



| | |
|--------------|---|
| Title | 韓国商法総則・商行為編の改正：日本法との比較と示唆 |
| Author(s) | 千，景堦；鄭，燦玉 |
| Citation | 阪大法学. 2023, 72(6), p. 72-39 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/91005 |
| rights | |
| Note | |

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

韓国商法総則・商行為編の改正

——日本法との比較と示唆——

千 景 壘⁽¹⁾
鄭 燦 玉⁽²⁾／訳

I はじめに

1962年に制定された韓国商法は、当時の日本商法と類似していたが、60年の時間が経った今、日韓両国の商法および関係法規には相当の相違がみられる。まず、形式的な相違として、日本では会社法や保険法が商法と切り離され、それぞれ単行法として成立しているが、韓国ではこれらの分野がまだ商法の一部として残っていることを挙げることができる。⁽³⁾次に、実質的な相違として、たとえば、日本会社法と韓国商法の会社編においては、特に最近20年間、日韓両国の企業事情をめぐって提起されてきた争点に対応する形でそれぞれ活発な改正が行われた結果、両国の会社法は、少なくとも文言上は相当に異なっているように思われる。

韓国では、商法の総則・商行為編の改正は、とりわけ会社編のそれと比べればほとんど行われなかったといえるが、何回かの改正により新たな商行為類型が設けられるなど若干の変化はあった。一方、日本商法の総則編と商行為編は、韓国のそれらに比しても変化が少なかったように思われる。本研究会では、商法総則・商行為編について、改正の必要性も含めた検討が行われていると聞いている。このような状況を受け、報告者は「韓国商法の総則編および商行為編における最近の改正」に関する原稿作成および報告を依頼された。

そこで、本報告は、韓国商法の総則・商行為編における最近の主要な改正内

容について整理・分析することにより、日本商法の改正議論にあたっての参考資料を提供することを目的とする。ただし、韓国では、過去30年間あまり、商取引については商法のほか様々な法律が規律してきたため、商法だけを分析することはかえって現実に対する誤解を招くおそれがある。韓国では、①「約款の規制に関する法律」（以下、「約款法」という）と同法による各種の標準約款、②「独占規制及び公正取引に関する法律」および公正去来委員会⁽⁴⁾所管の各種の「公正化法」と同法の規定に従って作成された標準契約書が、商取引に関して、実際には商法の規定より強い影響力を行使しているといえる。

このように、多くの商取引において、公正委の統制を受ける標準約款や標準契約書が用いられているため、取引界では新たな商取引類型の立法化に消極的であるように思われる。標準約款や標準契約書の条項には、民法上の典型契約に関する任意規定や、商法上の商行為類型に関する任意規定より詳細な内容が盛り込まれており、それらが default rule としての役割を担っている。新しい商行為類型の立法については、一部の学者からその必要性が提起されているが、実務界はそれに呼応していない。このような無関心は当然かつ合理的な反応であるように思われる。

以下では、まず、商法を含む、商取引に適用される韓国の法規範を概観する（Ⅱ）。次に、韓国商法の総則・商行為編の改正沿革を要約したうえ、特に注目すべき改正事項の内容を紹介する（Ⅲ）。以上の報告内容について分析・評価を行い（Ⅳ）、結論を述べて本報告を結ぶ（Ⅴ）。

Ⅱ 商取引に関する韓国の主要な法規範

韓国において商法の総則編および商行為編が有する現実的な意義について正しく理解するためには、——逆説的ではあるが——約款法など他の諸法律の機能と地位を先に理解しておく必要がある。本項では、商法、約款法、そして公正化に関する諸法律の順にそれらの内容を概観する。

1 商 法

韓国商法1条は、「商事に関し、本法に規定がないときは、商慣習法により、⁽⁵⁾商慣習法がないときは、民法の規定による」と規定し、商事に関して商法が優先適用されることを定めている。韓国商法は、総則・商行為・会社・保険・海商・航空運送の6つの編から構成されているが、このうち、総則編と商行為編は、構成と内容において日本商法のそれらと相当に類似している。日韓両国の商法の総則・商行為編を比較し、各章を見出し別に整理すると、次のとおりである。

| 日本商法 | | 韓国商法 | |
|---------|------------|---------|---------------------------|
| 第1編 総則 | 第1章 通則 | 第1編 総則 | 第1章 通則 |
| | 第2章 商人 | | 第2章 商人 |
| | 第3章 商業登記 | | 第3章 商業使用人 |
| | 第4章 商号 | | 第4章 商号 |
| | 第5章 商業帳簿 | | 第5章 商業帳簿 |
| | 第6章 商業使用人 | | 第6章 商業登記 |
| | 第7章 代理商 | | 第7章 営業譲渡 |
| 第2編 商行為 | 第1章 総則 | 第2編 商行為 | 第1章 通則 |
| | 第2章 売買 | | 第2章 売買 |
| | 第3章 交互計算 | | 第3章 相互計算 ⁽⁶⁾ |
| | 第4章 匿名組合 | | 第4章 匿名組合 |
| | 第5章 仲立営業 | | 第4章の2 合資組合 ⁽⁷⁾ |
| | 第6章 問屋営業 | | 第5章 代理商 ⁽⁸⁾ |
| | 第7章 運送取扱営業 | | 第6章 仲介業 ⁽⁹⁾ |
| | 第8章 運送営業 | | 第7章 委託売買業 ⁽¹⁰⁾ |
| | 第9章 寄託 | | 第8章 運送周旋業 ⁽¹¹⁾ |
| | | | 第9章 運送業 |
| | | | 第10章 公衆接客業 |
| | | | 第11章 倉庫業 |
| | | | 第12章 金融リース業 |
| | | | 第13章 加盟業 |
| | | | 第14章 債権買入業 |

日本商法にはない章のうち、①韓国商法第1編第7章（営業譲渡）は、日本商法第1編第4章（商号）のうち16条以下の条文に類似しており、②韓国商法第10章（公衆接客業）と第11章（倉庫業）は、日本商法第2編第9章（寄託）に相当する。結局、実質的に韓国商法のみが存在する章は、上の表の下線部分の4つの章、すなわち、第2編第4章の2（合資組合）、第12章（金融リース業）、第13章（加盟業）、第14章（債権買入業（以下、債権買取業と訳す：訳者））⁽¹²⁾である。このうち、合資組合は2011年の改正時に、第12章以下の3つの章は2010年の改正時に新設された。

2 約 款 法

(1) 約款の意味と適用範囲

商取引における当事者間の法律関係は、法律の適用に先立ち当事者間の契約により定まる。それらの契約の多くにおいては、同種の取引に関して標準的・定型的に予め作成された契約条項、すなわち約款が使用される。韓国では、約款の規律のため、ドイツの約款規制法を参考として、1986年に約款法が制定された。同法の定義する約款は広範に及んでおり、規制内容は相当に厳格である。また、各種の民事裁判において当事者の権利義務を定める裁判規範とされていることに加え、行政上も、公正委が同法の規定をよく運用している。したがって、実務上は、商取引に関する適用法規として商法より約款法が重要であるといっても過言ではない。

約款法でいう約款とは、「その名称又は形態若しくは範囲にかかわらず、契約の一方当事者が複数人の相手方と契約を締結するために一定の形式によりあらかじめ用意した契約の内容」をいう（約款法2条1号）。約款を契約の内容とすることを提案する者を「事業者」、そのことを提案される者を「顧客」という（約款法2条2号、3号）。

注意すべきは、ここでの顧客には、非商人だけでなく商人、さらには会社等の法人も含まれる点である。すなわち、約款法上の顧客の概念は、消費者保護法制でいう消費者より広範のものである。したがって、営利法人である会社が多数の契約の相手方との契約締結に使用するために用意した契約書の書式は、

当該相手方が個人であれ企業であれ、それらすべてが約款に該当する。たとえば、製造業者が一定の様式に従って複数の納品業者と契約を締結した場合には、これらの契約は約款法の適用を受けることになる。「顧客」に比べて「事業者」が経済的強者であるか取引上の地位が優越した者である場合が多いであろうが、必ずしもそうであるとはいえない。たとえば、中小企業が多数の顧客に対して IT システムの修理役務を提供する際に、同一内容の契約書を使用する場合、大企業である顧客との契約にも約款法が適用される。この場合には、大企業が「顧客」となり、中小企業が「事業者」となる。

