

## 여객의 연착 및 수하물에 관한 운송인의 책임제한 배제사유

### A Study on Reasons of Exception of the Air Carriers' Limitation of Liability in relation to delay and baggage

양 석 완\*  
Yang, Seok-Wan

#### 목 차

- I. 문제의 소재
- II. 바르샤바 협약체제와 몬트리올 협약
- III. 몬트리올 협약 제22조 제5항의 해석
- IV. 문제점과 그에 따른 대응
- V. 결론 : 요약

#### 국문초록

1999년에 제정된 몬트리올 협약은 시대에 뒤떨어지고 복잡하게 구성되어 있는 바르샤바 협약체제를 한 데 통합하고 현대화시키기 위하여 채택되었다. 몬트리올 협약에서는 여객의 사망, 부상에 대한 책임에 대해서는 무과실책임과 과실추정책임주의라는 2 단계 책임제도(two-tier liability system)를 도입하는 대신, 여객의 연착 및 수하물에 대한 책임에 대해서는 운송인측에 바르샤바 협약상의 깨어지지 않는 책임제한제도(virtually unbreakable right to limit liability)<sup>1)</sup>를 승계함으로써 이해당사자간의 균형을 취하고 있다. 여기서 몬트리올 협약 제22조 제5항에서 말하는 여객의 연착 및 수하물에 대한 책임제한 배제사유인 「손해발생의 개연성을 '인식하면서도 무모하게(recklessly and

논문접수일 : 2009. 3. 31.

심사완료일 : 2009. 4. 30.

게재확정일 : 2009. 5. 12.

\* 법학박사·제주대학교 법학부 교수

1) Griggs, Patrick. *Limitation of Liability for Maritime Claims*. London : LLP. 2005. at 3.

with knowledge)」의 의미가 무엇인가가 문제된다. 이와 관련된 항공운송인의 책임제한 배제사유의 논거를 규명하고 책임제한제도의 합리적인 운영을 기하고자 하는 것이 이 논문의 목적이다.

주제어 : 몬트리올 협약, 바르샤바 협약, 항공운송인의 책임제한 배제사유, 무모하게, wilful misconduct, 준고의, 중과실, 주관적 기준, 객관적 기준

## 1. 문제의 소재

「1929년 국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약」(이하 '바르샤바 협약'이라 함)은 수십 년 동안 협약 자체에 대한 개정형식이 아니라 그 내용을 수정하는 새로운 조약들이 채택되었고 1929년 바르샤바 협약과는 별개로 그 가입이 허용되었다. 이로 인하여 적지 아니한 국가들이 새로운 바르샤바 버전에 선택적으로 가입함으로써 국제항공 여객의 연착 및 수하물의 피해를 둘러싼 분쟁에 적용할 국제법이 통일화되기 보다는 오히려 단편화(fragmentation)가 초래되어 혼란이 가중되어 왔다.<sup>2)</sup>

이러한 점을 인식하여 「1999년에 제정된 국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약」(이하 '몬트리올 협약'이라 함)은 시대에 뒤떨어지고 복잡하게 구성되어 있는 바르샤바 협약체제를 한 데 통합하고 현대화시키기 위하여 채택되었다.

1999년 몬트리올 협약 제22조 제5항에 의하면 책임제한배제사유로서, “본조의 제1항과 제2항의 규정들은 운송인, 그의 고용인 또는 대리인이 손해를 발생시킬 의도로써 행한 또는 손해가 발생할 염려가 있음을 인식하면서 무모하게(with intent to cause damage or recklessly and knowledge that damage would probably result) 행한 작위 또는 부작위로부터 손해가 발생하였다고 증명된 경우에는 적용하지 아니한다”고 규정하고 있다.

위 몬트리올 협약 제22조 제5항과 같은 책임제한 배제사유는 1929년의 바르샤바 협약에 대한 1955년 헤이그의정서 제25조를 비롯하여 1961년 과다라하라 협약, 1971년 파테말라 의정서, 1975년 몬트리올 제4의정서에서 반영되고 있다. 아울러 1968년 헤이그 비스비 규칙, 1974년 아테네해상여객운송조약 그리고 해상운송에 관한 1976년 런던 해사채권에 대한 책임제한조약 등 국제운송법 체계에서 보편적인 책임제한 배제사유로

2) Dempsey, Paul Stephen. "International Air Cargo & Baggage Liability and the Tower of Babel". 36 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 239 (2004), at 240.

정착되었다. 1976년 책임제한조약이 성립된 이후에도 1978년 함부르크 규칙, 1980년 UN국제복합운송조약에도 동일한 책임제한제도가 도입되어 있다.<sup>3)</sup>

이처럼 운송에 관한 국제조약에 공통적으로 책임제한제도가 도입되어 있고 그 내용이 대동소이한 것은 우연의 일치가 아니다. 운송서비스 산업에서는 사고가 빈발하며 사고가 발생하는 경우 법적인 책임의 존부 및 범위는 합리적 예측의 범위를 초과하는 경우가 다반사이고, 손해 규모도 점차 대형화하여 가고 있다는 점을 반영한 것이다.<sup>4)</sup> 운송인의 책임제한제도는 정의(justice)의 문제가 아니라 역사에 기원을 두고 있고 편리성에 그 정당성의 기초를 둔 공공정책(public policy)의 문제이다.<sup>5)</sup>

우리나라는 몬트리올 협약에 82번째 국가로 가입함으로써 동 협약이 2007. 12. 29.부터 우리나라에 대하여 발효됨에 따라, 기존에 가입한 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바 협약(이하 '개정 바르샤바 협약'이라 함)과 함께 국제항공운송협약에 관한 검토를 필요로 하고 있다. 이에 이 논문은 항공운송에 있어서의 1999년 몬트리올 협약과 바르샤바 협약체제를 중심으로 책임제한 배제사유를 분석함으로써 책임제한제도의 합리적인 운영을 기하고 나아가 국제항공 여객의 연착 및 수하물과 관련된 항공운송인의 책임제한배제사유의 해석상의 논거를 규명하려는 데 그 목적을 두고 있다.

## II. 바르샤바 협약체제와 몬트리올 협약

### 1. 바르샤바 협약 체제의 의의

국제항공 여객의 연착 및 수하물과 관련된 분쟁에 적용될 수 있는 법은 다음과 같다.

- 1) 1929년의 원래의 바르샤바 협약, 2) 1955년 헤이그의정서(Hague Protocol)에 의하여 수정된 바르샤바 협약, 3) 1961년 과다라하라 협약(Guadalajara Convention)에 의하여 수정된 바르샤바 협약, 4) 1975년 몬트리올 제1, 제2, 제3 추가의정서 및 제4의정서에 의하여 수정된 바르샤바 협약, 5) 1999년 몬트리올 협약(Montreal Convention)<sup>6)</sup> 및 6)

3) 우리나라에서는 1991. 12. 31. 개정된 상법(법률 제4470호)에서 선주, 해상운송인 등 해상기업주체의 책임을 제한하는 사유로서 동일한 문언을 규정하게 되었고, 현재의 상법 규정이 이를 그대로 이어받고 있다(제769조 단서, 제797조 제1항 단서, 제798조 제2항 단서, 제826조).

4) 김창준, "운송인의 책임제한 배제사유", 『한국해법학회지』, 제29권 제2호, 한국해법학회, 2007. 11. 10면.

5) "Limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience."- Bramley Moore [1964] 1 All ER 105 at 109 (P. 200 Lord Denning).

운송이 바르샤바 협약체제 밖에 있는 경우 또는 관련국 쌍방이 동일한 상기의 항공운송책임 관련 국제조약에 가입하지 아니한 경우에는 국내법 등이다.

상기의 헤이그의정서, 과다라하라 협약 및 몬트리올의정서는 모두 바르샤바 협약을 토대로 책임규칙을 설정하고자 한 것들이기 때문에 상기 1) 내지 4)를 묶어 바르샤바 협약체제라고 부르고 있다. 1999년 몬트리올 협약은 바르샤바 협약의 최종 개정협약이라고 할 수 있다. 협약은 체약국에 대해서만 구속력을 갖기 때문에 몬트리올 협약이 2003년 11월 4일 발효된 후에도 바르샤바 협약체제의 모든 문건들이 폐지되는 것을 의미하지는 아니한다. 바르샤바 협약체제에 참여한 모든 국가가 몬트리올 협약을 비준가입하지 아니하는 한, 기존의 협약 문건들은 여전히 병존하면서 국제항공운송 관련분야에 계속 적용될 것이다.<sup>7)</sup>

그런데 운송인의 책임을 배제하는 바르샤바 협약 제25조(wilful misconduct) 및 헤이그 의정서 제13조는 인적 또는 물적 손해의 전부에 대하여 적용을 시켜왔으나, 몬트리올 협약 제22조 제5항에서는 여객 및 화물의 일반적 손해는 제외하고 여객의 연차 손해와 수하물의 손해에 국한시켜 적용하기로 하였으므로 앞으로 동 협약 제22조 제5항의 적용문제에 관하여 여객과 송하인 보호를 위하여 심각한 논란의 대상이 될 수가 있으며,<sup>8)</sup> 이러한 면에서 그 동안의 혼란도 여전히 지속될 것으로 보인다.

## 2. 몬트리올 협약의 의의 및 운송인의 책임원칙

### 가. 몬트리올 협약의 의의

몬트리올 협약은 그 서문에서 국제항공운송에서의 소비자의 권익보호의 중요성과 원상회복원칙에 기초한 공평한 손해배상의 필요성, 이해관계의 형평에 맞는 조화 등 협약의 지침이 되는 원칙들을 열거하고 있다.<sup>9)</sup> 이러한 목적을 달성하기 위한 가장 최적의 수단은 새로운 협약을 통해 국제항공운송을 규율하는 특정 규칙들의 조화 및 법

6) 정식 명칭은 'The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air'이다.

