

旅行契約의 法理에 관한 研究

金 祥 燦* · 金 相 明**

目 次

- I. 序 論
- II. 旅行契約의 法的 性質
- III. 旅行契約의 成立
- IV. 旅行者의 權利와 義務
- V. 旅行業者의 權利와 義務
- VI. 旅行業者의 債務不履行責任
- VII. 旅行業者의 免責約款의 效力
- VIII. 結 論

I. 序 論

국민생활의 향상과 더불어 경제가 성장하여 국민소득이 증가하고 국민의 삶의 질이 높아짐에 따라 여가활동이 현저히 증가되고, 여가선용방법 중 여행이 크게 증가하는 것이 각국의 일반적인 현상이다.¹⁾ 우리 나라도 1989년부터는 해외여행에 대한 부분적인 제한이 완전 자유화되는 조치로 국내여행은 물론이고 해외여행도 일반화되고 있고, 앞으로 세계화가 추진되고 동서 양진영의 냉전종결에 따른 평화의 지속과 공산권 국가들의 과감한 개방정책추진으로 인한 민주화실현 등에 따라 국외관광여행은 더욱 늘어날 것으로 예상된다.

이러한 여행은 어떠한 모습이든 계약이라는 법적 매개수단에 의하여 행하여지는데, 넓은 의미로는 각종의 여행을 실행할 의무를 발생시키는 계약을 여행계약이라고 할 수 있으나, 본래의 의미의 여행계약은 이 의미보다는 좁은 개념이다. 이러한 여행의 유형은 여행자 개인이 단독으로 직접 기획·실시하는 개인여행과 여행의 기획·실시를 영업으로 하는 여행업자와 일정한 계약을 집단적으로 행하는 단체일괄여행으로 나누어 볼 수 있고, 단체일

* 濟州大學校 法學科 助教授

** 濟州大學校 大學院 法學科 博士課程 · 濟州產業情報大學 自治行政科 兼任專任講師

1) J. Dumazedier, *Sociology of Leisure*. New York : Elsevier, 1974, p.5.

팔여행은 그 조직과 실시방법에 따라 희망여행과 모집여행으로 구별할 수 있다. 여기서 개인여행인 경우에는 법률문제가 별로 문제가 되지 않는다. 그러나 문제가 되는 것은 단체일 팔여행의 경우에는 여행자와 여행업자간의 계약을 단순한 중개계약으로 볼 것인가, 아니면 대리계약으로 볼 것인가, 도급계약과 유사한 계약으로 볼 것인가에 따라서 여행자에 대한 여행업자·개별급부자로서의 항공회사·숙박업소 등의 책임구성 문제는 다르게 되며, 여행자의 여행과정에서 일어나는 하자에 대해서 여행업자에게 책임을 물을 수 있는가가 문제가 될 수 있고, 여행자와 여행업자 사이에 계약의 취소사유 및 취소후의 법률관계의 구성, 여행자에 대한 여행업자의 구제의무 내지 그 불이행시의 여행자의 자력구제의 효과, 여행업자에 대한 여행자의 손해배상청구권의 행사, 여행업자의 책임범위와 면책사항에 관한 규정, 계약불이행 내지 하자있는 이행의 시정, 여행업자의 해체 및 소멸시효의 문제 등 수많은 문제가 여행자와 여행업자간에 발생하게 된다.

여행계약에 관한 立法例로서 우선 독일의 '여행계약법'(Das Reisevertragsgesetz, 1978. 12. 13.)을 들 수 있다. 이 법은 독립된 특별법으로 하지 않고 독일민법(제651조 a-k)에 편입시켜 1979. 10. 1.부터 시행되고 있다. 한편 여행계약에 관한 체계적인 규율에 대한 요청은 오래 전부터 시도되어 1970년에 Brüssel에서 '여행계약에 관한 국제협약'(Entwurf eines internationalen Abkommens über den Reisvertrag und die Haftung des Reisebüros)이 체결되기도 하였으나, 이 협약에 참가한 국가의 수는 그리 많지 않다.²⁾

일본의 경우 1952년에 여행알선업자를 규제하는 것을 목적으로 '여행알선법'을 제정·시행하였다. 이 법은 단속법규적인 내용을 많이 내포하고 있었으나, 1971년에 거래법적인 성격을 가미한 '여행업법'으로 바꾸었고, 1983. 4. 개정하여 시행되어 왔다. 이 여행업법은 여행업자의 규제와 여행자의 보호를 도모하고 있으나, 결국 민사법적 규율에 의존하고 있다.³⁾

본고에서는 여행계약의 법적 성격, 여행계약 당사자의 권리와 의무, 여행업자의 채무불이행책임, 여행업자의 면책약관의 효력 등 여행계약의 법률관계를 검토해 봄으로써, 여행계약에 대한 법이론이나 판례가 발달되지 않은 우리 민법체제에서 여행계약에서 발생하는 분쟁을 해결하는데 필요한 법리를 구성하고자 한다.

II. 旅行契約의 法的 性質

1. 旅行契約의 概念

일반적으로 여행이라 함은 "인간이 일상생활을 하는 정주지에서 떠나 다시 돌아올 예

2) Klaus Tonner, *Die Entwicklung des Reisevertragsrechts*, AcP 1989, S.130.

3) 山下友信, "運送·旅行", 「消費者法講座」, 第4卷, 日本評論社, 1988, p.211 이하.

정을 두고 이동하는 행위"4)라고 하거나, "일상적인 생활권을 떠나 영구거주 또는 금전획득에 목적을 두지 않는 사람들의 여가와 체제에서 야기되는 제관계 및 제현상"이라고 정의하기도 하지만, 일반적으로 "여행이란 일상거주지를 떠나 보수획득을 제1의 목적으로 하지 않고 1박 이상 일시체류하여 자유로운 활동을 하는 것과 관계된 현상으로 관광자, 관광수요 발생지역, 통과경로, 관광목적 지역, 그리고 관광산업이라는 요소들의 시스템으로 성립된 것을 말한다"5)고 정의한다. 그러나 개개의 여행자가 스스로 여행을 통하여 운송기관·숙박업소 등과 계약을 체결하여 실시하는 여행은 넓은 의미로는 여행계약의 목적인 여행이라고 할 수 있으나, 이는 본래의 의미의 여행계약의 범위에 속하지 아니하고, 이러한 계약관계는 개별적인 여객운송계약·숙박계약·중개계약 등의 관계에 지나지 않는다.6) 여행계약의 목적인 여행은 거래의 실제에서 가장 많이 이용되고 있는 운송·숙박·관광 등이 일체로 포괄된 여행을 가리키며, 법률문제를 가장 많이 발생시키는 것은 관광여행이다.7) 여기서 여행과 비슷한 개념으로서 관광이 있는데, 관광은 여러 가지로 정의할 수 있지만 사람이 일상생활권을 떠나 타지역으로 이동하여 영리를 목적으로 하지 않고 휴식 또는 풍경 등을 즐기는 행위 및 이에 의해 일어나는 사회현상을 말한다고 할 수 있다.8) 이와 같이 관광은 장소의 이동을 필수적인 요소로 하는 점에서 여행을 포함하고 있는데, 여행은 장소의 이동만을 의미하는데 반하여 관광은 그 이상의 행위 내지 사회현상을 포함하는 점에서 여행과는 구별된다고 본다. 그러나 관광실무에서 여행자와 관광객을 구분하지 않는 것이 관례이며 거래실제에서도 여행과 관광은 엄격한 개념 구분 없이 혼용되어 사용되고 있다.9)

일반적으로 여행은 목적, 체재기간, 조직형태, 여행기획자, 여행상품의 판매형태, 여행방향 등 여러 가지 기준에 따라 다양하게 분류될 수 있다.10) 목적에 따라 소용여행과 관광여행으로 나누어지고, 조직형태에 따라 개인여행과 단체여행으로 나누며, 여행기획자 및 실시기관에 따라 모집여행과 희망여행과 위탁모집여행으로 나눈다. 그리고 여행상품의 판매형

- 4) 김상무, 「관광사업론」, 계명대학교출판부, 1991, p.16; 노영화·이득연·최선경, "여행에 관한 소비자보호 방안에 관한 연구", 한국소비자보호원, 1988, p.12.
- 5) Neil Leiper, "The Framework of Tourism: Towards a Definition of Tourism, Tourist, and the Tourist Industry", Annals of Tourism Research, Vol. 6, No. October Desember 1979, pp. 403-405.
- 6) 황적인·이은영, 「독일법」, 박영사, 1987, p.297; 佐藤幸夫, 「鐵道旅客運送契約」, 「現代契約法大系」第7卷, 有斐閣, 1985, p.1
- 7) 김윤구, "여행계약의 연구-단체해외여행계약을 중심으로-", 「법학연구」 제4권, 충북대학교 법과대학 법학연구소, 1992, p.108.
- 8) 김성환, 「관광학원론」, 형설출판사, 1994, p.31; 김재민, 「관광경영론」, 일신사, p.21; 김진섭, 「관광법학」, 대왕사, 1991, p.22.
- 9) 김원인, 「관광학원론」, 학문사, 1995, pp.27-28; 노영화·이득연·최선경, "여행에 관한 소비자보호방안에 관한 연구", 한국소비자보호원, 1988, p.13.
- 10) 이승길, "여행계약에 관한 연구", 중앙대학교대학원 박사학위논문, 1992, pp.13-16.

태에 따라 기획상품(주최여행, ready made여행)과 주문판매상품(order made여행)으로 나뉘며, 대상지역에 따라서 국내여행과 국외여행과 외국인여행으로 나눈다.¹¹⁾ 그리고 산업화 시대의 여행으로서 포괄여행(inclusive package tour) 혹은 패키지여행(package tour)은 여행업자의 기획상품으로서 여행업자가 독자적인 기획에 의하여 여정·여행조건·여행비를 정하고 참가자를 일반으로부터 모집하는 단체여행인 주체여행의 전형적인 형태이며, 단기간에 저렴한 경비로 명승지·고적 또는 주요관광지를 방문하는 여행이다.¹²⁾

현재 우리나라의 여행약관은 국내여행약관과 국외여행약관으로 나누어져 있으며, 일반적으로 한국관광협회가 작성하여 각종 여행업자에게 권장하고 있는 표준약관이 이용되고 있다. 이 표준여행약관에서는 여행의 종류를 희망관광, 일반모집관광(기획여행) 및 위탁관광의 세 가지로 분류하고 있다(국내여행약관 제3조 및 국외여행약관 제3조). '희망관광'이라 함은 여행업자가 여행객으로부터 의뢰받아 여행객이 희망하는 여행조건에 따라 행사를 집행하는 여행을 말하며, '일반모집관광(기획여행)'이라 함은 여행사가 국외여행을 위하여 여행의 목적지·일정·여행자가 제공받을 운송 또는 숙박 등에 관한 서비스의 내용과 이에 따른 요금 등에 관한 사항을 사전에 정하여 이에 참가하는 여행자를 광고 또는 기타의 방법으로 모집해서 실시하는 관광을 말하고, '위탁관광'이라 함은 타 여행사에서 개발한 여행상품을 알선·판매하는 여행을 말한다. 이 중에서 가장 많이 이용되고 법적으로도 중요한 의미를 가지는 것은 일반모집관광(기획여행)이라고 할 수 있다.¹³⁾

여행계약에 관한 개념의 정의는 학자에 따라 달리 정의할 수 있으나, 여행계약에 관한 최초의 입법으로 알려진 독일민법의 규정(제651조 a 1항)과 같이 "여행계약이란 당사자의 한쪽(여행업자)이 여행급부의 총체를 실행하고, 상대방(여행자)은 이에 대하여 약정된 대가(여행대금)를 지급할 의무를 부담하는 계약"이라고 정의하는 것이 일반적이다.¹⁴⁾ 여행급부의 중요한 내용은 운송, 숙박, 음식제공, 명승지·유적지·박물관·미술관 등의 탐방, 관광안내 등과 같이 다양한 데, 여행계약이 되기 위하여는 이들 여러가지 급부 중 적어도 두 가지 이상이 포함되어야 하고, 이 중에서 한 가지 만을 급부하는 경우에는 비록 부수적인 의무가 덧붙여 있다고 하더라도 여행의 총체라고 할 수 없다.¹⁵⁾

11) 김재민, 전제서, p.22 : 노영화·이득연·최선경, 전제논문, p.17.

12) 노영화·이득연·최선경, 상계논문, p.22.

13) 서민, "여행계약", 「민사판례연구」, 민사판례연구회, 1989, p.503.

14) 김윤구, 전제논문, p.110 : 서민, 상계논문, p.504 : H.Brox, Besonderes Schuldrecht, 19. Aufl., 1993, RdNr. 289 a, S.220.

15) 이승길, 전제 "여행계약의 연구", pp.7-8 : 서민, 상계논문, p.505 : D. Medicus, Schuldrecht II, 5. Aufl., C.H Beck., 1992, S. 172 : H.Brox, a.a.O., S. 215.

