

資料 4

## ドイツ旅行規定の第3改正法政府草案（各論）の立法理由 （3）民法草案第 651r 条～第 651y 条

高橋 弘

ドイツ民法草案第 651r 条以下の規定については、広島法学 40 巻 4 号 (2017・3) 参照。

### 第 651r 条（倒産担保；担保証書 *Sicherungsschein*）について

現在、旅行主催者の倒産の場合について民法第 651k 条に規定されている担保設定は、民法草案第 651r 条乃至第 651t 条により、新たに規定された。これにより、指令第 17 条及び第 18 条第 1 項が国内法化されている。

提案された国内法化は、公法上の法人については、指令第 17 条によっても指令第 3 条第 7 号によっても特別規制が許されていないという事情を考慮に入れている。現在、民法第 651k 条第 6 項第 3 号が倒産不能な公法上の法人を規定している倒産担保義務の例外は、それ故、維持され得ない。公法上の法人が事業者として *untenehmerisch* 取引するときは、公法上の法人は、他の事業者と同様、倒産に対して防護されなければならない。民法草案第 651a 条第 5 項第 1 号の一般規定により、時折にのみ、利益獲得のためではなく、かつ、限られた人々にのみ提供される旅行に関する契約が例外である（従来の法状況については、民法第 651k 条第 6 項第 1 号参照）。民法第 651k 条第 6 項第 2 号における 75 ユーロを超えない旅行代金での日帰り旅行のための例外は、今や同様に、民法草案第 651a 条第 5 項第 2 号における一般的例外として含まれている。

### r 第 1 項について

第1項は、指令第17条第1項、第2項及び第4項の国内法化において、どのような状況につき及びどの範囲において倒産担保が必要かを規定している。

まず、旅行主催者は、旅行主催者の支払い不能の場合に旅行給付が中止になるときは、支払われた旅行代金が旅行者に払い戻されることを保証しなければならない（第1文第1号）。これは民法第651k条第1項第1文第1号に相応している。旅行主催者の倒産にもかかわらず、旅行給付が提供されたときは、「ときは」という法文により、既に従来と同様に、払い戻しが行われず、したがって、また旅行主催者から保証されないことが表現されている（BGH2011年11月2日判決 - X ZR 43/11 参照）。もっとも、草案は、「により」という法文を「の場合において」という法文によって置き換えている。これにより、旅行給付の中止の原因が必ずしも旅行主催者の倒産である必要はないことが明らかになっている。許されているように、参加者数の不達成を理由に旅行主催者が旅行を取りやめ、かつ、それと共に彼の契約上留保された解除権を行使した後に、旅行主催者が支払い不能になる場合も含まれている（BGH 前掲判決参照）。パック旅行の中止が旅行主催者の詐欺的行為に帰せられるときでも、旅行主催者の倒産につき、給付されるべき担保は含まれている（EuGH2012年2月16日判決 -C-134/11 参照）。指令は、第17条第1項において成程「により」という法文を使用しているが（同様に第17条第4項においても「により」、考慮理由39第5文も参照）、第2項において並びに考慮理由14及び39第2文においては「の場合に」という一般的な法文が使用されている。消費者保護の高い保護水準を保証するという指令の一般的な設定目的に鑑み、提案されている国内法化と共に、より包括的な「の場合において」という法文の決定が行われている（これについては、Staudinger, RRa 2015, 281, 282 も参照）。

これに対して、第1項により、旅行主催者がパック旅行の終了前に旅行者の旅行代金の支払を受領しておらず、かつ、契約が帰路運送を含んでいない

ときは、旅行主催者の倒産担保義務は存しない。

第 1 文第 2 号は、旅行主催者がその対価債権を履行しなければならなかった給付提供者が提供された旅行給付の支払を旅行者に請求する状況も含んでいる。指令第 17 条第 1 項（支払金「全額」の払い戻し）及び第 4 項により提供された明確化が問題となる。なかんずく、主催者の支払い不能により旅行者が、既に前もって旅行主催者に支払ったホテル代金をもう一度ホテル経営者に支払わなければならない場合が考えられる（EuGH1998 年 5 月 14 日判決 - C-364/96；考慮理由 39：すなわち、「… 又は、給付提供者が旅行者からその支払を請求する」も参照）。

第 2 文は、運送が契約上義務として負担されているときは、旅行主催者は、さらに帰路運送及び帰路運送の時点までの宿泊を保証しなければならないという、指令第 17 条第 1 項第 2 文及び第 4 項の準則を国内法化している。従来（民法第 651k 条第 1 項第 1 文第 2 号）とは異なり、旅行者は、後発的な費用の払い戻し請求権の参照を指示され得ない。

第 3 文は、（現在の法と同様に）旅行主催者の財産への倒産手続きの開始を支払い不能と同じとしている。破産財団がないための開始申立の棄却も、提案された規定の中で補充的に取り入れられている。指令によって使用されている「倒産」という一般的な概念は、旅行者の正当な保護要求に添った解釈の場合に、このような事例をも含んでいる。

#### r 第 2 項について

第 1 文は、旅行主催者に、彼の倒産担保の義務を履行するためにどのような可能性が提供されているかを規定している。指令はこれにつき何ら具体的な準則を置かず、指令第 17 条第 2 項第 1 文において、担保は「有効」でなければならないとの一般的な指示に委ねている。それゆえ、その際に、旅行主催者は 2 つの異なる担保手段のうちから決定できるとしている。その際、さらに、旅行者のための保険の締結が中心になっている（第 1 号）。

第 2 文は、旅行主催者は、旅行者の住所、出発地及び契約締結の場所を顧

慮せずに、担保を提供しなければならないと規定することによって、第17条第3項を国内法化している。これにより、第1文との協力において、倒産保護につき担当する組織が所在している加盟国とはかかわりなく、担保は旅行者の役に立つとの、第17条第3項に含まれている準則も国内法化されている。

#### r 第3項について

第3項は、旅行主催者が顧客の金銭防護契約を締結した保険者又は金融機関（顧客の金銭防護者 Kundengeldabsicherer）の給付義務に関している。

第1文は、顧客の金銭防護者は、倒産の場合に、旅行者にパック旅行の継続を提供できると定めている。これにより、指令第17条第1項第1段第3文が国内法化されている。それゆえ、顧客の金銭防護者は、既に現在の実務がそうであるように、よりコストの安いのは旅行の継続か予定より早い帰路旅行かをよくよく考慮することができる。

