

大 経 大 法 学

創刊号 2021 年 12 月

企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務

－ 判例総合分析による考察 －

堀竹 学

1

中国債権譲渡規制の沿革と今後の行方

蔡 雯嫻

69

旅客船ツアー契約に関する一事例の検討

－ 身体障害者仕様の船室を健常者の旅客に

割り当てた履行の当否をめぐって －

吉原 知志

116

企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務

－ 判例総合分析による考察 －

堀竹 学

- 1 はじめに
- 2 海外旅行の判例分析
 - (1) バス等事故事件
 - (2) スポーツ傷害事件
 - (3) その他の事件
- 3 国内旅行の判例分析
 - (1) バス事故事件
 - (2) スポーツ傷害事件
 - (3) その他の事件
- 4 旅行サービス提供者と旅行業者の契約上の地位による区分
- 5 企画旅行契約の法的性質と義務の内容の関連
- 6 安全確保義務の具体的内容
- 7 おわりに

1 はじめに

企画旅行契約¹において、旅行中に旅行者に生じる事故について、旅行者が当該契約における旅行サービスの提供者である旅行業者に当該

¹ 旅行業法の平成16年5月27日の改正により、企画旅行契約が創設された。この企画旅行契約は、募集型企画旅行契約と受注型企画旅行契約に

事故の損害の賠償を求めることがある。旅行業法 12 条の 2 において、旅行業者は、旅行者と締結する旅行業務の取扱いに関する契約に関し、旅行業約款を定め、観光庁長官の認可を受けなければならないとしている。また、同法 12 条の 3 において、観光庁長官及び消費者庁長官が標準旅行業約款を定めて公示した場合において、旅行業者が、標準旅行業約款と同一の旅行業約款を定め、または標準旅行業約款と同一のものに変更したときは、その旅行業約款については、前条 1 項の規定による認可を受けたものとみなすとしている。そして、標準旅行業約款の募集型企画旅行契約の部には、3 条において、旅行契約の内容という見出しで、募集型企画旅行契約においては、旅行者が旅行業者の定める旅行日程に従って、運送・宿泊機関等の提供する運送、宿泊その他の旅行に関するサービス（以下「旅行サービス」という。）の提供を受けることができるように、手配し、旅程を管理することを引き受ける旨の規定がある。また、同約款 13 条には、契約内容の変更という見出しで、旅行業者は、天災地変、戦乱、暴動、運送・宿泊機関等の旅行サービス提供の中止、官公署の命令、当初の運行計画によらない運送サービスの提供その他の当該旅行業者の関与し得ない事由が生じた場合において、旅行の安全かつ円滑な実施を図るためやむを得ないときは、旅行日程、旅行サービスの内容その他の募集型企画旅行契約の内容（以下「契約内容」という。）を変更することがある旨の規定がある。標準旅行業約款の受注型企画旅行契約の部

分類される。前者は、平成 16 年改正以前の旧旅行業法の主催旅行、後者は、同旧法の包括料金特約付き企画手配旅行に相当する。鹿野菜穂子「役務契約（2）旅行契約」『民法の争点』254 頁（有斐閣、2007）。

にも、3条において、旅行契約の内容という見出しで、旅行者が旅行業者の定める旅行日程に従って、運送・宿泊機関等の提供する運送、宿泊その他の旅行に関するサービスの提供を受けることができるように、手配し、旅程を管理することを引き受ける旨の規定がある。そして、同約款13条において、契約内容の変更という見出しで、2項に旅行業者は、天災地変、戦乱、暴動、運送・宿泊機関等の旅行サービス提供の中止、官公署の命令、当初の運行計画によらない運送サービスの提供その他の当社の関与し得ない事由が生じた場合において、旅行の安全かつ円滑な実施を図るためやむを得ないときは、契約内容を変更することがある旨の規定があるこれらの規定から旅行業者は旅行者の安全を確保する義務を負っているといえる。

わが国における判例では、募集型企画旅行契約の付随義務として、旅行者の生命、身体等の安全を確保するため、旅行業者が旅行行程の設定および旅行サービス機関の選定にあたって、合理的な判断及び措置を行う義務、いわゆる安全確保義務があることを示してきている。この安全確保義務について、これを安全配慮義務というものもある²。

従来から裁判例は、企画旅行契約の中でも、特に募集型企画旅行契

² 高橋弘「判批」私法判例リマークス別冊法時2号64頁（1991）、國井和郎「判批」判タ736号44頁（1990）など。また、高橋眞「安全配慮義務」『ジュリ増刊新・法律学の争点シリーズ1 民法の争点』197頁でも、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において過去の下級審判例で認められる安全配慮義務の一つの類型として紹介されている。ただし、同書は、最高裁は、①雇用ないし労働契約関係、②自衛隊その他の公務員関係以外は、安全配慮義務の表現を用いることには慎重であることも示している。

約または主催旅行契約において、旅行業者に旅行者に対する安全確保義務を認めてきており、それらの裁判例では、旅行行程の設定および旅行サービス機関の選定にあたって、旅行者の生命、身体等の安全を確保するための合理的な判断をする義務および危険が予想される場合の危険排除措置義務等を示してきている。ただし、その事件の内容は、複数のタイプに分類される。企画旅行契約における旅行業者の旅行サービスの提供は、旅行業者自らが旅行サービスの提供をする場合（旅行業者の従業員等が提供する場合も含む。）と、旅行サービス提供機関に委託することによって提供する場合に分けられる。後者の旅行業者が直接旅行サービスを提供するのではなく、旅行サービス提供機関が旅行サービスを提供する場合の方が多い。

旅行業者が旅行サービス提供者を介して、旅行サービスを提供することになるので、旅行業者が旅行サービス提供機関をコントロールできる程度によって、その債務の内容は異なってくるといえる。すなわち、旅行業者の旅行サービス提供機関に対して直接コントロールが可能な場合には、旅行者の生命、身体等の安全を確保するために、旅行者の安全を確保した企画旅行契約の内容（旅行目的地、旅行日程等）を企画段階で設定し、旅行サービス提供機関を選定すると共に、旅行者に危険が予想される場合にその危険を排除する措置を指示し、遂行させる義務を負っていることになる。旅行者の旅行中の旅行サービス提供をするその時点での危険を排除する措置自体が、旅行者の安全を確保したものか否かが問われることになる。これに対し、旅行業者の旅行サービス提供機関に対する直接コントロールが不可能であり、企画旅行契約の内容（旅行目的地、旅行日程等）の設定、旅行サービス提供機関の選定についてはあまり違いはないが、旅行者の旅行中の安全に危

険を排除する措置については異なってくる。旅行者に危険が予想される場合に旅行業者はその危険を排除する措置を要請はできるが、実際に旅行者の旅行中の旅行サービス提供をするその時点で生じた危険については、それを排除する措置自体については旅行サービス提供機関を直接コントロールできないため、何もできないか、その時点で連絡が取れば適切な措置を要請することができるに過ぎないからである。このように間接的な措置にとどまるのは、旅行業者自らその場にいなかったり、連絡が取りづらかったり、現地旅行サービス提供機関に当該旅行サービス提供を手配することが多かったりする国外の旅行の場合に顕著である。判例も、企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務の内容を検討するにあたって、国外の場合について留意している点がある。そこで、過去の裁判例を①旅行業者自ら旅行サービスを提供した事件、または旅行業者自らは旅行サービスを提供していないが、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできた事件なのか、②旅行業者自らは旅行サービスを提供していないが、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできなかった事件なのか、どちらなのかを注視してみたいと思う。

企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務について、ツアーバスが交通事故に遭遇した傷害事件（バス事故以外にも1件バルーンによる事故がある。）とスポーツ（特にはスクーバダイビング）による傷害事件が複数見られる。ツアーバス交通事故による傷害事件は、そのバスツアーの旅行サービス提供機関であるバス会社の運行によるものであって旅行者の行為が介在することはない。これに対し、スポーツによる傷害事件は、旅行者の行為も介在しているし、旅行者自身も身体に一定の危険があることを認識して行為を行なっている。なお、そ

れ以外の事件では、交通事故やスポーツ事故ほどは旅行者の身体に危険が及ぶ状況ではなかったものである。そこで、バス交通事故事件、スポーツ傷害事件、その他の事件に分類してみる。

そして、旅行業者が旅行サービスの提供にあたり旅行サービス提供機関に間接的にしかコントロールできない場合が多かった国外の場合と、国内の場合とを分けて検討することが妥当であると思われる。特に、国外の場合には、旅行者も国内旅行と比べ現地のことの理解は十分でないので、別に検討した方が良いといえる。そこで、まず、全体を国内旅行と海外旅行に分けた上で、前述の分類にしたがって検討してみたいと思う。なお、本稿の問題を分かりやすく旅行内容による分類を行なっているが、判例は当然ながら時系列にしたがって過去の裁判例を参考にしているので、認識しやすい様に下記にその一覧を示しておく。

- (1) 静岡地判昭和55年5月21日判タ419号122頁、バス事故、フィリピン、責任否定
- (2) 浦和地判昭和57年12月15日判タ494号112頁、パラセーリング事件、バンコク（タイ）、責任否定
- (3) 東京地判昭63年12月27日判タ730号190頁、バス事故、パキスタン、責任否定
- (4) 東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁、バス事故、台湾、責任否定
- (5) 大阪地判平成6年5月30日判タ898号239頁、写真撮影時の転落事故、石川県、責任否定
- (6) 東京地判平成6年8月30日判タ878号261頁、スキー教室事件、

菅平高原、責任否定

- (7) 東京高判平成7年8月31日判時1571号74頁、ダイビング事件、東京都神津島、責任否定
- (8) 大阪地判平成9年9月11日交民30巻5号1384頁、バルーン事件、ケニア、責任否定
- (9) 東京地判平成16年7月30日判タ1198号193頁、ダイビング事件、西伊豆町田子港沖、責任肯定
- (10) 大阪地判平成17年6月8日裁判所ウェブサイト、ダイビング事件、沖縄 旅行業者責任否定（スクール責任肯定）
- (11) 東京地判平成17年6月10日 LEX/DB28131245、島めぐりツアー事件、プーケット島（タイ）、責任否定
- (12) 東京地判平成18年11月29日判タ1253号187頁、マラリア感染事件、南部アフリカ（ジンバブエ共和国、南アフリカ共和国、ボツワナ共和国）、責任否定
- (13) 大阪地判平成20年9月30日交民41巻5号1323頁、バス事故、ソウル（韓国）、責任否定
- (14) 大阪地判平成21年4月20日自保1817号173頁、スキーツアーバス事故、大阪府吹田市、（ただし、旅行業者と旅行サービス提供機関であるバス会社との事件であり、企画旅行契約に基づく損害賠償請求事件ではない）
- (15) 福島地郡山支判平成21年9月4日判時2062号134頁、ダイビング事件、静岡県沼津市、責任否定
- (16) 岐阜地判平成21年9月16日裁判所ウェブサイト、置き去り事件、トルコ、責任肯定（5割過失相殺）
- (17) 東京地判平成25年4月22日 LEX/DB25500937、バス事故、トル

コ、責任否定

- (18) 東京地判平成 25 年 5 月 24 日 LEX/DB25513158、バス空調故障による体調不良事件、新潟県長岡市、責任否定
- (19) 東京地判平成 26 年 10 月 3 日判タ 1414 号 336 頁、ダイビング事件、マブール島 (マレーシア)、責任否定
- (20) 東京地判平成 29 年 12 月 21 日 LEX/DB25551005、峡谷ツアー窃盗事件、アンテロープキャニオン (アメリカ合衆国)、責任肯定 (2 割過失相殺)
- (21) 東京地判平成 30 年 3 月 8 日 LEX/DB25553048、ピースボート地球一周の船旅における同室者の夜尿症による事件、日本船、責任否定

2 海外旅行の判例分析

(1) バス等事故事件

① 静岡地判昭和 55 年 5 月 21 日判タ 419 号 122 頁、バス事故、フィリピン、責任否定、【(1)事件】

本件は、旅行者である原告が、被告の旅行業者の企画したフィリピン旅行でのバス事故により傷害を負ったものである。旅行者である原告が、被告の旅行業者に対して、原告旅行者 X1 と被告旅行業者らとの間に、同原告をマニラ市及びその周辺において自動車によって運送する旨の請負契約が成立した旨主張するが、この点については、判旨はこの事実を全面的に否定している。そして、原告 X1 と被告 Y1 が締結した本件の旅行契約は、被告 Y1 が「あらかじめ旅行日程、旅行条件、実施月日及び販売価格を定め、」参加者を募集したものである。したがって、約款 2 条 1 項という「主催旅行契約」に該当する。よって、被

告の主張によれば、被告 Y1 が、原告 X1 に負担した債務内容は、約款 2 条 1 項によれば、抽象的には「(イ) 運輸機関、宿泊機関、その他の旅行サービス提供機関の旅行サービスの提供に関し、包括して代理・媒介又は取次をすること」及び「(ロ) (イ) に付随して、旅行者の案内、旅券の受給手続の代行その他旅行者の便宜となるサービスを提供すること」のみである。また、被告 Y1 は、原告 X1 の主張のように、本件旅行契約により、被告 Y1 自身が原告 X1 らを安全に運送すること自体を請負ったものとしても、訴外 B 社は、被告 Y1 のいわゆる「真の意味の履行補助者」にはあたらないと主張する。その理は、訴外 B 社は、被告 Y1 とは別個独立の企業体として原告 X1 らの運送債務の全部について履行を引きうけているので履行代行者にあたる。そして、被告 Y1 がこのような履行代行者を使用しうるのは、旅行業が各種の運輸・宿泊、その他の旅行サービス提供機関のサービスを統一かつ簡便に旅客に提供することを本質としていることからであつて、旅行業法 2 条、約款 2 条においてもそれらを当然の前提としているからであるとする。

判旨は、前述のように被告 Y1 自身が原告 X1 らを安全に運送する旨の請負契約を締結したものではないと否定するので、訴外 A 社および B 社は、本件旅行契約の上の被告 Y1 の履行補助者にはあたるか否かは判断していない。ただし、原告 X1 が被告 Y1 に民法 715 条の使用者責任を追及できるか否かを追及するために、被告 Y1 と訴外 A 社および B 社の使用関係の有無については判断している。そして、被告 Y1 が A 社に対し、フィリピンでの観光バスの予約等を依頼し、右 A 社がさらに右 B 社に対し観光バスによる原告 X1 らの運送を依頼しただけでは、使用関係は認められないとしている。被告 Y1 が主張しているように訴外 B 社は、被告 Y1 とは別個独立の企業体として債務を履行していること

から、使用関係があるといえるには、運送の依頼だけでは、旅行業者である被告Y1が訴外B社を実質的に指揮監督していたとはいえないと判断したものと思われる。

なお、判旨は、前述のように被告Y1自身が原告X1らを安全に運送する旨の請負契約を締結したものではないと否定して、旅行業者Y1の旅行契約法上の安全確保義務について、何ら判断しなかった。しかし、被告Yらの主張において、旅行業者においては、履行代行者の利用が積極的に許容されている場合にあたり、その選任・監督に過失のない限り、履行代行者の過失について責任は負わないというべきであるとされている。同判決は今後の判例の潮流となる基準の端緒を示すものである。

② 東京地判昭63年12月27日判タ730号190頁、バス事故、パキスタン、責任否定、【(3)事件】

本件では、判旨は、主催旅行契約の法的性質については、準委任契約類似の無名契約であると解している。その論拠は、①主催旅行契約における旅行サービスのすべてを一旅行業者が旅行者に提供することは實際上不可能であるので旅行サービスの全部又は一部を運送機関、宿泊機関等の専門業者の提供するところに依存せざるを得ないこと、②旅行業者は、実際に旅行サービスを提供する運送機関、宿泊機関等の専門業者を必ずしも支配下に置いているわけではなく、これらの専門業者に対しては、個々の契約を通じて旅行者に提供させるサービスの内容を間接的に支配するしかないこと、③特に当該主催旅行の目的地が海外である場合には、これらの専門業者が外国政府の統治下にあるため、旅行者に提供させるサービスに関する支配は一層制約を受ける

ことになること等を考慮すると、旅行業者において旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配することを引受けることにあるからだとする。すなわち、①様々に存在する旅行サービスを専門業者に依存しなければならない必然性、②旅行業者のそれらの専門業者に対する間接的支配性、③海外旅行の場合における旅行業者の現地専門業者に対する支配性のさらなる減少から、旅行業者は旅行者の旅行サービスの提供を直接的に行えず、旅行者がそれらを受けられるように現地の専門業者に手配することしかできないことを論拠としている。

そして、その法的性質を前提にするが、これに基づく旅行業者の旅行者に対する義務の性質・内容については、以下のように判示する。①旅行は危険性を包含しており、特に海外旅行の場合にはより危険性が高く、一旦事故が生じた場合の救済が困難であるという特殊性があること、②主催旅行契約においては旅行業者が旅行契約の内容（旅行サービスの内容および代金）を一方的に決定し、旅行者はそれを修正することができず、受け入れるか否かの選択しかないこと、③主催旅行契約においては旅行について専門的知識と経験がある旅行業者が企画・実施するものであり、旅行者はその旅行業者が企画・実施する主催旅行の安全性を信頼して主催旅行契約を締結している。これらの状況を考慮すると、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、旅行者の安全を図るため、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排除すべく合理的な措置を採るべき信義則上の義務があるとしている。すなわち、旅行業者は旅行

者の旅行サービスの提供を受けられるように現地の専門業者にただ手配するというわけではなく、安全に旅行サービスが提供されるようにすべき付随的な義務である安全確保義務を負っているとする。ここでの安全確保義務の詳細な義務内容は、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務である。この基準が旅行中のバス事故事件のみならず、その後の判例にも踏襲されることになる。

そして、判旨は、被告である Y が、旅行行程の設定、現地旅行サービス提供機関の選定について十分に調査・検討をしているとした。危険排除措置については、磨耗したタイヤが現地では使用されていることについての十分な調査・検討がなされていなかったとするが、本件事故の直接の原因が摩耗して耐久力が劣化していたタイヤにあることは認めるに足りる証拠がないとして、本件事故と危険排除措置義務の因果関係はないとしている。以上より、被告の債務不履行責任および不法行為責任を否定している。

③ 東京地判平成元年 6 月 20 日判時 1341 号 20 頁、バス事故、台湾、責任否定、【(4) 事件】

本判例は、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁と同じ東京地裁民事第 27 部で判決が下されていることから、同旨の法理論構成が採用されている。まず、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁は、「本約款三条が、主催旅行契約の目的は、被告において旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配することを引き受けることにあるとし、主催旅行契約をもって準委任契約類似の無名契約として規定していることには合理性があるものというべきであ

る。」と述べ、委任契約に準じるものであると明示している。

本判例では、主催旅行契約の法的性質は、約款契約であるとまず述べる。そして、標準旅行業約款については、その制定当時主催旅行契約を請負類似の契約とする立法例のあることが知られていたが、それを採用しなかったとする。その論拠としては、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁が、主催旅行契約の法的性質については、準委任契約類似の無名契約であると解した論拠と同一の内容をそのまま示している。①主催旅行契約における旅行サービスのすべてを一旅行業者が旅行者に提供することは實際上不可能であるので旅行サービスの全部又は一部を運送機関、宿泊機関等の専門業者の提供するところに依存せざるを得ないこと、②旅行業者は、実際に旅行サービスを提供する運送機関、宿泊機関等の専門業者を必ずしも支配下に置いているわけではなく、これらの専門業者に対しては、個々の契約を通じて旅行者に提供させるサービスの内容を間接的に支配するしかないこと、③特に当該主催旅行の目的地が海外である場合には、これらの専門業者が外国政府の統治下にあるため、旅行者に提供させるサービスに関する支配は一層制約を受けることになること等を考慮すると、旅行業者において旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配することを引受けることにあるからだとする。すなわち、①様々な存在する旅行サービスを専門業者に依存しなければならない必然性、②旅行業者のそれらの専門業者に対する間接的支配性、③海外旅行の場合における旅行業者の現地専門業者に対する支配性のさらなる減少から、旅行業者は旅行者の旅行サービスの提供を直接的に行えず、旅行者がそれらを受けられるように現地の専門業者に手配することしかできないことを論拠としているのである。よって、本判例は、標準約款

の諸規定は、少なくとも海外を目的地とする主催旅行契約に関する限り、不合理であるとはいえないと示しており、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁と同様に、請負契約に類似するものでなく、手段債務を内容とする委任契約に準じているものと考えているとみられる。この東京地裁民事 27 部の 2 件の判断基準がその後の判例にも踏襲されることになる。

そして、その法的性質を前提にするが、これに基づく旅行業者の旅行者に対する義務の性質・内容についても、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁と同様に、以下のように判示する。すなわち、①旅行は危険性を包含しており、特に海外旅行の場合にはより危険性が高く、一旦事故が生じた場合の救済が困難であるという特殊性があること、②主催旅行契約においては旅行業者が旅行契約の内容（旅行サービスの内容および代金）を一方的に決定し、旅行者はそれを修正することができず、受け入れるか否かの選択しかないこと、③主催旅行契約においては旅行について専門的知識と経験がある旅行業者が企画・実施するものであり、旅行者はその旅行業者が企画・実施する主催旅行の安全性を信頼して主催旅行契約を締結している。これらの状況を考慮すると、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、旅行者の安全を図るため、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排除すべく合理的な措置を採るべき信義則上の義務があるとしている。すなわち、旅行業者は旅行者の旅行サービスの提供を受けられるように現地の専門業者にただ手配するというわけではなく、安全に旅行サービスが提供されるように

すべき付随的な義務である安全確保義務を負っているとする。ここでの安全確保義務の詳細な義務内容は、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務である。

そして、判旨は、被告である Y が、旅行行程の立案・設定に当たって被告の従業員 3 名を現地に派遣して、旅行行程中のバス行程部分の道路を普通乗用自動車で行き、道路状況の確認及び所要時間の検討等を現実にいき、安全性に問題がないことを確認して本体道路を含む旅行行程を確定していたと認定している。また、台湾では日月潭は著名な観光地であって台湾全周をうたった本件旅行からこれを外し難く、日月潭は山間部に存するために行程の選択は極めて限られていた。被告を初めとして日本および各国の旅行業者が計画・実施している台湾旅行のほとんどが本件道路をバスで通行する旅程となっていることから、本件道路は日月潭と台中を結ぶ交通の頻繁な幹線道路であって、一日に上下合わせて約 220 本の官営及び民営の定期バスが運行されていた。これらを調査したうえで本件旅行行程を確定したものであり、バス行程中においてはみやげ物店に立ち寄る回数も原則として大きな都市毎に 1 回としていたことが認められているので、被告は旅行業者に要求される調査義務を尽くしたうえで本件事故現場を含む道路を本件旅行行程として設定したといえるから、安全な旅行行程を設定すべき義務に違反したとはいえないとしている。

次に、訴外 G は高雄市から大型バス貸出業の営業許可を受けていたこと、B 運転手は、職業運転手の免許を有し、高雄市汽車職業運転手組合にも所属して本件バスを運転する資格を有していた。また、本件事故前の勤務状態も良好であり、事故を起こしたことはなく、台湾にお

いては、現地の手配代行者を通じて運送会社にバス運送を委託した場合に、その会社が手配代行者に通知することなく常日頃下請け的に用いている他社のバスを配車することは広く慣行的に行われていたことが認められ、本件バスに走行をするうえで安全上問題となるような点はなかった。よって、被告が前示の安全な運送サービス提供機関を選定すべき義務に違反したとはいえないとしている。

最後に、旅行行程が外国におけるバスによるものである場合、外国における交通法規、使用されているバスの車種等がわが国と同一ではなく、バスの整備および運転が整備士および運転手等の専門的知識・技術を有する者によって行われるべきものであり、添乗員は旅行業法上かかる専門的知識・技術を修得することが資格要件とされておらず、添乗員がバスの走行中に運転手に注意・指示等を与えることはかえって事故を発生させる原因となりかねない。これらのことを考慮して、添乗員の危険排除措置義務は、バスが車体の老朽または著しく摩耗したタイヤが装着されている等外観から使用することが危険であると容易に判断しうるときに当該バスを使用させない措置を採り、酩酊運転、著しいスピード違反運転または交通規制の継続的無視のような乱暴運転等事故を惹起する可能性の高い運転がされているときにかかる運転をやめさせるための措置を採り、かつ、台風や豪雨等一見して危険とわかる天候となったときに旅程変更の措置を採るべきことに尽きるものと解している。このようなことから、本件事故に係る事実関係からすると、C または E が B 運転手に対し、本件バスの運転をやめさせたり、その他の措置を講じたりする義務を負うに至ったとまでいえないとしている。

以上の事実認定より、旅行行程の設定、現地旅行サービス提供機関

の選定について十分に調査・検討をし、危険排除措置義務もないとして、被告の債務不履行責任を否定している。

④ 大阪地判平成9年9月11日交民30巻5号1384頁、バルーン事件、ケニア、責任否定、【(8)事件】

本件は、旅行者 X1 および X2 が旅行者 Y に対し、ツアー内容の乗船バルーンの事故により傷害を負ったことに対し、主催旅行契約上の安全確保義務違反に基づく損害賠償請求したものである。X らと Y の間で本件の旅行契約が主催旅行契約か手配旅行契約かで争っているが、判旨は、どちらの契約でも旅行者に旅行者に対する安全確保義務は負っているので、この点については詳細には判断していない。

どちらの契約であっても、旅行者者において旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配することを引受けている。主催旅行契約においては、旅行者が旅行契約の内容（旅行サービスの内容および料金）を一方的に決定し、旅行者はそれを修正することができず、受け入れるか否かの選択しかない。これに対し、手配旅行契約においては、旅行者が旅行サービスの内容の一部について決定することもあり、また修正することもできる。しかし、東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁が主催旅行契約の特徴として示した①旅行は危険性を包含しており、特に海外旅行の場合にはより危険性が高く、一旦事故が生じた場合の救済が困難であるという特殊性があること、②旅行契約においては旅行について専門的知識と経験がある旅行者が全部と一部の違いはあっても企画・実施するものであり、旅行者はその旅行者が企画・実施する主催旅行の安全性を信頼して旅行契約を締結している

点については、手配旅行契約も同様といえる。そこで、どちらの契約であってもこれらの状況を考慮すると、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、旅行者の安全を図るため、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排除すべく合理的な措置を採るべき信義則上の義務があるとした判旨は妥当であると解する。

また、判旨は、旅行業者は、旅行者に対し、自ら旅行サービスを提供する義務を負うものではなく、旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配をする義務を負うにすぎないとする標準約款と同一の内容の約款の内容についても、旅行業者が全ての旅行サービスを提供することは實際上不可能であること等を考えると、不合理なものではないとしている。これも東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁および東京地判平成元年 6 月 20 日判時 1341 号 20 頁と同様の判断である。そして、旅行業者が旅行サービスの提供の手配義務を負っているにすぎないことから、現地の旅行サービス提供者は、旅行業者の履行補助者ではないとしている。

これに対し、旅行業者が同行させた添乗員については、旅行業者の履行補助者としている。そして、添乗員は当該旅行に同行しているのだから、当該旅行の具体的状況に応じ、旅行者の安全を確保するよう適切な措置をとるべき義務を負っていると判断している。旅行業者の指示で同行させた添乗員は、旅行業者の旅行契約上の債務の履行にあたって使用している者であるので、旅行業者の履行補助者と解することは妥当である。ただし、本件では、パイロットが強風を理由に飛行延

期を申入れたのに対し、添乗員が何とか日程消化のため今日中に熱気球を飛行してほしい旨要請したことは、当時の状況から必ずしも危険であったとは認識できないとして、安全確保義務に反するものとはしていない。

