

第3回特定商取引法専門調査会

2015年4月17日

弁護士 池本誠司

第1 指定権利制の廃止の論点について

1、指定権利制廃止に関する検討課題

(1) 権利販売に関する苦情・相談について、特定商取引法により対応することが有効な方策か

<問題提起>

- ・権利販売に関するトラブルの多くは詐欺的な商法であり、特定商取引法の書面交付義務や勧誘行為規制により対応することは困難ではないか。

<意見>

- ① 特商法は、訪問販売等の取引形態に対し、書面交付義務や広告表示規制により正確な情報提供を義務付け、行政規制により違法行為に対する是正措置を定め、クーリング・オフや契約取消権等の民事ルールにより被害救済を容易にしている。

取引の外形的特徴により規制対象を設定し、経理実態や故意を認定することなく行為規制を定めているので、行政的な調査・処分が早期に実行可能であり、早期の取締りと被害拡大防止が可能である。

- ② 詐欺的な商法と思われる取引であっても、詐欺罪や公序良俗違反の実態解明には時間がかかるため、刑法や民法では被害拡大が防止が困難である。

クーリング・オフ等の民事規定を活用しやすいことから、消費者の行動も容易であり、これに対する事業者の対応状況から取引の違法性が早期に顕在化しやすい。

(2) 特商法の法目的から見て、権利売買のトラブルへの対処を特商法の立法目的とすることは許容されるか

<問題提起>

- ・特商法は、取引の公正の実現を法目的とするものであり、一定の行為規制に従えばその存在自体は許容される者を想定した法律であるから、明白な詐欺事案を特商法で取り扱うことは、存在自体が許容される取引であるとの誤ったメッセージを出すことになってしまうのではないか。

<意見>

- ① 平成20年改正における商品・役務の指定制廃止の審議においても、同じ論点が提示された。

<産業構造審議会特定商取引小委員会平成19年6月19日第6回小委員会「資料6」>

「商品や役務の中には、そもそも社会の安寧秩序や公序良俗に反するものも存在しているが、これらの商品・役務を、一定のルールを遵守すれば取引を行うこと自体は認容される特商法の規制対象とすることは、我が国の法体系全体からみて適切か。」

② 平成20年改正において、法規制のすき間を作らないという政策判断により政令指定商品・役務制を廃止したということは、取引形態が外形的に適用対象に該当し、当該取引が一般消費者に対し反復継続して営業活動を展開していると認められるならば、将来的に存立可能な取引として許容されるかどうかという実態評価を問わず、特商法の規制対象とするものとしたと考えられる。その意味でこの論点は克服されたものと解すべきである。

③ ちなみに、政令指定商品・役務制の時代には、ある商品・役務を特商法の政令指定対象に加えるか否かを検討するに当たり、その商品・役務に係る取引を特商法の規制対象とするのが適当か、個別業法の対象か、刑事規制の対象か、という棲み分けの検討が個別的行われていたと考えられる。

政令指定商品・役務制を廃止した現在の特商法においては、消費者に向けた営業活動が現に反復継続して実施されているならば、原則として特商法の適用対象となる。その取引に対する実態解明により、さらに詐欺罪・公序良俗違反に当たると判断される場合は、特商法の適用とは別に刑事罰則等も適用されるという関係に立つ。

④ 例えば、金融商品取引法違反の疑いがある取引や危険ドラッグとして違法な取引の疑いがある取引であっても、一般消費者から見ても一見明白に違法な取引だと評価できるものではなく、現に一般消費者に対し反復継続して営業活動を展開している取引だと認められる場合は、特商法の適用対象とすべきである。

これに対し、麻薬や拳銃など外形的に見て明らかに違法な取引の場合は、一般消費者に対し反復継続して営業活動を展開しているとは認められず、特商法による規制よりも直ちに刑事罰則の適用を行うことが適切だと言える。

④ したがって、指定権利制を廃止するに当たり、詐欺的な疑いがある取引が適用対象となることのあるとしても、特商法の法目的が障害となることはない。

(3) 平成20年改正において指定権利制を維持した理由を踏まえたうえで、今回の指定権利制廃止は妥当か。

<産業構造審議会特定商取引小委員会平成19年12月10日最終報告書>

「権利については、その外延が不明確であることや、消費者相談の数が極めて少数であるという実態を背景に、当小委員会においては商品・役務を優先して指定制の見直しを行うことが重要との認識に至った。」