第2文は、提供されなかった旅行給付についての支払金額が遅滞なく払い戻されなければならないとの、指令第17条第5項の準則を国内法化している。期間の長さは、取消（民法第121条）との関連でも同様に、個別事例にかかっており、かつ、払い戻し請求権が遅滞なく一すなわち、有責な躊躇なく、しかし「直ちに」ではなく一履行され得た期間である。これには、相手方の利益を考慮した検討及び決定のための相当な時間が必要である（vgl. Jauernig/Jauernig, 11. Aufl., § 121 Rn. 3）。指令が旅行者による「申請 Beantragung」を念頭に置いている限りにおいて、ドイツの法理解によれば、ここでは払い戻し請求権の主張が理解される。払い戻しは、保険事故が発生した年の経過後に初めて行われうるのではない（現在の法状況については、民法情報提供命令第9条の附録1、最後から2番目の項末尾参照。記者注：広法35巻4号43頁も参照）

第3文及び第4文は、民法第651k条第2項に相応する。第3文により、顧客の金銭防護者には、1年間に（現在、事業年と明示されている。MueKo/Tonner, &.Aufl., § 651 k Rn.21 参照）彼によって払い戻される額についての責

任を総額 1.1 億ユーロに制限する可能性が残されている。1990 年のパック旅行指令の国内法化に際して立法者を指導した考慮は、依然として妥当する。すなわち、保険は、無制限の責任リスクを含んだもとは保険保護を提供できない。しかし、立法者は、実行不可能・実施不可能な填補準備措置を定めてはいない (BT-Drs. 12/5343, S. 12)。この理由から、2001 年 7 月 23 日の旅行規定の第 2 改正法の場合にも、最高額の削除が敬遠された (BT-Drs. 14/5944, S. 11)。しかし、とりわけ、先行指令とは反対に、指令は、第 17 条第 2 項により、保証される払い戻しは制限されうることを定めている。すなわち、担保は「合理的な判断により予見可能な費用」のみをカバーしなければならない (この意味において、Tonner, EuZW 2016, 95,100 も)。この点において、考慮理由 40 は、例えば多数の最大手の旅行主催者の同時倒産のような、とても起こりそうもないリスクは、このことが保護の費用に過度の影響を及ぼし、かつ、したがって、その有効性が害されるであろうときには、考慮しないでよいと説明している。1.1 億ユーロの現在の上限は、依然として十分であると査定されている。1994 年以降において、旅行主催者の倒産により発生した最高の保険損害は、約 0.3 億ユーロの額に達した。これは、担保の欠落は、成る程、理論的には存するが、実際上は存しないとの 1994 年及び 2001 年における立法者の推定の正しさを証明している。

インフレによる調整は必要でない。成る程、主催者の売上高はこの 10 年に上昇している。しかし、損害の可能性を顧慮して、この期間に給付提供者への旅行主催者の前払いが大いに増大したことが、考慮されなければならない。それゆえ、給付提供者の請求権の大部分は既に対応されており、かつ、それに相応して、倒産事例において顧客又は防護者にとっての (旅行給付の) 中止が低下しているため、損害の可能性は、売上高と同じようには上昇していない。

また、1.1 億ユーロの上限の引き上げは、将来、同様に防護されるべき新しいリスクが指令によって付加されるという理由で、必要でもない。すなわち、

「パック旅行」概念の定義が拡張され、その上、リンクされた旅行給付の仲介の場合にも倒産担保義務が存しうる。しかし、休暇用住宅に関する BGH の判決に基づいて（民法草案第 651a 条第 2 項に関する立法理由参照）、現在、原則として特に個々の旅行給付に関して既に倒産に対して防護している大手旅行主催者に関しては、これらのリスクはほとんど影響を与えてはいない。しかし、大手旅行主催者の防護すべき事態に関してのみ、責任制限が重要となりうるものが、なかならず想像できる。中小の事業者の金銭防護者は、いずれにせよ、その大きさが 1.1 億ユーロの金額より遙かに低い（旅行給付の）中止のみを防護しなければならない。

したがって、現時点では、1 事業者・1 年間当たりの最高責任額を引き上げることは、必要ないように思われる。しかし、旅行市場・保険市場の発展は、旅行者が指令通りに補償されることが将来も保証されるために、厳正に監視されなければならない。その上、ドイツの倒産担保の体系が、他の加盟国の体系と同価値であることが保証されるべきである。すなわち、指令第 18 条第 1 項は、倒産保護の相互承認を規定している。異なる体系の等価値の承認がその基礎にある。それゆえ、現在、指令の国内法化の後に、比較法的要素をも含む倒産担保に関する研究計画を委託することが意図されている。

第 4 文は、民法第 651k 条第 2 項第 2 文における現在の規制を引き次いでいる。1 事業年に顧客の金銭防護者から払い戻される金額が最高限度額を超える場合につき、個々の旅行者の払い戻し請求権の比率に応じた減額が許される。払い戻し請求権は遅滞なく履行されなければならないとの第 2 文における指示に基づいて、しかし、個々の倒産損害の清算は、その都度標準的な年周期の終了において初めて行われうる。万一払いすぎた金額を民法第 812 条（不当利得）により返還請求する可能性を保持するために、顧客の金銭防護者は、留保付きで払い戻しをなすことができる（BGH2006 年 11 月 24 日判決 - LwZR 6/05 参照）。

r 第 4 項について

第 4 項は、原則として民法第 651k 条第 3 項第 1 文乃至第 3 文に似ている。旅行主催者は、倒産担保に関する彼の義務の履行のために、第 1 文により、将来も顧客の金銭防護者に対する直接請求権を旅行者に与えなければならず、かつ、民法施行法第 252 款の規定により顧客の金銭防護者又はその指示により作成された確認書（担保証書）によって証明しなければならない。指令は、その定めた部分ではこのような特別な確認書を成程予定していない。しかし、その考慮理由 39 によると、倒産保護の提供者に対する直接請求権が明示されている証明書を旅行主催者が旅行者に発行することを請求することが、加盟各国に委ねられている。

