

パック旅行における非財産的損害の 賠償適格性と E C 裁判所判決 (2)

高 橋 弘

目次

- 1 はじめに
- 2 2002 年 3 月 12 日の E C 裁判所 (第 6 部) の先決的判決
- 3 2001 年 9 月 20 日の E C 裁判所論告担当官 Tizziano の論告 (以上、前号)
- 4 ドイツの法状況
 - (1) 法文資料
 - (2) B G H (ドイツ連邦通常裁判所) と民法第 651f 条第 2 項の解釈の変遷
 - (3) 民法第 651f 条第 2 項の旅行の瑕疵による「著しい侵害」とは
 - (4) パック旅行 E C 指令第 5 条と瑕疵の「重大性 (著しさ) の敷居」
 - (5) 不法行為上の「(社会的) 往来安全配慮義務 (Verkehrssicherungspflicht)」
- 5 オーストリアの法状況
 - (1) 法文資料
 - (2) オーストリア最高裁 2007 年 1 月 23 日判決
オーストリア最高裁 2007 年 4 月 25 日判決 (以上、本号)
 - (3) オーストリア最高裁 2009 年 9 月 18 日判決
 - (4) オーストリア最高裁 2009 年 9 月 29 日判決
- 6 おわりに

4 ドイツの法状況

ドイツの法状況については、まず、(1) 法文資料として①民法法文の施行と改正の状況を時系列的に示した後、特に、②民法第 651f 条第 2 項の立法理由と③民法第 253 条の改正新法文の意義に触れておいた。ついで、(2) B G H (ドイツ連邦通常裁判所) と民法第 651f 条第 2 項の解釈の変遷、(3) 旅行の瑕疵による「著しい侵害」とは、(4) パック旅行 E C 指令第 5 条と瑕疵の「重大性 (著しさ) の敷居」をめぐる論争に言及し、最後に、旅行主

催者の責任との関連で、(5) 不法行為上の「(社会的) 往来安全配慮義務 (Verkehrssicherungspflicht)」を概観した。

(1) 法文資料

①民法法文の施行と改正

1900年1月1日から施行

民法第253条

非財産的損害の金銭賠償は法律の定める場合にのみ、これを請求することができる。

民法第823条第1項

故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対しこれによって生じた損害を賠償する義務を負う。

民法第847条

身体又は健康の侵害の場合並びに自由の侵奪の場合には、被害者は、財産的損害でない損害に基づいても金銭による相当な賠償を請求できる。この請求権は、譲渡又は相続することができないが、契約によって承認したとき又は訴訟係属となったときはこの限りでない。

婦女に対し倫理に反する重罪又は軽罪を犯し、又は欺計、脅迫又は従属関係の濫用により婚姻外の性交を承諾させたときは、この婦女もまた同一の請求権を有する。

1979年10月1日から施行

民法第651f条

(1) 旅行者は、減額又は解約にかかわらず、旅行の瑕疵が旅行主催者の責めに帰すべからざる事由による場合を除いて、不履行による損害賠償を請求しうる。

(2) 旅行が不能となったとき、又は著しく侵害されたときは、旅行者は、

無駄になった休暇期間を理由に相当な金銭賠償を請求することもできる。

民法第 651g 条第 2 項

(2) 第 651c 条乃至第 651f 条の規定による請求権は、6 ヶ月を以て消滅時効にかかる。消滅時効は、契約上旅行が終了すべき日より進行する。

2002 年 1 月 1 日から施行

民法第 651g 条第 2 項の改正

(2) 第 651c 条乃至第 651f 条の規定による請求権は、2 年を以て消滅時効にかかる。消滅時効は、契約上旅行が終了すべき日より進行する。

2002 年 8 月 1 日から施行

民法第 253 条の改正新法文

(1) 非財産的損害の金銭賠償は法律の定める場合にのみ、これを請求することができる。

(2) 身体、健康、自由又は性的自己決定の侵害のため損害賠償がなされるときは、非財産的損害についても相当な金銭賠償を請求することができる。

民法第 847 条 (削除)

②民法第 651f 条第 2 項の立法理由

ドイツ民法第 651f 条第 2 項は、「旅行が不能となったとき又は著しく侵害されたときは、旅行者は無駄に費消した休暇期間を理由に相当な金銭賠償を請求することもできる」と規定している。この規定により、保養休暇それ自体にも賠償請求できる価値を認め、損害賠償を請求しうるとする最上級審の判例の重要な原則が確定された。この損害の賠償適格性は、旅行契約の典型的な目的規定に基づき、約束された休暇期間の展開によって旅行者に休暇の喜びを与えることを正当化ならしめる。この規定は、賠償額算定の固定した基準を確定することを思いとどまっている。委員会は、賠償額の算定にあたっては個別ケースのあらゆる事情を考慮することから出発する。そのさい、

侵害の程度と並んで、旅行代金額も重要となりうる。代替休暇を得ようとするれば必要となるであろう費用も、賠償額の算定における今一つの要因となりうる。

休暇期間の無駄な費消に基づく損害の賠償適格性に関して第2項に起草されている原則は、瑕疵担保法への当該規定の位置づけにもかかわらず、原則として、旅行契約から生ずる旅行者のあらゆる種類の損害賠償請求権について適用されるべきである(BT-Dr.8/2343 = 拙訳・民商法雑誌 85 卷 4 号(1982年) 159 頁)。

