

# 마르샤바協約上 Wilful Misconduct의 概念

崔 竣 璿\*

## 〈차 례〉

- I. 序 言
- II. **Wilful Misconduct**라는 概念이 사용되게 된 背景
- III. 프랑스法上의 ‘dol’
- IV. 英美法上의 **Wilful Misconduct**의 概念
- V. 헤이그議定書 및 海商法上의 認識·無謀의 要件
- VI. 結 言

## I. 序 言

Wilful misconduct라는 개념이 처음 사용된 것은 국제항공운송인의 책임에 관한 조약인 1929년 마르샤바協約(Warsaw Convention) 제25조이다. 제25조는, “故意的 惡行(wilful misconduct) 또는 係屬된 法院이 속하는 國家의 법률에 의하면 故意的 惡行에 相當하다고 인정되는 過失(default)에 의하여” (by “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

\* 全北大學校 法科大學 副教授·法學博士, 韓國航空法學會 監事

to wilful misconduct) 손해가 발생한 때에는 운송인의 책임은 제한되지 않는다는 취지를 규정한 것이다.<sup>1)</sup>

이 “wilful misconduct” 및 “wilful misconduct에 상당하다고 인정되는 default”의 개념은 후술하는 바와 같이 이것이 과연 무엇을 의미하느냐에 관하여 상당한 논쟁을 불러 일으켰고, 각국의 법원은 저마다 그 의미를 달리 해석하였다. Wilful misconduct는 프랑스법상의 惡意(dol)와 같은 의사적 성질(caractère intentionnel)을 가지지만, 동시에 타인의 안전을 무시하고 그 결과에 대하여 고려가 없는 부주의를 포함한다고 해석되고 있으므로,<sup>2)</sup> 이는 분명히 중과실 보다는 엄격한 개념이다.<sup>3)</sup> 이에 관한 해석을 법관에게 맡긴 결과 법관의 자의로 인하여 바르샤바조약의 골격이 붕괴되는 결과를 낳게 되었으므로, 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바協約(이를 헤이그議定書 : Hague Protocol이라 한다)은<sup>4)</sup> 이를 좀 더 구체적이고 분명하게 풀어서 다음과 같이 표현하였다. 즉, “운송인, 그의 고용인 또는 대리인(이하 이를 운송인측이라 한다)의 加害할 의사로써 또는 손해가 아마 발생할 것이라고 認識하면서도 無謀하게(不注意하게 : recklessly)<sup>5)</sup> 행하여진 作爲나 不作爲”(act or omission ... done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result ...)라는 표현이 그것이다. 여기서 “wilful misconduct”는 “with intent to cause damage”로 바뀌었고, “wilful misconduct에 상당하다고 인정되는 default”는

- 
- 1) 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 협약의 규정을 원용하는 권리를 가지지 아니한다(바르샤바협약 제25조 제1항).
  - 2) Marcel le Goff, Manuel de Droit Aerien Droit Privé, 1961, n° 282.
  - 3) Denis Nguyen Thanh-Bourgeois, contribution a l'étude de la fauté contractuelle: La faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes, Rev. trim. dr. civ. 1973. n° 21.
  - 4) 우리나라는 1967. 1. 28. 헤이그議定書에 대한 국회의 동의를 얻어 1967. 10. 11. 조약 제259호로 공포, 同日字로부터 효력이 발생되었다.
  - 5) 여기서 recklessly를 “無謀하게”로 번역한 것은 정당하다고 생각한다. 우리나라 외무부 방교국이 1971. 10. 30. 퍼넨 조약집 다자조약 제2권에 수록된 헤이그에서 개정된 바르샤바협약 제25조에 사용된 recklessly는 ‘부주의하게’로 번역되어 있으나, 1976년 海事債權責任制限條約 등의 내용을 수용한 우리 商法에서는 이를 바로잡았다.

“recklessly and with knowledge that damage would probably result”로 바뀌었다. 이와 같이 변경된 표현과 유사한 표현이 1968년의 비스비규칙(Vi-sby Rule : 1924년 선하증권통일규칙인 헤이그규칙을 개정하기 위한 改正議定書) 제2조 (e)호와 제3조 제4항, 1974년 아테네해상여객운송조약 제13조, 1976년 해사채권책임제한조약 제4조, 1978년 함부르그규칙 제8조 제1항, 1980년 유엔국제복합물건운송조약 제21조 제1항 등 많은 해상관계조약에서 사용되고 있어서, 현재는 국제적으로 널리 인정되고 있는 개념이 되었고, 급기야는 우리 海商法도 이러한 조약상의 개념을 수용하게 되었다. 1993년 1월 1일부터 시행된 改正商法 제746조 단서(선박소유자의 유한책임), 제789조의 2 제1항(운송인의 손해배상책임의 한도), 제789조의 3 제2항 단서(비계약적 청구에 대한 적용)에는 다 같이 “... 故意 또는 (...) 認識하면서 無謀하게 한 作爲 또는 不作爲로 ...”라는 표현이 사용되고 있다. 이 표현 중 ( )속에는 “損害發生의 兪려가 있음을”(제746조 단서와 제789조의 2 제1항) 또는 “運送物의 滅失, 毀損 또는 延着이 생길 兪려가 있음을”(제789조의 3 제2항 단서)이라는 표현이 삽입된다. 이와 같은 표현은 모두 운송인이 법률이 정한 자신의 책임제한의 이익을 상실하게 되는 사유(責任制限의 阻却事由)로써 규정된 것이다. 우리 海商法은 조약상의 표현인 “with the intention to cause such loss”를 故意라고 번역하고 있으나, 이는 잘못이다. “손해발생의 의도로써”라고 번역하여야 옳다. 후술하는 바와 같이 본래 “wilful misconduct”는 故意가 아니라 惡意에 해당하는 것이기 때문이다. 나아가 “認識하면서 無謀하게”라는 표현은 원문에 따라 충실히 번역하면서도 “with the intention to cause such loss”는 의역을 한 것은 동일조문 내에서도 서로 균형이 맞지 않는 것으로서 납득하기 어렵다.

어떻든 “認識하면서 無謀하게 한 作爲 또는 不作爲”의 개념에서 문제가 되는 것은 “認識”(with knowledge)과 “無謀(recklessly)”이 두가지 용어의 개념이다. “作爲”(act) 및 “不作爲”(omission)의 개념에 대하여는 이미 다른 법률에서도 널리 사용되고 있으므로 재론을 피하기로 한다.

本稿에서는 英美法 고유의 개념인 wilful misconduct의 의미를 밝히고, 이어서 헤이그 議定書 및 우리 海商法의 “認識”과 “無謀” 두 개념의 성립 요건을 살펴서, 이것을 우리의 民事責任關係에 어떻게 수용할 것인가를 검토하기로 한다.

## II. Wilful Misconduct라는 概念이 사용되게 된 背景

Wilful misconduct라는 용어가 처음 사용된 국제조약인 항공운송인의 책임에 관한 바르샤바협약의 성립에 관한 회의록 등 모든 문서는 프랑스어로 되어 있다. 운송인측에 wilful misconduct가 있으면 운송인은 운송인의 책임을 배제하거나 제한하는 협약의 규정을 원용하는 권리를 가지지 아니한다고 정한 협약 제25조의 프랑스어 정본에는 'dol'(惡意)이라는 용어를 사용하였다. 그런데 우리 나라에서는 이 "dol"을 "故意"로 번역하는 분도 있으나,<sup>6)</sup> 간단하게 정의할 수 있는 그러한 개념이 아니다. 필자는 이를 "惡意"로 번역하고자 한다. 이 'dol'의 개념이 간단한 것이 아닌만큼 바르샤바회의에서 영미법 학자들은 이 개념을 잘 모른다는 이유로 이를 'acte illicite intentionnel'로 풀어 쓸 것을 제안하였다. 이 때 영국대표인 Sir Alfred Dennis는 'intentionnel'이라는 용어와 연결시켜 볼 때 'illicit'의 의미 역시 알기 어렵다는 점 및 'dol'과 영미법의 'wilful misconduct'는 꼭 같은 개념은 아니라는 점을 지적하였다.

