

旅行斡旋業의 法的 考察

徐 庚 林

〈目 次〉

- I 問題의 所在
- II 旅行斡旋業의 法的 性質
 - 1. 旅行斡旋業 成立의 背景
 - 2. 旅行斡旋業者의 法的 地位
 - 1) 斡 旋
 - 2) 代 理
 - 3) 利 用
 - 3. 約款上의 旅行斡旋業者의 責任
- III 結 語

I 問題의 所在

隨筆家 金晉燮先生은 일찌기 旅行의 價値에 대하여 다음과 같이 喝破한 적이 있다.

우리가 우리의 生活에서 오는 모든 束縛과 심려를 일조일석에 끊고, 일찌기 보지 못한 自然의 美를 逍遙할 때 이들 아름답고 신기한 景物이 주는 수많은 신선한 인상은 얼마나 우리의 눈을 즐겁게 해 주는가. 확실히 여행은 우리가 가질 수 있는 가장 큰 享樂의 하나에 틀림없다.

旅行이 우리에게 주는 意義는 실로 큰 것이라고 하지 않을 수 없다. 특히 現代에 있어서는 交通機關의 發達과 함께, 國民의 生活水準의 向上과 余暇時間의 增大 등에 힘입어 國民의 旅行熱은 높아지고 있다. 특히 海外旅行을 비롯한 旅行의 大型化, 또는 旅行斡旋業者가 募集하는 團體旅行의 增大 등 旅行形態가 상당히 변하고 있다. 따라서 旅行者와 旅行斡旋業者, 기타 이와 關聯되는 業者와의 사이에 많은 紛爭이 일어날 것이 豫想된다.

旅行斡旋業, 보통은 旅行業이라고 불리우는 이 業種은 1961年 8월에 觀光事業振興法¹⁾이 制

1) 이 觀光事業振興法은 75年 12월에 廢止되고, 그 대신 觀光基本法과 觀光事業法이 制定되었다. 安鍾允「觀光法規解説」, (서울: 創文閣, 1977), 69面

定, 公布됨으로써 비로소 法的으로 規定된 것이다. 一般的으로 旅行業이라고 할 때는 旅客의 相談에 응하여 旅行目的地에 관한 知識을 주고, 또 旅行者를 대신하여 필요한 交通便·宿泊의 豫約을 하며, 그 밖에 旅行에 관한 各種의 서어비스를 提供하여 일정한 對價를 收受하는 業으로 理解되고 있으나,²⁾ 旅行幹旋業者의 法的地位가 극히 애매하여 과연 그가 어디까지 責任을 負擔하여야 할 것인가에 대한 限界를 定하기가 어렵다.

觀光事業法에는 旅行幹旋業에 대한 定義가 規定되어 있다(同法 第2條2號). 이 規定을 보면, 旅行幹旋業의 法的性質은 商法上의 仲介人(商法 第93條)의 그것에 해당되는 部分도 있으나 그 範疇를 훨씬 넘고 있다. 뿐만 아니라 오늘날 흔히 말하는 旅行社가 實際로 行하고 있는 業務를 보면, 旅行幹旋에 그치지 않고, 旅行社가 主体가 되어 旅行을 企劃·販賣하는 業務, 예컨대 Package Tour 같은 것은 旅行의 「幹旋」이란 범위에 局限될 수 없는 것이다. 이와 같이 旅行幹旋業의 活動範圍가 擴大되고 그가 仲介하는 旅行의 形態가 多樣하므로 旅行者와 旅行幹旋業者, 그리고 運送·宿泊業者間의 責任關係가 分明하지 않는 경우가 있게 된다. 따라서 이 때의 旅行幹旋業者는 전혀 責任을 회피하거나, 경우에 따라서는 恩惠 責任을 지지 않으면 안되는 不安定한 地位에 있게 된다.

한편, 現行法上 旅行幹旋業에 의해 行해지는 觀光旅行料金 및 旅行幹旋約款은 申告事項으로 되어 있다. 본래 申告라고 하는 것은 許可나 認可와는 달리 行政當局에 接受만 되면 有效한 것이 된다. 따라서 旅行幹旋業者에게는 有利한 立場이 될 수 있으나, 行政當局의 監督은 철저하지 못하게 된다. 더구나 旅行者의 立場에서는 극히 不利한 位置에 서게 된다. 따라서 本論文에서는 旅行幹旋業의 法的性質을 民·商法의 理論에 비추어 살펴보고, 消費者로서의 旅行者의 權益保護라는 側面에서 旅行幹旋約款의 問題를 檢討하고자 한다.

Ⅱ 旅行幹旋業의 法的性質

1. 旅行幹旋業 成立의 背景

旅行幹旋業은 지금부터 약 135年前 英國의 토마스·쿡(Thomas Cook)이 시작하였다고 한다.

1841年, 그는 禁酒會에 참여하는 590人을 運送하기 위해 기차를 전세로 빌었다. 쿡은 리스터(Leister)에서 리퍼리(Loughborough)까지 22마일의 거리를 1人當 1실링을 받고 왕복여행을 협정하였다. 당시 쿡은 이것이 自身の 利益을 위한 것은 아니었으나, 곧 다른 사람을 위해서

2) 金雲燮, 「觀光學原論」, (서울: 日新社, 1976), 200面.

이렇게 여행준비를 해주는 것은 상당한 이익을 가져올 수 있다고 보았다.³⁾ 鐵道를 利用한 團體旅行의 例는 그 前에도 한 두번 있었으나, 一般 公衆으로부터 參加者를 募集하고 主催者 스스로가 안내하면서 幹旋한 것은 曠이 처음이 있다. 이러한 團體旅行의 成功은 널리 宣傳되고, 그 結果 曠은 사방에서 旅行手配를 부탁받게 되었다. 그리하여 처음으로 旅行業者(travel agent, 當時는 excursion agent)가 誕生된 것이다.

그 후, 유럽이나 아메리카에서는 鐵道의 建設이 順조롭게 되고, 이에 따라 旅客의 往來는 急速히 增大하였다. 곧 近代의인 船舶이 大洋을 航行하고, 世界의 都市나 觀光地에는 호화로운 호텔이 계속하여 出現하기에 이르렀다. 世界는 이른바 觀光의 時代를 맞이하게 된 것이다.