⑤ 大阪地判平成20年9月30日交民41巻5号1323頁、バス事故事件、ソウル（韓国）、責任否定、【(13)事件】

本件は、原告である旅行者が、被告が企画・募集した韓国ソウル観光ツアー中に、ツアーの現地の専用バスでの事故によって傷害を負ったものである。

判旨は、旅行契約において旅行業者である被告が旅行者である原告に対して負担する債務の内容は、運送・宿泊機関等からのサービスの提供を原告が受けられるように手配し、旅程を管理することにあると解されるから、原告と被告の間に旅客運送契約関係が成立すると解することは困難であるとしている。旅行業者の募集型企画旅行契約の債務は、基本的には旅行サービスの提供の手配であって、旅行サービス自体を提供することではない。現地のバス会社は、現地の独立した法人であって、旅行業者の債務の履行に使用されているわけではないので、旅行業者の履行補助者ではない。よって、旅行業者と旅行者が旅客運送契約を締結しているとは解せないので、判旨は妥当である。

次に、旅行業者（被告）が募集型企画旅行契約上の付随義務として安全確保義務（旅行者（原告）の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務）を負うことに対しては、当事者間に争いがなく、判旨もそのまま認めている（考え方にもよるが、法律判断なので、弁論主義の第二テーゼが適用されることは

ないと解される)。その上で、①旅行行程の設定義務については、盛土まで調査できないこと、②旅行サービス機関の選定義務については、旅行先の国における法令上資格あるバス会社と運転手を選定していること、③危険排除措置義務については、旅行業者の履行補助者である添乗員は、運送は基本的に運転手によってなされるものであり、運転手による運送が一見して危険なものと判断できる場合に限り、これを止めさせる措置を講じるべき義務があり、そこまでの運転ではなかったことから、安全確保義務違反（過失）はなかったとしている。やはり、本件の旅行契約上の旅行サービスの提供を旅行業者が直接に履行または支配するものではない。そして、本件の事故が生じてしまった危険性の程度からして、安全確保義務の具体的な義務内容である旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務の程度をこのように判断したことは妥当であると解する。

⑥ 小括

まず、①静岡地判昭和 55 年 5 月 21 日判タ 419 号 122 頁では、旅行業者においては、旅行サービスの提供について他の機関（特に現地の機関）に行ってもらうことを是認し、その選任・監督に過失のない限り、その旅行サービス提供機関の過失について責任は負わないとしている。旅行業者が現地旅行サービス提供機関を直接コントロールできなかった事件である。次に続く②東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判タ 730 号 190 頁の判旨の端緒となっている。そして、この東京地裁の昭和 63 年判決が、判例におけるその後の安全確保義務の内容の基準となっている。それは、バス事故等の交通事故にとどまらず、スポーツ傷害事件やその他の事件についても一般的な基準となっているといえる。また

同判決は海外旅行特有の事項に言及する部分もあるが、国内旅行においてもその部分を除きあてはまる論拠を示している。同判決は東京地裁民事第27部で判決が下されており、その直近の③東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁でも、ほぼ同内容の判事事項が示されている。

②東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および③東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁の判旨では、旅行業者の旅行者に対する安全確保義務として、直接に旅行者の安全を確保する措置が講じられないことをまず示している。その論拠は、①旅行サービス提供を専門業者に依存せざるを得ない現実、②旅行業者の旅行サービス提供の専門業者に対する間接的支配性、③外国統治下のための現地専門業者に対する旅行業者の支配性のさらなる減少かである。これに対し、旅行者の立場への配慮も示している。①危険性を内包しているそもそもの旅行（特に海外旅行）の性質、②主催旅行契約（現在では募集型企画旅行契約）においては旅行業者が提示した旅行契約の内容を旅行者は受け入れるか否かの選択しかないこと、③主催旅行契約においては旅行について専門的知識と経験がある旅行業者が企画・実施するものであり、旅行者はその旅行業者を信頼するしかない（情報格差がある）点である。

その結果、旅行業者は旅行サービスの提供を直接的に行えず、旅行者がそれらを受けられるように現地の専門業者に手配することしかできないが、旅行業者とは情報格差があり、その旅行業者を信頼している旅行者に対して旅行業者はできる限り安全を確保する義務を負わせるべきであるといえる。これらの2件の判例の判旨も、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義

務として、旅行者の安全を図るため、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等に関し、あらかじめ十分に調査・検討し、専門業者としての合理的な判断をし、また、その契約内容の実施に関し、遭遇する危険を排除すべく合理的な措置を採るべき信義則上の義務があるとしている。要約すると、安全確保義務の詳細な義務内容は、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務である。そして、これらの2件の判例でも、旅行業者は現地旅行サービス提供機関（バス会社）を直接コントロールできなかった事件である。

その後の判例である④大阪地判平成9年9月11日交民30巻5号1384頁も⑤大阪地判平成20年9月30日交民41巻5号1323頁も、まず現地旅行サービス提供機関（ハルレーン飛行会社、バス会社）は、旅行業者の履行補助者ではないとしている。これらも旅行業者が現地旅行サービス提供機関を直接コントロールできなかった事件である。その上で、②東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および③東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁が示した安全確保義務の義務内容としての旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務に違反がないか判断している。

以上のとおり、いずれの事件も旅行業者が現地旅行サービス提供機関を直接コントロールできなかった事件であり、②東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁以降の判例は、安全確保義務の義務内容としての旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務に違反がないか判断し、いずれも旅行業者の責任を否定しているものである。

（2）スポーツ傷害事件

① 浦和地判昭和57年12月15日判タ494号112頁、パラセーリング事件、バンコク（タイ）、責任否定、【(2)事件】

本件では、原告X1は、現地における観光会社Aのオプションツアーのパラセーリングを行なって、傷害を負ったものである。当該オプションツアーの募集に際しては、被告Y2が説明し、その料金を徴収したが、これは訴外A会社の現地案内人（タイ人）の説明を適確に伝えるための便宜的な措置なものであった。このような被告Y2の行動から、当該オプションツアーの募集が被告Y1会社によってなされたものと認めることはできないと判旨は示している。

このことから、判旨は、本件旅行契約における日程中に、原告X1がパタヤ市観光の時間と自由時間とを利用し、現地における訴外会社との間に締結されたオプションツアーの契約は本件旅行契約とは別個の契約によってなされたものである。よって、被告Y1会社ないし被告Y2が右オプションツアーに添乗する旨の特約がなされていなかったことから、被告Y2が右オプションツアーに添乗する義務を導き出すことはできないとしている。さらに、既にパラセーリングの経験を有する原告X1はその危険性を知りながらこれを行なったことから、被告Y2において右原告X1に対しパラセーリングの危険性を具体的に説明する義務は存在しなかったとしている。

以上より、判旨は、旅行者である原告X1が旅行契約における旅行日程中に、旅行業者と関係なく、自らの意思で現地の別の旅行契約上のパラセーリング等によって生じた事故については、旅行業者には添乗（同行）義務、安全確保義務は生じないということを示した。その旅行

業者がその別のパラセーリング等の旅行契約締結のサポートをしたとした場合にでもある。ただし、旅行業者において、その別の旅行契約の内容のパラセーリング等が危険である等の認識があった場合には、安全確保義務の不履行と認定される可能性がある。しかし、本件のように旅行者において当該ツアー参加に積極的で、危険を知らせても参加してしまうような場合には、それを引き留めらせるまでの義務はないように思われる。旅行者における危険の引受けがなされていることから、旅行業者の義務違反にはならないと解される。

② 東京地判平成26年10月3日判タ1414号336頁、ダイビング事件、マブール島（マレーシア）、責任否定、【(19)事件】

本件は、募集型企画旅行契約上のスキューバダイビングの実施という旅行サービスの提供を旅行者が現地法人から受け、そのダイビングにより負った傷害の賠償を当該旅行者が契約相手方である旅行業者に請求しているのが本件である。

判旨は、本件においても、従前の判例のように、旅行業者に旅行者に対する安全確保義務を認めてきており、判旨が示した旅行行程の設定および旅行サービス機関の選定にあたって、旅行者の生命、身体等の安全を確保するための合理的な判断をする義務および危険が予想される場合の危険排除措置義務等を示してきている。そして、旅行業者が、旅行サービス提供機関を手配する義務を負うにとどまると認められる以上、現地ガイドは被告の履行補助者とは認められないとしている。したがって、現地ガイドの作為・不作為が直接的に旅行業者の作為・不作為となることはない。

また、判旨は、判旨は、旅行業者が瑕疵のない旅行サービスを提供す

る義務を負うか否かは、契約の法的性質が請負契約であるか否かによって左右されるものではないとしている。東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁が主催旅行契約の法的性質を準委任契約類似の無名契約であると解しているのとは異なる。募集型企画旅行契約の法的性質を請負か委任かというように一義的に決して結論を導くことは適切でなく、どちらの性質も有し、旅行契約上のどの部分に請負的性質を認めるべきか着目すべきであるとする考えがある。企画旅行契約は、旅行業者が直接的に旅行サービスを提供する場合もあれば、間接的にしか提供できない場合もあり、契約内容が様々なので、旅行契約の債務の内容で性質を認めていくべきであり、妥当な考えであると解する。

旅行業者は自らに關係する添乗員等がいなければ、直接旅行者の安全を図る対応はできない（特に海外旅行の場合）のであるから、旅行業者としては、自ら企画している旅行行程が安全に設定されているか、そして、現地で旅行サービスを提供する機関が適切か、さらに旅行サービスにより生じうる可能性を回避するための準備（例えば、旅行サービス機関への旅行者の安全確保のための方策の徹底）くらいしかできることはない。そして、判旨は、旅行業者が選定した旅行サービス提供機関について、ライセンスを取得していること、これまで重大事故が生じたことのない実績があることから、安全確保のための旅行サービス機関の選定義務違反はないとしている。また、ダイビングツアーを提供するにあたりリスク評価の旅行サービス提供機関から旅行者への説明がなされていること、ダイブマスターを同行させていることから危険排除措置義務に違反していないとする。最後に、本件契約が減圧症のリスクを顧みることなく多時間にわたってダイビングを行ったり、飛行機に搭乗する時間を考慮することなくダイビングを行ったり

することが可能な旅程を定めたものであると認めることはできないとして、安全確保のための旅行行程の設定義務違反もないとしている。

③ 小括

まず、①浦和地判昭和 57 年 12 月 15 日判タ 494 号 112 頁については、旅行業者が旅行者と締結した募集型企画旅行契約とは別に、旅行者が現地ツアーサービス提供機関と締結した契約により生じた傷害である。判旨は、旅行業者には添乗（同行）義務、安全確保義務は生じないということを示した。特に、本件のように旅行者において当該ツアー参加に積極的で、危険を知らせても参加してしまうような場合であり、旅行業者に責任を問うような状況ではないといえる。

次に、②東京地判平成 26 年 10 月 3 日判タ 1414 号 336 頁であるが、旅行業者が手配したダイビングツアーによって生じた傷害であり、こちらがまさに旅行業者の安全確保義務違反か否かが問題になる判例である。まず、判旨は、現地旅行サービス提供機関は旅行業者の履行補助者とは認められないとしている。旅行業者が現地旅行サービス提供機関を直接コントロールできない事件である。その上で、ダイビング事件においても、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁および東京地判平成元年 6 月 20 日判時 1341 号 20 頁が示した安全確保義務の義務内容としての旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務に違反がないか判断している。

（3）その他の事件

① 東京地判平成 17 年 6 月 10 日 LEX/DB28131245、島めぐりツアー

一事件、プーケット島（タイ）、責任否定、【(11)事件】

本件は、原告らの妻または子である e が、被告が主催したタイのプーケット島の観光ツアーに参加して海水浴場で溺死したものである。

判旨は、一般的に主催旅行契約を締結した旅行業者は、旅行サービスの提供について手配し、旅程を管理する義務を負うのみならず、信義則上これに付随して、一定の場合に、サービス提供機関や旅行目的地における様々の危険性について、これを調査し、予測される危険を回避ないし排除するための合理的措置をとるとともに、旅行者に対し危険性を告知すべき義務があることは否定できないと判示している。すなわち、主催旅行契約において旅行業者に安全確保義務があるとしている。そして、東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁が示したように、安全確保義務について、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務にとどまらず、旅行者に対する危険性の告知義務もあるとしている。ただ、この旅行者に対する危険性の告知義務も、旅行者にツアーの一部に危険性があることを告知することによって、ツアーの危険排除措置をすべきとするものと捉えることができる。よって、旅行者に対する危険性の告知義務も危険排除措置義務の一つの要素であると考ええる。したがって、判旨においても、東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁が示したように、安全確保義務の内容を捉えているといえる。

ただし、本件では、旅行業者は一定の場合には当該海水浴場で遊泳禁止になることをツアー小冊子には記載しており、現地日本語ガイドも同様のことを説明していた。そして、判旨は、本件のような海水浴場

であるβビーチについて、旅行業者である被告が、その地形的、海浜海流の条件を調査し、その危険性をeに告知すべき義務があったものとは認められないとして、被告に不法行為責任および債務不履行責任を否定している。

② 東京地判平成18年11月29日判タ1253号187頁、マラリア感染事件、南部アフリカ(ジンバブエ共和国、南アフリカ共和国、ボツワナ共和国)、責任否定、【(12)事件】

本件は、旅行者が旅行業者と締結した主催旅行契約に基づきアフリカ旅行をした際に、マラリアに罹患し、死亡したことについて、旅行業者がマラリアの危険性を告知する義務及びツアー後の注意喚起義務を怠ったと主張して、当該旅行者の遺族が損害賠償を請求した事件である。

判旨は、主催旅行契約における旅行業者の安全確保義務の存在を判示するにあたって、以下の論拠を示している。まず、①旅行は、人の場所的移動を伴うことから、旅行者が事件等遭遇の危険性を相当程度（特に、海外の場合はより高度になる）内包していること、②企画旅行契約は、旅行業者が、旅行計画を作成した上で、旅行者との間で締結するものであって、その内容を旅行者は修正できないのが通常であること、③旅行業者は、旅行に関する専門業者であるから、専門的な知識・経験を用いて、締結した企画旅行契約に係る旅行を安全かつ円滑に実施することが、求められるとともに、旅行者もそれを信賴しているのが通常であることを挙げている。

そうであるならば、旅行業者は、主催旅行契約の相手方である旅行者に対し、主催旅行契約上の付随義務として、旅行者の安全を図るた

め、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等について、あらかじめ十分に調査・検討し、仮にその主催する旅行に関して、社会通念上、旅行一般に際して生じ得る可能性がある各種の危険とは異なる程度の高度の発生可能性を有する格別の現実的危険が存在する場合には、当該危険に関する情報を旅行者に対して告知すべき信義則上の義務があるものというべきである、としている。

東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁が示した安全確保義務の具体的内容については、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務は同一である。

そして、危険排除措置義務に関し、本件では、危険性の告知義務については、マラリア罹患の危険性の存在自体は否定し難いものの、旅行一般において生じ得る各種の危険と比べて、ことさらその可能性が高いものと認めることはできず（なお、渡航地が南アフリカ地域である以上、わが国と同等の安全、衛生状態を期待することができないこと自体は、社会通念上当然に旅行者においてことさら告知を受けるまでもなくこれを了知していたものというべきである。）、被告において旅行者に告知すべきものではないとしている。また、ツアー後の注意喚起義務については、旅行業者としては、原則として帰国後の体調管理に関する情報提供や注意喚起を行う義務を負うことはなく、例外的に、罹患の危険性の高い疾病等があった事実を認識した場合や、旅行者自身の申し出、問合せがあった場合に、適切な措置を講ずる義務を負うにとどまるものというべきであるとし、旅行業者の責任を否定している。

③ 岐阜地判平成21年9月16日裁判所ウェブサイト、置き去り事件、トルコ、責任肯定（5割過失相殺）、【(16)事件】

本件は、募集型企画旅行契約において旅行者がツアー中にツアー専用バスに乗車させてもらえずに、置いていかれ、精神的損害を被ったとして、旅行業者に選択的に使用者責任に基づく損害賠償と旅行契約に付随する義務の不履行に基づく損害賠償請求をしているものである。本件では、旅行業者の従業員が添乗員として同行している。また現地ガイドも旅行業者の手足となって旅行サービス提供という債務を履行するもので、当該現地ガイドも旅行業者の履行補助者と認められる。ただし、本件事故後、別の日本人旅行者の車に同乗し、当該旅行者を除く参加者らより3分ほど遅れて観光目的地に到着している。また、旅行業者は、本件旅行後、当該旅行者に対し、5000円分の商品券を交付した。

判旨は、添乗員は、旅行業務取扱主任者又は旅程管理主任者の資格をもって業として団体旅行に付き添う者であり、社会通念上、旅行者の生命、身体、財産等の安全を確保するため、旅行日程中、その契約内容の実施に関して遭遇する危険を排除すべく合理的な措置をとるべき義務があると示している。旅行サービスの提供に直接関与し、現場にいる添乗員であるので、企画旅行契約における旅行業者が負っている安全確保義務のうちの危険排除措置義務があるとするのである。旅行サービスの提供に直接関与し、現場にいることから、他の機関に旅行サービスを手配する場合とは異なり、この危険排除措置義務はより高度なものが要求される。判旨は、添乗員は旅行者全員がバスに乗り込んでいるか点呼して確認すべきであるか、または現地ガイドにその点呼して確認させることを依頼するにしても、現地ガイドがその確認作

業をしっかりと確認すべきであったとしている。よって、旅行業者は、旅行者に対し、民法715条に基づく損害賠償義務があると

ただし、判旨は、自由行動時間ではないので、旅行者には個人行動を慎む義務があったにもかかわらず、その義務を果たさなかったことにより、5割の過失相殺を認めている。

④ 東京地判平成29年12月21日 LEX/DB25551005、峡谷ツアー窃盗事件、アンテロープキャニオン（アメリカ合衆国）、責任肯定（2割過失相殺）、【(20)事件】

本件は、旅行業者と旅行者が締結して募集型企画旅行契約の外国旅行の旅程中に、旅行者が旅行業者の関連会社Y2から派遣してもらった添乗員の対応とも関連して、現金の盗難被害に遭ったものである。旅行者に盗難被害による精神的損害はあるとするものの、直接的に身体的損害を被ったという事案ではないために、多数存在する裁判例とは異なる事件である。

判旨は、企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務の存在を判示するにあたって、以下の論拠を示している。まず、①旅行は、人の場所的移動を伴うことから、旅行者が事件等遭遇の危険性を相当程度内包していること、②企画旅行契約は、旅行業者が、旅行計画を作成した上で、旅行者との間で締結するものであって、その内容を旅行者は修正できないのが通常であること、③旅行業者は、旅行に関する専門業者であるから、専門的な知識・経験を用いて、締結した企画旅行契約に係る旅行を安全かつ円滑に実施することが、求められるとともに、旅行者もそれを信頼しているのが通常であることを挙げている。これらの事情を考慮して、旅行者との間で企画旅行契約を締結した旅行業者は、

企画旅行の実施に当たり、旅行者がその生命、身体、財産等に対する危険に遭遇することを客観的に予測し得る場合、旅行者に対し、企画旅行契約上の付随義務として、当該危険を排除するための合理的な措置を採り、もって、企画旅行の安全を確保すべき信義則上の義務を負うものと解するのが相当である、と判示する。

次に、判旨は、添乗員に対しても、企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務を肯定している。その論拠は、旅行の添乗員は、旅行者に同行し、企画旅行の円滑な実施を確保するのに必要な業務を行う者として旅行業者により選任される者である。よって、企画旅行契約を締結した旅行業者の履行補助者に当たるとともに、企画旅行のために旅行業者によって使用される者に当たる。このため、企画旅行の添乗員も、旅行者がその生命、身体、財産等に対する危険に遭遇することを客観的に予測し得る場合、旅行者に対し、当該危険を排除するための合理的な措置を採り、もって、企画旅行の安全を確保すべき注意義務を負うものと解するのが相当である、と判示する。

そして、判旨は、当該添乗員が旅行者に対し、盗難防止のための注意喚起義務、監視義務を果たしたものと認めていない。よって、当該添乗員に安全確保義務違反があることから不法行為責任を認めている。また、旅行業者も当該添乗員を本件ツアーの派遣添乗員として使用したから、当該添乗員の安全確保義務違反により、民法 715 条 1 項に基づき使用者責任を認めている。ただし、判旨は、旅行者も盗難に遭うことも予測し得たものといえるため、盗難に遭う危険や盗難に遭った際の被害額を減らす努力をすべきであったとして、2 割の過失相殺を認めている。

なお、被告 Y2 は、当該添乗員の雇用主ではあるものの、本件ツアー

に同行した添乗員の派遣元にすぎない。使用者責任について定めた民法715条1項の「ある事業のために他人を使用する」とは、自己の仕事のために他人を事実上指揮監督して当該仕事に従事させることをいうものと判旨は示し、本件ツアーの実施は、被告Y1社の仕事であって被告Y2の仕事でないとする。また、被告Y2が本件ツアーの実施のために被告Cを事実上指揮監督したことはないと認定している。したがって、被告Y2には、使用者責任を否定している。

⑤ 小括

①東京地判平成17年6月10日LEX/DB28131245、②東京地判平成18年11月29日判タ1253号187頁、④東京地判平成29年12月21日LEX/DB25551005については、旅行業者の旅行者に対する注意喚起義務が、③岐阜地判平成21年9月16日裁判所ウェブサイトについては、安全確保義務のうちの危険排除措置義務が、また④東京地判平成29年12月21日LEX/DB25551005については、監視義務も問題となっている。

①東京地判平成17年6月10日LEX/DB28131245での遊泳禁止地域の注意喚起については、旅行業者のツアー小冊子への記載、現地での日本語ガイドの説明等をしている。それ以上に旅行業者が地形的、海浜海流の条件を調査してまでの注意喚起義務は不要であるとしている。旅行業者が手配した現地日本語ガイドを旅行業者が直接コントロールできるか否かは判断していないが、旅行業者のツアー小冊子への記載があり、現地日本語ガイドも実際に説明しているので、旅行業者の責任が問題とはならなかった事件である。②東京地判平成18年11月29日判タ1253号187頁でのアフリカでのマラリア感染に対する危

険性告知義務および帰国後の注意喚起義務については、旅行業者が直接行うことができる義務である。しかし、その危険性がそれほど高いものとは認識できないし、また帰国後の体調管理は旅行者自身が行うべきであることから、そもそもそれらの義務を否定している。

③岐阜地判平成21年9月16日裁判所ウェブサイトについては、添乗員（旅行業者従業員）は旅行者全員がバスに乗り込んでいるか点呼して確認すべき（安全確保義務のうちの危険排除措置義務）であったとして、旅行業者に民法715条の使用者責任を認めている。旅行サービス提供者が旅行業者の従業員なので、旅行業者が直接コントロールできる場合であり、従業員の措置がそのまま責任追及の対象となっている。

④東京地判平成29年12月21日LEX/DB25551005については、添乗員は旅行業者が関連会社から派遣してもらった添乗員なので、旅行業者の履行補助者に当たるとともに、企画旅行のために旅行業者によって使用される者に当たる。旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできる事件である。判旨は、当該添乗員が旅行者に対し、盗難防止のための注意喚起義務、監視義務を果たしていないので、旅行業者に民法715条の使用者責任を認めている。ただし、旅行者においても盗難防止のための努力が必要であったとして2割の過失相殺をしている。

以上より、バス等事故事件、スポーツ傷害事件と異なり、その他の事件では、旅行業者が旅行者に対する注意喚起、点呼確認等の旅行者の安全確保のための告知に関するものが専らである。これらは、旅行業者自身が事前・事後に告知したり、従業員等の自らの添乗員に告知させたりするもので、旅行業者が旅行サービスを自ら提供するか、旅

行サービス提供機関を直接コントロールできる事件ばかりであった。また、これらの事件では、旅行者側にも過失があった。特に、①東京地判平成17年6月10日LEX/DB28131245、②東京地判平成18年11月29日判タ1253号187頁のように、旅行について専門家ではない旅行者でも認識できる内容も考慮して、旅行業者にどの範囲まで告知させる義務を負わせるか問題となりうる。

3 国内旅行の判例分析

(1) バス事故事件

- ① 大阪地判平成21年4月20日自保1817号173頁、スキーツアーバス事故、大阪府吹田市、（ただし、旅行業者と旅行サービス提供機関であるバス会社との事件であり、企画旅行契約に基づく損害賠償請求事件ではない）、【(14)事件】

本件は、スキーツアーを主催した旅行業者（本訴は被告）が、反訴として、そのツアーの旅行サービス提供（バス運行）者であるバス会社（本訴は原告）に対し、当該バス会社が当該ツアー中に起こした事故に基づく損害賠償を請求している。このように旅行業者とその委託先である旅行サービス提供者との間の事件であり、旅行業者と旅行者間の企画旅行契約に基づく損害賠償請求事件ではない。ただし、旅行契約に関する問題として、判旨の中でも重要なものは、当該事故に対する旅行業者の過失割合の判断に関するものであるので、掲載しておく。

本件事故の直接の原因は、バス会社の従業員（運転手）の居眠り運転によるものである。その居眠り運転は、当該運転手を一人で長時間運転させたことによる過労を起因としている。この原因について、旅行業者の従業員から他Bツアーのために臨時便を運行させるよう求めら

れ、これを断り切れずに運転手の配置換えをしたためである。その結果被告のための定期便（本件バス便）の運転手の交代要員がなくなることは、旅行業者の当該従業員も了承していたものである。したがって、本件事故に対して旅行業者にも相当程度の責任があるとしている。

ただし、本件事故の直接の原因は、バス会社の従業員（運転手）の居眠り運転であるから、本件事故について第一次的な責任を負うのは、あくまでバス会社であるとする。また、バス会社が当該従業員（運転手）に対し、本件事故当日まで2か月以上にわたり、毎日のようにバスの長距離運転を含む長時間の労働をさせており、そのため、Aが日常的に相当な過労状態にあったという、原告の労務管理上の問題があった。このことから、本件事故発生に対する旅行業者の寄与の程度をさほど重視できないとする。さらに、臨時便の運行をバス会社に強く求めていたのはあくまで他Bツアーであって、旅行業者の従業員は、バス会社の従業員に対し、電話で数回程度、臨時便の運行要請をただけにすぎない。バス会社の従業員が真にバスの運行の安全を最優先に考えるのであれば、他Bツアーおよび旅行業者の従業員の要請を断るべきであったとする。

これらの事情等々により、旅行業者が被った損害額につき、2割の過失相殺をするのが相当としている。本件では、判旨は、まず、旅行業者が被った損害のうち正当なものを損害額として認めている。その上で、旅行業者が旅行サービス提供者であるバス会社に対し、運転手一人での長時間運転に対する要請をし、当該バス会社が断りきれないでいることを捉え、本件事故の損害に対して旅行業者にも一定の寄与があると判断している。これは、旅行業者が手配し、その手配先である旅行サービス提供者に対して、企画旅行の趣旨から一定の要望を出すと

いう関係である。よって、旅行業者が旅行サービス提供機関を一定程度直接コントロールできる場合であるといえることから、企画旅行における事故の責任の分担としては妥当であると考ええる。

（2）スポーツ傷害事件

① 東京地判平成6年8月30日判タ878号261頁、スキー教室事件、菅平高原、責任否定、【(6)事件】

本件では、B高校が公立高校であるので、その設置都道府県であるY1が被告となっているが、実質的にはB高校の責任をまず問うものである。また、本件のスキー教室は、Y2会社がB高校に委託されて本件スキー教室の企画を立案し、そのスキー教室合宿という旅行サービス提供の手配をしている。よって、旅行業者であるY2会社にも責任を問うものである。