消費者保護の理由からも保険技術上の観点からも、担保証書を維持することが正当であるように思われる。担保証書は、旅行契約の締結に参与する者全てにとって熟知している信頼できる道具である。防護の本来的な証明と並んで、それと共に、主催者の側における自己規制義務も果たされる。旅行者は、担保証書によって特別な方法で存在する倒産保護を指摘される。その上、担保証書は、保険者にとって、その時々倒産担保契約の実際的な処理に際して信頼できる道具である。

担保証書による証明は、将来、契約前並びに契約上も倒産担保に関して与えられるべき情報になる。現在とは異なり、将来、旅行主催者は、契約前の情報提供においても、契約においても、顧客の金銭防護者の名前と連絡データを通知する義務を負っている。契約前の情報提供において使用される方式用紙（民法施行法草案第 250 款第 2 条、第 4 条に関する添付 11 乃至 13 参照。訳者注：広島法学 40 卷 4 号 156 頁以下も参照）は、旅行主催者の倒産により旅行者に旅行給付が拒否されるときには、旅行者は防護者にコンタクトをとることができるとの指摘を含んでいる。旅行者が旅行代金につき支払金額を給付する前に、旅行者は、倒産保護が事実上存することを確かめるために、旅行者が知った連絡データにより防護者に問い合わせることができる。

第 2 文は、核心において民法第 651k 条第 3 項第 2 文に相応する。金銭防護

者は、第2文により、旅行者に対して顧客の金銭防護契約から生ずる抗弁による依拠することできず、また、旅行主催者が、パック旅行契約の締結の時点に存在した倒産保護を、その間に、いかなる理由であれ、解約したことを旅行者に対して主張することも、禁じられている（BT-Drs. 14/5944, S. 11）。この点では、従来と異なり、もはや担保証書を引き合いには出されない。なぜなら、担保証書は宣言的な性格しか有していないからである。旅行契約の締結の時点において存する防護者との担保契約が、旅行者の直接請求権にとっては決定的である。したがって、担保証書が旅行者に交付されるかどうかとは関わりなく、倒産保護は存在する（Fuehrich, Reiserecht, 7.Aufl., § 16 Rn. 24 参照）。こうした考慮が第2文の規定提案の基礎にある。その上、指令から出てくる一新しい顧客の金銭防護者に関する契約上の義務表示が想起される

第3文は、従来の民法第 651k 条第3項第3文に相応している。

### 第 651s 条（欧州経済地域に居住する旅行主催者の倒産担保）について

本規定は、加盟各国は、指令第 17 条の国内法化において行われた旅行主催者の居住加盟国の措置により旅行主催者が給付するあらゆる倒産担保を承認しなければならないとの、指令第 18 条第 1 項に含まれている原則を表現している。「営業法第 4 条第 3 項の規定の意味におけるその居住地」という法文により、指令第 3 条第 10 号の定義が国内法化されている。この定義中で挙げられている EG 指令第 2006/123 号第 4 条第 5 号は、上述の営業法の規定により国内法化された（BT-Drs. 16/12784, S. 14 参照）。

民法草案第 651s 条は、指令が影響を与えない（考慮理由 49 参照）ローマ I 規則の衝突規定が民法第 651a 条以下のドイツ規定に適用されることから出発している。この場合には、ドイツの物権法が修正される。

指令は、欧州経済地域（EWR）協定の締約国にも適用されることから出発すべきである。このために、指令は、欧州経済地域共同委員会の決議によっ



て EWR 法の集大成 EWR-acquis に引き継がれることが必要である。このような決議は、多分まもなくなされるであろう。民法草案第 651s 条が、他の加盟国の旅行主催者に関しても他の欧州経済地域国の旅行主催者に関しても、旅行主催者が、その居住地国が指令第 17 条の国内法化のために公布した規定により、担保を提供しているときにも、旅行主催者が倒産担保義務を果たしていることを規定することによって、この展開を民法草案第 651s 条は先取りしている。

欧州経済地域外の国の旅行主催者に関しては、民法施行法草案第 46c 款第 1 項が衝突規定を置いている。この規定がドイツ法の適用を導くときは、この旅行主催者は、民法草案第 651r 条により倒産に対して防護しなければならない。

#### 第 651t 条 (前払い) について

本規定は、旅行主催者は、彼がその倒産担保義務を履行しているときのみ、旅行者の旅行代金前払いを請求し又は受領してよい、と定めている。この他に、旅行主催者は、旅行者に明確に分かりやすくかつ強調された仕方、顧客の金銭防護者の名前及び連絡データを提供していただかなければならない；他の加盟国又は欧州経済地域協定締約国の旅行主催者の場合には、倒産保護を提供する組織に関して、及び、場合によっては当該国家が指定した管轄官庁に関して、これらの情報提供がなされなければならない。

民法草案第 651t 条は、各国内の一般契約法に影響を与えない指令第 2 条第 3 項並びに第 17 条 (倒産保護) 及び第 24 条 (遵守貫徹) 及び第 25 条 (罰則) との文脈において判断すべきである。いつ旅行代金の弁済期が到来するのかわという問題を、指令は未解決のままにしている。しかし、補足的に引き合いに出される民法第 646 条からは、弁済期は旅行の終了と共に到来することになる。それより早い弁済期は、現在、民法第 651k 条第 4 項及び第 5 項によってのみ、それゆえ、担保証券の引渡又は (他の加盟国又は欧州経済地域協定

締約国の旅行主催者の場合には）その他の証明により、生じうる。それゆえ、旅行主催者の倒産の場合に旅行者が保護されるとの十分な保証を旅行者が有するときのみ、前払いは請求されることが許される。

しかし、もはや（宣言的な）担保証書の引渡ではなく、有効な倒産保護が存するかどうかが念頭に置かれている（第1号）。追加的に、旅行者は、防護者の名前及び連絡データの通知により、倒産保護の存在をもう一度調査できる状態に置かれなければならない（第2号）。これによって、加盟各国に委ねられた顧客の金銭防護者に対する直接請求権の証明をその一部とみなさない強行的な指令準則の承認が意図されている：すなわち、民法草案第651t条に反して旅行主催者が旅行者の支払金額を受領するときは、彼は営業法草案第147b条による秩序違反を犯している（そこでの説明参照）。

