

운송 중의 매매의 위험이전과 손해배상청구권에 관한 법적 논점

Legal Issues on the Passing of Risk and the Claims for Loss of or Damage to the Goods in Transit

양 석 완*
Yang, Seok-Wan

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 운송 중의 물품의 매매에 있어서의 위험부담
- III. 운송 중의 물품의 멸실 훼손으로 인한 손해배상청구권
- IV. 맺으며

국문초록

운송 중 물품이 매매되었을 때 위험의 이전시점은 해석상 어려운 문제를 야기할 수 있다. 국제물품매매에 있어서 위험부담의 문제는 매매계약의 체결과 완전한 이행 사이의 일정한 시점에서 계약당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 인해 발생한 물품의 멸실 또는 훼손을 매도인과 매수인 중 누가 부담하는가 하는 문제이다. 특히 이러한 위험을 부담하는 주체의 변경문제를 위험이전이라고 한다.

물품매매의 목적은 소유권의 이전에 있으나, 즉석에서 대금을 지급하고 물품을 취득하는 현지매매가 아닌 국제물품매매에 있어 위험을 쌍방당사자에게 어떻게 배분할 것인가 하는 것은 매우 중요한 문제이다. 왜냐하면 국제물품매매는 그 특성상 계약체결과 이행사이에 시차가 벌어지고, 물품의 운송시간이 많이 소요되는 것이 원칙이며, 운

논문접수일 : 2009. 10. 1.

심사완료일 : 2009. 10. 27.

게재확정일 : 2009. 10. 27.

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

송과정에서 많은 위험을 수반하므로 이러한 위험을 누가 부담하느냐 하는 것은 경제적인 손실과 직결되는 것이기 때문이다. 따라서 위험의 이전시기를 정하고 있는 입법주의에 따라서 매도인과 매수인의 경제적 손실은 크게 달라질 수 있다.

주제어 : 위험이전, 운송 중, 손해배상청구, 특별한 사정이 있는 경우, 인도(교부), 매도인, 매수인

1. 문제의 제기

물품이 제1운송인에게 인도된 때 매수인에게 위험이 이전되는 것이 국제물품매매계약에 관한 UN협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : CISG, 이하 '비엔나협약'이라 한다)¹⁾의 기본원칙이다. 그런데 운송 중에 있는 물품의 매매에 있어서는 당해 매매계약체결 전에 물품은 이미 제1운송인에게 인도되어 운송이 진행 중인 상태이다. 이 경우의 매수인에게 계약체결 전의 위험까지 부담시킬 것인가 또는 계약체결시에 위험이 이전하는 것으로 정할 것인가가 비엔나협약의 초안작성시 논란의 대상이 되었다.²⁾

계약체결시에 위험이 이전되는 것으로 한다면, 현실적으로 운송도중 어느 시점에서 손해가 발생했는가를 확정하기가 어렵기 때문에 분쟁의 소지가 많아진다. 그 밖에 매수인이 물품의 검사 및 운송인이나 보험자에 대한 청구를 보다 용이하게 할 수 있는 지위에 있음을 고려하여 구미(歐美)에서의 국제매매관행은 전 항해구간에서의 위험을 운송 도중의 매수인에게 소급적으로 부담시키고 있다. 그러나 많은 개발도상국의 대표들이 이러한 소급적 위험이전은 개발도상국의 매수인의 이익을 해할 수 있다고 반대함으로써 협약에 채택되지 못하고 운송도중의 매매에 있어서 위험은 원칙적으로 선적시가 아닌 계약체결시에 위험이 매수인에게 이전되도록 한 것이다.³⁾

한편 특별한 사정이 있는 경우, 즉 물품이 부보되어 있는 경우에는 송부매매의 일반

1) 현재 이 협약의 체결국의 수는 모두 74개국이고, 이 협약은 우리나라에 대해서는 2005. 3. 1.에 발효하였다. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>(2009. 10. 1. 방문) 참조.

2) UNCITRAL, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, U. N. Doc. A/Conf. 97/5, at 65 (1979).

3) 양명조, "권리이전과 위험부담", 「국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 쟁문제」(임흥근·이태희 공편), 1991, 161면.

원칙에서와 같이 운송인에게 물품을 인도(교부 ; handing over)한 때 위험이 이전한다고 하고 있다. 이 규정은 운송인에게 물품을 인도할 때에 위험을 소급해서 이전하고 있는데, 여기서 말하는 특별한 사정이 무엇인지에 관하여 입법적 연혁이나 본 규정의 보통 의미를 가지고서 이것을 판단하기는 쉬운 일이 아니다.⁴⁾

더욱이 운송 중의 매매에 있어서의 위험의 이전에 관한 규정이 없는 우리 민법 하에서는 쌍무계약에 일반적으로 적용되는 규정⁵⁾만으로는, 국제물품거래의 구체적인 법률 사건을 해결하는 데에는 미흡하다.⁶⁾ 우리나라에서도 비엔나협약이 2005년 3월부터 효력이 발생한 상황이어서, 동 협약이 국제물품매매에 관하여 우리나라의 민법 및 상법의 특별법으로서 자리 잡고 있다.

이에 이 논문은 비엔나협약 가운데, 특히 운송 중의 매매의 위험이전과 관련된 계약의 요건 및 위험의 분담자와 이전시기에 관한 쟁점들을 동 협약의 규정을 중심으로 고찰하고 이에 대한 해석론적 체계를 가다듬는 데 그 목적을 두고 있다.

II. 운송 중의 물품의 매매에 있어서의 위험부담

1. '운송 중'의 의미

가. 논점의 소재

비엔나협약은 '운송 중'이라는 개념이 무엇을 뜻하는 지에 관한 정의 규정을 두고 있지 않다. 그러므로, 항공화물운송인은 '항공운송 중'에 발생한 사고로 인한 화물의 파괴·멸실 또는 훼손에 대하여 책임을 진다는 몬트리올 협약 및 바르샤바 협약에서 시사 받는 바가 크다. 즉 몬트리올 협약 및 바르샤바 협약 규정⁷⁾상의 'In the charge' of the carrier는 'under the control' of the carrier에 가까운 개념이다. 여기서 항공운송 중이란 운송인의 관리하에 있는 기간을 어떻게 보느냐 하는 점과 맞물린다. 통상 운송인은 화물을 점유하면서 그의 관리·지배하에 놓고 책임을 지게 되는데, '운송 중'의 개시시기

4) Douglas. Goodfriend. "After the Damage is Done : Risk of Loss under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 22, 1984, p.588.

5) 이에 관한 입법례로서 채무자부담주의, 채권자부담주의, 소유자부담주의 등이 있는데, 우리나라는 민법에서 채무자부담주의를 취하고 있다(민법 제537조, 제538조).

6) 하삼주, "국제상품거래에서 손실위험의 부담과 이전시기", 『기업법연구』, 제21권 제3호(2007. 9.), 576면.

7) 몬트리올 협약 제18조 제1항 : 바르샤바 협약 제18조 제1항.

와 그 종료시기가 언제인가 하는 점이 문제된다.

나. 비엔나 협약상 '운송 중'의 의의의 구체적 검토

(1) 운송인에 대한 인도

(가) 운송의 개시시점

매도인이 운송인에게 물품을 인도(handing over : Übergabe)함으로써 위험이 매수인에게 이전한다(협약 제67조, 제68조 제2문). 이러한 원칙에 내포되어 있는 취지는 물품이 매도인의 점유를 벗어나 운송인의 지배하에 있게 되므로, 보다 유리한 입장에서 물품을 관리 또는 부보할 수 있는 당사자인 매수인에게 위험을 부담시킨다는 것이다.⁸⁾

인도란 물품에 대한 사실상의 점유(physical possession) 이전을 의미한다.⁹⁾ 이에 따라 운송 중이라는 요건이 개시되기 위해서는 매매목적물을 운송인에게 인도할 것이 요구되는데, 여기에는 매도인이 운송인에게 물품을 인도함으로써 자신에게 요구된 바를 모두 이행하였다면 위험이 이전되어 반대급부로서 매도인의 대금청구권은 인정되어야 한다는 판단이 근거에 놓여있다. 그러므로 매도인은 발송한 물품이 매수인에게 도달할 수 있도록 하기 위해 필요한 모든 것을 해야 하는 것이다. 이 때 운송인에게의 인도는 운송계약 또는 운송주선계약을 체결하는 것을 포함하여,¹⁰⁾ 매수인에게 물품을 운송하고 교부하기 위하여 필요한 사실상, 법률상의 모든 조치를 취할 것을 요구한다.¹¹⁾ 매도인으로서 그 때에 그가 하여야 할 모든 것을 다하였다고 봄으로¹²⁾ 그 시점에서 운송 중에 들어감과 동시에 위험부담의 효과가 생긴다고 보아야 할 것이다. 즉 이 때에 급부위험의 이전과 반대급부위험의 이전이 동시에 발생한다. 이 때 인도는 반드시 소유권이전을 동반하는 것이어야 할 필요는 없다. 예를 들면 소유권유보부매매(할부매매 등)에서는 인도로 소유권이 매수인에게 이전되지 않고 대금완불에 의해 비로소 소유권이 이전되는데, 매수인이 인도받은 후 물품을 사실상 지배하고 있다는 것을 고려할 때에 물품의 위험은 인도시에 매수인에게 이전한다고 해석하는 것이 타당

8) 허영희, "비엔나협약과 통일상법전상 위험이전 규정의 기본방침과 그 특성", 「법학논총(경상대)」 제9집(2000), 117면.

9) Roth, P. M., "The Passing of Risk", *Am. J. Com. L.* Vol. 27, No. 2&3, 1979, p.296 : David G. Epstein / James A. Martin, *Basic Uniform Commercial Code*, 2nd ed., 1983, p.317.

10) 독일민법 제447조 제1항에 따라서 위험이전의 경우에 운송인에 대한 인도를 이와 같이 해석한다.- 최수정, "동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구", 서울대 대학원 박사학위논문, 2000, 2, 132, 137면.

11) 최수정, 위의 논문, 137면.

12) 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001, 63-64면.

하다는 것이다. 그래서 단순히 운송계약만을 체결하는 것만으로는 충분하지 않은데, 그 경우에는 물품이 아직 매도인의 영향범위 내에 있기 때문이다.

