

無効な契約を撤回することができるか —ドイツ民法におけるレーダー探知機の通信取引契約—

青 野 博 之

- 1 はじめに
- 2 判例
 - (1) 第1レーダー探知機判決 (BGH 2005年2月23日判決)
 - (2) レーダー探知機の売買契約を有効とした裁判例 (LG München I 1999年2月24日判決)
 - (3) レーダー探知機の売買契約を良俗違反であるとして無効としつつも、代金の返還請求を認めた裁判例 (LG Stuttgart 2003年10月29日判決)
 - (4) 第2レーダー探知機判決 (BGH 2009年11月25日判決)
- 3 学説
 - (1) レーダー探知機の売買契約の反良俗性
 - (2) レーダー探知機の通信取引契約の撤回可能性
- 4 日本法への示唆

1 はじめに

無効な契約を取り消すことができるかについては、二重効の問題として、日本民法においても、昔から広く知られている⁽¹⁾。本稿では、その応用として、ドイツ民法において無効な契約を撤回することができるかについて検討する。

第1に、日本民法においては、消費者契約が民法に規定されていないことも

(1) 無効でも取消しでも、契約に基づいてなされた給付の返還請求は不当利得に基づく。日本民法では、この場合でも、行為能力が制限されていたことを理由とする取消しのときは、121条ただし書が適用されるが、無効のときにどうするかが問題となる。このように二重効では、付随的効果が異なる場合にこそ問題となり、「妥当な結論を導く一つの規範を決定する」基準は一体何なのかが今後検討されるべき最大の課題である (林幸司「無効と取消の二重効」椿寿夫編・法律行為無効の研究 (日本評論社、2001年) 725頁)。本稿のように無効の契約でも撤回が可能であるとした場合も、同様である。

あって、無効な契約を撤回することができるかについて、検討されてこなかった。消費者にとっては、契約を撤回することができるときは、その契約が無効であると主張立証するよりも、撤回する方がはるかに容易である。しかし、取消しと撤回の違いを考慮すると、無効な契約を撤回することができると言い切ってよいかについては、検討を要する。第2に、取消しには遡及効があり、無効と同じ効果もたらされ、その意味では二重効である。しかし、撤回の効果は、無効とは異なる⁽²⁾。本稿において検討する撤回は、たとえば、特定商取引法15条の2第1項では、「その売買契約の申込みの撤回又はその売買契約の解除」と定められている⁽³⁾。特に、撤回の前に契約に基づく給付があった場合において、その給付の返還の根拠が不当利得ではないとすると、日本民法703条から同708条までの規定が適用されないことになるが、それでよいかについて、検討を要する。契約の無効原因が公序良俗違反である場合において、契約に基づく給付の返還請求は日本民法708条本文により認められないところ、撤回の場合において、日本民法708条本文が適用されないとの理由により契約に基づく給付の返還請求を認めてもよいか問題となる。

本稿は、第1の点について争点となった、BGH 2009年11月25日判決（第2レーダー探知機判決）を検討する。その前提として、レーダー探知機の売買契約が良俗違反を理由として（日本民法90条に該当して）無効であるかどうか、無効であるとした場合において代金を支払った買主は不法原因給付として（日本民法708条本文に該当して）代金を返還請求することができないかどうか、に関するBGH 2005年2月23日判決（第1レーダー探知機判決）及びこれと異なる下級審の裁判例を紹介する。その後、学説を検討して、日本法への示唆を得たい。

なお、本稿では、ドイツ民法において無効な契約を撤回することができるかについて検討するので、引用する条文はドイツ民法であり、日本民法を引用するときは、特記する。

-
- (2) 撤回の効果と解除の効果とどのように、なぜ異なるかの問題と共通する。解除の効果と撤回の効果の比較については、青野博之「消費者法の民法への統合」岡孝編・契約法における現代化の課題（法政大学出版局、2002年）131頁。
- (3) 「消費者撤回権をめぐる法と政策」については、現代消費者法16号（2012年）4頁以下の諸論文参照。

2 判例

(1) 第1レーダー探知機判決 (BGH 2005年2月23日判決)⁽⁴⁾

ア 事実の概要

2002年12月5日、Xは、Yからドイツ用に調整されたレーダー探知機を1059.08ユーロで買った。Xは、Yに対し、本件レーダー探知機が作動しなかったとして、代金の返還を求めた。

第1審のAGは、「被告は、原告から本件レーダー探知機の返還を受けるのと引換えに、原告に対し代金を返還せよ」との判決をした。これに対して、Yが控訴した。控訴審のLGは、Yの控訴を認容し、次のとおり判示した。

イ 控訴審判決の概要

Xの請求を棄却する。

たしかに、Xは、原則として、812条1項⁽⁵⁾に基づき、売買代金の返還を請求することができる。当事者間で締結された契約は、良俗違反であり、したがって、138条1項⁽⁶⁾に基づき、無効だからである。レーダー探知機の売買は、速度制限違反に対して過料をもって臨んでいる場所を事前に知らせ、道路交通法23条1b項⁽⁷⁾違反にならないようにするためのものであり、良俗に違反する。

(4) BGH NJW 2005, 1490.

