

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 (3・完)

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、前々号)
- 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、前号)
 - (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
コメント (Dr. Michael Wukoschitz 弁護士)
- 6 おわりに

(3) オーストリア最高裁 2009 年 9 月 18 日判決
(OGH, 6 Ob 231/08a, RRa 2010,46)

判決要旨

重大でなくはない旅行の瑕疵が存在するとき、すなわち些細 (Bagatelle) の限界を超えているときは、旅行者は、消費者保護法第 31e 条第 3 項の意味

における失われた休暇の喜びに対する相当な損害賠償請求権を有する。

事案

原告は、消費者保護法第29条の意味における団体として、団体に譲渡された請求権を主張している。上告手続きの対象は、失われた休暇の喜びに対する損害賠償として280ユーロの支払い請求のみである。

通訳資格を有するSは、自身、その夫S博士及び彼らの孫につき旅行代理店を通じて被告が主催した2006年10月31日から11月7日までの航空機及びホテルを含むキプロスへのバック旅行を予約した。被告は2556ユーロの旅行代金を受け取った。

S夫妻は当時5才9ヶ月の（男子の）孫と旅に出ることを欲した。Elisabeth S 学士は旅行代理店を訪れて、旅行代理店の従業員と適当な宿泊施設を探した。ホテルの施設は、必ず子供の世話をする可能性があり、砂浜が使えなければならない。被告のカタログで、彼らはホテルAの施設がS家族の条件、すなわち砂浜と子供の世話の可能性とを満たしていることを知った。要約すると、ホテルは次のように書かれていた。

「浜：美しく設置された砂浜（青い旗）。寝椅子とパラソルは有料。

子供：監視人付きでかつ余暇プログラム付きの独立の子供プール、キンダーガルテン（3才から12才まで）。遊戯室、遊び場、問い合わせにより有料のベビーシッター、早めの夕食、子供用の食卓椅子、ベビーベッドを含む」

カタログには、とりわけプールとホテル前に位置している海をも含めた浜を写した写真が印刷されていた。しかし、事実上、芝生から急勾配の階段が直接海に続いており、直接ホテル前には何ら砂浜はなかった。休暇滞在の全期間中に、この階段の前に砂浜ゾーンはなかった。さらに左側には、約3ないし4m幅の砂浜部分があったが、壊れた寝椅子、古マット、自動車タイヤ及びその他のゴミで完全に一面が覆われていた。この砂浜部分は、完全な汚染のためにS家族の者には利用不可能であった。少し前には確かに悪天候が

続き、その際に若干の物が堆積したらしかった。しかし、S 家族の全休暇中、砂浜は同じ状態であった。この時に砂浜のゴミは取り除かれなかった。さらに左側には、約 500m 離れたところに使用可能な（寝椅子、シャワー等の）砂浜インフラのない浜があった。S 家族の者はホテルの寝椅子をこの浜に運んで一部はそこに滞在した。彼らは水の汚染のために、海水浴はできなかった。S 家族の滞在中、キプロスでは悪天候が支配した；「それより少し前に、100 年前にあったような、土石流を伴う土砂降りがあった」。

S 家族は到着後の第 1 日目に孫とともに施設に習熟するために施設になじむ 1 日を過ごした後に、翌日すなわち木曜日に子供の世話を初めて要求した。キンダーガルテンが閉まっていたので、S 学士はフロントで質問した。そこで彼女にキンダーガルテンは午後初めて開かれるとの情報が与えられた。しかし午後にも S 学士はキンダーガルテンのドアが閉まっているのを見た。次の日（金曜日）の挨拶がなされた後に、S 学士は被告の世話人とそれについて話すことを望んだ。金曜日に S 夫妻は世話人 Birgit K. の所に赴き、キンダーガルテンがないことについて意見を求めた。Birgit K. は S 家族の願望を真剣に受け止めてホテル管理部門の者を呼んだ。このホテルマネージャは、子供の世話は午後には居るであろうし、S 学士はフロントで頼むがよいと言った。金曜日の午後 S 学士はフロントに赴いて今一度キンダーガルテンに行くように指示された。しかし、キンダーガルテンには再び誰もいなかった；キンダーガルテンは閉ざされていた。S 家族の全休暇滞在中に、キンダーガルテンは閉ざされていた。キンダーガルテンの前には、小さな滑り台と小さなお城のある約 50 平方メートルの芝生があった。その向こうには遊び場も遊戯室もなかった。

S 夫妻は原告団体にその請求権を譲渡した。原告団体は、2007 年 8 月 7 日に提起された督促訴訟（*Mahnklage*）において、子供の世話、遊び場及び遊戯室の欠如に対し 20 % の減額、砂浜の欠如に対しさらに 20 % の減額並びに失われた休暇旅行の喜びに対する損害賠償として 2 人の大人に対し 1 人 1 日

につき50ユーロ、総額700ユーロ、子供に対し1日につき30ユーロ、総額210ユーロを請求した。原告は、失われた休暇旅行の喜びに対する損害賠償請求権の理由付けとして、子供の世話の欠如は夫妻にとって重大な、予見できない負担となった、それゆえ、休養の価値は存しなかった、浜の欠如は重大な結果を生じた、と申し立てた。

第一審裁判所は、砂浜の欠如に対し15%の減額、子供の世話の欠如及びその他の子供への提供物の欠如に対し更なる10%の減額を認めた。その他の請求は棄却した。

（上告手続きでのみ争われた）失われた休暇旅行の喜びに対する損害賠償について、第一審裁判所は、法的観点において検討した結果、消費者保護法第31e条第3項の「約定サービスの重要部分」の不履行を念頭に置けば、旅行主催者による単に些細な契約違反は、非財産的損害賠償請求権によって制裁を加えるべきではない、と判断した。個別ケースのあらゆる事情を総合的に考慮した結果、休暇の種類を考慮して休暇が全部又は一部無駄にされたときは、「重要部分」が存することになる。本件では、子供の世話の完全な欠如及び汚染された浜が全体として25%の減額を正当化したが、約定サービスの重要な部分の欠如には至らなかった。この瑕疵は重大性の敷居（*Erheblichkeitsschwelle*）を超えていなかったから、失われた休暇旅行の喜びは旅行代金減額によって償われた（2 Ob 79/06sを援用して）。

控訴審裁判所はこの判決を追認した。控訴審裁判所は、失われた休暇旅行の喜びに対する賠償請求権については、それがサービスの瑕疵のゆえに旅行代金の50%以上の減額を正当づけるときに失われた休暇の喜びに対する賠償請求権を旅行者に与えるとする重大性の敷居を法律で詳しく明示することをオーストリアの立法者は明らかに思いとどまったのだと述べた（10 Ob 20/05x）。本件における子供の世話はバック旅行契約の本質的部分に当たりかつ履行されなかったから、原則として消費者保護法第31e条第3項による請求権が与えられる。失われた休暇旅行の喜びに対する賠償請求権は、旅行者

には減額請求権の主張の枠内でも償われうる (10 Ob 20/05x)。子供の世話の欠如に対する 15 % の代金減額請求権の認容は、上の範囲において相当である (訳者注：この点に対する最高裁の見解は、後掲の最高裁判決理由 7.5 参照)。したがって、消費者保護法第 31e 条第 3 項による損害賠償は、すでに高い旅行代金減額額の認容によって償われている。

控訴審裁判所は「抜粋的に引用された (auszugsweise zitierten)」最高裁判所判決から逸脱してはいないから、通常上告 (ordentliche Revision) は許されない。

