

Title	グローバル化時代における韓国契約法
Sub Title	Le droit des contrats de la Corée à l'ère de mondialisation
Author	Namkoong, Sool(Ko, Hidenari) 高, 秀成
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.35 (2016. 8) ,p.279- 297
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2015年度大陸法財団寄付講座「グローバル化と大陸法」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160825-0279

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

グローバル化時代における韓国契約法

南 宮 珉
高 秀 成／訳

- I. 序文
- II. 法のグローバル化現象に関する論議
 - 1. グローバル化の意味
 - 2. 法のグローバル化
 - A. 法モデルの普遍化
 - B. 法主体間の相互作用の強化
- III. グローバル化と韓国の契約法
 - 1. 韓国契約法での法モデルの普遍化
 - A. 韓国の判例での法モデルの普遍化
 - (1) 安全配慮義務
 - (2) 情報提供義務
 - B. 立法（民法典改正試案）を通じて行われたモデルの普遍化
 - (1) 申込みの撤回
 - (2) 事情変更の導入
 - (3) 契約解除に関する諸規定の一本化
 - 2. 韓国の国際取引で現れた「法主体間の相互作用の強化」
 - A. 1980 年の国際物品売買に関するウィーン売買条約（CISG）
 - B. UNCITRAL 国際電子契約条約
 - C. 自由貿易協定（Free Trade Agreement : FTA）
- IV. 結論

I. 序文

グローバル化時代¹⁾、これは今回の大陸法講座において大きなテーマとされ

たものである。20余年前から、社会の（経済、文化、教育、政治、法など）多くの場面でグローバル化現象が生じていることは誰も否定できない²⁾。

ところが、グローバル化の意味を考えると、我々は曖昧さにぶつかる。グローバル化とは何を意味するか？ グローバル化は具体的にどのような姿で現われるか？ グローバル化の原因は何か？ グローバル化によってどのような結果が発生するのか？

このような多くの疑問に対して、私たちは明白かつ客観的な回答を見出すことができない。これに加えて、私たちは法のグローバル化についても語らねばならない。この場合、一つの法現象が問題となっているのであるから、より明確に論議しなければならない。そのうえでもなお、曖昧さはなお我々を取り囲んだままである。

したがって、我々がグローバル化の概念を定義しようとするのであれば、ある程度、主観的な見方に依拠するほかない。

以上の前提のもと、まず法のグローバル化に関するいくつかの議論を簡単に考察し(II)、次に韓国契約法におけるグローバル化現象を分析することとする(III)。

II. 法のグローバル化現象に関する議論

1. グローバル化の意味

グローバル化とは何か？ 数多くの学者たちがこの問題を扱ったにもかかわ

1) ここでは「globalization」という英語のみを使用する。これと比較して、フランス語では「mondialisation」と「globalisation」が区別されるようである。しかし、ここでは敢えてこのような区別を考慮しないこととする。なぜなら、人文科学および社会科学上の意味において、「the globalization」（英語）は、「la mondialisation」（フランス語）に相当するからである。

2) 1980年代以降、グローバル化は、国際的な議論の中で最も頻繁に取り沙汰された概念のうちの一つである。Cf. R. Robertson & K. E. White, "Globalization: an overview", in *Globalization: critical concepts in sociology*, I, Routledge, 2003, p. 1.

らず³⁾、大部分の論者たちは、ただその様相や類型を説明するだけで、「グローバル化」を直接的に定義していない。それでも一部の論者⁴⁾は非常に単純な定式でこれを定義しようとする。すなわち、「グローバル化とは、政治、経済、社会、文化的モデルの普遍化である」と。しかし、グローバル化はただ、モデルの普遍化にだけ関わるものではなく、法の領域での主権の超国家化とともに、他の様相にも関わる⁵⁾。そのため、グローバル化という概念を客観的かつ明確にすることは非常に困難である⁶⁾。

したがって、グローバル化という概念を定義することは措いておくこととし、ここではグローバル化現象を紹介するにとどめることとする。

ある学者によれば、グローバル化は主にそれぞれ異なる二つの過程で現われると言う⁷⁾。一つは経済、社会、技術、政治上の多様な活動の国際化において

3) Jones, R. J. Barry, *Globalisation and interdependence in the international political economy : rhetoric and reality*, Pinter Publishers, 1995.; B. Mohanan (ed.), *Globalisation of economy : vision of the future*, Gyan Pub. House, 1995.; Hoogvelt, Ankie, *Globalisation and the postcolonial world : the new political economy of development*, Macmillan, 1997.; Thomas Hylland Eriksen (ed.), *Globalisation studies in anthropology*, Pluto Press, 2003.; Spencer Zifcak (ed.), *Globalisation and the rule of law*, Routledge, 2005.; Romano, Frank, *La mondialisation des politiques de concurrence*, Harmattan, 2003 / Henri Pallard & Stamatios Tzitzis (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Presses de l'Université Laval, 2003.; Christoph Antons & Volkmar Gessner (ed.), *Globalisation and resistance : law reform in Asia since the crisis*, Hart, 2007.; Perrons, Diane, *Globalisation and social change : people and places in a divided world*, Routledge, 2004.; etc.

