

2017年第四届韩国法论坛日程表

日期：2017.5.20 地点：山东政法学院

时 间		地 点	活 动 内 容	主 持 人
5 月 19 日	8:00--23:00	济南市燕子山庄2号楼一楼大厅	注 册	
	8:30-9:00	燕子山庄6号楼二楼会议室	开幕式致辞 吕 涛（山东政法学院院长） 谷昭民（中国法学会对外联络部部长） 任 伟（山东省法学会专职副会长） 金河禄（延边大学教授 韩国法研究会会长） 伊势田道仁（日本关西学院大学教授） 韩相敦（韩国亚洲大学教授 韩中法学会会长）	亓宗宝 (山东政法学院副院长)
	9:00-9:30		纪念合影 / 茶歇	
5 月 20 日	9:30-11:50	燕子山庄2号楼二楼会议室	1. 中韩“国际网络犯罪”共助司法体系的构建 发表：张霞（山东政法学院） 2. 朝鲜半岛统一国籍法之国民研究 发表：严海玉、朴雪（延边大学） 3. 瑕疵决议诉讼中裁量驳回制度的规范分析 发表：南玉梅（武汉大学） 4. 中韩检察机关侦查权比较研究 发表：孙明泽（西南政法大学） 点评：韩相敦（韩国亚洲大学） 张式军（山东大学） 朴顺善（黑龙江大学）	张月满 (山东政法学院)
	12:00-13:30		午 餐	
	第一分会场 (公法)	燕子山庄 2号楼	1. 韩国现行的监护治疗制度及其启示 发表：金昌俊（延边大学）	周文升 (山东社会科学杂志主
	14:00-15:30	二楼会议	2. 韩国在网络空间上青少年违法犯罪的预防	

		室	发表：皇甫明国（青岛大学） 3. 非法集资类案件犯罪行为分析--与韩国刑事法律相比较的视角 发表：王翠霞（山东政法学院） 点评：张爱艳（山东政法学院） 史进元（西安石油大学）	编）
15:30-15:40			茶歇	
15:40-17:10		燕子山庄 2号楼 二楼会议 室	4. 中国留学生在韩法律维权现状及改善方案 发表：汪鹏（西北政法大学） 5. 关于地方自治权学说与地方自治类型的小考 发表：朴大宪（韩国首尔大学） 6. 大气污染防治中韩比较研究 发表：李明璽（安阳师范学院） 点评：林宗浩（兰州大学） 蔡永浩（延边大学） 金圣姬（延边大学）	卢青锡 (延边大学)

15:40-17:10	燕子山庄 6号楼 二楼会议 室	5. 韩国操作证券市场行为法律规制判例研究 发表：张珍宝（韩国忠北大学） 6. 韩国门户网站侵害名誉权判例分析 发表：闵瑛美（北京大学） 7. 韩国船舶融资的最新法学争论 发表：卢恩泳（韩国成均馆大学） 丁大（韩国海洋大学） 点评：马光（浙江大学） 任虎（华东理工大学） 黄载善 法务法人正律（中国）	隋洪明 (山东山东 政法学院)
17:20-17:30	闭幕式	1. 讨论韩国法研究会组织问题 下届论坛主题、地点、时间等事宜 2. 闭幕词：元宗宝副院长 金河禄会长	蔡永浩 (延边大学)

备注：首届中日韩自贸区前沿法律问题研讨会暨第四届韩国法论坛开幕式一起进行。

		燕子山庄 6号楼 二楼会议 室	1. 中韩 FTA 协定中知识产权条款分析 发表：任虎（华东理工大学） 2. 论中韩 FTA 上贸易救济制度 发表：姜文卿（全北大学） 3. 中韩 FTA 及其对中日韩 FTA 的启示 发表：马光（浙江大学） 4. 关于政策性财税使用的约束 发表：朴常赫（常州大学） 点评：金河禄（延边大学） 吴日焕（中国政法大学）	钱建平 (渤海大学)
14:00-15:30			茶歇	
15:30-15:40				

目 录

中韩“国际网络犯罪”共助司法体系的构建.....	张霞、赵炳宣 1
朝鲜半岛统一国籍法之国民研究.....	严海玉、朴雪 9
瑕疵决议诉讼中裁量驳回制度的规范分析.....	南玉梅 20
中韩检察机关侦查权比较研究.....	孙明泽 32
韩国现行的监护治疗制度及其启示.....	金昌俊 43
韩国在网络空间上青少年违法犯罪的预防.....	皇甫明国 54
非法集资类案件犯罪行为分析—与韩国刑事法律相比较的视角.....	王翠霞 63
在韩中国人权益保护现状与纷争的应对措施研究.....	汪鹏、黄盼盼 65
关于地方自治权学说与地方自治类型的小考 —基于中韩学界对地方自治权理论的探究.....	朴大宪 75
大气污染防治中韩比较研究.....	李明璽 83
中韩 FTA 协定中知识产权条款分析.....	任虎 85
论中韩 FTA 上贸易救济制度.....	姜文卿 86
中韩 FTA 及其对中日韩 FTA 的启示.....	马光 94
关于政策性财税使用的约束—以韩国的政策性财税为中心.....	朴常赫 112
韩国操纵证券市场行为法律规制判例研究.....	张珍宝 127
韩国门户网站侵害名誉权判例分析.....	闵瑛美 138
韩国船舶融资的最新法学争论.....	卢恩泳、丁大 144
中韩自由贸易区争端解决模式的选择.....	金玄武、阚竹青 163
韩国环境侵权行政救济制度对我国的启示及其借鉴.....	金圣姬 178
浅析检察机关审查起诉阶段非法证据排除程序.....	史进元 186
中国特色的刑法变通初探.....	韩相敦 198
韩国油类污染损害赔偿法研究.....	郝会娟 209
浅析中韩环境污染犯罪及立法完善.....	安俊衡、马娟 226

中韩“国际网络犯罪”共助司法体系的构建

张霞 赵炳宣

摘要：随着近年来中韩经济贸易的扩大，发生在中韩两国的经济犯罪也大量增加，这其中，利用网络进行犯罪活动增加迅猛。由于网络犯罪瞬间实现巨大犯罪收益的诱惑力，使得现有的犯罪集团包括恐怖组织在内利用网络犯罪的关联性在不断扩大，而且也有造成严重损失的趋势。虽然网络犯罪者们利用互联网可以轻而易举地越境犯罪，然而中韩刑事司法机关对网络空间的侦查，使得越境犯罪变得不是那么容易，本文通过几起“国际网络犯罪”案例在探讨韩国网络犯罪侦查的问题点基础上，提出了韩国和中国侦查协作的问题点以及需要构建共助的司法体系的解决方案。

关键词：国际网络犯罪 偷查协作 解决方案 共助的司法体系

一、中韩两国的“国际网络犯罪”的现状

无论是中国还是韩国，都已经正式进入了网络年代，然而，与此相伴生的是，两个国家网络不良行为也与日俱增。随着互联网技术的飞速发展，网络世界中的犯罪使得国境的概念变得毫无意义。如，在A国犯罪者盗用B国的互联网地址，对C国的人造成损失，却通过D国银行将犯罪收益转移到E国，而这一切都做得毫无痕迹。这种情况，在中韩两国都叫做“计算机网络国际犯罪”或者“国际网络犯罪”。这里的“国际网络犯罪”是指犯罪的发生或结果涉及许多国家的“国际性犯罪”的意义，也可以说是“超国家的网络犯罪”。¹

从频频发生的案例中我们可以看到，在中韩两国制作病毒攻击网站，进行个人信息的不法交易和非法换钱交易等，已经形成了组织严密、分工明确的体系。犯罪人中既有韩国人也有中国人。对于在韩国的犯罪人，韩检方在掌握足够证据后，可以马上起诉他们。在他国境内的犯罪因为没有他国警方的合作，想要追捕犯人几乎是不可能的。请看以下案例：

* 张霞，女，山东政法学院法学教授，硕士生导师，法学博士，研究方向为刑事法学。赵炳宣，青州大学教授，法学博士，博士生导师。

¹ 李昌水(이창수)，“超国家网络犯罪的国际协作活性化方案及先决课题”，刑事法新动向 第21号(2009.8)，第94-151页。

犯罪嫌疑人从2003年12月起，开始利用恶性程序‘变种 Peep’²和‘变种 Revacc’³，以发送邮件的方式伪装攻击防御较弱的韩国民间系统。通过这一程序的链接功能瘫痪公共机关类似防火墙的入侵报警系统。在控制这一系统后，利用恶性程序的监视和文件传输功能，来获取系统内的大量内部信息。需说明的是，2004年2月首先一个民间A研究所感染了此病毒。以此为攻击据点，从2004年4月到6月，韩国10多个公共机关大约222多台计算机和民间机关大约79台计算机被黑客攻击过。当时122名公务员、评论人和新闻记者的电子邮箱账号被盗用。进行攻击的恶性代码多为汉语书写，韩国警务厅联合外交通商部一起通过公函向中国公安局提出协助侦查的请求，但是因为当时两国间没有合作侦查协议，最终导致这些犯罪人逍遙法外。

网络犯罪的特征是国际分工明确、组织严密，单靠一个国家追踪打击犯罪是很难的，这不仅仅指中韩两国之间，更是需要国际间、普遍性的合作。如，美国2008年8月逮捕了11名网络犯罪者。从国籍上看，有3名美国，1名爱沙尼亚，3名乌克兰，2名中国人，1名白俄罗斯人。他们通过攻击美国大型超市和书店的计算机盗取了大约4,100万条个客户信用卡及支付卡信息，将这些信息保存在爱沙尼亚和美国的服务器上。一方面将这些信息通过互联网卖给东欧人，另一方面从中国人那里购入空白卡片录入信息，通过自动提款机在境外大量套现。同时，利用美国及外国电子银行或者东欧国家的银行账户将犯罪收益漂白。⁴即，犯罪者、证据资料、犯罪收益、犯罪手段都不是在一个国家完成的，而是分散在许多国家。另外，某个国家针对犯罪组织的活动自己不能防止黑客攻击的话，可以雇佣网络犯罪专家来阻止类似犯罪的发生。由于网络犯罪瞬间实现巨大犯罪收益的诱惑力，使得现有的犯罪集团包括恐怖组织在内利用网络犯罪的关联性在不断扩大，而且也有造成严重损失的趋势。

二、韩国网络犯罪侦查的问题点

侦查的首个阶段是要查找犯罪者在网络上的“IP地址”。但是和普通的物理证据不同，网络世界中的数据具备变换地址等非连续性，所以要迅速确定犯罪“IP地址”。如果侦查机关的侦查被发现，犯罪者们就会很快删除数据，这将导致侦查线索终断的致命

² “变种 Peep”作为“特洛伊木马”的一种，是以电子邮件的形式发送的。侵入电脑后将自己伪装起来，当使用者利用该电脑发送电子邮件时，就会立刻感染恶性病毒。以此为基点，可能随意地向网络扩散，使得网络安全受到了极大地威胁。

³ 所谓“变种 Revacc”和“变种 Peep”是功能相似的恶性病毒。通过特定的网络，自动引导计算机连接非法网站导致系统信息泄露。

⁴ 就此事件可以参考 New York Times, August 12, 2008:“Global Trial of an Online Crime Ring”. 美国法务上的图文资料 Department of Justice, Retail Hacking Ring Charged for Stealing and Distributing Credit and Debit Card Number from Major U.S. Retailers, Press Release of August 5, 2008. 就此事件的分析，请参照李昌水(이창수), “超国家网络犯罪的国际协作活性化方案及先决课题”，刑事法新动向 第21号(2009.8)，第99-101页。

结果。因此，为了保证数据不会被删除，应当建立“紧急数据保存命令”制度。

欧洲议会议(Council of Europe)的“网络犯罪公约(Convention on Cybercrime)”⁵和美国的“电子通信个人信息保护法案(Electronic Communication Privacy Act)”已经将收集数据的“紧急”保存制度进行立法。欧洲议会议的网络犯罪公约第16条规定最长保存90天的保存命令，美国电子通信个人信息保护法案第2703条(f)项⁶除了规定90天的保存命令外，还规定了可以申请延长一次，这就被限定在“保存数据”中。对于“将来发生的数据”根据紧急保存命令是不可能的，采用监听是可行的。

但是韩国到现在也没有引入这样的紧急保存命令制度。在韩国，侦查机关在侦查初期阶段仅仅是可以进行监听。韩国通信秘密保护法就特定的犯罪(“监听对象犯罪”⁷)情形应当得到法院的许可才可以听取或者共览(所谓的“监听”)⁸“电子通信”(将电子邮件和互联网信息提供规定成一个电子通信)⁹。¹⁰在韩国，没有将已经保存的现存数据和实时传输中的将来数据进行区分。所有的“电子通信”都是概括性地规定。监听期限为2个月，必要的时候可以申请延长一次，延长2个月。¹¹针对违反国家安保的行为或者组织犯罪、死亡或者伤害犯罪的情形，没有法院的许可也可以监听，但是一定要在事后及时得到法院的许可才行。¹²对于已经保存的电子邮件，当事人没有主动提供的，依据刑事诉讼法只有得到法院的扣押搜查令方可阅览或者取得。为了这样的监听 ① 正在计划、施行监听对象犯罪或者有足够充分值得怀疑的理由 ② 利用其它方法阻止犯罪施行或者逮捕法人、收集证据很难的情况 ③ 以书面方式记载必要的通信限制措施的种类、目的、对象、范围、期间、执行场所、方法及上述记载①和②的要件，为了向管辖地法院请求证明材料。¹³以韩国的情况和欧洲议会议或者美国相比的话，因为没有将随时紧急保存进行分离而仅规定概括性监听，监听的要件只能严格遵守普通扣押守则规定的标准。为了实时搜集数据，这样严格的标准，在法院命令需要的情况下¹⁴下，几乎和美国的

⁵ 欧洲议会议作为加入欧盟的所有国家所属的机构，在2001年缔结了该条约，当事国已经开始签署并批准。现在加入欧盟的国家中有23个国家已经签署协议并经过批准。这23个国家虽然批准了，但批准程序还没有完成。因为这个条约是唯一一个关于网络犯罪的国际性公约，不是欧洲议会议成员的国家也正在谋求加入到该公约中。例如美国、加拿大、日本、南非等国都已经签署了该条约，其他国家的加入问题也正在讨论中。

⁶ 18 U.S.C. § 2703(f).

⁷ 该犯罪规定在电子通信秘密保护法 第5条第1-11号中。刑法的部分犯罪(外汇罪、杀人、逮捕、监禁、受贿、胁迫)和“处罚暴力行为的法律”及“毒品管理法律”也有一部分规定。限定于这样典型的犯罪，于此相反的典型的网络黑客犯罪、恶性程序传播、网络赌博、侵害个人信息等是不能监听的，因此对国家机关或者原子力学研究所等主要机构的网络犯罪无法监听。

⁸ 电子通信秘密保护法 第2条，第7号。

⁹ 电子通信秘密保护法 第2条，第9条，第10号。

¹⁰ 电子通信秘密保护法 第5条，第6条。

¹¹ 电子通信秘密保护法 第6条，第7项。

¹² 电子通信秘密保护法 第8条。

¹³ 电子通信秘密保护法 第5条，第6条。

¹⁴ 18 U.S.C. § 2703(c)(2).

内容相似。

再者，因为计算机数据传输速度很快，在侦查机关追踪犯罪者踪迹过程中发现犯罪者痕迹的情况下，有必要追踪数据传输路径。因此，不仅仅是相关经营者服务器的全部数据就算和链接网络末端很少的路径相关的数据也应当保存，有必要向侦查机关公开。欧洲议会的网络犯罪公约第17条规定了这个内容，而美国对此没有规定。那么当然，现在韩国也没有相关规定。

规定普通数据保存命令制度的法律，应当建立相应的数据提出命令制度。这样分类的理由是为了保护个人隐私。提出命令有很严格的要求条件，因为两者的要件是不一样的。欧洲议会的网络犯罪公约第18条和对美国电子通信个人信息保护法第2703条(c) (2)项¹⁵，规定了这样的制度。韩国的情况是在通信秘密保护法中规定了关于“通信事实确认资料”的提出命令制度。所谓的通信事实确认资料是指 ① 加入者暂时的电子通信，电子通信持续时间，终了时间，使用次数，② 关于计算机通信或者互联网使用者利用电子通信事实的登录记录资料，③ 为了让计算机通信或者互联网使用者顺利接入信息通信网，应当规定的可以确定正在使用机器位置的接入地追踪资料。¹⁶ 为了得到地方法院的许可，犯罪侦查相关的请求事由(具体的犯罪嫌疑证明)和该加入者的关联性，应以记录必要资料范围的书面方式向法院提出，才能得到许可。¹⁷ 美国的情况是侦查机关想要获得的信息要和侦查相关，把侦查需要有“合理信赖(reasonable belief)”的事实作为“具体明确的事实(specific and articulable facts)”提出来就足够了。¹⁸ 为了能在普通犯罪侦查中获得延长搜查证(搜票)，这样的要件比起被要求的“合理怀疑(probable cause)”应当理解成算是低的了。而且，美国的情况是通过大陪审团的传票提出、接受资料。在这种情况下，因为只要具备“合理性(reasonableness)”就算完善要件了。设置数据保存或者提出命令要和通常的扣押延长具备相同严格的要件情形，因为证明责任问题，需要做好侦查效率性大幅下降的准备。

在网路犯罪中，收集实时的传输数据，并且正确把握这些数据的实质内容是相当重要的。但，因为不仅现存数据存在这样的情况，就算是未来数据也是一样，所以个人隐私被侵害的可能性是很大的。因此，欧洲议会和美国的情况在程序上很相近。所以韩国的“监听”也规定了与此很接近的标准。但问题是没有规定和现有被保存的数据分离开，就算适用严格标准，很少担心个人隐私被侵害，侦查效率性也可能会大幅下降。

¹⁵ 18 U.S.C. §§ 2510-2522.

¹⁶ 电子通信秘密保护法 第 2 条，第 11 号。

¹⁷ 电子通信秘密保护法 第 13 条。

¹⁸ 18 U.S.C. § 2703(d).

三、韩国和中国侦查协作的问题点

韩国制定了“国际刑事共助法”来应对国际刑事共助一般法的活用。但是，针对韩国和特定国家签订的刑事司法共助条约(所谓“两国条约”)的情形，刑事司法共助条约在这部法律面前应当以特别法来优先适用(同法第3条)。关于犯罪人引渡，韩国制定了所谓“犯罪人引渡法”的一般法，如果和哪个特定国家缔结了犯罪人引渡条约(所谓“两国条约”)，那部犯罪人引渡条约也应当优先适用(同法第3条的2)。国际刑事司法共助或犯罪人引渡都选择了本质上的“相互主义”(国际刑事司法共助法第4条，犯罪人引渡第4条)。韩国现在和澳大利亚、美国等25个国家缔结了刑事司法共助条约(两国条约)。和澳大利亚、中国等29个国家签订了犯罪人引渡条约(两国条约)。除缔结了这些两国条约的国家外，对于和其他国家的刑事司法共助或者犯罪人引渡，适用韩国一般法—国际刑事司法共助法和犯罪人引渡法。

韩国和中国缔结了刑事司法共助条约。1998年11月12日，“中国韩国建国际刑事司法共助条约”签订后(2000年3月24日生效)，1999年9月6日中国最高人民检察院和韩国大检察厅缔结了“中韩检察协作协定”。2000年10月18日缔结了“中韩间的犯罪人引渡条约”，2002年4月12日期生效。国际刑事司法共助一词应当做最广义的理解，除刑事司法共助协议外，还包括“刑事判决的执行”以及“裁判程序的变动管辖”。对于国际上已经执行的刑事判决，始于1968年9月26日比利时、卢森堡和荷兰3个国家签订的“关于刑事判决执行的条约”。对于裁判程序的变动管辖，始于1972年5月15日欧洲理事会签订的“关于刑事追诉移送条约(European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters)”。关于最近的刑事追诉移送，联合国正在讨论缔结国际条约。¹⁹但是，韩国和中国的刑事司法共助条约是以狭义刑事司法共助为对象签订的。

作为中国的国内法，对于国际刑事司法共助在“中华人民共和国刑事诉讼法”第17条中原则性规定了“中国缔结、参加的国际条约或者依据互惠原则我国司法机关和外国司法机关可以彼此请求进行刑事司法互助”。另外，对于犯罪人引渡，2001年3月6日制定了“中国引渡法”。在“最高人民检察院刑事诉讼规则”中规定了关于刑事司法共助的一般规定，人民检察院提供的司法共助，人民检察院向外国提出的司法请求、期限和费用等。

韩国和中国间彼此要求提供刑事司法共助，一般是通过中央机关或者外交途径进行沟通联系。中央机关，韩国是指法务部长官或者法务部副部长官指定的公务员，中国是指

¹⁹ 联合国与1990年12月14日提起了这样的条约模式：“关于刑事追诉移送模式条约(Model Treaty on the Transfer of Proceeding in Criminal Matters)”

司法部(同条约第2条)。但是，韩国法务部履行的职能在中国则分散于司法部、最高人民检察院和公安部。²⁰所以，中国的情况是需要刑事司法共助的机关(最高人民检察院和公安部)是通过司法部请求提供司法共助。通过外交途径请求司法共助的情形，韩国是指外交通商部，中国是指外交部，请求司法共助。

如前文所述，因为网络犯罪迅速性是犯罪追踪的核心，设置数据的紧急保存命令制度和数据提出命令便于侦查机关侦查是极其必要的。但是，韩国和中国的刑事司法共助条约和犯罪人引渡条约在两国间是以处罚(所谓“双方加罚主义(dual criminality)”)“一般”犯罪为对象的。就网络犯罪而言，一边履行程序一边请求的话，会浪费很多时间。尤其是中国的中央机关是由司法部构成的，非常容易浪费时间。在中国，司法部的主要任务是刑罚执行，没有通过侦查取得证据的职能。所以，要到达直接负责侦查的机关-最高人民检察院或者是公安部是需要相当多的时间，需要完善这方面的制度。²¹

四、构建两国共通认可的国际刑事协作法律体系

随着韩国和中国经济协作日益扩大，彼此间交流越加频繁，利用互联网进行网络犯罪日渐增多和技术层面的快速发展也非常明显。但是，网络犯罪拘捕的成败取决于其迅速性。所以，两国根据国际刑事司法共助条约构建侦查机关迅速、高效的协作体系是关键。为此，首先是将最高人民检察院指定成中央机关，还是将司法部和最高人民检察院一起修订条约，是非常有必要进行的。²²比如说，韩国和俄罗斯的司法共助条约指定俄罗斯的中央机关为“俄罗斯联邦检察总长”，那么就可以做出迅速反应。刑事司法共助的请求，在出现网络犯罪紧急情况的时候，只要通过传真或者电子邮件就可以得到答复，事后补发一个正式的请求书就可以。类似于这样的方法都被直接规定在两国条约中。再比如说，韩国和美国的刑事司法共助条约中也有类似的规定(韩国和美国刑事司法共助条约第4条第1号)。²³关于证人询问，希望能规定通过“远程在线视频”实现证据采集。比如说，在韩国和比利时的刑事司法共助条约中就规定了“通过视频会议取得证言”。²⁴

²⁰ 郑成允(정성윤), “中韩间国际刑事司法协作制度”, 海外研修检察论文集 第15集(法务研究院, 1999), 第705页。

²¹ 郑成允(정성윤), “中韩间国际刑事司法协作制度”, 海外研修检察论文集 第15集(法务研究院, 1999), 第705页。

²² 对这一提案，请参照韩石里(한석리), “关于中国犯罪现状和中韩效率性司法协作方案”关于韩中司法协作方案研究报告书(韩国刑事政策研究院, 2007.1)。

²³ 参照李英准·郑煥·琴峰秀(이영준·정완·김봉수), “关于网络犯罪条约研究” 韩国刑事政策研究院, 2001.12, 第94页。

²⁴ 李昌水(이창수), “超国家网络犯罪的国际协作活性化方案及先决课题”, 刑事法新动向 第21号(2009.8), 第140页。

另外，通过互联网在韩国进行电话诈骗的中国朝鲜族犯罪人也很多，这些人不是韩国人而是在中国生活的人。对于韩国人来说，要求中国引渡他们这是可行的。但是，对于朝鲜族来说，想要引渡他们实际上是很难的。²⁵因此，建议修订将其纳入“刑事追诉移送”的刑事司法共助条约中。韩国也向中国移送和这相同的网络犯罪刑事案件，这样就能使中国当局处罚直接犯罪者更具有效果性。因为“中国和韩国间犯罪人引渡条约”第5条第2款中有“在允许不引渡本国人的前提下，当请求国请求的时候，被请求国在本国法律允许的限度内，向本国有权当局起诉并提交该事件。在此情形下，请求国应当向被请求国提交关于该事件的所有文书和证据”的规定。如果两国间彼此积极协助的话，事实上是可以取得和刑事追诉移送相同的效果。但规定本身是一种任意性规定，因为没有任何义务而言，所以期待积极合作是很难的。因此，希望把关于两国间刑事追诉移送的内容写进两国间的刑事司法共助条约中。

以上内容，虽然提及了修改、适用中韩间已存的刑事司法共助条约和犯罪人引渡条约的方案。但除此之外，在侦查阶段，还可以利用“国际刑警组织(Interpol)”，进行韩国检察·警察和中国公安部的合作侦查。通过国际刑警组织的国际警察协作(会员国约180余个)，可以对逃往国外的犯罪人进行侦查及请求紧急逮捕，可以为防止犯罪进行情报交换及请求协助，可以请求国外对主犯的点名通缉，可以请求进行证人询问，可以请求侦查上需要的资料，可以查询犯罪经历及事实，还可以请求各种相关资料等。但是，国际刑警组织对于这些所有的情况都是基于各会员国间的“自发式协助”，因为其没有强制力，其拘束力相对较弱。但是在要求迅速性的网络犯罪中，如果相关国家通力合作的话，这还是一个比较有用的制度。²⁶因此，为了能使韩国和中国的侦查机关能彼此自发协作，有必要举办定期会议等营造友好氛围，增进交流。

国际刑警组织会员国到目前为止已经达到180余个，现在有49个会员国频繁、积极地使用“超国家间犯罪24/7网络(24/7 Network)”这一方案。这一24/7网络是8个国家的非正式机构“G8(Group of Eight)”,²⁷1998年诞生于“计算机犯罪小型会议”。²⁸这一制度正是考虑到会员国侦查机关在世界范围内的差异性而在7天24小时之内，对网络犯罪的侦查进行持续迅速处理而规定的。因此，某一国侦查机关想要固定存在于外国互联网上计算机服务器的证据资料时，任何时候联系本国的24/7网络值班者(这又称之为

²⁵ “韩国和中国间犯罪人引渡条约”规定了各当事国享有可以拒绝引渡本国国民的权利(同条约第5条第1款)

²⁶ 参照治安研究所, “关于通过国际刑警组织的国际警察协作效果性执行方案研究”, 治安论集 第19号(2003), 第435页。

²⁷ 由加拿大、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯和美国8个国家组成的非正式机构。

²⁸ 李昌水(이창수), “超国家网络犯罪的国际协作活性化方案及先决课题”, 刑事法新动向 第21号(2009.8), 第125页。

“连接点(contact point)”，该值班者都会马上联系服务器所在国家的值班者以达到快速保存证据的目的。为了迅速联系，可以优先使用电子邮件、电话、传真等。事后只要补充一个正式的司法共助请求书就可以了。这种暂时迅捷地确保数据证据，目的就是为了将来依照正式的刑事司法共助条约履行程序。现在韩国已经加入了24/7网络²⁹，但是中国还没有加入。因为这是一个彼此相约自发协助的非正式程序，所以韩国和中国就算现在协商和这相同的制度也不晚。

最值得期待的一种方法是超越中韩两国侦查机关的自发性协助，成立一个正式机构（“常设机构”）。比如，类似于欧盟(EU)这样的国家组织。成立于2002年的“欧共体(Eurojust)”经过试验期，现在起着非常重要的作用。欧共体是欧盟成员国为有效打击“国际组织犯罪(international organized crimes)”和“重大超国家犯罪(serious cross-border crimes)”的一种“中央管理机关(central competent authority)”。这个机构通过调整各国间包括警察、检察机关及国际刑警的活动来最大效率的保证国际刑事司法共助。³⁰最近2007年为了能让28个国家的侦查机关全都参与到“国际儿童色情流窜案”³¹中，欧共体通过协调欧洲28个国家，使侦查共助的效率得到极大的提升。³²

总之，为了有效打击国际网络犯罪，韩国和中国应当完善国内法快速反应体系。即，对于互联网上的紧急保存命令、提出命令、数据扣押·拘传、数据及其他信息实时监听等针对网络犯罪侦查必要的、固有的侦查程序应当在国内法中充实、完善。同时，为了实现两国迅速、有效的刑事司法共助侦查协作和刑事程序移送，有必要修订两国的刑事司法共助条约和犯人引渡条约。但是，因为只通过彼此协商就能修订两国的条约或内国法。为了理解彼此不同的国家司法制度、法律实务及环境，有必要召开以增进中韩刑法学家和实务者之间友好理解为目的的定期会议一点点摸索推进。

²⁹ 现在加入国有很多国家，详细内容请参照李昌水(이창수), “超国家网络犯罪的国际协作活性化方案及先决课题”，刑事法新动向 第21号(2009.8)，第125页。

³⁰ 对于欧共体的详细内容，请参照金官正(김관정), “Eurojust 외 European Arrest Warrant”海外研修检察研究论文集 第22集II (法务研究院 2006)。

³¹ 一个意大利人利用23名儿童制造流窜儿童色情服务，通过网络在1年6个月里购买了2,500名儿童。但是这2,500名儿童的销售者全部分散在这28个国家中，要想对其处罚只有28个国家全部参加侦查，才能达到预期效果。

³² 关于这个问题，请参照 Europol, Worldwide Child Sex Offender Network Dismantled, Dec. 5, 2007.
<http://www.europol.eu.int>.

朝鲜半岛统一国籍法之国民研究

严海玉¹ 朴雪²

论文摘要：为了朝鲜半岛的和平统一，韩国学者基于韩国的现行宪法提出了《统一宪法》的相关理论。依据韩国《统一宪法》的设想，《统一国籍法》的国民范畴为拥有韩国国籍和朝鲜国籍的公民，以及生活在国外的在外国民或公民。进入21世纪，韩国地方法院对已申请取得韩国国籍者提出“创姓创本”要求。对申请韩国国籍的外国国籍同胞来讲“创姓创本”意味着“创氏改本”。这不仅造成“创氏改本”的韩国国民对韩国国籍的抵触情绪，还给《统一国籍法》的实施出了一道难题。

关键词：《统一国籍法》；韩国国民；外国国籍同胞；“创姓创本”；“创氏改本”

二战结束之后，朝鲜半岛被划分为“大韩民国(简称：韩国)”和“朝鲜民主主义人民共和国(简称：朝鲜)”，韩国和朝鲜分别制定了宪法和国籍法，各自把朝鲜半岛和附属岛屿以及其成员认定为自己的领土和国民(公民)。为了朝鲜半岛的和平统一，韩国学者已作出了关于《统一宪法》的理论体系。基于《统一宪法》的理论，“统一韩国”的领土为朝鲜半岛以及附属岛屿。国民或公民一般都享受和履行本国宪法的权利和义务。具体来讲，国民或公民享受本国宪法规定的生命权、生存权、参政权、请求权等权利，还履行纳税、服兵役、受教育等义务。

享受《统一宪法》权利、履行《统一宪法》义务，并且将属于《统一国籍法》范畴的国民规定为拥有韩国国籍的韩国国民和拥有朝鲜国籍的朝鲜公民。目前，韩国地方法院对已申请取得韩国国籍者提出“创姓创本”要求。这一要求，对外国国籍同胞意味着“创氏改本”。此类要求不仅会对自己同胞的人格和自尊造成严重伤害，也会对同胞的人权进行侵害，更将影响朝鲜半岛的统一事业。应对朝鲜半岛的和平统一，有必要分析和探讨将属于《统一国籍法》范畴的韩国的现有国民和准国民与“创姓创本”的关系以及接受“创氏改本”便成为韩国国民的社会地位。

一、《统一国籍法》的现有国民

国际社会把朝鲜半岛认定为二个国家。因为1991年9月17日，朝鲜和韩国同时加

¹ 延边大学法学院副教授。

² 延边大学法学院硕士研究生。

入了联合国，被国际法认定为两个主权国家。在韩国被称为国民，在朝鲜被称为公民的其成员都是法律意义上的概念。韩国和朝鲜的现行宪法规定，双方都宣称拥有朝鲜半岛的管辖权，互相不承认对方主权，并且互相之间不能行使对国民和公民的外交保护权。由于特殊的历史原因和双方的共同利益，韩国和朝鲜都认为朝鲜半岛是统一的单一民族国家。

一. 居住在南北朝鲜的国民

1948年8月15日朝鲜半岛南部成立了“大韩民国”（简称：韩国），1948年9月9日朝鲜半岛北部成立了“朝鲜民主主义人民共和国”（简称：朝鲜）。韩国和朝鲜各自制定了国籍法。在最初国民（公民）条件的问题上，《朝鲜国籍法》和《韩国国籍法》的规定各不相同。《朝鲜国籍法》对最初公民要件作出了明确的规定。《韩国国籍法》经过多次修改却从未考虑过涉及外国国籍同胞国籍问题的最初国民条件。

1948年，韩国制定了宪法和国籍法。《韩国宪法》第四条规定：“大韩民国领土由朝鲜半岛和附属岛屿构成。”《韩国国籍法》第二条规定了关于出生取得韩国国籍的条件。一是出生时父为大韩民国国民者。二是出生于父死后而父死时为韩国国民者。三是父为无可考或无国籍者而母为韩国国民者。四，父母无可考或无国籍者等。1963年制定的《朝鲜国籍法》第二条第一项规定：“共和国成立之前拥有朝鲜国籍的朝鲜人及其子女，并未曾放弃过其国籍者”。在这里需要明确的是，二战结束为止，由于朝鲜半岛没有成文形式的国籍法，朝鲜不存在可放弃的国籍，朝鲜公民也很难行使放弃国籍的行为。因此，《朝鲜国籍法》无形中将居住在国外的拥有朝鲜半岛血统的人以及其亲属可认定为《朝鲜国籍法》第二条第一项规定情形的人规定为最初公民。本项规定体现了双重国籍原则。东西冷战时期，根据国内需要和双重国籍的规定，朝鲜无需任何法律程序便接纳了很多中国朝鲜族和在日朝鲜人。二战结束之后，韩国国民主要移居到美国和澳大利亚等西方国家，冷战结束之后，包括外国国籍同胞的很多外国国民则申请取得韩国国籍。

随着朝鲜半岛统一学说的衍进，韩国的一些激进分子拿中朝界河提出所谓的间岛问题和“间岛说”。“间岛”指日本殖民统治时期的东北满洲地区。他们把《统一宪法》与“间岛问题”、《统一国籍法》与中国朝鲜族的国籍问题相提并论。目的在于，把中国东北的一些地区纳入到“统一宪法”的范畴，把生活在东北的朝鲜族纳入到《统一国籍法》的范畴。从19世纪到21世纪，中国朝鲜族取得中国国籍已有跨三个世纪的历史。朝鲜

移民的迁入和开垦，不仅促使了中国第一部不成文国籍法和成文国籍法的衍生和制定，并且朝鲜移民在一定程度上得到土地的同时也满足了清政府的移民实边需求、抵制了沙俄的入侵和日本的干涉。新中国成立之后，在抗日战争和解放战争中做出卓越贡献的他们在获得土地的同时，也解决了国籍问题，变成为中国公民。因此，所谓“间岛说”不仅影响东亚的和平与稳定，还阻碍朝鲜半岛的统一事业。

根据《韩国宪法》的领土说，除在中国已成为中华人民共和国公民并且已确立社会地位和法律地位的中国朝鲜族之外，居住在朝鲜半岛即居住在韩国和朝鲜，拥有韩国国籍的韩国国民和拥有朝鲜国籍的朝鲜公民，以及长期居住在国外的韩国国民和朝鲜公民都属于韩国国民的范畴。他们将属于《统一国籍法》的范畴。

二. 居住在国外的在外国民

朝鲜半岛的在外同胞始于19世纪。从19世纪开始，北部的朝鲜移民主要移居到中国东北地区，南部的朝鲜移民主要移居到日本。二战结束之后，由于多种原因遗留在日本的朝鲜移民形成了在日朝鲜人社会，成为韩国和朝鲜的在外国民或在外公民。大韩民国成立之后，很多韩国国民移居到美洲、欧洲、澳大利亚等发达国家，取得了居住国的国籍和永住权。还有很多人以永久居留为目的长期居住在国外，这些人成为了韩国和朝鲜的在外国民或公民。

东西冷战时期，韩国对在外同胞采取了“弃民”政策。相反，朝鲜很关注在中国、日本、俄罗斯生活的在外同胞即在外公民。从上世纪50年代到70年代期间，朝鲜接纳了很多中国朝鲜族，并解决了他们的教育、居住、就职等问题。从50年代到80年代期间，经过7次进行的“北送事业”³中接纳了93,340名⁴在日朝鲜人。朝鲜特别重视在日朝鲜人的教育问题，除设立朝鲜人中小学之外，还在东京建立了“朝鲜大学”。在俄罗斯韩人⁵的问题上，朝鲜从未忘记过自己是保护者和母国的事实⁶。

东西冷战结束之后，韩国开始提出了“韩人说”和“同胞说”。“韩人说”指包括韩国的5千万国民和朝鲜的2千5百万公民，以及750万在外同胞的8千万韩人说。750万在外同胞是韩国的“国有资产”。在韩国，与750万在外同胞有密切关联的法律是《在

³ 북한의 재외동포정책, 조정남, 유호열, 한만길, 집문당, 2002. 139页.

⁴ 북한의 재외동포정책, 조정남, 유호열, 한만길, 집문당, 2002. 151页.

⁵ 俄罗斯高丽人和库页岛韩人统称俄罗斯韩人。

⁶ 북한의 재외동포정책, 조정남, 유호열, 한만길, 집문당, 2002. 204页.

外同胞法》。“同胞说”指韩国的“在外国民”和“外国国籍同胞”。

1997年，韩国的经济危机使金大中政府深刻认识到引进在外韩人资金的必要性和在外韩人的重要性，为了扩大在外韩人的投资和经济活动，韩国政府重新考虑了在美韩人为了保留韩国境内的财产行使权和出入境便利而提出的双重国籍要求，1999年制定了《在外同胞法》。经过修改的《在外同胞法》第二条规定，韩国的“在外同胞”由“在外国民”和“外国国籍同胞”两部分组成。一是“身为大韩民国国民取得外国永久居留权者或以永久居留为目的居住在国外者（以下称‘在外国民’）”；二是“拥有外国国籍者中曾确认为大韩民国国籍者（包括大韩民国政府成立之前移居到国外的同胞），以及直系亲属中符合总统令规定者（以下称外国国籍同胞）”。就这样，只体现血缘关系，未充分体现国籍关系的《在外同胞法》，把拥有韩国（朝鲜）国籍的在外国民和外国国籍同胞都纳入到同胞范畴。在这里需要说明的是，外国国籍同胞是从朝鲜半岛移居到国外的日朝人、在美韩人、中国朝鲜族、俄罗斯韩人等都属于朝鲜半岛后裔。大部分外国国籍同胞与韩国的在外国民同样，在居住国都传承了子子孙孙、世世代代传下来的朝鲜半岛姓氏的“本”，即“本籍（本贯）”，从未忘记过成为自己姓氏的地缘标志和祖先发祥地的“本籍”。

从严格的法律角度而言，国民和同胞是截然不同的两个概念。基于血统而言的“同胞”一般被解释为同父母所生的人或同一国家（地域）、同一民族的人。而基于法律而言的国民被解释为拥有一国国籍的自然人。拥有一个主权国家国籍的自然人，作为该国的国民，可以得到国籍国的外交保护，而外国国籍同胞则得不到外交保护。将属于《统一国籍法》范畴的成员是身为朝鲜半岛的国民或公民，以及取得外国永久居留权者或以永久居留为目的居住在国外的在外国民。

二，《统一国籍法》的准国民

上世纪末，韩国经济的高速增长创造了“汉江奇迹”，并跻身“亚洲四小龙”之一。通过1988年在首尔举行的奥运会，韩国树立了“大韩民族共同家园”的国际形象，韩国国籍也得到了周边国家的关注。随着东西冷战的结束，国际交往和国籍转化进入全球化，申请取得韩国国籍的外国国民日益增加。进入本世纪，韩国地方法院依据《关于登录家族关系登录法》（简称：《家族关系登录法》），对已申请取得韩国国籍者提出了“创姓创本”的要求。但是，对外国国民提出的“创姓创本”要求，对外国国籍同胞来讲则变成为“创氏改本”要求。

一.“创姓创本”的外国国民

进入本世纪，韩国地方法院对已申请取得韩国国籍者提出的“创姓创本”要求，与韩国的《家族关系登录法》中有关朝鲜半岛“姓氏”和“本籍”的传统宗族观念密切相关。《家族关系登录法》第96条第一项⁷规定，取得韩国国籍者若想取得新的姓氏和本籍必须到拥有对其居住地或登录地管辖权的家庭法院得到“创姓创本”的许可之后，在一个月以内申报其新的“姓氏”和“本籍”。

“姓氏”标志每个同一家属的血缘传承关系，“本籍”则标志着同一姓氏的血脉传承关系。姓氏最早起源于部落的名称或部落首领的名字。它的作用主要是便于辨别部落中不同氏族的后代，便于不同氏族之间的通婚。因此姓氏的产生，标志着从群婚制到以血缘关系的婚姻制的转变，是人类文明进步的一个重要里程碑。⁸朝鲜半岛的所有姓都传承了从祖先开始沿袭下来的“本籍”的风俗习惯。在一般情况下，朝鲜半岛的“本籍”是家族公认以及祖先曾生活过的朝鲜半岛地名。有的姓氏多达上百个本籍，而有的姓氏只有一个本籍，一直沿用至今。例如：金氏有203个“本籍”、李氏有133个“本籍”、朴氏有73个“本籍”、崔氏有57个“本籍”、严氏有一个“本籍”⁹。庆尚北道永川市为“本籍”的金氏被称之为永川金氏，全罗北道全州市为“本籍”的李氏称之为全州李氏，蔚山广域市为“本籍”的朴氏被称之为蔚山朴氏，忠清北道忠州市为“本籍”的崔氏称之为忠州崔氏，江原道宁越郡为“本籍”的严氏称之为宁越严氏¹⁰。在日常生活中，朝鲜族初次见面同姓人先问对方的“本籍”，就能清楚地了解或掌握相互之间的血脉关系。

拥有外国国籍，并申请韩国国籍的外国国民分两种类型。一是与朝鲜半岛没有血缘关系的外国国民。二是拥有朝鲜半岛血统的外国国籍同胞。取得韩国国籍，已进入韩国多元文化社会的属于第一类型的群体，若想领取韩国语和汉字并用的“居民登录证”，到家庭法院得到相关裁定，与韩国地方法院提出的“创姓创本”不发生利害关系。但是，韩国地方法院提出的“创姓创本”要求，对韩国的外国国籍同胞来讲是很反感的问题。

⁷ 제 96 조(국적취득자의 성과 본의 창설 신고) ① 외국의 성을 쓰는 국적취득자가 그 성을 쓰지 아니하고 새로이 성(姓)·본(本)을 정하고자 하는 경우에는 그 등록기준지·주소지 또는 등록기준지로 하고자 하는 곳을 관할하는 가정법원의 허가를 받고 그 등본을 받은 날부터 1개월 이내에 그 성과 본을 신고하여야 한다.

⁸ <http://baike.so.com/doc/5398710-5636136.html> (2017. 2. 10)

⁹ http://www.360doc.com/content/10/0427/20/476912_25177041.shtml (2017. 2. 16)

¹⁰ 영월 염씨(寧越 嚴氏)는 강원도 영월군을 본관으로 하는 한국의 성씨이다. 시조 염립의(嚴林義)는 당나라 파악사(波樂使)로 당 혼종 때 신라에 동래하였다고 한다. (https://ko.wikipedia.org/wiki/영월_염씨)

因为他们的“创姓创本”意味着“创氏改本”。

二.“创氏改本”的外国国籍同胞

根据韩国的《在外同胞法》的规定，在外同胞由拥有韩国（朝鲜）国籍的在外国民和拥有外国国籍的外国国籍同胞来组成。韩国的外国国籍同胞主要包括在日朝鲜人、在美韩人、俄罗斯韩人、中国朝鲜族等。根据《家族关系登录法》的规定，恢复或重新取得韩国国籍的日朝鲜人和在美朝鲜人基本上与韩国地方法院提出的“创姓创本”不发生利害关系，而俄罗斯韩人，尤其是中国朝鲜族与“创姓创本”发生直接的利害冲突。

首先，在日朝鲜人的“创氏改本”。

1910年，日本强迫朝鲜签订“日韩合并条约”，使朝鲜半岛沦落为日本的殖民地，朝鲜人变成“日本臣民”。1940年2月开始朝鲜总督府对朝鲜半岛的朝鲜人，以及对日本列岛和中国东北的朝鲜移民实施“创氏改名”，强制朝鲜人废除朝鲜姓名，改用日本姓名，其目的在于同化和统治。到1948年4月28日，日本依据“民事局局长通达”，剥夺了在日朝鲜人的“日本国籍”，同时在日朝鲜人恢复了朝鲜国籍¹¹。为了躲避日本政府和日本社会的偏见和歧视，不得不申请取得日本国籍的在日朝鲜人，是属于《家族关系登录法》第96条第2项规定的恢复或重新取得韩国国籍的对象。因此，在日朝鲜人与“创氏改本”不发生利害关系。

其次，在美韩人的“创氏改本”。

美国是移民国家。大韩民国成立之后，移居到美国的很多韩国国民申请取得了美国国籍。针对在美韩人提出的双重国籍要求，1999年韩国制定了《在外同胞法》，到2010年承认了优秀人才的双重国籍。根据《家族关系登录法》第96条第2项规定，大韩民国成立之后移居到美国的在美韩人基本上都属于恢复或重新取得韩国国籍的对象，在美韩人也与“创氏改本”要求不发生利害关系。

再次，俄罗斯韩人的“创氏改本”。

19世纪中期，由于自然原因和社会原因，朝鲜半岛的很多人移居到中国的东北地区和俄国的沿海州。1937年，斯大林主要考虑朝鲜和日本的殖民统治关系，把沿海州的朝鲜移民强制迁移至中亚，并开始限制了他们的民族教育和文化教育，使俄罗斯高丽人失去自己的语言、文字，以及风俗习惯。二战时期，被日本强制征用到库页岛北部的

¹¹ 随着“民团”和“朝总联”的成立，在日朝鲜人分为韩国国籍者和朝鲜国籍者。

朝鲜人形成了库页岛韩人社会，他们的第二代、第三代、第四代也基本上失去了自己的语言、文字，以及风俗习惯。到目前，失去自己的姓氏和“本籍”，丧失自己的民族语言、文字的他们都很难通过《韩国国籍法》第5条第5项¹²规定的韩国语考试。因此，包括俄罗斯高丽人和库页岛韩人的俄罗斯韩人与“创姓创本”几乎无法发生利害关系。

最后，中国朝鲜族的“创氏改本”。

历经清朝臣民、民国国民、中国公民的中国朝鲜族是朝鲜半岛的后裔。经过清朝的“剃发易服”、民国的“归化入籍”、日本的“创始改名”、“文革”的“焚烧族谱¹³”等磨难的中国朝鲜族，从未忘掉自己的风俗习惯和语言、文字，以及几千年传下来的“本籍”。但是，申请韩国国籍的大部分朝鲜族要面对“创氏改本”的要求，取得韩国国籍之后，还要接受几千年来从祖先传承下来的“本籍”被剥夺的冷酷事实。

清末，通过中国第一部不成文国籍法和成文国籍法的衍生和制定，部分朝鲜移民得到了土地所有权。新中国成立前后，朝鲜移民不仅都得到了土地，还得到了中国国籍，成为中国公民。在这漫长的历史过程中，他们的“本籍”、婚姻等家族制度延续至今。例如：朝鲜半岛很重视自己的祖籍——“本籍”，禁止“同姓同本”的男女结婚。1997年，《韩国民法》第809条第1项“同姓同本不通婚”的规定得到了宪法法院的违宪判决，九代以后的韩国同姓男女婚姻被《韩国婚姻法》认可。在中国，“同姓同本”的朝鲜族不仅不能通婚，甚至有些“异姓同本”的婚姻也受到限制。这一民族习惯做为少数民族的风俗还传承至今，并得到保护和尊重。但是，申请韩国国籍的中国朝鲜族，若想得到韩国语和汉字并存的“居民登录证”，依照韩国《家族关系登录法》第96条第二项规定，要领取“宗亲会”的认证书和家庭法院的裁定书。否则，“创姓创本”¹⁴。例如：不原意领取只填写韩国语的“居民登录证”¹⁵，并无法提供“族谱”的第29代严氏中国朝鲜族取得韩国国籍之后，先从首尔南部法院提示的九老、陽川、永登浦三个地方中选择一个来“创本”，领取以陽川为本籍的“创本”裁定书。一个月之后，其“创本”，即“改本”发生了法律效力。

¹² 제 5 조(일반귀화 요건) 외국인이 귀화허가를 받기 위하여서는 5. 국어능력과 대한민국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양(素養)을 갖추고 있을 것.

¹³ 族谱，是以血缘关系记载的家族世系繁衍，以及重要人物事迹的图书体裁。

¹⁴ 예1: 중국동포는 중국에서도 조선식 그대로 제 이름들을 불러왔다. 이기철씨가 제 발음으로 된 이름을 찾기 위해 법원을 찾아갔더니 담당자는 가정법원에 가서 신고하여 해결하라고 하였다. 가정법원에서 40만원을 주고 제 발음으로 된 이름을 겨우 찾았다고 한다. 예2: 귀한동포 유제만씨는 이 일로 법원에 신고하였다. 결과 ‘창성창본’이 되어 원량기계 유씨’었던 본관이 그만 한양 유씨로 변했고 본인과 아버지의 발음을 원 발음으로 되었으나 어머니의 원 발음을 회복되지 않았다. (동북아신문, “이주민동포의 인권보호와 생활적응을 빠르게 하기 위한 제안”, 2006. 11. 23)

¹⁵ 韩国国民拥有的“居民登录证”并用韩国语和汉字。

总之，恢复或重新取得韩国国籍的在日朝鲜人和在美韩人都不属于“创姓创本”的范畴。但是，申请取得韩国国籍的外国国籍同胞，以及其子女则相反。与韩国地方法院提出的“创姓创本”即“创氏改本”发生利害关系的外国国籍同胞的群体来看，一是极个别的俄罗斯韩人，二是大部分中国朝鲜族。在这里值得一提的是“创氏改本”的群体是来至于社会主义国家。

三，“创氏改本”的韩国国民

由于韩国政府、韩国社会、以及自身等多种原因，恢复、取得韩国国籍的“归还同胞”社会群体和多元文化社会群体，以及移转国籍的“脱北民”社会群体，都感觉到来自于韩国社会的偏见和歧视，均生活在韩国社会的边缘。进入本世纪，韩国地方法院提出的“创姓创本”即“创氏改本”要求，不仅造就“创氏改本”的韩国国民，还造成他们对韩国国籍的抵触情绪，将给《统一国籍法》实施出一道难题。

一.“部落民”的滋生

从上世纪开始，日本很多地方设立了“部落民解放同盟”。日本的“部落民”是日本德川幕府时代，武士、农民、工人、商人之下从事屠宰业、皮革业的“贱民”，是受到日本社会的偏见和歧视，生活在普通人圈子之外的大和民族。为了争取部落民的彻底解放，达到废除同族之间的歧视的同盟会的运动不断持续。但他们仍生活在日本社会的最底层。

明治维新后，明治政府颁布一系列废除旧身份制度的法令。1871年8月28日，明治政府太正官布告第61号，宣布“废除秽多、废人等称呼，而后其身份、职业均与平民同”，即《解放令》。¹⁶但是，到如今对部落民的歧视还没得到解决。据官方1975年统计，日本共有部落民1,199,000人，占全国人口1%，分散居住在4,373个部落里。¹⁷战后日本社会对部落民最严重的歧视事件是1975年11月曝光的《部落地名总览》。该书记载着全日本部落民的姓名与地址，其目的是为了排除部落民的就职或通婚。这本书是日本辉信社通过有权调查户籍资料的政府部门或人员，秘密取得部落民的户籍资料后出版的。此书大量印刷又不能公开出售，价格很高，一本书价格五千到五万日元之间。

¹⁶ 邢雪艳、李奇术，“部落问题”：日本边缘社会的文化困境，61页。

¹⁷ 何倩，世界知识，1982年10月，19页。

虽然贵，但是许多知名的大企业都拥有此书，以便在录用新人时排除部落民。¹⁸随着互联网的发展，《部落地名总览电子公告栏》¹⁹也在网上广泛流传，使部落民的教育、就职、婚姻等问题依旧严重。

在韩国，恢复或取得韩国国籍的中国朝鲜族被称为“归韩同胞”。改革开放以后，取得韩国国籍的“归韩同胞”已达30多万。他们的生活条件与移转国籍的“脱北民”和恢复韩国国籍的俄罗斯韩人相比有一定的差距。“脱北民”拥有韩国政府提供的住宅区，俄罗斯韩人也拥有韩国政府和日本政府合作提供的住宅区。另外，多元文化社会群体也得到韩国政府的关注。对此，2010年6月18日，有关“归韩同胞”生活问题政策讨论会在韩国国会议员会馆举行。但是，他们的生活问题仍没有得到改善。目前，中国朝鲜族对韩国地方法院的“创姓创本”要求，即“创氏改本”要求表示极为强烈的敏感和不满。因为“创姓创本”涉及到传承几千年的“敬祖信仰”被无情践踏，民族自豪、血族亲情被亵渎，其幸福权受到严重侵害。

前上所述，在申请韩国国籍的过程中，与“创姓创本”，即“创氏改本”发生利害关系的外国国籍同胞主要有中国朝鲜族和俄罗斯韩人。在这里值得一提的是，还有一个群体与“创氏改本”发生直接的利害关系。就是进入韩国境内之前拥有朝鲜国籍、已超过4万的“脱北民”群体。大部分“脱北民”很难领取“宗亲会”的认证书。韩国政府对脱北民提供居住条件外，还提供一些补贴。但是，他们仍感觉到政治、经济、文化，以及价值观的差异之外，还遇到就职、婚姻等一系列问题。一项调查显示，196名脱北者中，37%中度抑郁，37%抑郁程度严重到需要治疗。²⁰

韩国地方法院提出的“创姓创本”，即“创氏改本”要求涉及到安全隐患。到目前，与“创氏改本”发生直接利害关系的群体有三种。一是来至于俄罗斯韩人，二是来自于中国的朝鲜族，三是来自于朝鲜的“脱北民”。他们都是享受和履行韩国宪法的权利和义务、得到韩国的外交保护，将都属于《统一国籍法》的国民。但是，目前他们的生存环境都如同在日朝鲜人从事3D业种²¹，其命运如同日本的“部落民”，都不能融入韩国社会。这一切不仅会导致韩国“部落民”的滋生，还会导致韩国“黑人区”的滋长。

¹⁸ 邢雪艳、李奇术，“部落问题”：日本边缘社会的文化困境，62页。

¹⁹ 「部落問題大辞典編集用掲示板」には部落のリストの探し方（インターネットによる被差別部落の地図の探し方など）。（ヒューマンライツ，部落解放・人権研究所，2002年10月，27頁）

²⁰ <https://www.zhihu.com/question/20624637> (2017.2.13)

²¹ 在日朝鲜人从殖民时期开始从事3K（脏、累、危险）业种，受到歧视。申请取得韩国国籍的归韩同胞开始从事服务业或制造业。但是，大部分仍从事脏、累、危险的3D业种，仍得到韩国社会的差别和歧视。

二、“黑人区”的滋长

美国“黑人区”的形成始于16世纪。16—19世纪，欧洲殖民者从非洲劫运大批黑人奴隶到美洲，其中半数以上运入美国境内。美国“黑人区”不仅被评价为懒惰、野蛮、无秩序、无道德的区域，也曾被评价为存在种族差异和种族歧视的惨无人道区域。在韩国社会，也出现了被评价为无秩序、无道德，还得到社会的歧视、却得不到政府信任的共同体。

取得韩国国籍的外国国民可以得到两种“居民登录证”。一是韩国语和汉字并用的“居民登录证”，很难识别“归化国民”。二是只用韩国语填写的“居民登录证”，很容易识别“归化国民”。因为，韩国国民拥有的“居民登录证”是并用韩国语和汉字。若想得到韩国语和汉字并用的“居民登录证”，必须要满足韩国地方法院提出的“创姓创本”要求。生活在俄罗斯和中国的外国国籍同胞也不例外，他们也要满足地方法院提出的“创姓创本”即“创氏改本”要求。因此，无法领取“宗亲会”认证书或减少从“宗亲会”到家庭法院的复杂程序，尤其是拒绝“改本”的俄罗斯韩人和中国朝鲜族，只能领取只用韩国语填写的“居民登录证”。其结果导致持此种证的归韩同胞很容易导致来自于韩国社会的偏见和歧视。这不仅伤害对故国的情感，还影响在韩国得到教育的第二代，挤入韩国社会和精英阶层的可能性越来越微乎其微。这会导致其对韩国社会和政府产生不满的情绪。

经过十年“文化大革命”的动乱，基本上失去“族谱”的中国朝鲜族和早已失去“本籍”概念的俄罗斯韩人很难领取“宗亲会”的“本籍”证明。此外，根据韩国的《国家保安法》第二条被称之为反国家团体成员的“脱北民”，也很难领取“宗亲会”的“本籍”证明的情况下，他们也与韩国地方法院提出的“创姓创本”即“创氏改本”要求发生直接的利害关系。在这里可以导出共性：中国朝鲜族、俄罗斯韩人以及“脱北民”曾经都在社会主义国家生活过。因此，从韩国地方法院提出的“创姓创本”即“创氏改本”中可以感觉到一种较浓厚的政治色彩。

根据韩国地方法院统计，“归韩同胞”已达30多万。加上拥有永住权或拥有其他签证，居住在韩国的中国朝鲜族达80多万。虽然，有一小部分“归韩同胞”用自己的能力和实力进入韩国主流社会，但是，绝大部分教育水平低、素质差、不遵守社会秩序、犯罪率高、从事廉价劳动的“归韩同胞”仍以形成自己共同体的形式生活在韩国边缘社会。例如，首尔市内有大林、南九老，建大入口等归韩同胞聚居区，挂满中韩两国语牌子的商业街，仿佛与韩国社会隔离开来的社会一角。

韩国政府应重视“创姓创本”所带来的“创氏改本”的严重性。目前，从“创氏改本”要求得到伤害的“归韩同胞”群体和“脱北民”群体都生活在韩国的边缘社会。此外，还有一个群体也生活在韩国社会的边缘。他们是来自于东南亚地区的多元文化社会群体。1992年，在洛杉矶爆发的“黑人暴乱事件”，1998年，在印度尼西亚发生的“华人大屠杀”，给当地社会带来了安全威胁。“创姓创本”带来的“创氏改本”，也有导致法国一部电影所反映的暴力区——与其他区域隔离开来，没有制度，没有法律，并且被黑社会集团所控制的“暴力十三区”的可能性。

在洛杉矶爆发的“黑人暴乱事件”和印度尼西亚发生的“华人大屠杀”的血淋淋教训，应该使韩国政府提高警惕，避免重蹈覆辙。如果韩国政府不重视“创姓改本”的严重性，对“归韩同胞”和“脱北民”仍然采取分化和区别对待的态度，法国电影所展现的没有制度、没有法律、被黑社会集团控制的“暴力十三区”的悲剧仍然会在朝鲜半岛上重演。这无疑会造成极为不利的后遗症。

结语：

韩国对外国国籍同胞施行的“创姓创本”要求是殖民统治时期日本对朝鲜人施行过的“创氏改名”的遗产。1940年2月开始朝鲜总督府对朝鲜半岛的朝鲜人，以及对日本列岛和中国东北的朝鲜移民实施“创氏改名”，强制朝鲜人废除朝鲜姓名，改用日本姓名，其目的在于民族同化和统治。进入本世纪，韩国施行了“创姓创本”。结果，日本的殖民统治时期在“创氏改名”的民族压迫中也毅然传承的“本籍”，到故国却得到了被剥夺的侵害。韩国没有权利剥夺几千年传承下来的朝鲜半岛后裔的“本籍”，更没有“义务”赋予朝鲜半岛从未有过的“本籍”。韩国无视在外同胞的强烈不满，无情地践踏传承几千年的“敬祖信仰”、亵渎民族的血族亲情，便强制推行“创姓创本”，即强制推行“创氏改本”的目的在于政治归化和统治。从韩国实施的“创姓创本”可以导出一个结论：自称人权国家，还对我国进行过人权诽谤的韩国并非民主国家。

瑕疵决议诉讼中裁量驳回制度的规范分析

南玉梅（武汉大学 法学院）

内容摘要：我国司法解释（四）中引入的裁量驳回制度本质上是一种“起诉权判断型”驳回制度，旨在通过限缩股东起诉权而实现滥诉的防止，效果上更接近“股东权保护”模式中的起诉资格之确定。由于裁量范围限于起诉资格的确定，不涉及决议瑕疵与决议稳定之间的博弈，继而无关公司决议稳定性，只具有滥诉防止的目的。“起诉权判断型”驳回制度之滥诉防止的目的，是借助减轻法院裁量诉讼担保数额，以“补充”诉讼担保制度适用为前提而实现的。然而这一种制度“补充”是以牺牲股东诉权为代价的，有违瑕疵决议诉讼之公益诉讼的立法模式，又或根本违背《公司法》第22条第2款的立法初衷。应借鉴公益诉讼模式之日韩立法完善我国瑕疵诉讼制度的法律构造。

关键词：裁量驳回制度 公益诉讼模式 股东权保护模式 瑕疵决议诉讼 知情权

一、问题的提出

2016年12月“原则”通过的《公司法》司法解释（四）第2条及第8条首次引入法院对决议撤销之诉的裁量驳回制度，将裁量驳回制度的适用限定为“公司能够证明，未参加表决的股东，事后以行为或者意思表示同意决议”。这一改变意味着股东提起决议撤销之诉时，应当与决议瑕疵存在关联，另一个侧面上限缩了《公司法》第22条第2款中规定的撤销诉讼之股东资格。¹根据司法解释（四）未参加表决的股东事后以行为或意思追认决议时，瑕疵治愈，股东无权提起撤销之诉。

司法解释（四）的这一改变并不仅仅是瑕疵诉讼起诉资格及起诉事由的改变，而是涉及到瑕疵诉讼救济制度立法模式的问题。瑕疵诉讼制度存在两大模式，一个是日韩为代表的“公益诉讼”模式，另一个是德国为代表的“股东权保护”模式。两类模式下，起诉权主体及起诉事由有所不同。现行《公司法》采“公益之诉”模式，强调表决权的共益权属性，以恢复股东大会意思形成的公正性与适法性，维护公司组织的健全性，而司法解释（四）则采“股东权保护”模式，强调表决权的单独股东权属性，以救济股东表决权为目的构造决议撤销制度。²两大模式对瑕疵决议救济制度的功能定位导致其在起诉权归属、起诉事由确定以及防止滥诉制度等构造不同。详言之，“公益诉讼”模式下，侧重瑕疵决议的救济，对起诉权归属及起诉事由之确定采“广义规范”，并通过法

¹ 《公司法》第22条第2款中规定的决议撤销诉讼中的股东资格，未做任何限制，只要具备股东资格，且决议存在瑕疵，即可提起撤销之诉。

² [韩]李哲松：《公司法讲义（第24版）》，韩国博英社2016年版，第598页。

院裁量驳回及诉讼担保制度及诉讼担保制度防止滥诉的发生，而“股东权保护”模式下，侧重股东表决权的救济，对起诉权归属及起诉事由之确定采“狭义规范”，并通过限定起诉权归属防止滥诉的发生。

结合现行公司法与司法解释（四）的规范可知，我国现行瑕疵决议救济制度在起诉主体及起诉事由层面采“股东权保护”模式，但在滥诉防止方面采“公益诉讼”模式而引入法院裁量驳回制度。虽然司法解释（四）的这一变化在遏制滥诉用以稳定公司决议方面具有积极意义，但我国《公司法》已有防止滥诉的诉讼担保制度。司法解释（四）中的法院裁量驳回制度与公司法中的诉讼担保制度相结合，可能引发不当遏制诉讼的后果。

股东决议撤销之诉的股东起诉资格如何确定，又或瑕疵决议救济制度采何种模式的立法，属于立法政策上的原因，无孰优孰劣之分，但会对决议撤销制度的其他配套规则产生影响。司法解释（四）对法院裁量驳回制度的引入，打破了原有《公司法》建构起来的瑕疵决议救济制度，使其从“公益诉讼”模式转变为“股东权保护”模式，但改革不彻底，仍留有残余，以至于存在侵犯股东诉权的可能。本文拟从韩国商法中对决议瑕疵救济制度的立法模式出发，还原“公益诉讼”模式下决议瑕疵救济制度的规范的同时对比分析两类模式下瑕疵救济制度的差异，试图实现司法解释（四）与《公司法》相关配套规则的衔接。

二、裁量驳回制度的规范基础及制度功能

1. 以法院“裁量性”为手段的规范基础

公益诉讼模式中，法院裁量驳回制度的核心在于，法院结合公司情况及决议瑕疵之程度，维持公司决议相比撤销决议更符合公司利害关系人利益时，运用司法裁量的手段用以容忍瑕疵决议的行为。换言之，法院裁量驳回制度乃平衡轻微瑕疵与决议稳定之间的冲突，基于企业维持理念容忍轻微瑕疵决议为代价稳定决议，维护决议为基础形成的后续公司行为。正是基于法院裁量驳回制度存在容忍决议瑕疵，又或侵犯股东诉权的可能，从法律层面规范法院裁量权的范围，显得尤为重要。

法院裁量驳回制度中，裁量权行使范围限于轻微瑕疵。然而轻微瑕疵是否仅指轻微的程序瑕疵，还是能够涵盖轻微的内容瑕疵，是日本公司法及韩国商法学界的研究重点。公益诉讼为代表的日本，经多年审判实务及学界争鸣在法院裁量权范围问题上形成“由广至窄”的意见。立法初期，法院裁量权较广：1938年的日本商法规定，法院可依据决议内容、公司所处情况等其他公司有关事项认为撤销决议不适当，可予以驳回起诉；二次世界大战后，裁量权进一步扩大：1950年日本修订商法，将裁量驳回制度的适用

范围规定为法官的“合理判断”之上。根据这一变化，法官的判断也随之呈现多样化趋势，从起初的轻微瑕疵，³逐渐过渡到瑕疵不影响决议结果，即无论瑕疵是否轻微只要不影响决议结果均有权驳回。瑕疵程度与驳回结果不相关的关系直至1971年3月18日日本最高裁判所的一则判例中才得以修正。该判决认为，即便瑕疵不影响决议结果，但瑕疵重大时，从尊重程序正义的角度而言，不得驳回起诉。⁴这一判决结果直接反应在日本公司法的制定之中，根据现行日本公司法第831条第2款的规定，裁量驳回制度适用范围乃瑕疵轻微且瑕疵对决议结果无影响，双重条件缺一不可。

我国司法解释（四）中规定的裁量驳回制度与传统公益诉讼模式下的裁量驳回制度有本质差异，颇具中国特色，可视为一种“起诉权判断型”驳回制度。“起诉权判断型”驳回制度通过限缩股东起诉权而实现滥诉的防止，效果上更接近“股东权保护”模式中的起诉资格确定问题，而非“公益诉讼”模式下的“撤销裁量型”驳回制度。可见，我国引入的“起诉权判断型”驳回制度与传统公益诉讼模式下法院的裁量驳回制度相比，法院缺乏“裁量性”，其驳回事由仅限于司法解释（四）规定的范围。

2. 以稳定公司决议为目的的制度功能

法院裁量驳回制度是公益诉讼模式中特有的制度，原因在于公益诉讼模式追求的是瑕疵决议的救济，侧重公司决议的合法性，对诉讼主体与诉讼事由限制较少，股东提起决议撤销之诉不以决议侵犯股东利益为条件，然而这在另一层面上极易导致频繁诉讼而引发公司决议的不稳定。公益诉讼模式下，裁量驳回制度与诉讼担保共同实现滥诉防止的目标，但两者在适用条件上存在差异。诉讼担保制度以提高诉讼成本的方式实现滥诉防止，而裁量驳回制度则以容忍轻微决议瑕疵而以求组织稳定性的方式实现滥诉防止。可见，本质上只有诉讼担保制度的制度功能才是滥诉的防止，而裁量驳回的制度功能在于稳定公司决议，只是客观上能够达到滥诉防止的效果而已。

