

# 特定商取引に関する法律における指定権利制の廃止を求める意見書

2013年（平成25年）12月19日

日本弁護士連合会

## 第1 意見の趣旨

- 1 特定商取引に関する法律（以下「特定商取引法」という。）第2条に定める政令指定権利制を廃止し、原則として全ての「権利の販売」を同法の規制対象取引とするべきである。また、同改正に伴い、関連する諸規定についても、同様に改正するべきである。

そして、この場合における「権利」の定義について、現行の特定商取引法第2条第4項で定める「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」との限定を削除し、全ての「権利の販売」を同法の規制対象取引とするべきである。

また、権利の外観を装った取引や実態のない架空の権利の取引（いわゆる詐欺的投資勧誘など）についても広く「権利の販売」として、特定商取引法の規制をするべきである。

- 2 「権利の販売」につき、適用除外を定めるにあたっては、他の法律で特定商取引法と同等の消費者保護の手当がなされている取引や現実に消費者被害が生じるおそれのない取引に限定するべきである。

## 第2 意見の理由

### 1 指定権利制の現状

特定商取引法は、訪問販売、通信販売、電話勧誘販売の定義規定（特定商取引法第2条）において、これらの規制対象取引を「商品の販売」、「指定権利の販売」及び「役務を有償で提供する契約」と定めている。

2008年（平成20年）の特定商取引法改正前においては、これらの規制対象取引は、政令（特定商取引に関する法律施行令。以下「特商令」という。）で限定的に指定された商品、権利及び役務のみが規制対象となるという政令指定制が採用されていた。しかし、同年の特定商取引法改正で、商品と役務については政令指定制が廃止された。その結果、原則として全ての「商品の販売」と全ての「役務を有償で提供する契約」が特定商取引法の訪問販売、通信販売、電話勧誘販売の規制対象取引となるように改められた（例外的に適用除外となる取引は、特定商取引法第26条で別途明示している。）。

しかし、権利については、現在も政令指定制が維持されている（以下「指定権利制」という。）。すなわち、特定商取引法第2条第4項は「指定権利」について、「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であって政令で定めるもの」と限定的に規定している。そして、「政令で定め」ている「権利」は、以下の3つにとどまっている（特商令第3条別表第1参照。）。

- (1) 保養のための施設又はスポーツ施設を利用する権利
- (2) 映画、演劇、音楽、スポーツ、写真又は絵画、彫刻その他の美術工芸品を鑑賞し、又は観覧する権利
- (3) 語学の教授を受ける権利

## 2 「権利」の販売取引にかかる消費者トラブルの急増

現行の特定商取引法において指定権利制が維持されることは、以下の3点を意味する。

まず、消費者側から見ると、訪問販売、通信販売、電話勧誘販売においては、上記3つの権利（特商令第3条別表第1）の販売のみが規制対象取引となる。その結果、上記3つの権利以外の「権利の販売」の場合には、特定商取引法の規制が及ばず、消費者は特定商取引法による消費者保護（例えばクーリング・オフなど）を受けることができない。

また、販売業者側から見ると、上記3つの権利以外の「権利の販売」をする取引による場合には、特定商取引法の規制（例えば書面交付義務など）を一切受けることなく、自由に営業活動ができる。

そのため、指定権利制が現在も維持されているがゆえに、上記3つの権利以外の「権利」を販売する取引においては、特定商取引法の規制が一切及ばない。これによって、以下のような消費者トラブルが多数報告されており、枚挙に暇がない。

- ① 温泉付き有料老人ホーム利用権
- ② 水資源の権利
- ③ CO<sub>2</sub>の排出権
- ④ 著作権の支分権
- ⑤ 天然ガス施設運用権
- ⑥ I P S細胞作成に係る知的財産分与譲渡権
- ⑦ カンボジアの土地使用権
- ⑧ 鉱山の採掘、鉱物に関する権利

これらのうち、①は、特定商取引法第2条第4項の「権利」の定義には該当

するものの当該権利が特商令により指定されていないことから、特定商取引法の規制対象取引とはならない。また、②から⑧については、仮に権利としての実態があるとしても、特定商取引法第2条第4項で規定する「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」に該当しないため、特商令による「権利」の追加指定では対応できない。

さらに、これらの中には、業者が「〇〇の権利」「〇〇権」と称して、実態のない架空の権利を特定商取引法の規制対象とならない権利の販売であるかのように装って消費者を勧誘し、購入代金名目で、単純な詐欺行為を行っている場合も多く含まれているものと考えられる。

