在していることを主張する。Liesegang と Erdmann は、フランチャイジーがフランチャイズ契約の構造上、フランチャイザーに対し実質的に劣位することを認めている。以上から、第 I 期においては全体的に、「起業者」に相当する者の特徴について共通した理解をしていたといえよう⁵⁷。

第 2 款 第 I 期における「起業者」の法的取り扱いの根拠

第 I 期においては、「起業者」に相当する者が起業のためにする契約を締結する時点において、非商人として相手方事業者に劣位する者と扱われるべきか、商人として対等に扱われるべきかの見解が示された。そして、その根拠は大きく 2 つに分類することができると考えられる。

まず、「起業者」に相当する者は非商人として相手方事業者に劣位する者であるとする Koblenz 高裁 1986 年判決と Von Westphalen の見解は、「起業者」に相当する者に何か不足している、あるいは欠落していることを根拠としていることが特徴的である。具体的に示された根拠は、以下の 2 点である。まず 1 点めは、「起業者」に相当する者に取引の経験がないことである。2 点めは、「起業者」に相当する者の交渉能力が相手方事業者に比べ著しく不十分であることである。この 2 点の根拠は、「起業者」に相当する者が起業のためにする契約の締結に際し、契約内容を吟味したり変更するための交渉を行ったりするためには必要不可欠な要素である。

以上に対し、「起業者」に相当する者は商人として相手方事業者と対等な関係にある者とする Oldenburg 高裁 1989 年判決、Liesegang、Erdmann の見解は、起業のためにする契約から発生する義務の履行や非対等な関係への参入を、「起業者」に相当する者が自ら望んでいたとすることを根拠としていることが特徴的である。

第 I 期においては、「起業者」概念が萌芽したものとみられる。この時期においてはまだ、民事法上の「起業者」概念が定着したわけではなかったが、「契約の締結によって初めて商人となる者」とフランチャイジーが「起業者」にあてはまる者である。第 I 期における「起業者」の特徴として、学説全体と Koblenz 高裁 1986 年判決は、相手方事業者に対し実質的には非対等な

⁵⁷ Oldenburg 高裁 1989 年判決は、「起業者」の具体的状況について言及がなされているわけではないため、同判決が「起業者」の特徴をどのようにとらえていたかは判然としない。

者であると認めていたものとみられる。さらに、「起業者」に対する認識として、Koblenz 高裁 1986 年判決は、起業のためにする契約の締結時は相手方事業者に対し非対等な（劣位にある）者であり、その後対等な者へと変化していく者であるとした。

次に、「起業者」の法的取り扱いは、起業のためにする契約の締結時について見解が示され、大きく 2 つの立場に分かれた。すなわち、Koblenz 高裁 1986 年判決、Von Westphalen が主張するように、相手方事業者とは非対等な者であるとする立場と、Oldenburg 高裁 1989 年判決、Liesegang、Erdmann が主張するように、対等な者であるとする立場である。非対等と扱うべきとする見解は、「起業者」に相当する者の取引経験の不足と交渉能力の不均衡を重視している。これに対し、対等と扱うべきとする見解は、起業のためにする契約から発生する義務の履行や非対等な関係への参入を、「起業者」に相当する者が自ら望んでいたとすることを重視する。

第3章 「起業者」の法的取り扱い（第Ⅱ期）

第2章では、Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決と、「起業者」についての初期の学説を概観した。このように、ドイツ国内で「起業者」の法的取り扱いについてさまざまな見解が示されていたなか、欧州司法裁判所（EuGH）で「起業者」の法的取り扱いに関する重要な判決が 1997 年に下された。欧州司法裁判所 1997 年 7 月 3 日判決⁵⁸（以下、「Benincasa 事件判決」という。）である。同判決は、EU 加盟国であるドイツへも影響を与えた。翌年の 1998 年からは、ドイツ国内の法状況がめまぐるしく変化していった。商法典（HGB）をはじめ、旧約款規制法（旧 AGBG）、BGB の改正が行われ、「起業者」に関わる民事法上の条文が生み出された。法改正が次々に行われていたさなかである 2001 年には、Oldenburg 高裁が新たな「起業者」についての判断を示した。

このように、「起業者」に関わる法状況に大きな変動が生じた。さらに、これに伴い、学説の状況も新たな展開を迎えた。「起業者」に対する新たな認識が形成されるとともに、その新たな認識は、「起業者」の法的取り扱いの議論へも影響をもたらした。そこで本章では、以上のような法状況の変動に応じて学説が展開された時期を第Ⅱ期とし、同時期の学説状況について紹介・分析することとする。まず第1節において、学説に影響をもたらした諸判決と法改正について説明する。次に、第2節において学説状況を紹介し、相違を指摘する。第3節においては展開された学説について若干の検討を加える。

第1節 学説に影響を与えた諸判決と法改正

第Ⅰ期後の学説に影響を与えたのはまず、Benincasa 事件判決であった。同判決は欧州司法裁判所による「起業者」に相当する者についての初の判断であり、その後、フランチャイズに関する諸判決において参照・引用された。

第1款 欧州司法裁判所の見解

1. Benincasa 事件判決⁵⁹

(1) 事実の概要

歯科衛生用品の販売を専門とする Y は、イタリアで会社登録されたフランチャイザーであった。X は Y のフランチャイズ・チェーンをドイツで開業したいと考え、1992 年、ドイツにおいて店舗の設立と経営を目的としてフランチャイズ契約を締結した。同契約の約款には、同契約に関するあらゆる紛争については、イタリア国内の裁判所が受理すると裁判管轄条項が含まれていた。同条項は、X と Y がそれぞれが署名をすることで合意をした。同合意は、イタリア民法典（Codice civile）1341 条⁶⁰、1342 条⁶¹に基づいていた。X は Y とフランチャイズ契約を締

⁵⁸ EuGH, 3.7.1997, Rs. C-269/95, - Benincasa/Dentalkit. I-3788 - I-3800.

⁵⁹ EuGH, 3.7.1997, Rs. C-269/95, - Benincasa/Dentalkit. I-3788 - I-3800.

⁶⁰ イタリア民法典 1341 条

「(1) 契約当事者の一方により事前準備された普通契約約款（condizioni generali di contratto）は、相手方が契約締結時にこの約款を知ったか又は通常の配慮（ordinaria diligenza）を用いたなら知るべきであった場合には、相手方について有効である。

(2) 約款を準備した者の利益となるように、責任制限、契約から脱退する又は履行を中断する権限を定める、言い換えれば、契約相手の負担で、失権、抗弁権の制限、第三者との関係における契約自由への制約、無言の契約延期又は更新、仲裁条項や司法機関の管轄との抵触を認める条項は、書面により特別に同意されてい

結するまで、自営業を経営したことはなかった。

XはYのフランチャイズ・チェーン店舗を設置した。そして、店舗の開設時におけるYからの助言と支援に対し、Xは800万リラをYに支払った。その後、XはYから商品の仕入れを複数回行ったものの、仕入れ代金の支払いを行わないままに取引を停止した。

Xはドイツ・München地方裁判所に以下の点について提訴した。すなわち、ドイツ法にしたがえば当該フランチャイズ契約そのものが無効であること、ゆえに、フランチャイズ契約に準じて行った仕入れも無効であること。これに対しYは、Xと締結したフランチャイズ契約に含まれていた裁判管轄条項に基づけば、当該事件の裁判管轄はドイツの裁判所ではなく、イタリアの裁判所にあると主張した。

Xは、「民事又は商事に関する裁判管轄ならびに判決の執行に関する条約及び欧州司法裁判所のなす解釈に関する議定書に対する、デンマーク王国、アイルランドならびに、大ブリテン・北アイルランド連合王国の加盟のための条約」(以下、「条約」という。)5条1項1号⁶²に基づき、Xは実際に営業を開始したわけではなかったのだから、条約13条1項⁶³と条約14条1項⁶⁴の意味における「消費者」とみなされるべきであること、München地方裁判所に裁判権があることを主張した。

München地裁は、XとYの間で締結されたフランチャイズ契約中の裁判管轄への合意は有効であること、そして当該事件における問題は消費者と事業者との間で締結された契約ではないこととし、Xの請求を棄却した。これを不服とし、XはMünchen高裁へ控訴した。

原審であるMünchen高裁は手続きを停止し、欧州司法裁判所に対し先決問題として以下の点を提示した。すなわち、既に行われた営業的行為の目的のためにではなく、将来において初めて開始される営業的行為の目的のために締結された契約について、Xは条約13条1項と14条1項の意味する消費者であるか⁶⁵。

ない場合には、どのような場合であっても効力を有しない。」

(谷本圭子「イタリアにおける濫用条項の規制」立命298号(2004年)231頁。

⁶¹ イタリア民法典1342条

「(1) 一定の契約関係を画一的な仕方で規律するために事前準備された書式又は契約集(moduli o formulari)への署名によって締結された契約においては、書式又は契約集に付加された条項は、書式又は契約集の条項と矛盾する場合には、これらの条項が削除されていないとしてもこれらに優越する。

(2) さらに前条2項の規定も適用する。」

(谷本・前掲注60・231頁。)

⁶² 第5条1項1号

締約国の領域内に住所を有する者は、次に定める場合においては、被告として他の締約国裁判所の管轄に服する。

1. 契約または契約に基づく請求権が訴訟の目的であるときは、その義務が履行された地または履行せられるべき地の裁判所

(岡本善八「1978年『拡大EEC判決執行条約』(I)」同法31巻2号(1979年)85頁。)

⁶³ 条約13条1項

その者の営業上又は職業上の目的と異なる目的に基づく者(以下これを消費者という)により締結せられた契約に関する訴訟の管轄は、第4条並びに第5条第5号に定める場合を除き、次に掲げる契約については、第4節の規定するところによる。(岡本・前掲注62・89頁。)

⁶⁴ 条約14条1項

消費者は、契約の相手方に対し、その相手方が住所を有する締約国、もしくは消費者自身が住所を有する締約国のいずれの裁判所においても訴を提起することができる。(岡本・前掲注62・89頁。)

⁶⁵ 争点はこれ以外にも裁判管轄条項の有効性などについて提示されていたが、本稿では取り扱わないこととする。

(2) 判旨

欧州司法裁判所は、以下のように述べて、Xの請求を棄却した。まず、同裁判所によれば、条約13条1項の消費者とは、「職業的もしくは営業的行為に組み入れられえない目的のために行為する」者であるという。さらに、過去の欧州司法裁判所の判例⁶⁶に基づけば、条約13条1項の消費者とは「私的最終消費者 (privaten Endverbraucher, private final consumer)」に限定されるという。「私的最終消費者」とは、条約13条において列挙されている契約のうちの1つに拘束される者、そして、条約14条に基づく行為に関与する者のことである。しかしながら、自然人は同一の者であっても、一方では消費者、他方では事業者となりうる。よって、ある者が消費者であるか否かは、その者の個別具体的状況ではなく、契約におけるその者の地位から判断されるべきであるとした。契約における地位について、欧州司法裁判所は、以下に紹介する本事件法務官 (Generalanwalt) である Colomer がフランチャイジーを独立した事業者であるとした見解を欧州司法裁判所へ提示し、同裁判所がこれを支持した。以上から、次のような規範を欧州司法裁判所は見出す。個人が私的に、かつ、自己のために契約を締結することのみが、消費者保護に適合するという。そのような規定によって与えられる特別の保護は、以下の場合には不当である。すなわち、職業的もしくは営業的な行為を目的とする契約。また、ある行為が将来のためだけに計画された行為であったとしても、その行為は将来の行為の性質を帯びており、その事実は、職業的もしくは営業的な行為の特質を改めるわけではないという。したがって、条約13条1項と14条1項は次のように解釈されるべきであるという。当事者が職業的もしくは営業的な目的で契約を締結した場合、たとえそれが現在ではなく将来のためであったとしても、消費者とはみなされない。

結果として、Xは条約13条1項と14条1項の意味する消費者とはみなされなかった。

2. Benincasa 事件法務官 (Generalanwalt⁶⁷) 意見

Colomer⁶⁸ (1997年)

Colomer はまず、フランチャイジーの特徴を分析する。Colomer によれば、フランチャイジーとは、法的に独立した者であり、かつ、純粋な自営業者であるという。それは、以下の3つの根拠に基づいているとする。まず第1に、過去の欧州司法裁判所の判決⁶⁹から、フランチャイジーは、フランチャイザーのビジネスネームを掲げる店舗において特定の商品を「単に販売するだけの者」であることが認められること。第2に、Benincasa 事件原審 (München 高裁) 判決⁷⁰が、フランチャイジーが独立した事業者であることを、以下のように強調したこと。すなわち、フランチャイザーはその専門知識を利用して、自らの資本を投資することなく利益を得る。さらに、自営業を営むために必要不可欠な経験を持たないフランチャイジーは、相応の努力を

⁶⁶ Urteil vom 19. Januar 1993 in der Rechtssache C-89/91, Shearson Lehmann Hutton, Slg. 1993, I-181 - I-190.

⁶⁷ 法務官は、欧州司法裁判所の取り扱う事件について独立した立場から意見を述べ、同裁判所を保佐する者である。法務官の提出する意見は、裁判官の事案検討の基礎となり、裁判官の心証形成にも影響を及ぼす (須網隆夫「欧州連合における司法制度改革—ニュース条約による改革の検討—」早法82巻1号(2006年)29頁。)

⁶⁸ EuGH, 3.7.1997, Rs. C-269/95, - Benincasa/Dentalkit, S.3769 - 3787.

⁶⁹ EuGH, 28.1.1986, Rs 161/84, - Pronuptia, S.374-389.

⁷⁰ OLG München IPRstr. 1995 Nr.144 S.288-290.