当诉讼担保制度与法院裁量驳回制度并存时，可能引发适用上的重叠，这种重叠的后果是公司能够证明股东起诉存在恶意时，能否以裁量驳回替代诉讼担保，从而切断其起诉。公益诉讼模式下，诉讼担保制度与裁量驳回制度所要保护的法益不同，可以同时存在。诉讼担保制度是能够证明股东恶意时，提高诉讼成本而阻却诉讼的方式，但裁量驳回制度是决议瑕疵存在轻微程序性瑕疵时，为了保护公司决议稳定性而牺牲股东诉权的方式。可知，股东主观存在恶意时，只要提供担保仍能继续起诉，因此公益诉讼模式中相比滥诉的发生，瑕疵决议更具有撤销的必要性。进入到诉讼领域，法官有权在恶意

³ [日]最高裁判所 1956.11.15. 民集 第10卷 第1号，第1423页。

⁴ [日]最高裁判所 1971.3.18. 民集 第25卷 第2号，第183页。

诉讼与公司决议稳定中进行权衡，决定是否予以裁量驳回。

我国司法解释（四）中规定的“起诉权判断型”驳回制度，其裁量范围限于起诉资格的确定，不涉及决议瑕疵与决议稳定性之间的博弈，继而无关公司决议稳定性，只具有滥诉防止的目的。由此可知，我国现行法范围内，司法解释（四）引入的裁量驳回制度与《公司法》中已有的诉讼担保制度在滥诉防止方面具有共同的规范目的。但我国诉讼担保制度区别于公益诉讼模式下其他国家的诉讼担保制度，不要求起诉股东存在主观恶意，因而实践中导致频繁诉讼的发生，为了解决这一问题司法解释（四）引入了裁量驳回制度并限定法院裁量权的适用范围。换言之，司法解释（四）引入的“起诉权判断型”驳回制度，可视为诉讼担保制度中缺失的“主观恶意”的补充。

三、裁量驳回制度适用之前提：广泛的起诉主体与事由

以日韩为代表的“公益诉讼”模式和以德国为代表的“股东权保护”模式是瑕疵决议救济制度的两大立法模式。两类模式下，起诉权主体及起诉事由均有所不同。前者决议瑕疵撤销之诉的主体既不限于有表决权的股东，还包括无表决权、表决权限制的股东；既不要求股东因瑕疵决议而受损，也不要要求股东与瑕疵决议存在关联；既不限于股东，还包括董事及监事（韩国商法 第376条第1款）。起诉事由不仅包括程序性瑕疵（召集程序或决议方法违反法律或章程），还包括内容瑕疵（决议内容违反章程）。然而后者将撤销之诉的主体严格限定在具有诉讼利益的股东，并将起诉事由限定为，程序性瑕疵应当足够重大以至于能够影响股东决定是否参加决议又或行使股东权。可见，两类瑕疵诉讼立法模式中，瑕疵诉讼的起诉权判断标准进一步可分为“股东资格”与“起诉事由”，下面从“股东资格”与“起诉事由”两个方面分析公益诉讼模式中起诉权的归属及起诉事由之确定。

1. 起诉权归属的判断标准：股东的确定

区别于“股东权保护”模式，“公益诉讼”模式下，撤销之诉制度的功能定位是以恢复股东大会意思形成的公正性与适法性的方式，维护公司组织的健全性。当股东会及股东大会决议存在程序性瑕疵又或内容违反公司章程而符合撤销之诉的法定构成要件时，可视为全体股东与瑕疵具有利害关系，股东以其股东资格即可向法院提起决议撤销之诉。⁵因此“公益诉讼”模式中，起诉权归属的判断标准仅为股东资格。然而股份（股权）的流通性导致交易中股东资格可能具有不确定性，结合“公益诉讼”模式的功能定

⁵ 韩国商法沿袭1938年日本商法，采“公益诉讼”模式，将瑕疵诉讼制度定位在恢复股东大会意思形成的公正性与适法性，并在其商法典第376条第1款规定“股东大会召集程序或决议方法违反法律或公司章程，又或存在显著不当时，自决议之日起2个月内股东、董事及监事有权提起撤销之诉”。可见，韩国商法中瑕疵诉讼之主体不限于股东，还包括董事、监事等。鉴于我国公司法及司法解释四均将股东认定为瑕疵诉讼主体，且司法解释四重点突破公司法关于瑕疵诉讼制度中起诉权的归属，因而董事、监事能否成为瑕疵诉讼主体不属于本文的论述范围，不予赘述。

位，应当进一步梳理并明确股东资格作为起诉权归属之判断标准。具体判断规则如下。

(1) 股东资格的确定时间及形式要求

取得股东资格的时间以起诉时为准。起诉权之归属不要求股东与瑕疵决议存在关联。换言之，股东作为决议瑕疵之诉的起诉主体，不要求决议当时具有股东资格，起诉时具有股东资格，便有权提起诉讼。公益诉讼模式下的瑕疵决议救济制度以恢复股东大会意思形成的公正性与适法性为目标，不要求起诉股东与瑕疵决议存在关联，起诉权归属认定之宽泛也有其道理。

取得股东资格以股东名册记载为准。基于股份（股权）的自由转让，股东起诉权归属应以统一的标准来判断，方能维护公司决议的稳定性。股东资格之认定，基于事由不同，可有三个维度。代持关系中，以实际出资为准判断股东资格（司法解释三 第24条）；对第三人关系中，股份公司以股票的持有为对抗力（公司法 第139条），而有限公司以股东名册的登记为对抗力（公司法 第32条第3款）；于公司关系中，股东权行使以股东名册记载为准（公司法 第32条第2款）。诉权乃股东固有权利，认定诉权之归属应当从公司为标准，以相对统一的以公司股东名册记载为准，从这个意义上讲，受让股权而未变更股东名册的股权受让人，基于股东名册的对抗力，无权起诉。

(2) 股东诉权有无之界定

具有起诉资格的股东不限于有表决权股东，还包括无表决权、表决权限制股东。理由在于，表决权有共益权属性，不能因此而认为无表决权的股东对公司决议无利害关系。换言之，无表决权的股东无权参与决议行为，但却受决议结果的拘束，因此无表决权、表决权限制的股东与决议结果存在利害关系，应当赋予其起诉资格。

起诉主体仅要求具有股东资格，不论其是否因瑕疵决议而受损又或与瑕疵决议存在关联。⁶ “公益诉讼”模式下，起诉主体与瑕疵之间不存在因果关系，其原因不仅仅是瑕疵诉讼制度的功能定位使然，更多则是为了防止严格适用因果关系理论导致的不当后果。即，持股比例能够影响决议结果的股东，可以不受法律关于股东大会决议的程序性安排的恶劣后果。正因为如此，采“股东权保护”模式的德国，也在其判例中也排除了决议瑕疵之诉中因果关系的适用。⁷ 由此可知，“公益诉讼”模式中，参与表决的股东事后发现决议存在瑕疵而构成可撤销要件时，仍有权提起撤销之诉而不构成诚实信用的违反。⁸

⁶ [韩]大法院 2003.7.11 判决 2001DA45584 中，法院认为股东可基于未通知其他股东等程序性瑕疵为由，提起决议撤销之诉。
⁷ BGHZ 160, 385, 392

⁸ 对此日本通说和判例与韩国一致，但也有少数观点认为，未接到召集通知的股东之所以未提起撤销诉讼，可以认为是因为对决议的结果是满意的，因此无理由让接到召集通知的股东提起决议撤销之诉的必要（[日]前田庸著·王作全译：《公司法入门（第21版）》，北京大学出版社 2012 年版，第 300 页）。

(3) 诉讼承继资格的确定

提起决议瑕疵之诉的股东，诉讼进行中死亡又或转让股权时，股权受让人、董事或监事能否继续诉讼？对此，韩国学界的观点也因人而异。但从瑕疵诉讼制度以恢复公司利益为立法目的来看，具有共益性，不能因起诉权人个人的事由而随意终止。因此当起诉股东死亡或转让股权时，应当由董事、监事作为第三人，股权受让人作为当事人继续诉讼。

2. 起诉事由的判断标准：撤销事由的确定

从瑕疵形成原因上来看，决议撤销事由关注重点是程序性瑕疵，基于经营与所有相分离原则，股东（大）会决议瑕疵，可分为程序违法及内容违反章程等两个方面，其中根据程序违法发生的阶段，有可进一步细分为召集程序上的违法及决议方法上的违法。由此可知，瑕疵决议撤销事由可分为三大事由，并结合违反法律又或章程，起诉事由之瑕疵类型可分为召集程序上的瑕疵、表决方式上的瑕疵等。⁹

(1) 召集程序的瑕疵

召集程序上的瑕疵源于经营与所有两分离的原则中的公司机关的权限划分。经营与所有相分离的原则之下，董事会决定股东（大）会召集与否。换言之，召开股东（大）会在公司层面受董事经营判断原则之规范，赋予董事会决定股东（大）会的召集，有利于阻却股东对公司经营的干扰。具体包括，董事会召集决议存在瑕疵进而引发股东（大）会召开缺乏合法性基础；召集程序存在通知上的瑕疵进而导致股东（大）会决议未能反映股东的真实意志，缺乏资本多数决的正当性基础；股东（大）会表决事项超越通知所记载的目的事项可能导致侵犯股东知情权而缺乏资本多数决的正当性基础。换言之，表决权是股东的权利，股东可以通过不参与股东（大）会而放弃表决权的行使，倘若股东（大）会实际决议事项超越其通知事项，便可构成对股东知情权的侵犯。

(2) 表决方式的瑕疵

表决方式的瑕疵源于股东（大）会决议未能具备“代表性”而缺乏正当性基础。股东（大）会决议若要产生法律行为之效力，需以决议具备“代表性”为前提，而这也是资本多数决的正当性基础。非股东参与表决、表决权限制的股东参与表决，以及未遵守特别决议与普通决议之表决要件的规范等表决方式上的瑕疵可视为缺乏“代表性”的股东（大）会决议。

(3) 侵害股东知情权的瑕疵

不公正的意思进行因其缺乏资本多数决的正当性基础而构成瑕疵决议。具体表现为，

⁹ [韩]李哲松：《公司法讲义（第25版）》，韩国博英社 2016 年版，第 594 页

决议过程中，通过不当阻止股东发言，使其退场，又或排除、限制异议股东表决权等方式，歪曲股东意思而通过的决议，能否提起撤销之诉？“股东个人利益”保护模式下的决议瑕疵之诉要求瑕疵与决议结果之间存在关联，然而此关联并非指瑕疵与结果之间的因果关系，而是要求提起可撤销之诉的瑕疵应当是重大的。¹⁰ 据此德国股份法第 243 条第 4 款第 1 项根据 2005 年制定的 UMAG 法修订为，股东认为公司提供错误信息、不完整信息或拒绝提供的信息是其决定参加股东大会或行使股东权的重要前提时，可以提起撤销之诉。¹¹ 韩国商法未对决议瑕疵之诉中，信息提供不完整、错误的情形予以规定，但依解释可归类为决议方法的瑕疵。即，不当阻止发言，又或强制退场，排除异议股东行使表决权等情形，与提供虚假信息、不当信息一样，均属于误导股东表决权的行为，符合决议方法上的瑕疵，构成提起撤销之诉的事由。

四、裁量驳回制度与其他预防滥诉的配套措施

从决议瑕疵之诉的立法模式可知，公益诉讼模式规定较为宽泛的起诉主体与起诉事由，滥诉的可能性远远大于德国模式。瑕疵诉讼的滥诉是指，现实中个别小股东提起诉讼的目的并非出于消除决议瑕疵维护决议合法性及自身权利为目的，而是旨在给公司造成不便特别是阻碍公司重要决议的及时执行从而给公司造成压力，迫使公司向其支付一笔可观的和解补偿来换取和解撤诉。¹² 为了防止司法实践中滥诉的大量产生以至于危及公司决议的稳定性，公益诉讼模式下大多通过诉讼担保制度提高诉讼成本，并结合法院裁量驳回制度过滤掉不必要的诉讼。但是诉讼担保制度与法院裁量驳回制度，立法不当，不仅不会防止滥诉的发生，还会引发股东诉权的不当侵害。

1. 诉讼担保制度

诉讼担保制度是从诉讼程序的角度，以提高诉讼成本的方式遏制滥诉的发生。根据韩国商法第 377 条第 1 款、第 2 款及第 380 条关于第 176 条第 4 款的准用规定，公司能够证明提起瑕疵诉讼的股东存在恶意时，法院可要求股东提供诉讼担保。此时的股东是否存在恶意须由公司承担举证责任。恶意证明的程度上，公司仅需证明股东明知决议不存在可撤销、无效及不存在的事由即可，无需证明诉讼可能对公司造成的损失。

诉讼担保最大的适用困境在于对担保对象和数额的确定。¹³ 韩国商法中诉讼担保制度仅适用于股东，董事及监事提起瑕疵诉讼时，无需提供诉讼担保（第 377 条第 1 款但书）。诉讼担保制度的功能在于担保因诉讼而造成的损失或可能造成的损失（第 376 条

¹⁰ [韩]Song Oklear：“股东大会决议瑕疵之诉的裁量驳回制度”载于《BFL》（首尔大学金融法研究中心）第 74 号（2015.1），第 58 页。

¹¹ 参见丁勇：“公司决议瑕疵诉讼中的股东知情权瑕疵研究”载于《东方法学》2014 年第 3 期。

¹² 参见丁勇：“德国公司决议瑕疵诉讼滥用问题研究及启示”，载于《比较法研究》2013 年第 4 期，第 36 页。

¹³ 参见丁勇：“公司决议瑕疵诉讼担保制度检讨及立法完善”，载于《法学》2014 年第 5 期，第 91 页。

第 2 款、第 380 条准用第 191 条），因此担保数额应以公司可能遭受的损失为标准，并结合法院的自由裁量予以确定。¹⁴

公司能够证明股东起诉存在恶意时，能否以裁量驳回替代诉讼担保？笔者认为，诉讼担保制度与裁量驳回制度所要保护的法益不同，可以同时存在。理由是，公益诉讼模式中，股东因决议瑕疵而提起撤销之诉，属于股东权的行使，很难认定构成滥诉。且即便存在滥诉，撤销之诉的功能在于恢复股东大会意思形成的公正性与适法性而维护公司组织的健全性，因此从撤销之诉的功能定位来看，相比滥诉的发生，瑕疵决议更具有撤销的必要性，即便股东起诉存在恶意，在提交诉讼担保的前提下，仍应当赋予其起诉的资格，并由法官判断是否构成裁量驳回制度的适用范围。

2. 裁量驳回制度

诉讼担保制度是从诉讼程序上防止滥诉的发生，而裁量驳回制度是从判决的角度对预防滥诉而产生的恶劣后果。可以说，裁量驳回制度与诉讼担保共同构成平衡瑕疵诉讼中过于宽泛的起诉主体与起诉事由，防止滥诉的发生而维护公司组织的稳定性。韩国商法第 379 条，法院可以根据决议的内容、公司的情况等，认为撤销决议不妥当时驳回股东起诉。法律对裁量驳回制度规定的较为宽泛，而这又与瑕疵诉讼主体及事由的宽泛认定相适应。换言之，因为瑕疵诉讼主体及事由认定的较为宽泛，所以若要裁量驳回制度起到防止滥诉的作用，必须放宽其适用范围。但从另一个侧面来看，过于宽泛的裁量驳回标准，亦会限制股东诉权而具有侵犯股东权的嫌疑。从规范法院权利的角度，结合司法判决解释法律并提炼裁量驳回裁判标准，显得尤为重要。

（1）可撤销之诉的事由与裁量驳回的事由

裁量驳回事由是否包括内容瑕疵是可撤销事由区别于裁量驳回事由的关键。详言之，倘若裁量驳回制度的事由与可撤销事由相同，则意味着股东有权起诉且符合决议撤销之诉的构成要件时，法院可依其职权驳回起诉。即所谓法院可以以牺牲股东的利益，维护瑕疵决议而追求公司决议的稳定性。正因为如此，韩国学界对此观点有所不同。有学者认为，裁量驳回制度仅适用于程序性瑕疵，原因在于作为可撤销之诉的事由一决议内容违反公司章程，很难判断瑕疵是否轻微，以及瑕疵是否影响决议内容。¹⁵ 并且裁量驳回是考虑到撤销之诉的瑕疵可因起诉期间的经过归于治愈而认定的制度，因此原则上不应包括内容瑕疵。¹⁶ 但也有学者认为，法律没有限定裁量驳回制度的适用范围，通过解

¹⁴ [韩]韩国大法院 1963.2.28. 决定 63MA2.

¹⁵ [韩]金建植：《公司法》，韩国博英社 2015 年版，第 320 页。

¹⁶ [韩]李哲松：《公司法讲义（第 24 版）》，韩国博英社 2016 年版，第 620 页。

释将其限定在程序瑕疵有法律规定。¹⁷

韩国大法院还未曾对此问题进行判决，但大邱高等法院认为内容瑕疵也可适用裁量驳回制度。¹⁸可见，学理上对此问题仍有纠纷，但司法实践中则倾向性地认为内容瑕疵也可适用裁量驳回。当裁量驳回事由与可撤销事由相同时，意味着法院在瑕疵决议中拥有广泛的裁量权，此时审判实践中有必要进一步明确又或限定法院裁量驳回的合理事由，以便从法院裁量权中保护股东诉权。

(2) 瑕疵的重要性与影响力

通常认为能够适用裁量驳回的瑕疵应当是轻微且对结果无影响的。但如何判断瑕疵的重要性及影响力是韩国司法实践中的难题。当瑕疵与表决权行使相关联时，瑕疵的影响力可通过表决权的不当行使对决议结果的影响来判断。如，有表决权的股东未行使表决权，又或无表决权的股东行使表决权，决议结果发生改变时，可认定瑕疵影响决议结果。当瑕疵对决议结果产生影响时，适用裁量驳回的判决仅有一例。¹⁹可见裁量驳回大多适用于瑕疵对决议无影响的情形。除表决权瑕疵以外，召集程序瑕疵（未召集董事会而直接召集股东大会）又或表决方式上的瑕疵等，很难判断是否对决议结果产生影响，此时应结合瑕疵的重要性来判断能否适用裁量驳回制度。

瑕疵是否轻微，又或是否重大，不仅标准难以掌握，还与瑕疵影响力之间存在认识上的重叠。当瑕疵对决议结果产生影响时，可视为瑕疵重大。纵观韩国司法判决，法院认定瑕疵重大时，便不再适用裁量驳回。那么，如何界定重大瑕疵？参考判例可以得出，召集程序瑕疵以及拒绝股东表决权等阻碍股东行使股东权的瑕疵属于重大瑕疵。²⁰此外，无表决权的股东参与表决时，根据其行使表决权比例来判断瑕疵是否重大。²¹

(3) 撤销决议对公司或股东是否有利益

韩国裁量驳回制度的适用之广，通过“撤销决议对公司或股东是否有利益”的适用即可知晓。原因在于，法院作为第三方主体很难判断某项决议对公司或股东是否有利。尽管如此，司法实践中仍有一些判例，通过阐明撤销之后的严重后果，推断出撤销决议对公司及股东不利，并予以驳回。如，某一公司召开股东大会时，未确认股东身份且未计算出席股份数，表决过程也以鼓掌代替投票，并拒绝了异议股东的质询。虽然一审法院认为表决程序存在重大瑕疵而否定了裁量驳回，但二审法院认为，决议撤销意味着否

¹⁷ [韩]任在然：《公司法II》，韩国博英社2013版，第193页。

¹⁸ [韩]大邱高等法院2009.7.22.宣告2009NA915判决。

¹⁹ [韩]大法院1987.9.8.86DAKA2971。

²⁰ [韩]首尔高等法院2012.11.16.2012NA49102（解聘董事的决议中，认为兼任董事的股东与决议存在特别利害关系而拒绝其行使表决权）；首尔高等法院2008.7.30.2007NA66271（以董事选任为由召集的股东大会，召集通知中告知选任监事并实际选任监事）

²¹ [韩]大法院2009.1.30.2006DA31269（相互持股的43.4%行使了表决权）；釜山高等法院2008.1.23.2007NA27252（共计12566个无表决权股行使了表决权，占全体持股比例0.037%）

认经瑕疵决议选出的董事会作出的一切决议，包括特别融资、以减资为条件的政府出资、出售不良资产等，这会导致银行的自己资本率大幅度下降，引发公众取款事件的发生，进而危及银行业务的正常化，严重后果则会导致金融危机，故以其裁量驳回起诉。²²

(4) 原告是否存在滥用诉权的情形

裁量驳回制度的立法目的是防止滥诉的发生，但若股东存在滥诉的情形，驳回其起诉实属应该。决议存在瑕疵而股东行使股东权撤销决议很难认定为权利滥用，因此原告存在权利滥用时，一般不单独作为裁量驳回的理由，而与其他原因共同构成驳回事由。法院裁量驳回制度的积极意义在于，瑕疵轻微时，通过认可决议的效力，维护以该决议为基础形成的诸多法律关系。在此意义上裁量驳回制度符合企业维持理念。然而其消极意义也非常明显，以容忍决议瑕疵为代价换取公司组织的稳定性，具有反价值性特点。²³裁量驳回制度是组织法正义与团体法律关系的公益性之间博弈的结果，应慎重适用。

五、代结语：我国裁量驳回制度与其他制度的协调与选择

1. “起诉权判断型”裁量驳回制度的特点

我国《公司法》司法解释（四）突破传统《公司法》内的“公益诉讼”模式，转为“股东权保护”模式。具体体现在，将决议撤销之诉的原告资格限定在股东，并且要求股东必须与决议瑕疵存在关联性。这种关联性体现在两个方面，一方面，股东应当自起诉之日起至案件审理结束时，均具有股东资格，起诉时具有股东身份而案件审理后不再具有股东身份的，应当驳回起诉（司法解释四第2条）；另一方面，股东起诉时应当与瑕疵存在关联性，公司能够证明股东事后同意决议内容的、以行为表示接受决议内容的、作出新决议认可股东诉讼请求的，均应驳回起诉（司法解释四第8条）。由此可知，司法解释（四）的规定下，参与瑕疵决议而行使表决权的股东，事后提起瑕疵决议救济之诉时，法院可依其裁量驳回其起诉。可见，司法解释（四）规定的法院裁量驳回制度仅适用于起诉主体是否具有起诉权的判断，而不涉及起诉是否适当的问题。

我国司法解释（四）中规定的裁量驳回制度与传统公益诉讼模式下的裁量驳回制度有本质差异，颇具中国特色。可以说是一种“起诉权判断型”驳回制度，而非传统公益诉讼模式中的“撤销裁量型”驳回制度。传统公益诉讼模式中裁量驳回制度侧重企业维持理念，当瑕疵轻微时通过利益衡量，以牺牲股东诉权、容忍瑕疵决议的方式实现利害关系人的保护，以求企业的稳定，是一种“撤销裁量型”驳回制度。然而，现行新引入的“起诉权判断型”驳回制度，以防范滥诉为名，将适格起诉权人从《公司法》22条

²² [韩]首尔高等法院1998.8.25.98NA5267

²³ [韩]李哲松：《公司法讲义（第24版）》，韩国博英社2016年版，第618页。

第2款规定的股东，限定为“起诉时间”上连续具有股东资格直至案件审理结束，“起诉事由”上起诉股东须与瑕疵存在关联的股东。换言之，“起诉权判断型”驳回制度通过限缩股东起诉权而实现滥诉的防止，效果上更接近“股东权保护”模式中的起诉资格确定问题，而非“公益诉讼”模式下的“撤销裁量型”驳回制度，本质上是一种剥夺股东起诉权的手段。

2. 滥诉防止制度间的分工与协调

司法解释（四）中引入的“起诉权判断型”驳回制度试图通过限制股东起诉资格，预防滥诉的发生。然而我国《公司法》已有诉讼担保制度，司法解释（四）在引入“起诉权判断型”驳回制度时，并未放弃诉讼担保制度。诉讼担保制度是传统的公益诉讼模式下的滥诉防止制度。尤其是我国诉讼担保制度中，法院仅以公司的请求即可要求股东提供担保，公司无需证明股东起诉存在恶意（公司法 第22条第2款），而这一要件的缺失促使其客观上能够更加强有力的达到滥诉防止的目的。即所谓，无论股东是否有恶意，公司均可要求其提供担保而阻却诉讼。可以说，《公司法》框架内诉讼担保制度仍能通过增加诉讼成本仍能发挥防止滥诉的作用。此时，司法解释（四）中的“起诉权判断型”驳回制度，虽减轻了法院裁量担保数额，但却无疑增加了股东起诉的门槛，可能引发不当遏制诉讼的后果。

可以说，我国司法解释（四）中规定的“起诉权判断型”驳回制度，其裁量范围限于起诉资格的确定，不涉及决议瑕疵与决议稳定性之间的博弈，继而无关公司决议稳定性，只具有滥诉防止的目的。然而这一种滥诉防止的目的，恰恰又是通过减轻法院诉讼担保数额之裁量而实现的。从这个角度上来看，司法解释（四）引入的“起诉权判断型”驳回制度是对诉讼担保制度的补充。但这一种“补充”是以牺牲股东诉权为代价的，有违瑕疵决议诉讼之公益诉讼的立法模式，又或根本违背《公司法》第22条第2款的立法初衷。理由在于，当起诉股东具备司法解释（四）规定的驳回起诉事由时，可作为诉讼担保制度适用条件之“主观恶意”的补充，逻辑上此时应适用诉讼担保制度而要求其提供担保，而非驳回起诉。因为适用驳回起诉的结果是剥夺股东的起诉权。

决议撤销之诉的双重功能，即为决议撤销之诉具有维护受违法决议侵犯的少数股东利益，更具有消除公司决议违法性、确保公司内部决议行为合法性控制。²⁴无论是“公益诉讼”还是“股东权保护”，均是瑕疵诉讼存在价值的一体两面，只是前者注重公司内部决议行为的合法性控制，而后者偏向少数股东利益的保护。股东决议撤销之诉的股东起诉资格如何确定，属于立法政策上的原因，无孰优孰劣之分，但会对决议撤销制度

的其他配套规则产生影响。从“公益诉讼”模式转为“股东权保护”模式也未尝不可，但应考虑法律规范的体系性，而非个别条款的修修补补。

²⁴ 丁勇：“股东大会决议撤销之诉功能反思”，载于《法学》2013年第7期，第106页。

中韩检察机关侦查权比较研究

孙明泽*

(西南政法大学, 重庆, 401120)

摘要:检察机关是公诉案件刑事诉讼的主要参与者,人民检察院是我国宪法规定的法律监督机关,同时对职务犯罪行使侦查权,对公诉案件行使公诉权。在韩国,检事对所有刑事案件都享有侦查权,司法警察官吏是侦查辅助机关,在检事的领导下行使侦查权。检察院只是我国侦查机关之一,并不存在检察院对其他侦查机关的指挥权。韩国检事侦查权具有独占性特点,只有检事享有侦查权,司法警察官吏只是侦查辅助者。对于司法令状制度,韩国具有完备的司法令状签发机制;我国强制性措施的批准权力则由检察院自身行使,对检察机关的司法公信力具有减损的影响。检察机关侦查权的发展趋势将是:检察机关侦查权将日渐缩小,由公诉权和监督权独占;侦查案件的范围也将逐渐缩小甚至被取消;司法令状制度将有进一步发展的空间。

关键词:检察机关;侦查权;监察委员会;令状制度

中韩两国具有深厚的历史渊源,作为东亚地区强国,两国法治发展存在相似之处,但又存在各自的特点。在我国,人民检察院是法律监督机关和司法机关,行使法律监督权、对贪污贿赂犯罪等案件的侦查权以及公诉权。韩国检察官隶属于法务部,属于国家行政机关,同时又具有准司法机关的属性,行使对所有案件的侦查权以及在案件侦查中对警察机关的指挥权等权力。对两国检察机关的比较能够促进两国法律的交流,对司法改革的推进也具有重要的意义。

一、我国检察机关的侦查权

侦查权是指“依法收集证据、揭露和证实犯罪、查获犯罪嫌疑人并采取强制性措施的权力。”²⁵在我国刑事诉讼中,享有侦查权的机关主要为公安机关,除公安机关外,人民检察院有权对贪污贿赂犯罪等案件进行侦查,国家安全机关对危害国家安全的犯罪享有侦查权,监狱侦查部门以及海关缉私部门也享有侦查权。

(一) 人民检察院侦查权的现有规定

侦查权是人民检察院重要的权力,我国刑事诉讼法对此作出了明确的规定。刑事诉讼法第3条规定人民检察院是我国侦查机关之一,对其受理的案件负责侦查。对于侦查

* 【作者简介】: 孙明泽,(1988-),男,汉,山东阳谷人,西南政法大学诉讼法学博士研究生。研究方向:刑事诉讼法学,检察制度。

²⁵ 程荣斌,王新清主编:《刑事诉讼法(第六版)》,北京:中国人民大学出版社,2016版,第262页。

的案件范围,则在第18条进作出了明确规定。²⁶同时,最高人民检察院出台的司法解释中也明确规定立案侦查受理案件是人民检察院的任务。²⁷《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第8条、第9条则对人民检察院有权侦查的案件的具体罪名进行了规定。《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件范围的规定》对检察院有权侦查的案件范围做出了更具体的规定,特别是对贪污贿赂犯罪、渎职类犯罪的具体条文等进行了更为细致的梳理。

除刑事诉讼法总则部分对人民检察院的侦查权进行原则性的规定外,在分则“侦查”一章中,对具体的侦查措施也进行了规定。这些侦查措施既适用于一般侦查机关,也适用于人民检察院等特殊侦查机关。检察院有权对其负责侦查的案件采取强制性侦查措施,可以讯问犯罪嫌疑人;对于需要询问证人的,人民检察院有权询问证人;对于案件中需要勘验、检查的,在侦查人员的主持下可以进行勘验、检查;侦查案件中有需要搜查、查封、扣押物证、书证的,人民检察院有权采取相应措施,保障侦查的顺利进行;在案件中为了查明案情,解决案件难题,可以对专门性问题进行鉴定;犯罪嫌疑人需要逮捕但其本人在逃的,检察院有权决定通缉,由公安机关执行。此外,2012年修改刑事诉讼法时增加了技术侦查措施,人民检察院在对重大贪污贿赂犯罪等案件立案之后,根据侦查犯罪的需要,经过严格审批手续,可以采取技术侦查措施。《检察官法》第6条规定人民检察院检察官的职责之一就是对自行受理的案件享有侦查权。该条明确了检察官作为检察院的主体,享有对贪污贿赂等犯罪案件的侦查权,表明了检察官侦查工作的专门性。《人民检察院组织法》第5条和第11条规定,人民检察院对自行受理的案件享有侦查权;同时,还在其他条文规定,人民检察院享有补充侦查权。

可以说,我国相关法律对人民检察院侦查权的规定比较充分,为检察院充分行使侦查权提供了法律依据。从上文关于人民检察院侦查权的规定可以看出,检察院的侦查权具有以下特点:第一,人民检察院侦查权的行使具有专门性。检察院行使侦查权具有案件范围的限制,这是检察院自侦权最大的特点,检察院仅针对四类案件享有侦查权,并且这四类案件都是与国家工作人员的行为相关,²⁸可以说检察院的侦查权具有一定程度

²⁶ 《刑事诉讼法》第18条第二款规定:贪污贿赂犯罪,国家工作人员的渎职犯罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪,由人民检察院立案侦查。对于国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。

²⁷ 《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第2条规定,人民检察院在刑事诉讼中的任务,是立案侦查直接受理的案件,.....

²⁸ 我国检察院针对以下四类案件享有侦查权:贪污贿赂犯罪案件;渎职犯罪案件;国家机关工作人员利用职权实施的下列犯罪案件;国家机关工作人员利用职权实施的其他重大的犯罪案件,需要由人民检察院直接受理的时候,经省级以上人民检察院决定,可以由人民检察院立案侦查。

上的反贪污性。专门性是指人民检察院在侦查的案件范围上的专门性，体现了我国检察院作为国家反腐败机关的性质。第二，人民检察院侦查权的行使具有特殊性。检察院是我国特殊的侦查机关，不仅体现在其侦查案件范围的狭窄性上，同时还体现在检察院集侦查权、公诉权于一身，体现了人民检察院的同体监督。检察院除具有对部分案件的侦查权外，还是我国的公诉机关和法律监督机关，对侦查工作享有监督权。因此，检察院通过法律监督权监督本机关职侦部门的侦查权体现了同体监督的现象。

（二）监察委员会改革试点对检察院侦查权的影响

目前，虽然侦查权作为检察院的主要权能一直在发挥着作用，但是，随着监察委员会改革的进行，检察院的侦查权是否还会继续发挥作用，这关系到检察院职务犯罪侦查权的未来走向。

关于监察委员会试点之后，检察院的职务犯罪侦查权问题，有的学者指出，“国家监察委员会行使监督、调查、处置等权力。检察院拥有的侦查权、批捕权、公诉权，国家监察委员会并不继受行使。监察委员会的调查权不会取代检察院的侦查权，性质上也不同于侦查权。”²⁹该学者认为，设置国家监察委员会之后，人民检察院的职务犯罪侦查权并不受影响，但是在监察委员会试点地区的实践做法却并不是如此。人民检察院反贪局、职侦局等部门转隶监察委员会之后，监察委员会实际上享有了检察院之前对职务犯罪的侦查权。一方面，检察院的主要力量已经转隶监察委员会，原机关不存在与职务侦查有关的部门和工作人员；另一方面检察院在反贪局、职侦局转隶监察委员会之后，已经没有人力、物力和精力进行职务犯罪侦查。因此，笔者认为，检察院职务犯罪侦查权的发展趋势是：职务犯罪侦查权的适用范围将越来越小，最终，检察院的职权将会以公诉权和法律监督权为主。理由主要有：

首先，监察委员会改革试点的趋势决定人民检察院的职务犯罪侦查权发挥作用的空间日渐狭小。监察委员会的发展趋势是将对职务犯罪等案件的处理权收归监察委，实现打击贪污腐败犯罪的目的。监察委员会试点之后，人民检察院的职权结构将发生变化，侦查权将从其权力结构中消失，由监察委员会的部门行使。侦查权是检察院重要的职权，在检察院内部也存在对不同案件的分工：反贪污贿赂局负责检察机关办理的贪污贿赂犯罪案件、挪用公款案件、巨额财产来源不明案件等案件的侦查；渎职侵权部门负责办理国家机关工作人员渎职犯罪以及利用职权实施的侵权犯罪案件的侦查；铁路运输检察机关则负责铁路运输部门贪污案件的侦查工作。³⁰因此，笔者认为，监察委员会试点后，

²⁹ 马怀德：《国家监察体制改革的重要意义和重要任务》，载《国家行政学院学报》2016年第6期，第20页。

³⁰ 参见黄豹：《侦查权力论》，北京：中国社会科学出版社，2011年版，第207-209页。

随着检察机关查处贪污贿赂、反渎职侵权、职务犯罪预防等部门的转隶，检察机关侦查权发挥作用的空间将日渐狭小。

其次，人民检察院的同体监督也不利于检察院自侦权的行使。我国《刑事诉讼法》第18条规定了人民检察院立案侦查的范围，对贪污贿赂犯罪、国家工作人员的渎职犯罪、国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民人身权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。但是，人民检察院对自行侦查的案件同时享有批准逮捕权、起诉权，对刑事诉讼的顺利进行享有法律监督权，这就出现检察院同体监督的现象。人民检察院的法律监督权是宪法规定的权力，权力行使的好坏将直接关系到贪污贿赂犯罪案件的解决。这种侦查权、起诉权由同一机关享有的情形在一定程度上造成检察院进行司法反腐公信力的丧失。³¹正如季卫东教授所言，“在国家主导的现代化过程中，权威尤其重要，否则无法有效的进行动员和实现目标，但是真正的权威并不单纯仰仗强力。”“权威的问题必须转换为公平性的问题来处理。”“在一个缺乏自然法信仰的社会建立法治秩序，法律的权威性更有赖于程序法的合理与公正。”³²

最后，国家打击贪污腐败犯罪需要集中统一监察权的行使。目前我国的监察权力分布比较分散，没有形成集中统一的监察体制，有权行使监察权力的机关主要为纪委、监察机关以及人民检察院等，监察权力的行使没有形成一种合力。在这种情况下，各机关监察权力的行使就不能产生应有的效果，对腐败案件的追究与查办不及时，同时也对权力行使不力监督不及时、不彻底。监察委员会的试点将会产生两个方面的效果：第一，监察委员会的设置会使监察权力的行使更加集中。第二，监察委员会的设置会使监察权力的行使更加高效。

二、韩国检察机关的侦查权

在韩国，检察官又称“检事”，是行使检察权的国家机关，韩国检察官是独立官厅，独立行使侦查权、公诉权以及监督权。其作为公益的代表，主要行使下列职权：对刑事案件的侦查权、公诉权；在对犯罪案件的侦查中，指挥和监督司法警察官吏；指挥和监督裁判的执行；请求法院正确适用法律。³³可见，对犯罪案件的侦查权是韩国检察官的主要职权。

（一）韩国检事侦查权的法律规定

³¹ 参见吴建雄：《健全国家监察组织机构》，载中国社会科学网：
http://ex.cssn.cn/xr/xr_xrf/xr_xgdllycc/201609/t20160907_3192461.shtml，最后访问时间：2017年2月7日。

³² 季卫东：《法律程序的意义》（增订版），北京：中国法制出版社2012年版，第84-85页。

³³ 参见宋英辉、孙长永、朴宗根：《外鬼刑事诉讼法》，北京：北京大学出版社，2011年版，第516页。

在韩国，享有侦查权的机关包括检事和司法警察官吏，但是，检事在案件的侦查过程中居于主导地位，司法警察在检事的指示下开展侦查工作，属于检事的辅助机关。检事有权启动、推进并终结侦查，既可以自己直接进行侦查，也可以指挥司法警察进行侦查。因此，韩国检事对所有案件都享有侦查权，并在案件侦查过程中享有对司法警察官吏的指挥权。³⁴从2016年修改之后的韩国《刑事诉讼法》³⁵的规定看，韩国检事侦查权的法律规定主要包括：检事侦查权的一般性规定、对犯罪嫌疑人的逮捕、羁押以及其他强制性措施的适用。

首先，韩国检事侦查权的一般性规定。第一，侦查的案件范围，韩国《刑事诉讼法》第195条规定，检事认为有犯罪嫌疑时，应当侦查犯罪嫌疑人、犯罪事实和证据等。因此，韩国检事对所有的案件都享有侦查权。随后第196条、第197条规定了司法警察官吏在侦查过程中具有辅助检事进行侦查的义务。其中第196条第一款至第五款规定，司法警察官吏是侦查工作的辅助机关，应当在检事的指挥下侦查，并应当及时向检事提交相关文件和证物。第197条规定特殊案件的侦查也由检事进行，只是需要海关、税务等特殊司法警察官吏的辅助。第二，检事在侦查过程中注重对犯罪嫌疑人的人权保障。在韩国，检事虽然是案件的侦查和公诉机关，但是，在侦查过程中，检事也注重对犯罪嫌疑人的人权保障。第198条和第198条之二对此进行了规定：一方面，检事、司法警察官吏在侦查过程中注重对犯罪嫌疑人的保护，尊重犯罪嫌疑人和其他人的人权；另一方面，检事还针对逮捕、羁押进行定期监察，避免出现非法逮捕、羁押现象的出现。2002年通过的《人权保护侦查准则》也强调了对人权的保护，“原则上禁止深夜调查，取消特别监察室，并阐明了不拘束原则。”³⁶第三，为了侦查的需要，检事可以采取必要的措施。第199条规定，检事为了侦查目的，可以进行必要的调查，但是调查应当遵循比例性原则，在最小限度内采用。同时，为了侦查的需要，检事可以照会公务机关和其他团体，要求他们对询问事项进行报告。³⁷此外，第200条规定检事或司法警察官吏为了了解案情，可以要求犯罪嫌疑人到场，听取其陈述，犯罪嫌疑人有出席的义务。

其次，对犯罪嫌疑人的逮捕。韩国《刑事诉讼法》第200条之二规定，如果检事有足够的理由怀疑犯罪嫌疑人实施了犯罪行为，并且嫌疑人需要到场而没有到场或者有不到场的可能的，检事有权请求有管辖权的地方法院法官签发逮捕令并逮捕犯罪嫌疑人。

³⁴ 参见马相哲：《韩国检察制度简介（上）》，载《国家检察官学院学报》2006年第1期，第154页。

³⁵ 本文中所提及的韩国《刑事诉讼法》指中国检察出版社2016年出版的《世界各国刑事诉讼法（亚洲卷）》中收录的2016年最新韩国刑事诉讼法。

³⁶ [韩]金日秀：《韩国检察官在刑事诉讼中的地位与机能》，李颖峰译，载《人民检察》2013年第11期，第70页。

³⁷ 参见[韩]金炳权：《中、韩检察制度之比较研究——机构与刑事诉讼中的权限为中心》，中国政法大学博士学位论文，2001年6月，第136页，指导教师：陈光中。

法院应当在作出是否逮捕的决定后通知提出请求的检事。如果检事对同一犯罪事实的犯罪嫌疑人请求签发逮捕令后，再次需要对其进行逮捕的，则再次请求签发逮捕令时应当记载相应的事由和理由。逮捕之后，如果认为需要羁押，则需要在48小时以内向法院法官请求羁押令。除上述普通逮捕之外，检事还有权对特定案件的犯罪嫌疑人实施紧急逮捕。紧急逮捕是检事或司法警察官吏对可能判处拘役、三年以上有期徒刑或者无期徒刑、死刑的犯罪嫌疑人，在因紧急情况不能取得法官的逮捕令时，可以在告知事由后无令状逮捕犯罪嫌疑人的措施。但是，检事对紧急逮捕应当及时向有管辖权的法院申请逮捕令，时间不得超过48小时。同时，对犯罪嫌疑人的无令状逮捕只能采取一次，不能以同一事由再次对犯罪嫌疑人采取无令状逮捕。逮捕犯罪嫌疑人之后，检事需要将逮捕的事由、嫌疑事项的内容、有权委托辩护人等告知犯罪嫌疑人。

再次，对嫌疑人的羁押。羁押是最为严重的强制性措施，暂时剥夺犯罪嫌疑人的人身自由。在韩国，检事和司法警察官吏有权在具有特定事由时羁押犯罪嫌疑人。检事认为犯罪嫌疑人有实施犯罪的嫌疑，并且犯罪嫌疑人无固定住处或者可能毁灭证据或者已逃跑或可能逃跑的，应当向有管辖权的法院申请签发羁押令，将犯罪嫌疑人羁押。在申请羁押令时，检事应当提交可以认定羁押必要性的材料。对于因同一犯罪事实对犯罪嫌疑人羁押时，应当在请求签发羁押票的同时记载申请的理由。对羁押犯罪嫌疑人的期限，韩国《刑事诉讼法》第202条和第203条规定了司法警察官吏和检事可以羁押的期限以及相应后果：司法警察官吏羁押犯罪嫌疑人的，应当在十日内将嫌疑人引致检事，逾期未引致的，应当释放犯罪嫌疑人；检事羁押犯罪嫌疑人或者接受司法警察官吏移交的犯罪嫌疑人，应当在十日内提起公诉，逾期未提起的，释放犯罪嫌疑人。羁押期限从逮捕或拘传犯罪嫌疑人之日起计算。对于有继续羁押必要的，检事可以向法院提出申请，请求继续羁押犯罪嫌疑人。

再次，韩国《刑事诉讼法》还对现行犯的逮捕以及再次逮捕、羁押作出了规定。对现行犯的逮捕问题，《刑事诉讼法》第212条、第213条、第214条作出了规定。在韩国，任何人包括检事和司法警察官吏都有权无令状逮捕犯罪嫌疑人。对非检事或非司法警察官吏逮捕的现行犯，应当立即交付检事或司法警察官吏；对于检事和司法警察官吏逮捕的现行犯，应当进行基本信息的询问，包括姓名、住所等，必要时需要将犯罪嫌疑人带至警察官署。但是，并非所有的现行犯都需要逮捕，对于轻微案件的现行犯，只有在犯罪嫌疑人住所不明时才可以逮捕。

对于再次逮捕和再次羁押问题，前文已有论述，在此对韩国关于再次逮捕与羁押的限制进行阐述。《刑事诉讼法》第214条之三规定了再次逮捕和再次羁押的限制，对于

通过审查逮捕或羁押适当性来决定是否释放犯罪嫌疑人的，除了犯罪嫌疑人逃跑或毁灭证据的情形外，不得以同一犯罪事实再次逮捕或羁押犯罪嫌疑人。对于正在逃跑的、有充分理由相信可能逃跑或毁灭证据的、收到到场要求后无正当理由不到场的、违反限制居所等其他法院规定条件的，可以因同一犯罪事实再次逮捕或羁押犯罪嫌疑人。

最后，检事可以采取的其他强制性措施。在侦查过程中，检事认为犯罪嫌疑人可能犯罪或与案件有关联时，可以请求地方法院法官签发令状，进行扣押、搜查或勘验等。司法警察官吏在遇到类似情况时，可以向检事提出请求，由其向法官请求签发令状。但是，检事也可以在特定情况下不依照令状进行扣押、强制处分。检事或司法警察官吏在讯问犯罪嫌疑人时，应当制作讯问笔录，对讯问犯罪嫌疑人进行录像。

（二）韩国检事侦查权的特点

韩国检事侦查权的规定具有显著的特征，既涉及到检察机关在国家中的地位，同时也涉及到检察机关与警察机关的关系。作为受到中华法系影响的国家，在近代通过日本间接接受了大陆法系的洗礼，在现代又受到英美法系的影响，导致目前韩国的法律制度既有大陆法系国家的痕迹，也有英美法系国家的特点，韩国检察机关的侦查权也因此受到了影响。

首先，韩国检事的侦查权具有独占性特点。韩国检察机关对侦查权的独占性非常典型，这涉及到检察机关与警察机关的关系。此处的独占性特点不仅体现在检事对刑事案件的直接侦查权上，还体现在对司法警察官吏侦查权行使的指挥方面。韩国实行侦查强制主义，又称为职权侦查原则，检事认为有犯罪嫌疑，应当侦查犯罪嫌疑人、犯罪事实和证据的，就需要进行侦查。检事对案件事实是否进行侦查具有决定权，在启动侦查程序时，检察机关具有决定权，司法警察官吏听从检察机关的指挥。对案件是否侦查终结，检察机关也具有决定权，检事认为犯罪事实清楚或者没有必要继续进行侦查的，可以终结侦查。同时，案件终结侦查之后，检察机关还享有是否重新侦查的决定权，即使检察机关提起公诉之后，还可以根据案件的具体情况重新侦查。³⁸

其次，韩国监察机关在侦查中对司法警察官吏具有指挥权。检察机关在侦查中居于核心地位，虽然司法警察官吏也享有对刑事案件的侦查权，但是，司法警察官吏侦查权的行使受到检事的规制，在案件侦查过程中接受检事的指挥。正如《刑事诉讼法》第196条的规定，司法警察官吏应当在检察官的指挥下开展侦查工作，司法警察官吏应当服从检事的指挥，辅助检事进行案件的侦查。在大陆法系国家，检察机关与警察机关的关系是：司法警察行使职权受检察官的领导。韩国检察机关对司法警察官吏的指挥正是

受到了大陆法系的影响。

再次，韩国检事的侦查权受到法院令状的限制。如果说检察机关对司法警察官吏的指挥权受到大陆法系国家的影响，那么韩国检事的侦查权受到司法令状的限制则是英美法系国家影响的结果。检事侦查权的司法令状限制是其侦查环节最为重要的特点。对犯罪嫌疑人的逮捕、羁押都需要案件管辖法院法官的司法令状，对于再次逮捕与羁押则规定了更为严格的条件。虽然韩国存在紧急逮捕和现行犯的逮捕，但是紧急逮捕之后需要检事向有管辖权的法院提交补充申请。逮捕现行犯之后，赋予了现行犯和其近亲属广泛的救济权利，保障被现行逮捕的犯罪嫌疑人的权利。

最后，韩国检察机关侦查权与公诉权体现了同体监督。权力的行使需要监督，检察机关侦查权的行使也需要进行监督与限制。韩国检察机关同时具有侦查权和提起公诉权。韩国检事在提起公诉方面具有很大的自由裁量权，在执行法律方面也具有极大的自由裁量权，使得检事相关决定的做出不受其他机关或机构的制约。³⁹检察机关在侦查终结后，认为案件需要提起公诉的，将向法院起诉；对于认为不符合起诉条件的，将不起诉。但是，对侦查终结的案件是否符合起诉标准进行审查时，仅仅依靠检察机关自身的审查，则有同体监督之嫌，不能树立检察机关的公信力。

三、中韩检察机关侦查权的比较与发展

中韩两国具有深厚的历史渊源，近代以前，两国都属于中华法系国家，中华法系起源于中国，对周围国家和地区产生了深厚的影响。在二十世纪之前，中国和韩国在儒家思想和中华法系的影响下，都处于大致相同的法制环境。但是，随着大陆法系国家和英美法系国家的入侵，相应的法律制度也随之而来，在对待域外法律的态度上造成两国法律制度的差异。两国检察机关的侦查权既存在着相似之处，又同时具有各自的特色。

（一）中韩检察机关侦查权的比较

通过上文对两国检察制度的介绍，发现两国检察机关侦查权既存在相同的地方，同时又体现出了各自的特色。

首先，检察机关在侦查中的地位。作为韩国刑事侦查权的行使者，检事侦查权的行使具有主导性的特点。在案件侦查过程中，司法警察官吏服从检事的指挥，根据检事的指示行使侦查权。因此，韩国检察机关具有警察化的倾向，特别体现在对刑事案件的直接侦查方面。韩国有的学者提出，创新检察文化，就应当由检察机关自身转换作为侦查主力的角色。⁴⁰韩国检事对侦查权的介入在于对司法警察官吏侦查工作的事前审批与事

³⁸ 参见宋英辉、孙长永、朴宗根：《外国刑事诉讼法》，北京：北京大学出版社，2011年版，第531页。

³⁹ 参见[韩]郑明华：《韩国检控制度及其存在的问题》，周长军译，载《人民检察》2009年第21期，第58页。

⁴⁰ [韩]金日秀：《韩国检察官在刑事诉讼中的地位与机能》，李颖峰译，载《人民检察》2013年第11期，第70页。

后监督，而非过多地干预具体案件的侦查。我国检察机关在刑事诉讼中的地位体现了事前审批与事后监督。虽然目前检察机关还对贪污贿赂犯罪案件等国家工作人员实施的犯罪享有侦查权，但是，人民检察院对相关案件的侦查权将会缩减甚至取消。侦查阶段人民检察院的职责将更倾向于侦查监督，通过对侦查权的监督保障侦查活动的合法性与正当性，保障犯罪嫌疑人侦查阶段的主体地位。

其次，检察机关案件侦查范围的限制。正是由于检察机关在刑事侦查中的角色不同，导致对案件侦查的范围存在不同。韩国《刑事诉讼法》并没有明确限制检察机关行使侦查权的案件范围，只是在第195条笼统地规定了检事的侦查权，检事认为有犯罪嫌疑的，应当侦查犯罪嫌疑人、犯罪事实和证据等。因此，韩国检事侦查权的行使涉及所有刑事案件。但检事并不会对所有刑事案件行使侦查权，因为司法警察官吏在检事的指挥下承担了多数案件的侦查工作。我国人民检察院侦查权的行使则有案件范围的限制。根据《刑事诉讼法》第18条第二款的规定，人民检察院对下列案件行使侦查权：贪污贿赂犯罪案件、国家工作人员的渎职犯罪案件、国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪、国家机关工作人员利用职权实施的其他重大犯罪案件，需要由人民检察院直接受理的时候，经省级以上人民检察院决定，可以由检察院立案侦查。因此，人民检察院侦查权的案件范围是有限制的，人民检察院的主要职能并不是侦查，其职能更倾向于公诉和法律监督。

最后，侦查过程中的令状适用。令状适用是规范刑事诉讼的方式，特别是在侦查阶段，检察机关或者司法机关通过令状的签发限制侦查机关滥用侦查权，对规范刑事侦查程序以及保障犯罪嫌疑人诉讼权益具有重要价值。韩国的侦查包括任意侦查和强制侦查两类，对犯罪嫌疑人权益影响最大的是强制侦查。韩国强制侦查分为逮捕和羁押两类。逮捕可以分为依据令状的逮捕、紧急逮捕和现行犯逮捕三类。紧急逮捕和对现行犯的逮捕需要在逮捕后的48小时内，由检事向有管辖权的地方法院申请羁押令状；如果是司法警察官吏逮捕的，其需要请求检事向有管辖权的地方法院申请羁押令。依据令状的逮捕是韩国《刑事诉讼法》第200条之二的规定，有足够的理由怀疑犯罪嫌疑人犯罪或者犯罪嫌疑人无正当理由不到场或有不到场的可能的，检事有权请求有管辖权的地方法院法官签发逮捕令，并逮捕犯罪嫌疑人；司法警察官吏可以向检事申请，由检事向有管辖权的地方法院法官请求签发逮捕令。因此，在韩国，享有侦查权的检事和司法警察官吏都不具有签发逮捕令状的权力，需要向中立的法院申请签发令状，体现了当事人主义的色彩。

同样，对于需要羁押的，检事应当向具有管辖权的地方法院法官申请，请求其签发对犯罪嫌疑人的羁押令；司法警察官吏需要向检事提出申请，由检事向有管辖权的地方法院法官申请羁押令。同时，检事在签发逮捕令或羁押令之后，没有逮捕或羁押犯罪嫌疑人，或者释放犯罪嫌疑人的，应当向签发令状的法院书面说明理由。对于需要继续羁押犯罪嫌疑人的，羁押期满后，检事可以向地方法院法官申请继续羁押犯罪嫌疑人。

我国人民检察院进行侦查时，需要对犯罪嫌疑人进行搜查的，也是以有证搜查为原则，无证搜查为例外。但是，搜查证不是由人民法院法官签发，而是由人民检察院检察长签发。特别是在2012年《刑事诉讼法》增加了技术侦查的规定后，对需要采取技术侦查措施的，人民检察院需要经过严格的批准手续，才能采取技术侦查措施；如果技术侦查需要延期的，也是经过严格的批准手续才可以延期。但是问题在于何谓“严格的批准手续”，法律却没有给出明确的规定。在采取强制措施时，我国《刑事诉讼法》赋予公安司法机关采取强制措施的权力，特别是对剥夺犯罪嫌疑人人身自由的拘留和逮捕也是如此。人民检察院在采取拘留和逮捕措施时，对符合条件的犯罪嫌疑人有权决定逮捕或拘留，决定拘留或逮捕的权力在人民检察院自身，并非像韩国一样由法院签发令状。

（二）检察机关侦查权的发展趋势

两国对检察机关侦查权的规定都体现了本国的法治传统和社会环境，在本国法律规定中，两国的检察机关侦查权都存在各自的优势。综合两国检察机关侦查权的现状及学者的研究，检察机关侦查权的发展将呈现以下趋势：

首先，检察机关在刑事侦查中的角色将由参与者转变为监督者。在韩国，虽然检察机关是刑事案件的侦查机关，并且在侦查过程中起主导作用，但是，由于人手不足，韩国检事将部分案件交由司法警察官吏侦查，检事只是进行指挥。⁴¹因此，检事不可能负责侦查所有的刑事案件，其最终职能将是提起公诉以及侦查环节对司法警察官吏的指挥。对司法警察官吏的指挥权体现了韩国检事对侦查工作的监督，也是检察领导侦查的体现。特别是对司法令状的签发，司法警察官吏认为需要逮捕或者羁押时，需要申请检事向法院法官请求签发令状，实现了法院签发令状之前的检事审查。我国人民检察院在刑事侦查中的角色也在逐渐向监督者转变。虽然检察院是法律监督机关，对案件侦查进行监督。但是，由于检察机关侦查权的存在，使得检察院的侦查监督权并不突出。随着监察委员会改革试点工作的进行，人民检察院的职务犯罪侦查权将由监察委员会行使，在侦查环节，检察院最主要的职能是法律监督。将职务犯罪案件侦查权划归监察委员会也有利于检察院更集中地行使法律监督权。

⁴¹ 参见马占稳：《韩国反腐败中的制度建设（上）》，载《北京行政学院学报》2013年第3期，第18页。

其次，检察机关侦查案件的范围将会不断缩减。如上文所述，检察机关在刑事侦查环节的角色将发生转变，检察机关侦查主体的角色将为监督主体的角色取代。从而导致检察机关侦查案件的范围缩减。检察机关的主要职能应当是提起公诉，诉讼职能的专门化能够保障检察机关集中精力行使职权。既能够保障刑事诉讼中与其他机关形成相互监督与制约的状态，同时也能够保障其行使公诉权的有效性，体现国家司法保障犯罪嫌疑人诉讼权益的目的。我国检察机关侦查案件的范围将会不断缩减，目前监察委员会改革试点工作已经开始，将职务犯罪侦查权从检察机关剥离似乎已成必然。这种情形对检察院也是一种机遇，检察机关能够集中更多的人力、财力与物力在公诉和法律监督职能上，保障该两项职能的行使更加高效。因此，不论是在韩国还是在中国，检察机关侦查案件的范围都应当缩小，应当保障检察机关集中力量行使公诉权和监督权（指挥权）。

最后，侦查程序中检察机关将通过令状对侦查权的行使进行规制。令状制度是现代刑事诉讼的标志之一，要求对犯罪嫌疑人自由的剥夺与限制都需要中立的机关进行裁决。韩国有管辖权的地方法院对检事提出的申请进行审查，对于符合逮捕、羁押条件的，签发羁押令状；对不需要逮捕、羁押的，则拒绝签发令状。对于延长羁押期限或者紧急逮捕的也需要法院法官签发令状。在韩国检察机关侦查权行使过程中，令状确实发挥了重要作用。在检事集侦查权与公诉权的情况下，由中立的法院行使令状的签发权，对保障诉讼程序的公正性具有重要价值。同时也对检察机关与法院司法公信力的提升具有重要作用。我国检察院对自侦案件的犯罪嫌疑人拘留、逮捕或者采取其他强制性措施时，最突出的问题就是检察机关的自我监督。即对拘留、逮捕等强制性措施的批准权由本机关行使，而非中立的法院签发令状。检察院对自侦案件行使批准拘留、逮捕等权力，与检察机关作为法律监督机关的地位有关，我国检察机关是法律监督机关，对立案、侦查、起诉和审判环节都享有监督权。虽然侦查权和法律监督权由不同部门行使，对案件的公正处理不会造成太大影响。但是，由同一机关进行侦查和侦查监督，难免有瓜田李下之嫌。因此，检察机关侦查权的行使应当加强令状制度的建设，保障检察机关行使职权的专业性。

韩国现行的监护治疗制度及其启示

金昌俊

【摘要】韩国自1980年起根据《保护社会法》、《监护治疗法》、《关于监护治疗等的法律》等刑事法律对特定人实施了监护治疗制度，即处于心神丧失、心神微弱等心神障碍的状态或者处于毒品、酒精以及其他药物性中毒、小儿性嗜好症、性虐待狂等‘性癖好’精神性障碍状态的人，实施了应当被判处禁锢以上刑罚的犯罪并且具有再犯的危险性而有必要给以特殊的治疗、教育和改善措施时，对其收容于监护治疗设施采取治疗、改善措施的保安处分制度。监护治疗制度在韩国已经历了近40多年的立法及其司法实践，积累了较多的实践经验，丰富了相关的刑法理论。该制度中的一些具体内容例如合理地确定被监护治疗人的范围、实行审级裁判的诉讼制度、相对不定期的处分制度、执行方式中的替代主义以及命令治疗制度等，无疑对改革或完善我国刑事法律中强制医疗制度具有重要的借鉴意义。

【关键词】监护治疗、命令治疗、再犯的危险性、治疗的必要性、强制医疗

一、监护治疗的含义和制度沿革

监护治疗是指处于心神丧失、心神微弱等心神障碍的状态、处于毒品中毒、酒精中毒以及其他药物性中毒的状态或者小儿性嗜好症、性虐待狂等‘性癖好’精神性障碍状态的人，实施了应被判处禁锢以上刑罚的犯罪有必要监护治疗并具有将来再犯的危险性时，对其收容于监护治疗设施采取治疗措施的保安处分。治疗监护把治疗对象人收容于监护治疗设施，因此属于剥夺人身自由的保安处分。

不能处以刑罚的心神丧失人，减轻刑罚的心神微弱人，处于毒品、酒精以及其他药物性中毒的状态或小儿性嗜好症、性虐待狂等‘性癖好’精神性障碍的人，由于其处于心神障碍、精神性障碍的状态或者毒品、酒精或其他药物中毒的状态而实施犯罪的情况较多。对于这些人或者不能处以刑罚或者即使处以刑罚但减少再犯危险性的效果不大。因而有必要采取除刑罚以外的治疗那些心神障碍人、精神性障碍人或者处于药物性中毒状态的人的措施，这就是监护治疗。

监护治疗制度最初由1980年制定和实施的《保护社会法》设计和规定。监护治疗作为保安处分的一个种类，在《保护社会法》中是于监护保护¹、观察保护等其他的保

金昌俊，延边大学法学院副教授，法学博士，研究方向：刑法学，比较刑法学。

安处分规定在一起的。《保护社会法》于2005年被废止，取而代之的是同年制定并实施的《监护治疗法》。《监护治疗法》只规定了监护治疗及其附随的观察保护制度，而原有的监护保护制度及其附随的观察保护制度就不复存在。《监护治疗法》经过2008年、2010年、2011年、2012年、2013年、2014年、2015年和2016年的修订得到了较大的改善。该法于2015年修订时被改名为《关于监护治疗等的法律》，与由总统府制定的《关于监护治疗等的法律施行令》、由法务部制定的《关于监护治疗等的法律实施细则》一起共同构成韩国有关监护治疗制度的法律体系。《关于监护治疗等的法律》第一条规定的立法目的为：对处于心神障碍的状态或者处于药物性中毒、精神性障碍的状态而实施犯罪的人，在认为其具有再犯的危险性而且有必要予以特殊的教育、改善及治疗的情况下，对其进行适当的保护和治疗，以防止其再犯、促进其重返社会。

二、韩国监护治疗制度的具体内容

(一) 判决监护治疗的要件

要判处监护治疗，心神障碍人、毒品、酒精或其他药物性中毒人或精神性障碍人实施了可能被判处禁锢以上刑罚的犯罪，而且具有监护治疗的必要性和再犯的危险性。判断其是否符合监护治疗的要件，应当以判决宣告时为标准，而不是以实施犯罪行为时为标准。这是为了防止将来的再犯—这一保安处分的目的来说是当然的。

1. 监护治疗对象人

监护治疗对象人，是指符合以下三种情形之一，而且被认为有必要在监护治疗设施接受治疗并具有再犯危险性的人：第一，根据刑法第10条第1款的规定不能刑事处罚或者根据该条第2款规定应当从轻或减轻处罚的心神障碍人，实施了应当判处禁锢以上刑罚的犯罪。‘禁锢以上的刑罚’是指法定刑而不是宣告刑。第二，具有饮食、摄取、吸入、吸燃或者注入毒品、向精神性医药品、大麻以及其他有毒物质或酒精习性的人或其中毒人，实施了应判处禁锢以上刑罚的犯罪。第三，具有小儿性嗜好症、性虐待症等‘性癖好’的精神性障碍人实施了应当判处禁锢以上刑罚的性暴力犯罪。²

¹ 监护保护，是指作为保安处分的一种，其主要内容为把实施数个犯罪（例如盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪或者强奸罪、类似强奸罪等性暴力犯罪）而被判处并执行数个刑罚的被监护保护人收容于监护保护设施，在不超过7年的期间内对其进行监护和教化，使之从事劳务或接受将来重返社会所必需的职业训练。长期以来监护保护被指责为其不过是有期刑的延长线而已，侵犯人权的可能性大，因而在此问题上的理论争议一直不断。监护保护制度实行了长达25年之后于2005年被废除，即由替代《保护社会法》的监护治疗法所废除。

² 这里所说的‘性暴力犯罪’，包括以下犯罪：(1) 在《刑法》中第297条的强奸罪、刑法第297条之2的类似强奸罪、第298条的强制猥亵罪、第299条的准强奸罪和准强制猥亵罪、第300条的未遂犯、第301条强奸等伤害·致伤罪、第301条之2的强奸等杀人·致死罪、第302条对未成年人等的奸淫罪、第303条的以业务上威力等的奸淫

2. 存在再犯的危险性

再犯的危险性，是指被监护请求人具有将来因心神障碍、精神性障碍或药物性中毒具有再次犯罪的相当盖然性。

大法院的判例认为“有无再犯的危险性，应当根据以下诸多情况进行综合性评价并作出客观的判断：第一，宣告判决当时被监护请求人的癖性或中毒症状的程度，治疗的难易程度，心神障碍的程度，可能成为心神障碍原因的病患的性质和治疗的难易程度，是否具备了今后能够继续治疗的环境，被监护请求人本人有无治疗的意志及其程度。第二，被监护请求人的年龄、性格、家族关系、职业、财产程度、前科事实、悔改的情状等。第三，有关作为反映被监护请求人上述癖性或中毒症状表征的成为该监护请求原因的犯罪行为的动机、手段以及内容。第四，之前实施犯罪的内容及以前犯罪与本次犯罪之间的时间间隔等。”³

3. 具有监护治疗的必要性

旧的《保护社会法》未曾规定治疗监护的必要性这一要件，但是本法新设了此一规定。因而即使存在再犯的危险但如果治疗监护的必要性，也不能宣告治疗监护。例如心神障碍和实施犯罪之间应当具有因果关系，如果心神障碍与实施犯罪之间不存在因果关系就不能处以治疗监护。

(二) 监护治疗案件的程序等内容

1. 监护治疗案件的诉讼程序

(1) 检察官的监护治疗请求

检察官在认为治疗监护对象人有必要接受治疗监护时，可以向管辖法院请求治疗监护。检察官提出治疗监护的请求，应当在提起公诉案件后抗诉审的辩论阶段终结之前。法院审理提起公诉的案件后认为应当处以治疗监护，可以要求检察官提出请求治疗监护。但是，要求检察官提出治疗监护的请求，不是法院的义务。在提起对治疗监护对象人的治疗监护请求时，应参考精神健康医学科等专门医的诊断或鉴定；但是在提起对依照第2条第1款第3项的治疗监护对象人的治疗监护请求的情况下，必须具有精神健康医学科等专门医的诊断或鉴定。

检察官认为有必要对治疗监护对象人治疗监护，但是治疗监护对象人没有一定的居

罪、第305条的对未成年人的奸淫·猥亵罪、第305条之2的常习犯、第333条的强盗强奸罪、第340条的海上强盗罪（其中第3款强奸部分）、第342条的未遂犯（包括第339条以及第340条第3款中强奸罪的未遂犯）；(2)在《关于处罚性暴力犯罪等的特别法》中第3条至第10条以及第15条（限定为第3条至第9条的未遂犯）的罪；(3)在《关于儿童、青少年性保护的法律》中第7条（对儿童、青少年的强奸、强制猥亵等）、第9条（强奸等伤害·致伤）、第10条（强奸等杀人·致死）的罪；(4)属于第1项至第3项的罪，依照其他法律被加重处罚的犯罪。

³ 大判 2000.7.4. 2000 DO 1908.

