

# 航空貨物代替運送에 관한 法的 問題\*

全 三 鉉\*\*

## < 目 次 >

- I. 總說
- II. 마르샤바條約上의 解釋論
- III. 契約에 의한 代替運送
- IV. 契約에 反하는 代替運送
- V. 結論

## I. 總 說

### 1. 問題提起

최근 들어 航空貨物運送의 증가와 더불어 陸上運送手段을 통한 航空貨物의 運送量도 급속도로 증가하고 있다. 이러한 陸上을 통한 航空貨物의 運送은 違法與否를 판단하기 이전에 이미 오랜기간을 걸친 航空社들의 실무관행으로 되어 왔다.

이러한 航空運送에 代替되는 陸上運送手段으로서는 단연 貨物트럭이 압도적인 지위를 차지하고 있다. 이와는 달리 철로를 통한 代替運送은 貨物트럭을 통한 貨物運送보다 많은 시간을 필요로 하고, 더우기 대부분의 공항주변

\* 본 논문은 1997년도 숭실대학교 교내학술연구지원비로 조성되었음.

\*\* 韓國航空宇宙法學會 常任理事, 崇實大學校 法科大學 教授.

에 기차역이 설치되어 있지 않아 航空機와의 連繫運送이 용이하지 않아 큰 기능을 하지 못하고 있다. 그 밖에 기타 運送手段으로 內水路를 통한 船舶貨物運送을 들 수 있는데 이러한 경우에도 航空貨物運送과의 運送連繫의 어려움으로 큰 기능을 하지 못하고 있다.

航空貨物代替運送은 運送을 실행함에 있어서 많은 장점을 갖고 있어 오늘날도 꾸준히 성장을 하고 있다. 물론 航空社들은 항상 이러한 代替運送이 適法한가 하는 점을 고찰함에 있어서 많은 회의를 가지면서도 실무상 불가피하게 오랫동안 이를 시행하여 왔다. 그러나 陸上으로 航空貨物을 運送하는 중에 損害가 발생한 경우 被害者나 送貨人 및 해당 화물의 受領人은 航空社를 상대로 바르샤바條約에 의거하여 損害賠償을 請求할 수 있는가 하는 것이 문제가 된다. 또한 航空社는 상황에 따라서 바르샤바條約의 規定을 援用할 수 있는가 하는 것이 문제가 된다. 따라서 이러한 법적인 불확실성 때문에 航空社들은 이러한 代替運送의 문제가 법정으로 비화되는 것을 두려워하여왔다. 오히려 被請求人인 航空社들은 바르샤바條約 第22條의 責任制限規定을 援用할 수 없는 것으로 판단하여 이를 司法的으로 法庭에서 해결하기 보다는 오히려 法庭 外에서 和解의 형식으로 해결하고자 하였다. 따라서 航空貨物代替運送에 관한 法律關係를 명확하게 규명함으로써 법정외에서 해결하여 왔던 문제를 법정대로 유도하는 것이 양당사자의 법적 안정성이라는 차원에서 볼 때 바람직하다고 사료된다.<sup>1)</sup>

따라서 이하에서는 航空貨物代替運送으로 인한 法律關係를 명확히 규명하여 보고자 한다. 그러나 현실적으로 우리 나라에서는 이에 대한 판례가 나온 바 없어, 이미 오래 전부터 이에 대하여 판례를 통하여 문제를 정립하여 온 독일의 판례와 학설을 중심으로 고찰하여 보고자 한다.

## 2. 航空貨物代替運送의 意義

航空貨物代替運送은 航空運送契約이 締結되었음에도 불구하고 공중을 통한 運送대신에 지상으로 행하여지는 運送을 말하나 이는 엄밀한 의미에서 볼 때

1) 이러한 문제에 대하여 독일연방법원은 1989년 5월 17일 판결을 통하여 해결의 방안을 제시하여 주고 있다. 본 판결은 독일 뿐만 아니라 유럽 전역에서도 航空貨物代替運送에 대하여 나온 최초의 판례가 되었다; NJW 1990, 639 = DB 1990, 423 = ZLW 1990, 108 = TranspR 1990, 19.

航空貨物運送狀에 기재되어 있는 공항으로부터 연계공항까지 他運送手段을 통하여 航空貨物을 運送하는 것을 말한다. 이러한 代替運送은 國內·外의 지역공항으로부터 航空社의 본부가 설치되어 있는 주공항으로 또는 반대로 주공항으로부터 지역공항까지 運送하는 방식으로 이루어 지기도 한다. 航空社가 航空貨物을 陸上으로 運送하는 경우를 보면, 航空旅客手荷物을 運送함에 있어서 乘客의 手荷物을 적재할 수 없어 승객의 手荷物만 따로 陸上으로 運送하는 경우 및 貨物적재공간에 지나치게 소량이 적재되어 貨物을 他航空機로 還積하는 중에 陸上을 이용하여야 하는 경우 등을 들 수 있다.

이는 航空運送人이 자기의 담당구간의 運送뿐만 아니라 그것과 연결되는 다른 運送人의 運送手段에 의하여 목적지까지의 全體運送을 全權을 받고 도맡아 하는 連落運送契約과 유사하다.

그러나 連落運送은 처음부터 복수의 運送人이 예정되어 運送도중 반드시 事實상의 換積이 이루어 지게 되어 있지만, 貨物代替運送의 경우에는 사전에 換積의 가능성에 대한 合의를 하지 않거나 合의를 하더라도 반드시 換積이 이루어져야 하는 것은 아니라는 점에서 차이가 있다.

## II. 바르샤바條約上의 解釋論

### 1. 航空運送의 概念

먼저 고찰할 필요가 있는 것은 航空貨物代替運送이 바르샤바條約上의 航空運送의 개념에 포함되는가 하는 문제이다.

바르샤바條約 第18條 3項 1文에 따르면 航空運送의 개념에는 공항 외에서 이루어지는 陸上, 海上, 內水路運送은 포함되지 않는다고 規定하고 있다. 이는 공항 외의 지역에서 陸上·海上運送手段을 통하여 이루어지는 運送은 航空運送이 아니라는 것을 의미하는 것으로 해석된다. 그러나 同條約 第18條 3項 2문에서는 1문에 대한 예외 조항을 두고 있는데, 이에 따르면 “다만 이러한 運送이 航空運送契約의 이행함에 있어서 積荷, 引度 또는 還積을 위하여 행하여진 때에는, 損害는 반증이 없는 한 모든 航空運送 중의 사고로부터 발생하는 것으로 추정한다”고 規定하고 있다.

따라서 바르샤바條約 第18條 3項 2문에 規定된 공항 외에서의 運送에 航空

貨物代替運送이 포함되는가 하는 문제를 고찰할 필요가 있다. 航空貨物代替運送이 航空運送契約의 이행을 목적으로 積荷, 引度 또는 還積을 위하여 공항 외에서 이루어 졌다면 바르샤바條約이 적용되게 된다. 그러나 積荷, 引度 또는 還積을 위한 목적이 아니라 運送을 목적으로 代替運送이 이루어진 경우에는 바르샤바條約이 적용되지 않고 複合運送<sup>2)</sup>이나, 連絡運送이 되는 것이다.