まず、判旨は、Y1には、本件スキー教室が課外活動としてB高校の教育活動の一環をなすことから、D教諭ら教育活動にあたるすべての教諭には、本件スキー教室を実施するにあたり、亡Aら生徒全員の生命・安全を保護すべき一般的な注意義務があるとしている。その上で、D教諭をはじめB高校の教諭らには、関連する事実の認定から、事前準備や現場での対応（特に病院への搬送）等の安全配慮義務に反しているとはいえないとしている。また、看護婦Cについても、同様に、事前準備や現場での対応等の安全配慮義務に反しているとはいえないとしている。なお、看護婦CはY1の指揮監督下にあるという原告の主張に対し、看護婦Cには安全配慮義務違反がないことから、Y1には民法715条が定める使用者責任の前提を欠くとしている。このようなことから、看護婦CがY1の指揮監督下にあるか否かの判断は具体的に

されていない。

次に、判旨は、旅行業者 Y2 の責任について判断している。旅行契約における責任追及の問題の解釈については、この判示事項が該当する。判旨は、本件旅行契約は手配旅行約款という手配旅行契約であり、被告 Y2 会社としては旅行者である B 高校が看護婦付添い等の旅行サービスを享受できるよう旅行サービス提供者を手配すれば足りるとする。そして、被告 Y2 会社自身が付添い看護婦等を雇用し、または使用して旅行サービスの提供者となるものではないとしている。さらに、被告 Y2 会社と C 看護婦の間には使用者責任の成立を認めるべき実質的な指揮監督関係もなかったとしている。したがって、被告 Y2 会社には、C 看護婦と学校側の事前打ち合わせの機会を確保する等の事前準備をする義務があるとはいえないとしている。

旅行業者が負う安全確保義務の詳細な義務内容は、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁【(3) 事件】および東京地判平成元年 6 月 20 日判時 1341 号 20 頁【(4) 事件】が示したように、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務である。スキー教室の現地の状況（スキー場の安全性、気候、医療機関の設置状況等々）の調査・危険排除や、さらに危険排除では付添い看護婦の手配等の不測の事態に対する準備等が、旅行業者が負う安全確保義務であるといえ、B 高校の生徒の健康状況等を把握して対処することまでは、旅行業者が負う安全確保義務ではないことから、このように判断したものと思われる。

② 東京高判平成 7 年 8 月 31 日判時 1571 号 74 頁、ダイビング事件、東京都神津島、責任肯定、【(7) 事件】

本件は、ダイビングツアーは、スクーバ・ダイビングの講習会、ダイビングツアーの主催、ダイビング器材の販売等を業とする Y2、およびスクーバ・ダイビング用器材のレンタル及び販売等を行う店を営営する Y3 が共催したもので、その両社の取締役である Y1 自身が当該ツアーの参加者の引率、指導を担当しているものである。

まず、判旨は、本件事故現場となった所に亡 A が行った点について、Y1 が亡 A に対し踊り場の存在と位置を説明して踊り場で用を足すことを勧めたものと認定している。その上で、高波にさらわれたのか、足を滑らせたのか、そのいずれであるにせよ、被控訴人 Y1 において亡 A に対し本件岩場で用を足すことを勧め、用を足す場所として踊り場を指示することがなければ、亡 A が前記のような危険のある踊り場に行くことはなく、外洋に落ちることもあり得なかったとする。また、結局、亡 A が溺死するに至ったのは、外洋に落ちてから救助されるまで約 1 時間も荒れた海面に放置された結果というべきであるから、被控訴人 Y1 が亡 A に対し踊り場で用を足すように勧めたことおよび亡 A の救助が遅れたことと亡 A の死亡との間には相当因果関係があるとしている。

そして、千両池付近の岩場及び外洋の状況からして海に落ちる危険のある場所があることを十分知っていたものであるから、引率者として千両池付近の状況に不案内な参加者らがそのような危険のある場所に近付かないように注意をすべき義務があったものとしている。しかし、Y1 は、亡 A を踊り場に行かせれば外洋に落ちる危険があることを十分に認識できたはずであるのに、亡 A に踊り場で用を足すように勧め、付近の状況を知らない亡 A をその危険な踊り場に行かせたものであって、過失があると判断している。

さらに、Y1 が緊急時の連絡方法を準備していて、本件事故発生後直

ちに救助の応援を求めるとともに、救命用具を携行しており、参加者らの三点セットを自ら装着して海に飛び込み、右救命用具のほかに本件クーラーボックスも利用して亡Aを支え、他の参加者の協力も得て、救助の応援が到着するのを待っていれば、Y1 自身生命の危険に陥ることなしに、亡A をより早期に救助し、亡A の死亡の結果を回避することができたと判断している。

以上より、Y1 には民法 709 条に基づく不法行為責任を認めている。また、Y2 にはY1 がY2 の代表取締役であることから法人の不法行為責任を認めている。そして、Y3 にはY1 の不法行為に対する民法 715 条の使用者責任を認めている。なお、判旨は、本件主催旅行契約の当事者はY2 とY3 であり、その両社の取締役であり本件ツアーの引率・指導の担当者であるY1 はY2、Y3 の履行補助者としている。このことから、契約当事者である亡A に対する安全配慮義務違反については、Y2、Y3 には認められるが、Y1 には認められないとしている。ただし、Y2、Y3 についても不法行為責任により、損害は賠償されているので、本件主催旅行契約上の安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求は否定している。Y1 は本件ツアーの引率・指導の担当者であり、自らサービス提供しているのだから、Y1 がY2、Y3 の履行補助者と認められるのは当然である。

③ 東京地判平成 16 年 7 月 30 日判タ 1198 号 193 頁、ダイビング事件、西伊豆町田子港沖、責任肯定、【(9)事件】

本件では、亡A と被告Y1 が締結した主催旅行契約上の旅行サービスであるスクーバダイビングによって、発生した事故である。被告Y1 は、主催旅行である本件ツアーにおいて、主催者である同被告は、旅行日

程に従って運送、宿泊機関などの提供する運送、宿泊その他のサービスの提供を受けることができるように手配する義務を負うに過ぎず、自らそのサービスの提供を引き受けるものではなく、同被告は、適切な手配を尽くしたから、旅行契約上の債務を履行しており、本件事故は、その管理外の事由に基づくもので、同被告の債務の不履行によるものではないと主張する。しかし、判旨は、主催旅行であるからといって、直ちに、その主催者である被告 Y1 がツアーのサービスの提供を受けけるものではないと断定することはできないし、本件ツアーに係る契約内容にしたがって、同被告の負う債務の内容を確定すべきであると示す。

そして、被告 Y1 は、スクーバダイビングに関する事業を業として営み、ダイビングの講習と併せてファンダイビングのツアーを企画主催していたものである。Y1 が田子でのファンダイビングの参加を募って本件ツアーを企画主催したところ、参加希望者の中から、併せて資格取得の講習の実施の要望があったことから、本件ツアーにおいて、講習とファンダイビングとを併せて実施することとしている。また、講習をも希望する参加者のためには自社の社員にそのインストラクターを務めさせたほか、その一部のインストラクターを被告 Y2 に委託し、ファンダイビングのみを希望する参加者のためには併せて被告 Y2 にそのガイドを委託したものである。これまでも亡 A が参加した被告 Y の主催するダイビングツアーにおいても、そのツアーの中で講習とファンダイビングが併せて行われていることがあり、その場合には、同一の者がそのインストラクターとガイドを務めている。よって、本件ツアーにおいては、従前と同様に講習とファンダイビングとが同一のツアーとして行われている。したがって、主催者である被告 Y1 が、

自らの社員に講習のインストラクターを務めさせていることから、本件ツアーにおけるダイビングについては、講習であれファンダイビングであれ、いずれも自らが主体となってサービスを提供する事業として実施するものとして取り行っていたものであると判断している。

以上より、被告 Y1 は、本件ツアーに係る契約当事者として、亡 A に対し、ファンダイビングのサービスを提供する債務を負っていたのであるから、その債務の履行に当たっては、ダイビング自体が内蔵する前記のような危険性に鑑み、参加者である亡 A の生命身体に危険が生じることのないよう、その安全を確保すべき注意義務があるとしている。

また、被告 Y1 は、亡 A にファンダイビングのサービスを提供するため、被告 Y2 を通じて被告 Y3 にガイドダイバーを委託したのであるから、被告 Y3 は、被告 Y の上記サービス提供の履行を補助するものであると判断している。そして、被告 Y3 には、ガイドダイバーとしての注意義務の懈怠があったことを認定していることから、被告 Y1 は、その履行補助者である被告 Y3 の過失によって生じた損害については、債務不履行責任を負うとしている。

Y1 自身がダイビングを事業として営み、その一環として通常とほとんど変わりなく本件ツアーも主催しているのだから、通常の主催旅行契約と異なり、直接にダイビングという旅行サービスを提供しているといえる。よって、その旅行サービス内容に伴う旅行者の安全確保義務を直接負っているといえる。また、ダイビング事業を営む Y1 が Y2 を通じて Y3 にガイドダイバーを委託しているのであるから、Y3 は Y1 の当該主催旅行契約上の旅行サービス（スクーバダイビング）提供の履行補助者であるといえる。したがって、Y3 に安全確保義務違反が認

められることから、Y1 に安全確保義務違反を認めた判旨は妥当である
と考える。

なお、被告 Y3 は、被告 Y2 の従業員として、本件ツアーのガイドダイバーを務めた者である。よって、被告 Y2 の事業の執行につきされたものとして、被告 Y2 は、被告 Y3 の注意義務違反に基づく不法行為につき民法 715 条の使用者責任も負うと判断している。

④ 大阪地判平成 17 年 6 月 8 日裁判所ウェブサイト、ダイビング事件、沖縄 旅行業者責任否定（スクール責任肯定）、【(10) 事件】

本件は、旅行業者が企画・主催したダイビングツアーに参加した旅行者が旅行契約の内容であるダイビングを行なっている際に溺死した案件である。

判旨は、スクーバダイビングのもつ危険性に照らし、スクーバダイビングの初心者に対し基本的潜水技術の指導等に当たるインストラクターには、初心者が海中でパニックに陥る危険性があることを認識した上、初心者の基本的潜水技術の習得度に応じた実習方法及び実習場所を選択すべき注意義務が課されていると示している。そして、その注意義務は、具体的には、基本的潜水技術を十分に習得しているか否かを確認し、習得が不十分であれば、海洋実習を行わないか、行うとしてもストレスのさほどかからない安全な場所において、基本的技術を習得するまで講習を行うべき注意義務であるとしている。しかし、本件では、ダイビングスクール Y1 の被用者でインストラクターの被告 Y4 がこれらの注意義務を怠ったことに対して過失があると認定し、不法行為責任を Y4 に認めた。そして、被告 Y4 には、亡F に対して行った

スクーバダイビング講習の実施につき過失が認められるところ、被告Y1が被告Y4の使用者であることは当事者間に争いのない事実であるから、被告Y1は民法715条により、原告らに対しその損害を賠償すべき義務を負うというべきであるとしている。

次に、判旨は、旅行者Y2に対するダイビングツアー主催旅行契約上の安全配慮義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償責任について判示している。この部分が旅行契約法上は重要である。

判旨は、まず、旅行者と旅行者との間で締結した主催旅行契約に基づき、旅行者は旅行者に対し、旅行サービスの提供の手配をする手配債務、および手配された旅行サービスが予定どおり履行されるよう管理する旅程管理債務を負うとしている。そして、旅行サービスを提供するにあたっての、旅行者の安全を確保する義務については、旅行サービスを実際に提供するのは、旅行会社とは別の営業主である旅行サービス提供機関であるから、第一次的には、当該旅行サービス提供機関が負うべき義務であるとする。そして、旅行会社が安全配慮義務違反を問われるのは、旅行会社が旅行サービス提供機関の選定に際して、当該旅行サービス提供機関を選択するのが旅行者の安全確保の見地から明らかに危険であることが認識できたにもかかわらず、これを漫然と選定して、その危険が当該旅行者に発生した場合などに限られると解すべきである、と示している。これは、これまでの判例が示してきた主催旅行契約上の安全配慮義務（安全確保義務）の具体的義務のうち、旅行サービス提供機関の選定義務について示している。本件では、被告Y2の選定基準及び選定は、ダイビングサービスの運営実態に沿った客観的、実効的かつ現実的な基準であり、ダイビングショップの選定基準として適正かつ妥当なものと評価している。主催旅行

契約上の安全配慮義務（安全確保義務）の具体的義務のうちの、旅行行程設定義務については、旅行行程自体に問題であったわけではなく、当事者間の争いにもなっていない。また、危険排除措置義務についても、危険が生じるような事態は、事故当時の時点に限られており、旅行業者が対応できるようなものではなく、また当事者間でも争いとなっていない。よって、判旨は、催旅行契約上の安全配慮義務（安全確保義務）の具体的義務として、旅行行程設定義務および危険排除措置義務が不要であると考えているわけではないのは当然である。

なお、原告自身が後に取り下げる旨の意思表示をしたが、Y3 がこれに同意しなかった Y3 への請求については、判旨は、Y3 は Y4 の使用者ではないので、使用者責任は認めていない。

⑤ 福島地郡山支判平成21年9月4日判時2062号134頁、ダイビング事件、静岡県沼津市、責任否定、【(15)事件】

本件は、旅行業者が企画・主催したダイビングツアーに参加した旅行者が旅行契約の内容であるダイビングを行なっている際に溺死したものである。旅行業者が旅行契約上の旅行サービス（ダイビング）の提供を他のサービス提供機関に手配するのではなく、自ら提供している案件である。

判旨は、ダイビングにおけるガイドは、ダイビングが一般的に危険を伴うスポーツであり、ひとたび危険が生じた場合に生じ得る結果の重大性から、ダイビングの企画・主催に際し、参加者の技量及び経験、ダイビングの性質、環境（場所の難易度及び危険度、天候並びに海洋条件）等の具体的な諸事情に応じ、ダイビングを行う上で参加者の生命又は身体に対する危険を回避し、その安全を確保するよう配慮すべき

義務を負っていると示している。

旅行業者が旅行契約上の旅行サービス（ダイビング）の提供を他のサービス提供機関に手配した場合の安全確保義務とは、具体的に、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務とこれまでの裁判例は示してきている。本件では、旅行業者が旅行契約上の旅行サービス（ダイビング）の提供を自ら（自社の従業員である履行補助者によって）提供していることから、旅行サービス機関の選定義務については問題とならない。しかし、旅行行程の設定義務、危険排除措置義務については、他のサービス提供機関に手配している場合とは異なり、旅行業者が旅行サービスの内容を直接的に支配していることから、より高度な義務を負うことになると考えられる。

判旨でも、旅行者の技量及び経験、ダイビングの性質、環境、旅行者の事故当時の状況を詳細に検討して、旅行業者の安全確保義務違反がないかを検討している。その上で、本件では、旅行業者の不法行為責任も債務不履行責任も否定している。

⑥ 小括

国内旅行におけるスポーツ傷害事件では、海外旅行のダイビング事件とは異なり、旅行業者自らが旅行サービスを提供したか、旅行サービス提供機関を直接コントロールできた場合がある。その場合は、②東京高判平成7年8月31日判時1571号74頁、③東京地判平成16年7月30日判タ1198号193頁、⑤福島地郡山支判平成21年9月4日判時2062号134頁である。旅行行程の設定義務、危険排除措置義務については、旅行サービス提供を他のサービス提供機関に手配して

いる場合とは異なり、旅行業者が旅行サービスの内容を直接的に支配していることから、より高度な義務を負うことになると考えられる。そして、判例でも、旅行業者のこれらの義務に違反がないか状況を詳細に検討している。そして、②東京高判平成7年8月31日判時1571号74頁、③東京地判平成16年7月30日判タ1198号193頁では、旅行業者の責任を肯定し、⑤福島地郡山支判平成21年9月4日判時2062号134頁については、旅行業者の責任を否定している。

これに対し、海外旅行のダイビング事件と同様に、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできない場合がある。その場合は、①東京地判平成6年8月30日判タ878号261頁、④大阪地判平成17年6月8日裁判所ウェブサイトである。旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできない場合には、危険排除措置義務については、危険が生じるような事態は、事故当時の時点に限られており、旅行業者が対応できるようなものはそれほどない。特に、①東京地判平成6年8月30日判タ878号261頁では、受注型企画旅行契約に基づくツアーで、旅行サービスのスキー教室自体は依頼先の公立高校が行っている。また、ここでは手配した看護婦は、旅行業者の指揮監督下になかったとしているので、看護師が義務違反をしていても（判旨は看護師に義務違反はないと判断している。）、使用者責任を問うことはできないとしている。④大阪地判平成17年6月8日裁判所ウェブサイトでも危険排除措置義務自体は争われていない。結局、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできない場合には、旅行出発前が中心の旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務に違反がないかどうかことが重要であって、旅行出発後の危険排除措置義務については、事故の時点でできることは、その場で緊急に対

応できることは限られており、事故後に病院へ搬送する等のことに限られると考えられる。また、その病院への搬送等についても、現地に旅行業者の支店等があれば対応可能であるが、そうでなければ、現地の旅行サービス提供機関等に依頼するぐらいしかできないと思われる。

（3）その他の事件

① 大阪地判平成6年5月30日判タ898号239頁、写真撮影時の転落事故、石川県、責任否定、【(5)事件】

本件において、判旨は、旅行業者の旅行者に対する安全配慮義務および保護義務を認める前提に立っている。安全配慮義務については、主催旅行契約における旅行業者自身が提供した写真撮影における転落事故なので、同じ東京地裁民事27部で判決が下された東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁および東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁が示した安全確保義務のように旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務、旅行サービス機関の選定義務が問題となることはない。また、危険排除措置義務についても旅行業者が直接に危険排除措置をしたか否かというもののなので、手配した現地専門業者のサービス提供に旅程を変更させたり、中止させたりするというのとは異なる。すなわち、旅行サービスの提供に対する直接支配性と間接支配性の差異がある。しかし、旅行者の安全を配慮するという点では同一であり、安全確保義務も安全配慮義務と称されることもある。本件では、判旨は、旅行業者に安全配慮義務の違反はなく、専ら旅行者側の不注意によるものと認定している。

次に、保護義務についてであるが、判旨は、旅行中に旅行者が事故に

より傷害を負った場合に、病院に連れて行くなどの適切な措置を講ずるべき義務としている。ただ、自らの安全と健康を管理するのは本来的には旅行者自身なのであるから、旅行者に正常な判断能力と自己管理能力を期待し得るかぎり、旅行主催者の右保護義務は、基本的には旅行者自身の判断と自己管理を補完し援助するもので足りるとしている。そして、旅行者からの申し出を待つて適切な措置を講ずれば足りるとしている。本件では、受傷した旅行者である原告 X から、病院に行きたいと等の申し出がなかったのであるから、旅行業者である被告の保護義務違反はないと認定している。ただし、旅行者からの申し出がないとしても、受傷の程度がひどい場合には、旅行業者は当該旅行者を病院に連れて行ったり、救急車の手配をしたりするなどの保護義務があると解する。

② 東京地判平成 25 年 5 月 24 日 LEX/DB25513158、バス空調故障による体調不良事件、新潟県長岡市、責任否定、【(18) 事件】

本件は、バスツアーを企画した旅行業者が手配したバスの空調故障により、旅行者が体調不良に陥り、損害を被ったとして、債務不履行または不法行為に基づいて損害の賠償を請求したものである。

判旨は、募集型企画旅行契約の旅行業者の債務の内容として、原告が運送機関等の提供する運送その他の旅行に関するサービスの提供を受けることができるように手配し、旅程を管理することを引受けたにすぎないものであって、本件バスを安全に運行させて本件バスツアーを完遂させる債務を負うものとは解されないとしている。このバスを安全に運行させて、ツアーを完遂させる債務を負っていないとするのは、旅行業者に募集型企画旅行契約における旅行者の安全確保義務を

否定するものではなく、直接的にバスを安全に運行させるものではないということである。このバスを安全に運行させるのは、旅行サービス提供者であるバス会社の運転手が行うものだからであるという趣旨であると解される。

また、旅行業者の添乗員が空調設備の対応が十分でなかったということも、旅行者の体調不良とは因果関係がなかったとしている。このことから、旅行業者には募集型企画旅行契約における旅行者の安全確保義務が存するという前提に立っていると思われる。したがって、判旨が示した判断は妥当であると解する。

③ 東京地判平成 30 年 3 月 8 日 LEX/DB25553048、ピースボート地球一周の船旅における同室者の夜尿症による事件、日本船、責任否定、【(21) 事件】

本件は、旅行者が募集型企画旅行契約上の旅程中に、他の旅行者の夜尿症等の衛生上の問題から精神的損害を被ったとして、旅行業者に募集型企画旅行契約上の安全確保義務違反に基づき損害賠償を請求しているものである。旅行業者は旅行者に対し快適な旅行を保障する義務があるにもかかわらず、旅行業者が当該旅行者の同室者の船室を変更する等の適切な処置を講じなかったため、当該旅行者が心因性の難聴や不眠等の症状に悩まされるようになったと主張している。

また、募集型企画旅行契約の履行に当たって、旅行業者の損害賠償責任が損害発生の翌日から起算して 2 年以内に当社に対して通知があったときに限るとの旅行業約款(募集型企画旅行契約の部)の 27 条は、本件の旅行者の旅行業者に対する慰謝料請求においては適用されないと旅行者は主張している。その論拠は、①本件は、被告が原告に直接損

害を与えた事件ではない。この規定は、損害賠償に限定されたものであり、慰謝料請求には該当しない。よって、本件の慰謝料請求はこの規定には該当しないこと、また、②同規定は旅行業者の責任として定めたものであり、旅行者の責任について定めた規定ではないことである。

しかし、判旨は、①については、慰謝料とは、精神的損害に対する損害賠償金を意味し、慰謝料請求も広義の損害賠償請求に含まれるものである、とする。当然の法理であるといえる。

次に、②についても、判旨は、旅行業約款（募集型企画旅行契約の部）27 条が、本文において被告の責任について定め、ただし書きにおいてこれに一定の制限を設けたものであること、そして、ただし書きによる負担が旅行者の側に課されるものであることは同規定の文言上明らかである、とする。これも当然の法理であるといえる。

さらに、判旨は、括弧書きで、本件約款 27 条ただし書きは、民法所定の損害賠償請求権の行使要件を加重するものといえるが、本件約款は、旅行業法 12 条の 3 に基づき告示された標準旅行業約款〔平成 16 年国土交通省告示第 1593 号〕と同内容を定めるものであり、信義則に反して消費者の利益を一方的に害するものとは認められない。したがって、消費者契約法の観点からも、同規定の効力が否定されるものとは解されない、としている。標準旅行業約款と同内容であるので、消費者契約法 10 条が定める消費者の利益を一方的に害するものとはいえず、妥当な判断であると考ええる。

そして、判旨は、損害発生の翌日から起算して 2 年以上経過して、本件の訴状が被告に送達していることから、原告が主張する請求原因事実の存否について検討するまでもなく、原告の本訴の損害賠償請求は理由がない、としている。

④ 小括

バス等事故事件、スポーツ傷害事件と異なり、その他の事件では、旅行業者が旅行者に対して自らか旅行業者の履行補助者が直接関与できる場合である。②東京地判平成 25 年 5 月 24 日 LEX/DB25513158 については、バス運転自体は、バス会社のバス運転手とするものであるが、空調の対応は旅行業者の添乗員にできることなので、やはり、旅行業者が旅行者に対して旅行業者の履行補助者が直接関与できる場合といえる。ただ、判旨は旅行者の体調不良と空調故障との間の因果関係を否定している。また、③東京地判平成 30 年 3 月 8 日 LEX/DB25553048 も旅行業者が旅行者の同室者の船室変更は自らできた場合であった。ただし、約款上の損害賠償請求期間外であるとして請求を棄却している。

これらは、旅行業者自身が旅行サービスを自ら提供するか、旅行サービス提供機関を直接コントロールできる事件なので、危険排除措置義務が特に問題となっており、直接に危険排除のための措置を行ったかまで問われている。海外旅行の事件の場合も同様であるといえるが、国内旅行の事件では、義務違反の成否を問わずに判断した③東京地判平成 30 年 3 月 8 日 LEX /DB25553048 を除き、旅行業者の義務違反は認められていない。これは、海外旅行の場合には、旅行者が外国の事情に不案内であるのに対し、国内旅行の場合には、旅行者が旅行業者と比べても、それほど旅行先の事情に不案内とはいえないからではないからだと考えられる。国内旅行の事件において、海外旅行の事件のように、身体・財産に関する注意喚起を怠ったという旅行者の主張がなされた事件からも、その傾向はうかがうことができる。

4 旅行サービス提供者と旅行業者の契約上の地位による区分

旅行業者は旅行者に対し企画旅行契約法上の旅行サービスの提供としての宿泊、交通運行、イベント観戦、レジャースポーツ、現地名所観光の実施について、旅行業者が、旅行サービスの手配を行うだけでなく、瑕疵のない旅行サービスを提供する義務まで負っているか否か、旅行業法等にも明確な規定がなく問題となりうる。企画旅行契約法上の旅行業者の旅行者に対する安全確保義務として、どこまでの責任を負うかについても関連して問題となると考えられる。なぜならば、本稿で検討してきた企画旅行契約法上の旅行業者の安全確保義務の裁判例では、交通（特にバス）事故、スポーツ傷害事故、現地名所観光中の事故に関するものであるからである。ただし、旅行者の安全確保義務なので、旅行サービスの提供自体に不履行がなかったかを問うものではなく、旅行サービスの提供にかかり、旅行者の生命、身体等³の安全に危険が生じたときに、当該旅行者の生命、身体等の安全を確保するように努めていたかを問うものである。したがって、企画旅行契約法上の旅行業者の旅行者に対する安全確保義務として、どこまでの責任を負うかについては、旅行業者が、旅行者の生命、身体等の安全を確保する旅行サービスの手配を行うだけでなく、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービスを提供する義務まで負っているか否かが問題となる。

この点について、旅行業者の旅行者に対する安全確保義務の裁判例

³ 東京地判平成29年12月21日LEX/DB25551005【(20)事件】については、財産の安全の問題である。

では、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできない場合には、旅行業者は旅行サービス提供機関を手配するなどして、旅行者が旅行サービスを受けるため準備を整える義務以上に、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務まで負うものではないとしているものが多い⁴。旅行業者が旅行サービスを提供する者の契約上の地位に立っているか否かで判断していることになる⁵。これに対し、旅行業者が旅行サービスの提供を自ら行なっているか旅行サービス提供機関を直接コントロールできる場合について、海外旅行のバス等事故事件、スポーツ傷害事件では存在していない。国内旅行におけるスポーツ傷害事件で存在しており⁶、旅行行程

⁴ 静岡地判昭和55年5月21日判タ419号122頁【(1)事件】、東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁【(3)事件】、東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁【(4)事件】、東京地判平成6年8月30日判タ878号261頁【(6)事件】、大阪地判平成9年9月11日交通民集30巻5号1384頁【(8)事件】、大阪地判平成17年6月8日LEX-DBインターネット掲載28101266【(10)事件】、東京地判平成25年4月22日LEX-DBインターネット掲載25500937【(17)事件】、東京地判平成26年10月3日判タ1414号336頁【(19)事件】。また、東京地判平成25年5月24日LEX/DB25513158【(18)事件】も、添乗員が同乗している事件であるが、旅行業者に、バスを運行させる自体の旅行サービス提供義務はないとしている。

