

운송인에 대한 운송유지권의 실효적 행사를 위한 법적 논점

-국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)을 중심으로-

Legal Issues on the Invocation of the Right of Stoppage in Transit under the CISG in the Transport Contract

양 석 완*
Yang, Seok-Wan

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 운송유지권의 의의 및 법정책적 근거
- III. 정형거래조건과 운송유지권
- IV. 운송증서와 운송유지권
- V. 대금지급방법과 운송유지권
- VI. 맺으며

국문초록

국제물품매매계약에 관한 U.N.협약(United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods : CISG ; 이하 '비엔나 협약' 또는 '협약'이라 한다) 제71조 제1항에서는 「당사자 일방은 계약체결 후 상대방이 그 의무(obligation)의 어떤 실질적인 부분을 이행하지 아니할 것이 명백하게 된 경우, 자기의 의무의 이행을 정지할 수 있다」고 규정하고 있다. 여기서 매도인의 이행정지권을 발생시키는 사유가 명백하게 되기 전에 매도인이 물품을 발송한 경우에는, 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물품이 매수인에게 인도되는 것을 금지할 수 있는데, 이를 매도인의 운

논문접수일 : 2010. 3. 30.

심사완료일 : 2010. 4. 30.

게재확정일 : 2010. 5. 4.

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

송유지권(right of stoppage in transit)이라 한다.

운송유지권을 행사하는 목적은 매수인이 지급불능 또는 파산한 경우에 다른 채권자보다 우선하여 물품에 관한 매매대금의 확보방안을 강구하기 위한 채권관리를 매도인에게 부여하기 위함이다.

매도인이 '송하인'으로서 운송인에 대하여 물품을 수하인인 매수인에게 인도하지 말 것을 지시하더라도 이는 매매법상의 운송유지권의 행사가 아니라 단지 운송계약상의 권리의 행사일 뿐이고, 운송인이 그러한 매도인의 지시를 따라야 하는지 여부는 그 준거법인 운송계약법에 따른다. 그리고 운송인에 대한 그러한 지시가 선하증권에 기한 것인 때에는 그 선하증권의 준거법에 따른다.

매매계약의 준거법상 매도인이 운송유지권을 가지는 경우 매도인이 이를 실효적으로 행사하기 위하여는 운송인에 대해 지시를 할 수 있어야 한다. 그리하여 이 논문에서는 운송계약체결의무와 운송증서 그리고 대금지급방법의 세 가지 관점에서 운송유지권의 효력 여부를 살펴보고, 매도인이 운송계약상 운송인에 대하여 운송유지권을 실효적으로 행사할 수 있는 법적 요건을 검토하고자 한다.

주제어 : 운송유지권, 이행정지권, 이행기 전 위반, 본선인도조건, 운임·보험료포함인도조건, 신용위험, 현재화

1. 문제의 제기

오늘날의 국제물품매매는 그 특성상 적지자간의 계약으로 이루어지므로 운송을 포함하는 매매가 많이 이용되고 있는 실정이다.¹⁾ 운송유지권은 물품발송 후에만 적용되는 매도인의 특별한 이행정지권을 말한다. 이는 상대방의 이행기 전 위반(anticipatory breach)에 대하여 권리침해를 당할 피해당사자를 보호하기 위한 목적으로 입법된 것이다.

운송유지권을 행사하는 목적은 매수인이 지급불능 또는 파산한 경우에 다른 채권자보다 우선하여 물품에 관한 매매대금의 확보방안을 강구하기 위한 채권관리를 매도인에게 부여하기 위함이다.²⁾ 운송인은 매도인으로부터 매수인에 대한 물품의 인도를 유지할 것을 요구받은 경우 그 요구에 응해야만 하는가가 문제된다. 이에 관하여 협약상

1) 新堀聰, 「國際統一賣買法 -ウィーン賣買契約と貿易契約-」, 東京 : 同文館, 1991, 105頁.

2) Booth Steamship Co. Ltd. v. Cargo Fleet Iron Co. Ltd. (1916) 2 K.B. 570.

의 매도인의 운송유지권은 매도인과 매수인 사이에 한하여 존재하는 매매계약상의 권리일 뿐이므로,³⁾ 운송인은 매도인의 운송유지 요구에 응하여야 할 의무는 없다는 견해가 비엔나 협약에 관한 한 통설이다.⁴⁾ 이는 계약법적 성질을 가지는 쟁점이라는 점에서 매매계약의 준거법에 따를 사항이라고 보기 때문이다.⁵⁾

매매계약의 준거법상 매도인이 운송유지권을 가지는 경우 매도인이 이를 실효적으로 행사하기 위하여는 운송인에 대해 지시를 할 수 있어야 한다. 매도인이 '송하인'으로서 운송인에 대하여 물품을 수하인인 매수인에게 인도하지 말 것을 지시하더라도 이는 매매법상의 운송유지권의 행사가 아니라 단지 운송계약상의 권리의 행사일 뿐이고, 운송인이 그러한 매도인의 지시를 따라야 하는지 여부는 그 준거법인 운송계약법에 따른다.⁶⁾ 그리고 운송인에 대한 그러한 지시가 선하증권에 기한 것인 때에는 그 선하증권의 준거법에 따른다.⁷⁾ 이 경우에도 매수인국(國)이 비엔나 협약 체결국이 아니거나 국내법에서 운송유지권을 인정하지 않는다면 매도인은 그 권리행사에 제약을 받게 된다.⁸⁾

협약의 규정상 운송유지권의 행사의 상대방은 매수인이고, 운송인은 운송유지권 행사의 상대방이 아니다. 다만 운송을 수반하는 매매계약에 있어서 매도인이 운송계약체결의무를 부담하는 경우에는 달리 볼 여지가 있는가가 문제된다.

나아가 국제물품매매계약에서 선하증권상에 송하인으로 표시되지 않고서는 운송물과

- 3) 협약 제72조 제2항(제2문)에서는 운송인과 매수인과의 관계에 대하여 규정하고 있지 않다.
- 4) 석광현, "수입화물의 소유권 이전에 관한 연구", 「통상법률」 제51호(2003. 6), 55~56면 : 허해관, "국제물품매매계약상 상대방의 계약위반이 예견됨에 따른 대응수단", 「무역학회지」 제34권 제2호(한국무역학회, 2009. 4), 100면 : 하강현, "국제물품매매계약에서의 이행정지에 관한 고찰", 「무역학회지」(한국무역학회, 1998. 10.), 304면 : Bianca. C.M/Bonell. M.J. *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna Sales Convention*, Milano : Giuffre, 1987, p.520.
- 5) 석광현, 앞의 논문, 56면 : 허해관, 앞의 논문, 100면 : Schlechtriem. Peter, *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna : Manzsche, 1986, p.94.
- 6) 석광현, 앞의 논문, 56면 : 허해관, 앞의 논문, 100면 : 오원석 역(Honnold, John O 저), 「UN통일매매법(제2판)」, 삼영사, 2004, 548면 : Schlechtriem. Peter, op. cit., p.94 : Honnold, John O, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., The Hague : Kluwer Law International, 1998, p.433.
- 7) 선하증권의 준거법은 그 선하증권에 관계된 법률관계에 대한 준거법을 말하는바 그에 따른 법률관계는 송하인과 운송인 사이의 그것 외에도 수하인 기타 선하증권의 소지인과 운송인 사이의 법률관계가 존재한다. 이에 비하여 운송계약의 준거법은 운송계약의 양당사자인 송하인과 운송인 사이의 운송계약을 규율하는 준거법을 말한다. 따라서 운송계약의 준거법과 선하증권의 준거법은 동일한 법일 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 영국에서는 선하증권 발행시 준거법이 목적지국법 내지는 물건의 소재지법인지, 증권소재지법인지 여부에 관하여는 다툼이 있다.- 석광현, 앞의 논문, 42면 : 허해관, 앞의 논문, 100면 : Ziegler, Alexander von, et al. (eds.), *Transfer of Ownership in International Trade*, Boston : Kluwer Law International, 1999, pp.140, 147 이하 참조.
- 8) 하강현, 앞의 논문, 304면 : Bianca. C.M/Bonell. M.J. op. cit., p.521.

관련하여 계약당사자는 자신의 지위를 충분히 보호받을 수 없게 된다. 예컨대, FOB (Free On Board, 본선인도가격) 계약에서는 대개의 경우 선하증권의 교부를 조건으로 하는 묵시적 약정에 따라, CIF(Cost, Insurance & Freight, 운임 및 보험료 포함 인도 조건) 계약에서는 서류매매적 성격이 계약의 필수적인 조건으로 작용하므로, 여기서 운송증서와 운송유지권과의 관계가 문제된다.

이에 이 논문은 운송계약체결의무와 운송증서 그리고 대금지급방법의 세 가지 관점에서 운송유지권의 효력 여부를 살펴보고, 매도인이 운송인에 대하여 운송유지권을 실효적으로 행사할 수 있는 법적 요건을 검토함으로써, 매매계약상 운송유지권을 운송계약에 있어서 원용할 수 있는 실마리를 파악하는 데 그 목적을 두고 있다.

II. 운송유지권의 의의 및 제도적 취지

1. 운송유지권의 의의

운송유지권은 매도인이 물품을 발송한 후 그러나 매수인에게 인도되기 전에 매수인이 이행정지의 사유를 범할 것이 명백하게 된 경우에만 사용된다.⁹⁾ 운송유지권은 물품발송 후에만 적용되는 매도인의 특별한 이행정지권을 말한다. 이 때 매도인은 매수인에게 물품의 인도를 유지(stoppage)할 수 있는 권리를 가진다.

협약 제71조 제1항에서는 「당사자 일방은 계약체결 후 상대방이 그 의무(obligation)¹⁰⁾의 어떤 실질적인 부분을 이행하지 아니할 것이 명백하게 된 경우, 자기의 의무의 이행을 정지할 수 있다」고 규정하고 있다. 이는 상대방의 이행기 전 위반(anticipatory breach)에 대하여 권리침해를 당할 피해당사자를 보호하기 위한 목적으로 입법된 것이다.¹¹⁾

매도인의 이행정지권을 발생시키는 사유가 명백하게 되기 전에 매도인이 물품을 발송한 경우에는, 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물

9) Bianca, C.M/Bonell, M.J. *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna Sales Convention*. Milano : Giuffre. 1987. p.520.

10) 비엔나 협약의 영문용어인 obligation을 여기서는 의무로 번역하며, 채무와 같은 의미로 사용하기로 한다.- 최홍섭, 「국제 매매계약에 관한 유엔협약과 우리법의 비교적 검토」, 「비교사법」 제11권 제3호 (2004. 9.), 13면.

