

韩国商法总则和商行为编中民法地位考察

(韩) 金洸禄 (著) / 刘卫锋 (译)*

[摘要] 中国于2017年3月颁布了民法总则,对民法与商法的关系进行了再整理。韩国在独立之后,即实行民商分立的立法例,单独制定了民法典与商法典。对于民法与商法的关系,我们应当从相互完善的立场认定其独立性与自主性。从商法是民法的特别法这一点来看,在规范交易生活关系上,民法与商法存在类似性,在这种情形下,民法作为商法的特别法,也认定并维持商法的特殊性。本文基于这一立场,阐述并分析商法上是否适用于民法的一般规定,以及在商法体系上民法的地位,进而再检讨民法与商法的关系。

[关键词] 民法典 商法典 商法的自主性 普通法 特别法

一、序 论

《韩国商法典》(以下简称“商法”)于1962年1月20日以法律第1000号而被颁布。该商法作为实体成文法,由第1编总则、第2编商行为、第3编公司、第4编保险、第5编海商、第6编航空运输共6编构成。^①而《韩国民法典》(以下简称“民法”)是在1958年2月22日,以法律第471号被颁布。民法与商法一样,作为实体成文法,由第1编总则、第2编物权、第3编债权、第4编亲属、第5编继承共5编构成。

一般来讲,将法律划分为公法与私法时,民法属于私法,私法又可以分为规制财产关系的财产法与规制家族关系的家族法。《韩国民法典》将第1编总则作为根本,又另外规定了作为物权法的财产法、债权法、继承法以及家族法。这样的民法对于人、事项、场所等没有特别的限制,一般来讲,作为适用的法律,具有普通法的地位。而商法是以商人与商行为为中心,仅适用于一定的人、事项、场所等,作为适用的法律,相对于民法,具有特别法的地位。这种民法与商法的普通法与特别法地位在法律的形式构成

* [作者简介] 金洸禄,法学博士,韩国国立忠北大学法学专门大学院教授。

[译者简介] 刘卫锋,法学博士,西北政法大学民法法学院助理教授。

① 《韩国商法典》的规定虽主要是私法规定,但也包括刑法规定、诉讼规定与国际私法规定,即公法性层面。从商法的调整对象是企业来看,第1编与第3编是企业组织的相关条款,而第2编、第4编、第5编与第6编是企业活动的相关的条款。从这一层面来讲,商法可以理解为是企业组织法和企业活动法。

与实质性质上存在差异,而这样的差异则根据各自规定的特别情形以及具体规定的内容可以得知。

尤其是,根据商法第1条的规定,对于商事,若商法典和商事习惯上没有相关规定时,则适用于民法。而民法第1条也规定,若民法典没有相关规定时,根据习惯法确定;若习惯法没有相关规定时,则适用条理。因此,韩国商法对于商事,在一定程度上认定民法的补充性功能。另外,民法作为商法的普通法,当然也适用于商事。在这一层面上,若具体地来看商法第2编商行为编,对于一定的事项,规定补充民法的一般规定或变更适用的内容相当多。这主要是由于商事交易与民事交易不同,是以营利为目的,同时以不特定的多数人为对象持续反复地行为,以及具有有偿性、迅速性与定型化的特征。在这一背景下,若确认民法的一般性内容在商法中是怎样的转变,那么首先应了解民法与商法的具体关系,民法在商法中的地位,从民法层面上来确认商法的立场也具有一定意义。从这一点来讲,首先阐述商法上对于民法具体规定的特殊性,最后再阐明民法在商法中的地位或商法在民法中的地位。

二、商法对民法总则编的特则

(一) 商行为的代理与委任

1. 代理的方式

民法上的代理采取的是显名主义^①,因而,代理人没有表示是为本人的意思表示,视为该意思表示为自己做出。^②但相对人知道或应当知道其为代理人时,则直接对本人产生法律效力。^③对此,商法中的商事代理还包括匿名代理与非显名代理,^④即代理人没有表明本人时,与民法不同的是,其代理效果也归属于本人。但是,相对人不知道代理关系时,则本人与代理人处于不真正连带责任的关系。这种情形下,相对人应当证明不知道为本人的事实。另外,由于相对人的过失而不知道时,是否可以向代理人行使履行请求,则存在肯定说与否定说。但是,否定说更为合理。此外,票据由于遵循外观,因此在票据行为的代理中则不适用匿名代理。