⁵ 堀竹学「判批」『海外旅行中の事故と旅行代理店の安全配慮義務』現代消費者法32号91-92頁（2016）。

⁶ 東京高判平成7年8月31日判時1571号74頁【(7)事件】、東京地判平成16年7月30日判タ1198号193頁【(9)事件】、福島地郡山支判平成21年9月4日判時2062号134頁【(15)事件】である。

の設定義務、危険排除措置義務について、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務まで負うものとしていると評価できる。海外旅行、国内旅行ともに、その他の事件では、危険に対する告知、旅行者の過失による転落、バスの空調故障の対応に関する事件であり、添乗員がいずれも同行していて、それらの危険排除措置義務については、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務まで負うものとしていると評価できるが、それ程の告知義務の否定、事故と損害の因果関係の否定、旅行者の過失・自己責任によるものと判断されて責任を否定されているものも多くある。

以上より、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできない場合、すなわち旅行業者が旅行サービス提供者の契約上の地位に立たない場合については、旅行者の生命、身体等の安全を確保する旅行サービスの手配を行うだけでなく、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービスを提供する義務までは負っていない。これに対し、旅行業者が旅行サービスの提供を自ら行なっているか旅行サービス提供機関を直接コントロールできる場合については、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービスを提供する義務まで負っている。この場合、旅行業者が自ら旅行サービスを提供している場合には、旅行業者が旅行サービス提供者の契約上の地位に立っているといえることは問題ない。旅行業者が自ら旅行サービスを提供していなくても旅行サービス提供機関を直接コントロールできる場合には、直接コントロールしている旅行サービス提供者を履行代行者とみて、旅行業者が旅行サービス提供者の契約上の地位に立っているといえるのではないかと思われる。

5 企画旅行契約の法的性質と義務の内容との関連

旅行業者が、旅行サービスの手配を行うだけでなく、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービスを提供する義務まで負っているか否かという問題は、主に企画旅行契約の法的性質から演繹的に導き出そうと考えられていた⁷。過去の裁判例では、募集型企画旅行契約の法的性質は準委任契約と考えているものが多い⁸。

例えば、東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁【(3)事件】は、「本約款三条が、主催旅行契約の目的は、被告において旅行者が旅行サービスの提供を受けることができるように手配することを引き受けることにありとし、主催旅行契約をもって準委任契約類似の無名契約として規定していることには合理性があるものというべきである。」と述べ、委任契約に準じるものであると明示している。

また、この裁判例の直近のもので同じ東京地裁民事第27部で判決が下された東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁【(4)事件】は、主催旅行契約の法的性質は、約款契約であるとまず述べる。そして、標準旅行業約款については、その制定当時主催旅行契約を請負類似の契約とする立法例のあることが知られていたが、それを採用しなかった。

⁷ 東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁【(3)事件】、重田晴生「判批」別冊ジュリ129号220頁（1994）など。

⁸ 静岡地判昭和55年5月21日判タ419号122頁【(1)事件】、東京高判昭和55年3月27日判時962号115頁、東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁【(3)事件】、東京地判平成元年6月20日判時1341号20頁【(4)事件】、京都地判平成11年6月10日判時1703号154頁、福岡高判平成13年1月30日判タ1121号197頁。

主催旅行契約における旅行サービスは、そのすべてを一旅行業者が旅行者に提供することは實際上不可能であるから、旅行業者は旅行サービス提供機関に依存せざるを得ず、その旅行サービス提供機関の専門業者を必ずしも支配下においているわけではない。特に当該主催旅行の目的地が海外である場合には、これらの専門業者が外国政府の統治下にあるため、旅行者に提供させるサービスに関する支配は一層制約を受けることとなることとなる。よって、標準約款の諸規定は、少なくとも海外を目的地とする主催旅行契約に関する限り、不合理であるとはいえないとして、請負契約に類似するものでなく、手段債務を内容とする委任契約に準じているものと考えているとみられる。その後の裁判例は、これらの裁判例に従って旅行サービスの提供に関する債務を手段債務と判断がなされているものが多い⁹。

これに対し、学説は、準委任契約説、準請負契約説、準売買契約説と見解が分かれている¹⁰。これらの見解が提唱された当時は、過去の裁判例と同様に募集型企画旅行契約は、主催旅行契約であって、主催旅行契約の法的性質として記述されているものがほとんどであるが、現行の募集型企画旅行契約でも同様の議論が当てはまるので、募集型企画旅行契約として記述する。

まず、準委任契約説では、過去の裁判例が示すように、旅行業者が旅行における複数の第一次的サービスの提供を、自らの債務として引き

⁹ 京都地判平成11年6月10日判時1703号154頁、福岡高判平成13年1月30日判タ1121号197頁。堀竹学「企画旅行契約の法的性質」北東アジア研究18・19合併号34-35頁（2010）参照。

¹⁰ 堀竹・前掲注(9) 38-39頁参照

受けていると解することには無理があるとして、旅行業者の債務が手段債務であることになる¹¹。しかし、消費者保護の観点から、旅行業者に広く責任を認めるために、他人の行為の結果を引き受けるという特殊な保障責任（代位責任）を旅行業者は負うとするものもある¹²。その論拠は、まず、旅行業者は、旅行サービス提供機関の旅行サービス提供とは異なり、旅行者に対して直接に旅行サービス提供の債務に個人的に義務づけられていないと解する。よって、他人の行為による契約責任の一般原則によって旅行業者の責任を基礎づけることができないことを前提とする。その上で、役務提供者という他人の行為にについて旅行業者が責任を負うことがありうるとすれば、それは他人の行為の結果を引き受けるという特殊な保障責任に基づくものであり、それは代位責任として捉えられる。例外として位置づけられる特殊な保障責任であるから、旅行業者に契約責任を負わせるのが妥当であるといえるような実質的または政策的な根拠がある場合に限って、特別法の規定や判例による法創造によって初めて認められるとするのである。また、旅行業者の負う債務の中に旅行サービス提供債務を読み込んでいく方向（請負契約または売買契約に準じるものと捉えられる。）と共に、旅行業者は旅行サービス提供債務を負わないことは認めつつ、政策的

¹¹ 鹿野・前掲注(1)255頁。しかし、募集型旅行契約の法的性質を請負か委任かというように一義的に決定して結論を導くことには否定的である。

¹² 森田宏樹「他人の行為による契約責任の二元性」『民事法秩序の生成と展開』696頁以下（創文社、1996）。また、鹿野・前掲注(1)255頁も立法論として、旅行業者に第一次的サービス提供者の責任につき一種の代位責任を課すことについても検討されるべきであるとする。

理由に基づいて、旅行業者は個別旅行サービス提供者の行為の結果を引き受けるという特殊な保障責任と負うと構成する方向も検討に値すると示唆するものもある¹³。

次に、準請負契約説は、募集型企画旅行は、旅行業者が消費者の需要につき研究・調査し、自ら企画を立てて広告し、そのほとんどが自社のブランド名のもとに参加者を募集している実情からすれば、募集型企画旅行契約の法的性質は請負に近いものになるとするものがある¹⁴。また、募集型企画旅行は、①旅行業者が旅行を構成する各種要素を自己の判断に基づいて組み立て売り出すものであること、②旅行費用全体が一括して示されていることから、その計算は旅行業者によるものであるとみることができること¹⁵、③旅行の企画・手配・実施といった一

¹³ 山本豊「旅行契約—パック旅行の法律問題」法教204号90頁（1997）

¹⁴ 石田喜久夫「委任-旅行契約」法セ303号101頁（1980）。

¹⁵ 道端忠孝「企画旅行契約の法的性質について」秋田法学44号127頁以下（2005）は、平成16年の旅行業法の改正により、企画旅行契約は、同法2条1項1号の自己の計算による旅行サービスの手配行為を中核とする契約と定義されていることをまず示し、この自己の計算によるという点から理論的には委任契約に準ずるものとは解することはできないとする。また、売買契約に準じるものと捉える高橋弘「旅行業約款-主催旅行を中心に」法時54巻6号28頁（1982）は、旧旅行業法下の主催旅行契約のときから、自己の計算でなされていたことを指摘していた。そして、その後の論考である高橋弘「EUと日本における主催旅行契約（募集型企画旅行契約）の近況」広法30巻1号269頁以下（2006）でも、今回の改正で、企画旅行契約において旅行業者が自己の計算において旅行サービスの提供者と自由に契約締結する自由を得たことを示している。そして、企画旅行契約は、売買契約または請負（類いの）契約として捉え

連のサービスを自己の責任の下、または各種旅行サービス提供機関と共同して消費者に提供するものとみなすことができることなどを論拠とするものもある¹⁶。さらに、パック旅行の仕組みや、販売上の外観、旅行業者側の意識等から論拠づけるものもある¹⁷。

最後に、役務提供型の契約ではなく、売買契約に準じると解する説は、主催旅行契約の法的性質を委任契約的構成とすることに対し、準請負契約説と同様な理由で批判する。その上で、旅行内容と万一の場合のサービス提供機関の責任を明示しないのなら、募集型企画旅行契約を売買契約的に構成すべきであり、この場合、旅行者に対する旅行主催者の第一次的責任が発生するとする¹⁸。また、募集型企画旅行において、旅行業者は、個々の給付を集積して、パッケージとして一商品の形態で広告、パンフレット等によってその内容を詳細に示すとともに、すべての給付の対価を含む一体としての価格で売り出している。したがって、第一次的に責任を負うのは旅行業者ということになるとするものもある¹⁹。

このように旅行中に旅行者に生じた損害を第一次的に旅行業者に負わせるべきかという政策的配慮から募集型企画旅行契約の法的性質が議論されてきたところがある。しかし、東京地判平成 26 年 10 月 3 日判タ 1414 号 336 頁【19 事件】は、旅行業者が瑕疵のない旅行サービス

ている。

¹⁶ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編「消費者取引と契約 一約款の適正化を中心として」26 頁以下（大蔵省印刷局、1982）。

¹⁷ 神戸弁護士会「旅行業約款改正に関する意見書」5 頁（1991）。

¹⁸ 高橋・前掲注(15)「旅行業約款-主催旅行を中心に」28 頁。

¹⁹ 石原全「判批」金判 1083 号 58 頁（2000）。

を提供する義務を負うか否かは、契約の法的性質が請負契約であるか否かによって左右されるものではないとしている。

学説にも、募集型企画旅行契約は複合的要素を持っており、その法的性質を請負か委任かというように一義的に決して結論を導くことは適切でなく、どちらの性質も有し、企画旅行契約上のどの部分に請負的性質を認めるべきか着目すべきであるとする考えがある²⁰。そして、旅行業者が旅行における複数の第一次的サービスの履行を引き受けていると解するのは無理があるとしている²¹。東京地判平成26年10月3日判タ1414号336頁【19事件】は、旅行業者が海外における旅行サービスの提供内容までコントロールするには著しい困難を伴うため、海外において提供された旅行サービスにより生じたリスクは、旅行サービスを直接コントロールすることが可能な者が負担すべきであるとしている。企画旅行契約の法的性質論に立ち入らず、前章の4旅行サービス提供者と旅行業者の契約上の地位による区分で論じた点のみで判断していることになる。やはり、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできないのであれば、旅行者の旅行の遂行にあたり、生命・身体等の安全を直接に図ることはできないので、直接に旅行者の生命・身体等の安全が図られる旅行サービスを提供する義務はないと解する。募集型企画旅行契約の法的性質をたとえ準請負契約や準売買契約と解したとしても、旅行業者は、旅行サービスを直接提供できないので、その旅行地で即時に旅行者の安全を配慮した対応はできな

²⁰ 鹿野・前掲注(1)255頁、中里真「旅行契約における旅行業者の責任に関する一試論」秋田法学51号78頁（2010）。

²¹ 鹿野・前掲注(1)255頁、中里・前掲注(20)78頁。

い。しかし、旅行の企画・実施を行う専門業者であることからすれば、旅行業者は、募集型企画旅行契約の付随義務として、原告の生命、身体等の安全を確保するため、旅行行程の設定及び旅行サービス機関の選定にあたって、合理的な判断及び予めその危険を排除する義務等は負っていると考えられる²²。危険排除措置義務については、具体的には、旅行業者は自らは旅行者の安全を配慮した対応はできないことから、旅行サービス提供機関の選定にあたり、またその選定後も旅行者の生命・身体・財産の安全の確保できる対応をすべきように旅行サービス提供機関に要望し管理するものであると解する。これは東京地判昭和63年12月27日判時1341号37頁【(3)事件】以降、多くの裁判例が示しているところの安全確保義務である。したがって、安全確保義務の内容は、企画旅行契約の法的性質からをそのまま導き出せるものではなく、同契約の法的性質とは別に考慮すべきであるとする。

これに対し、裁判例では、旅行業者が旅行サービスの提供を自ら行なっているか旅行サービス提供機関を直接コントロールできる場合について、企画旅行契約の法的性質については検討せずに、旅行行程の設定義務、危険排除措置義務については、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務まで負うものとしている。旅行業者が旅行サービスの提供を自ら行なっているか旅行サービス提供機関を直接コントロールできる以上、旅行業者の旅行者に対する安全確保義務は、企画旅行契約の法的性質に拘わらず、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務として請負的性質に近い義務であるとする。このことから安

²² 堀竹・前掲注(5) 110 頁参照。

全確保義務の内容は、企画旅行契約の法的性質からをそのまま導き出せるものではなく、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできるか否かという観点で判断すべきであり、同契約の法的性質とは別に考慮すべきものといえる。

なお、安全確保義務とは異なり企画旅行契約上の宿泊やチケット（観戦ツアー等の場合）の手配については、旅行サービス提供機関が最終的に提供するものであるとしても、その場で即時に対応すべきものばかりではない。そうであるならば、その者が提供できない場合には、他のサービス提供機関を探し出す等して、最終的にサービス提供をすべき結果債務を旅行業者が負っていると解することもできる。したがって、このような債務については、募集型企画旅行契約の法的性質を準委任契約と解するのか、準請負契約または準売買契約と解するのかによって差異が生じるものと考えられる²³。

6 安全確保義務の具体的内容

裁判例は、旅行業者が旅行サービスの提供を自ら行なっているか旅行サービス提供機関を直接コントロールできる場合については、旅行行程の設定義務、危険排除措置義務については、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務まで負うものとしていた。これは旅行サービス提供機関を直接コントロールできるのだから、当然旅行者の生命、身体等の安全を確保する義務としてよいと考えられる。それでは、企画旅行契約において、旅行業者が旅行サービスを直接提供しておらず、旅行サービス提供機関を直接コント

²³ 堀竹・前掲注(5) 110-111 頁。

ロールしていない場合には、旅行業者が旅行者に対して負うべき安全確保義務の内容については具体的にどうであろうか検討してみる。

企画旅行契約上の旅行業者の旅行者に対する安全確保義務について、最初に判断したのは東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁【(3) 事件】である。同判決は、主催旅行契約上の付随義務違反として、旅行者の安全を図るため、旅行目的地、旅行日程、旅行サービス提供機関の選択等に関する十分な調査・検討・判断をし、契約内容（旅行）実施にあたっての危険を排除する措置を信義則上の義務があるとしている。また、この裁判例の直近のものである東京地判平成元年 6 月 20 日判時 1341 号 20 頁【(4) 事件】では、東京地判昭和 63 年 12 月 27 日判時 1341 号 37 頁【(3) 事件】で信義則上の義務とされていたものを安全確保義務と明示している。この両判決は、①計画から実行まで時間がかかり、場所的移動を伴うことによる旅行に内包する危険性と、特に海外旅行の場合の事故から救護または法的救済を受けることが困難なことによる特殊性があること、②主催旅行の場合、旅行業者が旅行の目的地、旅程、旅行サービス内容を一方的に決め、旅行者は提供された契約内容を受け入れるか否かの自由しかないこと、③旅行業者は、旅行についての専門業者であり、旅行者は旅行業者の専門知識・経験に基づく主催旅行の安全性を信頼して契約締結していること等を考慮した結果から、この様な内容の安全配慮義務が旅行業者に認められるとするのである。この両判決が示した内容を基にその後の裁判例も募集型企画旅行契約または主催旅行契約の旅行業者の安全配慮義務に反するか否かを判断してきた²⁴。その後の裁判例もこれらの東京地裁の 2 つ

²⁴ 大阪地判平成 20 年 9 月 30 日交通事故民事裁判例集 41 巻 5 号 1323

の判決の基準により判断したものであった。

旅行業者は自らに關係する添乗員等がいなければ、直接旅行者の生命、身体等の安全を図る対応はできない（特に海外旅行の場合）のであるから、旅行業者としては、自ら企画している旅行行程が安全に設定されているか、そして、現地で旅行サービスを提供する機関が適切か、さらに旅行サービスにより生じうる可能性を回避するための準備（例えば、旅行サービス機関への旅行者の安全確保のための方策の徹底）くらいしかできることはない。そうであるならば、東京地裁の2つの判決【(3)事件】【(4)事件】の基準である旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務および旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務は妥当であると考ええる。また、スポーツ事故、その他の事件に関しては、旅行者のスポーツ行為、危険地域への立ち入り²⁵等の行為が介在しているものであり、旅行者の自己責任の部分も存在するので、一層これらの基準は妥当なものといえる。さらに、スクーバダイビングツアーの場合、危険を承知で参加する旅行者であるので²⁶、旅行業者としてはこれらの基準を満たすことで十分に企画旅行契約上の安全配慮義務が認められると思われる。東京地判平成 17 年 6 月 10 日

頁、東京地判平成 25 年 4 月 22 日 LEX-DB インターネット掲載 25500937。また、本件と同様にスクーバダイビングによる事故事件である東京地判平成 16 年 7 月 30 日判タ 1198 号 193 頁、大阪地判平成 17 年 6 月 8 日 LEX-DB インターネット掲載 28101266、福島地郡山支判平成 21 年 9 月 4 日判時 2062 号 134 頁も、同様の判断をしている。

²⁵ 東京地判平成 17 年 6 月 10 日 LEX/DB28131245 【(11)事件】

²⁶ 小賀野晶一「判批」別冊ジュリ 135 号 133 頁は、これらの者には危険の引受けの法理が適用できるとする。

LEX/DB28131245【(11)事件】では、旅行業者は一定の場合には当該海水浴場で遊泳禁止になることをツアー小冊子には記載しており、現地日本語ガイドも同様のことを説明していたにもかかわらず、旅行者がその遊泳禁止地域に立ち入った場合であり、旅行業者の責任を否定している。また、浦和地判昭和57年12月15日判タ494号112頁【(2)事件】では、旅行者において当該ツアー参加に積極的で、危険を知らせても参加してしまうような場合であり、旅行業者の責任を否定している。

よって、企画旅行契約において、旅行サービスを直接提供しておらず、旅行サービス提供機関を直接コントロールしていない旅行業者が負うべき安全確保義務の内容は、これまでの裁判例が示してきたとおり、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務および旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務であると考えられる。特に、危険排除措置義務については、旅行サービスにより生じうる可能性を回避するための準備（例えば、旅行サービス機関への旅行者の安全確保のための方策の徹底）くらいしかできない。そこで、同義務については、具体的には、旅行業者は自らは旅行者の安全を配慮した対応はできないことから、旅行サービス提供機関の選定にあたり、またその選定後も旅行者の生命・身体等の安全を確保できる対応をすべきように旅行サービス提供機関に要望し管理するものであると解する。

7 おわりに

本稿では、企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務に関する裁判例を総合的に分析することにより、その内容を検討してみた。その検討の際には、①旅行業者自ら旅行サービスを提供した事件、または旅行業者自らは旅行サービスを提供していないが、旅行業者が旅行

サービス提供機関を直接コントロールできた事件なのか、②旅行者自らは旅行サービスを提供していないが、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールできなかった事件なのかを意識して検討してみた。それが、旅行業者の旅行提供サービスに対する企画旅行契約法の法的地位に関わるからである。海外旅行事件においては、ほとんどが②の事件であったが、国内旅行事件については、①②の事件が混在していた。ただ、それは地理的な問題等から当然の結果といえるが、国内旅行事件か海外旅行事件を問わずに、やはり旅行業者が旅行サービス提供機関を（自ら提供する場合も含めて）直接コントロールできるのか、旅行サービス提供機関を直接コントロールできず間接的にしかコントロールできないかで、企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務の内容は異なると考えた。

具体的には、旅行業者が旅行サービスの提供を自ら行なっているか旅行サービス提供機関を直接コントロールできる場合については、旅行行程の設定義務、危険排除措置義務については、旅行者の生命、身体等の安全確保に瑕疵のない旅行サービス自体を提供する義務まで負うものであると解した。これに対し、旅行業者が旅行サービス提供機関を直接コントロールしていない場合については、旅行者の安全確保のための旅行行程の設定義務および旅行サービス機関の選定義務、危険排除措置義務であると解した。特に、危険排除措置義務については、具体的には、旅行業者は自らは旅行者の安全を配慮した対応はできないことから、旅行サービス提供機関の選定にあたり、またその選定後も旅行者の生命・身体・財産の安全の確保できる対応をすべきように旅行サービス提供機関に要望し管理するものであると解した。そして、この帰結は、企画旅行契約の法的性質とは別に考慮すべきものである

とした。この企画旅行契約における旅行業者の安全確保義務に対し、同契約における旅行業者の宿泊やチケット（観戦ツアー等の場合）の手配債務についてはいかに解するか他日検討してみたいと思う。

（2020年2月10日脱稿）

中国債権譲渡規制の沿革と今後の行方

蔡雯嫻

- 一 はじめに
- 二 中国民法典編纂の沿革と継受対象
- 三 法継受の変遷の波における債権譲渡
- 四 第5回民法典編纂における債権譲渡規律の提案
- 五 中国の債権譲渡制度の今後の行方——分析と検討

一 はじめに

中国ではいまだに統一した民法典は制定されていない。債権譲渡について、中国「合同法」（総則、各則、附則の3編、計428ヶ条）¹は、「総則」の第5章「契約の変更と譲渡」において、債権の譲渡性（第

¹ 「中華人民共和国合同法」（中華人民共和国出席令第15号）は1999年3月5日に公布、1999年10月1日に施行された。その後改正されずに現在まで効力を有する。中国では、債権総則に相当する単行法が設けられていないため、「合同法」は通常の契約総則・契約各則だけでなく、債権総則に相当する内容も網羅するものであり、中国債権法制度で最も中心的な法律である。

79条²）、債権者の通知義務（第80条³）、従たる権利の付随性（第81条⁴）、第三債務者による抗弁権（第82条⁵）、第三債務者の相殺権（第83条⁶）の5か条を置いている。しかし、この条文配置を見ればわかるように、「合同法」は債権譲渡の対外的効力について、第三債務者に対する関係のみを規定し（同法80条、82条、83条）、第三債務者以外の第三者に対する関係は手当てされていない。中心条文である80条の「通知していない場合、当該譲渡は債務者に対する効力を有しない」という文言だけでは、通知の効力に対して解釈する余地がある。学説では

² 「合同法」79条 債権者は契約の権利の全部又は一部を第三者に譲渡することができる。ただし、下記の事由のいずれかに該当するときはこの限りでない。

①契約の性質により譲渡することができない場合

②当事者の約定により譲渡することができない場合

③法律の規定により譲渡を禁止している場合

³ 「合同法」80条 債権者が権利の譲渡するときは、第三債務者に通知しなければならない。通知していない場合、当該譲渡は第三債務者に対する効力を有しない。債権者は権利譲渡の通知を取り消してはならない。ただし、譲受人の同意を得た場合はこの限りではない。

⁴ 「合同法」81条 債権者が権利を譲渡するときは、受ける側は債権に関わる従たる権利を取得する。ただし、債権者自身に専属する従たる権利はこの限りでない。

⁵ 「合同法」82条 第三債務者は債権譲渡の通知を受領した後に、譲渡人に対する抗弁を譲受人に対して主張することができる。

⁶ 「合同法」83条 第三債務者は債権譲渡の通知を受領した後に、譲渡人に対して債権を享受し、かつ、第三債務者の債権が譲渡する債権より先に又は同時に期限が到来するときは、譲受人に対して相殺することを主張することができる。

通知の効力を債権の移転時期の問題と絡んで激しい論争が繰り広げられた。大きく分けると、①債権譲渡が契約締結時に効力を生じ、通知は債務者対抗要件的な存在にすぎない、とする通説的見解、②債権が契約締結時に移転するが、通知をしなければ第三者に対抗できない、とする見解、③債権は通知時に初めて移転し、通知は債権譲渡の効力要件（一種の形式要件）である、とする見解が挙げられる。同じ見解の中でも理由付けはそれぞれに異なっている。例えば、債権の移転時期を決める要素の一つである債権譲渡の法的性質については、①処分行為説⁸、②事実行為説⁹、③契約説¹⁰等の諸説がある。このような解釈の対立は結果的に債権譲渡の優劣判断を困難にし、司法実務において債権譲渡競合の場面（あるいは債権譲渡と差押えとの競合場面）につき様々な判決結果があり混乱を生じさせている。

1949年に新中国が成立して以来、4回の民法典編纂活動が行われたが、いずれも統一民法典に至らなかった。2020年に完全な民法典の公表を予定している第5回民法典編纂は現時点で第2次審議まで進行し

⁷ 崔建遠『合同法（第5版）』（法律出版社、2010年）208頁以下、韓世遠『合同法総論（第4版）』（法律出版社、2018年）624頁以下、王利明『合同法研究』（中国人民大学出版社、2003年）230頁、張広興『債権総論』（法律出版社、1997年）235・239頁、徐滌宇「債権譲与制度中的利益衡量和逻辑贯彻」『中外法学』2003年第3期、裴麗萍「論債権譲与の若干基本問題」『中国法学』1995年第6期。

⁸ 韓世遠・前掲注（7）596頁以下。

⁹ 崔建遠・前掲注（7）211頁。

¹⁰ 尹飛執筆「第五章 債之転讓」王利明編『中国民法典学者建議稿及立法理由（債法総則編・合同編）』（法律出版社、2005年）124頁。

ている。これを嚆矢に、中国における債権譲渡の優劣決定メカニズムを改善ひいては再構築する必要があると思われる。

本稿は、民法典編纂の動向を考察し、中国における債権譲渡制度の今後の行方を探ってみたい。

二 中国民法典編纂の沿革と継受対象

新中国成立後の民法典編纂作業は、1978年の「改革開放」政策を境にして政策背景と起草方針が大きく異なる。「改革開放」前、中国では単一の公有制と計画経済体制が実施されており、民法起草活動はさらに、①20世紀50年代（ソビエト民法の全面継受期）、②20世紀60年代（社会主義民法の独自性探索期）に分けられる。この2つの時期の民法起草活動はいずれも政治運動により中断してしまったが、その本質的な原因は、この時期の社会経済は全て指令性計画や行政手段に依存しており、民法が生み出される社会条件が整わなかったことである¹¹。1966年から1976年まで資本主義の道を歩む実権派を打倒する「文化大革命」という大災難が起り、この10年間、全ての立法活動が中止せざるを得なかった¹²。1978年、文化大革命後の経済を立て直すために開始された「改革開放」により、中国の経済体制は、計画経済から徐々に市場経済へ推移していった¹³。急激な経済制度の変容に合致する

