

國際航空運送中에 생긴 貨物損壞로 인한 損害賠償

—大法院 1986. 7. 22 宣告 82 다카 1372 判決—

崔 竣 璿*

■—————》차 레《—————■

I. 事實概要
II. 判決要旨
III. 判決理由

IV. 評 釋
V. 結 論

I. 事實概要

訴外 韓國開發리스가 訴外 美國의 디지털 이퀴프먼트로 부터 전자기억 장치를 輸入하면서 被告 大韓航空에게 美國 보스톤空港에서 金浦空港까지의 運送을 위탁하였다.

被告는 18개의 포장으로 나누어진 위의 물건에 대한 國際航空運送을 引受하고 이 건 輸入貨物에 대한 商業信用狀 開設銀行인 韓國商業銀行을 受荷人으로서 하는 航空貨物運送狀을 발행하였다.

貨物은 1980년 1월 1일에 金浦空港에 도착하였고 같은 달 7일에 韓國開發리스가 이를 수령하였다. 貨物을 引受한 韓國開發리스는 18개의 포장품 중에서 가장 중요한 부분인 CPU 기억장치가 修理가 불가능할 정도로 破損된 것을 발견하고 同年 2월 7일에 被告에게 貨物破損에 대한 異議를 진술하는 한편, 保險者인 原告들(現代海上火災保險株式會社外 3社)로 부터

*全北大學校 法科大學 助教授·法學博士, 韓國航空法學會 理事

保險金を 수령하였다.

原告들은 韓國開發리스를 代位하여 被告를 상대로 運送契約上の 債務不履行 및 不法行爲를 원인으로 하는 損害賠償의 訴를 제기하였다.

II. 判決要旨

(1) 개정된 바르샤바協約 제 1 조 제 1 항의 締約國이란 바르샤바協約과 헤이그議定書 모두에 가입한 국가는 물론 바르샤바協約에는 가입하지 않고 있다가 헤이그議定書에 가입함으로써 바르샤바協約에도 가입한 效力이 발생한 국가와 바르샤바協約에는 가입하였으나 헤이그議定書에는 아직 가입하지 아니한 국가를 모두 포함하므로 國際航空運送에 관한 法律關係에 대하여는 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바協約에 적용된다.

(2) 國際航空運送중에 생긴 貨物의 毀損으로 인한 損害賠償을 구하는 청구는 그 청구원인이 契約不履行이든 不法行爲이든 간에 모두 바르샤바協約에서 정한 조건과 제한의 적용을 받는다.

(3) 國際航空運送중의 貨物損壞에 대한 책임에 관한 訴提起는 그 전제 요건으로서 運送人에게 詐欺가 없는 한 運送人이 善意이든 惡意이든 受荷人이 運送人에게 일정한 기간내(手荷物에 있어서는 수령일로 부터 7일이내, 貨物에 있어서는 수령일로 부터 14일이내)에 적극적인 意思表示로써 書面に 의한 異議를 제기할 것을 요구하고 있는 것으로 해석해야 한다.

III. 判決理由

(1) 第 1 點에 대하여

航空運送에 관하여 아직까지 國內法이 제정된 바 없으므로 이에 관한 法律關係는 일응 一般法인 民法의 적용대상이 된다고 하겠다.

그러나 國際航空運送에 관하여는 政府가 國務會議의 의결과 國會의 비준을 거쳐 1967. 10. 11.자로 “1929. 10. 12. 바르샤바에서 서명된 國際航空運送에 있어서의 일부규칙의 통일에 관한 協約을 개정하기 위한 議定書”

(이하 헤이그議定書라 한다)를 條約 제259호로 공포하였는바, 헤이그議定書 제23조 제 2 항에서는 “協約의 當事國이 아닌 국가에 의한 本 議定書에 의 가입은 本 議定書에 의한 개정된 協約에의 가입의 효력을 가진다”고 규정하고 있고, 同 제19조가 “本 議定書의 當事國간에 있어서는 協約과 議定書는 합쳐서 하나의 단일문서로 읽어지고 또한 해석되며 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바協約이라고 알려진다”고 규정하고 있으므로 大韓民國은 위와같은 헤이그議定書에 가입함으로써 1929. 10. 12. 바르샤바에서 서명된 “國際航空運送에 있어서의 일부규칙의 통일에 관한 協約(이하 바르샤바協約이라 한다)에의 가입의 효력이 발생하였고 따라서 바르샤바協約은 헤이그議定에 의하여 개정된 내용대로 國內法과 동일한 효력을 가지게 되어서 國際航空運送에 관한 法律關係에 대하여는 一般法인 民法에 대한 特別法으로서 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바協約(이하 개정된 바르샤바協約이라 한다)이 우선 적용되어야 할 것이다.

그리고 개정된 바르샤바協約이 적용될 國際航空運送이라 함은 當事者간의 協定에 의하여 出發地 및 到着地가 2개의 締約國의 領域내에 있거나 또는 出發地 및 到着地가 단일 締約國의 領域내에 있는 運送으로서 他國의 領域내에 豫定寄航地가 있는 것을 지칭하는 것임은 개정된 바르샤바協約 제 1 조 제 2 항에 규정되어 있는 바이고, 위 규정에서 사용하고 있는 용어인 “締約國”이란 개념은 바르샤바協約과 헤이그議定書에 모두 가입한 국가는 물론 大韓民國과 같이 바르샤바協約에는 가입하지 않고 있다가 헤이그議定書에 가입함으로써 바르샤바協約에 가입한 효력이 발생한 국가와 바르샤바協約에는 가입하였으나 헤이그議定書에는 아직 가입하지 아니한 국가를 모두 포함하는 것으로 보아야 함은 헤이그議定書가 바르샤바協約 자체를 폐기하고 國際航空運送에 관한 새로운 協約을 한 것이 아니라 바르샤바協約의 존재를 전제로 하여 이를 개정한 것에 불과한 것임이 앞서 본 헤이그議定書 제19조와 제23조 제 2 항의 규정내용에 비추어 명백하고 따라서 개정된 바르샤바協約 제 1 조 제 2 항의 “本 協約”은 헤이그議定書를 지칭하는 것이 아니라 바르샤바協約을 지칭하는 것으로 해석되지 않을 수 없는 점에 비추어 분명하다.