11) 이행기 전 위반(anticipatory breach)의 개념은 원래 보통법계(common law system)에서 사용되었던 개념으로 대륙법계에서는 발달하지 못한 개념이다.- 하강현, 앞의 논문, 296면 : Treitel G.H., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*. Oxford : Clarendon Press. 1988. p.379.

품이 매수인에게 인도되는 것을 유지할 수 있는데(협약 제71조 제2항), 이를 매도인의 운송유지권(right of stoppage in transit)이라 한다. 예컨대, 계약상 대금지급에 앞서 매도인이 먼저 물품을 발송한 후에 매수인이 도산하는 등 장차 대금지급을 하지 않거나 못할 것임이 드러나는 경우에 매도인은 운송유지권을 갖는다. 이는 일반적인 '이행정지권'이 매도인과 매수인에게 공히 부여되는 권리라는 점과 다르다.

협약의 규정상 운송유지권의 행사의 상대방은 매수인이고, 운송인이 아니다. 이는 영국의 물품매매법상, 「일반적으로 대금을 지급받지 못한 매도인은 물품을 현실적으로 점유하거나 또는 물품을 점유하고 있는 운송인에게 통지함으로써 운송유지권을 행사할 수 있다. 그러한 통지가 있었을 때 운송인은 매도인의 지시에 따라 물품을 재인도하여야 한다」고 규정함으로써,¹²⁾ 운송유지권 행사의 상대방이 운송인임을 분명히 밝히고 있는 것과 대조된다.

2. 제도적 취지

(1) 신용위험에 대한 회피

근래에 제정된 대부분의 매매법은 송부매매에 대하여 일반적으로 운송인에게 물품을 인도함으로써 위험이 이전되는 이른바 인도주의를 원칙으로 채택하고 있다.¹³⁾ 이에 따르면 송부매매의 경우에는 매수인에게의 인도보다 한 걸음 더 앞서 '운송인 또는 운송주선인 그 밖에 송부를 위해 정해진 사람이나 시설에 물건을 인도함'으로써 매수인에게 위험이 이전된다.

물품의 멸실 훼손에 대한 운송위험이 이전되었다고 하더라도, 오히려 물품대금에 대한 신용위험(credit risk)은 여전히 불안요소로 남아 있을 수가 있는데, 운송유지권은 바로 이 불안요소에 대한 대비책으로서 효용이 있다.

이러한 장래의 의무불이행의 위험에 대하여 제3자가 아닌 계약당사자에 대한 직접적인 위험대비책으로서 영미법에서는 이행기 전의 위반(anticipatory breach)의 법리를 통하여, 대륙법에서는 쌍무계약의 동시이행의 항변권을 통하여¹⁴⁾ 물품대금의 불이행에

12) S.G.A.(영국물품매매법) 1979. Art. 46 (1). (4).

13) BGB §447 I : UCC §2-509 I (a) : USA §18 V(2).

14) 우리나라 법에서 비엔나 협약의 이행정지권에 해당하는 제도로는 동시이행의 항변권(민법 제536조)과 특히 불안의 항변권(민법 제536조 제2항)이 있다. 그러나 우리나라 법에서는 매도인의 운송유지권은 인정되어 있지 않으며, 불안의 항변권이라는 제도는 요건상 선이행의무자에게만 인정되는 권리이다.- 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995. 105~106면 : 최홍섭, 앞의 논문, 23~24면 : 대법원 1990. 11. 23.

대한 위험의 회피기능을 수행한다. 즉 비엔나 협약의 운송유지권은 영미법의 법리를 기초로 하여 계약의 일방 당사자의 이행기 전의 의무불이행의 위험으로부터 상대방 당사자를 보호하기 위한 제도이다.¹⁵⁾

이러한 운송정지권은 위험이전(passing of risk)과 별개의 것이며,¹⁶⁾ 계약상 위험이 이전하였는지를 가리지 않는다.¹⁷⁾ 왜냐하면 운송유지권은 이행정지 사유가 명백하게 되기 전에 이미 물품을 발송한 경우, 즉 운송 중이거나 매수인에게 인도되기 전에 한 하여 행사할 수 있기 때문이다.¹⁸⁾ 물품의 위험은 통상 운송인에게 인도되었을 때 매수인에게 이전되는데 물품의 위험이 이전되었다하여 운송유지권을 행사할 수 없다면 이 권리는 사실상 존재의의를 상실하게 된다.

(2) 위험이 현재화되기 전의 구제수단

협약이 운송유지권을 둔 취지는 물품대금의 불이행에 대한 위험이 현재화(materialized)된 경우의 손해배상 형식의 구제를 검토하기 보다는, 현재화시키지 않는 방법을 검토하는 쪽이 위험관리(risk management)로서 직접 도움이 되기 때문이다.¹⁹⁾ 이는 불이행의 위험이 실현되기 이전에 제3자가 아닌 계약당사자에 대하여 직접 위험을 회피할 수 있다는 점에서, 아울러 그 구제수단을 행사하는 당사자에게 별도의 비용(예컨대, 수수료나 보험료)을 요하지 않는다는 점에서 그 실익이 있다.

그러나 이러한 위험이 현재화되는 것은 대부분의 경우 쌍무계약인 매매계약의 어느 당사자만이 계약을 이행한 때이다. 그 당사자가 계약을 이행하지 않게 되면 위험은 아직 손해를 발생시키지 않게 된다. 여기서 이행기가 도래하고 나서 위험이 현재화된 경우(즉 일방적인 계약불이행)의 구제수단에 앞서, 우선 위험을 현재화시키지 않기 위해

선고 90다카 243351 판결.

- 15) 윤남순, "국제물품매매계약에 관한 UN협약상 이행기 전 계약위반의 성립요건", 「안암법학」 제27호(안암법학회, 2008), 683면.
- 16) Honnold, John O. op. cit., p.432.
- 17) 협약 제67조 제1항에서는 운송이 포함된 매매계약의 경우 운송인(carrier)에게로 인도한 시점이 위험이전시기라 규정하고 있다. 운송이 포함되지 않은 경우에는 매수인의 임의처분하에 적치된 시점으로 규정하고 있다(협약 제69조).
- 18) 이미 물품을 발송한 경우라고 항상 운송 중인 것은 아니지만 운송종료 후 수탁자 또는 보관자로부터 매수인 인수시점까지의 시간적 공백까지 포함하여 운송유지권이라고 칭한다. 영국물품매매법(SGA 1979)에서도 매수인 인수시점까지를 운송 중의 개념으로 본다(제45조 제1항).- 하강현, 앞의 논문, 304면.
- 19) 물론 상대가 계약을 이행할 수 있는지에 대한 능력·신용을 조사하는 것은 계약체결의 대전제이다. 또한 권원증권인 선하증권을 발행하여 신용장 및 이행보증(performance bond)을 첨부하는 것은 계약목적 달성을 위한 우선의 안전대책이라고 할 수 있다.- 박명섭·한낙현, 앞의 논문, 206면.

이행기 이전에 어떤 방안이 강구되어야 할지를 고려하는 것이 급선무이다.²⁰⁾

운송유지권에 의하여 상대방 당사자는 자기의 의무이행을 정지함으로써 손해를 미연에 경감(mitigation)시키는 합리적인 수단이 될 수 있다.²¹⁾ 아울러 계약해제가 지연되는 점은 있지만 장래 의무를 불이행할 것으로 판명된 일방 당사자의 손해배상액을 오히려 경감시킬 수도 있다.²²⁾

III. 정형거래조건과 운송유지권

1. 논점의 소재

국제물품매매계약이 체결된 경우 운송계약의 당사자가 매도인인지 아니면 매수인인지 여부는 정형거래조건 및 구체적인 매매계약의 내용에 따라 달라진다. 2000년 개정된 '정형거래조건에 대한 국제규칙(이하 'Incoterms 2000'이라 한다)'은 모두 13개의 정형거래조건으로 구성되어 있으나, FOB,²³⁾ FCA(Free Carrier, 운송인인도조건),²⁴⁾ CIF,²⁵⁾ C&F(운임포함조건) 또는 CFR(Cost & Freight, 운임 포함 인도조건)²⁶⁾ 등 운송계약 및 운송물의 소유권이전과 관련된 거래조건 가운데, FOB와 CIF가 두 축이

20) 박명섭·한낙현, 앞의 논문, 206면.

21) 협약 제77조에서는 계약위반을 주장하는 당사자는 그 위반으로부터 야기된 손해를 경감하기 위한 조치를 취할 의무가 있음을 규정하고 있다.

22) 예를 들어, 매도인이 매수인의 주문제작 물품을 제조하고 있는 경우 매수인의 불이행사유가 근본적 위반에 해당되지 않는다면 계약해제를 선언할 수는 없다. 가령 FOB계약에서 매수인이 충분한 선복을 확보하지 못할 것으로 예상된다고 하여 곧 바로 계약해제선언을 할 수 있는 것은 아니다. 그렇다고 하여 계속 주문물품을 제조하는 것은 오히려 매수인의 장래 손해배상액을 증가시킬 수 있다.- 하강현, 앞의 논문, 303면.

23) 고유한 의미의 FOB는 범선시대를 대변하던 국제거래조건으로서 당시에는 매수인이 직접 각지를 돌며 선박을 항구에 정박시킨 후 선적이 끝나면 자국으로 회항하는 것이 일반적이었기 때문에, 물건을 본선에 인도할 때까지 매도인이 위험을 부담하므로 본선인도의 시점에 물품의 위험이 매수인에게 이전한다. 이러한 FOB의 개념은 오늘날 여러 가지로 발전되어 다양성을 띠게 되었다.- 김정호, 「국제거래법」, 고려대 출판부, 2002, 17~18면.

24) 매수인이 지정한 운송인에게 물품이 인도됨으로써 매도인의 인도의무가 완료되는 거래조건이다. 이는 오늘날의 발달된 복합운송방식을 반영한 거래조건으로서, 기본적으로 FOB의 기본골격을 그대로 재현한다고 볼 수 있다.- 이기수/신창섭, 「국제거래법」, 세창출판사, 2005, 124면 ; 김정호, 앞의 책, 28면

25) 위험은 선적항에서 매수인에게 이전하지만 양륙항까지의 비용과 운임 및 보험료를 매도인이 부담하는 매매조건이다.

26) 매도인이 보험료 부담의무만 면할 뿐 CIF의 기본골격은 그대로 갖추고 있다.- 이기수/신창섭, 앞의 책, 162면 ; 김정호, 앞의 책, 35면.

