HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	現代型契約と古い法律　ードイツ法におけるファクタリング、フランチャイズ、ファイナンスリース　ー
Author(s)	カナーリス，クラウス-ヴィルヘルム；藤原，正則//訳
Citation	北大法学論集，49(3)，83-113
Issue Date	1998-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15783
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(3)_p83-113.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

講　演

現代型契約と古い法律

―ドイツ法におけるファクタリング、フランチャイズ、ファイナンスリース―

クラウス-ヴィルヘルム・カナーリス
藤原正則訳

Ⅰ．本テーマの国際性とドイツ法の特殊性

1、三つの契約類型の現実的意義

そのネーミングからもすぐわかるように、ファクタリング、フランチャイズ、ファイナンスリースは、アメリカ合州国で始まった新しい契約類型である。今日ではこれ等の契約は経済が高度に発展した国々ではどこでも実際に大きな役

割を果たしており、従って本講演のテーマは国際的な次元にある。少なくともその理由からも、この様な契約がドイツ法でどう取り扱われているのかという話を聞くのは、日本の法律家にとっても興味があろう。

2、本テーマの方法論上及び法理論的意義

a)しかしそれだけではなく他の理由からも、本テーマは各々の国の法という次元をはるかに超えた意味を持っている。というのは、ファクタリング、フランチャイズ、ファイナンスリースは、経済取引が新たに産み出した契約類型のまさに好箇の例である。どの国の法秩序もこういったケースでは、言うならば勝手に成長してきた取引をどのように扱ったら良いのか、乃至はこのような取引に「古い」規範や概念を適用できるのか、という問題に直面している。

しかも、これはドイツ法にとってはさし迫った課題である。御存知のようにドイツ民法典はほぼ百年前から施行されており、それ故これ程に古い法律が、明らかに「現代型の」契約類型が提起している問題の解決にふさわしいものなのかどうかは、とりあえず疑ってみる余地があるからである。周知の通り日本民法典はドイツ民法典の影響を受けているから、そういった視角からも、本テーマは日本の法律家の興味を引くのではないかと思われる。

b)最後に、本テーマがドイツ法の特殊性に終ってしまうのではなく、国際的位相で意味があるといえる第三の根拠をあげておこう。新しい契約類型は経済取引によってくりかえし創り出される。だから、ファクタリング、フランチャイズ、ファイナンスリースを法的にどう取扱うのかは、これまで規律が与えられていなかった契約類型と法秩序がどうつきあっていくのかという、常にくりかえし出てくる又その故に根本的かつ永遠の問題に対する範例なのである。(1)

〔ところで〕こういった問題に対処するには、原則として二つの全く異なったアプローチが存在する。第一は、新しい契約類型をまずそれ自体から理解する、つまり基本的には当事者の意思表示にたちもどり、当事者の意思に従って関係する法規定の欠缺を補充するというやり方で、新しい契約類型が投げかける問題を克服する方法である。第二の方法

は、新しい契約類型とそれを規律する法規定が既に存在する古い契約類型との類似点を探り、出来得る限り後者を手本にしていくやり方である。

〔もちろん〕この二つの方法のいずれか一方だけで、目標に到達することはできない。但し、原則としてまず第二の方法を試してみるべきである。予めある契約が本当にどの程度新しいのかは見当がつかないのだから、これは当然である。もしかすると、その契約は大昔から現行法になじみのある契約類型とあまり変るところはないのかもしれない。〔実は〕その例がファクタリングである。加えて、強行法規の存在である。強行法規の文言が文字通りにあてはまらないからといって、新型契約が強行法規の適用を免がれてはならない。例えばフランチャイズでは、この問題は重要な意味を持っている。何となれば、ドイツ法はいわゆる代理商を保護する強行規定を置いており、従って、フランチャイジーは代理商に類似するか、もしそうならフランチャイジーに代理商と同様の保護を与えるべきか否かが吟味される必要があるからである。さらに、ドイツ法には約款法による契約内容のコントロールという問題がある。約款法は明文で「法規の中心的な立法趣旨と異なる」契約条項が「立法趣旨とおりあわない」疑いがある場合には同条項は無効である、と定めている（約款法九条二項一号）連邦通常裁判所は、ファイナンスリース契約を典型的なそれではないがそれでも賃貸借契約の一環だと解しており、従って原則としてリース契約を民法典が規定する賃貸借契約の「範型」を手掛りに規律を与えようとしている。それ故に、約款法九条二項は、ドイツ法ではファイナンスリース契約で大きな役割を果たしている。

ところで、このリースに賃貸借を類推するという例からも、経済取引が新たに創り出した取引を可能な限り現行法で規律していこうという方法の危険性がすぐに見てとれる。つまりこの方法は、新種の契約類型の特性を充分に見ることなく、その特性に合わない法規を適用して話を目茶々々にしてしまう危険をはらんでいる。だから、我々は常に二つの

危険性にはさまれており、最大限の注意を払ってこの間をすり抜けていかなくてはならない。すなわち、一方では問題の契約類型がなにがしか「新しい」というだけで現行法を適用しないという、現行法の軽視は許されない。しかし、又他方で、本当はそれに適合しない古い契約類型の法規定のルールと概念に新型契約を無理やり押し込んで、契約当事者の契約形成の自由を制限することも又許されるべきではない。

だから、新しい契約類型をあわてて古い概念で整理し、そこから解決を引き出す、という態度は戒められるべきである。そうではなく、まずは個々の問題の利益状況を厳密に分析し、利益状況に合致する解決を求めるべきである。しかる後に、現行法との評価矛盾及び潜脱の危険を避ける為に、新型契約と法規定のある既知の契約類型との相似もやはり検討する必要がある。具体的に一つ一つのケースでこの方法がどう使われるのかは、本講演の中で実例を示していこう。

Ⅱ・ファクタリング

手始めは、ファクタリングの詳細な分析である。

1、法事実的構造と経済的機能

a)ファクタリングの分析の為には、まず簡単にファクタリングの法事実的構造を想起しておく必要がある。ファクタリングの目的は債権の取得だから、その核心は三当事者関係である。つまり、〔ファクタリングとは〕多くは銀行がその役割を演ずる企業、いわゆるファクターが、ファクタリング・クライアントからクライアントの債務者に対する債権を取得し、同時にそれに対して一定の対価を支払う。債権はしばしば取得時以後に履行期が到達する。ファクターは債権の額面より低い金額をクライアントに支払って、その間の差額を取得することで報酬を得るのが通例である。

このような取引は、とりわけ二つの点でファクタリング・クライアントに利益をもたらす。クライアントは、まず取

引によりすぐに現金を入手し、利用可能な流動資金を手にする。つまり経済的に見ると、この点でファクタリングは融資機能を持っている。加えて、ファクターは、時間をとられかつ場合によっては費用もかさむ債務者からの債権回収を、クライアントから引き受けている。これは、経済的には、ファクタリングのサービス機能である。

b)さて、ファクタリングの中心的な実際的・法的問題は、債務者が債務の弁済能力がない、つまり支払不能のときにどうなるのか、である。その際に、ファクターは債権の対価として支払った金額をクライアントから取り戻せるのか、それとも自ら債務者の支払不能のリスクを負担しなければならないのか。契約自由の原則からはいずれの解決もあり得るから、当事者はこの点を契約で合意しておく必要がある。

債務者の支払不能のリスクをファクターが自ら引き受ける場合を、ドイツでは真正ファクタリングと言い、反対にこのリスクをファクタリング・クライアントが負担するのを不真正ファクタリングと言う。当然真正ファクタリングではクライアントがファクターに支払う代価は、不真正ファクタリングよりもずっと高くつくことになる。

