

韩国法论坛

2014 | HANGUOFA
LUNTAN

李 源 主编

2014



中国政法大学出版社

韩国法论坛

2014 | HANGUOFA
LUNTAN

李 源 主编

2014



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

韩国法论坛. 2014/ 李源主编. —北京：中国政法大学出版社，2014. 6
ISBN 978-7-5620-5498-6

I. ①韩… II. ①李… III. ①法律—研究—韩国 IV. ①D931.26

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第141865号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	26
字 数	430千字
版 次	2014年6月第1版
印 次	2014年6月第1次印刷
定 价	66.00元

编辑委员会成员

孔庆江教授（中国政法大学国际法学院）

许身健教授（中国政法大学法学院副院长）

王敬波教授（中国政法大学法治政府研究院副院长）

李东方教授（中国政法大学经济法研究所所长）

吴日焕教授（中国政法大学韩国法研究中心所长）

申卫星教授（清华大学法学院副院长）

张潇剑教授（北京大学法学院）

刘 浩教授（北京航空航天大学法学院）

发刊词

“世界化”从20世纪末开始便成了全地球村所关心的对象，在法制领域也是如此。20世纪末，发展国家及亚洲国家通过借鉴大陆法系和英美法系的法律内容，构建了近代化的法制体系。从此，法制领域的“世界化”的现象如雨后春笋般出现。

第二次世界大战和韩国战争后，韩国作为世界上最贫穷的国家之一，得到了很多海外援助。韩国在经济成长与实现政治民主化的过程中经历了各种错误的实践以及法制整顿，这也使得韩国法律制度成了其他国家所能借鉴的优秀的间接经验，使韩国的法律制度成了借鉴的典范。

韩国在研究法律与经济发展相关的“法律发展研究”（Law and Development Studies）方面的成功经验也成了学术界中十分热门的典范，之前曾轻视韩国法律的西方欧洲国家现在也开始对韩国法律有所关心。

韩国法制研究院作为支持政府立法政策制定的政策机关，为了介绍韩国的法律并且体系化、专门化地支持对韩国法律的研究，将出版《韩国法论坛2014》一书。

这本《韩国法论坛2014》的内容主要由发表于2013年10月31日、11月1日在北京与北京航空航天大学共同举办的“韩中韩国法论坛”的论文以及与韩国法律有关的论文构成。

在此，再次对为《韩国法论坛 2014》提供优秀论文的诸位表示感谢，同时感谢共同举办过“韩中韩国法论坛”的北京航空航天大学和中国政法大学韩国法研究中心以及出版此书的中国政法大学出版社的有关人员。

韩国法制研究院院长 李 源

2014 年 6 月 30 日

目 录

发刊词	1
-----------	---

第一部 经济成长和韩国宪法的发展方向

韩国的宪法裁判的最新动向与主要决定	3
韩国宪法诉讼制度	15

第二部 经济成长和韩国行政法的发展方向

韩国行政法的最新动向和课题	53
韩国反腐败对中国的启示	61
韩国建设废弃物处理设施法律制度及对中国的借鉴意义	76
韩国济州国际自由城市相关法律制度研究——对中国海南国际旅游岛 发展的启示	91
韩国应对气候变化法所涉重点问题识别和研究	114

第三部 经济成长和韩国民法的发展方向

韩国民法的最近动向与面临的课题	133
-----------------------	-----

中韩物权行为理论之比较	156
韩国民法上的债权人撤销权制度	171
韩国的调解制度——以与中国调解制度的比较为主	184
韩国关于领养的法制发展及最新动向	199

第四部 经济成长和韩国商法的发展方向

韩国商法的最新动向与面临的课题	211
韩国公司法的发展过程与基本特色——兼谈对中国公司法的启示	225
中韩公司资本制度比较研究	244
韩国金融机关破产程序的特殊性——以银行的破产程序为中心	252

第五部 经济成长和韩国经济法的发展方向

韩国经济法的主要课题	279
《反垄断法》实施的反思：基于修法思维的考量	293
韩国金融法和金融消费者保护体系对中国的借鉴意义—— 以金融消费者保护机关设置为中心	305
韩国行政性限制竞争行为法律规制研究	322

第六部 经济成长和韩国国际法的发展方向

韩国国际法问题的最近动向与面临的课题	335
国际法在韩国法院的直接适用与直接效力——以 WTO 协定为例如	366
韩国国际裁判管辖制度简介	380
中韩驰名商标保护制度比较研究	393