(5) 812条1項1文は、「法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の損失によりあるものを取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編・注釈ドイツ不当利得・不法行為法（三省堂、1990年）による）。

(6) 138条1項は、「善良の風俗に反する法律行為は、無効とする。」と規定する。

(7) 道路交通法23条1b項は、「自動車の運転者は、交通監視設備を示し、若しくは乱すことを目的とした技術的装置を設置し、又は携行してはならない。特に、速度計測を乱し、又は示す装置（レーダー探知機又は妨害電波発信機）を設置し、又は携行してはならない。」と規定する。2002年1月1日から1b項が加わった改正法が施行されている（35. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften v. 14. 12. 2001 (BGBl. I 3783) による。この改正については、Peter Hentschel, Änderungen der Straßenverkehrsordnung durch die 35. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften, NJW 2002, 1237)。
道路交通法 (StVO) 23条1b項違反は、同法49条1項22号により、秩序違反であり、道路交通法律 (StVG) 24条2項により、過料に処される。

レーダー探知機は、速度を監視する設備を事前に知らせることにより、秩序違反の行為を促進するためだけのものである。その契約は、交通関与者の安全を図ることによって公共の利益を維持することに反し、法的には認められない。しかし、812条1項に基づく売買代金の返還請求は、817条2文⁽⁸⁾によって、認められない。契約当事者双方は、契約締結によって良俗違反をしているからである。たとえYが本件売買契約が無効であることを知っており、817条2文を援用することによって経済的利益を受けることを認識していたとしても、817条2文の適用を排除しない。Xは、本件装置の使用人として、Yと同様に、契約が良俗違反であるという非難を受けるからである。たしかに、原則として、故意による良俗違反の場合にのみ、返還請求が排除される。しかし、Xは、この装置の取得により目指している目的を知っており、したがって良俗違反を根拠づける事情を知っていた。この場合には、故意と同様である。X自らがその事情から良俗違反であると判断していたかどうかは、問題とならない。

ウ 本判決の概要

Xの上告を棄却する。

当事者間で締結された本件売買契約は、良俗に反するので、138条1項により無効である。裁判例及び学説の圧倒的多数がレーダー探知機の売買契約を良俗違反としている。本件もそうであるが、ドイツ道路交通法が適用される領域において、レーダー探知機を用いることを契約目的とし、その目的を両当事者が認識することができるときは、その売買契約は良俗違反である。

第三者を危険に陥れ、若しくは害する取引、又は公共の利益に著しく反する取引は、判例によると、良俗違反である⁽⁹⁾。その要件は、判例によると、取引に関与するすべての者が良俗違反を根拠づける事実を知り、少なくとも重大な過失によりこれを知らなかったことである⁽¹⁰⁾。また、判例は、取引に付随する

(8) 817条は、「給付の目的によると受領者が給付の受領によって法律の禁止又は善良の風俗に違反する場合、受領者は、返還の義務を負う。同様の場合に、そのような違反が給付者にあるときは、返還請求権を行使することができない、ただし、給付が債務負担であるときは、この限りでない；その債務の履行のために給付されたものは、返還を請求することができない。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編・注釈ドイツ不当利得・不法行為法（三省堂、1990年）による）。

(9) BGH NJW 1990, 567.

(10) BGH NJW 1990, 567; BGH NJW 1992, 310.

事情、特にその動機及び目的から、良俗違反であるとするときがある⁽¹¹⁾。

本件売買契約は、良俗に反する。ドイツにおける交通安全に危険をもたらし、これを秩序違反の行為としているところの契約だからである。契約当事者の双方は本件売買契約が道路交通の安全という公共の利益を害することを知ることができるので、この契約を法的に認めることは許されない。2002年1月1日に施行された道路交通法23条1b項は、1文において、自動車の運転者は、交通監視設備を示し、若しくは乱すことを目的とした技術的装置を設置し、又は携行してはならない、と規定し、同項2文において、特に、速度計測を乱し、又は示す装置（レーダー探知機又は妨害電波発信機）を設置し、又は携行してはならない、と規定している。この規定に故意又は過失により違反したときは、道路交通法49条1項22号により、道路交通法律24条の秩序違反であり、過料に処せられ、運転禁止命令を受ける（道路交通法律24条2項、25条）。この規定の趣旨は、交通監視設備を害することを目的とした技術的装置を自動車において使用することを禁止して、交通の安全を高める点にある。速度制限違反その他の交通違反を効果的に防止するためであり、運転者が交通監視設備による監視をかいくぐらないようにするためである。レーダー探知機を使用すれば、速度規制の実効性を低下させ、速度制限に違反しても見つからないので、第三者の生命身体を大きな危険にさらすことになる。レーダー探知機の売買契約は、道路交通の安全を害することを目的としているから、良俗に反し、したがって、法的には認められない（138条1項）。たしかに、道路交通法23条1b項は、レーダー探知機の取得を禁止しているのではなく、これを使用することを禁止しているに過ぎない。しかし、レーダー探知機の取得は、使用するための先行行為であり、取得しなければ使用することができないという意味において直接的な先行行為である。したがって、取得それ自体が法的には認められない。ラジオにおいて交通規制の場所が放送されることがあっても、それは、道路交通法23条1b項による禁止規範を無にするものではない。ラジオ放送では、レーダー探知機を装備して自動車を運転する場合と異なり、いつでも、どこでも、レーダーを適時に認識し、速度制限違反をすることができるわけではないからである。

(11) BGH NJW-RR 1990,750; BGH NJW-RR 1990,1521.