(나) 국제운송의 적용

비엔나협약은 운송 중에 매도된 물품에 관한 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전 하되(협약 제68조 제1문), 특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 인도한 때 이전한다(협약 제68조 제2문)고 정하고 있다. 협약초안의 당초 '물품처분권을 표창'하는 용어가 현재의 '운송계약을 표창'하는 용어로 문구가 변경된 것은 이 규정이 국내운송보다 오히려 국제운송(항공·해상운송)을 적용 대상으로 한다는 것을 명백히 하기 위해서였다.¹³⁾ 따라서 물품이 목적항으로 운송되기 위해 국내에서 운송 중인 동안의 매매는 본 규정이 적용되지 않는다.

결과적으로 매도인이 육상운송과 해상운송이 연결되는 항구에서 물품을 인도하도록 약정한 때에는 당해 항구에서 해상운송인에게 물품을 인도할 때까지 육상운송 중에 발생하는 위험은 매도인이 부담하고, 그 이후의 해상운송 중에 발생하는 위험은 매수인이 부담하게 된다. 이 경우에 매도인과 매수인간에 특정장소에서 물품을 교부하기로 약정한 경우에는 해상운송에서의 위험이전장소를 규정한 전통적 무역거래조건과의 관계가 문제된다.¹⁴⁾

(2) 매수인의 인수·수령

(가) 운송의 종료시점

협약에 있어서 인수란 현실적으로 인도받을 때를 말한다.¹⁵⁾ 협약 제69조 제1항은 '영업소에서' 매수인이 물품을 인수하기로 합의한 경우에는 물품이 매수인의 처분상태(at the disposal of the buyer)에 맡겨질 때, 운송을 수반하는 매매에 있어서는 운송이 종료된 때 매수인에게 위험이 이전되고, 매수인이 상당한 시간 내에 인수받지 않을 때

13) UNCITRAL, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods. U. N. Doc. A/Conf. 97/5. at 65 (1979).

14) 전통적인 무역거래조건인 선취인도조건(FAS), 운임 및 보험료포함조건(CIF), 본선인도조건(FOB) 등은 본 조항(제67조 제1항 제2문)과는 다소 차이가 있다. 그 이유는 전통적인 무역거래조건인 FAS, CIF, FOB 등에 의하면, 물품운송에 육상운송과 해상운송 양자가 모두 필요한 경우에, 위험은 제1의 육상운송인에게 물품이 교부된 때에 이전하는 것이 아니라, 선척난간(ship's rail)을 통과할 때에 위험이 이전하지만 제67조 제1항 2문의 규정에 따르면 육상운송인에게 인도한 때에 위험이 이전한다는 점에서 찾아볼 수 있다.

15) Official Records. U. N. Doc. A/Conf. 97/18. at 407~408 (1981).

에는 매수인이 수령하지 않아서 계약위반이 될 때부터 매수인에게 위험이 이전된다고 규정하고 있다. 그러므로 제69조 제1항의 보다 옳은 해석은 매도인이나 대리인이 물품을 현실적으로 인도할 때에 비로소 매수인에게 인수(taking over)되어졌다고 할 수 있다. 운송의 종료에 따른 위험이전의 계기로서 수령지체가 생기기 위해서는 목적물의 제공이 필요하다. 제공된 물건을 채권자가 수령하지 않아 지체에 빠지는 시점에 위험이 채권자에게 이전하기 때문이다.

위와는 달리, 매수인이 매도인의 '영업소 이외의 장소에서' 물품을 수령할 의무가 있는 경우(협약 제69조 제2항)에는 운송이 종료된 것으로 본다. 물품의 수령을 위해서는 이행기가 도래하고 매수인이 물품에 대하여 약정한 장소에서 자신이 처분가능한 상태에 있음을 알고 있어야만 한다. 이 경우에는 특약이 없는 한 영업소 이외의 제3의 장소에 발송하는 것만으로 수령지체, 즉 채권자지체에 빠뜨리거나 위험을 이전시킬 수 없다고 할 것이다.¹⁶⁾ 여기서 주관적 인식, 즉 매수인이 자신의 지배 내에 물품이 있다는 것을 인식했을 때 위험이 매수인에게 이전하는데, 운송을 수반하는 매매에서는 특정시와 수령지체 즉, 채권자지체시가 다르므로 위험의 이전시기가 자의적으로 되어 문제가 될 수 있다.¹⁷⁾

(나) 임의처분

여기서 문제가 되는 '매수인의 처분상태에 맡겨져 있다'는 의미가 매도인이 해상운송물품을 부두에 하역했을 때인지, 매수인이 현실적으로 물품의 점유를 할 때인지의 여부가 명확하지 않다는 것이다.¹⁸⁾ 목적물이 매수인의 처분상태에 맡겨져 있다는 것은 협약 제69조 제1항과 제2항에 의하면 매수인이 이를 인수함에 있어 필요한 모든 조치를 매도인이 취한 때를 말한다(협약 제31조 (b) (c) 참조). 또한 인도와 동일한 효력이 있는 화물상환증·선하증권, 창고증권 등의 교부도 위험이전효과가 인정된다.¹⁹⁾ 즉 물품의 인도를 약속하는 내용이 기재된 증권을 매수인이 창고업자에게 제시하여 임치된 물품의 인도를 요구할 수 있는 경우에 물품은 매수인의 처분에 맡겨져 있다고 본다.²⁰⁾ 따라서 목적물의 수령시기에 관하여 합의가 없는 경우에는 물품은 매수인이 창

16) 이은영, 「채권자론」, 박영사, 2005, 112면.

17) 하삼주, 앞의 논문, 580면: 그러나 송부매매에 있어서의 위험의 이전에 관한 규정이 없는 우리 민법 하에서는 종류채권 일체에 관하여 제538조의 채권자지체에 의한 위험이전의 법리에 따라 해결하여야 할 것이다.

18) 하삼주, 위의 논문, 580면.

19) 이은영, 앞의 책, 188면.

20) UNCITRAL YB VII (1976), S.141, Art. 66, Nr. 2; UNCITRAL YB VIII (1977), S.64, Nr. 550-552:

고업자에게 연락하고 창고업자가 매수인의 점유권을 인정하기까지는 매도인이 위험을 부담할 수밖에 없다. 부두에 하역했을 경우에도 매수인에게 화물인도지시서(delivery order)를 교부함으로써 위험은 이전된다고 할 수 있다.²¹⁾ 따라서 단순히 이행준비상태에 있는 것만으로는 처분 가능한 상태에 있다고 할 수 없다.²²⁾ 아울러, 처분에 맡겨져 있다고 하기 위해서는 목적물의 특징이 필요하다(협약 제69조 제3항).

다. 우리나라 법 및 다른 협약과의 비교

(1) 우리나라 법 및 판례의 태도

우리나라 상법은 운송인의 책임기간은 운송인이 운송을 위하여 화물을 수령(receive)한 때로부터 수하인에게 화물을 인도(delivery)한 때까지라고 한다(제795조 제1항). 이와 관련하여 운송인이 수입화물을 인도할 때까지 운송물에 대한 지배권을 확보해야 한다는 점에서 운송인이 운송물을 보관할 보세창고를 정하여야 하는 것이 논리적으로 당연하다. 그러나, 우리나라의 경우 화물인도절차는 세관 통관절차와는 별도로 밟아야 하게 되는데,²³⁾ 보세창고 선정권은 실수입자가 주도하고 있다. 보세구역에 장치되어 있는 화물은 현실적으로 영업용보세창고²⁴⁾에 입고하는 경우와 자가용보세창고²⁵⁾에 입고하는 경우, 즉 하역된 화물이 누구의 점유하에 들어가는가에 따라 그 인도시기가 달라진다.²⁶⁾

우리나라 판례는 영업용보세창고에 입고되는 화물의 인도시점은 운송인 또는 선박대리점의 화물인도지시서에 의하여 그 하역회사의 보세창고에서 '출고된 때'로 보고, 선측에서의 하역작업에 의하여 운송물의 점유가 보세창고에 입고할 하역회사에게 이전된 때가 아니라고 한다.²⁷⁾ 이와는 달리, 자가용보세창고의 경우에는 보세창고의 '입고를 위하

S.163. Art. 66. Nr. 5.

21) 최준선, "UN국제물품매매법상의 위험부담", 「상사법연구」, 제12집(한국상사법학회, 1993), 82면.

22) 최준선, 위의 논문, 80면.

23) 김교창, "해상운송인의 화물인도의무", 「인권과 정의」, 제167호(대한변호사협회, 1990.7.), 103면 ; 이진홍, "선하증권이 회수되지 않은 운송물의 인도에 관한 법률관계", 「한국해법학회지」, 제28권 제2호(2006.11), 223-224면.

24) 수출입화물을 보관하는 것을 업으로 하는 특허보세구역을 말한다(특허보세구역운영에 관한 고시 제2조 제1호).

25) 제조업체 또는 수출입업체 등이 수입하는 물품에 대하여 타소장치로 인한 부담과 보세화물감시단속업무의 증가 등을 피하고자 설영인이 사용하는 자가화물 등을 보관하기 위한 특허보세구역을 말한다(특허보세구역운영에 관한 고시 제2조 제1호, 제16조).

26) 김갑유, "국제항공화물운송의 법률관계", 「국제거래법연구」, 제2집(1993), 56면 ; 서울지방법원, 국제거래·상사소송의 실무, 1997, 197-198면.

여' 실수입자에 의해 보세운송이 시작된 때 화물의 인도가 종료한 것으로 본다.

(2) 다른 국제규칙 또는 협약과의 비교

헤이그비스비규칙 제1조 (e)항에 의하면 운송인의 책임기간은 화물의 선적(load)일로부터 양륙(discharge)일까지로서 인도(delivery)한 때까지보다 더 짧다. 함부르크 규칙 제1조 제(2)항의 법문²⁸⁾에서 'carriage of goods'는 화물의 수령에서 인도까지의 적재, 양륙, 보관 등을 포함한 화물이동의 모든 측면을 포함하며 단순히 화물의 이동측면만을 의미하지 않는다.²⁹⁾ 또한 마지막 문장의 'any other person'은 운송인의 사용자나 대리인 및 운송이행을 위임받은 하청계약자가 또 다시 위탁한 하청계약자까지 포함한다고 한다.

