

ドイツにおける E C パック旅行指令の 改正問題の一斑 (1)

高 橋 弘

目次

- 1 はじめに
 - (1) これまでの経緯
 - (2) 本稿で採り上げる問題
- 2 E C 指令の消費者保護最低基準 (第 8 条) による「主催旅行」概念の拡張
 - (1) 1 つの給付の場合
 - ① 休暇用住宅 BGH [I ~ III] 判決の概要
 - ② 1995 年のボート・チャーター BGH 判決の概要
 - 1973 年の休暇用住宅 BGH [I] 判決
 - 1985 年の休暇用住宅 BGH [II] 判決
 - 1992 年の休暇用住宅 BGH [III] 判決
 - 1995 年のボート・チャーター BGH 判決
 - (2) ホームステイの場合 (以上、本号)
- 3 旅行代理店と旅行主催者の責任
 - 2002 年のクラブ・ツアー EuGH 判決とその理解を巡る論争
- 4 インターネットによる旅行契約と国際的な裁判管轄
 - (1) ダイナミック・パッケージ
 - (2) インターネットによる旅行契約の国際的裁判管轄
 - 2010 年の貨物船旅行 EuGH (Pammer 事件) 判決
- 5 おわりに

1 はじめに

(1) これまでの経緯

1990 年 6 月 13 日の「E C パック旅行指令」は、E C (現在では E U) における法の同一化と消費者保護を目指して、パック旅行契約の法的最低基準 (ミニマム・ロー) の施行と旅行主催者の倒産の場合における旅行者の保護措置 (旅行代金の返済と帰路旅行の保証) の実施とを加盟国に求めた。同指

令は、加盟国に対し 1992 年末までの国内法化を命じていた。しかし、この期限を守ったのは、イギリス、フランス、オランダ、ポルトガルの 4 国のみであった。その後、1993 年にデンマークが、1994 年にドイツ、ベルギー、ルクセンブルグ、フィンランド、スウェーデン、オーストリアが、1995 年にアイルランド、イタリア、スペインが、1996 年にギリシャが、E C 指令の国内法化を行った。

E C 指令第 7 条は、「契約当事者たる旅行主催者及び／又は旅行仲介人は、支払い不能の場合における納付された金銭の返済及び（旅行中の）消費者の帰還のための保証の十分な証拠を提出しなければならない。」と定め、旅行主催者等の倒産の場合の旅行者への代金返済と帰路運送のための保護措置を要求している。

ドイツでは、1979 年 5 月 4 日に（主催）旅行契約法が制定され、民法典中に「請負類似の契約」として挿入されて、同年 10 月 1 日から施行されていたが、倒産防護の規定はなく、従来からも倒産防護措置がなかった。このため、ドイツでは、E C 指令の施行法が 1994 年 6 月 24 日に公布され、同年 7 月 1 日から施行されたが、この法律はこの時点以後に締結され、同年 11 月 1 日以後に出発するパック旅行の契約に適用された。この法律によって、旅行主催者の倒産の場合の旅行者への保護措置を定めた第 651k 条が民法に挿入された。

1996 年 10 月 8 日の欧州裁判所 EuGH（連合部）の先決的判決は、E C 指令の国内法化がなされておらず（立法不作為）、旅行主催者等の倒産の場合の旅行者への代金返済と帰路運送のための保護措置がとられていなかったため、1993 年 1 月から 1994 年 11 月までの間に損害を被ったドイツのパック旅行者がドイツ政府に対して提起した国家賠償請求を認容した（ディーレンコーファー事件 EuZW 1996, 654）⁽¹⁾。

1999 年には、E C 加盟各国の国内法における施行状況について『E C 指令の施行報告書（SEC (1999) 1800final）』が公表された。報告書は 2 部構成で、

第 1 部は E C 指令の施行に関する一般的コメントにつき、第 2 部は主催者／仲介者の支払不能の場合の保証 (E C 指令第 7 条) について報告している⁽²⁾。

E U におけるパック旅行指令の国内法化の状況については、この E C 指令施行報告書の他に、私もすでに別稿で言及したことがあるので、ここでは Staudinger に従って、簡単にドイツの (主催) 旅行契約法と他の E U 諸国における旅行契約法との相違部分を以下に指摘しておくことに留めたい。

- ①「Agence de voyage (旅行代理店)」という概念を基礎に置くフランス (及び後述のポルトガル) を除いて、全ての E U 諸国は概念的に旅行主催者と旅行仲介者との間を区別している。ドイツだけは旅行主催者を非営利の事業者 (教会団体、スポーツ団体等) にも拡張している。
- ②全 E U 諸国での指令の国内法化後には、旅行契約の変更は、要求された最少参加者数の不達成の場合及び不可抗力の場合に、可能である。不可抗力の概念は定義が異なっている。ストライキ (ドイツ民法第 651j 条) の場合には、ほとんどの国では、旅行主催者がストライキに影響力を有するかどうか重要である。これに対し、フランスは、ストライキを一般に旅行主催者の責任から取り除いている。
- ③取消料は、通常、ドイツよりも (他の E U 諸国が) 高い。代金の変更は、ほとんどの E U 諸国では、10 % 以上から初めて「著しい」とみなされているが、ドイツでは、第 651a 条第 5 項第 2 文により既に 5 % で十分であるとされている。
- ④デンマークとドイツは別として、他の E U 諸国は、無過失の瑕疵担保責任を知らない。しかし、おそらく指令の国内法化以降、過失原則の緩和への傾向が認められる。より厳格な責任基準は、裁判官法のみでなく旅行主催者の (自主) 行動準則 (code of conduct) にも基づいている。とりわけ、契約義務違反についての責任は、情報提供義務又は監督義務の不遵守によって根拠づけられている。
- ⑤倒産防護は、ドイツとオーストリアは例外として、全ての E U 諸国で、

第二次法手続 (Sekundaerrechtsakt. 共同体諸条約に基づいて制定されるため、連合立法は第二次法と呼ばれ、これには、規則、命令、決定、勧告及び意見がある。E C 条約第 249 条、岡村堯『ヨーロッパ法』2001、三省堂、179 頁以下参照) の変更前に既に存在していた。その際、ベルギー、フランス、ギリシャ、イタリア、ポルトガル及びスペインは、認可と強制保険との組み合わせに拠っており、他方、デンマーク、スウェーデン、イギリス、オランダ、ギリシャ及びイタリアは任意の又は国家により規制された保証基金 (Garantiefonds) の方を良しとしている⁽³⁾。

さらに、2004 年 5 月 1 日には、ポーランド、ハンガリー、チェコ、スロバキア、スロベニア、ラトビア、リトアニア、エストニア、マルタ、キプロスの 10 カ国が、2007 年 1 月 1 日にはブルガリア、ルーマニアが新たに E U 加盟国になったが、これらの国々も E C 指令を国内法化する義務を負っている。

ただし、新たな E U 加盟国の「加盟の裏面 (Kehrseite)」として、次のような指摘もある。すなわち「最大の挑戦が新たな E U 加盟国に迫っている。営業所の自由及びサービスの自由の無制限な適用により、これらの国々の旅行産業は、旧来の加盟国から来て開業した旅行会社の競争圧力にさらされている。すでに 2003 年には、イギリスの Thomas Cook 社とドイツの TUI 社がポーランドとハンガリーにおける主催旅行市場を支配した。多くの中小企業が落後するであろうことが予測できる。いずれにしても、大多数の旅行主催者は比較的少数のパック旅行者に向き合っているにすぎない。『(E U 加盟という) 転機 (Wende)』からこのかた、これらの国々における大部分の国民の旅行は、高価で手が届かない (調達不可能な unerschwinglich) 状況となっている。」と⁽⁴⁾。

なお、1993 年 11 月に発効したマーストリヒト条約により、E C は E U へと移行した。

(1) 高橋弘「旅行主催者の倒産と E C 閣僚理事会指令の国内法化の遅延に基づく加盟国

の国家賠償責任」『現代取引法の基礎的課題』（椿寿夫教授古稀記念）1999、有斐閣、683 頁以下参照

- (2) 高橋弘「E C 加盟国の国内法におけるパック旅行に関する指令 90/314/EEC の施行に関する報告（1）（2 完）」広島法学 27 卷 2 号（2003）361 頁以下、27 卷 4 号（2004）225 頁以下
- (3) Ansgar Staudinger, Reisevertragsrecht, in Staudingers Komm. zum BGB, Buch 2, Sellier-de Gruyter 2011, Vorbem. zu §§ 651a-m Rn. 91. 高橋弘「E U と日本における主催旅行契約（募集型企画旅行契約）の状況」広島法学 30 卷 1 号（2006）306 頁以下
- (4) Beatrix Lindner, Gastkommentar, RRA 2004, 145 なお、Dr. Beatrix Lindner はドイツ政府任用上級事務官（Regierungsraetin z.A）という。

（2）本稿で採り上げる問題

E C 委員会は現在、1990 年パック旅行指令を改正する立法提案に従事している。以下に見る諸点はドイツにおけるものであるが、E C 指令の改正にも関連するものである。