本件売買契約は無効であるが、無効な契約に基づいて代金を支払った買主に代金の返還請求権は、817条2文により認められない。当事者双方が良俗に反しているからである。

たしかに、817条2文は、原則として、良俗違反が故意である場合に適用される。しかし、給付者が容易に良俗違反を知ることができる場合には、故意の場合と同様である⁽¹²⁾。

817条2文により返還請求権が排除されるが、本件の場合に、返還請求権が排除されることは、242条⁽¹³⁾の信義則に反しない。Yはレーダー探知機の売買という良俗違反の売却をして、売買が無効であるにもかかわらず代金の返還をしなくてよいので、経済的には利益を受けるが、これは、不当ということができない。Xもまた良俗違反の行為をしており、レーダー探知機の使用が道路交通法23条1b項により禁止されているにもかかわらず、これを使用する目的で売買契約をしており、YよりXの方が禁止されている行為である使用に近いからである。したがって、良俗違反の行為という観点からして、契約当事者双方は、法的保護を受けることができない。つまり、良俗違反の契約であるから契約が無効であるにもかかわらず、その契約に基づいて給付をした者の返還請求権を否定する817条2文は、その者に妥当する。

(2) レーダー探知機の売買契約を有効とした裁判例 (LG München I 1999年2月24日判決)⁽¹⁴⁾

ア 事実の概要

Xは、Yからレーダー探知機を買った（以下「本件契約」という。）が、うまく作動しなかった。Xは、Yに対し、本件契約を解除し、レーダー探知機を返還した。Xは、Yに対し、代金の返還を請求した。

第1審のAGは、その請求を棄却した。Xが控訴したところ、本判決は、次のとおり判示して、控訴を認容した。

イ 本判決の概要

(12) BGH NJW 1992,310.

(13) 242条は、「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。」と規定する（訳は、椿寿夫・右近健男編・ドイツ債権法総論（日本評論社、1988年）による）。

(14) LG München I NJW 1999, 2600.

本件契約は、138条に違反しておらず、無効ではない。AG Siegburg（原審ではない。筆者注）は、次のとおり判示している。

レーダー探知機の売買契約は、良俗違反でないので、138条に基づき無効ということにはならない。レーダー探知機の売買契約を良俗違反と判示したLG München I⁽¹⁵⁾は、いまやラジオ放送においてすら交通監視設備の設置状況を知らせるようになって以上、時代遅れであり、レーダー探知機の売買契約は、すべての衡平かつ正当に考える人々の礼儀感情に反するとはいえない。速度制限により公共の安全を図っているところ、レーダー探知機は、これを回避し、交通監視設備に引っかかるかもしれないということにより適法な速度を守りこれにより運転者の安全を図っているところ、レーダー探知機は、これを回避するものであるというのは、考え過ぎである。今日のような大量交通の時代には、レーダー探知機を取得して、ますます増加している交通監視設備にちょっとした不注意で引っかかりたくないという希望は、理解することができる。この希望に対して、138条の制裁で臨む必要はない。また、817条を適用すべきではない。レーダー探知機の買主は、交通監視設備に引っかかりたくないだけであるところ、その売主は、まさしく速度制限を回避する目的で営業しており、良俗違反の程度は、売主が買主を上回っている。817条を適用すると、瑕疵あるレーダー探知機を売却した売主を利することになってしまう。

このAG Siegburgに従うべきであり、瑕疵のないレーダー探知機の場合においても、そうである。

Xは、売買目的物に瑕疵があることを理由とした権利である解除を請求することができない（Wandelungは、解除請求権とされ、形成権とは法律構成されていなかった権利であり、債務法現代化法による改正前の瑕疵担保責任に基づく権利である。筆者注）。Xは、本件レーダー探知機に瑕疵があると主張しているが、Yは、これを否認し、Xの立証は不十分だからである。

しかし、積極的債権侵害に基づき解除が認められる。Yが良俗違反であるとして代金の返還を否定した裁判例を援用して、買主は保護されないとするのは、正当な商売を行うべきであるという原則に反する。また、Yが本件レーダー探知機の登録番号を知らせず、そのため買主が返還請求をしようとしても、レー

(15) LG München I NJW-RR 1997, 307.