4) H. Pallard, « Histoire et mondialisation : diversité culturelle et droits fondamentaux », in H. Pallard & S. Tzitzis (dir.), *op. cit.*, p. 13.

5) これは新自由主義の影響による超国家的法（例：FTA）の誕生に関わる。この点については、後に簡単に取り上げることにする。

6) Larousse 辞典によれば、グローバル化は、次のように定義される。まず、1. 経済学的に、「(企業、銀行、証券市場など)の経済主体の活動領域が一国の範囲で国際的な範囲に拡大されること」。次に、2. 地理的に、「人類の様々な拠点との間で一般化された相互作用」。ただし、これは一般大衆のための辞書の定義である。今日、我々は、グローバル化は、経済、文化、教育、政治、法などの様々な分野において、多様な様相において生じる現象であることが確認できている。

7) Cf. R. Robertson, « Interpreting globality », in *Globalization: critical concepts in sociology*, I, *op. cit.*, p. 91 et s.; S. Zifcak, « Globalizing the rule of law », in S. Zifcak (ed.), *op. cit.*, p. 32 et s.

である⁸⁾。

その例として、ファッション、電子商取引、技術的基準の標準化、英語の使用などを挙げることができる。

もう一つは上記すべての領域で、諸国家または社会間の相互作用の強化に関するものである。その例として、数多くの国際機構の設立（EC、NATO、OAS、COMECON、IMF、GATT、WTO、OECD など）、国際的ネットワークを兼ねた多くの NGO の活動、国家間の FTA 締結といった国際的ないし地域的協定などを挙げることができる。

グローバル化とは、技術的、科学的、文化的発達による歴史現象である。このような発達によって、一方では通信および運送費用が節減され、他方では、生産性と取引が増加する。これにより、資本家などの強者たちが現われ、財貨とサービスだけではなく資本と情報（知識）の移動性が強化される⁹⁾。

現代において、グローバル化は、技術、特に情報通信技術の驚くべき発展を通じて、容易に発生する。そして、今日の数多くの経済的・社会的問題の国際的特性のもと、グローバル化は急速に展開していく。人の頻繁な移動、国境を越えた国際資本のとどまることのない流出入、AIDS や様々な疾病の拡散、環境破壊、人権の侵害、麻薬と武器の密売、テロネットワークの国際的拡大などである¹⁰⁾。

2. 法のグローバル化

以上において考察したように、グローバル化はそれぞれ異なる二つの過程で

8) このプロセスは、本文において提示された定義、つまり「モデルの普遍化（……）」を想起させる。私見としては、「活動の国際化（……）」より「モデルの普遍化（……）」という表現の方が、より明確であると思われる。したがって、これ以降においては「活動の国際化（……）」に代えて、「モデルの普遍化（……）」を使用することとする。

9) Cf. J. Stiglitz, « Globalization and Development », in D. Held & M. Koenig-Archibugi (ed.), *Taming Globalization: frontiers of governance*, Cambridge: Polity, 2003, p. 37. (S. Zifcak, « Globalizing the rule of law », in S. Zifcak (ed.), *op. cit.*, p. 33, Re-citation)

10) S. Zifcak, *ibid.*, p. 33.

現われる歴史的現象である。すなわち、モデルの普遍化（または活動の国際化）¹¹⁾と相互作用の強化である。

A. 法モデルの普遍化

法モデルの普遍化は歴史的現象である。一番古く、明瞭な例は12世紀ヨーロッパにおけるローマ法の継受である。これを通じて、ヨーロッパ全域で経済的、政治的転換がもたらされた¹²⁾。

二番目の例として、ヨーロッパ、特にフランスで形成された契約の一般理論を挙げることができる。

意思自治の原則のもと、契約の自由と契約の拘束力は、たとえこの原則の解釈と適用に関して多少の差異があるとしても、ほとんどすべての国の民法に伝播している。

今日的には、多くのヨーロッパ連合の指針や規則が加盟国の実定法に受容されていることを確認することができる。またヨーロッパでは契約法を統一しようとする試みもある。すなわち、ヨーロッパ契約法原則（le Principe du Droit des Contrats Europeen）、ヨーロッパ共通売買法（le Droit Commun Europeen de la Vente）などである。

B. 法主体間の相互作用の強化

法の領域から国家間の相互作用の強化は、実際のところ、国際的な経済状況に緊密に関わっている。これはより現代的な現象と言える。

20余年前から加速化した新自由主義によって、国際取引は急速に成長し、超国家的資本が登場した。また、国家または取引主体間の国際的競争は深化した。このような状況のもと、多くの国際的ないし地域的な協約が発効¹³⁾し、これら協約は遂には私的な主体の間の取引活動に介入するまでに至っている¹⁴⁾。

11) 注8) 参照。

12) Cf. H. Pallard, *op. cit.*, p. 15.