① E C 指令の消費者保護最低基準（第 8 条）による「主催旅行」概念の拡張

ドイツ特有の法現象として、E C パック旅行指令の消費者保護最低基準（第 8 条）による「主催旅行」概念の拡張がある。これについては、まず、E C 指令第 2 条第 1 項では主催旅行には 2 つ以上の給付が必要なのに、消費者を保護するために、1 つの給付でも（主催）旅行契約法の「類推適用」を認めたものとして 3 つの「休暇用住宅連邦通常裁判所 BGH 判決」の経過を検討した後に、逆に（主催）旅行契約法の類推適用を否定したボート・チャーター BGH 判決（1995）を検討したい。

ついで、1999 年の欧州裁判所 EuGH 判決により主催旅行でないとされた「生徒交換ホームステイ」を、主催旅行として立法的に（2001 年 9 月 1 日から施行のドイツ民法第 651 1 条（外国学校滞在 Gastschulaufenthalte）により）消費者保護を図ったものを採り上げる。

② 旅行代理店と旅行主催者の責任

E C 指令の「パック旅行の概念」と「予め確定された組み合わせ」につい

て判示した2002年のクラブ・ツアー EuGH 判決（EuZW 2002, 402-404; RRa2002, 119-120）の理解を巡って、特に「顧客の希望による個別給付の組み合わせの場合に旅行代理店は旅行主催者のように責任を負うのか」について、Tonner 対 Fuehrich、Eckert の論争と、2010年のBGH 判決（NJW 2011, 599）によるこれに対する回答とドイツ的決着をみておきたい。なお、「予め」とは「契約締結前に」とした EuGH 判決は、次の③で述べるインターネットによる「ダイナミック・パッケージ dynamic package」などの契約の締結にも大きな影響を与えている。

③インターネットによる旅行契約と国際的な裁判管轄

インターネットの発展と格安航空運送人の出現とが、消費者がその休暇旅行を組織する方法を大変革した。今や、EU市民の多くが、予め手配されたパック旅行を買う代わりに、自らその休暇旅行を手配している。この発展の結果、休暇旅行に出かけるときに、パック旅行指令の下で保護される消費者の数は、どんどん減少している（「パック旅行法の空洞化 Aushoehlung・腐食 Erosion」）。

休暇旅行者に彼ら自身の「ダイナミック・パッケージ」を組立てることを許しているウェブサイトのような新たな市場傾向が、法的なグレイゾーンと事業者・消費者間の不確実性を生み出している。そこで、「ダイナミック・パッケージ」はパック旅行の定義を拡張して保護すべきか、それとも別の法規制によって保護されるべきか、が問題となっている。

さらに、旅行給付の予約に際してのインターネットによる契約締結の国際化とともに、主催旅行とこの給付を組織する旅行主催者の概念について新たな法的問題が生じている。2010年12月7日の EuGH（Pammer 事件）判決は、「貨物船旅行契約 Frachtschiffsreisevertrag」をブルッセル I 規則（2001年第44号 EuGVVO. 同規則については、中西康訳・国際商事法務 30 卷 3 号（2002）11 頁以下参照）第 15 条第 3 項の「パック旅行契約」と認め、インターネットによるパック旅行契約の締結の場合の国際的な裁判管轄につき同規則同条

第 1 項 c の営利活動を「行う *ausrichten*」者の活動が「行われている」ことを確定する諸根拠を提示した。なお、E C 指令第 2 条第 1 項 c 号のパック旅行の定義中の「*other tourist services, andere touristische Dienstleistung*」について、これを「その他の観光旅行サービス」(Fuehrich) とするか単に「その他の旅行サービス」(Tonner) とするか争いがあり、これはビジネス (出張) 旅行 *Geschaeftsreise* をパック旅行から排除するか否かに関係している。

2 E C 指令の消費者保護最低基準 (第 8 条) による「主催旅行」概念の拡張

(1) 1 つの給付の場合

① 休暇用住宅 BGH [I ~ III] 判決の概要

外国での休暇用住宅や休暇用住居 (*Ferienhaus, Ferienwohnung*) の多くの提供者は (その中にはパック旅行の多くの提供者もいたが)、パック旅行と本質的に同じ外形 (浩瀚なパンフレットやカタログ) で広告し、かつ予約に際して、報酬の調整に際して、なかんずく清算に際しても、この種の旅行とパック旅行との間に重要な区別をせず、それによって、旅行業者は、旅行者に対してパック旅行の場合と同じ法的地位で活動することを欲しているとの印象を呼び起こしている。パック旅行の組み立て、組織及び実施に際して彼に示される信頼は、彼自身の行動に相応して彼による休暇用住宅の調達に向けられる。それゆえ、その限りでも、彼は、旅行主催者、すなわち、希望された期間の休暇用宿泊所として休暇用住宅を調達することを自己の責任において引き受けている「旅行者の直接の契約相手方」である。彼はこの自分自身の行動に拘束されることを甘受しなければならない。したがって、「届出書」及びパンフレット中での小活字で印刷された仲介人条項は、信義誠実の原則 (ドイツ民法第 242 条) から彼の事実上の行動とは相容れない。こうした事情の下では、自己の名前ではなく他人の名前でのみ取引するとの被告の内部意思は、十分に明らかでなく、それゆえ民法第 164 条第 2 項 (他人の名にお

いて為す意思が明らかでないときは、自己の名において為したものとみなす)により考慮されない。

外国での休暇用住宅・住居の利用は、本来的には賃貸借契約であるのに、ドイツ連邦通常裁判所 BGH は、上記の契約締結過程での諸事情を考慮して、(パック)旅行契約法の施行(1979年10月1日)前でも、休暇用住宅の提供者を仲介人としてではなく、パック旅行の提供者と同様に取り扱うことから始めて、旅行契約法の施行後も「無駄に費消した休暇期間を理由とする損害賠償(民法第 651f 条第 2 項)」も認め、さらには旅行契約法の全文を類推適用するまでに至った。すなわち、

以下の 1973 年の BGH [I] 判決は、旅行契約法の施行(1979年10月1日)前の判決であるが、外国での休暇用住宅の提供者の表示と行動とが、旅行者の観点からどのように理解されるかを考慮し、パック旅行提供者のカタログや行動との違いが認められないとして、休暇用住宅の提供者の固有の主催者責任を肯定し、さらに当該契約は「請負契約」であり、合意された期間の宿泊ができるようにする義務があるのに、旅行先の外国での休暇用住宅が使用できなかったため、休暇用住宅の提供者に支払った代金の返還請求のみを認容した(当時、民法第 253 条により非財産的損害は法律に定めがある場合にしか認められず、契約法上非財産的損害を認める規定はなかった)。

なお、「外国での休暇用住宅の提供者の表示と行動とが、旅行者の観点からどのように理解されるかを考慮する」考え方は、「旅行主催者は、その行態全体の客観的な評価に際して、意思表示受領者(旅行者)の観点から認められる旅行主催者の表示の内容に拘束されなければならない、とのドイツ民法第 133 条(意思表示の解釈は表現の文辞上の意味に拘泥せずその真意を探求すべし)、第 157 条(契約の解釈は取引慣習を考慮し信義則に従う)に含まれている法原則に由来している。」(高橋弘「西ドイツ旅行契約法の立法理由と対案理由」民商法雑誌 85 卷 4 号 152 頁(1982)参照)。

この考え方は、その後の判決でも、「その他の法律行為上の意思表示の場

合同同様に、旅行主催者（かどうか）は、（意思表示の）受領者の理解から確定されなければならない。」（BGH1987 年 3 月 12 日判決， BGHZ 100, 157 (176)= NJW 1987, 1931 (1936))、「約定された旅行給付の全体を自己の責任で履行するとの印象を呼び起こす者は、旅行主催者である。決定的なのは、顧客に対する外的な関係である。」（OLG Frankfurt a. M.1999 年 2 月 25 日判決， NJW- RR 2000, 351(351))、「決定的に考慮されるべき平均的な旅行者の観点からは、・・・」（BGH1999 年 11 月 24 日判決， NJW 2000, 1639 (1640)）などと踏襲されている。

この「旅行業者の表示と行動とが、旅行者の観点からどのように理解されるか（すなわち、旅行契約法の施行後は、民法第 651a 条第 2 項との関係で、契約上予定された旅行給付を自己の責任において履行するものであるかどうか）を考慮する」考え方は、次の 3 で取り扱う 2002 年のクラブツアー EuGH 判決の理解を巡るドイツでの論争でも、Fuehrich らが強調するところでもある。