#### 第651u条（外国学校滞在 Gastschulaufenthalte）について

この規定は、指令の適用範囲に含まれていない領域についての規定を内容としている。本規定は、新たな法状況への民法第651i条の適合に資する。

民法第651i条は、2001年7月23日の旅行規定の第2改正法により挿入された。きっかけは、1990年の指令は国際的な外国学校滞在（ホームステイ）には適用されないことが確定された、C-237/97号法律事件（「フィンランド AFS 国際文化プログラム」）における1999年2月11日の欧州司法裁判所（EuGH）判決である（BT-Drs. 14/5944, S. 9）。EuGHは、パック旅行はこの指令に挙げられているサービス（運送、宿泊、その他の観光旅行給付）の少なくとも2つを含んでいなければならないとする1990年指令第2条第1号の要件が充たされていないと判断した。受け入れ国への単なる運送は、そうしたサービスであるが、受け入れ家庭の選択並びに学校通学の可能性のアレンジはそうではない。

EuGHのこの判決は新指令によって変更されていない。それゆえ、外国学校滞在は依然としてヨーロッパ法のパック旅行の基準を充たしていない。し

かし、各国内法のレベルにおいて外国学校滞在をパック旅行として性格づけることは、立法者に委ねられた。民法草案第 651u 条は、これに資している。かつて民法第 651l 条の導入を導いた考慮は、依然存在している。外国における外国学校滞在は依然人気があるが、リスクがないわけではない。生徒並びにその両親も、格別に情報提供及び援助に頼らざるを得ない。

民法草案第 651u 条は、本質的には民法第 651a 条以下の新法文が必要としている必要な適合に限定している。パック旅行法の重要な規定は、もはや直接ではなく、準用されるべきであることはこれに属する。内容的な差異はこれと結びついていない。その上、旅行前の解除（民法第 651i 条、新：民法草案第 651h 条）及び解約（民法第 651e 条、第 651j 条、新：民法草案第 651l 条）に関する引き合いに出されている規定の変更はあとづけられなければならない。さらに、若干の編集上の変更と並んで、生徒の協力義務 *Mitwirkungsobliegenheit* は、受け入れ家庭における宿泊、監督及び世話にだけでなく、受け入れ国における学校通学にも及ぶことが明らかにされている（*Staudinger/Staudinger*(2016) § 651l Rn. 16; *Palandt/Sprau*, 75.Aufl., § 651l Rn. 5 参照）。従来、民法第 651l 条第 2 項第 1 号に含まれていた「生徒の協力のもとに *bei Mitwirkung des Gastschulers*」という文言は、これに応じて民法草案第 651u 条第 2 項の導入された文の成分に移動された。

### 第 651v 条（旅行仲介）について

従来、旅行仲介人の地位は、民法第 651k 条第 3 項及び第 4 項の規定においてのみ定められていた。民法草案第 651v 条は、この規定を適切な形式で引き継ぎ、かつ、仲介人のために追加的な準則を含んでいる。その法的性質が議論されている旅行仲介契約の具体的な分類（整序）のための必要は見い出されていない。通説は、請負契約又は請負契約的性格を有する法律行為である事務処理契約 *Geschäftsbesorgungsvertrag* と見ている（*Staudinger/Staudinger* (2016) § 651a Rn. 62）。

## v 第1項について

第1項は、旅行仲介人を、旅行者にパック旅行を仲介する事業者と定義している。これによって、指令第3条第9号の規定が内容的に国内法化されている；指令の定義の文字通りの引き継ぎは、ドイツ法の理解と適合しないであろう。さらに、指令第5条第1項の国内法化において、旅行主催者のそれに相応する固有の契約前の情報提供義務が旅行仲介人に帰せられることが、規定されている。

指令は、旅行者が契約前の情報提供を「旅行仲介人からも」得ることを、加盟各国に保証するように要求している。これにつき、考慮理由24は「パック旅行の仲介人は、旅行主催者と共に、契約前の情報提供の準備につき責任を負うべきである」と述べている。それゆえ、旅行主催者とパック旅行の仲介人とは共に、情報提供の不履行又は不正確な情報提供につき責任を負うべきである。しかし、契約前の情報提供を旅行者に2度与えることには何らの価値もない。それゆえ、第2文は、旅行仲介人が旅行者への情報提供によって自己の情報提供義務を履行するだけでなく、同時に旅行主催者の情報提供義務をも履行することを規定している。このことは、上に引用した指令の準則に照応している。契約前の情報提供義務の完全な履行があるときのみ、このことは、旅行主催者のためにも効力を有する。他方、旅行主催者が自己の契約前の情報提供義務の履行を既に果たしたときには、民法草案第651d条第1項第2文の規定における同様の規制により旅行仲介人は（もはや）旅行者への情報提供義務を負わない。旅行主催者と旅行仲介人との連帯債務者の責任が規定されるべきかは、旅行者に対して存するそれぞれ独自の情報提供義務が本来的に問題となっているから、正当ではないように思われる。2つの事業者のどちらが情報提供義務を履行すべきかの決定は、その内部関係に関することであり、旅行者の意向には存しない（民法第421条第1文参照）。

旅行仲介人が契約前の情報を提供するときには、全ての変更を旅行者に通知する自己の義務も彼に帰せられる。このことは、民法施行法草案第250款

第 1 条第 2 項との校合において第 1 文から生ずる。これによって、指令第 6 条第 1 項第 2 文の規定が国内法化されている。そこで「及び、関係する限り、旅行仲介人は」と言われている限りで判断すると、このことは、旅行主催者が旅行仲介人を使用する場合には、双方が責任を負うべきであることを証明している。

旅行仲介人の自己の情報提供義務は、契約締結と共に終了する。このことは、指令第 6 条第 1 項第 2 文（「パック旅行契約の締結前に」）及び「旅行主催者又は旅行仲介人は、契約締結時に又はその後遅滞なく旅行者に契約の写し又は確認書を持続的記録媒体で提供する」とする第 7 条第 1 項第 2 文の規定から生ずる。第 5 条第 1 項及び第 6 条第 1 項におけるとは異なり、ここではそれ故、旅行主催者及び旅行仲介人の累積的責任から出発してはいない。むしろ、2 人の事業者の 1 人のみが旅行者に対して義務を負っているのだと十分見うる。このことは、旅行仲介の場合には、ドイツ連邦共和国では実地に運用されており、かつ、指令（第 3 条第 9 号）から認められているような方式で、旅行主催者にのみ有意義である。なぜなら、パック旅行契約の有効な締結と共に、旅行仲介人は旅行者に対してのこのことに関する彼の義務を履行しているから。旅行仲介人のその後の活動は、旅行者に対する彼の契約上の関係からは生ぜず、旅行主催者の代理人としてである。代理人としての旅行仲介人は、旅行主催者の履行補助者と見なされる（BGH2006 年 4 月 25 日判決 - X ZR 198/04 ; BGH は、この判決において、選任決定の時点を念頭に置いている）。