여기서 “積荷를 목적으로 이루어지는 陸上運送”이란 화물을 수령한 장소에서 가장 근거리의 있는 적정한 공항의 航空機까지로 보는 견해<sup>3)</sup>가 다수이다. “引度を 목적으로 하는 運送”의 경우에도 최종목적지에 근접하여 있는 공항으로부터 목적지까지 이루어진 運送에 한하는 것으로 보는 것이 다수의 견해<sup>4)</sup>이다. 환적을 위한 運送이란 기술적으로 볼 때 旅客運送連繫手段이 航空機를 통하여 이루어 질 수 없는 2개의 공항간의 陸上運送을 의미하는 것으로 해석하는 것이 다수의 견해이다.<sup>5)</sup>

이상과 같은 해석에 따르면 航空貨物代替運送이 第18條 3項의 “공항외에서의 運送”중 “積荷”, “引度”, “還積”을 위한 運送에 해당된다면 이는 航空運送에 포함되어 바르샤바條約상의 적용을 받게 된다. 그러나 공항외에서 이루어지는 運送이 정기 항공노선이 존재함에도 불구하고 “積荷”, “引度”, “還積”을 위하여 他運送手段을 사용한 경우에는 이는 航空貨物代替運送이 아니라 複合運送이나 連絡運送이 되어 航空機 이외의 他運送手段을 사용한 해당구간에 대하여는 바르샤바條約이 적용되지 않는다.<sup>6)</sup>

결론적으로 第18條 3項은 地上運送의 경우에도 일정한 경우에는 본 條約이 적용된다는 것을 規定하고 있다. 이러한 점에서 볼 때 바르샤바條約 第18條 3項은 條約의 적용범위를 확대하였다고 볼 수 있다. 따라서 3項 2文에서 規定하고 있는 立證推定の 원칙은 被害者가 거의 할 수 없는 立證, 즉 損害가 航空運送중에 그리고 航空運送 이전에 또는 이후에 地上運送手段을 통하여 발

2) 김두환, 항공운송인의 책임과 그 입법화에 관한 연구, 경희대학교 박사학위 청구논문 (1983), 74면: 國際複合運送이라 함은 複合運送人이 물건을 자기의 보관아래 인수한 국가의 지점에서 다른 국가에 위치하고 있는 인도가 예정된 지점까지 複合運送契約에 의하여 적어도 2종류 이상의 운송수단에 의한 물건운송을 의미한다.

3) Müller-Rostin, Die Luftfrachtersatzbeförderung, TranspR (Heft 6 Juni 1996), S.218.

4) Müller-Rostin, a.a.O., S.218.

5) Kuhn, Die Haftung für Schäden an Frachtgütern, Diss. Köln, 1987, S.154; Müller-Rostin in Gemulla/Schmid/Ehlers/Müller-Rostin, Kommentar zum WA, Art.18 Rdnr. 23b.

6) OLG Hamburg, VersR1982, 375.

생하였다는 것을 立證하지 않도록 한 規定이다.

## 2. 航空機上の 運送

바르샤바條約 第1條 1項을 보면 “본 協약은 航空機에 의하여 유상으로 행하는 승객, 수하물 또는 화물의 모든 國際運送에 적용한다”고 規定하고 있다.

본 規定을 해석하여 볼 때 바르샤바 條約이 적용되기 위하여는 航空機를 통하여 運送되는 외관을 가져야 하므로 運送이 사실상 航空機를 통하여 실행되는 경우에 한하여서만 바르샤바條約이 적용될 수 있다고 해석된다.<sup>7)</sup> 따라서 航空貨物運送인이 他運送手段을 代替하여 運送한 경우에 바르샤바條約의 責任規定이 적용되지 않게 된다는 해석이 가능하다.

그러나 다른 한편 바르샤바條約 第18條 2項에 따르면 航空運送인에게 발생된 損害에 대한 責任을 부과시키기 위하여 航空運送이 직접적으로 실행될 필요는 없고 “航空運送인의 보관하에 있다는 것”으로 충분하다고 規定하고 있다. 따라서 본 條約 第18條 2項에 의거하여 航空運送인이 화물의 運送을 이행하기 전에 引度者의 화물차로부터 하역을 개시하였다면 航空運送인은 이미 바르샤바條約規定에 따라 責任을 진다는 판례<sup>8)</sup>가 나온 바 있다.

또한 手荷物運送에 있어서 Köln 高等법원은<sup>9)</sup> 航空運送인이 수하물을 자기의 보관하에 두었다는 것만으로 충분하다고 하였다. 즉 본 판례에 따르면 수하물 및 화물의 수령을 통하여 이미 航空運送이 개시되었기 때문에 航空機를 통하여 사실상 運送이 이루어 질 필요는 없다는 것이다.

그 외에 바르샤바條約 第12條에서는 送貨인이 출발공항에서 화물을 회수하거나 출발공항으로 반송을 하게 할 수 있는 화물의 처분권을 갖는다고 規定하고 있다.

여기에서 “출발공항에서의 회수” 및 “출발공항으로의 반송의 청구”라는 각기 다른 표현을 쓰고 있는데 전자의 경우에 화물이 아직 출발공항을 떠나지 않았다는 것을 의미하는 반면에 후자의 경우에는 이미 航空運送이 개시된 화물이 출발공항으로 다시 반환되어 진다는 것을 의미한다.

7) OLG Frankfurt, VersR 1982, 679; Schleicher/Reymann/Abraham, Kommentar zum Warschauer Abkommen, Art.1 Anm.2.

8) BGH ZLW 1979, 61.

9) ZLW 1995, 248.

이러한 의미에서 볼 때 첫번째의 경우에는 전혀 航空運送이 이루어 지지 않았음에도 불구하고 동일하게 바르샤바條約이 적용되게 된다는 결론에 이르게 된다. 따라서 航空貨物運送이 사실상 이루어 졌다는 것에 의존하지 않고 화물이 航空運送人의 보관하에 있는 것으로 충분하기 때문에 航空貨物代替運送이 이루어 진 경우에도 바르샤바條約이 적용되어야 된다고 보는 견해가 다수이다.<sup>10)</sup>

### Ⅲ. 契約에 의한 代替運送

상기와 같이 航空貨物代替運送이 이루어진 모든 경우에 他運送手段이 사용된 運送에 대하여도 바르샤바條約이 적용되는가 하는 문제가 제기 된다. 이에 대하여 전통적으로 契約上의 合意에 의하여 代替運送이 이루어 지는 경우와 契約上의 합의없이 일방적으로 航空運送人이 代替運送을 하는 경우로 나누어 해석하고 있다. 따라서 이하에서는 이를 나누어 바르샤바條約 적용여부를 판단하고 그 法律效果를 구분하여 보고자 한다.

#### 1. 契約의 成立

航空貨物代替運送의 경우에 바르샤바條約이 적용되는가를 확정하기 위하여는 우선적으로 契約內容에 따른 航空貨物代替運送인가 契約에 違背되는 航空貨物代替運送인가를 판단하여야 한다.

이러한 고찰의 출발점은 우선적으로 送貨人과 運送人間에 이루어진 契約上의 합의이다. 合意內容에 따라 航空運送人은 화물을 航空運送의 방법으로 契約上의 목적지까지 運送할 의무를 진다. 여기서 航空運送人이 공중으로 運送해야 할 의무를 違反하였는가 하는 문제는 당사자간의 구체적인 合意가 있었거나 또는 航空運送人이 代替運送을 할 수 있도록 실무상 묵시적으로 합의가 있었는지 여부에 달려있다.<sup>11)</sup>

航空運送契約을 체결함에 있어 양당사자는 合意를 통하여 일정한 구간에

10) Wolf Müller-Rostin, Die Luftfrachtersatzbeförderung, Transportrecht (Heft 6 Juni 1996), S.221.

11) 독일민법 315條 (일방당사자에 의한 급부의 확정).

대하여 航空運送人이 航空機대신에 貨物차로 運送할 수 있는 權利를 명백히 航空運送人에게 부여하는 合意를 하는 것이 일반적이다. 따라서 이러한 合意된 사항은 航空貨物運送狀에 명백히 명문화하고 있는 것이 일반적이다.