1985 年の BGH [II] 判決は、旅行契約法の施行後の判決であるが、外国での休暇用住宅に多くの瑕疵があったため、旅行者が目的地に到着後直ちに帰路についた場合に、休暇用住宅の提供者にも、彼がこの給付について自ら責任を引き受けているときには、同一の規定によって責任を負わせることが、法律の目的に適っており、自ら旅行する休暇用住宅旅行者がパック旅行者と（その限りで）同置され得る場合には、「類似の利益状況の場合の平等取扱の原則」が、自ら旅行する休暇用住宅旅行者にも無駄となった休暇旅行に基づく適切な補償を認めることを肯定する。民法第 651f 条第 2 項の規定の基礎には、「休暇旅行期間の約束通りの具体化が旅行者に休暇旅行の喜びを可能にすることにその目的がある」当該契約の不履行又は瑕疵ある履行が問題であるとする考えがある。休暇旅行の楽しみと保養とが契約の目的に属する。この契約目的が挫折し又は著しく侵害されると、主催者／賃貸人は契約を履行しない又は不完全に *mangelhaft* しか履行しないから、彼が適切な補償を支払

わなければならないことは、法律規定の根本思想に合致するとして、民法第651f条第2項の規定の準用（類推適用）を認めた（ドイツにおける非財産的損害の賠償と民法第651f条第2項関係の判例の推移については、高橋弘「パ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）」広島法学35巻2号（2011）151～160頁参照）。

なお、本判決では、「当該契約が用益賃貸借契約であるのか、むしろ請負契約ではないのかは、ここでは未解決のままである。」とされ、さらに、「旅行主催者の責任にとって旅行主催者がいくつの給付を履行しなければならないかは重要でないことは明らかである。むしろ、旅行主催者がこれに対して自ら責任を引き受けるか、それとも彼が他人の給付を仲介しているだけなのかが決定的である。それゆえ、旅行主催の定義のために及び単なる仲介との区別について引き合いに出される、1970年のブルッセル協定第1条第2号から政府草案へ及び最終的には旅行契約法へ引き継がれた「旅行給付の全体 *Gesamtheit von Reiseleistungen*」というメルクマールが、本来的に注目されている実態を正確に表現していない。」と指摘し、立法批判にも及んでいる点に注目すべきである。

1992年のBGH [III] 判決は、（ここでの掲載は事案と判決要旨3に関する判決理由部分の抄録に留めたが）唯一の旅行給付として外国の休暇用宿泊所の調達に向けられた主催契約には、旅行契約法の規定が全体として準用されるべきであり、休暇用宿泊所を調達する旅行主催者の約款中の提訴された条項は約款規制法に違反して無効であるとして、約款使用者に対する団体訴訟による使用差止請求を認めた。

この判決により、他の契約類型（賃貸借契約又は請負契約）の枠内における個別の旅行契約法規範の類推適用の発展が、本来の契約類型を暗黙裡に排除しつつ類推の方法で旅行契約法の全規定の完全借用へとつながった。下級審裁判所の判決は、BGHの類推判決をほとんど内容的に吟味することなく他の個別の旅行給付に転用した（ホテル滞在につき、LG Frankfurt a. M., NJW-

RR 1993, 124; AG Muenchen, RRa 1996, 109、キャンピングカーの賃借 Anmietung につき、LG Frankfurt a. M., NJW=RR 1993, 952、ボート・チャーターにつき、OLG Muenchen, NJW-RR 1987, 366; OIG Hamm, NJW-RR 1994, 441 など)。

② 1995 年のボート・チャーター BGH 判決の概要

これに対して、1995 年のボート・チャーター BGH 判決は、予定された時期に自由に使用させることができなかつた帆走ヨットのチャーターの場合に、ボート・チャーターへの旅行契約法の類推適用の可能性を否定した。下級審裁判所は、従来ほとんど最上級審裁判所 BGH の休暇用住宅判決に依拠しつつドイツ民法第 651a 条以下（旅行契約法）の類推適用を肯定したが、ボート・チャーター BGH 判決は、今や異なる見方によって下級審裁判所を驚かせた。

すなわち、外洋ヨットのチャーターの場合には、旅行契約法の意味における旅行の形成（具体化 *Gestaltung*）が合意されているのか、それともチャーター者に彼自身によって組織された彼の旅行を行う可能性を初めて開いている賃貸借契約が単に締結されたのかが、個々の事例において確定されなければならない。休暇用住宅の調達のように、1つの個別給付のみが旅行給付として合意されるときでも、種類と大きさにより特定された家のみが義務として負担されたのではなく、むしろ、ここでも契約の目的は、休暇用住宅、その確保及びそれに付随する諸事情に限定されるとしても、休暇旅行を上首尾に形成（具体化）することである。この契約内容は、その他、民法第 651f 条第 2 項に規定されている補償のための正当化理由である。これに対して、本件の当事者間で締結されたチャーター契約は、被告（チャーター提供者）が上記の意味における主催旅行を約束したことを承認する手がかりを提供していない。被告は何ら主催旅行を約束しなかつたから、民法第 651f 条第 2 項による補償は考慮されない。したがって、同時に、譲渡された権利から主張されたその他の請求権は、その法的基礎にその請求権が拠りえた問題が追求さ

れる必要はないことから、考慮されない (以上については、vgl. Rita Bidinger und Ralph Mueller-Bidinger, Der Anwendungsbereich des Reisevertragsrechts de lege lata und de lege ferenda, in: DGfR (Hrsg.), Zur Notwendigkeit einer weiteren Reiserechts-Novelle, Nomos-Verlag, 2000, S.39ff.)。

以下では、それぞれの判決を見ておこう。

1973 年 10 月 18 日 休暇用住宅 BGH (民事第 7 部) [I] 判決

(BGHZ 61, 275= NJW 1974, 37)

事案

被告は各種の旅行に従事する旅行会社を経営している。被告は、1971 年夏用に彼によって更に又使用されていた「W-旅行」というキャッチフレーズの下に北欧諸国における休暇用住宅のための浩瀚なパンフレットを発行した。標題紙の内側頁には、被告は、「友好的な会社との結び付きの下に・・・主催者」として表示されていた。そのほか各頁は、ほとんど完全に小さくかつ間隔を密に印刷された文言で満たされており、「知る価値のあるもの」との見出しの下に以下のような文言があった。

「責任： W-旅行は単に要求されたサービスの提供者の仲介人として行動する。・・・賠償請求権は、額については旅行参加者が支払った旅行代金に制限される。・・・」

他の「休暇用住宅—用益賃貸借契約」という章では以下のように言っている。

「賃貸人と賃借人との間で、W-旅行の仲介により、以下のような条件で用益賃貸借契約が締結された。すなわち、

1. W-旅行は、賃貸目的物の所有者ではなく、単に委任者と賃貸人との間の仲介人として責任を負うにすぎない。・・・W-旅行は、賃貸人の側の契約違反について責任を負わない。W-旅行は、賃貸人のための受託管理者として賃借人の支払を受取り、支払を一貫した資金として取り扱

う・・・ことを教示する。」と。

原告は、1971 年 2 月 24 日に F. にある地域の旅行代理店で、同様に小活字で 2 箇所次のように言っている「届出 *Anmeldung*」と題のついた被告の用紙に署名した。

「私は、旅行代理店に以下の給付の仲介を委任する。」

「旅行代理店は、自身が仲介人として行動していることを教示した。」

原告は、上述のパンフレットから 1971 年 6 月 6 日から 27 日までの間のノルウェイでの正確に表示された休暇用住宅を選択し、かつそのため被告に 850 マルクを支払った。F. の旅行代理店から原告の「届出」を送付された被告は、そのノルウェイのパートナーであるオスロの N. H. に通知し、N. H. から所有者として S. T. と記入された予め印刷された賃貸借契約書を受け取った。

原告がノルウェイへ到着した際、休暇用住宅は（既に別人に）予約されていた。所有者はその少し前に他の人に賃貸していた。

本件手続きにおいて、原告は、不幸な休暇旅行を理由に損害賠償を請求している。彼は 2200 マルクとその利息とを訴求した。地裁は 850 マルクとその利息とを認容したがその他は棄却した。高裁は双方の控訴を却下した。（許容された）被告の上告は不成功であった。

判決理由

1 控訴審裁判所は、両当事者の契約において特定の休暇用住宅の調達に向けられた請負契約の性格を有する事務処理契約 *Geschaeftsbesorgungsvertrag* を認めた。被告は、ヒュッテの所有者と原告との間の賃貸借契約の固有の主権者であって、単なる仲介人として行動してはいない。予断を持たない観察者に被告によって呼び覚まされたこの印象を、被告は旅行代理店が「仲介人として」行動しているとの届出書での単なる指摘によって取り消すことはできない。それゆえ被告は、民法第 325 条（債務者の責めに帰すべき後発的不能）、第 278 条（履行補助者の過失）により、約定期間に休暇用住宅を供給

することの主観的履行不能 *Unvermoege*n につき責任を負う。

2 これに対して、上告は一変して不成功となった。

a) 旅行会社は、様々な仕方で活動している。一方で、旅行会社は他人の旅行給付を仲介している。他方で、旅行会社は旅行主催者として自己の給付を履行し、その際、サービス提供者としての第三者を使用することができる。