第 3 文は、情報提供義務の履行につき旅行仲介人に証明責任を義務づけることを定めている。これによって、指令第 8 条の規定が国内法化された。

#### v 第 2 項について

旅行主催者に関して民法草案第 651t 条によりその規制内容が適合されている民法第 651k 条第 4 項の規定は、旅行仲介人も挙げている。旅行仲介人に関する準則は、今や民法草案第 651w 条第 2 項の規定において描かれている。

第1文は、民法草案第651t条第2号の規定が旅行仲介人に準用されることを規定している。旅行仲介人が金銭防護者の名前及び連絡データを旅行者に提供したときにのみ、旅行仲介人も旅行者の支払いを請求し又は受領してもよい（民法草案第651t条に関する説明参照）。旅行仲介人が金銭防護者の名前及び連絡データを旅行者に提供しないときには、彼は営業法草案第147b条により秩序違反とみなされる。これに反して、彼が自己の倒産担保義務を行わないときは、民法草案第651t条第1号の規定は、準用可能とは明言されていない。

第2文及び第3文は、民法第651k条第4項第2文及び第3文における現在の規制に本質的に照応している。どのような要件の下に旅行仲介人が旅行代金の支払金の受領につき権限を有しているかが規定されている。現在は、旅行仲介人が旅行者に担保証書を引き渡すとき、又は旅行契約を仲介することにつき旅行仲介人が旅行主催者から委託されているとの旅行主催者の責めに帰されべきその他の事由が生じているときが、これである。このことは、旅行仲介人による支払金の受領が旅行者に対して強調された方式で排除されているときにのみ、適用されない。成程、担保証書に固執しえないが（民法草案第651r条について参照）、将来、契約前に並びにとりわけ契約上も与えられるべき倒産担保に関する情報提供と並んで、担保証書による証明が行われる。この点では、旅行主催者の責めに帰すべき事由に関して、優先的に契約の写し又は確認書を念頭に置くことは正当であろう。それゆえ、旅行仲介人が、民法施行法第250款第6条第3号の規定により顧客の金銭防護者の名前と連絡データが与えられる契約の写し又は確認書を旅行者に提供すれば、旅行主催者が旅行仲介人に旅行代金の支払金を受領する権限を与えたことが法律上推定される。このほかの点では、民法第651k条第4項第2文及び第3文の規定内容は、民法草案第2文及び第3文に移行させられている。その他の旅行主催者の責めに帰すべき事由の1つとして、将来も、担保証書が意味を獲得できる。

第 2 文及び第 3 文の規定は、指令が第 2 条第 3 項の規定により影響を与えない問題に関している。

#### v 第 3 項について

旅行仲介人が、その住所を EU の加盟国の 1 つに又は他の欧州経済地域協定締約国の 1 つに有していない旅行主催者のパック旅行を仲介するときは、彼は、第 3 項の規定により、補助的に自ら旅行主催者として責任を負う。旅行主催者が民法草案第 651i 条乃至第 651t 条の規定（瑕疵担保責任、援助義務、倒産担保に関する義務）から生ずる旅行主催者の義務を履行していることを旅行仲介人が証明できないときは、旅行仲介人自身がこれらの義務を義務づけられる。第 3 項の規定は、指令第 20 条の国内法化に資する。

#### v 第 4 項について

第 1 文は、指令第 15 条の国内法化において、旅行者の瑕疵通知及び旅行給付の提供に関する旅行者のその他の意思表示についての旅行仲介人の受領代理権 *Empfangsvollmacht* を規定している（たとえば、瑕疵担保請求権の主張について）。仲介する旅行代理店 *Reisebuero* が（典型的に）商法第 84 条以下の規定の意味での商事代理人であるときには、締約代理人の受領代理権は商法第 55 条第 4 項、第 54 条の規定から、媒介代理人の受領代理権は商法第 91 条第 2 項第 1 文の規定から生じている。しかし、旅行法上の規定は指令第 23 条により合意によっても変更し得ない（強行法である）から（民法草案第 651z 条参照）、旅行法における特別規定は必要である。その上、旅行者が瑕疵を旅行仲介人に対して通知するときには、それは現在十分とは見なされていないことが考慮されるべきである（BGH, NJW 1988, 488 参照；Staudinger/Staudinger (2016) § 651d Rn. 18 も見よ）。しかし、指令第 15 条は、加盟各国は旅行仲介人を介しての連絡受け取りの可能性を広範囲に保証することを要求している。すなわち、考慮されるべき全ての「契約上のパック旅行給付の提供に関する報告、要求又は苦情」が無制限に挙げられている。これは、現地での瑕疵に関する通知も含んでいる。むろん、これらは実務ではしばしば現

地の旅行案内人を介して行われるであろう。なぜなら、指令は、迅速に旅行主催者と連絡を取るために旅行者が頼りうる現地の代理人又は連絡機関若しくはその他の機関を、旅行主催者は、契約の写し又は確認書の中に挙げていなければならないことを定めているからである（民法施行法草案第250款第6条第2項第4号b参照）。

その上、第2文は、商法第86条第2項に依拠して、第1文に挙げられている旅行者の意思表示を遅滞なく旅行主催者に通知する旅行仲介人の義務を定めている。

旅行仲介人への旅行者の意思表示の到達は期間遵守のため旅行主催者への到達と見なすとの、指令第15条第2段に規定されている法的効果は、既に第1文に規定されている旅行仲介人の受領代理権から生じている。