되고 있음을 알 수 있다. 국제거래에서는 매도인, 매수인 어느 쪽이 저렴한 운임을 획득할 수 있는가가 FOB, CIF를 선택하는 경우의 큰 요소이다.²⁷⁾

여기서는 매수인과 매도인 가운데 누구를 송하인으로 보는가 하는 점과 아울러 매도인이 송하인으로서 운송인에게 운송 유지를 지시할 수 있으므로 매도인의 운송유지권 행사가 가능한가의 여부가 문제된다. 우리나라 상법(제815조, 제139조 제1항)에 따르면 송하인은 운송인에 대하여 운송의 중지, 운송물의 반환 기타의 처분을 청구할 수 있는데, 이는 운송계약의 준거법이 한국법인 경우에 적용된다.

2. 정형거래조건과 운송계약체결의무

(1) 국제물품매매계약과 운송계약의 당사자

국제물품매매계약이 체결된 경우 운송계약의 당사자가 매도인인지 아니면 매수인지 여부는 Incoterms 2000에 따른 정형거래조건 및 구체적인 매매계약의 내용에 따라 달라진다.

송하인은 운송인에게 운송을 위탁하는 자인데, 송하인과 국제물품매매계약의 매도인이 동일할 수도 있다. 수하인은 도착지에서 자기 명의로 운송물을 수령하는 자로서 운송계약에서 정하여지는데, 국제해상운송계약에서 수하인으로 지정된 자와 국제물품매매계약의 매수인이 동일할 수도 있지만, 신용장에 의하여 매매대금이 지급되는 국제거래에서는 선하증권 또는 해상화물운송장상 수하인에는 통상 신용장 개설은행이 기재되게 되고, 매수인인 수입자는 통지처로 기재된다.²⁸⁾

(2) 정형거래조건에 따른 운송계약의 당사자

(가) CIF 또는 C&F의 경우

CIF 또는 C&F는 FOB보다 늦게 발달한 매매조건이지만, 현재 해상운송을 수반하

27) 栢木界, “國際的 物品賣買”, 「現代契約法大系(第8卷)」(東京: 有斐閣, 1985), 204~207頁.

28) 즉 화물을 적재한 항공기가 도착지 공항에 도착하면, 항공운송인은 통지처로 기재된 수입자에게 화물 도착사실을 통지하게 되고, 화물과 함께 도착한 수하인용 항공화물운송장 원본(제2원본)은 운송주선인이나 수입자에게 교부하게 된다. 화물은 보세창고로 이동되어 보관되며, 수입자는 세관에 수입신고를 하여 해당 관세를 납부하고, 보세창고에서 화물을 인출받는다. 수입자는 아울러 신용장 개설은행에 대하여 수입대금을 결제하게 됨으로써 거래는 정상적으로 종료하게 된다.- 서동희, “국제항공화물의 인도와 관련된 법률문제”, 「한국해법학회지」 제22권 제1호(한국해법학회, 2000), 256면.

는 매매계약에 있어서 자주 이용되고 있는 조건이다.²⁹⁾ 판례는 C&F로 체결된 수출입 매매계약에 있어서는, 매도인이 선복을 확보하여 운송인과 운송계약을 체결하고 그 운임을 부담할 의무가 있는 것이고, 매수인에게선 선복을 확보할 의무가 없으므로, C&F로 체결된 수출입매매계약의 화물운송을 위하여 체결된 각 선하증권에 기한 운송계약의 당사자는 매도인이 분명하고, 따라서 입항료, 체화료 및 멸각비용에 대하여 매수인이 운송계약의 당사자로서 책임이 없다고 판시하고 있다.³⁰⁾

국제해상매매에 있어서 CIF 또는 C&F로 수출입 매매계약이 체결된 경우, 운송계약의 당사자는 보통 매도인(송하인)이고, 매도인이 운송계약을 체결하므로 수하인이 운송계약의 당사자가 아니라는 위 대법원 판결에는 문제가 없다.³¹⁾

(나) FOB의 경우

1) 매도인을 송하인으로 보는 견해

매도인을 송하인으로 보는 견해는 선하증권을 첨부한 화환어음에 의하여 당사자간의 대금결제를 원활하게 하려고 하기 때문에, FOB 계약에 있어서는 반대특약이 없는 한 매도인은 송하인으로서 선하증권을 취득 제공할 의무를 부담한다고 한다.³²⁾ 즉 매도인이 선하증권을 취득하여 매수인에게 제공할 의무를 부담하는 경우 매도인이 송하인이라는 것이다.

고유한 의미의 FOB에서는 매수인이 해상운송계약의 체결의무가 있으나,³³⁾ 국제거래의 다양화로 용선계약보다는 개품운송계약이 주류를 이루게 된 오늘날 국제거래의 당사자가 FOB를 선택하고서도 실제 매수인이 매도인에게 위임하는 특약에 의하여³⁴⁾

29) T. D. Bailey Son & Co. v. Ross T. Smyth & Co. (1940) 56 T. L. R. 825, 828 : 62 Ll. L. Rep. 242.

30) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다27144 판결

31) 임태혁, "국제항공운송에서 운송계약의 당사자 및 운송물에 대한 소유권의 이전", 「국제거래법연구」 제17집 제1호(국제거래법학회, 2008. 7.), 174면

32) 이주홍, "해상물건운송인의 손해배상책임", 「해상·보험법에 관한 제문제[상]」[재판자료 제52집](법원행정처, 1991), 240면 ; 정용상, "FOB 계약조건의 해석론", 「상거래법의 이론과 실제」[석영 안동섭교수 화갑기념](새창출판사, 1995), 109면 ; 임태혁, 앞의 논문, 174~175면

33) Ramberg, Jan. *ICC Guide to Incoterms 2000 : understanding and practical use*. Paris : ICC Publishing S.A., 1999. pp.77~87

34) Pyrene Co. Ltd. v. Scindia Navigation Co. Ltd. (1954) 2 G.B. 402, 426 사건에서 Delvin 판사는 운송계약상의 의무가 이행되는 상황을 고려한 실무적인 관점에서 출발하여 운송계약의 범위는 FOB 매도인을 포함하는 것으로 해석하였다. 즉 화물의 선적은 매도인의 위탁에 의거하여 이루어지고 있는 상황을 고려하면, 화물을 선적에서 인도한 그 행위에 의해 매도인은 운송계약의 당사자라고 묵시적으로 추론할 수 있으며 또한 선주가 그 화물을 선적하는 그 행위에 의해서 매도인과 운송인간에 새로운 묵

매도인이 선복의 예약 및 해상운송계약의 체결과 아울러 운임 후불의 선하증권을 매수인에게 제공하고 수출허가를 취득하는 등 다양한 추가의무조항을 부담하는 변경된 조건의 FOB 거래가 이루어지고 있음이 상관행이라고 한다.³⁵⁾ 따라서 추가적 의무를 정하는 변경된 FOB 조건에서는 Incoterms 2000의 규정보다도 실무를 우선해야 하는 현실을 중시하여 매도인이 운송계약상 송하인으로 등장하게 된다는 것이다.

2) 매수인을 송하인으로 보는 견해

위와는 달리, 매수인을 송하인으로 보는 견해는 FOB 계약에 있어서는 운송인과 운송계약을 체결하는 것은 매도인이 매수인을 대리하여 하는 것이며, 따라서 매수인이 운송계약의 당사자(송하인)라고 하고 있다.

이는 우리나라 판례의 입장이다.³⁶⁾ 즉 본선인도조건(FOB)과 같은 신용장상의 운송조건은 기본적으로 수출입계약 당사자 사이의 비용 및 위험부담에 관한 약정이지만, 본선인도조건(FOB)으로 체결된 수출입매매계약에 있어서는 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 한, 매수인이 용선계약을 체결하거나 기타 선복을 확보하여 화물을 선적할 선박을 매도인에게 통지하여 줄 의무가 있는 것이고, 매도인에게는 스스로 선복을 확보하여 화물을 선적할 의무가 없는 것이므로, 매도인과 매수인이 본선인도조건(FOB)으로 수출입매매계약을 체결하면서도 매수인이 선복을 확보하지 않고 매도인이 수출지에서 선복을 확보하여 운송계약을 체결하되, 운임은 후불로 하여 운임후불(Freight Collect)로 된 선하증권을 발행받아, 매수인이 수하인 또는 선하증권의 소지인으로서 화물을 수령할 때 운송인에게 그 운임을 지급하기로 약정하였다면, 이는 매수인이 매도인과의 내부관계에서는 운임을 부담하되, 운송인과의 관계에서는 매도인이 매수인의 대리인이 아닌 본인으로서 운송계약을 체결하는 것으로 볼 것이 아니라, 매수인이 매도인에게 자신을 대리하여 운송계약을 체결하는 권한까지 부여하였다고 봄이 상당하다고 한다.

시계약이 체결된 것으로 추정할 수 있다는 것이다.

- 35) 김정호, 앞의 책, 19~20면 ; 정용상, 앞의 논문, 109면 ; 임태혁, 앞의 논문, 174면 ; Prüssman, Heinz/Rabe, Dieter, *Kurz Komm. Seehandelsrecht*, München : C. H. Beck, 1983, § 556 IV, B.1.2, S.233f.
- 36) 운임포함조건(C & F)으로 체결된 수출입매매계약에 있어서는 매도인이 선복을 확보하여 운송인과 운송계약을 체결하고 그 운임을 부담할 의무가 있는 것이고 매수인에게선 선복을 확보할 의무가 없으므로 운송계약의 당사자(송하인)는 매도인이고, 본선인도조건(FOB)의 수출입매매계약에 있어서는 매수인이 운송계약의 당사자이다. 따라서 FOB의 수출입매매계약에서 매도인이 운송인과 운송계약을 체결하는 것은 매도인이 매수인을 대리하여 하는 것이다.- 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다27144 판결 ; 대법원 2000. 8. 18. 선고 99다48474 판결

3) 사건

생각건대, ① FOB 매매계약에서 통상적으로 해외에 있는 매수인이 수출화물의 통관과 선적상황, 선적지의 선박동정 등을 파악한다는 것은 어려운 일이며, 매도인으로서도 선하증권상에 송하인으로 표시되지 않고서는 운송물과 관련하여 자신의 지위를 충분히 보호받을 수 없으므로 부당하다는 점, ② 상법 제854조 제1항 또는 제864조 제1항에 의하면 선하증권 또는 해상화물운송장은 반증이 없는 한 계약의 체결, 화물의 수취 및 운송의 조건에 관한 증거가 되는데, 고유한 의미의 FOB 조건에서는 매수인이 해상운송계약의 체결의무가 있으나,³⁷⁾ 그 예는 드물고 FOB 조건이라도 실제 매수인이 매도인에게 위임하는 특약에 의하여 일반적으로 선하증권 또는 해상화물운송장에 매수인이 아닌 매도인이 송하인으로 기재되는 점, ③ 전신환 방식으로 매매대금을 지급하기로 약정하면서 FOB 조건으로 계약을 체결한 경우에 있어서 수입상(매수인)을 운송계약의 당사자(송하인)로 보게 되면, 수출상(매도인)으로서의 운송인 또는 운송주선인의 보관 아래 수출품을 인도함으로써 그 때부터는 수입상이 운송계약에 기하여 운송물에 대한 처분권을 행사할 수 있을 뿐 자신은 수출대금 지급의무와 동시이행관계에 있는 수출품 인도의무에 대한 동시이행의 항변권을 상실하게 되어, 매매대금의 지급을 확보하기가 어려운 점³⁸⁾ 등을 종합하면, 국제운송계약의 경우 매도인은 매수인을 대리하여 운송계약을 체결하는 것이 아니라 당사자(송하인)로서 운송인과 운송계약을 체결한다고 봄이 타당하다.³⁹⁾ 따라서 국제거래 계약마다 거래조건이 다를 수 있으므로 운송계약의 당사자가 누구인가 하는 점은 구체적인 사정에 따라 탄력적으로 판단하는 것이 보다 거래의 실정에 부합할 것으로 본다.⁴⁰⁾ 위 대법원 판례는 운임의 지급의무에 대한 것으로 한정하여 해석하여야 할 것으로 보인다.