何が存在しているかは、その時々契約の形成（具体化 *Gestaltung*）によっている。その際、昔も同じく、どのような概念が使用されているかは決定的に問題ではない。むしろ、決定的なのは、契約当事者が事実上どのように向き合っているか、とりわけ、旅行者の観点から見てその時々旅行会社がどのように行動しているかである。それゆえ、旅行会社が旅行代理店だと自称していることは、何の意味（重要性）もない。それは、決して旅行会社が単に他人の給付を仲介していることを意味しない。それに加えてまた、自ら旅行主催者たり得るのである。

b) 旅行会社は、あらゆる旅行給付を仲介契約の対象とすることができる。しかしまた、旅行会社は給付を自己の責任で自ら履行する義務を負うこともできる。前者が存在するか、後者が存在するかは、旅行者が旅行会社の表示と行動とをどのように理解し、評価することが許されるかに掛かっている。

aa) 個々の乗車券、航空機搭乗券又は乗船券の販売の場合には、旅行代理店は明らかに販売所としてのみ、すなわち仲介人として行動している（vgl. BGHZ 52, 194, 198）。他の会社によって組み立てられかつ主催者が編集したパンフレットによって提供される旅行の場合にも、旅行代理店は、旅行主催者のために注文に応じるときは、仲介人にすぎない。本件においては、原告が要求したFにある地域の旅行代理店が取り扱っている。

bb) 他方、現在支配的な判例によれば、パック旅行の主催者は旅行者に対し直接的な法的関係を持っている。このような旅行を目的とする契約は請

負契約である (vgl. BGHZ 60, 14,16)。

cc) 特定期間の休暇用住宅又は休暇用住居の調達が行き受けられているときは、それほど明白ではない。ここでは、旅行会社はこのような目的物を所有者又は占有者から賃借する単なる仲介人であることもある。しかしまた、旅行会社は、旅行主催者のように、彼の契約相手方がこのような宿泊所で休暇旅行を過ごすことができるよう配慮する義務を自ら負うこともできる。特定の結果の招来に向けられたこのような契約は請負契約である。旅行会社は、休暇用住宅の利害関係者の直接的な契約当事者であり、かつ自らその調達の義務を負っている。

当事者がその時々によどのような契約の形成 (具体化) を選択したかは、個別ケースの具体的事情に基づいてのみ決定される。

c) 控訴審裁判所が本件において、被告が仲介人として行動しているのではなく、被告に対し自ら休暇旅行用宿泊所の調達につき責任を負っている主催者として行動していることを認めていることに異議を唱えることは、法的理由からできない。

控訴審裁判所は、適切にもその判断を被告が編集したパンフレットに置いている。旅行者は先ずもって、彼らが誰と契約関係に立っているのか、及び誰が彼らに対してその時々旅行給付を履行する義務を負っているのかというイメージをこのパンフレットに結び付けている。被告が配布したパンフレット「休暇用住宅 71」は、その分量及び外見から、通常周知の旅行主催者がその旅行給付を、とりわけそのパック旅行をそれによって提供しているカタログと区別されえない。パンフレットの巻頭ページ (とびら) は、キャッチフレーズとして大きく「W-旅行」と被告の名前を強調 (明示) している。そのほか、パンフレットの巻頭ページ (とびら) は、さらにまた被告が使用する「幸運な W-旅行」というシンボルをも含んでいる。パンフレットの中では、被告は「友好的な会社との結びつきの下において・・・主催者」と明示されている。個々の休暇用住宅の記述は、その内容及び具体化において、たと

えばその時々々の宿泊所の所有者が明示されることなく、パック手配内の宿泊所の記述に全く似ている。さらに、各頁の頁数のそばに無視できない活字で被告の名前が印刷されている。そのほか、被告の名前が、2, 3頁の間隔で空きがとれたところに大きな太活字で繰り返されている。更にパンフレットでは、他の同様に形成（具体化）されたパンフレットにおいて提供されているスカンディナヴィア地域に特化した被告の旅行のその他のプログラムについての一頁全面の指摘が見られる。最後に、被告の所で一般に用いられており一簡単に変容させれば一原告からも利用された「届出—W-旅行」との標題をつけられた申告用紙が挿入されている。

予断を持たない観察者が原告に提示され説明された提案と結び付け、かつそれゆえに原告は、被告に関して言えば、パック旅行の場合に彼がその休暇旅行の形成（具体化）を委託し、かつ「予約された」旅行給付が履行されることにつき彼に対して自ら責任を負う旅行主催者と掛かわり合わなければならぬとのイメージを結び付けた。旅行者が休暇用住宅のみを調達したいとしたことは、彼にとって何らの区別も生じない。なぜなら、それが、彼（旅行者）に提示されたパンフレット及び旅行主催者の全行態からして、旅行主催者にとっても何らの差異も意味しないからである。それは、旅行主催者が提供する給付の1つでしかない。どのような形で旅行主催者がその給付を履行しようとするかは、彼の問題である。事実、さしあたり、大抵の大旅行会社の提供物件は、休暇用住宅及び休暇用住居における宿泊を対象にしている。

被告のような旅行業者は、パック旅行と本質的に同じ外形で広告し、かつ予約に際して、報酬の調整に際して、なかんずく清算に際しても、この種の旅行とパック旅行との間に重要な区別をせず、それによって、旅行業者は旅行者に対してパック旅行の場合と同じ法的地位で活動することを欲しているとの印象を呼び起こしている。パック旅行の組み立て、組織及び実施に際して彼に示される信頼は、彼の自身の行動に相応して彼による休暇用住宅の調

達に向けられる。それゆえ、その限りでも、彼は、旅行主催者、すなわち、希望された期間の休暇用宿泊所として休暇用住宅を調達することを自己の責任において引き受けている旅行者の直接の契約相手方である。

そのほか、いずれにせよ外国での休暇用住宅又は休暇用住居の場合における利益状況もこれを弁護するであろう。ここでは、そもそも言語の困難と闘わねばならない個々の旅行者よりも、はるかに広範な結び付きと多様な経験とを有するその時々旅行会社にこそ目的の達成が可能である。したがって、生じたあらゆる問題において、彼が（契約を）締結した相手方でありかつ包括的に彼の面倒をみってくれる旅行会社を頼るしかないときには、一パック旅行の場合と同様に一（旅行会社が）最も多く彼の役に立ってくれる。それゆえ、彼は、直接的な契約パートナーという点でこの旅行会社と特に繋がりを持っている。これに対して、休暇用宿泊所がどのようにして彼の契約パートナー（旅行会社）から彼に調達されたのか、すなわち、休暇用宿泊所が旅行会社の物なのか、旅行会社が休暇用宿泊所を自ら手配しなければならないのかは、旅行者にはどうでもよいことである。

d) したがって、控訴審裁判所が適切に認めているように、被告は、休暇用住宅の調達につき自ら義務を負った旅行主催者として行動した。被告はこの被告自身の行動に拘束されることを甘受しなければならない。被告は、彼が単に仲介人として活動することを欲しただけだとの「届出書」及びパンフレット中での小活字で印刷された指摘を引き合いに出すことはできない。この条項は、信義誠実の原則（民法第 242 条）からして、被告との交渉を受け入れた人々が拠り所としてよい被告の事実上の行動とは相容れない。こうした事情の下では、自己の名前ではなく他人の名前でのみ取引するとの被告の内部意思は、十分に明らかでなく、それゆえ民法第 164 条第 2 項（他人の名において為す意思が明らかでないときは、自己の名において為したものとみなす）により考慮されない。

e) 被告が休暇用住宅の調達につき自ら義務を負っていたときは、被告の

ノルウェイの契約相手方が被告に送付した休暇用住宅の所有者との用益賃貸借契約書を被告が原告に送付したことは、また取るに足りないことであった。なぜなら、休暇用住宅に関する用益賃貸借契約の締結によって、被告はまだその契約義務を原告に対して履行してはいなかったからである。それと同時に、被告はどうか原告のために休暇用住宅の所有者に対する付加的（追加的）な法律関係を根拠づけることができた。それとは別に、合意された期間の宿泊が事実上も自由になるように配慮する被告自身の義務が残っていた。

1985 年 1 月 17 日休暇用住宅 BGH（民事第 7 部）[II] 判決

（NJW 1985, 906）

判決要旨

休暇旅行目的のための休暇用住宅又は休暇用住居の調達が唯一の給付として義務として負担されたときは、民法第 651f 条第 2 項の規定が準用されるべきである。

事案

被告は、「休暇用住宅仲介」を営んでいる。デンマークにおける夏住宅及び休暇用住居に関する被告の大きなカタログから、原告は休暇用住居を 2308 マルクの包括代金で予約した。被告によって作成された「用益賃貸借契約」において、両当事者は契約パートナーと表示されていた。カタログ中で引き合いに出された契約約款によると、被告は仲介者としてのみ責任を負う。休暇用住宅への到着の際に、原告は多くの瑕疵を確認し、直ちに帰路についた。その後、原告は被告に休暇用住宅のために予め支払った対価の償還並びに、ガソリン費用及び帰路で生じた宿泊代金の賠償を請求した。さらに、原告は自分と同伴者（大人 2 人と子供 4 人）につき無駄に費消した休暇期間に基づく損害賠償を請求した。被告は旅行代金 1666 マルクを償還した。原告はさらなる 971 マルク並びに裁判所の裁量に任せられた無駄に費消した休暇期間に基づく損害賠償とその利息を請求した。