2. 旅行契約의 法的 性質

여행계약의 법적 성질은 여행계약에 어떤 법규정을 적용할 것인가 하는 문제와 관련되어 있기에 중요한 의의가 있다. 또한 여행계약이 민법전에 전형계약으로 규율되어 있는 경우에도 법규정의 불완전성을 보충하기 위한 해석을 올바르게 하기 위해서 그 성질을 규명할 필요가 있다. 여행계약의 법적성질에 관한 여러 가지 학설의 대립은 여행계약의 개념과 약과도 직결되어 있는데, 독일에서는 여행계약이 민법에 규정되기 전에는 통설과 판례가 여행계약을 도급계약으로 이해하고,¹⁶⁾ 여행계약을 민법에 편입시킨 이후에는 도급계약으로 보는 견해¹⁷⁾와 독자적인 계약유형이라고 보는 견해¹⁸⁾가 나누어져 있다. 한편 일본에서는 주취여행계약과 手配旅行契約으로 나누고, 주취여행계약의 성질에 관하여는 위임(준위임)으로 보는 견해¹⁹⁾와, 중개행위로 보는 견해 및 도급유사의 계약으로 보는 견해²⁰⁾가 있다.

현재 우리 나라의 학설은 도급계약이라고 보는 견해²¹⁾와 도급계약 유사의 독립된 계약 유형이라고 보는 견해²²⁾가 있다. 전자의 견해에 의하면, 거래의 실제로 보아 여행객이 교통·숙박·심사 등을 제공한 운송업자나 공중접객업자에게 그 서비스에 대한 대금을 치르고 여행업자에게는 알선수수료만을 지불하는 것을 내용으로 한다고 보기 어렵기 때문에 여행객과 여행업자간에 여행업자가 제공할 종합적인 여행서비스에 대한 계약이 체결되는 것이며, 그 계약은 도급에 해당하고 여행업자는 채무자로서 계약에서 정해진 급부를 이행하여야 할 의무를 지며, 그 급부의 이행에 있어서 개개의 서비스에 관해 적당한 운송업자·공중접객업자 등에게 하도급을 주는 것으로 이해한다.

이에 반하여 후자의 견해에 의하면, 여행업자에 여행계약은 여행이라는 무형적 결과의 실현을 그 내용으로 하므로 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약의 일종으로 생각할 수 있으나, 여행계약의 급부내용은 다수의 서로 다른 급부로 이루어져 있고 일의 결과인 이들 다른 부분급부의 실현이 시간적·장소적·기능적으로 전체급부와 결부되어 이루어지며, 일의 결과가 개개의 급부 및 그 시간적 연속과 불가분의 관계에 있어서는 일정한 시점에 집중되지 않는 점 등에서 보면 여행계약은 도급계약과 비슷하지만 도급계약 자체는 아닌 독립된 유형의 계약이라고 봄이 옳다고 한다.²³⁾ 다만 우리 현행 민법하에서는 여행계약은 여

16) MünchKomm-Tonnner, 12.Aufl., 1983, § 651a Rz.11.

17) 中村 武, "旅行業者の責任について", 「比較法」第19號, 東洋大學比較法研究所, 1982. 3. p.3 : Esser-Weyers, Schuldrecht II, 6.Aufl., 1984, S.267.

18) Palant-Thomas, Bürgerlich Gesetzbuch, 54. Aufl., 1995, Einf. vor § 651a Rz.2.

19) 島十四郎, 「現代契約法大系」 第7卷, 有斐閣, 1985, p.100 : 石田喜久夫, "委任--旅行契約", 「法學セミナー」 第303号, 1980. 5. p.100.

20) 中田那博·石外克喜 編, 「契約法」, 有斐閣, 1991, p.355 : 石田喜久夫, 上掲論文, p.101.

21) 김윤구, 전계논문, p.111 : 이은영, 「채권각론」, 박영사, 1994, p.409.

22) 서민, 전계논문, p.504.

행계약에 관한 법적 성질에 반하지 않는 한 이 계약내용과 가장 가까운 계약유형인 도급 계약에 관한 규정을 유추적용하는 것이 타당하다.

여행계약은 계약당사자 양쪽이 서로 상대방에 대하여 대가적 의미 있는 출연을 하고, 또 채무를 부담하므로 유상·쌍무계약이다. 그리고 여행계약의 성립은 일정한 급부나 방식에 의존시켜야 될 특별한 이유가 없으므로, 당사자 사이의 무방식의 합의만으로 성립되므로 여행계약은 낙성·불요식계약으로 보아야 한다. 다만 거래의 실체에 있어서는 여행약관이 계약금을 지급하여야 계약이 성립한다는 규정을 두고 있으나(국외여행약관 제4조), 이로 인하여 계약의 성질이 요물계약으로 변하는 것으로 해석할 필요는 없다고 본다.²⁴⁾ 여행은 대부분 여행알선을 영업적으로 하는 여행업자와 계약관계를 맺어 행하여지지만 여행의 알선은 알선자가 영업으로 하여서만 이루어지는 것은 아니므로, 여행계약은 상사계약이 아니라 민법상의 계약이라고 보아야 한다.²⁵⁾ 따라서 여행계약에 대해서는 계약법상의 일반원칙과 '약관규제에 관한 법률'이 적용된다고 하겠다.

Ⅲ. 旅行契約의 成立

여행계약은 민사계약의 한 형태이기 때문에 계약의 성립에 관해서는 계약성립에 관한 민법의 일반원칙이 적용된다. 현재 우리 나라의 거래의 실체에서는 여행계약은 여행업자가 작성한 약관에 의하여 서면으로 체결되는 것이 관행으로 되어 있다. 그런데 여행계약의 성립과정에서 급부가 행해지기도 하는데, 이러한 복잡한 과정 중에서 언제 계약이 성립되는 것으로 보아야 하는지 명확한 기준을 정할 필요가 있다.

1. 旅行契約의 當事者

(1) 旅行者(Reisende)

여행자는 여행업자와 여행계약을 체결하고, 여행급부를 받는 한편 여행대금의 지급의무를 부담하는 자이다. 그런데 여행계약을 체결한 후 여행의 개시 전에 여행급부의 수령자(여행자)가 제3자로 변경되는 경우에(교체참가)도 계약당사자의 지위는 변동이 생기지 않는가, 즉 계약당사자인 여행자는 당사자 지위를 잃고 그 제3자(교체참가자)가 계약당사자의 지위를 승계하는가 하는 점이 문제가 될 수 있다. 이와 같은 경우에는 원칙적으로 제3

23) 김윤구, 전계논문, p.110 : 서민, 상계논문, p.504.

24) 김윤구, 상계논문, p.112.

25) 서민, 전계논문, p.505 : D. Medicus, Schuldrecht II (besonderer Teil), 5. Aufl., 1992, S.173.

자는 급부수령권만을 갖는데 불과하고 여행대금의 지급채무는 여전히 원래의 계약당사자가 부담하고 특별한 사정이 없는 한 계약인수가 이루어진다고 해석할 수 없으며, 계약당사자의 지위에 변동이 생기는 것은 아니라고 해석하나,²⁶⁾ 당초의 계약당사자가 계약의 당사자로서 여전히 남게 된다는 이러한 법리구성은 실제거래와는 괴리가 있으므로 여행자의 교체에 의하여 당초의 계약당사자는 계약관계로부터 제외되고 그에 가름하여 제3자가 새로이 계약당사자로 되는 것이 타당하다.²⁷⁾ 이렇게 해석하는 것이 소비자인 여행자를 두텁게 보호할 수 있기 때문이다.

(2) 旅行業者(Reiseveranstalter)

여행업자는 여행자의 계약상대방으로서 여행급부의 총체를 이행하는 의무를 부담하는 자이다. 즉 '자기의 고유의 것으로 여행급부를 이행하는 자'를 말한다.²⁸⁾ 따라서 여행업자와 계약을 체결하고 여행상의 개개의 부분을 실행하는 이행담당자는 어느 경우에도 여행상의 급부자이지 여행자의 계약 상대방은 아니다. 그리고 스스로 여행급부를 실현할 의무를 부담하지 않고, 여행자와 여행업자 사이의 여행계약을 중개하는데 그치고 여행을 기획하고 실행하는 주체가 아니기 때문에 여행사 혹은 여행안내사무소(Reisebüro)는 여행계약의 당사자인 여행업자가 아니다. 그러나 여행사가 여행계약체결을 중개함에 있어서 여행자에 대하여 여행업자인 것처럼 행위한 경우에는 소비자보호의 차원에서 여행자의 이익을 보호하기 위하여 여행사와 여행자 사이에 여행계약이 성립된 것으로 볼 수 있다.²⁹⁾ 그리고 여행업자는 여행내용 중의 일부에 관해선 여행자와 제3자 사이의 계약을 중개할 수 있는가가 문제가 되나, 이 경우에 여행업자는 여행내용의 일부에 대하여 여행자와 제3자 즉, 여행급부자(Reiseleistungsträger)사이의 계약을 중개할 수 있다고 해석하는 것이 타당하며, 여행계약의 중개는 여행계약체결시에 이러한 중개관계를 명확히 알 수 있도록 하여야 한다.³⁰⁾

2. 旅行契約의 締結

여행계약은 대부분 표준여행약관을 계약내용의 일부로 포함시켜 체결된다. 그러나 약관이 계약의 내용으로 되기 위하여는 계약체결시에 여행자에게 약관이 계약에 포함됨을 알려주고, 약관의 내용을 여행자에게 알려주거나 알 수 있는 상태에 두어야 한다. 그러므로

26) 서민, 상계논문, p.506.

27) 같은 견해 : 이영복, "독일에서의 여행계약법의발전", 「민사재판의 제문제(상)」, 이시윤박사화갑논문집, 박영사, 1994, p.420 ; 김윤구, 전계논문, p.114 ; 이승길, 전계논문, p.18.

28) Palant-Thomas, a.a.O., § 651a 5.

29) 김윤구, 전계논문, p.113 ; W. Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., 1992, S.173.

30) Brox, a.a.O., Rz. 289 b.

계약이 체결된 후에 약관의 내용을 알려준 경우에는 약관은 여행계약의 내용에 포함되지 아니한다. 인쇄되어 교부된 것이 약관의 전문이 아니고 발췌된 내용인 경우에는 그 내용만이 계약내용에 포함되고 생략된 내용은 계약내용으로서의 효력이 없다고 보아야 한다.³¹⁾

여행계약은 민사계약이므로, 당사자의 합의만으로 성립되는낙성계약이다. 이러한 여행계약체결을 위한 과정은 일반적으로 여행업자가 제공한 여행안내서·여행계획서·여행명세서 또는 광고를 보고 여행자가 여행업자와 접촉을 시작하여 여러 가지 상담을 거친 후에 계약의 체결에 이르게 되는 것이 보통이다. 이 과정에서 여행업자가 여행의 구체적 내용과 여행대금을 기재한 여행안내서를 여행자에게 제시한 경우에 이를 청약의 유인으로 볼 것인가 아니면 청약으로 볼 것인가 하는 의문이 있을 수 있다.

여기서 문제가 되는 것은 여행희망자는 여행목적지에 관한 상세한 정보를 얻기 위해 통상 여행사무소를 찾아가는데 이 때 여행사무소에서는 여행희망자에게 여행에 관한 광고선전지(Prospekte)와 비교적 자세한 내용의 자료를 주게되는데, 이러한 영업용 자료들은 민법 제527조의 구속력있는 청약으로 볼 수는 없고, 고객에 대한 청약의 유인(invitatio ad offerendum)으로 보는 것이 타당하다.³²⁾ 거래의 실제에 있어서는 위와 같은 선전물을 보고 여행자가 청약의 의사표시를 하면 이에 대하여 여행업자가 승낙함으로써 계약이 성립되는 것으로 본다. 이러한 청약과 승낙의 의사표시에는 구술, 전화, 서면 등 어떤 방식도 무방하다. 다만, 국내여행약관 제6조에 의하면 여행계약서에는 ① 여행인원 및 기간 ② 여행요금 ③ 교통편(항공·선박·지상교통 등의 종류 명시), ④ 여행일정 ⑤ 숙박조건(1실 숙박인원 및 1식당 단가), ⑥ 안내원 용역여부 ⑦ 기타 필요한 사항 등을 기재하도록 하고 있다. 이와 같이 여행계약을 반드시 서면으로 작성하도록 하는 것은 계약체결을 명백히 함으로써 소비자인 여행자를 보호하기 위한 것이다.

그리고 여행자의 요청에 의하여 여행업자가 그의 성명을 여행자명부에 기재한 경우(이른바 'booking'을 한 경우)에 이 기재의 법적 성질도 문제가 되나, 이 경우에는 본계약인 여행계약이 성립되었다고는 볼 수 없고, 다만 여행계약의 예약이 성립되었을 뿐이라고 해석하는 것이 타당하다.³³⁾ 여행약관은 여행계약의 체결에 관한 규정에서 일정한 내용을 명시한 계약서를 작성하도록 규정하고 있으므로(국내여행약관 제6조 및 국외여행약관 제4조), 이 규정에 의하여 여행계약의 성질이 요식계약으로 되느냐 하는 문제가 생길 수 있다. 그러나 여행계약은 무방식의 의사표시(청약과 승낙)에 의하여 성립하므로 불요식계약이라고 보아야 하며,³⁴⁾ 만일 여행약관에 의하여 계약서의 작성을 필수적인 것으로 정하였더라

31) MünchKomm-Tonner, § 651a RdNr.34 : Staudinger-Schwerdtner, § 651a Rz.47.

32) 같은 견해 : 김윤구, 전제논문, p.9 : Bartl, *Die Uraubsreise und ihre Beeinträchtigung*, S.505 : MünchKomm-Tonner, § 651a RdNr.29 : Staudinger-Schwerdtner, § 651a Rz.40.