S 夫妻に対する 1 人 1 日当たり 20 ユーロ、総額 280 ユーロの失われた休暇旅行の喜びに対する損害賠償が請求されている限りにおいて、原告は特別上告 (ausserordentliche Revision) により控訴審判決に異議を申し立てた。

判決理由

特別上告は、法的安定性の利益において許容される：特別上告は正当でもある。

1.1. 消費者保護法第 31e 条第 3 項によれば、旅行主催者が約定サービスの重要な部分を履行せず、かつそれ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の相当な賠償を求める請求権を有する。この賠償請求権の算定にあたっては、とりわけ瑕疵の重大さや期間、過失の程度、合意された旅行の目的及び旅行代金額が考慮されなければならない。

1.2. この規定は、2004 年の民事法改正法 (BGBl I 2003/91) により挿入された。この規制によって、パック旅行指令の適用にさいしての不安定性が除去されることとなった (ErlautRV 173 BlgNr 22.GP)。新規制の背景にはリンツ地裁の先決的判決の要請に基づいて下された 2002 年 3 月 12 日の EC 裁判所の判決があった。この Leitner 対 TUI の判決によれば、パック旅行指令第 5 条により約定サービスの不履行又は瑕疵ある履行に基づく非財産的損害の賠

償請求権が消費者に「原則的に」与えられるとされた。この事件では、トルコでの 2 週間のクラブ休暇の枠内で 10 才の原告女兒がサルモネラ中毒にかかった。その原因はクラブで供せられた食事であった。原告は 2 週間その両親によって病床で看護されたため、この 2 週間ではもはや楽しむことができなかった。両親もその娘を看護しなければならなかったので、巻き添えをくった。リンツ地裁は 1 日につき 50 ~ 60 ユーロの額を適当と見た (ZVR 2002/69 [Kathrein])。

1.3. 2004 年民法改正法の解説は、明示にこの判決参照を指示している。そのほか、資料は、賠償額は判例によって確定された慰謝料額と相当な関係に立つべきであると述べている (ErlautRV 173 BlgNr 22.GP1,23)。

2.1. 消費者保護法第 31e 条第 3 項によれば、約定サービスの重要な部分を履行されなかったときにのみ、損害賠償請求権が存在する (vgl. 2 Ob 79/06s)。

2.2. 立法資料によれば (ErlautRV 173 BlgNr 22.GP1,23)、(例えば、ささいな遅延、夕べの催しの中止、又は即座にかつ完全に除去される宿泊の瑕疵のように) 単に些細な侵害の場合には、休暇旅行の喜びは概して台無しにはされないから、単に些細な瑕疵の場合には、失われた休暇旅行の喜びに基づく請求権は問題にならない。バック旅行の損害賠償の領域で、重大性の敷居 (Erheblichkeitsschwelle) を放棄し、これに対して、精神的な損害賠償の他の場合 (民法第 1328a 条) には十分な理由からこの要件を要求するということは、適当でないし正当でもないであろう。それゆえ、敷居は、これが他の加盟国においてもそうであるように、予定されるべきである。資料はこれに関してドイツ民法第 651f 条第 2 項の規定の参照を指示している。しかし、(法律) 草案は、旅行代金の 50 % 以上の代金減額を正当ならしめる瑕疵の場合に初めて、失われた休暇の喜びの賠償請求権を旅行者に与えることによって、この敷居を明確に規定することを見合わせている。

3. 1. 判例では、重大性の敷居の明確化について、様々な見解が主張されている (概観については Mair/Stanke, Schadenersatz wegen entgangener

Urlaubsfreude in der Rechtsprechung, ecolex 2008, 708 参照)。

最高裁判決 2 Ob 79/06s によれば、オーストリア損害賠償法の構成における評価矛盾を避けるために、非財産的損害が、単なる不愉快感情 (Unlustgefuehle) を超え、かつ単に重大でないとはいえ重要なさがそれに与えられるときにのみ賠償適格性がある。それゆえ、失われたの休暇旅行の喜びの賠償においても「重大性の敷居」を取り込むことが必要である。精神的損害の賠償を通常、強度の侵害に従属させている他の規範との比較から、あまりに低いとは評価されない重大性の敷居はオーストリアの損害賠償にも内在していることが明らかである。パック旅行契約の領域について、旅行の瑕疵はまず減額によって調整され、減額の程度は、給付されたものの劣性によって全体給付がどの程度まで義務として負担されたものから逸脱しているにかかっていることを考慮すれば、重大性の乏しい場合には、瑕疵ある旅行サービスと典型的に結合している不愉快感情もともに補償済みであり、不愉快感情は価値下落の程度の判断において取り込まなければならない。これを超えた精神的な侵害についてのみ、追加的な賠償請求権が考慮される。しかし、具体的な事例では、最高裁は重大性の敷居を超えることを否定した。4 日間の周遊旅行で手荷物が利用でないことにより原告に不愉快なことが生じた事例が判決の基礎にあった。最高裁はこのケースでは重大性の敷居を超えたとはみななかった。

3.2. 最高裁は、判決 3 Ob 220/06h において、重大性の乏しい事例では、瑕疵ある旅行サービスと典型的に結合した不愉快感情もともに補償済みであると、30%の減額の場合に述べている。これに対して、最高裁は、判決 10 Ob 20/05x において、2つの隔離された寝室を予約した家族休暇旅行を4ベット室で過ごさなければならなかった瑕疵を、15%の減額しか生じていないにもかかわらず、重大性の敷居を超えた重大なものと判断した。

3.3. 控訴審の判決はたびたび50%の下限を承認している。ウイーン商事裁判所 (1 R 30/06t) は、全休暇期間中隣接するゴミ捨て場からの毎日2時間悪

臭を発する有毒のもうもうたる煙が施設に引き込まれたことから 50 % 減額した事例で、失われた休暇旅行の喜びについての損害賠償も認めた。同様に、ウイーン商事裁判所 (50 R 61/05k) は、クルージング船上の荒れ果てた不潔な状態に基づき 50 % 減額した場合に、失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償を認めた。

3.4. しかし、わずかな減額の場合にも、一部、損害賠償が認められた。ウイーン商事裁判所 (1 R 153/07g) は、建設工事騒音、利用不能の浜、窮屈なビュッフェ、浴室のカビにより 45 % 減額した場合にも、失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償を認めた。ウイーン商事区裁判所の判決 (2 C 944/05w) では、種々の瑕疵及びホテルの修繕の必要性に基づき 40 % 減額した場合に、失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償を認めた。

3.5. ウイーン商事裁判所の他の判決 (3 R 93/04f) によれば、毎日 6 時から 23 時の間、航空機運航による騒音のためガラス窓が振動し、会話が中断されるときには、重大性の敷居が超えられている。旅行代金の減額が 30 % と決定されたときでも、法適合的な解釈により、失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償請求権が認められなければならない。司法が要求する重大性の敷居は、強力な航空機騒音に直面すれば、常に超えられる。

3.6. フェルドキルヒ地裁はある判決 (3 R 93/04f) で、炊事場、バス停留所や舞台の近くからの騒音に基づき 30 % の、アパート設備の瑕疵の集積に基づき 10 % の旅行代金減額をした場合に、失われた休暇旅行の喜びに基づく賠償を認めた。

3.7. ウイーン商事裁判所は他の判決 (1 R 50/04f) で、失われた休暇旅行の喜びにつき 600 ユーロの額を認めた。この事案では、4300 ユーロで予約したカリブ海旅行を旅行者が取り消した。冬の一時期を熱帯の暖かさの中で過ごすとの旅行の目的が、その年のシーズンには回復不能なほどに無に帰せしめられた。

