

독일에 있어서 여행계약의 법적 성질에 관한 비교법적 고찰

A Comparative Study in connection with Legal Character of Travel Contract in Germany

김 성 욱*
Kim, Sung-Wook

목 차

- I. 서 론
- II. 독일에서의 법적성질에 관한 논의상황
- III. 우리나라에서의 법적 성질에 관한 논의상황
- IV. 결 론

국문초록

이 논문의 제목은 여행계약의 법적 성질과 관련한 비교법적 고찰이라고 하였다. 최근에 생활수준의 향상과 더불어 여가선용의 방법으로 여행이 증가하고 있다. 특히 1989년 해외여행과 관련한 부분적인 제한이 폐지된 이후에 국외여행은 더욱 증가하고 있는 실정이다. 일반적으로 여행의 형태는 두 가지로 구별될 수 있다. 하나는 개별여행이고 다른 하나는 패키지여행이다. 전자는 여행자가 직접 여행계획과 운송수단 등을 마련하여야 되지만, 후자의 경우에는 여행주최자가 자신의 책임하에 여행을 기획하고 여행프로그램을 실행하게 된

논문접수일 : 2012.09.21

심사완료일 : 2012.10.25

게재확정일 : 2012.10.30

* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 조교수

다는 점에서 차이가 있다. 최근에는 후자와 같은 여행형태가 일반적인 모습인데, 이를 독일에서는 총괄여행이라고 한다. 패키지여행의 경우에는 여행의 대증화에 상당한 기여를 하였다고 볼 수 있다. 패키지여행에 있어서 여행주최자는 여행을 실행하면서 여행자에게 다양한 편의를 제공하게 되는데, 이 과정에서 여행자와 여행주최자 사이에 다양한 법적 문제가 발생하고 있다. 특히 외국의 경우에는 증가하는 여행분쟁을 해결할 목적으로 다양한 제도적 장치를 마련하고 있지만, 우리의 경우에는 여행계약과 관련한 규율방식이 미흡한 실정이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 본고는 독일에 있어서 여행계약의 법적 성질에 관하여 검토한 것이다. 이러한 검토를 통하여 여행계약의 입법방향을 재고할 필요성이 있다고 보여 진다.

주제어 : 여행, 여행계약, 총괄여행, 여행주최자, 여행자

1. 서론

국민의 소득이 증가함에 따라 여가생활 또는 생활의 재충전의 방법도 점점 다양해져 가고 있다. 그 중에서 눈에 띄는 현상이 여행의 증가이다. 최근에는 국내여행 뿐만 아니라 해외여행도 꾸준히 증가하고 있는 실정이다. 그런데 여행계약을 체결하고 여행계약상의 급부를 이행하는 과정을 살펴보면, 여행자의 경우에는 여행대금을 미리 선납하였음에도 불구하고 그에 상응한 급부가 불완전하게 이행되거나 급부 중의 일부가 불능인 경우가 발생할 수 있다. 이러한 법적 분쟁은 여행의 증가에 상응하여 점진적으로 발생할 가능성이 높다. 이와 관련하여 여행계약으로 인한 법적 분쟁을 합리적으로 해결하기 위해서는 우선 법 적용의 전제가 되는 법적 성질을 선행적으로 파악하는 것이 유용한 접근방법이다. 그런데 여행계약은 개별적인 급부가 유기적으로 연결되면서 채무이행을 하게 된다는 점에서 다양한 법적 성질론이 대립되고 있다. 이러한 학설대립은 여행계약의 개념과도 직결되는 문제이다. 특히 여행계약의 법적 성질을 검토해야 하는 이유는 여행업자와 여행자사이의 책임법리를 명확하게

할 수 있고, 또한 계약의 당사자는 아니지만 여행계약과 관련되어 있는 개별 급부자의 법적 지위 및 민사책임의 소재를 분명히 할 수 있다는 점에 있다. 이하에서는 여행계약의 법적 문제와 관련하여 상당할 정도의 판례 및 연구가 집적되어 있는 독일의 경우에 여행계약의 법적 성질을 어떠한 시각에서 이해하고 있는지, 현재 우리나라에서 논의되고 있는 여행계약의 법적 성질론은 어떠한 모습으로 진행되고 있는지에 대하여 검토하고자 한다.¹⁾

II. 독일에서의 법적성질과 관련한 논의상황

1. 입법경과

독일은 1976년에 연방정부가 여행계약법을 특별법으로 제정할 것을 제안하였으나, 연방의회의 심의과정에서 민법전에 삽입하기로 확정하였다. 이에 1978년 12월 13일에 민법개정법으로서 연방하원의 의견을 거쳤고, 1979년 4월 6일에 연방상원의 의결을 거쳐, 1979년 5월 4일에 공포되고 동년 10월 1일부터 시행되었다. 이 법은 독일 민법전의 개정형식을 취하여 여행계약을 도급유사