<意見>

- ① 「外延が不明確」との指摘は、平成20年改正において、役務の指定制廃止に関しても同じ課題が指摘されていた。

＜産業構造審議会特定商取引小委員会平成19年6月19日第6回小委員会「資料6」＞

「商品取引の対象として明確であるが、役務とは『労務又は便益』一般とされているため、『役務を有償で提供する』事業の外延が必ずしも明確でないとの指摘もあるが、ある事業が特定商取引法の規制の対象になっているかどうか不明確にならないか。」

- ② 役務について政令指定制の廃止を結論付けた際、「外延の不明確性」に関する留意点と対応方針が示された。

＜産業構造審議会特定商取引小委員会平成19年12月10日最終報告書＞

「原則適用方式に移行させる場合には、広範囲の商品・役務が一気に規制対象に加わることとなる。したがって、特定商取引法の各条項の適用の妥当性や可能性を含め、きめの細かい特例措置を検討する必要があるが、その場合でも、原則適用方式が「規制の後追い」からの脱却である以上、特例措置の範囲が広がり過ぎて、原則適用の効果を減殺させることのないよう、留意することが重要である。」

つまり、役務の指定制廃止に関する外延の不明確性や過剰規制への対処については、特商法26条の適用除外規定により対処しており、権利の外延対策についても同様に対処できる。現行法26条の適用除外規定でなお足りないものを個別に検討すれば足りると思われる。

- ③ 「権利の苦情が極めて少数」との点は、平成20年改正以降の権利に関するトラブルの発生状況により、特商法の規制を及ぼす必要性（立法事実）が認められる。

2、指定権利制を廃止する場合の具体的方策

(1) 商品・役務・権利概念の維持か廃止か

指定権利制を廃止する場合、①商品・役務・権利の概念も廃止して「すべての有償取引」を対象とすべきか、②商品・役務・権利の概念を維持したうえで「すべての権利の販売」を対象とすべきか。

＜意見＞

- ① 商品・役務・権利の概念は維持したうえで、政令指定制を廃止し、すべての「権利」を適用対象とすべきである。
- ② 政令指定制を廃止し商品・役務・権利の種類を問わず取引形態の特徴により適用対象を画するのであれば、商品・役務・権利という用語自体を廃止し「有償の取引」と規定することが明快なようにも見える。

しかし、特商法は長年にわたり商品・役務・権利という用語法で運用されてきたこと、すべての条文の文言を見直す必要が生じること、訪問販売と訪問購入を

区別して規定を設けたうえで不招請勧誘規制やクーリング・オフの関連規定等に違いを設けていること等、などの広範な検討課題が生じることを考慮すると、商品・役務・権利の概念を前提としたうえで政令指定権利制を廃止し、かつすき間が生じない規定となるのであれば、用語法の変更にこだわる必要はないと考える。

(2) 権利の概念を維持する場合の課題①

「施設を利用し又は役務の提供を受ける権利のうち国民の日常生活に係る取引において販売されるもの」（特商法2条4項）という定義に含まれない権利の定義を追加する方法か、「権利」または「財産権」という包括的な定義とすべきか。

※ 連鎖販売取引と業務提供誘引販売取引における「権利」も、「施設を利用し又は役務の提供を受ける権利」を物品の概念に含むという定義であり（法33条、51条）、同様に見直しが必要である。

<意見>

① 「権利」または「財産権」の販売という抽象的な定義とする方が適切であると考える。

② 「施設を利用し又は役務の提供を受ける権利」に含まれない権利の内容を個別的に定義に追加する考え方では、すき間を作らないという趣旨が確保しにくい。

ア) 現行法に「施設を利用する権利」は規定されているが、動産をレンタルする権利の販売は含まれないため、「物品を利用する権利」を追加する必要がある。

イ) 金融商品販売法の適用を受けない金融商品まがいの取引を権利販売形態で行うものをカバーするには、「投資による利益を受ける権利」というような定義を追加することが考えられる。しかし、確定的な利益配当を約束する契約に係る権利は、投資目的の権利には当たらないので、「利益の提供を受ける権利」とすべきか。ただし、「利益の提供を受ける権利」となると「役務・便益の提供を受ける権利」という定義と併存しないのではないか。

