경영학석사 학위논문

국제물품매매계약에 있어서의 위험이전과 그 적용에 관한 비교연구

2009년 2월

부경대학교대학원

국제통상물류학과

오 정 현

경영학석사 학위논문

국제물품매매계약에 있어서의 위험이전과 그 적용에 관한 비교연구

지도교수 윤 광 운

이 논문을 경영학석사 학위논문으로 제출함.

2009년 2월

부경대학교대학원

국제통상물류학과

오 정 현

오정현의 경영학석사 학위논문을 인준함.

2009년 2월

주심 경제학박사 최영봉 인

위원 경영학박사 이춘수 인

위원 경영학박사 윤광운 인

< 목 차 >

표목차 ····· 4

그림 목차 ····· 4

Abstract ····· 5

제 Ⅰ 장 서 론 ····· 1

제 1 절 연구배경 및 연구목적 ····· 1

제 2 절 연구방법 및 범위 ····· 3

제 3 절 선행연구 ····· 5

제 Ⅱ 장 국제물품매매계약의 특징과 위험부담 ····· 8

제 1 절 국제물품매매계약의 의의와 특징 ····· 8

가. 국제물품계약의 의의 ····· 8

나. 국제물품매매계약의 특징 ····· 9

제 2 절 위험과 위험부담 ····· 12

가. 위험 ····· 12

나. 위험부담 ····· 14

제 3 절 위험부담에 관한 입법주의 ····· 16

가. 위험의 배분에 관한 입법주의 ····· 17

나. 위험의 이전시기에 관한 입법주의 ····· 21

제 III 장 국제물품매매계약상의 위험이전에 관한 비교분석 ····· 25
제 1 절 CISG상의 위험이전 ····· 25
가. CISG의 의의 및 위험이전관계규정의 구성 ····· 25
나. CISG상 매매 유형별 위험이전 ····· 29
제 2 절 Incoterms2000상의 위험이전 ····· 36
가. Incoterms의 위험이전의 기본원칙 ····· 36
나. Incoterms상의 위험이전 ····· 38
제 3 절 한국 민법상의 위험이전 ····· 43
제 4 절 위험이전에 관한 법제 비교분석 ····· 52
가. CISG와 Incoterms의 위험이전시기 비교 ····· 52
나. CISG와 한국민법상의 위험이전 비교 ····· 56

제 VI 장 국제물품매매계약상의 위험이전규정의 적용문제 ····· 59
제 1 절 CISG의 적용문제 ····· 60
제 2 절 Incoterms2000의 적용문제 ····· 62
제 3 절 CISG와 한국법의 적용문제 비교 ····· 63
제 4 절 국제물품매매계약법의 적용 및 해석에 따른 보완책 · 71
가. CISG상의 보완책 ····· 71
나. 각국 물품매매법상의 보완책 ····· 72
다. 국제상관습법상의 보완책 ····· 73

제 V 장 결 론 ····· 75
제 1 절 연구의 요약 및 시사점 ····· 75
제 2 절 연구의 한계 및 향후연구 방향 ····· 78

참고문헌 ····· 81

PUKYONG NATIONAL UNIVERSITY
부경대학교

< 표 목 차 >

<표1> 위험의 배분에 관한 입법주의 ····· 17
<표2> 비엔나협약의 위험이전시기 ····· 29
<표3> Incoterms와 CISG상의 위험이전의 비교 ····· 53

< 그 림 목 차 >

<그림1> 매도인의 계약위반이 위험부담과 문제되는 경우 ····· 35

PUKYONG NATIONAL UNIVERSITY
부경대학교

A Study on

Oh Jeong Hyun

Department of International Commerce and Logistics,
Graduated School, Pukoung National University

Abstract

Since the international sale of goods is the voluntary regulation which prioritize autonomy of party in any sense, it is necessary to reasonably solve the problem, which arises from the situation in case transferring danger, according to special contract.

It is necessary to look closely on internationally established domestic law or commercial practice in order to prevent conflict arising from the problem that happened in case transferring risk, when both parties trade international goods.

It centered on applicable problem in international trading and all risks arise from application and analysis of laws that is applied in trading contract since comparing INCOTERMS and Korean civil law based on Vienna Convention for problems, that occur when passing risk, between parties to a contract about loss or damage on goods that could occur during international goods trading, and the Vienna Convention came into effect and accepted in international sales.

It is expected that coming into effect of CISG would promote international sales by gettingrid of legal instability which related to conforming law about international sales, and it is forecasted that it would be the opportunity for Korea to globalize the administration of justice, such as civil law, commercial law. The clear understanding of CISG should be precedent to the application of CISG in practical affairs when we take account of these issues I mentioned previously.

The purpose is on enhancement of understanding of regulation of both parties, and prevention of conflicts, that occurs because of transferring risk which could occur in goods trading in practical affair, between parties to a contract by investigating loop holes in the substantial law through comparative analysis in domestic sales law and every effects could happen on international trading custom.

This research is aimed to dedicate to harmonization of international commercial transaction through prevention of conflicts that could occurs between trading parties prior to risk in international sale of goods, and theoretical organization thesis that could reasonably regulate problem arises from burdening danger in international sale of goods through systematic analysis and research on CISG and legislative body of main countries according to standard of responsibility based on meaning of risk, burdening risk, and transferring risk in international trading.

제 Ⅰ 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

국제물품매매계약에 있어서 위험부담의 문제는 매매계약의 체결과 완전한 이행 사이의 일정한 시점에 계약당사자 쌍방의 책임없는 사유로 인해 발생한 물품의 멸실 또는 훼손을 매도인과 매수인 중 누가 부담하는가 하는 문제이다. 특히 이러한 위험을 부담하는 주체의 변경문제를 위험이전이라고 한다.

한편 국제물품매매는 그 특성상 물품의 운송시간이 많이 소요되는 것이 일반적이며, 운송과정에서 많은 위험을 수반하게 된다. 그러므로 이러한 위험을 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.

국제물품매매는 격지간의 거래로 언어와 관습, 법률 등이 서로 다른 거래당사자에 의해 이루어지므로 거래시 물품에 대한 멸실 또는 손상에 관한 법률적인 위험의 문제들이 발생하게 된다. 이러한 위험의 문제는 거래당사자들의 경제적 손실과 직결되기 때문에 위험분담에 관한 기준을 명확히 해두는 것이 중요하다.

하지만 국제물품매매계약에 있어서 위험부담의 문제는 물품의 멸실 또는 손상이 발생할 경우 거래당사자에게 상당히 중요한 의미를 갖고 있음에도 불구

하고 이에 적용될 각국의 법률과 해석기준의 상이함 그리고 나라마다 학설 및 판례가 반드시 일치하지 않음으로 인하여 무역발전에 저해요인이 되어왔다.

따라서 이러한 각국간의 법률과 해석상의 상이함을 통일화시키려는 노력의 일환으로 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC)에서는 당사자간의 자율적인 규범 확립을 위해 통상적으로 거래의 기준으로 사용되어 왔던 정형거래조건의 해석에 관해서 1936년에 "정형거래조건의 해석에 관한 국제규칙(International Rules for he Interpretation of Trade Terms: INCOTERMS)을 제정하였다. 또한 국제매매에 관한 법률의 통일을 위해 거래당사자간에 상호 영향을 주면서 국제거래에 고유한 규범의 확립을 위해 1980년에 UN국제상거래법위원회(United Nations Commission on nternational Trade Law : UNCITRAL)에서 제정되어 1988년 1월 1일부터 발효된 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contract for the nternational Sale of Goods : Vienna Convention(1980) : 이하에서는 CISG라고 한다)에 의하여 무역거래시 발생할 수 있는 분쟁을 감소시켜왔다.

우리나라는 CISG에 2004년 2월에 가입해 2005년 3월부터 CISG는 국내에 발효되어 국제물품매매시 거래규범으로 적용되고 있다. 따라서 대체로 국내물품매매는 민·상법에 의하여, CISG 체약국 당사자와의 국제물품매매는 동 협약(준거법이 체약국법인 경우) 또는 국제사법에 의해 결정되는 준거법(준거법이 비체약국법인 경우)에 의하여 각각 규율되므로 규범체계가 다원화 되었다.

CISG의 발효는 국제물품매매에 관한 준거법의 적용과 관련된 법적 불안정을 해소하여 국제물품매매가 촉진될 것으로 기대되고 우리나라의 민·상법등의 사법이 국제화될 수 있는 계기가 될 것이라는 전망이 있다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 실무상 CISG를 적용하기 이전에 CISG에 대한 올바

른 이해가 선행되어야 한다.

본 연구는 이러한 문제점을 해결하려는 노력의 일환으로 국제무역에 있어서 위험의 의의, 위험부담과 위험이전으로 인한 책임의 기준으로서 주요국의 입법계와 CISG에 관한 체계적인 분석과 연구를 통하여 국제물품매매에 있어 위험부담문제를 합리적으로 규율할 수 있는 이론적 체계정립과 국제물품매매에 있어서 위험이전에 따른 매매당사자간의 분쟁예방을 통하여 국제상거래의 원활화에 기여하고자 한다.

제 2 절 연구의 범위 및 방법

우리 민법과 CISG의 위험부담 규정을 주 연구 대상으로 한다. 우리 민법은 위험부담에 관하여 2개 조문을 두고 있을 뿐, CISG와는 달리 위험이전에 관한 직접적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 위험이전에 관해서는 학설과 판례의 해석론에 맡겨져 오고 있다. 이러한 상황에서 우리 민법과 다른 법과의 비교법적 고찰을 통해서 우리 민법의 위험부담 규정 및 위험이전에 관한 이론을 검토하는 것은 의미 있는 작업이라고 생각된다.

그러나 이상에서 언급한 법들은 법의 계통과 그 적용범위를 달리하기 때문에 구체적 비교에는 한계가 있음을 인정하지 않을 수 없다. 우리의 민·상법은 일반적으로 직접 국제거래를 위하여 제정된 것이 아님은 분명하나, 국제거래법의 법원이 될 수도 있다. 또한 CISG의 위험이전에 관한 규정은 우리 법의 해석론이나 입법론에 유용할 수 있으리라 생각된다.

국제계약은 거래의 대상 분야에 따라 다양한 계약유형들이 존재한다. 본 논문의 연구대상은 물품의 매매계약에 한정한다.

본 논문은 위험이전 및 위험부담의 문제와 관련된 각종 문헌과 논문, 연구자료, 기타 판례 등의 자료 등을 활용한다. 이들 자료들을 비교법적 분석을 통하여 고찰하였으며, 그 범위를 위험이전에 관한 부분으로 한정하였다.

또한 쌍무계약상 위험이전에 대하여 대가위험 중심으로 위험의 범위를 한정하였으며, CISG의 위험이전에 관한 연구를 위해서는 많은 입법례의 비교 검토가 필요하지만, 본고에서는 CISG, Incoterms, 우리나라 법 등에 한정하여 비교 분석하였다. 특히 우리 법을 검토하는 것은 동법이 CISG의 성립과정에서 큰 영향을 미쳤고, 국제물품매매거래에서 거래 시 위험이전과 관련한 분쟁을 해결하는데 도움을 줄 수 있을 것으로 생각되기 때문이다. 그리고 Incoterms는 매매계약의 당사자가 계약상에 적용키로 합의한 무역조건의 해석에 관한 규칙을 이루고 있고, 국제거래에서 CISG와 상호보완적 관계를 이루고 있기 때문에 고찰하였다.

이와 같은 방법을 통해서 본 논문을 다음과 같이 구성한다.

제1장은 서론으로서 매매계약에 있어서 위험이전에 관한 연구의 목적을 기술하였고, 연구의 범위 및 방법을 소개하였다.

이를 위해 2장에서는 국제물품매매계약상 위험부담에 관한 입법적 고찰을 위해 위험의 개념과 종류, 위험부담과 위험이전의 관계 및 여러 기준에 의한 입법주의를 구분하여 봄으로써 위험이전에 대한 개념을 확실히 하였다.

제3장 1절에서는 국제무역거래에서의 국제적인 통일법규인 CISG에서 규정하고 위험이전을 각 조항별로 연구하고, 제2절에서는 국제관습인 Incoterms에서 규정하는 위험이전의 원칙에 대해 기준을 세우고 각 그룹별 위험이전에 대한 규정을 살펴보고, 제3절에서는 한국 민법상에서의 위험이전에 대해 CISG와 비교 고찰하였다. 고찰의 순서는 CISG, Incoterms,

우리 민법으로 하였다.

제4장에서는 위에서 살펴본 국제적 통일법규인 CISG와 국제 상관습인 Incoterms, 한국 민법을 CISG를 중심으로 상호 비교 분석하고 국제무역매매에서의 위험이전에 대한 개념과 기준을 명확히 하였고, 세계무역을 규율하는 공정한 법규체제에 대한 국제공약을 의미하는 CISG와 한국법과의 비교를 통해 그 실익과 적용문제를 검토하여 본래적인 연구목적에 부합하고자 한다.

제5장에서는 제2장, 제3장, 제4장에서 연구한 내용을 요약 정리하면서 결론을 맺는다.

제 3 절 선행연구

이동률 · 이기희(2005)[1]는 Incoterms상의 위험이전에 관한 제규정들과 CISG상의 위험이전에 관한 제규정들을 무역상관습과 연계하여 비교 분석하여, Incoterms와 CISG를 무역계약에 적용할 경우 실무적으로 발생할 수 있는 당사자들간의 분쟁의 가능성을 감소시키고, 양 법규의 이해증진을 통하여 무역거래의 효율성을 증대시키고자 하였다.

이상옥 · 신승만(2002)[2]는 국제물품매매에서 발생할 수 있는 물품의 멸실 또는 손상에 관한 거래당사자들간의 위험이전시기에 관하여 Incoterms상의 위험이전에 관한 규정과 CISG상의 제규정들을 고찰하여 실무적으로 무역거래시 발생할 수 있는 위험이전에 따른 거래당사자들간의 분쟁을 방

1) 이동률 · 이기희, “무역거래 당사자간 계약물품의 위험이전 시기에 관한 연구”, 한국경영법률학회, 「경영법률」, 2005.
2) 이상옥 · 신승만, “국제물품매매에 있어서 CISG와 INCOTERMS와의 비교연구”, 「사회과학연구」, 2002.

지하고, 국제상거래의 원활화에 기여하고자 하였다.

박경(2007)[3]은 올바른 CISG규정의 이해를 위해서는 반드시 CISG에 있어 관행을 고찰해야 한다는 판단아래 Incoterms가 CISG 제9조 제2항의 요건을 충족하는지를 보여줌으로써 CISG가 규범적 관행으로 계약내용에 편입하는 관행의 조건들을 살펴보았다. 또한 Incoterms가 CISG 제9조 제2항에 의해 편입되어 CISG의 규정을 흠결을 어떻게 보완하고 불확실성을 해결하는지를 연구함으로써 우리나라에서 CISG를 적용 해석함에 있어 하나의 참고기준을 제시하여 잘못된 CISG 이해를 미연에 방지함을 연구의 목적으로 하였다.

김승범(1995)[4]은 위험이전에 대한 국제적 규제에 관한 통일법의 방향을 모색하기 위하여 영국 물품매매법으로부터 CISG에 이르기까지의 위험이전 규정을 비교함으로써 오늘날 이에 관한 국제적 통일 기준으로 받아들여지는 인도주의의 타당성여부를 검증하는 데 연구의 중심을 두고 고찰하였다.

한규식(2003)[5]은 국제물품매매에서 야기되는 위험이전 문제를 소유권이전과 물품인도의 관계로 나누어 CISG를 중심으로 살펴보고, 관련되는 내용이 있는 경우에는 Incoterms에 나와 있는 정형거래조건과 비교 검토하였다.

허재창(1998)[6]은 무역거래조건에 관한 국제규칙으로 널리 사용되고 있는 Incoterms에서의 위험이전에 관한 규정을 고찰하고 나아가 미국통일상법전(UCC) 및 CISG하의 규정과의 비교 분석을 통해 위험이전에 관한 체계를 확립함으로써 위험이전을 둘러싼 분쟁을 예방하여 무역거래의 원활화를 도모함에 목적이 있었다.

석광현(2002)[7]이 제시한 논제는 국제물품매매계약에 관한 UN협약하의

3) 박경, “CISG 제9조 제2항을 통한 Incoterms 위험이전규정의 적용”, 부산대학교, 2007.
4) 김승범, “국제물품매매계약에 있어서 위험이전에 관한 연구”, 성균관대학교, 1995.
5) 한규식, “국제물품매매법(CISG)에서 위험의 이전”, 「국제무역연구」, 2003.
6) 허재창, “국제상거래법상 위험이전에 관한 비교연구”, 「산업경제」, 1998.
7) 석광현, “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 「상사법연구」, 2002.

가입과 한국법에의 수용이므로 CISG를 개관하고, CISG과 민·상법 중 매매에 관한 규정을 비교 검토한 뒤, 우리나라의 CISG 가입의 필요여부와 실익을 살펴보고 마지막으로 CISG의 가입과 관련한 문제점을 논의한다.

CISG의 한국법에의 수용을 우리나라의 CISG 가입에 의한 수용으로 이해하고 이를 중심으로 다루었는데 거래의 원활화를 도모함에 목적이 있었다.

Johan Erauw(2003)[8] 은 그 범위를 위험이전에 관한 부분으로 한정하여, CISG상의 위험이전에 관하여 고찰하였다.

Andreas Alsterberg(2007)[9]은 선적조건을 중심으로 Incoterms상의 위험이전은 실제 무역거래에서 가장 많이 사용되는 본선인도조건(FOB)과 운임보험료포함조건(CIF)의 위험이전에 관해 집중적으로 고찰하였다.

따라서 본 논문에서, CISG는 국제물품매매에 관한 통일법으로, 국제적인 매매에 있어서 예측가능성을 높이게 되며, 체약국에 있어서는 CISG가 국제매매에 관한한 국내법에 우선하여 적용될 것이므로 체약국들간에 매매법의 통일을 기할 수 있는 계기가 되며, 국제무역거래에서 단순하면서도 합리적인 규범을 제시함으로써 당사자들의 예측가능성을 제공하여 보다 활발한 무역거래의 발전에 큰 역할을 할 것이며, 평등과 상호이익을 기초로 하는 국제무역의 발전에 국가간의 우호를 촉진하는데 중요한 요소임을 고려하여 국제무역에 있어서 법률적 장벽을 제거, 자국의 무역발전을 통한 국가경제의 발전을 기대할 수 있다.

본 논문에서는 CISG가 우리나라에 발효됨에 따라 우리나라 기업들도 국제물품거래계약에 있어서 준거법으로서 CISG의 적용을 받게 된다. 그러므로 무역계약에 적용되는 법규들의 적용과 해석문제에 대해 연구하였으며, CISG상의 위험이전에 대하여 Incoterms와 우리 민법상의 위험이전과 비교법적으로 고찰하고 그 문제점에 대해 살펴보았다. 따라서 CISG는 위험이

---

8) Johan Erauw, "The risk of loss and passing", *Journal of law and commerce*, 2003.

9) Andreas Alsterberg, "*Transfer of risk*", *facility of law university of land,* 2007.

전규정의 문제점의 정비로 인해 국제물품매매계약에서의 통일법규로서 역할을 다하기를 기대한다.

제 II 장 국제물품매매계약의 특징과 위험부담

제 1 절 국제물품매매계약의 의의와 특징

가. 국제물품계약의 의의

국제물품매매는 국제무역거래의 주체인 매매당사자가 물품을 대상으로 매도인의 청약(offer)과 매수인의 승낙(acceptance)이라는 의사표시의 합의에 의하여 채권관계의 발생을 목적으로 하는 물품매매계약을 체결함으로써 국제물품매매계약이 성립된다. 이 국제물품매매계약에 따라 매도인은 물품을 인도(송부)하고, 매수인은 그 대금을 지급(반대급부)함으로써 계약의 이행이 이루어진다. 따라서 국제계약은 「서로 다른 국가영역에 영업소를 둔 당사자간의 국제상거래(international commercial transaction)에 관한 계약」이며, 곧 국제물품매매계약(Contracts for the International Sales of Goods)이란 상이한 국가에 영업소를 두고 있는 당사자들 사이에 물품 소유권의 국제적 이전이 발생하는 계약이라 할 수 있다.[10)]

이러한 국제매매에는 국제운송에 의한 물품의 이전이 필수적이며, 매도인은 물품대금 지급에 대한 어떤 형태의 보장이 없으면 그 물품에 대한 법적 권리(legal rights)를 계속 보유하고자 하고, 한편 매수인도 그 물품에 대한 법적 권리를 보유하기 전에는 대금을 지급하지 않게 된다.