1) 여행계약과 관련한 다양한 논의상황에 대해서는 다음의 것을 참고할 것: 이선수, "여행업자의 민사책임에 관한 연구", 한양대학교대학원 박사학위논문, 2006; 안신재, "여행계약에 관한 연구 : 여행주최자의 책임을 중심으로", 숭실대학교 박사학위논문, 2005; 노영상, "여행계약 법제화를 위한 실증적 연구", 동아대학교대학원 박사학위논문, 2005; 임정엽, "여행계약에 관한 연구", 전주대학교대학원 박사학위논문, 2003; 이승길, "민법개정(안)의 여행계약에 관한 고찰", 「홍익법학」 제10권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2009; 최병록, "여행자 보호를 위한 법적 고찰", 「소비자문제연구」 제34호, 소비자보호원, 2008; 이선수, "여행업자의 민사책임에 관한 고찰", 「한양법학」 제19집, 한양법학회, 2006; 남윤봉, "민법개정안 '여행계약'에 관한 고찰", 「한양법학」 제17집, 한양법학회, 2005; 김성욱, "여행계약에 관한 소고", 경희대학교대학원 석사학위논문, 2002; 강신웅, "여행계약에 관한 연구", 사법행정, 한국사법행정학회, 1997. 5; 권순희, "여행계약당사자의 법적지위에 관한 연구", 연세대학교대학원 박사학위논문, 1998; 김윤구, "여행계약의 연구", 「법학연구」 제7권 1호, 충북대학교, 1995; 박영복, "도급계약-독일법제상의 도급계약과의 비교고찰", 「외대논집」 제1집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1994; 서민, "여행계약법에 대한 입법 의견", 「민사법학」 제16호, 한국민사법학회, 1998. 6; 이승길, "여행계약에 대한 기본개념의 고찰", 「법학논문집」 20, 중앙대학교 법학연구소, 1995.

계약으로 도급계약 다음에 제651조 a 내지 제651조 k의 규정을 삽입하였다. 이하에서는 독일에 있어서 여행계약법의 제정 이전과 이후로 구별하여 그 법적 성질론에 대하여 고찰하고자 한다.

2. 여행계약법 제정 이전

독일에서 여행계약을 도급계약이라고 본 최초의 판결은 1968년 1월 8일 베를린 지방법원의 판결²⁾이다. 그 주요한 내용을 간략하게 살펴보면 다음과 같다. “여행자의 대금지급과 교환하여 일정한 기일에 특정한 호텔 숙박을 제공한다는 여행업자와의 계약은 도급계약으로 볼 수 있다. 여행업자의 약관 중에 그가 이용하는 호텔 등의 중개인에 지나지 않고, 위반·손해 등이 있어도 책임을 지지 않는다는 언급이 있더라도 도급계약이라는 점에는 변함이 없다. 여행계약의 당사자는 일치하여 여행업자는 여행자에 대해서 운송수단 및 숙박의 알선을 하고, 여행자가 희망하는 대로 여행을 실행하는 것을 여행계약의 목적으로 본다. 그러므로 여행업자는 원칙적으로 그 중개활동의 결과에 관하여도 책임을 지지 않으면 안된다. 따라서 중개를 계약으로 한 때에도 중개계약이 아니고 도급계약이라고 본다. 왜냐하면 여행업자는 반대급부로서 중개수수료가 아닌 포괄대금을 청구하고, 그것과 교환으로 여행의 총체적 실행을 약