7) 예컨대, 미국의 경우 국제항공화물책임은 헤이그의정서에 의하여 또한 몬트리올 제4의정서에 의하여 수정된 바르샤바 협약 및 1999년 몬트리올 협약의 지배를 받고 있다.- 문준조, "국제항공법상 화물·수하물에 대한 운송인의 책임상한제도 -미국의 판례 분석을 중심으로-", 「항공우주법학회지」, 제22권 제2호, 한국항공우주법학회, 2007. 12. 111-112면 : Franks, M. R., "Airline Liability for Loss, Damage, or Delay of Passenger Baggage", *Fordham J. Corp. & Fin L.*, Vol.12 (2007), p.47.

8) 김두환, 「국제항공법학론」, 한국학술정보(주), 2005, 307면.

9) The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 1999, ICAO Doc 9740, Para 4. 6.

전화를 도모하는 것이라는 점을 동 서문은 밝히고 있다.<sup>10)</sup> 이러한 몬트리올 협약은 바르샤바체제라고 집합 통칭되는 여섯 개의 서로 다른 법적인 제도를 대체하여 하나의 단일한 법적 제도로 통합한 역사적인 국제항공사법조약이라고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

왜냐하면, 몬트리올 협약은 그 이전에 존재하고 있었던 다수의 협약 및 의정서의 내용을 참작하여 그 중 채택의 가치가 있는 내용들을 상당수 계수하였다. 그 중 특징적인 것은 몬트리올 협약 성안 당시 이미 많은 국가들이 과달라하라 보충협약<sup>12)</sup> 및 몬트리올 제4의정서<sup>13)</sup>를 비준한 점 그리고 항공운송인과 소비자들 모두 이에 만족을 표하고 있었던 점에 비추어 이들에 포함되었던 내용이 약간의 수정을 거쳐 몬트리올 협약에 규정된 것<sup>14)</sup>과 그에 더하여 과테말라시티 의정서와 그의 복제판이라고 할 수 있는 몬트리올 제3추가의정서가 비록 많은 결함을 지니고 있었고 또한 발효조차 되지 못했음에도 불구하고 이들 의정서는 채택의 가치가 있다고 생각되는 여러 특징적 조항들을 포함하고 있었으므로 그들 중 몇몇 조항이 수정을 거친 후 동 협약에 포함된 것이기 때문이다.<sup>15)</sup>

#### 나. 운송인의 여객·수하물·화물에 대한 책임원칙

##### (1) 항공여객의 사망, 부상에 대한 책임

몬트리올 협약은 항공여객의 사망, 부상에 대한 운송인의 책임은 10만SDR을 기준으로 무과실책임 및 과실추정주의라는 2단계 책임제도(two-tier liability system)를 도입하고 있다. 즉 1단계로 항공기 사고로 인하여 여객이 부상을 입었거나 또는 사망하였을 경우 국제항공운송인의 책임은 10만SDR까지 책임을 배제하거나 또는 제한할 수 없는 무과실책임(strict liability)을 부담하게 되며, 2단계로 10만SDR을 초과하는 부분에 대하여서는 운송인은 과실추정책임에 따라 입증책임을 부담하여, 1) 손해가 운송인, 그의 사용인 또는 대리인의 과실 또는 불법한 작위 또는 부작위(negligence or other wrongful act or omission)에 의하여 발생하지 않았을 것과, 2) 손해가 제3자의 과실 또는 불법한 작위 또는 부작위 중 어느 하나에 기인하여 발생되었다는 것을 입증하는 경우에는 책임을 면할 수 있게 됨으로써, 한도액이 없는 과실추정책임을 부담하게 된다

10) Ibid., Para 6.

11) ICAO, Doc. P10-05/99.

12) ICAO Doc 8181

13) ICAO Docs 9145, 9146, 9147, and 9148

14) 과달라하라 보충협약은 몬트리올 협약의 제5장에 편입되었고, 몬트리올 제4의정서의 조항들은 운송증권 및 책임관련 조항에 분산되어 편입되었다.

15) 서완석, "국제항공운송법의 연혁과 전망", 『기업법연구』, 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005. 6. 326면.

(동 협약 제21조 제1항, 제2항).

이처럼 새로운 법적 제도의 가장 중요한 특징은 무한책임개념의 도입이라고 할 수 있다. 수하물과 화물의 배상한도액은 달리 여객의 사상에 있어 몬트리올 협약 제21조에서 규정하고 있는 10만SDR은 유한책임에 대한 입증책임의 전환에 불과하므로 이것을 '책임의 제한(limits of liability)'이라고 표현하는 것의 타당성에 대하여 의문시하는 견해도 있다.<sup>16)</sup>

#### (2) 국제항공여객의 연착에 대한 책임

여객의 연착손해에 대하여 항공운송인의 책임은 여객 1인당 4,150SDR을 배상한도액으로 채택되었다(동 협약 제22조 제1항). 그러나 여객이 운송인의 'recklessly' 등 책임제한배제사유(동 협약 제22조 제5항)를 입증한 경우에는 당해 한도액은 적용되지 않는다는 점에서 바르샤바 협약 및 헤이그의정서와 같은 내용이다.

#### (3) 여객의 수하물에 관한 책임

몬트리올 협약에서는 수탁수하물과 기내휴대수하물 합계 1인당 1,000SDR이 배상한도액으로 채택되었다(동 협약 제22조 제2항). 이는 바르샤바 협약의 경우 배상한도액이 수탁수하물에 관하여 1kg당 250프랑(약 17달러)이고, 기내휴대수하물에 대해서는 여객 1인당 5,000프랑(약 340달러)으로 각각 구분하여 정해져 있었던 것과 대조된다.

몬트리올 협약은 그러나 수탁수하물에 대해서는 해당 수하물의 고유한 하자로부터 일어난 범위에 관한 면책을 인정하는 등 예외를 제외하고 운송인에게는 무거운 책임을 부담시켰지만, 기내휴대수하물에 대하여 과실책임주의를 채택함으로써 여객에게 과실의 입증책임을 부과시켰다. 이것은 기내휴대수하물은 당연히 여객의 관리하에 있으므로 여객에게 과실의 입증책임을 부과시켰다고 하더라도 불합리하지 않다는 판단으로 정하여진 것이다. 그러나 여객이 운송인의 '무모하게(recklessly)' 등 책임제한배제사유(동 협약 제22조 제5항)를 입증한 경우에는 당해 한도액은 적용되지 않는다는 점에서 바르샤바 협약과 헤이그의정서와 같은 내용이다.

#### (4) 화물에 관한 책임

몬트리올 협약에서는 화물의 배상한도액을 1kg당 17SDR로 규정하였고(동 협약 제22조 제3항), 배상한도액의 성질은 운송인에게 '무모하게(recklessly)' 등 책임제한배제사유

16) 김두환, 앞의 책, 309면.

(동 협약 제22조 제5항)가 있는 경우에도 깨뜨러지지 않으므로(unbreakable), 무한책임이 적용되는 것이 아니라 유한책임이 적용된다. 이는 몬트리올 제4의정서의 내용을 답습하고 있다. 여기서 몬트리올 협약 제22조 제5항에서 말하는 손해발생의 개연성을 '인식하면서도 무모하게(recklessly and with knowledge)'의 의미가 무엇인가가 문제된다.

### III. 몬트리올 협약 제22조 제5항의 해석

#### 1. 협약상의 근거

##### 가. wilful misconduct의 경우

몬트리올 협약은 앞서 본 바와 같이 바르샤바 협약을 이어 받고 있다. 1929년 바르샤바협약 당시의 제25조는 “운송인은 손해가 운송인의 고의에 의하여 발생한 때 또는 소가 계속된 법원이 속하는 국가의 법률에 의하면, 고의에 상당하다고 인정되는 과실에 의하여 발생한 때에는 운송인의 책임을 배제하거나 제한하는 본 협약의 규정을 원용하는 권리를 가지지 아니한다”<sup>17)</sup>라고 되어 있었다.

이 협약의 공식 언어는 영어가 아니라 프랑스어이었는데 책임제한을 지칭하는 단어는 'dol'이었고, 이는 의도적으로 해를 가할 의사로 행하여진 작위 또는 부작위를 의미하는 것으로서, 고의 및 고의보다는 약간 넓으나 중과실(gross negligence, faute lourde)까지는 포함하지 않는 개념이라고 한다.<sup>18)</sup> 그런데 영미법계에는 'dol'에 상응하는 개념이 없고 이에 가장 가까운 개념이 'wilful misconduct'이었는데 이는 의도적인 행동(intentional act)을 필요로 하지 않는 것이었다고 한다. 협약은 대륙법계 및 영미법계 법정 양쪽에 적용될 수 있도록 작성되어야 했고, 그러한 이유에서 'wilful misconduct'에 상당하다고 인정되는 default라는 문안을 넣게 되었다고 한다. wilful misconduct의 입증에 필요한 증거는 'dol'을 입증하기 위하여 필요한 증거의 정도보다는 엄격하지 않다고 한다.<sup>19)</sup>

17) The Warsaw Convention Article 25 : The carrier shall not be entitled to avail himself of the provisions of this Convention which exclude or limit his liability, if the damage is caused by his wilful misconduct or by **such default** on his part as, in accordance with the law of the Court seised of the case, **is considered to be equivalent to wilful misconduct.**

18) 장상균, “개정된 바르샤바협약 제4조 소정의 책임제한 조항 배제사유의 해석”(2006. 10. 13. 선고 2005도3724 판결), 『대법원판례해설』, 제63호, 법원도서관, 2007. 7. 459면 ; Goldhirsch, Lawrence B., *The Warsaw Convention annotated : a legal handbook*, Boston : Kluwer Law International, 2000, p.153.

