

## 모집형 해외여행에서의 국내 여행사의 안전배려의무\*

- 일본의 판례의 동향과 관련하여 -

Duty of safety consideration on Local travel agency in Recruiting overseas travel

변 우 주(Byun, Woo Joo)\*\*

### ABSTRACT

As overseas travel becomes more popular and popular, travel-related disputes are increasing. However, the clear legal basis for the prevention and resolution of disputes is not properly prepared.

In order to solve these problems, the travel contract has been newly established in the Korean Civil Law as a result of a revising the civil law.

As a result, the newly established travel-contracts are currently being implemented to protect the interests of travelers.

However, in the case of Package tour among the various types of travel-contracts, the need for protection of travelers is greater in that the travel organizer directly plans and sells the trip

In this regard, it is necessary to examine the degree of fulfillment of an obligation and the degree of incident duty on the travel organizer in the travel- contract.

In this article, especially in the case of Package tour among the types of overseas travel contracts, by examining the nature of the legal relationship between travel organizers and travelers, We hope to reduce the likelihood of a dispute between the traveler and the travel organizer of the trip and to create an environment in which both the traveler and the travel organizer can fairly conclude the travel contract.

Key words: Traveler, Travel agency, Travel contract, Package tour, Collateral duty of care, Duty of safety consideration, Performance assistant, Invited contract, Mandate.

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 동아대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

## I. 서설

우리나라는 생활수준의 향상으로 해외여행이 대중화, 보편화되어 해외여행객이 수는 매년 증가하여 2015년 기준 1900만 명을 넘어서고 있었으나,<sup>1)</sup> 이와 함께 여행관련 분쟁이 증가함에 따른 분쟁의 예방 및 해결을 위한 명확한 법적근거는 제대로 마련되지 못하고 있는 상황에 있었다. 이에 따라 종래 여행과 관련한 분쟁은 여행계약과 관련한 구체적인 법률이 없어 기존에는 해외여행과 관련하여 계약취소의 거부, 여행일정의 임의변경, 추가요금의 부당청구 등과 같은 다수의 피해사례가 발생하고 있음에도 여행계약을 규율하는 법률이 없어 표준약관의 가이드라인에만 의존한다는 지적이 있어 왔다.

이러한 문제점을 해결하기 위해 최근 민법의 개정으로 종래 비전형계약인 여행계약이, 민법의 여행계약에 관한 절(節)의 신설로 전형계약화 하였으며, 이에 따라 민법의 전형계약의 유형은 민법 시행 55년 만에 하나가 추가되게 되었다.

신설된 여행계약은 여행자의 권익보호를 위해 여행자는 여행 전 언제든지 계약을 해지할 수 있도록 하고,<sup>2)</sup> 여행상품에 하자가 있을 경우에는 그에 대한 시정이나 비용의 감액 또는 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 등<sup>3)</sup>을 그 내용으로 하는 신설 개정민법이 2016년 2월 4일부터 시행되고 있다.

민법 개정과정에 있어서 여행계약의 민법으로의 편입에 관한 이견은 있었으나,<sup>4)</sup> 민법 개정으로 인한 전형계약화에 대하여는 비교적 원만한 입법이라 평가되고 있으며, 특히 편면적 강행규정을 두어 경제적 약자인 여행자들이 그에게 불리한 계약을 내용에 대하여 보호받을 수 있도록 하여 여행계약의 실효성을 제고한 것은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

다만, 다양한 형태의 여행계약 가운데에서도 배낭여행 등과 같이 여행자의 의뢰에 의거하여 여행사가 여행 계획을 작성하는 형태의 여행에 비해, 여행사인 여행주최자가 주관하는 이른바 패키지(package)형식의 여행인 기획여행의 경우에는 여행의 전 과정을 여행주최자가 직접 주체가 되어 여행을 기획·판매한다는 점에서 여행자의 보호의 필요가 더욱 크다고

1) 한국관광공사 발표 자료에 의하면, 2015년 외국을 다녀온 우리나라 국민 수가 1931만 명으로 전년 대비 20.1% 증가했다. 이는 국민 10명 중 4명이 해외여행을 한 것으로, 10명 중 1명인 일본과 비교하더라도 높은 수준이다(한국관광공사, '2015년 한국관광통계' 자료 참조).

2) 다만, 여행 전 계약을 해제했을 경우 여행자의 손해배상 의무를 명확히 규정하고, 부득이한 사유가 있는 경우 여행자는 물론 여행주최자도 계약을 해지할 수 있다(민법 제674조의3 및 제674조의4).

3) 2015. 2. 3. 신설된 여행계약에 관한 규정은 총 8개 조항으로 비교적 간단하게 구성되어 있다. 여행계약의 신설 내용으로는 (i) 여행계약의 의의(민법 제674조의2), (ii) 여행개시전의 해제(제674조의3), (iii) 부득이한 사유로 인한 해지(민법 제674조의4), (iv) 대금의 지급시기(민법 제674조의5), (v) 여행주최자의 담보책임(민법 제674조의6), (vi) 여행주최자의 담보책임과 여행자의 해지권(민법 제674조의7), (vii) 담보책임의 존속기간(민법 제674조의 8), (viii) 강행규정(민법 제674조의9)으로 구성되어 있다.

4) 이에 대한 자세한 내용은 법무부 민법개정자료발간팀 編, 2013년 법무부 민법개정시안-채권편 下, 201면 이하 참조.

할 수 있다. 즉, 모집형 기획여행의 경우 여행과정에서의 운송계약이나 숙박계약과 같은 여행에 필요한 업무를 단순히 중개하거나 안내 또는 계약을 대리하는 것에 그치지 않고, 여행자가 여행 과정에 대한 전면적인 구성을 의뢰하여 여행 자체의 급부선택의 가능성이 제한되고 일반적으로 정해진 여행 과정에 따르게 된다는 점에서, 여행주최자의 여행계약에서의 급부의 이행 정도와 그에 부수되는 책임의 정도를 어느 범위에서 이해하여야는지 검토할 필요가 있다.

따라서 본고에서는 해외여행계약의 유형으로 비교적 일반적이고 다수의 비중을 차지하고 있는 모집형 기획여행계약에서, 여행주최자와 여행자 사이에서 형성되는 법률관계의 성질을 고찰하여, 여행에서 발생하는 여행자와 여행주최자 사이의 분쟁의 발생 가능성을 낮추고, 여행자와 여행주최자 모두가 공정하게 여행계약을 체결할 수 있는 환경을 조성하는데 일조하고자 한다.

이하에서는 종래 여행자와 여행주최자와의 기본적 법률관계와 당사자의 법적 지위를 검토하고, 여행계약에서의 여행주최자의 채무의 내용으로 운송 및 숙박 이외의 여행자의 안전을 배려할 의무가 존재하는지에 대하여 먼저 살펴보고자 한다. 또한 여행계약의 주요 내용인 여행에 필요한 업무로서 여행자의 안전을 확보할 여행주최자의 책임의 범위를 검토하고 이와 관련한 일본의 입법례와 학설 및 판례의 동향을 검토하여 국내에의 논의에 적용, 그 시사점을 모색해보고자 한다.

## II. 해외여행 계약의 법적 구조

### 1. 여행계약의 의의

광의의 여행계약이란 각종의 여행을 실행할 의무를 발생시키는 계약을 포함하는 것으로 이해할 수 있겠으나, 구체적으로 여행계약의 특색과 관련하여 이를 이해한다면 여행계약은 여행급부의 구체적 내용인 운송, 숙박, 음식의 제공, 명승지나 유적지의 탐방, 관광안내 등과 같은 여러 가지 급부 중 전부는 아니라고 하더라도 이들 중 적어도 두 가지 이상의 부분 급부가 결합된 경우를 의미하는 것으로 이해할 수 있다.<sup>5)</sup>

우리나라에 비하여 여행계약의 민법상 전형계약화를 일찍 규율한 독일 민법의 경우에는 1978년에 이미 여행계약을 전형계약의 한 형태로 규정하였으며, 독일 여행 계약법(독일 민법 제651 a조)은 “여행계약에 의하여 여행업자(Reiseveranstalter)는 여행자에게 여행급부(Reiseleistung)의 충체를 제공할 의무가 있으며, 여행자(Reisende)는 여행업자에게 약정된

5) 서민, 여행계약의 법리 입법방향, 민사법학 15 호, 1997. 4, 117면.

