

목적물의 본래적 상태로의 반환불능으로 인한 계약해제권 또는 대체물인도청구권의 상실

- 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(CISG) 제82조를 중심으로 -
Verlust der Rechte auf Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung
wegen Unmöglichkeit der Rückgabe im ursprünglichen Zustand

김진우*
Kim, Chin-Woo

목 차

- I. 머리말
- II. 규범취지, 성립경위 및 적용범위
- III. 해제권 또는 대체물인도청구권의 상실
- IV. 손상 없는 상태로의 반환의 예외
- V. 일부불능 등
- VI. 맺음말

국문초록

국제물품매매계약에 관한 UN협약 제82조는 계약해제의 효과 가운데 물품을 반환할 수 없거나 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 매수인이 그럼에도 불구하고 계약해제권 또는 대체물인도청구권을 행사할 수 있는가의 여부를 규율한다. 이 글은 그러한 제82조에 관하여 그 취지, 성립경위 및 적용범위, 해제권 또는 대체물인도청구권의 배제, 손상 없는 상태로의 반환의 예외, 일부불능·매도인의 계약해제권·입증책임으로 나누어 다른 규정과의 관계 속에서 검토하였다.

논문접수일 : 2009. 6. 30.

심사완료일 : 2009. 7. 23.

게재확정일 : 2009. 7. 23.

* 법학박사 · 한국의국어대학교 법학전문대학원 교수

주제어 : 손상 없는 상태로의 반환, 반환불능, 물품의 검사, 물품의 통상의 용법에 따른 사용, 전매

1. 머리말

2005년 3월 1일부터 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG: 이하 “협약”이라고 한다)이 국내에서 발효되었다. 협약에 관한 연구는 점차 축적되어가고 있으나, 아직 충분하다고 할 수 없는 상태에 있다. 그것은, 선진국의 경우에는 협약 전반에 관한 다양한 주석서와 단행본이 출간되어 있고 또 협약의 특정 제도에 관한 학술논문이 풍부하게 축적되어 있으며,¹⁾ 판례도 상당수 존재하는 것과 대비할 때 쉽게 알 수 있다. 주로 대외무역으로 國富를 창출하고 있는 우리 나라에서도 이제 협약이 적용되는 사안이 언제라도 문제될 수 있는 상황이 되었으므로, 협약의 내용을 면밀히 파악하는 작업이 시급히 이루어져야 한다.²⁾ 비록 하급심이기도 하지만 우리 나라에서도 협약을 적용한 최초의 판결이 나왔으므로³⁾ 협약에 대한 이해와 그 올바른 적용을 위해서는 협약의 구체적 제도에 대한 깊이 있는 고찰이 절실히 요청된다고 할 것이다.

여기서 협약의 내용을 파악함에 있어서는 우리보다 앞서 충분한 경험을 쌓은 선진국에서의 논의 동향에 유의할 필요가 있을 것이다. 그리고 이 때 우리의 私法 체계와 비교적 유사성이 크면서도 협약에 관하여 가장 많은 판결례와 연구가 축적된 독일에서 협약의 구체적 제도들을 어떻게 파악하고 있는가를 살펴보는 것이 유용할 것으로 보인다. 그곳의 문헌은 영미와 프랑스 등을 비롯한 여러 국가의 문헌과 판례까지도 널리 분석·검토의 대상으로 하고 있음을 생각할 때 더욱 그러하다.

이상과 같은 인식에 기초하여, 이 글은 협약이 규정한 계약해제의 효과 가운데 매수인이 물품을 그가 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 경우의 효과를 규율하고 있는 제82조의 구체적 내용을 살펴보고자 한다. 협약은 제81조⁴⁾ 내지

1) 이에 관하여는 우선 *MuKoBGB/Westermann*, Bd. 3, 5. Aufl., 2008의 Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)의 冒頭에 소개된 문헌들을 볼 것.

2) 최홍섭, “국제물품계약에 관한 유엔협약과 우리법의 비교적 검토”, 『비교사법』, 제11권 제3호, 56-57면은 “CISG의 내용을 정확히 이해하는 작업이 필요하고 외국에서의 적용 예와 각국에서의 적용상황 그리고 외국학자들의 견해에 대해서까지 면밀하고 심도있는 연구가 필요”하다고 한다.

3) 서울동부지법 2007.11.16. 선고 2006가합6384 판결. 이에 관한 평석으로 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 본격적으로 다룬 최초의 우리 판결 - 서울동부지법 2007.11.16. 선고 2006가합6384 판결”, 『법률신문』, 2009.6.15. 제3754호 참조.

4) 이하에서 법률명 없이 인용되는 조항은 협약의 그것이다.

제84조에서 유효하게 행하여진 계약해제의 의사표시의 효과를 규정하고 있다. 우선 제81조는 당사자 쌍방의 급부의무의 소멸과 이미 급부된 것의 반환에 관하여 규율하고, 제82조는 매수인이 물품을 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 경우의 계약해제권과 대체물인도청구권에 관하여, 제83조는 해제권 또는 대체물인도청구권의 상실은 그 밖의 다른 구제수단에 영향을 미치지 않는다는 점을, 그리고 제84조는 제81조를 보충하여 계약청산시의 급부에 의하여 발생된 이익의 반환의무에 관하여 각각 규율하고 있다. 협약은 계약해제의 요건에 관한 규정들을 매수인의 권리구제와 매도인의 권리구제에 관한 곳에서 각각 규율하고, 그 효과는 이처럼 제81조 내지 제84조에서 통일적으로 규율하고 있는 것이다. 그 가운데 제82조는 우리 민법 제553조(훼손 등으로 인한 해제권의 소멸)와 비교할 수 있는 것이라고 할 수 있으나, 그 내용에 있어서는 적지 않은 차이점이 존재하기 때문에 국제거래에 관여하는 국내 당사자나 이를 적용해야 하는 실무측의 이해에 어려움이 있을 수 있다. 또한 협약의 계약해제의 효과를 개괄적이고 전반적으로 다룬 문헌은 있으나 제82조의 내용을 상세히 다룬 국내 문헌은 거의 없기 때문에⁵⁾ 이를 고찰할 필요가 있는 것이다. 제82조의 영문과 공식국 문본은 다음과 같다.

Art. 82

- (1) The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them.
- (2) The preceding paragraph does not apply:
 - (a) if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission;
 - (b) if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or
 - (c) if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course of normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity.

5) 이에 관하여는 송양호, "CISG에 따른 계약해제와 반환청산 - 계약해제의사표시 전·후의 반환될 물건의 손상에 대한 책임", 『국제거래법연구』, 제13집, 2004, 51면 이하가 있으며, 최홍섭, 『국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설』, 2005는 제82조에 관하여 192-194면에 걸쳐 간략한 해설을 하고 있다.

제82조

- (1) 매수인이 물품을 수령한 상태와 실질적으로⁶⁾ 동일한 상태로 그 물품을 반환할 수 없는 경우에는, 매수인은 계약을 해제하거나 매도인에게 대체물을 청구할 권리를 상실한다.
- (2) 제1항은 다음의 경우에는 적용되지 아니한다.
 - (가) 물품을 반환할 수 없거나 수령한 상태와 실질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 것이 매수인의 작위 또는 부작위에 기인하지 아니한 경우
 - (나) 물품의 전부 또는 일부가 제38조에 따른 검사의 결과로 멸실 또는 훼손된 경우
 - (다) 매수인이 부적합을 발견하였거나 발견하여야 했던 시점 전에, 물품의 전부 또는 일부가 정상적인 거래과정에서 매각되거나 통상의 용법에 따라 소비 또는 변형된 경우

이하에서는 제82조에 관하여 그 취지, 성립경위 및 적용범위(II), 해제권 또는 대체물인도청구권의 배제(III), 손상 없는 상태로의 반환의 예외(IV), 일부불능·매도인의 계약해제권·입증책임(V)으로 나누어 다른 규정과의 관계 속에서 검토하고, 마지막으로 이상의 논의를 정리하기로 한다(VI). 이 과정에서 최근의 선진이론을 소개하고 아울러 우리 법체제로의 마찰 없는 수용을 위한 試論的 檢討를 하려고 한다.

