

## 항공권 초과예약의 법률적 문제에 관한 연구

정준식\*·황호원\*\*

### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 초과예약에 의한 탑승거부 보상법령의 부재
- III. 초과예약의 형사법상 책임의 성립가능성
- IV. 결론

---

\* 한국항공대학교 대학원 항공우주법전공 박사과정  
\*\* 한국항공대학교 항공·교통·물류·우주법학부 교수

## I. 문제의 제기

국제운송에 투입된 항공기는 양국 간 항공협정에 의해 결정된 운항횟수에 따라 정시성(punctuality)이 보장되어야 하며, 상대국에서 자국으로 오는 승객도 수송해야 되기 때문에, 300명이 정원인 항공기에 1명이 타든 300명이 타든 반드시 정해진 스케줄에 따라 목적지로 출발해야 된다. 승객 수에 관계없이 탑승해야 되는 승무원의 수도 정해져있다.<sup>1)</sup> 한번 떠난 항공기는 남은 좌석을 판매할 방법이 없고, 손익분기점<sup>2)</sup>에 못 미치는 수의 승객을 태웠다면 출발 즉시 정해진 인건비, 유류비 같은 고정비용으로 인한 적자를 떠안게 된다. 그래서 승객을 한 명이라도 더 태우려는 항공사의 노력은 당연한 것이라고 할 수 있다.

하지만 승객을 더 확보하려는 노력이 초과예약(over-booking)에 의한 것이라면 이야기가 달라진다. 위의 노력이 일반적인 마케팅에 의한 것이라면 ‘손실의 최소화’로 볼 수 있지만 초과예약을 수단으로 한 탑승률의 제고는 ‘이윤의 극대화’에 더 가깝다. ‘초과예약’은 예를 들어 좌석은 300개인데 예약은 30명을 초과하여 330명을 받는 것이다. 이유는 경험으로 축적된 예약부도를 때문이다.<sup>3)</sup> 통계적으로 예상되는 예약부도를 만회하기위해 고의적으로 좌석이 없는데도 예약을 받는 것이다. 문제는 정원 외 초과분, 즉 가상의 좌석에 할당되어 예약된 승객은 정작 자신이 존재하지 않는 좌석에 예약되어있다는 사실을 사전에 알 수 없다는 데 있다. 이 승객은 대리점을 통하든, 인터넷으로 직접 예매하든 ‘확약’상태를 통지받게 되며 항공권은 물론 구체적인 좌석까지 확보했다는 인식을 갖게 된다. 만약 이 승객이 공항에 제 시간에 나갔는데, 항공사의 ‘예상’이 틀려 예약자 모두가 탑승장에 나타나 버리면 이 승객은 뜬금없이 탑승거부(denied boarding)되는 난감한 사태가 발생하게 된다. 실제로 지방자치단체 소속 양궁선수단이 초과예약으로 탑승이 거부되어 공항에서 4시간이나 기다린 뒤 출발한 사례도 있다.<sup>4)</sup> 항공사의 ‘확약’을 신뢰하여 모든 여행계획을 세우고, 최소 2시간 전까지 공항에 나가는 수고를 감내한 승객이 항공사

1) 항공법 시행규칙 제218조에서 객실승무원의 수는 좌석 50석 당 1명의 비율을 유지하도록 규정하고 있다.

2) BEP(Break-even Point)는 통상 전체좌석의 70% 정도이나 노선과 기종에 따라 다르다.

3) 흔히 예약 후 취소의 통지도 없이 탑승장에 나타나지 않는 ‘no-show’와 항공권 취소를 너무 늦게 통지해 재판매가 불가능해 진 ‘late cancelling’을 의미한다. 국적항공사의 경우 국제선은 2002년 평균 8%(세계여행신문 2002.6.21일자), 2005년 7%(세계일보 2006.3.22일자)의 예약부도율을 보이고 있다. 예약부도는 일반적으로 국내선이 국제선보다 높아 10~20% 정도 된다.

4) KBS제주, “대한항공 초과예약 물의”, 2009.2.26,

<[http://jeju.kbs.co.kr/news/news\\_01\\_01\\_view.html?no=2739424&find\\_date=>](http://jeju.kbs.co.kr/news/news_01_01_view.html?no=2739424&find_date=>), 검색일:2012.9.30.

의 ‘이윤 극대화’를 위한 “관습(practice)”<sup>5)</sup> 때문에 탑승이 거부되는 것은 형평에 어긋나는 일이다. 하지만 놀랍게도 항공사 초과예약관행에 관한 선행연구는 그 수가 매우 적고, 그나마 이 문제를 다루었던 대부분의 논문들은 초과예약의 정당성에 대한 검증 없이, 즉 그 정당성을 전제한 채 항공사 수익창출 모델로서 경영학적 견지에서만 다루어졌으며, 극소의 법률적 문제를 제기한 논문<sup>6)</sup>에서도 기망행위와 그 법적인 문제를 다룬 논문은 찾아볼 수 없었다. 따라서 실제로는 없는 좌석을 있다고 ‘거짓말’한 항공사를 믿었다가 공항에 도착해서야 자신의 모든 계획을 바꿔야 할 수도 있는 현행 시스템의 잠재적 위험과 이에 따른 법률적 문제를 파악하고 분석하는 것이 이 논문의 의의라고 할 수 있다.

## II. 초과예약에 의한 탑승거부 배상법령의 부재

앞서 언급했듯이, 항공사와 자신이 통제할 수 없는 변수(예약승객이 탑승장에 오지 않는)에 내 여행의 가능여부가 달려있고, 그 상황은 항공사에 의해 제공되었으며, 이 상황을 항공사의 거짓말 때문에 미리 알 수 없다는 사실 자체만으로도 이미 항공사와 소비자라는 두 경제주체 간의 형평은 무너져 있는 상태다. 하지만 더 심각한 것은 초과예약으로 인한 탑승거부를 배상할 수 있는 법령(法令)이 없다는 데 있다.

### 1. 국제법상의 배상규정 불비

우선 항공운송인과 이용자 간의 책임 및 배상에 관한 일차적<sup>7)</sup> 법원(法源)인 1999년

- 
- 5) ‘bumping’이 항공업계의 관례(practice)로서 일종의 항공기 지연(delay)에 해당한다는 미국판결이 있다.
- 6) Yun Zhao, *Legal Issues Arising out of Delay in Civil Aviation*, Vol 18 The Korean Journal of Air and Space Law, The Korean Association of Air and Space Law, 2003, p. 96-101. 이 논문에서 저자는 유럽(덴마크)과 미국의 판례를 대비하고, 항공사의 고의성에 대한 문제도 환기시키며 초과예약 관행의 상식적 불합리성을 제기하면서도, 1929년 바르샤바협약 제24조를 근거로 초과예약을 국제법상 ‘지연’에 포섭하는 것에 동의하고 있으며 오히려 소비자의 적극적인 대응을 대안으로서 강조하고 있다. 하지만 이 논문은 기망행위와 그 고의성으로 논의를 확장하지 않았으며 1999년 몬트리올협약 체제로 제편된 지금의 법 현실에서 바르샤바협약을 원용한 것은 적실성이 없다.
- 7) 전 세계 항공운송인의 책임과 배상문제를 규율하던 1929년 바르샤바협약(Warsaw Convention)은 1955년 헤이그의정서(Hague Protocol), 1961년 과달라하라협약, 1971년 과테말라시티의정서, 1975년 몬트리올 제1,2,3,4 추가의정서 등 여러 차례의 개정을 겪으면서(1975년까지의 개정절차를 포

몬트리올협약을 살펴보자. 몬트리올 협약에서 승객에 관한 배상은 사망(death), 상해(injury), 지연(delay) 등의 세 가지 경우만을 상정하고 있다. 나머지는 수하물(baggage) 과 화물(cargo)의 멸실, 훼손, 지연에 대해 규정한 것이 전부다. 따라서 초과예약으로 인한 탑승거부를 명시적으로 다룬 조항은 몬트리올 협약에서 찾아볼 수 없다.