約款の適用範囲をめぐるのは、それと当事者間の個別約定との関係がしばしば問題となる。約款法 4 条は、約款において定める事項に関し、事業者と顧客の間で約款の内容と異なる個別の約定が行われた場合には、当該約定が約款の内容に優先する旨定める（いわゆる「個別約定優先の原則」）。また、契約の一方当事者が予め作成された約款を提示し、これを用いて契約を締結する場合であっても、特定の条項についての個別交渉過程を経ることで、相手方が自己の利益を調整する機会を得たときは、当該条項はもはや約款法による規律の対象とならず、個別約定とされる。⁽¹⁴⁾つまり、以下において説明する約款法による規制は、個別交渉過程を経た約定、すなわち個別約定の場合には適用されない。

(2) 明示・説明義務

事業者は、約款の主要な内容を明確に表示し、約款の内容を契約の種類によって一般的に予想される方法により明示しなければならず、顧客が要求した場合、当該約款の写しを提供する義務がある（約款法 3 条 2 項）。また、事業者は、契約の性質上説明することが著しく困難である場合に該当しない限り、約款の重要な内容を顧客が理解できるよう説明しなければならない（同条 3 項）。明示・説明義務に違反して契約を締結した場合には、当該約款の内容が契約の内容になったことを主張することができない（同条 4 項）。実際に、説明義務違反を理由に約款の契約への組入れが否定され⁽¹⁵⁾とした判例が相当数ある。

(3) 不公正約款条項の無効

不公正な約款条項は無効である。信義誠実の原則に違反して公正性を失った約款条項（6条）、不当に事業者の責任を制限する条項（7条）、不当に過重な損害賠償義務を顧客に負担させる条項（8条）、法律による顧客の解除権を制限したり、法律に定めのない解除権を事業者に付与する条項（9条）、顧客の法律上の権利や期限の利益などを相当の理由なく制限する条項（11条）、などがその例である。主要な条文の和訳については、文末資料の「約款法」の部分参照されたい。

このように約款を無効とする「不公正性」の判断基準は、民法上の公序良俗のそれより緩和されている。たとえば、「顧客に不当に不利」であるだけで（6条2項1号）、または法律による顧客の権利（任意規定による場合を含む）を「相当の理由なく制限」するだけで（11条1号）、不公正な約款と推定される。ある約款条項が約款法という不公正な条項に該当するか否かは、当該約款条項の効力が争われる事案を扱う裁判所が判断することになる。つまり、当該事案を担当する裁判所が、ある約款条項が約款法という不公正な条項に該当すると判断すれば、当該条項はその事案において契約内容を構成するものとならないわけである。実際、約款法に基づき不公正な約款条項に該当すると判断し、その効力を否定した大法院判例は一々挙げられないほど多い。問題とされた約款ないし契約の種類も保険約款、販売代理店契約、不動産分譲契約、賃貸借契約、訴訟委任契約など数多い。

(4) 不公正約款に対する行政的規制

以上、紹介したのは、約款法が私法的法律関係に及ぼす影響、すなわち約款の説明・明示義務に違反した約款条項または不公正な約款条項は契約の内容を構成できなくなるという私法上の効果であった。このことは、主として、民事事件において裁判所が契約当事者の権利義務を判断する過程で具体的に実現される。しかし、実務上同程度に重要とされるのは、公正委が不公正な約款条項について運用する約款審査制度である。

約款条項に関連して法律上の利益を有する者または消費者団体は、公正委に

対して当該約款の審査を請求することができる（19条）。すなわち、当該約款が紛争の前提事実となったかどうかにかかわらず、約款そのものの不当性に対する審査を請求できるのである。公正委の審査の結果、事業者が不公正な約款条項を使用したと判断されれば、公正委は当該条項の削除、修正等の是正措置を勧告することができ、さらに、当該事業者が市場支配的事業者であるか、または取引上の地位を不当に利用した場合などにおいては、是正措置を命ずることができる（17条の2）。是正命令を履行しなければ、2年以下の懲役または1億ウォン以下の罰金に処される（32条）。約款法の定める各義務の違反につき過料条項も設けられている（34条）。不当であると判断された約款条項は、公正委ホームページに公開される（23条）。

一方、個別産業に関する規制法令により担当行政機関が約款に関する統制権を有する場合もある。たとえば、金融投資業者の約款については金融委員会に（資本市場と金融投資業に関する法律（以下、「資本市場法」という）56条）、電気通信役務利用約款については科学技術情報通信部長官に（電気通信事業法28条）申告しなければならない、電気供給約款については産業通商資源部長官の認可を受けなければならない（電気事業法16条）。個別法令が約款に関する統制権限を各規制機関に付与していても、該当約款についての公正委の審査権限や約款法の適用が排除されるわけではない。ただし、約款法は、「特定の取引分野の約款について、他の法律に特別の定めがあるものを除くほか、この法律の定めるところによる」と定めており（同法30条2項）、他の法律に特別の規定があればそれが優先適用されることを明らかにしている。また、「他の法律の定めるところに従い、行政官庁が約款を認可し、又は特定の取引分野について設置された審査機構において約款の審査が行われるときは、[約款法]第6条から第14条までの規定を当該認可・審査の基準としなければならない」と定めており（同法31条）、約款法の定める不公正約款の判断基準が産業別の規制を受ける約款についても普遍的に適用されるものとしている。

(5) 標準約款制度

さらに注目すべきは、約款法19条の3による標準約款制度である。事業者お

よび事業者団体は、一定の取引分野において標準となるべき約款を設け、その内容が約款法に違反するか否かについて公正委に審査を請求することができる（同条1項）。公正委が事業者および事業者団体に対して先制的に、標準約款の案を作成し審査を請求するよう勧告することもできるし、一定の場合には公正委が自ら標準約款を制定・改正することもできる（同条3項、4項）。公正委は、上記の審査により確定したか自ら制定・改正した標準約款を公示し、事業者および事業者団体に対して標準約款の使用を勧告することができる（同条5項）。公正委から標準約款の使用を推奨された事業者および事業者団体は、標準約款と異なる約款を使用する場合、標準約款と異なる内容のうち主要なものを顧客にわかりやすいよう表示しなければならない（同条6項）。標準約款には、公正委が設けた標準約款の表紙が付される。

実際、様々な標準約款が公正委ホームページに掲載されている。2022年7月現在、約80個の標準約款が掲載されている。①銀行与信取引基本約款、預金取引基本約款、電子金融取引基本約款、貸付取引標準約款、根抵当権設定契約書など、金融取引に関するもの、②宅配・二輪車配送・引越貨物・国際引越貨物・鉄道旅客運送標準約款など、運送に関するもの、③産後養生院標準約款・入院約定書・インプラント施術同意書標準約款など、保健に関するもの、④洗濯業・自動車教習所・葬儀場・結婚式場・国内結婚仲介・国際結婚仲介・無人警備・国内旅行・国外旅行・駐車場管理規定・ゴルフ場利用・ジム利用標準約款など、消費生活に関するもの、などがある。実際、標準約款の使用率は高く、それらの多くがそのまま使用されるか、若干修正されたものが使用されていることから、韓国では、標準約款が典型契約に関する民法上の任意規定以上に活用されており、事実上の規範力を有するといえよう。

3 各種の「公正化」法律

(1) 概 観

韓国の「独占規制及び公正取引に関する法律」（以下、「公正取引法」という）は、日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」に相当するものであり、同法には談合（カルテル）、競争制限的な企業結合、市場支配

的地位の濫用など、伝統的な反競争的行為に加え、不公正取引に関する広範な規制条項が含まれている。それらの不公正取引規制条項は、商取引に広く適用され、私的自治の原則が制約されることもある。このことは、日本も類似した法状況にあると思われるので、言及を省略する。

韓国の法状況において注目すべきは、公正取引法の特別法といえる、いわゆる各種の「公正化」に関する法律である。これらの法律は、取引関係における弱者保護に関する規定を設けており、また、公正委が各領域に関する標準契約書を作成し普及させるものとしている。

(2) 下都給（下請）公正化法

公正化法の出発点といえるのが、日本の「下請代金支払遅延等防止法」（以下、「下請法」という）を参考として、1984年に制定された「下都給取引公正化に関する法律」である。制定当時は、60日以内の代金支払義務など、下請法に類似した内容が盛り込まれていたが、改正を重ねるにつれて、不当な委託取消禁止、不当返品禁止、減額禁止、経済的利益の不当要求禁止、技術資料提供要求禁止などの内容が盛り込まれるようになった。