나. 국제물품매매계약의 특징

국제물품매매는 물품이 국경을 넘어 이동하며, 운송, 보험 등이 개재되고 타국의 법률, 국제조약의 적용가능성이 있기 때문에 국내매매와는 다른 많은 특징을 가지고 있다.

첫째, 국제물품매매계약에 있어서 일방당사자가 타방당사자에게 그 자신의 일반거래조건으로 청약을 하고 타방당사자는 그 자신의 일반거래조건으로 승낙하는 경우가 종종 있다. 당사자가 교환하는 이러한 일반거래조건들은 보통 일치되지 않으며,[11] 이 경우 당사자간에 계약이 성립하는지, 또 계약이 성립되는 경우에 어느 당사자의 일반거래조건이 적용될 것인가 하는 것이 문제되는데, 이러한 상황을 일컬어 서식분쟁(The battle of forms)이라고 한다.[12]

둘째, 국제적 결제에 관한 문제를 보면, 국제물품매매는 다른 법역에 거주하는 당사자간에 신용장 등의 결제수단, 화환어음관리, 통화 등에 관한 문제 등이 생기게 된다.

셋째, 이법역간의 분쟁해결방법 및 강제의 문제를 살펴보겠다. 준거법(proper law)으로서 인정한 국가의 법을 선택하게 되면, 국제거래규정의

---

10) 고준환, 「국제거래법론」, 경진사, 1982, p.139.

11) 서식상에 인쇄된 다른 조건들은 각자가 그 자신의 이익을 위해 작성하기 때문이다.

12) "서식조항불일치에 따른 분쟁"이라고 번역하는 견해도 있다. : 최명국, "국제물품매매계약에서 "The battle of forms"에 관한 일고찰", 무역학회지, 한국무역학회, 제13권, 1988, p.331. ; Clive. M. Schmitthoff, *Export Trade,* London 8th ed. Stevens & Sons., 1986, p.83.

통용 여지가 사라져버릴 것이다. 그러나 통상당사자가 전혀 보충을 요하지 않는 정도의 상세한 계약서를 사용하는 경우는 없을 것이고, 특히 구제에 관한 충분한 규정이 있는 경우는 없을 것이고, 특히 구제에 관한 충분한 규정이 있는 경우는 적을 것이므로, 계약의 당사자에 대한 외국법원의 관할권의 문제 및 외국판결 또는 중재판결의 집행의 문제가 발생하게 된다.

넷째, 물품의 국제적 운송은 국제물품매매에서 중요한 핵심적 요소이다. 실제로 물품의 운송은 국제매매거래상의 주된 목적이며, 매매당사자가 체결하는 매매계약의 종류는 운송방식에 따라 큰 영향을 받는다.

현대 국제물품매매에서 무역상품의 물적 유통(physical distribution)의 문제는 복잡성을 더해 가고 있다. 특히 컨테이너화의 진전으로 「door to door」의 수송체계를 확립함으로써 해륙일괄운송 내지 협동일괄운송의 실현으로 종래 선박운송을 전제로 한 FOB계약에서의 위험의 분기점인 본선의 선측난간(ship's rail)은 별 의미가 없게 되었으며,[13] 복합운송에서 운송물품이 멸실·손상되는 경우 누가 책임을 부담해야 하는가의 문제가 발생하기 때문에 국제물품매매에서 운송은 매우 중요하다.[14]

물품의 운송과 밀접하게 관련되는 것은 보험의 문제이다. 물품은 원격지 사이에 운송되어야 하는데다가, 경우에 따라서는 환적의 경우까지 고려하여야 하므로 손실위험에 처하게 되며 매도인과 매수인은 일정한 형태의 보험을 필요로 한다.

운송계약에 의하여 물품이 운송인의 수중에 있는 동안에 운송인은 그 물품에 대하여 생기는 멸실 또는 손상에 대하여는 그 소유권에게 책임을 질 수 있으나 모든 손해가 운송인의 과실에 기인하여야 하는 것은 아니며, 설사 운송인의 과실에 기인한다고 하여도 운송계약에 의하여 운송인은 책임

13) 오원석, "국제복합운송에 따른 FRC무역계약에 관한 일연구", 「무역학회지」, 한국무역학회 제9권, 1984, p.166.

14) D. M. Day, *The Law of International Trade*, Butterworths., 1981, p.2.

을 면하거나 일정한 한도까지만 책임을 지게 된다. 따라서 국제물품매매에서는 보험이 필요하게 되며, 누가 부보 할 것인지의 문제는 매매계약에서 정하게 된다.[15]

다섯째, 국제물품매매에 있어서 양당사자는 서로 다른 법역에 존재하고 있으므로 동일한 매매계약에 적용되는 준거법이 다를 수 있다. 즉 당사자가 속한 나라의 법이거나 또는 제3국의 법이 준거법으로 적용될 수 있다.[16]

이러한 법의 충돌(Conflict of Law)의 문제는 국제사법의 일반원칙에 의해 해결되는 것이 보통이지만, 이러한 저촉법의 원칙에 관계없이 외국법이 적용될 가능성이 있다. 즉 국제매매는 국내매매와는 달리 국가정책상 국가기관에 의한 각종 통제가 행하여지는 경우가 발생하게 된다. 이 때 당사자의 의사와는 관계없이 일방적으로 외국법이 적용될 수 있다.[17]

여섯째, 국제거래는 매매당사자가 먼 곳에 각각 영업소를 가지고 편지나 전보에 의하여 상담을 진행하는데, 그 통신은 간결한 표현을 사용하는 경향이 있다. 이러한 내용이 극히 간결한 형태의 표현에도 불구하고, 대량의 화물을 원거리 해상운송 하에 외국시장에 매각하는 국제거래가 신속하고 안전하게 행하여지는 이유는 주로 국제상관습에 기한 묵시조항에 의하여 매매계약이 보충되고 있기 때문이다.

일곱째, 국제물품매매에는 당연히 국제간의 소유권의 이전, 점유권의 이전, 운송수단의 이용, 보험계약의 개입, 국제결제수단의 사용 및 대금지급확보를 위한 화환신용장제도의 이용이 수반하게 된다. 이리하여 국제거래의 원활한 이행을 위하여 물품에 대한 서류화, 즉 권원증권화가 필요하게 된다.

그리하여 매도인은 물품을 상위하는 선하증권(bill of lading : B/L), 화물상환증(waybill)과 같은 권원증권(document of title)을 매수인에게 인도

---

15) 박홍근, 「상행위법」, 법문사, 1989, p.564.
16) D. M. Day, *op.cit.*, p.155.
17) C. M. Schmitthoff, *op.cit.,* p. 5.

함으로써 물품의 인도가 이루어진 것으로 추정하게 되는 것이다.[18]

제 2 절 위험과 위험부담

가. 위험

(1) 위험의 개념

매매계약의 이행과정에 있어 무역매매는 그 특수성으로 인하여 항상 위험에 직면하게 된다. 그리고 이러한 위험은 구체적인 손해의 발생시 매매목적물을 상실시키고 매매이익의 획득기회를 위협하게 된다.

위험이란 물품이 멸실 또는 손상을 입은 때에 당사자 일방이 그 손실을 입을 가능성을 의미한다. 즉 위험이 매매계약의 매도인으로부터 매수인에게로 이전되는 것은 그 위험을 부담할 책임이 매도인으로부터 매수인에게 이전되는 것을 의미한다. 이러한 위험이 매매계약의 이행에 영향을 미칠 때 법률적 의미의 위험이 된다. 이러한 법률적 의미의 위험은 당사자의 계약상 권리의무의 존속과 이행에 관계를 가지게 되며 이러한 관계는 결국 위험부담 내지 위험의 이전문제로 귀착된다.

일반적으로 위험이란 생활이익에 대해 어떠한 위해가 가해질 염려가 있는 상태를 가리키지만, 매매계약에서 위험부담이나 위험이전에 있어서의 위험은 채권의 목적이 계약당사자의 쌍방의 책임이 없는 사유로 이행할 수

18) C. M. Schmitthoff, *Ibid.,* p. 7.

없게 된 경우 그로 인한 불이익을 말한다.

(2) 위험의 의의와 종류

학자에 따라 위험을 분류하는 방법과 개념의 정의는 다소 차이를 보이고 있으나, 일반적으로 물건의 위험, 송부위험, 대가위험으로 나뉠 수 있다. 따라서 본고에는 위험의 유형을 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 물건의 위험은 일반적으로 계약관계, 즉 채권·채무관계의 존재와는 상관없이 일정한 물건에 대하여 가해지는 위험을 말하는 넓은 의미의 위험으로서 이를 물적 위험 또는 물건의 위험이라고 한다. 계약관계의 존재 여부와는 상관없이 일정한 물건이 불가항력으로 멸실 또는 훼손됨으로 인해 그것을 가지지 못하게 되는 불이익을 말한다. 이 경우 그 물건의 위험은 보통 그 물건에 대한 권리자가 부담하는 것이 일반적이다. 그러나 그 물건이 타인에게 인도될 것인 경우에는 인도 받을 사람이 위험을 부담한다.[19]

둘째, 급부위험이란 급부대상인 물품이 계약 체결후에 채무의 이행이 완료되기 전에 채무자의 책임없는 사유로 멸실 또는 훼손된 경우 채무자, 즉 매도인의 급부는 그 범위내에서 이행불능이 된다. 따라서 이러한 경우 매도인이 그러한 물품을 한 번 더 급부해야 하는 위험을 급부위험 또는 이행위험이라고 한다.[20]

특정물 매매인 경우 목적물인 물품이 채무자의 책임없는 사유로 멸실 또는 손상되면 동일한 다른 물품의 급부가 불가능하다. 따라서 이때의 급부위험은 매매계약의 체결과 동시에 매수인에게 이전하며, 이러한 경우 매수인은 그로 인한 급부위험을 부담하게 되므로 멸실 또는 훼손된 물품과 동일한 물품의 재급부를 매도인에게 요구할 수 없게 된다. 특정물은 물품이

19) 이은영,「채권각론」, 박영사, 2001, p.174.
20) 조성종, "국제물품매매계약상의 위험이전", 명지대학교박사학위논문, 1995, p.20.

멸실 또는 훼손된 경우 종류물과는 달리 매도인이 그와 동일한 물품을 매수인에게 제공한다는 것은 불가능하다. 이로 인해 매수인은 특정물을 취득할 수 없으므로 그에 대한 손해는 매수인이 부담하는 결과가 된다.

종류물 매매인 경우 계약당시에 목적물이 특정되지 않고 물품의 종류·품질·수량 등으로만 정해지기 때문에 채무자가 목적물의 특정이 있을 때까지는 급부위험을 부담하게 되는 것이 원칙이다.

셋째, 대가위험이란 쌍무·유상계약에서는 당사자 일방의 채무가 급부불능이 되어 채권이 소멸한 경우에는 이와 대가적 관계에 있는 반대 채권의 운명이 문제되는데, 쌍무·유상계약에서 계약목적물인 물건의 멸실로 말미암아 대가를 못받게 되거나 또는 멸실에도 불구하고 상대방에게 손해배상청구도 못한채 대가만을 지불해야 하는 불이익을 말한다.[21] 이와 같은 매매계약에 있어서의 대가위험은 그 위험의 부담당사자를 기준으로 매수인의 대가위험과 매도인의 대가위험으로 나누어진다. 매수인의 대가위험은 물품매매에서 물품이 멸실 또는 손상되어 매도인이 그의 급부의무를 이행치 않았음에도 불구하고 매수인이 반대급부를 이행해야 하는 위험을 말하고, 매도인의 대가위험이란 물품의 멸실 또는 손상으로 매매대금청구권을 상실하게 되는 위험을 말한다.

나. 위험부담

(1) 위험부담의 의의

위험은 불이익의 상태를 의미하는 개념이지만, 위험부담이란 입법정책적

21) 이은영, 앞의 책, p.175.

개념으로서 쌍무계약에 있어서 반대급부위험, 즉 대가위험을 누가 부담하는가의 문제이다.

위험부담의 문제는 채무자의 채무이행이 완료하지 아니한 것을 전제로 하며, 만일 채무자가 자신의 채무를 완전히 이행하였다면 위험부담의 문제는 발생하지 않는다.[22]

위험의 부담은 매매의 목적물이 계약당사자의 책임 없는 사유로 멸실 또는 훼손되어 매도인의 채무가 이행불능 상태로 되었기 때문에 발생한 손해가 누구의 부담으로 돌아갈 것인가 하는 의미이다. 따라서 위험을 매도인이 부담한다고 하면 그는 이행불능에 의하여 채무를 면하지만 동시에 반대급부의 이행을 청구할 권리도 상실한다는 의미이다. 반대로 위험을 매수인이 부담한다고 하면 매도인은 채무를 면함과 동시에 매수인에 대하여 반대급부의 이행을 청구할 권리를 보유하게 되어 결국 손해는 매수인에게 이전한다는 것을 의미하게 된다.

(2) 위험부담과 위험이전

우리 민법 제537조[23]에 의하면 계약이 체결된 후 채무의 이행이 있을 때까지 양 당사자의 책임없는 사유로 계약의 목적물이 멸실 또는 훼손되어 매도인의 채무이행이 불가능하게 되는 경우 채무자는 그로 인한 위험을 부담하게 된다.[24] 채무자는 어느 시점부터 위험을 부담하는 지위를 면하고

22) 양창수, 「위험부담」, 고시연구, 1990. 12., p.41.

23) 민법 제537조. 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.

24) 쌍무계약에 있어서 계약 당사자 중 일방이 부담하는 채무가 자신의 책임없는 사유로 인해 이행불능으로 된 경우는 상대방도 또한 반대급부의무를 면할 수 있다는 채무자주의는 일방의 채무가 이행불능으로 소멸하면 상대방의 채무도 소멸하게 된다는 측면에서 우리 민법도 같은 입장을 취하고 있다. 그러나 우리 민법은 단순히 누가 위험을 부담한다는 원칙만을 규정하고 있을 뿐 구체적인 거래관계에서 언제 위험이 이전하는가

그 위험이 채권자에게 이전하는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 따라서 위험부담과 관련하여 문제가 되는 것은 위험의 이전시기이다.

즉, 위험부담이라는 용어는 위험에 대한 책임의 소재를 기준으로 할 때 사용하고, 위험이전이라는 용어는 언제부터 그러한 위험을 부담할 것인가 하는 위험부담의 주체가 변경되는 시점을 기준으로 할 때 적절하다고 볼 수 있다. 이는 결국 계약의 목적물인 물품의 멸실 또는 훼손이 계약당사자 쌍방의 책임없는 사유로 발생한 경우 그러한 위험을 누가 책임지느냐 하는 문제는 위험부담의 문제이며, 언제부터 위험에 대한 책임을 지느냐 하는 문제는 위험이전의 문제가 된다.

매매계약에서 채무자에게 책임없는 이행불능의 경우에 그 채무는 소멸하므로 대가관계에 있는 채무를 어떻게 하느냐에 관하여 위험부담의 문제가 생긴다. 이 때 채권자의 귀책사유로 이행불능이 발생하였다면 채권자가 위험을 부담하고 따라서 채권자가 부담하는 채무는 소멸하지 않는 것이 당연하다. 반대로 당사자 쌍방에게 책임없는 사유로 이행불능이 되었다면 그 위험을 누구에게 부담시키는 것이 타당한 것인지를 결정하는 것은 어려운 문제로서 위험부담 법제의 중심적인 문제를 이룬다. 곧 위험이전에 관한 문제는 이러한 위험부담의 귀속문제를 결정하는 것이다.[25] 이러한 경우 위험부담에 귀속문제일 경우 당사자간의 합의가 있을 경우에는 그에 따르면 되지만, 합의나 계약의 해석을 통하여 위험 배분을 할 수 없다면 법률에 의해 정해진 결과를 토대로 위험의 귀속문제를 결정하게 된다.

제 3 절 위험부담에 관한 입법주의

에 대한 언급은 없다.

25) 윤황지, “쌍무계약에 관한 일고찰”, 강남대학교논문집, 제37집, 2001, p.15

위험부담에 관한 원칙은 위험의 배분과 이전에 관한 문제로 대별된다. 전자는 매매계약의 목적물에 대한 위험을 소유자, 채권자 또는 채무자 중 누가 부담할 것인가에 대한 기준을 설정하는 문제이며, 후자는 매매계약에 있어서 목적물에 대한 위험을 계약의 체결시점과 계약의 종료시점 중 어느 시점에서 매도인으로부터 매수인에게 이전 시킬 것인가 하는 문제이다.

국제물품매매계약에서 계약이행 중 위험이 어느 시점에 매도인에게서 매수인에게로 이전되는가에 대한 문제는 각국의 입법례에 따라 다르게 나타난다.

위험을 부담하는 주체를 기준으로 하는 경우 채무자주의, 채권자주의, 소유자주의 등으로 분류되고 위험의 이전시기를 기준으로 하는 경우에는 계약체결시주의, 소유권이전시주의, 인도주의 등으로 분류된다.

가. 위험의 배분에 관한 입법주의

<표1> 위험의 배분에 관한 입법주의

	위험을 부담하는 주체	채택국가	한계
채무자주의	채무자가 위험을 부담	한국, 독일, 일본, 스위스	위험부담의 원칙과 위험의 이전시기를 함께 규정하는 것이 보통
채권자주의	채권자가 위험을 부담	로마,프랑스, 스위스	쌍무계약의 취지에 부합되지 않음
소유자주의	소유자가 위험을 부담	영국, 미국	시대에 뒤떨어진 법리라고 할 수 있음

(1) 채무자주의

채무자주의는 쌍무계약에서 일방 당사자가 부담하는 채무가 양당사자의 책임없는 사유로 이행불능이 된 경우 채무자가 위험을 부담해야 한다는 입법주의를 말한다.

이는 게르만법의 전통에 기초를 두고 있으며, 우리 민법(제537조), 독일 민법(제323조 제1항), 일본민법(제536조 제1항), 스위스 채무법(제119조 제2항)등에서 채무자주의를 채택하고 있다.

채무자주의에서 위험의 이전시기에 관한 문제를 들 수 있다. 예컨대, 어떤 물품을 갑이 을에게 100만원에 매각하는 계약을 맺었는데 이 물품이 병의 방화로 소실되어 이행불능이 된 경우에 갑은 물품의 인도채무를 면하고 그것과 대가적 관계에 있는 을의 대금지급 채무도 또한 소멸한다는 것이다. 이 경우에 채무를 면한 갑은 대가관계를 청구할 수 없게 되고 병에 대한 손해배상청구는 자신의 책임하에 처리하여야 하며 만일 물품이 불가항력으로 소실되었다면 누구에게도 그 구제를 구할 수 없게 된다.[26]

이에 관하여 즉 독일 민법 제323조 1항은 쌍무계약 일반에 대하여 「당사자일방은 자기가 부담하는 급부가 당사자 쌍방의 책임에 돌아갈 수 없는 사유로 인하여 불능하게 된 때에는 반대급부의 청구권을 상실한다」고 규정하고 있다. 한편 우리 민법 제537조에서는 「쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다」고 규정하고 있다.[27] 따라서 이러한 국가들은 채무자주의를 취하고 있음을 알 수 있다.

(2) 채권자주의

---

26) 엄광열, “국제물품매매계약에 있어서 위험이전에 관한 고찰”, 건국대학교 학술논문집, 1998. p. 69.