II. 규범취지, 성립경위 및 적용범위

1. 취 지

제82조는 물품을 반환할 수 없거나 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 매수인이 그럼에도 불구하고 계약해제권 또는 대체물인도청구권을 행사할 수 있는가의 여부를 규율한다.

제1항은 로마법에서 기한 물품의 손상 없는 상태로의 반환의 원칙을 규정한다.⁷⁾ 그

6) 官報에 공표된 공식국문본은 "substantially"를 "실질적으로"로 번역하였으나(협약의 공식국문본은 최종성, 위 책에 게재되어 있으며, 본고의 제82조에 관한 번역은 이에 의하였다), 이는 "본질적으로"라고 번역함이 보다 이해에 용이한 것으로 보인다. 왜냐하면 비본질적인 경미한 손상은 해제권에 영향을 미치지 않는데(그에 따라 "본질적인"과 "비본질적인"이 대비된다), "실질적으로"라는 표현으로는 위와 같은 뉘앙스를 충분히 살리기 어렵기 때문이다. 독일에서도 우리말로는 "본질적으로"라고 번역될 수 있는 "im Wesentlichen"이라는 표현이 사용되고 있다(협약 제82조에 관한 독일어 공식 번역 참조).

7) Honsell/Weber, *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, 1997, Art. 82 Rn. 1; Staudinger/Magnus, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz. Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*.

로써 계약해제는 이미 교환된 급부의 실제적인 청산을 가능하게 하는 기능을 가지며, 특히 매도인의 반환청구권의 안전에 이바지한다.⁸⁾

제2항은 다음과 같은 세 가지 경우에 제1항의 원칙에 대한 예외를 규정한다. 즉 매수인이 물품을 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 것이 매수인의 작위 또는 부작위에 기인하지 아니할 것(다호), 물품의 멸실 또는 훼손이 제38조에 따른 적법한 검사에 의하여 초래되었을 것(나호), 매수인이 물품의 계약부적합을 발견하였거나 발견했어야 할 시점 전에 그 물품을 정상적 거래과정에서 매각되거나 통상의 용법에 따라 소비 또는 변형된 경우(차호)일 것을 요건으로 하여, 이들 중 어느 하나라도 갖추어진 경우에는 제1항에도 불구하고 매수인이 계약을 해제하거나 대체물인도를 청구할 수 있도록 한다. 다만 그 경우에 제84조 제2항 (나호)에 따라 물품으로부터 발생한 이익을 매도인에게 지급하여야 한다. 그래서 제2항은 매수인에 의한 계약위반의 인식시점까지의 우연으로 인한 위험은 물론 물품의 통상의 용법에 의한 사용으로 인한 위험을 매도인에게 부담시킨다. 그에 따라 제82조는 위험부담에 대한 특별규정으로 이해되며,⁹⁾ 제84조와 연계되어 부당이득법·손해배상법적 내용도 아울러 가진다.¹⁰⁾

실무에서는 제82조의 원칙(제1항)과 예외(제2항)의 관계가 전환된다.¹¹⁾ 제82조는 임의규정이므로, 당사자가 이와 다른 내용을 특약할 수 있다.¹²⁾

2. 성립경위

제82조는 「국제물품매매에 관한 통일법」(Uniform Law for the International Sale of Goods, ULIS) 제79조를 한편으로는 간결히 압축하고 다른 한편으로는 제1항에 대체물인도청구권과 제2항에 (다호)를 부가한 형태로 계수한 것이다. 손상 없는 상태로의 반환의 원칙에 대한 증대한 예외로서 통상의 용법에 따라 소비 또는 변형된 경우는 물론

Neubearbeitung 2005. Art. 82 Rn. 4: Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. 5. Aufl., 2008. Art. 82 Rn. 2.

8) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. 4. Aufl., 2004. Art. 82 Rn. 6; *MüKoHGB/Benicke*. Bd. 6. 2. Aufl., 2007. Art. 82 Rn. 1; Rudolph. *Kaufrecht der Export- und Importverträge: Kommentierung des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen für die Vertragspraxis*. 1996. Art. 82 Rn. 2.

9) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 16.

10) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 17, 23; *MüKoHGB-Benicke*. Art. 82 Rn. 2.

11) Ferrari/Ferrari. *Internationales Vertragsrecht*. 2007. Art. 82 Rn. 1; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 2; Witz/Salger/Lorenz/Salger. *International Einheitliches Kaufrecht*. 2000. Art. 82 Rn. 1.

12) Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 1.

정상적인 거래과정에서 매각된 경우까지 포괄됨으로써, 예외가 확장되었다.¹³⁾

3. 적용범위

제82조는 매수인이 수령한 물품을 손상 없이 반환할 수 없는 경우를 직접적인 규율 대상으로 한다는 점에 대하여는 이견이 없다. 그러나 매수인이 손상 없이 물품을 반환할 수는 있으나 취득한 금전(예: 매도인이 지급한 보증금)을 상환할 수 없는 경우에도 계약해제권을 행사할 수 없는가의 문제에 관하여는 견해가 대립하고 있다. 한편에서는 이 경우에도 제82조를 유추적용할 수 있으며 그래서 매수인은 해제권을 행사할 수 없다고 하지만,¹⁴⁾ 다른 한편에서는 제82조는 물건의 반환불능에 경우에만 적용되므로 취득한 금전을 상환할 수 없는 경우에는 매수인이 여전히 해제권을 행사할 수 있다고 한다.¹⁵⁾ 다만 전자의 견해에 의하더라도 매수인은 대체물인도청구권을 상실하지는 않는다.

나아가 제82조가 합의해제의 경우에도 유추적용되는지가 문제된다. 이에 관하여도 긍정설¹⁶⁾과 부정설¹⁷⁾이 대립하고 있다. 후자는 특히 제82조 제2항처럼 계약의 청산에 있어서의 위험을 일방적으로 또는 주로 매도인에게 부담시키는 것은 의문이며, 따라서 동 조항은 매도인에 의한 계약위반의 경우에만 적용되어야 하고, 합의해제의 경우에는 다른 위험부담규칙이 적용되어야 한다고 역설한다.¹⁸⁾

III. 해제 또는 대체물인도청구권의 상실(제1항)

1. 요건

가. 반환불능

매수인이 물품을 수령 당시의 상태로 반환하는 것이 불가능한 경우에는 제82조 제1항

- 13) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 1과 그곳에 소개된 입법자료 참조.
- 14) Bamberger/Roth/Saenger. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 1. 2. Aufl., 2007, Art. 82 Rn. 2; *MüKoBGB/P. Huber*. Bd. 3. 5. Aufl., 2008, Art. 82 Rn. 2; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 9.
- 15) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 2; Witz/Salger/ Lorenz/Salger. Art. 82 Rn. 1.
- 16) OGH CISG-online Nr. 483; *MüKoBGB/P. Huber*. Art. 82 Rn. 2.
- 17) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 12, 28 ff.; Soergel/Lüderitz/Dettmeier. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Bd. 3. 13. Aufl., 2000, Art. 82 Rn. 1.
- 18) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 12, 28 ff.