觀光의 時代에 있어서는 사람들의 旅行은 옛날의 漫遊하던 形態와는 달리, 미리 計劃하고 計算하여, 全旅程이 사전에 確定되어 있는 경우가 많게 된다. 사람들은 長途의 旅行에 따르는 번잡한 節次나 危險을 좋아하지 않는다. 따라서 이러한 것들을 代行하고 準備하는 旅行幹旋業의 서비스가 필요하다. 機械化되고 組織的으로 행해지는 觀光往來가 隆盛을 보게 된 것은 時代의 趨勢라고 할 수 있다.

토마스·曠은 그 후 旅行業에 專念하여, 그가 設立한 Thos. Cook & Son 會社는 英語를 사용하는 國民들 사이에 觀光旅行의 代名詞로 될 정도로 成長하였다. 1931년에는 國際寢台會社 와곤·리(Wagons-Lits)를 合併하고 第二次 大戰後에는 英國運輸委員會의 管理下에 들어갔다 1972년에는 미드랜드(Midland)銀行에 팔렸다.⁴⁾

아메리칸·익스프레스(American Express Company)는 토마스·曠과 같은 오랜 歷史와 큰 組織을 가진 旅行社이다. 設立은 1850년이지만, 처음에는 通運業을 주로 하다가, 곧 金融 및 旅行業에 손을 대어, 1891년에는 旅行者手票를 發賣하면서 旅行業者로서의 地位를 確立하였다. 本社를 뉴욕요오크에 두고, 美國 本土는 물론, 中南美, 歐洲를 비롯한 世界 各地에 支店이나 代理店을 設置하고 있다. 同社의 業務는 金融, 運送, 그리고 旅行幹旋의 三部分으로 大別되나, 최근에는 保險業務까지 직접 다루어 多角經營方針을 취하고 있다.

2. 旅行幹旋業者의 法的地位

觀光事業法을 보면, 旅行幹旋業者가 取扱하는 旅行業務를 다음과 같이 規定하고 있다.(觀光事業法 第2條2號)

「旅行幹旋業」이라 함은 手數料를 받고 다음에 揭記하는 行爲를 營爲하는 業을 말한다.

3) Donald E. Lundberg, 「the tourist business」, (Boston : A Division of Canners Publishing Company, Inc., 1974), p. 81.

4) Donald E. Lundberg, Ibid, p. 84.

4 는 문 정

가. 旅行者를 위하여 運送, 宿泊, 기타 旅行에 附隨되는 施設의 斡旋이나 代理契約을 締結하는 行爲

나. 運送, 宿泊, 기타 旅行에 附隨되는 業을 經營하는 者를 위하여 旅行者의 斡旋이나 代理契約을 締結하는 行爲

다. 他人이 經營하는 運送, 宿泊, 기타 旅行에 附隨되는 施設을 이용하여 旅行者에게 편의를 제공하는 行爲

라. 旅行者를 위하여 旅券 및 査證을 받는 節次를 代行하는 行爲. 다만, 海外移住法 第10條 第1項에 의한 業務는 除外한다.

마. 기타 旅行斡旋에 附隨되는 行爲로서 交通部令으로 정하는 行爲.

旅行斡旋業에 대한 以上の 定義를 올바르게 理解하기 위해서는 旅行者와 旅行서비스提供者⁵⁾(運送이나 宿泊 등을 經營하는 者) 사이에 여러가지 行爲를 하는 旅行斡旋業者(以下는 간단히 旅行業者라고 부르기로 한다)의 行爲의 性格을 우리 民商法에 在來의 契約概念에 비추어 類型化하는 것이 필요하다.

近代에 있어서의 社會生活은 個人的 自由契約을 基礎로 하여 成立하고 있고, 個人的 自由로운 意思表示에 의하여 一定의 關係가 成立하면, 그 效果는 法律에 의하여 保障되고 있다. 旅行業者가 日常으로 取扱하는 業務에 대하여도 이 原則은 適用된다. 따라서 旅行業者는 各양자색의 去來의 相對方과 여러가지 法律關係에 서게 되고, 여기서 發生하는 모든 法律效果를 享受하고 있다. 이러한 法律關係 中에서 旅行業者에게 特有한 法律關係를 抽出하여 整理하면, 「斡旋」, 「代理」, 「利用」 등으로 分類할 수가 있다.

그런데, 旅行業者가 旅行者와 去來를 하는 경우의 樣態로는 斡旋, 代理, 利用 등이 있고, 代理, 또는 斡旋할 때에는 斡旋者를 위한 경우와 運送·宿泊業者 등을 위한 경우가 있어서 그 去來樣態가 多樣하다.

1) 斡 旋

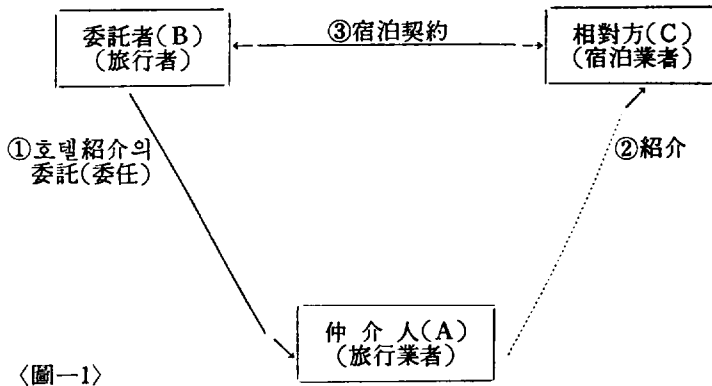
「斡旋」이란 用語는 一般的으로 仲介, 媒介, 周旋이란 뜻으로 使用되기는 하나, 民商法上的 用語는 아니다. 따라서 「斡旋」이란 概念은 法的으로 「仲介」를 意味하는 것인지, 또는 「周旋」을 意味하는 것인지 또는 이 兩者를 다 包含하는 概念인지 明確히 알 수가 없다. 日本에서도 52年에 制定된 「旅行斡旋業法」을 改正하여 그 題名을 「旅行業法」으로 하고, 그 內容도 一新하여 「斡旋」이란 用語를 빼고 民商法上的 契約概念을 使用하고 있다. 우리 觀光事業法上的 旅行斡旋業의 定義는 日本의 「旅行業法」상의 「旅行業」에 대한 定義를 繼承한 것으로 보여진다.