原審判決 理由에 의하면 原審은 被告會社의 代理人인 美國의 인터컨티넨탈 에어프라이트 인코퍼레이티드(INTERCONTINENTAL AIR FRT INC)와 이 사건 貨物의 荷送人인 訴外 디지털 이퀴프먼트 코오포레이션(DIGITAL EQUIPMENT CORPORATION) 사이에서 체결된 이 사건 航空運送 契約은 그 出發地를 美國의 보스톤, 到着地를 大韓民國 서울로 한 것임을 적법하게 확정된 후 美國은 헤이그議定書에는 가입하지 아니하였으나 바르샤바協約에는 가입한 국가로서 개정된 바르샤바協約 제 1 조 제 2 항에서 들고 있는 “締約國”에 해당한다고 보아 이 사건 貨物의 運送은 民法에 우선하여 위 개정된 바르샤바協約의 적용대상이 되는 國際航空運送이라는 취지로 판단하였음을 알 수 있는 바, 原審의 위와같은 판단은 앞서 실시한 바와같은 견해에 따른 것으로서 정당하다고 할 것이고 바르샤바協約에는 가입하였으나 헤이그議定書에는 가입하지 아니한 국가는 헤이그議定書에 의하여 개정된 바르샤바協約 제 1 조 제 2 항 소정의 締約國으로 볼 수 없으므로 美國을 出發地로 하는 이 사건 貨物의 運送은 國際航空運送으로 볼 수 없어 개정된 바르샤바協約은 물론 개정전의 바르샤바協約도 적용될 수 없다는 논지는 독자적인 견해로서 받아들일 수 없다.

(2) 제 2 點에 대하여

바르샤바協約은 제 3 장(제17호 내지 제30조)에서 國際航空運送人의 책임에 관하여 규정하면서 제24조 제 1 항에서 “제18조 및 제19조에 정하여진 경우에는 책임에 관한 訴는 名義의 여하를 불문하고 本 協約에 정하여진 조건 및 제한하에서만 제기할 수 있다”고 규정하고 있는 바, 위 조항에서 “名義의 여하를 불문하고”라는 문언은 英語의 “however founded”에 대한 공식번역이기는 하나 이를 다른 말로 풀이하면 “그 근거가 무엇이든지 간에” 내지는 “그 請求原因이 무엇이든지 간에”로 해석되는 것임이 분명하므로 國際航空運送人에 대하여 그 航空運送중에 생긴 貨物毀損으로 인한 손해배상을 訴求함에 있어서는 그 契約不履行은 請求原因으로 하는 것이든 모드 바르샤바協約에 정하여진 조건 및 제한내에서만 가능한 것이라 할 것이고 그렇게 해석하는 것이 國際航空運送人의 책임에 관하여 위

協約의 규정과 다른 國內法 원리를 적용하여 協約의 규정을 배제하는 결과로 초래하는 것을 방지함으로써 國際航空運送에 관한 法律關係를 규율하는 통일된 규범을 창조하려는 위 協約의 제정목적에도 부합하는 것이라 하겠다.

위와같은 취지에서 原審이 國際航空運送인이 사건 貨物運送중에 생긴 貨物의 毀損으로 인한 損害賠償을 구하는 原告들의 이 사건 청구는 그 請求原因이 契約不履行이든 不法行爲이든 간에 모두 위 바르샤바協約에서 정한 조건과 제한의 적용을 받는 것이라고 판단한 것은 정당하고, 논지가 지적하는 바와같이 바르샤바協約의 관계규정을 부당하게 확대 해석하거나 종전의 판례에 배치되는 판단을 한 잘못이 있다고 할 수 없다.

논지는 바르샤바協約 제20조 제 1 항, 제 2 항의 규정에 비추어 보면 同協約 제 3 장에서 규정한 國際航空運送인의 책임의 법적성질은 契約不履行으로 인한 損害賠償責任에 불과하여 不法行爲로 인한 損害賠償責任에 관하여는 바르샤바協約의 규정들이 적용될 여지가 없고 따라서 위 協約 제24조 제 1 항의 “名義의 여하를 불문하고”라는 문언도 “事故의 종류가 무엇이든지 간에”라는 취지로 해석하여야 하며 그렇게 해석하는 것이 陸上運送人과 海上運送人의 책임에 관하여 請求權競合說을 취하고 있는 當院의 判例의 취지에도 부합한다는 것으로 요약되나, 協約 제 3 장의 관련 조문들과 대비하여 보면 協約 제20조의 규정내용은 國際航空運送인의 책임이 無過失責任으로서의 결과책임이 아니라 過失責任임을 밝힌 것일 뿐 등 協約上 바르샤바協約人的 책임의 법적성질이 債務不履行으로 인한 損害賠償責任임을 전제로한 것이라고는 볼 수 없고, 또 協約 제18조와 제19조의 규정들이 이미 運送人에게 책임이 있는 각종 損害의 내용과 그 損害의 원인된 事故의 종류에 관한 규정들인 점에 비추어 보면 協約 제24조 제 1 항의 “名義의 여하를 불문하고”라는 문언을 논지와 같이 “事故의 종류가 무엇이든지 간에”라고 풀이하는 것은 同 文言을 “제18조 및 제19조에 정하여진 경우에는”이라는 문언과 중복되어 불필요한 것으로 만드는 것이 되어 부당하다 할 것이며, 또한 바르샤바協約 제24조 제 1 항의 규정은 國際航空運送人에 대한 損害賠償請求가 內國法上으로는 債務不履行 혹은 不法行爲

의 어느 법리에 의하여서도 가능함은 당연한 전제로 하여 그 책임에 관한 訴는 請求原因이 무엇이든간에 同 協約에 정하여진 조건 및 제한에 따른 것을 규정한 것이라고 보아야 할 것이므로 同 協約의 규정을 논지와 같이 해석하지 아니한다하여 海上運送人과 陸上運送人의 책임에 관하여 當院이 請求權競合說을 취하고 있는 것과 반드시 모순되는 것도 아니라 할 것이므로 논지는 모두 이유없다.

