F.O.B.契約에 있어서 所有權 및 危險의 移轉에 관한 硏究

(A Paper on the Passing of Property and Risks in the F.O.B. Contracts)

鄭　在　煥*

目　次

Ⅰ. 序　論
Ⅱ. F.O.B.契約의 特性
Ⅲ. F.O.B.契約에서의 所有權移轉
　1. 國際物品賣買契約에서의 所有權移轉
　2. F.O.B.契約에서의 所有權移轉
　3. F.O.B契約에　따른 船積書類와 所有權移轉
Ⅳ. F.O.B.契約에서의 危險移轉
　1. 國際物品賣買契約에서의 危險移轉
　2. F.O.B.契約에서의 危險移轉
Ⅴ. 結　論

Ⅰ. 序 論

國際物品賣買契約에 있어서 物品에 대한 所有權 및 危險의 移轉에 관한 문제는 賣買當事者들에게 法律的으로나 經濟的으로 매우 중요하다. 왜냐

* 成均館大學校 貿易學科 博士課程 修了.

하면 國際物品賣買契約은 본질적으로 賣渡人이 買受人에게 物品에 대한 所有權을 移轉하여야 비로소 그 義務를 다하는 것이며 이를 이행하여야 賣渡人은 代金의 請求權을 행사할 수 있기 때문이다.

또한 國際物品賣買契約에 있어서 物品에 대한 危險은 반드시 所有權이 移轉할 때 이와 동시에 移轉한다고만 볼 수 없으며 國際的인 慣習에 따라서는 그 所有權 및 危險이 移轉되는 時點은 전연 달라질 수도 있다. 이러한 경우 賣買當事者들 간에는 일반적인 物品賣買契約에서 예견할 수 없는 利害關係의 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 특히 F.O.B契約은 C.I.F契約과 함께 國際的으로 가장 많이 이용되는 賣買契約의 형태이다. 한편 F.O.B.契約에 관한 慣習은 歷史的으로나 地域的으로 매우 다양하게 발전되어 왔으며 이로 인하여 F.O.B.契約의 관계당사자들 간에는 物品의 所有權 및 危險의 移轉時期에 관한 論爭도 빈번하게 야기되고 있다.

일반적으로 F.O.B契約에 있어서 物品의 所有權 및 危險은 賣渡人이 買受人에게 物品을 引渡하는 時點인 「船積時」에 買受人에게 移轉되는 것으로 알려져 있다. 이러한 原則은 固有意味의 F.O.B契約일 경우에 해당하는 것이며, 이외에 賣渡人이 運送에 관한 追加的인 義務를 부담하는 追加義務附 F.O.B契約에 있어서는 物品의 所有權 및 危險의 移轉時期는 각기 달라 진다. 즉, 追加義務附 F.O.B.契約의 경우 物品에 대한 危險은 船積時에 買受人에게 移轉하지만 賣渡人은 代金을 支給받을 때까지 物品에 대한 權利證券의 引渡를 留保할 수 있다. 이에 物品에 대한 所有權은 賣渡人이 그 代金을 支給받고 權利證券을 引渡할 當時에 비로소 買受人에게 移轉한다고 볼 수 있다. 이와같이 F.O.B契約은 그 自體의 多樣한 特性때문에 物品의

所有權 및 危險의 移轉에 관한 일반적인 原則을 적용하기가 쉽지 않다.

따라서 이 論文은 바로 F.O.B契約에 있어서 物品의 所有權 및 危險이 각기 어느 時期에 買受人에게 移轉되는가에 관하여 事例를 중심으로 보다 明瞭하게 考察함으로써 F.O.B.契約의 利用者들에게 一助하고자 하는데 그 目的을 둔다. 특히 이 論文에서는 우선 通常의 物品賣買契約에 있어서 所有權 및 危險의 移轉에 관한 原則을 검토한 다음, 固有意味의 F.O.B.契約 및 追加義務附 F.O.B契約에서 이러한 原則이 어떻게 변화·적용되는가를 각종 判例와 事例를 중심으로 분석하고자 한다.

Ⅱ. F.O.B.契約의 特性

F.O.B.契約은 「買受人이 지정한 船舶上(on board)에서 賣渡人이 免責되는 (free) 賣買條件」으로 간단히 설명할 수 있다. 이 조건하에서는 일반적으로 賣渡人이 계약된 물품을 買受人이 준비한 船舶에 船積한 때로부터 물품의 所有權과 危險은 買受人에게 移轉되는 것으로 본다. 따라서 이때부터 買受人은 物品의 危險, 運賃 및 이후에 발생하는 費用을 부담하고 代金을 지불하게 된다.

이러한 F.O.B契約의 성격은 구체적으로 다음과 같이 요약할 수 있다.

① 船積地에서 물품을 인도하는 賣買契約이다. 따라서 선적지가 매매당사자의 위험과 비용의 分岐點이 되므로 소유권도 원칙적으로 여기에서 이전된

다.

② 買受人이 지정한 船舶의 船上에 물품을 적재하여 인도하는 本船引渡契約이다.

③ 賣渡人이 買受人이나 또는 그가 지정하는 運送人에게 현실적으로 물품을 인도함으로서 계약상의 인도의무를 행하는 現物引渡契約이다.

그러나 이러한 F.O.B.契約은 買受人이 船舶을 手配하고 指定해야 했기 때문에 상당히 非現實的이었다. 매수인은 지리적으로 멀리 떨어져 있어서 輸出에 필요한 허가를 취득하고 稅金을 납부하는 일이 대리인을 두고 있지 않으면 현실적으로 實行不可能한 경우가 많았던 것이었다. 따라서 賣渡人이 이러한 의무를 부담하는 것이 편리하였다. 또한 대부분의 賣買契約에서 매도인은 물품을 판매해야 하는 적극적인 입장에 있으므로 자발적으로 이러한 부담을 지게 되었다고 볼 수 있다.

그래서 船舶을 手配하거나 通關節次를 수행하는 의무 등이 特約에 의하여 賣渡人에게 追加되었다. 매도인측에서도 물품인도와 동시에 代金을 지급받지 않고, 自己名義로 지시하는 형태의 船貨證券을 발급받아 관련된 선적서류와 함께 貨換을 취결하여 代金을 회수하게 되었다. 따라서 F.O.B.契約의 고유한 의미가 점진적으로 수정되었다.

