

《論 説》

特商法上の指示に基づく返金命令

宗 田 貴 行

目 次

- 一 問題の所在
- 二 現行特商法及び特商法平成28年改正法における指示制度
- 三 ドイツ・カルテル庁の返金命令と我が国の公取委の返金命令
- 四 特商法上の指示に基づく返金命令の要件
- 五 結語

一 問題の所在

今日における資本主義経済体制の下での事業者と消費者の情報の質・量や交渉力の格差を背景として、事業者による消費者利益を侵害する行為の被害者たる各消費者自らがその財産的被害を訴訟外又は訴訟上回復することには、証拠の収集や損害・因果関係・損害額等の立証の点で、多くの困難が伴う場合があること等の問題があり、これについての法制度上の十分な対応が必要である¹⁾。事業者が消費者の利益を保護する諸法規に違反する行為によって不当な利得を獲得し、行政処分や被害者が提起した民事訴訟の後にもなお、それを保

1) 松本恒雄「消費者被害の賠償・返金と不当収益の剥奪—被害救済とコンプライアンス促進との有機的結合に向けて」鹿野菜穂子・中田邦博・松本克美編『長尾治助先生追悼論文集 消費者法と民法』法律文化社2013年288頁以下、国民生活センター総務企画部調査室編『消費者取引分野の違法行為による利益の吐き出し法制に関する研究—損害賠償、不当利益吐き出し、金銭的制裁の日米比較—』国民生活センター総務企画部調査室2004年。

持しうることは、謂わば「市場の機能不全」ともいえるものである²⁾。

この市場の機能不全を是正するための法整備として、近時の我が国においては³⁾、すでに、没収・追徴された犯罪収益の被害者への返還制度⁴⁾が導入され、特定適格消費者団体による消費者の財産的被害の集団的回復のための裁判手続に関する法律⁵⁾が制定されただけでなく、平成26年11月における景表法改正⁶⁾によって同法へ課徴金制度(同法8条)が導入され、そこでは、自主的返金を促進する枠組みが採用されている(同法10条)。この改正に関する消費者庁における消費者の財産被害に係る行政手法研究会(以下、「行政手法研究会」という)報告書「行政による経済的不利益賦課及び財産の隠匿・散逸防止策について」(平成25年6月)⁷⁾は、行政庁が事業者に対して被害金額の返還等を命

2) 平成20年6月の閣議決定「消費者行政促進基本計画」は、『安全安心な市場』『良質な市場』の実現は、競争の質を高め、消費者・事業者双方にとって長期的な利益をもたらす唯一の道である。」とする。

3) 独禁法上の課徴金制度も、一定範囲で、消費者の利益を害する行為に対する抑止効果を有する制度であり、市場の機能不全の改善に資するものである。

4) 犯罪被害財産等による被害回復給付金の支給に関する法律、平成18年6月21日法律第87号、平成18年12月1日施行。

5) 消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律(以下、「特例法」という)、平成25年12月11日法律第96号、平成28年10月1日施行。

6) 不当景品類及び不当表示防止法の一部を改正する法律、平成26年法律第118号、平成28年4月1日施行。同改正につき、黒田岳士・加納克利・松本博明『逐条解説平成26年11月改正景品表示法—課徴金制度の解説』商事法務2015年。

7) この報告書は、景表法上、行政による経済的不利益賦課制度つまり賦課金制度は、消費者の自主的かつ合理的な選択の確保のために、それを阻害する恐れのある不当表示を実効的に抑止するための措置として位置づけることができるとした。これに至るまで、消費者庁企画課「集団的消費者被害救済制度研究会報告書」(平成22年9月)は、行政による経済的不利益賦課制度について、違法行為によって獲得された収益とは一応分離された形で、違反行為の抑止のために一定の金銭を賦課金として納付を行政処分によって命じる方法が適切であるとした。また、消費者庁「『財産の隠匿・散逸防止策及び行政による経済的不利益賦課制度に関する検討チーム』取りまとめ」(平成23年8月)は、上記報告書での検討の経緯を踏まえて、景表法を前提として、

じる制度として、消費者安全法上の内閣総理大臣による勧告・命令（同法17条1項⁸⁾）を例に挙げ、参考になる制度として、特商法上の所管官庁による指示に基づき、訪問販売の履行拒否・履行遅延の場合（特商法7条1号）に返金を命じることが可能であること⁹⁾を指摘した。しかし、消費者安全法上のこの制度が利用され得るのは、生命・身体に関する重大事故等又は多数消費者財産被害事態¹⁰⁾であり、かつ所謂「すき間事案」である場合¹¹⁾に限られ、特商法上の指示に基づく返金命令も、同法7条1号の場合にのみ可能であるに過ぎないものであり、実効性について疑問のあるものであった。

このような展開を経て、平成28年5月25日に可決・成立し、公布日の同年6月3日から1年6カ月以内に施行される特商法の平成28年改正法（平成28年法律第60号）（以下では、「特商法平成28年改正法」という）においては、消費者庁等の指示（特商法7条）に基づき消費者への返金の実施を命じることが盛り

違反行為を抑止するためにどのような制度設計をすべきかについて、具体的検討を進めることとした。

- 8) 消費者安全法40条1項（平成24年改正前17条1項）「内閣総理大臣は、商品等又は役務が消費安全性を欠くことにより重大事故等が発生した場合（当該重大事故等による被害の拡大又は当該重大事故等とその原因を同じくする重大事故等の発生（以下「重大生命身体被害の発生又は拡大」という。）の防止を図るために実施し得る他の法律の規定に基づく措置がある場合を除く。）において、重大生命身体被害の発生又は拡大の防止を図るため必要があると認めるときは、当該商品等（当該商品等が消費安全性を欠く原因となった部品、製造方法その他の事項を共通にする商品等を含む。以下この項において同じ。）又は役務を供給し、提供し、又は利用に供する事業者に対し、当該商品等又は役務につき、必要な点検、修理、改造、安全な使用方法の表示、役務の提供の方法の改善その他の必要な措置をとるべき旨を勧告することができる。」
- 9) 後藤卷則・齋藤雅弘・池本誠司『条解消費者三法』弘文堂2015年353頁（齋藤雅弘）。
- 10) 消費者安全法の平成24年改正（2013年4月1日施行）により、多数消費者財産被害事態（同法2条8号）に関する是正措置命令の規定（同法40条4項）が新設されている。
- 11) 生命・身体に関する重大事故等又は多数消費者財産被害の防止を図るために実施しうる他の法律の規定に基づく措置がない場合である（同法40条1項・同条4項）。

込まれている。これは、先にみたような消費者安全法上の勧告・命令制度等の返金に係る既存の制度の適用範囲が限定されることを補おうとするものであるといえる。

従来から一般的に、公法私法二元論の下で、行政法の役割は違法行為の事前予防ないし被害の拡大の防止であり、被害者の救済は私法によって行われるものとされてきた。しかし、今日における消費者の利益の保護に資する諸法の規定に違反する事業者の行為に基づく消費者被害をみれば、一定の場合には、上記の犯罪収益の被害者への返還制度等にみられるように、公法によっても被害者の救済が行われる必要が生じているといわざるを得ない。このことは、諸外国においても、同様にその必要性から行政庁による被害者の救済制度がみられることから明かである。例えば、ドイツにおける競争制限禁止法（Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschränkungen 以下、「GWB」という）上、カルテル庁は一定の場合に利益返還（返金）を違反中止命令に基づき命じることが可能である。また、我が国でも、公取委が下請法上の勧告に基づき違反事業者に対し金銭支払いを命じることが認められている。さらに、公取委が独禁法上の排除措置命令に基づき違反事業者に対し返金等の金銭支払いを命ずることが可能であると考えられる¹²⁾。