2) LG Berlin, MDR, 1968, S. 582: 독일에서는 특히 1970년대 초에 여행주최자와 여행자 사이에서 발생하는 여행계약상의 법적 문제가 크게 제기되자 판례는 이를 개별적으로 해결해 나갔다. 예컨대 1972년 11월 30일의 판결(소위 예방접종사건: Impfschadenfall)은 여행계약을 체결한 여행자측에서 불가피하게 예방접종을 받을 수 없게 되어 여행을 포기한 사건이었다. 여기서 연방대법원은 이 계약을 「도급계약」으로 규정하고 여행자가 여행을 포기함으로써 지불해야 하는 취소(해약금)로는 도급계약상의 독일민법 §645 제1항에 따라 계약 해제시까지 여행주최자가 「실제로 들인 비용」(tatsächliche Aufwendungen und Auslagen)을 원칙으로 한다고 결정했다. 또한 1973년 10월 10일의 소위 휴가별장사건(Ferienhausfall)에서 연방대법원은, 여행자와 여행주최자 사이의 계약상의 약관에서 여행주최자가 자기는 단지 여행자와 개별급부자(별장소유자)사이의 계약을 중개하는데 불과하다고 표시한 소위 「중개인조항」(Vermittlerklausel)은 효력이 없다고 확인하였다. 또한 1974년 10월 10일의 소위 루마니아사건(Rumanien-Fall)에서는 열악한 숙박·식사·휴양을 제공받은 여행자가 여행주최자에게 제기한 손해배상청구사건이었는데, 연방대법원은 「헛되이 보낸 휴가기간」(vertane Urlaubszeit)에 대해 이것을 재산적 손해로 인정하여 배상청구를 허용하였다(최홍섭, “여행계약과 그 입법론에 대한 몇가지 생각”, 법학연구 7집, 인하대학교 법학연구소, 2004, 252면).

속하기 때문이다. 그러므로 여행약관 중에서 여행업자에 의한 중개활동의 언급은 여행의 실행에 있어서, 여행자는 개별급부자에게 제2차적인 계약책임을 물을 수 있다는 것으로 이해할 수 있다. 그런데 여행업자는 다른 서비스 제공기관에 중개한 계약의 이행에 어떠한 영향도 미칠 수 없다는 데서 그 주된 책임을 거부하려 한다. 그러나 여행업자가 그 주된 급부의무에 대하여 책임질 필요가 없다는 것은 여행계약의 내용으로 될 수 없다. 여행업자는 여행계약의 총체적 실행을 위하여 필요한 호텔, 기타 서비스 제공기관의 이용가능성을 여행자에게 제공하여야 한다. 여행업자는 이 의무이행을 위하여 그가 사용하는 이행보조자의 행위에 대하여도 독일 민법 제278조에 의하여 책임을 져야 한다.”고 하여 도급계약으로 보았다. 그 후의 일련의 하급심 판결도 유사한 입장에 있다.³⁾

이후 독일 연방대법원(BGH)은 1972년 11월 30일 판결에서 여행계약을 도급계약으로 파악하면서, 개별급부자를 여행업자의 이행보조자로 보았다.⁴⁾ 또한 1973년 10월 18일 판결에서 여행계약 가운데 중개인조항을 무효로 하여 여행자에 대한 여행업자의 직접적인 법적 책임을 긍정하였다.⁵⁾ 도급계약이라고 판결한 이유는 여행자가 외국에서 섭외소송을 하는 것이 타당치 않다는 고려도 포함되어 있었던 것으로 보인다.⁶⁾ 이러한 판례의 입장에 대하여 학설은 이를 긍정하는 견해와 비판하는 견해가 대립하였다. 비판하는 견해로는 여러 가지 주된 의무가 계약에 의하여 결합(혼합채무)된 문제이기 때문에 도급계약이라고 한 법원의 견해는 합의의 내용에 합치하지 않는다고 하는 견해⁷⁾와

3) LG München, MDR, 1970, S. 925 : OLG Nürnberg, NJW, 1973, S. 1004.

4) BGHZ 60, 14, 16: E. Wolf, Vertretenmüssen beim Reisevertrag, DB, 1974, S. 465(도급계약이라고 보면 수급인은 일의 완성에 대해 책임을 부담하게 된다. 즉 여행업자는 여행이 결합없이 종료되는 것에 관하여 책임을 지게 되므로 결합이 생긴 경우에는 이를 제거하거나, 여행자의 계약해제에 응하여야 할 것이다.)

5) BGHZ 61, 275, NJW, 1974, S. 37(여행업자가 자기의 이행보조자를 통하여 스스로 급부를 이행하는 외관을 발생시킨 경우에 중개인조항을 무효라고 판시하였다. 이에 따라 도급계약의 적용이 확실하게 되었다.) 이러한 것을 반영하여 여행계약법이 제정된 후에 제651조의 a 제2항에서는 “개별적인 여행급부를 수행할 사람(“급부담당자”)과의 계약만을 알선, 중개한다는 의사표시는 기타 사정으로 보아 표의자가 약정된 여행급부를 자기 책임하에 실행한다는 외관이 존재하는 것으로 인정되면 고려되지 아니한다”고 명문으로 규정하고 있다.

6) 高橋 弘, 前掲「西ドイツ旅行契約法の成立過程」68面: 朴永馥, “獨逸에서의 旅行契約法の發展”, 民事裁判의 諸問題(上), 松泉李時潤博士華甲論文集, 1995, 415面.