에 따라 권리상실이 발생한다. 이 때 반환불능의 원인은 묻지 않는다. 그래서 귀책사유는 문제되지 않으며, 사실상의 모든 장애사유를 포괄한다.¹⁹⁾ 가령 매수인이 전매·가공·파괴하거나, 도난당하였거나 혹은 분실하였기 때문에 물품을 전혀 반환할 수 없는 경우에 그러하다.²⁰⁾ 통설에 의하면 종류물매매에서 매수인이 수령한 본래의 물품을 반환하지 않고 동종·동가치의 물품을 제공하는 경우에도 권리의 상실이 발생한다. 이는 우선 제82조의 법문이 “수령한”(received) 물품의 반환을 언급하고 있으므로, 동일한 종류의 다른 물건으로의 반환할 수는 없기 때문이다. 또한 동종의 물품을 제공하는 것을 허용하게 되면, 매수인이 (물품의 가격이 하락하는 경우에) 매도인의 회생 아래 투기할 수 있을 뿐만 아니라 품질확정, 권리하자 및 특히 제82조 제2항에서의 위험분배규칙과 관련하여 불명확성이 야기되므로 이를 방지하기 위한 것이다.²¹⁾ 다만 당사자가 이와 다른 약정을 하는 것은 상관 없다.²²⁾ 금전의 반환은 법적으로 항상 가능한 것으로 취급된다.²³⁾

나. 본질적 손상이 있을 것

다른 한편 제1항은 매수인이 물품을 반환할 수는 있지만 수령 당시의 상태와 본질적으로 동일한 상태로 할 수는 없는 경우에도 적용된다. 따라서 비본질적인 손상이 있는 경우에는 매수인이 계약해제권이나 대체물인도청구권을 상실하지 않고,²⁴⁾ 이는 손해배상이나 제84조에 따른 이익반환의 범주 내에서만 고려된다.²⁵⁾ 이처럼 제1항은 경미한 손상에 대하여는 계약해제나 대체물인도청구를 허용하지 않음으로써 손상 없는 반환의 원칙에 대한 제한을 가한다. 이러한 유형의 사안에서는 ‘본질성’의 기준에 특히 의의가

19) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 2; Bianca/Bonell/Tallon. *Commentary on the International Sales Law*. 1987. Art. 82 Anm. 1.1; *MuKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 3; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 5 (이 문헌에는 그 밖의 문헌과 네덜란드 판례도 소개되어 있다); Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 5.

20) BGH CISG-online Nr. 277; OLG Düsseldorf CISG-online Nr. 115.

21) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 2; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 5; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 6; *MuKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 4; *MuKoBGB*/P. Huber. Art. 82 Rn. 3; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 5; *MuKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 4; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 5; Enderlein/Maskow/Strohbach. *Internationales Kaufrecht*. 1991. Art. 82 Anm. 2.2; Soergel/Lüderitz/Dettmeier. Art. 82 Rn. 3; Brunner. *UN-Kaufrecht - CISG*. 2004. Art. 82 Rn. 4. 이견: Bianca/Bonell/Tallon. Art. 82 Anm. 2.1.

22) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 5.

23) Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 6.

24) Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 6; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl. Art. 82 Rn. 11; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 6; Eckert/Maifeld/Matthiessen. *Handbuch des Kaufrechts*. 2007. Rn. 989.

25) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 3; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl. Art. 82 Rn. 11; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 6; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 8.

부여된다. 손상의 본질성 확정에 있어서는 개별적 사안의 제반사정을 고려한 객관적 척도가 적용된다(제8조 제2항). 즉 동일한 상황에서의 합리적인 사람의 시각이 기준이 된다.²⁶⁾ 이 때 고려되어야 할 관점은, 물품의 특수한 사용목적이나 그 가치가 심히 훼손되었는가 하는 점이다. 이것은 가령 새 자동차에 있어서는 단지 단기의 사용이 있었더라도 긍정될 수 있을 것이다.²⁷⁾ 물품이 수선된 경우, 반환의 가능성은 수선에도 불구하고 시가가 본질적으로 하락하였는가의 여부에 달려있다.²⁸⁾ 내구성이 큰 재화에 있어서는 단기간의 적법한 사용은 원칙적으로 비본질적인 훼손을 의미한다.²⁹⁾ 물품의 가치를 훼손하는 것이 아니라 오히려 증대시키는 변경은 반환가능성을 긍정하는 방향으로 작용하겠지만,³⁰⁾ 항상 그러한 것은 아니다.³¹⁾ 물품이 매도인에 의하여 조립되어 인도된 때에는 원칙적으로 그 해체가 물품에 증대한 손해를 초래하는 경우에만 제1항이 적용된다.³²⁾

한편 제1항은 물품의 손상을 물품수령시점, 즉 매수인이나 그의 이행보조자에 의한 점유취득시점을 기준으로 판단한다. 통설에 의하면, 위험이전 후에 그러나 물품에 대한 점유취득 전에 발생한 물품의 훼손은 계약해제권에 영향을 미치지 않는다.³³⁾ 그러나 이에 대하여는 이 경우에 제82조를 적어도 유추적용할 수는 있다는 견해³⁴⁾가 대립하고 있다.

다. 기준시점

상술한 요건들의 존재를 위한 기준시점은 계약해제의 경우에는 해제의 의사표시의 발

- 26) Achilles. *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*. 2000. Art. 82 Rn. 4: Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 7: Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 3: Brunner. Art. 82 Rn. 5: Eckert/Maifeld/Matthiessen. Rn. 989: Reinhart. *UN-Kaufrecht*. 1991. Art. 82 Rn. 2: Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 7: *MüKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 3: Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 6: Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 11: 송양호, 앞의 논문, 60면.
- 27) Bianca/Bonell/Tallon. Art. 82 Anm. 2.1: *MüKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 3: Soergel/Lüderitz/Dettmeier. Art. 82 Rn. 3: Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 7. 이견: Herber/Czerwenka. *Kommentar zum Internationalen Kaufrecht (CISG)*. 1991. Art. 82 Rn. 3: Reinhart. Art. 82 Rn. 2 (일반적으로 사용에 있어서 현저한 훼손을 배제하는 견해).
- 28) Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 7: *MünKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 4: Soergel/Lüderitz/Dettmeier. Art. 82 Rn. 3: Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 7: Brunner. Art. 82 Rn. 5: Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 8.
- 29) OLG Oldenburg CISG-online Nr. 253: Bianca/Bonell/Tallon. Art. 82 Anm. 2.1: Brunner. Art. 82 Rn. 5: Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 7: Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 7: Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 7.
- 30) BGH CISG-online Nr. 277: Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 6: Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 8: *MüKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 3: *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 4.
- 31) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 6.
- 32) Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 5.
- 33) Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 6: Karollus. *UN-Kaufrecht*. S. 191.
- 34) *MüKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 6.

신시점이다.³⁵⁾ 우리 민법에 대한 해석론(해제는 상대방 있는 단독행위이므로 그것은 상대방에게 도달한 때에 효력이 생긴다)과는 달리 그 의사표시의 상대방에의 도달은 문제 되지 않는다.³⁶⁾ 대체물인도청구의 경우에도 청구시점이 표준이 된다.³⁷⁾ 리스크상황이 유사하기 때문이다.³⁸⁾ 해제의 의사표시가 있을 때 물품을 본질적인 손상 없이 반환하면 되므로, 그 전의 물품의 손상은 문제되지 않는다. 이 시점에 반환이 불가능하였다면, 나중에 반환할 수 있게 되더라도 해제권은 부활하지 않는다.³⁹⁾ 반대로 이 시점 후에 반환이 불가능하게 되더라도 매수인은 해제권을 상실하지 않는다.⁴⁰⁾ 계약관계는 해제의 의사표시로 이미 청산관계로 전환되었고 또 이것은 제82조의 요건이 갖추어졌다고 해서 후발적으로 원상회복될 수 없기 때문이다.⁴¹⁾ 대체물인도청구도 마찬가지이다.⁴²⁾ 다만 이 경우에 매수인은 제86조에 따라 물품을 보존할 의무가 있으므로 손해배상의무를 부담하게 되지만, 제82조 제2항의 유추적용 또는 제79조에 의하여 면책될 수 있다.⁴³⁾

당사자가 해제의 의사표시를 할 수 있는 기간을 약정하지 아니한 경우에는 그 의사표시는 특단의 사정이 없는 한 상당한 기간 내에 이루어져야 하고, 그 기간이 경과하