そもそも行政処分は、第一に、比例原則上の要請として受命者の営業の自由の保障等との関係上、必要以上に過剰な命令となってはならないものであり（比例原則上の要請）、第二に、違反を実効的に排除するために十分であること（十分性の要請）、第三に、命令が受命者にとって履行可能な程度に特定され具体

12) 行政による消費者被害の回復の必要性については、中川丈久「集団的消費者被害救済制度と行政法」消費者法3号2011年24頁以下25頁、曾和俊文「悪質業者の規制と被害者の救済—行政の役割—」現代消費者法22号2014年33頁以下37頁がある。宗田貴行「ドイツにおける集団的被害救済制度の改革—競争制限禁止法への利益返還命令制度の導入」国際商事法務42巻7号2014年1018-1026頁、同「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—（上）（下）」獨協法学96号2015年195-309頁、同97号2015年1-73頁。

的であること（明確性の要請）が要される。このため、本稿においては、GWB上の利益返還（返金）命令、我が国の下請法上の金銭の支払い命令及び独禁法上の利益返還（返金）命令に関する検討を参考にして、特商法上の消費者庁等の指示に基づく既存の返金命令及び特商法平成28年改正法における消費者庁等の指示に基づく返金命令（以下では、「返金指示」という）の要件論について、これらの要請に鑑みて、検討を行うこととしたい¹³⁾。特に、これらの分野の先行する議論においては、上記三つの要請のうち、行政処分に対する比例原則上の要請が、最も重要な意味を有するものとなっているといえる。このため、本稿は、特商法平成28年改正法における返金指示を例にとり、行政処分と比例原則との関係の一断面を論じるものである。

そこで、本稿においては、第一に、現行の特商法上の訪問販売規制に係る指示制度、第二に、特商法平成28年改正法における訪問販売規制に係る指示制度、第三に、ドイツにおけるカルテル庁による利益返還（返金）命令の要件、第四に、我が国の公取委の独禁法上の排除措置命令による利益返還（返金）命令及び下請法上の勧告に基づく金銭支払い命令の要件について検討した上で、第五に、特商法上の既存の返金指示及び特商法平成28年改正法における返金指示の要件について検討を加え、最後に、返金指示の要件論からみて適切と考えられる省令での違反行為の規定方法についての提言を行うこととする。

13) 筆者は、独立行政法人国民生活センター・比較消費者法研究会第三回研究会（2016年4月2日）での報告「ドイツにおける消費者被害救済と抑止手法の概況」において、このテーマに関して議論し、特商法平成28年改正法上の返金指示の要件について意見を述べる機会に恵まれた。松本恒雄国民生活センター理事長、消費者庁制度課福島成洋政策企画専門官、消費者庁制度課小田典靖政策企画専門官等の参加メンバーから有益なご意見とご質問を頂けた。この場をお借りして、御礼を申し上げる。

二 現行特商法及び特商法平成28年改正法における指示制度

1 現行特商法上の指示制度

今日(2016年7月30日時点)の現行特商法6条1項は、訪問販売の禁止行為を販売業者又は役務提供事業者は、訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の締結について勧誘をするに際し、又は訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回若しくは解除を妨げるため、次の事項につき、不実のことを告げる行為をしてはならないと規定し、例えば、2号は、商品若しくは権利の販売価格又は役務の対価を定める。また、同法6条2項は、前項第1号から第5号までに掲げる事項につき、故意に事実を告げない行為をしてはならないと規定する。なお、同法3条は、訪問販売における氏名・訪問目的等の明示義務を、同法3条の2第2項は、契約を締結しない旨の意思を表示した者に対する勧誘の禁止を、同法4条及び5条は、訪問販売における書面交付義務を規定する。

その上で、特商法は、訪問販売規制に係る指示について、以下のように定めている。

特商法7条「主務大臣は、販売業者又は役務提供事業者が第3条、第3条の2第2項若しくは第4条から第6条までの規定に違反し、又は次に掲げる行為をした場合において、訪問販売に係る取引の公正及び購入者又は役務の提供を受ける者の利益が害されるおそれがあると認めるときは、その販売業者又は役務提供事業者に対し、必要な措置をとるべきことを指示することができる。

- 1 訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約に基づく債務又は訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の解除によつて生ずる債務の全部又は一部の履行を拒否し、又は不当に遅延させること。
- 2 訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の締結について勧誘をするに際し、又は訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回若しくは解除を妨げるため、当該売買契約又は当該役務

提供契約に関する事項であつて、顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの（第6条第1項第1号から第5号までに掲げるものを除く。）につき、故意に事実を告げないこと。

- 3 正当な理由がないのに訪問販売に係る売買契約であつて日常生活において通常必要とされる分量を著しく超える商品の売買契約の締結について勧誘することその他顧客の財産の状況に照らし不相当と認められる行為として主務省令で定めるもの
- 4 前3号に掲げるもののほか、訪問販売に関する行為であつて、訪問販売に係る取引の公正及び購入者又は役務の提供を受ける者の利益を害するおそれがあるものとして主務省令で定めるもの」

この規定を受けて、省令¹⁴⁾は、以下のように定めている。

省令7条「法第7条第4号の主務省令で定める行為は、次の各号に掲げるものとする。

- 1 訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の締結について迷惑を覚えさせるような仕方で勧誘をし、又は訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の申込みの撤回若しくは解除について迷惑を覚えさせるような仕方でこれを妨げること。
- 2 老人その他の者の判断力の不足に乘じ、訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約を締結させること。
- 3 顧客の知識、経験及び財産の状況に照らして不相当と認められる勧誘を行うこと（法第7条第3号に定めるものを除く。）。
- 4 訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約を締結するに際し、当該契約に係る書面に年齢、職業その他の事項について虚偽の記載をさせること。
- 5 訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約を締結するに際し、次に掲げる書面であつて、購入者又は役務の提供を受ける者（以下この号

14) 特定商取引に関する法律施行規則（昭和51年11月24日通商産業省令第89号）。

において「購入者等」という。)が生命保険に関する契約又は生命共済に関する契約(以下「生命保険契約等」という。)の被保険者又は被共済者(以下「被保険者等」という。)となることに同意する旨記載されているもの(当該生命保険契約等についての同意に関する事項が赤枠の中に日本工業規格 Z 8305に規定する 8 ポイント以上の大きさの赤字で記載されており、かつ当該売買契約又は役務提供契約に関する署名又は押印とは別に当該生命保険契約等に関する署名及び押印をする欄が設けられているものを除く。)に、当該購入者等の署名又は押印をさせること。

イ 法第4条又は法第5条の規定により交付する書面

ロ 第三者が販売業者又は役務提供事業者に当該売買契約に係る商品若しくは権利の代金若しくは当該役務提供契約に係る役務の対価(以下「代金等」という。)を交付することを条件として購入者等が当該第三者に当該代金等に相当する額を支払う旨を記載した書面又は購入者等が代金等の全部若しくは一部に充てるための金銭を借り入れる旨を記載した書面

