

國際物品賣買契約上 危險移轉에 관한 一考察

-위험이전과 인도와의 관계를 중심으로-

文熙哲* · 宋明福**

I. 序論

II. 國際物品賣買契約上 危險移轉의 意義

III. 危險移轉에 관한 主要國의 立法例

IV. 비엔나 協約上의 危險移轉

V. 結論

I. 序論

國際物品賣買契約에 있어서 危險負擔의 문제는 매매계약의 체결과 완전한履行 사이의 일정한 시점에서 契約當事者 쌍방의 책임없는 사유로 인해 발생한 물품의 멸실 또는 훼손을 매도인과 매수인 중 누가 부담하는가 하는 문제이다. 특히 이러한 위험을 부담하는 주체의 변경문제를 危險移轉이라고 한다.

한편 國際物品賣買는 그 특성상 물품의 운송시간이 많이 소요되는 것이 일반적이며, 운송과정에서 많은 위험을 수반하게 된다. 그러므로 이러한 危險을 누가 부담하느냐 하는 것은 경제적인 손실과 직결되는 것이기 때문에 위험분담에 관한 합리적인 기준을 설정하는 것은 위험부담 또는 위험이전의 문제를 해결하기 위해 시급하고도 매우 중요한 과제라고 할 수 있다.

本研究은 이러한 문제점을 해결하려는 노력의 일환으로 국제무역에 있어서 위험의 의의, 위험부담과 위험이전으로 인한 책임의 기준으로서 주요국의 입법계와 국제물품매매에 관한 UN 협약에 관한 체계적인 분석과 연구를 통하여 국제물품매매에 있어 위험부담문제를 합리적으로 규율할 수 있는 이론적 체계정

* 忠南大學校 貿易學科 副教授.

** 忠南大學校 貿易學科 講士.

립과 국제물품매매에 있어서 위험이전에 따른 매매당사자간의 분쟁예방을 통하여 국제상거래의 원활화에 기여하고자 한다.

II. 國際物品賣買契約上 危險移轉의 意義

1. 危險의 本質

(1) 危險의 意義

國際去來 중에서도 가장 빈번히 이루어지는 것은 주로 사기업을 통하여 이루어지는 물품의 국제적 이동이다. 그러나 이러한 형태의 거래는 근본적으로 서로 다른 국가에 소재하고 있는 當事者간의 거래이기 때문에 그들간에 존재하는 空間的 距離와 時間的 間隔 그리고 각종의 법적인 제도와 관습의 차이 등 거래의 成功的 完遂를 저해하는 많은 위험을 수반하고 있다. 즉, 國際物品賣買는 그 특수성으로 인하여 賣買目的物이 계약이행과정에서 항상 위험스런 상태에 있으며, 이러한 위험한 상태는 어떤 구체적인 損害의 발생과 직결되어 매매목적물을 상실시키게 되고, 나아가서는 賣買의 목적인 賣買利益의 획득기회를 위협하게 된다는 것을 알 수 있다.

일반적으로 危險이란 생활이익에 대하여 어떠한 危害가 가해질 염려가 있는 상태를 가리킨다. 그러나 매매계약에서 말하는 危險負擔이나 危險移轉에 있어서의 危險은 그러한 의미가 아니라 쌍무계약에 있어서 채권의 목적이 계약당사자 쌍방의 책임없는 사유¹⁾로 이행할 수 없게 된 경우 그로 인한 불이익을 말한다. 이러한 위험의 유형을 다음과 같이 정리할 수 있다.

가. 物件의 危險

일반적으로 채권·채무관계가 존재하는 契約關係와는 상관없이 일정한 물건에 대하여 가해지는 危險을 말하는 넓은 의미의 危險으로서 物的危險 이라고

1) 이를 不可抗力으로 표현하기도 하는데, 실제 무역거래에서는 落雷, 暴風雨, 地雷, 洪水 등 자연적인 현상 뿐만 아니라 盜難, 罷業, 工場, 內亂, 騷擾, 戰爭, 정부간섭 등의 인위적인 것이 포함되며, 또한 돌발적인 사고로 인한 매도인의 능력으로 통제불가능한 모든 사유를 포함하는 넓은 의미로 이해되고 있으며, 대부분 不可抗力條項이라는 계약조항으로 해결하고 있다 (韓柱燮, 國際商去來規則論, 東星社, 1995. p. 45; 李銀榮, 債權各論, 博英社, 1995. p. 135).

도 한다. 物件의 危險은 물건이 不可抗力으로 滅失됨으로 말미암아 그 물건으로부터 기대되는 이익을 얻지 못하게 되는 불이익을 말하는데, 이러한 危險은 그 물건의 소유자가 부담하는 것은 당연하며, 危險이 債權·債務關係와 상관없이 발생할 수 있다는 점에서 다음의 給付危險이나 對價危險과 구별된다.

나. 給付危險

雙務契約關係의 給付對象인 물품이 계약의 체결 후에 채무의 이행이 완료되기 전에 債務者의 책임없는 사유로 滅失 또는 훼손된 경우 채무자, 즉 매도인의 급부는 그 범위내에서 이행불능이 된다. 따라서 이러한 경우 매도인(채무자)이 그러한 물품을 한 번 더 급부해야 하는 危險을 給付危險 또는 履行危險이라고 한다.²⁾

다. 對價危險

이는 雙務契約에서 매도인(債務者)의 책임없는 사유로 인해 給付를 이행할 수 없는 경우에 매도인(債務者)은 그 채무를 면함에도 불구하고 매수인(債權者)에게 反對給付를 청구할 수 있는 경우 매수인(債權者)이 부담하는 불이익을 말한다. 다시 말해서 對價危險이란 매도인(債務者)의 책임없는 사유로 인하여 賣買契約의 목적물인 물품이 滅失 또는 훼손됨에 따라 매도인(債務者)은 그 채무를 면하게 됨에도 불구하고 매수인(債權者)이 매도인(債務者)에 대하여 反對給付 즉, 賣買代金を 지급해야 하는 불이익을 말한다.³⁾

(2) 危險負擔과 危險移轉 關係

우리 民法 제 537 조⁴⁾에 의하면 계약이 체결된 후 채무의 이행이 있을 때까지 양 당사자의 책임없는 사유로 계약의 목적물이 滅失 또는 훼손되어 매도인의 채무이행이 불가능하게 되는 경우 채무자는 그로 인한 위험을 부담하게 된

2) 이러한 의미의 위험은 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다는 점에서 우리나라의 민법 제 537 조의 의미 및 위험부담의 주체에 관한 원칙인 채무자주의에서 의미하는 위험과 일맥상통하고 있음을 알 수 있다.

3) 이러한 對價危險은 당사자 일방이 부담하는 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 인하여 履行不能으로 되어 소멸하여도 相對方(債權者)은 여전히 反對給付義務를 부담해야 한다는 점에 있어서 위험부담의 주체에 관한 원칙인 채권자주의에서 뜻하고 있는 위험과 일맥상통하고 있다.

4) 민법 제 537 조. 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

다.5) 債務者는 어느 시점부터 위험을 부담하는 지위를 면하고 그 위험이 상대방인 債權者에게 이전하는가 하는 의문이 제기된다. 따라서 危險負擔과 관련하여 문제가 되는 것은 위험의 이전시기이다.

즉, 위험에 대한 책임의 소재를 기준으로 할 때는 危險負擔이라는 용어를 사용하는 것이 적절하고, 언제부터 그러한 危險을 부담할 것인가 하는 危險負擔의 주체가 변경되는 시점을 기준으로 할 때는 危險移轉이라는 용어가 적절하다고 볼 수 있다. 이는 결국 계약의 목적물인 물품의 滅失 또는 毀損이 契約當事者 쌍방의 책임없는 사유로 발생한 경우 그러한 危險을 누가 책임지느냐 하는 문제는 危險負擔의 문제이며, 언제부터 危險에 대한 책임을 지느냐 하는 문제는 危險移轉의 문제가 된다. 이를 명백히 구분짓는 이론은 아직 없으나, 전자는 主體的 危險負擔이라 하고 후자를 時間的 危險負擔이라고 구분할 수 있다고 본다.6)

2. 危險移轉의 立法主義

危險負擔에 관한 原則은 위험의 배분과 이전에 관한 문제로 대별된다. 전자는 賣買契約의 목적물에 대한 위험을 所有者, 債權者, 또는 債務者 중 누가 부담할 것인가에 대한 기준을 설정하는 문제이며, 後者는 賣買契約에 있어서 목적물에 대한 危險을 계약의 체결시점과 계약의 종료시점 중 어느 시점에서 매도인으로부터 매수인에게 이전시킬 것인가 하는 문제이다.

이러한 문제는 立法上의 문제로서 각국의 입법정책에 따라 다양하게 나타나고 있는데, 危險의 배분 즉, 危險의 負擔主體를 기준으로 하는 원칙은 債務者主義, 債權者主義, 所有者主義 등으로 분류된다.7) 그리고 危險의 移轉時期 즉, 위험의 부담주체의 변경시기를 기준으로 하는 원칙은 物品賣買의 경우, 특히

5) 雙務契約에 있어서 계약당사자중 일방이 부담하는 채무가 자신의 책임없는 사유로 인해 履行不能으로 된 경우는 상대방도 또한 反對給付義務를 면할 수 있다는 채무자주의는 일방의 채무가 이행불능으로 소멸하면 상대방의 채무도 소멸하게 된다는 측면에서 우리 民法도 같은 입장을 취하고 있다. 그러나 우리 민법은 단순히 누가 위험을 부담한다는 원칙만을 규정하고 있을 뿐 구체적인 거래관계에서 언제 위험이 이전하는가에 관해서는 언급이 없다.

6) 趙誠鐘, “國際物品賣買契約上の 危險移轉 - 비엔나 협약을 중심으로-”, 명지대학교 대학원 박사학위논문, 1995, p. 29.

7) Benjamin, *Sale of Goods*, 3rd ed., London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 225.

國際運送 또는 隔地間賣買의 경우, 운송수단과 관련하여 契約締結時主義, 所有權移轉時主義, 引渡主義 등으로 구분되고 있다. 여기서는 위험이전과 관련된 원칙만 살펴보기로 한다.

(1) 契約締結時主義

물품의 所有權移轉을 목적으로 하는 賣買契約에서 契約체결과 동시에 危險도 이전한다는 것을 원칙으로 하는 立法主義를 契約締結時主義라 한다. 즉, 買受人이 물품의 점유를 취득하기 전이라도 契約의 체결만으로 위험이 이전한다는 原則으로서 매수인의 신속한 受領을 장려하여 수령을 지체한 買受人은 그로 인한 不利益을 부담해야 한다는 이론적 근거에서 契約체결과 동시에 인도가 가능하지 아니한 대부분의 國際賣買의 실정에는 맞지 않는다는 지적이 있다.⁸⁾

아울러 이러한 原則은 買受人이 물품을 점유도 소유도 하지 아니하였음에도 불구하고 賣買代金을 지급하여야만 한다는 점에서 형평에 어긋난다는 비판을 받을 수 있다. 뿐만 아니라 실무에서는 契約체결의 시점이 정확히 언제인지 명확하지 아니한 경우가 많기 때문에 현실적으로 契約과 동시에 인도가 이루어지는 매매는 즉시매매(현금매매)를 제외하고는 극히 일부에 불과한 실정에 비추어 엄격하게 축소 해석되고 있다.

비엔나 협약 제 68 조도 운송 중에 매매된 물품에 관하여는 契約締結時에 買受人에게 危險이 이전한다고 규정하여 운송 중인 물품의 매매에 관하여 契約 체결시주의를 원칙으로 하고 상당한 이유가 있는 경우에는 그 예외를 인정하고 있는데, 이는 실제 무역거래에서 흔히 발생하는 전매의 경우에 적용하기 위해 명문으로 규정한 것으로 보인다.⁹⁾

(2) 所有權移轉時主義

이 原則은 英美法上의 매매계약에서 발생하는 모든 문제를 所有權의 소재여하에 따라 해결하려 하였던 전통에서 비롯되어 위험부담의 문제를 해결하는 과정에서 자연스럽게 발생한 것이다.¹⁰⁾ 이는 목적물의 실질적인 점유의 이전

8) 그러나 CISG 제 68 조는 운송 중인 물품의 매매에 대하여 契約체결시주의를 위험이전의 원칙으로 채택하고 있다.

9) 조성중, 전제논문, pp. 40~41.

10) 물품의 所有權이 이전될 때 위험도 이전된다는 원칙은 로마법에서 유래하여 17세기 자연법학자들에 의하여 전개되었다. 영국물품매매법도 所有權주의를 채택하고

여부와는 상관없이 소유권의 소재를 기준으로 위험의 이전시기를 결정하는 立法主義이며, 所有權의 移轉이 계약체결시에 이루어지도록 하고 있다.

이 原則에 따르면 계약의 목적물인 물품의 所有權을 취득함과 동시에 그 물품에 대한 危險은 그 물품의 소유자인 賣渡人으로부터 새로운 所有者인 매수인에게로 이전하게 된다. 따라서 이 원칙은 매도인이 계약의 목적물인 물품에 대한 소유권을 가지지 않는 경우에는 적용될 수 없게 된다.

所有權은 계약당사자뿐만 아니라 제3자에 대하여도 효력을 가지는 것이고, 危險負擔은 계약당사자 사이에만 해당되는 문제이다. 특히 위험부담은 어느 시점부터 매수인이 대금을 지급해야 할 의무를 부담하느냐의 문제로 이해되어야 하고, 또한 危險移轉의 문제는 물품의 소유권 자체가 소멸됨으로써 일방의 채무가 소멸되고 그 결과 상대방의 채무는 어떻게 되는가에 관한 문제이기 때문에 소유권의 귀속만으로 해결하기에는 곤란한 문제가 지속되고 있다.

(3) 引渡主義

物品의 引渡(delivery) 또는 목적물을 買受人의 처분상태에 됨으로써 위험이 매수인에게 이전한다는 원칙이 引渡主義이다.¹¹⁾ 즉, 물품을 매수인에게 인도함으로써 그 물품은 매수인의 지배 및 감시영역에 들어가게 되고, 賣渡人은 그 引渡로서 계약의 본질적인 부분을 이행한 것이 되며, 이로써 매매대금을 청구할 수 있게 된다.