13) 国家間の NAFTA, FTA など。

これは超国家的な法の登場と評価することができる。加えて、今日、WTOとIMFは、超国家的機関として、実質的に、国家の経済政策の監督にまで及んでいる。これにより、主権に関する重要な問題、すなわち国家主権の弱体化という問題を指摘することができる¹⁵⁾。

III. グローバル化と韓国の契約法

20世紀初頭以後の韓国民法の歴史は日本法を媒介にした法のグローバル化だと言える。

現在の韓国民法典は1958年に公布された。パンデクテン（Pandekten）体系のもと、日本法、フランス法、ドイツ法、スイス法などの影響を受けた¹⁶⁾。そのため、韓国での法のグローバル化は、特に契約法の領域で、主に西洋のモデルを採用しながら、まさにその時から始まったと見られる。したがって、韓国の契約法が私的自治の原則（契約自由、契約の拘束力）と信義誠実の原則のもとにあることは至極当然のことである。

今日、他の国と同じく、韓国も民法典が現代社会に適合するように、これを全般的に改正する過程にある。韓国民法典改正試案においても、いくつかのグローバル化の例を見出すことができる¹⁷⁾。この韓国民法典の解釈と改正作業

14) 現在、国際取引は、インターネットを介して、専門業者だけでなく、一般の個人によっても行われる。

15) この問題は後半部分でごく簡単にだけ扱うこととする。なぜなら、この問題は、より専門的分析を必要とするところ、筆者は国際取引法の専門家ではないからである。この問題を扱う文献としては、Stephen D. Krasner, "Sovereignty : Organized Hypocrisy", *Journal of Peace Research*, Vol. 38, No. 3, 1999 ; James C. Hsiung, *Anarchy and Order : The Interplay of Politics and Law in International Relations*, Boulder Co., 1997 ; Souyoung EUM, "The Globalization of Law and National Sovereignty – The Connective Perspective on a Concept with a Desire – ", *Democratic Legal Studies*, 2008 ; Souyoung EUM, "The Globalization of Law: The Legal Character of the Treaty-Making Power and the Consent of the Legislature to Treaty-Making", *Democratic Legal Studies*, 2006 など参照。

16) これに関しては、郭允直、『民法總則』、8版、博榮社、2013、30頁参照。

においても契約と関連したグローバル化のいくつかの例を見つけることができる。

これまで述べてきたように、法のグローバル化は、法モデルの普遍化と法主体間の相互作用の強化という、二つの過程で行われるものである。

以下では、韓国契約法のグローバル化に関して、まず「法モデルの普遍化」の過程を、韓国民法を主にその対象として紹介し、次に韓国の国際取引関係の協定を中心にして「法主体間の相互作業の強化」現象と、これに対する学者たちの反応を簡単に紹介することとする。

1. 韓国契約法での法モデルの普遍化

韓国契約法でのグローバル化の一環として法モデルの普遍化に関しては二つの類型を上げることができる。一つは1958年以降からの判例を通じて現れた普遍化であり、他の一つは立法（民法典改正試案）を通じて行われた普遍化である。

A. 韓国の判例での法モデルの普遍化

これは実質的には、実定法の欠缺を補うため、信義誠実の原則を援用して、諸外国においてある程度一般化された法規範を判例が取り入れたものである。1958年民法典公布以後、契約法に関していかなる改正も行われなかったために、民法典が社会の現状に対応することができなくなっていたのであるから、裁判官がその解決策を模索し、努力することは当然とも言える。その解決策のうちの一部は外国、とりわけヨーロッパから導入したものである。

(1) 安全配慮義務

フランスとドイツにおける安全配慮義務は、たとえ契約に明示されていなくとも、信義誠実の原則に基づいた一つの契約上の債務として認められている。

17) 1958年以降、韓国民法典は、概して大きな変化なしに残っている。過去半世紀の間、19回の改正が行われ、改正のほとんどは家族や相続法に関するものであった。言い換えるならば、民法典での債務法の部分については、これまでどのような改正も行われなかった。

フランス法の場合、安全配慮義務は、労働や運送中の事故による被害者の損害を不法行為で賠償することでは不十分であるという問題を解決しようと、前世紀から判例によって形成され始めた¹⁸⁾。