33) MünchKomm-Tonner, § 651a RdNr.27.

34) 김윤구, 전제논문, p.11 : Staudinger-Schwerdtner, § 651a Rz.42.

도 이로 말미암아 계약의 성질이 변경되는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다.³⁵⁾ 여기서 계약서를 반드시 작성하도록 요구하는 것은 계약관계의 내용을 명확히 함으로써 계약에 관한 다툼을 방지함과 동시에 소비자인 여행자를 보호하기 위한 것이라고 할 수 있을 것이다.

3. 旅行契約의 成立時期

여행계약의 성립시기와 관련하여 국내여행약관 제6조는 “당사와 여행객, 당사와 여행사 간의 여행조건에 대한 책임을 다하기 위하여 여행계약을 체결하여야 하며, 요금 중 계약금을 수수함으로써 계약이 유효하며…”라고 규정하고, 동 약관 제7조 1항 및 제19조는 “여행객은 여행계약체결시 계약금으로 여행대금의 10%이하의 계약금을 당사에 지불하여야 하며, 여행개시 이전에 그 잔액을 완불해야 한다”고 규정하고 있다. 이렇듯 여행약관에는 일정액의 “계약금을 지급하여야 여행계약이 성립한다”는 내용의 조항에 따라 여행계약의 성립시기를 계약금의 납입시기로 보고 있다(국외여행약관 제4조). 이 조항의 의미를 어떻게 해석하는 것이 타당한가. 즉 이 조항에 의하여 당사자 사이에서 여행계약의 성질이 요물계약으로 되는가 하는 의문이 생긴다. 그러나 여행계약은 성질상 요물계약으로 하여야 할 특별한 이유가 없고, 구민법의 요물계약을 낙성계약으로 개정된 민법의 태도에 비추어 보더라도 여행계약은 당사자 사이의 합치만으로 성립되는 낙성계약이라고 보아야 한다. 따라서 여행금지급에 관한 위의 조항은 요물계약인 계약금계약의 성립요건에 관한 것일 뿐이고, 계약금의 지급은 주된 계약인 여행계약과의 관계에서는 계약성립의 요건이 아니라 계약성립의 하나의 증거로서의 의미를 가질 뿐이라고 해석함이 타당하다.³⁶⁾ 다만 이러한 여행약관의 규정은 약관규제에 관한 법률 제6조 1항에 비추어 그 유효성이 문제가 될 수 있을 것이다.

IV. 旅行者의 權利와 義務

여행계약은 여행업자가 여행금부의 총체를 이행하고, 여행자는 약정된 여행대금을 지급할 의무를 부담하는 유상·쌍무·낙성·불요식의 계약이다. 여행계약은 민법상계약으로서 계약이 성립되면 당사자인 여행자와 여행업자는 각각 계약상의 권리와 의무를 부담한다. 당사자의 주된 권리·의무는 여행이행청구권과 대금지급청구권이지만, 그밖에 여행계약에

35) Staudinger-Schwerdtner, § 651a Rz.43.

36) 이승길, 전제논문, p.20 ; 서민, 전제논문, p.516.

특유한 여러 가지 부수적인 권리·의무가 인정된다. 여행계약은 일반적으로 여행약관에 의하여 체결되므로 이러한 권리·의무의 내용은 대부분 여행약관에 의하여 정해지며, 여행약관으로 따로 정하지 아니한 사항은 채권법의 일반규정과 계약법이론에 의하여 그 내용이 규율된다. 여행계약은 여행을 목적으로 하는 '도급으로서의 성질'도 가지고 있고, 다수의 여행급부의 연쇄로 이루어지는 '계속적 채권관계로서의 성질'도 함께 가지는 계약형태를 취하고 있으므로 당사자의 권리·의무의 내용 중에는 여행개시전에만 인정되는 것도 있다.³⁷⁾

1. 旅行者의 權利

(1) 旅行履行請求權

여행자는 여행업자에 대하여 계약내용에 따른 여행을 실행할 것을 청구할 수 있다. 이 권리는 여행계약에 특유한 것은 아니고, 계약법의 일반원칙에 따른 효과이다.

(2) 契約解除權·契約解止權

여행자는 여행개시 전에는 언제든지 특별한 사유 없이 계약을 해제할 수 있다. 이 해제권은 여행개시 전에만 인정되는 권리로서 그 본질은 약정해제권이며,³⁸⁾ 여행업자의 채무불이행을 이유로 한 해제권과는 다르다.³⁹⁾ 이 해제권은 여행계약의 계약체결시와 여행개시시 사이에 간격이 큰 것이 보통이어서 여행자 쪽에 사정의 변동이 생기는 일이 있기 때문에, 예컨대 여행자가 질병에 걸리거나 기대된 휴가를 받지 못하는 경우에 있어 이를 고려한 특칙이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 여행자가 해제권을 행사하는 경우는 해제의 필요가 여행자에게 책임없는 부득이한 사유에 의하여 생기는 경우와 그에게 책임있는 사유로 인하는 경우의 둘로 나눌 수 있다. 여행자가 그에게 책임있는 사유가 없이 이 해제권을 행사하여 여행계약을 해제한 경우에 여행업자는 여행자에 대하여 여행대금의 지급을 청구할 수 없음은 물론 여행해제로 말미암은 손해의 배상도 청구할 수 없다. 그러나 여행자의 책임있는 사유로 해제한 경우에는 여행업자는 상당한 보상을 청구할 수 있다. 보상의 범위는 해제 전에 여행업자가 해제된 계약을 위하여 소비한 비용과 여행계약에 의하여 여행업자가 얻을 수 있었던 이익을 고려하여 결정하여야 하는데,⁴¹⁾ 거래의 실제에 있어서는 해제일자와 여행개시 예정일 사이의 시간적 간격에 따라 정형화하고 있다. 이것을 여행약관에서는 '취소료'라고 표현하고 있는데(국내여행약관 제14조, 국외여행약관 제9조), 이러한 취소료규정은 여행개

37) 김윤구, 전계논문, p.118.

38) 이승길, 전계논문, p.72.

39) 서민, 전계논문, p.507.

40) 서민, 상계논문, p.507 : MünchKomm-Wolter, § 651 I RdNr.1.

41) 이승길, 전계논문, p.73 : 서민, 상계논문, p.507.

시전에 여행자에 의하여 계약이 해제된 경우에만 적용된 것으로 해석되지만, 여행계약이 유효함을 믿은 상대방의 신뢰를 깨뜨린데 대한 배상으로 지급되고, 아울러 여행업자와 형평성을 고려하여 여행업자에게도 적용함이 타당할 것이다.⁴²⁾

여행자 또는 여행업자는 여행개시 후에 계약체결시에 예견할 수 없는 불가항력에 의하여 여행이 현저히 곤란하거나 위협하게 되거나 침해되는 경우에는 계약을 해지할 수 있다. 여기서 불가항력이라 함은 전쟁·내란·자연재해와 같은 이상사태는 불가항력으로 볼 수 있으나 여행업자의 이행보조자, 즉 호텔종업원 등에 의한 파업이나 교통상에 있어서 발생한 화재는 불가항력으로 원용할 수 없다. 그러나 여행기간동안의 여행자의 질병과 같이 여행계약체결시에 이미 긴급한 사정이 있었을 경우에는 불가항력을 원용할 수 없다고 본다.

(3) 旅行者의 交替權

1) 交替權의 許容性

우리 나라의 여행약관에는 여행자에게 여행개시시까지 급부수령자를 자기 이외의 제3자로 교체할 수 있는 권리(교체권)를 규정하고 있지 않고 있다. 그러나 여행자의 사정변경에 따르는 계약의 변경으로서, 여행자가 스스로 여행하지 못할 사정이 발생하였을 경우에 여행자는 계약을 해지하지 않고 다른 사람을 여행에 참가시킬 수 있는가가 문제가 된다. 여행금부의 내용은 정형화되어 있어서 여행업자에게는 여행자가 누구인가는 원칙적으로 중요성이 없으며, 여행자로서는 어떤 사유로 자기 자신이 여행을 할 수 없는 경우에 이미 체결된 여행계약을 폐기하고 새로이 계약을 체결하게 하는 것보다 기존의 계약을 존속시키고 다른 사람이 계약의 이행을 받게 하는 것이 유리한 일이 많다. 그러므로 독일 민법 제 651조 b와 같이 이러한 위협을 피하여 기동성 있게 현실에 대처할 수 있도록 여행자에게 교체권을 인정하는 것이 타당하다.⁴³⁾ 이러한 목적을 달성하는 방법으로 여행계약의 당사자와 제3자가 계약을 체결하여 계약인수를 하는 방법을 생각할 수 있다. 그러나 이 방법은 세 당사자의 합의를 이루는 데에 절차의 번잡과 시간의 지연 및 법률행위에 흠이 끼어들 위험이 있어서 원칙적인 방법으로 고려하기에는 부적당하다고 하는 견해도 있다.⁴⁴⁾ 이와 같이 교체권을 인정하는 경우에는 여행자의 교체를 위하여 특별한 이유나 여행업자의 동의를 필요로 하지 않는 것으로 함이 타당하다.

다만 여행업자의 이익을 보호하기 위하여 정당한 이유가 있을 때에는 교체에 대한 이의권을 주어야 하고, 또한 교체로 말미암아 추가비용이 들게 되는 경우에는 여행업자에게 추가비용청구권을 인정하는 것이 합리적일 것이다. 여행자의 교체권에 대하여 재교체가 가능한가가 의문이 있다. 여행자 대신 교체참가자가 여행에 참가하는 경우 뿐만 아니라, 교체

42) 같은 견해: 이승길, 전제 "여행계약에 관한 연구", p.72.

43) 같은 견해: 김윤구, 전제논문, p.124; 이승길, 상계논문, p.77.

44) W. Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., Walter de gruyter, 1985, S.562

참가자의 청구에 의하여 여행참가자를 다시 교체할 수 있느냐 하는 문제인데, 독일 민법 제651조 b 제1항과 같이 교체참가자가 다시 재교체참가자를 교체하는 경우에도 허용하는 것이 타당하다.⁴⁵⁾

2) 交替參加者의 法的 地位

여행계약에서 교체권을 인정하는 경우에는 원래의 계약당사자에 갈음하여 여행급부를 수령하게 되는 교체참가자의 법적 지위가 문제된다. 문제의 핵심은 교체권의 행사에 의하여 여행에 참가하는 교체참가자는 단순히 여행계약에 의한 급부의 수령권을 취득하는 데 그치는 것으로 해석하는가, 아니면 교체참가자가 계약당사자의 지위를 승계하는 것으로 해석하는가 하는 문제이다. 전자의 견해는 교체권의 행사에 의하여 제3자를 위한 계약으로 보게되며, 후자의 견해는 교체권의 행사에 의하여 계약인수가 일어난다고 하는 견해이다. 교체권을 명문으로 규정하고 있는 독일민법도 이 문제에 관하여 명확하게 규정하지 않아서 해석상 논란이 많다.

독일민법의 해석론으로서 1994년 6월 24일의 민법개정 전에는 독일에서는 여행자가 교체권을 행사한 경우의 교체참가자의 법적 지위에 관한 학설로서 다수설은 이 경우에는 제3자를 위한 계약이라고 보고 있으며,⁴⁶⁾ 소수설은 교체권의 행사에 의하여 계약인수가 일어난다고 보는 견해,⁴⁷⁾ 또 다른 설은 채권양도라고 하는 견해,⁴⁸⁾ 그리고 절충적인 입장으로 교체참가자의 여행참가 전에는 제3자를 위한 계약이지만 여행참가 후에는 계약인수라고 보는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 그러나 제3자를 위한 계약이라고 보는 다수설에 있어서도 하자담보책임의 추궁권을 계약당사자가 행사하느냐 교체참가자가 행사하느냐에 관하여는 견해가 대립되어 있었다. 독일에서는 이런 경우 교체참가자에게 이 권리를 추정하여야 한다는 견해,⁵⁰⁾ 여행개시 후에는 항상 교체참가자에게 이 권리를 인정하여야 한다는 견해와 교체참가자에게 항상 이 권리를 인정하여야 한다는 견해⁵¹⁾ 등이 있다. 그리고 계약인수설의 입장에서는 계약당사자의 지위가 이전되므로 담보책임추궁권은 당연히 계약인수자인 교체참가자가 가지는 것으로 보았다. 그렇지만 1994년의 민법개정에서는 제651조 b를 개정하여 교체참가자를 '계약양도'로 규정함으로써 이 문제를 입법으로 해결하였다.

우리 민법의 해석론으로서 여행자의 교체가 일어나는 경우는 두 가지로 나눌어 볼

45) 이승길, 전계논문, p.76.

46) Noltenius, *Der Wechseldes Reisenden nach dem neuen Reiserecht*, 1885, S. 57ff : Stauding-Schwerdtner, § 651b Rz.31ff: MünchKomm-Tonner, § 651b RdNr. 5 : Seidel, *Die Rechtsstellung des Drittbeteiligten im Reisevertragsrecht*, 1986, S.25.

47) Held, *Der Reisendenwechsel nach dem neuen Reisevertragsrecht*, BB 1985.

48) AK-BGB-Derleder, § 651b Rz.37.

49) Erman-Seiler, § 651b Rz.37.