2、ファクターとクライアントの間で締結される複数の契約

a)ファクタリングの詳しい法的分析の為には、今一つファクターとクライアントの間には複数の契約が締結されることを明確にしておく必要がある。まず始めに締結されるのが、将来行なわれる複数のファクタリング取引の基本契約である。[2] ファクターは債権を一回限りではなく何度も取得するからである。

b)ドイツ法では以上の基本契約と厳密に区別されているのが債権譲渡である。民法典三九八条は、債権譲渡は新旧債権者間の譲渡の合意という独自の契約により行なわれると規定している。ドイツ法は債権譲渡でも物権法上の所有権移転の場合と同様、分離乃至無因原則を採用しているからである。

もちろん、債権譲渡はファクタリング取引の度毎に一回々々行なわれる必要はなく、予めつまり事前に不特定多数の

取引に向けて包括的に譲渡の意思表示ができる。だから、こういった譲渡を、事前の包括譲渡と言う。かつこのことは、一九八八年五月二八日の国際ファクタリングに関する統一条約のルールでも認められている（二章、五条a）。

c)ところで、原則として基本契約ではファクターが将来どの債権を取得すべきかは最終的には決められていない。さらに、どの限度で真正ファクタリング、不真正ファクタリングにより債権が取得されるのかも、当初は間々不確定である。後にファクターが債権を取得するに際しては、ドイツ法では不可欠な、いわゆる原因関係の合意たる個別のファクタリング取引の基礎となる契約が、今一度新たに締結されることとなる。

d)総括すると、ドイツ法では三つの契約が区別されている[3]。すなわち、基本契約、（先行する包括的）譲渡契約、及び個々のファクタリング取引の原因となる契約である。しかも、そのいずれの契約に関しても性質の違った問題が持ちあがってくる。

3、基本契約の内容と法的性質

a)基本契約に関してまず[4]とりわけ重要なのは、基本契約がファクターにクライアントの債権を取得する義務を課している点である。こういったファクターの義務を抜きにしては、融資を受けるクライアントの安定した地位は考えられないからである。もちろん、ファクターはクライアントの債権総てを取得する必要はなく、取得の要件と限度を契約で定めておくことができる。加えて、一つ一つの債権を真正ファクタリングで取得するのかそれとも不真正ファクタリングでかを毎回決定する権限を留保することも可能である。クライアントの債務者の支払能力を予め判断するのはファクターにとって間々不可能であり、債権を一つ一つ精査せずファクタリングで引きとり債務者の無資力の危険を負担するのは、ときとしてあまりに危険だからである。さらに、ファクターが債権を取得するのと同時にその都度クライアントに支払う金額、及びその際にファクターが受ける報酬も、基本契約で定められている。

〔他方〕クライアントは、自己の債務者に対する債権の一部或いは全部を取得するようにファクターに申し出る義務を負っているのが普通である。然もなければ、クライアントは「性の悪い」つまりリスキーな債権だけをファクターに譲渡し、「節の良い」債権は自分でとり立ててしまうことにもなりかねないからである。

b)本講演のテーマ全般から言うと、ドイツ法は基本契約に関する法規定を置いていないことが、重要なポイントである。もちろん、例えば銀行が顧客と手形割引等の融資を約したり(5)、商人が生産者の製品をエンドユーザーに転売すると生産者と約したときには(6)、ファクタリングと似たような基本契約が締結される。しかしながら、こういった基本契約を定めた法規定は存在しない。だから、これは当面する問題について、契約そのものつまり契約の解釈と補充だけから解答が期待でき、法規定は全く助けにならない、という類の契約の良い例である。

4、〔債権譲渡の〕原因となる契約の内容とその法的性質

a)法規定が有るか否かという点で話が全く違うのが、個別のファクタリング取引つまり特定した債権をその都度譲渡する際にその原因となる契約である。連邦通常裁判所と通説によれば、真正ファクタリングではこれは譲渡される債権の売買契約である(7)。

債権の売買に関しては、民法は明文の規定を置いている。この規定が与える法的規律の核心は、売主は債権が法的に存在するか否かについては責任を負うが、債務者の資力は担保しないという点である（民法典四三七条参照(8)）。これは、真正ファクタリングで当事者が達成しようとしたリスク分配と完全に合致している。もちろんファクターの支払う対価の性質は本当に売買代金なのか、むしろ利子払いではないのかを問題にする余地がないではないが、後者から出発しても迂回して最終的には売買の規定が適用されることになる（民法典三六五条以下、商法典四〇〇条を参照）。だから、以上は「現代型」契約が無理なく「古い」ドイツ民法典に組み込めるという良い例である。

b)反対に、不真正ファクタリングのリスク分配の構造は、債権の売買の規定とは合致しない。不真正ファクタリングではファクターは債務者の無資力の危険など引き受けないからである。そうは言っても不真正ファクタリングの場合も、ファクターは債権取得時に相応の代金は支払っている。但し、後に債務者に支払能力がないとわかれば、ファクターはクライアントの口座から払い戻しを受ける。だから不真正ファクタリングでは、経済的にはファクターはクライアントに債権を引当てに前金を払って信用供与しているにすぎない。そこでドイツでは、不真正ファクタリングの場合債権譲渡の原因は消費貸借契約だという見解がほとんどである。(9)

もちろん、そうは言ってもこれは典型契約の消費貸借ではない。消費貸借では期限到来後に借主は当然貸金を弁済する（民法典六〇七条参照）。しかし、不真正ファクタリングではそうではない。ファクターは譲渡された債権を回収して満足を受けるのが原則であり、例外的に債務者が無資力の場合に限りクライアントから金員の返還を受ける。法律構成すれば、クライアントは自己の消費貸借上の債務の弁済の為に債権をファクターに譲渡し、ファクターは債権回収により金員を取得する義務を負うが、債務者が無資力の場合はクライアントから資金の返還を受けられる、ということになる。(10) このように最終的にではなくいわば単に前貸として本旨弁済に代えて他のものを交付することで債務を履行するというのは、ドイツ法では良く知られかつ完全に認知された法制度である（民法典三六四条二項参照）。だから、不真正ファクタリングでも、「現代型」契約を「古い」民法典の中で理論的に整理するのに、全く困難はない。

5、ファクタリングによるファクターへの債権譲渡と他の第三者への譲渡との競合

a)ファクタリングを真正ファクタリングは売買契約、不真正ファクタリングは消費貸借と法性決定することで、一見しただけでは全く気付かなかっただろう問題にも、解決が事実上与えられる可能性が出てくる。ファクタリングで譲渡された債権が今一度他に譲渡された場合の競合という問題である。統一条約（一章一条二項C）とは異なりドイツ法で

は新旧債権者間の契約だけで債権譲渡が行なわれ債務者に対する通知は必要とされないから、しばしばこのような事態がおこってくる。その際は先の譲渡が後の譲渡に優先するのが原則であり、しかもこの理は、ファクタリングでの先行する包括譲渡のように債権が譲渡時にはそもそも存在せず将来発生するとともに譲渡されるという場合でも同様である。

二重譲渡が特に問題となるのは、ファクターのクライアントが、ファクターだけでなく自分に商品を供給してくれた者に今一度債権を譲渡したという場合である。その典型例は、商品供給者が売買代金の全額が支払われるまでは供給した商品の所有権を留保し――そのこと自体はドイツ法では全く問題はない（民法典四五四条参照）――、しかも同時に商品の売却権限を買主に委ねて商品の譲受人に対する債権を予め譲渡させる、というケースである。ところが他方で、買主は既に予め債権をファクターに譲渡しており、この二つの譲渡間で競合が生じる。

b)先にもふれた通り、その際も先の譲渡が後の譲渡に優先するのが原則である。そうなるとクライアントは通常ずっと以前からファクターと長期的な取引関係を持っておりその取引の始めから（予め）譲渡が行われているから、優先するのは圧倒的に多くの場合ファクターへの譲渡である。そこで問題になるのが、ファクターが時間的優位を利用して後から登場する商品供給者の債権をいわば予め「取りあげている」としたら、ファクターのしたことは民法典一三八条に言う良俗違反ではないのかという点である。この問題に関して連邦通常裁判所は真正ファクタリングと不真正ファクタリングとを区別して異なった判断を下している。