することなくフランチャイザーの専門知識やノウハウなどを利用する権利と、フランチャイザーの商号に対する顧客の信頼から生じる利益を獲得することが認められる。第3に、1988年11月30日の4097/88号EEC規則⁷¹では、フランチャイズ契約とは2人の「事業者」によって締結されるものである、すなわち、2つの経済主体が商業的基盤の上で取引に入るものであると考えられていたこと。以上の3点から、Colomerはフランチャイジーとは独立した事業者であり、商行為を行う自営業者であると考えられるとしている。

次にColomerは、条約13条と14条の意味する「消費者」にフランチャイジーが適合するかを検討する。Colomerによれば、条約13条と14条にいう「消費者」とは、過去の欧州司法裁判所判例⁷²に基づき営業的もしくは職業的的行為を行わない「私的最終消費者」であるとする。そして、条約13条の「消費者」に適合するかどうかは、フランチャイジーの置かれた主観的な状況から判断されるべきではないという。それは、同一の自然人であっても、一方では「消費者」、他方では「事業者」となれるからだとする。したがって、条約13条の「消費者」にフランチャイジーが該当するか否かは、フランチャイジーの締結した契約の目的とその範囲から明らかとなるフランチャイジーの客観的な地位から判断されるべきであるとする。このような判断の仕方に基づく、明らかに商業的性質を持ち、「専門的活動 (actividad profesional)⁷³」に関わるフランチャイジーは、条約13条には適合しないという。さらに、契約の締結前に存在した個別具体的事情は問題とならないことから、このような主観的要素は考慮されるべきではないという。

確かに、フランチャイジーには事業経験がない場合もある。しかし、だからといって、契約を締結するという行為自体が営業的又は職業的的行為でないとは認められないとColomerは主張する。

Colomerによれば、フランチャイズ契約とは、その契約の枠内で営業的又は職業的的行為を行うことを意図して締結されるものであるから、フランチャイジーがフランチャイザーに対し単に劣位にあるということだけでは、条約の特別な保護を要求できないとし、フランチャイジーを条約13条の「消費者」とはみなすべきではないとする。

第2款 ドイツ国内における重要判決—Oldenburg高裁2001年11月12日決定⁷⁴—

欧州司法裁判所による見解が1997年に示された後、商法典(HGB)やBGB、旧約款規制法(旧AGBG)の法改正が始まった。その法改正が行われる中で、Oldenburg高裁は2001年、「起業者」の法的取り扱いについて新たな判断を示した。Oldenburg高裁2001年11月12日決定(以下、「Oldenburg高裁2001年決定」という。)は、Koblenz高裁1986年判決に端を発した、いわゆる「起業者」を商人とみなして相手方事業者と対等と扱うべきか否かの議論について判断を示した。

⁷¹ ABl. L359, S.46.

⁷² EuGH, 19.1.1993, Rs C-89/91, - Shearson Lehman Hutton, S.181-190.詳細は別稿に譲る。

⁷³ 専門的活動 (actividad profesional) の明確な定義はなされていないが、「職業的もしくは営業的な行為」という意味であるとみられる。Vgl. EuGH, 3.7.1997, Rs. C-269/95, - Benincasa/Dentalkit. I-3778.

⁷⁴ OLG Oldenburg, Beschl. v. 12. 11. 2001, NJW-RR 2002, 641.

1. 事案の概要

フランチャイジーである X は、前フランチャイザーである訴外 A と 1999 年 7 月 14 日、フランチャイズ契約を締結した。同契約は訴外 A によって作成された。その契約内容には、契約を原因として生じた紛争については、仲裁裁判所へ仲裁を申し立てることと定められた付録 4 が含まれていた。その後、訴外 A は、フランチャイザーの権利を Y へと移転した。(筆者注：X はフランチャイザーが Y に変わった後も営業を継続したが、X Y 間に何らかのトラブルが発生したものとみられる。トラブルの内容については、裁判例からは明らかではない。)

2000 年 11 月 21 日、Y は付録 4 に基づき仲裁裁判所に仲裁を申し立てた。これに対し、X は、付録 4 は旧約款規制法 (旧 AGBG) の規定に反すること、消費者権利指令 3 条 3 項付表 q⁷⁵の示す訴訟手続きについての不公正条項に該当し無効であるため、仲裁裁判所には権限がないと主張した。

原審である仲裁裁判所は、X の主張を棄却し、同裁判所に仲裁の権限があると判断した。これを不服として、X は Oldenburg 高裁へ控訴した。

2. 判旨

Oldenburg 高裁は、原審の判断を維持し、X の請求を棄却した。

同裁判所は、たとえフランチャイジーがフランチャイズ契約の締結時点において実際に事業を行っていなかったとしても、X はフランチャイズ契約の締結時点において商人ならびに事業者であり、Y と対等な者として取り扱われるべきとした。したがって、X は非商人ならびに消費者ではないため、同人の主張するような消費者権利指令 3 条 3 項付表 q の違反はないという。また、付録 4 は旧約款規制法 (旧 AGBG) の契約内容審査に係る規定 (同法 9 条) にも反しないという。

Oldenburg 高裁によれば、フランチャイジーのしたフランチャイズ契約の締結は、フランチャイジーが自ら事業者として行動したいという意思の表明と見ることができるという。それは、フランチャイズ契約を締結する者が、同契約の締結をもって、もはや商人に適用される特別法に従うこと、または、商人に適用される特別法を自らにも適用されることを望んでいることを法律交渉 (Rechtsverkehr) において表明していると考えられるからだという。それゆえ、フランチャイジーはフランチャイズ契約の初期段階から終期段階まで、首尾一貫して商人と扱われるべきであると Oldenburg 高裁は述べる。したがって、事業を開始するための準備行為となるフランチャイズ契約の締結も商法典 (HGB) 343 条の意味する商行為に適合するという。

Oldenburg 高裁は、本決定を下すにあたり、フランチャイジーを首尾一貫して商人と扱うべ

⁷⁵ 消費者権利指令 (Richtlinie 93/13 EWG) 3 条 3 項付表 q (不公正な条項)

「(本旨例の不評 (Annex) には、不公正であるとみなされるであろう条項の、例示的で、かつ網羅的なリストが含まれている。

付表 (q) [訴訟関連条項]

特に、消費者に対してもつばら紛争を法規定の適用のない仲裁に付することを要求し、消費者にとって利用可能な証拠を不当に制限し、もしくは法にしたがえば他方の契約当事者が負うべき立証責任を消費者に転嫁することにより、訴訟を提起し、または他の法的救済手段を講ずることについての消費者の権利を、排除または妨害する条項]

(比較法研究センター、潮見佳男編『諸外国の消費者法における情報提供・不招請勧誘・適合性の原則 (別冊 NBL, No.121)』(商事法務、2008 年) 211~212 頁。)

きではなく、契約の締結時点においては非商人ならびに消費者、締結後は商人ならびに事業者と扱うべきであるという見解が存在することにも言及している。しかし、同裁判所は、そのような反対見解の示す根拠が適切でない指摘する。すなわち、フランチャイジーを含むいわゆる「起業者」は、契約の締結時点においては営業的経験に乏しく、それゆえ旧約款規制法（旧 AGBG）の保護が与えられるべきという反対見解の根拠は、有用な判断のメルクマールになりえないという。それは、契約の締結時点において営業的経験の乏しい「起業者」に相当する者が、契約の締結によって営業的経験をどのように得るのが明白でないからであるという。また、いわゆる「起業者」は契約の締結後は商人に適用される特別法に従わなければならないため、商人と扱われるべきであるとする。さらに、経済的利益を得ることになるような契約締結の際には、「起業者」に相当する者は通常、そのような契約について詳細に調べ、自ら検討するはずであるとして、Oldenburg 高裁は反対見解の根拠について反論する。

Oldenburg 高裁は以上の判断理由に加え、同裁判所の判決がいわゆる「起業者」を消費者とみなさない根拠として、Benincasa 事件判決における消費者概念と適合することを述べる。すなわち、たとえ現在ではなく将来において事業を行うことを予定していたとしても、将来において初めて開始する行為が重要であるという。したがって、将来において事業を行うのならば、現在における行為もその職業的または営業的性質を備えることに変わりはないのが事実だから、フランチャイジーを消費者とみなすことはできないとしたのである。

第 3 款 法改正

1. 旧約款規制法（旧 AGBG）24 条の改正

1998 年、商法典（HGB）の改正が行われた。これに伴い、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条も改正され、同条における「商人」は「事業者」の文言に改められた。「事業者」という文言へ変更されたのは、商法典（HGB）中における商人概念が変更されたにも関わらず、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条においても「商人」の文言が維持されると、従来は同条の保護を受けなかった小商人が保護を受けることになってしまうという実務上の不都合を回避するためであった⁷⁶。しかしながら、「事業者」という文言へ改められたことにより、その概念や意義はかつての「商人」とは異なるものとなったのか否かは不明であった。「商人」と「事業者」の概念や意義が同一であるべきか否かについては、改正後しばらく見解が分かれていたものの、結局同一であるという見解が有力となった。したがって第 II 期では、「起業者」の法的取り扱いについて、商人あるいは事業者の文言が議論において混在しているが、これらに概念や意義の違いはない。

2. BGB 改正—「消費者」「事業者」概念規定の新設

その後、2000 年には BGB が改正され、消費者概念を定める規定が 13 条⁷⁷として、事業者概

⁷⁶ 石田〔谷本圭子〕・前掲注 39・136 頁。

⁷⁷ BGB13 条〔消費者〕

「消費者とは、専ら自己の営業活動にも、自己の独立した職業活動にも帰することができない目的のために法律行為を行う自然人をいう。」

（山口和人『総則』（国立国会図書館調査及び立法考査局、基本情報シリーズ①9 ドイツ民法 I、2015 年）7 頁訳。）

念を定める規定が 14 条⁷⁸として、それぞれ創設された。BGB 中に消費者概念と事業者概念が新設されたのには、次のような理由がある。ドイツでは、消費者保護に関する EC 指令の国内法化は、それまでは特別法の立法が既存の法律の改正により行われてきた。しかし、90 年代後半には特別法が乱立し、類似の条項であっても互いに要件や効果が一致しない状況が多発した。このような事態を受け、ドイツ政府は消費者保護に関する特別法を BGB へ統一することを決定した⁷⁹。その結果、それまでは割賦販売法（Abzahlungsgesetz）や訪問販売撤回法（Haustürwiderrufsgesetz）などの特別法でそれぞれに規定され、さらに要件や効果も散逸的であった消費者契約における撤回権（Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen）が、BGB355 条以下で体系的に規定された。その際、消費者概念・事業者概念の内容それ自体は、EC 指令において使用される定義がそのまま踏襲されたため、立法者が現行法の消費者概念及び事業者概念を再検討する必要はなかった。当時、EC 指令における消費者の定義は「消費者とは、本指令の対象とされる契約において自己の営業、事業又は専門職業の外にある目的のために行う行為する全ての自然人をいう」⁸⁰とされていた。そして、ある自然人が消費者であるか否かは、その法律行為が消費者行為（Verbrauchergeschäft）であるか事業者行為（Unternehmergeschäft）であるかで決定される。すなわち、「専ら自己の営業活動にも、自己の独立した職業活動にも帰することができない目的のために」⁸¹行われた法律行為であれば消費者行為であり、それ以外の法律行為は事業者行為とされる。消費者とされると、BGB に規定されている消費者保護規定（たとえば、BGB355 条⁸²に基づく消費者撤回権など）の適用を受けられる。

BGB の中に「事業者」概念規定が加えられるとなれば、商法典（HGB）の「商人」と BGB の「事業者」とは、同概念になるのか、あるいは類似はしていても別の概念になるのかが問題となる。しかし、立法者はそのような「商人」と「事業者」の関係について考慮しなかったという。この点について BGH が問題を指摘したが、（現在でも）両者の関係は明らかではない⁸³。

3. さらに BGB の改正—消費者特別法の統合

2002 年には、旧約款規制法（旧 AGBG）は BGB へと吸収され、旧約款規制法（旧 AGBG）

⁷⁸ BGB14 条 1 項〔事業者〕

「事業者とは、法律行為を自己の営業活動又は自己の独立した職業活動として行う自然人若しくは法人又は権利能力を有する人的会社をいう。」

（山口・前掲注 77・7 頁訳。）

⁷⁹ Vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 14 / 2658, 09. 02. 2000. S. 29.

⁸⁰ ABIEG Nr. L95 vom 21. April 1993 S.29.

⁸¹ 山口・前掲注 77・7 頁。

⁸² BGB355 条〔消費者契約における撤回権〕

「(1) 消費者に対し法律により、この規定による撤回権が認められている場合において、消費者が、期間を遵守してその意思表示を撤回したときは、消費者および事業者は、契約の締結に向けて行われた各々の意思表示に拘束されることはない。撤回は、事業者に対する意思表示によって行う。その意思表示からは、契約の撤回に対する消費者の決断が一義的に読み取れなければならない。撤回は、理由を含むことを要しない。期間の遵守には、撤回の適時の送付で十分とする。

(2) 撤回の期間は、14 日間とする。撤回の期間は、別段の定めがない限り、契約締結時に開始する。

(3) 撤回がなされた場合には、受領した給付は、遅滞なく返還しなければならない。法律が、返還の最長期間を定めているときは、その期間は、事業者に対しては、撤回の意思表示の到達時に、消費者にとっては、撤回の意思表示の発信時に開始する。消費者は、この期間を、商品の適時の発送により遵守するものとする。事業者は、撤回の場合において、返送の危険を負担する。」

（山口・前掲注 41・36 頁訳。）

⁸³ Micklitz/Purnhagen, Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage (2015), Vor §§13,14 Rn.115.

