

資料 4

ドイツ旅行規定の第3改正法参事官草案（各論）の立法理由 (3) 民法草案第 651r 条～第 651z 条

高橋 弘

ドイツ民法草案第 651a 条以下の規定については、広島法学 40 卷 2 号(2016・10) 参照。なお、同号に発表した第 651r 条第 1 項第 3 文及び第 651x 条第 3 項第 3 文は、以下のように訂正する。

第 651r 条第 1 項第 3 文：「旅行主催者の財産への倒産手続きの開始及び破産財団がないための開始申立の棄却は、支払不能と同一に取り扱われる。」

第 651x 条第 3 項第 3 文：「リンクされた旅行給付の仲介人の財産への倒産手続きの開始及び破産財団がないための開始申立の棄却は、支払不能と同一に取り扱われる。」

第 651r 条（倒産担保）

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 *unternehmerisch* 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 号に相応しているが、草案は、「により」という法文を「の場合に」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（BGH2011 年 11 月 2 日判決、- X ZR 43/11 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」、考査理由 39 第 5 文も参照）、第 2 項において並びに考査理由 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」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 参照）。

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）。

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 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、履行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。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。訳者注：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（BTDRs. 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（BTDRs. 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、実際には存しないとの 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 651u 条について参照）、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ことが、な

かんずく想像できる。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ない。顧客の金銭防護者は、旅行者に対して、顧客の金銭防護契約からの抗弁に依拠できない。同様に、パック旅行契約の締結の時点までに存在した倒産保護を、その間にいかなる理由にせよ常に解約したと旅行者に対して主張す

ることは、顧客の金銭防護者に禁止されている (BT Drs. 14/5944, S. 11)。

しかし、規制草案は、担保証書により顧客の金銭防護者に対する直接請求権を証明すべき旅行主催者の義務は、将来、なくなる点で、現行法から区別される。指令は、その指令部分においてこのような証明を規定していない。その考慮理由 39 によると、成程、加盟国に、それによって倒産保護の提供者に対する直接請求権が証明されている証明書を旅行主催者が旅行者に交付するよう、請求することを任せている。しかし、より詳しく検討すると、このような証明書の付加価値は明白でない。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 2 号 60 頁も参照) 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。

さらに、担保証書は、いずれにせよ宣言的な性格を有しているに過ぎず、かつその上、必ずしも顧客の金銭防護者自身によって発行されなければならないものではないことが、考慮されるべきである。防護者の授権により旅行主催者が発行した証明書で十分であり、それゆえ、それが頻繁な実務である (BT Drs. 14/5944, S. 11)。これらの場合に、旅行者は、旅行主催者が権限を持って行為していると信頼せざるを得ない。

また、旅行者に対する顧客の金銭防護者の抗弁を排除するために、担保証書は必要とならない。旅行契約の締結の時点での防護者との担保契約の存在が、直接請求権にとって決定的である。証書が偽造されたため、又は、主催者が故意又は過失によりその防護義務を無視したため、交付された担保証書

に反して全く担保契約が存していないときは、交付による権利外観 *Rechtsschein* は設定されない。それゆえ、担保契約のないのに偽造担保証書が交付されるときは、顧客の金銭防護者は責任を負わない（Fuehrich, *Reiserecht*, 7. Aufl., § 16 Rn. 24）。最後に、パック旅行契約の締結の時点で顧客の金銭防護契約が存したかどうかのみが、重要である。こうした考慮が、第2文の規定提案の基礎にある。

その他の点では、ドイツの倒産担保システムの適用可能性の場合にのみ、担保証書又は直接請求権の証明書が、旅行主催者から要求して取られうる。他の加盟国の倒産担保システムは、指令第18項第1項により承認されるべきである。これらのシステムが指令の要求を超える証明を予定していないときには、（全く分かり切ったことだが）このことは、その時々外国の提供者に関しては、受け入れなければならない。ドイツ基本法第3条の差別的取扱の禁止（恣意禁止）並びに第12条により保護されている職業選択の自由を考慮して、旅行者を保護するために、なぜ国内の提供者による担保証書の交付が今後も適切であり、かつ、なかならず必要であるのかが、示され得なければならないであろう。しかし、上に述べた理由からは、納得のいく理由付けはなされ得ない。