③民法第253条の改正新法文の意義

民法第253条の改正新法文は第2損害賠償法規定改正法第2条Nr 2の法文であり、2002年8月1日から施行された(EG 229 § 8)。従来の第253条は今回の第1項であり、第2項は削除された第847条を置き換えかつ拡張している。

第253条の規定対象は、非財産的損害(immateriellen Schaeden)の損害賠償である。非財産的損害(Nichtvermoegensschaeden)については、法律に定めのある場合にのみ金銭での損害賠償が請求されうる。しかし、改正法はこの原則の最重要な打破をなし、慰謝料請求権を根本的に変革した。第2項に掲げられた法益の一つが侵害された場合に、侵害者が危険責任、契約法又は契約締結上の過失から責任を負うときは、慰謝料請求権も存在する。それゆえ、新规定は、体系的に首尾一貫して、第847条を削除して一般債権法に組み込まれた。

民法は、第253条第2項以外に、第651f条第2項にも非財産的損害についての金銭賠償を予定している。民法以外にも、一般平等取扱法(AGG)第15条第2項第1文、第21条第2項第3文、著作権法(UrhG)第97条第2項、海員法(SeemannsG)第40条第3項、刑法改正補充法(StrEG)第7条第3項、人権及び基本的自由の保護のための国際条約(EMRK)第5条第5項に

より、精神的 (idelle) 損害のための金銭賠償請求権がある。これに対して、EMRK 第 41 条による金銭賠償については、加盟各国の裁判所を排除してヨーロッパ人権裁判所 (EGMR) のみが判決すべきである (Palandt, BGB, 70. Aufl.(2011), § 253 Rn. 1 u. 2)。

(2) B G H (ドイツ連邦通常裁判所) と民法第 651f 条第 2 項の解釈の変遷

1979 年における民法第 651f 条第 2 項の創設の前及び 2002 年の損害賠償法改正の前には、債権法における非財産的損害の賠償は、民法第 253 条旧法文 (非財産的損害の金銭賠償は法律の定める場合にのみ、これを請求することができる) により排除されていた。この規定の趣旨は、本来、金銭に評価し得ない不利益を意味する非財産的損害について、加害行為がなければ存したであろう状態を金銭賠償の形で回復するのは不可能であるという考えからであった。このため、判例は、賠償に際しては財産的損害が問題になるということから出発したが、財産的損害かどうかは、侵害の前後における被害者の財産状態の比較 (差額説) よりも、むしろ非侵害利益が財産的価値を持つかどうかによって決まる。そして、財産概念は法秩序と関連した経済的概念であるとの立場から、商品化されたあらゆる生活財が、原則として財産にあたるとした (商品化論) (今西康人: 椿・右近編『ドイツ債権法総論』日本評論社 (1988) 58 ~ 59 頁)。

B G H は、民法第 253 条旧法文により、海洋旅行ケースにおいて、税関当局の過失により旅行者の旅行鞆が使用できなくなったときに、休暇旅行の喜びの侵害に財産的損害を認めた (BGH NJW 1956, 1234) 後に、ルーマニアケースでは、財産的損害の損害算定基準として、追加の代替休暇旅行の入手のための推定費用を認めた (BGHZ 63, 98=NJW 1975,40)。

民法第 651f 条第 2 項「旅行が不能となったとき、又は著しく侵害されたときは、旅行者は、無駄になった休暇期間を理由に相当な補償を請求しうる。」の施行 (1979 年 10 月 1 日) 後には、B G H は、損害算定のために別の基準

に結びつけた。立法者は、民法第 651f 条第 2 項の規定により、民法第 253 条旧法文の規定から、保養休暇自体に賠償可能な価値を付与すべきであり、したがってすべての事情が適切に考慮されるべきであるとの原則を承認することを欲した。それゆえ、当時の BGH の見解によれば、代替休暇旅行の入手のために必要とされるであろう費用が確認できるから、接合点は一方において手取り収入 (Nettoverdienst) であるべきであった。他方において、BGH は、休暇目的を達成する費用として旅行代金を考慮した (BGH v. 23.9.1982, MDR 1983, 123=NJW1983,35 モンテネグロケース)。こうした議論に際して、BGH は、民法第 651f 条第 2 項の立法資料 (BT-Drucks.8/2343,11) や法文テキストに依拠した。それによれば、立法者は、瑕疵の重大さ、同等の価値の代替休暇旅行を購入するのに必要な金額及び旅行者の所得のような個別ケースの全事情を考慮することができるように、固定した賠償算定基準を確定することを意識的に放棄した。

固有の契約上の慰謝料請求権を有する民法第 253 条第 1 項及び第 2 項の創設 (2002 年 8 月 1 日施行) 後には、BGH は、2005 年 1 月 11 日のモルジブ判決において (BGH v. 11.1.2005, MDR 2005,1038=NJW2005,1047(1049))、民法第 651f 条第 2 項の非財産的性格から出発し、賠償額の基準として旅行者の所得をもはや考慮しないことにした。明らかに BGH は、民法第 651a 条以下の規定の適用以前のその従来判例を放棄し、もはや労働所得ではなく、旅行代金のみを念頭に置いている。なぜなら、民法第 651f 条第 2 項の非財産的性格により、BGH の従来判決が不要になったからである。ここでは、民法第 253 条第 2 項に掲げられている身体、健康、自由又は性的自己決定という法益の一つが侵害されたときには、(非財産的損害の) 賠償請求権は、旅行者の (ありうる) 慰謝料請求権からは完全に独立している。非財産的損害が存在するとの BGH のこの見解に、圧倒的な下級審判決が従っている (OLG Duesseldorf NJW-RR 1986, 1175 以下多数)。民法第 651f 条第 2 項が旅行の不能 (Vereitelung) 又は著しい侵害と関連した全損害のために適切な調整