6 訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約の締結について勧誘をするため、道路その他の公共の場所において、顧客の進路に立ちふさがり、又は顧客につきまとうこと。

7 法第26条第4項第1号の政令で定める商品の売買契約の解除を妨げるため、当該売買契約を締結した際、購入者に当該商品を使用させ又はその全部若しくは一部を消費させること。」

この特商法7条における指示の要件は、①第3条、第3条の2第2項若しくは第4条から第6条までの規定違反、又は同法7条各号違反、及び②訪問販売に係る取引の公正及び購入者又は役務の提供を受ける者の利益が害されるおそれである。

主務大臣が指示することのできる「必要な措置」について、消費者庁取引・物価対策課・経済産業省商務情報政策局消費経済政策課は、取引の適正化を図るため、法違反の行為によって生じた違法状態又は不当状態を改善するための

ものであり、法違反の原因を除去し再発を防止するための措置（販売員への指導、営業体制の改善など）であるとし、例えば、不備のある交付書面について記載を徹底させることや不当行為を行った勧誘員を勧誘行為に従事させないことを挙げている¹⁵⁾。

これに関しては、法違反によって生じた不当な状態を解消し消費者の被害を解消するための措置（解約、原状回復、広報など）、法違反の原因を除去し再発を防止するための措置（販売員への指導、営業体制の改善など）のように、営業活動を継続しながら訪問販売の適正化を図るために必要な事項を幅広く含むものとの指摘がなされている¹⁶⁾。

また、特商法は、指示の内容として「必要な措置を採るべきことを指示することができる」として、指示の内容についてはかなり広い裁量を認めているとし、指示の対象行為の排除のためには、例えば、①法定の要件を満たしていない申込書面や契約書面の使用の禁止や記載事項の訂正、②特商法に違反したり、指示対象となる方法や内容の勧誘行為の差止め、③不当な行為を繰り返す販売担当者の転換あるいは違法行為を行ったことを広く公表するよう命じたり、業務改善計画の作成と提出を命じるなどの再発防止のための必要な措置が可能であり、債務の履行拒否・履行遅延（同法7条1号）の認められる場合には、履行請求権がある顧客に対する速やかな履行や金員の返金を命じることも可能とする指摘¹⁷⁾がある。

指示と並んで、違反行為を行った販売業者名の公表も、従来運用上行われてきた。指示の不遵守の場合には、100万円以下の罰金が科され（同法72条1項2号）、業務停止命令の対象にもなる（同法8条）。

購入者又は役務の提供を受ける者は、不法行為に基づく損害賠償請求権や、

15) 消費者庁取引・物価対策課・経済産業省商務情報政策局消費経済政策課『特定商取引に関する法律の解説平成24年版』商事法務2014年83頁。

16) 齋藤雅弘・池本誠司・石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック第5版』2014年186頁（池本誠司）。

17) 後藤卷則・齋藤雅弘・池本誠司『条解消費者三法』弘文堂2015年352～253頁（齋藤雅弘）。

訪問販売における契約の申込みの撤回権・特約の無効（同法9条）・意思表示の取消権（同法9条の3）に基づく不当利得返還請求権を有しうるが、これらを訴訟内外で行使することには、通常種々の困難が伴うものである。

2 特商法平成28年改正法における指示制度

特商法平成28年改正法は、消費者利益の保護のための行政処分規定の整備として、処分事業者（業務停止命令を受けた悪質事業者を想定）に対して、「消費者利益を保護するために」必要な措置を指示できることを明示することとしている（特商法平成28年改正法7条関係）¹⁸⁾。なお、上述した特商法6条の禁止行為については、基本的には、この改正による変更はない。

特商法平成28年改正法7条は、訪問販売規制に関する指示について、以下のよう規定する。

特商法平成28年改正法7条1項「主務大臣は、販売業者又は役務提供事業者が第3条、第3条の2第2項若しくは第4条から第6条までの規定に違反し、又は次に掲げる行為をした場合において、訪問販売に係る取引の公正及び購入者又は役務の提供を受ける者の利益が害されるおそれがあると認めるときは、その販売業者又は役務提供事業者に対し、当該違反又は当該行為の是正のための措置、購入者又は役務の提供を受ける者の利益の保護を図るための措置その他の必要な措置をとるべきことを指示することができる。

- 1 訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約に基づく債務又は訪問販売に係る売買契約若しくは役務提供契約の解除によつて生ずる債務の全部又は一部の履行を拒否し、又は不当に遅延させること。
- 2 訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約の締結について勧誘をするに際し、当該売買契約又は当該役務提供契約に関する事項であつて、

18) ここで参考にした特商法平成28年改正法に係る法案及び説明資料は、消費者庁のウェブサイト（<http://www.caa.go.jp/soshiki/houan/index.html> 最終閲覧2016年4月3日）で入手した。

顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの（第6条第1項第1号から第5号までに掲げるものを除く。）につき、故意に事実を告げないこと。

- 3 訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約の申込みの撤回又は解除を妨げるため、当該売買契約又は当該役務提供契約に関する事項であつて、顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものにつき、故意に事実を告げないこと。
- 4 正当な理由がないのに訪問販売に係る売買契約又は役務提供契約であつて日常生活において通常必要とされる分量を著しく超える商品若しくは特定権利（第2条第4項第1号に掲げるものに限る。）の売買契約又は日常生活において通常必要とされる回数、期間若しくは分量を著しく超えて役務の提供を受ける役務提供契約の締結について勧誘することその他顧客の財産の状況に照らし不相当と認められる行為として主務省令で定めるもの
- 5 前各号に掲げるもののほか、訪問販売に関する行為であつて、訪問販売に係る取引の公正及び購入者又は役務の提供を受ける者の利益を害するおそれがあるものとして主務省令で定めるもの」¹⁹⁾

特商法平成28年改正法7条2項「主務大臣は、前項の規定による指示をしたときは、その旨を公表しなければならない。」

特商法平成28年改正法は、これまでの運用を踏まえ、主務大臣に指示の公表を法律上義務づけ、また、指示の名宛人が当該指示に違反した場合には、業務停止命令及び刑事罰（個人は6月以下の懲役または100万円以下の罰金、法人は100万円以下の罰金）を科すこととし（特商法平成28年改正法71条2号）、指示違反行為に対して新たに懲役刑を導入することによって、指示の実効性の向上を目指している。

特商法平成28年改正法の法案と並んで公表された説明資料は、この「消費者

19) 特商法平成28年改正法7条1項5号における主務省令は、2016年7月30日時点では、まだ作成されていない。

利益の保護のための」必要な措置、つまり条文の文言通りに述べれば、同改正によって新たに追加された「購入者又は役務の提供を受ける者の利益の保護を図るための措置その他の必要な措置」について、対応のイメージとして、不実告知を行っていた事業者に、不実告知により行政処分があった旨の既存顧客への通知や、返金を求める消費者への適切な対応として計画的な返金の実施等を指示するとしている。問題は、いかなる要件の下でこの「購入者又は役務の提供を受ける者の利益の保護を図るための措置その他の必要な措置」を内容とする指示が許されるかである。

