

여객운송 불이행에 관한 민법 상 채무불이행 책임과 계약체결상의 과실책임 법리에 관한 재검토

- 항공여객운송계약에 있어 항공권 초과판매에 관한
논의를 중심으로 -

김성미*

목 차

- I. 서 론
- II. 항공여객운송계약에 있어 급부의 성질
 - 1. 항공운송계약의 성질
 - 2. 급부로서의 운송행위
 - 3. 초과예약과 초과판매
- III. 채무불이행과 운송불이행
 - 1. 이행지체와 불완전이행
 - 2. 이행거절과 이행불능
 - 3. 채무불이행의 공통적 성립요건으로써의 위법성
- IV. 급부 불능과 계약체결상의 과실책임
 - 1. 원시적 불능의 법리
 - 2. 계약체결 시 원시적 불능의 문제
 - 3. 계약체결상의 과실책임
 - 4. 운송계약에 있어 계약체결상의 과실책임 적용 가능성
- V. 결어

* 한국항공대학교, 항공교통물류학부 강사 (E-Mail : kimsm04@gmail.com).

I. 서론

우리 민법은 채무자의 귀책사유와 위법성 존부에 따라 손해배상책임을 인정하는 제390조에 따른 채무불이행책임과 제750조에 따른 불법행위책임을 큰 축으로 하여, 제535조의 계약체결상의 과실책임에 의한 손해배상책임도 인정되고 있다. 비록 계약체결상의 과실책임의 범리를 채무불이행과 불법행위책임에 따라 손해배상책임의 근원을 찾고 있지만, 계약체결상의 과실책임도 다른 두 책임 원리와 함께 명시적으로 우리 민법에서 손해배상책임의 근거로 인정하고 있으므로 새로운 배상책임의 원리는 아니다. 특히 급부의 불능시점에 따라 우리 민법은 각각의 책임 근거를 별도로 규정하고 있으며, 급부가 원시적 불능의 경우 계약체결상의 과실책임을 적용하고 있다.

2014년 드물게도 항공권 초과판매에 관한 국내 대법원 판결¹⁾에서는 항공운송사업자의 손해배상책임에 관하여 국내 민법 상 채무불이행책임을 들어 긍정하였다.

항공권초과판매에 따른 탑승거부는 정상적인 항공권 구입으로 체결된 항공여객운송계약임에도 불구하고, 항공운송인의 일방적인 의사표시에 의해 탑승이 거부되는 것을 의미한다. 이를 실무상에서는 오버부킹(overbooking) 내지는 항공권 초과예약, 「항공사업법」에서는 초과판매라는 용어를 사용하고 있으며,²⁾ 국

1) “대법원 2014.8.9.28 선고 2013다8410판결”로 항공권 초과판매로 인하여 돌아오는 항공기에 대하여 탑승거부를 당한 한국 승객이 에어프랑스를 대상으로 국내법 상 민법의 채무불이행책임을 들어 손해배상을 청구한 사안임. 자세한 판례평석은 “권창영, “항공권 초과예약(Overbooking)에 관한 항공사의 민사책임”, 『한국항공우주정책법학회지』 31권 1호, 한국항공우주법학회, 2016, 99면.; 정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 再論 -대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410판결-”, 『기업법학회지』 제30권제4호, 기업법학회, 2018, 282면 이하 참조.”

2) 항공사업법 제61조 제8항에 따라 국토교통부에서 고시한 「항공교통이용자 보호기준」 제4조는 초과판매로 인한 탑승거부 발생 시 조치에 관하여 제1항에서 “항공운송사업자등은 대한민국에 위치한 공항에서 출발하는 항공편에 초과판매로 인한 탑승거부 발생이 예상되는 경우, 자발적 탑승유예자를 찾아 비자발적 탑승불가를 최소화하고, 이후에도 발생하는 탑승불가자에게는 「소비자분쟁해결기준」 [별표2] 품목별 해결기준 중 항공(국내여객 및 국제여객) 운송 불이행에 따른 해결기준을 설명하고, 보상기준 금액의 최고한도를 배상하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서 “항공운송사업자등이 제1항에 따른 규정보다 높은 수준으로 합의하거나 배상한 경우에 본 조는 적용되지 않는다.”라고 명시하고 있다.

내 및 국제 항공운송사업자에게 항공운송산업의 경제적 이익 측면에서 허용되는 관행이다.

하지만 항공여객운송계약(본 논문 이하에서 ‘운송계약’이라 함)을 신뢰한 여객은 항공운송사업자의 운송행위 거절을 일방적으로 통보받게 된다. 물론 항공사측의 보상에 대하여 만족하는 승객도 있겠지만, 승객 입장에서 항공운송사업자의 일방적인 의사표시를 무조건적으로 수용하여야 하는가에 대하여, 그리고 관행이라는 이유로 유효하게 성립된 여객운송계약임에도 불구하고 탑승이 거절되는 것이 정당한지는 의문이다.

항공운송사업자의 손해배상책임에 관하여 인정한 판결에 대하여는 긍정하지만, 그 근거에 관하여는 몇몇의 의문점이 남는다. 대법원은 항공운송사업자의 민법 상 채무불이행을 근거로 손해배상책임을 인정하였는바, 운송계약에 있어 운송이라는 급부성(I)과 더불어 채무불이행의 유형과 성립요건으로 바라본 운송불이행(II)에 관하여 의문점을 제시하고, 항공권의 초과판매로 인한 운송이 불능인 시점을 기준으로 채무불이행이 아닌 계약체결상의 과실책임에 관한 논의를 덧붙여보고자 한다.

II. 항공운송계약에 있어 급부의 성질

1. 항공운송계약의 성질

운송계약이란 타인의 수요에 따라 유상으로 제공되는 ‘운송행위’를 목적으로 하는 계약의 형태로,³⁾ 운송행위를 통하여 여객 또는 물건의 장소가 변경되는 것을 의미한다. 운송계약에 있어 채권의 목적인 급부는 항공운송인의 운송행위와 여객의 항공권 대금지급의무이다. 즉, 운송행위라는 항공운송인의 노무(항공운송서비스) 제공에 관하여 여객이 대금을 지급함으로써 성립되는 계약이다. 따라

3) 윤남순, “EU법상 국제운송계약의 준거법- 로마 I 규칙을 중심으로-”, 「고려법학」 제71호, 고려대학교 법학연구원, 1면 이하.

서 민법상의 계약에 따른 채무불이행 및 책임에 관한 일반 법리에 관하여 항공 운송계약에 충분히 적용이 가능하다. 즉, 민법 제390조에 따라 운송인이 운송행위의 이행을 하지 아니한 때에는 승객은 손해배상을 청구할 수 있다.

