

국제물품매매계약에서 위험이전에 관한 법리

홍 성 규*

-
- I. 서 론
 - II. 위험이전의 법적 성격과 효과
 - III. 물품운송과 위험이전의 법리
 - IV. 본질적 계약위반과 위험이전의 법리
 - V. 결론 및 시사점
-

주제어 : CISG, 위험이전, 국제물품매매계약, 제1운송인,
본질적 계약위반

I. 서 론

국제상거래가 증가하고 복잡화됨에 따라 국제물품매매계약의 당사자도 많은 위험과 법리적인 문제에 노출되어 있어 많은 노력과 비용을 소요하게 되는데, 이러한 문제를 해결하기 위한 국제적인 노력의 결과 「국제물품매매계약에 관

* 한국교통대학교 국제통상학과 교수

한 UN협약」(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 ‘CISG’라 한다)이 제정되어 그 역할을 다하고 있다.

오늘날 국제물품매매계약에서 위험부담의 문제는 컨테이너와 같은 운송수단의 발달과 보험제도의 진전에 따라 그 중요성이 과거보다 상대적으로 감소했다고 할 수 있으나 그렇다고 완전 무시할 수도 없는 문제이기도 하다. 즉 위험부담의 귀속주체에 따라 부보문제, 하자담보책임, 손해배상 등과 같은 다양한 법률문제를 발생시키고 있다.

CISG에서는 계약체결의 전후에 관계없이 위험이 매수인에게 이전되기 전에 목적물이 멸실된 경우에도 매도인의 물품인도의무에는 영향이 없으며, 위험이 매수인에게 이전된 후 목적물이 멸실·손상되었다면, 매도인의 작위 또는 부작위(an act or omission of the seller)에 의한 경우를 제외하고 매수인은 대금지급의무를 가진다.

위험이 매수인에게 이전되기 전에는 목적물이 멸실되어도 매도인은 목적물을 타인으로부터 조달받아서라도 매수인에게 급부하여야 하므로 ‘급부위험’(또는 물건위험)이 있으며, 매수인은 위험이전 전부터 대금지급의무를 부담하고, 위험이전 후 목적물이 멸실되어도 대금지급의무를 부담하기 때문에 위험이전에서 ‘대가위험’(또는 반대급부위험)을 부담하게 되는 것이다. CISG에서 규율하고 있는 위험은 대가위험(price risk)이며, Incoterms에서 규정하고 있는 위험과 동질의 위험이라고 할 수 있다.¹⁾

그러나 실무적으로는 위험의 이전시기와 물품의 소유권이나 물품에 대한 지배의 이전시기가 반드시 일치하는 것은 아니다. 원칙적으로 위험이전은 물품에 대한 소유권이 이전할 때 이전하는 소유자주의(채권자주의: *periculum est emptoris*)가 원칙이지만, 현대의 무역거래에서는 물품의 원격지로의 운송, 환어음 결제에 따른 환위험 등에 노출되자 소유권이전과 위험이전을 분리시키고 있다.²⁾

영국의 물품매매법(SGA)에서는 위험이전에 대원칙으로 “위험은 일응 소유권과 함께 이전한다(Risk prima facie passes with property)”라고 규정³⁾하고 있

1) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010, p. 238, p. 258 ; CISG 제66조가 이행의무와 위험이전을 병행하도록 규정하고 있기 때문에 급부위험은 대가위험과 함께 이전된다는 원칙을 간접적으로 도출할 수 있다고 한다.

2) 강원진, 무역계약론, 제4판, 박영사, 2012, pp. 381~382.

으나, 판례에서는 이를 절대적인 원칙으로 보지 않고 당사자의 명시적·묵시적 의사표시에 따라 변경할 수 있는 것으로 예외를 인정하고 있다.⁴⁾

한편, 미국의 통일상법전(Uniform Commercial Code: 이하 'UCC')은 기존의 소유자주의를 배척하고 위험에 대한 방지조치나 부보에 유리한 당사자에게 위험을 부담시키는 입법조치를 채택함으로써 소유권이전과 위험이전을 완전히 분리시키고 있다.

위험이전 시기에 따른 분쟁이 발생하는 경우에는 계약법상의 대원칙에 따라 당사자간의 합의(제6조)에 의하고, 합의가 없는 경우에는 그 동안의 관습이나 관행에 따라 해결(제9조)하게 되며, 이마저도 없는 경우에는 CISG의 규정(제67조~제69조)에 따라 법관이나 중재인이 법리의 적용을 검토하게 될 것이다. 특히 CISG에서는 위험이전의 개념이나 입증책임에 관한 규정이 없으므로 실무적으로 위험이전의 시기나 장소를 결정하는 것은 하자담보책임의 준부를 결정짓는 중요한 기준으로 작용하며, 중국적으로는 부보문제로 귀착된다.

국제매매계약에서 위험이전에 관한 선행연구로는, 매매계약에서의 위험이전을 연구한 이시환(1995),⁵⁾ 윤남순(2008),⁶⁾ 위험이전 시기를 CISG와 Incoterms의 규칙을 중심으로 비교·연구한 김원배·홍성규(1995),⁷⁾ 김동호(2010)⁸⁾ 등이 있으며, 운송중의 매매에 따른 위험이전과 손해배상청구권을 연구한 양석완(2009),⁹⁾ 매도인의 물품인도와 서류교부의무를 중심으로 위험이전을 연구한 심

3) SGA 1979, 제20조.

4) 강원진, 전계서, p. 383.

5) 이시환, “국제물품매매계약에 있어서의 위험이전”, 보험학회지, 한국보험학회, 제45권, 1995, pp. 53~77.

6) 윤남순, “국제물품매매에 관한 UN협약상의 위험이전”, 경영법률, 한국경영법률학회, 제18집 2호, 2008, pp. 363~388.

7) 김원배·홍성규, “국제물품매매에 있어서 위험이전에 관한 비교연구”, 무역학회지, 한국무역학회, 제20권 제1호, 1995, pp. 325~351.

8) 김동호, “국제물품매매계약에서 위험과 위험이전에 관한 연구”, 무역상무학회지, 한국무역상무학회, 제60권, 2013, pp. 27~46.

9) 양석완, “운송 중의 매매의 위험이전과 손해배상청구권에 관한 법적 논점”, 국제법무, 제주대학교 법과 정책연구소, 제1권 제2호, 2009, pp. 131~159 ; 양석완, “수하인(매수인)에 대한 위험이전의 문제점 검토”, 한국해법학회지, 한국해법학회, 제31권 제2호, 2009, pp. 293~328.

종석(2012)¹⁰) 등이 있다.

그동안 위험이전에 관하여 적지 않은 연구가 이루어져 왔음은 위험이전 문제가 국제물품매매계약에서 차지하는 중요성이 상대적으로 적지 않음을 나타내는 것으로 볼 수 있으나, 대부분 법규의 해석을 중심으로 이루어져 와서 실제적으로 이러한 내용이 당사자간의 분쟁해결에서 어떻게 적용되고 있는지를 파악하기에는 어려움이 많은 것이 사실이다.

따라서 본 연구에서는 위험이전에 관하여 CISG의 규정을 유기적으로 파악하여 관련 법리를 검토하고, 선행연구에서 전혀 언급하지 않았던 CISG 체결국의 법원판결이나 ICC 중재판정사례를 중심으로 CLOUT¹¹⁾나 CISG-Online¹²⁾에 게재된 판례(사례)중 위험이전에 관련된 내용을 분석하고자 한다. 이러한 연구는 법리적·상학적 관점에서 분쟁해결을 위한 국제상거래의 실무자 및 중재인들에게 유용한 이론적·실무적 지침을 제공할 것이다.

II. 위험이전의 법적 성격과 효과

1. 위험이전의 개념과 의의

일반적으로 위험이전(passing of risk)의 문제는 쌍무계약에 있어서 일방의 채무가 매도인과 매수인의 책임 없는 사유로 인하여 이행불능이 되어 멸실·손

10) 심종석, “CISG상 매도인의 물품인도 및 서류교부의무와 위험이전에 관한 규정해석과 판결례에 관한 연구”, 한국해법학회지, 한국해법학회, 제34권 2호, 2012, pp. 335~370.

11) Abstracts in UNCITRAL Case Law on UNCITRAL Texts(<http://www.uncitral.org>; 이하 ‘CLOUT’라 한다) ; UNCITRAL통일법(CISG와 기타 Model Law)을 국내법화한 국가에서 임명된 국가통신원(National Correspondent: NC)은 통일법을 적용한 국내법원의 판결문 원문과 초록을 UN공식어(영어, 중국어, 러시아어, 불어, 스페인어, 아랍어)로 작성하여 UN사무국에 제출하며, 이들 문서는 정기적으로 A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, ~/2, ~/3...형식으로 발간된다.

12) CISG의 권위자인 스위스 바젤(Basel)대학의 Ingeborg Schwenzer교수가 운영하는 데이터베이스로 CLOUT보다 많은 판례가 소개되어 있으며, 판례마다 고유번호가 부여되어 있어 검색하는데 매우 편리하다(<http://www.globalsaleslaw.org>). 이 밖에 CISG에 관한 판례 검색이 가능한 사이트로는 UNILEX(<http://www.unilex.info>)와 Pace대학 사이트(<http://cisgw3.law.pace.edu>) 등이 있다.

상된 경우 대가관계에 있는 상대방의 채무가 소멸하느냐 소멸하지 않느냐의 문제, 즉 누가 이러한 위험을 부담하여야 하는지를 결정하는 위험부담의 문제를 말한다. 이러한 위험이전에 있어서 위험의 개념은 일반적인 위험의 개념과는 다르다.¹³⁾ 즉 물품의 멸실이나 손상에도 불구하고 매수인은 대금지급의무가 있으며, 매도인은 당해 물품을 인도하여야 한다. 따라서 위험이전문제는 위험배분(allocation of risk)과 관련 없는 불가항력 이론(the doctrine of force majeure)과는 명백히 구별된다.¹⁴⁾

무역·해상보험에 있어서 위험이라는 용어는 여러 가지 의미로 사용되고 있으며 위험에 대응하는 영어로는 risk, peril, hazard 등이 있지만 peril은 사고 그 자체이고(예를 들면 충돌), risk는 사고(peril)발생의 가능성이며, 이러한 발생을 가져오는 조건, 상태, 요인을 hazard라고 한다(예를 들면, 농무).

일반적으로 국제물품매매의 당사자는 대금지급과 관련된 재산상의 위험(financial risk)과 물품의 멸실·손상 또는 품질저하와 관련된 물리적 위험(physical risk), 그리고 정부의 물품수출입에 관련된 간섭에 의하여 발생하는 법률적 위험(legal risk) 등의 위험에 노출되어 있다.¹⁵⁾ CISG에서는 위험이전의 법리에 포함되는 위험의 유형을 개념화하고 있지 않아 불확실성이 존재하는데, 물품의 멸실 또는 손상(loss or damage)(제66조~제68조) 또는 물품이 멸실되거나 훼손(goods (that) have perished or deteriorated)(제82조 2항 b호) 이라는 단어를 사용하여 물품의 물리적 위험을 폭넓게 인정하고 있다. 예를 들면, 물품의 소실(disappearance of the goods), 도난(theft), 물품의 잘못 놓임(misplacing the goods), 잘못된 주소나 타인에게 물품의 전달, 타 물품과의 혼합(mixing up) 등을 들 수 있으며, 물품의 전달과정에서 발생하는 취급부주의(lack of care), 불량포장(bad packing), 용해(melting), 해동(thawing), 수축(shrinking), 중량소실(loss of weight), 내구력(strength), 미각(taste), 외관(appearance)의 감소 등으로 품질의 저하를 가져오는 자연적 현상의 위험을 포

13) 김원배·홍성규, 전제논문, p. 327.