(3) 第3點, 4點에 대하여

原審判決 理由에 의하면 原審은 이 사건 화물은 被告會社의 代理人인 訴外 인터콘티넨탈 에어프레이트 인코퍼레이티드와 荷送人인 訴外 디지탈 이퀴프먼트 코오포레이션 사이의 航空運送契約에 따라 美國 보스톤에서 被告會社 代理人會社의 航空機에 적재되어 뉴욕까지 運送되었다가 뉴욕에서 被告會社 소속 케이.이(K. E) 007 航空機에 移積運送되어 1980. 1. 1. 韓國 金浦空港에 도착된 사실, 金浦空港 도착 즉시 이 사건 貨物은 金浦空港 貨物터미널株式會社 창고에 반입되었다가 곧이어 서울驛 부근에 있는 三和保稅倉庫로 옮겨졌는데 金浦空港 貨物터미널株式會社 창고에 반입당시 11개로 포장된 이 사건 화물중 1개의 포장이 파손되고 그 內容物에도 異狀이 있었음이 확인되어 被告會社의 職員이 그 確認書를 작성하여 金浦空港 貨物터미널株式會社측에 교부하였던 사실, 그후 被告會社에서는 1980. 1. 4. 이 사건 貨物의 실질상의 荷受人으로서 航空運送狀에 通知先으로 기재되어 있던 訴外 韓國開發리스에 이 사건 貨物이 도착하였음을 통지하여 訴外 韓國開發리스에서는 1980. 1. 7. 被告會社에 그 運賃을 지불하고 被告會社로 부터 이 사건 貨物의 引受에 필요한 서류를 수취한 사실 및 訴外 韓國開發리스는 1980. 1. 31.에 이르러서야 被告會社에 대하여 이 사건 貨物破損에 대한 클레임청구서를 발송함으로써 書面에 의한 異議를 진술한 사실을 적법하게 확정된 후, 개정된 바르샤바協約 제26조 제2항의 “損壞 있는 경우에는, 荷受人은 損壞를 발견한 후에 즉시, 늦어도 手荷物에 있어서는 그 受取日로부터 7일이내에, 貨物에 있어서는 그 受取日로부터 14일 이내, 運送人에 대하여 異議를 진술하여야 한다”는 규정과 同 제3항

의 “모든 異議는 運送證券에 留保를 기재함으로써 또는 前記期間內에 별개의 書面을 발송함으로써 진술되어야 한다”는 규정 및 同 제 4 항의 “소정의 기간내에 異議를 진술하지 아니하였을 때에는 運送人에 대한 訴는 運送人에게 詐欺가 있는 경우를 제외하고는 受理되지 아니한다”는 규정들은 결국 貨物損壞에 대한 책임에 관한 訴提起의 전제조건으로서 運送人에게 詐欺가 없는 한 運送人이 善意이든 惡意이든 荷受人이 運送人에게 일정한 기간내에 제기할 것을 요구하고 있는 것으로 해석되고, 위 인정에서 본 바와같이 이 사건 貨物이 金浦空港貨物터미널株式會社 창고에 반입될 당시 被告會社 職員이 貨物의 일부에 異狀이 있음을 확인하고 그 확인서를 작성하여 창고측에 교부한 것만으로는 荷受人인 訴外 韓國開發리스가 運送證券에 異議의 留保를 기재하였다거나 별개의 書面에 의하여 적극적인 異議의 의사표시를 한 것으로 볼 수 없고 또 위와같은 사실에 의하여 被告會社가 이 사건 貨物의 損壞事實을 알게 되었다 하더라도 그점 만으로 곧 被告會社에게 詐欺가 있었다고 단정할 자료로 삼을 수도 없는 한편, 訴外 韓國開發리스가 1980. 1. 7. 被告會社로 부터 三和保稅倉庫에 보관되어 있는 이 사건 貨物의 引受에 필요한 서류를 교부받은 것이라면 이 사건 貨物은 같은날 訴外 韓國開發리스에게 引渡된 것으로 본 것이므로, 지난 1980. 1. 31.에 이르러서야 비로서 CLAIM청구를 함으로써 書面에 의한 異議를 발송한 것이라면 訴外 韓國開發리스는 巴里沙巴協約 제26조가 규정하고 있는 소송요건을 갖추지 못하여 그 訴權을 상실하였다 할 것이고 따라서 訴外 韓國開發리스를 代位하여 이 사건 貨物의 損壞로 인한 손해의 배상을 구하는 原告들의 이 사건 訴는 부적법한 것이라는 취지로 판단하였는바, 原審의 위와같은 판단은 정당하고 논지가 아래에서 지적하는 바와같은 法理 誤解의 違法이 있다고 할 수 없다.

논지는 巴里沙巴協約 제26조 제 1 항에서 “荷受人이 異議없이 手荷物 및 貨物을 수취한 때에는 手荷物 및 貨物은 反證이 없는 한 양호한 상태로 또한 運送證券에 따라 引渡되는 것으로 추정된다”고 규정하고 있음에 비추어 보면 같은조 제 2 항 내지 제 4 항의 규정들은 運送人이 損壞를 모르고 있었을 때에만 적용되는 규정들이라고 해석하여야 할 것이므로 被告會

社の職員이 이 사건 貨物 訴外 韓國開發리스에 引渡하기 전에 그 異狀이 있음을 확인한 바 있었다면 荷受人인 訴外 韓國開發리스로서는 被告會社에 대하여 書面에 의한 異議를 함이 없이 그 損害賠償을 구할 수 있다는 것이나, 바르샤바協約 제26조 제 1 항의 규정은 債務不履行을 원인으로한 損害賠償請求의 訴에 있어서 荷受人이 貨物損壞가 있었음을 주장하는 경우 債務의 본지에 따른 이행을 하였다든 점에 관한 立證責任을 부담하는 運送人이 그 貨物을 荷送人으로부터 引渡받은 상태대로 荷受人에게 引渡하였음을 입증하기가 곤란한 경우가 많음을 감안하여 荷受人이 異議없이 貨物을 수취한 사실자체가 債務의 본지에 따른 이행에 대한 일종의 證據 (prima facie evidence)가 됨을 규정한 것일 뿐 貨物損壞의 사실을 모르고 있었던 運送人에 대하여서만 異議가 필요한 것임을 전제로 하여 運送人의 善意를 추정한 규정이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 같은 조 제 4 항에서 荷受人이 書面에 의한 異議를 함이 없이 訴를 제기할 수 있는 경우는 運送人에게 詐欺가 있는 경우에 한 한다고 명백히 규정하고 있으므로 運送人이 貨物의 損壞를 미리 알고 있었을 때에는 書面에 의한 異議없이 訴를 제기할 수 있다는 논지는 이유없다.

논지는 또 被告會社의 職員이 이 사건 화물에 異狀이 있음을 확인하고 訴外 金浦空港貨物터미널株式會社에게 작성 교부해준 確認書는 航空運送과 陸上運送이 연결되는 곳에서 교환되는 貨物의 引受渡證의 성질을 가진 것으로서 바르샤바協約 제26조 제 3 항에서 규정한 運送證券이라 할 것이고 위 確認書가 被告會社에 대한 관계에 있어서는 荷受人인 訴外 韓國開發리스측의 代理人격인 위 金浦空港貨物터미널株式會社의 요구에 의하여 작성된 것이므로 訴外 韓國開發리스로서는 運送證券에 그 異議를 留保한 것으로 보아야 한다는 것이나, 바르샤바協約 제 2 장에서 運送證券으로 乘客航空票와 手荷物票 및 航空運送狀만을 들고 있고 같은 協約 제26조 제 3 항이 異議의 방법으로 運送證券에 留保이외에는 별개의 書面 발송을 규정하고 있음에 비추어 보면 같은 조항에서 들고있는 運送證券은 乘客航空票와 手荷物票 및 航空運送狀만을 지칭하는 것으로 해석되므로 被告會社 職員이 작성한 위 確認書가 위 조항에서 들고있는 運送證券에 해당하는 것

임을 전제로 한 논지는 더 나아가 살펴볼 필요없이 이유없다.