3.8. これに対して、リンツ地裁 (37 R 202/06b) は、17 時間の航空機遅延と

3 日間の海の眺望の欠落の場合に、重大性の敷居の超越を否定した。

3.9. ウイーン高裁の判決 (4 R 13/06w) によれば、サービスの瑕疵によりなされる代金減額の程度は決定的な基準ではなく、全パック旅行への不履行又は不完全履行の影響が決定的な基準である。唯一回の (腐敗した) 食事の提供も、判決 15 R 5/00m と同様に、非財産的損害賠償を発生させる。このことは、唯一つの欠陥のあるスポーツ器具が子供を傷害し、そのため一家の休暇旅行の広範な侵害をもたらす場合にも当てはまる。

4.1. 学説では、様々な意見が主張されている。

Riedler(Aenderungen des KSchG durch das ZRAeG 2004, RZ 2003, 206 ; ders., Bemessung des Schadensersatzs fuer entgangene Urlaubsfreude unter Beruecksichtigung der Preisminderung fuer Reisemaengel, ZVR 2008, 411)は、消費者保護法第 31e 条第 3 項における重大性を他の限界と比較している。パック旅行法はそれ自体多くの規定 (消費者保護法第 31c 条第 2 項、第 31e 条第 1 項及び第 3 項) の中で同様に重大性の敷居を知っている。消費者保護法第 31c 条第 2 項によれば、旅行主催者は契約の本質的な構成部分の一方的な後発的変更権を契約上留保している。旅行主催者が約定の旅行代金又は他の契約の本質的部分を著しく (erheblich) 変更したときは、旅行者は契約を解除し又は他の代替旅行への参加を請求できる。その際、著しい変更とは本来の旅行代金の値上げの場合には 10 % 以上の値上げであると学説では主張されている。しかし、この 10 % の重大性の敷居は直ちに消費者保護法第 31e 条第 3 項には転用されない。これに対して、消費者保護法第 31e 条第 3 項の重大性の敷居は、瑕疵担保権者に何らの瑕疵担保権又は瑕疵担保請求権も、したがって失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償請求権も与えない、一般的な瑕疵担保法中で知られている重大な瑕疵 (一般民法典旧第 932 条第 2 項) の概念と調和させる (harmonisieren) ことが熟慮されるべきである。この見解は体系に内在しており、とりわけ一般民法典の一般的な瑕疵担保法と一致しており、資料とも一致している。旅行の予約に際しては、保養の価値がな

んにも増して大事である。これは契約の「認識可能な主たる目的」でもあり、したがって、消費者保護法第31e条第3項の重大性の敷居の要求はこの理由からも維持されるべきである。このことから、約定サービスの重要でない部分のみが履行されなかったとき、それゆえ、旅行主催者の瑕疵担保義務も損害賠償義務も生じさせないとき、それゆえ例えば、旅行者の減額請求権も根拠づけられない重大ならざる瑕疵のみが存するときには、消費者保護法第31e条第3項による失われた休暇旅行の喜びに基づく賠償請求権は、はじめから考慮されないこととなる。これに対して、些細な小さな事だけが機能しないとき又は十分に機能しないときは、この単なる些細な（重大ならざる）瑕疵は旅行者に代金減額請求権も失われた休暇旅行の喜びに基づく賠償請求権も与えられない。

4.2. P. Bydliniskiによれば（Geld statt Urlaubsfreuden nun auch in Oesterreich - Zwei Fragen zum neuen § 31e Abs.3 KschG, JBl 2004, 66）、重大性の敷居を超える場合には、量的な要素は重要ではない。むしろ、パック旅行全体への不履行又は不完全履行の影響こそが重要である。そのさい、約定サービスの重要部分の不履行が主たる給付義務に該当するか付随的義務に該当するかは問題ではない。

4.3. Apathyによれば（in; Schwimann, ABGB [3. Aufl.] § 31e Abs.3 KschG Rn. 21）、瑕疵があるのが一つの部分サービスなのか多数の部分サービスなのかは重要ではなく、不完全履行が旅行全体にどのような影響を及ぼしているかが重要である。それゆえ、一回の腐敗した食事やホテル施設の瑕疵ある状況による事故によって休暇旅行が根本的に台無しになったときには、消費者保護法第31e条第3項による損害賠償請求権には既に十分である。

4.4. Mayrhoferは（in: Fenyves/Kerschner/Vonkirch, [3. Aufl.] § 31e Abs.3 KschG Rn.45）、消費者保護法第31e条第3項与国内（たとえば一般民法典第1328a条）及び外国との（法的な）同一扱いが重大性の敷居の導入を必要としていると、資料から結論として引き出している。資料の中では、「台無し

にする (vergaellen)」という強い表現で、障害が休暇旅行の設定目的を粉碎し又は著しく侵害しなければならないと明白に言っている。

4.5. Michitsch によっても (Immaterieller Schadensersatz fuer entgangene Urlaubsfreude, ZVR 2004, 226)、旅行給付の些細な侵害のみの場合には、失われた休暇旅行の喜びについて言及することはできない。失われた休暇旅行の喜びについての賠償の承認のために一定の敷居を設定しなければならない。さもないと請求権の強力な拡張が到来することとなる。ただし、ドイツ民法第 651f 条第 2 項におけると同様に、消費者保護法第 31e 条第 3 項において重大な侵害に賠償請求権を制限することは、もしかすると EC 法違反となるかもしれないが。

・・・ (訳者：5.1～5.4.はドイツの法状況の説明ゆえ、省略)

6.1. そうでなくとも、オーストリア法では、精神的損害賠償は重大性の敷居を超えることと結びつけられている (vgl. Lukas, Schadensersatz bei Verletzung der Privatsphaere, RZ2004,39)。これは、社会生活におけるある程度の不愉快さ (Unannehmlichkeit) は避けがたいものであり、かつ精神的な侵害は特に客観化することが難しい (Karner/Koziol, Der Ersatz des idellen Schadens im oesterreichischen Recht und seine Reform. Verhandlungen des 15. Oesterreichischen Juristentag, II/1, 38ff)。一部学説はこの関連においても「法務官は甚だ些細なことには頓着せず (minima non curat praetor)」という原則を参照するように指示している (Karner/Koziol, a.a.O., S.39)。

一般民法典第 1325 条による慰謝料の承認は、健康被害の存在を前提にしている。精神的な侵害が治療を必要としている又は少なくとも診断可能であり、したがって医学的に把握できるときにのみ、こうした健康被害は存する (Harrer, in: Schwimann, ABGB[3. Aufl.], § 1325 Rn. 66)。それゆえ、不快感 (Unbehagen) にのみ及び／又は不愉快感情 (Unlustgefuehl) に存する精神的な侵害は、それ自体のみでは身体侵害とは認定されない (Reischauer, in: Rummel, ABGB[3. Aufl.], § 1325 Rn. 1)。一般民法典第 1328a 条第 1 項第 2 文

によっても、例えば諸事情から大衆の中で個人を笑いものにしたように評価されるときのように、個人的な領域の重大な侵害の場合の損害賠償は、被った個人的侵害に対する賠償をも含んでいる。

6.2. 損害賠償改正の議論において、些細な争訟によって裁判所が過度な負担をかけられることを避けるために、精神的損害の賠償を重大性の敷居の超越に結びつけることが提案された (Steiniger, 12. Oesterreichischer Juristentag in Innsbruck, OeJZ 2004,179)。研究グループ草案の第 1316 条第 2 項によれば、精神的損害の賠償には原則として人格権の重大な侵害が前提である (vgl. Karner, in: Griss/therin/Koziol, Entwurf eines neuen Oesterreichischen Schadensersatzrechts[2006],S.85; これに対して、しかし、Christiandl/Hinghofer-Szalkay, Sinn und Funktion einer gesetzlichen Erheblichkeitsschwelle im Nichtsvermögenschadensrecht, JBI 2009, 284)。