ドイツ法の場合、安全配慮義務は民法典（BGB）において、使用者の義務に関する第 618 条に規定されている。

日本でも、この義務は 1975 年の最高裁判決以後、認められることとなった¹⁹⁾。

韓国では、1990 年代初頭まで、この種の問題は不法行為の問題として扱われた。しかし、不法行為の被害者が負担すべき立証責任の重さを考慮しつつ、韓国の大法院は、宿泊契約²⁰⁾、旅行契約²¹⁾、労働契約²²⁾などで、信義誠実の原則に基づく契約上の付随義務として安全配慮義務を認め始めた。

(2) 情報提供義務

今日、契約前であれ、契約成立後であれ、情報提供義務は消費者法において、一つの一般的義務として扱われている。他方、フランスにおいては、1970 年代の初めから情報提供義務が認められてきた。情報提供義務は当事者の間、特に事業者と消費者との間の不平等を解決するために判例を通じて展開してきたものである。そしてこの義務は、他の国にも伝播していった。

消費者保護運動が 1980 年代から活性化し始めた韓国の場合、情報提供義務は比較的遅く、1990 年代から、消費者保護に関する様々な特別法に規定されることによって導入された。したがって、厳密に言えば、韓国における情報提供義務の定着は判例によるものではなく、立法作用によるものである。

しかし、比較的最近、ある判決で、韓国大法院は不動産売買における契約締結前の情報提供義務を認めた。すなわち、「相手方が一定の事情を告知していたら、取引をしなかったことが明白である場合、事前にこれを知らせなければ

18) Cf. Civ. 21 nov. 1911, D. 1913.I.249 note Sarrut, S. 1912.I.73 note Lyon-Caen.

19) 最判昭 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁。

20) 大法院, 1994.01.28, 93 다 43590.

21) 大法院, 1998.11.24, 98 다 25061.

22) 大法院, 1999.02.23, 97 다 12082.

ならない信義誠実の原則に基づいた義務が存する」ということである²³⁾。これは韓国の判例が消費者法以外の領域でも情報提供義務を認め始めたことを意味する。この点の意義は大きい。

B. 立法（民法典改正試案）を通じて行われたモデルの普遍化

韓国が全面的な民法典改正作業を開始したのは、21世紀に入ってからである²⁴⁾。そして韓国民法典改正の最終試案は2014年4月に完成した。この改正試案において、法モデルの普遍化の一例を見出すことができる。ここでは、契約法に関するものについてだけ紹介することとしよう。

(1) 申込みの撤回²⁵⁾

他の国とは異なり、韓国民法典第527条²⁶⁾によれば、申込みは原則、撤回することはできない。これは申込みの相手方の信頼を保護しようとするためである。改正試案においては、申込みの撤回を原則的に認める諸外国の立法および国際物品売買に関するウィーン売買条約（CISG）などの国際立法の傾向が反映された。

申込みの撤回を認めるにあたり、申込者の自由と申込みの相手方の信頼との間で調和をもたらすことが、極めて重要である。

このような観点から、委員会は申込みの相手方の信頼を損なわない限り、申

23) 大法院, 2007.06.01, 2005da5812.

24) この期間に二度にわたる民法典改正の試みがあった。最初の試みは、法務部主導で1999年に開始された。すなわち、財産法の改正のための特別委員会が構成され、5年間の作業を行った後、この委員会は、民法典の改正試案を法務部に提出し、法務部長官は、これを2004年の春に国会に提出した。しかし、この試案は立法会期終了までに検討されず、最終的には、次の国会開催の直後に廃案とされてしまった。これに続き、2009年にも改正が試みられた。このときには、4年の期間を予定して新たな委員会が構成された。この委員会は、新たな改正試案完成の2014年4月まで作業を行った。

25) Cf. Ji-Eun LEE, « La réforme de la formation du contrat », in Rapport des 6^e Journées Franco-japonaises-coréennes de l'Association Henri Capitant (Réforme de droit des obligations), 28-29 août 2015, p. 107 et s.

26) 民法第527条：契約の申込みは、これを撤回することはできない。

込者の自由を保障する必要があるとした。この場合、相手方の承諾の前に、申込者が申込みを撤回することができるようにすることが合理的である。しかし、申込者が一定の承諾期間を定めた場合や、申込みを撤回しないと表示した場合、または相手方が正当な理由で申込みが撤回されないと信じて行動した場合には申込みを撤回することができない²⁷⁾。

(2) 事情変更の導入

他の国（フランス、ドイツなど）とは異なり、韓国の判例は、事情変更を契約の解除事由として承認していない²⁸⁾。

しかし、学説では、戦争、国家的危機、急激なインフレなどの場合、事情変更を認める必要性が主張されている²⁹⁾。

結局、委員会は、改正試案において、厳格な要件のもと、事情変更を理由にした契約改訂または解除（解約）を認める一般規定を取り入れた。

改正試案第 538-2 条によれば、事情変更が認められるためには次の三つの要件を充足しなくてはならない。まず、契約成立の基礎となった事情が著しく変更されたこと、次に、当事者が契約成立当時これを予見することができなかったこと、最後に、契約をそのまま維持することが当事者間に重大な不均衡をもたらすこと、あるいは契約を締結した目的を果たすことができないこと、である。この三つの要件が充足されれば、当事者は契約改訂を請求し、あるいは契約を解除または解約することができる³⁰⁾。