민법상 채무불이행의 유형인 이행지체, 불완전이행, 이행불능 및 이행거절은 항공운송에 있어 지연, 연착, 결항 및 항공운송인의 탑승거부 등과 비교가 가능하다. 항공운송인의 탑승거부의 대표적인 사례로 항공권 초과판매가 있다. 물론 항공운송인의 탑승거부 사유에 초과판매만이 인정되는 것은 아니고, 그 외의 사례에서도 인정되고 있기는 하다.⁴⁾

여기서 항공권 초과판매로 인한 항공운송인의 탑승거부가 채무불이행에 해당한다면, 민법 상 채무불이행의 유형인 이행지체, 이행불능, 불완전이행과 이행거절 중 어느 유형에 해당되어지는지 그 법적성질에 관하여 논의의 필요성이 있다. 나아가 이러한 채무불이행의 유형에 해당되지 않는 경우, 적용 가능한 민법상의 다른 법리에 관하여 검토해보고자 한다.

2. 급부로써의 운송행위

운송계약에 있어 운송행위는 민법 제545조 정기행위의 일종으로 계약의 성질 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 시일 또는 일정한 기간 내에 이행하지 아니하면 계약의 목적을 달성할 수 없는 법률행위이다. 이 경우 당사자 일방이 정하여진 시기에 급부를 이행하지 아니한 경우 상대방은 최고 없이 바로 계약을 해제할 수 있다.

나아가 정기행위인 운송행위라는 급부가 과연 비대체물인가 대체물인가라는 논의로 운송행위가 불이행되었을 때, 급부의 불능여부를 판단할 수 있을 것이다. 이행기 즉, 비행일이 도래하였고, 운송불이행이라는 사실이 발생하였을 때, 이미 후발적불능에 따른 이행불능상태에 빠지거나 혹은 곧바로 이행지체의 책임이 발생한다.

반면, 운송계약이 소멸되려면 채무변제의 효과로서 최종목적지까지의 운송행

4) 서지민, “항공여객운송에서의 탑승거부와 여객보상기준”, 『한국항공우주정책·법학회지』 34권 1호, 한국항공우주정책·법학회, 2019, 204-205면.

위가 운송계약의 종료시점이라고 본다면, 운행행위라는 급부 자체는 반드시 해당날짜와 해당 항공기만으로도 급부의 완성이 충족되어지는 것은 아니기 때문에 즉, 급부 완성을 목적으로 최종도착지로의 운송행위가 급부의 내용이므로 대체되어질 수 있는 다른 항공기와 다른 시간이라도 최종목적지까지만 도착하면 된다고 할 것이다. 이때 물론 이행지체와 불완전이행이라는 채무불이행 상태에 빠질 수 있고, 이 경우 운송행위라는 급부의 유형은 정기행위라 할지라도, 대체물이 있는 채권으로 충분히 추완이 가능한 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 경우 운송행위는 대체물 채권으로 어떠한 항공기라도 대체편으로 제공하면 되는 것이기 때문에 원시적불능 상태에는 빠질 수 없을 것이다.

3. 초과예약과 초과판매

초과예약과 초과판매라는 용어의 혼동은 항공운송계약의 특징에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 항공권은 항공운송계약의 성립의 유효성을 주장할 수 있는 하나의 증표이다. 항공권을 샀다고 하여도 예약과 항공료를 지급한 후의 확약이라는 형태, 중국적으로 공항에서 발권을 해야지만 운송계약이 개시된다는 점을 살펴볼 때, 계약이 성립되었지만 아직 효력발생 시기는 오지 않은 상태라고 할 수 있다. 항공권 판매는 단지 계약의 성립이자 효력발생시기에 대한 약정이라고 할 수 있다. 소비자 입장에서든 항공여행일자가 도래하기 이전에 또는 당일이라 할지라도 계약을 취소할 수 있고, 또한 초과예약이라는 단어가 실무상 사용되어지는 점에서 더 적합한 용어일 수도 있다. 각 항공운송사업자의 수수료와 환불 금액의 차이에 관하여는 별론으로 하고, 양 당사자의 책임없는 사유로 계약을 해제가 아닌 일방적 의사표시으로써 취소할 수 있다는 점에서 “예약”이라는 용어를 사용함으로써 이러한 현실적 법률관계에 대한 암묵적 함의이다. 하지만 고객의 입장에서 항공권을 결제하는 것은 결국 항공운송계약에 있어 운송행위의 반대급부인 대금지급의 의무를 이행한 것으로 판단하면, 예약상태(확약)에서 이미 계약의 이행이 시작되었다고 보아야 하고, 더욱이 현행 국내 항공안전법 상 “초과판매”라는 용어를 채택하고 있으므로 초과판매라는 용어를 사용함이 옳다고 생각한다.⁵⁾

Ⅲ. 채무불이행과 운송불이행

1. 이행지체와 불완전이행

1.1. 이행지체

쌍무계약인 운송계약에서 이행지체가 되려면 우선적으로 채무이행 즉, 운송계약의 주된 급부인 운송행위가 현실적·사실적으로 가능하여야 한다. 항공운송인에 의한 승객의 탑승거부는 일단은 운송이행은 가능한 상태여야 하는데, 항공권초과판매로 인한 항공운송인의 탑승거부는 여분의 좌석이 없기 때문에 운송이행이 불가능하므로, 항공운송인이 채무자로서 이행지체에 관한 책임은 발생하지 않는다.

항공운송인의 초과판매로 인하여 여객에게 대체항공편을 제공하는 경우 연착에 해당한다고 판단하는 견해도 있지만,⁶⁾ 항공운송인이 이행지체에 빠지려면, 운항스케줄이 기상 또는 정비 등의 원인으로 운항 자체가 출발 지연된 경우에 논의될 수 있을 것이다.⁷⁾ 확약된 항공권으로 탑승권을 발권 받고 대기하던 중이거나 혹은 탑승권을 발권받기 이전에라도 운항스케줄이 지연됨을 알게 된 경우이다. 하지만 이때 항공권에 표시된 날짜와 시간(확정기한)이 도래하기 전에는 아직 이행지체에 빠진 것은 아니며, 날짜와 시간이 도래한 때로부터 항공운송인의 지체책임이 발생한다고 보아야 할 것이다.

1.2. 불완전이행

항공운송인에게 여객운송계약에 따른 불완전이행의 책임을 묻기 위해서는 일단은 운송행위가 개시되었어야 한다. 이 경우에는 도착지에 연착되거나 혹은 항

5) 권창영, “항공권 초과예약(Overbooking)에 관한 항공사의 민사책임”, 『한국항공우주정책·법학회지』 31권 1호, 한국항공우주정책·법학회, 2016, 104면 각주9).