ダー探知機を十分に特定することができない。Yの行為は、信義則に反し、Xに解除権が認められる。

Xの解除により、代金の返還請求は認められる。Yは、すでに本件レーザー探知機を保持している。

ウ この裁判例の位置づけ

この裁判例は、多数の下級審の裁判例がレーザー探知機の売買契約を良俗違反により無効とする⁽¹⁶⁾のと異なっている。この裁判例の結論は、公益の保護を目的とした速度規制を無にするものであり、問題であり、良俗違反、不法原給付及び積極的債権侵害についての理由付けも納得することができないとして、厳しく批判されている⁽¹⁷⁾。

(3) レーダー探知機の売買契約を良俗違反であるとして無効としつつも、代金の返還請求を認めた裁判例 (LG Stuttgart 2003年10月29日判決)⁽¹⁸⁾

ア 事実の概要

2002年4月19日、Xは、インターネット上でYが広告していたレーザー探知機を電話で注文した。2002年4月26日、Xは、郵便で、本件レーザー探知機の引渡しを受けた。Xは、代金を着払いで支払った。Xは、Yに対し、2002年5月6日付の手紙で、代金及び郵送料合計1046.84ユーロの返還を求め、2002年5月7日、本件レーザー探知機を送り返した。Yは、これを受け入れず、2002年5月11日、Xに本件レーザー探知機をもう一度送り返した。

第1審のAGは、欠席判決により、「被告は、原告から本件レーザー探知機の返還を受けるのと引換えに、原告に対し、1046.84ユーロを支払え。被告が本件レーザー探知機の受領について遅滞にあることを確認する。」との判決をした。これに対しYが控訴したところ、本判決は、次のとおり判示して、控訴を棄却した。

(16) この裁判例より前のものとして、AG Berlin-Neukölln NJW 1995, 2173; LG München I NJW-RR 1997, 307; LG Bonn NJW 1998, 2681、後のものとして、LG Stuttgart NJW-RR 2004, 57がある。

(17) Egon Schneider, Tendenzen und Kontroversen in der Rechtsprechung, MDR 2000, 190

(18) LG Stuttgart NJW-RR 2004, 57.

イ 本判決の概要

本件控訴を棄却する。

当裁判所は、第1審のAGと異なり、本件当事者間で締結されたレーダー探知機の売買契約は、良俗に反するので、138条に従い、無効である、と考える。Xは、ドイツに住む消費者である。Xが、ドイツ用に調整されたレーダー探知機を買うからには、道路交通法23条1b項に違反する。この規定によれば、明文で、レーダー探知機を使用することが禁止されている。レーダー探知機の購入は、実態に即して観察すれば、道路交通法23条1b項に違反し、交通監視設備の所在を事前に明らかにするためであることははっきりしており、交通監視設備の効用を無にするものであり、良俗に反する。

Yの見解とは異なり、Xの代金返還請求は、817条2文により排除されない。Yは、自己が提供するレーダー探知機の売買契約が良俗に反するがゆえに無効であることを正確に知っている。それにもかかわらず、Yは、その結果を受けようとせず、レーダー探知機の売却を止めようとしなかった。Yは、Xの使用目的を知りながら、良俗違反の売買契約から経済的利益を得ようとし、817条2文を援用して、その利益を保持しようとする。買主のもとにレーダー探知機が残り、これを使用することとなれば、道路交通法23条1b項に反する違法行為を助長することになるところ、817条2文の趣旨からして、このようなことを817条2文は目的としていない。したがって、Yは、不当利得に基づいてXに対し返還義務を負う。

(4) 第2レーダー探知機判決 (BGH 2009年11月25日判決)⁽¹⁹⁾

ア 事実の概要

2007年5月1日、Xは、Yの被用者からのセールスの電話を受けて、注文用紙をファクシミリで受け取り、翌日、Xは、ファクシミリで、ドイツ用に調整されたレーダー探知機付で、デジタル機器用の近距離無線通信機能を備え、ガレージのドアの開け閉めが可能な室内バックミラーを送料込み1129.31ユーロで注文した (以下「本件売買契約」という)。Xが記入した注文用紙には、不動文字で「レーダー探知機は禁止されており、裁判所はレーダー探知機の売買を良俗違反としていることの説明を私は受けました。」と印刷されていた。

(19) BGHZ 183, 235=NJW 2010, 610=JZ 2010, 313=ZGS 2010, 78.

2007年5月9日、レーダー探知機は、着払いで引き渡された。Xは、2007年5月19日、レーダー探知機を送り返し、代金の返還を求めた。2007年6月22日付の弁護士の書面によって、Xは、Yに対し、レーダー探知機の返還と引換えに代金の返還を求めた。Yは、レーダー探知機の引取り及び代金の返還を拒絶した。Yは、2007年7月3日付の書面で、本件売買契約は良俗違反であるとして、代金の返還を拒絶した。

2008年1月22日付の訴状の送達は、2008年2月25日になされた。Xは、Yに対し、送り返しのための費用8.70ユーロを含めて、合計1138.01ユーロの支払いを求めて、訴えを起こした。また、Xは、Yに対し、裁判前の弁護士費用として155.30ユーロの支払いと、2007年5月19日からレーダー探知機を受領について遅滞にあることの確認を求めた。

イ 第1審判決の概要 (AG Leer 2008年4月28日判決)⁽²⁰⁾

Xの請求を棄却する。

本件売買契約は138条1項により良俗違反であるので無効であり、Xは、312b条、312d条及び355条に基づく通信取引契約の撤回権⁽²¹⁾を行使することができない。

本件売買契約は無効であり、812条1項1文による不当利得に基づく返還請求は、817条2文により認められない。

(20) AG Leer BeckRS 2009, 86552.