14) Sylvain Bollee, "The Theory of Risk in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention", <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>> 자료, p. 2.

15) A.G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, 4th ed, London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 917.

함하여 취급 및 저장 중에 발생하는 모든 위험을 포함한다.¹⁶⁾ 물리적 위험 또는 손상의 위험은 또한 물품에 손해를 야기한 제3자의 위험도 포함된다. 여기에는 위험의 결과로 인한 보상금(the amount of compensation)도 부과되어야 하며, 물품뿐만 아니라 재포장비도 포함되어야 하고, 물품의 취급, 재배치, 이동 비용도 계산될 필요가 있다.

그리고 물품과 관련된 서류의 손실에 대한 위험도 물품의 위험이전과 함께 이전한다. 즉 CISG의 위험이전에 관한 법리는 물품과 함께 관련 서류에도 쉽게 적용된다. 다만, 법률적 위험이 물리적 위험과 함께 이전되는지의 여부는 불확실하다.¹⁷⁾ 이러한 위험에는 정부당국의 간섭(intervene), 몰수(confiscate), 소유 금지(forbid the possession), 물품의 고의적 사용(intended use)이나 추가적인 상업적 착취(commercial exploitation) 등이 포함된다. 이것은 정부당국이 법의 집행을 통하여 일방당사자가 물품을 가치있게 사용할 권리를 박탈하는 것이 된다. CISG에서는 법률적 위험이전에 대하여 명시적인 언급을 회피하고 있다. 수출통관이나 수입허가, 관세쿼터에 대한 위험은 사실 계약서에 Incoterms 규칙을 삽입함으로써 해결할 수 있다. 그러나 만일 당사자들이 이들 위험을 포함하고 있는 정형거래규칙(trade terms)¹⁸⁾을 사용하고 있지 않다면 CISG의 위험이전에 관한 법리가 그대로 적용될 것이다.¹⁹⁾

따라서 국제물품매매계약에서 의미하는 위험은 계약목적물의 우발적인 멸실(loss)·손상(damage)의 물리적 위험을 의미한다.²⁰⁾

즉, 물품의 계약상 위험(risk)이라고 하는 것은 계약목적물의 소유권 또는 점유권(possession)이 당사자의 고의(wilful intention)나 과실(negligence) 없이 계약체결 후에 우발적으로 멸실되거나 손상됨으로써 계약상 이행불능의 상태에 빠졌을 때의 위험 또는 손실을 뜻한다.

16) Johan Earuw, "CISG Articles 66~70: The Risk of Loss and Passing It", <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>> 자료, p. 2.

17) 井原 宏·河村寛治, 判例ウイーン賣買條約, 東信堂, 2010, p. 161.

18) trade terms는 일반적으로 '무역거래조건' 또는 '정형거래규칙' 등으로 명명되어 있으며, 개별조건들은 예를 들면, FOB 계약, FOB 조건, 또는 Incoterms[®] 2010에서와 같이 'FOB 규칙'(Rule)으로 표현된다.

19) Earuw, *op. cit.*, p. 2.

20) 小林 晃, 貿易賣買研究ゼミナル, 中央經濟社, 1994, p. 71.

물품의 멸실·손상에 관한 위험을 매도인, 매수인 중 누가 부담하는가 하는 위험배분문제는 매매계약에 있어서 가장 중요한 문제의 하나이다. 특히 국제물품매매계약에 있어서는 장기간의 운송을 수반하는 경우가 많으므로 일반적으로 물품은 부보되지만 누가 보험계약을 체결하고 보험료를 부담하는지, 그리고 보험자에게 보험금을 청구하는 피보험자를 결정하는 문제를 생각할 때 위험부담에 관한 준칙은 중요하다. 또한 손해의 발생은 물품이 매수인에게 도달되어 처음으로 판명되는 경우가 많기 때문에 운송도중 어느 시점에서 위험이 발생했는가를 특정하기가 곤란하므로 국제매매에서는 물품에 대한 지배를 운송증권을 매개로 하여 관념화시켜 버리기 때문에 위험의 이전시기를 물품의 지배여부에 결부시켜 생각하는 것도 곤란하다.²¹⁾

이러한 불가항력적인 위험이 매매계약 성립 전에 발생했을 경우에는 매도인이 위험을 부담하며 매매계약 성립 후에 발생한 위험은 매수인이 위험을 부담하게 된다.²²⁾ 따라서 계약체결 시점에서 이행완료 시점에 이르는 동안 위험의 부담자가 바뀌게 되는데, 이러한 위험을 누가 부담하여야 하는지를 결정하는 것이 위험부담의 문제이다. 결국 위험부담의 문제는 위험이전(passing of risk)의 문제로 귀착되며, 위험부담의 개념과 위험이전의 개념은 같은 것으로 볼 수 있다.²³⁾

이와 관련하여 CISG는 당사자들이 매매계약에서 위험이전에 관하여 침묵하는 경우, 물품을 관리하거나 부보하기에 유리한 지위에 있는 당사자에게 위험을 부담하도록 하는 전제를 기준으로 위험이전에 관한 시기를 규정하고 있다.²⁴⁾

CISG에서는 매도인이 인도의무를 이행하는 것과 위험이 매수인에게 이전한다는 것은 분리되어 있다. 즉 인도가 있었다는 점이 위험이전의 이유가 되지 않는다. 인도의 시기와 위험이전의 시기 사이에 특히 문제가 되는 것은 매도인이 물품을 매수인의 처분에 맡긴 시점에서 인도가 있었다고 간주되는 유형의 매매

21) 山手正史, “國際賣買契約における危險負擔に關する一考察-ウーン統一賣買法を中心として-”, 東北學院論文集, 法律學 31·32 合本號, 1988, pp. 183~184, pp. 188~189.

22) 甲斐道太郎, 危險負擔總說:(註釋民法(13), 有斐閣, 1978, pp. 284~285.

23) 고병준, 국제물품매매계약에 관한 UN협약, 대한상사중재원, 1983, p. 68.

24) 석광현, 전거서, p. 239 ; 최준신, 국제거래법, 제6판, 삼영사, 2008, p. 117.

이다(제31조 b호 및 c호).²⁵⁾

CISG에서는 우선 위험이전에 대한 기본원칙과 효과를 규정하고(제66조), 물품의 위험이전시기를 매매계약상 물품의 운송에 관한 약정을 한 경우(제67조), 운송 중에 있는 물품을 매매한 경우(제68조), 및 기타의 경우(제69조)의 3가지로 분류하여 규정하고 있다. 또한 제70조는 위험이전과 매도인에 의한 본질적 계약위반의 관계를 규정하고 있다.²⁶⁾ 이러한 내용은 CISG의 기초가 되었던 유체동산의 국제물품매매에 관한 통일법(Uniform Law on the International Sale of Goods[corporeal movables, 이하 'ULIS'라고 함]의 규정은 제96조~제101조에 해당한다.

한편, CISG는 위험의 이전시기를 물품의 소유권²⁷⁾이나 물품에 대한 지배와 같은 관념적사실과 결부시켜 생각하는 방법을 명확히 배척하고 있다.²⁸⁾ 예를 들면, Stallion사건(2002)²⁹⁾에서는 위험부담과 소유권 또는 점유의 이전과는 관계가 없음을 나타내고 있는 판례이다. 계약당사자는 종마(stallion)의 매매계약에 합의하였으나 종마는 매수인이 수배한 운송업자가 말 마구간에서 인수한 후 운송도중에 원인불명으로 사망하였다. 법원은 종마의 인도는 농장에서 매수인이 수배한 운반차에 의하여 행하여졌기 때문에 제66조 및 제69조에 근거하여 위험부담은 매수인에게 이전하였다고 판단하였다. 매수인은 물품의 소유권 또는 지배권이 자신에게 이전되기 전에 문제가 발생하였기 때문에 자신은 위험부담의

25) 여기서는 매도인이 물품을 매수인의 처분에 맡기고, 이에 따라 인도가 있었다고 하여도 위험이 매수인에게 이전하지 않는다. 제31조 a호의 경우에는 인도시기와 위험이전 시기가 우연히 일치할 뿐이다(潮見佳男·田中邦博·松岡久和 編, 國際物品賣買條約, 法律文化社, 2010, p. 77).

26) 위험이전은 계약적합성의 판단시점에 관한 제36조에서도 언급되고 있다.

27) CISG 제4조(b) CISG는 매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리·의무만을 규정하고, 계약이나 조항 또는 관행의 유효성 및 매매된 물품의 소유권에 관하여 계약이 미치는 효력에는 특히 관련이 없다.

28) 山手正史, 전개논문, pp. 186~187 ; C.M. Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law : 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre Milan, 1987, p. 494 ; Lief Sevón, "Passing of Risk", <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>> 자료, p. 3.

29) pace, Germany 29 October 2002, Appellate Court OLG Schleswing-Holstein(Stallion case).

책임이 없다고 주장하였으나, 법원은 위험부담의 이전은 소유권의 이전과는 관계없이 물품의 인도에 의해서 발생한다고 하여 매수인의 주장을 기각하였다.

2. 위험이전의 효과

물품의 멸실·손상이 매도인의 작위나 부작위에 의한 경우를 제외하고, 물품의 멸실·손상에 관한 위험은 당사자간의 합의, 관습이나 관행, 또는 제67조~제69조에 따라 위험이전 전에는 매도인이 부담하지만, 위험이 매수인에게 이전된 후 물품이 멸실·손상된 경우에는 매수인이 제53조의 규정에 따라 대금지급 의무를 부담하여야 한다. 대부분의 경우 당사자가 국제물품매매계약에서 위험이전을 규정하고 있는 Incoterms³⁰⁾ 2010의 CIF, CFR, FOB 및 FCA 등과 같은 무역규칙의 사용에 합의한 경우에도 제66조는 적용된다.³⁰⁾ 매도인이 물품 또는 서류인도의무(제31조 내지 제33조)의 이행을 완료한 것을 하나의 전제로 하여 물품의 멸실·손상의 위험을 매도인으로부터 매수인에게 이전하는 것으로 규정하고 있는 경우도 있기 때문에 CISG규정에서는 제31조 내지 제33조의 규정과 동일한 문언을 사용한 경우가 의외로 많다.³¹⁾

위험에 대하여 CISG 제66조는 멸실 또는 손상이라고 규정하고 있지만, 운송 중 또는 보관중인 물품의 분실, 타인에게의 이전, 도난, 전손, 물리적 손상, 열화, 감소 등도 포함되며,³²⁾ 매도인이 운송인에게 교부한 후의 운송인에 의한 지연위험 등도 그 대상이 된다.³³⁾ 예를 들면, Incoterms의 CIF거래에 있어서 운임을 매도인이 부담하여도 우회비용(a necessary diversion)이나 물품의 일시적

30) 2012 UNCITRAL Digest of case law on the CISG, Digest of Article 66 case law(<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-66.html>.)

