

宿泊契約の締約強制

——旅館業法 5 条改正論——

松 田 真 治

目次

第 1 問題の所在

第 2 現状

1. 総説
2. 旅館業法
3. 条例
4. 旅館業における衛生等管理要領
5. 宿泊約款

第 3 検討

1. 宿泊契約
2. 規制のあり方を検討する素材
3. 宿泊契約に対する規制のあり方－選択肢の提示と検討

第 4 結論

第 1 問題の所在

旅館業法（昭和 23 年法律第 138 号）5 条は、原則として、宿泊¹を拒絶してはならないことを規定している。つまり、同条は、営業者の契約締結

1 旅館業法にいう「宿泊」とは、寝具を使用して旅館業（旅館・ホテル営業、簡易宿所営業、下宿営業）の施設を利用することをいう（旅館業法 2 条 5 項）。

の自由を制限するものである²。同条は宿泊拒絶事由を定めているが、今日もそれが妥当といえるかは検証の余地がある。

本稿は、旅館業法 5 条の規制がそもそも必要か、また規制をすれば、現状維持でよいかを検討するものである^{3,4}。

第 2 現状

1. 総説

宿泊契約は旅館業法 5 条柱書によって締約強制がなされ、その例外が同条各号及び同条 3 号の委任を受けた都道府県の定める条例により定められているという構造となっている。また、地方自治法 245 条の 4 第 1 項に規定する技術的な助言に当たるとされる旅館業における衛生等管理要領において、宿泊拒否の制限に関する定めが置かれている。各都道府県の定める条例の定めは様々であり、また、各営業者の宿泊約款に定められている規定は、必ずしも旅館業法・条例と適合しているわけではない。

-
- 2 「民法の一部を改正する法律」（平成 29 年法律第 44 号）によって、「契約の締結及び内容の自由」と題する民法 521 条が新設された。同条 1 項は、「何人も、法令に特別の定めがある場合を除き、契約をするかどうかを自由に決定することができる。」と定めており、旅館業法 5 条がここでいう「特別の定め」となる。
 - 3 本稿の構想段階では、笹本幸祐教授（関西大学）、橋本伸准教授（小樽商科大学）から有益なコメントを頂き、また、令和 3 年 4 月 17 日に開催された現代企業法研究会での報告において、とりわけ家田崇教授（南山大学）から有益なコメントを頂いたことについてここに記して感謝申し上げる。もっとも、それらを本稿において十分に検討できていないのは筆者の責任であり、また、当然ながら本稿の文責は筆者にある。
 - 4 本研究開始の直接の契機は、拙稿「宿泊約款におけるホテルの責任制限条項」名城法学 69 巻 3 号（2020 年）1 頁において、実際のホテルの宿泊約款を調査した際に、宿泊拒絶事由が旅館業法 5 条よりも広く記載されていたことに、条文と実態との乖離を見出したことである。しかし、その後、旅館業法 5 条は、とくにその第 1 号（「宿泊しようとする者が伝染性の疾病にかかっていると明らかに認められるとき」と新型コロナウイルス感染症との関係で、注目を集めるようになった。令和 3 年 5 月 28 日、自由民主党の観光立国調査会が旅館業法改正を盛り込んだ政府への提言をまとめたとの報道がなされた。その中では、感染した疑いのある人の宿泊を拒否できるように対応することが求められている（「コロナ感染疑いなら宿泊拒否、自民調査会が法改正提言。」日本経済新聞 2021 年 5 月 29 日朝刊 4 頁）。

2. 旅館業法

(1) 旅館業法の目的の変化

旅館業法（昭和 23 年法律第 138 号）は、元々、旅館業の取締を目的として立法されたものである⁵。平成 8 年改正前旅館業法 1 条は、「この法律は、旅館業に対して、公衆衛生の見地から必要な取締を行うとともに、あわせて旅館業によつて善良の風俗が害されることがないようにこれに必要な規制を加え、もつてその経営を公共の福祉に適合させることを目的とする。」と定めていた。ところが、平成 8 年法律第 91 号により、「この法律は、旅館業の業務の適正な運営を確保すること等により、旅館業の健全な発展を図るとともに、旅館業の分野における利用者の需要の高度化及び多様化に対応したサービスの適用を促進し、もつて公衆衛生及び国民生活の向上に寄与することを目的とする。」と改められた。旧厚生省によれば、この改正は、「公衆衛生の見地からの取締と善良の風俗を保持するための規制を目的とする現行の消極目的規定を、業の振興に関する内容を盛り込むことにより、旅館業の健全な発達を図ること等により公衆衛生及び国民生活の向上に寄与する積極的目的規定に改める」⁶ものと説明されている⁷。

駒村圭吾は、このように「目的規定が複合的である以上、個々の規制手段も消極・積極の両目的に照らして解釈することが可能となる。が、本法が衛生法・風営法として成立した経緯に照らせば、やはり消極規制と解す

5 旅館業法案（内閣提出）に関する報告書によれば、「従来旅館、ホテル、下宿等のいわゆる旅館業に対する取締は、警察命令に基き各都道府県知事がこれを行って来たのであるが、その取締指導対象及び方法を統一し、旅館等に対する風紀、保安及び衛生上の取締の徹底と指導の適正とを図ろうとするのが本法案の目的である。その内容は旅館営業の許可、営業者の義務、行政監督上必要な権限及び罰則等を規定している。」とされている（官報号外昭和 23 年 7 月 5 日第 2 回国会衆議院会議録第 79 号附録（二）53 頁）。

6 「旅館業法の一部改正について」（平成 8 年 6 月 14 日）（<https://www.mhlw.go.jp/www1/houdou/0806/17.html>）〔最終アクセス：2021 年 4 月 16 日〕。

7 旅館業法の経緯に関して述べるものとして、廣岡裕一「宿泊サービスと宿泊契約—宿泊契約締結の拒否の制限に着目した考察—」政策科学 24 巻 4 号（2017 年）84 頁以下、駒村圭吾「宿泊拒否の禁止とホスピタリティの公法学—憲法 22 条の審査枠組みと規制目的二分論の居場所」法教 334 号（2008 年）42 頁がある。

るのが素直なように思われる。宿泊を拒絶された者が野ざらしとなることのもたらす保健衛生上の危害や、野宿者が周辺地域の衛生環境を悪化させる危険を排除する警察的消極規制と見るわけである⁸と指摘する一方で、「休息の場を万人にあまねく提供することは、人的・物的活動の自由にとって不可欠であり、経済・政治・文化活動の可能性を根底から支えていると言える。このような宿泊施設の公共性に着目する場合、…亘理論文⁹が取り上げた、ユニヴァーサル・サービスの対人的ヴァージョンと見ることも可能かもしれない。だとすると、同論文が示唆するように、この事業領域ではそもそも、営業の自由を前提とすべきではないということになりそうである。あるいは、…薬事法判決およびその他の判例が示唆する、高度に公共的な役務提供の確保が求められるケースとして、公企業特許に準じた広汎な立法裁量を認めるのが本来かもしれない」と指摘する¹⁰。

(2) 旅館業法 5 条

このように旅館業法の目的は変容したものの、旅館業法 5 条の規定は維持されている。

旅館業法第 5 条

営業者は、左の各号の一に該当する場合を除いては、宿泊を拒んではならない。

- 一 宿泊しようとする者が伝染性の疾病にかかっていると明らかに認められるとき。
- 二 宿泊しようとするものがとばく、その他の違法行為又は風紀を乱す行為をする虞があるとき。
- 三 宿泊施設に余裕がないときその他都道府県が条例で定める事由があるとき。

8 駒村・前掲注(7) 42 頁。

9 亘理格「パブリック・サービスと営業の自由—郵政民営化を題材に」法教 333 号(2008 年) 33 頁。

10 駒村・前掲注(7) 42 頁。

都道府県知事は、営業者が旅館業法に違反したとき、同法 3 条 1 項の許可¹¹を取り消し、又は一年以内の期間を定めて旅館業の全部若しくは一部の停止を命ずることができる（同法 8 条柱書前段）¹²。また、同法 5 条に違反した者は、50 万円以下の罰金に処せられる（同法 11 条 1 号）¹³。

(3) 旅館業法 5 条に対する評価

ア 合憲性に関して

駒村は、「法人の営業の自由が問題になるが、最高裁判例に従うなら、自然人と同様にその保障を認めることになる。その上で、…旅館経営も顧客ニーズも多様化・高度化した今日、極めて限定された例外事由しか認めない宿泊拒否の禁止は時代錯誤も甚だしいものであり、少なくとも旅館業における適切なサービス提供に著しい支障をきたすような場合には、宿泊義務を解除できるような制度であるべきだ、と主張できよう。が、旅館業法 5 条は、旅館業の選択そのものを規制しているわけではない（事後規制）。」と指摘する¹⁴。そして、「宿泊拒否の禁止の規制目的は定かではなく、旅館業法の目的規定からすると、消極・積極が混在したもののようである。が、同法が衛生法・風営法として展開してきた歴史に照らせば、その『主たる目的』は消極目的と考えてよいだろう。そうなると、薬事法判決が、消極目的に出た、操業上の規制（職業の遂行に関わる規制）を厳格な合理性基準の対象からはずしていると解されることもあり、この場合は、緩和された基準により、禁止の合理性と必要性を検討すればよい。しかし、この点、むしろ、旅館業が、社会経済の発展に欠かせない、人的・物的移動の自由を支えるインフラであることを考えると、宿泊の場を万人