또한 契約締結時에 반드시 특정한 運送手段을 정하여야 하는 것은 아니므로 運送契約締結時에 航空運送人에게 적합한 運送手段을 임의로 선택할 수 있는 권한을 부여하는 合意를 할 수 있다.<sup>12)</sup> 이러한 경우에는 航空運送人에게 給付確定權이 주어져 航空運送人은 임의로 선택하여 代替運送을 할 수 있다고 본다.<sup>13)</sup>

## 2. 約款의 效力

앞에서 언급한 바와 같이 航空運送人은 運送契約를 締結함에 있어 普通去來約款에 航空機를 代替하는 他運送手段을 선택할 수 있는 權利를 종종 유보하고 있는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 運送約款條項이 航空運送契約內容에 有效하게 편입되어 契約의 구성부분이 될 수 있는지 여부에 대하여 고찰할 필요가 있다.

바르샤바條約 第11條 1項은 貨物運送狀의 뒷면에 인쇄된 간략한 내용의 普通運送約款 뿐만 아니라 航空運送人의 營業所에 契約內容을 해독이 가능하도록 상세히 기재하여 놓은 約款도 立證法上 바르샤바條約 第11條 1項에 의거한 것으로 추정된다고 規定하고 있으므로 約款條項이 契約內容에 편입될 수 있는가 하는 문제에 대하여는 이론의 여지가 없다고 본다. 그러나 “航空運送” 대신에 他運送手段을 선택할 수 있도록 정한 約款條項이 約款規制에 관한 法律(이하에서 “約款法”이라 함) 第6條 2項 2호의 “고객이 契約의 거래형태 등 制 反 事 實 에 비 추 어 예 상 하 기 어 려 운 조 항”에 해당 하는지 여부가 문제된다. 그러나 契約相對方, 즉 航空貨物의 送貨人은 가능한한 신속히 貨物이 목적지에 도착하기를 원하고, 도로를 통한 運送이 신속히 航空貨物運送의 進 行 을 촉 진 시 키 고 단 순 화 시 키 는 것 이 가 능 하 다 면 이 를 통 하 여 목 적 지 에 의 신 속 한 도 달 이 라 는 送 貨 人 의 이 해 관 계 에 합 치 하 는 것 이 므 로 代 替 運 送 條 項 이 航 空 運

12) BGH TranspR 1989, 237 = VersR 1989, 1066; OGH Wien, TranspR 1995, 21; OLG Düsseldorf, ZLW 1994, 238 = TranspR 1993, 287 = VersR 1994, 1210; p Koller, Transportrecht § 412 HGB, Rdnr.14.

13) 독일민법 315條; Piper, Höchststrichterliche Rechtsprechung, Rz.36.

送에 있어서 부당한 것으로 보이지는 않는다.<sup>14)</sup>

따라서 代替運送의 가능성을 정한 그러한 條項의 경우에 約款法 第6條 2項 2號에 의거하여 볼 때 공정을 잃은 것으로 추정되지는 않는다고 본다.

우리 나라 航空社約款에서는 “하나의 運送狀에 의하여 둘 이상의 運送인이 연결하여 행하는 運送은 單一運送으로 간주한다”고 規定하고 있다 (大韓航空貨物運送約款 第12條). 또한 동약관 第7條 3項에서는 세관당국에 引度 또는 受荷人 앞으로 남은 運送을 위하여 他運送機關에 引度하는 조치에 따라 발생하는 일체의 비용 또는 위험에 대하여는 送貨人과 受荷人이 連帶하여 責任을 지고 본 航空社는 免責된다고 規定하고 있다. 이는 代替航空貨物에 대하여 航空運送인은 責任을 지지 않겠다는 의미로 해석된다. 이는 약관법 第6條 2項 2號의 의미에서 볼 때 문체의 소지가 있다고 본다. 본 약관조항처럼 代替運送에 대하여 航空運送인은 무조건적으로 免責한다는 規定을 두기 보다는 오히려 代替可能性에 대한 責任規定을 명백히 둬으로써 모호한 法律分爭을 사전에 예방하는 것이 타당하다고 사료된다.

### 3. IATA Resolution

그 외에 IATA Resolution 507b도 航空運送인에게 代替運送할 수 있는 가능성을 부여하고 있다. IATA Resolution은 國際航空運送協會에서 작성한 運送約款으로서 IATA에 속한 모든 航空社들이 運送契約을 締結함에 있어서 기초가 되는 運送約款이다.<sup>15)</sup> IATA Resolution은 대외적으로는 아무런 법적 구속력을 갖지 못하는 단지 普通去來約款에 불과하지만<sup>16)</sup> 航空運送인에게 航空機 대신에 陸上運送手段을 통하여 運送할 수 있는 권리를 부여하는 IATA Resolution 507b의 規定은 그 의미가 크다고 할 수 있다. 이에 따르면 航空運送인은 대부분의 경우에 陸上運送을 할 수 있다고 볼 수 있다. 즉 1) 航空運送인의 수용능력이 부족한 경우, 2) 화물의 부피, 중량 또는 종류<sup>17)</sup>의 특성상 일정한 구간에서의 航空機를 통한 運送이 금지된 경우, 3) 航空運送인이 화물

14) OLG Stuttgart, VersR 1988, 909; OLG Frankfurt, VersR 1982, 697.

15) Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag, S.55.

16) BGHZ 86, 284 = ZLW 1983, 144 = NJW 1983, 1322 = TranspR 1983, 116 = BB 1983, 527; OLG Köln, ZIP 1981, 390.

17) 예를 들어 위험물 등을 적재한 경우를 들 수 있다.



을 航空機를 통하여 運送하는 것을 거부한 경우, 4) 航空運送이 貨物の 도착을 지연시키는 경우, 5) 還積 또는 引度를 위한 경우, 6) 航空運送이 貨物の 수령후 또는 환적공항의 도착후 24시간 이내에 航空運送이 이루어 질 수 없는 경우, 7) 航空運送이 연계비행에 도달하지 못한 경우<sup>18)</sup>에 代替運送을 할 수 있다고 規定하고 있다.

이에 대하여 독일연방법원<sup>19)</sup> 및 Frankfurt<sup>20)</sup>와 Stuttgart<sup>21)</sup> 고등법원은 IATA Resolution이 航空運送人의 契約相對方, 送貨人에게 부당하게 侵害를 가하는 불이익한 조항으로 보지 않는다는 입장을 표명한 바 있다.

그러나 이러한 경우에도 航空運送人은 航空運送證券의 전면에 두꺼운 貨主 체로 航空運送人이 道路運送을 포함한 다른 運送手段을 사용할 수 있는 권리가 주어 진다는 것을 기재하여야만 이를 원용할 수 있다고 하고 있다.

따라서 IATA Resolution 507b에 의하여 볼 때 航空運送人은 航空運送證券 전면에 代替運送을 명백히 規定하면 적법하게 지상으로 運送을 할 수 있다고 본다.

#### 4. 契約에 의한 代替運送의 效果

상기에서 본 바와 같이 航空運送人은 送貨人과의 명시적 합의나 묵시적 합의를 통하여 代替運送을 할 수 있는 권리를 갖고 바르샤바條約의 적용을 받게 된다. 그러나 합의시 運送區間에 사용되는 모든 運送手段을, 특정한 경우와 運送手段을 특정하지 않고 代替運送에 대한 합의만 한 경우로 나누어 볼 수 있다.