¹¹ 梁慧星「中国対外国民法的継受」山東大学法学評論2003年00期6頁。

¹² 梁慧星『民法総論（第五版）』（法律出版社、2017年）19～20頁。

¹³ 渠涛「中国における物権法の現状と立法問題」比較法学34巻1号136

法整備の要請に迫られ、中国は民事立法の活発期に入った。その継受対象によってさらに③20 世紀 80 年代～90 年代中期（ソ連・東欧国家からの継受期）、④20 世紀 90 年代末以降（資本主義先進国からの多元的継受期）に分けられる¹⁴。③は社会主義民法から資本主義民法への過渡期であり、その時期に制定された 1982 年「中華人民共和国民法草案【四稿】」及び、同草案の合同編をもとにした 1981 年「中華人民共和國經濟合同法」（以下「經濟合同法」）と、同草案の総則編をもとにした前述の 1986 年「民法通則」は、主に 1962 年ソ連邦民事基本法、1964 年ロシア共和国民法典、及び 1978 年ハンガリー民法典などソ連及び東欧国家の民法を参考したものであり、いずれも社会主義と計画経済の色彩が残っている。④における最も典型的な成果としての前述の「合同法」は、ドイツ民法の概念・体系を直接に導入し、基本的な法制度・法原則に関して主に大陸法のドイツ民法・スイス民法・台湾民法を参考にしながら¹⁵、契約の成立の箇所に関しては CISG と UNIDROIT 原則をも大いに参照した¹⁶。

頁。

¹⁴ 梁慧星「中国民法学的歴史回顧与展望」同『中国民事立法評説：民法典、物権法、侵權責任法』（法律出版社、2010 年）29 頁以下、孫憲忠「从比較法的角度看中国近現代对西方民法学的継受」中德法学論壇第 8 輯 80 頁以下を参考に整理した。

¹⁵ 梁慧星・前掲注（11）8 頁。

¹⁶ 中国合同法と国連動産売買条約・UNIDROIT 原則の対照・比較は小塚庄一郎「東アジア諸国の契約法の現代化」『国際ルール形成と開発途上国—グローバル化する経済法制改革—』（日本貿易振興機構アジア経済研究所、2007 年）163～164 頁を参照。

三 法継受の変遷の波における債権譲渡

1. 20 世紀 50 年代（旧ソ連民法の全面継受期）の債権譲渡

（1）旧ソ連民法の社会主義民法理論の継受

20 世紀 50 年代において、新中国成立後の社会主義法への「一辺倒」政策のもとで、中華民法法等の「旧法」に対する批判運動が行われた結果、1949 年以前のヨーロッパ大陸法・日本法から導入した民法教材が全て廃棄され、ソビエトの民法教材と法学教育が全面的に取り入れられた¹⁷。第一回民法典編纂作業の成果としての 1956 年「民法草案」¹⁸は 1922 年ロシア社会主義連邦ソビエト共和国民法典（以下「1922 年旧ソ連民法」と略す）¹⁹を手本にして、旧ソ連民法典の構成（総則、所有権、債、相続の 4 編制）と民法理論を採用したものである。

（2）新中国第一回民法典編纂：1956 年民法草案

さて、このソビエト式社会主義民法理論のもとで起草された 1956 年

¹⁷ 梁慧星・前掲注（12）19 頁。

¹⁸ 新中国成立後の 1954 年末、全国人民代表大会常務委員会の指示で集められた民法起草チームは民法起草作業に着手し、1956 年にこの「民法草案」を完成したが、同草案は 1957 年の反右運動の拡大と 1958 年の「大躍進」運動の衝撃を受け、審議に付されることなく修正段階で挫折してしまった（哈斯巴根『中国民法典民族性的型塑』（中国政法大学出版社、2017 年）167 頁）。

¹⁹ 本稿が使用する 1922 年旧ソ連民法の条文の邦訳は、末川博『ソヴィエトロシアの民法と労働法』（改造社、1926 年）267～268 頁から引用した。

民法草案において債権譲渡はいかに規定されていたかを考察していく。この民法草案における「債権通則」の起草は1956年4月から始まり、全部で3つの草稿がある。いずれの草稿も研究室内部で議論され、外部の関連機構に公布して意見を求めたことがない²⁰。現存する民法草案と審議過程の記録を整理・公開した資料である何勤華等編『新中国民法典草案総覧（増訂本）』（以下「草案総覧」）²¹によると、この時期の民法草案には手書きのものが多く、審議過程と起草理由の記録も雑であり、逐条に起草理由と説明をつけたものではない。

1956年に完成された「債編通則」【一稿】（計120ヶ条）は、「債的転讓」という箇所では債権譲渡を債務引受とともに規定している（債権譲渡と債務引受と全部で6ヶ条）。債権譲渡の主な趣旨を次のようにまとめることはできる、債権者は自己の債権を第三者に譲渡することができるが、法律又は契約により別段の定めがある場合はこの限りでない（同

²⁰ 「債権通則」に対する説明は全国人大常委会办公厅研究室が1958年3月29日に手書きで作成したものである。その説明によると、「債権通則」の起草は1956年4月から始まり、全部で3つの草稿がある。いずれの草稿も研究室内部で議論され、外部の関連機構に公布して意見を求めたことがない。そしてこの「債権通則」は手元にある資料のみをもとに起草されたものであり、北京市司法部門と少数の企業に対して債務に関連する一般問題を尋ねたにとどまり、ちゃんとした資料収集や検討を行う時間と資源がないため、本通則の草稿は未熟なものである、という（何勤華等『新中国民法典草案総覧（増訂本）〈上巻〉』（北京大学出版社、2017年）136頁）。

²¹ 何勤華等『新中国民法典草案総覧（増訂本）〈上巻〉〈中巻〉〈下巻〉』（北京大学出版社、2017年）。以下では「草案総覧（上）」「草案総覧（中）」「草案総覧（下）」と引用する。

草稿1条1項²²）。債権譲渡の場合、関連するすべての従たる権利は共に移転する（同草稿1条2項）。社会主義組織間の債権・債務の譲渡は、国家計画に逆らってはならず、主管部門の認可を経なければならない（同草稿3条）。債権・債務の譲渡は、書面の契約書を作成しなければならない（同草稿4条）。債権譲渡の場合、債権者は第三債務者に通知し、かつ新債権者に対して債権の真実性に関して責任を負わなければならない（同草稿5条）。すなわち、草案の文面からみれば、有効に債権を譲渡するには、書面の譲渡契約書を必要とし、そして社会主義組織間の債権譲渡につき、さらに国家計画に従うこと、かつ、主管部門の認可があること等厳重な要件を満たす必要があると読める。譲渡通知の効力について、同草稿は、「債権を譲渡する際に、債権者は第三債務者に通知しなければならない」としか規定しておらず、通知をしない場合債権譲渡は無効となるか（通知は債権譲渡の効力要件なのか）はこの条文だけでは判断できない。同草稿の審議に関する議事録は、3条の社会主義組織間の債権・債務の譲渡に関する内容を削除すべきという一点だけである²³。

1957年1月7日「債編通則（草稿）」【二稿】（計79ヶ条）は債権譲

²² 1956年「民法草案」の条文番号は連続した形ではなく、「債的転讓」部分の条文は1条から数えるものである。

²³ 何勤華「草案総覧（上）」・前掲注（21）149頁。その理由の記載はない。「対通則部分内容的意見」という全国人大常委会办公厅研究室の資料では、「債編通則」【一稿】に対する議論は、主に、損害賠償・不当得利・無因管理は債権分則の部分に置くべきか、契約によらず国家法律・法令により生じた債権を認めるべきかどうか等の問題に集中しており（144頁）、債権譲渡に関する議論の記載は他に見たらない。

渡・債務引受を債の消滅とともに第四章「債的移転和消滅」の箇所で規定している（債権譲渡に関しては計3ヶ条）。債権譲渡に関する規定の内容は【一稿】とほぼ変わらないが、債権の譲渡性・従たる権利の移転・譲渡人の担保責任及び第三債務者に対する通知はまとめて1ヶ条で規定するようになった（同草稿75条1項・2項・3項²⁴）。譲渡性の禁止事由について、【一稿】の法律や契約による譲渡禁止に加え、債権の性質による禁止も追加された（同草稿75条1項）。そして「社会主義組織間の債権・債務の譲渡は、国家計画に逆らってはならず、主管部門の認可を経なければならない」（同草稿77条）及び「債権・債務の譲渡は、書面な契約書を作成しなければならない」（同草稿78条）の規定に対して、削除すべきという意見が主張され、そのためか当該草稿原本にこの二条の箇所に削除の印が付けられている²⁵。主張理由の記載はない。

1957年2月5日「債編通則（草稿）」【三稿】（計75ヶ条）において、債権譲渡に関する規定は、前述の債権譲渡の各内容をまとめて規定す

²⁴ 1957年1月7日「債編通則（草稿）」【二稿】では、条文番号は連続するようになった。

「債編通則（草稿）」【二稿】第75条

債権者は自己の債権を第三者に譲渡することができるが、法律又は契約あるいは債権の性質により譲渡できない場合はこの限りでない。

債権者は、債権を譲渡するとき、当該債権と関連するすべて付随権利も共に移転し、債権の真实性について新債権者に対して責任を負う。

債権者が債権を譲渡するとき、第三債務者に対して通知しなければならない。

²⁵ 何勤華「草案総覧（上）」・前掲注（21）166～167頁。

る1ヶ条だけが残った(同草稿51条²⁶)。修正理由を記載する審議記録は見当たらない²⁷。ただ、社会主義組織間の債権・債務の譲渡に対する規定と債権譲渡・債務引受の要式性の規定が削除されたことから、これら2条に対する反対意見が受け入れられたことがわかる。そして同草稿原本の51条の側に手書きで「蘇[ソビエト] 124条、捷[チェコ] 263条・264条、徳[ドイツ] 398条、国[台湾] 294・295-297条」と、当時の参照条文であろうメモが記載されている。その中の旧ソ連も台湾もチェコもドイツ法を継受して「早い者勝ち型」を採用していることから、同草稿は基本的にドイツ法の仕組みを参考しているといえよう。

(3) 小括

1956年民法草案の【一稿】【二稿】は、国家計画に反することを、債

²⁶ 「債編通則(草稿)」【三稿】第51条は、「債編通則(草稿)」【二稿】75条そのままである。条文の邦訳は、前掲注(24)を参照。

²⁷ 【三稿】を審議する準備段階の検討資料として、「債権編通則部分に関する検討問題」(原文:「債権篇有關通則部分的討論題」)が公表されており、そこでは問題提出の形で11個の議題を取り上げた(何勤華等

(上)・前掲注(20)180頁)。債権譲渡に関しては、第2の議題「債権編の配置はどうするべきか。債の担保と債の移転はどの部分に置くべきか」として触れられ、債権総則の部分に置く意見と契約総則の部分に置く意見の対立があった。契約総則の部分に置くべきだと主張する者は、契約に基づく債についてのみ譲渡の問題が起きうるからだ、と理由づけている。しかしこれは明らかに誤りであり、不当利得や無因管理、不法行為に基づく債権でも、一身専属権や基本生活を確保する権利など法律・契約や性質上譲渡できない債権に当たらない限り、譲渡の対象となりうる。

権の譲渡性を制限する理由の一つとして定め、経済計画の最優先を唱える 1922 年旧ソ連民法の基本原則を素直に取り入れたものと見ることができる。しかし後に、この条を削除する意見もしばしば主張され、最終的に【三稿】でその意見を受け入れ、社会主義的色彩の強いこの条文が廃止された。旧ソ連一辺倒の状況から抜け出そうとする努力であろうと評したい。

また、1922 年旧ソ連民法は債権譲渡契約を一律に要式契約とまで要求していなかったが、【一稿】【二稿】はいずれも書面での譲渡契約を要した。それがどういう考慮によるものかは知り得ないが、【三稿】では削除され、不要式の諾成契約で足りることになった。

【三稿】原本の手書きメモに掲げられた参考条文によると、三つの草稿ともに、ドイツ法の「早い者勝ち型」を導入したものであろうが、この段階で中国の立法者はまだ譲渡通知の役割を正確に理解できなかったか、譲渡通知の効力を明らかにしていない。1922 年旧ソ連民法は譲渡の事実を第三債務者に通知しなければならないと定めた上、通知を受けるまで、第三債務者は旧債権者に対して履行する権利があるとの規定を付け加えることによって、第三債務者に対する権利行使要件としての譲渡通知の効力を明確にした。しかし、中国のこの三つの草稿とも「第三債務者に対して通知しなければならない」としか定めておらず、これだけでは譲渡通知の効力が債権譲渡の効力要件なのか第三債務者に対する権利行使要件なのかははっきりしない。

2. 20 世紀 60 年代（社会主義民法の独自性探索期）の債権譲渡

（1）新中国第二回民法編纂：1964 年民法草案（試擬稿）²⁸

「大躍進」政策と 3 年自然災害²⁹の終わりにつれ、中央政府は法制の必要性を改めて認識し、1962 年に新中国の第二回民法典編纂作業を開始させた。その成果として 1964 年に「中華人民共和國民法草案（試擬稿）」（「以下「1964 年民法草案（試擬稿）」」）が作り上げられた（計 262 ヲ条）。当時、中国は、アメリカをはじめとする資本主義国との関係において敵対状態が続く中で、ソビエト共産党との関係が決裂した。これを背景に、中共政府は、新民法は資本主義国の民法と境界線を画すると共に、ソビエト民法典から受けた影響をも断ち切ろうという方針を決めた³⁰。今回の民法起草作業に参加した魏振瀛教授の口述によると、この草案は外国の民法典を一切参考せず、中国自らの経験・教訓に基づいて起草されたものである。自らの経験とは、第一は国家政策であり、第二は実践部門の規章と経験であると考えられたため、起草当時の座談会において、関連する実践部門の同志らが集められ、ここ数年

²⁸ 1964 年「中華人民共和國民法草案（試擬稿）」の条文は、何勤華「草案総覧（中）」・前掲注（21）908～938 頁。

²⁹ 「大躍進」政策とは、1958 年 5 月、毛沢東の指導する中国共産党が打ち出した「社会主義建設の総路線」であり、ソ連型の社会主義建設ではなく、中国独自の方法として工業では西洋技術と「土法」（伝統技術）を併用すること、農業では集団化を進めた人民公社を建設することを掲げた。典型的なのは、当時、鉄鋼業生産では品質が軽視され、もっぱら増産のみが強調されたことである。大躍進政策の失敗で、1958 年から 61 年までに 2000 万人から 4000 万人という史上空前の大量の餓死者を出した。中国ではこれを「3 年自然災害」と呼んでいるが、実際は政治的要因も大きく「天災」ではなく「人災」だったともいえる。

³⁰ 哈斯巴根・前掲注（18）171 頁。

の経験・教訓をヒヤリングしたようである³¹。

その結果、1964年民法草案（試擬稿）はパンデクテン方式を採用せず、ドイツ民法ともソビエト民法とも異なる、「総則」編、「財産の所有」編、「財産の流転」編³²という3編制の斬新な体裁を設計した³³。そして、章の配置について、人格権、法人、不法行為、親族、相続等伝統的な民法内容を民法典の構成から排除した代わりに、予算、税収、労働収入など14種類の財政及び労働法律関係を民法典に取り入れた。同草案の用語について、権利、義務、物権、債権、動産、不動産、自然人、

³¹ 王衛国『中国民法典論壇(2002～2005)』（中国政法大学出版社、2006年）109～110頁。

³² 財産の流転とは、法律、計画、契約又は口頭の約束により、機関の間・機関と個人の間・個人の間において生じた財産の分配と交換関係のことをいい、そこには、予算、税収、与信、消費貸借、貯蓄、決算、物資分配、商品の仕入れ・販売、農副製品買取、売買、基本建設工程、運輸、賃貸借、労働報酬福利関係が含まれる（1964年「民法草案（試擬稿）」第64条）。

³³ 同草案の構成は以下の通りである。第1編「総則」は、民法の任務（第1章）、基本原則（第2章）、経済関係に参加する機関と個人（第3章）、制裁と時効（第4章）、適用範囲（第5章）からなる。第2編「財産の所有」は、通則（第1章）、国家財産（第2章）、集体財産（第3章）、個人財産（第4章）からなる。第三編「財産の流転」は、通則（第1章）、予算関係（第2章）、税収関係（第3章）、与信関係（第4章）、消費貸借関係（第5章）、貯蓄関係（第6章）、決算関係（第7章）、物資分配関係（第8章）、商品の仕入れ・販売関係（第9章）、農副製品買取関係（第10章）、売買関係（第11章）、基本建設工程関係（第12章）、運輸関係（第13章）、租賃〔賃貸借〕関係（第14章）、労働報酬福利関係（第15章）からなる。

法人などの概念が一切使用されておらず、「公民」、「生産資料」、「生活資料」などマルクスの著名作で現れた用語で入れ替えることにより、社会主義的特色を浮き彫りにしようとした³⁴。

（2）1964 年民法草案（試擬稿）の下での債権譲渡

このような社会主義的な民法草案のもとでは、債権という概念が採用されていないため、債権に相当する権利の移転は当然に「債権譲渡」という伝統民法の仕組みの下で規定されていない。

同草案において唯一財産の移転に言及する条文は、第 2 編「財産の所有」の第 2 章「国家財産」に置かれている第 35 条である。第 35 条は、「国家機関、国営企業および事業単位が固定資産の増減・移転は、所定の手順で手続をしなければならず、国家主管部門の認可を経なければ、無断で処理してはならない」と定めている。つまり、債権に相当する権利は国家資産である場合には、その移転はできるが、国の認可と所定の手続が必要とされる。

では、債権に相当する権利は国家資産でない場合はどうか。

³⁴ 1962 年 10 月に中国人民大学民法教研室が作成した「関与建立新的民法体系的一些想法」を題名とする報告書で、その起草理由を解釈した。「主体、物権、債権、著作権、発明権、相続権など抽象的な法律形式で構成された民法体系は、私有制を中心として個人を本位とする、かつ『国家が民事活動を干渉しない』ことを原則とする資産階級民法の内容に対応するものである。この体系は我が国の社会主義的民法内容の要請には応えられないため、それを必ず廃棄し、我が国の社会主義革命と建設の実際状況に相応しい民法体系を構築する大胆な試みを行わなければならない」（哈斯巴根・前掲注（18）173 頁）。

私人間の財産の移転について、第3編「財産の流転」の第1章「通則」にある67条はあらゆる機関・個人は商品を交換する時に、等価交換の原則を貫かなければならないと規定した。つまり、同草案は国家機関でない私的機関・個人の行う商品の交換は自由にできると認めている（ただ、ここでいう「商品」は、「生活・生産資料」という定義³⁵から推測すると、おそらく有体物のことを言い、債権等の無体財産権は含まれていない可能性が高かろう）。

たとえ債権は「商品」として交換・移転できるとしても、同68条³⁶は、契約は、経済計画を実現し、経済協力を強化し、人民の生活を便宜する重要な手段であると定義したうえ、合同の締結は、国家の政策、法律、法令の規定に従わなければならないと定めたことから、上述の1922

³⁵ 1964年「民法草案（試擬稿）」57条は、個人財産は次に掲げるものを含むと定めた。①個人と家庭の物質文化生活の需要を満足させる全ての生活資料、②法律が集団所有制のメンバー個人による所有を許す生産資料、③法律が個人労働者による所有を許す生産資料。

³⁶ 1964年「民法草案（試擬稿）」68条

合同は、経済計画を実現し、経済協力を強化し、人民の生活を便宜する重要な手段である。

合同の締結は、国家の政策、法律、法令の規定に従わなければならない。双方の権利と義務は明確にされなければならない。合同の変更又は解除は、関連する主管部門の規定により協議して行わなければならない。

合同は書面の形式で締結しなければならない。契約あるいは他の書面形式の競技は、合同と同様な法的効力を有する。

口頭の形式で締結された経済関係は、国家の政策、法律、法令の規定に逆らえない限り、法律の保護により守られる。

年旧ソ連民法及びそれを受け継いだ 1956 年民法草案【一稿】【二稿】と同じように、債権譲渡ができて、経済計画に逆らわない大前提に服し、自由に譲渡できるとは言えない。

この民法典起草作業は、1964 年に高まった左派思想運動によって中断した。1966 年からの 10 年間、「文化大革命」が続いており、全ての民事立法・司法・教育及び理論研究が中断した。

3. 20 世紀 80 年代～90 年代中期（ソ連・東欧国家からの継受期）：

1978 年ようやく「改革開放」を迎え、こうした単一公有制に基づく計画経済体制から社会主義市場経済体制へ急速に変貌した社会において、法主体が独立・多様化し、債権債務を発生させる私的取引が活発となったため、一連の民事立法活動が本格的に始められた。

（1）新中国第三回民法編纂：1982 年「民法草案【四稿】」

新中国第三回の民法起草活動の成果として、1982 年「中華人民共和國民法草案【四稿】」（以下「1982 年民法草案【四稿】」と略す）が完成された³⁷。同草案は、総則を置かず、民法の任務と基本原則、民事主体、財産所有権、合同、智力成果権、財産承継権、民事責任、その他の規定の 8 編から構成され、計 465 カ条ある。そして一般市民にもよく理解できるように、中国の伝統的法概念と異なる「債」という文言は意図的に避けた。「法律行為」という抽象的な概念も一般市民が理解しにくい

³⁷ 1982 年「中華人民共和國民法草案【四稿】」がまとめられるまでに、1980 年 8 月 15 日に完成された「中華人民共和國民法草案（徵求意見稿）」、1981 年 4 月 10 日に完成された「中華人民共和國民法草案（徵求意見二稿）」、1981 年 7 月 31 日「中華人民共和國民法草案（第三稿）」の 3 つの草稿があった。

ことで危うく削除される場所であった³⁸。同草案の編別構成とその内容は、主に、1962年から施行されたソ連邦民事基本法と1964年から施行されたロシア共和国民法典、及び1978年ハンガリー民法を参照した³⁹。

（2）「1982年民法草案」における債権譲渡

そこにおいて、債権譲渡は、第3編「合同」の第1章「通則」にある第156条に債務引受と共に1ヶ条で規定されている。同条は、「当事者一方は、自己の享有する請求権又は履行すべき義務を第三者に譲渡することができる。但し、人身と関連する権利義務は譲渡できない」（1項）、「権利の譲渡は遅滞なく相手方に通知しなければならず、義務の譲渡は相手方の同意を得なければならず、そうしないと、この譲渡は法的効力を有しない」（2項）、「国家計画に従い締結された契約は、権利または義務を譲渡するときに、計画主管機関の認可を経なければならない」（3項）と規定している。

同条2項は権利の譲渡にあたり、譲渡通知をしないと当該譲渡は法的効力を生じないと定めることから、譲渡通知を債権譲渡の効力要件としているといえよう。また、3項により、国家計画に従い行われた債権譲渡は、なお関連部門の認可が必要であり、いわゆる「認可主義」が生き残っている。今回の民法起草は、1964年民法草案の時と異なり、起草グループは大量の外国民法典を翻訳し、比較法調査を行なったとはいえ、「中国の実情から出発する」ことを立法の指導思想とし、かつ

³⁸ 張玉敏『新中国民法典起草五十年回顧与展望』（法律出版社、2010年）75～86頁。

³⁹ 梁慧星・前掲注（12）20頁。

中国の特色のある社会主義民法を目的としたので⁴⁰、債権譲渡についてソ連と東欧社会主義国の「認可主義」を採用したのは、経済計画から抜け出す過渡期にあった当時の中国の実情にこれが適合していたからであろう。

同草案が完成された後、立法機関は、短期内に完全な民法典を制定するのが不可能だと認識し、民事関係を規律する立法を民法典の制定を待たず、まず単行法を先行させる方針に切り替えた。そのため、この1982年民法草案【四稿】は審議されることなく正式な法律にはならなかった。しかし、前述の民法通則及び経済契約法は、すべてこの草案の内容を基礎に、適当な修正を加えてから公布されたものである。

（3）「小民法」と呼ばれる「民法通則」の時代的特徴

民事単行法の制定を先行させる方針の下で、1985年まで、「婚姻法」、「経済合同法」、「涉外経済合同法」、「相続法」、「特許法」、「商標法」などの単行法が相次いで公布された。しかし、これらの単行法は民法の「各則」に相当するものであり、それらを統合する基本原則と共通規則、つまり民法の「総則」に相当する法律が必要であると認識された。この背景で制定されたのは、民法典の総則と分則の内容を網羅した「小

⁴⁰ 1982年の民法起草活動は、当時の全国人民代表大会常務委員会主任（任期1979年2月～1981年6月）彭真氏の影響が大きかったという（趙曉耕『新中国民法典起草歷程回顧』（法律出版社、2011年）171～173頁）。「中国の特色のある社会主義民法」や「中国の実情から出発する」というスローガンは彭真氏によって提起された（彭真『彭真文選（1941～1990年）』（人民出版社、1991年）421頁）。

民法」と呼ばれる民法通則（9章、計156ヶ条）⁴¹である。新中国では、債権譲渡を法律のレベルで初めて承認したのもこの「民法通則」である。

1986年「民法通則」が公布されるまでは、「物権」という概念自体を認めず⁴²、所有権の移転についても、ソ連の公有制経済に基づく社会主義法の観点——経済計画に関わる財産の所有権を移転するには国の認可が必要とされるなど——が支配しており、大陸法系の物権変動を語る法律環境が整わなかった。その状況を打開したのは、「民法通則」である。同法は、「物権」という概念を歴史的な原因で拒否する立場を維持したが、そこに含まれている所有権以外の用益物権と担保物権を実質的に導入した。すなわち、同法は第5章第1節「財産所有権及び財産に関わる権利」で、所有権以外に、国有地・集団所有土地の使用権、自然資源の使用権、国有企業財産経営権といった用益物権も規定したうえ（同法80～82条）、抵当権・留置権といった担保物権をも「債権」の節（第5章第2節）にはあるが、初めて規定を置いた（同法89条）。

⁴¹ 民法通則は、伝統民法上の民法総則の内容のみならず、日本民法の物権法に配置される所有権に関する規定、債権法に設けられる契約違反や不法行為に関する規定、さらに知的財産権、人格権、涉外民事関係の内容も盛り込まれた。その構成は、基本原則、公民、法人、民事法律行為と代理、民事権利、民事責任、訴訟時効、涉外民事関係の法律適用、附則の9章である。

⁴² ソ連民法理論の影響で、当時の中国は所有権のみを承認し、用益物権と担保物権を認めなかった。それが原因で、中国のこれまでの民法草案（前掲1956年、1964年、1982年民法草案）は、「物権」という文言を意図的に避け、所有権についてのみ規定を設けた。

言っておきたいのは、担保物権について、同法は、①債権の節に規定おくこと⁴³、②抵当権と留置権の2種類のみを規定し、質権を抵当権の一種として扱うこと、③そして動産も抵当権の対象としていることに特徴があることである。さて所有権の移転については、「民法通則」は、ドイツ法にならい、物権行為と債権行為を区別する「区分の原則」を採用しており、債権行為時と物権変動時の分離を認めた⁴⁴。ドイツ法（実際はドイツ法の物権理論を継受した台湾法）の影響で、当時の起草者は、債権契約だけでは物権変動の効果を生じないと考え、契約に基づく財産所有権の移転は原則として、引渡時によるという規定を設けた（民法通則72条2項）。

しかし、同法は、物権である所有権の変動については当時先進的だと思われるドイツ法の物権変動論を不完全ながら受け入れたが、債権譲渡については、なお保守的な態度を示し、前述のように、第三債務者の同意を必要とする「同意主義」を採用するうえ、「私利を謀ってはいけない」という社会主義法的な制限を加えている（同法91条。規定の詳細は本章第3節の1の1を参照）。なお、それまでの民法草案では、計画経済に関わる債権譲渡には、行政部門の認可を必要とするとされていたが、「民法通則」は、「計画経済」の文言を全体的に避けたので、ここも行政部門の認可を必要とするのは「計画経済」に関わるものでなく、「法律により国の認可を必要とする契約」という表現に切り替え