여행대금을 지급할 의무가 있다”고 규정하여, 여행계약을 “당사자의 한쪽인 여행주최자(여행업자)가 여행금부의 총체(여행)를 이해하고, 그 상대방인 여행자는 약정된 대가(여행대금)를 지급할 의무를 부담하는 계약”으로 이해하고 있다.<sup>6)</sup>

이와 함께, 최근 개정된 우리 민법 제674조의2는 “여행계약은 당사자 일방이 상대방에게 운송, 숙박, 관광 그 밖의 여행관련 용역을 결합하여 제공할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다”고 규정하고 있다. 또한 동조는 민법상 제563조(매매), 제618조(임대차), 제655조(고용), 제664조(도급) 등과 같이 기타의 낙성, 유상 계약에 관한 규정의 형식을 취하고 있다. 따라서 동 규정에 의한 통상 여행계약이란 여행의 주최자가 상대방인 여행자에게 운송, 숙박, 관광 기타 여행과 관련한 용역을 결합하여 제공할 것과 함께 그 대금을 수수할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 계약이라고 말할 수 있다.

## 2. 여행계약의 유형

여행계약은 크게 여행주최자(여행업자)와 여행자 사이에서 누가 여행과정의 계획과 이행의 정도에 있어서 어느 정도의 개입 가능성이 있는지에 따라, 주최여행계약과 중개여행계약으로 구분할 수 있다.<sup>7)</sup>

먼저, 주최여행계약이란 여행주최자가 여행과정의 계획과 이행에 대하여 전반적으로 주체로서 미리 계획을 수립하여 여행의 목적지, 관광일정, 운송 및 숙박, 여행대금 기타의 내용을 정하고, 이를 광고 등의 방법으로 여행자를 모집하여 실시하는 여행계약을 말한다. 통상적인 여행계약의 경우 이러한 주최여행을 의미한다고 한다.<sup>8)</sup> 관광진흥법 제2조 3호는 여행업을 경영하는 자가 국외여행을 하려는 여행자를 위하여 여행의 목적지·일정, 여행자가 제공받을 운송 또는 숙박 등의 서비스 내용과 그 요금 등에 관한 사항을 미리 정하고 이에 참가하는 여행자를 모집하여 실시하는 여행을 기획여행으로 규정하고 있는 바, 이러한 기획여행계약이 주최여행계약의 일종이라고 할 수 있다.<sup>9)</sup>

이와 달리 중개여행계약은 여행업자가 여행과정의 계획과 이행에 대하여 전반적으로 주체로서 미리 계획을 수립하는 것이 아닌, 여행자에게 운송, 숙박, 음식, 관광 등 여행에 관한 서비스를 받을 수 있도록 중개 내지 수배해 주는 것을 목적으로 하는 여행계약을 말한다.

6) Brox, Besonderes Schulrecht 20.Aufl., 1995, Rd 289 a; Erman-Seiler, 8.Aufl., 1989, 651a Rz.4; MünchKomm-Tonner, Rd.4; Staudinger-Schwerdtner, 12.Aufl., 1983, 651a Rz. 11.

7) 일본의 여행업법에서는 여행계약을 구분함에 있어, 특히 ‘기획여행계약’을 ‘모집형 기획여행계약’과 ‘수주형(주문형) 기획여행계약’으로 구분하고 있으며, 이는 현행 여행업법 개정 이전의 구법의 ‘주최여행’과 ‘수배여행’에 해당하는 것으로 이해하고 있다(여행업법 제2조 4항 참조).

8) 김상용, 『채권각론』(화산미디어 2011), 485면; 윤철홍, 『채권각론』(법원사, 2015), 335면.

9) 윤철홍, 앞의 책, 335면.

이러한 중개여행계약의 경우 여행업자는 운송, 숙박 등의 알선을 하는 것을 계약의 주된 내용으로 하고 있으므로, 여행자가 여행과정의 계획과 이행의 정도에 있어서 개입 가능성이 전자의 유형에 비하여 크다는 점에서 양자를 구분할 수 있다.

### 3. 해외여행계약의 당사자

#### (1) 여행자

여행계약의 당사자로서 여행자는 여행주최자의 상대방으로서 여행계약을 체결하고, 여행급부를 받는 한편 여행대금의 지급의무를 부담하는 자를 말한다. 즉, 여행업자인 여행주최자와 자기의 이름으로 여행계약을 체결한 자로서 여행자는 여행주최자를 신뢰하여 여행계약의 급부의 총체를 제공받기로 한 자이다.

다만 여행 개시 전 여행급부의 수령자인 여행자가 본래의 계약에서의 급부수령자가 아닌 제3자로 변경되는 경우, 누가 여행 계약의 당사자로 보아야 하는지가 문제된다. 즉, 여행계약에서의 당사자가 변경되어 본래의 여행자는 당사자의 지위를 잃고, 새로운 여행자로서 교체된 제3자가 계약당사자의 지위를 승계하는지 검토의 필요가 있다. 이러한 경우, 원칙적으로 여행대금채무는 여전히 본래의 계약당사자가 부담하고, 급부의 이익을 수령할 권리만이 제3자에게 이전되는 것으로 이해하여야 할 것이다. 이는 계약 당사자간의 합의가 있다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 계약인수가 이루어 졌다고 볼 수 없으므로, 계약당사자의 지위에 변동이 생기는 것은 아니기 때문이다. 그러나 물론 여행계약의 당사자인 여행주최자·여행자·교체참가자의 세 당사자 간의 합의에 따라 교체된 제3자가 여행자의 교체에 의하여 계약인수를 할 수 있음은 당연하다.<sup>10)</sup>

#### (2) 여행주최자

여행주최자는 여행계약의 일방 당사자로서 여행자를 계약상대방으로 하여 여행급부의 전부를 이행할 의무를 부담하는 자를 말한다. 그러므로 여행주최자가 스스로 여행급부를 실현할 의무를 부담하지 않고, 여행자와 여행주최자 사이의 여행계약을 중개하는 데 그치는 여행사(Reisebüro)는 여행계약의 당사자인 여행주최자가 아니라고 하여야 한다. 그러나 여행사가 여행계약의 체결을 중개하는데 있어, 여행자에 대하여 그가 여행주최자인 것처럼 행위를 한 때에는 여행자의 이익 보호의 차원에서 여행사와 여행자 간에 여행계약이 성립된 것으로 볼 수 있다.<sup>11)</sup>

10) 서민, 민법주해(16), 280면; 김형배, 채권각론, 박영사, 823면.

11) Brox, aaO., R2.289b; W.Fikentscher, Schuldrecht, 8.Aufl., 1992, Gruyter, S.564; P.Schlechtriem,

그리고 여행주최자와 본래의 여행계약의 내용과는 별도의 계약으로 운송, 숙박 등 여행의 개별적 급부를 실행하는 여행실행자(Leistungsträger)도 여행자의 계약상대방은 아니라고 하여야 한다. 왜냐하면 이들 여행실행자는 여행주최자와의 별도의 계약에 의해 여행자에게 개별적인 급부를 이행할 뿐이므로, 이들은 여행자에 대한 관계에서는 여행주최자의 이행보조자로서의 지위를 가지기 때문이다. 따라서 여행주최자의 이행보조자인 이들 여행실행자의 귀책사유로 인하여 여행자가 손해를 입었을 경우에는 원칙적으로 채무자인 여행주최자가 책임을 져야 한다(민법 제391조).

### (3) 개별급부자(여행실행자)

위에서 설명한 바와 같이, 여행계약의 당사자가 아닌 여행계약에서 개별적인 여행급부를 독립적으로 수행하는 자는 여행계약의 당사자가 아니며, 이는 여행주최자의 이행보조자에 해당하는 것으로 이해하여야 한다. 즉 해외여행의 경우에 있어 해외의 현지 호텔, 운송업체 또는 안내인 등의 개별급부자는, 여행계약의 개별적 급부를 경제적으로 독립하여 수행하는 자로서, 여행계약에 있어서 여행자의 계약상대방은 아니다.

다만, 개별급부자는 여행자와는 직접적인 계약관계가 존재하지 않는 여행업자의 이행보조자로 이해된다고 하더라도, 여행계약에서 발생하는 법률문제의 대부분은 운송지연, 숙박시설의 노후 등에서 비롯되는 경우가 많으므로, 이러한 경우 여행자가 현지 여행 과정에서 급부에 관하여 여행주최자와 같은 타인을 관여시키지 않고, 직접 급부의 실현이나 손해 발생에 대한 배상의 청구를 할 수 있는지 여부에 대해서는 논의의 필요가 있다.