## 나. recklessly and with knowledge

이러한 wilful misconduct는 프랑스법상 악의(dol)와 같은 의사적 성질(caractère intentionnel)<sup>20)</sup>을 가지지만, 동시에 결과발생에 대하여 고려가 없는 부주의를 포함한다고 해석하여 대륙법에서는 과실에 가까운 것으로 오해되는 경향이 생기고 법정지법에 해석을 맡김으로써, 각국 법원의 자의적인 판단으로 혼란이 야기되었다. 이에, 1955년 Hague 의정서에서는 wilful misconduct의 개념을 보다 명확히 하기 위하여 wilful misconduct 용어를 삭제하고, 「운송인 및 그 피용자의 ① 손해발생의 고의로서(with intent to cause damage), 또는 ② 손해발생의 개연성을 인식하면서도 무모하게(recklessly and with knowledge), 작위 또는 부작위로 나아감으로써 손해를 발생시켰다고 증명되는 경우에는 적용하지 아니한다.<sup>21)</sup>」고 wilful misconduct의 내용을 구체적으로 풀어쓰는 현재의 문언으로 대체되었다. 이러한 입법의 연혁에 비추어 위 ① 고의(intent) 또는 ② 인식하면서도 무모하게(recklessly and with knowledge)는 wilful misconduct의 개념과 상이한 것이 아니라 동일한 것이다.<sup>22)</sup>

그런데 책임제한배제의 귀책요건으로서 고의와 '인식하면서도 무모하게'는 양자를 거의 일체로 병용하고 있어 특히 이를 구별할 실익이 없다. 문제는 '인식하면서도 무모하게'의 개념과 요건이 기존의 고의와 과실과 비교하여 어느 위치에 자리 잡고 있느냐 하는 점이다.

## 2. 다른 나라의 해석 사례

### 가. 학설

#### (1) 고의 쪽에 가까운 것으로 보는 견해

영국의 불법행위법에는 '무모하게(recklessly)'는 일정한 결과가 의욕되었거나 확실한

19) 최준선, 「국제항공운송법론」, 삼영사, 1985, 125-127면.

20) 'wilful misconduct'란 일정 결과의 발생을 인식하고서도 그 결과의 발생을 용인하는 경우, 즉 고의 내지는 고의적으로 그 결과를 고려하지 않고 부주의하게 그 행위를 하는 것이라는 점에서 행위자의 의사(will)를 필요로 한다는 것이다.- 최준선, 앞의 책, 127면.

21) "...if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, his servants of agents, done with intent to cause damage or recklessly and knowledge that damage would probably result..."

22) Giumulla/Schmid, *Warsaw Convention*. Boston : Kluwer Law International, 2002. WC Art. 25.



것으로 예견되지는 않았으나, 그 결과 발생의 가능성은 예견되었던 경우를 말하며, 거의 항상 고의와 같은 부류로 취급된다.<sup>23)</sup> 미국 불법행위법에서는 '무모하게(recklessly)'는 행위자가 인식하고 있었거나 인식하고 있었다고 취급받아야 할 위험으로서, 손해를 야기할 고도의 개연성이 있는 위험을 무시하고 불합리한 행위를 의도적으로 한 경우를 말하며 준고의(quasi-intent)로 분류된다.<sup>24)</sup> 여기서 고의에 의한 불법행위는 징벌적 손해배상(punitive damage)과 명목적 손해배상(nominal damage)이 인정되는 점에 비해, 과실에 의한 불법행위는 그것들이 인정되지 아니한다는 차이가 있는데, 'recklessly'에 의한 불법행위의 경우에도 징벌적 손해배상이 인정된다. 다만, 몬트리올 협약에 따르면 어떠한 소송에서도 징벌적 손해 등 비전보적손해(non-compensatory damages)는 보상될 수 없다(제29조).

'무모하게(recklessly)'의 의미에 관한 주관적인 요소는 통상은 당해 행위로 인하여 손해가 발생할지도 모른다는(may) 것의 인식이지만, 동 규정에서는 손해가 발생할 것(probably)이라는 정도의 인식을 요구하고 있어 'probably'는 아주 높은 수준의 가능성, 즉 '개연성'의 의미가 강하므로 책임제한의 배제를 주장하는 자는 발생된 유형의 손해가 당해 작위 또는 부작위로 인하여 발생할 수 있다는 것에 대한 현실의 인식(actual knowledge)을 입증하지 않으면 안 된다고 하고 있다.<sup>25)</sup>

## (2) 중과실 쪽에 가까운 것으로 보는 견해

영국의 경우 '무모하게(recklessly)'란 손해발생의 개연성에 대한 고도의 주관적 인식 또는 그 명백한 인식 수단에 대한 의식적인 외면(shut-eye)을 성립요소로 하며, 이는 고도로 무사려한 경우만을 의미하므로, 비난 가능성은 있더라도 단순한 해태에 불과한 경우는 포함되지 않는다고 한다.<sup>26)</sup> 나아가, 행위자가 주의를 태만히 한 것(negligence)일 뿐만 아니라 그 자신이 잘못을 알면서 하는 작위 또는 부작위로써 자신의 주의소홀로 인하여 일어날 결과에 대하여 무관심하게, 결과를 무시하고서 하는 행동을 포함한다는 견해가 있다.<sup>27)</sup>

23) Williams, Glanville/B. A Hepple. *Foundations of the Law of Tort*. London : Butterworths. 1984. pp.85-88.

24) Prosser, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*. 4th ed., St. Paul : West Pub. Co., 1971. pp.145-146, 183-185.

25) Mocatta Alan A. et al., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*. 19th ed., London : Sweet & Maxwell. 1984. p.456.

26) Diamond, A., *The Hague-Visby Rules*. 2 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*. 1978. pp.245-246.

27) Goldhirsch, Lawrence B., op. cit. 18), p.153.

프랑스의 경우 '무모하게(recklessly)'란 용서할 수 없는 과실을 말하는데, 이는 여객과 화물의 안전에 관하여 명백한 위험을 작출한 것으로서 중대한 과실의 단순한 변형이라는 주장도 있다. 특히, 용서할 수 없는 과실에 해당하는 '무모하게(recklessly)'의 유무를 당해 운송인 또는 그 피용자의 현재의 구체적 인식을 문제 삼는 것이 아니라 선량한 가부(家父)의 주의의무에 준거하는 것으로서 통상의 운송인이라면 인식할 수 있었는가 여부를 기준으로 객관적, 추상적으로 판단하여야 한다는 판결에 대한 평석에서 중대한 과실의 한 유형에 불과한 것으로 해석되었다.<sup>28)</sup>

## 나. 각국 법원의 판례

### (1) 개관

인식하면서도 무모하게(recklessly and with knowledge)는 상술한 바와 같이 wilful misconduct의 개념과 동일한 것이므로,<sup>29)</sup> 그 의미를 해석함에 있어서는 wilful misconduct의 해석론을 참고하면 될 것이다.

오늘날 대륙법계이든 영미법계이든 누구나 wilful misconduct가 'dol'보다는 '중대한 과실(gross negligence)'에 좀더 가깝게 되었다고 할 것이라 하면서도, 각국의 판례가 여러 가지 태도를 보이고 있어서 그 개념 파악의 문제는 여전히 선명하지 않다고 한다. '인식하면서 무모하게(recklessly and with knowledge)'는 법률용어가 아니어서 그간의 wilful misconduct와 같은 해석상의 차이에서 생긴 논란을 종식시킬 수 있을 것이라 기대하였던 것과는 거리가 있다.

### (2) 프랑스

바르샤바 협약 제25조의 프랑스어 정본에는 'dol'이 wilful misconduct의 용어를 나타내고 있었다. 1953년 파리 공소원의 판결을 보면 협약 제25조의 '고의에 상당하는 과실'(faute équivalent au dol)은 '중과실'(faute lourde)이 아니라 '용서할 수 없는 과실' 또는 '허용할 수 없는 과실'(faute inexcusable : inexcusable default)에 해당한다고 한다.<sup>30)</sup> 헤이그 의정서가 성립된 후 1957년 개정된 민간항공운송법 L 321-4조는 바르샤

28) Viney, G., Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle et faute lourde. D. 1975. Chron. 266 (최준선, "바르샤바 협약상 Wilful Misconduct의 개념", 「항공법학회지」, 제6권 제1호, 한국항공법학회, 1994. 4. 208-210면에서 재인용함).

29) Giemulla/Schmid, op. cit. 22). WC Art. 25.

30) Cour de Cassation Requête. 15 juillet 1941. J.C.P., 1941. 1975. note. J. Mihura (최준선, 앞의 논문, 209면에서 재인용)은 '용서할 수 없는 과실'의 성립요건으로서, ① 자발적인 작위·부작위가 있을 것.

바 협약 제25조의 적용에 관하여 악의(dol)에 상당하는 과실이란 용서할 수 없는 과실을 말하고, 용서할 수 없는 과실이란 손해발생의 염려가 있음을 인식하고서도 정당한 이유 없이 이를 무모하게 인용한 고의적인 과실(faute délibérée)을 말한다고 규정하였다. 그러나, 1967년 판례에서는 'dol'의 증명을 요구하는 태도에서 벗어나 중대한 과실(faute lourde, gross negligence)로 충분하고 그것이 'dol'과 동등하다고 판시하였다.<sup>31)</sup>

### (3) 영국

영국에서는 wilful misconduct는 경과실 이상의 그 무엇, 즉 정상화될 수 없는 위험을 고의로(deliberately) 감행하는 것을 의미한다.<sup>32)</sup> 즉 '무모하게'는 손해가 발생할 수 있다는 것에 대한 고도의 주관적 인식(subjective realization) 또는 인식의 수단을 의식적으로 모른 척하는 것이다. Goldman v. Tai Airway International Ltd. 사건에서,<sup>33)</sup> 비행기 기장이 운항지침에 있는 바와 같이 안전벨트 착용표시를 작동시키지 않아 안전벨트를 매지 않은 승객이 부상당하였다. 이 경우 기장의 부작위가 무모함에 해당하려면 안전한 운항을 하기 위하여 안전벨트 착용표시를 작동하는 것이 필요할 뿐만 아니라 이와 같은 표시를 작동시키지 않음으로 인하여 승객이 부상할지도 모른다는 것을 기장이 인식하였어야 한다고 하였다. 위험의 존부 여부를 불합리하게 인식하지 못한 것만으로는 책임제한권을 상실하지 않는다.<sup>34)</sup>

### (4) 미국

미국 법원에서는 wilful misconduct는 일반적인 과실이나 중과실이 아니면 그 이상의 것이다.<sup>35)</sup> 제4순회 법원은 과실에서 고의까지의 범위의 스펙트럼에 있는 것으로 보고 있다.<sup>36)</sup>

1949년 미국의 초기 판례의 American Airlines Inc. v. Ulen 사건<sup>37)</sup>에서 법원은 안전규

② 행위자가 위험에 대한 인식을 가졌을 것. ③ 과실이 예외적으로 중대한 것. ④ 정당한 사유가 없을 것. ⑤ 그러나 고의적인 과실은 없었을 것 등 다섯 가지를 적시하였다.