⁴³ 物権概念とその関連体系を従来から拒否してきた中国の立法者の観点では、担保物権は民法総則上の制度でも、親族や相続上の制度でもないもので、債権の部分に配置するしかないという（陳華彬『物権法論』（中国政法大学出版社、2018年）47頁）。

⁴⁴ 孫憲忠・前掲注（14）86頁。

た。とはいえ、債権譲渡に行政機関の直接的な関与が入る点は変わっていない。

以上から、中国の経済体制改革の過渡期に制定された「民法通則」は、大陸法系の民法理論も少しずつ導入し始めた一方、旧ソ連の社会主義理論と立法方法がなお残る、という中間的な立法という特徴を持っていることが伺える。同法は、抽象的・原則的な規定しか設けることができなかったが、ドイツ法を始めとする資本主義国の立法技術と民法理論を受け継ぐ端緒を開き、そして債権譲渡を承認した最初の法律として、画期的な意義を有するといえよう。

(4) 「三足鼎立」時代における債権譲渡

新中国の契約法制度は「改革・開放」政策の後に初めて構築された。最初は、「民法通則」のもとで「経済合同法」⁴⁵、「涉外経済合同法」⁴⁶、

⁴⁵ 全称「中華人民共和国経済合同法」(7章からなり、計47ヶ条)である。中国にとってまとまった最初の社会主義契約法は、この経済合同法であった。同法は、1981年12月13日に公布され、1982年7月1日に施行された。国内の経済契約を対象として適用された。「経済合同」という概念が採用されたこと、国家計画に従い合同を締結・履行しなければならないこと、経済合同管理部門に契約を無効とする権限を与えたこと、行政性経済合同仲裁制度が設けられたこと等から、ソビエト法の影響が伺える。

⁴⁶ 全称「中華人民共和国涉外経済合同法」(7章からなり、計43ヶ条)である。1985年3月21日に公布され、同年7月1日に施行された。涉外経済合同法は、国内企業・組織と海外の企業・組織・個人との間の経済契約を対象として適用された。

「技術合同法」⁴⁷の三つの経済契約法が併存する、いわゆる「三足鼎立」の時代があった⁴⁸。経済体系の移行期にあるこの時代において、「経済合同」という概念⁴⁹を採用するなど社会主義計画経済の影響が根強く残っており、契約法制の中心原理は、公法としての計画原則であって、契約自由の原則は契約原則を補完する例外にすぎなかった。

「経済合同法」は債権譲渡について規定が設けられていない。「涉外経済合同法」は契約の譲渡については、同法は第4章（契約の転讓）で2ヶ条を設けた。「契約当事者の一方は、契約上の権利及び義務の全部または一部を第三者に譲渡する場合、契約の他方当事者の同意を得なければならない」（同法26条）。また、「中華人民共和国法律、行政法規により国家の認可によらなければ成立しない契約について、その権利及び義務の譲渡は、原認可機関による認可を経なければならない。ただし、既に認可された契約に別段の定めがある場合にはこの限りでない」（同27条）。「民法通則」91条とほぼ同旨な内容（同意要件＋認可主義）を規定したものである。「涉外経済合同法」は「民法通則」よ

⁴⁷ 全称「中華人民共和国技術合同法」である。1987年6月23日に公布され、同年11月1日に施行された。国内の技術開発契約・技術譲渡契約等がその適用対象となった。

⁴⁸ 江平編『中華人民共和国合同法精解』（中国政法大学出版社、1999年）前言2頁。

⁴⁹ 「経済合同」とは、旧ソ連から継受された法概念で、主に社会主義公有制組織間で国家計画の実現を目的として締結される契約を指し、国家の経済計画と直接関連しない通常の民事契約とは原理的に区別された。計画経済のもとで、「産品分配関係」に商品交換関係という外被を纏わせ、経済合同という法形式を使用したわけである（王晨『社会主義市場経済と中国契約法』（有斐閣、1999年）182頁）。

り一年先に公布されたものであるが、「合同法」起草者の江平教授によれば、「涉外経済合同法」26条・27条は「民法通則」91条の規定を受け継いだとのことである⁵⁰。国内の技術契約等に適用される「技術合同法」は、契約の譲渡について「契約当事者の一方は、他方当事者の同意を得ない限り、契約上の権利及び義務の全部または一部を第三者に譲渡することができない」と規定しており（同法26条）、「民法通則」と同じく同意を必要としていた⁵¹。

市場経済体系への構造転換の深化につれ、三つの経済契約法の内容的な欠陥⁵²と立法目的の時代遅れ⁵³が民法学者に強く意識され、統一の一般契約法を制定する要請が出された。1999年統一契約法としての「合同法」の制定により、3つの経済契約法が廃止され、「三足鼎立」の社会主義契約法の時代が終わった。

4. 20世紀90年代末以降（多元的継受期）

中国は、1992年に「計画経済体制を徹底的に放棄する」という指導

⁵⁰ 江平・前掲注（48）65頁。

⁵¹ 江平・前掲注（48）65頁。

⁵² 内容的な欠陥として、①規律の範囲が狭く（法人間の契約に限る）、典型契約の種類が少ない。②立法の遺漏が甚だしい。例えば、損害賠償の範囲、法定解除権、契約の取消しなどの規定が置かれていない。③紛争の処理手続きが煩わしく、事件の迅速な解決ができない等が指摘されている（王晨・前掲注（49）186頁以下）。

⁵³ 計画経済を中心にする立法目的は時代遅れであり、計画経済から市場経済への転換が進むにつれて、経済契約概念を維持する社会的必要性が失われた（江平・前掲注（48）前言2頁）。

方針が出されてから初めて、本当の意味での民法を培う土壌を整えた。中国従来の立法原則は、「宜粗不宜細」（大まかに規定すればよく、詳細を規定しないほうがよい）であったが、1992年以降制定された民事単行法、例えば、1995年「担保法」や1999年「合同法」などは、だんだん数多くの精緻な条文を有するようになった。ここでは債権譲渡に関するものに集中し、この時期に制定された「合同法」の各草案の経緯を整理する。

5. 「合同法」の諸草案における債権譲渡

「合同法」の制定は、「中華人民共和国合同法（試擬稿）」（1995年、以下「合同法試擬稿」）、「中華人民共和国合同法（意見徵求稿）」（1997年、以下「合同法意見徵求稿」）、「中華人民共和国合同法（草案）」（1998年、以下「合同法草案」）の三つの主要な草案を経た⁵⁴。

（1）1995年「合同法試擬稿」

この「合同法建議草案」（「合同法建議草案」とも呼ばれる）は、全国の学者が分担して起草し、梁慧星がそれを整理した学者案である。「合同法建議草案」の起草過程には、法律学者が深く関与したため、比較法の手法が広く用いられ、多くの国の契約法が広汎に調査・参照された。債権譲渡についても詳細な規定を提案した（同草案75～86条の12ヶ条）⁵⁵。

⁵⁴ 全国人大常委会法制工作委员会民法室編著『中華人民共和国合同法及其重要草稿介紹』（法律出版社、1999年）5頁。

⁵⁵ 「合同法建議草案」の債権譲渡に関する規定の配置は、債権譲渡の定義（同草案75条）、譲渡を許さない債権（同草案76条）、従たる権利の移転（同草案77条）、譲渡人の義務（同草案78条）、譲渡人の権利の瑕

まず、「合同法建議草案」は、「民法通則」に定められた同意要件や認可主義を全て廃棄し、債権の自由譲渡を提案した（同76条⁵⁶）。そして複数の譲受人が競合する場合には、次のように多層的な優先決定ルールを設けた（同83条）。

①2 通又はそれ以上の債権譲渡が競合する場合には、有償譲渡の譲受人が債権を取得する。

②2 通又はそれ以上の債権譲渡のうち、取消事由のある債権譲渡がある場合には、取消事由のない譲渡の譲受人が債権を取得する。

③2 通又はそれ以上の債権譲渡のうち、債権の全部譲渡と一部譲渡がある場合には、全部譲渡の譲受人が債権を取得する。

④2 通又はそれ以上の債権譲渡が競合する場合には、先に第三債務者に対して通知を行った譲受人が債権を取得する。

つまり、通知による優劣決定ルールのほかにも、譲渡の有償性、取消事由の有無、全部譲渡か一部譲渡かも優先判断の基準とされる（①～④間の関係は明示されていない。例えば、先に通知を行なった譲渡が無

疵の担保責任（同草案79条）、譲渡通知及びその効力（同草案80条）、表見譲渡（同草案81条）、第三債務者の抗弁及び相殺権（同草案82条）、多重譲渡（同草案83条）、分割譲渡（同草案84条）、無償譲渡（同草案85条）、法定的債権移転（同草案86条）である

⁵⁶ 「合同法建議草案」76条（譲渡を許さない債権） 次に掲げる各号の債権は譲渡してはならない。

- （一） 当事者の約定により譲渡することができない場合
 - （二） 法律の規定により譲渡を禁止している場合
 - （三） 契約の性質により譲渡することができない場合
- 第一号の約定は善意の第三者に対抗することができない。

債譲渡である場合の優先関係は不明である)。同条は、ほぼ 2000 年まで通説として数多くの学者がこれを論拠に引いて合同法 80 条の補足解釈をしていた。

次に、譲渡通知について、「合同法建議草案」は譲渡人か譲受人のいずれによってもすることができ、法律に別段の定めがない限り、当該通知が第三債務者に対してなされて初めて第三債務者に対して債権譲渡の効力が生じる、と定めた(同 80 条 1 項)。つまり、譲渡通知は競合する債権譲渡の優先を決める要件である一方、第三債務者に対する権利行使要件でもある。また、譲渡通知は、第三債務者が譲渡人に対して有していた債権を自動債権とする譲受人への相殺の主張の可否を決める基準時の一つである⁵⁷。

さらに、第三債務者の弁済規則について、「合同法建議草案」は通知を受ける前に、譲渡人に対してする法律行為は有効であると明示したうえ(同 80 条⁵⁸3 項)、譲渡人が譲渡通知を第三債務者に到達した場合

⁵⁷ 譲渡の時点で譲渡人に対して有していた抗弁は譲受人に対しても主張できるが(同 83 条 1 項)、相殺の主張は、通知を受けた時点で第三債務者が譲渡人に対して有していた債権であり、かつその履行期が譲渡対象債権より先にまたは同時に到来するものでなければならない(同条 2 項)。

⁵⁸ 「合同法建議草案」80 条(譲渡通知及びその効力)

債権者が債権を譲渡する場合、譲渡人か譲受人による通知を経て初めて、第三債務者に対して効力を生じる。法律に別段の定めがある場合は、この限りでない。

譲受人の同意がない限り、譲渡通知は撤回することができない。

第三債務者が、通知を受ける前に、譲渡人に対して行う法律行為は有効とする。

には、譲渡が実際に行われていなかった場合や無効になった場合にも、当該譲渡通知で指示された者に対する第三債務者の履行は有効である、と第三債務者を保護する表見譲渡の規定も設けた（同 81 条⁵⁹）。

「合同法」が起草された頃は、日本の学者が中国立法活動に大いに参与し、日本学説が中国に浸透する時期であり、「合同法建議草案」で債権譲渡について譲渡通知時を重複譲渡時の優劣決定基準とする、「對抗要件型」と類似の仕組みが採用されたのも日本の影響が多かったと想像される。そして表見譲渡を明文化することや、譲渡人の義務（同 78 条）、瑕疵担保責任（同 79 条）、分割譲渡（同 84 条）および無償譲渡（同 85 条）を詳細に定めること、多層的な優先ルールを設けたことなど、当時では斬新で極めて詳細な規定が盛り込まれ、中国の以前の各草案と比べて非常に先進的な草案だったと評したい。

（2）1997 年「合同法意見徵求稿」⁶⁰

「合同法意見徵求稿」では、債権譲渡に関してわずか 1 ケ条（同 55 条）が設けられた。

「合同法意見徵求稿」55 条は「債権者は契約権利の全部又は一部を

⁵⁹ 「合同法建議草案」81 条（表見譲渡） 譲渡人が既に債権を第三者に譲渡した事実を第三債務者に通知した場合、たとえ譲渡が実際に行われていなかったときや無効になったときであっても、当該第三者に対する第三債務者の履行は有効である

⁶⁰ 「合同法意見徵求稿」は、法制工作委员会が各省・市・自治区の関連機関又は研究所の意見を収集するために、12 か所の学術機構 52 に委任し、「合同法建議草案」に基づいて大量の調査作業を経て作成したものである。

譲渡することができる。この場合には、第三債務者に通知しなければならない。ただし、取引慣行により通知が必要でない場合はこの限りでない」（1項）、また「債権者が権利を譲渡する場合には、第三債務者の負担を加重してはならない。第三債務者の負担を加重する恐れがある場合には、第三債務者の同意を得なければならない」（同2項）、と規定した。

この条文は、取引慣行により通知が必要でない場合を除き、譲渡人に譲渡通知義務があることしか規定しておらず、これだけでは譲渡通知の効力は明確でない。同草案が「早い者勝ち型」を採用するものか「対抗要件型」を採用するものかも判断できない。なお同草案では、第三債務者の履行先が明らかにされておらず、上記の場合、第三債務者は誰に履行すれば債務を免れるかも知りようがない。

（3）1998年「合同法草案」⁶¹

「合同法草案」は、債権譲渡については条文数を現在の5か条に増やした（同草案81～85条）。その内容は現行の合同法と全く変わらない。

「合同法建議草案」と比べて、次の点に特徴がある。

①同草案は、債権譲渡の定義、表見譲渡、従たる権利の移転、譲渡人の義務、瑕疵担保責任、重複譲渡時の優劣決定規則、分割譲渡、無償譲渡を定める条文を明文に置かないことにした。

②同草案は、重複譲渡時の優劣決定規則を設けない。譲渡通知

⁶¹ 「合同法草案」は、合同法が制定される以前の最後の草案であり、契約の締結や各論等を中心に修正又は補足したものである。

を第三者対抗要件とする根拠も示していないことから、「合同法建議草案」の採る「対抗要件型」を採用せず、ドイツ・台湾の「早い者勝ち型」を採用したことが推測できる。

③同草案は、譲渡通知について、「第三債務者への通知をしなければ、債権譲渡は第三債務者に対して効力を生じない」と定め、譲渡通知を第三債務者に対する権利行使要件とすることは変わらないが、第三債務者の履行ルールとして、通知前の譲渡人への弁済の有効性と通知後債権譲渡不存在時・無効時の譲渡人への弁済の有効性を認める表見譲渡の内容を取り入れなかった（同草案82条）。「早い者勝ち型」といっても、ドイツ民法よりも台湾民法よりもずいぶん簡略化された。条文が簡略過ぎたことから、後に学説で譲渡通知を第三者対抗要件と解釈する余地を与えたと思われる。

④譲渡を許さない債権の譲渡が無効とされる場合、「合同法建議草案」は善意の第三者に対抗できない旨の条文を設けたが、「合同法草案」はそれを採用しなかった。

⑤譲渡人に対して主張できた抗弁の譲受人への主張について、「合同法建議草案」は債権譲渡時を基準時としており、譲渡の時点で譲渡人に主張できた抗弁を譲受人に対しても主張できる。これに対し、「合同法草案」は台湾の立法例を受け入れ、基準時を譲渡通知時に変更した（同草案85条）。

6. 検討：沿革からみた債権譲渡制度の特徴

中国の通説的な見解は、「合同法」の現行制度がドイツ法の「早い者勝ち型」だと説明しているが、法継受の沿革から見ると、債権譲渡に限って言えば、中国の立法者は一度もドイツ法を直接の法継受の対象と

したことがないと言える。債権譲渡を規定していない第2回民法典編纂の1964年民法草案を除き、中国の立法者は、最初はソビエト法の「認可主義」を取り入れ、そして長い間、債権譲渡に行政機関の直接的関与を認めていた（1956年民法草案、1982年民法草案、民法通則、経済合同法がその典型例）。その次日本法と台湾法を継受の対象とし、債権行為と物権行為の一体化処理は日本法に倣ったもので（だから債権譲渡を債権契約と位置付ける傾向が見られる）、債権譲渡の対第三者効を規定せず第三債務者との関係のみを規定する立法技術は台湾法に倣ったものである。

なお、「合同法」以前の各民法草案及び「民法通則」・「経済合同法」は債権譲渡・債務引受・契約上の地位の移転を区別せず、1カ条で規定する傾向が見られた。それが1つの原因であろうが、債権譲渡も債務引受と契約上の地位の移転と同様に、第三債務者の同意を要していた。

最も興味深いことは、「合同法」起草段階の学者案である「合同法建議草案」の傾向と立法担当者の選択の相違である。「合同法建議草案」は多層的な優劣決定ルールを提案し、通知の先後もその1つの基準である。これによれば、通知時を債権譲渡競合の優劣基準とすることになる。また、第三債務者の履行ルールについて、「合同法建議草案」も、第三債務者の主観を考慮する。譲渡通知前に、第三債務者が債権譲渡を知っていた場合には、もはや譲渡人に対して履行することができなくなる。そうすると、債権譲渡の対外的効力に関する規制は、フランス・日本の対抗要件制度よりも、全体的にイギリス法へ傾向していることが読み取れる（ただ提案する学者はイギリス法に対する誤解があったため、多層的でかつ内部で矛盾するルールになってしまった）。にもかかわらず、立法者は学者案の見解を取り入れず、「早い者勝ち型」

のような規定を定めた。しかし、ドイツ法・台湾法と異なり、「合同法」では表見法理に基づき第三債務者保護規定も置かれていないうえ、譲渡通知の主体や譲受人の譲渡書類の提示の効力など詳細な定めも省略され、債権譲渡の条文が著しく簡略化されたために、解釈上の余地を残した。

四 第5回民法典編纂における債権譲渡規律の提案

1. 第5回民法典編纂作業の進行と段階的な成果

新中国第5回民法典編纂作業が目下、盛んに進行している中である。立法スケジュールとして、民法典編纂は、まず民法総則を公布し、次に各分編を編纂する「二段階方式」が採用された。2017年3月に開かれた第12期全人大第5回会議の審議で念願の「民法総則」⁶²が可決され、

⁶² 「中華人民共和国民法総則」(中華人民共和国主席令第66号)は2017年3月15日の第12期全国人民代表大会第7回会議で採択され、10月1日、施行された。「民法総則」は、「民法総則」を基礎として、「共通因子抽出」(原文:「提取公因式」)の方法に基づき、その他の民事法律において普遍適用性を有する規定を取り入れている。前述のように「民法通則」が全9章156ヶ条であるのに対して、「民法総則」では全11章206ヶ条に再構成している(第1章「基本規定」以下、第2章「自然人」、第3章「法人」、第4章「非法人組織」、第5章「民事権利」、第6章「民事法律行為」、第7章「代理」、第8章「民事責任」、第9章「訴訟時効」、第10章「期間計算」及び第11章「附則」)。そのうち、第5章「民事権利」の部分に債権に関する規定が入っている(同118~122条)。なぜ「民法総則」に債権に関する規定を入れたかについて、起草者の一人である孫憲忠は、将来的には民法典各分編で債権総則を設置しないことを

民法典編纂作業の第一歩を完了した。そして、第二歩として、2018 年 8 月 27 日に開催された第 13 期全人大常務委員会第 5 回会議に物権編・合同編・人格権編・婚姻家庭編・相続編・不法行為編の 6 編からなる「民法典各分編（草案）」（計 1034 ヶ条。以下「各分編 1 審稿」とする）⁶³が提出され、第 1 回目の審議が行われた。この審議において、全国人

考慮し、債権総則に相当する条文を設ける必要があると説明した（孫憲忠〔鄭芙蓉訳〕「新たに制定される中国民法総則について」広島法科大学院論集第 14 号（2018 年）218 頁）。「民法総則」の主な改正点は次のようである。①公序良俗に反しない「慣習」を法源化したこと（同 10 条。「法理」の法源化を見送った）、②訴訟時効を 2 年から 3 年に延長し、短期訴訟時効期間を設けないこと（同 188 条）、③政治的用語である「公民」を「自然人」へ変更し、外国人や無国籍人も含まれるようになったこと、④営利性・非営利性の違いにより法人を分類する制度を導入したうえ、特別法人という独自の類型を創設し、法人を営利法人（同 76～86 条）・非営利法人（同 87～95 条）・特別法人（同 96～101 条）の 3 類型に改めたことである。「民法総則」に関する日本の研究として、白出博之「中国民法総則の制定について（上）（中）（下）」国際商事法務 45 巻 5 号（2017 年）629～636・807～814・952～957 頁、宇田川幸則「中国における民法総則の編纂」法政論集 272 号（2017 年）311～326 頁、加藤雅信「中国『民法総則』の制定」法律時報 89 巻 5 号（2017 年）65～66 頁、同「中国・民法総則の特異点の検討」同 91～94 頁、王澤鑑〔小田美佐子訳〕「中国民法総則の伝統および特色」同 79～85 頁、孫憲忠〔朱曄訳〕「中国『民法総則』の要点の分析」同 86～90 頁、朱曄「中国『民法総則』の特色及び運用時の課題」同 100～103 頁、柴巍＝森規光＝石本茂彦「中国民法総則の解説（訴訟時効および表見代理について）」NBL1098 号（2017 年）51～56 頁、劉漸宇「ビジネス面からみた中国民法総則」NBL1097 号（2017 年）51～56 頁 23～28 頁等がある。

⁶³ 各分編一審稿（中国語）は

大常務委員会法制工作委员会(以下「法工委」とする)の沈春耀主任が行った法案の趣旨説明(以下、「草案説明」とする)⁶⁴によれば、人格権は民事主体の最も基本かつ重要な権利であること等に鑑み、伝統の5編構成に人格権編も追加して、6編の構成が採用された。そして債権編の代わりに「合同編」を設置し、その中にさらに第1分編「通則」、第2分編「典型契約」、第3分編「準契約」⁶⁵に分ける。民法典各編草案が採択された後、現行する諸単行法の「民法通則」、「物権法」、「合同法」、「担保法」、「婚姻法」、「收养法」、「相続法」、「侵權責任法」は廃止されることになる。

第1次審議の後、法工委は中国人大網(<http://www.npc.gov.cn>)で「各分編1審稿」全文を公布し社会一般への意見徴求を開始したとともに、各地方人民代表大会、中央の関連部門、法学教育研究機関及び関連する社会組織に同草案を公表してヒヤリングを実施し、各編ずつ数回の審議にわたり修正を進めた。その成果として、2018年12月14日に開催された第13期全人大常務委員会第7回会議に修正を経た「民法

<http://www.rcees.ac.cn/tz/tzgg/zlyghy.js/201809/W020180917470224477866.pdf>より入手可能である。

⁶⁴ 2018年8月27日沈春耀主任が第13期全人大常務委員会第5回会議での報告「关于『民法典各分編(草案)』的説明」は
https://npcobserver.files.wordpress.com/2018/09/932018-solicitations-of-comments_explanations.pdfよりpdf(中国語)を入手可能である。

⁶⁵ 第3分編「準契約」には28章「事務管理」(763条～766条)と、29章「不当利得」(768条～772条)の2種の債権が規定されている。

典合同編（草案）（第2次審議稿）」⁶⁶（以下「合同編2 審稿」）及び「民法典侵權編（草案）（第2次審議稿）」が提出された。後に、「民法典物權編（草案）（第2次審議稿）」（以下「物權編2 審稿」）も「民法典人格編編（草案）（第2次審議稿）」とともに2019年4月16日第13期全人大常務委員会第10回會議に提出され、社会一般に向けて意見徵求（パブリックコメントの募集）を開始した。

本稿脱稿時点で各分編草案は、物權編・合同編・人格權編・侵權編の4編が2度目の審議を終了している状態にある（中国「立法法」⁶⁷の定める「3回審議の原則」により、法案は最低3度の審議にかけられた後に採決に付されることになっている）。今後は2020年までに、既に

⁶⁶ 「民法典合同編（草案）（第2次審議稿）」は
<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=35125> より全文を觀覽できる。

⁶⁷ 「中華人民共和國立法法」（中華人民共和國出席令第20号）29条（3回審議の原則）

常務委員会會議に上程された法律案は、通常は常務委員会會議において審議を3回経た後で表決に付さなければならない。

常務委員会會議による法律案の第1次審議は、全体會議において提案者の説明を聴取し、グループ別會議において初歩的な審議を行う。

常務委員会會議による法律案の第2次審議は、全体會議において法律委員会による法律草案の修正状況及び主要な問題に関する報告を聴取し、グループ別會議において更なる審議を行う。

常務委員会會議による法律案の第3次審議は、全体會議において法律委員会による法律草案の審議結果に関する報告を聴取し、グループ別會議で法律草案の修正稿に対して審議を行う。

常務委員会は、法律案を審議するとき、必要に応じてグループ合同會議又は全体會議を招集して法律草案上の主要な問題について討論を行うことができる。

施行されている「民法総則」と審議修正を経た民法典各編草案とを1つにまとめて完全な民法典に至る予定である。

以下では、諸草案の条文（及び審議時の「草案説明」）と関係者の公開情報に基づき、債権譲渡に関わる合同編の関連内容について考察していく。

2. 合同編の制定による債権譲渡制度への影響

（1）合同編における現行「合同法」に対する改正

合同編両草案（「各分編1 審稿」、「合同編2 審稿」）は、「合同法」以降に現れた新しい状況と問題に対して、いくつかの改正を加えている。

第1に、全体の構成として、債権編や債権総則を設けないことが決まったため、債権総則に規定されるべき選択債権（306～307条）及び多数当事者の債権債務（308～312条）は「合同編」第4章「契約の履行」の箇所に置かれたほか、不当利得と事務管理に関する規定も「合同編」に置かれざるを得なくなった⁶⁸。

⁶⁸ 2018年12月23日全国人民代表大会憲法・法律委員会による「民法典合同編（草案）」の修正状況に関する報告（以下「状況報告」）の第1項は、以下のように対応を説明した。「契約の一般的ルールや多種の典型契約を含んでいるが、このうち『事務管理』『不当利得』は、契約関連規則と同じく債権法の性質を有するだけでなく、契約関連規則とはやや異なるものでもある。これに鑑み、理解と適用の便宜のため、合同編草案（筆者：「合同編2 審稿」のこと）にさらに第1分編「通則」、第2分編「典型契約」と第3分編「準契約」の3つの分編を設置し、第3分編「準契約」には「事務管理」と「不当利得」の2つの章を含めることを建議する」。債権編や債権総則を置かないことから、事務管理と不当利得の規定はどこに配置すればいいかが起草当初から激しく論争された。「準

第2に、債権総則と契約総則の合体に相当する「合同編」の「通則」部分について、特に格式条款（約款・定型条項）規制を整備した（286条2項・3項、288条、289条）⁶⁹、事情変更の要件論の精緻化（323条、380

契約」という概念を採用して、それを「合同編」の最後に置き、そこに事務管理と不当利得の規定を入れると提案したのは王軼教授のようであるが（2019年8月13日付最高法院第三巡回法庭で「民法典合同編中的重大問題」というテーマの講座で王利明教授の発言）、この点につき多くの学者が疑問を呈した。王利明教授は同講座で「事務管理と給付型不当利得は準契約の箇所で規定してよいのに対し、侵害型不当利得は準契約の分編に入れるのは適当でない」と発言したが、公表した論文「準合同与債法総則の設立」法学界2018年第1期117～127頁では債権総則を設けるのが最善策だが、準契約制度の導入は債権総則を設けない中国の実情に鑑みた上での妥当策と評価した。日本では、加藤雅信「立法論としての『準契約』—中国・民法草案への3つの改正提案」静岡法務雑誌第11号（2019年8月）411頁以下はフランス法の準契約立法と比較しながら、不当利得法がカバーしている実定法体系のなかで、「契約」と関係する部分はごくごく僅かにすぎないとして、中国合同編草案の「準契約」制度には反対な立場を示した。