地裁は、原告に 1321 マルクとその利息を認容した。そのうち 350 マルクは往復旅行の無駄になった 2 日についての補償及び 150 マルクは彼ら自身のための補償であった。その控訴によって、原告は最低 1000 マルクのさらなる補償を請求したが、無駄であった。上告は破棄差戻しされた。

判決理由

控訴審裁判所は、両当事者間には民法第 651a 条第 1 項の意味の旅行契約は成立しておらず、用益賃貸借のみが成立しているという理由で、原告が更なる相当な補償を求めるその請求権を民法第 651f 条第 2 項から導き出すことはできない、と主張している。

立法者は、この請求権を意識的にパック旅行契約の締結に掛からしめた。それゆえ、類推のために必要な法律中での規定の欠缺が存しない。また、単なる用益賃貸借契約又は請負契約の場合には、契約目的たる旅行契約の成功は含まれていないから、利益状況は比較できない。それゆえ、無駄に費消した休暇期間に基づく請求権は、旅行契約に関する法律の施行後も、休暇旅行自体が財産的価値を有し、旅行の挫折又は重大な侵害が財産的損害を基礎づけるという以前の BGH 判決に拠りうるときにのみ、無駄に費消した休暇期間に基づく請求権が原告に属するであろう。しかし、このことは申し立てられていない。民法第 651f 条第 2 項は疑いなく非財産的損害をも調整している。しかし、その適用範囲外では、民法第 253 条（非財産的損害は法律に定めがある場合に限り金銭賠償を請求できる）の規定のために、このことは可能でない。休暇旅行法において、その範囲において異なる 2 つの無駄に費消した休暇期間に基づく損害賠償請求権が存在することは望ましくないから、財産的損害のテーゼは維持され得ない。このほか、時間は金で買えないし、無駄に費消した休暇期間の補償の場合には、本質的に非財産的損害が問題となる。

勝訴を伴う上告審はこれを非難する。

1 デンマークの休暇用住宅に向けられた両当事者の契約は、被告は旅行給

付の全体ではなく単に一つの給付のみを履行すべきであったから、むしろ民法第 651a 条第 1 項の意味における旅行契約ではない。控訴審裁判所が主張しているように、当該契約が用益賃貸借契約であるのか、むしろ請負契約ではないのかは、ここでは未解決のままである。いずれにしても、被告は浩瀚な休暇用住宅カタログを使用して休暇用住宅滞在の固有の主催者として登場し、それゆえ原告に対しては瑕疵なき休暇宿泊所の調達について責任を負う。被告は、その約款中の仲介人条項にもかかわらず、彼の給付として休暇用宿泊所の調達を提供し、その際、彼の永年にわたる経験を強調した。彼は、自らも、原告の契約パートナーとして登場した。誰が彼に原告が予約した〇〇における休暇用住宅を自由に使用させるのかは分からない。それゆえ、彼は旅行主催者のように責任を負う。

信義誠実の原則（民法第 242 条）から生ずる仲介人条項の不考慮（vgl. BGHZ 61, 275 (281) = NJW 1974, 37）は、立法者が民法第 651a 条第 2 項において旅行契約のためにのみ該当（関係）規定を適切に表現したことによって影響を受けない。むしろ、この規定は、以前に判例がそれについて展開した原則を単に再現しているだけである（BGHZ 61, 275 (281) = NJW 1974, 37; BGH, NJW 1974, 1046; 主催旅行契約法のための連邦政府草案第 1 条第 2 項の理由（BT-Dr 8/786, S.15）も参照）。なるほど、政府草案第 1 条第 3 項に規定されている個々の旅行給付の場合における仲介人条項の不考慮は、旅行契約法に引き継がれなかった。しかし、このことから、立法者が不考慮をパック旅行契約に限定しようとしたことまでは引き出され得ない。立法者は、連邦議会法務委員会の審議において提案されたように（vgl. Protokoll Nr. 49 v. 4.10.1978, S. 26f.）、このような規定を全債権法のために行う（採り入れる）ことを単に無駄であるとみなし、その他の点では、政府草案に対して法律（旅行契約法）の引き締め努力した（法見委員会の最終勧告 BT-Dr 8/2343, S. 6, 8.）。それゆえ、1つの旅行給付だけの予約の場合にも、仲介人条項は考慮されない（学説多数）。民法第 651a 条第 2 項の原則は、1つの個々の旅行

給付の予約について準用される。

2 たとえば旅行者に休暇用住宅又は休暇用住居を調達するというように、旅行主催者が休暇旅行の形成（具体化）のために唯一の給付を履行しなければならず、かつ彼の責めに帰すべき事由により休暇旅行を挫折させ又は著しく侵害したときは、民法第 651f 条第 2 項の準用も考慮される。

a) 旅行契約法の施行前の当部の判決によれば (BGHZ 63, 98= NJW 1975, 40)、休暇旅行が労働力の保持又は再入手に資するときは、少なくとも休暇旅行は、財産的価値を有し、労働の給付によって入手でき、又は代替労働力のための特別な費用（の支払）によって可能にされる。この判決は、学説で批判されたが、結果的に承認された (BGHZ 77, 116 (120) =NJW 1980, 1947: 最近では Dunz, JZ 1984, 1015)。休暇旅行自体に賠償価値が認められるべきかという問題は、最終的には民法第 651f 条第 2 項の規定によって立法者からも肯定された。従って、理論的整序に関する争いとは別に、旅行が挫折し又は著しく侵害されるときは、契約上の旅行法の領域におけるこの損害の地位は承認されるべきである。当部は、さらにその判決 (BGHZ 85, 168 (171f.) = NJW 1983, 218) において、従来の判決を承認するだけでなく、請求権者たる人の範囲が非営業者にも拡大されたことを詳述した。しかし、他方、法律規定は一つの旅行給付のみを要求する休暇旅行者を把握していない。したがって、パック旅行者のみでなく自ら旅行する休暇用住宅の休暇旅行者も無駄に費消した休暇旅行の補償を請求できるとする従来の判例の背後に、一つの給付のみを要求する休暇旅行者は置き去りにされている (vgl. BGHZ 77, 116 (121f.= NJW 1980, 1947)。しかし、立法者が、従来の判例に比べてこのクラスの休暇旅行者を意識的に不利な状態に置こうとしたことは認められない (Tonner, NJW 1981, 1922 ; Bunte ZIP 1984, 1315 も。vgl.立法者の意思について更に、BGHZ 85, 50 (55) =NJW 1983, 33)。

b) 自ら旅行する休暇用住宅の休暇旅行者の権利が直接民法第 651a 条以下の規定の下に置かれなるときは、このことは、最終的には、民法第 651a 条第

1 項第 1 文の規定により立法者が注目されている旅行契約法の適用範囲を正確に記述することに成功しなかったことにのみ由来する。事実、増大する責任を有する契約として旅行主催契約を、民法第 651a 条以下の規定の下に置かれるべきでない旅行仲介契約と明確に区分することが大事なことであった（政府草案の理由が全く明らかにしている。BT-Dr 8/786, S. 12, 14）。その際、旅行主催契約の典型は、主催者が予め確定し作成したプログラムによって休暇旅行を提供するいわゆるパック旅行であった。その際、（既に述べたように）個々の一つの旅行給付のみが予約されるときでも、主催者旅行 *Veranstalterreise* の典型的なメルクマールが存在しうることは明らかだった。ビジネス（出張）旅行 *Geschäftsreise* の組織は、その際、航空便及びホテルというしばしば多くの給付が仲介されているにもかかわらず、旅行仲介契約にとって典型的であるとみなされた（法務委員会の決議勧告参照、BT-Dr 89/2343, S. 7 ; Prot. Nr. 49, S. 22f.）。

したがって、要するに、旅行主催者の責任にとって旅行主催者がいくつの給付を履行しなければならないかは重要でないことは明らかである。むしろ、旅行主催者がこれに対して自ら責任を引き受けるか、それとも彼が他人の給付を仲介しているだけなのかが決定的である。それゆえ、旅行主催の定義のために及び単なる仲介との区別について引き合いに出される、1970 年のブルッセル協定第 1 条第 2 号から政府草案へ及び最終的には旅行契約法へ引き継がれた「旅行給付の全体 *Gesamtheit von Reiseleistungen*」というメルクマールが、本来的に注目されている実態を正確に表現していない。むしろ、唯一の旅行給付のみを履行する者にも、彼がこの給付について自ら責任を引き受けているときには、同一の規定によって責任を負わせることが、法律の目的に適っている。

c) それゆえ、控訴審裁判所の「逆推論 *Umkehrschluss*」は、説得力もなく、利益状況からして正当でもない。

単なる休暇用住宅予約への民法第 651f 条第 2 項の準用は、立法者の意識的

に反対の決定によって排除されない。むしろ、自ら旅行する休暇用住宅旅行者がパック旅行者と（その限りで）同置され得るかどうか重要である。これが肯定される場合には、類似の利益状況の場合の平等取扱の原則が、自ら旅行する休暇用住宅旅行者にも無駄となった休暇旅行に基づく適切な補償を認めることを要求する。当部はこの問題を既に以前に肯定した（vgl. BGHZ 77, 116 (121) = NJW 1980, 1947 この限りで同意するコメントとして Blaurock, NJW 1980, 1949 ; BGHZ 61, 275 = NJW 1974, 37 も参照）。補償の査定について民法第 651f 条第 2 項により非財産的な要素も重要であるとの考慮にもかかわらず、これを保持すべきである（同様に、LG Muenchen I, NJW 1985, 331 = BB 1984, 2222; LG Frankfurt, NJW 1985, 330 ; Staudinger-Schwertner, § 651a Rdnr. 93, § 651f Rdnr. 68; Staudinger-Medicus, 12. Aufl., § 233 Rdnr. 48; Jauernig-Teichmann, BGB, 3. Aufl., Vorb. § 249 Anm. III 6; Larenz, SchuldR, Bd. I, 13. Aufl., S.463; Bartl, ReiseR, 2. Aufl., S. 25)。