■ 第一部

经济成长和韩国宪法的发展方向

韩国的宪法裁判的最新动向与主要决定

朴大奎 *

朴慧媛 译 **

一、序言

宪法裁判的功能有保护宪法、控制权力、保护国民的自由与权利、保障宪政生活的稳定与政治上的和平。过去 25 年间，韩国的宪法裁判所积极履行上述课题而保护宪法的理念和价值。自 1988 年 9 月韩国的宪法裁判所成立以来，宪法裁判制度很快稳定定位，被国民认为是基本权保障的最后手段，并且受到国内外广泛认可。产业化时期的韩国的成功被称为“汉江的奇迹”，韩国宪法裁判所能够早期成功定位可被称为“宪法裁判的奇迹”。

2011 年宪法裁判所成立了宪法裁判研究院作为下属研究机构，一方面广泛接受外国先进宪法裁判机构的法例，另一方面系统地、综合地考虑适合韩国价值和文化的既有创造性的又有特色的宪法裁判制度。其结果，目前韩国的宪法裁判已成为别的国家的榜样。下面我们以韩国宪法裁判制度的历史、违宪法律审判及宪法诉愿审判为中心，看一下宪法裁判制度的内容及有意义的主要决定。

* 朴大奎：宪法裁判所研究官。

** 朴慧媛：博士，韩国外国语大学校，同时翻译大学院讲师。

二、韩国宪法裁判制度的变化

1. 现在宪法裁判所的位置及形象。德国 1991 年到 2010 年之间具体规范控制事件一共有 956 件, 美国 2005 年到 2009 年之间以宪法为焦点的事件数为 136 件, 但韩国自 1988 年 9 月 1 日到 2012 年 5 月 10 日违宪法律审查事件当中, 按照《宪法裁判所法》第 41 条第 1 款的(法院提请)有 630 件, 按照《宪法裁判所法》第 68 条第 2 款的有 3156 件。^[1] 现在韩国社会具有矛盾解决功能的组织有国家机构、媒体、社会团体等, 但可以说现在几乎所有的社会焦点问题都等着宪法裁判所解决。韩国国民已经将具作为社会矛盾解决方式接受宪法裁判所的决定, 韩国的宪法裁判所已成为比任何国家机构都有权威的社会矛盾解决机构。^[2]

在国际方面, 韩国 2006 年 6 月 1 日正式成为威尼斯委员会(通过法律的民主主义欧洲委员会——European Commission for Democracy through Law)^[3] 的会员, 2012 年 5 月 20 日至 24 日在韩国首尔召开亚洲宪法裁判所联合(Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions)^[4] 成立大会, 将于 2014 年 9 月 28 日至 10 月 1 日在韩国首尔以“宪法裁判与社会融合”为主题, 召开第三届世界宪法裁判会议大会。

2. 裁判制度的变化。

(1) 制宪宪法(1948 年)——宪法委员会制度。法律违反宪法与否成为审判前提的, 法院向宪法委员会提请, 并按照宪法委员会的决定进行审判。宪法委员会由副总统担任委员长, 由 5 名大法官和 5 名国会议员担任委员。按照法律规定, 大法院有权对命令、规则、处分是否违反宪法和法律进行最终审查。在弹劾审判方面, 另设弹劾裁判所。到目前为止它已进行了 7 件违宪法律审判和 2 件违宪决定。

[1] 宪法裁判所:《世界宪法裁判动向》(2011), 第 20、43 页。

[2] 中央日报和东亚研究院(EAI)对韩国社会力量组织的影响力和可信赖度共同进行调查显示, 在韩国国家机构当中, 宪法裁判所自 2005 年以来一直获得最好的评价。

[3] 为了帮助社会主义体制瓦解以后, 体制转换的东欧国家接受和运营西方宪法和宪法裁判制度, 1990 年 5 月通过欧盟委员会(Council of Europe)欧盟理事会的决定, 作为其下属机构成立, 截至 2013 年 9 月一共有 59 个国家加入该委员会。

