

特定商取引法の指定権利制廃止の理論的課題について

2013年5月28日

弁護士 池 本 誠 司

1、問題意識

- (1) 訪問販売等の特定商取引の方法により「権利」の販売を行う取引について消費者トラブルが多発していることから、特定商取引法の指定権利制を廃止して、原則としてすべての権利を適用対象としてはどうかという意見が出ている（法26条の適用除外規定は前提）。
- (2) 指定権利制の廃止論に対し、次のような理論的な課題が指摘されている。
- ① 平成20年改正の審議において、結果として公序良俗に反する商品・役務も特定商取引法の適用対象とすることとなったのか。当時の、審議会において議論が深められていないのではないか。そうであれば、架空取引を取り込むという考え方への転換がなされた訳ではないのではないか。
 - ② 特定商取引法は、第1条に「特定商取引を公正にし、及び購入者等が受けることのある損害の防止を図ること」を規定しており、詐欺的行為を念頭に置いたものではないから、詐欺的な権利の取引を念頭に指定権利制の廃止を行った場合、適正業者に対する過剰な規制を強いるおそれがあるのではないか。
 - ③ 特定商取引法は、業務停止1年間を命ずる行政処分が最も重いため、詐欺的業者を排除するための措置としては不十分ではないか。詐欺的な取引は、刑罰による禁止法の整備や業法による強力な行為規制により排除すべきものではないか。

2、結論

- ① 「特定商取引法は一定のルールを遵守すれば取引を行うことが容認されている法体系である」とか、「架空取引や公序良俗に反するような権利の取引を特定商取引法の適用対象にすることは不適切である」との考え方は、そもそも現行特定商取引法の理解として誤りである。
- ② 指定商品・役務制の時代には、ある商品・役務を特定商取引法の政令指定対象に加えるか否かを検討するに際し、その商品・役務に係る取引を特定商取引法の規制対象とするのが適当か、刑事規制や個別業法の対象ではないか、という棲み分けの議論が行政機関内部で行われていたと思われる。

しかし、特定商取引法の指定商品・役務制を廃止する際の審議において、法規

制のすき間を作らないという政策判断を採用しており、取引形態が外形的にみて訪問販売等に該当すれば、商品・役務の種類・属性（公序良俗違反等）を問わず、訪問販売等の事業者として書面交付義務や勧誘行為規制等の適用を受けるものと解すべきである。

- ③ そもそも、特定商取引法の適用を受ける取引形態の事業者であるか否かの判断と、詐欺商法か否かという取引実態の認定は、異なる観点・情報による判断である。

消費者に対し訪問販売等の方法により商品・役務・権利の取引を行っているとして認められる外形的特徴が認められる限り、その事業者の取引が詐欺罪・公序良俗違反に当たるか否かを問わず、特定商取引法の適用を受ける事業者であり適用対象商品・役務・権利に当たると解することが適当である。

その後の実態解明により詐欺罪・公序良俗違反に当たると判断される場合は、特定商取引法と刑事罰則の競合適用となる。

この点につき、独占禁止法は、第1条の目的規定に、「公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし」と規定しており、欺瞞的業者に対する独禁法の適用の当否に関する判例・学説の議論が参考になる。

- ④ 近年の「権利」に係る取引被害は、訪問販売等の方法により多数の消費者が金融商品と誤認して取引を行っている実態があり、特定商取引法の適用対象となる「事業者」に当たるとは明らかである。

「権利」の外延については、「役務・商品」の外延を画する適用除外規定（特定商取引法26条）を活用することによって対応できる。

3、特定商取引法平成20年改正に向けた審議経過とその評価 （産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会）

（1）平成19年6月19日 第6回小委員会

【資料6】「指定商品・指定役務制について（論点メモ）」

「○ 指定商品・指定役務制の廃止を求める声は強いが、以下のような論点があると考えられる。

ア. 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。

イ. 商品は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。」（ア. イ. は、引用者が追加）

(2) 平成19年9月27日 第8回小委員会

【資料4】「指定商品・指定役務制の見直しと特定措置について」

「○(中間とりまとめに対するパブリックコメントにおいて、)指定商品・指定役務制は直ちに廃止するべきとの意見が大多数であった。

○指定制を廃止すれば一つ一つの商品・役務について、それぞれの特性を判断しなくなるスキームとなるために、「規制の過剰性」については、今まで以上に十分な配慮が必要。

○一方で、広く特例措置を設定し過ぎた場合、消費者保護を十分に図ることができなくなる可能性があるため、十分な精査と将来に向けた弾力性に配慮する必要がある。」

(議事録) 安井消費経済政策課長 「もう一つは『指定権利』というものがありますが、審議の過程におきまして、これについては今は良いだろうということですので、『商品』と『役務』を原則適用という形にすることで作業がここまで進んできているわけであります。」(議事録4頁)