하지만 항공운송에서 운송인과 승객의 분쟁사례가 많이 축적되어 있는 미국의 경우를 보면, 초과예약으로 인한 탑승거부를 동 협약 상 ‘지연’으로 해석함으로써, 규정불비로 인한 법적해결의 어려움을 다소 억지로 해소하려는 경향을 발견할 수 있다. 초과예약으로 탑승이 거부되면 통상 대체항공편이 제공되며, 결국 출발이 늦어지는 셈이므로 이를 지연으로 본다든 것이다. 언뜻 피해의 태양을 결과론적 관점에서만 고려하면 수긍이 갈 수도 있다. 하지만 지연은 승객이 예약한 항공편 자체가 늦어지는 것인데 반해, 초과예약으로 인한 탑승거부는 예약항공편 자체가 멀쩡히 제 시간에 떠날 때 발생하는 것으로 이 둘의 성격은 완전히 다르다. 전자는 대개 항공사가 예상치 못한 외부적 요인에 의한 것인 반면, 후자는 항공사의 이윤 극대화를 위한 의도적, 기만적 관행에 의한 것이다. 따라서 결과가 아니라 발생 원인을 고려한다면 탑승거부를 ‘지연’의 범주에 포섭해 똑같은 배상처리를 한다는 것은 정당하지 못하다. 그렇다면 왜 이런 창의적인 해석이 나오는 것일까? 초과예약에 의한 탑승거부가 ‘지연’으로 처리되면 몬트리올 협약이 우선 적용되고(preempted), 따라서 협약 내 ‘책임제한’ 규정에 의해 항공사의 배상부담이 훨씬 적어지기 때문이다.<sup>8)</sup> ‘지연’으로 처리되지 않는다면 민사법 상 계약불이행(non-performance of contract)이 소송원인이 되고, 따라서 몬트리올협약이 아닌 각종 연방법과 주법의 적용을 받게 되며, 몬트리올협약에서는 면할 수 있는 징벌적 손해배상(punitive damage)이나 정신적 손해배상에 의한 막대한 배상금을 물어야 할 위험에 노출되기 때문이다. 하지만 탑승거부를

괄하여 ‘바르샤바체제’라고 한다), 체약국이 비준한 개별 협약 및 보충협약에 따라 운송인의 책임을 관할하는 국제법이 국가별로 나뉘게 되었고, 이에 통일적 국제규범의 일환으로 1999년 몬트리올협약(공식명칭은 ‘국제항공운송에 관한 특정규칙의 통일을 위한 협약’)이 마련되었다. 이 협약은 현재 102개 국가만이 가입, 비준하고 있지만 국제항공운송에서 큰 비중을 차지하는 대부분의 국가가 가입하고 있으며 동 협약은 기존 바르샤바체제의 효과를 대체한다. 따라서 현재까지 바르샤바 체제가 살아있는 국가도 있지만 항공운송인의 책임에 관해서는 이 협약이 지배적인 국제규범이라고 할 수 있다. 협약은 2003년 11월 4일 발효하였으나 우리나라는 2007년 10월 30일에 가입(accession)하여 같은 해 12월 29일에 발효했다. 동 협약은 제24조(한도의 검토)에 따라 발효 5년 뒤인 2009년에 물가상승률을 고려한 책임한도액 인상에 대한 심사가 이루어졌고, 동년 6월에 인상이 결정되어 12월부터 전 체약국에 인상이 발효되었지만 2011년 11월에 발효한 우리 상법 제6편에는 반영되지 않았다.

8) 1999년 몬트리올 협약 제19조 및 22조. 승객의 지연수송에 대한 배상금은 4,150SDR(Special Drawing Rights)이었던 것이 2009년 12월 30일부터 4,694SDR로 변경되어 전 체약국에 발효중에 있다.

‘지연’으로 보는 것은 미국법원의 확립되고 일관된 해석이 아니다. 지연으로 본 판례가 있는 반면<sup>9)</sup>, 계약위반으로 본 판례도 있다.<sup>10)</sup> 오히려 학술연구<sup>11)</sup>와 주요 선진국의 법원은<sup>12)</sup> 초과예약에 의한 탑승거부를 ‘계약불이행’으로 보는 것이 보편적이다. 따라서 초과 예약에 의한 탑승거부를 미국의 선례를 좇아 몬트리올협약의 ‘지연’으로 처리하려는 의존 또는 시도는 타당하지 못하며, 몬트리올 협약은 이러한 탑승거부를 근거 짓거나 해결할 수 있는 적절한 법적도구가 되지 못한다.

## 2. 국내법상의 규정불비

우리나라의 법령을 살펴보자. 몇 년 전부터 몬트리올협약의 내용을 국내법으로 수용하는 시도가 있었고, 그 결과 상법에 제6편(항공운송)<sup>13)</sup>이 추가되면서 항공운송인의 책임에 관한 국내법이 마련되었다. 하지만 최근의 이 변화는 1999년 몬트리올협약을

9) Knowlton v. American Airlines (2007), Paradis v. Ghana Airways Ltd. (2004), King v. American Airlines (2002), Sassouni v. Olympic Airways (1991)

10) Weiss v. El Al Airlines (2006), Wolgel v. Mexicana Airlines (1987), Mahaney v. Air France (1979). 주) 9번에 열거된 판례와 이 주)에 열거된 판례는 대부분 연방1심법원(Federal District Court)의 판결이며 King v. AA와 Wolgel v. Mexicana Airlines판결만이 연방항소법원(Appellate Court)에서 다루어졌다. 따라서 초과예약으로 인한 탑승거부(이른바 ‘bumping’)에 관한 논의에서는 두 상급법원의 결정이 중요한 의미를 갖는데, King사건을 담당한 제2순회항소법원(2d Circuit)은 bumping이 바르샤바협약 제19조(지연)에 해당된다는 1심법원의 판단을 뒤엎고 오히려 제17조의 우선적용(preempted)을 받는다고 하였으며, Wolgel사건의 제7순회항소법원(7th Circuit)은 명확히 bumping을 계약불이행(contractual non-performance)로 판시하였다. 따라서 ‘bumping’의 성격을 규정한 현재까지의 미국 최상급법원의 입장은 ‘계약불이행’이라고 정리하는 것이 타당하다. 운송인 책임에 관한 이정표(milestone)격 사례인 Tseng판례에서 연방대법원은 협약 용어의 해석이 단순한 어구의 해부(“miserly parsing of its language”)에 의존해서는 안 되며 입법자의 의도(drafting history)를 살펴야 한다고 했고, 따라서 Wolgel사건의 법원은 이를 인용하여 몬트리올협약의 입법의도를 분석했다. 1929년 바르샤바협약의 제정을 위한 제2차 항공사법 국제외교회의(Second International Conference on Private Aeronautical Law)에서 각국 대표단은 계약불이행문제가 내국법으로 해결 가능하므로 협약이 계약불이행에 대한 구제수단을 포함하지 않는다는 것에 명확히 합의했고 1999년 몬트리올협약은 이를 계승한 것이므로, 제7순회항소법원은 이러한 입법자의 의도에 따라 bumping이 1999년 몬트리올 협약 제19조(지연)의 적용을 받지 않는 것이라고 판시한 것이다. 덧붙여 Wolgel판례를 인용했던 Weiss사건의 법원은 1929년 바르샤바협약에서 1999년 몬트리올협약으로 사법이 통일 될 때 형성된 주요입법이념 중 하나가 운송인의 보호에서 항공소비자의 보호로 이행한 것임을 판시의 주요논지로 들기도 했다.

11) Goldhirsch (2000), The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook 109, Weiss v. El Al Israel Airlines, Ltd. 433 F.Supp. 2d 361 (2006)에서 재인용.

12) Philips 외 (2001), Carriage by Air 123. Weiss v. El Al Airlines (2006)에서 재인용. 독일, 캐나다, 이태리, 프랑스는 모두 탑승거부(bumping)를 계약불이행으로 보고 있으며 오직 미국만이 불분명(unclear)한 상태라고 한다.

13) 2011년 5월 23일 공포, 11월 24일 시행.

언어만 바뀌 그대로 옮겨놓은 것에 지나지 않기 때문에, 위에서 살펴본 것처럼 국내법에서도 초과예약에 의한 탑승거부를 규율할 조항을 찾아 볼 수 없게 되었다. 오히려 상법 제6편은 몬트리올협약 본문이 완성된 후 국내법으로 도입되기까지 10년 이상의 세월이 흘렀음에도 불구하고, 협약제정 당시의 외교회담에서 결론을 내리지 못했던 부분, 용어나 개념의 불명확한 부분 등을 해결하여 반영하지 못하였다. 한 가지 언급하고 넘어갈 부분은, 몬트리올협약을 제정하기 위한 외교회담에서는 의도적으로 지연(delay)에 대한 정의를 협약에 포함하지 않기로 했다는 점이다.<sup>14)</sup> 이는 각 체약국의 국내법에서 ‘지연’에 대해 정의하고 있다면 이를 존중하고, 사례의 양태에 따라 그 체약국 법원이 판단할 수 있도록 한 조치였다. 따라서 협약 제정 후 오랜 기간 동안 외교회담 당시에 예측할 수 없었던 특정분쟁이 협약의 적용만으로는 부족하거나 특정 경제주체의 이익에만 부합하는 아전인수 격 해석의 여지를 경험했다면, 협약을 국내법으로 수용할 때는 지연의 개념을 명확히 하고, 초과예약으로 인한 탑승거부의 법적인 보호를 위해 새로운 조항을 신설했어야 했다.