6) *Sassouni v. Olympic Airways*, 769 F.Supp.537(S.D.N.Y. 1991), 재인용 권창영, 『항공법 판례해설 III, 항공운송법』, 2020, 185면 각주 17).

7) 이창재, “운항지연에 따른 승객의 보상청구권 - EU 및 프랑스 판례를 중심으로 -”, 『한국항공우주정책·법학회지』 30권 2호, 한국항공우주정책·법학회, 2015, 264면.

공운송인 등의 과실로 인하여 운송 도중에 사고가 발생한 경우, 또는 경유지에 서 연결항공편에 하자가 발생한 경우 등이 이에 해당될 여지가 있다.⁸⁾

반면, 상술한 항공권과 운송행위와의 관계에 있어 항공권 확약이 이미 운송행위의 개시를 의미하는 것이라면 이때에는 항공권 초과판매가 불완전이행으로 고려될 여지는 있을 수 있다. 하지만 항공권 판매는 운송계약에 대한 의사표시의 확정을 의미할 뿐 항공권의 확약 자체를 운송행위의 개시로 볼 수는 없기 때문에 초과판매의 경우 가는 항공편의 경우에는 이행지체가 있을 뿐 불완전이행이라고 할 수는 없을 것이다. 다만, 오는 항공편에서 초과판매로 인한 탑승거부의 경우에는 우선 가는 항공편의 운송행위가 개시되었고 아직 계약이 종료되기 이전 이므로, 즉 그 운송이 최종도착지로의 도착이나 운항 도중의 안전상의 이유로 불완전이행에 대한 책임이 고려될 수 있겠지만, 가는 항공편의 경우 애초에 운송이 시작되지 않았으므로 불완전이행이 여지는 없다.

2. 이행거절과 이행불능

2.1. 이행거절

항공운송사업자의 항공권 초과판매로 인한 항공운송사업자의 탑승거부 내지 탑승거절은 용어의 표현상으로 항공운송사업자의 운송행위에 대한 이행을 거절하는 것으로 판단될 여지가 가장 높다. 민법 상 채무불이행에 따른 이행거절이 되기 위해서는 여전히 급부의 이행(운송행위)이 가능함에도 불구하고 채무자인 운송인이 이행을 거절하는 것이어야 한다. 하지만 초과판매라는 것 자체가 이를테면 100석의 좌석을 101석 판매하였다는 것을 의미하고, 100석은 이행이 가능한 상태이며, 마지막 101번째 좌석은 처음부터 급부의 제공이 불가능한 상태이기 때문에 101번째 승객에게 운송을 제공할 수 없는 상태이므로 이행이 가능한 상태는 아니라는 점이다.

초과판매 이외에도 여객의 건강과 안전 및 보안상의 이유 혹은 여행서류의 불비와 같은 사유에 의해 탑승이 거절되는 경우도 있다.⁹⁾ 오히려 이러한 경우가

8) 권창영, 상계서, 439면.

9) 서지민, “항공여객운송에서의 탑승거부와 여객보상기준”, 『한국항공우주정책법학회지』

항공운송인이 여객의 탑승을 거절한 경우가 이행거절에 해당될 수 있다. 이때 승객에 대한 항공운송사업자의 보상책임은 발생하지 않는다.

또한 민법 상 이행거절이 되기 위해서는 채무가 이행 가능한 상태이어야 한다는 것과 더불어 채무자의 채무 이행 거절에 특별한 사유가 없어야 한다. 판례는 이에 대하여 채무자가 채무를 이행하지 아니할 의사를 이행기와 상관없이 할 수 있지만, 이행거절이라는 채무불이행이 인정되기 위해서는 채무를 이행하지 아니할 채무자의 명백한 의사표시가 위법한 것으로 평가되어야 한다고 판시하고 있다.¹⁰⁾ 하지만 항공권초과판매를 이유로 운송을 거절하는 항공운송인의 명백한 의사표시는 위법한 것으로 판단할 수는 없을 것이다.

2.2. 이행불능

상술한 바와 마찬가지로 항공권 초과판매로 인하여 운송행위라는 급부이행이 불능인가 아닌가를 판단하기 위해서는 운송행위라는 급부가 가진 채권적 성질을 따져보아야 한다. 운송행위가 대체 가능한 경우 이행불능은 존재하지 않는다. 다른 대체항공기로도 충분히 운송행위의 이행이 가능하기 때문이다. 하지만 운송행위 자체가 기한 있는 법률행위 내지 정기행위로 판단하는 한 대체가 불가능하므로, 초과판매로 인한 탑승거부는 기한이 도래한 때 또는 초과판매를 이유로 불능이라는 사실을 알게 된 때부터 이행불능의 상태에 빠진다고 보아야 할 것이다. 이때 불능상태는 본래 가능하였지만, 후발적으로 급부가 불능이 되어야만 이행불능에 대한 가능성을 검토해볼 수 있을 것이다.

항공권초과판매로 인하여 승객이 탑승거부가 된 경우에 승객과 운송사업자간의 본래의 계약은 이행불능으로 인하여 계약은 소멸되고, 항공운송사업자가 제시한 대체항공편을 승객이 승낙한다면 새로운 계약이 시작된 것으로 판단하여야 할 것이다. 계약에 대한 이행불능으로 인하여 채무불이행에 따른 손해배상은 항공운송사업자에 의한 소비자분쟁해결기준 등을 기준으로 제공한 보상으로 갈음하고, 새로운 운송계약의 성립인 것으로 볼 수 있다.

제34권1호, 2019, 203면 이하 참조.

10) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결.

3. 채무불이행의 공통적 성립요건으로써의 위법성

3.1. 용인된 관행으로써의 항공권 초과판매

이상에서 채무불이행의 개별적 유형에 항공권 초과판매를 빗대어 분석해보았다. 민법 상 채무불이행의 공통적 성립요건으로 채무자의 귀책사유, 위법성, 채무의 불이행을 충족할 것을 요구하고 있다. 개별적 성립요건으로 위에서 살펴본 바와 같이 이행지체는 채무의 이행이 가능하지만, 채무자가 이행을 해태한 경우에, 불완전이행은 채무의 이행이 이루어졌지만 채무가 불완전한 경우, 이행불능은 채무가 불능이면서 그 불능이 후발적인 경우, 이행거절은 채무의 이행은 가능하지만 채무자의 결절의사와 거절상황이 상당한 근거가 없고 위법한 경우에 해당된다.¹¹⁾

각각의 개별적 요건과 함께 채무불이행에 따른 손해배상의 인정을 위하여, 채무불이행의 공통적 성립요건인 채무자의 귀책사유와 위법성을 충족하여야 한다. 특히 항공권초과판매라는 사실이 위법한지에 관한 견해의 이견은 있지만, 초과판매 자체는 용인된 관행이라고 보고 있다.¹²⁾ 나아가 명시적으로 허용여부를 규정하고 있지는 않지만, 항공사업법 제61조제1항제3호에서 명시적으로 “초과판매”의 경우 항공교통이용자의 피해구체계획을 수립하고 이행할 것을 규정하고 있는 바, 이를 근거로 초과판매는 허용되고 있는 관행(허락된 행위)이라고 보아야 할 것이다.¹³⁾ 그러므로 허용된 행위임에도 불구하고 이로 인한 민법 상 채무불이행책임을 부담하는 것은 다소 이해할 수 없는 결론이다.