### (4) 여행수배업자(지상수배업자)

여행수배업자는 국내의 여행사로부터 여행업무 중 현지 지상수배업무만을 의뢰 받아 이를 전문적으로 수행하며 여행업자를 상대로 현지정보의 수집·관리 제공기능, 현지수배기능, 상담기능, 전적(적산)기능 안전대책기능 등의 기능을 수행하는 업자를 이르는 말이다.

해외여행에 있어서 여행자가 국내 여행업체와 현지국가의 현지 여행사와의 중간에서 매개역할을 하는 여행업체라고 할 수 있는데, 이들은 여행업체의 의뢰에 따라 공급업체에 대한 수배와 알선을 하는 중개업적 기능을 수배하며 일반적으로 여행자와의 직접 거래는 하지 않는다는 점에 특색이 있다.<sup>12)</sup>

Schuldrecht(Besonderer Teil), 2.Aufl., 1991, S.165.

12) 통상 해외여행에 있어서는 이들을 여행수배업자(land operator) 또는 지상수배업자라고 부른다. 지상수배업자는 여행업자로부터 의뢰받는 현지 지상수배뿐만 아니라 현지에서의 여행안내까지 담당하는 것이 일반적이라고 한다. 지상수배업자의 업무는 여행사와 거의 동일하나 직접 일반고객을 상대로 영업을 하지 않는 점이 여행사와는 다른 점이다. 여행업에서는 지상수배업자(land operator)를 이르는

### Ⅲ. 여행계약의 법적 성질

#### 1. 우리나라에서의 논의

우리나라의 경우와 같이, 비전형 계약으로서의 여행계약이 민법전의 편입으로 전형계약화한 독일의 경우에는, 여행계약이 민법에 규정되기 전에는 통설과 판례가 여행계약을 도급계약으로 보았으나,<sup>13)</sup> 민법개정 이후에는 도급계약으로 보는 견해와 독자적인 계약유형으로 보는 견해로 나뉘어있다. 현재 독일의 학설의 주류는 여행계약을 도급계약에 유사한 독자적인 계약유형으로 보아, 여행계약은 여러 가지의 개별급부의 총체로 이루어지며, 그 이행이 일정한 기간에 걸쳐 순차적으로 또는 적시에 이루어지지 않으면 안 되고, 적시에 이행되지 않은 급부는 추완할 수 없으며, 개선할 수도 없으므로 여행계약의 계속적 채권관계를 중요시하여 통상의 도급계약과는 구별되어야 한다고 보고 있다.<sup>14)</sup>

한편 종래 우리나라에 있어서 여행계약의 법적 성질에 대하여는 여행계약의 민법전예의 편입 이전에는 여행계약에 대해 어떠한 규정을 적용할 것인가와 관련하여 학설의 대립이 있었다.

##### (1) 도급계약설

여행계약의 급부내용을 여행이라는 무형적 일의 완성의 총체를 제공하는 것이 여행급부의 내용이라고 이해하는 입장이다.<sup>15)</sup> 이 견해는 비록 여행계약이 계속적 채권관계와 유사한 요소를 지니지만 그로 인하여 일의 완성과 보수가 대가관계에 있다는 점, 도급인은 완성된 결과에 대해서만 보수를 지급한다는 점에서 도급계약으로서의 성질이 여행계약에서 배제되는 것으로 해석할 필요는 없다는 점, 그리고 여행계약의 경우 여행의 완성이 여행계약의 종국적 목적이므로 그 완성을 위한 과정이나 사무의 처리가 목적이라고 할 수 없다는 점에서 도급계약의 성질을 지닌다고 이해한다.

##### (2) 독자적 계약설

여행계약은 민법상 다른 전형계약과는 다른 독자적 성질을 가진 독립된 계약의 유형이라

바 랜드사라 지칭하고 있는데, 지상수배업자 또는 랜드사란 용어는 법률 용어는 아니며, 다만 여행업계에서 일반적으로 불리고 있는 용어이다(강영덕, 랜드 오퍼레이터의 역량이 여행사의 경영성과와 장기거래지향성에 미치는 영향, 관광경영연구 제20권 제5호(통권 제72호), 2016.9, 3면 이하 참조).

13) 남윤봉, “민법개정안 「여행계약」에 관한 고찰”, 한양법학 제17집, 한양법학회, 2005.6, 142면.

14) 박규용·허대원, 여행계약에 있어서 소비자보호, 재산법연구 제28권 제1호(2011. 5), 368면.

15) 김윤구, “여행계약의 법적 문제”, 비교사법 통권 16호, 한국비교사법학회, 2002.4, 9-10면.

고 보는 견해로서,<sup>16)</sup> 이에 따르면 여행계약은 여행이라는 무형의 결과실현을 그 내용으로 하므로 한편으로는 일의 완성을 목적으로 하는 점에서 도급계약과 유사하나, 도급계약과는 다른 점에서 구분된다고 한다. 즉, 여행계약의 급부내용은 다수의 서로 다른 급부로 이루어져 있고, 일의 결과인 서로 다른 부분급부의 실현이 시간적·장소적·기능적으로 여행이라는 전체급부와 결부되어 이뤄진다는 점, 일의 결과가 개개의 급부 및 그 시간적 연속과 불가분의 관계에 있어서 일정한 시점에 집중되지 않는 점에 비추어 보면, 여행계약은 비록 도급계약과 유사하지만 도급계약 자체는 아니므로 독자적인 유형의 계약으로 보는 것이 타당하다고 한다.

### (3) 검토

여행계약과 관련하여 다루어진 대법원 판례에서는 대체로 여행업자의 여행자에게 부담하는 안전배려의무의 내용에 대하여 판단하고 있으나,<sup>17)</sup> 직접적으로 여행계약의 법적 성질에 관하여 도급계약설의 입장인지 또는 독자적 유형의 계약이라는 입장인지는 불분명하나, 민법의 개정 이전에는 여행계약에 관하여 민법상 규율하고 있지 않으므로 인하여, 여행계약에 관하여는 그 계약의 내용과 가장 가까운 계약의 형태인 도급계약에 관한 규정의 유추적용으로 법률관계를 이해할 수 있었다는 점은 어느 정도 타당하다고 생각된다.

그러나, 현행 민법에서의 여행계약에 관한 규정의 의미와 관련하여서는 종래의 논의는 수정될 필요가 있을 것이다. 즉, 여행계약의 법적 성질은 비록 도급계약과 유사하다고 하더라도, 여행계약은 여행과 관련한 용역을 결합한 다양한 형태로 계약이 행해지고 있으며, 또한 민법상 새로운 형태의 전형계약으로 구성한 이상 이는 독자적 유형의 계약으로 파악하는 것이 바람직할 것이다.<sup>18)</sup> 또한 이러한 여행계약은 여행급부의 제공에 대해 대가적 의미의 대금을 지급하므로, 이는 유상·쌍무계약이며 동시에 낙성·불요식 계약으로 이해할 수 있다.

## 2. 일본에서의 논의

### (1) 개설

여행계약은 여행업법에 규정되어 있지만 동법에는 그 법적 성질 또는 여행 서비스의 하

16) 서민, “여행계약의 법리 및 입법방향”, 민사법학 15호, 한국사법행정학회, 1997.4, 118면.

17) 여행계약과 관련한 몇 가지 판례로는 대법원 2014.09.25 선고 2014다213387 판결, 대법원 2011.05.26 선고 2011다1330 판결, 대법원 2007.05.10 선고 2007다3377 판결, 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25061 판결 등이 있으나, 주로 기획여행에 있어서 여행업자의 안전배려의무와 관련한 부분에 대하여 논의하고 있으며, 구체적인 당사자 사이의 법률관계의 성질에 관하여는 그 입장이 불분명하다.

18) 김상용, 앞의 책, 486면 참조.



자에 기초하여 여행자에게 생긴 손해에 관한 여행업체의 계약책임에 대해서는 직접 규정을 두지 않고 있다.<sup>19)</sup> 따라서 기획여행 계약의 법적 성질이 무엇인지 문제가 되는 바, 이와 관련하여 그 법적 성질을 결정함으로써 여행업자의 해당 계약에서 부담하는 채무의 내용 및 그 범위가 드러나게 된다. 즉, 법적 성질론을 결정하는 것은 기획여행계약의 법해석보다 더 중요하다고 할 수 있다.

