

# 국제물품매매계약에서 위험과 위험이전에 관한 연구

- Incoterms 2010과 CISG를 중심으로 -

김 동 호\*

- 
- I. 서 론
  - II. 위험의 의의
  - III. 위험의 이전시기
  - IV. 위험부담의 효과
  - V. 결 론
- 

주제어 : 위험부담, 위험이전, 인코텀즈, CISG

## I. 서 론

무역 거래에 있어서 계약의 체결부터 계약의 완전한 이행까지는 매매당사자 각각의 고의 또는 다른 사유로 어느 일방이 이행의무를 하지 못하는 이행 불능

---

\* 상명대학교 국제통상학과 조교수

의 경우가 있는데 이에 대해 위험 부담을 누가질 것인지, 처리는 어떻게 할 것인지에 대한 문제는 계속 논의되어 왔고 이런 논의는 계약론을 중심으로 지속적으로 진행되어 왔다.<sup>1)</sup>

매매당사자 각각의 귀책이 없는 이유로 인해 이행불능이 되었다면 그 이행불능에 대한 책임과 위험부담에 대한 귀속 문제는 누구에게 있고 누가 부담을 하여야 하는지를 결정하는 것은 위험부담 문제의 핵심을 이룬다.<sup>2)</sup>

그러면 매매당사자 중 계약의 진행과정에서 일정 시점을 기준으로 누구에게 위험에 대한 손해를 부담시키고 위험을 이전 시키는지에 대한 쟁점이 생길 수 있는데 각국 입법례와 국제법 입법례에서는 어느 일방에게 위험 부담을 시키고 이전하는지에 대한 원칙들을 마련해 놓고 있다.<sup>3)</sup>

「국제물품매매계약에 관한 UN 협약(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods : CISG)」에서는 위험을 정의하거나 개념을 규정하는 조항은 없다. 그러나 동 협약 제66조 위험의 이전 규정과 제80조 자신의 귀책 사유와 상대방의 불이행 조항을 통해 그 개념을 유추할 수 있다. CISG의 이 두 규정에서 CISG상 위험의 개념은 매매계약에서 매매당사자의 고의 혹은 어떤 사고에 의해 계약 물품이 멸실되거나 훼손되어 매수인이 그의 대금 결제를 정당하게 지급하지 않거나 혹은 부득이 지급해야 하는 경우에 발생할 금전적 손실이라고 말할 수 있다.

인코텀즈는 ICC에서 제정한 임의 규칙이다. 그러나 국제물품매매계약에 있어서 CISG와 함께 상당한 영향력을 끼치고 있다.<sup>4)</sup> 인코텀즈에서는 국제간 무역거래에 있어서 매매 당사자 간의 위험부담과 그에 따른 비용부담의 분기점, 그에 따른 관련서류와 정보제공 등에 관해 상세히 규정하고 있고, 무역거래에서 사용빈도가 매우 높은 규칙인 것이다.<sup>5)</sup>

---

1) 오택림, “위험부담에 관한 UCC의 입법태도”, 법학연구, 서울대학교법과대학, 제6권, 1999.12, p. 23.

2) 윤희지, “쌍무계약에 관한 일고찰”, 강남대학교 논문집, 제37집, 2001, p. 15.

3) 최수정, 급부장애와 위험부담, 도서출판 소화, 2003, p. 127.

4) Frank Reynolds, *Managing exports : navigating the complex rules, controls, barriers, and laws*, John Wiley & Sons, 2003, p. 161.

5) A. H., Kritzer, *Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contract for the International Sale of Goods*, Kluwer & Taxation Publishing Co., 1989, p. 444.

따라서 본 연구에서는 CISG와 인코텀즈의 위험 및 위험이전에 대해 부담 주체 및 관련 법 적용에 대해 논하고 위험에 대한 법리와 위험부담에 대한 효과를 분석하여 논하고자 한다.

특히 선행연구논문들은 CISG를 중심으로 분석하고 논하였으며 위험이전에 대해 중점적인 연구가 많았다. 그러나 본고에서는 CISG와 인코텀즈를 비교하면서 각각의 경우에 따른 위험 부담과 이전 및 그 효과를 분석함으로써 계약 당사자들의 계약 안정성에 도움이 되고자 한다.

## II. 위험의 의의

### 1. 매도인의 작위·부작위

협약에서의 위험부담 규칙은 물품의 멸실, 훼손이 매매 당사자의 작위 혹은 부작위인지를 구별하지 않았다. 작위라 함은 ‘사실은 그렇지 않은데 그렇게 보이게 하기 위하여 금지되어 있는 어떤 일을 의도적으로 하는 것’을 말하고 부작위라 함은 ‘마땅히 하여야 할 일을 일부러 하지 않는 것’을 말한다.<sup>6)</sup> 이러한 작위와 부작위의 정의는 일반적인 개념으로 협약에서도 그대로 적용될 수 있다.

그러나 작위 또는 부작위의 범위에 대하여는 그 적용 범위를 해석함에 있어 여러 논란이 될 여지가 있다. 우선 협약의 제66조에서 규정한 작위 또는 부작위의 개념을 매도인의 계약위반이거나 불법적 행위로 한정시켜야한다고 보는 시각이다.<sup>7)</sup> 이러한 시각은 매도인의 행위가 법에 저촉되지 않은 적법한 행위이고 이런 행위가 계약상의 물품의 멸실이나 훼손과는 거리가 있음에도 매도인에게 위험부담의 책임을 지게 하는 것은 문제가 될 여지가 있어 매도인이 위험부담을 안고 가려면 그 근거를 매도인이 구속력이 있는 사항에 대한 위반을 한 것이라는 것에서 시작하여야 한다.<sup>8)</sup>

6) 허해관, “국제물품매매협약상 위험부담의 의의와 고려요소”, 무역학회지, 한국무역학회, 제33권 제2호, 2008. 7, p. 315.

7) Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, 2008, p. 99.

8) *Ibid*, pp. 100~101.

이렇게 볼 때 협약 제66조에서 매도인이 계약위반을 했거나 매도인의 작위, 부작위가 불법행위에 해당하는 경우에 매수인은 대금지급의무를 면하도록 하는 것이 입법의도일 것이다. 그러나 매도인의 작위, 부작위가 계약법상 적법하다면 매수인은 협약에서 규정한 구제권을 행사할 수는 없으나 매도인의 행위로 인한 손해배상액은 매수인이 지급할 대금에서 감액할 수 있다.<sup>9)</sup> 매도인의 행위가 적법한 경우에는 협약의 위험규정이 적용되어 매수인은 그 위험부담을 갖게 된다.<sup>10)</sup> 따라서 협약하에서 위험은 “사고발생시 위험을 부담하지 않는 당사자의 불법한 작위 또는 부작위에 기인하지 않는 물품에 직접 관련된 물리적 사고”라고 정의할 수 있다.<sup>11)</sup>

그렇지만 본인의 작위, 부작위 때문에 매도인이 갖는 위험 부담이 적법하다고 하려면 본인의 계약위반이나 불법행위가 일정한 규정을 위반한 사실이 있는 경우일 것이며 이에 따라 협약 제66조에서 규정한 “매도인의 작위, 부작위”는 결국 매도인의 계약위반 혹은 불법행위에 한해 적용되어야 할 것이다.<sup>12)</sup>

## 2. 물품의 위험(멸실과 훼손)

물품의 위험에는 크게 멸실과 훼손으로 나눌 수 있는데 여기서 멸실이란 통념적으로 물품의 전부 혹은 일부가 전혀 있지 않거나 물건이 존재하지만 여러 정황으로 물품이 전혀 다른 성질의 것으로 바뀌었거나, 도난 분실 등으로 인해 물품이 사라졌고 그 소재를 알았더라도 그 물품의 소유권이 타인에게 이전되어 회복할 수 없는 수준에 있는 것으로 법적으로 정의 할 수 있다.<sup>13)</sup>

---

9) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *DRAFTING CONTRACTS UNDER THE CISG*, OXFORD Univ press, 2008, p. 397.

10) Joseph Lookofsky, *op. cit.*, pp. 100.

11) 허해관, 전제논문, p. 315.

12) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, 2008, p. 405.

13) Bruno Zeller, *DAMAGES UNDER THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 2nd Edition*, Oxford Univ press, 2009, pp. 38~39.

훼손은 외부의 힘이 가해져서 파손되거나 손상되어 경제적 가치가 감소하는 것을 말한다.

### 3. 금전적 손실

협약에서의 위험은 물품이 멸실되거나 훼손되었지만 매수인이 대금 지급을 하여야 하는 금전적 손실 또는 매수인이 대금지급의무를 면하게 됨으로써 매도인이 부담하게 될 금전적 손실이라 볼 수 있다.

협약에서의 이러한 금전적 손실은 어떤 물건을 소유한 소유자가 자신의 물건에 대해 발생할 수 있는 손해 부담과는 구별되어야 한다. 이것은 소유자가 소유한 물건이 멸실 혹은 훼손되면 이에 대한 물권도 없어지거나 가치가 감소되고 이에 대한 손실은 소유자가 부담<sup>14)</sup>하게 되는데 이런 문제는 협약상 규정된 범위에 속하지 않는다.<sup>15)</sup>

매매계약 체결 후에 매도인이 물품을 인도하기 전에 물품이 멸실 등으로 계약이행이 불가능한 경우에도 매도인의 인도의무가 존속된다면 매도인은 이에 발생할 위험 부담을 지게 되고 매도인이 인도의무를 면하고 채무불이행에 대한 책임도 없다면 이에 대한 위험은 매수인이 갖게 된다.<sup>16)</sup> 그러나 이런 위험은 협약에서 규정한 위험이 아니고 협약은 물품이 멸실되거나 훼손되었지만 매수인이 대금 지급을 하여야 하는 금전적 손실 또는 매수인이 대금지급의무를 면하게 됨으로써 매도인이 부담하게 될 금전적 손실에 대해서만 다룬다.

### 4. 위험발생 사유

물품이 제3의 힘 즉, 외부에 의해 또는 천재지변과 같이 자연재해로 발생한

14) 최수정, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2000, pp 9.

15) 협약 제68조에 따르면 “..... 그럼에도 불구하고 매도인이 매매계약의 체결 시에 물품이 멸실 또는 훼손된 것을 알았거나 알았어야 했고, 매수인에게 이를 밝히지 아니한 경우에는 그 멸실 또는 훼손은 매도인의 위험으로 한다.”라고 규정하여 계약에 의한 쌍방 간의 관계가 아닌 개인적인 손실은 규정하고 있지 않다.

16) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, p. 397.