3.2. 부수적 설명의무 위반에 따른 계약상 신뢰 위반

다만, 운송계약의 부수적 의무로써의 설명의무 위반에 따른 위법성은 긍정될 수 있을 것이다.¹⁴⁾ 초과판매의 사실에 대한 항공운송사업자만이 알 수 있고, 이

11) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결.

12) 권창영, 상계서 116면; 서울중앙지법 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결.

13) 항소심 판결에서도 항공권 초과판매는 허용된 관행이라고 보았다. 대법원에서 이에 대하여 파기환송하여 여객의 손해배상을 인정하였다.; 서울중앙지법 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결, 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410.

14) 항공사의 초과예약은 “약의의 부실표시(fraudulent misrepresentation)”로 계약상 신의

러한 사실은 계약의 효력발생을 저해하는 ‘중요한 내용’으로 항공운송인에게는 설명의무가 발생한다. 중요한 내용이란 사회통념에 비추어 여객의 계약체결에 관한 의사표시의 여부 또는 그 대가를 결정하는데 직접적인 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.¹⁵⁾ 중요한 내용의 여부는 구체적인 사건에서 당사자들의 구체적인 사정을 고려하여 소비자에게 부당하게 불이익을 주는 불공정한 것인지를 살펴보는 불공정성 통제의 과정에서 고려되는 사항이다.¹⁶⁾

초과판매로 인한 탑승거절에 대하여 항공운송사업자가 여객에게 설명하지 않는 이유는 설명하지 않아도 명확하다. 그의 설명의무는 계약이 유효하게 체결되었다고 믿은 거래상대방(여객)에 대하여 계약의 신뢰를 저버리는 행위¹⁷⁾로 이에 따른 항공운송사업자의 위법성은 인정될 수 있을 것이다.

IV. 급부 불능과 계약체결상 과실책임

1. 원시적불능의 법리

1.1. 원시적 불능

계약의 이행에 있어 발생한 장애가 장기화되거나 장애의 해소를 기대할 수 없는 경우에는 불능으로 다뤄진다.¹⁸⁾ 항공권초과판매가 상술한 바와 마찬가지로 100석의 좌석에 대하여 101석을 판매한 것이기 때문에 그 나머지 한 좌석이 처음부터 불가능한 상태에도 불구하고 판매된 것으로 원시적 불능상태로 계약이 체결된 것이므로, 이를 원시적 불능의 상태로 볼 여지는 있다.

하지만 예약자 중 누구라도 예약이 취소되는 순간 원시적 불능상태였다 하더

성식의 원칙을 위반하였으므로 이에 대한 징벌적 손해배상을 인정한 미국 사례도 있다.; 권창영, 상계논문, 112면.

15) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결.

16) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결.

17) 정구태, 전계논문, 282면 이하.

18) 김상용, 전계서, 90면

라도 해소될 수도 있는 상태이며, 또한 누구의 좌석이 불능인지에 대하여는 명확하지 않을뿐더러, 여행 당일이 되기 전까지는 불능상태 여부도 판단할 수 없으므로, 잠재적 불능상태의 좌석이 여행당일에 후발적 불능으로 볼 여지 또한 존재하므로, 초과판매라는 사실로 급부의 불능 시점에 대한 판단은 쉽지 않다.¹⁹⁾

앞서 살펴본 운송의 불능상태가 원시적불능인 경우, 승객은 항공운송사업자에 대하여 채무불이행을 원인으로 손해배상을 청구할 수 없을 것이다. 초과판매된 부분에 해당하는 좌석은 처음부터 이행이 불가능한 경우라는 가정 하에 다음과 같은 논의가 이어질 수 있다.

당사자 일방의 채무가 원시적 이행불능이면 계약은 무효이다.²⁰⁾ 상대방은 계약체결에 있어서의 과실을 이유로 하는 신뢰이익에 해당되는 부분에 관하여 손해배상을 청구할 수 있지만, 이행에 대신하는 전보배상을 구할 수는 없다. 나아가 후발적 이행불능의 경우에 이행에 대신하는 전보배상은 이행불능이 된 시기의 손해액을 의미하므로,²¹⁾ 이행불능이 된 시기 즉, 탑승거부를 한 그 때의 손해액을 보상하고 있으므로 논리적으로 이해가 되는 부분이다. 그러므로 당사자 일방의 채무가 즉, 항공운송인의 초과판매로 인한 운송이 원시적으로 이행불능인 경우 그 운송계약은 무효이므로 채무불이행 책임을 구할 수 없으며, 이 운송계약은 처음부터 무효인 법률행위인 것이고, 이를 운송계약이 무효이면, 운송행위라는 급부도 소멸하게 되는 것이다.

2. 계약체결 시 원시적 불능의 문제

19) 별론으로 운송행위의 불능시점을 떠나서도 제535조의 적용가능성은 충분하다. 확실하게 원시적 불능이 아니라 할지라도, 이행불능이 되어버린 계약을 신뢰하고 이미 본인의 채무를 이행한 상대방은 결국 계약이 불성립하였을 때 이미 이행된 본인채무의 반환은 물론 이행이익의 범위 내에서 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 계약 교섭 당시에 불능 상태가 불명확하나, 교섭 당시부터 존재하였던 일방의 급부이행 가능성에 중요한 영향을 미치는 요소에 대하여 채무자의 과실로 인하여 최종적으로 이행의 불능이 확정된 경우 충분히 제535조의 유추 또는 확대적용의 가능성이 있다는 견해도 있다; 자세히, 김동훈, “민법상 계약상의 과실책임제도의 운용방향”, 『법학논총』 제32권1호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 31면 이하.

20) 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다584 판결.

21) 대법원 1975. 2. 10. 선고 74다584 판결.

급부가 원시적 불능에 해당되는 경우에 우리 민법은 제535조에 계약체결상의 과실책임에 대하여 규정하고 있는바, 이에 대한 고려도 가능하다.