이러한 기획여행계약 중 모집형 기획여행계약(주최여행계약)에 있어서의 그 법적 성질에 대하여는 종래 구 여행업법 하의 학설의 대립이 있었다. 즉, 주최여행계약의 법적 성질을 위임계약 또는 위임계약에 준하는 것, 도급계약 또는 도급계약에 준하는 것, 그리고 매매계약 또는 매매계약에 준하는 것으로 이해할 수 있다는 것이다. 이에 대하여 판례는 일관하여 주최여행계약의 법적 성질은 위임계약에 준하는 것으로 보고 있다.<sup>20)</sup>

이러한 시각의 차이는 여행업자의 여행계약에서의 교통 티켓의 준비, 숙박의 준비, 스포츠 관람 티켓의 준비, 여정 관리 등의 채무가 결과채무인지 수단채무인지에서의 차이로부터 영향을 주고 있다.

## (2) 관련 판례

기획해외여행중의 교통사고에 의한 신체상해 등과 관련하여서는 東京地判 昭63.12.27(判時134号37頁 パキスタンでのバス轉落事故)이후 여행계약의 법적성질을 준위임계약으로 파악하고 있었으나, 그 후 수차에 걸쳐 여행업법과 표준여행업약관의 개정이 행하여졌으므로, 현행 여행업법 하에서 선례로서 거론될 수 있는 것은 이하의 3건이라고 할 것이다.

① 大阪地判 平20.9.30(交通事故民事裁判例集 41卷 5号 1323頁)에서는, 여행업법 제3조 소정의 등록업자인 Y회사의 모집형 기획여행계약에 응하여, 한국의 서울여행을 목적지로 한 4일간의 관광여행에 참가한 X가, 현지에서의 버스운전수 Z의 과실에 의해 버스가 감속하지 않고 흙을 쌓아둔 곳에 걸쳐져 튕겨나가, X가 버스 내에서 두부를 강타당한 사안으로, 다음과 같은 사건의 경과가 있었다.

19) 일본에 있어서 여행업법은 헤이세이 16년(2004년) 5월 27일 개정으로 기획여행계약이 창설되었다. 동법 제2조 1항 1호 및 2호에 의한 기획여행계약은 모집형 기획여행계약과 수주형 기획여행계약으로 분류된다. 전자는, 헤세이 16년 개정 이전의 구 여행업법의 '주최여행', 후자는 동 구법의 '포괄요금특약부 기획수배여행'에 해당한다. 기획여행계약은 여행사가 여행의 목적지·일정과 운송·숙박 등의 서비스 내용 및 여행 대금을 정한 여행 계획을 작성하여, 자신의 계산으로 운송 기관 등의 서비스 제공자와 계약을 체결하고 여행 상품을 작성 및 판매하는 여행 계약을 말하는 바, 여행사가 미리 여행 계획을 작성하고 참가자를 모집하고 실시하는 형태의 여행계약(패키지 투어)인 모집형과, 여행자의 의뢰에 의거하여 여행사가 여행 계획을 작성하는 형태의 여행계약으로 수학여행이나 직장 여행 등 수주형으로 구분된다(여행업법 제2조 4항).

20) 宮川不可止, 募集型企画旅行における手配債務、旅程管理債務, 法時 80卷 2号, 2008, 92頁以下.

본건 버스는 Y의 한국에서의 手配代行業社 A를 통하여 정해졌으며, A의 현지 添乗員(단체 여행을 수행·안내하는 여행사 직원) B가 동승하고 있었다. X는 귀국 후 C 병원에서의 진단으로 이상은 발견되지는 않았으나, 두통이 개선되지 않아 통원을 수십일 계속하고, 경막하수종으로 진단되어 증상개선에 따라 일단 퇴원하였으나, 그 후 극심한 통증에 의해 재차 C 병원에서 경막하혈종으로 변화하고 있다고 진단받아, 수술을 받고 완치하였다. X는 치료비와 휴업손해 등에 대하여 Y의 여객운송인(일본 상법 제590조 제1항)으로서의 책임을 이유로 소를 제기하였다. 이에 대하여 위 재판소는 Y의 채무의 내용은 X가 한국에서의 운송, 숙박기관 등으로부터 서비스의 제공을 받을 수 있도록 수배, 여정을 관리하는 것에 있고, X와 Y간에 여객운송계약관계를 인정하는 것은 곤란하여, B는 A의 이행보조자이나 본건에서는 B에게 과실 및 안전확보의무위반도 없으므로, Y의 책임도 발생하지 않는다고 하였다.

② 東京地判 平22.12.24(平21(ワ)11980号 2016 westlaw Japan)에서도, Y회사의 모집형 기획여행에 참가한 X가 사이판 섬에서 탑승한 소형항공기의 추락사고에서 요추과열골절등의 부상을 입었으나, 현지에서의 운송 서비스 기관의 선택 등에 대하여 Y는 당해 국가에서 법령상 인정된 운송수단을 선정하고, 운송기관과 운전수를 수배하는 것으로 족하여, X의 안전확보의무까지는 부담하지 않는 것으로 되었다.

③ 東京地判 平25.4.22(平21(ワ)21579号)는 Y회사의 토르코 유람여행이라는 모집형 기획여행에 참가한 X가 여행 중에 현지의 버스회사의 버스사고로 인한 부상으로 인하여 후유장애를 입은 사건에서, Y는 X에 대한 관계에서 안전확보의무를 부담하지 않는다고 하였다.

### (3) 학설

모집형 기획여행계약의 법적성질에 관하여 종래 여행업계와 감독관청측은 업계보호의 의도도 있어서, 그것을 준위임계약적으로 이해하려고 하였다는 비판도 있었으나,<sup>21)</sup> 특히 평성 7년 여행업법 개정 후의 여행업약관 제3조와 관련하여, 당사자가 ‘여행 서비스의 제공을 받는 것이 가능하도록 수배하고, 여정을 관리하는 것을 인수한다’고 하는 문언이 있는 경우에는 판례는 여행계약에 있어서의 당사자 사이의 약관을 근거로 기획여행계약의 법적성질을 준위임계약으로 파악하고 있다.<sup>22)</sup>

이에 대하여 학설의 입장을 대별하면, (1) 준위임계약설 (2) 준도급계약설 (3) 준매매계약

21) 田井義信, 海外旅行と國內の旅行代理店の安全配慮義務, 私法判例リマックス 第53号, 日本評論社, 2016, 36-37頁.

22) 宮川不可止, 前掲論文, 92頁以下.

설 등으로 나뉜다.<sup>23)</sup>

이들의 학설은 감독관청과 여행업계주도로 작성된 여행업법과 약관(여객조건서) 등으로부터 발생하는 문제점을 민법의 위임과 도급, 매매에 유사한 것으로 파악하여 해결하려는 의도를 가진다. 여행업자를 Y, 여행자를 X, 현지에서의 역무제공자를 B로 하여 그 특색을 비교하면 다음과 같다.

- 1) 준위임계약설에 있어서는 계약법상 Y는 X에 대하여 원칙적으로 책임을 지지 않는다고 하며, 예외적으로 보증계약적 내용이 인정되는 경우에 한하여 책임을 진다고 한다.<sup>24)</sup>
- 2) 준도급계약설은 Y가 자기의 계산과 책임에 있어서 여행내용과 비용 전체를 X에게 일괄 제시하고, 일련의 여행 서비스를 역무제공자 B와 공동으로 하여 X에게 제공하는 도급적 성질을 가지는 계약이라고 파악한다.<sup>25)</sup>
- 3) 준매매계약설은 준위임계약적 이해로부터 생긴 이론적 왜곡을 매매계약적으로 재평가하여 Y의 제1차적 책임을 인정하려고 한다.

이와 관련하여 구체적으로는 石田교수는 위임계약적으로 파악한 이상에서 Y에게 불리한 민법 644조, 651조 2항 등의 적용을 배제하여야 한다고 주장하며<sup>26)</sup>, 高橋교수도 위임계약적으로 파악한 이상에서, 그 실태와의 모순의 해결을 위하여, Y의 수령금액과 B에게 수배한 원가와의 차액을 매매계약적으로 파악하고자 하여, Y에게 X에 대한 상해보험가입권고의무도 요구하고 있다.<sup>27)</sup> 또한 加藤교수는 여행업법과 약관을 우선 제외하고 생각하면, 준위임적으로도 도급적으로도 생각할 수가 있으나, 분쟁해결의 현실을 고려하면 준도급계약설이 ‘사태적합적’이라고 한다.<sup>28)</sup>

그 후, 이러한 민법상의 전형계약에 국한하여 해석하는 법적성질론을 떠나, 그 의의와 중요성을 인정하지 않고, 발생한 개별의 문제를 구체적 구제를 하면 충분하다고 하는 견해가 제기되었는 바, 이른바 4) 구체적 적용설은 위의 1-3설은 업계보호적인 색채를 가진 준위임계약적 사고를 탈피하지 않는다는 비판 하에, 문제를 개별 구체적으로 해결하려고 하는 것이었다. 즉, 재판소는 법적 구성이 아닌 Y의 구체적인 의무와 책임의 범위를 명확하게 하면 좋다는 입장이다.