우선 不特定運送契約(unbenannten Beförderungsvertrag)이 締結된 경우에는 航空運送人에게 代替運送을 할 수 있는 선택권이 유보되었다고 본다. 즉 航空運送契約을 이행함에 있어 運送人은 반드시 航空機를 통하여서만 運送을 하여야 한다는 특별한 契約을 하지 않는 한 航空運送人은 상황에 따라 필요

18) IATA Resolution 507b, abgedruckt bei Gienulla/Schmid/Ehlers/Müller-Rostin, Kommentar zum WA, Anhang III-5.

19) NJW 1990, 639 = DB 1990, 423 = ZLW 1990, 108 = VRS 78, 103 = NJWRR 1990, 355 = MDR 1990, 411 = RIW/AWD 1990, 499 = TranspR 1990, 19 = BGH Warn 1989, Nr.155 = LM Nr.9 zu § 429 HGB = ETL 1990, 76.

20) OLG Frankfurt, VersR 1982, 697.

21) OLG Stuttgart, VersR 1988, 909.

한 경우에 代替運送을 할 수 있다고 본다. 그러나 航空運送人이 委任契約에 의거하여 일정구간을 他運送手段을 특정하여 특정된 運送手段에 의하여서만 화물을 運送하도록 하는 경우에는 順次運送에 해당되어 해당 구간에 대하여는 바르샤바條約이 적용되지 않는가 하는 문제가 제기 된다. 이에 대하여 바르샤바條約 第31條 1項은 그러한 順次運送의 경우에 본 條約은 航空運送이 이루어진 구간에 대하여만 적용된다는 것을 명백히 規定하여 놓고 있다. 따라서 航空機 이외의 방법으로 이루어진 順次運送에 대하여는 해당 運送手段에 관한 法律이 적용된다고 해석되어 진다.<sup>22)</sup> 그러나 이렇게 해석하는 경우 바르샤바條約의 責任規定이 全體運送區間을 위하여 적용된다는 것에 대하여 신뢰를 한 送貨人에게 불합리한 결과를 초래하게 할 수 있다. 예를 들어 바르샤바條約에 따르면 航空運送人의 責任制限限度額은 킬로그램당 250프랑(미화 20불)이고 2년의 除斥期間內에 請求權을 행사할 수 있으나 國際道路貨物運送에 관하여 적용되는 CMR에 따르면 責任限度額이 킬로그램 당 8,33 SDR로 확정하여 놓고 이러한 條約에 의한 運送은 1년의 時效에 의하여 消滅하게 된다. 따라서 代替運送手段을 특정하였는지 여부에 따라 바르샤바條約의 條約의 적용여부를 판단하는 것은 이러한 내용들을 사전에 送貨人에게 설명하지 않는 한 법적 예견성과 법적 안정성에 많은 지장을 초래할 수 있다. 따라서 代替運送手段을 특정한 경우에는 送貨人에게 바르샤바條約이나 해당구간 運送手段에 관한 法律 중 선택하여 法律效果를 주장할 수 있는 권리를 인정하는 것이 타당하다고 사료된다.

## 5. 損害發生地의 不明

이상에서 본 바와 같이 航空貨物代替運送에 대하여 합의를 하고, 代替運送手段을 불특정한 경우에는 航空運送人에게 運送手段選擇에 대한 권한이 委任되었다고 볼 수 있으므로 代替運送에 대하여도 바르샤바條約이 적용되고, 代替運送手段을 특정한 경우에는 법적 안정성과 예견성의 차원에서 送貨人이 適用法律을 선택할 수 있는 권리를 주는 것이 타당하였다고 보았다.

따라서 運送手段을 특정한 경우에 損害發生地가 명확한 경우에는 送貨人은

22) BGH NJW 1993, 3331; OLG Hamburg, TranspR 1992, 66 = VersR 1992, 1543; OGH Wien TranspR 1995, 21.

자신에게 유리한 법선택을 할 수 있다고 본다. 그러나 損害發生地가 불명확한 경우에는 어느 법을 적용하여야 하는지 여부가 문제된다.

이에 대하여 독일연방법원<sup>23)</sup>은 運送時에 처음부터 구간별로 수개의 運送手段을 사용하기로 합의한 경우에 자기에게 유리한 責任制限을 원용할 수 있는 자, 즉 貨物運送人은 損害가 航空運送 중에 발생하였다는 것을 立證하여야 한다는 판결을 내린 바 있다. 따라서 航空貨物運送人이 특정된 責任規定을 원용하고자 하는 경우에는 실무상 損害發生地를 立證하여야 하나 이를 立證하지 못하는 경우에는 청구권자에게 유리한 구간의 법이 적용된다고 보는 것이 독일판례의 입장이라고 볼 수 있다.<sup>24)</sup> 따라서 航空貨物運送人은 해당 적용되는 法律의 가장 엄격한 規定에 따라 責任을 지게 되어 航空運送人은 사고발생지의 불명확으로 인한 위험을 스스로 부담하여야 한다는 것이 다수의 견해이다.<sup>25)</sup> 이러한 견해의 논거는 送貨人보다는 運送人이 立證하는 것이 더 용이하기 때문에 送貨人보다는 오히려 運送人이 立證責任을 부담하는 것이 형평에 맞는 것이라고 판단하였기 때문이라고 사료된다.

## IV. 契約에 反하는 代替運送

### 1. 責任原則

航空貨物運送人이 代替權限을 委任받지 못하였거나, 委任받은 權限을 넘어 代替運送을 한 경우 또는 당사자간에 航空運送만을 명백히 合意한 경우에 이에 위반하여 他運送手段을 사용함으로써 契約에 反하는 代替運送이 발생한 경우 送貨人은 航空運送上의 자기의 법적 지위와 航空運送에 관하여 적용되는 責任原則을 예견하고 있었으므로 특별히 保護를 받을 필요성이 있다. 더우기 送貨人은 航空運送人이 합의된 航空運送契約을 일방적으로 위반하여 代替運送하였는지 여부에 대하여 送貨人이 이를 알지 못하는 것이 일반적이다.

따라서 명백히 契約으로 特定運送手段을 合意한 경우에는 원칙적으로 합의된 運送手段에 적용되는 법만이 효력을 갖도록 하는 것이 타당하다는 판례가

23) BGHZ 101, 172 = TranspR 1987, 447 = NJW 1988, 640 = VersR 1987, 1212.

24) OLG München, Urteil v. 11.Mai 1994 7 U 5633/93; LG Stuttgart, TranspR 1992, 31.

25) VersR 1986, 1120.

나온 바 있다.<sup>26)</sup> 이는 送貨人에게 保險契約을 체결하여 保護를 받을 수 있는 기회를 부여함과 동시에 送貨人이 가장 유리한 적용법규를 선택할 수 있는 가능성을 부여하고자 하는 데에 목적이 있다고 본다.

그러나 運送을 위하여 특정한 運送手段이 합의되었다 할지라도 오히려 해당 運送手段에 관한 법규를 적용하는 것이 送貨人을 保護한다는 관점에서 볼 때 타당하다고 보는 견해가 있다. 즉 독일연방법원<sup>27)</sup>은 화물차를 통하여 독일내에서 원거리를 運送하는 航空貨物運送契約의 경우에 運送중 발생한 損害에 대하여 陸上運送에 관한 法規定에 따라 責任을 진다는 판결을 한 바 있다.

본 판례에 따르면 사실상 代替된 運送手段에 관한 법이 적용되어 航空運送人은 바르샤바條約 第22條의 責任制限規定을 원용할 수 없게 된다. 따라서 본 판결에 따르면 1984년 판결과는 달리 契約에 반하는 航空貨物代替運送이 이루어진 경우에 代替된 運送手段에 관한 법규에 따라 責任을 져야 한다는 것이다.