- 35) Bamberger/Roth/Saenger, Art. 82 Rn. 3a; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 10; Reinhart, Art. 82 Rn. 3; Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 82 Anm. 2; Schlechtriem/Schwenzer/ Hornung/Fountoulakis, 5. Aufl., Art. 82 Rn. 7; Ferrari/Ferrari, Art. 82 Rn. 7; Eckert/ Maifeld/Matthiessen, Rn. 990; Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 149; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 82 Rn. 3. 이견: U. Huber, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, *RabelsZ* 43 (1979), 413, 495.
- 36) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis, 5. Aufl., Art. 82 Rn. 7; Staudinger/ Magnus, Art. 82 Rn. 10; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 82 Rn. 3.
- 37) Ferrari/Ferrari, Art. 82 Rn. 7; Reinhart, Art. 82 Rn. 3; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 12.
- 38) Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 325; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 11, 14.
- 39) Honsell/Weber, Art. 82 Rn. 9; *MüKoBGB/P*, Huber, Art. 52 Rn. 8; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 12; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, 4. Aufl., Art. 52 Rn. 10; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 82 Rn. 3a.
- 40) Bamberger/Roth/Saenger, Art. 82 Rn. 3a; Herber/Czerwenka, Art. 82 Rn. 3; Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 149; *MüKoBGB/P*, Huber, Art. 82 Rn. 9; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 82 Rn. 3; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis, 5. Aufl., Art. 82 Rn. 7; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 10, 14; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 82 Rn. 3. 이견: Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 82 Anm. 1.3.
- 41) BGH CISG-online Nr. 277; OLG Frankfurt CISG-online Nr. 28; Honsell/Weber, Art. 82 Rn. 12; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis, 5. Aufl., Art. 82 Rn. 27; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 14; Achilles, Art. 82 Rn. 3; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art. 82 Rn. 3.
- 42) Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 14.
- 43) Herber/Czerwenka Art. 81 Rn. 15; Honsell/Weber, Art. 82 Rn. 13; Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 149; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 15; *MüKoBGB/P*, Huber, Art. 82 Rn. 9; Bamberger/ Roth/Saenger, Art. 82 Rn. 3a; *MüKoHGB/Benicke*, Art. 82 Rn. 5. 반면 Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, 4. Aufl., Art. 82 Rn. 13은 손해배상에 상당하는 특별배상의무가 인정되며, 그것은 제84조의 기본적 발상에 기한 것이라고 한다.

면 더 이상 해제 의사의 표시를 할 수 없다고 할 것이나, 매도인이 매수인에게 해제 의사의 표시를 할 수 있는 상당한 기간을 정하는 것도 허용된다.⁴⁴⁾

일단 표명된 해제 의사의 표시는 철회할 수 없다. 그것은 형성권의 행사이기 때문이다.⁴⁵⁾

2. 효 과

물품이 손상 없는 상태로 반환될 수 없는 경우, 비본질적인 손상이나 제82조 제2항의 예외가 존재하지 않는 한, 매수인의 계약해제권 또는 대체물인도청구권은 배제된다. 그 밖의 구제수단은 제82조에 의하여 영향을 받지 않는다(제83조). 따라서 매수인은 요건이 갖추어진 경우에는 손해배상청구권과 대금감액권을 가진다.⁴⁶⁾ 나아가 매수인은 원칙적으로 제46조 제3항에 따른 추완청구권도 가진다고 할 것이지만, 이것은 제82조 제2항의 경우에는 불능 또는 기대불가능성을 이유로 통상은 배제될 것이다.⁴⁷⁾ 또한 제46조 제1항에 기한 일반적 이행청구권도 영향을 받지 않는다고 할 것인데, 가령 부수의무나 제46조 제2항 및 제3항의 적용을 받지 않는 하자(예: 권리하자)와 관련하여 그러하다.⁴⁸⁾ 매도인의 해제권도 매수인에 의한 물품의 반환불능으로부터 영향을 받지 않는다.⁴⁹⁾

3. 법비교

물품의 손상 없는 상태로의 반환의 원칙은 협약 제82조 외에도 구독일민법 제350조 이하, 스위스채권법 제207조, 그리스민법 제391조 내지 제394조, 프랑스민법 제1647조 제1항, 스칸디나비아제국의 매매법 등에 규정되어 있다. 그 밖에 미국의 2003년의 통일상법전(UCC) 제2-608조에도 이와 유사한 내용이 규정되어 있다.⁵⁰⁾

44) Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 10; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 7.

45) Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 12.

46) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 8; *MüKoBGB/P.* Huber. Art. 83 Rn. 1 f.; Staudinger/Magnus. Art. 83 Rn. 4; *MüKoHGB/Benicke.* Art. 83 Rn. 2; Herber/Czerwenka. Art. 83 Rn. 2; Honnold. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention.* 3. Aufl., 1999, Rn. 449; Honsell/Weber. Art. 83 Rn. 2.

47) *MüKoBGB/P.* Huber. Art. 83 Rn. 2; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl., Art. 83 Rn. 3; Staudinger/Magnus. Art. 83 Rn. 4; Honnold. Rn. 449.

48) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. Art. 83 Rn. 3; Staudinger/Magnus. Art. 83 Rn. 5; *MüKoBGB/P.* Huber. Art. 83 Rn. 2; *MüKoHGB/Benicke.* Art. 83 Rn. 3; Achilles. Art. 83 Rn. 1; Bianca/Bonell/Tallon. Art. 81 Anm. 1.1.

49) Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 30.

50) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 3.

반면 PICC, PECL 및 현행 독일민법 제346조 제2항은 협약과는 다른 해결책을 채택하였다. 즉 PICC 제7.3.6조 제1항 2문과 PECL 제9:309조는 수령한 물품의 손상 없는 상태로의 반환이 불가능한 경우에 계약해제권을 배제하지 않고 오히려 멸실 또는 본질적으로 훼손·가공되거나 또는 전매된 목적물에 갈음하여 그 가액을 급부할 것을 규정하고 있다. 다만 이것은 그 급부가 측정할 수 있는 가치를 가지는 경우에 그러하다.⁵¹⁾

우리 민법 제553조는 해제권자의 고의나 과실로 인하여 계약의 목적물이 현저히 훼손되거나 이를 반환할 수 없게 된 때 또는 가공이나 개조로 인하여 다른 종류의 물건으로 변조된 때에는 해제권이 소멸하는 것으로 규정하고 있다. 이 규정의 취지는, 해제권자의 원물반환이 불가능할 때에는 가액반환을 전제로 하여 해제를 인정할 수도 있지만, 그것만으로는 상대방에게 충분한 이익을 주지 못하므로 오히려 해제권을 소멸시키는 것이 공평하다는 데 있다. 다시 말해 자신의 행위로 인하여 원물반환이 불가능하게 되었음에도 해제권의 행사를 인정하는 것은 先行行爲에 모순된 행위가 되어 허용될 수 없기 때문이다. 다만 이 규정이 계약의 목적물이 훼손되거나 반환할 수 없게 된 때에도 해제권자에게 고의나 과실이 없을 때에는 해제할 수 있도록 한 것은 입법론적으로 부당하다. 매도인이 목적물을 매수인에게 인도한 후에는 매수인이 모든 위험, 즉 우연한 멸실 또는 훼손의 위험을 부담하고, 매도인은 물건의 인도 후에는 위험을 면하게 되는데, 매수인의 해제의 의사표시가 있게 되면 매도인은 목적물을 반환받지 못함에도 수령한 매매대금을 반환하여야 하므로, 위험이 해제에 의하여 매도인의 부담으로 반전되기 때문이다. 이러한 문제점은 2001.12.31.까지 적용되던 구 독일민법(제350조)에서도 존재하였던 것인데, 현행 독일민법은 그러한 결과가 심히 부당한 것이라 하여 구법 제350조에 갈음하여 가액상환 의무를 도입하였다. 우리의 현행 민법도 구 독일민법과 마찬가지로의 문제점을 가지고 있으며, 그것은 법정해제에 귀책사유를 요건으로 하기 때문에 발생하는 문제인 것이다.

IV. 손상 없는 상태로의 반환의 예외(제2항)

1. 개 관

제2항은 물품의 손상 없는 상태로의 반환이 불가능한 경우에도 제1항의 원칙과 달리 해제권 및 대체물인도청구권의 배제를 가져오지 않는 세 가지 경우를 규정하고 있다.

51) PECL 제9:309조는 "reasonable amount for the value of the performance"의 상환을 규정하고 있고, PICC 제7.3.6조 제1항 2문은 "allowance should be made in money whenever reasonable"을 규정하고 있다.