논지는 또 訴外 韓國開發리스가 被告會社로 부터 三和保稅倉庫에 보관되어 있는 이 사건 貨物의 引受에 필요한 서류를 교부받았다는 사실만으로는 아직 이 사건 貨物을 수취한 것으로 볼 수 없고 荷受人인 訴外 韓國開發리스가 通關節次를 거쳐 이 사건 貨物을 위 保稅倉庫로 부터 실제로 반출하였을 때에 이를 수취한 것으로 보아야 한다는 것이나, 제 3자가 점유하고 있는 動産에 관하여 그 제 3자에 대한 返還請求權을 讓渡하는 것은 그 動産 자체를 引渡한 것으로 보아야 함은 民法 제190조가 규정하고 있는 바이므로 輸入貨物을 運送한 運送人이 그 運送物을 자신이 지정한 保稅倉庫에 반입한 후 그 반출에 필요한 서류를 貨主에게 교부하였다면 運送人은 이로써 그 運送物에 대한 引渡를 완료한 것으로 보아야 할 것이니 논지는 이유없다.

(4) 그러므로 上告를 모두 棄却하고, 上告訴訟費用은 敗訴者인 原告들의 부담으로 하여 關與 法官의 일치된 의견으로 主文과 같이 판결한다.

IV. 評 釋

(1) 要旨 (1)에 관하여

國際航空運送人의 책임에 관한 條約인 1929년의 바르샤바協約(이하 原協約이라 한다)은 航空運送의 出發地國과 到着地國에 동시에 原協約의 締約國일 경우에만 적용된다. 다만 原協約 締約國을 출발하여 原協約의 締約國이든 아니든 불문하고 제 3 국을 거쳐 다시 出發地國으로 돌아오는 경우에도 原協約이 적용된다(原協約 제 1 조). 이 協約에 대한 1955년의 改正協約(이하 改正協約이라 한다) 역시 出發地國과 到着地國이 동시에 改正協約의 締約國일 경우에만 적용되고 改正協約 締約國을 출발하여 제 3 국을 거쳐 다시 出發地國으로 돌아오는 경우에 역시 改正協約이 적용된다(改正協約 제 1 조).

문제는 바르샤바協約(原協約과 改正協約을 통칭)에 가입하지 않고 있는

나라도 있지마는 바르샤바協約에 가입하고 있더라도 1929년의 原協約만을 채택한 나라가 있는가 하면 原協約과 改正協約 양자를 채택하여 시행하고 있는 나라도 있고 改正協約만을 채택한 나라가 있어 이들 각국간의 運送에는 과연 어떤 協約을 적용하여야 할 것인지 자주 의문이 생기는 점이다.

出發地國과 到着地國 모두가 바르샤바協約에 가입하고 있지 않을 경우에는 물론이고, 양국중 어느 한쪽만이 이에 가입하고 있을 경우에도 바르샤바協約은 적용될 수 없다. 이경우에는 涉外私法에 의하여 어느 國內法이 적용될 수 밖에 없다. 原協約과 改正協約 쌍방을 비준한 나라 상호간의 運送인 경우에는 改正協約만이 적용된다. 또 예컨대 日本과 같이 原協約과 改正協約 양자를 채택하고 있는 국가와 우리나라와 같이 改正協約만을 채택하고 있는 국가간의 運送에는 改正協約이 적용된다.

그런데 위의 사건에서와 같이 原協約만을 채택하고 있는 美國과 헤이그 議定書만을 비준하여 改正協約만을 채택하고 있는 우리나라 사이의 運送에는 어느 것이 적용되어야 할 것인지 의문이다. 즉 이러한 경우에는 原協約이 적용될 것인가, 改正協約이 적용될 것인가, 아니면 적용법률이 없다고 하여야 할 것인가 하는 문제가 생긴다.

大法院判決要旨 (1)이 이 문제를 다루고 있다. 이 사건에 대한 1審判決인 서울民事地方法院判決에서는 이 문제가 쟁점으로 대두되지는 아니하였다. 그러나 判決文은 原協約 제26조 제2항의 “損壞있는 경우에 荷受人은 損壞를 발견한 후 즉시 늦어도 手荷物에 있어서는 그 수령일로부터 3일 이내에, 貨物에 있어서는 그 수령일로부터 7일 이내에 運送人에 대하여 異議를 진술하여야 한다.”는 규정을 채용함으로써(본조는 1955년에 개정되었다) 原協約을 적용법률로 삼고있다. 한편 서울高等法院判決도 “航空運送에 관여하는 國內法이 아직까지 제정된 바가 없고, 다만 國際航空運送에 관여하는 政府가 國務會議 및 國會의 비준동의를 거쳐 1967년 10월 11일(우리나라에 대한 효력발생일자 同日字) 條約 제259호로서 “1929년 10월 12일 바르샤바에서 署名된 國際航空運送에 있어서의 일부규칙의 통일에 관한 協約을 개정하기 위한 議定書”(이하 헤이그條約이라 한다)에의 가입의 효력이 발생하였고 따라서 바르샤바, 헤이그條約은 國內法과 동일한 효력을

가지게 되었으며 바르샤바, 헤이그條約은 一般法인 民法에 대하여 特別法으로서 國際航空運送에 관하여는 바르샤바, 헤이그條約이 우선 적용된다 할 것이다. 그런데 바르샤바協約은 出發地 및 到着地가 2개의 締約國의 영역내에 있는 國際航空運送에 적용되고(바르샤바協約 第1조) 위에서 인정 한 바와같이 이 사건 貨物의 運送은 航空機에 의하여 有償으로 出發地를 美國, 到着地를 우리나라로 하여 행하여진 國際航空運送이고 航空運送中에 생긴 貨物毀損에 대하여 損害賠償을 구하는 이 사건에 있어서는 당연히 바르샤바協約이 적용되며(美國은 바르샤바協約에는 가입하였으나 헤이그條約에는 署名한바 없다)…”고 判示하여 原協約이 이 사건에 적용된다고 하고 있다.