1995年の改正により、「公正委は、標準下都給契約書を制定又は改正し、本法の適用対象となる事業者または事業者団体に対し、その使用を推奨することができる」という条文が新設された（3条の2）。同条により、公正委は様々な業種についての標準下都給契約書を作成し普及させている。2022年7月現在、公正委ホームページには業種別の標準下都給契約書が掲載されており、それらの業種は、造船、海洋プラント、自動車、海外建設、建設資材、鉄筋加工、建築設計、建築物維持管理、電気工事、情報通信工事、消防工事、昇降機設置工事、家具製造、金型製作、医療機器、繊維、化学、精密光学機器、製紙、出版印刷業、アニメーション制作、ゲームソフトウェア開発、常用ソフトウェア維持管理など、約50業種に達する。

(3) 加盟公正化法

（ア） 2002年に制定された「加盟事業取引の公正化に関する法律」（以下、

「加盟公正化法」という)には、加盟事業取引、すなわちフランチャイズ取引における加盟本部(franchisor)の不公正な行為を規制し、加盟店事業者(franchisee)を保護する規定が設けられている。同法によれば、加盟本部は、事業の企画、品質管理、店舗設備・商品・役務の供給、教育・訓練、経営支援などを担当し(5条)、加盟店事業者は、加盟本部が提示する品質・設備・陳列基準の遵守など、加盟事業の統一性の維持のため努力しなければならない(6条)。

(イ) 加盟公正化法には、加盟本部の不当行為を規制し、加盟店事業者を保護する趣旨の諸条項が置かれている。後述の2010年に新設された商法上の加盟商に関する規定と比べた場合、加盟公正化法の諸条項は相当に詳細かつ具体的な内容となっていることがわかる。重要な例を挙げると、次のとおりである。

第1に、事業計画が充実しないことにより加盟店事業者に損害を生じさせることを防止するため、情報提供義務を定めている。すなわち、加盟本部は、情報公開書を作成し、市・道の知事に登録しなければならず(6条の2)、加盟希望者に対してそれを提供しなければならない(7条)。公正委と市・道知事は、一定の場合に登録を拒否したり(6条の3)、取り消すことができる(6条の4)。虚偽または誇張情報の提供は禁止されており、加盟本部は、加盟契約時に、加盟希望者に対して予想売上額算定書を提供しなければならない(9条)。

第2に、加盟希望者が営業開始前に加盟本部に支払う、いわゆる加盟金に関する規制を設けている。加盟本部が加盟金を受領しているのに、加盟希望者が事業を適切に開始することができず、加盟金の返還を受けることもできないという事態を防止するため、加盟本部は、加盟金を一定の金融機関に預け、加盟店事業者が営業を開始したか、加盟契約締結日から紛争なく2か月が経過したときにのみそれを引き出すことができるものとされている(6条の5)。また、加盟本部が同法の主要な規定に違反するなど、一定の事由があったときは、加盟金を返還しなければならない(10条)。

第3に、加盟本部の不公正取引行為を禁止している。不当な取引拒絶、拘束

条件付取引、取引上の地位の濫用、不当な損害賠償義務転嫁など、一般的な類型の不正行為の禁止規定を置いているにとどまらず（12条）、従来、加盟事業において問題とされた例を具体化し立法化しているのである。たとえば、加盟本部は、正当な理由なく店舗環境改善を強要してはならず、店舗環境改善費用の20～40%を負担しなければならない（12条の2）。正常な取引慣行に照らして不当に加盟店事業者の営業時間を拘束する行為をしてはならない。特に、深夜営業時間帯の売上げが所要費用に比べて低調である場合には、深夜営業を強要できず、また、加盟店事業者が疾病等を理由に営業時間の短縮を要求する場合にはこれを拒絶することができない（12条の3）。加盟契約締結時には、加盟店事業者の営業地域を設定して加盟契約書に記載しなければならない、営業地域の変更には加盟店事業者との合意を要し、加盟本部は、加盟契約期間中に営業地域内に同一業種の自己または系列会社の直営店や加盟店を設置してはならない（12条の4）。加盟店事業者が紛争調停を申請したり、公正委に申告したり、公正委の調査に協力したという理由により、不利益を与える措置をとることも禁止される（12条の5）。加盟店事業者が費用の全部または一部を負担する広告や販促行事を実施しようとする場合には、すべての加盟店事業者の50%（広告の場合）または70%（販促行事の場合）の同意を得なければならない（12条の6）。

第4に、加盟店事業者の契約更新要求権を認めている。すなわち、加盟本部は、加盟店事業者が加盟契約期間満了前の180日から90日までの間に加盟契約の更新を要求する場合、正当の事由なくこれを拒絶することができない（13条）。ただし、加盟店事業者が①加盟契約に違反した場合、②他の加盟店事業者に通常適用される契約条件や営業方針を遵守しなかった場合、③加盟本部の重要な営業方針を遵守しなかった場合は、この限りでない。また、更新要求権は、契約締結後更新されたすべての契約期間を含む加盟契約期間が10年を超えない範囲内でのみ行使することができる。

第5に、加盟店事業者は、権益保護および経済的地位向上を図るため、加盟店事業者団体を構成することができる（14条の2）。加盟店事業者団体は、加盟本部との優先的協議権を有するが、加盟事業の統一性や本質的事項に反する

取引条件を要求する行為、加盟本部の経営に不当に干渉する行為、不当に競争を制限する行為をしてはならない。

(ウ) 公正委は、標準加盟契約書の使用を推奨することができる。2022年7月現在、公正委ホームページには、外食業、卸・小売業、コーヒー専門店、ピザ専門店、チキン専門店、コンビニエンスストア、理・美容業、化粧品販売業、教育サービス業、洗濯専門店、自動車整備店など様々な業種について、10個以上の標準加盟契約書が掲載されている。

(4) 流通業公正化法

2011年に制定された「大規模流通業における取引公正化に関する法律」(以下、「流通業公正化法」という)は、大規模流通業者と納品業者・店舗賃借人とは対等の地位で相互補完的に発展できるようにすることを立法目的とする

(1条)。大規模流通業者とは、小売業の売上高が1千億ウォン以上、または小売業の店舗面積が3千平方メートル以上である流通業者をいい、百貨店、ディスカウント・ストア、大型スーパーマーケット、免税店、アウトレット業者がこれに該当する。この立法は、大規模流通業者が小売業を掌握し、相対的に劣位にある納品業者や店舗賃借人が不当な扱いをされているとの指摘に対応するためのものである。

大規模流通業者の不正取引行為を禁止する多数の条文が流通業公正化法に置かれている。商品代金減額禁止(7条)、商品受領拒否禁止(9条)、返品禁止(10条)、販売促進費用転嫁禁止(11条)、納品業者の従業員の使用禁止(12条)、排他的取引強要禁止(13条)、経営情報提供要求禁止(14条)、経済的利益提供要求禁止(15条)、不当な営業時間拘束禁止(16条)などが代表例である。

公正委は、標準流通取引契約書の使用を推奨することができる(6条9項)。2022年7月現在、公正委ホームページには、百貨店、大型マート(総合ショッピングモール)、免税店、アウトレットなど、店舗の種類別に、賃貸借標準取引契約書、特約買取標準取引契約書、直買取標準取引契約書など様々な標準流

通取引契約書が掲載されている。

(5) 代理店公正化法

2015年に制定された「代理店取引の公正化に関する法律」（以下、「代理店公正化法」という）は、供給業者と代理店が対等の地位で相互補完的に発展できるようにすることを立法目的とする（1条）。代理店とは、「供給業者から商品又は役務の供給を受け、不特定多数の小売業者又は消費者に対し、再販売又は委託販売をする事業者」をいう。すなわち、一定の商人のために契約の代理や仲介を行う商法上の代理商とは異なる概念であり、いわゆる再販売商（reseller）を指すものである。2013年頃、供給業者に従属していた代理店が不当な扱いをされた事例が社会問題になったことを受け、この立法が行われた。

代理店の保護のため、供給業者の不公正取引行為を禁止する多数の条文が代理店公正化法に置かれている。購入強制禁止（6条）、経済上利益提供の強要禁止（7条）、販売目標の強制禁止（8条）、不利益提供禁止（9条）（6条ないし8条に該当する行為以外の方法により、代理店に不利益になるよう取引条件を設定・変更すること、または、その履行過程において不利益を与える行為の禁止規定：訳者）、経営活動干渉禁止（10条）、注文内訳の確認要請拒否禁止（11条）、報復措置禁止（12条）などが代表例である。

さらに、公正委は、業種別の標準代理店契約書を設け、それらの使用を推奨することができる（5条の2）。2022年7月現在、公正委ホームページには、食・飲料、衣類、通信、製菓、自動車部品、自動車販売、化粧品、塗料、酒類、生活用品、飼料、ボイラー、図書出版、家具、家電、医療機器など、様々な業種に関する標準代理店契約書が掲載されている。