다만, 매매계약의 내용의 일부를 구성하는 'Incoterms 2000'도 협약(제4조 a호)과 마찬가지로 물건의 소유권이전과는 직접 관련이 없는데,⁴¹⁾ 특히 FOB의 경우 'Incoterms

37) Ramberg, Jan. *ICC Guide to Incoterms 2000 : understanding and practical use*. Paris : ICC Publishing S.A., 1999. pp.77~87.

38) 신용장이 개설된 경우에는 수입상이 개설은행을 수출상을 수익자로 하는 화환신용장을 개설하면 수출상이 선하증권을 첨부한 화환어음을 발행하여 국내 거래은행으로부터 할인을 받거나 또는 추심위임을 하고 그 국내은행이 신용장 개설은행에 추심하는 방법에 의하여 매매대금이 결제됨으로써 매매대금의 지급을 확보한다.

39) 동지 : 임태혁, 앞의 논문, 175면

40) 동지 : 정병석, "수출입 매매계약과 운송계약의 당사자", 「판례연구」 제10집(서울지방변호사회, 1997), 342면

41) 석광현, "수입화물의 소유권 이전에 관한 연구", 「통상법률」 제51호(법무부, 2003. 6.), 42면 : 안승국, "항공화물운송에 의하여 수입한 물품에 대한 신용장개설은행의 양도담보 취득시기 및 이를 임의로 통관하여 처분한 수입업자의 배임행위 성부", 「형사재판의 제문제」 제2권(박영사, 1999), 181면 : 홍

2000'에 따른 위험의 이전시에 소유권이 이전되는 것으로 오해하는 경향이 있다.⁴²⁾ 우리나라 법이 소유권 이전의 준거법이 되는 경우 민법상 매매계약 그 자체는 물권의 변동에 직접 영향을 미치지 않으며, 채권계약인 매매계약의 체결 외에 물권행위로서 소유권 이전에 관한 합의와 물건의 인도, 즉 점유이전을 필요로 한다.

3. 운송유지권의 실효적 행사를 위한 검토

생각건대, 매도인이 운송인에 대한 개입과 감시의 가능성을 갖고 있는 경우에는 CIF 또는 C&F 등 C그룹 거래조건은 물론, 비록 매도인이 운송계약 체결의무를 추가로 부담하는 변경된 FOB 등 F그룹 거래조건⁴³⁾이라 하더라도 운송인에 대한 운송유지권의 구속을 인정하는 것이 운송유지권 행사의 실효성에 비추어 바람직하다고 본다.

아울러 매도인은 선하증권이나 복합운송증권 등 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도, 나아가 물품의 소유권이 이미 매수인에게 이전되었더라도,⁴⁴⁾ 매수인이 아직 물품을 물리적으로 점유하지 않았다면 매도인은 매수인에게 물품의 인도를 유지(stoppage)할 수 있는 권리를 가진다.⁴⁵⁾

결국 매도인의 운송유지권 행사는 매도인이 운송계약체결의무를 부담하는 매매계약⁴⁶⁾에서는 매도인이 송하인으로서 운송인에게 운송 유지를 지시할 수 있으므로 용이하지만, 매수인이 운송계약체결의무를 부담하는 매매계약⁴⁷⁾에서는 매도인은 운송인의 항변을 받게 되는 등 상당한 제약이 따른다.⁴⁸⁾ 사실상 이 경우에는 운송인이 수하인에게 화물을 인도해야 할 계약책임과 소지인에게 인도해야 할 증권책임이 충돌하는 경우이다. 계약에 의한 일반채권법리와 유가증권법리가 충돌하는 경우에는 물론 증권법리가 우선 적용되어야 할 것이다.⁴⁹⁾ 그러나 운송유지권은 매수인이 물품을 취득할 수 있는

성준, "항공운송취급인의 항공운송장 무단교부와 불법행위책임", 「민사판례연구」 제23권(박영사, 2001), 575면 : 대한상공회의소/ICC한국위원회, 「인코텀즈 2000」, 2000, 255면 : Ramberg, Jan. op. cit., p.12

42) 소유권이전에 관한 영국 문헌들의 설명은 소유권이전의 준거법이 영국법인 경우 영국의 물품매매법을 적용한 결과를 밝힌 것이지 Incoterms의 법적 효과를 밝힌 것은 아니다.- 석광현, 앞의 논문, 41~42면

43) 김정호, 앞의 책, 19~20면 : 정용상, 앞의 논문, 109면 : 임태혁, 앞의 논문, 174면.

44) 허해관, 앞의 논문, 100면 : 오원석 역(Honnold 저), 앞의 책, 548면 : Honnold, op. cit., p.433.

45) Bianca, C.M/Bonell, M.J. op. cit., p.520. : Alexander von Ziegler, "The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof)", 25 *Journal of Law and Commerce*, Issue No.1 (Fall 2005/Spring 2006) p.365 참조.

46) Incoterms 2000상의 'C', 'D'그룹 거래조건.

47) Incoterms 2000상의 EXW(공장인도조건), FAS, FCA, FOB조건.

48) 동지 : 하강현, 앞의 논문, 306면.

증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물품이 매수인에게 인도되는 것을 금지할 수 있다는 데서, 위와는 달리 새겨야 할 것이다(협약 제71조 제2항).

N. 운송증서와 운송유지권

1. 논점의 소재

매도인은 매매계약에서 명시적 또는 묵시적으로 약정한 운송증서를 매수인에게 교부하여야 하며, 매도인이 그 서류인도의무의 일부로서 매수인에게 제공할 수 있는 운송증서로는 선하증권과 해상화물운송장 등이 있다.⁵⁰⁾

FOB 또는 CIF 등 Incoterms 2000에 의한 매매계약에서 선하증권상에 송하인으로 표시되지 않고서는 운송물과 관련하여 계약당사자는 자신의 지위를 충분히 보호받을 수 없게 된다.

여기서 먼저, 운송인이 송하인을 통하여 수하인에게 운송증서를 발행 교부해줌으로써 양자간에는 어떠한 계약관계가 생겨날까, 그리고 운송증서에 따라 법 적용의 효과가 어떻게 달라지는가 하는 의문이 제기된다. 매매계약의 준거법상 매도인이 운송유지권을 가지는 경우 매도인이 이를 실효적으로 행사하기 위하여는 운송인에 대해 지시를 할 수 있어야 한다. 매도인이 '송하인'으로서 운송인에 대하여 물품을 수하인인 매수인에게 인도하지 말 것을 지시하더라도 이는 매매법상의 운송유지권의 행사가 아니라 단지 운송계약상의 권리의 행사일 뿐이다. 여기서 먼저, 운송인에 대한 그러한 지시가 선하증권에 기한 것인 때에는 운송인이 그러한 매도인의 지시를 따라야 하는지 여부가 문제된다.⁵¹⁾

다음으로, 현재의 영미판례법에서는 대금지급의 목적으로 지시식 선하증권이 발행되고 비록 그것이 매수인의 지시식 선하증권이라도 매도인이 그것을 소지하고 있는 경우에는 국제매매계약이 FOB 또는 CIF 조건이라도 물품의 권원은 일반적으로 대금이

49) 이성용. "'라파엘라' 사건과 기명식 선하증권의 유통성", 『한국해법학회지』 제30권 제2호(한국해법학회, 2008. 11.), 189면.

50) 또한 CIF와 CFR A8에서는 "매수인이 목적항에서 운송인에게 물품의 인도를 청구할 수 있도록" 하는 운송서류이어야 한다고 규정하고 있다.- 허해관, 앞의 논문, 74면.

51) 영국에서는 선하증권 발행시 준거법이 목적지국법 내지는 물건의 소재지법인지, 증권소재지법인지 여부에 관하여는 다툼이 있다.- 석광현, 앞의 논문, 42면 : A. von Ziegler et al. (eds.), op. cit., pp.140, 147 이하 참조.

지급되어 선하증권이 양도되기까지는 이전되지 않는다. 이처럼 당사자들이 운송증서를 통한 물품의 이전을 약정하는 경우에 그들은 운송 중의 멸실 또는 훼손, 즉 운송위험 보다는 대금의 지급을 염두에 둔 것이라면 운송유지권 행사의 효과에 어떠한 작용을 하는가 하는 의문이 제기된다.

아울러, 매수인이 비록 물품을 취득할 권한을 주는 서류를 소지하고 있더라도 운송유지권에 의하여 매도인은 매수인에게 물품의 인도를 유지(stoppage)할 수 있는 권리를 가진다.⁵²⁾ 그렇다면, 선하증권이 발행된 경우에는 송하인이 운송유지권자인 것이 아니라 증권상의 수하인 또는 그 이후의 피배서인으로서 증권을 소지하는 자에게 운송유지권이 이전되는가 하는 문제가 제기된다.

2. 선하증권

(1) 선하증권의 권원증권성과 계약관계

선하증권의 주요 성격은 두 가지다. 하나는 유통성이고, 다른 하나는 권원증권성으로서 이는 화물의 인도를 위해서 증권의 제시가 필요하다.