27) 민법 제537조

채권자주의는 쌍무계약에서 일방의 당사자가 부담하는 채무가 양당사자의 책임없는 사유로 이행불능이 된 경우 채권자가 위험을 부담하여야 한다는 입법주의를 말한다. 채무자주의의 예에서 채무를 면한 갑은 그의 채권자 을에 대하여 대가채무의 이행을 요구할 수 있다는 것이다. 따라서 갑은 아무런 불이익을 받지 않으나, 채권자 을은 자신의 채무는 이행하면서 갑에게 채무의 이행을 요구하지는 못한다. 다만 을은 갑의 병에 대한 손해배상청구권을 승계한다. 그렇지만 그 실현의 성부에 관한 위험은 스스로 부담하여야 하고, 만일 건물의 멸실이 불가항력에 의한 것이면 아무에게도 그 구제를 할 수 없게 된다.[28]

이에 관하여 채권자주의는 다시 위험이전의 시기가 어느 시점부터인가, 다시 말하면 채권자(매수인)가 목적물에 대하여 어느 정도의 실질적 관계를 가지게 될 때에 위험을 부담하는 것으로 하는가에 따라 위험이전시를 기준으로 두 가지로 구분할 수 있다.

하나는 계약체결시주의로서, 스위스 채무법 제 185조 1항에서 「특정 또는 특별한 사유가 없는 한, 물건의 사용 및 위험은 계약의 체결과 동시에 매수인에게 이전한다」고 규정하고 계약체결시부터 위험이 채권자에게 이전하는 것으로 규정하고 있다. 일본 민법 제 534조 1항은 특정물의 이전에 관하여 계약체결시주의를 취하고 있다.

다른 하나는 프랑스 민법 제1138조 2항 본문에서 규정한 물건인도채무에 있어서 인도하여야 할 때부터 소유권과 함께 위험이 채권자에게 이전하는 소유권이전시주의이다.[29]

채권자주의는 “좋은 기회와 나쁜 기회의 균형(*une balanceentre*

28) 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, p.104.
29) 황적인, 「현대민법론 IV」, 박영사, 1983. p. 45.

lesbonnest mauvaises chances)", "이익이 돌아가는 곳에 손해도 돌아간다(*Cujus commodum, ejus et periculum esse debet*)"라는 법언에 충실한 법리이며, 로마법, 프랑스민법(제1138조), 스위스채무법(제185조)등에서 채택하고 있다.

채권자주의에 의하면 채권자는 아무런 급부를 받지 못했음에도 불구하고 자신의 급부를 이행하지 않으면 안되는 결과가 되므로 공평의 원리에 충실하지 못할 뿐만 아니라 본래 이행의 교환을 목적으로 하고 있는 쌍무계약의 취지에는 부합되지 않는다.

(3) 소유자주의

소유자주의는 계약에 있어서 목적물의 소유권이 채권자에게 이전된 때부터 채권자에게 위험이 이전되는 것을 원칙으로 하는 입법주의이다. 이행불능이 된 목적물의 소유자가 위험을 부담한다는 태도이며, 이는 로마법 이래 "재해는 소유자가 부담한다(*casum sensit dominus res perit domino*)"라는 법언에서 기원을 찾을 수 있고,[30] 소유자주의에서는 물품의 멸실 훼손시에 그 물품의 소유권을 가지고 있는 자가 그 위험을 부담한다. 영국의 1979년 물품매매법(Sales of Goods Act, SGA)과 미국의 1906년 통일매매법 등이 이 원칙을 취하였다. 원칙적으로 물품매매의 경우 위험은 물품의 소유권의 이전과 더불어 이전하는 것으로 추정되고 그 소유권 이전 시기는 당사자의 합의에 따르고 인도의 유무에 의하지 않는다.

소유자주의는 물권변동에 대하여 형식주의를 취하는가, 의사주의를 취하는가에 따라 그 결과를 달리할 뿐만 아니라, 위에서 언급한 법언의 이치만 가지고 위험부담의 문제를 해결하기에는 그 근거가 약하다. 왜냐하면 소유

30) Benjamin, *Sales of Goods*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 245

권의 귀속여부는 제3자에 대한 관계에서 제기되는 문제인데 반하여 위험부담은 계약당사자간의 문제이기 때문이다.

매매계약에서는 소유권의 이전시점이 명확하지 않을 뿐만 아니라, 소유권과 계약의 목적물이 각각 별개의 경로를 통하여 이전되는 경우가 흔히 있을 수 있기 때문에 위험부담과 소유권과 관련하여 논하는 것은 시대에 뒤떨어진 법리라고 할 수 있다.

나. 위험의 이전시기에 관한 입법주의

(1) 계약체결시주의

계약체결시주의는 원칙적으로 소유권의 이전을 내용으로 하는 계약체결과 동시에 위험도 이전하도록 정한 입법주의를 말한다.

이 원칙은 매매계약의 체결만으로 그때부터 매수인이 위험을 부담하게 되는 원칙이다. 이 원칙은 매매의 완성에 의해서, 즉 특정물의 매매 및 가격에 대한 합의가 있고 조건 없이 계약이 체결되면 그때부터 매수인이 위험을 부담하였던 로마법의 원칙에 근거를 두고 있다. 이러한 로마법의 매수인 위험부담원칙(periculum est emptoris)은 보통법에 이어졌고 또한 그 타당성에 대하여 이론적으로도 많은 근거들이 제시되었다.[31] 그 근거는 계약의 체결과 더불어 매수인은 목적물의 채권자가 되고, 매도인이 채무자가 되는데, 목적물이 우연한 사고로 멸실된 경우 그 물건이 특정물인 때에는 채무자는 그의 채무를 면하지만, 매수인의 채무이행은 이로 인해 아무런 영향을 받지 않는 데 있다고 한다.

매수인이 물품의 점유를 취득하기 전이라도 계약의 체결만으로 위험이

31) 최수정, 위의 책, p. 53.

이전한다는 원칙으로서 매수인의 신속한 수령을 장려하여 수령을 지체한 매수인은 그로 인한 불이익을 부담해야 한다는 이론적 근거에서 계약체결과 동시에 인도가 가능하지 아니한 대부분의 국제매매의 실정에 맞지 않다는 지적이 있다. CISG 제68조에서는 운송중 매각되는 물품의 위험은 계약체결시부터 매수인에게 이전한다고 규정하여 운송중 매각물품에 대하여는 계약체결시 주의를 원칙으로 하고 있다.[32] 이러한 원칙은 일본 민법(제534조 제1항), 쿠바, 칠레, 콜롬비아, 스페인 등의 많은 국가들이 이와 같은 입법주의를 취하고 있다.

(2) 소유권이전시주의

소유권주의는 '재해는 소유자가 받는다(*casum sensit dominus*)'라는 원칙에 의하여 물건의 멸실 또는 손상 당시에 그 물건에 대한 소유권을 가지는 자가 위험을 부담하는 입법원칙이다. 이에 의하면 매도인이 소유권을 가지고 있는 동안에 매매의 목적물이 불가항력에 의해 멸실한다면 매도인은 그 목적물 전체의 소유권을 잃어버릴 뿐만 아니라 반대급부인 대금청구권도 상실한다. 이에 반하여 이미 매수인에게 소유권이 이전한 후에 불가항력에 의해 물품이 멸실한 때에는 매수인이 위험을 부담하게 된다.[33] 위험부담에 관한 보통법(Common Law)에서는 전통적으로 소유자위험부담주의를 취하고 있다. 이것은 고래로 보통법에서는 소송법이 먼저 발달하고 실체법은 후에 발달하였으며, 실체법 중에서도 물권법(소유권법)이 먼저 발달하고 계약법을 포함한 채권법은 후에 발달하였는데, 매매 관계에세도 소유권관계의 변동에 따라 모든 문제를 해결하려 하였기 때문에 위험부담도 그러한 관점에서 취급된 것뿐이지, 위험부담문제만이 별도로 소유권위

32) CISG 제68조.
33) Gordon J. Borrie, *Commercial Law*, 5th edition, Butterworth, 1980, p.64

험부담주의라는 독특한 원리가 생긴 것은 아니다.

그러한 소유권위험부담주의는 소유권이전의 시점 자체가 불분명한 경우가 많아서, 이 경우에는 당사자의 의사를 추정하는 방법으로 그 시점을 정하였다. 당사자의 의사를 추정하는 과정에서 법관의 자의적인 판단을 야기하였으며, 결과적으로 법적 불안정을 야기하였다. 그리하여 CISG를 비롯하여 미국의 통일상법전(UCC), 독일의 민법전 등 현대의 매매법은 모두 인도주의로 통일하여 가는 추세이다.

이러한 원칙은 로마법과 함께 자연법의 영향을 많이 받은 프랑스 민법(제1138조)과 대륙법과는 독자적으로 발전되어 온 영국 물품매매법(제20조)에서 찾아 볼 수 있다.

(3) 인도주의

인도주의란 매도인이 자신의 물품 인도의무를 이행할 때 물품의 멸실 또는 손상에 대한 모든 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전된다는 부담원칙이다. 즉 목적물의 점유가 매수인에게 이전될 때 위험도 이전한다.

목적물의 인도는 그 물품을 매수인의 지배·관리하에 두는 것을 의미하고 매도인은 채무의 이행을 한 것이므로 그 시점부터는 반대급부인 대금을 받는데 필요한 사실상의 행위를 다한 것이라고 보아야 한다.[34] 위 사실을 살펴볼 때 인도시주의가 쌍무계약의 존속상의 견련성에 가장 적합한 태도라고 할 수 있다.

미국통일상법전(제2-509조 제3항), 독일 민법(제326조 제1항), 한국의 민법(제 537조),[35] CISG 등과 오늘날 무역관행을 잘 반영하고 있는

34) 김형배, 앞의 책, p. 166.

35) 민법 제 537조에 의하면 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다. 따라서 이행할 수 없게 된 채무자가 대가위험을 부담한다. 즉, 민법은 채무자 위험부담주의를

Incoterms상의 모든 무역거래조건에서 이러한 입법정책을 바탕으로 하여 매매계약 당사자간의 위험의 이전을 규정하고 있다.

취한다. 이를 위험의 이전시기라는 동적인 관점에서 보면 민법상 위험은 계약이 완전히 이행된 때에 이전한다. 곧 채무자가 계약상의 급부의무를 완료한 시점은 그 때이다.

제 III 장 국제물품매매계약상의 위험이전에 관한 비교분석

제 1 절 CISG상의 위험이전

가. CISG의 의의 및 위험이전관계규정의 구성

CISG「국제물품계약에 관한 UN협약」(United Nations Convention On Contracts for the International Sale of Goods, CISG)는 '사법통일을 위한 국제회의'(International Institute for the Unification of Private Law, UNITROIT)에 의하여 1964년에 채택된 '국제물품매매계약의 통일법에 관한 협약(Convention relating to a Uniform Law on the International Sales of Goods, ULIS)과 '국제물품매매계약성립통일법에 관한 협약'(Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contract in the International Sales of Goods, ULF)이 소수국가만의 동의로 발효 후에도 국제통일법으로서의 기능을 발휘하지 못한 것을 거울삼아 보다 세계적인 지지를 받을 수 있도록 ULIS와 ULF를 기초로 UNCITRAL이 이를 개선시킨 것이다.[36]

CISG는 1980. 4. 62개국 대표가 참석한 Vienna의 UN외교회의에서 만장일치로 승인되었으며, 1988. 1에 발효되었고, 우리나라의 경우 2004. 2

36) 강원진, 「국제상무론」 제3판(경기 : 법문사, 2000), p. 153.

에 UNCITRAL 사무총장에게 CISG에 대한 비준서를 기탁함으로써, 동 99조 제2항에 의거 2005. 3부터 효력이 발생하였다.

계약당사국들이 주로 유럽국가로 대륙법 영향을 크게 받은 헤이그 통일매매법에 비해 비엔나 협약은 국제무역사무와 영미법, 그 중에서도 미국통일상법전의 영향을 크게 받았다고 평가되고 있다.

당초 CISG는 국제물품매매를 규율하되 국가간의 상이한 사회적·경제적 및 법률적 제도를 참작하는 통일규칙을 제정함으로써 국제무역에 있어서 법률적 장벽을 제거하는데 공헌하며 또한 국제물품매매의 발전을 촉진한다는 목적 하에 제정되었다.

CISG는 그 적용을 국제물품매매에 한정하여 국제물품매매에 존재하고 있던 쓸모없는 유산을 제거하고, 국제성과 통일성을 위하여 각국 법원에게 CISG 해석 시 동협약의 국제적 성격·통일적 적용·신의준수의 원칙에 따를 것을 요구하되 이를 통해 해결되지 않을 때에는 CISG의 일반원칙에 따를 것을 요구하는 특징을 가지고 있다.[37]

(1) 위험이전의 원칙

CISG은 위험의 이전을 소유권의 이전과 결부시키지 않고 있고 다만 매도인의 기본적인 의무의 하나로 제30조[38]에서 매도인은 물품의 소유권을 이전하여야 한다라고만 규정하고 있어 위험이전시기에 관해서 인도주의를 택하고 있다.

CISG에서 국제물품매매에 관한 위험의 이전은 제3편 제4장에서 규정하

37) 오세창, " CISG규정에 Incoterms의 적용가능성", 무역상무연구 제23권, 2004, p.43.

38) CISG §30 : The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention.

고 있다. 위험이전의 일반원칙으로 제66조에서는 위험이 매수인에게 이전된 후에는 매수인에 대금을 지급하여야 함을 규정하고 있고 물품의 멸실 또는 손상이 당사자의 책임없는 사유로 발생한 경우에 대해서는 제67조에서 매매계약이 운송을 포함하는 경우, 제68조에서 운송중에 매매된 물품, 제69조에서는 기타의 매매 등으로 개별적으로 접근하는 유형별 접근방식을 택하고 있다.

CISG에서는 위험이전에 관해 제66~70조에서 규정하고 있는데, 위험이 일단 매수인에게 이전되면 물품이 멸실되거나 손실되는 일이 있더라도 매수인은 대금을 지급하여야 하는 의무로부터 면제되는 것이 아님을 명백히 하고 있다(제66조). 그러나 위험이 일단 매수인에게 이전된 후라 할지라도 물품의 멸실 또는 손실이 매도인의 행위 또는 부작위로 인하여 발생하였을 때는 매수인의 지급의무는 면제된다.[39]

제67조는 운송위험에 관한 일반원칙으로 제1항은 매매계약이 물품의 운송을 포함하고 매도인이 특정장소에서 물품을 인도할 의무가 없는 경우에 위험은 최초운송인에게 물품을 인도한 때에 매수인에게 이전되지만 특정한 장소에서 물품을 인도하는 경우에는 그 장소에서 운송인에게 물품을 인도하는 때에 위험이 매수인에게 이전된다고 규정하고 있다. 다만 매도인이 물품의 처분을 지배하는 서류를 보유할 권한을 가진다는 사실은 위험이전에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다. 제2항은 위1항의 경우에도 불구하고 물품이 화인, 선적서류, 매수인에 대한 통지, 기타의 방법에 의해 계약에 정히 특정될 때까지는 위험이 매수인에게 이전하지 않음을 규정하고 있다.[40]

제68조는 운송중인 물품의 매매와 위험에 관한 조항으로서 운송중 매각되

---

39) John. O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention,* 2nd ed, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, pp. 453-454

40) CISG §67

는 물품은 계약체결시로부터 위험이 매수인에게 이전하며 위험이 보험증권에 의하여 운송인에게 물품이 인도된 때부터 담보된 경우에는 운송서류를 발행한 운송인에게 물품이 인도된 때부터 위험을 매수인이 부담한다고 규정한다. 그러나 매도인이 매매계약체결시에 물품이 이미 멸실 또는 손상되었다는 사실을 알았거나 알았어야 했고 이를 매수인에게 밝히지 아니한 때는 물품의 멸실 또는 손상에 대한 위험은 매도인이 부담한다고 규정하고 있다.[41)]

제69조는 기타의 경우에 위험의 이전을 규정하고 있다. 제1항에서는 제68조 및 제68조에 해당되지 아니한 경우에 위험은 매수인이 물품을 수령하는 때 또는 매수인이 적시에 수령하지 아니한 경우에는 물품이 매수인의 처분하에 있고 또한 매수인이 물품을 수령하지 아니하여 계약 위반된 때부터 매수인에게 이전한다고 규정하고 있다. 제2항에서는 매수인이 매도인의 영업소 이외의 장소에서 물품을 수령해야 하는 경우에는 인도기일이 도래하고 물품이 그 장소에서 매수인의 처분하에 놓인 사실을 매수인이 안 때 위험이 이전한다고 규정하고 있다. 제3항에서는 계약이 특정되지 않은 물품과 관련 있을 때는 물품이 계약에 분명히 특정되기 까지 물품은 매수인의 처분하에 놓인 것으로 보지 않음을 규정하고 있다.[42)]

제 70조는 매도인의 계약위반과 위험의 이전에 관해 규정하고 있는데 매도인이 근본적 계약위반을 범한 때에는 그 위반사유로 매수인이 행할 수 있는 구제권을 침해하지 못함을 규정하고 있다.

구체적으로 CISG에서 규정된 위험이전에 관하여 인도와 연관하여 운송을 포함한 경우, 운송중인 경우 및 운송을 포함하지 않는 경우로 구분하여 살펴보고자 한다. 아래의 <표2>는 인도와 위험이전에 관한 것이다.

---

41) CISG §68
42) CISG §69

<표2> CISG의 위험이전시기

전제조건		조문	위험이전의 시기
물품의 운송을 포함하는 계약	매도인이 특정장소에서 인도할 의무를 지고 있지 않는 경우	제67조 제1항 제1문	최초의 운송인에게 인도된 때
	매도인이 특정장소에서 운송인에게 인도할 의무를 지고 있는 경우	제67조 제1항 제2문	운송인에게 인도된 때
운송중의 물품의 매매	원칙	제68조 제1문	계약 체결시
	주위의 상황이 운송인에게 인도된 때부터 매수인이 위험을 부담하고 있는 것을 나타내고 있는 경우	제68조 제2문	운송인에게 인도된 때
기타의 경우	매수인이 매도인의 영업지에서 물품을 인수할 의무를 지고 있는 경우	제69조 제1항	매수인이 물품을 인도한 때 또는 매수인이 물품을 적시에 인도하지 않은 경우에는 물품이 매수인의 처분에 맡겨지고 또한 매수인이 인도를 수령하지 않은 것에 의해 계약위반으로 된 때
	매수인이 매도인의 영업소 이외의 장소에서 물품을 인수할 의무를 지고 있는 경우	제69조 제2항	인도기일이 도래하고 물품이 매수인의 청분에 맡겨진 사실을 매수인이 안 때

나. CISG상 매매 유형별 위험이전

(1) 위험부담의 일반원칙

CISG 제66조 본 조항은 “위험이 매수인에게 이미 이전한 후의 물건의 멸실 또는 손괴는 매수인의 대금 지급의무를 면제하지 못한다. 단, 그 멸

실 또는 손괴가 매도인의 작위 또는 부작위에 의한 것일 때에는 그렇지 않다"라고 규정하여 위험부담의 일반적 규정을 담고 있다.

본 조는 매도인의 행위 즉 작위 또는 부작위를 포함한 일체의 행위로 인한 물건의 멸실 또는 손괴가 아닌 이상, 위험은 이미 매도인을 떠나 매수인에게 귀속된다는 일반원칙을 설명하고 있다. 즉, 위험이 매수인에게 이전한 후라 할지라도 매도인은 자신의 작위 또는 부작위에 의한 멸실 또는 손괴에 대해서는 책임을 면할 수 없다고 보아야 한다.

CISG 제66조에서는 위험부담의 일반원칙에 대하여 규정하고 있다. 본 조항에서는 "위험이 매수인에게 이전된 이후의 물품의 멸실 또는 손상의 경우 매수인은 대금지급의무를 면하지 못한다"고 규정하고 있다.

(2) 운송을 포함하는 매매

대부분의 국제매매는 운송(Carriage)[43]을 수반하는 것이 보통이며, 어떠한 운송수단을 택할 것인가는 지리적 상태, 물품의 유형, 당사자의 기호에 따라 달라진다. 따라서 보통 국제매매에는 모든 상황에서 위험이 이전되는 시점을 일일이 규정하기는 사실상 불가능하므로, 당사자들이 계약상 위험의 이전시기를 정하고 있는 것이 보통이나 그렇지 못할 경우에는 본 조항이 보충적으로 적용된다.

CISG 제67조에서는 매매계약이 물품의 운송을 예정하고 있는 경우에 관한 위험이전시기를 규정하고 있는데, 그 핵심은 물품이 운송인에게 인도될 때 위험부담은 매수인에게 이전된다는 것이다.