真正ファクタリングでは、連邦通常裁判所は、ファクターは後から登場する商品供給者の利害を顧慮する必要は全くないから、ファクターへの債権譲渡は良俗違反ではないとしている。[11] 何となれば、クライアントはファクターに債権を売却して速やかに現金を手に入れている。だからこの状況はクライアントが自分で債務者から債権をとり立てた場合に酷似しているからである。[12] 通常商品供給者はクライアントに回収の権限を与えており、それ故クライアントが取立の代

りに債権を売却しても著しい不利益を受けることはない。いずれの場合でも、そこから商品供給者への支払いがなされるクライアントの会計に入金されているからである。

反対に不真正ファクタリングでは、連邦通常裁判所は、クライアントが後に再度商品供給者に譲渡することが見込まれる債権をファクターに譲渡したときは、民法典一三八条の良俗違反であるとファクターをとがめだてしている。[13] この判断の重要な伏線となっているのは、連邦通常裁判所が不真正ファクタリングを与信取引と考えていることである。つまり連邦通常裁判所が言うには、不真正ファクタリングではクライアントは場合によっては金銭を返還しなければならなくなるので、真正ファクタリングの場合よりも商品供給者は不利な立場にあるというのである。しかし、この論拠は説得力に欠ける。クライアントが前払いを受けた金銭を払い戻さなくてはならないのは、クライアントの債務者がファクターに支払えないときである。その場合は、債務者は商品供給者にも支払えない。つまり結局は、無価値の債権の譲渡が商品供給者にとっても何の意味もない場合である。だから私見も含めてドイツの学説の多くは連邦通常裁判所の判例に反対で、真正ファクタリングと同様不真正ファクタリングでのファクターへの譲渡も有効であると解している。[14]

c)ところで、この講演で本問をとりあげたのは、それがドイツの実務上重要な意味があるからだけではなく、とりわけ方法論上の観点からこの講演のテーマについて教示する点が多いからである。私の考えでは、ここでは、第一義的には利益状況の分析が問題解決の指針となる、当該契約の法的性質がどうであるのかを過大評価してはならないという理が特にはっきりと示されている。何故なら、この問題の解決に決定打を与えるのは、真正ファクタリングが売買で不真正ファクタリングが与信取引だという点ではなく、商品供給者の利益がそのいずれの場合にも重要な点で害されることはないという理である。そう考えると、連邦通常裁判所の見解とは反対に、ファクターとクライアントへの商品供給者が関係する限りでは、不真正ファクタリングも真正ファクタリングと全く同じ扱いをすべきこととなる。

Ⅲ．フランチャイズ

次はフランチャイズである。

1、法事実的構造と経済的機能

フランチャイズに関しても、まずその取引の基礎となる法事実を手短かに扱い、フランチャイズが法的、経済的観点からおよそどのような意味を持っているのかについて若干詳しく述べておく必要がある。そうは言っても、フランチャイズと称する契約の内容はまことに多様であるから、これは少々やっかいな作業である。そこでここでは話を相当に単純化して、フランチャイズの最も重要な特徴を備えた取引形態、言い換えるとフランチャイズの「理念型」をもとに話を始めることとしよう。

a)以上の方針から、まず最初に挙げる必要があるフランチャイズのメルクマールは、フランチャイズは製品販売のシステムだということである。ここで製品販売と言っているのは、有形の製品のみならずサービスをも含めたより広い意味においてである。例えばファーストフードを提供するマクドナルドのレストラン・チェーン店はフランチャイズ方式で組織されているが[15]、こうした販売形態は語学コース、旅行企画販売等無形の販売対象でも利用されている。

このシステムの特徴は、システムのトップにフランチャイザーが座りその下にフランチャイジーという多数の企業が従属している点にある。だから、フランチャイズのシステムは原則として垂直的に組織されている[16]。もちろん、フランチャイザーとフランチャイジーの協働関係は長期にわたることが予定されている。そうでなければ、お互いに安定した経済的成功は望むべくもないからである。

〔ところで〕外から見ると、フランチャイジーはフランチャイザーの支店にすぎない、つまりあたかも一企業の非独立部門のように映る場合も多い。しかし、本当はフランチャイジーはフランチャイザーとは独立した法人格を持ってい

る。但し、その法的独立性にもかかわらず、通例フランチャイジー同士は一体のグループ同然の顔をし、緊密な組織を通じてフランチャイザーと結合している。

b)以上と切り離し難い関係にあるのが、フランチャイザーの統一コンセプトの存在と言うフランチャイズを特徴づける今一つのメルクマールである。だから例えばマクドナルドのメニューは世界中どこでも同一のレシピと方法で用意され、同じような設備の店舗で同じようなやり方でサービスされている。フランチャイジーは、フランチャイザーの統一コンセプトに従う義務を負うとともに、これを使用する権利を持つ。

c)フランチャイジーは通常は、コンセプト使用権及びチェーン店加盟の対価をフランチャイザーに支払っている。その意味で、フランチャイズの対価支払の構造はまことに特異である(17)。例えば、委託者が問屋に、委任者が代理商に口銭を支払うように、普通は製品販売をひきうける者に対し製品販売を希望する企業が対価を支払うのがあたりまえである。ところがフランチャイズは正反対で、製品販売をひきうけたフランチャイジーがフランチャイザーに対価を支払う。それだけにとどまらず、フランチャイザーはフランチャイジーへの自己の製品販売によってさらに収益をあげることもしばしばであるが、このことはフランチャイズを構成する不可欠の要素ではない。以上のような取引形態では、フランチャイジーは専ら自分の顧客との取引で利益をあげなければならない。つまり、フランチャイジーは、フランチャイザーの計算ではなく自己の計算で取引しているのである。

2、フランチャイジーのフランチャイザーへの従属関係という問題と、ドイツ法での問題解決

フランチャイズの法的取扱いに関する第一の主要な論点は、ほとんどの場合フランチャイジーはフランチャイザーに相当強い従属関係にあるという現実である。既に述べた通り、フランチャイジーはフランチャイズ組織に組み込まれ、長期にわたりフランチャイザーと協働し、しかも一般的にはそのことで生計を立てているからである。

a)だから、時としてフランチャイジーは被用者と変らない危険な状態に陥ってしまう。すでにふれたように、フランチャイジーが経営する企業はフランチャイザー企業の単なる支店と全く区別できない場合もしばしばである。支店で働いているのは、当然支店の属する企業の被用者である。ところがフランチャイザーの側から見るとフランチャイズの本質的な利点は、自社製品の販売を自社の被用者に担当させるのではなく、その故に、労働法の厳格な〔労働者〕保護規定に服さずにすむ点にこそある。

反面当然のことながら、同保護規定はフランチャイズを利用して潜脱されてはならない。そこで第一にはっきりさせておかなくてはならないのが、フランチャイズという名称に本当は労働関係が隠されてはいないのかという問題である。ドイツ法では、労働関係の存否は従属的な活動がなされているのか非従属的な活動がなされているかによって判断される。両者の区分に関して判例・学説は多くの基準を作り出しているが[18]、この問題は本講演の範囲を超えているので、ここでとりあげることはできない。当然のことながら、以上の基準は活動の客観的性質によるのであり、当事者がつけた名称にその適否が左右されるものではない。活動が従属的だと認定されれば、本当はフランチャイズではなく労働関係が存在することになり、その結果フランチャイズのルールではなく労働法の規定だけが適用される。こういった観点からドイツ法はフランチャイジーが独立性の要件を満足させるときにだけフランチャイズを認定することで、概念上の明析さを求めている。

b)但し、それだけではある分類がされたというだけで、本来解決さるべき問題は少しも片づいてはいない。労働法の意味ではフランチャイジーは従属してはいなくても、先の理由で経済的にはフランチャイザーに対して強度の従属関係にあることに変りはないからである。ところでドイツ法は同様の問題に対して法規定が与えたルールを持ちあわせている。いわゆる代理商に関する規定である。代理商も委任者からは独立しており従って労働者ではないが[19]、しかし常に委