이러한 變形된 F.O.B.契約에서 賣渡人은 ① 送貨人으로서 船舶會社로 부터 船貨證券을 발급받아 매수인에게 제시하고[1] ② 輸出者로서 輸出許可를

1) 구체적으로 船貨證券은 流通可能해야 하며, 서류상으로도 物品이 船積되었음이 명시되어야 한다. 또한 物品이 현실적으로 선적되었음을 명시하여야 하며, 慣習的이거나 合意한 航路로 運送될 것이 명시되어야 하며, 船積에 의하여 발급되어야 한다. 이외에도 眞性이어야 하고, 유효한 것이어야 하며, 無故障이어야 한다(A.G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, Sweet & Maxwell, 1987. §1631).

취득하며 ③ 買受人의 代理人으로서 本船指定과 동시에 運賃과 保險料를 대납하는 의무가 追加되었다. 이를 變形 F.O.B契約 또는 追加義務附F.O.B契約(Variation of F.O.B Contract or F.O.B Contract with additional duties)이라 한다.

따라서 오늘날의 대부분의 F.O.B契約에서는 매수인이 선적항까지 가지 않고 運送人이 계약된 물품을 引受한다. 이 경우에 本船의 船長은 運送人으로서, 운송계약자인 동시에 매수인의 運送受託者로서의 지위에 있게 된다.

國際的인 解釋基準인 「인코텀즈」(INCOTERMS,1990)에 의하여 F.O.B.契約에서의 契約當事者의 의무를 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 賣渡人의 義務로서 ① 契約에 合致하는 物品을 提供해야 하며 ② 輸出에 필요한 許可·承認 및 通關節次를 수행하고 ③ 買受人이 指定한 本船上에 物品을 引渡해야 하며 ④ 物品이 本船欄干을 통과하는 시점까지의 위험과 비용을 부담하고 ⑤ 買受人에게 物品이 인도되었음을 통지하며 ⑥ 引渡의 證據, 運送證券 또는 相應하는 電子通信文을 제공하고 ⑦ 檢査·包裝·貨印과 이에 따른 費用을 지급해야 한다.

둘째, 買受人의 義務는 ① 物品代金을 支給해야 하고 ② 輸入에 필요한 許可·承認 및 通關節次를 수행하고, ③ 運送契約을 체결해야 하고, ④ 지정된 본선상에서 물품을 인수해야 하며, ⑤ 本船欄干을 통과하는 時點부터 물품에 대한 危險과 費用을 負擔해야 하고 ⑥ 賣渡人에게 船舶名, 積載地點, 引渡時間 등을 通知해야 하며 ⑦ 引渡의 證據·運送證券 또는 그에 相應하는 電子通信文을 引受해야 하고 ⑧ 물품을 檢査해야 하는 의무 등이 있다.

이와같이 인코텀즈에는 매도인이 自身의 危險과 費用으로 輸出許可를 취

득해야 한다고 규정하고 있다.

이러한 追加義務를 부담하는 賣渡人은 어떠한 法的地位에 있는가, 이 경우에 매도인은 매수인의 대리인으로서가 아니라 本人으로서 船貨證券을 취득하고 通關節次를 수행해야 한다. 그러나 賣渡人이 船舶을 수배하고 해상보험계약을 체결하며, 運賃·保險料를 代納하는 등의 추가의무를 부담하는 경우에는 매수인의 대리인으로서 행동하게 된다. 따라서 매도인은 본인과 대리인, 각각의 입장에서 추가의무를 이행해야 한다. 本人과 賣渡人의 자격을 이렇게 구분하는 이유는 責任所在와 費用負擔의 限界를 명확히 할 수 있고, 또 損害賠償을 제기할 수 있는지를 밝힐 수 있기 때문이다.

한편 F.O.B.契約에서는 物品의 危險이 어느 時點에서 買受人에게 移轉하느냐 하는 것이 중요한 문제인데, 이는 船積時에 移轉하는 것으로 본다. 구체적으로 선적시의 意義에 대해 「인코텀즈」에서는 「物品이 本船의 欄干을 넘은(have passed the ship's rail)때」라고 정하고 있다. 영국의 學說과 判例도 동일하게 해석하고 있다. 그러나 「改正美國貿易定義」(Revised American Foreign Trade Definitions, 1941)에서는 「물품이 本船에 積載完了될 때까지(Until goods have been placed on board the vessel)」로 되어 있다.[2]

當事者가 定期船에 선적할 것을 특약한 경우, 賣渡人은 物品을 岸壁에서 海上運送人에 引渡하더라도 危險은 船積時에 매수인에게 移轉된다. 그러나

2) 本船의 特定地點에 정확하게 積載하는 일은 무엇보다도 매도인측의 의무이기 때문에 物品이 空中에 메달려 移動하고 있는 동안에도 전적으로 매도인측의 意志에 있으며 매수인의 의지와는 거리가 멀다고 볼 수 있다. 따라서 賣渡人의 負擔으로 보는 것이 정확하다고 본다.

이 경우에는 매수인이 선적비용을 부담해야 한다.

F.O.B.契約에서는 船舶上에서 매매가 이행되므로 계약조건과 합치된 물품이 선적되어야 한다. 이를 證明하는 것이 本船受取證(Mate's Receipt) 또는 船積船貨證券이다. 本船受取證은 本船의 一等航海士가 발행하며, 無故障(clean)이어야 하고 流通可能하여야 한다. 이것으로 매도인이 계약에 합치된 물품을 船積했다는 증명을 하여 매수인에게 대금을 청구하게 된다.

Ⅲ. F.O.B.契約에서의 所有權移轉

1. 國際物品賣買契約에서의 所有權移轉

일반적으로 物品賣買契約은 物品의 所有權을 賣渡人으로부터 買受人에게 移轉하는 것을 목적으로 한다. 따라서 賣買契約은 그 履行하는 過程에서 물품의 소유권이 매도인으로보터 매수인에게 이전하는데, 이것은 國際物品賣買契約에 있어서도 마찬가지다. 그 중 어느 시점에서 소유권이 이전되는가 하는 것이 문제다.