24条は現 BGB310条1項⁸⁴となった。これに加え、旧 BGB507条(現 512条)⁸⁵が新設された。同条は、「起業者」が50,000ユーロ(現行規定では75,000ユーロ)以下の消費貸借を行った場合には、「起業者」を消費者とする規定である。つまり、BGBの中に「起業者」という言葉が盛り込まれ、さらに一定額までの消費貸借については消費者として保護を受けることが可能になったのである。この旧 BGB507条(現 512条)は、旧消費者信用法(Verbraucher Kredit Gesetz, 旧 VerbrKrG)が BGBに統合された結果生まれた規定であった。旧消費者信用法(旧 VerbrKrG)は1990年に制定された法律で、借主が「未だに実施されて」いない営業活動もしくは独立の職業活動のために信用を受ける場合であれば、商人も一定額までは同法によって保護されると解されていた⁸⁶。つまり、旧消費者信用法(旧 VerbrKrG)においては、与信を受ける目的が起業のためであったとしても、一定額までの与信であれば「起業者」も消費者として保護を受けられる余地があったのである。

旧 BGB507条(現 512条)によれば、50,000ユーロ(現在は75,000ユーロ)までの金銭消費貸借については、「起業者」にも消費者保護規定が適用される。ところが、「起業者」が金銭消費貸借契約以外の法律行為を行う場合について、同条の解釈が2つに分かれた。まず、「起業者」は当然に BGB14条に基づく事業者と扱われるべきであるとする解釈である。そしてもう1つは、旧 BGB507条(現 512条)を「起業者」の消費者的性質の1例と位置付け、一定額の金銭消費貸借契約以外の法律行為についても「起業者」は当然に BGB13条に基づく消費者と扱われるべきとする解釈である。

以上のように、第Ⅱ期においては、旧約款規制法(旧 AGBG)における「起業者」に相当する者の法的取り扱いから、BGBにおける「起業者」の法的取り扱いへと議論が移行した。特に、

⁸⁴ BGB310条1項〔適用範囲〕

「第305条第2項及び第3項、第308条第1号、同条第2号から同条第8号まで、並びに前条の規定は、事業者、公法人又は公法上の特別財産に対して用いられる普通取引約款には、適用しない。第307条第1項及び第2項の規定は、第308条第1号、同条第2号から第8号まで及び前条に掲げる契約規定の効力不発生をもたらす限りにおいて、前文の各場合についても適用することとし、商取引において効力を有する慣習及び慣行は、適切に考慮しなければならない。第1文の各場合においては、第307条第1項及び第2項並びに第308条第1a号及び第1b号を適用し、これらの契約には、工事の発注及び契約規則B部(VOB/B)が、契約締結の時点における各々の文言において、内容を変更することなく全体として編入されるが、個々の規定の内容の規律に関しては、適用しない。」

(山口・前掲注41・19頁訳。)

⁸⁵ BGB512条〔生存基盤設定者への適用〕

「第491条から前条までの規定は、別段の規定がない限り、貸金実額又は現金支払価格が75,000ユーロを超えるときを除き、貸金、支払猶予又はその他の資金調達援助を営業上又は独立職業上の活動を開始するために供与され、又はこの目的のために分割提供契約を締結する自然人にも適用する。」

(山口・前掲注77・70頁訳。)

「生存基盤設定者」は「起業者」を意味する。「起業者」は筆者による訳である。本稿において「生存基盤設定者」という訳を選択しなかったのは、確かに Existenzgründer は、生存基盤(Existenz)を設定する者(Gründer)ではあるが、近年の学説・諸判決によれば、既に生存基盤を有する者の行った事業行為も BGB512条に基づき消費者保護が与えられる余地が見出されている(たとえば、既にパン屋を営む者が、店内に喫茶スペースを新設するべくコーヒーメーカーをリースする場合。当該法律行為は、パン屋という事業の延長と位置付けられて事業行為とみなされるべきか、それともコーヒーの提供については別の事業行為であると位置づけられて消費者行為とされる余地があるのかが議論されている(不慣れた従属的事業(Branchenfremde Nebengeschäfte))。MünchKomm/Micklitz, §13 Rn.71f.)。以上の理由と、第1章の分析でも明らかにしたように、Existenzgründer とは、生存基盤の設定であるか否かを問わず、もっぱら起業のために事業を開始する者で、かつ、初めて起業をする者であると解されるため、「起業者」とした。

⁸⁶ 谷本(泉)圭子「ドイツ消費者信用法(1990年)について(1)」民商107巻4・5号(1993年)723~724頁。

旧 BGB507 条（現 512 条）に関連し、「起業者」を BGB13 条にいう消費者と扱うべきか、それとも BGB14 条の事業者と扱うべきかの解釈が問題となった。

第 2 節 学説の展開

第 1 款 学説の状況

種々の法改正と裁判例を経て、学説は「起業者」に相当する者の特徴と法的取り扱いについて、第 I 期よりも具体的に分析を行うようになった。特に、フランチャイズ契約などの締結時における「起業者」に相当する者の法的取り扱いについて検討している。

1. Makowski⁸⁷（1998 年）

Mankowski は、Benincasa 事件判決について評釈を行い、同判決を支持する。Mankowski は、初めて販売取引を行うような者や、初めて自営業を営む者の場合、必ずしも商売を営む者、あるいは自営業者としての経験を有しているわけではないことを認める。それは、商売を営む者、あるいは自営業者は時の経過とともに初めて実際の事業経験をすることになるからであるという。したがって、初めて自営業者となる者が、新たに事業行為を開始するような契約を締結する場合は、その自営業者にとっては常に初めての契約締結になるはずであるという。しかしながら、初めて事業行為を開始する契約を締結する場合であっても、既に営業的経験を有している者と同様に扱われるべきであると Mankowski は主張する。それは、初めて自営業者となる者は、事業者のように行動することを意図している、すなわち独立的または営業的に活動することを決意していると考えられるからだという。これに加え、初めて自営業者となる者は、活動範囲を事業の範囲にも広げ、そして、営業的取引に適用される法に従うことも決意しているからだという。同時に、そのような事業者の法に従うことは事業的リスクの一部であると考えられ、初めて自営業者となる者はこれを引き受けることも決意していると Mankowski は指摘する。つまり、初めて自営業者となる者が営業的に行為すると決意しているのならば、もはや消費者に対する保護を放棄していると考えられるというのである。

Benincasa 事件判決は、初めて自営業者となる者の行う法律行為が事業者行為であるか否かを判断する基準を示した。すなわち、起業のために締結される契約は、条約 13 条に基づく消費者保護の領域外であるとした。この点に意義があると Mankowski は評価する。

2. Werner⁸⁸（2000 年）

Werner の見解は、旧約款規制法（旧 AGBG）が BGB に統合される前の、同法 24 条が改正された時期に発表されたものである（第 1 節第 3 款 1 に該当する）。したがって、未だに BGB 中に消費者概念規定、事業者概念規定が創設される前の見解である。

Werner は、契約の締結によって初めて事業者（改正前は商人）となる、いわゆる「起業者」

⁸⁷ Peter Mankowski, JZ 1998, 898 - 902.

⁸⁸ Werner/Erman, §24 AGBG Rn.5.

について、以下のように見解が対立していると整理する。すなわち一方では、「起業者」に相当する者は起業のためにする契約の締結によって初めて事業者となることから、商人あるいは事業者として扱われるべきではないとする Koblenz 高裁 1986 年判決の見解がある。他方では、「起業者」に相当する者は、遅くとも起業のための契約の締結時以降から通常の商人が払うべき注意義務を負うべきであり、さらに、同契約の締結後に行うであろうさらなる法律行為に向けて準備を整えておくべきであることから、商人あるいは事業者と扱われるべきとする Oldenburg 高裁 1989 年判決の見解がある。以上の見解の対立に対し、Werner は、「起業者」に相当する者が起業のためにする契約の締結を行うことについては、商人あるいは事業者と扱うことはできないとする。それは、事業者の定義が、既に営業的もしくは独立した職業的行為を行っていることに由来しているためであると Werner は指摘する。

3. Von Westphalen⁸⁹ (2001 年)

Von Westphalen は、Koblenz 高裁 1986 年判決への評釈において、起業者の交渉能力の劣位性に着目し、起業者は非商人であるとしていた。2001 年に発表した見解では、フランチャイズ契約におけるフランチャイジーの消費者性について検討している。ここで紹介する同見解は、消費者概念規定と事業者概念規定が BGB 中に創設された時期に発表された（第 1 節第 3 款 2 の時期に該当する）。消費者信用法（旧 VerbrKrG）はまだ BGB に統合されておらず、したがって旧 507 条（現 512 条）は存在していない時期の見解である。

Von Westphalen はまず、過去の BGH の判例⁹⁰によれば、起業を行うフランチャイジーが旧消費者信用法（旧 VerbrKrG）1 条 1 項の意味における消費者と扱われることを指摘する。同法の予定する消費者とは、「既に行われ」ていない営業的行為のために与信を受ける者のことである。このような要件の解釈について、フランチャイズ契約においては次の 2 つの区別が考えられると Von Westphalen は指摘する。すなわち、まず第 1 に、それまで自営業をしたことのない者がフランチャイズ契約を締結後、仕入れを行うための資金獲得の目的で与信を受ける場合、フランチャイジーによるフランチャイズ契約の締結行為が営業的行為とみなされるか否か。第 2 に、フランチャイジーがその営業を既に開始し、同時に、世間に対して自らが事業者であることを表明していたか否か⁹¹。しかしながら、BGH1994 年 12 月 14 日判決⁹²は、フランチャイズ契約の締結が起業を行う行為の一部と認められるのであれば、同契約におけるフランチャイジーを消費者とみなすとした。つまり、BGH は Von Westphalen の指摘した 2 つの区別によるのではなく、「起業者」に相当する者が起業のためにフランチャイズ契約を締結する場合であるか否かによって旧消費者信用法（VerbrKrG）上の消費者であるか否かを判断するとしたのである。

このような BGH1994 年 12 月 14 日判決の考え方は、旧消費者信用法（VerbrKrG）上の事業者であるかの判断についても妥当すると Von Westphalen は主張する。つまり、フランチャイズ契約の場合、同契約の締結は実際に経営が開始される以前に行われることから、フランチャイ

⁸⁹ Graf v. Westphalen in Röhrich Graf v. Westphalen HGB 2.Aufl. Kapitel. III. S.2194-2250.

⁹⁰ BGH v. 14.12.1994 - VIII ZR 46/94, NJW 1995, 722.

⁹¹ Vgl. Martinek/Semler, Hdb. des Vertriebsrechts, §19 Rn.47.

⁹² BGH v. 14.12.1994 - VIII ZR 46/94, NJW 1995, 722.

ジーはフランチャイズ契約の締結によって、旧約款規制法（旧 AGBG）24 条の意味における事業者の地位を獲得したということとはできないというのである。また、フランチャイザーとフランチャイジーとの間の契約は、フランチャイジーが実際にフランチャイズ経営を開始し、その経営の開始をもって事業を営むことを公に表示する時点より以前に締結される。このような観点からも、フランチャイジーはフランチャイズ契約の締結によって旧約款規制法（旧 AGBG）上の事業者の地位を得ておらず、消費者として保護されるべきであるという。

4. Prasse⁹³（2002 年）

Prasse の見解は、種々の法改正が完了し、BGB 中に旧 507 条（現 512 条）が規定された時期に発表された（第 1 節第 3 款 3 の時期に該当する）。

Prasse によれば、BGB 改正前まで「起業者」の法的取り扱いをめぐる問題は、もっぱら旧約款規制法（旧 AGBG）24 条が適用されるか否かの側面から検討され、旧消費者信用法（旧 VerbrKrG）の側面からは言及されてこなかったという。それは、同法にいう消費者とは、事業目的で信用貸しを利用しない者とされていた⁹⁴ためであったという。しかし、法改正により旧約款規制法（旧 AGBG）も旧消費者信用法（旧 VerbrKrG）も BGB に統合されると、規定の内容変更も行われた。これによって問題状況が変化したという。たとえば、「起業者」の中でも特にフランチャイジーは、フランチャイズ契約の締結まで独立した行為を行わない範囲内で自然人であると解されるという。しかし、フランチャイズ契約の締結時以降、フランチャイジーは事業者行為を準備・開始するため、フランチャイズ契約の締結によってフランチャイジーは BGB14 条の意味における事業者になると解されるのかという問題が生じたという。

さらに、「起業者」の行う法律行為について、以下のように学説状況は変化したとする。まず、旧消費者信用法（旧 VerbrKrG）の規定が反映された旧 BGB507 条の立法に際し、立法者が「起業者」を原則的に消費者（BGB13 条）と取り扱っているのか事業者（BGB14 条）と取り扱っているのが問題となる。Prasse によれば、旧 BGB507 条（現 512 条）は消費者保護の例外規定であるのみで、消費者保護の一般原則的な規定ではないという。それは、立法者が「起業者」を BGB13 条の消費者とは取り扱わないために新設されたのが旧 BGB507 条（現 512 条）であるからだとする。つまり、起業者は旧 BGB507 条（現 512 条）以外の領域では消費者保護の対象外になるというのである。

次に、立法者が還俗的に「起業者」を BGB13 条の消費者と取り扱っていないのであれば、起業のためにする契約の締結によって「起業者」を BGB14 条の事業者と取り扱うべきなのが問題となる。Prasse は、「起業者」が BGB13 条の消費者とみなされないからといって、即座に BGB14 条の事業者となるわけではないと指摘する。それは、同条にいう事業者とは、営業的または独立した職業的行為を「行う」者である一方、旧 BGB507 条（現 512 条）の「起業者」

⁹³ Prasse, ZGS 2002, 354 - 356.