7.1. 法状況の最近の検討によれば、侵害の「重大性」の規定に (仮定的な) 代金減額を念頭に置かない見解が、より説得力があるように思われる。これに対しては、瑕疵担保と損害賠償の設定目的の相違が主張されている。

消費者保護法第 31e 条第 3 項の目的は、非財産的損害、すなわち休暇旅行の喜びの侵害、とりわけ (正当な) 期待の裏切りと結合した不快感を償うことであり、他方、代金減額は、単に瑕疵によって妨げられた給付と反対給付との主観的等価を回復し、それによって財産的損害を調整すべきである。

7.2. 2002 年民事法改正法に関する立法資料によれば (173 BlgNR 22. GP 23)、立法者は、旅行者が 50 % 以上の旅行代金減額権を有するであろうという前提と損害賠償とを結びつけることを明らかに放棄した。むしろ、単に一般的な最低の敷居が規定され、単に些細な侵害の場合には、損害賠償が排除されるということである。

7.3. 消費者保護法第 31e 条第 3 項のあまりに制限的な取扱いは、規定の適用範囲を広範囲に奪うことになろう。それによって、オーストリアの法適用は、パック旅行指令及び E C 裁判所の準則と相容れないことになる。なるほど

「法務官は甚だ些細なことには頓着せず (minima non curat praetor)」という普通法上の原則の意味でほとんどの法秩序の中に見いだされている Bagatellgrenze (些細の限界) は指令の準則と調和できるが、50 % の仮定的な代金減額を顧慮することは、指令の準則と調和せず、さらに損害賠償を例外的場合にのみ認めるような強力な瑕疵を前提としている。この意味において、消費者保護法第 31e 条第 3 項による重大性を一般民法典第 932 条第 2 項の「重大ならざる瑕疵 (unerheblichen Mangel)」の概念に依拠して理解する Riedler の提案は一考に値する。さらに、非財産的損害賠償請求権の比較的鷹揚な算定は、旅行主催者にその契約約束を遵守し彼が引き受けたサービスを約束通り履行する励みを与えることになろう。

7.4. 前述の Bagatellgrenze (些細の限界) が本件ではいずれにせよ満たされており、遊泳休暇の場合には浜での滞在と遊泳が経験上中心を占めている。しかし、確認された浜のひどい汚染のために浜での滞在と遊泳が保証された形で可能ではない。さらに、明示の保証にもかかわらず、子供の世話の可能性も子供のためのその他の申し出も利用できなかった。そのさい、小さな子供の場合には強度の侵害が問題となることは論をまたない。

7.5 確認された瑕疵の種類と大きさに関して、瑕疵によって惹起された (非財産的な) 不愉快感が代金減額によって同時に適切に償われたということは問題とならない。ところで、第一審裁判所が子供の世話の欠如について 15 % での代金減額を比較的高い範囲で算定していたとした控訴審裁判所の論述は適切でなく、第一審裁判所は子供の世話の欠如について 10 % の値引きだけで適切だと判断した。したがって、消費者保護法第 31e 条第 3 項による損害賠償請求権は子供の世話の欠如について高い代金減額額の認定により償われているとの控訴審裁判所の論述には何らの根拠もない。

8.1. 遊泳休暇のための砂浜の意義、家族休暇旅行に際しての子供の世話及び子供のためのその他の申し出の重要性を考えると、消費者保護法第 31e 条第 3 項により、上告審で主張された大人 1 人、1 日につき 20 ユーロ、総計

91-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(3・完)(高橋)

280ユーロという額は、2500ユーロという総旅行代金との関係において、及び額の絶対的な高さから、いずれにせよ適切である。その際、旅行代金の10%以上のみが問題となる。

8.2. 消費者保護法第31e条第3項によれば、損害賠償の算定に際しては、なにかんずく旅行代金の額に留意しなければならない。一部の文献では、まず第一歩として旅行代金の一定%を出発の基礎として算出しなければならないと提案されている(Riedler, RZ 2003, 274)。しかし、その際に、明示の法文によれば、消費者保護法第31e条第3項に挙げられている算定要素の最後の箇所での記述のために、一つだけではなく圧倒的に援用される多くの要素の一つが問題となっている。とりわけ、Maihofer (in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch[4.Aufl.], § 31e KSchG Rn. 46)とは異なり、消費者保護法第31e条第3項による損害賠償の算定においては直ちに「Frankfurter Tabelle (フランクフルト地裁の代金減額表。これについては、拙訳・広島法学15巻3号(1991年)116頁以下参照)」を念頭に置くことはできない。「Frankfurter Tabelle」は、むしろ単に代金減額に関するものである。

9.1. 被告が上告の答弁で「被告には浜の状態について何らの過失もない」と主張する限りにおいて、被告は、許されないかつ注目されない方法で彼に第一審で取り入れられた訴訟観点から離れた。第一審では、被告は、浜は通常のかつ利用可能な状態にあったと申し立てることに限定した。被告は、場合によってはあり得る瑕疵あるサービスを喜んで改善する気があった。したがって、被告は、悪天候の災害性のゆえに浜の清掃が可能ではなかったということに依拠しなかった。そのほか、第一審の確定したところによれば、全休暇中、一度も清掃の試みがなされなかったことを被告は抗議されねばならない。そのほかに確認された適当な子供の世話施設の欠如に関しては、悪天候はいずれにせよ無過失を証明することはできない。

9.2. したがって原審の判決は、280ユーロの金額の追加的認容により変更された。(.....)

(4) オーストリア最高裁 2009 年 9 月 29 日判決

(OGH, 4 Ob 130/09k, RRa 2010, 97)

判決要旨

1. 旅行仲介者又は旅行主催者の責任範囲の限定については、特定の時点（すなわち「選択決定 (Auswahlentscheidung)」の時) を念頭に置くべきではない。むしろ、旅行代理店の従業員が相談の際に仲介契約の義務を又はこれを超えて最終的に選択された旅行主催者の契約前の義務を (も) 履行したかどうかが決定的である。
2. 周知のようにハリケーン地帯にある特定の旅行目的地が事実、ハリケーンに襲われるという (計算上の) 蓋然性がハリケーン・シーズンの間でも低いとしても、健康及び所有権に対する潜在的な危険が重大であるから、消費者はシーズンに伴う高いハリケーン危険について教示されるべきである。
3. 交付された資料の検討によって予定休暇目的地のメリット及びデメリットについて予約前に調査することがパック旅行客に期待しうるから、普通の場合、カタログ中での明示の指摘で充分である。
4. 旅行契約締結前に旅行主催者が旅行客にその存在について教示しなければならぬ危険が現実のものとなったときにも、旅行主催者は失われた旅行の喜びについて責任を負う。その際、賠償義務は履行利益に限定されず、義務による教示が行われたら予約されたと思われる仮定上の代替旅行の失われた旅行の喜びにも及ぶ。
5. 失われた旅行の喜びの賠償額について抽象的な算定方式を開発することは、無意味であり出来ないことでもある。