[4] 亚洲宪法裁判所联合的官方网站: <http://www.aaccci.org/>。

(2) 第三次宪法改正(1960年)——宪法裁判所制度。成立了独立的宪法裁判所,由9名审判员组成,总统、大法院、参议院各选拔3名审判员,任期为6年,负责法律的违宪审查、宪法的最终解释、国家机构之间的权利纠纷、政党的解散、弹劾审判、总统和大法院院长以及大法官选举相关诉讼。按照法律规定,大法院有权对命令、规则、处分是否违反宪法和法律进行最终审查。1961年4月17日《宪法裁判所法》制定,刚满一个月5月16日发生了“五一六”事件,宪法裁判所无法如期构成。

(3) 第五次宪法改正(1962年)——美国式司法审查制度。违宪法律审查权和政党解散审判权由大法院负责,弹劾审判由弹劾审判委员会负责。大法院判断认为国家赔偿法第2条第1款但书^[1]和法院组织法第59条第1款等两件违宪。

(4) 第七次宪法改正(1972年)——宪法委员会制度。另设宪法委员会,规定宪法委员会的审判事项为法院所提请的法律违宪与否、弹劾审判、政党解散。宪法委员会制度所维持期间,从未判过某一法律属于违宪,所以实际上宪法委员会是一种休眠机构。

(5) 第九次宪法改正(1987年现行宪法)——宪法裁判所制度。另设宪法裁判所,规定宪法裁判所的审判事项为法院所提请的法律违宪与否、弹劾审判、政党的解散审判、国家机构之间或国家机构与地方自治团体之间以及地方自治团体之间的权利纠纷审判、法律所规定的宪法诉愿审判(宪法第111条第1款)。

三、宪法裁判所的构成

宪法裁判所由包括宪法裁判所所长在内的9名审判官构成,但是宪法审判官长期缺席的情况发生之后,为了防止宪法审判官缺席情况,需要立法改善方案,也为了防止多位审判官同时接班的情况,规定了每3年交替3名审判官,这样比较合理。

审判官都由总统来任命,但其中3名审判官由国会选拔,另3名审判官

[1] 上述条款规定,军人、军务员、警察公务员等执行战斗和训练等公务时受到的损害,除了法律规定的补偿以外,无法向国家或公共团体请求由公务员职务上的非法行为而造成的赔偿,大法院宣判上述条款违宪。第4共和国宪法在宪法第29条第2款但书上规定了上述内容,现行的宪法也保存着该内容。

由大法院院长提名,但是又有些人认为考虑到审判官的民主正当性和独立性,大法院院长和大法院提名宪法审判官是不够理想的。审判官的任期为6年,可以连任,退休年龄为65岁(宪法裁判所所长退休年龄为70岁)。总统先要获得国会同意而任命宪法裁判所所长,但是现在被提及的方法是互选的方法。

审判官资格为:①当过15年以上的审判员、法官、律师的;②具有律师资格在国家机构、国营企业、政府投资机构、其他法人15年以上从事法律相关工作的;③具有律师资格在公认的大学当过15年以上法学助教授以上职位的40岁以上的人。但是,又有些人主张,不要由于宪法审判的性质而将宪法审判官的人选局限在法官,要向法官以外的人选开放宪法审判官的门户。

四、宪法裁判所的违宪法律审判与宪法诉愿审判

韩国现行宪法把宪法裁判所区别于“第5章法院”,在第6章把宪法裁判所规定为独立的宪法审判机构。

现行宪法上宪法裁判所的负责事项有:①审判法院所提请的法律违宪与否;②审判弹劾;③审判政党解散;④审判国家机构之间、国家机构和地方自治团体之间以及地方自治团体相互之间的权利纠纷;⑤审判法律所规定的宪法诉愿等。但我们在此仅论述①法律违宪审判和⑤宪法诉愿审判。

1. 审判法律违宪与否。

(1) 意义。违宪法律审判是指宪法裁判所审查国会所制定的法律是否违反宪法,如果该法律被判断为违反宪法,会使其失去效力或停止其适用,这是宪法审判最核心的制度。如果具体事件中法律违宪与否成为审判前提,则现行违宪法律审判制度作为事后的、具体的规范控制,把法律的“违宪提请权”和“违宪决定权”相分开,前者由法院负责,后者由宪法裁判所负责(宪法第107条第1款,第111条第1款第1项)。^[1]

(2) 限定违宪请求的适法性。这是指具体规范控制程序上,不是提请法院或宪法诉愿请求人请求法律条款本身是否违宪的判断,而是把法律条款的特定解释的可能性或该法律条款的一部分作为该审判请求的对象,对此请求