31) Emery v. Sabena. 5 December 1967: 1968 REDA 184.

32) Reed v. London and Rochester Trading Co. (1954) 2 Lloyd's Rep. 463.

33) (1932) 3 All. E. R. 693(C.A.)

34) 김효신, "해상기업주체에 대한 책임제한의 조각사유로서 '고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 행한 작위 또는 부작위의 의미', 「기업법연구」, 제10집, 한국기업법학회, 2002. 9. 130면.

35) Perera Co. v. Varig Brazilian Airlines Inc., 775 F.2d 21, 23-24 (2d Cir. 1985) : Berner v. British Commonwealth Pac. Airlines, Ltd., 346 F.2d 532, 536-37 (2d Cir. 1965) : Pasinato v. American Airlines Inc., No. 93 C 1510, 1994 WL 171522, at 3 (N. D. Ill. May 2, 1994).

36) Bayer Corp. v. British Airways, PLC. 210 F.3d 236, 238 (4th Cir. 2000).

칙의 위반이 그 자체로는 비록 고의적 위반이라고 하더라도 당연히 wilful misconduct가 되는 것이 아니고, 다만 여객에게 손해(상해)를 야기할 수 있다는 것을 알면서 의도적으로 위반행위를 하거나 그 결과를 무시하고 무모하게도 그러한 위반행위를 한 경우에 wilful misconduct가 성립한다'고 하였다. 이러한 견해는 1950년 *Pekelis v. Transcontinental & Western Air Inc.*<sup>38)</sup> 사건에서도 유지되었으며, 이 사건을 통하여 wilful misconduct는 결과 발생의 위험을 인식하고서 행한 무모한 행위뿐만 아니라 그러한 부작위(예컨대, blind eye 또는 shut eye)에 의하여서도 성립될 수 있음을 명백히 하였다.

그리하여 wilful misconduct는 항공사가 (1) 어떠한 작위 또는 부작위가 피해 또는 상해를 초래할 수도 있음을 알면서도 또는 (2) 발생할 수도 있는 결과를 무모하게 무시하였음을 용인하는 방법으로 그러한 작위를 의도적으로 행하거나 부작위를 행한 경우에만 발생한다.<sup>39)</sup>

#### (5) 독일 기타

독일에서는 보통의 과실(negligence)과 wilful misconduct와의 구분이 없는 것처럼 보인다. 과실의 정도가 극심한 사안(extreme case of negligence)에 있어서 중대한 과실(gross negligence)이 있다고 인정되고, 각 사안별 평가에 의하여 결정될 것이라고 한다.<sup>40)</sup> 그밖에 레바논, 네덜란드, 오스트리아, 스웨덴에서도 '고의에 상당하는 과실'을 바로 중과실이라 보고, 따라서 고의 중과실이 있다고 인정되면 운송인은 무한책임을 져야 한다고 한다.<sup>41)</sup>

### 3. 우리나라의 해석 사례

#### 가. 학설

##### (1) 고의에 가까운 쪽에 속하는 것으로 보는 견해

37) *American Airlines, Inc. v. Ulen*. 186 F.2d 529, 533 (D.C. Cir. 1949).

38) *Pekelis v. Transcon. & W. Air, Inc.*, 187 F.2d 122, 124 (2d Cir. 1951).

39) *Ospina v. Trans World Airlines Inc.*, 975 F.2d 35, 37 (2d Cir 1992) ; *In Re Korean Air Lines Disaster*, 932 F.2d 1475, 1479 (D.C. Cir. 1983) ; *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. v. KLM Royal Dutch Airlines Holland*, 292 F.2d 775, 778 (D.C. Cir. 1961), *Pekelis v. Transcon. & W. Air, Inc.*, 187 F.2d 122, 124 (2d Cir. 1951).

40) Goldhirsch, *Lawrence B.*, op. cit. 18), p.153.

41) *Ibid.*

손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 한 무모한 행위를 고의에 준하는 고도의 태만한 상태이므로 증과실보다 무거운 정도의, 고의에 더 가까운 개념이라고 하는 견해이다.<sup>42)</sup> 아울러 손해발생의 가능성을 인식하면서 감히 하는 행위, 즉 그러한 인식에 역행하면서 감행한 행위로서 우리 법체계상의 미필적 고의를 말한다고 하는 설<sup>43)</sup>이 이에 속한다.

### (2) 미필적 고의 및 인식 있는 증과실로 보는 견해

이는 바르샤바 협약 제25조의 입법과정에 비추어 볼 때, wilful misconduct에 해당하는 '무모한 행위'란 고의는 포함하나 증과실까지는 포함하지 않는 개념이고 인식 있는 과실 내지는 미필적 고의에 대응하는 것으로 보는 견해이다. 즉 무모한 행위는 손해발생의 염려에 대한 인식을 전제로 하여 손해의 회피·방지를 위한 어떤 조치도 강구하지 않은 채 의도적으로 자신의 행위를 고집하는 것으로서,<sup>44)</sup> 굳이 이에 해당하는 대륙법상의 개념을 찾는다면 중대한 과실로 인하여 행위의 결과가 발생하지 않을 것으로 믿고 한 행위, 즉 형법상의 인식 있는 증과실뿐 아니라 인식을 가지고 또한 행위의 결과를 용인하면서 한 행위 즉, 미필적 고의가 포함된다고 하는 견해이다.<sup>45)</sup>

### (3) 증과실 쪽에 가까운 설명을 하는 견해

무모한 행위란 중대한 과실로 손해가 발생하지 않을 것으로 믿거나 혹은 중대한 과실로 손해발생가능성에 대한 인식이 미치지 못하고 행한 모든 행위를 말한다는 견해이다.<sup>46)</sup> 우리나라의 법률상, 현저한 정도의 중대한 과실이 있는 경우는 무모한 행위로 평가될 가능성이 높다고 한다.<sup>47)</sup> 그리하여, '무모하게(recklessly)'라 함은 결과발생의 결과를 인식하였지만 그 결과발생을 인용하지 아니하는 경우로서(만약, 결과발생을 인용하였다면 고의에 해당한다), 극히 안이하게 생각하여 결과가 초래하지 아니할 것으로 가볍게 믿고 통상인들이 취하지 아니할 행동을 하는 경우를 의미하는 '인식 있는

42) 정찬형, 「상법강의(하)」, 박영사, 2009, 814면 ; 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2003, 766면 ; 손주찬, 「상법(하)」, 박영사, 2005, 739면 ; 송상현·김현, 「해상법원론」, 박영사, 2005, 142면.

43) 이균성, "개정해상법과 해상기업관계자의 총체적 책임제한", 「현대상법의 과제와 전망」, 삼지원, 1994, 438면 ; 최준선, 앞의 논문, 213면 ; 서돈각·정완용, 「상법강의(하)」, 법문사, 1996, 547면 ; 서 성, "국제항공운송인의 손해배상책임", 「사법논집」, 제5집, 법원행정처, 1974, 12, 443면.

44) 김동훈, "개정 해상법상 선주책임제한책권의 상실사유", 「한국해법회지」, 제15권 제1호, 한국해법회, 1993, 12, 121면.

45) 김창준, 앞의 논문, 23면.

46) 채이식, 「상법강의(하)」, 박영사, 1996, 713면 ; 이기수, 「보험법·해상법」, 박영사, 1993, 399면.

47) 최기원, 「해상법」, 박영사, 2002, 89면.

증대한 과실'이라 할 수 있다는 설<sup>48)</sup>이 이에 속한다.

## 나. 판례

우리나라 대법원은 "(헤이그 의정서에 의하여) 개정된 바르샤바 협약 제25조에 규정된 '손해가 생길 개연성이 있음을 인식하면서도 무모하게 한 작위 또는 부작위'라 함은 자신의 행동이 손해를 발생시킬 개연성이 있다는 것을 알면서도 그 결과를 무모하게 무시하면서 하는 의도적인 행위를 말하는 것으로서, 그에 대한 입증책임은 책임제한조항의 적용배제를 구하는 자에게 있고 그에 대한 증명은 정황증거로써도 가능하다 할 것이나, 손해발생의 개연성에 대한 인식이 없는 한 아무리 과실이 무겁더라도 무모한 행위로 평가될 수는 없다"라고 판시한 바 있다.<sup>49)</sup> 위 판결은 '위조된 정을 알지 못하고, 위조된 수입화물인도승낙서와 상환으로 항공화물운송장 원본을 통지처인 수입업자에게 교부한 행위'에 대하여 위조 사실을 알기 어려웠던 점 등을 들어 무모한 행위에 해당하지 아니한다고 판시한 사례이다. 또한 '운항정보제공장치의 결함이 발견되어 수리를 마친 후 이륙한 비행기의 비행사고'와 관련하여, 정비불량 또는 조종과실의 가능성은 있지만 사고기에 탑승한 조종사 및 정비사들 자신이 사망한 점 등에 비추어 그들에게 개연성에 대한 인식을 인정하기 어렵다고 보아 무모한 행위에 해당하지 아니한다고 판시한 사례이다.

대법원은 그러나 해상운송과 관련하여서는, 송하인의 동의 없이 갑판적인 화물이 손상된 경우에 운송물의 손해를 운송인 자신의 고의 또는 그 손해가 발생할 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위의 결과라는 결론을 내리면서, 포장당 책임제한을 부인하고 전액배상을 명하는 판결을 선고하였다.<sup>50)</sup>

이보다 앞서의 하급심판결례를 본다면, 바르샤바 협약 제25조 소정의 고의에 상당하다고 인정되는 과실이라 함은 소가 계속된 법원의 법률에 따라 그 구체적인 내용이 달라질 것이지만, 일반적으로는 헤이그 의정서 제13조에 의하여 개정된 내용과 같이, 손해발생의 개연성을 인식하였거나 손해의 발생을 무모하게 무시한 의도적인 위법성을 의미한다고 한 데 이어,<sup>51)</sup> 우리나라의 경우에는 증과실에 해당하는 개념을 구체적으로

48) 강영호 "상법 제789조의2 규정에 의한 해상운송인의 책임제한", 「사법논집」, 제28집, 법원도서관, 1997, 515-516면.

49) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2001다58269 판결 : 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005다26598 판결 : 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005다3724 판결.

50) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다27082 판결.

51) 서울지방법원 1987. 2. 3. 선고 85가합4258 판결.

풀어쓴 것으로 해석된다고 판시한 바 있다.<sup>52)</sup> 최근의 하급심 판결례는 이에 관하여, 단순한 과실을 넘어 '무모하게 그리고 손해가 아마 발생하리라는 인식으로서 행하여진 것'이라고 볼 수 있다"고 판시하였다.<sup>53)</sup>

#### 다. 사건

생각건대, wilful misconduct를 '고의'로 번역하는 견해, 나아가 '악의'라는 용어로 번역하는 견해가 있으나, 이는 고의 개념보다는 넓은 중과실(gross negligence) 가운데 인식 없는 중과실까지는 포함하지 않는 개념으로 보아야 할 것이다. '손해발생의 염려(probably)가 있음을 인식하면서 한 무모한 행위' 요건의 'probably'란 아주 높은 수준의 가능성을 의미함에 비추어, 인식 있는 중과실설이 이에 가장 근접한다고 본다. 따라서 운송인의 무모의 존재 여부를 판단하는데 있어서 고려해야 할 것은 운송인이 현실로 손해발생의 염려를 인식한 경우에 이것을 회피해야 할 어떠한 조치를 취하였는지의 여부이다.

### 4. 책임제한배제에 대한 항공운송인의 항변사유

#### 가. 운송인의 항변사유의 완화

##### (1) 수하물식별표의 하자

몬트리올 협약은 운송인이 위탁받은 개개의 수하물마다 수하물식별표(baggage identification tag)를 여객에게 교부하여야 하고, 또한 운송인은 여객의 연착 및 수하물에 대한 파피 또는 멸실, 훼손에 관한 운송인의 책임을 제한할 수 있다는 것을 여객에게 서면으로 통지하도록 하고 있으나,<sup>54)</sup> 이러한 요건을 불이행한 경우에도 아무런 제재를 가하지

52) 부산지방법원 1990. 1. 19. 선고 89나6164 판결.

53) 서울지방법원 2001. 7. 18. 선고 2000가합39068 판결은 대한항공기 괄사고에 대한 손해배상청구소송 사건에서 "기장은 최저강하고도에 관한 경고음인 'minimum. minimum'이 나온 뒤에도 활주로가 육안으로 확인되지 않은 상태임에도 계속 하강하다가 육안으로 활주로가 보이면 착륙하겠다는 막연한 의도에서 접근포기 및 복행조치를 취하지 않았고, 당시 부기장 또는 항공기관사도 즉시 이에 대한 문제제기를 한 바 없으며, 기장은 부기장이 처음 접근 포기를 제안했을 때조차도 즉시 적극적으로 접근포기 조작을 하지 않아 이 사건 사고가 발생하게 되었다는 것이다. 그렇다면, 위와 같은 기장 등의 행위는 단순한 과실을 넘어 '무모하게 그리고 손해가 아마 발생하리라는 인식으로서 행하여진 것'이라고 볼 수밖에 없다"고 판시하였다.

54) 수하물식별표가 아닌 여객항공권에서 그러한 통지를 하는 것도 가능하다.- Dempsey, Paul Stephen.

않고 있다(제3조 제3항 내지 제5항).

그런데 바르샤바 협약에서는 수하물표(baggage check or luggage ticket)를 여객에게 발급하지 아니한 경우 운송인은 책임제한 규정을 원용할 수 없다.<sup>55)</sup> 나아가 수하물표에 항공권번호, 짐의 숫자와 중량 또는 책임한도 통지를 기재하지 아니한 경우에도 마찬가지이다. 수하물표의 하자는 바르샤바 협약에 의해서도 그 운송계약의 존재에는 영향을 미치지 아니한다(제4조 제2항).

수하물 및 화물의 국제항공운송 중에 발생한 손해에 대해 바르샤바 협약이 적용되기 위한 요건으로는 그 손해가 항공운송 중(during the carriage by air)에 발생한 것이어야 한다. 몬트리올 협약은 'carriage by air'를 물품이 운송인의 관리하에(in the charge of the carrier) 있는 동안의 항공운송으로 정의하고 있다(제18조 제3항). 이는 바르샤바 협약상의 'transportation by air'라는 용어에 대비되는 것으로서, 항공운송(transportation by air) 중의 물품의 위치보다는 운송인의 관리(control)를 협약의 적용여부를 결정짓는 기준으로 삼아 바르샤바 협약의 적용범위를 물품이 세관창고 또는 공항 밖에 있거나 운송인의 관리하에 있는 상태까지 확대한 것이다.<sup>56)</sup> 운송인이 당사자 사이의 약정에 의하여 항공운송으로 행해질 것이 예정된 운송의 전부 또는 일부를 송하인의 동의 없이 다른 운송수단으로 대체한 경우에는 그 다른 운송수단에 의한 운송은 항공운송의 기간 내의 것으로 간주한다(제18조 제4항).

## (2) 징벌적 손해배상의 불인정

여객, 수하물 및 화물의 운송에 있어서의 손해배상에 관한 어떠한 소송도 그 소송이 몬트리올 협약에 근거한 것인지 또는 계약, 불법행위 기타의 사유를 이유로 한 것인지를 불문하고 몬트리올 협약이 정한 조건 및 책임한도에 따라서만 제기할 수 있다. 그러나 어떠한 소송에서도 징벌적, 징계적 또는 기타 비전보적 손해(non-compensatory damages)는 보상될 수 없다(제28조 제2문). 바르샤바 협약은 이와 같은 명시적인 규정

op. cit. 2), at 291.

55) 다만 1955년 개정된 바르샤바 협약 제4조 제1항의 요건을 충족시키기 위하여 여객항공권과 결합 및 통합하는 것이 간편하다는 이유로 통상 개정된 바르샤바 협약 제3조 및 제4조가 요구하는 모든 내용들이 담긴 결합된 문서인 '여객항공권 및 수하물표(passenger ticket and baggage check)'가 발급되고 있고, 만약 승객이 이처럼 개정된 바르샤바 협약 제3조 및 제4조가 요구하는 모든 내용들이 담긴 결합된 문서로서 여객항공권 및 수하물표를 발급받았다면 항공운송인이 별도의 수하물표를 교부하지 아니하고 수하물을 맡았더라도 개정된 바르샤바 협약 제22조 제2항에 따른 책임제한 규정을 원용할 권리를 상실하지 아니한다.- 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005도3724 판결.

56) Whalen, Thomas. "The New Warsaw Convention: the Montreal Convention". *Air & Space L.* Vol. 25 (2000), p.18.



을 두지 않고 있다(제24조 참조).<sup>57)</sup>

원래 미국 불법행위법에서는 '무모하게(recklessly)'는 행위자가 인식하고 있었거나 인식하고 있었다고 취급받아야 할 위험으로서, 손해를 야기할 고도의 개연성이 있는 위험을 무시하고 불합리한 행위를 의도적으로 한 준고의(quasi-intent)를 말하며,<sup>58)</sup> '무모하게(recklessly)' 행한 불법행위의 경우에도 징벌적 손해배상이 인정된다.

## 나. 항공운송인의 항변의 유형

### (1) 원고가 적시에 청구 또는 소송을 제기하지 못한 경우

수하물 손해배상청구는 인도받은 날로부터 7일 이내에 서면으로 제기하여야 한다(몬트리올 협약 제31조 제2항). 연착의 경우에는 인도받을 권리를 가진 자가 수하물 또는 화물을 처분할 수 있는 날로부터 21일 이내에 서면으로 제기하여야 한다.<sup>59)</sup> 그 기간을 경과한 경우 운송인 측의 사기가 없는 한 배상청구권은 소멸된다. 또한 항공운송인이 운송장을 발급하지 아니하였다고 하더라도 적하인은 일정한 기간 내에 클레임의 통지를 제출하여야 한다. 운송인의 'wilful misconduct'이 있었다 하더라도 마찬가지이다.<sup>60)</sup>

몬트리올 협약은 손해배상청구권은 물품이 목적지에 도착하였거나 도착하였어야 할 날 또는 운송이 중지된 날로부터 기산하여 2년의 제소기한을 정하고 있다(제35조 제1항). 여기서 운송인이 몬트리올 협약 제22조 제5항의 책임제한 배제사유에 해당하는 경우에도 제소기한 도과의 항변을 주장할 수 있는가가 문제된다. 이와 관련하여, 바르샤바 협약 제25조 제1항과 제29조와의 상관관계에 대한 사건<sup>61)</sup>에서, 법원은 항공운송인의 손해배상책임의 배제나 제한을 규정하고 있는 바르샤바 협약 제25조 제1항은 주로 금전적인 손해배상책임 규정에 대한 것이므로 제29조의 제소기한 제한 규정은 항공운송인의 배상책임을 배제하거나 제한하는 규정이 아니라고 판단하였다.<sup>62)</sup> 따라서 위 판례에

57) 바르샤바 협약 체제가 적용되는 국제항공운송상의 손해배상 사건에서는 징벌적 손해배상이 인정되지 않는다는 것이 미국 연방법원의 일관된 관례이기 때문에 설사 wilful misconduct를 입증하더라도 징벌적 손해배상까지는 받을 수 없었으므로 실질적으로 달라진 것은 없다.

58) Prosser, William Lloyd. op. cit. 23). pp.145-146. 183-185.

59) 운송계약의 표준약관들은 대부분의 경우에 항공권(ticket)상 또는 일정표상에 표시된 시간은 그 준수가 보장되는 것은 아니고 운송계약의 일부를 구성하지도 아니한다고 적시하고 있다. 그러나 그러한 계약규정은 운송인의 책임을 경감시키는 규정을 금지한 몬트리올 협약 제47조를 위반하는 것이라는 지적이 있다.- 문준조, 앞의 논문, 126면 : Dempsey, Paul Stephen. op. cit. 2). at 309.