を創設しようとしていることから B G H と共に出発することを、法の統一性及び法的安定性のみならず、規定の成立史、法文および正義の利益が正当化する。旅行者は旅行代金による休暇のための直接投資と休暇期間による間接投資をしたがために、それによって呼び覚まされた休暇旅行目的中の期待は、賠償適格性を有する損害によって調整されなければならない。それゆえ、今日の学説における通説は、当然に非財産的損害から出発している（以上、Ernst Fuehrich, Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubzeit, MDR 2009, 906(911~912)）。

(3) ドイツ民法第 651f 条第 2 項の旅行の瑕疵による「著しい侵害」とは

ドイツでは、ドイツ民法第 651f 条第 2 項により、旅行が不能となったとき又は著しく侵害されたときは、相当な金銭賠償請求権が存する。そのさい、旅行の瑕疵により旅行が著しく侵害された場合には、休暇旅行の目的を考慮しつつ個別ケースのあらゆる事情を全体評価して休暇旅行が全部又は一部無駄に消費されたと判断されるときは、重大な侵害が認められる。侵害の程度は、個別ケースにおいて、旅行の瑕疵の種類や範囲、旅行の性格、旅行目的及び目的地域の基準を手がかりにして突き止められるべきである（Fuehrich, Reiserecht [6. Aufl. 2010] , § 11 Rn.412）。

ドイツの判例では、瑕疵が 50 % の旅行代金減額をもたらすときにのみ、圧倒的に著しい侵害が認められている（LG Frankfurt a.M., NJW 1984, 1762 ; LG Frankfurt a.M., NJW-RR 1990, 189 ;LG Frankfurt a.M., RRa 2006,71;LG Frankfurt a.M., RRa 2008,121;OLG Frankfurt a.M., RRa 2003,255;LG Moenchengladbach, NJW-RR 1990,317;LG Hannover RRa 2008, 131;LG Hamburg, RRa 1999, 238; Tonner, Der Reisevertrag [2007.] § 651f Fn.115 及び Fuerlich, a.a.O., § 11 Rn.412 Fn. 241 での紹介も参照）。特にハンブルク地裁は 49,52 % の旅行代金減額の場合に民法第 651f 条第 2 項による賠償請求権を否定した（LG Hamburg RRa 1999,238）。これに対して、コブレンツ地裁（RRa 2002,215）

及びデュイスブルク地裁 (RRa 2006, 69) は、33 %又は25 %の減額の場合にこの損害賠償を認めた。

ただし、ドイツ法によれば、旅行代金が全体として50 %の高さで減額され得ないときでも、旅行の一部に50 %が関係しているときは、それで十分である。例えばオーバーブッキングにより発生した(他の)ホテルへの移動の場合に旅行日が完全に空費されたときは、たとえ基礎にある減額が全旅行代金の50 %に達しないときでも、民法651f条第2項による損害賠償はこの日についても請求できる (LG Hannover, NJW-RR 1999, 1004= RRa 1999, 207[L])。旅行主催者又は現地の旅行案内人が侵害を除去できるときに、旅行の一部の期間のみでも著しい侵害はありうる。この場合には、侵害された期間を基礎にして損害賠償は算定される (Tonner, a.a.O., § 651f BGB Rn. 46)。(なお、旅行の瑕疵による「フランクフルト地裁の旅行代金減額表」については、拙訳・広島法学15巻3号(1991年)116頁以下、かなり古いが、「パック旅行の瑕疵に関する西ドイツ判例」については、拙訳・民商法雑誌85巻1号(1981年)128頁以下も参照)。

ドイツの学説でも、法的安定性のために、著しきは原則として該当旅行日ごとに50 %の減額率以上の場合に認め、30 %～50 %未満の減額率の場合には個別ケースの評価的考察が行われるべきであるという (Fuerlich, a.a.O., § 11 Rn. 412; ders. aaO, MDR2009,906(913). vgl. auch Erman/Seiler, BGB [12.Aufl. 2008.] § 651f BGB Rn.7)。他の学説によれば、個別ケースの全体事情が念頭に置かれるべきであるとされている (H.W. Eckert, in: Teichmann, BGB, Bd. 4/2 [1999.] § 651f BGB Rn.14; Staudinger/J. Eckert, BGB [2003.] § 651f BGB Rn.65)。(以上、vgl. OeOGH, Urt. v. 18. 9.2009-6 Ob 231/08a, 5.1～5.4, RRa 2010, 50～51.)