그로써 제2항은 제1항에 대한 예외를 이룬다.⁵²⁾ 이러한 사례유형은 대체로 매수인은 그가 물품을 자신의 책임 있는 사유에 기하여 손상 없는 상태로 반환할 수 없게 된 경우에만 권리상실을 초래한다는 법사상에 기한 것이다.⁵³⁾

이를 보다 상세히 설명하자면 다음과 같다. 계약해제를 위한 요건으로서의 손상 없는 상태로의 반환의 원칙은 제2항에 의하여 중대한 제한을 받는다. 제2항 (가)호와 (나)호는 물품손상의 위험을 매도인에게 부담시킨다. 이는 필요한 검사에 의한 물품손상의 경우에 가장 현저히 부각되지만(나)호, 이미 인도시점에 존재한 하자에 의한 물품손상의 경우에도 그러하다. 협약은 물품에 대한 훼손과 멸실을 초래하는 모든 사정이 매수인의 작위 또는 부작위에 기인하지 아니한 이상 이에 대한 위험을 계약을 위반한 매도인에게 부담시킨다. 그로써 우연이나 불가항력에 의한 위험은 매도인에게만 부과된다. 한편 제2항 (다)호는 인도된 물품이 매수인이 계약부적합을 발견하였거나 발견하였어야 했던 시점 전에 정상적인 거래과정에서 매각, 가공 또는 소비된 경우를 포괄한다. 여기서 통상적 용법에 따른 물건사용의 위험이 문제되며, 그것은 매도인이 부담하여야 하지만, (가)호 (나)호에 비하여 완화된 것이다. 즉 한편으로 매수인은 계약부적합을 발견하였거나 발견하였어야 했던 시점 후에는 더 이상 계약해제나 대체물인도청구를 할 수 없다. 다른 한편으로 매도인은 제84조 제2항 (나)호에 규정된 매수인의 물품으로부터 발생된 이익의 지급에 의하여 이익을 조정받는다.⁵⁴⁾

협약은 제82조 제2항에서 제1항의 원칙에 대한 예외를 폐쇄적으로 규율하고 있어서, 다른 사안에 대한 유추적용이나⁵⁵⁾ 국가법의 적용은 허용되지 않는다.⁵⁶⁾

2. 매수인의 행위에 의하지 아니한 불능(가)호)

가. 매도인의 계약위반

제82조 제2항 (가)호는 물품을 반환할 수 없거나 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상

52) OGH CISG-online Nr. 483: Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 10; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 1.

53) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 4; MüKoBGB/P. Huber. Art. 82 Rn. 10; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 16.

54) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 10 f.

55) Brunner. Art. 82 Rn. 8; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 8; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 15; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 16.

56) MüKoBGB/P. Huber. Art. 82 Rn. 10; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 17. 이견: Bianca/Bonell/Tallon. Art. 82 Anm. 2.2.

대로 반환할 수 없는 것이 매수인의 작위 또는 부작위에 기인하지 아니한 경우에는 매수인이 계약해제권 또는 대체물인도청구권을 상실하지 않는 것으로 하고 있다. 다시 말해 매수인은 물품의 멸실 또는 훼손이 그의 책임영역 내지 영향범위에서 기인하는 때에만 계약해제권이나 대체물인도청구권을 상실한다. 그에 따라 매도인의 계약위반(가령 물품의 하자 있는 성질이나 물품의 인도)에 기한 모든 리스크가 매도인의 부담으로 된다.⁵⁷⁾ 물품에 이미 존재하던 하자로 인한 물품의 지속적인 훼손, 가령 하자 있는 생필품의 부패,⁵⁸⁾ 하자 있는 브레이크에 의한 자동차의 파손,⁵⁹⁾ 하자에 기인하는 기계의 폭발⁶⁰⁾ 등이 이에 속한다. 그 밖에 잘못된 장소나 시간상의 인도나 하자 있는 사용법의 지시와 같은 계약위반도 매수인이 위협의 방지나 있을 수 있는 손해의 경감을 위한 의무를 부담하지 않는 한 그러하다.⁶¹⁾ 요컨대 제2항 (가)호에 따라 손상 없는 물품의 반환불능이 매수인의 작위나 부작위에 기한 것인 아닌 경우에는 매수인은 해제권 및 대체물인도청구권을 보유한다. 제2항 (가)호상의 작위(act) 또는 부작위(omission) 개념은 자주적으로 해석되어야 하며, 국가법에 의의는 허용되지 않는다.⁶²⁾ 부작위에 대하여 매수인은 원칙적으로 그가 구체적 손해의 발생을 방지할 의무가 있는 경우(예컨대 제 86조에 따라 보관의무를 부담하는 경우)에만 책임을 진다.⁶³⁾

제82조 제2항 (가)호로부터 매수인의 귀책사유는 문제되지 아니하며, 멸실 또는 훼손만이 문제된다는 점은 명백하다.⁶⁴⁾ 그러나 매수인의 귀책사유 있는 행위는 통상 권리상실을 초래할 것이다.⁶⁵⁾

결국 물품의 하자나 매도인의 그 밖의 계약위반으로 인한 모든 결과와 리스크는 매도인이 부담한다.⁶⁶⁾

57) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 13; Staudinger/ Magnus. Art. 82 Rn. 22; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 17 f.; Reinhart. Art. 82 Rn. 4; Audit. *La vente internationale de marchandises*. 1990. Anm. 192.

58) *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 14.

59) Schlechtriem. *Internationales UN-Kaufrecht*. Rn. 326.

60) Audit. *Vente internationale*. Anm. 192.

61) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 13; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 17.

62) Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 9; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 16; Honnold. Rn. 448.1; *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 12. 이견: Bianca/Bonell/Tallon. Art. 82 Anm. 2.2.

63) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 5; *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 12; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 20; Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 6; Achilles. Art. 82 Rn. 7; Karollus. *UN-Kaufrecht*. S. 150.

64) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 5; Bianca/Bonell/Tallon. Art. 82 Anm. 2.2; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 9; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 18; Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 6; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 16.

65) Brunner. Art. 82 Rn. 9; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 9.

나. 우연 또는 불가항력

또한 우연이나 불가항력에 의한 영향, 즉 자연재해나 국가의 고권행위 등과 같은 것도 매수인의 영향범위 외에 있다.⁶⁷⁾ 그 밖에 예견할 수 없었고 회피할 수 없었던 제3자의 영향도 이에 속한다.⁶⁸⁾ 이는 제79조 제1항, 제2항의 기본적 발상에 상응하는 것이다.⁶⁹⁾ 이것이 구체적으로 의미하는 바는, 한편으로는 매도인이 우연 또는 불가항력에 대하여 위험을 부담한다는 것이다.⁷⁰⁾

다. 기타

아직 해명되지 아니한 문제는, 매도인의 행위와 매수인의 행위가 증첩적으로 작용하여 반환불능이 생긴 경우에 매수인이 제82조 제2항 (가호를 어느 정도로 원용할 수 있는가 하는 점이다. 일부에서는 제2항 (가호가 이 경우에는 적용되지 않는다고 전제하는 것 같다.⁷¹⁾ Karlsruhe 고등법원도 위 판결례에서 그 사안에서 만일 매수인이 운송안전조치가 불충분하다는 점을 즉시 알 수 있었던 경우에는 그래서 제86조 제1항에 기한 보관의무 및 신의칙에 기한 손해경감조치를 취해야 할 의무를 부담하는 경우에는 달리 판단되었으리라고 언급함으로써 이러한 견지에 서있는 것으로 보인다.⁷²⁾

생각건대 반환불능이 매수인의 부작위에 기인하는 경우, 그 리스크가 매수인의 책임영역 내지 영향범위 내에 있는 것인지에 따라 판단해야 할 것이다.⁷³⁾ 그 좋은 예를

66) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, 4. Aufl., Art. 82 Rn. 19; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 21; Herber/Czerwenka, Art. 82 Rn. 7; Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Rn. 326.

67) Enderlein/Maskow/Strohbach, Art. 82 Anm. 7; Ferrari/Ferrari, Art. 82 Rn. 10; *MüKoBGB/P.* Huber, Art. 82 Rn. 14; Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Rn. 326; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 21; Honsell/Weber, Art. 82 Rn. 18; Herber/Czerwenka, Art. 82 Rn. 7; Audit, *Vente internationale*, Anm. 192.

68) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis, 5. Aufl., Art. 82 Rn. 14; *MüKoHGB/* Benicke, Art. 82 Rn. 8; Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht*, Rn. 327.