60) Highlands Ins. Co., 739 F.2d at 539 : Nwachuwu v. KLM Royal Dutch Airlines. 166 F. Supp. 2d 1136. 1141-42 (E.D. Mich. 2001).

61) Kordich v. Butler Aviation detroit. Inc., (1981) 103 Mich App 566. 303 NW2d 238.

따르면 몬트리올 협약 제35조에서 규정하고 있는 2년의 기간이 도과되더라도 항공운송인의 손해배상책임 그 자체는 변함없이 그대로 있지만 그 배상을 강제할 수 있는 수단이 제한을 받게 되는 것뿐이고, 이때 그 손해가 항공운송인의 무모하게(recklessly) 한 행위에 의한 경우라 할지라도 달리 볼 것은 아니라는 결론에 이르게 된다.

### (2) 원고의 기여과실(contributory negligence)이 있는 경우

몬트리올 협약 제20조에 의하면 손해배상을 청구하는 자의 과실이 있는 경우 그 청구가 제한되거나 배제될 수 있다. 여객의 연착 또는 수하물과 관련된 손해의 경우 여객의 과실 또는 기타 불법한 작위나 부작위가 손해를 발생시키거나 손해에 기여하였다는 것을 입증한 경우에는 운송인의 책임이 국내법에 따라 완전히 또는 부분적으로 면제될 수 있다. 화물의 경우에는 송하인의 기여과실이 있으면 그러한 과실 또는 불법적인 작위 또는 부작위가 화물 또는 수하물에 대한 피해를 초래하거나 기여한 정도까지 운송인의 책임이 면제될 수 있다. 예컨대, 송하인의 포장결함(defective packing)이 있는 경우 운송인의 책임이 면제 또는 제한될 수 있다. 과실상계원칙(comparative negligence principles)이 일정한 경우에 적용된다.

### (3) 운송인이 손실을 피하기 위하여 모든 조치를 취한 경우와 이에 갈음하는 항변

몬트리올 협약에 의하면 연착으로 인한 손해의 경우에, 운송인은 자신과 그의 사용인 및 대리인이 손해(damage)를 방지하기 위하여 합리적으로 요구되는 모든 조치를 취하였다는 것, 또는 그와 같은 조치를 취하는 것이 불가능하였다는 것을 입증한 때에는 책임을 면제하고 있다(제19조). '모든 조치'라 함은 운송인이 그러한 위험을 방지하는데 적합한 모든 예방조치(precaution) 즉 그 손실을 방지하기 위하여 합리적으로 이용할 수 있는 의도된 조치로 정의되고 있다.<sup>63)</sup> 이 항변은 여객, 수하물이나 화물의 연착의 경우에만 제한적으로 인정된다.

몬트리올 협약에 의하면 위 연착으로 인한 손해의 경우 이외에는 바르샤바 협약상의 '모든 필요한 조치' 항변이 폐지되었는데, 이에 갈음하여 수하물의 손해와 관련해서는 수하물의 고유한 결함, 품질 또는 하자로부터 발생한 경우에는 운송인은 그 범위 내에서 책임을 지지 않는다. 비탁송수하물의 손괴 또는 분실과 관련하여서는 운송인 또는 그 사용인이나 대리인의 과실에 대해서만 책임을 진다(제17조 제2항).

62) 이와 동일한 판례로는 Stone v. Mexicana Airlines Inc. (1979. CA10 Colo) 610 F2d 699 및 Bergman v. Pan American World Airways Inc. (1969. 1st Dept) 32 App Div 2d 95. 299 NYS2d 982 등이 있다.

63) Mfrs. Hanover Trust Co. v. Alitalia Airlines. 429 F. Supp. 964. 967 (D.C.N.Y. 1977).

또한 화물의 손해와 관련해서는 바르샤바 협약상의 '모든 필요한 조치' 항변에 갈음하여, 운송인이 화물의 멸실, 손괴 또는 파괴가 1) 화물의 고유한 결함, 성질 또는 하자, 2) 운송인 외의 자에 의한 포장결함, 3) 전쟁 또는 무력충돌의 행위 또는 화물의 운송과 관련된 공공기관의 행위에 의하여 비롯된 것임을 입증한 때에는 면책된다.<sup>64)</sup> 한편 몬트리올 협약이 불가항력(act of God)의 항변을 포함시키지 아니한 것을 제외하고는 몬트리올 협약상의 항변들은 항공운송법을 다른 운송형태의 운송과 관련한 운송인책임법과 더욱 조화되도록 하고 있다.<sup>65)</sup>

## IV. 문제점과 그에 따른 대응

### 1. '무모하게(recklessly)'의 해석 문제

몬트리올 협약은 바르샤바 협약 체제의 약점을 보완하고 이를 종합하기 위하여 탄생한 협약이다. 바르샤바 협약의 약점은 원(原)협약이 마련될 당시와 달리 항공산업의 비약적인 발전으로 책임제한의 한도가 비현실적이 되었다는 점에도 있지만, 보다 중요한 것은 책임제한 제도에 대한 수정이 너무 빈번히 이루어져 각국이 이를 제대로 반영하지 않음으로써 이해관계당사자간의 공평한 균형을 꾀하려는 당초의 기대에 전혀 부응하지 못하였기 때문이다.

바르샤바 협약은 'wilful misconduct'를 책임제한 배제사유로 하고 있었고 각국 법원의 해석이 자의적이었기 때문에 적은 금액에 만족하지 못한 피해자들은 책임제한을 깨뜨리기 위하여 소송을 남발하는 경향을 띠었다. 특히 여객운송에 관하여는 이미 대부분의 국제항공사들이 책임한도액을 너무 낮은 수준이라는 점에서 스스로 약관을 개정하여 협약상의 책임제한제를 폐지한 상태이고,<sup>66)</sup> 이를 반영하여 몬트리올 협약에서는 여객의 사망, 부상에 대한 책임에 대해서는 wilful misconduct 대신에 '과실 또는 불법행위 또는 부작위(negligence or wrongful act or omission)'라는 용어를 사용하고 있다(제21조).<sup>67)</sup>

64) 몬트리올 의정서 제4조 및 몬트리올 협약 제18조.

65) 문준조, 앞의 논문, 128면 : Dempsey, Paul Stephen. op. cit. 2). at 313.

66) 박영호, "항공운송인의 책임제도에 관한 연구", 「공군법률논집」, 제4집, 2000. 4. 28면 이하.

67) 1961년 Guadalajara 협약 제3조에서는 'the acts and omissions of the actual carrier and of his servants and agent ... be deemed to be also those of the contracting carrier'라고 규정함으로써, wilful misconduct 대신에 'the acts and omissions'이라는 작위와 부작위라는 용어를 사용하고 있다. 1971년

결국 몬트리올 협약에서는 여객의 사망, 부상에 대한 책임에 대해서는 10만SDR을 기준으로 무과실책임과 과실추정책임주의라는 2단계 책임제도(two-tier liability system)를 도입하는 대신, 여객의 연착 및 수하물에 대한 책임에 대해서는 운송인측에 바르샤바 협약상의 깨어지지 않는 책임제한제도(virtually unbreakable right to limit liability)<sup>68)</sup>를 승계함으로써 이해당사자간의 균형을 취하고, 특히 화물에 관한 책임에 있어서는 절대적인 책임제한권(absolutely unbreakable right to limit liability)<sup>69)</sup>을 만든 것이다.

이러한 관점에서 보면, 여객의 연착 및 수하물에 대한 책임에 대해서는 책임제한제도의 운용상 이해관계자간의 이해의 침해한 대립을 가져오는 문제이므로, 협약의 규정을 표현 그대로 수용하여 '무모하게(recklessly)'의 요건을 엄격히 해석하는 것이 책임제한제도의 안정성을 유지하고 그 실효성을 확보할 수 있다. 몬트리올 협약은 그 서문에서 국제항공운송에서의 소비자의 이익보호의 중요성을 지적하고 더 나아가 원상회복원칙에 기한 공정한 손해배상의 필요성을 언급하고<sup>70)</sup> 이를 반영하고 있어, 지나친 피해자 보호론도 바람직하지 아니하다고 생각된다.<sup>71)</sup>

## 2. 입증책임과 입증정도의 문제

입증책임과 관련해서는 책임제한의 배제사유를 주장하는 자(즉, 청구권자인 원고)에게 있다고 보아야 할 것이고, 판례의 태도도 같다.<sup>72)</sup>

여기서 손해발생의 염려에 대한 인식 여부를 판단함에 있어서 어느 정도의 증거가 필요한가의 문제와 관련하여, 주관적 기준(subjective test)과 객관적 기준(objective test)과의 다름이 있다.

---

Guatemala 의정서(제21조), 1975년 Montreal 제4의정서(제21조) 및 몬트리올 협약 제21조에서는 'the carrier shall be wholly or partly exonerated from its liability ... that such negligence or wrongful act or omission caused or contributed to the damage'라고 규정하고 있다.

68) Griggs, Patrick, op. cit. 1), at 3.

69) 여기서 'absolutely'는 '무모하게(recklessly)' 등 책임제한 배제사유(몬트리올 협약 제22조 제5항)가 있는 경우에도 깨뜨려지지 않으므로(unbreakable), 무한책임이 적용되는 것이 아니라 언제나 유한책임이 적용된다는 뜻을 강조하고자 하여, 'virtually'가 명목상으로는 책임제한 배제가 가능하나 실질적으로는 그 요건이 까다로워 거의 깨뜨려지지 않는다는 뜻의 널리 알려진 용어임에 비추어, 필자 나름대로 표현한 것임.

70) The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 1999, ICAO Doc 9740, Para 4.

71) 동지 : 장상균, 앞의 논문, 464면.

72) 이는 해상운송에 있어서의 선박소유자의 책임제한에 관한 1976년의 협약도 마찬가지 태도이다. 따라서 우리나라 상법 조항의 해석도 동일하게 하려는 견해로는, 송상현·김현, 앞의 책, 2005, 143면 참조.