2. 本人的死亡与商事代理的消灭

民法上的代理权是基于本人与代理人之间的信赖关系而存在,本人死亡时,代理权消灭。^⑤然而,商人授予商事营业相关的代理权,即使本人死亡时,代理权也不当然地消灭,代理权在本人的继承人与代理人之间仍存续。^⑥这主要是为了保护与企业交易的第三人,维护交易的安全,以及商人所授予的与营业相关的代理权,作为为了营业的行

① 《韩国民法典》第114条与第115条。

② 《韩国民法典》第115条。

③ 《韩国民法典》第115条但书。

④ 《韩国商法典》第38条。

⑤ 《韩国民法典》第127条第1项。

⑥ 《韩国商法典》第50条。

为，会成为归属于本人的商行为，^① 是基于商行为的授权行为而产生的代理权。

3. 代理权的范围

在民事代理中，代理权范围以外的行为原则上对本人不产生法律效力。^② 受托人根据委任的宗旨，以善良管理者注意的形式处理委任事务。^③ 相反，在商事代理中，只要不违反委任宗旨的范围，即便不是所委任的行为也可以作为。^④ 有的学者认为这是作为民法上的例外规定，将代理权的范围进行扩张的结果。然而，相比于将此视为民法的例外规定，还不如将其视为民法原则的扩充。即在不违反委任宗旨的范围内进行不是受到委任的行为最终是根据委任的宗旨，以善良管理者的注意义务形式处理委任事务。因此，商行为的受托人可以根据状况的变化及时处理委任事务。

(二) 消灭时效

民法上债权的消灭时效为 10 年。^⑤ 相反，基于商行为而产生的债权的消灭时效是 5 年。^⑥ 但是，由于商行为所产生的债权至少对于当事者一方是因商行为而产生的，不是基于一般交易行为而产生的债权。即对于因不当得利返还请求权或由于不法行为而产生的损害赔偿请求权等法定债权，原则上适用民法上的消灭时效。

三、商法对民法物权编的特则

(一) 商人之间的留置权

1. 商事留置权

民事留置权是指占有他人物权或有价证券者，对于该物件，直到债权清偿时为止可以留置该物件的权利。^⑦ 例如，手表修理商直到收到修理费用时为止可以留置修理的手表，并拒绝返还。只要债务人不支付修理费，留置权具有可以间接地强制支付修理费用的作用。在留置权中，对于该物件所产生的债权，作为法律上所产生的法定担保物权，如上所述，除手表修理费的情形下，在生活关系中，相互交换书包时，也认定可就书包成立留置权。对于留置权，留置权人是否可以积极地竞卖留置物则成为问题。然而，其他债权人在竞卖该物件中，若竞买人被确认，那么竞买人只有先从竞买价额中向留置权人支付其债权额才可以获得该物件，因而事实上留置权人优先可以得到偿还。

在商事留置权中，根据企业活动的信用保护的特别需要，为了强化商事债权的物的

① 《韩国商法典》第 47 条。

② 《韩国民法典》第 114 条与第 126 条。

③ 《韩国民法典》第 681 条。

④ 《韩国商法典》第 49 条。

⑤ 《韩国民法典》第 162 条。

⑥ 《韩国商法典》第 64 条。

⑦ 《韩国民法典》第 320 条与第 328 条。

担保, 相比于民事留置权, 进一步完善其成立要件, 并准用民事留置权的规定。所谓的商人间的留置权是指由于商人之间的商行为而产生的债权具有偿还期时, 只要当事人之间没有特别约定, 直到偿还期时为止, 可以留置自身所占有的债务人的物件或有价证券的权利。^①