以上のような権利に関する消費者トラブル・消費者被害が多発している理由は、特商令の指定対象外の「権利の販売」という取引を利用すれば、特定商取引法の規制を一切受けることなく、自由に営業活動・詐欺的取引をすることができるためと考えられる。また、こうした同法の規制の隙間をねらう悪質な業者が特定商取引法の適用対象外の権利販売に狙いをつけたためと考えられる。

### 3 特定商取引法の目的と「指定権利制」の不合理性

(1) 特定商取引法は、1976年（昭和51年）に「訪問販売等に関する法律」として制定されたものである。当初は、訪問販売、通信販売及び連鎖販売の各取引について、各取引が不意打ち的勧誘及び強引な勧誘等により消費者トラブルを招きやすい傾向にあるため、必要な規制を行い被害を防止することを目的として制定された。制定当時は、「商品」のみを規制対象とする「指定商品制」を採用した。さらに、①「主として日常生活の用に供せられる」、②「定型的な条件で販売するのに適する」との要件が加えられていたことから、その適用も限定的なものであった。

その後、「役務」「権利」についても、不意打ち的勧誘及び強引な勧誘によるトラブルが多発したことを受けて、1988年（昭和63年）改正において、「商品」の対象を拡大するとともに、「役務」「権利」も指定対象として規制の対象に追加されるという大幅な改正がなされた。

このように、「役務」と同時に「権利」が規制対象に加えられたのも、トラブルを招きやすい類型の取引に必要な規制を行い被害を防止するという特定商取引法の目的を実現するためである。したがって、「商品・役務」と「権利」の規制のあり方に差異を設けるべき理由はなく、両者には統一的な規制がなされるべきであって、「商品・役務」について政令指定制を廃止しながら指定権利制のみを維持することには、何らの合理性は認められない。

## (2) 商品・役務における指定制の廃止との矛盾

2008年（平成20年）改正後の特定商取引法は「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することは、大きな矛盾であり、指定商品・役務制を廃止した目的にも反している。前記のとおり、2008年（平成20年）の改正において、商品と役務については政令指定制が廃止されたのは、度重なる法改正にも関わらず被害が多発し、かつ深刻化する傾向にあったことから規制の対象を大幅に拡大するためである。

この改正の際、権利は、「商品・役務」とは区別され指定制廃止の対象とはならなかった。しかし、契約という法的手段を用いれば、当事者が自由な意思で特定商取引法の規制が及ばない「権利」を生成することが可能である。そのため、実質的には商品の売買あるいは役務の提供とみられる取引も当事者（特定商取引を行う事業者）の判断によって権利と構成することができる。すなわち、事業者の恣意によって取引の対象となるもの（客体）の性質を特定商取引法が適用されない（自己の都合の良い）ように変質させることが可能となる。例えば、エステティックサロンが自店で提供するエステの施術に関する場合が考えられる。つまり、①エステの施術を受けることができる地位を権利と称して販売するやり方と、②エステの施術の提供とその対価の支払いに関する契約を締結して役務提供をするやり方である。両者を明確に区別する基準はなく、事業者がその判断で自由に行うものである。本来は役務であるものを権利と解釈して法の適用を逃れることは、現行の特定商取引法の解釈としては不当であり許されるべきではない。

そして、役務に該当するとして処分されている事案も存するが、何が役務に該当するかは曖昧であり、役務と権利の区別が明確でないために、消費生活相談の現場が混乱している。

以上の観点から、指定権利制を維持したことは、「商品・役務」を広く規制の対象にしようとした指定商品・役務制の廃止の趣旨を潜脱する危険を生じさせることから、これらの指定制廃止の目的に反することは明らかである。

## 4 法改正による抜本的解決の必要性

### (1) 「指定権利制」維持の理由の不合理性

これまでも「指定商品制」を採用していた時代から、特商令で指定されていない商品に関する被害が多発する度に、当該商品類型を特商令で指定することが繰り返されてきた。しかし、それでは、指定されていない商品分類を対象に被害が再発するという、まさにイタチごっこであり、消費者被害の抜

本的な解決にはならなかった。「商品・役務」については、「指定商品制」が廃止された理由は、このような事態を回避するためである。

指定権利制が維持された理由については、「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」、「商品・役務を優先して指定制の見直しを行うことが重要」だからと説明されている（経済産業省産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会報告書（平成19年12月10日））。すなわち、①権利の場合には範囲を画するための枠や基準が不明確であるので適用除外を定めることが難しいこと、②権利の取引に係る紛争やトラブルは、従前から特商令で指定されていた権利以外にはそれほど多くはなく、紛争やトラブルが多くない取引にまで、特定商取引法の規制を広げるべきではないことが指定権利制を維持した理由とされているのである。