그런데 기이하게도 이번 大法院判決은 原協約에만 가입한 국가도 改正協約의 締約國에 해당되고, 따라서 原協約에만 가입한 美國과 改正協約에만 가입한 우리나라사이의 航空運送에는 改正協約이 적용된다고 判示하여 國際航空運送法을 연구하는 學者들은 물론 관계 實務者들 까지도 어리둥 절하게 하였다. 즉 判決文은 “바르샤바協約은 헤이그議定書에 의하여 개정된 내용대로 國內法과 동일한 효력을 가지게 되어서 國際航空運送에 관한 法律關係에 대하여는 一般法인 民法에 대한 特別法으로서 1955년 헤이그에서 改正된 바르샤바協約(이하 改正된 바르샤바協約이라 한다)이 우선 적용되어야 할 것이다. 개정된 바르샤바協約 第1조 第1항에서 사용하고 있는 용어인 締約國이란 개념은 바르샤바協約과 헤이그議定書에 모두 가입한 국가는 물론 大韓民國과 같이 바르샤바協約에는 가입하지 않고 있다 가 헤이그議定書에 가입함으로써 바르샤바協約에 가입한 효력이 발생한 국가와 바르샤바協約에는 가입하였으나 헤이그議定書에는 아직 가입하지 아니한 국가를 모두 포함하는 것으로 보아야 함은 헤이그議定書가 바르샤바協約 자체를 폐기하고 國際航空運送에 관한 새로운 協約을 한 것이 아니라 바르샤바協約의 존재를 전제로 하여 이를 개정한 것에 불과한 것이 임 이 헤이그議定書 第19조와 第23조 第2항의 규정내용에 비추어 명백하고 따라서 개정된 바르샤바協約 第1조 第2항의 「本協約」은 헤이그議定書를 지칭하는 것이 아니라 바르샤바協約을 지칭하는 것으로 해석되지 않을

수 없는 점에 비추어 분명하다.”고 하였다. 그리하여 이 사건에 改正協約 제26조 제2항을 적용하고 있다.

이 判決의 잘못은 두가지이다. 첫째 改正協約 제1조의 「締約國」이라는 용어의 개념에는 美國과 같이 原協約에만 가입한 국가도 포함된다고 본 점, 둘째 韓·美間의 運送에는 改正協約이 적용된다고 한 점이다. 이러한 判決이 잘못된 것임은 명백하다. 왜냐하면 美國은 헤이그議定書의 내용에 대하여 불만을 표하고 이를 비준하지 아니함으로써 改正協約에 가입하지 아니하였다. 전혀 비준·가입하지 아니한 條約이 어찌하여 國內法 秩序를 이루어 그 국민에게 직접 적용될 수 있다는 말인가, 原協約에만 가입한 국가는 결코 改正協約 締約國이 될 수 없다. 大法院判決의 論理에 따른다면 美國法院도 韓·美間의 航空運送에 관하여 改正協約을 적용시켜야만 할 것이다. 協約 제28조에 의하면 貨物의 到着地인 우리나라法院에서는 물론 運送契約 締結地인 美國에서도 訴를 제기할 수 있도록 되어 있으므로 만약 이 사건이 美國에서 제기되었더라면 역시 改正協約이 적용되었을까? 어렵없는 이야기일 것이다. 大法院判決의 論理에 따른다면 동일한 航空運送에 관하여도 法廷地가 다르면 적용법률이 달라진다는 것이 된다. 이것은 國際航空運送關係法規를 통일하려는 바르샤바協約의 근본목적에 위배되는 해석이라 아니할 수 없다.

大法院判決은 제23조 제2항의 “協約의 當事國이 아닌 국가에 의한 本議定書 가입은 本議定書에 의하여 개정된 協約에의 가입의 효력을 가진다.”는 규정 및 제19조의 “本議定書의 當事國間에 있어서는 協約과 議定書는 합쳐서 하나의 단일문서로 읽어지고 해석되며 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바協約이라고 알려진다”라는 것을 근거로 위와같은 結論을 내리고 있으나, 이들 條文中에서 原協約 加入國과 改正協約 加入國이 모두 改正協約의 締約國이 된다는 결론을 이끌어 낸다는 것은 이만 저만한 論理의 비약이 아니다. 왜냐하면 제23조 제2항은 우리나라처럼 原協約에 가입하지 아니한 국가는 먼저 原協約에 가입한 후 改正議定書를 비준하는 것이 條約法上的 순서이지만 바르샤바協約에 있어서는 原協約에 가입하지 아니한 채 바로 헤이그議定書에 가입하면 곧 개정된 協約에 가입한 효력

이 있는 것으로 인정한다는 것을 정하고 있을 뿐, 原協約 加入國과 改正協約 加入國間의 관계를 정한 규정이 아니다. 또 제19조에서도 헤이그議定書 當事國間에는 原協約中 개정되지 아니한 부분과 헤이그議定書에 의하여 개정된 부분이 합하여 「改正된 바르샤바協約」이라는 단일의 문서를 구성한다는 것, 즉 헤이그議定書에서 개정되지 아니한 부분은 原協約의 것을 그대로 살리면 족하고 이를 다시 번거롭게 되풀이하지 않겠다는 취지인 것 일뿐 美國과 같이 헤이그議定書 當事國이 아닌 국가와 우리나라와 같이 當事國인 국가사이의 관계를 규정한 것은 아니다. 따라서 改正協約 제1조 제2항에서 사용하고 있는 「締約國」이라는 용어는 헤이그議定書에 의하여 개정된 協約의 締約國만을 의미하는 것이며 大法院判決이 주장하듯이 原協約 締約國과 改正協約 締約國 모두를 포함하는 개념이라고 할 수는 없다. 改正協約 제1조 제2항은 명백히 「本 協約의 締約國」이라고 하고 있는데 本 協約이란 바로 헤이그議定書에 의하여 개정된 協約을 말하며, 이것은 原協約까지도 포함한다는 근거는 아무데도 없다. 즉 原協約 제1조 改正協約 제1조는 각각 原協約은 原協約 締約國間의 運送에만 적용되고 改正協約은 改正協約 締約國間에만 적용된다는 것을 명백히 한 것에 지나지 않는다.

요컨대 美國은 결코 改正協約의 締約國이 아니며 따라서 改正協約은 韓·美 쌍방이 合議한 條約이 아니므로 韓·美間의 航空運送에는 改正協約이 적용될 수 없다. 한편 이 경우에는 原協約을 적용할 수도 없다. 앞서 언급한 제23조 제2항이 그 근거이다. 나아가 改正協約 제21조 제2항을 보면 “協約의 當事國이 아닌 국가에 의한 本 議定書의 비준은 本 議定書에 의하여 개정된 協約에의 가입의 효력이 발생한다”라고 정하면서 제22조 제1항에는 “...30번째의 署名國이 本 議定書의 비준서를 기탁하면 本 議定書는 30번째의 비준서를 기탁한 날로부터 90일째 그들 국가간에 효력이 발생한다.”고 규정하고 있으므로 헤이그議定書을 비준하여서는 原協約에의 가입의 효력이 발생할 수 없다. 한편 原協約 제39조에 原協約의 폐기절차를 규정하고 있는 것과 같이 改正協約도 제24조 제1항에 改正協約의 폐기절차를 정하면서 그 제3항에 “本 議定書의 當事國에 의한 協約의 폐기

는 본 議定書에 의하여 개정된 協約을 어느면으로서나 폐기하는 것으로 해석되지 아니한다”라고 정하여 協約의 폐기에 관하여도 原協約과 改正協約은 서로 별개임을 명백히 하고 있다. 이는 곧 헤이그 議定書를 비준하면서 原協約의 폐기절차를 취하지 아니하면 同一國에 두 協約이 병존함을 뜻하는 것이다.