2. 商人留置权的成立要件

(1) 当事人。商事留置权的双方当事人应当是商人, 即便是小商人也无妨。另外, 在商事留置权成立后丧失商人资格也无妨。从这一点来讲, 与代理商的留置权类似,^②而与民事留置权,^③ 委托买卖人、运输周旋人、陆上运输人、海上运输人等所认定的特别商事留置权也不同。^④

(2) 被担保债权。一方面被担保债权应当是因商行为而产生的债权, 且具有偿还期。从这一点来讲, 与民事留置权上限于留置标的物上而产生的债权才能成为被担保债权相区别。^⑤ 另一方面, 在被担保物具有偿还期这一点上, 与民事留置权和特别商事留置权类似。

(3) 留置标的物。商事留置权的留置标的物是债权人对于债务人因商行为而占有的债权人的物件或有价证券, 当然也包括不动产。占有取得的原因应当是与债务人的商行为。这种情形下, 不仅限于双方的商行为, 只要对债权人来讲是商行为即可。另外, 不仅包括直接占有, 也包括间接占有。对于标的物与被担保债权的牵连性, 在民事留置权的情形下, 被担保债权必须基于标的物而产生, 要求双方当事人之间具有牵连关系。然而在商事留置权中, 不要求被担保债权与标的物存在牵连关系。

(4) 商事留置权的特征。对于留置权排除的特别约定, 商事留置权虽是法定担保物权的一种, 但是当事人可以通过其他约定排除商人留置权的成立。^⑥ 在不具有明文规定的民事留置权中, 也应当视为当事人可以通过特约而排除留置权。另外, 对于商人之间的留置权效力, 由于商法上没有其他规定, 因而准用于民法的规定。因此, 留置权人直到收到债权偿还时为止, 占有其标的物, 并可以拒绝将其返还,^⑦ 为了收到债权的偿还, 可以变价标的物。变价的方法原则上是竞卖,^⑧ 但具有正当事由时, 可以进行简易偿还。^⑨

另一方面, 商人之间的留置权因被担保物权的消灭、转让以及标的物的灭失等而消灭, 在丧失标的物占有时,^⑩ 由于违反留置权人义务, 而债务人请求留置权的消灭时,^⑪

① 《韩国商法典》第 58 条。

② 《韩国商法典》第 91 条。

③ 《韩国商法典》第 320 条。

④ 《韩国商法典》第 111 条、第 120 条、第 147 条、第 800 条第 2 项。

⑤ 《韩国商法典》第 320 条。

⑥ 《韩国商法典》第 58 条但书。

⑦ 《韩国商法典》第 320 条第 1 项。

⑧ 《韩国商法典》第 322 条第 1 项。

⑨ 《韩国商法典》第 322 条第 2 项。

⑩ 《韩国商法典》第 328 条。

⑪ 《韩国商法典》第 324 条第 3 项。

债务人提供相当的担保，而请求留置权消灭时而消灭。^①

（二）商事质权

1. 民事质权

质权意味着作为债权的担保，债权人从债务人或第三人的物上保证人所收到的担保物权。^②在债务得不到偿还时，通过留置物件而间接地强制债务偿还，同时在未得到偿还时，从该质物上可以优先得到偿还。质权作为像担保权一样的约定担保物权，作为收到金融手段而被利用。可以设定的质权包括像动产、债券、股票、特许权等一样可以转让的权利。而对于不动产则只能设定抵押权。

另外，基于质权设定行为或偿还期前的合同，债务人没有履行债务时，质权人则取得质物的所有权或约定不依据法律规定的方式而处分质物。对于债权人，即质权人，为了确保其债权，可以非常便利地使用质权，但是稍微不注意，就可能会导致利用债务人困窘的状态，取得高额的质物而产生不当得利，因而对在经济上处于弱者地位的债务人保护的必要性被提起。

民法禁止流质契约，即质权设定人不得在质押合同中约定当债务履行期届满、债权人未获得清偿时，质物的所有权即转归债权人所有。^③但是，在偿还期后所签订的流质契约，由于没有考虑利用当事人的困窘状态而取得暴利，因而允许流质契约。