이 견해도 내용은 엄밀하게는 몇 가지로 나누어진다. 예를 들면, 山下교수는 준위임에서

23) 森嶋秀紀, 主催旅行契約における旅行業者の責務と責任(三)ヨーロッパ諸国の法理等を参考に, 法政論集 208号, 名古屋大学大学院法学研究科, 2005, 259頁 以下.

24) 鹿野菜穂子, 役務契約(2) 旅行契約, 『民法の争点』, 有斐閣, 2007, 254頁.

25) 道端忠孝, 企画旅行契約の法的性質について, 秋田法学 44号, 2005, 127頁 以下.

26) 石田喜久夫, 委任—旅行契約, 法セ 303号, 1980, 101頁.

27) 高橋弘, 旅行業約款—主催旅行契約を中心に, 法時54卷 6号, 1982, 28頁.

28) 加藤雅信, 『新民法大系Ⅲ 債権総論』, 有斐閣, 2005, 159頁 以下.

는 X 스스로 해외업자를 소송할 필요가 생긴다고 하는 곤란이 따르기 때문에, Y의 도급으로 하는 이해가 보다 낮겠으나, 모든 위험과 불확실성으로부터 생기는 손해의 책임을 Y에게 부담시키는 것도 공평성의 관점에서 문제가 있어, 법적 성질론에만 얽매이지 말고, X의 보호를 어떻게 도모할 것인지 라는 시점에서, B와 같은 수준에서 X 보호를 위한 보험가입을 Y에게 의무화시켜야 할 것이라고 주장한다.<sup>29)</sup>

또한 森田교수는 Y가 B 등과 동일한 책임을 부담하게 되면, 불법행위법의 사용자책임에 유사한 일종의 대위책임으로 되는 것으로 하여, Y는 스스로 여행을 기획하고 그 판매에 의해 X, B 쌍방으로부터 이익을 얻고 있어서 사고의 위험 분배에 최적인 입장에서 이해한 결과, 우선 법적으로 Y가 제1차적 책임을 지는지 여부는 그 실태법적 평가 여하에 달려 있다고 한다.<sup>30)</sup>

#### IV. 모집형 해외여행에서의 여행업자의 안전배려의무

##### 1. 안전배려의무의 의의

안전배려의무 또는 안전확보의무에 대하여 우리 민법상 명문의 규정은 없으나, 학설과 판례는 다양한 계약관계에서 이를 인정하고 있다.<sup>31)</sup> 즉 명문의 규정은 없으나 고용관계에서만 아니라 여행계약, 숙박계약, 도급계약 등 다양한 법률관계에 기하여 특별한 사회적 접촉의 관계로 발전될 수 있는 영역에서 그 적용범위를 넓히고 있다.<sup>32)</sup> 이러한 안전배려의무는 상대방의 생명이나 건강, 신체, 재산을 위험으로부터 보호하도록 배려해야 하는 의무로 이해할 수 있다.<sup>33)</sup>

우리의 경우와 달리, 독일 민법은 안전배려의무를 독립적인 의무로 인정하여 명시적이고 있는 바,<sup>34)</sup> 안전배려의무를 계약상의 의무로 전제하여 이해하고 있다. 즉, 연혁적으로 독일

29) 山下友信, 『運送・旅行』, 加藤一郎=竹内昭夫編・消費者法講座 第4卷, 1988, 211-212頁.

30) 森田宏樹, 『他人の行為による契約責任の二元性』, 『民事法秩序の生成と展開』, 創文社, 1996, 696頁.

31) 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 성균관법학 제16권 제3호, 2004, 141면.

32) 김민중, “스키사고: 민사법적 책임”, 스포츠와 법 제3권, 한국스포츠법학회, 2004, 357면.

33) 박윤직, 『채권각론(제6판)』, 박영사, 2007, 245면; 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1993, 254면.

34) 독일 민법 제618조 제1항은 “사용자는 노무급부의 성질이 허용하는 한도에서 생명 및 건강의 위험으로부터 근로자를 보호하기 위하여, 작업을 위하여 제공된 장소·장치·기구를 적당히 설치·유지하고, 또한 자기의 생명 또는 지시하에 행하는 노무급부를 적당히 규율하여야 한다”고 규정하고, 또한 동조 제2항에서는 “근로자가 가족공동체의 구성원이 된 때에는 사용자는 거실 및 침실, 급식 또는 노무시간 및 배려를 하여야 한다”라고, 제3항에서는 “사용자가 근로자의 생명 및 건강에 대하여 부담하는 의무를 이행하지 아니한 때에는 그 손해배상에 관하여 불법행위에 관한 제 842조 내지 제846조의 규정을 준용한다”고 규정하고 있다.

에서의 안전배려의무는 충실근무계약의 고용관계에 기초를 두고 형성된 것으로서 피용자의 충실의무와 대응관계에 있다는 점에서, 피용자의 생명과 신체 등 절대적인 법익을 그 보호 대상으로 하여 발전하였다. 이는 사법상의 계약의무로서 계약책임의 확대를 모색하며, 궁극적인 근거는 신의칙에서 이해하고 있다고 한다.<sup>35)</sup>

한편, 우리나라의 안전배려의무에 관한 판례의 전개는 일본의 판례 발전과정을 답습한다고 할 정도로 유사하다고 할 수 있다.<sup>36)</sup> 일본에서의 안전배려의무는 산업화의 급속한 진행에 따라 사회적 약자인 피해자 보호를 위하여 고안된 법리로서, 주로 고용계약관계에서 적용되었으며, 불법행위의 영역에서 다루어졌었다. 그러나 피해자 구제가 충분하지 못하게 되면서, 이의 보완으로 채무불이행으로의 법리구성을 시도했고, 그 결과 일본 최고재판소는 그 적용역역에 있어서도 ‘어떤 법률관계에 기하여 특별한 사회적 접촉의 관계’에 있어서는 ‘신의칙상 부수적 의무로서 안전배려의무가 적용’된다는 법리를 전개한 이후,<sup>37)</sup> 이를 다른 계약의 유형에까지 확대하여 적용하였다.<sup>38)</sup>

우리나라의 판례의 경향도 일본의 경우와 유사하다고 볼 수 있으며, 특히 판례에서 드러난 안전배려의무에 대한 이해는 1994년의 숙박계약관계에 대한 판결<sup>39)</sup> 이후로는 안전배려의무 위반에 따른 책임체계를 주로 채무불이행 영역에서 다루고 있다.

## 2. 안전배려의무의 법적 성질

일반적으로 계약에 있어서의 의무는 독일의 학설 영향을 받아 주된 급부의무와 부수의무

35) 김덕중, “민법상 안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 원광법학 제24권 제3호, 2008, 96면.

36) 위의 논문, 89면.

37) 最高裁判所 昭和50(1975). 2. 25 宣告 昭48(オ) 383 判決. 동 판결에서는 “국가가 공무수행을 하거나 공무원이 공무의 관리를 함에 있어서 공무원의 생명 및 건강 등을 위하여 위험에서 보호하도록 배려해야 할 의무를 부담한다”고 판시하여 안전배려의무의 개념을 정의하였으며, 안전배려의무는 “어떤 법률관계에 기하여 특별한 사회적 접촉에 들어간 당사자 간에 당해 법률관계의 부수의무로서 신의칙상 부담하는 의무로 일반적으로 인정되어야 하는 것이다”라고 하여 그 법적근거를 신의칙에 근거한 부수의무라고 이해하고 있다.

38) 나현태, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 전남학교 박사학위논문, 1994, 61면.

39) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다43590 판결. 동 판결에서는 “공중접객업인 숙박업을 영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시 사용을 위한 임차계약으로서 객실 및 관련 시설은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임차와 같이 단순히 여관 등의 객실 관련 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련 시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며, 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무”라고 하여, 안전배려의무의 지위를 인정하였으며, 또한 숙박업자가 이러한 안전배려의무를 위반하여 “고객의 생명·신체를 침해 하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다”고 하여 안전배려의무위반 책임을 불완전이행에 의한 채무불이행책임으로 이해하고 있다.