以下においては、既にその運用実績のあるドイツにおけるGWB上のカルテル庁の利益返還（返金）命令、我が国の下請法上の勧告に基づく金銭支払い命令及び独禁法上の排除措置命令に基づく返金命令の要件論を検討し、特商法平成28年改正法における返金指示の要件の定立についての示唆を得ることとする。

三 ドイツ・カルテル庁の返金命令と我が国の公取委の返金命令

1 ドイツ・カルテル庁の返金命令

ドイツにおいては、本誌第96号～97号に連載した拙稿²⁰⁾において明らかにしたように、我が国の独禁法に相当するGWBに違反する行為について、カルテル庁が、違反中止処分（我が国の公取委の排除措置命令に相当）において、違反行為により生じ現存する違法状態の排除のために一定の要件の下で金銭の支払いを違反事業者に命じることが、まずカルテル庁の実務及び判例において行われ、それが2013年のGWB第8次改正によって同法上明文化されている。カルテル庁の違反中止処分は、以下のように規定される。

GWB32条1項「カルテル庁は、事業者または事業者団体に対し、本法規定

20) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—（上）（下）」獨協法学96号2015年195－309頁、同97号2015年1－73頁。

違反、EU機能条約101条違反または同条約102条違反の中止を義務づけることができる。」

GWB32条2項1文「カルテル庁は、事業者または事業者団体に対し、違反中止処分のために、行為様式または構造様式のすべての必要な以下のような措置（Abhilfemaßnahmen）を採ることができる。すなわち、認定された違反行為に対して均衡のとれたものであり、かつ違反行為を実効的に中止するために必要なものである。」

上記GWB32条1項と同条2項とを併せて違反中止処分といい、これは、我が国の公取委の排除措置命令に相当するものである。

電力料金やガス料金の値上げの事例のように、不当な高価格設定行為が市場支配的地位の濫用に該当すると認定される搾取的濫用価格の事例においては、カルテル庁は、上記GWB32条1項に基づき違反自体の中止として、不当な価格の差止めと、違反により生じ現存する違法状態の排除のため、上記GWB32条2項の「必要な措置」として正当な価格との差額の返金を命じてきた。このような実務を踏まえて、GWB2013年改正により、GWB32条2a項において、以下のように返金命令制度が明文化されている。

GWB32条2a項1文「カルテル庁は、違反中止処分において、カルテル法違反行為により生じた利益（erwirtschafteten Vorteile）の返還を命じることができる。」

GWB32条2a項2文「この利益に含まれる利息の利益（Zinsvorteile）は評価（算定）されうる（geschätzt werden）。」

GWB32条2a項3文「違反中止処分において定められた返還のための期間の経過後は、その時点までの利益に、BGB288条1項2文（金銭債務の遅延利息として、その年の基礎利率年3.62%に5%を上乗せする—筆者注）及び同法289条1文（利息について延滞利息を徴収しないものとする—筆者注）の規定にしたがい利息が付される。」

このようにGWBは、違反中止処分として、カルテル庁が、違反行為の中止（差止め）を命じること及び、比例原則に相応しくかつ実効的に違反を中止するために必要な措置を命じることを規定しており、違反を止めることという不

作為のために一定の作為を命じることも認められているといえる。

不作為を命じる中止処分によって作為が命じられることは、例えば、市場支配的事業者による差別行為（GWB19条2項1号）として供給の拒絶を法的に把握し認定することのように、そもそもGWB上不作為の形で違反行為が認定されうる以上、たしかに、論理的にいえば当然のことではある。しかし、そもそも、違反事業者といえども営業の自由等を保障されており、違反行為及びそれにより生じ現存する違法状態をどのような形で終了させるのかについて、本来自由な立場に置かれているものである。したがって、違反行為者が、行政庁の処分によって特定の作為をもって違反行為を終結させられるのは、当該作為が違反の中止ないし違反により生じ現存する違法状態の排除と「同義である場合」でなければならない²¹⁾。

GWBには、従来から、行政法上の制度として、故意ある違反行為の場合のカルテル庁の利益剥奪制度（GWB34条）、故意または過失ある違反行為の場合のカルテル庁の制裁金制度（GWB81条）があり、民事法上の制度として、故意ある違反行為の場合の事業者団体の利益剥奪請求権制度及びGWB2013年改正により導入された消費者団体の利益剥奪請求権制度（GWB34a条）があるが、いずれにおいても、金銭は国庫に支払われるものであり、被害者自身に支払われるものではない。

カルテル庁の返金命令制度は、これらの制度とは異なり、違反中止処分として被害者への返金という不利益賦課を命じるものである。また、違反中止処分であるため、故意や過失といった主観的要件は不要であり、かつGWB違反行為があれば足り、民法上の不当利得返還請求の場合のように、法律行為の無効の存在は要されない。

ところで、違反中止処分に対しては、法制度上、少なくとも以下の3つの要請があることから、返金命令については、以下のような配慮が必要と考えられ

21) これが、今日のドイツにおけるGWB上の判例・通説の理解である。妨害排除請求権に関するこの議論は、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—（上）」獨協法学96号2015年195頁以下、245-247頁。

る。

第一に、比例原則上、必要最小限であることである。これは、上述のように、違反行為者といえども違反及びそれにより生じ現存する違法状態をどのように止めるのかについて自由を有しているからである。このため、例えば、一方的に押し付けられたやり方も含め不当な価格の引き上げによる不当な価格での請求を違反と認定する場合に、不当な価格の差止め（１項）と返金命令（２項）を出すことは、比例原則上の必要最小限の要請に反することになる。なぜなら、違反を止め、かつ違反により生じ現存する違法状態を回避するために、一方的ではないやり方での価格引き上げにすることが可能であり、返金以外にも方法があるからである。したがって、返金を命じるには、不当価格自体を違反と認定する必要がある。

第二に、違反を実効的に止めるために十分であることである。このため、不当価格自体を違反と認定する場合には、違反の差止めに加え返金を命じなければ、この要請に反することになる。

第三に、具体性であり、これは内容の明確性とも命令の特定性ともいえる要請である。これは、受命者が命令上の義務を履行するために具体的行為が明らかにされる必要があるからである。このため、不当価格自体を違反と認定し、返金を命じるには、様々な算定方法により具体的金額を算出し処分において明記しなければならない。また、支払先も明示する必要があるが、これは命令時には包括的な明示で足り、執行段階において、受命者の協力の下で具体的に明らかにされることで足りる。

2 我が国の公取委の返金命令

まず、公取委は、独禁法上の排除措置命令（独禁法 7 条 1 項²²⁾、同 20 条 1

22) 独禁法 7 条 1 項「第 3 条又は前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第 8 章第 2 節に規定する手続に従い、事業者に対し、当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。」

項²³⁾によって、一定の場合に、違反事業者に対し被害者への金銭の支払いを命じる権限(利益返還命令権限)を有していると考えられる。従来の公取委の運用で、これを命じた例はないが、これを肯定する学説は、近時散見され、特に消費者も含め購入者に対する電力の不当な値上げの事例において、近時その必要性が強く認識されている²⁴⁾。利益返還命令が下される場合として、不当低価格購入もあるが、以下においては、本稿の目的に鑑み、不当高額請求の場合に限定して述べる²⁵⁾。結論を先に述べれば、「正当な金額と支払われた金額との差額の金銭の支払いが、違反行為により生じ現存する違法状態を排除することと同義である場合」に限り、公取委は排除措置命令に基づき違反事業者に対し金銭の支払いを命じることができると考えられる。