2. 商事质权

民法第 339 条的流质合同禁止条款不适用于在担保因商行为而产生债权中设定的质权。这主要是由于商人对于资产的经济行为具有充分的防御能力，以及谋求债权人质权实行的简易化，同时基于企业金融的便利与灵活。

另外，在商事质权中，因商行为而产生的债权，不仅包括基于双方商行为而产生的债权，也包括基于单方商行为而产生的债权。但是，当债务人为非商人时，由于不像商人一样具有自身的防御能力，因而有必要进行保护。鉴于此，除债权人为非商人的情形之外，债务人为非商人时，则不适用于商事质权的规定。

四、商法上对于民法债权编的特则

（一）合同的成立

1. 要约的效力

（1）对话者之间的要约。在对话者之间，接受合同要约者未及时做出承诺时，则丧失其效力。在民法中，虽没有这样的规定，但要约的效力仅限于对话成就期间产生效力，因而在民法上适用同一解释。

^① 《韩国商法典》第 327 条。

^② 《韩国民法典》第 329 条与第 355 条。

^③ 《韩国商法典》第 59 条。

(2) 异地者之间的要约。在异地者之间的要约中, 承诺期间被确定时, 民法上采取的是到达主义, 即在异地者之间确定承诺期间时, 在承诺期间内, 若没有收到承诺的通知时, 则要约不产生效力。^① 但是, 商法上并没有做出相关的规定, 因而在商事交易中, 则适用于民法上的基本原则, 即到达主义。

另外, 在异地者之间的要约中, 在承诺期间未确定时, 根据商法的规定, 除异地者之间未确定承诺期间的情形外, 在未确定承诺期间时, 相对方发送承诺时则视为合同成立, 对于到达的风险由要约人承担, 即采取发信主义。^② 对此, 现行民法第 531 条规定了异地者之间的合同在发送承诺通知时成立。然而, 根据《欧洲合同法原则》、《联合国国际货物销售合同公约》, 以及《国际商事合同通则》(第 2 条与第 6 条) 中的相关规定, 异地者之间进行交易时, 无论确定承诺期间还是不确定承诺期间, 所采取的都是到达主义的原则。现行民法第 531 条也考虑到这种国际整合性, 将其修订为到达主义。根据商法第 52 条的规定, 在异地者之间, 未确定承诺期间时, 仅限于国内商事交易中适用发信主义。但是, 2010 年修订商法时废除了第 52 条, 对于异地者之间的交易, 与承诺期间的确定与否没有关系, 一律实行到达主义。

(3) 合同的成立时期。由于商法上没有特别的规定, 因而适用于民法上的一般规定。即发送承诺通知时成立。^③

2. 要约受领人的义务

(1) 承诺与否的通知义务。民法上接受合同要约人不具有通知承诺与否的义务。即若没有要约受领人明示或默示的意思表示, 合同视为不成立。但是, 商法上接受合同要约人应当及时发送承诺与否的通知义务, 怠于该行为时, 则视为承诺,^④ 即所谓的要约受领人的承诺与否通知义务。

(2) 物件保管义务。民法上, 与要约一起, 收受物件的要约受领人在拒绝其要约时, 不承担返还或保管该物件的义务。但是, 与民法不同, 商法上规定了与要约一起而收受物件时, 在拒绝该要约时, 具有保管该物件的义务, 因保管而产生的费用由要约人承担。^⑤ 但是, 当该物件的价额不能偿还因保管而产生的费用时, 或者考虑该保管可能对保管人造成损害时, 则不承担保管义务。^⑥ 另外, 要约受领人若不履行保管义务, 则对因此而造成的损害应当承担损害赔偿责任。