(4) パック旅行EC指令第5条と瑕疵の「重大性(著しさ)の敷居」

ところで、パック旅行EC指令第5条と瑕疵の「重大性(著しさ)の敷居」

に関する E C 裁判所の Leitner 判決の評価について、以下のように、Tonner と Fuehrich との間に見解の対立がある。

Tonner は、「Leitner 対 TUI 事件における E C 裁判所判決以降、ドイツ民法第 651f 条第 2 項も、もはやドイツ法の自律的な概念ではなく、パック旅行 E C 指令第 5 条による共同体法上の損害概念の構成要素であり、それゆえ、その前提に適合しなければならない。パック旅行 E C 指令第 5 条は損害賠償請求権を付加的な前提条件に結びつけることを許しておらず、単に責任の制限だけを許している。したがって、民法第 651h 条第 1 項が知っているような定額の責任制限が許されるだけで、責任排除は許されない。しかし、「著しい」侵害という前提条件は、パック旅行 E C 指令第 5 条に何らの拠り所もないが、些細な侵害については、免責する。したがって、E C 指令と同様に、将来、ドイツの裁判所は、50 % の限界をもはや適用することを許されず、有責な休暇旅行侵害のあらゆる場合に民法第 651f 条第 2 項による非財産的損害賠償を認めなければならない。」と言う (in MuenchKomm-BGB [5. Aufl. 2009.] § 651f BGB Rn.51; Klaus Tonner und Beatrix Lindner, Immaterieller Schadensersatz und der EuGH, NJW 2002, 1475(1476))。

これに対して、Fuehrich は「パック旅行指令第 5 条は、原則として重大性 (著しさ) の敷居 (Erheblichkeitsschwelle) を許している。しかし、2002 年 3 月 12 日の E C 裁判所の Leitener 判決は、指令に合致するように、民法第 651f 条第 2 項における著しい侵害の要件を量的に高すぎないかつ明確に 50 % 以下に限界を定めるきっかけを与えた。それゆえ、著しさは、原則として該当旅行日ごとに 30 % の減額率以上で承認されるべきである。しかし、個々のケースにおいては、著しさの問題の場合、つねに、旅行の瑕疵の種類や範囲、旅行の性格、旅行目的、旅行の瑕疵の影響および目的地域をてがかりに個別ケースの評価的考察から出発すべきである。この重大性 (著しさ) の敷居は、損害賠償が給付されるべきときには、侵害された休暇旅行期間についての補償も含まれているということから出発する Leitner 判決の要求を考

慮に入れている。この量的明示によって、著しさのためには最小限 30 % の減額率を要求する筆者 (E. Fuehrich) の以前の提案と結びつけられる。

オーストリア旅行法のために、オーストリア最高裁は、「重大でなくはない (軽微ではない) 旅行の瑕疵が存在するとき、すなわち些細な損害 (Bagatelle) の限界を超えているときは、旅行者は消費者保護法第 31 条第 3 項により失われた休暇旅行の喜びについての相当な賠償請求権を有する」と判決した (OeOGH, 18.9.2009 - 6 Ob 231/08a, RRa 2010, 46 ; OeOGH, 29.9.2009 - 4 Ob 130/09k, RRa 2010, 97)。オーストリア最高裁は、減額給付の量的要素だけでなく不完全履行が旅行におよぼす影響も重要であるため、些細な損害の限界をパーセントで示すことを放棄した。上記のオーストリア最高裁判決中のオーストリア判例では減額 30 % の敷居が確認される。

ドイツのデュイスブルク地裁は、EC 裁判所判決に基づき、全旅行期間につき減額 25 % の場合に重大性を認め、そのさい、25 % から 49 % の減額率の場合には、個別ケースの重大性の問題は旅行の瑕疵の種類や範囲、旅行の性格、旅行目的および目的地域をてがかりに検討されるべきであるという (LG Duisburg RRa 2010, 53 ; RRA 2008, 263; RRa 2008, 149; RRa 2006, 69)。これに対して、フランクフルト地裁及びケルン高裁は、これまで同様、EC 裁判所の Leitener 判決は旅行の侵害の重大性を顧慮して前提条件を引き下げることを強制的に要求してはいないとの見解である (LG Frankfurt/M RRa 2008, 76; RRa 2010, 27, 28 ; OLG Koeln NJW-RR 2008, 1588= RRa 2008, 222, 224) と言う (以上、E. Fuehrich, Reiserecht, 6. Aufl.(2010), § 11 Rn. 412)。

(5) 不法行為上の「(社会的) 往来安全配慮義務 (Verkehrssicherungspflicht)」

① 概念

旅行主催者は、第 823 条第 1 項、第 249 条以下、第 253 条第 2 項及び第 842 条～第 845 条による不法行為から事業者として、ホテル、休暇宿泊所、航空機又はクルージング船のような契約によって雇われたサービス提供者に

ついて、自己の（社会的）往来安全配慮義務を負う。この事業者の義務は、旅行主催者がこれらの他人の旅行サービスに依存している限り、旅行主催者がこれらの他人の旅行サービスを自己の旅行サービスとして提供しかつその結果につき責任を引き受けているという事実から出てくる。この場合には、その責任領域において第三者に危険を生ぜしめ又は持続せしめかつその危険を除去すべき地位にある者は、原則として期待可能な安全措置を他人のために行わなければならないという考えに基づく第 823 条第 1 項による往来危険な施設のための法定の選択・管理義務が問題となる。この場合、思慮分別がありかつ誠実な旅行主催者が損害から旅行者を守るために十分と考えかつ諸事情から旅行主催者に期待される安全措置を行わなければならない（BGH NJW 2006, 2549,2550 : BGH NJW 2006, 3268）。平均的な旅行者が認識できずかつ旅行者にとって特別な潜在的危険をはらんでいる安全性のリスクが問題となる。旅行者の侵害の危険が大きいほど、（社会的）往来安全配慮義務及び保護義務に出される要求は常にますます高くなる。注意義務及び保護義務の程度は、主として旅行者の身体的健康の侵害によるが、地域的地方的な実情も加味される。交通のために開かれた設備の規定通りの利用が危険なく可能であるという交通期待の基準に決定的な意義がある。