것에 의해 멸실 되었다면 이는 ‘물품의 멸실 훼손이 당사자의 작위나 부작위에 기인하지 않는다’라고 말할 수 있다.<sup>17)</sup> 이런 우발적 사고에 의한 물품의 멸실 혹은 훼손의 예로서는 수해, 풍해, 지진, 전쟁, 내란, 폭동, 해적에 의한 강탈, 선박의 좌초 혹은 침몰, 전복, 보관 창고의 화재 등 재해로 인한 사고와 운송지연에 따른 품질 변화(수산물 등), 도난, 분실, 부주의한 화물 취급이나 Non-Delivery 등을 들 수 있다.<sup>18)</sup>

그러나 국가의 정책에 의해 특정 물품의 수출입이 통제 되거나 물품이 정부에 의해 압류 또는 몰수 되는 경우와 선박의 억류 등의 사유에도 협약의 위험 규칙이 적용되는지는 논란<sup>19)</sup>이 있다. 그렇지만 이런 위험에 대해 매매당사자는 보험에 부보 등으로 하거나 정부의 행위에 대해 소유자가 방어가 가능할 수 있고, 이런 정부의 해위는 물품에 직접적으로 적용하기 보다는 물품과 관련된 권리에 한정하므로 위험이전과는 상관이 없어 협약에서 국가의 행위에 의한 것은 위험의 발생원인<sup>20)</sup>이 아닌 것으로 생각된다.

## 5. 위험부담의 법리

위험부담과 관련된 각국의 법체계에서의 원칙들은 계약물품의 멸실이나 훼손 등 손실에 대해 계약 당사자 간의 배분 필요성이 있었고 이런 배경 하에서 다른 법리들과의 관련 하에 형성된 것 들이다.<sup>21)</sup> 그러나 계약의 이행과정에서 발생한 위험부담은 각 국가마다 법제가 다르다.

위험부담에 대해 각국의 법과 주요 국제협약에는 다음의 원칙<sup>22)</sup>을 포함하고

---

17) Bruno Zeller, *op. cit.*, p. 45.

18) Dionysios Flambouras, "Transfer of Risk in the Contract of Sale involving Carriage of Goods: A Comparative Study in English, Greek Law and the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods", *International Trade and Business Law Annual*, Vol. VI, University of Queensland, 2001.

19) 히해관, 전계논문, p. 318.

20) 상계논문, p. 318.

21) 최수정, 전계논문, p. 127.

22) 우리민법에서는 위험부담에 대해 채권자주의, 채무자주의, 소유자주의로 나누고 있다(곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000, pp. 114~115.).

있다. 첫째로 계약체결주의이다. 이것은 매매계약을 체결할 때 위험도 매수인이 부담하는 것을 원칙으로 하고 있다. 이것은 로마법의 원칙에 근거<sup>23)</sup>를 두고 있는데 특정물의 매매와 가격에 대해 합의가 이루어지고 계약 체결이 완료 되면 그 이후부터 매수인이 위험을 부담한다.<sup>24)</sup> 그러나 이것은 매수인이 계약 물품을 소유하거나 점유를 하지 않아도 위험을 부담하여야 하는 불합리가 있고 계약 시점이 모호할 경우 여러 문제를 양산할 수 있다.

둘째로 소유자위험부담주의이다. 이것은 계약상 물품의 소유자가 물품의 멸실이나 손상 등에 대한 위험을 부담하는 입법주의이다.<sup>25)</sup> 보통법(common law)에서는 소유자위험부담 주의를 취하고 있으며 영국의 물품매매법 제20조<sup>26)</sup>에서 볼 수 있다.

셋째로 인도주의이다. 이것은 계약물품을 매수인에게 인도하였을 때 물품의 손상 등에 대한 위험은 매수인이 부담한다. 이 때 인도는 소유권 이전을 의미하지는 않는다. 따라서 현재 가장 실용적인 법체계로서 사용 중에 있고 우리 민법(제537조)을 비롯하여 미국통일상법전(제2-509조, 510조), 독일민법(제446조 제1항), CISG(제69조 제1항), Incoterms 등에서 기본적인 원칙으로 되어 있다.<sup>27)</sup>

---

23) 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010. 6, p. 239.

24) 최수정, 전제논문, pp. 130~131.

25) 소유권주의는 물품의 멸실은 소유권자가 부담한다는 자연법적 원리에 기초한 것으로 프랑스 민법(제1138조) 및 영국 물품매매법(제20조)이 이를 따른다(석광현, 전제서, p. 240.).

26) 영국물품매매법 제20조 위험이전의 동시성 (1) 별도의 합의가 없는 한 물품에 대한 위험은 그 소유권이 매수인에게 이전되기까지는 매도인의 부담에 속한다. 반면에 그 소유권이 매수인에게 이전되는 한 인도가 행하여진 여부를 불문하고 물품에 대한 위험은 매수인의 부담에 속한다.

27) 물품의 운송을 포함한 매매계약의 경우 제1운송인에게 물품을 인도함으로써 위험이 이전 되는데 이 때 매수인은 물품을 점유하거나 지배가 아직 되어있지 않아 인도주의로 설명하기에는 다소 미흡함이 있다(석광현, 전제서, p. 241.).

### Ⅲ. 위험이전 시기

#### 1. Incoterms에서의 위험이전 시기<sup>28)</sup>

매매계약에 의한 계약 물품이 여러 사유로 멸실 되거나 훼손되었을 때 매매 당사자 중 누가 위험 부담을 지는지에 대한 그 시점이 인코텀즈에서는 규정되어 있다.<sup>29)</sup> 여기서는 매도인이 매도인의 의무에 따라 계약물품을 매수인에게 인도할 때 위험에 대한 부담도 이전되는 기본 준칙을 규정하고 있다. 이 때 매수인은 설사 계약물품의 하자나 멸실에도 대금 지급의무는 존속된다.<sup>30)</sup> 그러나 매도인의 포장 불량으로 인한 물품의 파손 등 손상은 운송 중 위험이 아니므로 매수인은 대금지급을 회피할 수 있고 매도인의 계약위반에 대하여 구제권을 행사할 수 있다 그러나 인코텀즈 규정에서는 이런 구제권에 대한 어떤 방안도 규정되어 있지 않다.<sup>31)</sup>