たしかに、公取委は、排除措置命令に係る裁量権を有しているが、それは、第一に、比例原則上の要請²⁶⁾として、目的に照らし必要最小限度で合理的範囲

23) 独禁法20条1項「前条の規定に違反する行為があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、当該行為の差止め、契約条項の削除その他当該行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。」

24) 例えば、舟田正之「東京電力の料金値上げ注意事件について」公正取引744号2012年47頁以下、52頁、同『不公正な取引方法』有斐閣2009年218～219頁、杉浦市郎「優越的地位の濫用規制—大規模小売業とフランチャイズを中心に—」日本経済法学会年報27号2006年59頁以下69頁。学説の検討は、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(下)」獨協法学97号2015年1頁以下、42頁以下。

25) 以下の記述は、本誌97号掲載の宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメント—ドイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(下)」獨協法学97号2015年1頁以下、23～25頁で述べたところと一部重なることをお断りしておく。

26) これまでに、独禁法上の行政処分に関して比例原則との関係に言及したものとしては、独禁法上の課徴金納付命令の金額の算定方法に関して、現実の利得額と近似する算定方法は「行政法の基本原理である比例原則や、憲法31条の適正手続の保障」と合致すると判示した事例(東京高判平成24年11月30日、判例体系I D28224110)、景表法上の不実証広告規制に基づく排除措置命令に関して比例原則に反しないとされた事例(東京高判平成22年10月29日、判例体系I D28240204)等がある。また、

であることが要される。第二に、違法状態の除去や競争秩序の回復のために十分であることが必要であるという制約を受けるものである。第三に、命令の明確性の要請²⁷⁾がある。利益返還(返金)命令は、これらの要請に応えなければならない。これらの要請のうち一つにでも反する排除措置命令は、行政裁量権の逸脱又は濫用となり、違法である。以下では、これらについて、順次述べることにする。

第一に、違反行為者といえども、憲法13条の幸福追求権の保障の下、行政の過度な介入からの自由を有し、また、憲法29条の財産権の保障の下、契約の自由も有しており、当該契約に係る違反行為をどのような形で終結させるのかについての自由を有していると考えられ、利益返還(返金)命令は、当然、それらを害してはならない。このため、公取委は、違反行為により生じ現存する違法状態を排除するために必要であれば、いかなる作為も命じ得るというものではなく、命じられる作為が、まさに違反行為により生じ現存する違法状態を排除することを意味するという関係にある場合に限り、当該作為を命じ得るのである。このように、行政庁の処分によって過剰に違反行為の中止の具体的方法まで干渉してはならないことは、受命者に保障される憲法上の幸福追求権(憲法13条)、財産権(憲法29条)、営業の自由(憲法22条1項、憲法29条)等の諸権利の存在を前提として、比例原則から導かれるものである。公取委が、排除措置命令によって、超過支払い額の返還を命じうるのは、比例原則上の要請に照らし、そこで命じられる作為たる金銭の支払いこそが、違反行為により生じ現存する違法状態を排除することを意味する場合に限られるものであり、この

罰金額の2分の1の相当額を課徴金から控除する調整規定(独禁法7条の2第19項・51条)は、その必要性に対して批判はあるが、比例原則に照らし導入されたものと理解されている(根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説[第5版]』有斐閣2015年323頁)。

27) 独禁法上の行政処分に関して、命令の特定性(具体性、履行可能性)について言及したものには、第一次育児用粉ミルク(明治商事)事件東京高判昭和46年7月17日行集22巻7号1022頁、石油価格協定過料事件最決昭和52年4月13日公取委審決集24巻234頁、石油連盟価格カルテル事件東京高判昭和52年8月15日判時865号3頁がある。

場合に該当するのは、不当高額販売自体を独禁法違反と認定する場合である。このため、そのような場合には、排除措置命令に基づく超過支払い額の返還(返金)命令は、現行法の独禁法7条1項における「違反する行為を排除するための必要な措置」や同20条1項における「その他当該行為を排除するために必要な措置」の文言に基づいて、可能であるといえる。

第二に、ただし、公取委の排除措置命令は、違反行為及び違反行為によって生じ現存する違法状態の排除のために十分であることもまた、必要とされるものである。不当高額販売自体を違反行為として認定する事例においては、正当な金額と支払われた金額との差額分の金銭の支払いこそが、違反によって生じ現存する違法状態の排除を意味するものである。したがって、このような形で違反の認定が行われる事例においては、公取委の排除措置命令は、利益返還(返金)を命じなければ、係る違法状態の排除のために十分なものとはいえない。

第三に、命令の明確性の要請に応えるために、公取委は排除措置命令において支払われるべき金額と支払先を明記する必要がある。金額については、様々な算定方法によって算出した金額が示される必要があるが、立証の困難ゆえに、公取委の裁量による算定も可能とするように検討する必要もある。支払先は、電力・ガス・水道の供給に係る継続的契約関係がある場合には、契約者の氏名・住所・銀行口座等が違反事業者にとって明らかであり、その特定の困難が生じることが、通常想定され得ないこと及び、執行時に具体的に明確化されれば足り、命令時には包括的な表示でも足りることを指摘しうる。

この命令よりも不当利得返還請求などの民事訴訟が先行する場合には、それによる返還額を控除する額が利益返還命令によって命じられるべきであるし、利益返還(返金)命令が先行する場合には、後行する民事訴訟における請求額において、命令によって返還を受けた分が減額されるべきであると考えられる²⁸⁾。

28) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にして—(上)」獨協法学96号2015年195頁以下、296-297頁。

次に、我が国における公取委は、下請法上の勧告²⁹⁾によって、一定の場合に、違反事業者に対し被害事業者への金銭の支払いを命じる権限を有しており、現に従来の事例においてこれを命じてきた³⁰⁾。学説においても同様に肯定説がみられる³¹⁾。下請代金の支払い遅延の事例では、下請代金の支払いを、下請代金の減額の禁止及び下請代金不当低額設定の禁止の事例では、正当な代金との差額の支払いを、それぞれ勧告することが公取委に認められているのは、上述の検討に鑑みれば、下請法4条1項2号、3号及び5号の各違反行為によって生じ現存する違法状態は、係る各金銭の支払いによって「のみ」排除されるからであると考えられる。

四 特商法上の指示に基づく返金命令の要件

1 私見の提示

(1) 指示は行政指導か行政処分か

特商法上、指示は、「必要な措置をとるべきことを指示することができる」と規定されている(特商法7条)。たしかに、上述のように、この文言に基づき、規制当局に指示内容に関し「かなり広い裁量を与えた」ものとの指摘もある(二参照)。この考え方を推し進めれば、必要な措置の外延が無限定になる恐れもある。上述した消費者庁の解説書においても、指示の内容に関し、「違法状態」のみならず、「不当状態」の改善との文言がある(二参照)ことから、この

29) 下請法上の勧告は講学上行政処分ではなく行政指導に分類されるところ、勧告不遵守に対する刑事罰等は同法上規定されておらず、特商法上の指示とは状況が異なっている。下請法上、勧告不遵守の場合には、改めて独禁法違反が問われうる。