### 3. 법률적 장치 외 행정적 구제수단에 대한 검토

지금까지 초과예약 탑승거부와 그 피해보상을 규율할 국제법 및 국내법(법령)적 수단이 없음을 확인했다. 항공소비자가 이 문제에 관해 제도적으로 의존할 수 있는 것은 형식적인 행정적 수단뿐이다. 공정거래위원회고시 ‘소비자분쟁해결기준’은 확약된 항공권에 대한 항공사의 일방적인 취소에 대해 구체적인 보상기준을 마련해 놓고 있다.<sup>15)</sup> 하지만 이 기준은 ‘행정규칙’으로서 항공사의 배상을 강제할 법적구속력이

14) ICAO International Air Law Conference, Vol. I, Minutes, 83p. 몬트리올협약 제정을 위한 항공법 국제회의(1999.5.10~28 몬트리올)에서 중국대표단이 국제적인 해석의 통일을 위해 국제민간항공기구(ICAO) 법률위원회 제30차 회의에서 마련된 ‘지연’의 정의를 삽입하자고 주장했으나 회의의장(Chairman)과 기안위원회(The Drafting Committee)의장이 반대의견을 내어 무위로 돌아갔다. 두 의장은 다의적 해석을 방지하기 위해 협약에 정의를 내려놓아도 그 정의에 포함된 자구(wording)가 또 다시 해석에 의존할 수밖에 없고, 명확히 정의하기가 불가능에 가까운 용어는 차라리 정의하지 않되 거시적인 “이정표(signposts)”만 제시하여 각 사안마다(“case-by-case basis”) 체약국 법원이 판단하도록 하는 것이 낫다고 했다.

15) 공정거래위원회고시 제2011-10호 소비자분쟁해결기준 별표 2 [품목별 해결기준] 항공(국내여객) 87p, 항공(국제여객) 90p. 국내선의 경우 3시간 이내 대체항공편 제공 시 원 운임의 20%, 3시간 이후면 30%를 보상하며 대체편이 제공되지 않았을 경우 원 운임의 환불과 함께 같은 구간에 대한 항공권을 추가로 제공한다. 국제선의 경우 해당 노선의 운항시간(4시간 또는 3,500km)과 대체편이 제공된 시간(4시간)에 따라 미화 100~400불을 배상한다. 대체편을 제공하지 못하면 원

없으며, 소비자와 항공사(분쟁당사자)의 “분쟁해결방법에 관한 별도의 의사표시가 없는 경우에 한하여 분쟁해결을 위한 합의 또는 권고의 기준”이 될 뿐이다.<sup>16)</sup> 여기서 “분쟁해결방법”이란 중앙 또는 지방자치단체에 설치된 소비자피해구제기구<sup>17)</sup>에 의뢰하거나 소비자단체를 매개로 한 합의<sup>18)</sup> 등을 말하는데, 역시 이 기관들의 결정이나 합의가 항공사의 배상을 강제하지는 않는다. 상기 분쟁해결방법으로도 당사자 간 합의가 이루어지지 않으면 피해승객은 한국소비자원에 설치된 소비자분쟁조정위원회에 조정(調停)을 신청할 수 있다.<sup>19)</sup> 이 위원회의 결정은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖기 때문에 일견 초과예약으로 인한 탑승거부피해의 실질적인 권리구제수단으로 보인다. 하지만 이는 항공사가 위원회의 결정을 받아들일 경우에만 해당되는 이야기다.<sup>20)</sup> 따라서 행정적 수단도 항공소비자가 의지할 수 있는 최후 보루로서의 수단이 될 수 없다.

결국 소비자 입장에서는 확약된 항공권을 가지고 있으면서도 초과예약으로 탑승거부되었을 때 법적으로 의지할 곳이 없다. 대부분의 항공사가 실제로는 정황(승객의 보상요구 강도, 사회적 지위 등)에 따라 좌석 승급이나 식사, 숙박권 등으로 보상하고 있지만, 이는 어디까지나 고객 확보와 평판유지의 차원이며 그 의사에 반해 법적으로 보상을 강제할 수 있는 것은 아니므로, 법률적 수단의 존재유무와는 별개의 문제로 보아야 한다.

#### 4. 외국의 법률적 구제장치

국내사정과는 달리 미국은 ‘국내법규’로써 초과예약으로 인한 탑승거부에 대한 배상(DBC)을 강제하고 있으며, 배상액도 우리나라의 ‘권고기준’ 보다 훨씬 높다.<sup>21)</sup> 국내

운임의 환불과 함께 400불을 지급한다.

16) 소비자기본법 제16조 3항.

17) 소비자기본법 제16조 1항에 근거하여 흔히 ‘소비자정보센터’, ‘소비자생활센터’ 등의 이름으로 각 시·도에 설치되어있다.

18) 소비자기본법 제28조 1항 제5호.

19) 소비자기본법 제65조 1항.

20) 소비자기본법 제67조 4항.

21) 미국 교통부가 제정한 행정규칙으로 14 CFR §250.5-9가 초과예약으로 인한 탑승거부배상(Denied Boarding Compensation) 관련 규정이며 최근 배상금이 대폭 증액되어 2011년 4월 25일부터 시행되고 있다.



선의 경우 원치 않은 탑승거부 시(denied boarding involuntarily), 승객의 원래 도착에 정시간으로부터 1시간 이내에 목적지(또는 기착지) 공항에 도착하는 대체항공편이 제공되었다면 배상이 면제된다.<sup>22)</sup> 하지만 1시간 초과, 2시간 이내에 도착하는 대체항공편이 제공되면 운송인은 원 운임의 200%에 해당되는 금액과 함께 최고 650달러를 지급해야 한다. 대체항공편이 2시간 초과하여 도착할 경우 승객은 원 운임의 400%와 최고 1,300달러의 현금을 지급 받는다.<sup>23)</sup> 국제선의 경우 1시간 이내 도착하는 대체항공편이 제공되면 배상이 면제되는 것은 동일하고, 그 이후의 지체에 대해서는 국내선의 배상요건과 같은 구조이지만 각각 1시간 초과 4시간 이내, 그리고 4시간 초과라는 조건만 다를 뿐이다.<sup>24)</sup> 현금보상은 동일, 또는 그 이상의 가치가 있는 항공권으로 대체될 수 있고,<sup>25)</sup> 배상금의 상한은 2년 주기로 도시생활자의 소비자물가지수(CPI-U)를 이용해 검토한 후 인상하며,<sup>26)</sup> 국내선과 국제선의 배상금액은 반드시 2배의 비율을 유지하도록 규정하고 있다.<sup>27)</sup> 또한 탑승거부에 대한 배상을 수급할 자격이 없는 경우도 법규에 명확하게 규정함으로써 승객과 항공사 간의 분쟁을 미연에 방지하고 있으며<sup>28)</sup>, 배상금이 대체항공편의 출발 전에 지급되지 못할 경우에도 우편 또는 기타 방법으로 반드시 24시간 이내에 전달되도록 하고 있다.<sup>29)</sup> 이 모든 내용에 대한 설명은 탑승이 거절된 승객에게 서면으로 제공되어야 하며, 운송인(또는 운송인과 제3자가 공동으로)이 전속 고용한 자의 책임 하에 있는 항공권 판매소에 있는 자 및 운송인이 사용 중인 탑승구에 있는 자에게도 요청이 있으면 서면설명서를 교부해야 한다.<sup>30)</sup> 심지어 법규는 서면 설명서에 포함되어야 하는 내용<sup>31)</sup>까지 일률적으로 규정함으로써 항공이용자에 대한 매우 적극적이고 실효적인 보호조치를 마련해 놓고 있다.

22) 14 CFR §250.5 (a)(1)

23) 14 CFR §250.5 (a)(2)~(3)

24) 14 CFR §250.5 (b)

25) 14 CFR §250.5 (c)

26) 14 CFR §250.5 (e)(1)

27) 14 CFR §250.5 (e)(2)

28) 14 CFR §250.6. 배상이 불가능한 경우로, 승객이 운송계약을 위반했다거나, 안전상의 이유로 수용능력이 더 작은 좌석 또는 설비로 대체되어 해당 승객을 착석시킬 수 없거나, 60석 이하의 비행기일 경우 무게 또는 무게중심 제한으로 인해 승객을 착석시킬 수 없거나, 동일한 비행기의 다른 구역 내에 좌석을 제공받은 경우 등을 열거하고 있다.