---

43) 제67조 제1항에서 운송의 개념은, 계약에 의하여 매도인이 자신의 트럭으로 물품을 인도해야 할 경우를 포함하고 있지는 않다. 이때에는 운송을 포함한 계약이 아니고 이러한 점유의 이전은 매도인이 자신의 운송수단을 이용할 때에는 일어나지 않는다. 따라서 매도인에 의한 운송은 여전히 매도인에게 있다.

무역거래에서는 운송을 수반하는 경우가 일반적이다. 물품이 매수인에게 인도되기 위하여 운송인 관리하에 있는 동안 위험부담자가 누구인가 하는 것은 물품의 현실적인 점유와 관계없이 결정되어야 한다. 따라서 CISG에서는 계약에서 물품에 대한 운송을 수반하고 있는 경우 위험은 계약에 따라 매수인에게 송부하기 위하여 최초의 운송인(공중운송인)에게 인도될 때 이전되도록 규정하고 있다(제67조 제1항). 이는 매매계약에서 특약이 없는 한 운송중의 위험은 매수인에게 부담시키고자 하는 의도로 해석된다.

(가) CISG 제67조 제1항

매매 목적물이 운송 중에 사고가 발생한 경우에 적용되는 제 67조의 기본원칙은 "물건이 최초의 운송인에게 인도된 때에 위험이 매수인에게 이전된다"는 것이다.

매매계약이 물품의 운송을 포함하고 그리고 매도인이 특정한 장소에 이를 인도하여야 할 의무가 없을 경우, 매매계약에 의하여 물품이 매수인에게 전달되도록 최초의 운송인에게 인도된 시기에 위험은 매수인에게 이전된다.(제67조 제1항 제1문) 그러면 이 경우에 해당하는 사례를 들어보자.[44]

<사례1>

미국의 동남부에 위치한 사바나에 소재하고 있는 매도인은 매매계약에서 프랑스의 북부해안의 르 하브르에 있는 매수인에게 선적을 요청하였다. 그 계약은 위험이 이전시점을 지정하지 않았고 또한 선적항도 정하지 않았다. 매도인은 사바나와 르 하브르 사이에는 바로 운송되지 않는다는 사실을 알게되었다. 그는 표준관행에 따라 사바나에서 뉴욕까지 운송인 A에게 운송

44) John O. Honnold, "Uniform Law and Uniform Trade Terms-Two Approaches to a Common Goal",The Transnational Law of International Commercial Transactions, Kluwer, 1982. p.462.

하게 하고 그 운송인에게 르 하브르까지 운송을 위하여 운송인 B에게 인도하도록 하였다. 그러나 르 하브르에서 물품의 검사에서 그것이 운송 중 손상되었다는 것을 발견하였다. 매도인과 매수인 중 누가 물품의 손상에 관한 책임이 있는지에 대한 사례이다.

이 경우 양당사자는 운송을 위한 물품의 인도를 위하여 특정한 장소를 정하지 않았기 때문에, 매도인이 최초의 운송인인 운송인 A에게 물품을 인도한 시기에 위험은 매수인에게 이전된다. 따라서 매수인이 물품의 손상에 관한 책임이 있다.

(나) CISG 제67조 제1항 2문

매도인이 특정한 장소에서 물품을 운송인에게 인도하여야 할 의무가 있는 경우, 물품이 그 장소에서 운송인에게 인도되어야만 위험은 매수인에게 이전된다.(제67조 제1항 제2문) 그러면 이 경우에 해당하는 예를 들어보자.[45]

<사례2>

프랑스의 내륙도시인 리온에 소재하고 있는 매도인과 미국 뉴욕의 매수인 간의 매매계약에서 “매도인은 마르셀에서 노스스타 선박에 물품을 인도한다”라고 되어있다. 물품이 마르셀에 운송도중 손상되었다. 매도인과 매수인 중 누가 물품의 손상에 관한 책임이 있는지에 대한 사례이다.

이는 매도인이 특정한 장소인 마르셀에서 물품을 운송인에게 인도하여야 할 의무가 있기 때문에 마르셀에 도착하기 이전에 발생한 물품의 손상은 매도인의 책임이다.

(3) 운송 중 물품의 매매

45) Honnold, *supra note* 9, p.461.

CISG 제68조에서는 운송중에 있는 물품의 매매의 경우 그 매매계약이 체결된 시점으로부터 위험은 매수인에게 이전된다[46]고 기본적인 규정을 정하고 있고 예외적인 상황으로 특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 목적물을 인도할 때 이전한다고 규정하고 있다.

또한 운송중의 물품을 매매하는 계약을 체결할 당시에 매도인이 물품이 이미 멸실 또는 손상되어 있었던 사실을 알았거나 알았어야 하였으면서도 그 사실을 매수인에게 알리지 아니하였을 경우에는, 그 멸실 또는 손상의 위험은 매도인이 부담한다고 규정하고 있다. 즉 위험의 부담이 매수인에게 전가될 수 없기 때문에 매도인 스스로 위험의 부담을 갖게 된다는 것이다.

따라서 운송중인 물품이 매매될 때 물품이 멸실 또는 손상된 사실을 매도인이 알지 못했을 경우에는 계약체결시에 위험이 이전하는 경우와 상황에 따라서 물품이 운송인에게 인도된 때 위험이 이전하는 경우 등이 있게 된다.

(4) 기타 경우의 위험

무역거래에서는 보편적이지 않으나 운송을 수반하지 않는 경우의 위험이전은 매도인의 영업소 인도시 위험이전과 기타장소 인도시 위험이전으로 대별된다.

첫째, 매도인의 영업소에서 물품을 수령할 의무가 있는 경우, 매도인의 영업소에서 매수인이 물품을 수령한 때로부터 위험은 매수인에게 이전된

46) CISG 제68조 : 운송중에 매각된 물품에 관한 위험은 계약 체결시로부터 매수인에게 이전한다. 그러나 사정에 따라서는 위험은 운송계약을 구현하고 있는 서류를 발행한 운송인에게 물품이 인도된 때로부터 매수인이 부담한다. 그럼에도 불구하고, 매도인이 매매계약의 체결시에 물품이 이미 멸실 또는 손상되었다는 사실을 알았거나 또는 알았어야 하는 경우에 이를 매수인에게 명확하게 밝히지 아니한 때에는, 그 멸실 또는 손상은 매도인의 위험부담에 속한다.

다. 또한 물품이 매수인을 위하여 언제라도 그 처분이 가능한 상태에 놓여져 있음에도 불구하고 매수인이 상당한 기간내에 물품을 수령하지 아니하면 이는 매수인에 의한 계약위반이 되며(제53조), 이 경우에도 위험은 매수인이 그 위반을 범한 때로부터 매수인에게 이전된다(제69조 제1항).

둘째, 기타장소 인도시 위험이전의 경우, CISG는 별도의 기준을 정하고 있다. 이 경우 위험은 인도기일이 도래하고 물품이 그 장소에서 매수인의 임의처분 하에 놓여진 것을 매수인이 안 때에 이전된다(제69조 제2항).

셋째, CISG 제67조 제3항의 '특정' 원칙의 해석상 당연히 "계약 체결시 특정되어 있지 않은 물품매매에 관한 경우에는, 물품은 계약의 목적물로서 명확히 특정될 때까지는 매수인의 처분 가능한 상태에 놓여있지 않은 것으로 본다"라는 본 조 제3항의 규정은 지극히 자연스럽고 당연한 결과이다. 따라서 불특정 상태에 있는 물품의 멸실 또는 손괴에 대한 위험은 제69조의 어떠한 경우라 하더라도 매도인이 부담한다는 것이다.

(5) 매도인의 계약위반시의 위험과 위험의 이전(제70조)

제70조[47]는 매도인의 본질적인 계약위반이 위험이 매수인에게 이전되지 못하도록 방해하는지 여부를 다루고 있다. 매도인이 본질적인 계약위반(fundamental breach of contract)을 범한 경우에는 매수인이 계약을 해제할 수 있기 때문에 계약해제로 인하여 위험이 매수인에게 이전되지 않기 때문에 위험은 매도인이 부담하게 된다.[48] 이 경우 매수인에게는 계약해제권, 대금감액권, 대체품인도청구권, 손해배상청구권까지도 선택적으로 행사할 수 있는 구제수단이 여전히 보장되도록 규정되어 있는 것이다. 즉, 손

47) CISG 제70조 : 매도인이 계약의 본질적인 위반을 범한 경우에는, 제67조, 제68조 및 제69조의 규정은 그 본질적인 위반을 이유로 매수인이 원용할 수 있는 구제를 침해하지 아니한다.

48) John O. Honnold, *op. cit.*, p.379.

해배상청구권의 행사는 다른 구제수단과 동시에 행사할 수도 있고, 다른 구제수단을 모두 제외하고 손해배상만을 청구할 수도 있는 것이다.[49]

매도인의 계약위반이 위험부담과 문제되는 경우는 다음 두 가지이다. 하나는 매도인의 계약위반이 물품의 멸실을 초래한 경우, 예컨대 매도인이 발송한 물품이 포장불량으로 손괴된 경우이다. 다른 하나는 매도인의 계약불이행과 상관없이 우연히 물품이 멸실된 경우, 예컨대 발송 중에 분실된 경우이다.[50]

<그림1> 매도인의 계약위반이 위험부담과 문제되는 경우

첫째의 경우는 물품의 멸실에 대하여 매도인에게 귀책사유가 있으므로 매도인에게 책임이 있고, 위험이전문제가 발생할 여지가 없다. 즉, 책임이 있는자가 위험도 부담한다.

둘째의 경우, 즉 매도인의 계약위반과 매매목적물의 멸실이 상호 관련이 없는 때이다. 예컨대, 매도인이 하자있는 물품을 송부하고 이것이 그 후 우연히 멸실·훼손된 경우에는 매수인의 위험부담으로 된다.

---

49) CISG §45

50) 최준선, 「국제거래법」, 삼영사, 1998. p.190.

제 2 절 Incoterms2000상의 위험이전

가. Incoterms의 위험이전의 기본원칙

(1) Incoterms 2000의 일반원칙

국제무역거래당사자들 간에 법률, 언어, 화폐 제도 및 관습 등이 다르기 때문에 매매계약조건을 둘러싼 분쟁의 가능성을 항상 내포하고 있다. 무역거래에 있어서 계약당사자들은 흔히 상대방 국가의 법률과 관습을 모르기 때문에 각국이 동일한 정형거래조건을 놓고 상이한 해석을 한다면, 이로 인하여 계약당사자들이 사이에는 각종의 오해와 분쟁이 야기될 수 있다. 따라서 국제무역의 거래조건과 관습을 통일시켜 각국의 무역거래에서 매매당사자 사이에 일어날 수 있는 무역 분쟁을 사전에 예방하여, 특정의 거래조건에 대한 상이한 해석으로 인한 불확실성을 제거하거나 최소화시켜 무역의 확대를 도모해 나가야 할 필요성이 대두되었다. 이에 무역거래상의 분쟁을 사전에 예방하여 국제무역의 발전을 도모하기 위하여 국제상업회의소(ICC)가 중심이 되어 제정한 「정형거래조건의 해석에 관한 국제규칙」(International Rules for the Interpretation of Trade Terms)이 Incoterms이다.

(2) 위험의 조기이전

위험의 이전은 경우에 따라 매도인이 인도의무를 이행하기 전에 매도인

에게서 매수인에게로 이전될 수 있다. 이러한 결과는 매도인이 매수인에게 물품을 인도하기 위해 요구되는 것을 매수인이 불이행한 경우, 또는 물품의 인수를 매수인이 불이행한 경우에 발생하게 되는데, 이를 위험의 조기이전(Premature passing of the risk)이라 한다. 그럼으로, 매수인은 매도인이 인도준비를 요청할 때 매도인에게 그러한 통지를 하여야 하거나(B7) 매수인은 F조건에서 운송인을 지명하고 합의된 바와 같이 운송인으로부터 물품을 취득하여야 한다. 또한, DDU에서 물품의 수입통관을 수행하는 매수인은 약정된 시간 내에 이것을 이행함으로써 매도인이 의도된 목적지까지 물품의 연속 운송(on-carriage)을 계속할 수 있도록 하여야 한다. 만약 매수인이 이것을 불이행 할 경우, 그는 자신의 불이행으로 발생하는 물품에 대한 멸실 또는 손상의 모든 추가위험을 부담하여야 한다(B5).[51]

한편 위험을 조기에 이전시키기 위해서는, 물품이 계약과 동일한 것을 요구한다.(즉, "계약에 충당되어야 한다"). 즉, 물품이 출발하기 위해 준비되었을 때 물품은 계약에 충당되어야 한다. 그러나 B7에 따라 선박의 날짜와 기간에 대한 충분한 통지를 매수인이 이행하지 못하면 매도인은 준비기간을 연장할 수 있다. 그렇게 된다면, "인도하기 위해 약정된 합의된 날짜 또는 유효기간"에 물품을 계약서처럼 매도인의 영업장소 또는 독립된 화물 터미널에 저장된 물품과 동일하지 않을 수도 있다. 그 위험은 충당이 이루어질 때까지 이전되지 않는다.[52]

(3) 물품의 충당

위에서 설명된 위험의 조기이전은 물품이 매수인을 위하여 의도되고 그

51) Jan Ramberg, ICC Guide to Incoterms 2000, Paris : ICC Publishing S.A., 1999, p.61

52) Jan Ramberg, *Ibid.,* p.103(FOB B5 comment 참조).

와 체결한 매매계약에 충당된 것을 확인할 수 없다면 발생할 수 없다. 또는 Incoterms B5 조항에 명시된 것처럼 물품은 "계약물품으로서 명확히 구분되어 있거나 또는 기타의 방법으로 특정" 되어야 한다. 이 충당은 물품을 화인하고 그리고/또는 수화인을 명기하는 것이 필요하게 되기 때문에 물품이 운송을 위해 준비되자마자 이루어진다. 그러나 물품은 결국 충당이 될 것이나 그러한 화인이나 수화인의 명기가 없이 살화물의 상태로 운송되어야 하는 경우도 있다. 그런 경우 효과적인 충당이 이루어지기 전까지 예를 들어, 살화물의 각 부분에 대한 개별 선화증권 또는 화물인도지시서가 발행되어야 물품의 충당성이 충족되므로 이때까지 위험이 이전되지 않을 것이다.[53]

나. Incoterms상의 위험이전

Incoterms의 13가지 무역거래조건들은 ①Group E(EXW), ②Group F(FCA, FAS, FOB), ③Group C(CFR, CIF, CPT, CIP), ④Group D(DAF, DES, DEQ, DDD, DDP) 등 4개의 Group으로 대별되는데, 각 Group 에 속해 있는 조건들에서 규정한 물품에 대한 위험이전시기는 다음과 같다.

(1) Group E

GroupE에는 EXW(Ex Works)조건 하나만이 속해 있는데, EXW조건에서 물품에 대한 위험부담은 약정된 시기에 매도인의 영업장 구내에서 물품을 매수인의 임의처분하에(at the disposal of the buyer) 인도할 때 매수인에게 이전된다(EXW A.4, A.S).

53) Jan Ramberg, *Ibid.*, p. 61.

동 조건에서는 매도인은 매수인이 준비한 운송수단에 적재할 의무가 없기 때문에 물품의 적재과정에서 야기되는 위험으로 인하여 발생되는 물품의 멸실 및 손상에 대해서는 매도인이 책임을 부담할 필요가 없다.

(2) Group F

(가) FCA 조건

FCA(Free Carrier) 조건에서 매매당사자간 위험부담의 이전시점은 매도인이 지정된 장소에서 약정된 기간 또는 일자에 매수인이 지정한 운송인[54]등에게 수출통관된 약정물품을 인도한 시점이다.

이 때 지정된 장소가 매도인의 영업소인 경우에는 물품이 매수인 또는 매수인을 대리하여 행동하는 제3자에 의해 제공된 운송수단에 적재되었을 때에 위험이 매수인에게 이전되며, 매도인의 영업소 이외의 지정된 장소인 경우에는 물품이 매도인의 운송수단상에서 양륙되지 않은 상태로 운송인 혹은 매수인이 지명하거나 매도인이 선택한 제3자[55] 등에게 임의처분 상태로 놓여졌을 때 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전된다(FCA A.4, A.5).

(나) FAS 조건

FAS(Free alongside Ship) 조건에서는 약정된 일자 또는 기간내에 지정된 선적항의 선적장소에서 당해 항구의 관습적인 방법으로, 매수인이 지정

54) 운송인이라 함은 운송계약에 의하여 철도, 육로, 해상, 항공, 내수로 몇 복합운송을 수행하거나 주선하는 모든 자를 의미한다.

55) FCA 조건에서는 매도언이 운송계약을 체결할 의무는 없으나, 매수인의 요청이 있거나 상관행인 경우, 그리고 매수인이 약정된 기간 내에 반대의 지시를 하지 않는다면, 매도인은 매수인의 위험과 비용으로 통상적인 조건의 운송계약을 체결할 수 있다. Incotenns(2000) FCA A.3 a.

한 본선의 선측(alongside the vessel)에 위치한 적재장소에서 물품을 인도한 시점에 물품에 대한 위험부담이 매도인으로부터 매수인에게 이전된다(FAS A.4, A.5). 여기서 선측은 선박의 양화기가 닿을 수 있는 지점으로 해석된다.

따라서 위험부담의 장소적 분기점은 본선이 부두에 접안된 때에는 부두상(on the quay)이 될 것이고, 본선이 해상에 정박해 있는 때에는 부선내(in lighter)가 될 것이다.

(다) FOB 조건

FOB(Free on Board)조건에서는 물품이 지정된 선적항에서 본선의 난간(ship's rail)을 통과하였을 때까지 물품의 멸실 또는 손상의 모든 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전된다(FOB A.5). 즉, 본선의 선측을 떠나 선적되는 물품이 본선의 난간을 물리적으로 통과(across ship's rail)한 이상 아직 물품이 본선의 갑판상에 내려지지 않았다 하더라도 그 이후의 물품의 손해에 대한 책임은 매수인이 부담하도록 하고 있기 때문에 관념적이고 추상적인 점이 있다. 그럼에도 불구하고 상인에 의해서 이해되고 있으며, 실제로 빈번히 사용되고 있다.[56]

(3) Group C

(가) CFR 조건과 CIF 조건

CFR(Cost and Freight) 조건과 CIF(Cost,Insurance and Freight)조건의 물품에 대한 위험부담의 분기점은 FOB조건의 경우와 동일하다(FOB・CFR

56) Incoterms(2000) Introduction 9. The terms.

· CIF A.4, A.5)

(나) CPT 조건과 CIP 조건

CPT(Carriage paid to) 조건과 CIP(Carriage and Insurance paid to)조건에서의 물품의 멸실이나 손상에 대한 위험부담의 분기점은 지정된 목적항으로의 운송을 위하여 약정된 기간내에 매도인이 자신이 지명한 운송인의 관리하에 또는 후속운송인 (subsequent carrier)이 있는 경우에는 최초의 운송인(first carrier)에게 계약물품을 인도완료된 시점이 된다(CPT · CIP A.4, A.5).

한편 물품의 인도장소에 관하여는 Incoterms에서는 별도의 규정을 마련하고 있지 않다. 그러나 언도장소에 관하여는 FCA조건 과 동일하게 생각하면 될 것이다. 구체적으로는 철도역이나 육로운송의 화물터미널, 공항이나 선적항 또는 내수로항구, CFS(container freight station)나 CY (container yard) , 기타 운송터미널 또는 매도인이나 운송인의 영업장구내 (premise), 내륙의 Depoty. 창고 등이 물품인도장소가 될 것이며, 경우에 따라서 철도화차내라든가 본선내 또는 부선내도 인도장소가 될 수도 있을 것이다.

(4) Group D

(가) DAF 조건

DAF(Delivered at Frontier) 조건에서는 매도인이 약정된 일자 또는 기간내에 수입국이나 제3국 또는 수출국의 국경의 지정된 장소에서 양륙하지 않고, 수출통관은 이행되었지만 수입통관은 이행되지 않은 상태로 도착한 운송수단상에서 물품이 매수인의 임의처분상태(at the disposal of the

buyer)로 놓여졌을 때에 물품의 멸실이나 손상에 대한 위험부담이 매도인으로부터 매수인에게로 이전된다(DAF A.4, A.5).