30) 三共理化学株式会社に対する公取委平成25年5月21日勧告、旭流通システムに対する公取委平成25年4月23日勧告等がある。これらは、公取委のウェブサイトで見覧可能である(<http://www.jftc.go.jp/>)。

31) 根岸哲「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報27号2006年21

点の危惧が感じられる³²⁾。

たしかに、この指示という概念は、一般的に講学上行政指導に分類されるものである。しかし、特商法上は指示違反に対して罰則が定められており、取消訴訟の対象となる行政処分として分類することが妥当であると考えられる。行政手続法上の不服申し立ては許されるものの、それが当該行政指導を行った行政機関に対する不服申し立て（同法36条の2）であることを考えると、十分に機能するかは疑問がないとはいえないのであり、指示を取消訴訟の対象としなければ、行政指導の名の下に、指導を受けた者に、指示に対する司法での不服申し立てが許されないまま、その者は指示が妥当でなくそれに従わない場合に刑事罰を科されうる可能性があることとなり、法治国家の原則に反する恐れがあるからである。従来判例³³⁾においても、特商法上の指示は取消訴訟の対象とされており、学説においても、行政処分と解されている³⁴⁾。

(2) 「必要な措置」の内容

このように特商法上の指示が行政処分であると考えられる以上、「必要な措置」の外延が無限定なものとなることは、回避する必要がある。たしかに、例えば、上述した公取委の排除措置命令を定めた規定（同法7条1項、同法20条1項）には、「当該行為の差止め」との文言があり、他方、特商法上の指示を定めた規定（同法7条）においては、係る文言がない。しかし、公取委の排除

頁以下29頁。

32) 特商法平成28年改正法7条1項は、「当該違反又は当該行為の是正のための措置」と規定する。前者の「違反」は、同法3条、3条の2第2項、4～6条の各違反であり、後者の「行為」は、同法7条各号所定の行為であり、両者ともに同法に違反する行為であるから、本稿では、以下においては区別せずに両者を単に「違反」とする。

33) 例えば、住宅リフォーム業者事件東京高裁平成21年4月15日判決平成20年（行コ）第178号（判決集未搭載）については、齋藤雅弘・池本誠司・石戸谷豊『特定商取引法ハンドブック第5版』2014年672～673頁（石戸谷豊）。

34) 後藤卷則・齋藤雅弘・池本誠司『条解消費者三法』弘文堂2015年242頁、353頁（齋藤雅弘）。

措置命令を定めた規定は、「必要な措置」の例示として「当該行為の差止め」を挙げており³⁵⁾、「当該行為の差止め」の文言の有無は、指示の内容に影響を与えるものではないことに鑑みれば、特商法上の指示の規定に「当該行為の差止め」との文言がないことをもって独禁法上の排除措置命令の場合よりも広い裁量が、特商法上の指示に関し主務官庁に認められているとは考えることはできない。したがって、特商法上の指示の内容は、他の行政処分の例えば、公取委の排除措置命令の内容と同様に考えるべきであり、特商法上の指示についても、取引の適正化を図るため、特商法違反及び特商法違反によって生じ現存する違法状態³⁶⁾を排除するために必要な措置であると考えることが妥当である。

(3) 指示に対する諸要請

特商法上の指示は、上述のように行政処分であると性格づけられることから、指示に対しては、他の例えば公取委の排除措置命令などの行政処分と同様に、少なくとも、第一に、比例原則上の要請として必要最小限であること、第二に、違反を実効的に中止するために十分なものであること、第三に、命令が具体的であり特定され明確であることが要されるものである。これらの要請に反した指示は、行政裁量権の逸脱又は濫用となり、違法である。

このため、特商法上の返金指示においては、返金を命じるためには、第一における比例原則上の要請から、金銭の不当な高額な請求自体が違反を構成することが要されるものである。そもそも、特商法違反行為者といえども、指示に従い、違反行為をどのような形で止めるのかについての自由を有するものである。これは、営業の自由（憲法22条1項及び29条）、幸福追求権（憲法13条）、

35) 例えば、独禁法20条1項の排除措置命令につき、根岸哲編『注釈独占禁止法』有斐閣2009年527頁（根岸哲）。

36) 消費者庁取引・物価対策課・経済産業省商務情報政策局消費経済政策課『特定商取引に関する法律の解説平成24年版』商事法務2014年83頁は、指示について違法状態だけではなく不当状態の解消も挙げるが、反対に、正当にも、中田邦博＝鹿野菜穂子編『基本講義消費者法』日本評論社2013年36頁（中川丈久）は、違法状態をなくすためのものとしている。

財産権（憲法29条）として憲法上保障されているものである。このため、上述した公取委の排除措置命令の場合と同様に、返金以外に、特商法違反により生じ現存する違法状態の排除のために方法がないことから、返金が違反により生じ現存する違法状態の排除と「同義」になる場合に限り、消費者庁等は指示において返金を命じることができると考えることが妥当であり³⁷⁾、金銭の不当な高額請求自体が違反を構成することが要されると考えられる。この第一の要請に鑑みれば、特商法7条に「当該行為の差止め」との文言がないことをもって、独禁法上の排除措置命令と異なって解釈し、消費者庁等が無限定な範囲で「必要な措置」を命じうると解することには根拠がない。第二及び第三の要請については、(6)において後述する。

(4) 特商法上の既存の返金命令の要件

上述のように、特商法上、訪問販売に係る契約に基づく債務の履行の拒絶・遅延の場合（同法7条1号）に「履行」が、訪問販売に係る契約の解除によって生じた返金債務の履行の拒絶・遅延の場合に「返金」が、指示において命じうるとされている³⁸⁾。このように指示に基づき「履行」や「返金」が命じられ

37) 中川丈久「消費者被害の回復—行政法の役割—」現代消費者法8号2010年34頁以下、38頁は、違反は正型の行政処分の拡大的利用として、各種の措置命令の権限を用いて、事業者が個別の行政法令違反によって消費者に与えた被害を、事業者の手を通じて回復させることができるのではないかとされる。

38) 行政手法研究会報告書31頁は、特商法上の特定の取引類型において、事業者が消費者に対して返品受領にかかる特約を付して取引を行った場合、当該特約条件に従った返品申し出を事業者が拒否すれば、同法7条1項1号、同法14条1項1号等の「債務の全部または一部の履行を拒否し、又は不当に遅延させる」行為に該当する。このとき、当該事業者に対し、債務の履行拒否や不当遅延という違反行為（違法状態）を解消するためにとるべき措置として、例えば、債務の履行（返品を受領し、代金を返還すること）を指示において命じ得るとしている。また、消費者庁は、これと同様の事案につき、通信販売事業者に対する指示処分（平成24年11月29日）において、違反事業者に対し、消費者からの商品の返品に応じたいえ、商品代金の返還をすることを命じている。

うるのは、違反行為を解消するための手段が、「履行」や「返金」以外に存在しない場合であるからである。このことは、この比例原則上の要請との関係において極めて重要な事柄と考えられる。けだし、特商法上の指示が行政処分である以上、その権限が不当に拡大されることは、回避されねばならないからである。なお、消費者安全法上の重大事故等に関する内閣総理大臣の勧告・命令（同法40条1項）や、平成24年改正で新設された多数消費者財産被害事態（同法2条8号³⁹⁾）に関する是正措置命令（同法40条4～6項⁴⁰⁾）も、同法違反を