인코텀즈에서는 위험이전 시기에 대해 (1) 매매당사자 간의 임의처분 상태에서 물품의 위험이전(EXW, DAT, DAP, DDP), (2) 복합 운송시 물품 인도에 대한 위험이전(FCA, CPT, CIP), (3) 해상 운송 조건에서 물품의 위험이전(FAS, FOB, CFR, CIF), (4) 운송 중 물품의 매매의 경우 위험이전로 구분하여 정의하고 있다. 특히 운송중 물품의 매매인 경우 인코텀즈 2000에서는 예컨대 CIF 조건을 사용한 경우 물품이 본선의 난간을 통과하여야 위험이전이 되는 것으로 보았으나 운송중이라는 특수상황을 고려하면 매매 계약 체결시를 기준으로 해석 될 수도 있는 주장도 있어 분쟁의 여지가 있었다.<sup>32)</sup>

그러나 인코텀즈 2010에서는 이와 같은 연속매매에서 연속거래의 중간에 있는 매도인은 물품을 선적하지 않으므로 이를 대신하여 물품을 조달(procure)하여 매수인에 대한 의무를 이행함으로써 위험이전에 대해 분명한 입장을 보

---

28) 매매당사자 간에 인코텀즈를 적용하기로 명시적으로 합의를 하였다면 이는 협약에 우선하여 적용된다. 따라서 협약은 보충적 의미를 갖는다.

29) Jan Ramberg, *ICC Guide to Incoterms 2010*, ICC Publications, 2011, p. 44.

30) *Ibid*, p. 45.

31) *Ibid*, p. 17.

32) 석광현, 전게서, p. 257.

이고 있다.<sup>33)</sup>

## 2. CISG에서의 위험이전 시기

CISG에서는 물품의 멸실 또는 훼손이 각 매매당사자의 책임에도 기인하지 않고 당사자가 별도로 합의하지 않는 경우에 위험이 매도인에서 매수인에게로 언제 이전되는지에 대해 규정하고 있다(위험이전에 관해서는 제66조~제70조에서 규정하고 있다). 협약 제66조는 위험이 매도인에서 매수인에게로 이전 되면 매도인의 작위 부작위로 인한 물품의 멸실 훼손이 아닌 한 대금지급의무를 다 하도록 하고 있다. 그러나 매도인의 작위, 부작위로 인한 물품의 손상일 경우 대금 지급의무를 면제해 주도록 하고 있다.<sup>34)</sup>

CISG에서는 위험이전 시기에 대해 첫째로 매매계약이 물품의 운송을 포함하여 이루어진 경우(제67조), 둘째로 물품이 운송 중에 매매되는 경우(제68조), 셋째로 그 외 기타의 경우(제69조)와 매도인의 계약위반과 위험이전(제70조)로 구분하고 있다. 이와 같이 위험이전을 3개로 나누고<sup>35)</sup> 이에 따른 이행에 대해 규정하여 위험의 이전 시기를 물품의 소유권과 분리하여 규정하고 있다.<sup>36)</sup>

또한 CISG에서는 불특정물의 특정을 전제조건으로 하고 있다. 즉 제67조 제2항에서 “물품이 화인, 선적서류, 매수인에게의 통지 기타방법으로 계약의 목적물로서 명확히 특정되기까지는 매수인에게 위험이 이전되지 않는다.”라고 규정하여 특정을 전제조건으로 하고 있다.<sup>37)</sup> 이 같은 물품의 특정 이후 매도인의 귀책사유가 아닌 이유로 물품이 손상되거나 멸실 되었을 경우 매도인의 인도 의무에 대해서 전부 혹은 일부를 없애 주는 기준이 될 수 있다.<sup>38)</sup>

---

33) Jan Ramberg, *op. cit.*, p. 31.

34) John. O. Honnold(edited and updateed by Harry M. Flechtner), *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed. Kluwer Law International, 2009, pp. 512~515.

35) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, p. 384.

36) CISG는 물품의 소유권에 대하여는 언급하고 있지 않다.

37) John. O. Honnold(edited and updateed by Harry M. Flechtner), *op. cit.*, p. 524.

## 1) 매매계약이 물품의 운송을 포함하여 이루어진 경우의 위험이전

물품이 매수인에게 인도되기 위하여 운송중인 경우 물품은 운송인의 관리하에 놓이게 된다. 이럴 경우 위험부담은 누구에게 있는지는 물품의 점유 및 소유와는 관계없이 고려되어야 한다. CISG에서는 매매계약에 따라 물품이 운송되는 경우 그 지정된 장소에서 운송인에게 인도 되었을 때 위험이 매수인에게 이전 된다. 그러나 매매계약에서 특정 장소를 지정하지 않으면 최초의 운송인에게 인도할 때에 위험은 매수인에게 이전 된다.(제67조 제1항) 이것은 매매계약에 명시적인 조건이 없는 한 운송중의 위험은 매수인이 갖게 됨을 의미한다.<sup>39)</sup>

그러나 FOB, FAS 등과 같이 지정장소에서 운송인에게 물품을 인도 할 때에는 물품이 하인, 선적서류, 매수인에 대한 통지와 같이 계약의 특정물로서 특정되지 않으면 위험은 매수인에게 이전되지 않는다.<sup>40)</sup>

특정장소에서 물품을 교부할 필요가 없는 경우에는 물품이 매수인에게 운반되기 위해 최초의 운송인에게 인도 되었을 때 위험은 매수인에게 이전된다.<sup>41)</sup> 이것은 Incoterms 2010의 FOB 조건의 본선적재와는 위험이전 분기점이 다른 것이다.<sup>42)</sup> 또한 복합 운송의 발달로 위험이전과 관련 여러 분쟁의 여지가 있는데 이것을 단순화하여 입법한 것으로 추측할 수 있다. 그러나 매도인이 소유한 운송수단에 적재한 때에는 운송을 포함한 계약에 해당이 되지 않으므로 위험이전과 관련하여 매도인은 운송중의 위험을 부담하여야 한다.<sup>43)</sup>

## 2) 물품이 운송 중에 매매되는 경우(제68조)

인코텀즈 2010에서는 물품이 운송 중에 매매되는 경우 “선적된 물품을 조달

---

38) Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, 2008, pp. 99~100.

39) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, p. 386.

40) Joseph Lookofsky, *op. cit.*, pp. 100~103.

41) John. O. Honnold(edited and updated by Harry M. Flechtner), *op. cit.*, p. 520.

42) Jan Ramberg, *op. cit.*, pp. 69~70.

43) John. O. Honnold(edited and updated by Harry M. Flechtner), *op. cit.*, p. 520.

(procure)”함으로서 매도인은 선적하는 대신에 매수인에게 의무를 이행하는 것을 신설하였다.

그러나 CISG 제68조 규정에 따르면 운송중인 물품의 매매는 물품을 제3자에게 매매하여 계약이 체결된 때로부터 위험은 매수인에게 이전된다. 그러나 CFR, CIF 조건으로 계약되어 물품을 운송 중에 매매하여 인도할 때에는 매수인에게 위험 이전 시기는 물품계약 체결시기가 아닌 선하증권이 발행된 때로 소급 적용 된다.<sup>44)</sup>

그러면 운송 중 물품을 매매하는 경우에는 물품의 매매계약이 체결과 함과 동시에 위험이 이전되는 경우와 물품이 운송인에게 인도된 때 두 가지로 구분하여 살펴 볼 수 있다.

우선 물품의 매매계약 체결 시 위험이전의 경우 CISG 제68조 규정에서 계약 체결 시 매도인에서 매수인에게로 위험이 이전된다. 그러나 이 경우에 물품의 손상이 있어서 이를 매도인이 알았거나 알았어야 함에도 알지 못하였다면 이를 매수인에게 알리지 아니할 때에는 그 멸실 등 물품의 손상에 대해 매도인이 위험 부담을 지게 된다. 그렇기 때문에 매매당사자는 이런 위험을 회피하기 위해서는 운송시점과 종점에서 위험이 이전 된다는 합의를 할 경우에는 위험의 해결이 가능하다.<sup>45)</sup>

선하증권을 발행한 운송인에게 물품이 인도된 때에 매수인에게 위험이 이전 되는 경우에는 CISG 제68조에서는 “... 상황에 따라서는 운송계약을 실행하는 증서를 발행한 운송인에게 물품이 인도된 때로부터 매수인이 위험을 부담한다.”라고 규정하고 있는데 이것은 물품을 상징하는 선하증권을 교부함으로써 물품의 특징이 가능하기 때문이다. 이럴 경우 매수인은 위험을 회피하기 위해 보험에 부보하고 clean on board 선하증권이 필요할 것이다. 그러나 이 경우에도 물품 손상이 있어서 이를 매도인이 알았거나 알았어야 함에도 알지 못하였다면 이를 매수인에게 알리지 아니할 때에는 그 멸실 등 물품의 손상에 대해 매도인이 위험 부담을 지게 된다(제68조). 만일 매도인이 계약체결 시점 이전에 발생한 하자를 매수인에게 알리지 않았다면 매도인은 이에 대한 손해도

44) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, p. 404.

45) John. O. Honnold(edited and updated by Harry M. Flechtner), *op. cit.*, pp. 529~530.

책임을 부담하여야 한다.<sup>46)</sup>

### 3) 기타의 경우 위험이전

운송인에게 물품을 인도하는 경우가 아닌 경우에는 물품이 매수인의 처분하에 놓이고 이를 매수인이 수령하거나 적기에 수령하지 않았을 경우에는 위험은 매수인에게 이전된다(제69조 제1항). 즉, 물품이 매수인에게 있어서 언제라도 처분이 가능하지만 일정기간이 경과한 후에도 물품 인수를 하지 않는다면 이는 매수인의 계약위반(제53조)이 되고 그 위험은 매수인에게 이전 된다.

물품의 수령 장소가 매도인의 영업장소가 아닌 경우에는 물품이 매수인의 처분하에 놓인 사실을 알았을 때 위험이 매수인에게 이전된다(제69조 제2항). 그러나 불특정물일 경우에는 그 물품이 특정될 때까지 위험이 매수인에게 이전되지 않는다(제69조 제3항).

### 4) 매도인의 계약위반과 위험이전(제70조)

CISG 제70조에서는 매도인이 본질적 계약 위반을 하였을 경우에는 매도인의 계약위반에 대하여 매수인은 구제권을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 여기서 매도인이 계약 위반을 본질적으로 하였는지 여부에 따라 달라질 수 있는데 매도인의 본질적 계약위반으로 인해 매수인은 계약해제권과 대금 감액권, 대체물품인도 청구권, 손해배상청구권을 행사할 수 있으며 운송 중 물품이 멸실 또는 훼손되어도 매수인의 계약해제권은 존속한다.<sup>47)</sup> 따라서 사실상 이런 경우의 위험은 매도인에게 있으므로 매수인에게는 위험이전이 되지 않는 것으로 볼 수 있다.<sup>48)</sup>

매도인의 계약위반이 물건의 멸실을 초래한 경우에는 계약위반규정을 적용할 수 있고 매도인의 계약위반과 물건의 멸실과 연관이 없을 경우에는 위험부담 규정을 적용하여 매도인이 본질적인 계약위반의 경우 위험은 매도인이 부담하고 매도인이 본질적인 계약 위반이 없는 경우에는 매수인이 위험을 부담

---

46) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, p. 405.