한편 'wilful misconduct'는 重過失과도 그 개념에 있어서 차이가 있다. 'Wilful misconduct'는 "의도적 행위"(intentional act) 또는 "無謀한 작위·부작위"(reckless act or omission)가 있어야 하며, 이에 더하여 "손해발생의 가능성에 대한 認識"(knowledge that damage would probably result)이 있어야 한다. 그리하여 프랑스 대표로 바르샤바회의에 참석한 George Ripert는 'dol'이라는 표현을 'faute grave'(重過失) 또는 이것과 같은 의미를 가진 'faute lourde'로써 대체하여서는 결코 안된다고 주장하였다. 왜냐하면 중과실의 개념이 너무 포괄적이어서 운송인측에 중과실이 있는 경우에 운송인에게 무한책임을 지우는 것이 적당하지 않기 때문이라는 것이다.

어떻든 이러한 논쟁은 이탈리아 대표로서 바르샤바회의의 의장직을 맡았던 Amadeo Giannini의 중재로, 협약 제25조의 의미는 대륙법계 국가와 영미법계 국가 모두에서 쉽게 이해되고 통일적으로 해석되어야 한다는 것을 전제로, 결국 '惡意에 의하여 발생하거나 또는 소가 계속된 법원이 속하는

6) 曹圭昌, 故意의 債務不履行責任, 考試研究 1991. 1. 159면; 梁三承, 民法 第393條를 준용하는 民法 第736條의 意味, 黃迪仁教授華甲記念 損害賠償法の 諸問題, 1990, 113면.

국가의 법률에 의하면 惡意에 相當하다고 인정되는 過失'(de son dol ou d'une faute qui d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol)이라는 귀절로 낙착되었다.

여기서 '惡意에 의하여 발생하거나 또는 소가 계속된 법원이 속하는 국가의 법률에 의하면 惡意에 相當하다고 인정되는 過失'이라는 표현을 쓰게 된 정확한 의도는 운송인측에 'dol'(惡意)이 있는 경우에만 운송인에게 무한책임을 지도록 한다는 것이었다. 이것은 'dol'이라는 개념을 사용하고 있는 국가에서는 항공운송인에게 'dol'이 있으면 협약상의 책임제한을 원용할 수 없다는 것이고 'dol'이라는 용어를 쓰지 않는 국가에서는 항공운송인에게 'dol'에 상당하는 과실이 있으면 협약상의 책임제한을 원용할 수 없다는 것이다. 따라서 "惡意(dol) 또는 ... 惡意에 相當하는 過失"은 예컨대 惡意·重過失 처럼 두 가지의 개념을 책임제한 조각사유로 규정한 것이 아니라, 'dol' 한 가지만을 책임제한 조각사유로 규정한 것이다. 그런데 이것이 헤이그 의정서에서는 마치 두 가지의 면책사유가 있는 것처럼 사용되게 되었다. 즉, "... 損害를 발생시킬 의도로써"한 作爲·不作爲의 경우 또는 "損害가 아마 발생할 것을 認識하면서 無謀하게 한" 作爲·不作爲의 경우가 그것이다. 그러나 이 문제는 결국 협약 프랑스어 정본의 'dol'(惡意) 한가지 문제이다.

한편 1929년의 바르샤바협약을 영국 국내법으로 시행하기 위한 영국 1932년의 항공운송법(Carriage by Air Act, 1932)에서는 협약 제25조의 문제된 문언을 뜻밖에도 'wilful misconduct'로 번역되었다. 이것이야 말로 바르샤바회의에 참석하였던 대표들이 그토록 애써 피하고자 하였던 결과였었다. 그리하여 'by his wilful misconduct or by such default on his part as, in accordance with the law of the court seized of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct'라는 귀절이 되었다. 이러한 귀절은 바르샤바협약에 대한 비공식 영역본에도 꼭 같이 사용되었다.

어떻든 협약 제25조는 전술한 바와 같이 헤이그 의정서에 의하여 개정되었다. 그러나 개정협약상의 표현은 '운송인, 그의 고용인 또는 대리인의 가해할 의사로써 또는 손해가 아마 발생할 것이라고 認識하면서 無謀하게 행하여진 작위나 부작위' 역시도 애매함을 피할 수 없는 것이다.

### III. 프랑스法上的 'dol'

#### 1. 총 설

로마법에서는 *dolous* 또는 *dolus*라고 하는 것이 있는데, 이는 프랑스어의 *dol*, 영어의 *fraud*, 독일어의 *arglistige Täuschung* od. *bösewillige Täuschung*에 해당하는 것으로서 詐欺를 의미한다. 그러나 로마법상의 詐欺의 개념은 현대의 惡意나 故意의 개념보다 훨씬 넓은 개념으로서 심지어는 過失에 해당하는 각 경우까지도 포함하였다.<sup>7)</sup> 로마법에서는 詐欺를 원인으로 하는 소송으로서 詐欺訴訟이 허용되었다. 詐欺를 원인으로 하는 소송 또는 항변을 함에는 처음에는 적극적인 詐欺行爲가 있는 경우에만 이를 허용하였으나, 차츰 채무자의 의식적인 信義違反行爲가 있는 경우에도 이를 인정하게 되었고, 이에 따라 詐欺의 개념도 확대되어 의식적인 詐欺行爲뿐만 아니라 不正이나 통상인의 상식에 비추어 정당하지 아니하다고 생각되는 이른바 信義·誠實에 반하는 모든 행위를 포함하는 개념으로 변질되었다.

프랑스 民法은 제1116조(詐欺[dol]로 인한 합의는 무효임), 제1117조(錯誤[erreur], 強迫[violence] 및 詐欺[dol]의 경우 무효 또는 취소소송 인정), 제1304조(무효 또는 취소의 소의 소권의 소멸시효) 등에서 'dol'이라는 표현을 사용하고 있고, 이는 모두 詐欺를 의미한다. 다만 제1150조와 제1151조에서도 'dol'이라는 표현을 사용하나, 이는 이미 법률관계가 체결된 債權者·債務者간의 術策을 뜻하는 *fraude*(詐欺)의 의미로 사용되었다.<sup>8)</sup>

위에서 본 것처럼 로마법과 프랑스법에서 'dolus' 또는 'dol'이라는 표현은 '詐欺'라고 번역하는 것이 가장 정확하나, 이때의 詐欺는 우리 民法上 詐欺者가 表意者를 기망하여 착오에 빠뜨리게 하려는 고의와, 이 착오에 기하여 의사표시를 하게 하려는 고의, 즉 二段階의 고의를 그 요소로 하는

7) 船田享二, 로마法 第三卷, 1970, 533-534면.

8) Dol은 사기, 기망의 뜻으로 아직 법률행위가 완성되지 않은 자, 즉 법률관계가 체결되지 아니한 자들 사이의 기망을 의미하나, *farude*는 詐欺의 의미로서 이미 법률관계가 존재하는 당사자간, 예컨대 채권자·채무자간의 술책이 있는 경우에 사용하는 개념이다. 프랑스 민법 제1150조와 제1151조의 *dol*은 사실은 *fraude*를 의미하는 것이다: 松野友芳, "フランス法における損害賠償の範圍について(一)" 大阪市立大 法學雜誌 第26卷 第2號(1979) pp. 248 注 1).

詐欺보다는 훨씬 넓은 개념이다. 필자의 생각으로는 ‘dol’은 우리 私法上詐欺보다는 약하고 故意보다는 강한 개념으로서 本稿에서는 이를 ‘惡意’라고 번역한다.