事案

原告とその配偶者は2005年9月に旅行代理店の仲介を通じて2005年10月16日から30日までの間被告が主催したユカタン（メキシコ）へのバック旅行を予約した。代金は各人2224ユーロであった。安定した遊泳天気が旅行目的地選択の決定的な基準であった。ユカタン半島はホンデユラスの北、カリブ海の北西端にあるキューバの西に位置している。そこはハリケーンの危険地帯である。ハリケーン・シーズンは6月初めから11月末まで続き、圧倒的な数の熱帯性暴風は8月から10月までの時期に集中する。この気候上の状況について原告とその配偶者は旅行代理店で情報提供されなかった。

10月15日にカリブ海に低気圧が形成された。マイアミにある「ナショナル・ハリケーン・センター」がグリニッジ標準時間21時（中欧夏時間23時、現地時間17時）に発表した気象日報は、今後の展開についていくつかのモデルを含んでおり、一つはカリブ海の北西に非常に強いハリケーンを、他はそんなに攻撃的でない増大を指摘した。暴風の正確な進路はなお非常に不確かであった。ケイマン諸島への最初の暴風警報は、10月16日グリニッジ標準時間9時に、ニカラグアとホンデユラスには10月17日グリニッジ標準時間15時に行われた。メキシコへのハリケーン警報は10月18日グリニッジ標準時間21時になされた。

原告とその配偶者は、10月16日中欧時間7時にミュンヘン空港から旅行に出発した。その際、彼らは天候の成り行きについて何の情報提供も得ていなかった。日曜日夕方に彼らは宿泊所に入った。月曜日は遊泳日和りであった。10月18日火曜日に原告の配偶者はオーストリア気象庁に勤めているその母親からユカタン半島をも脅かすハリケーンがカリブ海に形成されていることを知らされた。しかし、彼女はホテルの受付で心配することはないと告げられた。10月19日水曜日にも原告とその配偶者は被告の現地の代理人から安心するように言われた。しかし、この日の晩に風が発生し、ホテルの従業員が窓前面をパーティックボードで釘付けし、ランタンをベルトで固定した。木曜日からは宿泊客は部屋に留められた。ホテル管理者は宿泊客に窓を

マットレスや家具で塞ぐように求めた。木曜日晚に暴風はハリケーンの強さとなった。原告とその配偶者は、1 階の部屋から避難させられた 2 人の旅行者を彼らの部屋に受け入れた。土曜日の夜には窓のパッキングにひびが入り、水が部屋に入ってきた。その結果、原告とその 3 人の同室者は浴室に引き籠もった。更にその後、彼らは釘付けされた部屋に移動させられた。その後、彼らは他の 2 人の旅行者のより良好な部屋に滞在した。停電が生じた。食事は毎日 1 度パックされた食事によって確保された。

嵐は 10 月 23 日土曜日に終了した。月曜日には再び晴天となったが、ホテルにも周辺にも相当な損害が発生していた。既にこの時点において被告はその約 1000 人の宿泊客のために帰路支援活動を組織した。そのさい、12 機の飛行機が投入され、毎日多くの飛行機が出発準備を整えた。混乱した道路事情と最寄りの飛行場の閉鎖とによって状況は困難であった。原告とその配偶者は 10 月 27 日木曜日 4 時に迎えに来てもらった。7 時間のバス運行と空港でのさらなる遅延の後に、早晩にミュンヘン行きの帰路航空機が出発した。

ハリケーンの間及びその後、原告とその配偶者は心配している親族と何度も電話で通話した。そのさい、759, 01 ユーロの費用が生じた。

原告の配偶者はその請求権を原告に譲渡した。(…)

第一審裁判所は、被告に 8398 ユーロの支払を命じ、109, 01 ユーロのさらなる請求についてはこれを棄却した。(…) 控訴審裁判所は、被告に (2708 ユーロの確定力のある一部認容を含む) 6544, 84 ユーロの支払を義務づけ、かつ 1853, 16 ユーロのさらなる請求を棄却した。控訴審裁判所は、後に民事訴訟法第 508 条に基づき通常上告を許可した。

原告とその配偶者は 10 月 19 日水曜日までは旅行サービスをスムーズに消費したであろう。それゆえ、旅行代金の 3 / 14 に相当する対価 (全部で 953, 16 ユーロ) が払い戻し請求権で考慮されるべきであろう。損害賠償請求権は理由からして当然存在する。(…) ハリケーンの間辛抱した恐怖と旅行目的の広範な挫折とに留意して、失われた旅行の喜びに基づく損害賠償は (第

一審裁判所が認めた 1900 ユーロに代えて) 各人 1200 ユーロが相当である。請求された電話料金の賠償額は異議申し立てできない。(…)

判決理由

契約前の説明義務違反についての旅行主催者の責任に関する判例が欠如しているため、被告の通常上告は許可される。しかし、通常上告は理由がない。

1. 被告はドイツに住所を有する法人である。それゆえ、原告の請求権にかなる法が適用されるべきかが先ず検討されなければならない。(…) 法の選択は主張されていない。それゆえ、旧 EVUe 第 5 条第 3 項によりオーストリア法が適用可能である。

2. 原審はオーストリア一般民法典第 1313a 条によりその者の行為につき被告が責任を負うべき旅行代理店従業員による説明義務違反を認めた。それは結論において異議申し立てできない。

2.1. 被告は、旅行代理店従業員の起こしうる行為の責任を引き受けることはできないとの見解を主張した。旅行代理店との旅行仲介契約と旅行主催者との旅行契約とは区別されなければならない。多くの申し込み者間での選択に資する相談は仲介者のみに義務づけられる。旅行者が選択決定をなしたときに初めて、仲介者は主催者のために行為し、一般民法典第 1313a 条により主催者の責任が基礎づけられる。

2.2. 判例によれば、旅行代理店は、旅行者の旅行主催者への意思表示の受領に際しかつ旅行者への旅行主催者の申し込みの承諾又は拒絶の意思の表示に際しては、旅行者の使者ではなく、旅行主催者の履行補助者として行為している (1 Ob 688/83 = SZ 57/37)。しかし、同時に旅行代理店は、旅行仲介契約から生じる自己の義務も行っている (1 Ob 688/83)。瑕疵ある相談及び仲介についての旅行仲介者の責任は、このような場合には、旅行主催者の起こりうる責任と並んで発生する (1 Ob 688/83)。

2.3. 旅行主催者が旅行者に対する自己の利益の追求のために旅行代理店を使用するときは、旅行代理店従業員の行為は、旅行主催者の責任となる (RIS-Justiz RS0028425, RS0028499)。いずれにせよ、旅行代理店従業員が仲介者としての旅行代理店の責任だけでなく旅行主催者の責任でもある義務を履行したときがその場合である。

なるほど、選択される様々な旅行目的地の気象条件についての情報提供は旅行仲介者の典型的な義務に属するとするのは正しい。しかし、それ自体のみでは取るに足りないことである。むしろ、旅行目的地の気象上の特殊性を顧客に注意させる契約前の義務が旅行主催者にも帰せしめられるかどうかが決定的である。本件の場合、この点では瑕疵ある情報提供が旅行主催者にも責任があるであろうし、その責任は仲介者の責任と並んで生ずるであろう。それゆえ、上告において考慮するとは違って、責任の境界については特定の時点 (「選択決定 (Auswahlentscheidung)」の時) を念頭に置くべきではない。むしろ、旅行代理店従業員が、相談 (たとえば特別な顧客の要望に関して個別の相談) の際にもっぱら仲介契約の義務を履行したか、又はこれを超えて最終的に選択された旅行主催者の契約前の義務を履行したかどうかが決定的である。