11 旅館業を営もうとする者は、原則として、都道府県知事の許可を受けなければならない（旅館業法 3 条 1 項。）。

12 旅館業法 8 条における「一年以内の期間」という制限、および、「旅館業の全部若しくは一部の」という文言は、「旅館業法の一部を改正する法律」（平成 29 年法律第 84 号）によるものである。

13 旅館業法 11 条の定める罰金は、「旅館業法の一部を改正する法律」（平成 29 年法律第 84 号）によって、「五千元」から「五十万円」に引き上げられた。

14 駒村・前掲注（7）43 頁。

に提供することは、高度に公共的な役務提供であるから、公法的にそれを確保する必要がある。こうして、旅館業を、公企業特許に準ずるケースと見立て、また、先に触れた事後規制的性格とそれを重ね合わせると、著しい不合理が明白でない限りは合憲ということになる¹⁵。なお、駒村論文が指摘するように¹⁶、宿泊拒否の禁止がいかなる規制目的にできるものかを確認できる立法資料は見当たらない。

イ 旅館業法 5 条の内容面

幾代通＝平田春二は、「ホテル・旅館営業はその公共性から締約を強制されざるをえないが、それはもとより無制限のものではありえない。おのずから一定の限界を伴う。第 1 は、宿泊させることが却って公共の立場に反する場合であり、第 2 は、宿泊させることが客観的に不能な場合である。」¹⁷と指摘し、旅館業法 5 条の列举する宿泊拒絶事由は結局この 2 つに帰着するという¹⁸。同条 1 号・2 号は、「公共の見地から宿泊を拒絶できる場合を、当事者の恣意的判断を避けるために法が列举したものと解される—したがって、これは、制限的列举と解すべきである。」とされ、同条 3 号前段は、「宿泊させることが客観的に不能な場合の代表的なものにほかならない—したがって、これは、例示的規定と解すべきである」とされる¹⁹。また、幾代＝平田は、本条について、「宿泊の条件について合意があり、かつ料金を支払うならば、誰でも差別されることなくこれらの施設を利用することができ、法の定める一定の場合以外には宿泊を拒絶されない、ということを保証するものであり、かつ、それ以上に出るものではない。すなわち、宿泊の条件について合意のない場合や、料金を支払わない者につ

15 同上。

16 駒村・前掲注 (7) 42 頁。

17 加藤一郎＝鈴木禄弥(編)『注釈民法(17)債権(8)』(有斐閣、1969年)427頁〔幾代通＝平田春二〕。

18 同上。

19 以上につき、加藤＝鈴木・前掲注 (17) 427-428 頁〔幾代＝平田〕。なお、駒村・前掲注 (7) 42 頁は、旅館業法 5 条 1 号・2 号の規定は、いずれも警察的な消極目的からする衡量に基づくものと解釈できるとする。

いてまで、宿泊の引受を強制するものではない」と述べる²⁰。

実務書の中には、旅館業法 5 条を緩やかに解釈することが許容されると説くものがある。その根拠は、旅館業法制定当時とは、生活環境や社会情勢が大幅に変わっていることであり、具体的には、宿泊ができなくても、交通機関や深夜営業店などの様々なサービス業が発達した今日では、申込客が野宿を余儀なくされて、その健康・生命・身体が危険にさらされるようなことはほとんど考えられないことである²¹。

ウ 旅館業法 5 条と実社会

旅館業法 5 条違反の件数等の定期的な調査あるいは集計は、少なくとも平成 29 年時点では行われていない²²。もっとも、報道では、主に差別的な宿泊拒絶（国籍や障害、性的指向に基づくもの）が存在する²³。また、新型コロナウイルス感染症の感染疑いのある者の宿泊拒否に関連して、令和 3 年 5 月 28 日、自由民主党が旅館業法の改正提言をまとめたとされる²⁴。

エ 出入り禁止に関する裁判例

ここで、「今後の利用をお断りする」という、いわゆる出入り禁止と旅館業法 5 条との関係について、2 つの裁判例を参照したい。

(ア) 東京地判令和 2 年 2 月 19 日（平 29（ワ）40435 号、2020WLJP-CA02198013）

本件は、X が Y の運営するホテルに宿泊した際、Y の従業員 A から、

20 加藤＝鈴木・前掲注（17）428 頁〔幾代＝平田〕。

21 雨宮真也（編代）『〔改訂版〕Q & A 旅館ホテル業トラブル解決の手引』（新日本法規、2018 年）61 頁。

22 第 195 回国会衆議院厚生労働委員会第 3 号平成 29 年 12 月 1 日における宇都宮啓参考人の「旅館業法第五条違反の件数等の定期的な調査あるいは集計というのは行ってございません。」という発言（発言番号 053）。<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=119504260X00320171201&spkNum=53&single>

23 廣岡・前掲注（7）90 頁が報道内容をまとめている。

24 前掲注（4）参照。

公衆の面前で、Xが反社会的勢力の一員であるため今後の利用を断る旨告知（以下、「本件告知」という。）されたことにより、Xの名誉及びYの運営する施設を利用する権利等を侵害されたと主張して、不法行為に基づき、損害賠償を求めた事案である。

裁判所は、まず、本件告知の態様について、「ロビーに多数の客がいる中、他の客に聞こえる声量で、Xが反社会的勢力であるとの事実を摘示することにより本件告知がされたと認めることはできない。…本件告知の態様は、Aが、チェックアウト手続を終えたXに声をかけ、本件ロビーのソファに座らせた上、周囲に気を配りつつ、本件レジデンスの関係²⁵から今後〇〇ホテルの御利用をお断りする旨を告知したものであったと認められ、このような本件告知の態様からすれば、本件告知によりXの名誉が毀損されたと認められない」とした。また、裁判所は、XがY運営施設を利用する権利を侵害されたか否かについて、次のように述べた。「Aは、Xに対し、チェックアウト手続の後、本件レジデンスの関係から今後〇〇ホテル（Y運営施設）の御利用をお断りする旨の告知をしたにとどまり、Xが宿泊の申込みをしたのに対してこれを拒絶したわけではないから、旅館業法5条の規定に違反するものとはいえない。また、一般に広く利用の申込みの誘引がされていると考えられる施設の利用の申込みの際し、申込者が当該申込みに対する承諾がされるものという期待を有することは自然なものであるが、そうであるからといって、同申込者において、当該申込みが拒絶されないという権利を有するとか、法律上保護される利益を有するとかと捉えることは甚だ困難」であるなどとして、Xの請求を棄却した。

本判決は、「Xが宿泊の申込みをしたのに対してこれを拒絶したわけで

25 Xは、Yが所有し、B社が管理するレジデンス（以下、「本件レジデンス」という。）の居室を賃貸して、長年居住していたが、賃貸借契約が暴力団排除条項によって解除されたなどとして、B社がXに対して居室の明渡等を求める訴えを提起するなどという紛争があった。なお、訴えは本件告知がされた後であり、東京地裁及び東京高裁は、Xが反社会的勢力と密接な関係を有するとは認められないとして、B社の請求を認めなかった。

はないから、旅館業法5条の規定に違反するものとはいえない」としており、出入り禁止が旅館業法5条に違反しないとしているようである。旅館業法5条を、例えば、野宿者を生じさせないための規定であると解する場合には、今後の利用を拒絶するというやり方は野宿者を生じさせるわけではないので、旅館業法5条違反と評価する必要がない²⁶。しかし、同条が宿泊の条件について合意があり、かつ料金を支払うならば、誰でも差別されることなくこれらの施設を利用することができ、法の定める一定の場合以外には宿泊を拒絶されない、ということを保障するものであると理解すれば²⁷、今後の利用を拒絶することも旅館業法5条の問題となりうると思われる²⁸。それでも、旅館業法5条2号（違法行為又は風紀を乱す行為をする虞があるとき）に該当する事実があるならば、それを理由に今後の利用を拒むことも許容されると解することはできるだろう。

（イ）名古屋地判令和2年2月28日（平29（ワ）4241号、LEX/DB25565329）

タンザニア国籍を有する芸術家Xは、平成28年6月1日、A社からX宛にY社のホテルチェーン等でクレジットカードを利用したカード会員の個人情報の漏洩が確認されたとの書面が届いたことに関して、Y社の経営するホテルに来館し、広報マネージャーと宿泊担当マネージャーがXに対応した。本件ホテルのスタッフは、同日、Xからの同月5日の本件ホテルのレストランの利用の予約申出を受け、これを受け付けた。また、Xは、同年6月1日以降、同月4日までの間に、同月4日の本件ホテル