그런데 UNCITRAL 운송법협약 초안 제11조 제5항은 수입국의 국내법이 일단 권한 있는 당국(an authority)이나 제3자에게 화물을 넘긴(hand over) 다음 그로부터 수하인이 화물을 반출(collect)하도록 규정하고 있는 경우 운송인이나 그 이행당사자가 위 당국이나 제3자에게 화물을 넘김으로써 인도의무를 완료한 것으로 보고 있다. 이는 위에서 본 우리나라 대법원 판례의 입장과 상충될 염려가 있어 신중한 검토가 필요한 부분이라고 지적되고 있다.³⁰⁾

2. 매수인에게로의 위험이전

가. 위험이전의 의의 및 입법주의

국제물품매매에 있어서 위험을 부담하는 주체의 변경문제를 위험이전이라고 한다.³¹⁾ 위험부담의 문제는 매매계약의 체결과 완전한 이행 사이의 일정한 시점에서 계약당사

27) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결 : 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다19234 판결 : 대법원 1992. 9. 18. 선고 92도22 결정 : 대법원 2000. 11. 14. 선고 2000다30950 판결 : 대법원 2004. 5. 14. 선고 2001다33918 판결.

28) Article 1(2) "Actual carrier means any person to whom the performance of the carriage of the goods, or of part of the carriage, has been entrusted by the carrier, and includes any other person to whom such performance has been entrusted."

29) 오원석, "UN 해상화물운송협약 수정초안상의 운송인의 책임", 「국제상학」 제19권 3호(한국국제상학회, 2004. 9), 12면.

30) 김필곤, "UNCITRAL 운송법 조약에서 논의되고 있는 인도 및 인도지연으로 인한 책임", 「국제규범의 현황과 전망 -2006년 국제규범연구반 연구보고-」, 법원행정처, 2006, 290-291면.

31) 문희철·송명복, "국제물품매매계약상 위험이전에 관한 일고찰- 위험이전과 인도와의 관계를 중심으로-", 「국제상무연구」 제11권 제1호(한국무역상무학회, 1998), 131면.

자 쌍방의 책임 없는 사유로 인해 발생한 물품의 멸실 또는 훼손을 매도인과 매수인 중 누가 부담하는가 하는 문제이다. 위험의 이전시기를 정하고 있는 각국의 입법주의에 따라서 매도인과 매수인의 경제적 손실은 크게 달라지므로, 위험을 쌍방당사자에게 어떻게 배분할 것인가 하는 것은 매우 중요한 문제이다.

입법주의로는 매수인이 물품의 점유를 취득하기 전이라도 계약체결시에 매수인에게 위험이 이전하는 계약체결시주의,³²⁾ 계약이 체결되더라도 소유권이 이전될 때까지는 소유자인 매도인이 위험을 부담하고 소유권이전과 동시에 매수인인 새로운 소유자가 위험을 부담하는 소유권이전주의³³⁾와 물품의 인도(delivery) 또는 목적물을 매수인의 처분상태에 들으로써 위험이 매수인에게 이전하는 인도시주의³⁴⁾ 등이 있다.

비엔나협약상의 위험이전은 제6조의 당사자자치원칙에 준하여 당사자의 합의가 있는 경우 그에 따르고, 당사자 중 일방의 작위 혹은 부작위에 의해 멸실 또는 훼손이 발생한 경우 이에 대하여 책임이 있는 당사자가 손해를 부담하는 것이 원칙이다.³⁵⁾ 그러나 당사자간의 합의가 존재하지 않고 멸실 또는 훼손의 책임이 일방 당사자에게 있지 않은 경우 매도인과 매수인 중에서 누가 위험을 부담해야 하는가와 관련하여 협약은 두 가지 접근방식을 취하고 있다. 그것은 위험부담자를 소유권이 누구에게 있는가에 의해 결정하지 않고 개별적 상황에 따라서 제66조 내지 제70조를 적용하는 유형적 접근방식³⁶⁾과 매도인과 매수인 가운데 누가 보험자에게 구상하기가 용이한가에 따라 위험부담자를 결정하는 접근방식이다. 두 번째 접근방식은 일반적으로 물품이 도착한 때 우선 손해를 발견하는 것이 매수인이고 매수인이 보험자와 교섭하기가 용이하므로 위험을 매수인에게 부담시키고 있는 것이다.³⁷⁾ 아울러 협약상 위험이 이전됨에 있어서는

32) 로마법과 보통법에서 인정되었으며, 오늘날에는 프랑스민법과 스위스민법에서 채택하고 있는 원칙이다.

33) 영국 물품매매법(Sale of Goods Act)에서 채택하고 있는데, 물권변동에 있어서 의사주의를 취하는 법제도하에서는 매매계약으로 소유권이 매수인에게 이전함으로써 매수인이 위험을 부담하게 된다.

34) 독일민법 제446조 제1항, 오스트리아민법 제1064조, 미국통일상법전(UCC) 제2-509조 제(4)항 등에서 채택하고 있다.- Chomsky, C. L./C. L. Kunz, *Sale of Goods : Reading and Applying the Code*, 2nd ed., West, A Thomson Business, 2004, p.197.

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

36) 협약은 컨테이너 운송의 경우의 위험이전에 관한 규정을 명시적으로 두고 있지 않기 때문에 제67조 제1항 1문이 적용되는지 아니면 2문이 적용되는지가 문제된다. 그러나 협약에서 개별적으로 기술하고 있는 이른바 '유형별 접근방법'에 있어서 그 유형은 현대의 다양한 운송수단을 포괄하여 규정하는 데는 미흡한 점이 있다. 오늘날 급속히 보편화되어가고 있는 컨테이너운송과 국제복합운송의 경우는 손해발생의 시점과 지점을 확인하기 어려운 입증상의 난점이 있기 때문에 언제 매수인에게 위험이 이전하는지를 명확하게 규정해야 할 필요가 있다.- 양명조, 앞의 논문, 158면 ; 문희철·송명복, 앞의 논문, 156면 ; De Vries, H., "The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention 1980 as Compared with Traditional Trade Terms", 17 *Eur. Transp. L.* (1982), p.508.

인도시 물품의 계약적합여부를 묻지 않는다. 물품에 하자가 있는 등 매도인의 물품적합의무의 위반이 있더라도 위험은 이전한다.³⁸⁾

비엔나협약은 운송 중에 매도된 물품에 관한 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전 하되(협약 제68조 제1문), 특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 인도한 때 이전한다(협약 제68조 제2문)고 정한다. 이는 운송 중인 물품을 매매의 대상으로 할 때는 물품을 운송인에게 인도한 후에 매매계약이 이루어지기 때문에 협약 제67조를 적용할 수 없고, 또한 운송과정 중 손실이 발생한 시기를 확정짓는 일이 어렵기 때문으로 보인다.

나. 위험이전 규정의 내용

(1) 기본원칙: 계약체결시 위험이전(비엔나협약 제68조 제1문)

운송 중에 있는 물품의 매매는 계약체결 전에 물품이 이미 당초의 매매계약상의 매수인에게 인도되어 운송이 진행 중인 상태에 있기 때문에 이 경우 매수인에게 계약체결 전의 위험까지 부담시킬 것인가 또는 계약체결시에 위험이 이전하는 것으로 정할 것인지가 문제가 된다.³⁹⁾ 종종 물품이 해상에서 운송 중에 있는 동안 매각되는 경우가 있는데, 그러한 경우 보통 '운송 중'이란 문언이 거래조건 뒤에 추가된다.⁴⁰⁾ 이는 특히 Incoterms(무역조건해석통일규칙)에서 CFR(운임포함조건) 및 CIF(운임·보험료포함조건) 거래조건에 해당된다고 할 수 있다.

운송 중의 손해가 언제 발생하였는지 그 시기를 확정하는 일은 그 손해가 화재, 해상의 폭풍우, 기차전복 또는 트럭충돌 등과 같이 증명할 수 있는 사건에서 결과가 발생한 때에는 가능하다. 그러나 해수의 유입이나 과열로 인해 손해가 생기면 이를 증명하기가 어려울 것이다. 더욱이 만약 이러한 손해가 부분적으로 일부는 계약이 체결한 이후에 발생한 사건에서 기인한 것이고, 일부는 그 시기 이전에 발생한 사건에 기인한 경우에는 문제가 더욱 복잡해진다. 물론 이러한 경우에도 당사자들은 위험이 운송을

37) 김정희, "Incoterms 1990과 비엔나협약의 위험이전시기", 「국제상학」, 제12권 제2호(한국국제상학회, 1997), 79면.

38) Hager, *Commentary on CISG Article 67*, in Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, editors, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, Second (English) Edition, Oxford : Oxford University Press, 1998, p.678.

39) Bianca, C. M./M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law : The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano : Giuffrè, 1987, pp.483-484.

40) ICC, Incoterms 2000, Introduction, The "C"-Terms(CFR, CIF, CPT, and CIP).

시작할 때 또는 운송을 완료한 때에 이전한다고 합의함으로써 문제를 해결할 수 있다.