29) 14 CFR §250.8 (b)

30) 14 CFR §250.9 (a)

31) 14 CFR §250.9 (b)



유럽은 다자기구 차원의 입법으로 초과예약에 의한 탑승거부를 배상하고 있다. 유럽 의회 및 이사회 규칙<sup>32)</sup>은 항공사가 탑승거부를 해야 할 경우 우선 자발적으로 좌석을 양보해 줄 사람을 먼저 찾은 뒤,<sup>33)</sup> 그래도 확보된 항공권을 소지한 전원을 탑승시킬 수 없는 경우에 한해서만 탑승을 거부할 수 있다. 승객의 의사에 반하는 탑승거절을 최소화하고, 탑승거부를 최후수단으로 사용토록 하는 보충성의 원칙이 잘 반영된 입법이다. 자발적으로 좌석을 양보한 승객에게는 해당항공권의 환불 또는 대체항공편을 제공받음은 물론, 승객의 양보에 대하여 항공사와 그 승객이 합의한 반대급부까지 제공받는다. 비자발적으로 탑승이 거부된 승객들에게는 개별 여행조건에 따라 동 규칙에 의해 현금보상이 주어진다.<sup>34)</sup> 이 경우에도 승객은 보상금에 더하여, 여행을 계속하기 위한 대체항공편과 환불 중 하나를 선택하여 제공받고 중간기착지에서 탑승이 거부된 경우에는 출발지로의 복귀항공편까지 보상된다.<sup>35)</sup> 또 여행패키지를 통해 구매한 항공권일지라도 동 규칙에 의한 보상이 가능하며, 최종목적지의 위성공항(런던의 경우 Heathrow가 아닌 Gatwick공항)에 도착하는 대체항공편이 제공된 경우 본래 항공운송계약 상의 도착지공항(Heathrow)이나 그 공항에 가장 가까운 장소로 이동하는 비용까지 항공사가 부담해야 한다.<sup>36)</sup> 대체항공편을 기다리는 동안의 숙박, 식사, 음료는 물론 심지어 숙박지로의 이동에 필요한 교통비, 두 통의 전화비를 비롯해 장애인과 그 동반자, 비동반 어린이에 대한 주의의무까지 규정하여 사회적 약자를 위한 세심한 배려를 하고 있다.<sup>37)</sup> 미국의 보상규정과 비교해 볼 때, 보상의 절대금액은 적지만 대체항공편과 환불 중 선택이 가능하고, 탑승이 거부된 상황에서 일어날 수 있는 꽤 많은 경우의 수를 고려하여 승객의 권리를 존중하고 있다는 측면에서 차별 점을 발견할 수 있다. 결론적으로 미국과 유럽의 경우, 초과예약관행의 시원적 정당성에대한 논쟁에까지는 이르지 못하고 있지만, 적어도 항공

32) Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council.

33) 규칙(EC) 제4조 1항. 시간의 엄수가 중요한 업무상 여행이 아니거나, 순수여행목적의 승객 중에서도 도착시각에 영향을 받는 숙박이나 렌터카 등의 긴절한 예약이 없는 경우, 극히 제한된 예산으로 떠나는 젊은 배낭여행자들의 경우는 도착을 조금 늦추고 보상금을 받는 편을 선호하는 경우가 있을 수 있다.

34) 규칙(EC) 제7조. 비행거리가 1,500km미만은 250유로, 1,500~3,500km는 400유로, 그 이상은 600유로이며, 비행거리 1,500km일 때 2시간 이내에 대체항공편이 제공된 경우, 1,500~3,500km이면서 유럽 역내 비행일 때 3시간 이내에 대체항공편이 제공된 경우, 그 외 4시간 이내에 대체항공편이 제공된 경우는 앞서 언급한 보상금의 절반이 지급된다(동 규칙 제7조 2항).

35) 규칙(EC) 제8조 1항.

36) 규칙(EC) 제8조 2~3항.

37) 규칙(EC) 제9조.

사가 자신의 이윤 극대화를 위해 초과예약이라는, 승객에 피해를 줄 수도 있는 모험을 했다면, 그 위험에 대한 부담도 보상을 통하여 자신이 떠안을 수 있도록 하는 형평의 원리가 법률적 장치를 통해 구현되어 있는 셈이다.

### Ⅲ. 초과예약의 형사법상 책임의 성립 가능성

#### 1. 사기죄의 구성요건에 관한 검토와 초과예약에의 적용

초과예약 관행은 좌석이 없어도 있는 것처럼 진실이 아닌 사실을 승객이 신뢰하도록 하여, 그들로부터 예약부도로 인한 손실을 보전하는 담보를 확보하는 행위이다. 따라서 항공사가 일종의 사술을 수단으로 금전적 이익을 얻는다는 점에서 초과예약관행은 일견 형법상 사기죄의 외형을 갖추고 있다. 이 장에서는 초과예약의 양태를 학술 및 판례로 형성된 사기죄의 구성요건요소와 비교분석하여 항공사의 형사법상 책임가능성을 밝히고자 한다.

형법 제347조는 “사람을 기망하여 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득”하는 것을 사기죄로 규정하고 있다. 표면적으로는 객관적 구성요건으로서 기망행위가, 구성요건적 결과로서 재물의 편취나 재산상의 이익취득이 있으면 범죄가 기수에 이르는 것으로 보인다. 하지만 학설은 문언을 분석하여 보다 세부적인 구성요건요소들을 열거하고 있다. 이를 종합하면<sup>38)</sup>, 우선 객관적 구성요건으로서 기망행위, 기망에 의한 피기망자의 착오(기망행위와 착오 간의 인과관계), 착오에 의한 처분(재물의 교부)이 있으며 기망행위의 객체로서 재물, 기망자의 재산상 이익, 피기망자의 재산상 손해 등을 들고 있다. 기망행위는 다시 작위와 부작위에 의한 기망으로 구분하며 작위에 의한 기망은 또 다시 명시적 기망과 묵시적 기망으로 구분하기도 한다. 주관적 구성요건으로는 고의와 불법영득 또는 불법이득의 의사를 들고 있다.

형법에는 기망행위의 태양에 관한 실체적 내용이 없어 판례와 학설에 그 구체적인

38) 이재상, 『형법각론(제8판)』, 2012, 329-351면; 이영란 『형법각론』, 2010, 326-343면; 정영일, 『형법각론』, 2010, 313-336면; 조준현, 『형법학론(3정판)』, 2012, 404-426면; 박상기, 『형법각론(제8판)』, 2011, 301-325면; 임 옹, 『형법각론(제3정판)』, 2011, 360-379면.

정의를 맡기고 있다. 판례상의 기망에 대한 설명 중 비교적 상세하게 나타난 경우를 살펴보면, “기망이라 함은 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것으로서 그 착오는 사실에 관한 것이거나 법률관계에 관한 것이거나 법률효과에 관한 것이거나를 묻지 않고 반드시 법률행위 내용의 중요부분에 관한 것일 필요도 없으며 그 수단과 방법에도 아무런 제한이 없으나 널리 거래관계에서 지켜야 할 신의칙에 반하는 행위로서 사람으로 하여금 착오를 일으키게 하는 것을 말한다.”고 되어있다.<sup>39)</sup>

우선 판례는 기망이 수단을 불문하며 그 대상도 ‘사실’에 국한되지 않는다고 한다. 독일 형법의 경우는 기망의 대상을 조문에서 명시적으로 사실(Tatsache)에 국한하고 있으나<sup>40)</sup> 우리형법은 명문의 표시가 없음을 이유로 사실 뿐 아니라 가치판단 및 미래의 사실까지 기망의 대상이 된다는 학설이 있다. 하지만 본 논문에서 다루는 기망의 대상은 항공기 좌석의 객관적인 존부이므로 사실임이 명백하여 이 부분에 관한 논의는 실익이 없다고 하겠다.

기망행위의 분류를 구분함에 있어 작위와 부작위에 의한 기망을 가르는 핵심요소는, 전자가 기망자의 행위로 인해 피기망자가 정상 상태에서 착오상태로 돌입하는 것임에 반하여 후자는 이미 착오에 빠져있는 상대방의 불완전한 상태를 이용하는 것이다.<sup>41)</sup> 초과예약의 경우는 승객이 없는 좌석을 있다고 인식하게 되는 착오가 전적으로 항공사의 행위에 의한 것이므로 작위에 의한 기망에 해당하며, 그 중에서도 명시적 작위에 해당된다.<sup>42)</sup>

‘착오’는 “피기망자가 객관적 사실에 반하는 기망자의 고지내용을 객관적 사실에 부합한다고 오신(誤信)하는 것”<sup>43)</sup>을 말하며, 기망행위 시점에 ‘일반인’으로 하여금

39) 대법원 1984.2.14 선고 83도2995 판결

40) 독일형법, 2008 법무부, 195면. “제263조(사기) ① 위법한 재산상의 이익을 자신이 취득하거나 타인으로 취득하게 할 의사로 허위의 사실로 기망하거나.....”

41) 이세화(2009), 기망행위의 태양에 관한 소고, 369면. 부작위에 의한 기망은 고지해야 할 의무가 있는 상태에서(보증인의 의무) 그 내용을 고지하지 않음으로서 발생하며 ‘고지의무’는 신의성실의 원칙에 근거한다.