계약체결상의 과실책임에 있어 원시적 불능의 법리에 관한 다양한 견해²²⁾ 중 제한적 긍정설에 따르면, 원시적 불능의 법리는 계약체결시를 기준으로 하여 볼 때 그 급부불능이 객관적이고 명백하여 계약 성립의 유효성을 인정할 필요가 없는 경우에 한하여 인정되어야 한다고 한다. 즉, 계약교섭 당시에는 급부가 불능이라 하더라도 장래 급부의 이행이 가능할 수도 있는 권리흠결의 경우에는 적용되지 않는다고 한다.²³⁾

초과판매가 승객으로 하여금 운송이행에 대하여 청구할 수 있는 권리가 당시에는 불능상태이더라도 하더라도 운송행위의 개시여부에 따라 구분될 수 있다. 우선, 다른 승객의 계약취소로 인하여 공항에 도착한 모든 승객이 탑승이 가능한 경우에는 계약교섭 당시 급부가 불능이었다 하더라도, 운송행위가 시작되려는 시점에서는 급부의 이행이 가능하므로, 이때에는 유효한 계약성립으로 계약체결상의 과실책임이 아니다.

다른 한편으로는 향후 초과판매로 인하여 탑승거절을 당한 승객에게 대체 항공기를 제공함으로써 권리의 흠결이 보완될 수 있는 경우라고 한다면, 일방적인 의사표시로 탑승을 거부당한 승객의 입장에서 권리의 흠결이 완전히 보완되었다고 판단하기는 어려운 점이 있다.

또한 운송계약은 일의 완성을 계약의 최종적 목적으로 보았을 때, 항공운송사업자의 초과판매로 인하여 승객은 본래 계획하였던 도착시간보다는 분명 늦어질 것이고 이로 인하여 손해가 발생하지 않을 수도 있고 보완이 되어 만족할 수도 있겠지만, 위에서 든 초과판매에 관한 판례의 사례처럼 항공운송사업자의 대처가 권리흠결에 대한 보완이 되지 않을 수도 있다는 점에서 급부불능의 시점을 기준으로 논의해볼 가치는 충분하다고 판단된다.

3. 계약체결상의 과실책임

22) 김상찬, 이충은, “계약체결상의 과실책임에 관한 연구”, 『인문사회과학연구』 제24집, 호남대학교 인문사회과학연구소, 2009, 164면 이하.

23) 이은영, 『채권각론』 제5판, 2007, 117면.

3.1. 계약체결상 과실책임의 일반

계약체결상의 과실책임이란 계약 성립을 위한 계약체결에 있어 그 개시부터 체결까지의 의사표시의 합의 과정에 있어 당사자 일방의 과실을 의미한다. 나아가 계약의 성립과정에서 뿐만 아니라, 계약을 위한 준비단계에서까지 당사자 일방의 책임 있는 사유로 상대방에게 손해를 준 때에 부담하여야 할 배상책임이다.²⁴⁾

과실이 있는 당사자는 손해를 입은 당사자에 대하여 민법 제535조에 따라 그 발생 손해에 대한 배상책임이 발생한다.²⁵⁾ 당사자 일방이 급부가 불능인 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 상대방에게 알리지 않고 계약을 체결한 경우, 그러한 내용이 계약체결의 의사결정에서 중요한 내용에 해당되고, 불이익 사실을 고지하지 않음으로써 계약체결 전 정보제공의 의무를 위반한 경우에도 민법 제535조 계약체결상의 과실책임의 적용대상이 된다.²⁶⁾

계약체결상의 과실은 민법 상 대원칙인 신의칙에 따라 주의의무, 보호의무, 충실의무를 비롯하여 설명의무 등에 대한 위반이라고 볼 수 있고, 이러한 의무의 위반으로 인한 손해에 대하여 전보책임을 져야 하는 것을 의미한다.²⁷⁾ 나아가 계약체결에 대한 의사결정의 자유도 본조에서 의미하는 소위 “행위의무”를 위반한 것으로 상대방의 보호법익을 침해한 것으로 그에 대한 피해구제 법리이다.²⁸⁾

계약체결상의 과실에 대한 인정은 거래를 위한 접촉단계에서 시작되어 계약의 성립단계에서 끝나게 되는데,²⁹⁾ 운송계약의 개시를 위한 탑승권발급 과정에서 항공권초과판매로 인한 탑승거부로 운송계약의 개시를 막고, 운송계약의 급부이행에 대한 장애이므로 운송계약의 성립시기를 항공권에 대한 가격을 지불함으로써 확약상태가 되는 경우가 아닌, 유효한 탑승권을 발급받는 순간을 진정

24) 최홍섭, “학설이 인정하는 소위 「규정외의 계약체결상의 과실」에 대한 판례의 태도”, 「민사법학」 제13-14호, 민사법학회, 1996, 203면.

25) 김상용, 전게서, 60면.

26) 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, 서울대학교 법학 제54권4호, 서울대학교 공익산업법센터, 2011, 226면.

27) 김상용, 전게서, 61; 먼권영준, 상게서, 226면 이하.

28) 홍성재, “계약체결상의 과실책임 법리의 고찰”, 「민사법학」 제50호, 민사법학회, 2010, 390-392면.

29) 홍성재, 전계논문, 393면.

한 운송계약의 시기로 본다면 계약의 유효한 성립단계에서 계약이 성립되지 않는 것이므로 항공권초과판매를 계약체결상의 과실책임에 대한 적용을 고려해볼 수 있다고 판단된다. 특히 항공권이 초과판매 되었다는 사실을 승객에게 설명하지 아니한, 항공운송사업자의 설명의무 위반에 따른 계약체결상의 과실로 볼 수 있지 않을까 사료된다.

3.2. 계약 성립과 계약의 유효성을 위한 당사자 간의 신뢰보호적 설명의무

계약교섭 시 당사자는 신의에 좇아 성실하게 계약이 체결되도록 하여야 할 배려 및 충실의무를 비롯하여 주의의무 등 약정에 따른 특별구속관계에 있다고 할 수 있다. 특히 계약의 성립과 유효를 위한 당사자 간의 신뢰보호적 용태의 의무 중 설명의무와 정보제공의 의무는 계약의 중요한 내용인 경우 그 신뢰를 위반해서는 안 된다.³⁰⁾

특히, 계약체결의 중요한 사항을 일방당사자만이 지배가능하거나, 일방만이 자료를 갖고 있는 경우 그 일방은 거래 상대방에게 계약의 중요 내용에 관한 정보를 제공할 의무(Auskunftpflicht)와 보고의무(Rechenschaftspflicht)가 발생한다.³¹⁾ 즉, 운송계약에 있어 항공운송사업자는 항공운송에 관한 정보에 관하여 계약의 중요내용에 관하여 지배가능하고, 특히 초과판매에 관한 사실에 있어서는 항공운송사업자만이 알 수 있는 자료를 가지고 있고 일반 승객의 경우 열람이 불가능하며, 문의한다고 하여도 답변을 얻을 수 없는 것은 자명한 일이다. 그러므로 초과판매로 인하여 항공여객운송이 개시조차 할 수 없는 상태에 이르렀다면, 이는 채무불이행이 아닌 계약체결상의 과실책임의 범리가 더 상당하다고 판단된다.