여기서 인도란 현실적인 점유의 이전을 의미하는 것으로 헤이그 협약에서는 ① 賣渡人の 履行, ② 賣渡人으로부터 買受人에게 危險이 이전되는 시점, ③ 賣買代金の 支給時期 및 目的物の 特定時期 등을 가리켰다.¹²⁾ 이에 의하면 引

있으며, 미국의 통일매매법도 같은 입장을 취하고 있으나, 미국통일상법전에서는 소유권주의에서 탈피하여 다음의 순서에 따라 위험을 부담하도록 규정하고 있다. 즉, 물품이 당사자 쌍방에 책임없는 사유로 인하여 멸실된 경우에 위험부담에 관한 당사자간의 약정이 최우선적으로 존중되고, 다음에 계약을 위반한 자가 위험을 부담하며, 마지막으로 현실적으로 점유한 자가 위험을 부담한다. 여기서 미국통일상법전은 점유권의 자발적 이전인 인도에 비중을 두므로 Incoterms와 축을 같이하고 있음을 추측할 수 있다(吳元奭, “國際物品賣買契約에서 所有權移轉時期에 관한 論爭”, 『仲裁』 제18권 5호, 大韓商事仲裁院, 1994. 5, pp. 6~7.).

11) 인도와 위험이전과의 관계에 대해 Incoterms나 Vinenna 협약은 위험의 이전을 인도와 연관시키고 있을 뿐, 계약체결시나 소유권의 이전시기와는 연관시키지 않고 있다(오원석, 전게논문, p. 8.).

12) 國際物品賣買統一法 제30조 제1항, 제71조, 제97조 제1항; Schlechtriem, *The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in Galston & Smited., New York :

渡란 賣渡人이 계약 상의 모든 義務를 이행한 것을 가리키는데, 賣渡人이 瑕疵 있는 물품을 교부하였다면 그 의무를 충족시킨 것이 되지 못하고, 물품이 買受人의 수중에 있더라도 危險은 여전히 賣渡人이 부담해야 한다는 실제 상의 문제가 발생할 수 있다.¹³⁾

이러한 引渡主義는 危險移轉의 시점에 관한 기준으로서 어떤 절대적인 원리가 아니라 商慣習을 기초로 하고 있다는 장점이 있다. 그리고 이 原則은 물품의 損害를 방지함에 있어서 또는 발생한 손해에 대한 損害賠償을 청구함에 있어서나 그 손해를 부보함에 있어서 가장 적절한 위치에 있는 자에게 위험을 부담시킨다.¹⁴⁾ 引渡主義의 또 다른 장점은 危險移轉의 시점인 인도 내지 사실상의 지배가 추상적인 법리에 의하여 획일적으로 규정되지 않고, 상거래 관계에 있어서는 商慣行에 의하여 인도의 시점이 결정된다는 데에 있다.¹⁵⁾

III. 危險移轉에 관한 主要國의 立法例

1. 英國 物品賣買法上的 危險移轉

영국법에서는 물품의 소유자가 위험을 부담한다는 소유자 위험부담주의를

Matthew-Bender, 1984, pp. 6~7. ; 조성중, 전제논문, p. 42.

- 13) 헤이그 협약에서 정한 [引渡]의 개념에 의하면 매도인에게 지나친 부담을 안겨주는 결과가 되어 형평의 원칙에 위반된다고 할 수 있고, 또한 위험의 이전시기를 결정하는 기준은 대부분 매수인에 의해 결정될 수 밖에 없다는 문제가 발생하기 쉽다(梁明朝, “權利移轉과 危險負擔”, 國際物品賣買契約에 관한 UN 協約上の 諸問題, 三知院, 1991, p. 154). 이와 같은 이유로 인해서 비엔나 협약에서는 헤이그 협약의 [引渡]가 너무 추상적이고 현실적이라는 문제점이 지적되어 [交付](hand over)라는 용어를 사용하여 현실적인 점유이전을 표시하고 있으며, 미국통일상법전(UCC)은 [引渡의 提供]이라고 표시하고 있다.
- 14) 金亨培, 『債權各論(上)』, 博英社, 1995, p. 206.
- 15) 상법 제 129 조는 “화물상환증을 작성한 경우에는 이와 상환하지 아니하면 운송물의 인도를 청구할 수 없다.”고 규정함으로써, 화물상환증의 상환증권성을 인정하고 있으며, 동법 제 133 조는 “화물상환증에 의하여 운송물을 받을 수 있는자에게 화물상환증을 교부한 때에는 운송물위에 행사하는 권리의 취득에 관하여 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 있다.”라고 규정함으로써 화물상환증교부의 물권적 효력을 인정함으로써, 화물상환증을 교부한 때에는 운송물위에 행사하는 권리의 취득에 관하여 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 있다고 하고 있다. 또한 제 157 조는 제 129 조내지 제 133 조(화물상환증의 상환증권성, 당연한 지시증권성, 문언증권성, 처분증권성, 교부의 물권적 효력)의 규정은 참고증권에도 준용한다고 규정하고 있다.

채택하고 있다. 즉, 英國物品賣買法(Sale of Goods Act, 1979) 第20條(1)의 규정은 위험이 소유권과 함께 이전한다는 위험이전의 일반원칙을 “달리 합의가 없는 한, 물품에 대한 危險은 그 소유권이 매수인에게 이전되기까지는 매도인의 부담에 속한다. 반면 그 소유권이 매수인에게 이전되는한 인도가 행하여진 여부를 불문하고 물품에 대한 危險은 매수인의 부담에 속한다”라고 기술함으로써 소유권과 위험이전의 동시성을 규정하고 있다.

그러나 엄격하게 말하면 소유권을 가진 자에게 부보하지 아니한 위험도 부담하게 하는 현재의 SGA 제20조(1) 상의 위험 원칙이 대부분의 경우에 정당한 해결책이 되는지 여부는 매우 의심스럽다. 특히 SGA 제20조(1)상의 위험이라는 개념은 우연적인 파손이나 훼손과 관련이 있지 당사자 가운데 일방의 과실에 기인한 상품의 손해를 포함하는 것은 아니다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 SGA 제20조는 다음과 같은 두 개의 규정을 추가하고 있다. 즉, “(2) 그러나 인도가 매도인이나 매수인의 과실로 인하여 지연된 경우 이러한 과실이 없었다면 발생하지 아니하였을지 모르는 손해에 관하여 과실이 있는 당사자가 물품의 위험을 부담한다. (3) 이 조항의 규정은 결코 매도인이나 매수인이 상대방의 물품에 대하여 수탁자 또는 보관인으로서 부담하는 의무 또는 책임에 영향을 미치지 아니한다”고 되어 있다.

또한 위험부담에 관한 영국 물품매매법은 임의규정으로서 당사자간에 별도의 합의나 약정이 있는 경우에 위험은 소유권과 분리하여 移轉할 수 있으며, 일방 또는 타방이 위험을 부담하여야 한다는 약정은 당사자들의 거래과정으로부터, 또는 당사자를 구속하는 관습에 의하여 추론될 수 있다.¹⁶⁾ 특히 위험이 이전하기 전에 소유권이 이전한다는 당사자의 명시적 합의의 흔한 예는 매도인이 매수인에게 자신의 위험하에 특정물을 발송하기로 합의하는 경우이다. 이런 경우 매도인은 운송과정에 피할 수 있는 사건으로 인한 훼손이나 파손에 대하여만 책임이 있다.

16) 영국물품매매법의 규정에 의하면 위험이 이전되는 것은 다음과 같다. 첫째, 인도가 능한 상태에 있는 특정물의 무조건부 매매의 경우에는 매매계약의 성립과 동시에 위험은 매수인에게 이전된다. 둘째, 매도인이 목적물을 인도가능한 상태에 두기 위하여 무엇인가를 할 의무를 부담하는 조건부매매의 경우에는 별도의 합의가 없으면 이러한 의무가 완료된 때에 위험은 매수인에게 이전된다. 셋째, 불특정물의 매매계약에 있어서는 매도인에 계약에 따라서 물품을 인도가능한 상태에 두기 위하여 필요한 행위를 완료하고 물품을 무조건부로 계약에 충당한 때에 그 위험은 매수인에게 이전된다.

이와 관련하여 영국물품매매법 제 33 조는 “물품의 매도인이 자기의 위험으로 매매 당시의 물품소재지 외의 다른 장소에서 물품을 인도하기로 약정한 경우에도 당사자간에 다른 약정이 없다면, 매수인은 운송 중 피할 수 없는 훼손에 관한 위험은 매수인이 부담한다”고 규정하고 있다. 이 조항의 의미는 이례적인 품질저하의 위험은 매도인이 부담해야 하지만 매수인도 한 장소에서 다른 장소로의 운송중에 필연적으로 수반되는 어느 정도까지의 품질저하된 물품을 인수하지 않을 수 없다는 것이다.

이런 의미로 볼 때, 영국물품매매법 제 20 조와 제 33 조에 의해 소유권과 함께 이전하는 것으로 되어 있는 멸실 또는 훼손의 위험과 매도인에 의한 조건과 책임담보에 의해 보장되지 않는 문제에 관해 매도인이 책임져야 하는 통상의 위험간에는 원칙적으로 차이가 없음을 알 수 있다. 결국 영국 물품매매법에 있어서 위험은 원칙적으로 소유권에 수반하여 이전되는 것이기 때문에 위험이 전의 시기는 당사자간의 특약이 달리 없으면 所有權移轉의 원칙에 추정하는 것이 가능할 것이다. 이러한 영국물품매매법 상의 위험이전 규정의 체계를引渡를 전제로 해서 살펴 보면 다음과 같다.

(1) 運送人에의 引渡

物品의 所有權이 운송인에 대한 引渡時에 매수인에게 이전하는 경우에는 위험은 추정적으로 매도인이 물품을 운송인에게 인도할 때 소유권과 함께 매수인에게 이전한다. 그러나 不特定物의 매매는 인도될 때까지 買受人에게 소유권이 이전되지 않으며, 따라서 그때까지 위험도 이전하지 않을 것이다.¹⁷⁾

(2) 引渡地點에서의 賣渡人의 責任

危險은 운송인에 대한 인도시에 이전한다는 원칙은 많은 제한이 따른다. 運送을 수반하는 물품매매계약의 경우에 물품은 통상적인 운송을 감당할 수 있는 상태로 발송되어야 하며, 目的地 到着時에 그러한 물품이 사용될 목적 및 상품의 품질에 적합해야 한다는 매매계약상의 묵시적인 조건이 있다.¹⁸⁾ 아울러

17) SGA 32 (1) 참조.

18) SGA 27. Duties of seller and buyer. It is the duty of the seller to deliver the goods, and of the buyer to accept and pay for them, in accordance with the terms of the contract of sale.

리, 隔地間 引渡時의 위험의 부담과 관련해서 SGA 제 27 조는 다음과 같이 규정하고 있다. “물품의 매도인이 매매의 당시에 물품이 존재한 장소 이외의 장소에서 자신의 위험부담으로 이를 인도할 것을 합의한 경우에는, (별도의 합의가 없는 한)매수인은 운송 중에 필연적으로 부수하는 물품의 훼손에 관한 어떠한 위험도 반드시 부담하여야 한다.”

2. 美國 統一商法典上的 危險移轉

國際物品賣買契約에서 물품은 매도인의 손을 떠나 매수인에게 도달할 때까지 운송인의 관리 하에서 이동하게 된다. 그 사이에 계약당사자에게 책임없는 사유로 발생한 물품의 損失危險을 누가 부담하느냐 하는 것은 매우 중요한 문제이다.¹⁹⁾ 이러한 점을 해결하기 위하여 美國 統一商法典(Uniform Commercial Code)에서는 매매목적물이 당사자 쌍방에 책임없는 사유로 滅失된 경우에 그 손실을 누가 부담할 것인가에 있어서 위험부담에 관한 당사자간의 약정을 최우선적으로 존중하고, 다음으로 계약을 위반한 당사자에게 위험을 부담시키며,²⁰⁾ 마지막으로 손실이 거래의 어느 단계에서 발생했는가에 따라 위험을 부담할 자를 결정하고 있다.²¹⁾ 이러한 美國 統一商法典上的 위험이전에 관한 규정의 체계를 살펴 보면 다음과 같다.

(1) 契約違反이 없는 普通의 境遇

가. 賣買契約에서 運送人에 의한 運送을 約定한 경우

UCC §2-509(1)은 계약에서 목적물의 운송에 관한 의무를 매도인에게 부

19) 이와 관련하여 英國物品賣買法의 所有權主義에 따라 所有權者가 위험을 부담하도록 되어 있는데 비해 美國統一商法典에서는 소유자주의를 포기하고 개별적으로 위험부담을 정하는 방식 즉, 물품의 손실위험에 대한 방지조치를 가장 잘 취할 수 있는 자 또는 위험을 보험에 의해 가장 잘 대비할 수 있는 자에게 위험을 부담시키는 危險防止領域主義를 채택하고 있다(李泰熙, “美國統一商法典에 있어서의 危險負擔”, 『大韓辯協會誌』, 7·8月號. 1984, p. 44).

20) UCC §2-509(4), §2-510 참조.

21) 통일상법전 이전의 통일매매법에서는 원칙적으로 물품의 소유자나 權原者에게 위험을 부담시키고 매도인이 소유권을 유보한 경우라도 목적물이 특정된 후에는 매수인에게 위험을 이전시켰다. 그러나 UCC에서는 물품의 관리를 하는 당사자와 보험에 가입할 수 있는 자에게 원칙적으로 위험을 부담시킴으로써 위험의 귀속주체를 명확히 하고 있다(양명조, 전제논문, p. 147).

과하거나 운송에 관한 권한을 매도인에게 부여한 경우를 규율하고 있는데, 매매계약에서 목적물의 운송에 관하여 약정한 경우에 원칙적으로 위험은 상품이 운송인에게 적절하게 인도되었을 때 매수인에게 이전되는 것으로 규정하고 있다. 그러나 계약 상 매도인이 특정목적지에서 목적물을 인도하여야 할 경우에는 그 지점에서 그 목적물이 운송인의 점유 하에 있는 채로 매수인이 인수할 수 있도록 적절하게 제공될 때 위험은 매수인에게 이전한다.