47) *Ibid.*, pp. 408~409.

48) Joseph Lookofsky, *op. cit.*, pp. 105~106.

한다.<sup>49)</sup>

### 3. 위험의 조기 이전

매매계약 체결이후 계약 물품을 인도하는 과정에서 매도인은 매수인에게 물품의 인도와 관련하여 필요한 사항을 통지<sup>50)</sup>하여야 하고 매수인은 계약에 의거 이를 인수 받아야 한다.<sup>51)</sup> 그러나 매수인이 매도인의 인도의 이행에 필요한 조치를 취하지 않거나 매수인이 인수를 받지 않을 때에는 매도인의 인도 의무 이행전이라도 위험은 매수인에게 이전될 수 있다.<sup>52)</sup>

이는 인코텀즈 매수인의 의무 B5 조항을 이행하지 않았을 경우 매도인은 위험을 매수인에게 이전 시킬 수 있다. 그러나 이때 계약물품의 특정<sup>53)</sup>이 먼저 이루어져야 한다.

## IV. 위험부담의 효과

### 1. 매수인의 대금지급위험

물품매매계약에서 위험이란 계약 목적물의 소유권 또는 점유권<sup>54)</sup>이 당사자의 고의나 과실 없이 계약 체결 후에 우발적으로 파손되었거나 멸실됨으로써 계약이 이행불능 상태에 빠졌을 때의 위험을 의미한다고 볼 수 있다.<sup>55)</sup> CISG

---

49) 최준선, 국제거래법, 삼영사, 1998, p. 190.

50) Incoterms 2010 각 A7, B7 조항; Jan Ramberg, *op. cit.*, p. 79.

51) Jan Ramberg, *ICC Guide to Incoterms 2010*, ICC Publications, 2011, p. 76.

52) Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, 2008, pp. 104~105.

53) John. O. Honnold(edited and updated by Harry M. Flechtner), *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*, 4th ed. Kluwer Law International, 2009, p. 524.

54) CISG 제4조는 소유권 또는 점유권과 관련하여 CISG는 관련이 없다고 규정하고 있다.

제66조에서는 “매수인에게 위험이 이전된 이후의 물품의 멸실 또는 훼손이 매도인의 작위 또는 부작위로 인해 발생한 것이 아닌 한, 매수인은 그로인해 대금지급의무를 면할 수 없다.” 고 규정하여 CISG상 매수인이 위험을 부담한다는 것은 매수인이 대금지급에 대한 위험을 부담하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 매도인이 위험을 부담한다는 것은 위험이전 시점에 있을 수 있는 물품의 하자나 적합하지 않은 것 등의 이유로 물품이 손상 또는 멸실 되었을 경우인데, 이는 위험의 부담이 아닌 계약의 위반으로서 취급되어야 할 것이다.<sup>56)</sup>

## 2. 매도인의 작위·부작위

매도인에서 매수인에게로 위험이 이전된 이후에 매도인의 작위, 부작위로 인한 행위로 인한 물품의 멸실이나 손상의 경우에는 매수인은 그 손상 정도에 따라 대금 지급의무를 면할 수도 있다(협약 제66조). 그러나 매수인에게로 위험이 이전되기 전에 매도인의 작위·부작위로 인한 행위로 인한 물품의 멸실이나 손상의 경우에는 물품의 부적합으로서 이에 대해 매도인은 책임을 지게 되고 이때에는 협약 제36조 제1항<sup>57)</sup>에 의거 위험이전 전의 물품 손상이 위험이전 이후에 밝혀진 것에 기인하고 있다. 협약 제36조 제2항에서는 규정한 것처럼 위험 이전 이후 매도인이 물품 손상 등 부적합에 대하여 책임이 없으면 매수인은 매도인의 의무위반에 따른 책임을 물을 수 없다.<sup>58)</sup>

---

55) Bruno Zeller, *DAMAGES UNDER THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS*, 2nd Edition, Oxford Univ press, 2009, pp. 35~36.

56) 매대당사자는 계약상 물품의 Spec이나 사양을 합의하였을 터인데 이것이 지켜지지 않으면 계약위반으로 볼 수 있다.

57) CISG 제36조 제1항 매도인은 위험이 매수인에게 이전할 때 존재하는 부적합에 대하여 계약 및 이 협약이 규정된 바에 따라 책임을 진다. 또한 그 이후에 물품이 부적합하다고 명백히 밝혀진 경우에도 또한 같다.

58) 매도인의 의무위반에 따른 물품 부적합에 대해서는 매도인은 책임을 지지만 매도인의 작위, 부작위에 의한 것이 아니면 매도인에게 책임이 없다. 그러나 인코텀즈를 적용하기로 합의하였다면 인코텀즈 각 조항 A5, B5에 따라 처리하면 된다(Ingeborg Schwenzer & Christiana Fountoulakis, *INTERNATIONAL SALES LAW*, Routledge-Cavendish, 2007, p. 281, p. 470.).