계약교섭 당시뿐만 아니라 계약이 유효하게 성립된 후에라도 계약교섭 당시에 상대방의 의사결정에 있어 계약의 중요한 사항에 관하여 설명의무를 이행하지 아니함으로써 불공정한 거래가 발생된 경우에도 이러한 계약체결상의 과실책임에 관하여 손해의 배상을 청구할 수 있다.³²⁾

30) 김상용, “계약체결상의 과실책임에 관한 비교고찰”, 『법조』 52권 4호, 2003. 4., 30면

31) 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호 - 대법원 2010.2.25. 선고 2009다86000 판결에 대한 평석 -”, 『재산법연구』 27권 3호, 재산법학회, 2011, 92면.

32) 김상용, 전계서, 72면.

3.3. 계약교섭이 좌절된 경우의 계약체결상 과실책임

예를 들어, 이미 합격통지를 받은 자에게 그 이후에 채용을 거절한 경우에 있어³³⁾ 판례는 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하였지만, 해당 사례를 계약교섭이 좌절된 유형 또는 규정외의 계약상 과실책임으로 학설은 책임근거로 보고 있다.³⁴⁾

이처럼 계약체결상의 과실책임은 계약교섭단계에서 주로 논의되어진다.³⁵⁾ 그렇다면 승객과 항공운송사업자 사이의 항공권 확약상태는 계약교섭단계인가 혹은 계약이 이미 성립된 것으로 보아야 하는가의 여부이다. 상술한 바와 마찬가지로 항공권의 확약 상태는 이미 계약이 성립된 것으로 보아야 하지만, 항공운송사업자의 항공권초과판매에 관한 설명의무는 항공권이 확약상태에 이르기 전 즉, 승객이 결제를 이행하기 전에 이루어져야 하므로 그 당시, 즉 항공권을 구입하려는 그 순간은 계약교섭의 상태라고 할 수도 있을 것이다. 하지만 운송계약이 확약상태에 이르렀을 경우에는 이미 계약은 성립되었다고 보아야 하며, 설사 그러하지 않더라도 계약체결상의 과실책임에 기한 손해배상청구권 행사는 계약 성립 이후라도 상대의 과실을 주장하지 못할 이유는 없다고 할 것이다.³⁶⁾

그러므로 항공운송계약에 있어 항공권초과판매라는 사실이 운송계약의 교섭 당시인지, 혹은 확약으로 인한 계약 성립 이후인지의 여부와 상관없이 항공운송사업자의 설명의무위반에 따른 승객의 손해발생에 대하여 계약체결상의 과실책임은 가능하다고 할 수 있다.

33) 대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897 판결.

34) 최홍섭, 상계논문, 207면.

35) 계약교섭의 부당파기와 계약교섭시 정보제공의 문제에 관하여 계약체결상의 과실책임보다는 민법 제750조에 따른 불법행위로 판단하는 것이 판례의 태도라는 견해가 있다(권영준, 상계서, 227면). 이는 계약체결상의 과실책임에 대한 법적성질을 채무불이행과 불법행위 및 법정책임설로 보는 견해의 다툼에 있어 불법행위로 판단하는 입장에서의 관점일 수 있다고 생각된다(김상찬 외, 상계서, 164면). 정보제공의 문제는 후술할 설명의무위반의 문제와 함께 고려되어야 할 부분으로 채무자의 위법성과 관련성이 더 깊다고 판단된다.

36) 김상찬 외, 상계서, 155면 이하; 국내 민법 제535조의 계약체결상의 과실책임은 독일 민법 민법에서 인정되고 있는 손해배상청구원인 중 하나로, 독일은 계약의 교섭단계 뿐만 아니라 유효하게 체결된 계약에서도 인정되고 있다. 물론 이러한 계약체결상의 과실책임이 독일과 달리 국내 학설 상 무의미한 규정이라는 견해도 존재하지만, 제 535조는 현행 민법 상 명시적으로 규정되어 있는 규정으로 적용의 고려를 배제할 이유는 아직은 없다고 할 수 있다;

3.4. 계약협의를 무단파기로 인한 계약체결상의 과실책임

계약자유의 원칙에 따라 계약의 체결 여부는 온전히 당사자의 자유의사에 따르는 것이지만, 일방이 부당하게 파기한 계약에 대하여 거래상대방의 신뢰손해는 배상되어야 한다. 계약이 유효하게 성립될 것이라고 기대하고 신뢰함으로써 발생한 손해에 대하여 상대방은 계약 성립을 방해한 자 또는 부당하게 파기한 자에 대하여 배상을 청구할 수 있다.³⁷⁾

또한 일방이 계약교섭을 부당하게 파기하였다 하더라도 상대방은 계약체결 자체를 청구할 수 없고, 다만 계약성립을 신뢰하고 지출한 비용에 대하여만 계약체결상의 과실책임으로 배상을 청구할 수 있는 것이다.³⁸⁾

4. 운송계약에 있어 계약체결상의 과실책임 적용 가능성

계약체결상의 과실에 관한 민법 제535조제1항은 목적이 불능인 계약을 체결할 때에 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 자는 상대방이 그 계약의 유효를 믿었음으로 인하여 받은 손해를 배상할 의무를 부담하며, 단서에서 배상액의 범위에 관하여 신뢰이익의 손해에 한하고 이때 신뢰이익은 이행이익의 범위를 넘지 못하도록 규정하고 있다.

나아가 계약이 체결된 후라도, 채무의 이행이 불가능하게 된 경우 채권자는 그 이행을 청구할 수 없으므로, 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하거나 계약을 해제할 수 있다. 하지만 계약 당시에 이미 채무의 이행이 불가능했다면 특별한 사정이 없는 한 채권자가 이행을 구하는 것은 허용되지 않고, 민법 제535조에서 정한 계약체결상의 과실책임을 적용하여 권리를 구제받을 수 있다.³⁹⁾ 여기서 채무의 이행이 불가능하다는 것은 절대적·물리적으로 불가능한 경우뿐만 아니라, 일반적 경험칙이나 거래상의 관념에 비추어 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우도 포함한다.⁴⁰⁾

항공권초과판매로 인한 운송행위가 원시적·객관적 불능에 의한 항공운송인의

37) 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, 서울대학교 법학 제54권4호, 서울대학교 공익산업법센터, 2011, 227-228면.