#### 第651w条（リンクされた旅行給付 *verbundene Reiseleistungen* の仲介）について

指令は、パック旅行が依然として包括的な保護を与えているときでも、パック旅行の予約の場合のみでなく旅行者をより良く保護しようとしている。しかし、リンクされた旅行給付の新しいカテゴリーは、個々の旅行給付の予約の場合の一定の状況において旅行法上の基礎的保護を与えるという意図に基づいている。それは、一方で、リンクされた旅行給付が何らパック旅行を予約していないことについて明確にする、他方で、リンクされた旅行給付の仲介人は倒産担保の義務を負わされうる、という意図に基づいている。

#### w第1項について

第1文は、いつ事業者がリンクされた旅行給付の仲介人であるのかを定義している。これによって、指令第3条第5号の規定が国内法化されている。

パック旅行の場合には、同一の旅行のためにその都度（少なくとも）2つの異なる旅行給付が選択されなければならない。それゆえ、第651a条第3項の意味での旅行給付が問題となり、したがって、1つのパック旅行及び追加



的に1つの個々の旅行給付が仲介されるときは、リンクされた旅行給付の仲介は存しない。しかし、1つのパック旅行に追加して多くの旅行給付が仲介されるときは、これらのその他の旅行給付に関して、リンクされた旅行給付の仲介が備わっている。この場合には、もう1つのパック旅行も成立しうる：すなわち、「パック旅行でない旅行」という導入された文部分の法文は、その時々状況において特にパック旅行の要件が存しないかどうかを常に優先的に検討すべきことについて、法適用者に注意を喚起しなければならない。

第1号は、事業者の販売所（例えば旅行代理店）への唯一の訪問又は事業者の販売所（例えば、オンライン旅行ポータル又は電話通話の間）との唯一のコンタクトにより旅行者が給付を予約する場合に該当し、かつ、民法草案第651a条第2項第2文第1号、第651b条第1項第2文第1号の同類 Gegenstück である：すなわち、旅行者が支払に同意する前に、旅行給付が束ねられるときに、パック旅行は成立する。しかし、これに対して、旅行者が旅行給付を別々に選択しかつ支払うときには、リンクされた旅行給付の仲介として特に性格づけられる旅行給付の仲介の場合が残されている。別々の選択及び支払から出発できるためには、支払過程 *Zahlungsvorgang* の分割だけでは十分ではない。このほかに、民法草案第651y条第2文（指令第23条第3項参照）の回避禁止もこれに対立するであろう。

第2号は、とりわけ民法草案第651c条（いわゆるクリック・スルー予約）と関連しているが、オンライン予約に限定されない。それは、以下の要件メルクマールを充たしていなければならない：すなわち、旅行者は、まず、事業者のもとで又は事業者を通じて最初の旅行給付を予約しなければならない。ついで、この事業者は、適切な方法で他の種類の1つの旅行給付に関して他の事業者との少なくとも1つの契約を仲介しなければならない。最後に、他の事業者が締結した別の契約は、最初の旅行給付の契約締結の確認後、遅くとも24時間内に締結されなければならない。民法草案第651c条によるパック旅行に対する区別において、他の事業者へのデータ伝送は必要としない。

第2文は、事業者が旅行者をただ他の事業者と接触させるだけのときには、特に、適切な方法での仲介は存しないことを、はっきりさせている。これにより、適切な方法での仲介は、単に他の事業者に広告面（オンライン又はオフライン）を利用させる、又は、旅行者に一般的な方法でその他の旅行給付について情報提供するより多くのことを要求していることが、特に明らかにされている。指令の考慮理由12は、この意味で例として、ウェブサイト上での場所取りにクッキーやメタデータが利用されることを挙げている。旅行者がバンナー **Banner**、リンク又はその他の手段を通じて単に他の事業者のホームページ又はアプローチサイト（すなわち、インターネット場面の中心的な出発サイトとして公示されているサイト）に達するだけのときは、旅行者が仲介人の助けを借りずにサイトを呼び出したものとして、これは、単に広告が存在しただけで適切な方法での仲介はなかったというべきほどに、コミュニケーションの漠然としたかつ重要でない形式だと理解されるべきであろう。このようなありふれたコミュニケーションの場合に、指令から生ずる義務を確かめたりこれを履行することは、事業者には非常に困難であり又は全く可能でない。

指令の考慮理由13は、第2号の解釈のために若干のその他の手がかりを与えている。

事業者のウェブサイトが、旅行者に次々にかつ外観上束ねられた一定の旅行給付（例えば航空便、ホテル、レンタカー）が提供される予約コース **Buchungsstrecke** を予定しているときは、（特にパック旅行の要件が存しない限り）適切な方法での仲介が問題となる。他の提供者の旅行給付が外観上予約コースの中に束ねられていないが、旅行者が、他の方法で（例えばEメールで）旅行給付の予約との関連で事業者から他の提供者の旅行給付を追加的に予約する勧誘をうけるときにも、リンクされた旅行給付の仲介から出発しうる。

第3文は、民法草案第651a条第4項第1文第1号、第2文及び第5項に含

まれている適用範囲の例外を圧倒的に準用可能と説明しており、かつ、指令第 2 条第 2 項及び第 3 条第 5 号第 2 段の規定を国内法化している。パック旅行の場合と同様に、第 2 の種類の旅行給付の場合に、組合わせの全体価値において重要な部分を形成しておらず、かつ、組み合わせの本質的な特徴を意味せず、それ自体として申し込まれていない観光旅行的給付が問題となるときには、リンクされた旅行給付は存しない（民法草案第 651a 条第 4 項第 1 文第 1 号及び第 2 文との関連で第 3 文参照；規定の第 2 号は、指令第 3 条第 5 号第 2 段との一致において準用できないと説明される。）。さらに、時折にのみ、利益獲得のためではなく、かつ限られた人々のためにのみ行われる旅行給付に関する契約の仲介は、排除されている（民法草案第 651a 条第 5 項第 1 号との関連で第 3 文参照）。日帰り旅行のための旅行給付に関する契約の仲介も、第 3 文により、民法草案第 651a 条第 5 項第 2 号との関連で、同様に排除されている。準用において、最後に、事業者たる旅行者との出張旅行の企画準備に関しての基本契約に基づいて、その事業上の目的のために行われる旅行給付に関する契約の仲介も、排除されている（民法草案第 651a 条第 5 項第 2 号との関連での第 3 文参照）。