上告で掲げられている 2006 年 4 月 25 日のドイツ連邦通常裁判所判決 (RRa 2006,170=NJW 2006,2321 - 旅行仲介) はこれに矛盾しない。なぜなら、この判決では、パスポート及びビザの必要性についての誤った情報提供が旅行仲介者の責任を根拠づけるか、又は代理店従業員のこれに関するミスが旅行主催者の責任となるかが問題となったからである。連邦通常裁判所は、この情報提供は既に旅行の「実施」に属し、「選択決定」後の旅行代理店従業員の行為についてはもっぱら旅行主催者が責任を負う。選択決定前の行為についての仲介者の単独責任という説得力ある逆推理は、(連邦通常裁判所がこのことを傍論で obiter 想起させるからといって) 引き出されない。そのうえ、パスポート及びビザの必要性についての誤った情報提供が、まだ特定の

旅行主催者に具体化していない相談会話中に（それゆえ「選択決定」前に）生じることが注目されなければならない。この偶発性が旅行主催者の責任の否定につながることは許されない。むしろ、具体的な（ミスによる又はなされない）情報提供が旅行主催者の義務範囲に（も）含まれるかどうかが決定的でなければならない。

2.4. それゆえ、本件では、申し込まれた旅行がハリケーンの季節にあたることについて被告が指摘しなければならないかどうかを検討されなければならない。旅行客が取引誠実の原則からこれに関する教示を期待できたかどうかが決定的である（RIS-Justiz RS0016390, RS0014811）。

ここでは事実は次の通りである。すなわち、ユカタン半島がハリケーンで危険であることを被告は自ら認めている。一般にそれが知られているはずだとしても、平均的な旅行客がハリケーンシーズンの期間についてまで精通しているとは決して言えない。特定の旅行目的地がハリケーンに襲われる（計算上の）蓋然性は、なるほど少ないであろう。しかし、危険の現実化が健康や所有権をも脅かす重大な結果と結合されうること直面する。それゆえ、特定の旅行期間がハリケーンシーズンに含まれるという事情が、平均的な（安全を指向する）バック旅行客には、多くの場合選択決定する意義を持つであろう。この関心状況の場合、旅行主催者は誠実取引の原則から旅行客にシーズンによる高度のハリケーン危険について情報提供する義務を負う。

その際、旅行主催者が十分明確な指摘をカタログ中に取り入れているときは、なるほど普通には、関心を持っている人々に予約前に与えられれば十分であろう。なぜなら、予約前に与えられた資料の検討によって旅行目的地のメリット・デメリットについて調査することは、バック旅行客にも期待されるからである。しかし、被告は、原告とその配偶者が本件においてこのようなカタログを受け取ったであろうと主張しなかった。この理由から、旅行代理店従業員による情報提供は必要であったであろう。この情報提供も行われなかったから、被告は契約前の教示義務の違反に責任を負わなければならない

ない。それゆえ、他の義務違反が被告にあったかどうかは問題ではない。

2.5. 第一審裁判所は、原告とその配偶者が多くの問題となっている旅行目的地の間で選択したこと、その際、彼らにはとりわけ休暇旅行地での良い天気が重要であったことを認めた。この基礎に立って、原告とその配偶者はハリケーン危険についての具体的な情報提供があればここで争われている旅行を予約しなかったであろうとの（すでに第一審判決を基礎に置く）控訴審裁判所の結論は、異議を唱えられない。むしろ、当該認定により、旅行主催者の義務に従った行動があれば、原告とその配偶者は他の（天候上安定した）休暇旅行目的地を選択したであろうと認められるべきである。この結論は、第一審裁判所の認定と同様に、訴え申立の枠内で維持される。それゆえ、この結論は、上告で主張された見解とは逆に、上告手続きにおいても顧慮されるべきである。

3. この考慮に基づいて、いずれにせよ被告はハリケーンによって生じた電話料を賠償しなければならない。原告とその配偶者が具体的な情報提供によって他の旅行目的地を選択していたら、この電話料は生じなかったであろう。被告によって問責された損害軽減義務の違反は存しない。休暇目的地でのドラマチックな状況に直面して、原告とその配偶者は一日の多くの通話も承認されざればざるをえない。これは、オーストリアにいる親族を安心させるためだけでなく、（地方のインフラの完全な機能マヒに直面して）休暇目的地の状況や帰路運送手段についての情報を入手するためにも必要であった。その上、第一審裁判所は原告にこの名目からいずれにしても 650 ユーロしか認めなかった。109, 01 ユーロのさらなる請求 *Mehrbegehren* は、問責がないので手続きから除外された (RIS-Justiz RS0039606, RS0041490)。

4. 失われた休暇旅行の喜びについての賠償の承認も、理由及び額からして正当である。

4.1. 請求の基礎は、ここでは消費者保護法第 31e 条第 3 項である。この規定は次のように定める。すなわち、

「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。」

消費者保護法第 31e 条第 3 項は、訴訟事件 C-168/00-Leitner/.TUI における E C 裁判所の判決 (Slg 2002 I -2631=RRa 2002,117) に基づいている。それによれば、バック旅行に関する E C 指令 (バック旅行指令 90/314/EWG) 第 5 条は、「それがバック旅行を形成しているサービスの不履行又は瑕疵ある履行に基づく非財産的損害の賠償請求権を消費者に与えている」というように解釈されるべきである。

4.2. 本件では、疑いなく被告は約定サービスの重要な部分を履行しなかった。なぜなら、旅行主催者は結果 Erfolg について義務を負っている。結果の不発生 Ausbleiben は彼のリスクであり、旅行者のリスクではない (10 Ob 2/07b= ecolx 2007,347= RRa 2007, 138)。これに反して、この不履行が「旅行主催者の責めに帰しうる過失」(消費者保護法第 31e 条第 3 項) に基づいているかどうかは問題である。この表現は履行利益への制限に結びつく。それによれば、異議を申し立てられた行為がなかったならば旅行契約の完璧な展開がもたらされたであろうときにのみ、失われた休暇旅行の喜びについての責任が肯定されるであろう。

本件においては、事実はそうではなかった。なぜなら、被告の義務に適った行為があったならば、予約された休暇旅行の完全な喜びをもたらしたのではなく、(当該旅行の) 契約締結をしないこととなり、(他の) 旅行に導いたであろうから。それゆえ、原告とその配偶者は、被告の義務に適った行為があった場合にも、予約された旅行によってもたらされるあの休暇旅行の喜びを経験しなかったであろう。それゆえ、履行利益についての責任は除外されなければならない。

4.3. 消費者保護法第 31e 条第 3 項のこの狭い解釈は確かに誤っている。

(a) まず第一に、因果関係の検討は責任を妨げるものではないことが明確にされるべきである。(本件のように) 不作為により (申立られた) 侵害が生じたときは、特定の積極的な行為の実行が結果の発生を妨げたときに、因果関係が認められるべきである (RIS-Justiz RS0022913)。それゆえ、必要な行為の開始による不作為の回避の場合の仮定上の進展を見出すことが試みられなければならない。必要な行為は思いをはせるべきである。本件では、確定された事情から、ハリケーンシーズンへの指摘があれば、原告とその配偶者はハリケーン危険のない他の旅行目的地を選択したであろうことが認められるべきである。この仮定上の旅行と結びついた保養価値は、原告とその配偶者が事実上予約した旅行から期待し得た保養価値と核心において合致するのであろう。それゆえ、被告の義務に適った行為があれば、なるほど事実上締結された旅行契約の瑕疵なき履行をもたらしたであろうが、おそらく同一の目的を充足する他の契約の締結につながったであろう。それゆえ、義務違反は本件において休暇旅行の喜びの喪失の原因となっている。