4 ま と め

以上のように、韓国では、商取引における様々な領域と争点が、約款法および各種の「公正化」に関する法律、それらの法律に基づき公正委が作成または承認した数百の標準約款と標準契約書による規律の対象となっている。商法に関する報告の場において、商法以外の法規範につき長時間をかけて言及したの

は、現状を直視しなければ商法が実際に有する地位と意義を正しく理解することができないと考えたからである。各種の公正化に関する法律については、それらは私法ではなく、規制法ないし業法に該当するものであり、商法とは區別して考えるべきではないかとの疑問を抱く方もいるだろう。しかし、既述したとおり、これらの法律は公法的義務と違反時のサンクションを定めることを越えて、商取引における当事者間の重要な契約上の権利義務をも定めている。たとえば、これらの法律の定める返品、減額、加盟金の支払と返還、契約更新権、情報提供、営業時間、営業地域などに関する事項は、国・私人間の法律関係でなく商取引における当事者の法律関係に係るものであり、その中でも当事者の利害関係が激しく対立する核心的争点にかかわるものである。これらの法律の定める事項は、標準契約書を通じて当事者の契約書にも明示されるものであるから、これらに違反すれば私法上の救済手段として契約解除権、損害賠償請求権等の法的効果を生じさせる。また、特定の産業に限定する形でこれらの法律が適用されるわけでもないことから、産業別規制機関が執行するいわゆる業法ともいえない。このように、商法以外の法規範が、形式的商法が実際に働く領域を著しく縮小させており、ある意味では、これらの法規範が実質的な商行為法の法源として機能しているのが韓国の現在の法状況であるともいえる。では、もともとのテーマである商法の総則編および商行為編の改正沿革に議論を戻したい。

Ⅲ 総則・商行為編の主要な改正沿革

1 1962年制定商法

韓国商法は1962年1月20日に制定され（法律第1000号）、1963年1月1日に施行された。前述したように、韓国の制定商法は当時の日本商法（いわゆる依用商法）に相当に類似していたが、総則編および商行為編に限定していても、いくつかの相違はあった。それらを整理すると、次のとおりである。

・絶対的商行為（日本商法501条）の概念を受け入れなかった。

- ・基本的商行為（日本商法502条にいう営業的商行為に相当する）に、①電波・水の供給に関する行為、②広告・通信または情報に関する行為、③貸金・換金その他の金融取引、④鉱物・土石の採取に関する行為、などを追加した。
- ・競業禁止義務が支配人に限らず、商業使用人全般に適用されることにした。
- ・商号単一主義を明示した。
- ・営業譲渡人の競業禁止期間につき、約定のない場合には20年から10年に、約定のある場合における最大期間は30年から20年に短縮した。
- ・委託者と委託売買人・委託売買人の債権者との関係において、委託物または委託売買により取得した物品や債権に関する所有権が委託者に帰属することを明示した（103条）。

2 1984年改正

同種営業に関する商号登記が制限される行政区域の範囲、商業帳簿の種類、商業帳簿の作成方法などに関して一部改正が行われたが、注目には値しない。

3 1995年改正

(1) 総則編

商号の仮登記制度が導入された（22条の2新設）。すなわち、株式会社または有限会社を設立しようとするとき、または会社が商号や目的を変更したいときは、商号の仮登記を申請することにより、商号先占の効果を享受できるものと定められた。

同改正前の商業帳簿の保存期間は10年であったが、伝票その他類似した書類の保存期間を5年に短縮した（33条1項、2項）。また、商業帳簿と書類を紙媒体以外にも「マイクロフィルムその他の電算情報処理組織」により保存できるものとした（33条3項、4項）。商業登記も「電算情報処理組織」により処理できることを明示した（34条の2）。ここでいう電算情報処理組織は、computerized information processing system の訳語であると思われる。

(2) 商行為編

(ア) 基本的商行為の追加 基本的商行為に関する46条には、制定当時から18個の商行為類型が列挙されていたが、1995年の改正により次の3つの項目、すなわち19号のリース、20号のフランチャイズ（加盟事業）、21号のファクタリング（債権買取業）⁽¹⁶⁾が追加された。

19. 機械・施設その他財産の物融に関する行為⁽¹⁷⁾

20. 商号・商標等の使用許諾による営業に関する行為

21. 営業上の債権の買取・回収等に関する行為

これらの営業を遂行する主体は会社であろうし、そうでないとしても「店舗その他設備によって商人的方法で営業を行う」いわゆる擬制商人に該当するはずであるから、その者が営業とする行為は商行為に該当するわけである。つまり、上記の行為を46条の基本的商行為として列挙するか否かにかかわらず、当該行為は商行為であり、当該行為の主体は商人である。したがって、この改正の必要性や意義はあまり大きくなかったと思われる。ただし、これらの商行為の類型についての商法上の根拠が設けられた点から意義を見出すことはできるであろう。これら3つの商行為類型については、2010年改正時に別の章が設けられることになった。

(イ) 代理商に関する改正 代理商との契約が終了した後も一定の法律関係が必要であるという観点から、代理商の補償請求権に関する92条の2と営業秘密遵守義務に関する92条の3が新設された。まず、代理商の権利という観点から、契約が終了した後も、代理商の努力により確保した顧客や取引関係から本人が著しい利益を得続けていれば、代理商に一定の補償請求権を認めるのが衡平に合致することといえよう。次に、代理商の義務という観点から、契約が終了した後も、契約に関して知った本人の営業上の秘密を遵守する義務を課す必要がある。前者の補償請求権はドイツ商法（HGB）89b条に、後者の秘密遵守義務は同法90条に倣ったとみられる。該当条文の和訳については、文末資料の「1995年改正商法」の部分を参照されたい。

このうち、補償請求権は、1995年立法以来、実務上重要な条項とされてきた。

過去60年間、商法総則・商行為編の改正により新設された条文の中で、実務上最も活用度の高かった条文として挙げることができよう。同規定の適用要件は、条文からもわかるように、①代理商契約が終了し、そのことが代理商の帰責事由によるものではないこと、②代理商の活動により、本人が新たな顧客を獲得し、または営業上の取引が著しく増加したこと、③代理商により増加した営業取引による利益が、代理商契約の終了後も現存することである。その効果として、代理商は本人に対して「相当の補償」を請求することができるが、上記の条文は補償の上限を定めるだけであり、具体的な金額が当事者間の合意により決定されなければ、裁判所により決定されることになる。

条文には明記されていないが、実務上しばしば問題とされるいくつかの争点がある。まず、代理商契約時または代理商契約期間中、補償請求権を当事者間の合意により除外することはできるのか。換言すれば、商法92条の2は強行規定なのか、任意規定なのか。明文の規定はないが⁽¹⁸⁾、従属的地位にある代理商の保護という立法趣旨に照らせば、同条は強行規定と解すべきであり、この見解が現在の多数説といえる。⁽¹⁹⁾多数の下級審判決も同規定が強行規定であることを前提としているように思われる。ただし、代理商契約の終了後、代理商が既に発生した補償請求権を放棄することは有効であると考えられる。⁽²⁰⁾

さらには、補償請求権を国際的強行規定とみるべきであるのか。つまり、韓国の国際私法により外国法が準拠法として指定される場合であっても、そのことにかかわらず適用される韓国の強行規定に該当するのか。商法92条の2の強行法規としての性格を肯定しつつも、代理商契約の準拠法として外国法が指定される場合にまで適用される国際的強行規定ではないとする見解が学説上有力であり、⁽²¹⁾同趣旨の下級審判決もある。⁽²²⁾

そして、代理商の補償請求権は、代理商でない特約店、総販などの再販売業者（reseller）についても類推適用されうなのか。韓国の取引実務上は、いわゆる代理店と呼ばれる中間商人のうち「取引の代理または仲介」をして手数料を受ける商法上の代理商は少なく、商品買入後、再販売してその差益を得る再販売業者が多数を占めている。⁽²³⁾これらの者も、供給業者の販売網に編入され、従属的な地位にある場合が多く、これらの者の努力により開拓された市場や顧