26 「現実に宿泊拒絶がされて、泊まるどころがなくなることを防止する」という立場を貫くと、予約段階で宿泊の拒絶をする場合も、宿泊先の選択肢は減ったが、泊まるどころがなくなって野宿することになるとは限らないから、旅館業法5条に違反しないということになりそうである（もっとも、宿泊先の選択肢がないような地域の場合には同条違反になるという考え方もありうる）。

27 加藤＝鈴木・前掲注（17）428頁〔幾代＝平田〕。

28 出入り禁止、いわゆる「出禁」のニーズはあるようであるが、旅館業法5条の関係で難しい（村上実＝TMI総合法律事務所『法律から見えてくる「ホテル業界」』（クロスメディア・パブリッシング、2019年）87頁）。

のレストラン利用の予約をした。Y社は、同年6月4日、同日以降のXらによる本件ホテルの一切の利用を断ることを決定し、本件ホテルの副総支配人（運営担当）と宿泊管理部長は、同日、本件ホテルのレストランを利用するために本件ホテルに来館したXらに対し、本件ホテルの入口で今後本件ホテルの一切の利用を拒否する旨告げ、Xらは最終的に帰宅した。そこで、Xらが、Y社らに対し、不法行為に基づく損害賠償を求めた。

裁判所は、「Xらが利用していた本件ホテル内のレストランは、広く一般の者が客として利用可能な場所であり、Y社の宿泊約款7条1項1号が宿泊契約を解除することがある場合として『宿泊客が宿泊に関し、法令の規定、公の秩序若しくは善良の風俗に反する行為をするおそれがあると認められるとき、又は同行為をしたと認められるとき。』と規定し、利用規則が宿泊約款7条1項により、本件ホテルの利用を拒絶することがある場合として『賭博その他風紀を乱し、他人に迷惑をかけるような行為』を行った場合と規定し、宴会場利用規約が宴会場利用を解約する場合として『宴会等にご出席されるお客様が法令又は公序良俗に反する行為をなさる恐れがあると判断した場合、もしくは他のお客様にご迷惑をお掛けするとホテル側が判断した場合』と規定しており、利用の拒否や解約に際しては、利用者が賭博その他風紀を乱した場合、利用者が法令や公序良俗に反する行為をした場合など合理的な理由があることが前提になっていることに照らしても、一旦客からの予約を受け付けておきながら、予約後に新たな事情が生じたわけでもないにもかかわらず、一方的に予約の解約を含め今後の一切の利用を拒否することは、合理的な理由がない限り取引上の信義に照らして許されず、客の合理的な信頼を害するものとして、不法行為を構成するものというべきである。」としたうえで、Y社側の本件利用拒否について合理的な理由があるとは認めず、不法行為責任を肯定して、20万円の慰謝料の支払いを命じた。

本件は、宿泊契約の締結拒絶ではなく、ホテルのレストランの利用拒絶（予約の解約と今後の利用拒絶）が問題となった事案である。しかし、裁判所は、宿泊約款・利用規則・宴会場利用規約の規定を参照して、利用の

拒否や解約には、合理的な理由があることが前提となっているとして、その合理的な理由がなければ不法行為を構成するとしている。①予約を受け付けたものの解約という問題と、②今後一切の利用の拒否の問題が同列に扱われているように思われるが、これは異なる問題である。②の場合は、契約自由の原則が妥当する領域であること、①のように予約の受付という先行行為がないことから、出禁を正当化する「合理的な理由」は比較的緩やかに解されるはずである。

では、ここで述べられていることは、宿泊契約の締結場面に応用できるか。まず、①に関していえば、予約後に解約する場合の「合理的な理由」の中身は旅館業法5条と条例の定める拒絶事由となるため、レストランの場合よりも狭くなる。つまり、予約後に解約する場合には、合理的な理由というよりも、どの拒絶事由に該当するのかが問題となる。次に、②の場合も、旅館業法5条等の規制の対象となる関係で、レストランとは異なる。そのため、宿泊拒絶事由を特定することなく、一般的に今後の利用を拒絶することは、不法行為を構成し得る。以上のことから、本判決は、宿泊契約の予約の解約や出入り禁止には応用しにくいというべきである。

3. 条例

(1) 旅館業法5条3号による委任

旅館業法5条3号は、「其他都道府県が条例で定める事由があるとき」を宿泊拒絶事由としており、各都道府県は、条例で宿泊拒絶事由を定めている。このような法律の委任を受けて制定される、いわゆる委任条例は、法律の委任の範囲を超える場合には、無効である²⁹。もっとも、条例の内容が法律の委任の範囲内かどうかについては、通常法律と政省令との関係よりも適法性審査の基準はゆるいとみるのが、地域の自主性の理念に合

29 中原茂樹『基本行政法』(日本評論社、第3版、2018年)35頁。なお、加藤=鈴木・前掲注(17)428頁〔幾代=平田〕も、条例の定めは法の趣旨を逸脱することはできないと正当に指摘している。

致するとの指摘がなされている³⁰。

(2) 条例の状況

本稿では、差し当たり、都道府県レベルでの条例³¹を、インターネット上の例規集により調査した。分類を行うと、①迷惑者類型、②法令違反類型、③物理的問題類型、④支払能力類型、⑤会員制類型、⑥正当な事由類型、⑦定めなし、がある（【表】都道府県の条例）。なお、同じ分類に含めているものの、都道府県ごとに若干文言が異なっている。

【表】都道府県の条例

①迷惑者	他の宿泊者に著しく迷惑を及ぼすおそれがあると認められるとき	北海道・青森・山形・岩手・宮城・福島・茨城・栃木・群馬・千葉・東京・神奈川・埼玉・山梨・新潟・富山・福井・石川・静岡・愛知・三重・岐阜・滋賀・和歌山・京都・奈良・大阪・兵庫・岡山・鳥取・島根・香川・高知・徳島・福岡・熊本・佐賀・大分・宮崎・長崎・鹿児島・沖縄
	他の宿泊者に著しく迷惑を及ぼす言動をしたとき	茨城・群馬・千葉・東京・富山・福井・石川・香川・福岡・佐賀・大分
	宿泊中放歌、けん騒、歌舞、音曲等で宿泊客に迷惑を及ぼす言動のある者	京都
	著しく不潔な身体又は服装をしているため、他の宿泊者に迷惑を及ぼすおそれがあると認められるとき。	愛知・奈良・兵庫・岡山・鳥取・高知・熊本・宮崎・長崎・鹿児島・沖縄
	公衆衛生の保持に支障があると認められるとき	栃木・愛媛

30 塩野宏『行政法Ⅲ行政組織法』（有斐閣、第5版、2021年）207頁参照。

31 旅館業法における「都道府県」は、「保健所を設置する市又は特別区にあつては、市又は特別区」を指す（同法3条3項3号）が、本稿では、分量の関係上、都道府県のみを対象とした。

	宿泊しようとする者がその挙動に不審があると認められるとき	和歌山・京都
②法令違反	宿泊者名簿に記載すべき事項について、営業者から請求があっても告げず、又は事実を偽って告げたとき	青森・静岡・和歌山・奈良・岡山・鳥取・島根・山口・高知・徳島・大分
③物理的問題	通常の間外に宿泊を申し込まれたとき	奈良
	営業者が休業中であるとき	愛媛
④支払能力	宿泊しようとする者が明らかに支払能力がないと認められるとき。	三重・和歌山・京都・奈良・兵庫・愛媛
⑤会員制	会員制の寮等であつて会員以外の宿泊申込があるとき。宗教関係の宿泊施設であつて信徒以外の宿泊申込があるとき。	岡山（会員）・長野（宗教）
⑥正当な事由	その他宿泊を拒む正当な事由があるとき	埼玉・京都・岡山・愛媛・長崎
⑦定めなし	旅館業法施行条例に宿泊拒絶事由なし	広島

①迷惑者類型の中には、「おそれ」を要件とするものと、迷惑を及ぼしたという結果を要件とするものがある。②法令違反類型は、具体的には、旅館業法 6 条 2 項違反を問題とするものである³²。

(3) 条例の状況に対する評価

旅館業法 5 条 3 号が、宿泊拒絶事由を各都道府県の条例で追加することを許容しており、実際に、各都道府県が様々な宿泊拒絶事由を定めている。地域による取扱いの差は、憲法 14 条との関係で問題とならないというのが判例の立場である³³。しかし、宿泊拒絶事由として何を定めるかが、

32 旅館業法 6 条 1 項は、営業者に宿泊者名簿を備える義務を課しており、同条 2 項は、営業者から請求があったときの宿泊者の告知義務を定めている。

33 最大判昭和 33 年 10 月 15 日刑集 12 巻 14 号 3305 頁は、「社会生活の法的規律は通常、全国にわたり画一的な効力をもつ法律によってなされているけれども、中には各地方の特殊性に応じその実情に即して規律するためにこれを各地方公共団体の自治に委ねる方が一層合目的なものもあり、またときにはい