69) Bamberger/Roth/Saenger, Art. 82 Rn. 5; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 82 Anm. 2.2; Honsell/Weber, Art. 82 Rn. 18; Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 150; *MüKoBGB/P.* Huber, Art. 82 Rn. 13; *MüKoHGB/* Benicke, Art. 82 Rn. 8; Audit, *Vente internationale*, Anm. 192; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 82 Rn. 5; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 21.

70) OGH CISG-online Nr. 483; Bamberger/Roth/Saenger, Art. 82 Rn. 5; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 21; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, 4. Aufl., Art. 82 Rn. 16; Ferrari/Ferrari, Art. 82 Rn. 10; Reinhart, Art. 82 Rn. 4; Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 150.

71) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, 4. Aufl., Art. 82 Rn. 19; Staudinger/Magnus, Art. 82 Rn. 22. 이견: Karollus, *UN-Kaufrecht*, S. 150 (매수인의 의무위반이 매도인의 그것보다 중대할 때에만 계약해제권이 배제된다).

72) OLG Karlsruhe CISG-online Nr. 817.

73) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis, 5. Aufl., Art. 82 Rn. 16; Soergel/Lüderitz/Dettmeier.

Karlsruhe 고등법원(OLG Karlsruhe)의 한 판결례가 보여준다:⁷⁴⁾ 그 사안에서는 실을 감는 기계의 매매가 체결되었는데, 그 기계의 인도 후에 매수인이 하자를 통지하였다. 매도인은 자신의 수리센터에서의 수선을 위하여 그 기계의 반송을 매수인에게 알렸다. 그런데 반송도중에 매도인에 의하여 위탁을 받은 운송업자에 의하여 그 기계가 운송상의 하자로 인하여 크게 손상되었다. 법원은 매수인의 계약해제를 인용하였다. 이 사안에서 물품이 매도인의 수리센터로 운송되어야 하므로 그 기계의 수선을 위한 매도인의 의무는 추심채무이고, 제31조 (대)호를 유추적용하여 매수인은 그의 영업소에서 그 기계가 반송될 수 있도록 할 의무를 부담할 뿐이다. 결국 반송 그 자체는 매수인의 의무범위에 속하지 않으며, 따라서 운송안전조치의 하자는 매수인의 책임영역 외에 있는 것이라고 하였다. 물론 매수인의 위험을 제고하는 행태는 계약해제권의 배제를 초래할 수 있다.⁷⁵⁾

매수인이 적법하게 반환불능을 초래한 경우에는 해제권이 배제되지 않는다. 예컨대 매수인이 제88조의 의미에서의 자조매각을 한 경우가 그러하다.⁷⁶⁾

3. 검사에 의하여 야기된 불능(내호)

제82조 제2항 (내)호의 예외는 물품이 제38조의 의미에서의 검사의 결과 전적으로 멸실되거나 혹은 일부 훼손되었을 것을 요건으로 한다. 제2항 (내)호가 적용되기 위해서는 그 검사가 적절한 수단과 규정에 좇아 행하여졌어야 한다.⁷⁷⁾ 제2항 (내)호는 예컨대 검사가 물품의 실체를 파손하는 작업(예: 인도된 통조림의 임의추출검사를 위한 개봉, 유전공학적 실험)이나 가공 등에 의해서만 행하여질 수 있는 경우에 적용된다. 물품이 적절한 검사시에 하자로 인하여 파손·훼손된 경우도 포함된다.⁷⁸⁾ 물품의 품질개선을 위한 검사가 행하여지는 경우는 일반적으로 제82조 제1항이 적용될 사안이 아니다. 그러나 만약 제82조 제1항의 적용사안에 해당하는 경우에는 제2항 (내)호를 유추적용하여

Art. 82 Rn. 5: Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 6.

74) OLG Karlsruhe CISG-online Nr. 817.

75) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 16; Schlechtriem. Internationales UN-Kaufrecht. Rn. 327; Enderlein/Maskow/Strohbach. Art. 82 Rn. 7; Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 6; Achilles. Art. 82 Rn. 7.

76) MüKoBGB/P. Huber. Art. 82 Rn. 16.

77) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/ Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 18; Brunner. Art. 82 Rn. 12; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 24; Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 6; Karollus. UN-Kaufrecht. S. 151.

78) Enderlein/Maskow/Strohbach. Art. 82 Anm. 5; Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 8; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 24.

야 할 것이다.⁷⁹⁾ 결과적으로 매도인은 검사의 리스크와 결과를 부담한다.⁸⁰⁾

4. 선의의 매각 및 소비(다호)

제82조 제2항 (다)호에 규율된 예외가 적용되기 위해서는 두 가지 요건이 갖추어져야 한다. 우선 매수인이 물품의 전부 또는 일부를 정상적인 거래과정에서 매각하거나 통상의 용법에 따라 소비 또는 변형한 경우이어야 한다. 정상적인 거래과정인가는 합리적인 사람의 동일한 상황에서의 행태를 기준으로 한다(제8조 제2항 참조).⁸¹⁾ 이에 의하여 매수인의 비경제적인 행위방식이 매도인의 부담으로 되지 않게 된다.⁸²⁾ 매수인은 통상적인 전매에 있어서 제2매수인이 숨겨진 하자에 기한 권리를 주장하는가의 여부와 상관 없이 계약해제권을 보유한다.⁸³⁾ 한편 제82조에는 매수인에 의한 물품의 정상적인 "사용"은 거시되지 않았으나, 매수인이 정상적으로 물품을 사용하여 물품이 손상된 경우에도 제2항 (다)호가 적용된다는 데에 전해가 모아져 있다.⁸⁴⁾

(다)호의 적용을 위한 두 번째 요건은, 위와 같은 행위(매각, 소비, 변형)가 매수인이 계약부적합을 발견하였거나 발견하였어야 했던 시점 전에 발생했어야 한다는 것이다. 그래서 계약부적합에 관한 인식과 과실에 기한 부지는 매수인을 해한다.⁸⁵⁾ 적절한 검사에 의하여 발견될 수 있었던 공개적 하자에 있어서는 물품의 매각, 소비 또는 변형은 계약해제권 또는 대체물인도청구권을 배제한다. 그에 반하여 숨겨진 하자의 경우에는 매수인이 계약부적합성을 사실상 발견하였거나, 그 물품을 전매하거나, 소비 또는 변형시킨 경우에만 계약해제권 또는 대체물인도청구권을 상실한다. 권리하자의 인식도 매수인의 위와 같은 권리를 상실시키는가에 대하여는 의문이 있으나, 권리하자가 계약

79) BGH CISG-online Nr. 277: *MüKoBGB/P.* Huber. Art. 82 Rn. 17; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 24; Soergel/Lüderitz/Dettmeier. Art. 82 Rn. 7.

80) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 6; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 22; *MüKoHGB/Benicke.* Art. 82 Rn. 11; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 11; Rudolph. Art. 82 Rn. 9; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 21.

81) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 7; *MüKoHGB/Benicke.* Art. 82 Rn. 17; *MüKoBGB/ P.* Huber. Art. 82 Rn. 18; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 25; Schlechtriem/Schwenzer/ Hornung. 4. Aufl. Art. 82 Rn. 28.

82) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 28; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 23.

83) Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 26; *MüKoHGB/Benicke.* Art. 82 Rn. 15.

84) Brunner. Art. 82 Rn. 14; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 27; Schlechtriem/Schwenzer/ Hornung. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 26; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 21; *MüKoBGB/P.* Huber. Art. 82 Rn. 18; Soergel/Lg. 4. Aufl., Art. 82 Rn. 26; Sc8: Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 9; Honsell/Weber. Art. 82 Rn. 25; *MüKoHGB/Benicke.* Art. 82 Rn. 14.

85) Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 25.