그리고 보호의무로 구성된다.<sup>40)</sup> 따라서 이러한 의무를 위반하는 경우 계약책임을 진다.<sup>41)</sup> 이 가운데 계약에 있어서의 주된 급부의무는 채무자의 급부행위를 통하여 채권자에게 급부 결과를 실현하는 의무인 바, 계약의 유형을 특징하여 구분할 수 있는 본질적인 내용을 포함하는 것이 주된 급부의무이다. 이에 비하여 부수의무는 계약의 유형을 결정하는 것은 아니나, 주된 급부의무가 채권관계의 내용에 따라 적합하게 실현될 수 있도록 채무자가 행해야 할 제반의 행위의무를 말한다.

이들 두 의무의 특징에 따라, 주된 급부의무의 위반에 대해서는 이로 인한 손해배상청구권(민법 제390조) 이외에 이행의 강제(제389조), 동시이행의 항변(제536조)과 계약해제권(제544조 이하)이 인정된다. 그에 반하여 부수의무의 위반에는 손해배상청구권이 인정되기는 하나(제390조) 급부의무와는 달리 고유한 목적을 갖지 않으므로, 이행의 강제나 계약해제권은 일반적으로 허용되지 않는다.

한편, 급부의무가 계약관계에 따른 급부이익의 실현을 목적으로 하는 것에 반하여, 보호의무는 채권관계의 실현과정에서 당사자의 기존 법익에 대한 현상유지 또는 완전성 이익의 침해금지를 목적으로 하고, 보호의무 위반의 경우에는 손해배상청구권이 주된 효과이지만 채권관계에 대한 영향 등에 따라 일정한 경우에는 계약해제 및 해지권 등도 인정될 수 있다.

여기서 계약관계에 있어서 안전배려의무 위반에 따른 책임체계를 채무불이행으로 파악할 것이지, 아니면 불법행위로 파악하는 것이 타당한 것인지에 대하여, 그 법적성질과 체계적 지위 등에 대한 견해의 대립이 있는 바, 이를 1) 계약상 부수의무 또는 보호의무로 보는 견해, 2) 독립적 의무로 보는 견해, 3) 안전배려의무를 2가지로 나누어 보는 견해 등으로 나뉜다.

먼저 1) 계약상 부수의무 또는 보호의무로 보는 견해에 의하면, 계약관계를 기초로 하여 특별관계로 인정받는 경우, 당사자는 계약에 의하여 발생하는 위험으로부터 상대방의 생명·신체·건강 또는 재산 등의 법익을 보호할 안전배려의무를 부담한다고 한다. 따라서 안전배려의무는 계약당사자가 동등한 입장에서 지배하는 신의칙상의 의무로서 계약상 부수의무 내지 보호의무에 근거한다는 것이다.<sup>42)</sup>

2) 독립적 의무로 보는 견해는 부수의무 또는 보호의무는 급부의무를 실현하는 과정에서 상대방의 생명·신체 등의 침해를 방지하여야 하는 의무임에 비하여, 안전배려의무는 채권자가 적극적으로 채무자의 생명·신체 등의 법익을 배려하여야 할 의무라는 점에서 구별이 된다고 한다. 또한 안전배려의무는 주로 계속적 채권관계에서 문제되고 그 의무의 근거는

40) Kramer, in: Münchener Kommentar, Bd. 2, 4. Aufl., 2003, § 241 Rn. 16-19.

41) 장경학, 채권법총론, 교육과학사, 1992, 6면; 현승중, 채권총론, 일신사, 1982, 128면.

42) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2007, 246면; 이은영, 채권각론, 박영사, 2007, 503면.

신의성실의 원칙에 있다고 한다.<sup>43)</sup>

3) 안전배려의무를 2가지로 나누어 보는 견해는 안전배려의무를 채무구조론상 어느 하나의 의무라고 단정하기는 곤란하므로, 안전배려의무를 급부의무로서의 성격을 갖는 경우도 있고 부수의무나 보호의무로서의 성격을 갖는 경우도 있다고 한다.<sup>44)</sup> 즉 안전배려의무를 급부의무로서의 성격을 갖는 안전확보의무와 부수의무 내지 보호의무로서의 성격을 갖는 안전배려의무로 2분하여 파악하여, 전자에 속하는 것으로는 고용계약, 운송계약 그리고 결함상품에 의한 사고관계가 있고, 후자에 속하는 것으로는 의료계약, 학생들의 재학계약, 임차계약 등이 있다고 한다.

결국 안전배려의무의 법적 성격을 어떻게 이해하느냐에 따라 피해자의 보호범위가 달라질 수 있게 되므로, 계약에 있어서의 안전배려의무를 일괄적으로 부수의무나 보호의무로 이론구성을 하게 되면 피해의 구제는 오로지 손해배상청구권만이 인정될 수 있어 피해자의 보호에 미흡하다는 문제가 있다. 따라서 안전배려의무는 특별한 사회적 접촉관계에서 상대방의 생명, 신체 등의 법익을 보호하는 것을 내용으로 하고 있으므로, 그의 법적 성격을 구체적인 사정에 적용하여, 다양한 계약관계에서 안전배려의무의 법리를 일반적으로 적용하기 보다는, 안전배려의무는 고용계약 등 안전성의 확보가 특히 중요한 계약에서는 급부의무로 이해하고, 기타 계약관계에서는 부수의무 또는 보호의무로 해석하여 그 효과를 구분하는 것이 타당할 것이다.<sup>45)</sup>

### 3. 여행계약에 있어서의 안전배려의무

여행계약상 여행업자의 안전배려의무와 관련하여, 이하의 대법원 판결 내용에서 여행계약과 관련한 안전배려의무의 정도와 여행계약의 당사자의 책임 범위 등을 이해해 볼 수 있다.

먼저 여행계약에 있어서 여행의 주최자인 여행업자는 여행자에 비하여 통상 전문적 지식을 가진 주체로서 우월한 지위에 기초하여 여행과 관련한 계약내용을 결정하는 반면, 여행자는 여행업자가 제시하는 조건에 따라 그를 신뢰하고 여행계약을 체결하는 것이 일반적이다.

따라서 여행계약의 체결과정에서 여행업자는 여행계약상의 부수의무로서 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위해 전문적 지식을 가진 자로서 합리적인 판단을 하고, 여행계약내용의 이행에 있어서의 위험을 미리 제거하거나 이를 여행자에게 고지하여 위험의 수용여부에 대한 선택의 기회를 부여하는 등의 합리적 조치를 취할 신의칙상의 주의의

43) 김형배, 채권총론, 박영사, 1993, 254면.

44) 유재남, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 동아학교 박사학위논문, 1992. 6. 221면.

45) 최창렬, “안전배려의무에 관한 연구”, 부동산법학 제10집, 2004, 110면.

무를 진다.<sup>46)</sup>

또한 여행계약은 그 이행에 있어 일반적으로 장소의 이동이 수반되기 때문에 사고가 발생한 경우에는 피해자의 구호나 법적 구제가 용이하지 않은 특성이 있다. 따라서 해외여행의 경우, 국외여행인솔자는 여행업자의 여행자에 대한 안전배려의무의 이행보조자로서 당해 여행의 구체적인 상황에 따라 여행자의 안전을 확보하기 위하여 적절한 조치를 강구할 주의의무를 진다.

한편 여행계약의 체결시 약관을 통한 경우, 여행업자의 여행자에 대한 책임의 내용 및 범위 등에 관하여 규정한 것은 안전배려의무를 명시한 것으로 볼 수 있으나, 여행업자의 안전배려의무의 정도는 일률적으로 판단할 것이 아니라 당해 여행계약의 내용에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이다.