故意 < 惡意(dol) < 詐欺

본래 우리 私法에서 ‘惡意’는 ‘어떤 사정을 아는 것’이라는 의미이지만, 반드시 이와 같은 의미로만 쓰이는 것은 아니다. 우리 私法은 이미 ‘惡意’라는 표현을 두 가지의 의미로 사용하여 왔다. 예컨대 民法 제840조 제2호에서는 배우자가 惡意로 다른 일방을 유기한 때에는 재판상 이혼원인이 된다고 하는 것이나, 商法 제121조 제3항에서 운송주선인에게 惡意가 있는 때에는 1년의 책임의 단기소멸시효기간의 적용이 배제된다고 정한 것(제147조: 운송인에게도 준용, 제154조 제3항: 공중접객업자의 책임의 시효, 제166조 제3항: 창고업자의 책임의 시효에서도 같다)에서의 惡意는 ‘타인에게 害를 주려는 意思’ 또는 ‘손해발생의 의욕’과 같은 의미로 사용되고 있다.<sup>9)</sup> 프랑스어 ‘dol’은 바로 이러한 의미에서의 惡意概念과 일치한다.<sup>10)</sup>

## 2. 우리 私法上的 故意의 意義

故意(dolous, Vorsatz)라 함은 위법한 결과를 인식하면서도 이를 의욕하는 심리상태를 말한다.<sup>11)</sup> 채무불이행과 관련하여서는 채무자가 자기의 이행 의무를 알면서 정당한 사유 없이 그것을 의도적으로 이행하지 않는 경우 불이행에 대한 고의가 인정된다.<sup>12)</sup> 종래 고의에 관하여는 일정한 결과의

9) 李範燦·崔竣璿, 商法概論, 1992, 171, 199면 참조.

10) 따라서 해상운송조약에서 사용되고 있는 ‘with intent to cause damage’라는 표현의 정확한 번역은 ‘손해발생의 의도로써’라고 하여야 하고, 이는 프랑스법의 ‘dol’이라는 개념과 일치한다. 따라서 앞서 열거한 우리 商法の 각 조문은 상당한 오역을 하고 있음을 지적하지 않을 수 없다(同旨, 金東勳, 船舶所有者 등의 責任制限權의 喪失, 고시계, 1993. 9. 150면). 고의보다는 차라리 ‘惡意’라고 번역하였으면 훨씬 나았을 것이다.

11) 金亨培, 債權總論, 1992. 169면.

12) 李銀榮, 債權總論, 1992. 188면.

발생에 대하여 인식만 있으면 충분하다는 관념주의(豫見主義)와, 결과의 인식 외에 의욕이 필요하다라는 意思主義가 대립되어 있었는데, 양자의 중요한 차이점은 후자의 경우에는 未必의 故意(dolous eventualis)의 개념을 인정한다는 데 있다. 그러나 오늘날에는 양자를 절충하여 설명한다. 즉, 고의는 결과의 예견이 완전하지 않은 때에는 결과의 발생을 인용하거나 의욕하여야 하고, 완전한 때에는 인식만을 요한다. 따라서 미필적 고의에 있어 결과의 예견이 불완전하면 의욕이 있어야 하고, 그 예견이 대체로 완전할 때에는 인식만 있으면 고의가 된다.<sup>13)</sup>

### 3. 프랑스私法上 惡意의 意義

#### (1) 전통적인 惡意의 개념

프랑스私法上 전통적으로 損害를 야기할 意思, 즉 損害發生意思를 고의적인 과실(faute intentionnelle=故意)이라 하고, 이 고의적인 과실의 존재여부가 惡意(dol) 및 불법한 과실(faute delictuelle)의 존부를 판단하는 기준이 된다고 한다.<sup>14)</sup> 이와 같은 전통적인 見解에 서면 契約法上의 惡意와 不法行爲上의 惡意가 서로 구분되지 아니한다. 양자는 모두 고의적인 과실(faute intentionnelle=故意)의 범주에 속하게 되고, 損害惹起의 意思는 兩概念의 중심이 된다.<sup>15)</sup> 契約責任에서의 과실은 善良한 家父의 주의를 기준으로 하여 추상적으로 판단됨에 대하여, 전통적인 개념의 惡意의 存否는 行爲者의 심리적인 容態를 기준으로 具體的으로(in concreto) 판단되는 점에서 본질적인 차이가 있다.<sup>16)</sup>

#### (2) 확장된 惡意의 개념

이에 대하여 불법행위법상의 惡意와 계약법상의 惡意를 개념상 구분하는 견해가 있다. 不法行爲에서의 惡意는 바로 損害惹起의 意思를 말한다. 이때의 惡意는 아무런 法的 關係도 없는 타인의 생활권에서의 불법적이고 자발적 侵害이다. 이에 대하여 契約不履行의 경우에는 損害惹起의 명백한

13) 金基善, 韓國債權法總論, 1987, 105면.

14) H. Mazeaud et L. Mazeaud, Leçons de droit civil 3 éd., t. 2. n° 446.

15) ibid.

16) R. Jambu-Merlin, Del et faute lourde, D. 1955, Chron., p. 90.



意思가 없더라도 성립한다. 즉, 계약책임에서는 신의·성실의무의 위반 그 자체가 이미 惡意를 구성한다.<sup>17)</sup> 不法行爲에서는 가해자와 피해자간에 아무런 적극적 의무도 없기 때문에 害意가 惡意의 성립을 위한 불가결의 요건이지만, 契約에서는 加害의 意思가 없는 단순한 소극적 부작위일지라도, 그것이 계약의 불이행을 초래한다면 이는 신의·성실의무의 위반이고, 따라서 惡意의 존재를 인정하기에 충분하다.<sup>18)</sup> 여기서 契約法上의 惡意와 不法行爲法上의 惡意가 서로 구분된다. 확장된 惡意는 契約法上 채무를 이행하지 아니할 명백한 의사, 즉 채무불이행의사를 말한다.<sup>19)</sup> 論者에 따라서는 이를 더욱 확장하여 '손해발생에 관한 채무자의 인식'만 있어도 惡意가 성립한다고 한다.<sup>20)</sup> 여기서 惡意의 개념은 손해야기의 의사에서 채무불이행의 의사 또는 손해발생에 관한 채무자의 인식까지도 포함하는 개념으로 확장되고 있음을 볼 수 있고, 이와 같이 확장된 惡意의 개념하에서는 중전의 重大한 과실의 개념도 惡意의 범주에 포함된다.

이와 같이 확장된 惡意의 개념은 1969. 4. 4. 프랑스 破棄院 第一民事部 判決에서 지지를 받았다. 판례의 事案은 다음과 같다.

코메디-프랑세즈와 그로부터 고정급을 받은 배우는 전자의 특별한 허가가 없는 한 후자가 영화에 출연할 수 없고 이를 위반하였을 때에는 후자는 전자에게 違約金을 지급한다는 뜻의 계약을 체결하였다. 배우가 코메디-프랑세즈의 理事의 제지를 무시하고 영화에 출연하였고, 이에 코메디-프랑세즈는 본래 약정한 損害賠償으로서 청구할 수 있기 위해서는, 業務不履行이 채무자의 자발적 의사에 의해서 이루어진 것만으로는 부족하고, 배우에게 고의적인 과실이 있었던 것, 나아가 이에 더하여 계약상대방측의 손해야기의 의사에 대한 증거가 있어야 한다고 하여 코메디-프랑세즈의 청구를 기각하였다. 이에 대하여 破棄院 第一民事部는, 파리抗訴法院의 엄격한 惡意概念을 배척하면서, 의도적으로(de propos délibéré) 계약상 의무를 불이행한 채무자는, 비록 상대방에 대한 손해야기를 의욕하지 아니하였다고 하더라도 그 채무불이행은 고의적인 과실에 해당한다고 판시하여

17) R. Jambu-Merlin, supra note(16), p. 92.

18) ibid.

19) ibid.

20) J. Mazeaud, D. 1969. p. 602; D. N. Thanh-Bourgeois, supra note (3), n° 12.