① 《韩国民法典》第 528 条第 1 项。

② 《韩国商法典》第 52 条第 1 项。

③ 《韩国民法典》第 531 条。

④ 《韩国商法典》第 53 条。

⑤ 《韩国商法典》第 60 条本文。

⑥ 《韩国商法典》第 60 条但书。

（二）行为的有偿性

1. 商人的报酬请求权

民法上为了他人而从事的行为原则上是无偿的,^①但是商人在其营业范围内,为了他人而从事行为时,尽管没有特别的约定,也可以请求相当的报酬。^②这种情形下,所谓的营业范围内的行为不仅包括基本商行为,也包括辅助商行为,即包括像债务的保证或者票据的认购一样的行为,也包括像保管或运输一样的事实行为。另外,为了他人的行为是指该行为在法律上或事实上可以归属于他人的效果,该行为的原因不一定需要存在委托关系,也不管是否成为他人的利益。

2. 法定利息请求权

所谓的消费借贷,是指当事人一方约定向相对方转移金钱等其他替代物的所有权,而相对方约定返还同一种类、质量与数量相同的物而成立的合同。^③金钱消费借贷最具有代表性便是民法上的消费借贷合同。所谓的消费借贷合同,即通过借方与贷方之间协商而成立的诺诚合同。在消费借贷中,存在着支付利息的情形与不支付利息的情形,借方的利息支付义务根据特别约定而产生。如此,民法上的消费借贷原则上是无利息的,但是在商人之间的金钱消费借贷情形下,尽管当事人没有特别的约定,贷方也可以请求法定利息。^④

3. 垫付款的利息

对于垫付款,若不是基于委托,原则上不具有利息支付请求权。但是,商人在营业范围内,不论是商人还是非商人,为了他人而垫付金钱时,可以请求法定利息。^⑤这时,对于利息请求权与垫付行为的报酬请求权可以分开行使。另外,对于法定利息,民法上规定了法定利息率是5分/年。^⑥相反,商法上因商行为而产生债务的法定利息是6分/年。^⑦

（三）债务的履行

1. 履行的场所

对于债务的履行场所,商法上没有做出特别的规定,但是由于分支机构交易而引起的所持债务的履行场所则为分支机构。^⑧鉴于此,只能适用民法上关于履行场所相关的基本原则。具体来讲,对于特定物的移交义务,由于该债务的性质或当事人的意思表示而没有确定偿还场所时的履行场所则为债权成立当时的物件所在地。^⑨

① 《韩国民法典》第686条、第701条与第707条。

② 《韩国商法典》第61条。

③ 《韩国民法典》第598条与第608条。

④ 《韩国商法典》第55条第1项。

⑤ 《韩国商法典》第55条第2项。

⑥ 《韩国民法典》第379条。

⑦ 《韩国商法典》第54条。

⑧ 《韩国商法典》第56条。

⑨ 《韩国民法典》第467条第1项。

但是,对于特定物以外的债务偿还,作为所持债务,应当在债权人现住所履行,但是与营业相关的债务的履行场所应当为债权人的现营业所。^①在债权人的分支机构,对于因交易所产生债务的履行场所,根据该行为的性质或当事人的意思表示而没有特定时,特定物移交以外的债务履行则是将其分支机构视为履行场所。^②另外,证券债务,即指示证券和无记名证券等的债务履行场所没有被确定时,作为讨取债务,将债务人的现营业场所视为履行场所;不具有营业场所时,则将现住所视为履行场所。^③

2. 履行请求

根据法令或习惯,营业时间没有被确定时,债务的履行或履行请求在该时间内履行。^④对此,通说认为,根据民法的基本原则以及交易习惯或信义原则确定。因而,相比于民法上的特则,商法上规定的当然原则相对比较合理。

(四) 商事债权的连带责任

1. 多数债务人的连带责任

根据民法的基本原则,债务人为数人时,只要没有特别的约定,原则上根据均等原则分割债务。^⑤相反,作为商法的特则,当债务人为数人时,各个债务人负有连带责任。^⑥为了适用这一原则,应当满足一定的要件,即为了满足商法上多数债务人承担连带责任,作为债务发生原因的行为,债务人1人或者全员的行为应当为商行为。另外,该债务应当基于数人债务人或一个共同行为而承担,因各自个别的行为而产生的债务则不适用于该规定。