ウ) 事前購入型クーポンサイトのように商品の売主以外の者が「商品を購入する権利」を販売する場合は、現行法の権利の定義には含まれないので、「商品を購入する権利」を定義に加えるか。

エ) ほかに漏れがないか。権利の内容に応じて定義をこまごまと追加する必要があるのか。

③ むしろ、端的に「権利」または「財産権」の販売という抽象的な定義としたうえで、あとは解釈により、①契約当事者たる事業者から商品・役務の給付を受ける場合は、権利の販売という表示をしても、商品の販売契約または役務の提

供契約と解する、②商品・役務の給付当事者以外の事業者がこれらの権利を販売する契約は権利の販売と解する、というような解釈論を示すことで対応するのが適切ではないか（解釈論だけでなく、条文に定義として明記する方が明確か?）。

なお、給付当事者以外の事業者がこれらの権利を販売する契約のうち、対象とする権利が独立した取引の対象として評価できる場合に権利の売買と解する見解も合理性があるので、検討されたい。

- ④ なお、指定権利制が廃止されれば、権利の販売か商品・役務の契約かを厳密に区分する実益はほとんどなく、いずれかに該当するという判定で足りることとなる。

(3) 権利の概念を維持する場合の課題②

- ① 「外貨の両替」はどう取り扱うか

両替は、「互いに金銭の所有権以外の財産権を移転すること」（民法586条）に当たらない。両替手数料を請求する取引であれば、外貨を取得するための役務提供契約と評価する余地もあるが、為替レートの中に含む取引ではこうした評価はできないのではないかと。

そこで、特商法上の定義としては、「日本国以外の通貨は動産とみなす」との定義規定を追加することで、商品の販売に含ませることができるのではないかと。外貨に対する一般消費者の受け止め方としても、日本通貨とは異なる財貨として受け止められていると思われる。

特商法で民法と異なる定義を用いることは許されるはずである。無限連鎖講防止法は、金銭配当組織の定義規定（第2条）に、「金品（財産権を表彰する証券又は証書を含む。）」と追加していることが参考になる。

- ② 個別性が高い財産間の「交換契約」はどう取り扱うか

相互に個別性が高い財産権を交換する場合は、商品等の「訪問販売」でも「訪問購入」でもない。もっとも、こうした取引形態でトラブルが生じている実態があるのか？これは、指定権利の問題ではなく、商品・役務・権利全般の問題である。

そこで、交換契約を新たな取引類型として規制対象とするかどうかは、今後のトラブルの実態を踏まえて別途検討する課題とすべきではないかと。

- ② 有価証券やプリペイド決済手段を利用する場合はどうか

商品代金・役務の対価を金銭で支払う代わりにプリペイドカード等の前払式支払手段（資金決済法）を購入したうえで支払う方法が、ゲームサイトやサクラサイトなどで多用されている。

これらのケースは、金銭支払いの代替手段の性格が強いため、商品代金・役務の対価に含まれると解することができるが、この点を明確にするため、特商法の「代金・対価」の定義に「有価証券・前払式支払手段を含む」旨定義規定を追加すべきではないか。

(4) 関連問題：商品販売・役務提供の当事者と訪問販売等を行う事業者が異なる取引

① 商品販売契約・役務提供契約の媒介と権利販売との区別

商品販売契約や役務提供契約の代理店・取次店が訪問販売等の方法により契約締結の代理または媒介を行う場合、代理店・取次店が特商法の適用を受けるのか、契約締結の代理・媒介を委託した事業者が適用対象者となるのか。

例えば、受託販売員が訪問販売によりリフォーム工事の注文を取り、リフォーム業者が施工する取引、新聞拡張員団が地域の新聞販売店の委託を受けて新聞定期購読契約を獲得する取引などは、勧誘業者が代理店・取次店となって訪問販売等の活動を行っている点で特商法の適用を受けると解されるのではないか。