상기의 2개의 판례를 검토하여 볼 때 契約에 반하는 代替運送의 경우 특정된 責任原則이 존재하지 않는다는 것을 알 수가 있다. 그러나 독일연방법원은 최근판례인 1990년 판례에서 특정한 運送手段이 합의되었으나 이에 반하여 運送人이 代替運送을 실행하였다면 送貨人의 保護必要性을 느껴 送貨人이 유리한 법적 선택을 할 수 있도록 견해를 피력한 것으로 판단된다. 따라서 航空運送契約에 반하여 代替運送이 이행된 경우에는 損害發生時 청구권자에게 가장 유리한 法律을 선택할 수 있는 선택권이 주어진다라고 보는 것이 타당하다고 사료된다.<sup>28)</sup>

## 2. 損害發生地の 不明

앞에서 본 바와 같이 航空貨物代替運送이 契約에 반하여 이루어진 경우에 損害發生地가 地上이었다면 送貨人에게 法律選擇權이 주어지는 것에 대하여는 이론의 여지가 없다고 본다. 그러나 損害가 地上運送 중에 발생하였는지

26) BGH TranspR 1984, 172 = VersR 1984, 680.

27) NJW 1990, 639 = DB 1990, 423 = ZLW 1990, 108 = VRS 78, 103 = NJWR 1990, 355 = MDR 1990, 411 = RIW/AWD 1990, 499 = TranspR 1990, 19 = BGH Warn 1989, Nr.155 = LM Nr.9 zu § 429 HGB = ETL 1990, 76.

28) Blaschczok, TranspR 1987, 401.

여부가 확인되지 않는 경우가 많다. 一般立證責任原則에 따르면 정확한 損害發生地에 대한 立證責任은 損害를 청구하는 자에게 부과된다. 또한 損害賠償請求權者인 送貨人은 航空運送人이 契約에 반하는 運送手段을 사용하였다는 것과, 代替運送의 사실을 사후에 알았다는 것도 立證하여야 한다. 그러나 전혀 불가능한 것은 아닐지라도 損害發生地의 확인은 대단히 어려우므로, 送貨人을 위하여는 일반적인 立證責任原則에 반하는 立證責任轉換을 인정하는 것이 가능한지 여부가 문제된다.

이에 대하여 독일연방법원은 複合運送에 관한 판결에서 貨物運送人이 해당 運送手段에 대하여 인정하고 있는 특정한 免責과 이익을 원용하고자 한다면 貨物運送人은 그의 적용을 의사표시하여야 하고, 또한 立證責任을 진다는 입장을 밝힌바 있다.<sup>29)</sup> 따라서 이를 立證하지 못하면 貨物運送人은 運送手段에 관한 法律 중 가장 엄격한 規定에 따라 責任을 지게 되는 결과를 갖는다. 이는 航空貨物運送人이 바르샤바條約에 따른 責任制限을 원용하고자 한다면 損害가 陸上運送 중에 발생한 것이 아니라 契約에 따른 航空運送 중에 발생하였다는 것을 立證하여야만 한다는 것을 의미한다.<sup>30)</sup>

航空運送이 갖는 立證困難의 특성을 고려하여 볼 때에 이는 타당한 견해라고 사료된다.

### 3. 기타 法律의 適用

바르샤바條約이 적용되지 않고 該當運送에 관한 法律이 적용되는 경우, 이에 대한 고찰이 필요하다고 사료된다. 이미 앞에서 언급하였듯이 航空貨物代替運送은 주로 陸上으로 이루어 지는 점을 감안하여 이하에서는 商法上的 陸上運送에 관한 規定을 중심으로 고찰하여 보고 아울러 민법적인 측면에서도 고찰하여 보고자 한다.

#### 1) 商法の 適用

29) BGHZ 101, 172 = NJW 1988, 640 = TranspR 1987, 447; Willenberg/Lucas, TranspR 1989, 201/206.

30) Helm, Großkommentar zum HGB §425 Rdnr.86; Blaschczok, Transportrecht 1987, 401 Fn.18; Willenberg/Lucas, Fn.35; Roitsch/Gemmecke, DVZ Nr.108 vom 10. September 1994.

상기에서 본 바와 같이 바르샤바條約이 적용되지 않고 代替運送手段에 관한 法律이 적용되는 경우 代替運送의 대부분이 陸上을 통하여 이루어 진다는 점을 감안하여 볼 때 우리 商法の 陸上運送에 관한 規定을 검토하여 볼 필요가 있다. 특히 航空貨物代替運送의 경우에 문제가 되는 規定은 商法 第135條, 136條, 137條이다. 이러한 規定들은 契約에 의한 運送수단에 관한 법으로서 條約에서 規定하고 있는 航空運送에 관한 보충적 효력을 갖는 법이다.

### 1) 損害賠償責任

商法 第135條에 따르면 運送人은 자기 또는 運送周旋人이나 사용인 기타 運送을 위하여 사용한 자가 運送물의 受領·引度·保管·運送에 관하여 주의를 懈怠하지 아니하였음을 증명하지 못하면 運送物の 滅失·毀損·延着으로 인한 損害를 배상할 責任을 면하지 못한다고 規定하고 있다.

따라서 航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받지 못하고 해당 運送手段인 陸上運送에 관한 商法の 적용을 받는 경우 過失責任主義原則하에 損害賠償責任을 지게 된다. 그러나 立證責任과 관련하여 민법상의 기본원칙인 被害者 立證의 원칙과는 달리 運送人이 주의를 懈怠하지 아니하였음을 立證하지 못하는 한 責任을 지도록 하는 立證責任轉換의 法理를 規定하고 있다.

이는 바르샤바條約이 第20條에서 “運送人은 運送人 및 그 使用인이 損害를 방지하기에 필요한 모든 조치를 취하였다는 사실 또는 그 조치를 취할 수 없었다는 사실을 증명한 때에는 責任을 지지 않는다”라고 規定함으로써 立證責任轉換主義를 택하고 있는 점과 관련하여 동일하다.

그러나 商法 第135條에서는 “주의를 懈怠하지 아니하였음”에 대한 立證責任을 부과시키고 있고, 바르샤바條約 第20條에서는 “損害를 방지하기에 필요한 모든 조치를 취하였다는 사실 또는 그 조치를 취할 수 없었다는 사실”에 대한 立證責任을 부과시키고 있다.

따라서 “주의를 懈怠하지 않았다”는 것과 “모든 필요한 조치 (all reasonably necessary measures)를 취하였거나 취할 수 없었다는 사실”간의 해석상의 차이가 있는가 하는 문제이다.

해석론적으로는 “필요한 모든 조치”란 대륙법계상으로는 “선량한 관리자로서의 주의”로 해석된다.<sup>31)</sup>

31) 최준선, 國際航空運送人의 민사책임, 상균관대 박사학위청구논문 (1986), 120면.

따라서 航空貨物代替運送 중 발생한 損害에 대하여 바르샤바條約이 적용되지 않고 該當運送手段인 貨物트럭에 의한 陸上運送에 관한 商法 第135條를 적용한다 할지라도 法律效果면에서는 큰 차이가 없다고 본다.

## 2) 高價物責任

商法 第136條에 따르면 運送중에 貨幣, 有價證券 기타의 高價物에 대하여 損害가 발생한 경우 送貨인이 運送을 委託할 때 高價物의 種類와 價額을 명시하여야 이에 대한 損害賠償을 받을 수 있다고 規定하고 있다. 이는 航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받지 않고 陸上運送에 관한 規定이 적용되는 경우 送貨인이 高價物을 運送委託함에 있어 그의 종류와 가액을 명시하지 않은 경우 이에 대한 不法行爲上의 損害賠償은 도외시키고 본다면 契約上의 損害賠償을 전혀 받을 수 없다는 것을 의미한다.