여행계약은 원칙적으로 위임과 도급의 규정이 결합된 사무처리계약(제675조) 및 도급계약(제631조)의 규정이 준용되는 독자의 계약이라는 견해가 있다.⁸⁾ 한편 긍정하는 견해는 포괄여행계약을 독일민법 제675조의 사무처리를 목적으로 하는 도급계약으로 파악하였다.

3. 여행계약법 제정 이후

여행계약법 제정 이후에도 여행계약의 법적 성질에 대하여 도급계약으로 보는 견해와 독자적인 계약으로 보는 견해가 대립되었다. 먼저 도급계약으로 보는 견해에 의하면 여행업자는 여행자와 계약을 체결하되 스스로 여행 전과정에 있어서 다수의 여행상의 급부를 조직하고 모든 급부를 자기의 이름으로 집합·조립할 것을 인수하여 여행계약의 목적인 여행의 완성을 약속하는 대가로 모든 비용을 포함한 일괄요금의 지급을 여행자로부터 받는 당사자이며, 여행자는 여행업자만을 신뢰하여 그를 계약의 유일한 상대방으로 하고 여행에서 발생하는 일체의 사건처리를 그에게 위임하는 당사자라는 것이다. 따라서 여행자는 여행의 중간과정에서 누가 개별급부를 하게 될 지 알 수 없고, 그와 직접 교섭하거나 청구·소구하는 등의 어려움을 스스로 부담하려고 하지 않을 것이며, 사실상 그것은 불가능하기 때문에 여행계약은 사무처리성을 포함한 도급계약의 일종으로 보아야 한다고 한다.⁹⁾

7) 이승길, “여행계약에 관한 연구”, 중앙대학교대학원 박사학위논문, 1993, 25면; E. Wolf, a.a.O., S. 465

8) H. Bartl, Reiserecht in: H. Klatt, Recht der Touristik(Gruppe 130) 1977, S. 2 ff., S. 10; 高橋 弘, 前掲「西ドイツ旅行契約法の成立過程」, 68面.

9) Medicus, Schuldrecht II, 4. Aufl, 1990, S. 171: 도급계약은 원칙적으로 도급인의 요구에 따라 수급인이 일의 완성을 가져오는데 반해, 여행주최자와 여행자사이의 계약은 여행주최자가 미리 기획한 여행상품을 제공하는 점에서 차이가 있고, 매매계약과는 소유권이전이 존재하지 않는다는 점에 차이가 있으므로, 이 새로운 계약유형(즉 여행주최계약)을 法定化할 필요가 있었다. 더구나 기존의 법규정으로는 문제해결이 불충분하다는 점과 소비자보호의 필요성이 제기되면서 일찍부터 이에 대한 입법이 준비되어 왔다. 이 입법초안은 본래 체계상으로는 특별법으로 구성되었고, 내용에서는 불이행과 불완전이행을 구별하지 않는 「통일적 이행장애」개념을 출발점으로 삼고 있었다. 그러나 최종입법에서는 여행주최계약을 민법의 일부로 편입시키기로 함과 동시에, 민법의 전통적 체계를 벗어나지 않기 위해 통일적 이행장애개

반면에 독자적인 계약으로 보는 견해에 의하면 여행계약은 여러 가지 개별 급부의 총체로 이루어지며, 그 이행이 일정기간에 걸쳐서 순차적으로 또한 적시에 하지 않으면 안되며, 적시에 이행되지 않은 급부는 추완할 수도 없고, 개선도 불가능하다고 보므로, 여행계약의 계속적인 채권관계를 중요시하여 통상의 도급계약과는 구별되어야 한다고 한다.¹⁰⁾ 또한 도급계약은 예정된 효용을 가지는 완성된 일에 대하여 보수를 지급하는데 반하여, 여행계약은 여행업자가 이행할 급부의 총체에 대하여 보수를 지급하고 여행종료시에 점차적으로 제작된 결과에 대하여 보수를 지급하지는 않는다는 점이 다르다고 한다. 현재 독일 학설의 주류는 여행계약을 도급계약에 유사한 독자적 계약유형으로 보고 있다.¹¹⁾

III. 우리나라에서의 법적 성질과 관련한 논의상황

1. 도급계약으로 보는 견해

이 견해는 여행계약의 급부내용을 여행이라는 무형적 일의 완성, 즉 여행 급부의 총체제공이라는 개념으로 파악하는 입장이다. 비록 여행계약이 계속적 채권관계와 유사한 요소들을 가지고 있다고 하더라도, 그로 인하여 일의 완성과 보수가 대가관계에 있다는 것, 즉 도급인은 완성된 결과에 대하여만 보수를 지급한다는 도급계약으로서의 성질이 여행계약에서도 배제되는 것이라고 해석할 필요는 없다고 한다.¹²⁾ 즉 여행계약의 경우에는 여행의 완성이 본지이지 그 완성을 위한 과정 내지 사무의 처리가 그 목적은 아니라고 한

념을 부정하고 대신 하자개념을 중심으로 그에 대한 담보책임을 규정하였다(최홍섭, "여행계약과 그 입법론에 대한 몇가지 생각", 254면).