任者の取引を仲介して契約を締結しており、その故に経済的には委任者から独立してはいない。だから、立法者は一連の代理商保護の規定を用意した。通説は、この規定は原則としてフランチャイジーにも類推可能であるとしている。[20] 確かにフランチャイジーには類推の重要なメルクマールが備わっている。何故なら、フランチャイジーはフランチャイザーの製品の販売の為に恒常的にフランチャイザーに協力しており、このことで従属性は充分だと言えるからである。フランチャイジーは自己の計算で行為し、反対に代理商は口銭の支払いとひきかえに委任者の計算で行為するという違いは、この問題に関しては意味を持たず、それ故類推の妨げにはならない。

以上の代理商保護の規定の核心は、とりわけ契約解除に対する保護、契約関係終了時の補償請求、及び競業避止義務の限界付にある。ドイツ法の体系では、これ等の規定は民法典ではなく商法典に置かれている（商法典八四条以下参照）。ところが、商法典は民法典よりさらに古い歴史を持っている。だからこの例からも言えるのは、「現代型」契約類型の多くの問題が「古い」法律を使っても完全に解決できるということである。

加えて、〔新型の契約類型の〕規律にふさわしいルールを法規の中に発見するよう努めよという好箇の例が、ここではっきりと示されている。何故なら、代理商の規定がフランチャイジーに類推適用できないなら、代理商の代りにフランチャイジーを使えば、代理商の規定は容易に潜脱されてしまうからである。

3、コンセプト使用の権利・義務

第二の重要な問題領域は、フランチャイザーのコンセプトに関してである。コンセプトについては、その使用義務と権利を区別してかかる必要がある。

a)当然のことながらドイツ法にはこのようなコンセプトの使用義務に関する特別なルールなど存在しない。実際、コンセプト使用義務については契約に定めがありその内容の詳細も例外なく契約で合意されているから、法規定がなくて

も不都合はない。例えばマクドナルドレストランの所有者がどのようなメニューを用意し店舗を組織するのかは、典型的な契約内容の問題であり立法の課題ではない。

コンセプト使用の義務違反についても、特別な法規定の必要はない。契約違反一般に関するルールだけで十分である。契約違反の一般的ルールから、例えばフランチャイジーが重大なコンセプト使用義務違反を犯したときは、その違反の重大性故にフランチャイザーは契約を無催告解除できることもはっきりしている。(21)

b)他方、フランチャイザーのコンセプトが粗悪なら、フランチャイジーもフランチャイザーに対して請求が可能である。第一は、契約目的物の「瑕疵」による担保責任の追及である。民法典は担保責任に関する規定を、売買、請負、賃貸借で用意している。〔もちろん〕フランチャイズは、この三つのどの契約にもあたらない。しかし、フランチャイザーのコンセプトを使用するフランチャイジーの権利は、(債権的)利用権である。(22) ドイツ法は債権的利用権が有体物のみならず、すべての「客体」に成立することを認めており、その結果ここでは賃貸借の担保責任の規定が類推適用されることとなる(民法典五八一条参照)。(23) フランチャイザーのコンセプトは無理なく「客体」という概念に包摂可能だから、やはりこの例でも法規に手掛りが発見できることになる。

もっとも、賃貸借の厳格な担保責任の規定が適用となるのは、フランチャイザーのコンセプトがおよそ使いものにならない、つまり経済的目的の達成には全く役に立たない場合に限られる。反対に経済的成功の程度という点でフランチャイジーの期待が裏切られたにすぎないとき、つまりフランチャイジーが期待したより見入りが少なかったり高額の投資を強いられたという場合には、コンセプトにはドイツ法の担保責任の意味での瑕疵はない。(24) もちろん、こうした問題でフランチャイザーがフランチャイジーを誤解に導く、例えば誤まった期待を惹起することは、十分ありうる。その場合にフランチャイザーが負担するのは、契約締結上の過失責任である。たしかに契約締結上の過失責任による請求権の根

拠規定は民法典に置かれてはいないが、今日では判例・学説がこれを一般的に承認している。

c)本講演のテーマの全体的視角から整理すると、フランチャイザーのコンセプトを使用するフランチャイジーの権利・義務はおどろく程にぴったりと現行法の中に整理できる。だから総じてドイツではフランチャイズという「現代型」契約の適切な克服の為に〔判例法による〕大幅な法の継続発展を必要としてはいないのである。

Ⅳ．動産のファイナンスリース

本講演の最後の部分は、ファイナンスリースにあてることとしよう。特別に困難かつ面白い問題を提起しているのが、ファイナンスリースという「現代型」契約なのである。

1、法事実的構造と経済的機能

ファイナンスリースに関しても、話は法事実的及び経済的基礎から始まる。さらに、ここでも、単純化されたモデルから出発して、ファイナンスリースの最も重要な取引形態についてだけ言及することになる。

a)ファイナンスリースをまず特徴づけるのは、リース業者、ユーザー及びサプライヤー間の三面関係の存在である。三面関係の内、リース業者・ユーザー間及びリース業者・サプライヤー間には契約関係がある。反対に、ドイツ法下ではユーザー・サプライヤー間の契約は普通は存在しない。もちろん、とりあえず始めにユーザー・サプライヤー間で契約が締結されることも稀ではないが、その場合もこれに続いてリース業者がユーザー・サプライヤー間の契約に参入し、ユーザーは再びサプライヤーとの契約関係から脱落する。

リース物件は、動産である。もちろん不動産のファイナンスリースもないではないが、通常これは三当事者ではなく二当事者間で締結される。だから、この形式での契約は、ここではとりあげない。

b)今一つのファイナンスリースの特徴は、リース業者ではなくユーザーがサプライヤーの所で物件を探し、サプライヤーと契約条件、特にリース物件の使用目的及び売買価格を決定することである。少し前に紹介したように、もしもその取引形態がユーザーがまずサプライヤーと契約を締結ししかる後にリース業者がユーザーと交替するという工合に行われたなら、それは当然のなりゆきである。しかし、リース業者の仲介を経て始めてサプライヤーとの契約が締結される場合であっても、サプライヤー及びリース物件を選択しリース業者とサプライヤーとの契約を締結直前までお膳立てするのはやはりユーザーに他ならない。

c)一般にリース業者・サプライヤー間には、ファイナンスリース契約の締結を通しての物件の販売促進目的の恒常的協力関係は存在しない。だからこの関係についてその都度特別に注意をうながさないときは、以下の話では協力関係のないことが当然の前提とされている。

もちろん、サプライヤーの〔製品の〕販売促進目的にリース業者が協力している場合もないではない。その際は、この問題にも付加的に立ち入って考察を加えることにする。

d)リース業者の経済的機能は、専らユーザーにリース物件の利用可能性を提供し、そのことでユーザーに与信することにつきる。その過程で、リース物件の所有権はリース業者が取得し、物件の代価をサプライヤーに支払うことになる。ユーザーの側は、リース業者にリースの割賦金を支払う。割賦金の額は、約定されたリース契約の終了期限までに、割賦金の合計がリース業者の支払った売買代金と再融資費用を全額カバーし、しかも原則としてリース業者が利益を収めるのを可能とするように定められている。この費用填補という目的は今日のドイツ法ではファイナンスリースの理解に決定的意味を持っており、その為に、逐次償還乃至逐次償還原則という特別な概念まで形成されている。