この往来安全配慮義務から損害賠償義務を根拠づけるためには、生命、身体、健康といった第 823 条第 1 項の絶対的法益の有責な加害とならなければならない。したがって、この責任は旅行主催者自身の組織領域における人の義務違反による有責な行為を前提としている。それゆえ、つねに個別ケースの問題であり、判例の展開によれば例外ケースにのみ限定されるべき自己の（固有の *eigen*）マネジメントの過責が問題となる。

②請求権競合

1) 第 823 条第 1 項による旅行主催者に対する不法行為上の請求権は、第 651f 条第 1 項と並んで主張されうる。その限りで請求権競合が存する。それゆえ、往来安全配慮義務の違反は、物的及び人的損害の場合には、ふつう、

保護義務及び配慮義務 (Obhuts- und Fuersorgepflichten) 違反に基づく旅行契約上の請求権を生ぜしめる旅行の瑕疵でもある。旅行主催者は旅行者に保護義務及び配慮義務に基づいて、旅行サービスと結びついた・旅行者が考慮に入れることを要しない、それゆえ意識的に甘受しない危険に対する防止措置につき責任を負うから、旅行主催者の責任領域における安全性の欠如のために、すなわちその遵守に旅行主催者が責任を負うべき往来安全配慮義務の違反のために、侵害も旅行の瑕疵の概念の中に入る。

2) ふつう、保護義務及び配慮義務の違反の旅行の瑕疵についての第 651f 条第 1 項による契約上の損害賠償請求権を根拠づけるのは容易であろう。そのさい、サービス提供者は旅行主催者の履行補助者であり、したがってその過責は旅行主催者の責任とされ (第 278 条)、他方、不法行為上の請求権の場合に、旅行主催者の責任を根拠づけるためには、サービス提供者は指図に従属した業務補助者 (Verrichtungsgehilfe) でなければならない (第 831 条)。第 651f 条第 1 項による契約上の損害賠償請求権の場合の過責の推定も、不法行為上の請求権の場合の請求権行使者による一応の証明による過責証明の必要性も、旅行法における第 823 条第 1 項の意義を減じている。定期金賠償 (第 843 条)、扶養及び埋葬費用 (第 844 条第 1 項) のような第 823 条第 1 項以下の規定による特別な不法行為法上の請求権のゆえに、第 823 条第 1 項の意義は完全に無意義とはいえない。それに加えて、第 823 条第 1 項による旅行主催者の自己の違反行為による不法行為もある。また、旅行者が第 651g 条第 1 項の 1 ヶ月の除斥期間を遵守しなかったときは、旅行者は第 823 条第 1 項を引っ張り出さざるをえないであろう不法行為上の請求権には、この 1 ヶ月の期間は及ばない。

3) 人身損害の場合、責任制限は、旅行契約法上の損害賠償のときは第 651f 条第 1 項及び第 651h 条第 1 項により、不法行為上の損害賠償のときは第 823 条第 1 項により、許されない。その文言によれば契約上の請求権の制限のみを禁止している第 651h 条第 1 項及び EC 指令 90 / 314 号第 5 条第 2 項の法

の評価から、請求権競合にある不法行為上の請求権は、人身損害の場合に約款によって制限され得ないことが引き出されるべきである。組織されたサイクリング旅行の参加者の相互の責任には、原則としてスポーツ競技会への参加者について判例により展開された責任制限が適用される。

③過失相殺（共同過失・寄与過失）

第 254 条による被害者の寄与過失並びに一般的な生活危険を超えない危険は不法行為上の請求権の場合にも考慮されるべきである。

④意義

結局は、不法行為法上の損害賠償請求権は、第 651h 条第 1 項における人身損害についての責任制限の不可能性によって、その従来 of 意義を失うであろう。第 2 損害賠償法規定改正法により第 651f 条第 1 項、第 253 条第 2 項による旅行契約法上の慰謝料請求権も考慮され、債務法現代化法は異なる除斥期間を同一化したから、これらの理由からも不法行為責任は従来より小さい役割しか演じないであろう。旅行主催者は第 278 条を介して釈明の余地なく彼のサービス提供者の逸脱行為（Fehlverhalten）について責任を負わなければならないから、旅行主催者自身の義務違反がなくても根拠づけられる慰謝料請求権についても、このことは当てはまる。（以上、Fuehrlich, Reiserecht 6. Aufl.(2010),S.416ff. なお、ドイチュ／アーレンス著・浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』日本評論社（2008）第 17 章社会生活上の義務（160 頁以下）、ケッツ／ヴァーグナー著・吉村良一／中田邦博監訳『ドイツ不法行為法』法律文化社（2011）第 5 章第 1 節 4 社会生活上の義務（64 頁以下）も参照。）