同判例のいうような「各地方の特殊性に応じその実情に即して規律するためにこれを各地方公共団体の自治に委ねる方が一層合目的なもの」といえるのかは、上記の調査からは明らかではない。現在の条例の状態は、旅館業法5条が定めきれなかったものを実務的な観点から条例が補足していった結果であって、地方の特殊性が反映されたわけではないように思われる。

また、上記の各条例の定める宿泊拒絶事由が法律の委任の範囲かという点は、議論の余地があるだろう。立法論としては、旅館業法5条の中に各条例の宿泊拒絶事由を取り込む形の改正という方向性が考えられるところである³⁴。これのメリットとしては、ホテルチェーンで統一的に宿泊約款を作成する場合に、地域ごとの宿泊拒絶事由を作成しなくてよくなるという点がある。

4. 旅館業における衛生等管理要領

旅館業における衛生等管理要領（「公衆浴場における衛生等管理要領等について」〔平成12年12月5日付け生衛発第1811号厚生省生活衛生局長通知別添3〕）（以下、「旅館業衛生等管理要領」という。）には、宿泊拒否の制限に関する定めが置かれており、これは、地方自治法245条の4

れの方法によって規律しても差支えないものもある。これすなわち憲法94条が地方公共団体は『法律の範囲内で条例を制定することができる』と定めている所以である、「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によって差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところであると解すべきである」と述べて、地方公共団体が売春の取締りについて各別に条例を制定する結果、その取扱いに差別が生じても、地域差を理由として違憲ということとはできないとした。

34 文脈は異なるが、原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂、1977年）248頁は、「地方住民の生活に密着した行政分野においては、住民に身近でかつ直接行政責任を負うる地方公共団体が、住民の要求を満たすにふさわしい規制その他の行政手法を、まず開発して国に先駆けて条例でこれを実現していく。そうして、国は各地方自治体のいろいろな試みの最大公約数的な施策を法律に取り入れ、これをナショナル・ミニマムとして各自治体に遵守させるというのが、『正常な法秩序の発展の姿』となると考えるべきである。」と指摘している。

第1項に規定する技術的な助言に当たると明記されている³⁵。

(1) 内容

ア. 平成29年改正以前

旅館業衛生等管理要領は、平成28年3月30日生食発0330第5号一部改正後には、次のような規定を置いていた。

IV 宿泊拒否の制限

営業者は、次に掲げる場合を除いては、宿泊を拒んではならない。

- 1 宿泊しようとする者が宿泊を通じて人から人に感染し重篤な症状を引き起こすおそれのある感染症にかかっていると明らかに認められるとき。
- 2 宿泊しようとする者がとばく、その他の違法行為又は風紀を乱す行為をするおそれがあると認められるとき。
- 3 宿泊施設に余裕がないときその他都道府県が条例で定める事由があるとき。

これらは、旅館業法5条各号に対応するものである。

イ. 平成29年改正

規制改革推進会議「旅館業規制の見直しに関する意見」（平成28年12月6日）は、昭和23年に「公衆衛生及び国民生活の向上に寄与すること」を目的として制定された旅館業法が時代に応じた変更が不十分なまま今日に至っていること、過剰な規制がホテル・旅館事業者の創意工夫を阻むものであり、宿泊需要の拡大や宿泊ニーズの多様化に十分対応できていない

35 旅館業衛生等管理要領については、厚生労働省「旅館業法の改正について」(<https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000188046.html>)で入手可能である。

という指摘があるとして、改革の必要性を述べている³⁶。これを受けて、旅館業衛生等管理要領は、平成 29 年 12 月 15 日生食発 1215 第 2 号によって次のように改正された（下線は改正部分）。

IV 宿泊拒否の制限

営業者は、次に掲げる場合を除いては、宿泊を拒んではならない。

- 1 宿泊しようとする者が宿泊を通じて人から人に感染し重篤な症状を引き起こすおそれのある感染症にかかっていると明らかに認められるとき。
- 2 宿泊しようとする者がとばく、その他の違法行為又は風紀を乱す行為をするおそれがあると認められるとき。具体的には、例えば、宿泊しようとする者が次に掲げる場合には該当しうるものと解釈される。
 - 1) 暴力団員等であるとき。
 - 2) 他の宿泊客に著しい迷惑を及ぼす言動をしたとき。
 - 3) 宿泊に関し暴力的要求行為が行われ、又は合理的な範囲を超える負担を求められたとき。
- 3 宿泊施設に余裕がないときその他都道府県が条例で定める事由があるとき。
- 4 多様な消費者ニーズに応えられるよう、合理性が認められる範囲内において、例えば、大人向け等営業上の工夫として利用者の良識と任意の協力の下において実施される場合、宿泊拒否に当たらない。

ウ. 平成 30 年改正

旅館業法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 84 号）等の公布を

36 規制改革推進会議「旅館業規制の見直しに関する意見」（平成 28 年 12 月 6 日）は、厚生労働省大臣官房生活衛生・食品安全審議官「旅館業における衛生等管理要領の改正について」（生食発 1215 第 2 号：平成 29 年 12 月 15 日）の別添 1 である。

契機に、旅館業衛生等管理要領が平成 30 年 1 月 31 日に改正された（生食発 0131 第 2 号）（下線は改正部分）。

IV 宿泊拒否の制限

1 営業者は、次に掲げる場合を除いては、宿泊を拒んではならない。

(1) 宿泊しようとする者が宿泊を通じて人から人に感染し重篤な症状を引き起こすおそれのある感染症にかかっていると明らかに認められるとき。

(2) 宿泊しようとする者がとばく、その他の違法行為又は風紀を乱す行為をするおそれがあると認められるとき。具体的には、例えば、宿泊しようとする者が次に掲げる場合には該当するものと解釈される。

1) 暴力団員等であるとき。

2) 他の宿泊者に著しい迷惑を及ぼす言動をしたとき。

3) 宿泊に関し暴力的要求行為が行われ、又は合理的な範囲を超える負担を求められたとき。

(3) 宿泊施設に余裕がないときその他都道府県が条例で定める事由があるとき。

2 多様な消費者ニーズに応えられるよう、合理性が認められる範囲内において、例えば、大人向け等営業上の工夫として利用者の良識と任意の協力の下において実施される場合、宿泊拒否に当たらない。

3 宿泊者の性的指向、性自認等を理由に宿泊を拒否（宿泊施設におけるダブルベッドの予約制限を含む。）することなく、適切に配慮すること。

このように旅館業衛生等管理要領の定めは、旅館業法 5 条の定めと乖離しているように見える。旅館業衛生等管理要領は、厚生労働省大臣官房生活衛生・食品安全審議官が都道府県知事・保健所設置市長・特別区長に宛てて発出した、地方自治法 245 条の 4 第 1 項の「技術的な助言」である。

(2) 技術的な助言

普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与は、「法律又はこれに基づく政令」によらなければならない（地方自治法 245 条の 2：関与の法定主義）。ここにいう関与には、助言が含まれる（同法 245 条 1 号イ）。同法 245 条の 4 第 1 項は、各大臣等が、普通地方公共団体に対し、「普通地方公共団体の事務の運営その他の事項について適切と認められる技術的な助言」ができる旨を定める。同法 245 条の 2 にいう「法律」には地方自治法が含まれるため、同法 245 条の 4 を直接の根拠としても関与ができる³⁷。「技術的な助言」の「技術的」とは、主観的な判断又は意思を含まないことを意味しており、客観的に妥当性のある行為を行い又は措置を実施するように促したり、又はそのために必要な事項を示したりすることであるとされる³⁸。技術的な助言の法的効果については、一般的な尊重義務があるといわれるが、不服従を理由とする不利益取扱いが禁止されることから（同法 247 条 3 項）、あくまでも事実上のものに限定されるとされる³⁹。同法 245 条の 4 第 1 項の定める技術的な助言は、法の解釈の参考とされることがある⁴⁰。

(3) 旅館業衛生等管理要領に対する評価

地方自治法の定める技術的な助言それ自体は法規範ではないから、旅館業衛生等管理要領に書かれていれば適法であるなどと判断するべきではないだろう。とくに、IV 第 2 項の「多様な消費者ニーズに応えられるよう、合理性が認められる範囲内において、例えば、大人向け等営業上の工夫として利用者の良識と任意の協力の下において実施される場合、宿泊拒否に

37 村上順ほか（編）『新基本法コンメンタール地方自治法』（日本評論社、2011 頁）378 頁〔白藤博行〕。

38 村上ほか・前掲注（37）379 頁〔白藤〕。

39 村上ほか・前掲注（37）379 頁〔白藤〕。なお、旅館業衛生等管理要領に関する文書の文面は、「内容について十分御了知の上、貴管内営業者に対する周知徹底、指導等について、遺漏なきよう適切な対応を願いたい。」である。