(3) 平成19年11月27日 第11回小委員会

『最終報告書案』(15頁)

「なお、特定商取引法においては、商品・役務・権利が規定の対象となっているが、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。」

(議事録) 安井消費経済政策課長 「なお、本小委員会では途中でも何度か議論がありましたが、権利については、その外延もはっきりしにくいんですが、被害の数も余り多くないという事実関係がございまして、今回は指定商品・指定役務に集中して議論しようじゃないかということであったと思います。」(議事録13頁)

(4) 平成19年12月6日 第12回小委員会

『最終報告書』(12月10日付)

「訪問販売、通信販売及び電話勧誘販売の規制対象を限定している指定商品・指定役務制については規制の後追いの原因になっていることから、これを廃止し、原則適用方式(ネガリスト方式)化するべきである。

ただ、指定制、すなわち限定列挙方式では、その商品や役務の特性を認識した上で規制対象を政令に規定することができたため、規制対象とすることによる弊害を事前に調整することができた。しかし、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て、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。

なお、特定商取引法においては、商品・役務・権利が規制の対象となっているが、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。また、原則適用へと基本的考え方が変更される以上、特例措置規定について、被害実態等に合わせて迅速かつ柔軟な改正を図るべきことは言うまでもない。

(5) 審議経過の評価

- ① 論点ア（公序良俗に違反する商品・役務を特定商取引法の適用対象とするとは、同法の法体系になじむか）については、報告書や議事録では正面から議論された記載は見当たらない。

しかし、政令指定制の下では、個別商品・役務を指定する際に、特定商取引法の適用対象とするか、個別業法の対象か、刑事罰則の対象かを検討できるのに対し、指定商品・役務制を廃止（原則適用方式）とすると、その商品・役務の特性を踏まえた適用対象の判断はできないことから、公序良俗に違反する商品・役務も特定商取引法の適用対象となることを選択したものと言える。

審議会の中では、「権利」については、消費者トラブルが少ないことや、役務の指定制廃止により概ねカバーされると考えられること等から、今回の法改正の審議では踏み込まないで良いという整理をしたのが実態であり、指定権利制は維持すべきであるという積極的な議論はなかった。

- ② むしろ、論点アの問題提起自体が誤りである。

特定商取引法の適用対象を判断する場面（その時点の情報）においては、その事業者の取引が詐欺取引・公序良俗違反行為か否かの実態解明はできていないのが通常であり、外形上の取引形態が訪問販売等の方法により消費者に対し商品・役務・権利の取引を展開している事業活動であると認められるならば、特定商取引法の適用対象に当たるものと解すべきである。

- ③ 論点イ（役務の外延が不明確）については、特定商取引法は訪問販売等の取引形態によって基本的な外延は画されており、そのほかには個別業法に関する適用除外や商品・役務の性質による適用除外の規定（特定商取引法 26 条）を設けることによって対応することが可能であるとして、指定制廃止の方針を選択した。このことは、権利についても特に違いはない。

(6) 指定権利制廃止の妥当性

(斉藤雅弘・池本誠司・石戸谷豊「特定商取引法ハンドブック（第4版）」60頁)

- ① 商品・役務について政令指定制を廃止しながら、権利について指定制を維持したことは、大きな制度矛盾を孕んでいる。

権利の行使により商品・役務の給付を受けるという契約目的の観点からみると、商品の販売・役務の提供が原則適用とされながら権利が適用されないことは不合理である。

- ② 商品の販売や役務の提供について、事業者側で契約形式を権利の販売に変更すれば特定商取引法の適用を免れる余地を認めることとなる。

現行特定商取引法の解釈として、権利の意味をこのように解釈することは不当であり、脱法的な紛争を招きやすい点で制定商品・役務制を廃止した目的に反する。

- ③ 権利の外延が不明確であるとの理由は、審議の過程で役務についても等しく指摘されたところであり、役務・商品について法 26 条及び施行令で適用除外規定を整備したことにより対処できている。