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）

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）

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に、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、顧客の金銭防護者の名前及び連絡データを提供していなければならない。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、担保証書の引渡又は（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。

民法草案第651t条は、担保証書をもはや予定していないから、（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なければならない（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）。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。

第651u条（個々の旅行給付へのパック旅行法の適用）

この規定は、一定の要件のもとに、パック旅行に関する規定の個々の旅行給付への類推適用を定めている。これによって、指令が加盟各国に委ねている立法の余地が利用されている。考慮理由21は、指令の適用範囲にない領域にも指令に適合した規制を行う権限を加盟各国が有することを述べている。この例として、「（例えば休暇用住居の賃貸のように）個々の旅行給付に関する独自の契約のための規定」が挙げられる。

民法草案第651u条は、旅行者のために現在の保護水準を維持することを目指している。すなわち、BGHは、1985年以降、一定の要件のもとに、個々の旅行給付の提供に旅行法を類推適用してきた（BGH, NJW 1985, 906 ; NJW 1992, 3158）。これは、長い期間、先ず以て、往路は自分で行く休暇用住宅又

は休暇用住居の予約の場合に効果を現した。2014年に下された判決において、BGHは、BGHが定立した原則により、ホテル宿泊の予約にも旅行法が類推適用されうると明示した(BGH, 2014年5月20日の欠席判決 - X ZR 134/13)。指令の国内法化の過程において、BGHの判決が法律上の規定における明確化に繋がった。類推が行われるかどうかの区別は、(現在かつ提案されている規定において)とりわけ旅行主催者の振る舞い *Auftreten* が念頭に置かれる。主催者が個別給付を自己の責任において履行する、それゆえ、主催者がパック旅行の場合のように自己の給付として個別給付を提供する、かどうか、決定的である。民法草案第651a条における旅行主催者は職業名の意味で使用されておらず、パック旅行の契約相手方を表わしているから、民法草案第651u条は、「旅行主催者」の概念を使用していない。しかし、「旅行者の申込みから」という法文は、パック旅行並びに個別の旅行給付を提供する点にその取引目的がある事業者が考えられていることを明確にしている。

しかし、主催者は自己の責任で旅行給付を提供するから、旅行法の類推適用可能性は、BGHの判決によってのみで行われるわけではない。旅行給付は、その態様からも又は事業者の側で引き受けられた企画準備義務 *Organisationspflicht* によってパック旅行に匹敵する。その限りで、BGHは、「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には、それは通常、主催旅行の一部が問題となっている。目的物とその引渡により休暇旅行の枠組みと基本的特徴とが設定されている。単に家や住居の引渡が合意され、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、及びそれらと共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」と述べている(BGH, 1995年6月29日判決 - VII ZR 201/94, BGHZ 130, 128-133)。BGHは、外洋ヨットのチャーターの判決事件で、なかんずくヨットでどこに帆走されるのかにつき契約はブランクにしているため、この要件が備わっているとは見ていない。

問題となる事例をより限定するために、民法草案第 651u 条は、調達される給付及び契約上の合意により旅行の枠組み及び基本的特徴が設定されていなければならないという追加的な要件を含んでいる。これは、宿泊以外の旅行給付の場合にはまれにしか問題とならないが、排除されていない。例えば船舶やキャンピングカーの引渡の場合に、同時に旅行ルートが確定している、それゆえ旅行者への企画準備及び情報提供が義務づけられるときには、これが問題となる。

民法草案第 651u 条の要件が充たされると、民法草案第 651a 条以下の規定が準用される。第 651a 条第 2 項及び第 4 項、第 651b 条、第 651c 条及び第 651d 条第 5 項の規定は、多数の旅行給付にのみ関連しているから、排除される。

第 651v 条（外国学校滞在 Gastschulaufenthalte）

この規定も、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651v条は、これに資している。かつて民法第651i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651v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651i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) § 651I Rn. 16; Palandt/ Sprau, 75. Aufl., § 651I Rn. 5 参照)。従来、民法第651i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 Gastschuelers*」という文言は、これに応じて民法草案第651v条第2項の導入された文の成分に移動された。