5) 英語로는 이 旅行서비스提供者를 Principal이라고 한다.

따라서 日本의 「旅行業法」上의 「媒介をし, 又は取次をする行爲」를 「斡旋」이란 말로 代置하였다고 볼 수 있다.⁶⁾ 따라서 이 「斡旋」에 해당되는 契約概念은 仲介와 周旋의 두 가지 概念을 다같이 포함하고 있다고 볼 수 있다. 이것은 現在 우리나라의 旅行斡旋業체의 業務나 그 約款을 보아서도 알 수 있다.⁷⁾

그러면 우선 仲介의 경우를 먼저 살피기로 한다. 「仲介」란 商法 第93條의 規定에 의한 仲介人이 행하는 行爲로, 이것이 旅行業者의 本來의 業務였다고 할 수 있다.⁸⁾ 仲介는 他人間의 法律行爲의 成立을 위하여 노력하는 事實行爲이다.

仲介人인 旅行業者 A는 委託者(旅行者) B와 宿泊業者 C의 사이에 서서 B와 C間에 宿泊契約을 成立시킬뿐, A自身이 宿泊契約의 當事者가 되는 것은 아니다(圖一1 參照).



이 경우의 旅行者 B로부터 旅行業者 A에 대한 委託은 民法 第680條에 規定된 委任에 해당한다. 따라서 旅行業者 A는 旅行者 B에 대하여 委任의 本旨에 따라 善良한 管理者의 注意로써 委任事務를 처리할 義務가 있다(民法 第681條). 이 委託에 基하여 旅行業者 A는 宿泊業者 C에 대하여 旅行者 B와 契約을 締結할 意思의 有無를 確認하고, C와 B와의 사이에 契約의 條件에 대하여 細部事項을 打合시키는 등, C와 B間의 契約이 締結될 수 있도록 힘쓰는 것이다. 前述한 바와 같이 仲介人은 代理人과는 달리 契約의 當事者는 아니다. 特定の 商人, 예컨대

6) 日本 旅行業法에 있어서 「旅行業」의 定義中 一部를 보면 다음과 같다.

『(定義)第二條 この法律で「旅行業」とは、報酬を得て、次に掲げる行爲を行なう事業(もっぱら運送サービスを提供するため、旅行に對する運送サービスの提供について、代理して契約を締結する行爲を行なうものを除く。)をいう。

一 旅行者のため、運送又は宿泊のサービスの提供を受けることについて、代理して契約を締結し、媒介をし、又は取次をする行爲」

7) 約款에 대하여는 後述한다.

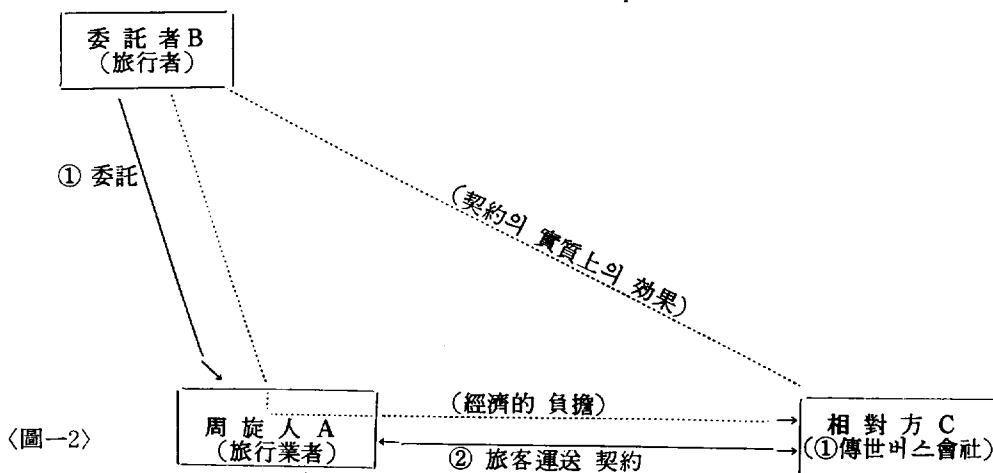
8) 鄭熙喆, 「商法要論(上)」, (서울: 博英社, 1975) 188面

어느 호텔을 위하여 그 營業의 部類에 속하는 去來를 仲介할 때는 商法 第87條의 仲介代理商이 된다.

다음에 周旋의 경우를 살펴보기로 한다.

「周旋」이란 自己의 名義로서 他人의 計算으로 法律行爲를 하는 것을 말한다. 法律的으로는 自己가 權利義務의 主体가 되나, 經濟上의 効果는 他人에게 歸屬한다. 經濟上의 代理, 또는 間接代理). 商法上의 委託賣買人(商法 第101條), 準委託賣買人(商法 第113條), 運送周旋人(商法 第114條)은 모두 周旋行爲를 하는 者이다. 그러나 旅行業者는 多少의 例外는 있으나, 이 중 準委託賣買業 즉 「旅客運送의 周旋」에 해당한다.⁹⁾

周旋人인 旅行業者 A는 自己의 名義로써 第三者인 傳貰버스會社 C와 旅客運送契約를 締結하여, 이 契約에 따라 모든 債權債務는 旅行業者 A와 傳貰버스會社 C와의 사이에 發生하는 것이다(圖一2). 그러나 그 經濟的 負擔은 委託者인 旅行者 B가 負擔하고, 또 契約의 實質上의 利益도 旅行者 B가 享受한다.



(圖一2)

旅行業者 A는 經濟的으로는 手數料 기타의 報酬를 받을 뿐이다. 또 周旋人인 旅行業者 A는 委託者인 旅行者 B에 대하여 委託의 本旨에 따른 善管注意義務를 지고 있다. 한편, 旅客運送 契約의 相對方인 傳貰버스會社 C에 대하여는 그 旅客運送契約의 當事者로서의 모든 債權債務를 갖고 있다. 이 점에서 仲介人이 直接 契約의 當事者가 아닌 仲介의 경우, 또 代理人이 締結한 契約의 效果가 直接 本人에게 發生하는 代理의 경우와 다르다.