契約當事者들이 信義가 있고 성실하여 계약을 잘 이행하거나, 또는 어떠한 商事紛爭도 발생하지 않는다면, 所有權移轉問題는 그다지 중요하지 않다. 그러나 당사자간에, 또는 당사자의 이익에 중대한 영향을 미칠만한 商事紛爭이 발생한다면 소유권이전여부가 중요한 쟁점으로 부각된다. 즉 소유

권이 매도인에게 유보되어 있는가, 또는 매수인에게 이전되었는가에 따라 당사자의 이익은 크게 좌우되는 것이다.

買受人에게 아직 所有權이 이전되지 않았다면 先給의 特約이 없는 한 매도인은 매수인에게 물품대금을 청구할 수 없다. 또 戰爭이 勃發하여 本船에 적재된 物品이 外國의 군함에 의하여 拿捕·抑留된 경우에는 소유권이전여부에 따라 물품의 반환여부가 결정된다. 國際法上으로는 敵國民의 所有物은 몰수할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 소유자에게 반환해야 하기 때문이다. 또한 소유권을 가지고 있는 자는 財産稅를 납부해야 하며, 물품에 대한 被保險利益을 가지게 되므로 보험금을 지급받을 수 있다. 이와 같이 여러 문제가 소유권의 所在를 기준으로 하여 해결되는 것이다.

所有權이라 함은 단순히 物品에 대한 特別所有權 만을 의미하는 것이 아니라 일반적인 소유권을 말하는 것으로서, 물품의 소유자는 법률이 특별히 금지하고 있지 않는 한, 物品에 대한 所有의 權利, 法律의 범위내에서 그 물품을 처분하는 권리, 즉 物品을 消費·廢棄·保管·賣却·入質 기타의 처분하는 權利를 가질 뿐만 아니라 특별한 권한을 가지지 않은 자가 그 물품을 처분하는 것을 방지할 권리도 가진다. 물품매매는 이러한 完全한 支配權의 이전 또는 그 약속을 뜻하는 것이다.

이러한 소유권은 특히 매매계약의 당사자중 一方이 파산하게 되는 경우 當事者의 利益에 중대한 영향을 끼칠 수 있다. 買受人에게 所有權이 移轉된 후 賣渡人이 破産하면 다른 債權者들보다 우선하여 매수인은 물품의 소유권을 주장할 수 있다. 그러나 매수인이 대금의 전부 또는 일부를 지불했다 하더라도 소유권이 이전되지 않았다면 다른 채권자들 처럼 共同賠償의

請求(general claim)만을 주장할 수 있다. 그것도 賣渡人이 契約을 違反했을 경우만으로 한정된다.

買受人이 破産하게 되면 문제는 더욱 복잡해진다. 所有權이 이전되지 않았다면 당연히 賣渡人은 물품의 소유권을 주장할 수 있다. 그러나 所有權이 이전되었다면 단순한 債權者로서 물품의 소유권이 아닌 未支給代金만 請求할 수 있게 된다.

所有權은 이전되었지만 그 물품을 계속 점유하고 있는 경우에 매도인은 救濟策으로서 留置權을 주장하거나 혹은 물품이 운송중에 있다면 運送留止權을 행사할 수 있다.[3] 그러나 이러한 구제책은 절대로 안전하지 못하다. 매도인이 留置權이나 運送留止權을 주장·행사하더라도 매수인이 제3자에게 물품을 轉賣해 버리면 매도인은 善意의 第3者에 대한 권리주장의 효력이 없기 때문이다.

한편 所有權이 이전하는 정확한 시기는 물품이 特定物인지 不特定物인지의 여부에 좌우된다. S.G.A (英國物品賣買法 : Sale of Goods Acts 1979)에는 特定物에 대해 「賣買契約時에 確定되거나 확정하기로 合意한 物品」으로 定義하고 있다[제61조]. 그리고 이러한 소유권이전의 원칙으로는 ① 所有權은 不確定物인 경우에는 이전되지 않으며 ② 特定物 또는 確定物(ascertained goods)에서의 財産權은 契約當事者들의 의사에 따라 移轉을 의도할 때 이전된다고 설명하고 있다[제16조] [제17조].

S.G.A. 제 18조에서 당사자의 의사확정규칙을 간략하게 요약하면 다음과

3) Booth Steamship Co., Ltd.v.Cargo Fleet Iron Co., Ltd.(1916) 2 K.B. 570. (D.M. Sassoon, *C.I.F.and F.O.B. Contracts*, London,Stevens & Son, 1984, p.485).

같다.

① 物品의 所有權은 계약이 체결된 때 당사자에게 이전한다.

② 賣渡人이 물품을 인도하기 위해 물품에 일정한 행위를 한 이후에는 매수인에게 통지를 해야 한다.

③ 代金을 確定하기 위하여 매도인이 물품에 관하여 重量,容積,實驗 등의 행위를 한다면 이를 買受人에게 通知해야 한다.

④ 물품이 承認條件附(on approval terms) 또는 返還權을 留保하는 條件附(on sale or return), 기타 유사한 조건에 의하여 매수인에게 引渡되는 경우에는 매수인이 承認 또는 承諾의 뜻을 매도인에게 표시하거나 시인하는 일정한 행위가 있을 때 이전하며, 매수인이 그렇게 하지 않거나 거절의 통지도 없이 물품을 유치하고 있는 경우에 물품에 관한 기간이 정해진 경우는 그 기간이 滿了한 때, 기간이 정해져 있지 아니한 때는 合理的인 期間이 만료한 때에 이전한다.

⑤ 첫째,說明書에 의한 不特定物 또는 先物契約에서는 그 설명서에 적합하고 인도가능한 물품이 雙方合意下에 무조건 充當(確定)될 때에 매수인에게 소유권이 이전하며, 둘째, 無條件 充當이란 契約에 따라 賣渡人이 物品을 買受人, 運送人 기타 受託人에 인도하고 處分權을 留保하지 아니한 경우를 말한다.