31) CISG Digest, 2008 수정판, 제4장 제2단락 참조. ; 예를 들면, 제31조와 제67조에 대하여 사례에서 피자거래에서 이탈리아 매도인은 별도의 합의가 있었음을 증명하지 않는 한 제31조 (a)항 따라 운송인에게 물품을 교부할 의무를 부담하는 것으로 하고 있으며, 제67조 1항에서는 운송인에게 교부한 때에 독일의 매수인에게 위험이 이전하고, 그 후에는 운송인이 발생시킨 손해에 대해서는 매도인에게 책임을 부과할 수 없는 것으로 하고 있다(CLOUT Case No. 360. 참조).

32) CISG Digest, *ibid*, 제4단락 참조.

33) CISG Digest, *ibid*, 제5단락 참조.

인 보관비용(temporary storage of the goods) 등과 같은 통상적이지 않은 운임(unusual transport costs)은 위험이전 후에는 매도인이 아닌 매수인의 비용 부담으로 되어 있는데, 이러한 상황은 운송위험의 범위내에 속하는 특별한 경우이므로 CISG가 적용된다.³⁴⁾ 그 밖의 위험의 범위에 대해서는 위험이전 규정의 정신과 목적에 따라 해석된다. 다만, 국가에 의한 물품의 몰수나 수출입 규제 등이 CISG에서 규정하고 있는 위험에 해당되는지의 여부는 논란이 있을 수 있다. 다수의 견해에 따르면, 전시에 있어서 적대국 물품의 몰수 등은 정확히 운송도중 물품의 멸실·손상 등과 동질의 위험이고 부보하는 것도 가능하기 때문에 CISG에서 규정하는 위험에 포함되는 것으로 보고 있다.³⁵⁾

매도인으로부터 매수인이나 운송인에게 물품의 교부는 위험이전에 관한 중요한 요소이지만, 위험이전과 물품의 교부가 분리되어 있기 때문에 불일치하는 경우도 있다.³⁶⁾ 또한 매도인의 계약위반으로부터 발생한 멸실·손상은 매수인의 구제대상이고, 제36조에서도 위험이 매수인에게 이전할 때에 존재하는 부적합이나 그 후에 매도인의 의무위반(예를 들면, 매도인의 명시의 보증위반)으로부터 발생하는 부적합에 대해서는 매도인의 책임으로 되어있으며, 본조 단서에서도 매도인의 작위 또는 부작위에 의한 멸실·손상의 경우는 위험이 이전하지 않는다. 다만, 본조 단서는 멸실·손상의 원인으로서 제36조 2항과는 달리 매도인의 의무위반이 아니라 매도인의 작위 및 부작위를 규정하고 있으며, 매도인의 작위 및 부작위(의무위반이 아님)에 의해서 발생한 물품의 멸실·손상은 비록 위험이 기술적인 의미에서 이전되었다할 지라도 매수인은 대금지급을 하지 않아도 된다.³⁷⁾ 이 때 멸실이나 손상은 오직 ‘우발적인’(accidental) 경우만을 의미하므로, 예를 들면 천재지변(acts of God)과 도둑이나 파괴자(vandal)

34) Ingeborg Schwenzer ed, *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, 3rd ed., Oxford University Press, 2010, Art 66, para 4, pp. 922~923.

35) 井原 宏・河村寛治, 전제서, p. 161 ; 윤남순, 전제논문, p. 372.

36) 예를 들면, 제69조 1항과 제31조 (c)의 문언 차이에 주의가 필요하다. ; CISG에서는 인도(deliver)의 개념과 교부(hand over)의 개념을 분리하여 설명하고 있으며, 물품이 매수인에게 교부되었다고 했을 때의 교부는 매수인이 점유(possession)를 취득한 것을 의미한다.

37) 서류매매(documentary sale)의 경우 매수인은 서류에 대해 우선 대금지급을 하고 매도인에게 손해배상을 청구하여야 되지만, CISG 제66조는 서류매매와 관련성이 없다.

등과 같은 치명적인 제3자의 행위는 포함되지만, 매도인의 작위나 부작위는 포함되지 않는다. 이와 유사한 논리로, 당해 물품의 멸실이나 손상이 매수인의 작위 또는 부작위에 기인하였다면 매수인은 그러한 위험을 부담하여야 한다.³⁸⁾

예를 들면, 반대설도 있지만, Incoterms의 FOB 규칙에서는 매수인에게 물품의 인도는 선적지에서 완료하지만 매도인 소유의 컨테이너에 의해 운송되므로 양하지에서 매도인이 컨테이너를 회수중에 물품을 손상시킨 경우에는 인도는 완료되었기 때문에 계약위반은 아니지만, 매도인의 작위 및 부작위에 의한 손상이 있으면 단서조항에 의해 매수인은 보호받을 수 있게 된다.³⁹⁾

CLOUT Case No.377에서는 독일의 매도인이 프랑스의 매수인에게 육류품을 판매하였으나, 육류품이 외부에서는 알 수 없는 상태로 열화된 사건에서, 위험은 제36와 제66조에서 매수인에게 이전하였고, 매수인은 품질에 대하여 이의를 제기하지 않고 수령하였으므로 매수인이 위험이전시에 당해 물품에 부적합이 있었음을 증명하여야 하므로 부적합의 통지가 합리적인 기간내에 행하여졌는지를 판단하지 않고 매도인의 손해배상청구를 인정하였다.

중국 CIETAC 중재사건⁴⁰⁾에서는 중국의 매도인과 미국의 매수인간 CIF New York 조건의 자스민·알데히드(Jasmin aldehyde)의 매매에서, 매수인은 자스민·알데히드가 고온에서 열화하기 때문에 온도에 주의하고, 또한 20피트 컨테이너로 뉴욕직항의 선편으로 송부하도록 매도인에게 요구하였는데도 불구하고, 매도인은 직항편의 선박을 이용하지 않았고, 또한 온도관리가 불충분하여 뉴욕에 도착되었을 때에는 대부분의 자스민·알데히드는 녹아버렸다. 본 사건에서 위험은 CIF조건인 선적항에서 매수인에게 이전하였지만 매도인이 특약을 위반하였고, 물품의 손해는 매도인의 작위 또는 부작위에 의한 것으로서 매도인에게 손해배상의 책임이 있다고 판정하였다. 이 사건과 유사하게 CLOUT Case No.724⁴¹⁾에서도 Ex Factory조건으로 위험은 독일의 매수인에게 이전하

38) Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, 3rd ed, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 100.

39) Schwenger, *op. cit.*, Art 66, para 9, pp. 924~925.

40) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950223c1.html>.; pace, china 23 February 1995 CIETAC Arbitration(Jasmin aldehyde case).

41) pace, Germany 14 December 2006 Appellate Court Koblenz (Bottle case).

였지만 대상물품인 와인병이 이탈리아의 매도인으로부터 매수인에게 위험이 이전되기 전에 적합하게 포장되지 않아 파손되었기 때문에, 매수인은 대금지급을 하지 않았고, 이에 매도인은 대금지급청구 소송을 제기하였다. 법원은 물품을 적합하게 포장하지 않은 매도인의 책임은 제35조 2항(d)의 의무위반에 해당하고, 제36조 2항과 제66조에 따라 매도인에게 와인병 파손에 대한 책임이 인정되므로 매수인은 대금지급 의무가 없다고 판결하였다. CISG 제66조의 단서조항에 따르면, 위험이전 후에도 매도인의 작위나 부작위에 의한 경우에는 매도인은 그 책임을 면할 수 없다.⁴²⁾

Ⅲ. 물품운송과 위험이전의 법리

1. 물품운송을 포함하는 경우

1) 기본원칙

CISG 제67조 1항은 “매매계약이 물품의 운송을 포함하고 매도인의 특정한 장소에서 물품을 교부할 의무가 없는 경우 매매계약에 따라 매수인에게 송부하기 위하여 제1운송인(the first carrier)에게 물품을 교부할 때 위험은 매수인에게 이전한다.”⁴³⁾고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 그러므로 전운송구간(the whole transportation)에 따른 위험은 매수인이 부담하는 것이 원칙이다. 이러한 접근 방식의 장점은 물품이 컨테이너에 적입된 경우에는 물품의 손실이 발생한 정확한 시점을 입증할 필요가 없다는 점이다. 이는 일반적으로 승인된 국제규칙에

42) 이러한 규정은 ULIS의 제96조에서 유래한다.

43) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale.

44) CISG 제67조상의 권리이전에 관한 기본원칙은 국제물품매매에 관한 통일법(ULIS)의 제 19조, 제97조(1)항의 결과와 비슷하고 제67조(2)항의 위험이전은 ULIS 제19조(3)항의 결과와 비슷하다.

따른 것으로 매수인은 운송중인 물품에 대하여 점유권을 갖지 못한 상태에서 위험을 부담하게 된다.⁴⁵⁾ 본조에서는 ‘매매계약이 물품의 운송을 포함하는 경우’를 정의하고 있지 않으나 제31조 (a)호와 동일한 의미로 해석된다. 제31조 (a)의 ‘매매계약이 물품의 운송을 포함하는 경우’라는 것은 매도인 또는 매수인이 독립한 운송인과 운송계약을 체결하고, 매도인이 물품을 운송인에게 교부하고, 매수인은 운송인으로부터 물품을 수취하는 것을 예정하고 있는 경우를 말한다. 따라서 매수인이 영업장소에서 물품을 인수하거나 매수인 자신이 운송을 수배하는 경우, 예를 들면 Incoterms의 EXW 규칙은 물품운송을 포함하는 경우로 볼 수 없다.⁴⁶⁾ 이 경우에는 후술하는 제69조 1항이 적용된다.

계약이 물품운송을 포함하는 경우라는 문언은 제38조 2항이나 제58조 2항에서도 사용되고 있는데, 이러한 문언은 통일적으로 이해할 필요가 있다.⁴⁷⁾

운송중의 위험은 매수인에게 부담시키는 것이 다수의 입법례 및 Incoterms의 CIF, CFR 규칙 등 무역조건의 입장이다.⁴⁸⁾ 즉 CISG에서도 운송인에게 물품을 인도함으로써 매도인의 인도의무가 완료하며 정형거래규칙(trade terms)에 있어서도 운송 중에 발생하는 물품의 위험은 매수인이 부담하는 것으로 되어있다. 그 이유는 ① 운송중 물품의 멸실·손상은 물품이 매수인에게 도달하여 처음으로 발견되며, ② 매도인은 손해를 입은 물품으로부터 멀리 떨어진 장소에 있고, ③ 신용장거래의 경우 물품이 선적되기 전에 신용장이 개설되어 선적과 함께 신용장이 요구하는 필수서류의 확인이 이루어지고 있기 때문이다. 또한 ④ 매도인은 대금지급과 교환으로 운송증권과 보험증권을 매수인에게 인도하며, ⑤ 매수인이 물품을 검사하여 손해를 발견하는 때에는 선적서류가 매수인의 수중에 있기 때문이다.⁴⁹⁾

45) 석광현, 전계서, p. 243.