코메디-프랑세즈의 청구를 인용하였다.<sup>21)</sup>

확장된 惡意 概念을 채택한 破棄院 第一民事部 판결은, 그 후에 계속되는 일련의 판례에 결정적인 영향을 주었다. 이 점에 관해서 Viney는, “계약법상 惡意의 개념은 履行에 관한 自發的 또는 意圖的(délibéré)인 拒絶에서 벗어나 전문직에 종사하는 자가 그 의뢰인의 이익을 무시한 것이 명확하면, 重大한 부주의의 경우에도 고의적인 과실이 인정되게 된다”라고 요약하였다.<sup>22)</sup>

惡意의 존재여부를 판단함에 있어 損害惹起의 惡意를 요건으로 한다면 계약법에서는 惡意概念이 空洞化하게 될 우려가 있다. 왜냐하면 채무불이행의 경우 일반적으로 계약의 상대방에게 손해를 줄 것을 목적으로 하는 경우는 드물고, 대개 채무자 스스로의 이익만을 도모하기 위하여 채무를 불이행하기 때문이다.<sup>23)</sup> 그럼에도 불구하고 손해야기의 의사를 惡意의 성립요건으로 한다면, 의도적으로 의무를 이행하지 않는 채무자도 채권자가 이러한 의사의 존재를 증명하지 못함을 근거로 惡意의 존재를 부정할 것이기 때문이다.<sup>24)</sup>

요컨대 계약책임에서의 惡意의 성립은 채무불이행의 의사 또는 채무자가 자신의 과실에서 ‘야기될 손해를 認識’(conscience)하면 충분하고, 종래의 전통적 惡意概念이 그 불가결의 요건으로 하였던 ‘손해를 야기할 목적’으로 행위할 것까지 요구하지는 않는다.<sup>25)</sup> 그러나 이와 같이 契約法에서 확장된 惡意概念은, 종전의 엄격한 定義에 의한 惡意와 비교하여 그 적용범위를 실제로는 크게 확대한 것은 아니다. 왜냐하면 본래 채무불이행의 의사 또는 손해야기의 의사라는 것은 내심의 의사이므로 입증에 불가능하기 때문이다.

#### 4. 小 結

이상에서 고찰한 바와 같이 프랑스법에서 말하는 惡意(dol)와 이에 대

21) Cour de Cassation Civil 1, 4 février 1969, D. 1969. 601.

22) G. Viney, Traité de droit civil les obligation la responsabilité, 1982, n° 622.

23) J. Mazeaud, supra note (20), p. 601.

24) ibid.

25) J. Mazeaud, supra note (20), p. 602; H. et L. Mazeaud, Jean Mazeaud et Michel de Juglart, Leçons de droit civil obligations: Théorie géorie générale, t. 2, 1 vol., 4 é., n° 446.

응하는 것으로 생각되는 우리 법상의 故意는 동일한 것이 아니다. 즉, 프랑스법상의 惡意는 전통적인 해석에 따르면 손해를 야기시킬 의사를 말한다. 이에 대하여 우리법상의 고의는 민법 제750조에서는 권리침해를 인용한다는 의미이고 손해발생을 의욕할 것 까지를 의미하지는 않는다. 마찬가지로 채무불이행에 있어 民法 제390조는 채무자의 귀책요건으로서의 고의도 채권자에 대한 손해야기의 의사가 아니라 채무자가 자기의 이행의무를 알면서도 정당한 사유 없이 그것을 의도적으로 이행하지 않는 것을 말한다.<sup>26)</sup> 故意는 손해야기의사를 포함하는 의미로 사용하는 경우가 없는 것은 아니지만, 이러한 의사의 유무는 고의의 전제가 되는 것은 아니다. 우리 私法上的의 故意는 프랑스법상의 확장된 의미의 惡意의 개념과 매우 흡사하다. 프랑스법상 확장된 의미의 惡意란 계약이행에 필요한 것을 하지 않으려는 명백한 의사이다.<sup>27)</sup>

#### IV. 英美法上的 Wilful Misconduct의 概念

##### 1. 총 설

바르샤바협약의 프랑스어 ‘dol’은 영미법에서는 wilful misconduct로 번역되었는데, 문제는 wilful misconduct의 의미이다.<sup>28)</sup> 필자는 최근에 발행된 몇 권의 외국 海商法 서적을 참고하였지만 海商法에서는 wilful misconduct와 “認識”과 “無謀”의 요건에 관한 판례를 찾을 수 없었다. 그러나 航空私法分野에서는 이에 관하여 종래 많은 논의가 있어 왔고,<sup>29)</sup> 판례도 상당히 축적되었으나,<sup>30)</sup> 아직도 이 문제가 명확히 해결된 것은 아니다. 특히 미국에서는 항공운송인의 책임에 관한 1955년의 헤이그의정서를 채택하지 아

26) 同旨, 李銀榮, 전계서, 188면.

27) R. Jambu-Merlin, supra note (16), p. 92.

28) 崔竣璿, 國際航空運送法論, 1987, 124면 이하 참조.

29) 高田桂一, “故意・重過失による航空機事故と有限責任”, 空法, 제20·21 합병호(1978), 72면 이하; 金澤理, “ワルソ-條約第25條の‘故意に相當すると認められる過失’の意義”, 空法, 제8호(1963), 126면 이하; 桐山武, “ワルソ-條約第25條の‘故意に相當すると認められる過失’の意義”, 空法, 제9호(1966), 50면 이하; 山崎悠基, “第25條の重過失の概念”, 空法, 제8호(1963), 107면 이하; 崔竣璿, 전계서, 124면 이하.

30) 崔竣璿, 전계서, 129면.

니하며 1929년 바르샤바협약이 현재까지 그대로 시행되고 있어서 바르샤바협약 제25조에 사용된 wilful misconduct의 개념에 관해 판례와 wilful misconduct의 존재여부를 묻는 판례가 생산되고 있다.

미국의 항공운송법 판례에 나타난 wilful misconduct의 성립요건을 정리해보면, 행위자가 자신의 작위·부작위가 위법행위임을 자각하고 있으면서도 결과가 어떻게 되든 불문하고, 또는 어떠한 결과가 발생할 수 있다는 점에 관하여 개의치 아니하고 無謀하게 그 작위·부작위를 계속하는 것을 말한다.<sup>31)</sup>

최근 판례 중에 wilful misconduct를 인정한 것을 몇가지 예시하면 다음과 같다.

## 2. Wilful misconduct의 존재를 인정한 판례

*Charles King vs. Eastern Airlines, Inc.* 사건에서는 12번이나 기름의 누출을 방지하는 이른바 “O-rings”을 장치하지 아니하여 엔진이 고장을 일으킨 사례가 있음에도 불구하고 이를 시정하지 아니하여 다시 엔진고장을 일으키고 항공기의 급강하로 인하여 여객에게 정신적 불안을 일으킨 것은 그 성격에 있어서 무법(outrageous)하고 그 정도에 있어 극심(extreme)하므로 wilful misconduct에 해당하고, 따라서 이 때 운송인은 협약 제25조의 책임제한을 원용할 수 없다고 한다.<sup>32)</sup> 또 *Korean Air Lines Company, Ltd.*,

31) 崔竣躋, 전제서, 137면.

32) Florida District Court of Appeal, Third District, 25 October 1988: CCH Aviation Cases(이하 Avi로 약칭한다) 21 Avi 18,278(다수의견. 이에 대하여 Eastern Airline이 적절히 점검·정비·운용하지 아니한 것이 “의도적이거나 無謀한”(intentionally or recklessly) 것은 아니므로 항공사측의 wilful misconduct를 부정하는 Barkdull판사의 소수의견이 있음. 그에 의하면 wilful misconduct는 “... had acted with an intent which is tortious or even criminal, or that he has intended to inflict emotional distress, or even that his conduct has been characterized by ‘malice’, or a degree of aggravation which would entitle the plaintiff to punitive damages for another tort. Liability has been found only where the conduct has been so outrageous in character, and so extreme in degree, as to go beyond all possible bounds of decency, and to be regarded as atrocious, and utterly intolerable in a civilized community. Generally, the case is one in which the recitation of the facts to an average member

*et al. vs. State of Alaska, et al.* 사건에서는 視界가 나쁜 상태에서 나침반(compass)으로 상호체크(cross check)를 하여 위치확인을 하지 아니하고 FAA 視界要件(FAA visibility requirement)을 위반하여 항공기를 이륙시킨 것은 wilful misconduct에 해당하며, 이것이 사고의 법적 원인이라고 한다.<sup>33)</sup>

1993년 구소련 사할린 상공에서의 대한항공기 피격사건인 *In Re Korean Air Lines Disaster of September 1, 1983* 사건에서는 원고가 제출한 모든 증거에 비추어 볼 때 운송인에게 wilful misconduct를 인정할 만한 모든 요건이 성립하는 것으로 추단할 가능성이 있다고 하였다.<sup>34)</sup> *Carolyn Butler, et al. vs. Aeromexico* 사건에서는 착륙예정공항에 안개가 끼어 있어 고도 818 feet에 이르러서도 시계가 불투명하였고, 레이다마저 사용하지 아니한 채 의도적으로 착륙을 감행한 것은 그와 같은 상황에서 여객의 死傷이 발생할 것을 認識하면서 한 無謀한 행위로서 운송인측의 wilful misconduct가 있다고 하였다.<sup>35)</sup> 또 *Merck and Co., Inc. vs. Swiss Air Transport Co., Ltd.* 사건에서는 운송인이 실험용 ワク센(vaccines)을 그 가치 및 취급주의를 해야 할 필요성을 알면서도 냉장실이 아닌 냉동실에 적치하여 못쓰게 만든

---

of the community would arouse his resentment against the actors, and lead him to exclaim, 'Outrageous!' 라 한다. 나아가 이 사건에 대한 Florida Supreme Court 판결도 oil 유출방지에 필요한 "O-ring"을 설치하지 아니하여 엔진의 고장을 유발시킨 것은 정비불량일 뿐, wilful misconduct는 아니라고 한다 : 15 February 1990: 22 Avi 17,816.