「休暇旅行期間の約束通りの具体化が旅行者に休暇旅行の喜びを可能にすることにその目的がある」当該契約の不履行又は瑕疵ある履行が問題であるとする考えが、民法第 651f 条第 2 項の規定の基礎にある（法務委員会の最終勧告 BT-Dr 8/2343, S. 11 参照）。このように基礎づけられた請求権の承認は、民法第 651a 条の意味における契約に限定されてはならない。むしろ、休暇旅行の具体化のために本質的な給付を履行することを（ここのように）契約により義務づけられているときにも、このような補償請求権の正当化理由が与えられている。さらに、契約の設定目的は、民法第 651a 条の意味における旅行契約の場合と同一である。本法廷は、既にたびたび民法第 651f 条第 2 項の規定が類似の事案に準用される可能性を示唆してきた（vgl. BGHZ 77, 116 (121) =NJW 1980, 1947; 80, 366 (368) =NJW1981, 1833; BGH, NJW 1982, 1522 (1523)）。

休暇旅行の具体化に関して主催者のもとでの休暇用住宅の単なる予約の場合又は所有者からの賃借の場合には、補償請求権の内部的原因にとって、主

催者又は賃貸人が顧客に休暇用住宅を調達する義務を負うたにすぎないのか、又はこれを超えて顧客の運送やその他の給付をも引き受けたのかは、重要ではないことは明白である。どの場合においても、休暇旅行の楽しみと保養とが契約の設定目的に属する。この契約目的が挫折し又は著しく侵害されると、主催者／賃貸人は契約を履行しない又は不完全に *mangelhaft* しか履行しないから、彼が適切な補償を支払わなければならないことは、法律規定の根本思想に合致する。

1992 年 7 月 9 日休暇用住宅 BGH（民事第 7 部）[III] 判決

（BGH, NJW 1992, 3158）

外国での休暇用宿泊所の調達に関する主催契約における無効な約款

判決要旨

1 EuGVUe（民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する 1968 年 9 月 27 日の条約（ブリュッセル I 条約。同条約の翻訳については、中西康訳・民商法雑誌 122 巻 3 号（2000）135 頁以下参照）の条約国に存在する外国の休暇用宿泊所での滞在の主催者に対する団体訴訟については、主催者がその住所をドイツ国内に有するときは、EuGVUe 第 2 条第 1 項によりドイツの裁判所が国際的に管轄権を有する。このような訴訟については、EuGVUe 第 16 条第 1 項による専属的国際的な（不動産の）所在地管轄権 *Belegenheitszustaendigkeit* は存在しない（1992 年 2 月 26 日の EuGH 判決, EuZW 1992, 219; 当部の確認、BGHZ 109, 29= NJW 1990, 317）。

2 国内に住所を有する主催者が国内からの顧客と締結した外国の休暇用宿泊所の調達に向けられた契約は、法の選択がないので、ドイツ法の下に置かれる。

3 唯一の旅行給付として外国の休暇用宿泊所の調達に向けられた主催契約には、旅行契約法の規定が全体として準用されるべきである。

4 休暇用宿泊所を調達する旅行主催者の約款中では、以下の条項は約款規

制法に違反して無効である。

a) 主催者は、「それゆえ所有者の義務の履行については責任を負わない」(約款規制法第 9 条、第 11 条第 7 号の違反)

b) 「その他の点では、責任は支払われた賃料額に制限される」(約款規制法第 11 条第 7 号の違反)

c) 「旅行開始前 40 日以内の予約変更は、新しい申込みと結合した解除と見なされる。それには取消約款が適用される。」(約款規制法第 10 条第 5 号の違反)

d) 「注意深い調査にもかかわらず、直接に賃貸借目的物が関係しない申立は、その申立がしばしば第三者への申立に関するから、保証されない(約款規制法第 9 条の違反)

e) 「予約日後 6 日以内に賃料額の最低 20 % の頭金が支払われなければならない」(約款規制法第 9 条の違反)

f) 「残金支払いは、遅くとも旅行開始の 4 週間前までに自発的に支払われなければならない。」(約款規制法第 9 条の違反)

g) 「賃借人は賃貸借期間中に休暇用目的物に生ずる万一の損害について、それが賃借人によって引き起こされたときは、責任を負う。」(約款規制法第 9 条の違反)

h) 「救済がわれわれの協働者又は所有者によってなされないときは、遅滞なくすなわち、瑕疵の発生後 48 時間以内にデュッセルドルフにある〇〇(センター)に通知しなければならない。そうすれば救済がなされ得る。」(約款規制法第 9 条の違反)

5 旅行主催者が現在進行中の訴訟において異議を唱えられている条項の使用を行い又は少なくともこれを説明しているときは、それによって旅行主催者は、約款規制法第 13 条の意味における反復危険を除去していない。むしろ、一般的な経験からして反復をもはや考慮させないようにする事情(例えば処罰の対象となる不作為説明)が存しなければならない(NJW 編集部によ

る要約)。

事案

デュッセルドルフに住所を有する有限会社たる被告は、南・西ヨーロッパ諸国における休暇滞在用の休暇用住宅・休暇用住居を営業として提供している。その申込みの基礎として被告は毎年パンフレットを編集している。「休暇用住宅スペイン・フランス・コルシカ・イタリア・ポルトガル・1989年カタログ」という標題の1989年パンフレットは、その裏頁に本件争訟の対象である約款条項を掲載している。すなわち、

契約条件

あなたと我々との間の契約関係を定めかつあなたの予約によってあなたが承認する以下の簡略化された契約条件に注目してください (完全な契約条件は我々の仲介契約の中から取り出してください) : すなわち、

それゆえ、C 有限会社の活動は、休暇用住宅カタログの発行及びその時々所有者から C 有限会社への仲介委任により処理させられる通常の仲介に制限されている。それゆえ、C 有限会社は所有者の義務の履行について責任を負わない (上記条項 a)。その他の点では、責任は支払われた賃料額に制限される (b)。

賃借人の義務

- 1 賃貸借期間中に休暇用目的物に生ずる万一の損害について、それが賃借人によって引き起こされたときは、賃借人が責任を負う (g)。
 - I 予約変更 (c)
 - V 瑕疵 (h)
 - VI 給付 (d)
 - 24 支払 (e, f)

原告たる消費者保護団体は、上記の条項は約款規制法に違反しているとの見解である。約款規制法第 13 条により提起された団体訴訟により、原告は被告がこれらの条項を使用しないことを請求している。

地裁は（その判決は要約されて、VuR 1991, 109 に公刊されている）、訴訟を認容した。控訴及び（許可された）上告は失敗した。

判決理由

（Ⅰ～Ⅲ省略）

Ⅳ 1 控訴審裁判所は、「被告が締結した契約に旅行契約法の諸規定が準用される」との見解である。

2 これは正しい。

a) 唯一の旅行給付としての 1 つの休暇用宿泊所の調達を目的とする主催契約への旅行契約法の諸規定の直接適用は、それには旅行給付の全体（民法第 651a 条第 1 項）が欠如しているから、むしろ排除されている（当部、NJW 1985, 906 = LM § 651f BGB Nr. 7 = WM 1985, 319 [320] ; BGHZ 109, 29 [38] = NJW 1990, 317 = LM EGUebk Nr. 26 = EuZW 1990, 36）。

b) 当部は、従来、このような契約に旅行契約の諸規定が全て準用されるかという問題を懸案のままにしてきた。むしろ、当部は、民法第 651a 条第 2 項、第 651f 条第 2 項の規定を単なる休暇用住宅の予約に準用し、かつ「旅行主催者の責任にとって、彼が幾つの旅行給付を履行しなければならないかは結局のところ重要ではない。むしろ、重要なのは、提供者が、自ら責任を引き受けているのか、単に他人の給付を仲介しているにすぎないのかである。」と述べてきた（当部、NJW 1985, 906 = LM § 651f BGB Nr. 7 = WM 1985, 319 [320f.]）。

aa) 通説は、唯一の旅行給付としての 1 つの休暇用住宅又は休暇用住居の用意を目的とする主催旅行契約の場合、旅行契約法の全規定の準用を支持している（Vgl. LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 854 [855] ; LG Freiburg, NJW-RR 1988, 953; OLG Frankfurt, NJW-RR 1988, 1328 [1329] ; LG Frankfurt, NJW-RR 1988, 1330; LG Koeln, NJW-RR 1989, 565; OLG Duesseldorf, NJW-RR 1990, 186; LG Frankfurt, NJW-RR 1991, 1272; LG Frankfurt, NJW-RR 1992, 187 [188] ; Recken, in RGRK, 12.Aufl., § 651a Rdnrn 79, 80; Wolf-Horn-Lindacher, AGB-