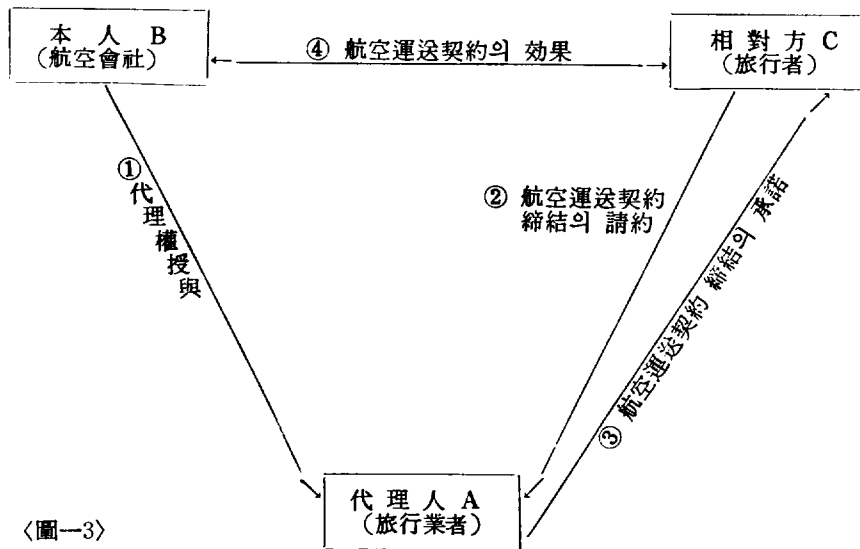
9) 徐廷甲, 「註譯商法(上)」, (서울: 韓國司法行政學會, 1977), 382面.

2) 代 理

「代理」라고 하는 것은 民法 第114條에 規定하고 있는 바와 같이 代理人 A가 本人 B를 대신 하여 第三者(相對方)에게 意思表示를 하며 또는 相對方으로부터 意思表示를 받음으로써, 여기에서 생긴 法律效果가 直接 本人에게 歸屬하는 制度이다.

代理人 A가 本人 B를 代理하여 旅行者 C와 去來를 하기 위해서는 우선 本人 B가 A에 대하여 一定의 權限(代理權)을 줄 것이 필요하다. 이 代理權의 授與는 法定代理人를 除外하면 보통 本人 B가 代理人 A와 締結하는 委任契約·雇傭契約 등에 基하여 A에 대하여 一定의 範圍의 權限에 關하여 代理權을 줌으로써 成立한다. 예컨대, 航空會社 B가 旅行業者 A에 대하여 航空運送契約의 締結에 關한 代理權을 授與하는 경우가 이에 해당한다(圖-3 參照).

다음에 代理人 A와 去來의 相對方 C와의 關係인데, A가 本人 B의 代理人으로서 C와 去來하는 경우에는 반드시 B의 代理人이라는 것을 C에게 表示하지 않으면 안된다(顯名主義). 다만 이 表示方法은 A가 B의 代理人이라는 것을 相對方에게 說明할 必要는 없고, 當事者가 처하고 있는 情況에서 判斷하여, A가 B의 代理人이라는 것을 相對方 C가 理解할 수 있으면 足하다. 예컨대 「B株式會社 營業所長 A」라는 身分으로 旅行者 C와 去來를 행하는 경우, 또는 「B旅行社 代理店 A」라는 명함을 旅行者 C에게 提示하여 去來하는 경우에는 A는 당연히 B의 代理人으로서 C와 去來한 것으로 볼 수 있다.



마지막으로, 本人 B와 去來의 相對方 C와의 關係를 보면, 代理人 A가 本人 B를 위하여 하는 것을 表示하여 행하는 意思表示의 效果는 直接 本人인 B에게 發生한다. 예컨대, 航空會社 B가 航空運送契約의 締結에 관한 代理權을 旅行業者 A에게 준 경우에는, A가 이것에 基하여 B의 代理人 A로서 旅行者 C와 航空運送契約을 締結했을 때에는, 이 契約에 의한 모든 債權債務는 直接 航空會社 B와 旅行者 C와의 사이에 發生한다.

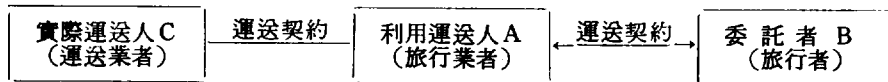
旅行業者는 商法上的 商人이며, 그리고 運送業者를 代理하여 旅行者와 契約을 締結하는 旅行業者에 대하여는 商法 第87條의 締約代理商(Abschlussagent)이라고 할 수 있다. 즉 使用人은 아니고, 一定의 商人(運送業者等)을 위하여 常時 그 營業部類에 속하는 去來(運送契約의 締結等)의 代理를 행하는 者를 商法上 締約代理商이라고 하며, 前述의 旅行業者가 이에 해당한다. 따라서 特別의 規定이 없는 限, 이 旅行業者에게는 商法 第87條에서 第92條까지의 規定이 適用된다.

3) 利 用

斡旋과 마찬가지로 「利用」이라는 用語도 法的인 側面에서 確定하기는 어려운 말이다. 이미 日本에서는 「旅行斡旋業法」상의 旅行斡旋業의 定義를 改正함에 즈음하여 「斡旋한다」, 「提供한다」, 「利用한다」라는 用語의 概念이 法律的으로 不明確하다는 批判과 함께, 旅行斡旋業을 運用함에 있어서도 상당한 難點이 따른다는 論難이 있었다.¹⁰⁾

觀光事業法에 規定된 「利用」이란 概念을 그 文言을 따라 살펴보면(觀光事業法 第2條2號), 他人이 經營하는 運送機關, 宿泊施設을 利用하여 旅行者를 運送하거나 宿泊시키는 行爲를 말한다. 이것을 간단히 「利用運送」, 「利用宿泊」이라고 할 수 있다.

利用運送人인 旅行業者 A는 委託者인 旅行者 B와 直接 利用運送契約을 締結하고, 그 運送契約을 履行하기 위한 手段으로서 運送業者 C와의 사이에 自己의 名義로 運送契約을 締結하게 된다. 따라서 利用運送業者 A는 委託者인 B에 대하여 運送契約上的 債權債務를 진다. 즉 利用運送人 A가 스스로 商法上的 運送人이 되고, 自己가 引受한 運送債務를 履行하기 위하여 他人이 經營하는 運送機關을 都給으로서 利用하는 것이다(圖-4).