이러한 高價物에 대한 運送人의 責任에 관하여 바르샤바條約은 아무런 規定을 두고 있지 않다. 따라서 高價物을 代替運送하다 損害가 발생한 경우 바르샤바條約이 적용되면 高價物의 가액을 신고하였는지 여부와 상관없이 Kg 당 250프랑을 損害賠償 받을 수 있으나 (바르샤바條約 第22條 2項 a호),<sup>32)</sup> 해당 運送手段, 즉 陸上運送에 관한 법이 적용되는 경우 送貨인은 아무런 損害賠償도 받지 못하게 된다.

따라서 航空貨物代替運送物이 高價物인 경우에는 바르샤바條約이 적용되는가 여부에 따라 그 法律效果가 커다란 차이를 보이고 있다.

## 3) 損害賠償額

航空貨物代替運送 중 損害가 발생한 경우 본 損害에 대하여 바르샤바條約이 적용되는 경우에는 바르샤바條約 第22條에 의거하여 運送人은 Kg당 250프랑만 지급하면 된다. 그러나 바르샤바條約이 적용되지 않고 商法이 적용되는 경우에는 責任額의 제한이 주어지지 않고 다만 損害賠償額이 정형화되는 것에 불과하다.

따라서 運送物이 全部滅失 또는 一部滅失·毀損된 경우에는 引度할 날의

32) 현행 大韓航空貨物運送約款에 보면 국제화물운송의 경우에 발생한 화물의 손해에 대하여 Kg당 미화 20불로 정하여 놓고 있다 (대한항공 국제화물운송약관 第4條 9項 나호).

도착지의 價額으로 損害賠償하도록 되어 있다 (商法 第137條 1項, 2項).

이러한 運送人의 定額賠償主義를 택한 이유는 運送人에게 立證責任轉換이라는 엄격한 責任을 부과하는 대신에 運送人의 責任을 일정한 범위로 제한하는 데에 그 입법취지가 있다고 본다.

이렇게 陸上運送人에게 定額責任만을 부과시키는 것에 대하여 입법상의 타당성 여부가 제기되고 있으나 소액의 운임을 받고 많은 물량을 運送하는 運送人을 運送으로 인한 고도의 위험으로부터 적어도 어느 정도는 免責시킬 정책적 필요가 있고, 또 보통 運送物의 重量 혹은 容積을 기준으로 運賃을 받는 運送人에게 受荷人 혹은 貨物相換證所持人의 개별적 사정에 의해 증감하는 損害를 모두 배상하라고 요구하는 것은 정의나 형평의 원칙에 맞지 않는다는 입장에서 定額責任이 입법적인 타당성을 갖고 있는 것이 현실이다. 또한 運送에는 필연적으로 많은 분쟁이 따르고 그에 관한 立證도 어렵다는 점을 감안하여 볼 때에 이러한 분쟁을 신속히 해결하고 그 이외의 損害에 관하여는 受荷人 혹은 貨物相換證所持人이 保險을 통하여 보상받도록 하는 것이 運送制度의 운용상 가장 편리하다는 점도 現 定額責任主義의 타당성을 인정하는 근거가 되고 있다.<sup>33)</sup>

이는 航空物運送人의 責任을 금액상 제한하는 바르샤바條約상의 責任規定과 비교하여 볼 때에 많은 동질성을 갖고 있다. 그러나 商法 第137條의 規定은 일단 損害를 입은 運送物의 전액을 평가함에 있어 평가기준을 설정하여 놓은 것이지 運送人의 責任을 금액상으로 제한하여 놓은 것은 아니다. 이러한 점에서 볼 때 航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받는지 商法の 적용을 받는지 여부에 따라 法律效果면에서는 커다란 차이를 보이고 있다. 즉 代替運送 중 발생된 損害에 대하여 바르샤바條約이 적용되는 경우에는 Kg당 250프랑만 배상하면 되는 有限責任을 지지만, 商法이 적용되는 경우에는 無限責任을 지게 되는 것이다.

## (2) 不法行爲責任

航空貨物代替運送이 바르샤바條約이나 商法の 적용을 받는지 여부와 상관 없이 민법 第750條에 의거한 不法行爲責任을 물을 수는 없는가 하는 것이 문제된다.

33) 채이식, 상법강의 (상), 박영사 (1996), 297면.



즉, 航空貨物代替運送 중 발생한 損害에 대하여 航空運送人은 자기 또는 履行補助者의 過失이 있는 경우 바르샤바條約에 의거하여 또는 商法에 의거하여 損害賠償責任을 지는 것은 당연하지만, 運送物의 滅失·毀損이 運送物에 대한 所有權의 侵害로 인정되는 경우에는 민법상의 不法行爲責任도 지는 가 하는 것이 문제된다.

이에 대하여는 契約責任과 不法行爲責任 중 送貨人은 자기에게 유리한 責任을 선택하여 물을 수 있다는 請求權競合設<sup>34)</sup>이 있고, 債務不履行과 不法行爲로 인한 責任에 관한 規定은 특별법과 일반법의 관계에 있기 때문에 일반법인 민법에 의한 不法行爲로 인한 損害賠償請求權은 배제된다는 法條競合設<sup>35)</sup>이 대립되고 있다.

즉 請求權競合設에 따르면 양청구권은 그 요건과 효과가 다르기 때문에 반드시 청구권의 경합을 부정할 필요는 없으므로 그 중 하나를 임의로 선택하여 행사할 수 있다고 주장하고 있으며, 法條競合設에 따르면 運送人의 債務不履行으로 인한 責任은 運送契約의 존재라는 특별한 관계에서 발생하는 청구권으로서 일반적으로 위법성이 조각되기 때문에 不法行爲에 의한 청구권은 발생하지 않게되므로 債務不履行과 不法行爲로 인한 責任에 관한 規定은 특별법과 일반법의 관계에 있기 때문에 일반법에 의한 不法行爲로 인한 損害賠償請求權은 배제된다고 한다. 또한 不法行爲責任이 債務不履行責任보다 더 무겁다고 할 수 없고 청구권의 시효도 단기이므로 不法行爲責任을 인정한다고하여 被害者가 더 두텁게 되는 것은 아니라고 한다.

이렇게 양학설이 대립되고 있으나 다수의 학설과 판례는 請求權競合設의 입장에서 서있다. 法條競合設의 경우에는 債務者의 故意 또는 重過失이 있는 경우에도 不法行爲의 성립을 인정하지 않게 된다는 점을 고려해 볼 때에 문제가 있다고 사료되므로, 被害者保護次元에 중점을 놓고 고려하여 볼 때에 請求權競合設이 타당하다고 사료된다.

따라서 請求權競合設의 입장에서 送貨人이 不法行爲請求權을 행사할 수 있다고 한다면 契約責任을 묻는 경우와 비교하여 볼 때 長·短點을 갖고 있다.

34) 최기원, 상법학신론(상), 박영사 (1996), 282면; 서돈각, 상법강의(상), 박영사 (1985), 207면; 손주찬, 상법(상), 박영사 (1996), 333면; 이병태, 상법(상), 박영사(1978), 289면; 정동윤, 상법총칙·상행위, 박영사 (1993), 532면; 이범찬/최준선, 상법개론, 삼영사(1996), 190면; 대판 62.6.21, 62 다 102.

35) 정희철, 상법학(상), 박영사 (1989), 207면; 이원석, 신상법(상), 박영사 (1984), 202면.