50) Stauding-Schwerdtner, § 651b Rz.37.

51) Teichmann-Michalek, JuS 1985, S.676.

수 있는데, 그 하나는 여행자에게 교체권을 인정하고 이 권리의 행사에 의하여 여행자가 교체되는 경우이고, 다른 하나는 원계약당사자와 교체참가자 세 당사자가 계약을 체결하여 여행자가 교체되는 경우이다. 후자의 경우에는 계약인수의 한 유형으로서 법리구성상 별다른 문제가 없으나, 전자의 경우에는 법적구성에 관하여는 의견이 대립되어 있다. 즉 당사자의 지위에는 변동이 없고 급부수령권만이 제3자에게 이전된다고 보는 견해⁵²⁾와 계약인수라고 보는 견해⁵³⁾가 대립한다.

제3자를 위한 계약으로 보는 견해는, 여행자가 교체되는 경우에 원칙적으로 여행대금지급의무는 여전히 원래의 계약당사자가 부담하며, 여행자의 교체는 원래의 계약당사자인 여행자의 일방적 의사표시에 의하여 이루어지므로, 이를 계약관계에 교체참가자의 의사가 관여하는 3면계약의 유형인 계약인수라고 보기는 어렵다고 하고, 여행실행 중에 긴급히 행사하여야 할 권리에 관해서는 계약당사자가 교체참가자에게 이들 권리의 행사를 위임하면 되므로, 그의 지위를 보호하기 위하여 여행자의 교체를 굳이 계약인수로 구성하여야 할 필요는 없다고 한다.⁵⁴⁾ 또한 여행계약의 이행과정에서 발생하는 문제, 즉 주로 대책청구권, 담보책임, 채무불이행책임은 급부의무에 부수되거나 급부의무로부터 파생되는 권리이므로 이들 권리는 급부청구권을 가지는 교체참가자에게 귀속되는 것으로 보고, 원계약당사자의 주장이나 위임에 의하여 비로소 교체참가자가 행사하게 되는 권리는 아니라고 해석하여야 한다고 한다.⁵⁵⁾ 다만 대금감액청구권, 계약해지권 및 계약해제권 등의 권리는 모두 계약당사자지위에 부착된 것이므로 이들 권리는 계약당사자인 원래의 여행자만 가지고, 교체참가자가 이 권리를 행사하려면 계약당사자의 수권이 없으면 안 된다고 주장한다. 또한 교체참가자의 기동성 있는 보호를 위하여 그의 지위를 계약인수에 의하여 구성할 필요는 없다고 하는가 하면, 오직 여행의 실행과정에서 일어난 급부장해로 말미암아 그 이후의 급부가 무익하여 더 이상 계약관계를 유지할 필요가 없어 계약관계를 종료시키기 위한 현지에서의 계약해지를 위하여서만 그의 지위의 보호가 문제될 수 있는데, 이를 위하여서는 미리 그에 필요한 권한을 수여하면 되고, 그 이상의 강력한 지위를 인정하여야 하는 것은 아니라고 한다.

또한 독일에서 주장되고 있는 채권양도설에 관하여 보면, 채권양도는 양도인과 양수인 사이의 계약에 의하여 이루어지는데, 교체권의 행사에 의하여 여행에 참가하는 교체참가자는 원래의 여행자와 여행급부청구권 양도계약을 체결하는 것이 아니라, 제3자를 위한 계약의 수익자(제3자)와 마찬가지로 원계약자의 일방적 의사표시에 의하여 다만 급부청구권을 행사할 수 있는 법적 지위를 취득하는 것에 지나지 않으므로, 특별한 사정이 없는 한 이러

52) 이승길, 전계논문, pp.80-81 : 서민, 전계논문, p.506.

53) 김윤구, 전계논문, p.129.

54) 서민, 전계논문, p.506 : 이승길, 전계논문, pp.80-81.

55) 서민, 상계논문, p.506.

한 법률관계를 채권양도라고 보기는 어렵다고 한다. 따라서 교체권의 행사에 의하여 여행자가 교체되는 경우의 법적 구성은 제3자를 위한 계약이라고 보는 것이 적절하다고 주장한다. 이 경우에 의문이 생기는 것은 여행자의 일방적 의사표시인 교체권의 행사에 의하여 제3자를 위한 계약이 성립될 수 있는가 하는 점이다. 이 경우에는 교체권의 행사는 여행계약에서 유보되어 잠재적으로 여행계약의 내용이 된 제3자 약관의 현실화라고 풀이할 수 있어 이에 의거해서 제3자가 수익의 의사표시를 함으로써 여행급부청구권을 취득하게 된다(민법 제539조 2항)고 하고, 이 때 수익의 의사표시는 교체참가자가 여행에 참가할 의사를 명시적으로 표시하거나, 현실적으로 여행에 참가하는 때에 행하여지는 것으로 보면 된다고 주장한다.⁵⁶⁾

이에 반하여 계약인수설은, 교체참가자의 법적 지위를 계약인수로 새기면 계약당사자의 지위를 포괄적으로 이전시키는 것이 되어, 여행실행 중에 여행급부내용에 여러 가지 하자가 있을 수 있는 문제, 즉 담보책임의 추궁, 긴급대책의 청구, 채무불이행책임의 추궁, 계약해지 등과 같은 이러한 문제를 적절히 해결하기 위하여는 교체참가자가 계약당사자의 지위를 승계하는 것으로 구성하여야 한다고 주장한다.⁵⁷⁾ 이 설의 주장내용을 좀 더 자세히 보면, 여행자의 교체에도 불구하고 당사자 지위의 변동이 없는 것으로 새기면, 특히 해외여행의 경우에 당초의 계약자와 교체참가자 사이의 합의가 필요하다고 강요하는 것이 되어 교체참가자의 권리를 현저히 축소하는 결과가 될 뿐만 아니라, 하자담보권의 행사 및 계약해지의 경우에도 교체참가자는 당초의 계약자의 형성권의 행사를 기다리지 않으면 안 되게 되어 그것은 매우 불합리하므로, 이 경우에는 교체참가자에게 법적 지위를 이전함과 동시에 여행업자와의 계약관계에서 발생한 모든 권리도 교체참가자에게 이전된다고 하는 이론구성이 오히려 당사자간의 의사에 가장 잘 합치한다. 오히려 교체참가자에게 법적 지위를 이전함과 동시에 여행업자와의 계약관계에서 발생한 모든 권리도 교체참가자에게 이전된다고 하는 이론구성이 당사자간의 의사의 합치에 가장 적합하다고 해석하는 것이 타당하다.⁵⁸⁾

사건으로서는, 앞에서 본바와 같이 여행참가자의 법적 지위를 제3자를 위한 계약인지, 계약인수인지 당사자간의 의사해석으로 명확하지 않을 경우에는 계약인수로 새기는 것이 타당하다. 이렇게 새기는 이유는 제3자를 위한 계약에서 권리가 발생한 이후에도 제3자가 계약의 당사자가 되는 것은 아니기 때문에 낙약자가 채무를 이행하지 않는다고 하여도 교체참가자가 해지권 기타 항변권을 행사할 수 없게 되고, 단지 원래 여행자를 통하여서만 해지권 등을 행사하여야 하는데.⁵⁹⁾ 이러한 해석은 교체참가자의 권리를 제한하는 것이고

56) 서민, "여행계약의 법률문제", 「사법행정」, 1995.11. p.29.

57) 김윤구, 전제논문, p.127.

58) 같은 견해 : 김윤구, 전제논문, p.128.

59) 광운직, 「채권각론」, 박영사, 1995. p.117.

당사자의 의사에도 반하기 때문이다. 그럼에도 제3자를 위한 계약설은 당사자의 의사해석을 통하여 계약의 해지권도 교체참가자가 행사할 수 있다고 한다. 그러나 여행업자와 원래 여행자가 명시적인 합의에 의하여 이러한 권리를 제3자에게 부여하면 모르되, 이러한 합의가 불명확한 경우에까지 제3자에게 해지권을 주는 것은 제3자를 위한 계약의 본질에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 그러므로 계약인수로 보는 것은 교체참가자의 보호 및 3당사자의 의사에 보다 합리적이고, 법률관계도 보다 간명하게 구성할 수 있다는 점에서 계약인수설이 타당하다.⁶⁰⁾

독일 민법 제651조 제1항 제1문에서도 '여행이 시작되기 전까지 여행자는 자기 대신 제3자를 여행에 참가시킬 것을 요구할 수 있다'고 규정하였던 것을 1994년 개정법에서는 '여행이 개시되기 전에 여행자는 제3자로 하여금 자신에 대신하여 여행계약으로부터 발생한 권리·의무에 참여할 것을 요구할 수 있다'고 개정하여 제3자를 완전한 여행계약자의 위치에 놓고 있다. 계약인수는 계약당사자로서의 지위를 승계 목적으로 하는 계약을 말하는데, 이는 계약당사자 중 일방이 포괄적인 당사자의 지위를 제3자에게 이전하여 계약관계로부터 탈퇴하고 제3자가 당사자의 지위를 승계하는 것을 목적으로 하는 계약을 말한다.

우리 민법은 개별적인 채권양도·채권양수에 대해서만 규정하고 있고, 채권관계 전체의 이전에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그렇지만 학설⁶¹⁾과 판례⁶²⁾는 그 계약의 유효성을 사적자치의 원칙에 비추어 긍정하고 있다. 계약인수에는 반드시 원래 여행자, 교체참가자, 여행업자의 3자의 의사가 개재되어야 한다. 인수행위는 3자가 동시에 인수행위에 참가하는 3면계약의 방법과 원래 여행자와 계약인수의 합의외에 여행업자의 승낙으로 행해지는 방법과 계약인수인과 여행업자의 인수합의와 원래 여행자의 동의로 행해지는 방법이 있다. 여행계약의 인수는 대개 원래 여행자와 교체참가자의 합의가 이루어지고 여행업자에 그 승낙을 구하는 방법으로 행해진다. 여행업자는 교체참가자의 여행적합성에 대해 판단한 후 부적하다고 판단되면 인수를 거부할 수 있다. 예컨대, 모험여행의 경우에 있어서 신체적인 특성이라든지 성지순례여행에 있어서의 신자여부, 기타 사교단체에 있어서 회원인지의 여부는 그 기준이 될 것이다. 계약인수의 성립은 여행업자의 승낙이 있어야 성립한다. 그러나 아무런 이유 없이 계약의 인수를 거부하는 것은 민법 제2조의 신의칙에 반하여 허용되지 않는다. 계약인수가 이루어지면 원래 여행자가 가지는 채권, 채무 기타 부수적 권리의무는 모두 교체참가자에게 이전된다. 따라서 계약의 성립시 또는 존속 중에 생긴 항변사유를 교체참가자는 모두 주장할 수 있다. 또한 장래 발생하게 될 채권, 채무도 교체참가자를 주체로 하여 발생하기 때문에 그는 해지권 기타 손해배상청구권 등을 직접 주장할 수 있다.

60) 같은 견해 : 김윤구, 전제논문, p.129.

61) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1992, p.703 : 곽윤직, 전제서, p.452 : 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1991, p.481.

62) 대판 1987. 9. 8. 85 다카 733 : 동 1982. 19. 26. 82 다카 508.

여행대금에 관하여 원래 여행자가 여행대금을 지급하였을 경우에는 원래 여행자가 교체여행자에게 구상하여야 한다. 그러나 아직 여행대금이 미납인 경우 여행업자는 교체참가자를 상대로 여행대금을 청구하는 것이 타당하다.⁶³⁾ 계약인수는 인수당시의 계약당사자가 갖는 채권·채무를 모두 승계하는 것으로 보아야 하기 때문이다. 개정독일민법 제651조 제2항은 '제3계약자가 계약에 참여하는 경우 제3자의 원래여행자는 여행대금과 제3자의 참여로 발생한 초과비용에 대하여 여행업자에게 연대채무를 진다'고 규정하고 있다. 그러나 당사자의 의사를 고려할 때 특약이 없는 한 여행자와 교체참가자간에 연대채무가 있는 것으로 보는 것은 부당하다고 새기는 것이 타당하고, 우리 민법상의 해석론으로 이를 인정하기는 어려울 것이다.

2. 旅行者의 義務

(1) 代金支給義務

여행자는 계약에 의해 정해진 여행대금을 지급하여야 할 의무를 진다. 그러나 대금의 지급시기에 대하여서는 표준약관에 의하면 여행자는 대금 전액을 여행개시 전에 지급하여야 하는 것으로 정하고 있는데(국내여행약관 제7조 및 국외여행약관 제5조), 여행계약에서 개별적인 특약에 의하여 대금선급의무를 부담하는 것이 유효하는지가 문제가 된다. 이에 대하여 독일에서는 대금선급약관의 유효성을 인정하는 것이 다수설이고, 독일 연방대법원은 이러한 약관은 일반거래약관법에 위반하여 무효라고 판결하였다.⁶⁴⁾ 우리 민법에서는 대금선급약정의 유효성에 대하여서는 도급계약에 있어서는 보수선급특약의 유효성이 인정되는 데에 이론이 없으나,⁶⁵⁾ 약관에 의하여 대금 전액의 선급의무를 부과하는 것은 여행업자에게 일방적으로 유리할 뿐이고 여행자에게 불이익을 강요하는 결과가 되며, 더욱이 대금선급 후에 여행업자가 파산하는 경우에는 여행자는 회복하기 어려운 불이익을 받게 되므로, 이와 같은 대금선급약관이 유효한지 의문이다. 여행계약은 여행이라는 급부에 대하여 여행대금을 지급하는, 즉 여행이라는 일의 완성에 대하여 보수를 지급하는 것이며(민법 제665조), 이는 도급과 매우 비슷한 법적 구조를 가진다. 그러므로 여행계약에 관해서도 도급의 성질에 반하지 않는 한 도급계약에 관한 규정을 유추적용하는 것이 타당하다. 말하자면, 도급계약에 있어서는 일이 완성된 후에 보수를 지급하는 것이 원칙이므로(민법 제665조), 여행계약에 있어서는 보수(여행대금)의 지급시기는 일(여행)이 완성된 후에 지급하는 것이 원칙이라고 해야 한다.