40 子ども手当の支給要件の認定について、さいたま地判平成 25 年 7 月 17 日判例地方自治 389 号 47 頁。

当たらない。」という規定は、「合理的な理由ならば宿泊拒否できる」とするものであり、旅館業法5条の宿泊拒絶事由を拡大しているものと思われる⁴¹。

ところが、この記載を拠り所として、「合理性が認められる範囲で宿泊を認めるゲストに条件をつけることも、宿泊拒否には該当しないものと考えることができる」として、異文化コミュニケーションがしたいという理由から、日本人のゲストの宿泊を拒否することは、合理性が認められる範囲内であるとも考えることもできるものがある⁴²。

5. 宿泊約款

モデル宿泊約款（国振第 416 号：最終改正平成 23 年 9 月 1 日）は次のとおり規定している。現行法上、これが最も無難な宿泊拒絶事由である。

（宿泊契約締結の拒否）

第 5 条 当ホテル（館）は、次に掲げる場合において、宿泊契約の締結に応じないことがあります。

- (1) 宿泊の申し込みが、この約款によらないとき。
- (2) 満室（員）により客室の余裕がないとき。
- (3) 宿泊しようとする者が、宿泊に関し、法令の規定、公の秩序若しくは善良の風俗に反する行為をするおそれがあると認められるとき。
- (4) 宿泊しようとする者が、次のイからハに該当すると認められるとき。

イ 暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律（平成 3 年法律第 77 号）第 2 条第 2 号に規定する暴力団（以下「暴力団」という。）、同条第 2 条第 6 号に規定する暴力団員（以下「暴

41 「利用者の良識と任意の協力の下において実施される場合」という制限が一応存在するが、これが具体的にどのように作用するのは明らかではない。

42 横田真一郎ほか『これ 1 冊でわかる住宅宿泊事業法－弁護士が解説する民泊制度の要点とトラブル対応事例』（第一法規、2018 年）197 頁。なお、住宅宿泊事業法には、宿泊拒否に関する定めがない。ここで述べられているのは、旅館業法上の宿泊施設等で民泊サービスを提供した場合の文脈である。

力団員」という。)、暴力団準構成員又は暴力団関係者その他の反社会的勢力

ロ 暴力団又は暴力団員が事業活動を支配する法人その他の団体であるとき

ハ 法人でその役員のうち暴力団員に該当する者があるもの

(5) 宿泊しようとする者が、他の宿泊客に著しい迷惑を及ぼす言動をしたとき。

(6) 宿泊しようとする者が、伝染病者であると明らかに認められるとき。

(7) 宿泊に関し暴力的要求行為が行われ、又は合理的な範囲を超える負担を求められたとき。

(8) 天災、施設の故障、その他やむを得ない事由により宿泊させることができないとき。

(9) 都道府県条例第 条 (第 号) の規定する場合に該当するとき。

実際のホテルの宿泊約款の中には、かつての迷惑行為を理由とする拒絶事由（出入り禁止）やホテル側が不適切であると判断したときといった拒絶事由が見られる。後者に関しては、ホテル側の恣意的な判断が許容されており、旅館業法 5 条の趣旨に反するようにも思われる。もっとも、宿泊約款に旅館業法 5 条を逸脱する宿泊拒絶事由を定めること自体が同条に違反するわけではない⁴³。同条は「宿泊を拒んではならない」としているだけだからである。

43 例えば、新型コロナウイルス感染症との関係で、「宿泊しようとする者が、伝染病者であるおそれがあるとき」というように、旅館業法 5 条 1 号を拡大して規定するという方法がありうるが、これに基づいて宿泊拒絶をした場合は現行法上問題がある。「受付の検温で 37.5 度以上の発熱が認められた場合には、宿泊をお断りいたします」というものも、注意書きとしては有効であるが、現実には発熱している場合に拒絶できるかはかなり難しい判断となる（伝染病者であると「明らかに認められる」というのはハードルが高い）。なお、上記注意書を目にした予約客が自発的に検温をして宿泊をしなかった場合も、ホテル側の宿泊拒絶とみれなくもないが、これは宿泊客のキャンセルの問題として処理すべきであろう。

ここで指摘しておきたいのは、旅館業法や条例で宿泊拒絶事由が定められていること自体がホテル業界の一方的負担になっているとは限らないということである。たしかに、現行法の宿泊拒絶事由が狭く、現実の対応が難しいという側面はある。しかし、それは宿泊拒絶事由が不適切なのであって、旅館業法に宿泊拒絶事由をまったく定めない方がよいということにはならない。なぜなら、旅館業法に宿泊拒絶事由が定められているからこそ、ホテル側はお墨付きを得て宿泊拒絶できるからである。

第3 検討

1. 宿泊契約

宿泊契約は、民商法上特別の規定のない非典型契約であり、部屋・寝具などの賃貸借、飲食物の売買、労務者のサービス提供などを含む混合契約であると考えられている⁴⁴。旅館業法などの行政法規はあるが、宿泊機関と客との私法関係は、多く宿泊約款や慣習によって支配される⁴⁵。少なくとも本稿の主題との関係においては、「当事者の一方が、宿泊サービスを提供することを約し、相手方がこれに対して宿泊料を支払うことを約する契約」といった定義で足りるであろう。何も規制がなければ、誰を宿泊させるかは宿泊契約当事者の自由であり、これが原則である。旅館業法2条の定める旅館業を営む者として同法3条1項の許可を受けた営業者には、旅館業法5条による一定の締約強制が行われるということになる⁴⁶。

44 西原寛一『商行為法（法律学全集29）』（有斐閣、1960年）411頁。須永醇は、宿泊契約が基本的には賃貸借契約の一種であるが、それは継続的債権関係というよりもむしろ、一回的債権関係への方向を目指す内在的傾向を有すると指摘している（須永醇「ホテル・旅館宿泊契約」契約法大系刊行委員会（編）『契約法大系IV（特殊の契約2）』〔有斐閣、1963年〕206頁以下。なお、同論文は同『須永醇民法論集』（酒井書店、2010年）に収録されているが、本稿では初出の頁数で引用する。）。

45 加藤＝鈴木・前掲注（17）420頁〔幾代＝平田〕。

46 宿泊料を対価として、友人を自宅に泊める契約も宿泊契約である。宿泊契約自体は契約自由の原則が妥当するものであり、当然、締約強制は宿泊契約に内在するものではない。あくまでも、行政法規という宿泊契約に外在的な要素によって、契約の自由が制限されるのである。

旅館業法5条が問題となる場面としては、①予約段階で宿泊を拒絶する場面、②受付で宿泊を拒絶する場面⁴⁷、③受付後に宿泊を拒絶する場面が考えられる。

ここで、宿泊契約における予約の法的性質の捉え方によっては、契約締結前後という区別が可能になるところ、宿泊契約における予約を本契約であると解するのが多数説であるように思われる⁴⁸。なお、モデル宿泊約款

47 ここには、予約を受け付けたが受付で宿泊を拒絶する場面と、予約なしで受付に来た者の宿泊を拒絶する場面とがある。

48 ホテルの予約を本契約に関するものとみる見解は多い。中田裕康『契約法』(有斐閣、2017年)116頁は、「実際の取引においては、成立したのが契約か予約かが明確でないことがある。その合意により、債務が発生し、履行義務が生じていると解釈されるときは、契約が成立したと評価される(新製品の購入「予約」やホテルの宿泊「予約」など)」と述べる。潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得』(新世社、第3版、2019年)74頁は、単に履行期が将来の時点にすぎないとする。山野目章夫『民法概論4債権各論』(有斐閣、2020年)28頁は、「俗にホテルを予約するなどと呼ぶことがあるが、あれは予約ではない。部屋の手配を求める申込みに対しホテルが承諾しているから、すでに契約が成立している。」と述べる。

他方で、ホテルの予約を本契約に関するものとみない見解もある。須永・前掲注(44)195頁は、「公共的施設としての一面を有するホテルに課せられた締約強制(旅館業法5条)は、その半面において、一定の場合締約の拒否をホテルに許すものと解される…し、また、一つの企業としてのホテルには、支払能力のない客を拒絶することが許されると解されるが、そうした判断の機会には、客が現実受付に現れた時はじめて与えられるに過ぎない。従つて、それより前に本契約そのものの成立を認めるのは妥当でないから、まず、業界にいわゆる予約が文字通り単なる予約に過ぎぬことを承認するほかはない、と思われる」と述べる。また、加賀山茂『契約法講義』(日本評論社、2007年)41頁は、「日本では予約料とかキャンセル料とかを取るだろうか。私は、何度かホテルの予約をしたにもかかわらず、直前に予約をキャンセルせざるを得ない事態になったことがあった。その場合には、正直に『申し訳ないので、キャンセル料をお支払いしたい』と伝えたことがある。しかし、実は1回もキャンセル料を取られたことがない。ということは、どうも運用上では、個人の客の場合には予約料を取らないことになっているようなのだ。そうだとすると、ホテルが『予約を承りました』というのは、…須永説のように、本契約の申込みではなく、やはり予約だということになる。」と述べる。