UCC § 2-509 (1) (a)에 따라 운송인에게 목적물을 인도한 때 위험을 매수인에게 이전시키기 위하여는 매도인이 운송인에게 목적물을 적절하게 인도하여야 한다. 적절하게 인도하지 못한 경우에는 위험이 이전하지 않는다. 인도가 적절하기 위한 요건을 UCC § 2-503 (1)의 일반적 인도제공의 요건으로부터 유추해 보면 다음과 같다.

(a) 인도하는 물품이 계약과 부합하여야 하고, (b) 매도인이 목적물을 매수인의 처분가능한 상태에 두어야 하며, (c) 매도인은 매수인에게 매수인이 인수할 수 있도록 그에 필요한 상당한 통지를 하여야 한다. 그 밖에 매도인은 목적물의 성질과 기타 사정에 비추어 상당한 운송계약을 체결하여야 한다. 따라서 선적행위가 적당하지 못하거나, 운송계약이 적절하지 못하거나, 선적서류의 취득과 송부를 해태하거나 선적사실의 통지를 해태한 경우에는 그러한 사실이 위험의 이전에 영향을 미칠수 있을 것이다.

크게 중요한 문제는 아니지만 UCC에서는 “運送人”을 정의하고 있지 아니하므로 운송인이 자신의 트럭으로 운송하는 경우에 § 2-509 (1)에 따라 목적물을 자신의 트럭에 적재한 때도, 위험이 매수인에게 이전하는가가 문제된다. 이에 대하여 UCC의 해석 상 매도인이 운송인을 겸하는 것으로 해석할 수 없다는 입장이 지배적이다.²²⁾

결국 미국통일상법전에서 매매계약 상 매도인에게 운송인 편에 물품을 선적하도록 요구하거나 수권한 경우, 만약 특정장소에서 물품의 인도를 요구하고 있지 않는 한, 비록 선적이 유보부로 되었다 하더라도 위험은 물품이 운송인에

22) UCC § 2-509 (1) 참조; 이점과 관련해서는 Vienna 협약의 경우 제 67 조 제 1 항에서도 [매매계약이 물품의 운송을 포함하고 있는 경우에 매도인이 특정한 장소에서 이를 인도할 의무가 없는 때에는, 위험은 물품이 매매계약에 따라 매수인에게 송부하도록 [최초의 운송인](first carrier)에게 인도된 때에 매수인에게 이전한다고 규정하고 있는 점으로 미루어 볼 때, 매도인이 자신의 트럭을 이용하여 선적지항까지 운반하는 경우에 트럭의 운송인을 최초의 운송인으로 볼 수 없다는 것이 다수 의견이다(양명조, 전게논문, p. 149).

계 정히 인도될 때에 매수인에게 이전한다고 규정하고 있는 것은, Vienna 협약 제 67 조에서 매도인이 특정한 장소에서 물품을 운송인에게 인도하여야 할 의무가 있는 경우에는, 위험은 물품이 그러한 장소에서 운송인에게 인도되기까지는 매수인에게 이전되지 아니한다고 규정하고 있는 것과 일치하고 있음을 알 수 있다.

나. 受託人이 保管中인 物品의 賣買

UCC §2-509 (2)의 규정에 의하면, 매매목적물이 이동없이 수탁자가 보관중인 상태에서 인도될 위험은 다음 각 사유 중 하나에 해당될 때 매수인에게 이전한다.

- (a) 목적물에 대한 권원을 나타내는 유통증권을 매수인이 수령한 때,
- (b) 목적물에 대한 매수인의 소재권을 수탁자가 승인한 때,
- (c) §2-503 (4) (b)의 규정에 따라 유통성이 없는 권원증서나 기타 荷渡指示 書를 매수인이 수령한 때.

이와 같이 제 2 항이 적용되는 상황은 목적물이 창고업자등 전문적 수탁자의 수중에 있고, 매도인이 매수인에게 그 권리를 나타내는 증서를 인도하는 경우로서, 그 빈도는 제 1 항의 경우에 비하여 많지 않았고 제 2 항과 관련된 어려운 문제도 별로 없었다. 다만 UCC §2-502 (2)의 “수탁자”(bailee)에 매도인도 포함될 것인가가 문제된다.

예를 들어 매도인과 매수인이 망아지를 매매한 후 매매의 목적인 망아지를 계속하여 매도인이 사육하기로 약정하였다. 그 후 망아지가 賣渡人側의 과실없이 죽자 매수인은 매도인을 상대로 매매대금의 반환을 청구하였다. 이러한 사건에서 매도인은 수탁자에 해당하고 이러한 상황에 있어서의 위험은 “목적물에 대한 매수인의 소재권을 수탁자가 승인한 때” 이전한다는 UCC §2-509 (2) b의 규정에 따라 자기가 망아지에 대한 매수인의 소유권을 승인할 때 이전되었다고 주장할 수 있을까하는 문제이다. 매수인이 사육비용을 매도인에게 지급하였다면 매도인의 위험이전 주장은 특히 설득력이 있을지 모른다.²³⁾

23) 이 사건에서 매도인과 매수인은 망아지(colt)매매에 합의하였다. 당사자들의 합의에 의하여 매도인이 매수인을 위하여 그 망아지를 보호하기로 합의하였으나, 매매대금의 지급조건에 따라 그 망아지의 마구간 비용을 물리지 아니하였다. 그런데 망아지는 매도인측의 아무런 과실없이 살해되자 매도인은 매수인을 상대로 매매대금을 청구하였다; *Courtin v. sharp*, 280 F. 2d 345(5th Cir. 1960), cert. denied 365 u.s.814(1961).

UCC에서 “수탁자”(bailee)라 함은 “창고업자, 선하증권 기타 권원증서에 의하여 물품의 소유권을 승인하고 당해 물품을 인도할 것을 약정한 자”를 가리키고 있으며(§ 7-102 (1) (a)), 매매목적물이 이동없이 수탁자가 보관 중인 상태에서 인도될 위험은 (a) 목적물에 대한 권원을 나타내는 유통증권을 매수인이 수령한 때이거나, (b) 목적물에 대한 매수인의 소재권을 수탁자가 승인한 때에 해당하지 아니하는 경우에, 멸실위험은 매도인이 商人인 경우에는 매수인이 물건을 받을 때에 매수인에게 이전하고, 기타의 경우에는 인도의 제공시에 위험이 매수인에게 이전한다고, 매매계약체결 후에 매도인이 목적물의 소유권을 유보하는 경우를 규정하고 있다(§ 2-509 (3)). 이를 고려할 때, 매도인은 수탁자의 범위에 포함시킬 수 없다고 하여야 할 것이다.

다음으로 § 2-509 (2) (c)²⁴⁾를 문자 그대로 보면 유통성없는 증서라도 그것을 매수인이 수령한 즉시 위험이 매수인에게 이전하는 것으로 오해될 수 있다. 그러나 매도인의 인도의 제공에 관한 UCC § 2-503 (4) (b)와 관련지어 생각해 보면, 물품의 손실의 위험과 수탁인이 유통성없는 권원증권을 인수, 지급하지 아니하거나 또는 지시에 따르지 아니하는 위험은 매수인이 증서 또는 지시서를 제시하기 위한 상당한 기간동안 매도인에 있다. 다시 말하면, 위험은 증서나 지시서의 수령 즉시 이전하는 것이 아니고, 매수인이 그러한 증서나 지시서를 수령하여 수탁자에게 제시하는데 필요한 상당기간을 매도인이 損失危險과 수탁자의 불이행으로 인한 위험은 매도인이 부담하게 되는 것임을 알 수 있다.²⁵⁾

다. 기타의 경우

UCC § 2-509 (1) 및 (2)의 경우를 제외한 다른 경우에는 동조 (3) 항에 따라 위험이 이전하는데, 매수인이 상인이라면 매수인이 목적물을 수령한 때, 그렇지 않다면 인도제공시에 위험이 매수인에게 이전한다. UCC의 정의에 의하면 商人(merchant)이란 특정 종류의 물품을 취급하는자, 직업을 통하여 자신이 특정 거래에 관한 관행이나 물품에 특유한 지식이나 기술을 가지는 것으로 표시

24) UCC § 2-509. Risk of Loss in the Absence of Breach. (2) Where the goods are held by a bailee to be delivered without being moved, the risk of loss passes to the buyer (c) after his receipt of a non-negotiable document of title or other written direction to deliver, as provided in subsection (4) (b) of Section 2-503.

25) James J White and Robert S Summers, *Uniform Commercial Code*, 3rd edition, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988, p. 221.

하는 자 또는 직업을 통하여 자신이 그러한 지식이나 기술을 가지는 것으로 나타내는 代理人, 仲介人 기타 주선인을 사용함으로써 그러한 지식이나 기술을 가지는 것으로 추정 받을 수 있는 자를 가리킨다.²⁶⁾

다음으로 물품의 “수령”(receipt)이라 함은 UCC §2-103(1)(c)에 따라 목적물의 현실적 점유를 취득하는 것을 말한다. 따라서 상인인 매도인이 그 물품에 대한 물리적 점유를 오래 보존하고 있으면, 권원이 이전된 뒤에, 매수인이 대금을 수령하고도, 오랫동안 손실의 위험을 부담할 수 있다.

한편 非商人인 매도인의 경우 미국통일상법전 제2-503조에서 규정하고 있는 ‘引渡의 提供’에 의하여 위험은 매수인에게 이전한다고 할 때, 이 조항 아래서 ‘引渡의 提供’이란 (a) 물품이 일치될 것, (b) 매도인이 물품을 매수인의 처분상태에 두어 그의 처분에 따르게 하는 상태를 유지할 것, (c) 매도인은 매수인이 인수할 수 있도록 필요한 상당한 통지를 할 것 등을 전제로 한다. 그러나 이 조항도 언제부터 물품이 매수인의 처분상태에 있다고 할수 있는가 하는 점과 만약 매수인이 인수하기 이전에 손실이 발생한다면 이것때문에 매도인이 매수인에게 위험을 이전시킬 수 없는가 하는 해석상의 문제점이 존재한다. 이런 측면에서 보았을 때, 미국통일상법전 제2-503조는 매도인이 그의 권한 내에서 적합한 물품에 일치시키는 모든 것을 다하였을 때와 매수인이 점유권을 취득하는데 필요한 상당한 기간을 가졌을 시점에 손실위험을 매수인에게 轉嫁시키는 것으로 해석된다.

(2) 계약위반이 있는 경우

이상의 UCC §2-509의 위험부담규정은 당사자 쌍방이 계약위반을 범하지 아니한 경우를 규율한다. 이에 비해 매매계약의 당사자 일방이 계약을 위반한 경우의 위험부담은 UCC §2-510에 규정되어 있다.²⁷⁾

26) U.C.C. §2-104(1). “Merchant” means person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices of goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation hold himself out as having such knowledge or skill.

27) UCC §2-510의 UCC §2-509에 대한 특색은 첫째, 당사자일방의 계약위반이 있게되면 목적물을 현실적으로 점유하지 않은자, 보호하리라고 예상할 수 없는 자에게 위험을 부담시킨다는 점을 들수 있다. 둘째, UCC §2-510에서는 물품이 계약에 부합하는 물품일 것, 인수를 적법하게 철회했을 것 등의 요건을 들으로써 위험부담에 관하여 분명하고 확실한 원칙을 제시하고자 한 §2-509의 이념과 충돌한다

UCC § 2-510 (1)에 의하면 매수인이 목적물인수를 거절할 수 있을 정도로 매도인이 계약에 부합하지 않는 목적물의 제공이나 인도를 한 경우에는 完全物給付나 인수가 있을 때까지 매도인이 위험을 부담하여야 한다. 또한 UCC § 2-510 (2)에 의하면 매수인이 적법하게 인수를 철회한 경우에 매수인은 그의 보험효력이 미치지 않는 범위 내에서 당초부터 매도인이 위험을 부담하는 것으로 다를 수 있다. 이는 매수인이 적법하게 인수를 철회하는 경우에, 그 위험을 매도인에게 부담시키는 규정이다.

한편 UCC § 2-510 (3)은 매수인이 목적물의 수령을 거절하거나 기타 위험 이전 전에 계약을 위반한 경우에 다음의 요건이 갖추어지면 매수인에게 위험을 부담시키고 있다. 즉, ① 물품이 계약에 부합할 것, ② 목적물이 특정되었을 것, ③ 그 손실이 매도인의 보험효력이 미치는 범위를 벗어날 것, ④ 그 손실이 상업적으로 상당한 기간내에 발생했을 것 등이다. 그러나 이상의 요건이 모두 애매하기 때문에 위험부담의 명확성을 표방하는 통일상법전의 기본입장과 저촉된다는 점이 이 조항의 문제점으로 지적되고 있다.²⁸⁾

3. 日本 民法上の 危險移轉

日本 民法은 모든 계약에 대하여 동일한 원칙을 일괄적으로 규정하지 않고 형식적으로는 위험이전에 있어서 債務者主義를 원칙으로 하고 있고(제 536 조), 특정물에 관한 물권의 설정 또는 이전을 목적으로 하는 계약에 있어서는 채권자가 위험을 부담한다는 債權者主義를 예외로 인정하고 있다(제 534 조) 그러나 실제로는 제 534 조의 예외규정이 제 536 조의 원칙규정보다 널리 적용되고 있어 사실 債權者主義에 가깝다고 할 수 있다.²⁹⁾

이와 같이 형식적으로는 위험이전에 있어서 債務者主義를 원칙으로 하고 있음에도 불구하고 特定物에 관한 物權의 設定 또는 移轉을 목적으로 하는 계약에 있어서는 채권자가 위험을 부담한다는 債權者主義를 예외로 인정하고 있는 日本 民法의 입장은 위험부담에 관한 基本原則으로 채무자주의와 채권자주의

는 것이다(양명조, 전계논문, pp. 151~152).

28) White and Summers, *Uniform Commercial Code*, 3rd ed., §5-5 ; 양명조, “권리 이전과 위험부담”, 전계서, 152.

29) 遠藤厚之助, 債權者論, 文久書林, 1980, p. 35 ; 末川博, 契約法, 法經出版社, 1992, p. 94.

를 채택하고 있다는 점에서 우리 民法의 입장과 비슷하다.³⁰⁾ 그러나 不特定物 賣買에 관해서는 우리나라와 달리 구체적으로 목적물이 특정된 때로부터 매수인이 위험을 부담하는 것으로 되어 있다.³¹⁾ 일본의 경우 不特定物 賣買에 있어서 목적물을 특정하는 것은 매수인에게 물품을 인도한 시기 혹은 운송을 위해서 운송인에게 인도하는 것을 의미하는 것으로 받아들여지고 있다. 이렇게 볼 때 일본에서의 위험이전시기는 물품을 매수인 또는 운송인에게 인도한 때로 해석되나 위험이전에 관한 구체적인 원칙규정을 두고 있지는 않다.