63) 같은 견해: 서민, "계약인수", 「민법학논총」, 박윤직교수화갑기념, 1985, p.416; 다른 견해: 이은영, 전게서, p.483.

64) BGH Urt. vom 12.3.1987 = NJW 1987,1983.

65) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995, p.460.

생각건대, 여행계약은 쌍무계약이므로 민법 제536조가 적용되어 동시이행의 항변권을 인정하는 것은 당사자 사이의 공평을 꾀하고 상대방의 이행을 담보하기 위한 것인데, 여행계약에서 이와 같은 당사자의 이익상태만 보장된다면 굳이 양쪽의 채무를 동시이행관계로 할 필요는 없을 것이다. 따라서 도급에 있어서 보수선급특약의 유효성이 인정되는 것과 같이 여행계약에서도 여행업자의 약관이나 특약에 의하여 대금선급의무를 부담하는 것은 유효하며,⁶⁶⁾ 약관에 의한 대금전액선급 특약은 '여행업자에게 부당하게 불리한 조항'이 아닌 한 유효하다고 새기는 것이 타당하다. 다만 이와 여행업자의 과산으로 인하여 여행자의 손실위험을 계약시와 여행실행시 사이에 간격이 큰 경우에는 이러한 위험으로부터 여행자를 보호하려는 것이므로 이 문제의 판단도 대금전액의 선급시기와 여행실시시기 사이의 간격에 따라 구분하여 행하는 것이 옳다고 해석하는 견해⁶⁷⁾도 있다. 즉 여행개시시와 시간적 간격이 큰 계약체결시에 여행대금 전액을 지급하기로 하는 약관의 효력은 부정하나, 여행실행 직전에 대금 전액을 지급하기로 하는 약관은 유효한 것으로 해석한다.⁶⁸⁾ 이렇게 해석하는 것은 그 시기구분에 있어서 자의판단이 있을 수 있으므로 수증하기 어렵다. 표준약관에서는 국외여행인 경우에는 여행개시 8일 전까지 여행대금 전액을 지급하도록 정하고 있고(국외여행약관 제5조 제1항), 국내여행의 경우에는 일자를 명시하지 아니하고 여행개시 이전이라고만 정하고 있는데(국내여행약관 제7조 제1항), 위의 기준에 비추어 보면 이들 약관조항은 유효한 것으로 해석함이 타당하다.

(2) 附隨的 義務

여행자는 주된 의무 이외에 계약의 내용, 계약목적 및 신의칙에 의하여 인정되는 부수적 의무를 부담한다. 즉 여행의 준비와 실행을 위하여 여행업자에게 협력할 의무를 진다. 예컨대 여행에 필요한 증명서나 건강증명서를 갖추는 일, 여행설명회에 참석하는 일, 여행시간을 지키는 일, 동행여행자를 방해하지 않는 일 등과 같다. 그밖에 여행의 원만한 실행을 위하여 여행업자의 지시에 따르는 등 신의칙상의 주의의무를 부담한다. 공공질서와 미풍양속을 해치는 행위를 하지 아니할 의무, 유독물, 오물 또는 폐기물을 함부로 버리지 아니할 의무 등이 그 예이다. 이러한 의무는 약관에 명시되는 일이 많다(국내여행약관 제10조 제4호·제5호 등). 그리고 여행참가의무 인정 여부인데, 여행자에게 여행참가의무를 인정할 것인가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 여행자의 자유로운 해제를 인정하는 여행계약의 관행과 여행계약약관에 비추어 볼 때 이러한 의무를 인정할 필요는 없다고 보아야 하며, 마찬가지로 여행자는 여행급부를 수령할 의무도 지지 않는다.⁶⁹⁾

66) 김윤구, 전제논문, p.121.

67) 서민, 전제 "여행계약의 법률문제", p.30 ; 서민 전제 "여행계약", p.509.

68) 이승길, 전제논문, p.85 ; 서민, 전제논문, p.517.

69) 같은 견해 : 김윤구, 전제논문, p.131.

V. 旅行業者의 權利와 義務

1. 旅行業者의 權利

여행계약은 쌍무계약이므로 여행업자는 대체로 여행자의 권리·의무에 대응하는 권리·의무를 가진다. 여행업자는 계약상대방인 여행자에 대하여 계약내용에 따른 여행대금지급청구권을 가지고, 일정한 경우에는 대금지액청구권을 가진다. 그밖에 여행자가 여행개시 전에 계약을 해제한 경우에는 손해배상청구권을 가지며, 일정한 경우에는 여행참가거부권을 가진다. 그리고 불가항력으로 계약의 이행을 기대하기 어려운 경우에는 계약해제권을 가지고, 일정한 경우에는 급부변경권을 가진다.

(1) 代金增額請求權

여행급부의 내용은 일정한 요건하에 변경될 수 있는데, 이 경우에 여행대금의 인상요인이 생기면 여행업자는 인상된 만큼의 대금을 추가적으로 청구할 수 있다(국내여행약관 제14조 제4호, 국외여행약관 제10조 제4호). 이는 계약에서 약정된 여행대금에 대한 증액청구라고 할 수 있으며, 실질적으로는 계약내용의 일부 수정이다.⁷⁰⁾

(2) 旅行參加拒否權

국외여행약관 제6조는 여행업자의 여행참가거부권을 인정하고 있는데, 이 규정에 의하면 여행개시 전의 여행의 신청을 거부할 수 있는 경우와 여행개시 후의 여행의 계속적인 참가를 거부할 수 있는 경우로 나누고 있다. 이 조항은 여행계약이 체결된 후에도 여행자가 여기에 정한 일정한 사유에 해당하는 경우에는 그러한 자의 여행참가를 거부할 수 있는 근거로서의 의미를 가진다. 이 약관은 여행의 계속적인 참가를 거부할 수 있는 사유를 두 가지 유형으로 나누어 규정하고 있다. 한 가지는 여행 중 여행자가 국제법, 국내법, 공공질서, 미풍양속을 위배하거나 여행의 원활한 진행을 방해할 때이고, 다른 하나는 여행자의 여행신청이 불법, 부당, 허위사실의 기재, 여행약관에 위배되는 경우이다. 그밖에 노약자, 병약자, 신체장애자는 여행 전에 해당사항을 여행업자에게 알려야 하며, 여행에 지장을 초래한다고 판단되는 경우에 여행업자는 보호자 또는 간호사의 동행이나 소정의 서류를 요구할 수 있는데, 이에 응하지 않으면 여행의 참가 또는 여행의 계속적인 참가를 거부할 수 있다.

(3) 旅行給付變更權

표준여행약관은 여행조건의 변경에 대하여 여행업자가 급부를 변경할 수 있는 경우를 들

70) 서민, 전제 "여행계약의 법률문제", p.31.

로 나누어 정하고 있다. 하나는 계약당사자의 합의에 의한 변경이고(국내여행약관 제8조 제1호, 국외여행약관 제7조 제1호), 다른 하나는 천재지변, 전란, 정부의 명령 등과 같이 부득이한 경우의 여행업자의 일방적인 의사표시에 의한 변경이다(국내여행약관 제8조 제2호, 국외여행약관 제7조 제2호). 이 중 합의에 의한 급부내용의 변경은 원계약의 내용을 변경하는 계약이므로 이를 여행업자의 권리라고 할 수는 없고, 특별히 법률상 문제도 생기지 않는다. 그러나 위 조항들의 제2호가 정하는 일방적인 의사에 의한 변경은 일종의 형성권을 인정한 것으로 보아야 한다. 다만 이경우에 여행업자의 자의에 의한 판단의 위험성이 있을 뿐만 아니라 전문업자로서의 여행업자의 책임영역으로 돌려야 할 경우가 많을 것이기 때문에 문제가 되나 이 권리는 여행업자의 권리로서 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다.⁷¹⁾ 다만, 이러한 해석은 이 약관조항이 여행업자에게만 일방적으로 유리한 것으로서 약관규제에 관한 법률 제6조에 위반되어 무효가 아닌가 하는 점이 문제될 수 있다. 그러나 여행약관에서 규정하고 있는 급부내용변경의 요건은 구체적으로 나열되어 있고(국내여행약관 제8조, 국외여행약관 제7조), 또 일반적 제한기준으로서 사회통념상 인정할 수 있는 부득이한 경우라는 제한을 가하고 있으므로 약관규제에 관한 법률에 위반되는 조항으로 볼 필요는 없다고 생각된다.

다만 여행업자의 급부변경권을 인정하더라도 그 권리행사는 여행업자의 자의적 판단에 맡겨서는 안 되고, 권리행사의 요건은 엄격히 제한되어야 한다.⁷²⁾ 그러나 요건으로서, 계약 체결 후 천재지변과 같은 부득이한 사유가 발생하여야 하고, 그 사유가 여행업자의 책임있는 사유에 의해서 발생한 것이 아니어야 하고, 변경된 급부내용이 원래의 급부내용과 현저한 차이가 있지 아니하고, 여행자가 예측할 수 있는 것이어야 하며, 여행계약 전체와의 관계에서 계약내용이 침해되지 아니하는 것이어야 하고, 변경권의 행사과정에서도 미리 통지하는 등 신의칙에 반하지 않아야 한다.⁷³⁾ 예컨대, 경제적인 이유만으로 목적지까지의 항로를 변경하거나, 급부내용을 조직적·계획적으로 변경하거나, 숙소를 '방가로' 대신에 텐트로 변경하거나, 여행목적지를 다른 곳으로 지정하는 것은 정당한 변경권의 범위를 벗어난다. 그리고 급부내용의 변경에 의하여 발생한 여행의 증가비용은 여행업자가 부담하되, 여행급부의 변경에 의하여 여행비용이 감축된 경우에는 그 금액은 여행자에게 반환하여야 한다.⁷⁴⁾ 이렇게 해석하는 것이 여행업자에게 급부변경권을 인정하는 것과 여행자의 보호에 상호 조화롭게 해석할 수 있기 때문이다.

(4) 契約解除權

표준여행약관은 여행업자의 해제권 발생사유를 다양하게 규정하고 있는데(국외여행약

71) 같은 견해 : 서민, 전계 "여행계약", p.513 ; 김윤구, 전계논문, p.133.

72) 김윤구, 전계논문, pp. 133-134 ; 서민, 전계 "여행계약의 법률문제", p.32.

73) 서민, 전계논문, p.32 ; 김윤구, 전계 "여행계약의연구", pp.133-134.

74) 김윤구, 상계논문, p.134 ; 서민, 상계논문, p.32.

관 제12조, 제15조, 국외여행약관 제8조, 제13조), 이러한 해제권의 행사를 필요로 하는 사유는 여행업자에게 책임있는 사유에 의하여 발생하는 경우와 그에게 책임 없는 경우의 둘로 나눌 수 있다. 여행업자의 책임없는 사유로 말미암아 해제한 경우에는 아무런 보상의무가 발생하지 않으나, 그의 책임있는 사유에 의하여 계약을 해제한 경우에는 일정한 보상의무가 있다. 여행약관은 이를 '취소료'라고 하며, 여행개시일과의 시간적 간격에 따라 차등을 두어 그 범위를 정하고 있다. 우리나라 표준여행약관은 국내여행약관 제15조에서 여행대금의 10%-30%, 국외여행약관 제28조에서 여행대금의 10%-50%까지의 취소료를 규정하고 있다. 다만 여행자의 3촌이내의 친족이 사망한 경우, 여행자의 신체상의 이상으로 여행참가가 불가능함이 명백한 때 등에는 취소료의 부담이 면제하고 있다.

여행약관은 여행업자의 보상의무가 없는 불가항력적인 해제사유로서 파업(휴업)을 열거하고 있는데(국내여행약관 제12조 제1호, 국외여행약관 제8조 제2호), 파업 중에는 여행급부와 직접 관련이 있는 것과 그렇지 않은 것이 있으며, 앞의 경우에는 여행업자의 위험영역에 속하는 것으로서 그의 책임사유로 보아야 하므로 불가항력사유로 보아서는 안된다. 예를 들면 호텔의 파업, 버스회사의 파업 등은 이 범주에 속한다. 그러나 총파업과 같은 특별한 종류의 파업이나, 세관의 파업과 같이 여행급부와 직접 관련이 없는 영역의 파업의 경우에는 불가항력사유로 보는 것이 타당하다.