46) 新堀聰, ウィーン賣買條約と貿易契約, 同文館出版, 2009, p. 115

47) 이에 대하여 ‘매매계약에 있어서 매도인이 운송을 계약하거나 수배하는 경우’로 표현하는 경우도 있다.(新堀聰, 전계서, p. 115, p. 126 ; 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司編, 注釋國際統一賣買法, 法律文化社, 2000, p. 237.)

48) 양명조, “권리이전과 위험부담”, 상사법연구, 한국상사법학회, 제7집, 1989 ; 임홍근·이태희 공편, 국제물품매매계약에 관한 UN협약, 삼지원, 1991, p. 156.

49) 山手正史·曾野和明, 國際賣買法, 靑林書院, 1993, p. 202 ; Albert H. Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the*

이러한 원칙은 전통적인 CIF 규칙과 CFR 규칙 등에서 매도인이 지정된 목적지까지 운임을 지급할 책임이 있다고 해도 매수인은 해상운송중의 위험을 부담하도록 하고 있는 Incoterms의 관행을 고려한 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 따라서 CISG 제67조는 운송을 포함하는 매매계약이라고 되어 있지만, 예를 들어 당사자들이 위험이전시기를 규정하고 있는 Incoterms를 적용하기로 합의하는 경우에는 그러한 합의가 본조에 우선하여 적용되므로(제6조), 본조의 중요성은 감소되며 실무적으로 제한적으로밖에 활용되지 못한다.⁵¹⁾ 즉, 운송중인 물품의 위험이전은 후술하는 제68조가 적용되고, 계약당사자가 자신의 운송수단을 이용하는 경우에는 제69조가 적용된다.

2) 제1운송인의 범위

제1운송인에게 물품이 교부(hand over)되어진 때에 위험이 매수인에게 이전한다고 하는 접근방식(approach)은 컨테이너 및 복합운송의 발달에 따른 손해 발생시점의 확인상태를 고려하여 입법을 단순화시킨 것이다. Incoterms에서도 이와 같은 요청에 부응하여 CPT 규칙 및 CIP 규칙에서는 같은 접근방식을 채택하고 있으며 FCA 규칙에서도 물품이 운송인의 관리하에 인도되어진 때에 위험은 매수인에게 이전하는 것으로 하고 있다.⁵²⁾

따라서 제1운송인이란 대부분 복합운송의 경우 매수인이 지정한 운송인 또는 그 대리인이 해당되는바, 운송주선인(freight forwarder)에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 매도인이 매수인에게 운송하기 위하여 독립한 운송인(independent carrier)에게 물품을 교부했다는 사실을 결정적인 기준으로 채택하여 긍정하여야 할 것이다.⁵³⁾ 즉, 물품의 교부가 있으므로 운송인의 보관하에 놓여지면 위험

International Sale of Goods, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer · Boston, 1990, p. 445.

50) D.M. Day, *The Law of International Trade*, London: Butterworths, 1981, p. 100.

51) Sevon, *op. cit.*, p. 6.

52) 山手正史·曾野和明, 전제서, pp. 203~204.

53) Schwenger, *op. cit.*, Art 67, para 7, pp. 929~930 ; 이러한 점은 제31조 (a)에 의해서도 보충설명이 가능하다. 이에 반하여 운송주선인은 운송을 주선할 뿐 운송을 실행하지 않으므로 제1운송인이 아닌 것이 통설이라고 한다(최준선, 전제서, pp. 173~174 ; Sevon, *op. cit.*, p. 6).

은 이전하고, Incoterms[®] 2010의 FOB 규칙과 같이 본선상에 물품이 적재될 필요까지는 없는 것으로 컨테이너운송에도 적합한 것이 된다.

그러나 매도인이 자신의 운송수단이나 매도인의 대리인으로써 운송업무를 하는 운송대리인(forwarding agent)⁵⁴⁾에 의하여 운송이 이루어졌다면 매도인은 물품을 “교부”(hand over)⁵⁵⁾했다고 볼 수 없으며, 그 운송수단은 독립한 운송인의 소유가 아니므로 제1운송인에게 교부한 경우에 해당되지 않는다.⁵⁶⁾

다만, 매도인 자신의 운송수단에 의한 운송의 경우에도 위험의 이전을 인정하지 않는다면 매도인이 자신의 운송수단을 이용하지 않으려 할 것이고, 이로 인하여 오히려 운임을 증가시키고 운송의 지연을 초래할 수 있다. 그 결과는 매수인에게 불이익이 될 것이라는 이유로 매도인 소유의 운송수단이나 그의 피용인에 의한 운송의 경우에도 제1운송인에 해당하는 것으로 보자는 학설도 유력하게 주장되고 있다.⁵⁷⁾

예를 들면, Incoterms[®] 2010의 현장인도조건의 하나인 EXW 규칙에서 계약조건에 따라 매도인의 운송수단을 사용할 경우 운송도중에 발생하는 손해는 매도인이 책임을 지는 것이 일반적이다. 따라서 CISG 제67조에서 논의되고 있는 제1운송인에 관한 문제는 계약당사자간의 약정의 문제로 보는 것이 타당할 것이다.⁵⁸⁾ CLOUT Case No.283에서는 매도인은 제1운송인에게 물품을 인도하

54) 운송대리인(forwarding agent)은 화주의 대리인으로써 화주명의로 운송계약을 체결하고 운송인에게 물품을 제공하여 운송중권을 취득하는 자를 말한다. 따라서 자신의 이름으로 운송업무를 하는 운송주선인(freight forwarder)과는 구별된다(濱谷源藏, 貿易實務辭典, 同文館, 1989, pp. 39~40, pp. 337~338).

55) 여기서 ‘교부’(hand over)라고 하는 것은 물품에 대한 점유이전의 물리적 행위(physical act of transfer of possession)를 의미(제64조, 제65조)하는 것으로, 이는 물품의 처분권을 갖고 있는 서류를 확보하고 있으면 위험이전에 아무런 영향을 미치지 않는다고 하는 제67조 1항 3문에 의하여도 확인되고 있다. 예를 들면, 해상운송의 경우 물품이 운송인의 보관하에 놓이게 된다면 물품을 선적하지 않고 선측에 놓는 것만으로도 충분하다. (Sevon, *op. cit.*, p. 5 ; 山手正史·曾野和明, 前掲書, p. 201).

56) CISG Digest, 2008 수정판, 제31조 제5단락. ; 양명조, 전계논문, p. 157 ; 최준선, 전계서, p. 174.

57) Hoffmann, "Passing of Risk in International Sales of Goods", in P.Sarcevic & P. Volken, ed, *International Sale of Goods*, Dubrovnik Lectures, 1986, p. 273 ; 양명조, 전계논문, p. 157 ; 페터 슈레히트립 저, 김민중 역, 유엔통일매매법, 두성사, 1995, p. 141.

였음을 입증할 필요가 있지만, 특정의 플랜트상품과 포장된 상품을 컨테이너에 적입한 것을 기재한 선화증권이 운송주선인(freight forwarder)에게 인도되었어도, 당해 선화증권에 수화인명이 수취인으로 기재되지 않은 경우, 매도인은 제1 운송인에게 물품을 인도하였다는 점을 입증할 수 없다고 하였다.

3) 기본원칙의 예외

제67조(1)항의 제2문에서는 “만약 매도인이 특정장소에서 운송인에게 물품을 교부하여야 할 의무가 있는 경우 물품이 그 장소에서 운송인에게 교부될 때까지 위험은 매수인에게 이전하지 않는다.”라고 규정하여 제1문의 기본원칙에 대한 예외를 인정하고 있다.

따라서 이러한 예외는 계약이 매도인으로 하여금 특정한 장소에서 운송인에게 물품을 교부하도록 요구하는 경우(예를 들면, 매도인이 육상에서 수송한 후 특정의 항구에서 운송인에게 교부하는 경우)를 규정(이 경우 물품이 특정되면 그 특정항에서 운송인에게 교부한 때에 위험이 매수인에게 이전하게 된다)하고 있는데, Incoterms⁵⁸⁾ 2010의 CIF 규칙이나 FOB 규칙이 이러한 유형에 해당한다. 이 경우 매도인은 전운송기간중 첫 번째 운송구간의 물품운송을 자신 소유의 운송인이나 독립한 운송인에게 맡겨도 상관없다. 한편, 매수인은 당사자들이 교부받기로 합의한 장소에서 물품을 수령하고자 한다면 제69조 2항이 적용된다.⁵⁹⁾

CLOUT Case No.19160⁶⁰⁾에서는 아르헨티나 매수인과 독일의 매도인간 건조 버섯(dried mushroom)매매에서 C&F 조건의 계약이 있었지만 부에노스아이레스로 수송중에 물품이 열화한 사건에서, 위험은 물품을 매수인에게 송부하기 위한 제1운송인에게 교부한 때에 매수인에게 이전하고, 위험이 이전된 후에는 매도인의 작위 또는 부작위에 의해서 당해 손해가 발생하지 않았으므로 매수인은 C&F 조건에 따라 대금을 지불하도록 판결하였다. 또한 법원은 CISG 제6조에 근거하여 당사자는 CISG의 전부 또는 일부를 배제할 수 있으며, 이 경우 당사자

58) 김원배·홍성규, 전제논문, p. 330.

59) Schwenzer, *op. cit.*, Art 67, para 10~11, pp. 930~931.

60) UNILEX, 31.10.1995 Camara Nacional de Apelaciones en lo comercial, Sala C, No.47448. ; pace, Argentina 31 October 1995 Appellate Court.

간의 합의가 우선 적용되므로 당사자간 특약으로 Incoterms 거래규칙을 합의한 경우에는 CISG 규정이 아닌 Incoterms 규칙이 우선 적용됨을 확인시키고 있다.

그리고 CISG의 ‘교부’(hand over)라는 문구는 점유이전의 실질적인 행위를 설명하기 위하여 사용하고 있으며, 이러한 예외는 매도인이 교부할 때만 적용하기 때문에 제1운송인이 제2의 운송인에게 물품을 이전할 때는 교부의 적용은 금지된다. 왜냐하면 이것은 점유의 실질적인 이전이 아니기 때문이며, 이러한 사실은 물품이 제1운송인에게 교부된 때 위험이 이전한다는 제67조(1)의 제1문을 보더라도 명확하다.

CISG 제67조 (2)항은 계약물품이 일정한 계약의 목적물로서 명확히 특정되어야 위험이 매수인에게 이전되는 것으로 규정함으로써 소급적인 위험이전을 인정하지 아니한다. 그러나 선적시에 매수인을 수하인으로 지정하지 않고 선적 후 매도인의 선적통지(shipping advice)에 의해 물품을 특정하는 경우, 위험은 선적시로 소급하지 않고 물품의 특정을 통지한 때에 이전하므로 통지의 발송으로 특정되는 것이다. 따라서 CISG 제27조에 따르면, 특정을 위한 별도의 통지를 ‘도달’시킬 필요 없이 ‘발송’한 시점에서 특정이 있었던 것으로 보기 때문에 이 발송시점에 위험이 이전하는 것이며, 결과적으로 소급효가 있는 것과 같은 효과가 생긴다고 할 수 있다.⁶¹⁾ 왜냐하면 매매대금을 되도록 신속하게 추심하고자 하는 매도인은 가능한 한 빨리 선적서류 등의 관계서류를 매수인 또는 매수인의 은행에 송부할 것이기 때문이다.⁶²⁾

그러므로 목적물에 대한 멸실·손상이 목적물의 특정이 있기 전에 발생하였는가 아니면 그 후에 발생하였는가에 따라 위험을 분담하는 당사자가 달라지게 된다. 따라서 이러한 문제점과 관련하여 분쟁이 발생할 가능성이 높다.⁶³⁾

2. 운송중인 물품매매의 경우

61) 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 田中康博 編, 注釋國際統一賣買法Ⅱ, 法律文化社, 2003, p. 90 ; Schwenzler, *op. cit.*, Art 67, para 14, p. 931.