해제를 정당화하는 계약위반에 해당하는 경우에는 긍정할 것이다.⁸⁶⁾

5. 무가치한 물품

제82조 제2항과 관련하여 전혀 무가치한 물품이 인도된 경우에도 신의칙(제7조 제1항)에 의하여 매수인이 손상 없는 반환과 상관없이 계약해제권이나 대체물인도청구권을 행사할 수 있다는 견해가 있다.⁸⁷⁾ 다만 그 경우에 물품의 전적인 무가치성은 매수인이 입증할 것이라고 한다.⁸⁸⁾

6. 효 과

제2항의 예외 중 어느 하나가 인정되는 경우에는, 손상 없는 상태로의 물품의 반환이 불가능함에도 불구하고 매수인은 계약을 해제하거나 대체물인도를 청구할 수 있다. 그리고 이 경우에는 -계약해제의 의사표시 후에 물품의 손상에 있어서와는 달리- 매수인은 물품의 손상으로 인한 손해배상의무를 부담하지 않는다고 할 것이다.⁸⁹⁾ 매수인은 손상된 물품을 매도인의 대금반환과 동시행으로 반환하여야 하고, 경우에 따라서는 제84조 제1항에 의하여 취득한 이익을 반환하여야 한다.⁹⁰⁾

V. 일부불능 등

1. 일부불능

가분적 인도에 있어서 손상 없는 반환의 일부불능의 경우에 매수인은 물품을 반환할 수 없는 범위에서만 계약을 해제할 수 있다(제51조의 유추적용).⁹¹⁾ 물품의 일부에 대하

86) *MüKoHGB/Benicke*. Art. 82 Rn. 18; *Staudinger/Magnus*. Art. 82 Rn. 25. 이견: *Brunner*. Art. 82 Rn. 13 (권리하자에 대한 인식은 매수인을 해하지 않는다).

87) *Bamberger/Roth/Saenger*. Art. 82 Rn. 8; *Schlechtriem/U. Huber. Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG -*, 3. Aufl., Art 46 Rn. 53; *Staudinger/Magnus*. Art. 82 Rn. 27a.

88) *Staudinger/Magnus*. Art. 82 Rn. 27a.

89) *Herber/Czerwenka*. Art. 82 Rn. 11; *Staudinger/Magnus*. Art. 82 Rn. 28.

90) *MüKoHGB/Benicke*. Art. 82 Rn. 14; *Staudinger/Magnus*. Art. 82 Rn. 28.

여만 제2항의 요건이 갖추어지고 매수인이 나머지 부분을 손상 없이 반환할 수 있는 경우에는 그는 계약 전체를 해제할 수 있다.⁹²⁾ 그러나 인도된 물품의 일부에 대하여는 제2항의 요건이 갖추어져 있으나 일부에 대하여는 매수인 자신의 책임있는 사유로 반환할 수 없는 경우에는 후자에 대하여는 해제권이나 대체물인도청구권을 행사할 수 없다.⁹³⁾

2. 매도인의 계약해제권

제82조는 매도인이 계약을 해제할 수 있는 경우에도 유추적용될 수 있는가? 이에 대하여는 동 규정이 계약의 청산에 있어서의 위험을 일방적으로 또는 주로 매도인에게 부담시키고 있어서 의문이며, 따라서 제82조 제2항은 매도인에 의한 계약위반의 경우에만 적용되어야 하고, 매수인이 계약위반을 한 경우에는 다른 위험부담규칙이 적용되어야 한다고 주장하는 견해가 있다.⁹⁴⁾ 반면 대개의 학설은 매도인이 계약해제권을 가지고 또 매수인이 공급한 재료(제3조 제1항)를 반환하여야 하는 경우에는 제82조가 유추적용될 수 있다고 한다.⁹⁵⁾ 그러나 이러한 통설에 의하더라도 매도인이 매수인이 지급한 대금을 반환할 수 없는 경우에는 제82조의 유추적용이 불필요하다고 한다. 금전 채무의 이행은 항상 가능하고,⁹⁶⁾ 또 매수인은 제81조에 규정된 동시이행의 원칙에 의하여 충분히 보호되기 때문이다.⁹⁷⁾ 그러한 이유에서 제82조에는 매도인의 계약해제권이 규정되지 않았다.⁹⁸⁾ 물품이 멸실 또는 훼손되거나 다른 이유에서 반환이 불가능한 경우, 매도인은 계약을 해제할 것인지 아니면 존속시킬 것인지를 선택할 수 있다. 매도인이 물품의 멸실, 훼손 또는 분실을 알지 못한 채 계약해제의 의사표시를 한 경우, 국가법에 따라 그가 해제의 의사표시를 취소할 수 있는지를 가려야 한다. 계약해제의 의사표시 후에도 매도인이 물건에 대한 점유를 다시 하기 전에 매도인에게 물적 리스크를 부담시키는 것은 정당화될 수 없다. 우연한 사건에 의한 물품의 멸실 또는 훼손에 따른 경제적 부담은 자신의 계약위반에 의하여 계약해제의 원인을 제공한 매수인이

91) Soergel/Lüderitz/Dettmeier. Art. 82 Rn. 3; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 12; Honsell/ Weber. Vor Art. 81-84 Rn. 13.

92) *MüKoHGB*/Benicke. Art. 82 Rn. 20; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 28.

93) Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 28; Witz/Salger/Lorenz/Salger. Art. 82 Rn. 8.

94) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl. Art. 82 Rn. 12. 28 ff.

95) Herber/Czerwenka. Art. 82 Rn. 4; Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 4; *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 2; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 29.

96) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl. Art. 82 Rn. 8; Rudolph. Art. 82 Rn. 3.

97) Ferrari/Ferrari. Art. 82 Rn. 4.

98) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung. 4. Aufl. Art. 82 Rn. 8.

져야 한다. 그러나 매도인이 계약해제를 고집하는 경우, 그는 제84조 제2항 (나호)의 유추에 의하여 매수인이 물건에 대하여 취득한 대위물의 반환을 청구할 수 있다.⁹⁹⁾

3. 입증책임

제1항에 따라 매수인의 계약해제권의 상실을 주장하는 매도인은 물품이 본질적으로 매수인의 수령 당시의 상태에 있지 아니함을 입증하여야 한다.¹⁰⁰⁾ 반면 제2항의 예외를 주장하는 매수인은 그곳에 열거된 요건들의 충족을 입증하여야 한다.¹⁰¹⁾

VI. 맺음말

이상에서는 협약 제82조를 중심으로 한 계약해제의 효과에 관하여 살펴보았다. 제82조는 물품을 반환할 수 없거나 본질적으로 손상된 상태로만 반환할 수 있는 매수인이 계약해제권 또는 대체물인도청구권을 주장할 수 있는가의 여부를 규율한다.

제1항은 본질적인 손상 없는 상태로의 반환의 원칙을 규정한다. 그에 따라 경미한 손상이 있는 상태로의 반환은 매수인의 계약해제권과 대체물인도청구권의 주장을 배제하지 않는다.

제2항은 다음과 같은 세 가지 경우에 제1항의 원칙에 대한 예외를 인정한다. 즉 매수인이 물품을 수령한 상태와 본질적으로 동일한 상태로 반환할 수 없는 것이 매수인의 작위 또는 부작위에 기인하지 아니할 것(가호), 물품의 멸실 또는 훼손이 제38조에 따른 적법한 검사에 의하여 초래되었을 것(나호), 매수인이 물품의 계약부적합을 발견하였거나 발견했어야 할 시점 전에 그 물품을 정상적 거래과정에서 매각되거나 통상의 용법에 따라 소비 또는 변형된 경우(다호)일 것이다. 매수인은 이들 중 어느 하나의 요건이라도 갖추어진 경우에는 제1항에도 불구하고 계약을 해제하거나 대체물인도

99) Karollus. *UN-Kaufrecht*. S. 154; *MüKoHGB/Benicke*. Art. 82 Rn. 21; Staudinger/ Magnus. Art. 84 Rn. 29.

100) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 31; *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 21; Staudinger/Magnus. Art. 82 Rn. 31. 이견: Bamberger/Roth/ Saenger. Art. 82 Rn. 9; Baumgärtel/Laumen/Hepting. *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*. Bd. 2. 2. Aufl., 1999. Art. 82 Rn. 1 (반환되어야 할 물품의 손상이 없다는 점을 매수인이 입증하여야 한다).

101) Bamberger/Roth/Saenger. Art. 82 Rn. 9; Baumgärtel/Laumen/Hepting. Art. 82 Rn. 6 ff.; *MüKoBGB/P*. Huber. Art. 82 Rn. 21; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung/Fountoulakis. 5. Aufl., Art. 82 Rn. 31.