しかし、権利の目的が当該権利の内容となっている給付の実現にあり、結局は給付された商品や役務こそが実質的に権利の内容をなすものであるため、「権利については、その外延が不明確である」との指摘は妥当でない。さらに、給付を受ける側（顧客側）の観点から見ても、その者に対する効用や満足は、権利の内容となっている給付の実現によりどのような商品・役務を得たかに帰結する。したがって、権利の内容となっている給付たる「商品・役務」に着目することにより、「商品・役務」に対する規制と区別を設けることなく、一定の権利を適用除外にする方法で対応すれば足りると考えるべきである。

また、前記2のとおり、法改正当時と異なり、現在は法適用の隙間を狙って、指定されていない権利を取引の対象として被害やトラブルを生じさせる業者が多発しており、2008年当時とは状況が大きく変わっているため、「（権利については、）消費者相談の数が極めて少数である」との指摘は妥当ではない。

以上のとおり、2008年当時に指定権利制が維持された理由に対しては、その合理性に疑問が残るとともに、当時とは背景事情が変遷していることから、「商品・役務」と同様に、指定権利制は早急に見直されるべきである。

## (2) 権利の範囲に関する限定の撤廃

「権利」に関する指定制を廃止したとしても、現行法の法文には、「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」（第2条第4項）という限定があることから、この文言を残したままでは、問題となっている被害事例全てを規制の対象とするこ

とは困難であり、法の抜け道をふさぐことはできない。したがって、指定権利制を廃止する際には、上記の文言自体も削除し、「商品・役務」と同様に原則として全ての権利を規制対象とする抜本的な改正がなされるべきである。

さらに、業者が実態のない架空の権利を権利の販売取引であるかのごとく装って消費者を勧誘する被害事例にも対応する必要がある。そのためには、権利の性質を問わず、「権利」と称して取引対象に設定したものは、権利の外観を装った取引や実態のない架空の権利の取引についても広く「権利の販売」として、特定商取引法の規制対象取引とするべきである。

なお、特定商取引法第33条第1項において連鎖販売取引規制の対象となる「物品」に含まれる「施設を利用し又は役務の提供を受ける権利」についても同様に、全ての権利を規制対象とするように改正するべきである。

## 5 詐欺的投資勧誘取引と特定商取引法の関係

指定権利制の廃止に関して、消費者庁は、『特定商取引法の指定権利制の廃止に関する論点』に対する消費者庁の考え方において、以下のとおり反対の立場を取っている。つまり、「特定商取引法（特商法）の目的は、法律上規定されている行為規制を事業者に対して遵守させ、かつ民事ルールが活用されることによって、一般消費者を保護するとともに、特定商取引を公正にし、商品等の流通及び役務の提供を適正かつ円滑にすることにある。」「現在問題となっている詐欺的投資取引は、本来その存在自体が許されるべきものでない。それにもかかわらず、仮にそれらを『公正な取引の是正による商品流通・役務提供の適正化・円滑化』を目的とする特商法の規制に置くのであれば、本来、存在自体が許されない詐欺的取引について、一定の行為規制にさえ従えば、その存在自体は許容されるとの誤ったメッセージを出すことになってしまうため、到底認めることはできない。」としている。

しかし、以上消費者庁の考え方、及び、「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」並びに「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」とする考え方については、そもそも特定商取引法の理解として以下のとおり誤りであるといえる。

### (1) 特定商取引法の目的との関係

特定商取引法の目的は、商品等の流通及び役務の提供を適正かつ円滑にすることのみではなく、購入者等の利益を擁護することも主眼としている（特定商取引法第1条）。購入者等を保護する目的から、指定権利制を廃止して

詐欺的投資勧誘取引等の権利取引を規制しても、何ら特定商取引法の趣旨に反するものではない。

(2) 公序良俗違反取引が特定商取引法の適用対象となるか

① 指定商品・役務制廃止との対比

指定権利制を廃止して全ての権利取引を特定商取引法の規制対象に取り込んだとしても、詐欺的投資勧誘取引を容認することにはならない。このことは、指定商品・役務制を廃止したために詐欺的商品取引・役務取引を容認したことにならないことと同様である。