즉 立證責任과 관련하여 바르샤바條約과 商法上的 立證責任은 運送人에게 주어지나 不法行爲責任을 묻는 경우에는 送貨인이 立證責任을 부담한다. 그리고 損害賠償額은 바르샤바條約에 따르면 高價物價額申告와는 무관하게 Kg 당 250프랑이고, 商法에 따르면 高價物의 가액을 신고하지 않으면 損害賠償을 전혀 받지 못하게 된다. 또한 일반화물인 경우 引度할 날의 도착지 가액으로 배상을 받을 수 있으나 不法行爲責任을 묻는 경우 전액을 배상받을 수 있게 된다. 그리고 消滅時效와 관련하여 바르샤바條約에 따르면 2년이고, 商法에 따르면 1년이지만 不法行爲責任을 묻는 경우에는 안 날로부터 3년, 모른 경우에는 損害發生日로부터 10년이다.

따라서 送貨인은 請求權競合設에 따라 선택권이 주어진다면 상기와 같은 效果상의 차이를 고려하여 자기에 유리한 청구권을 행사할 수 있다.

### (3) 免責特約

航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받는 경우 航空運送인이 免責規定을 두면 이는 바르샤바條約 第23條 1項의 “運送人の 責任을 免除하거나 또는 條約에 정하여진 責任限度보다 낮은 한도를 정하는 契約規定은 無效이다”에 따라 無效가 된다. 그러나 任意法規인 商法上的 陸上運送에 관한 規定이 적용되는 경우에는 바르샤바條約과 같은 免責禁止規定이 없으므로 免責約款이 효력을 갖게 된다.

바르샤바條約 第23條 1項의 취지는 運送인이 자신의 契約上的 우월한 지위를 이용하여 乘客이나 荷主에게 부당한 불이익을 주지 못하게 하는데 있다.<sup>36)</sup> 즉, 바르샤바條約이 運送人の 有限責任原則을 채택하여 運送人을 保護하는 한편 이 有限責任마저도 회피하지 못하도록 免責約款을 금하여 乘客·荷主를 保護하려는 것이다.<sup>37)</sup>

한편 우리 商法에는 陸上運送人에 관한 免責禁止規定이 없어 航空貨物代替

36) 바르샤바條約上 면책특약금지규정이 적용될 경우의 예로서 책임한도액을 낮추는 경우 및 운송인이 상당한 주의를 다하였으면 운송인의 책임을 면제한다는 것, 고가품에 대하여는 책임이 없다는 규정, 시간표는 운송계약의 일부가 아니라는 규정, 준거법의 법규여하를 불문하고 운송인의 책임을 면제한다는 것, 운송인측에 고의나 중과실이 있는 경우에도 운송인은 책임면제 또는 유한책임을 진다는 것, 입증책임 전환, 책임소멸시효의 단축 및 제척기간의 단축 등을 들 수 있는데 이러한 면책조항은 당연히 무효라고 사료된다: 최준선, 전계서, 163면.

37) 최준선, 전계논문, 163면.

運送이 바르샤바條約의 적용을 받지 않고 商法の 적용을 받게 되는 경우는 免責特約이 가능하게 되어 乘客이나 荷主가 불이익을 당하는 경우가 발생할 수 있다.

그러나 이러한 免責約款이 무제한으로 인정된다고 한다면 商法上의 運送人의 責任에 관한 規定은 의미가 없게 되므로 免責約款의 유효성은 社會秩序·信義誠實·權利濫用에 관한 일반원칙에 반하지 않는 범위내에서 인정되어야 할 것이다. 따라서 運送人의 故意로 인한 損害賠償責任에 관한 免責約款은 인정되지 않으나 履行補助者의 故意에 대한 免責約款은 유효하다고 본다.<sup>38)</sup>

또한 免責約款과 관련하여 請求權競合設을 따르는 경우 運送人의 契約責任에 관한 免責約款이 運送人의 不法行爲責任에도 미치는가 하는 것이 문제가 된다. 海上運送의 경우에는 대법원이 종래에 부정적인 입장을 취하였었다.<sup>39)</sup> 그러나 1983년 3월 22일의 全員合意體判決에서 종래의 입장을 원칙적으로 고수하면서 선하증권에 기재된 免責約款에 한하여 별도의 합의가 없더라도 당연히 不法行爲責任에도 그 효력이 미친다고 하였다.<sup>40)</sup> 이러한 판례를 陸上運送에도 적용할 수 있는가 하는 문제와 관련하여 본 판례는 船荷證券의 約款에 관한 것으로서 陸上運送에는 동일하게 적용할 수 없다는 설<sup>41)</sup>과 동일하게 적용할 수 있다는 설<sup>42)</sup>로 대립되고 있다. 부정하는 설의 입장은 被害者를 두텁게 保護하자는 데에 근본취지가 있다고 사료되나 양자가 物件運送이라는 동일성을 갖고 있는 점을 고려하여 볼 때에 貨物相換證의 免責約款에 대하여도 달리 해석할 필요는 없다고 사료된다.

따라서 航空貨物代替運送의 경우에 바르샤바條約이 적용되지 않고 商法の 規定이 적용되는 경우 免責約款은 社會秩序·信義誠實·權利濫用에 관한 일반원칙에 반하지 않는 범위내에서 인정되어야 하며, 인정되는 免責特約의 경우 不法行爲에 대하여도 효력이 미친다 할 것이다. 그러나 이러한 해석론을 航空運送의 경우에도 적용하는 경우 문제의 소지가 전혀 없는 것은 아니다. 따라서 입법론적으로 이를 해결할 필요성이 있다.

38) 최기원, 상법학신론(상), 박영사 (1997), 292면.

39) 대판 62.6.21, 62다 102; 대판 77.12.13, 75 다 107; 대판 80.11.11, 80 다 1812.

40) 대판 83.3.22, 82 다카 1533.

41) 정희철/정찬형, 상법원론(상), 박영사 (1997), 312면.

42) 최기원, 전제서, 292면; 정동윤, 상법총칙·상행위법, 박영사 (1996), 535면; 이철송, 상법총칙·상행위, 1996(박영사), 462면.

#### (4) 國際複合運送條約

國際複合運送이라 함은 複合運送人이 물건을 자기의 보관아래 인수한 국가의 지점에서 다른 국가에 위치하고 있는 引度가 예정된 지점까지 複合運送契約에 의하여 적어도 2종류 이상의 運送手段에 의한 物體運送을 의미한다.<sup>43)</sup>

따라서 航空貨物代替運送의 경우 航空運送으로서 바르샤바條約이 적용되지 않고 複合運送으로서 國際複合運送條約 (United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods)의 적용되는 경우가 발생할 수 있다.

이렇게 바르샤바條約이 적용되지 않고 複合運送條約이 적용되는 경우 法律效果면에서 어떠한 차이가 있는가를 고찰할 필요가 있다.

우선 바르샤바條約이나 複合運送條約이나 양자가 동일하게 有限責任原則과 金額責任主義 및 立證責任轉換의 原則을 취하고 있다는 점에서는 차이가 없다. 그러나 運送物에 대한 바르샤바條約상의 責任限度額은 手荷物 및 貨物の 1Kg당 17 계산단위이나 複合運送條約상의 責任限度額은 1포장물 또는 기타의 적재단위에 대해 920 계산단위를 초과하지 아니하는 금액과 멸실 또는 훼손된 화물의 1Kg 당 2.75 계산단위로 환산한 금액 중 많은 금액으로 하도록 規定하고 있다 (유엔 國際複合運送條約 第18條). 즉 航空貨物代替運送 중 발생된 損害에 대하여 複合運送條約이 적용된다면 送貨人이나 受荷人은 바르샤바條約상의 1Kg 당 17계산단위보다 훨씬 적은 금액의 損害賠償을 받게 된다.