客からの収益を契約終了後もなお供給業者が独占することは不当である点で代理商に類似している。

この点に関しては下級審判決が錯綜しており、学説の対立もみられるが、大法院は厳格な要件のもとで類推適用が可能であると判示した。すなわち、①再販売業者が契約を通じて事実上製造者や供給者の販売組織に編入され、代理商と同一または類似の業務を遂行し、②顧客関係を供給者に移転し、供給者がその顧客関係を利用できるようにするという契約上の義務を負担し、③契約締結の経緯、営業のために投入した資本と回収規模などの諸事情に照らして代理商と同等の保護の必要性が認められる場合には、補償請求権に関する規定が類推適用される、⁽²⁴⁾というのである。ただし、大法院が相当に厳格な要件を提示していることからすると、類推適用が認められるケースがどれほどあるかは疑問に思われる。実際、同判決の事案においても、上記の要件が満たされていないことを理由に、類推適用は否定された。

4 2010年改正

(1) 総則編

「クレジットカード、電子マネー等を利用する支払決済業務の引受け」が基本的商行為の類型に追加された（46条22号）。このような新類型の商行為の商法典への反映については肯定的な評価もみられるが、報告者はこの改正の意義について懐疑的である。支払決済業務を遂行する主体は商法上の会社であるはずであるから、それが基本的商行為として列挙されているか否かにかかわらず、その者が営業としてする行為は商行為に該当するからである。

そのほか、55条1項は、⁽²⁵⁾「商人間で金銭の消費貸借をしたとき」は貸主の法定利息請求権を認めていたが、「商人がその営業に関して金銭を貸与した場合」と文言の変更が行われ、商人が営業に関して商人でない者に金銭を貸与した場合であっても、法定利息を請求できるものとした。

(2) 金融リース業に関する第12章の新設

(ア) 1995年の改正により基本的商行為に追加された金融リース業に関して、

4つの条文からなる章を新設した。⁽²⁶⁾ 新設条文は、金融リースに関する法律関係について、①金融リース利用者がリース物件を選定し、②金融リース業者がリース物件を供給者から取得または貸与され、③金融リース利用者に利用させることと定義している。つまり、金融リース業者・金融リース利用者・供給者という三者間の関係であると定義し、各義務を規定している。

第1に、金融リース業者は、金融リース利用者が契約により定めた時期において契約に適したリース物件を受領できるようにする義務がある（168条の3第1項）。もっとも、金融リース業者は、事実上金融を提供するものにすぎず、リース物件の選定と提供は金融リース利用者・供給者間で行われるので、ここでいう金融リース業者の「リース物件を受領できるようにする義務」とは何かが明らかではない。立法過程においても、リース業者の団体である与信金融協会から、金融リース業者の責めに帰することができない事由によりリース物件が滅失したり使用できなくなったときは、すべての責任は金融リース利用者が負担すべきであり、物件が供給されていないときでもリース料の支払を拒絶できないものと定めるべきであるという、168条の3第1項の立法に反対する旨の指摘があったが、結果として「金融リース業者にも物件の引渡しに関する最小限の履行協力義務はある」というやや曖昧な理由により同義務が規定されることとなった。⁽²⁷⁾

この義務の意味を提示した最近の大法院判決を紹介する。金融リース利用者がリース物件の瑕疵を理由にリース契約を解除し、リース料支払債務の不存在確認を求めた事案において、大法院は、「金融リース業者は、商法168条の3第1項により金融リース利用者が供給者から適切な金融リース物件を受領できるよう協力する義務を負うだけであり、同義務とは別に独自の金融リース物件の引渡義務または検査・確認義務を負担するものとみることはできない」と述べたうえ、金融リース利用者は受領証を発行することにより金融リース契約に適したリース物件を受領したものと推定され（168条の3第3項）、その物件（機械）が正常に作動しなかったという証拠だけではこの推定は覆されないと判示した。⁽²⁸⁾ つまり、金融リース業者は、賃貸人というよりは金融提供者であることを前提として、物件の引渡義務およびその性状に関する担保責任を事実上認め

なかったのである。

第2に、金融リース利用者は、リース料を支払う義務（168条の3第2項）およびリース物件を善良な管理者の注意をもって維持・管理する義務（168条の3第4項）がある。一般的な賃貸借の場合、目的物が使用収益に必要な状態を維持する義務は賃貸人が負うが、金融リースの場合には、金融リース業者にそのような義務は課せられておらず、むしろ金融リース利用者に維持管理義務が課せられているのである。このこともまた、金融リースの法的性質が賃貸借ではなく金融であるという認識に基づいているのである。

第3に、供給者は、供給契約で定めた時期において物件を金融リース利用者に取り渡し義務があり（168条の4第1項）、供給契約の不履行時には金融リース利用者に対して損害を賠償し、または適切な物件を取り渡す義務を負う（168条の4第2項）。物件の引渡義務およびその性状に関する担保責任は、金融リース業者ではなく、供給者が直接金融リース利用者負担するものであることを明示したわけである。ただし、金融リース業者も、金融リース利用者が供給者に対して権利を行使するために必要な協力をしなければならない（168条の4第3項）。

（イ） 金融リース契約の解約に関しては、金融リース業者は、金融リース利用者の責めに帰すべき事由があったときは金融リース契約を解約することができる、解約により残存金融リース料相当額の一括払いまたは金融リース物件の返還を請求することができるし、損害賠償の請求も可能である（168条の5第1項、2項）。一方、金融リース利用者は、重大な事情変更により金融リース物件を継続して使用することができない場合には、3か月前に予告をしたうえで金融リース契約を解約することができるが、解約により金融リース業者に発生した損害を賠償しなければならない（168条の5第3項）。

（ウ） 以上のように、新設条文には当事者の権利義務についての一般的な内容が置かれており、具体的な権利義務関係は個々の金融リース契約、供給契約に委ねられている。その意味で、これらの条文は、当事者の合意により別に定

めることのできる任意規定であると解すべきである。該当条文の和訳については、文末資料の「2010年改正商法」の部分参照されたい。

(3) 加盟業に関する第13章の新設

(ア) 1995年の改正により基本的商行為に追加された加盟業に関して、2010年の改正においては4つの条文からなる章が新設された。新設条文では、franchisorを加盟業者、franchiseeを加盟商という。すなわち、加盟業者を「自己の商号、商標等を提供することを営業とする者」と、加盟商を「加盟業者からその者の商号等を使用することの許諾を得て、加盟業者の指定する品質基準や営業方式により営業をする者」と定義する（168条の6）。

このことは、前述した加盟公正化法、および、——本報告では言及しないが——産業通商資源部所管の「加盟事業の振興に関する法律」において、franchisorを加盟本部、franchiseeを加盟店事業者というのと異なる。この点に関して、商法でも同一用語を使用すべきとの指摘が立法過程において行われたことがあったが、⁽²⁹⁾商法を所管する法務部（法務省）は、「加盟本部、加盟店事業者という用語は、法律用語としては不適切であり、むしろ基本法である商法の規定に倣って行政法規を改正する必要がある」という立場を貫徹した。⁽³⁰⁾しかし、上記の2つの法律で加盟本部・加盟店事業者という用語が既に使用されており、それらが定着したといえる状況において、加盟業者・加盟商という新たな用語の使用にこだわった理由は理解しがたい。

(イ) 加盟業者（加盟本部）の義務として、営業支援義務および営業地域保護義務が定められている。すなわち、加盟業者は、加盟商の営業のために必要な支援をしなければならず、別段の約定がない限り、加盟商の営業地域内で同一または類似の業種の営業をしたり、同一または類似の業種の加盟契約を締結することができない（168条の7）。これに対し、前述したように、加盟公正化法には加盟本部（加盟業者）の義務および禁止事項に関する詳細な規定が設けられている。すなわち、加盟公正化法は、情報提供義務について具体的に規定し、店舗環境改善強要、営業地域侵害、深夜営業強要、販促活動強要など禁じ

られる様々な不当行為の類型を列挙している。たとえば、営業地域保護義務について、加盟公正化法には商法168条の7の規定より詳細な内容の条項が置かれている。以上に鑑みれば、加盟公正化法が巧みに運用されているのに、商法に同趣旨の条文を設けることにはいかなる実的な意義があるのか疑問に思われる。加盟公正化法のような詳細な立法が望ましいかは別として、詳細な内容の法律が存在するのに、商法にも加盟商に関する条文を無理に新設することには特段の意義を見出しがたい、ということを描したいのである。韓国の代表的な商法教科書でも、加盟業に関する商法の条項が加盟公正化法のそれより少ない点に言及し、「加盟公正化法は、監督規定の役割だけでなく、取引法的規律⁽³¹⁾にあたって重要な法源としての役割を担うものである」と描する。