38) 김상용, 상계서, 72면.

39) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다212524 판결.

40) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2016다9643 판결.

계약체결상의 과실책임을 묻기 위해서는 첫째, 체결된 계약 자체가 원시적, 객관적 불능상태로 무효이어야 하고, 둘째, 계약이 유효하였다면 급부를 부담하였어야 할 자가 그 불능을 알았거나 알 수 있었어야 하며, 마지막으로 상대방은 선의·무과실 이어야 한다.⁴¹⁾

초과판매는 이미 항공기 좌석을 초과하였으므로 확약을 받은 승객 전부가 항공기에 탑승하려고 하면 초과판매 된 좌석만큼은 이미 원시적 객관적 불능 상태에 있는 것이고, 운송계약이 유효하게 효력을 발생시키기 위하여 운송행위를 이행하여야 하는 위치에 있는 항공운송인은 초과판매 된 좌석에 승객을 탑승시킬 수 없다는 사실, 즉 초과판매 된 좌석 수만큼 승객에 대하여 탑승거부를 하여야 한다는 자체를 알고 있었고, 그 거래 상대방인 고객은 자신이 초과판매로 인해 탑승거부를 당할 수도 있다는 사실에 대하여 탑승권을 발부받기 이전까지는 알지 못하므로 선의·무과실이라고 할 수 있다.

나아가 제535조제2항은 상대방이 그 불능을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 적용을 배제하고 있으므로, 항공운송사업자가 초과판매라는 사실을 소비자인 여객에게 미리 공지한 경우에 그럼에도 불구하고 여객이 항공권을 구매한 경우에는 손해배상책임을 면할 수 있다. 또한 현재와 마찬가지로 소비자보호를 위하여 현행 소비자분쟁해결기준에 따라 적절한 대체항공편과 보상금을 제공함으로써 항공운송사업자가 여객과의 초과판매를 원인으로 분쟁하지 않아도 될 것이다.

V. 마치며

상술한 대법원 판례는 항공권 초과판매로 인한 항공운송사업자의 탑승거부는 민법상 채무불이행이라고 판단하였지만, 단지 채무가 불이행되었다고 하여 곧바로 항공운송사업자의 채무불이행에 따른 손해배상책임이 발생하는 것은 아니다. 채무불이행에 따른 손해배상을 인정하기 위해서는 귀책사유뿐만 아니라 위

41) 김상용, 상계서, 79면

법성도 인정되어야 한다. 일반적으로 채무가 불이행되었다는 사실로 채무자의 위법성 추정하고 있지만, 항공운송사업자의 항공권 초과판매 자체는 허용된 관행이며 위법한 행위라고는 할 수 없다.

오히려 항공운송사업자의 항공권 초과판매 자체에 위법성이 있는 것이 아니라, 운송계약의 중요한 내용에 해당하는 초과판매에 따른 탑승거절 여부에 대한 설명의무 위반으로 이를 신뢰하고 계약을 체결한 소비자에 대한 신의칙위반이라고 할 수 있다.

나아가 처음부터 존재하지 않았던 탑승권을 판매함으로써 운송이라는 급부의 이행이 불가능해진 경우, 계약교섭 당시 또는 계약체결 후의 급부 불능을 원시적 불능의 법리를 고려하여 검토할 수 있다. 급부의 원시적 불능에 해당되는 경우 우리 민법은 채무불이행이 아닌 계약체결상의 과실책임의 법리에 따라 손해배상책임을 인정하고 있다.

결국 소비자가 항공운송사업자로부터 항공권 초과판매에 따른 탑승거절로 인하여 손해배상을 받게 된다는 결론은 동일하지만, 그 책임이 발생하는 법률적 근거에 대하여 고려해 볼 여지는 충분하다. 각각의 구체적이고 개별적인 상황에 따라 항공운송사업자의 초과판매로 인한 탑승거부는 채무불이행의 법리 적용이 불가능 경우도 발생할 수 있으며, 모든 법리에는 적용상의 흠결이 존재하므로, 입법 상의 공백을 채우기 위하여 새로운 법리의 적용가능성에 대하여 제기해 보았다.

더불어 이러한 손해배상청구원인에 대한 검토와 동시에 용인된 관행에 대한 손해배상의 인정은 오히려 양 당사자에게 혼란을 야기할 가능성도 충분하다. 하지만 항공운송사업자의 허락된 관행이라고 해서 소비자가 무조건 받아들여야 하는 현재의 관행적 초과판매에 대한 수정은 반드시 필요하다고 판단된다. 항공운송사업자에게 계속적으로 초과판매에 따른 채무불이행책임을 묻게 된다면, 초과판매를 할 수 밖에 없는 항공사업 환경에 치명적일 수 있으며, 소송경제상으로도 양 당사자에게도 불합리한 결과가 될 것이다.

그러므로 항공운송사업자의 항공여객운송계약을 체결함에 있어 보다 명확한 설명의무를 부과하고, 항공운송사업자가 이행의무를 충실히하였을 때는 면책될 수 있도록 한다면 항공운송사업자와 여객 모두에게 합리적인 방안이 될 것이다.

참고문헌

[국내 문헌 및 판례]

- 권영준, “계약관계에 있어서 신뢰보호”, 서울대학교 법학 제54권4호, 서울대학교 공익산업법센터, 2011.
- 권창영, “항공권 초과예약(Overbooking)에 관한 항공사의 민사책임”, 『한국항공우주정책법학회지』 31권 1호, 한국항공우주법학회, 2016.
- _____, 『항공법 판례해설 III, 항공운송법』, 2020.
- 김동훈, “민법상 계약상의 과실책임제도의 운용방향”, 『법학논총』 제32권1호, 국민대학교 법학연구소, 2019.
- 김상용, 「채권각론」 제2판, 화산미디어, 2014.
- 김상찬, 이충은, “계약체결상의 과실책임에 관한 연구”, 『인문사회과학연구』 제24집, 호남대학교 인문사회과학연구소, 2009.
- 서지민, “항공여객운송에서의 탑승거부와 여객보상기준”, 『한국항공우주정책·법학회지』 34권 1호, 한국항공우주정책·법학회, 2019.
- 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호 - 대법원 2010.2.25. 선고 2009다86000 판결에 대한 평석 -”, 『재산법연구』 27권 3호, 재산법학회, 2011.
- 윤남순, “EU법상 국제운송계약의 준거법- 로마 I 규칙을 중심으로-”, 『고려법학』 제71호, 고려대학교 법학연구원, 2013.
- 이은영, 「채권각론」 제5판, 박영사, 2007.
- 이창재, “EU법상 항공소비자 보호에 관한 연구-McDonagh v. Ryanair 사례를 중심으로 -”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.
- _____, “운항지역에 따른 승객의 보상청구권 - EU 및 프랑스 판례를 중심으로 -”, 『한국항공우주정책법학회지』 30권 2호, 한국항공우주정책·법학회, 2015.
- 정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 再論 -대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결-”, 『기업법학회지』 제30권제4호, 기업법학회, 2018.
- 최홍섭, “학설이 인정하는 소위 「규정외의 계약체결상의 과실」에 대한 판례의 태도”, 『민사법학』 제13·14호, 민사법학회, 1996.
- 홍성재, “계약체결상의 과실책임 법리의 고찰”, 『민사법학』 제50호, 민사법학회, 2010, 390면.