〈圖-4〉

그런데, 이 「利用」의 形態는 아직 그 實態가 없고, 各種의 運送事業法에 있어서도 旅客의

10) 土橋正義, 「旅行業法解説」, (東京: 森谷トラバール・エンタプライズ, 1972), 15面.

利用運送事業에 관한 規定이 없다. 결국 利用運送人이라고 하더라도 旅行者에 대한 關係는 運送業에 해당할 것이므로 各 運送事業法에 의한 免許·特許가 있어야 할 것으로 생각된다.

3. 約款上的 旅行幹旋業者의 責任

以上과 같이 觀光事業法上에 規定되어 있는 旅行業에 대한 定義를 통하여 旅行業者의 法的地位를 살펴 보았다. 그런데, 오늘날에 있어서의 旅行業의 業務 내지 機能은 아주 多樣하고 넓은 範圍에 걸쳐 있어, 과연 그가 어느 정도의 限度까지 一般 旅行者나 또는 서어비스提供者에게 責任을 져야 하느냐는 한마디로 確定하기란 힘들다.

원래 旅行業은 觀光客에게 旅行目的地에 대한 選擇의 價値, 旅行方法(어떻게 그 곳에 가며, 어떻게 到達하는가에 대한 節次)에 대하여 상담하여 주고, 또 運送機關과의 豫約, 要求가 있을 때에는 宿泊豫約까지 代理하여 契約을 締結하여 주는 役割을 담당하였다. 그러나 최근에 있어서는 이러한 仲介者로서 機能以上の 役割을 하고 있다. 즉 旅行業者의 主要機能은 小賣業者(예컨대 觀光商品의 配分)의 機能이나, 경우에 따라서는 어떤 旅行業者는 「製造業者(manufactures)」로의 역할을 담당하기도 한다. 이들을 보통 tour operator라고 하여, 交通, 食事, 宿泊을 確保하고, 觀光 기타 娛樂등을 준비하여 包括旅行價格을 見積한다. 이와 같이 觀光商品의 大量生産에 의해 그 價格을 割引하여, 個人이 旅行하는 경우보다 그 旅行費를 節減하는 것이다.¹¹⁾

同一한 會社에서도 이 旅行小賣業者(retail travel agent)와 tour operator의 機能을 담당할 수 있다. 前者는 서어비스提供者(principal)를 위해 行爲하는 者로서, principal의 서어비스를 販賣하여 手數料(commission)를 받는다. 그러나 이 principal이 提供하는 서어비스에 대하여는 責任을 지지 않는다. 한편, tour operator는 自己의 計算으로 (on his own account) 旅行商品의 要素를 各各 買入, 이들을 한 데 묶어 包括旅行으로 顧客에게 販賣하는 方式이다. 實質的으로 大部分의 會社가 retail과 tour operator의 兩機能을 겸하고 있으나, 같은 會社라고 하더라도 이 機能은 區別되어야 한다. 즉 retail travel agent는 어디까지나 小賣業者이며, tour operator는 特別한 旅行商品의 製造業者인 것이다.¹²⁾

一般大衆으로서의 旅行者의 立場에서 보면, retail의 機能은 첫째 潛在的 觀光客(intending tourist)이 그의 旅行計劃에 관한 情報를 구하는데 편리한 場所의 提供, 그 다음으로 그가 必要한 各種의 旅行商品을 買入하는 場所로서 機能한다. 한편, 製造業者 즉 principal의 立場에서 보면, 그렇게 간단하지가 않다. 旅行小賣業者가 아닌 一般 小賣業者, 例컨대 食料品商의 機

11) Michael Peters 「International Tourism」, (London: Hutchinson & Co. 1969), p. 228.

12) Burkart and Medlick, 「Tourism(Past, Present, future)」, (London: William Heinemann Ltd, 1976), pp. 163-164.

能을 보면, 그는 商品을 살 수 있는 場所를 提供하는 것은 물론, 그 보다도 重要한 것은 製造業者로부터 小賣用物品을 사들인다고 하는 것이다. 따라서 그는 製造業者에게 對價를 치르기로 約定한 그 商品을 自己의 營業所에 貯藏한다. 이렇게 함으로써 製造業者와 商品上의 危險을 같이 負擔하게 되는 것이다.

그러나, 旅行小賣業者에게는 이러한 危險은 存在하지 않는다. 顧客이 카운터에 나타나서 要求가 있어야 비로소 principal로부터 좌석이나 침대 등을 사게 되므로, 旅行商品의 貯藏所가 필요없고, 모든 危險은 principal에게 놓여진다. 따라서 principal의 立場에서 보면, 旅行小賣業者는 一般人이 旅行情報를 얻고, principal의 豫約體系에 의해 旅行貯藏品에 접근할 수 있는 場所를 提供하는 것이다. 따라서 旅行者에게는 一般小賣業者가 製造者の 商品을 過剩在庫하여, 결국 賣買를 增進시키지 않으면 안되게 하는 그러한 誘因은 모자란다고 할 수 있다.

이상과 같이 旅行業의 性質을 볼 때 그의 責任은 明確히 確定되어 있는 것은 아니다. 결국, 이것은 具體적으로 타나나는 契約을 통해서 밝힐 수 밖에 없다. 즉 個個의 旅行者와 무엇을 어떻게 할 것인가를 確實하게 하여놓고, 不測의 事態가 일어난 경우에, 그 責任을 負擔할 것인가, 어떤가를 約束하여 두는 것이다.

이 점에 관해서 觀光事業法에는 「旅行斡旋約款의 申告制度」를 취하고, 「旅行斡旋業者의 責任 또는 免責에 관한 事項」, 「旅行斡旋契約의 解除에 관한 事項」, 「觀光旅行料金の 授受 또는 還給에 관한 事項」등을 約款에 記載하도록 하고 있다(觀光事業法 第13條, 同規則 第6條3項). 따라서 旅行者의 責任을 現在 行政當局에 申告된 約款을 中心으로 하여 考察하고자 한다.