(21) 312b条1項1文 (2004年12月2日の改正 (BGBl. I 3102) により金融サービスに関して2文が加えられ、1文の「役務提供」の前に、「金融役務を含む」が加えられ、2004年12月8日から施行された) は、「通信取引契約とは、もっぱら通信伝達手段を用いて、事業者と消費者間において締結される商品引渡し又は金融役務を含む役務提供に関する契約をいう、ただし、通信取引のために組織された商品販売又は役務提供制度の範囲内において契約を締結しないときは、この限りでない。」と規定する。

また、312d条1項1文は、「通信取引契約においては、消費者は、第355条による撤回権を有する。」と規定する。

さらに、355条1項1文は、「消費者が法律により撤回権を有する場合において、定められた期間内に撤回権を行使したときは、契約締結に向けた自己の意思表示に拘束されない。」と規定する。

訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題 (法政大学出版局、2002年) による。なお、312b条1項1文については、同書のものに改正法に基づき訳を加えた。

無効な契約を撤回することができるか—ドイツ民法におけるレーダー探知機の通信取引契約—

ウ 控訴審判決の概要 (LG Aurich 2008年11月21日判決) ⁽²²⁾

Xの控訴を認容し、次のとおり判示して、Xの請求を認めた。

「被控訴人は、控訴人に対し、1138.01ユーロを支払え。被控訴人が2007年5月19日からレーダー探知機の受領について遅滞にあることを確認する。」

契約が無効とされる場合においても、信義則が妥当する。したがって、特段の事情がある場合には、契約が無効であることを援用することは、許されざる権利行使となる。消費者保護は、その特段の事情に該当する。

通信取引契約においては消費者に312d条に基づき撤回権及び返還権が認められ、これに基づく消費者に有利な規律が定められているにもかかわらず、契約が良俗に反している場合に消費者にその利益を認めないとすれば、消費者に不当な不利益を与えることになる。そのような不利益は、通信取引指令に基づく通信取引契約に関する法的規律の意義及び目的に反する。通信取引契約は、消費者にとって危険なものである。消費者は、契約の相手方も目的物も見ることができないことに鑑み、保護されるべきである。したがって、立法者は、消費者に、撤回権及び返還権を与えた。この保護目的は、取引の具体的内容に影響されず、したがって、取引が良俗違反であっても、通信取引契約をした消費者は保護されるべきである。もし取引が良俗違反である場合において、通信取引契約をした消費者を保護しないとすることは、誠実な売主を、良俗違反であるとして返還義務を負わない不誠実な売主よりも、厳しい立場に置くことになってしまう。したがって、この評価矛盾を解消するよう解釈しなければならない。このように解釈することによって、取引が良俗違反である場合においても、消費者に消費者保護のために法律上認められた利益を与えることができる。

エ 本判決の概要

Yの上告を棄却する。

Xは、通信取引契約の場合における撤回権及び返還権に関する規律に基づく法定の返還請求権を有する。この返還請求権は、当事者間に締結された売買契約が無効であっても、妨げられない。

本件売買契約は、良俗違反であるから、138条により無効であるからといって、312d条1項に基づくXの法定撤回権に関する規定を直接適用することは

(22) LG Aurich BeckRS 2009, 02839.

できないということにならない。たとえ通信取引契約が無効であっても、原則として、消費者に撤回権が認められる。本件では、例外的な事情はない。

通信取引契約の場合に消費者に撤回権を与えたが、それは、一般原則のほかに、かつ、一般原則とは独立してなされたものである。これは、「撤回権は、加盟国の国内法において定められている権利に影響を与えない」という通信取引指令の考慮事由14に合致する。したがって、消費者は、312d条及び355条に基づき通信取引契約を撤回し、346条⁽²³⁾以下の返還請求をすることができ、また、自己に錯誤があったとき又は詐欺を受けたときは、119条以下又は142条に基づき契約を取り消し、812条以下に基づき不当利得に基づく返還請求をすることができ、そのどちらを選択するかは自由である。通信取引契約が無効である場合の方が消費者に不利であるとするのは、通信取引契約における消費者保護の観点から、理由がない。契約が無効である場合において、消費者は、その契約を撤回してもよいし、無効を主張してもよい。

有効な契約のみ撤回することができるとする説があるが、これは、以前から解釈論として認められている、無効な法律行為の取消しを肯定する二重効と矛盾する。この解釈からすれば、無効な契約の撤回は、その取消しと変わらない。

事業者を保護すべき特段の事情があるときは、例外的に、撤回権の行使が許されざるものと評価される。たとえば、消費者が事業者に対して詐欺を行ったときがそうである。本件では、そのような事情はない。

3 学説

(1) レーダー探知機の売買契約の反良俗性

第1に、判例によると、良俗違反とは、「公平かつ公正な考えをなすあらゆる人の道義感」に反することをいう、とされ⁽²⁴⁾、これが通説である⁽²⁵⁾。そして、

(23) 346条1項は、「契約当事者の一方が契約により解除権を留保し、又は法定解除権を有する場合において、契約を解除するときは、受領した給付を返還し、取得した利益を引き渡さなければならない。」と規定する（訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（法政大学出版社、2002年）による）。

(24) 鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」椿寿夫・伊藤進編・公序良俗違反の研究（日本評論社、1995年）139頁。BGHZ 10, 228=NJW 1953, 1665.