5 オーストリアの法状況

EC 裁判所判決後のオーストリアの状況については、まず、(1) 2004 年 1 月 1 日から施行されたオーストリア消費者保護法第 31e 条第 3 項の条文を示した。ついで、EC 裁判所判決後に出されたオーストリア最高裁の判決を掲載する。すなわち、(2) 2007 年 1 月 23 日判決（OGH, 2 Ob 79/06s, RRa

119- バック旅行における非財産的損害の賠償適格性と EC 裁判所判決 (2) (高橋)

2008,195) ・ 2007 年 4 月 25 日判決 (OGH, 3 Ob 220/06h, RRa 2008,195)、(3) 2009 年 9 月 18 日判決 (OGH, 6 Ob 231/08a, RRa 2010,46) および (4) 2009 年 9 月 29 日判決 (OGH, 4 Ob 130/09k, RRa 2010, 97) である。

(2) 判決は、消費者保護法第 31e 条第 3 項の施行前の事案であり (ただし、RRa 2008,195 掲載の 2 Ob 79/06s 判決の判決理由は、これを RRa 誌に報告したウイーンの Dr. Michael Wukoschitz 弁護士が両判決の判決理由を要約したものである)、(3) 判決および (4) 判決は、施行後の事案である。特に (3) 判決には、オーストリアの立法、判例・学説の状況についても記述があることから、オーストリアの立法、判例・学説の状況についてはこれに譲りたい。また、(2) 判決には、既に、失われた休暇旅行の喜びの賠償に際しても「重大性の敷居」の導入を必要としている旨が指摘されており (3 Ob 220/06h の判決理由)、これが (3) 判決へと続いていっていることに注意したい。

(1) 法文資料

1812 年 1 月 1 日から施工 (1811 年 6 月 1 日公布)

オーストリア一般民法典 (ABGB) 第 1325 条 人身傷害

「他人の身体を傷害した者は、被害者の治療費用を負担し、失われた諸利益を賠償し、被害者が生計を立てることができないときは失われた将来の収益を賠償し、さらに事案の特殊な事情に従って、被害者の請求によりその苦痛に対する賠償をしなければならない。」

(解説メモ) 慰謝料請求権は、直ちに譲渡可能であるが、裁判上の主張又は契約上の承認によって初めて相続可能 (SZ. XIX 293 と関連して JB. 209) 及び差押え可能 (EO. § 291) となる。なお、保険者への慰謝料請求権の移転の制限、労働災害における労働者に対する雇用者損害賠償義務の制限等がある (Vgl. H. Kapfer(hrsg.), ABGB 14. Aufl. (Taschenausgabe Bd.2), Manz 1983, S.367)。

2004 年 1 月 1 日から施行

2004 年民事法改正法 (§ 41a Abs. 16 u. Abs.15 Satz 2;BGBl I 91/2003) により、オーストリア消費者保護法中の「主催旅行契約」規定を改正 (なお、改正前の同規定の拙訳については、広島法学 25 巻 2 号 (2001 年) 241 頁以下参照)。

(1) 第 31e 条第 3 項の挿入

「(3) 旅行主催者が約定サービスの重要部分を履行せず、かつこのことが旅行主催者の責めに帰すべき過失に基づいているときは、旅行者は失われた休暇旅行の喜び (entgangene Urlaubsfreude) の相当な賠償請求権をも有する。この賠償請求権の算定にあたっては、とりわけ瑕疵の軽重及び期間、過失の程度、約定された旅行目的並びに旅行代金額に配慮すべきである。」

(2) 第 31f 条第 1 項第 2 文の挿入

「第 31e 条第 3 項の規定による損害賠償請求権についての消滅時効期間は、個別にそれが交渉されるときは、1 年に短縮することができる。」

(2) オーストリア最高裁 2007 年 1 月 23 日判決

(OGH, 2 Ob 79/06s, RRa 2008,195)

オーストリア最高裁 2007 年 4 月 25 日判決

(OGH, 3 Ob 220/06h, RRa 2008,195)

両判決の要旨

- 1 旅行の瑕疵は、まず代金減額の付与によって調整される。重大ならざる場合には、それと同時に、瑕疵ある旅行サービスと典型的に結合した不愉快感情 (Unlustgefuehle) も補償される。
- 3 「失われた休暇旅行の喜び (entgangene Urlaubsfreude)」についての賠償