#### (5) 國際道路貨物運送條約

航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받지 않고 國際道路貨物運送條約 (Convention relative au Contract de transport international de Marchandises par Route: CMR)의 적용을 받는 경우에는 어떠한 法律的 效果가 발생하는지를 고찰할 필요가 있다.

CMR은 1954년에 發效가 된 것으로서 道路陸上運送契約을 締結한 送貨人과 運送人간의 法律關係를 규율하는 國際條約이다. 본 條約은 바르샤바條約과 마찬가지로 立證責任推定の 原則 (同條約 第18條 1項)과 有限責任原則 (同條約 第23條 3項)을 따르고 있다.<sup>44)</sup> 따라서 運送중 損害가 발생한 경우 運送人 자신이나 사용인의 故意나 過失이 없었다는 사실을 立證하여야만 免責이 된

43) 김두환, 전제논문, 74면.

44) 자세한 것은 Gröckner, Leitfaden zur CMR, Berlin(1985). S.21 ff.

다. 또한 損害가 발생한 경우 1Kg당 8.33 계산단위로 損害賠償額이 유한하다.

이는 바르샤바條約상의 17계산단위와 비교하여 볼 때에 2분의 1에 불과한 금액이다. 따라서 航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받지 않고 CMR의 적용을 받게 된다면 送貨人과 受荷人은 금액상 많은 불이익을 입게 된다.

## V. 結 語

이상에서 고찰한 바와 같이 航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받느냐 여부에 따라서 法律效果上 많은 차이를 보이고 있다. 즉 契約에 의한 航空貨物代替運送의 경우에 航空運送人은 航空機를 통하여 이행된 구간에서 발생한 損害를 위하여는 바르샤바條約의 規定에 의하여 責任을 지고 地上運送手段을 통하여 이행된 구간에서 발생한 損害에 대하여는 사실상 代替된 運送手段에 관하여 적용되는 規定들에 따라 責任을 지게 된다. 또한 契約에 의거한 代替運送이라 할지라도 損害發生場所가 불명확한 경우에는 航空運送人은 고려가 되는 해당 法律 중 가장 엄중한 責任을 부과하고 있는 法律에 따라 責任을 지게 된다.

다른 한편 契約에 반하는 航空貨物代替運送의 경우에는 航空運送人은 합의된 運送手段에 관한 法律에 따라 責任을 지게 된다. 이는 航空運送人의 契約相對方의 권리를 保護할 필요가 있기 때문이다. 또한 航空運送人이 사실상 代替된 運送手段에 관한 법에 따라 責任을 져야 한다. 그 이유는 航空運送人이 일방적으로 運送手段을 선택하여 그 責任規定에 따라 責任을 지게 되는 경우가 발생하기 때문이다. 또한 損害發生場所가 명백치 않은 경우에는 航空運送人은 고려의 대상이 되는 法律 중 가장 엄중한 責任規定에 따라 責任을 지게 된다.

이러한 責任原則하에 볼 때 航空貨物代替運送이 바르샤바條約의 적용을 받는 경우에 航空運送人은 바르샤바條約에 의거하여 立證責任轉換規定과 免責禁止規定 및 1Kg당 17계산단위의 損害賠償의 責任을 지게 되지만 바르샤바條約의 적용을 받지 않고 商法에 따르는 경우에는 금액상 無限責任을 지고, 國際複合運送條約의 적용을 받는 경우에는 Kg당 2.75 계산단위로, CMR이 적용되는 경우에는 8.33의 계산단위로 損害賠償責任을 지게 된다.

이는 결론적으로 볼 때 航空貨物代替運送에 관하여 국내법상의 商法規定이

적용되는 경우에만 送貨人이나 受荷人에게 유리하고 複合運送條約이나 道路貨物運送條約이 적용되는 경우에는 불리한 결과가 발생한다.

따라서 바르샤바條約의 航空運送 및 航空機上의 運送의 개념을 확대해석하여 航空貨物代替運送이 契約에 의한 것이든 契約에 반한 것이든 구분없이 바르샤바條約의 적용을 받도록 하여 법적인 통일성을 기하도록 하는 것이 被害者保護라는 점에서 타당하다고 사료된다.

### [Zusammenfassung]

#### Die Luftfrachtersatzbeförderung

Luftfrachtersatzverkehr ist der Transport von Luftfrachtgut von Flughafen zu Flughafen unter einem Luftfrachtbrief im Oberflächentransport um die erste und/oder letzte Teilstrecke einer als Gesamtstrecke vereinbarten Luftfrachtbeförderung. Diese Strecken führen von nationalen oder internationalen Flughäfen zum Zentralflughafen („Hub“) der Luftverkehrsgesellschaft bzw. in umgekehrter Richtung vom Zentralflughafen hin zu den einzelnen nationalen oder internationalen Flughäfen.

Die Vorteile des Luftfrachtersatzverkehrs sind offenkundig, daher auch sein ständiges Anwachsen. Allerdings bestand bei den Luftverkehrsgesellschaften jahrelang eine große Unsicherheit, wie dieser Luftverkehr, der eben nicht in der Luft durchgeführt wird, rechtlich zu qualifizieren sei. Stellte die Beförderung von Luftfrachtgütern auf der Straße einen Bruch des Luftbeförderungsvertrages dar, so wie im Schadensfall die Geschädigten, Absender oder Empfänger des betreffenden Gutes, der Luftverkehrsgesellschaft auf Art. 18 Abs. 3 oder Art. 31 Warschauer Abkommen(WA) berufen? Folge dieser Unsicherheit war, daß über lange Jahre hinweg die Luftverkehrsgesellschaften sich scheuten, diese Frage einer gerichtlichen Klärung zuzuführen. Eher war man geneigt, sich mit dem Anspruchsgegner außergerichtlich zu vergleichen, selbst wenn dies bedeutete, daß man sich nicht auf die Haftungsbeschränkungen des Art. 22

WA berufen konnte, als ein Urteil zu erstreiten, welcher möglicherweise der Praxis der Luftfrachtersatzbeförderung einen - rechtlichen - Riegel vorgeschoben hätte. Diese Unsicherheit ist jedoch durch die Entscheidung die erste und wohl auch bislang einzige höchstrichterliche Entscheidung zur Luftfrachtersatzbeförderung nicht nur in Deutschland, sondern sogar in Europa. Die Luftverkehrsgesellschaften können mit dieser Entscheidung gut leben.

Bei einer vertragsgemäßen Luftfrachtersatzbeförderung haftet der Luftfrachtführer für Schäden anlässlich der mit dem Luftfahrzeug ausgeführten Teilstrecke nach den Vorsschriften des Warschauer Abkommens und für Schäden anlässlich der mit einem Oberflächenbeförderungsmittel ausgeführten Teilstrecke nach den Vorschriften, welche für das tatsächlich eingesetzte Transportmittel einschlägig sind.

Bei unbekanntem Schadensort haftet der Luftfrachtführer nach dem jeweils schärfsten der in Betracht kommenden Rechte.

Bei einer vertragswidrigen Luftfrachtersatzbeförderung haftet der Luftfrachtführer nach dem Recht des vereinbarten Beförderungsmittels, da sich auf dieses Recht der Vertragspartner des Luftfrachtführers eingerichtet hatte. Der Luftfrachtführer haftet aber auch nach dem Recht des tatsächlich eingesetzten Beförderungsmittels, da er sich in dessen Haftungsordnung durch die einseitige Wahl des Beförderungsmittels selbst hineingestellt hat.

Bei unbekanntem Schadensort haftet der Luftfrachtführer nach dem jeweils schärfsten der in Betracht kommenden Rechte.