例えば、権利の行使により給付される商品・役務の種類に応じて、現行適用除外規定に一文を加えることで手当てできるのではないか。

4、独禁法・景表法における事業者性の認定

(1) 豊田商事国家賠償請求訴訟における公取委の主張

公取委は、豊田商事は反社会性の強い違法な手段により虚業を営んでいたものであるから、独禁法等が予定する経済事業（企業性の承認を前提とした競争）を行っていたとは認められず、豊田商事は独禁法等が規制対象とする「事業者」に該当しない、と主張した。

以下の判決は、いずれも公取委が規制権限を行使しなかったことにつき裁量権の逸脱はないとして、不作為の違法はないと判断したが、ここでは「事業者性」の判断に絞って紹介する。

(2) 東京地裁平成4年4月22日判決（判時1431号72頁）

独禁法・景表法の「事業者」とは、「何らかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反復継続して受ける経済活動を指す」、「専ら詐欺的取引を行うなど公正かつ自由な競争の促進を図る余地のない取引活動を行うものは、独禁法及び景表法の適用対象である事業者には当たらない」

「豊田商事が行っていた豊田商法は、・・・経済的利益の供給に対して、それに対応する経済的利益の反対給付を受ける行為を反復継続して行う形式をとっているから、少なくとも外形上は、独禁法及び景表法の事業者性の前提となる事業に該当するものということができる。」

(3) 大阪地裁平成5年10月6日判決 (判時1512号44頁)

「被告国は、豊田商事の如き『会社とは名ばかりの巨大で組織的な詐欺機構』に対しては独禁法は適用されない旨主張するが、かような見解は誤りである。」

「豊田商事は、少なくとも外観上は、金地金の販売及び預かり受け・運用を業とする営業活動を行っていたことは明らかであり、このような事実を前提とすれば、豊田商事は、『その事業内容が独禁法1条の目的に合致する事業者』あるいは『独禁法1条の公正かつ自由な競争が期待できる事業者』に該当するから、これに対し独禁法が適用されることは当然である。」

「破綻必定の商法を行っていたという点で通常の事業者とは著しく趣を異にする企業」であり、「その事業者性は著しく希薄であった」

(4) 大阪高裁平成10年1月29日判決 ((3)の控訴審)

「(独禁法・景表法の「事業」とは、) 経済的取引を行うこと、すなわち、反復継続して、経済的利益を給付し、これに対する経済的利益の反対給付を受けることをいうものと解するのが相当であり、結局、『事業者』とは、反復継続して経済的利益も交換を行う者ということが出来る。」

「(事業者性は) 反復継続して経済的利益の交換を行っているか否かを基準にすべきであって、その主体の法的性格はもとより、主観的な目的も問わないというべきである。」

「豊田商事は、詐欺的商法を行っていたものであることが明らかである。」、しかし、「豊田商事は、倒産する直前の昭和60年5月ころまで、・・・顧客に賃料を支払い、・・・償還に依っていたのであるから、豊田商事は、反復継続して経済的利益の交換を行うものということが出来る。」、「豊田商事の経済活動は、自己の商品内容等について正当な表示をしている他の金融商品販売業者の顧客を奪いかねないものであって、金融商品市場における競争秩序に影響を与えるものであった。・・・豊田商事は、独禁法2条1項の『事業者』に当たるというべきである。」

(5) 学説

ア. 土田和博「豊田商法国家賠償東京訴訟」(ジュリスト1024号240頁、1993年)(東京地裁平成4年4月22日判決の評釈)

「(本判決は)『専ら詐欺取引を行うなど公正かつ自由な競争の促進を図る余地のない取引活動を行う者は、独禁法及び景表法の適用対象である事業者には当たらない』と述べ、従来にはない新しい見解を示した。しかし、こうした主張をする学説は筆者の調査の限りでは見当たらないし、例えば詐欺行為に対して刑法による規制のみならず、独禁法による規制が必要な場合はあると考えられるから、経済的利益の供給に対して反対給付を継続して行う限り、事業者に該当するとして良いのではなかろうか。」(同書241頁)

イ. 正田彬「**豊田商事事件と消費者行政**」(法律時報 66 巻 4 号 19 頁、1994 年)(大阪地裁平成 5 月 10 月 6 日判決の評釈)

「事業者が市場において一定の商品・役務に係る事業活動を行い、それが競争秩序と関係する場合には、独禁法上の事業者として規制の対象となる。豊田商事も、その倒産後を別とすれば、経済社会において事業活動と認識される活動を行っており、それが競争秩序に影響を与えていたことも否定できず、独禁法等の予定する事業者である。」

このことは、仮に豊田商法に対して詐欺罪の容疑をもって刑事手続が開始された場合でも同様である。ただその場合には、公取委の裁量で、独禁法・景表法違反の手続を開始せず、刑事手続に委ねることが妥当とされる可能性が高いことになる。」(同書 26 頁)