운송 중에 있는 물품을 계약의 목적으로 하는 국제매매에 있어서 위험부담을 누구에게 귀속시킬 것인가는 특별한 고려를 필요로 한다.⁴¹⁾ 비엔나협약은 운송 중에 매도된 물품에 관한 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전하되(협약 제68조 제1문), 특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 목적물을 교부한 때 이전한다(협약 제68조 제2문)고 정한다. 이와 관련하여 비엔나협약의 초안작성 시 논란의 대상이 되었는데, UNCITRAL의 공인평석서에 의하면 운송 중에 매도된 물품에 관한 위험부담문제를 두 가지로 규정한 것은 공업국과 개발도상국 간의 타협의 산물이다.⁴²⁾ 개발도상국은 수출보다는 수입이 많고, 그 수입품에 대하여는 보험에 들지 않는 것이 보통이다. 따라서 개발도상국으로서는 조금이라도 늦게 위험을 부담하는 것이 유리하다. 계약체결시에 위험이 이전하는 것으로 한다면, 현실적으로 운송 도중 어느 시점에서 손해가 발생했는가를 확정하기가 어렵고 분쟁의 소지가 많아지게 되어 많은 개발도상국의 대표들이 계약체결시 위험의 이전까지 매수인이 부담하는 것은 매수인의 이익을 해할 수 있다고 반대하였기 때문에 협약은 원래 유럽에서의 국제매매 관행, 즉 위험을 운송 도중의 매수인에게 거슬러 부담시키는 소급적 위험이전을 채택하지 않고 위험은 원칙적으로 계약체결시에 이전하는 것으로 규정하였다. 이는 운송 중인 물품을 매매의 대상으로 할 때는 물품을 운송인에게 인도한 후에 매매계약이 이루어지기 때문에 비엔나협약 제67조를 적용할 수 없고, 또한 운송과정 중 손실이 발생한 시기를 확정짓는 일이 어렵기 때문으로 보인다. 그러나 이와 같은 위험배분방식은 손해발생시점에 관한 분쟁을 초래할 우려가 크므로 타당하지 못하다.⁴³⁾

(2) 예외 : 물품 인도시 위험이전(비엔나협약 제68조 제2문)

(가) 물품 인도

비엔나협약 제68조 제1항 제2문은 “특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 인도(handing over)한 때부터 매수인이 위험을 부담한다”고 규정하고 있다. 여기서 물품이 운송인에게 인도된 때라고 하는 상황이란 구체적으로 어떤 것을 말하는가?

41) 문희철·송명복, 앞의 논문, 159면.

42) UNCITRAL, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods. U. N. Doc. A/Conf. 97/5. at 65 (1979).

43) 최준선, 앞의 논문, 74면.

운송을 수반하는 때에는 물품을 운송인에게 인도함에 있어서 이를 특정한 장소에서 하여야 하느냐 아니냐에 따라 두 가지 종류로 나뉜다. 송부매매의 위험이전의 기본원칙은 목적물을 매매계약에 따라 매수인에게 운송하기 위하여 제1의 운송인에게 인도한 때에 위험은 매도인으로부터 매수인에게 이전한다(협약 제67조 제1항 제1문).

매도인이 특정장소에서 물품을 운송인에게 인도하여야 하는 경우의 위험은 그 장소에서 물품이 운송인에게 인도된 때 이전한다고 규정하고 있다(협약 제67조 제1항 제2문). 이는 제67조 제1항 제1문에서 규정하고 있는 송부매매의 위험이전에 관한 기본원칙에 대한 예외라고 할 수 있으며, 물품매매계약에서 매도인으로 하여금 특정장소에서 물품을 인도하겠다고 약정한 경우에만 적용된다.

여기서 특정장소(협약 제67조 제1항 제2문)의 경우에 운송계약을 체결한 후 운송인에게 물품을 인도하기 위하여 매도인이 자신의 고용인을 통해 일정한 장소, 가령 철도역까지 운송해야 하는 경우 그 동안의 위험은 누가 부담하는가가 문제된다. 매도인부담설은 운송시설까지의 운송은 매도인으로서의 의무인 송부에 해당한다고 하고, 매수인부담설은 운송시설로의 물품운송도 매수인의 이익을 위한 것이기 때문에 운송에 결부된 특별한 위험은 매수인이 부담해야 하며 따라서 매수인은 우연한 멸실시에 대금을 지급해야 한다고 한다. 생각건대, Incoterms의 경우 대체로 운송인에게 인도하기 위한 수송을 매도인의 의무로 보고 그의 위험범위에 귀속시키고 있는 점에 비추어,⁴⁴⁾ 매도인의 위험으로 보는 것이 운송인에게의 인도를 규정하고 있는 비엔나협약 제67조 제1항의 취지와도 상응하는 것이라고 볼 수 있는데, 이 견해가 유력한 것으로 보인다.⁴⁵⁾

(나) '특별한 사정이 있는 경우'의 의미

비엔나협약 제68조 제1항 제2문의 '특별한 사정'이라는 의미는 무엇인가가 문제된다. 우선 물품의 멸실 훼손이 충돌이나 화재와 같이 그 발생시기가 명확할 때는 문제가 없다. 그러나 운송 중 물품의 상태를 확인하는 것이 일반적으로 불가능하므로 멸실 훼손이 발생한 시기가 불명확할 경우가 많다. 이러한 경우 협약은 '특별한 사정이 있는 경우(if the circumstances so indicate)'에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 인도한 때부터 매수인이 위험을 부담한다"고 규정하여(제68조 제1항 제2문) 운송인에게 물품이 인도된 시기로 소급하여 위험이 이전되도록 하고 있다. 여기서

44) 매도인이 물품을 특정장소에서 운송인에게 인도할 경우, 위험은 그러한 장소에서 물품이 운송인에게 인도되기까지는 이전되지 않는다는 점은 Incoterms 2000의 FCA(선취인도조건) 계약과도 일치하고 있음을 할 수 있다.

45) 동지 : 최수정, 앞의 논문, 137면.

서류란 일반적으로 운송계약을 증명하는 서류로서 그것이 유가증권인가 아닌가는 불문한다.⁴⁶⁾

구체적으로 특별한 사정이 있는 경우란 피보험자에 대한 지시식으로 발행되고 매수인 앞으로 배서된 보험증권을 포함하는 표준적인 선적서류를 당사자가 매수인에게 양도하는 거래를 한 경우가 이것에 해당한다고 보고 있다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 배서에 의해 매수인은 그 보험증권하에서 청구권을 행사할 수 있는 유일한 자이며, 이것은 매수인에 의해 전체의 위험을 이전하는 의사가 있는 명확한 증거이기 때문이라고 한다. 예컨대 피보험자에 대한 지시식으로 보험증권이 발행되고 피보험자가 매수인에게 배서한 보험증권을 포함한 선적서류를 매수인에게 양도하여 양당사자간의 매매가 이루어진 경우로서 배서에 의해 매수인만이 보험금청구권자가 되는 경우를 말한다. 이와 같이 정한 이유는 운송보험에 가입되어 있지 않은 물품에 대하여서는 매수인이 스스로 부보시킬 수 없는 한 위험을 부담할 수 없기 때문이다.⁴⁸⁾ 왜냐하면 손해보험은 피보험이익(versicherbare Interesse)을 불가결의 요건으로 하는데, 매수인이 물품을 보험에 붙였다는 것은 자신이 피보험이익을 가졌다는 것을 의미하는 것이고, 따라서 매수인을 위한 보험이 존재하는 경우에는 이미 매수인이 위험을 부담하고 있는 것이다.⁴⁹⁾ 이는 나아가 이미 위험부담시기에 관하여 당사자간에 매매계약에서 묵시적으로 합의되었다고 볼 수 있다.⁵⁰⁾

물론 실무에서는 매수인이 물품을 운송보험에 붙였다고 하더라도 위험의 이전에 관한 합의는 없는 경우가 있을 수 있다. 또는 매수인이 보험기간의 개시시점에 관하여 정함이 없이 보험계약을 체결하는 수도 있다. 이들 경우에는 위의 문언에 따라, 위험은 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 물품을 교부한 때로 소급하여 이전하는 것으로 추정한다는 추정적 효력이 있다.⁵¹⁾ 매수인은 피보험이익과 관련하여 아무런 문제가 없으므로 손해가 이미 발생한 사실에 관하여 선의인 한 소급적으로 보험에 가입할 수 있다.⁵²⁾

46) 최준선, 앞의 논문, 75면.

47) 이시환, "국제물품매매계약에 있어서의 위험이전 : 비엔나협약을 중심으로", 『보험학회지』 제45집(1995. 3), 64-65면 ; 김정희, 앞의 논문, 90면 ; Bianca, C. M./M. J. Bonell, *op. cit.*, p.498 ; Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1998, para. 372.

48) Bianca, C. M./M. J. Bonell, *op. cit.*, p.498.

49) 최준선, 앞의 논문, 76면.

50) 한규식, "국제물품매매법(CISG)에서 위험의 이전", 『국제무역연구』 제9권 제1호(2003. 4), 81면.

51) 최준선, 앞의 논문, 76면.

52) Schmitthoff, Clive M., *Export Trade*, 8th ed., London : Stevens, 1986, 429 Fn. 74 ; Institute Cargo

이로써 정확한 손해발생시점을 확인할 필요가 없어서 분쟁의 가능성이 줄어들게 되었다. 결국 매수인이 계약체결시에 그러한 보험계약을 체결하거나 매도인에 의해 이미 매수인을 위한 보험계약이 체결되어 있는 경우에는 비엔나협약 제68조 제2문에 따라 위험은 운송인에게 물품을 인도한 때부터 소급하여 매수인에게 이전하는 것으로 보아야 할 것이다.⁵³⁾ CIF 조건 하에 운송 중인 물품을 매매하는 경우가 그 전형적인 예이다.

비엔나협약 제68조 제2문이 적용되는 경우에도 물품이 운송인에게 인도된 시점으로 소급하여 매수인이 위험을 부담하는지 명확하지 않으므로, 제68조 규정은 각 국가에 있어서 자의적으로 적용될 우려가 있다. 따라서 운송 중의 물품을 매매하는 당사자는 제68조를 원용하는 경우 위험이전시기를 운송의 초기 또는 중기로 하는 취지를 계약서에 명확히 기재하는 것이 바람직하다.⁵⁴⁾ 협약초안의 당초의 규정과는 달리, 현재의 협약 규정에 '특별한 사정이 있는 경우(if the circumstances so indicate)'라는 문구를 삽입한 것은 이 규정에 탄력성을 보유시킬 취지였다. 입법적 연혁으로 보면 이것은 당사자들에게 첫 번째 문장과는 다른 형태로 위험이전에 관해 합의할 수 있도록 하는 규정이다. 이 때 '특별한 사정이 있는 경우'가 무엇인가에 따라 운송인에게 물품을 인도할 때에 위험을 소급해서 이전시킬 것인지 여부에 관하여 입법적 연혁이나 본 규정의 보통 의미를 가지고서 이것을 판단하기는 쉬운 일이 아니다. 따라서 당사자들이 계약내용에 이러한 의사를 분명히 밝혀 두어야 할 것이다.⁵⁵⁾

이에 반하여 물품이 전혀 부보되어 있지 아니한 경우, 또는 보험이 물품의 멸실을 야기시킨 위험을 담보하지 않는 경우에는 비엔나협약 제68조 제1문의 원칙에 따라 매매계약체결시에 위험이 이전한다. 매수인이 매매계약을 체결하고 나서 보험계약을 별도로 체결한 경우에는 제68조 제2문이 아니라 제1문이 적용되어 계약체결시부터 매수인이 위험을 부담한다.