동 조건에서는 매도인이 국경지의 지정된 장소에서 인접국의 관세선을 넘기전에 물품을 인도하도록 되어 있다.[57]그러므로 동 조건에서는 항상 국경의 구체적인 지점과 장소를 지정하여 해당되는 국경을 명확히 하는 것이 중요하다.

(나) DES 조건

DES(Delivered Ex Ship) 조건에서는 지정된 목적항에서 수입통관되지 않고 본선상에서 매수인의 매수인의 임의처분하에 급부함으로써 인도를 완료한 때가 위험부담의 분기점이 된다(DES A.4 , A.5).

(다) DEQ 조건

DEQ(Delivered Ex Quay) 조건에서의 위험부담의 분기점은 매도인이 약정물품을 약정된 일자 또는 기간내에 지정된 목적항의 부두상(on the quay or wharf)에서 매수인의 임의처분하에 급부함으로써 인도를 완료한 때이다(DEQ A.4, A.5).

(라) DDU 조건과 DDP 조건

DDU(Delivered duty unpaid)조건과 DDP(Delivered duty paid)조건에서는 매도인이 약정된 일자 또는 기간내에 지정된 목적지에 물품[58]을 반입하여 도착된 운송수단으로부터 양륙하지 않은 상태로 매수인의 임의처분상

57) Incotenns(2000) DAF definition

58) 여기서 물품이란 DDU 조건에서는 매도인에 의해 수입통관되지 않은 물품을 의미하며, DDP 조건에서는 매도인에 의해 수입통관이 이루어진 물품을 의미한다.

태로 급부함으로써 인도를 완료한 때에 물품에 대한 위험이 매도인에게로부터 매수인에게로 이전된다(DDU · DDP A.4, A.S).

제 3 절 한국 민법상의 위험이전

쌍무계약은 각 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는 계약으로서, 각 채무는 서로 의존관계에 있다. 이를 채무의 견련성이라 하는데, 이러한 쌍무계약은 '견련성'이라는 특징을 가지며 이는 성립, 이행, 존속(소멸)에서 모두 다루어 지어, 이행상의 견련성과의 관계에서 위험부담이 다루어진다. 즉, 법률관계에서 당사자에게 불가예측의 손해, 즉 채권자와 채무자 어느 누구에게도 귀속할수 없는 사유에 의해 매매하려던 목적물이 멸실·훼손된 경우에 과연 그 책임을 매매계약의 당사자인 채권자·채무자 어느 쪽으로 부담시킬 것인가가 문제가 된다. 여기서 대가적 의미의 채무를 부담하는 쌍무계약에 있어서 당사자가 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 되는 경우에 그 채무자는 의무이행을 면하게 되는데, 이 때 상대방의 채무 역시 소멸하는가가 위험부담의 문제이다. 우리 민법은 위와 같은 경우 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 없다고 하여 채무자가 대가위험을 부담하도록 하고 있다. 예를 들어 매도인 '갑'이 부동산인 건물을 매수인 '을'에게 매도하는 계약을 체결하였는데, 그 채무(건물의 소유권 이전의무 및 인도의무)를 이행하기전에 건물이 불가항력에 의하여 소실된 경우에 '갑'은 자신의 채무를 면하는 한편, 이와 대가관계에 있는 '을'의 대금지급채무도 소멸하여 '갑'은 반대채무의 이행을 청구할 수

없게 된다. 이와 같이 우리 민법은 위험부담에 관한 입법주의로서 채무자 위험부담주의를 취하고 있다.

한국법에서 위험부담에 관한 규정은 의외로 빈약하며 위험이전의 시기에 관해서도 분명하지 않다. 먼저, 급부위험에 대해서 목적물이 종류물인 경우에는 특정에 의해 채무자에서 채권자에게 위험이 이전한다고 보며, 특정은 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료한 때 이루어진다(민법 제375조 제2항).
이행에 필요한 행위를 완료한 때는 다시 세가지 경우로 나누어진다. 목적물의 인도채무가 지참채무[59]인 경우에는 채권자의 주소에서 변제의 제공이 행하여졌을 때, 추심채무[60]인 경우에는 채무자의 주소에서 변제의 제공이 이루어졌을 때, 송부채무[61]인 경우에는 발송 시에 특정되어 위험이 이전된다

---

59) 지참채무는 채무자가 목적물을 채권자의 주소에 가지고 가서 이행하여야 하는 채무를 말한다. 변제장소에 관하여 특별히 정한 바가 없으면 지참채무가 원칙이다(제467조 제2항). 지참채무의 경우 특정은 변제제공의 방법을 정한 제460조에 의해서 결정되는 바, 현실제공으로 변제를 하여야 한다. 따라서 채권자의 주소에서 현실적으로 목적물을 제공한 때 특정이 되며, 송부위험도 이때 이전한다. 그러므로 채무자가 종류물 중에서 인도할 물건을 분리하고 이를 채권자에게 전달할 목적으로 우편이나 철도 등 운송기관에 위탁·발송하는 것만으로는 특정이 되지 않으며 위험도 이전하지 않는다. 따라서 운반도중 목적물의 멸실 또는 훼손에 대한 송부위험은 원칙적으로 채무자가 부담하여야 하는 바, 채무자는 다시 채무의 이행을 하여야 한다. 물론 현실제공에 있어서 이행의 정도와 모습은 구체적 채무의 내용이나 계약관계 등에 따라 다양하지만 , 결국 거래관행과 신의칙이 그 판단 기준이 된다.

60) 추심채무는 채무이행의 장소가 채무자의 주소로 되어 있는 경우로서, 채권자가 채무자의 주소에 가서 목적물을 추심하여 변제를 받아야 하는 채무를 말한다. 추심채무의 경우는 채권자의 협력이 있어야 채무의 이행이 가능하므로 채권자의 협력만 있으면 곧 채무를 이행할 수 있을 정도로 준비를 해야 하는데, 채권자의 협력의 모습에 따라 변제준비의 내용은 달라진다 .

61) 민법은 송부채무에 관하여 규율하고 있지 않다. 송부채무의 개념에 관해서는 논의가 되고 있으나, 일반적으로 채권자 또는 채무자의 주소지 이외의 제3지로 목적물을 송부해야 하는 채무로 정의되고 있다.
송부채무는 크게 두가지 형태가 있을 수 있다. 첫째, 제3지가 본래의 이행 장소로서, 제3지에서의 인도가 채무의 내용으로 되어 있는 경우이다. 둘째,제3지가 본래의 이행장소는 아니지만, 채권자의 요청에 따라 채무자가 호의로 제3지에 송부하는 경우이다. 이에 대해 다수설은 전자의 경우 채무자가 목적물을 발송하여 목적물이 제3지에 도달, 현실제공이 있을 때 특정되나 후자의 경우 채무자의 발송만으로 특정된다고 한다. 이와는 달리, 채권자의 주소나 영업소 또

고 본다.

대가위험에 대해서는 민법 제537조와 제538조의 규정을 두고 있다. 한국법은 원칙적으로 채무자위험부담주의를 정하여 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 채무자가 급부의무를 이행할 수 없게 된 때에 채무자는 상대방에게 대금을 청구할 수 없도록 하고 있다(민법 제537조). 물론, 이 규정에 위험이전의 시기에 관하여는 명시적인 언급이 없으나 목적물이 동산인 경우에는 이행시, 즉 인도시에 위험이 채무자(매도인)에서 채권자(매수인)에게 이전하는 것으로 보고 있다. 그러나 예외적으로 채권자(매수인)의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 채무자(매도인)가 급부의무를 이행할 수 없게 된 때에는 상대방(매수인)에게 대금지급을 청구할 수 없다(민법 제538조 제1항 2문). 이 규정의 해석에 의해 수령지체시에는 대가위험이 매수인에게 이전하는 것으로 보고 있다.

결국, 한국법에서 대가위험에 대한 규정을 해석한 결과는 위험이전의 시기를 물품의 수령시로 규정하고 동시에 채권자지체(수령지체)시에는 매수인에게 위험이 이전한다는 CISG 제69조 제1항과 유사하다. 그러나 CISG와 달리 한국법에서는 더 이상 구체적이고 세분된 규정이 보이지 않는다. 따라서 우리 민법은 매매에 적용될 별도의 위험부담규정은 두지 않고, 쌍무계약 일반에 적용되는 민법 제537조, 제538조에 의해 이를 규율한다.

가령 매도인의 채무가 계약 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행불능된 경우 그는 채무를 면하지만, 매수인에 대해 대금지급을 청구할 수 없다(제537조). 이를 두고 매도인이 대가위험을 부담한다고 한다. 그러나 매수인의 책임있는 사유(제538조 제1항 제1문), 또는 매수인의 수령지체 중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유(동조 제1항 제2문)로 매도인이 그 채무를 이행

는 제 3의 장소로 발송하면 모든 의무를 면하는 송부채무에서는 채무자가 목적물을 분리·지정하여 운송기관을 통해 발송할 때에 특정된다고 하는 견해도 있다.

할 수 없게 된 때, 매도인은 반대급부를 청구할 수 있다. 이를 두고 위험의 이전이라고 한다. 여기서 말하는 매매에서의 위험부담은 매도인의 위험부담 및 매수인에게로의 위험이전을 모두 포함한다.

학설들은 제538조 이외의 경우에도 매수인이 위험을 부담하는 경우를 인정한다. 소유권이 이전되지 않더라도 매수인에게 매매목적물이 인도되는 때가 그것이다. 여기의 인도에는 현실인도만이 아니라, 그것이 채무의 내용에 좋은 것인 한, 점유개정, 반환청구권의 양도 등 인도대용방법도 포함된다.[62]

우리 민법 제537조에서 「쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다.」고 규정함으로써, 위험부담에 관하여 채무자주의의 원칙을 채택하고 있다.

위험부담제도는 쌍무계약에서 상환적 채무상호간에 존속상의 견련성을 인정하는 제도이므로 우선 문제되는 두 채무가 하나의 쌍무계약의 상환적인 급부의무 및 반대의무일 것을 요한다. 그 요건은, 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 인하여 이행할 수 없게 되었다는 것이다. 채무자의 귀책사유로 인하여 채무가 이행불능이 된 경우에는 채무불이행의 문제가 될 뿐이며, 위험부담의 문제는 발생하지 않는다. 따라서 이러한 경우에는 채권자의 채무는 소멸하지 않으며, 채권자가 자기의 채무를 이행한 후 손해배상을 청구하든지, 민법 제546조의 규정에 의하여 계약을 해제하고 손해배상을 청구하든지 해야 한다.[63]

이 요건을 충족하면 채무자는 자신의 채무를 면하나 이와 동시에 채권자

62) 양창수, 앞의 책, p. 51 ; 이은영, 앞의 책, p.188 참조. 대판 1979.7.24, 78마248에서는 동산이 경매된 사안에서, 경락허가결정 후 경락대금완납 전 경매목적물이 채무자의 유책사유없이 우연히 훼손된 경우 매수인인 경락인의 대금감액청구를 인정하고 있다.

63) 김세권, “위험부담에 관한 연구”, 전북대학교석사학위논문, 1995, p.103.

에 대하여 그의 채무를 이행할 것을 요구할 수도 없다(민법 제537조). 이를 채권자측면에서 보면 채권을 상실하는 동시에 반대급부의무를 면하는 것이 된다. 따라서 만일 채권자가 그의 채무를 이미 이행하였다면 채무자는 자신의 채무를 이행하지 않고 채권자의 채무이행을 수령함으로써 이득을 얻은 것이므로, 채권자는 부당이익의 반환을 청구할 수 있고(민법 제741조), 채무자의 이행불능을 알지 못하고 그 후에 채권자가 자신의 채무를 이행한 경우에는 반환을 청구할 수 있다(민법 제742조 참조). 위험부담의 법리에 따라서 소멸하는 것은 이행불능된 채무와 상호의존적 견련관계에 있는 채권자의 채무에 한정된다.

채무의 일부 불능의 경우에도, 민법의 규정은 없으나 채무자는 불능의 범위에서 채무를 면하고 이에 대응하는 범위에는 반대급부를 받을 권리도 소멸한다는데 학설·판례가 일치하고 있다.[64] 반대급부의무가 불가분인 경우 또는 가분이더라도 이행 가능한 나머지 부분만으로는 채권의 목적을 달성할 수 없는 경우에 대하여는 견해가 대립하고 있다. 이 경우에 상대방의 채무는 전부 소멸한다고 해석하여야 한다는 점에 대하여는 이견이 없으나 상대방은 이행가능한 채무의 일부에 대한 이행청구도 할 수 없으며 채무는 전부 소멸한다는 견해[65]와, 상대방은 일단 전부의 급부를 하고 불능부분에 대응하는 반대급부의 부분을 금전으로 환가하여 부당이득으로서 반환을 청구할 수 있다는 견해[66]가 대립하고 있다. 전설은 후자를 취하는 경우에는 채권자에게 부당한 부담을 지우는 결과가 된다는 점을 근거로 들고 있으나[67], 이론상으로는 후설이 타당하다고 생각한다.[68]

채무자가 위험을 부담하는 제도의 효과를 살펴보면, 일방당사자가 부담

64) 곽윤직, 앞의 책, p. 70. ; 대판 1948. 4. 6. 선고, 4280민상 279판결, 민판집 ④69.
65) 김증한, 「채권총론」, 박영사, 1989, p.65
66) 곽윤직, 앞의 책, 2003, p.70.
67) 양창수, 앞의 책, p.46.
68) 김세권, 앞의 논문, p.106.

하는 급부가 양당사자의 귀책사유 없이 불능으로 된 경우, 채무자는 상대방에 대해 반대급부도 청구할 수 없다(민법 제537조). 즉 특정물매매의 목적물이 불가항력으로 멸실한 경우 매도인은 목적물을 인도하지 못하는 대신 매수인에게 대금을 청구하지 못한다. 그러므로 목적물 멸실로 인한 불이익은 목적물 인도 의무를 지는 채무자 즉, 매도인이 부담하게 된다. 매수인은 목적물을 얻지 못하지만 대가도 지불하지 않으므로 위험을 부담하지 않는 것이 된다.

첫째, 위험 이전의 일반원칙을 살펴보겠다.

위험은 물품의 위험과 대가위험으로 분류될 수 있다. 물품의 위험은 멸실 또는 손상의 위험이 있는 경우 채권자가 물품을 상실하는 위험을 말하며 물품이 특정된 후에는 물품의 위험이 채권자에게 이전하며 위험을 채권자가 부담하게 된다. 대가위험은 물품의 멸실로 대가를 지급받지 못하게 되는 위험을 말한다.

한국 민법상 위험에 관한 규정은 제537조와 제538조에서 규정하고 있고 여기서 말하는 위험은 대가위험을 의미한다. 특히 위험이전에 관한 규정이 흠결된 현행법 하에서 어느 당사자에게 위험을 이전시켜야 하는가는 법적 효과로서의 구제수단과 관련하여 여러 가지 어려운 문제를 야기한다. 따라서 일차적으로 계약의 해석 내지 보충적 해석에서 나오는 위험이전의 내용이 고려되어야 하는 바 위험이전에 관한 당사자간의 특약은 중요한 의미를 가진다.[69] 그러나 당사자간의 합의가 우선되기 전에 제한사항에 적용되지 않아야 한다.[70]

민법 제537조에서는 쌍무계약의 당사자가 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청

69) 허영희, “매매계약상 위험이전에 관한 연구”, 경상대학교 박사학위청구논문, 2001, p.24.
70) 민법 제7조

구하지 못한다고 규정하고 있어 채무자주의를 취하고 있다. 즉 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 인한 채무불이행은 채무자로 하여 자신의 채무의무를 면하게 하고 상대방에 대한 반대급부청구를 상실하게 된다.

채무자의 급부가 불능이 되었으나 채권자가 이미 자신의 급부를 이행한 경우 급부의 반환청구에 대한 규정이 없으나 학설에 따르면 채권자가 이행한 급부는 채무자의 급부가 불능이 된 때로부터 법률상 원인없는 부당이득에 해당되므로 부당이득반환법리(제741조)에 따라 수령한 급부를 채권자에게 반환하여야 함에 이견이 없다.[71] 반면 채무자의 급부가 일부불능이 되었을 경우에는 일부불능의 계약의 목적을 달성할 수 없는 때는 반대급부청구권을 채무자가 상실한다고 보나 이행가능한 급부에 대해서는 여전히 채권관계가 존재하여 채무자가 급부를 이행하면 채권자는 반대급부를 이행하여야 한다.

그러나 제538조 제1항에서는 쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때는 채권자가 위험을 부담하고 채권자 지체중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 혹은 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행불능이 되었을 때 채무자를 보호하고 책임있는 당사자에게 위험을 부담시킨다는 것이다. 그러나 채무자가 자신의 채무를 면함으로써 얻은 이익은 부당이익으로 이를 채권자에게 반환하여야 한다고 제538조 제2항에서 규정하고 있다.

둘째, 운송을 전제로 한 경우, 한국 민법상에는 선적지 매매나 도착지 매매시 위험이전에 관한 규정이 없다. 그 대신 학설을 통해 위험이전을 살펴보면 운송을 포함하는 매매인 선적지 매매나 도착지 매매를 송부매매라 하고 채권자 또는 채무자의 주소지 이외의 제3지에 목적물을 송부하는 채무로 정의하고 있다.[72]

---

71) 곽윤직, 「민법주해 XIII」, 박영사, p.97.

송부매매에서 선적지매매의 경우 다수설은 제3지가 이행장소로서 채무자가 목적물을 발송하여 목적물이 제3지에 도달, 현실제공이 이루어진 때 위험이 이전되며 채권자의 요청에 따라 채무자가 호의로 제3지에 도달, 현실제공이 이루어진 때 위험이 이전되며 채권자의 요청에 따라 채무자가 호의로 제3지에 송부하는 경우에는 채무자가 목적물을 분리하여 채권자에게 송부할 목적으로 운송기관에 위탁·발송할 때 위험이 이전한다고 한다. 즉 매도인이 매매의 목적물을 분리·지정하여 운송인에게 인도한 때 매수인에게 이전한다고 본다.[73]

도착지매매의 경우 매도인이 목적물을 매수인의 주소에 가지고 가서 현실적 제공이 이루어진 때[74] 혹은 매수인의 수령제체시에[75] 위험은 매수인에게 이전된다고 본다.

셋째, 제3자가 보관중인 물품의 매매에서 수치인이 변제준비완료를 통지하고 그 수령을 최고한 후[76], 만일 매수인이 수령지체에 처한 때에[77]는 매수인에게 이전된다고 본다.

매수인의 수령지체시 물품이 멸실 또는 손상된 경우 수치인에게 경과실이 있으면 채무자는 채권자지체시 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 면책된다.(제401조)[78] 즉 수치인이 선관주의의무를 위반하여 물품의 멸실 또는 손상을

---

72) 조성민, 「종류채권의 특정과 위험부담」, 고시계, 1999, p. 73.
73) 김정배, 「민법학강의」, 신조사 , 2000, p.649.
74) 민법 제460조 : 변제는 채무내용에 좇은 현실제공으로 이를 하여야 한다. 그러나 채권자가 미리 변제 받기를 거절하거나 채무의 이행에 채권자의 행위를 요하는 경우에는 변제의 완료를 통지하고 그 수령을 최고하면 된다.
75) 민법 제538조 제1항 : 쌍무계약의 당사자일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이를 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체중에 당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.
76) 민법 제460조 단서
77) 민법 제538조 제1항
78) 민법 제401조 : 채권자지체중에는 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 없으면 불이행으로 인한 모든 책임이 없다.

발생시킨 경우 이는 '당사자 쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때'에 해당되고 채권자지체시 채무자의 책임을 고의 또는 중과실로 제한한 제401조의 취지를 고려하여 위험은 채권자에게 이전한다고 보아야 할 것이다.[79]

넷째, 기타의 경우를 보겠다.