2. F.O.B.契約에서의 所有權移轉

固有意味의 F.O.B契約에서 物品의 所有權은 물품이 인도되는 시점인 船積

時에 이전되는 것으로 본다. 그러나 F.O.B契約은 정확한 개념규정을 내리기가 어려울 정도로 伸縮的으로 운용되기 때문에 소유권이전에 관한 일반적인 원칙은 없다고 볼 수 있다. 따라서 현재의 대부분의 F.O.B.契約에서는 賣渡人이 선적후에도 소유권을 유보하는 것으로 보기 때문에 船積時에 소유권이 이전된다는 원칙은 없다. 그러므로 賣渡人이 물품에 대한 處分權을 留保하지 아니한 경우에만 船積時에 所有權이 移轉된 것으로 본다. 따라서 F.O.B契約에서 소유권이 이전되는 시점은 여러가지 要因에 의해 推定된다고 볼 수 있다.

船積前에 代金이 지급되었다하더라도 소유권은 이전되지 않았던 것으로 판결이 났던 사례는 Carlos Federspiel & Co. S.A. v. Charles Twigg & Co. Ltd 사건이다.[4] 代金은 先給되었으나 物品이 선적되지 않은 시점에서 매도인은 파산하였다. 피어선(Pearson)판사는 "通常的으로 充當行爲는 매도인이 행해야 하는 최종적인 행위인데 充當이 이루어지지 않았으므로 所有權이 이전되지 않았다"고 판결했다. 당사자들은 선적하기 전에 소유권을 이전하려는 의도가 없었다는 것이다. 그러므로 선적전에 대금이 지급되었다 하더라도 소유권은 이전되지 않았던 것으로 판결이 났다.

Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation사건은[5] 所有權이 船積前에 이전되지 않는다는 판결이 난 사례이다. 消防用機器가 F.O.B런던조건으로 서류와 상환으로 대금이 지급되는 계약이었으나 대금은 先給되었다. 데블린(Devlin)판사는 "부두에서 선적하기 위해 물품을 끌어 올리는 순간에도 소

4) [1957] Lloyd's Rep.240.
5) [1954] 2 Q. B.402.

유권은 매도인의 수중에 있기 때문에 船主가 賣渡人의 職權이 없이 부두에서 契約物品을 끌어 올릴 수 없다"는 것이었다. 그리고 운송계약에서는 買受人이 賣渡人의 대리인으로서 활동하여야 한다고 결론을 내렸다. 이 규정은 物品이 선적되지 못한 이유가 매도인, 운송인, 그리고 매수인이 적절한 선적지시를 내리지 못한 경우에도 적용된다.

船積이 完了되기 전에 買受人이 契約을 부당하게 거절하였는데도 매도인이 物品의 殘量을 선적한 경우에, 매도인은 代金請求權이 아니라 損害賠償請求權을 가지게 된다고 추정할 수 있다. 이 경우에도 매매된 물품의 소유권은 이전하지 않았다고 보기 때문이다. 그 이유는 매수인이 선적시에 소유권을 이전받으려는 의사가 없었다는 사실에 근거하고 있다.

매수인이 선적지시의무를 충분히 수행하지 못하여, 물품의 일부분만이 선적된 경우나, 혹은 물품을 적재하고 있는 선박이 멸실된 경우에는 소유권이 이전된 것으로 본다.

船積을 完了하지 못한 이유가 賣渡人의 過失에 있다면 매수인은 物品引受를 거절할 수 있다. 그러나 引受한 경우에는 인수한 부분의 物品代金을 지급해야 한다.[6]

만일 일방의 당사자가 破産을 한다면 매수인에게 소유권이 이전된 것으로 추정한다. 물론 賣渡人은 處分權을 留保하지 않았던 경우에 한정된다.

3. F.O.B.契約에 따른 船積書類와 所有權移轉

6) S.G.A. 제30조 (1)항.

F.O.B契約에서 賣渡人이 處分權을 留保했는가를 판단하기는 어려우나 法院은 계약의 조건, 充當條件, 船積書類作成方式 등을 감안하여 결정한다. 주로 本船受取證과 船貨證券이 발행한데서 처분권이 유보되었는지를 推定的으로 가정하고 있다.

(1) 本船受取證(Mate's Receipt)

F.O.B.契約에서 매도인이 매수인앞으로 발행된 선적서류를 점유하고 있는데, 이 중에 本船引渡를 證明하는 本船受取證은 本船의 一等航海士가 발행하는 통상적인 선적서류이다.

契約上 정해진 본선수취증을 발행하지 않았으면 소유권이 이전된 것으로 본다. F.E. Napier v. Dexters 사건[7] 은 本船受取證과 상환하는 現金支給조건의 F.O.B.계약이었다. 賣渡人은 買受人名義로 부두수취증을 받았으나 본선수취증 이나 船貨證券은 발급받지 않았다. 따라서 매도인이 처분권을 유보하지 않았기 때문에 소유권은 이전되었다는 판결이 내렸다. 本船受取證과 相換하여 대금을 지급받는 계약조항에 의해 소유권이 이전되는 것을 막을 수 없다는 것이다. 만일 契約에 處分權을 留保하려는 조항이 포함되었다면 매도인의 이익이 될 수 있었으나, 매도인 스스로 포기하였던 것이다.

(2) 賣渡人指示式 船貨證券

S.G.A.에는 19세기 F.O.B.契約에 관련된 여러가지 판례에 기초하여, 賣渡人이 船貨證券을 취득하는 것은 處分權을 留保하려는 의도를 입증한 것으로

7) [1926] 26 LI.L. R.62.63.

간주하게 되었다.[8] 이것은 賣渡人이 「物品을 船腹에 積載하는 義務」보다는 「處分權을 留保」하려는 데에 근거를 두었다고 볼 수 있다. 그래서 船貨證券을 발급하는 의도가 소유권과 관계없이 처분권을 유보하는데 있으므로 이론적으로는 선적시에 소유권이 이전될 수 있다는 것이다.