운송인이 직접 계약의 당사자인 운송계약에 있어서 선하증권의 권원증권성(documentary of title)⁵³⁾은 증권 그 자체에 증권의 소지인이 행사할 수 있는 권리가 체화되어 있는 성격을 의미한다. 증권이 양도되어 제3자가 소지하고 있는 경우 선하증권의 정당한 소지인으로 하여금 마치 자신이 운송계약의 당사자인 것과 같은 지위를 부여하여, 운송인과 그 소지인 간에는 증권 기재의 간주적 효력에 따라 운송계약상의 채권관계가 성립하고,⁵⁴⁾ 이러한 운송계약상의 지위는 선하증권에 체화되어 있다고 한다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾ 운송인

52) Bianca. C.M/Bonell. M.J. op. cit., p.520.

53) 권원증권성(documentary of title)이라 함은 특정한 증권이 유통성을 가지기 위한 필수적인 요건으로서, 이는 화물의 인도를 위해서 증권의 제시가 필요하다. 대법원 1998. 9. 4 선고 96다6240 판결 : 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결은 "선하증권은 해상운송인이 운송물을 수령한 것을 증명하고 양륙함에서 정당한 소지인에게 운송물을 인도할 채무를 부담하는 유가증권으로서, 운송인과 그 소지인 간에는 증권 기재에 따라 운송계약상의 채권관계가 성립하는 채권적 효력이 발생하고, 운송물을 처분하는 당사자 간에는 운송물에 관한 처분은 증권으로서 하여야 하며 운송물을 받을 수 있는 자에게 증권을 교부한 때에는 운송물 위에 행사하는 권리의 취득에 관하여 운송물을 인도한 것과 동일한 물권적 효력이 발생하므로, 운송물의 권리를 양수한 수하인 또는 그 이후의 자는 선하증권을 교부받음으로써 그 채권적 효력으로 운송계약상의 권리를 취득함과 동시에 그 물권적 효력으로 양도 목적물의 점유를 인도받은 것이 되어 그 운송물의 소유권을 취득한다"라고 판시하고 있다.

54) Guest. A. G., op. cit., p.929.

55) 김필곤, "선하증권과 UNCITRAL 운송법 협약에서의 운송증권", 「국제거래법연구」 제16집 제1호(국

과 수하인 또는 그 이후의 소지인 사이의 법률관계는 운송인이 송하인에게 발행하여 준 선하증권에 기초한 것이므로, 송하인으로부터 선하증권을 교부받은 소지인은 물품의 인도를 청구할 수 있는 권리를 부여받는다.⁵⁷⁾

즉 권원증권으로서의 선하증권이 발행된 경우에는 물품권원의 이전은 선하증권에 기초한다는 것이 예정되었다고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 해상운송에 있어서 선하증권은 운송계약의 증거임과 동시에 운송계약 자체로도 될 수 있다.⁵⁹⁾ 원칙적으로 운송계약 자체로 되는 것은 선하증권이 유통증권으로서 양도되어 제3자의 수중에 인도된 경우이다.

(2) 선하증권과 운송증서

(가) 매수인지시식 선하증권

선하증권이 발행되는 경우 선하증권에 제시된 운송계약의 당사자가 매도인과 매수인의 어느 쪽인지가 문제로 되는 경우가 있다. 매수인이 운송선박을 지명하여 운송계약을 체결하고 매도인으로 하여금 본선상에 물품을 선적하게 하는 고유한 의미의 FOB계약에서는 매수인은 선하증권의 교부를 받는다. 따라서 이 경우에는 매수인만이 선하증권에 따른 운송계약의 당사자가 된다.

‘고유한 의미의 FOB’ 거래에 있어서는 매수인이 선적을 확보하여 매도인에게 통지하면 매도인은 위 본선에 인도하면 되고 매수인이 송하인으로 되어 운송을 하는 것이므로 운송인은 매수인의 점유보조자 또는 점유매개자가 되어 매도인이 운송인에게 화물을 인도함으로써 물품권원이 매수인에게 이전한다고 할 수 있겠으나,⁶⁰⁾ 그렇더라도

제거래법학회, 2007. 7.), 39면, 41면.

56) 이에 대하여, 석광현, 앞의 논문, 62면은 우리나라 상법상 선하증권 소지인은 운송계약상의 송하인의 지위를 승계하지 않으므로 선하증권 소지인은 운임, 체선료 기타 비용의 지급과 같은 운송계약상의 의무를 당연히 부담하는 것은 아니라고 한다. 그러나 수하인은 운송물을 수령한 때에는 운송계약 또는 선하증권의 취지에 따라 운임 등을 지급할 의무가 있다(상법 제807조 제1항): UNCITRAL 운송법협약 초안은 선하증권의 소지인은 그가 송하인인 경우를 제외하고는 운송계약상의 여하한 권리를 행사하지 아니한 이상 소지인이라는 이유만으로 운송계약상의 책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있다(제62조 제1항).

57) Schmitthoff, Clive M., op. cit., p.561.

58) Michael, D. B., *The Bill of Lading: A Document of Title to Goods*, London : Lloyd's of London Press, 1998, p.3.

59) 영국해상물건운송법(1992년) 제5조 제(1)항은 "...the contract contained in or evidenced by the bill of lading..."이라 규정하고 있다.

60) 석광현, 앞의 논문, 43면. 이와는 달리 서헌제, 「국제거래법」, 법문사, 2000, 192면은 FOB의 경우에 고유한 의미의 FOB와 변경된 조건의 FOB를 구분하지 않고, 운송인은 매수인의 이행보조자이므로 그에게 인도하면 매수인에게 인도한 것으로 간주된다고 한다.

이는 매수인을 수하인으로 하는 선하증권이 함께 교부된 경우에 가능한 것이지,⁶¹⁾ 선하증권이 발행되지 않은 경우라면 운송물이 목적지에 도착할 때까지 권원의 이전은 부정될 수밖에 없다.⁶²⁾

이처럼 당사자들이 운송증서를 통한 물품의 이전을 약정하는 경우에 그들은 운송 중의 멸실 또는 손상(운송위험)보다는 대금의 지급을 염두에 둔 것이다. 따라서 대금결제 목적으로 선하증권이 발행되고 있는 경우라도 FOB 계약에 있어서는 물품이 선적항에서 인도될 때에 그 권원도 이전되는 것이 아니라면 부당하다고 보고 있다.⁶³⁾

그러나, 선하증권상 매수인이 수하인으로 지정되고 이 증권이 배서양도됨이 없이 송하인인 매도인에 교부된 경우에는 증권상의 권리자는 매수인이므로 매도인은 운송물 인도청구권을 갖지 못하고 운송물에 대한 담보권을 취득하지 못한다. 이 경우 매도인은 매수인이 대금을 지급할 때까지 선하증권의 교부를 거절하고 단지 이를 유치함으로써 대금의 지급을 사실상 강제할 수 있을 뿐이다.⁶⁴⁾

여기서 문제는 송하인이 선하증권의 발행을 받아 이것을 아직 수하인에게 교부하지 않고, 사실상 자신이 소지하고 있는 경우에 선하증권의 소지인으로서 운송유지권을 행사할 수 있는가 하는 점이다. 생각컨대, 송하인이 계약체결의무를 지고 있는 운송계약의 당사자라고 한다면, 매매계약상의 운송유지권을 운송계약상 원용하여 운송인에게 물품 인도의 정지를 지시하여 매수인에게 인도할 수 없도록 할 수 있다고 본다. 위 경우에 송하인은 수하인으로부터 배서에 의하지 않고 증권을 소지하고 있으므로 이를 가리켜 '형식적 자격을 가지지 않는 실질적 권리자'라고 볼 수 없으므로 선하증권상의 권리를 행사할 수는 없지만,⁶⁵⁾ 운송유지권은 선하증권상의 권리가 아니라 매매계약상의 권리가기 때문에 그 행사가 가능한 것이다.

61) 따라서 이는 인코텀즈에 따른 직접적인 결과는 아니다.- 석광현, 앞의 논문, 43면 ; Schmitthoff, Clive M., *Export Trade : The Law and Practice of International Trade* (2000), para. 4-003 참조.

62) 국제물품매매계약에서 당사자들은 소유권이전시기를 명시적으로 합의하기도 한다. 그러나 소유권이전의 준거법이 우리 법인 때에는 그 합의한 시기가 매수인의 점유취득시보다 선행하는 경우에는 효력을 인정할 수 없다.- 석광현, 앞의 논문, 43면.

63) Colinvaux, R., *Carver's Carriage by Sea*, Vol.2 13th ed., Stevens & Sons Ltd., 1982, pp.1131~1133.

64) 채이식, 「상법강의(하)」, 박영사, 2003, 381면 ; 이기수, 「어음법·수표법학」, 박영사, 1998, 293면 ; 정희철, 「상법학(하)」, 박영사, 1990, 117면 ; 김동진, 「회환어음의 법률관계」, 「상사법논집」, [무에 서든각 교수 정년기념](법문사, 1986), 474면 ; 민중기, 「신용장발행은행이 신용장대금의 지급을 거절하면서 자신이 수하인으로 기재된 선하증권을 신용장매입은행에게 반환한 경우, 그 매입은행이 선하증권의 정당한 소지인인지 여부」, 「대법원판례해설」(1998년 하반기), 법원도서관, 1999, 214면 ; 정병윤, 「선하증권에 관한 손해배상청구권과 회환어음상 환매청구권과의 관계」, 「상사판례연구」, 제10집(한국상사판례학회, 1999), 161면 ; 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다62008 판결.

65) 임홍근, 「상행위법」, 법문사, 1989, 807면.

(나) 매도인지시식 선하증권

FOB 계약의 경우 매도인에 있어서도 결제를 위하여 권원증권인 선하증권을 발행받았는데도 불구하고 대금이 지급되기 이전에 물품권원을 양도한다는 것은 생각할 수 없는 일이다. 즉 매도인이 권원증권인 선하증권을 소지하는 것은 대금의 담보를 위한 것이 된다. CIF 계약은 선하증권을 포함한 서류를 유통시키고 대금지급과 상환으로 이것을 인도할 것을 전제로 한다. 이 전제에서는 CIF 계약에 있어서 물품의 권원은 서류가 매입되기까지(즉, 대금이 지급되기까지)는 이전되지 않는 것으로 확립되어 있다.⁶⁶⁾ 이처럼 당사자들이 서류를 통한 물품의 이전을 약정하는 경우에 그들은 운송 중의 멸실 또는 훼손, 즉 운송위험보다는 대금의 지급을 염두에 둔 것이다.