所或有毁灭证据的可能或有逃匿的可能，可以向管辖地法院的法官请求签发治疗监护令状，采取‘保护拘禁’的措施。对于符合第6条第1款条件的治疗监护对象人，司法警察官可以申请检察官向管辖地法院的法官提出请求签发治疗监护令状，采取保护拘禁的措施（第6条）。对于根据逮捕令状被逮捕的犯罪被疑人，检察官作出不起公诉的决定而只提出治疗监护的请求时，逮捕令状如同治疗监护令状不会失去其效力。

在个别情况下，检察官可以不起公诉只提出治疗监护的请求，称之为监护治疗的独立请求（第7条）。这些特殊情况包括：① 犯罪被疑人因属于刑法第10条第1款规定的情况而不能处罚；② 在告诉、告发才能处理的犯罪中没有告诉、告发或者其告诉、告发被取消，或者在违反被害人明示的意思不能处罚的犯罪中被害人作出意思表示不同意处罚或者撤回同意处罚的意思表示；③ 对犯罪被疑人根据刑事诉讼法第247条的规定，作出不起公诉的决定。

（2）法院的审理与判决

法院需要‘保护拘禁’被治疗监护请求人，有关监护治疗令状等准用第6条第1款规定。法院在被监护治疗请求人因刑法第10条第1款的心神障碍不能出席公判审理时，可以缺席进行审理。根据本法第7条第1项规定，开始公判审理监护治疗请求案件后发现被监护治疗请求人不属于心神障碍的确实证据且检察官提出请求的，法院应及时转入到刑事诉讼法规定的公判程序。审理监护治疗请求案件后认为其请求的理由成立，就应当判决宣告监护治疗；如果其理由不成立或者对于被告案件以心神丧失以外的事由宣告无罪或宣告死刑时，就以判决宣告驳回请求。监护治疗案件的判决应与被告案件的判决同时宣告。但是在独立的监护治疗请求的情况下除外。

（3）上诉权人的上诉等

检察官或者被监护治疗请求人以及被刑事诉讼法第339条至第341条规定的人有权根据刑事诉讼法的规定提起上诉。对被告案件的判决提起上诉或抛弃、撤回上诉的，视为对监护治疗请求案件的判决也提起上诉或者抛弃。在恢复上诉权或请求再审或非常上告的情况下也是如此。

2. 监护治疗的期间和设施待遇

（1）监护治疗的期间

对心神障碍人和精神性障碍人的收容期间不得超过15年；对药物的癖性、中毒的被治疗监护人的收容期间不能超过2年。旧《保护社会法》中的治疗监护是绝对的不定期处分，因为其有悖于保安处分法定主义，《监护治疗法》规定了其期间。

因实施《关于对特定犯罪人的保护观察及附着电子装置等的法律》第2条第3项之

2规定的杀人犯罪（以下简称‘杀人犯罪’）被判处监护治疗的人，被认为具有再犯‘杀人犯罪’的危险性且有必要继续治疗时，根据监护治疗设施的负责人的申请并经检察官提出请求，法院可以作出每次不超过2年的范围内延长第16条第2款各项规定期间的决定，而且可以延长3次。

（2）监护治疗的设施及待遇

对被判处监护治疗的人收容于监护治疗的设施进行治疗。监护治疗的设施包括监护治疗所和指定法务医院。指定法务医院，是指在国家设立和运营的国立精神医疗机关中由法务部长官指定的机关。指定法务医院应把被监护治疗人和其他患者分离收容，国家对指定法务医院在预算的范围内补助设施的装备及运营所需的经费。

对被监护治疗人的医疗性待遇，应当按照精神病院的标准并遵照医生的处置。为了维持收容秩序或进行治疗，监护治疗设施的负责人应当保障被治疗监护人的会见、收信和发信、使用电话等权利，而且保障被监护治疗人视听电视、收音机以及阅览报纸和图书的自由。

3. 监护治疗的执行程序

（1）执行方法

监护治疗的执行由检察官指挥，以添附判决书副本的书面方式进行。在并科治疗监护与刑罚的情况下，先执行治疗监护。已执行的治疗监护期间折抵刑罚的刑期。理论上称之为代替主义。对于因心神障碍、精神性障碍等治疗监护对象人和因毒品、酒精等中毒的治疗监护对象人，应当分离收容。

为了执行对未被拘禁的被监护治疗人的监护治疗，检察官可以传唤被监护治疗人。如果被监护治疗人拒绝检察官的传唤，检察官就可以签发监护治疗执行状来‘保护拘禁’被监护治疗人。在被监护治疗人有可能逃匿或者无法查明其现有住所的情况下，检察官可以直接签发监护治疗执行状‘保护拘禁’被监护治疗人。监护治疗执行状具有与监护治疗令状相同的法律效力

监护治疗审议委员会在开始执行监护治疗后每6个月审查、决定能否把被监护治疗人从监护治疗所转移到指定法务医院。被转移到指定法务医院的被监护治疗人，在因其破坏收容秩序或病情恶化等事由难以在指定法务医院继续治疗时，监护治疗审议委员会可以作出把在指定法务医院的被监护治疗人转移到监护治疗所的决定。

（2）治疗监护的执行终了、委托治疗

监护治疗审议委员会是法务部直属的、为了审查和决定有关监护治疗与观察保护的管理、执行等事项的机构。监护治疗审议委员会应当对于被监护治疗人在开始执行后每

6个月审查、决定其能否执行终了或假终了。管辖被监护治疗人或被观察保护人居住地（被收容于设施时，将其设施视为居住地的地方检察厅或支厅的检察官，可以就第37条第3款规定的事项向监护治疗审议委员会申请其审查和决定。被监护治疗人及其法定代理人、配偶、直系亲属、兄弟姐妹有权以被监护治疗人已治愈到无需再监护治疗的程度为理由，向监护治疗审议委员会提出申请其审查、决定是否终了监护治疗。

审议委员会对于单独被判处治疗监护并已经执行满1年的人以及并科被判处监护治疗和刑罚而且已经执行了相当于刑期的监护治疗期间的人，可以指定一定的期间委托其法定代理人、配偶、直系亲属或兄弟姐妹在监护治疗设施以外进行治疗。对于被委托治疗的被监护治疗人在被委托治疗后每6个月审查和决定其能否终了或假终了。

（三）观察保护

1. 决定观察保护

如果发生以下两种特殊情况，应当对被监护治疗人决定观察保护：第一，被监护治疗人由监护治疗审议委员会决定假终了；第二，被监护治疗人由监护治疗审议委员会委托给法定代理人、配偶、兄弟姐妹、直系亲属在监护治疗设施外接受治疗。观察保护的期间为3年。

2. 终了观察保护

被观察保护人具有以下几种情况下之一的，终了观察保护：第一，观察保护期间届满；第二，即使没有届满观察保护的期间，但是监护治疗审议委员会作出监护治疗终了的决定；第三，即使没有届满观察保护的期间，但是被观察保护人因需要重新接受监护治疗而被收容，或者因新的犯罪被判处禁锢以上的刑罚。

被监护治疗人应当依照《关于观察保护等的法律》第32条第2款的规定诚实履行所需遵守的事项。监护治疗委员会考虑到被监护治疗人的特点可以命令其他特别需要遵守的事项。被观察保护人或其法定代理人等应当根据总统施行令的规定事先向监护治疗设施的负责人申告出所后的预定居住地或其他必要的事项。被观察保护人或其法定代理人等应当在出所后的10日之内向观察保护官申告其住居、职业、接受治疗的医院、被观察保护人登记的由《精神保健法》第13条第3款规定设立的‘精神保健中心’以及其他必要的事项。

3. 取消假终了和委托治疗

监护治疗审议委员会在被观察保护人具有以下情况之一时，可以决定取消假终了、委托治疗，重新进行监护治疗：第一，实施了应当判处禁锢以上刑罚的犯罪，但是过失犯除外；第二，违反了本法第33条规定的遵守事项或者其他有关观察保护的指示、监

督；第三，依照本法第32条第1款第1项的规定（即因监护治疗假终了而被观察保护）已开始观察保护的被观察保护人，由于其症状恶化被认为有必要监护治疗。

（四）监护治疗审议委员会

为了审查和决定关于监护治疗与观察保护的管理、执行的事项，在法务部设立监护治疗审议委员会。监护治疗审议委员会（以下简称‘委员会’）由不超过6名的法曹人（即法官、检察官及律师）委员和不超过3名具有精神健康医学科等专门医资格的委员组成。委员长由法务部次官担任。‘委员会’可以根据委员长的提请、以法务部长官的委任的方式聘请具有专业知识和德高望重的人为咨询委员。

‘委员会’审查和决定以下各事项：第一，有关对被监护治疗人移送监护治疗设施之间的事项；第二，有关对被监护治疗人委托治疗、假终了或其取消和是否终了监护治疗的事项；第三，有关对被监护治疗人决定需要遵守的事项以及指示、监督和其违反时需要制裁的事项；第四，其他有关事项。‘委员会’在以包括委员长在内的2分之1以上的委员出席情况下才能进行评议，以出席委员2分之1以上的赞成票作出决定。但是在赞成票与反对票相等的情况下，由委员长作出决定。决定书应明示作出决定的理由，由出席的委员记名和盖章。

‘委员会’为了审查上述事项可以责令法务部所属公务员调查作出决定所必要的事项，或者直接传唤、审问或调查被监护治疗人或被观察保护人或其他有关人员。被责令作调查的公务员具有以下权限：第一，传唤、审问或调查被监护治疗人、被观察保护人或其他有关人员；第二，对国、公立机构或其他公共团体、民间团体进行查询或要求提出有关资料。被监护治疗人、被观察保护人或其他有关人员有义务服从上述传唤、审问或调查；国、公立机关或其他公共团体、民间团体被查询或被要求提出资料时，除了国家机密或对公共的平安秩序有害以外不得拒绝。

（五）命令治疗制度

命令治疗案件制度是于2015年修订《监护治疗法》时增设的新的制度。它是法院对于被宣告犹豫刑罚或者被执行犹豫刑罚的命令治疗对象人⁴指定一定的治疗期间，命令其接受治疗的制度。法院在命令接受治疗时，应当根据《关于观察保护等的法律》将观察保护予以并科。此时观察保护的期间，在宣告犹豫的情况下为1年，执行犹豫时为其执行犹豫的期间。而治疗的期间不能超过上述观察保护的期间。

⁴ 所谓命令治疗对象人是指符合以下两种情况之一，而且有必要接受通院治疗并具有再犯危险性的人：第一，根据刑法第10条第2款规定作为被减轻或从轻处罚的心神障碍人，实施了应当判处禁锢以上刑罚之罪的；第二，作为具有吸食酒精习性或者其中毒人，实施了应当判处禁锢以上刑罚之罪的。

被命令治疗的人有义务按照观察保护官的指示认真接受治疗及其认知行动治疗等一系列心理治疗。治疗命令应当在检察官的指挥下由观察保护官来执行。如果被宣告犹豫的命令治疗对象人没有正当的理由在治疗期间严重地违反有关治疗的规定，法院可以宣告其犹豫的刑罚。如果被执行犹豫的命令治疗对象人没有正当的理由而在治疗期间严重地违反有关治疗的规定，法院可以取消其执行犹豫。

三、韩国监护治疗制度中存在的问题

关于监护治疗制度中存在的问题，由韩国刑法学界提出的问题主要包括：

第一，有关监护治疗的现行法律没有具体地规定何为监护治疗的必要性。而且个别学者认为在以无责任能力或减轻责任能力为前提条件宣告监护治疗的现行法律体下，无需规定或强调监护治疗的必要性问题。因为只要在心神障碍状态、药物中毒或精神性障碍等状态下实施了应当判处禁锢以上刑罚的犯罪，就可以认定其治疗的必要性。⁵但是责任能力就其本质来讲就是科处刑罚的必备条件即刑罚可罚性的要件，问题恰恰在于把这一刑罚可罚性的要件当做监护治疗中治疗必要性的要件。因而应当把两者的要件予以区分，而且把治疗必要性的要件具体地规定下来。

第二，没有明文规定比例性原则。所谓监护治疗的比例性原则，是指监护治疗的宣告与执行应当与将来能够预见的行为性质和危险性的程度相比例（即相均衡）。由于监护治疗属于剥夺人身自由的保安处分，因而只有根据作为宪法一般原则的比例性原则才能被视为正当的处分。⁶为了保障保安处分宣告及执行的适当性，2011年通过韩国国务会议的刑法修订案规定了比例性原则。

第三，根据现行法律监护治疗不能在法院的裁判阶段宣告其期间，而应当在执行阶段决定其最长收容期间，因而是一种不定期保安处分。《关于监护治疗等的法律》规定对心神障碍人和精神性障碍人的最长收容期间为15年、对药物性中毒人的最长收容期间为2年。因而韩国的监护治疗属于相对不定期处分。但是学者们指出，在心神障碍的情况下对于心神丧失和心神微弱人不加区分地规定其最长收容期间为15年，尤其对小儿性嗜好症、性虐待症等‘性癖好’的精神性障碍人规定最长收容期间15年，不尽科学合理。⁷

⁵ 【韩】金振焕，“关于精神障碍犯罪人的责任与处遇的研究”，韩阳大学校博士学位论文，2003年第295页。

⁶ 【韩】李相熙，“关于现行监护治疗制度的研究”，诚信法学第11号，2012年第223页。

⁷ 【韩】尹常民，“在现行监护治疗制度中存在的问题及改善方案”，圆光法学第25卷第3号，2010年第383页。

第四，《关于监护治疗等的法律》在第18条中规定，如果没有特殊的事由应当将心神障碍人、药物性中毒人和精神性障碍人分离收容。但是在现实中因收容设施不足等原因多数被监护治疗对象人未能被分离收容，而是被收容在同一个监护治疗所接受治疗、教育和改善等处遇。

第五，根据监护治疗法的规定有关于监护治疗的终了、假终了、委托治疗以及取消假终了等执行监护治疗的一切事项，均由监护治疗审议委员会审查和决定。但是绝大多数监护治疗审议委员会的委员属于法官、检察官等法曹界的人员，监护治疗审议委员会的委员长为法务部次官，监护治疗的判决由检察官指挥执行。因而存在着对终了、假终了监护治疗问题持有消极性态度的可能性。也就是说在判断应否终了、假终了时，有可能优先强调社会防卫的观点而忽视对被监护治疗人的医疗性处遇，难以保障终了、假终了判断的公正性。

四、韩国监护治疗制度对我国的启示

如上所述，韩国现行的监护治疗制度不仅在法律规定层面而且在司法实践中显露出这样那样的问题，但是已经在韩国经历了近40年的立法及其司法实践，积累了较多的实践经验。丰富了相关的刑法理论。该制度中的一些具体内容例如被监护治疗对象人和被命令治疗对象人区分保护和治疗的制度、合理地确定被监护治疗对象人的范围、监护治疗审级裁判制度、当事人的诉讼权利、相对不定期的监护治疗期间和执行方式中的代替主义以及命令治疗制度，无疑对改革或完善我国刑事法律中强制医疗制度具有重要的借鉴意义。

我国刑事法律把监护治疗称为强制医疗，但是至今还没有制定出有关强制医疗的专门性法律。我国有关强制医疗的法律制度可以散见于在刑法和刑事诉讼法的规定中。刑法第18条第1款规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序确定的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。”于2012年修订的刑事诉讼法第284条至第289条规定了依法不负刑事责任的精神病人强制医疗程序。根据这些规定，对需要强制医疗的不负刑事责任的精神病人由人民检察院向人民法院提出强制医疗的申请，由人民法院组成合议庭进行审理。经法庭审理认为符合进行强制医疗条件的应当作出强制医疗的决定。被决定强制医疗人、被害人、法定代理人及其近亲属对强制医疗决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。强制医疗机构应当定期对被强制医疗人进行诊断评估，

对于已经不具有人身危险性，不需要继续进行强制医疗的，应当及时提出解除意见，报决定强制医疗的人民法院批准。被强制医疗的人和近亲属也有权申请解除强制医疗。人民检察院对法院作出决定和执行进行法律监督。这一新的法律规定改变了一直只由行政执法机关决定和处理强制医疗的状态，是具有一定的改革性进步意义的。但是这些有关强制医疗的法律程序，本质上还不是审级裁判的诉讼制度，对被强制医疗人来说算不上是实质性的变化。因为根据刑事诉讼法的相关规定，法院就强制医疗作出的是决定而不是判决，当事人具有的只是申请复议权而不是上诉权。强制医疗是剥夺被强制医疗者人身自由的保安处分，我国法律没有对被强制医疗人规定强制医疗的最长期间，因而这种强制医疗是绝对不定期的处分（即没有法定期间限制的处分）。在依法进行绝对的不定期处分的情况下，法院无需审级裁判也不赋予当事人的上诉权等重要的诉讼权利，只是以决定和申请复议权来处理，怎么能够保证法院比起行政执法机关处理得公正一些呢？

上述这些法律规定，仅仅是对于依法不负刑事责任的精神病人进行强制医疗处分的程序。那么，对依法应当负刑事责任的精神病人以及药物性中毒、精神性障碍人的强制医疗的制度又如何呢？我国刑法第18条第2款和第3款和第4款规定：“间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或减轻处罚。醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。”上述间歇性精神病人、尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人以及病理性醉酒人属于减轻责任能力人，但是在上述内容中却看不到对这些减轻责任能力人进行强制医疗的规定。那么这些减轻责任能力人是否确实没有人身危险性以及治疗的必要性，因而不需要进行强制医疗？能否对这些减轻责任能力人进行宽大处理并放心地将其放回到社会？同样，我国刑事法律也未对处于酒精中毒、毒品中毒以及其他药物性中毒状态或者处于小儿性嗜好症、性虐待狂等‘性癖好’精神性障碍状态而实施犯罪的人规定进行强制医疗。实际上，这些药物性中毒人和精神性障碍人均属于减轻责任能力人的范畴。对于其中毒品中毒的人，是我国公安机关根据相关行政法的规定作出决定和执行强制医疗的。

因此，我国应当制定一个有关强制医疗的专业性法律，比如《强制医疗法》或者《关于强制医疗等的法律》。在统一的有关强制医疗的专业性法律中，包含的框架内容为：第一，为了保障被强制医疗人的人权，应当规定强制医疗法定原则和比例性原则。强制医疗是剥夺人身自由的保安处分，而且是最典型的一种保安处分。我国宪法和刑法都没有规定保安处分法定原则，因而在专门的强制医疗法中应当规定强制医疗法定主义和比例性原则。所谓强制医疗法定主义，是指对任何人宣告和执行强制医疗，应当依照法律

的明文规定，没有法律的明文规定不能宣告和执行强制医疗。比例性原则，是指强制医疗的宣告与执行应当与将来能够预见的行为性质和危险性的程度相比例（即相均衡）。第二，应当把被监护治疗人的范围科学合理地确定下来。被强制医疗人不仅应当包括将刑法第18条第1款、第2款和第3款规定的因处于无责任能力状态或者和减轻责任能力实施犯罪的人，而且应包括因处于酒精中毒、毒品中毒以及其他药物性中毒状态、小儿性嗜好症、性虐待狂等‘性癖好’精神性障碍状态实施犯罪的人。第三，应当确立相对不定期处分制度，即根据被强制医疗人的不同类别分别规定强制医疗的最长期间。对于刑法第18条第1款和第3款规定的无责任能力人和减轻责任能力犯罪人规定的最长强制医疗的期间为10年；对于刑法第18条第2款规定的减轻责任能力犯罪人以及因处于药物性中毒状态和精神性障碍状态实施犯罪的人规定的最长强制医疗的期间为2年。第四，应当实行审级裁判制度，即在宣告强制医疗裁判中确立二审终审的诉讼制度，改变过去行政执法机关或审判机关以决定的方式处理强制医疗的状态。第五，应当规定替代主义，即被强制医疗人同时被判处有期徒刑和强制医疗时，应当先执行强制医疗，强制医疗的期间折抵有期徒刑的刑期。第六，借鉴韩国监护医疗和命令医疗分类处理的方式，应当对处于减轻责任能力的状态实施犯罪而被判处有期徒刑或拘役的缓期执行并需要保护治疗的人，实行命令治疗的制度。

韩国在网络空间上青少年违法犯罪的预防

皇甫明国

- 一、绪论
- 二、网络上青少年违法犯罪现状及问题
- 三、网络空间上青少年违法犯罪的预防对策
- 四、结论

关键词：韩国青少年，网络空间，违法犯罪，预防对策

一、绪论

电脑和互联网的发展给人类社会带来众多变化的同时提供了生活上的便利等实惠，而且以互联网为依托创造出了新的空间，这种空间一般称之为网络空间。网络空间不受时间和空间上的制约与他人沟通，可以称之为是改变世界的重大事件。但是，网络空间并不是只发挥正能量功能，现实中存在过的违法犯罪也在网络空间发生，正是因为网络空间上违法犯罪的诞生导致了众多社会问题。

根据韩国法规，广义的网络犯罪是指利用互联网等情报通信网连接电脑系统或以此为媒介的网络空间，阻碍公共福利，侵犯健康网络文化的犯罪行为。网络犯罪的种类根据犯罪目的大致可分为：黑客、电脑病毒等恐怖型犯罪、网络上名誉毁损、电子交易的诈骗、私人情报的侵犯、不法网络的开设、数码著作权的侵犯等犯罪。网络犯罪在短时间内对不特定多数人给予致命的影响，而侵犯人因网络上隐蔽性的原故不仅难以发现犯罪嫌疑人，而且因其证据容易销毁和修改等原因，往往给刑事侦查带来诸多困难。正因为如此，为规范网络上的不法行为韩国通过了情报通信网利用促进及情报保护等有关法律。

韩国网络上的违法犯罪有关的几大问题中引人注目的是网络犯罪并非都由成年人引起，也就是说未成年人利用互联网在网络空间上犯罪的现象日益增加，成为重大的社会问题有待解决。

根据韩国 2014 年网络警察厅的统计报告来看，三大网络犯罪之一的情报通信网侵犯犯罪和情报利用犯罪中 20 岁以下的未成年人排在第三。网络空间上的青少年不仅不受时间和空间的限制，而且可以克服身体的局限‘代理’满足自己的欲望。网络空间可以使青少年展示个性和自我主张的同时，也是使他们轻易走向越轨的场所。

韩国青少年在网络上的犯罪导致了犯罪率的增加，此种犯罪比起一般的青少年犯罪

有突出的特征。比如，青少年的网络犯罪的很大一部分犯罪动机是好奇心强并带有偶然性的原故，在没有明显理由的情况下容易冲动进而犯罪，比起青少年的一般犯罪，犯罪率明显高很多。又如，青少年在网络空间上的违法犯罪因与互联网的游戏有密切的关联等原因，有必要针对青少年网络犯罪给予特殊的保护和处罚。¹

韩国情报通信政策研究院的报告显示，2015 年小学高年级学生的 72%、初中和高中生 90%以上持有智能手机，特别是初中和高中生的网络服务系统（Social Network Service 简称 SNS）和聊天工具的利用率明显高于一般智能手机的使用者。²随着网络空间的不断扩大，青少年容易接近和利用网络空间，无疑给不良青少年提供了逃避现实走向越轨的场所。即成年人所为的黑客电脑病毒等恐怖型犯罪、网络上名誉毁损、电子交易的诈骗、私人情报的侵犯、不法网络的开设、数码著作权的侵犯等违法犯罪行为，如今青少年也参与其中，成为了严重的社会问题之一。除此之外，近年来青少年利用 SNS 及 Kakao Talk（类似微信）攻击他人，成为了校园暴力的延长线。

本文将探讨韩国青少年在网络空间上常见的几种违法犯罪现状和问题、及相应刑事政策，期望有助于我国青少年网络空间上的违法犯罪的预防，并寻求和摸索方案。

二、网络上青少年违法犯罪现状及问题

网络空间上发生违法犯罪是从产生网络空间之后的事情，在韩国自从互联网普遍化的 2002 年开始，网络空间上的名誉毁损、诈骗等各类违法犯罪不断发生。但这个时期的网络违法犯罪的主体以 20 多岁和 30 多岁的人为主，20 岁以下的青少年很少有违法犯罪的情况。后来，随着社会的发展 20 岁以下的青少年开始接触互联网，初期大部分青少年专注于游戏性娱乐，可是后来慢慢转变为利用互联网参与了网络有关的违法犯罪。从犯罪的类型来看，网络暴力比例最高，其次是淫秽物流通、私人情报泄露、诈骗、著作权侵犯等顺序。从 2008 年至 2012 年的网络犯罪统计来看，青少年的网络犯罪占 20% 左右，可以看出其犯罪的危害程度。

〈图一〉2008 至 2015 年韩国各年龄段网络犯罪现况(韩国警察厅网络犯罪侦查局)

年齢 年度	10-20 岁	20-30 岁	30-40 岁	40 岁以上	其他
2008	26.6	38.9	21.8	11.8	0.9
2009	19.4	34.0	29.6	16.5	0.5

¹ 李兴国：《针对韩国新型犯罪及刑事对策》，韩国刑事政策研究，2000 年 15 卷 2 号，9 页。

² 韩国京畿道民日报：《没脸的暴力‘网络暴力(Cyber bullying)’》，2016.01.04.

2010	19.5	39.5	25.4	14.4	1.2
2011	17.4	40.1	27.1	14.6	0.8
2012	19.9	40.9	24.5	12.9	1.8
2013	16.4	41.6	25.9	9.5	6.6
2014	11.0	25.5	18.7	18.7	26.1
2015	11.2	24.7	16.3	15.3	32.5

根据图一统计可以发现，2008年的网络犯罪主要是因10多岁和20多岁的人引起，幸运的是2009年以后10多岁青少年犯罪数呈现逐步减少的趋势，最近维持在11%左右。但是不能只依据这种统计推定青少年网络犯罪在减少、已经处于可以放心的安全阶段。特别要留意，上面统计中其他犯罪在大幅度增加的现象和10多岁青少年既将成为20多岁的客观事实，以及10多岁青少年网络犯罪占有的11%中很大一部分是初中生的客观现实。

目前，韩国青少年在网络空间上的违法犯罪问题并不只是违法犯罪主体是10多岁的初中或高中生的问题，更为头痛的是原以为‘小孩儿’的他们在毫无顾虑地在网络上违法犯罪的现状。特别要指出的是这些‘小孩儿’中一部分青少年对网络违法犯罪压根没有觉悟，而另一部分青少年不仅知道网络违法犯罪，而且还明白即使构成违法犯罪也不会受处罚，成为了讨厌的‘机灵鬼’。可以说，韩国已处于在青少年网络违法犯罪中不得不关注更小年龄的‘小孩儿’阶段。下面，首先考察韩国青少年在网络上违法犯罪的主要类型。

（一）网上的不端行为及折磨行为

网上的不端行为及折磨行为是指互联网上针对特定人以SNS、Kakao Talk、智能手机的聊天工具和手机短信来持续地折磨他人的行为。此种行为如果进一步发展、扩大的话表现，将会是在互联网上传播虚伪事实或在性交易、淫秽性等不法网站上曝光对方的个人信息。青少年时期在同龄人之间发生的校园暴力中也可以包含网络暴力，该种校园暴力大部分是利用智能手机不分时间和场所不断地加重被害学生的心灵伤痛。比如，建立Kakao Talk（注：类似微信群）群里加入被害学生后加害学生们将留下难以容忍的辱骂和谴责之后逃离Kakao Talk群。因其证据容易销毁，即使举报不容易收集所需的物证。通过SNS等网络系统发生的网络犯罪有很强的传播性，短时间内在一定范围内使他人知晓因校园暴力而被害的事实，进而扩大被害后果。事实上曾经发生一起高

中生姜某某因同龄人在手机留言上留下的集体语言暴力，忍无可忍导致自杀的事例。³

此外，近年来大多数青少年使用的Kakao Talk里已出现‘Kakao Talk孤立’之用语，也就是说网络外发生的‘校园孤立行为’已延续到网络上继续发生。具体而言，就是在网上聊天屋里集体辱骂特定被害学生、或邀请被害学生后全员退出，或者邀请被害学生后持续进行折磨。此外，还有利用无线网的路由器功能使被害学生的智能手机‘共有化’的暴力行为。⁴

可以看出，长久以来青少年通过网络空间很容易接近暴力性游戏和影像物，使得他们发展成为更为暴力、甚至混淆现实社会和假象的世界。在这种现实条件下网络暴力已成为校园暴力的延长线，被害人将受到精神和金钱上的双重打击，其社会问题已经达到严重程度。⁵从具体事例来看，初中生李某某（13岁）使用的智能手机是定额定量的互联网服务项目，班里的‘强人’用完自己的流量后要求借用，不借则旁观的‘强人’的‘好朋友’们一起起哄称‘抠门鬼’，并把它当做外号一直叫到初中毕业，这样一来处于李某某年龄段的青少年来说很是苦恼的事情。又如，中学生金某某（14岁）看到同班同学的智能手机上的Kakao Talk头像后受到很大刺激，原来其头像是自己，而且脸上装饰怪异，虽然当即要求删掉，但加害同学反而动员更多学生在SNS上也上传了照片。这样一来，原来不认识的其他班学生也开始参与起哄，进一步加深了金某某的痛苦。⁶这种暴力不同于往日的校园暴力，加害人大部分利用智能手机不分时间和场所隐秘而又持续地进行，不断地加重被害人精神上的痛苦，进而发展成为更大暴力发生的根源。加上，网络暴力发生在互联网上，父母和老师不容易得知细节，其传播范围又广泛，不得不承认其问题的严重性。⁷

（二）网上的淫秽物

在韩国以网络空间为舞台的淫秽物的流通早已成为人们关心的重要话题。其中，性方面发育还未成熟并很脆弱的青少年可以在网络空间上随意发现淫秽物的事实，绝对是很严重的问题。最近一些有害的淫乱网站，从形式上看似乎只允许成年人使用，但实际上只提供身份证号即可成为会员，很难防止青少年也接触类似网站。这种网站的一般做法是总部设在加拿大、澳大利亚等成人网站合法化的国家，以使用韩国语的人为服务对象。该成人网站巧妙躲过了韩国放送通信审议委员会的监管，不仅会员免费加入，

³ 韩国世界日报：《因集体摧残至女高中生自杀》，2012.08.17.

⁴ 韩国也度内新闻，2013.2.16.

⁵ 郑载俊、尹成哲：《根据青少年网络犯罪趋势遏制力提高方案》，韩国警察学研究 第14卷 第1号，2014. 65页.

⁶ 迪尔力韩国，扩大到网络的隐秘暴力‘网络孤立’，2015.12.19.

⁷ 韩国京畿道民日报：《没脸的暴力-网络暴力(Cyber bullying)》，2016.01.04.

手续简单到只提供身份证号即可，从而已成为众多青少年很容易接近的有害网站。

〈图二〉韩国青少年(中学、高中生)有害媒体利用经验调查

媒体 年度	成人刊物	成人影像物	互联网淫 秽物	19岁以 上观看允 许节目	青少年 禁止的 游戏	互联 网赌 博性 游戏	(单位：%)	
							手机成 人用媒 体	游戏
2009	35.9	28.7	36.6	30.8	36.2	37.2	7.3	
2010	38.3	27.8	38.3	29.4	49.5	46.1	7.5	
2011	41.1	32.0	37.3	25.3	47.4	41.2	12.3	

资料来源：韩国女性家族部「青少年有害环境接触综合调查」(2009-2011)

根据上述的调查结果来看，2011年青少年的互联网淫秽物利用频度为37.3%，在6种科目中排第3。青少年在还没有正确理解性的状态下，接触互联网上的淫秽物很容易产生错误的性意识，不能排除成为成人后容易走向性猥亵、暴力等重大犯罪。从青少年所接触的网络淫秽物的类型来看，主要有淫秽物的上传、贩卖、租赁、公然展示等。其中，设立互联网网站，所收集到的淫秽物以有偿或无偿提供的行为是最为代表性的类型。

(三) 互联网诈骗

互联网诈骗包括电商诈骗、互联网拍卖诈骗、信用卡诈骗等类型，因其犯罪本身特征原以为青少年难以接近，但以最近的发展趋势来看青少年的参与开始增多。如，17岁的田某某与中学同学尹某某在互联网二手货交易网站上发布原价1200万韩币（约合人民币6万左右）的二手微型挖掘机以600万韩币处理的假信息后，一旦有人上钩要购买时要求对方先交付定金的方式从2015年8月至12月共诈骗了1亿5千5百万韩币。⁸

此外，还有利用互联网二手货网站，在手机或衣物等贴上国外的假著名商标后贩卖的行为、「语音网钓」的行为等凡是成年人开始着手的新型犯罪，青少年也有参与其中，

⁸ 韩国TV朝鲜新闻9，“卖挖掘机”网络上贩卖行骗的10来岁青少年们，2016.01.13.

并且日益增加的趋势。与这些诈骗犯罪紧密关联的是盗窃罪，即为了隐瞒或虚构‘假货’的事实毫无顾虑地盗窃真货后上传在网上，或者为扩大顾客群满足部分人的要求只能从无货状态，以盗窃方法来变成有货。⁹据专家分析，此类违法犯罪在青少年中开始盛行的原因是互联网上无法肉眼确认物品，这给想挣点零花钱的青少年提供了诈骗的机会。再如，有种网上游戏的胜负由某种相应系统软件(role-playing)的多少和级别决定，所以游戏的参与者想尽办法得到该种软件，进而发生不择手段取得的事件。这意味着需要钱的投入，只关注游戏胜败的青少年们将毫无顾虑地通过盗窃、诈骗等违法犯罪来满足自己的欲望，导致了有待解决的新的社会问题。¹⁰

三、 网络空间上青少年违法犯罪的预防对策

(一) 严格制裁的必要性

网络空间上青少年违法犯罪的解决方法中最为简便的方案就是严厉处罚，即通过严厉处罚告知青少年们在网络空间上发生的法律事件并不是单纯的‘开玩笑’，使得其他青少年提高觉悟，远离网络空间上的违法犯罪。但是这样一来有悖于青少年违法犯罪处罚原则，即在青少年违法犯罪的处理上以保护、矫正为主处罚为辅的原则，也意味着在网络空间上青少年的违法犯罪也得遵循这一原则。另外，有关青少年网络空间上违法犯罪的预防对策调查显示，以青少年所希望对策的百分比来看：加强法律处罚占14.2%，加强网络空间伦理教育占32.4%，互联网限制利用占10.7%，家庭教育占8.4%，健康娱乐文化强化占34%等。可以看出，青少年所希望的对策是健康的休闲文化和网络空间的伦理性教育。¹¹

韩国刑法的立法和司法的现实情况是青少年在网络空间上的众多犯罪，因其年龄、主观、法律原则等原因实际上没法处罚。韩国青少年有关法可能处罚网络空间上的诈骗、名誉毁损等行为，但依然没法解决网络暴力等有害行为。也就是说，比起制裁和处罚应寻求另外方案来解决棘手问题。

(二) 网络空间上青少年违法犯罪的预防教育

科学技术的发展和人类意识的不平衡发展，导致了网络上伦理意识的迟延，也持续

⁹ 韩国全北日报：《为减少青少年智能犯罪》，2015.04.27.

¹⁰ 韩国NAVER新闻：《因贩卖混乱网络游戏无法进行》，2005-01-30.

¹¹ 金宇男、金兴镇：《智能手机世代青少年网络犯罪预防的研究》，韩国复合知识学会 论文集第2卷 第1号，2014，11页。

反应在网络空间上。网络空间上相对低级的伦理意识不分男女老少，特别是已经蔓延在喜欢利用 SNS 的青少年群体。这些青少年自认为为了追求乐趣，即使在侵犯别人利益的同时害了自己也觉得值得，并容忍一定程度的非伦理性行为。即，他们单纯地认为这种不法行为只是在青少年中普遍发生的‘恶作剧’而已。通过 SNS 的‘恶作剧’遭到侵犯的青少年为了报复，将针对加害人给予同样的侵犯，以此来使对方也受到身心上的伤害。¹²

通过上述内容可知，青少年在网络空间上的违法犯罪有多种类型，每一类型都有各自的特征，但共同点是青少年的认识不足，可以肯定对此的教育将是解决网络空间上青少年违法犯罪的最为合理的方案之一。

下面将通过具体事例，进一步分析网络空间上预防青少年违法犯罪而进行的情报通信伦理教育事例。2004 年针对韩国全罗北道 93 名高中生，先后进行了 10 分钟的事先调查、30 分钟的情报通信伦理教育、10 分钟的事后调查。教育内容包括：网络上违法犯罪的专业用语解释、网络有关法规、网络违法犯罪事例及与此有关的网站。其中，网络有关法规的学习过程中特别留意了，高中生所能理解和接受的讲解方式，简明概要地说明了著作权法、情报通信网利用促进及情报保护法等。网络犯罪事例的分析时为了便于理解，列举了在高中生的日常生活中经常发生的演员照片的擅自使用、他人作品的擅自使用、网络上的漫画等擅自下载、电影海报的模仿、对谣言的诽谤和辱骂等后告知了将触犯那些法规。最后的环节里留意介绍了网络上合法的行为和可以随时咨询的联系方式，这里包括网络警察厅、网络反恐中心、青少年有害情报举报、货物利用保护中心等。¹³

通过以上的调查分析，高中生对合法行为和违法行为的判断上有了明显的进步，但根据事例找出相应法规的能力几乎没有提高。据此，可以肯定青少年网络伦理教育的必要性和有效性，也印证了需要长期或定期的教育计划和执行。

互联网有关的伦理教育是很必要的事情，如今的青少年在网络空间上体现的伦理水准很是令人担忧。从未来发展的趋势来看，青少年使用互联网、智能手机的年龄将朝着低龄化发展，在这一过程中有必要将网络空间上的伦理教育作为必修课。不然，还没有树立规范和价值体系的青少年通过网络空间的接触，只接受刺激、暴力、趣味等为目标价值的后果就是难以接受现实社会的道德要求，使之不能融入社会，过正常的社会生活。

¹² 朴成徇、申玄正：《SNS 中青少年网络暴力的特征及危险要因的研究》，韩国公安行政学报，第 58 号，2015, 170-171 页。

¹³ 《针对青少年网络犯罪情报通信伦理教育的效果分析》，2010 年 2 月 韩国尚明大学校 教育学院 硕士学位论文。

这意味着，树立正确价值观失败的青少年在日后的各类事件上必然引起各种违法犯罪等社会问题，因而针对青少年有必要在网络技术的使用前或同时进行网络伦理教育。

刑事政策的发展史已明确指出对于犯罪应预防为主惩罚为辅的方针，这同样适用于网络空间上青少年违法犯罪的解决方案，即采取严厉打击并不是好的方案。当然，一定范围、程度内也有必要通过执法、司法等来给予必要的处罚。但这种方案在预防青少年在网络空间的违法犯罪上没有多大的帮助。比起规范完善的法规和严厉打击，不如针对青少年优先进行指导和教育，明确地告知哪些是违法犯罪，受何种相应处罚，如何健康、正确地使用互联网等。

四、 结论

网络空间上的违法犯罪不再只是成年人的问题，是与青少年也有密切关联的社会问题，本文中已提到过青少年在网络空间上的暴力、名誉毁损、互联网诈骗、盗窃等违法犯罪行为远高于人们的预期想象。而且，随着更多的青少年使用智能手机、互联网的必然历史趋势下，日后如何预防和处理青少年在网络空间上的违法犯罪肯定是重大问题。

网络上的暴力作为其中一种例子，它随时随地，秘密而又执着地进行着，可父母和教师却全然不知或不容易知晓内情，该种暴力传播性又广又强使得问题更加严重，另外这种暴力很容易与原来意义的‘校园暴力’联系在一起出现更为严重的危害结果。

上面所介绍的网络空间上青少年的违法犯罪，从它们的固有特征来看相应的对策确实不易，但也不能以此为理由任其发展。针对网络空间上青少年违法犯罪的对策，合理的法规适用固然也重要，但不应该是全部，只应占一部分，比起这种对策应寻求更为根本的解决方案。

当前，对青少年而言更为必要的是告诉他们网络空间上违法犯罪的问题点和严重性。本人不负责任的‘恶作剧’到底给被害人造成多大的恶劣影响，并成为违法犯罪的行为。也就是说，在青少年网络空间违法犯罪的预防对策上，比起严厉处罚，更应该注重耐心而长久地教育，将会很自然地减少网络空间上青少年的违法犯罪现象。

另外，社会各方面针对青少年的特征应给与充分地理解和认定，为青少年树立健康的网络伦理文化意识提供社会氛围等条件，使他们在网络空间上不再只是通过违法犯罪来寻求‘刺激’，而是展示自己的个性、自由表现自我，使其成为社会所认可的健康的空间。

参考文献：

1. 郑裁俊、尹成哲：《根据青少年网络犯罪趋势遏制力提高方案》，韩国警察学研究 第 14 卷 第 1 号，2014. 65 页。
2. 金宇男、金兴镇：《智能手机世代青少年网络犯罪预防的研究》，韩国复合知识学会 论文集第 2 卷 第 1 号，2014, 11 页。
3. 朴成徇、申玄正：《SNS 中青少年网络暴力的特征及危险要因的研究》，韩国公安行政学报，第 58 号，2015, 170-171 页。
4. 《针对青少年网络犯罪情报通信伦理教育的效果分析》，2010 年 2 月 韩国尚明大学校 教育学院 硕士学位论文。
5. 李兴国：《针对韩国新型犯罪及刑事对策》，韩国刑事政策研究，2000 年 15 卷 2 号，9 页。
6. 金桂圆、许进万：《青少年网络中毒水平与网络犯罪的关系分析》，韩国治安行政论文集，第 9 卷第 2 号，2012.
7. 朴玄秀、裴尚徇：《青少年网络非行的比较》，韩国犯罪心理研究第 10 卷第 2 号，2014.
8. 李成植、姜恩英、崔秀兴：《青少年智能手机中毒对网络非行的影响》，韩国犯罪学第 9 卷第 2 号，2015.
9. 韩国媒体：韩国 TV 朝鲜新闻 9，韩国全北日报，韩国 NAVER 新闻，韩国也度内新闻，韩国京畿道民日报，韩国世界日报

非法集资类案件犯罪行为分析—与韩国刑事法律相比较的视角

王翠霞

在韩中国人权益保护现状与纷争的应对措施研究

汪鹏¹ 黄盼盼²

一、问题的提出

根据韩国法务部的统计数据，到 2016 年 12 月为止，在韩国居住的外国人已经突破 100 万人，其中具有中国籍的居住者已经超过 15 万名。并且，伴随着旅游文化的发展，2015 年底中国赴韩游客已经超过 420 万人次。巨大人员流动给韩国的经济与文化交流带来便利的同时，外国人犯罪问题，非法移民问题等多元文化社会引发的社会问题也在大量的发生。其中，作为在韩外国人群主力军的在韩中国人（例如长期滞留的留学生，务工人员以及短期滞留的游客等）法律维权现状值得重点关注。中国人在韩法律维权的现状直接关系到了中国人在韩人权的现状。本文，笔者结合犯罪学、统计学的方法对在韩中国人法律维权现状进行考察，并对存在的问题提出具体的解决方案。

二、“在韩中国人”的概念与类型

1. “在韩中国人”的概念

现阶段，中韩法学界以在当事国的具有特定国籍人群为对象进行的研究还属于起步的状态。对于“在韩中国人”的概念与范围，笔者认为可以借鉴“在韩外国人”的上位概念进行理解。韩国法学界对“在韩外国人”的概念有广义和狭义的区别。其中，狭义的“在韩外国人”主要是指根据《大韩民国在韩外国人处遇基本法》（以下简称《在韩外国人处遇基本法》）第二条第 1 项的规定确立的范围。该项规定是“外国人是指不具有大韩民国国籍，以居留在韩国为目的的合法滞留者”。该法对外国人的定义仅强调了合法滞留者，排除了非法滞留者的范围。与此不同的是，《大韩民国出入境管理法》（以下简称《出入境管理法》）第二条第 2 项规定，外国人是指不具有大韩民国国籍的人。外国人犯罪是指作为不具有内国人身份的外国人（即具有外国国籍的人）在大韩民国领土范围内实施的违反大韩民国刑罚法规的行为。根据《出入境管理法》的规定，外国人的范围不仅含有合法滞留者也包括了非法滞留者。并且，根据该法的规定，不在

¹ 汪鹏，西北政法大学刑事法学院讲师，韩国江原大学刑法学博士。

² 黄盼盼，韩国成均馆大学新闻放送专业硕士。

韩国居住，仅以短期观光为目的，入境韩国的外国人也同样属于外国人的概念范畴。《出入境管理法》的规定属于广义范畴的“在韩外国人”。

通过比较可以发现，《在韩外国人待遇基本法》的规定在强调在韩外国人国籍身份的同时，要求具有合法滞留身份以及居住在韩国的目的。相比之下，《出入境管理法》的规定，则更加强调国籍身份，对于是否具有合法滞留资格，是否以居住为目的在所不问。

2. “在韩中国人”的概念

根据上述内容的分析，笔者认为也可以将“在韩中国人”划分为广义的概念和狭义的概念。广义的在韩中国人是指在韩国具有中国³国籍的人。狭义的概念是指在韩国具有合法滞留资格，在韩国居住并且持有中国⁴国籍的人。对于本文的研究对象，需要解决两个问题：其一是中国游客是否属于本文研究对象。其二，非法滞留者是否属于本文的研究对象。

对于第一个问题，根据韩国观光公社的统计数据，从2015年1月到2015年12月进入韩国的中国游客达到420万名。虽然中国游客不能持有外国人登陆证，在韩国也不会长期居住，但是不可否认有关中国游客因购物、观光等旅行行为引起的经济纠纷案件，法律权益案件大量的发生。上述因在韩所购商品，享受医疗服务等引起的纠纷争端，直接关系到在韩中国游客的法律权益。因此，本论文将中国游客在韩法律纠纷问题纳入研究的范围。

对于第二个问题，根据法务部的统计数据，到2015年为止，在韩国的非法滞留者达到21万名，其中60%以上是中国人。即，保守估计，至少有12万6千人在韩国非法滞留。非法滞留者不但对韩国的社会发展、稳定及安全会造成极大的影响，也会与疾病治疗、人权保护、组织犯罪等严重社会问题相关联。虽然不能断定外国人非法滞留者的增加与犯罪数量的增加之间是原因与结果的关系，但是可以肯定非法滞留者的非法地位，往往可以成为犯罪产生以及被侵犯的要素。因此，将非法滞留者

二，“在韩中国人”的概念与类型

1. “在韩中国人”的概念

³ 中国的范围包括中国内地、香港特别行政区、澳门特别行政区以及台湾岛。

⁴ 中国的范围包括中国内地、香港特别行政区、澳门特别行政区以及台湾岛。

1) “在韩外国人”的概念

理论界尚未在法律的适用层面单独对“在韩中国人”的概念以及范围进行深入研究，为了明确“在韩中国人”的概念可以借鉴韩国法学界对“在韩外国人”的研究。韩国法学界从1990年开始对在韩外国人进行较为系统的研究，研究的角度涉及了外国人犯罪以及外国人刑事诉讼的地位等角度。《在韩外国人待遇基本法》第二条第一项规定，外国人是指没有韩国国籍并且具有在韩国居住的目的的合法滞留者。该法对外国人的定义主要强调了合法滞留者的概念，相反排除了非法滞留者概念。

然而根据《韩国出入境管理法》第二条第二号的规定，外国人是指不具有韩国国籍者。外国人犯罪是指犯罪主体不是本国而是外国人，即持有外国国籍者在韩国的领土范围内所实施的违反韩国刑罚法规的行为。韩国出入境管理法做为专门管理外国人的法律规范不仅包括了具有合法滞留资格的外国人，也包括了非法滞留者。并且，依据该法，不在韩国居住，是以短期旅行目的而进入韩国的外国观光客同样属于外国人的犯罪之内。学界依据法律之间规定的不同，将在韩外国人待遇基本法上的在韩外国人概念视为狭义的外国人概念，将出入境管理法上外国人概念视为广义的外国人概念。

2) “在韩中国人”的概念

我们可以参考学界对“在韩外国人”的概念划分为广义概念和狭义概念的“二分法”划分，将“在韩中国人”划分为有合法滞留资格的在韩国中国人和非法滞留者。

依据韩国观光旅游局的统计数据，2015年1月到12月，赴韩国的中国观光客达到420万人次之多。中国观光客虽然根据《韩国出入境管理法》不需要申请外国人登陆证，但是中国观光客在韩国旅游期间，充分与韩国社会接触，购物，旅游，因此而产生的法律权益纠纷大量增加。所以，如果要考察在韩中国人的法律权益保护情况，将中国游客纳入研究范围是十分必要的。

并且，依据韩国法务部公布的统计数据，到2015年为止，在韩国的非法滞留者人数已经达到21万人，其中三分之二的非法滞留者是中国人。也就是保守的推算，将近有12万6千名中国籍非法滞留者在韩国长期生活。非法滞留者不但由于长期脱离政府监管有危害韩国社会的安全和秩序稳定的可能，而且由于没有合法的身份，在医疗治病，工作待遇，人权保护，组织犯罪等方面都会存在严重的问题。我们虽然不能得出非法滞留自身是导致外国人犯罪增加的原因的结论，但是在非法滞留者的非法身份上考虑，的确容易成为诱发犯罪的原因和犯罪对象。

综上所述,为了充分体现在韩中国人的法律维权状态,将不法滞留者纳入研究范围是有十分重要的意义的。

2. “在韩中国人”的类型

“在韩中国人”在韩国从事职业种类多样复杂,既有以学习为目的的中国留学生,也有以从事特定职业的务工人员。因此,不同种类的人员所面对的法律问题有不同的侧重点。例如申请赴韩医疗观光签证的中国人往往对医疗服务,翻译服务以及是否有经营资质等方面有较强的要求。相反,做为长期在韩国生活的中国留学生则更加关注的是法律知识教育,打工问题,就业问题等内容。

以进入韩国的目的和在韩滞留时间的长短为基准,依据韩国驻中国大使馆颁布的《申请签证时以入境目的分类所需材料》上的规定,可以将“在韩中国人”大致的分为“短期在韩中国人类型”和“长期在韩中国人类型”。具体的内容如下所述:

1) “短期在韩中国人”类型

“短期在韩中国人”类型是指依据韩国出入境管理法,在韩国滞留时间在三个月以内的,具有中国国籍者。该类型主要是指以旅游为目的的中国观光客和以接受医疗服务的中国观光客。该类型的在韩中国人虽然持有韩国的签证,但是根据出入境管理法不需要申请外国人登陆证。即,在韩国出入境管理制度上,该类型并不被视为在韩居民,也不享有在韩居民所享有的就业权、国民保险等权利。并且,韩国政府对签证申请人是否符合申请入境目的,是否存在虚假材料,所进行的审查方式主要是“以驻外使领馆为主的事前审查”。换句话说,不是由从属于法务部的韩国出入境管理机关进行审查,该类签证主要是由派驻外国的韩国大使馆或者领事馆签证领事在申请人进入韩国之前,形式审查申请人提交的财产证明书等申请材料,并且依据审查结果做出是否颁发签证的决定。根据入境韩国的理由,我们还可以将“短期在韩中国人类型”进一步划分。

(1) 以观光为目的的中国观光客(滞留时间90日以内,有效期限3个月)

该类型是指以欣赏韩国的自然风光和人文景观为目的,通过团体旅行或者自由旅行的方式进入韩国的中国人。在这里,团体观光是指中国和韩国政府指定的旅行社邀请的

三人以上观光客。以观光为目的,短期自由旅行者属于一般观光的范围。虽然随着签证申请程序的简便化,与过去相比申请自由旅行的中国游客有大幅的增加,但是考虑到语言问题以及交通问题等因素,团体旅行游客的数量仍然是大多数。特别需要注意的是,韩国政府为了促进韩国旅游业的发展,对符合特定资格的人(例如持有韩国四年制大学学士以上学位或者中国等海外硕士学位以上的人)颁发有效期为10年的签证。

笔者以“团体赴韩游客关注的法律维权领域”为主题,2016年11月20日,在西安市雁塔区的中国青年旅行社西安支社,对赴韩国首尔圈五日游的观光旅行团(20名)和2016年11月25日韩国旅行观光团(15名)进行了调查,所获得的结果如下:

(表-1) 团体赴韩游客关注的法律维权领域⁵

	您对下列选项中哪些领域的法律维权较为关注?	11月20日 团体赴韩观光团	11月25日 团体赴韩观光团
1	人身保护等安全问题	20	15
2	在韩购物品质出现问题后维权问题	18	14
3	违反旅行合同的问题	5	8
4	代购行为是否合法以及出现品质问题的维权问题	17	14
5	其他	0	0

对于该项调查,所有的团体旅行观光客都选择了“人身保护等安全问题”的选项。并且有98%的被调查者更加关心在韩国购物之后,如果发生质量问题如何处理的问题。98%以上的被调查者虽然对法律教育很关心,但是主要关心的内容是希望得到“代购行为”是否合法以及如何处罚方面的答复。

⁵ 调查时间为11月20日,11月25日。调查人为汪鹏、杨文静。

(2) 申请医疗观光签证赴韩国的中国观光客

申请医疗观光签证的中国观光客是指尚未接到服务外国人患者机关的邀请，而在国内医疗机构内以接受诊疗和疗养为目的，进入韩国的中国国籍者。由于韩国治疗水准以及仪器设备的先进，近年来以疾病治疗、微整形手术、整形手术等为目的进入韩国的中国游客数量成倍增加。在韩国允许外国人进入韩国进行治疗的 2009 年，在全体的接受整形外科手术的患者中，中国人占据 27.7%。2014 年，中国人的比例已经占据 68.6%，人数从 791 人（2009 年）增加 30 倍到 24854 名（2014 年）。

伴随着人数增多，与整形手术、疾病诊断等关联的纷争也在不断发生。依据韩国医疗纠纷调解仲裁院出具的《外国人患者商谈件数统计》，外国人商谈件数从 2012 年 4 月到 2015 年 8 月共计 341 件。虽然在上述材料中没有列明与中国患者有关的投诉案件数量，但是可以从做为在韩中国人主要生活网站之一的“奋斗在韩国”法律咨询频道和从 2013 年到 2016 年 8 月本人接受的与医疗有关的问题商谈⁶中，得出在下列问题上容易产生法律纠纷。首先，通过朋友介绍，在没有医疗资质的诊疗机关接受诊疗的情况；其次，诊疗机关不对韩语书写的合同等文件用中文进行解释，或者不对专业用语进行解释而与顾客签订合同。再次，中国留学生向韩国诊疗机关介绍中国客户，从中收取高额中介费的情况。

(3) 申请短期就业签证的中国人（滞留时间 90 日以内，有效期 3 个月）

申请短期就业签证（C-4）的中国人是以广告、模特、授课、讲演、研究、技术指导等有收入的活动为目的，在韩短期就业中国国籍持有者。

(4) 其他类型

其他类型包括一般访问签证（C-3-1），短期商用签证（C-3-4）等签证种类。一般访问签证只要是指参加各种活动或者参加会议，一般研修，访问就业技术教育，语学院研修等情况。短期商用签证主要是指市场调查、业务联系、洽谈、机器设备的输出、设置、维修，学习使用要领等目的，短期滞留韩国的情况。

2) “长期在韩中国人”的类型

“长期在韩中国人”是以特定的目的在韩国居住 90 天以上的中国人。长期在韩中国人是在韩居留，生活的时间在三个月以上，与“短期在韩中国人”相比，与韩国人、韩国社会接触的机会更多，因此也会对韩国社会的安全与稳定产生直接的影响。与在上文中介绍的短期在韩中国人不同，依据《韩国出入境管理法》，在外使领馆虽然受理长期在韩居住的申请，但是由韩国出入境管理机关负责实质性的审查以决定是否向申请者颁发签证。此外，与“短期在韩中国人”不同的是根据《韩国出入境管理法》，持有长期滞留签证的外国人必须在 90 天之内向所在地区的出入境管理机关申报，取得外国人登录证。“长期在韩中国人”属于具有合法资格入境并滞留的人士，所以在韩国生活期间，根据被批准的入境目的，享有韩国法律所保护的基本权利，可以加入韩国国民保险之中。

依据韩国驻中国大使馆公布的《签证申请时按照入国目的所需申请材料目录》的划分，我们可以把该类型进一步划分为留学生、申请贸易签证的中国人等群体。

(1) 申请留学签证的中国人

按照中国驻韩国大使馆教育处的统计数字，截至到 2014 年在韩的中国留学生已经超过 6 万名，占到在韩外国留学生总数的三分之二。其中，博士课程的学生有 1902 名，硕士课程的学生有 9553 名，本科学生有 23332 名。笔者以韩国江原大学和韩南大学的中国留学生为调查对象，围绕“留学生关心的法律问题是什么？”的主题进行了两次调查，调查结果如下表所示：

（表-2）中国留学生对法律问题的关心程度调查

	韩国江原大学		韩国韩南大学	
	2016. 11. 24 (50 名)	2017. 03. 14 (50 名)	2016. 10. 21 (25 名)	2017. 03. 16 (28 名)
硕士以上研究生	20	20	15	15
硕士以下研究生	30	30	10	13
打工与留学资格冲突问题	31	45	23	25
人身权利受到	49	41	25	24

⁶

侵害后权利救济				
代购行为是否合法的问题	33	28	24	20
犯罪之后，我在诉讼程序上享的保障问题	50	25	23	15
犯罪与签证延长的关系	21	25	20	18
留学生是否可以享受到免费法律援助	32	29	23	27
商品质量出现问题时权利维护问题	41	45	21	27
租房纠纷	16	22	25	28

被调查者中，接近 100% 的被调查者选择了“在受到人身伤害的情况下，如何维护自身权益”和“在犯罪的情况下，依据法律，我会在刑事程序上享有什么权利？”，“打工与留学资格冲突的问题”，“犯罪与签证延长之间关系问题”的选项，并且有三分之二的被调查者选择了“代购行为的性质”，“在韩国购物产生的质量问题如何处理”的选项。选项的分布充分说明了在韩中国留学生更加需要相关的法律教育，更加需要运用法律知识直接解决遇到的法律问题。

(2) 申请贸易经营签证的中国人

主要的问题集中在两国法律制度的差异上，例如在韩国进行投资规模必须在 1 亿韩币以上，但是根据中国有关对外投资的限制规定，往往很难将这笔资金汇入韩国。实务上主要通过在深圳将现金带入香港，之后在香港的外资银行开设账户通过该账户将资金打入韩国。实务上的做法会直接导致违反了我国金融监管规定，逃避金融监管的严重后果。

果。

- (3) 申请求职签证的中国人
- (4) 申请结婚移民签证的中国人
- (5) 申请永驻资格的中国人
- (6) 申请在外同胞签证的中国人
- (7) 其他具有合法滞留资格的中国人
- (8) 非法滞留者

非法滞留者主要包括了通过申请合法签证到韩国后非法滞留者和通过偷渡的方式进入韩国的非法滞留者。

三，“在韩中国人”法律权益保护的现状

1. 以外国人为对象的韩国法律教育制度尚属空白

1) 现行韩国法律教育制度与外国人的实际严重不符

2) 外国人的法律教育机关没有明确的规定

2. “在韩中国人”对“代购行为”的违法性认识不足

1) “代购行为”是违法中国刑法规定的犯罪行为。

代购行为属于严重违反中国海关秩序，逃避海关监管的行为，已经构成走私普通货物物品罪。

2) “代购行为”也同样违反了韩国法律规定。

留学生等群体的代购行为严重违反了《出入境管理法》中禁止做与留学目的不一致的行为。

3. 合理的自我保护意识不足

4. 对中韩两国法律制度的差异点认识不足

1) 犯罪体系的差异点

中国是区分违反治安行为和犯罪行为，公安机关有权对违反治安行为者处以行政拘留和罚款。但是在韩国，不区分治安违反行为和犯罪行为，强调所有案件必须得到法院的裁判。

2) 韩国刑事诉讼中权利的认识不足

3) 出入境管理法的特殊规定

四，改善方案

1. 外国人在韩国宪法中的地位保障
2. 外国人在刑事诉讼中的地位保障
3. 针对外国人的法律教育制度急需建立
4. 建立不同类型的在韩中国人协助会

关于地方自治权学说与地方自治类型的小考

——基于中韩学界对地方自治权理论的探究

朴大宪*

摘要：我国还没有形成类似通说或多数说的地方自治权学说。定义地方自治的概念，需要包含三个核心要素，即居民、团体、地方自治权。其中，就地方自治权而言，根据不同的学说，可以选择迥异的地方自治权理论。然而，我国大部分学者克制选择适用于我国的地方自治权学说。同时，混淆了地方自治权学说与地方自治的类型。通过探究中国学界与韩国学界对地方自治权理论的研究成果，认为有必要重新整理地方自治权学说，区分地方自治权学说与地方自治的类型。

关键词：地方自治、地方自治权、地方自治权学说、地方自治类型、固有权说、传来说、制度保障说

一、问题的提出

如何定义地方自治（local self-government）的概念是一个关系一国法制、政治、历史背景的复合问题。同时，根据不同学者的观点会产生不同的概念。中国学界在论及地方自治的概念时，有时会援引《简明不列颠百科全书》中有关地方自治（home rule）的定义，以及《中国大百科全书·政治卷》中有关地方自治（local autonomy）的定义。¹这类百科全书中的定义，并不表明一国的通说亦此。仅能代表参与编撰百科全书之学者的观点。确立地方自治的概念，是研究地方自治制度的前提。中国学界还没有关于地方自治之概念的通说或多数说。因此，有必要定义符合中国的地方自治之概念。

就有关国家的概念而言，我国学界普遍采纳国家四要素说，而韩国学界普遍采纳国家三要素说。同时，国家三要素说是韩国学界的通说。就韩国学界而言，国家三要素是指人民、领土、主权。然而，地方并非国家。由此，在论及地方自治时，韩国学界认为，居民、自治团体、地方自治权是地方自治的三大要素。²就中国学界而言，虽然没能具

*作者简介：朴大宪（1987—），男，吉林省人，韩国首尔大学法学博士，主要研究方向为宪法学。

¹ 张千帆，宪法，北京大学出版社，2008年，502页。郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第139期，2001年，54页。王建学，作为基本权利的地方自治，厦门大学博士学位论文，2008年，62页。田芳，地方自治法律制度研究，法律出版社，2008年，27-28页。

² [韩]林承彬，地方自治论，法文社，2016年，6页。

体指出地方自治的要素，然而在具体分析地方自治的概念时，总结出了地方自治所包含的三种含义。亦即，首先，地方自治权应当服从国家主权；其次，居民自治是地方自治的基础；最后，团体自治是地方自治的主要内容。³大体上，中国学界与韩国学界都将居民、团体、地方自治权认为是地方自治的组成部分。

在定义地方自治的概念时，只要把握好如上地方自治的三个核心要素，就能推导出适合我国实际的地方自治之概念。就地方自治中的居民而言，可以理解为是生活在一定区域范围的人。在界定一定区域范围的居民过程中，我国的户籍制度发挥了导向作用。可以认为户籍地在某一区域的人属于该区域的居民。就地方自治中的团体而言，可以理解为是服务于一定区域的代议机关。我国的地方人民代表大会是典型的代议机关、权力机关，也可以视为是一种团体。这里的团体概念，可以作广义的解释。亦即，地方政府作为代议机关、权力机关的执行机关、行政机关，也可以视为是一种团体。然而，就如何理解地方自治权而言，这关系到地方自治权的学说。我国学界虽然列举式的介绍了许多有关地方自治的学说，然而仅有极少数的学者提出可应用于我国的学说。就地方自治权的学说而言，我国存在着两个问题。第一，在没有明示出处的前提下，没有源头的介绍了庞杂的地方自治权学说。第二，仅有少数学者明确提出能够适用于我国的学说。就地方自治的类型而言，也存在两个问题。第一，混淆了地方自治权学说与地方自治的类型。第二，没有明确提出有关地方自治的类型。为了准确定义地方自治的概念，有必要针对地方自治权与地方自治的类型进行如下的具体研究。

二、地方自治权学说

就地方自治权学说而言，我国在量上超过了韩国学界所论及的学说。例如，郑贤君教授介绍了保护说、钦定说、传来说、固有权说、制度保障说、人民主权说、人权保障说、法人说、地方政府论、权力分立制衡说。⁴由张千帆教授主编的《宪法》著作中，介绍了保护说、钦定说、传来说、固有权说、制度保障说、人权保障说。田芳教授介绍了国有权说、承认说、制度保障说、人民主权说。在李卫刚教授主编的《宪法学讨论教学教程》中，综合了已经介绍于我国的地方自治权学说，选择性的列举了固有权说、传来说、制度保障说、人民主权说。⁵总结上述论著与专著中有关地方自治权的学说，可

³ 张千帆，宪法，北京大学出版社，2008年，502-503页。

⁴ 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第139期，2001年，55-58页。

⁵ 张千帆，宪法，北京大学出版社，2008年，508-510页。田芳，地方自治法律制度研究，法律出版社，2008年，155-159页。李卫刚，宪法学讨论教学教程，对外经济贸易大学出版社，2014年，337页。

以认为主要的学说介绍，集中于保护说、钦定说、固有权说、传来说、制度保障说、人民主权说。

就韩国学界所论及的地方自治权学说而言，其在论及学说的量上没有超过我国。例如，成乐寅教授提及了固有权说、传来权说、制度保障说。金哲洙教授提及了固有说、传来说、制度保障说、新固有权说。行政学学者林承彬教授提及了固有权说、传来说、制度保障说。行政法学者洪井善教授提及了固有权说、新固有权说、自治委任说（传来说）。综合起来，韩国学界在论及地方自治权学说时，主要集中于固有权说、传来说、制度保障说。以下就具有典型特色的个别地方自治权学说进行探讨。

（一）固有权说

固有权说起源于1789年法国大革命时期，由当时的国会议员托列（Jacques Guillaume Thouret）在法国宪法制定人民会议上，就地方权力的发言，衍生出了地方自治权学说。这一学说的诞生是以法国从君主制国家迈向共和制国家为历史背景的产物。同时是基于自然法思想的产物。⁶

郑贤君教授指出，这一学说认为，团体与自然人一样，既然自然人享有天赋的、不可侵犯的人权，那么团体也享有固有的人格与权利，因此团体具有固有的、前国家的地方自治权。⁷成乐寅教授指出，这一学说认为，就地方自治团体的自治权本质而言，自国家成立以前，地方居民就保有自治的固有权限。⁸

目前世界上，很难找到适用这一学说的国家。从当今以统一国家为中心的国家法律秩序来看，很难认为一国的地方自治权是地方固有的权利，也很难认为一国的地方完全不受来自国家的干涉。特别是采纳中央集权制的我国，更难以适用固有权学说。

（二）传来说

传来说起源于19世纪的德国。这一时期，法实证主义开始崭露头角，以耶利内克（Georg Jellinek）为代表的德国公法学家通过批判固有权说，提出了传来说。认为地方自治权是在国家承认的范围内，由地方行使的委任之权限。

郑贤君教授指出，这一学说认为，地方自治是由国家传来的，由于国家的承认，地方自治才被许可，该学说强调国家的存在对地方自治的意义。并认为传来说在后来，发

⁶ [韩]赵成奎，地方自治制之宪法性保障的意味，公法研究，第30辑第2号，2001年，412页。

⁷ 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第139期，2001年，56页。

⁸ [韩]成乐寅，宪法学（第16版），法文社，2016年，第657页。

展为承认说。⁹成乐寅教授认为，根据传来说，地方仅在国家承认的限度内，行使委任之权能。¹⁰

其实，传来说也可以称为承认说，二者并无本质区别。我国是单一制国家，并在宪法第三条第四款中明示了中央与地方的关系，同时在宪法第四条第三款（实行民族区域自治）、第三十一条（特别行政区的设立）、第三章第五节（地方各级人民代表大会和地方各级人民政府）与第六节（民族自治地方的自治机关）中明示了有关地方的规定。¹¹由此，可知我国地方的权限得到了宪法的保障。

（三）制度保障说

制度保障说在维持传来说之基本立场的同时，注重宪法对地方自治的保障。亦即，国家的法律不能侵害宪法上明示的地方自治之权限。这一学说由卡尔·施密特主张，二战结束后一度成为德国学界的通说，同时由德国联邦宪法法院所采纳。魏玛共和国时期，就如何解释魏玛宪法第一百二十七条中规定的地方之自治权问题，德国公法学界形成了主张固有权说与主张传来说的对立局面，卡尔·施密特为了解决学界的对立局面，创造性的提出了制度保障说。¹²

郑贤君教授指出，这一学说认为，“国家的法律必须不得侵犯地方自治的权力”。¹³成乐寅教授认为，制度保障说是指法律不得侵害宪法上有关地方自治制度之本质内容的学说。我国宪法中也存在关于地方的权限，例如民族区域自治制度、特别行政区制度、一般地方制度等。然而，在良性违宪的观点渐渐被宪法学者接受的情况下，很难否认通过法律限制宪法上地方权限的问题。因此，制度保障说存在不太符合我国现状的问题。

如果将传来说区分为广义的传来说与狭义的传来说，那么可以认为制度保障说是狭义的传来说。其实，有关地方自治权的经典学说对立就是固有权说与传来说之间的对立。然而，鉴于以下学说在我国学界广为传播，因此不得不在本文中论及一二。

（四）保护说

郑贤君教授认为，保护说可以称为人民自治或居民自治，或者保护主义。认为这一

⁹ 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第 139 期，2001 年，55 页。

¹⁰ [韩]成乐寅，宪法学（第 16 版），法文社，2016 年，第 657 页。

¹¹ 宪法第三条第四款规定，“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”，从而明示适用于地方的主动性、积极性原则。

¹² 魏玛宪法第一百二十七条规定，“Communities and associations of communities are entitled to self-administrations, within the limits set by law”，明示了团体在法律规定之范围内享有自治权。朴大宪，关于中国一般地方自治制度的宪法学研究，首尔大学博士学位论文，2017 年，45-46 页。