(25) Staudinger/Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (2011), § 138 Rn.14.

無効な契約を撤回することができるか—ドイツ民法におけるレーダー探知機の通信取引契約—

レーダー探知機の売買契約は、良俗に反し、無効である⁽²⁶⁾。

第2に、レーダー探知機の売買契約は無効であるから、買主は売主に対して瑕疵責任を追及することができない⁽²⁷⁾。

第3に、レーダー探知機の売買契約は無効であるが、良俗違反であるから、817条2文により、買主は、代金の返還請求をすることができない⁽²⁸⁾。

なお、レーダー探知機の売買契約は良俗違反であり、無効であるが、LG Stuttgart 2003年10月29日判決は、817条2文を制限解釈し⁽²⁹⁾、第2レーダー探知機判決の原判決であるLG Aurich 2008年11月21日判決は、817条2文は、242条により制限され、817条2文は適用されず、消費者である買主は、代金の返還請求をすることができる、と判示した⁽³⁰⁾。しかし、第2レーダー探知機判決は、消費者が撤回した場合には、そもそも817条2文は適用されない、と判示した。また、売買契約は無効であり、良俗違反であるが、先履行又は同時履

(26) Mirko Möller, Radarwarngeräte - straf-, zivil- und polizeirechtliche Aspekte, Zugleich Besprechung von LG München I NJW 1999, 2600 und LG Bonn NJW 1998, 2681, NZV 2000, 115; Egon Schneider, Tendenzen und Kontroversen in der Rechtsprechung, MDR 2000, 191; Volker Emmerich, Anmerkung zu BGH NJW 2005, 1490, JuS 2005, 747; Staudinger/Stephan Lorenz (2007), § 817 Rn. 21; Sven Hufnagel, Mobile Navigationsgeräte als verbotene „Radarwarner“? NJW 2008, 624; Martin Schwab, Münchener Kommentar zum BGB (5. Auflage 2009), § 817 Rn.46; Staudinger/Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (2011), § 138 Rn.669.

(27) Sven Hufnagel, Mobile Navigationsgeräte als verbotene „Radarwarner“? NJW 2008, 624; Staudinger/Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (2011), § 138 Rn.669.

(28) 814条は、「給付者が給付につき義務を負っていないことを知っていた場合、又は給付が道徳上の義務若しくは儀礼を考慮したものであった場合は、債務の履行のため給付したものは、返還を請求することができない。」(訳は、椿寿夫・右近健男編・注釈ドイツ不当利得・不法行為法(三省堂、1990年)による)と規定しているところ、814条により、買主は、代金の返還請求をすることができない、とも考えられるが、レーダー探知機の売買契約が良俗違反であることを知っているだけでは、代金の支払債務がないことを知っているとはできないので、814条は、適用されない(Markus Würdinger, Über Radarwarngeräte und die Zukunft des Europäischen Privatrechts, JuS 2012, 237)。

(29) LG Stuttgart NJW-RR 2004, 57.

(30) LG Aurich BeckRS 2009, 02839.

行した買主は、代金の返還を請求することができる、と解する説がある⁽³¹⁾。

(2) レーダー探知機の通信取引契約の撤回可能性

ア 肯定説(通説)⁽³²⁾

(ア) 撤回権の意義目的

「撤回による法律効果の方が撤回権者である消費者に有利であり、撤回権が消費者のために認められたという立法趣旨に合致する」⁽³³⁾。

なお、契約に基づいて給付がなされた場合において、契約が無効なときは、不当利得がその給付の返還を求める根拠であり、契約が有効なときは、その契約を解除して、解除がその給付の返還を求める根拠である、というように、2つに分けられていたが、消費者保護指令をBGBに受け入れたことにより、契約が無効であれ、有効であれ、その契約を撤回した場合には、撤回がその給付の返還を求める根拠となったのであり、第2レーダー探知機判決では、「不当利得よりも原状回復債務関係を優先させる」べきだという判断があり、通信取引指令を受け入れた「ヨーロッパ民法では体系的解釈は気をつけてしなければならない」とする説がある⁽³⁴⁾。すなわち、撤回は、契約が無効である場合と有効な契約が解除された場合の中間に位置する、二つの相反する価値を同時に含んだ制度である。

(イ) 二重効

無効な契約を取り消すことができるという二重効の理論を採用して、無効な契約を撤回することができる。第2レーダー探知機判決は、二重効を提唱し

(31) ゲーム理論に基づき、買主が先に代金を支払う場合には、売主が契約に違反してレーダー探知機を引き渡さないおそれがあるので、代金を支払った買主の返還請求を認め、同時履行の場合には、売主が事業者であり、売買契約を繰り返していることを理由に、代金を支払った買主の返還請求を認める (Lars Klöhn, Die Konditionssperre gem. § 817 S.2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß, AcP 210 (2010), 852)。

(32) 本文に引用したもののほか、Manfred Herbert, 100 Jahre Doppelwirkungen im Recht, JZ 2011, 508; Christiane Wendehorst, Münchener Kommentar zum BGB (6. Auflage 2012), § 312d Rn. 12.