42) 명시적 기망행위는 직접적, 적극적으로 허위의 사실이나 가치판단을 표현하는 언어, 문서, 동작 등에 의한 행위라고 볼 때, 묵시적 기망행위는 간접적, 소극적 기망행위 또는 추론을 가능하게 하는 기망행위로 본다(오영근, 형법각론 397면; 이세화 371면에서 재인용). 또 묵시적 기망은 언어나 문서에 의한 명시적 주장은 없으나 착오를 일으킬 만한 설명가치(Erklärungswerte)를 지니는 행위라는 견해도 있다(정영일, 319면). 하지만 두 가지 방법 모두 ‘작위’에 의한 기망행위로서 그 성질이 같아 구별의 실익이 크지 않고 다만 부작위에 의한 기망행위와 구분하기 위한 필요 때문에 묵시적 기망행위의 의의를 정립한 것에 불과하다고 하며, 판례도 명시적, 묵시적 기망행위를 뚜렷이 구분하고 있지 않다고 한다(이세화, 동면).

43) 이영란 328면.

개관적 사실에 부합한다는 관념을 갖도록 할 가능성이 있는 행위”여야 하고,<sup>44)</sup> 이러한 기망과 착오, 나아가 피기망자의 처분 사이에는 인과관계가 있어야 한다.<sup>45)</sup> 이러한 착오의 개념적 설명에 따르면 초과예약에 있어 항공사의 기망과 승객의 착오에 관한 인과관계도 특별히 의심할 여지가 없다. 하지만 착오에 빠뜨리는 행위가 ‘신의칙’에 반하는 정도가 아니면 형법 제347조 상의 기망을 구성하지 않는다.<sup>46)</sup> 판례는 신의성실 원칙을 적용하면서 그 내용의 구체적인 모습을 드러낸 경우가 있는데, 바로 “일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래를 하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우”에 그 고지를 하지 않은 상태를 신의성실원칙 위반으로 보았다.<sup>47)</sup> 학설에서도 “당해 거래행위나 계약을 체결할지, 하지 않을지를 판단하는 기준으로 작용하는 정도로 중요한 요소사실에 관련하여 기망이 이루어져야 한다.”고 하여 판례를 따르는 견해가 있다.<sup>48)</sup> 또 판례는 신의칙 위반의 판단요소로 기망의 대상이 ‘거래에 있어서 중요한 사항에 관한 구체적 사실’인 경우를 상정하고 있기도 하다.<sup>49)</sup> 이들 기망의 정도에 관한 내용을 종합해 초과예약에 대입해 보면, 항공권 좌석이 실재하는지의 여부는 거래의 중요한 구체적 사실로서 승객이 ‘예약’을 하는 단계에서 가장 우선적으로 고려하는 요소이며, 좌석이 없었음을 알았다면 예약을 하지 않을 것이 명백하므로<sup>50)</sup> 초과예약의 관행은 신의성실원칙의 검증을 통과할 수 없다.

이 밖에 주관적 구성요건요소로서 항공사의 편취의 고의와 불법영득의 의사는 의심의 여지가 없다. 해당 항공기의 좌석상황에 관한 정보는 항공사의 배타적인 관리 하에 있는 것이며, 예약이 대리인(예, 여행사)에 의해 이루어졌다고 해도 초과예약을 허용하는 전산시스템은 항공사의 의도적 설계에 의한 것이기 때문이다.<sup>51)</sup>

44) 임 응 360면.

45) 대법원 2011.10.13, 선고, 2011도8829, 판결

46) 대법원 1989.10.24, 89도 1387, 정영일(2011) 318면에서 재인용.

47) 대법원 2011.11.24, 선고, 2009도980, 판결

48) 조준현, 409면.

49) 대판 97도1561.

50) 항공권 예약의 본질은 목적지까지의 운송수단을 확보하여 여행 가능성을 조기에 확정하는데 있으므로, 자신의 예약이 애초에 ‘확정’이익을 달성할 수 없다는 것을 알았다면 거래할 이유가 없음은 명백하다.

51) 승객과 항공사의 운송계약인 국제항공운송약관에 초과예약에 대한 명시적인 규정이나 언급조차 없다는 점도 고의성에 관한 중요한 참고자료가 된다. 대한항공 국제항공운송약관(2012.5.31발행) <[http://kr.koreanair.com/KalMain/kalsrv/airport/PDF/General%20conditions%20of%20carriage\\_INTL\\_20120531.pdf](http://kr.koreanair.com/KalMain/kalsrv/airport/PDF/General%20conditions%20of%20carriage_INTL_20120531.pdf)>

## 2. 사기죄의 구성요건적 결과에 관한 검토와 초과예약에의 적용 - 보호법익을 중심으로

사기죄의 구성요건적 결과인 재물의 교부, 재산상의 이익을 살펴보자. 형법 제347조는 재물의 교부 ‘또는’ 재산상의 이익을 득하면 사기죄에 이른다고 하고 있으므로 기망행위로 피기망자가 금전을 교부하는 시점에 사기죄가 된다. 따라서 구성요건 상 항공사의 기망행위로 승객이 초과예약의 대금을 결제하는 순간 사기죄가 성립될 가능성은 매우 높다. 이는 달리 해석이 불가능한 명료한 법조문 적용의 논리적 귀결이며 이장의 결론으로서 직행하기에도 부족함이 없다. 판례도 “사기죄에서는 기망으로 인한 금원 교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 바로 사기죄가 성립”<sup>52)</sup> 한다고 하며 이는 일관된 대법원의 판단이다.<sup>53)</sup>

하지만 다수 학설은 금전의 교부만으로는 “재산상의 침해”가 발생했다고 온전히 판단할 수 없으며, 기망행위로 인한 착오상태에서 재물을 교부하였다 하더라도 실질적인 재산상의 손해가 발생하지 않았다면, 즉 교부한 재물과 ‘객관적’으로 동등한 가치가 있는 대가가 중국에 지급되었다면 사기죄가 성립되지 않는다고 한다. 이러한 관념은 사기죄의 범죄성격 및 형법 제347조가 보호하는 법익의 개념에 대한 논의와 궤를 같이한다.

우선 사기죄는 ‘재산에 관한 죄’로서 ‘주된’ 보호법익이 재산 그 자체이며 ‘거래의 진실성’이나 ‘신의칙에 대한 개인의 신뢰도’는 ‘부차적’인 보호법익이라는 것이다.<sup>54)</sup> 하지만 이 견해는 부차적인 가치도 여하간 보호법익임에 포섭됨을 인정하고 있고, 따라서 이러한 가치가 침해되는 것은 범죄의 구성요건적 결과를 구성하여 결국 재산상의 손해가 없어도 사기죄가 인정될 수 있는 근거가 된다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 이러한 비판에 대해서는 재차 보호의 ‘정도’를 들어 반론하고 있다. 하지만 ‘정도’를 구분하여 가벌여부를 따지는 것은 법률이 보호하고자 하는 대상을 특정하기 위해 ‘보호법익’이라 명명하는 행위의 원론적 취지와 양립할 수 없다. 보호할 대상과 그렇지 않을 대상의 구분만이 보호법익을 논하는 유의미한 이익이기 때문이다. 또 ‘정도’의 차이를 굳이 드러내고자 한다면 양형단계에서 반영하면 된다.

52) 대판 2011.11.24, 2009도980.

53) 대판 2009.1.15, 2006도6687; 대판 2004.4.9, 2003도7828, 대판 2003.12.26, 2003도4914; 대판 1995.3.24, 95도203; 대판 1982.6.22, 82도777;

54) 임 응, 357면.

또 공갈죄의 보호법익이 재산권 외에 ‘자유권’도 포함되는 이유는 자유권이 형사법상의 독립적인 보호대상이 되어서인데, 거래의 진실성은 그 보호대상에 해당되지 않는다는 의견도 있다.<sup>55)</sup> “자유경제시장체제에서는 진실한 거래보다는 판매에 치중하는 상술이 인정된다는 점을 감안할 때” 형법상의 보호법익으로서 개념적으로 명확하지 않기 때문이라고 한다.<sup>56)</sup> 하지만 자유권에 대비시킨 설명은 오히려 거래의 진실성이 형법의 보호대상이 되어야 한다는 주장의 근거가 된다. 사기죄의 맥락에서 언급되는 ‘거래의 진실성’ 개념은 기망행위와 대립되는 것으로서, 결국 피기망자가 착오에 의하여 재산의 처분에 관한 의도하지 않은 결정을 방지하기 위한 것이다. 따라서 거래의 진실성 보호의 본질은 ‘경제적 의사결정의 자유’에 대한 보호이며, 이는 곧 ‘자유권’으로서 앞서 언급한 형법의 독립적인 보호의 대상이 된다.

따라서 거래의 진실성과 신의칙은 형법 제347조의 보호법익으로 봐야하며 이 결론에 종속된 피기망자의 재산상 손해의 필요성에 대한 논의는 불요설이 타당하다.