去來內容의 複雜化와 去來量의 增大로 旅行業에 있어서의 旅行斡旋約款의 役割은 점점 그 重要性이 커지고 있다. 그것은 計劃的인 生産과 大量 내지 定型的인 販賣에 적합한 包括旅行의 普及에 힘입은 바가 크다. 또 包括旅行 以外의 分野에 있어서도 事務의 合理化가 전개됨에 따라 종래의 個別的인 注文生産方式에서 劃一的·定型的인 生産販賣方式으로 서서히 그리고 計劃的으로 變更된 것도 하나의 原因이 되고 있다. 이러한 새로운 去來形態가 支配的으로 되어 가면 旅行者는 미리 去來條件, 責任條項 등을 約款·規約 등의 形式으로 정해 놓고, 그 約款·規約 등의 所定の 條項을 그 契約 속에 포함하는 것이 通常의 去來形態로 되어간다.

去來할 경우에, 相對方은 約款을 包括的으로 承諾할 것인가 어떤가의 選擇權만이 있으므로, 約款의 各條項에 대한 合意如否는 關係가 없다. 契約이 成立하면, 約款에 定해져 있는 條項은 그대로 契約속에 편입되어 債權債務關係가 發生한다. 결국, 約款을 作成하는 側이 一方的으로 有利한 條件을 設定할 수도 있고, 相對方(旅行者)을 이러한 條項으로 拘束하는 것도 不可能한 것은 아니다.¹³⁾ 約款은 그 作成過程에 여러 경우가 있으나 우리 나라에서 行하여지고

13) Zippelius, 「Einführung in das Recht」, (München;1974), S. 59.

있는 約款은 거의 다 企業者가 一方的으로 作成한 것이다.¹⁴⁾

이러한 約款에 대한 規制方法으로서 一般的인 것은 보통 行政官廳에 의한 約款의 認可制度이다(保險業 第3條, 海上運送事業法 第9條). 이 認可制度를 통하여 行政官廳은 約款의 內容을 監督하고, 業者側이 一方的으로 有利하게 되지 않도록 配慮하게 되는 것이다. 그런데, 旅行斡旋約款은 申告制로 되어 있다. 述前한 바와 같이 申告라고 하는 것은 許可나 認可와는 달리 行政官廳에 接受만 되면 有効한 것이 된다. 따라서 行政에 의한 規制는 形式的인 것이 되기 쉽다. 또 旅行業者側에서는 一見 有利할 것 같으나, 眞眼目으로 보면 業界를 不信하는 結果가 되어 결국 顧客을 잃고 만다. 日本에서도 改正前의 旅行斡旋業法에서는 約款에 대하여 申告制를 擇하였으나, 現旅行業法에서는 認可制를 취하고 있다.¹⁵⁾

有形的인 商品을 去來할 때와는 달리, 다른 것으로 交換하거나 返品할 수도 없는 것이 旅行商品이므로, 그것이 어떤 것인가를 確實·公平하게 나타내는 契約을 하여 두는 것은 다른 業種보다도 더욱 重要한 일이다. 이렇게 하여 旅行業者의 責任을 明確히 해주지 않으면, 責任지지 않을 것을 責任져야 하는 그러한 結果가 發生한다.

그러면 問題의 焦點이라고 할 수 있는 「責任 또는 免責에 관한 事項」에 대하여 約款에 記載되고 있는 條項을 살펴보기로 한다.

「旅行契約을 履行함에 있어 當社의 故意 또는 過失로 인하여 旅行客에게 損害를 입힌 경우에는 그 旅行客이 直接 받는 損害를 當社가 賠償하는 責任을 진다. 단, 損害賠償은 國內法 및 國內慣例에 準한다」¹⁶⁾

上記의 條文에서 旅行業者의 過失에 의한 損害라는 것은 斡旋上의 過失에 의한 것이라고 할 수가 있다. 호텔의 火災에 의한 事故는 호텔側이 責任을 지며, 航空事故에 대하여는 航空會社가 責任을 지게 되는 것이다.

그러면 旅行業者의 過失에 의하여 旅行者가 直接 받은 損害란 어떠한 경우인가를 具體的인 케이스를 쫓아 살펴보자.¹⁷⁾

① land operator가 일으킨 事故

가령 그 事故가 募集旅行으로서 台灣의 太魯閣에 가는 途中에 일어났을 때, 現地の land ·

14) 金廷甲, 前掲書, 274面

15) 日本 旅行業法 第12條のニ 參照.

16) 이 責任條項은 交通部에 申告된 「한진여행사」의 約款을 引用하였다.

國內大部分의 旅行社의 約款이 이에 準하고 있다.

17) 이러한 케이스는 國內의 경우는 별로 없어서 外國의 것을 參考하였다. 森谷トラベル・エンタプライズ企劃部, 「事故緊急マニュアル」, (東京; 1972), 17-19面.

operator를 使用하였고, 이 operator는 버스會社의 傳賃버스를 利用했다고 想定하여 보자.

이 경우, 募集旅行業者, operator, 버스會社의 契約上の 關係는 「仲介」여서, 이 事故에 대한 賠償責任은 그 버스會社가 政府에 의해 認可된 業者인 限, 日本의 募集旅行業者로서는 重大한 過失은 없었다고 할 수 있다. 따라서 旅行斡旋約款에 의한 賠償의 責任은 없다고 解釋할 수 있다. 그런데, 問題는 이 버스會社가 保險에 加入하지 않았거나, 加入했다고 하더라도 극히 小額保險으로서 도저히 賠償할 수 없는 狀態인 경우, 아무리 政府認可業者라고 하더라도 事故對策도 없는 버스業者를 使用했다는 것은 善良한 募集業者로서 注意義務를 다했다고 할 수 없다. 또 이 버스가 operator의 自家用이었다고 할 경우, 그 選擇에 重大한 過失이 있다고 判斷될 可能性이 있다.

② 코끼리에 랐다가 떨어져 負傷한 경우

Bangkok에서 現地の 案内員이 「코끼리에 타서 寫眞을 찍으세요」라고 권하므로, 美國人 老婆가 코끼리에 타서 寫眞을 찍으려고 할 순간, 개가 짖어대어 코끼리가 몹시 놀랐다. 그 바람에 그 老婆가 떨어져 負傷당했다. 이런 危險한 일을 권했다는 理由로 그 operator가 提訴를 당하여 賠償金을 支拂하게 된 것이다.

이와 類似한 케이스로 急한 階段을 오르게 하여 쓰러진 경우도 생각할 수 있다. 案内員이 觀光客에게 권하는 경우에, 「혹 希望한다면」이란 말을 침부할 수 있었는가 없었는가에 따라 상당한 차이가 있다.