#### **w 第 2 項について**

第 2 項は、民法施行法草案第 251 款第 1 条及び第 2 条に詳細に規定されているリンクされた旅行給付の仲介人の、契約前に旅行者に情報提供する義務を指示している。その際に、契約前の情報提供の時点及び種類及び方法と並んで、民法施行法草案の附録に含まれているひな形による関連した方式用紙が旅行者に提供されることが問題となる。第 2 項は指令第 19 条第 2 項の国内法化に資する；欧州経済地域外の国のリンクされた旅行給付の仲介人に関しては、民法施行法草案第 46c 款第 3 項の規定により国内法化が行われている。

#### **w 第 3 項について**

第 3 項は、リンクされた旅行給付の仲介人が倒産担保義務を負う要件並びに場合によっては提供されるべき倒産保護の範囲を定めている。これによっ

て、指令第19条第1項の規定が国内法化されている；欧州経済地域外の国のリンクされた旅行給付の仲介人に関しては、民法施行法草案第46c款第2項の規定により国内法化が行われている。

リンクされた旅行給付の仲介人は、彼が旅行給付の報酬（の支払）に旅行者の支払金を受け取り、かつ、その点で、リンクされた旅行給付の仲介人の仲介人の倒産の場合に、旅行給付が中止になり又は提供された旅行給付が旅行者によって更にもう一度支払わねばならないとのリスクが存するときには、倒産に対して防護しなければならない。事業者が同時に自己の旅行給付を提供するのではないときには、倒産防護の義務は回避できる。支払金はその時々給付提供者に直接行くように支払金の流れを整えることができる（直接徴収 *Direktinkasso*）。彼がその契約を仲介する給付提供者が彼に徴収代理権を与え、かつ、仲介人が受け取った顧客の金銭を給付提供者への転送又は給付提供者による徴収まで他人の金銭として倒産に固定した *insolvenzfest* 信託口座 *Treuhandkonto* に保管するときにも、リンクされた旅行給付の仲介人の倒産担保義務は存しない（これに関しては、Kressel, *RRa* 2015, 176, 178 参照）。この場合には、旅行者は、彼に仲介された旅行給付のための報酬を給付提供者に対して自由にリンクされた旅行給付の仲介人に支払うことができる（*Staudinger/Staudinger* (2016) § 651k Rn. 8 und 26 ; *Palandt/Sprau*, 75. Aufl., § 651k Rn. 7a 参照）。法状況は、この場合、旅行仲介人の徴収代理権が存する又は彼が一定の要件の下で法律上旅行代金の支払受領権があると見なされる、パック旅行の領域における規定と比較可能である（民法草案第651v条第2項参照）。旅行仲介人への支払の結果としての（事実上の又は法律上擬制された）徴収代理権の場合には、民法第362条の規定により履行が生ずるといふ事情に基づいて、旅行仲介人が旅行代金を旅行主催者に引き渡さないときにも、旅行主催者は反対給付を提供しなければならない。それゆえ、旅行仲介人の万一の倒産は、この場合には旅行者の給付請求権には何ら影響せず、それゆえ、倒産担保も必要としない。この考慮は、リンクされた旅行給付の

仲介人に与えられた徴取代理権に基づいて行為する彼による支払金の受領に転用できる。それゆえ、旅行代理店及びオンライン旅行ポータルは、将来、倒産に対して必然的に防護しなければならないわけではない。

給付提供者として同時に自ら旅行給付につき義務を負い、かつ、このために契約上合意された支払金を受け取る、リンクされた旅行給付の仲介人は、常に倒産担保義務を負う。その上、運送人は、契約上合意した帰路運送を防護しなければならない。

これにより、倒産担保が必要であれば、リンクされた旅行給付の仲介人自身によって旅行給付が提供されなければならない、若しくは、旅行者にその人との契約が仲介された他の事業者の対価債権がなお履行されなければならない、かつ、倒産の場合に旅行給付が中止になるとき、又は、旅行者が提供された旅行給付に関して弁済されていない他の事業者の支払催告に応ずるときには、旅行者にその支払金が払い戻されることを保証しなければならない。リンクされた旅行給付の仲介人の場合に、同時に自ら旅行者の運送につき義務を負っている運送人が問題となるときは、彼は、旅行者の帰路運送及び帰路運送の時点までの宿泊を保証しなければならない。この他、パック旅行のために提供されるべき倒産保護に関してと同様のことが当てはまる。このことは、指令が使用している「倒産」概念の詳細な説明に関しても、第4文が準用可能と言っている民法草案第651r条第2項乃至第4項並びに第651s条及び第651t条の準則に関しても、当てはまる。

#### **w第4項について**

第4項は、契約前の旅行者への情報提供及び倒産担保に関する先行する2項の準則の不履行を制裁している。リンクされた旅行給付の仲介人がその当該義務を履行しないときは、それ自体パック旅行の場合にのみ関連している重要な権利義務が当てはまる。そこで、旅行者は、予約された旅行給付に関連して、リンクされた旅行給付の仲介人に対して民法草案第312g条第1項と関連して第312条第7項第2文に相応した撤回権 *Widerrufsrecht* を有する。こ

の他、旅行者には契約譲渡権及び旅行開始前の解除権が帰属する（民法草案第 651q 条、第 651h 条）。旅行中に困難が生じたときは、旅行者は、援助義務のあるリンクされた旅行給付の仲介人を頼ることができる（民法草案第 651q 条）。その他には、旅行者は、旅行の瑕疵の場合の旅行者の権利を主張でき（民法草案第 651i 条乃至第 651p 条）、最後に、瑕疵通知及び旅行給付の提供に関するその他の意思表示を、給付提供者に代えてリンクされた旅行給付の仲介人になすことができる（民法草案第 651v 条第 4 項）。それゆえ、上述の範囲において、リンクされた旅行給付の仲介人は、旅行主催者の地位、又は、（民法草案第 651v 条第 4 項に関して）旅行仲介人の地位に就く。第 4 項は、指令第 19 条第 3 項の規定の国内法化に資する。

リンクされた旅行給付の仲介人が、必要な倒産保護を持たないで支払金を受け取るときは、さらに、秩序違反を犯す（民法草案第 651t 条との校合における第 651w 条第 3 項第 4 文、営業法草案第 147b 条）。