### 3. 사기죄의 구성요건적 결과에 관한 검토와 초과예약에의 적용 - ‘재산상 손해’를 중심으로

다수 학설에서는 사기죄의 보호법익에 관한 논의에서 그 죄의 완성을 위한 재산상 손해의 필요여부가 논리 필연적으로 연결되어 다루어졌고, 이에 따른 본 논문의 소결도 앞서 언급했다. 하지만 다수설이 재산상 손해의 필요여부를 별도로 논의한 부분, 즉 ‘필요설’에 대한 내용과 그 논거를 다시 음미해볼 필요가 있다. 판례로 확립된 구성요건 상 이미 초과예약으로(기망에 해당) 소비자가 예약대금을 결제함으로써(재물의 교부에 해당) 재판에서 사기죄가 인정될 가능성이 매우 높지만 다수설에 따라 피기망자의 손해가 발생하지 않는 경우, 즉 예약부도율에 관한 항공사의 예측이 맞아들어 피기망자에 정상적으로 좌석이 제공된 경우에는 재산상 손해의 고려여부가 중요한 판단요인이 되기 때문이다. 이에 다수설<sup>57)</sup>의 핵심논지를 정리하여 다음의 두 가지로 압축해 본다. 바로 사기죄는 재산에 관한 죄라는 것, 그리고 구성요건적 결과로서 기망

55) 이재상, 325면; 이영란, 325면.

56) 박상기, 299면. 판매에 치중하는 상술이 ‘인정’된다는 표현은 위험한 표현이다. 판례는 허위, 과장광고가 신의칙에 반하는 정도면 사기죄를 인정하고 있으므로 판매를 위한 상술이 어디까지가 진실한 것인지를 구분하고 있으며, 적어도 명확하게 구분해야 할 대상으로 인정하고 있음은 분명하다.

57) 이재상, 327면; 이영란, 341~5면; 박상기, 299면; 임 응, 375면; 조준현 423면.



자의 ‘재산상의 이익’은 피기망자의 ‘재산상의 손해’와 불가분의 관계에 있다는 것이다. 이 중 전자의 논지는 위의 보호법익에 관한 논의와 맥을 같이하므로 여기서 짚고 넘어가야 할 부분은 후자의 것이다. 이른바 ‘소재의 동질성(Stoffgleichheit)’이론, 즉 기망자의 이익은 피기망자의 손해와 등가이면서 정확히 그 반대급부로 교환된 것이어야 함을 강조한 것으로 결국 손해가 없이는 이익도 존재하지 않는다는 논리를 강조한 것이다. 예를 들어 변칙할인판매 사건의 경우<sup>58)</sup>, 백화점이 실제로는 할인된 가격이 아님에도 불구하고 마치 특별세일가격인 것처럼 광고해 상품을 구매하게 하였다면 소비자가 기망에 의해 구입하였다 하더라도 상품의 객관적 가치에 상응하는 ‘정상가격’을 지급한 것이므로 재산상의 손해가 없고, 따라서 사기죄가 아니라는 것이다. 여기서의 “정상가격”을 다수설은 ‘정당한 대가’로도 표현하고 있다.<sup>59)</sup> 하지만 이것은 정당한 대가의 본질을 잘못 이해한 결과다. 변칙할인판매 사건의 경우 소비자가 구매결정에 이르게 된 주요인은 백화점이 허위의 사실을 고지하여 ‘원래의 가격보다 싸다’는 강력한 구매동기를 형성시켰기 때문이다. 다시 말해 ‘정상가격’으로는 해당 소비자의 지갑을 열 수 없었다. 따라서 피기망자가 교부한 정상가격의 금원은 백화점이 받을 수 있는 ‘정당한 대가’가 아니다. 기망이 없는 상태에서 거래를 성사시키는데 필요한 프리미엄, 즉 ‘정상가격’과 기망이 없었을 경우 소비자가 구매를 결정할 수 있는 수준의 가격과의 차이가 소비자가 입은 ‘재산상 손해’이다. 따라서 이러한 논증은 다수설이 보호법익에 관하여 주장하는 ‘경제적 의사결정의 자유’ 침해와 ‘재산상의 손해’의 구분이 무용한 것임을 보여준다. 결국 경제적 의사결정의 자유침해가 재산상의 손해인 셈이다. 역설적으로, 이 지점에서 다수설의 핵심논거인 ‘소재의 동질성’이론이 이 논증의 근거로 인용될 수 있다. 소비자의 피해인 프리미엄에 해당하는 금액은 거래의 진실성을 희생하여 얻은 백화점의 이익과 정확히 등가이며 서로 반대급부의 관계에 있기 때문이다.

또 다른 학설은 재산상의 손해가 불요하다는 주장의 근거<sup>60)</sup>를 비판하여 필요설을 지지하고 있기에,<sup>61)</sup> 이를 검토해 본다. 먼저 손해의 불요설은 그 근거로서 첫째, 형법

58) 대법원 1992.9.14 91도2994. 판례는 변칙세일을 기망행위로 판단하면서, 객관적으로 상응하는 재물이 교부되었다 하더라도 사기죄가 성립함을 인정하였다. 이와 비슷한 예로 골동품소유자를 기망하여 매수한 것, 농번기에 기망의 수단으로 노동력을 제공받은 것 등이 있다 (임 응, 375면)

59) 이재상, 327면.

60) 백형구, 『형법각론』, 1999, 180면 이하.

61) 이정원 “詐欺罪에서 ‘財産上 損害’의 概念에 관한 研究”, 『비교형사법연구』 제2호 1권, 한국비교



제347조에는 “재산상의 손해”에 대한 명시적인 요건이 없으며 둘째, 사기죄가 재산죄라고는 하지만 같은 재산죄인 절도나 강도죄는 재산상의 손해를 요건으로 하지 않음을 들고 있다. 이에 학설은 특정 행위가 외견상 강도나 절도죄로 보이더라도 재산상의 손해를 요건으로 하지 않는 영득범죄<sup>62)</sup>와 그것을 요건으로 하는 이득범죄<sup>63)</sup>를 구분하여야 하며, 다수설에서 말하는 ‘재산죄’는 이득범죄를 지칭하는 것이라고 주장한다. 사기죄가 영득이 아닌 이득범죄라는 주장의 핵심논거는, 사기죄의 경우 피기망자의 ‘처분’이 있을 것을 전제하므로 ‘소유권 질서의 교란’이 발생하지 않기 때문이라는 것이다. 그러면서도 학설은 ‘경제적 의사결정의 자유’침해는 인정하고 있다. 그렇다면, 과연 경제적 의사결정의 자유침해와 소유권 질서의 교란 간에 아무런 개념적 중첩이 없는 것인지 의문이 든다. 사실 이 두 가지는 같은 관념이다. 소유권 행사의 모습은 그 권리를 구매하거나 매각하는 형태로 나타나며, 각각의 행위에 대한 판단은 ‘경제적 의사결정’ 행위이기 때문이다.

#### 4. ‘재산상의 손해’ 불요설과 ‘경제적 의사결정의 자유’를 존중하는 외국의 판례와 입법

독일 빌레펠트 지방법원은 찢소 착유기(Melkmaschine)를 판매함에 있어 실제로는 할인가격이 아님에도 특별가격이라 기망하여 상대방이 경제적으로 어려운 상황에 처해 있음을 알면서도 계약을 체결하도록 하였고, 이에 상대방은 계약상 대금납부의 의무이행을 위해 높은 이자로 급전을 받거나, 현저히 불리한 조건으로 유가증권 또는 물건 등을 매각했어야 하는 경우, 또는 잘 되는 사업을 포기해야 했던 경우에 대해 재산상의 손해를 인정했다.<sup>64)</sup> 앞서 다룬 백화점 변칙할인판매 사기와 같이 경제적 의사결정의 자유에 대한 침해는 재산상 손해의 한 단면으로 인정한 것이다.

형사법학회, 2000, 116면.

62) 이정원, 상계논문. 영득범죄의 보호범익은 소유권, 즉 ‘소유권 질서를 교란하는 행위’가 구성요건으로 족하며 재산상의 손해는 요하지 않는다고 한다. 예를 들어, 불 꺼진 슈퍼마켓에서 물건을 집어 돈을 두고 나오는 행위, 가게 문을 닫고 있는 주인을 위협하여 돈을 주고 물건을 가져가는 것 등이 불법한 영득행위라고 한다.

63) 이정원, 전계논문. 이득범죄를 “영득범죄가 아닌 재산범죄(이득범죄)”라 표현하면서, 재산죄는 전부 이득죄로 정의하고 있다. 예를 들어 협박으로 택시기사를 어느 지점까지 운전케 한 후 요금을 지불하였다면 강도죄는 성립하지 않고, 대신 이를 독일형법 제255조가 말하는 ‘강도적 공갈죄(räuberische Erpressung)’에 해당한다고 하고 있다.

64) BGHSt 16, 321(328): 이정원, 전계논문 127면에서 재인용.