33) Alaska Supreme Court, 1 September 1989: 22 Avi 17,388.

34) United States District Court, District of Columbia, 21 August 1990: 21 Avi 18,561 (for related decisions, see 20 Avi 18,535, 18,467, 18,223, 19 Avi 17,578, 17,584, 17,596, 17,853, 18,417, 18 Avi 17,339 and 17,942); H. L. Silets, Something Special in the Air and on the Ground: The Potential for Unlimited Liability of International Air Carriers for Terrorist Attacks under the Warsaw Convention and Its Revisions, 1987 JALC 366: "the wilful performance of an act that is likely to result in damage or wilful action with reckless disregard of the probable consequences".

35) United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, 18 October 1985: 19 Avi 17,961; United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *Carolyn Butler, et al. vs. Aeromexico*, 18 October 1985: 19 Avi 17,961; Michael J. Sehr, Recent Developments, in: Aviation Case Law, 1987 JALC 122.

것에는 운송인의 wilful misconduct가 있다고 한다.<sup>36)</sup>

### 3. Wilful misconduct의 존재를 부인한 판례

반면에 *B.R.I. Coverage Corp. vs. Air Canada* 사건에서는 화물운송에 있어서 항공기 대신 트럭으로 운송한 경우, 운송약관에서 이를 허용하고 있으므로 운송인에게 wilful misconduct가 없다고 한다.<sup>37)</sup> 또한 *Baker vs. Landsdell Protective Agency* 사건에서는 항공사의 직원이 여객의 핸드백 속에 있던 보석을 훔친 것이 운송인측의 wilful misconduct라는 주장에 대하여, 그 직원의 행위는 고용계약 범위의 외의 행위이므로 운송인에게 책임을 돌릴 수 없다고 한다.<sup>38)</sup>

### 4. Wilful misconduct의 존재에 대한 입증책임

Wilful misconduct의 존재는 이를 주장하는 자인 여객<sup>39)</sup> 또는 하주가<sup>40)</sup> 입증하여야 한다. 따라서 부기장이 항공기의 고도를 잘못 읽었을 뿐 아니라 고도계가 경고음을 발함에도 불구하고 기장과 부기장이 이에 대해 아무런

- 
- 36) United States District Court, Southern District of New York, 6 December 1985: 19 Avi 18, 190; Michael J. Sehr, supra note (35), 1987 JALC 121. 이와 유사한 사건으로 Australian Court of Appeals, *QUANTAN Airways Ltd. vs. SS Pharmaceutical Co Ltd. and Anor*(1989) 1 LR 319; *David Reynolds*, Cargo Damage - Article 25 Warsaw Hague Convention: 1991 Air Law 19 f. 참조. 이 사건에서는 wilful misconduct가否認되었으나, 이 사건 제1심에서는 이것이 인정되었었다. 이 밖에 United States District Court, Southern District of New York, *Deborah Ann Galu vs. Swissair, et al.*, 3 August 1987; 20 Avi 18,550; H. L. Silets, supra note (34) cit., 1987 JALC 365 ff. 참조.
- 37) United States District Court, Eastern District of New York, 4 November 1989: 22 Avi 17,576.
- 38) 590 F. Supp. 165(S.D.N.Y. 1984): Michael J. Sehr, supra note (35), 1987 JALC 121.
- 39) Swiss Federal court, *Jenny Ciaudio vs. Aviance Aerovias Nacionales De Colombia*, 29 June 1987: 20 Avi 18,320.
- 40) New York Supreme Court, N.Y. County, *Plaza Recycling company, Inc. vs. British Airways, Inc.*, 5 February 1986: 19 Avi 18,422(for a prior decision, see 19 Avi 17,385).

주의를 기울이지 아니한 것은 사실이라고 하더라도, 여객이 기장과 부기장이 아마도 손해가 발생할 것이라는 것을 認識하면서도 부주의하게 이를 무시한 것을 입증하지 못한 경우, 운송인은 협약이 정한 한도 내에서만 손해배상 책임을 진다.<sup>41)</sup> 실손해액이 운송인의 책임한도액에 미달하는 경우, 운송인의 wilful misconduct를 논의할 필요가 없다.<sup>42)</sup>

## V. 헤이그 議定書 및 海商法上的의 認識·無謀의 要件

### 1. 學說의 態度

#### (1) 우리나라의 學說

“認識하면서 無謀하게 한 作爲 또는 不作爲”의 개념에 관한 판례는 아직 없다. 다만 우리 나라의 최신 海商法 教科書에서 이에 대한 언급이 있으나, 論者마다 약간씩 의미를 달리 해석함으로써 이것이 과연 무엇을 의미하는가에 관하여 정설이 없는 형편이다.

먼저 이를 故意 쪽에 속하는 것으로 보는 시각이 있다. 孫珠璿교수는 이를 “主觀的 要素는 故意 또는 그에 준하는 것이며… 重過失보다는 故意에 가까운 개념”이라 풀이하고,<sup>43)</sup> 李均成교수는 “消極的인 故意(말하자면 刑法上的의 未必의 故意)를 가리킨다”<sup>44)</sup> 또는 “損害發生의 可能性을 認識하면서 감히 하는 行爲, 즉 그러한 認識에 逆行하면서 감행한 行爲”라고<sup>45)</sup> 해석한다. 宋相現교수와 金炫변호사는 “고의라 함은 선박소유자가 결과의 발생을 희망하거나 결과의 발생을 목적으로 하는 동시에, 작위 또는 부작위의 결과로써 손해가 발생할 것을 주관적으로 認識하는 것을 말한다. 이를 소극적(또는 미필적) 고의라고 할 수 있다”고 하여 고의의 개념부터 정립한 다음, “無謀함이란 고의에 준하는 고도의 태만한 상태이므로 중과실보다 무거운 정도의 잘못이다”고 한다.<sup>46)</sup> 數的으로는 이 견해가 다수이다.

41) 위의 *Jenny Claudio vs. Avianca Aerovias Nacionales De Colombia* 사건 : 20 Avi 18,320.

42) United States District Court, Eastern Distrit of Louisiana, *Maria C. Roudriguez vs. Taca International Airliness S.A., Inc.*, 23 December 1988: 21 Avi 17,807.

43) 孫珠璿, 商法(下), 1993, 726면.

44) 李均成, 국제해상운송법연구, 1984, 147면, 245면.

45) 李均成, 新體系 海商法諸論, 1988, 125면.

46) 宋相現·金炫, 海商法原論, 1993, 196-196면.