¹³ 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第 139 期，2001 年，56 页。

学说是指自治的权利属于天赋，为人民所固有，先于国家存在，国家不但不能干涉自治，还要给予保护。¹⁴与此矛盾的是李卫刚教授在由其主编的《宪法学讨论教学教程》中，认为固有权说可以称为保护主义或人民自治，同样认为自治的权利是天赋的，是人民固有的，先于国家存在。¹⁵

郑贤君教授区分了保护说与固有权说，认为“保护说强调国家对地方自治权的保护，国家对自治权不能随便干预。但固有权说对这一点的强调不足”。这种区分似乎有些牵强。

（五）钦定说

郑贤君教授指出，钦定说不同于人民自治论，而坚持着团体自治，地方自治的权利不是天赋的、不为地方人民所固有，而由国家主权所赋予，国家可随时撤回这种权利。¹⁶这一学说与其说是关于地方自治的学说，更倾向于官治行政的学说。由于没有明示这一学说的出处，因此也无法考证这一学说的意旨。

（六）人民主权说

人民主权说是一种基于人民主权理论演绎出的学说。郑贤君教授并没给予这一学说以明确的定义。李卫刚教授在由其主编的《宪法学讨论教学教程》中，认为“现代国家建立的基础是人民主权，这一理论在许多领域表现为人权保障的内涵”。由李卫刚教授提及的人民主权说类似于郑贤君教授所介绍的人权保障说。无论是人民主权说还是人权保障说，究其本质多多少少近似于固有权说。王锴教授主张人民主权说，认为该学说不仅赋予地方一个稳固的地位，同时也与我国宪法的精神相契合。¹⁷

综上所述，首先，就地方自治权学说而言，虽然我国学者大量的、简约的介绍了琳琅满目的学说。但追究庞杂的学说，其本质上仅有固有权说与传来说的对立。同时，就介绍于我国的地方自治权学说而言，学者没能确切的明示其出处，很难为进一步研究该类学说提供帮助。况且，由张千帆教授主编的《宪法》著作中，就有关地方自治权学说的部分，与郑贤君教授在《地方自治学说评析》一文中的所写的内容极其雷同。很难进一步剖析有关地方自治权之经典学说以外的学说。其次，除了少数学者就中国的现状提出了适用于我国之学说外，大部分学者没有明确表明其意图。在人民当家作主的中国，

¹⁴ 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第 139 期，2001 年，55 页。

¹⁵ 李卫刚，宪法学讨论教学教程，对外经济贸易大学出版社，2014 年，337 页。

¹⁶ 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第 139 期，2001 年，55 页。

¹⁷ 王锴，论地方立法权，东吴法学，2011 春季卷，2011 年，56 页。

国家是地方权限的发动者，发动形态是宪法、法律，地方权限的发动形态是地方立法。通过人民的意志完全有可能删除宪法中有关地方的权限，因此可以认为传来说符合我国的现状。

三、地方自治的类型

地方自治的类型可以区分为居民自治型地方自治与团体自治型地方自治。居民自治型地方自治是以英、美为中心，发展形成的英美型地方自治，也可以称之为政治意义上的地方自治。团体自治型地方自治是以法、德为中心发展形成的大陆型地方自治，也可以称之为法律意义上的地方自治。然而，当今世界上很难找到明确区分两种类型之自治的国家，因此趋向于折中说的混合型地方自治也属于本文的考量范围。可以认为居民自治型地方自治是对固有权说的应用，而团体自治型地方自治则是对传来的应用。

由张千帆教授主编的《宪法》著作中，认为地方自治概念的界定，需把握地方自治中的两大关系，即地方自治团体与国家的关系（团体自治）以及地方自治团体与当地居民的关系（居民自治）。¹⁸ 田芳教授采纳日本学者的观点，认为地方自治包含政治自治（居民自治）和法律自治（团体自治）两层含义，而政治自治（住民自治），是其首要的意义。¹⁹ 韩国学界认为，地方自治的类型包括居民自治与团体自治。²⁰ 我国学界还没能完全接受对地方自治的类型化研究成果。以下就地方自治的类型，根据韩国学界的研究成果展开论述。

（一）居民自治与团体自治

居民自治型地方自治是指一定区域内的居民，自主处理该区域社会的政治与行政的地方自治。²¹ 如果说地方自治的三大核心要素是居民、团体、自治权，那么居民自治型地方自治是将重心置于居民参与的情形。如果说自治是指按照自己的意思处理自己事务。那么，居民自治是指按照居民的意思自主处理居民的事务。也就是说，能够按照居民的意思，自主处理居民事务的地方，就是实施地方自治的地方。

团体自治型地方自治是指相对独立于国家的地方团体，不受国家的干涉行使自治权

¹⁸ 张千帆，宪法，北京大学出版社，2008年，502页。

¹⁹ 田芳，地方自治法律制度研究，法律出版社，2008年，24页。

²⁰ [韩]成乐寅，宪法学（第16版），法文社，2016年，第656页。[韩]金哲洙，宪法与政治，辰元社，2012年，1036页。[韩]林承彬，地方自治论，法文社，2016年，9页。

²¹ [韩]林承彬，地方自治论，法文社，2016年，9页。

的地方自治。²² 也可以理解为是，在一定区域内，由具有独立法人资格与自律权的团体，行使的地方自治。²³ 如上所述，如果说地方自治的三大核心要素是居民、团体、自治权，那么团体自治型地方自治是将重心置于自治团体的情形。如果说自治是指按照自己的意思处理自己事务。那么，团体自治是指按照团体的意思自主处理团体的事务。也就是说，能够按照团体的意思，自主处理团体事务的地方，就是实施地方自治的地方。

混合型地方自治是结合居民自治与团体自治的情形。就居民自治而言，不可能没有由中央保障之自治权的团体存在；同时就团体自治而言，也不可能存在没有居民参与的地方自治。也是因为这一点，纵观当今各国之地方自治形态，都倾向于采纳混合型地方自治。

（二）从地方自治权学说中区分出地方自治的类型

上述有关地方自治权学说中的保护说，应当是指居民自治型地方自治。亦即，保护说并非是一种地方自治权学说，而是地方自治中的一个类型。与此相同，上述钦定说，应当是指团体自治型地方自治，亦即该学说也并非是一种地方自治权学说，而是地方自治中的一种类型。通过重新整理区分地方自治权学说与地方自治的类型，还原有关地方自治权的经典学说，有助于清晰的选择适用符合我国现状的学说。

四、结语（草根民主主义）

地方自治，如同宪法一样，都是舶来的制度。地方自治在战时可以抵御外来侵略，在和平时期可以提升人民民主意识。地方自治的理论基础，仅仅是实现草根民主主义，不能认为包含纵向权力分立或纵向分权制衡。例如，可以说认为联邦制国家中的支邦与联邦可能存在纵向分权制衡。美国就是一例，这是由于在采纳两院制议会的美国，上院由各州的代表构成，也就是说议案，会受到来自支邦的牵制。然而，就采纳一院制议会的单一制国家而言，虽然实施地方自治，但地方在无法牵制中央时，不能认为实施地方自治就具有促进纵向权力分立的作用。

单一制国家认识到中央不可能事无巨细地包揽所有事物，同时为了缓解过度的中央集权，各国普遍采纳了地方自治制度。我国在建国以后，时而提及的两个积极性，就是基于上述认识而提出的政策。这一政策在1982年宪法中得到具体体现。就是我国现行

²² [韩]林承彬，地方自治论，法文社，2016年，9页。[韩]金哲洙，宪法与政治，辰元社，2012年，1036页。

²³ [韩]成乐寅，宪法学（第16版），法文社，2016年，第656页。

宪法第三条第四款的规定。有学者认为地方自治的主体应当是地级以下的地方政府或地方自治机构，认为我国的地方自治程度不高。²⁴这种认识是欲将美国在支邦内实施地方自治做法，生搬硬套于我国的错误认识。

我国学者在部分性的没有明示出处的前提下，没有源头的介绍了庞杂的地方自治权学说。然而，有关地方自治权的经典学说仅为固有权说与传来说。若进一步分析我国的现状，那么仅有传说是符合我国的学说。就地方自治的类型而言，可以区分为居民自治型地方自治、团体自治型地方自治、混合型地方自治。不得不认为我国的地方自治也属于混合型地方自治。

参考文献：

- 李卫刚，宪法学讨论教学教程，对外经济贸易大学出版社，2014年。
- 田芳，地方自治法律制度研究，法律出版社，2008年。
- 张千帆，宪法，北京大学出版社，2008年。
- 王锴，论地方立法权，东吴法学，2011春季卷，2011年。
- 郑贤君，地方自治学说评析，首都师范大学学报社会科学版，总第139期，2001年。
- 朴大宪，关于中国一般地方自治制度的宪法学研究，首尔大学博士学位论文，2017年。
- 王建学，作为基本权利的地方自治，厦门大学博士学位论文，2008年。
- [韩]成乐寅，宪法学（第16版），法文社，2016年。
- [韩]金哲洙，宪法与政治，辰元社，2012年。
- [韩]林承彬，地方自治论，法文社，2016年。
- [韩]赵成奎，地方自治制之宪法性保障的意味，公法研究，第30辑第2号，2001年。

²⁴ 张千帆，宪法，北京大学出版社，2008年，514页。

中韩 FTA 协定中知识产权条款分析

任虎

论中韩 FTA 上贸易救济制度

姜文卿¹

目录

- I. 绪论
- II. 中韩 FTA 上贸易救济分析
- III. 中韩 FTA 上贸易救济特点及完善建议
- IV. 结论

I. 绪论

贸易救济措施这一词汇对于中国和韩国再也不是生疏的词汇。最近，全球金融危机之后，各国加强保护贸易，美国、EU 等世界各国以钢铁、化学等供应过剩品种为起头，实施进口限制。特别是，美国于 2017 年 3 月以中国为对象，对钢铁产品征收最多 76% 反倾销关税和最多 251% 相抵关税²，为保护本国产业，积极运用贸易救济制度。

贸易救济是指一个国家或地区由于发展对外贸易和实行对外开放，在特定情况下可能造成某类本国竞争不占优势的外国产品大量进入本国市场，给国内同类产业造成严重损害或严重损害威胁，进口国政府为了保护国内同类产业的安全，所采取的必要、适度、有限的限制进口的措施。贸易救济的根本性质是为了有效地维护国际贸易中的公平贸易秩序，制止不正当竞争行为，在一定范围内维护成员方国内产业安全。

¹ 韩国全北大学校公共人才学部教授，法学博士

² “U.S. Puts Antidumping Duty on Steel Imports from China”, Seoul Economy, 2017.03.05<<http://www.sedaily.com/NewsView/10D94ZSQZ>>

在 2014 年 11 月 10 日中国北京召开的中韩首脑会议上，韩国和中国两国首脑宣布实质性达成了韩·中 FTA，经过长达 30 个月的长期洽谈，中韩终于签订了 FTA。该协定经国会批准，于 2015 年 12 月 20 日正式生效，中·韩两国成为目前世界贸易救济制度的最大被诉国之一。考虑到这些状况，在中·韩 FTA 协商时，这些特征体现在了协定书上。³

为此，本论文以 2015 年 12 月生效之后进入第二年的中韩 FTA 协定上贸易救济制度为中心，考察两国的履行现状及问题，同时以此为基础，导出该协定执行过程中的改善方案及今后课题。

II. 中韩 FTA 上贸易救济分析

从一般 FTA 中显示的贸易救济措施形式来看，可划分为四种形态。第一，在 WTO 协定中规定排除贸易救济措施；第二，采取以‘WTO Plus 方式’加强的方式；第三，直接使用 WTO 原则；第四，代替 WTO 原则而适应当事国国内程序的方式。观察韩国已经签订的 FTA 贸易救济协定，韩国向往 WTO Plus 方式，中韩 FTA 协定的贸易救济制度也选择‘WTO Plus 方式’。

中韩 FTA 上贸易救济分成为 3 个节和 15 个条款。3 个节分成为保障措施(第 1 节)、反倾销和反补贴税(第 2 节)、贸易救济委员会(第 3 节)。第一节保障措施规定保障措施的实施(第 7.1 条)、条件与限制(第 7.2 条)、临时措施(第 7.3 条)、补偿(第 7.4 条)、全球保障措施(第 7.5 条)、定义(第 7.6 条)。第二节反倾销和反补贴税规定一般条款(第 7.7 条)、通知和磋商(第 7.8 条)、价格承诺(第 7.9 条)、实地核查(第 7.10 条)、听证会(第 7.11 条)、复审终止后的调查(第 7.12 条)、累积评估(第 7.13 条)、适用于新出口商复审的微量标准(第 7.14 条)。第三节贸易救济委员会 规定贸易救济委员会(第 7.15 条)。

1. 保障措施

(1) 保障措施的实施⁴

中韩 FTA 作为一方当事国所能采取的保护措施，规定停止追加下调税率或者将商品的关税率上调一定水平。即，虽然在 WTO 协定中可采取数量限制措施，但是在中韩 FTA

³ Kang, Moon-kyung, “The Progress and Prospect of Korea-China FTA – Focused on Trade Remedy System–”,《Issue Brief》，Korea Legislation Research Institute, 2014, p. 8.

⁴ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.1 条。

中只规定关税措施。

(2) 条件与限制⁵

保护措施的动用所需的条件及限制适用 WTO 协定的内容。但，在通报时，中韩 FTA 规定由着手调查的当事国向‘他方当事国’进行书面通报。

就协议时期，规定在适用保护措施之前‘如果能够实施就尽早’进行协议，我认为今后应该设置具体期限。

就调查期间，虽然 WTO 协定没有特别限制，但是中韩 FTA 将调查期间规定为一年，保护措施的动用期间为两年，可延长两年。

(3) 临时措施⁶

在延迟会造成难以补救的损害的紧急情况下，一缔约方可根据其主管机关做出的关于存在明确证据表明由于按照本协定规定降低或消除关税，导致原产于另一缔约方的产品进口数量增加，并对国内产业造成严重损害或严重损害威胁的初步裁定，采取临时保障措施。一缔约方在采取临时保障措施前应通知另一缔约方，并在采取该措施后进行磋商。临时措施的期限不得超过 200 天。

(4) 补偿⁷

一缔约方应在不迟于实施保障措施后 30 天，向另一缔约方提供就适当的贸易自由化补偿进行磋商的机会。该补偿的形式为与该措施所导致的贸易影响或者预计增加的关税负担实质相等的减让。采取措施一方应按缔约双方同意的方式提供补偿。

2. 反倾销和反补贴税

(1) 一般条款⁸

各缔约方保留其在世界贸易组织协定项下有关反倾销、反补贴的权利和义务。在临时措施实施后及最终措施实施前提供所有重要事实和考虑的完整和有意义的披露，临时措施实施后的披露应立即进行。缔约双方确认在反倾销调查计算倾销幅度时不使用第三国替代价值和 Zeroing 的方法。

(2) 通知和磋商⁹

一缔约方的调查机关收到针对另一缔约方的符合要求的反倾销调查申请后，在发起

调查前至少 7 天，该缔约方应向另一缔约方提供其收到申请书的书面通知，并可以根据其法律规定向另一缔约方就该申请提供会面或其他类似机会。

(3) 价格承诺¹⁰

在反倾销和反补贴调查中，当一缔约方就倾销及倾销造成的损害做出肯定性初步裁定后，该缔约方应根据其法律及程序规定，对另一方出口商提出的价格承诺要求予以适当考虑并提供会面机会，该价格承诺如获接受，可中止调查程序，不征收反倾销税。

(4) 累计评估¹¹

如果没有直接因果关系，为躲避不正当的反倾销及相抵关税措施，当来自一个以上国家的一产品的进口同时接受反倾销或反补贴调查，缔约方应谨慎审查是否根据进口产品之间的竞争条件和进口产品与国内同类产品之间的竞争条件，对进口产品的影响所做的累积评估是适当的。

(5) 适用于新出口商复审的微量标准¹²

当根据《反倾销协定》第 9.5 条确定单独的倾销幅度时，如确定的倾销幅度低于《反倾销协定》第 5.8 条规定的微量标准，则不应对出口缔约方的出口商或生产商征收反倾销税。

(6) 贸易救济委员会¹³

缔约双方成立贸易救济委员会（以下简称“委员会”）监督本章的实施和讨论缔约双方同意的事项。委员会由各缔约方负责贸易救济措施的相关机构的适当级别代表组成。委员会通常一年召集一次会议，如缔约双方同意可多次召集会议。

III. 中韩 FTA 上贸易救济特点及完善建议

目前，全世界性 FTA 中的贸易救济领域趋势是提高制度的透明性，追求抑制滥用救济措施和过多措施水平的 WTO Plus。为此，中韩 FTA 也采取 WTO plus 方式。原本签订 FTA 的目的是在 WTO 体制中实现更加高水平的贸易自由化，中韩 FTA 的贸易救济规定是忠于这些 FTA 签订目的而签订的。如前面的分析，中韩 FTA 中贸易救济制度的特征可大分为如下三种。

⁵ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.2 条。

⁶ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.3 条。

⁷ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.4 条。

⁸ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.7 条。

⁹ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.8 条。

¹⁰ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.9 条。

¹¹ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.13 条。

¹² 中韩 FTA 第 7 章 第 7.14 条。

¹³ 中韩 FTA 第 7 章 第 7.16 条。

第一，奠定两者保护措施制度，通过中韩 FTA 谅解而确保国内企业损失救济可能性及通过防止滥用相互保护措施条款而防止出口企业损失。

第二，通过明确反倾销调查开始前的通知时间，确保对于对方国家反倾销措施的预测可能性，通过考虑价格约定及协议规定，努力通过最小限度的措施保护国内产业。

第三，设立贸易救济委员会，通过中韩 FTA 贸易救济制度执行相关问题及其他议题的讨论，加强两国在贸易救济领域中的合作。

另外，更仔细观察规定，如果动用保护措施，WTO 协定中可调整关税率的同时可以采取数量限制措施。但是，中韩 FTA 只规定关税措施。另外在 WTO 保护措施协定中对于调查期限没有限制，但是中韩 FTA 将调查期间规定为一年，将保护措施的动用期间规定为两年(延长两年)。

同时，在反倾销及相抵关税时，对于累计评价和微小标准的规定及第三国价格代替/归零法则条款等进行明文规定。¹⁴

中韩两国在进行 FTA 协商时，采取了两个阶段协商方式，在第一阶段协商中，作为贸易救济措施的组成要素，协议规定保护措施、反倾销、相抵关税，将农产品为对象的另外保护措施导入问题留作第二阶段的协商课题。¹⁵

结果，以包括大米的大部分韩国主要农产品从谅解中除外为条件，两国协议不规定农产品的特别保护措施条款。但是，因为中韩两国都是 WTO 会员国，所以仍然维持 WTO 协定中对特别紧急进口限制措施的权利。

另外，在第三节中对贸易委员会进行规定，从这里可以看出两国对于中韩两国的贸易摩擦努力通过事先协议和讨论而最小化。但是因为没有规定贸易救济委员会的具体组成和运营相关内容，所以我认为应该明确相关范围及内容。

特别是，中韩两国的反倾销措施的主要对象国家是中韩两国，调查开始之后实质性措施件数也相对高。因此，为了能够充分发挥贸易委员会在防止两国贸易纷争中的作用，必须对委员会的作用做出具体规定。

IV. 结论

随着韩国和中国在 2014 年 11 月 10 日中国北京召开的中韩首脑会议中两国首脑宣布韩·中 FTA 的实质性达成，经过长达 30 个月的协商之后，终于签订了 FTA。该协定经过国会批准，于 2015 年 12 月 20 日正式生效。另一方面，考察最近中韩之间的交易活动，2011~15 年期间平均交易业绩达到约 2,255 亿美元规模。相比 1990 年代初期韩国对世界交易规模中对中国交易规模比重只占 5.1%，2015 年与中国的交易比重占 21.3%，成长速度非常惊人。中韩 FTA 生效以后，2016 年 1~10 月期间韩国对世界出口和进口与上年同期下降，同期对中国进出口也下降。但是，这是因世界经济恢复钝化及中国内需市场弱化等对内外综合因素导致 2016 年韩国对世界及对中国的出口业绩同时下跌。但是，2016 年 1~10 月期间在中国的进口市场中韩国维持市场占有率第一位(10.5%)，中国的对韩出口比重增加了 1%。另外，中韩 FTA 生效之后，中国对韩国出口品种大大增多，被评价为改善交易品种多样性而做出贡献。¹⁶

特别是，中韩 FTA 生效之后，韩国立即取消了对中国出口额年 87 亿美元的物品的关税，对中国出口 458 亿美元的物品在生效 10 年后取消全部关税。因此，今后有望对包括中小企业的韩国企业改善对中国出口出路将起到巨大帮助。但是，在两国积极开展的贸易交流中，贸易救济措施对两国市场的实质性作用非常重要。随着 FTA 的生效，取消关税的影响只限于大部分敏感品种，关税也阶段性地取消，所以 FTA 生效效果在市场上逐渐出现。因此，在能够感觉到这些的时候，大部分市场已经固定化而贸易救济措施的实效性存在局限性，所以两国必须对此持续进行监控。

结果，在两国因 FTA 而市场开放速度越来越快的情况下，需要动用贸易救济措施的必要性将越来越增加。因此，根据中韩 FTA 协定而设立的“贸易救济委员会”必须考虑是否扩大其规模和加强其功能。特别是，在今后两国企业的反倾销及相抵关税被起诉时，必须构筑该企业和两国政府之间的共助体系，积极努力快速解决问题。最后，不能把中韩 FTA 单纯地认为是中韩之间的两者贸易协定，而是将其视为今后达成的中韩日 FTA 的前提协定及东亚经济统合的前提，必须慎重对待该制度的运营。

¹⁴ Press Release from Korea Ministry of Trade, Industry and Energy, 2015. 11. 19.

¹⁵ 根据农产品的特性，认为依靠保护措施协定而适当救济损失是具有局限性的，所以 WTO 农业协定(第 5 条)制定了以农产品为对象立即进行进口限制的特别保护措施制度，最近在两者 FTA 中也增加另外引进农产品保护措施的事例。

¹⁶ Lee, Kyu-yeop, “First Year Evaluation and its Lessons after Korea-China FTA”, World Economy Today, KIEP, 2016, p. 4.

《参考文献》

1. Kang, Moon-kyung, "The Progress and Prospect of Korea-China FTA - Focused on Trade Remedy System-", 《Issue Brief》, Korea Legislation Research Institute, 2014.
2. Lee, Ki-pyeong, "Analysis on sectoral legal issues of the Korea-China FTA", Korea Legislation Research Institute, 2015.
3. Lee, Kyu-yeop, "First Year Evaluation and its Lessons after Korea-China FTA", World Economy Today, KIEP, 2016.
4. "U.S. Puts Antidumping Duty on Steel Imports from China", Seoul Economy, 2017. 03. 05.
5. Press Release from Korea Ministry of Trade, Industry and Energy, 2015. 11. 19.

<abstract>

A Research Study on the Korea-China FTA Trade Remedy Policies

Kang, Moon-Kyung

On November 10th of 2014, after 30 months of give and take type discussions, during the summit conference held on this day between Korea and China in Beijing China, the two countries agreed to a Korea-China FTA. This agreement was ratified and took effect on December 20th of 2015.

The Trade Remedy Policies for the Korea-China FTA are outlined in Section 7 and is made up of a total of 3 Articles and 15 sub-articles. Article 1 outlines regulation for the safe guard policies, Article 2 outlines regulation for the anti-dumping and countervailing duty policies and Article 3 outlines regulation

for the trade commission committee. The Trade Remedy Policies for the Korea-China FTA reference the Trade Remedy Policies of the WTO Agreements while also adopting the strengthened version, which is the 'WTO Plus Method'.

For example when safe guard measures come into effect, the WTO Agreement provisions for adjustments in duty rates together with unit limitations, but in the case of the Korea-China FTA, only the adjustments in duty rates are regulated. Also while the WTO safe guard measures have no limitations for examination and review period, for the Korea-China FTA the examination and review period is limited to 1 year and the invocation period of the safe guard measure is regulated to 2 years (can be extended to 2 years).

For anti-dumping and countervailing duty policies, regulations and 3rd country price replacements and zero-ing prevention clauses etc. for accumulative evaluation and tolerance standards have been stipulated.

China is currently the largest trading partner of Korea, and Korea is the 6th largest trading partner of China. Trade volume between the two countries has also been increasing since the Korea-China FTA was concluded. Therefore two prevent any negative factors from influencing the active trade between these countries, it is considered that the practical application and role of the trade remedy policies is very important.

Especially amidst the conditions where the market development rates are increasing rapidly, as it is predicted that the need to exercise the trade remedy policies will continue to increase, expanding the scope and authority of the "Trade Remedy Committee" that was established by the Korea-China FTA should also be considered.

Also through implementing a cooperative system between the government authorities of the two nations to intervene and mediate in cases of anti-dumping and corporate litigation cases, active efforts to quickly resolve any issues must be made.

Key words : Korea-China FTA, Trade Remedies, Anti-dumping, Safeguard, Countervailing Duty

中韩FTA及其对中日韩FTA的启示

马光*

【论文摘要】中日韩三国间的经贸关系发展迅速，三国已着手就签订FTA展开政府间磋商。本文将从中韩两国国际经济法学者的相互交流入手，对两国签订FTA时所密切关注的内容进行评析，并就此提出两国法学家在促进中韩FTA时所起到的作用。进而，本文主张中韩两国间的现有国际经济法学民间交流应扩大到日本，从而为推动中日韩FTA起到作用。

【关键词】中日韩；自由贸易协定；法学家；使命；交流

一、中日韩贸易发展与缔结FTA的必要性

(一) 中日韩贸易发展

图表一显示，以欧盟28国为整体计算，2015年中国、日本和韩国的货物出口额分别在世界贸易排位中列第一、第四和第五。另，2014年中日韩三国对外贸易依存度分别为51%、31%和76%。这些数据表明了中日韩三国在世界贸易中均占有相当重要的地位，也表明了贸易特别是在中韩两国的地位非常凸显。

图表一：2015年主要各国（地区）货物贸易额排位（单位：十亿美元）

排位	出口	金额	比例	进口	金额	比例
1	中国	2275	17.4	美国	2308	17.3
2	欧盟	1985	15.2	欧盟	1914	14.4
3	美国	1505	11.5	中国	1682	12.6
4	日本	625	4.8	日本	648	4.9
5	韩国	527	4.0	香港	559	4.2
6	香港	511	3.9	韩国	436	3.3

出处：International Trade Statistics 2016 (<http://www.wto.org/>，2017年5月5日访问)

图表二显示，2016年日本和韩国分别是中国的第二大进出口国以及第三大出口国和第一大进口国，是中国的第二、第三大贸易伙伴国。图表三显示，2016年中国是韩国的最大贸易伙伴国（进出口均第一），日本则是韩国的第三大贸易伙伴国（出口第三和进口第二），特别是韩国对中国的出口额超过日本和美国之和。图表四显示，2016年中国是日本的最大贸易伙伴国（进口第一出口第二），韩国则是日本的第三大贸易伙伴国（进出口均第三）。图表五显示，2005年至2016年间，除了2009年因全球性金融危机而导致有些减少外，中韩两国间的贸易额总体上在迅速增长，仅在近两年有所回落，在10多年间增长了一倍以上。图表六显示，2005年至2016年间，除了2009年因全球性金融危机以及2012年因钓鱼岛争端而导致有些减少和近两年有所回落外，中日两国间的贸易额也在稳步增长。图表七显示，2005年至2016年间，韩日两国间的贸易额起伏较大，特别是2009年因全球性金融危机以及2012年因独岛（日本名竹岛）争端而导致较大减少，总体上保持原状。

图表二：2016年中国的贸易伙伴国（地区）（单位：千美元）

	中国进口	中国出口	中国进出口	对中贸易排位	中国贸易平衡
美国	134,410,61 1	385,203,73 3	519,614,34 4	1	250,793,122
香港	16,876,518 2	288,369,97 0	305,246,49	2	271,493,454
日本	145,555,09 5	129,244,93 6	274,800,03 1	3	-16,310,159
韩国	158,893,98 7	93,537,626 4	252,431,61	4	-65,356,361

出处：海关总署 (<http://www.customs.gov.cn/>，2017年5月5日访问)

图表三：2016年韩国的主要贸易伙伴国（地区）（单位：百万美元）

	韩国进口	韩国出口	韩国进出口	对韩贸易顺序	韩国贸易平衡
中国	86,980	124,433	211,413	1	37,453

* 浙江大学光华法学院副教授、法学博士、律师，主要从事国际法、WTO法、韩国法等研究。

美国	43,216	66,462	109,678	2	23,246
日本	47,467	24,355	71,822	3	-23,112

出处：韩国贸易协会 (<http://www.kita.net/>, 2017年5月5日访问)

图表四：2016年日本的主要贸易伙伴国（地区）（单位：千日元）

	日本进口	日本出口	日本进出口	对日贸易顺序	日本贸易平衡
中国	170189875 95	1236142173 6	2938040933 1	1	-4657565859
美国	732213375 9	1414287240 2	2146500616 1	2	6820738643
韩国	272205187 4	5020407925	7742459799	3	2298356051

出处：日本税关 (<http://www.customs.go.jp/>, 2017年5月5日访问)

图表五：2005-2016年中韩贸易统计（单位：亿美元）

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	201 3	201 4	201 5	201 6
总额	1119 .3	1343 .1	1599 .0	1861 .1	1562 .3	2071 .7	2456 .3	2563 .3	274 2.5	290 5	275 9	252 4.3
中出	351. 1	445. 3	561. 4	739. 5	536. 8	687. 7	829. 2	876. 8	911 .8	100 3.4	101 3.8	935 .4
中进	768. 2	897. 8	1037 .6	1121 .6	1025 .5	1384 .0	1627 .1	1686 .5	183 0.7	190 1.6	174 5.2	158 8.9

出处：海关总署 (<http://www.customs.gov.cn/>, 2017年5月5日访问)

图表六：2005-2016年中日贸易统计（单位：亿美元）

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	201 3	201 4	201 5	201 6
总	1844	2073	2360	2667	2288	2977	3428	3294	312 3	312 4	278 5	274 6

额	.4	.6	.2	.8	.5	.7	.9	.6	5.6	4.4	6.7	8
中出	839. 9	916. 4	1020 .7	1161 .3	979. 1	1210 .6	1483 .0	1516 .5	150 2.8	149 4.4	135 6.8	129 2.4
中进	1004 .5	1157 .2	1339 .5	1506 .5	1309 .4	1767 .1	1945 .9	1778 .1	162 2.8	163 0	142 9.9	145 5.6

出处：海关总署 (<http://www.customs.gov.cn/>, 2017年5月5日访问)

图表七：2005-2016年韩日贸易统计（单位：百万美元）

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	201 3	201 4	201 5	201 6
总额	7841 275	9027 148	9593 592	9220 302	6460 768	7964 172	8439 195	8144 973	900 494	898 833	857 470	774 062
韩出	2695 288	3178 253	3209 558	3052 017	2051 039	2503 979	3170 051	3233 704	349 311	352 969	324 393	271 948
韩进	5145 987	5848 895	6384 033	6168 285	4409 729	5460 193	5269 143	4911 270	551 182	545 864	533 077	502 113

出处：韩国贸易协会 (<http://www.kita.net/>, 2017年5月5日访问)

（二）中日韩签订FTA情况

到2017年5月5日为止，中国已经签署的FTA共有14个，对象分别为：香港、澳门、东盟、智利、巴基斯坦、新西兰、新加坡、秘鲁、哥斯达黎加、台湾、冰岛、瑞士、韩国、澳大利亚。¹另外，中国正在分别与海河会、挪威、日韩²、东亚各国³、斯里兰卡、

¹ 中国内地与港澳签署的CEPA具有与一般FTA不同的显著特点，但也不可否认其具有FTA的性质。中国商务部网站上也把上述CEPA归类为已签署的FTA。关于两个CEPA的法律性质，请参考如下论文，曾华群：“论内地与香港CEPA之性质”，《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2004年第6期，第29-37页；吴益民：“论WTO框架下CEPA的若干法律问题”，《法治论丛(上海政法学院学报)》，2007年第3期，第126-132页等。中国大陆与中国台湾签署的ECFA的特性更为明显，但也不应否认其亦具有FTA的性质。关于ECFA的法律性质，请参考如下论文，马光：“海峡两岸经济合作框架协议评析”，《中国法研究(韩)》2011年第1期，第205-226页。

² 即，中日韩FTA。

³ 即，区域全面经济伙伴关系（Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP）框架协定谈判，谈判方包

马尔代夫、格鲁吉亚、以色列进行 FTA 谈判，并与印度、哥伦比亚、摩尔多瓦、斐济、尼泊尔、毛里求斯进行 FTA 可行性联合研究。⁴

日本则已经签署了 16 个 FTA，对象分别为：新加坡、墨西哥、马来西亚、智利、泰国、印尼、文莱、东盟、菲律宾、瑞士、越南、印度、秘鲁、澳大利亚、蒙古、环太平洋各国。⁵另外，日本正在分别与韩国、海河会、土耳其、哥伦比亚、中韩、加拿大、东亚各国、欧盟等进行 FTA 谈判或进行 FTA 可行性联合研究。⁶

韩国也已经签署了 16 个 FTA，对象分别为：智利、新加坡、欧洲自由贸易联合、东盟、美国、印度、欧盟、秘鲁、土耳其、哥伦比亚、中国、越南、澳大利亚、新西兰、加拿大、中美六国。另外，韩国正在分别与中日、东亚各国、以色列、厄瓜多尔等进行 FTA 谈判，与海河会、欧亚经济联盟、墨西哥、南方共同市场进行 FTA 可行性联合研究。⁷

（三）中日韩 FTA 谈判情况

即，尽管中日韩三国间的经贸关系如此密切，但三国间仅中韩两国缔结了 FTA。而上述数据则表明，三国间缔结 FTA 将对三国有重要意义，而且三方将能通过缔结 FTA 进一步促进贸易便利化，并最终达到更为快速的贸易增长效果。

日韩之间也曾在 2003 年 10 月启动了 FTA 谈判，并共举行了六次谈判，但因分歧较大，在 2004 年 11 月后停止谈判。目前，两国正就是否恢复谈判进行磋商。

而中日韩 FTA 和东亚 RCEP 则在 2012 年 11 月同时启动，到 2017 年 5 月 5 日为止，分别进行了 12 次和 17 次谈判。

二、中日韩贸易救济与贸易争端

（一）中日韩贸易救济

据 WTO 统计，中国是世界上受到反倾销调查最多的成员，从 1995 年到 2016 年 6 月 30 日间，针对中国的反倾销措施共 840 起。而相同期间内，针对韩国的反倾销措施共 229 起，韩国便是世界第二大反倾销对象成员。日本则以遭受反倾销措施共 140 起，

⁴ 括中、日、韩、印、澳、新和东盟十国。

⁴ 中国自由贸易区服务网，<http://fta.mofcom.gov.cn/>。

⁵ 即，跨太平洋伙伴关系协定（Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP），签署方包括日、文莱、加、智、马、墨、澳、新西兰、秘鲁、新加坡、越、美，其中，美国已经选择退出。

⁶ 日本自由贸易协定网，<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/>。

⁷ 韩国自由贸易协定网，<http://www.fta.go.kr/>。

继台湾和美国列第五。

此外，在同一期间内中国对日本产品发动 32 起反倾销措施，对韩国发动采取 27 起反倾销措施，日韩两国分列中国采取反倾销措施第二和第三对象国。在同一期间内，韩国对中国采取 23 起反倾销措施；对日本采取 17 起反倾销措施，中国和日本为韩国采取反倾销措施最多的两个国家。日本则仅采取 8 起反倾销措施，其中针对中韩两国的就有 3 起。

图表八：1995-2016.6 三国采取反倾销措施统计

发起方	遭受方				
	1	2	3	4	5
中国(184)	美国(35)	日本(32)	韩国(27)	欧盟(21)	台湾(14)
日本(8)	中国(2)	韩国(1) 台湾(1) 澳大利亚 (1) 巴基斯坦 (1) 南非(1) 斯里兰卡 (1)			
韩国(86)	中国(23)	日本(17)	美国(8)	马来西亚 (5) 台湾(4) 新加坡(4) 印度(4) 印尼(4)	

出处：WTO (<http://www.wto.org/>，2017 年 5 月 6 日访问)

截止 2017 年 5 月 6 日，中国采取了 6 起反补贴措施，而这些措施仅针对美国和欧盟产品，日本采取了 1 起反补贴措施，针对韩国产品，韩国则至今尚未采取反补贴措施。

截止 2017 年 5 月 6 日，中国在 2002 年发起了钢铁保障措施，韩国则在 1997 年和 2000 年分别发起了乳制品和大蒜保障措施，其中大蒜保障措施则主要针对中国产品。

日本则在 2001 年发起了对主要从中国进口的大葱、椎茸香菇以及编织日本“榻榻米”草席用的特别稻草的临时保障措施。

(二) 中日韩贸易争端

图表九显示，截止 2017 年 5 月 6 日，日本、韩国和中国在 WTO 分别提起 23 起、17 起和 15 起申诉，列第六位、第九位和第十位，而这里要注意的是中国在 2001 年才入世，其他成员的数据则从 1995 年算起。关于被诉，中日韩三国分别被诉 39 起、15 起和 16 起，列第三位、第九位和第七位。从此可以看出，三国不仅遭到多次申诉，同时也在积极运用 WTO 规则来捍卫自己的贸易利益。就中日韩三国间的相互起诉来说，中韩两国间至今未发生 WTO 框架内的贸易争端，日本则分别起诉中国和韩国各 2 起，韩国起诉了日本 2 起。

图表九：主要各国（地区）贸易争端排位

排位	申诉	被诉
1	美国(114)	美国(130)
2	欧盟(97)	欧盟(84)
3	加拿大(35)	中国(39)
4	巴西(31)	印度(24)
5	墨西哥(24)	阿根廷(22)
6	日本(23)、印度(23)	加拿大(20)
7		韩国(16)、巴西(16)
8	阿根廷(20)	
9	韩国(17)	日本(15)、澳大利亚(15)
10	中国(15)	

出处：WTO (<http://www.wto.org/>，2017 年 5 月 6 日访问)

至于三国间，曾在 2000 年和 2001 年发生过中韩和中日之间的贸易争端，当时韩国和日本分别发动了对大蒜和大葱、椎茸香菇、稻草的保障措施，而中国则为主要出口国，

针对韩国和日本的措施，中国发起了限制韩国手机和聚乙烯产品以及日本汽车等产品的报复措施，最终导致韩国和日本撤回保障措施。当时，中国并非 WTO 成员，因此中韩、中日两国间的贸易争端尚无法适用 WTO 规则予以解决。

2004 年，中国商务部决定就日本对紫菜进口进行的管理措施发起贸易壁垒调查，因当时日本通过进口配额的方式管理紫菜进口，而且通过原产地限制只将配额分配给韩国产品。此案最终通过中日两国政府的协商得到解决，日本政府也取消了上述原产地限制。而这种结果又影响到了韩国对日本的紫菜出口，因此韩国政府于 2004 年底将日本的紫菜配额制度申诉到 WTO，通过磋商，两国同意日本扩大对韩国紫菜的进口配额，从而结束了此案。此案中，虽然中韩两国之间并未发生直接争端，但第三国日本的措施影响到了中韩两国，从此可以看出，在经济全球化的今天，中日韩三国针对某一国家采取的措施能够同时影响到另外一个国家。⁸

除此之外，日韩之间在 2006 年发生了因日本对韩国产 DRAM 征收反补贴税而引发的争端，2015 年发生了因韩国对来自日本的涉嫌被核辐射的水产品采取进口禁令而引发争端，⁹2016 年发生了因韩国对来自日本的气动阀门采取反倾销措施而引发争端；中日之间则在 2012 年发生了因中国限制出口稀土而引发的争端和中国对日本产 HP-SSST 征收反倾销税而引发的争端。

三、中韩国际经济法学交流与对促进东亚经贸发展的启示

(一) 中韩国际经济法学交流

中韩法学交流甚为活跃，其形式大体包括：共同举办研讨会，互派学者和学生，资料共享，合作研究等。特别是两国学者还通过组成学会等方式共同研究对方国家的法律制度，例如，韩国的大学教师、检察官、法官、律师等组织成立了专门研究中国法的韩中法学会，而中国的留韩学者等亦组织成立了多处韩国法研究中心和韩国法研究会。

前期，两国学者互相学习和研究对方国家法律的目的是不一样的，中国学者学习和研究韩国法主要目的在于国内相应立法或修法时予以借鉴，而韩国学者学习和研究中国法主要目的是能够在中韩经贸往来中实际运用到这些规则。但随着中国经济的迅速发展，

⁸ 对于此案的分析，请参考如下论文，马光：“中韩两国的对外贸易壁垒法律制度比较分析”，《中国法研究（韩）》2007 年第 1 期，第 207-238 页。

⁹ 对于此案的分析，请参考如下论文，马光、田甜：“初探地震引起的核污染与水产品贸易限制措施”，《中国国际经济贸易法学研究会 2016 年年会论文集》。

这一趋势开始发生一些新的变化，特别是在国际经贸领域，因中国贸易量大，导致一些制度在中国首先得到运用，比如说，对外贸易壁垒调查制度和反补贴制度等，还有随着中韩贸易的迅猛发展，两国贸易实务也对韩国学者提出了一些法律上的难题，例如，在反倾销措施中予以排除的产品在复审中能否再次被纳入等。因此，中国法也开始在特定领域，特别是在经贸领域影响着韩国的立法和修法，与中国有关的实务，亦使得韩国的立法者面临一些法律的修改或解释问题。

中韩法学交流中，国际经济法学的交流是最为活跃的部门之一，较为规模化的交流可追溯到2005年。时任韩国国际经济法学会会长的朴鲁馨教授（高丽大学）诚邀中国国际经济法学会的陈安会长（厦门大学）、陈治东副会长（复旦大学）、朱榄叶副会长（华东政法大学）、董世忠副会长（复旦大学）、王传丽副会长（中国政法大学）、吴焕宁副会长（中国政法大学）、曾华群副会长（厦门大学）共同举办第一届中韩国际经济法研讨会，会议题目为《WTO成立后10年的中韩贸易关系》。会上提交的论文有：“中韩两国的反倾销和反补贴规定与WTO的一致性”；“贸易救济措施的程序议题”；“中国入世和促进其银行业务”；“开放中韩两国的娱乐服务市场”；“中韩两国的贸易关系和知识产权保护”；“中韩自贸协定设想和WTO成立十周年”；“中韩FTA之法律思考：与中国-东盟FTA为比较”；“缔结中韩FTA时应协调贸易法律和规定”；“中韩经贸合作中法学家的角色”。

2008年，两国学者聚在中国天津，举办第二届中韩国际经济法研讨会，会议题目为《WTO体制与区域贸易集团：中韩两国的FTA法律及实践》，韩方来访人员有崔昇煥会长（庆熙大学）一行12位，分别来自：首尔市立大学、梨花女子大学、仁荷大学、高丽大学、庆北大学、延世大学、京畿大学、济州大学、江南大学、中央大学。会上提交的论文有：“国际贸易法中学者的作用：21世纪的机会与挑战”；“WTO区域贸易协定规则中的程序议题：中国的视角”；“越过中韩经济一体化：亚洲双边FTA的累积”；“中国的FTA实践：定义、分类与含义”；“中国的FTA实践与中韩FTA之可能性”；“韩美FTA之原产地规则对中韩FTA谈判的提示”；“中韩FTA谈判中知识产权保护”；“中韩FTA中的贸易救济相关议题”。

2010年，两国学者在首尔举办了第三届中韩国际经济法研讨会，会议题目为《中韩FTA：设法消减壁垒，迈向特殊伙伴关系》，此时成宰豪教授（成均馆大学）任韩国国际经济法学会会长。曾华群常务副会长带领来自复旦大学、中国政法大学、浙江工商大学、新加坡大学、厦门大学、浙江大学的6位学者应邀参会。会上提交的论文有：“对中韩FTA和减少贸易限制议题的法经济学方法”；“海峡两岸经济合作框架协议和其对东北亚的影响”；“积极应对中韩FTA构筑中的反倾销贸易限制”；“在中韩FTA中通过设立

双边机制避免和解决贸易冲突之纽海文方法”；“将亚洲的区域化发展成多边化：以亚洲经济共同体和中国的作用为例”；“中韩FTA谈判：知识产权议题作为贸易壁垒”；“给BITS一点点空间，中韩FTA谈判应排除投资规则”；“在日后中韩FTA中准入前投资和服务贸易壁垒”；“从中韩BIT到中日韩投资协定”；“中国国企采购中的贸易壁垒和中韩FTA：将FTA议题与多边机制等同起来”。

2011年在厦门双方举办了第四届中韩国际经济法研讨会。韩方来访人员有李在珩会长（高丽大学）一行7位，分别来自梨花女子大学、庆熙大学、仁川大学、江南大学、韩国产业研究院，会议题目为《中韩FTA的主要议题与路径》。会上提交的论文有：“中国与东亚区域化”；“中国的贸易政策决策机制和中韩FTA谈判的尽早启动”；“中韩FTA对两国间反倾销措施的影响”；“中韩FTA谈判中的服务贸易：议题与战略”；“中韩FTA：投资议题”；“与中韩FTA签订有关的中国知识产权争论题考查：中国服务贸易法以及知识产权法的冲突问题为中心”；“中韩FTA中卫生与植物卫生措施条款的设计”；“NAFTA本田汽车原产地规则案再探：兼论对中韩区域合作的启示”；“中韩FTA中的争端解决规则与程序：主要议题与政策提议”。在此次会议上，双方决定此后每隔一年轮流举办一届会议。

2013年在首尔双方举办了第五届中韩国际经济法研讨会，此时金大园教授（首尔市立大学）任韩国国际经济法学会会长。曾华群会长带领来自厦门大学、对外经济贸易大学、华东理工大学、浙江大学、澳门大学、中国政法大学的7位学者应邀参会。会议题目为《中韩FTA：展望和法理》。会上提交的论文有：“中韩FTA中的投资章节”；“通过中韩FTA自由化服务贸易”；“中国的农产品补贴是否符合WTO规则？”；“中韩FTA下原子能市场的进入可能性和挑战”；“中韩FTA中的竞争条款”；“中国签订FTA中知识产权条款评议及其对中韩FTA的借鉴意义”。

2015年在厦门双方举办了第六届中韩国际经济法研讨会。韩方来访人员有郑灿模会长（仁荷大学）一行12位，分别来自韩国法制研究院、崇实大学、仁川大学、全北大学、梨花女子大学、韩国外交安保研究院、延世大学、韩国外国语大学、高丽大学，会议题目为《中韩FTA：展望和法理》。会上提交的论文有：“中国FTA的新发展：展望中韩FTA”；“中韩FTA分析：以贸易救济条款为视角”；“中韩FTA中的原产地规则”；“中韩FTA中服务贸易和投资的具体承诺表分析”；“中韩两国间重叠和多层次的投资规则”；“中韩FTA争端解决机制”；“初探中韩FTA中的投资争端解决”；“中韩FTA的机构设计和投资者-东道国争端解决：对投资委员会的评价”；“对错综复杂的条约规范之解释规则：以中韩FTA、中日韩BIT和中韩BIT中的投资者-东道国投资争端为例”；“中韩FTA

中的服务贸易：现状及未来”；“中韩 FTA 中的环境保护”；“在 WTO 竞争规则谈判背景下中韩 FTA 竞争章节”。

2017 年 10 月，第七届中韩国际经济法研讨会将在首尔举办。

（二）对促进东亚经贸发展的启示

紧接着 2013 年 7 月 17 日举办的中韩国际经济法研讨会，亚洲国际经济法网络第三双年会也于 2013 年 7 月 18 日-19 日在首尔举行，参加中韩研讨会的诸多学者又参加了该双年会，亚洲国际经济法网络在 2008 年成立，第五届双年会将于 2017 年 6 月 16-17 日在厦门举行，而此网络就包含了中日韩三国在内的亚洲各国，但该网络对讨论中日韩之间的经贸议题还不能够做到更加深入，毕竟其包含的国家为数众多。因为中日韩三国间的经贸关系如此重要，所以，在适当的时候可以在中韩定期交流的基础上将日本也包含进来，就中日韩三国的国际经济法学者之间定期地举办共同会议，从而增进了解，促进贸易的进一步自由化。而且，这种经济层面的合作和交流，对缓解三国间的一些政治敏感事态也会起到相应作用。

四、中韩 FTA 主要议题与对中日韩 FTA 的启示

（一）中韩 FTA 主要议题

1、农产品例外问题

中韩 FTA 谈判中，较为热门的部门即为农业。韩国的农业并不发达，而农产品价格偏高，在这种情况下，韩国农民非常担心中国农产品大量涌入后，将使得他们无法生存。这一问题并非仅在与中国的 FTA 中出现，之前与智利、美国等 FTA 中也发生过这种讨论。而韩国政府是通过对一部分重要农产品提出开放例外的方式解决问题的。

中韩 FTA 中韩国也采取这种策略，农产品在 10 年内的开放比例只有 31.3%（20 年内达到 70.2%），低于韩国所缔结的 FTA 之平均值。而对中国这一侧来说，就相应地在工业品领域采取了例外，工业品在 10 年内开放比例仅有 71.7%（20 年内达到 90.2%），从而寻求平衡。但很明确，这样也确实影响了 FTA 的覆盖面。

想必在中日韩 FTA 中也会出现类似情况，而基于三国产业结构的复杂化，很难预想其在此领域的开放程度将高于中韩 FTA。

2、朝鲜开成所生产产品的原产地问题

韩国在与新加坡签订的 FTA 中谈到了韩国企业在朝鲜开成投资生产的产品之原产地问题。而中韩 FTA 中也提出这一问题，即希望中国将这一部分产品认定为韩国产，从而享受优惠税率。

在中韩国际经济法研讨会中，也有韩国学者提出了这个问题，而中国学者的反应很明确，认为这是不可行的。有的中国学者甚至主张依此种观点，是否可将对中国在东南亚投资生产的产品也适当认定为中国产。当然，中国学者也知道韩国与朝鲜的微妙关系，但是普遍认为，韩国与朝鲜在国际法下明确是两个国家。

而中韩 FTA 第 3.3 条规定：对于附件 3-B 所列货物使用一缔约方的出口材料在缔约方领土之外的地域上完成加工，并在完成加工后再复出口至该缔约方用于向另一缔约方出口的货物（就本章而言，缔约双方同意，本条所述的货物加工区域仅限于本协定签署前在朝鲜半岛上的已运行的工业区），如符合下列条件应被视为该缔约方原产：（1）非原产材料的总价值不超过申明获得原产资格最终货物 FOB 价格的 40%；以及（2）货物生产中使用的一缔约方出口的原产材料价值不低于全部材料价值的 60%。显然，这表明中国接受了韩国的该要求。

基于日本和朝鲜之间的敌对关系，很难想象日本也会在这个领域认可上述的要求，因此，在中日韩 FTA 中也加入此类条款的难度很大。

3、服务贸易开放问题

服务贸易中，服务的跨境交易和海外消费几乎不能限制，那么重点是商业存在和自然人移动方面的问题。这在目前来看就更多地涉及到中国人到韩国就业和韩国人到中国投资以及医疗和法律等专门职业人员的资格证能否得到互相认证等问题。此外，开放采用正面清单还是负面清单也非常重要。

在签订中韩 FTA 之前，中国几乎没有在 FTA 中开放服务贸易。而韩国学者则非常关注中国服务贸易之开放问题，甚至认为，没有服务贸易开放的中韩 FTA 对韩国来说没有什么意义。不仅如此，还对具体内容开始了探讨和研究。比如说，电信市场、金融市场等，而且就是采用正面清单还是负面清单方式进行了探讨。¹⁰

结果，中韩 FTA 还是采用了正面清单模式，但约定 2 年内启动负面清单谈判。并各

¹⁰ 对于中韩 FTA 中的服务贸易问题，请参考如下论文，马光：“中国 FTA 履行制度探析”，《东亚国际商法（韩）》2012 年第 1 期，第 113-140 页。

自在法律、建筑、环境、体育、娱乐服务和证券等领域和速递和建筑服务领域做出了相应的承诺，还对人员移动放开了一些限制。除此之外，双方还单独就金融和电信服务设章节予以承诺。

而到了中日韩 FTA，此问题想必会变得更加复杂，因为，三国的服务贸易发展情况各异，所关注的领域也有很大差别。因为韩国和日本在服务贸易领域的开放度显然要比中韩 FTA 的开放度高，所以，预计中日韩 FTA 将会在中韩 FTA 的基础上谋求更高的服务贸易开放，而且，因各国所关注的领域有差别，会以各自交换利益的方式达成协议。

4、贸易救济问题

正如上面已经所示，中韩系贸易救济大户，而且相互之间也较多地采取了反倾销措施，那么中韩 FTA 中有没有可能规定两国间不适用反倾销措施或者强化反倾销发动规则，从而降低其在两国间的适用频度？

关于两国间能否排除适用反倾销和反补贴措施，虽然中国所签订的两个 FTA 曾采用过此种模式，但其模式主要基于某些特殊原因：第一，虽然内地、香港和澳门均为 WTO 成员，但香港和澳门还同属于中国，因此，它们与中国内地有更多的共同利益。第二，香港和澳门自 1995 年加入 WTO 后，从未发起过反倾销调查、反补贴调查和保障措施调查。中国内地对原产于香港和澳门的产品也从未发起过反倾销调查、反补贴调查。但是，中国内地曾经发起过一起保障措施调查，而且这种保障措施调查往往要求不区分各成员方。由于上述特点，这两个 FTA 规定，内地与香港、内地与澳门相互间不能采取反倾销措施和反补贴措施，但可以采取保障措施。因此，这种模式在中国与其他主权国家之间具有不可复制性。况且，中韩两国在受到大量反倾销措施和反补贴措施的同时，也在为国内产业积极地运用着反倾销措施，因此在两者间互不适用上述两种措施的可能性较少，但可以通过加强反倾销措施之适用条件的方式减少适用这些措施。关于反补贴措施，虽然两国目前还未曾相互使用过反补贴措施，但这不排除将来使用这些措施保护国内产业的可能性。此外，韩国与欧洲自由贸易联合之间的定期审议模式也不能适用于中韩 FTA，因为这也是基于双方之间基本上不存在反倾销措施为前提，而中韩之间却互为反倾销措施的主要采取国。

而中韩 FTA 则印证了上述预测，仅在不得适用替代国计算法和归零法（第 7.7 条）、期终复审立案时的谨慎性（第 7.12 条）等方面提高了要求。¹¹

¹¹ 对于中韩 FTA 中的贸易救济问题，请参考如下论文，马光：“中韩 FTA 中的贸易救济议题”，载于《WTO 法与中国论丛》，知识产权出版社 2009 年版。

想必中日韩三国均为贸易救济措施的主要对象国，在三国 FTA 中维持贸易救济措施采取的可能性同时也会加强其规则，有可能突破的有：最少征收原则的适用和复审中适用原审规则的义务化。

5、卫生及植物卫生措施问题

中国商务部每年发布的《国别贸易投资环境报告》显示中国主要关注韩方在进口检疫时取样和检查程序中采用较国际标准更加严格的标准，以及检查和检疫标准的复杂及不断进行修订的状况。除此之外，还对从美国、巴西、泰国等主要进口国进口的货物主要靠感觉器官做出检查，而对来自中国的农产品则一律采取全体检查，因此认为这是在歧视中国产品，并主张韩方在转基因食品中存在等效性问题以及对食品等的加工标准和规范的修订草案通报时未明确告知预期实施日期。

反过来，韩方则提出中国采取的卫生许可所要提交的材料复杂，所需时间过长，并要支付较多费用；也提出因两国所定标准不同，从而导致符合其国内标准而不能在中国得到承认，因此对等效性问题表露出忧虑。因此，对这些问题的讨论以及如何解决成为了两国 FTA 谈判的一个重点议题。

即中方主要关注国际标准的承认问题、等效性问题、透明度问题及不歧视问题；韩方则对中国行政程序的效率问题、等效性问题及标签内容全部译成中文的问题较为关注。

¹²

而中韩 FTA 并未能够解决这些问题，想必中日韩 FTA 在此领域中也不大可能有大的突破，毕竟此类措施与人类和动植物的生命健康紧密相关，顶多能够在一些程序问题上达成一致意见。

6、知识产权问题

中韩两国都被认定为侵犯知识产权行为较为严重，而韩国通过与美国签订 FTA 强化了对知识产权的保护力度。

虽然中韩两国的知识产权保护力度逐步在加强，但保护力度总体上还是不尽如人意。如何在 TRIPS 协定的最低标准下提升对知识产权的保护将极为重要，中韩 FTA 中特别对于相关法律在国内能够充分得到实施方面进行了磋商。

中韩 FTA 把保护的范围扩展到遗传资源、传统知识和民间文艺，将广播的保护期扩

¹² 对于中韩 FTA 中的卫生及植物卫生措施问题，请参考如下论文，马光：“中韩 FTA 与卫生及植物卫生措施解析”，《弘益法学(韩)》2011 年第 2 期，第 33-58 页。

展到不得少于广播首次播出之日起 50 年，还规定广播组织有权授权或禁止以任何方法或形式复制他们的广播。除此之外，中韩 FTA 要求两国相关机构向申请人提供商标注册驳回理由的书面通知，申请人享有对初步驳回决定提出复审，以及对最终驳回决定申请司法审查的权利。

在此基础上，中日韩 FTA 中将会进一步强化对知识产权的保护力度。

7、环境与竞争等问题

美韩 FTA 中有环境与竞争条款，而中韩 FTA 中韩方向中方提出了此类要求。

中韩 FTA 专门设立了独立的环境与贸易章节，主要包括环境保护水平、多边环境公约、环境法律法规的执行、环境影响评估、双边合作及资金安排等多项内容。其中，对于 FTA 实施进行环境影响评估以及同意为环境与贸易章节的实施设立资金机制是中国首次在 FTAs 中做出规定，将为中国与其他国家开展 FTA 的环境议题谈判提供重要参考。

在竞争政策章节中，中韩双方主要承诺包括四个方面：（1）竞争执法应遵循透明、非歧视和程序公正原则；（2）竞争章节平等适用于包括公用企业在内的所有经营者，不影响双方赋予企业以特殊或排他性权利；（3）提高竞争执法合作水平，双方应互相通报可能对对方重要利益产生实质性影响的执法活动，与对方就其提出的重要关注进行磋商；（4）竞争章节不影响双方竞争执法的独立性，双方在竞争章节实施过程中产生的争端应通过协商解决。

中日韩 FTA 中将会有更高层次的环境和竞争类规则。

8、投资问题

中韩两国间已经签订有双边投资保障协定和中日韩投资保障协定，在此基础上是否要将投资领域包括在 FTA 以及做出何种程度的提升，是否允许私人针对政府提起争端解决等成为了谈判重点。

中韩 FTA 规定了如下内容：对争端缔约方管辖法院管辖权的书面弃权通知；行政复议作为东道国国内法院及国际仲裁的前置程序；岔路口条款，即无论是国内法院诉讼还是哪一个国际投资仲裁，选择其一即不能选择其它。

中日韩已经有较高水平的投资保障协定，因此，在中日韩 FTA 中不大可能有大的提升。

9、技术贸易壁垒

中韩两国的技术标准互不相同，而这有可能演变为一种贸易壁垒，所以中韩 FTA 研究协调了这种标准或采用国际标准以及相互认证等方案和对策，但是，几乎没有什么实质性的突破。

在此议题上，中日韩 FTA 也不大可能有大的突破。

10、争端解决

中韩两国间除了 WTO 的争端解决机制，是否需要设立专门解决在履行 FTA 过程中所产生的争端的组织呢？假如设立的话，所采取的是何种形式以及此时如何解决与前者的协调等成为本部分 FTA 谈判的重点内容。

从中韩 FTA 内容来看，采用了 FTA 下的争端解决和 WTO 下的争端解决之二选一的方式，如果在 FTA 下解决争端，将可以采用专家组一审终审制。

中日韩 FTA 将以此为基础，有可能在程序方面予以完善。

（二）对中日韩 FTA 的启示

上面就凭借中韩国际经济法研讨会中的讨论、笔者的见解和实际上的协定文本，把中韩 FTA 中比较热门的部门罗列了出来。而这些部分在中日韩 FTA 谈判中也已成为重要部分。

众所周知，中日韩三国间包括产业发展和技术创新等尚有不小距离。整体上日本领先于韩国，韩国领先于中国。所以，在中韩 FTA 谈判中韩国所要求的部分和中国所要求的部分，多数将会是中日韩 FTA 中日本要求中韩或中韩要求日本的。而且，因为三国的这种利益关系相互交叉，将会出现多数难点。这些难点最终是将会需要三国各自作出一定的让步。

五、展望及中日韩国际经济法学者的使命

中日韩三国间的各方面交流将在不断地得到深化，介于中日韩三国间密切的经贸关系，三国间签订 FTA 的必要性非常突出。当然，三国之间的 FTA 也可能会损害到一些部门和产业的利益，但综合起来看，这种损失较能够期待的利益比起来还是处于次要地位的。中日韩三国 FTA 的早日签订，取决于三国政府的决心和逐渐缩小意见的差距。当然，这也受到三国政府对中日韩 FTA 的重视程度以及缔结 FTA 优先顺序的影响。中韩 FTA

将促进处在直接竞争地位的中日韩自贸协定。目前，除了已经生效的中韩 FTA 和已经签署的 TPP 外，正在谈判的相关 FTA 就包括日韩 FTA，中日韩 FTA，RCEP 等，其中包括三国的为中日韩 FTA 和 RCEP。基于后者包括十六个国家，达成一致较为缓慢，或者即使能够早日达成一致，其开放程度也会相当有限。所以，在现阶段积极推进中日韩 FTA 是很有必要的，目前，该 FTA 已经举行过 12 次谈判，尚需要三国的国际经济法学界承担起自己的历史使命，通过学者之间民间形式的交流，先达成一些一致，然后再致力于用其结果影响到政府部门。在这一过程中，中韩两国的现有经验将会起到重要作用。

如上所述，中韩两国国际经济法学者之间的交流自从 2005 年起从未间断过，而且已经成为了一种长期合作机制。两国学者之间对中韩 FTA 的探讨早于政府层面的努力，对推动中韩 FTA 作出了较大贡献。目前，中韩 FTA 已缔结并生效，正是通过不断交流，相互学习和推动两国经贸发展并为此排除障碍的最佳时机，对两国国际经济法学者来说是任重而道远。并且希望能够探索出将中韩两国之间的合作扩展到中日韩三国的方案。

参考文献

- 蔡炯福：“韩美 FTA 原产地规定对韩中 FTA 谈判的含意”，《法学论考（韩）》2009 年第 1 期；
金时中：“韩中经济关系评价与韩中 FTA 展望”，《国际通商研究（韩）》2007 年第 3 期；
李承吉：“韩中 FTA 和劳动法的课题研究”，《劳动法论丛（韩）》2009 年第 2 期；
马光：“海峡两岸经济合作框架协议评析”，《中国法研究（韩）》2011 年第 1 期；
马光：“中国 FTA 履行制度探析”，《东亚国际商法（韩）》2012 年第 1 期；
马光：“中国原产地确定标准探析”，《诚信法学（韩）》2011 年第 1 期；
马光：“中韩 FTA 与卫生及植物卫生措施解析”，《弘益法学（韩）》2011 年第 2 期；
马光：“中韩 FTA 中的贸易救济议题”，载于《WTO 法与中国论丛》（2009 年卷），知识产权出版社 2009 年版；
马光：“中韩两国的对外贸易壁垒法律制度比较分析”，《中国法研究（韩）》2007 年第 1 期；
马光：“中韩两国的反倾销制度比较研究”，《中国法研究（韩）》2008 年第 1 期；
马光：“中韩两国反倾销行政复审比较分析”，《国际法律经营（韩）》2006 年第 1 期；
朴德泳：“韩中 FTA 谈判与网络著作权保护问题”，《通商法律（韩）》2009 年第 2 期；
权贤昊、马光等：《中韩 FTA 谈判中的软件领域谈判热点研究》，韩国信息通信产业振兴院出版社 2009 年版；
史晓丽、梁孝玲：“中韩自由贸易协定贸易救济法律制度的构建”，《东北亚法研究（韩）》2008 年第 1 期；
吴益民：“论 WTO 框架下 CEPA 的若干法律问题”，《法治论丛（上海政法学院学报）》，2007 年第 3 期；
曾华群：“论内地与香港 CEPA 之性质”，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 6 期；
《第一届中韩国际经济法研讨会论文集》，2005 年；
《第二届中韩国际经济法研讨会论文集》，2008 年；
《第三届中韩国际经济法研讨会论文集》，2010 年；
《第四届中韩国际经济法研讨会论文集》，2011 年；
《第五届中韩国际经济法研讨会论文集》，2013 年；
《第六届中韩国际经济法研讨会论文集》，2015 年。

关于政策性财税使用的约束 —以韩国的政策性财税为中心—

朴常赫*

摘要：政策性财税与国库性财税不同，它的首要目标是推行某种政策。政策性财税带有行政制约的特征，正是因为如此，明确政策性财税是否属于宪法上所规定的财税概念这一问题，是区分政策性财税与其他行政制约等政策性手段，从而选择约束政策性财政手段使用方式的一项基础性工作。政策性财税在特征上具有侵害基本权的危险，所以对其不能完全肯定。因此，可以将保持财税的基本特征、正当的基本权侵害、正当的公平性侵害作为政策性财税使用约束的标准。

关键词：政策性财税、扼杀性财税、体系正当性原理、比率原理、应能课税原则

序论

国库性财税侵害宪法上的公民财产权等基本权益被正当化的根据在于，国库性财税的本质目的是筹集保证国家运营和维持所必须的资源。但是，政策性财税作为一项以政策实施为首要目的、加重人民负担的财税形式，其正当性就在于，它除了筹集资源以外，还维护了公共利益。目前，就有许多国家将这种政策性财税作为一种实现社会、经济目标的手段，韩国也同样如此：通过增加购烟税额来控制烟的消费；为了限制不动产投机行为，则规定，对于拥有多处不动产的人，将其缴纳的因转让收益而产生的让渡所得税转为重课税，并且，为了防止委托人借助他人名义来进行不动产转让，则规定，将名义委托情况视为“推定赠与”，需向名义委托人增收赠与费等。诸如此类的一些政策性财税已被严格写入法律，其目的都是为了顺利实施某种特定政策。但从另一方面来看，这种政策性财税也可能会成为政府为推行某种政策来行使权力的强力手段，因此，相对国库性财税而言，政策性财税存在会侵害人民基本权的危险。所以说，虽然政策性财税旨在维护公共利益，但也不可以一味地去肯定它。本文则正是基于这一点，对政策性财税在实施过程中的几点限制因素进行探讨，从而使其更好地符合宪法精神。

* 朴常赫：常州大学 中国财税法治战略研究院 副研究员。

一、政策性财税是否属于宪法上规定的财税？

(一) 定义“财税”的重要性

韩国宪法第38条和第59条中提到了‘纳税’、‘财税’，却未对其概念进行明确的定义，（其他资料中也是几乎不存在）。韩国国税基准法第2条第1款规定“国税是指国家征收的以下各项”，然后列举了所得税、法人税等现行法规定收缴、征收的税目类型，同样未对财税的概念进行明确的定义。因此，可以看出，在韩国的现行宪法以及与财税相关的相关法律中，缺少对“财税”的定义解释。

关于财税的概念定义的问题不仅仅是在学问研究上的问题，而且也是判断向公民征收的多种分摊金之中哪些分摊金可以纳入宪法上财税的标准，进而判断政策性财税能否纳入宪法上财税的标准，所以说具有重要的意义。同时在法则控制方面，也是区分政策性财税和行政管制等其他政策手段的重要根据。这也为本文关于政策性财税使用约束的研究工作奠定了基础。

(二) 作为宪法规定财税的“政策性财税”

正如前面所讲到的，韩国的法律未对“财税”的概念下一个定义，所以关于该问题就成了各种学说和判例的任务。

关于“财税”概念未写入法律这一情况，除了德国，在其他国家也大都是如此。在德国，《税收通则法(Abgabenordnung)》第3条第1款中，对“财税”(Steuem)明确进行了定义，相关内容如下。

“财税是指公法共同体以资金筹集为目的，向符合法律上所规定的征税条件的所有人员赋予的无相应给付的金钱给付义务；资源筹集也可以作为附随性目的。”¹

在这里，需要注意的是，资金筹集可以是财税的附属性目的，这也就意味着，财税的主要目的可以并非在于补充国库，而在于其他目的。根据这一规定，可以得出这样一个结论，即，政策性目的也能成为财税的主要目的。

韩国学界在参考德国立法事例的基础上，对“财税”这一概念进行了定义，其定义一般包含以下5点要素。

第一，财税是由国家、地方政府来征收的。

¹ "Steuern sind Geldleistung, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allein oder aber auch von anderen der Tatbestand zu trifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein."