Gesetz, 2. Aufl., § 9 Rdnr M75, R51; Fuehrich, ReiseR, Rdnrn 35, 93; Blaurock, JZ 1985, 847f.; 控えめに Palandt-Thomas, Vorb. § 651a Rdnr 3 及び Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl., Anh. § § 9-11 Rdnr. 597; 古い判例から vgl. LG Frankfurt, NJW-RR 1985, 330 [331, § § 651g, 651h BGB の例外あり] ; LG Muenchen I, NJW 1985, 331 [332] ; LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 145 [§ § 651a ff. BGB の一部適用] ; LG Hannover, NJW-RR 1986, 213; LG Frankfurt, NJW-RR 1986, 539 [§ § 651g, 651h BGB の例外あり])。

bb) これに対して、少数説は、消極的態度 Zueruckbehaltung が望ましいとしている。少数説は、立法者がパック旅行に限定された規制目的を意識的に追求していることに依拠している (vgl. Erman-Seiler, BGB, 8. Aufl., Vorb. § 651a Rdnr. 8; 同じように Tonner, Der Reisevertrag, 2. Aufl., § 651a Rdnr. 30; ders., in : MuenchKomm, § 651a Rdnr. 96; Staudinger-Schwerdtner, § 651a Rdnr. 93; LG Frankfurt, NJW 1982, 1949; LG Frankfurt, NJW 1983, 233; LG Offenburg, NJW 1983, 1273,1274; LG Saarbruecken, FVE, Zivilrecht Nr. 413 S. 1536,1537f ; OLG Muenchen, MDR 1984, 845; Tonner, NJW 1981, 1921,1922; Derleder, in; AK-BGB, § 651a Rdnr. 2; Bartl, ReiseR, 2. Aufl., Rdnr. 380)。

c) 当部は、今や、通説と共に、唯一の旅行給付としての1つの休暇用宿泊所の調達を目的とする主催旅行契約に、旅行契約法の諸規定を全て準用すべきであると決定する。

aa) このような契約が民法第 651a 条以下の規定に該当しないときには、立法資料によると、計画に反する法律の不備が存し、したがって、旅行契約法の諸規定の類推適用のための根本的前提が存する。民法第 651a 条以下の規定によって、立法者は、意図した旅行契約法の適用範囲を正確に記述することに成功していない (当部、NJW 1985, 906 = LM § 651f BGB Nr. 7 = WM 1985, 319 [320.])。内容から言って、より増強された責任を持つ契約としての旅行主催契約を、旅行契約法が包括していない旅行仲介契約から区別することは、立法者にとって重要なことであった (旅行主催契約に関する法律の政

府草案 BT-Dr. 8/786, S. 12, 14; 法務委員会の委員会勧告及び報告、BT-Dr. 8/2343, S. 7 ;1978 年 10 月 4 日の法務委員会第 49 回会議議事録 22 ~ 25 頁 ; さらに当部、NJW 1985, 906 = LM § 651f BGB Nr. 7 = WM 1985, 319 [320.])。その際、特に請負契約法に添った当部の判決を考慮して、規制されるべき旅行主催契約が、旅行給付の全体が履行されるパック旅行と同一視され、かつ個別給付の仲介、いわゆる「個人旅行 Einzelreise」から区別された(法務委員会の委員会勧告及び報告、BT-Dr. 8/2343, S. 7;1978 年 10 月 4 日の法務委員会第 49 回会議議事録 25 頁)。その際、個々の旅行給付のみが予約されるときにも、主催者旅行の本質的なメルクマールが存しうることが見逃された。したがって、個々の旅行給付として休暇用宿泊所の調達が主催契約の目的であるときに、準用が排除されるべきであることは、民法第 651a 条第 1 項第 1 文から導き出されない。

bb) 当事者の利益状況は全ての本質的な観点の下で比較可能であるから、主催者の所での休暇用宿泊所の単なる予約に民法第 651a 条以下の規定を準用することも正当化される。休暇用宿泊所における滞在の主催者は、旅行給付の全体を履行するパック旅行の主催者と同じく、顧客とサービス提供者との間を接続している (Vgl. LG Frankfurt, NJW 1985, 330 [331])。両者は、自己の責任で給付を履行する。顧客が主催者の所で休暇用宿泊所を、個別旅行給付として予約するだけか、又は旅行給付の全体として予約するかは、顧客にとって何らの差異もない。顧客の信頼状況及び責任関心は類型的に何ら違いはない。経済上、休暇用宿泊所の取引は旅行主催市場の一部市場を形成している (Vgl. Tonner, NJW 1981, 1921)。それゆえ、等しい利益状況のゆえに、統一規制を為している旅行契約法の諸規定が休暇用宿泊所の用意を目的とする主催契約に全て準用されることが正当化される。それゆえ、本件では、非難されている契約条項の内容コントロールにあたり、民法第 651a 条以下の規定により形成された指導形象 Leitbild から出発すべきである。

(V 以下省略)

1995 年 6 月 29 日ボート・チャーター BGH（民事第 7 部）] 判決
（NJW 1995, 2629）

判決要旨

1 旅行契約の対象としての旅行主催は、運送、宿泊又はその他の一部給付だけから成っているのではない。それは広範に旅行自体を含んでいる。主催者は、特定の旅行の形成（具体化 *Gestaltung*）の義務を負い、かつ、旅行が彼の給付に依存しているかぎり、その結果についての責任を引き受けている。

2 同様のことは、唯一の旅行給付についての契約の場合にも妥当する。ここでも、旅行契約の準用は、契約目的がたとえ約定の一部給付に限定されていても、旅行を首尾良く（*erfolgreich*）形成（具体化）することであることを前提としている。

3 休暇旅行を首尾良く形成（具体化）するという特別な契約内容は、民法第 651f 条第 2 項に定められている無駄に費消した休暇旅行期間のための補償の正当化理由である。

4 外洋ヨットのチャーターの場合に、旅行契約法の意味における旅行の形成（具体化）が合意されているのか、又はチャーター者に彼自身によって組織された彼の旅行を行う可能性を初めて開いている用益賃貸借契約が単に締結されたのかが、個々の事例において確定されなければならない。

事案

原告は、ボートチャーターのために支払った 2440 マルクの返還を請求している。そのほか、彼は、自己の及び譲渡された権利から、無駄に費消した休暇旅行のための補償を得たいと思っている。原告は、1992 年 6 月のキール週間の時期にヨットをチャーターした。彼は、まず見物人としてヨットレースに伴走し、その後でさらにデンマークへ帆走する計画を立てていた。合意された時点で船を使用することができなかった。提供された代わりにボート

は、彼がかって操縦していた船より、一つは小さすぎ、もう一つは大きすぎたため、彼はこれらを拒否した。

地裁は、被告に 2440 マルクの返還と無駄に費消した休暇旅行のための損害賠償とを命じた。高裁は、この判決を本質的に追認して、原告とその妻のために 1 日につき 100 マルクの、一緒に来るはずであった友人夫妻のために 1 日につき 50 マルクの休暇旅行補償を認めた。被告の上告は一部成功した。

判決理由

I 原告が予め支払った対価を被告は返還しなければならないとする控訴審裁判所の判決を被告が上告で攻撃する限りにおいて、上告は成功していない。この控訴審裁判所の判決は、当事者の契約関係が用益賃貸借により判断されるべきか又は旅行契約法により判断されるべきかとは関係なく、正しい。被告は、彼が一定期間チャーターされたボートを自由に使用することができなかったことを主張すべきである（民法第 279 条、第 280 条）。被告が訴え全ての棄却を申し立てたととしても、上告はそれを問題にしない。

II 控訴審裁判所は、チャーター契約における確定した表現（定式化）にもかかわらず、被告は仲介人でしかないとは言えないことを詳述している。本件の全事情から、被告は自らヨットの調達とその取り決め通りの性質について責任を負っていたことが明らかである。少なくとも被告は原告にこのような期待をさせた。それに応じて、被告の固有の責任から出発すべきである。上告はこのことを正当にもはっきりと認めている。

控訴審裁判所は、被告を旅行主催者としてとして取扱い、旅行契約法を類推適用し、原告に民法第 651f 条第 2 項により無駄に費消した休暇旅行期間についての補償を認容している。控訴審裁判所の見解によれば、休暇住宅の予約の場合と同様にヨットのチャーターの場合にも、休暇旅行の楽しみと保養とが契約の設定目的になっている。（時間単位や 1 日に限られただけのものではなく）長期間のヨットチャーターは、ふつう休暇旅行の間、ヨット航行に役立つ。したがって、休暇宿泊所業と同様に、ヨットチャーターは、主催