10) K. Larenz, Zur Typologie des Reisevertrages, VerR, 1980. S. 689ff.

11) Brox, a.a.O., Rn. 289a: MK-Tonner, vor § 651a Rn. 15: Palandt-Thomas, 54. Aufl, 1995, Einführung vor § 651a Rn. 2.

12) 김윤구, "여행계약의 연구- 단체해외여행계약을 중심으로", 「법학연구」 제4권, 충북대학교, 1992, 112면.

다. 그리고 여행계약의 법적성질을 이와 같이 파악할 때 비로소 여행업자가 여행으로부터 발생하는 다양한 민사책임으로부터 면책되려는 폐단을 방지할 수 있다고 본다. 즉 여행업자는 채무자로서 계약에서 정해진 급부를 이행하여야 할 의무를 지며, 그 급부의 이행에 있어서 개개의 서비스에 관해 적당한 운송업자·공중접객업자 등(서비스제공자)에게 하도급을 주어야 하며, 이들 서비스 제공자와 계약을 맺은 당사자는 여행업자이지 여행자가 아니라고 한다. 따라서 여행업자는 자기가 계약한 서비스 제공자인 개별급부자에 대해서도 계약당사자로서의 채무와 책임을 지게 되는 계약을 별개로 체결하게 된다고 한다.¹³⁾ 그러나 민법의 도급규정은 주로 물건의 제작¹⁴⁾에 염두한 것으로 여행계약과 같은 종합서비스계약을 규율하기에 미흡하므로, 여행계약의 체결, 변경, 하자담보, 해제, 해지 등에 따른 사법적 규율이 필요하다고 한다.

2. 독자적인 계약으로 보는 견해

여행계약을 독자적인 계약으로 보는 견해는 여행급부가 제공되는 여행의 이행 과정을 중시하고 있다. 이 견해는 여행계약이 여행이라는 무형적 결과의 실현을 그 내용으로 하므로 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약의 일종이라고 생각될 수 있지만, 여행계약의 급부내용은 다수의 서로 다른 급부로 이루어져 있고, 일의 결과인 이들 상이한 부분급부의 실현이 시간적, 장소적, 기능적으로 전체급부(여행)와 결부되어 이루어지며, 일의 결과가 개개의 급부 및 그 시간적 연속과 불가분의 관계에 있어서 일정한 시점에 집중되지 아니하는 점에 비추어 보면, 도급계약 자체는 아닌 독립된 모습의 계약이라고 봄이 옳다고 한다. 그리고 여행업자는 여행계약에 따라서 채무자로서 자신이 직접 여행자에게 일정한 기간에 걸쳐서 여행계약상의 여행급부들을 제공해야 할 채

13) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 1993. 410면.

14) 광윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995. 453면 참조: "민법은 완성물 또는 성취된 부분이라고만 하고 있어 마치 유형적인 일에만 담보책임이 생기는 같이 규정하고 있지만, 무형의 일 예를 들면 병의 치료나 소송의 처리 등을 도급의 목적으로 하는 경우에도 적용해야 한다"고 한다: 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1992. 356면: 그러나 보통의 경우 병의 치료나 소송사건 처리는 일의 완성을 목적으로 하지 않고 위임으로 되는 것이 보통이라고 한다.

무를 부담하게 된다고 한다. 그러나 여행계약에 관한 법률이 신설될 때까지는 여행계약에 관한 법률문제는 그 성질에 어긋나지 않는 한 이 계약내용과 가장 가까운 계약 모습인 도급계약에 관한 규정을 어느 정도 유추적용하는 것도 하나의 방법이라고 한다.¹⁵⁾