39) 同法2条8号「この法律において『多数消費者財産被害事態』とは、第5項第3号に掲げる事態のうち、同号に定める行為に係る取引であって次の各号のいずれかに該当するものが事業者により行われることにより、多数の消費者の財産に被害を生じ、又は生じさせるおそれのあるものをいう。1 消費者の財産上の利益を侵害することとなる不当な取引であって、事業者が消費者に対して示す商品、役務、権利その他の取引の対象となるものの内容又は取引条件が実際のものと著しく異なるもの 2 前号に掲げる取引のほか、消費者の財産上の利益を侵害することとなる不当な取引であって、政令で定めるもの」同法2条5項3号は、「前2号に掲げるもののほか、虚偽の又は誇大な広告その他の消費者の利益を不当に害し、又は消費者の自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがある行為であって政令で定めるものが事業者により行われた事態」と規定する。政令3条4号イにおいては、取消事由となる不当勧誘による契約、口においては、法律が無効とする契約条項を含む契約が対象行為として規定されているが、これらに当たらない場合にも、消費者との間の契約の締結・履行・消費者による当該契約申し込みの撤回・解除・解約に関し、個別法において事業者の行為規制が定められている場合に、消費者の利益の保護に資するものとして、内閣府令で定めるものに違反することが対象行為とされうる（政令3条7号）ところ、府令4条各号は、特商法、貸金業法、割賦販売法の関連する規定を「例示」列挙し、そこにおいては、事業者間の契約に適用される規律であっても含まれるとされている（消費者庁消費政策課等『逐条解説消費者安全法（第2版）』商事法務2013年60頁）。例えば、契約の締結に関する行為規制違反として独禁法違反があると考えられることから、ここでも、独禁法に違反する「消費者の利益を不当に害する高価格設定行為」を捕捉することが可能であるが、公取委の独禁法上の排除措置命令に基づく返金命令が可能であるため、被害の防止を図るために実施しう

排除することと命じられる一定の作為とが同義である場合にのみ、係る作為を命じうるといえる⁴¹⁾。

(5) 特商法平成28年改正法6条1項違反（不実告知）に基づく返金指示の可否

このように考えられる以上、特商法平成28年改正法の対応イメージとして例示されているような事業者が特商法違反の不実告知を行い、それにより購入さ

る他の法律の規定に基づく措置がある以上、それに対する行政処分たる勧告として消費者庁（内閣総理大臣）が全額の返金を命じること（消費者安全法40条4項）は不可能である。このような行政処分に基づく返金命令とは異なり、景表法上の課徴金（同法8条）の額を自主的返金額分減額する仕組み（同法10条）は、それによって、課徴金額に相当する売上げの3%分の返金しか違反事業者に対し期待できないという限界がある。

40) 同法40条4項「内閣総理大臣は、多数消費者財産被害事態が発生した場合（当該多数消費者財産被害事態による被害の拡大又は当該多数消費者財産被害事態と同種若しくは類似の多数消費者財産被害事態の発生（以下この条において「多数消費者財産被害事態による被害の発生又は拡大」という。）の防止を図るために実施し得る他の法律の規定に基づく措置がある場合を除く。）において、多数消費者財産被害事態による被害の発生又は拡大の防止を図るため必要があると認めるときは、当該多数消費者財産被害事態を発生させた事業者に対し、消費者の財産上の利益を侵害することとなる不当な取引の取りやめその他の必要な措置をとるべき旨を勧告することができる。」

41) 中田邦博＝鹿野菜穂子編『基本講義消費者法』日本評論社2013年37頁（中川丈久）は、消費者安全法40条4項に基づき、『『不当な取引』という違反行為（違法状態）の『取り止め』を命ずることは、すでに締結された『不当な取引』の契約を消滅させるよう行動せよ（例えば、取引の相手たる消費者に、契約の再交渉ないし合意解除を申し出よ）と命ずることはできないだろうか』とする。また、木村裕二「消費者被害救済手続における行政の役割と展望——行政情報の活用による司法基盤の構築——」現代消費者法31号2016年36頁以下37頁は、消費者安全法40条4項の不当な取引の取りやめには、顧客から受け入れた金銭の返還を命じる措置も含まれるとする。本文で述べたように、上述の場合に限り、これを命じることが可能と考えられる。

せられた消費者がいる場合に、不実告知を特商法違反として認定し（特商法6条1項）、不実告知により購入した消費者が支払った金銭の返還を消費者庁等が指示に基づき命じることとはできないというべきである。なぜなら、消費者庁等が不実告知を違反として認定した場合には、認定された違反及び違反により生じ現存する違法状態を回避するためには、返金ではなく、不実告知行為自体を止めることで足りるのである⁴²⁾から、この場合にまで返金を命じるとは、違反事業者が違反及びそれにより生じ現存する違法状態を行政処分に従い止めるための手段を選択することのできる自由を害するものであり、妥当ではないからである。上述して検討したように、返金が違法状態の排除と「同義」である場合に限り、返金指示は許されるものである。それ故に、例えば不実告知によって消費者が商品を購入させられた価格が不当に高額であったケースについては、不当に高額であったことのみを違法であると認定して、その排除のため返金を命じることとすべきと考えられる。

(6) 返金指示の許される場合——省令の新規定の提案

このため、消費者庁等が指示に基づき返金を命じるには、例えば、「消費者利益を不当に害する高価格設定行為」として価格設定行為自体を違反として認定しなければならないといえる。しかし、上述のように、特商法平成28年改正法及び現行省令には、そのような違法行為は規定されていない。したがって、指示の対象行為として、例えば、「消費者利益を不当に害する高価格設定行為」を新たに省令において規定する（特商法7条4号、特商法平成28年改正法7条1項5号）ことが必要であると考えられる。

また、上述の第二の要請に基づき、このような消費者利益を不当に害する高価格設定行為自体を違反として認定する場合には、指示に基づき返金を命じなければ、違反により生じ現存する違法状態を実効的に排除するために十分なも

42) これに対し、不当な高額請求自体を違反と認定する場合には、違反とそれにより生じ現存する違法状態を回避するためには、不当な高額請求を止めることと返金をすることが必要であり、かつ、それで十分である。

のとは言えないため、返金指示が行われなければならないと考えられる。

さらに、上述の第三の要請に基づき、支払い額が様々な算定方法を頼りに算出され、指示において明記されなければならないが、算定が実務に耐えられないほど困難なものとなつては、規制が無意味と化す恐れがあるため、解釈又は立法によって、支払い額についての概算の裁量を消費者庁等に与えることも考えられうるであろう。また、上述第三の要請に基づき、支払先も指示において明記される必要があるが、執行時において支払先が具体化されれば足り、指示時には包括的な形で示されることで十分である。

また、民事訴訟との関係については、まず、民事訴訟が返金指示よりも先行する場合には、既に民事訴訟により返還された分を返金指示では控除することとなると考えられる。次に、先に返金指示が行われている場合については、既にそれによって返金を受けている被害者が、重ねて不当利得返還請求や、私見に拠れば⁴³⁾妨害排除請求権に基づき返金を請求することは、通常考えられないが、稀にそれが請求されるときには、被害者は、既に返金指示によって返還を受けない範囲で（つまり足りない分につき）、金銭の返還をこれら民事法上の請求権に基づき求めうると考えられる⁴⁴⁾。