旅行市場の一部市場として現れる。船の瑕疵と故障（Ausfall）とは、休暇旅行用住宅の予約の場合の同様の困難よりも一般的に休暇旅行の形成（具体化）Gestaltung を持続的に侵害する。最後に、被告はヨット雑誌に「あなたの休暇旅行のためのファーストクラスのサービス」と謳って募集した。

Ⅲ これに対して、成功した上告は向きを変えた。無駄に費消した休暇旅行期間についての補償は原告に与えられない。原告は民法第 651f 条第 2 項による補償を主張している。この規定の前提は存しない。

1 控訴審裁判所は正当にも、旅行契約法（民法第 651a 条以下）が直接に適用され得ないことから出発している。争いは旅行給付の全体（民法第 651a 条第 1 項第 1 文）を問題としていない。

2 当部は、旅行給付の全体が義務として負担されているのではなく、休暇用住宅又は休暇用住居が調達される点にある個々の旅行給付のみが義務として負担されている場合に旅行契約法を準用している（BGHZ 119,152= NJW 1992, 3158= LM H. 2/1993 § 651a BGB Nr.7; NJW 1985, 906= LM § 651f BGB Nr. 7）。この判決は、当事者の利害関係が、民法第 651a 条による旅行契約の場合に、それゆえ旅行給付の全体についての契約の場合に存するそれとあらゆる本質的な観点からも同様であるということにある（BGHZ 119,152 [164] = NJW 1992, 3158= LM H. 2/1993 § 651a BGB Nr.7）。控訴審裁判所は、公海ヨットのチャーターは法的には休暇用住宅の予約と同じように分類されるべきであるというその見解をこの点に結び付けている。理由付けに控訴審裁判所は、住宅調達と移動式休暇用住居としてのヨットの使用とを考慮に入れている。これによって、控訴審裁判所は、なるほど両当事者の契約の法的評価のための重要な観点を挙げているが、旅行契約法の単なる類推適用も、なにはさて置き、争われている契約義務の対象として主催旅行を前提としていることを見誤っている。これに対して、その他の給付が義務として負担されているときは、旅行契約法は適用され得ないし、類推適用され得ない。

3 休暇用住宅としての家が営業上パンフレット中で提供されているとき

は、それは通常主催旅行の一部が問題となっている。目的物とその引き渡しにより休暇旅行の枠組と基本的特質とが設定されている。単に家や住居の引き渡しが合意され、これに対してその他の全ては顧客によって個別に組織されるときにも、往路、滞在場所、周辺地域及びそれらと主に同時に最重要な休暇旅行条件並びに最後に帰路旅行が、旅行の全体として自ずから確定している。

控訴審裁判所の見解とは異なり、公海ヨットのチャーターについては、同様のことは当てはまらない。むしろ、主催旅行が合意されたのか、又はボートの単なる用益賃貸借だけが問題なのかを個別の事案について確定することが必要である。公海ヨットがチャーターされると、なるほど休暇用住宅の用益賃貸借に法的に比較可能な状況が存しうるが、しばしばそうでないこともある。チャーターにより海での滞在休暇旅行が休暇用住宅の賃貸借の場合の滞在休暇旅行と同じような方法で催されることが考えられる。しかしまた、ヨットチャーターは、主催者が全部又は一部提供する旅行を行うためではなく、チャーター者自らが個別に組織する休暇期間を過ごすために、利用する運送手段の用益賃貸借だと言うこともできる。

4 当事者間で締結されたチャーター契約及び控訴審裁判所で確定されたその他の事情から、被告は何ら主催旅行を約束しなかったことが明らかである。当事者は用益賃貸借の契約を締結したにすぎない。

a) 民法第 651a 条以下の規定の意味における旅行の主催は、本質的な点での部分的な一致は別として、その他の旅行主催者から提供されたのではない個別旅行との関連での給付から区別されている。個々的にかつ自己のイニシアチブで組織される旅行は、大抵、運送、滞在、休暇旅行日の形成等の領域におけるさまざまな契約当事者の助力によってのみ成立できる。個別旅行者も、鉄道、ホテル、スキーリフト及び浴場施設等を使用している。当該契約の対象は、運送給付、宿泊、仕事の提供 *Beschaefingusangebot* において汲み尽くされている。これに対して、旅行契約の対象たる主催旅行は、単に例示

的に挙げた部分給付にあるのではなく、むしろこのような給付を超えて、旅行自体の形成（具体化）にある。主催者は、主催旅行によって特定の旅行の形成（具体化）、例えば休暇旅行とそこで又期待された休暇旅行の楽しみの形成（具体化）につき義務を負う（当部、NJW 1985, 906 [907] =LM § 561f BGB Nr.7）。この場合、休暇旅行が主催者の給付に依存しているときは、主催者は休暇旅行の結果について責任を負う。旅行給付の全体（民法第 651a 条第 1 項）についての完全な旅行の場合には、それは明白である。しかし、例えば休暇用住宅の調達のように、1 つの個別給付のみが旅行給付として合意されるときでも、同じことが妥当する。ここでは、種類と大きさにより特定された家のみが義務として負担されたのではなく、むしろ、ここでも契約の目的は、休暇用住宅、その確保及びそれに付随する諸事情に限定されるとしても、休暇旅行を上首尾に形成（具体化）することである。この契約内容は、その他、民法第 651f 条第 2 項に規定されている補償のための正当化理由である。

b) 1992 年 5 月 16 / 20 日の当事者間で締結されたチャーター契約は、被告が上記の意味における主催旅行を約束したことを承認する手がかりを提供していない。書面による契約は、主として、Laboe での引き渡し及び返還に際し、確定された代金と引き替えに決められた期間、特定のボートを原告に引き渡すとの合意に限定されている。したがって、特定の休暇旅行は一度も言われておらず、いわんや、全部又は一部被告によって主催されていない。当事者の合意された意思によれば、Laboe は休暇目的地ではない。なかんずくかつ場合によっては、ヨットでどこに帆走されるべきかは、契約では未決定のままである。したがって、チャーターによって旅行のための可能性が開かれた。この旅行について、被告は何の定めも行っていない。控訴審裁判所のその他の確定はこれを認定している。

ただし、チャーター契約では、船の使用についての 2 つの規定が見られる。1 つの契約条項は、「航行領域 バルト海」との制限規定を含んでいる。そこでは、とりわけヨットを北海の領域に差し向けることの禁止が存する。

もう一つの制限はヨットレースへの参加を禁止している（契約約款の Nr. 5 第 4 項）。しかし、2 つの条項は、1 度も被告による一部分の形成（具体化）もほのめかしていない。条項は、それによって原告の旅行のために拘束を行うことなく、特定の危険を排除しているだけである。

5 被告は何ら主催旅行を約束しなかったから、民法第 651f 条第 2 項による補償は考慮されない。したがって、同時に、譲渡された権利から主張されたその他の請求権は、その法的基礎にその請求権が拠りえた問題が追求される必要はないことから、考慮されない。

（2）ホームステイの場合

「受入国への運送、ホストファミリーの選択及び学校通学の可能性が組み合わされた生徒ホームステイ旅行が E C 指令の意味するパック旅行に当たるか」というフィンランドが提出した問題に関して、1999 年 2 月 11 日の欧州裁判所 EuGH の先決的判決は、なるほど定期航空便による運送の組織は、指令第 2 条第 1 項 a 号のいう「運送」の構成要素を充たしているが、家族構成員のように取り扱われるホストファミリーでの生徒の無償の滞在は、指令の意味する宿泊とはみなされないと判断して、E C 指令の意味するパック旅行性を否定した（EuGH, EuZW 1999, 219）。

このため、すでに、生徒ホームステイ旅行を下級審判決が（AG Heidelberg, Urt. v. 20.2.1997, RRa 1998, 52; OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.1.1998, NJW-RR 1998, 841; OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.1.1999, MDR 1999, 992; OLG Koeln NJW-RR 2000, 1509）パック旅行として主催旅行契約に関する規定により保護してきたドイツでは、この欧州裁判所判決が、ドイツの裁判所にとっては、将来ドイツの旅行契約法の適用範囲を制限するための根拠となりうるように思われたため、「消費者保護のために、加盟国は E C 指令よりも厳格な規定を採用又は選択できる」とする E C 指令第 8 条の規定により、ホームステイ生徒の保護のため、ドイツ民法のパック旅行契約規定中に第 651i 条（新規：外国学校滞

489— ドイツにおける E C パック旅行指令の改正問題の一斑（1）（高橋）

在 Gastschulaufenthalte) の規定を挿入して、2001 年 9 月 1 日から施行し、適切な明確化を図った。本件について詳しくは、高橋弘「ホームステイと主催旅行契約」広島法学 27 卷 2 号（2003）95 頁以下を参照頂きたい。