4. 韓國民·商法上の危險移轉

우리나라의 民法에서는 위험이전에 관하여 제 537 조와 제 538 조 단 두 개의 조문만을 평면적으로 규정하여 위험이전의 중요성에도 불구하고 매우 미흡한 실정이다. 더욱이 우리 상법의 경우에는 동산, 부동산, 유가증권을 영업의 대상으로 하는 매매를 상행위로 규정하면서 민법의 매매규정에 대한 일반적인 적용을 전제로 함과 동시에 이를 상사매매에 적용하기 위하여 약간의 특별규정을 두고 있다. 그러나 상법 상 상사매매에 관한 규정은 5 個條에 불과하므로,³²⁾ 대체로 상관습이나 민법을 보충적으로 적용하여야 한다. 이에 따라 위험이전에 관한 민법의 규정이 상사매매에 그대로 준용되게 된다.

이러한 상황에서 우리나라 民法은 雙務契約에서의 위험부담에 관하여 “當事者 一方의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다”라고 규정함으로써 위험부담의 원칙으로 채무자주의를 채택하고 있다.³³⁾ 따라서 이러한 경우 물품을 인도하여야 할

30) 우리나라 민법 제 537 조 및 제 538 조 참조.

31) 우리 민법에서는 종류매매의 경우 계약당시 목적물이 특정되지 않고 種類·品質·數量 등으로만 정해지기 때문에 목적물멸실에 의한 위험부담의 문제는 생기지 않는다. 그러므로 위험부담의 문제는 종류채권의 특징이 있는 후에야 생긴다. 특징은 [채무자가 이행에 필요한 행위를 완료할 때]로부터 생기거나, [채권자의 동의를 얻어 채무자가 이행할 물건을 지정한 때]로부터 생긴다(民法 第 375 條 2 項).

32) 商法 第 2 章 賣買編은 第 67 條 내지 第 71 條에 걸쳐서 다음과 같은 내용을 규정하고 있다. 제 67 조 [매도인의 목적물의 공탁, 경매권], 제 68 조 [확정기 매매의 해제], 제 69 조 [매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무], 제 70 조 [매수인의 목적물 보관, 공탁의무], 제 71 조 [동전 - 수량초과등의 경우]

33) 민법 제 537 조 [채무자위험부담주의] 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

채무자인 매도인은 상대방인 매수인의 대금지급이행을 청구할 수 없다. 그러나 제 538 조 1 항³⁴⁾에서는 당사자 일방의 책임있는 사유로 인한 이행불능의 경우 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다고 규정함으로써 채권자주의를 채택하고 있다. 그리고 채권자의 수령지체 중에 당사자의 책임없는 사유로 인한 이행불능의 경우에도 같다. 다만 동조 2 항³⁵⁾에서는 채무자가 자기의 의무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 반환하도록 규정하고 있다.

특히 위험의 이전시기는 물건의 인도시기에 위험이 이전되는 것으로 해석하고 있으므로 引渡時主義와 같은 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 이와 관련하여 독일 민법은 채무자주의를 원칙으로 하나, 예외적으로 매매에 관해서는 引渡時主義를 취하여 목적물의 인도 또는 소유권의 이전등기(인도전에 행하여질 때) 때부터 위험은 매수인에게 이전되고, 매도인이 매수인의 요구에 따라 목적물을 인도하여야 할 장소 이외의 장소에 송부한 때에는, 운송인 기타의 운송기관에 목적물을 교부한 때부터 위험은 매수인에게 이전되는 것으로 하고 있다.³⁶⁾

이에 비하여 우리 민법은 賣買에서의 위험이전시기에 관한 특별규정을 두지 않았다. 그러므로 雙務契約의 채무자 위험부담의 원칙, 채권자의 귀책사유있는 경우의 예외 인정은 그대로 매매에도 적용될 것이므로 이를 토대로 유추해 보면 다음과 같다.

(1) 特定物賣買

우리 민법 제 467 조는 변제의 장소를 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때 특정물의 인도는 채권성립당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다고 규정함으로써 채무자는 채권성립당시 특정물이 있었던 장소에서 그것을 채권자에게 인도하여야 한다고 정하고 있다. 그러므로 매도인은 그 장소에서 인도 전까지는 채무를 완전히 이행한 것이 되지 않는다. 따라서 특정물인도의무에서는 인도시에 위험이 매도인에게서 매수인에게로 이

34) 제 538 조 [채권자귀책사유로 인한 이행불능] (1) 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체중에 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.

35) 제 538 조 [채권자귀책사유로 인한 이행불능] (2) 전항의 경우에 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채무자에게 반환하여야 한다.

36) 金曾漢, [債權各論(民法講義 IV)], 博英社, 1988, p. 65.

전하는 것이 원칙이다.

특히 위험이전이 되기 위한 인도는 현실의 인도에 한하는가에 관해서 살펴 볼 때 반드시 현실의 인도에 한하지 않더라도 그것으로 채무의 이행이 완료되었다고 보여지는 경우에는 위험도 그 때부터 매수인에게 이전한다고 해석한다. 또한 채무자가 인도장소에서 특정물을 채권자에게 제공하였으나 채권자가 수령하지 않은 경우에는 제공만에 의하여 위험은 채권자에게 이전한다.³⁷⁾ 따라서 제공시 이후에 발생한 급부불능의 불이익은 채권자에게 부담된다.³⁸⁾

(2) 種類賣買

종류매매에 있어서는 계약 당시 목적물이 특정되지 않고 種類·品質·數量 등으로만 정해지기 때문에 목적물멸실에 의한 위험부담의 문제는 생기지 않는다. 그러므로 위험부담의 문제는 종류채권의 특정이 있는 후에야 생긴다. 특정은 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료할 때 또는 채권자의 동의를 얻어 채무자가 이행할 물건을 지정한때로부터 생긴다³⁹⁾. 채무의 이행은 원칙적으로 채권자의 현주소나 현영업소에서 하여야 한다.⁴⁰⁾ 이를 지참채무라 한다. 그러나 그와 다른 약정이나 관습이 있는 경우에는 추심채무라 하여 채권자가 채무자의 주소나 영업소에 와서 목적물을 가져가거나, 또는 송부채무라 하여 채권자나 채무자의 주소가 아닌 별도의 이행장소에서 목적물을 인도하여야 한다.

그러한 여러 경우에 있어서 언제를 이행에 필요한 행위의 완료시로 볼 것인가. 지참채무와 송부채무의 경우에는 現實의 제공을 한 때, 그리고 추심채무의 경우에는 口頭의 제공을 한때에 특정이 생긴다.

37) 민법 제 400 조 [채권자지체], 제 538 조 [채권자귀책사유로 인한 이행불능] 참조.

38) 단 채무자가 채권자의 반대급부청구권을 이유로 계약을 해제한 경우에는 해제이후의 위험은 채무자에게 부담된다. 이는 계약해제로 계약관계는 소멸하고 따라서 채무자의 급부의무와 채권자의 반대급부의무도 존재하지 않기 때문이다.

39) 民法 第 375 條 [종류채권] 2 項; (1) 채권의 목적을 종류로만 지정한 경우에 법률행위의 성질이나 당사자의 의사에 의하여 품질을 정할 수 없는 때에는 채무자는 중등품질의 물건으로 이행하여야 한다. (2) 전항의 경우에 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료하거나 채권자의 동의를 얻어 이행할 물건을 지정한 때에는 그때로부터 그 물건을 채권의 목적물로 한다.

40) 제 467 조 [변제의 장소] (1) 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권성립 당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다. (2) 전항의 경우에 특정물인도이외의 채무변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다. 그러나 영업에 관한 채무의 변제는 채권자의 현영업소에서 하여야 한다.

IV. 비엔나 協約上의 危險移轉

오늘날 운송의 분야에서 보면, 광범위한 운송방법 및 당사자에 의한 참여방식의 변화는 실로 다양하기 그지없다. 이러한 운송방식의 다양화는 국제적인 통일법의 정립에 반영되어야 하는 바, 비엔나 협약(UN Convention on Contracts for International Sale of Goods ; CISG)은 제 66 조에서 제 70 조까지 다양한 상황에서 물품의 인도에 따른 위험의 이전에 관한 규정을 두고 있다.

이를 좀 더 구체적으로 살펴 보면, 제 66 조와 제 70 조는 위험부담의 소재 즉, 위험의 배분에 관한 조항이다. 특히 제 70 조는 매도인이 계약을 위반한 경우에 있어서의 위험부담의 주체에 관한 원칙을 정하고 있다. 또한 제 67 조와 제 69 조는 매도인이 인도를 함에 있어서 운송을 약정한 경우와 약정하지 않은 경우를 전제로 하는 위험이전에 대해서 정하고 있으며, 제 68 조는 운송 중인 물품의 거래에 따른 위험의 이전문제에 관해서 규정하고 있다.⁴¹⁾

1. 運送中 危險負擔의 一般原則과 그 效果

(1) 基本原則

Vienna 협약 제 66 조에는 국제물품매매거래 상 危險이 買受人에게 이전된 이후 시기에 있어서 目的物의 損失의 效果와 관련하여 “위험이 매수인에게 이전된 이후에 물품의 멸실 또는 손상이 발생하여도 매수인은 대금지급의 의무로부터 면제되지 않는다. 다만, 그 멸실 또는 손상이 매도인의 作爲 또는 不作

41) 국제적인 매매에 있어서는 위험이 부수적으로 따르게 되어있다. 본선의 침몰, 하역 중의 사고등 다양한 이유로 물품의 멸실이 또한 손상을 가져오는 것이 적지않다. 이와 같은 상황에서 발생하는 손해를 매도인과 매수인중에서 누가 부담하는가 하는 점이 하나의 위험부담의 문제의 문제로 대두된다. 이에 대하여 新堀聰교수는 그의 저서 “國際統一買賣法” 통하여, 본 조약에 있어서, “당사자의 위험부담에 관한 일반원칙은 ① 당사자의 합의가 있으면, 그것에 따른다.(제 6 조) ② 멸실 혹은 손상이 당사자의 일방의 작위 혹은 부작위에 의해서, 발생하는 경우에는 관련된 작위 혹은 부작위의 책임이 있는 당사자가 책임을 부담한다. ③ 당사자의 합의가 존재하지 않거나 혹은 멸실 또는 손상이 당사자의 일방에게 있는 것이 아닌 경우에는, 법률의 규정에 있어서 손해상의 무언을 당사자에게 부담시킬지의 여부는 본 조약의 제 67 조부터 제 69 조의 규정에 의해서, 위험을 부담하는자를 결정한다.”라고 주장하고 있다(新堀聰, 國際統一買賣法, 同文館, 1992, p. 103 참조).

爲에 기인한 경우에는 그러하지 아니하다(Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller)⁴²⁾고 규정하여 물품이 계약에 일치하는 기준시기가 危險移轉時期임을 규정한 제 36 조의 규정과 맥을 같이하고 있다⁴³⁾는 점을 지적함으로써 危險이 買受人에게 이전된 이후의 物品의 損傷이나 滅失에 대해서도 매수인은 대금지급의무가 있다는 점을 나타내 주고 있다. 이와 같이 운송 중의 위험을 매수인이 부담하도록 하는 一般原則은 실무적인 편이를 고려한 것임을 알 수 있는데, 그 이유는 매도인은 손상을 당한 물품과는 멀리 떨어져 있는 반면, 매수인은 손해를 사정하고 運送人이나 保險者에게 보상을 청구함에 있어 상대적으로 유리한 입장에 있다. 더구나 이러한 권리를 행사할 수 있는 證憑書類를 매수인이 物品代金과 상환으로 소지하게 된다는 점에서도 충분히 수공이 된다고 볼 수 있다. 이러한 제 66 조의 규정과 관련된 잘 알려진 사례가 있다.

계약 상의 조건에 의하면 賣渡人은 買受人에게 1등급의 면화 10 梱包를 발송하기로 되어 있었다. 인도조건은 F.O.B. Seller's city로 되어 있었다. 買受人은 물품이 도착한 후에 선적서류의 제시가 있으면 이와 상환해서 대금을 지급하기로 약정하였다. F.O.B. 조건에 의하면⁴⁴⁾ 運送상의 危險을 買受人에게 지우는

42) 원래 Vienna 협약 제 66 조는 다음과 같이 규정하고 있는 ULIS 제 96 조에 바탕을 두고 있다. 즉, “危險이 買受人에게 이전되는 경우에, 買受人은 물품의 滅失이나 毀損이 있음에도 불구하고, 이러한 滅失이나 毀損이 賣渡人이나 혹은 賣渡人이 책임을 지어야 할 일부 다른 사람의 作爲로 인해서 발생하지 않는 한 대금을 지급하여야 한다(Where the risk has passed to the buyer, he shall pay the price notwithstanding the loss or deterioration of the goods, unless this is due to the act of the seller or of some other person for whose conduct the seller is responsible).”는 것이다. 특히 이 과정에서 <deterioration>을 <damage>로 대체한 이유는 <deterioration>이 자연적인 損傷(腐敗)나 혹은 소실에만 관련되어 있는 것이 당연시 되고 있는 반면에 본 조는 물품에 대한 모든 災害(casualties)에 관련되어 있다(연감(연보) VI (1975), 109 참조). 그리고 <or omission>이라는 어휘가 첨가된 것은 명확성을 기하기 위한 것이다(연감(연보), VIII(1977), 63 참조). (C.M. Bianca & M.J. Bonell, *Commentary on the Internatioanl Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffre, Milan, 1987, pp. 483~484).

43) John O. Honnold 교수는 “제 36 조 1 항은 물품의 契約一致性에 관한 문제는 危險이 買受人에게 移轉하는 時點을 기준으로 판단된다는 기본적인고도 자명한 원리를 규정한 것이다. 따라서 위험이 이전되는 시점전에 이미 물품이 변질되었다면 이는 매도인의 책임이다. 제 66 조는 이러한 원칙의 필연적인 결과이다”라고 지적하고 있다(*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 361).