Browne v. Hare 사건은 賣渡人指示式船貨證券을 발급받았다 하더라도 船積時에 所有權이 이전이 가능하다는 판결이 났던 사례이다.[9] 石油가 船積後 3個月一覽出給의 代金決濟條件으로 매매되었다. 매도인은 물품을 선적한 후 船貨證券을 발급받아 즉시 중개인에게 교부하였다. 仲介人은 代金을 회수하기 위하여 어음과 함께 船貨證券을 매수인에게 제시하고 대금을 지급받았으나 그후에 船舶은 멸실되었다. 그러나 이 사건은 선적시에 소유권이 이전되었던 것으로 판결이 내려졌다. 法院은 賣渡人이 소유권을 留止하려는 의도가 없었다고 보았다. 그 이유로 즉시에 船貨證券을 배서하였고, 또 매수인에게 제시하였던 사실을 들었다. 물론 매도인은 중개인에게 서류를 제시했지만 船貨證券을 통해서 物品을 統制하려는 의도는 없었다는 견해였다. 그러므로 F.O.B.契約下에서는 매도인이 자신의 지시에 따라 船貨證券을 발행하여도 선적시에 소유권이 이전될 수 있다는 것이다.

다음은 賣渡人이 處分權을 留保하지 아니한 것으로 판결이 난 사례다. Sorfareren사건에서 크롬이 F.O.B. 조건으로 매매되었다.[10] 선적시에 물품대금의 절반이 지급되고 도착항에서 나머지가 지급되는 조건이었다. 保險은 매수인이 附保하였고 賣渡人指示式船貨證券이 발급되었다. 매수인이 선박을

8) S.G.A. 제19조 (2)항.
9) [1858] H.& N.484;[1859] 4 H.& N.822.: Guest(ed), *op. cit*, p.1200.
10) [1916] 114 L.T.46.

수배하여 물품을 적재하였으나 戰爭이 勃發하여 선박은 拿捕되어 물품은 매각되었다. 이 사건에서 에반스(Evans)판사는 所有權이 船積時에 買受人에게 이전되었다는 판결을 내렸다. 매도인이 처분권을 유보하려고 의도하지 않았다는 견해였다. "賣渡人이 保險證券을 소지한 것은 소유권을 유보하려는 의도가 아니라 단순히 나머지 物品代金을 支給받는 데에 관심이 있었다"고 보았던 것이다.

Parchim사건은 F.O.B.조건의 질산(nitrate)매매계약으로[11], 賣渡人指示式 船貨證券이 발행되었다. 그러나 매수인은 선박이 나포되어 물품이 몰수되었다는 사실을 모른채 대금을 지급하고 말았다. 따라서 매수인은 물품의 소유권이 선적시에 자신에게 이전되었다는 사실을 입증해야만 했다. 이 사건에서 파커(Parker)판사는 賣渡人이 船積書類를 취급한 목적은 소유권이 아니라 留置權을 保有하기 위한 것이었기 때문에 소유권은 이전되었다고 판시했다.

F.O.B.契約에서 賣渡人이 거래은행에 船貨證券을 대금지급과 상환하는 경우이외에는 매수인에게 인도하지 않도록 지시하는 경우도 처분권을 유보한 것으로 보아야 한다는 견해도 있다. 따라서 賣渡人이 선화증권을 보유한 경우는 매수인이 契約을 履行하는 때에만 소유권이 이전하는 것으로 추정하고 있다.

Frebold and Sturznickel v. Circle Products Ltd사건은 賣渡人측 은행에서 선적서류와 상환으로 대금지급하는 F.O.B.契約이었다.[12] 매도인은 대리인

11) [1918] A.C. 157.
12) [1970] 1 Lloyd's Rep.499.

에게 대금을 지급받을 때까지 물품을 점유하고 있을 것을 지시하였다. 이러한 매도인의 행위는 船積時에 所有權을 移轉하려는 의사가 없었다는 것으로 추정할 수 있는 사건이었다.

(3) 買受人指示式船貨證券

S.G.A. [1979] 제19조 (2)항을 반대로 해석하여 買受人指示式船貨證券이 발행된 경우에도 선적시에 소유권이 이전하게 되는 것은 아니다.

船貨證券에 買受人名義가 삽입되었다 하더라도 매수인이 證書를 소지하게 될 때까지 매도인에게 처분권을 유보시키는 취지는 증서를 제시함으로써 거래가 이루어지는 경로를 보더라도 그러하다.[13] 그 이유는 계약내용에 船貨證券에 대해 대금을 지급하도록 규정되어 있을 때는 매도인이 매수인의 代金支給義務가 履行될 때까지 處分權을 留保한 것으로 推定할 수 있기 때문이다.

London Joint Stock Bank Ltd. v. British Amsterdam Maritime Agency Ltd.사건에서 석유가 F.O.B.암스텔담 조건으로 매매되었다.[14] 드럼통은 매수인의 소유이며 買受人指示式船貨證券조건하에서 선적되었다. 매도인은 대금을 지급받을 때까지 船貨證券을 보유하기로 합의한 계약이었다. 그러나 선박회사대리인이 船貨證券을 소지하지 않았는데도 매수인에게 물품을 인도하였기 때문에 매도인은 대금지급청구서와 船貨證券을 양도한 은행에 대하여 代償責任(conversion libility)을 지게되었다.

---

13) Hansson v. Hamel and Horley Ltd.[1922] 2A.c.36.43.
14) [1910] 16 Com.Cas.102.

한편 매도인과 매수인사이의 약정효과에 대해 소유권이 이전되었다면, 매도인은 물품의 점유한데서가 아니라, 船貨證券을 소지하여 물품에 대한 유치권을 행사하여야 한다고 본다. 그러나 이는 S.G.A 규정에 어긋나므로 이 경우에 매도인에게는 일종의 處分權(right of disposal)이 있기 때문이라고 설명하는 것이 타당할 것이다.[15] 따라서 買受人指示式으로 船貨證券이 발행된 경우라 하더라도 매도인이 대금을 지급받기 위해 船貨證券을 소지하고 있는 경우에는 매도인이 유치권을 확보하기 위한 것이라기 보다 대금을 지급받을 때까지 所有權을 留保하려는 의사가 있다고 추정하는 것이 타당하다. 이와 같이 현재의 국제물품매매계약에서는 고도의 예외적인 상황이 많기 때문에 일정한 원칙이 없다고 볼 수 있다.