は、余りに低すぎない重大性の敷居 (Erheblichkeitsschwelle) を超えるときに、初めて与えられるべきものである。

2 Ob 79/06s 判決の事案

原告は連邦労働者・勤労者団体である。原告への(債権の)譲渡人たるある夫婦は、被告のもとで2003年9月26日から29日までのメキシコ周遊旅行とその後引き続いての2003年10月9日までの遊泳滞在を予約した。周遊旅行の間、旅行鞆が使用できず、遊泳滞在の開始時にやっと旅行者に手渡されたという旅行サービスの瑕疵が生じた。(4日間の)周遊旅行は、一方において譲渡人がかかった神経性皮膚炎用のおよび特別な日焼け予防用の薬がなく、他方において衣類と靴がないことによって侵害された。旅行鞆は到着日の夕方に、遅くとも翌日の朝までに到来するので、それまでの間、旅行者に必要な必需品が用意されると通知された。それゆえ、旅行者はさしあたり歯ブラシと歯磨き粉を購入した。旅行鞆は遅れて入手できることは明らかだったので、旅行者はTシャツとトランクとショートパンツを調達した。下痢止め薬は周遊旅行の最終日に入手でき、譲渡人に合ったスニーカーは入手できなかった。それゆえ、周遊旅行の初日に提供された約10キロの(山を上り下りし道なき道をいく)ハイキングを、夫は短靴で妻は布製のテニスシューズで忙殺させられた。初日の夕方、夫婦は必要品の調達のため夕食を摂れなかった。そのほか、予定のプログラムに参加したが、(第2日目に)途中での自由時間中に電話をかけたなり衣服を購入するために、寺院を見学する時間を持てなかった。周遊旅行に接続した遊泳滞在自体がこの旅行の「ハイライト」であった。旅行サービスに関する議論の後、譲渡人はその費用を補償してもらった。

第1審裁判所は、(14日に占める4日の割合に応じて)旅行費用の30%の代金減額を認めたが、精神的損害(idellen Schaden)の賠償請求を棄却した。すなわち、旅行鞆の入手遅延は契約上合意されたサービスの重要部分の損害

(Ausfall) ではない。

控訴審裁判所及び最高裁判所は、結論においてこの見解に従った。

3 Ob 220/06h 判決の事案

被告と締結した旅行契約からの請求権を共に裁判上の主張のために連邦労働者・勤労者団体に譲渡した夫婦は、被告が責任を負うべき次のような情報提供用パンフレットに基づいて 2003 年 9 月 13 日から 27 日までのパック旅行を予約した（航空機、乗り換え、ホテル宿泊、ブリッジ・プログラム）。夫婦はその時まで同じブリッジ・トレイナーが主催したブリッジ旅行をなканずくその洗練された雰囲気のために気に入っていたので、本件旅行にも参加し、かつ 1 人当たり 1357 ユーロの代金を海を見渡せるダブル・ベッドの部屋を予約した。

パンフレットの記述に反して、ホテルは海と松林との間に直接位置しておらず、砂浜からほぼ 30 ～ 40 メートル離れていた。砂浜も記述とは異なりホテルの所有地ではなかったが、主としてホテルの客によって利用されていたし、旅行参加者は少なくとも 2 日目からは無料で利用できた。

ホテルは、観光インフラで活気のある村落の中にはなく、活気の乏しい寂しい汚れた住宅地域の中にあった。ホテルの周辺には観光レジャー・娯楽施設も多数の商店やレストランもなかった。海浜地域にあるピザハウスとスーパーとが利用できたにすぎなかった。ホテルは新品同様の状態ではなかった。部屋の設備は使い古されており、使用の名残が残っていたが、機能性はよかった。テニス場及びミニ・ゴルフ施設も手入れの行き届いていない印象がした。芝生は刈られておらず、施設はまれにしか利用されていなかった。

部屋は、告知に反して使えるエアコンはなかったが、気温のゆえに不快感はなかった。水温調節器は、滞在最初の 3 日間は機能せず、したがって温水を使えなかった。修繕後に水は確かに暖かくなったが、水温調節器は 40 度 C の温度の場合にのみ固定できた。それゆえ、夫妻はシャワーの間中水温調

節器を手でしっかり持っていなければならず、したがって、望みの温度に変えることはできなかった。タオルは毎日とり代えられ、部屋の紙くず籠はからにされたが、ベッドは整え直されず、5日後に初めて要求により新しいベッドシートが提供された。部屋の掃除は表面的にだけ行われた。ゴミの除去は不十分であった。

朝食にはブッフェが用意されたが、一種類のソーセージと一種類のチーズだけであった。卵は求めたときにのみ入手でき、給仕が調理したが、しばしば固かった。朝食用の卵はゆで卵立てがなかったのでスープ皿に提供された。夕食は、選択の余地なく四段式の定食であった。前菜とパスタの後に主菜として魚か肉が野菜かライスかジャガイモかの付け合わせと共に提供された。求めがあればグリーンサラダが補充された。要するに、夕食は簡単でかつ変化に乏しいものであった。高級な料理から期待される多様性と高品質は提供されなかった。給仕は注文で飲み物をサービスした。旅行者は前夜に空にならなかったワイン瓶を翌日の晩に自らワゴンから取ってこなければならなかった。

ホテル従業員は、とりわけ給仕は外国語の知識を持っていなかった。時として彼らはイタリア語を一度も使わなかった。

第一審裁判所は、30%の代金減額を認容したが、失われた休暇旅行の喜びについての損害賠償請求を棄却した。すなわち、被告は義務として負担した旅行サービスの主たる部分、とりわけ全運送サービス及びブリッジ・プログラムを瑕疵なく履行した。宿泊における瑕疵にもかかわらず、夫妻はブリッジ、遠足及び海浜滞在により計画通りその休暇旅行を過ごすことができた。