東京地判令和2年12月25日(令2(ワ)6568号、LEX/DB:25587923)は、旅館を経営するXが、宿泊予約をして長期宿泊を継続しているYに対して、宿泊契約の終了に基づき、Yが宿泊する建物の明渡と未払宿泊料の支払を求めた事案の中で、「Yは、本件契約の解除後も、Xのウェブサイトから宿泊予約をし、XからYに対して予約申込み完了メールが送信されていることは認めら

は、宿泊契約の成立について、次の規定を置いている。

(宿泊契約の申込み)

第2条 当ホテル（館）に宿泊契約の申し込みをしようとする者は、次の事項を当ホテル（館）に申し出てください。

- (1) 宿泊者
- (2) 宿泊日及び到着予定時刻
- (3) 泊料金（原則として別表第1の基本宿泊料による。）
- (4) その他当ホテル（館）が必要と認める事項

2. 宿泊客が、宿泊中に前項第2号の宿泊日を超えて宿泊の継続を申し入れた場合、当ホテル（館）は、その申し出がなされた時点で新たな宿泊契約の申し込みがあったものとして処理します。

(宿泊契約の成立等)

第3条 宿泊契約は、当ホテル（館）が前条の申し込みを承諾したときに成立するものとします。ただし、当ホテル（館）が承諾をしなかったことを証明したときは、この限りではありません。

…以下略

れるものの、上記予約申込み完了メールはウェブサイトからの宿泊予約に対して自動的に送信されるものであり、その内容は予約の申込みが完了した旨通知するものにすぎないし、XはYに対して宿泊料金の未払により本件契約の解除の意思表示をしていることも考慮すれば、上記の予約申込み完了メールが送信されていることをもってXとYとの間の宿泊契約が現在まで継続していると認めることはできない。」と述べている。多数説に依ったときに、この判示をどのように評価するかが問題となるが、「ご予約を以下のとおり承りましたので、ご確認をお願いいたします。」のような内容であれば、自動的に送信される承諾の意思表示と捉えるのが自然である。本件で、どのような内容のメールが送信されたのかは明らかではない。例えば、「ご予約の申込みを承りました。」というような場合には、申込を受け取った旨の通知にすぎないと解することもできよう。また、本判決は、Xが解除の意思表示をしていたという事情も加味して宿泊契約の承諾の意思表示がなかったものと評価している。仮に前者の文面でのメールが届いた場合にも、メールの外の事情を加味して、承諾の意思表示を否定することができるという趣旨の判断なのかもしれない。

そうすると、次のような整理が一応可能である。

①	予約段階で宿泊を拒絶する場面	契約締結の問題
②	A：非予約者に対して、受付で宿泊を拒絶する場面 B：予約者に対して、宿泊を拒絶する場面	
③	受付後に宿泊を拒絶する場面	宿泊契約における履行拒絶の問題

2. 規制のあり方を検討する素材

(1) 契約締結自由の制限根拠

旅館業法5条は「宿泊を拒んではならない」と規定しており、これは営業者の契約締結の自由と相手方選択の自由⁴⁹を制限するものである。先に見たように、旅館業法5条の締結強制は、「公共性」を根拠にしているといわれている⁵⁰。もっとも、ここでいう公共性の意味については明らかではない。

ア 宿泊施設の公共性

先述のように駒村は、「旅館業が、社会経済の発展に欠かせない、人的・物的移動の自由を支えるインフラであることを考えると、宿泊の場を万人に提供することは、高度に公共的な役務提供であるから、公法的にそれを

49 民法521条1項は契約締結の自由を定めており、相手方選択の自由については定めていないように読めるが、相手方選択の自由は、「誰を相手方として契約を締結するかどうかという問題」と整理することができ、同条1項にはこの自由も含まれていると説明されている(筒井健夫=村松秀樹『一問一答民法(債権関係)改正』〔商事法務、2018年〕216頁)。また、民法が相手方選択の自由についての規定を設けなかったのは、そのような規定を設けた場合、国籍や職業等を理由とする差別的取扱いがなされたときに損害賠償責任が認められにくくなるとの懸念を踏まえたものであるとされる(潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017年)216頁とそこで引用される中間試案補足説明324頁参照)。

50 加藤=鈴木・前掲注(17)427頁〔幾代=平田〕。なお、谷澤一『ホテル旅館営業の法律講座』(柴田書店、1980年)252頁は、「旅館は旅客の身体の保護を預かる営業として公益性があり、旅館業法は第五条において旅館に受容義務を課している」と述べる。

確保する必要がある」と指摘していた⁵¹。

また、コモンローには、宿屋は正当な理由なくサービスの提供の依頼を拒否してはならず、合理的な価格で相応のサービスを提供しなければならないとの法理があったとされる⁵²。内田貴の研究によれば、この法理—「公の職業 (common callings)」の法理—について体系的な整理を行った Blackstone は、宿屋の場合、一般大衆に開かれていることを公然と提示したこと (宿屋であるとの看板を掲げたこと等)、つまりある意味において common ないし public であることの提示が責任の根拠としているという⁵³。

廣岡裕一は、「特に参入規制による需給調整がされていない宿泊業一般については、自由競争に任せるべきで、その中で契約締結の自由は、宿泊サービス商品造成の創造性、営業の自由な展開を確保する意味からも認められるべきものであると考える。宿泊契約の締結を強制する公共性は、そもそも他の業種では義務付けられない公共性を、宿泊業にのみ民間企業であるのかかわらず求めることに疑問を感じるが、その根拠とされる理由についても、その意味は今日すでに失われていると考えていいだろう。」⁵⁴としつつも、「この規定は、外国人や障害者等に対する差別や偏見に基づく宿泊拒否の歯止めにはなっている。ただ、…このような場合、適当な他に抑止する方法がないため旅館業法違反を根拠にしているにすぎないと考えられる。一方、それ以外で宿泊施設が宿泊しようとする客を断ることについては利用者側においても比較的受け入れられているように見える。したがって、差別や偏見の歯止めとしての理由で契約締結拒否の制限の規定を残すことは本末転倒で、差別や偏見に対しては、別の立法や政策によるべき」と指摘する⁵⁵。なお、廣岡は、マーケティング的に成功するためには、

51 駒村・前掲注 (7) 43 頁。

52 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』(羽鳥書店、2010 年) 42 頁以下。

53 内田・前掲注 (52) 44 頁。

54 廣岡・前掲注 (7) 91-92 頁。

55 廣岡・前掲注 (7) 92 頁。

当該企業は差別・偏見を排除しなければならないので、宿泊サービス商品に差別や偏見の要素が含まれるものは自ずと姿を消していくことになることも指摘する⁵⁶。この見解は、旅館業法5条の削除を提案するものと整理できる。

イ 公共性を理由とする人権制約

福井秀夫は、「伝統的行政学では、『公共性』概念をいわばブラックボックスとして前提とし、その内実や目的いかんによっては、私人の権利利益の制約が合理化されえない場合があるのではないかという観点からの検証を十分には行ってきていない。『公共性』は、憲法上の人権制約の根拠となる合理性を持つ『公共の福祉』概念と一致しなければならず、それは…『市場の失敗』とも一致すべきものである」と指摘する⁵⁷。法と経済学によれば、国や自治体などが私的な領域に介入する理由があるのは、資源配分の効率化の観点からは、市場の失敗をもたらす公共財、外部性、取引費用、情報の非対称、独占・寡占といういずれかがある場合に限られ、それ以外の領域に対して権力的に介入する正当な根拠は存在しない⁵⁸。仮にこれらの市場の失敗対策としての行政法による私的領域への介入が適切に行われていないとき、市場の失敗の是正の程度に比べて政府の失敗の程度が大きいのであれば、そのような行政関与はない方がましか、場合により民事的手法に一元化する方がましであるとも指摘する⁵⁹。阿部泰隆は、「行政的な介入を考えると、紛争・被害の予防作用…については、行政は権力を有するので、多数の人の代わりにまとめて情報を収集し、違法行為に対して処分

56 同上。

57 福井秀夫「市場の失敗対策としての行政法の再構成—阿部泰隆理論の到達点と展望を踏まえて」高木光ほか(編)『行政法学の未来に向けて』(有斐閣、2012年)93頁。

58 福井・前掲注(57)95頁。このほか、公正の観点からは、適切な所得再分配を行うことも、憲法上の生存権保障と合致し、介入の根拠を持つとする(同頁)。阿部泰隆『行政法解釈学I』(有斐閣、2008年)22頁も参照。

59 福井・前掲注(57)124頁。

や行政強制を行えるので、効率的である。経済学的に言えば、情報の非対称性対策、取引費用の低減の制度である」と指摘する⁶⁰。宿泊契約の締約強制を根拠づける公共性の検討にあたっては、このような視点は必須である。