독일 제국법원의 형사판결<sup>65)</sup>에 따르면, 법원은 이른바 ‘흠집이론(Makeltheorie)’을 통해 사기죄의 주체를 침해범에서 ‘위험범’으로까지 확장하고 있다. 이 판결은 타인의 동산을 자신의 소유라고 기망하여 상대방에 매각한 경우 상대방은 선의취득 할 수 있으나, 원소유자로부터 악의의 매수인으로 기소될 수 있으며 따라서 소송비용이 들 수 있고, 매수한 물건을 제3자에 다시 판매할 때 장애를 겪을 수 있으므로 이러한 잠재적인 수고와 비용을 재산상의 손해로 인정했다. 이 사례는 초과예약의 경우에 잘 대입된다. 타인 명의로 미리 예약 및 판매가 완료되어 있는 좌석을 빈 좌석으로 기망하여 초과예약을 받았다 하더라도 예약부도율이라는 수학적 통계에 의지해 무사히 좌석을 제공받을 수도 있고, 탑승거부(denied boarding)시 대체항공편을 제공받을 수도 있지만 항공권이라는 유가증권의 불완전한 소유로 인한 위험을 소유자가 떠안고 있는 것은 동일한 상황이므로 ‘흠집이론’이 적용될 수 있다.

영국은 사기죄의 처벌에 관한 구(舊)법률을 개정하여 2006년에 새 법률을 도입했다. 과거 1968년 및 1978년 절도법(Theft Act)에 사기(deception)를 수단으로 한 재물취득죄가 별도의 조항형태로 존재하던 것을 아예 사기법(Fraud Act)으로 분리하여 마련하고 사기죄의 구성요건에 관한 혁신적인 내용을 정의했다. 구 법률은 우리나라 현행 형법상의 사기죄 규정과 흡사한데 특히 위에서 활발한 반박의 대상이 되었던 사기죄 성립의 재산상 손해 필요설(다수설)을 지지하는 법률이었다. 하지만 2006년 개정과 함께 본 논문의 결론인 재산상 손해의 불요설과 맥을 같이하게 되었으므로 이를 소개하고자 한다.

우선 구 법률상의 사기죄의 형태는, 공히 사기에 의한 재산(property)의 취득, 송금(money transfer)수취, 재산상 이익(pecuniary advantage)의 취득, 유가증권의 작성, 서비스의 향유, 납부부무의 회피 등을 범조문에 목록으로 열거하고 있었다. 그리고 사기죄가 성립되기 위해서 행위자는 누군가를 기망하고, 관련 재물(related thing)을 취득하며, 그 취득은 기망에 의한 것이어야 하고, 행위자의 행위는 거짓된 것이어야 함을 규정하고 있었다.<sup>66)</sup> 따라서 행위자의 사기죄가 성립되기 위해서는 허위의 진술(false statement), 즉 기망행위가 피기망자의 심리에 작용하여 상기 나열된 재물의 교부나 서비스의 제공으로 인한 재산상의 손해가 발생되어야만 한다. 하지만 우리의

65) RGSt(Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen) 73, 61. 이정원, 전제논문 132면에서 재인용.

66) Russel Heaton and Claire de Than, *Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 372-373.

다수설과 같이 사기죄가 기수에 이르는 시기를 재산상의 손해발생시점으로 보는 구 법률은 판례를 통해 심각한 문제를 드러냈다: 한 운전자가 셀프주유소에 들러 자신이 직접 주유를 한 후 계산원으로 하여금 주유대금을 전에 다니던 회사로 청구토록 하였다. 물론 운전자는 전 직장에 유류비를 부담시킬 권한이 없었다. 하지만 법원은 운전자의 사기죄를 인정하지 않았다. 운전자가 계산원을 기망하여 유류비를 결제한 것은 재물의 취득이 완성된 후에 일어난 행위로서 사기죄의 구성요건이 되지 못하며, 그러한 기망행위는 기름을 주입하기 전에 발생하여야 사기죄의 주관적 구성요건 및 그 기망행위와 재물취득 간의 인과관계를 인정할 수 있다고 판결한 것이다.<sup>67)</sup> 하지만 영국은 법률개정을 통해 이러한 치명적인 문제점으로부터 자유로워졌다. 우선 **Fraud Act 2006**은 사기죄를 그 행위수단에 따라 기망(false representation), 정보제공의무의 불이행<sup>68)</sup>, 지위남용에 의한 것 등 세 가지로 구분하고 있다. 이 중 기망에 의한 사기죄 조항에서 구성요건에 관한 부분을 살펴보면 다음과 같다.

“제2절 기망에 의한 사기

- (1) 개인은 아래의 행위를 할 경우 이 절의 범죄를 저지른 것이 된다.
- (a) 부정하게 허위의 표시를 하고,
  - (b) 그 허위의 표시를 통하여,
    - (i) 자신 또는 타인을 위해 이익을 취하거나,
    - (ii) 타인에게 손실을 초래하는 것 또는 손실위험에 노출시키고자 의도하는 것.”

위 조문에서 보듯, 사기죄의 객관적 구성요건(actus reus)은 허위의 표시만 있으면 만족된다. 사기죄의 침해법적 성격을 위험범 또는 그 이하로 완화시켜 재산상의 손해라는 구성요건적 결과를 완전히 배제시켰다. 뿐만 아니라 사기죄의 성부와 관련하여 기망의 상대방은 기망상태에 빠지거나, 심지어 그에 대한 인식조차 할 필요가 없다.<sup>69)</sup>

67) R v. Coady, 1996, Crim LR 518.

68) 우리나라에서는 학설과 판례상으로도 존재하는 부작위에 의한 기망행위를 법률에서 구현했다. 법률은 보증인의 지위에 있는 자가 고지의무(정보공개)를 이행하지 않았을 때 사기죄를 구성한다고 한다.

69) R. Heaton and Than, *Supra*, p. 379.

## IV. 결 론

항공권 초과예약의 관행은 예약부도로 인한 손실을 만회하기 위하여 항공사가 예약자에게 없는 좌석을 있다고 객관적 사실에 반하는 내용을 고지하여 추가적인 승객을 확보함으로써 위험부담을 승객에 전이하는 행위로, 형법상 사기죄의 외관을 갖추고 있다. 그러나 승객이 초과예약에 의해 탑승거부 될 경우 의지할 수 있는 법률적 구제수단은 전무하다. 1999년 몬트리올 협약에는 탑승거부에 대한 직접적인 보상규정이 없고, 이를 ‘지연’으로 포섭하여 입법상의 불비를 억지로 해결하고 있지만 항공사의 배상부담을 줄이려는 노력에 불과하며 자의적, 창의적 해석에 대한 정당성도 부족하다. 또 미국법원은 초과예약에 의한 탑승거부를 계약 불이행으로 보는 시각이 지배적이다. 몬트리올 협약이 제정된 후 10년도 더 지난 시점에 동 협약이 국내법으로 도입되었음에도 불구하고 국내법은 협약이 해결하지 못했던 부분을 반영하지 못했다. 행정적 수단으로서 분쟁해결에 관한 기준이 존재하지만 항공사의 의사에 반하여 손해를 강제할 수는 없으므로 여전히 실효적인 구제수단이 되지 못한다. 결국 우리나라에는 항공소비자가 초과예약으로 인한 불이익을 받았을 때 믿고 의지할 수단이 없다. 하지만 미국과 유럽은 배상절차와 금액 면에서 매우 효과적인 구제수단을 ‘법률’로서 마련해 놓고 있음을 확인했다. 따라서 우리나라도 항공사 초과예약관행의 사기죄 구성여부에 관한 논의와는 별도로, 이러한 관행이 사회적 합의를 통해 조정되기 전까지 미국과 유럽의 배상수준과 동일하거나 상회하는 ‘법률적’ 구제장치를 우선 마련해 놓아야 한다.

논문은 중심주제 중 하나로서, 초과예약의 형법상 사기죄 성립여부와 관련해 동 죄의 구성요건과 초과예약의 관행을 비교했다. 사기죄의 객관적 구성요건요소는 기망행위, 피기망자의 처분, 기망자의 재산상의 이익 또는 피기망자의 재산상 손해 등이 있다. 주관적 구성요건요소는 고의와 불법영득 또는 이득의 의사가 있다. 초과예약의 관행은 기망행위에 해당하며 이로 인한 피기망자의 처분도 인정됨을 살펴보았다. 예약은 항공사가 배타적으로 지배하는 체계에 의해 이루어지므로 주관적 구성요건도 만족한다. 그리고 대법원은 기망행위와 재물의 교부만으로 사기죄가 성립된다고 하므로 이 단계에서 초과예약관행은 판례의 구성요건 분석상 사기죄를 구성할 가능성이 높다.