第二，财税的赋予和收缴要根据法律来实施。

第三，对所有具有缴纳能力者，要以公平的原则来征收财税。

第四，财税是一种无直接相应给付的金钱支付义务。

第五，国家及地方自治团体赋予、征收财税的理由在于为该团体筹集一般性资源。但，筹集资源不必作为征税的第一目的，也可以作为其他目的。

从第五点可以看出，在关于财税概念中的主要目的这一问题上，韩国学者同样没有将其局限在充当国库方面，也可以允许其他目的作为财税的主要目的。

韩国宪法审判所也对“财税”作了如下陈述。“财税”作为“国家及地方自治团体为了满足财政需要，或者是实施经济或社会方面的某种特殊政策，在不存在任何特别的相应支付的情况下，对国民以及居民强制赋予和征缴的分摊金”²，“在现代，财税的功能已经超越‘满足国家财政所需’这一历来已久的、消极的目的，升级为‘按照一定的方向来引导国家、社会’这一公民所期待的共同目标。对此，与其说是去实现这种状态，倒不如将其理解为，财税征收的目的已经变得更加积极、同时也发展成一种一般性的倾向。”³从这里也可以看出，韩国宪法审判所对财税的政策性功能也给予了认可，并一直保持着这种立场。因此，可以说在如今，有人承认以政策实现为目的的财税的地位，当然也存在否定意见⁴，但从结果来看，普遍认为韩国宪法上的“财税”也包括以政策实现为主要目标的政策性财税。

二、保持财税的基本属性

（一）禁止“扼杀性财税”的意义

政策性财税作为宪法规定的财税类型之一，即使不以筹集资源为主要目的，那么这一目的也不应该完全被否定。也就是说，政策性财税的征缴，其主要目的即使是为了实现社会、经济政策方面的某个目标，那么也应该将资金筹集作为附属性的目的。如果，政策性财税未能实现资金筹集这一目标，那么这种财税就成为了一种“扼杀性财税”(Erdrosselungssteuer)。

德国联邦宪法裁判所提到“扼杀性财税”时讲到，“以制约某种行为为主要目的、以

² 宪裁 1990.9.3 宣告, 89 宪判 95。

³ 宪裁 1994.7.29 宣告, 92 宪判 49; 宪裁 2003.12.18 宣告, 2002 宪判 16。

⁴ 【韩】郑柱白 ‘财税의政策의技能의规范의限界’，《财税法研究》17(1), 2011年, 8页。

税收作为次要目的财税法是符合宪法的。但是，如果不以税收为目的，仅仅是为了限制某种特定行为的出现，那么这种扼杀性财税是与宪法相违背的。”⁵通过这一判例可以看出，当政策性财税带来的税务负担过重，导致无法选择拒绝法律规定的通过承担税务负担的方式来实现某种行政目标时，那么这种政策性财税就并非真正的政策性财税，而仅仅是伪装成财税法的一种旨在禁止某种行为的直接性禁止命令而已。

在现实生活中，承认“扼杀性财税”的判例几乎不存在。目前在韩国，大部分的学者都主张禁止这种“扼杀性财税”。⁶这是因为，这有利于防止立法者借助宪法上的财税形式的滥用，从而过度侵害纳税者宪法上的基本权（财产权、职业自由、一般行为的自由、平等权）等不良情况。

（二）关于保持政策性财税属于宪法规定财税这一属性的标准——体系正当性原理

韩国的‘继承税及赠与税法’第41条-2规定，对于以躲避赠与税为名义信托行为，可以对其征收赠与税，韩国宪法裁判所在对其进行的宪法诉愿裁判中，提及到了体系正当性原理。所谓的体系正当性原理(Systemgerichtigkeit)，就是指“同一规范内以及不同规范之间，规范的内容、结构，以及该作为规范依据的原则方面，不得存在相互违背、相互矛盾的一种宪法上的要求，这基于以控制国家公权力与以此来保障公民自由和权力为其理念的法治主义原理。违反这种体系正当性原理的前提必须违反了比例原则或平等原则等某种特定的宪法规定或原则。关于把违背体制正当性原则正当化的合理的事由属于立法裁量范围。”⁷也就是说，体系正当性，以在立法过程中，法律规范之间在规范结构或内容方面不得出现相互排斥、乃至相互矛盾的内容为原则，⁸它来源于以控制国家公权力，同时以此来保障公民自由和权力为理念的法治主义原理。⁹在以上的宪法裁判中可以看出，体系正当性理论作为以防止逃避赠与税为政策目的的财税是否违反宪法的重要判决标准，政策性财税必须要准守这种体系正当性原理。也就是说，政策性财税中包含的宪法规定内容不得与其他宪法规定相矛盾，虽然政策性财税旨在实现的国家政策中包括宪法规定的社会公共利益，但也不能完全违背宪法上的规定的公民的基本权，必须要在遵守比例原则和平等原则的范围内才可以实施，只有在这一范围内，立法才可以被认可。因此“扼杀性财税”是通过完全剥夺公民对于某种行为的选择权，

⁵ BVerfG 87,153,169(25.9.1992)。

⁶ 【韩】任胜淳《财税法》，博英社，2016年，6页。

⁷ 宪裁 2004.11.25, 宣告 2002 宪判 66。

⁸ 【韩】许营《韩国宪法学》，博英社，2005年，890页。

⁹ 【韩】洪完植‘体制正当性의原理에관한研究’，《土地公法研究》29集，2005年，462页。

来实现某种政策性目的，从这一点来看，压杀的财税是一项将自身利益，以及与其相冲突的公民基本权之间的和谐状态完全抹杀掉的公摊金），所以，“压杀的财税”实际上不过是伪装成财税的一种禁止命令而已。所以，着眼于如今的体系正当性原理来看，“扼杀性财税”这一概念作为限制政策性财税立法裁量范围的标准，如果财税完全失去了财源筹集这一特征，也就是说成为“压杀的财税”，那么这种财税就会成为一种失去体系正当性的财税，其立法裁量无法被承认。因此，即使这种政策性财税写入法律，也只能是一项违背宪法的财税。换句话说，要想保持政策财税属于宪法财税这一地位，就必须要从根本上确保财税的资源筹集功能。

三、政策性财税对基本权利侵害的正当化

(一) 从宪法角度判断政策性财税是否正当的标准

财税作为国家和地方政府对纳税者进行一方性的征缴行为，从根本上来看，存在侵害基本权的危险性。但是，以筹集资源为目的的国库性财税，因为从根本上遵守对市场保持中立性的大原则，所以相对而言，侵害基本权的空间较小。但财政性财税的主要目的在于对纳税者的行为向某一方向进行诱导，因此，比起国库性财税而言，它侵害基本权的可能性更大。因此，为了政策性财税能够获得规范的正当性，需要对政策性财税内容中可能会直接引起的一些基本权侵害问题，从宪法这一理论角度进行正当化。

韩国宪法裁判所提出，“国家为了能够顺利开展自己所承担的工作，就必须要确保一定的资源。但是，在今天，财税已经不仅仅单纯是一种为国家在实施某项工作过程中提供所需资源的财政手段或以此为目的，而是扩大发展成为一种社会构筑、经济政策的手段。关于这种国家征税权的宪法根据既有消极功能也有积极功能。其消极功能的根据在于财税法律主义（宪法第 59 条）和纳税的义务（宪法第 38 条），其积极功能的根据在于社会国家原理（宪法第 34 条第 2 款）、财税国家原理、平等权（宪法第 11 条第 1 款）、宪法上的经济秩序（第 119 条至第 127 条）。从宪法来看，作为国家征税权的使用界限，即判断财税法是否违宪的标准包括，平等权、财产权、财税法律主义和委任立法限制、禁止追溯征税等，韩国宪法裁判所也将这些作为判断财税法律是否违宪的审查标准。”¹⁰这意味着，宪法裁判所在这里提出，财税具有作为财政的手段的价值，还有社会构筑、经济政策等与社会公共利益相关的价值。同时，也提到了判断财税是否属于宪法范围的

¹⁰ 宪裁 2002.8.29, 宣告 2001 宪法 24。

标准，即，平等权、财产权、财税法律主义等等。这正是财税法内容中既要具备体系正当性又应该互相协调的两方面的价值。也就是说，具备社会公共价值的财税，要在遵守平等权等基本权和除此以外的宪法原理的范围内，来获得在宪法上的正当性。所以，保证政策性财税以及可能会与其产生冲突的宪法基本权之间的体系正当性，是决定政策性财税生存和对其进行控制的重要部分。

但是，仅仅拿体系正当性原理为标准来试图规制政策性财税是不够的，审查也有一定的难度。这是因为，如果立法者持有将体系正当性的违反问题转为正当化的合理性理由，那么对此的立法裁量会被承认，“故而无法立刻被判为违宪。所以，针对某种相关法律，首先要探讨是否遵守了体系性原理，如果认为是违背了，那么就应该再次探讨对立法裁量是否具有与其相关的正当合理性。尤其是政策性财税，因为其本质上侵害宪法基本权的危险性较大，所以，与可能被侵害的基本权之间的衡量问题就备受重视，此时，比例原则就是判断基本权的侵害性问题是否正当的一个重要标准。¹²

(二) 政策性财税对宪法上基本权侵害的正当性标准

宪法第 37 条第 2 款¹³规定了以法治主义为基础的关于基本权制限的立法界限，比率原则源于此。这就是说，当为了公共利益和公共福利，国民的基本权受到法律限制时，在探讨是否侵害了本质内容之前，如果违反了比率原则，则首先被认为是违宪。¹⁴

政策性财税的比例原则主要包括以下内容。立法者意在引导的立法方向要正当（目的的正当性），立法者为此而选择的政策的财税的具体方法要恰当（方法的恰当性），在保证方式合适的同时还要保证纳税者所受损失降到最低（损失的最小化），要维持政策性财税侵害的个人利益和旨在达成的公共利益之间的合理的比例关系（法律利益的均衡性）。¹⁵ 其中，目的正当性是与立法目的有相关，除此以外，剩下的方法的恰当性、损失的最小化、法律利益的均衡性等都与立法手段相关，因此，按照比例原则，在目的和手段之间要达成比例关系，如果脱离这种关系，就会违宪。¹⁶

1. 目的正当性

¹¹ 宪裁 2004.11.25 宣告 2002 宪法 66。

¹² 【韩】Lee Joong-Kyo ‘碳素税导入方案에 대한 검討’，财税法研究 17(2), 2001 年, 192 页。

¹³ 韩国宪法 第 37 条第 2 款：为了确保国家安全，维持秩序以及保证公共利益，必要时可以通过法律手段对国民的自由和权利加以限制，但不得从本质上侵害国民的自由和权利。

¹⁴ 【韩】金雄熙 ‘宪法上 财税平等主义에 대한 연구’，世界宪法研究，2010 年, 725 页。

¹⁵ 宪裁 1990.9.3, 宣告 89 宪法 95。

¹⁶ 【韩】朴洪佑 《财产权制限法理适用限界裁判资料》 77 集 1997 年 628 页。

首先，政策性财税目的必须要正当。韩国宪法裁判所关于政策性财税目的正当性内容如下。

“政策性财税的引导、构筑功能的宪法上正当性的根据在于如下的条款。首先，宪法前文明确规定要‘均衡提高公民生活’；第34条第1款规定确保所有国民都能够享受‘作为人类所拥有的生活权力’；第119条第2款规定国家能够对经济进行控制和调节，从而‘维持国民经济的均衡成长和安全，合理地分配收入所得，防止肆意进行市场支配和滥用经济力量，协调各个经济主体，保证经济民主化’；第122条规定，国家可以施加必要的制约和义务，从而‘能够高效协调地利用、开发、保护国土’。”¹⁷

在这里，韩国宪法裁判所分别列举了前文、第34条第1款、第119条第2款、第122条作为政策性财税目的正当性的根据。这也就意味着，如果政策性财税所追求的价值是为了实现前文和各项条文中所列举的目的，那么就可以说其目的是正当的。

2. 方法的恰当性和损失的最小化

接下来，很有必要探讨一下方法的恰当性和损失的最小化问题。政策性财税的方法包括重课税制度、非课税·减免制度。使用重课税，对于具备缴纳重课税能力的纳税人，可以就会出现容忍妨碍实现政策性财税所追求的、能够作为政策性财税目的正当性根据的、宪法规定的某种利益目标的情况。并且，也可能会导致在具备缴纳能力人与不具备缴纳能力人之间出现不公平的问题。使用非课税·减免制度，由于优惠和应纳税额之间成一定比例，所以，这种优惠很可能会主要集中在那些经济能力较强的纳税人身上，最终也会导致不公平问题。这可以说是政策性财税的本质性缺陷。¹⁸因此，应该对重课税的适用税率，非课税及减免条件、使用对象的幅度是否在财税平等主义的范围内等问题进行探讨，从而决定是否合理。

3. 法益的均衡性

除此之外，还应对法律利益的均衡性进行探讨。这一程序是判断政策性财税侵害基本权是否正当最直接、最重要的一项工作。法律利益均衡性问题是指，对某一政策性财税，在旨在实现某种目的的法律利益和因此导致的宪法侵害基本权之间进行法律利益的衡量，其中，被侵害的法律利益不得超过旨在实现该种目的法律利益。政策性财税可能会侵害的代表性宪法基本权包括，一般行动自由、职业选择自由、居住转移自由以及财产

¹⁷ 宪裁 1994.7.29, 宣告 92 宪判 49。

¹⁸ 【韩】李东植 ‘财税的诱导的技能与许容界限’，财税法研究 19 (3), 2013 年, 26 页。

自由。可能出现冲突的内容如下。

①一般行动自由权

自由权可以分别一般、概括性自由权和个别、具体自由权，其中一般、概括性自由权，尤其是由此派生出来的一般行动自由可以会因政策性财政出现问题。一般行动自由是指，公民在自己的生活中，可以做自己想做的事，不做自己不想做的事的自由，宪法裁判所也将规定人类拥有追求尊严、幸福权力的宪法第10条内容作为其法律依据。¹⁹政策性财税是以引导纳税人或者禁止纳税人去做某种特定行为为目的，所以，从这一点来看，政策性财税很可能回侵害纳税人的行动自由。

② 职业选择自由

根据宪法第15条明确规定，职业选择自由是公民的一项基本权利。职业自由不仅包括职业的选择，还包括职业的决定和进行。²⁰国库性财税，由于坚持根据纳税能力来赋税的原则，所以几乎不存在侵害职业选择自由的可能性，但财政性政策，由于是对进行某种特定营业活动的纳税人或某种营业活动等特定行为征缴重课税，可能会限制国民选择或进行某种职业，从而侵害职业选择自由。

但是，在这里值得再次进行探讨的一个问题是，除了重课税这一政策性财税方法以外，减免和非课税是否也会限制职业自由？这是需要区分开来的。在选择职业方面，重课税对选择职业方面赋予否定的动机。与此相反，减免或非课税赋予肯定的动机。由于职业选择自由具有与金钱相关的经济性基本权性质，以及与人格提升相关的权力性质，²¹所以，与实现自我、提升人格一样，金钱性利益也是职业选择过程中一个重要动机。因此，从职业选择属性来看，选择金钱利益大的工作是理所应当的，所以说，像减免或非课税等提升金钱利益的方式，是不会侵害职业选择自由的。但是，至于可能会损害金钱利益的重课税，不仅会使那些想要选择具备经济利益的工作的公民，无法去选择有损金钱利益的工作，也会给那些追求人格发展、实现自我，而非经济利益的公民带来经济上的负担，从而导致人格发展、实现自我的机会被剥夺。因此，在判断职业自由是否收到侵害时，应该主要着重于重课税等有损金钱利益的政策性财税，来进行判断和衡量。

¹⁹ 宪裁 1995.7.21, 宣告 93 宪判 14。

²⁰ 宪裁 2003.10.30 宣告 2001 宪判 700-2003 宪判 11(명함)。

²¹ 【韩】权宁星 《宪法学原论》，法文社，2003年，526页。

③ 居住转移自由

宪法第 14 条规定，公民具有自由转移居住的权力。但是如果在政策性财税中，通过征税特例的方式，强迫要求公民将居住转移到现住的地方以外的地区，那么就可能会侵害自由转移居住的权利。

综合不动产税法就是一部典型的政策性财税法律，是“通过征收综合不动产税的方式，提高缴纳不动产税的公平性，稳定不动产价格，从而谋求地方财政的均衡和国民经济的平稳发展。”²² 在对于 2005 年这部旧综合不动产税法中第 5 条的宪法诉求裁判²³中，请求人主张该条侵害了居住转移自由。2005 年旧综合不动产税法规定根据‘以户为标准合算方式’，按户具有住宅的总额为标准来制定课税标准和税率。²⁴ 该法律同样适用于只拥有一所住宅的人，因此，即使那些只拥有一套房子的人，如果那套房子评估价格高的话，也被适用累进税。也就是说，“需要承担纳税义务的对象也包括仅有一所住宅的拥有者，特别是对于拥有一定的时间以上的，或者虽然达不到一定时间但除了作为负税对象的住宅以外，因没有其他财产或收入所以负税能力弱的人，也被赋予了住宅有关综合不动产税”²⁵，从而强迫他们放弃现有作为居住地的住宅，不得不搬到其他地区。所以说，类似综合不动产法等与住宅或土地相关的政策性财税，由于很容易限制作为宪法基本权利的居住转移自由，因此必须要探讨其法律利益的均衡性问题。²⁶

④ 财产权

财产权是宪法上一项重要的国民基本权利，宪法第 23 条对其做出了规定。财税作为一种不存在相应支付的金钱承担义务行为，不仅是政策性财税，国库性财税也在一定程度上不可避免地与财产权发生冲突。财税是“国家或地方自治团体为了满足财政所需，或者实施某种经济、社会方面的特殊政策，强制对民国或居民征缴的、不存在任何特别相应支付行为的收费”，因此，其根本目的在于谋求公共利益和公共福利。目前认为，是否违反财税法律主义，无法被用来判断是否侵害财产权。这也就意味着，形式上具备法律形态的财税，即使存在侵害财产权的余地，但如果已经具备形式上的法治主义条件，

²² 韩国综合不动产税法第一条（目的）。

²³ 宪裁 2008.11.13, 宣告 2006 宪判 112。

²⁴ 当时的课税标准和税率为①3 亿以下：千分之十，②3~14 亿：千分之十五，③14~94 亿：千分之二十，④94 亿以上：千分之三十；(比较)2016 年现行综合不动产为①6 亿以下：千分之五，②6~12 亿：300 万+(超过 6 亿金额的千分之七点五)，③12~50 亿：750 万+(超过 12 亿金额的千分之七点五)，④50~94 亿：4550 万+(超过 50 亿金额的千分之十五)，⑤94 亿以上：1 亿 1150 万+(超过 94 亿金额的千分之二十) (韩币标准)。

²⁵ 宪裁 2008.11.13, 宣告 2006 宪判 112。

²⁶ 宪裁 2008.11.13, 宣告 2006 宪判 112 裁判中并未直接接受请求人所提出的关于旧综合不动产法侵害居住转移自由的主张，而是将其视为限制住宅等财产权而随之带来的一种自然的损失。

那么在这种情况下，根据财税法律主义也无法判断侵害宪法上的财产权是否。如果该法律规定严重侵害了国民的财产权，就要根据宪法第 37 条第 2 项中的‘比例原则’来进行判断。

政策性财税作为一种以公共利益和公共福利为主要目的的财税，尤其注意应该将比例原则应用于财产权上。即使国民的财产权因公共福利受到法律的限制，不管是否从根本上侵害了财产权，倘若违反了比例原则甚至是过剩禁止原则，那么也应算为违宪。²⁷

四、关于赋税不公平问题的正当化

(一) 财税平等主义

财税属于一种不存在相应支付的金钱支付义务，需要通过遵守财税平等主义和财税法律主义，来保证财税的正当性。

韩国宪法第 11 条第 1 款规定，“所有国民在法律面前都是平等的。在包括政治、经济、社会、文化生活在内的所有领域，任何人的性别、宗教、社会身份都不应该受到差别对待。”财税平等主义，可以说就是基于宪法规定的平等原则和差别禁止原则在财税法上的表现。²⁸ 并且，韩国国税基准法第 18 条第 1 款及第 19 条都明确规定，税法解释和执行要遵守财税平等的原则。²⁹ 因此，国家在制定财税法时，要保证国民负税的公平性；在对法律进行解释和执行时，对国民也要保持平等对待。

对此，我们不禁提出这样一个疑问，当因为某种特殊原因，财税平等主义脱离了宪法上平等主义的规范，那么这种情况是否能够被承认？此外，财税法上的平等主义原则，是否也包括与其他法律上强调的平等原则相出入的内容？财税平等主义从本质上而言，作为从宪法的平等原则中派生到税法上的部分法原则，是无法脱离宪法上的平等主义原则这一根源的。同时，对于它与其他法律的关系问题，即使平等在程序、执行方面所强调的内容和程度有所不同，那么也不应该将其看作不同的概念。

该问题是政策性财税在财税平等主义适用中的重要的问题。正如上面所说的，政策性财税只要属于宪法上所规定的财税，那么，就必然应该遵守宪法上规定的有关财税的所

²⁷ 宪裁 1990.9.3, 宣告 89 宪判 95。

²⁸ 【韩】许康茂‘租税法에 있어서의实质的法治主义에 关한小考’，宪法学研究 第 12 卷，2006 年， 241-242 页。

²⁹ 韩国国税基准法第 18 条第 1 款：在对税法进行解释和加以应用时，要根据赋税的公平性和合理目的性，保证纳税人的财产权免受不当的损失。第 19 条规定：税务公务员根据裁量在履行职务时，必须只承认课税公平、符合相应税法目的的税法。

有原则，同时，财税法原则作为由宪法上的平等主义派生而来的部分法原则，在应用过程中出现的例外情况应该不予承认。

（二）应能课税原则的接受

财税平等主义最起重要作用的阶段是立法阶段。³⁰也就是说，财税平等主义依据来源于宪法上所规定的平等原则和平等待遇禁止原则，这两大原则是宪法的根本所在。它的本质在于公平分担经济义务，为此，首先要在财税的立法过程中，制定与其相对应的财税法。

但是，由国会立法制定的财税法律，虽然能够满足形式上的财税法律主义（包括财税要件法定主义、财税要件明确主义、诚信原则、禁止追溯征税原则），但却很难说借助被写入法律的财税法，就能够真正实现实质意义上的法治主义。财税法律主义既是征税现行法的根据，同时也是财税权限制财税的方法的相关原则。与其相比，财税平等主义主要是关于课税负担分配的原则。也就是说，前者属于形式上的原则，后者属于实质上的原则。³¹只有坚持作为形式手段的财税法律主义以及作为实质手段的财税平等主义的原则，协调好财税法的立法和解释之间的关系，才可以说是形式上的财税法律主义发展成为实质上的法制主义。³²也就是说，财税平等主义为形式上的财税法律主义可以赋予一种实质的正当性。

在这里，只有当征税标准的恰当性被所有国民所承认时，才能获得这种正当性。其中，判断财税是否恰当的主要因素就是“公平负担”。财税作为一项不存在任何相应支付的金钱支付义务，当其正当性不被国民所接受时，就可能会引起抵制缴税的情况，引起社会混乱，这也体现了形式法制主义、形式财税法律主义的局限性。因此，为了实现财税的‘公平负担’，目前的判例和学说把应能课税原则作为财税公平分配的标准。

应能课税原则是关于财税立法平等的一个最重要的原则，现在，许多国家都将其作为制定财税政策或财税法律的原则。想要遵守该原则，就要根据个人的赋税能力，在要求拥有类似支付能力的人公平承担同样税额的“水平性公平”，与要求拥有不同支付能力的人承担不同税额的“垂直性公平”之间达成一种和谐状态。³³³⁴在赋税方面，水平

³⁰ 【韩】金雄熙‘宪法上 财税平等主义에 대한 연구’，世界宪法研究，2010年，703页。

³¹ 【日】金子宏《财税法》，弘文堂，2004年，75页。

³² 大法院 1978.4.25, 78午51。

³³ 【韩】金雄熙‘财税法의 应能课税原则에 대한 논점研究’，财税法研究 18(3), 2012年, 52页。

³⁴ 也有很多学者将“财税平等主义”表达为“财税公平主义”。但是，很难说平等和公平是同一个概念。平等主要强调的是作为水平意义上的一致，而公平除此之外还包括垂直方面的意义。因此，可以说，平等是水平意义上的公平，公平和平等相对应，强调的是垂直上的公平。其实，财税平等主义的内容实际上包括水平上的公平和垂直上的公平两方面，也正因为如此，财税平等主义和财税公平主义这两种表达方式经常被混用。

性公平要求，不管因为除负税能力以外的何种理由，在税金方面就不能存在任何的差别。

³⁵ 垂直性公平要求，拥有相同负税能力的人，所交税金金额相同；负税能力不同的人，所交税金金额不同。一般而言，对所得税实施的累进税率，是实现垂直性公平的常用手段。

（三）关于政策性财税中财税公平的正当性问题

应能课税原则作为实现财税公平分配的具体性标准，很难与政策性财税相协调。若按照应急课税原则，即使追加性负税能力未被承认，按照政策性目的，也要承担某种特定行为的重课税。并且，为了积极引导某种行为，即使根据应急课税原则负税能力被认可，也可能会出现非课税或减免的情况。因此，这种具有政策性财税本身就是违背应能课税原则的。但是，政策性财税仍然不能脱离宪法规定的平等原则和财税平等主义等制约规范。

审查财税是否遵守了财税平等主义，是通过审查这一方式是否合适宪法第11条来进行的。审查的方法包括，仅针对出现差别情况的理由是否合理进行审查的累计税率审查方法，以及基于非比例原则的严格的审查方法。³⁶由于政策性财税在本质特征上很容易破坏公平，所以，必须要以严格的审查方法审查是否违背了平等主义和财税平等主义原则。因此，某种政策性财税只有在遵守比例原则的前提下，其差别性得到承认，那么才能说它具有法律正当性。

³⁵ 【韩】李昌熙‘税法의宪法的基础에 대한試論’，财税法研究 6, 2000年, 112页。

³⁶ 宪裁 1999.12.23 宣告 98 宪判 33：“在审查是否违反平等时，究竟是按照严格的审查尺度，还是按照圆滑的审查尺度，根据立法者所认可的立法形成权程度的不同，可能会出现不同的情况。因差别对待导致出现基本权受到重大限制的情况，立法形成权就应缩小，必须适用严格的审查尺度。……，所谓进行严格的审查，是指按照任意禁止原则来进行的审查，即，审查对象并非仅仅停留在是否存在合理性方面，还有按照比例性原则进行审查，即以差别对待的目的与手段之间是否存在严格的比例关系为原则进行审查。”

结论

在韩国，为了实现某种政策性目的，制定了许多政策性财税，包括综合不动产税、购买奢侈品的特别消费税、为控制抽烟行为实施的烟草消费税、‘继承税和赠与税法’上将名义信托视为推定赠与的规定、‘金融实名交易和秘密保障相关法律’中关于对非实名利息、分配所得进行分离课税的相关规定等。

从这里可以看出，政策性财税已经成为推行某种政策的有力手段，同时也是筹集国家资源的重要方式。但是，由于政策性手段为实现政策目的，采用的主要方式为重课税、减免或非课税，而这很容易平等主义、财产权等宪法上规定的国民的基本权。因此，如果不对其进行正确的控制，国家很可能会为了实现自身目的，打着财税的名义，向国民施以无差别的、无偿的金钱负担。

对政策性财税进行规范控制，也就是意味着明确政策性财税使用的约束因素，而这种认定限制问题，最终又成为宪法上关于法律的规范控制的问题。财税虽然是宪法规定的国民应该承担的基本义务，但同时也应该在宪法规定的国民基本权以及宪法其他原则的关系方面，具备一定的体系正当性，遵守比例的原则和平等主义。并且，对政策性财税的审查需要更加严格。

关于政策性财税使用的约束问题，最终就是要确保形式上的法治主义、形式上的财税法律主义必须要具备实质的正当性，也就是说，它也与财税法律上的形式主义向实质性法制主义的过渡这一问题相关。遗憾的是，本文并没有对此进行详细的论述，决定在接下来的研究中进行探讨。

参见文献

- 【韩】任胜淳 《财税法》，博英社， 2016 年。
- 【韩】权宁星 《宪法学原论》，法文社， 2003 年。
- 【韩】许营 《韩国宪法学》，博英社， 2005 年。
- 【韩】李东植 《一般财税法》，JuneCommunications，2016 年。
- 【日】金子宏 《财税法》，弘文堂， 2004 年。
- 【韩】朴洪佑 《财产权制限法理适用限界裁判资料》 77 集 1997 年。
- 【韩】李昌熙 ‘税法의 宪法的基础에 关한 试论’，财税法研究 6，2000 年。
- 【韩】Lee Joong-Kyo ‘碳素税 导入方案에 对한 检讨’，财税法研究 17 (2)，2001 年。
- 【韩】赵鎔柱 ‘宪法裁判과 租税法의 解释’ 财税研究 4，2004 年。
- 【韩】洪完植 ‘体制正当性의 原理에关한研究’，土地公法研究第 29 集， 2005 年。
- 【韩】许康茂 ‘租税法에 있어서의 实质的法治主义에关한小考’，宪法学研究 第 12 卷，2006 年。
- 【韩】具海东 ‘政策手段으로서 行政规制와 规制税’，财税法研究 14 (2)，2008 年。
- 【韩】金雄熙 ‘宪法上 财税平等主义에 对한 研究’，世界宪法研究，2010 年。
- 【韩】金雄熙 ‘财税法의 应能课税原则에 对한 挣点研究’，财税法研究 18 (3)，2012 年。
- 【韩】郑柱白 ‘财税의 政策的 技能의 规范的 限界’，财税法研究 17 (1)，2011 年。
- 【韩】李东植 ‘宪法的 观点에서 바라본 不动产税制’，财税法研究 21 (1)，2006 年
- 【韩】李东植 ‘财税의 诱导的 技能의 许容과 限界’，财税法研究 19 (3)，2013 年。

韩国操纵证券市场行为法律规制判例研究

张珍宝

韩国操纵证券市场行为法律规 制判例研究

韩国忠北大学法学院 张珍宝

zbzhang@cbnu.ac.kr

2017-05-20

韩国操纵证券市场行为法律规制判例研究

I. 概念与沿革

- 操纵证券市场行为 (manipulating the securities market[时势操纵(韩)])：是指人为的操作市场上金融投资商品的需要和供给，操纵价格的行为。
- 美国证券法对日本、韩国影响，韩国旧证券法接受美、日的影响，其内容直接表现为2008年资本市场法。
- 美国1934年证券交易法 第9、15条，日本金融商品交易法第157、159条。

2017-05-20

韩国操纵证券市场行为法律规制判例研究

II. 法律规定

- 中国证券法第七十七条 禁止任何人以下列手段操纵证券市场：
 - (一)单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；
 - (二)与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；
 - (三)在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量；
 - (四)以其他手段操纵证券市场。
- 操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

2017-05-20

美国操纵证券市场法律控制与研究

1

II. 法律规定

- 虚伪交易的操纵
 - 目的要件：让对方产生误认或错误判断
 - 对象：上市交易的证券或场内衍生商品的买卖价格
 - 行为类型：合谋对敲 (matched orders)、洗售 (wash sales)、
- 现实交易的操纵
 - 目的要件：引诱买卖为目的
 - 对象：上市交易的证券或场内衍生商品的买卖价格
 - 行为类型 (变动市场价格的交易行为)：
 - 1. 在决定开盘价时，与前日收盘价相比高价买入；
 - 2. 与之前或相对报价相比高价买入；
 - 3. 决定最终价格时，与之前价格相比高价买入；
 - 4. 目的是为了让表面看上去买入量大，没有买入意思的低额报价；
 - 5. 故意将申购分割成几次的行为；
 - 6. 将申购价格逐渐提高的行为。
- 判例 - 大法院 2001.6.26. 宣告 99Du2282 判决
 - 被告以与前日收盘价或之前价格相比高价申购；在中长期交易中也以比之前价格或相对申购价格相比高价申购；为了形成最终价格，与之前价格相比高价申购。共申购51次，合计11,430股交易，人为的形成了高股价。

2017-05-20

美国操纵证券市场法律控制与研究

1

II. 法律规定

- 韩国资本市场法第176条 (禁止操纵证券市场行为)
 - ① (虚假交易的操纵、实际交易的操纵) 任何人不得以使他人误认上市证券或场内衍生商品的买卖状况，或诱导他人做出错误判断为目的，做出下列行为...
 - ② (虚假表示的操纵) 任何人不得以诱使他人买卖证券或场内衍生商品为目的进行下列行为...
 - ③ (非法固定或变更市场价格的操纵) 任何人不得以固定或变更上市证券或场内衍生商品市场价格为目的，持券买卖相关证券或场内衍生商品，也不得委托或受托进行上述行为，但，下列情况不受此限...
 - ④ (透系操纵) 利用衍生商品和基础资产之间的相关性，为了在一地得到不当利益，而在同一地进行交易) 对于证券、衍生商品、或该证券、衍生商品的基础资产，在交易所上市或总统令指定的情况下，任何人不得对该证券或衍生商品的买卖或其他交易进行下列行为...
- 第177条 (操作证券市场的赔偿责任)

2017-05-20

美国操纵证券市场法律控制与研究

1

II. 法律规定

- 传播被操作的市场信息行为
 - 目的要件：以引诱买卖为目的
 - 行为类型：传播因其操作而引起的证券市场价格变动信息，即充足该要件
- 虚假表示的操纵行为
 - 目的要件：以引诱买卖为目的
 - 行为类型：虚假表示、诱发误会的表示
- 固定、安定市场价格的行为
 - 目的要件：固定、安定市场价格。该行为歪曲了真实的市场价格。这里不以引诱交易为目的
- 例外：在发行阶段，可能发生证券达不到一定价格情况，资本市场法为此情况设定了例外

2017-05-20

美国操纵证券市场法律控制与研究

1

II. 法律规定

- 连系操纵行为
- 目的：禁止证券与期货之间的联动操纵行为
- 行为类型：
 1. 在场内衍生商品交易中，以取得不当利益或让第三方取得不当利益为目的，固定或变动场内衍生商品其基础资产的市场价格。如，以在期货交易中取得不当利益为目的，操纵股票交易KOSPI指数中关联股票的市场价格，人为的提升期货交易的基础资产KOSPI的指数。
 2. 在场内衍生商品的基础资产交易中，以取得不当利益或让第三方取得不当利益为目的，固定或变动场内衍生商品的市场价格。如，以在证券交易中取得不当利益为目的，操纵以该证券为基础资产构成的场内衍生商品市场价格。
 3. 在证券交易中，以取得不当利益或让第三方取得不当利益为目的，固定或变动与该证券相连系的证券的市场价格（该种类证券由总统令确定）

2017-05-20

韩国金融市场法第177条第1款

II. 法律规定

- 民事责任：
- 资本市场法第177条第1款（赔偿范围），操纵证券市场行为者，根据其行为形成的价格，赔偿上市证券或场内衍生商品的交易者或委托者其因该交易或委托而遭受的损失；此外，因操纵证券市场行为，影响到其他证券、衍生商品，或买卖、委托买卖其他证券、衍生商品之基础资产的，因该买卖或委托而遭受的损失；此外，因操纵证券市场行为，根据在特定时间点的价格或数值的行权或附条件之条件成立与否，进行决定或结算的证券或衍生商品，因该行为遭受的损失。
- 第2款（时效），时效为知道该事实起1年，该事实发生3年后时效消灭。
- 损害赔偿请求人对操纵证券市场行为，就因该操纵行为形成的价格进行了交易或委托，以及所遭受的损害承担举证责任。

2017-05-20

韩国金融市场法第177条第1款

II. 法律规定

- 操纵证券市场的刑事责任：
- 资本市场法第443条第1款，处以10年以下有期徒刑，或者取得利益或回避损失1倍以上3倍以下罚款。但，没有取得利益或回避损失，或者无法计算，或者取得利益或回避损失的金额之3倍在5亿元以下的，罚款的上限额为5亿元。
- 第2款，取得利益或回避损失超过5亿元，第1款规定的有期徒刑按下列情况加重处罚。取得利益或回避损失超过50亿元的，处以5年以上无期徒刑或无期徒刑；取得利益或回避损失超过5亿元，不满50亿元的，处以3年以上有期徒刑。
- 第3款，处以第1、2款规定的有期徒刑的，可并处10年以下资格停止。

2017-05-20

韩国金融市场法第443条第1款

II. 法律规定

- 行政处罚：
- 操纵证券市场行为大多数是由证券公司的职员进行的，对此，金融监督委员会可以命令参与的证券公司停止全部或一部分业务。

2017-05-20

韩国金融市场法第443条第1款

III. 法院关于操纵证券市场行为违法性的判断

- 法院判断的重要性
- 与一般形式犯罪不同，证券犯罪要考虑市场特性和行业现实，对于成立操纵证券市场行为的要件要充分考虑该行为的“违法性”。
- 对因操纵证券市场行为发生的损失，也要考虑其是否具有“违法性”。

2017-05-20

美国操纵证券市场违法性裁判规则研究

1

III. 法院关于操纵证券市场行为违法性的判断

- 违法性判断的基准“目的”
- 虚假交易的操纵 - 大法院2009.4.9. 宣告 2009Du675判决、大法院2007.11.29. 宣告 2007Du7471判决
 - 1. 在与其他目的同时存在时，没有必要区分目的的主次；
 - 2. 关于对目的的认识程度，积极的意愿或确定的认识是不必要的，具有不完全的认识即可成立目的要件；
 - 3. 是否实际上诱发了投资者的误会，是否使他人发生损失，不是必要要件；
 - 4. 即使当事人不承认操纵证券市场行为，可以根据证券的性质和发行总数、价格和交易量、前后交易状况、交易的经济合理性和公正性、是否虚伪买卖、参与市场的程度、对股价持续管理的交易动机和方式等间接事实，综合考虑判断。

2017-05-20

美国操纵证券市场违法性裁判规则研究

1

III. 法院关于操纵证券市场行为违法性的判断

- 引诱交易的意义
- 大法院 2010.7.22. 宣告 2009Ta40547判决、大法院 2010.6.24. 宣告 2007Du9051判决
 - 1. 不以人的实施了操作变动市场价格为准，其目的是让投资者误认为市场价格是证券市场根据自然的需要、供给原则形成而进行买卖；
 - 2. 有其他目的同时存在的，不以那个目的为主，有目的的存在就满足该要件；

2017-05-20

美国操纵证券市场违法性裁判规则研究

1

III. 法院关于操纵证券市场行为违法性的判断

- 目的 - 非法固定、安定市场价格（维持价格）
- 大法院 2004.10.28. 宣告 2002Du3131 判决
 - 1. 不仅包括固定、安定现在的市场价格，还包括行为人形成一定的价格，然后固定、安定该市场价格的行为；
 - 2. 行为人以该目的进行交易，其交易不要求在一定期间内反复进行，一次交易即可认定为满足行为要件。
- 立法目的是为了防止对自由证券市场的人为介入，进而操纵市场价格。但在竞价买卖的情况下，事实上这种行为几乎是不可能的。
- 例外：在证券发行时，考虑市场的必要性，在时间、价格、主体等严格限制下。

2017-05-20

美国操纵证券市场违法性裁判规则研究

1

III. 法院关于操纵证券市场行为违法性的判断

- 证券、期货连系操纵 - 不当利益的意义
- 大法院 2003.11.14. 宣告 2003Du686 判决、大法院2001.1.19. 宣告 2000Du4444判决
- 1. 从立法宗旨看，不当利益不限于通过处分证券而得到的个人有形经济利益；
2. 不仅包括取得企业经营权、确保支配权、在公司的地位上升等无形利益与积极性的利益，还包括回避损失等消极利益，还包括没有现实化的将来利益。
- 在本行为中，所操作商品与取得利益之商品不同，因此形态各异，很难把握买卖的意图。

2017-05-20

美国操纵证券市场法律制度研究

1

IV. 具体案例

- 大法院 2005.11.10. 宣告 2004Du1164判决 - 一般操纵证券市场行为
- 被告人利用老鼠仓，通过高价申购、低价虚假买入报价方式，短期内集中大量买卖，赚取买卖差额。被提起公诉。被告人辩称，其行为不构成高价申购与低价虚假买入，其行为没有人为的变动股价的可能性。
法院判断
1. 虚伪交易的操纵，其误认目的与其他目的同时存在时，不必区分哪个目的是主要目的：关于对目的的认识程度，积极的意愿或确定的认识是不必要的，具有不完全的认识即可成立目的要件；是否实际诱发投资者的误会，或使他人发生损害不是该行为成立的必要条件。
2. 实际交易的操纵，引诱之目的不仅包括事实人为的操作变动市场价格，使投资者误认为价格是证券市场自然的需求、供给形成的，促使达成交易之目的
3. 目的要件是否成立，还包括对证券的性质与发行总数、买卖动机和类型、证券价格动向、以前和当时交易市场状况的综合判断。

2017-05-20

美国操纵证券市场法律制度研究

1

IV. 具体案例

- 大法院 2007.11.29. 宣告 2007Du7471判决 - 一般操纵证券市场行为
- 被告人自2005.6.7起至2005.7.20止，自己并通过他人对单一股票高价申购66次，对敲8次，干预股价申购5次，将该股价从1,445元上升至2,930元，以每营业日为准计算，平均每天交易245次。事后，被告人以该股票进行了抵押，并实施了劝说该股票发行公司大股东收购其持有的股票的行为。
法院判断
1. 操纵证券市场的开始时间点。虽然被告人以收购对象公司为抗辩理由，但其没有为收购做出通常的法律、会计准备，因此，从开始时间点应从最初买入股票起计算；
2. 作为对敲买卖和虚假买卖之外的事件，应以“使他人误认上市证券或场内衍生商品的买卖状况，或诱导他人做出错误判断”为目的。不管其目的是否与其他目的同时存在，或那个为主；也不管对该目的认识程度是积极的确定的，还是不完全的；也不管投资者是否因误认实际发生了损失，或让他人发生了损失。

2017-05-20

美国操纵证券市场法律制度研究

1

IV. 具体案例

- 大法院 2002.6.14. 宣告 2002Du1256判决 - 虚假申购
- 被告人以买入股票后，将股价抬高后高价卖出，赚取差额为目的，自2000.8.1起至2001.2.1止，在没有买入的情况下，发出大量虚假申购，增加申购量，或大幅变动申购量，使一般投资者误认为买入趋势，诱使股价上升后，将自己买入的股票高价卖出，同时取消自己虚假申购。合计对168个股票实施了7,542次上述行为。
法院判断
1. 即使不形成买卖合同，因发出了买入邀约或申购，事实上起到证券价格上涨或下降的效果，诱发第二看空该证券，构成了“使他人误认上市证券或场内衍生商品的买卖状况，或诱导他人做出错误判断”行为。为了增加买入量而进行的虚假申购，促成了现实的交易。
2. 以买卖证券赚取差价为目的，发出虚假申购，使股价上升，然后卖出持有证券，使用该手法多次交易各种股票，包括性的构成操纵证券市场罪一个罪名。
3. 被告人在抬升股价，卖出持有股票后，取消虚假申购的行为，属于现实交易的操纵证券市场行为。

2017-05-20

美国操纵证券市场法律制度研究

1

IV. 具体案例

- 大法院 2003.12.12. 宣告 2001Du606判决 - 股价管理
- 被告人现代证券及法人代表与公司常务董事共谋，为了卖出持有的现代电子发行的转换债券和现代证券持有的现代电子股票，从现代重工业和现代商船处借款，准备抬高现代电子的股价。
- 被告人从1998.5.26.起至1998.11.12.止，以引诱证券市场买卖为目的，经53次高价申购、对敲，抬高收盘价；经1023次中长期高价申购，人为提高交易价格和交易量；经567次虚假大量申购，形成买入市场。
- 被告抗辩
- 以上行为是在正常许可的范围内实施的股价管理行为，不违反社会正常规范。

2017-05-20

韩国忠北大学法学院 张珍宝

1

IV. 具体案例

- 大法院 2003.12.12. 宣告 2001Du606判决 - 股价管理
- 4) 第1次买入期是1998.5.26~1998.7.2.，共买入5, 199, 770股，股价从最低14, 800元抬升至最高32, 000元（上升率116.2%）；第2次买入期是1998.7.3~1998.11.12.，共买入3, 743, 489股，股价从最低24, 200元抬升至最高31, 300元。期间根据股价的上升，实际买入8, 943, 250股，金额约2, 134亿元。
- 5) 被告现代证券在实施上述操纵行为当时，有通过提高营业用纯资产比率，提升公司对外信誉度的必要。
- 6) 通过现代电子股票交易，收益为5, 895, 626, 530元，同时现代证券在事后处分持有现代电子转换债券后，取得82, 765, 767, 695元收益。
- 7) 现代证券通过现代电子股价的上升取得的利益，改善了营业用纯资产比率等。
- 通过以上事实，可以认定被告人行为具有“引诱”之目的。

2017-05-20

韩国忠北大学法学院 张珍宝

1

IV. 具体案例

- 大法院 2003.12.12. 宣告 2001Du606判决 - 股价管理
- 法院判断
- 1. 操纵证券市场的目的，要通过证券的性质、发行的总额、交易动机和方式（拉升价格的申购，或虚伪买卖、市场参与的程度等）、证券价格和交易量变动、前后交易状况、交易的经济合理性与公正性等综合判断。
- 2. 本案证据和情况综合
- 1) 操纵开始时，当时现代电子总发行股票中，现代集团家族以及现代关联公司持股79.47%，机关投资者等法人持股4.38%，一般个人小额投资者持股9.98%，其他法人持股6.17%。
- 2) 根据上述股票分布情况，股票最大流通量是机关投资者和个人投资者持有的14.36%，实际上可流通的可能更少。
- 3) 被告人为了买入现代电子股票准备了2, 200亿元，操纵开始前日（1998.5.25.）收盘价14, 800元，共14, 864, 864股，是最大流通量的1.84倍。

2017-05-20

韩国忠北大学法学院 张珍宝

1

谢谢！

韩国忠北大学法学院 张珍宝
zbzhang@cbnu.ac.kr

2017-05-20

韩国忠北大学法学院 张珍宝

1

韩国门户网站侵害名誉权判例分析

闵瑛美¹

摘要

一、序论

二、韩国门户网站侵害名誉权案例分析

三、韩国法有关名誉权规定的特征

四、结论

参考文献

摘要

韩国门户网站侵害名誉权案例（韩国大法院 2009. 4. 16. 선고

2008 D 53812 判决）是韩国侵害名誉权损害赔偿责任的全员会议裁判。该判决书由多数意见、个别意见、和多数意见的补充意见构成，通过多种法律逻辑从不同层面对案件进行研判。目前，大部分国家废除了侵害名誉权的刑事责任，但韩国仍然民事责任和刑事责任一起存在。网络的传播能力非常强，网络上侵害他人名誉权的事情不断发生，在重视自身自由表达权同时也应当充分重视保护他人的名誉权。

一、序论

法国著名作家与思想家伏尔泰（Voltaire）曾说过，“我并不同意你的观点，但是我誓死捍卫你说话的权利。”虽然这句话是否是伏尔泰亲口所说存在着争议，但无论他说过与否，这句话公认是关于表达自由权最有名的发言之一。

现代社会科学技术飞速发展，以前只能在想象中存在的事情现在基本都得以实现，特别是很多技术通过互联网的推广迅速进入到了普通人的生活。举个简单的例子，以前国际长途电话价格非常昂贵，而现在利用手机软件通过和互联网直接可以免费视频聊天，人工智能已经深入到现代社会生活的方方面面，网络生活已经成为现代社会人生活中不可分割的一部分。笔者认为网络发达与表达自由权有着很密切关系，现在正在进行的韩国总统大选，笔者在国外很远的地方也可以看到大选候选人的宣传活动，可以通过网络

表达对候选人的看法，可以与国内候选人的支持者或者反对者一起互动和交流，而就在短短的几年前，像笔者这样居住在国外的人只能通过电视和停留国家新闻上看到国内的大选活动而已。

尽管网络给我们生活带来了很大便利，但在网络上自由表达自己的意见有时候会对他人名誉造成侵害。有的人在名誉遭到侵害后为了保护自己或者恢复名誉向法院起诉，但由于网络传播的虚假事实的范围无法确认，因此要真正恢复被侵害人的名誉非常困难。

此次所分析的案例是韩国有关网络门户网站侵害名誉权案例，当年该案例在韩国社会引起了很大关注，笔者想通过该案例再次引起当前发达的互联网信息传播能力对个人生活侵害的危险的思考。

二、韩国门户网站侵害名誉权案例分析

1、案情介绍

2014年4月7日，某兼职大学生A与女朋友B交往，并表示A要与B结婚，于是二人开始同居，中间B两次怀孕。第二次怀孕时，B的母亲C得知A虐待并抛弃B，于是找A讲理并与A发生争执，A对C恶语相加并实施非常不礼貌的行动，盛怒之下C打了A三个耳光，并威胁要闹到A的学校与公司。A报了警，警察进行了和解调解，期间C由于过于激动及外界刺激晕倒被送到医院治疗。

由于A提出与B分手，B精神上受到巨大冲击，2005年4月16日，B留下遗书后自杀。此后，C在B的赛我网登出了题为“过去一年的事情”的文章，公开了B因为A自杀的事情。文章登出后访问量非常大，留言非常多，甚至公开了A的真实姓名、所在学校、公司名称、电话号码等个人隐私信息。因此，A起诉了刊登此事件的有关网站媒体，被告分别是：NHN (NAVER)、DAUM Communication、SK (Cyworld) 和 YAHOO KOREA。理由是上述被告作为新闻媒体能够按照自己的标准与思维来区分及编辑所刊登的内容，同时在自己的搜索系统中可以设定关键词来对被告使用者的搜索行为加以限定。

2005年5月11日，有的媒体关注到网友们过度的暴露了A的信息将会给A带来巨大伤害，因此刊登了文章加以提醒。被告们主动删除了一部分有关A的事情。2005年6月7日，原告A要求被告切断信息链接并删除全部内容，但被告因无法明确应删除内容范围为理由未积极对A的要求做出回应。2005年7月7日，原告召开记者招待会，表示要起诉上述被告，这样被告才将A的相关信息列为禁止搜索的内容，并加强对交流群的监管，将关于A的个人信息内容进行删除。

¹ 闵瑛美（韩）北京大学法学院比较民商法讲师

2005年7月19日,A提起诉讼要求被告赔偿5亿韩元,2007年5月18日,一审判决²认定被告侵权责任,要求NHN赔偿500万韩元、Daum与Yahoo Korea各赔偿400万韩元、SK赔偿300万韩元,原告与被告均不同意一审判决。2008年7月2日,二审判决³NHN赔偿1000万韩元(大约人民币5700元)、SK赔偿800万韩元、Daum赔偿700万韩元、YAHOO KOREA赔偿500万韩元。韩国大法院2009年4月16日做出最终判决,维持二审判决,但逻辑不同。

2. 韩国大法院判决的特点

首先介绍一下韩国大法院的构成员和判决形式。大法院由大法院长和13名大法官组成。韩国大法院设小部裁判和全员合议裁判。小部裁判由3人以上组成,分为3个小部。全员合议裁判是大法官2/3以上出席。全员合议裁判的对象是小部意见不一致的案件、命令和规则违反宪法和法律、需变更前需大法院判决及大法官觉得不适于小部裁判的案件。小部裁判采用全体一致原则,全员合议裁判采用多数决议原则,还有一个特点是判决书上不只写大法官的多数意见,可以写入少数意见与补充意见。韩国大法院判决的特点是在判决书上记名,少数意见与补充意见也要记名。

韩国判决对于多数意见以外少数意见也应重视,而且如果结论是一样但逻辑不同时也要记录在判决书上,以供未来审理相似案件参考,同时满足韩国国民的知情权,即虽然此次判决未采取多数意见,但未来存在采取多数意见的可能性。

下面,将就大法院对案件的多数意见、个别意见与多数意见的补充意见进行分析:

3. 韩国对于该案件判决的不同逻辑⁴

韩国门户网站侵害名誉权判决重要内容

门户网站是提供综合性互联网信息资源服务的应用系统,对所编写与保存的信息资源提供搜索等服务,将自己数据库中的新闻信息资源按照一定的规则进行筛选后上传至网站相应的新闻栏目中。

如果上传的新闻包含侵害他人名誉的内容,门户网站认识特定的侵害名誉权的新闻内容,可以算作积极传播行为,应与报道侵害名誉新闻的媒体机构一样,门户网站对受害者承担损害赔偿责任。

(1) 多数意见

侵害名誉权的新闻根据上传的目的、内容、方法、被害的程度、上传者和被害者

² 首尔地方法院 2007.5.18. 선고 2005 가합 64571 判决

³ 首尔高等法院 2008.7.2. 선고 2007 나 60990 判决

⁴ 韩国大法院 2009.4.16. 선고 2008 다 53812 判决

的关系、是否要求删除该内容等,按照有关新闻中双方的态度来判断。门户网站提供的网络空间上传的侵害他人名誉内容违法性很明确,被害者向门户网站提出了删除该内容的具体要求,或者被害者未向门户网站直接要求,但门户网站所登新闻事情明确或者外观上很明确认识该新闻的存在,在技术上、经济上对该新闻的传播可以进行管理与控制时,门户网站有删除该新闻的注意义务。本次案件中,发现删除该新闻的时间充分,但门户网站不作为造成他人名誉被侵害,不作为侵害名誉权责任成立。

(2) 个别意见

门户网站所上传内容的删除注意义务是一般要满足三个要件时发生。首先,被害者向门户网站具体要求删除该内容,其次,现在很明确该上传内容有侵害名誉的违法性,最后,门户网站技术上、经济上可以删除该内容。

多数意见和个别意见对门户网站的侵害名誉权的认定范围有所不同。多数意见是被害者无论是否直接向门户网站具体地要求删除该内容,侵害名誉的内容也应删除,但个别意见是门户网站需要得到被害者具体地删除该内容的要求时可以删除该内容。个别意见比多数意见对于删除侵害名誉内容时的要件要求更严格。因为个别意见重视的是现在很明确侵害名誉的危险的情况,如果没有被害者具体删除该内容的要求,门户网站现在侵害名誉的危险不明确。如果被害者不直接向门户网站要求删除该内容,而门户网站自己将侵害他人名誉的内容删除,表示门户网站想免除自己的责任而加强对上传内容的管理和监督强化,这样将导致侵害网络上自由表达权。名誉权固然很重要,但以保护名誉权为目的,不给门户网站全面审查权,这意味着侵害韩国宪法上的自由表达权。⁵从上可以看出,个别意见实际对门户网站有利,而多数意见对名誉遭到侵害的被害者有利。

(3) 多数意见的补充意见⁶

多数意见的补充意见与多数意见结果一致但逻辑不同时可以在判决书中单独记录。韩国门户网站侵害名誉权判决中多数意见的补充意见是针对个别意见的补充意见。

韩国宪法第21条第四款规定,言论、出版不得侵害他人的名誉、权利或公共道德、社会伦理。言论、出版侵害他人的名誉或权利的,被害人可就此提出损害赔偿请求。言论、出版侵害他人名誉时,同时限制自由表达权,但是最少的程度限制自由表达权。在此方面,多数意见也同意个别意见的观点,但认为已经超出自由表达权的范围的内容

⁵ 韩国宪法第三十七条

①国民的自由和权利并不因没有列举在宪法而被轻视。

②国民的所有自由和权利,在为保障国家安全、维持秩序或为公共福利所需时可以法律来限制,但限制时也不得侵犯自由和权利的本质内容。

⁶ 金英兰法官的多数意见的补充意见

没必要保护，不用等待被侵害名誉权的人提出要求。所以门户网站删除该内容的行为不能算作侵害自由表达权。但当门户网站上传的内容不太明确侵害他人名誉时，门户网站任意删除该内容的话，则应该算作发生侵害该内容上传者的自由表达权。因此，个别意见主张侵害他人名誉权的判断标准就是现在明确危险的标准，比如有没有侵害名誉、是否侵害名誉的内容的删除的判断时，有意义。

此外，按照多数意见逻辑，如果判断侵害他人名誉的内容不明确、不容易时，门户网站不能任意删除该上传的内容。所以个别意见所担心的给门户网站全面审查权或者随便删除上传的内容的事情不会发生。

3、韩国法有关名誉权规定的特征

韩国刑法第三十三章规定有关名誉的犯罪。⁷韩国刑法第三百零七条第一款揭示、公开事实，损害他人名誉的，处两年以下有期徒刑、监禁或者五百万元（韩币，大约29000人民币）以下的罚金。第三百一十条对于触犯本法第三百零七条第一款规定的行为，如果揭示的是有关公共利益的真实事实时，不予处罚。第二款公然散布虚假事实，损害他人名誉的，处五年以下有期徒刑、十年以下的资格停止或者一千万元（韩币，大约58000人民币）以下的罚金。

大部分国家废除了侵害名誉权的刑事责任，但韩国和日本还是仍然民事责任⁸和刑事责任一起存在。德国规定不能证明事实的诽谤时，负担刑事责任。⁹

所以，韩国刑法虚假事实以外公开事实也侵害名誉权惩罚范围。韩国刑法第三百一十条¹⁰如果揭示的是有关公共利益的真实事实时，不予处罚。韩国刑法第三百零九条¹¹规定没有诽谤他人为目的，不予处罚。韩国刑法有免责的情况，但笔者认为公开事实也属于侵害名誉权惩罚范围是限制自由表达权的结果。因为对传播事实的事情予以惩罚的话，在网络中，实际生活中将无人再敢说话了。笔者觉得立法者也应当考虑人际交流实

⁷ 韩国刑法第三百零七条到第三百一十二条，第三百零七条损害名誉、第三百零八条损害死者名誉、第三百零九条利用出版物等损害名誉、第三百一十条违法性阻却、第三百一十一条侮辱、第三百一十二条告诉及被害人的意思表示

⁸ 韩国民法第七百五十条(侵权行为的内容)因故意或过失的违法行为，给他人带来损害的人，负有赔偿该损害的责任。第七百五十一条(财产以外的损害赔偿)第一款给他人的身体、自由或者名誉造成损害或者其他精神上带来痛苦的人，对财产以外的损害，亦负有赔偿的责任。

⁹ 金英兰：《再次思考判决》，创批，2015年12月版，p.86

¹⁰ 韩国刑法第三百一十条对于触犯本法第三百零七条第一款规定的行为，如果揭示的是有关公共利益的真实事实时，不予处罚。

¹¹ 韩国刑法第三百零九条

①以诽谤他人为目的，利用新闻、杂志、广播或者其他出版物，触犯本法第三百零七条第一款规定的，处三年以下有期徒刑、监禁或者七百万元以下的罚金。

②利用第一款中规定的方法，触犯本法第三百零七条第二款规定的，处七年以下有期徒刑、监禁，十年以下的资格停止或者一千五百万元以下的罚金。

际情况，进一步寻找合理的方式与方法保护名誉权。

4、结论

韩国门户网站侵害名誉权判决，在2009年当时成为了很热门的话题，而且该判决发出后韩国门户网站发生了很大变化。以前韩国门户网站有自己的数据库，媒体机构的新闻先到门户网站自己的数据库，然后选出新闻在门户网站登录。这过程中，门户网站对新闻资讯进行积极筛选与编辑，但因为韩国判决认为这种门户网站所进行的筛选与编辑行为可算作媒体机构的作用，门户网站将承担侵害名誉权损害赔偿责任，因此在2009年韩国大法院判决以后，韩国门户网站废除自己的新闻数据库，直接连接到媒体机构网站。所以2009年韩国大法院判决以后不会再发生这次类似门户网站侵害他人名誉权的案件。所以这次判决有对于门户网站的发展产生了巨大影响，导致了门户网站运营方式的重大改变了。

该判决原告（A）虽然胜诉了，但自己所获赔偿较所要求的5亿赔偿金额不足十分之一，而且判决以后也没有恢复到以前的生活。原告的个人信息全部在网路上暴露，丢了职业，丢了学习的机会，无法顺利找到工作，一直保持着打零工的状态。对于B的母亲C所写的内容不问真伪，大部分人仅出于一种最单纯的正义感在网络上传播和诽谤留言，但就是这一瞬间的行为，等于再社会上杀死一个人。侵害名誉权的损害赔偿其实无法使受害者恢复至侵害名誉之前的状态，这是跟其他犯罪不同点。

现代社会人离不开网络，网络的传播能力非常强，网络上侵害他人名誉权的事情不断发生，所以笔者呼吁，在重视自身自由表达权同时也应当充分重视保护他人的名誉权。

参考文献

许营：《宪法诉讼法论》，博英社 2016年1月版

金载亨：《判例民法典》，博英社 2016年3月版

尹真秀：《民法基本判例》，弘文社 2016年3月版

金英兰：《再次思考判决》，创批，2015年12月版

韩国大法院 2009. 4. 16. 선고 2008 D 53812 判决

首尔高等法院 2008. 7. 2. 선고 2007 L 60990 判决

首尔地方法院 2007. 5. 18. 선고 2005 가합 64571 判决

韩国宪法、民法、刑法

韩国船舶融资的最新法学争论

(The Latest Legal Issue of Ship Finance in Korea)

第一作者：丁大（法学博士，国立韩国海洋大学国际学院海事法学部，教授）

通讯作者：卢恩泳（法学博士，成均馆大学中国大学院，教授）

目录

- 一、序论
- 二、船舶融资的法律结构概况
- 三、预付款退款担保的法律体系
- 四、结论
- 参考文献

Abstract

一、序论

海运业¹是世界上资本密集程度最高的产业之一。因为在海运业中最重要的资产就是船舶。²比如，集装箱船与油船的价格是约1亿2500万美元。LNG油船的价格达到2亿5000万美元。美国进口的石油运输油船的重置成本(replacement cost)还达到1500亿美元。

³

船舶，尤其是大型船舶建造需要投入巨大资金，但是其资金的回收还需要很长时间。作为高价动产的船舶在世界到处都可以销售，变现力很强，通过船舶费的现金流量好，因此船舶在金融市场上很受欢迎。

船舶融资是指以船舶建造合同、船体租船合同等船舶交易有关并对船舶的资产价值和

¹ 韩国《海运法》第二条第一款：海运业是指海上旅客运输业、海上货物运输业、海运经纪业、海运代理店业、船舶租赁业与船舶管理业。

² 海运企业通过运输与租船得到营业收入的最大化，这些运输与租船的运输手段就是船舶。即利用物质设备的船舶来运输货物。所以船舶成为海运企业的最重要资产。Kim InHyun, 第4版《海商法》，法文社，2015, 99页。

³ Martin Stopford, Maritime Economics, Second Edition, London: Routledge, 1997, p.194.

未来收益设定担保而融通资金的总称。⁴在韩国，主要政策性金融机构提供的船舶融资规模达到59万亿韩元。〈表1⁵

〈表1〉韩国主要政策性金融机构的船舶融资规模

(单位：万亿韩元)

	韩国进出口银行	韩国产业银行	韩国贸易保险公司	政策金融公社	合计
规模	29.1	7.6	18.7	3.8	59.2

* 2013年末贷款余额为准（韩国进出口银行资料，2014）

最近在韩国船舶融资市场上，作为发包方的海运企业和预付款退款担保方金融公司之间逐渐增加法律纠纷。其主要原因是由于造船厂（船舶建造合同当事人）的破产导致而合同不能履行。

本文主要探讨以下内容：第一、了解船舶融资的韩国法律结构概况；第二、分析预付款退款担保合同的法律问题与大法院的判例。

二、船舶融资的法律结构概况

1. 船舶融资的类型与交易结构

(1) 类型⁶

1) 根据融资方式的划分

① 基于所有标的船舶的海运企业信用程度的企业融资 (Corporate Finance)

企业融资是以海运企业的信用等级为基础，通过股票和债权的发行，而筹资船舶融资资金的方式。为了以低成本筹资，海运企业信用等级要好，并且充分实行对海运企业财务与经营状况方面的信息披露。由于这样的原因，尽可能少数大型海运企业可以用企业金融方式融资。⁷

⁴ 丁大，“船舶融资的法律结构研究”，《法与政策》第18集第2号，《济州大法与政策研究所》，2012, 551页。

⁵ Lee kihwan, Oh Hakgyun, Shin Joosun, Lee Jaemin, 『船舶融资原论(修订版)』, DooNam, 2016, 40-41页。

⁶ 提供或者经纪船舶融资资金服务的金融机构有商业银行(commercial bank)、投资银行(investment bank)、租赁公司(leasing company)等。Martin Stopford, op.cit., p204.