⁹⁴ 旧 VerbrKrG1 条 1 項

「本法は、営業活動もしくは職業活動の実施において信用を供与する人（与信者）、または信用を仲介もしくはあっせんする人（信用仲介者）と、信用が契約内容によれば既に行われている営業活動もしくは独立の職業活動を目的とするときを除き、自然人（消費者）との間の信用契約及び信用仲介契約に適用する。」（谷本・前掲注 86・115 頁。）。

とは、独立した職業的行為を「開始する」ために契約を締結する者と規定されているためであるとする。Prasse は、立法者がこのように文言を区別して用いていることから、起業のためにする契約の締結時における「起業者」を直接的には事業者（BGB14 条）と取り扱うべきではない考えである。

以上に加え、Prasse は、フランチャイズ契約においてフランチャイジーが経営に関するノウハウをフランチャイザーから得るのは、同契約の締結後であることを指摘する。つまり、フランチャイズ契約の締結によって瞬間的に、フランチャイジーは事業者とみなされるほどの経験は得られていないというのである。この点につき、Oldenburg 高裁 2001 年決定が、フランチャイズ契約の締結によってフランチャイジーは事業者になると判断しているが、この判断に従えば、フランチャイジーは実際に営業を開始する前日までは、フランチャイズ契約締結前に持っていなかった事業者としての能力を得ていなければならない、と Prasse は批判する。

5. Heinrichs⁹⁵ (2005 年)

Heinrichs によれば、「起業者」はその事業者行為を開始するまでは BGB13 条にいう消費者であるという。しかし、起業のためにする契約の締結時においては、起業者は BGB13 条の消費者ではないとする。それは、起業者は将来的には事業を拡大させたり、あるいはさらに新たな事業を始めるであろうからだという。

第 2 款 各学説の考察と相違

1. 各学説の考察

(1) Mankowski

Mankowski は、初めて自営業者となる者、すなわち「起業者」には事業の経験がないという実態を認める。しかし、「起業者」が事業者として行動することを決意している限り、事業者として扱われるべきであるという。具体的には、独立的または営業的に活動すること、営業的な取引に対して適用される法に従うということを「起業者」が決意するというのは、自ら事業者のリスクを引き受けたと考えられるのだという。このように事業者のリスクを引き受けるというのは、もはや消費者に対する保護を自ら放棄しているのと同視できることから、「起業者」は事業者と扱われるべきであるとする。

Benincasa 事件判決は、初めて自営業を開始する場合のフランチャイジーが、以上のような決意を行い事業者のリスクを負ったとみなされるのは、フランチャイズ契約の締結時であることを明らかにした点に意義があると Mankowski は評価している。

(2) Werner

Werner は、ある者が事業者と扱われるには既に事業者行為を行っている必要があるとする。したがって、起業のためにする契約の締結時における「起業者」に相当する者は、その時点において事業者行為を開始したわけではないことから、事業者と扱われるべきではないとする。

(3) Von Westphalen

Von Westphalen は、旧消費者信用法（VerbrKrG）の意味における消費者が、「既に行われ」て

⁹⁵ Heinrichs/Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, (2005) 64.Aufl., §13 Rn.3.

いない営業的行為のために与信を受ける者であると解釈されている点に着目する。さらに、フランチャイジーが同法の意味における消費者と取り扱われるべきか否かについては、起業のためにフランチャイズ契約を締結したと解される場合には、フランチャイジーを消費者とみなすとした別の BGH 判決を支持する。以上の旧消費者信用法 (VerbrKrG) の考え方は、旧約款規制法 (旧 AGBG) に基づく事業者であるか否かについて判断する際にも用いられるべきであると Von Westphalen は主張する。すなわち、フランチャイズ契約の締結が起業のために行われたのであるならば、同契約の締結を根拠にフランチャイジーを事業者とみなすべきではないという。また、フランチャイズ契約の締結は、フランチャイジーが実際に営業を開始する以前に行われるのであり、旧消費者信用法 (VerbrKrG) に基づけば、そのような者は消費者とみなされることから、フランチャイジーは旧約款規制法 (旧 AGBG) 上の消費者と扱われるべきであると主張する。

(4) Prasse

Prasse は、法改正により「起業者」をめぐる法状況が第 I 期から大きく変化した点を指摘する。すなわち、従前は起業のためにする契約の締結時点における「起業者」に相当する者は、旧約款規制法 (旧 AGBG) 24 条にいう商人であるか否かが問題となっていた。しかし、法状況が変化したことにより、まず、起業のためにする契約の締結前については、事業者行為を行わない限りにおいて「起業者」を BGB13 条にいう消費者と扱うことができるという。ところが、起業のための契約締結時以降、「起業者」は事業者行為を開始することになるということを根拠に BGB14 条にいう事業者と扱われるべきかが問題となったという。

さらに、学説状況も変化し、旧 BGB507 条 (現 512 条) の解釈をめぐり、同条の立法者が「起業者」を原則的に事業者 (BGB14 条) とみているのか、あるいは消費者 (BGB13 条) とみているのかが問題となるという。Prasse によれば、旧 BGB507 条 (現 512 条) とは消費者保護の例外規定であるにすぎず、一般原則的規定ではないことから、立法者は「起業者」を原則的に事業者 (BGB14 条) と扱っていると考えられるのだという。

以上の状況において、Prasse は、起業のためにする契約の締結時における「起業者」を事業者と取り扱うべきであるかについて検討を行う。Prasse は、BGB14 条にいう事業者とは、事業者行為を「行う」者であると規定されている一方で、旧 BGB507 条 (現 512 条) における「起業者」とは、事業者行為を「開始する」ために契約を締結する者であると規定されている点に注目する。このように立法者が「行う」と「開始する」という文言を使い分けていることから、Prasse は、起業のためにする契約の締結時における「起業者」を BGB14 条にいう事業者と取り扱うべきではないとする見解である。

以上から、Prasse は、「起業者」とは基本的に BGB14 条にいう事業者と考えており、一定額の消費貸借契約については例外的に消費者と取り扱われる (旧 BGB507 条 (現 512 条) とする。しかしながら、起業のためにする契約の締結時においては、BGB14 条と旧 BGB507 条 (現 512 条) の文言が立法者によって区別されて用いられていることから、消費者でもなく事業者でもないとする考えである。

Prasse は以上に加え、フランチャイズ契約における事業者的な経験について言及する。すなわち、フランチャイザーから提供されるノウハウは事業者的经验と Prasse は考えている。そし

て、そのノウハウがフランチャイジーへと提供されるのは、フランチャイズ契約の締結後であると指摘する。すなわち、フランチャイズ契約の締結時においてフランチャイジーは未だに事業者的な経験を得ていないのだという。

(5) Heinrichs

Heinrichs は、「起業者」とは、一方で事業者行為を行うまでは BGB13 条に基づく消費者と取り扱われるべきであるとする。しかし他方で、起業のためにする契約の締結時においては、「起業者」は BGB13 条の消費者ではないとする。

2. 学説間の相違

Mankowski の見解は、「起業者」が事業者として行為することを決意していることは、もはや消費者保護を受けることを放棄しているのだとする。したがって、相手方事業者との間に事業の経験の不均衡という実態が存在したとしても、自ら事業者として扱われるリスクを負った「起業者」を保護するべきではないと考えている。フランチャイズ契約の場合、フランチャイジーが事業者的リスクを負ったといえるのはフランチャイズ契約の締結時であるとする。しかし、その他の見解は、フランチャイズ契約の締結時、すなわち起業のためにする契約の締結時における「起業者」を少なくとも事業者とは解さない。Werner、Von Westphalen は、起業のためにする契約の締結時においては、「起業者」はまだ事業者行為を行っていないため、相手方事業者に劣位する者であるとする。Von Westphalen はまた、起業のためにする契約の締結そのものが BGB13 条にいう消費者行為と扱われる考えであるとみられる。Prasse は、BGB 規定の文言が区別して用いられていること、立法者は原則的に「起業者」を事業者として取り扱っていると考えられることから、起業のためにする契約の締結時における「起業者」は消費者でも事業者でもないとする。Heinrichs は、「起業者」が事業者行為を行うまでは消費者であるとする。ただし、起業のためにする契約の締結行為については、事業者行為と解している。

第 3 節 第 II 期の議論の考察

第 II 期においては、さまざまな法改正を経て法状況が二転三転した。第 I 期から大きく変わったのは、BGB 中に消費者法の規定が組み込まれたことである。この法改正は、「起業者」に対する認識に大きな影響を与えたと考えられる。「起業者」の法的取り扱いについては、2つの見解に分かれ、さまざまな根拠が示された。

まず、Benincasa 事件判決は、欧州共同体における「起業者」に相当するフランチャイジーの法的取り扱いについて判示した。同判決はまず、条約 13 条と 14 条にいう「消費者」とは「私的最終消費者」であるとし、消費者概念の拡張を認めなかった。これに加え、自然人は消費者にも事業者にもなれることから、フランチャイズ契約当事者の主観的な個別具体的状況、すなわちフランチャイジーがフランチャイザーに劣位する者であることを重視すべきではないとする。重視すべきなのは、フランチャイズ契約におけるフランチャイジーの地位であるという。そして、同判決の法務官である Colomer の意見によれば、フランチャイズ契約そのものが、事業者によって締結される性質の契約であると考えられていることなどにに基づき、フランチャイズ契約におけるフランチャイジーは独立した事業者であるという。このような Colomer の意見

は Benincasa 事件判決に影響を与え、フランチャイズ契約におけるフランチャイジーの地位は事業者であると考えられるとされた。Mankowski は同判決を支持している。

Benincasa 事件判決は、ドイツ国内の判決である Oldenburg 高裁 2001 年決定に影響を与えた。Oldenburg 高裁 2001 年判決は、フランチャイズ契約締結という行為が、フランチャイジーにとってもはや商人（現在では事業者）に適用される特別法に従うこと、また、そのような特別法が自らに適用されることを望んでいるというフランチャイジーの意思を示す行為であると解した。同裁判所は結論として、フランチャイジーをフランチャイズ契約締結の前後を問わず、はじめから商人（事業者）と取り扱うべきであるとした。このような判決に対し、少なくともフランチャイズ契約の締結時点においては非商人（現在では消費者）とフランチャイジーを扱うべきという反論を想定し、この反論について Oldenburg 高裁は以下のように主張する。反論に基づけば、フランチャイズ契約の締結時において営業的な経験に乏しいフランチャイジーは非商人（消費者）と扱われ、フランチャイズ契約の締結後においては商人（事業者）と扱われる。つまり、フランチャイジーは契約の締結の瞬間において営業的経験をj得て、契約当事者間の非対等性を解消すると考えられるが、そのような営業的経験をどのようにフランチャイジーは得るのかが明らかにされておらず、説得力に欠けるとしている。さらに、反論に従ったとしても、フランチャイズ契約の締結後は、商人に適用される法がフランチャイジーに対しても適用されることになるため、結局、有用な判断のメルクマールになりえないとした。さらに、経済的利益を得ることになるような契約を締結するに際しては、「起業者」に相当する者は通常、そのような契約について詳細に調べ、自ら検討するはずであるから、もはや「起業者」の経験について考慮する余地はないとした。

以上の判決状況につき、学説では「起業者」の法的取り扱いについての根拠について第 I 期よりも詳細な見解が示された。まず、Mankowski は、たとえ「起業者」に事業者的な経験がなかったとしても、事業者的リスクを負うと自ら決意している限り、事業者として扱われるべきであるとする。これに対し、Werner と Von Westphalen は既に事業者行為を開始したわけではないことから、事業者と扱うべきではないとする。Prasse は、立法者の意思に基づき、「起業者」は基本的には事業者と扱われるべきであり、起業のためにする契約を締結する時点においては事業者でも消費者でもないとする見解である。

Benincasa 事件判決を除く以上の諸判決・学説は、「起業者」に事業者的経験が不足していることについては共通して認めている。しかしながら、その法的取り扱いについて判断するに際し、その実態を考慮すべきか否かについて見解が分かれた。この時期における「起業者」に対する認識は、特に Heinrichs の見解に現れているように、法改正を経て、BGB13 条にいう消費者にも、BGB14 条にいう事業者にもあてはまる者であると共通的に考えられていたとみられる。つまり、「起業者」は消費者と事業者の二面性を持つという特徴があるといえるのである。Prasse の見解においても、事業者行為を行わない限りにおいては「起業者」も消費者として扱われると Prasse は指摘している。すなわち、このような考え方は法改正と同時に当然視されていたものとみられる。

「起業者」に対する認識は、第 I 期の状況から大きく変動が生じた。「起業者」は同法にいう消費者にも事業者にもあてはまる者であると共通的に認識されたのである。このような変化が生じたのは、BGB 中に消費者法の規定が組み込まれたことと、ドイツ国内の諸判決と学説全体が、「起業者」には事業者的な経験が不足していることを認めていた点が原因であるとみられる。

「起業者」の法的取り扱いについては、法改正を受け、旧約款規制法（旧 AGBG）上の商人・非商人から、BGB 上の消費者・事業者の議論へと移った。「起業者」の法的取り扱いを判断する根拠は、第 I 期よりも詳細に指摘されるようになった。すなわち、実際に事業者行為を行っていないことから、少なくとも事業者とみなすことはできないとする見解、たとえ「起業者」に事業者的な経験がなかったとしても、自ら事業者の負うべきリスクを背負っていることから、事業者とみなすとする見解、立法者意思に立ち、基本的に事業者とみなすとする見解に分かれた。

第4章 「起業者」の法的取り扱い（第Ⅲ期）

第3章では、法状況の変動によって展開されたドイツ国内の学説状況を紹介した。その後、2005年にはBGHが初めて「起業者」の法的取り扱いについて判断を示した(BGH2005年決定)。同決定に対しては学説からの批判が相次ぎ、BGHは2007年に新たな判断を行うことで「修正」を行った⁹⁶。これら2つのBGHが示した判断によって、「起業者」の法的取り扱いを判断するための判断枠組みが形成されたと考えられる。同判断枠組みについて、学説は必ずしもこれに賛同したわけではなかったが、一定の評価を与えている。以上までを第Ⅲ期とする。この時期の議論は、第Ⅱ期で形成・展開されてきた「起業者」に対する認識とその法的取り扱いについて、新たに問題となるであろう点や理論的問題点を指摘する学説が主である。そこで本章では、BGHの示した2つの判決がもたらした学説への影響と、その発展について概観していく。まず第1節において、BGHによる2つの判決を紹介する。続いて第2節では、それぞれの判決後の学説を示し、その相違をまとめる。第3節において若干の検討を行う。

第1節 BGHによる重要な判決

2005年、BGHは傍論においてではあるが、「起業者」の法的取り扱いについて、BGHとしては初めて判断を示した。

第1款 BGH2005年決定⁹⁷

1. 事実の概要

Xは、病院の勤務医であった。Xは独立開業したいと考え、2002年4月23日にYと共同で診療所を営むDr.Kの専門医研修を受けた⁹⁸。さらに、2002年5月29日に共同研修契約をYと締結した。2002年6月30日までXは勤務医であったが、その後、2002年7月1日、Xは契約医（開業を認可された医師）として認められた。

2003年6月、YはXに対し共同研修契約の解約を申し入れ、同時に同契約についての保証金の支払いを求めたが、Xには同保証金を支払う意思がなく、同支払いを拒否した。YはXに同保証金の支払いを求めるべく、共同研修契約に含まれていた約款の29条に基づき、仲裁手続を開始した。共同研修契約の29条は、「契約により生じるあらゆる紛争は通常の訴訟方法を排除し、仲裁裁判所によって判断される」と定められていた。これに対しXは、同29条が無効であるとし、無効な約款に基づいて開始された仲裁手続きについて異議を申し立てた。それは、Xが共同研修契約の締結時において消費者であり、仲裁契約は共同研修契約中の条項においてではなく、別個に作成された仲裁契約書によって締結されるべきであったからだという。Xの主張する、別個に作成された仲裁契約書によるべきであるというのは、消費者が仲裁について合意を行う場合は、仲裁裁判所における仲裁手続きの合意についてのみ記載された証書で、かつ、

⁹⁶ MünchKomm/Micklitz,Purnhagen, a.a.O. §13 Rn.66.