그러나 논문은 더 나아가 학설(다수설)이 사기죄의 성립에 필수적이라고 주장하는

피기망자의 ‘재산상의 손해’에 대해서도 검토했다. 다수설은 사기죄의 주된 보호법익이 재산권이며 거래의 진실성과 신의칙은 부차적인 대상이라고 한다. 또 사기죄는 공갈죄의 자유권에 대한 보호는 인정하면서도 거래의 진실성은 보호대상으로서 명확한 개념이 아니라고 한다. 하지만 다수설은 거래의 진실성이 경제적 의사결정의 자유와 맞닿아 있다는 사실, 즉 자유권의 보호와 상통한다는 사실을 간과하고 있다. 또 거래의 진실성과 신의칙을 보호법익으로 인식했다면 보호의 ‘정도’가 가벌성의 판단 기준이 되어서는 안 된다. 보호법익의 개념은 법률이 보호하는 대상을 특정하여 명확성의 원칙을 확립하는 것이며 ‘정도’를 구분하고자 한다면 형량을 통해 반영할 수 있기 때문이다.

보호법익에 대한 논의는 재산상의 손해에 대한 필요설 및 불요설과 그 쉐를 같이한다. 거래의 진실성과 신의칙이 보호법익으로 인정되면 물리적인 재산상의 손해는 사기죄의 구성요건적 결과에서 배제되기 때문이다. 이에 재산상 손해의 필요설에 기저를 이루는 ‘소재의 동질성’이론을 검토했다. 이 이론은 기망자의 재산상 이익과 피기망자의 재산상 손해는 불가분의 관계에 있으므로 반드시 손해가 존재해야 이익도 존재한다고 주장한다. 따라서 기망행위로 재물의 교부가 있더라도 그 재물에 객관적으로 상응하는 ‘정당한 대가’가 제공되면 손해가 없는 것이며, 결국 이익도 없는 것이어서 사기죄가 성립하지 않는다고 한다. 하지만 이것은 ‘정당한 대가’를 잘못 파악한 결과다. 기망이 없었다면 기망에 의해 교부된 재물로는 거래가 성립하지 않는다. 기망에 의해 교부된 재물과 기망이 없는 상태에서 거래가 이루어지기 위해 필요한 재물과의 차이는 피기망자의 재산상 손해로서, 거래의 진실성과 신의칙을 희생한 대가다. 따라서 재산상의 손해와 거래의 진실성을 구분하여 전자를 요하되 후자를 배제하는 다수설의 구분은 무의미한 것이다. 결국 앞서 보호법익에 관한 논의에서처럼, 거래의 진실성과 신의칙의 상실이 곧 재산상 손해이며, 다수설인 재산상 손해 필요설은 부정되는 결론에 이른다.

그러므로 초과예약의 관행은 법원의 구성요건 분석과 이론상으로 사기죄를 구성하는데 아무런 장애가 없다.

## 참고문헌

- 이재상, 「형법각론(제8판)」, 박영사, 2012.
- 이영란, 「형법각론」, 형성출판사, 2010.
- 정영일, 「형법각론」, 박영사, 2011.
- 조준현, 「형법각론(3정판)」, 법원사, 2012.
- 박상기, 「형법각론(제8판)」, 박영사, 2011.
- 임 응, 「형법각론(제3정판)」, 법문사, 2011.
- 이세화, “형법 제347조 기망행위의 태양에 관한 소고”, 법학연구 제34호, 2009.
- 이정원, “詐欺罪에서 ‘財産上 損害’의 概念에 관한 研究”, 『비교형사법연구』 제2호 1권, 한국비교형사법학회, 2000.
- Heaton, Russel and Than, Claire, *Criminal Law*, Oxford University Press, 2011.
- International Civil Aviation Organization, “ICAO International Air Law Conference, Vol. I, Minutes”, 1999.
- Yun Zhao, “Legal Issues Arising out of Delay in Civil Aviation”, *The Korean Journal of Air and Space Law*, Vol. 18, The Korean Association of Air and Space Law, 2003.

## 초 록

1장에서는 항공권 초과예약의 개념, 항공사의 초과예약 운용실태, 그리고 그에 따른 문제의 본질이 무엇인지를 제시한다.

2장에서는 초과예약으로 인해 탑승거부를 당한 승객이 보상을 요구하는데 필요한 법적장치가 충분한지를 검토한다. 현재 우리나라에는 국제법적, 국내법적, 행정적 구제수단이 전무(全無)하거나 불충분하지만 미국과 유럽은 그렇지 않음을 대비시켜 실효적 구제수단의 마련이 시급함을 강조한다.

3장에서는 초과예약의 형법상 사기죄 구성가능성을 검토한다. 1절에서는 사기죄의 객관적, 주관적 구성요건과 초과예약의 양태를 비교하고 대법원의 확립된 판례를 정리해 초과예약이 우리나라 법정에서 사기죄를 선고받는데 부족함이 없음을 보여준다. 필요한 결론에 이르렀음에도 논문은 더 나아가 대법원 판례와 반대 입장에 있는 학설(다수설)의 부당함까지 논증한다. 학설은 사기죄가 성립하기 위해 피기망자의 '재산상 손해'가 필요하다고 한다. 이 논의는 사기죄의 보호법익에 관한 논의와 논리적 근거를 공유하므로 우선 2절에서 학설이 주장하는 보호법익의 대상부터 논박한다. 학설은 사기죄의 보호법익이 '재산권'이며 '거래의 진실성'과 '신의칙'은 부차적인 것이라고 주장한다. 하지만 논문에서는 후자가 곧 '경제적 의사결정의 자유'로서 사기죄의 주된 보호법익이 되는 것임을 반증한다. 이어 3절에서는 '경제적 의사결정의 자유' 침해가 바로 '재산상의 손해'와 동일한 것임을 개념적 분석을 통해 논증하여 학설의 자기모순을 증명해 보인다. 이어 4절에서는 외국의 판례와 입법례를 제시하여 3절이 도출한 결론의 논거를 다시 한 번 공고히 한다.

따라서 논문은 항공사의 초과예약 관행이 이론과 현실재판 모두에서 사기죄의 구성 가능성이 매우 높다는 결론에 이른다.

**주제어** : 항공운송, 초과예약, 탑승거부, 1999년 몬트리올협약, 형법 제347조, 사기죄, 기망행위, 사기죄의 구성요건, 재산상의 손해, 소재의 동일성, 거래의 진실성, 신의칙, 경제적 의사결정의 자유



## Abstract

### A Study on Legal Issues with Airline Over-booking Practice

Jeong, Jun-Sik\* · Hwang, Ho-Won\*\*

This paper deals in depth with airline over-booking practices and legal questions therefrom in the light of public interests. Chapter I as an introduction gives clear ideas of what are the over-booking, fact-revealing current state of denied boarding and nature of the problems inherent but veiled in those practices.

In Chapter II, it is reviewed whether legal instruments for DBC(Denied Boarding Compensation) are adequately equipped for airline passengers in R. O. K. Upon the results of the review that international law to which Korea is a party, domestic law and administrative preparedness for the DBC are either null or virtually ineffective, the Chapter by contrast illustrates how well the U. S. and the E. U. safeguard civil rights of their passengers from such an 'institutionalized fraud' as the over-booking.

In Chapter III on which a main emphasis lies, it is examined whether the over-booking practice constitutes a criminal offense: Fraud. In section 1, the author identifies actus reus and mens rea required for fraud then compares those with every aspect of the over-booking. In conjunction with the structural element analysis, he reviews the Supreme Court's precedents that lead the section into a partial conclusion that the act of over-booking judicially constitutes a crime of fraud. Despite the fulfillment of drawing up an intended answer, the author furthers the topic in section 2 by arguing a dominant view from Korean academia taking opposite stance to the Supreme Court. The commentators assert, "To consummate a crime of fraud, there must be property damage of the victim." For this notion correlates with a debate

---

\* Ph. D. Candidate in Air and Space Law, Korea Aerospace University.

\*\* Professor, School of Air Transport, Transportation, Logistics and Air & Space Law, Korea Aerospace University.

on legally protected interest in criminalization of fraud, the section 2 shows an argument over 'Rechtgut' matters specific to fraud. The view claims that the Rechtgut comes down rather to 'right to property' than 'transactional integrity' or 'fair and equitable principles'. However, the section concludes that the later values shall be deemed as 'freedom in economic decision-making' which are the benefit and protection of the penal law about fraud. Section 3 demonstrates the self-contradiction of the view as it is proved by a conceptual analysis that the infringement on freedom in economic decision-making boils down to the 'property damage'. Such a notion is better grounded in section 4 by foreign court decisions and legislation in its favour.

Therefore, this paper concludes that the airline's act of over-booking is very likely to constitute fraud in both theory and practice.

**Key Words** : air transport, over-booking, denied boarding, 1999 Montreal Convention, Criminal Law Article 347, crime of fraud, structural elements of the crime of fraud, false representation, property damage, Stoffgleichheit, transactional integrity, fair and equitable principles, freedom in economic decision-making.