현재의 영미판례법에서는 대금결제 목적으로 지시식 선하증권이 발행되고 비록 그것이 매수인의 지시식 선하증권이라도 매도인이 그것을 소지하고 있는 경우에는 국제물품매매계약이 FOB 또는 CIF 조건이라도 물품의 권원은 일반적으로 대금이 지급되어 선하증권이 양도되기까지는 이전되지 않는다.⁶⁷⁾ FOB 계약이건 CIF 계약이건 물권변동의 의사주의원칙에 따라 당사자들이 의도하는 시기에 소유권이 이전될 것이나, FOB 계약에서는 대개의 경우 선하증권의 교부를 조건으로 하는 묵시적 약정에 따라, CIF 계약에서는 서류매매적 성격이 계약의 필수적인 조건으로 작용하므로 모두 조건부소유권이전이라는 것으로 예외화하게 된다는 취지로 설명함으로써 이 점을 정확히 지적하고 있다.⁶⁸⁾ 다만 위험은 물품의 인도시에 이전한다.

이와는 달리, 매도인이 발행한 지시식 선하증권을 소지하지 않은 경우 및 매수인 기명의 선하증권이 발행된 경우 또는 선하증권이 전혀 발행되지 않는 경우에는 영미법상의 FOB 및 FAS에 있어서나 CIF에 있어서도 원칙적으로 물품의 인도시에 그 권원과 위험은 이전한다.

그런데 운송유지권은 위험이전과 별개의 것이며, 협약상 위험이 이전하였는지를 가리지 않으며,⁶⁹⁾ 소유권이전 여부와 관계없이 행사할 수 있다는 점이다. 즉 소유권이 이전되지 않는 경우에는 자신의 소유권 행사의 일환으로 운송유지권을 행사할 수 있

66) 박명섭·한낙현, 앞의 논문, 506면.

67) C-Art Ltd. v. Hong Kong Island Line America, SA. 940 F.2d 530, 1991. AMC 2888 (9 Cir. 1991) : 영국법에 대해서는 Mitsui & Co. Ltd. and Another v. Flota Mercante Grancolumbiana SA (The Ciudad de Pasto and Ciudad de Neiva)[1988] 2 Lloyd's Rep. 208 (CA). 본 사건에 있어서는 지급이 신용장에 의해 담보되고 있어도 특히 매도인의 지시식 선하증권이 발행된 경우 매도인이 서류를 제시하여 대금전액의 지급을 받기까지는 물품권원을 유보한다는 것이 당사자의 의사라고 판시되었다. 또한 본 계약은 FOB 계약이었다.- 한낙현, 앞의 논문, 68면.

68) 석광현, 앞의 논문, 43면.

69) 오원석 역, 앞의 책, 547면 : Honnold, John O. op. cit., p.432.

도록 법적인 권한이 부여되며, 소유권이 매수인에게 이전되었다라도 협약의 규정에 따라 운송유지권을 행사할 수 있는 것이다.⁷⁰⁾

(2) 선하증권과 운송유지권

(가) 선하증권에 의한 운송유지권의 이전 여부

운송계약의 당사자로서의 송하인과 동일한 권리를 취득하게 되는 수하인은 운송증서에 기초할 경우에는 선하증권의 적법한 소지인과 해상화물운송장 등의 수하인이다. 그러나 협약상의 매도인의 운송유지권은 매도인과 매수인 사이에 한하여 존재하는 매매계약상의 권리일 뿐이므로 선하증권에 의하여 이전될 수는 없고, 따라서 운송계약의 당사자로서의 지위를 갖게 되는 선하증권의 적법한 소지인 또는 수하인은 운송유지권을 취득하지 못한다.

다만 송하인은 매매계약의 당사자인 매도인으로서 운송계약체결의무를 지고 있다면 매매계약상의 운송유지권을 운송계약에 원용하여 행사할 수 있을 따름이다. 이 경우에도 운송유지권은 매수인과 매도인간에 있어 물품에 대한 권리관계에 대해서만 적용되기 때문에 물품의 인도청구권을 매수인에게 부여하는 운송서류를 매수인이 가지고 있는 경우에, 매도인으로부터 지시를 받은 운송인이 그 지시에 따라야 할지 여부는 운송수단의 종류에 따라 각각 적용되는 조약이나 국내법에 의존하게 된다.⁷¹⁾

(나) 제1매수인의 제2매수인에 대한 운송유지권 행사 가능여부

운송유지권은 매도인이 매수인에게 물품의 물리적 인도를 정지할 수 있는 권리이지만 매수인으로부터 제3자에게 이미 물품의 소유권이 이전되었거나 물품을 처분할 수 있는 증권이 양도된 후에는 매도인은 이 권리를 행사할 수 없다. 가령 제1매수인이 물품에 대한 권리서류로써 제2매수인에게 물품을 처분하였거나 또는 그 서류로써 물품의 권리를 저당권설정했다면 제2매수인(또는 선의의 소지인)에 대한 매도인의 권리는 협약상의 운송유지권에 의해서 규율되지 않는다.⁷²⁾ 이 경우 제1매수인의 지급조건이 후불 또는 연지급을 인정하는 조건으로 매매되었다고 하더라도 역시 매도인은 물품의

70) Atiyah, P.S. *The Sale of Goods*. 7th ed., London : Pitman, 1985. p.347.

71) 이천수·노승재, “국제물품매매계약에서 이행기 전의 계약위반에 관한 연구”, 「국제지역연구」 제9권 제3호(국제지역학회, 2005.), 815면.

72) Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York : Oceana Publications, 1992. p.287.

권리서류를 보유하고 있는 제2매수인에게 그 권리를 주장할 수는 없다.⁷³⁾ 영국법상으로는 분쟁의 성질에 따라 매도인과 매수인간의 운송유지권이 다투어지는 경우 계약의 준거법에 따르나, 매도인과 제3자간에 운송유지권이 다투어지는 경우에는 물품의 소재지 기타 물권법적 측면의 준거법에 따를 사항이라고 한다.⁷⁴⁾ 그렇다면, 제1매수인은 '매도인'으로서 제2매수인에 대하여 운송유지권을 행사할 수 있는가 하는 의문이 있다. 여기서 제1매수인은 제2매수인에 대하여는 협약상 '매도인'으로서의 지위를 가지므로 운송유지권을 행사할 수 있다고 본다. 물론 운송유지권의 요건을 갖추어야 하는 전제하에서만 가능하다. 그러나 이 경우의 선하증권소지인으로서 제1매수인의 운송유지권은 운송계약상의 권리가 아니라 매매계약상의 권리이므로 선하증권에 의하여 이전된 것이 아님은 물론이다.

3. 해상화물운송장

(1) 해상화물운송장과 계약관계

해상화물운송장은 그 전제가 되는 배후의 실질적, 실제적 법률관계 없이도 해상화물운송장의 발행만으로 법률관계가 창설될 수 있는 권원증권으로 볼 수 없기 때문에⁷⁵⁾ 단순히 운송인이 수하인에게 해상화물운송장을 교부해준 것만으로는 양자간에 채권관계가 생겨났다고 할 수 없을 것이다. 즉 해상화물운송장(sea waybill)은 비유통운송서류(non-negotiable transport document)이고, 해상화물운송장에는 수하인 난에 도착지에서 운송물의 인도를 받는 자로서 수하인이 지정되지만, 수하인이 하역하거나 물건의 동일성을 확인하거나 인도를 요구하는 경우에 제시를 할 필요가 없다.

Incoterms 2000은 매도인이 매수인에게 제공하여야 하는 운송서류로 선하증권과 해

73) Kritzer, Albert H. *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers. 1994. p.561.

74) 석광현, "국제도산법에 관한 연구 -입법론을 중심으로-", 「통상법률」 통권 제39호(2001. 6.), 88면 이하 ; Ziegler, Alexander von, et al. (eds.), op. cit., p.146 이하.

75) 1992년의 해상화물운송법(Carriage of Goods by Sea Act 1992: COGSA 1992)의 입법보고서에 따르면 해상화물운송장을 보통법(common law)상의 권원증권으로 보지 않는다는 것을 명백히 하였다. - The Law Commission Report(Law Com No. 196), *Right of Suit in Respect of Carriage of Goods by Sea*. 1991. para 2.50 : 우리나라 상법(2007. 8. 3. 개정)은 해상화물운송장에 관한 규정을 신설하고, 그 효력(제864조)에 관하여 추정적 효력만 인정할 뿐, 간주적 효력은 인정하지 않는다. 운송인은 수하인으로 확인되는 자에게 운송물을 인도하면 책임을 면한다고 함으로써 해상화물운송장은 유가증권이 아니고 권원증권도 아닌 면책증권이라고 볼 수 있다. - 정찬형, 「상법강의(하)」, 박영사, 2009. 922면.

상화물운송장을 선택적으로 예시하면서(CIF A8, CFR A8),⁷⁶⁾ 달리 합의되지 않는 한, 그 전매인(subsequent buyer)에게 그 서류를 양도함으로써 또는 운송인에게 통지함으로써 운송 중에 물품을 전매할 수 있도록 하는 서류이어야 함을 규정한다. 전자의 운송증서로는 양도가능선하증권을 가리키며, 후자의 방법에 의한 전매를 가능하게 하는 운송증서로서 대표적인 것이 해상화물운송장이다.⁷⁷⁾

해상화물운송장의 경우 운송계약체결권은 송하인이 갖고 있는 것으로 풀이되므로, 매도인으로서의 송하인은 운송유지권을 행사할 수 있다.

(2) 해상화물운송장과 운송유지권

유통불능인 해상화물운송장(waybill)은 후술하는 송금에 의한 직접결제를 하는 거래의 경우에는 유용하다.⁷⁸⁾ 송금에 있어서 물건의 권리 이전을 담보할 필요가 없는 거래, 예컨대 모회사와 자회사간의 매매 등에서는 선하증권은 화물수령증과 운송계약의 증거로서의 기능만을 가지는데 그치므로, 구태여 권원증권으로서의 성격을 띤 선하증권을 발행할 필요가 없다. 종래는 선하증권밖에 인정하지 않았던 CIF조건에서의 제출 서류로서 상관습에 의한 해상화물운송장(sea waybill)을 이에 포함시키고 있다. 이것은 Incoterms 2000에서도 채택되고 있다.

이것은 선적서류를 양도하는 것에 의하여 항해 중의 선박에 적재되어 있는 상품을 거둬 제3자에게 전매시킬 수 있다고 하는 '서류매매'의 성격을 가진 전통적인 CIF계약의 본질에 걸맞지 않다고 할 수 있다. 그러나 전매를 필요로 하는 경우에는 해상화물운송장의 수하인이 전매인(subsequent buyer)에 대한 물품의 인도를 운송인에게 지시하는 형태로 전매가 가능하므로,⁷⁹⁾ 해상화물운송장의 등장에 의한 CIF계약에 주어진 변화는 그렇게 크지 않다고도 할 수 있다.