44) Incoterms, FOB, A. 4 and B. 2; CIF, A. 6 와 B. 3; C & F, A. 5 와 B. 3는 매도인은 물품이 선측 난간을 통과할 때까지 즉, 위험을 매수인이 부담해야 하는 그 순간에 이르기 까지 위험을 부담하도록 규정하고 있다.

것이였다. 賣渡人은 1등급의 면화 10 梱包를 선적하였으나, 運送 중에 그 면화는 불에 숯덩이가 되는 바람에 쓸모가 없게 되었다. 買受人은 대금지급 전에 그 물품을 검사할 권리를 행사하여 대금지급을 거절하였다. 왜냐하면 그 면화는 계약 상 규정된 1등급의 것이 아니었기 때문이다.

이 사례와 관련해서 제 36 조 1항은 물품이 “1 등급”이 아니었다는 매수인의 주장에 대해서 회답을 주고 있다. 즉, 위험이 매수인에게 이전하던 당시에 물품이 계약과 일치하였으므로 위험이 매수인에게 이전된 이후에 야기된 물품의 손상이나 파손은 매수인의 代金支給義務를 면제하지 않는다고 규정하고 있다. 이 사례와 같이 이미 파손된 물품에 대하여 대금의 지급을 요구받는다면, 매수인은 당연히 무엇인가 크게 잘못되었다고 느낄 것이며, 나아가 免責에 관한 비엔나 협약 상의 일반조항(제 79 조)이 적용되는지 여부를 궁극히 여길 것이다.

그러나 제 79 조는 매수인이 “자기의 통제를 벗어난 障礙”로 인하여 이행이 방해된 경우에만 면책을 인정한다. 代金の 지급을 방해하는 장애는 어디에도 없다. 보다 실질적인 대답은 당사자가 … 그 장애 또는 그 장애의 結果를 회피하거나 克服할 수 있었을 때에는 면책이 적용되지 않는다는 것이다. 즉, 위험을 부담하는 당사자(매수인)는 保險을 통하여 그 “結果”를 克服할 수 있다고 본 것이다.⁴⁵⁾ 결국 본 사례를 통해서 볼 때 損失의 危險이 買受人에게 이전한 때에 그 물품은 계약에 적합한 것이었고, 危險이 買受人에게 이전한 후에 발생한 물품의 손해 또는 훼손이므로 비엔나 협약 제 66 조에 의해 買受人은 代金支給義務를 면할 수 없다.

(2) 賣渡人의 作爲 또는 不作爲와 代金支給義務

제 66 조의 마지막 문장에 의하면, 심지어 위험이 매수인에게 이전된 이후에도, 매도인은 자신의 작위나 부작위로 인해서 발생한 물품 상의 멸실이나 손상에 대해서는 책임이 있다고 규정하고 있다. 결국 비엔나 협약 제 66 조에서는 위험이 이미 매수인에게 이전된 이후에 손해가 발생하는 경우에도 이에 대한 책임을 지도록 하는 “작위와 부작위”가 과연 어떤 것인지를 판단하는 규칙이나 기준은 무엇인가 하는 것이 문제가 될 수 있다.⁴⁶⁾

45) John O. Honnold, *op. cit.*, pp. 361~362. 참조.

46) 이에 대하여 Honnold 교수는 “UNCITRAL은, 1977년에, 제 66 조를 개정함으로써 作爲나 不作爲를 제한하여 이를 계약위반에 한정시키자는 제안을 했다. 그러나 제

한 예로 F.O.B 조건 하에서 계약물품들은 매도인이 소유하고 있는 컨테이너를 이용하여 선적되었다. 물품을 양륙한 후에 매도인은 그의 컨테이너를 회수하기 위해 이동시켰으며, 그렇게 하는 과정에서 물품이 손상되었다. 이 때 매수인의 대금지불의무는 불법행위에 관해서 적용할 수 있는 법의 적용 아래서 매도인이 지불할 책임이 있는 손해액(배상금)에 의해서 감소되었다.⁴⁷⁾ 이러한 점에 대하여 Kritzer 교수는 “만약 매도인이 양륙항에서 자신의 컨테이너를 회수하는 과정에서 물품에 손상을 입혔다면 물품에 대한 손상은 계약위반으로 간주되지는 않으나 대신에 불법행위를 구성한다. 만약 물품에 대한 손상이 계약위반이라기보다는 불법행위를 구성하는 경우에, 45조에서 51조 하에서의 매수인의 구제방안은 어떤 것도 적용될 수 없다. 매수인은 계약상 규정되어 있는 상태 그대로의 대금을 지급해야 할 의무는 없으나 불법행위에 관한 준거법하에서 측정할 수 있는 손해액(배상액)을 공제할 권리를 가지고 있다”⁴⁸⁾고 주장하고 있다.

2. 賣買契約上 物品의 運送에 關하여 約定을 한 境遇

(1) 基本原則

運送中인 물품의 위험이전시기에 관해서는 Vienna 협약 제 67 조⁴⁹⁾에 규정되

66조의 범위를 제한하지 않으려는 이러한 결단은 현명했다고 생각된다. 왜냐하면, 매도인은 불법적으로 물품을 압류하거나 혹은 법적조치를 남용함으로써, 계약위반이 아니었던 상황이었음에도 불구하고 물품에 손해를 야기할 수도 있기 때문이다.”라고 주장하고 있다(John O. Honnold, *op. cit.*, p. 454).

47) C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 485.

48) Algert H. Kritzer, *International Contact Manual, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Supplement 10. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, 1994, p. 526a.

49) (1) 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. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk. (2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

어 있다. 그 핵심은 物品이 運送인에게 인도될 때 危險負擔은 買受人에게 移轉된다고 규정하고 있는 것이다.⁵⁰⁾ 이러한 제 67 조의 규정은 제 69 조와 연관시켜서 생각해 볼 필요가 있는데, 그 이유는 제 67 조에서 규율되지 않는 상황은 자동적으로 제 69 조에 따라 규율되기 때문이다.

그런데 제 67 조는 賣渡人이 運送인에게 물품을 引渡하는 경우에만 적용되는 점을 주목할 필요가 있다.⁵¹⁾ 또한 본조를 논하는데 있어서 중요한 문제가 되는 것 중의 하나는 본 협약 상의 규범이 매도인만이 수리 또는 조정할 수 있는 尖端技術裝備의 거래와 같이 특수한 경우에도 적절한지 여부에 관한 주의를 환기시키고자 하는 점이다. 이러한 경우에 당사자들은 계약서에 장비가 도착한 이후 일정한 기간동안 試驗稼動을 실시한다고 규정하는 것과 매도인은 장비의 작동상태를 확인할 책임을 진다고 규정하는 것이 과연 효율적인지 여부를 알고자 할 것이다. 다행히 본 협약 제 6 조는 당사자들에게 재량권을 부여함으로써 자신들의 필요를 스스로 조정할 수 있도록 허용하고 있다.

(2) 第一運送人

비엔나 협약 제 67 조 1 항에 의하면 위험은 계약에 따라 물품을 매수인에게 운송하기 위해 첫번째 운송인에게 교부한 때에 매도인으로부터 매수인에게 이전한다. 여기서 운송인이란 운송계약에서 물품의 운송을 직접실행하거나 운송을 주선할 것을 약속한 자를 말한다.⁵²⁾ 따라서 일반적으로 이러한 運送人の 요

50) 이점에 있어서 SGA 32 (1)에서는 物品의 所有權이 운송인에 대한 引渡時에 매수인에게 이전하는 경우에는 위험은 일용 매도인이 물품을 운송인에게 인도할 때 소유권과 함께 매수인에게 이전한다는 의미를 분명히 밝히고 있다. 또한 UCC § 2-509 (1)은 매매계약에서 목적물의 운송에 관하여 약정한 경우에 원칙적으로 위험은 상품이 운송인에게 적절하게 인도되었을 때 매수인에게 이전되는 것으로 규정하고 있다. 이러한 점에 있어서 이들은 Vienna 협약의 제 67 조의 의미와 일맥상통하고 있음을 알 수 있다.

51) 제 67 조에 해당하지 않는 결과 제 69 조에 의하여 규율되는 상황은 첫째, 매수인이 물품을 수령하러 오는 경우로서 이때에는 매도인이 “運送人”이 아니라 買受人에게 물품을 인도하기 때문에 제 67 조 (1)항은 적용되지 않는다. 둘째, 매도인이 물품을 運送인에게 “引渡”하지 않고 自身의 차량으로 [직접] 買受人에게 운송하거나 제 3자의 창고에서 매수인이 물품을 수령하는 경우로서 역시 제 67 조 (1)항이 적용되지 않는다. 이들 경우에 위험이 이전하는 시점은 제 69 조와 관련하여 논의한다 (John O. Honnold, *op. cit.*, p. 456).

52) 이에 대하여 우리 상법 제 125 조는 [陸上 또는 湖川, 港灣에서 물건 또는 여객의 운송을 영업으로 하는 자를 運送人이라 한다]고 규정하고 있다. 그러나 鄭炳濶박사는 그의 논문을 통해서 “운송인은 대개는 船舶, 汽車 등의 운송할 것으로 예상되지만, 국제우편을 이용하여 물품을 소포로 우송한 자도 기타의 운송수단을 이용한 자와 마찬가지로 물품에 대한 점유 및 통제권을 상실하므로 이 경우에는 우체국을

건을 살펴 보면 다음과 같은 점이 문제가 될 수 있다.

첫째, 매도인이 자신의 운송수단을 이용하여 스스로 매수인의 영업장소까지 물품을 인도한 경우에도 Vienna 협약 제 67 조 제 (1) 항의 운송인에 포함되는지가 문제가 된다. 이러한 경우에는 일반적으로 매도인은 물품을 교부했다고 볼 수 없으며, 그 트럭은 독립한 운송인의 소유가 아니므로 第一運送人에게 교부한 경우에 해당하지 않는다고 보는 것이 支配的인 見解이다. 그러나 매도인 소유의 트럭에 의한 운송에 대하여도 위험의 이전을 인정하지 않는다면 매도인이 자신의 트럭을 이용하지 않으려 할 것이고, 이로 인하여 오히려 運賃을 증가시키고 운송의 지연을 초래할 수 있다. 그 결과는 매수인에게도 불이익이 될 것이라는 논거로 賣渡人 所有의 트럭이나 그의 被用人에 의한 운송의 경우에도 第一運送人에 해당하는 것으로 보자는 설도 유력하게 주장되고 있다.⁵³⁾

둘째, 제 1 운송인에게 물품이 인도되어질 때에 위험이 매수인에게 이전한다고 하는 접근방식은 國際運送에서 일반화되고 있는 컨테이너의 이용과 그에 따른 損害發生時點의 확인이 어렵다는 점을 고려하여 立法을 단순화시킨 것이라는 점이다. 따라서 이러한 점은 Incoterms 1990의 복합운송인도조건인 CIP 契約이나 CPT 契約의 危險移轉의 原則과도 모순되지 않는다.⁵⁴⁾ 결국 이러한 점을 고려하여 第一運送人 해당 여부를 판단하여야 할 것이다.⁵⁵⁾ 특히 이러한 복합운송방식과 관련해서 고려해야 할 점은 우선 物品이 賣渡人의 工場에서 현지 트럭에 적재되어 鐵道驛으로, 鐵道驛에서 항구로, 그 다음에 선박에 실려서 目的地까지 운송되는 경우에, 현지의 트럭 운송업자를 協約上 제 1의 運送人에 해당한다고 볼 수 있는가의 문제이다. 즉, 트럭의 운송과정에서 目的物이

운송인으로 보아 우체국에 소포를 인도한 때에 위험이 이전한다고 볼 것이다.”라고 밝히고 있다(정병윤, 전제논문, p. 39).

53) 양명조, 전제논문, 1991, p. 157.

54) Incoterms 1990의 CPT조건하에서도 “물품이 최초의 운송인의 관리하에 놓이게 된” 이후에는 매수인이 물품에 대한 모든 위험을 부담한다. (A4, B5). 또한 CIP조건은 컨테이너화와 같은 현대적인 운송관습에 부응하며 그리하여 앞으로 CIF를 대신하여 사용될 것으로 기대되는 중요한 거래조건인 바, 여기서도 물품이 “최초의 운송인의 관리하에” 놓이게 된 시점부터 매수인이 물품에 대한 모든 위험을 부담한다.

55) 國際運送에서 일반화되고 있는 컨테이너의 이용과 그에 따른 損害發生時點의 확인이 어렵다는 점을 고려하여 볼 때, 문제가 되는 점은 이러한 계약하에서 미확인된 채로 인도된 물품(즉, 송화인이 신고한 내용대로 인도된 물품)이 계약내용과 다르다면 그와 같은 점유이전은 위험의 이전으로 보아야 할 것인가의 문제이다. 이점에 대해서는 이러한 계약이 점유이전시에 소유권도 이전되고 단, 그 물품이 계약내용과 다를 경우에는 매수인에 대한 책임을 부담해야 하는 조건부인도라고 해석해야 할 것이므로 위험의 이전도 이에 준한다고 할 수 있을 것이다.

파손된 때에 賣渡人은 買受人에게 대금지급을 청구할 수 있는가를 결정함에 있어서, 賣買條件을 鐵道引渡條件(Free on Rail)과 같이 특정지점에서 危險과 運送費用을 買受人이 부담하는 것을 밝힌 경우에는 현지 트럭업자의 이용은 제 1의 運送人에 해당하지 아니한다고 볼 수 있다. 그러나 到着地引渡價格으로 賣買價格을 정하는 경우 등에는 예비적 운송으로 트럭을 이용할 때에 어느 시점에서 危險이 이전하는지가 모호하므로 賣買契約에서 이 문제를 분명히 할 필요가 있다.⁵⁶⁾

(3) 특정한 장소에서 물품을 교부하여야 할 경우

매도인과 매수인간에 특정장소에서 목적물을 교부하기로 약정한 경우에는 해상운송에서의 危險移轉場所를 규정한 전통적 무역거래조건과의 관계가 문제된다.⁵⁷⁾ 이와 관련하여 Vienna 협약 제 67 조 1 항 둘째 문항을 통해서 “매도인이 특정장소에서 운송인에게 인도할 의무가 있는 경우에는 물품이 그 장소에서 운송인에게 인도될 때까지 매수인에게 위험이 이전되지 않는다”라고 규정하여 매도인이 제 1운송인에게 물품을 교부한 때에 위험이 이전되는 것을 기본 원칙으로 하고 있다. 그러므로 Vienna 협약 제 67 조 1 항 2 문은 위에서 살펴본 제 1문의 예외로 볼 수 있다.