2. 保证人的连带责任

(1) 民法的基本原则。作为民法的基本原则,民法上的保证人具有催告与检查的抗辩权,^⑦保证人为数人时,具有按照各自均等的比率承担保证债务的各自利益。^⑧在这种情形下,所谓的催告抗辩权是指债权人在向保证人请求履行债务时,保证人证明主债务人具有偿还资历的事实或易于执行的事实的基础上,可以向主债务人抗辩的请求。^⑨尽管保证人具有抗辩权,但对于债权人,若没有对主债务人进行催告,而以后又不能从主债务人那里获得偿还时,若及时进行催告,可以在得到偿还的限度内,从保证人那里得到偿还。^⑩所谓的检查抗辩权是指债权人向主债务人催告后,向保证人请求履行时,保证人可以再次证明主债务人具有偿还资历的事实或易于执行,先向主债务人执行,并

① 《韩国民法典》第467条第2项。

② 《韩国商法典》第56条。

③ 《韩国商法典》第65条、第516条。

④ 《韩国商法典》第63条。

⑤ 《韩国民法典》第408条。

⑥ 《韩国商法典》第57条第1项。

⑦ 《韩国民法典》第437条。

⑧ 《韩国民法典》第439条。

⑨ 《韩国民法典》第437条本文。

⑩ 《韩国民法典》第438条。

拒绝其请求的抗辩。^①

(2) 商法特则。商法上的保证是商行为，或者主债务因商行为而产生时，主债务人与保证人承担连带责任。^②在这种情形下，所谓的保证的商行为是指作为商人为了其营业而进行保证，保证对于保证人的商人是辅助商行为或准商行为的情形。另外，主债务是因商行为而产生的情形是指主债务的发生原因是基于商行为的产生而产生的。这时的主债务应包括因主债务人的商行为而产生的债务，不包括对于债权人属于商行为的情形比较合理。另外，保证人不具有催告与检查权，与主债务人负连带偿还的责任。^③

(五) 商事买卖

1. 商事买卖的意义

所谓的商事买卖，是指当事人双方均是商人的买卖，包括基本商行为与辅助商行为。商法上商事买卖的特则由于仅适用于商人之间的买卖，因而不适用于单方的商行为。

2. 出卖人的提存权与拍卖权

对此，作为民法上的一般原则，民法上的买受人迟延受领买卖标的物时，出卖人可以行使提存权与拍卖权，^④不承担标的物的交付义务。这种情形下，提存是原则，拍卖是指标的物提存不合适或所以标的物灭失、毁损，以及为了提存可能支付过多费用时，经法院许可可以进行拍卖。^⑤相反，作为商法的特则，对于提存权，在商人之间的买卖中，买受人拒绝标的物的受领或不能受领时，出卖人提存该物件，由此产生的费用与风险由买受人承担。^⑥出卖人提存物件时，应当及时地向买受人发送通知。^⑦

另外，作为商法上的特则，对于拍卖权，在商人之间的买卖中，买受人拒绝受领或不能受领时，出卖人在相当时间内催告后可以拍卖该物件。^⑧当对买受人不能催告或考虑到标的物可能灭失或毁损时，可以不进行催告，直接进行拍卖。^⑨出卖人拍卖标的物时，应当及时地向买受人发送通知，懈怠时，则承担损害赔偿责任。商法上的拍卖由于是将其作为买受人的计算，因而在拍卖时，出卖人处于与受托人一样的地位。基于此，出卖人可以请求拍卖费用的偿还。同时，扣除拍卖费用后的金额应当提存，但在该金额中，拍卖金额的全部或部分应当充当买卖款项。^⑩若根据民法的基本原则，出卖人只能提存拍卖金额。^⑪相反，若拍卖存在违法时，出卖人的出售将不被视为自己的计算，即