経済的に見ると、リース物件の使用にかかる費用を融資することで、リース業者はユーザーに与信している。ところ

で最近のドイツ法の展開で興味深いのは、数年前には立法者もリースの与信機能にはっきりと配慮するに至ったことである。すなわち、立法者はファイナンスリースを原則として消費者信用法の適用対象とすることで（消費者信用法三条二項一号参照）、ファイナンスリースが与信取引であると認めたのである。しかも消費者信用法の起草者が出発点としたのは、「リース業者がリース物件調達の為に支出した諸経費の逐次償還の義務をユーザーが負う場合は」リース契約は総てファイナンスリースとみなされる、という認識であった。つまり、逐次償還原則はついに立法にも受け入れられるに至ったのである。(25)

e)さらに、リース契約終了時にも多くの場合リース物件はいくらかの価値を保っていると当事者が期待している点についても、最後に言及しておく必要がある。具体的に契約終了時にどうすれば良いのかについては、各々のファイナンスリース契約中で実に様々の取り決めがなされている。しかし、ほとんどの場合には、経済的に見ればリース業者とユーザーはリース物件の残価値を何等かの方法で分配するということになっている。それでは具体的にどう分配されるのかといえば、そこで何といっても決定的なのは、税法上の観点なのである。

2、ファイナンスリースの法律構成をめぐる争い

a)ところでファイナンスリースに関する法的問題に関しては、ドイツではまずはファイナンスリースを従来から存在する契約類型の一つとして位置づけようという試みがなされた。特にドイツの約款法の規定を考慮に入れると、これは誰でもすぐ思いつくアプローチである。約款法は、「法規の中心的な立法趣旨と異なる」契約条項が立法趣旨と「折りあわない」疑いがあるときは同条項は無効である、と定めている（約款法九条二項一号）。その意味で、任意法規は「指導的性格」を持つなどと言われている。

〔ところで〕約款法に言う任意法規とは、その任意法規が規律する契約を補充するが、当事者のそれと異なった合意

も可能な法規定であると理解されている。しかしながら、約款による合意で任意法規を排除することは約款法で禁止されており、いわゆる個別合意による排除が可能であるにすぎない。ファイナンスリース契約の重要なルールはほとんど必ず約款に含まれているから、当然約款法の基準に照したコントロールはファイナンスリースには実際に重大な意味を持っている。

b)連邦通常裁判所の判例はファイナンスリースを賃貸借だとする点では一貫しているが、同時に典型契約としての賃貸借ではないことも承認し、それ故約款が民法典の賃貸借法の「指導的性格」から部分的に外れることも許している。[26] しかし、学説ではこの見解はほとんど賛同を得ていない。[27] ある学説はファイナンスリースを賃貸借ではなく売買であると言い、[28] 又他の学説はファイナンスリースは法律で規定されているどの契約類型にもおよそあてはまるものではなく、「独自の性格」を持った契約類型乃至ラテン語で言う「固有の契約（sui generis）」だと主張している。[29]

私見では、ファイナンスリースは与信という性格を持つことから話を始めるべきであり、[30] 加えて先にもふれたように今日この理は立法者も認めるところとなっている。しかも、以上のように考えることは利益状況にも合致している。リース業者の仕事は、ユーザーにリース物件の利用を委ねることではなく、リース物件の調達の為の融資である。だからキャッチフレーズにすると、リース業者は金が問題で商品には無関心、なのである。何と言ってもリース物件を探し出しサプライヤーと代金を合意するのはユーザーなのだから、リース物件の利用をユーザーに委ねてもリース業者はそれでかせいでいる訳ではない。事実ユーザーとの関係でリース業者の収益の源泉はユーザーが必要とする資金の用に応じることにある。その帰結として、法的にはリース業者は与信者とほとんど同一視さるべきであろう。しかもこのことは、ドイツ法が承認しているリース物件に投じた諸経費の填補請求すなわち逐次償還請求が重要な意味を持つことをも合致している。何故なら、逐次償還請求はほとんど貸金の返還請求と変らない性格のものだからである。

さて今度は以上の視角の下で、ファイナンスリースの幾つかの重要問題の解決を試ることとしよう。しかる後最後に、今一度ファイナンスリースを契約類型のどこに位置づけるのかという問題に立ちもどってくることとする。

3、ファイナンスリース契約が期間満了前に解約された場合の逐次償還原則

逐次償還原則との関係で、その解決が非常に示唆に富む第一の問題が、約定期間満了前にユーザーが契約を解除した場合の後始末である。ドイツ法では、ユーザーが新種の物件を調達できるように、リース期間満了前にユーザーがリース契約を解約する余地がしばしば契約でみとめられている。問題は、現時点では完全には填補されていない物件調達の費用を補償する為にユーザーは残リース料を支払う必要があるのかである。連邦通常裁判所は所問を肯定しており(31)、かつこの態度は妥当である。

仮にファイナンスリースが賃貸借だと言うなら、この結論は決して当然とは言えない。賃借人が契約を有効に解除しかも全く物を利用しないのにもかかわらず、利用しない期間の賃料支払い義務を負うというのは全く不合理だからである。反対にファイナンスリースの与信機能を出発点にすると、この結論は全く当然である。期限前に解約しても、利子払いは別として、借主は貸金自体は返済しなくてはならない。事実ファイナンスリースの解約でも残リース期間の利子は控除した上で計算されている。だから、リース業者の残リース請求は、リース物件の調達費用の逐次償還を求める請求が、特別な形をとって現われているにすぎない。後に他でリース業者がリース物件を価値実現すれば、契約毎に具体的な額は合意されているが、そこであげた利益の分与にユーザーも与ってしかるべきである。その為の手段は、「補充的契約解釈」が提供することとなるが、そこではファイナンスリースの節税効果が重要な意味を持っているのである(32)。

4、リース物件の偶然の滅失のリスクからのリース業者の免責

今一つファイナンスリースを契約類型の中でどう位置づけるのかという問題にとって重要なのが、ユーザーへの引渡

後にリース物件がユーザーの過失なくして滅失・劣化した場合の法的処理である。一般に契約条項ではこのリスクはユーザー負担とされており、その結果原則としてユーザーはそこに含まれている利子部分を除く未払いリース割賦代金を支払わねばならない。

連邦通常裁判所は、このような契約条項は有効であると判示した。[33] リースを賃貸借だと考えると、このような結論が出てくる余地はない。賃借人は利用可能性のない乃至は契約上定められた性質を欠く物に対価を支払う義務を負わされることになり、賃貸借法からみれば、これでは、給付と反対給付の均衡は完全に失われてしまうからである。反対にリースを与信と考えれば、この解決は全く首尾一貫している。つまり、これもまだ完全には填補されていないリース業者が投じた費用の逐次償還乃至は貸金の返還を求める請求の一環にすぎないからである。

5、引渡し時に既に物件に瑕疵があった場合

ドイツ法で極端に見解が対立しているのが、例えば物件の構造に欠陥がある、サプライヤーの言った通りの利用目的では使用に耐えなかった等の、リース物件に物の瑕疵があるという場合のユーザーの法的地位如何という問題である。〔このような場合〕リース業者は責任を負わず、代りにサプライヤーに対する売買契約上の自己の請求権をユーザーに譲渡する、とリース契約で定められているのが普通である。その結果、ユーザーは売買契約を解除する。つまり契約の巻き戻しをサプライヤーに請求できることになる。

こういった契約上の取り決めを、連邦通常裁判所は原則として有効だと判示した。しかし、同時に裁判所は売買契約の巻き戻しとともにファイナンスリース契約も無効となる。しかも始めから契約締結時に遡って効力がなくなる、という見解をも示した。[34] 結果的には、ユーザーはもはや残割賦金を支払う必要はなく、既払い金すらリース業者から取り戻せる。そうなると実際上、物の瑕疵のリスク及びこのリスクと一体のサプライヤーの無資力のリスクは、リース業者が