첫째, 운송 중 물품을 매매하는 경우에 대한 규정은 없지만 계약의 내용에 따라 달라질 수 있으므로 운송중인 물품을 매매시 매도인이 매수인의 주소지에 물품을 인도하기로 한 경우에는 물품이 채권자의 주소에 도달하여 채권자가 언제든지 수령할 수 있는 상태에 놓여지고(제460조) 매수인의 수령지체시에 위험은 매수인에게 이전된다. 만일 계약체결당시 이미 멸실된 물품을 매매하는 경우에는 원시적 불능으로 계약자체가 무효가 되고 채무가 발생하지 않는다.(제535조)

둘째, 매수인이 매도인의 주소지에서 물품을 수령하는 현지매매에서는 매도인이 물품을 특정시켜 놓고 매수인에게 통지하여 수령을 최고한 때에 급부위험이 이전한다. 그러나 대가위험은 실제 매수인이 물품을 수령한 때 또는 매수인의 수령지체시에 매수인에게 이전된다고 본다. 왜냐하면 목적물이 매수인에게 인도되기 전에는 매도인의 점유하에 있으므로 매도인이 목적물에 대한 멸실 또는 손실에 대비하기가 매수인보다 용이하기 때문이다.[80]

셋째, 미국통일상법전상의 현품확인매매와 유사한 형태의 매매로 우리나라 학설상 논의되는 매매는 시험매매이다. 시험매매는 매수인이 물품을 시험 또는 시험한 후 마음에 들면 구입할 의사가 있음을 매도인에게 밝힘으로써 계약이 성립되는 매매이다.[81] 즉 매수인이 물품을 시험하고 구입의사를 표시한 때 매수인에게 위험이 이전된다.

---

79) 허영희, 앞의 논문, p.78.
80) 허영희, 앞의 논문, p.98.
81) 곽윤직, 앞의 책, 2000, p.193.

다섯째, 물품의 특정에서는,한국 민법상에는 위험이전규정에서 특정이 언급되지 않고 단지 특정의 방법에 대해 제375조 제2항에서 규정하고 있다. 특정의 방법은 당사자의 특약이 없는 경우 채무자가 이행에 필요한 행위를 완료한 때 또는 채권자의 동의를 얻어 채무자가 이행할 물건을 지정한 때 특정된다.

제 4 절 위험이전에 관한 법제 비교분석

가. CISG와 Incoterms의 위험이전시기 규정에 대한 비교

CISG의 위험이전시기는 임의규정이기 때문에 거래당사자가 협약의 규정과 다른 약정을 할 수 있다. 따라서 매매계약의 내용으로서 Incoterms가 약정되었을 경우, 이것은 협약의 위험부담 규정보다 우선한다.

Incoterms는 각 거래조건별로 합의된 장소에서 약정된 물품을 인도완료한 때 위험이 이전하는 위험이전의 기본원칙, 위험이전의 기본원칙에 대한 예외로서 위험의 조기이전 및 위험이전의 전제조건으로서 물품의 계약충당성 등 3대원칙을 규정하고 있다.

한편 CISG상의 위험이전은 위험이전에 관한 문제들을 유형별로 개별화시켜 운송조건부 계약품의 위험, 운송중 매매물품의 위험, 기타 경우의 위험, 매도인의 계약위반시의 위험, 운송중 매매물품의 위험, 기타 경우의 위험, 매도인의 계약위반시의 위험 등으로 규정하고 있다.[82] 따라서 Incoterms의 위험이전에 관한 규정은 원칙적으로 CISG의 당해 규정과 대체로 일치

82) 김정희, "Incoterms 1990과 CISG의 위험이전시기", 국제상학, 제12권 제2호. 한국국제상학회, 1997. 10, p. 97.

한다.[83]

<표3> Incoterms와 CISG상의 위험이전의 비교

Incoterms상의 위험이전	CISG상의 위험이전	비 교
EXW ⇔ 제69조 제1항		물품의 수령과 처분상태의 차이
DAF, DES, DEQ, DDU, DDP ⇔ 제69조 제2항		매수인의 처분상태와 맡겨진 사실을 알았을 때
FCA, CPT, CIP, FAS ⇔ 제67조 제1항 제1문		최초의 운송인에게 인도한 때 본선의 선측에 놓여질 때
FOB, CIF, CFR		본선의 난간을 통과한 때라고 구체적으로 규정

앞에서 살펴본 바와 같이 Incoterms에서 규정하고 있는 위험이전시기와 CISG상에서 규정하고 있는 위험이전시기를 <표3>을 참조로 비교해 보면 다음과 같다.

Incoterms에서의 E그룹인 EXW조건은 CISG 제69조 제1항에 규정된 내용과 같다. 즉 매매계약에서 매수인으로 하여금 매도인의 영업장소에 와서 물품을 수령하도록 요구하는 경우에 해당된다. 하지만 주의해야 할 것은 EXW조건상에서는 매도인의 물품이 매도인의 영업장소나 기타장소에서 매수인의 임의처분하에 놓여진 때 위험이 매수인에게 이전하지만, CISG상에서는 물품의 인도가 매도인의 영업장소에서 이루어질 경우에는 매수인 또는 그 대리인이 목적물을 수령함으로써 위험은 매수인에게 이전하게 된다. 이러한 규정은 단순히 목적물을 매수인의 처분에 맡김으로써 위험이 이전하는 것이 아니며 실질적으로 목적물의 지배를 인도함으로써 이전하는 것이다. 따라서 매도인이 목적물을 지배하고 있으면 위험도 매도인이 부담하여야 하는 것이다.

83) CISG는 초기부터 단독으로 창조된 것이 아니고 위험분배문제에 관한 상관행 및 Incoterms와 각국의 국내법, 특히 미국의 통일상법전(UCC)을 바탕으로 만들어진 것이다.

F그룹의 FCA조건과 C그룹에 속하는 CPT, CIP조건은 CISG 제67조 제1항 제1문에 규정된 내용과 일치한다. 즉, 최초의 운송인에게 인도된 때가 위험이전의 분기점이다. 단 CISG 제67조 제1항 제1문에 의해 물품이 첫 번째 운송인에게 인도된 때 위험이 매수인에게 이전하므로 그 구체적인 인도시기를 Incoterms를 특약으로 채택해야 할 것이다. FCA, CPT, CIP조건은 모두 복합운송 및 모든 운송수단에서 사용 가능한 조건들이다.

주의해야 할 것은 전통적인 무역거래조건인 FAS, FOB, CIF, CFR등은 제67조 제1항 제2문과 다소 차이가 있다는 것이다. 전통적인 무역거래조건인 FAS, FOB, CIF, CFR등에 의하면, 물품운송과 해상운송 양자가 모두 필요한 경우에 위험은 제1의 육상운송인에게 물품이 인도된 때에 이전하는 것이 아니라, 본선의 난간을 통과할 때 혹은 본선의 선측에 물품이 놓였을 때 위험이 이전한다고 그 위험이전시기를 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 제67조 제1항 제2문의 규정에 따르게 되면, 육상운송인에게 인도한 때에 위험이 이전된다는 오해가 발생할 수 있다. 예를 들면, 만약 “FOB Busan"조건인 경우 위험은 육상운송인이 매도인을 위해서 물품을 부산에서 해상운송인에게 인도한 시점에 매수인에게 이전하게 된다. 따라서 매도인이 자신의 운송수단을 이용하는 경우에는 인도, 즉 점유의 이전이 있다고 볼 수 없다.

Incoterms의 D그룹 거래조건에서는 물품이 매수인의 처분에 맡겨진 때에 위험이 매수인에게 이전한다고 규정하고 있는데 반하여 CISG 제69조 제2항에서는 물품이 “매수인의 처분에 맡겨진 사실을 매수인이 알았을 때” 위험이 이전한다고 규정하고 있다. 하지만 Incoterms에서는 물품의 발송 및 도착예정기일에 관한 통지의무를 매도인에게 부과하고 있으므로[84] 매도인이 통지의무를 이행하는 한 물품은 매수인에게 맡겨졌다고 할 수 있

84) Incoterms 2000, DAF, DES, DEQ, DDU, DDP A7참조.

다.

따라서 표현상 양자사이에는 차이가 있는 것 같지만 매도인은 매수인이 인수하는데 필요한 행위를 완료하지 않으면 물품을 매수인의 처분에 맡길 수 없기 때문에 매수인에게 통지하는 것도 이 경우의 필요한 행위에 포함된다고 생각되므로 매도인의 통지에 의해 물품이 매수인의 처분에 맡겨진 사실을 매수인이 알았을 때 물품이 비로소 매수인의 처분에 맡겨졌다고 생각한다면 양자의 차이는 없다고 할 수 있다.[85]

또한 CISG와 Incoterms에서는 물품의 계약 충당성이 있어야 위험이 매도인에서 매수인에게 이전하는 것으로 보고 있다. 특히 운송인이 매도인지시식의 유통가능선하증권(a negotiable bill of lading made out to the order of the seller)을 발행하는 경우에도 물품은 보통 매수인에게 특정되어진다. 이러한 선하증권에는 물품이 도착했을 때 "통지"(notified)되어야 할 통지처로서 매수인이나 은행 또는 기타 다른 매수인의 대리점이 지정된다. 그러므로 상업송장이나 통신문은 보통 선적물품과 매수인을 연결시킬 것이다. 물품의 계약충당성은 물품에 사고가 발생한 후 매수인이 구입한 물품이라고 매도인이 사기로 주장하는 것을 방지하는데 목적이 있다.[86]

85) 김정희, 앞의 책, p. 97.
86) John O. Honnold, *op. cit.*

나. CISG와 한국민법상의 위험이전 비교

CISG[87]은 당사자들이 매매계약에서 위험의 이전에 관하여 침묵한 경우 물품을 관리하거나 부보하기에 보다 유리한 입장에 있는 당사자에게 위험을 부담하도록 한다. 이러한 전제에서 CISG은 위험의 이전시기에 관하여 명확한 기준을 제시한다. 위험의 이전시기에 판한 입법례에는 계약체결시주의, 소유권주의와 인도주의 등이 있는데, CISG은 그 중 인도주의를 취한 것이고 이는 인도에 의해 매수인이 위험을 부담함을 의미한다. 물품의 인도는 물품을 매수인의 지배 · 관리 영역에 두는 것을 의미하고, 매도인은 채무의 중요내용을 이행한 것이 되기 때문에 그 시점부터 반대급부인 대금을 받는 데 필요한 사실상의 행위를 다한 것으로 본다. 따라서 이것이 채무・유상계약의 성질에 가장 적합한 태도라고 한다.[88]

구체척으로 첫째 송부매매의 경우 물품이 특정한 장소에서 또는 매매계약에 따라 매수인에게의 전달을 위하여 최초 운송인에게 인도된 때에 매수인에게 위험이 이전된다(제67조). 둘째, 운송중의 매매의 경우에는 원칙적으로 계약 체결시에 매수인에게 위험이 이전하나 상황에 따라 예외적으로 위험은 물품이 운송인에게 인도된 때로부터 소급하여 매수인에게 이전한다. 그러나 계약 체결시 물품의 멸실 또는 손상을 매도인이 알았거나 알 수 있었고 이를 매수인에게 알리지 않은 경우에는 매도인이 위험을 부담한다(제68조). 셋째, 운송이 불필요한 경우에는 매수인이 매도인의 영업소에서 물품을 수령한 때 또는 인도기일이 도래하고 매도인의 영업소 이외의 장소에서 물품이 매수인의 처분하에 놓인 사실을 매수인이 안 때에 위험이 이전한

87) 양명조, “권리이전과 위험부담“에 관한 UN협약상의 제문제”. 임홍근·이태희(공편)(삼지원, 1991, p.140 이하 참조)

88) 최수진, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”,서울대학교 박사학위논문(2000. 2), p.95이하 참조.

다(제69조). 다만 어느 경우이든 위 시점에 물품이 특정되지 않은 경우에는 특정된 때에 비로소 위험이 이전한다(제67조 제2항, 제69조 제3항). 위험의 이전시기에 관한 위의 원칙에 대해서는 두 가지가 예외가 인정되는데 첫째는 매도인의 본질적 계약위반이 있는 경우이고(제70조), 둘째는 물품의 멸실 또는 훼손이 매도인의 작위 또는 부작위로 인한 경우이다(제66조 단서). 즉 위험이 매수인에게 이전되면 물품이 멸실 또는 손상되더라도 매수인은 대금을 지급해야 하나 매도인의 본질적 계약위반이 있는 경우 매수인은 구제수단을 행사할 수 있고, 물품의 멸실 또는 훼손이 매도인의 작위 또는 부작위로 인한 경우에는 매수인은 대금지급 의무가 없다. 매도인의 작위 또는 부작위가 계약위반에 해당하는 경우를 의미하는지에 관하여는 논란이 있다.

민법은 원칙적으로 채무자위험부담주의를 취하고 채권자의 귀책사유로 이행불능이 된 경우에는 채권자위험부담주의를 취하고 있으나(제 537조, 제538조) 위험의 이전시기에 관하여는 명시적인 규정을 두지 않는다. 그러나 쌍무계약의 견련관계에 기하여 자신의 의무를 이행하지 않는 채무자는 반대급부를 청구할 수 없으므로 매도인용 자신의 주된 채무를 이행할 때까지 즉 물품에 대한 소유권과 점유권을 이전할 때까지 위험을 부담하는 것이 원칙이나 소유권유보부매매의 경우와 송부매매의 경우 그 전에도 위험이 이전할 수 있다고 본다.[89] 채권자지체가 있는 경우에는 그 때부터 위험이 매수인에게 이전한다(제538조 제1항 후단). 물론 위험이 이전하기 위하여는 물품이 특정되어야한다.

---

89) 예컨대 소유권유보매매시 특정물매매의 경우 매수인이 물품을 수령한 때에 이전하고, 종류매매의 경우에는 다시 경우를 나누어 지참채무라면 매도인이 이행에 필요한 행위를 완료한 때 이전하고, 추심채무라면 매수인이 수령한 때 이전한다고 한다. 송부매매의 경우 민법의 해석상 운송인에게 물품을 인도함으로써 매수인에게 위험이 이전되는지에 관하여는 이를 긍정하는 견해와 채무자위험부담주의를 정한 원칙(제 537조)를 적용하여 매도인이 부담하는 채무의 내용에 따라 사안별로 구별해야 한다는 견해 등이 있다. 최수진(주 137) , p.166 이하 참조.

민·상법은 CISG과 비교하여 위험의 이전시기를 명확하게 규정하지 않는 점에서 상대적으로 부적절하다는 비판을 할 수 있으나 실무상 위험의 이전은 통상 당사자들이 합의한 Incoterms에 의해 결정되므로 CISG과 민·상법간에 큰 차이가 있는 것은 아니다.

제 Ⅳ 장 국제물품매매계약상의 위험이전 규정의 적용문제

체약국에 있어서는 CISG가 국제매매에 관한한 국내법에 우선하여 적용할 것이므로 체약국들간에 매매법의 통일을 기할 수 있는 계기가 되며, 국제무역거래에서 단순하면서도 합리적인 규범을 제시함으로써 당사자들의 예측가능성을 제공하여 보다 활발한 무역거래의 발전에 큰 역할을 할 것이며, 평등과 상호이익을 기초로 하는 국제무역의 발전에 국가간의 우호를 촉진하는데 중요한 요소임을 고려하여 국제무역에 있어서 법률적 장벽을 제거, 자국의 무역발전을 통한 국가경제의 발전을 기대할 수 있다.

우리나라도 2004년 2월 17일 동 협약에 가입하였고 2005년 3월 1일부터 동 협약을 시행하고 있다. 이로써 국내에서는 민법, 상법 그리고 CISG가 국제물품매매계약에 적용될 수 있는 대표적인 법원으로 자리 잡고 있다. 이러한 법체계가 국제물품매매계약에서 상호 조화롭게 해석 작용되어야 할 것이다. 문제는 이러한 법체제의 국내적 법조화에만 지나치게 신경쓴다면 자칫 CISG를 해석함에 있어서 관련 국내 민법 혹은 상법의 해석에 의존하거나 동 협약을 적용함에도 기존 민·상법을 우선적으로 적용하는 등 국내적 사고와 틀을 벗어날 수 없다는 점이다. 따라서 CISG의 국내법화에서 유의해야 할 것은 엄연히 국제협약의 내용과 취지를 담고 있는 CISG를 적용·해석함에 있어서 국제적 차원의 통일적 해석과 적용을 해야한다는 것이다. 그렇게 함으로써 우리 매매계약법의 국제화를 촉진시킬 뿐만 아니라

법정지로써의 한국의 국제적 위상강화 및 선진법문화의 토착화를 이룰 수 있을 것이다,

제 1 절 CISG의 적용문제

CISG는 계약당사자가 무조건 받아들여야 하는 것이 아니므로 계약자유의 원칙에 따라 합의에 의하여 전체 또는 일부조항의 적용배제를 할 수 있다(CISG 제6조). 그러나 우리 민·상법의 경우에는 관련조항이 강행법규에 해당하는 한 당사자합의에 의하여 적용배제를 할 수 없다. CISG는 거래 당사자들의 영업소가 소재하는 국가들이 CISG의 체약국인 경우의 국제물품매매계약이나 준거법 지정에 관한 국제사법의 원칙에 의하여 체약국의 법률을 적용받는 국제물품매매계약에 적용된다. 법률행위의 성립 및 효력에 관하여서는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법(준거법)을 정하고 있다.

계약의 당사자가 CISG를 계약의 준거법으로 지정하였을 때는, 당사자자치의 원칙에 따라 당사자들은 CISG 규정을 원용할 수 있다. 실제로 국제무역, 보험, 은행거래 등에서는 당사자의 명시의사에 의한 준거법 지정이 널리 활용되며, 명시의 합의가 없는 경우에도 묵시의 지정여부를 따져 당사자의 이해관계에 가장 적합한 준거법을 발견하는 개별적인 방법이 취해지며, 마지막 보충적인 방법으로 행위지법이 적용되게 된다.

일반적으로 당사자 사이의 힘의 차이가 별로 문제되지 않는 국제거래에 있어서는 국내거래와는 달리 당사자의 의사를 최대한 존중하여야 한다. CISG는 제6조에서 당사자는 CISG 전체의 적용을 배제하거나 계약의 방식에 관한 제12조의 제한아래 CISG의 일부규정의 적용을 배제하거나, 또는 그 효과를 변경할 수 있다고 규정함으로서 국제물품매매에 있어서의 당사

자자치의 원칙을 선언하고 있다.[90] 즉 당사자는 매매계약의 내용을 자유로이 정할 수 있으며, 계약내용이 CISG의 실체적 규정과 어긋나는 경우에는 당사자의 계약이 우선한다.[91] 그런데 당사자는 매매계약의 개별적인 약정에 의해서만이 아니라 그 매매계약에서 표준계약서식이나 무역용어를 사용함으로서 CISG 규정의 적용을 배제할 수도 있다. CISG는 제9조에서 당사자는 당사자가 합의한 관습 및 당사자 사이에 확립된 관행에 구속된다고 규정함으로써 이를 긍정한다.[92]

CISG의 적용범위는 첨예한 문제로서 최근 몇몇 법원과 중재패널에서 다루어졌다 . 이들 사건들은 국제상거래에서 비엔나 협약의 점증하는 영향력을 잘 보여주고 있다. 일부 미국의 사건들은 순수 물품매매사건을 포함하여서[93] 비엔나 협약의 적용범위의 문제를 야기하지 않았지만, 일부 사건에서는 궁극적으로 비엔나 협약을 적용하지는 않았으나 그럼에도 불구하고 비엔나 협약을 언급하였다.[94] 일부 사건은 CISG의 적용범위를 언급하면서 CISG이 일정한 형태의 계약에 확대적용되어야 하는지를 논의하였다.[95] 이

---

90) Aleksandse Goldstan, *Usages of the Trade and other Autonomous Rules of International Trade according to the UN(1980) Sales Convention, International Sale of Goods*, 1990, p.55-56.

91) John O. Honold, *op. cit.*, p. 47.

92) Gyula Erösi, *General Provisions, Internatioanl Sales:* The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Matthew Bender, 1984), 2-23.24.

93) Delchi Carrier S.P.A. v. Rotorex Corp., 71 F.3d 1024 (2d Cir. 1995) (미국 기업이 이탈리아 기업에 압축기를 판매한 사건에서 비엔나 협약을 적용).

94) Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark Int'l Ltd., 1997 U.S. Dist. LEXIS 13393, at 13 n.2 (S.D.N.Y. Sept. 21, 1994) (각주에서 비록 본 사안에 미국 통일상법전이 적용되지만, 설사 비엔나 협약이 적용된다 할지라도 동일한 결론에 이르렀을 것이라고 지적).