① 《韩国民法典》第 437 条。

② 《韩国商法典》第 57 条第 2 项。

③ 《韩国商法典》第 57 条第 2 项。

④ 《韩国民法典》第 487 条与第 490 条。

⑤ 《韩国民法典》第 490 条。

⑥ 《韩国商法典》第 67 条第 1 项。

⑦ 《韩国商法典》第 67 条第 1 项。

⑧ 《韩国商法典》第 67 条第 1 项。

⑨ 《韩国商法典》第 67 条第 2 项。

⑩ 《韩国商法典》第 67 条第 3 项。

⑪ 《韩国民法典》第 490 条。

出卖人不能向买受人主张拍卖的效力。

3. 买受人检查标的物与瑕疵通知义务

作为民法的基本原则，民法对于买卖标的物存在瑕疵或数量不足时，出卖人应承担瑕疵担保责任。买受人可以请求价款的减免。买受人若为善意，也可以解除合同并提出损害赔偿请求。买受人为恶意时，自合同生效之日起1年内可行使上述权利；当买受人为善意时，自知道该事实之日起1年或6个月内行使上述权利。^①

但是，作为商法的特则，在商人之间的买卖中，民法基本原则中没有规定的标的物的检查、瑕疵通知义务则附加给买受人。即买受人在受领标的物后，应当及时检查，发现瑕疵后应当及时地通知。若没有通知，除出卖人恶意的情形外，不得请求价款减免、解除合同以及损害赔偿请求。但是，当该瑕疵不能被及时发现时，若在6个月内发现并进行通知时，该权利并不丧失。^②

4. 买受人的保管、提存、拍卖义务

根据民法的一般原则，由于买卖标的物的瑕疵或数量不足，买受人解除合同时，各当事人不具有恢复原状的义务，买受人仅负有返还标的物的义务，即买受人对于超过数量的部分，返还超过部分即可，不需承担保管义务。^③

但是，作为商法的特则，在商人之间的异地买卖中，买受人因受领的标的物有瑕疵或数量不足而解除合同，或者超过数量时，不将标的物发送给出卖人，由买受人保管或提存，费用由出卖人承担。^④考虑到标的物的灭失或毁损，经法院许可拍卖，其价款应保管或提存，这种情形下的拍卖又称为紧急出售。这时，买受人应及时地向出卖人发送通知。^⑤买受人违反保管、提存或拍卖义务时，应当向出卖人承担损害赔偿责任。

5. 确定期买卖

确定期买卖是指根据买卖的性质或当事人的意思表示，在一定期间内不履行时，不能达成合同目的的买卖。即该履行期决定合同的成就，且应当构成买卖的本质性要素。若单纯地确定履行期间，则不能称为确定期买卖。对此，作为民法的基本原则，对于民法上的定期行为，若债务人迟延履行时，债权人即便不催告，^⑥也仅凭意思表示就可以及时解除合同。^⑦

相反，作为商法的特则，在商人之间的确定期买卖中，当事人一方超过履行期间时，即便对相对方没有做出解除的意思表示，也视为合同的解除。^⑧因此，相对方若希望买卖合同的存续，应当及时地请求履行。对于这样的确定期买卖的当然解除，仅适用于商人之间的、作为商行为的买卖。另外，根据买卖的性质或当事人的意思表示，若在

① 《韩国民法典》第570条至第575条、第580条至第582条。

② 《韩国商法典》第69条。

③ 《韩国民法典》第548条。

④ 《韩国商法典》第70条第1项。

⑤ 《韩国商法典》第70条第2项。

⑥ 《韩国民法典》第544条。

⑦ 《韩国民法典》第545条。

⑧ 《韩国商法典》第68条。

一定时间或期间内履行时，应当是不能达成合同的目的的。另外，应当是基于债务人归责事由中的债务不履行。即便不存在归责事由时，有的学者主张也适用，但是若解除，根据合同解除的一般法理，债务人负有恢复原状的义务和承担损害赔偿的责任，而对于没有过失的债务人，附加这样的义务难免不妥。最后，相对方没有及时地请求履行。^①若具备上述要件，确定买卖合同则视为当然解除。^②债权人因履行时期经过而造成损害时，可以请求赔偿。^③