⁷ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎·落合誠一编「海法大系」(商事法務, 2003), 138-139面。

② 以标的船舶资产价值为基础的资产担保融资 (Asset-Based Finance)

对标的船舶设定抵押或转让担保权是最典型方式的资产担保融资。由于船舶承担海难所引起的失踪、破坏等的风险，所以发生海难也需要把握好船舶的担保价值。因此在很多情况下，对标的船舶投保的船舶保险与 P&I 保险等的保险金请求权进行设定担保。然而，这些资产担保融资最大的问题是没有标的船舶就不能采取此种融资方式。在实际操作中，首先进行船舶建造以后提供担保的约定，才进行筹资船舶融资资金。⁸

③ 以标的船舶航运利益为基础的项目融资 (Project Finance)⁹

项目融资基于标的船舶的航运而得到的利益。船舶的市场价格随着当时海运业市场情况的变化而发生变化，将作为资产的船舶提供担保时不能充分收回资金的可能性比较大。因此，在资产担保融资时，很多情况下还附加项目融资。例如，海运企业通过签订定期租船合同，对该租船费用债权还设定担保。这些项目融资的最大问题像资产担保融资一样，没有标的船舶就不能采取使用。¹⁰

④ 小结

从船舶融资来看，上述的企业融资、资产担保融资和项目融资没有以单一形式进行筹资。在一般情况下，根据船舶融资的性质与船舶的类型，可以采取三种形式混合的多样的融资方式。¹¹

2) 根据资金性质的划分

① 股权融资 (Equity Finance)

股权融资是通过股票的发行筹资船舶金融资金的融资方式。¹²

② 债权融资 (Debt Finance)

债权融资是在借款到期后要偿还本金与利息，这是最普遍采用的融资方式。例如，在设立船舶公司以后，对该公司所有的船舶设定抵押权进行融资。再如，海运公司发行债

⁸ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 139面。

⁹ 以融资渠道的一种方式为了解的话，项目融资是一种以项目的现金流量作为偿还贷款的资金来源，并以项目资产作为担保的融资。但项目融资是对主办人限制追索权并向特殊目的公司提供资金的融资方式。(狭义的项目融资) Ban KiRo, 『项目融资』, 韩国金融研修院, 2009, 第4页。

¹⁰ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 139面。

¹¹ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 140面。

¹² 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 140面。

券筹资船舶资金或者从多数金融机构接受合作融资也都属于债权融资。¹³

③ 夹层融资 (Mezzanine¹⁴ Finance)

夹层融资是一种股权融资与债权融资之间的中间形式。它在风险和回报方面介于股权融资和债权融资，在这样的时候，夹层融资跟股权融资与债权融资一起并用。比如，取得可转换债券、附认股权证债券等具有股票性质的权利并提供贷款以及次级抵押贷款都属于夹层融资。但是，由于夹层融资比较复杂，因而很少采用。¹⁵

(2) 交易结构

1) 概况

船舶融资的基本交易结构为以下四个方面：(图1)

第一，考虑海运市场的船舶需求与海运公司未来营业情况等的因素，海运公司确定建造船舶的经营判断，此后跟造船厂进行船舶建造合同的协商。

第二，对船舶建造合同里的许多条件达成协议后，海运公司与造船厂签订船舶建造合同。造船厂从金融机构收取预付款退款保函(Refund Guarantee, RG)，并给海运公司提供。

第三，海运公司通过跟债权团进行协商达成协议，并海运公司在便宜置籍国设立特殊目的公司(Special Purpose Company, SPC)，将在船舶建造合同与预付款退款保函上的发起人地位转到特殊目的公司。

第四，特殊目的公司跟债权团签订贷款合同，并跟船体租船人签订船体租船合同。特殊目的公司以船体租船费为财源偿还贷款本金与利息。¹⁶

2) 设立特殊目的公司的目的

在项目融资中，特殊目的公司的主要设立目的是回避实际控制人的另外收益和风险的混合。¹⁷在船舶融资中，由于海运业传统上把船舶的所有和运营进行分开，因此很多情况下采用设立特殊目的公司。即为了防止由于所有船舶而的风险涉及海运公司的其他资产，设立特殊目的公司。因此，一船舶一股东的原则是海运业的一个不可动摇的传统。

¹³ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 140面。

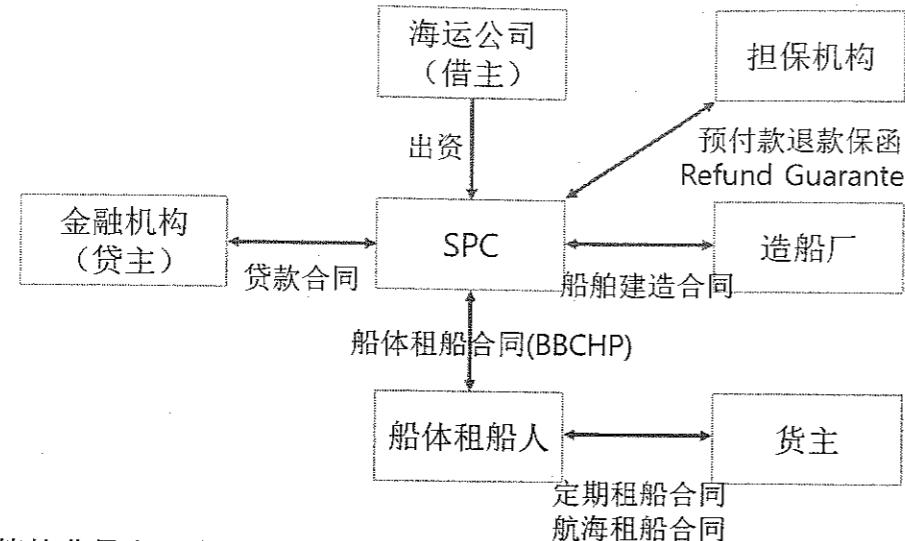
¹⁴ Mezzanine 是指介于一层与二层之间空间的意大利语。

¹⁵ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 141面。

¹⁶ Kim Dokyung, “船舶融资与国内船舶公司的倒产”，《先进商事法律研究》第55号, 法务部, 2011, 84-85页。

¹⁷ Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第9号, 首尔大金融法中心, 2006, 92页。

〈图 1〉新造船船舶融资的交易结构



3) 便宜直籍的背景和理由

根据船名、国籍、装货港、船级、吨数，可以进行分别船舶的个性，所以船舶与自然人相似，同具有人格性质。韩国船舶¹⁹应该起船名（《船舶法》第 11 条），船舶的国籍采取船舶所有人国籍主义（《船舶法》第 2 条）。具有韩国船舶资格时，船舶所有人在船舶登记簿登记船舶，向管辖装货港的地方海洋港湾厅长申请船舶登记，在船舶原簿上登记后，领取船舶国籍证书（《船舶法》第 8 条）。这些程序就是船舶登记制度。

然而，在现代海运业中，国际船舶登记方式主要采取便宜直籍。船舶所有前 10 个国家的便宜直籍比率达到 70%。便宜直籍是指以节减船舶运营费和税收、雇佣低报酬的船员等的便宜为目的在第三国家登记船舶的制度。²⁰

在船舶融资中，特殊目的公司一般设立在便宜直籍国。特殊目的公司与便宜直籍制度连在一起可以有以下几个优点：

第一，可以减少税负。在便宜直籍国中，船舶登记程序比较简单，并没有船舶的所得税与法人税，尽管征税也税率很低，并且征收最初登记费和吨税。²¹

¹⁸ Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第 9 号，首尔大金融法中心，2006, 93 页。

¹⁹ 船舶法上的韩国船舶是包括以下几个：① 国有或共有船舶；② 大韩民国国民所有的船舶；③ 根据大韩民国法律设立的商事法人所有的船舶；④ 根据大韩民国法律设立的商事法人以外的法人，在大韩民国有地址，同时其代表人是大韩民国国民的时候，该法人所有的船舶（《船舶法》第 2 条）。

²⁰ Woo Boyeon, “便宜直籍船的法律规则与应对”，《外法论集》第 34 卷第 1 号，韩国外大法学研究所，2010, 373 页。

²¹ Woo Boyeon, “便宜直籍船的法律规则与应对”，《外法论集》第 34 卷第 1 号，韩国外大法学研究所，2010, 374 页；Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第 9 号，首尔大金融法中心，2006, 94 页。

第二，可以充分利用低报酬的船员。²²便宜直籍国给登记船舶不赋予本国国民的上船条件，因此海运公司可以确保雇佣船员的自由性，同时可以利用低报酬的船员。²³

第三，可以运用金融上的优点。便宜直籍制度易于金融机构对船舶设定并执行抵押权，金融机构喜欢采取该制度。因此，一般情况下金融机构提供船舶融资资金的主要前提条件是标的传播的便宜直籍。²⁴

2. 船舶融资有关的合同

(1) 船舶建造合同

船舶建造合同是在造船厂与特殊目的公司之间签订。其主要内容²⁵包括船舶的建造、船舶建造价格与支付方式、建造期间、船舶建造的监管办法、不可抗力事由、合同解除事由、解决纠纷办法等。²⁶

船舶建造费用很少一次性支付，根据船舶建造的进行情况，一般分 5 次进行支付。例如，签订合同之后 20%，钢材剪切(Steel Cutting)时 20%，龙骨铺设(Keel Laying)时 20%，下水(Launching)时 20%，交船(Delivery)时 20%。²⁷

(2) 海上运输合同

1) 船体租船合同

船体租船合同(Bareboat Charter)²⁸是指以在承租人的管理和支配下航运为目的，船舶所有人约定给承租人提供船舶，承租人约定给船舶所有人支付租金，而发生效力的合同（《商法》第 847 条第 1 款）。船体租船合同的法律地位属于民法上的租赁合同，因而适用民法上租赁有关的规定（《商法》第 848 条）。

船体租船合同可以分为：① 租船合同届满后，承租人具有收购船舶的权利，即为光船租购合同 (Bareboat Charter Hire Purchase, BBCHP)²⁹（《商法》第 848 条第 2 款）；

²² 由于船员的高报酬和严格的劳动标准，发展国家的海运公司采取外国船舶。 See Jan Hoffmann, Ricardo J. Sanchez & Wayne K. Talley, “Determinants of Vessel Flag”, Kevin Cullinane ed., Shipping Economics, Elsevier, 2005, p. 205.

²³ Woo Boyeon, “便宜直籍船的法律规则与应对”，《外法论集》第 34 卷第 1 号，韩国外大法学研究所，2010, 374 页；Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第 9 号，首尔大金融法中心，2006, 94 页。

²⁴ Woo Boyeon, “便宜直籍船的法律规则与应对”，《外法论集》第 34 卷第 1 号，韩国外大法学研究所，2010, 374 页；Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第 9 号，首尔大金融法中心，2006, 94 页。

²⁵ 船舶建造合同的具体内容为参考 Kim Yeonshin 著, Park Sooman 编, 「英文船舶建造合同书实务」, 博英社, 2008。

²⁶ Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第 9 号，首尔大金融法中心，2006, 94 页。

²⁷ Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”，《BFL》第 9 号，首尔大金融法中心，2006, 94 页。

²⁸ 船体租船合同的标准格式一般使用国际海事委员会 (Baltic and International Maritime Council, BIMCO) 所做出的 Barecon 2001 (BIMCO STANDARD BAREBOAT CHARTER CODE NAME, BARECON 2001)。

²⁹ 有关 BBCHP 法律地位的学说有以下三种：① 附所有权取得条件的租赁合同说；② 金融租赁合同说；③ 分期付款购买合同说。具体内容参考丁大，“在船舶融资法律结构中 BBCHP 的法律地位研究”，《国际交易与法 (Dong-A)

② 光船租船 (Bareboat Charter, BBC) (第 847 条第 1 款)。

2) 定期租船合同

定期租船合同 (Time Charterparty)³⁰是指船舶所有人让承租人在约定的期限内按照约定的用途使用船舶，由承租人向船舶所有人支付租金发生效力的合同 (《商法》第 842 条)。

对于定期租船合同的法律地位有着许多学说。过去的判例和多数学说采取的是混合合同说³¹，最近的多数学说采取的运输合同说³²，最近的判例采取航海技能商事区别说³³。³⁴

3) 航海租船合同

航海租船合同³⁵是指以特殊航海为目的，船舶所有人向承租人约定提供船舶的全部或部分用于货物的运输，承租人向出租人支付租金发生效力的合同 (《商法》第 827 条第 1 款)。

与传统的航海租船合同不同，有变化的航海租船合同有以下两种：① 连续航次租船合同 (Consecutive Voyage Charter, CVC)；② 包运合同租船 (Contract Of Affreightment, COA)。首先，连续航次租船合同是指在原合同的范围内，连续完成几个往返航次的合同。例如，从澳大利亚到韩国需要运输 100 万吨的铁矿石的时候，同一个船舶连续完成规定的航次。其次，包运合同租船是指在约定的期间（最短 1~2 年，最长 10 年以上）和价格内，运输特定货物的合同。³⁶

(3) 海上保险合同

1) 船舶建造保险

船舶建造保险是承保人承保船舶在建造、再建造和改造过程中发生的各种风险的保险。

Journal of International Business Transactions Law)》第 13 券，东亚大法学研究所，2015，116~121 页。

³⁰ 定期租船合同的标准格式一般使用① New York Produce Exchange(NYPE)，1946；② New York Produce Exchange(NYPE)，1993；③ BALTIME Form-1939；④ SHELL TIME Form 4 等。其中①，②，③是用于 Dry Bulk Carrier 租船合同，④用于 Wet Bulk Carrier 租船合同。

³¹ 这种学说认为定期租船合同是船舶租赁与劳务供应的混合合同。

³² 这种学说认为定期租船合同是一种运输合同。

³³ 这种学说认为利用船舶分为航海技能事项和商事事项，航海技能由船舶所有人承担，而商事事项在定期租船人管理之下。大法院采取的学说。大法院 2003. 8. 22 宣告 2001Da65977 判决。

³⁴ 具体内容参考 Jung Youngseok, 「海商法原论」, TextBooks, 2009, 327~332 页。

³⁵ 根据货物的种类，航海租船合同的标准格式都不同。而一般使用“GENCON” Charter 1994。

³⁶ 「海商保险基础」, 保险研修院, 2012, 214 页。

然而，通过船舶建造合同造船人建造船舶以后，向船舶所有人交船之前，遭遇的风险由造船人承担责任，因此造船人愿意投保建造中的船舶。³⁷由此可见，船舶建造保险是承包在造船厂（造船人）建造船舶以后向投保人交船的过程中发生的各种风险的保险。在韩国，船舶建造保险合同的标准格式一般使用英国伦敦保险人协会制定的协会船舶建造保险条款 (Institute Clauses for Builders' Risks)。³⁸

2) 船舶保险

船舶保险是以船舶为保险标的，承保投保人对保险标的具有的保险利益的保险。船舶保险的保险目的还包括船舶附件、燃料以及在航海时所需要的物品 (《商法》第 696 条第 2 款)。在实际操作中，船舶保险合同的标准格式主要使用英国伦敦保险人协会制定的协会定期船舶保险条款 (Institute Time Clauses-Hulls)。

3) 船东保赔保险 (P&I 保险)

船东保赔保险是为了承保海上保险不承保的风险，船舶所有人、船体租船人和其他船舶航运业人作为会员资格组成船东保障及赔偿责任保险协会 (P&I Club, Protection & Indemnity)，并互相保险的保险。即船舶所有人、船体租船人和其他船舶航运业人作为会员的船东，相互投保，又相互提供保险保障，以对第三人和船员承担的赔偿责任和费用为保险利益的保险。³⁹

(4) 贷款合同

1) 主要内容

海运公司向银行提交融资计划书意味着船舶融资协商的开端。银行作出是否贷款的初步决策以后，为了进行贷款协商，跟海运公司一起拟定投资条款清单 (Term Sheet)。⁴⁰

投资条款清单在银行与借主之间进行贷款协商所需要的最基本的文件。投资条款清单包括船舶的类型、约定金额、利害关系人的定义、贷款金额、贷款期间、利率、佣金、偿还方式和债权保存方法等。在投资条款清单中表明以下两个方面的内容：一是新造船时，根据船舶建造日程的船舶建造费用提款日和预付款退款保函内容；二是签订租船

³⁷ Robert H. Brown, Marine Insurance - Vol. 3 Hull Practice, London: WITHERBY & CO LTD, 1974, p. 16.

³⁸ 具体内容参考 Hong Sunghua, “船舶建造保险条款研究”，《海事法研究》第 23 券第 1 号，韩国海事法协会，2011, 97~123 页。

³⁹ Park Semin, 「保险法」, 博英社, 2011, 545 页。

⁴⁰ Lee kihuan, Oh Hakgyun, Shin Joosun, Lee Jaemin, 『船舶融资原论(修订版)』, DooNam, 2016, 249 页。

合同时，承租人、租船合同内容和船舶管理合同内容。⁴¹

银行在投资条款清单里要反映将利于减少债务人未履行债务的风险，并实现债权人权利的最大化的贷款条件。因而，银行设定船舶抵押权，对保险金和租船金债权设定担保权，制定有关租船人的船舶价值保存义务和财务事项等的条款。⁴²

对投资条款清单的内容方面银行与借主达成协议时，海运公司向银行提交附加投资条款清单的正式的贷款申请书，银行接受申请书以后制定正式的贷款合同书。⁴³

2) 交船之前的担保

① 交船之前担保的特殊性

交船之前担保的特殊性如下：第一，由于船舶正在建造，不存在作为抵押财产的船体。因此，将船体和航运收益不能成为抵押物。第二，金融机构作为债权人需要考虑海运公司的信用风险、项目自身的风险和造船厂的信用风险等的事项。⁴⁴

② 交船之前担保的内容

交船之前担保的内容如下：第一，提供以船舶建造合同上的发包人的地位为让与担保；第二，对分期支付的预付款退款请求权设定担保权，或者收取预付款退款保函(RG)；第三，对造船厂的船舶建造保险合同的定期保险请求权设定担保权⁴⁵；第四，完成船舶建造后，在交船之前，要求以设定船舶抵押权、租船费用债权等的让与担保为意旨的保证书⁴⁶；第五，适用设定保证、股票质押权等的其他担保。⁴⁷

③ 对建造中船舶的抵押权

船舶只是私法上的有体动产而已，但由于船舶价格过高以及容积很大，在法律上视为不动产。所以 20 吨以上的汽船和帆船，100 吨以上的驳船（船舶停泊型和储存型除外）需要进行登记，这就是船舶登记制度（《商法》第 743 条）。⁴⁸

⁴¹ Lee kihuan, Oh Hakgyun, Shin Joosun, Lee Jaemin, 『船舶融资原论(修订版)』, DooNam, 2016, 255 页。

⁴² Lee kihuan, Oh Hakgyun, Shin Joosun, Lee Jaemin, 『船舶融资原论(修订版)』, DooNam, 2016, 255 页。

⁴³ Lee kihuan, Oh Hakgyun, Shin Joosun, Lee Jaemin, 『船舶融资原论(修订版)』, DooNam, 2016, 255-256 页。

⁴⁴ 森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 157 面。

⁴⁵ 这是由于在建造船舶中的事故，引起船舶的损失或失踪时，对造船厂支付的保险请求权设定担保的。担保设定方式有质押权和让与担保。森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 162-163 面。

⁴⁶ 例如，一般采用以‘完成船舶的时候，借主给贷主提供担保’为意旨的保证书。如果违反该保证书，并未设定船舶抵押权时，借主承担债务未履行责任。森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 163 面。

⁴⁷ 森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 158 面。

⁴⁸ Jung Youngseok, 「海商法原论」, TextBooks, 2009, 70 页、74-87 页。

登记的船舶（登记船）成为抵押权的目的，船舶的抵押权包括其附件，甚至船舶的抵押权适用民法上的抵押权规定。这就是船舶抵押权制度（《商法》第 787 条）。因此，船舶跟不动产一样可以强制执行（《民事执行法》第 172 条）。船舶抵押权对建造中的船舶也可以适用（《商法》第 790 条）。

被视为建造中的船舶需要达到安放龙骨的阶段，从此可以设定抵押权以及成为登记对象。⁴⁹

3) 交船之后的担保

① 交船之后担保的概况

交船之后担保的主要内容如下：一是对标的船舶设定第一顺序的抵押权；二是对以海上保险合同为基础的保险金请求权设定担保；三是对租船费债权设定担保。⁵⁰ 其外，对特殊目的公司发行的股票设定质押权。⁵¹

② 船舶抵押权的设定

船舶抵押权是以登记船舶为目的，按照合同设定的商法上的特殊抵押权（《商法》第 787 条第 1 款）。因此，登记船舶不能成为质押权的目的（《商法》第 789 条）。船舶抵押权的登记在船舶登记法上的船舶登记簿。对船舶抵押权而言，适用不动产抵押权有关规定（《商法》第 787 条第 3 款）。

船舶抵押权的标的物为登记船舶，船舶抵押权的效力设计其附件（《商法》第 787 条第 2 款）。船舶抵押权优先于一般债权，而非优先于船舶优先特权（《商法》第 788 条）。船舶抵押权人具有对担保的船舶和附件的拍卖权（《民法》第 363 条）和优先偿还权（《民法》第 356 条）。对船舶的强制执行程序在民事执行法上有规定，对可以登记船舶的强制执行而言，适用不动产强制执行的有关规定。但有另外规定的除外（《民事执行法》第 172 条）。⁵²

另外，有关船舶的法律关系需要考虑按照国际私法的处理。根据国际司法的有关规定，对船舶的所有权和抵押权有关的内容适用船籍国法（《国际私法》第 60 条第 1 号）。因此如果标的船舶是便宜直籍的话，船舶抵押权的准据法是便宜直籍国法。⁵³

⁴⁹ 森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 159 面。

⁵⁰ 森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 143-144 面。

⁵¹ Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”, 《BFL》第 9 号, 首尔大金融法中心, 2006, 94 页。

⁵² Jung Youngseok, 「海商法原论」, TextBooks, 2009, 544-549 页。

⁵³ 森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎.落合誠一編「海法大系」(商事法務, 2003), 159 面。

3) 对保险金请求权的担保设定

在很多情况下，金融机构对以船舶保险、P&I 保险等的海上保险合同为基础的保险请求权设定担保。对保险请求权设定担保的方式采用让与担保和质押权。在英国和美国更多采用让与担保。在韩国可以采取两种方式。让与担保与质押权的最大差别如下：一是质押权需要占有保险证券（《民法》第 347 条）⁵⁴；二是让与担保的担保成立要件并不是保险证券的占有。无论采取何种方式，都需要保险人的许可（《民法》第 349 条，第 450 条）。⁵⁵

4) 对租船费债权的担保设定

对租船费债权的担保设定，由于以把握标的船舶的现金流量为目的，而可以视为属于项目融资。船舶所有由本公司航行和向第三者租船构成，后者可以采取对租船费债权设定担保。⁵⁶其条件如下：

第一，在质权人（债权人）和出质人（债务人）之间需要设定质押权的协议。

第二，作为一种对抗要件，向第三债务人（租船人）进行包含确定日期的通知或者得到承诺，可以对抗第三债务人和其他债权人（《民法》第 349 条）。⁵⁷

在实际操作中，租船人解除租船合同时，不能收回所投入的资金。所以债权人与租船人和债权人与债务人之间达成维持租船合同的协议。⁵⁸

三、预付款退款担保的法律关系

1. 预付款退款保函的意义

在国际贸易中，银行独立保函(first demand bank guarantee, independent bank guarantee)⁵⁹是受益者按照担保条件或文件的条件，以书面要求支付或者提示担保所需求的文件来要求支付，银行或其他的金融机构或担保人给受益者在一定期间内支付一定金额的独立保函。⁶⁰与此相关，大法院判决的银行独立保证是与主债务者（担保申请人）

⁵⁴ 对保险金请求权设定质押权需要一下条件：一是在质权人和出质人之间需要设定质押权的协议；二是将保险证券向质权人交付（《民法》第 347 条）

⁵⁵ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」（商事法務，2003），147-148 面。

⁵⁶ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」（商事法務，2003），148 面。

⁵⁷ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」（商事法務，2003），148 面。

⁵⁸ 森田果，“造船とファイナンス”，江頭憲治郎、落合誠一編「海法大系」（商事法務，2003），149 面。

⁵⁹ 独立的银行保证还成为

⁶⁰ Lee Kisoo, Shin Changseob, 「国际交易法（第六版）」, Sechang 出版社, 2015, 449 页。

和债权人（受益者）之间的因果关系无关，不可对抗受益者，只要有受益者的要求即有担保人的支付义务。⁶¹

预付款退款担保作为银行独立担保的一种，在船舶建造合同中，根据建造人（担保申请人，出售人）的要求，金融机构对发包人担保预付款支付的承诺。并且金融机构作为担保人对发包人发行预付款退款保函。预付款退款保函是金融机构根据建造人的要求发放的证书，并且根据船舶建造合同，发包人发生要求返还预付款⁶²的情况时，金融机构约定退款预付款的证书。⁶³

金融机构普遍发行的预付款退款保函是发包人作为船舶建费用分期付款金额中除了交船款以外的其他全额和对此约定支付一定利息的退款担保。金融机构发行的预付款退款保函一般采取信用证格式(advance payment standby letter of credit)。⁶⁴

2. 预付款退款保函的法律关系

(1) 担保申请人与担保银行的关系

作为担保申请人的建造人与银行之间的关系可以算是民法上的委托合同。虽然不是预付款退款担保的案件，但是在银行独立担保的案件中，大法院判决为：为了担保申请人与担保人之间担保申请合同，是属于该担保的事务处理为内容的民法上的委托合同。⁶⁵因而担保人作为受托人，承担着担保申请人应届保函中的利益保护任务。尤其是担保人在受益者的支付要求客观上属于滥用权力的时候，承担拒绝支付的义务。这样的情况下，担保申请人通过证明对担保人的受益人的要求是滥用权力，而拥有拒绝支付担保金的权利。⁶⁶

(2) 担保申请人与受益人的关系

作为担保申请人的建造者，与作为发包人的受益人是船舶建造合同中的当事人。在船舶建造合同中建造人向发包人提供预付款退款担保的义务，但在预付款退款担保上建造人与发包人并没有直接的法律关系。⁶⁷

⁶¹ 大法院 1994. 12. 9 判决 93DA43873

⁶² 根据船舶建造合同上，在交船之前发包人向造船厂支付的船舶建造费用称为预付款，既是预付款。Seo Younghua, “船舶建造合同有关的法律问题”，《韩国海法学会报》第 32 卷第 1 号，韩国海法学会，2010, 49 页。

⁶³ Seo Younghua, “船舶建造合同有关的法律问题”，《韩国海法学会报》第 32 卷第 1 号，韩国海法学会，2010, 49 页。

⁶⁴ Seo Younghua, “船舶建造合同有关的法律问题”，《韩国海法学会报》第 32 卷第 1 号，韩国海法学会，2010, 49 页。

⁶⁵ 大法院 1994. 12. 9 判决 93DA43873

⁶⁶ 大法院 1994. 12. 9 判决 93DA43873

⁶⁷ Kim Sangman, “船舶出口交易中的退款担保的特点与问题”，《首尔大学法学》第 52 卷第 3 号，首尔大学法学院

(3) 担保银行与受益人的关系

在预付款退款担保上，担保银行并不是担保建造人对发包人的预付款退款债务，而是作为主债务人承担着对作为发包人的受益人支付预付款退款的义务。虽然在预付款退款保函上使用‘担保’的词语，但其内容上，担保银行的义务不是担保责任，而是由预付款退款保函创设的作为主债务者承担的债务。因此，预付款退款保函具有信用证的性质。⁶⁸

因而担保银行提供预付款退款担保时，受益人可行使预付款退款保函上的权利。即受益人准备预付款退款保函中所要求的资料以后，可以要求支付预付款。⁶⁹

预付款退款担保的受益人是发包人，但是为了流畅的船舶融资可以指定提供资金的贷主(lender)为受益者，或向贷主转让预付款退款保函。这样的情况下，贷主也可以行使预付款退款保函上的权利，并为了预付款退款担保的转让在预付款退款保函上明确标明‘可转让’(assignable)。⁷⁰

3. 预付款退款保函与独立抽象性原则

(1) 独立抽象性原则的意义

银行独立担保是保护有关因果关系的受益人的利益，但由于抽象的支付承若，而独立于原因关系。⁷¹所以银行独立担保中的预付款退款担保是独立于船舶建造合同，跟一般的担保不同的是原则上没有附从性或补充性。所以受益人要求预付款退款时，担保银行根据预付款退款保函上的支付条件，做出决定是否支付。⁷²

对此，大法院做出的判决如下：“独立于主债务者(担保申请人)和债权人(受益者)之间的因果关系，该因果关系所引起的事由不能对抗受益人，一旦有受益人要求，担保人无条件地承担支付义务(银行独立担保(first demand bank guarantee))。作为这些银行担保的担保人，只要有受益人的要求时，无论是否承担未履行债务的责任，都有义务

研究所，2011，460-461页。

⁶⁸ Seo Younghua, “船舶建造合同有关的法律问题”，《韩国海法学会报》第32卷第1号，韩国海法学会，2010，49页。

⁶⁹ Kim Sangman, “船舶出口交易中的退款担保的特点与问题”，《首尔大学法学》第52卷第3号，首尔大学法学研究所，2011，461页。

⁷⁰ Kim Sangman, “船舶出口交易中的退款担保的特点与问题”，《首尔大学法学》第52卷第3号，首尔大学法学研究所，2011，461页。

⁷¹ Seo Heonjae, 『国际交易法(第4版)』，法文社，2006，354页。银行独立担保基于因果交易发行，但所谓的独立性意味着以银行独立担保为基础的当事人法律关系独立于因果交易。Kim Sunkook, “银行独立担保的法理”，《财产法研究》第25卷第1号，韩国财产法学会，2008，310页。

⁷² Kim Sangman, “船舶出口交易中的退款担保的特点与问题”，《首尔大学法学》第52卷第3号，首尔大学法学研究所，2011，457页。

支付保函上记载的金额。在此，银行担保独立于受益人和担保申请人的因果关系，具有抽象性和无因性。”⁷³

对预付款退款担保而言，担保银行收到受益人的预付款支付要求时，担保银行只根据文件材料的审查做出决定预付款的支付与否，这样的原则称为抽象性原则。⁷⁴根据预付款退款保函的内容，要求提交一定的凭证，或根据受益人的决定进行无条件地支付。担保银行的档案审查只是针对是否符合预付款退款担保条件的内容，没有义务调查档案的真实性或是否执行船舶建造合同的义务。⁷⁵

(2) 独立抽象性原则的例外

不管银行独立担保的独立抽象性原则，对于受益人的不合理支付要求，担保银行可以拒绝支付。⁷⁶大部分国家一方面尊重银行独立担保的独立抽象性的同时，另一方面限于“明显的不公正(manifestly unfair)”支付要求认定担保银行的支付拒绝。拒绝支付的事由如下：第一，未履行担保条件。例如，支付日之前的支付要求或有效期日之后的支付要求。第二，明显的欺诈(manifest fraud)。例如，受益人有明显的欺诈行为，并且担保银行知道该情况时可以拒绝支付。⁷⁷对此，大法院⁷⁸的判决如下：受益人要求支付担保金时有着明显的权力滥用情况时，担保银行可以拒绝支付保证金。⁷⁹

(3) 独立抽象性原则的例外有关的韩国大法院的最近判决

最近韩国的大法院关于预付款退款保函上受益人的权力滥用，做出如下判决⁸⁰：第一，不管预付款退款担保的独立抽象性，适用诚实信用原则和禁止权利滥用原则。

第二，受益人的请求保证金属于权利滥用，担保银行可以拒绝支付时，受益人在请求保证金的时候担保申请人没有任何的权利，因此可以毫无疑问的认定受益人的法律地位滥用。

⁷³ 韩国外汇银行(担保人)与沙特阿拉伯保健省(受益人)的法律案件。大法院1994.12.9判决93DA43873

⁷⁴ 抽象性(abstraction)是由于银行独立担保交易以文件进行的交易，因而交易当事人对当事人的权利与义务条件的符合情况只靠档案来做出决定。Kim Sunkook, “银行独立担保的法理”，《财产法研究》第25卷第1号，韩国财产法学会，2008，309页。

⁷⁵ Kim Sangman, “船舶出口交易中的退款担保的特点与问题”，《首尔大学法学》第52卷第3号，首尔大学法学研究所，2011，457-458页。

⁷⁶ 具体内容参考 Kim Sunkook, “银行独立担保的法理”，《财产法研究》第25卷第1号，韩国财产法学会，2008，312-319页。

⁷⁷ Seo Heonjae, 『国际交易法(第4版)』，法文社，2006，367页。

⁷⁸ 大法院1994.12.9判决93DA43873

⁷⁹ Yoon Jinsoo, “银行独立担保的经济合理性与权力滥用法理”，《法曹》第692卷，法曹协会，2014.59页。Kim Yinheon, “独立担保的预付款退款担保与权力滥用”，《国际交易法研究》第24集第2号，国际交易法学会，2015，161页。

⁸⁰ 大法院1994.12.9判决93DA43873。判决的具体内容参考丁大，“预付款退款保函与权力滥用的判断标准”，《国际交易与法(Dong-A Journal of International Business Transactions Law)》第15卷，东亚大法学研究所，2016。

第三，对于受益人权利滥用的判断，并不是根据辩论结束之前收集的所有证据，而是根据担保银行收到请求保证金的时候已经获得的证据进行决定。

四、结论

由于船舶融资跟海运业、造船业、银行业有着密切的关系，有关船舶融资的法律问题是复杂多样的。并且外国金融机构在船舶融资方面起着主要作用，正如便宜直籍的海运业的特殊现象促使船舶融资成为国际性问题。尤其是对船舶融资的法律结构而言，预付款退款担保作为银行独立担保，具有独立抽象性的特点。即预付款退款担保独立于船舶建造合同。因此，受益人只符合预付款退款保函上的条件时，担保银行有义务支付保证金。

然而，预付款退款担保的独立抽象性不是一个绝对性原则，并不能完全排除诚实信用原则和禁止权利滥用原则。虽然适用诚实信用原则和禁止权力滥用原则，但考虑以独立抽象性的银行独立担保的本质特点，韩国大法院站在受益人的保证金请求是否属于权力滥用需要严格解释的立场。

〈参考文献〉

I. 国内文献

1. 图书

- Kim Yeonshin 著, Park Sooman 编, 「英文船舶建造合同书实务」, 博英社, 2008
Kim InHyun, 第4版《海商法》, 法文社, 2015
Park Semin, 「保险法」, 博英社, 2011
Ban KiRo, 『项目融资』, 韩国金融研修院, 2009
Seo Heonjae, 『国际交易法(第4版)』, 法文社, 2006
Lee Kisoo, Shin Changseob, 「国际交易法(第六版)」, Sechang 出版社, 2015
Lee kihuan, Oh Hakgyun, Shin Joosun, Lee Jaemin, 『船舶融资原论(修订版)』, DooNam, 2016
Jung Youngseok, 「海商法原论」, TextBooks, 2009
Choi Jonnseon, 「国际交易法(第8版)」, 三英社, 2013
「2010 知识经济白皮书」, 知识经济部, 2011
「海上保险基础过程」, 保险研修院, 2012

2. 论文

- Kim Dokyung, “船舶融资与国内船舶公司的倒产”, 《先进商事法律研究》第55号, 法务部, 2011
Kim Sangman, “船舶出口交易中的退款担保的特点与问题”, 《首尔大学法学》第52券第3号, 首尔大学法学研究所, 2011
Kim Sunkook, “银行独立担保的法理”, 《财产法研究》第25券第1号, 韩国财产法学会, 2008
Kim Yinyoo, “建造中船舶的法律关系”, 《韩国海法学会报》第32券第1号, 韩国海法学会, 2010
Kim Yinheon, “独立担保的预付款退款担保与权力滥用”, 《国际交易法研究》第24集第2号, 国际交易法学会, 2015
Seo Younghua, “船舶建造合同有关的法律问题”, 《韩国海法学会报》第32券第1号, 韩国海法学会, 2010
Woo Boyeon, “便宜直籍船的法律规则与应对”, 《外法论集》第34券第1号, 韩国外

大法学研究所, 2010

Yoon Jinsoo, “银行独立担保的经济合理性与权力滥用法理”, 《法曹》第 692 券,
法曹协会, 2014

丁大, “预付款退款保函与权力滥用的判断标准”, 《国际交易与法(Dong-A Journal
of International Business Transactions Law)》第 15 券, 东亚大法学研究所,
2016

_____, “在船舶融资法律结构中 BBCHP 的法律地位研究”, 《国际交易与法(Dong-A
Journal of International Business Transactions Law)》第 13 券, 东亚大法
学研究所, 2015

_____, “船舶融资的法律结构研究”, 《法与政策》第 18 集第 2 号, 『济州大法
与政策研究所』, 2012

Jung Wooyoung, “船舶融资的事务介绍”, 《BFL》第 9 号, 首尔大金融法中心, 2006

Hong Sunghua, “船舶建造保险条款研究”, 《海事法研究》第 23 券第 1 号, 韩国海
事法协会, 2011

II. 外国文献

森田果, “造船とファイナンス”, 江頭憲治郎, 落合誠一編 「海法大系」(商事法
務, 2003).

Jan Hoffmann, Ricardo J. Sanchez & Wayne K. Talley, “Determinants of Vessel
Flag”, Kevin Cullinane ed., Shipping Economics, Elsevier, 2005.

Martin Stopford, Maritime Economics, Second Edition, London: Routledge, 1997.

Robert H. Brown, Marine Insurance - Vol. 3-Hull Practice, London: WITHERBY & CO
LTD, 1974.

〈ABSTRACT〉

The Latest Legal Issue of Ship Finance in Korea

Main Author: Dae, Chung (Law Professor, Division of Maritime Law, Korea Maritime
& Ocean University)

Correspondent Author: Eunyoung, Roh (Adjunct Professor, Graduate School of China,
Sungkyunkwan University)

Ship finance is closely related to shipping industry, shipbuilding
industry and banking industry and, therefore, complex contractual
relationship exists under ship finance. A ship is the most important asset
in a shipping company. A price of ship is very expensive and shipbuilding
is a long-term process.

In the context of a shipbuilding contract, a buyer as a shipping company
worries about default or bankruptcy of a builder in the course of
shipbuilding. The buyer, therefore, asks for refund guarantee regarding
a shipbuilding contract. As an applicant, the builder makes an effort to
obtain the refund guarantee from a guarantor. Usually, a commercial bank
becomes a guarantor. This refund guarantee is a kind of independent bank
guarantees and the buyer becomes a beneficiary under refund guarantee.

One of significant characteristics of refund guarantee is independence.
According to the independence, refund guarantee is independent of the
shipbuilding contract which is an underlying contract. The guarantor,
therefore, irrevocably and unconditionally guarantees repayment of
advance payment. However, the independence of refund guarantee is not
absolute. Therefore, the independence of refund guarantee should be
limited under the principle of prohibition of abuse of a right.

In this connection, the Korea Supreme Court decided the refund guarantee
case and made clear legal standard of abuse of a right. In conclusion,
first, the independence of refund guarantee should be restricted under
the principle of prohibition of abuse of a right. Second, when the abuse

of a right of a beneficiary is objectively clear, a guarantor can refuse repayment of advance payment in spite of the independence of refund guaranteee.

*Key words: refund guarantee, shipbuilding contract, guarantee, beneficiary, builder, independent bank guarantee, advance payment, guarantor, the principle of prohibition of abuse of a right

中韩自由贸易区争端解决模式的选择

——以东亚特有传统文化为背景

金玄武 阚竹青*

(山东大学威海, 山东 威海 264209)

摘要:随着中韩自由贸易协定的正式签署,其争端解决机制也已经初步形成。在机制建立之际,面临多种争端解决模式的选择,主要是以EU、NAFTA和CAFTA三大区域自由贸易争端解决机制为代表的三种不同模式。而在东亚特有的传统文化背景下,中韩FTA最终主要借鉴了NAFTA的“多元调整”模式,并且突出其重视协商的纠纷解决传统,同时具有“规则导向”的制度化倾向,同现代法律制度接轨。中韩FTA争端解决机制的完善和运作中,也应该能从东亚特有的传统文化中获得启示,通过坚持调解和仲裁相结合,加强私方主体参与争端解决促进贸易双赢。

关键词:中韩FTA; 争端解决; 多元调整; 规则导向

英文题目: The Choice of the China-South Korea FTA of Dispute Settlement Pattern

— on the background of the unique traditional culture of east Asia

Jin Xuan-wu Kan Zu-qing

(Shandong University at Weihai Law School)

Abstract:Along with the signment of the China-South Korea FTA, the dispute settlement mechanism has preliminary formed. On the occasion of the establishment of the mechanism, it faces a variety of options of dispute settlement patterns, mainly represented by EU, NAFTA and CAFTA three

基金项目:本文系2015年度山东省社科项目“公私合作参与中韩FTA争端解决机制研究”(项目编号15CFXJ24)的阶段性成果。

作者简介:金玄武(1963—)男,黑龙江牡丹江人,山东大学(威海)法学院教授,硕士生导师,法学博士,主要研究方向:经济法学、商法学、东亚法律制度比较;阚竹青(1991—)女,山东临沂人,山东大学(威海)民商法专业研究生

different models. However, under the influence of the unique traditional cultural background of east Asia, the China-South Korea FTA finally uses the "multivariate adjustment" model of the NAFTA, and highlights the tradition of dispute resolution that it values consultation. At the same time, the mechanism has a institutionalized tendency of rule-oriented model and is accordance with the modern legal system. China-south Korea FTA of dispute settlement mechanism should be able to gain enlightenment from the unique traditional culture of east Asia in the process of improvement and operation, it promotes win-win trade by insisting on combination of mediation with arbitration and strengthening private participation in dispute settlement.

Key Words: China-South Korea FTA; dispute settlement; multivariate adjustment; rule-oriented

中韩两国于 2012 年 5 月正式启动自由贸易协定谈判，经过共 14 轮谈判，于 2015 年 6 月 1 日正式签署协定。中韩自由贸易协定（以下简称中韩 FTA）的正式签署，表明了中韩两国顺应了世界经济趋向于开放和自由的发展态势。而选择公平有效的争端解决机制对于中韩 FTA 的顺利实施至关重要。因为只有缔约国之间的争端得到公平有效地解决，缔约各方才能持续地从贸易协定中获益。而且争端解决机制还可以通过提供统一的、获得缔约国一致同意的对贸易规则的解释和应用，并促进其被始终如一地遵守，来提高区域经济合作和贸易规则的权威性和合法性。中韩两国同属“儒家文化圈”的范畴，深受儒家“和为贵”等传统文化思想的影响，因而其争端解决机制更加带有“和谐”特征，表现为试图通过协商解决一切争端的态度。同时，其又注重借鉴西方现代法律文化中的制度因素，设置了包括仲裁在内的非讼程序以及司法程序，向现代法治“规则导向”的趋向发展。这不仅有利于自贸争端的迅速有效解决，也为未来东亚自由贸易区确立及争端解决模式的选择提供了有价值的参考。本文的目的并不在于提出具体的中韩 FTA

争端解决措施建议，而是希望能通过具有代表性的 FTA 争端解决模式的比较和中韩共有的传统文化背景分析，借助“和为贵思想”为中韩 FTA 争端解决机制的完善提供某些启示与借鉴。

一、自由贸易区争端解决机制的代表性模式分析

目前世界上比较有代表性的自由贸易区争端解决机制主要有三种：EU（欧盟）的“单一诉讼”模式、NAFTA（北美自由贸易协定）中的“多元调整”模式以及 CAFTA（中国—东盟自由贸易协定）中的“协调中心”模式。从中韩 FTA 争端解决机制的内容来看，其实际上效仿了 NAFTA 的“多元调整”模式，即针对不同的争端分别设立了各具特色的争端解决机制，但同时也具有 CAFTA 模式的协商为主色彩。因此研究这三种模式对于中韩 FTA 争端解决模式的选择具有重要意义。

（一）EU 的“单一诉讼”模式

欧盟作为一个在政治、经济等方面具有高度紧密性的国际组织，其欧洲法院对区域内的争端具有强制管辖权。这是 EU “单一诉讼”模式与其他两种模式的显著区别之一。在“单一诉讼”模式下，各成员国在经贸方面的主权完全转移到欧洲法院，各成员国国内法院无权审理成员国之间发生的经贸争端。欧洲法院的裁决对于各成员国都具有法律效力。EU 争端解决机制是在经济一体化程度较高领域出现的一种模式。它打破了各成员国经济主权的桎梏，协调统一了本区域内的经济政策，为区域经济整合及司法体系的建立树立了新的标准。随着欧洲一体化进程的深入，EU “单一诉讼”模式的运行过程也经历了一个从理论到实践的转换，欧洲法院在共同体机构中的角色开始由初期的“司法能动”向后期的“司法自制”转变。¹

（二）NAFTA 的“多元调整”模式

北美自由贸易区是以《北美自由贸易协定》为基础，由美加墨三国组成的区域经济一体化组织，是在发达国家和发展中国家之间建立起来的一种合作机制。NAFTA 的“多元调整”模式是国际争端解决领域内的一大创新，它让更专业的技术人员参与争端案件的审理，也让类型化的案件有专门的应对措施。正如海德格尔所言：“任何一门科学作为研究都以对一种限定的对象区域的筹划为根据，因而必然是具体科学。专门化不是一种必然的弊端，而是科学的本质必然性。”

¹ 参见孙志煜：《区域经济组织争端解决机制研究》，西南政法大学 2011 年博士学位论文，第 66 页。

³NAFTA“多元调整”模式的特点在于既注重法律手段的运用，又广泛采取政治外交手段。它注重先运用协作与协商来善意解决争端，如果仍然不能解决，再采用法律手段解决，以此促使成员国自觉地履行义务。这种解决争端的模式既体现了现代“规则导向”的制度化仲裁趋向⁴，具有先进性，同时它又强调协商的重要性，能够应用于多种类型的争端，具有灵活多变性。总之，实践表明，NAFTA的“多元调整”模式已经广泛地应用到北美自贸区各成员国之间的争端解决中，对于有效解决各种争端发挥着积极作用，同时，这种模式作为一种成功的制度先例，也为今后发达国家和发展中国家建立起一种有效解决争端的模式开创了先河。

（三）CAFTA的“协调中心”模式

与EU和NAFTA的争端解决机制相比，CAFTA“协调中心”模式的法律框架较为简单，主要体现在CAFTA各成员国于2004年11月在老挝首都万象签订的《全面经济合作框架协议争端解决机制协议》（CAFTA《争端解决协议》）。该协议于2005年1月1日正式生效。鉴于区域内成员国各方面存在的广泛差异CAFTA没有选择约束性较强的，类似于EU的“单一诉讼”模式。此外，由于各成员国之前采用的手段多为“外交方式”，要在短时期内建立法律互信也比较困难。为此，CAFTA争端解决机制仍以初始的“协调”方式为主，为磋商、调解或调停程序制定了相关的规则，促使上述程序制度化。另外，考虑到国际争端解决机制规约化、制度化的发展趋势，CAFTA专门设置了仲裁程序，以引导本区域各成员国采取一种较为正式的争端解决方式，从而推动区域内争端解决机制的常效化。

需要指出的是，CAFTA争端解决机制虽然设定了仲裁程序，但只是《东盟争端解决机制协议》的一次复制，各缔约方争端的解决仍主要通过传统的对话机制来完成，以“协调一致”为核心的东盟方式对CAFTA“协调中心”模式的运行造成了实质性的影响，导致其向“规则导向”模式转型困难。

二、中韩FTA争端解决模式选择的影响因素

“每个法律体系都是各种决定性因素之特定结合的独特产物。”⁵一个社会的争端解决模式会因为经济、政治、文化、法律甚至宗教等诸多方面的影响而有所不同。中韩FTA从2004年开始启动民间可行性研究到2015年最终正式签署历时

将近11年，在此期间，中韩FTA争端解决模式的选择受到经济、政治、文化、法律等多种因素的影响。因此，我们必须对中韩FTA争端解决模式选择过程中的各种影响因素做具体的分析。

（一）经济因素

国家之间进行贸易谈判，并对争端解决模式进行选择时，经济因素往往起决定性作用。具体来说包括三方面：第一，参与国相互之间的贸易依附程度；第二，参与国之间经济实力的对比；第三，FTA的开放程度即自由化深度。一般来说，成员方之间的贸易依附程度越高，则采用规则化、制度化的争端解决机制的可能性也就越大，也就更倾向于“规则导向”模式。⁶

首先，中韩两国的贸易依附程度相对较高。这主要体现在产业结构上，一方面，我国的产业结构主要偏向劳动力密集型和资源加工型产业上，即利用劳动力成本低的优势发展劳动密集型出口产业，同时利用丰富的自然资源发展资源加工型产业，而在资本和技术方面略显不足。另一方面，韩国的优势产业集中在资本和技术密集型产业上，而在劳动力和自然资源方面处于弱势。这种互补性的产业结构为中韩自贸区的经济合作提供了契机。自中韩建交20多年来，双边经贸总额增长了50余倍，年均增幅达20%。中国已成为韩国最大的贸易伙伴。韩国已经成为中国第一大进口来源国和最重要投资来源国之一。⁷双方较高的贸易依附程度决定了中韩FTA争端解决模式的选择将朝着“规则导向”的模式发展而非“实力导向”模式。但是，由于中韩双方均对敏感领域采取了较低程度的开放，如汽车和大米，因此，其不适宜采取高度一体化的“单一诉讼”模式，而是选择机制灵活的“多元调整”模式。

其次，中韩双方的经济实力相差不大。一般而言，如果区域内各成员国之间的经济实力越接近，采用条文主义趋势的争端解决模式的可能性就越大。如果一成员国经济实力独大，结果就有可能相反。因为规则一旦制定，根据国际法上“有约必守”的原则，无论是经济强国还是经济弱国都必须遵守。这无疑对经济弱国十分有利，而经济强国通常不愿通过规则化的模式处理争端而选择实施单独的贸易报复方式对弱国施压。近年来从中韩两国的经济增长情况来看，双方经济实力相差并不大，因此中韩FTA争端解决机制更倾向于条文主义。

³【德】海德格尔，孙周兴译：《林中路》，上海文艺出版社，1997年版，第79页。

⁴参见叶兴平：《国际争端解决机制的最新发展》，法律出版社，2006年版，第61页。

⁵【美】伯恩哈德·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宗译，北京：清华大学出版社，2002年版，第68页。

⁶参见【韩】姜俊河（Jun Ha Kang）：《韩中FTA争端解决—以透明性、履行、争端解决规则为核心内容》，《泓益法学》，第15卷1号（2014年），第785-786页。

⁷佚名：《中韩自贸区：中韩经贸20年走向新阶段》，中国企业报，

http://stock.10jqka.com.cn/hks/20140325/c564584668.shtml，访问日期：2015年3月27日。

最后，中韩自贸区的经济一体化水平还不高。因此它倾向于针对性及灵活性较强的“多元调整”模式。正如 EU 的“单一诉讼”模式，其一体化程度非常高，各成员国因其承诺而产生的经济利益非常大，故各成员国更加会在争端解决模式的选择上达成一致；而 CAFTA 协定只是中国和东盟双方试图恢复正常经济交往的产物，其区域内自由化水平相当低，因此它只选择了相对远离条文主义的“协调中心”模式。而中韩两国虽然经济实力相差不大，但对待一些敏感产业的态度，两国仍存在许多分歧，比如韩国在农业方面倾向于设置很高的贸易壁垒，以保护本国弱势产业，而农业恰是中国的优势产业，⁸中国更倾向于要求减少贸易壁垒，双方的立场和态度不一致，需要相互理解和妥协，这是中韩自贸区选择“多元调整”模式的原因。

（二）政治因素

虽然中韩 FTA 只涉及经济领域，不涉及政治领域，但是政治因素对于中韩 FTA 争端解决模式的影响同样不容忽视。一般来说，政治一体化水平低、主权意识较为浓厚的国家对于国家主权的让渡更加敏感，更倾向于采取国家主权相对独立的争端解决模式，比如在 CAFTA 的“协调中心”模式下，国家主权不会受到削弱。而政治一体化水平较高的地区，则更倾向于建立一种超国家主权的争端解决模式，如欧盟的“单一诉讼”模式赋予了欧洲法院对于案件的强制管辖权，此时国家主权会受到一定程度的削弱。基于中韩两国特殊的政治历史背景，其更倾向于选择国家主权相对独立、政治手段与法律手段并用的争端解决模式。一方面，中韩两国在 19 世纪与 20 世纪都遭受过一段屈辱的历史，因此对主权的让渡及让渡的范围都有深切的警醒。在这种深重的政治历史背景上建构一种超国家主权的争端解决机制是很难设想的，至少在短时期内无法实现。另一方面，相比于那些政治制度存在较大差异的自由贸易区，中韩两国的政治制度既有共性，又有差异，且双方在许多政治问题上存在共识，因此其更加倾向于选择 NAFTA 的“多元调整”模式而非“协调中心”模式，采取政治与法律手段并用的方法以解决争端。

（三）文化因素

不同类型的法律文化在面对争端解决模式时会有不同的反应。在现代法律文化占主导地位的国家，其参与区域贸易协定，进行争端解决模式选择时更倾向于条文主义程度较高的模式。这主要是由于其长期坚守的现代法律文化决定的，而在传统法律文化浓厚的国家，在进行争端解决模式选择时则更多地趋向于条文主

⁸ 参见王厚双，齐朝顺：《中韩 FTA 的经济政治影响分析》，《东北亚研究论丛》，2015 年第 1 辑，第 50 页。

义程度较低的模式。例如 CAFTA 的“协调中心”模式即是各国不同法律文化影响的结果。而中韩 FTA 争端解决机制既具有东亚传统法律文化的特性又借鉴了西方现代法律文化的合理成分，形成了其特有的“重视协商兼具规则导向”的风格。

我国虽然经历了西方现代法律文化的洗礼，逐步朝着规则导向的制度化模式发展，但是在法律文化现代化的过程中无不受到儒家传统文化的影响，尤其是其中的礼治文化观念对于现今中国仍然具有重要的意义。法国比较法学家勒内·达维德认为：“中国人尊重的传统是，解决争端首先必须考虑‘情’，其次是‘礼’，然后是‘理’，只有最后才诉诸‘法’。中国人在处理人际交往关系中，最应该研究的是和解精神与协调一致，争端应该加以‘消除’，而不是判决和仲裁。”⁹虽然勒内·达维德的上述分析是建立在文化大革命时期流行的一些错误观点之上，结论难免有失偏颇，但是他对中国法律文化传统的总体把握是比较切合中国实际的。同时，儒教精神尤其是程朱理学对韩国影响甚大，渗透到了经济、政治、法律甚至是整个社会构造、习惯、制度等各个方面。尤其是“和为贵”的处世观对于中韩 FTA 争端解决模式的选择起到关键性作用。关于东亚特有传统文化的具体内容，笔者将在下文详细论述，在此不再赘述。

（四）法律因素

争端解决机制的设立除了考虑经济、政治、文化等因素，还必须考虑各国的国内法律环境，具体来说包括参与国对国际法律制度的遵行程度以及争端解决模式与参与国争端解决实践的契合问题。¹⁰

一方面，中韩两国对国际法律制度的遵行程度并不完全一致。虽然中韩两国都经历了从传统到现代、从单一到多元、从人治到法治的转变过程，经历了从“实力导向”模式向“规则导向”模式的转变。但是与 EU 的各成员国对国际法律制度的高度认同程度相比仍显不足。这主要是因为，韩国在二战后注重借鉴西方的立法经验，其法律逐渐形成了大陆法系兼容英美法系的风格，而中国法律则属于大陆法系范畴，法治进程发展较晚。两国在对国际法律制度的理念上难免会有差异，因此在争端解决模式的选择上，两国也更倾向于处理方式灵活的 NAFTA “多元调整”模式。

另一方面，争端解决模式的选择必须与中韩两国的争端解决实践相契合。因为“中国的法治无论如何都不可能是对西方法治的简单复制和照搬。在这个意义

⁹ 【法】勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版，第 486 页。转引自：刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆，2001 年版，第 269 页。

¹⁰ 参见孙志煜：《区域经济组织争端解决机制研究》，西南政法大学 2011 年博士学位论文，第 169 页。

上，所有的法律问题都必定是地方性的，其实践的答案也必定是地方性的”。¹¹每一个国家与民族是在长期的历史进程中形成的，具有区别于其他国家与民族独特的风俗习惯、思维定式、文化传统和争端解决模式，¹²因此必须考虑本土的争端解决机制和实践。费孝通先生在《乡土中国》一书中认为，当下的中国正处于从乡土社会蜕变的过程中，转型时期的中国社会是“礼治秩序、德治秩序、人治秩序和宗法秩序等组合而成的“多元混合秩序”。发挥作用的运行机制实际上存在两种：一是由国家或法律确认的维持体现新价值的法理机制；二是由宗族或村落维持的体现旧价值的礼俗机制或称“民间法”。因此无论是单一性的诉讼模式还是协商模式都不是解决争端的最佳选择。而从中国以往的争端解决实践来看，在不同时期既有“规则导向”模式的实践，又有“实力导向”模式的实践，但总体上倾向于行政手段与司法手段并用的多元调整模式。同样，韩国以往的争端解决实践也表明其具有多元调整模式的倾向，如韩美FTA协议规定：发生投资争端时，首先尽可能通过合作和磋商解决，如果双方未达成一致，才可以诉诸仲裁或诉讼。因此，中韩两国的争端解决实践共同推动了适应性强的多元调整模式的形成。¹³

三、东亚特有传统文化影响下的中韩FTA争端解决机制

（一）东亚特有的传统文化

由于历史传统和地缘政治的关系，无论是以中日韩朝为主的东北亚地区，还是新加坡、越南、泰国、缅甸、菲律宾等为主的东南亚地区，都处在以儒家思想为核心的文化圈之内。“这个大文化圈不论在人种、书面文字系统、家族结构、生产方式、生活方式、政治文化等方面，都有历史形成的共同性与相关性，与西方基督教文化圈或西亚北非伊斯兰文化圈相比具有鲜明的独特性。”¹⁴自古以来，东亚地区就深受儒家文化的影响，在社会结构、伦理道德、行为模式以及规章制度方面表现出不同于西方文化的特性，具体表现为“和合”思想、内心教化和协商模式三方面。¹⁵而中韩FTA争端解决模式的选择无疑与这种特殊的传统文化有着密切联系。

1、“和合”思想

儒家文化中的“和合”思想是中韩两国传统文化的精髓，是东亚精神的体现。

¹¹ 苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社2004年版，第305页。

¹² 肖光辉：《法律移植与传统法律文化的变迁》，山东人民出版社，2010年版，第24页。

¹³ 参见【韩】金仁邱（In Gu Kim）：《韩-美FTA及WTO争端解决制度比较考察》，《国际地域研究》，第13卷2号（2009年），第622-626页。

¹⁴ 方旭：《东亚法律文化的历史发展及特性》，《湘潭师范学院学报》，2009年第6期，第25页。

¹⁵ 参见张立文：《中国文化的和合精神与21世纪》，《学术月刊》，1995年第9期，第11页。

其最早来源于中国古代的阴阳五行学说。其中，所谓和合的“和”，是指和谐、和平、祥和；“合”是结合、合作、融合。在儒家的传统观念中，强调“礼之用，和为贵”。主张治国处事、礼仪制度应以和为价值标准。墨子认为和合是处理人与社会关系的根本原则，而“离散不能相和合”。尤其在纠纷解决的方式上，无论是儒家还是法家，都强调法律的根本目的是社会和谐，是“无讼”。又如，孔子说，“善人为邦百年，亦可胜残去杀矣。”法家代表人物也认为“以刑去刑，刑去事成。”这些都体现出儒家法律文化中的厌讼、息讼观，重视纠纷和解，强调和为贵的理念。在现代，“中庸”、“和衷共济”、“亲仁善邻”等儒家文化仍然是中华文化的重要组成部分。中国提出的“睦邻、安邻和富邻”政策以及“和谐”世界的观念都是“和合”的一种体现。

同样，“和合”思想在韩国的传统文化中也占有相当重要的地位。韩国的国旗图案就体现了一种“和合”思想。以黑白太极的相生相容为中心，太极八卦融合为外围，充分体现了“和”的观念。在韩国哲学思想中，受到中国历史上文化传播的影响，新罗学者元晓的“和净”思想可以说是韩国的传统思想。强调在世界万物的运行与相处中有“和”及“净”的存在，¹⁶与中国“和而不同”的思想相似。由此可见，中韩两国历史上有着对“和”理念的认同。

2、内心教化

与西方重视契约思想的传统不同，在东方传统文化中更重视对内心的教化，即礼治。孔子将礼与国家统治结合，提出“亲亲”、“尊尊”、“刑不上大夫”等观念。《大学》中有“古之欲明明德于天下者，先治其国，欲治其国者，先齐其家。欲齐其家者，先修其身。欲修其身者，先正其心。”说明礼在国家内部统治中的作用。而礼的内涵远不止于此，《中庸·治国》中有“为天下国家有九经。曰：修身也，尊贤也，亲亲也，……柔远人也，怀诸侯也。”“怀远人则四方归之，怀诸侯则天下畏之。”¹⁷由此可见，“礼治”不仅强调君主和百姓自身的修养，而且在国家对外关系的处理上也强调怀柔政策，注重内心的臣服而不一味地依靠武力解决一切。韩国同样重视对道义的内心遵从，强调对人内心的教化。西方的契约思想和东方的内心教化由此也导致了东西方政治思维的差异，即西方重视利用制度、法律和规则来实现其统治，东方则重视儒家思想的教化作用，制度和法律的作用并不大。

¹⁶ 参见魏常海：《以“和净”思想为中心看中韩传统思想与现代化》，《当代韩国》，2001年冬季号，第34页。

¹⁷ 张凤娟：《古代典籍精编家藏书系——大学·中庸·礼记》，内蒙古人民出版社，2007年版，第60页。

上，所有的法律问题都必定是地方性的，其实践的答案也必定是地方性的”。¹¹每一个国家与民族是在长期的历史进程中形成的，具有区别于其他国家与民族独特的风俗习惯、思维定式、文化传统和争端解决模式，¹²因此必须考虑本土的争端解决机制和实践。费孝通先生在《乡土中国》一书中认为，当下的中国正处于从乡土社会蜕变的过程中，转型时期的中国社会是“礼治秩序、德治秩序、人治秩序和宗法秩序等组合而成的“多元混合秩序”。发挥作用的运行机制实际上存在两种：一是由国家或法律确认的维持体现新价值的法理机制；二是由宗族或村落维持的体现旧价值的礼俗机制或称“民间法”。因此无论是单一性的诉讼模式还是协商模式都不是解决争端的最佳选择。而从中国以往的争端解决实践来看，在不同时期既有“规则导向”模式的实践，又有“实力导向”模式的实践，但总体上倾向于行政手段与司法手段并用的多元调整模式。同样，韩国以往的争端解决实践也表明其具有多元调整模式的倾向，如韩美FTA协议规定：发生投资争端时，首先尽可能通过合作和磋商解决，如果双方未达成一致，才可以诉诸仲裁或诉讼。因此，中韩两国的争端解决实践共同推动了适应性强的多元调整模式的形成。¹³

三、东亚特有传统文化影响下的中韩FTA争端解决机制

（一）东亚特有的传统文化

由于历史传统和地缘政治的关系，无论是以中日韩朝为主的东北亚地区，还是新加坡、越南、泰国、缅甸、菲律宾等为主的东南亚地区，都处在以儒家思想为核心的文化圈之内。“这个大文化圈不论在人种、书面文字系统、家族结构、生产方式、生活方式、政治文化等方面，都有历史形成的共同性与相关性，与西方基督教文化圈或西亚北非伊斯兰文化圈相比具有鲜明的独特性。”¹⁴自古以来，东亚地区就深受儒家文化的影响，在社会结构、伦理道德、行为模式以及规章制度方面表现出不同于西方文化的特性，具体表现为“和合”思想、内心教化和协商模式三方面。¹⁵而中韩FTA争端解决模式的选择无疑与这种特殊的传统文化有着密切联系。

1、“和合”思想

儒家文化中的“和合”思想是中韩两国传统文化的精髓，是东亚精神的体现。

¹¹ 苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社2004年版，第305页。

¹² 肖光辉：《法律移植与传统法律文化的变迁》，山东人民出版社，2010年版，第24页。

¹³ 参见【韩】金仁邱（In Gu Kim）：《韩·美FTA及WTO争端解决制度比较考察》，《国际地域研究》，第13卷2号（2009年），第622-626页。

¹⁴ 方旭：《东亚法律文化的历史发展及特性》，《湘潭师范学院学报》，2009年第6期，第25页。

¹⁵ 参见张立文：《中国文化的和合精神与21世纪》，《学术月刊》，1995年第9期，第11页。

其最早来源于中国古代的阴阳五行学说。其中，所谓和合的“和”，是指和谐、和平、祥和；“合”是结合、合作、融合。在儒家的传统观念中，强调“礼之用，和为贵”。主张治国处事、礼仪制度应以和为价值标准。墨子认为和合是处理人与社会关系的根本原则，而“离散不能相和合”。尤其在纠纷解决的方式上，无论是儒家还是法家，都强调法律的根本目的是社会和谐，是“无讼”。又如，孔子说，“善人为邦百年，亦可胜残去杀矣。”法家代表人物也认为“以刑去刑，刑去事成。”这些都体现出儒家法律文化中的厌讼、息讼观，重视纠纷和解，强调和为贵的理念。在现代，“中庸”、“和衷共济”、“亲仁善邻”等儒家文化仍然是中华文化的重要组成部分。中国提出的“睦邻、安邻和富邻”政策以及“和谐”世界的观念都是“和合”的一种体现。

同样，“和合”思想在韩国的传统文化中也占有相当重要的地位。韩国的国旗图案就体现了一种“和合”思想。以黑白太极的相生相容为中心，太极八卦融合为外围，充分体现了“和”的观念。在韩国哲学思想中，受到中国历史上文化传播的影响，新罗学者元晓的“和诤”思想可以说是韩国的传统思想。强调在世界万物的运行与相处中有“和”及“诤”的存在，¹⁶与中国“和而不同”的思想相似。由此可见，中韩两国历史上有着对“和”理念的认同。

2、内心教化

与西方重视契约思想的传统不同，在东方传统文化中更重视对内心的教化，即礼治。孔子将礼与国家统治结合，提出“亲亲”、“尊尊”、“刑不上大夫”等观念。《大学》中有“古之欲明明德于天下者，先治其国，欲治其国者，先齐其家。欲齐其家者，先修其身。欲修其身者，先正其心。”说明礼在国家内部统治中的作用。而礼的内涵远不止于此，《中庸·治国》中有“为天下国家有九经。曰：修身也，尊贤也，亲亲也，……柔远人也，怀诸侯也。”“怀远人则四方归之，怀诸侯则天下畏之。”¹⁷由此可见，“礼治”不仅强调君主和百姓自身的修养，而且在国家对外关系的处理上也强调怀柔政策，注重内心的臣服而不一味地依靠武力解决一切。韩国同样重视对道义的内心遵从，强调对人内心的教化。西方的契约思想和东方的内心教化由此也导致了东西方政治思维的差异，即西方重视利用制度、法律和规则来实现其统治，东方则重视儒家思想的教化作用，制度和法律的作用并不大。

¹⁶ 参见魏常海：《以“和诤”思想为中心看中韩传统思想与现代化》，《当代韩国》，2001年冬季号，第34页。

¹⁷ 张凤娟：《古代典籍精编家藏书系——大学·中庸·礼记》，内蒙古人民出版社，2007年版，第60页。

3、协商模式（文化）

东亚国家在对外合作方面倾向于采取协商模式，而西方尤其是欧盟国家更多地选择制度模式，这是东西方的文化差异和历史原因使然。因为传统的西方文化强调个人本位、天赋人权，政府的权力来源于民众，而国家的决策必须获得民众支持，为确保政府公正合法地行使民众让渡的权力，故通过法律、规则、制度等来规范政府的行为，同时规范民众自己的行为，确保法律面前人人平等。因此规则、制度扮演着重要角色。比如欧盟各机构对事务的分工负责即体现出西方对制度契约文化的认同。而东亚国家自古就受到严格等级观念的影响，对权力的认识与西方不同，历史上也多经历过干涉他国的阴影，因而在对外合作方面，东亚国家更加会保持谨慎的态度，强调独立行使国内权力而不受他国干涉。总之，特有的历史背景和文化传统促进了东亚国家协商模式的形成。

（二）东亚特有传统文化对中韩 FTA 争端解决模式选择的影响

1、重视协商的纠纷解决传统

上文提到，东亚特有的传统文化是以儒家传统思想为核心构建的，以“和合”思想、内心教化和协商模式三个层面为主要内容的文化。而中韩 FTA 争端解决机制正是基于这种文化背景而呈现出重视协商解决纠纷的地域性特征。从中韩 FTA 协定的内容来看，无论是一般争端解决机制还是特殊争端解决机制，无疑都把磋商作为争端解决中的必经程序，没有像欧盟一样采取单一性的争端解决方式体现出中韩两国“和为贵”的合作态度，这是中韩 FTA 争端解决机制与 EU 的“单一诉讼”模式最明显的区别。首先，“和合”思想强调中庸、和谐与合作，重视纠纷和解，追求“无讼”，而西方国家更加重视法律规则，主张“为权利而斗争”，这种东亚特有的传统非正式制度区别于西方的法制传统，因而决定了东亚重视协商调解、西方重视诉讼的不同模式；其次，内心教化强调通过儒家传统道德规范人们的行为，主张“礼治”，而西方则主张“法治”，强调司法诉讼程序的重要性，因此欧盟更倾向于采取单一的诉讼方式；最后，协商模式体现了东亚国家对外交往的友好合作态度，也决定了磋商作为其纠纷解决的首选程序，而西方国家的制度模式则反映了其对规则的遵守和对法律的信仰。

在西方法律文化的冲击和影响下，东亚各国经历了法律文化现代化的过程，逐步采用仲裁和诉讼等法律手段解决纠纷，开始向制度化的纠纷解决模式转变。但与英美等西方国家重视诉讼不同，东亚国家的调解传统仍然根深蒂固，在法官或者律师队伍建设方面仍然落后于英美等西方国家。例如，上世纪 70 年代初，

日本的人均法官数量只有美国的十七分之一，是英国的八分之一。据韩国法院于 1991 年在全民范围内进行的国民法律意识调查的数据，韩国人对本国法律的功能或作用的评价与西方并不完全一致，有 82.4% 的人认为韩国的法得不到很好的遵守，50.8% 的人认为参加法院审理是费时费钱或不光彩的事。¹⁸这折射出东亚对和谐与对抗两种不同纠纷解决机制的鲜明态度。

十几个世纪以来，中韩两国一直处于儒家文化的辐射范围之内，双方拥有共同的文化起源。中韩两国人民生活方式、风俗习惯、宗教信仰都接近，中国传统的儒家文化对韩国影响深远。中韩两国在文化、教育、学术等方面一直都有深层次的合作和交流。早在中韩自由贸易区构建设想之前中韩两国早已经开始了文化的合作，这些都为中韩 FTA 争端解决模式的选择奠定了深厚的基础，使得中韩 FTA 重视协商的纠纷解决传统。

2、趋向“规则导向”制度化模式

东亚各国在借鉴西方法治文明的进程中，其自身的法律文化也在不断地变革，可以说，东亚各国近代法制的形成过程就是对西方法律制度的“引进”与“加工”的过程。比如韩国的独特宪法裁判所制度即是借鉴西方法治的体现。尤其在纠纷解决的方式上，东亚各国逐渐开始重视诉讼等司法性的手段。中韩 FTA 争端解决机制也表现出“规则导向”的制度化倾向。首先，中韩 FTA 是“规则导向”法律文本的体现。“规则导向”的一个重要标志就是缔约方签署相关的法律文本以规定具体的争端解决机制。其次，中韩 FTA 具体规定了争端解决机制的内容和程序。如协定设置了司法性的诉讼程序、准司法性的仲裁程序、以及专家组裁决程序，并对专家组成员的选任及其职能作了规定。最后，中韩 FTA 还规定了具体的救济措施。如在专家组裁决程序中，如果最终报告得不到执行，则起诉方可以实施单边报复手段即中止减让或其他义务，但报复的程度应当符合相称原则。由此可见，中韩 FTA 争端解决机制不同于传统的 CAFTA “协调中心”模式，其不仅重视传统的磋商、调解或调停等政治手段，而且效仿了 NAFTA 的“多元调整”模式，在投资、反倾销与反补贴的程序中，强调司法性较强的仲裁、诉讼机制，是传统争端解决方式与现代争端解决方式的结合。多套争端解决机制的构建看起来更有利于保护政治上偏弱的一方，它可避免更多政治因素对争端解决机制的渗透。通过设置多套独立的争端解决机制，促使缔约双方在履行协定时明确双方的权利和义务，