### 3. 매도인이 본질적 계약위반을 할 경우

매도인이 매매계약의 중대하고 본질적인 계약위반(fundamental breach of contract)<sup>59)</sup>을 하였을 경우에는 물품의 멸실이나 훼손 등 위험이 매수인에게 이전 되었는지 여부와 상관없이 매수인은 매도인에게 그에 대한 책임을 묻고 매수인은 구제권<sup>60)</sup>을 행사할 수 있다. 그러나 위험이 매수인에게로 이전된 후에 매도인의 계약위반이 중대하지도 않고 본질적이지도 않는다면 즉, 우발적 사고로 인해 물품이 멸실되거나 훼손되었다면 매수인은 위험 부담의 효과로 대금지급의무를 면하지 못하지만은 매도인의 계약위반에 대한 구제권 행사는 제한을 받거나 행사할 수 없다고 할 수는 없을 것이다.<sup>61)</sup>

### 4. 매수인에서 매도인으로서의 위험이전

매도인이 매매계약의 중대하고 본질적인 계약위반을 하였을 경우에는 매수인은 협약에서 규정한 구제권을 행사할 수 있다. 예를 들어 매도인이 매수인에게 인도한 물품이 심각한 상태로 계약의 물품과는 차이가 있는 물품의 부적합일 경우 매수인은 계약해제 등 구제권 행사를 합법적으로 하였다고 하였을 때 그 물품은 반환되어야 하고 매수인은 이에 대한 효과로서 물품에 대한 위험을 다시 매도인에게로 이전 시킬 수 있다.<sup>62)</sup>

동일한 사유로 매수인이 물품을 인수한 때와 같은 상태로 반환이 불가능한 경우<sup>63)</sup>에도 매수인의 행위가 작위·부작위가 아니라면<sup>64)</sup> 매수인은 계약을 해제

59) CISG 제70조(매도인의 본질적 계약 위반과 위험이전) 매도인이 본질적 계약위반을 하였을 경우 제67조, 제68조, 제69조는 그 위반으로 인해 매수인이 사용할 수 있는 구제수단에 영향을 주지 않는다.

60) 매수인의 구제권으로 협약 제46조 제1항 이행청구권, 제46조 제2항 대체물인도청구권, 제46조 제3항 물품부적합 치유청구권, 제49조 계약해제권, 제50조 대금지급청구권, 제74조 및 제77조 손해배상청구권 등을 행사할 수 있다.

61) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, p. 409.

62) *Ibid.*, p. 409.

63) CISG 제82조 제1항 매수인은 자신이 수령한 물품을 수령당시와 실질적으로 동등한 상태로 반환하는 것이 불가능할 경우에는 계약해제를 선언하거나 매도인에게 대체물품 인도를

할 수 있다. 즉, 물품 인수 후 우발적 사고로 물품이 멸실되거나 훼손되어도 매수인의 계약해제는 매도인에게로 위험이전이 되는 효과가 된다. 또한 매도인의 이행기 위반으로도 본질적 계약위반이 되는 경우에도, 즉, 물품인도기간 경과 후 물품이 운송인에게 인도되고 나서 물품이 운송 중에 멸실이나 손상이 있을 경우에 매수인이 구제권을 행사하여 계약을 해제해도 물품의 위험이 매수인에게 이전되어도 결과적으로는 매도인이 부담하는 것이 된다.<sup>65)</sup>

이와 같이 매도인에게로 위험이 재 이전되는 것은 본질적 계약 위반으로 인하여 매수인의 구제권인 대체물인도청구에서도 같다.

매수인이 계약해제나 대체물인도청구권을 행사할 수 있음에도 합리적인 부가기간을 정하여<sup>66)</sup> 매도인에게 부적합에 대한 치유를 청구한 경우<sup>67)</sup>에는 그 부가기간이 경과하기 전에 부적합을 치유하기 전까지는 매도인이 위험을 부담한다고 볼 수 있다.<sup>68)</sup>

## V. 결 론

국제물품매매계약에서는 통상 CIF, DAP, FOB, CFR 등의 조건을 주로 채택하여 계약하고 있으며 이에 대한 물품의 손상 및 손해 정도 등에 대한 위험 부담 및 위험이전에 관한 사항은 매우 중요하지만 계약당사자들이 간과하고

---

요구할 권리를 상실한다.

64) CISG 제82조 제2항 가호. 물품반환 불능 또는 매수인이 수령한 물품을 수령당시와 실질적으로 동등한 상태로 반환하는 것이 불가능하게된 사유가 자신의 작위 또는 부작위로 인한 것이 아닌 경우

65) Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *op. cit.*, pp. 409~410.

66) CISG 제47조 제1항 매수인은 매도인의 의무이행을 위하여 합리적인 추가기간을 지정할 수 있다.

67) CISG 제47조 제2항 매도인으로부터 그와 같이 지정된 기간 내에 이행을 하지 않겠다는 통지를 받지 않는 한, 매수인은 그 기간 중 계약위반에 대한 구제수단을 사용할 수 없다. 그러나 매수인은 이행지체로 인한 손해배상청구권을 상실하지 않는다.

68) 최준선, “UN 국제물품매매법상의 위험부담”, 상사법연구, 한국상사법학회, 제12집, 1993, pp. 91~92.

있는 것을 간혹 목격하기도 한다. 이러한 것은 위험의 정의나 개념, 법리 등을 소홀히 하거나 잘못 알고 있는 경우에서 발생한다.

본고에서 논하였듯이 계약당사자 모두의 귀책사유 없이 발생한 위험에 대한 손해는 당사자들의 금전적 대가 위험으로 나타난다. 이에 따라 매수인은 물품의 멸실·손상에도 불구하고 대금지급의무에 대한 위험부담을 지고 있으며, 매도인은 동일한 상황에서 위험이 매수인에게 이전되기전이라면 물품 부적합에 대한 위험을 안고 있는 것이다. 그러나 매도인의 귀책사유 혹은 귀책사유가 아니더라도 물품의 멸실 혹은 손상이 매도인의 부작위에서 발생한다면 매수인은 대금지급의무에서 면할 수 있다. 이렇듯 위험의 법리에서 위험은 CISG와 인코텀즈에서는 대가위험을 뜻하는 것으로 해석될 수 있다.