6. 无偿受领人的注意义务

对于无偿受领人的注意义务，民法规定了与自己财产承担统一的注意义务。^④但是，在商法上，商人在其营业范围内收到物件的寄存时，即便无偿，也要承担善良管理人的注意义务。^⑤相比民法，加重了注意义务。^⑥

五、结 论

商法在中世纪时曾是商人之间的自足法、阶级法。法国 1804 年民法典与 1807 年商法典的分离，使商法作为民法的特别法而诞生。法国商法典随后又成为 1861 年德国普通统一商法典的模范。1897 年德国新商法典从内容上完全脱离德国民法典而独立出来。如此，商法是以企业活动为调整对象，因而是规范一般私法生活关系的民法的特别法。对于企业活动关系，仅有民法的规定并不充分，且不适当。商法作为民法的特别法，对于商事，也可以补充民法的规定而适用。^⑦变更民法的原则规定，设置例外规定，^⑧或者从独立的角度，完全创设特殊新制度而适用。^⑨

尤其是，有的学者主张，由于商法与民法具有相当的关联性，因而并不能明确并固定其界限。因此，初始属于民法的制度也可以编入商法中，商法上的原则或制度普遍化，也可以规定民法的制度。在这种情形下，商法上的规定被民法所吸收时，即所谓的民法的商化现象。这种现象在旧民法上证券债权的转让可以仅通过意思表示而产生效力，证券的背书与交付虽然是对抗要件，但现行民法接受票据的转让方式，并确定证券性债权的转让方式为背书和交付等。^⑩然而，即便存在这种现象，也不能解决商法与民法界限的不明确性或通过民法解决商事相关事项。这就是关于在《韩国商法典》的总则与商行为编中，民法应怎样修订或变更而编入商法中的问题。因此，在规范国民生活关系的原则上，虽然民法与商法存在共同点，但是民法与商法由于在适用对象的生活关系

① 《韩国商法典》第 68 条。

② 《韩国民法典》第 548 条与第 549 条。

③ 《韩国民法典》第 551 条。

④ 《韩国民法典》第 695 条。

⑤ 《韩国民法典》第 681 条。

⑥ 《韩国商法典》第 62 条。

⑦ 《韩国商法典》第 1 条。

⑧ 《韩国商法典》第 54 条、第 59 条与第 64 条等。

⑨ 《韩国商法典》第 18 条、第 29 条与第 34 条等。

⑩ 《韩国民法典》第 508 条、第 510 条；《韩国票据法》第 11 条与第 14 条。

上，两者分别具有独立的、特殊的性质。这在过去已经被主张过民商立法统一论，但是随后又认定了民法与商法的特性，抛弃了民商立法统一论。最后，中国在具体制定民法时，可以以此为契机，商法，相比于一般私法性的生活关系，则是通过规范特殊的企业活动关系，在认清民法与商法关联性与界限的基础上，进而促进私法理论的真正发展。

A Study on the Legal Status of Civil Law Presented in the Parts of General Provisions and Commercial Activities of Korean Commercial Law

Kim Kuangrok (author) /Liu Weifeng (translator)

[Abstract] China has stepped into a new era regarding the relationship between civil law and commercial law since the General Provisions of the Civil Law has been enacted in March, 2017. Worthwhile, Korea has such a long history of civil law and commercial law, since Korean Civil Act first enacted in 1958 and Korean Commercial Act in 1962. In Korea, the independent status of civil law from commercial law is acknowledged. But the status of commercial law is special from the general status of civil law. Commercial law specifies some special arrangements of civil law to regulate some relationship in transactions whereas the same would happen in the similar circumstances of civil law. This article examines the general status of Civil Act and Commercial Act in Korea through studying some special regulations under the Korean Commercial Act in order to give some suggestions to China's future practices.

[Key Words] civil law, commercial law, the independence of commercial law, basic law, special law

责任编辑：罗玥