2. 旅行業者의 義務

(1) 旅行實行義務

여행업자는 그 주된 의무로서 계약에 의하여 약정된 내용대로 여행을 실행할 의무를 부담한다. 실행하여야 할 여행급부의 품질은 여행자의 관점에서 인정되는 중간 정도의 것이어야 한다.⁷⁵⁾ 독일연방대법원은 여행의 품질에 관하여 현지관행에 따른다는 약관조항(Landesüblichkeitsklausel, 현지관행조항)의 효력에 대하여, 여행업자는 사전설명 없이 목적지 국가의 사정에 관하여 약관조항에 의하여 면책될 수 없음을 이유로 그 유효성을 부정하며,⁷⁶⁾ 학설도 이에 동조하고 있다.⁷⁷⁾ 여행의 내용은 계약서에 명시된 것은 물론이고, 여행계약의 청약을 유인하기 위한 여행계획서·안내책자 등에 여행의 내용으로 표시된 사항도 여행업자가 실행하여야 할 여행의 내용을 이룬다.⁷⁸⁾ 그밖에도 개별약정 우선의 원칙에 따라 여행업자의 주된 급부의무는 구두의 부가약정에 의해서도 발생할 수 있다.⁷⁹⁾

75) 서민, 전계 "여행계약의 법률문제", p.33 : MünchKomm-Tonner, § 651a RdNr. 42.

76) BGH NJW 1987, 1931.

77) Staudinger-Schwerdtner, § 651c Rz.39.

78) 김윤구, 전계논문, p.137 : 서민, 전계논문, p.33.

79) 서민, 상계논문, p.33.

한편 여행업자는 그의 의무를 이행하기 위하여 일반적으로 여행실행자(Leistungsträger)를 이용하는데, 이 경우에 여행실행자는 여행자에 대하여 어떤 법적 지위에 서게 되는지 문제가 된다. 여행실행자는 여행업자와 계약관계를 가지고 법적으로나 경제적으로 여행업자로부터 독립하여 전체 여행 중의 부분급부를 실행하며, 이 점에서 여행업자의 사업조직의 일부를 이루고 그의 지시에 따르는 협의의 이행보조자와는 다르다. 이 경우에 여행실행자와 여행업자 사이의 계약관계를 중시하면 둘 사이의 계약관계는 제3자를 위한 계약이라고 볼 수도 있다. 그러나 여행자의 시각에서는 여행실행자는 그 내부관계는 어떠한 여행업자에 같음하여 여행급부를 이행하는 자이므로 넓은 의미의 이행보조자로 보지 않을 수 없으며, 이렇게 보는 것이 여행자의 보호에도 더 유리하다. 이행보조자의 고의·과실은 곧 채무자의 고의·과실로 되기 때문에(민법 제391조) 이행보조자의 잘못에 대하여 여행업자에게 책임을 추궁하기가 쉽기 때문이다.

(2) 瑕疵擔保責任

여행계약은 유상계약이므로 매매에 있어서의 담보책임에 관한 규정이 준용되어(민법 제567조) 여행업자는 여행자에 대하여 담보책임을 부담한다. 이와 같이 여행업자에게 담보책임을 지우는 실질적 근거는 여행에 관하여 여행업자는 목적지의 선정, 여행실행자, 구체적인 여행내용에 관한 정보뿐만 아니라 여행의 종국적인 실행에 이르기까지 중요사항을 모두 자기 영향권 내에 두고 있으므로 여행업자는 여행자에게 담보책임을 부담하게 된다.

여행계약은 그 급부내용에 있어서는 도급과 비슷한 계약이기 때문에 담보책임에 대하여는 도급의 담보책임에 관한 규정이 일반적으로 유추적용 된다고 생각할 수 있으나, 도급은 유형물의 제작을 전제로 하고 있는 데 반해 여행계약은 무형의 급부를 객체로 하므로 급부의 성질에 커다란 차이가 있어서 도급의 담보책임규정이 여행계약에 유추적용될 수 있는 것은 많지 않고, 여행계약의 급부의 특성을 고려하여 담보책임의 요건과 효과를 따로 검토하여야 한다. 독일민법은 여행계약에 있어서의 담보책임을 따로 정하고 있으며, 이 규정에 의하여 여행계약에 대해서는 도급계약의 담보책임규정의 적용이 배제되는 것으로 해석하고 있다.

담보책임의 요건으로서는 여행의 내용에 하자가 있어야 한다. 여기에 하자라 함은 그 종류의 여행이 보통 가져야 할 내용을 갖추지 못하거나 여행업자가 계약에 의하여 특히 보장한 내용을 갖추지 못한 것을 말한다. 예컨대 투숙한 호텔 근처의 공사장소음으로 안정된 수면을 취하지 못한 경우, 관람한 연주회가 예정된 유명악단의 연주가 아니라 무명악단의 연주인 경우, 제공된 음식물이 저질인 경우, 제공된 교통수단이 매우 불편한 경우, 관광코스 중 일부의 생략과 같이 여러 개의 급부 중 일부가 이행되지 아니한 경우 등이 이러한 결함에 해당한다. 그리고 여행이 여러개의 개개의 급부로 이루어진 경우에 개개의 급부에 하자 있으면 여행 전체가 하자 있는 것으로 보아야 한다.⁸⁰⁾ 이러한 담보책임은 무과실

책임으로서 여행업자의 담보책임이 발생하기 위하여는 여행업자의 고의·과실을 필요로 하지 않는 무과실책임이다. 이하에서는 담보책임의 내용을 검토하기로 한다.

1) 完全履行請求權

여행에 하자 있는 경우에 여행자는 그 하자를 제거 내지 보완하여 완전한 이행을 할 것을 청구할 수 있다. 여행자가 이 청구권을 행사하기 위하여는 신의칙상 위와 같은 하자를 여행업자에게 통지하여야 한다. 여행자는 일정한 기간을 정하여 완전이행을 청구함이 원칙이지만, 여행업자가 미리 완전이행을 거절하거나 즉시의 보완이 필요한 경우에는 유예기간 없이 여행자의 자기권을 허용하여야 한다.⁸¹⁾

2) 代金減額請求權

여행에 하자 있는 경우에는 여행자에게는 대금감액청구권이 인정되는데, 이 권리는 형성권으로 보아야 한다.⁸²⁾ 대금감액을 청구하기 위하여는 여행자가 여행업자에 대하여 미리 그 하자를 통지하여야 하는데, 여행실행자에 대한 통지는 통지로서의 효력이 없는 것으로 해석된다.⁸³⁾ 대금감액의 방법은 현실적인 여행의 가치가 계약체결시의 하자가 없는 상태에서의 여행의 가치에 대하여 하자가 차지하는 비율에 따라 산정하게 된다. 대금감액청구권이 행사된 때에는 여행내용 전체에 대한 하자의 비율만큼 대금이 감액되며, 금액에 관하여 다툼이 있을 때에는 법원이 정할 수 밖에 없다.⁸⁴⁾

3) 契約解止權

여행이 급부의 하자로 말미암아 현저하게 침해되었고, 여행자가 정한 상당한 기간 내에 하자에 대한 보완이 없는 때에는 여행자는 계약을 해지할 수 있다. 계약이 해지된 경우에는 여행업자는 여행대금청구권을 상실하며, 이미 이행된 부분의 여행 및 앞으로 이행되어야 할 여행의 결제에 필요한 보상을 받을 수 있을 뿐이다.⁸⁵⁾ 그러나 이러한 해지 후의 이행이 여행자에게 실익이 없는 경우에는 여행자는 보상을 지급할 필요가 없다. 계약해지 후에도 여행업자는 계약관계의 뒷처리로서 계약으로부터 생긴 의무의 일부를 이행하여야 한다. 예컨대 여행자의 출발지에로의 귀환수송이 그러하다. 이 경우에 들게 되는 추가비용은 급부의 하자에 관하여 책임있는 여행업자가 부담하여야 한다.⁸⁶⁾

4) 損害賠償請求權

여행에 하자 있는 경우에는 여행자에게 손해배상청구권이 인정되는데(민법 제575조 제1

80) 김윤구, 전계논문, p.141.

81) 서민, 전계논문, p.510 : 김윤구, 상계논문, p.141.

82) 김윤구, 상계논문, p.141.

83) 김윤구, 상계논문, p.142.

84) 이승길, 전계논문, p.102 : 김윤구, 상계논문, p.142 : 서민, 전계논문, p.515.

85) 김윤구, 상계논문, p.36.

86) 서민, 전계논문, p.511 : 김윤구, 상계논문, pp.36-37.

항, 제667조 2항), 이러한 손해배상청구권은 대금감액청구권 및 계약해지권과 병존적으로 인정된다. 그밖에 여행이 실패로 되거나 현저히 침해됨으로써 여행자가 귀중한 휴가시간을 무익하게 소비한 경우에는 여행자는 손해배상을 청구할 수 있다고 해야 한다(독일민법 제 651조 7 제2항). 이는 비재산적 손해에 대한 배상으로서, 배상액은 침해의 정도, 여행대금과의 관계, 여행목적의 전부의 불도달이나 일부의 불도달이나, 여행자가 아직 휴가시간을 활용할 가능성이 있느냐의 여부 등을 참작하여 정하여야 한다(독일민법 제651조 e).

5) 權利行使期間

담보책임의 요건이 갖추어진 경우에 책임의 존속기간을 채무불이행책임 처럼 장기로 하는 것은 담보책임이 채무자에게 매우 무거운 책임인 점을 고려하면 형평에 맞지 않는다. 그러므로 여행자가 담보책임을 물으려면 신의칙상 상당한 기간 내에 여행업자에 대하여 권리를 주장하도록 하여야 한다. 그 기간은 매도인의 담보책임에 있어서와 마찬가지로(민법 제582조) 여행이 종료된 때로부터 6월로 하는 것이 합리적이다(독일민법 제651조 g 제1항, 제2항 참조).

(3) 歸路手配義務

여행계약이 이행 도중에 특별한 사정으로 종료된 경우에는 그 이후에는 여행계약상의 의무는 소멸하므로 여행자는 출발지에서의 귀환에 어려움을 겪게 된다. 이러한 어려움으로부터 여행자를 구제하기 위하여는 신의칙상 여행업자에게 계약종료 후의 선후조치의무를 인정하는 것이 바람직하며, 그 의무의 하나로 여행자가 출발지 또는 희망지에 운송될 수 있도록 운송수단을 마련해 줄 의무가 있다고 보아야 한다. 이러한 이론적 바탕 위에서 국외여행약관 제8조의 2는 여행계약이 여행 도중 해제되었을 때에 여행업자의 '귀로수배' 의무를 규정하고 있다. 귀로수배의무는 여행계약의 해제에 대하여 누구에게 책임이 있느냐를 가리지 아니하고 인정된다.

다만 이 때 귀환에 필요한 운송비용은 일반적으로 원래의 여행계약이 정상적으로 이행된 경우에 여행자의 귀환에 다는 운송비용보다 더 많아지게 되는데, 이러한 추가비용을 누가 부담하여야 하는지 문제가 되나 해결은 여행종료사유를 구분하여, 여행업자 쪽에 책임 있는 사유로 여행계약이 해제된 경우에는 여행업자가 그 비용을 부담하게 하고, 여행자 쪽에 책임 있는 사유로 여행계약이 해제된 경우에는 여행자가 운송비용을 부담하도록 하는 것이 합리적인 해결방법이다. 계약당사자 양쪽에 책임 없는 사유로 말미암은 계약해제의 경우에는 여행계약에 의하여 이익을 얻는 여행업자가 그 비용을 부담하게 함이 공평하다. 국외여행약관 제8조의 2는 귀환수송에 드는 비용을 아무런 구분 없이 여행자가 부담하도록 규정하고 있으나, 이 약관조항은 위의 설명에 위반되는 범위에서는 여행자에게 부당하게 불리한 조항으로서 무효라고 보아야 한다(약관규제에 관한 법률 제6조).

(4) 注意義務

여행업자는 여행실행의 기본급부의무 이외에도 여행자의 안전한 여행을 보호하는 등 신의칙상 인정되는 부수의무로서 여러 가지 주의의무를 부담한다.

VI. 旅行業者의 債務不履行責任

우리민법 제390조의 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다”는 규정과 관련하여 채무불이행의 유형으로서 이행지체, 이행불능 및 불완전이행의 경우도 규율하고 있다고 해석할 수 있고,⁸⁷⁾ 여행계약의 경우에도 마찬가지로 타당하다고 할 수 있지만, 이 중에서 특히 문제되는 것은 일부불능과 불완전이행이다. 여행계약에 있어서 채무불이행, 특히 불완전이행과 일부불능은 여행계약 전체와의 관계에서 보면 전체로서 일체성을 가지는 여행급부의 하자라고도 할 수 있으며, 이로 말미암아 채무불이행책임과 하자담보책임과의 관계가 문제된다.⁸⁸⁾

1. 債務不履行責任과 瑕疵擔保責任과의 關係

여행계약에 있어서 급부장해로 인한 채무자의 채무불이행책임과 하자담보책임과의 관계가 문제되는 것은 채무불이행책임의 실체적 요건과 하자담보책임의 실체적 요건이 중첩될 수 있는 부분인 이행된 급부에 하자 있는 경우이다. 다시말하면 여행급부에 질적 하자가 있거나 급부의 일부가 불능하여 여행계약 전체와의 관계에서 급부가 불완전성을 띠게 되는 경우에 두 책임과 관계가 문제된다. 이와 같이 두 책임은 책임발생의 실체적 요건인 급부의 불완전성의 점에 있어서는 차이가 없고, 다만 채무자의 유책사유를 요하느냐의 여부 및 권리행사기간에 차이가 있을 뿐이다. 그리하여 여행계약에 있어서는 채무불이행책임과 하자담보책임을 통일적으로 규율할 필요가 있게 된다. 한편 소비자보호의 관점에서도 채무자의 유책사유를 그 요건으로 하지 않는 담보책임이 채무불이행책임보다 여행자의 권리보호에 유리하기 때문에 이와 같은 경우에는 채무불이행책임을 배제하고 담보책임만으로 통합할 필요가 있지 않은가 하는 문제도 제기될 수 있다.⁸⁹⁾

이 문제에 대하여 독일의 여행계약법(독일민법 제651조 a-k)의 입법과정과 해석론은

87) 박윤직, 전거서, p.127 ; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1992. p.191 ; 이은영, 「채권총론」, 박영사, 1991. p.181.