실무상 송금에 의한 직접결제를 하는 거래의 경우에 선하증권에 대체하여 해상화물운송장이 발행되는 것은 은행이 물건을 담보로 하기 위해서가 아니라 매수인이 매도인에게 대금을 직접 송금함으로써 매수인 자신에게 물건의 권리가 이전했다는 것을

76) Incoterms 2000에서는 운송 중에 화물을 전매하는 경우가 아니면 선하증권 대신에 해상화물운송장, 정기선운송장(liner waybill), 화물수령증(freight receipt) 등과 같은 비유통증권을 사용할 수 있도록 있다(제21조).

77) 新堀聰, 「貿易賣買」, 東京 : 同文館, 1990, 107頁.

78) 해상화물운송장은 권리증권은 아니지만 선하증권이 가진 기타의 기능을 가지고 있다. 따라서 일반적으로 유통불능 선하증권을 해상화물운송장이라 부르는 경우도 있다.- 한낙현, 앞의 논문, 195면.

79) 新堀聰, 前掲書, 107頁.

확인하는 목적에 있다. 송금에 의한 직접결제를 하는 거래의 경우에는 운송유지권의 행사가 신용위험의 대비책으로서 매우 유용하게 작용된다.

V. 대금지급방법과 운송유지권

1. 논점의 소재

국제물품매매계약의 물품대금 지급방법은 크게 환어음(bill of exchange)에 의한 간접결제와 송금(remittance)에 의한 직접결제로 나눌 수 있다.⁸⁰⁾ 나아가 환어음에 의한 간접결제는 신용장(letter of credit)에 의한 것과 신용장에 기초하지 않는 매수인의 화환어음의 결제방식으로서 지급인도조건(D/P)과 인수인도조건(D/A)으로 나눌 수 있다. 신용장에 기초한 결제인지의 여부에 불구하고 어느 쪽이든 매도인은 환어음을 발행하여 은행으로부터 할인받아 대금을 지급받게 된다.

물품의 멸실 훼손에 대한 운송위험이 이전되었다고 하더라도, 오히려 물품대금에 대한 신용위험(credit risk)은 여전히 불안요소로 남아 있을 수가 있는데, 운송유지권은 바로 이 불안요소에 대한 대비책으로서 효용이 있다.

신용위험이란 거래의 상대방이 계약에 명시된 의무를 충족시키지 못함으로써 매수인의 신용상태의 불확실성으로 인하여 매도인이 입는 경제적 손실의 가능성을 의미한다고 할 수 있으며, 매도인이 직면하는 결제위험 중에서 가장 대표적인 위험이다.⁸¹⁾ 이러한 위험은 매수인의 거래상대방의 채무불이행으로부터 현재화(realized)될 수 있는데 최근에는 단순히 의무의 불이행, 즉 지급불능과 같은 경우에만 국한하지 않고 거래상대방의 지불능력에 대한 불확실성을 나타내는 신용등급 변화에 따른 자산가치의 변화까지도 신용위험에 포함시키고 있다. 이는 일반적으로 (i) 매매계약에 따른 선수금을 지급하지 아니하는 경우, (ii) 매수인이 정당한 이유 없이 신용장 개설을 지연하는 경우, (iii) 매수인이 계약물품을 인수한 후 대금지급을 지연하는 경우, (iv) 매수인이 환어음을 인수거절 하는 경우, (v) 매수인이나 신용장개설은행, 지급보증인의 파산과 같은 법률상의 지급불능으로 인하여 발생한다.

80) 한낙현. "국제무역거래에서 선하증권의 위험관리에 관한 연구", 「무역상무연구」 제37권(2008. 2.), 194면.

81) 박명섭·한낙현. "국제물품매매에 있어서의 계약위험관리에 관한 연구", 「무역학회지」 제31권 제4호(2006. 8.), 202면 ; 박세훈. "수출대금지급에서 신용위험의 대처방안에 관한 연구 : 국제팩토링·포페이팅·보증신용장을 중심으로", 성균관대 대학원 경영학박사학위논문, 2008. 2., 37면.

여기서 대금지급방법과 운송유지권 행사의 효과와의 관계는 어떠한가가 문제된다.

2. 대금지급방법에 따른 운송유지권의 효용

(1) 신용장에 의한 간접결제방법

물품대금지급방법 가운데 환어음에 의한 간접결제는 신용장(letter of credit)에 의한 것과 그러하지 않은 것으로 나눌 수 있는데, 신용장개설 불이행은 대금지급의무(협약 제 54조)의 불이행이 될 수 있다.⁸²⁾ 그렇다고 해서, 신용장개설은행이 운송유지권의 상대방으로서 그 행사의 효과를 직접 받지 않는 것은 아니다. 신용장거래는 신용장 독립성의 원칙에 의해 지배되기 때문에 매매법으로 규제할 수 있는 부분이 아니다.⁸³⁾ 국제매매에서 신용장이 개설되면 매입, 인수, 지급, 연지급 약속은행은 신용장조건서상의 서류와 그 서류에 대한 문면상의 불일치를 심사하여 수리 여부를 결정하게 되고 사기거래가 아닌 한 일치된 서류의 제시에 대해 개설(상환)은행은 이행정지(지급거절)할 수 없기 때문이다.

따라서 신용장거래에 있어서는 거의 선적과 동시에⁸⁴⁾ 신용장조건과 일치하는 선적서류를 제시하면 수입업자의 파산과 관계없이 개설은행은 대금을 지급할 의무가 있으므로 운송을 유지할 수 있는 매도인의 권리는 불필요한 것이 되어버리는 경우가 많다.

(2) 환어음의 지급인도 및 인수인도에 의한 간접결제방법

신용장에 기초하지 않는 매수인의 환어음의 결제방식으로서 지급인도조건(D/P)과 인수인도조건(D/A)이 있다.

지급인도조건(Document against Payment : D/P)은 '지급도조건'이라고도 하며 환어음의 제시에 대하여 매수인이 대금을 지급하는 경우에 한하여 선적서류를 인도하기로 하는 조건으로서, 매수인의 신용상태에 대한 사전지식이 미약하거나 또는 매도인이 조속한 대금회수를 필요로 하는 경우에 이용된다. 이에 대한 지급거절(reputation)은 매수인이 국제물품매매계약에 따라 발생한 채무자체를 인정하지 않고 고의적으로

82) 허해관 "국제물품매매협약상 매수인의 신용장에 의한 대금지급", 「무역상무연구」 제42권(한국무역상무학회, 2009. 2.), 105~106면, 116~121면.

83) 하강현, 앞의 논문, 304면.

84) 다만 매매계약상 매수인에 의한 신용장의 제공 전에 먼저 매도인이 물품을 인도하는 것으로 약정되는 경우는 생각하기 어렵다.- 허해관, 앞의 논문, 112면.

대금지급을 거절하는 것이다. 채무이행의 의무자체를 인정하지 않기 때문에 지급지체와는 구분된다.⁸⁵⁾

인수인도조건(Document against Acceptance : D/A)은 '인수도조건'이라고도 하며 매수인의 어음인수에 의하여 매수인에게 선적서류가 인도되며 어음 만기일에 비로소 매도인이 대금을 회수하게 된다. 매도인으로서의 대금의 회수 이전에 선적서류와 물품이 인도되므로 위험부담이 많은 편이며 일종의 매수인에 대한 여신행위가 된다. 따라서 인수인도조건은 매수인의 신용상태가 양호하며 매도인의 재정적인 압박이 심하지 않은 경우에 이용된다. 이에 대한 인수거절(non-acceptance)은 매도인이 계약조건에 따라서 물품을 선적하고 계약조건에 따라 환어음의 인수를 매수인에 제시하였으나, 정당한 이유 없이 인수를 거절하는 것을 뜻한다. 환어음의 인수는 기한부 어음의 만기일에 어음지급을 약속하는 행위인데, 기한부 어음에서는 이 인수행위가 완료되어야만 어음으로서 효력을 발생하게 된다. 따라서 어음의 인수거절은 곧 관계운송서류의 수취와 대금지급을 거절하는 것으로 해석되며, 매도인에게는 신용위험이 발생하게 된다.

따라서 운송유지권은 화환어음 추심방식인 지급인도 조건(D/P)이나 인수인도 조건(D/A)의 거래에서는 유용하다고 볼 수 있다.⁸⁶⁾

(3) 송금에 의한 직접결제

송금(remittance)에 의한 직접결제의 경우에 지급지체(protracted-default)는 매수인이 물품을 수령한 후 재무적 능력이 있으면서 의도적으로 대금결제를 지연시키는 경우를 의미한다. 약정된 대금결제일로부터 단기거래의 경우는 1개월 이상, 중장기 거래에서는 6개월 이상 대금지급이 이루어지지 않는 것을 말한다. 지급지연의 원인이 국가적 차원에 있을 경우에는 비상위험으로 지칭될 수 있지만, 단순히 수입계약 상대방의 지급능력이나 이행의사 태만인 경우에는 신용위험으로 간주된다.

지급지체는 중국에는 지급불능(insolvency)과 동일한 결과이기 때문에 수출대금 회수불능의 위험을 초래하게 된다. 지급불능은 수입상이 지급수단의 계속적인 부족으로 인하여 지급채무를 정상적으로 변제할 수 없는 상태를 뜻한다. 지급불능에는 수입상의 파산 등 법률상의 지급불능과 은행에 의한 강제관리 등 사실상의 지급불능이 있다. 어떤 경우든 수입상이 결제능력을 상실한 경우이다. 지급불능은 수출대금 회수불능의 위험을 초래하는 대표적인 신용위험의 발생요인이다.⁸⁷⁾

85) 박세훈. 앞의 논문. 38면.

86) 안영태. "국제물품매매계약의 위반과 구제에 관한 연구". 전북대 대학원 박사학위논문(2001. 8.). 55면.

운송유지권의 행사는 송금에 의한 직접결제에 불이행될 것으로 예견되는 경우에 신용위험의 대비책으로서 매우 유용하게 작용되고, 운송유지권은 송금시에 소멸한다.

VI. 맺으며

이상에서 고찰한 바와 같이, 쌍무계약인 매매계약의 이행기가 도래하고 나서 일방적인 계약불이행으로 위험이 현재화된 경우의 구제수단에 한 발 앞서, 우선 위험을 현재화시키지 않기 위해 이행기 이전에 어떤 방안이 강구되어야 할지를 고려하는 것이 급선무이다.