ドイツ法の判例はこの関係では直接役に立たない。なぜなら、ドイツ法においては、民法第 651f 条により旅行主催者は、失われた休暇旅行の喜びについてではなく、無駄に費消した休暇期間について責任を負うからである。情報提供義務違反によって全く保養価値のない又はわずかな保養価値しかない休暇旅行に出ると、そのために無駄に費消した休暇期間は疑いもなく旅行主催者の責めに帰しうる過誤行為 *Fehlverhalten* によって惹起されたものである。それゆえ、いずれにせよ民法第 651f 条による責任が根拠づけられる。オーストリア法にはこの結論は、「失われた休暇旅行の喜び」という概念の下に、さもなければ出立しなかった休暇旅行から生ずるすべての非財産的不利益を包含するときのみ、取り入れられるであろう。それが正しいかどうかは、ここではいずれにしても存在する因果関係 (仮定的な代替旅行の失われた休暇旅行の喜び) のゆえに、未解決のままである。

(b) しかし、それにもかかわらず、消費者保護法第31e条第3項の法文は賠償を履行利益に制限しており、したがって、本件を含んでいないとの見解が主張されうるであろう。被告は、この場合なるほど一般原則(契約締結上の過失)から財産損害については責任を負うが(上述3.)、(これを指示する特別規定がないため)非財産的損害については責任を負わない。

しかし、消費者保護法第31e条第3項の基礎にある評価はこれに対立している。(ここで共同体法によって拘束された)立法者の見解によれば、休暇旅行の保養価値は、旅行主催者の非難されうる行為によるその侵害は非財産的損害賠償をも正当化するという意義を持つ。これは、(因果関係を前提として)契約上の義務の違反と契約前の義務の違反との区別を許していない。なぜなら、旅行者にとって休暇旅行の喜びの喪失は、どちらの場合も等しく重いからである。旅行者にとって、警告されなかった危険が現実化したか、又は休暇旅行の喜びの喪失が(直接に)旅行主催者の責めに帰しうる過誤行為によって生ぜしめられたかは、重大なことではない。逆に、契約前の義務の違反がはじめから契約上の義務の違反よりわずかな重みしか持たないわけではない。二種類の義務違反は多かれ少なかれ重い結果を持ちうるし、非難されうるものである。こうした基礎に立てば、法的効果における原理上の区別は実質的に正当化されない。それゆえ、立法者がここで判断すべきケース状況について考慮していなかったかもしれないとしても、消費者保護法第31e条第3項は、立法者は契約上の義務の違反と契約前の義務の違反とを主観的には区別していないというように理解されるべきである。それゆえ、旅行主催者は、旅行契約の締結前に旅行者にその存在を教示しなければならない危険が現実化したときにも、(因果関係を前提として)失われた休暇旅行の喜びについて責任を負う。

(c) この見解はパック旅行指令第5条第2項の規定と一致している。それによれば、加盟各国は、なканずく「不可抗力」に基づく無過失の事例について免責できる。しかし、この指令第4条第6項における法的定義によれば、

「異常な予見不可能な事由」が不可抗力と理解されるべきである。ハリケーンシーズンにおけるハリケーンの発生の場合には、これは当てはまらない。

4.4. したがって、この点でも理由からして請求権は正当である。額に関しては、控訴審裁判所はその裁量の範囲を超えていない。

(a) 消費者保護法第 31e 条第 3 項によれば、賠償請求権の算定に際しては(流動的なシステムの形で)、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。資料によれば、失なわれた休暇旅行の喜びの一日あたりの総額を算定の基礎におくことには何の疑問もないし、その際、賠償額は判例によって確定された慰謝料額に相当程度比例すべきである (173 BlgNR 22. GP, zu § 31e Abs. 3 KSchG ; 10 Ob 20/05x)。その際、個別ケースの諸事情が決定的である。それゆえ、(上告で明らかに望まれている) 抽象的な算定システムを展開することは意味もないし可能でもない (6 Ob 251/05p=ZVR 2006, 396 参照)。とりわけ、旅行の完全挫折がそれぞれのケースで軽い苦痛の慰謝料額で抑えつけられた損害賠償請求権をその時々旅行代金額で根拠づけるかどうかは未解決のままである。

(b) 本件では、なるほど(すでに存在する判例による注意要求の具体化がないため)むしろわずかな程度の過失を認めるのがよいであろう。しかし、全く高額な旅行計画の場合に、瑕疵が 11 日間の保養価値の完全な喪失をもたらした。その上、原告とその配偶者は確定された事態によればかなりな不愉快と恐怖とを忍ばねばならなかった。それゆえ、休暇旅行は無駄であったのみでなく、それによって得ようと努力する保養の全く逆をもたらした。こうした状況の下で、(軽い痛みのための慰謝料額に添った) 各人 1200 ユーロの損害賠償算定は異議を唱えるべきではない。

5. こうした考慮に基づき、被告の上告は認められない。

一般的に次のことが妥当する。すなわち、危険が一般的に知られておらず、その知識が平均的消費者の選択決定に影響を及ぼしうるときは、旅行主催者は、旅行の予約前にすでに顧客にそれと結びついた危険を指摘する義務を負

っている。とりわけカリブ海域への旅行の場合には、場合によっては、旅行主催者は、旅行期間がハリケーンシーズンであることを指摘しなければならない。教示が行われず、危険が現実化した場合には、失われた休暇旅行の喜びの賠償請求権が発生する。

コメント（Dr. Michael Wukoschitz 弁護士）

RRa2010, 101

最高裁は短期間に今や失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償につき第2回目の判決をし、かつドイツ判例から明らかに際だっていた。失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償は履行利益（予約した旅行と結合した経験価値及び保養価値）を含むのみならず、単に仮定的な代替旅行と結合していたであろうあの経験価値及び保養価値の代償の形式としての信頼利益をも含んでいるという解釈は、非常に広範であり（最高裁も認めているように）無条件に法文から示されているものでもない。

そこから引き出される結論は勿論、取りやめにされた又は打ち切られた旅行の場合でも旅行者の行動が考慮されるべきであるということではなければならない。旅行主催者によって（正当な理由もなく）取りやめにされた旅行の代わりに、本質的に等しい経験価値及び保養価値を有する代替旅行を旅行者が予約したときは、一般に代償は拒絶されるべきである。旅行者がいわゆる「バルコニー休暇」を過ごすときは、少なくともその保養価値が考慮（算入）されるべきである。すなわち、一方において怠った代替予約につき旅行主催者に責任を負わすが、他方において守られた代替旅行のメリットを考慮せずにおくことは不適切であろう。

またその限りでは、オーストリア判例の展開は、旅行者の代替旅行行動のメリット考慮（算入）を拒否するドイツにおける判例の展開に対して逆方向であろう。

最高裁が失われた休暇旅行の喜びに基づく損害賠償について抽象的な算定方式を（たとえば「Fuehrichの決まり文句」に従えば）新たに明確に拒否し、

「個別ケースの諸事情」を参照するように指示しているのは注目に値する。これによって最高裁は、一定の代償額の主張の結果見通しは旅行者にも旅行主催者にも前もって立てることが困難であり、裁判所の負担軽減に確かに寄与しないことを斟酌した。

最高裁が旅行者にも、予約前に交付された資料の検討によって旅行目的地のメリット及びデメリットについて調査する義務 (Obliegenheit = その不履行が損害賠償義務を生じない義務) を課し、当然彼に求めていることは、いずれにせよ歓迎される。旅行前の情報提供は、旅行主催者の負担での「一方通行路」ではない。