62) Hoffmann은 조속한 위험이전을 바라는 매도인은 통지의 발송을 서두를 것이고, 결과적으로 선적통지의 발송을 촉진시키는 결과가 기대된다고 한다(Hoffmann, *op. cit.*, pp. 291~292).

63) 김원배·홍성규, 전계논문, p. 332.

일반적으로 운송중의 물품을 매매하는 경우는 중개인이 개입하여 원유, 천연 가스 등을 전매하는 경우에 주로 나타난다. 또한 중간상인에 의한 전매뿐만 아니라 목적물 인도시기에 여유를 가지는 매도인이 다른 매수인에게 보다 고가로 매도하는 경우에도 생길 수 있다. 그런데 이와 같이 운송중에 있는 물품을 매매 계약의 목적물로 하는 경우에는 손해의 발생시점을 명확히 밝히기 어렵기 때문에 위험이전 시기는 중요한 문제가 된다.⁶⁴⁾

운송중인 물품의 매매계약에서는 원칙적으로 위험은 당사자가 매매계약을 체결한 시점에서 이전하지만, 경우에 따라서는 운송계약을 증명하는 서류를 발행한 운송인에게 물품이 교부된 시점에 소급하여 위험이 이전하게 된다. 다만, 매매계약체결시에 매도인이 이미 목적물의 멸실 또는 손상되었음을 알았거나 당연히 알 수 있었던 경우에는 이러한 사실을 매수인에게 고지하지 않았다면 적용되지 않으며, 이러한 경우에는 당연히 매도인이 위험을 부담하여야 한다.

1) 기본원칙

CISG에서는 매매목적물이 제1운송인에게 교부된 때 매수인에게 위험이 이전하는 것이 기본원칙이다. 그러나 운송 중에 있는 물품을 매매할 경우에는 이미 물품은 매매계약체결당시에 제1운송인에게 교부되어져 운송이 진행상태에 놓이게 됨으로써 계약체결전의 위험까지 매수인이 부담하여야만 하는지, 아니면 계약체결시부터 위험이 이전하는 것으로 할 것인가에 대하여 CISG 초안 작성시부터 논란의 대상이 되었다.⁶⁵⁾ 유럽에서의 국제물품매매관행은 물품에 대한 검사 및 운송인이나 보험자에 대한 청구를 용이하게 할 수 있는 지위를 가진 매수인에게 전 항해구간에서의 위험을 소급적으로 부담시키고 있으나 많은 개발도상국들의 반대로 인하여 이러한 소급적 위험이전은 채택되지 못하고 운송중에 매도된 물품의 위험은 원칙적으로 계약체결시에 이전하는 것으로 규정하였다.

운송중의 사고에 대해서는 종종 입증의 불가능하거나 곤란하다는 점을 고려하면, 매수인이 운송중의 위험을 모두 부담하도록 하는 규정도 있을 수 있지만, 매수인의 입장에서는 계약체결전의 위험까지 소급적으로 부담하는 부당한 경우

64) Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 496.

65) P.M. Roth, "The Passing of Risk", *The American Journal of Comparative Law*, vol 27, N.2 & 3, 1979, p. 298.

도 있다는 점을 고려하여 타협의 산물로 제68조를 규정하게 된 것이다.⁶⁶⁾

또한 계약체결시에 위험이 이전하는 것으로 한다면, 일반적인 운송과정에서 손실이 발생한 시기를 확정할 수 있는 것은 화재, 폭풍, 기차의 파손 등과 같이 확인될 수 있는 사건의 경우는 가능하지만, 해수가 스며들거나, 과열로 인한 손해발생의 경우에는 현실적으로 운송중의 어느 시점에서 손해가 발생되었는지를 확정하기가 어렵기 때문에 분쟁의 소지가 많아진다.⁶⁷⁾ 물론 당사자들은 CISG 제6조의 규정⁶⁸⁾에 따라 위험은 운송의 개시시나 종료시에 이전한다고 약정함으로써 이러한 문제를 피할 수도 있다.

2) 기본원칙의 예외

운송 중에 매도된 물품의 위험은 원칙적으로 계약체결시에 이전하지만 이에 대한 예외규정으로 CISG 제68조는 “특별한 사정이 있는 경우”(if the circumstances so indicate)에는 운송계약을 구체화한 서류⁶⁹⁾를 발행한 운송인에게 목적물을 교부할때 위험은 매수인이 부담하는 것으로 한다고 하여 소급적 위험이전을 규정하고 있다.

여기서 말하는 특별한 사정이 있는 경우에 대하여 Vienna 외교회의과정에서 이는 매매계약속에 매도인이 매수인에게 보험증권을 교부토록 하는 조항이 포함되어 있는 상황을 의미하는 것으로 제안되었던 것이다.⁷⁰⁾ 그 까닭은 운송보험에 가입되어 있지 아니한 물품에 대하여는 매수인이 스스로 부보할 수 있는 입장이 아닌 한, 위험을 부담하게 할 수 없기 때문이다.

일반적으로 운송중에 있는 물품의 매매는 CIF 규칙에서와 같이 상징적인도

66) Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer Eed, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, Second ed., Oxford University Press, 2005, p. 686.

67) Honnold, *op. cit.*, p. 379 ; 오세창, 국제무역거래법, 법문사, 1989, p. 612.

68) CISG 제6조. The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any its provisions.

69) 여기서 말하는 서류는 제58조 1항 2항에서 언급하고 있는 ‘물품의 처분을 지배하는 서류 (documents controlling their disposition)’와는 다른 것으로 ‘운송계약을 구체화한 서류 (the documents embodying the contract of carriage)’를 말한다.

70) Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 498.

(symbolic delivery)방식에 의한 서류의 거래(tender of document)라고 할 수 있으며, 계약체결시에 매도인이 '피보험자지시식'(to the order of the assured)으로 발행된 양도가능해상보험증권을 매수인에게 배서·교부하는 경우, 이러한 배서·교부는 동 해상보험증권에 따라 손해배상을 청구할 수 있는 매수인에게 항해중의 전위험을 이전시키는 것으로서 소급적 위험이전을 인정하는 대표적 상황에 해당한다.⁷¹⁾

CISG 제68조를 인용하는 선례는 있지만 내용을 해석하고 있는 사례는 거의 없다.⁷²⁾ 중국 CIETAC Fish meal 사건(1997.4.1.)⁷³⁾에서는 중국의 매도인과 매수인간에 어분(fish meal)매매에서 중국섭외경제계약법에 규정이 없는 경우를 감안하여 CISG와 국제적 관습을 적용시켜 CISG 제68조 제1문의 계약체결시에 매수인에게 위험이 이전하는 것으로 하였다. CIF 규칙에서 보험이 존재하고, 동조 제2문의 상황에 해당하는 경우가 되면 여기서의 위험은 운송계약을 구제화하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 교부한 때에 매수인에게 이전하는 것이 될 것이다.

3. 기타의 경우

CISG 제69조는 위험의 이전에 있어서 당사자간의 특약이나 제9조의 관습 및 관행이 없는 경우로 제67조 및 제68조가 적용되지 않는 경우의 위험이전에 관한 일반 잔여규정(general residual rule for passage of risk)이다.⁷⁴⁾ 따라서 CISG 제69조는 대부분의 국제매매에 적용되지 않으며, 매수인에게 이러한 의무를 부담시키는 경우는 매도인의 현장인도조건의 하나인 EXW 규칙과 같이 극히 제한적으로만 적용된다.⁷⁵⁾ 즉 계약이 매수인에게 CISG 제69조(1)에 따라 매도인의 영업장소에서 물품을 수령하도록 요구하는 경우와 제69조(2)에 따라 매도인의 영업장소 이외의 장소에서 물품을 수령할 경우에만 적용되는 것이다.

71) Honnold, *op. cit.*, p. 380 ; 오세창, 전계서, p. 612 ; Sevon, *op. cit.*, p. 9.

72) CISG Digest, 2008 수정판, 제68조 제1단락.

73) <http://cisgw3.lqw.pace.edu/cases/970401c1.html>

74) Erauw, *op. cit.*, p. 7 ; Bollee, *op. cit.*, pp. 11~12.

75) 新堀聰, 전계서, p. 115, p. 120.

1) 매도인 영업장소에서의 물품수령

CISG 제69조(1)에 따르면, 제67조와 제68조에 해당하지 않는 경우에 위험은 매수인이 물품을 수령한때 또는 매수인이 상당한 기간 내에 물품을 수령하지 않은 경우 물품이 매수인의 처분가능상태에 있음에도 불구하고 매수인이 이를 수령하지 않음으로써 계약을 위반한 때부터 위험은 매수인에게 이전한다.

또한 제69조에는 명기되지 않았지만, 예를 들면 매수인이 협력의무를 위반(the buyer's lack of cooperation)하여 물품의 발송에 필요한 지시를 하지 않은 경우에도 제7조 2항 및 제69조 1항에 근거하여 매수인의 계약위반으로 인하여 매도인이 위험이전에 필요한 상황을 가질 수 없는 경우에는 위험이 항상 매수인에게 이전한다는 일반원칙을 도출할 수 있다는 견해도 있다.⁷⁶⁾

따라서 물품의 인도가 매도인의 영업장소(at the seller's place of business)에서 이루어질 경우에는 매수인 또는 그 대리인이 목적물을 수령함으로써 위험은 매수인에게 이전한다. 이는 단순히 목적물을 매수인의 처분에 맡김으로써 위험이 이전하는 것이 아니며 실질적으로 목적물의 지배를 이전함으로써 이전하는 것이다. 따라서 매도인이 목적물을 지배하고 있으면 위험도 매도인이 부담하여야 하는 것이다.⁷⁷⁾ 이 경우 부보문제가 발생할 수 있으나, CISG는 계약의 위반이나 위험에 관하여 적용되는 당사자 간의 합의가 없다면 재난의 위험은 물품을 관리하고 위험을 부보하기에 보다 유리한 입장에 있는 당사자가 부보해야 한다는 입장을 취하고 있다.⁷⁸⁾

따라서 제69조 제1항의 경우에 매도인이 물품의 점유권과 지배권을 갖고 있고, 그 점유 중에 멸실된 물품에 대하여 매수인에게 대금지급을 요구한다면 매수인은 매도인이 정당한 주의를 기울이지 않았음을 주장하여 책임을 면하려 할 것이기 때문에 매도인이 부보하여야 할 것이다.⁷⁹⁾

그러나 매수인이 매도인의 영업장소에서 물품을 수취하는 경우에는 매도인이 물품을 특정하여(제69조 3항), 매수인이 물품을 수취하거나 또는 매도인이 인

76) Schwenzer, *op. cit.*, Art 69, para 13, p. 941.