그러나 위험 부담에 있어서 누가 부담할 것인가에 대한 것은 CISG에서 다양한 사항을 규정하고 있다. 즉 당사자 간에 어느 일방이 위험발생 방지에 노력하였으며, 보험부보 및 보험부보에 따른 보험금 지급청구 및 수령이 용이한지, 그 위험에 대해 제3자에게 청구가 가능한지, 손해확대 방지를 위해 손상된 물품의 처분이 어느 곳이 편리한지, 분쟁을 줄일 수 있는 것은 무엇인지 등이 그것이다.

위험의 종류나 사례는 천차만별이다. 이런 위험들의 사전 방지는 매매당사자 간의 명시적 합의에 의해서만이 가능할 것이고 이를 뒷받침하는 것이 관련된 준거법들이다. 그러나 명시적 합의가 없다면 매매당사자 간의 분쟁은 관련 법이나 준거법으로 해결해야 한다. 또한 많은 종류의 위험을 일반화하여 준거법으로 보호받기에는 그 범위가 크기 때문에 국제물품매매계약 시 각 당사자는 자신에 맞는 조건을 선별하여 선택하고 이를 명시적으로 합의함으로써 향후 발생할 분쟁을 사전에 방지함이 중요하다. 특히 물품의 멸실이나 손상이 불가항력에 의해 발생하였다면 매매계약이나 준거법이 이 문제를 해결을 할 수 있는 열쇠일 것이다.

인코텀즈나 국제물품매매에 관한 UN협약만으로는 위험 부담이나 위험이전을 법적으로 뒷받침하기에는 그 공백이 있다. 이런 공백은 PICC나 국제사법에 의한 준거법을 고려하여야 하고 이를 바탕으로 국제물품매매계약을 체결하여 당사자 간의 책임 소재를 분명히 하고 분쟁 방지를 위해 유의해야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2000.
- 김정희, “Incoterms 1990과 비엔나협약의 위험이전시기”, 국제상학, 한국국제상학회, 제12권 제2호, 1997. 10.
- 석광현, 국제물품매매계약의 법리, 박영사, 2010. 6.
- 송희영·강홍중, 국제무역거래관습론, 건국대학교 출판부, 2002.
- 이상옥·신승만, “국제물품매매에 있어서 CISG와 Incoterms와의 비교연구”, 사회과학연구, 건국대학교 사회정책연구소, 제15집, 2002.
- 오택림, “위험부담에 관한 UCC의 입법태도”, 법학연구, 서울대학교법과대학, 제6권, 1999. 12.
- 윤항지, “쌍무계약에 관한 일고찰”, 강남대학교 논문집, 제37집, 2001.
- 최수정, 급부장애와 위험부담, 도서출판 소화, 2003.
- \_\_\_\_\_, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2000.
- 최준선, “UN 국제물품매매법상의 위험부담”, 상사법연구, 한국상사법학회, 제12집, 1993.
- \_\_\_\_\_, 국제거래법, 삼영사, 1998.
- 허해관, “국제물품매매협약상 위험부담의 의의와 고려요소”, 무역학회지, 한국무역학회, 제33권 제2호, 2008. 7.
- A. H., Kritzer, *Guide to Practical Applications of the UN Convention on Contract for the International Sale of Goods*, Kluwer & Taxation Publishing Co., 1989.
- Bruno Zeller, *DAMAGES UNDER THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 2nd Edition*, Oxford Univ press, 2009.
- Dionysios Flambouras, "Transfer of Risk in the Contract of Sale involving Carriage of Goods: A Comparative Study in English, Greek Law and the United Nations Convention on Contract for the International Slae of Goods", *International Trade and Business Law*

*Annual. Vol. VI. University of Queensland, 2001.*

Frank Reynolds, *Managing exports : navigating the complex rules, controls, barriers, and laws*, John Wiley & Sons, 2003.

Harry M. Flechtner, Ronald A. Brand, Mark S. Walter, *DRAFTING CONTRACTS UNDER THE CISG*, OXFORD Univ press, 2008.

Jan Ramberg, *ICC Guide to Incoterms 2010*, ICC Publications, 2011.

John. O. Honnold(edited and updated by Harry M. Flechtner), *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention, 4th ed.* Kluwer Law International, 2009.

Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG*, Kluwer Law International, 2008.

Ingeborg Schwenzer & Christiana Fountoulakis, *INTERNATIONAL SALES LAW*, Routledge-Cavendish, 2007.

## ABSTRACT

### The Study on the Risk and Risk Transfer of the Incoterms in a Contracts for the International Sale of Goods - Based on the Revised Incoterms 2010 & CISG -

Kim, Dong Ho

The Incoterms and United Nations Convention on Contract for the international Sales of Goods(CISG) allocate a risk in their articles. These rules make a decision that the parties who make a transaction are bound to bear the risk or damages of goods. Though a goods have a damages or loss during a transportation, buyer is liable for the payment of purchase price.

In this case, this paper defines the meaning whether who can bear the risk under Incoterms and CISG. In the majority cases which deal between parties, after shipment or at the end of carriage, the loss or damages are found in buyer's hand.

If a damages or loss is made during transit, customarily these risk are covered by insurance. Otherwise, these rules provide a tools for solving this problems. Then, between parties should be accomplished their target equitably

Key Words : CISG, Incoterms, Risk, Transfer of Risk