- 서울중앙지방법원 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결
대법원 1975. 2. 10. 선고 74다584 판결.
대법원 1993. 9. 10. 선고 92다42897 판결.
대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다69053 판결.
대법원 2014. 8. 28 선고 2013다8410판결.
대법원 2015. 2. 12. 선고 2014다227225 판결.
대법원 2017. 8. 29. 선고 2016다212524 판결.
대법원 2017. 10. 12. 선고 2016다9643 판결.

초 록

전 세계 항공운송인의 관행으로 자리매김한 초과판매는 항공운송산업의 유지와 발전을 도모하는 반면, 승객의 입장에서는 유효한 운송계약을 체결하였음에도 불구하고 탑승거부를 당함으로써 여행계획에 차질을 빚을 수 있다. 국내 대법원은 초과판매를 근거로 승객의 탑승을 거절한 항공운송인에게 “채무불이행”에 따른 손해배상책임이 있다고 판결한 바 있다.

하지만 항공권 초과판매는 본래부터 가능한 좌석 수를 초과하여 판매한 것이므로, 해당 항공편의 여객 중에 아무도 운송계약을 철회하지 않으면, 여객 중 몇몇은 일방적으로 탑승을 거절당하게 된다. 그러므로 항공권 초과판매에 따른 탑승거부로 인하여 급부가 불능이 되는 것은 이미 처음부터 특정되지 않은 누군가에 대한 항공운송인의 후발적불능이 아닌 원시적불능이라고 볼 여지도 있다. 급부가 원시적불능인 경우 그 법률관계는 무효이다.

급부의 원시적 불능에 따라 손해가 발생한 경우, 우리 민법은 채무불이행이 아닌 “계약체결상의 과실책임”의 법리에 따라 손해배상책임을 인정하고 있다. 결국 소비자가 항공운송인으로부터 항공권 초과판매에 따른 탑승거절로 인하여 손해배상을 받게 된다는 결론은 동일하지만, 그 책임이 발생하는 법적근거에 대하여 다른 측면에서 검토의 필요성이 있다. 나아가 각각의 구체적이고 개별적인 상황에 따라 항공운송사업자의 초과판매로 인한 탑승거부는 채무불이행의 법리 적용이 불가능 경우도 발생할 수 있으며, 모든 법리에는 적용상의 흠결이 존재하므로, 입법 상의 공백을 채우기 위하여 새로운 법리의 적용가능성에 대하여 제기해 보았다.

더불어 이러한 손해배상청구원인에 대한 검토와 동시에 용인된 관행에 대한 손해배상의 인정은 오히려 양 당사자에게 혼란을 야기할 가능성도 충분하다. 하지만 항공운송사업자의 허락된 관행이라고 해서 소비자가 무조건 수용하여야 하는 현재의 관행에 대한 수정은 반드시 필요하다고 판단된다. 항공운송사업자에게 계속적으로 초과판매에 따른 채무불이행책임을 묻게 된다면, 초과판매를 할 수 밖에 없는 항공사업 환경에 치명적일 수 있으며, 소송경제상으로도 양 당사자에게도 불합리한 결과가 될 것이다.

그러므로 항공운송사업자의 항공여객운송계약을 체결함에 있어 보다 명확한 설명의무를 부과하고, 항공운송사업자가 이행의무를 충실히 이행하였을 때는 면책될 수 있도록 한다면 항공운송사업자와 여객 모두에게 합리적인 방안이 될 것이다.

주제어 : 초과판매, 운송행위, 채무불이행, 불능, 계약체결상 과실책임

Abstract

Review of ‘Nonperformance of Obligation’ and ‘Culpa in Contrahendo’ by Fail to Transport - A Focus on Over-booking from Air Operator -

Sung-Mi Kim*

Worldwide, so-called ‘over-booking’ of Air Carriers is established in practice. Although not invalid, despite their current contracts, passengers can be refused boarding, which can hinder travel planning.

The Korean Supreme Court ruled that an airline carrier who refused to board a passenger due to over-booking was liable for compensation under the “Nonperformance of obligation”. But what the court should be thinking about is when the benefit(transport) have been disabled.

Therefore it may be considered that the impossibility of benefit (Transport) due to the rejection of boarding caused by ‘Over-booking’ may be not the ‘subsequent impossibility’, but not the ‘initial impossibility’. The legal relationship due to initial impossibility is nullity (*impossibilium nulla est obligatio*).

When benefits are initial impossible, our civil code recognizes liability for damages in accordance with the law of “Culpa in Contrahendo”, not “nonperformance of obligation”.

On this reason, the conclusion that the consumer will be compensated for the loss of boarding due to overbooking by the Air Carrier is the same, but there is a need to review the legal basis for the responsibility from the other side.

However, it doesn’t matter whether it is non-performance or Culpa in Contrahendo. Rather, the recognition of this compensation is likely to cause confusion due to unstable contractual relationships between both parties.

* Part-time Lecture, Korea Aviation University.

Even for practices permitted by Air Carriers, modifications to current customary overbooking that consumers must accept unconditionally are necessary.

At the same time, if Air Carriers continue to be held liable for non-performance of obligations due to overselling tickets, it can be fatal to the airline business environment that requires overbooking for stable profit margins.

Therefore, it would be an appropriate measure for both Air Carriers and passengers if the Air Carrier were to be given a clearer obligation to explain (to the consumer) and, at the same time, if the explanation obligation is fulfilled, the Air Carrier would no longer be forced to take responsibility for overbooking.

Key Words : Over-booking, Trans-performance, Nonperformance of Obligation, Impossibility, Culpa in Contrahendo