결국 두 協約은 서로 독립된 지위에 있다. 그러므로 原協約 締約國間的 運送에 原協約을 적용한다는 것 역시 協約의 규정과 그 해석상 불가한 것이다. 그리하여 이 경우에는 적용할 法律이 없다는 견해가 나타난다. 즉 이 경우는 立法이 不備된 경우로서 이와같은 法規의 欠缺을 보충해 주는 수단은 運送約款에 準據法條項을 삽입하는 방법이 있다고 한다. 그것도 없으면 涉外私法의 규정에 따라 國內法이 적용된다는 결과가 된다.

그러나 筆者의 견해로는 이 경우에는 原協約이 적용되어야 한다고 본다. 그 근거로는 다음과 같다.

(가) 우리나라가 改正協約에만 가입한 것은 改正協約에만 가입하면 자연히 原協約의 적용도 받는 것으로 기대하였을 것이며, 原協約의 내용을 철저히 배척하려는 의도는 아니었을 것이다.

(나) 改正協約은 原協約과는 전혀 무관한 별개의 條約이 아니라 原協約이 改正議定書에 의하여 개정된 것에 지나지 않는다. 이 점은 이 건 大法院判例도 지적한 바 있다.

(다) 「條約法에 관한 비엔나條約(이하 비엔나協約이라 한다)」 제40조(多者協約의 改正) 제5항에는 “개정하는 合議의 발효후에 條約의 當事國이 되는 국가는 그 국가에 의한 별도의 의사의 표시가 없는 경우에 다음과 같이 간주된다. ① 개정하는 條約의 當事國으로 간주된다. ② 개정하는 合議에 의하여 구속되지 아니하는 條約의 當事國과의 관계에 있어서는 개정되지 아니한 條約의 當事國으로 간주된다”고 되어 있다.

우리나라는 原協約을 개정하는 헤이그 議定書를 비준하였으므로 제5항 본문의 “개정하는 合議의 발효후에 條約의 當事國이 되는 국가”에 해당되고, 美國은 原協約에만 가입하고 헤이그 議定書를 비준하지 아니하였으므로 ②호의 “개정하는 合議에 의하여 구속되지 아니하는 條約의 當事國”에 해

당한다. 이때 우리나라와 美國과의 관계는 “개정되지 아니한 協約의 當事國” 즉 原協約에 관한 條約 當事國으로 간주되는 것이다.

물론 비엔나條約은 1969년 5월 23일에 채택되어 1980년 1월 1일부터 발효되었고(우리나라에서도 同日字에 발효되었다. 條約 제697호) 同協約 제4 조는 遡及效가 없다고 되어 있어서 同協約 제40조를 1929년의 바르샤바協約과 1955년의 헤이그議定書에 관한 문제에 직접 적용시키는 데에는 약간의 문제가 있다고 하겠으나 비엔나協約은 條約에 관한 國際慣習法을 成文化한 것이라는 점에서 제40조를 문제 해결의 근거로 삼아도 무리가 없다고 생각된다.

(라) 앞에서 언급한 改正協約 제21조 제2항 및 제23조 제2항의 취지에서도 그 타당성의 근거를 찾을 수 있다. 이들 조항의 취지는 원래 原協約에 가입하지 아니한 이상, 이를 개정하는 議定書에만 가입하여서는 아무런 소용이 없는 것이지만, 헤이그議定書만큼은 이것에 가입하면 原協約에 가입한 후 다시 改正議定書에 가입하여 改正協約의 적용을 받는 번거로움을 피하고자 하는데 있다고 보여진다. 그렇다면 改正議定書에의 가입은 原協約에의 가입을 당연한 전제로 한다고 볼 수 있다. 결국 原協約과 改正協約이 충돌하는 경우에는 原協約이 적용된다고 본다.

마지막으로 최근에 이 경우에는 原協約과 改正協約의 동일성이 인정되므로 原協約의 규정중에서 改正協約에 의하여 개정되지 아니한 부분에 대하여는 양국가가 協約의 當事國의 관계에 있다는 주장이 있다. 1983년의 大韓航空機 墜落사건을 審理한 美國聯邦地方法院이 내린 判決이 그 예이다. 이 입장에 따르면 우리나라와 美國은 協約 當事國 관계에 있다고 하게 된다.

前述한 바와같이 우리나라가 改正協約에만 가입한 것은 改正協約에만 가입하면 당연히 原協約의 적용도 받을 것으로 기대하였던 것이며 原協約의 내용을 철저히 배척하려는 의도는 아니었고, 改正協約은 原協約과는 전혀 무관한 별개의 조약이 아니라 改正議定書에 의하여 原協約이 개정된 것에 지나지 않는다는 점에서 兩協約의 동일성을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 여기에는 의문이 남는다. 즉 條約 當事國의 관계에 있다는 것과 구

체적으로 적용하여야 할 法律이 어느 것인가 하는 것은 별개의 문제이다. 條約 當事國의 관계에 있다고 하더라도 구체적인 문제해결에 있어서 어느 協約의 규정을 적용하여야 하느냐의 문제는 여전히 남는다. 예컨대 貨物·手荷物 運送에 있어서 運送人의 責任消滅時期를 정한 규정인 原協約 제26조와 改正協約 제26조중에 어느 것을 적용해야 하는가 문제는 해결되지 않는다. 또 運送人의 責任制限에 관한 協約 제22조에 관하여도 똑같은 문제가 생긴다.

결론으로 原協約 加入國과 改正協約 加入國間에는 상호 改正協約의 締約國인 관계에 있다고 볼 수는 없으며 따라서 이때 적용될 協約은 改正協約이 아니라 原協約이라고 본다.