② インターネット通信販売取引において、事前購入型クーポン販売サイトは、権利の販売と構成する事業者と商品等の販売の媒介と構成する事業者があるが、取引実態はほとんど共通であるため、誰が通信販売業者として広告規制等の適用を受けるのか不明確ではないか。

③ そこで、適用関係の漏れを防ぐため、販売業者・役務提供事業者から委託を受けて訪問販売等の方法により契約締結の媒介を行う事業者も、訪問販売等の事業者の定義に含む旨の規定を追加すべきではないか。

第2 美容医療サービスを特定継続的役務提供に追加する件

1、美容医療サービスと特商法の適用対象

① 商品・役務の政令指定制は平成20年改正により廃止されており、医療サービスも特商法の「役務」の定義に含まれる。

特商法26条1項、政令5条・別表第二の適用除外業種に、医師法は規定されていない。

② 美容医療サービスのトラブルのうち、販売目的を告げないでクリニックに来訪を要請する方法（アポイントメントセールス）や街頭で声を掛けてクリニックに同行する方法（キャッチセールス）であれば、訪問販売の定義に該当する。

しかし、低額の施術や体験コース等の広告を見てクリニックに出向いて契約する場合は、原則として店舗契約であり訪問販売の定義に該当しない。

③ 美容医療サービスのトラブルの中には、クリニックにおいて施術の必要性を誇大に強調したり執拗に勧誘して高額のコース契約を締結させるケースが少なくない。

- ④ 受けて見なければ分からない無形の美容医療サービスを、継続的かつ高額のコース契約で締結させる取引について消費者トラブルが多発する場合は、特定継続的役務提供の適用対象に加えるのが相当である。

2、特定継続的役務提供への追加指定における論点

(1) 特定継続的役務の定義（特商法41条2項）

- ① 身体の美化又は知識若しくは技能の向上その他のその者の心身又は身上に関する目的を実現させることをもって誘引が行われるもの
- ② 役務の性質上、その目的が実現するかどうか確実でないもの

(2) 美容医療サービスとは

- ① 美容を目的として、身体に侵襲を加える施術である。
- ・脱毛、二重瞼、フェイスリフトアップ、しわ・たるみ取り、ニキビ・シミ除去、包茎手術、脂肪吸引等は、いずれも身体の美化を目的とした施術である。
 - ・美容を目的とした施術のうち、身体への侵襲を伴わない施術はエステティックサービスとして分類される。
 - ・病的形状の治療（保険適用）は、整形外科の一般的な治療行為とされ、美容医療（自由診療）とは区別される。
- ② その目的が実現されるかどうか確実でないとは、目的の達成を約する請負契約と施術自体が契約目的であり目的の達成は保証されない準委任型を指す定義である。
- ・医療サービスは一般に準委任契約と解されており、美容医療サービスも同じ。
 - ・美容・教育・身上など効果（目的実現）に個人差があるサービスである点で、美容医療は特定継続的役務の性質に該当する。

(3) 継続性・高額性の要件について

- ① 特定継続的役務提供は、受けて見なければ判定困難な無形の役務提供を、長期・高額のコース契約を締結させることに伴うトラブル防止を目的とする規制である。
- ・美容サービスであるエステティックは、「1月を超えかつ5万円を超える」ものを適用対象としている。
- ② 美容医療サービスについても、「1月を超えかつ5万円を超える」という要件が適切ではないか。
- ・1回的な施術で終わる美容医療サービスは適用対象とならないが、特定継続的役務提供は中途解約権の保障に特徴があるため、やむを得ない。
 - ・1回的な施術の契約において、施術の必要性や効果に関する不実の表示等の問題があれば、消費者契約法で対処することとなる。

③ 美容医療は、施術の必要性や効果などについて、医学的な裁量の問題があるが、病的症状の治療場面における医学的裁量と美容目的の施術効果に関する説明とは区別すべきである。

また、誇大広告や不実告知の判定に当たり医学的裁量権を配慮して判断すれば足りることであり、専門分野の裁量権があるから特商法の適用を受けないという論拠にはならない。