를 청구할 수 있고 그 경우 (제84조 제2항 (내호에 따라) 물품으로부터 발생된 이익을 매도인에게 지급하여야 한다. 그로써 제2항은 매수인에 의한 계약위반의 인식시점까지의 우연으로 인한 리스크는 물론 물품의 정상적인 사용의 리스크를 매도인에게 부담시킨다. 제82조는 위험부담에 대한 특별규정으로 이해되며, 제84조와 연계되어 부당이득법과 손해배상법적 내용도 가진다. 실무에서는 제82조의 원칙(제1항)과 예외(제2항)의 관계가 전환된다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 본격적으로 다룬 최초의 우리 판결 - 서울동부지법 2007.11.16. 선고 2006가합6384 판결”, 법률신문 2009.6.15. 제3754호.
- 송양호, “CISG에 따른 계약해제와 반환청산 - 계약해제의사표시 전·후의 반환될 물건의 손상에 대한 책임”, 「국제거래법연구」, 제13집, 국제거래법학회, 2005.
- 최홍섭, “국제물품계약에 관한 유엔협약과 우리법의 비교적 검토”, 「비교사법」, 제11권 제3호, 한국비교사법학회, 2004.
- _____, 「국제물품매매계약에 관한 유엔협약해설」, 법무부 2005.

2. 외국문헌

- Achilles, Wilhelm Albrecht: *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*,
Neuwied: Luchterhand, 2000
- Audit, Bernard: *La vente internationale de marchandises*, Paris: L. G. D. J. (1990)
("Audit, Vente internationale"로 인용)
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.): *Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch*, Band 1, §§ 1-610, CISG, 2. Aufl., München: Beck, 2007 ("Bamberger/
Roth/집필자"로 인용)
- Baumgärtel, Gottfried: *Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Handbuch der
Beweislast im Privatrecht*, Band 2, 2. Aufl., Köln: Heymann, 1999 ("Baumgärtel/
Laumen/집필자"로 인용)

- Bianca, Cesare Massimo/Bonell, Michael Joachim: *Commentary on the International Sales Law*. Mailand: Giuffrè, 1987 ("Bianca/Bonell/집필자"로 인용)
- Brunner, Christoph: *UN-Kaufrecht - CISG. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980*. Bern: Stämpfli, 2004 ("Brunner, UN-Kaufrecht"로 인용)
- Eckert, Hans-Werner/Maifeld, Jan/Matthiessen, Michael: *Handbuch des Kaufrechts. Der Kaufvertrag nach Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und UN-Kaufrecht*. München: Beck, 2007 ("Eckert/Maifeld/Matthiessen"로 인용)
- Enderlein, Fritz/Maskow, Dietrich/Strohbach, Heinz: *Internationales Kaufrecht*. Berlin: Haufe, 1991 ("Enderlein/Maskow/Strohbach"로 인용)
- Ferrari, Franco et al.: *Internationales Vertragsrecht, EGBGB, CISG, CMR, FactÜ. Kommentar*. München: Beck 2007 ("Ferrari/집필자"로 인용)
- Hennecke, Rudolf: Gefahrtragung beim Rücktransport mangelhafter Ware. IHR 2003, 268 ff.
- Herber, Rolf/Czerwenka, Beate: *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*. München: Beck, 1991 ("Herber/Czerwenka"로 인용)
- Honnold, John O.: *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. 3. Aufl., The Hague: Kluwer International Law, 1999 ("Honnold"로 인용)
- Honsell, Heinrich (Hrsg.): *Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*. Berlin, New York: Springer, 1997 ("Honsell/집필자"로 인용)
- Huber, Ulrich: Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge. *RabelsZ* 43 (1979), 413 - 526
- Karollus, Martin: *UN-Kaufrecht*. Wien, New York: Springer, 1991 ("Karollus, UN-Kaufrecht"로 인용)
- Münchener Kommentar zum BGB*, Band 3: Schuldrecht · Besonderer Teil §§ 433-610 Finanzierungleasing · HeizkostenV · BetriebskostenV · CISG, 5. Aufl., München: Beck, 2008 ("MüKoBGB/집필자"로 인용)
- Münchener Kommentar zum HGB*, Band 6: Viertes Buch, Handelsgeschäfte Zweiter

- Abschnitt. Handelskauf Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft §§ 373-406. Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG, 2. Aufl., München: Beck, 2007 ("MüKoHGB/집필자"로 인용)
- Reinhart, Gert: *UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*. Heidelberg: C. F. Müller, 1991
- Rudolph, Helga: *Kaufrecht der Export- und Importverträge: Kommentierung des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen für die Vertragspraxis*. Freiburg: Haufe, 1996
- Schlechtriem, Peter (Hrsg.): *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG* -, 3. Aufl., München: Beck, 2000 ("Schlechtriem/집필자, 3. Aufl."으로 인용)
- Schlechtriem, Peter (Hrsg.): *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG* -, 4. Aufl., München: Beck, 2004 ("Schlechtriem/집필자, 4. Aufl."으로 인용)
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.): *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG* -, 5. Aufl., München: Beck, 2008 ("Schlechtriem/Schwenzer/집필자, 5. Aufl."으로 인용)
- Schlechtriem, Peter: *Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 4. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2007 ("Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht"로 인용)
- Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, begr. v. Soergel, neu hrsg. v. Siebeerge Band 3: Schuldrechtliche Nebengesetze 2: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 13. Aufl., Stuttgart: KohlSommer, 2000 ("Soergel/집필자"로 인용)
- Staudinger, Julius: *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, erläutert

v. Magnus. Berlin: Sellier/de Gruyter, Neubearbeitung 2005 (“Staudinger/Magnus”로 인용)

Witz, Wolfgang/Salger, Hanns-Christian/Lorenz, Manuel: *International Einheitliches Kaufrecht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2000 (“Witz/Salger/Lorenz/집필자”로 인용)

[Zusammenfassung]

Verlust der Rechte auf Vertragsaufhebung oder Ersatzlieferung wegen Unmöglichkeit der Rückgabe im ursprünglichen Zustand

Kim, Chin-Woo

Hankuk University of Foreign Studies Law School

Art. 82 regelt die Frage, ob der Käufer das Aufhebungsrecht und das Ersatzlieferungsverlangen auch dann geltend machen kann, wenn er die Ware nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgeben kann. Abs. 1 bestimmt den Grundsatz der unversehrten Rückgabe. Die Aufhebung hat danach die Funktion, die tatsächliche Rückabwicklung der ausgetauschten Leistungen zu ermöglichen. In Abs. 2 wird dieser Grundsatz weitgehend revidiert. Der Käufer bleibt zur Aufhebung berechtigt und muss nach Art. 84 Abs. 2 lit. b Wertersatz für die mit und aus der Sache gezogenen Vorteile leisten. Damit werden dem Verkäufer das Zufallsrisiko und bis zur Erkennbarkeit der Vertragswidrigkeit durch den Käufer auch das Risiko der geschäftsüblichen Verwendung auferlegt. Art. 82 ist damit auch Sonderregel der Gefahrtragung und hat in Verbindung mit Art. 84 einen bereicherungsrechtlichen und sogar schadensersatzrechtlichen Gehalt.

Vielfach wird man bei der Aufhebung bereits zumindest teilweise durchgeführter Verträge und weiterverkaufter verbrauchter oder verarbeiteter Ware nicht den komplizierten Weg der Rückgewähr und Vorteilsanrechnung wahren, sondern ein meist gleiches Ergebnis einfacher im Wege der Schadensersatzberechnung erzielen können. Es bestehen deshalb auch keine Bedenken dagegen, Abs. 2 auch vorformuliert abzubedingen und für die Fälle, in denen der Käufer zur Rückgabe der Ware nicht imstande ist, eine Vertragsaufhebung durch ihn gänzlich auszuschließen.

Key words : Unversehrte Rückgabe, Unmöglichkeit der Rückgabe, Untersuchung der Ware, Geschäftsübliche Verwendung (Verbrauch, Veränderung, Gebrauch), Weiterverkauf, Bagatellklausel