⁹⁷ BGH NJW2005, 1273.

⁹⁸ ドイツにおいて医師が開業するには、開業認可を受けなくてはならない。開業が認可されるには、一定の研修や認定試験を経て「専門医」資格を持っていることが必要である（真野俊樹「EU統合とドイツ医療—社会的市場主義の国における医療—」共済総合研究69号（2014年）75頁、田中美穂「ドイツにおける専門医研修・認定制度」日医総研リサーチエッセイNo.60（2014年）6～11頁参照。）。

当事者の自署した証書によらなければならないとされていることを意味する。(民事訴訟法 (ZPO) 1031 条 5 項⁹⁹⁾)。以上の理由から、X は、共同診療契約の 29 条に基づいて開始された仲裁手続きが無効であることを確認する抗告を行った。

原審 (Düsseldorf 高裁¹⁰⁰⁾) は、共同研修契約の 29 条は有効であるとして、X の抗告を棄却した。これを不服とし、X は再抗告を行った。

2. 判旨

BGH は、以下のように理由を述べて、X の抗告を棄却した。

同裁判所は、「起業者」が営業的または独立した職業的行為の開始 (いわゆる起業) の状態において契約を締結した場合、「起業者」はその契約の締結時以降、事業者と扱われると判断した。したがって、X が消費者に関する規定である民事訴訟法 (ZPO) 1031 条 5 項に基づく主張をすることはできないとした。

BGH によれば、事業者行為 (BGB14 条) かつ非消費者行為 (BGB13 条に関連する民事訴訟法 (ZPO) 1031 条 5 項 1 号) は、紛争の対象である取引が営業的または独立した職業的行為の開始 (いわゆる起業) の状態において締結されるとき、既に存在しているという。それは、BGB13 条の文言から明らかであるという。すなわち、BGB13 条は、既に行われた営業的もしくは独立した職業的行為の存否を考慮していないと解されるというのである。問題なのは、ある行為が私的領域 (すなわち消費者行為)、もしくは営業的・職業的領域 (すなわち事業者行為) のどちらに分類されるかであるという。このような分類について、BGH は、次のような具体例を挙げる。すなわち、起業の過程において行われる法律行為、たとえば、店舗の賃貸借もしくはフランチャイズ契約の締結、自由業的な実務研修への参加契約は、客観的にみて明らかに事業者行為であると考えられるという。さらに、営業的もしくは独立した職業的行為を行うことを決意し、そして準備的もしくは直接的に事業者行為が開始される取引を行うような者に、消費者保護を与えることの何の根拠もないと BGH は述べる。以上を勘案するに、「起業者」は起業のためにする契約の締結により、事業者行為を行っているといえど BGH は判断した。すなわち、「起業者」は「その役割を消費者としてから」行為しないというのである。「起業者」は、事業者に適用される法に従うこと、そして事業者に適用される法を自らに適用することも要求するであろうことを、契約の交渉段階で表明していると同視できるのであるとする。

旧 BGB507 条 (現 512 条) に基づけば、「起業者」は最高 5 万ユーロ (現在は 7 万 5 千ユーロ) までの消費貸借については、消費者と同列に置かれる。BGH によれば、同条を反対に解釈すると、立法者は「起業者」を基本的に消費者 (BGB13 条) とはみなしていないという。したがって、BGB13 条に基づく消費者とみなされない「起業者」は、民事訴訟法 (ZPO) 1031 条における消費者ともみなされないという。このような民事訴訟法 (ZPO) 1031 条の解釈は、消費

⁹⁹ ZPO1031 条 5 項

「仲裁の合意の基礎となっている取引においてその営業活動に帰すことのできない目的で行為している人が関与している仲裁の合意は、当事者が自署した証書の中に含むことを要する。仲裁裁判所の手続きに関するもの以外の合意は、証書に含むことは許されない；このことは、公証人による証明作成の場合、適用しない。」

(谷本・前掲注 55・132 頁。)

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf, 4.5.2004 - I-26 Sch 5/04 = NJW 2004, 3192.

者概念について判示された欧州司法裁判所の理解（Benincasa 事件判決）と一致すると BGH は述べる。すなわち、Benincasa 事件判決の考え方は民事訴訟法（ZPO）1031 条 5 項 1 文の解釈に準用されるというのである。

以上の趣旨を本件にあてはめると、次のとおりである。まず、X は「起業者」であったと認められる。X は、2002 年 4 月 23 日の専門医研修契約を締結することによって、実務経験を獲得し、かつ、それをもって、独立して開業することを決意していた。2002 年 5 月 29 日に X と Y とで締結された共同研修契約により、X は同年 7 月 1 日より、独立開業できる医師として認められた。このような共同研修契約の締結行為は、事業者行為と取り扱われる。同契約の締結をもって、X はその契約の締結に際し、もはや消費者とみなされない。したがって、共同研修契約中に含まれていた 29 条の仲裁条項は、ZPO1031 条 5 項に基づく消費者保護のための形式要件を必要としない。

以上の BGH2005 年決定に対しては、学説からの批判が行われた。これを受け、BGH は次款において紹介する 2007 年判決によって「修正」を行った。

第 2 款 BGH2007 年判決

1. 事実の概要

X は、フィットネススタジオを営む民法上の組合に加入することによって、同フィットネススタジオの共同所有者として独立して運営することを意図していた。2004 年 1 月 7 日、税理士 Y は、X とその夫の家を訪れ、同夫婦の税に関する状況を整理した。同時に、税理士 Y は X から、フィットネススタジオを開業するための資金を獲得するための「起業報告書」の作成を委託された。Y は「起業報告書」を作成し、同報告書の完成について、40 時間につき 80 ユーロの報酬を計上した。Y による同報酬の請求に対し X は、「起業報告書」作成契約を書面によって撤回したと主張している。この場合において、X は支払を義務付けられるかが争点となった。

2. 判旨

BGH は以下のように述べて、X の請求を認容した。X に対し、BGB631 条 1 項、632 条 1 項、2 項に従い、Y から請求される弁済の支払い義務を負う可能性があるとした。X と Y は、「起業報告書」の作成について、すなわち、役務によってもたらされる成果についての有効な請負契約を締結したのだから、Y による請求は有効である。しかしながら、X はその契約締結に向けられた意思表示を BGB355 条に基づいて撤回したと認められるので、Y による請求の効力は失われたという。

X の法定撤回権は、BGB312 条 1 項 1 号 1 文による訪問取引について適用される。同条に言う訪問取引とは、事業者と消費者間の、目的物に向けた有償契約について、私宅の領域において口頭による交渉で、消費者がその契約の締結を決した場合であるという。そのような訪問取引については、撤回権が BGB355 条に基づき消費者に当然に与えられるという。

Y は、その独立した職業的行為の執行において行動したので、X からの依頼に際しては、BGB14 条の意味における事業者であったと認められた。しかしながら問題であるのは、X が BGB13 条の意味における消費者であったかどうかである。BGB13 条の文言によれば、消費者

とは、営業的でも、自立した職業的行為にも組み込まれない目的で法律行為を行うあらゆる自然人とされる。本件で問題となっているケースについては、「起業報告書」作成契約がいわゆる起業との関連において、つまり、営業的もしくは自立的職業的な行為の開始との関連において締結される場合においても、消費者取引とされるかどうかである。

BGHによれば、重要であるのは、行為の一客観的に決定された一目的の方向性(Zweckrichtung)であるという。そして、BGB13条は、およそすでに行われた営業的もしくは自立的職業的行為に基づき、取引経験の存在もしくは不存在を考慮しないという。むしろ、本件における行為が私的(消費者行為)もしくは営業的・職業的領域(事業者行為)にしたがって分類されるべきかどうかであるという。たとえば、店舗の賃貸借、フランチャイズ契約の締結もしくは自由業的共同研修契約といった事業開始に関連した法律行為は、客観的に明らかに事業者の行為であるという。しかしながら、本件における「起業報告書」作成契約というものは以上のような明らかな事業者行為とはいえないという。そこで、BGHはあらたな判断のメルクマールを次のように示した。すなわち、事業を開始するということを「起業者」が決意していたか否かが重要であるという。本件における「起業報告書」作成契約というものは、起業の資金を獲得するために必要な書類であり、XがYに対してその作成を依頼した時点においては、Xは未だにフィットネススタジオという事業を開始すると決心していなかったとBGHは判断した。したがって、XからYに対してなされた「起業報告書」作成契約の依頼は、事業者行為ではなく、消費者行為とみなされるという。結果的に、Xによる撤回は有効であるとされた。

第3款 BGH2005年決定とBGH2007年判決の意義

1. 明白に事業者行為とみなされる契約についての判断

起業者の行った法律行為が消費者行為であるか事業者行為であるかは、どのような目的のために締結された契約で、どの時点において行われたかによって決定される。起業者は事業を開始するためにさまざまな法律行為を行う。例えば、資金調達のために消費貸借契約を締結したり、店舗を確保するために賃貸借契約を締結したりする。その中で、事業者行為と判断されるのは起業者の法律行為そのものが事業者行為、もしくは事業に直結するような取引であるとみなされた場合には、その法律行為は事業者の行った事業者行為となるという判断をBGH2007年判決は示した。

すなわち法律行為そのものが事業者行為、もしくは事業に直結するような取引であるかどうかについて、BGHは以下のような基準を打ち立てた。まず、客観的にみて明らかに事業者行為と考えられる契約を締結する者は、事業者である。そして、その人的属性が事業者と認められた以上、そのような契約の締結時以降に行われた法律行為も事業者の行った法律行為であるとみなす明確な基準を確立した。客観的にみて事業者行為と考えられる契約とは、たとえばフランチャイズ契約や店舗の賃貸借契約など、事業に直結していることが明白な契約であるとしている。それ以外の契約について消費者行為であったか事業者行為であったかを判断すべき場合は、消費者概念を規定するBGB13条にいう「自己の営業活動にも、自己の独立した職業活動

にも帰することができない目的」の行為であれば消費者行為と判断される¹⁰¹。

ただし、問題となる行為が13条に該当しないと解される場合でも、そのことからただちに起業者は事業者とみなされるわけではなく、13条の解釈のみならず事業者概念を規定する同14条¹⁰²の解釈とで総合的に考えるべきものとされている¹⁰³。

2. 区別基準を設ける根拠¹⁰⁴

以上のような区別基準を設ける根拠について、BGH2005年決定は、Benincasa事件判決を参照せよとしている。同判決はまず、ある人が消費者であるか否かというのは、その人が消費者属性を備えているかどうかという問題に換言できるとする。消費者属性があるかどうかの判断についてはその人の主観的な立場からではなく、問題となっている契約の目的から評価される。その目的とは、個々の私的消費の必要性を満たすためのものである場合のみ消費者と認められ、職業的もしくは営業的行為を目的としていた場合には消費者ではないと判断されるというものである。次に、フランチャイズ契約を締結した時点においてフランチャイジーが未だ事業を開始していなかったとしても、将来的に職業的もしくは営業的目的で契約を締結していた場合には、その事業的特質を改めるわけではないのが事実であり、消費者とはみなされないと解釈した。結論として、将来の事業行為を目的として契約を締結したといえるフランチャイジーは消費者とはみなされず、消費者保護も与えられないとした。

このような欧州司法裁判所判決に基づき、BGHは将来行う予定のフランチャイズ事業のために締結するフランチャイズ契約や店舗の賃貸借契約などは、客観的にみて事業行為に直結する取引であると解釈した。その根拠として、フランチャイズ契約などの取引を行えるような起業者は自らが事業者であることを明らかにしたのであり、もはや消費者保護を受ける理由がないとしている¹⁰⁵。

3. 明白な事業者行為以外の契約

2005年決定は、明白な事業者行為について言及したBGHの決定であるが、同判決は明白な事業者行為以外に事業者が締結したとみなされる契約について、以下のとおり判示している。起業者の法律行為そのものが明らかに事業に直結する契約であるとみなされなかった場合、問題となる契約が客観的にみて事業者行為に直結する取引が行われた後に行われたものであったときは、事業者行為とみなされる。ここにおける根拠も、明らかに事業に直結するような契約を締結するというは自ら消費者保護を放棄しているのであり、もはやそのような者の行う法律行為について消費者保護を与える理由はなくなっていると解されているためである¹⁰⁶。

他方、フランチャイズ契約締結前の起業者の行う法律行為については、一概に消費者行為であるとは解されていない。

2007年判決は、起業のためにする契約締結前における判断基準をより具体化させた判決であ

¹⁰¹ Pfeiffer/Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil 1. §§1 - 103 13. Auflage (2000), §13 Rn.35.

¹⁰² 前掲注 78。

¹⁰³ MünchKomm/Micklitz §13 Rn.63.

¹⁰⁴ EuGH, 3.7.1997, Rs. C-269/95, - Benincasa/Dentalkit.