먼저, 손해발생 염려의 인식여부에 대한 주관적인 판단방법은 운송인이 주관적으로 손해발생의 염려에 대한 인식을 실제로 하였어야 하는가의 여부, 즉 운송인이 현실로 가지고 있는 '인식' 그 자체를 기준으로 하여 판단하는 방법이다. 이러한 기준은 운송인이 알았어야 하는 지식(what he should have known)이 아니라 실제로 알고 있는 지식(what he actually knew)이 무엇이냐에 달려 있게 된다.<sup>73)</sup> 주관적 판단방법은 운송인의 심리적 사실에 대한 탐색을 요구하는 것으로서 항공기운항 상황을 알 수 없는 송하인이 운송인의 인식을 입증하는 것은 현실적으로 쉽지 않아 결과적으로 책임제한 배제사유의 적용을 상당히 제한하게 될 것이기 때문에 피해자의 구제에 역할을 하지 못한다는 비판이 제기되어 왔다.<sup>74)</sup>

다음으로, 객관적 판단방법은 운송인의 인식여부는 그것을 직접적으로 증명하지 않아도 손해원인의 주변의 정황을 고려하여 손해발생의 염려에 대한 인식을 나타내는 (demonstrate) 객관적 사실만 있으면 충분한가의 여부, 즉 보통의 운송인이라면 인식했어야 할 것이었는지의 여부를 판단기준으로 하여 판단하는 방법이다. 객관적 판단방법은 운송인의 손해발생의 염려에 대한 인식을 '인식의 개연성(probability)', 곧 예견(prevision)개념으로 파악함으로써 손해발생의 염려에 대한 운송인의 현실의 인식을 문제로 하는 것이 아니라, 이런 염려에 대한 예견가능성을 전제로 하는 회피가능성을 문제로 하는 것이므로 송하인의 입증책임에 대한 어려움을 해결하여 소비자를 보호하고자 하는 의지가 내포되어 있다고 볼 수 있다.<sup>75)</sup> 이른바 간접적인 입증만으로 충분하기 때문이라는 것이다.

생각건대, '무모하게(recklessly)'의 요건을 엄격히 해석하고 책임제한배제사유의 입증책임이 채권자에게 있음을 감안하면 입증정도를 완화하여 판단기준으로 삼을 필요가 있다고 본다.<sup>76)</sup> 따라서 객관적 기준(objective test)에 따라, 주변 정황으로부터 손해발생의 염려에 대한 인식 여부를 판단하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>77)</sup>

73) Mocatta Alan A. et al., op. cit. 25), p.456 ; Diamond, A., op. cit. 26), pp.245-246.

74) Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Blais : International Shipping Publications, 1988, p.38 ; Wilson, John F., *Carriage of Goods by Sea*, 6th ed., Harlow : Pearson Education Ltd., 2008, p.203

75) Seriaux, A., *La faute du Transporteur*, 1984, n°335 (김선욱·최영봉, "해상운송인의 책임제한 배제사유의 법리변화 및 해석에 대한 고찰", 『해운물류연구』, 제49호, 한국해운물류학회, 2006. 6. 138-139면에서 재인용).

76) 김창준, 앞의 논문, 24면.

77) 오늘날 각국의 판례는 갈리나, 영국, 스위스, 벨기에 법원은 주관적 기준을 채택하고 있고, 그 밖에 대부분의 미국 판례 그리고 프랑스, 독일 등의 판례가 객관적 기준을 채택하고 있다고 평가된다.- Goldhirsch, Lawrence B., op. cit. 18), p.153.

따라서 운송인의 무모의 존재여부를 판단하는데 있어서 고려해야 할 것은 운송인이 손해발생의 염려를 예견한 것으로 드러나는 경우에 이것을 회피해야 할 어떠한 조치를 취하였는지의 여부이다. 손해발생의 염려가 있음을 인식하고도 이를 무시하여(turn a blind eye) 어떠한 조치도 취하지 않는 경우는 운송인이 무모하게 행하였다고 할 수 있다.<sup>78)</sup>

### 3. 비용부담의 문제

몬트리올 협약에 의해 항공운송인의 손해배상책임 한도액의 증액으로 인한 비용을 어느 당사자가 부담할 것인가가 문제된다. 운송인들은 예상되는 책임의 내용과 정도를 고려하여 이를 미리 가격에 반영하여 두거나 위험을 분산할 수 있는 보험에 가입하고 그 보험료에 상당하는 비용을 여객이나 송하인의 운임에 산입하는 것이 합리적인 사회구조가 되었다. 그리하여 운송인들은 자신들의 증가된 보험비용을 항공권 또는 항공 화물운송가격을 통하여 여객 혹은 송하인 등 소비자에게 전가할 수 있어, 결국 그러한 배상책임을 위한 비용은 소비자의 부담이 되었다.

만약, 운송인은 책임제한이 배제되면 무한책임을 지게 되고 경우에 따라서는 보험담보마저 거부되는 경우까지 있어,<sup>79)</sup> 각종 사고의 증가로 인하여 피해자의 손해를 어떠한 방식으로든 전보되어야 한다는 국제사회의 공감대가 일찍이 형성되었다. 이에 따라 운송에 관한 국제조약에 공통적으로 책임제한제도가 도입되어 있고 사고로 인한 사회적 비용을 누가 어떻게 부담할 것인가 하는 문제를 협약에 반영함에 있어 그 관계당사자의 이해관계를 어느 편으로 편중할 것인가 하는 정책적 판단이 중요해지게 되었다.

오늘날 책임제한제도의 가장 큰 효용은 운송인들의 위험을 담보하여 줄 보험을 쉽게 그리고 합리적인 가격으로 구입하는 것을 허용하고 있다는 점이다. 또한 운송에 관여하는 다른 당사자들, 즉 여객 또는 송하인, 운송주선인, 실수입자, 보세창고운영자들을 위한 보험도 있으므로 운송인이 책임제한을 한다 하여도 이들의 손해는 보험으로 전보될 수 있다. 결국 책임제한제도는 관계 당사자간에 적절히 위험분산이 이루어지도록 하는 '비용분담의 문제'라고도 할 수 있다.<sup>80)</sup>

그러나 이를 빙자하여, 비용인상의 객관적 요인이 존재하지 않는 데도 항공운송인이 운송비용을 전가할 의도를 가지고 항공권 등의 가격을 인상하는 경우가 문제이다. 이

78) 김선옥·최영봉, 앞의 논문, 138-139면.

79) 영국의 Marine Insurance Act Sec 55(2)(a)는 피보험자의 wilful misconduct가 있는 경우 보험자는 보상책임을 지지 않는다고 규정한다.

80) 김창준, 앞의 논문, 10면.

러한 경우, 여객 또는 송하인 등과 같은 소비자들은 항공운송인의 불공정거래행위 등을 근거로 하여 이를 다룰 수 있을 것이며, 규제기관 등의 행정상의 개입을 요청할 수도 있을 것이다.<sup>81)</sup>

몬트리올 협약은 소비자의 이익보호의 중요성을 지적하고<sup>82)</sup> 이러한 목적을 달성하기 위한 가장 최적의 수단은 새로운 협약을 통해 국제항공운송을 규율하는 규정들의 조화 및 법전화를 도모하는 것이라는 점을 동 서문은 밝히고 있으나,<sup>83)</sup> 국제적인 차원의 소비자보호 문제해결에는 한계가 있을 수밖에 없다.

#### 4. 제5관할권 등의 문제

몬트리올 협약은 기존 바르샤바 협약 제28조가 인정하고 있던 관할원인 외에 새로운 제5관할을 규정하고 있다.<sup>84)</sup> 제5관할권은 여객의 사상의 경우에만 적용되고, 화물과 수하물의 멸실 및 파괴에 대한 손해배상청구소송에는 적용되지 않는다. 그리하여, 예컨대 항공기의 추락 등으로 여객이 사망 또는 부상하는 경우, 수하물 역시도 멸실 또는 훼손될 수 있지만, 수하물에 대한 손해배상청구소송은 몬트리올 협약 제33조 제1항이 정한 종래의 4개의 관할권 내에서 해결되어야 하고, 적어도 제5관할권인 주소지 및 영구거소지에서는 여객의 사망 또는 부상으로 인한 손해배상청구소송과 함께 제기할 수 없다.<sup>85)</sup> 수하물은 여객과 함께 운송된다는 사실을 감안하면 여객과 동일한 위험에 노출될 가능성이 농후한 수하물을 제외할 아무런 이유가 없으므로,<sup>86)</sup> 관련청구의 병합과 같은 소송제도의 도입으로 보완될 필요가 있다고 생각된다.

아울러, 기존 협약이 여객사망 또는 부상에 대한 손해배상과 관련하여 상대적으로

81) 서완석, 앞의 논문, 328면.

82) The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, 1999, ICAO Doc 9740, Para 4.

83) Ibid., Para 6.

84) 몬트리올 협약은 기존의 바르샤바 협약 제28조에 규정되어 있던 4개의 관할원인(협약의 체결국 내에 소재하는 운송인의 주소지, 운송인의 주된 영업소 소재지, 운송계약이 체결된 영업소 소재지 혹은 도착지 법원 중 어느 한곳)을 동 협약 제33조 제1항에서 그대로 수용하고 다만 동조 제2항에 새로운 제5의 관할을 인정하고 있다. 이에 따르면 여객의 사상에 대한 손해배상청구의 소는 여객의 주소지 혹은 영구거소지(principal and permanent residence of the passenger)에서도 제기될 수 있다. 다만 이에 대해서는 항공운송인이 예상치 못한 장소에서 제소당할 수 있는 위험에 대한 보호조치로서 일정한 장소적 제한을 설정하고 있다(몬트리올 협약 제33조 제2항).

85) 최준선, "국제항공운송에 관한 1999년의 몬트리올 협약상의 제5관할권에 관한 고찰", 「성균관법학」, 제16권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004, 644면.

86) 최준선, 위의 논문, 644-645면.