⁶⁹「各分編1審稿」288条は「格式条款を提供する一方が提示又は説明義務を履行せず、相手方が自己との間に重大な利害関係が存在する条項を注意又は理解しない状況に至らせた場合、当該条項は効力を生じない。」と規定したが、第2次審議では、「当該条項は効力を生じない」を「相手方は当該条項が契約の一部を構成しないことを主張することができる」に改めた（二審稿288条2項）。その理由は、「状況報告」・前掲注（68）第3項により、同規定は格式条款について弱い立場にある相手方の利益保護を目的とするところ、格式条款を提供する側が提示又は説明の義務を履行していない場合、当該条項が契約を構成する部分となっているか否かについては、格式条款の相手方によって決定されるべきことであ

条は第2次審議で削除⁷⁰、電子契約の締結・履行に関する特別ルールの新設（同283条2項、303条）等時代に合わせる改正が試みられた。債権譲渡の対外的効力についても興味深い修正が行われたので後に詳述する。

第3に、契約分則である第2分編「典型契約」の部分について、「各分編1審稿」は、「合同法」の典型契約の類型を基礎に、さらに「保証契約」（471～493条）⁷¹、「不動産管理役務提供契約」（720～734条）と第26章「組合契約」（751～762条）の3類型を新設した。「合同編2審稿」はその上に、さらにファクタリング契約である「保理契約」（552条

る。

⁷⁰ 「状況報告」・前掲注（68）第4項。

⁷¹ 保証方式の推定につき、「各分編一審稿」は、「担保法」19条の趣旨に引き続き、当事者が保証契約において保証方式を約定していない又は約定が不明確である場合、連帯保証として保証責任を負う旨を規定した上

（同476条2項）、個人保証人保護の観点から、自然人間の保証をこの推定規則の例外とした（同条2項但書）。これに対して「合同編二審稿」は、「担保法」19条の趣旨を放棄し、当事者が保証契約で保証の方式に関する約定をしていない又は約定が不明確である場合、一般保証に従って保証責任を負う旨の規定へ転換した。これは、第2次審議で、連帯保証は保証人の責任を加重する保証方式であり、原則として当事者が明確に約定すべきものであり、また約定していない又は約定が不明確である場合に一概に連帯保証と推定すれば、相互担保又は連環担保によって債務超過又は破産を招く問題を深刻化させ、正常な生活や経営秩序に影響を及ぼすとの指摘に対応した修正である。「状況報告」・前掲注（68）第六項によれ、憲法・法律委員会では検討の結果、約定がないか不明確の場合に一般保証と推定することは、債務リスクの拡散防止・経済社会の安定に有利に作用すると考えて、前記の修正を建議した次第である。

の1～552条の6)を単独の章として枝番号の方式で追加規定した。

（2）債権譲渡を規定する箇所

「各分編1審稿」では、独立の「債権編」が置かれておらず、債権総則に相当するものも設けられていない。「合同編2審稿」もこの立法方針に沿い、「合同編」をさらに3つの分編に分け、第1分編「通則」を設けることで、債権総則と契約総則をまとめる「準債権総則」の機能を果たさせる意図がうかがえる。これまでの学者による諸民法草案建議稿⁷²および学説上の立法論の検討⁷³は、債権総則の立法上の必要性を強調し続けてきたが、立法機関の民法典編纂の方針から見ると、債権総則を独立の編として設置する兆しはなく、実質的な理由説明も見られない。この現実を受け、学者による立法論の検討も、債権総則を設けないという立法選択を前提として論理を展開する方向へ切り替えた⁷⁴。第3次審議では全体的な構成まで著しい調整は非現実的であることを考

⁷² 梁慧星グループ提案・前掲注（エラー！ブックマークが定義されていません。）「第3編 債権総論」129頁以下、王利明グループ提案・前掲注（エラー！ブックマークが定義されていません。）「第6編 債権総則」157頁以下、徐国棟・草案・前掲注（エラー！ブックマークが定義されていません。）「第7分編 債権総則」457頁以下。

⁷³ 韓世遠「民法典合同編一般規定与合同訂立的立法問題」法学雑誌2019年第3期24～25頁。

⁷⁴ 王利明「民法分則合同編立法研究」中国法学2017年第2期25～47頁、于飛「合同法総則替代債法総則立法思路の問題及弥补——从“参照适用”的方法論性質切入」蘇州大学学报(法学版)2018年第2期、房紹坤「論民法典物權編与合同編的立法協調」現代法学2018年第6期、朱虎「債法総則体系的基礎反思与技術重整」清華法学2019年第3期。

えると、債権譲渡は、これまでの「合同法」における場所と似たように、近々完成される予定の民法典の中で「合同編」の「通則」の箇所で規定が置かれることがほぼ決まりだと理解することができよう。

（3）債権譲渡競合時の優劣基準

A. 「各分編 1 審稿」：優劣決定基準としての対抗要件主義（登記優先ルール）の導入

「各分編 1 審稿」は 333～340 条の 8 ヶ条で債権譲渡を規定した⁷⁵。主な変更点は以下の 3 点である。

「合同法」80 条は第三者に対する対抗要件を定めておらず、譲渡通知について「通知をしなければ、譲渡は第三債務者に対して効力を生じない」と規定したことから、主流の解釈論は、これはドイツ法・台湾法に倣った「早い者勝ち型」を採用したものと説明した。しかし、「各分編 1 審稿」は多重譲渡時の優先規則につき単独の条を設け（同 336 条）、次のように定める。

「債権者が同一の債権を複数人に譲渡した場合、債権譲渡が登記できるときは、先に登記を行った者が他の者より優先する；債権譲渡が登記されていないまたは登記できないときは、第三債務者が最初に受けた通知で指示された譲受人が他の譲受人より優先する」

現行する中国法によれば、登記できる債権譲渡は、融資目的の売掛

⁷⁵ 譲渡により従たる権利の移転（同 337 条）について、2 項を新設し、「譲受人の従たる権利の取得は、当該従たる権利につき登記または占有移転がなされていないことで影響を受けることがない」と定めた。そのほか、第三債務者の抗弁（同 338 条）、相殺権（同 339 条）に関しては改正がなされていない。

債権の譲渡に限られている（「売掛債権質登記弁法」33条⁷⁶）。それで、上記336条の規定は次のように読み替えることができる。

①売掛債権を融資目的で二重に譲渡した場合には、

(a)いずれも登記を行った場合には、登記時の先後により優劣を決する；

(b)いずれか一方のみ登記を行った場合には、登記のある譲渡は登記のない譲渡より優先する。

(c)いずれも登記がなされていない場合には、譲渡通知が先に第三債務者に到達した譲渡が優先する。

②一般債権譲渡⁷⁷が多重に行われた場合には、譲渡通知が先に第三債務者に到達した譲渡が優先する。

すなわち、まず、「各分編1 審稿」は従来の「早い者勝ち型」の代わりに対抗要件主義の立場を取り、登記または通知を優劣決定機能を有する第三者対抗要件として規定した。次に、融資目的の売掛債権譲渡かどうかで区別し、2 元的な優劣決定の仕組みを採用した。一般債権譲

⁷⁶ 「応収帳款質押登記弁法」（中国人民銀行令「2007」第4号）は中央人民銀行が制定した部門規章である。

「登記弁法」33条 権利者が登記公示システムで融資を目的とする売掛債権の譲渡登記を行う場合、本弁法の規定を準用する。

⁷⁷ 融資目的での売掛債権譲渡でない場合とは、理論的には、売掛債権でない債権を譲渡する場合と売掛債権ではあるが融資目的でない債権譲渡の場面がありうるが、後者の「融資目的」の判断基準は不明である。譲渡担保と資産証券化は融資目的であるとの議論はなさそうが、不良債権回収など法人が利用する大量の債権譲渡にも登記制度を利用させても良いのではないかと思われる。

渡については通知を第三者対抗要件とし、融資目的の売掛債権譲渡である場合には、登記または通知を第三者対抗要件とする。さらに、融資目的の売掛債権譲渡である場合には、登記による第三者対抗要件の具備は、通知による第三者対抗要件の具備より効力が勝る、いわゆる「登記優先ルール」が採用された（日本法制審部会の第2ステージで「登記優先ルール」案が取り上げられたが、登記一元化案との実質的な相違がないとされ、登記一元化とともに見送られることになった）。

B. 「合同編2 審稿」：「保理契約」を典型契約として新設し、2 元的な優劣決定メカニズムを採用した

「合同編2 審稿」は「保理契約」を新たな典型契約の類型として単独の章を設けた（第16章）一方、「各分編1 審稿」における多重譲渡時の優劣基準を定める334条を削除し、同じ旨の優先原則を「保理契約」に適用させた。

①「保理契約」の新設（同552条の1～6の6ヶ条）

「保理契約」とは、売掛債権者は売掛債権をファクターへ譲渡し、ファクターは資金融通・売掛金の管理または取立て・債務者の支払保証等の役務を提供する契約のことをいう（同552条の1の1項）。

(a) 登記または通知による対抗要件主義（「登記優先ルール」）の採用（第552条の6）。上記「各分編1 審稿」の優先原則をそのまま「保理契約」に当てはめた。

(b) 初めて将来債権の譲渡を明文化（同552条の1の2項）。「保理契約」の対象となる売掛債権は現に発生しているものと将来発生すべきものの両方を含むと明らかにした。しかし、将来売掛債権の定義、移転時、対抗要件具備時はなお不明である。

(c) **譲受人の通知方式を明記**（同 552 条の 3）。譲受人であるファクターが譲渡通知を行う場合には、身分の表明と必要証明の提示が必要とされる。

(d) **対象債権を偽造した場合の法的効果を明記**（同 552 条の 2）。譲渡人と第三債務者が対象債権を偽造した場合には、「保理契約」の効力は影響されず、ファクターが対象債権の不存在を知らない限り、第三債務者は譲受人の履行請求を拒絶できない。

(e) **「保理契約」が債権譲渡担保として使われる場合の実行方法と清算義務を明記**（同 552 条の 4）。

② 優劣決定メカニズムの二元的構造

債権譲渡の一般規則として、「各分編 1 審稿」336 条が削除され、「合同法」の規定に戻った。その優先原則は、解釈に委ねる（通説の「早い者勝ち型」では、譲渡契約時の先後で優劣を決することになる）。

そうすると、「合同編 2 審稿」における優劣決定基準は次のようになる。

A. 債権譲渡が「保理契約」に当てはまる場合には、第 16 章の規定が適用され、二重譲渡の優先原則は次のようになる。

(a) いずれも登記を行なった場合には、登記時の先後により優劣を決する；

(b) いずれか一方のみ登記を行なった場合には、登記のある譲渡は登記のない譲渡より優先する。

(c) いずれも登記がなされていない場合には、譲渡通知が先に第三債務者に到達した譲渡が優先する。

B. 債権譲渡が「保理契約」に当てはまらない場合には、債権譲渡の

一般規則が適用され、譲渡契約時の先後で優劣を決する。

すなわち、「合同編2 審稿」は、ファクタリングとされた譲渡につき、登記・通知を第三者対抗要件とし、登記時と通知時の2つの基準時を設定したが、登記が通知より強力な効力を有するという「登記優先ルール」を採用する。他方、ファクタリングといえない譲渡につき、譲渡契約時が優劣の基準時となる。同草案は、登記時・通知時という基準と譲渡契約時という基準の競合は想定していない（どちらかの適用を想定している）。

（4）第三債務者弁済規則として第三債務者の主観の要件化

「合同法」では、ドイツ法のような第三債務者弁済規則（表見譲渡等第三債務者の履行先を明確にする規則）を規定しておらず、同法80条「通知をしなければ、譲渡は第三債務者に対して効力を生じない」の一文しかない。しかし、「各分編1 審稿」335条は合同法80条を基礎に、但書きを追加した。同法335条は次のように定めた。

「債権者が権利を譲渡する場合、第三債務者に対して通知をしなければならない。通知を経なければ、当該譲渡は第三債務者に対して効力を生じない。ただし、第三債務者が債権が譲渡されたことを知っていた場合はこの限りでない。

債権譲渡の通知は取消しすることができない。ただし、譲受人がこれを同意した場合はこの限りでない。」

これによると、第三債務者が債権譲渡を通知以外の情報源（公告や登記が想定できる）で知った場合には、通知がなくても第三債務者は譲受人からの履行請求を拒絶できない。かつ、この場合、譲渡人に対し

とする履行も無効であり、債務を免れることができない。

「合同編2 審稿」は「第三債務者が債権譲渡を知っていた場合はこの限りでない」の表現を「第三債務者が当該債権が譲受人へ譲渡されたことを知っていた場合はこの限りでない」へ変更した。その理由として挙げられたのは、第三債務者は債権が譲渡されたことを知っていたが、誰に譲渡されたか知らない場合には、突然履行請求してきた譲受人に対する抗弁権を失うのが適当でないことである。比較法の通用的規則によれば、第三債務者は債権が特定の第三者に譲渡されたことを知っている場合のみ、通知を受けなくても、債権譲渡は第三債務者に対して効力を生じるべきである⁷⁸。

五 中国の債権譲渡制度の今後の行方——分析と検討

「各分編1 審稿」は、従来第三債務者に対する権利行使要件に過ぎない通知を登記とともに第三者対抗要件とし、登記優先ルールを前提とする「対抗要件型」の優劣決定メカニズムを構築しようとするものである。ファクタリング（中国のファクタリングは広い概念であり、債

⁷⁸ 王利明「关于《民法典分編（草案）・合同編》的意见」の意見23（中国民商法律網<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=34837>を参照）。以下では「王利明・意見」として引用。この文章は王利明教授が「各分編1 審稿」に対して提起した意見であり、債権譲渡に関する2箇所の意見は全部「合同編2 審稿」に取り入れられた。「合同編2 審稿」の修正理由は公表されていないが、修正意見が取り入れられた王利明教授の修正理由は「合同編2 審稿」のそれと重なる可能性が高いので、ここで王利明教授が述べた理由を提示する。

権譲渡担保・代物弁済・取立てなど主要な債権譲渡類型が含まれている）実務では、登記で優先順位をつけるのが既に取り慣行となっており、この改正は実務界にとって大きな変化をもたらさないだろうし、司法裁判においても「合同法」のもとで通知を優劣決定基準として判示したものも少ないので、「各分編1 審稿」の案は非常に中国の実務現況に適合するものといえよう。

「合同編2 審稿」では、「保理契約」に該当する場合は合同編各則第16章のファクタリングに関する規定が合同編通則における債権譲渡一般規則より優先的に適用される点で、ヨーロッパ共通参照枠草案（以下「DCFR」）の二元的構造と共通している⁷⁹。そうすると、「保理契約」の該当性の判断が鍵になるが、「保理契約」の定義を見ると、DCFRと同様におおむね債権譲渡の目的で判断されている。DCFRは担保目的かどうかで見分けるのに対して、「合同編2 審稿」はi. 資金融通、ii. 売掛金の管理または取立て、iii. 第三債務者の支払保証等のいずれかに該当するかどうかにかかっている。しかし債権譲渡の目的というのは主観的なものであり、実際の判断は困難である。登記といった公示方法の特則の適用可否を判断する基準として使われるときには、客観的な判断要素が必要となる。通常考えられるのは、①債権譲渡契約の内容のみで判断する方法（例えば、受戻権条項や譲受人の処分権に対する制限の存否など）、②契約のほかにも、当事者間の客観的な事実状況も含め

⁷⁹ DCFRモデル準則は、債権譲渡の一般規則（第Ⅲ編（債務およびそれに対応する権利）第5章（当事者の変更））と担保目的の債権譲渡の特則（第Ⅸ編（動産担保））を分けてそれぞれ規定し、そして担保目的でされる譲渡については、優先的に第Ⅸ編の特則が適用されることに特徴がある。

て総合的に判断する方法（両当事者が貸借関係にあったと示せるような客観的事実の存否など）があるが、いずれも基準としての透明性と操作性は良くない。登記機関（ファイリング）が登記の適格性を審査するとき、譲渡契約の内容まで審査しなければならないのはかなり負担となるうえ、本来notice filingのメリットは譲渡契約を登録しなくて済むことであり、登記機関からは判断の材料はない。それで、担保目的とか融資目的とかの制限が設定されていても、実際の登記では、その目的が審査されずに登記が成立し、担保や融資目的でないものも混じっている可能性もありうる⁸⁰。それゆえ、債権譲渡の目的を基準とすると取引安全を害する恐れがあり、適切ではない。

実際、中国現在の債権登記システムは当初売掛債権質のために創設されたものである（登記を効力発生要件としている。「物権法」223条1項6号、228条1項）。従前のファクタリング実務はこの売掛債権質登記システムを「借用」していたに過ぎない。上記審議稿から見て債権譲渡にも登記を取り入れるのが将来の方向であれば、制度的整合性の

⁸⁰ 限定された目的でない登記を行った場合、その登記により確保された優先的順位が失われるかは不明である（例えば、第2譲受人は先行登記を備えた債権譲渡は真正譲渡だから同登記は第三者対抗要件としての効力はないと主張した場合）。なお逆な場面で、二重譲渡で第1譲渡につき登記が行われてない間に、第2譲渡についての登記が行われたケースを想定しよう。第1譲受人は自己への譲渡が真正譲渡（あるいは融資目的でない譲渡）であることを証明できれば、「早い者勝ち型」の国では、優先権を取り戻すことができる。つまり公示性のない譲渡契約の内容または当事者間の事実関係で債権譲渡の優劣順位を左右できることになり、取引の動的安全性は非常に危ういのではないかと。

観点から両者の関係をいかに整理するかは今後の課題であろう。

（2020 年 1 月 16 日脱稿）

旅客船ツアー契約に関する一事例の検討
ー 身体障害者仕様の船室を健常者の旅客に割り当てた
履行の可否をめぐって ー

吉原知志

1. はじめに
2. 事案の概要
3. 裁判所の判断
4. 本件に関わる一般的事項と問題状況の確認
 - (1) 旅行契約の特徴
 - (2) 追及された責任の性質
 - (3) 重要事項該当性の判断におけるバリアフリー化の事情
5. 検討
 - (1) 身体障害者に対する合理的配慮
 - (2) 景品表示法上の表示
 - (3) 商品流通と説明義務
6. 結論

1. はじめに

東京地判平成 24 年 1 月 31 日 LEX/DB25491052 は、旅客船ツアー契約を締結した原告・旅行者が、自らが健常者であるにもかかわらず身障者対応の船室が割り当てられたとして被告・旅行業者に対して損害賠償請求をしたのに対し、請求棄却の判断が示されたものである。判決は、理由において、原告に主張に応答して「そのような施設を割り当てられた健常者が『身体障害者のリハビリルームに押し込められたような不愉快な気分』を覚えるなどということは一般的なものではないし、法的保護に値するものともいえない」と述べている。本稿は、本判決のこの判断を手がかりに、契約法における身体障害者への配慮の側面について若干の検討を試みる。

2. 事案の概要

本件は、旅行業者である Y との間で旅行契約を締結して Y 主催のツアー（以下「本件ツアー」ということがある）に参加した X らが、Y の債務不履行または消費者契約法 4 条 4 項 1 号（2016 年改正前。現・5 項 1 号）に規定する「重要事項」に係る説明義務違反の不法行為によって損害を被ったと主張して、損害賠償金及び遅延損害金の支払を求めた事案である。

X らは、Y のパンフレット（以下「本件パンフレット」という）を見

て、Yが主催するツアー「〔甲：旅客船名〕で行くエーゲ海・アドリア海クルーズ11日間」のキャビンタイプ「バルコニー付スタンダード」コースの旅行契約（以下「本件契約」という）を申し込み、旅行代金を支払って、平成22年5月29日から11日間、同ツアーに参加した。クルーズ船「甲」でXらに割り当てられた船室（以下「本件船室」という）は、同船を運行する株式会社Aの船室分類ではキャビンカテゴリー「バルコニー付き海側ツイン」、キャビンタイプ「身障者対応キャビン」とされ、室内の段差がなく、トイレやシャワー室に身体障害者用の設備を備えた部屋で、バルコニーの外壁はガラス張りではなく鉄板であった。

Xらは、本件パンフレットのキャビン案内には、Xらが申し込んだキャビンタイプ「バルコニー付スタンダード」の写真はなく、海の見える「バルコニー付ラージ」の写真と各船室の面積の比較が示されていたことから、Xらは、Xらが申し込んだ船室は、やや狭くなるものの「バルコニー付ラージ」と同じように海の見える船室と理解した。ところが、本件船室は、バルコニーの外壁が鉄板であるため、室内からは、座って海を見ることはおろか、立っても水平線から1/3しか海を見ることができず、実質的には内側の船室を購入したのと変わらない状態であった上、身体障害者仕様の船室であったため、Xらは、身体障害者のリハビリルームに押し込められたような不愉快な気分を味わわれ、旅行が台無しになってしまったと主張した。それに対し、Yは、本件船室は、身体障害者も利用可能というだけで、健常者も何ら問題なく利用できるものであり、むしろ、健常者だけが利用可能な他の「バルコニー付スタンダード」船室に比べてかなり広く設計されており、その分使い勝手が良くなっている。社会のバリアフリー化が進め

ば、身体障害者も利用可能な施設等が社会の至るところで整備されていくのであり、そこでは健常者も当然にこれらを使用することになるが、本件船室もそうした施設の一つであり、健常者が使用することが当然に予定されているものであって、これを使用する者が身体障害者扱いされたなどと憤るのは見当違いであると反論している。

3. 裁判所の判断

裁判所は、X らの請求を棄却し、以下の理由を示した。

「1 債務不履行責任について

X らは、Y が船室分類につき船会社 A と異なる基準を用いていたため、X らの申し込んだ船室とは異なる分類の船室が A によって割り当てられ、手配債務の不履行（不完全履行）が発生したと主張するところ、証拠によれば、本件パンフレットのキャビンタイプ『内側』は A 資料のキャビンカテゴリー 1～3 の『内側ツイン』に、同キャビンタイプ『バルコニー付スタンダード』は同キャビンカテゴリー 6～9 の『バルコニー付き海側ツイン』に、同キャビンタイプ『バルコニー付ラージ』は同キャビンカテゴリー 10～11 の『バルコニー付き海側ツイン』に、それぞれ対応していること、A 資料の『キャビンタイプ』は、これらとは異なりベッドの仕様等によって各船室に付された符号を指し、その一つに『身障者対応キャビン』があることが認められる。

しかしながら、X らが自認するとおり、X らは、本件パンフレットを見て、そこに記載されている『バルコニー付スタンダード』コースを

申し込んだのであるから、Y が手配債務を負ったのは、本件パンフレットの船室分類における『バルコニー付スタンダード』に属する船室であることは明らかであり、本件船室はこれに属するものであるから、Y に手配債務の不履行があったとのX らの主張には理由がない。

2 不法行為責任について

X らは、Y の船室の分類基準がA のそれと異なっており、キャビンタイプ『バルコニー付スタンダード』には健常者仕様の海の見えるバルコニー付きの船室と身体障害者仕様の海の見えないソバルコニー付きの船室の2種類があつて、申込者にどちらの船室が割り当てられるかわからないことが、消費者契約法4条4項1号に規定する『重要事項』に当たり、これをX らに知らせなかったことが説明義務違反の不法行為に当たると主張する。

そこで検討するに、上記『重要事項』とは、当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容等であつて消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいうところ、この『消費者の・・・判断に通常影響を及ぼすべきもの』とは、契約締結の時点の社会通念に照らし、当該消費者契約を締結しようとする一般平均的な消費者が当該消費者契約を締結するか否かについて、その判断を左右すると客観的に考えられるような、当該消費者契約についての基本的事項、換言すれば、通常予見される契約の目的に照らし、一般平均的な消費者が当該消費者契約の締結について合理的な意思形成を行う上で通常認識することが必要とされる重要なものをいうと解される。

本件パンフレットにおけるキャビンタイプ『内側』、『バルコニー付スタンダード』及び『バルコニー付ラージ』のそれぞれに、A 資料にお

いては更に複数に細分されている船室が含まれることは前記1 認定のとおりであるが、こうした分類はそれぞれの目的に応じたものであるから、そのこと自体は何ら異とするに足りないし、『バルコニー付スタンダード』と『内側』との相違の本質的部分が船室にバルコニーが付いているかどうかの点にあることは、その表記自体から明らかである。Xらは、『バルコニー付スタンダード』には身体障害者仕様の海の見えない本件船室と健常者仕様の海の見えるその他の船室との2種類があったなどと主張するが、〔1〕本件船室はバルコニーの外壁が鉄板であるために外壁を通して外側を見ることはできず、そのために椅子に座った状態では海を見渡すことは困難であるものの、立ち上がれば当然に海を見渡せること、〔2〕A 資料において『身障者対応キャビン』とされている船室は、身体障害者も利用可能というだけで健常者も問題なく利用でき、身体障害者の利用者がいないときには健常者が利用することが予定されているものであり（以下、このような船室を『身障者対応船室』という。）、むしろ同じ等級の健常者だけが利用可能な船室に比べてかなり広く設計されているという利点もあること、〔3〕本件ツアーにおいて『内側』船室を利用した3組のうち2組も身障者対応船室を使用したか、そのことに対する苦情は全くなかったし、Y が主催した過去のツアーにおいても、身障者対応船室を割り当てられたことや船室のバルコニーの外壁がガラス張りでないことについて苦情が述べられたことは全くなかったこと、〔4〕A においても、本件以前には、身障者対応船室を割り当てられたことを理由とする健常者の利用者からの苦情を受けたことはなく、かえって『広い部屋で良かった』などと言われることがあったし、船室のバルコニーの外壁がガラス張りでないことについても苦情を受けたことはなかったこと、〔5〕そもそも現

代社会においては公共交通機関等でいわゆるバリアフリー化が進められており、そこでは身体障害者が利用可能な仕様の施設を健常者も利用することが予定されていることは周知の事実であって、そのような施設を割り当てられた健常者が『身体障害者のリハビリルームに押し込められたような不愉快な気分』を覚えるなどということは一般的なものではないし、法的保護に値するものともいえないこと等に照らせば、本件船室とその他の『バルコニー付スタンダード』船室との差異は、同一の等級に属する船室の中で、それぞれの個別事情によって通常あり得る程度のものとどまるということが出来る。そうすると、『バルコニー付スタンダード』中に本件船室が含まれていることが、一般平均的な消費者が旅行契約の締結について合理的な意思形成を行う上で通常認識することが必要とされる重要なものであるとはいえないから、消費者契約法4条4項1号に規定する『重要事項』に当たるとはいえないし、その他、信義則等の一般原則に照らしても、本件契約の締結に際し、YがXら主張のような説明義務を負っていたとは認められないというべきである（なお、Xらは、本件パンフレットに掲載された写真により、『バルコニー付スタンダード』船室のバルコニーの外壁がガラス張りであると理解されると主張するもののようであるが、そもそも本件パンフレットには同船室の写真は掲載されておらず、掲載されている『バルコニー付ラージ』船室の写真にも一例であることが注記されているから、上記主張も採用できない。）。