Ⅳ. F.O.B.契約에서의 危險移轉

1. 國際物品賣買契約에서의 危險移轉

危險이란 賣買의 目的物이 契約當事者의 책임없는 사유 또는 이행할 수 없게된 경우에 의한 不利益을 말한다. 國際物品賣買契約에 있어서는 가장 위험이 발생하기 쉬운 海上에서 주로 운송되기 때문에 매매당사자의 이해관

15) S.G.A 제43조(1) (a)에 의하면 賣渡人이 물품의 處分權을 留保하지 않고 買受人에게 送付할 목적으로 運送人 기타 受取人에게 물품을 인도할 때에는 留置權이 消滅한다고 규정하고 있다.

계가 가장 심각하게 대립된다.

이러한 문제는 주로 物品이 매도인으로부터 매수인에게 이르는 동안에 발생한다. 예를 들면, 운송도중의 물품이 契約當事者 혹은 運送人의 故意 및 過失로 인하여 滅失·毁損되는 경우가 많다. 뿐만아니라 天災地變 또는 戰爭으로 인한 押留 등의 不可抗力으로 인한 사고발생으로 契約履行이 불가능한 경우도 많다. 이 중에서 兩當事者 모두가 過失이 없는 경우에 누가 손실을 부담하는가 하는 것이 문제가 된다.

이러한 경우는 物品을 船積하기 전에 倉庫에 보관중이라든가, 積載되는 도중, 運送途中, 目的地에서 揚貨되는 도중, 買受人이 引受하기 전에 保稅區域에서 보관중에 많이 발생한다. 이들 危險이 保險에 附保되어 있다면 賣渡人과 買受人중에 누가 보험회사 등에 대하여 損失塡補를 청구하며, 訴訟進行의 책임을 부담할 것인가와 이에 따른 자금압박까지 고려할 때, 매매당사자간에 있어서는 심각한 문제이다. 保險契約을 체결하지 않았다면 더욱 심각하다.

이러한 문제와 관련해 가장 결정적인 관심사는 위험이 언제 이전되었다고 보는가에 관한 危險移轉時點을 確定하는 것이다. 契約當事者들에게는 危險移轉時期에 따라 막대한 이해관계가 좌우될 수 도 있다. 그러나 이러한 위험은 國際物品賣買契約에 있어서 實務的으로는 保險을 통하여 대부분 해결되지만, 그렇지 못한 경우에는 어떻게 되는가, 그리고 각국별로 「危險」의 槪念과 認識이 달라서 실무적으로 적용하는 경우에 많은 차이가 있는 것이 현실이다.

危險負擔의 형태를 보면 프랑스 民法의 제1138조 (2)항에서 「物品을 引渡

한 때로부터 危險과 所有權이 移轉한다」고 규정하여 債權者危險負擔主義에 가깝고 , 獨逸民法은 제323조 (1)항에서 「債務者가 危險을 負擔한다」는 債務者 危險負擔主義의 원칙을 규정하고 있으며, 英國은 1893년 物品賣買法이래로 動産賣買는 원칙적으로 「賣買契約의 締結과 동시에 所有權과 함께 危險도 買受人에게 移轉한다」는 所有者危險負擔主義를 취하고 있다. 그러나 영국의 판례는 「危險은 所有者가 負擔한다」는 원칙을 절대적으로 보지 않고 당사자의 明示的 또는 默示的意思表示에 대해서 변경할 수 있다고 하여 그 예외를 인정하였다.

賣買契約의 當事者에 노출되는 위험의 種類는 다음과 같이 세 가지로 나눌 수 있다.

① 財務的 危險(financial risk)으로서 賣渡人은 가능한 한 빨리 대금을 지급받으려고 하며, 그때까지 담보목적의 이익을 保有하려고 한다. 그러나 買受人은 물품을 인수하기 전에는 대금을 지급하기를 꺼린다. 이러한 주장은 物品의 權利證券, 運送中 物品의 소유권의 이전, 물품에 대한 대금의 지급을 받지 못한 賣渡人의 權利 등에 관한 법률에 의하여 조정되어 왔다.

② 物理的 危險(physical risk)으로서 物品이 損傷 또는 滅失되거나, 혹은 운송중 品質이 變質(deterioration)될 가능성의 위험이다. 그러한 멸실에 대한 法的 責任은 買受人 또는 運送人과 같은 제3자가 부담하게 되는 경우가 많다. 그러나 매도인과 매수인간의 責任은 法規則이나 當事者의 義務, 예를 들면 선적시 물품의 품질보장, 물품의 포장 등에 달려있다고 볼 수 있다.

③ 法律的 危險(legal risk)으로서 政府가 물품수송 또는 수입에 관해 각

종 규정이나 정책을 시행함으로서 발생한다. 예를 들면 輸出 혹은 輸入許可書를 취득하도록 되어 있는 경우에 누가 허가서를 취득해야 하는가, 허가서를 취득하지 못함으로서 발생하는 결과에 대한 위험은 누가 부담하는가 등이다. 賣買契約締結後 政府가 수출 또는 수입을 禁止하게 되면 계약이 이행되지 못하게 된다.

S.G.A.에는 「달리 합의가 없는 한, 物品의 所有權이 買受人에게 이전할때까지 物品은 賣渡人의 危險下에 있다. 그러나 물품의 소유권이 매수인에게 이전할 때 물품은 인도여부에 관계없이 매수인의 위험하에 있다」고 하여 危險이 所有權과 함께 이전한다는 위험이전의 一般原則을 규정하고 있다[제20조].

危險負擔論에 있어서 가장 중요한 문제는 危險의 移轉時期이다. 결국 國際物品賣買契約에서의 매도인과 매수인이 매매계약을 이행하는 중에 어느 시점이 위험부담의 경계가 되느냐로 요약할 수 있다. 위험의 移轉時期를 명확히 해야만이 계약당사자들이 손실발생에 대비하고, 또 위험부담에 관한 분쟁을 신속하게 해결할 수 있을 것이다.

危險의 移轉時期는 세 가지 경우로 나눌 수 있다.

① 契約締結時에 위험이 이전한다는 원칙이지만, 극히 일부에 불과한 실정에 있기 때문에 현재는 축소하여 해석되고 있다.