다음 이를 重過失 쪽에 가까운 듯한 설명을 하는 견해가 있다. 崔基元 교수는 “故意에 준하는 重過失”에 해당한다고 하며,<sup>47)</sup> 蔡利植 교수는 “손해의 발생을 인용하고 한 행위뿐만 아니라 중대한 과실로 손해가 발생하지 않을 것으로 믿거나 혹은 중대한 과실로 손해발생가능성에 대한 認識이 미치지 못하고 행한 모든 행위를 말한다”고 하고,<sup>48)</sup> 李基秀 교수도 꼭 같은 설명을 한다.<sup>49)</sup>

그런데 이들 학설의 견해차는 실제로는 그다지 큰 것은 아니다. 이들 學說은 대체로 故意와 重過失을 각각의 極으로 그 중간 어딘가에 ‘認識·無謀’要件을 위치시키고 있다. 따라서 ‘認識·無謀’要件을 명백히 하려면 우선 故意와 重過失이라는 兩極의 개념과 요건을 명백히 할 필요가 있다. 重過失은 責務者의 有責性(Verschulden)의 체계상 과실에서 출발하여 고의로 가는 중간쯤에 위치하는 개념이다.

그러나 우리 民事責任體制 아래서는 결과적으로 발생한 손해의 회복에 중점을 두어 행위자의 주관을 중시하지 아니하는 까닭에 故意와 過失은 이를 특히 구별할 實益이 없고, 따라서 이 兩者를 거의 一體의 것으로 취급하는 것이 보통이다. 더욱이 歸責要件으로서의 故意는 過失과 併用되는 것이 보통이고, 그 존재에 대한 입증도 곤란하기 때문에 私法上 故意概念의 그림자에 묻혀 드러나지 않고 있는 상황이다. 한편 특히 商法에서 責任制限阻却事由 또는 免責事由로서의 故意의 개념이 널리 상용되고 있으나, 이때에는 故意가 重過失과 병용되고 있어서 重過失이 그 故意의 代用機能을 담당하고 있는 상황이다.<sup>50)</sup> 그리하여 이래 저래 고의의 개념은 우리 私法에서 많이 사용되고 있는 개념이면서도 주목을 받지 못하는 개념으로 남아 있다. 따라서 ‘認識·無謀’要件을 파악함에 있어서도 그 座標軸인 故意 및 重過失 그 자체가 불확실한 상황인 것이다. 따라서 ‘認識·無謀’要件問題는 동시에 故意 및 重過失의 개념과 범위문제라고도 할 수 있다.

47) 崔基元, 海商法, 1993, 81면.

48) 蔡利植, 商法講義(下), 713면.

49) 李基秀, 保險法·海商法, 1993, 399면.

50) 故意는 행위자의 内心의 문제이기 때문에, 故意有無에 대한 입증이 곤란하지만, 重過失은 善良한 管理者의 注意義務를 기준으로 하여 객관적으로 그 存否를 판단할 수 있기 때문에, 故意보다도 훨씬 증거가 용이하다. 따라서 故意와 重過失이 병용되는 규정에서는 重過失이 입증이 곤란한 故意를 대체하는 기능을 한다.



(2) 各國 法院의 見解

위에서 언급한 바와 같이 ‘認識·無謀’要件은 故意와 重過失 사이에 존재하는 것으로 보는 것이 일반적이다. 그러므로 우선 고의와 중과실의 개념이 확립되어 있지 않으면 안된다. 그런데 필자가 다른 논문에서 언급하게 될 것이지만,<sup>51)</sup> 로마法上 이른바 culpa lata dolous est(重過失은 惡意이다) 또는 culpa lata dolous aequiparatur(重過失은 惡意에 상당한다)라는 法諺에서 크게 영향을 받은 독일과 일본 및 우리 나라에서는 사법상 중과실과 고의를 동일하게 취급함에 비하여, 벨지움과 이탈리아에서는 양자는 달리 취급하고 있고, 프랑스에서는 견해가 일치하지 못하고 있는 형편이다. 따라서 우리나라에서는 고의와 중과실을 구별할 실익이 거의 없고, 오히려 중과실과 통상의 과실의 구별이 문제된다. 이에 비하여 프랑스법에서는 惡意(dol)를 인정할 뿐, 중과실의 개념은 법전에는 사용되지 않고 있다. 오직 개별적인 문제에서 惡意와 중과실의 동일시 여부에 관하여 논의가 되고 있을 뿐이다. 그러므로 ‘認識·無謀’要件에 관한 문제는 고의와 중과실을 일체의 것으로 입법하고 있는 獨法係보다는 惡意와 중과실, 고의적인 과실, 용서할 수 없는 과실 등을 그 개념상 구별하는 프랑스법에서 추적하는 것이 시사하는 바가 크리라 본다.

프랑스에서는 1929년 바르샤바협약 성립전인 1924년에 이미 항공법이 있었는데, 이는 국내항공운송에 관한 법률이었다. 프랑스는 1955년 헤이그 의정서가 성립된 후 1957. 3. 2. 법률로 국내민간항공운송법을 개정하여 국내운송에 관하여도 바르샤바체제를 도입하기로 하였다. 개정된 민간항공운송법 L 321-4조는 바르샤바협약 제25조의 적용에 관하여 惡意(dol)에 상당하는 과실이란 용서할 수 없는 과실을 말하고, 용서할 수 없는 과실이란 손해발생의 염려가 있음을 認識하고서도 정당한 이유 없이 이를 無謀하게 인용한 고의적인 과실(faute délibérée)을 말한다고 규정하였다. 여기서 프랑스 민간항공운송법 L 321-4조에 구체화 된 운송인의 책임제한 조각 사유는 헤이그 의정서의 “無謀·認識”의 요건과 매우 유사하고, 이는 사실상 無謀·認識의 요건을 용서할 수 없는 과실로 해석하여 프랑스 민사법체계에

51) 崔竣璿, 商法上 重過失과 故意의 同一視問題, 湖南商事法研究會刊, 商事法研究 創刊號 (1994)에 게재할 예정임.

수용한 것이다.

1953년의 파리 공소원의 판결을 보면 협약 제25조의 ‘고의에 상당하는 과실’(faute équivalent)의 ‘중과실’(faute lourde)이 아니라 ‘용서할 수 없는 과실’ 또는 ‘허용할 수 없는 과실’(faute inexcusable : inexcusable default)에 해당한다고 한다. 이 용서할 수 없는 과실이라는 개념은 프랑스의 근로자재해보상법에서 사용되고 있는 개념이다.

### (3) 프랑스법상의 용서할 수 없는 과실

(가) 용서할 수 없는 과실의 의의 : 프랑스법에서 ‘용서할 수 없는 과실’의 개념이 도입된 것은 1989. 4. 9. 법 제20조이다.<sup>52)</sup> 1898년법은 근로자가 근무중 사고로 인하여 손해를 입은 경우 그 손해가 사용자의 과실에 의한 것임을 증명하기가 매우 어렵기 때문에 이를 구제하기 위한 것이었다. 이 법은 ① 산업재해로 인하여 손해를 입은 근로자는 사용자에 대하여 자동적인 보상청구권을 인정함으로써 사용자의 과실을 구태여 입증할 필요가 없도록 한다는 것, ② 이와 교환조건으로서 사용자의 불법행위책임을 부정하고 재해를 입은 근로자에 대한 사용자의 책임을 일정률로 제한한다는 것이다. 다만 정률보상은 ① 근로자가 고의적인 과실(faute intentionnelle)로 인하여 사고를 초래한 경우에는 이를 하지 아니하고, ② 근로자에게 허용할 수 없는 과실이 있는 때에는 법원은 이를 감액할 수 있으며, 동시에 ③ 사용자측에 재해발생에 관하여 용서할 수 없는 과실이 있는 경우 근로자가 보상물의 할증을 요구할 수 있도록 하였다.

1898년법은 용서할 수 없는 과실의 정의에 관하여 침묵하고 있으나, 이 법률의 성립과정을 볼 때에 이는 고의적인 과실과 중대한 과실의 중간에 위치하는 것으로 해석되었다. 그러나 실제 판례는 중대한 과실로 해석하는 등 일관성이 없었다.<sup>53)</sup>

용서할 수 없는 과실에 대한 대표적인 판례는 1941. 7. 15. 破棄院 聯合部

52) G. Brière de L'Isle, La faute inexcusable, D. 1970, Chron. 73; G. Viney, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle et faute lourde, D. 1975, Chron. 265.

53) Cour de Cassation Requête, 22 juin 1932, D. P. 1932, p. 5; 破棄院審理部는 용서할 수 없는 과실을 ① 행위의 자발성, ② 행위로부터 생길 위험에 관한 인식, ③ 필요성에 따른 정당한 이유의 결여라고 정의한다. 여기서 ②는 위험에 관한 행위자의 구체적인 인식을 의미하고, 따라서 이 점에서는 惡意의 개념과 유사하다.