일관된 법규율을 가능하게 한 것과 비교하여 볼 때, 새로운 협약 하에서는 동일한 국제항공사고의 피해자들조차 그 청구금액산정에 있어서는 별개의 실제법적 규율을 받게 될 가능성을 열어놓았다는 비판이 제기되고 있다.<sup>87)</sup>

한편, 관련 당사국이 상기의 항공관련 조약 중 동일한 조약에 가입한 경우가 아니면 적용할 조약이 없다는 이유로 재판관할권을 부인하는 경우가 문제된다. 미국의 제2순회법원은 Chubb & Son, Inc. v. Asiana Airlines사건<sup>88)</sup>에서, 1955년 헤이그 의정서에 의하여 개정된 바르샤바 협약 가입국인 한국과 1929년 원(原)바르샤바 협약 가입국인 미국간의 편도운송 중 발생한 화물분실사고에 대하여 1929년 바르샤바 협약 제22조 제2항의 책임제한규정을 적용할 수 있느냐 하는 사안과 관련하여 재판관할권을 부인한 바 있다. 뿐만 아니라, 동일한 사건에 대한 미국의 판례도 통일되어 있지 아니하다. 이러한 국제항공법체제의 혼란은 바르샤바협약과 그에 대한 다양한 후속적인 수정 조약들을 대체하게 된 1999년 몬트리올 협약에 세계 거의 모든 국가가 참여하여야 할 필요성을 보여주고 있다.<sup>89)</sup>

## V. 결론 : 요약

이상에서 살펴본 바와 같이, 몬트리올 협약에서는 여객의 사망, 부상에 대한 책임에 대해서는 10만SDR을 기준으로 무과실책임과 과실추정책임주의라는 2단계 책임제도(two-tier liability system)를 도입하는 대신, 여객의 연착 및 수하물에 대한 책임에 대해서는 운송인측에 바르샤바 협약상의 깨어지지 않는 책임제한제도(virtually unbreakable right to limit liability)를 승계함으로써 이해당사자간의 균형을 취하고, 특히 화물에 관한 책임에 있어서는 절대적인 책임제한권(absolutely unbreakable right to limit liability)을 만든 것이다.

운송인의 책임을 배제하는 바르샤바 협약 제25조(wilful misconduct) 및 헤이그 의정서 제13조는 인적 또는 물적 손해의 전부에 대하여 적용을 되어 왔으나, 몬트리올 협약 제22조 제5항에서는 여객 및 화물의 일반적 손해는 제외하고 여객의 연착 손해와 수하물의 손해에 국한시켜 적용하기로 하였으므로 앞으로 동 협약 제22조 제5항의 적용문제에 관하여 여객과 송하인 보호를 위하여 심각한 논란의 대상이 될 수가 있으며,

87) 서완석, 앞의 논문, 330면.

88) 214 F. 3d 304 (2nd Cir. 2000).

89) 문준조, 앞의 논문, 129면.



이러한 면에서 그 동안의 혼란도 여전히 지속될 것으로 보인다.

여객의 연착 및 수하물에 대한 책임에 대해서는 책임제한제도의 운용상 이해관계자 간의 이해의 첨예한 대립을 가져오는 문제이므로, 협약의 규정을 표현 그대로 수용하여 '무모하게(recklessly)'의 요건을 엄격히 해석하는 것이 책임제한제도의 안정성을 유지하고 그 실효성을 확보할 수 있다.

그런데, '무모하게(recklessly)'의 요건을 엄격히 해석하고 책임제한배제사유의 입증책임이 채권자에게 있음을 감안하면 입증정도를 완화하여 판단기준으로 삼을 필요가 있다고 본다. 따라서 객관적 기준(objective test)에 따라, 주변 상황으로부터 손해발생의 염려에 대한 인식 여부를 판단하는 것이 바람직하다고 본다. 따라서 운송인의 '무모하게(recklessly)'의 존재여부를 판단하는데 있어서 고려해야 할 것은 운송인이 손해발생의 염려를 예견한 것으로 드러나는 경우에 이것을 회피해야 할 어떠한 조치를 취하였는지의 여부이다. 손해발생의 염려가 있음을 인식하고도 이를 무시하여(turn a blind eye) 어떠한 조치도 취하지 않는 경우는 운송인이 무모하게(recklessly) 행하였다고 할 수 있다.

몬트리올 협약은 바르샤바체제라고 집합 통칭되는 여섯 개의 서로 다른 법적인 제도를 대체하여 하나의 단일한 법적 제도로 통합한 협약이다. 이러한 몬트리올 협약의 통합성은 국가간의 법의 충돌을 피하고 어떠한 곳에서 문제가 발생하더라도 각국 이해관계자들이 그들의 권리와 의무를 알 수 있게 함으로써 '협약의 확실성(certainty)'을 보장할 때 비로소 그 의의가 있을 것이다.

## 참고문헌

- 김두환, 「국제항공법학론」, 한국학술정보(주), 2005.  
 송상현·김현, 「해상법원론」, 박영사, 2005.  
 최준선, 「국제항공운송법론」, 삼영사, 1985.  
 강영호, “상법 제789조의2 규정에 의한 해상운송인의 책임제한”, 「사법논집」, 제28집, 법원도서관, 1997.  
 김동훈, “개정 해상법상 선주책임제한채권의 상실사유”, 「한국해법회지」, 제15권 제1호, 한국해법회, 1993. 12.  
 김선옥·최영봉, “해상운송인의 책임제한 배제사유의 법리변화 및 해석에 대한 고찰”, 「해운물류연구」, 제49호, 한국해운물류학회, 2006. 6.  
 김창준, “운송인의 책임제한 배제사유”, 「한국해법회지」, 제29권 제2호, 한국해법학

- 회, 2007. 11.
- 김효신, “해상기업주체에 대한 책임제한의 조각사유로서 ‘고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 행한 작위 또는 부작위의 의미”, 「기업법연구」, 제 10집, 한국기업법학회, 2002. 9.
- 문준조, “국제항공법상 화물·수하물에 대한 운송인의 책임상한제도 -미국의 판례 분석을 중심으로-”, 「항공우주법학회지」, 제22권 제2호, 한국항공우주법학회, 2007. 12.
- 박영호, “항공운송인의 책임제도에 관한 연구”, 「공군법률논집」, 제4집, 2000. 4.
- 서 성, “국제항공운송인의 손해배상책임”, 「사법논집」, 제5집, 법원행정처, 1974. 12.
- 서완석, “국제항공운송법의 연혁과 전망”, 「기업법연구」, 제19권 제2호, 한국기업법학회, 2005. 6.
- 이균성, “개정해상법과 해상기업관계자의 총체적 책임제한”, 「현대상법의 과제와 전망」, 삼지원, 1994.
- 장상균, “개정된 바르샤바 협약 제4조 소정의 책임제한 조항 배제사유의 해석”(2006. 10. 13. 선고 2005도3724 판결), 「대법원판례해설」, 제63호, 법원도서관, 2007. 7.
- 최준선, “국제항공운송에 관한 1999년의 몬트리올 협약상의 제5관할권에 관한 고찰”, 「성균관법학」, 제16권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004.
- \_\_\_\_\_, “바르샤바 협약상 Wilful Misconduct의 개념”, 「항공법학회지」, 제6권 제1호, 한국항공법학회, 1994. 4.
- Giemulla/Schmid, *Warsaw Convention*, Boston : Kluwer Law International, 2002.
- Goldhirsch Lawrence B., *The Warsaw Convention annotated : a legal handbook*, Boston : Kluwer Law International, 2000.
- Mocatta Alan A. et al., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed., London : Sweet & Maxwell, 1984.
- Griggs, Patrick, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, London : LLP, 2005.
- Prosser, William Lloyd, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed., St. Paul : West Pub. Co., 1971.
- Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Blais : International Shipping Publications, 1988.
- Williams, Glanville/B. A Hepple, *Foundations of the Law of Tort*, London : Butterworths, 1984.
- Wilson, John F., *Carriage of Goods by Sea*, 6th ed., Harlow : Pearson Education Ltd., 2008

- Dempsey, Paul Stephen. "International Air Cargo & Baggage Liability and the Tower of Babel". 36 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 239 (2004).
- Diamond, A.. The Hague-Visby Rules. 2 *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1978.
- Franks, M. R.. "Airline Liability for Loss, Damage, or Delay of Passenger Baggage". *Fordham J. Corp. & Fin L.*, Vol.12 (2007).
- Whalen, Thomas. "The New Warsaw Convention: the Montreal Convention". *Air & Space L.* Vol. 25 (2000).

[Abstract]

## A Study on Reasons of Exception of the Air Carriers' Limitation of Liability in relation to delay and baggage

Yang, Seok-Wan

*Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.*

The Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (hereinafter referred to 'Montreal Convention') was formally took effect on May 28, 1999. Montreal Convention was came into force November 4, 2003 on the 60th day of the deposit of ratification to ICAO from the US as the 30th nation in September 5, 2003.

The Montreal Convention Article 22(5) provides "The foregoing provisions of paragraphs 1 and 2 (limits of liability in relation to delay and baggage) of this Article shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, its servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result; provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also provided that such servant or agent was acting within the scope of its employment."

The concept of 'recklessly and with knowledge' was defined in the Warsaw Convention of 1929, as having the concept of 'wilful misconduct.' Based upon the comparative analysis, this paper points out the difference between the concept of 'wilful misconduct' and 'recklessly and with knowledge', and between the concept of 'recklessly and with knowledge' and 'quasi-intent' or 'gross negligence' in the Convention and that of the Korean private law system.

Herewith the interpretation of 'recklessly and with knowledge' is critical for the carrier to be benefited from the limitation of liability provisions. There have been the two ways to interpret the terms, that is subjective test to read the carriers' recognition itself and the objective test to read the carrier's considering the circumstances of loss occurred. Considering the drafters' intention to be admitted to exception of carrier's

liability limitation to protect the damaged parties concerned, the latter test will be more desirable to realize the legal purpose to exclude the application of the limit of liability provisions.

Montreal Convention will serve as a new set of rules that replaces Canada's version of the Warsaw Convention in the near future. Additionally this paper emphasizes the importance of the unification in the interpretation of the provisions of the Conventions world wide.

**Key words** : Montreal Convention, Warsaw Convention, reasons of exception of the air carrier's limitation of liability, recklessly and with knowledge, wilful misconduct, quasi-intent, gross negligence, subjective test, objective test