(3) 契約解除に関する諸規定の一本化³¹⁾

韓国の現行民法典において、解除ないし解約については、次の三つの規定に

27) 民法改正試案第 529 条：申込の撤回は、承諾の意思表示が発信される前に相手方に到達した場合、効力を有する。

第 2 項次の各号の場合には、申込みを撤回することができない。

1. 申込者が承諾の期間を定め、また申込みを撤回しないと表示した場合。

2. 相手が正当な理由で申込が撤回されないと信じて行動した場合。

28) これに対して、継続的契約の場合、韓国の判例は事情変更を理由とした解約を認めている。大法院, 1992.05.26, 92 다 2332 ; 大法院, 1998.06.28, 98 다 11826 etc.

29) 池苑林, 『民法講義』, 13 版, 弘文社, 2015, 1405 頁以下参照。

において定められている。すなわち、履行遅滞（韓国民法典第 544 条）、定期行為（韓国民法典第 545 条）、履行不能（韓国民法典第 546 条）である。さらに、不完全履行については明文がないものの、韓国判例は、契約目的を果たすことができない場合に限り、不完全履行を契約解除事由として認めている³²⁾。

民法改正委員会はそれぞれの契約解除事由を三つの条文に散在させることは、解除の意義を一貫したのものとして理解するにあたり、障害になると判断した。したがって、委員会は現行の三つの条文（韓国民法典第 544 条～第 546 条）を「不履行と解除」（改正試案第 544 条）という表題のもと一つの条文で規定することを提案している。

委員会は現行解除制度で必要とされる過失要件を削除し、解除要件の一つとして、「不履行の重大性」を追加した。

ここで委員会は、解除の要件として、「本質的不履行（l'inexécution essentielle）」を要求し、過失要件を排除するに際して、国際的立法動向（CISG、PICC、PDEC など）を参照した。

しかし、委員会は「本質的または基本的不履行（l'inexécution essentielle ou fondamentale）」の要件を追加しないこととした。なぜなら、これは韓国法では馴染みの薄い概念であり、混乱を引き起こしうるとされたからである。これに代えて、委員会は解除を否定する要件として「軽微な不履行」を追加した³³⁾。

30) 改正試案第 538 条の 2（事情変更）：契約成立の基礎となった事情が著しく変更され、当事者が契約成立時に、これを予見することができず、そして、契約を維持することにより、当事者の利益に重大な不均衡をもたらす、または契約を締結した目的を達成することができないときは、当事者は、契約の改訂を請求し、または契約を解除もしくは終了することができる。

31) Cf. Hyun-Jin KIM, « La réforme du droit des obligations – les effets du contrat – », in Rapport des 6^e Journées Franco-japonaises-coréennes de l'Association Henri Capitant (Réforme de droit des obligations), 28-29 août 2015, p. 223 et s.

32) 大法院, 1995.97.25, 95 다 5929.

2. 韓国の国際取引で現れた「法主体間の相互作用の強化」

韓国の契約法を国際取引の領域まで拡張する場合、「法主体間の相互作用の強化」というグローバル化現象を確認することができる。すなわち、韓国は他の国と同様に、国際取引に関わることもあり、多くの国際条約ないし協約に加入している。ここでは、重要事例を中心に簡単に検討することとする。

A. 1980年の国際物品売買に関するウィーン売買条約（CISG）

周知のように、「国際物品売買に関するウィーン売買条約」（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods）は、1980年にウィーンで締結された。韓国も加入しているこの条約は、2005年3月1日から発効し、韓国法秩序の一部となっている。その後、10年以上が経過したこともあり、この条約の適用に関する多くの判決が出されている³⁴⁾。これらの判決は、韓

33) 改正試案第544条（不履行と解除）

第1項 当事者の一方が債務の内容に従った履行をしなないときは、相手方は、契約を解除することができる。しかし、一方の債務不履行が軽微で、契約の目的の達成に支障がない場合には、この限りでない。

第2項 第1項の規定により契約を解除するためには、相手は相当の期間を定めて履行を催告し、その期間内に履行がなされないことを要する。ただし、次の各号の場合には、催告を要しない。

1. 債務の履行が不能となったとき
2. 債務者が事前に履行しない意思を表示したり、債権者が相当の期間を定めて履行を催告しても、その期間内に履行されていないことが明らかであるとき
3. 契約の性質または当事者の意思表示によって、一定の日時または一定の期間内に履行されない場合には、契約の目的を達成することができない場合に、その日時または期間内に履行がなされないとき
4. 遅延後の履行または追完が債権者に利益がない場合、または不合理な負担を与えるとき