6 おわりに

以上を簡単に要約すれば、以下のようなろう。

(1) 従来欧州の国々では、非財産的損害は、法律が定めている場合のみ、金銭賠償を請求できるとするのが一般的であった。その趣旨は、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。

(2) 10 才の女儿シモーヌ・ライトナーの家族は、オーストリアの旅行代理店を通じて被告たるドイツのバック旅行会社 TUI に、1997 年 7 月 4 日から 2 週間のトルコでのクラブ休暇のバック旅行を予約し、そこに滞在中、原告女儿が食事によるサルモネラ菌中毒にかかり、両親も 2 週間、娘の看護をしたため、この 2 週間を楽しむことができなかった。休暇旅行終了後 2, 3 週間して関係者は TUI に苦情申立書を送ったが、何らの回答もなかった。1998 年 7 月 17 日にシモーヌ・ライトナーは、2 万 5000 オーストリアシリング (ATS) の額の損害賠償の支払を求める訴訟を TUI に対して提起した。この金額は、専門家の鑑定意見の取り入れにより、慰謝料以外に失われた休暇の喜びに基づく非財産的損害にも依拠している (当時、1ATS = 8 円)。

(3) 第一審裁判所は、オーストリア一般民法典 (ABGB) 第 1325 条により原告に 1 万 3000ATS の慰謝料額を認容した。これに対して、非財産的損害に依拠した原告の請求は、その種の損害の賠償は法律で明定されているときのみ許容されるとのオーストリア最高裁判所の判決に詳述された理由から、本件はそれに該当しないため、棄却された。

(4) この判決に対して、原告はリンツ地裁に控訴した。リンツ地裁の見解は、「第一審裁判所は国内判決を適切に解釈したが、1990 年 6 月 13 日のパック旅行 EC 理事会指令 90 / 314 号の第 5 条は別の結論に導きうるかどうかは問われなければならない。制限が不適切でない限り、人身損害に当たらない損害賠償支払いについての約定の制限を同指令第 5 条第 2 項第 4 文が許容しているという事情から、経済関係者が指令により非財産的損害についても原則として責任を負うとの結論を導きうるであろう」というものであった。

リンツ地裁は、2000 年 4 月 6 日の決定で、係属事件の判決のためにパック旅行 EC 指令の解釈が要求されているとみたため、EC 条約第 234 条により EC 裁判所の先決的判決を求めて「1990 年 6 月 13 日のパック旅行 EC 理事会指令 90 / 314 号の第 5 条は、原則として非財産的損害賠償請求権の賠償は当然与えられるべきであるというように解釈されるべきであるか」との問題を EC 裁判所に提出した。

(5) EC 裁判所 (第 6 部) は、2002 年 3 月 12 日の先決的判決で、「パック旅行 EC 指令第 5 条第 2 項はパック旅行を構成する給付の不履行又は瑕疵ある履行に基づく非財産的な損害の賠償請求権を消費者に原則として与えていると解釈されるべきである。」と判示した。この判決には EC 裁判所論告担当官 Tizziano の論告があり、判決理由の理解に有用である。

(なお、この EC 裁判所の先決的判決を受けて、リンツ地裁は、非財産的損害として女兒に 2 週間、1 日につき 50 ~ 60 ユーロの額を適当とみた (ZVR 2002 / 69 [Kathrein]) ようである：本稿のオーストリア最高裁判

決 (3) の判決理由 1. 2. 参照))。

(6) 2002 年 8 月 1 日から施行されたドイツ民法第 253 条の改正新法文は、非財産的損害につき、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との従来の原則の最重要な打破をなし、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として、民法第 847 条を削除して一般債権法に組み込まれた。

このため、ドイツの連邦通常裁判所 (BGH) は、2005 年 1 月 11 日のモルジブ・バック旅行判決において、バック旅行契約に関するドイツ民法第 651f 条第 2 項の損害賠償の非財産的性格から出発し、賠償額の基準として、代替の休暇旅行を再び得るために必要な財産的損害の算定基準たる労働所得ではなく、旅行代金のみを念頭に置くことにした。

(7) 1979 年 10 月 1 日から施行されたドイツ民法第 651f 条第 2 項は、「(バック旅行の瑕疵により) 旅行が不能となったとき又は旅行が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。」と定める。著しい侵害=重大な侵害が認められるのは、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 (旅行の瑕疵の種類と範囲、旅行の性格、旅行目的地等) を全体評価して休暇旅行が全部又は一部無駄になったと判断されるときである。現在、ドイツの圧倒的な下級審判決は、バック旅行の瑕疵が 50 % の旅行代金減額を生ずるときに、重大な侵害を認め、非財産的な損害の賠償をも認めている。ただし、ドイツ法によれば、旅行代金が全体として 50 % の高さで減額されえないときでも、50 % が旅行の一部に関係しているときは、それで十分であるとする。なお、バック旅行の瑕疵による旅行代金減額表としては、フランクフルト地裁民事第 24 部作成の Frankfurter Tabelle がある。

(8) 上記の 2002 年 3 月 12 日の EC 裁判所の先決的判決を受けて、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 項は、「旅

行主催者がその過失により約定サービスの重要な部分を履行しないときは、旅行者は失われた休暇旅行の喜び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際しては、瑕疵の軽重及び期間、過責の程度、約定の旅行目的、旅行代金を考慮する。」と定める。

(9) この消費者保護法第 31e 条第 3 項の施行後の事案に関して、2009 年のオーストリア最高裁判決は、「重大でなくはない旅行の瑕疵が存在するとき、すなわち些細 (Bagatelle) の限界を超えているときは、旅行者は、消費者保護法第 31e 条第 3 項の意味における失われた休暇の喜びに対する相当な損害賠償請求権を有する。」「失われた旅行の喜びの賠償額について抽象的な算定方式を開発することは、無意味であり出来ないことでもある。」と判示した。

この考え方は、この規定の施行前の事案に関する 2007 年のオーストリア最高裁の二判決が判示した「旅行の瑕疵は、まず、旅行代金の減額によって調整される。重大ならざる瑕疵の場合には、それと同時に、瑕疵ある旅行サービスと典型的に結びついた不愉快感情も補償される。『失われた休暇旅行の喜び』についての賠償は、余りに低すぎない『重大性の敷居』を超えるときに、初めて与えられる。」との見解を踏襲したものである。

(10) このような「瑕疵の重大性」に非財産的損害の賠償適格性を認めるドイツやオーストリアの立法例や裁判例は、「重大性の敷居」について言及していない E C 裁判所の先決判決に反するのではないかとの意見 (Tonner やオーストリア最高裁判決 (3) の判決理由 (4.5) で引用されている Michitsch) もあるが、今のところ少数説である。

なお、ヨーロッパ契約法の領域でソフトローとして重要性を増しつつある「国際商事契約原則 (ユニドロア原則) 第 7. 4. 2 条」や「ヨーロッパ契約法原則第 9 ; 501 条第 2 項」が非財産的損害について何らの条件も付けずに一般的な賠償適格性を認めていることには注意する必要がある。

(11) 本稿は、あくまでも EU 内のバック旅行における非財産的損害の賠償

適格性をめぐる法律問題の紹介である。Tonner 教授の E C 裁判所先決判決理解が正しいとすると、取るに足りない軽微な非財産的損害を金銭賠償で埋め合わせることになるが、これは本当に適当であろうか。これによって得られる被害者の便益はごくわずかであるにもかかわらず、保険によって、あるいは民事訴訟という手段をとることにでもなれば、その請求を処理するための運用コストは分不相応に高くなるであろう（オーストリア最高裁判決（3）の判決理由（6.2）も参照）。