控訴審裁判所は、失われた休暇旅行の喜びについての賠償請求の棄却を確認した。

2 Ob 79/06s 判決の判決理由

a) 一定の要件の下に失われた休暇旅行の喜びのための損害賠償を認める消

消費者保護法第 31e 条第 3 項の規定は、民法法改正法 (ZivRAeG 2004, BGBl I 91/2003) により消費者保護法に取り込まれ、2004 年 1 月 1 日から施行された。これによって、事件番号 C-168/00 (Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Slg. 2002, S. I 02631 =RRa 2002,117) における EC 裁判所の判決が考慮された (ZivAeG 2004, Mat zu GP XX II, RV 173)。EC 裁判所は、この判決でパック旅行の参加者にパック旅行契約の不履行又は瑕疵ある履行に基づく失われた休暇旅行の喜びの賠償請求権をも原則として認めた。

しかし、消費者保護法第 31e 条第 3 項の規定は、その施行後に発生した損害事例にのみ適用される (2 Ob 79/06; Wukoschitz, Schadensersatz wegen entgangener Urlaubsfreude, ecolex 2003, 891 ; Riedler, Aenderung des KSchG durch das ZRAeG 2004, RZ 2003, 266 が立法資料により根拠づけた消費者保護法第 31e 条第 3 項の規定の遡及効は、法律中には表れていない)。対象たる旅行は 2003 年秋に行われたものだから、消費者保護法第 31e 条第 3 項の規定は適用されない。

b) しかし、最高裁判所は、事件番号 C-168/00 に関する EC 裁判所の判決にならって既に繰り返し失われた休暇旅行の喜びの賠償適格性に取り組んできたし、その際に、各国の損害賠償法の EC 指令に従った解釈の要請の下に、パック旅行指令の完全な国内法化以前にも既に失われた休暇旅行の喜びのための損害賠償が認められるべきであると述べていた (5 Ob 242/04f=SZ 2004/168=EvBl 2005/94; 10 Ob 20/05x=RdW 2005,612=ecolex 2005,911)。もちろん、現在適用されている消費者保護法第 31e 条第 3 項の法文を簡単に引っ張り出すことはできない。EC 指令に従った国内法の解釈の要請が、明らかに限定可能な (消費者保護法第 31e 条第 3 項の現行法文に照応した) 旅行サービスの瑕疵によってパック旅行者に加えられた非財産的損害についてのパック旅行者の損害賠償請求権の規定へと導くわけではない (RIS-Justiz RS0119581)。むしろ、この問題の解決は、EC 法の準則、とりわけパック旅行指令及びそれについて下された EC 裁判所の判例を考慮して、オーストリ

ア一般民法典の一般的な損害賠償法原則にマッチさせるべきである(2 Ob 79/06s)。

c) しかし、EC裁判所の判決により原則として精神的損害(idellen Schaedten)が賠償されうると判断されていることから、瑕疵ある旅行サービスによって引き起こされたあらゆる不愉快感情(Unlustgefuehle)の賠償が認められるということにはならない。オーストリア損害賠償法の構成における評価矛盾の回避のために、非財産的損害が単なる不愉快感情を超えており不愉快感情に少なからぬ重要性を与えるときにのみ賠償適格性が認められる。それゆえ、失われた休暇旅行の喜びの賠償に際しても、「重大性の敷居(Erheblichkeitsschwelle)」の導入を必要としている(3 Ob 220/06hの判決理由)。バック旅行契約の領域について、旅行の瑕疵はまず代金減額の付与によって調整され、減額の程度は履行されたサービスの劣性(Zurueckbleiben)によってサービス全体が義務として負担したものからどの程度逸脱しているかによって算定されることを考慮すれば、それとともに、重大ならざる場合には、瑕疵ある旅行サービスと典型的に結びついた不快感情も共に補償され、不快感情を価値下落の程度の判断の中を含むべきであることが承認されるべきである。これを超える精神的侵害についてのみ、追加的な(過失依存の)賠償請求権が考慮に値しうる(RIS-Justiz RSO119581)。当面のケースにおいては、必要な「重大性の敷居」は超えられていない。2 Ob 79/06s 判決の基礎にある事情(旅行鞆が14日間の休暇旅行において4日間の遅れで到着した。4日間の見学旅行が靴と薬の欠如、それに代わる物の調達時間の浪費及び食事の欠落によって侵害された。しかし、それに続く10日間の遊泳休暇は異議なく経過した。)に反して、3 Ob 220/06h判決の事案では、被告の責めに帰すべき瑕疵ある旅行サービスが全休暇旅行中継続し、それによって全滞在が侵害された。しかし、夫婦は、(オーストリア航空による運送サービスと並行してウィーン-ナポリ-ウィーンの直通チャーター便、乗り換え、空港税、安全措置料金)、予定された遠足や(トランプの)ブリッジや海浜滞在をお

こなうことができ、宿泊も食事も供された。予約された休暇旅行の本質的な構成部分は欠如していなかった。なるほど 3 Ob 220/06h 判決事案の旅行構成要素の場合、環境、プログラム進行の態様及びサービス内容が細目において重要な役割を演じている。まさしくこの枠組みが、とりわけ告知されたそれゆえに義務として負担されたホテルの質や現地の周辺の様子が休暇旅行の喜びをもたらし、事実上提供されたサービスの重大な劣性の場合には、告知されて契約内容となったサービス・プログラムの背後で休暇旅行の喜びの侵害をもたらす。

しかし、確定された瑕疵からすれば、その全体において、精神的損害をも適切に考慮するために、既に認定された旅行代金の 30 % の減額を超える補償を必要とするとの承認は正当化されない。