¹⁰⁵ Vgl. MünchKomm/Micklitz §13 Rn.62.

¹⁰⁶ MünchKomm/Micklitz §13 Rn.62.

るといえる。すなわち BGH は起業者を基本的には事業者と推定するものの、例外的にフランチャイズ契約の締結までの期間を消費者行為と事業者行為の混在するグレーゾーン¹⁰⁷であると解釈し、このような期間における起業者の法律行為については、その目的から消費者行為であるか事業者行為であるかを決定することとした。これは、起業者の知識不足等を考慮に入れる判断を行った結果である¹⁰⁸。

フランチャイズ契約を締結するまでの間、起業者はフランチャイズ契約に関する知識・情報などの蓄積を行うためにフランチャイズ講習会の受講を申し込んだり、開業資金の調達のために消費貸借契約を締結することがあり、その人的属性を一律に『消費者』であるとは断定できない状態にある。BGH はそのような「グレーゾーン」においては起業者の人的属性で決定するのではなく、その行為について消費者行為となるか事業者行為となるかを区別している。そのような区別基準は、当該法律行為の目的の方向性(Zweckrichtung)によることとした。すなわち、法律行為の目的が営業的もしくは独立した職業的行為に向けられていた場合、より具体的には「事業行為の準備」のためであった場合には事業者行為として、「起業を決意する」ためであった場合には消費者行為として個別に判断されることとした¹⁰⁹。「起業を決意する」ための契約とは、フランチャイジー希望者に本格的にフランチャイズ契約の締結をしようと決心させるような情報を得るための契約¹¹⁰のことを意味する。たとえば、起業者セミナーの予約などが挙げられる。それは、起業者になるための講習からフランチャイズ加盟を決心する者もいるが、フランチャイズ加盟を取りやめる者もあり、このようなセミナーを予約すること自体は事業に直結しているとはいえず「事業行為の準備」には当たらないと考えられるためである¹¹¹。このような判断枠組みは、起業者は取引についての必要不可欠な専門知識を備えておらず、消費者と同様の保護を必要とする状況にあると考慮されたことに立脚している¹¹²。しかしながら判断においては起業者の知識・経験という主観的事情は加味されずに認定が行われる¹¹³。

第4款 BGH2005年決定とBGH2007年判決による判断枠組み

ここにおける整理は、今後の分析・検討の基礎となるため、起業者を具体的にフランチャイジーであるとして述べることとする。

1. フランチャイズ契約締結時を基準とし、その前後で明確な区別を行う

最大の特色は、区別基準を設けることで是正すべき格差が存在すると考えられる範囲を明確に示していることにある。フランチャイズ契約といった契約の締結時を明確な基準とし、起業者が明確に事業者とみなされる範囲を示した。同時に、フランチャイズ当事者を対等に扱うべ

¹⁰⁷ MünchKomm/Micklitz §13 Rn.66.

¹⁰⁸ MünchKomm/Micklitz §13 Rn.66.

¹⁰⁹ BGH, 15.11.2007 - III ZR 295/06 = NJW2008, 435..

¹¹⁰ MünchKomm/Micklitz §13 Rn.62.

なお、「起業を決意する」契約の範囲については確定した判例はなく、裁判例の集積と学説の議論を待たなければならぬ。

¹¹¹ Vgl. SoergelKomm/Pfeifer §13 Rn.35.

¹¹² MünchKomm/Micklitz §13 Rn.66.

¹¹³ この点については、ドイツにおける学説・判例・裁判例で議論が展開されている。詳細については別稿に譲る。

きでない場合があるのはフランチャイズ契約締結前に限られることも示している。

2. 「目的の方向性」に基づく判断

判決においてはまず、起業者が明らかに事業者であるか否かを区別するため、起業者の行った法律行為が客観的にみて事業目的で行われたか、または事業に直結するような目的で行われたかについて判断する。これらに該当しない場合は、「事業行為の準備」ではなく、「起業を決意する」目的で締結された契約であったかを判断することで、起業者の行った法律行為が消費者行為であるか事業者行為であるかを決定する。以上のような考量は、起業者の営業的経験といった主観的事情を考慮せず、「目的」という客観的な事情のみから判断を行う。このような判断の考え方は、欧州司法裁判所における Benincasa 事件判決を BGH は根拠としている。

3. フランチャイズ契約締結前のフランチャイジーには、加盟契約締結を決断できるだけの経験・知識が十分に備わっていないとの認識

フランチャイズ契約締結前のフランチャイジーには、契約の締結を決断できるだけの知識等が不足しているという主観的事情が存在することも考慮されており、少なくとも、起業を始めようとする段階の者は消費者であると認識されている。

4. 契約を締結する前の段階においては、フランチャイジー希望者であることからただちに格差を是正するわけではないとの認識

ドイツにおいては、起業を始めようとする段階の者は消費者であると考えられている。しかしその後はフランチャイズ契約を締結するまでに知識・情報を蓄積していき、その人的属性は実質的に消費者ではなくなっていく。その段階における起業者の行為には消費者行為と事業者行為が混在すると認識されている。BGH2007年判決はこのようなフランチャイズ契約締結前までの段階を「グレーゾーン」とし、同段階における起業者は基本的には事業者であると推定して、例外的にその法律行為が消費者行為であるか事業者行為であるかを、法律行為の目的から個別具体的に判断を行うこととしている。

第2節 学説の発展

第1款 学説の見解

1. Kuhlke¹¹⁴ (2005年)

Kuhlke は、フランチャイズ契約締結時における起業者は、事業者ではなく消費者であると主張する。さらに、事業者行為の範囲を準備行為まで含むとするのは広範囲すぎるとして、BGH2005年判決を批判する。

Kuhlke によれば、BGB13条はその文言から、法律行為と共に追求される目的から解釈・あてはめをするものであるという。もし法律行為の目的が独立した職業的行為と考えられる場合には、事業行為となる。起業者の場合は、事業者になる途上の者であり、事業行為の準備を行っ

¹¹⁴ Ulrich Kuhlke, EWiR 2005, 781 - 782.

ているのであって、独立した職業的行為をまだ行っているわけではないため、事業者ではないと Kuhlke は考える。

しかし、BGH2005 年判決が、起業者が事業者になるための準備を行う行為についても事業者行為となる場合があるとしている。この点について Kuhlke は、そのような準備的行為は、独立した職業的行為を開始したことになるのか、開始したとみなされるとしても、起業者はその場合に事業者とみなされるのかという疑問を示す。さらに、BGH は旧 BGB507 条の解釈も誤っている¹¹⁵とする。

結論として、事業者行為の範囲を準備的行為までも含むとするという BGH の解釈は、事業者行為の範囲をあまりにも広範に解釈していると、Kuhlke は主張する。

2. Prasse¹¹⁶ (2005 年)

Prasse は 2002 年の見解 (㊦) において、旧 BGB507 条の立法者は起業者を消費者とはみなしていないが、同条と同法 14 条とでは文言を区別して用いていることから事業者ともみなしていないとしていた。2005 年に公表した見解では、BGH2005 年判決に対し批判を投げかける。

Prasse によれば、営業的な活動を行っていない自然人はフランチャイズ契約の締結までは疑いもなく消費者とみなされるが、フランチャイズ契約締結後、フランチャイジーがさらなる契約を締結する際には明らかに事業者とみなされるべきであるという。したがって、いつから起業者は事業者とみなされるべきかが問題であり、この問題について判示したのが BGH2005 年判決であったとする。

Prasse はまず、BGH は旧 BGB507 条からではなく、同法 13・14 条の解釈から起業者の法的地位を解釈するべきであったという。同法 13・14 条は総則編に規定されているのに対し、同法旧 507 条はその約 1 年半後に債務法編に規定された。さらに、同条は同法 14 条とは別の文言を用いていることから、例外規定に位置づけられるとする。例外規定は特定の場合に適用されるべきであるのに対し、総則規定は一般的に適用されることを考慮すれば、旧 BGB507 条から起業者の法的地位を事業者であるとした BGH2005 年判決は妥当でないという。

また、BGH がフランチャイズ契約の締結後からフランチャイジーは事業者と扱われると判断した点についても、消費者保護の目的に反するという。Prasse によれば、消費者保護の目的とは、事業者から消費者を保護することである。フランチャイズ契約を締結する前に消費者であったフランチャイジーは、通常、同契約の締結後に事業者的ノウハウを得る。このことから、フランチャイジーは、事業的経験に依拠した決断に基づかなくとも、フランチャイズ契約を締結できてしまうのであると Prasse は指摘する。

3. Grädler の見解¹¹⁷ (2008 年)

Grädler はまず、BGH2005 年判決がフランチャイズ契約締結時におけるフランチャイジーは事業者とみなすべきとした点について、説得力ある根拠は見出されないと指摘する。それは、第 1 に、フランチャイジーは、フランチャイズ契約締結時において、事業者とみなされる程度

¹¹⁵ Vgl.Reinicke/Tiedtke, 7.Aufl., 2004, Kaufrecht, Rz.1434.

¹¹⁶ Prasse, MDR 2005, 961 - 963.

¹¹⁷ Thomas Grädler, ZGS 2008, 250-252.

の営業的経験が不足していること、第2に、契約を締結する瞬間において、契約締結という行為から、起業者はどのようにして営業的経験を得ることになるかが明らかではなく、説得力に欠けるからであるとする。それゆえ、フランチャイズ契約締結時における起業者は、消費者保護を受けるに値するとする。

BGH2007年判決の示した、起業者に消費者保護が与えられる範囲とその判断方法については、Grädlerは支持する考えである。同判決の示した起業者に消費者保護が与えられる範囲とは、起業をする決心を固めるための法律行為の範囲であった。起業の決心を固めるための法律行為であるかどうかは、起業をする決心を固めたかどうかという起業者の主観的な意思によってではなく、客観的にみて明らかとなる事情から判断されるべきであるとした。このような範囲と判断基準について Grädler は、起業者の行う法律行為が事業設立に資するものなのか、それとも起業をしようか迷っている中で決断をするために行うものなのかは、契約当事者からすれば認識可能であろうから、明白な境界基準であるという。万が一、その境界が不明な場合には、起業者に証明責任を負わせ、立証させたとしても消費者行為であるか不明な場合には、起業者を事業者とみなすべきであると Grädler は主張する。

4. Purnhagen の見解¹¹⁸ (2015年)

Purnhagen は、消費者行為・事業者行為の境界について分析している。起業者については、起業者は自ら事業者に適用される法に従い、それを自ら要求するであろうため、フランチャイズ契約等の締結により事業者とみなされるとした BGH2005・2007年判決に対し、以下のような疑問を示す。すなわち、契約当事者は契約相手方が起業者であるか事業者であるかを判別するために売上等の情報を示すよう要求すべきであろうか。それは、契約締結に向けた交渉において、契約当事者は、相手方が起業者であるか既に事業者である者かを知らないのがほとんどであると考えられるためであるという。そのような調査を行うために売上成績の資料を相手方に提出させる等をするのは、当事者双方にとって何の利益にもならないと Purnhagen は批判する。

また、旧 BGB507条を類推解釈すると立法者は起業者を基本的には消費者とみなしていないという見解に対しては、同条において立法者は起業者の特別な消費者的性質を強調しており、起業者は常に消費者とみなされるべきであるという反対の見解も見出されうると Purnhagen は主張する。どちらの考え方も、論理的には拮抗しているが資料によって裏付けることはできないため、無視されうるものであるという。

5. Micklitz の見解¹¹⁹ (2015年)

Micklitz は、BGH2005年判決と2007年判決について、Benincasa事件が示した消費者概念を先例として参照するには現在、まだ問題があると指摘する。Micklitzによれば、Benincasa事件はEU民事手続条約中の消費者保護をフランチャイジーに与えるかどうかで争われた事件であり、同事件で検討されたのは民事手続法上の消費者概念であったという。同概念を消費者法の消費者概念と同視してよいかは、別個検討される必要があるにも関わらず、未だ行われてい

¹¹⁸ Purnhagen, VuR 2015, 3-9.

¹¹⁹ Micklitz/Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetz Buch, Rn.64.