77) Bianca & Bonell, *op. cit.*, p. 503.

78) 오세창, 전게서, pp. 614~615 ; 석광현, 전게서, p. 239 ; 최준선, 전게서, p. 117.

79) Roth, *op. cit.*, p. 291.

도준비를 완료하여 물품을 매수인의 처분에 맡겨(제31조 c항) 매수인에게 그러한 취지의 통지가 도달하였음에도 불구하고 매수인이 물품을 수령하지 않는 경우(이 경우 매수인의 계약위반이 된다)에는 위험은 매수인에게 이전한다. 매수인이 제79조에 따른 면책을 인정하는 경우에도 위험이전에는 변함없고(제79조 5항), 또한 매수인이 수령하지 않은 경우 위험은 매수인에게 있었도 매도인에게는 물품의 보존의무가 있다(제85조, 제88조 2항).⁸⁰⁾

UCC에서도 선적이 필요 없는 경우 그러면서 매도인이 상인인때 위험은 물품의 수령시에 매수인에게 이전하며,⁸¹⁾ 매도인은 자신이 확보한 범위를 초과하는 부분에 대하여 멸실의 위험을 상업적으로 합리적 기간 동안 매수인에게 부담시킬수 있음을 규정하고 있다.⁸²⁾

2) 매도인 영업장소이외에서의 물품수령

CISG 제69조(2)는 매수인이 매도인의 영업장소 이외의 장소에서 물품을 수령해야할 의무가 있는 경우⁸³⁾ 인도기일이 도래⁸⁴⁾하여 물품이 동장소에서 자신의 임의처분상태(at his disposal at that place)로 놓인 사실을 매수인이 알았을 때(특정 창고가 있는 경우에는 창고업자(warehouse keeper)가 매수인을 위해 보관을 개시하고, 그것을 매수인이 알았을 때) 위험이 매수인에게 이전함을 규정하고 있다(단 본조 3항에 의해 물품이 특정되어야 함). 이 경우 창고업자가 매수인에게 물품의 점유권이 있다는 사실을 알고 있거나 매도인이 물품인도에 대한 서류(창고수탁증)를 매수인에게 제공하여야 한다. 단, 인도가 제33조에 적합하고 매수인이 물품이 자신의 처분하에 놓인 것을 알아야 하므로,⁸⁵⁾ 위험이전은 매수인의 점유권(the buyer's right to possession)에 대한 인지(acknowledgement) 또는 유효한 서류의 제공과 관련되어 결정된다. 매수인이

80) Schwenzer, *op. cit.*, Art 69, para 11, p. 941.

81) UCC 제2-509조.

82) UCC 제2-510조(3)항.

83) 예를 들면, 제3자의 창고나 매수인의 영업장소에서의 인도 등을 들 수 있다.

84) 당사자간의 합의나 관습·관행이 없으면 CISG 제33조에 따른다.

85) 이 경우는 실무적으로 대부분 제69조 2항에 해당한다.

물품을 수령할지의 여부에 관계없이 물품이 매수인의 처분상태에 놓인 것을 매수인이 알았다면 위험은 이전하지만,⁸⁶⁾ 매수인이 과실 또는 중과실에 의해서 알수 없었던 경우에는 위험은 이전하지 않는다.⁸⁷⁾ 예를 들면, CLOUT Case No.338에서는 창고에 보관되어 있는 가구에 대하여 보관증을 발행하였으나 매수인이 보관증에 기재되어 있는 가구를 수령하지 않은 사건에서 위험의 이전은 제69조 2항에 따르지만, 물품은 제33조 (a)항에 의해 매수인이 요구했을 때 인도되는 것이기 때문에 매도인은 그 장소에서 물품을 매수인의 처분에 맡기지 않은 것으로 되었다(제31조 (b)항).

이러한 규정은 ULIS에는 없으나 CISG에서 제정하게 된 동기는 공공창고에 보관중인 물품매매의 경우 매수인이 자신의 임의처분상태로 놓였음을 알고 있으면서도 상당한 기간동안 동 창고에 방치해 둘 경우를 고려한 것으로 보인다.⁸⁸⁾

여기서 ‘임의처분상태’에 관하여 영미법(S.G.A. & U.S.A.)에서는 “인도 가능한 상태”(a deliverable state)로 규정하고 있으며, Incoterms와 개정미국무역용어정의에서는 “매수인의 임의처분 상태”(at the disposal of the buyer)라는 표현을 사용하고 있다. 또한 미국통일상법전 제2편에서도 “at the buyer's disposition”이라는 유사문구를 사용하고 있다.⁸⁹⁾ 이러한 맥락에서 CISG에서 ‘매수인의 임의처분의 상태에 놓였을 때’란 매수인이 보관된 터미널이나 창고에서 물품을 반출할 권한이 있음을 의미하는 것이며, 창고업자가 물품에 대한 권한이 매수인에게 있음을 통지한 것만으로 충분하다.

이에 해당하는 경우로는 창고나 ‘Ex Warehouse’, ‘Ex Works’ 또는 ‘Ex Quay’와 같이 기타의 보관장소에 저장된 물품의 매매를 들 수 있다. 여기에는 매도인의 영업지가 아닌 매수인의 영업지에서 매도인이 인도하는 경우도 포함된다. 제69조 1항과는 달리, 여기에서 위험이전은 매수인의 물품인수가 아니라 물품을 매수인의 처분상태로 놓는 일방적 행위만으로도 충분한 것이 된다. 다

86) Schwenger, *op. cit.*, Art 69, para 8, pp. 939~940.

87) 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 田中康博 編, *op. cit.*, p. 101.

88) Honnold, *op. cit.*, p. 383 ; 오세창, 전계서, p. 616 ; 이러한 예로는 매매계약체결시 보다 물품의 가격이 크게 하락했을 경우, 매수인의 작위에 의하여 행하여질 수 있을 것이다.

89) 韓岡良平, 貿易賣買と商慣習, 第3版, 東京布井出版, 1981, p. 145 ; 이용근, 무역계약론, 법문사, 1994, p. 150.

만, 매수인은 물품이 자신의 처분상태로 놓여져 있다는 사실을 알아야 하므로 이러한 사실의 통지는 매도인의 위험에 해당한다.⁹⁰⁾ 여기에서는 물품이 매도인의 통제를 벗어났고 손실로 인한 클레임을 제기함에 있어 매도인보다 매수인이 유리한 입장임을 감안하여 일반적으로 매수인이 부보⁹¹⁾하게 된다.⁹²⁾

3) 불특정물의 경우

불특정물의 매매(sale of unascertained goods)에서 매도인은 계약에 물품을 특정시켜야 하며, 물품은 계약상의 물품으로서 명확히 특정될 때까지 매수인의 처분에 놓이지 않게 된다. 예를 들면, 매도인의 사업장에서 다른 물품과 함께 보관하지 않고 매수인에게 교부할 물품을 특정한 경우, 매도인이 특정하였을 지라도 그러한 취지를 매수인에게 통지할 필요가 있으며, 제67조 2항과는 달리 매수인의 처분에 놓이게 하기 위한 통지로서 제27조의 규정에도 불구하고 통지에 따른 위험은 매도인이 부담하여야 한다.⁹³⁾ 이러한 통지는 매도인이 사기적인 방법으로 위험을 매수인에게 전가하는 것을 막기 위해서라도 반드시 필요한 것이다.⁹⁴⁾

CLOUT Case No.340에서는 노르웨이 매도인이 덴마크의 가공업자에게 생선을 교부하였고, 동 가공업자가 훈제연어(smoked salmon)로 만들어 독일의 매수인에게 판매한 사건에서, 동 가공업자가 계약을 파기함에 따라 노르웨이의 매도인이 독일의 매수인과 직접 거래를 하였다. 덴마크의 가공회사 이외의 특정장소를 인도장소로 하여 Incoterms의 DDP 조건으로 매매계약을 체결하였으나, 생선은 덴마크의 가공업자에게 인도되어 동 가공업자의 영업소를 인도장소로 기재한 송장이 매수인에게 송부되었다. 그 후 동 가공업자가 파산하였기 때문에 독일의 매수인은 생선을 수취하지 않고 대금지급을 거부한 사건으로, 매도인의 불이행이 있었다할지라도 매수인은 합리적인 기간내에 계약을 해제하지

90) Schwenger, *op. cit.*, Art 69, para 7, p. 939.

91) 대부분의 경우 운송보험이 아닌 창고보험이 이에 해당한다.

92) Nicholas. Barry, *The Vienna convention on International Sales Law*, 105 L.Q.Rew. 1989, p. 240 ; 김원배·홍성규, 전계논문, p. 336.

93) Schwenger, *op. cit.*, Art 69, para 9, p. 940.

94) 최준선, 전계서, p. 178.

않았고 또한 매수인은 약정한 대로 인도를 요구하지 않고 가공업자의 주소지에서 인도하는 것으로 매수인이 합의하였다고 해석되므로 매도인은 자신의 의무를 이행한 것이고, 위험은 CISG 제69조 2항에 따라 매수인에게 이전한 것이 되므로 매수인은 생선을 수취하지 않았지만 제66조에 의해 대금지급의무가 있는 것으로 판결되었다.⁹⁵⁾

IV. 본질적 계약위반과 위험이전의 법리

일반적으로 인도된 물품의 계약적합성은 위험이전시에 판단되어야 한다. CISG 제70조는 위험이전과 매도인의 본질적 계약위반(a fundamental breach of contract)⁹⁶⁾이 있는 경우의 매수인의 구제와의 관계를 규정하고 있으며, ULIS 제97조 2항과 거의 유사하다. 위험이전 이후에 생긴 물품의 부적합이라도 그것이 매도인의 의무위반에 기인하는 경우에는 매수인은 제45조 이하의 구제수단을 취득한다.⁹⁷⁾ 이때 계약위반을 이유로 매수인이 취득하는 구제수단(계약해제권(제49조 1항 a호), 대체품인도청구권(제46조 2항), 보수청구권(제46조 3항), 손해배상청구권(제74조), 대금감액권(제50조))과 위험부담제도를 모순이 없는 형태로 조정할 필요성이 제기된다.⁹⁸⁾

매도인의 본질적 계약위반에 대해서는 위험이전과는 별개의 문제로 하여 매수인의 구제문제가 검토되고 있으나, 물품의 멸실·손상이 매도인의 본질적 계약위반과 무관한 경우에도 매도인의 본질적 계약위반을 이유로 하는 매수인의

95) CISG Digest, 2008 수정판, 제69조 제6단락.

96) 본질적 계약위반이라함은 “계약 하에서 기대할 권리가 있는 것을 박탈할 정도로 일방당 사자가 상대방에게 실질적인 손해를 입힌 경우”를 말한다(CISG 제25조). ; 이에 대한 자세한 내용은 홍성규, “국제물품매매계약에서 본질적 계약위반의 효과”, 무역연구, 한국무역연구원, 제6권 제4호, 2010, pp. 389~410 ; 홍성규, “국제물품매매계약에 있어서 하자담보책임에 관한 법리”, 중재연구, 한국중재학회, 제24권 제4호, 2014, pp. 163~170 ; 하강현, “국제물품매매에서 매수인의 본질적 계약위반에 관한 최근의 사례 고찰”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제55권, 2012, pp. 95~124 참조.