② 所有權移轉時에 위험도 함께 이전된다는 원칙이다. 그러나 소유권의 이전시기가 계약이 종결하는 時期와 일치하므로 실제로는 ①의 계약체결시의 경우와 다를 것이 없다.[16]

16) Brend v. Hoffmann, "Passing of Risk in International Sale of Goods",

③ 買受人이 物品을 占有할 때 危險도 이전된다는 원칙이다. 독일민법과 美國統一商法典도 이에 해당한다.[17] 이는 첫째, 賣渡人이 物品을 占有하고 있는 동안은 물품에 대한 사고와 손실발생을 방지하기 위한 조치를 취할 수 있는 자는 賣渡人이므로 자신이 점유하고 있는 동안 물품이 상실된 경우에는 매도인의 손실을 강력하게 추정할 수 있고, 따라서 占有移轉時를 기준으로 할 경우 책임소재를 분명히 할 수 있다. 둘째로 物品이 賣渡人이 점유, 관리하는 시설에 보관되어 있는 동안은 매도인의 화재보험의 범위내에 있을 것이므로 매도인의 保險金請求가 용이할 것으로 보기 때문이다.

2. F.O.B.契約에서의 危險移轉

F.O.B.契約은 本船上(on board)을 그 履行場所로 하기 때문에 위험은 매도인이 本船上에서 매수인에게 물품을 인도할 때에 이전하는 것으로 본다. 따라서 船積前에는 이전하지 않는 것이 원칙이므로 船積時까지의 위험은 매도인이 부담하고 선적후의 위험은 매수인이 부담하게 된다.

「인코텀즈」에서도 F.O.B.契約에서는 本船의 欄干을 매도인과 매수인의 위험부담의 한계로 규정하고 있다.

受取船貨證券(received B/L)이 발행되는 경우, 매도인이 선박회사의 창고에 선적하기 위하여 물품을 인도하는 경우에는, 受取船貨證券이 인정되면

「*International Sale of Goods*」 ed. P. Sarcevici, P. Volken(New York : Oceana Publications Inc., 1985), p.268.

17) 美國統一商法典 [§2-509(3)] 損失의 危險은 買受人이 당해 물품을 受領한 때에 이전한다.

매도인이 물품을 선박회사의 지정창고, 또는 荷置場에 인도한 때에 위험이 이전하며, 그렇지 않은 경우에는 本船引渡時에 危險이 移轉된다.

한편 S.G.A. 제20조는 위험이전은 所有權移轉에 수반한다는 所有者危險負擔主義를 채택하고 있다. 만일 매도인이 특약에 의하여 船貨證券을 취득하여 매수인에게 제공하는 경우에 매도인이 背書讓渡하지 않고 그대로 소지하고 있다면 목적물의 소유권이 이전되지 않으므로 위험도 이전하지 않는 결과가 되어 F.O.B.契約과 모순이 되는 듯이 보인다. 그러나 이 규정은 推定規定이므로 반대해석할 만한 근거가 있을 때에는 배척된다. 따라서 매도인이 오직 물품대금을 지급받기 위하여 所有權을 留保하고 있는 경우에는 이 규정이 적용되지 아니한다. 따라서 F.O.B.契約의 매도인은 S.G.A. 제32조 (3)항에 규정된 매수인의 附保를 위한 통지의무를 이행하는 한, 위험은 선적시에 매수인에게 이전하는 것으로 본다.

그밖에 受取船貨證券발행이 契約上의 名文 또는 商慣習上 인정되는 경우에는 본선에 선적한 때에 위험도 이전하는 것으로 본다.

國際物品賣買에 있어서는 所有權移轉과 危險移轉이라는 두 가지 개념을 대체로 분리되어 논의되고 있다. 특히 推定規定도 당사자의 합의로 대체시키고 있다. 이러한 추정규정이나 당사자간의 합의도 없는 경우에는 物品이 賣渡人의 지배를 벗어나는 때에 賣買契約에 따른 위험이 이전할 것이라고 본다.

判例를 살펴보면 일찌기 Williams v. Cohen사건[18]에서 Bramwell판사는 目的物이 당사자간의 계약에 일치하여 선적되었을때는 매도인이 처분권을 유

18) [1871] 25 L.T.300.

보하였느냐에 관계없이 買受人이 危險을 負擔한다고 判決을 내렸다.

Stock v. Inglis사건[19]에서는 物品이 滅失되기전에 所有權이 이전되지 않았다하더라도, F.O.B.계약조건의 경우에는 물품의 도착여부를 불문하고 船貨證券에 대해 대금을 지급할 책임이 있는 매수인의 위험으로 목적물이 선적된다는 것이 法院의 견해였다. 또한 The Parchim사건에서는 목적물이 선적되면 매수인이 위험을 부담하며, 그는 소유권과 관계없이 被保險利益을 갖는다고 판시하였다.

이들 대부분의 판례는 F.O.B.契約에서 引渡時點에서부터 危險이 買受人에게 있다는 推論을 소유권사상에 근거하여 끌어내고 있다. 그러나 Frebold and Sturznickel v. Circle Products Ltd사건[20]에서는 모든 상황을 고려하여 당사자가 F.O.B.조건을 의도할 때에는 결제조건이 계약목적을 변경시키기에는 부족하므로 물품이 선상에 인도될 때 위험은 매수인에게 이전한다고 판시하였다.

國際物品賣買契約에 관한 UN協約案에서도 매도인이 목적물을 처분할 수 있는 서류에 대한 권한을 가지고 있다는 사실은 위험의 이전에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있다.[21]

美國統一商法典下에서도 위험은 물품에 대한 所有權移轉時期와 관계없이, 실질적이고 합리적인 商事的 期待(reasonable commercial expectation)에 합치하는 규정에 따라 결정되는데, 당사자는 위험부담의 귀속을 자유로이 정할 수 있다. 그리고 인도조건의 매매계약은 운송중 손실위험을 누가 부담

19) [1884] 12 Q.B.D.564.
20) [1970] 1 Lloyd's Rep.449.
21) U.N.Convention on CISG, 1980, §67.

하는가를 계약내용에 규정하는 것이 보통인데, 만일 引渡條件이 F.O.B.계약이라면 損失危險은 運送人에게 物品이 引渡될 때 買受人에게 移轉하는 것으로 본다.