¹⁸ 参见汪习根，占洪沣：《论和谐法律理念对东亚法治的价值》，《中南民族大学学报》，2006 年第 6 期，第 101 页。

使双方能够在制度的约束下，遵守争端解决的规则和程序，公平合理地解决争端。¹⁹同时，这种多元调整模式更具针对性，使争端得以更快解决，提高了争端解决的效率。

需要指出的是，在东亚“和为贵”传统文化的背景下，即便是在法律领域中韩两国也试图采取较为和缓的仲裁方式解决争端。因为仲裁与诉讼相比，方式更加柔和而非强硬，程序也更加迅捷，而且遵循制度化的规则，在保障公平的前提下提高了争端解决效率。中韩 FTA 争端解决机制偏向仲裁的这种模式选择其实与东亚文化的共通性密切相关，这也是其不同于 NAFTA 的“多元调整”模式的原因所在。由于北美自由贸易区拥有多元文化，多民族的融合导致了其文化的多元性。美国、加拿大建国历史较短，文明起源于大量的欧洲移民。墨西哥则是美洲本土文化，同时北美自由贸易区地域上横跨美洲南北两端，因此在文化层面上三个国家不能很好地融合。与北美自由贸易区不同的是，中韩则拥有共同的文化起源。不仅言语上，韩国广泛借鉴了汉语，而且韩国所居的朝鲜半岛，在历史上曾经多次与中国维持宗藩关系，并长期使用中国汉文字。相比之下中韩两国有着更加密切的文化传承和水乳交融、源远流长的民族融合。²⁰中韩 FTA 也秉承了这种文化传统，双方都力求先在政治领域化解矛盾，尽可能通过外交途径协商谈判解决，同时不一味地追求政治途径解决问题，而是诉诸较为柔性的法律手段。双边贸易摩擦的解决路径从主要依赖“事后政治协商”逐步转向“法治化”手段。双方的争端解决实践也表明其“规则导向”制度化模式的趋向。

四、中韩 FTA 争端解决机制的完善路径

（一）完善“和合、包容”的调解和仲裁相结合的争端解决机制

在“和为贵”思想的影响下，中韩 FTA 在争端解决机制的确定中已经给予了通过协商、调解解决贸易争端的方式以充分的重视，促成了其偏重协商的制度特色。然而这从另一个方面也体现出了对于仲裁和诉讼等司法性较强的争端解决方式的轻视，尤其是诉讼。况且，由国际贸易引发的纠纷，很少能够像奉行单一诉讼模式的欧盟那样由统一的司法机构行使司法权。所以，在中韩 FTA 这样区域性的双边贸易协定下，其争端解决应当更加符合地区贸易实情。然而，作为“制度导向”的制度化模式，仲裁和诉讼同样发挥着不可或缺的作用。这不仅仅是制度

构建中基于完善体制的考量，更是对现实中可能出现的争端解决诉求的回应。能够为所有争端解决作出最终的、有约束力的法律评价，这是争端解决体制所应具备的基本功能。因此除了要以“和合”的思维将协商和调解等效率高、成本低、副作用小的争端解决方式充分利用之外，还要以“包容”的态度对待仲裁，甚至是可能的诉讼。

具体到制度构建上，可以从机构设置入手。针对现有机制中缺失的常设的争端解决机构，从长远考虑，设立一个专门的、由类似中立第三方的“法官”角色组成的常设争端解决机构，将行政管理职能和争端解决职能分别赋予不同的机构行使，这样不仅有利于争端的及时解决，也提高了行政管理效率，为未来整个东亚自贸区的确立提供有益的范本。

（二）建立“民本、人和”的私方主体参与争端解决机制

东亚传统文化中的儒家思想，很重要的一部分就是“民本”的思想，“民为重”要求国家统治者要注重“民”的诉求。同时追求个体之间关系的和谐，追求“讲信修睦”的和合之境，又有“天时不如地利，地利不如人和”的说法。中韩 FTA 虽然是国家主体签订的自由贸易协定，但是所有的贸易都是国家之下的私方主体进行的，这些私方主体既是贸易的受益者，又是贸易纠纷损失的最终承担者。中韩 FTA 争端解决机制依然奉行了国家主体的原则，只承认国家在争端解决中的主体资格，与贸易直接相关的私方主体却几乎没有直接参与争端解决过程的路径。这样的后果很可能是一方面国家在争端解决中不能够最大限度的维护参与自贸活动企业的利益，私人主体只能被动地承担争端解决的后果；另一方面由于缺乏来自私方主体的支持，国家对相关信息不能及时获取，在争端解决中缺乏话语权，丧失合理解决贸易纠纷的良机。所以应该把加强私方主体参与作为争端解决机制完善的方向之一，只有“人和”才能促进双边贸易的长远发展。

具体来说，中韩 FTA 争端解决机制在主体资格方面规定，除了少数领域如投资、贸易等允许私人参与外，大多数领域的参与主体都仅限于两国政府，私人不享有诉讼权利。²¹如协定第 20.17 条规定，任一缔约方不得在其国内法下提供以另一缔约方措施不符合本协定为理由的诉讼权利。这种规定难以保证广大私人主体的利益，有必要对其进行改善，扩大私主体的参与度。中韩 FTA 签订后，随着中韩双方经贸往来的日益频繁，广大的私人群体将会在许多领域越来越多地受到

¹⁹ 参见孙志煜：《CAFTA 争端解决机制初论》，《湖南科技学院学报》，2013 年第 5 期，第 123~126 页。

²⁰ 参见【韩】李义洲 (Yi Zu Lee)：《东亚国际秩序中的韩中关系史——思考与探索》，《东北亚历史财团研究丛书》，第 58 卷（2010 年），第 439 页

²¹ 参见[韩]崔承焕(Seng Hwan Choi)：《韩中 FTA 争端解决机制——以扩大公众参与提高透明度为研究核心》，《国际通商法研究》，总 21 卷第 1 号（2012 年），第 223~214 页。

该协定的影响。因此，中韩 FTA 争端解决机制应该在以后逐渐创造更多的机会使私人能够参与进来，无论是基于民主权利、透明度还是公平正义的考量，私人主体参与争端解决机制的模式都是今后的必然趋势。

公私合作参与争端解决机制的模式可以借鉴以下几种：（1）美国模式：其中的 301 条款允许私人主体参与对外国贸易壁垒措施的报复中来，同时建立政府各部门协作互动和以行业协会为中心的各主体协调互动机制²²；（2）欧盟模式：它是以欧盟委员会为核心的公私参与模式。在欧盟委员会所在地—布鲁塞尔有许多代表处，这些代表处都是由私人主体设立的，他们分别代表不同的利益集团参与 WTO 的争端解决。此外，欧盟委员会还设立了“欧盟市场进入数据库”²³，实现了欧盟企业、成员国和欧盟委员会之间的信息共享。（3）巴西模式：它是一种多元化法律认知共同体的公私合作参与机制。²⁴通过这种模式，企业、行业协会、中介机构等民间私人主体，有机会与巴西政府机构开展经济技术以及法律等多方面的合作，从而间接地参与到争端解决中去。

（三）坚持“仁义、共利”的争端解决机制精神内核

义利观是东亚传统文化，尤其是儒家思想的重要内容。既承认“富与贵，是人之所欲也”，又强调“义以为上”，还有“富与贵，不以其道得之，不处也”、“见利思义”。这表明了在“义”与“利”存在着对立统一的关系。利益是发展的目标和导向，但是仁义却又高于利益，只有以符合仁义的手段获得的利益才是真正利益，获取利益时也要充分以仁义作为标准。中韩 FTA 争端解决机制经过长久的谈判已经尘埃落定，但是其在自贸实践中究竟能发挥多大作用，不仅依赖于争端解决机制的文本规范和制度设计，而取决于协商、调解、仲裁等具体的争端解决程序如何运作。

在协商、调解、仲裁等程序中坚持“仁义、共利”，这不仅仅是在东亚传统文化影响下中韩 FTA 争端解决机制的精神内核，也是程序本身的应有之义。尤其是调解程序，作为一种非正式的争端解决程序，其具有低成本、高效率、高收益的功能。通过让渡一部分利益换取争端的快速解决，同时不影响中韩双方贸易协定的继续履行，在纠纷解决中实现“仁义”；因调解而结束的贸易争端，能够把因争端导致的损失降到最低，无论对于中韩两国还是其下参与贸易的私人主体，

达到“共利”的效果。此外，与 NAFTA 内三国不均衡的贸易实力相比，虽然中韩两国存在可以优势互补的产业，但是两国在贸易中互相的地位大致相同，这就使得中韩 FTA 的争端解决机制更能够在平等和互利的基础上运作。

五、结语

中韩 FTA 争端解决模式的选择是经济、政治、文化和法律等诸多因素影响的结果。尤其在东亚特有的儒家文化背景下，更加展现出其模式特性，既有重视协商解决纠纷的传统，又有“规则导向”的制度化趋向，是本土法和外来法的巧妙结合。本文在此基础上，具体从机构设置、程序公正、主体资格和效率提高等方面提出了中韩 FTA 争端解决机制的完善路径。为未来东亚自贸区形成及争端解决模式的选择提供了有价值的蓝本。

从现今各大区域经济组织的争端解决机制来看，绝大多数都从传统的“实力导向”型逐步向“规则导向”型演变，形成了争端解决机制趋同化的现象。我们认为，虽然争端解决机制向规则化、制度化的轨道发展是大势所趋，但是我们应该明白，“法律是地方性知识”，任何制度都必须与本土相适应才能发挥其作用。正如模式的借鉴首先考虑的是模式的可移植性及移植后可能带来的结果，而不能单纯基于技术方面的考量。比如非洲各大区域经济组织对 EU “单一诉讼”模式的简单复制便是一个失败的教训。因此，如何在推动争端解决机制向“规则导向”前移的同时，总结出各区域争端解决的地方性知识，最终达致良性的互动是关键所在，这也是中韩 FTA 争端解决机制在以后的具体实践中要考虑的问题。

²² 郭雳：《美国“301 条款”与 WTO 争端解决机制的互动及其前景预测》，《中国法学》，2001 年第 5 期，第 148 页。

²³ 蔡从燕：《私人结构性参与多边贸易体制》，北京大学出版社，2007 年版，第 142 页。

²⁴ 彭德雷：《WTO 争端解决参与机制的巴西模式及其借鉴》，《法商研究》，2011 年第 3 期，第 107 页。

韩国环境侵权行政救济制度对我国的启示及其借鉴

金圣姬

延边大学法学院

【摘要】

当今中国，随着环境问题的日益严重，环境纠纷数量激增。这既不利于环境管理本身的发展，又势必激化纠纷双方的矛盾，影响社会安定。由于传统的解决机制存在着多方面的缺陷，大量环境纠纷不能得到及时有效的解决。环境纠纷行政救济制度作为司法制度的补充，因其快速、简化、非对抗、平等、灵活等诸多特点，受到环境污染受害者的青睐，为环境纠纷的有效解决作出了贡献。本文介绍了中、韩两国环境纠纷行政解决制度所涉及的纠纷解决主体、纠纷解决方式等问题，并结合我国环境纠纷现状及存在的问题，对完善我国环境纠纷行政解决机制提出了一些有益的建议。

【关键词】

环境行政 环境纠纷委员会 调解 仲裁 行政裁决

一、环境侵权行政救济制度基本内容

一般而言，“救济”是指用金钱或物资帮助灾区或生活困难的人。法学上则认为“救济权”即“补救权”是由于原权利受到侵害而产生的权利，如请求损害赔偿的权利。救济可以采取多种形式，其中法律救济可以采用行政或民事救济方法。行政救济可以通过向更高级的行政官员或大臣申诉取得，也可以通过向特殊的行政机关或法庭、仲裁庭提出申诉而取得。民事救济可通过民事诉讼取得，也可以在可能的情况下通过当事人之间的磋商取得。所有救济方法都是以某种方式对他方当事人造成的侵害进行补偿，其旨在惩罚或威慑违法者。可见，“救济”的含义是极其丰富的，通常是指国家司法机关或有关行政机关应受害人的请求而采取的以保护该受害人的权益为主要目的的行动。笔者认为，环境侵权救济的概念，原则上应采其通常意义，指受害人在其人格权、财产权和环境权益因环境污染或生态破坏而遭受侵害、损害或有遭受损害之势时，通过司法、行政乃至私力

途径实现侵害的排除或损害的填补等，主要是指行政救济。

基于上述环境侵权救济概念和环境权理论，对环境侵权救济法律制度的基本内容和结构探讨如下：就环境侵权的民事救济而言，其方式以损害赔偿和侵害排除为主。前者重在填补已经造成的损害，后者重在防止将来可能发生的损害或除去正在发生的侵害。但是在具体的民事救济途径中，通过民事赔偿填补受害人的损害时，当加害人支付能力不足、加害人不明时，往往难以奏效；依据人格权、财产权受害排除环境侵害，大都是在损害已经产生并明显化之时，往往只能是阻止损害进一步扩大之效，无法做到防患于未然。民事救济存在诸多缺陷，因而只能借助于公权力来弥补，即通过行政力量加强对环境侵权损害的填补和环境侵害的防止、除去，这就是环境侵权行政救济的主要内容一。其中环境侵权损害的行政补偿以迅速、有效地填补受害人损失为目标；公众参与环境行政过程、环境行政复议中的变更请求和撤销请求、环境行政诉讼中的撤销之诉和强制履行法定职责之诉等，往往以环境侵害的防止、除去为其目标。显然，环境侵权行政救济的各种具体途径，正是程序性环境权——知情权、参与权和求偿权在环境法中的具体表现。

二、从我国环境立法看环境权保护的现状及其缺陷

（一）我国环境权立法保护的现状

自1972年以来，我国的环境立法取得了长足的发展，先后颁布实施了《环境保护法》、《海洋环境保护法》、《水污染防治法》、《大气污染防治法》、《海洋倾废管理条例》、《森林法》、《草原法》、《矿产资源法》等环境法律，已经形成了环境法规体系基本框架，在一定程度上遏制了我国的环境污染现象，更重要的是，一些法律条文已经间接地承认了个人环境权并暗示了个人环境权的基本内容。《宪法》第26条规定“国家保护和改善生活环境和生态环境，防治污染和其他公害”这是对环境权的间接确认；《环境保护法》第6条规定“一切单位和个人都有保护环境的义务，并有权对污染和破坏环境的单位和个人进行检举和控告”这是对环境权的间接保护并为环境单项立法提供了法律依据；《水污染防治法》等众多单项法律、法规规定了单位和个人某一个方面的环境权利和义务，是我国环境立法的主要组成部分；另外，《民法通则》和《刑法》中也有一些关于保障公民环境权的法律条文。上述这些有关环境的立法初步构成了我国环境权的法律

保障机制。

（二）我国现行的环境侵权纠纷解决机制存在的缺陷

首先，尽管我国目前的环境立法已经初成体系，但是距离全面、充分地保护个人环境权，实现可持续发展这一终极目标还有很大的差距，可以说我国的立法还很不完善。《宪法》虽然间接地确认了个人的环境权并在《环境保护法》中得以具体化，然而无论是作为公民基本权利保障书的根本大法还是环境基本法都没有对公民在环境方面的相应权利作出进一步的必要规定。这无疑将个人的环境权置于一种“悬空状态”。其次，环境纠纷双方当事人的法律地位不对等。环境纠纷双方当事人的地位缺乏对等性，致害方往往强于受害方，作为弱者的受害方要与致害方达成合意解决环境纠纷是一件十分困难的事情。事实上，许多环境纠纷之所以不得不通过诉讼解决，并非是受害者不愿意通过达成合意来解决，而是致害方拒绝合意的达成。最后，环境纠纷的解决重诉讼轻调解。环境纠纷的诉讼解决不要求双方当事人必须达成合意，受害方可以通过向法院提起诉讼申请解决环境纠纷。这种方式虽然避免了合意解决纠纷的方式会因为当事人地位不对等造成困难，但是高昂的诉讼成本往往令当事人望而止步。并且，由于诉讼必然经历严格的程序，最终判决的形成需要耗费较长的时间，不利于及时恢复、补救受害方的权益。

三、韩国环境侵权行政救济制度及其对我国的启示

“私法的救济无论怎样充实，救济个人性的受害者毕竟是有局限性的，试图通过救济受害者来根除环境污染是困难的。环境问题的解决必须在一个地区，一个国家甚至全球内共同采取防患于未然的措施。”个别的侵权诉讼具有随机性和偶然性，不能成为全面控制环境危机的主要手段，污染的有力防治还需要政府的管制。环境法的发展也经历了一个从最初侵权法救济开始，逐步转变到以行政管制为主导的时期，然后再多个法律部门共同调整的时期。因此，行政法的发展对于环境保护有着至关重要的作用。

韩国的环境纠纷行政解决制度作为司法制度的补充，因其快速、简化、非对抗、平等、灵活等诸多特点，受到环境污染受害者的青睐，为韩国环境纠纷的有效解决作出了贡献。韩国的环境纠纷行政解决制度主要是指因环境污染而受到损害的一方向环境纠纷解决委员会提交书面申请而开始的前期调解、调解和仲裁制

度。因其减少诉讼费用、缩短诉讼时间、恢复双方当事人的平等权利、避免当事人的对抗等特点而凸显优势，以至于韩国的多数公众认为环境纠纷的行政解决比司法解决更可取。依据韩国《环境纠纷解决法》而设立的环境纠纷解决委员会，作为从事环境纠纷行政解决的主体，是准司法主体，具有作出单方裁决决议的权利。因为双方当事人接受委员会的调解建议，环境行政制度就成为唯一有效的解决环境纠纷的方式。委员会由韩国总统任命和由地方行政长官任命的中央和地方两级组成。具体职责包括：调解环境纠纷调查投诉、听取环境污染受害方的陈述并答复、研究阻止环境纠纷的方法、开展与环境有关的公众教育等几方面内容。

韩国的环境纠纷行政解决方式有三种：前期调解、调解和仲裁。前期调解必须由纠纷双方当事人提出申请，其目的不在于解决纠纷而在于提供双方当事人表达自己观点的机会。在这期间，委员会的权力会受到较多的约束，它不能积极地寻找事实真相。只要委员会感到有希望提前解决纠纷时，它就会鼓励双方当事人解决纠纷。而在纠纷不可能得到解决的情况下，委员会有权终止前期调解。下面让我们再看看调解程序。调解有普通调解与特别调解之分。普通调解须征得双方当事人的同意方可提出调解。普通调解适用于一般民事环境纠纷的解决，委员会在普通调解阶段的调查权力有所扩大，可以进入污染现场进行调查，并能查阅和复制商业文献资料和听取相关人员的证据材料。调解委员会的最主要权力在于有权向当事人提出调解协议。如果当事双方同意调解协议，委员会则会继续主持调解直至纠纷解决；如果委员会认为双方当事人不是抱着良好的愿望进行协商，可以提前终止调解程序。如果委员会在30天内都没有收到当事双方同意调解协议的明确答复，终止程序将自动生效。如果由于当事一方或另一方不同意导致调解失败，则任何一方都可以采取民事诉讼的方式解决纠纷；而特别调解不须征得双方当事人同意，只要征得一方当事人的同意，调解委员会即可提出调解。特别调解的权力在中央调解委员会。适用特别调解的案件包括：严重环境污染持续发生；调解协议不可能立即达成；为满足公众利益的需求即已发生死亡，公众健康置于危险之中，被怀疑的损失金额不低于400万美元等。前期调解、调解不产生法律效力，除非当事人自愿服从委员会的调解。前期调解是调解的前置程序，如双方当事人能在前期调解程序解决纠纷，就可以不进行调解程序；再让我们再看看仲裁程序。韩国的仲裁程序可由当事人提出，也可由仲裁委员会主动提出。在仲裁阶段，仲裁委员会的职权包括：在有关人员缺席的情况下开展仲裁；要求提交、复制和调查与纠纷有关的材料和文献；下令调查污染场地；开展环境损害评价专

家咨询，以确定连续环境污染造成实际成本损失，证实或纠正当事人提出的请求数额等。如果双方当事人同意仲裁决议，那么仲裁决议将被看成是解决纠纷的最终办法并予以保存；如果双方当事人有一方不同意仲裁决议，他将在收到仲裁决议的60天内提出民事诉讼，否则将被认为同意仲裁委员会的决议而丧失诉讼资格。仲裁具有法律效力，双方当事人接受协议后不再提起民事诉讼。环境污染受害者可以直接申请仲裁程序，但当委员会发现调解更有利于纠纷的解决时，可以终止仲裁程序而开始调解程序。在这种情况下，调解案件就由仲裁委员会主持，或者仲裁委员会可以说成是调解委员会。如果一方或多方不同意这种转换，那么暂停的仲裁程序可以继续进行；如果当事双方都同意这种转换，那么仲裁程序就将取消。调解和仲裁不能解决的纠纷，可以申请民事诉讼程序解决。

四、借鉴韩国经验，完善我国环境侵权行政救济制度

（一）完善环境行政立法，加强环境纠纷处理机构职能

在我国，由于环境纠纷双方当事人的地位缺乏对等性，致害方往往拒绝合意的达成，因此，以调解方式作为解决环境纠纷的主要途径只能是一种理想化的主张。而仲裁虽然在国际环境侵权案中被广泛采用，是处理国际环境污染损害纠纷比较便捷、有效的司法机制，但是在处理国内环境纠纷方面存在缺陷。因为我国仲裁的目的主要是“仲裁经济纠纷”，而环境纠纷不是经济纠纷，环境纠纷之权益从本质上讲是环境权，而非财产权。因此，仲裁不应当成为解决环境纠纷的主要方式。至于环境诉讼，尽管以其最高权威性和国家强制力而成为环境纠纷的最终救济途径。但是环境诉讼的艰难，以及司法资源的不足，使得相当多的环境纠纷难以通过司法途径得到解决。笔者认为，由于调解、仲裁、诉讼存在着诸多缺陷，为有效解决环境纠纷，应当借鉴韩国环境纠纷行政解决制度，强化和完善我国环境纠纷的行政处理方式。我国的环境行政处理制度是指环境行政机关根据当事人的请求，居于当事人之间，对环境纠纷进行调查，并进行调解，促成当事人双方达成协议并自动履行协议。通过环境行政处理方式解决环境纠纷，程序简便，成本低而效率高。借鉴韩国“环境纠纷解决委员会”的职能，在国家环保总局及各级环境行政机关内部设立“环境纠纷处理机构”等职能机构。各级“环境纠纷处理机构”按照属地管辖原则负责解决辖区内的环境纠纷，跨行政区划的环境纠纷则依据级别管辖原则处理。该委员会的人员组成实行多元化，既有行政

机关工作人员，又有具备独立身份的环保专家、法律界人士、环保社团及群众代表等；参照韩国《环境纠纷解决法》，结合我国环境保护行政管理的实践经验，制定专门的“环境纠纷处理法”，以明确政府环境行政机关担负的环境纠纷发生时运用调解、裁定等必要措施确保纠纷得到及时解决的法定义务；实行环境行政裁决制度，即环境行政主体依照法律规定，对环境纠纷当事人之间发生的与环境行政管理活动密切相关的环境纠纷进行审查，并作出裁决的具体行政行为。环境行政裁决是环境行政主体行使行政裁决权的活动，具有法律权威性。无论环境纠纷的双方当事人是否接受、同意，都不影响环境行政裁决的进行和成立，也不影响环境行政裁决的法律效力。

（二）建立环境受害行政补偿制度

关于补偿基金的筹集，可考虑从排污费中提取相当比例组成补偿基金。目前，我国虽然设有排污收费制度，但根据国务院颁布的《征收排污费办法》，我国的排污收费主要用于污染防治，即实行“谁污染谁治理”的原则，然而“谁污染谁治理”不如“污染者负担”原则全面，它仅指污染者应该承担治理污染或支付治理费用的责任，而未包括承担污染损害的赔偿责任。因此，可以考虑从排污费中提取相当比例金额组成补偿基金，受害人遭受损害后，由该基金先给予相当的赔偿，而后再向加害人求偿，以保护受害人的合法权益。

（三）其他环境行政救济制度

1. 责任保险制度：环境损害责任保险制度是由存在环境风险的事业者向保险机构交纳一定的责任保险金，在发生环境污染损害时，由保险机构予以理赔。由于保险机构的资金来源广泛，所以能够保证受害者得到充分赔偿；同时基于保险制度自身特点，使侵权责任的认定及追究同损害的赔偿相分离，在明确责任人之前，受害者便可得到及时救济。另外，此制度又可以发挥保险机构的监督作用，促使企业加强内部环境管理。

2. 环境债券：应是由国家有关机构发行，其他社会主体予以认购，将所筹集资金用于环保产业开发，环保基础设施建设，并将固定比例资金作为损害赔偿的担保；企业则凭债券获取利息，在发生环境损害时，由环境债券主管部门从预留债券基金中向受害者支付赔偿金；在查明责任者后，收缴其持有的相应债券。

【参考文献】

期刊论文：

1. 谷德近：《环境权的虚假主体》，《中国环境管理》2005年第3期
2. 吕忠梅：《环境权的民法保护理论构造——对两大法系环境权理论的比较》，载吴汉东：《私法研究》创刊号，中国政法大学出版社2002年
3. 徐祥民：《环境权论——人权发展历史分期的视角》，《中国社会科学》2004年第4期
4. 蔡守秋：《论环境权》，《金陵法律评论》（南京师范大学学报），2002年春季卷
5. 李艳芳：“论环境权及其与生存权和发展权的关系”，《中国人民大学学报》2001年第5期
6. 李艳芳：《论环境权及其与生存权和发展权的关系》，载中国人民大学学报2000年第5期
7. 李艳芳：《论环境权及其与生存权和发展权的关系》，载中国人民大学学报2000年第5期
8. 夏云娇，王国飞：《国外环境行政公益诉讼相关立法对我国的启示》，载湖北社会科学
- 中图分类号：D F 4 6；文献标识码：A；文章编号：10 0 3 — 8 4 7 7 (2 0 0
7) 0 9 — 0 1 3 4 — 0 3
9. 黄锡生，邓禾：《韩国的环境纠纷行政解决制度及其借鉴》，载国际合作与交流2004年第三期
10. 王明远：《略论环境侵权救济法律制度的基本内容和结构》，载重庆环境科学2001年4月

学位论文：

1. 刘淑丽 论环境权 [硕士学位论文] 吉林大学 2004年4月
2. 赵国勇 环境权法律化的反思 [硕士学位论文] 中国政法大学 2004年5月
3. 环境权制度化的困境及其出路 [硕士学位论文] 中国政法大学 2003年5月
4. 范战平，环境权的理性困惑及其实现研究[硕士学位论文]郑州大学 2004年5月
5. 李寒冰 环境权法律制度研究 [硕士学位论文] 东北林业大学 2005年6月
6. 雷忆庭 程序性环境权法律制度研究 [硕士学位论文] 福州大学 2004年12月

7. 王京歌 试论我国环境权的创设 [硕士学位论文] 福州大学 2004年12月

8. 朱晓青 论环境权的法律属性 [硕士学位论文] 苏州大学 2004年4月

9. 郭晓雷 论环境权 [硕士学位论文] 山东大学 2006年5月

10. 李杰 环境权主体的界分 [硕士学位论文] 吉林大学 2006年4月

11. 陈万进 论环境侵权与环境权的救济 [硕士学位论文] 郑州大学 2001年5月

12. 李微 环境权的法律分析 [硕士学位论文] 黑龙江大学 2003年6月

13. 罗飞云 环境权诉讼法律制度研究 [硕士学位论文] 南京师范大学 2006年4月

14. 马波 论我国环境行政执法的完善与发展 [硕士学位论文] 福州大学 2004年11月

专著：

1. 世界环境与发展委员会，王之佳、柯金良等译：《我们共同的未来》，吉林人民出版社，1997年版。
2. 汪劲：《环境法律的理念与价值追求——环境立法目的论》，法律出版社2000年版
3. 徐祥民：《环境权论——人权发展历史分期的视角》，《中国社会科学》2004年第4期
4. 肖巍：《作为人权的环境权与可持续发展》，2005年11月7日，<http://theory.fudan.edu.cn>
5. 吴国贵：《环境权的概念、属性——张力维度的探讨》，《法律科学》2003年第4期
6. 吕忠梅：《环境权的民法保护理论构造——对两大法系环境权理论的比较》，载吴汉东：《私法研究》创刊号，中国政法大学出版社2002年
7. 吕忠梅 环境法新视野[M] 北京:中国政法大学出版社, 2000
8. 蔡守秋主编：《环境资源法学教程》，:武汉大学出版社2000年版
9. 周训芳：《环境权论》，北京:法律出版社2003年版
10. 黄应龙：《论环境权及其法律保护》，载徐显明主编：《人权研究》第二卷，山东人民出版社2001年版
11. 沈满洪著：《环境经济手段研究》，中国环境科学出版社2001年版
12. 谷德近：《环境权架构的必要性》，摘自:<http://202.114.71.194>
13. 余谋吕：《生态伦理学》，北京:首都师范大学出版社，1999

浅析检察机关审查起诉阶段非法证据排除程序

史进元*

【摘要】我国刑事诉讼法在修改的过程中，对非法证据排除的立法逐步完善，明确了实物证据与言辞证据非法取得的法律后果，从修法的进程看，取证程序设计趋于严密，对于侦查机关的侦查行为的要求与控制逐渐加强，检察机关主要通过对证据的审查判断，实现对侦查的监督与控制。从现有的法律法规看，检察机关对证据的取舍判断，主要通过内部的诉讼流程进行，如何操作没有相关的法律明确规定，必然导致实务上操作的随意性，这个阶段如何启动非法证据的程序，审查的内容与方法，需不需要相关人员的知情权等程序，对于规范检察机关诉前非法证据排除十分重要，这些程序制度亟待构建与完善，如何在公诉阶段完成这些任务在整个诉讼过程中其决定性作用，也是保证诉讼质量起到关键作用。

关键词：非法证据排除程序 启动程序 审查程序

一、引言

宪法第3条规定，中华人民共和国的国家机构实行民主集中制。国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。由此可知我国检察机关既不属于行政机关，也不属于审判机关。宪法第131条规定，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人干涉。在我国，检察机关作为专门的法律监督机关，是在人大之下设立并与行政机关平行的国家机关，具有相对独立的法律地位。我国检察机关产生方式及其权限基于我国的政治制度与传统治理方式而设定，这种设置赋予了检察机关广泛的职权，特别是在刑事诉讼中对于整个诉讼的控制，检察机关规范化履行诉讼职能有利于程序价值的实现。当今诉讼程序是围绕着证据而进行，证据在整个诉讼过程中发挥着举足轻重的作用，对于证据的判断及运用体现一个国家司法发展的水平及文明程度。基于我国检察机关职权的特点，在刑事诉讼中如何发挥检察机关诉讼控制的职能，也是围绕着证据的搜集、证据的审查、证据的排除、证据的运用等内容，非法证据排除程序对于案件的性质起到决定性的作用。非法证据排除规则发展到目前的程度，积累了理性的价值选择与内在的逻辑判断标准，结合我国的刑事诉讼法的相关规定，分析我国检察机关在诉前阶段非法证据排除判断逻辑与程序构建，规范检察机关的诉讼职能，由于诉前检察机关的职责范围比较广，必要的履行程序趋于复杂，本文主要围绕检察机关诉前证据的审查判断、排除程序为主要内容展开讨论，并完善相关制度。

新刑事诉讼法将非法证据排除的程序覆盖于整个诉讼阶段，由于侦查机关与起诉机关都具有非法证据排除的权力，有观点认为，根据目前公安机关的实际办案机制，侦查部门侦查终结之后，将案件移送检察机关审查起诉之前，一般需要将案件，移送公安机关法制部门进行审查，公安机关法制部门对非法证据排除既有职责要求，也有能力履行此职责。因此，目前由公安机关法制部门具体承担侦查机关的非法证据排除职责是合理的。¹但是，侦查机关对侦查过程中搜集的证据审查排除，程序设计是比较困难，发现非法证据可以自我排除，如何把握非法证据及对实施违法行为侦查人员如何处理就会产生制度上的障碍，组织的自我保护机制不利于这些问题的解决。检察机关作为监督机关，可以对侦查行为进行监督，主要通过侦查机关在申请实施相关强制措施进行，刑事诉讼法第58条规定，公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候，应当写出提请批准逮捕书，连同案卷材料、证据，一并移送同级人民检察院审查批准。必要的时候，人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论。法律上的规定检察机关能够对侦查行为实施监督，实务上的操作还是比较难，由于案件发生的特殊性，检察机关不可能即时介入监督，所以，最终的证据审查重心还是在案件移送审查后，而且，现行刑事诉讼法规定的检察机关立案侦查的案件，刑事诉讼法第18条第二款明确规定，国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪，由人民检察院立案侦查。非法证据的排除与侦查人员违法行为最终是由检察机关完成，可以说，侦查阶段检察机关的监督重心是侦查机关的侦查行为，毕竟，侦查阶段检察机关对案件情况没有精力完全介入，证据审查更多的是形式审查。

审查起诉阶段侦查机关将案件材料全部移送检察机关，此阶段检察机关作为诉讼的主角，对案情与证据的把控关系到起诉的质量，审查证据最终决定对证据的取舍，一项完整的非法证据排除规则包含着“实体构成性规则”与“程序实施性规则”两大部分。²实体上关于证据资格与证明力审查是整个刑事诉讼的中心，这是历来诉讼所强调的内容；如何使各方通过恰当的程序参与到非法证据

* 史进元 西安石油大学人文学院讲师

¹ 樊崇义，吴光升：“审前非法证据排除程序：文本解读与制度展望”，《专题》，2012年。

² 陈瑞华：“非法证据排除规则的中国模式”，《中国法学》，2010年第6期。

排除的议事规则，这是程序安排的要求，我国现有的规定主要是刑事诉讼法第54条所体现。一般认为，将非法证据排除的启动程序分为依职权启动与依申请启动两种方式，实务当中依职权排除往往是检察机关在审查起诉阶段职责所在，发现非法证据可以主动进行排除；而依申请启动排除没有明文规定，只是当事人、诉讼参与人依据诉讼中抽象的权利为基础而实施，例如，控告、举报、建议等权利的延伸，如何启动非法证据排除程序仍由检察机关视情况而定，这是程序缺失的必然结果。

二、我国非法证据排除程序的现状及困境

我国最高司法机关分别于1998年、1999年出台了关于被告人供述被害人陈述、证人证言等言词证据方面的非法证据排除规则。2010年，最高人民法院、最高人民检察院联合公安部、司法部和国家安全部共同发布了《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《非法证据排除规定》），对刑事诉讼中非法证据排除规则的适用范围、启动条件、证明责任分配等问题作了系统规定，2012年修订的《刑事诉讼法》对刑事诉讼中非法证据排除更趋于明确。

1、非法证据排除的逻辑判断与追诉观念问题

我国刑事诉讼法第48条规定了证据的定义与种类，这是根据证据的基本特征及外部表现形式将证据划分的种类，就目前来说，基本涵盖了所有证据的外在表现形式。在对证据的不断的认识中，学理上还是司法实务中都强调证据的三大属性，并成为指导立法、司法的价值导向，这种观念的转变对于法治发展、诉讼文明是不可或缺的，证据三大属性的地位成为证据制度中不可撼动的基石，但是，在认识证据过程中是否存在内在的逻辑顺序，不可否认，在介绍证据时其客观性常常被置于首要的地位，毕竟，力求证据与案件事实无限可能地接近是法律工作者最大可能的追求，这种价值的取向赋予了证据极具功利的目标，既希望证据与客观事实无限接近，又希望与主观目的认识统一，似乎陷入了“蛋”与“鸡”争辩逻辑。学理上抽象描述对于证据制度的发展功不可没，可以系统地理解证据的本质属性，厘清证据的脉络，注重理性经验与逻辑判断。理论中客观分析与价值分析是可以并存的，证据的三大属性逻辑顺序站在不同的立场是可以错位排序，而司法实务通过具体操作解决实际问题，但是，实务的应用的侧重点不同可能导致不同的结果。

从证据的判断历程看，最初的判断顺序是一个从主观到客观、从实质到形式的一个过程，证据的搜集、应用都其有目的，功利性必然成为证据搜集的天然属性，以至于刑讯逼供等非法手段取证普遍存在，势必出现大量的冤假错案，从目前我国对冤假错案的原因分析可知，执法者先入为主以犯罪嫌疑人、被告人的口供获取其他证据，这种途径可以提高破案效率，但不可避免造成冤假错案的几率。基于这种现实，非法证据排除可以有效避免这种结果，立法上非法证据的排除程序与理念不断地受到重视，为了防止刑讯逼供的出现，对于通过刑讯逼供搜集言辞证据绝对排除等规定，势必改观原有的逻辑判断，但从一些研究者的实证调查的数据发现，非法证据排除规则在司法实务中的适用处于案件数量极少、比例极低。³针对侦查行为合法性的司法审查机制并没有真正运行起来，那些被确立在书本法律中的制度设计，也没有全部转化为现实中的行为准则，更没有得到法院、检察机关、公安机关、看守所的有效执行。结果，在司法审查机制难以运行起来的情况下，非法证据排除规则也就逐渐被架空和被规避了。⁴这也凸显了我国在非法证据排除规则目前的尴尬局面，理念的广泛深入，而实务操作上陷入了困境。

刑事诉讼法第54条的规定，通过绝对排除非法言辞证据，确立非法证据逻辑判断顺序，确保事实认知的客观性，事实认知不仅要求思维过程要挣脱价值判断的支配，避免主观臆断和先入为主，还要求思维过程不受人情的干扰。⁵我国传统的政治伦理根植于长久以来的农业生产方式，农业社会是以宗族和家庭为单位，人与人之间的纠纷解决更多地诉诸于内部的调和，避免激烈的冲突与对抗，成员之间能够长久地相处，这种观念一直延伸至国家机关之间处理事务之中。检察机关与侦查机关经常有业务来往，彼此之间需要协作、配合来完成案件诉讼的顺利进行，检察机关对侦查机关提供的证据排除，不仅是对侦查机关的工作成果的否定，而且相关人员可能要承担因此产生的不利后果，这对于稳定的检检关系当然会产生影响，深受传统人情社会熏陶的政法机关一定程度上会对这样的结果持排斥态度。从非法证据排除适用案例数量的统计分析，很少有案件将非法证据排除的原因之一，即使有少量案件中非法证据被排除，但对于案件的结果也不会有所改观，刑事案件中因非法证据排除而被宣判无罪的少之又少。实体上，由于

³ 李麒：“法律移植与文化适应：基于非法证据排除的实践分析”，《政法论坛》，2016年9月。

⁴ 陈瑞华：“司法审查的乌托邦——非法证据排除规则难以实施的一种成因解释”，载《中国法律评论》，2014年第2期。

⁵ 李麒：“法律移植与文化适应：基于非法证据排除的实践分析”，《政法论坛》，2016年9月。

侦查人员刑讯逼供依照刑法第 247 条判处刑罚的案例也是不多见的，造成严重后果依照伤害罪、故意杀人罪定罪并从重处罚，司法机关往往判处以缓刑的结果也能够说明此问题。如何打破这种长久以来形成的局面，不仅仅是非法证据排除制度建设中所要解决的问题，也是我国社会主义法治社会建设中所要打破的观念，确立相对独立的职责分工的基础上确保案件诉讼的顺利进行。

2、检察机关在非法证据排除程序中的职责问题

宪法赋予了检察机关广泛的权力，在整个刑事诉讼过程中既是国家公诉机关，决定公诉的范围，又是法律的监督机关，对整个诉讼过程进行掌控，某种程度上说，我国奉行的是纠问式审判制度，诉讼的重心倾向于追诉犯罪，公检法三机关存在着倾向性的属性。检察机关作为国家司法机关，根据宪法、刑事诉讼法及相关法律规定享有侦查权、检察权及监督权，在追究犯罪者刑事责任上与其他国家机关、司法机关分工合作，也有职责上重叠，有观点认为我国的诉讼模式为直线型诉讼模式，也有观点认为是斜三角诉讼模式，总而言之，控辩双方并不是在平等对抗的基础进行诉讼。目前，对检察系统进行尝试性的改革，探索新的诉讼结构，不仅仅对于非法证据排除程序起到推动作用，对于国家机关之间的权力布局也起到促进作用。

刑事诉讼法第 50 条规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。此条分析来看，检察机关并不是完全对立与犯罪嫌疑人、被告人，作为单一的控诉主体，同样承担着保护犯罪嫌疑人、被告人的职责，其身份也有复杂性。伴随非法证据排除规则的确立，立法赋予检察机关多重身份和角色，即非法证据的预防者、监督者、排除者和证明者，其在自侦案件的侦查，公诉案件的审查批准逮捕、审查起诉以及其后的庭审环节都可能面临非法证据的排除问题，任务不可谓不繁重，责任不可谓不重大。⁶检察机关对证据的审查性质来看，主要体现在两个方面，一方面是检察机关的监督职权的具体作用；另一方面是检察机关的公诉职能的体现，在不同的阶段两个职能的区分并不明显，只是侧重点不同而已。根据权责相统一的原则，赋予权力越大，就应当承担越大的职责，以

⁶ 杨波：“由证明力到证据能力——我国非法证据排除规则的实践困境与出路”，《政法论坛》，2015 年 9 月，第 33 卷第 5 期。

防止权力滥用侵害他人的法益，如何避免权力滥用就需要为权力行使设置合理的程序。在非法证据排除程序中规定检察机关适当承担一定义务，可以规范非法证据排除程序，保障相对人的权益免受侵害，而由非法手段所收集的非法证据一旦进入审判环节，则很容易造成误判和错判，并最终侵害公民的基本权利。

新刑诉法对于检察机关承担证据合法性证明责任的规定，不仅加重了检察机关在证据合法性证明方面的法定义务，更为重要的是如果检察机关不能在庭审过程中有效证明所使用证据的合法性，一旦指控证据被排除，将使检察机关的证据系统被削弱甚至面临撤诉或无罪判决的不利后果。归根结底，检察机关排除非法证据的程序设计必须解决的一个前提就是何为非法证据？也就是非法证据的认定标准。法律程序如何启动，如何运行。检察机关在某些案件中，既是证据的搜集主体，又是证据的审查主体，其权限之大可想而知，虽然刑事诉讼法加重了检察机关的证明证据合法的义务，但相应的制约程序仍然不健全，非法证据的相关问题也只是在内部、相对封闭的体制内进行处理，缺乏外在的制约与监督，在实务中实际效果更为捉襟见肘，非法证据排除程序中检察机关始终处于主导地位。

3、非法证据排除利害关系人的权利问题

由于非法证据排除关系到整个案件的最终结果，特别是对案件客观事实起关键证明力的证据，由于不具备证据资格而被排除，在法治不健全的当前环境下，作为案件的受害人一方是难以接受这样的结果。那么，建立一个有效的沟通渠道是很有必要的，更进一步讲，目前的法治环境没有办法希冀于每个公民都是理性的个体，案件的相关人员在诉讼中通过广泛而深入地参与，了解法律逻辑思维，程序的运作，可以缓和司法人员与利害相关人的对抗，将案件中的争议纳入理性程序中解决，认识目前科技与人本身的不足，而罔顾现实，意图达到不切实际的追求，使各方能够接受案件的处理方式与结果。法律上，实现良性的社会效果离不开理性而又实际可行的程序构建，在检察机关诉前证据排除程序构建过程中，如何保障诉讼相关人员的知情权、参与权是实现上述目标的关键，从目前的我国刑事诉讼法的立法内容分析，诉讼相关人员在整个诉讼过程中这两方面权利的不足是不可否认的事实。2012 年刑事诉讼法将人权保障的理念作为基本的诉讼原则，诉讼相关人员的权利的保障作为今后刑事诉讼发展的重心，只有充分保障其知情权、参与权的基础上才能进行其他权利的行使，例如，控告权、复核权、申诉权、鉴定申请权、抗辩权监督权等权利。

最新的刑事诉讼法及相关的司法解释强调当事人及诉讼参与人的权利保障，为了避免相关的权利流于形式，这就需要完整的权利行使规则作为保证，利害关系人与公权力机关之间的权利义务的配置合理与否决定实际效果，理论上探讨很容易达成一致，但是，规则体系的构建将会给公检法三机关相应的义务，增加办案的难度与效率，义务的不履行必然会产生渎职的后果，这是国家机关所不愿直接面对的不利结果。所以，对于利害关系人的权利更多的是泛泛规定，设置相应的权利、权利的运行及权利的救济不光在实务中存在难度，立法上权利的设立也存在阻力。

三、检察机关审查起诉阶段非法证据排除规则的构建

1、非法排除证据的法律逻辑思维及理念的转变

以追究犯罪者的刑事责任为最重要的刑事诉讼目的，与之相应的非法证据排除的法律逻辑思维就是“重实质，轻形式”、“重实体，轻程序”、“由主观，到客观”，将“口供”作为“证据之王”，容易造成刑讯逼供，甚至冤假错案的发生，刑事诉讼的发展过程验证了这种思维方式不利于保障人权。刑事诉讼目的转变为保障人权，相应的法律逻辑思维是“由客观，到主观”，甚至有意识地思维阻却，刻意淡化对实体内容的考量，避免先入为主的判断，将人们的目光由个案公正转移到刑事诉讼程序的正义，重视非法证据排除及程序的构建。形成“由客观，到主观”的非法证据排除的思维逻辑，对于证据的判断，首先审查证据的形式，也就是证据资格的审查判断，然后是审查其证明力，最终确定是否为证据认定案件事实。这种逻辑贯彻于整个刑事诉讼，无论在任何阶段，法院都不得对有合法性争议的公诉方证据，先行调查其证明力；法院必须首先审查其合法性问题，只有在对这一问题做肯定回答的前提下，才能启动对该证据证明力的调查程序。唯有遵循这一原则，才能保障程序性裁判的相对独立性，也才使得对侦查人员取证行为合法性问题的审查具有实际意义。⁷这种逻辑思维是多数国家通行的证据判断的程序，对于人权的保障起到很好的作用，随着我国对刑事诉讼价值的认识，逐步建立非法证据排除的相关制度，促进实务操作，以现代观念将非法证据排除纳入到法治的轨道上。

⁷ 陈瑞华：“非法证据排除程序再论”，《法学研究》，2014年第2期。

基于我国检察机关审查起诉阶段非法证据排除所存在理念问题与制度的不完善，需要建立合理的程序运行规则是当务之急，也是保证刑事诉讼公正而又高效运行的要求。对于国家机关诉讼理念的问题，可以说是历史传统长久以来思维模式惯性延伸，不可能一撮而就，产生立竿见影的效果，这种观念的转变也需要一个长久的过程，大环境的改观非一朝一夕能够完成，是由社会的众多因素综合作用，包括政治、经济、文化、习俗等社会因素，在法律层面，不仅仅是刑事诉讼法等相关法律更新能够解决的问题，甚至需要启动宪法层面的法律运行，就目前来说，完全改观是不现实的。但是，尝试性的改革已经展开。2016年12月25日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》（以下简称方案），为在全国推进国家监察体制改革探索积累经验，会议决定：在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作。将试点地区人民政府的监察厅（局）、预防腐败局及人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会。同时，草案对监察委员会及其组成人员的产生和对监察委员会的监督作了规定。

该方案对于检察机关的侦查权相对分离，检察机关的主要职能在于行使公诉权与监督权，相对独立的地位与职责可以有效地制约侦查机关违法取证的行为，便于建立公开透明的审查程序，避免权限的重叠而出现自侦自检的窘境。对于非法证据排除程序的启动，可以说是检察机关职责使然，提升公诉质量的必要环节，明确刑事诉讼的理念。从美国的经验来看，美国关于非法实物证据排除规则的理论基础，经历了从局部人权保障到全面人权保障，从只考虑人权保障到人权保障和阻却警察违法相结合的发展变化过程。⁸非法证据排除的制度的建设与理念的发展也是经历的长期的积累不断发展的过程，我国非法证据排除程序的设计与理念的树立亟待完善，需要解决现实的问题，但也是一个不断探索的历程。

2、合理配置检察机关与当事人在非法证据排除程序中的权责

（1）非法证据的排除方式

综合世界其他国家的立法与司法实践来看，对于非法证据的排除主要采用两种方式，即绝对排（又称强制排除或自动排除）和裁量排除（又称相对排除）。绝对排除方式适用于公认的严重违反法律程序和严重侵害相对人合法权益的行

⁸ 邓思清：“论非法证据排除规则的理论基础”，《法律科学（西北政法学院学报）》，2006年，第3期。

为，不给予任何补正的机会；裁量排除则允许司法人员对是否排除使用自由裁量权，综合考量多种因素对非法证据进行价值权衡后，决定是否排除。我国新刑诉法第54条规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”2012年12月25日颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中第89条规定“勘验、检查笔录存在明显不符合法律、有关规定的情形，不能作出合理解释或者说明的，不得作为定案的根据。”由上述规定可知，实际上我国规定了三种非法证据排除方式，即绝对排除、裁量排除和无法补正排除。我国设置了三种不同的非法证据排除规则，分别是针对非法言词证据的强制性排除规则、针对非法实物证据的裁量性排除规则以及针对瑕疵证据的可补正的排除规则。⁹对于证据的排除规则我国已基本确立标准，在实务的操作中，主要是在检察机关主导下进行。

（2）非法证据排除程序的启动

我国刑诉法第55条规定：“人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的，应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的，应当提出纠正意见；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这条赋予检察机关从程序上与实体上两方面的职权防止非法方法搜集证据，从法条的表述上看，“报案、控告、举报”的主体是检察机关以外的主体，“发现”的主体是检察机关，这也就是说我国刑事诉讼法规定检察机关启动非法证据排除的程序包括依申请程序和依职权程序。从我国刑事诉讼法规定看，涉及检察机关职权行使的制度主要由检察机关依职权启动，相对于当事人或者诉讼参与人依申请启动的程序规定就比较零星，这方面程序的规定不健全，不仅是对当事人或者其他诉讼参与人诉讼权利的限制，而且容易造成当事人及诉讼参与人与检察机关激烈的对抗，引发情绪性诉讼，不利于诉讼程序的顺利进行。另一方面，检察机关依职权启动内部程序时，缺少必要的监督，必然会产生更严重的后果，滥用权力甚至司法腐败。考虑到这而难以预料的后果，在制度的设计上必须公开透明，平衡检察机关权力与各方的权利的配置，达到相对稳定的状态，克服制度的不健全而引发的后

⁹ 陈瑞华：“非法证据排除程序再论”，《法学研究》，2014年第2期。

果。

非法证据排除可依辩方申请启动。犯罪嫌疑人及其法定代理人、辩护人在审查起诉阶段提出排除非法证据请求的，应在检察机关提起公诉前提出在审判阶段提出排除非法证据请求的，提出请求但被有关机关决定或裁定不予排除的，在随后的程序中可继续申请复议，复议之后不予排除的，不得再次申请。¹⁰

检察机关也可以依职权启动非法证据排除程序，承办检察官在审查起诉中如果发现了非法证据，应当撰写《非法证据线索审查报告》，写明非法证据线索来源，采取了哪些审查措施和已查明的问题，对非法证据线索的分析和论证，对是否属非法手段取证提出明确意见，然后将《审查报告》交所在部门负责人同意后提请检察长决定是否启动非法证据审查程序。¹¹

以上是有关研究者对启动非法证据排除程序的安排倾向，申请启动检察机关可以做出三种决定或裁定，一是裁定拒绝启动；二是决定不予排除；三是启动非法证据排除程序。基于程序的严肃性及保障当事人的救济权利，前两种应当书面的文件送达当事人，使其能够顺利进行复议程序，这就是当事人对于非法证据排除的复议权，复议结果维持了原裁定或决定，就某证据在审查起诉阶段的非法证据排除程序终止，因为审查起诉阶段并不是终极阶段，当事人可以在之后的诉讼阶段行使权利；后一种决定启动就进入了具体的审查程序。

（3）非法证据的审查

在非法证据审查过程中，侦查机关应当提供相关证据证明争议证据的合法性，辩护方及其证人可以提供证据证明争议证据的非法性，检察机关也可以自行收集取证行为违法的相关证据，借鉴相关试点的经验，如果侦查机关或者案件当事人要求听证，或者双方对于某一证据是否属于非法证据有严重分歧的，承办检察官应建议所在部门负责人向检察长或检委会申请召开听证会，听证会的决策机构可以由检委会专职委员、人民监督员、承办案件部门负责人等人员组成，在听证过程中，侦查人员负责证明证据的合法性，犯罪嫌疑人等案件有关当事人可以就侦查人员的证明进行反驳，经过审查被确定为非法证据的，由检察长决定是否予以排除；对于重大案件中的非法证据，或者对于是否属于非法证据有严重分歧的，应提交检委会决定，检察机关应在审查起诉的法定期限内作出是否排除

¹⁰ 郭欣阳：“检察改革视域中的非法证据排除规则”，《国家检察官学院院报》，2012年10月。

¹¹ 郭欣阳：“检察改革视域中的非法证据排除规则”，《国家检察官学院院报》，2012年10月。

非法证据的决定，并于作出决定后的3日内告知侦查机关、犯罪嫌疑人及其辩护人、被害人及其家属。¹²听证程序的设置可以将检察机关的非法证据排除程序公开化、透明化，同时赋予当事人参与权、知情权，避免审查程序流于形式。

审查起诉阶段对非法证据的审查程序，一般观点认为可以召开听证会，听证会的启动可以以侦查机关或者当事人申请经检察机关同意，也可以由检察机关决定召开听证会两种方式，参与者的范围应当包括与案件有利害关系的人，并不仅限于犯罪嫌疑人，各方可以就非法证据排除提供证据，发表各自的看法，通过听证的形式，在审查起诉阶段对证据的合法性进行审查，当事人通过看得见的方式实现对侦查机关、检察机关的职责监督，对于裁定或决定的结果合理性能够认可，也可以将案件的争议点突出，明确审判的重点。可以在案件进入审判程序之前排除非法证据，避免非法证据进入审判程序，这不仅更好地达到了排除非法证据的预期效果，并且可以有效地防止非法证据影响法官对事实的认定和心证的形成。

四、结语

证据的排除范围随着人们对诉讼价值不断认识而扩大，科技迅猛发展，为证据搜集提供技术保障，非法证据的审查判断标准逐步明确，对执法者搜集证据程序性要求更高，同时，证据排除也受到社会状况的影响，出于社会控制的目的会影响到司法界对证据的态度，这是一个不可避免的现实。非法证据排除规则在我国逐步建立，具体的程序仍然处于探索的过程中，涉及到检察机关的职责以及诉讼理念的转变，进而推动实务进程，避免非法取证的情况发生，提升司法权威。

非法证据排除程序中，刑事诉讼法赋予检察机关广泛的权力，检察机关对于侦查机关的立案监督权已经开始，对于侦查机关应当立案而没有立案的情况，可以指令侦查机关立案，其实就是对证据进行审查；侦查阶段侦查机关对于重大、疑难案件听取检察机关的意见；对于强制措施中的逮捕，是由检察机关对逮捕条件进行审查，然后批准或者决定逮捕，也是对证据进行审查而做出的决定，这个阶段已经是对证据的实质审查，也就是证据的客观性、关联性及合法性的审查。而且，根据刑诉法第54条规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排

¹²郭欣阳：“检察改革视域中的非法证据排除规则”，《国家检察官学院院报》，2012年10月。

除。”，非法证据排除已经提前到侦查阶段。从这些方面的规定看，我国检察机关对刑事案件的介入在时空范围上比较广、比较深，这也是由我国立法上对检察机关赋予的权力属性的使然。

权力只有在合理的程序框架下运行，才能够保障人权，非法证据排除程序的构建，要对依法追究犯罪与合理保障人权之间进行反复衡量，寻找恰当的价值支撑点，继而通过司法实务操作逐渐对非法证据排除规则予以规范和固定。我国检察机关在审查起诉阶段非法证据排除启动程序、审查程序、救济程序处于试点与探索阶段，平衡检察机关的权力与当事人的权利，才能发挥相应的法律效果与社会效果。

中国特色的刑法变通初探

韩相敦*

- I. 引言
- II. 刑法变通的根据和相关情况
 - 1. 刑法变通的法律根据
 - 2. 刑法变通的相关情况
- III. 刑法变通实践上的诸般问题
 - 1. 习惯刑法和刑法变通
 - 2. 习惯刑法和现行《刑法》的冲突
- IV. 结语

I. 引言

众所周知中国是一个由 56 个少数民族融合而成的拥有悠久历史的多民族国家。新中国成立以来，为结合所有民族团结一致，成功开展了诸多少数民族政策。

现行《刑法》也有规定“中华人民共和国各民族一律平等。国家保障各少数民族的合法的权利和利益，维护和发展各民族的平等、团结、互助关系。”¹³ 不仅如此，并规定“国家根据各少数民族的特点和需要，帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展。”¹⁴

值得注意的是中国的 55 个少数民族当中，有 44 个民族设立自治地方实行自治，而受此特惠的少数民族占全部少数民族人口的 71%。实施民族自治的面积占中国国土总面积的 64%¹⁵。由此可知，中国对少数民族的重视和关切。

* 韩国亚洲大学法学专门大学院教授，法学博士。

¹³ 中国《宪法》第 4 条第 1 款。

¹⁴ 中国《宪法》第 4 条第 2 款。

¹⁵ 参照 中国著名的 5 大天然牧区，都在少数民族地区；森林面积占全国的 43.9%；林木蓄积量占全国的 55.9%；水力资源蕴藏量占全国的 65.9%。此外，还有大量的矿藏资源，以及丰富的动植物资源和旅游资源。<http://baike.baidu.com/item/56%E4%B8%AA%E6%B0%91%E6%97%8F/383735>

少数民族能实施自治是因为拥有自治权。中国最早的宪法 1954 年《宪法》具备了有关民族区域自治制度的规定。此后，1975 年《宪法》和 1978 年《宪法》被删除，之后 1982 年《宪法》的现行宪法再次制定了有关民族区域自治制度的规定。

1984 年 5 月根据宪法有关规定制定了《民族区域自治法》。由此具备了民族自治地方的建立和组成及有关自治权的明确法律规范，中国的民族区域自治制度进一步完善。中国全国 5 个自治区，30 个自治州，121 个自治县（包括‘旗’）等设立了 156 个民族自治地方¹⁶。如此，民族自治地方根据《宪法》第 4 条第 3 款¹⁷，可设立‘自治机关’，行使‘自治权’。

可行使自治权的少数民族地区在其地区人民代表大会可制定自治条例和单行条例。不仅如此，并赋予人民代表大会或其常务委员会考虑当地的政治、经济、社会、文化等各方面的各种特点可部分变更或制定有效于全国的法律规范的权限。此所谓‘变通权’。自治条例和单行条例依照当地民族的特点可变通法律和行政法规。¹⁸ 变通权通常体现为‘变通规定’。

变通权的根据被视为是少数民族自治地区或经济开发特别区的立法机关根据《宪法》、《民族区域自治法》和其他法律的授权，由国家法律按本地区的实况来实施的地方性民族自治立法权¹⁹，也赋予地方国家立法权的分权式立法权。²⁰ 此外，变通权可谓地方立法权的一种²¹，通常获得批准机关的批准即时生效。

全国人民代表大会制定的法律当中《刑法》、《婚姻法》、《继承法》、《民法通则》、

¹⁶ 与此同时，设立了 1571 个民族乡。参照 <http://baike.baidu.com/item>

¹⁷ “各少数民族聚居的地方实行区域自治，设立自治机关，行使自治权。各民族自治地方都是中华人民共和国不可分离的部分”

¹⁸ 但不能违背法律或行政法规的基本原则，《刑法》和《民族区域自治法》规定及其他相关法律、行政法规上专门对民族自治地区规定的不得变通规定。参照《立法法》第 66 条第 2 款。

¹⁹ 康耀坤，馬洪雨，梁亞民，著，《中國民族自治地方立法研究》，民族出版社，2007，241 页。

²⁰ 吳宗金，張曉輝，主編，《中國民族法學(第二版)》，法律出版社，2004，392 页。

²¹ 而且变通权的行使最主要应当反映当地具体的情况和实际的需要，不然变通权则失去其价值。宋方青，突破與規制—中國立法變通權探討，《廈門大學學報(哲學社會科學版)(總 161 期)》，2004，69 页。

《民事诉讼法》等有关于变通的相关规定²²，全国人民代表大会常务委员会制定的《婚姻法》、《继承法》、《领养法》、《森林法》、《传染病预防法》、《妇女权益保障法》也有可变通的相关规定²³。其中关注于《刑法》，试图探析刑法变通的法律根据以及实际方面的运用。

II. 刑法变通的根据和相关情况

1. 刑法变通的法律根据

如上所述，按中国《宪法》第4条规定国家保障各少数民族的合法的权利和利益²⁴，在各少数民族聚居的地方实行区域自治，行使自治权²⁵。而且明示了各民族有保持或者改革自己的风俗及习惯的自由²⁶。

行使自治的法律根据也在《民族区域自治法》见其相关规定。即《民族区域自治法》第2条规定“各少数民族聚居的地方实行区域自治”并“民族自治地方的自治机关都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由”²⁷由此再次确认了对少数民族自治权的宪法规定。

再说民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济及文化的特点制定自治条例和单行条例²⁸。由此赋予了立法权。

自治区、自治州、自治县行使职权时，应依照《宪法》、《民族区域自治法》和其他法律规定的权限行使，而此时应按照本地方的实际情况执行国家的法律、政

22 宫波，少数民族习惯法与国家法的依存和冲突—少数民族地区法律多元个案透视，思想战线，第6期第30卷，2004, 45页。

23 参照陈伯礼，徐信贵，立法学视野下的民族变通规定问题探析，满族研究，第3期，2007, 10页。陈伯礼，徐信贵，关于民族变通规定法律问题探析，西南民族学院学报(哲学社会科学版)第5期，2007, 61页。

24 中国《宪法》第4条第1款。

25 中国《宪法》第4条第3款。

26 中国《宪法》第4条第4款。

27 中国《民族区域自治法》第10条。

28 中国《民族区域自治法》第19条规定“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”

策。²⁹

《立法法》上也可见到在民族自治地方可制定变通规定的法律根据。《立法法》第75条第1款规定“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济及文化的特点制定自治条例和单行条例”³⁰由此赋予立法权。而且《立法法》第75条第2款规定自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

依如上的变通的法律根据，中国的少数民族自治区域都可变通。不仅如此，亦可以找到可‘变通执行’或‘停止执行’的相关规定。即《民族区域自治法》第20条规定“上级国家机关的决议、决定、命令和指示，如有不适合民族自治地方实际情况的，自治机关可以报经该上级国家机关批准，变通执行或者停止执行”此时，该上级国家机关应当在收到报告之日起六十日内给予答复。

在《刑法》可以看到刑法变通的法律上的直接根据。中国《刑法》第90条第1款规定“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”

但中国《刑法》第6条第1款规定“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”

由此可知，民族地方刑法的变通立法相当于本条款所述的‘特别规定’。但《刑法》允许的例外情况要求应在‘法律’上有特别规定，由于民族自治条例并非‘法

29 参照中国《宪法》第115条。在此所谓“按本地方的实际情况执行国家的法律、政策”是指行使自治权时，表示相当部分允许其地区的实际情况之意。吴宗金主编，中国民族法学，456页，法律出版社，1997。

30 自治区制定的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

律’而是‘法规’，因此民族自治地方制定的刑事变通陷入无效的矛盾。

2. 刑法变通的相关情况

(1) 刑法变通的性质：民族自治地方的刑事变通立法是一种特别的地方法规，其适用效力不及全国而仅涉及所属地区。因为是规定犯罪和刑罚的问题，必须报全国人民代表大会常务委员会批准后才生效，所以可以说是不同于一般的地方法规³¹。

刑事变通权不是民族自治地方的自治立法权，只是将全国人民代表大会行使的刑事立法权授权于省级人民代表大会，由此有属特别授权的意见³²，但在允许民族自治地方的地区考虑其地区的诸般情况而由其自治区域人民代表大会制定。故称为自治立法权也并非错误。

(2) 变通刑法和刑法关系：刑法上定为犯罪的行为在民族自治地方则无社会谴责或指责轻微。相反地在民族自治地方是属犯罪行为而且是应加以处罚的行为，但在国家《刑法》并非定为犯罪。由此，“刑法变通应根据罪刑法定原则，只有在罪重和罪轻之间进行变通，不得在罪和非罪之间进行变通”³³的意见使刑法变通的适用范围过于狭窄而导致刑法变通的立法精神失去意义。

(3) 变通刑法和刑事政策：中国刑事政策之一的‘两少一宽’³⁴在民族自治区域的司法实践上与刑法变通同时经常应用。两少一宽是在少数民族自治区域对少数民族犯罪分子尽可能少用逮捕和重罚而予以宽处。刑法变通不仅在犯罪的轻重而在罪与非罪上也考虑其民族自治区域的传统、风俗、习惯刑法、刑事政策等应广适。

III. 刑法变通实践上的诸般问题

³¹ 吴大华，论少数民族犯罪的立法控制，云南大学学报法学版，第2期（总第79期），2005, 1页。

³² 田凯平，民族自治地方刑法变通的理论困境与应对策略，甘肃理论学刊，第1期，总第221期，2014.1, 48页。

³³ 田凯平，民族自治地方刑法变通的理论困境与应对策略，甘肃理论学刊，第1期，总第221期，2014.1, 48页。

³⁴ ‘两少一宽’政策是中国共产党中央委员会根据1984年拟定的第5号文件少数民族刑事政策中，在中国少数民族自治区域实行的刑事原则之一。

1. 习惯刑法和刑法变通

(1) 习惯刑法：少数民族拥有自己固有的习惯法和其民族独特的风俗。由此全国性有效法規在少数民族地区不易或不便于遵守。特别在国土庞大而由56个民族融合在中央集权统治秩序下的中国更为不易。³⁵ 习惯法中的习惯刑法依据国家《刑法》所赋予的刑法变通，比《刑法》更具其效力。

在实行民族区域自治的地区为了圆满进行刑事司法需要习惯刑法和刑法变通的圆满结合的司法空间。如实行民族区域自治的地区不容许一定幅度的司法空间的话，《刑法》的社会功能将趋于衰微而导致不易维护少数民族社会的安定和秩序。结果将加重国家的社会管理资本并予以国家《刑法》权威负面影响³⁶。

(2) 习惯刑法的犯罪类型：在中国少数民族自治区域发生的犯罪有侵犯财产罪、侵犯人身权利罪、诬告陷害罪、强奸罪、集体安全危害罪等³⁷。少数民族自治区实际上发生的犯罪类型情况如下。

①盗窃：黎族的主要产业是农牧林业。从而家畜在生产上既是重要的道具亦是重要的保护法益。在少数民族地区盗窃家畜时被当做是妨碍经济生产的行为而严重处罚。黎族地区认为偷窃牛只为最严重的盗窃行为而按习惯刑法加倍加重处罚³⁸。

②通奸：男女双方以通奸被逮时，通奸者应向配偶认罪。若丈夫或妻子得到饶恕，男的要以猪赔罪而女的要向乡亲设宴赔罪。若被害方丈夫或妻子不饶恕时可提及离婚³⁹。

③放寮：黎族居住的地区传统上有放寮的风俗。由此常见有因放寮引起的纷争。丈夫有权禁止其妻与别的男人放寮。如果其妻放寮时被丈夫发现，丈夫可殴打和谩骂其妻和情夫。不仅如此，可以要求本人的妻子和放寮的男方赔以一等级

³⁵ [韩]韩相敦，中国少数民族法制的变通制度，中国法研究，第12辑，2009, 12, 192页。

³⁶ 参照官波，少数民族习惯法与国家法的依存和冲突-少数民族地区法律多元个案透视，思想战线，第6期第30卷，2004, 43页。

³⁷ 此外流氓罪、赌博罪、盗墓罪、诱拐女性罪、虐待罪等也属习惯刑法的类型。详细参照吴大华，论少数民族犯罪的立法控制，云南大学学报法学版，第2期（总第79期），2005, 4页。

³⁸ 例如，当牛主人其牛被盗窃时，立即向村长申告案件情况，通常有偷一罚十的习俗。依此牛主将宰杀受赔偿的牛设宴于村民。若盗窃者无法即时赔偿时则命‘刻木为契’而逼迫向后赔偿。如罪犯无能偿还，亲属也不愿相助时，容许盗窃被害者杀害罪犯来强逼对被害者的补偿。王志恺，郑若晨，黎族习惯法中的惩罚机制研究，海南广播电视台学报，第1期，总第54期，2014, 71-72页。

³⁹ 此类问题在很久以前通常以死刑处之，但随着时间的流逝则由村里的年长者经调解大部分以和解处理。王志恺，郑若晨，黎族习惯法中的惩罚机制研究，海南广播电视台学报，第1期，总第54期，2014, 72页。

的猪。也可要求岳家相当的财物赔偿。放寮也成为离婚事由⁴⁰。

④杀人：黎族性情温和较易于邻舍和睦相处。但偶尔发生杀人案件，时有不处罚杀人犯。按记录“乡里似无杀人案件。杀人犯应处以罚款但不易叙述详细的数字。某男醉酒后杀害其兄，但此时并未处罚。⁴¹”

(3) 习惯刑法的刑法类型：实施少数民族区域自治的地区发生犯罪时，大部分按其习惯刑法处罚，其刑罚类型如下⁴²。

①罚款：盗窃、陷害、通奸、强奸等罪按案件情况的轻重确定罚款。

②逐除：经多次教化而不改造，危害本家或村庄者断绝所有人际关系。严重时逐除村庄。

③监禁：因应监禁于监狱，则大部分临时改建村民的房子或兼用。村长逮捕加害者或者监视囚禁，如有赎罪的赎金时可免监禁。

④肉刑：上吊、鞭打、针刺、火烧、炮烙、配戴刑具、浸水、挖眼、劓刑、切肢、割耳等等。以金钱代刑罚可减刑或免刑。

⑤没收财产：没收罪犯的财产，有家畜或家禽时允许捕食。

⑥死刑：有活埋、淹死、烧死、五马分尸、刀砍、枪杀等，步入现代化后趋向于逐渐消失。

如上的刑罚，在少数民族地区是多年来形成的风俗故不易一下子有所改变。对大部分少数民族地区的习惯刑法违反者，其处罚随民族及地区不同，少有固定的执法者。而且也少有常设的执法机关是其共同点。少数民族地区的习惯刑法是他们的传统和风俗，也是累积多年的习俗之故，不易采取如‘清除’、‘破除’等强烈而果敢的措施⁴³。应必需要尊重他们的习惯刑法，以此观点，中国《刑法》以及一些法律允许‘刑法变通’可谓是非常有智慧而适当的措施。

2. 习惯刑法和现行《刑法》的冲突

⁴⁰ 王志恺, 郑若晨, 黎族习惯法中的惩罚机制研究, 海南广播电视台学报, 第1期, 总第54期, 2014, 72页。

⁴¹ 黎族社会对刑事纷争比较宽容。黎族社会的强制性惩罚措置有罚款、道歉命令、剥夺族籍、处刑等。通常对违反习惯法的行为以财物处罚为主。但对严重违反的行为亦加以肉刑。例如捆绑加害者的手脚浸水后，在浸水的身体放黄蜂窝，让黄蜂咬等。王志恺, 郑若晨, 黎族习惯法中的惩罚机制研究, 海南广播电视台学报, 第1期, 总第54期, 2014, 72页。

⁴² 参照吴大华, 论少数民族犯罪的立法控制, 云南大学学报法学版, 第2期(总第79期), 2005, 4-5页。

⁴³ 苏永生, 国家刑事制定法对少数民族刑事习惯法的渗透与整合-以藏族“赔命价”习惯法为视角, 法学研究, 第6期, 2007, 127-128页。

新中国成立之后，少数民族地区的习惯刑法仍然发挥不少的规范力⁴⁴。由于这样的情况，习惯刑法和现行《刑法》的冲突可谓是不可避免的。例如，藏族居住的地区广泛存在的‘血价’、‘赔奸价’、‘赔盗价’。还有苗族地区广泛存在的‘抢婚’习惯法，一些少数民族地区存有的如重婚的习惯法等等⁴⁵。无法一夜间改变的少数民族地区的习惯及风俗虽然违反现行《刑法》，但刑法上的变通可减轻规范冲突导致的严重问题。

(1) 冲突类型及冲突原因：通常习惯刑法和刑法的冲突大约有两种类型⁴⁶。其一是虽在习惯刑法上是允许而《刑法》上禁止的行为。例如，少数民族地区传统风俗的早婚，抢婚的风俗与《刑法》的强奸罪可能冲突。其二是习惯刑法和《刑法》均为禁止，但在处罚措施上有差别的行为。例如少数民族地区的‘赔命价’风俗，与《刑法》规定的故意伤害或故意杀人的刑罚责任冲突。

少数民族的习惯刑法和《刑法》的冲突是由于两者随从不同法律理念而生。随从‘赔命价’等习惯刑法是“杀人者必要赎罪”的法律理念。重视该法律理念就是被害者家属和加害者家属之间的和睦关系。但中国的现行《刑法》在处理杀人案件则重视“杀人者必死”的传统法律理念。

(2) 冲突的实例：少数民族地区如今仍通用的习惯刑法和现行《刑法》冲突的情况⁴⁷如下。

①《刑法》第236条(强奸罪)：在中国一些少数民族地区，强迫的性行为是他们的传统风俗。例如云南省屏边苗族自治县每年3月庆典节日时有抢婚的风俗。另外一些少数民族地区有早婚的风俗。

②《刑法》第237条(强迫猥亵罪)：一些少数民族地区仍然保持传统的恋爱风俗。例如广西金秀县瑶族在民族节日或传统社交活动中，时有一些青年男性抚摸或拥抱青年女性。甚至也有向青年女性追逐求爱者。如此一些猥亵的行为得以容许或有强逼性。

⁴⁴ 参照官波, 少数民族习惯法与国家法的依存和冲突-少数民族地区法律多元个案透视, 思想战线, 第6期第30卷, 2004, 42页。

⁴⁵ 参照苏永生, 国家刑事制定法对少数民族刑事习惯法的渗透与整合-以藏族“赔命价”习惯法为视角, 法学研究, 第6期, 2007, 117页。

⁴⁶ 参照田凯平, 民族自治地方刑法变通的理论困境与应对策略, 甘肃理论学刊, 第1期, 总第221期, 2014.1, 48页。

⁴⁷ 参照吴大华, 论少数民族犯罪的立法控制, 云南大学学报法学版, 第2期(总第79期), 2005, 3-4页。

③〈刑法〉第 258 条（重婚罪）：因一些少数民族地区经济落后，并生活在偏僻的山间不易找到合适的配偶。再加上传统思想观念及民族风俗的影响，兄弟共有一妻或姐妹共有一夫。一夫多妻等重婚现象比较普遍。

④〈刑法〉第 125 条（非法制造、贩卖枪械罪）：一些少数民族地区，土抢是装饰品的一种。由此形成了土抢市场，民族内制造、贩卖枪械子弹提供以狩猎和装饰不认为是犯罪，从而不以犯罪处理。

⑤〈刑法〉第 345 条（森林滥伐罪）：居住山间地区或森林地区的少数民族，历来以伙耕或开拓森林开荒为生的原始方式耕耘。

此外中国〈刑法〉第 232 条、234 条是关于故意杀人罪、故意伤害罪的规定。一些少数民族地区由于迷信偶尔发生伤害或杀人案件。处理此案件时，时有杀人者受到拥护而被杀者受到责备⁴⁸。

对少数民族地区发生的刑事案件，大部分以不告不理处理，国家司法权的介入尽可能予以节制。这样的情况就是因为限于少数民族地区允许的刑法变通有效之故。

IV. 结语

中国为保障各少数民族合法的权利和利益，于〈宪法〉第 4 条致使可行使‘自治权’，并保障保守和改革自身的风俗及习惯的自由。允许可制定适合当地实情的自治条例和单行条例的立法权。再加上自治条例和单行条例根据当地民族的特点，对法律和行政法规可制定‘法律变通’⁴⁹。非但如此，获得上级国家机关的批准，亦可‘执行变通’⁵⁰。可谓可行使相当高水平自治权的法律环境得以形成。

如上所述〈刑法〉赋予自治区或者省级人民代表大会‘刑法变通’立法权⁵¹。此乃从 1979 年制定的〈刑法〉到现在为使在自治区或省级人民代表大会可制定‘刑法变通’而赋予的。然而没有任何省级人民代表大会为少数民族自治区域制

⁴⁸ 并且因森林、草场、水源、墓地等引起纷争而发生伤害或杀人案件，主要依照他们的习惯处理。参照吴大华，论少数民族犯罪的立法控制，云南大学学报法学版，第 2 期（总第 79 期），2005, 4 页。

⁴⁹ 参照〈立法法〉第 75 条第 2 款。

⁵⁰ 参照〈民族区域自治法〉第 20 条。

⁵¹ 参照〈刑法〉第 90 条第 1 款。

定过‘变通规定’⁵²。由此，当实行刑法变通时，若适用属地管辖的话不但是当地少数民族，发生要面临许多其他不同民族混合居住时应当如何的复杂问题⁵³。从而为了确实实际上在少数民族地区存在的‘刑法变通’的法律根据，〈刑法〉第 90 条第 1 款上的‘自治区或者省的人民代表大会’应改正为‘民族自治区域的人民代表大会’。如此才使县级以上的民族自治区域的人民代表大会在自治条例或单行条例可规定‘刑法变通’。

确实规定关于‘刑法变通’的根据的话，在实行民族区域自治的地区有广泛作用的习惯刑法和现行〈刑法〉冲突的问题可圆满解决。并且习惯刑法中仍存留的恶习。可展望藉着刑事司法逐渐步入改善。

[参考文献]

- 康耀坤，馬洪雨，梁亞民 著，中國民族自治地方立法研究，民族出版社，2007.
- 吳宗金，張曉輝 主編，中國民族法學(第二版)，法律出版社，2004.
- 吳宗金 主編，中國民族法學，法律出版社，1997.