따라서 이러한 예외는 계약이 매도인으로 하여금 특정한 장소에서 운송인에게 물품을 교부하도록 요구할 때만 사실을 확인하는 것이 중요하다. 그리고 협약 상의 “교부”라는 문구는 점유이전의 실질적인 행위를 설명하기 위하여 사용하고 있으며, 이러한 예외는 매도인이 교부할 때만 적용하기 때문에 제 1 운송인이 제 2 운송인에게 물품을 이전할 때에는 교부의 적용이 금지된다. 왜냐하면 이것은 점유의 실질적인 이전이 아니기 때문이며, 이러한 사실은 제 1 운송인에게 교부된 때에 위험이 이전한다고 제 67 조 제 1 항의 제 1 문에서도 밝

56) Vienna 협약이 국가를 달리하는 당사자사이의 거래를 規律하는 것이라는 점 등을 고려할 때, 본선에서의 인도전에는 매도인의 영역을 벗어났다고 보기 어려우므로, 지역운송인은 매도인이 본선에서 인도할 때까지의 이행보조자로서 파악하는 것이 보다 타당하다는 주장이 있다(John O Honnold, *op. cit.*, p. 374).

57) 전통적인 貿易去來條件인 FAS, CIF, FOB 등은 본 조항(제 67 조 1 항 2 문)과는 다소 차이가 있다. 그 이유는 전통적인 貿易去來條件인 FAS, CIF, FOB 등에 의하면, 물품운송에 陸上運送과 海上運送 양자가 모두 필요한 경우에, 危險은 제 1의 陸上運送人에게 물품이 교부된 때에 이전하는 것이 아니라, 船積欄干(Ship's rail)을 통과할 때에 위험이 이전하지만 제 67 조 1 항 2 문의 규정에 따르면 육상운송인에게 인도한 때에 위험이 이전된다는 점에서 찾아볼 수 있다.

히고 있다.⁵⁸⁾

결과적으로 매도인이 육상운송과 해상운송이 연결되는 항구에서 목적물을 교부하도록 약정한 때에는 당해 항구에서 해상운송인에게 목적물을 교부할 때까지 육상운송 중에 발생하는 위험은 매도인이 부담하고, 그 이후의 해상운송 중에 발생하는 위험은 매수인이 부담하게 된다. 결국 매도인이 물품을 特定場所에서 運送인에게 인도할 경우, 위험은 그러한 장소에서 물품이 운송인에게 인도되기까지는 이전되지 않는다는 점은 Incoterms 1990의 FCA 契約과도 일치하고 있음을 알 수 있다.

그러나 이와 같이 운송 중의 위험을 매도인과 매수인에게 배분하는 것은 손해발생장소의 결정에 있어서 실제로 어려운 문제를 야기하고, 따라서 제 67조 1항 2문을 좁게 해석해야 하는 문제가 제기된다. 따라서 이와 같이 좁게 해석하기 위해서는 첫째, 船積港을 원래의 賣買契約에서 지정하지 않고 契約締結後 買受人이 지정하기로 한 경우에는 나중의 지정이 危險移轉에 영향을 미치지 않는다고 보아야 할 것이다. 둘째, 契約에서 船積港을 선택적으로 기재한 경우에도 물품이 교부되어야 할 특정장소는 계약체결 후에 運送인에 의하여 결정되기 때문에 그 契約內容이 위험이전에 영향을 미쳐서는 안될 것이다.⁵⁹⁾

마지막으로 제 67조 1항 2문 특별히 문제시되고 해결하여야 할 과제는 운송발달로 인해서 발생하게 되는 컨테이너 운송에 있어서의 위험이전의 경우이다. 왜냐하면, 제 67조 1항 2문의 의미에 따르게 되면, 물품이 컨테이너에 적재되어 특정장소에서 운송인에게 인도되기로 되어 있는 경우 매도인 스스로 또는 최초의 운송인을 통하여 그 특정장소까지 운송하여야 할 경우에는 그곳까지의 위험을 매도인이 부담하고, 그 이후에 이르러서야 매수인에게 이전된다. 그런데 컨테이너 운송의 경우에는 손해발생시점 또는 지점을 확인하기 어려운 경우가 많기 때문에 Vienna 협약의 규정에 따르게 되면 손해발생시점을 둘러싼 논쟁이 발생할 가능성이 많다. 이 경우에는 최초의 운송인에게 목적물을 인도함으로써 위험은 매수인에게 이전한다고 정하는 것이 보다 합리적일 것이다. 다시 말해서 복합운송의 경우에 위험은 최초의 운송인에게 컨테이너를

58) 金元培·洪性圭, “國際物品賣買에 있어서 危險移轉에 관한 比較研究,” 『貿易學會誌』, 韓國貿易學會, 第20卷, 1995, p. 12.

59) de Vries, “The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention 1980 as Compared with Traditional Trade Terms,” *17 European Transport Law*, 504(1982); 양명조, 전계논문, p. 158.

인도한 시기에 매수인에게 이전한다고 하나, Vienna 협약에서는 그러한 취지의 규정이 없기 때문에 잠재적인 문제를 야기하고 있는 것이다.⁶⁰⁾

(4) 物品의 處分權에 관한 書類의 留保

일반적으로 代金을 지급받지 못한 賣渡人이 대금의 지불이 이루어지는 시기까지 保證의 한 형태로 船積書類를 보유하고 있는 것은 정상적인 관습이다. 일부의 法體系에 있어서는 물품 속에 포함되어 있는 “權利”, “所有權”은 서류가 買受人에게 인도될 때까지는 買受人에게 이전되지 않는다. 이러한 점은 損失의 危險이 이전되었는지의 여부에 관련된 문제를 제기할 수 있다.⁶¹⁾ 이와 관련하여 제 67 조 1 항 3 문은 매도인은 물품처분권을 유보하고 있는 사실이 危險의 이전에 영향을 주지 않는다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 危險移轉의 기본적 원칙을 유지하고 商慣習과의 충돌을 피하기 위한 것이라는 점에서 유용하다.

이처럼 당사자들이 서류를 통한 물품의 移轉을 약정하는 경우에 그들은 運送中の 滅失 또는 損傷(운송위험)보다는 대금의 지급을 염두에 둔 것이다. 더구나 賣買契約에서는 물품이 트럭, 기차 또는 본선에 적재되어 운송되고 있을 때에도 서류와 상환으로 대금을 지급하도록 약정할 수도 있기에 많은 경우 損害發生時點을 확정하기가 불가능하다. 따라서 일률적으로 서류가 인도될 때 위험이 이전한다는 규칙을 적용하기는 어렵다.

이와 같이 危險의 移轉은 賣渡人이 물품의 處分權을 유보하는 書類의 보유에 구속받지 않는다는 원리는 危險의 移轉을 所有權과 분리하여 引渡의 개념과 결부시킨 것으로 UCC의 法理와도 一致하고 있음을 알 수 있다.⁶²⁾ 즉, 이와 관련된 UCC(제 2-509 조 (1)항)에는 “계약이 매도인에게 운송인 편에 물품을 선적하도록 요구하거나 수권한 경우, 만약 특정장소에서 물품의 인도를 요구하고 있지 않는 한, 비록 선적이 유보부로 되었다 하더라도 위험은 물품이 운송인에게 정히 인도될 때에 매수인에게 이전한다”고 규정되어 있다. 이 규정은 앞의 Vienna 협약 제 67 조 제 1 항의 3 가지 원칙 가운데 매도인이 물품을 特定場所에서 運送人에게 인도할 경우에는, 위험은 그러한 장소에서 물품이 운송인

60) June-Sun Choi, *op. cit.*, SS. 110~111.

61) Albert H. Kritzer, *op. cit.*, p. 530.

62) 오원석, “위험이전에 관한 Vienna 협약과 UCC의 비교”, 『중재』, 283호, 1997. 3 p. 91.

에게 인도되기까지는 이전되지 않는다는 원리 및 위험의 이전은 매도인이 물품의 처분권을 유보하는 서류의 보유에 구속받지 않는다는 내용과 일치하고 있음을 알 수 있다. 결국 Vienna 협약이나 UCC의 物品의 處分權에 관한 書類의 留保나 위험이전과의 관계에 관한 천명은 물품의 운송에만 적용된다는 사실을 알 수 있다.

그러나 영국의 물품매매법은 반대의 입장이다. 즉, “充當”(appropriation)에 관한 규칙 SGA 제 18 조 2 항은 매도인이 처분권을 留保한 경우에는 적용되지 않는다. 따라서 “所有權”의 이전 및 위험의 이전에 관한 규칙도 적용되지 않는다. 이는 “所有權”의 接近方式에 지나치게 집착한 규정인 바, 결국 法的 安定性을 해치고 또한 많은 訴訟을 유발하고 말았다. 이러한 英國 物品賣買法을 따르고 있던 국가에서 참석한 대표들이 본 협약 체결과정에서 SGA를 반영하자고 요구하지 않았던 것도 이 때문이다.⁶³⁾

(5) 契約 目的物의 特定

비엔나協約 제 67 조 2 항은 契約 目的物의 特定이 危險의 移轉과 어떠한 관련이 있는지에 대해 “그럼에도 불구하고, 危險은 目的物이 荷印, 船積書類, 買受人에 대한 통지 기타에 의하여 契約의 目的物로서 명확히 특정되기까지는 買受人에게 이전하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 한편 특정의 방법에는 慣習에 따라 다양한 特定方法⁶⁴⁾을 인정하고 있는 것을 알 수 있다. 따라서 이러한 特定の 방식으로는 통상 目的物위에 買受人의 이름을 기재함으로써 행하여 지기도 하고, 선하증권과 같은 선적서류로부터 買受人이 運送物引渡請求權者임을 알 수 있는 경우에는 그 서류에 의하여 買受人이 받을 물품과 계약 상의 기재가 연결이 된다. 결국 특정이라는 요건의 의도는 매도인으로 하여금, 물품에 사고가 발생한 이후에 그것이 매수인이 매입한 물품이었다는 허위의 주장

63) John O. Honnold, *op. cit.*, p. 464.

64) 이와 관련하여 Honnold 교수는 “貨印이나 船積書類, 매수인에 대한 통지 또는 기타의 방법에 의하여”라는 마지막 문구(영문기준)는 특정이 필요한 경우에 물품을 특정함에 있어 특정행위가 어느 한가지에 한정되지 않으며 광범위한 행위로도 충분하다는 것을 보여준다고 설명하고 있다(John. O. Honnold, *op. cit.*, 1991, p. 371). 한편, 英國의 動産賣買法 제 18 조 5 항에서는 이러한 특정을 appropriation이라는 용어로 나타내는데 반하여, 비엔나 협약에서는 identification이라는 용어를 사용하고 있다. 이는 매도인이 제공한 물품이 특정계약에 명백하게 연결되었다는 의미이다(Hoffmann, “Passing of Risk in International Sales of Goods,” in P.Sarcevic & P.Volken, eds., *International Sale of Goods*, Dubrovnik Lectures, 1986, p.290 ; 양명조, 전계논문, p. 159.)

을 하지 못하도록 하기 위한 것으로 볼 수 있다.⁶⁵⁾

3. 運送中の 物品의 賣買

運送 중에 있는 物品을 계약의 목적으로 하는 國際賣買에 있어서 危險負擔을 누구에게 귀속시킬 것인가는 특별한 고려를 필요로 한다. 이 점에 있어서 비엔나協約 第68條는 “運送中에 賣渡된 物品에 관한 危險은 契約締結時에 買受人에게 이전한다. 그러나 특별한 사정이 있는 경우에는, 危險은 運送契約을 구현하는 書類를 발행한 運送人에게 目的物을 교부한 때부터 買受人이 부담한다. 그럼에도 불구하고 賣買契約의 체결시에 賣渡人이 目的物이 이미 滅失 또는 毀損 되어있음을 알거나 또는 알 수 있었던 경우로서, 賣渡人이 買受人에게 이것을 밝히지 아니한 때에는 그 滅失 또는 毀損은 賣渡人의 危險으로 한다”고 규정하고 있다. 이는 운송 중인 물품을 매매의 대상으로 할 때는 물품을 운송인에게 인도한 후에 매매계약이 이루어지기 때문에 Vienna 협약 제 67조를 적용할 수 없고, 또한 운송과정중 손실이 발생한 시기를 확정짓는 일이 어렵기 때문으로 보인다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 基本原則

비엔나協約 第68條 제1 문은 “(運送中에 있는 과정에서 賣渡된 物品에 관한) 危險은 契約締結時에 買受人에게 이전한다”고 기본적인 규정을 정하고 있다. 운송 중의 손해가 언제 발생하였는지 그 시기를 확정하는 일은 그 손해가 화재, 해상의 폭풍우, 기차전복 또는 트럭충돌 등과 같이 증명할 수 있는 사건에서 결과가 발생한 때에는 가능하다. 그러나 海水의 流入이나 過熱로 인한 손해가 생기면 이를 증명하기가 어려울 것이다. 더욱이 만약 이러한 손상이 부분적으로 일부는 계약이 체결된 이후에 발생한 사건에서 기인한 것이고, 일부는 그 시기 이전에 발생한 사건에 기인한 경우에, 문제가 더욱 복잡해진다. 물론 이러한 경우에도 당사자들은 危險이 운송을 시작할 때 또는 운송을 완료한 때에 이전한다고 합의함으로써 문제를 해결할 수 있다.⁶⁶⁾

65) Bianca & Bonnel, *op. cit.*, p. 494.

66) CISG Article. 6. The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

(2) 소급효가 인정되는 예외규정

가. 운송인에게 교부된 때 위험이 이전하는 이전하는 경우

비엔나協約 제 68조 제 1항 2문은 “특별한 사정⁶⁷⁾이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 교부한 때부터 매수인이 위험을 부담한다”고 규정하고 있다.⁶⁸⁾ 이런 방식으로, 물품을 운송인에게 교부함으로써 위험이 이전되도록 한 것은 매수인에게 소급하여 위험을 부담시키고 보험금지청구권을 위임하는 결과가 되므로⁶⁹⁾ 이에 따라 손해발생시점을 확인할 필요가 없어져 분쟁을 예방할 수 있는 효과를 가져올 수 있다. 결국 매수인이 계약체결시에 그러한 보험계약을 체결하거나 매도인에 의해 이미 매수인을 위한 보험계약이 체결되어 있는 경우에는 비엔나협약 제 68조 제 2문에 따라 위험은 운송인에게 물품을 교부한 때부터 소급하여 매수인에게 이전하는 것으로 보아야 할 것이다.