運送中의 일반적인 위험과 관련하여 선적후에도 危險의 全部, 혹은 一部가 매도인에게 남게되는 경우가 있다. 따라서 매수인이 附保할 수 있도록 通知를 하고, 合理的으로 運送契約을 체결해야 할 매도인의 의무에 관한 규정들은 F.O.B.契約에도 적용된다. 즉 이러한 의무위반의 효과는 운송중의 불가피한 변질에 대한 위험을 매수인이 부담하는 경우를 제외하고 매도인이 운송중의 물품에 대한 위험을 부담한다.

變質에 대한 危險은 賣渡人이 物品을 정상적인 운송상태에 있게 하여야 하는 默示的인 義務에 違反되거나 적절한 주의와 기술로 포장이나 선적을 하여야 하는 의무를 위반한 때에 賣渡人이 부담한다.[22] 만일 매도인이 물품을 선적하였으나 協定된 價格보다 더 높은 가격을 요구하는 경우에는 모든 危險을 賣渡人이 부담하게 된다.

이와 반대로 船積前에 買受人이 위험을 부담하는 경우는 매수인의 책임에 의하여 인도가 지연된 때로 매수인이 契約締結期間內에 선적에 따른 통지를 하지 않아서 변질되기 쉬운 상품이 악화된 경우이다. 또한 買受人이 실질적으로 契約을 違反하지 않더라도 선적전에 위험을 부담하는 경우가 있는데 매수인이 매도인에게 物品을 船積할 船舶이 特定日에 도착할 것이니 물품을

22) 賣渡人이 賣買當時에 物品이 있던 장소외에서 자신의 危險負擔으로 引渡할 것을 합의한 경우에, 買受人은 별도의 합의가 없는 한, 運送중에 필연적으로 발생하는 물품의 훼손에 관한 여하한 위험도 반드시 부담하여야 한다. [S.G.A 제33조]

부두에 준비시키라고 통지를 하였으나 그 기일에 선박이 도착하지 않아 물품이 변질된 경우가 그러하다.

Ⅴ. 結 論

이 論文은 F.O.B契約에 있어서 所有權과 危險이 어느 時期에, 어떻게 移轉되는가를 이해하는데 중점을 두었다. 그러나 F.O.B契約은 앞서 살펴본 바와같이 그 自體의 多樣한 特性때문에 物品의 所有權 및 危險의 移轉에 관한 一般的인 原則은 確立되어 있지 않고 각 契約條件에 따라 多樣하게 變化될 수 있는 것으로 나타났다.

구체적으로 固有意味의 F.O.B.契約에 있어서는 賣渡人이 船積書類를 準備해야 할 義務가 없으므로 物品을 船積할 때에 所有權도 買受人에게 以前되며, 또 追加義務를 규정하는 F.O.B.契約에 있어서는 賣渡人이 船貨證券 등의 書類와 相換으로 代金을 지급받을 때에 所有權이 買受人에게 移轉된다. 따라서 追加義務附 F.O.B.契約에 있어서 買受人은 代金支給의 義務를 履行한 때 物品의 所有權을 移轉받는다고 볼 수 있다. 그러나 이 경우에도 所有權은 賣渡人이 代金을 支給받고 船積書類를 買受人에게 交付하였을 때 移轉되었다고만 볼 것이 아니라, 船積書類가 정당하게 交付되었을 때에는 物品이 引渡된 時點, 즉 本船積載時로 遡及하여 所有權이 買受人에게 移轉된 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 船貨證券이 適法하게 背書되어 買受人

에게 送達되었다 하더라도 物品이 本船上에 현실적으로 引渡·完了되기 까지는 完全한 所有權이 移轉하였다고 볼 수 없다.

한편 F.O.B.契約에 있어서 物品에 대한 危險은 賣渡人이 船積港의 本船甲板上에서 買受人에게 物品을 引渡할 때에 移轉한다. 왜냐하면 F.O.B.契約은 船積港에서의 本船甲板上(on board)을 그 引渡의 履行場所가 되기 때문이다. 즉, F.O.B.契約에 있어서 船積時까지의 危險은 賣渡人이 부담하고 船積後의 危險은 買受人이 부담하게 된다.

이와같이 F.O.B.契約에 있어서 物品의 所有權과 危險移轉의 時期가 일치한 경우도 있고 불일치한 경우도 있다. 일반적으로 國際貿易慣習에 있어서도 所有權移轉의 槪念과 危險移轉의 槪念을 독립적으로 정리하고 있다. 따라서 F.O.B.契約의 경우에 있어서도 契約當事者들은 危險負擔에 관하여 特約을 맺어 두어야 할 필요성이 증대되고 있다. 특히 災難의 危險이 높은 F.O.B.契約에 있어서 그 危險에 따른 經濟的인 負擔을 피하기 위해서는, 우선 契約當事者들이 特約에 의하여 合理的으로 危險을 分擔할 필요가 있으며, 다음으로 危險을 負擔하는 當事者는 保險에 附保하여 損失에 대비하는 등의 조치를 취해야 할 것이다.

參考文獻

姜二秀, 「國際去來慣習論」, 三英社, 1984.

郭潤直, 「債權各論」, 博英社, 1991(再全訂重版).

梁暎煥·吳元奭, 「貿易商務論」, 法文社, 1991.

梁暎煥, "改正 1990년 인코텀즈의 特徵과 運用上의 問題點에 관한 硏究", 「韓國經濟」 第18券, 成均館大學校 韓國産業硏究所, 1991.

吳元奭, 「貿易慣習論」, 東星社, 1990.

李銀榮, 「債券各論」 1989.

崔銘國, "FCA 賣買契約條件의 定型化에 따른 問題點에 관한 硏究", 博士學位 請求論文, 成均館大學校, 1991. 2.

Guest, A.g., *Benjamin's Sale of Goods* , Sweet & Maxwell, 1987.

Schmitthoff, C.M., *The Sale of Goods*, 2nd ed.,London, 1966.

Sassoon, D.M., *C.I.F.and F.O.B. Contracts*, 1984.

末川博, 「契約法 (上卷)」, 岩波書店, 1975.

新堀聰, 「貿易賣買」, 同文館, 1990.