谷江陽介は、拒絶主体の公共性に基づいて契約自由が制限されるのかという問題につき、①外国人との契約の場面、②銀行取引の場面、③プロ野球観戦契約の場面について検討する。①の場面では、「人々に広く開かれている」という意味において「公共性」を有する店舗・公衆浴場における契約締結の拒絶が問題となり、公共性は不法行為該当性の判断要素として機能しているとする。これに対し、②③では、銀行の業務の「公共性」、プロ野球の「公共的な性格」は銀行・プロ野球が有している社会的価値を意味しているとし、裁判例によれば、公共性・公共的な性格から契約自由に対する制限を導くことには限界があるとする。そして、公共性に基づいて契約自由に対する制限が認められるのは、相手方の人格権・人格的利益等の法的利益を侵害したと評価し得る契約締結の拒絶がなされた場合であるとし、「拒絶主体の『公共性』のみから契約自由に対する制限が導かれるのではなく、相手方の法的利益を侵害したと評価し得る契約締結の拒絶がなされた場合に、—不法行為責任を認めるという形で—契約自由に対する制限が導かれることになる」と指摘する⁶¹。なお、谷江の締約強制に関する研究⁶²では、契約の代替可能性がないという点を軸とした4要件（〔a〕申込者に契約の代替可能性がないこと、〔b〕申込者に法律上保護に値する利益があること、〔c〕提供者に契約締結志向があること、〔d〕提供者に給付能力があること）が挙げられているが⁶³、これは、契約の強制的締結を認めるための要件である。

60 阿部・前掲注（58）22頁。

61 以上につき、谷江陽介「契約自由と公共性・序説—公共性理論の意義と限界」加藤雅信先生古稀記念『21世紀民法学の挑戦（下巻）』（信山社、2018年）43頁。

62 谷江陽介『締約強制の理論—契約自由とその限界—』（成文堂、2016年）。

63 谷江・前掲注（62）77頁以下、158頁以下参照。

(2) 設計の手掛かり

近時、法の経済分析の知見を用いて、規範の存在形式について検討が行われている⁶⁴。吉政知広は、規範の存在形式について、①規範の内容が事前に（立法者によって）定められるべきか、それとも、事後に（裁判所などの規範の適用者によって）定められるべきかという問題（事前・事後の問題）、②規範をどれだけ詳細に定めるべきかという問題（規範の詳細さの問題）、③規範による過剰規制あるいは過少規制の問題を区別して検討を行う⁶⁵。吉政は、Louis Kaplow の rules versus standards 論を次のように紹介する。「Kaplow は、①規範の設定（立法）、②（規範の適用の対象となる）行動、③規範の適用・裁定という3つの段階において、ルールによる場合とスタンダードによる場合で、必要となる費用にどのような相違が生じるのかを分析している。それによると、規範の内容を事前に定めるべきか、それとも事後に定めるべきかを決めるのは、適切な内容の規範を決定するために情報を収集し、行動者および規範の適用者に情報を伝播するために必要となる費用である。そして、これらの費用の多寡を決める最も重要な要素は、当該情報が利用される頻度である。つまり、規範の適用の対象となる行動の頻度が高く、規範の適用・裁定の頻度が高い場合には、事前に一回的な費用をかけて情報を収集して規範の内容を行動の前に定めておくこと、つまりルールを採用することが望ましい。これに対して、行動や適用・裁定の頻度が低い場合には、事前に費用をかけるのではなく、事後に事実が明らかになった段階において規範の内容が定められるスタンダードを採用するほうが安価であり、望ましいと考えられる」⁶⁶。以下の検討では、この視点を用いた制度設計を試みることにしたい。

64 丸山絵美子＝西内康人「消費者法の作り方―連載の趣旨と導入的説明」法時91巻11号（2019年）88頁から始まる連載。

65 吉政知広「消費者法分野における民事立法の形式をめぐる（上）」法時92巻1号（2020年）105頁以下。

66 吉政・前掲注（65）106頁。Kaplow のモデルについては、松田貴文「消費者契約の協働的形成に関する一考察（上）」法時92巻3号（2020年）90頁以下も参照。

3. 宿泊契約に対する規制のあり方—選択肢の提示と検討

(1) 選択肢の提示

宿泊契約に対する規制のあり方は様々あり得る⁶⁷。第1に、行政規制を行うか否かが問題となる。第2に、行政規制を行うとした場合、締約強

67 例えば、フランスにおける宿泊拒絶は次のような扱いがなされているようである。まず、契約をするか否かや相手方の選択に関しては、原則として自由である（民法典1102条）。しかし、Christophe Lachièreは、事業者は、連続的に供給する立場にあり、この供給が不特定の人に向けられている以上、当該事業者は、正当な理由を証明する場合を除き、承諾する義務を負うが、その正当な理由の評価は裁判官の専権に属するとする。そして、その正当な理由は、法律に由来するもの（売春を例に挙げる。）と状況に由来するもの（ホテルが満室の場合、侮辱的な者や宿泊客の安全を害するおそれのある者を挙げる。）があり得るとする（LACHIERE (C.), *Droit du tourisme*, LexisNexis, 2^e éd., 2020, n°500, p.204）。また、消費法典L.121-11条が、正当な理由がある場合を除いて、売買やサービスの提供を拒絶することを禁止している点について、ここにいる正当な理由というのは、上記のようなものであるとしている（LACHIERE, *op.cit.*, n°501, p.204）。なお、L.121-11条に違反すると罰金が科される（同法典R.132-1条）。また、刑法典225-1条に掲げられた差別（例えば、出自、性別、健康状態、障害、性的指向、政治的信条が列挙されている。）によるサービス提供の拒否（同法典225-2条1号）には、3年の拘禁刑（*emprisonnement*）と45,000ユーロの罰金刑に処せられる。これを参考にすれば、①正当な理由のない拒絶を禁止するとともに、②差別禁止規範を設け、後者により強い制裁を与えるという規制が考えられる。ちなみに、フランスの経済・金融・振興省（Ministère de l'économie des finances et de la relance）のDGCCRF（競争・消費・不正行為の抑止に関する一般指針）の中にある「ホテル：事業者の権利と義務」（2021年7月9日更新）には、子供の受け入れ拒絶の可否（刑法典の差別禁止規定があるものの、いくつかの事業者が乳幼児の泣き声が迷惑である旨を定めたり、単に満室であるとか追加のベッドがないと告げることがあることを指摘している。）、独身者の拒絶の可否（独身者に部屋を貸すと得られる利益を失うことから事業者は拒絶したいと考えるが、これも刑法典の差別禁止規制を受けうる。）、動物の拒絶の可否（この点に関しては、予約時に質問すべきこと、一般的にはツアーガイドが動物を受け入れる施設を指摘することが述べられているに留まる。この点、補足的に後述する。）、そして、第三者の宿泊の拒絶の可否について言及している（これは拒絶もできるし、受け入れた上で追加料金を請求することもできるとされる。）（<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/hotels>〔最終アクセス日：2021年8月3日〕）。ホテル事業者は、旅客の荷物を引き受ける義務を負うが（民法典1952条）、このルールは生きた動物には適用されない（民法典1954条）。そのため、動物を引き受けるか否かは自由であるが、とくに広告を通じて動物を受け入れる旨を示していた場合には、そうではないとされる（LACHIERE, *op.cit.*, n°502, p.205）。

制を原則とするか否かが問題となる。これらを整理すると、次のようになる。

旅館業法の定め	原則	例外
あり	強制	拒絶可能（現状維持） 【選択肢Ⅰ】
		拒絶可能（拒絶事由拡張） 【選択肢Ⅱ】
	自由	拒絶禁止 【選択肢Ⅲ】
なし	自由	【選択肢Ⅳ】

これらについて、敷衍する。

【選択肢Ⅰ】現状維持

内容：現状を維持する。

現行法でも特に問題がないというのであれば、現状を維持するという選択肢が考えられる。

【選択肢Ⅱ】旅館業法 5 条所定の宿泊拒絶事由の拡大

内容：現状の旅館業法 5 条と都道府県の条例を整理して、宿泊拒絶事由を拡大し、旅館業法に一本化する。

締約強制を原則としつつも、宿泊拒絶事由を拡大して、強制の範囲を狭めるという改正を行うことにより、現状では文言上は旅館業法違反となり得たものが適法に拒絶できるようになる。旅館業衛生等管理要領の内容を旅館業法に組み込むことも考えられる。拡大の方法としては、具体的な宿泊拒絶事由を列挙するという単純なる拡大も考えられるが、例えば、水道法 15 条の給水義務⁶⁸のように、「営業者は、宿泊者となろうとする者から