따라서 가령 여행업자가 여행자에게 해외스키장의 이용을 목적으로 여행상품을 제공하는 과정에서 항공편과 숙박시설 및 공항과 숙박시설 사이의 편의제공을 여행계약의 목적으로 한 경우라면, 당해 여행에서는 스키장 이용에 있어서 스키장의 시설, 운영실태, 지형지세 등에 대하여 충분히 조사하여, 여행자들에게 발생될 수 있는 위험에 대비하여 이를 제거하거나 여행자가 이에 적절하게 대비할 수 있도록 조치를 취할 의무가 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 여행업자가 스키장의 상태 등에 관하여 충분한 설명을 하지 않거나, 위험이 발생했을 때 도움을 요청할 수 있는 방법 등 충분한 대비책을 마련하지 않은 경우에는 여행계약상의 안전배려의무를 다한 것이라고 볼 수 없게 될 것이다.<sup>47)</sup>

아울러 해외여행에 있어서는 통상 여행수배업자(land operator) 또는 지상수배업자라고 불리는 자가 여행업자로부터 의뢰를 받아 현지 지상수배뿐만 아니라 현지에서의 여행안내까지 담당하는 경우가 있다. 이러한 지상수배업자의 업무는 여행사와 거의 동일하지만, 직접 일반고객인 여행자를 상대로 영업을 하지 않는 점에서 이들은 여행계약의 직접적인 당사자가 아니라고 할 것이다. 다만, 이들은 여행업자의 여행계약상 급부를 이행함에 있어 그 이행을 보조하는 이행보조자의 지위는 인정될 수 있으므로, ‘랜드사’ 또는 ‘현지 여행업자’로 불리는 여행수배업자의 여행계약상 고의·과실은 민법 제391조에 따라 채무자인 여행업자의 고의·과실로 보아야 한다. 또한 랜드사 등 이행보조자는 채무자인 여행업자의 의사관여 아래에서 채무의 이행에 속하는 활동을 하는 자이면 족하고, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니다.

따라서 해외여행계약상 여행업자의 여행 목적지인 해외 현지에서의 이행보조자가 자신의 채무를 이행하기 위해 새로운 그의 이행보조자를 통해 여행계약상 채무를 이행한 경우, 이는 여행자의 복이행보조자로서 여행업자가 본인의 여행계약상 채무의 이행을 위하여 제3자를 이행보조자로서 사용하였으며, 이를 여행업자 본인이 승낙 또는 묵시적 동의를 한 경우

46) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다25061 판결 참조.

47) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다3377 판결 참조.



이기 때문에 여행업자는 복이행보조자의 고의·과실에 관하여도 민법 제391조에 의한 책임을 부담하여야 한다.<sup>48)</sup>

#### 4. 모집형 기획여행에서의 안전배려의무의 성립여부

##### (1) 이행보조자의 행위와 관련한 여행업자의 책임

모집형 기획해외여행에서의 사고피해에 대하여, 피해자가 여행업자인 국내의 여행사에 대하여 안전배려의무위반 내지 안전확보의무위반의 책임을 물을 수 있는지 여부가 문제이다. 이와 관련하여, 일반적으로는 민법상 채무자의 채무불이행 책임의 성립은 채무의 존부, 채무자와 이행보조자의 특정, 의무위반의 유무의 문제로 귀결될 수 있는 바, 일본에서의 통설은 이하와 같이 설명하여 왔다.

우선, 채무자의 채무불이행에 대하여서는 이행지체와 불완전이행도 포함하여, 여행업자의 귀책사유를 요하고 있는지에 대하여, 제도취지와 과실책임의 원칙 등으로부터 이를 긍정한다.<sup>49)</sup> 따라서 여행업자의 귀책사유로는 채무자 자신의 고의, 과실 또는 ‘신의칙상 이와 같이 볼 수 있는 사유’로서, 통상 이는 이행보조자의 고의, 과실을 가리키는 것이 된다. 판례는 협의의 이행보조자와 이행대행자를 특히 구별하지 않고 논의하고 있으나, 통설은 이를 구별하여, 이행보조자로는 여행업자인 국내의 여행사가 자기의 채무의 이행에 있어서 채무의 이행을 위하여 사용하는 자를 말하고, 광의로는 이행대행자도 포함되지만, 이행대행자의 사용이 명문상 또는 채권자의 승낙 등에 의해 적극적으로 허용되어 있는 경우에는 그 자의 선임, 감독에 있어 국내의 여행사에게 과실이 있는 경우에 한하여 책임을 지는 것에 지나지 않는다고 한다.<sup>50)</sup>

##### (2) 구체적 타당성의 도출

이와 같은 이행보조자와의 관계에서 채무자인 여행업자의 안전배려의무의 성립여부를 논의한 경우에 있어서, 해외여행계약 자체의 법적 성질에 대한 일본에서의 견해로서 앞의 1설, 2설, 3설의 어느 것에 의하더라도, 여행업자의 책임과 피해자인 여행자의 구체범위에 대하여는 각각 이론적 비판과 현실적 불공평이 생긴다. 그러므로 일본의 최근의 판례들은 여행계약의 법적 성질 논쟁의 필요성과 타당성의 시비로 들어가지 않고, 그것을 사실인정과 약관의 취지해석의 문제로 다루는 구체적 타당성 판단의 방법을 채택하여 타당한 해결책을

48) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다1330 판결 참조.

49) 奥田昌道, 債權總論(増補版), 悠々社, 1992, 124頁.

50) 奥田昌道, 前掲書, 128頁; 小野秀誠, 債權總論, 信山社, 2013, 104頁.

도모하려고 한 것으로 생각된다.<sup>51)</sup>

이를 근거로 한 판례의 논거는 주로 2가지 점으로, 당사자 사이의 약관에 기초한 여행업자의 의무는 여행 서비스 제공기관의 수배 등, 여행자가 여행 서비스를 받기 위한 준비를 갖추는 것이어서, 여행 서비스 자체의 제공의무까지 부담하고 있지 않은 것과, 외국여행의 서비스 내용의 조정을 여행업자인 국내의 여행사에게 구하는 것은, 여행업자에게 있어서 “그 적절한 이행이 현저히 곤란”하고 “관여하지 않은 것”이며, “가혹하다”고 하는 판단에서이다. 즉, 전자는 계약상 여행업자가 실질적으로 책임을 지는 채무는 위의 준비를 갖추는 단계까지 있다고 하는 사실인정과 약관의 내용을 근거로 한 그 정당화를 위한 해석론이며, 후자는 물리적 가능성과 이익형량론 또는 가치판단론에 그 근거를 두고 있다.<sup>52)</sup> 결국 판례가 여행업자의 책임을 위와 같이 한정하고, 그것 이상의 의무를 부담하지 않는다고 한 결과, 해외여행에서의 피해사고에 대하여 현지의 여행사의 이행보조자의 행위는 국내 여행사의 안전배려의무에 있어서 관계가 없다고 하는 논리가 된다.

## 5. 검토

해외여행계약은 여행이라는 무형적 가치의 실현을 목적으로 하며 시간적·장소적 이동을 필수적인 요소로 하게 된다. 이와 관련하여 모집형 해외여행에서의 여행업자는 여행자에 비하여 여행과정에 대한 전문적인 지식을 보유하고 여행과정의 전반적 내용을 결정할 수 있는 우월적 지위가 인정되므로, 이와 균형적인 책임을 부담하는 것으로서 여행업자에게 신의칙상 안전배려의무를 인정하고 그의 위반에 대한 계약책임을 물을 수 있다고 하는 것이 여행계약의 당사자 누구에게도 공평하다고 생각된다.

이처럼 모집형 해외여행을 기획한 여행업자에 대하여, 여행업자가 적절한 역무제공업자의 수배(준비)를 그르친 경우 등에는, 국내, 국외를 묻지 않고 원칙적으로 여행업자와 여행자에 채무불이행 책임이 성립할 여지는 있으나, 실질적으로 국내 여행사에 대한 안전배려의무 위반을 이유로 여행자의 사고피해에 대한 배상책임의 성립여부는 용이하지 않다고 할 것이다. 따라서 이에 대한 보완으로, 모집형 해외여행업자의 적절한 해외수배여행의 경우, 현지 여행사 등에게 배상청구를 하는 것은 섭외문제가 되고, 법적 절차가 복잡한 것이어서 보험가입을 권하는 것이 통상이어서 그 대상적, 보완적 기능을 하도록, 여행자에게 보상계약의 체결을 의무화를 통해 여행자를 보호하는 방안이 실무적으로 활용되고 있는 점에서 구체적인

51) 田井義信, 前掲論文, 37頁.

52) 또한, 일본의 경우, 최근의 해외여행업자가 고객에게 제시, 교부하는 서류에는 ‘여행조건서’라고 하는 명칭사용이 많고, 기획해외여행을 ‘해외수배여행’이라고 하는 표현으로 명확하게 자리매김하여, 그 수배의 내용과 비용 등을 명시한 이상, 국내 여행사가 부담하는 채무와 부담하지 않는 채무의 내용을 상세하게 설명하고 있는 것과도 실무상 부합하고 있다고 한다(田井義信, 前掲論文, 37頁).

타당성을 찾아볼 필요가 있을 것이다.