第3項 債務の履行が不能である場合、または債務者が事前に履行しない意思を表示したり、履行期が到来しても債務が履行されていないことが明白な場合には、債権者は、履行期前の契約を解除することができる。

第4項 当事者の一方の債務不履行が、債権者に主に責任がある事由に基づく場合、債権者は契約を解除することができない。債権者の受領遅滞中、当事者双方に責任のない事由に債務不履行が発生したときも同様である。

国企業が当事者として問題になるすべての売買契約の準拠法として、この条約が韓国の民法および商法に優先して適用されることを確認している。そして、条約が規律していない事項については、韓国の国際私法によって指定される法を準拠法とするが、いまだ明確ではない部分があるとされる。すなわち、条約の内的欠陥があれば（条約が規律してはいるが、明示的な解決を条約が提示していない場合）、まず「条約の基礎をなす一般原則」（general principles on which it is based）に従わなければならないが（条約第7条第2項）、何がそのような一般原則であるかについては曖昧である³⁵⁾。

B. UNCITRAL 国際電子契約条約

国際的な電子商取引の活性化のため、2005年11月、UNCITRALの主導の下、「国際契約における電子的な通信の利用に関する国連条約」（United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts）が締結された。上記のCISGがオフライン上の国際取引に関する条約とすれば、国際電子契約条約は、オンライン上の国際取引をその対象としているという点で、両者は相互補完的な性格を有している。すなわち、CISGをそのまま電子取引に適用することが難しいため、国際電子契約条約が制定されたといえる。韓国もこの条約に2008年1月に署名したため、韓国国会の批准を受けることにより、この条約は、国内法と同じ効力を持つこととなる。署名してから7年が経

34) 大法院, 2013.11.28, 2011 다 103977; 大邱地方裁判所, 2010.04.29, 2007 가합 11525; ソウル高等法院, 2009.07.23, 2008 나 14857; ソウル中央地裁, 2008.1.2.05, 2007 가합 19698 など。詳細については、石光現, “국제물품매매협약 (CISG) 을 적용한 우리 판결의 소개와 검토”, 국제거래법연구, 제 20 호 제 1 호, 2011, 88 면以下を参照。

35) たとえば、条約第78条は、利息ないし遅延利息の根拠のみを明示し、利息の有無については明示していない。これは利息を計算する具体的なルールを拒否して、通常のルールのみを置くことにした妥協の産物とされる。当事者が利息について合意をした場合にはこれによる。合意がないときは、慣習があれば、これによる（条約第9条）。慣習もない場合には、条約の内的欠陥に該当し、条約第7条第2項（filling gaps）によって補わなければならないが、これに関する一般的な原則が存在するか否かについて不明確であるため、学説でも分かれている。石光現・前掲注 34) 123-124 頁参照。

過したにもかかわらず、韓国国会ではまだ批准がされていない。その理由は、電子取引に関する国内法である「電子文書および電子取引基本法」(以下、電子文書法)と、この条約との間で、内容面において多くの異なる点が存するからである³⁶⁾。これに関連し、学者達の間では、i) このような相違点を勘案すると、混乱が予想されるので、条約の批准に慎重でなければならないという見解³⁷⁾と、ii) 国内取引と国際取引に適用される法律が違うからといって、必ずしも混乱が生じているわけではなく、条約の批准を積極的に推進しなければならないという見解もあり³⁸⁾、iii) 国内法と矛盾する部分においては、国内法を改正して条約を受け入れ、国内法にはない概念は、綿密な検討を通じて、受け入れるか否かについて合意形成をなすべきという見解などがある³⁹⁾。

C. 自由貿易協定 (Free Trade Agreement : FTA)

法のグローバル化と関連して、最も議論がなされている対象の一つが、まさに協定国間の貿易障壁を緩和ないし撤廃する FTA (自由貿易協定) である。韓国もすでに多くの国ないし地域と FTA を締結している。チリ、シンガポール、インド、米国、ペルー、欧州連合、東南アジア諸国連合などが FTA を締結し、発効している。最近締結された (2015.12.20 発効)、FTA 対象国としては、中国、

36) 例えば、この条約は、まず、「電子通信」(Electronic Communication)、「自動メッセージシステム」(Automated Message System) などの用語を使用しているのに対して、韓国の電子文書法は、これらの用語を使用していない。第二に、送信 (dispatch) 時期は、送信者の支配下にある情報システムから離れたとき (条約第 10 条) であるのに対し、韓国の電子文書法は、「受信者またはその代理人が当該電子文書を受信することができる情報処理システムに入力したとき」に、(同法第 6 条第 1 項) 送信されたものとみなす。

37) 왕상한 (Whang, Sang-Han), “전자계약의 현안과 과제 - UN 전자계약협약을 중심으로 -”, 법무부, 2008, 207 면.