負担することになる。

この連邦通常裁判所の判例は、ドイツでは学説の激しい批判をあびた。[35] 事実この判決は利益状況と合致していない。リース物件を探し求め、かつそれが必要とあれば物件使用目的をサプライヤーと約したのはユーザーなのだから、物件の物の瑕疵のリスクを負担するのもユーザーでなくてはならない。又サプライヤーを選んだのもユーザーだから、その無資力の危険もユーザーが負担すべきである。原則として物の瑕疵に関しては、リース業者は賃貸人や売主ではなく単なる与信者として遇さるべきである。先にふれた通り、物件利用の為に引渡すことではなく、物件の調達資金の融資こそがリース業者の仕事だからである。

6、消費者信用法九条三項の抗弁対抗

もちろん、以上で述べた場合とは利益状況が異なっており、別異の判断に服すべき事案類型も存在する。このような事案類型の特徴は、サプライヤーの販売促進にリース業者が協力しているという事情である。そういった場合には、リース業者は販売契約が物の瑕疵を原因に解消された場合のサプライヤーの無資力のリスクにも通常十分に対処できる。特にリース業者にとって確実なのは、サプライヤーに支払うべき売買代金からその都度契約解消に備えて若干頭をはねておき、後で〔物件に瑕疵がないと判明した時に〕はじめて払いこむという方法である。以上の事情の他にも、リース業者とサプライヤーが協力しているようにユーザーに見える場合には、両者は一体でありサプライヤーの過誤の責任は原則リース業者が負うのだという正当な期待がユーザーにひきおこされる場合もある。

〔実は〕似たような問題は、消費貸借の分野でも良く知られている。消費貸借でも与信者が販売業者と密接な協力関係にあり、販売業者と取引するが故に借主に信用供与するというのはよくあるケースである。こういったケースに備えて、先にも言及した消費者信用法は、〔与信契約と売買契約という〕二個の契約が「経済的に一体」をなすとみなされ

るときは借主は販売業者との契約から生じる抗弁を与信者に対しても主張できる、と定めている（消費者信用法九条参照）。先にもふれたように消費者信用法はファイナンスリースにも適用されるのであるから、私見ではこのような「経済的一体性」があればユーザーはリース業者にも売買契約上の抗弁を主張できてしかるべきである。(36) このような特別な事案類型では、売買契約の履行障害のリスク及びその帰結であるサプライヤーの無資力のリスクを負担するのはリース業者なのである。但し、消費者信用法を文言通り解すると、以上の理はユーザーが消費者の場合にだけあてはまる。

7、サプライヤーに対してユーザーは独自の権利を持つのか、という問題

最後に手短かに、サプライヤーに対するユーザーの法的地位についても言及しておきたい。始めに説明したように、ドイツ法ではリース業者がユーザーに請求権を譲渡した場合に限り、ユーザーはサプライヤーに対する請求が可能であるとされている。反対に、例えばアメリカ統一商法典ではユーザー自体にサプライヤーに対する請求権が与えられている（統一商法典二条A—二〇九参照）。同様のルールは、一九八八年五月二八日にオタワで締結された国際ファイナンスリースの統一条約でも認められている（一〇条参照）。

ドイツ法でも似たような法律構成を与えるのは不可能ではない。一番スマートなのは、リース業者・サプライヤー間の売買契約をユーザーを受益者とする第三者の為にする契約だと解するやり方であろう（民法典三二八条参照）。

しかしながら、この法律構成はファイナンスリースでの典型的な当事者の合意とは合致しない。大体普通はリース業者はサプライヤーに対する自己の権利をユーザーに譲渡するのだから、ユーザーがそれ以上にサプライヤーに対し独自に権利を持つと言うのは、余計などころか実に不合理ですらある。しかも、これも先にふれた、まずユーザーがサプライヤーと契約し、しかる後にこの契約から脱落してリース業者がこれに代るというケースでは、当事者が何を考えているのかは一層明白であると言える。

私見でも、ドイツ法の解決がユーザーをないがしろにしているとは思われない。大体請求権の譲渡を受けたからといって、直接の請求権を与えられたときよりも、サプライヤーとの関係でユーザーがはなはだしく不利になるというものではない。[37] 加えて、リース業者こそがサプライヤーに代金支払しており、しかも場合によってはリース業者はサプライヤーに対する請求権を担保として必要とすることもあるのだから、リース業者は請求権の譲渡を拒絶する正当な利益を持っている場合も存在するのである。

8、結語

以上のファイナンスリース契約を総括すると、次のように言えよう。ファイナンスリースという「現代型」契約も「古い」法律の用意した法手段によって相当程度スマートに問題を処理できる。但し、その為にはまずは注意深く利益状況を分析してみる必要がある。そうすれば当然、妥当な解決は賃貸借法ではなく信用法の分野で発見できることが判明するであろう。

ところで、本講演では、リース業者は法的には一体何を与信しているのかという問題への言及を、意識的に回避してきた。この問題に対する私の答えは以下の通りである。リース業者はユーザーの委託でリース物件を購入し、ユーザーの利益の為に物件の利用可能性を調達したのだから、リース業者はリース物件調達により第一義的にはユーザーの事務を処理している。[38] 従ってリース業者にはドイツ法では原則としてユーザーに対する費用償還請求権が与えられる。リース契約から発生するユーザーのリース料支払いがこの費用償還請求であり、その際ユーザーは分割払いするから、ユーザーは信用供与されていることになる。度々ふれた、リース物件購入に費した費用の逐次償還を求めるリース業者の請求権の真の姿は、法律構成すれば費用償還請求でありかつ同時に貸金の返還請求である。もちろん、この点はドイツ法では激しく争われている。[39] しかし、いずれにしてもここで見てとれるのは、ファイナンスリースのように複雑な「現代

型」契約ですら「古い」法制度が適用可能だという理である。言ってみれば、与信契約も事務処理契約も、法律家にとってはずっと以前から良く知られたものなのだからである。

【追記】

〔質問〕先生の説明によれば、連邦通常裁判所は不真正ファクタリングを消費貸借、真正ファクタリングを売買であると法性決定している。さらにその法性決定に基づいて、両者を区別し、不真正ファクタリングでファクターが延長された所有権留保売主に優先することが良俗違反であるとした。先生はこれが誤まっているとされるが、それでは先生自身はどういう法性決定を与えているのか。

〔答え〕質問に含まれている二つの問題に解答したい。第一は、ファクタリングの法性決定の問題であり、第二は、連邦通常裁判所の判決の妥当性についてである。第一の点に関しては、私見では不真正ファクタリングのみならず真正ファクタリングも消費貸借契約と考えるべきである。この理は、(真正)ファクタリングで(も)クライアントがファクターに支払う報酬、代価がどうやって決るのかを見れば明らかになる。代価は、債権の弁済期までの期間が長くなればなる程、高額となる。つまりは、消費貸借の利子払いと同じである。しかし私見は全くの少数説であり、圧倒的多数の学説は真正ファクタリングは売買だと考えている。その理由は、代物弁済に関する民法典三六五条の規定が、売買契約を指示しているからである。

第二の問題つまり債権譲渡が良俗違反か否かというのは、ファクタリングの法性決定と切り離して考えるべきである。というのも、真正ファクタリングも不真正ファクタリングも、それが当事者間で売買と性質決定されようと消費貸借であろうと、延長された所有権留保売主にとって危険である程度は全く変りはないからである。

〔質問〕それでは連邦通常裁判所が、不真正ファクタリングだけを良俗違反と考えたのは何故か、又それは妥当か。

〔答え〕実は我々(ドイツ人)も連邦通常裁判所の解決には納得がいかず困っている。しかし、連邦通常裁判所はファクターや銀行のようにクライアントに金銭を融資した者と所有権留保売主のように物を通じて融資を与えた者とを区別し、前者は後者の立場を顧慮すべきだと考えている。順を追ってお話ししよう。売主が動産を売却して単に所有権留保するに