[1] 法文上规定为“宪法诉愿审判”,但其实这属于违宪法律审判制度的一个类型,宪法裁判所第68条第2款有根据诉愿的违宪法律审判制度。宪法裁判所法规定,在违宪法律审判程序中允许当事人向法院申请违宪与否审判提请,如果法院弃却申请的,允许使其申请的当事人向宪法裁判所请求宪法诉愿审判。把这一类型的违宪法律审判制度又称为“规范控制型宪法诉愿制度”。

违宪审判。关于限定违宪的问题，宪法裁判所和法院的意见有所不同。在限定违宪请求的许可性问题上，宪法裁判所改变自己的立场而认为一般情况下可以接受（2012年12月27日，2011宪F117）^{〔1〕}。但是，关于审判诉愿禁止的禁止规律，在法律解释及适用的宪法诉愿请求问题上，它的立场不是全面承认其适法性。^{〔2〕}

法院根据事实关系解释和适用法律，但与此不同，无论事实关系如何，宪法裁判所只判断法律本身引起的抽象的、客观的意义。为了判断法律是否符合宪法，作为必要的前提，首先须确定法律的意义。所以限定违宪问题作为部分违宪问题，要在上述范围内判断。^{〔3〕}

2. 宪法诉愿审判。

（1）意义。宪法诉愿审判制度是为了保障因公权力的行使或未行使所侵害的基本权，而产生的宪法审判制度，所以这可以说是能够体现统治权的基本权羁束性的最有效的权力控制手段。韩国宪法明确把“关于法律所定的宪法诉愿的审判”规定为宪法裁判所的管辖事务（宪法第111条第1款第5项），这是韩国宪政史上首次采用宪法诉愿制度。

（2）种类。宪法裁判所法上宪法诉愿制度分为两大类型，一类是因公权力的行使或未行使，而被侵害基本权的人所提出的权利救济性宪法诉愿（法第68条第1款），另一类是法律是否违反宪法作为审判前提，向法院申请违宪法律审判提请，但法院弃却其申请的，向宪法裁判所请求审判该法律是否违宪的规范控制型（违宪审查型）宪法诉愿（法第68条第2款）。

〔1〕 宪法裁判所最近改变做法，下决定限定违宪请求属于适法的。“法律的意义终究是通过个别又具体的法律解释来确认的，所以法律和法律解释很难区别开来，对作为审判前提的法律的规范控制是对通过解释而具体化的法律意义及内容的宪法控制，是宪法裁判所的固有权利，宪法合致的法律解释原则上，限定于法律条款中有违宪部分做出违宪决定。这是考虑到对立法权的控制和尊重时，很自然又不可避免的结论。所以在原则上，请求限定违宪决定的限定违宪请求是适法的。（宪法裁判所2012年12月27日，2011宪E117决定）”

〔2〕 具体规范控制程序上，对法律条款的特定解释或适用部分做出违宪决定的限定违宪请求在原则上是适法的，但是禁止其审判诉愿，从该“法”第68条第1款的意义来看，虽然具备限定违宪请求的形式，但是实际上承认或评价该事件审判基础的事实关系的、解决个别或具体事件中法律条款的简单适用问题的、没有主张有意义的宪法问题，而审判法院的法律解释或审判结果的，都违背现行规范控制制度，是不可结构的。（2011宪F117决定的法定意见）

〔3〕 〔韩〕木英俊：“为提高国民的基本权的大韩民国宪法裁判所的成果与作用”，载2013年宪法裁判所、韩国公法学会、康拉德阿登纳财团共同学术大会论文集。

第一，权利救济型宪法诉愿。因公权力的行使或未行使，而被侵害宪法上所保障的基本权的人，除了法院审判以外，可以向宪法裁判所申请宪法诉愿审判（《宪法裁判所法》第68条第1款），这里所说的公权力是指行使立法权、行政权、司法权，对立法权行使的结果法律也可以进行宪法诉愿。但这种宪法诉愿是因公权力所侵害的基本权获得救济的程序，所以能当基本权主体的人才可以请求，一定要存在基本权侵害的可能性，申请该宪法诉愿审判时一定要法律上的关联性。这一法律上的关联性是指请求人本身与公权力作用有着关联（自己关联性），现在这个时间与公权力作用有着关联（现在性），因公权力作用被直接侵害基本权（直接性），如有其他法律也有着救济程序的，一定要经过其所有程序（补充性）。如宪法裁判所引用宪法诉愿的，可以取消侵害基本权的原因公权力行使，或可以确认未行使公权力属于违宪，也可以宣布其法律前提属于违宪（法第75条第3、4、5款），其约束力涉及所有国家机构和地方自治团体（法第75条第1款）。