⁵² 田鏗平，民族自治地方刑法变通的理论困境与应对策略，甘肃理论学刊，第 1 期，总第 221 期，2014.1, 46 页。

⁵³ 劉之雄，我国民族自治地方变通施行刑法之机制研究-以刑事和解为视角的考察，法商研究，第 3 期（总第 149 期），2012, 108 页。

- 王志恺, 郑若晨, 黎族习惯法中的惩罚机制研究, 海南广播电视台大学学报, 第1期, 总第54期, 2014.
- 田釗平, 民族自治地方刑法变通的理论困境与应对策略, 甘肃理論學刊, 第1期, 总第221期, 2014.1.
- 劉之雄, 我国民族自治地方变通施行刑法之机制研究-以刑事和解为视角的考察, 法商研究, 第3期(总第149期), 2012.
- 雷堂, 刑事法律在少数民族地区实施所应遵循的理念和原则, 法律研究, 河北师范大学学报哲学社会科学版, 第34卷第1期, 2011.1.
- [韓]韓相敦, 中国少数民族法制的变通制度, 中国法研究, 第12辑, 2009, 12.
- 刘希, 周明, 论我国少数民族地区的犯罪矫正, 法学探索, 贵州警官职业学院学报, 2008.3.
- 苏永生, 国家刑事制定法对少数民族刑事习惯法的渗透与整合-以藏族“赔命价”习惯法为视角, 法学研究, 第6期, 2007.
- 陳伯禮, 徐信貴, 立法學視野下的民族變通規定問題探析, 滿族研究, 第3期, 2007.
- 陳伯禮, 徐信貴, 關於民族變通規定法律問題探析, 西南民族學院學報(哲學社會科學版) 第5期, 2007.
- 吴大华, 论少数民族犯罪的立法控制, 云南大学学报法学版, 第2期(总第79期), 2005.
- 吴大华, 中国少数民族犯罪社会控制的实践与反思, 湖北民族学院学报(哲学社会科学版), 第23卷第1期, 2005.
- 官波, 少数民族习惯法与国家法的依存和冲突-少数民族地区法律多元个案透视, 思想战线, 第30卷第6期, 2004.
- 宋方青, 突破與規制-中國立法變通權探討, 夏門大學學報(哲學社會科學版)(总161期), 2004.

韩国油类污染损害赔偿法研究

作者 郝会娟 韩国海洋大学 海商法博士 邮箱: juanrouer@163.com

摘要

韩国由于自身地理位置, 能源和经济发展的需要, 油污损害的风险非常高, 所以韩国除了积极加入国际油类污染损害相关国际公约以外, 还制定了适合自己国情的油类污染损害赔偿保障法, 并且根据国际公约的变化, 不断的修订, 在内容上基本与国际接轨, 但是在责任限制, 保险等方面与国际公约也有很大的不同。韩国油类污染损害赔偿法, 为在韩国海域内发生的油污损害事故提供了法律保障, 但是随着时间的发展, 也有很多不足, 通过分析其不足, 制定改善方案, 也为中以及周边同样面临高风险油污损害的国家提供借鉴。

关键词: 油类污染损害 赔偿 法律

一、韩国油类污染损害赔偿法现况

韩国三面环海, 再加上岛屿众多, 国土面积和海岸线比例高达 $24.575 (\text{m}/\text{km}^2)$ ¹, 所以, 韩国大部分运输都是通过海上运输, 即使小规模的油类泄漏也会造成很严重的损失, 油污损害风险非常高。因此, 韩国从很早就关注油类污染损害, 1978年12月18日韩国就加入了1969年《国际油污损害民事责任公约》(以下简称1969CLC), 但是由于当时韩国国情的限定, 并没有加入《1971年设立国际油污损害赔偿基金公约》(以下简称1971年FUND), ²所以在1993年以前, 韩国的油类污染引起的损害赔偿保障基本上依附于货主自发组成的民间形式的TOVALOP(토발롭)和크리스탈(CRISTAL)这两个组织。但是加入这个组织的主要是一些大型的船舶和燃油公司, 那些小型的轮船遭遇油类污染损害事故得不到充分的保障。

韩国于1991年开始修订商法上有关油类污染损害保障的相关条款, 并于1993年1月1日正式生效。于此同时, 韩国在加入1969CLC以后的14年后, 于1992年12月8日正式加入1971FUND, 1993年3月8日正式生效, 并根据这些国际公约的规定, 颁布了韩国的《油类污染损害赔偿法》(以下简称《油赔法》)。

¹ <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1720863&cid=43723&categoryId=43724>

² 韩国于自己公布韩国油赔法1992年12月8日起加入1971年设立国际油污损害赔偿基金国际公约的1976年议定书, 根据韩国油赔法附则第一条规定, 该协定于1993年3月8日起对韩国发生效力。

³《油赔法》作为韩国商法的特别法，当发生与国际公约相冲突条款时，《油赔法》优先。

在这之后，随着1992年CLC的发行和生效，韩国在油污损害赔偿方面也不断的努力，在1997年5月16日加入了1992年CLC和1992年IOPC FUND，一年后生效，并且1997年1月13日重新修订《油赔法》。⁴

随着大型油污事件的出现，现有的补偿限度额无法满足需要，所以国际上提出了修订1992年FUND，诞生了2003年补充基金议定书（Supplementary Fund）但是，韩国考虑到，如果加入该议定书，就需要缴纳很高的分担金，能否得到相对应的补偿就成了问题，韩国当时并没有大型油污事故，所以优先考虑实际利益的情况下没有加入该协定⁵，但是当2007年河北事故发生时，韩国因为没有不能得到足够的赔偿，所以2010年，韩国考虑加入了该议定书。

二、韩国油类污染损害赔偿保障法基本内容

《油赔法》是韩国根据已经加入的1969年CLC和1971年基金公约以及1992年议定书，根据韩国实际情况制定的法律。该法规定了对油类污染损失的船舶所有人的无过失责任⁶和保障船舶所有人赔偿能力的强制保险义务⁷，所以其目的是能够最大限度地保护油类污染的受害者，以更好地促进海运事业的健康发展。

1. 适用范围

(1) 范围

《油赔法》专门针对在韩国境内和专属经济区造成的污染损害和预防措施，以防止或尽量减少这种损害。其所适用的船舶“指任何建造或改装为散装货物作为货物的任何类型的任何海上船只和海运船舶，但只有在实际上船舶能够运载石油和其他货物的船舶才被视为船舶”运送散装货物作为货物和在运输之后的任何航程期间内，除非证明其没有散装运输油的残留物，否则不能称其为船舶。

对比1969CLC，韩国COGAD，对被告人的国籍、地址、居住地等都没有要求，而且对于第2项中采取预防措施，防止或最小化这种损害。这一点，没有地域限

³ 韩国油赔法是提交给了韩国事务委员会，并经过一年多的审核和讨论，吸取各界意见综合考虑后，1992年12月经过会批准公布，并跟修订的商法一起于1993年1月1日正式生效。

⁴ 韩国油赔法的修订，主要依据与1969年的油污损害民事责任公约和1971年的国际油污损害赔偿基金国际公约的相关规定，但是在针对对象方面，公海上包括了油轮，作用范围上扩大到了专属经济区。当时只引用了1984年公约（后来的1992年民事责任公约）的一部分，但在1997年修订时，完全参照并引用了1992年的民事责任公约和赔偿基金协定。

⁵ 穆镇勇《改编国际油类污染损失补偿体制的韩国应付方案的研究》，韩国海洋水产开发院，2005—11，P.39

⁶ 《油赔法》第4条

⁷ 《油赔法》第14条

制，直接适用本法。⁸ 在缔约国的管理下，需要注意，为了保护这些国家的领海和专属经济区以外的近海的海上钻井平台，单浮标，久坐和自由游泳物种和人造岛屿的渔场（offshore installation-rigs, single buoy, fising grounds for sedentary and free-sweeming species and artificial islands）而进行的诉讼，不适用本法。

(2) 适用船舶和设施

适用对象是作为货物运输的持续性油类运输的油轮，其中包括驳船，以及多用船，但是仅上持续性及兼用船油类货物运输的情况下，油类的状态下其他运输货物，包括的情况）。但公有船舶被排除在外。⁹

(3) 适用的油类

油赔法中油类中适用的对象仅包括持续性的油类，非持续性的油类和有害物质被排除在外，油赔法不适用的油类，包括非持续性油类（润滑油……）或者有害物质，以及HNS上规定的燃料油以及HNS公约上规定的其他油类。

2. 请求权和责任赔偿的主体

韩国商法上最初采用的是委付主义，主要沿用了1924年的国际责任限制公约采用的船价主义，于1962年在商法第746条规定采用了金额责任主义和船价主义并用的方式。¹⁰1991年商法修订后，虽然韩国没有加入《1976年公约》，但

⁸ David w. Abecassis, Richard L.Jarashow,etc., Oil Pollution from ships, 2nded.,London,Stevens&Sons,1985,p.204

⁹ 《油赔法》第46条

¹⁰ 韩国商法第769条，船舶所有者的责任限额：船舶所有人的责任按照第747条的相关规定来履行。第747条：一、船舶所有人可以享有的责任限额如下：

1. 与因旅客的死亡或身体受伤而产生的损害有关的赔偿请求，船舶所有人的责任限额，按照在船舶检验书上记载的旅客的定员乘以46 666计算单位的数额，或相当于25 000 000计算单位的数额，以二者之中责任限额较低的为准；

2. 因除旅客以外的人员死亡或身体受伤而产生的损害，及与之有关的赔偿请求，船舶所有人享有的责任限额按照以下规定确定，但吨位不到300吨的船舶，责任限额是相当于167 000计算单位的数额——

(1) 总吨位500吨以下的船舶，赔偿限额为333 000计算单位，

(2) 总吨位超过500吨的船舶，应当在第1次项规定的基础上增加下列数额——

501吨至3 000吨的部分，每吨增加500计算单位，

3 001吨至30 000吨的部分，每吨增加333计算单位，

30 001吨至70 000吨的部分，每吨增加250计算单位，

超过70 000吨的部分，每吨增加167计算单位；

3. 船舶所有人对除第1项和第2项以外的债权的责任限额，按照以下各目规定的数额而确定。但吨位不足300吨的船舶，责任限额相当于83 000计算单位的金额——

(1) 吨位500吨以下的船舶，赔偿限额为167 000计算单位，

(2) 总吨位超过500吨的船舶，应当在第1次项规定的基础上，增加下列数额——

501吨至3 000吨的部分，每吨增加167计算单位，

3 001吨至70 000吨的部分每吨增加125计算单位，

超过70 000吨的部分每吨增加83计算单位。

二、本法前款各项规定的责任限额适用于对船舶的所有人提起的在同一事故中发生的一切债权相应的责任限额的总和。根据本法第746条的规定享受责任限制的债权。

三、本法第746条的规定限制船舶所有人的责任的债权对本条第1款规定的各责任限额，按比例受偿。依照本条第1款规定的责任限额，各债权按比例受偿。

是其规定大部分沿用了此公约的责任限度额，因此，韩国现行的商法中船舶所有者的责任限制额与《1976年公约》公约的相关规定并未有很大差异，但是商法上对《1976年公约》公约上关于内水船和不满300吨的船有特殊的规定和补充条款。¹¹

韩国商法上，责任限制的主体包括船舶所有者、船舶管理人、承租人及船舶经营人；作为法人的船舶所有人及前项所列的人的无限责任人员；因自己的行为使船舶所有人或本款第1项所列的人产生第746条各项规定的债权的船长、船员、引航员及其他船舶所有人或本款第1项中规定的代理人或受雇人。¹²

1992年CLC对登记为船舶登记为船舶所有人的责任进行了集中的分析¹³，单纯的船舶租赁人以及代理人等都有免责权。船舶建造人以及预防者也都有规定；在不影响船舶所有人向第三人追偿的权利下，不可以向下列人等提出污染损害赔偿请求。即1、船舶所有人的雇员或代理人，船员，2、引航员或为船舶提供服务单非属船员的任何其他人。¹⁴

但是《油赔法》根据1992年CLC的主体规定，在《油赔法》第2条第2款规定，在事故发生时的船舶所有人，或者，如果该事故系由一系列事件构成，则第一个此种事件发生时的船舶所有人，应对船舶因该事故而造成的任何污染损害负责。当发生涉及两艘或更多船舶的事故并造成污染损害时，所有有关船舶的所有人，应对所有无法合理区分的此种损害负连带责任。“船舶所有人”是指登记

四、依照本条第1款第2项规定的责任限额，不足以清偿同项的债权时，按照本条第3款确定的责任限额补充其差额。上述情况下，如在同一事故上也产生第1款第3项规定的债权时，该债权和第2项的余额债权并列，对第3项规定的责任限额数额按比例受偿。

5. 本条第1款引用的计算单位是指国际货币基金组织规定的特别提款权。

11 按照以下各目规定的数额而确定。但吨位不足300吨的船舶，责任限额相当于83 000计算单位的金额—

(1) 吨位500吨以下的船舶，赔偿限额为167 000计算单位，

(2) 总吨位超过500吨的船舶，应当在第1次项规定的基础上，增加下列数额—501吨至30 000吨的部分，每吨增加167计算单位，30 001吨至70 000吨的部分每吨增加125计算单位，超过70 000吨的部分每吨增加83计算单位。

12 韩国商法第774&775条：

一、下列各项中记载的人，按照本章的规定可以享有与船舶所有人一样的责任限制：

1. 承租人，船舶管理人及船舶经营人；

2. 作为法人的船舶所有人及前项所列的人的无限责任人员；

3. 因自己的行为使船舶所有人或本款第1项所列的人产生第746条各项规定的债权的船长、船员、引航员及其他船舶所有人或本款第1项中规定的代理人或受雇人。

二、船舶所有人和前款所列的人对在同一事故中产生的一切债权的责任限制总额，每艘船舶不得超过本法第747条规定的责任限额。

三、船舶所有人或本条第1款各项所列的人中，若其中一人开始适用责任限制程序时，享有责任限制的其他人可以援用该程序享有责任限制。

13 这个协议的特色是责任的主体是限制为登记为船舶所有人的人， 배명태, 1969년 유류오염에 대한 민사 책임에 관한 국제조약의 연구 (해양한국) 1974.4.45쪽

14 《油赔法》第2条第4项

为船舶所有人的人，如果没有这种登记，则是指拥有该船的人。但如船舶为国家所有而由在该国登记为船舶经营人的公司所经营，“船舶所有人”即指这种公司。根据公约第7条第8款的规定，对油污损害的任何索赔也可向承担船舶所有人油污损害责任的保险人或提供财务保证的其他人直接提出。公约还明确规定了只有确定损害是第三人故意造成或明知可能造成此种损害而轻率地作为或不作为所致，才可以对该第三人提出污染损害赔偿请求。

上述第三人包括：

- 1) 租船人，船舶管理人及船舶运航人；
- 2) 作为法人的船舶所有权人及第1号所列的无限责任社员；
 - ①因自己的行为，对船舶所有权人或者第1号所列的人成立第746条各号规定的债权的船长，海员，导航员及其他船舶所有权人，或者第1号所列的人的使用人或者代理人。
 - ②有关在同一事故中所发生的全部债权，船舶所有权人及第1款所列人的责任限制之总额，每一船舶均不得超过第747条中规定的责任限额。
 - ③船舶所有权人或者第1款各号所列者之一被决定开始责任限制程序时，能限制责任的其他人也可以援用该决定。

但是韩国《油赔法》对于责任主体的规定虽然基本上沿用了1992年CLC中规定的登记在内的船舶所有者，但是韩国法律第2条第2款规定，成为该适用对象的损失是从油船中外流的油等所导致的污染损失¹⁵。

责任主体是注册为船舶所有者的人¹⁶。韩国国民整体租用外国船舶时，把注册为船舶所有者的人和船体租用者视为本法的船舶所有者(同号后段)。并且，在适用无过失责任原则的情况下，不管是否存在过失，发生油类污染事故的船舶所有者都应承担赔偿损失的责任。¹⁷在这种情况下船舶所有者和承租人承担连带责任。船舶所有者的范围包括韩国国民整体租用外国船舶时，把注册为船舶所有者的人和船体租用者。

韩国将韩国国民整体租用外国船舶时，把注册为船舶所有者的人和船体租用者作为责任主体的对象是为了更好和迅速的对损害进行赔偿的具有进步性的法律上和政策上的立法。¹⁸另一方面大韩民国的国民和船舶租赁的承租人都作为责

15 《油赔法》第1条、第2条1号、4号

16 《油赔法》第2条2号

17 《油赔法》第4条1项正文

18 그 근거로 선체용선의 경우 선원의 선임 지휘 감독 통한 관리와 점유, 선박에 대한 사용은 선체용선자에게 맡겨져 있으므로 위험원의 점유자관리자로서의 책임을 선체용선자가 부담하는 것은 당

任主体会相应减少二者在保险方面的负担，可谓一举两得。

1992年民事责任协定公约上对船舶所有者的使用人和代理人排除在责任主体范围内，但韩国《油赔法》讲这两个对象规定在了损害赔偿范围内，其故意或者过失造成的损害赔偿不能按照一般的过失责任主体来处理而应该按照其他的损害赔偿对象来规定，这也是《油赔法》与1992年民事责任协定公约的不同之处。

3. 责任限制的规定

韩国《油赔法》也遵循了1992年CLC的主要精神，对责任限制实行严格的规定。¹⁹船舶所有者自身的故意或则损害发生的同时盲目的作为或者不作为导致损害发生的情况除外对一定的责任采取了责任额限制。但是韩国《油赔法》上的责任限额比商法上的要高，

在2艘以上的船舶发生油类污染损失，且不能明确是从哪一船舶泄漏或外流油时，各个船舶所有者连带地承担赔偿该损失的责任²⁰。但是，船舶所有者认识到其油类污染损失是自身的故意或有可能发生损失的情况下所采取的莽撞行为或不作为所导致时，则无法限制其责任²¹。对于200吨以上的韩国散装油货物运输船舶或200吨以上的外国散装油货物运输船舶，强制签订损失赔偿责任保障合同，置备保障合同证明等要求都已经义第2章韩国法方面的海洋污染规定及限制化²²。发生超过船舶所有者责任限度的损失时，受害者可以向国际基金请求补偿²³。但是，由于韩国作为1971年FUND的1992年修订议定书加入国，还处于没有加入2003年补充基金相关议定书的状态时，国际基金对在韩国发生的油类污染事故，包括船舶所有者责任限度额最多补偿到2.03亿SDR。1993年发生的金东号油类污染事件的受害者向国际基金提起诉讼，得到了被认定精神性损失赔偿的下级审判。同时，还规定了作为国际基金分担金交纳目标的油种和义务者，分担金的目标油种为油和原料油等，交纳分担金义务者为年度进口油150000吨以上者²⁴。除此之外，对国际基金拖欠者的制裁措施依据已明文化，并制定了责任限制程序的相关规定。

4. 保险者相关的直接请求权

연하다는 점을 들고 있다.

¹⁹ 《油赔法》第6条

²⁰ 《油赔法》第4条第2项

²¹ 《油赔法》第6条第1项前段

²² 《油赔法》第14条、第21条

²³ 《油赔法》第23条

²⁴ 《油赔法》第31条

契约法原则中根据直接当事人的原则，保险合约的直接当事人中的被保险人和保险人原则中，受害人无法向保险人请求保险费。但是出于对第三人的保护，各国的法律体系中对责任保险的情况，对第三人的直接请求权都有所规定。

《油赔法》上船舶所有人的损害赔偿责任发生时，受害人可以直接向船舶所有人的保险人等进行直接的损害赔偿请求。²⁵但是，如果是船舶所有人故意导致损害发生时，不能向保险人等进行直接请求权。受害人对保险人直接请求的情况只在船舶所有人对受害人主张以内的情况下才可以请求。

5. 船舶优先权

对油类污染损失有赔偿债权者对事故船舶、其所属器具及没有结算的运费，具有船舶优先特权²⁶。但是，这种船舶优先特权具有不能优先于《商法》（第777条）的船舶优先特权的效力，《商法》方面船舶优先特权相关的规定²⁷。准用于依据赔偿《油赔法》的船舶优先特权。根据韩国商法第782条，《油赔法》中油类污染损害事故导致的债权中的船舶优先权赔偿权在第5位，²⁸债权的优先特权竞合时，后发生的债权优先于先发生的债权。同一事故而产生的债权视为同时产生。这是1992年FUND上没有的规定，为了让受害人的权利更好的得到保障，在《油赔法》上的认证。所以在《油赔法》上有加入强制责任保险的规定，如果船舶所有人没有加入保险，而又无力赔偿的情况下，根据1992年FUND的赔偿规定，船舶优先权就体现不出来了。

6. 短期消灭制度

韩国民法上，因违法行为导致的损害赔偿请求权是在违法行为发生后起的10年内，在知道违法行为发生后，三年内对损害和加害人有3年的诉讼时效。但是根据《油赔法》，油类污染损害发生的3年内，油类污染损害原因确定后以及最初事故发生日起的6年内没有上诉请求的情况下，损害赔偿请求权自主消灭

²⁵ 《油赔法》第16条第一款

²⁶ 《油赔法》第43条第1项

²⁷ 《商法》第777条至第786条

²⁸ 具有下列债权者，对于船舶及其属具，导致该债权的航海运费，附随于该船舶及运费的债权，享有优先特权：

1. 为债权人的共同利益而付出的诉讼费用，有关拍卖船舶及其属具的费用，向航海中的船舶所课的各项税款，导船费及拖轮费，最终进港之后的船舶及其属具的保存费，检查费；
2. 船员及其他船舶使用人因雇佣合同而发生的债权；
3. 对船舶救助的报酬及共同海损分担的债权；
4. 因船舶的碰撞而发生的损害及其他航海事故所致的航海设施，港湾设施及航线的损害及船员或者旅客生命，身体损害的赔偿债权；法律规定优先于其他债权人受偿自己债权。此时，不违反其性质的前提下，准用《民法》中抵押权的规定。[2007.8.3全文修改]第782条((对同一航海而产生的债权的优先特权的顺位)
①同一航海而产生的债权的优先特权竞合时，其优先顺位根据第777条第1款规定的各项顺位来决定。
②第777条第1款第3项规定的债权的优先特权竞合时，后发生的债权优先于先发生的债权。同一事故而产生的债权视为同时产生。[2007.8.3全文修改]

²⁹

7. 强制保险

韩国油赔法第 14 条规定：

(1) 在大韩民国注册的油轮船东，携带货物不得少于 200 吨，应当加入赔偿石油污染损害的担保合同。

(2) 除在该共和国境内注册的油船的拥有人韩国作为货物运载不少于 200 吨的石油，到达和离境国内港口，或使用国内停泊设施，应当作出结论保证合同。

(3) 陆运部长可以命令任何石油油轮违反第 (1) 款的规定暂停执行。

(4) 陆运部长可拒绝任何船舶违反第 (2) 款的规定到达和离港的国内港口或者不允许使用国内系泊设施。

任何担保合同均为补偿的保险合同船舶所有人由于履行其义务而造成的损害保证履行其义务的赔偿或合同油船船东负责赔偿石油的赔偿船舶上的油污染损害。油船船东应当与甲方签订担保合同保险公司等，按照国土交通省条例规定

海事事务有财政资源保证赔偿损坏或履行对油轮船东的赔偿责任。在第 (2) 款的担保合同的情况下，保险对船舶所有人的损害赔偿金额或履行的赔偿金额付款不得低于每艘船舶的最高责任限额第 8 条的规定。(4) 担保合同可能失或变更属于民事诉讼第 7 (5) 条规定的情形责任公约国际公约中，只规定 2,000 吨以上的船舶加入强制保险，但韩国油赔法规定是 200 吨以上，范围扩大了很多。这样，外国船舶在 200 吨以上，不足 2000 吨而没有加入强制保险的情况下，能否进入韩国港口，会出现很多问题。也就是油赔法与国际公约像矛盾的地方。虽然 200 吨以上的船舶必须加入强制保险。如果大于 200 吨不足 2000 吨的情况下，没有加入强制保险，遇到损失的情况下也会得到 FUND 的补偿，那韩国的这一执行，就显得有点没必要了。

《油赔法》主要对受害人船舶所有人以及保险人根据 1992 年 fund 以及其第 4 条第一款规定的赔偿请求无法得到保障的情况下作了规定。根据《油赔法》，受害人首先得到船舶所有人在赔偿限度额以内的资金赔偿。损害额超过船舶所有人限度的部分，或者船舶所有人破产的情况下，在无法获得补偿的情况下，获得适当的补偿，但是 1992 年 fund 最高只提供 2 亿 300 万 SDR 的补偿。

8. 油类污染损害赔偿基金的相关规定

(1) 对国际基金公约的相关规定

²⁹ 《油赔法》第 11 条

首先对 1992 年 fund 的参加，对于 1992 年 FUND 的责任限制程序可以参加，但是参加的申请人，收益债务人以及责任限制程序的参加者必须按照 1992 年 fund 的责任限制程序进行通知³⁰。1992 年 fund 的责任限制程序需要在规定的法院进行起诉或者做出通知。另外对于油类污染受害人来说要在规定的情况下进行通知，遵守 1992 年 fund 的第 6 条规定。

其次是对 1992 年 fund 的摊款；各缔约国保证，对在该国领土内收到的摊款油，履行根据本公约所产生的/向本基金缴纳摊款的义务，并根据本国法律采取适当措施，包括它认为必要时给予制裁，以便有效地履行该义务。但是这些措施须只针对有义务向本基金缴纳摊款的人。第 13 条第 2 款，并且各缔约国须保证：在其领土内收到一定的摊款油量以致有义务向本基金缴纳摊款的任何人，起名字出现在干事长根据本条以下规定所制定并不断更新的名单上，(第 15 条)

因此《油赔法》对于超过 15 万吨以后的手令人，在第二年起受领量需要向国土资源部长官进行报告（第 29 条第 1 款）收到报告后，国土资源部长官根据义务人的姓名住所还有负担油量向 1992 年 fund 提交材料。(第 30 条第一款) 另外分担油的责任人缴纳本年次的分担金。(第 31 条第一款)。

(2) 责任限制程序相关规定

《油赔法》对船舶所有人责任限制程序相关的管辖，移送，共托命令，国际基金的参加等做了基本的规定，具体的程序要遵守 船舶所有人等的责任限制程序法（以下简称为责任限制程序法）的相关规定：

① 责任限制程序的申请时间

根据《油赔法》，具备责任限制条件的船舶所有人，对债权人的责任限制额超过的请求金额申请免除的时候，要在收到书面请求之日起 6 个月以内开启责任限制程序³¹，但是商法上规定的限制责任人，超过债权人的责任限额请求时，将金额明示在书面上，并于 1 年内向法院申请开始责任限制程序³²。从这个比较来看，《油赔法》比商法在责任限制程序开始的申请日期上更短，对于受害人的损害赔偿方面更加迅速。

② 责任限制事件的管辖

根据《油赔法》，责任限制事件在油类污染损害发生地具有专属管辖权。³³ 韩

³⁰ 《油赔法》第 25 条第 1 款和第 26 条第 1 款

³¹ 《油赔法》第 6 条第 2 款

³² 《商法》第 776 条 第 1 款

³³ 《油赔法》第 33 条

国领土内以及专属经济区内发生的损害以及预防和防治，其领土以及专属经济区独特性的管辖主要针对受害人在遭遇油污损害事故后，能够在最大范围内得到迅速的处理。

(3) 委托保管命令

《油赔法》上法院的责任限制程序申请开始起，在认证时如果超过《油赔法》第35条规定的内容，责任限制程序的申请人法院的委托保管命令下提供委托保管证书，并开始决定和分配³⁴。

韩国是1992年IOPC基金会的成员。因此，实施IOPC基金制度有若干规定。1992年FUND有资格作为韩国管辖的被告³⁵。1992年IOPC基金有权参与限制程序³⁶。任何在韩国港口接收总量超过15万吨的人员，应向国际石油公司基金缴款。韩国加入2003年补充基金协定后，作为其成员，也将遵守补充协定的相关规定。

总之，该法的责任主体是注册为船舶所有者的人³⁷。韩国国民整体租用外国船舶时，把注册为船舶所有者的人和船体租用者视为本法的船舶所有者。并且，在适用无过失责任原则的情况下，不管是否存在过失，发生油类污染事故的船舶所有者都应承担赔偿损失的责任。³⁸油类污染的损失在何种情况下才能免除责任。以及船舶所有人的赔偿责任限制。³⁹

但是，船舶所有者认识到其油类污染损失是自身的故意或有可能发生损失的情况下所采取的莽撞行为或不作为所导致时，则无法限制其责任。对于200吨以上的韩国散装油货物运输船舶或200吨以上的外国散装油货物运输船舶，要求强制签订损害赔偿合同，对于赔偿合同证明等方面都要求义务化。⁴⁰当损害赔偿超过船舶所有者责任限度时，受害者可以向国际基金请求补偿⁴¹。同时，还规定了缴纳国际基金分担金的油种和义务者，分担金的目标油种为油和原料油等，分担金缴纳的义务者为年度进口油150000吨以上者。⁴²除此之外，对国际基金拖欠者的制裁措施也有了具体规定，制定了责任限制程序相关规定。对油类污染损失有赔偿债权者对事故船舶、其所属器具及没有结算的运费，具有船舶优先特

权。⁴³但是，这种船舶优先特权具有不能优先于《商法》的船舶优先特权的效力⁴⁴。《商法》方面船舶优先特权相关的规定准用于依据赔偿《油类污染损失保障法》的船舶优先特权⁴⁵。由于以前与油类污染事故相关的韩国法不够完备，导致解决发生油类污染事故时难题较多，因此，该法可以认为是适当时机的立法。

三、《油赔法》与国际公约的不同点

《油赔法》虽然是根据国际公约制定的，但是还是有很多方面与国际公约不同，具体规定如下：

1) 绝对责任

在韩国《油赔法》下，就像1992CLC，对石油污染损害赔偿责任承担严格责任的登记为船舶所有人的人。⁴⁶通过登记为船舶所有人的人承担绝对责任，索赔人不需要证明损害是由船东的雇佣人或代理人的过错造成的。在1992年“公约”在事故发生时的船舶所有人，或者，如果该事故系由一系列事件构成，则第一个此种事件发生时的船舶所有人，应对船舶因该事故而造成的任何污染损害负责。

当发生涉及两艘或更多船舶的事故并造成污染损害时，所有有关船舶的所有人，应对所有无法合理区分的此种损害负连带责任。但是，《油赔法》的第5条第(4)款和第5款(4)项中，韩国国民租借外籍船舶油轮造成油类污染损害的情况下，该油轮的船东和租船者都应当承担损害赔偿责任。这项规定是为了保护受害者，如果1992年公约中没有涵盖的船舶由韩国人承租的船舶。韩国政府试图通过这一规定对所有者以外的所有者承担责任，从而完全弥补赔偿。在这方面与1992CLC不同。但是，这方面的规定在法律适用上会出现问题，所以有的学者认为，上述规定应当按照1992CLC的规定进行修改。⁴⁷

3) 免责的条款

在1992年“公约”IN部分第4款中，任何承租人（任何类型的承租人，包括光船租赁人）船舶管理人或者经营人都不得对污染损害负责，除非损害是由于他们本人有意造成的，或者是明知可能造成这种损害而毫不在意的行为或者不作为所引起的。而《油赔法》第五条第(5)项规定，任何经营者或经营者不承担污染损害的责任，没有任何豁免条款。因此，可以解释的是，如1992年“公约”

³⁴ 《责任限制法》第14条、73条

³⁵ 《油赔法》第23条

³⁶ 《油赔法》第36条

³⁷ 《油赔法》第2条第2项

³⁸ 《油赔法》第4条1项正文

³⁹ 《油赔法》第6条第1项正文、第7条

⁴⁰ 《油赔法》第14条、第21条

⁴¹ 《油赔法》第23条

⁴² 《油赔法》第31条

⁴³ 《油赔法》第43条第1项

⁴⁴ 《油赔法》第43条第2项

⁴⁵ 《油赔法》第43条第3项

⁴⁶ 《油赔法》第4(1)条;第3条(1)

⁴⁷ 钟贤铉，对韩国石油污染补偿法修订意见，韩国海事法协会日刊。8(1)(2006.4)p.118

第一条所述，受害者即使遇到过错，也不能向船舶的管理人或者经营人提出索赔。

4) 船舶所有人对第三方索赔权。

在第一条中，1992年“公约”第5条描述“本公约中的任何规定都不得损害船舶所有人对第三者要求赔偿的权利”。这意味着船东有权根据责任的一般法律原则向承租人、管理人或经营人追索。但是，根据《油污法》第5条第(6)项规定，对油轮造成油类污染的损失，有权者有权对事故相关的第三方行使索赔权。但是，根据第五款的规定，这种行使权是仅对他们是故意或无意产生的伤害，因此只限于盲目地或无意发生的情况下，以“盲目”或“不作为”的形式发生的情况。才能对第三方行使索赔权。

5) 强制性保险的适用范围

为保护受污染事故造成的受害者，《油污法》要求油轮的注册所有人或者光船承租人提供保险或其他财务保障。该保险是指强制性责任保险。通过禁止没有强制性保险的船只进入韩国港口，上述法律制度得到有效实施。《油污法》第14(4)条&(5)款规定受害人有权对涉及石油污染事故的船只的责任保险人采取直接行动。

《油污法》和1992年CLC之间最显著的差异是强制性保险的门槛吨位。《油污法》下，批量运输超过200吨油的船舶应按照《油污法》第14条加入强制保险；而在1992年，批量运载超过2000吨石油的CLC船只才应该加入。此外，受害人有权依照“公约”在韩国法院追究1992年基金的合法权利。⁴⁸

6) 允许海事联盟提出索赔

根据《油污法》第51条，船舶油污损失损失赔偿保证金应当适用船舶留置权，但本条款不在1992年CLC。这项规定使受到石油污染的受害者在其他索赔之前恢复损失赔偿。当油污事故造成的损失金额超过CLC规定的限制时，船东能够遵守本法第四十一条规定的责任限制程序(LLP)。《油污法》第43条允许索赔人因石油污染而对有争议的船只行使船舶留置权。这种船舶留置权不如KCC第861条的一般海事留置权。1992CLC中并没有规定。根据韩国法律，海运被视为与船主限制其责任的权利的平衡。因此，《油污法》有意向受害者提供一种对有权限制其责任的注册所有者的保护措施。但是，现在注册所有者应该为受害者维护强制性责任保险或财务安全，《油污法》第43条的存在似乎是多余的，除了

⁴⁸ 《油污法》第23条

注册所有者不提供此类保险。除《油污法》外，还有一个单独的法案称为“责任限制诉讼法”。根据本法，律师事务所有六个步骤如下。

a) 开始申请 LLP

船东必须在收到超过CLC可用限额的索赔之日起六个月内向具有事故管辖权的律师事务所或法院申请。

b) 船东必须将CLC的限制金额和利益的6%存入法院。

c) 法庭决定何时开始，然后律师事务所在指定的日期之前收到受害人的索赔。

d) 律师事务所和受害人的出席者必须在指定的日期内提交索赔，并且IOPC基金会也可以作为利益方出席。

e) 考虑法庭审查受害者提交的每项索赔的详细内容。如果对索赔有不同的意见，索赔可能不会被提交。

f) 判决如果索赔有不同的意见或论据，法院将损失金额的决定进行判定。如果IOPC基金或索赔人不同意这一决定，他们可以将此事提交法庭。

7) 船东有权限制其责任

注册为船舶所有者的人有权限制其责任。限制级别与CLC相同。这些数字高于1976年总务委员会，以保护受石油污染造成的受害者，如果证明污染损害是由他的个人行为或不行为造成的，意图造成此类损害，或者罔顾后果地知道这种损害可能会导致的，船东就无权限制其责任。但是因为索赔人证明上述情况不容易，因此没有报告说，船东的限制权在《油污法》下被打破。

8) 限制程序规则的分开

当登记为船舶所有者的人试图援引限制其责任的权利时，他应当向处于案情的法院在另一法院申请限制程序。为此，韩国此项法律又被称为船东的限制责任程序法。《油污法》有几项特别规定，供船东援引其责任。如果法院承认开始限制的申请是合理的，法庭在14天内到法庭。允许申请人以现金存款方式存入等值的债券。

9) IOPC基金的规定

韩国是1992年IOPC基金会的成员。因此，实施IOPC基金制度有若干规定。1992年IOPC FUND有资格作为韩国管辖的被告。1992年IOPC基金有权参与限制程序。以及在韩国港口接收的总量超过15万吨的任何人，应向IOPC基金支付。韩国人不是补充基金的缔约方。因此，《油污法》对补充基金没有规定。

四、韩国油类污染损害的问题点

通过分析韩国《油赔法》的内容，可以看出其在油类污染损害赔偿保障方面还存在以下不足。

1、船舶所有者的损害赔偿责任的问题点

《油赔法》对船舶所有者实行严格责任主义的原则，当邮轮发生油类污染事故的时候，无论无论船舶所有者有无过失都要进行相关的损害赔偿。邮轮发生油类污染损害的相关者，只要存在污染损害的事实，并且存在的事实与损害之间的因果关系得到认证，那么无论归责是由是故意还是过失都要进行损害赔偿保障。但是一般船舶所发生的油类污染事故，不在《油赔法》所规定的对象范围内的，按照民法上的不法行为承担过失责任。另外，船舶发生的损害有商法上船舶所有者责任限制的相关规定，商法上船舶所有者即使认定是过失，其损害赔偿也有一定的限度额，即便如此，因为商法上对船舶所有者责任限制的原因，一般船舶如果发生油类污染损害，按照商法上的规定进行的话，受损害者就得不到很好的补偿了。针对这种情况，尤其是对于一般船舶的燃料油产生的污染损害，也应该像《油赔法》规定那样，对船舶所有者实行严格的赔偿规定，以保护受害者的权益，该协议于2008年11月21日在国际上生效，在此以前，日本的船舶油污法已经将此内容进行翻译运用，韩国对于也应该对一般船舶产生的油类污染损害补偿加以关注并修改其《油赔法》。

2、对发生油类污染损害事故的预防以及发生后的处理不够迅速。没有形成有效地处理赔偿机构。根据其赔偿程序，是海洋警察所的防除主管机关首先实行初级的防治措施，然后海洋环境管理团以及民间防治团体等再进行支援以及海上和海岸等地区进行防治措施。然而，海洋警察署下的民间团体等虽然进行支援防治措施，但是其防治费用却不是海洋警察署，而是船舶所有人的保险人（P&I）或者是国际相关基金组织。但是能够获得费用的机构，都是在处理完以后，根据程序来申请赔偿，这样在一定程度上就打击了救援防治的积极性，以及资金的不足，所以很难迅速的进行处理和赔偿保障。

3、责任限制额以及责任限制程序

根据责任限制程序法，法院对于责任限制程序的审理，自责任限制程序开始后90天以内对制限债券进行申告。但是如果受害人很多，法院在90天以内对所有制限债券进行调查的话，非常困难，也非常不合理。另外，船舶所有人为责任限制程序的正常开始，需要提供责任限制额的供托金额，而且，责任限制程序

申请时需要供托保证书，而且供托保证书在法院决定时必须需要现金供托。但是船舶所有人在责任限制程序完成以前，这就与加入船舶所有人与受害者通过和解，准备支付给受害人资金时，资金就受到了限制，以致无法迅速的补偿给受害人。

4、对于船舶燃料油导致的污染损害赔偿的责任以及对于损害赔偿责任人的规定比1992年CLC扩大后，包括了船舶所有人以及韩国国籍的租用船所有人的规定，虽然在一定程度上保证了赔偿机会的扩大，但是却与国际公约产生了冲突，并且从受害人角度来叫，也不利。

5、韩国油类污染损害赔偿保障法主要针对的是燃料油，以及加入强制保险的1000吨以上的船舶，但是韩国国内的其他1000吨以下的船舶，并没有收到保护。当这些船舶发生油类污染损害时，就很难得以保障。

五、改善方案和未来发展方向

通过分析，可以看出韩国油类污染损害赔偿还有很多不足之处，主要是赔偿保障不够充分，和效率问题。所以在充分保障和效率方面提出以下改善意见

1、对于2003年追加基金协议的适应

在损害赔偿限度额方面，提出更高的要求：因为根据商法上提出的损害赔偿限制制度的固定，受害人很难得到充分的补偿。而且对韩国加入的国际公约以及在韩国河北号事故后，韩国颁布的河北号特别法案等，都在限度额方面存在不足。所以就产生了对2003年补充基金是否加入的问题。在决定是否加入这个补充基金协议时，需要考虑以下几个问题：首先是，如果不加入的话，存在的潜在的受害人能否受到补偿以及补偿的程度；其次如果加入补充基金协议，那么韩国的负担是多少，承担后能否有利于发展；在这里需要考虑到船主和货主间的责任均衡问题。

因此，在立法上，即使不能加入2003年补充基金，但是在油赔法上也应该对追加金额以及对其适用，以及对受害人的保障请求，诉讼申请以及分摊金的缴纳等问题进行规定。

2、迅速赔偿补偿方案

首先要保证防除费用的预支保障，并且要规则法律化。因为前文说了，无论是韩国油类污染损害赔偿程序方面还是资金效率方面，如果没有充足的预付资金，就很难开展工作，也无法确保尽快的预防和减少损失。在法律规定方面，建议需要征求各方面意见，特别是专家和参与预防治理的民间团体的意见，保证防治团体在得到国际基金保障前，有充足的资金展开预防工作。而且为了保证资金供应，

需要海洋环境管理法为根据，居民以及资金的缴纳等都要有具体规定。另外在灾难多发地区，要准备支援基金，用于应急准备。

3. 对责任限制程序次序的改革

首先是需要对制限债券申告期限以及调查期限进行延长，以便法院和责任人有充足的时间；其次是对现金供托以及合约金的减免或者免除，对于现今供托和相关的责任限制程序法，法院在分配实施时如果可以用其他的认证，做担保的话，可以规定免除现金供托，因为，船舶所有人如果破产无法赔偿以及保险公司在接到赔偿请求时也没有资金进行赔偿，而且又没有收到国际基金组织的赔偿情况下，这样就没有了现金供托的必要。另外对于责任限制程序开始前基金进行中，对于受害人进行协议时，需要资金，如果交了供托金，就没有足够的资金对受害人进行赔偿和补偿。在具体法律实施上，需要对分红实施的情况单独进行规定，对于供托金免除的范围也要具体规定。

4. 损害补偿额预付

因为没有资金，就无法有效率的防治和防止污染的发生和扩散，紧急援助，如果没有足够的资金，也无法有效地实施，所以，需要首先给相关机构一定的预备金。

具体实施方案上，基本上活用国际基金组织的方式，需要各大船东缴纳一定的分摊金，以保证受害人能够实施自己的请求权。这种具体措施，最好在《油赔法》的规定上有具体的体现。

韩国的油类污染损害赔偿法是在其已经加入的国际公约的基础上，不断修订的适合自己国家的法律。通过分析其内容，韩国法律不断的向国际化进行靠拢，但是有些方面考虑到自身的实际利益和情况，韩国法律中有很多本土化得特征。但制定出符合自己本身特色的油类污染损害赔偿法律，并且为韩国油类污染事故做出了很大贡献，但是也还有很多不足之处，需要根据实际情况，进行调查研究，以弥补不足，更好地为国家利益服务。相比而言，中国还没有自己的油类污染损害赔偿法律，没有形成一定的体系，也没有加入国际油污损害赔偿基金组织。所以通过分析韩国的油污损害赔偿制度，中国需要学习和借鉴，以更好地弥补中国法律的不足。

参考文献：

- 1、穆镇勇. 韩国防止原油污染制度的问题和改善方案[J]. 海洋环境安全学会志第7卷第2号, 2001, (6).
- 2、穆镇勇. 改编国际油类污染损失补偿体制的韩国应付方案的研究[J]. 韩国海洋水产开发院, 2005(11).
- 3、崔中铱. 韩国海商法的发展方向[A], 韩国海法学会国际学街大会发表论文, 2008.
- 4、崔宗贤. 赔偿油类污染损失保障法的修改方向[J]. 韩国海法学会志第28卷第1号, 2006(4)
- 5、朴英举. 修订油类污染损害赔偿饱尝法研究[J]. 经营法律第19卷第4号, 2009(7)
6. 郑英锡. 油类污染损害赔偿法[M]. 釜山, 海仁出版社, 2008.
7. 韩国船东互助协会 <http://www.shipowners.or.kr/>
8. 韩国海运新闻 <http://www.maritimepress.co.kr/>
9. 环境日报 <http://www.hkbs.co.kr/hkbs/index.php>
10. 外贸律师网 <http://www.foreigntradelawyer.com>
11. 国土资源部 <http://www.mlr.gov.cn/>

浅析中韩环境污染犯罪及立法完善

安俊衡、马娟

[摘要]自然环境是人类赖以生存和发展的基础,但由于人类发展过程中对资源的不合理的开发与利用,导致环境问题频发并严重危及到人类生存与发展,故利用刑法来对环境加以保护势在必行。但比较韩国对环境污染犯罪的刑法规制,我国在这方面仍有较大的缺陷。因此,通过比较研究来完善我国的环境污染犯罪很有必要。

[关键词]环境污染犯罪;生态法益;比较研究;

自第二次工业革命以来,人类通过发明创造各种工具来解放和发展生产力,使得生产效率大大提高,极大地促进了经济的发展。但就在经济迅猛发展的同时,人类也破坏了自己赖以生存的环境,全球环境污染问题日益凸显。“环境问题,无论资本主义国家还是社会主义国家,是世界先进国家中共同的烦恼”,为了遏制日益严重的环境问题,世界各国纷纷采用更有社会威慑力的刑法来对环境加以保护¹。本文通过浅析中韩污染环境犯罪,试图找到中韩污染环境罪的差异,并探寻可资借鉴的立法及理论,以期提出几点生态犯罪立法完善的建议。

一、中韩污染环境犯罪的立法概述

(一) 中韩污染环境犯罪的立法理念比较

立法理念的不同直接导致犯罪构成的差异,而刑法作为打击污染环境犯罪最为严厉的部门法,处处体现着本国的经济发展水平与国家关注重心,刑罚的尺度与深度对于国民经济有着重要的预测和指引作用。正因各国国情不同以及刑法本身的特殊性,使得各国对于污染环境罪在立法上有所差异。因此,在比较研究中韩污染环境犯罪的同时,必须考虑到不同国家的法律传统。

韩国属于大陆法系国家,大陆法系国家的立法模式通常将环境刑法与环境行政法分开设置,多以成文的刑法典和附属刑法的方式来规制环境犯罪,体系化的刑法在环境保护中发挥了极大的作用。大陆法系国家旨在保护人的利益,认为人类法益优于生态法益,这样有利的避免了刑法在环保领域内的过度张扬,但在对环境的保护范围上却显得相对较窄。韩国规制环境犯罪具有大陆法系的一般特性,但是韩国刑法典并没有专章规定环境刑事犯罪。

我国属于社会主义法系国家,在刑法典规定环境犯罪时大多使用“违反国家

作者简介:安俊衡(1994-),山东海阳人,双学士,沈阳工业大学2017级知识产权法学硕士研究生。
马娟(1980-),山东德州人,山东大学工程管理学硕士。

¹ [日]原田尚彦,于敏译:《环境法》[M],法律出版社,1999.2.

规定”、“违反XX管理规定”的字眼,这便意味着行为人构成污染环境犯罪的前提是违反相关的行政法规,体现了我国环境犯罪的行政依附性的特点。而且,在我国刑法典规定的污染环境犯罪之中,绝大多数对结果犯施以刑罚,如果没有造成人身伤亡或公私财产的重大损失,即使再严重也不认为其构成犯罪,这又体现出我国刑法对污染环境犯罪规制的另外一个特点,即关注人类法益,维护社会秩序,体现人本主义观念。

(二) 中韩污染环境犯罪的立法模式比较

随着国际交流的日益频繁,世界各国在污染环境犯罪的刑法规制上逐渐地出现了统一的倾向。概括起来,主要有四种立法模式。第一模式是由刑法典统一规定的模式。世界上绝大多数国家均采用此种模式,其主要表现在刑法典中以专章专节或者至少设置几个条款对污染环境犯罪及其刑事责任进行规定。1999年制定的《德国刑法典》第29章专章规定了“污染环境罪”,并将这类罪名归于“公共危险罪”编之内。《俄罗斯联邦刑法典》第26章中规定了“生态犯罪”,共计17个条文,包含了污染水罪、污染大气罪、毁坏土地罪、破坏森林罪、违反受特别保护的自然地区和自然客体的制度罪等罪名,体现出俄罗斯环境刑事立法的生态化。第二模式是在环境行政法规之中规定刑罚的模式。此种模式或在行政法规中直接规定刑罚,或在行政法规中规定参照刑法典对污染环境的行为做出处罚,如罗马尼亚便有如此规定;第三模式是创制特别环境刑法的模式。如日本1970年的《公害罪法》;第四模式是英美法系国家普遍实行的判例制度模式。通过对先前环境犯罪的刑事裁决,成为以后判决此类污染环境犯罪案件的援引案例。

1. 韩国立法模式

韩国在立法模式上属于上述的第三种模式。韩国的环境刑事立法未在刑法典中采用专章规定刑事犯罪,缺乏统一的规制环境刑事犯罪的法律体系,不足以应对日益严重的环境污染问题。鉴于此,韩国进行了一系列的修改,在1991年颁布了“环境犯罪控制特别措施法案”(下称“环控法案”),该法案作为有关环境犯罪的特别处置法,皆为刑事条款,明确了专业术语的法律含义,调整了犯罪主体的范围,加大污染环境保护区犯罪行为的处罚力度,拓宽了环境刑法保护的范围。

韩国环境刑法充分考虑了人类和生态环境的密切联系,采取“人类法益”和“生态法益”并重保护方式:一方面规制有害于人类生命健康的犯罪行为;另一方面,将对生态法益的侵害作为犯罪构成要件。由此可见,韩国的环保法律突显

了可持续发展这一先进的环境伦理理念。从其环境刑法的立法变迁中看到，韩国通过对法律的修改与完善，并逐步形成了较为完备的环境保护模式²，反映出了其国家对于生态法益的确认。在犯罪形态方面，韩国环境刑法规定了行为犯以及危险犯，并且对于因为疏忽大意和过于自信的过失犯也要予以处罚。对于法人的刑事责任，韩国“环控法案”第10条引入法人责任的双罚制，对环境犯罪的自然人和法人依法判处罚金。

2. 中国立法模式

中国环境犯罪的立法模式属于复合型的。既包括在刑法典中对环境犯罪予以专章规定，又包括环境行政法中的刑事责任条款。特别是《刑法修正案（八）》将原来的“重大污染环境事故罪”修改为“污染环境罪”，并从污染对象、犯罪构成要件和排放物质对污染环境罪进行了规制。对于犯罪对象，将该罪的适用范围不限于污染土地、水体、大气三种环境要素，从而使环境要素的保护范围更为宽泛，有利于司法实践中更为有力地惩处新型污染环境犯罪的实际需要³。同时，将犯罪构成的客观方面修改为“严重污染环境”，扩大对原有对客观方面的限定，只要行为人实施了严重污染环境的行为，那就可以构成污染环境罪。而对于排放物质，则是将“危险废物”修改为“有害物质”，这也拓宽了对环境有污染的物质的限定。对于危险废物，根据《国家危险废物名录》得知，危险废物包括固态和液态废物，但不包括向大气中排放的有毒有害物质。但这些物质依旧会对环境产生较大的污染，严重的甚至会危及到人们的生命健康。所以，将排放物质的界定从“危险物质”修改为“有害物质”，刑法规制的内容更加的宽泛，这也有利于加强对环境的保护。这不仅扩大了刑法对于污染环境罪的处罚范围，而且开始将立法的目光从重视对环境造成危害的结果逐步向重视污染环境的行为转变，这体现出了在新的环境伦理下对于生态法益的保护以及法制建设的进步。

二、中韩污染环境犯罪的刑事责任比较

（一）韩国的环境刑事责任

韩国的环境刑法规制领域较为全面，对环境犯罪的处罚力度较大。例如在“环控法案”第3条中规定了非法排放污物致使公众生命与健康处于危险状态或者污染水源致使公众饮水处于危险状态的，处三年以上有期徒刑；致使他人死亡或者伤害的，处无期徒刑或五年以上有期徒刑，韩国环境刑法对于自由刑适用力度大，

刑期的跨越幅度较大；对于法人的刑事责任，韩国具有特征性的规定了对犯罪自然人（受雇方）的处罚和对法人（雇主方）的双向处罚，没收违法所得，并采用举证责任倒置原则，如果被告无法证明自己没有排放那些危险污物，则法院可以推定被告的行为和实际危险之间具有因果关系，构成环境犯罪。

（二）我国的环境刑事责任

刑法典规制环境犯罪主要在固体废弃物、水产品、珍稀野生动物、农用地、矿业、林业等领域，而对于其他领域尚未作出明确的规定，因此常采用第338条做兜底规定。环境犯罪的刑罚种类主要是有期徒刑、拘役、管制和罚金，我国环境刑法九个关于环境犯罪的条文中均规定了有期自由刑，并且根据犯罪的不同情节规定了“三年以下”、“三年以上五（七）年以下”、“五（七）年以上十年以下”等不同的量刑档次；对于罚金刑，我国规定了对于情节较轻的犯罪，单处或并处罚金，对于情节较重的犯罪，并处罚金，但并未明确规定罚金刑的处罚范围。同时，我国规定了单位可以成为环境犯罪的主体，对于单位犯采取双罚制，即对单位处以罚金，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员按照前款规定依法处罚。

三、比较视域下我国污染环境犯罪的立法缺陷

（一）环境立法对生态法益保护不到位

目前我国已经制定了包括《环境保护法》、《水法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》等在内的大量的有关环境保护的法律。然而，与之不相适应的是，我国环境污染事故频发，生态环境状态日益恶化的现状。一方面，我国环境刑法的保护范围过于狭窄，对于环境保护的力度不够，对生态法益保护不到位；另一方面，我国在执法方面却存在着诸多的弊端，不发现或不能及时发现环境犯罪行为，存在地方保护主义等问题。

（二）刑法保护生态法益机制乏力

虽然我国在刑法典第六章妨害社会管理秩序罪中进行专节规定，但与保护生态法益的目标相距甚远。我国环境犯罪侵犯的客体是社会管理秩序，而不是具体的法益。同时，我国污染环境罪缺乏对危险犯的设置，危险犯的缺位不但导致刑法对污染环境犯罪的威慑力不足，而且缩小了刑法对于生态法益的保护范围。

从我国刑法典对于“危害公共安全罪”的规制来看，放火罪、决水罪、爆炸罪等等罪名的设立，均考虑到了危险犯的设置，这有利于刑法的提前介入，从而保护不特定的多数人的生命健康和财产安全。而生态环境与人类的发展息息相关，

² 相关法律涵盖大气、水体、土壤、噪音、森林、水产、港湾、废弃物等多个领域。

³ 陈君：《对〈刑法修正案（八）〉关于污染环境罪规定的理解与探讨》，《北京理工大学学报（社会科学版）》，2012年第6期。

我国刑法却对此存在“危险犯”的缺位，而且对污染环境的犯罪，处罚力度总体来说较轻，刑罚力度不足，无疑突显刑法对生态法益保护的乏力。同时，刑法还遗漏了对于草原资源及名胜古迹、自然保护区的保护；对于森林、渔业等资源的保护不尽合理，我国在强调环境保护的同时也在倡导着大力发展经济，但在实践中，忽视了对环境的保护，进而造成了环境的污染与破坏，这种单方面追求经济增长的做法极大的削弱了环境保护原则的权威性，故我国刑法对于污染环境犯罪的规制还存在很大的缺陷。

（三）环境刑法的位阶较低，证明方法无力

我国环境刑法位于我国刑法典的第六章第六节，保护的客体是我国的社会管理秩序而不是具体的生态法益，法益观不够明确。生态环境是人赖以生存和发展的唯一基础，特别是近年来由于人类对资源的不合理的开发与利用，环境问题频发，现有的刑法规制显然略显苍白。而我国的环境刑法采用的犯罪因果关系的证明方法无力，没有准确证据则推定的结果对被告方不利，极易使被告方的合法权益受到侵害，与刑法“保护人民，惩罚犯罪”的目标相悖。

四、中韩污染环境罪比较对我国立法完善的启示

自然环境是人类赖以生存和发展的基础，通过浅析中外污染环境犯罪，可以看出我国刑法对于生态法益的保护还存在着较大的不足，所以我提出以下几点建议，以期对于我国环境犯罪的立法完善贡献自己的力量。

（一）立法理念的新选择——人和环境和谐可持续发展

“可持续发展”较为普遍的定义为：“在连续的基础上，保持或提高生活质量。”即提出预防优先，这便要求立法着眼未来，注重长远利益；同时要将刚露端倪的环境问题纳入法律的调整范围，充分发挥法律的保障作用。可持续发展理念的提出，为我国完善立法理念提供了一个环境伦理基础，有利于更好对生态加以保护⁴。准确把握污染环境犯罪的本质，厘清人与生态之间的关系，树立以生态为本位的思想体系，将生态安全纳入刑法保护的范围，严厉打击污染环境的行为，通过文化教育等途径逐步达成人与自然和谐发展，人类利益与生态法益共存共荣的共识。树立生态法益观，逐步提高环境刑法的法律位阶，对于保护生态环境有着重要意义。

综观我国刑法对于资源保护的相关法条，不难看出，大多数是以“造成重大污染事故”或“情节严重”为最终的处罚标准，换言之，由于人们认识观念的落

后，污染环境犯罪只有在出现公害时才会引起大众的重视，刑法方才介入予以处罚，虽然最终追究相关责任人的刑事责任，但公害发生往往已经造成了不可逆转的危害结果。这种“先污染，后治理”，“先破坏，后保护”的滞后思想难以体现刑法的价值所在。所以，只有坚持将可持续发展观念贯彻到刑事立法当中，在“代内”与“代际”间找到平衡点，并以之为基础真正实现经济发展与生态环境的协调，显现效率与公平。

（二）提升法律位阶，完善立法机制

我国污染环境罪从处罚结果犯逐步偏向于行为犯，缺乏对危险犯的设置，从而对一些危害环境的行为没有有力的罪名进行规制，不能很好的保护生态法益。提高生态犯罪的法律位阶，将保护环境放在与保护国家安全同等地位；增加对污染环境犯罪危险犯的设置，将那些具有严重危险的行为纳入刑法的视野，对并加大对污染环境犯罪的刑法处罚力度；细化罚金刑的适用，明确对于环境污染犯罪罚金刑的适用标准；创建恢复性司法模式，拓宽行为人对环境的修复责任的适用领域，对于破坏草原植被的犯罪行为人判处恢复绿植的刑罚以代替自由刑；确立完善的受害人举证责任的制度，明确受害人的举证责任限度，积极探索被害人环境犯罪刑事附带民事诉讼中有效获得救济的路，提高环境犯罪的司法打击率，通过多方渠道减轻污染环境犯罪的发生，强化对生态法益的保护。

四、结语

新形势下我们需要树立人与自然和谐的环境保护理念，将环境法益作为一个独立的客体加以保护，借鉴国外治理环境犯罪的成功经验，不断加强对我国的环境保护。

⁴蔡守秋：论当代环境法学的发展 [J]，法商研究，1998（3）。