88) 김대정, “채무불이행책임설에 의한 하자담보책임의 재구성”, 「민사법학」 제9호·10호, 한국사법행정학회, 1993. p.255 이하.

89) 서민, 전거 “여행계약의 법률문제”, p.36.

1973년과 1975년의 정부초안은 이행불능, 이행지체, 적극적 채권침해와 담보책임을 포괄하는 급부장해개념(Leistungsstörungsbegriff)으로 통합하여 채무불이행과 담보책임을 통일적으로 규율하려고 하였으나, 이 시도는 연방상원(Bundesrat)의 반대로 관철되지 못하고 담보책임을 채무불이행책임과 병존하는 별개의 책임체도로 규정하였다. 여행계약법 제정 후 일부 문헌과 판례는 계약체결 후 또는 여행개시 후 여행 전부 또는 여행의 본질적인 부분이 불능으로 된 경우에도 독일민법 제275조(책임없는 사유로 인한 불능), 제306조(불능인 급부를 목적으로 하는 계약), 제323조(위험부담) 이하의 일반규정을 적용하여야 한다고 보았으나, 차츰 담보책임규정이 특별규정으로서 계약체결상의 과실과 적극적 채권침해를 포함한 일반규정을 배제한다는 주장이 강력해지게 되었다. 판례는 그 후 견해를 바꾸었고, 현재의 판례는 이행불능을 포함한 계약체결 후의 모든 급부장해의 경우에 독일민법 제651조 c 이하의 담보책임규정을 적용하고 있다.

우리 민법의 해석론에서는 여행급부에 하자가 있는 경우에는 독일민법에 있어서와 같은 특칙이 없으므로 독일에 있어서와는 달리 하자담보책임에 관한 규정과 채무불이행책임에 관한 규정이 적용된다고 하는 주장이 있다.⁹⁰⁾ 그러나 이 입장에서라도 '여행계약과 같은 특수한 계약영역에 있어서는 통일적인 급부장해개념을 도입할 필요성이 충분하며, 또한 이를 고려하여 급부장해가 있는 경우에는 무과실책임인 하자담보에 관한 규정을 주로 적용하고, 이와 병행하여 채무불이행의 일반규정을 적용하되, 어느 규정에 의한 권리를 행사할 것인가에 대하여는 여행자에게 선택권을 줌이 타당하다'는 의견을 제시하고 있다.⁹¹⁾

사건으로서는, 독일민법(제651조 a-k)과 같은 여행계약의 하자담보책임에 관한 특칙이 없는 우리 민법의 해석으로서는 여행급부의 하자에 대하여 하자담보책임규정과 채무불이행규정이 경합적으로 적용된다고 해석하는 것이 타당하다.⁹²⁾ 이 경우에도 하자의 개념을 넓게 이해하면 담보책임규정의 적용범위가 넓어지고 채무불이행규정에 의하여 해결해야 될 필요가 적어지게 된다. 예컨대 독일의 다수설⁹³⁾·판례⁹⁴⁾와 같이 계약체결 후의 이행불능을 여행급부의 하자로 파악하면 이행불능에 대한 책임을 담보책임으로 해결할 수 있게 되어 이행불능규정을 적용할 필요가 감소된다. 이 때 문제되는 것은 담보책임규정은 특별규정으로서 채무불이행규정을 배제한다고 보아야 하는가 하는 점인데, 일반적으로는 여행자의 권리행사에 있어서 무과실책임인 담보책임이 여행자에게 유리하므로 담보책임규정만을 적용하게 하는 것도 일리가 있지만, 담보책임을 묻는 것이 모든 점에서 여행자에게 유리한 것은 아니다. 그러므로 채무불이행의 경우에 두 당사자 중 보호가치가 더 많은 채권

90) 박윤직, 전계서, p.154; 김주수, 「채권법총론」, 삼영사, 1990, p.122.

91) 김윤구, 전계논문, p.33.

92) 김윤구, 상계논문, pp.138-139.

93) MünchKomm-Wolter, 651 c RdNr. 4.

94) BGHZ 100, 157, 180 f = NJW 1987, 1931, 1937.

자를 두텁게 보호하고 또한 소비자보호의 필요에서도 두 책임을 경합적으로 인정하는 것이 타당하다. 따라서 여행계약에 하자 있는 경우에 채권자인 여행자는 하자담보책임을 물을 수도 있고, 채무불이행책임을 물을 수도 있다고 해석함이 타당하다.⁹⁵⁾

2. 債務不履行의 類型

(1) 履行遲滯와 履行不能

여행계약의 이행지체와 이행불능의 경우에는 채권총론의 일반규정이 적용된다. 그 요건으로서의 채무자의 이행지체 또는 후발적 이행불능이 있고, 지체 또는 불능에 관하여 채무자에게 책임있는 사유가 있어야 한다. 이 경우에는 채무자의 책임사유를 요건으로 하는 점에서 담보책임과 구별된다. 이행지체에 관하여 특히 주의할 것은 원칙적으로 여행계약은 전채로서 절대적 정기행위이어서 이행기는 매우 중요한 의미를 가지며, 이행기의 도과는 이행불능을 일으킨다는 점이다. 그러므로 지체 후의 이행이 여행자에게 충분한 이행가치를 가지는 예외적인 경우 이외에는 여행계약의 이행지체는 이행불능으로 평가될 수밖에 없다.⁹⁶⁾

(2) 不完全履行

제공된 여행급부에 질적 또는 양적 불완전성, 즉 결함이 있으면 불완전이행이 된다. 불완전이행의 요건으로서의 결함있는 이행에 관하여 채무자의 책임사유가 있어야 한다. 여기서 말하는 결함이란 여행의 통상적인 효용 또는 계약에 의하여 정하여진 효용이나 가치의 실현을 불가능하게 하거나 감소시키거나, 여행이 보장된 성질의 결함을 말한다. 그런데 급부의 결함은 단순히 급부 자체의 불완전성을 결함뿐만 아니라 때로는 수령자에게 그 밖의 적극적인 손해를 일으키는 일이 있다. 예컨대 부패한 음식물을 제공하여 여행자가 복통을 일으킨다든가, 겨울여행에서 난방이 안된 숙소를 제공하여 여행자가 감기에 걸리는 것과 같다. 이들 결과는 불완전이행의 내용을 이루는 것으로 해석함이 타당하다. 이 경우에 여행업자는 하자담보책임뿐만 아니라 그 확대손해에 대한 배상책임을 부담하여야 한다.⁹⁷⁾

3. 債務不履行의 效果

(1) 契約解止·解除權

여행업자의 채무불이행이 있는 경우에 여행자에게 계약관계의 구속으로부터 벗어날 수

95) 김윤구. 전계논문. p.139.

96) MünchKomm-Wolter. 651 c RdNr. 28.

97) 이승길. 전계논문. p.115.

있는 길을 열어줄 필요가 있다. 여행계약은 시간적 연속성을 가지고 일정한 기간 동안 이 행이 계속되므로, 일단 이행이 시작된 후에는 계약관계의 소급적 실효를 가져오는 계약의 해제는 타당치 아니하고, 장래로 향해서만 계약의 효력을 소멸시키는 계약의 해지를 하게 함이 적절한 문제해결방법이다.⁹⁸⁾ 그러나 아직 이행이 시작되지 아니하였거나 일부의 이행이 여행계약 전체의 목적으로 보아 여행자에게 무의미한 경우에는 계약의 해제를 하는 것이 타당하다.⁹⁹⁾

(2) 損害賠償請求權

여행업자의 채무불이행이 있는 때에는 여행자는 그 불이행과 인과관계 있는 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이러한 손해에는 물질적(재산적) 손해와 정신적(비재산적) 손해가 포함되는데, 물질적 손해는 통상의 손해로서 항상 배상의 대상이 되며(민법 제393조 제1항), 정신적 손해는 특별한 사정으로 인한 손해로서 채무자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 때만 배상된다(민법 제393조 제2항). 그러나 여행업자의 채무불이행으로 휴가기간이 무용하게 되는 경우에는 그 본질은 정신적 손해이지만 이는 일반적으로 예견되는 손해이므로 독일민법 제651조 f 제2항과 같이 통상의 손해로 해석함이 타당하다.¹⁰⁰⁾

(3) 完全給付請求權 및 緊急措置權

여행급부의 내용이 불완전한 경우에 그 보완이 가능한 때에는 여행자는 불완전한 급부의 수령을 거절하고 계약내용에 완전히 합치하는 급부를 해 줄 것을 청구할 수 있음은 당연하다. 이와 관련하여 문제되는 것은 여행의 실행과정에서는 채무자에게 요구하여 완전한 급부를 실현할 것을 기다릴 시간의 여유가 없는 일이 많기 때문에, 이러한 경우에 여행자를 위한 긴급조치방법이 마련될 필요성이 있어야 한다. 보통여행약관에서는 이 문제에 관하여 정하고 있지 않으나, 소비자보호를 위하여 다음과 같이 해석하는 것이 타당하다. 즉 이 경우에 독일민법 제651조 c와 같이 제1차적으로는 여행업자에게 급부의 불완전을 통지하여 보완을 촉구하고, 만약 채무자가 보완을 거절하거나 보완을 기다릴 시간의 여유가 없을 때에는 여행자가 스스로 대책을 마련하고 이에 필요한 비용을 여행업자로부터 추심하도록 하는 것이 타당하다고 해석하여야 한다.

(4) 代金減額請求權

여행자는 여행급부의 불완전성에 상응하는 만큼의 대금의 감액을 청구할 수 있는데, 이

98) 이승길, 상계논문, p.116 : 서민, 전제 "여행계약", p.513.

99) 서민, 전제 "여행계약의 법률문제", p.38.

100) 서민, 상계논문, p.39.

권리는 보통의 청구권이 아니라 형성권이다.¹⁰¹⁾ 따라서 여행자의 여행업자에 대한 대금감액청구의 의사표시가 있으면 상대방의 의사와 관계 없이 여행대금이 감액된다. 다만 감액의 범위에 관하여 당사자 사이에 다툼이 있으면 법원이 그 범위를 정하여야 한다(독일민법 제651조 c 제3항).¹⁰²⁾

(5) 請求權의 行使方法

여행업자가 하자담보책임 또는 채무불이행책임을 지는 경우에 여행자는 대금감액청구권과 손해배상청구권을 가지는데, 이러한 권리를 행사하려면 궁극적으로는 소송의 방법에 의하게 된다. 그러나 개개의 여행자별로 보면 그 청구권의 금액은 그다지 많지 않으며, 이 청구권을 실현하기 위하여 소송대리인을 통하여 소송을 하는 경우에는 그 비용이 청구액보다 훨씬 다액인 경우가 많을 것이다. 이러한 경우에는 여행자는 현실적으로 청구권을 행사할 수 없게 되고, 그의 권리는 유명무실한 권리가 되어 청구권을 인정한 근본취지에 어긋나게 된다. 이러한 여행자의 청구권을 관철하기 위하여는 현행 민사소송법상의 제도로서는 선정당사자제도(민사소송법 제49조)를 활용하는 방법을 생각할 수 있으나, 선정당사자는 개별적인 수권을 필요로 하기 때문에 이 제도는 청구권자가 다수인 여행계약에 있어서의 분쟁해결방법으로 이용하기에는 부적절하다. 이러한 다수의 소액청구권자의 권리보호를 위하여는 미국법상의 제도인 집단소송제도(class action)가 도입되는 것이 바람직하다.¹⁰³⁾

Ⅶ. 旅行業者의 免責約款의 效力

여행업자는 특약 또는 약관에 의하여 자기의 책임있는 사유로 말미암아 여행자가 여행 중에 입은 손해에 관하여 배상책임을 제한하거나 면하도록 약정하는 일이 많다. 이 중 배상책임을 제한하는 약관을 책임제한약관이라 부르고, 책임을 면하게 하는 약관을 면책약관이라 부르는데, 넓은 의미로는 면책약관은 두 가지를 포함하는 뜻으로 쓴다.

이와 같은 면책약관은 일반적으로 허용되는 것으로 해석된다.¹⁰⁴⁾ 그러나 그 내용은 흔히 여행업자에게 일방적으로 유리하게 정해져 있기 때문에 그 효력에 대하여 약관규제에 관한 법률은 일반원칙으로 사업자(여행업자·이행보조자를 포함)의 고의 또는 증과실에 의하여 발생한 여행자의 손해에 대하여 여행업자의 책임을 면하기로 하는 면책약관과 상당한 이유없이 사업자(여행업자)의 손해배상범위를 제한하는 책임제한약관의 효력을 부정

101) 서민, 상계논문, p.39 : 김윤구, 전계논문, p.141.