(33) Andreas Masuch, Münchener Kommentar zum BGB (6. Auflage 2012), § 355 Rn. 32.

(34) Boris Schinkels, Anmerkung zu BGH NJW 2010, 610, LMK 2010, 298105.

無効な契約を撤回することができるか—ドイツ民法におけるレーダー探知機の通信取引契約—
たKipp⁽³⁵⁾を引用していないが、それほど民法学における共通財産だからである⁽³⁶⁾。

また、無効な契約を取り消したときは、その取消しの効果は、契約締結時に遡るところ（142条1項、遡及効）⁽³⁷⁾、撤回では、撤回した時から生じ（将来効）、二重効ではないというべきである、とする説があるが、この説は、判例に賛成している⁽³⁸⁾。「撤回は将来効しかなく、取消しは遡及効があるが、その違いは問題とならない」からである⁽³⁹⁾。

（ウ）主張立証責任

消費者にとっては、契約が良俗に反するので無効であると主張立証するよりも、この契約が通信取引契約であり、撤回権を行使したと主張立証する方が容易である⁽⁴⁰⁾。もっとも、第2レーダー探知機判決の事案では、無効を主張するよりも撤回権を行使する方が容易であるから後者が問題となったのではなく、後者の効果の方が消費者にとって有利であるからであった⁽⁴¹⁾。

イ 否定説⁽⁴²⁾

（ア）「有効な契約のみ撤回することができる」⁽⁴³⁾。

（イ）「契約が無効である場合において、その契約を撤回しても、契約に基づ

(35) Theodor Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911 (1911), 211.

(36) Jens Petersen, Anmerkung zu BGH JZ 2010, 313, JZ 2010, 315.

(37) 142条1項は、「取り消すことができる法律行為が取り消されたときは、その行為は、初めから無効であったものとみなす。」と規定する。

(38) Frank Skamel, Widerrufsrecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag, ZGS 2010, 107.

(39) Jens Petersen, Anmerkung zu BGH JZ 2010, 313, JZ 2010, 315.

(40) Frank Skamel, Widerrufsrecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag, ZGS 2010, 107.

(41) Frank Skamel, Widerrufsrecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag, ZGS 2010, 107.

(42) 本文に引用したもののほか、Thomas Claus Ludwig, Zum Widerrufsrecht bei unwirksamen Verbraucherverträgen, ZGS 2010, 490.

(43) Staudinger/Gregor Thüsing (2005), § 312d Rn.10; Staudinger/Rolf Sack/Philipp S. Fischinger (2011), § 138 Rn.193.

く返還債務関係を形成することはできない」⁽⁴⁴⁾。

- (ウ) 「無効な契約であっても、取り消すことができるという二重効の理論は、無効である場合であっても、取り消した場合であっても、その契約に基づいてなされた給付の返還は、不当利得に拠るところ、撤回の場合には、不当利得ではなく、解除による原状回復であるので、無効な契約の撤回の場合には、二重効の問題ではない」⁽⁴⁵⁾。つまり、Kippの二重効の「最大の功績は、無効と取消は、法律行為の効力を不発生に終わらせるという点で主要な目的・効果を同じくするが、付随的效果に差異のある場合が存在すること（特に第三者効）を明らかにした点」にあるところ⁽⁴⁶⁾、無効と撤回では、その主要な効果が異なるので、無効な契約を撤回することができるかと解すべきではない。

言い換えれば、二重効は、無効な契約を取り消しても、当事者間では、同一の効果が生じることを前提としている。つまり、無効を主張しても、取消権を行使しても、当事者間では、同一の効果が生じるがゆえに、二重効が認められている。ところが、契約が無効である場合も契約を取り消した場合は、契約に基づいて給付があったときは、812条が適用されるが、撤回の場合には、契約に基づいて給付があったときは、346条1項が適用されるので、第2レーダー探知機判決の理由付けは説得的ではない⁽⁴⁷⁾。

- (エ) 「817条2文は、不当利得返還義務者の保護が目的ではなく、公益を保護するためであるところ、撤回権を肯定することにより817条2文を回避することを認めることにつながってしまう」⁽⁴⁸⁾。
- (オ) 「自らが良俗に反することを知りながら契約を締結している消費者は、

(44) Christoph Schreiber, Nichtigkeit und Gestaltungsrechte, AcP 211 (2011), 46.

(45) Fabian Klinck, Anmerkung zu BGH NJW 2010, 610, ZJS 2010, 248; Christoph Schreiber, Nichtigkeit und Gestaltungsrechte, AcP 211 (2011), 47.