(ウ) 加盟商(加盟店事業者)の義務として、営業権侵害禁止および秘密遵守義務が定められている。すなわち、加盟商は、加盟業者の営業に関する権利が侵害されないようにしなければならず、契約終了後も加盟業者の営業上の秘密を遵守しなければならない(168条の8)。もともとの法案には、「加盟商は、加盟契約が終了したときは、加盟業者の商号等の使用を中断し、その表示を除去しなければならない」という内容が含まれていたが、同条項が加盟商の同時履行抗弁権を侵害するという、国会法制司法委員会第1法案審議班での描を受け、削除されることになった。加盟業者にも未履行債務があれば、上記の条項の存否にかかわらず加盟商は同時履行抗弁権を有するはずであるから、上記の描は十分な根拠のないものであるように思われる。しかし、立法過程では、「経済的弱者の保護」という名分が働くため、上記の描があったと推測される。

(エ) そのほか、加盟商は、加盟業者の同意を得てその営業を譲渡することができるが、加盟業者は、特別の事由がない限り営業譲渡に同意しなければならないと定められている(168条の9)。また、加盟契約における存続期間に関する約定の有無にかかわらず、やむをえない事情があれば、各当事者は相当の期間を定めて予告したうえで加盟契約を解約することができると規定されている

(168条の10)。ただし、前述したように、加盟公正化法13条が加盟店事業者（加盟商）の契約更新要求権を定めていることに鑑みれば、その範囲において加盟本部（加盟業者）の商法上の解約権は制限されると解すべきであろう。該当条文の和訳については、文末資料の「2010年改正商法」の部分参照されたい。

（4）債権買取業に関する第14章の新設

1995年の改正により基本的商行為に追加された債権買取業に関して、2つの条文からなる章が新設された。債権買取業の定義と不真正ファクタリング⁽³³⁾の原則に関する規定が設けられており、金融リース業や加盟業に関する規定に比べても簡略な内容となっている。すなわち、債権買取業者を「他人の営業債権を買い取り回収することを営業とする者」と定義しており（168条の11）、営業債権の債務者がその債務を不履行した場合、債権買取業者が債権売渡人に対してその営業債権額の償還を請求できること（不真正ファクタリング）を原則としているが、債権買取契約により別に定めることができるものとされている（168条の12）。該当条文の和訳については、文末資料の「2010年改正商法」の部分参照されたい。

5 2011年改正

2011年には会社編の改正が大々的に行われたが、それに関連して総則編には英米の Limited Partnership に相当する合資組合に関する条文が新設された。すなわち、無限責任を負う業務執行組合員と有限責任を負う有限責任組合員から構成される合資組合という企業形態を新たに規定し（86条の2）、組合契約に規定する事項（86条の3）および登記する事項（86条の4）を定める一方、内部・外部関係、出資と損益関係に関する条文を設けた。以前より Limited Partnership に相当する投資組合は、資本市場法による集合投資機構の1つとして運用されていたが、それを商法上の一般的な制度として導入したのである。

無限責任社員と有限責任社員から構成される合資会社に類似していることから、その名称を合資組合としたが、合資組合は法人格を有しない組合であるた

め、法人格を有する合資会社と異なる。草案では、合資組合の法人格を正面からは認めず、いわゆる権利能力なき社団の例に準じて不動産登記能力と訴訟能力を付与し、合資組合の名で不動産に関する権利等を登記できるものとし、その名で訴訟当事者になることを可能にすることが想定されていた。しかし、立法過程において、大法院などからの反対意見があり、上記の内容が削除されることになり、結局、合資組合には制限的な権利能力も認められていない⁽³⁴⁾。そのほか、いくつかの理由もあり、合資組合は一般的な企業形態としてはあまり運用されていない。これに対し、資本市場法による集合投資機構（vehicle）としての投資合資組合（これには合資組合に関する規定の大部分が適用される）はよく運用されている。

IV 分析と評価

1 商法総則・商行為編の機能と必要性

商法典、なかでも商法総則・商行為編は、時代の変化に合わせて新たな商行為類型を反映するために頻繁に改正されていくべきであろうか。韓国商法の改正にあたってのいくつかの試みは、この意味において所期の成果を収めたといえるであろうか。これらの質問に答える前に、まずは商法典、なかでも総則・商行為編はいかなる機能を果たす（べき）か、それらはなぜ必要なのかについて検討する必要がある。

第1の機能は、営利性、継続性、反復性などの商取引の特性を考慮し、民法上の規定に対する特則を設けるという機能である。商事消滅時効、商事法定利率、商事留置権および商事質権の特則、複数債務者の連帯債務の原則、保証債務の連帯保証の原則、商人間売買における即時通知義務と短期の瑕疵担保責任期間、商人間売買における定期行為の特則などがその例である。この機能は、商人と非商人、商行為と非商行為の相違を認めるかどうかという、より根本的な問題に関連するものであり、個々の商行為類型の出現や変化の影響を受けてその都度変わるものではないといえよう。したがって、この機能を遂行するた

めに設けられている条文は、変化する商取引の実態に応じてその都度改正する必要性は大きくないように思われる。

第2の機能は、一定の形態の契約や商行為に関して任意規定を設けるという機能である。任意規定は、当事者がそれと別の内容の合意をすることができるものであるが、当事者間の合意がないときの default rule となり、その法律関係を定め、契約締結のための交渉にあたっての基準（baseline）を提供する点で、特に重要である。また、任意規定は、契約の解釈にあたり当事者の意思が外部に表示された内容のみでは判然としないとき、それを解釈する指針としても有用な意味をもつ。新たな商行為類型が出現し、取引実態が変化すれば、それに応じて商法も改正されるべきとの主張が主に念頭に置いているのがこの機能であるといえるし、金融リース、加盟業、債権買取業に関する規定の新設により韓国の立法者が意図していたのも、まさにこの機能であるといえよう。

2 商法以外の方式による default rule の提供

ところで、上記第2の機能は必ずしも法律の規定でのみ充足されうるものではない。一般に用いられる詳細な契約または約款が存在し、それらが著しく不当であるといえない場合、無理にその内容を任意規定として法律に定めなくとも、その契約または約款が当事者の法律関係を定めるようになる。当事者が交渉を通じて当該事案において特別の契約を締結しようとする場合にも、一般に用いられる契約または約款が baseline となるであろう。

特に、ある取引類型が頻繁かつ重要になると、それに関する詳細な約款や契約が成立するのは自然なことである。もちろん、それらの約款や契約が不当な内容を含んでいれば、それらが任意規定の機能を遂行することはできないし、その遂行を認めてはならないであろう。しかし、そのような約款や契約に対して司法的・行政的統制が加えられ、その内容が純化され、不当な条項を排除できる仕組みが設けられれば、法律に新たな任意規定を設ける必要性はさらに減るであろう。

韓国では上述したような点が目立つ。様々な領域と業種において、公正委が審査・作成した標準約款・標準契約書が運用されているが、これらは民法・商

法の任意規定より詳細な規定を提供しており、同時に約款法、各種の公正化法および公正委の統制を受けている。そうだとすれば、標準約款・標準契約書が存在する領域においては、任意規定を設けるための商法改正の必要性はより小さくなるといわざるをえない。少なくとも取引当事者はその必要性をほとんど感じないであろう。

2010年の改正により新設された3つの商行為類型について検討する。まず、加盟業については、加盟公正化法とそれに基づく標準契約書が加盟本部の不正取引行為を統制し、加盟店事業者の保護のための様々な手段を提供していることからすると、それらより遥かに簡略な（ほぼ形骸化した）形で商法に新設された4つの条文に任意規定としての機能は期待しがたい。次に、債権買取業については、条文の内容が簡略すぎて、標準契約書の存在などを挙げる必要もなく、任意規定としての機能を期待することはできない。そして、金融リースに関する条文には、商法レベルでの金融リースの法的構造と各当事者の義務についての一般的な内容が定められているため、少なくとも加盟業や債権買取業に関する条文よりは実効性があり、個々の約款の作成に関するガイドラインとしての役割を果たせるという意義を有する。ただし、金融リースにおいても、実際に当事者の法律関係を定めるのは約款であり、当該約款の不当条項は、約款法により公正委の審査による事前統制と裁判所の解釈による事後統制を受けるわけである。したがって、商法に金融リースに関する条文がなかったとしても、取引界の実態や当事者の法律関係はそれほど変わらなかっただろうと思われる。

3 取引における劣位者保護のための強行規定

商取引において劣悪な地位にある者を保護するための強行規定も、場合によっては必要である。このような規定は特別法に置くのが一般的であるが、ある商行為類型に典型的に必要な事項は商法に定めることも考えられる。本報告で商法総則・商行為編の機能として挙げておらず、商法の機能として一般的に挙げられているわけではないが、商取引における劣位者ないし弱者の保護規定を商法に置くことも可能であろう。