95) Beijing Metals & Minerals Import/Export Corp. v. American bus. Ctr., Inc., 993 F.2d 1178 (5th cir. 1993). Beij ing Metals 사건은 법원이 CISG의 적용범위의 문제를 어떻게 다룰지를 예시해준다. 동 사건에서 법원은 CISG이 적용되지 않는다고 판시하였지만 ,문제의 사안에 CISG이 적용되었어야 하며, 최소한 법원이 CISG이 물품인도로 인한 과거의 금전채무를 위한 미국 기업과 중국 기업간의 대금지급에 관한 합의

들 사건들은 CISG의 적용과 관련해서 존재하는 불확실성과 국제상거래법의 적용에 있어서 조화를 이루고자 하는 원칙을 예시한다.

제 2 절 Incoterms2000의 적용문제

무역거래당사자들이 상관습에 따른 해석규칙의 변화를 인식하지 못하거나 어떤 버전의 Incoterms가 그들의 계약에 적용되는지를 밝히지 않을 경우, 무역거래시장에서는 많은 오해나 혼동이 발생하게 된다. 또한 규칙에 대한 근본적인 변화들이 만약 적절하게 소개되어지지 않는다면 일반적으로 인정된 국제적인 무역관습으로서의 Incoterms의 지위는 위태롭게 될 것이다. 즉 국제무역거래에 있어서 Incoterms의 내용과 적용범위에 대한 이해는 무역업계와 그 관련 종사자들에게 무엇보다도 중요하다.

Incoterms는 매매계약에 따른 소유권의 이전, 계약의 위반과 권리구제 또는 의무변제의 사유 등에 관하여는 전혀 다루지 아니한다. 즉 Incoterms는 어떤 표준거래조건을 삽입 하거나 또는 개별적으로 협상된 조건으로 완전한 매매계약에서 요구 되는 모든 계약조건을 대체하고자 의도된 것이 아니라는 점이다. 이러한 문제들은 매매계약상의 다른 규정과 준거법에 의하여 해결되어야 한다. 따라서 무역계약서를 작성할 때에는 당해 거래에서 어느 법률을 적용할 것인가에 관한 준거법(governing law)조항을 명시적으로 합의 해 두는 것이 중요하다.[96]

에는 CISG이 적용되었어야 한다 . 동 계약은 확정된 수량의 물품과 관련한 것은 아니었으나, 과거 물품매매계약으로부터 발생하는 지급채무의 문제에 관한 것이었다. 따라서 동계약이 CISG의 적용대상이 되는 과거 매매에 대한 매수인의 대금지급의무의 변경이라 고 주장하는 것이 가능하다 . Flechtner, at 164.

96) 서정두, "개정 Incoterms (INCOTERMS 2000)의 주요특정과 실무적용상의 유의점", 「무역상무연구」 제13권, 한국무역상무학회, 2000, p. 47.

한편 Incoterms는 정형거래조건의 해석을 위한 국제규칙으로서, 그 자체가 국제적인 통일법이나 조약과 같은 수준의 강행력을 갖지 못하며 이는 어디까지나 국제상업회의소에서 표준화한 여러 정형거래조건에 대한 범세계적인 해석기준에 불과한 것이다. 따라서 Incoterms는 각 국가에서 공식적으로 채택하거나 법률에 의하여 적용되는 것이 아니라, 오직 계약당사자들의 상호 합의에 의하여 임의적으로 적용된다. 그러나 계약당사자들은 특정의 정형거래조건을 사용하여 계약을 체결하였다 하더라도, 이에 대한 각국에서의 상이한 해석으로 인하여 예견치 못한 금전과 시간상의 손해를 입을 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

제 3 절 CISG와 한국법의 적용문제

우선 CISG는 계약의 성립과 당사자의 권리·의무 관계만을 규율할 뿐 계약의 유효성, 계약이 물품의 소유권에 미치는 효력 등은 이를 규율하지 않는다고 함으로써 협약이 계약의 내용 전체를 규율하지 않고, 제한적으로 적용될 뿐임을 분명히 하고 있다.[97]

CISG에 있어서 적용범위와 관련해서 가장 중요한 규정은 CISG 제1조이다. 동 협약 제1조 제1항은 영업소가 다른 국가에 소재하는 당사자간의 매매계약에 적용된다고 하여 CISG가 적용되기 위해서는 동 매매계약이 국제성을 가질 것을 요구하고,[98] 이어서 이들 서로 다른 국가가 모두 체약국이

97) CISG 제4조
이 협약은 매매계액의 성립 및 그 계약으로 인한 당사자의 권리·의무만을 규율한다. 특히, 이 협약에서 달리 규정하고 있지 않는 한, 다음과 같은 경우는 규율대상이 되 지 아니한다.
(a) 계약, 그 조항 또는 관습의 유효성
(b) 계약이 매매 된 물품의 소유권에 대해 갖는 효력.

거나[99] 또는 국제사법 규정에 의해 체약국 법률이 적용되는 경우에[100] 한해 CISG가 적용될 것이라고 하고 있다.

CISG는 국제적으로 거래되는 동산물품[101]의 매매계약[102]에 관해 그 성립 문제와 매도인 및 매수인간의 권리와 의무관계를 규율하고 있다(CISG 제4조).

따라서 CISG의 체약국에 소재하는 영업소(본점 또는 지점)간에 이루어지는 물품매매계약에는 매매당사자간에 CISG의 적용을 배제한다는 의사표시가 없는 한 CISG가 바로 적용된다(CISG 제1항 a호). 더구나 매매당사자 중 일방이 CISG의 체약국에, 그리고 타방이 비체약국에 각각 영업소를 두고 있는 경우에도 법정지의 국제사법에 의해 체약국법이 준거법으로 지정되는 경우에는 역시 CISG가 적용된다(CISG 제1항 b호).[103]그 결과 CISG의 체약국이 되어 CISG가 발효하게 되면 국제적으로 이루어지는 물품매매계약에는 대부분 CISG의 적용을 받게 된다고 보아야 한다. 따라서 우리나라에서 CISG의 발효는 앞으로 중요한 의미를 가지게 될 것이다. 그러나 CISG의 내용에는 한국법과 유사한 점도 많지만 차이점 또한 적지않다. 국내매매에 적용되는 우리의 민상법과 국제매매에 적용되는 CISG간에 차이가 적지 않다는 점은 국내법에 익숙한 우리의 매도인과 매수인에게 의외의

---

98) CISG 제 l조 제1항.
이 협약은 다음의 경우에 영업소가 다른 국가에 소재한 당사자간의 물품매매계약에 적용한다.
(a) 당해 국가들이 모두 체약국인 경우, 또는
(b) 국제사법규정이 체약국의 법의 적용을 정하는 경우.

99) CISG 제1조 제1항 제a호.

100) CISG 제1조 제1항 제b호.

101) 그러나 CISG 제2조의 예외가 있다.

102) 그러나 CISG 제3조의 예외가 있다. 특히 한국법에서 도급계약에 속하는 소위 제작물 공급계약을 CISG에서는 매매계약으로 보고 있다

103) 그러나 이 규정을 유보한 국가에서는 유보국의 국내법이 적용된다(CISG 제95조 참조).

불이익을 야기할 위험이 크다는 것을 암시해 준다. 따라서 이러한 위험을 미연에 방지하기 위해서는 CISG와 한국법간에 어떤 점이 동일하거나 유사하며 또한 어떤 점에서 특히 차이가 나는지에 대해 정확하고 자세한 검토가 있어야 할 것이다. 따라서 본 연구에서는 CISG의 적용문제와 실체적인 내용에 대해 다루어 보기로 하며, 실체적인 내용에 대하여 구체적으로 계약의 성립, 매도인과 매수인의 권리와 의무, 매도인의 담보책임, 위험의 이전, 계약해제, 손해배상을 여섯가지 항목으로 나누어 한국법과 비교하였다. 이 요소들은 모두 CISG의 주된 내용이며 한국법과도 주된 비교의 유형을 형성하기 때문이다.[104]

계약의 성립에 관한 한국법과 CISG의 차이점으로, 첫째, 한국법은 청약의 구속력을 원칙으로 하지만[105], CISG는 청약의 철회 자유를 원칙으로 한다[106].

둘째, CISG에서 침묵 자체는 승낙으로 인정되지 않는다[107]. 그러나 한국법에서는 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에 지체없이 낙부의 통지를 발송하지 않으면 승낙한 것으로 본다[108].

셋째, CISG에서 계약의 성립시기는 원칙적으로 승낙이 도달한 때이다[109]. 그러나 한국법에서 격지자간의 계약은 승낙의 발송시에 계약이 성립한다[110].

---

104) 그러나 이 글에서 언급된 내용은 개괄적인 비교를 위한 것이므로 다음과 같은 특징이 있음을 유의해 주기 바란다. 첫째, 여기서 언급된 한국법은 주로 판례 또는 다수의 견해에 따랐다. 둘째, 여기서 언급된 한국법의 내용은 반드시 필자의 견해와 일치하는 것은 아니다.
105) 민법 제527조
106) CISG 제16조 제1항
107) CISG 제18조 제1항 2문
108) 상법 제53조
109) CISG 제23조와 제18조 제2항
110) 민법 제531조

넷째, 변경을 가한 승낙의 경우에 한국법은 이것을 일률적으로 청약의 거절이면서 새로운 청약으로 본다[111]. 그러나 CISG에서는 그 변경이 본질적인 것이라면 한국법과 같지만, 비본질적인 경우라면 청약자의 지체없는 이의제기가 없는 한 변경된 내용으로 계약이 성립되는 예외를 인정하고 있다[112].

다섯째, 연착된 승낙의 경우에 한국법은 이를 청약자가 새로운 청약으로 볼 수 있도록 하고 있지만[113], CISG에서는 연착된 승낙이 승낙으로서 효력을 가진다는 뜻을 청약자가 지체없이 발송하는 경우에 한해 승낙으로서 효력을 가진다[114].

매도인과 매수인의 권리와 의무에 관한 한국법과 CISG의 차이점으로, 첫째, 한국법은 채무불이행의 일반책임과 특별책임인 담보책임이라는 중층적 책임체계를 가지고 있으나 CISG의 책임체계는 계약위반책임으로서 일원적이며 원칙적으로 무과실책임이다.

둘째, 한국법은 채무불이행책임의 일반조항을 가지고 있지만 CISG는 계약위반이라는 통일적 개념에서 출발하면서 그 효과인 구제수단들도 통합적으로 운영하고 있다.

셋째, 한국법에서는 다양한 의무를 특히 주된 의무와 부수적 의무로 나누고 이에 따라 채무불이행의 유형과 구제수단까지 구별하는 경향이 있으며 CISG에서도 어떤 의무를 위반하든 모두 일률적으로 계약(의무)위반이 되며 계약위반에 기한 구제수단이 주어질 뿐이다.

넷째, CISG는 목적물로 원칙적으로 동산을 대상으로 하고 있으나 특정물과 종류물의 구별은 알지 못한다. 이에 반해, 한국법은 계약의 목적물을

111) 민법 제534조
112) CISG 제19조
113) 민법 제530조
114) CISG 제21조 제1항

동산과 부동산의 구별보다는 주로 특정물인가 종류물인가에 따라 구분하여 규율하고 있다[115].

다섯째, 매도인의 의무 중 중요한 것은 물품인도의무인데 CISG에서 인도장소는 추심채무가 원칙이고[116], 인도시기는 다른 의사표시가 없는 한 원칙적으로 계약체결후 합리적인 기간내이다[117]. 이에 반해, 한국법에서 인도란 점유가 이전된 것으로 이해하며, 인도장소는 지참채무가 원칙이고[118], 인도시기는 대금지급일이 되거나[119] 또는 확정기한이 없는 한 인도의 청구시가 원칙이 될 것이다[120].

여섯째, 매수인의 의무 중 대금지급의무에 대해서는 한국법이나 CISG 모두 무과실책임이고[121], 지급장소는 지참채무를 원칙[122]으로 하며, 지급시기는 다른 의사표시가 없는 한 물품인도시에 하는 것이 원칙이다[123].

일곱째, 물품의 보관의무에 대해서는 CISG가 상세하고 구체적이다.

여덟째, 원시적 급부불능인 경우에 한국법은 그 계약을 무효로 하고 손해배상도 제한적인 신뢰손해에 한정시키지만[124], CISG에서는 계약이 유효한 것으로 보며 일반적인 계약의무의 위반으로 취급하며 일반적인 손해배상의 원칙[125]에 따라 손해배상도 허용한다.

아홉째, CISG에서는 이행기전의 계약위반에 대해 별도의 규정[126]을 마련하여 채권자에게 이행정지권과 계약해제권을 부여하고 있으나, 한국법에

115) 민법 제374조와 제375조, 제580조와 제581조
116) CISG 제31조 c호
117) CISG 제33조 c호
118) 민법 제468조 제2항
119) 민법 제585조
120) 민법 제387조 제2항
121) 민법 제397조
122) CISG 제57조 제1항 a호와 민법 제467조 제2항
123) CISG 제58조 제1항과 민법 제585조
124) 민법 제535조
125) CISG 제74조 이하
126) CISG 제71조와 제72조

는 이러한 일괄적인 규정이 없다.

열번째, 구제수단의 측면에서 이행청구권, 손해배상청구권, 계약해제권, 이자청구권, 부가기간 설정권[127]등은 한국법이나 CISG에서나 모두 가능하다.

매도인의 담보책임에 관한 한국법과 CISG는 모두 매도인의 담보책임을 원칙적으로 무과실책임으로 보는 데에서는 동일하다.

둘째, 하자의 개념범위에 차이가 있다. CISG에서 물건의 하자는 물건자체의 하자를 넘어 계약에 부적합한 물품인도를 넓게 물건하자의 범위에 넣고 있으며[128], 권리하자의 개념 역시 제3자의 정당한 권리 뿐만 아니라 부당한 권리주장까지 권리하자의 범위에 넣고 있다[129].
이에 반해, 한국법은 원칙적으로 물건자체의 흠과 일부인도를 물건하자로 보고 있으며, 권리하자도 제3자의 정당한 권리주장만을 전제로 한다.

셋째, CISG에서 물건하자와 권리하자의 규정은 동산물품을 전제로 하기는 하지만 특정물과 종류물을 구별하지 않는다. 그러나 한국법은 물건하자에 대해서만 적용되는데 반해, 민법상의 담보책임규정은 물건하자와 권리하자를 모두 규정하고는 있지만 특히 특정물(또는 부동산)을 전제로 하고 규정했으며 물건하자의 경우에 한해 예외적으로 종류물에 관한 규정을 두었으나 이것을 특정물의 경우와 구별하여 정하고 있다.

넷째, 한국법은 매수인의 하자통지의무를 상인간의 매매에서 물건하자에 한정시켜 요구하고 있는데 반해[130], CISG에서는 물건하자든 권리하자든 매수인이 받은 물품이 계약이 요구하는 조건에 맞지 않는 경우에는 원칙적으로 언제나 하자통지를 해야 한다고 정하고 있다[131].

다섯째, 하자통지의 제척기간은 한국법이나 CISG 모두 물건하자의 경우

127) CISG 제47조와 제63조
128) CISG 제35조
129) CISG 제41조
130) 상법 제69조 제1항
131) CISG 제39조 제1항과 제43조 제1항

에만 인정하고 있다. 그러나 한국법이 물품의 수령후 6개월인데 반해[132], CISG에서는 2년으로 되어 있다[133].

여섯째, CISG에서는 일반적인 권리하자와 별도로 지적재산권의 하자에 대해 특별규정을 두고 있으나[134], 한국법에는 언급이 없으므로 권리하자의 규정을 유추하여 적용하는 수밖에 없을 것이다.

일곱째, 구제수단의 측면에서 CISG가 인정하고 있는 매도인의 재이행권뿐만 아니라 부적합보완청구권 역시 우리의 담보책임법에서는 인정되지 않는다. 대체물인도청구권은 한국법이 종류물의 물건하자인 경우에 넓게 인정하는데 반해[135], CISG에서는 본질적 계약위반시에 그것도 합리적 기간내에만 행사할 수 있도록 제한하고 있다[136].

한편, 대금감액권은 한국법[137]과 CISG[138] 모두 원칙적으로 인정하고 있다.

CISG와 한국법의 해제문제에는 구체적으로 여러 가지 차이가 있을 수 있다. 그러나 크게 양자를 비교하면 다음과 같다.

첫째, CISG에서는 채무자의 계약위반에 과실이 있든 없든 채권자의 해제권을 인정하는데 반해, 한국법에서는 원칙적으로 과실있는 계약위반에만 채권자의 해제권을 인정한다.

둘째, 한국법에서는 해제권의 발생 원인이 다양하게 유형화되어 있으나 CISG에서는 해제권발생의 요건을 가능한 통일적으로 구성하고 있다.

셋째, CISG와 한국법의 해제권의 발생은 CISG에서는 원칙적으로 본질적

132) 상법 제69조 제1항 2문
133) CISG 제39조 제2항
134) CISG 제42조
135) 민법 제581조 제2항
136) CISG 제46조 제2항
137) 민법 제527조 제1항 및 제574조, 상법 제69조 제1항
138) CISG 제50조

계약위반을 요구한다는 점에서 볼 때 해제가 어렵겠지만, 한국법에서도 채무자의 과실을 요구한다든가 원칙적으로 주된 급부의무의 위반을 전제로 한다든가 또는 계약의 목적을 달성할 수 없을 때에 해제가 가능하다는 측면에서 보면 해제가 그리 쉬운 것이 아니다.

넷째, 발생된 해제권이 상실되는 문제에 대해서도 CISG가 한국법보다 용이하게 되어 있다.

다섯째, 해제의 의사표시문제에서 양자 모두 해제의 의사표시를 요구하는 것이 원칙이지만 한국법은 상인간의 확정기 매매에서 당연해제도 인정하고 있는데 반해[139] CISG는 당연해제를 부정하며, 한국법이 묵시적인 해제도 인정하는데 반해 CISG는 묵시적 해제가 원칙적으로 어렵도록 되어 있다[140]. 또한 한국법은 해제의 의사표시가 도달함으로써 효력을 발생하고 따라서 그 전달위험을 해제권자가 부담하는데 반해, CISG에서는 발송으로 효력이 발생하고 전달위험을 해제의 상대방이 부담한다[141].

여섯째, 해제의 효력에 대해서는 이론적인 차이는 큰 차이가 없을 것으로 본다.

손해배상에 관한 CISG와 한국법간의 유사점과 차이점으로는, 첫째, CISG에서 손해배상은 다른 구제수단에 대해 중첩적이며 보완적인 기능을 하는 일반적인 구제수단으로 나타난다. 한국법 역시 채무불이행의 일반책임에서는 손해배상이 기본적인 구제수단이지만, 특히 담보책임에서 손해배상은 선택적인 구제수단으로 등장하기도 한다.

둘째, CISG의 손해배상책임은 원칙적으로 무과실책임이며 예외적으로 면책사유가 제한적으로 인정되는데 반해, 우리의 손해배상책임은 원칙적으로 과실책임이며 예외적으로 인정되는 무과실책임에서도 그 배상범위는 종

139) 상법 제68조
140) CISG 제26조
141) CISG 제27조

종 제한된다.

셋째, 손해배상의 방법으로 금전배상을 원칙으로 하는 점은 CISG와 한국법이 동일하다.

넷째, 금전채무불이행에 대한 지연배상은 CISG와 한국법 모두 무과실책임이지만 CISG에서는 그 금전에 대한 이자액이 기본적으로 인정되고 그 외에 손해가 더 있으면 추가적인 손해배상이 인정되는데 반해[142], 한국법에서는 원칙적으로 법정이자액에 한정되며 추가적인 손해배상은 허용되지 않는다.

다섯째, CISG는 손해산정의 명확성과 편의를 위해 계약해제시의 손해산정 방법에 대해 특별규정을 두고 있다[143]. 한국법에서는 이에 대한 규정이 없으나 결과적으로는 유사하게 해결될 것으로 본다.

여섯째, CISG에서는 손해배상에서 신체나 생명의 침해와 같은 인적 손해에는 그 적용이 없고 재산적 손해와 물적 손해에 한정되는데 반해[144], 한국법에서는 인적 손해에까지 손해배상이 인정된다.