97) CISG 제36조 2항.

98) 潮見佳男·田中邦博·松岡久和 編, *op. cit.*, p. 79.

구제는 위험이전 규정에 우선하여 적용된다.⁹⁹⁾ 예를 들면, 본질적 계약위반을 이유로 매수인이 계약을 해제하면 매수인은 대금지급의무를 면하게 되며, 위험은 매수인에게 이전된 후에도 매도인에게 전가(shift)된다.¹⁰⁰⁾

위험이전 후에도 매도인의 부적합품의 교부가 본질적 계약위반에 해당하는 경우에는 물품의 멸실·손상이 매수인의 작위·부작위에 의한 경우를 제외하고,¹⁰¹⁾ 매수인은 제46조 2항에 의해 대체품인도청구를 할 수 있다.¹⁰²⁾ 반대로 위험이전 이후에 생긴 물품의 계약부적합이 매도인의 의무위반에 의하는 것이지만, 그것이 본질적 계약위반에 해당하지 않는다면, 매수인은 계약해제나 대체품인도청구를 할 수 없다.¹⁰³⁾ 이 경우에는 제66조 이하에 의한 대가위험의 매수인에게로의 이전규칙(대가위험의 분배규칙)이 적용되는 결과, 매수인은 대금지급의무를 면할 수 없다.¹⁰⁴⁾

따라서 제70조는 실질적으로 계약해제나 대체품인도청구를 통하여 매수인에게 이전한 위험을 매도인에게 전가하는 효과를 인정하는 것이 된다(제49조 1항 (a)호, 제46조 2항 및 제82조 2항 (a)호).¹⁰⁵⁾

예를 들면, 멕시코무역보호위원회 중재사건¹⁰⁶⁾에서는 멕시코의 매수인과 아르헨티나의 매도인은 1992년 과일통조림의 FOB매매계약을 체결하였다. 계약에 따라 과일통조림은 칠레의 제조업자로부터 멕시코의 매수인에게 인도되었으나, 매수인이 통조림을 확인한 결과 상당부분 판매가 부적합한 정도로 열화되어 있

99) Schwenzer, *op. cit.*, Art 70, para 2, p. 943.

100) Schwenzer, *op. cit.*, Art 70, para 4, p. 944 ; 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 田中康博 編, 전계서, p. 103.

101) 이 경우에는 제82조 2항(a)의 적용제외를 받을 수 없고, 제82조 1항에 의해 매수인은 대체품청구를 할 수 없다.

102) 다만, 제46조 2항의 통지나 기간의 제한은 받는다.

103) 이 두 개의 구제가 인정되기 위해서는 제46조 제2항과 제49조 제1항의 규정에 따라 본질적 계약위반이 전제되어야 한다.

104) 潮見佳男·田中邦博·松岡久和 編, 전계서, p. 79.

105) Schwenzer, *op. cit.*, Art 70, para 8, p. 946.

106) Conservas la Costena S.A. de C.V. v. Lanis San Luis S.A. & Agro-Industrial Santa Aela S.A. 사건 ; Unilex, Mexico 21.04.1996 Arbitration Decision COMPROMEX, No. M/21/95.

었다. 매수인은 통조림의 포장이 열등하여 결국 통조림의 열화가 발생하였다고 주장하면서 매도인과 제조업자 쌍방을 당사자로 한 중재를 신청하였다. 그러나 칠레의 제조업자가 파산하였고 아르헨티나의 매도인은 중재를 거부하였기 때문에 중재판정부는 구속력이 없는 의견(Dictamen)을 발표하였다. 매도인은 매매계약이 칠레의 제조업자와 매수인간에 체결되었기 때문에 자신은 계약당사자가 아니라고 주장하였으나, 물품대금결제를 위한 신용장의 수익자로서 매도인이 지정되어 있으므로 매도인은 매매계약의 당사자임이 분명하였다. 또한 매도인은 무역거래조건에 따라 물품의 위험은 매수인에게 이전하였다고 주장하였으나 위험부담의 이전과는 관계없이 매도인은 CISG 제35조 및 제36조에 따라 계약적합한 물품을 매수인에게 인도할 의무를 부담한다. 중재판정부는 통조림 및 포장이 해상운송에 적합하지 않았기 때문에 통조림의 열화가 발생하였으므로 매도인은 그 위무위반으로 인하여 발생한 손해에 대하여 책임을 부담하여야 하며, 이러한 책임은 위험이 매수인에게 이전된 후에도 면제되지 않는다고 판정하였다.¹⁰⁷⁾ 본 사건에서는 매도인의 본질적 계약위반이 존재하는지의 여부, 또한 물품이 매도인의 계약위반과 관계없이 훼손 또는 멸실된 경우의 위험을 누가 부담하는지의 문제이지만, CISG 제70조는 위험이 일단 매수인에게 이전한 후에도 최종적으로 매수인으로부터 매도인에게 전가(shift)되는 것을 인정하고 있으므로 매도인은 물품에 발생한 멸실 등의 손해에 대하여 책임을 부담하여야 한다.¹⁰⁸⁾ CISG에서 매도인의 계약의 물품적합성 의무는 물품의 품질, 수량 및 명세뿐만 아니라 포장이나 용기까지 계약에 적합하여야 하며, 물품이 통상적인 방법으로 또는 그러한 방법이 없는 경우에는, 그 물품을 보존하고 보호하는데

107) UNILEX는 CISG 제70조의 관련 사례로써 본 사건만을 게재하고 있으나 UNCITRAL의 판례집에서는 제70조와 관련된 사례가 전혀 없는 것으로 보고되고 있다(UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, United Nations, 2008, p. 207). 본 사건 외에는 제70조에 관련된 사례가 없지만 CISG의 해설서에 소개되어 있는 사례로는, 매도인이 납기에 물품을 납입하지 않아 본질적 계약위반이 되는 경우 또는 매수인이 추가적인 이행기간을 설정하였으나 그 기간내에 물품을 납입하지 않는 경우에는 매수인에 의한 계약해제가 가능하고, 계약해제가 된 경우에는 운송기간중의 물품의 위험은 매도인이 부담하게 된다(Schwenzer, *op. cit.*, para 9, p. 946 ; Secretariat's Commentary, Art 82, No.3, Example 82 E).

108) 다만, 이 경우에도 물품의 일부 손실이나 훼손이 매수인의 작위 및 부작위에 의한 경우에는 매수인이 최종 책임을 져야 할 것이다.

적절한 방법으로 용기에 담기거나 또는 포장되어 있을 것을 의미한다.¹⁰⁹⁾ 여기서 통상적인 방법이란 일반적으로 동종업계의 합리적인 사람들이 합리적 기대를 충족시키는 것을 의미하며 해당 물품과 위험이 비슷한 물품에 대한 통상적인 보호를 의미한다.¹¹⁰⁾

한편, 미국통일상법전(UCC)에서는 하자있는 물품을 확인수령한 때부터 매수인은 위험을 부담하게 된다고 규정하고 있다.¹¹¹⁾ 그러나 CISG와 ULIS는 매수인이 계약해제권이나 대체품인도청구권을 행사하면 위험이 매도인에게 전가된다는 원칙을 규정¹¹²⁾하고 있으므로 만일 매수인이 이러한 권리를 행사하지 않으면 매도인의 계약불이행에도 불구하고 매수인이 물품을 인도한 때부터 위험을 부담하게 된다.¹¹³⁾ 매수인이 대체품을 기다리는 동안이나 계약해제 후에도 물품을 계속 점유하고 있다면, 매수인은 위험을 부담하지 않지만 CISG 제86조~제88조에 따라 물품보존의무는 계속 유지된다.¹¹⁴⁾

또한 매도인이 약정된 인도기일 이전에 물품을 인도하였다면 매수인은 이를 선택적으로 인수하거나 거절할 수 있다.¹¹⁵⁾ 만일 매수인이 이러한 물품을 인수하였다면 이는 정당한 계약이행으로 간주되어 CISG 제69조의 적용을 받게 된다.

그러나 매수인이 이러한 물품의 인도를 거절하였다면 매도인이 위험을 부담하여야 함은 물론이다. 따라서 매도인은 물품매매계약상 체결한 인도기일까지의 위험과 비용(보험료, 창고료, 선적시 선박의 정박료 등의 부대비용)을 부담하여야 하는 것이다.¹¹⁶⁾

이 경우 매도인은 계약에서 약정한 기일내에 물품을 선적하기 위한 조치를

109) CISG 제35조 2항 (d). ; SGA 제13조에서도 물품의 포장은 물품명세의 일부를 구성하는 것으로 규정하고 있다.

110) 홍성규, “국제물품매매계약에 있어서 하자담보책임에 관한 법리”, 전계논문, pp. 150~152 ; 김재성·박세훈, “국제물품매매계약에서 포장의 계약적합성에 관한 연구”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제55권, 2012, p. 130.

111) UCC 제2-501조(1)항 ; 제2-608조(2)항 참조.

112) CISG 제82조 2항(a).

113) CISG 제69조(1)항.

114) Erauw, *op. cit.*, p. 9.

115) CISG 제52조(1)항 ; ULIS 제29조.

116) Schwenzer, *op. cit.*, Art 70, para 10, p. 946 ; 김원배·홍성규, 전계논문, p. 337.

취할 수 있는 경우에는 재인도를 할 수 있다. 만일 초과금액분(an excess amount)이 인도되었다면 조기인도(early delivery)의 경우와 동일한 원리가 적용되며, 위험은 제52조 2항에 따라 초과수량(excess quantity)의 인도를 수령했을 경우에만 매수인에게 이전된다.¹¹⁷⁾

V. 결론 및 시사점

위험이전에 관한 CISG 규정은 본 협약이 추구하고 있는 정책과 목적에 맞게 평가되어야 한다. CISG의 목적은 국제물품매매계약법을 통일시킴으로써 계약에 관련된 국내법의 불확실성을 제거하는 것이다. 위험이전에 관하여 CISG에서 강조하고 있는 정책은 물품의 지배와 관련한 위험의 이전시기, 즉 위험의 입증문제와 관련되어 있다. 그럼에도 불구하고 CISG는 제정당시부터 적지 않은 법적흠결을 가지고 있으며, 경성법적인 성격으로 인하여 개정도 쉽지 않아 국제물품매매계약과 관련되어 분쟁이 발생하면 법원 및 중재인의 재량적인 판단에 의존해 왔다. 따라서 위험이전에 관하여 CISG는 실무적으로 제한적으로 밖에 적용되지 못하는 문제점으로 인하여 계약당사자들은 Incoterms[®] 2010의 개별규칙에 합의하거나 이를 변경하여 사용할 수 있는데, 이 경우에는 CISG에 우선하여 적용된다.

앞에서 서술한 위험이전의 법리와 사례 분석을 통하여 도출한 시사점은 다음과 같다.

첫째, 국제상거래에는 다양한 위험이 수반되어 적합한 부보에 의해 위험을 회피하고 그 비용은 상품원가에 반영되는 것이 일반적이다. 해상운송의 경우에는 해상보험이 그 역할을 하고 있지만, 통상적으로는 Incoterms에 준거하여 부보하게 되므로 당사자간의 거래조건에 대하여 Incoterms[®] 2010상의 개별규칙에 준거함을 명확히 하여야 예기치 못한 위험으로부터 보호를 받을 수 있다.