韓国商法における代理商の補償請求権に関する92条の2をその例として挙げることができる。代理商の寄与により顧客や売上げが著しく増加した場合、代理商契約の終了後も代理商に対して一定の補償を行うものとする規定を商法に新設することにより、従属的地位にある代理商を保護するという効果を収めている。実際、多くの取引関係において、代理商または従属的再販売商がこの権利を主張するため、韓国の弁護士なら関連契約の作成・交渉に際してこの争点を検討せざるをえない。韓国商法の改正により新設された条文のうち、最も活用度の高い条文であるということについては、前述したとおりである。

この条項が強行規定なのかどうかは、法文上は判然とせず、決定的な基準を示す大法院判決もないが、この条項の適用を当事者の合意により排除することは難しいというのが実務における概ねの理解であるように思われる。代理店契約などの販売網契約は多数の当事者と同一様式により締結されていることから、約款法の規律を受けることになり、補償請求権を排除する約款条項は「顧客の法律上の権利を制限する条項」（同法11条1号）その他不公正な条項に該当するものと解される可能性が高い。ここでも、約款法と商法がつながる現象がみられる。

V 結 び

本報告では、商取引に関する韓国の法規範を概観し、商法の総則編および商行為編における主要な改正内容とその意義について検討した。韓国の事情に照らせば、関連する契約と約款が既に広範に存在するのに、新たな商行為類型を定める立法を行うことにより何を達成できるかについては、より慎重に検討すべきであると考えられる。韓国では、商法レベルで金融リース、加盟業、債権買取業に関する立法を意欲的に試みてきたが、実際に同法に盛り込まれている内容は貧弱であり、当事者の法律関係に特に影響を及ぼすことはないというのが報告者の率直な感想である。従来、契約法や商行為法の任意規定に期待された役割の相当部分を、標準約款・標準契約書が事実上遂行しているからである。韓国では、商法典に会社編や保険編がなお残されており、形式的には充実した

法律として存在するようにみえるが、会社や保険以外の一般的な商取引領域においては、日本で指摘される「商法典の空洞化」現象が別の形で現れているともいえよう。

もっとも、代理商の補償請求権に関する商法92条の2の規定が比較的よく運用されているのは注目に値する。商法総則・商行為編改正の需要は、概括した形をとるほかない任意規定よりは、むしろ当事者が契約や約款を通じてその適用を避けられない少数の強行規定において認められるのではないであろうか。ただし、92条の2の規定は、取引実態を正確に把握したうえで体系的に導入したわけではなく、代理商全般に関する条文には修正を加えず、ドイツ商法の規定に倣って補償請求権に関する条文だけを新設したという経緯があり、その点で限界があることは否めない。これに関して、代理商の報酬請求権に関する詳細な規定を設けているドイツ商法と異なり、このような規定は設けず、契約終了後の補償請求権のみを規定したのは、「先後が変わった立法」であることが指摘されている⁽³⁷⁾。この指摘は実に妥当であるといえる。実際の立法に際して、代理商よりその数が多い再販売商は考慮に入れられなかったし、強行規定であるかどうか法文に明示されなかったのである。

さらに、公正委の主導により標準約款・標準契約書が「氾濫」といわれるほど広く用いられており、各種の「公正化法」の制定が相次いで行われてきた韓国の状況が必ずしも望ましいとはいえないということを強調したい。標準約款・標準契約書の広範な存在は、個々の当事者や個々の取引の特性に合わせた入念な契約書の作成および交渉実務の発達を阻害するおそれがある。約款法であれ、公正化法であれ、標準約款・標準契約書であれ、「不当性」、「不公正性」といった不確定概念に大きく依存していることについては、法律関係を不安定にし、国家機関の行政力が私人間の法律関係に過度に介入するとの批判もある。多国籍企業が全世界的に共通して使用する標準契約書が、韓国では約款法や各種の「公正化法」に違反したものとされ、修正なしには使用できなくなるといったこともしばしばある。もっとも、取引当事者にコストの面で有利であり、また便利な default rule を提供してきており、とりわけ商取引において劣悪な地位にある当事者に対し強行規定と契約条項という2つの側面から保護

の仕組みを提供している点は肯定的に評価せざるをえない。

結局、商法総則・商行為編の改正にあたっては、盲目的なドグマやスローガンに従ってはならず、法改正による便益と費用を綿密に検討し判断すべきであると考えられる。そして、その過程では、商法典の条文だけでなく、機能的に代替または補完関係にある他の法令はもとより、関連する約款、契約、商取引慣行までも考慮すべきであろう。以上紹介した韓国の事例と経験が、日本での立法およびその準備のための研究に少しでも役立つことを願いつつ、本報告を終える。

〈文末資料〉

*約款法

第6条（一般原則）

- ① 信義誠実の原則に反し、公正性を欠く約款条項は、無効とする。
- ② 約款において、次の各号の一に該当する内容を定める条項は、公正性を欠くものと推定する。
 1. 顧客に対して不当に不利な条項
 2. 契約の取引形態等関連する諸事情に照らして顧客が予想し難い条項
 3. 契約の目的を達成できないほど、契約上の本質的権利を制限する条項

第7条（免責条項の禁止）

約款において契約当事者の責任について定める条項のうち、次の各号の一に該当する内容を定めるものは、無効とする。

1. 事業者、履行補助者若しくは被雇用者の故意又は重大な過失による法律上の責任を排除する条項
2. 相当の理由なく事業者の損害賠償の範囲を制限し、又は事業者の負担すべき危険を顧客に移転する条項
3. 相当の理由なく事業者の担保責任を排除若しくは制限し、又はその担保責任による顧客の権利行使の要件を加重する条項

（以下、省略）

第11条（顧客の権益保護）

約款において顧客の権益について定める条項のうち、次の各号の一に該当する内容を定めるものは、無効とする。

1. 法律の規定による顧客の抗弁権、相殺権等の権利を相当の理由なく排除し、又は制限する条項

2. 顧客に与えられた期限の利益を相当の理由なく剥奪する条項
(以下、省略)

*** 1995年改正商法**

第92条の2 (代理商の補償請求権)

- ① 代理商の活動により、本人が新たな顧客を獲得し、又は営業上の取引が著しく増加し、これにより、契約が終了した後も本人が利益を得ている場合には、代理商は、本人に対し、相当の補償を請求することができる。ただし、契約が代理商の責めに帰すべき事由によって終了したときは、この限りでない。
- ② 前項の規定による補償金額は、契約が終了する前の5年間における年間報酬の平均額を上限とする。契約の存続期間が5年未満である場合には、その期間の年間報酬の平均額を基準とする。
- ③ 第1項の規定による補償請求権は、契約が終了した日から6月を経過することによって消滅する。

第92条の3 (代理商の営業秘密遵守義務)

代理商は、契約が終了した後においても、契約に関連して知った本人の営業上の秘密を遵守しなければならない。

*** 2010年改正商法**

第12章 金融リース業

第168条の2 (意義)

金融リース利用者が選定した機械、施設その他の財産（以下この章において「金融リース物件」という。）を第三者（以下この章において「供給者」という。）から取得し、又はその貸与を受け、金融リース利用者に利用させることを営業とする者を、金融リース業者という。

第168条の3 (金融リース業者と金融リース利用者の義務)

- ① 金融リース業者は、金融リース契約で定めた時期において、金融リース利用者が金融リース契約に適合した金融リース物件を受領できるようにしなければならない。
- ② 金融リース利用者は、前項の規定による金融リース物件の受領と同時に、金融リース料を支払わなければならない。
- ③ 金融リース物件受領証を発行した場合には、金融リース契約の当事者間において、金融リース契約に適合した金融リース物件が授受されたものと推定する。
- ④ 金融リース利用者は、金融リース物件を受領した後は、善良な管理者の注意をもって、金融リース物件を維持及び管理しなければならない。

第168条の4（供給者の義務）

- ① 金融リース物件の供給者は、供給契約で定めた時期において、当該物件を金融リース利用者に引き渡さなければならない。
- ② 金融リース物件につき供給契約で定められた時期及び内容に従った供給がなされなかった場合には、金融リース利用者は、供給者に対して直接に損害の賠償を請求し、又は供給契約の内容に適合した金融リース物件の引渡しを請求することができる。
- ③ 金融リース業者は、金融リース利用者が前項に定める権利を行使するために必要な協力をしなければならない。