102) 이승길, 전계논문, p.119 : 서민, 전계 "여행계약", p.514.

103) 같은 견해 : 서민, 전계 "여행계약의 법률문제", p.41.

104) 김윤구, 전계논문, p.39.

한다(약관규제에 관한 법률 제7조 제1호). 약관규제에 관한 법률이 적용되지 아니하는 개별약정에 의한 면책조항도 위의 약관규제에 관한 법률의 취지를 유추하여 그것이 현저히 공정성을 해치는 경우에는 역시 그 효력을 부정함이 타당하다(민법 제104조).¹⁰⁵⁾

1. 責任制限約款

여행업자는 약관규제에 관한 법률에 위반되지 않는 범위 안에서 손해배상책임을 제한하는 약관조항을 들 수 있다. 그 유효성의 판단기준은 '상당한 이유'가 있느냐의 여부이며(약관규제에 관한 법률 제7조 2호), 상당한 이유의 유무는 다른 법률의 규정과 약관규제에 관한 법률의 해석에 의하여 판단한다. 독일민법에서는 "여행업자의 배상책임을 제한할 수 있는데 여행업자는 여행자의 계약에 의하여 여행자의 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의하여 발생한 것이 아닌 경우 또는 여행업자가 여행자에게 발생한 손해에 대하여 오로지 여행실행자의 유책사유로 말미암아 책임을 지는 경우에는 신체손해 이외의 손해에 관하여 자기의 책임을 여행대금의 3배까지로 제한할 수 있다(독일민법 제651조 h 제1항)"고 하여 책임제한약관을 정할 수 있도록 하고 있다. 그리고 여행실행자의 책임제한에 관한 국제조약 또는 그 조약에 의거한 법률의 규정이 있는 경우에는 여행업자도 이 규정의 적용을 주장할 수 있다(독일 민법 제651조 h 제2항). 이와 같은 책임제한규정은 여행자의 이익과 여행업자의 이익을 조화하기 위한 것이다.

2. 免責約款

국내여행약관 제11조는 세 가지 유형의 면책사항을 정하고 있는데, 국외여행약관은 따로 면책약관조항을 명시하여 정하고 있지는 않으나, 이 약관 제14조 제3항은 '천재지변, 불의의 재해, 정부의 명령, 공공단체의 명령, 전란, 정변, 파업, 항공기 납치, 폭동, 도난, 사기, 폭행, 상해, 질병 등 당사에 귀책되지 않는 사유로 발생한 여행자의 피해에 대하여 책임을 지지 않는다'고 규정하고 있는데, 이 조항은 실질적으로는 면책조항이다. 이 조항은 여행업자에게 책임없는 사유에 관하여 여행업자의 책임면제를 정하는 것으로 해석된다. 그러나 여기에 열거된 사항 중 몇 가지 사항은 면책을 인정하는 것이 부당하지 않은가 하는 점이다. 즉 파업·도난·사기·폭행·상해의 경우에는 일률적으로 유책사유가 부정될 수는 없고, 구체적인 사정에 따라서는 여행업자의 책임이 인정하여야 한다.

예컨대, 숙박예정인 호텔이 파업한 경우와 같이 여행실행자의 영향범위 내에서 일어난 파업은 여행업자의 위험영역으로 보아야 하며, 이는 동시에 여행업자의 책임사유로 된다.

105) 서민, 전제논문, p.40.

다만 총파업과 같은 특별한 종류의 파업이나, 세관의 파업과 같이 여행급부와 직접 관련이 없는 범위의 파업의 경우에는 불가항력으로 보나,¹⁰⁶⁾ 분실·도난·사기·폭행·상해 등의 경우에는 이와 같은 위험이 있는 지역 또는 장소에 여행자를 안내하면서 위험의 방지를 위한 여행안내인의 사전의 설명이나 경고 등의 조치가 없었던 때에는 여행업자의 책임사유로 보는 것이 타당하다.

Ⅷ. 結 論

최근 민법의 전형적인 계약의 유형과는 다른 비교적 새로운 계약의 유형(이른바 '신종 계약')에 관한 분쟁도 점차 증가하고 있다. 본고에서는 이러한 신종계약의 하나인 여행계약에 관하여 여행자와 여행업자와의 법률관계를 어떻게 규율하는 것이 타당한가에 초점을 두고 개괄적으로 살펴보았다.

여행계약을 민법전의 일부로 편입시킨 독일은 여행계약의 법적 성격을 도급에 유사한 계약으로, 여행업자의 책임에 관하여서는 하자담보책임으로 법리를 구성하고 있다. 일본은 여행계약의 법적 성격에 관하여 여행업약관에서 도급에 유사한 계약 및 위임계약의 중간적 책임으로 구성하고, 여행업자의 책임에 관하여서는 매매·도급계약의 하자담보책임과 위임계약 및 표준여행업약관규정에 따라 법이론을 구성하고 있다.

독일과는 달리 여행계약에 관하여 규율하는 법체계나 판례가 없는 우리나라의 경우, 여행계약으로 인한 분쟁을 해결하기 위해서는 여행계약의 법적 성격을 어떻게 보느냐가 상당히 중요하다고 하겠다. 이것은 여행업자와 여행자 사이의 계약관계에 있어서의 책임법리만 아니라 여행형성에 참가한 각 개별급부자의 지위와 책임도 명확히 할 수 있어야 하기 때문이다. 이는 곧 여행자인 소비자보호에 매우 중요한 여행업자의 책임범위를 정하는 것과 결부되기 때문이다.

지금까지 살펴본 바와 같이, 여행계약은 도급과 유사한 독립된 형태의 특수신종계약으로서 여행자와 여행업자, 개별급부자 사이의 법률관계를 규율하는 것으로 보아야 하고, 여행자의 권리보호에 있어서 중요한 것은 여행이행청구권, 계약해제권, 교체권 등을 인정하며, 교체참가자의 법적지위에 대하여서는 여행계약의 다량화·정형화로 인하여 여행자의 개인특성에는 중요시되지 않으므로 실제여행참가자의 권리보호를 위해서 계약인수설로 이론을 구성하는 것이 보다 합리적이라 할 것이다. 그리고 여행업자의 채무불이행책임과 하자담보책임과의 관계에 있어서는 독일에서는 '급부장해'로 그 개념을 통합하고 있지만, 현행 우리 민법상으로는 여행계약의 법적성격에서 볼 때 도급 및 매매에 관한 규정을 준용

106) 서민, 상계논문. p.40 : MünchKomm-Wolter, § 651j RdNr. 11.

하여야 하고 여행금부의 하자에 대하여 하자담보책임과 채무불이행책임을 선택적으로 적용할 수 있다고 해야 한다.

우리 나라에서는 여행계약에 관하여 직접적으로 규율하는 법규가 없을 뿐만 아니라 판례도 거의 없다. 다만 현재로서는 여행에 관련되는 법으로서 관광진흥법(1999. 1. 21. 법률 제5654호)이 있을 뿐이다. 그 결과 현재 여행계약은 대부분 여행업자가 작성하여 이용하는 약관에 의하여 체결되는데, 이 약관은 한국관광협회가 추천하는 표준약관의 기준에 많이 따르고 있긴 하지만 소비자인 여행자의 보호에 소홀할 뿐만 아니라 위험성까지 내포하고 있다. 이 위험은 약관규제에 관한 법률과 소비자보호법에 의하여 조금은 줄일 수 있지만 이 방법만으로는 충분하다고 할 수 없다. 더욱이 최근 급격히 증가하고 있는 여행의 증가 추세에 비추어 볼 때 여행계약에 대한 입법이 절실히 요청된다.

생각건대, 여행계약에 대하여 법적인 규율을 하는 방법은 크게 두 가지를 생각할 수 있다. 하나는 여행업에 대한 규율을 통하여 간접적으로 여행계약을 규정하는 방법이고, 다른 하나는 여행계약에 대하여 직접 규정하는 여행계약법을 제정하는 방법이다. 여행계약법을 제정하는 경우에도 이를 특별법으로 제정하는 방법과 독일의 경우와 같이 민법전에 편입하는 방법을 취할 수 있으나, 우리 민법상 규정되어 있는 전형계약을 중심으로 특수신종계약들을 흡수하여 정리하는 것이 민법전의 통일과 체계적인 유지에 바람직할 것이다. 입법이 되는 경우에는 여행계약의 법적성격에 관한 규정과 여행계약의 특수성에서 발생하는 불가항력의 구체적인 내용 및 귀환운송의 초과비용부담에 관한 규정과 여행대금의 반환청구시 잔액환불기간을 규정하여야 하고, 소멸시효 등에 관한 규정이 포함되어야 한다. 그리고 그 규율의 기본입장은 소비자(여행자)보호에 바탕을 두어야 할 것이다.

參 考 文 獻

- 김상무, 「관광사업론」, 계명대학교출판부, 1991.
 김성환, 「관광학원론」, 형설출판사, 1994.
 김원인, 「관광학원론」, 학문사, 1995.
 김주수, 「채권법총론」, 삼영사, 1990.
 김진섭, 「관광법학」, 대왕사, 1991.
 김재민, 「관광경영론」, 일신사, 1990.
 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995.
 이은영, 「채권각론」, 박영사, 1989.
 황적인·이은영, 「독일법」, 박영사, 1987.
 김동훈, 「산업구조의 변천에 따른 새로운 계약유형」, 「고시계」, 1997. 3.

- 김상용, "민사법제의 변천-그 평가와 전망-", 「법제연구」 통권제14호, 1998.
- 강신용, "여행계약: 불가항력으로 인한 해지를 중심으로", 「사법행정」, 1995. 12.
- _____, "여행계약에 관한 연구: 여행급부의 하자과 그 효과", 「사법행정」, 1997. 5.
- 김윤구, "여행계약의 연구: 단체해외여행계약을 중심으로", 「법학연구」 제4권, 충북대학교 법학연구소, 1992.
- 김재민, "여행업자의 책임과 책임제한", 「법학연구」 제7권, 충북대학교 법학연구소, 1995.
- 노영화·이득연·최선경, "여행에 관한 소비자보호방안에 관한 연구", 한국소비자보호원, 1988.
- 박영복, "독일에서의 여행계약법의 발전", 「민사재판의 제문제(상)」, 박영사, 1995.
- 권순희, "여행중개계약에 관한 소고", 「연세법학」 제5집 제1권, 연세대학교 법학연구소, 1998.
- 신동숙, "여행계약을 규율하는 관광법리에 관한 연구", 경기대학교대학원 박사학위논문, 1998.
- 서민, "여행계약의 법률문제", 「사법행정」, 1995. 11.
- _____, "여행계약", 「민사판례연구」, 박영사, 1989.
- _____, "여행계약의 법리 및 입법방향", 「민사법학」 제15호, 한국민사법학회, 1997.
- 이승길, "여행계약에 관한 연구", 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 1992.
- _____, "여행계약에 관한 기본개념의 고찰", 「법학논문집」 제20집, 중앙대학교 법학연구소, 1995.
- 최광준, "독일 여행계약법의 구조와 문제점", 「법학연구」 제35권 1호, 부산대학교 법학연구소, 1995.
- H. Brox, Besonderes Schuldrecht, 19. Aufl., 1993.
- D. Medicus, Schuldrecht II (besonderer Teil), 5. Aufl., 1992.
- Esser-Weyers, Schuldrecht II, 6. Aufl., 1984.
- Jafari, Jafar, Editors Page, Annals of tourism Research, V. 1993.
- J. Dumazedier, Sociology of Leisure, New York, Elsevier, 1974.
- MünchKomm-Tonnner, 12. Aufl., 1983.
- Neil Leiper, "The Framework of Tourism: Towards a Definition of Tourism, Tourist, and the Tourst Industry", Annals of Tourism Kesanch, Vol. 6. No. October Desember 1979.
- Palant-Thomas, Bürgerlich Gesetzbuch, 54. Aufl., 1995.
- W. Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl., 1992.
- 中田那博·石外克喜, 「契約法」有斐閣, 1991.

- 高橋弘, “旅行業法の一部改正について”, 「廣島法學」第3卷3號, 廣島大學會, 1983.
- _____, “西ドイツ旅行契約法の内容-その1民法第651條のaおよびb”, 「廣島法學」第5卷2號, 廣島大學法學會, 1982.
- _____, “西ドイツ旅行契約法の内容-その2民法第651條のcおよびd”, 「廣島法學」第6卷1號, 廣島大學法學會, 1982.
- 大内 和直, “旅行契約”, 「法律時報」第59卷3號, 日本評論社, 1987. 3.
- 島十四郎, “旅行あつ旋契約(手配旅行契約)・主催旅行契約”, 「現代契約法大系」第7卷, 有斐閣, 1984.
- 山本豊, “旅行契約: パック旅行の 法律問題”, 「法學教室」第204號, 有斐閣, 1997. 9.
- 山下友信, “運送・旅行”, 「民法講座」第4卷, 日本評論社, 1988.
- 石田喜久夫, “委任--旅行契約”, 「法學セミナー」第303號, 1980. 5.
- 佐藤幸夫, “鐵道旅客運送契約”, 「現代契約法大系」第7卷, 有斐閣, 1985.
- 中村 武, “旅行業者の責任について”, 「比較法」第19號, 東洋大學比較法1研究所, 1982. 3.