## V. 결론

여행계약에 있어서 통상 여행업자는 계약의 상대방인 여행자에 대하여 자신이 구성한 계약내용을 결정하는 것이 용이한 반면, 여행자는 여행업자가 제시하는 여행의 내용에 대해 여행업자를 신뢰하고 여행계약을 체결하는 것이 일반적이다.

따라서 여행계약의 체결과정에서 여행업자는 여행계약상의 부수의무로서 여행자의 생명·신체·재산 등의 안전을 확보하기 위해 전문적 지식을 가진 자로서 합리적 판단 하에 계약내용의 이행상 위험을 미리 제거하거나 이를 그 상대방에게 고지하는 등의 합리적 조치를 취할 신의칙상의 주의의무를 진다.

다만, 여행계약에 있어서의 안전배려의무에 대하여 계약관계에 있어서 안전배려의무 위반에 따른 책임체계를 채무불이행으로 파악할 것인지, 아니면 불법행위로 파악하는 것이 타당한 것인지에 대하여, 그 법적성질과 체계적 지위 등에 대한 견해의 대립이 있으나, 여행계약에 있어서의 안전배려의무를 일괄적으로 부수의무나 보호의무로 이론구성을 하게 되면 피해의 구제는 오로지 손해배상청구권만이 인정될 수 있어 피해자의 보호에 미흡하다는 문제가 발생할 수 있다.

이에 대하여 안전배려의무는 특별한 사회적 접촉관계에서 상대방의 생명, 신체 등의 법익을 보호하는 것을 내용으로 하고 있으므로, 그의 법적 성격을 구체적 사정에 적용하여, 다양한 계약관계에서 안전배려의무의 법리를 일반적으로 적용하기 보다는 안전성의 확보가 특히 중요한 계약이라면 급부의무로, 기타 계약관계라면 부수의무 또는 보호의무로 해석하여 그 효과를 구분하는 것이 타당할 것이다.

따라서 모집형 해외여행을 기획한 여행업자에 있어서는, 여행업자가 적절한 의무제공업자의 수배를 그르친 경우라면, 국내, 국외를 묻지 않고 원칙적으로 여행업자와 여행자에 채무불이행 책임이 성립할 여지는 있으나, 실질적으로 국내 여행사에 대한 안전배려의무 위반을 이유로 여행자의 사고피해에 대한 배상책임의 성립여부는 용이하지 않다고 할 것이다.

그렇다면 여행계약에서의 당사자간의 구체적 타당성을 도모한다는 측면에서, 모집형 해외 여행업자의 적절한 해외수배여행의 경우, 현지 여행사 등에게 배상청구를 하는 것은 실질적으로 용이하지 않을뿐더러, 그 법적 절차가 복잡한 것이어서 실무적으로 여행자보험가입을 권하는 것이 거래계의 일반이라는 점을 고려한다면, 오히려 여행자에게 보상계약의 체결을 의무화를 규율하는 내용으로의 입법을 보완하는 방안 등을 통해 여행자를 보호하는 방안이 구체적 타당성의 측면에서 하나의 보완책이 될 수도 있지 않을까 생각된다.

## 참고문헌

- 곽윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2007
- 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2011
- 김형배, 채권총론, 박영사, 1993
- 법무부 민법개정자료발간팀 編, 2013년 법무부 민법개정시안-채권편 下
- 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2015
- 이은영, 채권각론, 박영사, 2007
- 장경학, 채권법총론, 교육과학사, 1992
- 현승중, 채권총론, 일신사, 1982
- 강영덕, 랜드 오퍼레이터의 역량이 여행사의 경영성과와 장기거래지향성에 미치는 영향, 관광경영연구 제20권 제5호(통권 제72호), 2016.9
- 김덕중, “민법상 안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 원광법학 제24권 제3호, 2008
- 김민중, “스키사고: 민사법적 책임”, 스포츠와 법 제3권, 한국스포츠법학회, 2004
- 김윤구, “여행계약의 법적 문제”, 비교사법 통권 16호, 한국비교사법학회, 2002.4
- 나현태, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 1994
- 남윤봉, “민법개정안 「여행계약」에 관한 고찰”, 한양법학 제17집, 한양법학회, 2005.6
- 박규용·허대원, 여행계약에 있어서 소비자보호, 재산법연구 제28권 제1호, 2011. 5
- 서민, “여행계약의 법리 및 입법방향”, 민사법학 15호, 한국사법행정학회, 1997.4
- 유재남, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 동아학교 박사학위논문, 1992. 6.
- 최창렬, “안전배려의무에 관한 연구”, 부동산법학 제10집, 2004
- 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 성균관법학 제16권 제3호, 2004
- 加藤雅信, 『新民法大系Ⅲ 債權總論』, 有斐閣, 2005
- 高橋弘, 旅行業約款—主催旅行契約を中心に, 法時54卷 6号, 1982
- 宮川不可止, 募集型企画旅行における手配債務、旅程管理債務, 法時 80卷 2号, 2008
- 道端忠孝, 企画旅行契約の法的性質について, 秋田法學 44号, 2005
- 鹿野菜穂子, 役務契約(2) 旅行契約, 『民法の争点』, 有斐閣, 2007
- 山下友信, 『運送・旅行』, 加藤一郎=竹内昭夫編·消費者法講座 第4卷, 1988
- 森嶋秀紀, 主催旅行契約における旅行業者の責務と責任(三)ヨーロッパ諸國の法理等を参考に, 法政論集 208号, 名古屋大學大學院法學研究科, 2005
- 森田宏樹, 『他人の行爲による契約責任の二元性』, 『民事法秩序の生成と展開』, 創文社, 1996
- 石田喜久夫, 委任—旅行契約, 法セ 303号, 1980
- 小野秀誠, 債權總論, 信山社, 2013
- 奥田昌道, 債權總論(増補版), 悠々社, 1992
- 田井義信, 海外旅行と國內の旅行代理店の安全配慮義務, 私法判例リマックス 第53号, 日本評論社, 2016

투고일자 : 2016. 12. 02

수정일자 : 2016. 12. 19

게재일자 : 2016. 12. 30

## &lt;국문초록&gt;

## 모집형 해외여행에서의 국내 여행사의 안전배려의무

## - 일본의 판례의 동향과 관련하여 -

변 우 주

해외여행이 대중화, 보편화되어 해외여행의 증가와 함께 여행관련 분쟁이 증가함에 따른 분쟁의 예방 및 해결을 위한 명확한 법적근거는 제대로 마련되지 못하고 있는 상황에서, 종래 여행과 관련한 분쟁은 여행계약을 규율하는 법률이 없어 표준약관의 가이드라인에만 의존한다는 지적이 있어 왔다.

이러한 문제점을 해결하기 위해 민법의 개정으로 여행계약이 민법에 신설되었으며, 이에 따라 신설된 여행계약은 여행자의 권익보호를 위한 내용으로 하는 신설 개정민법이 현재 시행되고 있다.

다만, 다양한 형태의 여행계약 중에서도 기획여행의 경우에는 여행의 전 과정을 여행주최자가 직접 주체가 되어 여행을 기획·판매한다는 점에서 여행자의 보호의 필요가 더욱 크다고 할 수 있는 바, 여행주최자의 여행계약에서의 급부의 이행 정도와 그에 부수되는 책임의 정도를 어느 범위에서 이해해야하는지 검토할 필요가 있다.

본고에서는 해외여행계약의 유형으로 비교적 일반적이고 다수의 비중을 차지하고 있는 모집형 기획여행계약에서, 여행주최자와 여행자 사이에서 형성되는 법률관계의 성질을 고찰하여, 여행에서 발생하는 여행자와 여행주최자 사이의 분쟁의 발생 가능성을 낮추고, 여행자와 여행주최자 모두가 공정하게 여행계약을 체결할 수 있는 환경을 조성하는데 일조하고자 한다.

또한 종래 여행자와 여행주최자와의 기본적 법률관계와 당사자의 법적 지위를 검토하고, 여행계약에서의 여행주최자의 채무의 내용으로 운송 및 숙박 이외의 여행자의 안전을 배려할 의무가 존재하는지, 여행계약의 주요 내용인 여행에 필요한 업무로서 여행자의 안전을 확보할 여행주최자의 책임의 범위는 어떠한지, 이와 관련한 일본의 입법례와 학설 및 판례의 동향을 검토하여 국내에의 논의에 적용, 그 시사점을 모색해보고자 하였다.

주제어: 여행자, 여행주최자, 여행계약, 기획여행계약, 부수적 주의의무, 안전배려의무, 이행보조자, 도급계약, 위임계약