③ 列車 속 그물 선반의 荷物이 머리 위에 떨어져 정신이상 생겨 提訴받은 케이스

案内員이 우연히 親切心에서 그물 선반의 荷物を 내려주려고 하였을 때, 잘못하여 떨어뜨려 旅行者의 머리에 맞아 그 旅行者가 정신이상 생겨 提訴를 당한 케이스이다. 다만 震動 등에 의하여 떨어졌다면 國鐵이 責任을 질 것이나, 旅行業者側의 從事員의 過失에 의한 것이라면 賠償額의 多少를 가리지 않고 約款上的 「當社의 過失」에 의한 責任을 지지않을 수 없다.

④ 案内員이 일으킨 事故에 대한 責任

案内員의 不注意에 의해 客에게 폐를 끼치거나 不法行爲에 의해 損害를 준 경우, 그것이 旅行契約에 의해 約束된 旅行遂行上 일어난 것인 限, 會社는 全責任을 지지 않으면 안된다. 그러나 旅程 이외의 個人行動으로 일어난 것에 대하여는 責任을 질 필요가 없다.

술을 마셔 다투다가 부상하거나, 기타 個人的 歸責事由가 된 行爲까지 會社가 責任을 지는 것은 아니다.

⑤ 依頼받은 일을 잊어 客에게 損害를 준 경우

契約의 成立時期가 問題되나, 約款에 明示되고 있는 것과 같이 書面으로 旅行申請을 받고, 그 金額을 受取한 이후에 일어난 일인 경우에는 會社는 損害賠償에 대한 責任을 免할 수 없다.

일을 서둘러 하여 旅券이나 비자의 取得이 지연되어 豫定한 대로 出發하지 못하는 경우가 종종 있는데, 이로 인하여 重大한 商談을 할 수 없어 큰 損害를 입었다면 어떻게 될 것인가. 이것은 將來에 있어서 假想의 利益이라고 할 수 있는 것으로서 여기에 대해서까지 賠償金을 支拂할 필요는 없다. 그러나 從事員의 不注意·過失에 대하여 會社가 責任을 져야 한다는 原則에는 變함이 없다.

⑥ 旅行中에 客의 荷物を 잃은 경우

荷物の 紛失場所가 분명하여 호텔이나 運送機關 등이 그 責任이 明白하고, 이들 서어비스機關이 그 責任을 지겠다고 하는 경우에는 問題가 없으나, 紛失場所를 알 수 없고, 막연히 空港과 호텔의 途中에 없어졌다고 하는 경우에는, 旅行業者는 責任을 지지 않으면 안된다.

이상과 같이 旅行業者가 責任을 지게 될 경우를 몇가지 살펴 보았으나, 그 法的 地位가 多様な 形態로 나타나 있으므로, 그 責任 역시 場所와 때에 따라 여러가지 態樣이 있을 수 있다. 앞에서 말한바와 같이 旅行이라는 商品은 形이 定해져 있지 않고, 返品도 할 수 없는 商品이다. 約款은 이러한 特殊한 商品의 品質과 價値를 證明하는 「保證書」라고 할 수 있다.

그런데, 約款 그 自体는 企業이 一方的으로 作成한 契約의 原案이라고 할 것이므로 當然히 當事者를 拘束하는 것은 아니다. 따라서 約款이 當事者를 拘束하기 위해서는 特別의 根據가 필요하다. 그 根據는 다음과 같이 네가지가 있다.¹⁸⁾

第一은 法律이 約款의 拘束力을 承認한 경우이다. 이것은 法律이 企業에 대하여 約款의 作成을 義務化하고, 이것에 의해서만 事業을 運營하도록 하는 것이다. 이 경우에 企業은 法律에 의한 授權下에 約款을 作成하는 것이고, 그 拘束力은 法律에 의해 承認된 것이라고 할 수 있다.

第二은 企業의 相對方이 約款의 內容에 들어 있는 것을 承認하는 경우이다. 이것은 企業이 約款을 통하여 契約의 請約을 행하고, 相對方은 이 約款에 들어 있는 內容을 承認하여 그 請約을 承諾하는 것으로서, 大企業과 大衆間의 去來는 이 경우에 해당한다. 이 경우, 約款은 契約의 內容으로서, 즉 法律行爲의 內容으로서 當事者를 拘束한다.

第三은 企業의 相對方이 約款上의 契約內容을 承認한 것은 아니나, 承認한 것과 같이 취급되는 경우이다. 예컨대, 相對方이 約款의 存在를 모르고, 따라서 그 約款內容에 있는 것을 承認

18) 石田 穰「法解釋學의 方法」, (東京: 青林書院新社, 1976), 203-204面

하지는 않았으나, 企業側에 보아 相對方이 확실히 約款에 의해 契約을 맺은 것과 같은 行爲를 한 경우로서, 이 때의 約款은 法律的 行爲에 附與된 法律效果의 內容으로서 當事者를 拘束할 수가 있다.

第四는 約款이 慣習이 되고 있는 경우이다. 이것은 約款의 內容이 社會生活의 準則으로서 反復·實踐되어 強行規定에 反하지 않고, 그 社會(보통은 部分社會)의 構成員의 大多數에 의해 拘束力을 承認하고, 法官도 相當하다고 認定하는 경우이다. 이 경우, 約款은 民法 106條에 의해 當事者를 拘束한다.

旅行斡旋約款은 觀光事業法上 申告事項으로 되어 있으나, 그 申告나 變更이 法的으로 義務化되고 있고(同法 第13條) 또 約款에 의해 事業을 營爲하도록 하고 있으므로, 約款의 拘束力은 法律에 의해 承認된 것이라고 할 수 있다. 그러나, 이 경우에도 約款의 公示를 要求하고 있으므로(觀光事業法 施行規則 第6條2項), 公示하지 않으면, 約款의 拘束力은 없다고 해야 할 것이다. 왜냐하면 이 때의 旅行者 自身이 알 수도 없고, 約款의 內容에 대한 承諾도 없이 一方的으로 拘束되는 것은 旅行者에게 不測의 損害를 주기 때문이다. 따라서 旅行斡旋約款을 公示함에 있어서는 去來態樣의 明示와 함께 去來條件을 說明하여 形이 定해져 있지 않는 旅行商品을 「보이는 商品」으로 하지 않으면 안된다.