ないため、現時点において Benincasa 事件を一般的な消費者概念の根拠として用いるには問題があると指摘する。

また、旧 BGB507 条から立法者が起業者を基本的に消費者とみなしていないという BGH2005 年の示した根拠に対し、Purnhagen の見解を引用し、同見解は認められてはならないとする。

他方で、BGH2007 年判決は、起業者の行う法律行為を起業の決意に資する取引と起業の準備に資する取引とに区別できるとした。Micklitz によれば、これにより、BGH2005 年判決が起業者の経験不足を度外視したことに問題を投げかけることなく、営業的経験の有無を考慮に入れる「道を裏口から開いた」という。しかし、同判決は、結果的に、起業者の行う諸取引（Existenzgründungsgeschäfte）が実際に起業を始める準備段階において、純粋な消費者法取引（Verbraucherrechtsgeschäften）と事業者行為との間のグレーゾーンの中で行われているということを示しているとし、その結果自体については Micklitz は支持している。

第 2 款 各見解の相違

BGH2005 年判決により、ドイツ国内の、起業者の法的地位を判断する一定の基準が示された。しかし、当該判断枠組みに対しては、理論的根拠が欠けているとして批判する見解が多く示された。

まず、起業者が事業者であるかについては、未だに独立した職業行為を行っておらず、かつ、事業者になる途上の者であるとして、事業者ではないとする見解、契約締結時において起業者には営業的経験が不足しているため、消費者保護を受けるべきだとする見解が示された。営業的経験の不足について、起業者は事業者的经验に基づかなくてもフランチャイズ契約を締結できるのであり、消費者保護の見地から何らかの保護を与えるべきと指摘する見解もある。

事業者行為については、準備行為は含まれてはならないとする見解が示されている。

BGH2005 年判決が、旧 BGB507 条から立法者が起業者を基本的には消費者とみなしていないという見解を導いた点については、立法者は同法 13 条との関連を考慮せずに同条を立法しており、さらに、同法 512 条への改正を経ても何らの見解も示されておらず、BGH の解釈には根拠がないとする見解がある。

BGH2005 年判決が根拠とする Benincasa 事件が示した消費者像は、あくまでも民事手続法上の消費者像であり、消費者法上の消費者像と同視して良いかは問題があるという指摘がなされた。

BGH2005 年判決を修正した 2007 年判決の結果については、支持する見解が示され、同判決を批判する見解はみられない。契約当事者にとっては、相手方がどのような目的で契約を締結しようとしているかは明白であり、万が一、その目的が不明であったとしても起業者側に証明責任を負わせるべきとする見解（Grädler）がある。これに対しては、契約当事者は、相手方が起業者であるか否かはわからないのが通常であるにも関わらず、BGH2007 年判決に基づけば、相手方について調査をしなければならず、当事者双方にとって不利益であるとの見解がある。

第 3 節 第 III 期の検討

BGH による 2 つの判決が示されたことにより、ドイツにおいて「起業者」についての民事法

上の判断枠組みが形成されたと考えられる。同判断枠組みに対しては、依然として賛否の見解が示されてはいるものの、一定の評価が与えられている。

第1款 BGH2005年判決への批判

「目的」・「経験」アプローチの観点からみると、BGH2005年判決は基本的に「目的」アプローチに従っていると考えられる。同判決に対しては、以下のような批判が現在までになされている。

1. 起業者は、FC 契約締結時において十分な「経験」を蓄積していない

BGH2005年判決は、起業者の法的地位が事業者に変化する時点の一例として、FC 契約を提示した。それは、同裁判所が FC 契約自体を独立した事業者間で締結される事業者行為とみなしたためである。これに対し、フランチャイジーは事業者的经验に根差した判断に基づいて FC 契約を締結するわけではないこと、起業者は事業者とみなされる程の経験を蓄積しておらず、かつ、FC 契約の締結からどのように事業者的经验を獲得するのかが明らかでなく、BGH の示した根拠には説得力がないとの批判がなされた。

2. 旧 BGB507 条の解釈を誤っている

BGH2005年判決は、旧 BGB507 条から、立法者が起業者を基本的に消費者とみなしていないことが導かれるとした。これに対し、立法者は起業者の法的地位を消費者であるかどうかを考慮することなく旧 BGB507 条を立法し、かつ、現 512 条への改正時にも何の言及もしていないこと、起業者に対しては特別な保護が必要であることから、立法者は旧 BGB507 条を立法したという同裁判所の解釈とは全く逆の解釈も導くことができることから、同裁判所の示した見解には根拠がないと指摘された。

3. 判決の根拠とする Benincasa 事件判決は現時点で一般化して考えてはならない

BGH2005年判決は、同判決の根拠について Benincasa 事件を参照せよとしている。これに対し、同事件で示された消費者像は民事手続き条約である EuGVÜ の解釈の枠内で検討されており、すなわち民事手続法上の消費者像であり、民事手続法と消費者法上、消費者像に違いがないことが理論的に示されない限り、現時点では一般化して考えるべきではないと指摘がなされた。

第4節 小括

第Ⅱ期において当然視された「起業者」に対する認識、すなわち、「起業者」は消費者にも事業者にもあてはまる者であることは、第Ⅲ期の議論においても当然視されている。ただし、第Ⅱ期と異なるのは、「起業者」は消費者からその法的取り扱いを開始し、一定の段階に入ると事業者へと変化する者であると学説全体で認識されたことである。

「起業者」が消費者から事業者へと法的取り扱いを変化させていくという認識が定着した第Ⅲ期においては、議論が活発に展開され、さらに、BGH による判断枠組みが示された。BGH は、「起業者」は基本的に事業者としつつも、「起業を決意していない」場合に限り消費者と解している。BGH の示した判断枠組みに対しては、「フランチャイズ契約の締結時」以降、「起業

者」を確定的に事業者とする点について理論的根拠がないなど、批判が相次いだ。しかしながら、学説は全体的に、「起業者」の法的取り扱いが契約の締結時以降、事業者として確定するというメルクマールについて、理論的根拠はないとしつつも、結果として受け入れている。

第5章 分析・検討

以上、「起業者」についての議論を紹介してきた。まず第1章では、本稿における「起業者」の定義を整理した。次に第2章から第4章では、「起業者」に対する認識が形成されると同時に、その認識を基礎とした法的取り扱いが論じられてきたことを示した。「起業者」に対する認識は、議論において変遷を経た後、共通した理解が形成されるに至った。共通した理解とはすなわち、「起業者」とは、起業の初期段階においては相手方事業者に対し劣位にあるが、時とともに次第にその劣位性を解消していき、一定の段階で相手方事業者と対等な地位になる者である。つまり、「起業者」が相手方事業者に劣位する程度というのは、起業のどの段階にあるかで変化するのである。さらに、同一の「起業者」であっても、起業の初期段階における劣位の程度と終期段階における劣位の程度は異なる。このような劣位性の程度の変化に応じ、「起業者」を相手方事業者と対等と扱うべきか否かも変化することになるため、「起業者」の法的扱いは一様ではなくなる。以上から明らかなように、「起業者」の法的取り扱いについての議論は、「起業者」に対する認識を基礎として法的取り扱いを論じているのである。そして同議論においては、フランチャイズ契約を起業のモデルとしている場合が多い。すなわち、フランチャイズ契約は起業の典型モデルと考えられているのである。

学説は以上のように、「起業者」に対する認識を基礎として、「起業者」を法的にどのように取り扱うべきかを論じている。それぞれの見解は、大きく2つの立場に分けることが可能である。そのような立場の区別について、学説の中には、少数説と多数説、あるいは肯定説と否定説として紹介するものがある¹²⁰。しかし、その区別は「起業者」を結果として対等・非対等のどちらと取り扱うべきかのみに着目しているにすぎず、その根拠についての分析が捨象されており、適切な区別であるとは言い難い。「起業者」の法的取り扱いの根拠は、ある時点における「起業者」を対等と扱うべきか、または非対等と扱うべきかを判断するための目安や基準となる。本稿では、このような目安あるいは基準を明らかにすることが検討課題である。したがって、「起業者」の法的取り扱いを判断するための目安あるいは基準を分析するため、各見解の示している根拠に着目した考察を加えることとしたい。

また、既に述べたように、「起業者」の法的扱いはある時点における「起業者」の劣位性の程度に応じて変わってくる。このように「起業者」の法的取り扱いが変化することになるのは、「起業者」が初期段階では相手方事業者に劣位するが、次第にその劣位性を解消していき、一定の段階で相手方事業者と対等になるという「起業者」に対する認識が存在していなければ考えられなかったことであろう。このような「起業者」に対する認識はどのように生じ、形成されていったのか。「起業者」に対する認識の変遷についても整理し分析する必要があると考えられる。そこで、「起業者」の法的取り扱いの根拠について分析を行う前に、「起業者」に対する認識を整理し、考察を加えることとする。本章第1節においてはまず、各見解の指摘する起業者の実態的特徴について整理と分析を行う。続いて第2節では法的取り扱いの根拠について分析と検討を行う。

¹²⁰ Prasse, MDR 2005, 961.

第1節 「起業者」に対する認識

「起業者」の法的取り扱いの基盤となっている「起業者」に対する認識は、第Ⅰ期において萌芽した。この時期においてはまだ認識とまではいえず、いわゆる「起業者」の特徴が指摘されるにとどまっていた。第Ⅱ期に入ると、「起業者」の認識が確立する。同認識は学説・諸判決に広く受け入れられたとみられる。第Ⅲにおいては、BGHによる判断における「起業者」に対する認識が示され、種々の法律との関連から、さらに具体的な認識の可能性が模索されるようになった。このように、「起業者」に対する認識は変遷をたどった。「起業者」に対する認識の変遷と同時に、同認識はドイツ法学において当然視されるようになっていった。このような変遷からは、現在までに形成されてきた「起業者」に対する認識とその背景を明らかにすることができよう。さらに、検討を加えることによって、諸判決や学説が同認識を受け入れた経緯を明らかにすることができよう。

第1款 それぞれの時期における「起業者」に対する認識

1. 第Ⅰ期

第Ⅰ期においては、民事法上の「起業者」概念がまだ存在していなかった。本稿における「起業者」の定義に基づくこの時期の「起業者」に相当する者としては、契約の締結によって初めて商人となる者、フランチャイジーがモデルと考えられていた。

この時期において注目すべきなのは、学説全体が、「起業者」と相手方事業者とは実質的に非対等な関係にあることを認めている点である。Von Westphalen は、交渉能力の差を指摘する。Liesegang と Erdmann は、フランチャイズ契約が「垂直協力的関係」である、すなわち契約の構造上非対等な関係にある点を認めている。しかし有力な見解においては、フランチャイジーの負う事業者リスク、フランチャイズ契約が作成される際には当事者間の対等性について配慮されていること、あるいは典型的な「消費者」といわゆる「起業者」とを同視することはできないことから、フランチャイズ契約当事者間の非対等性は度外視されうると考えられていた。もっとも、旧約款規制法（旧 AGBG）上、フランチャイジーは商人に対する約款規制の保護（旧約款規制法（旧 AGBG）9条のみの契約内容審査）を受ける余地があるともしている。つまり、この時期における法律上、「起業者」に相当する者と相手方事業者との関係を非対等であると解釈することは困難であったと考えられる。そのため、いわゆる「起業者」と相手方事業者との間に生じる紛争は旧約款規制法（旧 AGBG）9条に基づく契約内容の審査に委ねる解釈が盛んに行われたとみられる。

2. 第Ⅱ期

第Ⅱ期は、ハルツ改革の影響により「起業者」という言葉が一般的に定着した。これに加え、BGBのみならず旧約款規制法（旧 AGBG）や商法典（HGB）といった種々の民事法の改正により、民事法上の「起業者」概念も形成された時期であった。第Ⅰ期においては、相手方事業者と同列に置ける者であるか否かの2つの認識に分かれていた。しかし、このような認識は第Ⅱ期において変容した。すなわち、「起業者」は、BGB13条にいう消費者の側面と BGB14条にいう事業者の側面の2つを持ち合わせているという認識がなされるようになったと考えられる。

3. 第Ⅲ期

第Ⅲ期は、第Ⅱ期における「起業者」に対する認識を基本とし、さらなる具体化の試みや、新たな問題点の指摘がなされた時期であった。特に BGH による判決は多大な影響を与えた。BGH2005 年決定は、その傍論においてではあるが、起業の具体例としてフランチャイズ契約を挙げた。これを受け、各学説はフランチャイジーを含む過去の「起業者」に関する学説の整理を行い、BGH2005 年決定の評釈や「起業者」の法的取り扱いについて見解を示した。その後、BGH2007 年判決が BGH2005 年決定を「修正」とともに、同決定を組み合わせた判断枠組みとを示すと、同判断枠組みにおける「起業者」の認識を学説は受け入れた。すなわち、「起業者」がフランチャイズ契約などの明らかに事業者行為とみなされる契約を締結した時点以降は、相手方事業者と対等な者とされる。これに対し、そのような契約の締結前については、「起業を決意」していない場合に限り、非対等な者と取り扱われる。このような認識に対しては、根拠が明らかでないなどの批判はあるものの、学説は総じて支持している。

第 2 款 「起業者」に対する認識の検討

第Ⅰ期においては、いわゆる「起業者」と相手方事業者とを同列に置くか置かないかの 2 つの考え方に分かれる状況であった。第 1 款において述べたように、この時期における学説は全体的に、「起業者」に相当する者と相手方事業者との関係は実質的には非対等であることを認めている。それにも関わらず相手方事業者と同列に置くという見解が有力に主張されていたのは、第Ⅰ期における法律上、旧約款規制法（旧 AGBG）以外でいわゆる「起業者」と相手方事業者とを非対等な関係であると解釈することが難しかったからであると考えられる。

しかしながら第Ⅱ期に入って各種民事法の改正が相次ぐと、民事法上の「起業者」概念が形成されるとともに、「起業者」の認識も変容した。すなわち、「起業者」とは、消費者にも事業者にもあてはまる二面性を持つ者である。このような認識は広く学説・諸判決において受け入れられ、当然視されるようになった。学説・諸判決が「起業者」に対する新たな認識を受け入れたのには、以下のような理由があると考えられる。まず第 1 に、第Ⅰ期において「起業者」と相手方事業者との関係は実質的に非対等な関係から開始されることが、既に学説上認められていたためであろう。これに加え、「起業者」は起業後に自営業を始めることから、別の側面では相手方事業者と対等な関係になることも認められる。つまり、第Ⅱ期において形成された「起業者」の認識とは、「起業者」には 2 つの側面があることを認め、第Ⅰ期において分かれていた 2 つの認識が統合されていると解することが可能であろう。第 2 に、法典構造上、第 1 に示した解釈が可能になったということを指摘できる。すなわち、BGB の改正により消費者（BGB13 条）と事業者（BGB14 条）の規定が新設され、BGB が適用される関係であっても当事者対等であることが当然には前提とされなくなったのである。つまり、第Ⅱ期において形成された認識は、型破りの全く新しい考え方というわけではなく、学説上も法律上も十分に受け入れられるものであったと考えられる。

第Ⅲ期においては、第Ⅱ期において形成された「起業者」の認識に基づいた BGH 判決が示され、学説において受け入れられるに至った。この時期においては、フランチャイズ契約など

明らかに事業者行為とみなされる契約の締結前について、「起業者」は消費者とみなされる余地が与えられている。しかしながら、事業者行為とみなされる契約を締結した後については、確定的に事業者として扱われ、相手方事業者と対等な者として取り扱われるとされた。このような認識を総合するに、「起業者」とは、相手方事業者に対し劣位する者であるが、起業をする過程においてその劣位性は解消されていき、事業者行為を行った時点以降は相手方事業者と対等な者として取り扱われる者である、という認識が形成されたと言えるのである。