(2) 爭點 (2)에 관하여

爭點 (2)는 바르샤바運送(바르샤바協約이 적용되는 國際航空運送)의 경우에도 이른바 請求權競合問題가 발생될 수 있는가 하는 점이다. 이 사건에 대한 서울民事地方法院判決은 “바르샤바協約의 규정 및 運送約款의 같은 내용의 조항들은 航空運送契約上의 債務不履行責任에만 적용될 뿐 航空運送中 발생한 不法行爲로 인한 損害賠償責任에도 당연히 적용된다고 볼 수는 없다”고 하여 請求權競合說을 취하였다. 그러나 이 사건에 대한 서울高等法院判決을 보면 “國際航空運送에 있어서 運送人측의 故意·重過失이 없는 한 運送人에 대한 訴는 그 請求原因이 契約不履行으로 인한 損害賠償責任을 묻는 것이든 不法行爲를 원인으로 한 損害賠償責任을 묻는 것이든 바르샤바協約에 정하여진 조건 및 제한내에서만 책임을 물을 수 있다”고 判決하였다. 일응 타당한 것처럼 보이나 故意 또는 重過失이 있으면 協約의 조건 및 제한이 적용되지 않는다는 듯한 暗示를 한 것은 문제가 있다고 본다.

그런데 이번 大法院判決은 “바르샤바協約은 제3장(제17조 내지 제30조)에서 國際航空運送人의 責任에 관하여 규정하면서 제24조 제1항에서 ‘제18조 및 제19조에 정하여진 경우에는 責任에 관한 訴는 名義의 여하를 불문하고 本協約에 정하여진 조건 및 제한하에서만 제기할 수 있다’고 규

정하고 있는 바 위 조항에서 ‘名義의 여하를 불문하고’라는 文言은 英語의 ‘however founded’에 대한 공식번역이기는 하나 이를 다른말로 풀이하면 ‘그 근거가 무엇이든지 간에’ 내지는 ‘그 請求原因이 무엇이든지 간에’로 해석되는 것임이 분명하므로 國際航空運送人에 대하여 그 航空運送中에 생긴 貨物毀損으로 인한 損害賠償을 청구함에 있어서는 그 契約不履행을 請求原因으로 하는 것이든 不法行爲를 請求原因으로 하는 것이든 모두 바르샤바協約에 정하여진 조건 및 제한내에서만 가능한 것이라고 할 것이고 그렇게 해석하는 것이 國際航空運送人의 責任에 관하여 위 協約의 규정과 다른 國內法을 적용하여 協約의 규정을 배제하는 결과를 초래하는 것을 방지함으로써 國際航空運送에 관한 法律關係를 규율하는 통일된 規範을 창조하려는 위 協約의 제정목적에도 부합하는 것이라 하겠다”라고 判示하여 바르샤바協約은 民法 전체에 대한 特別法이고 이 特別法은 그 제24조에서 債務者의 債務不履行行爲에 대하여는 물론 不法行爲에 대하여도 同法이 적용되도록 규정함으로써 請求權競合問題를 입법적으로 해결하고 있다고 본 것이다. 명쾌하고 정당한 判決이다.

(3) 爭點 (3)에 관하여

爭點 (3)은 協約 제26조의 異議陳述期間에 관한 문제이다. 協約 제26조와 관련된 문제는 ① 運送人이 이미 損壞事實을 알고 있는 경우에도 별도의 異議陳述이 필요한가, ② 運送人의 「故意」(wilful misconduct : 英美法上的 wilful misconduct는 大陸法上的 故意와 정확히 일치하는 개념은 아니므로 이것을 「故意」로 번역하는 것이 적당하지는 않으나 달리 표현하기도 어려워 本稿에서는 이를 「故意」로 번역한다. wilful misconduct에 해당되는 佛語는 dol이며, 獨語는 vorsatz로 번역되고 있다.)가 인정될 경우에도 제26조의 異議陳述期間에 관한 규정은 적용되는가, ③ 運送物의 毀損이 아니라 이 사건에서와 같이 수리 불가능할 정도로 破壞되었다고 할 적에 제26조 제 2 항이 정하는 短期의 異議陳述方法이 적용되는지 아니면 運送約款상의 120일의 異議陳述期間이 적용되는지 혹은 2년내에 訴를 제기하면 되는지, 그리고 ④ 이른바 「貨物異狀確證書」도 協約 제26조의 「運送證

券」에 포함되는지 하는 점이다. 아래에서 이들 문제점을 고찰하기로 한다.

첫째 協約은 受荷人 또는 旅客이 異議없이 貨物·手荷物を 引受한 때에는 貨物·手荷物は 反證이 없는 한 양호한 상태로 또 運送證券에 따라 引渡된 것으로 추정하므로(제26조 제1항)이로써 運送人의 運送契約의 이행은 종료되며 모든 契約上의 責任도 소멸한다. 그러나 貨物·手荷물에 毀損을 발견한 즉시 늦어도 貨物에 있어서는 이 受領日로부터 14일 이내(原協約이 적용되는 경우에는 7일 이내)에 手荷物の 경우에는 그 受領日로부터 7일 이내(原條約이 적용되는 경우에는 3일 이내)에 荷主가 運送人에 대하여 異議를 진술하면 運送人의 責任은 소멸하지 아니한다. 延着의 경우에는 荷主가 手荷物·貨物を 처분할 수 있는날로부터 21일 이내(原協約이 적용되는 경우에는 14일 이내)에 異議를 진술하여야 한다(제26조 제2항). 運送人은 이들 期間을 임의로 단축할 수 없다(제23조).

이와같이 協約이 異議陳述期間을 정하여 두고 있는 것은 運送人이 毀損의 사실을 알고 신속히 조사를 함으로써 더 이상의 손해발생을 방지하고 紛爭을 사전에 예방하면서 責任關係를 조속히 종료시키기 위한 배려이다. 異議陳述方法은 運送證券에 留保를 기재함으로써 또는 위의 기간내에 별개의 書面을 발송함으로써 진술되어야 하고, 口頭의 異議陳述은 효력이 없다. 텔렉스도 書面陳述로 인정될 수 있다. 實務에서는 運送人이 一定樣式(claim notice form)을 마련하여 이를 荷主가 기재하도록 하고 있는데, 이것도 適法한 異議陳述로 보아야 할 것이다. 일단 異議를 진술한 후 추가로 毀損이 발견되었으면 위의 기간내에 다시 추가로 異議를 진술하여야 한다.