특히 募集旅行의 경우에는 不特定 多數人을 相對로 一定의 旅行을 計劃·手配함은 물론, 一聯의 旅行서비스를 包括한 旅行商品이므로, 그 內容을 確實히 定해 놓지 않으면 안된다. 즉 旅行日程, 旅行서비스의 內容, 料金の 額과 그 支拂方法, 契約의 變更이나 解除에 관한 事項, 責任 및 免責에 관한 事項, 損害賠償, 旅行斡旋 最低人員 등을 旅行者에게 알려주어야 한다.

募集旅行 以外の 경우에도 旅行에 관한 서비스의 內容, 料金の 額과 그 支拂方法 등에 대하여 口頭나 印刷物을 통해 알려주는 것은 물론이고, 이 때에 더욱 重要한 것은 「商品의 內容」과 함께, 「商品去來의 形態」를 확실히 하여 두지 않으면 안된다. 즉 그 去來가 「代理」인가, 「仲介」인가, 「周旋」인가, 또는 「利用」인가를 明確히 하여 그 責任의 所在을 밝혀 두는 것이다.

■ 結 語

旅行斡旋業者란 現行法上 報酬, 즉 手數料를 받고, 一定의 行爲를 事業으로 營爲하는 者를 말한다. 지금까지 이 「一定의 行爲」를 民商法の 契約概念에 따라 旅行斡旋業者에게 特有한 法律關係를 抽出하여 整理하여 보았다. 요컨대, 旅行斡旋業者의 法的 性質은 어디까지나 「中間

商人」 즉 代理·仲介商人的 色彩가 濃厚한 것이라고 할 수 있다.

그런데, 最近의 大旅行業者들 中에는 이러한 仲介·代理的 機能에 만족하지 않고, 製造業의 機能을 가져야 한다고 하는 積極인 思考로 나오고 있다. 序頭에서 말한 Package tour 같은 것은 이 製造業 機能의 始發이라 할 수 있고, 아직까지는 活用되고 있지 않지만 앞으로 나타날 것이 豫想되는 「利用運送」, 「利用宿泊」과 같은 것은 旅行業者가 主体가 되어 自己의 責任下에 事業을 營爲하는 것이다. 이렇게 製造業者로서 機能하는 경우에는 自己가 製造한 商品에 대하여는 消費者, 즉 旅行者에게 一切의 責任을 지지 않으면 안된다. 그러나 現行 觀光 事業法上에는 이러한 責任을 規定하지 않고 있으며, 約款上의 責任條項을 보더라도 斡旋에 대한 過失에 관해서만 責任을 지는 것으로 하고 있다. 따라서 現行法 下에서는 仲介·代理的인 地位에서 事業을 行하고, 그 限度에서 責任을 지는 것을 原則으로 해야 한다. 製造業者와 同等한 責任을 질 생각은 없으면서도, 製造業者인 채 하는 것은 顧客側에서 보면 詐稱行爲로 받아들이기 쉽다.

요컨대, 旅行業者의 마케팅 活動은 製造業者로서의 그것과는 次元을 달리한 仲介·代理商의 마케팅으로서의 自覺을 堅持하여 展開되어야 할 것이며, 顧客에 대하여도 이 점을 確實히 하여 두어야 한다는 것이다.

한편, 旅行業의 올바른 發展을 위해서는 顧客인 旅行者側의 覺醒도 극히 重要하다고 할 수 있다. 여기서 旅行者의 覺醒이란 「健全한 觀光」을 하여야 한다는 것과는 次元을 달리한 消費者로서의 權利意識에 대한 覺醒인 것이다. 물론 一般的인 有形商品인 경우, 例컨데 두부나 빵 같은 것은 그 價格, 質, 크기 등이 변할 때에는 消費者는 즉시 反應하지만, 無形의 서서비스라는 商品에 대해서는 價格에만 敏感할 뿐, 그 質에 대하여는 다른 商品만큼은 反應하지 못한다. 예컨대, 旅館에서 價格을 올리면 顧客은 곧 이것을 알 수 있으나, 從事者를 줄이거나, 衛生기타 安全을 소홀히 하는 것은 그렇게 잘 알아차릴 수 없다. 또 알 수 있다고 하더라도 苦情을 말하지 않는다. 이미 英國과 같은 곳에서는 우리가 보아서 看遇해버리기 쉬운 苦情들이 訴求되어, 旅行者保護를 위하여 重要判例로 作用하고 있다.¹⁹⁾

仲介業者로서의 旅行業者는 이러한 點에 관하여 旅行서서비스提供者의 서서비스에 대한 質의 水準을 항상 調査하고, 이에 대한 情報를 顧客에 충분히 알림과 동시에, 旅行서서비스의 質의 確保의 意義를 PR함으로써 顧客과의 紛爭을 事前에 防止할 수 있을 것이다.

19) Gordon Borrie and Aubrey L. Diamond, 「The Consumer, Society and the Law」, (3rd ed.; Penguin Books Ltd), pp. 270-273.

— Summary —

Travel Agents' Legal Status

Kyong-tim Seo

It is difficult to make categorial statements about the legal status of travel agents to their clients for the proper performance of the travel services and accomodations they sell. The significant growth of the travel agency business will birng with it an inevitable increase in the number of lawsuits brought against travel agents by travelers seeking redress for real or imagined injuries or inconveniences. As a reflection of the uncertain state of the existing law, we can only offer conclusions as to the extent of the travel agents' legal responsibilities vis-a-vis their clients. These conclusions are:

- 1) If a travel agent engages in wrongful conduct which causes his client injury, the travel agent will probably be liable for damages.
- 2) When the travel agent acts as agent for a carrier, hotel, or other supplier, his liability is limited.
- 3) If an agent contracts on behalf of undisclosed principal—that is, does not disclose to the third party he contracts with that he is not acting on his own account but on behalf of a principal—he will be personally liable for the failure of the principal to perform.

Finally, an agent may have a greater duty of disclosure to his client when acting as agent for the client.

In all cases the agent has the duty to avoid actual misrepresentation. When acting as agent for the client, the travel agent may have the obligation to disclose all facts and difficulties known to the agent which involve significant risk to the comfort or safety of the client.