(다) 컨테이너 운송상의 문제점

비엔나협약 제68조의 규정은 운송 중에 물품의 위험을 이전시키고 분리하는 일반규정인 것이 큰 결점인데, 이와 같은 규정방식은 계약체결 전에 손해가 발생하였는지의 여부에 관한 분쟁을 야기시키기 때문에 바람직하지 못하다고 본다.⁵⁶⁾ 왜냐하면 물품의

Clauses A. B und C. Clause 11.2.

53) Douglas, Goodfriend, *op. cit.*, p.586.

54) 한낙현·박영배, "CIF·CFR 계약에 있어서 운송위험의 이전시기에 관한 연구", 「국제상학」 제21권 제2호(2006. 6), 7면 : John O. Honnold, *op. cit.*, para. 372.

55) 하삼주, 앞의 논문, 581면 : Douglas, Goodfriend, *op. cit.*, p.588.

56) 최준선, 앞의 논문, 74면.

다양성 그리고 손해유형과 손해크기의 다양성 때문에 계약체결 시에 물품상태를 확인하기가 어렵기 때문이다. 결국 손실위험을 분리하는 본 규정의 일반원리는 궁극적으로 매수인에게 불리하게 된다. 따라서 매수인이 목적항에서 물품수령 시에 위험이 이전된다고 계약상 명백하게 하여야 한다.

비엔나협약 제68조는 컨테이너 운송과 국제복합운송의 경우에도 적용되는데, 이 경우에는 손해발생시점을 확인하기가 더욱 어렵다. 손해발생시점에 관하여 다툼이 있는 경우, 계약체결시에 물품에 하자가 없었음을 매도인이 입증해야 한다. 왜냐하면 비엔나협약은 컨테이너 운송과 국제복합운송의 경우에 대한 위험이전 규정을 별도로 두지 않고 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 물품이 컨테이너에 적재되어 특정장소에서 운송인에게 인도하기로 되어 있는 경우 매도인 스스로 또는 최초의 운송인을 통하여 그 특정장소까지 운송하여야 할 경우에는 그 곳까지의 위험을 매도인이 부담하고, 그 이후에 이르러서야 매수인에게 이전된다. 그런데 컨테이너운송과 국제복합운송의 경우는 손해발생의 시점과 지점을 확인하기 어려운 입증상의 난점이 있기 때문에 언제 매수인에게 위험이 이전하는지를 명확하게 규정해야 할 필요가 있다.⁵⁸⁾ 이 경우에는 최초의 운송인에게 물품을 인도함으로써 위험은 매수인에게 이전한다고 정하는 것이 보다 합리적일 것이다. 이와 같은 문제점과 관련하여 비엔나협약 제67조 제1항 제2문은 좁게 해석되어야 한다는 견해가 있다.⁵⁹⁾

이를 좁게 해석하기 위해서는 첫째, 선적항을 원래의 매매계약에서 지정하지 않고 계약체결 후 매수인이 지정하기로 한 경우에는 나중의 지정이 위험이전에 영향을 미치지 않는다고 보아야 할 것이다. 둘째, 계약에서 선적항을 선택적으로 기재한 경우에도 물품이 교부되어야 할 특정장소는 계약체결 후에 운송인에 의하여 결정되기 때문에 그 계약내용이 위험이전에 영향을 미쳐서는 안 될 것이다.⁶⁰⁾

또한 이는 비엔나협약상의 규범이 매도인만이 수리 또는 조정할 수 있는 첨단기술장비의 거래와 같이 특수한 경우에도 적절한지 여부에 관한 주의를 환기시키고자 하는 점이다. 이러한 경우에 당사자들은 계약서에 장비가 도착한 이후 일정한 기간동안 시

57) 비엔나협약이 국가를 달리하는 당사자 사이의 거래를 규율하는 것이라는 점 등을 고려할 때, 본선에서의 인도 전에는 매도인의 영역을 벗어났다고 보기 어려우므로, 지역운송인은 매도인이 본선에서 인도할 때까지의 이행보조자로서 파악하는 것이 보다 타당하다는 주장이 있다.- 문희철·송명복, 앞의 논문, 156면 : John O. Honnold, *op. cit.*, p.374.

58) 협약은 컨테이너 운송의 경우의 위험이전에 관한 규정을 명시적으로 두고 있지 않기 때문에 제67조 제1항 1문이 적용되는지 아니면 2문이 적용되는지가 문제된다.- De Vries H., *op. cit.*, p.508.

59) 양명조, 앞의 논문, 158면 : 문희철·송명복, 앞의 논문, 156면 주59) : De Vries H., *op. cit.*, p.504.

60) *Ibid.*

협가동을 실시한다고 규정하는 것과 매도인은 장비의 작동상태를 확인할 책임을 진다고 규정하는 것이 과연 효율적인지 여부를 알고자 할 것이다.⁶¹⁾

(3) 매도인의 선의(비엔나협약 제68조 제3문)

위에서 설명한 계약체결시 매수인의 위험부담은 매도인이 선의인 경우에만 타당하다. 즉 매매계약의 체결시에 매도인이 물품이 이미 멸실 또는 훼손되어 있음을 알았거나 또는 알 수 있었던 경우로서, 매도인이 매수인에게 이것을 밝히지 아니한 때에는 그 멸실 또는 훼손은 매도인의 위험으로 한다(비엔나협약 제68조 제3문). 비엔나협약 제68조 제3문의 규정은 여러 가지로 해석될 수 있다. 즉 매도인이 계약체결시에 알았던 물품의 멸실 또는 훼손만을 의미하는 경우, 계약체결 당시에 발생하였으나 매도인이 몰랐던 멸실 훼손도 포함하는 경우, 계약체결 이후에 발생하였으나 원래의 손상과 관련하여 발생한 멸실 훼손도 포함되는 경우 등이다.⁶²⁾ 따라서 운송 중인 물품이 매매될 때 물품이 멸실 또는 훼손된 사실을 매도인이 알지 못했을 경우에는 계약체결시에 위험이 이전하는 경우와 상황에 따라서 물품이 운송인에게 인도된 때 위험이 이전하는 경우 등이 있게 된다.⁶³⁾ 비엔나협약의 문언상 악의의 매도인은 '계약체결시에 이미 발생한 손해'에 대하여만 그 손해를 알았거나 알 수 있었던 경우에 위험을 부담한다. 따라서 매도인은 계약성립 후 발생한 손해 또는 계약체결시에 이미 성립하였더라도 알지 못하였거나 알 수도 없었던 손해에 대한 위험은 부담하지 않는다. 여기서 '알 수 없었던 경우'란 매도인이 중대한 과실로 알지 못한 경우를 말하는 것이 아니라, 합리적인 사람이 유사한 상황에서 예상할 수 있었던(협약 제15조 참조) 손해 또는 손실을 말한다.⁶⁴⁾

결국 매도인이 물품의 손상을 알고서도 이를 매수인에게 밝히지 않는 경우에는 매도인의 행위가 사기 또는 이와 유사한 행위가 된다.⁶⁵⁾ 매도인이 물품손상의 발생사실을 '알았어야' 했던 경우에는 매도인의 불고지는 중대한 의무위반이 될 것이다. 이러한 성질의 행위가 위험의 분할이라는 복잡성을 매수인에게 주어서는 안 된다.⁶⁶⁾ 예컨대 매도인이 선박 한 척 분의 설탕을 선적하였고 이를 2월 5일 매수인에게 전부 매각하였다. 매각한 매도인은 설탕의 1/10이 해수로 인하여 이미 손상을 받았다고 믿을만한 이

61) 문희철·송명복, 앞의 논문, 153면.

62) 한규식, 앞의 논문, 82면.

63) 新堀 聰, 「貿易政策と國際賣買」, 東京: 同文館, 1996, 214-215頁.

64) 최준선, 앞의 논문, 77면.

65) 문희철·송명복, 앞의 논문, 161면.

66) John O. Honnold, *op. cit.*, pp.469-470 참조.

유가 생겼다. 그러나 그는 이를 매수인에게 고지하지 않았다. 그러나 실제로는 그 당시에 물품의 1/15이 손상되었다. 매도인이 위험을 부담할 손상은 1/10인지 또는 1/15인지, 그리고 항해 도중 그 해수가 물품의 나머지를 전부 멸실시켰다면, 이러한 추가손해는 누가 부담하여야 하는지가 문제된다.⁶⁷⁾ 이 사례에 관해서 비엔나회의에서 많은 논의가 있었으나,⁶⁸⁾ 매도인이 계약이 성립된 시기에 발생한 모든 손상과 그리고 원래의 손상과 인과적으로 관련되어 있는 추가적인 모든 손상에 관한 책임이 있다는 결론을 내렸다. 그 이유는 매도인이 이를 알고 있었다는 것을 매수인이 입증하기 어려운 점과 운송위험과의 분리를 피할 수 있는 이점이 있기 때문이다.⁶⁹⁾

이러한 단서(비엔나협약 제68조 제3문)는 제2문에만 관계되는지 아니면 제1문-제2문 전부와 관계되는지에 관한 문제에 대하여 비엔나협약의 초안작성 위원회는 제2문에만 관계하고 있다고 명백히 밝히고 있다.⁷⁰⁾ 이러한 의미는 위험과 물품의 품질 부적합의 관계에서 보면 일관성이 있다. 왜냐하면, 품질부적합에 관한 매도인의 책임은 위험이 이전된 시기에 종료되고(협약 제36조), 만약 계약이 체결된 시기에 위험이 이전된다(협약 제68조 제1문)고 하면 그 이전에 발생한 물품의 손상은 품질 부적합의 문제가 되고, 그 이후에 발생한 손상은 위험의 문제가 된다. 따라서 제3문의 단서가 제1문에도 유효하게 되면 이러한 근본적인 차이는 상실되기 때문에 제3문은 제2문에만 관계가 있다.⁷¹⁾

또한 비엔나협약 제68조는 손해가 부분적으로 있고 매수인이 2명 이상이 있는 불특정 대체물의 선적에 관하여는 문제점이 있다.⁷²⁾ 비엔나협약은 다수의 매수인 사이의 책임을 분리시키는 방법을 규정하고 있지 않고 있다. 매수인이 복수인 경우, 즉 이른바 혼재(Sammelladung)의 경우에도, 협약 제67조 제2항 및 제69조 제3항에 상당하는 규정이 없기는 하지만 제68조를 유추적용하여야 할 것이다.⁷³⁾ 비엔나협약 제67조 제2항 및 제69조 제3항에 의하면 물품이 계약에 명확히 특정된 때 위험이 이전하도록 되어 있다. 매수인은 위험이전 후에 발생한 손해에 대하여 비율적으로 위험을 부담한다.⁷⁴⁾

67) 한규식, 앞의 논문, 82면.