한편 이와 유사한 견해로서 여행계약은 도급계약이 아니고 독자적 성질을 가진 일종의 혼합계약이라고 보는 견해가 있다.¹⁶⁾ 즉 여행업자의 급부내용이 하나의 급부로 이루어지고 있지 않을 뿐만 아니라, 시간적으로도 일정한 시점에 집중적으로 완성될 수 있는 성질의 것이 아님을 고려할 때 여행계약을 도급계약이라고 판단하는 것은 정당하지 않다고 한다. 다만 일정한 여행계획과 그 내용의 총체를 그대로 실현하는 것이 여행계약의 목적이라는 점에서 여행업자는 여행계약의 내용을 결과적으로 실현해야 할 의무를 부담한다고 할 수 있다고 한다. 그러나 구체적으로 여행업자의 채무불이행책임 내지 담보책임과 관련해서 그 성질을 규명하는데 있어서는 여행계약은 독자적 성질을 가진 일종의 혼합계약(위임, 매매, 도급계약 등의 요소가 혼합된)이라고 보는 것이 타당할 것이라고 한다.

3. 위임계약으로 보는 견해

여행계약의 법적 성질을 위임계약으로 보는 견해도 있다.¹⁷⁾ 이 견해는 여행계약의 체결로 당사자간에는 계속적 채권관계를 이루고 있는데, 위임계약은 이와 같은 계속적 채권계약을 예정하고 있는 계약이라는 것이다. 위임 역시 일시적 채권관계가 발생은 할 수 있지만 그것은 예외적인 현상이고, 우리 민법 제689조가 위임계약에 대하여 해제가 아닌 해지를 규정하고 있는 것도 위임계약이 원칙적으로 계속적 채권관계에서 문제된다는 점을 간접적으로 나타낸 것이라고 한다. 또한 위임인이 그의 사무처리를 위탁할 때에는 수임인의

15) 강신웅, "여행계약-불가항력으로 인한 해지를 중심으로-", 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1995, 21면.

16) 김형배, 「채권각론」, 1992, 822면.

17) 박희호, "여행계약에 관한 고찰", 한국외국어대학교대학원 석사학위논문, 1996, 23면.

인격·인식·지능·기술 등에 관한 특별한 대인적 신뢰를 기초로 하는 것이 보통이며, 이러한 관계는 여행계약에서도 부합된다고 한다. 즉, 여행자가 여행업자를 이용하려고 하는 것도 그들의 의식이나 경험 및 정보에 관한 강한 신뢰가 있기 때문이다. 이 점에서 고용·도급 등과 같은 타인의 노무를 목적으로 하는 계약과 질적으로 다르다고 한다. 그리고 위임계약은 계속적 채권관계를 예정하고 있기 때문에 여행과 같이 지극히 유동적인 법률관계를 규율하기에 적절하며, 보다 탄력적이고 형평에 맞는 해석론을 이끌어 내기 위해서는 여행계약을 위임계약으로 법률구성을 해야 한다고 주장한다.

4. 판례의 태도

여행계약상의 급부의무와 부수적 주의의무의 구체적 내용이 무엇인지에 대하여 판례는 다음과 같이 설명하고 있다.¹⁸⁾ "여행은 그 계획이나 입안 단계로부터 종료시까지 사이에 상당한 시간이 경과됨과 아울러 장소의 이동이 수반되는 것이기 때문에 여행자가 자연재해·질병·범죄 또는 교통사고 등을 조우할 위험이 있는데다가 특히 해외여행의 경우에는 그러한 위험이 더욱 높을 뿐만 아니라 일단 사고가 발생한 때에는 피해자의 구호 또는 법적 구제가 용이하지 아니한 특성이 있다.

그리고 여행업자는 통상 여행 일반은 물론 목적지의 자연적·사회적 조건에 관하여 전문적 지식을 가진 자로서 우월적 지위에서 행선지나 여행시설의 이용 등에 관한 계약 내용을 일방적으로 결정하는 반면 여행자는 그 안전성을 신뢰하고 여행업자가 제시하는 조건에 따라 여행계약을 체결하게 된다. 이러한 점을 감안할 때, 여행업자는 기획여행계약의 상대방인 여행자에 대하여 기획여행계약상의 부수적 의무로서, 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위하여, 여행목적지·여행일정·여행행정·여행서비스기관의 선택 등에 관하여 미리 충분히 조사·검토하여 전문업자로서의 합리적인 판단을 하고, 또한 그 계약 내용의 실시에 관하여 조우할지 모르는 위험을 미리 제거

18) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25061 판결.