국제물품매매계약에서는 매도인과 매수인간 또는 조달장소와 인도장소간에 거리가 있으며, 장거리의 운송을 상정하고 있는 경우도 많으므로 보험계약과

117) Schwenzer, *op. cit.*, Art 70, para 11, p. 947.

함께 위험이전의 시기에 관하여 거래의 형태, 선적지/양륙지, 인도장소 등을 고려하여 당사자간에 적절하게 합의해 두어야 한다.

둘째, 국제거래에서는 운송을 포함하는 경우 위험이전에 대해서 당사자는 Incoterms에 합의하면 그러한 합의는 CISG 제6조에 의해 우선적으로 적용되며, 또한 제7조 내지 제9조에 의해서 보충적용되므로 제67조의 실무적 의미는 제한적이라고 할 수 있다. 그러나 계약이 물품의 운송을 포함하는 경우의 해석에 대해서는 다소 의견차이가 존재하며, 제1운송인에게 교부하여 위험을 이전시키고 싶은 경우(예를 들면, 항공운송이나 컨테이너운송 등)에는 Incoterms²⁰ 2010의 FCA, CPT 또는 CIP 규칙에 합의한 후에도 당사자간의 특약을 통하여 명확히 해 둘 필요가 있다.

셋째, CISG에서는 위험이전을 소유권의 존재여부에 따라 결정하지 않고 개별상황에 맞게 규정하고 있으며, 영국물품매매법(Sale of Goods Act)에서 규정하고 있는 바와 같이 소유권의 이전과 위험이전이 동시에 이전하는 법리를 배척하고 있음에 유의하여야 한다.

CISG에서는 물품의 멸실·손상이 있어도 반대급부가 자동적으로 소멸하지 않고, 위험이전 전의 위험은 매도인이 부담하고 매도인의 물품인도의무도 계속된다. 다만, 인도가 객관적으로 불가능하게 된 경우에는 매수인의 이행청구는 인정되지 않지만, 위험이전 후에는 위험은 매수인의 부담으로 되어 물품의 멸실·손상 후에도 매수인은 대금지급의무를 부담한다. CISG에서 규정하고 있는 위험의 범위는 단정적으로 명확한 것은 아니므로 CISG의 규정에 따라 이전하는 위험의 내용을 명시적으로 규정해 둘 필요가 있다. 또한 제66조의 단서조항은 물품의 멸실 또는 손상이 매수인의 작위 및 부작위에 기인하는 경우라고만 규정되어 있어서 적용의 시간적 제약도 없고 어떠한 행위가 작위 또는 부작위인지도 규정하고 있지 않으므로, 경우에 따라서는 매도인에게 위험이 잔존하여 매수인으로부터 대금지급을 거절당할 우려도 있으므로 매도인으로서 매도인의 작위 및 부작위가 있는 경우의 책임을 한정하는 규정을 둘 필요도 있다.

넷째, 운송중인 물품의 위험이전에 관해서는 실무적으로 보험계약의 유무가 중요하고 보험계약 내용의 검토와 이와 관련된 계약조항의 적절성을 검토하는 것이 필요하다. 매수인에게 위험부담의 소급적 적용을 나타내는 '특별한 사정이 있는 경우'와 같이 애매한 요건으로 되어 있어서 이미 완료한 운송기간에 적용될 보험이 없는 경우, 운송중의 사고에 대해서는 종종 입증 불가능하거나 곤

란한 경우를 고려하면 특별히 위험이전에 대해서 통상적으로 입증을 부담하여야 하는 매도인의 입장에서는 위험이전의 시기를 당사자간에 합의해 두는 것이 보다 명확한 위험배분의 척도가 될 것이다.

다섯째, 매도인의 본질적 계약위반이 있는 경우에는 제67조 내지 제69조의 규정에 의해 위험이 매수인에게 이전한 후에도 제70조가 적용되어 매수인의 구제방법은 제한받지 않는다. 예를 들면, 매수인이 계약해제권을 행사하면, 비록 위험이 매수인에게 이전한 후에 멸실·손상이 발생하여도 매수인은 대금지급의무를 면하게 되어 실질적으로는 매도인이 위험을 부담하는 것과 동일한 효과를 가지게 된다. 결국 매도인은 매수인의 지배하에 있는 물품에 대해서도 위험을 부담하는 경우도 있을 수 있으므로, 매도인은 본질적 계약위반이 있는 경우에는 매도인으로서 이러한 경우의 책임을 제한하는 적절한 계약조건을 검토하여야 할 것이다.

결론적으로 국제물품매매계약의 당사자는 위험이전의 배분문제와 관련하여 실무적으로 유용하고 보편적으로 활용되고 있는 Incoterms[®] 2010 규칙을 계약조건에 세부내용으로 삽입하고, 당사자간의 확립된 상관행이나 관습이 없는 경우에는 국제적인 통일계약법으로 인정되고 있는 CISG가 적용됨을 명확히 하여야 한다.

참 고 문 헌

- 강원진, 무역계약론, 제4판, 박영사, 2012.
- 고범준, 국제물품매매계약에 관한 UN협약, 대한상사중재원, 1983.
- 김동호, “국제물품매매계약에서 위험과 위험이전에 관한 연구”, 무역상무학회지, 한국무역상무학회, 제60권, 2013.
- 김원배·홍성규, “국제물품매매에 있어서 위험이전에 관한 비교연구”, 무역학회지, 한국무역학회, 제20권 제1호, 1995.
- 김재성·박세훈, “국제물품매매계약에서 포장의 계약적합성에 관한 연구”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제55권, 2012
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010.
- 심종석, “CISG상 매도인의 물품인도 및 서류교부의무와 위험이전에 관한 규정 해석과 판결례에 관한 연구”, 한국해법학회지, 한국해법학회, 제34권 2호, 2012.
- 오세창, 국제무역거래법, 법문사, 1989.
- 양명조, “권리이전과 위험부담”, 상사법연구, 한국상사법학회, 제7집, 1989.
- 임홍근·이태희 공편, 국제물품매매계약에 관한 UN협약, 삼지원, 1991.
- 양석완, “운송 중의 매매의 위험이전과 손해배상청구권에 관한 법적 논점”, 국제법무, 제주대학교 법과 정책연구소, 제1권 제2호, 2009.
- _____, “수하인(매수인)에 대한 위험이전의 문제점 검토”, 한국해법학회지, 한국해법학회, 제31권 제2호, 2009.
- 윤남춘, “국제물품매매에 관한 UN협약상의 위험이전”, 경영법률, 한국경영법률학회, 제18집 2호, 2008.
- 이시환, “국제물품매매계약에 있어서의 위험이전”, 보험학회지, 한국보험학회, 제45권, 1995.
- 이용근, 무역계약론, 법문사, 1994.
- 최준선, 국제거래법, 제6판, 삼영사, 2008.
- 페터 슈레히트림 저, 김민중 역, 유엔통일매매법, 두성사, 1995.
- 하강현, “국제물품매매에서 매수인의 본질적 계약위반에 관한 최근의 사례 고찰”, 무역상무연구, 한국무역상무학회, 제55권, 2012.

- 홍성규, “국제물품매매계약에서 본질적 계약위반의 효과”, 무역연구, 한국무역연구원, 제6권 제4호, 2010.
- _____, “국제물품매매계약에 있어서 하자담보책임에 관한 법리”, 중재연구, 한국중재학회, 제24권 제4호, 2014.
- 甲斐道太郎, 危險負擔總說: 註釋民法(13), 有斐閣, 1978.
- 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司 編, 註釋國際統一賣買法 I, 法律文化社, 2000.
- 甲斐道太郎·石田喜久夫·田中英司, 田中康博 編, 註釋國際統一賣買法 II, 法律文化社, 2003.
- 濱谷源藏, 貿易實務辭典, 同文館, 1989.
- 山手正史, “國際賣買契約における危險負擔に關する一考察-ウィーン統一賣買法を中心として-”, 東北學院論文集, 法律學 31·32 合本號, 1988.
- 山手正史·曾野和明, 國際賣買法, 青林書院, 1993.
- 小林·晃, 貿易賣買研究ゼミナール, 中央經濟社, 1994.
- 新堀聰, ウィーン賣買條約と貿易契約, 同文館出版, 2009.
- 井原 宏·河村寬治, 判例ウィーン賣買條約, 東信堂, 2010.
- 韓岡良平, 貿易賣買と商慣習, 第3版, 東京布井出版, 1981.
- 潮見佳男·田中邦博·松岡久和 編, 國際物品賣買條約, 法律文化社, 2010.
- Barry. Nicholas, *The Vienna convention on International Sales Law*, 105 L.Q.Rew, 1989.
- Bianca. C.M & Bonell. M.J., *Commentary on the International Sales Law : 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre Milan, 1987.
- Bollee. Sylvain, “The Theory of Risk in the 1980 Vienna sale of Goods Convention,” <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>.
- Day. D.M., *The Law of International Trade*, London: Butterworths, 1981.
- Earuw. Johan, “CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>.
- Guest. A.G, *Benjamin's Sale of Goods*, 4th ed, London. Sweet & Maxwell, 1992.
- Hoffmann, "Passing of Risk in International Sales of Goods", in P.Sarcevic & P. Volken, ed, *International Sale of Goods*, Dubrovnik Lectures, 1986.

- Kritzer. Albert H., *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer · Boston, 1990.
- Lookofsky. Joseph, *Understanding the CISG*, 3rd ed, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.
- Roth. P.M., "The Passing of Risk", *The American Journal of Comparative Law*, vol 27, N.2 & 3, 1979.
- Schlechtriem. Peter, Schwenger. Ingeborg Eed, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, Second ed., Oxford University Press, 2005.
- Schwenger. Ingeborg ed, *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, 3rd ed., Oxford University Press, 2010.
- Sevon. Lief, "Passing of Risk", <http://www.cisg.law.pace.edu.cisg/biblio/sevon3.html>.

ABSTRACT

The Rules of Law on Passing of Risk in Contracts for the International Sale of Goods

Hong, Sung Kyu

The purpose of this paper is to examine thoroughly on passing of risk in contracts for the international sale of goods. Articles 66~70 of the CISG contain provisions on passing of risk. Article 66 states the main effect of passing risk to the buyer. Article 67~69 determine the decisive point in time which the risk passes from the seller to the buyer and article 70 attempts to explain the relation between passing of risk and fundamental breach of contract by the seller.

As in the case corresponding Incoterms rules, the main issue to be resolved is which party should bear the economic consequences in the event that the goods are accidentally lost, damages or destroyed.

Many cases also apply CISG articles 66~70 to contracts in which parties not agree on the use of trade terms such as CIF, CFR, FOB and FCA in Incoterms[®] 2010 Rule that provide for when the risk passes.

In order to minimize disputes that may arise under contract, when drawing up a contracts for the international sale of goods, the specifics of agreement should be clearly stipulated.

Consequently, the parties of contracts for the international sale of goods should take adequate measures, and it is required to prepare the contracts clearly as the specific terms to prevent and resolve contractual disputes on passing of risk.

Key Words : CISG, Incoterms[®] 2010, Fundamental Breach of Contract,
Passing of Risk, Contractual Disputes