運送人이 이미 毀損事實을 알고 있는 경우에도 별도의 書面異議가 필요한가에 관하여는 견해가 나뉘지만 異議陳述은 運送人에게 毀損事實을 알린다는 의미외에도 事故의 성질 및 손해의 범위를 조사하여 損害를 배상하라는 적극적인 의미도 갖는 것이고 또 運送人은 異議陳述이 있어야만 그 損害를 배상할 대책을 세우는 것이 보통이므로 이 경우에도 별도의 異議陳述이 필요하다고 본다. 貨物의 분실인줄 알고 분실에 관한 異議를 진술하였으나 후에 遲延 도착된 경우 遲延 도착으로 인한 損害賠償을 청구

하기 위하여는 별도의 異議陳述이 필요하다. 遲延의 경우에는 運送物이 도착하여 처분할 수 있는 날로부터 21일 이내에 異議를 진술하도록 되어 있으므로(제26조 제 2 항) 運送物 도착전의 滅失을 이유로 한 異議陳述만으로는 遲延에 대한 異議를 진술한 것으로 볼 수 없다. 貨物 도착으로 貨物 滅失로 인한 損害는 없는 셈인데 運送遲延에 대한 異議陳述이 없으면 運送人으로서 遲延으로 인하여 損害가 발생되었는지의 여부 및 被害者가 損害賠償을 청구할 의도가 있는지를 알 수 없기 때문이다.

이와같은 취지로 判決을 한 위의 大法院判決의 태도는 정당하다고 본다.

둘째 제26조 소정의 기간내에 異議陳述이 없으면 運送人에 대한 訴는 이제 받아들여지지 않는다. 다만 運送人에게 詐欺가 있는 경우에는 그러하지 아니하다(同條 4項). 詐欺란 運送人이 毀損, 滅失, 遲延을 故意로 은폐하려고 한것, 소정 기간내의 異議陳述을 막은 것 또는 막으려 한 것을 말한다. 단순히 毀損·遲延을 默秘한 것에 불과한 경우는 詐欺가 아니다. 受荷人에게도 물건을 검사하여야 할 의무가 있기 때문이다. 그리고 運送人이 適法한 運送證券을 교부하지 아니한 경우 및 運送人들에 故意가 있는 경우에도 運送人은 제26조를 援用하여 책임을 면할 수 있다는 것이 通說이다. 따라서 이와같은 취지로 判決한 大法院判決의 태도는 정당하다고 본다.

셋째 協約에는 破壞 및 滅失의 경우에도 제26조가 적용되느냐에 관하여 아무런 규정이 없다. 破壞·滅失의 경우는 毀損의 경우와는 달리 물건의 경제적 가치가 완전히 없어진 상태에 이르는 것을 말하므로 毀損과 破壞·滅失은 현실적으로는 어렵지만 분명히 구별하여야 할 개념들이다. 協約을 文理解釋하면 破壞·滅失의 경우에는 제26조의 責任消滅期間의 적용이 없게 된다. 이와같은 입장을 취한 美國의 判例도 있다(Dalton vs Delta Airlines 사건 : 14 Avi 17,219 및 Hughes-Gibb & Co. vs Flying Tiger Line : 16 Avi 17,492). 그리하여 貨物運送의 경우 運送約款에 破壞·滅失의 경우에는 運送狀 발행일로부터 120일 이내에 異議를 진술하여야 한다고 정하여 두고 있는 것이 대부분이다. 그런데 일부 解釋論에 의하면 破壞·滅失의 경우에는 제26조의 적용이 없으므로 제29조에 따라 2년내에 바로 損害賠償請求를 하거나 訴를 제기하면 된다고 하면서 運送人이 임의로 120

일의 기간을 설정하여 이 기간내에 異議가 없으면 책임을 면한다고 정한 約款의 규정은 運送人의 책임을 면제하는 규정으로서 協約 제23조에 위반하므로 無效라고 한다. 그러나 反對見解에 의하면 제26조는 運送人의 책임을 면제하는 규정이 아니며, 따라서 120일의 異議陳述期間을 정한 約款도 관계당국(예컨대 交通部長官)의 승인을 얻은 것으로서 유효한 것이라고 한다.

생각컨대 協約이 破壞·滅失의 경우에 관하여는 특히 異議陳述期間을 인정하지 아니한 것은 立法者들의 부주의로 누락된 것이 아니라 旅客 死傷의 경우에 異議陳述期間을 인정하지 않은 것과 마찬가지로 貨物의 경제적 가치를 완전히 상실해 버린 荷主를 보호하기 위한 조치로 생각된다. 따라서 이 경우에는 제26조의 적용이 없으므로 제29조에 따라 旅客의 死傷의 경우와 같이 2년내에 損害賠償을 청구하면 된다. 그러므로 이들 경우에는 120일이내에 異議를 진술하여야 한다는 約款의 규정은 적어도 우리나라에서는 제23조 위반으로 無效이다. 行政府의 승인은 約款의 효력요건이 아니다.

이 사건에서는 「破壞」라는 용어를 쓰고 있으나 이것이 協約上的 破壞(destruction)인지 毀損(damage)인지 불분명하다. 사실을 보면, 두번이나 破損된 물건을 公賣處分하려 하였으나 실패하였고, 결국에는 通關을 포기했다는 것이다. 그렇다면 이는 사실상 交換價値를 상실한 것 즉 「破壞」에 해당될 수 있고 따라서 제26조의 異議陳述期間은 이 사건에 적용이 없다고 주장할 수도 있었을 것이다. 그러나 原告는 筆者가 보기에는 가장 중요한 爭點을 놓쳤다. 주장되지 아니한 爭點에 대하여 法院은 판단의 필요가 없었을 것이다.

마지막으로 이 사건에서는 이 사건 貨物이 金浦空港貨物터미널株式會社 창고에 반입될 당시 被告會社 職員이 貨物의 일부에 異狀이 있음을 확인하고 그 確認書를 작성하여 창고에 교부한 사실이 있다고 하는데, 이때의 確認書를 協約 제26조의 「運送證券」으로 볼 수 있는지 또 그 確認事項을 「留保의 記載」로 볼 수 있는지 의문이다. 원래 航空運送契約은 不要式的 諾成契約이고 運送證券 역시 不要式證券이지만 協約이 요구하는 최소한의

기재사항(제 3 조, 제 4 조, 제 8 조)의 기재는 필요하다고 본다. 따라서 이와 같은 기재사항을 갖추지 못한 書面은 航空運送證券으로 볼 수 없다는 취지의 위 大法院判決은 정당하다고 본다.

V. 結 論

위의 大法院判決이 그 要旨 (1)에서 韓·美間의 運送에는 개정된 바르샤바協約이 적용된다고 說示한 것은 이 사건에서의 결과는 동일하지만 모든 内外國 判例 및 學者들의 견해와 어긋나는 것으로서 장차 시정되어야 할 것이다. 韓國과 美國이 상호 바르샤바協約의 當事國 관계에 있다고 한다면 수긍할 수 있겠지만 兩國이 改正協約의 締約國 관계에 있고 兩國間의 運送에 改正協約이 적용된다는 것은 납득하기 어렵다. 兩國間의 航空運送에는 原協約이 적용되어야 한다고 본다. 要旨 (2)와 (3)은 타당한 判決이라 본다.