할 수단을 강구하거나 또는 여행자에게 그 뜻을 고지하여 여행자 스스로 그 위험을 수용할지 여부에 관하여 선택의 기회를 주는 등의 합리적 조치를 취할 신의칙상의 주의의무를 진다고 보아야 한다. 그리고 여행업자가 내국인의 국외여행시에 그 인술을 위하여 두는 국외여행인술자는 여행업자의 여행자에 대한 이러한 안전배려의무의 이행보조자로서 당해 여행의 구체적인 상황에 따라 여행자의 안전을 확보하기 위하여 적절한 조치를 강구할 주의의무를 진다. 한편 여행업자가 사용한 여행약관에서 그 여행업자의 여행자에 대한 책임의 내용 및 범위 등에 관하여 규정하고 있다면 이는 앞서 본 안전배려의무를 구체적으로 명시한 것으로 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.

전술한 판례는 여행업자의 주의의무의 내용 및 그 근거를 밝히면서 참조조문에서 민법 제390조와 함께 민법 제680조를 제시하고 있다. 이러한 점을 고려하여 위 판례가 여행계약의 법적 성질을 여행사무처리를 위한 위임계약으로 보고 있다고 주장하는 견해도 있다.¹⁹⁾ 그런데 여행계약은 하는 급부와 주는 급부가 혼재해 있는 계약유형이고 위 판결은 그 중의 하나인 수입인의 주의의무에 대해서만 언급하고 있는 것으로 해석해야 한다. 오히려 위 판결은 여행계약의 법적 성질을 명시적으로 밝히고 있지는 않지만, 여행계약상의 주된 채무의 내용에 합치하기 위한 여행업자의 신의칙상의 주의의무를 인정하면서 여행계약은 다른 민법의 전형계약과는 다른 특수성이 있음을 전제하고 있는 것으로 보여 진다. 따라서 위 판결은 여행계약이란 어떤 계약 유형에도 완전하게 합치되지 않으며, 여행이라는 무형의 급부를 완성하기 위해 혼합적인 채무가 그 내용인 독자적인 계약유형이라는 전제에서 나온 판결이라고 볼 수 있다.

IV. 결 론

여행계약은 여행의 완성이라는 측면에서 보면 도급계약으로 볼 여지도 있다. 그런데 여행계약은 일정한 기간을 두고 시간의 흐름에 따라 여행업자가

19) 정재도, “여행계약에 관한 연구”, 서강대학교대학원 석사학위논문, 1998. 14면.

개별적인 급부를 여행자에게 제공함으로써 계약의 목적이 달성되는 특수성이 있다. 또한 여행계약에 있어서 개별적인 급부들은 단순히 시간적으로 연속된 것이 아니라 유기적으로 결합되어 있다고 보아야 한다. 특히 여행계약을 도급계약으로 볼 경우에는 다음과 같은 문제가 발생하게 된다. 만약 여행의 완성 전에 양 당사자의 귀책사유 없이 여행이 중단된 경우에는 일의 완성 즉, 전체여행에 대한 완전한 급부가 없기 때문에 여행업자에 대한 보수지급의무가 발생하지 않는다고 볼 여지가 있다. 왜냐하면 목적물의 완성 전에는 수급인이 그 위험을 부담해야 하기 때문이다.²⁰⁾ 이러한 결과는 형평의 관념에 부합하지 않다고 보아야 한다. 그러함에도 불구하고 여행계약의 법적 성질을 민법상의 도급계약에 준하여 규율하게 되면 양 당사자의 관계를 합리적으로 규율할 수 없다. 특히 여행계약과 관련하여 상당할 정도의 연구가 집적되어 있는 독일의 경우에도 도급계약의 절에 여행계약을 편해하고 있음에도 불구하고 그 표제에 있어서는 도급계약 및 이에 유사한 계약으로 분리하고 있다는 점을 유의할 필요성이 있다. 이러한 규범형식을 살펴보다라도 여행계약은 도급과는 다른 독자적인 계약으로서 이해하는 것이 타당하다고 생각된다.²¹⁾

참고문헌

강신웅, “여행계약 -불가항력으로 인한 해지를 중심으로-”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1995.

20) 김형배, 「채권각론」, 박영사, 1997. 629면.

21) 독일 여행계약법 제정 당시에 여행계약에서 고유하게 발생하는 문제를 해결하기 위하여는 몇 개의 규정을 도급계약에 보충하는 것으로도 족하고, 새로운 계약유형을 창설할 필요가 없다고 한 연방의회의 법무위원회 소수파 의견도 있었다. 그런데 이러한 의견을 낸 소수파도 본질적으로 도급계약 규정만으로 여행계약에 관한 분쟁을 규율할 수 없음을 시인한 것으로 보여 진다. 보충규정으로 들고 있는 것을 보면 여행자와 제3자의 교체권, 무의하게 보낸 휴가기간에 있어서 손해배상청구권, 여행 중에 계약을 해제한 여행자를 귀환수송할 여행업자의 의무, 불이행에 대한 감액 및 손해배상청구권, 중개인조항의 무효규정 등이다(김행남·이승길, “독일 여행계약법의 입법화 과정에 관한 고찰”, 한남대논문집, 사회과학 24, 1994, 6. 17면 참조).