判決이다.<sup>54)</sup> 이 판례의 사례를 보면 건축하청업자가 工法上 요구되는 원칙을 무시하고 건축을 감행하던 중 건축물의 붕괴로 근로자가 사망한 사건이다. 이 사건에서 파기원은 '용서할 수 없는 과실'의 성립요건으로서 다음 다섯가지를 적시하였다. 그것은 ① 자발적인 작위·부작위가 있을 것, ② 행위자가 위험에 대한 認識을 가졌을 것, ③ 과실이 예외적으로 증대할 것, ④ 정당한 사유가 없을 것, ⑤ 그러나 고의적인 과실은 없었을 것 등이다.

용서할 수 없는 과실의 위치는 惡意(dol)와 증대한 과실 중간으로 이해 되었으나,<sup>55)</sup> 증대한 과실은 계약책임 일반의 문제인데 대하여 용서할 수 없는 과실은 근로자재해보상분야와 항공 및 해상여객운송분야에 한정된 문제라는 차이가 있었다.<sup>56)</sup> 따라서 용서할 수 없는 과실은 근로자의 안전에 관하여 명백한 위험을 작출한 것으로서 증대한 과실의 단순한 변형이라는 주장도 있다.<sup>57)</sup>

前述한 바와 같이 프랑스 사법에서는 전통적 의미의 惡意와 확장된 의미의 惡意 두가지의 惡意가 있다. 확장된 惡意의 개념은 본래 손해야기의 의사에서 채무불이행의 의사 또는 손해발생에 관한 채무자의 인식까지도 포함하는 개념으로 확장되었고, 이와 같이 확장된 惡意의 개념하에서는 중진의 重大한 과실의 개념도 惡意의 범주에 포함된다. 이와 같이 확장된 惡意의 개념은 증대한 과실까지도 이에 포함되었으므로 용서할 수 없는 과실개념은 그 독자성을 상실하였다고 할 수 있다.

(나) 判例法上 용서할 수 없는 과실과 認識·無謀의 요건：無謀·認識의 요건에 관하여 판례는 당초 손해발생영역에 관한 認識을 문리해석하여 당해운송인 또는 그 피용자의 구체적인 認識을 요구하였다.<sup>58)</sup> 그러나 1967. 12. 5. 파기원 제1민사부는 認識에 관하여 구체적·주관적 판단방법을 채택하고, 용서할 수 없는 과실의 유무를 객관적·추상적으로 판단하여야 한다고 하였다.<sup>59)</sup> 손해발생의 認識이란 당해 운송인 또는 그 피용자의 현재의

54) Cour de Cassation Requête, 15 juillet 1941, J.C.P., 1941, 1705, note, J. Mihura.

55) Alex Weill et François Terré, Précis Dalloz droit civil les obligations 3 éd., 1980, n° 408, p. 469.

56) P. Malaurie et L. Aynés, Cours de Droit Civil Les Obligations, 1985, n° 33.

57) G. viney, supra note (52), p. 266.

58) Cour de Paris, 24 mars 1965, Revue Française de Droit Aérien, 1965, 457.

59) Cour de Cassation Civil 1, 5 décembre 1967, J.C.P., 1968 II 15350.

구체적 認識을 문제삼는 것이 아니라 善良한 家父의 주의의무에 준거하는 것으로서 통상의 운송인이라면 認識할 수 있었는가 여부가 문제라고 하였다.<sup>60)</sup> 이 판결은 그 후속판결에 결정적인 영향을 미쳤다. 그 결과 認識·無謀의 요건을 구체적인 내용으로 하는 용서할 수 없는 과실은 근로자 재해보상법상의 용서할 수 없는 과실과 마찬가지로 중대한 과실의 변형물로 해석되었다.<sup>61)</sup>

그 후의 프랑스에서의 바르샤바체제에 관한 판례에서는 wilful misconduct를 faute inexcusable로 해석하고 있다. 여기서 無謀·認識은 영미법에서는 wilful misconduct로, 프랑스에서는 faute inexcusable로 해석하고 있음을 알 수 있다.

프랑스에서 용서할 수 없는 과실이 있었던 것으로 인정되어 항공운송인의 책임제한이 조각된 것으로 판단된 사건으로서 파리大審裁判所 판결 두 건이 있다. 먼저 1979. 4. 27. 판결은 수류탄을 든 승객에 의한 하이재킹(hijacking)과 관련하여 경찰과 협조하여 여객의 소지품 검사 등 여객의 안전을 위한 조치를 철저히 이행하지 아니한 운송인에게 책임제한을 불허한다고 판시하였다.<sup>62)</sup> 다른 하나는 1979. 4. 27. 판결로서 極地圈을 운항하는 대한항공의 여객기가 극지권에도 유효한 비행장치를 장착하여 운항하지 아니한 결과 구소련의 무르만스크 상공에서 구소련의 전투기의 기관총 사격으로 인하여 승객이 死傷하고 항공기는 비상착륙한 사건으로, 이 사건에서는 위의 자동 비행장치 없이 운행한 것이 용서할 수 없는 과실로 인정된 것이다. 이 두 판례에서는 용서할 수 없는 과실이 현저히 중대한 과실 쪽으로 경도되고 있음을 알 수 있다.

요컨대 용서할 수 없는 과실은 처음 1957년 항공법에 도입되었을 때에는 어느 정도 독자성을 띤 개념으로 간주되었으나, 그 후 판례법의 전개에서 근로자재해보상법에서와 마찬가지로 그 독자성이 상당히 침식당하여 결국 중대한 과실의 변형, 즉 중대한 과실의 一類型에 불과한 것으로 이해되었다. 나아가 1969년 파기원 제1민사부판결을 계기로 惡意의 개념이 확장되자

60) 山田泰彦, “船主責任制限法における責任制限阻却事由”, 中村·金澤還曆記念論集, 現代保險法·海商法の諸相, 850-851면.

61) G. Viney, supra note (22), n° 617, p. 737.

62) Tribunal de Grande Instance de Paris, 27 avril 1979, Revue Française de Droit Aérien, 1970, 340.

용서할 수 없는 과실의 독자성은 매우 위약하였다.<sup>63)</sup> 惡意의 개념의 확장은 惡意의 개념과 중대한 과실개념의 접근을 의미하므로 惡意와 중대한 과실의 중간에 위치하는 용서할 수 없는 과실의 입지가 매우 좁았던 것이다.

한편 문제가 되는 것은 ‘손해가 아마 발생할 것이라는 認識’의 입증이다. 즉, 운송인, 그의 고용인 또는 대리인이 주관적으로 실제로 손해가 아마 발생할 것이라는 認識을 하였어야 하는가 아니면 손해가 아마 발생할 것이라는 認識이 있었음을 나타내는(demonstrate) 객관적 사실만 있으면 충분한가가 문제이다. 1967년 12월 15일 프랑스 破棄院(Cour de Cassation)의 판결을 보면, 1957년 프랑스 항공운송법상의 faute inexcusable은 개정 협약에 표현된 행위와 같은 것이며, 따라서 사고에 의하여 손해가 아마 발생할 것이라는 운송인측의 認識은 객관적으로 판단하여야 하고, 행위자가 ‘아마 손해가 발생할 것이라는 것을 알았어야 하면 충분하다’고 한다.<sup>64)</sup> 이에 대하여 스위스의 연방 법원은 운송인의 두명의 고용인이 일으킨 화물 멸실사건에서 손해가 아마 발생할 것이라는 認識은 행위자가 주관적으로 가졌어야 한다고 하면서, 이 사건에서는 원고가 두 명의 고용인 중 누가 손해를 일으켰는지를 입증하지 못하였고, 따라서 손해가 아마 발생할 것이라는 認識이 있었는지도 입증하지 못하였으므로 원고 패소의 판결을 내렸다.<sup>65)</sup> 1976년의 벨지움의 브뤼셀 항소법원도 이와 같은 내용의 판결을 내렸고, 벨지움의 대법원도 이를 지지하였다.<sup>66)</sup>

이와 같이 주관적인 認識을 요건으로 할 때, 문제는 행위자의 의도 내지 認識에 대한 입증이 문제이다. 이를 입증한다는 것은 절대로 불가능하기 때문에 결국은 각국 법원이 간접증거를 인정하느냐의 여부에 따라 이 문제가 해결될 수 밖에 없게 된다. 경우에 따라서는 판사의 기분이나 여타의 이유에 따라 ‘손해가 아마 발생할 것이라는 認識’의 존재가 인정되기도 하고 부인되기도 할 것이다.