ところで、特商法平成28年改正法案の関連資料においては、訪問販売に関して不実告知を行っていた事業者であり、かつ業務停止命令を受けた事業者に限定して、その事業者に対する返金命令が検討されている。しかし、例えば、今日における電力自由化後の不当な値上げによる消費者被害の回復をも視野に入れておく必要があり、一般的に指示命令に基づき返金を命じるための要件を検討すべきであるため、上述のような形でそれを設定することが妥当といえる。

43) 宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にして— (下)」獨協法学97号2015年1頁以下、54-57頁。

44) 中田邦博＝鹿野菜穂子編『基本講義消費者法』日本評論社2013年39頁（中川丈久）は、特商法や消費者安全法上の是正措置命令ですでに回復された金額は、是正措置命令後の不法行為に基づく損害賠償請求等の民事訴訟で請求できないとされている。

2 返金指示に関連する従来の指摘の検討

これまで述べてきた私見に照らして、返金指示に関連する従来の指摘を検討する。ここで検討の対象となるのは、まず先に挙げた消費者庁における行政手法研究会の第16回（平成25年3月26日）資料2「行政が直接消費者の被害救済を図るための手法について（被害の救済）」4－5頁（以下、「行政手法研究会第16回資料」という）である。

第一に、行政手法研究会第16回資料は、景観法や特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律等における現行法上の行政による原状回復命令が下される事例では、違法行為の結果が放置されていること自体が、当該法律の保護する利益（公益）に対する新たな被害を生み続け、違法な行為の結果が継続して成立していることから、被害の拡大の防止のために原状回復が必要であるのに対し、消費者被害事案では、被害者の個人財産を害する行為は、その時点で既遂となって終了しており、状況を異にし、原状回復になじまない指摘する。しかしながら、上述のように、例えば、消費者利益を不当に害する高価格設定行為によって、購入者たる消費者が過分に支払わされている状態が、一定の特商法違反行為によって生じなお現存する違法状態として存在し続けており、その排除のために返金が命じられるわけであるから、上述の原状回復命令の場面と状況は同様であり、原状回復という表現を採用するか否かは別にして、かかる状態の排除のために指示によって返金が命じられうると考えられる。たしかに、行政手法研究会第16回資料は、上述の異質性に鑑み、「消費者全体、社会的に大きな影響を及ぼす事案である等、公益の観点から行政が介入する必要性が認められるような対象事案に限定するための要件を設定することが必要ではないか」と指摘するが、このように返金指示は、被害回復と共に被害の拡大防止のために資するものであるから、上述の行政処分に対する3つの要請に込めうるものであれば足り、それ以上に、このように限定する要件は不要であるといえる。

第二に、行政手法研究会第16回資料は、被害金額が返還されるべきことの根拠に私法上の権利や取引の私法上の無効が必要であると指摘する。しかし、返金は、あくまで行政処分の指示において命じられるものであり、返金指示の要

件として、私法上の法律関係に関し、上述したように、例えば、法律行為の無効の存在等を要さないものである⁴⁵⁾。もちろん、このような返金指示の場合にも、民事上の請求権との調整は、上述したように必要であり、またそれは上述の形で可能である。

第三に、行政手法研究会第16回資料は、消費者庁が被害金額の返還を命じる事例は、高い公益性が求められている事案であり、実効性を確保するための手段として、被害者を特定するための情報（顧客名簿等）の提出命令や定期的に代金返還状況報告を求めること等についても、「必要な措置」として可能とするような根拠規定を置くことを指摘する。これらについて、具体的に明文化することによって運用の利便性のために資するのであれば、この提案のような明文化は妥当といえる。ただし、これに関しては、過剰ないし不当な行政処分とならないよう、支払金額、支払先、支払方法等について、指示の執行時において、名宛人の協力が必要であることが指摘されるべきである。

第四に、行政手法研究会第16回資料は、行政が直接消費者の被害救済を図ることは、事業者の財産について直接公権力を行使することであるから、手続保障を厳格に定めることが必要ではないかと指摘する。この手続保障の確保については、上述したように、特に、比例原則上の要請に応じて、返金指示の場合に厳格な要件が課されることが、重要な意味を有すると考えられる。

次に、被害の回復を行政処分で命じることについて肯定する見解に立つ曾和俊文教授⁴⁶⁾は、被害の回復を行政処分で命じる被害回復命令を「現在の違反行為の中止だけではなく、過去の違反行為についても是正を命じるもの」とし、そのように命じることによって結果として被害の回復が図られるのであり、被害回復命令は、現在の違反行為の中止及び過去の違反行為の是正を命じることに尽き、直接的に返金を命じるものではないことから、「個別の被害額の認定は不要」とする。このため、この見解は、特商法平成28年改正法が直接的に返

45) 同旨、中川丈久「集団的消費者被害救済制度と行政法」消費者法3号2011年24頁以下25頁。

46) 曾和俊文「悪質業者の規制と被害者の救済—行政の役割—」現代消費者法22号2014年33頁以下41頁。

金を命じることを目していることとは、大きく隔たりがあるものである。この見解は、そもそも上述の命令の明確性の要請との関係が問題となるのであり、返金は間接的な効果において期待され得るに過ぎない以上、曾和教授自身も指摘するように、処分に従わない事業者に対する実効性の確保の問題があるといえる。また、この見解は、違反行為の認定の仕方次第であるが、上述の比例原則上の要請との関係及び十分性の要請も問題となりうるのであり、妥当とは思われない。

五 結 語

従来から、被害者の救済は、私法によって行われるものとされてきた。それは、本来被害の回復という問題は私人間における問題であって、国家が一方の当事者のために国家権力を発動して助力することは、公的存在の公平性の維持の観点からみて妥当なものではないからである。しかし、今日のように高度に資本主義経済が発達し、市場における参加者間で情報力や資本力等の諸要素の格差が生じ、ある事業者の一定の市場行動が他の市場参加者に対して、市場における競争秩序や取引の公正に反する形で、その者の利益を侵害し、その者に財産的被害を生じさせ、その被害の回復をしない状態が公法違反による違法状態を作出し続けるという場面が見受けられるようになっている。このような市場の機能不全を解消するために、被害者の回復のための公的機関による介入が、上述したように、独禁法や下請法分野等においてみられ、さらに、特商法という消費者保護法分野においても、特商法平成28年改正法において規定されるに至ったといえることができる。といえども、上述の公平性の維持の観点は、このような状況においてもなお重要であり、維持されねばならないものである。だからこそ、返金を指示に基づき命ずることについては、指示を定めた規定における「必要な措置」の文言に対する比例原則上の要請から導かれる違反により生じ現存する違法状態を排除することと返金とが「同義」であることとの要件が重要な意味を有すると考えられるのであり、それに対応することのできる違反行為類型を定めた規定を省令において新設することが要されているというこ

とができる。

本稿は、日本学術振興会科研費基盤研究（C）26380149、共同研究（B）25285033（共同研究者）及び基盤研究（B）16H03574（連携研究者）の助成を受けたものである。