第2節 「起業者」の法的取り扱い

第2節で示したように、「起業者」とは、劣位性を解消していく方向で変化する者である。このような認識に基づくと、起業の初期の時期における「起業者」と終期における「起業者」とでは法的取り扱いが異なってくることになる。すなわち、同一の「起業者」であっても、いつの段階にある者かによって法的取り扱いが変化するのであり、一様な取り扱いがなされるわけではないのである。「起業者」の法的地位はいつの時点における者であるかによって変化するが、特に非対等な関係と対等な関係との境界が問題となる。境界を基礎づけるのは、「起業者」と相手方事業者との関係を対等、あるいは非対等とする根拠である。これまでに示されてきたその根拠は、以下の2つのアプローチに分けることができると考えられる。すなわち、起業者は取引的・営業的経験に乏しいことを重視する「経験」アプローチと、起業者の行う法律行為の目的が、事業を行うためのものであることを重視する「目的」アプローチである。両アプローチは、第Ⅰ期から第Ⅲ期に至るまでに発達してきた。

第1款 両アプローチの萌芽

「経験」アプローチと「目的」アプローチが萌芽したのは、第Ⅰ期における議論である。この時期の議論に共通するのは、起業のためにする契約締結後については、いわゆる「起業者」を相手方事業者と同列に置くことができるとしていることと、その根拠として、「起業者」に相当する者が商行為を行うことになることの2点である。だが、起業のためにする契約の締結時におけるいわゆる「起業者」の法的取り扱いについては、2つの見解に分かれた。まず、少なくとも契約締結時については、いわゆる「起業者」を相手方事業者と同列に置くことはできないとする見解が示された。同見解は、「起業者」に相当する者には商人的な取引の経験がないこと、交渉力の差が著しいことを根拠に、相手方事業者と対等に扱うべきではないとした。これが、「経験」アプローチの端緒であると位置づけられる。

これに対し、契約締結時においても、いわゆる「起業者」を相手方事業者と同列に置くことができるとする見解が示された。同見解の根拠は、以下の3つである。まず、起業のためにする契約の締結そのものが商取引と同視できること。次に、フランチャイズ契約については、フランチャイズ契約特有の非対等な関係に自ら入るという商人的リスクを「起業者」に相当するフランチャイジーは負っていること。最後に、いわゆる「起業者」を消費者と同列には置けないこと。以上の見解は、「目的」アプローチの端緒と位置付けられる。同アプローチにおいて「商人」とみなすのは、フランチャイジーがフランチャイザーと対等であると解釈するからではない。むしろ、フランチャイズ契約は従属的關係であり、契約交渉の余地がほぼないとして、フ

ランチャイジーが劣位にあることを認めている。しかしながら、フランチャイジーを消費者と同列に置くほどまでの劣位性は認められないこと、当時、起業者の法的地位は「商人」であるか否かの選択肢しかなかったことから、フランチャイジーは「商人」であるとみなさざるをえなかったと考えられる。結果的に商人であることを肯定する根拠として、フランチャイジーは将来的に事業者行為を行うこと、従属的關係に入るリスクを引き受けていることが示された。これらの根拠が、「目的」アプローチの端緒となったと考えられる。

以上のように、萌芽期における見解は全体的に、起業者が相手方事業者に対し劣位にあることを認めている。当時、両アプローチで異なっていたのは、起業者の劣位性を重視するか、消費者保護を与えるほどの劣位性ではないとして重視しないかである。

次に、その後の状況を整理し、若干の検討を加える。

第2款 「経験」アプローチとは

「経験」アプローチにおいては、起業者に「経験」が不足していることは相手方事業者に劣位することを意味する。「経験」には、取引経験、営業経験、フランチャイズ契約においてフランチャイザーから提供されるノウハウが挙げられる。これらの「経験」不足が劣位であるとされるのは、起業者が事業者とみなされるほどの「経験」を得ていないからであるとしている。フランチャイズ契約の締結に際しては、フランチャイジーは「経験」に根差した判断に基づかずにフランチャイズ契約を締結できてしまうため、消費者保護の見地から、何らかの保護を必要とするとされる。

「経験」アプローチは以上のように整理することができよう。起業者が「経験」を蓄積していないことが劣位であるとしているのは、言い換えれば、「経験」を蓄積して初めて起業者は事業者として事業者行為を行える、とすることができよう。この考えに基づけば、十分に「経験」を蓄積していないフランチャイジーが締結することのできるフランチャイズ契約は、事業者行為とはみなされず、フランチャイズ契約締結時における起業者は未だに事業者行為を行っていないと解釈される。これは、営業的又は独立した職業的行為を「行っているか」から区別を行う BGB14 条の要件と親和的であると考えられる。当該アプローチには、どの程度の経験を蓄積すれば、起業者は事業者とみなされうるのか、経験の蓄積をどのように評価するのかという課題があるものと考えられる。

第3款 「目的」アプローチとは

「目的」アプローチにおける「目的」とは、契約を締結することで開始する事業者行為を意味する。当該アプローチでは、起業者の「経験」の有無は重視されない。それは、たとえ起業者に事業の「経験」がなかったとしても、起業者は契約の締結時以降は事業者と扱われるリスクを自ら引き受けて契約を締結しているため、もはや消費者保護に値しないからだとされる。さらに、旧 BGB507 条の立法者は、起業者を基本的に消費者とはみなしていないと解釈し、起業者が消費者とみなされるのは例外的場面に限られるとする。

以上の整理から、「目的」アプローチは営業的又は独立した職業行為の目的を持っているかどうかのみから区別を行うことになるため、BGB13 条の要件と親和的であると考えられる。当該アプローチに対しては、起業者が事業者的经验に根差した判断力を持たないからこそ何らかの保護を必要とするのであり、事業者的经验を背負わせるのは酷であるとの批判が加えられる

と考えられる。また、旧 BGB507 条の解釈については別個検討を要すると考えられる。

終章

第1節 「起業者」概念をめぐる議論の総括

第1款「起業者」の特性

起業のためにする契約交渉の初期段階において起業者は、相手方事業者と非対等な関係にあると考えられている。しかし、両者の関係は、時を経るにつれ次第に非対等性を縮減させていき、特定の時点以降は是正が不要になると考えられている。ところがそれだけではなく、同一の「起業者」についても、経験の蓄積具合によって法的取り扱いは異なる。すなわち、起業の準備段階においてはほとんど事業的な経験のない状態にあるのと、その後経験を蓄積した状況とでは、同一の「起業者」であっても、相手方事業者と非対等と扱われる状況から、対等と扱われる状況へと変化していくのである。非対等性が縮減され対等へと変化していくのは、起業者が知識や経験を蓄積し相手方事業者との間にある差を埋めていくと考えられているからである。このように、「起業者」とは経験や知識などを蓄積して成熟していく者であるとドイツでは認識されているのである。

第2款 相手方事業者との非対等性・対等性を根拠づける要素

第1款で述べた「起業者」の認識の形成には、Koblenz 高裁 1986 年判決と Oldenburg 高裁 1989 年判決に起因して発達した2つのアプローチが背景にある。すなわち、起業者が契約を締結する時点において、相手方事業者に対し経験や知識といった能力が実際上劣位していることを重視する「経験」によるアプローチと、起業者の経験の有無を考慮せず、起業者が事業を始めるために法律行為を行ったことを重視する「目的」によるアプローチである。両アプローチは、起業者が相手方事業者と対等である、あるいは非対等であると判断する基準を示すまでには至らないものの、判断において考慮すべき要素をそれぞれ示している。「経験」によるアプローチは、起業者に(1)法的・専門的知識がないこと、(2)取引の経験がないこと、(3)交渉能力がないこと、から起業者の劣位性が評価されるとする。他方で、「目的」によるアプローチは、(1)事業を行う目的であることが客観的に明らかであること、(2)起業のための契約締結前においては、起業を行うと決意していること、から起業者の非劣位性が評価されるとする。

第2節 日本法への示唆

第1款 「起業者」概念の積極的評価—「起業者」に対する認識—

「起業者」に対する認識は、わが国にとって有用な示唆であると考えられる。なぜなら、「起業者」に対する認識は、フランチャイズ契約における実態を反映したものであり、かつ、フランチャイズ契約の実態は、日独で共通していると考えられるからである。通常、フランチャイジーはフランチャイザーからの指導や援助を受けたり、自ら情報を収集したりすることによって、知識・経験を蓄積していく。同一のフランチャイジーであっても、知識・経験の蓄積具合は、フランチャイズ契約を締結する過程の初期と終期の段階では異なっているはずである。以上のようなフランチャイズ契約における実態は、「起業者」に対する認識そのものであるといえる。したがって、「起業者」に対する認識は、わが国においてもフランチャイジーについて、実態に即した概念として考慮する余地があると考えられるのである。

同認識によると、わが国におけるフランチャイズ契約をめぐる裁判例について整理・分析を加えると、フランチャイザーに要求される信義則上の保護・説明・情報提供義務を判断するための考慮要素や、重視すべき要素が明らかになるのではないかと考える。フランチャイズ契約の準備段階におけるフランチャイジーと、一定の段階を経て経験を蓄積したフランチャイジーとでは、それぞれのフランチャイザーに要求される信義則上の保護・説明・情報提供義務について判断するために考慮・重視すべき要素は異なるはずである。つまり、フランチャイザーの信義則上の義務は、フランチャイジーの知識や経験の蓄積度合いによって変化すると考えられるのである。このような視点に立って現在のわが国におけるフランチャイズ契約をめぐる裁判例を見てみると、実は、フランチャイズ契約当事者間の知識や経験の差だけではなく、同契約締結過程のどの段階にあるかによって考慮要素や判断基準が変わっているのではないかと推測する。つまり、わが国における裁判例の状況は、個別具体的事案によって考慮要素や基準が異なっているのではなく、フランチャイジーの経験や知識の蓄積度合いによって共通する考慮要素や判断基準が見いだせるのではないかと考えられるのである。フランチャイザーの信義則上の義務を判断するための基準や目安といったものを裁判例から見出すには、以下の整理が必要であろう。まず、どの段階におけるフランチャイジーに対しどのような内容の説明をフランチャイザーがどのように行ったのかによって、事案を細かく分類する必要がある。次に、それぞれの分類ごとの判断を整理し、信義則上の保護・説明・情報提供義務の有無や内容を判断している要素の抽出を行う。これに加えて、同じ分類の事案との比較検討から判断要素の重要度を分析することで、判断基準や目安といったものが見いだせるのではないかと考える。

一方ではフランチャイジーの事業経験の不十分さを考慮する。これは、「経験」アプローチに親和的な考慮要素である。他方ではフランチャイジーがフランチャイザーから提供される説明や情報を漫然と受けるべきではないことを考慮している。これは、「目的」アプローチに親和的な考慮要素である。そして、これらの要素を「総合的に」考慮して判断を行っているのである。しかしながら、これらの考慮要素は、そもそも「起業者」の実態を重視する見解と「起業者」の法律行為という形式的事実を重視する見解という全く異なった考え方に由来して形成されており、重視すべき考慮要素もそれぞれに異なる。両アプローチを無自覚的に混在させて考慮することは、重視すべき考慮要素が何であるかを曖昧にして判断をしてしまうことにつながっていると考えられる。したがって、わが国の裁判例を整理するに際し、「経験」と「目的」のアプローチに基づいた考慮要素を意識的に区別することで、信義則上の保護・説明・情報提供義務を判断するために重視すべき考慮要素、ひいては判断基準が明らかになるのではないかと考える。

第2款 「起業者」概念の消極的評価—BGHによる判断枠組み—

「起業者」に対する認識が有用である一方で、BGHの示した判断枠組みは、わが国にとっては有用ではないと考える。わが国における民法とドイツにおけるBGBの法構造は異なっているからである。BGBは、その中に消費者法規定が組み込まれており、自然人は必ず消費者か事業者に区別されることになる。「起業者」についても、その法的地位は消費者か事業者のどちらかでなければならない。このため、BGHが示した判断枠組みも、このようなBGBの法構造を

前提として、「起業者」を消費者あるいは事業者と判断するための枠組みとなっている。ところが、わが国の民法は、同法中に消費者法規定を含んでいない。このため、自然人やフランチャイジーについて、必ず消費者か事業者と決定する必要はないのである。

さらに、BGHによる判断枠組みによれば、契約の締結時以降、「起業者」は確定的に事業者と取り扱うことの理論的根拠については未だに示されておらず、そもそも、そのような判断基準がわが国にとって有用であるかは法構造から考えても疑問である。これに加え、BGHは、基本的には「起業者」の「目的」を重視するアプローチで判断を行い、一部、「経験」を重視するアプローチの考え方を取り入れる形で判断枠組みを形成している。しかしながら、わが国の裁判例においては、両アプローチが混在しており、どちらかのアプローチのみに基づいて判断しているわけではないと考えられる。つまり、「目的」アプローチか「経験」アプローチのどちらかのみに基づいて判断を行うことは、日本法にはなじまないと考えられるのである。

以上から、BGHの形成した判断枠組みは、わが国にとっては有用ではないと考える。

第3節 残された課題

本稿においては、ドイツにおける「起業者」概念についての議論を整理・分析してきた。その結果、わが国にとって有用あるいは有用でない示唆を得ることができた。今後の残された課題としては、わが国のフランチャイズ契約をめぐる裁判例の再整理を行うことである。「起業者」に対する認識に基づき、まず、裁判例の事案によって分類を行う。次に、事案の分類ごとの判断について分析・検討を行い、重視されている考慮要素を明らかにする。このような裁判例の再整理を行うに際しては、事案の分類の方法や、考慮要素の重要度の評価基準など、詳細な整理・分析方法については、本稿において検討できなかったため、今後の課題とする。

「起業者」をめぐる議論は、ドイツにおいて現在も続いている。現時点で議論されているのは、「起業者」の実態的特徴と民事法上の定義、いつからいつまでが「起業者」とされるべきかという範囲などである。今後のドイツにおける議論の発達を視野に入れつつ、わが国においても、フランチャイザーの信義則上の保護・説明・情報提供義務の有無やその内容を判断する基準、あるいは目安について分析し、わが国なりのフランチャイジーに対する法的取り扱いについて引き続き検討していきたい。