(46) 林幸司「無効と取消の二重効」椿寿夫編・法律行為無効の研究（日本評論社、2001年）717頁、詳しくは、林幸司「Theodor Kippによる『無効と取消の二重効』とその今日的意義」立命館法学1997年1号（251号）28頁。Kippについては、小野秀誠「法学上の発見と民法（1）」一橋法学10巻1号（2011年）72頁。

(47) Mirko Möller, Anmerkung zu BGH NJW 2010, 610, NJW 2010, 612.

(48) Florian Faust, Anmerkung zu BGH NJW 2010, 610, JuS 2010, 444.

無効な契約を撤回することができるか—ドイツ民法におけるレーダー探知機の通信取引契約—

保護に値しない」⁽⁴⁹⁾。

(カ)「第1レーダー探知機判決と明らかに矛盾する」⁽⁵⁰⁾。

(3) 撤回を認めた場合における代金返還請求を否定する理由

第2レーダー探知機判決は、撤回を認めた場合における代金返還請求を否定する理由として、242条の信義則を挙げる。たしかに、信義則を適用して代金返還請求を否定すれば、817条2文を適用するのと同様であると考えられるかもしれない。しかし、契約を解除すると、契約が消滅するのではなく、たんに原状回復債務関係に変容するだけであり、未履行債務は消滅する⁽⁵¹⁾。すなわち、既履行債務の返還請求には、法律上の原因があるから、その返還請求は、不当利得の特則ではない。したがって、817条2文を適用することはできず、類推適用の可否が問題になるに過ぎないと考えるか、むしろ民法全体の法理である信義則で処理する方が望ましいと考えるかである。

4 日本法への示唆

ドイツでは、無効な契約を解除することができない、とされている。解除の効果としての、元の契約を變形するということができないからである。また、ドイツでは、撤回の効果は、原則として法定解除の効果と同様であり、不当利得の問題ではない⁽⁵²⁾。

(49) Markus Würdinger, Doppelwirkungen im Zivilrecht, JuS 2011, 773.

(50) Staudinger/Rolf Sack/Maximilian Seibl (2011), § 134 Rn.143a.

(51) BGHZ 174, 290=NJW 2008, 911.契約の解除によって、契約に基づき給付されたものは、返還しなければならず、返還請求権の根拠は、不当利得ではない(川角由和「ドイツにおける新契約解除法の位置づけ—不当利得法との関係を重視しつつ—」龍谷法学38巻3号(2005年)57頁)。解除の効果については、いわゆる原契約変容説が確固たる地位を占めている(内山敏和「消費者保護法規による意思表示法の実質化(5・完)」北研46巻4号(2011年)115頁)。

(52) 357条1項1文は、「撤回権及び返還権については、別段の定めがない限り、法定解除に関する規定を準用する。」と、357条2項2文は、「撤回及び返還においては、返送の費用及び危険は、事業者の負担とする。」と、357条4項は、「これ以外の請求権は存在しない。」と規定し(条文訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題(法政大学出版局、2002年)による)、357条4項は、以前の361a条2項の最後の文と同じであり、立法理由では、これは撤回の場合に本条以外の請求権は発生せず、本条が完結した条文であることを意味するとされている(BT-Drs 14/2658 S.47)。つまり、撤回の場合に不当利得に基づく返還請求権は発生しない。

日本では、撤回の効果は、不当利得によるので⁽⁵³⁾、撤回権を行使したときに、不法原因給付の規定の適用の可否が、ドイツでは、その規定の類推適用の可否(第2レーダー探知機判決では信義則の適用の可否)が問題となる。通信取引か対面取引かで代金返還請求の可否が決まってよいか、通信取引で保護されるのはものを見ることができないことに拠る不利益を防止することだけか、の問題である。

日本法においても、通信取引は、対面取引とは異なるので、たとえ無効であったときでも、ドイツ法における第2レーダー探知機判決と同様に、撤回権を認める意義及び目的を考慮して、撤回が認められるべきである。無効原因が公序良俗違反である場合においても、原則として、不法原因給付の規定を信義則によって制限解釈し、その規定を適用しないとすべきである。ただし、撤回権を認める意義は消費者であることにあるので、実際は消費者であるにもかかわらず、消費者でないと偽装したときは、この限りでないと解すべきである。

このように無効な契約を撤回することができるとするのは、二重効の理論に基づくわけではない。二重効の理論によっては、一般的な解答を導くことはできないからである⁽⁵⁴⁾。消費者に撤回権を与える規定の意義及び目的を考慮して、無効な契約を撤回することができる、と解すべきである⁽⁵⁵⁾。

[追記] 脱稿後、山本弘明「二重効と消費者保護」小野秀誠ほか編・民事法の現代的課題(商事法務、2012年)255頁に接した。

(53) 撤回の効果は、ヨーロッパの中でも解除と同じ原状回復から不当利得に近いものまで様々である(Reinhard Zimmermann, Die Rückabwicklung nach Widerruf von Verbraucherverträgen, JBl 2010, 207)。

(54) Staudinger/Gregor Thüsing (2005), § 312d Rn.10.

(55) 林幸司「無効と取消の二重効」椿寿夫編・法律行為無効の研究(日本評論社、2001年)725頁では、無効と取消しの二重効について無効規範と取消規範のどちらが優先するかが問題である、とする。