나. 매도인이 선의인 경우

비엔나 협약 제 68조 3문은 “매도인이 계약체결시 물품의 멸실 또는 훼손을

67) “특별한 사정이 있는 경우”란 그 물품에 관하여 운송보험계약이 체결되어 있는 경우를 말하는데, 이는 운송보험에 가입되어 있지 않은 물품에 대해서는 매수인이 스스로 보험에 가입할 수 없는 한 위험을 부담할 수 없기 때문이다(Bianca & Bonnell, *op. cit.*, p. 498.)

68) 본래 “目的物이 第一運送人에게 교부된때 買受人에게 위험이 이전하는 것이 비엔나협약의 기본원칙이다. 그런데 運送中에 있는 物品의 매매에 있어서는 당해 賣買契約締結前에 目的物은 이미 第一運送人에게 交付되어 운송이 진행중인 상태이다. 이 경우의 買受人에게 계약체결전의 위험까지 부담시킬 것인가 또는 契約締結時에 위험이 이전하는 것으로 정할 것인가가 비엔나협약의 초안작성시 논란의 대상이 되었다. 계약체결시에 危險이 이전된다는 것으로 한다면, 현실적으로 운송도중 어느 시점에서 손해가 발생했는가를 확정하기가 어렵기 때문에 분쟁의 소지가 많아진다. 그 밖에 買受人이 目的物의 검사 및 운송인이나 보험자에 대한 청구를 보다 용이하게 할 수 있는 지위에 있음을 고려하여 유럽에서의 국제매매관행은 全航海區間에서의 危險을 運送 도중의 買受人에게 소급적으로 부담시키고 있다. 그러나 많은 개발도상국의 대표들이 이러한 소급적 위험이전은 개발도상국의 매수인의 이익을 해할 수 있다고 반대함으로써 협약에 채택되지 못하고 운송도중의 賣買에 있어서 危險은 원칙적으로 계약체결시에 이전하는 것으로 규정하였다(양명조, “권리이전과 위험부담”, 임흥근·이태희 공편, 『국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제』, 1991, p. 161.)

69) Douglas, Goodfriend, “After the Damage is Done : Risk of Loss under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 22, 1984. p. 586.

알았거나 알 수 있었던 경우로서 매도인이 매수인에게 이를 밝히지 아니한 때에는 그 멸실 또는 훼손은 매도인의 위험으로 한다”고 규정하고 있다.⁷⁰⁾ 결국 매도인이 물품의 손상을 알고서도 이를 매수인에게 밝히지 않는 경우에는 매도인의 행위가 사기 또는 이와 유사한 행위가 된다. 매도인이 물품손상의 발생 사실을 “알았어야” 했던 경우에는 매도인의 불고지는 중대한 의무위반이 될 것이다. 이러한 성질의 행위가 위험의 분할이라는 복잡성을 매수인에게 주어서는 안된다.⁷¹⁾

4. 賣買契約에서 運送에 관한 約定을 하지 아니한 경우

비엔나協約 제 69 조는 運送人에 의한 物品運送을 포함하지 않는 모든 계약에 있어서 위험이전에 관해서 적용되는 殘餘規定으로, 제 1 항은 EXW 조건에서와 같이 매매계약에서 매수인으로 하여금 매도인의 영업소에 직접 와서 물품을 수령하도록 요구하는 경우에 적용되는데 반하여, 제 2 항은 매수인이 매도인의 영업소 이외의 장소에서 물품을 인수할 경우에 관한 규정이고,⁷²⁾ 제 3 항은 계약에 명확히 특정된 이후에야 비로소 위험이 매수인에게 이전될 수 있다고 규정하고 있는 것을 알수 있다. 그러나 본 규정은 비엔나協約 제 67 조와 제 68 조가 적용되지 아니하는 경우를 규율하기 때문에 대부분의 國際賣買契約에는 적용되지 아니하는 경우가 많다.

어떻든 이 규정은 두 가지 경우를 전제로 한 것이다. 하나는 계약상 買受人이 賣渡人의 영업장소에서 물품을 수령하여야 하는 경우이고, 다른 하나는 물품이 창고업자에 의하여 보유하고 있거나, 또는 賣渡人이 책임질 賣渡人의 트럭 기타 운송수단으로 買受人의 영업장소로 수송되어야 하는 경우이다.

70) 이는 운송중인 매매에서 계약체결시에 위험이 매수인에게 이전하기 위해서는 매도인은 그 위험에 대하여 善意일 것을 요구하는 것이다.

71) John O. Honnold, *op. cit.*, pp. 469~470 참조.

72) 제 69 조 2 항이 적용되는 거래의 유형을 다음과 같이 설명할 수 있다. 첫째, 계약에서 매도인으로 하여금 賣渡人 自身の 트럭을 이용하여 물품을 매수인에게 인도하도록 요구하는 경우나 또는 매도인이 기타 다른 운송수단을 이용하더라도 매도인이 물품을 도착지에서 매수인에게 引渡해야 할 책임을 지는 경우, 예를 들어 착선인도조건(DES)이다. 둘째, 계약에서 買受人으로 하여금 “賣渡人의 영업소 이외의 장소에서” 물품을 일반인이 이용하는 창고 등에 보관중인 물품을 수령하도록 요구하는 경우이다(John O. Honnold, *op. cit.*, p. 472).

(1) 賣渡人의 營業場所에서 物品을 受領하는 경우

<사례 1> 계약상 賣渡人이 5월 1일까지 물품을 제조하고 포장하며, 5월 한달동안 언제든지 買受人이 자신의 운송수단으로 引取하도록 賣渡人의 營業場所에서 그 물품을 보관하고 있게 되었다. 5월 1일 賣渡人은 그 물품을 포장하고 引渡의 준비를 끝내었다. 5월 10일에 그 물품은 賣渡人의 창고에서 화재로 燒失되었다.

위의 사례의 경우, 계약 상으로, 買受人은 5월 중이면 언제든지 그 물품을 인도받는 것이 허용되었으므로, 買受人이 인도를 수령하지 아니하여 계약을 위반한 것은 아니었다. 이러한 경우, 비엔나協約 제 69조 (1)항에 의하여 危險은 買受人이 물품을 수령할 때에 買受人에게 이전한다. <사례 1>에서는, 賣渡人이 화재 당시에 아직 그 물품을 점유하고 있으므로 損失의 危險을 부담한다.

<사례 2> 사실은 <사례 1>과 거의 똑같은데, 買受人이 5월 중에 그 물품을 수령하지 아니하는 동안에, 6월 2일에 화재가 발생하여 그 물품이 소실되었다는 점이 다른 경우이다.

이 경우에 買受人이 5월 중에 그 물품을 수령하지 아니하여 화재 당시 물품이 賣渡人의 창고에 있어 손해가 났다면 그것은 買受人의 계약위반에서 비롯된 것이므로 買受人이 危險을 부담한다. 본 사례의 경우에는 매도인이 매수인에게 물품의 引渡準備가 완료되었음을 通知했다는 아무런 표시가 없다. 그러나 이 경우 통지가 반드시 필요하지는 않다. 왜냐하면 계약에서 매도인이 5월 1일까지 물품을 준비하도록 정하고 있었고 또한 매도인이 그렇게 했기 때문이다. 이에 비해 매수인은 매도인이 계약에 따르지 않았다고 추정할 아무런 근거를 가지고 있지 않다.

지금까지의 사례를 통해서 보았을 때, 제 69조 1항은 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉, 매수인이 물품을 수령하기 위하여 자신의 트럭을 매도인의 창고까지 보내는 경우로, 이 때의 위험은 매수인이 물품을 인수할 때 또는 매수인이 적시에 이를 인수하지 않을 경우에는 물품이 매수인의 任意處分權下에 積置되고 매수인이 이를 수령하지 아니하여 契約違反을 범하게 된 때로부터 매수인에게 이전한다.⁷³⁾ 위험의 할당에 관한 이러한 정책들은 UCC에도 반영되

73) 買受人의 계약위반으로 인도가 방해되는 경우에는 매수인에게 위험이 이전된다고 해석하는 것이 계약의 기초가 되는 일반원칙에 부합할 것이다. 또 이렇게 해석함

어 있지만, 위험문제에 관한 본 협약의 접근방식은 “所有權”이나 “充當”과 같은 개념을 적용하도록 하는 SGA와 같은 국내규정보다는 직접적이고 명확하다는 점이 돋보인다.⁷⁴⁾

(2) 賣渡人의 營業所 이외의 場所에서 物品의 引受

제 69조 제 2항은 買受人이 賣渡人의 營業소가 아닌 다른 장소에서 물품을 인수할 경우의 危險移轉原則을 규정하고 있다. 이러한 규정은 ULS에는 없었으나 본 협약에서 규정하게 된 것은 물품의 매매가 공공창고에서 이루어지고, 買受人은 물품이 引渡可能한 때로부터 상당한 기간동안 그 창고에 방치할 가능성에 대비한 규정이다. 이러한 문제와 관련하여 다음과 같은 사례를 들 수 있다.

<사례 3> 賣渡人과 買受人은 賣買契約의 目的物인 물품이 제 3자가 운영하는 창고에 보관되어 있음을 알고 있는 것을 전제로 계약을 체결했다. 賣渡人이 창고업자에게 물품을 위탁할 당시에 賣渡人은 이 물품을 매도인이나 매도인이 발행한 인도지시서를 지니고 있는 자에게 방출하도록 하는 것을 내용으로 기술하고 있는 倉庫證券을 수령한바 있다. 5월 1일 계약의 체결시에 賣渡人은 물품을 買受人에게 인도하도록 창고업자에게 지시하는 貨物引渡指示書(delivery order)를 買受人에게 교부하였다. 5월 2일에 창고에 화재가 발생하여 그 물품이 소실되었다.⁷⁵⁾

비엔나協約 제 69조 (2) 항에 의하면, 危險은 5월 1일에 買受人에게 이전되었다. 왜냐하면 이행기가 도래했고, 買受人은 그 물품이 買受人의 처분에 맡겨진 사실을 알고 있었기 때문이다. 또한 제 2항은 매도인 또는 운송인이 운송이 완료된 지점이나 혹은 매수인의 영업소에서 매수인이 물품을 이용할 수 있

으로써 매수인의 契約義務履行을 촉진할 수도 있을 것이다(양명준, “권리이전과 위험부담”, 임흥근·이태희 공편, 전제서 p. 162).

74) John, O, Honnold, *op. cit.*, p. 473.; Vienna 협약이나 UCC는 물품의 소유권이나 危險은 契約締結時에 매수인에게 이전한다는 영국의判例法이나 物品賣買法의 기준을 배격하고 있다. 한편 Vienna 협약이나 UCC는 물품을 보관하고 保險에서 그 危險을 擔保하기에 보다 나은 입장에 있는 당사자가 위험을 부담하여야 한다는 입장이다. 그러나 매수인이 契約을 違反하면 UCC는 契約違反과 保險의 利用可能性을 모두 고려하여 保險擔保의 결합을 한도로 하여 상업적으로 합리적인 기간동안 매수인에게 그 위험을 부담시킬 수 있다. 이에 비하여 Vienna 협약은 매수인이 契約을 違反하면 그때부터 매수인이 위험을 부담하도록 규정하고 있다

75) John. O. Honnold, *op. cit.*, p.474.

도록 해 주는 경우에도 역시 적용된다. 이러한 경우 물품의 引渡期日이 도래하고, 매수인이 지정된 장소에서 물품이 자신의 任意處分에 積置되었음을 안 때부터 위험을 부담한다.

(3) 계약목적물의 총당

제 69 조 제 3 항은 위험이 매수인에게 이전되기 전 契約에 분명히 特定될 것을 요구하고 있다. 즉, 계약체결시에 총당되지 아니한 물품인 경우 계약에 분명하게 총당될 때까지 물품은 인도되었다 할지라도 매수인의 임의처분상태로 놓인 것으로 보지 아니하며, 따라서 위험도 이전하지 아니함을 규정하고 있다. 따라서 이러한 취지는 제 67 조 2 항의 규정과 같다는 것을 알 수 있다. 특히 이 점은 ULIS 제 98 조 제 3 항의 방침에 따라 특정의 실질적인 인수와 불가분인 때에는 매수인이 물품을 인수할 수 있도록 필요한 모든 행위를 다하였을 때 물품은 완전히 총당되었다고 함으로써 해결될 것⁷⁶⁾이라는 점과도 같은 취지임을 알 수 있다.

5. 賣渡人の 契約違反이 있는 경우 비엔나協約

危險移轉에 대한 契約違反의 效果와 관련하여 비엔나 협약은 제 70 조에서 “매도인의 계약위반과 위험의 이전과의 관계에 대하여 매도인의 계약위반이 근본적인 계약위반⁷⁷⁾에 해당할 때에는 제 67 조, 제 68 조 및 제 69 조의 규정은 그 위반을 이유로 매수인이 원용할 수 있는 구제를 방해하지 못한다”라고 규정하고 있다. 따라서 근본적인 계약위반이 있는 경우에는 위험이 매수인에게 이전한 후 물품이 滅失 또는 毀損된 경우에도 매수인은 매도인에 대하여 契約解除權, 代金減額請求權, 損害賠償請求權 등을 선택적으로 행사할 수 있다. 특히 이 중에서 계약해제권을 행사함에 있어서는 계약위반의 정도에 따르게 되는데, 이러한 계약위반의 정도에 따른 매수인의 권리에 대해서는 다음과 같은 사례들을 통해서 살펴볼 수 있다.

76) Bianca & Bonnel, *op. cit.*, p. 505.

77) Vienna協約 第49條 第(1)項의 (a)는 근본적인 계약위반일 경우에만 계약을 해제할 수 있다고 하고 있다. 또한 Vienna協約 第51條도 第2項에서 인도의 불이행이나 계약에 부합하지 않는 인도가 근본적인 계약위반일 때에만 계약전체의 해제를 선언할 수 있다고 하여 계약해제요건으로 근본적인 계약위반을 들고 있다.