68 水道法 15 条 1 項は、「水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需要者から給水契約の申込みを受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない。」と定める。なお、同条に違反する者には罰則がある（同法 53 条 3 号）。なお、水道法 15 条 1 項違反の場合には、契約の強制的締結が認められるため（谷江・前掲注（62）35 頁。）、宿泊契約とはその点が異なる。

宿泊契約の申込みを受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない。」という規定の仕方も考えられる（条例にも、正当な理由を拒絶事由としている例はあった。）。

【選択肢Ⅲ】旅館業法で宿泊拒絶禁止事由を列挙

内容：宿泊拒絶を原則許容し、例外としての宿泊拒絶禁止事由を列挙する。
例えば、「差別的な理由に基づいて宿泊を拒んではならない」というもの。

契約締結の自由を原則としたうえで、締約強制を行わないとしても、差別的な宿泊拒絶を抑止するためには、行政による介入を可能とする手段を用意した方がよいと考えられる。例えば、労働基準法 3 条は使用者による労働条件の差別的取扱いを禁止しているから（同法 119 条 1 号〔罰則〕）、差別禁止規範を個別法に置くこと自体は前例がある。ただし、同条は「労働者の国籍、信条又は社会的身分を理由」とする差別を禁止しているので、何が差別に該当するかについては限定的であり、仮に旅館業法に定める場合も、単に「差別的な理由」とするだけでは判断基準の不明瞭さから好ましくないかもしれない。他の立法例としては、「不当な差別的取扱いをしはならない。」と定める海上運送法 13 条がある。

【選択肢Ⅳ】旅館業法 5 条削除

内容：旅館業法 5 条を削除し、宿泊契約締結は自由とする。

差別的な宿泊拒絶に関して行政は立ち入らず、不法行為法に任せるといふ選択肢が考えられる。

(2) 検討

ア 締約強制の必要性

締約強制を行わず、完全に民事法に委ねるか【選択肢Ⅳ】、あるいは、差別禁止規範を設けるといふ【選択肢Ⅲ】方法が考えられる。差別的な事業者に対しては、損害賠償請求訴訟を提起することが考えられるが、予想される損害賠償額と訴訟費用を比較した際に、消費者が訴訟を提起するこ

とは多くはないと考えられることから、それは抑止力としては弱いと考えられる⁶⁹。【選択肢Ⅳ】よりも【選択肢Ⅲ】は望ましい。まず、損害賠償請求訴訟において、差別禁止規範は、消費者が営業者の違法性を主張する拠り所になる。また、差別禁止規範に違反する営業者に対して、行政処分を行うということが可能になり、そのような事業者の行動を是正し、もって消費者保護につながるからである。

宿泊を拒絶された者が野ざらしになるということは、現在では規制根拠として弱くなっているかもしれないが、先に述べた差別防止は規制根拠となるだろう。もっとも、それは差別禁止規範を根拠づけるだけであって、締約強制を根拠づけるわけではない。そこで、他にも、次のような根拠づけが可能ではないか。すなわち、何も規制がなく宿泊拒絶事由を営業者が自由に決められるのだとすれば、営業者が宿泊を拒絶する事由を消費者が認識できないから、消費者には確実に泊まるための対策が必要になる。そこで、宿泊を強制することにより、対策に係るコストを削減させるというものである。もっとも、この宿泊拒絶事由が消費者に認識できないという問題は、締約強制ではなく、情報開示強制でも対処できるのではないかと考えられる。すなわち、宿泊約款に宿泊拒絶事由を列挙させ、それを公開させるというものである。しかし、このような規制は、公開のためのコスト（ウェブサイト開設等）がかかるほか、消費者側が各社異なる宿泊拒絶事由を確認するコストがかかる⁷⁰。そうすると、締約強制がなされている状態の方が望ましいといえよう。

したがって、締約強制を行う【選択肢Ⅰ】【選択肢Ⅱ】を前提に、内容を検討していくこととする。

69 なお、口コミ投稿や SNS 投稿による評判という法以外の規律も働きうるが、それは他の選択肢でも同じである。

70 消費者には確認しないという選択肢があるから、こちらはそれほど高いコストではないかもしれない。

イ 内容

それでは、「宿泊を拒んではならない」というルールを維持した場合に、その例外となる拒絶事由をどのように定めるか。現状は、拒絶事由が少ない（狭い）ことから、過剰規制の状態にあり、社会的に望ましい活動が抑止されていると考えられる⁷¹。まず、現行法が、旅館業衛生等管理要領がというような多様な消費者ニーズに応えられるようなコンセプトホテルの開発を阻害しているおそれがある⁷²。また、旅館業法5条1号が「宿泊しようとする者が伝染性の疾病にかかっていると明らかに認められるとき」と、非常に狭い拒絶事由を定めている点については、新型コロナウイルス感染症との関係で問題である。ホテル受付の検温で発熱が認められる場合には、宿泊を拒絶することが、感染症対策上望ましいであろう（従業員と他の宿泊客の健康を脅かすおそれがある。）。そうすると、このようなケースで新型コロナウイルス感染症に感染していることが「明らかに認められるとき」と評価できないのであれば、社会的に望ましい行動を抑止する規制になっていることになる。

そこで、宿泊拒絶事由を拡大するという法改正を行うべきである（【選択肢Ⅱ】）。問題は、どのように拡大するかである。基本的な考え方は、使用頻度の高い宿泊拒絶事由を事前に設定しておくということである。宿泊拒絶事由を定型化して用意しておけば、設定にはコストかかるが、適用にはコストがかからない。ここで参考になるのは、都道府県の条例の定めである。筆者の分類では、①迷惑者類型、②法令違反類型、③物理的問題類

71 過剰規制に関しては、吉政知広「消費者法分野における民事立法の形成をめぐって（下）」法時92巻2号（2020年）101頁以下参照。なお、拒絶事由の少なさが問題であるとするならば、【選択肢Ⅲ】の方が解決策としては良いのではないか、すなわち、営業者は禁止規定以外なら自由に設計できるとした方が良くとも考えられる。しかし、筆者は先述のように締約強制にはメリットがあり、また拒絶事由列挙にもメリットがあるため、【選択肢Ⅲ】には否定的である。

72 女性専用ホテルを営業する場合、男性が宿泊契約の申込みをしたときに合法的に拒絶する方法が現行法上存在しない。仮にインターネット上の予約画面で「女性○名」としか申し込めない仕様にする如果能够とすれば、それは宿泊拒絶になるのかという点も問題になりうる。

型、④支払能力類型、⑤会員制類型、⑥正当な事由類型があった。これらを旅館業法 5 条に組み込む形で改正を行うことが考えられる。もっとも、「その他正当な理由」を拒絶事由に含めると、サービスの多様化に資するが、歯止めが利かなくなるおそれはある。事前にルールを定めることが困難であれば、司法に委ねる方がよいが、差別禁止規範を設けるという方法でも、一定程度絞りをかけることはできよう。差別禁止規範を設ける場合、通常の旅館業法違反の宿泊拒絶とは異なるより重い制裁を設けるのも一つの手段である。当然ながら、現行旅館業法 5 条 1 号も改正すべきである。

第 4 結論

以上で検討したように、旅館業法 5 条は次のように改正すべきである
と考える。

第 1 に、締約強制＋宿泊拒絶事由列挙という基本的枠組みは現行法と同じにすべきである。第 2 に、使用頻度の高い宿泊拒絶事由を列挙して法定すべきであるほか、旅館業法 5 条 1 号も拡大すべきである。第 3 に、多様な消費者ニーズに対応できるように正当な理由を根拠に宿泊拒絶できるようにすべきであるが、あわせて差別禁止規範を設けるべきである。

具体的な内容は、今後改めて検討したいと考えているが、おおよその方向性としては、次のようなものを考えている。最も難しいのが、伝染性の疾病である。宿泊しようとする者の健康状態よりも、その者を宿泊させることが「他の宿泊客の健康を害するおそれがあると認められるとき」のような定め方もありうるが、差し当たり、現行法に寄せた規定としておいた。関連して、現行法上も問題となりうるワクチン接種証明書の有無と差別も今後の検討課題としたい。また、会員制などは「正当な理由」に含めればよいと考えたが、別途明記する方が営業者にとっては利益となろう。甚だ不十分ではあるが、本稿が、旅館業法改正の検討材料の一つとなれば幸いである。

旅館業法第5条（改正案）

①営業者は、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、宿泊を拒んではならない。

- 一 宿泊しようとする者が伝染性の疾病にかかっているおそれがあると認められるとき
- 二 宿泊しようとする者が法令に違反する行為をするおそれがあると認められるとき
- 三 他の宿泊者に著しく迷惑を及ぼすおそれがあると認められるとき
- 四 宿泊施設に余裕がないときその他の物理的問題があるとき
- 五 宿泊しようとする者が明らかに支払能力がないと認められるとき
- 六 前五号に掲げるもののほか、宿泊を拒む正当な理由があると認められるとき

②前項各号にかかわらず、営業者は、差別的な理由に基づいて宿泊を拒んではならない。