38) 최경진 (Choi, Gyeong-Jin), “UN 전자계약협약에 관한 연구”, 중앙법학, 제 11 집 4 호, 2009, 169 면; 홍석모 (Hong, Seok-Mo), “국제전자계약협약에 대비한 기업의 대응방안 연구”, 강원법학, 제 44 권 (2015.02), 879 면.

39) 정진명 (Jeong, Jin-Myeong), “UNCITRAL 전자계약협약의 국내법예의 수용”, 비교사법, 제 16 권 제 2 호, 2009, 82-83 면.

ベトナム、ニュージーランドなどを挙げることができる。

FTA が議論されている理由は、周知のように、協定国に比べて比較的優位にある産業については、輸出と投資が促進されるという利点がある反面、競争力が低い産業は淘汰される可能性があり、国の産業構造が揺がされるという懸念がなされるからである。また、FTA に反するかどうかの法的判断に関する国内裁判所の管轄権が事実上奪われてしまい、最終的には国家主権の弱体化という危機意識⁴⁰⁾にまでつながるのである。

この点に関し、とりわけ問題とされたのは、去る 2011 年に締結された韓米 FTA の法的効力に関するものである。すなわち、韓米 FTA 第 11 章 (chapter 11) は、投資誘致国の恣意的な財産権の侵害を禁止することで、海外投資家を保護し、投資誘致国がこの規範に違反した場合に発生する紛争の解決手続を「投資家 - 国家紛争解決 (invest-state dispute resolution)」に依拠するものとしている。したがって、以前は海外投資家と投資誘致国の政府の法的紛争は、国内裁判所で国内法に基づいて解決されていたが、韓米 FTA 発効後には、米国の投資家は、韓国の裁判所ではなく、国際投資紛争仲裁センター (ICSID) や国際商工会議所 (ICC) から国際商取引法委員会 (UNCITRAL) などに韓国政府を提訴することができるようになった。これに対して、これらの紛争解決手続は韓国の憲法秩序に反するとする主張もある。すなわち、韓国の憲法第 6 条第 1 項の規定により、憲法に基づいて締結および承認された韓米 FTA は、直ちに国内法に吸収されることとなるため、これは韓国の裁判所の管轄事項となるところ、その管轄権を排除することは韓国の司法権を侵害するというものである^{41) 42)}。

40) Cf. Sounyoung EUM, “The Globalization of Law and National Sovereignty – The Connective Perspective on a Concept with a Desire –”, *Democratic Legal Studies*, 2008.

41) Cf. HAN, Sang-Hie, “The Challenge to Constitutionalism of the New World Trade Regime: Some Critics on the Investor-State Dispute Settlement System of the KORUS FTA”, *Law and Society*, 2007, vol. 32, pp. 235-241.

IV. 結論

これまで考察してきたグローバル化と法のグローバル化を勘案すると、グローバル化は人類文化の展開とともに進んで来た歴史的現象であるということを確認することができる。

現代に至り、科学や通信技術の発達とともに、グローバル化は従来のアナログ的な規範体系では、到底、統制不可能な現象として展開しているという点が憂慮される。

法のグローバル化に関連して、まず「法モデルの普遍化」現象は、歴史的にかなり前から現われた現象であり、従来のアナログ体系から大きくはずれるものではない。すなわち、国内に取り入れられた外国法モデルは、結局は国内法体系のなかで定着し、その社会的実効性の有無を別にして、国内法秩序の下で統制されながら機能するからである。

ただし、法文化的な側面において、法のアイデンティティが問題になりうるが、世界各国のそれぞれの文化の歴史的な展開を考えると、相互に異なる文化間の衝突と融合の過程を通じて、常に新しい文化が誕生してきたという点で、アイデンティティについてはそれほど心配すべき問題ではないと思われる。

しかし、「法主体間の相互作用の強化」現象は、とりわけ新自由主義を基盤とした自由貿易協定の場合において、多くの憂慮をもたらしている。この現象を通じて、既に法の脱国家化（超国家化）が進行しており、国境がはっきりしなくなり、主権が弱体化されるという点で、伝統的な国家体系の根幹を揺るがすことになりうる。

特に、今まで人類が追い求めて来た「正義は事実上、国家の統制下において、

42) 伝統的な国内法秩序と裁判所の管轄法理のもと、これらの違憲性の問題は、十分に提起されうる。しかし、今日、法のグローバル化は回避できない現象であり、すでに超国家化ないし脱国家化が進んでいる時点で、このような問題提起にどの程度、実効性があるかについては疑問である。そして、今後どのような方向で法のグローバル化が進むのかは不明確であるため、この問題に関する具体的な論理展開は、筆者の能力を超えた課題であるため、取り扱わないこととする。