63) D.N. Thanh-Bourgeois, supra note (3), n° 34.

64) *Emery vs. Sabena*, 5 December 1967: 1968 REDA 184.

65) *Lacroix et al. vs. Swissair*, 11 July 1972: ASDA Bulletin nr. 3, p. 12.

66) Cour de Cassation, *Sauvage vs. Air India*, 20 January 1977: 1977 RFDA 193.

## VI. 結 言

위에서 살펴 본 바와 같이 wilful misconduct는 1929년 바르샤바협약에서 처음 사용되었고, 헤이그 의정서에서 認識·無謀의 개념으로 발전한 이래 현재는 많은 海事關係 조약에서 사용되고 있어서, 국제적으로 널리 인정되고 있는 개념이 되었다. 그러므로 이제는 이 認識·無謀라는 개념의 사용여부가 문제가 아니라, 이 개념의 내용을 조속히 확립하여 각국 법원에서 그 의미를 통일시키는 것이 중요하다고 본다.

본래 Wilful misconduct는 프랑스법의 dol에 해당하고 있는 惡意라고 번역될 수 있다. 다음 헤이그 의정서에서 wilful misconduct는 “손해를 야기시킬 의도”와 “인식하면서도 무모하게 한” 작위·부작위로 분화되고, 전자는 “惡意”를 의미함이 명백하나, 후자는 무엇을 의미하는지 불분명하였다.

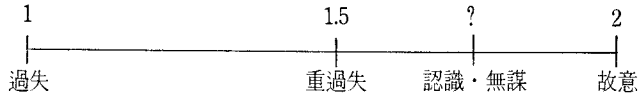
‘無謀·認識’의 요건 그 자체는 프랑스에서도 그 때까지는 없던 독자적인 요건으로서,<sup>67)</sup> 惡意(dol)와 重大한 과실(faute)의 중간에 위치하는 개념으로 생각하였다. 이는 파랑스법상 faute inexcusable=용서할 수 없는 과실에 해당하는 것이다. 용서할 수 없는 과실은 특히 근로자 및 여객의 신체상의 안전과 관련된 한정된 법적 침해의 경우에 사용된 개념이다.

1929년 조약	1955년 조약	프랑스법	한국법
wilful misconduct	intent to cause damage	dol	惡意 (故意)
Equivalent to wilful misconduct	recklessly and with knowledge that damage would probably result	faute inexcusable =용서할 수 없는 과실	故意와 重過失의 중간개념 (認識·無謀)

前述한 바와 같이 본래 1929년 바르샤바협약은 ‘惡意’와 ‘認識·無謀’

67) René Rodière, Droit des Transports, 1977, p. 768; Alain Seriaux, La faute du transporteur, 1984, pp. 205-206, n° 325.

두 가지의 요건을 규정할 의도는 아니었음에도 불구하고, 헤이그 의정서와 우리 商法에서는 이를 두 가지 요건으로 나누어 규정하였다. 따라서 본래 ‘惡意’ 한 가지만 규정하였더라도 충분한 것이다. ‘認識·無謀’를 고의에 가까운 것으로 해석하든, 중과실에 가까운 것으로 해석하든 우리법에서는 그다지 의미없는 언어의 유희에 불과하다. 우리법에서는 고의와 중과실을 동일시하고 있는데, 그 중간 어디엔가에 위치하는 ‘認識·無謀’는 그 존재를 확인하기 어렵기 때문이다. 구태여 이를 우리 민사책임체계에 맞추다면 형법상의 미필적 고의에 해당한다.<sup>68)</sup>



끝으로 無謀·認識의 존재에 대한 판단에 관하여 언급하여야겠다. 無謀·認識의 요건으로서 손해발생영역에 대한 認識은 운송인의 심리적인 측면에서 주관적·구체적으로 판단하여야 할 것이다. 그러나 법원이 피해자 보호라는 정책적 이유에서 認識 여부를 객관적·추상적으로 판단한다고 하더라도 누구도 반박할 수 없는 상황이다.<sup>69)</sup> 그것은 우리나라에서는 故意·重過失 자체도 객관적·추상적으로 판단하고 있기 때문이다.

68) 이에 金東勳교수는 認識·無謀는 미필적 고의뿐만 아니라 “인식있는 과실”도 해당한다고 한다. 金東勳, 전제논문, 153면. 그러나 형법상 “인식있는 과실”은 결과 발생가능성을 인식하였으나 결과가 발생되지 않을 것이라고 믿고 감행한 행위를 말하므로, 결과가 발생할 수도 있다는 것을 인식하면서도 이를 인용하는 미필적 고의와는 어떤 의미에서는 상반된 개념이다. 따라서 적어도 이론상은 이를 제외하는 것이 정당하다고 본다.

69) 예컨대 1969년 파기원 제1민사부판결에서 운송인의 認識을 객관적·추상적으로 판단한 것도 피해자 보호정책의 일환이자 1955년 헤이그 의정서에 의하여 개정된 바르샤바조약의 책임한도액에 대한 법원의 부정적인 시각을 표출한 것이라 할 수 있다.

【Summary】

## The Role of the ICAO in Implementing the FANS and its Applications in Air and space Law

June-Sun Choi\*

The concept of ‘wilful misconduct’ was initially used in article 25 of the Warsaw Convention of 1929. The concept was defined in the Hague Protocol, 1955, as having the following two differing concepts: i) “with the intent to cause damage” and ii) “recklessly and with the knowledge that damage would probably result.” The concepts contained in the Hague Protocol were used in various international Conventions on carriage by sea, such as Article 2(e) and Article 3(4) of the Protocol adopted at Brussels on Feb. 23, 1968 to amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, signed at Brussels, Aug. 25, 1929(Hague-Visby Rules), Article 13 of the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, Dec. 13, 1974, Article 4 of the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, Article 8(1) of the U.N. Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978(Hamburg Rules) and Article 21(1) of the U.N. Convention on International Multimodal Transport of Goods, Geneva, 1980. The same concepts were also adopted in Article 746, 789-2(1), 789-3(2) of the Korean Maritime Commercial Law, revised in 1991.

As of yet, the legal system of Korean Private Law recognizes only the concepts of “Vorsatz” and “grobe Nachlässigkeit”, as is the case with Ger-

---

\* Prof. Dr. College of Law, Chonbuk National University



man Private Law. The problem is that the concepts in the Convention do not coincide precisely with the concepts of “Vorsatz” and “grobe Nachlässigkeit”. The author has conducted a comparative analysis of the treatment of the concepts of wilful misconduct and its varied interpretations, that is, “with the intent to cause damage” and “recklessly and with the knowledge that damage would probably result” in the Anglo-American law and in the continental European law in the following manner:

1. Background in which the concept of wilful misconduct was introduced in the Warsaw Convention.
2. The concept of “dol” in French private law.
3. The concepts of “Vorsatz” and “grobe Nachlässigkeit” in Korean private law.
4. Analysis of the concept of wilful misconduct in Anglo-American case law.
5. Analysis of the cases interpreting the concepts of “with intent to cause damage” and “recklessly and with knowledge that damage would probably result” in various jurisdictions.
6. The need to incorporate the concepts of “with the intent to cause damage” and “recklessly and with the knowledge that damage would probably result.”
7. Faute inexcusable in French private law.

Based upon the comparative analysis, the author points out the difference between the concepts of “wilful misconduct” or “with the intent to cause damage” and “Vorsatz”, and between the concepts of “recklessly and with the knowledge that damage would probably result” and “grobe Nachlässigkeit” in the Convention and that of the Korean Private Law system. Additionally, the author emphasizes the importance of the unification in the interpretation of the provisions of the Conventions world wide.