とどめるなら、何も問題はない。動産の所有権が売主の担保となる。しかし、〔買主は動産を自分で使用するのではないから〕物は買主によって転売されなければ価値実現しない。そこで、売主は買主に処分授権（民法典一八五条）を与える。だから、ここで、売主は物の所有権自体を担保手段とはしないという決断は下している。しかし、ともかくも、そこで問題になるのは所有権の代りになるものである。可能性は二つあって、動産を処分してすぐに現金を入手しこれを売買代金の弁済にあてるか、或いは売掛金債権を留保売主に譲渡するか、である。前者では問題はない。何故なら、買主が売主に代金を支払うか否かは売主の自由だからである。ところが、後者では売掛代金債権の帰属をめぐって、ファクター、銀行と所有権留保売主との間に紛争が持ちあがる。そこで、連邦通常裁判所は、動産が延長された所有権留保で売買されるのは当然ファクターにとって予測可能だから、ファクターは所有権留保売主の利害につき配慮すべきだと言う。これが一つめの理由である。加えて、契約違反の論拠（Vertragsbruchsargument）と呼ばれる第二の理由づけが登場する。すなわち連邦通常裁判所が言うには、ファクターはクライアントを一種の強制状態（Zwangslage）に陥れることになる。というのもクライアントがファクターに債権譲渡していると売主に告げれば、売主は信用売買せず現金決済を求めるであろう。だから、クライアントは売主をあざむいて信用売買してもらうか、現金決済するか、という選択を強いられる。この状況が強制状態であり、クライアントをこのような状況に追い込むことが良俗違反であると連邦通常裁判所は考えている。もちろん、そう考えるのが正しいのかどうかは別問題である。学説は判例の見解は非常に疑問だと考えている。例えばメディクス（Prof. Dr. Dieter Medicus）は、この論拠から全く反対の帰結も得られる、留保売主の方も買主をファクタリングの融資を受け難い状況に陥らせているではないか、と反論している。私自身の見解は、結局のところ連邦通常裁判所は正しい〔のではないか〕とも考えている。というのは、連邦通常裁判所は明言してはいないが、その思考図式の背後にあるのは、代償思想（Surrogationsgedanke）である。動産所有権の代償としてここでは、代金債権が登場している。ドイツ法は物的代償という考え方を知らないが、これは弱い形の代償、債権的代償である。もちろん常に法律上当然に代償が与えられるというものではない。しかし、連邦通常裁判所は、売掛代金債権は動産の代償であり、この代償をファクターは顧慮すべきだと考えている。もちろん代償原則がどこまで貫き通せるのかは、それ自体大変な問題で、ドイツ法でも非常に争われている。しかし、代償原則が判例の背景になっているのは間違いない。そして、その当否はともかく、ここでは一応代償原則に従った解決がとられているというのは事実であろう。

〔補足質問〕今一つ、判例の背後にあるのは、一人の担保権者があまりに多くの担保価値を一人占めしてしまうのは問題である。しかも公示が完全とは言えない取引形態ではそうである、という評価があるのではないか。

〔答え〕指摘は正しいと考える。そういった考え方も重要な役割を果している。しかし、その基準が必ずしも判然としないから、ここで挙げたような視角から、問題解決が様々に探究されることになる。

〔質問〕先生が今日示された手法は一見非常に伝統的でドグマーティッシュなやり方に見えるが、実は相当新しいのではないのか。つまり、先生が利益状況とか経済的に見るなどと言っているときには、当事者の行動様式からルールを見つけ出そうとしている。必ずしも当事者の意思だけを探究している訳でもないし、又法規の助けは借りているが、それだけでもない。このような先生の方法について、説明していただけると有難い。

今一つ、先生はファイナンスリースを与信契約だと言ったが、それなら賃貸借も一種の与信契約だとは言えないのか。賃貸借契約は賃料（＝利子）を支払わなければ賃貸物件（＝元本）をひきあげるという最強の担保手段を使った与信契約であると言うこともできる。

〔答え〕第一の質問に関しては、御指摘の通りである。そこで、自分の手法について、説明しよう。私が行なっているのは、二つの作業である。第一の法事実的分析、経済的視角という場合は、まず事実を分析している。しかし、その後に登場する乃至はその背後にあるのは規範的視角である。例えばファイナンスリースについて自分が一番重視しているのは、リース物件を選択しその価格を決定したのはユーザーである。つまり、サプライヤーと最初にコンタクトしたのはユーザーだという事実である。これが利益状況、事実の分析である。しかし、実はこの中にすでに評価が含まれていて、その評価を精緻化していくという第二の作業が続く。例えば、物件に瑕疵があった場合、決定的なのはリース業者はリース物件を一度も手にしていないことである。一度も見ていない物の瑕疵について、何故リース業者が責任を負うのか。次に、サプライヤーの無資力のリスクの負担についても、サプライヤーを選択したのはユーザーなのだから、自分の選んだ相手方の無資力を負担するのは当然である、という評価ができる。以上の評価は、リスクを支配可能な者がリスクにより近い、負担するにふさわしい、というドイツでもアメリカでも共通する、いわば一般原則とも言うべきものである。

第二の質問については、もちろん賃貸借にも与信契約の要素はある。ファイナンスリースも賃貸借の要素があることは間違いない。しかし、ファイナンスリースで賃貸借の要素が強いのか、与信契約の要素が強いのかと言えば、圧倒的

に後者である。リースを賃貸借と性質決定すれば、多くの例外を認めなくてはならない。そうなれば、与信契約と性質決定して問題処理する方が、ずっとエレガントであろう。

〔質問〕ファイナンスリース契約が期限前にユーザーの側から解約された場合に、ユーザーは物件の残価値から配分を受けるべきだということだが、その配分の請求は、信用供与契約から出てくるのか、それとも賃貸借からなのか。

〔答え〕根拠は、ユーザーの事務処理をリース業者が引き受けるという、事務処理契約である。ファイナンスリースの盛行にはドイツでも税法上の有利な扱いがその背景となっている。ユーザーは、その観点から売買かリースかを選択する。契約期間満了前に解約された際も、ユーザーが税法上最も有利になるように、物件の残価値からあげた収益がユーザーに分配される。ちなみに、ファイナンスリース契約では、期間が半分よりも三分の二終ったという長期に及んだ場合の方が、残価値から分配される割合は多くなっている。こういった措置も、税法上ユーザーに有利なようにユーザーの事務処理をする、というファイナンスリースの事務処理契約の目的故である。

＊〔訳者注〕ミュンヘン大学のクラウス－ヴィルヘルム・カナーリス教授（Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris）は、日本学術振興会と北海道大学の招待で初めて来日され、一九九七年一〇月三日に北海道大学法学部の法学会で講演された（カナーリス教授が講演の後に本文を付加・訂正し注を加えて送付された原稿には、「大塚龍児教授の招待で一九九七年一〇月三日に札幌の北海道大学法学部で行なった講演」と記されている）。ここに訳出したのは、当日の講演、Moderne Vertragstypen und alte Gesetze : Factoring, Franchising und Finanzierungsleasing im deutschen Recht 及び質議応答の要約である。なお、この企画が北海道大学法学部創立五〇周年を記念するものであることも、ここに記しておく。

（注）

（1）法規でルールが与えられていない契約について詳しくは、Larenz / Canaris Lehrbuch des Schuldrechts, Band II / 2, 13. Aufl. 1994, § 63 を参照。

（2）基本契約（Rahmenvertrag）はファクタリングだけでなく、他の幾つかの契約でも実用的意味のある概念である。以下、注5、6を参照。つまりこれは、一般化可能な法概念だということである。これについては、Larenz / Wolff Allgemeiner

Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, §23 V 7 を参照。

(3) この点については、大いに争われている。例えば Canaris Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdn. 1655-1657; Martinek Moderne Vertragstypen Bd. I, 1991, §10 I -III を参照。

(4) これについて、詳しくは、Martinek, aaO §10 II 3; Larenz / Canaris aaO §65 II 1 を参照。

(5) 信用開始契約（Krediteröffnungsvertrag）と言う。これについては、Canaris aaO（注3）Rdn. 1195 ff. その基本契約に関しては、特に、Rdn. 1202 を参照。

(6) 販売店契約（Vertragshändlervertrag）と言う。これに関しては、Ulmer Der Vertragshändler, 1969, 特に S. 300 ff. その基本契約については Canaris Handelsrecht, 22. Aufl. 1995, §18 II 1 を参照。

(7) BGHZ 69, 254, 257f.; 100,353,358 ; Serick Eigentumsvobehalt und Sicherungsübereignung Bd.IV , 1976, §52 II 2c ; Martinek aaO §10 II 1 を参照。

(8) 詳しくは、Larenz / Canaris aaO §65 II 2b を参照。

(9) BGHZ 58, 364, 367 ; 82, 50, 61 ; Martinek, aaO §10 II 2c ; Larenz / Canaris aaO §65 II 2a を参照。

(10) BGHZ 69, 254, 258 ; Larenz / Canaris aaO §65 II 2a を参照。

(11) Serick aaO §52 IV 3c に従った BGHZ 69, 254, 258 を参照。

(12) 詳細は、学説の議論状況の紹介も含めて、Larenz / Canaris aaO §65 III 1 を参照。

(13) Serick BB 1979, 850 に従った BGHZ 82, 50, 59 ff. を参照。同様の見解なのが、例えば、Martinek, aaO §11 V ; Bülow Recht der Kreditsicherheiten, 4.Aufl. 1997, Rdn. 1492 ff.

(14) 詳しくは、Larenz / Canaris aaO §65 III 2b を参照。結論としては同じ見解なのが、例えば、Walter Kaufrecht, 1987, §12 V 36; Münch Komm. -Mayer-Maly 3. Aufl. 1993, §138 Rdn. 91 ; Münch Komm. -Roth 3. Aufl. 1994, §398 Rdn. 160 ff.; Reinicke / Tiedtke Kaufrecht, 6. Aufl. 1997, Rdn. 1237 ff.

(15) この点について教示する点が多い事件が、BGH NJW 1985, 1894 である。

(16) ドイツの多数説であり、かつドイツ・フランチャイズ協会の見方でもある。Köhler NJW 1990, 1689 ; Skaupy NJW 1992, 1785 ff.; Canaris Handelsrecht, 22. Aufl. 1995, §18 III b 及び e を参照。これに対して、マルティネックは、垂直的なフランチャ

イズの他に水平的なフランチャイズも存在し、後者には前者とは全く異なる法的ルールがあてはまるべきだ、という見解を唱えている。Martinek Moderne Vertragstypen Bd.II,1992 §14 III 4 及びこの問題については Canaris aaO §18 III 1e とそこでの引用を参照。

(17) これについて詳しくは、Canaris aaO §18 III 1b 及び 3b を参照。

(18) この点に関しては、例えば、Zöllner / Loriz Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1992, §4 III5 を参照。

(19) このことは商法典八四条二項の明文ではっきりさせられている。

(20) 例えば、Martineck aaO §17 I 及び II; Canaris aaO §18 III 2 ; Karsten Schmidt Handelsrecht, 4. Aufl. 1994, §28 III を参照。

(21) BGH NJW 1985, 1894, 1895（「マクドナルド」）を参照。

(22) そこで学説の中には、フランチャイズをフランチャイザーの企業に対するフランチャイジーの実施権であるとする者もある。特に、Forkel ZHR 153（1989）523 ff.。しかし、他の学説はフランチャイズには実施権の要素は全くないと主張する。特に、Martinek aaO §14 II 2b。しかし、事実たしかにフランチャイズを企業の実施権と理解するのは困難だが、そうは言ってもフランチャイズと実施権との類似点も多い。だから、以上の二つの立場はいずれも極論である。詳しくは、Canaris aaO §18 III 1d を参照。

(23) Canaris aaO §18 III1c 及び 4b を参照。似たような見解を採るのが、Medicus Schuldrecht II, 8. Aufl. 1997, §122 IV 2; Ekkenga Die Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen, 1990, S. 108, 148f.。

(24) 詳しくは、Canaris aaO §18 III 4b を参照。異なった見解の Ekkenga aaO S. 148f. も参照。

(25) この点について、詳しくは、Canaris ZIP 1993, 401 ff. を参照。

(26) 例えば、BGHZ 68, 118, 123 ; 82, 121, 130 を参照。ファイナンスリースは賃貸借に他ならないという法性決定を唱えるのは、Flume DB 1972, 4 ff. である。

(27) Canaris AcP 190（1990）450 ff. 及び Larenz / Canaris aaO §66 II 1b ; Lieb DB 1988, 946 ff.; Leenen AcP 190（1990）264 ff.; H. Roth AcP 190（1990）299 ff.; Martinek aaO（注3）§4 IV 3 を参照。

(28) とりわけ Papapostolou Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingvertrag über bewegliche Sachen, 1987, S. 58 ff.

(29) Lieb DB 1988, 946 ff.; H. Roth AcP 190（1990）311f.; Martinek aaO §4 IX2 ; Münch Komm. -Habersack 3. Aufl. 1995, Anhang zu

§515 "Leasing", Rdn. 25 を参照。

(30) Canaris Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdn. 1719 及び Larenz / Canaris aaO §66 II 2a を参照。

(31) BGHZ 95, 39, 54 を参照。

(32) この点について詳細は、BGHZ 95, 39, 57 を参照。

(33) BGHZ 97, 65, 76 ; BGHZ NJW 1987, 377, 378 ; 1988, 198, 200 を参照。

(34) BGHZ 81, 298, 305 f.; 109,139,142 ff.; 114, 57, 61 を参照。

(35) Lieb DB 1988, 2496 ; H. Roth AcP 190 (1990) 301 ff.; Canaris AcP 190 (1990) 417 ff. を参照。反対に他の学説は、連邦通常裁判所に賛成している。例えば、Martinek aaO §7 III2 ; Münch Komm. -Habersack aaO Rdn. 68ff.; Reinicke / Tiedtke aaO (注14) Rdn. 1538 ff. を参照。

(36) Canaris ZIP 1993, 406 ff. を参照。大体同じ結論なのが、Marloth-Sauerwein Leasing und das Verbraucherkreditgesetz, 1992, S. 105 ff., 121 ff. である。反対に他の学説は、ファイナンスリースへの消費者信用法九条の適用に反対している。例えば、Reinicke / Tiedtke aaO Rdn. 1644 ff. を参照。

(37) この理は、リース業者が破産した場合でも基本的に変らない。解除を目的とする請求権は原則として既にリース契約締結時に譲渡されており、従って破産が開始されてもその有効性に変りはない。加えてリース業者は本質的にユーザーの計算で行為しているのだから、リース業者が破産した場合もユーザーには委託者や信託者と同様の優先権が与えられるべきである。

(38) Larenz / Canaris aaO §66 II 2 及び IV 6 を参照。

(39) まず連邦通常裁判所は、これに反対している。BGHZ 96, 103, 109 f. 及び Canaris AcP 190 (1990) 439 ff. を参照。しかしながら、連邦通常裁判所とそれに追随する学説はかつて一度として、リース業者は一体何を融資したのか、さらにそうだとして連邦通常裁判所も肯定するファイナンスリースの与信機能がどこに認められるのかという問題の解明に端緒としても成功したことはない。さらに、連邦通常裁判所及びその追随者は、リース業者の完全逐次償還請求権に理論的に一貫した基礎づけを与えたことすらないのである。