法の強制力を通じて実現されてきた」という点を考慮すると、法が国家の統制を脱して生成して作用する場合、正義の実現はいかに期待できるかという根本的な問題に直面する。すなわち、これまで国際関係は冷徹な力の論理によって強者中心に形成されてきたという現実のもと、国家体制が弱体化した場合、弱い立場にある個人の保護をどのように保障することができるのかという問題である。

これらの憂慮にもかかわらず、今日、非常に活発に生起している法のグローバル化は回避することができない現象であることは明白である。

未来的展望としては、これにより伝統的な規範体系と国家体系の解体が展開されるという可能性もある。そして、その過程においては、多くの葛藤と混乱が生じるであろう。

そうだとしても、このような解体が、創造的解体となることを願うばかりである。

〈参考文献〉

- ・ R. Robertson & K. E. White, "Globalization: an overview", in *Globalization: critical concepts in sociology*, I, Routledge, 2003
- ・ Jones, R. J. Barry, *Globalisation and interdependence in the international political economy: rhetoric and reality*, Pinter Publishers, 1995
- ・ B. Mohanan (ed.), *Globalisation of economy: vision of the future*, Gyan Pub. House, 1995
- ・ Hoogvelt, Ankie, *Globalisation and the postcolonial world: the new political economy of development*, Macmillan, 1997
- ・ Thomas Hylland Eriksen (ed.), *Globalisation studies in anthropology*, Pluto Press, 2003
- ・ Spencer Zifcak (ed.), *Globalisation and the rule of law*, Routledge, 2005
- ・ Romano, Frank, *La mondialisation des politiques de concurrence*, Harmattan, 2003

- Henri Pallard & Stamatios Tzitzis (dir.), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Presses de l'Université Laval, 2003
- Christoph Antons & Volkmar Gessner (ed.), *Globalisation and resistance : law reform in Asia since the crisis*, Hart, 2007
- Perrons, Diane, *Globalisation and social change : people and places in a divided world*, Routledge, 2004
- J. Stiglitz, « Globalization and Development », in D. Held & M. Koenig-Archibugi (ed.), *Taming Globalization: frontiers of governance*, Cambridge: Polity, 2003, p. 37
- Stephen D. Krasner, "Sovereignty : Organized Hypocrisy", *Journal of Peace Research*, Vol. 38, No. 3, 1999
- James C. Hsiung, *Anarchy and Order : The Interplay of Politics and Law in International Relations*, Boulder Co., 1997
- Sounyoung EUM, "The Globalization of Law and National Sovereignty – The Connective Perspective on a Concept with a Desire –", *Democratic Legal Studies*, 2008
- Sounyoung EUM, "The Globalization of Law: The Legal Character of the Treaty-Making Power and the Consent of the Legislature to Treaty-Making", *Democratic Legal Studies*, 2006
- HAN, Sang-Hie, "The Challenge to Constitutionalism of the New World Trade Regime: Some Critics on the Investor-State Dispute Settlement System of the KORUS FTA", *Law and Society*, 2007, vol. 32
- 郭允直, 民法總則, 8 版, 博榮社, 2013
- 池苑林, 民法講義, 13 版, 弘文社, 2015
- Ji-Eun LEE, « La réforme de la formation du contrat », in Rapport des 6^e Journées Franco-japonaises-coréennes de l'Association Henri Capitant (Réforme de droit des obligations), 28-29 août 2015
- Hyun-Jin KIM, « La réforme du droit des obligations – les effets du contrat – », in Rapport des 6^e Journées Franco-japonaises-coréennes de l'Association Henri Capitant (Réforme de droit des obligations), 28-29 août 2015

- 石光現, “국제물품매매협약 (CISG) 을 적용한 우리 판결의 소개와 검토”, 국제거래법연구, 제 20 호 제 1 호, 2011
- 왕상한 (Whang, Sang-Han), “전자계약의 현안과 과제 – UN 전자계약협약을 중심으로 –”, 법무부, 2008
- 최경진 (Choi, Gyeong-Jin), “UN 전자계약협약에 관한 연구”, 중앙법학, 제 11 집 4 호, 2009
- 홍석모 (Hong, Seok-Mo), “국제전자계약협약에 대비한 기업의 대응방안 연구”, 강원법학, 제 44 권 (2015.02)
- 정진명 (Jeong, Jin-Myeong), “UNCITRAL 전자계약협약의 국내법에의 수용”, 비교사법, 제 16 권 제 2 호, 2009

【後記】

本稿は、2015年度大陸法寄付講座「大陸法特別講義Ⅰ」の一環として、2015年11月28日に慶應義塾大学で行われた南宮城教授による講演「グローバル化時代における韓国契約法」の原稿を訳出したものである。

同講演原稿の訳出は、科学研究費補助金（若手研究(B)研究課題番号26780056）による助成を受けた研究成果の一部である。