- 강신웅, "여행계약에 관한 연구", 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1997.
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995.
- 권순희, "여행계약당사자의 법적지위에 관한 연구", 연세대학교대학원 박사학위논문, 1998.
- 김성욱, "여행계약에 관한 소고", 경희대학교대학원 석사학위논문, 2002.
- 김윤구, "여행계약의 연구- 단체해외여행계약을 중심으로", 「법학연구」 제4권, 충북대학교 법학연구소, 1992.
- 김윤구, "여행계약의 연구", 「법학연구」 제7권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 1995.
- 남운봉, "민법개정안 '여행계약'에 관한 고찰", 「한양법학」 제17집, 한양법학회, 2005.
- 노영상, "여행계약 법제화를 위한 실증적 연구", 동아대학교대학원 박사학위논문, 2005.
- 박영복, "도급계약-독일법제상의 도급계약과의 비교고찰", 「외대논집」 제1집, 한국외국어대학교 법학연구소, 1994.
- 박희호, "여행계약에 관한 고찰", 한국외국어대학교대학원 석사학위논문, 1996.
- 서민, "여행계약법에 대한 입법의견", 「민사법학」 제16호, 한국민사법학회, 1998.
- 안신재, "여행계약에 관한 연구 : 여행주최자의 책임을 중심으로", 숭실대학교 대학원 박사학위논문, 2005.
- 이선수, "여행업자의 민사책임에 관한 고찰", 「한양법학」 제19집, 한양법학회, 2006.
- 이선수, "여행업자의 민사책임에 관한 연구", 한양대학교대학원 박사학위논문, 2006.
- 이승길, "민법개정(안)의 여행계약에 관한 고찰", 「홍익법학」 제10권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2009.
- 이승길, "여행계약에 관한 연구", 중앙대학교대학원 박사학위논문, 1993.
- 이승길, "여행계약에 대한 기본개념의 고찰", 「법학논문집」 20, 중앙대학교 법학연구소, 1995.

- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 1997.
임정엽, “여행계약에 관한 연구”, 전주대학교대학원 박사학위논문, 2003.
최병록, “여행자 보호를 위한 법적 고찰”, 「소비자문제연구」 제34호, 소비자보호원, 2008.
최홍섭, “여행계약과 그 입법론에 대한 몇가지 생각”, 「법학연구」 7집, 인하대학교 법학연구소, 2004.
H. Bartl, Zum Stand des Reiserechts, NJW 1983.
Esser/Weyers, Schuldrecht II, 6. Aufl. 1984.
K. Larenz, Zur Typologie des Reisevertrages, VerR, 1980.
Brox, Besonderes Schuldrecht, 20 Aufl., 1995.
島十四郎, 「現代契約法大系」 第7巻, 有斐閣, 1985.
石田喜久夫, 「委任 - 旅行契約」, 法學セミナー- 303號, 1980.
高橋 弘, “西ドイツ旅行契約法の成立過程 -ベツク旅行契約의 司法的 規制”, 「廣島法學」 第5巻 第1號, 1981.

[Abstract]

A Comparative Study in connection with Legal Character of Travel Contract in Germany

Kim, Sung-Wook

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

The title of this thesis is “A Comparative Study in connection with Legal Character of Travel Contract”. Travel is one of the best holiday events as the economy grows and people get more spare time nowadays. Overseas tourists have been increasing specially since the abolition of the partial

restriction on overseas travel in 1989. Travel is divided into two types. One is individual travel, the other package travel. In individual one, a traveler makes a plan and decides the way of transport on his own. On the other hand, in package one, a travel agency makes schedules and plans, carries out programs under its responsibility. The latter, called pauschalreise in German, is more popular these days. A travel agency works for the convenience of people by doing any complicated things for travel. It has promoted people's travel activities leading to mass tourism. However the package travel occurs many problems with the relationship between travel agencies and travelers. Foreign countries normally have laws on travel contract and some other systems to solve the problems occurred. But unfortunately Korea doesn't have any directly related law. For the comparative legal analysis, I examine legal nature of the contract, travel contract related provisions among BGB in Germany. Laws on travel contract in Germany is enacted in 1979. Especially, I examined about Legal Character of travel contract in Germany.

Key Words : Travel, Travel Contract, Pauschalreise, Travel agency, Traveler