3 よって、その余につき判断するまでもなく、Xらの請求はいずれも理由がないから棄却する。」

4. 本件に関わる一般的事項と問題状況の確認

(1) 旅行契約の特徴

旅行業者が旅行者との間で締結する旅行契約は、定型的で大量・反復的に行われることから、約款が利用される。旅行契約の約款制度は、旅行業者が事業の開始前に旅行業約款を定めて行政官庁から認可を受けることが義務付けられる個別認可制度（旅行業法 12 条の 2）を前提に、行政官庁があらかじめ作成し公示したモデル約款である標準旅行業約款¹を採用すれば個別認可を省略できる（同法 12 条の 3）とする仕組みとなっている。したがって、多くの旅行業者は標準旅行業約款を採用しており、本件の旅行業者 Y も同様とみられる。

標準旅行業約款が規律する旅行契約の類型には、大きく分けて、旅行業者が旅行計画を立ててそれに応じて航空券やホテルの手配を行い、料金を包括的に定めてツアー旅行の商品として売り出す募集型企画旅行契約と、旅行者の委託を受けて旅行業者が航空会社やホテルに代理・媒介・取次を行うにとどまる手配旅行契約とがある（それ以外にも、2005 年改正で入った、旅行者の希望に基づき複数の旅行サービスを組み合わせる各種の手配、旅程管理を行う受注型企画旅行契約など、いくつかの類型がある）。

¹ 国土交通省告示第 1593 号 (<https://www.mlit.go.jp/common/001339267.pdf>) [最終閲覧日：2020 年 2 月 6 日]。

本件契約も該当すると見られる募集型企画旅行契約については、当該契約から旅行業者に手配債務、旅程管理債務、安全確保債務などの債務が発生するとされる。それらの債務について、委任契約における受任者の債務のように解して、旅程通りの旅行が実現するよう最善を尽くす債務と扱うか、あるいは請負契約における請負人の債務のように解し、旅程の内容通りの結果が実現されるよう保障する債務と扱うか、議論されている²。

（２）追及された責任の性質

本件では、Xらが、Y主催のクルージング・ツアーで、海に見える船室と理解してキャビンタイプ「バルコニー付スタンダード」とするコースを契約したが、参加時に割り当てられた「身障者対応キャビン」は外壁が鉄板であったため、海を見ることができなかったことが問題となった。Xらは、Yに対し、① 船会社Aに対する船室の手配が不十分であったとする債務不履行責任と、② 契約内容の説明義務が果たされていないとする不法行為責任を追及しており、裁判所はそれぞれについて判断している。

本件で①債務不履行責任が問題となった旅行者Yの債務は、Yの企画したツアー旅行計画である「エーゲ海・アドリア海クルーズ11日間」のキャビンタイプ「バルコニー付スタンダード」コースの内容に従って、船会社Aに対してそれに適合する船室をXらに割り当てるよ

² 三浦雅生『標準旅行業約款解説[第2版]』（自由国民社、2018年）46-59頁参照。

う指示する手配債務と見られる。したがって、本件の船室が上記内容に適合していたか否かが債務不履行の判断に重要であるが、裁判所は、パンフレット上に記載された「バルコニー付スタンダード」コースの内容にXらが割り当てられた船室も含まれていたのであるから、Yに手配債務の不履行はない、として簡単に責任を否定している。

次に、Xらが②不法行為責任として主張したのは、参加者に割り当てられる船室が健常者仕様か身障者仕様かわからないことについて、説明の不備があったという点である。このような説明義務違反の主張は、上記①の手配債務の履行自体にはパンフレットの記載からの逸脱がなく不備がなかったとしても、そのような船室の割当てがされる債務内容しか成立しない契約を勧誘した仕方が不適切だったとして、債務の成立過程の不備を追及する意義がある。そして、説明義務違反を不法行為とする構成は、契約の付随義務としての説明義務の違反を債務不履行責任でなく不法行為責任として構成する判例法理³に沿ったものと言える。

本件でXらは、そのような説明義務の存在を、船室の区別が消費者契約法4条5項1号の「重要事項」に当たるとして基礎付けており、裁判所もこの主張に対応した判断を示している。消費者契約法4条自体はあくまで消費者取消権の要件を定めた規定であるが、重要事項の内容は、一般平均的な消費者の契約締結の判断を左右すると客観的に考えられる契約の基本事項をいうとされるので、消費者の契約判断の機会を保障するために事業者には課せられる説明義務の内容を確定する

³ 本判決の直近の判例として、最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁がある。

上で、重要事項の規律が参照に値するということはできるだろう⁴。そのようにして判断される説明義務違反の事情は、加害行為の違法性を判断するにあたっての行為態様の悪質性を基礎付ける要素と位置付けることができる。もちろん、重要事項に当たる事実の告知がなかったとしても、そのことが直ちに不法行為の成立を基礎付けるわけではなく、また、告知していなかった事実が重要事項に該当しないからといって、説明義務の存在がそれだけで否定されるわけではない。仮に消費者契約法 4 条の違反行為であることから直ちに不法行為が成立すると解するならば、事業者の不法行為責任を課すことと、消費者と事業者の間の情報・交渉能力格差の是正という消費者契約法の目的（同法 1 条）とが整合するかという問題を念頭に置きつつ、事案に即した慎重な検討が必要となる。本稿は、このような問題自体はテーマとしない。

（３）重要事項該当性の判断におけるバリアフリー化の事情

本判決は、本件契約における船室の割当ての仕方の重要事項該当性について、〔１〕本件船室から海を見ることは可能だったこと、〔２〕本件船室の設計は健常者の利用も予定されたものだったこと、〔３〕本件船室と同等の船室の利用者から苦情はなかったこと、〔４〕これまで本件船室を利用に供して苦情はなかったこと、〔５〕バリアフリー化の社会的進展によって、身体障害者が利用可能な仕様の施設を健常者

⁴ 消費者契約法 3 条 1 項の努力義務と関連付けて法的効力を認めることが考えられるだろう。後藤巻則ほか『条解消費者三法〔第2版〕』（弘文堂、2021 年）40 頁参照。

も利用することが予定されていることは周知の事実であること、という諸事情から否定の判断を示し、Xら主張の説明義務をYはそもそも負っていないとした。上に見たように重要事項でないことは不法行為の成立を否定するために不可欠ではないが、〔1〕から〔5〕までの要素からYの加害行為を否定したこと自体は是認できると思われる。また、裁判所はなお書きにおいて、そもそも本件パンフレットには「バルコニー付スタンダード」船室についてガラス張りの船室の写真は使われていなかったとするので、そのような事情を前提とすれば、本件で説明義務の不備があったわけではないとすることは妥当だったと解される。

しかし、以上の判断の過程を仔細に見ると、〔5〕のバリアフリー化の進展の要素は、眺望の良い船室が割り当てられることが旅行契約の内容となっていたか否かの判断においてどのように作用しているのか、直ちには判然としないように思われる。なぜなら、「身体障害者のリハビリルームに押し込められたような不愉快な気分を覚えた」というXらの主張が「見当違い」であることはそのとおりとしても、本件旅行契約は、パンフレットの記載を踏まえても、海の眺めの良好な船室による船旅となることを目的の一つとしていたことは窺えるのであって、バリアフリー化が進展しているからといって、直ちにそのような目的が失われることにはならないと思われるからである。本判決の結論自体には問題はないとしても、社会的なバリアフリー化の状況認識が、個別の契約紛争の解決に何らかの影響を与えるかは一考に値すると思われる。そこで、本稿は、バリアフリー化と契約法の関係に着目し、本判決の説示の妥当性について検証してみたい。その際、事業者が身体障害者に配慮する法律上の義務を切り口とし、事業者が契約締結にあ

たってどのような事情に配慮する必要があるのかという観点から検討を行うこととする。したがって、まずは事業者の身体障害者配慮に関する法律の定めについて確認をし、それを踏まえて事業者がすべき契約内容の表示のあり方について考える。

5. 検討

（１）身体障害者に対する合理的配慮

まず、事業者に課せられる法律上の身体障害者配慮の義務の一般的な内容について確認する。

現在の日本の障害者法制は、2006年に国際連合総会で採択された「障害者の権利に関する条約」を2007年に日本が批准するに際して、従来の法制を全般的に見直して整備されたものである⁵。民間事業者に適用が考えられる法律として、2006年制定の「高齢者、障害者等の移動等の円滑化の促進に関する法律」（バリアフリー新法）と、本件当時にはまだ制定されていないが、2013年の「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律」（障害者差別解消法）が挙げられる。前者は公共交通機関を担う事業者にバリアフリー措置を義務付けるものであり、本件では船会社Aについて適用が考えられる。後者は事業者は障害者

⁵ 菊池馨実編『障害法』（成文堂、2015年）38頁[中川純＝新田秀樹]。以下の個別の法律の沿革についても、同書に拠る。

の社会的障壁を取り除くよう合理的配慮を義務付けるものであり、Yについても適用が考えられる。実際には、以下で見るようにいずれの法律も本件に適用されないと考えられる。しかし、各法の理念とするところは本件事案の解決を考える上でも参照に値するので、以下に見ていくこととする。

バリアフリー新法は、1994年制定の「高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律」（ハートビル法）と2000年制定の「高齢者、身体障害者等の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律」（交通バリアフリー法）を発展的に統合する形で制定された。同法は「高齢者、障害者等の自立した日常生活及び社会生活を確保することの重要性にかんがみ、公共交通機関の旅客施設及び車両等、道路、路外駐車場、公園施設並びに建築物の構造及び設備を改善するための措置、一定の地区における旅客施設、建築物等及びこれらの間の経路を構成する道路、駅前広場、通路その他の施設の一体的な整備を推進するための措置その他の措置を講ずることにより、高齢者、障害者等の移動上及び施設の利用上の利便性及び安全性の向上の促進を図り、もって公共の福祉の増進に資することを目的とする」（1条）とし、それに応じて同法2条3号の「施設設置管理者」は、「国の施策に準じて、移動等円滑化を促進するために必要な措置を講ずよう努めなければならない」（5条）とされ、また、「移動等円滑化のために必要な措置を講ずよう努めなければならない」（6条）とされている。2条3号は「施設設置管理者」の1つとして「公共交通事業者等」を挙げた上で、4号ホが、「公共交通事業者等」に「海上運送法〔…〕による一般旅客定期航路事業（日本の国籍を有する者及び日本の法令により設立された法人その他の団体以外の者が営む同法による

対外旅客定期航路事業を除く。[…])を営む者及び旅客不定期航路事業者」を含むとしており、本件の船会社Aは日本の株式会社とされており、括弧書きの適用除外には当たらないから、これに当てはまるように見える。ただし、海上運送法では、「定期航路事業」は「一定の航路に船舶を就航させて一定の日程表に従って運送する旨を公示して行う船舶運航事業」（2条3項）を言うとしてされており、クルーズ・ツアーを内容とするAの事業はこれに該当しないと見られる。「旅客不定期航路事業者」の方は、同法21条1項によれば、「一定の航路に旅客船を就航させて人の運送をする不定期航路事業」を言い、「不定期航路事業」とは、「定期航路事業以外の船舶運航事業」（2条6項）とされているので、クルーズ・ツアーの運航はこれに該当するように見える。しかし、同法21条1項は括弧書きで「本邦の港と本邦以外の地域の港との間又は本邦以外の地域の各港間における人の運送をする不定期航路事業」を適用除外としており、エーゲ海・アドリア海クルーズ・ツアーを運航内容とするAは「旅客不定期航路事業者」には当たらないこととなる。したがって、Aはバリアフリー新法上の「公共交通事業者等」には当たらないこととなり、同法の適用を受けるわけではない。しかし、海上運送法は海上運送業の許認可行政を規律する法律であるから内航船が主たる適用対象となり⁶、また、施設の建築構造を規律するバリアフリー新法も同様に行政上の事情から同法を参照したものと見られるが、いずれの法律も適用外の船舶について積極的にバリアフリー化を

⁶ なお、「旅客不定期航路事業者」に当たらない「不定期航路事業」を日本で営む事業者も、海上運送法20条2項より国土交通大臣に対する届出義務の規制（届出内容につき、同法施行規則23条の7）を受ける。

図らなくてよいとする趣旨は有しないと見られる⁷。海上運送法上の「一般旅客定期航路事業」としては、例えば「フェリーや、定時運航の遊覧船」などが挙げられ、「旅客不定期航路事業」としては、例えば「日程表を定めない 港内遊覧船、港内通船、団体客の輸送（貸切運航のみ）」などが挙げられており⁸、本件で A が運航するクルーズ船も、交通機関という点で見れば本質的にこれらと異なるわけではない。本件の A は上記の法律の適用を前提とせずに、自ら進んで身障者仕様の船室を用意してバリアフリー化の措置を取っていたことになるが⁹、A の措置はバリアフリー新法の理念には適った対応であったと言うことはできるように思われる。同法上の「施設設置管理者」によるバリアフリー措置に対しては、「国民は、高齢者、障害者等の自立した日常生活及び社会生活を確保することの重要性について理解を深めるとともに、これらの者が公共交通機関を利用して移動するために必要となる支援その他のこれらの者の円滑な移動及び施設の利用を確保するために必要な協力をするよう努めなければならない」（7 条）と規定されているが、このような国民の理解・協力は同法の適用除外となる交通機関についても、ある程度求められるものと解される。

⁷ 「旅客不定期航路事業者」は元々 4 号ホに規定されていなかったが、2018 年の改正で加えられた。しかし、改正前から、国土交通省は、旅客不定期航路事業者に対してもバリアフリー化のための指導や情報提供は行うとしていた。国土交通省総合政策局政策課・交通消費者行政課監『Q&A バリアフリー新法』（ぎょうせい、2007 年）34 頁。

⁸ 国土交通省中国運輸局「船舶事業の種類」（URL: <http://www.tb.mlit.go.jp/chugoku/kaiji/kaijou01.html>）〔最終閲覧日：2020 年 2 月 6 日〕。

⁹ 外国法の適用の関係までは、今回調査が及ばなかった。

次に、本件当時制定されていないが、障害者差別解消法は、障害者基本法の基本的な理念に則り、行政機関等および事業者が差別解消の措置等を定めることを目的とする法律である（同法1条）。同法は、民間事業者（同法2条7号）にも一定の義務を課す内容となっている点に特色がある。同法8条1項は「事業者は、その事業を行うに当たり、障害を理由として障害者でない者と不当な差別的取扱いをすることにより、障害者の権利利益を侵害してはならない」として義務を定め、同条2項は「事業者は、その事業を行うに当たり、障害者から現に社会的障壁の除去を必要としている旨の意思の表明があった場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害者の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をするように努めなければならない」と努力義務を事業者に課している¹⁰。8条の施行にあたっては、主務大臣が事業者に対して報告を求め、または助言、指導、勧告をし（同法12条）、事業者が報告をしないか虚偽を報告した場合の秩序罰が用意されているが（同法26条）、事業者の合理的配慮の不実施について一般的な形で制裁が予定されているわけではない。それでも、個別の契約の解釈で参酌されたり不法行為を基礎付けたりする点で、私法上の関係を一定程度規律する規範と解釈されている¹¹。また、同法4条は、「国民は、第一条に規定する社会を実現する上で障害を理由とする差別の解消が重要であることに鑑み、障

¹⁰ 障害者差別解消法解説編集委員会編『概説障害者差別解消法』（法律文化社、2014年）84-85頁。

¹¹ 菊池編・前掲注(5)134頁[長谷川聡＝長谷川珠子]。

害を理由とする差別の解消の推進に寄与するよう努めなければならない」と定めている。ここに定められる国民の責務もまた、契約の解釈において一定の意味をもつように考えられる。

以上を踏まえて本件の契約関係における事業者の義務を確認すると、船舶・甲を運行する海上運送事業者 A については、当該船舶をバリアフリーに配慮した施設とすることが望ましい状況にあると言える。そして、A および旅行業者 Y は、身体障害者が社会的障壁を感じずにサービスを受けられるように合理的配慮を行う努力義務を負っていたということになる。そして、そのようなバリアフリー化の進展に対して、国民は理解し協力する責務があることを、各法律は定めている。

（２）景品表示法上の表示

事業者が契約の誘引に際して行う表示については、「商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれのある行為の制限及び禁止について定める」法律である「不当景品類及び不当表示防止法」（景品表示法）の規制がかかる。仮に、本件の Y の表示が、「バルコニー付スタンダード」のプランで参加してもガラス張りで海の眺めが良好な船室が割り当てられるもののように表記されていたとすれば（裁判所はそうには判断しなかったが）、X らに身障者対応船室が割り当てられる可能性を当初から有していた実際の契約内容との間に乖離があったとも考えられ、本法の適用も問題となる。

旅行契約におけるツアー内容、客室が記載されたパンフレットは、

「顧客を誘引するための手段として、事業者が自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について行う広告その他の表示」（同法2条4項）に該当し、その場合、「実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実と相違して当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であると示す表示」（同法5条1号。優良誤認表示）、あるいは、「他の事業者に係るものよりも取引の相手方に著しく有利であると一般消費者に誤認される表示」（2号。有利誤認表示）をしてはならない。ただし、同条の違反行為は措置命令（同法7条）や課徴金対象行為（同法8条1項）とはされているが、同条違反の表示の下でされた私法行為の効力については議論がなく、公判裁判例も見られない。私法行為の効力の問題は、民法上の意思表示規定や消費者取消権の問題として処理すれば足りることが理由と見られる¹²。現に、本判決でも景品表示法の問題とはされていない。

しかし、本件では本件契約の「重要事項」に関する説明義務違反の存否が争われており、Yとしてすべきであった表示のあり方を考える必要がある。そのようにYに課せられていた行為規範の内容を検討する上では、景品表示法の適用を考えてみることも参考になると考えられる。

¹² なお、消費者契約法12条1項の「勧誘」要件を不特定多数の消費者に向けて働きかける新聞広告でも満たすとした最判平成29年1月29日民集71巻1号1頁なども踏まえると、消費者関連法の適用を景品表示法に絞って検討する必然性は乏しく、ここではさしあたり規律の明確な景品表示法を参照したということにとどまる。他の法律の適用に関する検討を排除する趣旨は含まない。

本件では、パンフレットのキャビン案内には、X が申し込んだキャビンタイプ「バルコニー付スタンダード」の写真はなく、海の見える「バルコニー付ラージ」の写真と各船室の面積の比較が示されていたことから、X らは、X が申し込んだ船室は、やや狭くなるものの「バルコニー付ラージ」と同じように海の見える船室と理解したが、本件船室は、バルコニーの外壁が鉄板であるため、室内からは、座って海を見ることはおろか、立っても水平線から1/3しか海を見ることができず、実質的には内側の船室を購入したのと変わらない状態であったという。景品表示法5条の「誤認」の判断は¹³、「表示上の特定の文章、図表、写真等から一般消費者が受ける印象・認識ではなく、表示内容全体から一般消費者が受ける印象・認識が基準となる」¹⁴とされており、本判決は括弧に括られたなお書きで「X らは、本件パンフレットに掲

¹³ 5条1号の優良誤認表示の規定文言では、「誤認」という用語が用いられていない（同条2号の有利誤認表示では「誤認」が用いられているのと対照的）。しかし、これは、そのような文言とされた2003年改正時に、新設の7条2項が措置命令主体側の立証責任の負担軽減を定め、当該主体に表示された内容が「ない」という重い立証責任の負担を課すことは整合的でないと考えられたためとされる。「誤認させる」という表現は、表示された内容が「ない」ことを前提とするので変更された。したがって、5条1号も本質的には「誤認」される表示を規制するものと解されている。大元慎二編『景品表示法[第5版]』（商事法務、2017年）48・49頁。

¹⁴ 消費者庁「不当景品類及び不当表示防止法第7条第2項の運用指針」（2003年）2頁（URL: https://www.caa.go.jp/policies/policy/representation/fair_labeling/guideline/pdf/100121premiums_34.pdf）〔最終閲覧日：2020年2月6日〕。

載された写真により、『バルコニー付スタンダード』船室のバルコニーの外壁がガラス張りであると理解されると主張するもののであるが、そもそも本件パンフレットには同船室の写真は掲載されておらず、掲載されている『バルコニー付ラージ』船室の写真にも一例であることが注記されているから、「説明義務違反であるという」上記主張も採用できない」としていたが、本件のようにパンフレットの与えた印象と現実に提供された船室の眺めに食い違いがあれば、優良誤認表示を基礎付ける「誤認」があったということまでは認められるように思われる。ただし、優良誤認表示とされるためには「著しい」誤認であることが必要とされるところ、著しい場合とは、「当該表示の誇張の程度が、社会一般に許容される程度を超えて、一般消費者による商品・サービスの選択に影響を与える場合」を言い、そのようにして認定される不当表示とは、「一般消費者に対して、社会一般に許容される誇張の程度を超えて、商品・サービスの内容が、実際のもの等よりも著しく優良であると示す表示」とされている¹⁵。したがって、本件のパンフレットの記載が以上の観点の下で許容範囲内とされるならば、誤認が生じ得た表示だったとしても、優良誤認表示には当たらないことになる。旅客船ツアー契約について、実際には海の眺めが良好でない船室が割り当てられる可能性があるにもかかわらず、パンフレットでは海を眺められる船室が表記されていた場合、それが常に「社会一般に許容される誇張の程度を超えて、商品・サービスの内容が、実際のもの等よりも著しく優良であると示す表示」に当たるとは言えないであろうが、少なくとも、船室の眺めの良さを強調するツアーであった場合などを考え

¹⁵ 消費者庁・前掲注(14)2 頁。

ると、必ず優良誤認表示に当たらないということもできないように思われる。

（３）商品流通と説明義務

本件でXらが誤認をしたことの一因としては、本件船室が身体障害者にも対応した、いわゆるユニバーサル・デザインのものであったことが挙げられる。そのようにXらが主張したとしても、Yとしては、ユニバーサル・デザインは健常者の利用も前提とするものであって、自ら（およびA）はバリアフリー措置を採用することが法の理念に合う状況にあり、また、合理的配慮を行う努力義務も負っており、一般国民にもそのことを理解し協力する義務があるから、これを特別の説明なく旅客に割り当てることに不当な点はない、と反論するだろう。すなわち、Yが事業を営む上で身体障害者への配慮をすることは法律上の要請なのであるから、パンフレットの記載にかかわらず、身障者でも健常者でも使用できるユニバーサル・デザインの船室が割り当てられることはXらとして当然に覚悟すべきであり、仮にパンフレットの記載から信じた船室と実際に割り当てられる船室との間に差が生じたとしても、それはYが法律の理念に適った措置を取ったことによるものであるから、それは必然的に許容されるとの主張である。しかし、Xらはこれに対して、Yが身体障害者配慮の法律上の義務を尽くすことと誤認を生じさせない表示を尽くすことは両立するのであるから、現実に自らが欲するツアー内容を取捨選択するためにはパンフレットに船室の区別が正確に記載されている必要があり、Yが十分に表示を

しなかった過誤は治癒されない、と反論するだろう。

障害者の社会的障壁の除去を目指す法律であるバリアフリー新法および障害者差別解消法と、消費者の商品選択の自己決定の機会の保障を目指す消費者契約法および景品表示法とは、互いに全く異なった目的をもって制定された法律であるので、相互に優劣がつく関係には立たない。したがって、本件の状況に則して、Y がすべきであった表示のあり方を考察する。

商品・サービス（以下、「商品」で代表させる）で障害者に専用の仕様で設計されたものは、そもそもそれを求める障害者にピンポイントに供給されるように誘引の表示をしないと、購入がされず採算が取れないことが多いだろう。これに対し、ユニバーサル・デザインの商品については、障害者と健常者の双方にフラットに普及させることが意図されているとも考えられる。その場合、ユニバーサル・デザインの商品について販売者に殊更に説明・表示義務を課し、購入者に（ユニバーサル・デザインではないという意味での）通常品との間で選択を許すと、購入者が通常品ばかり選んでユニバーサル・デザインの商品が十分に流通しないということも考えられる。そこで、最初から通常品にユニバーサル・デザインの商品を織り混ぜて供給するということが考えられる。そのような配慮も、ユニバーサル・デザインの商品と通常品との間でおおよそ商品としての同一性を欠くと見られる場合でない限りは、一定の妥当性を有し、また、障害者基本法を始めとする障害者法制の目指す社会構築の方向性にも沿うと解される。問題は、どこからが商品としての同一性を欠く分岐点となるかであるが、これは取引の実情に照らした個別判断とせざるを得ない。本件では、裁判所は判決理由中、〔1〕で本件船室でも海は見られること、〔2〕で本件船室特有の利

点があること、〔3〕〔4〕で他の利用者の評価が悪くないこと、挙げており、これらの要素から上記のような懸念が当てはまらないと解したことが窺える。ただし、これらの要素と〔5〕のバリアフリー化の進展の要素との間の関係は、やはり明確でない。〔5〕の要素を強調すると、Xらが契約内容としてユニバーサル・デザインの商品を望まないことを一切許さないことを含意しているようにも読めてしまう。しかし、〔1〕から〔4〕の要素だけあれば本件船室が本件契約の対象として十分であったように思え、〔5〕の要素をわざわざ足す必要はなかったとも言える。しかし、本件では、Xらからの「身体障害者のリハビリルームに押し込められたような不愉快な気分を覚えた」との主張を排斥するためには、〔5〕の説示が必要だったと見られる。すなわち、〔5〕の要素の前提にある障害者法制上の身体障害者配慮に対する国民の理解と協力の責務は、本件でXらが主張したような、身体障害者との社会共生の拒絶につながりかねないような主張を許さない点に重点が置かれており、これを超えて一般的に商品の選択権を購入者がもたないことまで含意するものではなかったと思われる。

6. 結論

バリアフリー化に関する事情を契約法においてどのように考慮するかは困難な問題と思われる。というのも、従来の議論では、「契約と平等」という論点について、事業者が差別的意図によって取引を拒絶す

る問題についてはいくつかの先行研究が存在していたが¹⁶、消費者に一定の配慮を求めるという方向では、まとまった検討はされてこなかったように見受けられるからである。本判決でも、さほど立ち入った検討の跡は見られず、X らの不適切な主張を排除する文脈でのみバリアフリー化の進展に関する説示がされており、バリアフリー化の進展が本件旅行契約の内容とどのように関連するのかは明確でない。しかし、事業者による商品の設計の仕方によっては、消費者が健常者仕様の商品を過度に選好することにより、結果として身障者仕様の商品の流通が阻害されるという事態も想定される。このような事態に陥らないようにするためには、関連法整備において、消費者がユニバーサル・デザインの商品の供給を受ける障壁がないように市場設計を行う視点も必要である。

（2020 年 2 月 6 日脱稿）

¹⁶ 大村敦志「試金石としての外国人」同『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009 年[初出 2007 年]）485 頁、同「小樽温泉訴訟」同『不法行為判例から学ぶ』（有斐閣、2011 年[初出 2010 年]）195 頁、吉田克己「私人による差別の撤廃と民法学」同『市場・人格と民法学』（北海道大学出版会、2012 年[初出 2008 年]）67 頁、桑岡和久「契約自由の原則と平等取扱い（1）（2・完）」民商 147 巻 1 号 1 頁、2 号 29 頁（2012 年）など。

執筆者紹介（論文掲載順）

堀竹 学	大阪経済大学経営学部ビジネス法学科准教授
蔡 雯嫻	中国弁護士
吉原 知志	大阪市立大学大学院法学研究科准教授

大経大法学 創刊号

2021 年 12 月 16 日発行

編集 大阪経済大学 経営・ビジネス法情報センター
大経大法学編集委員会

発行所 大阪経済大学 経営・ビジネス法情報センター
〒533-8533 大阪市東淀川区大隅 2-2-8
大阪経済大学内
TEL (06)6328-2431(代)