68) UNCITRAL, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/CONF.97/5, reprinted in Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, U.N. Doc. A/CONF.97/19, p.220.

69) 한규식, 앞의 논문, 82면.

70) UNCITRAL, *op. cit.*, p.220.

71) 한규식, 앞의 논문, 82면.

72) 협약 제68조에는 협약 제67조 제2항에 비교될 규정이 없다.

73) 최준선, 앞의 논문, 77면.

각 당사자의 위험부담을 결정하는 방법이 쉽지 않기 때문에 일정 비율에 따라 위험을 분리시키는 것이 형평에 부합할 것 같다.⁷⁵⁾

III. 운송 중의 물품의 멸실 훼손으로 인한 손해배상청구권

1. 운송물의 훼손 또는 불법반출로 인한 손해배상청구권

가. 문제의 제기

운송인과 운송계약을 체결한 당사자는 매도인(송하인)이다. 그러므로 운송인에 대한 운송물인도청구권을 가지는 자는 당연히 송하인이며,⁷⁶⁾ 만약 운송인이 채무불이행(계약위반)의 경우 그 소송당사자의 자격도 송하인이 가진다.

이와는 달리, 선하증권은 유가증권이므로 그 소지인인 수하인(매수인)이 송하인의 권리를 취득하여 화물이 훼손된 때에는 수하인은 선하증권에 의하여 운송인에게 손해배상을 청구할 수 있다. 판례는 “보증도 등으로 운송물이 멸실된 경우 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 물론 불법행위로 인한 손해배상청구권도 선하증권에 화체되어 선하증권이 양도됨에 따라 선하증권 소지인에게 이전되는 것”이라는 점을 확인하였다.⁷⁷⁾

항공화물운송장상의 운송물이 멸실 훼손된 경우, 몬트리올 협약 또는 바르샤바 협약 제13조 제1항에 따라 수하인에게 인정되는 운송물인도청구권은 몬트리올 협약 제18조에 의한 손해배상청구권으로 전환된다. 항공화물운송장상의 수하인은 운송물이 도착하면 항공운송인에 대하여 운송물의 인도를 청구할 권리가 협약에 의하여 부여되어,⁷⁸⁾ 송하인의 지시권이 소멸되는 시점에서 운송물에 대한 권리를 취득하고⁷⁹⁾ 이에 따라 운송물인도 사고의 책임 당사자에 대한 계약불이행 또는 불법행위에 의한 손해배상청구권을 취득한다. 이러한 청구권을 행사할 수 있는 자격은 항공운송계약에 몬트리올 협약 또는 바르샤바 협약이 적용되는 경우에 한하여 수하인에게 부여된다.⁸⁰⁾

74) 하삼주, 앞의 논문, 582면.

75) Douglas, Goodfriend, *op. cit.*, p.589.

76) CMI 통일규칙 제6조 (i)항.

77) 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결. 이와 같은 취지의 판례로는, 대법원 1991. 4. 26. 선고 90다카 8090 판결 : 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다14123 판결.

78) 몬트리올 협약 제13조 제1항 : 바르샤바 협약 제13조 제1항.

79) 대법원 1998. 11. 10. 선고 98도2526 판결.

여기서 문제는 매도인(송하인)으로부터 위험이 이전된 해상화물운송장의 수하인(매수인)은 명문규정이 없는 데도 송하인이 체결한 운송계약에 관하여 손해배상청구권에 관한 소제기권을 가질 수 있는가 하는 점이다.

나. 학설

(1) 부정하는 입장

영미법에서는 계약당사자가 아닌 제3자는 계약위반을 이유로 소송을 제기할 수 없고, 계약당사자 또한 제3자에 대해 계약위반을 이유로 소송을 제기할 수 없다는 직접계약관계의 원칙(doctrine of privity)이 있다. 그러나 직접계약관계의 원칙을 엄격하게 적용하면 수하인이나 선하증권의 소지인은 운송인과 계약관계가 존재하지 않으므로 소송당사자가 될 수 없다고 하여,⁸¹⁾ 운송계약위반을 이유로 운송인에 대해서 책임을 물을 수 없게 되는 결과를 초래한다.⁸²⁾ 그러나 직접계약관계의 원칙은 상업적인 거래현실(commercial transactions)과 부합되지 않는다고 지적되고 있다.⁸³⁾

(2) 긍정하는 입장

직접계약관계의 원칙에 따른 폐단을 시정하기 위하여 영국에서는 '1855년 선하증권법(Bills of Lading Act 1855)'의 제정에 의해서 직접계약관계의 원칙에 대한 예외를 입법적으로 인정하여, 수하인이나 증권 소지인은 개품운송계약상 송하인(매도인)이 갖는 모든 권리와 의무를 승계한다는 취지의 성문의 규정을 두었다. 1855년 선하증권법은 단지 선하증권의 소지인에 대하여 일정한 요건하에 소 제기권을 부여함에 반하여, 이를 개정한 1992년 영국해상화물운송법(the Carriage of Goods by Sea Act 1992)은 선하증권의 최종 소지인뿐만 아니라, 해상화물운송장의 수하인 등에게도 운송인을 상대로 운송계약에 기하여 소송당사자로서의 지위를 인정하는 명문의 근거규정을 마련함으로써 근본적으로 이 문제를 해결하고 있다. 1992년 법 아래에서 소 제기권이 부여된 자는 최초에 지명된 수하인뿐만 아니라, 그의 뒤를 이어 수하인이 된 자를 포함한

80) 몬트리올 협약 제13조 제3항 : 바르샤바 협약 제13조 제3항.

81) 배병태, "Sea Waybill 에 관한 CMI 統一規則과 1990年代의 海上運送法 統一에 관한 問題論點", 「한국해법회지」, 제12권 제1호(1991. 2.), 15면.

82) Thompson v. Dominy (1845) 14 M.&W. 403 사건에서 영국법원에서는 직접계약관계의 원칙을 엄격하게 적용하여 선하증권이 양도되어도 선하증권에 의거한 운송계약상의 권리가 양수인에게 이전되는 것은 아니라고 판시하였다.

83) 특히 선하증권의 경우에는 그 양도성(transferability of B/L)을 저해하게 된다.

다는 점을 분명히 하고 있다.⁸⁴⁾

우리나라 상법에 의하면 목적지에서 송하인과 운송인간에 체결된 운송계약과 관련된 권리는 운송물이 도착지에 도착한 후 수하인은 송하인과 같은 권리를 취득하게 된다고 규정하고 있다(제815조, 제140조 제1항).

(3) 사건

생각건대, 해상운송의 경우 운송물이 도착지에 도착한 후에는 수하인은 운송계약상의 송하인과 동일한 권리를 취득한다고 규정하고 있는데, 여기서 '동일한 권리'라 함은 운송물인도청구권은 물론, 손해배상청구권 및 이에 대한 소 제기권까지 포함되는 것을 뜻하고⁸⁵⁾ 수하인은 이를 자기의 명의로 행사할 수 있다고 본다.

2. 운송 중 운송물 멸실로 인한 손해배상청구권의 문제

가. 문제의 제기

해상화물운송장의 수하인(매수인)은 항해 중에 운송물이 멸실되었다면 비록 위험은 이전되었으나 운송물이 도착할 때까지 송하인의 권리를 취득하지 못하므로(상법 제140조 제1항), 만약 화물이 도착하지 아니하는 경우에는 법리상으로 볼 때에 수하인은 운송인에 대하여 손해배상청구권을 가질 수 없게 된다. 선적지에서 수하인인 매수인에게 위험이 이전되는 것이 비엔나협약의 기본원칙인 것을 고려하면 이 점은 해상화물운송장의 큰 약점이 아닐 수 없다.

항공운송의 경우에는 운송인이 운송물의 멸실을 인정할 때 또는 운송물이 도달하여야 할 날로부터 7일이 경과하여도 도달하지 않는 때에는 수하인은 운송인에 대하여 운송계약으로부터 발생하는 권리, 즉 손해배상청구권을 행사할 수 있다.⁸⁶⁾ 이 경우에는 송하인이 운송물처분권을 행사하여 청구권자를 변경할 수 없다.⁸⁷⁾

그런데 비엔나협약은 운송 중에 매도된 물품에 관한 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전하되(협약 제68조 제1문), 특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는

84) Girvin, Stephen. *Carriage of Goods by Sea*. New York : Oxford University Press Ltd., 2007. p.51.

85) 최기원, 「상법학신론(상)」, 박영사, 2006. 373면 ; 한낙현, “국제무역거래에서 수하인의 지위와 운송물 처분권에 관한 연구”, 「무역학회지」 제33권 제2호(2008. 4), 121면.

86) 몬트리올 협약 제13조 제3항 ; 바르샤바 협약 제13조 제3항.

87) Clarke, Malcolm A. *Contracts of Carriage by Air*. London : LLP., 2002. p.77.

서류⁸⁸⁾를 발행한 운송인에게 목적물을 교부한 때 이전한다(협약 제68조 제2문)고 정하고 있다. 이는 운송 중인 물품을 매매의 대상으로 할 때는 물품을 운송인에게 인도한 후에 매매계약이 이루어지기 때문에 협약 제67조를 적용할 수 없고, 또한 운송과정 중 손실이 발생한 시기를 확정짓는 일이 어렵기 때문으로 보인다.