여기서 우선, 매도인이 운송계약체결의무를 부담하는 매매계약에서는 매도인이 송하인으로서 운송인에게 운송 유지를 지시할 수 있으므로 매도인의 운송유지권 행사가 가능한가의 여부가 문제된다. 생각건대, 매도인이 운송인에 대한 개입과 감시의 가능성을 갖고 있는 경우에는 Incoterms C, D그룹 거래조건은 물론, 비록 매도인이 운송계약 체결의무를 추가로 부담하는 변경된 F그룹 거래조건이라 하더라도 운송인에 대한 운송유지권의 구속을 인정하는 것이 운송유지권 행사의 실효성에 비추어 바람직하다고 본다.

이와는 달리, 매수인이 운송계약체결의무를 부담하는 매매계약에서는 매도인은 운송인의 항변을 받게 되는 등 상당한 제약이 따른다. 사실상 이 경우에는 운송인의 수하인에게 화물을 인도해야 할 계약책임과 소지인에게 인도해야 할 증권책임이 충돌하는 경우이다. 계약에 의한 일반채권법리와 유가증권법리가 충돌하는 경우에는 물론 증권법리가 우선 적용되어야 할 것이다. 그러나 운송유지권은 이와는 달리 매수인이 물품을 취득할 수 있는 증권을 소지하고 있더라도 매도인은 물품이 매수인에게 인도되는 것을 금지할 수 있다는 데, 그 의의가 있다.

운송계약의 당사자로서의 송하인과 동일한 권리를 취득하게 되는 수하인은 운송증서에 기초할 경우에는 선하증권의 적법한 소지인과 해상화물운송장 등의 수하인이다. 그러나 협약상의 매도인의 운송유지권은 매도인과 매수인 사이에 한하여 존재하는 매매계약상의 권리일 뿐이므로 선하증권에 의하여 이전될 수는 없고, 따라서 운송계약의 당사자로서의 지위를 갖게 되는 선하증권의 적법한 소지인 또는 수하인은 운송유지권을 취득하지 못한다.

운송유지권은 가령 제1매수인이 물품에 대한 권리서류로써 제2매수인에게 물품을 처

87) 구종순, "한국기업의 수출위험관리에 관한 실증적 연구", 고려대 대학원 박사학위논문, 1990, 6면.

분하였거나 또는 그 서류로써 물품의 권리를 저장권설정했다면 제2매수인 또는 선의의 소지인에 대한 매도인의 권리는 협약상의 운송유지권에 의해서 규율되지 않는다. 그렇다면, 제1매수인은 '매도인'으로서 제2매수인에 대하여 운송유지권을 행사할 수 있는가 하는 의문이 있다. 이에 대해, 제1매수인은 제2매수인에 대하여는 협약상 '매도인'으로서의 지위를 가지므로 운송유지권을 행사할 수 있다고 본다.

물품대금지급방법 가운데 환어음에 의한 간접결제는 신용장(letter of credit)에 의한 것과 그러하지 않은 것으로 나눌 수 있는데, 신용장개설 불이행은 대금지급의무의 불이행이 될 수 있다. 그렇다고 해서, 신용장개설은행이 운송유지권의 상대방으로서 그 행사의 효과를 직접 받지는 아니 한다. 신용장거래는 신용장 독립성의 원칙에 의해 지배되기 때문에 매매법으로 규제할 수 있는 부분이 아니다.

그러나 운송유지권은 신용장에 기초하지 않는 매수인의 화환어음의 결제방식으로서 지급인도조건(D/P)과 인수인도조건(D/A)의 거래에서는 유용하다고 볼 수 있다. 나아가 송금에 의한 직접결제를 하는 거래의 경우에는 운송유지권의 행사가 신용위험의 대비책으로서 매우 유용하게 작용된다.

요컨대, 운송유지권은 불이행의 위험이 실현되기 이전에 제3자가 아닌 계약당사자에 대하여 직접 위험을 회피할 수 있다는 점에서, 아울러 그 구제수단을 행사하는 당사자에게 보험료나 수수료와 같은 별도의 비용을 요하지 않는다는 점에서 그 실익이 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995.
 김정호, 「국제거래법」, 고려대출판부, 2002.
 서헌제, 「국제거래법」, 법문사, 2000.
 임홍근, 「상행위법」, 법문사, 1989.
 김정희, "Incoterms 1990과 비엔나협약의 위험이전시기", 「국제상학」 제12권 제2호(한국국제상학회, 1997).
 박명섭·한낙현, "국제물품매매에 있어서의 계약위험관리에 관한 연구", 「무역학회지」 제31권 제4호(한국무역학회, 2006. 8.).
 박세훈, "수출대금지급에서 신용위험의 대처방안에 관한 연구 : 국제팩토링·포페이팅·

- 보증신용장을 중심으로”, 성균관대 대학원 경영학박사학위논문, 2008. 2.
- 석광현, “수입화물의 소유권 이전에 관한 연구”, 「통상법률」 제51호(법무부, 2003. 6).
- 송달섭, “국제거래에 있어서 CIF의 본질에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제5집 제1호 (한국법과 정책학회, 2005).
- 안영태, “국제물품매매계약의 위반과 구제에 관한 연구”, 전북대 대학원 박사학위논문 (2001. 8.).
- 윤남순, “국제물품매매계약에 관한 UN협약상 이행기 전 계약위반의 성립요건”, 「안암 법학」 제27호(안암법학회, 2008).
- 이성웅, “‘라파엘라’ 사건과 기명식 선하증권의 유통성”, 「한국해법학회지」 제30권 제2호(한국해법학회, 2008. 11.).
- 이용근, “변형된 CIF 계약의 해석에 관한 연구”, 「무역학회지」 제29권 제3호(한국무역학회, 2004. 6.).
- 이천수·노승재, “국제물품매매계약에서 이행기 전의 계약위반에 관한 연구”, 「국제지역 연구」 제9권 제3호(국제지역학회, 2005.).
- 임태혁, “국제항공운송에서 운송계약의 당사자 및 운송물에 대한 소유권의 이전”, 「국제거래법연구」 제17집 제1호(한국국제거래법학회, 2008. 7.).
- 정병석, “수출입 매매계약과 운송계약의 당사자”, 「판례연구」 제10집(서울지방변호사회, 1997.).
- 최준선, “UN국제물품매매법상의 위험부담”, 「상사법연구」 제12집(한국상사법학회, 1993).
- 최홍섭, “국제 매매계약에 관한 유엔협약과 우리법의 비교적 검토”, 「비교사법」 제11권 제3호(한국비교사법학회, 2004. 9.).
- 하강현, “국제물품매매계약에서의 이행정지에 관한 고찰”, 「무역학회지」(한국무역학회, 1998. 10.).
- 한낙현, “국제무역거래에서 선하증권의 위험관리에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제37권 (한국무역상무학회, 2008. 2.).
- 허해관, “국제물품매매계약상 상대방의 계약위반이 예견됨에 따른 대응수단”, 「무역학회지」 제34권 제2호(한국무역학회, 2009. 4.).

2. 외국문헌

新堀聰, 「貿易賣買」, 東京 : 同文館, 1990.

- 新堀聰, 「國際統一賣買法 -ウィーン賣買契約と貿易契約-」, 東京 : 同文館, 1991.
- 栢木昇, “國際的 物品賣買”, 「現代契約法大系(第8卷)」(東京 : 有斐閣, 1985).
- Atiyah, P.S. *The Sale of Goods*, 7th ed., London : Pitman, 1985.
- Bianca, C.M/Bonell, M.J. *Commentary on the International Sales Law : the 1980 Vienna Sales Convention*, Milano : Giuffre, 1987.
- Colinvaux, R., *Carver's Carriage by Sea*, Vol.2 13th ed., Stevens & Sons Ltd., 1982.
- D'Arcy, L., Murray, C. & Cleave, B., *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 10th ed., Sweet & Maxwell Ltd., 2000.
- Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York : Oceana Publications, 1992.
- Guest, A. G., *Benjamin's Sale of Goods*, 4th ed., London : Sweet & Maxwell, 1992.
- Honnold, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., The Hague : Kluwer Law International, 1998.
- Kritzer, Albert H. *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- Michael, D. B., *The Bill of Lading: A Document of Title to Goods*, London : Lloyd's of London Press, 1998.
- Prüssman, Heinz/Rabe, Dieter, *Kurz Komm. Seehandelsrecht*, München : C. H. Beck, 1983.
- Ramberg, Jan, *ICC Guide to Incoterms 2000 : Understanding and Practical Use*, Paris : ICC Publishing S.A., 1999.
- Schlechtriem, Peter, *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna : Manzsche, 1986.
- Schmitthoff, Clive M., *Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, 9th ed., London : Stevens and Sons, 1990.
- Schmittoff, Clive M., *Legal Aspect of Export Sales*, London : Stevens & Sons, 1969.
- Treitel G.H., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford : Clarendon Press, 1988.
- Ziegler, Alexander von, et al. (eds.), *Transfer of Ownership in International Trade*, Boston : Kluwer Law International, 1999.

Alexander von Ziegler, "The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof)", 25 *Journal of Law and Commerce*, Issue No.1 (Fall 2005/Spring 2006).

[Abstract]

Legal Issues on the Invocation of the Right of Stoppage in Transit under the CISG in the Transport Contract

Yang, Seok-Wan

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

When the buyer of goods becomes insolvent the unpaid seller who has parted with the possession of the goods has the right of stopping them in transit, that is to say, he may resume possession of the goods as long as they are in course of transit, and may return them until payment or tender of the price.

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) provides the issues of preparatory remedy of innocent party facing anticipatory breaches of the other party, such as the right of suspension and the right of stoppage in transit if it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations under Article 71.

These provisions enable the innocent party suspending that the other party will not fulfill his obligations in future in compliance with their international sale contract to suspend his own performance and demand additional guarantees, or even to avoid the contract.

The party suspending performance may prevent the handing over of the goods to the buyer if he has already dispatched the goods. The right of stop the goods in transit does not relate to the relationship between the buyer and his other partners if he has already resold the goods. There are no obligations for the carrier to accept the seller's request for stoppage.

After considering what kind of functions Bill of Lading, the core of document of shipping are, and how FOB and CIF, which has been used for a long time in England, are being interpreted in the country. The effect of Sea Waybill, which has recently emerged as the alternative means for the crisis of Bill of Lading, on CIF is discussed.

The purpose of this paper aims to explain adequate prevention to positively predict the credit risk this before being materialized, in practical section which is directly exposed to these risks in introducing international sale contracts (for example, the FOB and CIF contract) and the invocation of the right of stoppage in transit in the transport contract in the issues of who will make a contract with carrier: who will have the right of control of goods.

Key words : the right of stoppage in transit, the right of suspension, anticipatory breach, FOB, CIF, credit risk, materialized