#### w 第 5 項について

第 1 文は、その旅行給付が第 1 項により上首尾に仲介されたその時々 of 事業者が、リンクされた旅行給付の仲介人に旅行者との契約締結について通知しなければならないことを規定している。リンクされた旅行給付の仲介人が倒産担保の義務を負っているときは、彼は、この方法で、彼の倒産の場合に旅行者が権限のある人々の 1 人とみなされることを知る。多数の仲介された契約の場合には、この義務は他の事業者の各人に帰属する。リンクされた旅行給付の仲介人が他の事業者の代理人として契約を締結したときは、彼はいずれにしても締結された契約について知っているから、第 1 文による義務は存しない。第 5 項により、指令第 19 条第 4 項の規定が国内法化されている。

#### 第 651x 条（予約ミスについての責任）について

民法草案第 651x は、新たな（民法第 2 編第 8 章第 9 節）第 4 款の適用範囲に入る、予約ミスについての責任に関する一般規定に関している。この規定

は指令第 21 条の国内法化に資する。

指令第 21 条は、一般に「事業者」に関するものであり、この事業者には、指令第 3 条第 7 号における定義により、旅行主催者、旅行仲介人、リンクされた旅行給付の仲介人及び給付提供者が入っている。この（民法草案第 651x 条に挙げられている）事業者は、一方で、彼の責めに帰される予約システムの技術的瑕疵につき責任を負わなければならない。他方で、ミスが、旅行者の過責によるものでない、又は、回避不能な異常事態に起因するものでない限り、事業者は、予約過程の間に犯したミスについて責任を負う。

指令第 21 条第 1 段のドイツ語法文は、事業者が予約過程 *Buchungsvorgang* の間になすミスについての責任を、彼が「パック旅行又はリンクされた旅行給付の一部である旅行給付の予約の手配を行う（指示する）*zu veranlassen* 承諾の意思表示をした」場合についてのみ規定している。その際、（第一印象とは逆に）確かに制限的な基準は問題とならず、従って、法文への受け入れも必要ない。むしろ、外国の法文との比較では「*zu veranlassen*」は、手はずを整える *Organisieren* 又は実施する *Durchfuehren* の意味で、従って、広い意味で理解されている（例えばイギリス法文では「*arrange*」、フランス法文では「*organiser*」、ポルトガル法文では「*proceder a*」、デンマーク法文では「*sørfe for*」参照）。

指令が事業者と旅行者とに関連してその都度、「責めに任ずる *zuzurechnen*」と言う概念を使用しているときには、これは、（民法草案第 651n 条の場合と同様に）「責めに帰せられる *verschuldet*」の意味で理解される。その際、確かに事業者に関しては、彼が契約上の損害賠償請求権の債務者として民法第 276 条以下の一般規定の下に置かれ、従って、彼はとりわけ履行補助者についても責任を負うことが考慮されるべきである。この点で一層明確に規定するために、「*vreschuldet*」に代えて「*zu vertereten*」という法文が適切である。事業者又はその履行補助者の有責な行為との関係で、指令第 21 条第 2 段の規定が民法草案第 651x 条第 2 号の場合にのみ適用されうる。

既に従来、旅行主催者、旅行仲介人、及び給付提供者は、その活動範囲で惹起した予約ミスについて責任を負うべきである（BGH,1981年11月19日判決 - VII ZR 238/80；ハンブルク地裁2002年4月23日判決 - 309 S 134/01；Müenden 簡裁 2006年4月05日判決 - 4 C 103/05；Frankfurt 地裁 1988年1月15日判決 - 2/1 S 363/86）。この点で、規定はなかならず明確な意義を有している。

指令第21条は、請求権者を挙げていない。挙げられた事業者が予約ミスにつき相互に損害賠償責任を負う組み合わせも考えられる。しかし、これは、指令第22条で特に言及されている償還の問題である。これに応じて、指令第21条は、旅行者とその時々事業者との間の関係のみに関しており、従って、旅行者が請求権者である。考慮理由45はこの解釈を確認している：すなわち、「パック旅行又はリンクされた旅行給付の予約過程中に瑕疵が生じた場合に、旅行者は保護されるべきである」。

請求権付与者は、旅行者の契約相手である民法草案第651x条に挙げられている事業者の各人である；、この点で、パラレルな責任も可能である（旅行主催者及び場合によっては旅行仲介人の責任について、前掲BGH参照）。

### 第651y条（逸脱した合意）について

本規定は、本款の諸規定は合意によっても変更し得ないものであり、かつ、本款の諸規定が別の形式によって回避されるときでも適用されることを定めている。これによって、指令第23条の規定が国内法化されている。

指令第23条から生じているように、指令の変更不可能性は、もっぱら旅行者の諸権利を包括している。この限りで、旅行主催者の、又は、指令第20条の場合には旅行仲介人の、第三者に対する、したがって特に給付提供者に対する法的関係は、影響を受けない。あの事業者相互の法的関係に関する限り、現行の私的自治による法的形成の可能性は残っている。

この背景には、指令第22条の効果的な国内法化に関して、償還請求権の特



別規定が提供されていない。旅行主催者及び旅行仲介人は、法律により提供される法的可能性に基づいて、給付提供者に償還を請求することができる。すなわち、例えば旅行主催者が旅行者に航空運送の場合の大幅遅延並びに手荷物の運送遅延につき責任を負うときのように、その時々のも事業者の損害賠償請求権と並んで、場合によっては、旅行者の譲渡された権利から生ずる請求権（民法第 398 条）も問題となる（Frankfurt 高裁 2011 年 11 月 15 日判決—16/ U 39/11 参照）。この法的な可能性が契約上制限されるか又は償還条項によって確保されるかは（これに関しては、MueKoBGB/Tonner, 6. Aufl., § 651h Rn. 18 ; Fuehrich, Reiserecht, 7. Aufl., § 13 Rn. 10 参照）、私的自治に委ねられている。

旅行主催者又は旅行仲介人の償還を可能にする、法律に規定されている請求権が約款によって制限又は排除されているときは、この約款は、民法第 307 条における一般条項による内容コントロールに服する。民法第 308 条第 1 号、第 2 号乃至第 8 号及び第 309 条の規定は、事業者に対して使用される約款には直接適用されない。もっとも、これが譲渡可能である限り、条項禁止において表現されている評価は、民法第 307 条による内容コントロールの枠内で考慮されるべきである（約款規制法第 24 条に関する BGHZ 89, 363ff. 及び 90, 273ff. 参照）。