여기서 본선이 목적지에 도착하지 않은 불착(non-delivery)과 공동해손 등의 경우에 매도인(송하인)으로부터 위험이 이전된 해상화물운송장의 수하인(매수인)은 항해 중에 멸실된 운송물에 대하여 손해배상청구권을 가지는가가 문제된다.

나. 학설

(1) 부정하는 입장

전술한 선하증권법(Bills of Lading Act 1855)이 제정됨으로써 수하인이나 선하증권의 소지인은 운송계약에 의거하여 운송인에게 직접 권리를 주장하고 책임을 물을 수 있게 되었으나, 이 법이 적용되지 않는 경우에는 상업적인 현실(commercial reality)을 고려하여 '묵시적 계약 법리(doctrine of implied contract)'를 인정하여 직접계약관계의 원칙을 배제하고 있다.⁸⁹⁾

그러나 이 법리는 기본적으로는 계약의 법리에 기초하고 있기 때문에, 새로운 계약이 묵시되었다는 것을 인정하기 위해서는 약인(consideration)의 존재가 요구되어, 운송물인수자는 운송물을 인수할 때에 운임이나 기타의 비용 등을 약인으로서 지급하였다는 것을 입증하고 운송증권의 상환으로서의 운송물의 인도라는 두 가지 요건이 갖추어져야만 했다. 문제는 송하인이 운임을 선불하거나 또는 해상사고 등으로 인하여 운송물을 인도할 수 없게 된 경우(non-delivery) 및 보통 상환증권성을 회피할 목적으로 발행되는 해상화물운송장의 경우에는 묵시적 계약의 존재를 인정하기 위한 기초인 약인의 제공이나 상환증권성 인정이 어렵게 됨으로써,⁹⁰⁾ 수하인의 권리를 인정하기 위한 구제책으로서 이 법리를 적용할 수 없게 되는 한계점이 있다.⁹¹⁾

88) 운송계약을 표창하는 서류란 그것이 유가증권인가 아닌가는 불문한다.- 최준선, 앞의 논문, 75면.

89) 묵시적 계약의 법리에 의하면 운송증서를 제시하고 그와 상환으로 화물을 인수한 그 행위에 의해서 수하인과 운송인간에는 송하인과 운송인이 체결한 원운송계약(original contract: head contract)과는 별개의 새로운 계약이 묵시적으로 체결되었다고 추정하는 것이다. 이 법리를 적용함으로써 수하인은 새로운 묵시계약에 의거하여 운송인에 대해서 선하증권에 기재된 원운송계약과 동일한 권리를 주장할 수 있게 된다.

90) The Armis (1989) 1 Lloyd's Rep. 213, 225.

91) 김선옥, "해상물건운송계약에 있어서 제3자의 권리에 관한 고찰 -최근 영미판례를 중심으로-", 「무역학회지」 제29권 제6호(2004. 12), 214면.

(2) 긍정하는 입장

(가) 특별규정 또는 제3자를 위한 계약설

해상화물운송장의 경우에 수하인이 운송인에게 운송물의 인도를 청구할 수 있는 근거에 대하여는 제3자를 위한 계약설과 특별규정설의 대립이 있다. 그러나, 운송 중 운송물 멸실로 인한 불착(non-delivery)과 공동해손 등의 경우에는 운송물이 도착지에 도착하지 않았으므로 특별규정설로도 설명하기가 곤란하게 된다.

제3자를 위한 계약설은 우리나라 민법 제539조에서 제3자를 위한 계약을 인정하고 있으므로,⁹²⁾ 송하인이 제3자인 수하인을 위하여 운송인과 운송계약을 체결한 것으로 보아 수하인이 당해 운송계약의 당사자가 아니더라도 운송물에 관한 권리를 취득하여 채무자인 운송인에 대하여 이행청구권을 행사할 수 있으며, 채무불이행의 경우 손해배상청구권을 행사할 수 있다고 한다.⁹³⁾ 제3자를 위한 계약설은 특별규정설 지지자들⁹⁴⁾로부터 수하인에게는 수익의 의사가 없을 뿐만 아니라 또 수하인은 의무도 부담하는 점에서 보통의 제3자를 위하여 하는 계약과는 상이하다는 점에서 비판을 받고 있다.

(나) 제3자손해청산이론

운송인에 의해서 운송 중 물품이 멸실된 경우에 매수인은 물품을 수령하지는 못하였지만 이미 위험이 이전되었기 때문에 매매대금을 지급해야 하는 반면, 이와 같은 손해가 발생하였음에도 불구하고 운송인에 대하여 직접 계약에 의한 청구권을 행사할 수 없다. 왜냐하면, 운송인과 직접 운송계약을 체결한 당사자는 매도인이므로 운송인에 대한 운송물인도청구권과 이에 따른 손해배상청구권을 가지는 자는 당연히 매도인(송하인)이기 때문이다. 아울러 매수인은 아직 목적물을 인도받지 못하여 소유권이 없기 때문에⁹⁵⁾ 다른 사람의 침해를 통해서 단지 간접적으로 재산상의 손해를 입은 제3자는 원칙적으로 운송인에 대하여 불법행위에 기한 청구권 내지 적극적 채권침해에 기한 청구권이 없다.⁹⁶⁾ 그리고 매도인은 이러한 청구권의 법률요건은 구비하고 있지만 매도

92) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004, 71면 ; 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다54481 판결.

93) 김형배, 「채권각론[계약법]」, 박영사, 1998, 186면 ; 서돈각·정완용, 「상법강의[제4전정]」, 법문사, 1999, 222면 ; 채이식, 「상법강의(상)」, 박영사, 309면.

94) 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998, 549-550면 ; 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2009, 320면 ; 임홍근, 「상행위법」, 법문사, 1989, 853면 ; 손주찬, 「상법(상)」, 박영사, 2004, 339면 ; 정동윤, 「상법총칙·상행위법」, 법문사, 1996, 547면 ; 이철송, 「상법총칙·상행위」, 박영사, 2008, 451면.

95) 물론 계약만으로 소유권이 이전되는 국가와 물건의 인도에 의하여 비로소 소유권이 이전되는 국가의 경우에 따라 달라질 수 있다.

96) 서봉석, “제3자손해청산(Drittschadensliquidation)”, 「민사법학」, 제39권 제1호(한국민사법학회, 2007).

인 자신의 입장에서는 송부채무의 이행을 완료함으로써 반대급부위험이 이미 매수인에게 이전된 결과 매매대금청구권이 있고 따라서 '손해'가 없다.⁹⁷⁾

그리하여 이 견해는 일방당사자의 청구권과 타방당사자의 손해를 혼합한 법률요건의 복합체(mixtum compositum)로서 하나의 완전한 청구권을 만들어내는 이른바 '제3자손해청산이론'을 적용하도록 하여야 한다는 것이다.⁹⁸⁾

(다) 사건

생각건대, 계약상의 손해배상청구권자에게는 특별한 사정으로 인하여 손해가 발생하지 않는 반면에, 실제 손해를 입은 제3자는 계약상 또는 불법행위상의 청구권을 가해자에게 행사할 수 없어서 손해와 배상청구권의 법률요건이 서로 일치하지 않는 경우에는 하나의 완전한 청구권을 만들어내는 이른바 '제3자손해청산이론'을 적용하도록 하여야 할 것이다.

그리하여 원칙적으로 매도인이 손해배상청구권을 가지나, 만일 매수인이 '매도인의 운송인에 대한 청구권'을 자신에게 양도하도록 한다면 그 역시 손해배상청구권자가 될 수 있다. 이를 위해서 매도인은 자신에게 있는 손해배상에 필요한 법률요건을 매수인에게 이전하여 매수인의 손해와 결부시켜 완전한 손해배상청구권을 형성시킬 신의칙상의 의무가 있다.⁹⁹⁾ 이 때 만약 목적물의 멸실 훼손에 책임이 있는 운송인이 계약당사자인 배상청구권자에게 손해가 발생하지 않고 가해자와 계약관계에 놓여있지 않은 제3자에게 손해가 발생하였으나, 이 손해를 입은 제3자에게는 배상청구권에 대한 법률요건이 구비되어 있지 않은, 이른바 손해 없는 청구권과 청구권 없는 손해사이에서 손해배상의무를 면함으로써 이익을 보게 된다면, 이는 형평에 반하는 것이며 허용되어서

346면 : 이와는 달리, 선하증권이 발행된 경우에는 이는 권원증권(document of title)이므로 선하증권 소지자인 수하인이 송하인의 권리를 취득하게 되어 물품의 멸실 또는 훼손된 때에는 수하인은 선하증권에 의하여 운송인에게 손해배상을 청구할 수 있다. 판례는 "보증도 등으로 운송물이 멸실된 경우 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 물론 불법행위로 인한 손해배상청구권도 선하증권에 화체되어 선하증권이 양도됨에 따라 선하증권 소지인에게 이전되는 것"이라는 점을 확인하였다. - 대법원 1992. 2. 14. 선고 91다4249 판결. 이와 같은 취지의 판례로는, 대법원 1991. 4. 26. 선고 90다카8090 판결 : 대법원 1991. 12. 10. 선고 91다14123 판결.

97) 제3자손해청산이론에 반대하는 입장에서는 매도인이 과연 법적인 의미에서도 손해가 없는지 여부는 검토되어야 할 사항이라고 한다. - 최수정, 앞의 논문, 138면.

98) 우리나라 법은 독일의 BGB §447와 같은 위험부담 면제규정을 가지고 있지 않고 간접대리의 문제도 그 논거도입이 불명확하다. 이는 독일민법이 손해발생내용을 각각 구체적으로 규정하는 것과는 달리 각자의 계약내용에 일임하는 형태를 띠고 있기 때문이라고 할 수 있다. - 서봉석, "제3자손해청산(Drittschadensliquidation) -독일민법과의 비교를 통한 고찰-", 「민사법학」 제39권 제1호(한국민사법학회, 2007), 347면.

99) 서봉석, 앞의 논문, 370면.