2008年（平成20年）の特定商取引法改正によって指定商品・役務制は廃止されたが、全ての商品・役務に原則として適用する以上、公序良俗に反する商品・役務取引も当然規制対象となる。この点、公序良俗に反する商品・役務取引を特定商取引法の規制対象とすることが特定商取引法の体系になじむか否かについて、今まで正面から議論された跡は見られない。しかし、指定商品・役務制を廃止（原則適用方式）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のであるから、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らざるを得ない。

すなわち、指定商品・役務制の廃止により訪問販売等の取引に隙間なく法を適用して規制対象としたのであるから、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、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。そのようにすると、外形的に訪問販売や通信販売に該当すれば公序良俗に反する商品・役務取引も規制対象となるが、このことをもって公序良俗に反する商品・役務取引が許容されるという誤解が生じることはないであろう。

以上より、「一定の行為規制にさえ従えば、その存在自体は許容されるとの誤ったメッセージを出すことになってしまう」という考え方は、論理をゆがめていると言わざるを得ない。訪問販売や電話勧誘による権利取引について何らの規制もせず放置していることこそ、詐欺的なものも含めた権利取引に関する勧誘が許容されているとの誤解を助長しているとも言える。

② 独占禁止法・景品表示法における事業者性の認定との対比

公序良俗に反する取引が特定商取引法の規制対象になるか否かについては、反社会性の強い違法な手段による事業を行っていた業者が独占禁止法（以下「独禁法」という。）及び不当景品類及び不当表示防止法（景品表

示法（以下「景表法」という。）の「事業者」に該当するかが争われた豊田商事事件における議論が参考になる。

豊田商事事件東京地裁判決（東京地判平成4年4月22日）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」としたが、これに対しては、学説からの批判も強い。

これに対し、大阪地裁判決（大阪地判平成5年10月6日）は、「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にすれば、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条の公正且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。」とし、同判決の控訴審である大阪高裁判決（大阪高判平成10年1月29日）は、「（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』に当たるといふべきである。」としており、いずれも、事業者の主観的意図ではなく取引の外形から事業者性を認めている。

すなわち、豊田商事のごとき公序良俗に反する反社会的な事業を行っていた者も独禁法及び景表法における「事業者」に該当するのであるから、公序良俗に反する取引を特定商取引法の規制対象に含めることが、直ちに特定商取引法の体系に反するという事はできない。

### ③ 刑事罰との関係

指定商品・役務制が廃止される前の時代には、ある商品・役務を特商令の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ことが適当か、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考えられる。

しかし、このような棲み分けの議論は、指定商品・役務制が廃止され、前記のとおり訪問販売等の取引に隙間なく法を適用して規制しようとしている現行法の下においては妥当しない。むしろ、消費者庁には消費者の財

産被害に関わる隙間事案に対応する責務があるのであり、権利取引において消費者の財産被害が多数報告されている以上、刑事罰の対象となるような悪質な権利取引事業者に対しても、積極的に規制に取り組むべきである。

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対象となる。したがって、特定商取引法に違反する行為があれば、行政指導・処分の対象となり、特定商取引法の罰則の適用対象となる。

そして、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のであり、刑事罰則の適用があるか否かによって、特定商取引法の適用が左右されるわけではない。

なお、特定商取引法の改正だけで詐欺的投資勧誘等の悪質な権利取引被害の問題を解決できるわけではないことは言うまでもなく、指定権利制を廃止して特定商取引法の適用対象に含めることは1つの手段に過ぎない。したがって、指定権利制の廃止のみで詐欺的投資勧誘被害が解決しないとしても、そのことを理由に特定商取引法の改正をしない理由にはならない。

さらに、悪質な権利取引を行う事業者の行為は様々であって、公序良俗に反するものであっても詐欺罪に該当しない事案も想定される。この場合に、特定商取引法に基づく指導・処分や罰則の適用ができれば、より大きな被害の抑止になることが期待できる。

これに対し、指定権利制を廃止して詐欺的投資勧誘等の権利取引を規制対象に含めたとしても執行が困難であるとの指摘が想定される。しかし、執行の困難性は指定制が廃止された「商品・役務」でも同じであり、これも特定商取引法を改正しない理由にはならない。

よって、特定商取引法における指定権利制を廃止し、特定商取引法第2条第4項を改正して、詐欺的投資勧誘などの権利の外観を装った取引や実態のない架空の権利の取引についても特定商取引法の規制をするべきである。

以上