第651w条 旅行仲介

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651w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)。

W第1項について

第1項は、旅行主催者のそれに照応する契約前の情報提供義務が旅行仲介人に帰せられていることを定めている。これによって、指令第5条第1項の規定が国内法化された。

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ともに、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にのみ、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的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。

w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。担保証書にしがみつぐことはもはやできないから（民法草案第 651r 条について参照）、それに代えて、契約の写し又は確認書が念頭に置かれている。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。

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。

w 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。

w 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 651x 条 リンクされた旅行給付 *verbundene Reiseleistungen* の仲介

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。

x 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。第 1 号は、事業者の販売所（例えば旅行代理店）への同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）との同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 1 号、第 651b 条第 1 項第 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 651z

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 1 つの旅行給付に関して他の事業者と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。

「適切な方法での」仲介のメルクマールは、具体的な個別ケースにおける解釈を必要とする。指令の考慮理由 12 及び 13 は、このために若干の手がかりを与えている。事業者のウェブサイトが、例えばそれを介して旅行者が他の旅行給付について単に一般に情報提供されるリンクを有しているときは、このメルクマールは充たされていない。クッキーやメタデータがウェブサイト上の広告の場所取りのために利用されているときには、同様のことが当てはまる。これに対して、事業者のウェブサイトが、旅行者に次々に一定の旅行給付 (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、(特にパック旅行の前提条件が存しない限り) 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見上予約コースの中に東ねられていないが、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 2 文は、民法草案第 651a 条第 4 項及び第 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、1 点で適切な形式で、説明しており、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号及び第2号aとの関連で第2文第1半文：規定（民法草案第651a条第4項第2号）のb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、仲介は、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給付に関する契約から出発した（民法草案第651a条第5項第1号との関連で第2文第1半文参照）。日帰り旅行のための旅行給付に関する契約の仲介は、第2文の第2半文により、民法草案第651a条第5項第2号との関連で、常に排除され、それゆえ、包括代金が最高75ユーロのときも排除される。指令は、第2条第2項aにおいて、日帰り旅行は、一定の旅行代金とは関わりなく、指令の適用範囲に入らないことを予定している。ただ、指令の適用範囲外で規定を作ることは、現在の保護水準を顧慮して、パック旅行のためには正当なように思われる（民法草案第651a条第5項第2号並びに第651a条第5項に関する説明参照）。民法草案第651a条第5項第3号の準用において、最後に、事業者たる旅行者との基本契約に基づいて営業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る（第2文第1半文参照）。

第3文は、第651b条及び第651c条の規定は、影響を受けない旨を明確にしている。これは、法適用者に、その時々の中合わせにおいて特にパック旅行の前提条件が存しないかどうかを先ず以て常に検討すべきことを思い出させる。

x 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。

x 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前提条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、彼が旅行者の支払金を受領するときは、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、支払金の受領は回避できる。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。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。

これにより、倒産により旅行給付が中止になったとき、又はリンクされた旅行給付の仲介人がその対価債権の履行をしなければならない給付提供者が旅行者から旅行給付の報酬を請求しているときには、(パック旅行の場合と同様に)、倒産担保は必然的に、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。

x 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、それ自体バ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651w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651w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時は、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651x条第3項第4文、営業法草案第147b条）。

x 第5項について

第5項は、その旅行給付が第1項により上首尾に仲介された事業者が、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 651y 条 (予約ミスについての責任)

民法草案第 651y 条は、予約ミスについての責任に関する規定に関する。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 651y 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。この解釈の場合、指令第 21 条の第 2 段は、意味的にも民法草案第 651y 条第 2 号の場合にのみ関連づけられる。

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; AG Menden, 2006 年 4 月 05 日判決 - C 103/05; LG Frankfurt, 1988 年 1 月 15 日判決 - 2/1 S 363/86)。その限りで、規定はなにかんづく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。それに応じて、指令 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、その結果、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 651y 条に挙げられている事業者の各人であり、その限り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 651z 条（逸脱した合意）

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が残っている。

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も問題となる（OLG Frankfurt 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（BGHZ 89, 363ff. 及び 90, 273ff. 約款規制法第 24 条につき参照）。