는 안 되기 때문이다.¹⁰⁰⁾

N. 맺으며

이상에서 고찰한 바와 같이, '운송 중'이란 운송인의 관리하에 있는 기간을 어떻게 보느냐 하는 점과 맞물린다. 통상 운송인은 화물을 점유하면서 그의 관리·지배하에 놓고 책임을 지게 되는데, '운송 중'의 개시와 그 종료 시기는 언제인가 하는 점이 문제된다. 이에 따라 운송 중이라는 요건이 개시되기 위해서는 매매목적물을 운송인에게 인도할 것이 요구되는데, 인도는 물품에 대한 사실상의 점유(physical possession) 이전을 의미한다. 운송이 종료되는 시점은 영업소 또는 영업소 이외의 장소에서 매수인이 물품을 인수하기로 합의한 경우에는 물품이 매수인의 처분상태(at the disposal of the buyer)에 맡겨질 때이다. 목적물이 매수인의 처분상태에 맡겨져 있다는 것은 협약 제 69조 제1항과 제2항에 의하면 매수인이 이를 인수함에 있어 필요한 모든 조치를 매도인이 취한 때를 말한다.

우리나라 판례는 영업용보세창고에 입고되는 화물의 인도시점은 운송인 또는 선박 대리점의 화물인도지시서에 의하여 그 하역회사의 보세창고에서 '출고된 때'로 보고, 선측에서의 하역작업에 의하여 운송물의 점유가 보세창고에 입고할 하역회사에게 이전된 때가 아니라고 한다. 우리나라 대법원 판례는 협약의 입장과 상충될 염려가 있어 신중한 검토가 필요한 부분이라고 지적되고 있다.

협약은 운송 중에 매도된 물품에 관한 위험은 계약체결시에 매수인에게 이전하되, 특별한 사정이 있는 경우에는 운송계약을 표창하는 서류를 발행한 운송인에게 목적물을 교부한 때 이전한다고 정한다(협약 제68조). 그러나 이와 같은 위험배분방식은 손해발생시점에 관한 분쟁을 초래할 우려가 크므로 타당하지 못하다는 비판이 제기된다.

매수인이 계약체결시에 보험계약을 체결하거나 매도인에 의해 이미 매수인을 위한 보험계약이 체결되어 있는 경우에는 특별한 사정이 있는 경우로서 협약 제68조 제2문에 따라 위험은 운송인에게 물품을 교부한 때부터 소급하여 매수인에게 이전하는 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 우리나라 법에 의하면, 매수인이 운송을 수반하는 매매계약의 수하인으로서

100) 임건면, "제3자손해청산과 제3자보호효를 가진 계약 -독일 민법상의 문제점을 중심으로-", 「재산법연구」 제15권 제1호(1998), 107면 ; 서봉석, 앞의 논문, 348면 ; 최수경, 앞의 논문, 138~139면 ; Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, 17. Aufl., Köln : C. Heymann, 1996, Rdn. 838 ; BGHZ 25, 250.

항해 중에 운송물이 멸실되었다면 비록 위험은 이전되었으나 운송물이 도착할 때까지 송하인의 권리를 취득하지 못하므로(상법 제140조 제1항), 만약 화물이 도착하지 아니하는 경우에는 법리상으로 볼 때에 수하인은 운송인에 대하여 손해배상청구권을 가질 수 없게 된다. 이 경우에는 운송물이 도착지에 도착하지 않았으므로 특별규정설로도 설명하기가 곤란하게 된다. 제3자를 위한 계약설은 특별규정설 지지자들로부터 수하인에게는 수익의 의사가 없을 뿐만 아니라 또 수하인은 의무도 부담하는 점에서 보통의 제3자를 위하여 하는 계약과는 상이하다는 점에서 비판을 받고 있다.

선적지에서 수하인인 매수인에게 위험부담이 이전되는 것이 비엔나협약의 기본원칙인 것을 고려하면 이 점은 해상화물운송장의 큰 약점이 아닐 수 없다. 생각건대, 계약상의 손해배상청구권자에게는 특별한 사정으로 인하여 손해가 발생하지 않는 반면에, 실제 손해를 입은 제3자는 계약상 또는 불법행위상의 청구권을 가해자에게 행사할 수 없어서 손해와 배상청구권의 법률요건이 서로 일치하지 않는 경우에는 하나의 완전한 청구권을 만들어내는 이른바 '제3자손해청산이론'을 적용하도록 하는 것이 바람직하다.

요컨대, 어떤 사정을 근거로 위험분배를 하고 손해배상청구권을 가질 것인지에 관하여 입법적 연혁이나 협약 규정의 보통 의미를 가지고서 이것을 판단하기는 쉬운 일이 아니므로, 당사자들이 계약내용에 위험이전에 관한 의사를 분명히 밝히고 손해배상청구권의 행사를 예비해 두어야 할 것이다.

참고문헌

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2004.
 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2001.
 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998, 549-550면
 서울지방법원, 「국제거래·상사소송의 실무」, 1997.
 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005.
 김갑유, “국제항공화물운송의 법률관계”, 「국제거래법연구」 제2집(1993).
 김선옥, “해상물건운송계약에 있어서 제3자의 권리에 관한 고찰 -최근 영미판례를 중심으로-”, 「무역학회지」 제29권 제6호(2004. 12).
 김정희, “Incoterms 1990과 비엔나협약의 위험이전시기”, 「국제상학」 제12권 제2호(한국국제상학회, 1997).
 김필곤, “UNCITRAL 운송법 조약에서 논의되고 있는 인도 및 인도지연으로 인한 책

- 입”, 「국제규범의 현황과 전망 -2006년 국제규범연구반 연구보고-, 법원행정처, 2006.
- 문희철·송명복, “국제물품매매계약상 위험이전에 관한 일고찰- 위험이전과 인도와의 관계를 중심으로-”, 「국제상무연구」 제11권 제1호(한국무역상무학회, 1998).
- 배병태, “Sea Waybill 에 관한 CMI 統一規則과 1990年代의 海上運送法 統一에 관한 問題論點”, 「한국해법회지」 제12권 제1호(1991. 2.).
- 서봉석, “제3자손해청산(Drittschadensliquidation) -독일민법과의 비교를 통한 고찰-, 「민사법학」 제39권 제1호(한국민사법학회, 2007), 347면
- 양명조, “권리이전과 위험부담”, 「국제물품매매계약에 관한 UN협약상의 제문제」(임흥근·이태희 공편)
- 오원석, “UN 해상화물운송협약 수정초안상의 운송인의 책임”, 「국제상학」 제19권 3호(한국국제상학회, 2004. 9), 12면
- 이시환, “국제물품매매계약에 있어서의 위험이전 : 비엔나협약을 중심으로”, 「보험학회지」 제45집(1995. 3).
- 이진홍, “선하증권이 회수되지 않은 운송물의 인도에 관한 법률관계”, 「한국해법학회지」 제28권 제2호(2006.11).
- 임건면, “제3자손해청산과 제3자보호효를 가진 계약 -독일 민법상의 문제점을 중심으로-, 「재산법연구」 제15권 제1호(1998).
- 최수정, “동산매매에 있어서의 위험부담에 관한 연구”, 서울대 대학원 박사학위논문, 2000. 2.
- 최준선, “UN국제물품매매법상의 위험부담”, 「상사법연구」 제12집(한국상사법학회, 1993).
- 하삼주, “국제상품거래에서 손실위험의 부담과 이전시기”, 「기업법연구」 제21권 제3호(2007. 9).
- 한낙현, “국제무역거래에서 수하인의 지위와 운송물처분권에 관한 연구”, 「무역학회지」 제33권 제2호(2008. 4).
- 한낙현·박영배, “CIF·CFR 계약에 있어서 운송위험의 이전시기에 관한 연구”, 「국제상학」 제21권 제2호(2006. 6).
- 한규식, “국제물품매매법(CISG)에서 위험의 이전”, 「국제무역연구」 제9권 제1호(2003. 4).
- 허영희, “비엔나협약과 통일상법전상 위험이전 규정의 기본방침과 그 특성”, 「법학논총(경상대)」 제9집(2000).

新堀 聰, 「貿易政策と國際賣買」, 東京 : 同文館, 1996.

- Bianca, C. M./M. J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law : The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano : Giuffre, 1987.
- Chomsky, C. L./C. L. Kunz, *Sale of Goods : Reading and Applying the Code*, 2nd ed., West, A Thomson Business, 2004.
- Clarke, Malcolm A, *Contracts of Carriage by Air*, London : LLP., 2002.
- De Vries, H., "The Passing of Risk in International Sales under the Vienna Sales Convention 1980 as Compared with Traditional Trade Terms", 17 *Eur. Transp. L.* (1982).
- Douglas, Goodfriend, "After the Damage is Done : Risk of Loss under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 22, 1984.
- Epstein, David G./James A. Martin, *Basic Uniform Commercial Code*, 2nd ed., 1983.
- Girvin, Stephen, *Carriage of Goods by Sea*, New York : Oxford University Press Ltd., 2007.
- Hager, *Commentary on CISG Article 67*, in Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer, editors, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CISG)*, Second (English) Edition, Oxford : Oxford University Press, 1998.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1998.
- Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, 17. Aufl., Köln : C. Heymann, 1996.
- Roth, P. M., "The Passing of Risk", *Am. J. Com. L.* Vol. 27, No. 2&3, 1979.
- Schmitthoff, Clive M., *Export Trade*, 8th ed., London : Stevens, 1986.

[Abstract]

Legal Issues on the Passing of Risk and the Claims for Loss of or Damage to the Goods in Transit

Yang, Seok-Wan

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

The issue of the passing of risk in transit has been raised as the very important issue in conducting the business of the international sale of goods which occupies a majority of international trade. In this regard, As a general rule, risk of loss is governed by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 (CISG). the CISG will enter into force, insofar as Korea is concerned, in March 2005.

The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage. Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.

In this respect, CISG chooses the connection with the delivery of the goods to announce that the convention is not concerned with the effect which the contract may have on the property sold. Practically it is reasonable for the Convention to stick on delivery of the goods in connection with the time of passing of risk in sale of equity as well as efficiency to the international sale of goods.

However, these agreements have many problems in solving the issue of the passing of risk in transit that arise in the actual trade transaction. Therefore, this study has analyzed and examined the theoretical system of the passing of risk and claims for loss of or damage to the goods in transit based on the United Nations Convention on

Contracts for the International Sale of Goods, 1980 and Korean Civil Code & Korean Commercial Code.

Key words : the passing of the risk, in transit, the claims for loss or damage, if the circumstances so indicate, hand over, the seller, the buyer