ウ. 鳥山恭一「**事業者の範囲(3) 豊田商法と事業者性**」(別冊ジュリスト独禁法審決・判例百選(第 5 版) 8 頁)(東京地裁平成 4 年 4 月 22 日判決、大阪地裁平成 5 年 10 月 6 日判決の評釈)

「(独禁法の)適用対象である事業者に該当するか否かは、行為者の主観において事業者であるかどうか、すなわちその者に経済的利益の交換活動を行う意図があるかどうかによって判断されているのではなく、客観的に見て事業者であるかどうか、すなわち、経済的利益の交換活動を行う者として活動しているかどうかによって判断されていると思われる。」

豊田商事が独禁法・景表法の適用を受ける『事業者』であることは当時から明白であり、豊田商事を『事業者』であると判断することに当時でも何らの障害もなかったのではないだろうか。」(同書 9 頁)

エ. 舟田正之「**豊田商法と公取委の不作为責任**」(ジュリスト 1169 号 111 頁、1999 年)(大阪高裁平成 10 年 1 月 29 日判決の評釈)

「本判決は、豊田商事が破産寸前までは、『償還せざるを得なくなった顧客に対してはこれに応じていたのであるから、・・・反復継続して経済的利益の交換を行う者ということができる。』と述べる。しかし、豊田商事が個別具体的に『反復継続』、『経済的利益の交換』をそれぞれ行ったかではなく、取引の場において、特に顧客の側から客観的にどう見えていたかが肝要である。例えば、仮に 1 回しか取引を行っていなかった場合でも、また一切の償還に応ぜず『交換』しなかった場合も事業を行っていたのであり、事業者該当すると解すべきである。したがって、この判示部分は不要な認定を行ったと言えよう。」(同書 114 頁)

オ. 向田直範「**事業者の範囲(3) 詐欺的事業者の事業者性(豊田商事事件)**」(別冊ジュリスト 161 号独禁法審決・判例百選(第 6 版) 8 頁)(大阪高裁平成 10 年 1 月 29 日判決、東京地裁平成 4 年 4 月 22 日判決の評釈)

「(大阪高裁判決は) 豊田商事が、顧客に賃借料を支払い、一部の顧客に対しては金地金等の償還に応じていたことをもって、『反復継続して経済的利益の交換を行う者』としている。しかし、豊田商事が何を行っていたかではなく、顧客から見て客観的にどう見えていたのかが問題である。顧客にそのような対応をしなくとも事業者と解すべきなのである。

(東京地裁) 判決は、通説的な事業者概念から出発しながら、後段部分で、『専ら詐欺取引を行うなど公正かつ自由な競争の促進を図る余地のない取引を行う者は、・・・事業者に当たらない』と述べている点は、疑問である。

・・・(東京地裁) 判決のように解すると、公正かつ自由な競争を阻害しているが、事業者ではないという理由で、それを放置することになる。これは甚だ不都合な結果になることは明らかであろう。」(同書9頁)

カ. 正田彬「豊田商法と公取委の権限不行使の責任」(ジュリスト1246号228頁、2003年)(最高裁平成14年9月26日の原審大阪高裁平成10年1月29日判決の評釈)

「(判決が)『償還せざるを得なくなった顧客に対してはこれに応じていた』ことから反復継続して経済的利益の交換を行った者といえりとする説明など unnecessary 部分があることは否定できないが、この部分については、要件としては不必要と考えられる事実を述べて念を押して事業者性の確認をしたものと理解しても良いと思われる。判旨がかかる念押しをしたからといって、たとえば1回のみの取引を行った場合に事業者性がないという判断に連なるとは考えられない。」(同書229頁)

(6) 評価

「事業者性」の認定について、東京地裁判決が示す判断基準は、「専ら詐欺的取引を行うなど公正かつ自由な競争の促進を図る余地のない取引活動を行うものは、独禁法及び景表法の適用対象である事業者には当たらない」としており、学説から強く批判されている。その東京地裁判決も、事案へのあてはめにおいては、「外形上は事業者に該当する」との判断を示している。

大阪地裁・高裁判決は、理由づけは異なるが、事業者の主観的意図ではなく顧客に対する取引の外観から事業者性を認める。

調査した学説のすべてが、事業者性の認定は事業者の詐欺的意図や償還の実態ではなく、客観的・外形的に見て顧客に対する事業活動として認識されるか否かにより判断すべきであるとする。