第二，规范控制型（违宪审查型）宪法诉愿。在进行中的诉讼中，诉讼当事人向法院请求对适用法律的违宪审判提请（法第41条第1款），但该法院弃却的，其申请当事人可以向宪法裁判所提出审查该法律是否违宪的宪法诉愿审判请求（法第68条第2款）。这样的宪法诉愿制度是在国外很难找出的宪法裁判程序，如国民向法院提出违宪提请申请被弃却的，宪法诉愿制度可以使国民直接提出对法律的宪法诉愿。在规范控制型宪法诉愿上，宪法裁判所与违宪法律审判的情况一样，可以决定单纯违宪、限定违宪（限定合宪）、不合宪，如宪法裁判所引用宪法诉愿而判断认为该法律属于违宪的，这会发生与根据违宪法律审判而判为违宪的情况一样的法律效果（第75条第6款，第47条）。如果引用该宪法诉愿而诉讼时间已经得出确定的，当事者可以以此为由提出再审（第75条第7款）。按照该宪法诉愿，实际上进行违宪法律审判，该宪法诉愿履行其主要功能审判法律的违宪与否。

五、宪法裁判所的“主要决定”

2013年是宪法裁判所成立25周年，在宪法裁判所成立25周年之际，进行问卷调查，选出了“宪法裁判所10个主要决定”。为了方便参与者选择，宪法裁判所从2万2767个决定（以2012年8月30日为准）中选出25个决定，调查参与者在这25个决定中选出5个决定（可以选择25个以外的决

定)。虽然没被选出为上述 10 个决定,但又有使韩国社会改变的一些重要决定,如限制未决收容者见辩护人属于违宪;检察官向法官请求重刑,可是最后判为无罪,但不及时地释放属于违宪;事先检查电影的“剪刀”电影法属于违宪;同姓同本禁止婚姻属于违宪;检察官拒绝阅览搜查记录属于违宪;由于绿色地带侵害个人财产权属于违宪;国会议员选举中按照得票率来分配比例代表议员名额属于违宪;拘留所的卫生间没有墙属于违宪;按照法律决定首都迁移属于违宪;孩子无条件地继承父亲的姓(父姓主义)属于违宪;公职选举法剥夺在外国国民的选举权属于违宪;对外国产业实习生的不平等待遇属于违宪;对所谓“Minerva 事件”的处罚相关电子通信基本法属于违宪等。

1. 亲日派财产没收规定属于“合宪”(宪法裁判所 2011 年 3 月 31 日, 2008 宪 F141 等)。

(1) 事件概要^[1]。闵某(1852 年 5 月 15 日~1935 年 12 月 31 日)为韩日合并做出了贡献,因此日本给他子爵爵位和 50000 园,他死亡之前,日本还把他的官职提高到正三位,把他任命为朝鲜资产银行的设立委员,选为朝鲜总督的咨询机构朝鲜教育会议的副会长。朝鲜实业俱乐部成立之后其当过顾问,也当过日鲜融和团体大政亲睦会的顾问。他从日本所领到的土地通过多种渠道,已结束了所有权转移登记,其所有权已转移到请求人闵元基以外 19 人。亲日反民族行为者财产调查委员会 2007 年 11 月 22 日决定闵某属于法律所定的“亲日反民族行为者”,上述土地归属于国家。对此,上述请求人提出了请求取消上述财产归属于国家的决定。但是法院以上述诉讼中法律规定是溯及立法是属于违宪的为理由,提出了违宪法律审判提请申请,但被弃却了再申请了宪法诉愿审判。

(2) 决定摘要。《关于日本强占时期反民族行为真相纠明特别法》的条款不违背法律的确切性原则。规定从俄日战争开始到 1945 年 8 月 15 日亲日反民族行为者所取得的财产推断为以亲日行为为代价获得的财产,不侵害审判请求权,也不违背适法程序原则。规定亲日财产的取得、赠予等原因行为发生时,其归属于国家所有,这是溯及立法,不违背宪法第 13 条第 2 款,也不

[1] 在这里只说明合并事件或 2008 宪 F141 事件的事件概要。在其他事件中,如有多人请求人的,就说明 1 个请求人的情况。