일곱째, CISG에서의 손해경감의무[145]는 한국법의 과실상계제도와 유사하다. 양자 모두 이것을 손해배상책임에서 신의칙상 인정되고 있는 간접의무(또는 책무)로 보고 있기 때문이다.

제 4 절 CISG의 적용과 해석상의 제위험에 대한 보완책

가. CISG에 의해 발생하는 제위험에 대한 보완책

142) CISG 제78조
143) CISG 제75조와 제76조
144) CISG 제5조
145) CISG 제77조

국제통일매매법으로서 CISG의 법적위험에 대한 보완책으로는 우선적으로 국제물품매매의 당사자들은 CISG의 적용범위는 국제매매에 한정되고 있을뿐 아니라 강제성이 없고 당사자의 선택여부에 따라 적용될 수 있는 제한적인 입장을 취하고 있다는 점을 인식하여 준거법규로서의 채택여부를 계약서 등에 명백히 설정해 둘 필요가 있다.

둘째로 CISG에서는 정형거래조건과 물품의 소유권이전 등의 복잡한 문제는 아무런 명시적 규정을 설정하지 않은 채 이를 각국 국내법에 위임하고 있다. 따라서 당사자들은 CISG는 국제법규로서의 Incoterms와 각국의 국내법과 상호보완적으로 공존하여야만 본래 협약취지를 살릴 수 있음을 올바로 인식하여야 한다.

셋째로 CISG는 협약에서 규정된 이외의 사항은 원칙적으로 적용되지 않는다. 따라서 당사자들은 각국 국내법상 강행법규의 저촉을 받는 경우의 준거법에 대해 사전에 명확한 합의를 해 둘 필요가 한다.

넷째로 CISG는 국제간의 물품매매를 규율하는 통일법으로서 과거의 그 어느 법규보다도 상당히 진보되어 있으나 그 내용을 실제적으로 적용하고자 할 경우에는 전술한 바와 같이 많은 문제의 발생이 예상된다. 따라서 제19조의 경우 무역실무자는 실질적인 또는 본질적인 조건의 변경이 아니라 하더라도 계약성립 후 분쟁이 야기될 우려가 있기 때문에 사소한 조건변경이나 추가에 대해서도 사전에 서로 합의하여 결정해 둘 필요가 있으며, 제39조의 경우는 각국의 입법들과 상치되지 않도록 규정내용의 통일화가 요구된다.

나. 각국의 물품매매법에 의해 발생하는 제위험에 대한 보완책

국제간의 물품매매거래를 규율하는 각국의 물품매매법은 다양한 입법이 존재하기 때문에 국제물품매매거래서는 언제나 법충돌의 위험성이 상존하고 있다. 따라서 제위험의 발생에 대한 보완책으로 가장 중요한 것은 계약자유의 원칙에 입각하여 당사자가 그 거래에서 적용되는 준거법을 구체적으로 계약서나 일반거래협정서에 명문으로 규정하여야 한다는 점이다.
그러나 당사자자치의 원칙도 각국의 국내법에서 일부제한을 받고 있는 것도 사실이기 때문에 각국의 매매법을 준거법으로 채택하기 보다는 가급적이면 상관행을 규율하고 해석하는데 기준이 되는 국제상관습법의 규정내용을 우선적으로 준용하면서 부분적으로는 각국의 준거법을 채용하는 방법이 바람직할 것으로 판단된다.

다. 국제상관습법에 의해 발생하는 제위험에 대한 보완책

국제상관습법으로서 Incoterms의 적용과 해석에 따른 위험에 대한 보완책을 제시하면 다음과 같다. 우선적으로 계약당사자들은 Incoterms는 국가나 지역마다 나른 정형거래조건의 해석을 명확히 통일시킴으로써 당사자간에 무역거래를 안전하게 이행하도록 하는데 중요한 역할을 담당하고 있는 국제상관습법이지만, 그 자체가 반드시 실제의 무역거래관습을 그대로 반영하고 있지는 않기 때문에 Incoterms의 실제적인 운용에 있어서는 많은 위험이 발생할 수 있다는 사실을 인식하여야 한다.

둘째로 Incoterms는 그 자체가 강행법규가 아니기 때문에 당사자의 합의에 의해서만이 그 효력이 인정될 수 있다. 따라서 계약의 당사자들은 이 규칙이 여타의 개별입법보다 우선적으로 채용된다는 점을 개별계약서에 분명히 명시해 둘 필요가 있다.

셋째로 현행의 Incoterms상에 위험의 발생소지가 있는 규정들은 향후의

개정작업시에 이를 구체적이고 명확하게 개정할 필요가 있다. 즉 향후의 Incoterms에는 물품의 소유권이전이나 기타 권리이전 그리고 계약위반과 그에 대한 구제방법 등에 관한 규정을 새롭게 설정할 필요가 있으며 , 현행의 무역거래관행과 Incoterms의 규정사이에 차이가 발생하지 않도록 서로 일치시킬 필요가 있다.

제 V 장 결 론

제 1 절 연구의 요약 및 시사점

국제물품매매는 격지자간의 매매로 국내거래보다 당사자간의 계약체결시 상당한 주의를 요한다. 특히 계약당사자간의 의무이행과정이 물품의 멸실 또는 손상이 발생한 경우 이러한 위험을 누가 부담할 것인가의 문제는 상당히 어렵다. 당사자간의 계약서상에 명시적으로 합의하였다 하더라도 예견치 못한 상황의 발생으로 계약 존립 자체를 위협할 수도 있기 때문이다. 따라서 국제물품매매거래시 위험이전의 문제로 인한 분쟁을 사전에 예방하기 위해서는 국제적으로 확립되어 있는 국제법 내지 상관습상의 규정을 면밀히 살펴볼 필요가 있다.

국제물품매매계약은 어디까지나 당사자의 자치가 우선시되는 임의규정이므로 위험이전에 관하여는 특약에 의하여 합리적으로 위험이전에 따른 문제를 해결하여야 할 필요성이 있다.

본고는 국제물품매매에서 발생할 수 있는 물품의 멸실 또는 손상에 대한 거래당사자들간의 위험이전시기에 관하여 Incoterms 2000상의 위험이전에 관한 규정과 CISG상의 제규정들을 실무적으로 무역거래시 발생할 수 있는 위험이전에 따른 거래당사자들간의 분쟁을 방지하고, 양규정의 이해를 증진시키는데 목적을 두었다.

우리나라는 2005년 3월 1일부터 CISG가 발효되었다. CISG의 성격은

민·상법상의 특별법이 되며, 우리 민·상법의 해석에 있어서도 상당한 영향을 미친다. 이에 따라 우리 민·상법의 관련조항의 보완작업도 점차 이루어져야 할 것으로 본다. 영미법과 대륙법의 타협의 산물인 협약을 우리가 채택함으로써 대륙법에 익숙한 우리로서는 영미법에 대한 이해의 폭이 넓어질 수 있는 계기가 되었으며, 우리나라는 발전도상국의 입장에서 매도인과 매수인간 쌍방의 입장을 보유하고 있기 때문에 CISG의 장점을 모두 취할 수 있다고 본다.

일반적으로 격지간의 당사자 사이에서 맺어지는 국제물품계약은 매도인으로부터 매수인에게 물품이 이전되는 동안 많은 문제점과 복잡성을 부담한다. 오늘날 이런 거래의 현실에 있어서 위험부담의 문제는 누가 위험을 부담하는가 하는 분배적 관점보다는 언제부터 상대방에게 위험이 이전하는가 하는 시간적 관점이 더 중요성을 가지기 때문에 본고에서는 위험부담의 문제를 위험이전시기를 중심으로 살펴보았다. 각 법규상의 내용을 요약하면 다음과 같다.

CISG상의 위험의 이전과 관련 규정을 보면, 첫째, 매매계약이 물품의 운송을 수반하고 매도인이 특정한 장소에서 물품을 인도할 의무가 없는 경우 매매계약에 따라 매수인에게 송부하기 위하여 최초의 운송인에게 인도할 때 위험은 매수인에게 이전하고, 매도인이 특정장소에서 운송인에게 물품을 인도해야 할 의무가 있는 경우 물품이 동장소에서 운송인에게 인도될 때까지의 위험은 매수인에게 이전하지 않는다. 둘째, 운송중인 물품에 관한 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전한다. 그러나 특별한 사정이 있는 경우 운송계약을 구현한 서류를 발행한 운송인에게 물품이 인도된 때 위험은 매수인에게 이전한다. 그럼에도 불구하고 매매계약 체결시에 매도인이 물품의 멸실이나 훼손을 알았거나 당연히 알 수 있었던 경우 매수인에게 이러한 사실을 통지하지 않았으면 멸실이나 훼손위험은 매도인의 부담이

된다. 셋째, 위험이 매수인에게 이전한 뒤에도 매도인은 자신의 작위나 부작위에 기인한 손실이나 멸실에 대하여 책임이 있다.

Incoterms에서의 위험에 관한 제 규정은 13가지 조건으로 나뉘어져 있고, 각 조건마다 위험의 이전시기는 다르다.

우리나라법상의 위험부담규정을 보면, 민법은 위험부담에 관하여 제537조와 제538조에서 규정하고 있는데 이 두 조문만으로는 여러 상황에 대비하기는 미흡하다. 더구나 여러 입법례가 위험의 이전을 중요시하여 이에 대해 상세한 규정을 두고 있는데 반하여 우리 민법에는 이에 대한 규정이 없다. 상법은 상사매매에 관하여 제67조 내지 제71조의 5조문을 두고 있으나 위험부담이나 위험이전에 관한 규정이 없어 민법을 보충하여 해석하고 있다. 따라서 우리 민·상법의 구조상 상사매매의 경우도 민법의 규정이 주로 적용되므로 민법의 부족한 부분은 다른 규정들을 유추하여 포괄적으로 해석하여야 할 것이다.

CISG의 완성 이후 지금까지 논의되어 온 결과는 CISG에 불충분한 점이 없지는 않지만 일반적으로 그 내용이 합리적이고 타당하다는 결론에 이르고 있다. 그래서 CISG는 이후의 새로운 국제협약의 기본 모델이 되어 왔으며 각국의 국내법 개정작업에서 지향해야 할 모범법으로 제시되어 왔던 것이다. 더구나 앞에서 행한 한국법과 CISG간의 비교검토의 결과, 적어도 한국법은 CISG에 비해 더 불투명하고 해명되지 않은 많은 문제들을 가지고 있다는 것이 필자의 생각이다. 예컨대 상사매매규정의 불충분성, 상사매매와 민사 매매간의 부조화와 불명확성, 민사매매규정의 불명확성과 불완전성, 담보책임과 채무불이행책임간의 관계의 모호성 등 허다한 문제점을 한국법이 가지고 있다고 보기 때문이다. 따라서 국제거래관계에서 CISG를 적용하게 되면 한국법에 비해 합리성과 타당성뿐만 아니라 명확성과 예측가능성까지 확보할 수 있게 되리라고 여겨진다.

이상에서 고찰한 바와 같이 CISG는 앞으로 국제적 물품 매매의 준거법규로서 물품거래를 규율하는 시대를 만들어 갈 것이다. 따라서 적용의 요건과 대상에 관한 깊은 연구는 거래상의 불확실성을 제거하여 분쟁예방과 신속해결을 통한 희망이익의 보장으로 무역의 활성화 내지 국제경제의 발전에 크게 기여할 것이다.

제 2 절 연구의 한계 및 향후 연구 방향

2005년 3월 1일부터 CISG가 우리나라에 발효되었고, 우리 국내법의 일부가 되었다. 물론, 적용범위는 국제매매에 한정되겠지만 실무적인 차원에서 그 파장은 클 것으로 본다. 따라서 이에 대한 대비가 시급할 것이다. 우선, CISG의 내용을 정확히 이해하는 작업이 필요하고 외국에서의 적용예와 각국에서의 적용상황 그리고 외국학자들의 견해에 대해서까지 면밀하고 심도있는 연구가 필요한 것으로 본다. 또한 한국법과 상세하고 정확한 비교검토의 작업이 이루어져야 하며 동시에 이것은 널리 알려져야 할 것이다.

더 나아가 한국법이 가지고 있는 문제점이나 시대에 낙후된 점을 CISG에 비추어 개정해 나가는 작업도 고려해 보아야 할 것이다. 매매계약이란 오늘날 어느 정도 보편성을 띠고 있으므로 국내매매와 국제매매의 규정을 구별할 이유는 그리 크지 않을 것이며, 그러한 차이는 오히려 적용상의 혼란을 가져을 가능성이 크다. CISG의 합리성과 타당성이 이미 인정되어 있고 또한 한국법에 문제가 없지 않다면 CISG의 가입을 계기로 우리의 매매법도 CISG를 모델로 삼아 개정작업을 벌여 나갈 필요가 있으리라고 본다.

이상과 같이 본 연구는 국제물품매매상의 인도과정에서 발생하는 위험의 이전에 따르는 계약당사자의 권리와 의무에 대하여 주요국의 입법례와

CISG을 중심으로 살펴보았다. 그러나 국제물품매매계약상의 위험이전에 관해서는 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. CISG는 국제물품매매에 관한 통일법으로서, 국제적인 매매에 있어서 예측가능성을 높이게 되며, 체약국에 있어서는 CISG가 국제매매에 관한한 국내법에 우선하여 적용할 것이므로 체약국들간에 매매법의 통일을 기할 수 있는 계기가 되며, 국제무역거래에서 단순하면서도 합리적인 규범을 제시함으로써 당사자들의 예측가능성을 제공하여 보다 활발한 무역거래의 발전에 큰 역할을 할 것이며, 평등과 상호이익을 기초로 하는 국제무역의 발전에 국가간의 우호를 촉진하는데 중요한 요소임을 고려하여 국제무역에 있어서 법률적 장벽을 제거, 자국의 무역발전을 통한 국가경제의 발전을 기대할 수 있다.

CISG가 우리나라에 대하여 발효가 되었고 이제 우리나라 기업들도 국제물품거래계약에 있어서 준거법으로서 CISG의 적용을 받게 된다. 그러므로 국제물품매매계약으로 발생하는 위험이전에 관한 분쟁에 대하여 예방책과 해결책이 필요할 것이다. 따라서 본고에서는 CISG상의 위험이전에 대하여 Incoterms, 우리 민법상의 위험이전과 비교법적으로 고찰하고, 그 문제점에 대해 살펴보았다. CISG는 위험이전규정의 문제점의 정비로 인해 국제물품

매매계약에서의 통일법규로서 역할을 다하기를 기대한다. CISG 가입과 관련하여 또는 그의 후속조치로서 CISG의 규정이나 입장을 민상법에 수용하는 방안도 면밀하게 검토하고 추진해야 한다.

<참고문헌>

1.국내문헌

단행본

강원진(2008), 「무역계약론」, 법문사.

곽윤직(2000), 「민법주해 XIII」, 박영사

곽윤직(2003), 「채권각론」, 박영사.

김상용(1999), 「채권각론(上)」, 법문사.

김증한(1988), 「채권각론」, 박영사.

박홍근(1989), 「상행위법」, 법문사.

양창수(1990), 「위험부담」, 고시연구.

오원석(1988), 「UN통일매매법」, 삼영사.

윤광운(2007), 「최신무역실무」, 삼영사.

이균성(1984), 「국제해상운송법연구」, 삼영사.

이은영(2001), 「채권각론」, 박영사.

이태희(2001), 「국제계약법」, 법문사.

최준선(1988), 「국제거래법」, 삼영사.

논문

김승범(1995), “국제물품매매계약에 있어서 위험이전에 관한 연구”, 성균관대학교석사학위논문.

김정희(1997), “Incoterms 1990과 비엔나협약의 위험이전시기”, 「국제상학」, 제12권 제2호. 한국국제상학회.

김형배(1994), “위험부담”, 사법학의 재조명(박영우교수화갑기념논문집), 한림원.

박 경(2007), “CISG 제9조 제2항을 통한 Incoterms 위험이전규정의 적용”, 부산대학교석사학위논문.

서정두(2000), “개정 Incoterms (INCOTERMS 2000)의 주요특정과 실무적 용상의 유의점", 무역상무연구 제13권, 「한국무역상무학회」.

석광현(2002), “국제물품매매협약 가입과 한국법에의 수용”, 「상사법연구」, 제21권 제2호.

엄광열(1988), “국제물품매매계약에 있어서 위험이전에 관한 고찰”, 건국대학교 학술논문집, 제46권, 제1호.

오세창(2004), “CISG규정에 Incoterms의 적용가능성”, 무역상무연구 제23권, 「한국무역상무학회」, 제23권.

이상옥·신승만(2002), “국제물품매매에 있어서 CISG와 Incoterms와의 비교연구”, 「사회과학연구」, 제15집.

윤광운(1997), “국제물품매매에 있어서의 1980년 비엔나 협약의 발효에 따 른 그 적용에 관한 연구”, 「국제상학」, 제12권 제2호.

정병윤(1993), “국제물품매매에 있어서 위험부담에 관한 연구”, 부산대학교박사학위논문, 제6집.

조성종(1995), “국제물품매매계약상의 위험이전”, 명지대학교박사학위논문.

최명국(1989), “국제물품매매계약에서 ”The battle of forms"에 관한 일고찰“, 무역학회지, 「한국무역학회」, 제13권, 제1호.

최수진(2000), “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대학교박사학위논문.

한규식(2003), “국제물품매매법(CISG)에서 위험의 이전”, 「국제무역연구」, 제9권 제1호.

허재창(1998), “국제상거래법상 위험이전에 관한 비교연구”, 「산업경제」, 제8권.

허영희(2001), “매매계약상 위험이전에 관한 연구”, 경상대학교박사학위논문.

2. 외국문헌

Andreas Alsterberg(2007), “Transfer of risk”, facility of law university of land.

Aleksandse Goldstan(1990), "Usages of the Trade and other Autonomous Rules of International Trade according to the UN(1980) Sales Convention, International Sale of Goods”.

Asko Raty(1990), the mirror Game-A new presentation for easy INCOTERMS use-Symposium on INCOTERMS paris.

Barry Nicholas(1989), The Vienna Convention on International Sales Law, Law Quarterly Rev.

Benjamin(1987), *Sales of Goods,* London, Sweet & Maxwell.

B.von Hoffman(1986), "Passing of Risk in International Sales of Goods", in Sercevic and Volken, International Sales of Goods : Dubrovnik Lectures, Oceana Publication.

Schmitthoff, Clive. M.(1986), *Export Trade*, London 8th ed. Stevens & Sons.

Schmitthoff, Clive. M.(1981), "Commercial Law in a Changing Economic Climate," 2nd ed, London: Sweet & Maxwell.

C. M. Bianca and M. J. Bonell(1987), *Commentary on the International Sales*

Law, Giuffre · Miilan.

D. M. Day(1981), *The Law of International Trade*, Butterworths.

D.M. Sassoon & H.O. Merren(1984), “CIF and FOB Contracts”, 3rd ed. , Stevens and Sons.

Geoffrey Whitehead Elements of Export Law(1983), Woodhead-Faulkner. Gordon J. Borrie(1980), Commercial Law, 5th edition, Butterworth.

Guest, A. G(1981), *Benjamin's Sales of Goods,* 2nd ed. London Sweet & Maxwell.

Gyula Erösi(1984), "General Provisions," Internatioanl Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (Matthew Bender).

Helen Elizabeth Hartnell(1993), "Rousing the Sleeping Dog : The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods," The Yale Journal of International Law.

Jan Ramberg(1999), *ICC Guide to Incotemrs 2000*, Paris : ICC Publishing S.A.

Johan Erauw(2003), “The risk of loss and passing it, Journal of law and commerce”.

John. O. Honnold(1991), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention,* 2nd ed, Kluwer Law and Taxation Publishers.

Peter Schlechtriem(1986), "Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods," (Vienna , Manzche Verlagsund Universi- tatsbuchhandlung).

R. Van De1den(1983)zieht van de Hande1skoop, K1uwer.

David. M. Sassoon & H.O. Merren, *CIF and FOB Contracts,* 3rd ed., Stevens

and Sons, 1984.

C. M. Bianca・M. J. Bonell, "Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Mailand".

Schlechtriem(1984), Seller's Obligation Under the United Nations Convention on Contracts for the international Sales of Goods, Galston & Smit, eds., New York : Matthew-Bamder.

Schmitthoff(2000), *Export Trade,* Tenth ed, London Sweet & Maxwell.