第168条の5（金融リース契約の解約）

- ① 金融リース契約を金融リース利用者の責めに帰すべき事由によって解約する場合には、金融リース業者は、残存金融リース料相当額の一括払い又は金融リース物件の返還を請求することができる。
- ② 前項の規定による金融リース業者の請求は、金融リース業者の金融リース利用者に対する損害賠償の請求を妨げない。
- ③ 金融リース利用者は、重大な事情の変更によって金融リース物件を継続して使用することができない場合には、3か月前に予告をし、金融リース契約の解約をすることができる。この場合において、金融リース利用者は、金融リース業者に対し、解約によって生じた損害を賠償しなければならない。

第13章 加盟業

第168条の6（意義）

自己の商号・商標等（以下この章において「商号等」という。）を提供することを営業とする者（以下この章において「加盟業者」という。）からその商号等の使用の許諾を得て、加盟業者の指定する品質基準や営業方式に従って営業を行う者を、加盟商という。

第168条の7（加盟業者の義務）

- ① 加盟業者は、加盟商の営業のために必要な支援をしなければならない。
- ② 加盟業者は、別段の約定がないときは、加盟商の営業地域内において同一若しくは類似の業種の営業を行い、又は同一若しくは類似の業種の加盟契約を締結することができない。

第168条の8（加盟商の義務）

- ① 加盟商は、加盟業者の営業に関する権利が侵害されないようにしなければならない。
- ② 加盟商は、契約が終了した後においても、加盟契約に関連して知った加盟業者の営業上の秘密を遵守しなければならない。

第168条の9（加盟商の営業譲渡）

- ① 加盟商は、加盟業者の同意を得て、その営業を譲渡することができる。
- ② 加盟業者は、特別の事由がない限り、前項の営業譲渡に同意しなければならない。

第168条の10（解約）

加盟契約における存続期間に関する約定の有無にかかわらず、やむを得ない事情があるときは、各当事者は、相当の期間を定めて予告をし、加盟契約の解約をすることができる。

第14章 債権買入業（債権買取業：訳者）

第168条の11（意義）

他人が物品・有価証券の販売、役務の提供等によって取得し、又は取得すべき営業上の債権（以下この章において「営業債権」という。）を買い取り回収することを営業とする者を、債権買取業者という。

第168条の12（債権買取業者の償還請求）

営業債権の債務者がその債務を履行しない場合には、債権買取業者は、債権買取契約の債務者（債権買取業者に営業債権を譲渡した者：訳者）に対して当該営業債権額の償還を請求することができる。ただし、債権買取契約において別段の定めをしたときは、この限りでない。

- （1） ソウル大学法学専門大学院教授（法学博士、韓国弁護士、米国ニューヨーク州弁護士）。
- （2） 立教大学法学部助教（博士（法学））。
- （3） 制定当時の韓国商法は、総則・商行為・会社・保険・海商から成っていたが、2011年の改正により航空運送編が追加され、現在、6つの編から成っている。
- （4） 日本の公正取引委員会に相当する機関である。韓国での一般的な使用例に倣い、以下、単に「公正委」と略す。
- （5） これは、日本商法1条2項に類似している。
- （6） 日本商法でいう交互計算に相当する。
- （7） 日本商法では、代理商に関する規定が総則編に置かれているが、韓国商法ではそれが商行為編に置かれている。日本商法が代理商の補助商としての側面を重視しているのに対し、韓国商法は、仲介人、委託売買人とともに独立した商人である側面を重視しているといえる（林泓根『韓国商法典50年史』88頁（2013、法文社）。なお、文献引用にあたり、特に断りがない限りは韓国で公刊され、かつ、韓国語で書かれたものを指す：訳者）。
- （8） 日本商法でいう仲立営業に相当する。

- (9) 日本商法でいう問屋営業に相当する。
- (10) 日本商法でいう運送取扱営業に相当する。
- (11) 日本商法でいう場屋営業（596条ないし598条）に相当する。
- (12) 合資組合制度は、2011年の会社編の全面改正時に導入された。関連規定をどの部分に置くかが議論されたが、結果的に商行為編の匿名組合の次に設けられることとなった。
- (13) 判例も、商人である株式会社が約款法でいう顧客に該当すると判示している。
たとえば、大法院2008.7.10.宣告2008ダ16950判決。
なお、大法院とは、韓国の最終審級裁判所であり、日本の最高裁判所に相当する機関である。
- (14) 大法院2014.6.12.宣告2013ダ214864判決、大法院2010.9.9.宣告2009ダ105383判決、大法院2008.7.10.宣告2008ダ16950判決。
- (15) 大法院1992.3.10.宣告91ダ31883判決、大法院2010.5.27.宣告2007ダ8044判決など参照。
- (16) 同改正当時、これら3つの類型が基本的商行為として追加された経緯やその選別基準は判然としない。ただし、1995年改正前の商法教科書の記述内容から、いわゆる新たな商行為としてしばしば挙げられる類型にこれら3つのものが含まれていたことが確認できる。たとえば、鄭熙喆＝鄭燦亨『商法原論（上）』409-428頁（1994、博英社）。
- (17) 2010年の改正により、「機械、施設、その他の財産の金融リースに関する行為」と文言を改めた。
- (18) ドイツ商法では、代理商の補償請求権を排除する事前合意はできないことが明示されている。
- (19) たとえば、李哲松『商法総則・商行為〔第16版〕』481頁（2022、博英社）、金正皓『商法総則・商行為〔第5版〕』329頁（2022、法文社）、鄭燦亨『商法講義（上）〔第24版〕』301頁（2021、博英社）。
- (20) 同旨：李・前掲注(19)。
- (21) 石光現「国際取引における代理商の保護——商法92条の2の適用範囲に関連して——」法曹592号19頁以下（2006）。
- (22) ソウル高等法院2005.1.14.宣告2004ナ14040判決。
- (23) 再販売の場合、供給業者は原則として再販売商に物品を販売する時点で売上げを認識し、未販売物品の在庫負担も負わないのに対し、狭義の代理商の場合には、原則として最終販売時に供給業者の売上げが認識され、未販売時の在庫負担を供給業者が負う。このような理由から、供給業者の多くが再販売方式を好んでいるように思われる。

- (24) 大法院2013.2.14. 宣告2011ダ28342判決。
- (25) 日本商法513条1項に相当する。
- (26) 2010年の改正において金融リース、加盟業、債権買取業の3つの業態が新たな章を設ける形で追加された経緯やその選別基準について、信頼に値する根拠は見つけられない。このことは、取引界の需要についての厳密な調査に基づいたのではなく、1995年の商法改正によりこれら3つの業態が新たな基本的商行為として追加されたことに起因する、経路依存的（path-dependent）選別であった可能性が多分にあるように思われる。つまり、これらの行為が基本的商行為として追加されたことを受け、文献的研究成果が蓄積され、それらが立法者にとって参考資料となったと同時に、立法のための準備が十分に整ったという一種の自信を作り上げたのではないかと推測される。
- (27) 法務部編『商法総則・商行為編解説』102-103頁（2012）。
- (28) 大法院2019.2.14. 宣告2016ダ245418, 245425, 245432判決。
- (29) 国会法制司法委員会の専門委員、同委員会第1法案審議班等がこのような趣旨の意見を述べていた。
- (30) 法務部・前掲注(27)116-119頁。
- (31) 李・前掲注(19)623頁。
- (32) 法務部・前掲注(27)127頁。
- (33) 買い取った債権の回収不能によるリスクを債権買取業者が負担する場合を真正ファクタリング、それを債権売渡人が負担する場合を不真正ファクタリングという。2010年商法改正前も、取引慣行上は不真正ファクタリングが一般的であった（李・前掲注(19)642頁以下）。
- (34) 法務部・前掲注(27)52-53頁。
- (35) もっとも、金融リースに関する公正委の標準約款や標準契約書は設けられていない。
- (36) 日本の文献として、得津晶「商法典を置く意義——商法は本当に必要なのか？——」民商法雑誌158巻1号6頁（2022）。
- (37) 李・前掲注(19)482頁。

* 本稿は、2022年8月25日、商法総則・商行為法研究会オンラインセミナーで行った報告を補完、修正したものである。セミナーを企画された清水真希子先生と貴重な質問とコメントをしてくださった多くの参加者に感謝したい。本稿作成にあたり、財団法人ソウル大学発展基金の寄付による2023年ソウル大学アジア太平洋法研究所学術研究支援を受けた。

* 本稿は、公益財団法人野村財団の助成を受けた研究成果の一部である。