<사례 1> 賣渡人과 買受人은 賣渡人이 買受人에게 大豆 1 등급품 1,000布袋를 선적하기로 하는 계약을 체결하였다. 계약 상의 조건에 의하면 賣渡人은 운송 중에 危險을 부담할 필요가 없었다(그 이유는 제 67 조 (1) 항의 일반원칙에 의하면 위험은 “물품이 매수인에게 송부되기 위해서 最初運送人에게 인도되는 때에”매수인에게 이전한다). 賣渡人이 大豆 1,000 포대를 선적하였는 바, 그 중 999 포대는 계약에 적합하였는데, 단지 1 포대만이 1 등급이 아닌 “2 등급품”이었다(이러한 불일치한 사실이 제 25 조 소정의 “근본적 계약위반”이 아니라고 가정하자. 그렇다면 매수인은 제 49 조 (1) 항 (a) 호를 원용하여 계약을 해제할 수 없다).

이와 같이 1 포대가 1 등급품이 아닌 것은 근본적인 계약위반이 아니기 때문에 協約 제 70 조가 적용될 여지가 없다. 이 경우에는 운송 중의 危險에 관한 원칙에 따라 運送中の 危險은 買受人에게 이전한 것이다. 다만 賣渡人은 協約 제 36 조 (1) 항에 의거하여 買受人에게 이전할 당시에 존재하는 계약적합의 결함(불일치)에 대하여 책임을 진다. 결국 이러한 사소한 위반은 근본적인 계약위반이 아니기 때문에 매수인은 계약을 해제할 수 없다. 즉, 매수인은 선적품을 거절할 수 없다.⁷⁸⁾

<사례 2> 사안은 <사례 1>과 유사하다. 다만, 賣渡人이 선적한 大豆에 심각한 하자가 있었다는 점이 다를 뿐이다. 즉, 600부대가 가축사료용 이외의 용도로는 전혀 쓸모가 없을 정도의 계약의 전부를 해제할 수 있는 “근본적 계약위반”에 해당한다고 가정하자. 선적 당시에는 계약에 적합한 400 포대 중에서 150 포대가 운송 중에 海水로 인하여 심각한 손상을 입었다. 買受人은 1 등급품을 선적하지 못한 부분에 대하여 손해배상(또는 대금감액)을 청구할 수 있는가. 買受人은 運送人에게 인도할 당시에 계약의 근본적인 위반을 이유로 들어 모든 물품을 거절할(계약자체를 해제할) 수 있는가. 혹은 계약에 의하여 매수인 자신이 운송위험을 부담했으며, 또한 매수인은 선적당시와 실질적으로 동일한 상태로 물품을 반환할 수 없기 때문에, 계약을 “해제”하지 못하게 되는가.

처음부터 다시 계약위반과는 별도로 損失의 危險은 물품이 運送人에게 교부된 때에 買受人에게 이전한다는 비엔나 協約 제 67 조 (1) 항의 기본원칙에 입각해서 논의해 보면 이 사례에서 600 포대의 심각한 계약부적합성은 계약전체에 대한 根本的인 契約違反이 된다. 따라서 買受人은 協約 第 49 條 (1) 項에 의

78) John O, Honnold, *op. cit.*, pp. 476~477.

하여 그 계약을 해제할 수 있다.

지금까지 살펴본 根本的인 契約違反에서 비롯되고 있는 契約解除와 관련해서 살펴 보아야 할 문제 중의 하나는 다른 조항들이 契約解除의 장벽이 될 수 있는가의 문제이다. 第82條 1項에 의하면, “買受人이 물품을 수령한 상태와 실질적으로 동일한 상태로 물품을 반환함이 불가능한 경우 買受人은 계약의 해제를 선언할 권리를 상실한다”고 되어 있다. 그러나 위의 사례의 경우에는 물품은 운송 중에 손상되었고, 買受人은 그 물품을 수령하지 않았다. 어쨌든 物品은 수령한 때와 동일한 상태로 返還되어야 한다는 82조 (1)항의 요건에는 例外가 있다. 그 중의 하나가 第82條 (2)項 (a)號이다. 즉, 物品狀態의 변화가 “買受人의 作爲, 不作爲에 기인하지 아니한 경우”가 그것이다. 위의 사례에서 물품상태의 변화는 매수인 “作爲 또는 不作爲”에 기인한 것이 아니라 운송 중의 재해로부터 야기된 것이다.⁷⁹⁾ 간단히 말해서, 賣渡人에 의한 根本的인 契約違反을 이유로 買受人이 契約解除權을 가지는 경우에는, 解除權은 운송 중에 物品에 손해가 발생하더라도 소멸되지 않는다. 이는 買受人의 物品拒絕權을 보호하는 결과가 결과가 되는 바, UCC 제 2-510 조 (1) 항에 의해서도 이와 동일한 결과가 나온다. 즉, 물품의 변제제공 또는 인도가 물품거절권을 부여할 정도로 契約과 일치하지 않는 경우, 損失의 危險은 보완 또는 수령시까지 매도인에게 남는다.

한편 비엔나 협약은 매도인의 근본적인 계약위반이 있는 경우에만 계약해제권을 행사하여 물품의 인도로 이전된 위험을 매도인에게 되돌려 보낼 수 있지만, 미국 통일상법전은 매도인의 근본적인 계약위반의 존재와는 상관없이 모든 계약위반에 대하여 계약해제권을 행사할 수 있도록 하고 있어 비엔나 협약이 계약의 해제를 제한하고 있음을 알 수 있다. 결국 매도인의 계약위반에 대해서 계약해제권의 행사여부를 결정할 수 있는 계약위반의 정도에 대해서는 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 만약 매도인의 선적품이 심각한 결함이 있는 결과로 매수인이 계약을 해제함에 있어서 정당하게 인정할 정도라면, 매수인은 하자있는 물품이 운송 도중에 더욱 악화되었을 時點에 매수인은 계약을 해제할 수 있는 권리를 보유

79) 어떠한 경우에 있어서도, 매수인이 수령할 당시와 동일한 조건으로 물품을 반환할 수 있는 능력이 없는 것이 그의 작위나 부작위로 인해서 기인하지 않는 경우에, 82조 1항의 규정으로부터 제외한다는 82조 2항의 예외규정에 의하여 보호를 받게 된다(Bianca & Bonnel, *op. cit.*, pp. 509~510).

하게 된다. 둘째, 첫번째 제안의 당연한 결과로서 만약 매도인의 위반이 계약의 해제권을 정당하게 해줄수 있을 정도로 심하게 심각한 상태가 아닌 경우, 이러한 사소한 위반은 계약조건 하에서 매수인에게 할당된 위험을 매도인이 부담하도록 하지는 않는다는 것이다.⁸⁰⁾

또한 비엔나 협약 제 66 조에 의하면 위험이 이미 매수인에게 이전된 이후에 손해가 발생하는 경우에도 이에 대한 책임을 지도록 하는 “작위와 부작위”가 과연 어떤 것인지를 판단하는 규칙이나 기준은 무엇인가하는 것이 문제가 될 수 있다. 만약 물품에 대한 “작위 혹은 부작위”에 의한 손상이 계약위반이라기 보다는 불법행위를 구성하는 경우에, 45조에서 51조 하에서의 매수인의 구제방안은 어떤 것도 적용될 수 없다. 이러한 경우 매수인은 계약 상 규정되어 있는 상태 그대로의 대금을 지급해야 할 의무는 없으나, 그 지불대금에서 불법행위에 관한 준거법 하에서 측정할 수 있는 손해액(배상액)을 공제할 권리를 가지게 된다.

IV. 結 論

本 研究는 계약당사자간의 인도과정에 따르는 위험이전의 문제를 해결하는 과정으로 국제무역에 있어서 위험의 의의, 위험부담과 위험이전으로 인한 책임의 기준으로서 주요국의 입법례와 비엔나 협약의 관련 규정을 국내외의 자료와 판례에 근거하여 살펴보았다. 주요 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 위험이전에 관한 각국의 입법례를 정리해보면 Vienna 협약이나 UCC는 물품의 소유권이나 危險은 契約締結時에 매수인에게 이전한다는 영국의 判例法이나 物品賣買法의 기준을 배격하고 있다. 즉, Vienna 협약이나 UCC는 保險에서 그 危險을 擔保하기에 보다 나은 입장에 있는 당사자가 위험을 부담하여야 한다는 입장이다. 그러나 매수인이 契約을 違反할 경우 UCC에 의하면 契約違反과 保險의利用可能性을 모두 고려하여 保險擔保의 결합을 한도로 하여 상업적으로 합리적인 기간동안 매수인에게 그 위험을 부담시킬 수 있다. 이에 비하여 Vienna 협약은 매수인이 契約을 違反하면 그때부터 매수인이 위험

80) John O. Honnold, *op. cit.*, pp. 8~14.

을 부담하도록 규정하고 있다.

둘째, 운송과정에 따르는 매도인의 작위 또는 부작위라는 개념은 매우 추상적이기 때문에 이에 대한 견해는 일치하지 않고 있다는 점이다. 이점에 관해서는 비엔나 협약 제 66 조가 위험이전의 효과에 관한 가장 기본원칙이 된다는 관점에서 볼 때 매도인의 작위 혹은 부작위를 계약위반으로 해석하는 것은 너무 좁게 해석한 것으로 보이고, 위험이 이전된 후에 물품의 멸실 또는 훼손을 초래할 수 있는 원인은 매도인의 계약위반외에도 다른 행위가 많이 존재할 수 있다는 점에서 불법행위로까지 해석할 수 있다고 보는 폭넓은 견해가 필요하다고 보겠다.

셋째, 國際運送에서 일반화되고 있는 컨테이너의 이용과 그에 따른 損害發生時點의 확인이 어렵다는 점을 고려하여 볼 때, 문제가 되는 점은 이러한 계약하에서 미확인된 채로 인도된 물품, 즉 송화인이 신고한 내용대로 인도된 물품이 계약내용과 다르다면 그와 같은 점유이전은 위험의 이전으로 보아야 할 것인가의 문제이다. 이점에 대해서는 이러한 계약체결후 점유이전시에 소유권도 이전되나, 다만 그 물품이 계약내용과 다를 경우에는 매수인에 대한 책임을 부담해야 하는 조건부인도라고 해석해야 할 것이므로 위험의 이전도 이에 준한다고 할 수 있을 것이다.

넷째, 비엔나 협약 제 68 조에 의하면 특별한 사정이 있는 경우에는 첫 번째 운송인에게 물품이 교부된 때로 소급하여 위험이 이전하는 데, 여기서 어떠한 상황에 대하여 소급적으로 위험이전을 허용할 것인가 하는 해석 상의 문제가 발생할 수 있다. 따라서 추상적으로 특별한 사정이 있는 경우라는 표현보다는 보다 명백하게 “소급적 위험이전을 인정할만한 증거가 명백하게 존재하는 경우”로 개정하는 것이 이로 인한 분쟁을 예방할 수 있는 것으로 보인다.

마지막으로 비엔나 협약 제 70 조는 근본적인 계약위반에 대한 위험이전의 경우에 관해서만 규정하고 있어 부과기간이 경과된 경우를 누락시키고 있다. 따라서 비엔나 협약 70 조는 근본적인 계약위반의 경우뿐만 아니라 물품인도의 무불이행의 경우 그에 대한 부과기간의 경과로 인한 계약해제의 경우에도 위험이 매도인에게 이전하는 것으로 일괄적인 규정이 필요하다.

이상과 같이 본 연구는 국제물품매매상의 인도과정에서 발생하는 위험의 이전에 따르는 계약당사자의 권리와 의무에 대하여 주요국의 입법례와 Vienna 협약을 중심으로 살펴 보았다. 그러나 국제물품매매계약 상의 위험이전에 관해

서는 아직도 상당한 연구과제가 남아있다.

우선 해결되어야 할 과제로는 계약당사자가 물품상의 하자를 인식하고 있는 상태에서 사기의 의도로 통지하지 않은 경우에 대한 문제점과 이에 대한 해결책으로서의 보증에 관한 연구가 필요하다. 또한 본 고에서 직접적인 언급은 없었으나, 최근 전자상거래의 활성화에 따라 컴퓨터를 통한 국제물품매매계약의 체결이 늘어나고 있고, 심지어 컴퓨터 소프트웨어와 데이터베이스 등의 경우에는 컴퓨터 상에서 직접 물건의 인도가 이루어지고 있는데 이 경우 위험의 이전 문제는 어떻게 해결해야 하는가 등은 매우 연구가치가 높은 주제라고 판단되므로 앞으로 이러한 새로운 주제에 관한 연구가 더욱 활발하게 전개되어야 할 필요가 있다.

參 考 文 獻

- 김민중 역, 『유엔통일매매법』, 두성사, 1995.
- 金元培, 洪性圭, “國際物品賣買에 있어서 危險移轉에 관한 比較研究,” 『貿易學會誌』, 韓國貿易學會, 第 20 卷, 1995.
- 金亨培, 『債權各論(上)』, 博英社, 1994.
- 梁明朝, “權利移轉과 危險負擔,” 『國際物品賣買契約에 관한 UN 協約상의 諸問題』, 三知院, 1991.
- 吳元爽, “國際物品賣買契約에서 所有權移轉時期에 관한 論爭,” 『仲裁』, 제 18 권 5 호, 大韓商事仲裁院, 1994. 5.
- _____, 『貿易契約論』, 三英社, 1996.
- 李泰熙, “美國統一商法典에 있어서의 危險負擔,” 『大韓辯協會誌』, 1984 年, 7·8 月號.
- 遠勝厚之助, 『債權各論』, 文久書林, 1980.
- 末川博, 『契約法』, 法經出版社, 1992.
- Bianca, C.M. and M.J. Bonnel, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan: Giuffre, 1987.
- Choi, June Sun, *Rechtsvergleichende Untersuchung der Gefahr-tragungsregeln im Anglo-Amerikanischen und im UN-Kaufrecht*, Marburg, 1991.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United*

Nations Convention, Second Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Kritzer, Albert H., *International Contract Manual, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Supplement 10*, Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Schlechtriem, Peter, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen : Paul Siebeck, 1981.

_____, "The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods," in Galston & Smith eds., *International Sales*, New York : Matthew-Bender, 1984.

de Vries, "The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention 1980 as Compared with Traditional Trade Terms," 17 *European Transport Law*, 1982.

White, James J. and Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code*, Third Edition, St. Paul, Minnesota : West Publishing Co., 1988.