第六届朝鲜韩国法论坛论文集

中国公民在朝、在韩权益保障研究



中国·西安

2019年6月14日

第六届朝鲜韩国法论坛

中国公民在朝、在韩权益保障研究

主办：吉林省社会科学重点领域朝鲜韩国法研究基地

西北政法大学刑事法学院

承办：西北政法大学韩国法研究中心

协办：大韩民国驻西安总领事馆

韩国法制研究院

地点：中国·西安

2019年第六届朝鲜韩国法论坛日程表

日期：2019.06.14　地点：西安

时间		地点	活动内容	主持人
6月13日	8:00--22:00		注　册	党政（西北政法大学）
6月14日	9:00-9:30	地点：五号教学楼401室	开幕式	谢鹏远（西北政法大学）
	9:30-10:00		纪念合影 / 茶歇	
	10:00-12:00 **主题：中朝韩法律交流史**	地点：五号教学楼401室	1. 唐律对东亚世界诸国的影响 发表：陈玺（西北政法大学） 2. 魏晋南北朝法制对我国法制的影响 发表：金鍍潤（韩国 法务部） 3. 朝鲜王朝的《大明律》继受与《经国大典》 发表：韩相敦（韩国亚洲大学） 4. 在中朝鲜人的形成与认定 发表：严海玉（延边大学） 综合讨论：崔吉子（华东政法大学） 张珍宝（韩国忠北大学） 韩基宗（韩国尚志大学） 5. 中国的韩国法研究现状调查统计分析 发表：蔡永浩（延边大学）	吴日焕（中国政法大学）
	12:00--14:30		午餐	

	韩国法分论坛 14:30-16:00 **主题：在韩中国公民权益保障**	地点： 五号教学楼 401 室	1. 在韩中国难民问题研究 发表：朴大宪（辽宁大学） 2. 韩中投资纠纷解决 发表：金汝善（韩国济州大学） 3. 在韩中国劳工逸失利益研究 发表：朴晶敏（延边大学） 4. 在韩中国人的法律援助的制度与现状 发表：金星均（韩国庆北大学） 综合讨论：吴日焕（中国政法大学） 金承烈（大韓仲裁人協會） 李永申（河南师范大学）	최승환 （韩国韩中法学会会长）
	16:00-16:10		茶　歇	
	韩国法分论坛 16:10-17:40 **主题：中韩法律比较研究**	地点： 五号教学楼 401 室	1. 中韩黄海划界的国际法问题探析 发表：马光（浙江大学） 2. 从海峡两岸司法协助现状看建南北韩司法协助机制的启发 发表：梁孝玲（韩国全北大学） 3. 金融科技时代的韩国金融创新法律制度评释 发表：董新义（中央财经大学） 4. 韩国商法上合并比率控制制度研究 发表：崔贞莲（临沂大学） 综合讨论：玄松鹤（延边大学） 朴顺善（黑龙江大学） 张月霞（淮阴师范学院） 郑益雨（法务法人 江南）	崔吉子 （华东政法大学）

	朝鲜法分论坛 14:30-16:00 **主题：朝鲜法律制度研究**	地点： 五号教学楼 406 室	1. 试析朝鲜宪法的修改及其发展趋势 发表：蔡永浩（延边大学） 2. 朝鲜的司法制度 发表：严海玉（延边大学） 3. 朝鲜刑法概论 发表：崔军勇（延边大学） 4. 朝鲜的国际商事纠纷解决机制 发表：张元奎（韩国法制研究院） 综合讨论：皇甫明国（青岛大学） 林宗浩（兰州大学） 郑贞子（延吉市人民法院）	钱建平 （渤海大学）
	16:00-16:10		茶　歇	
	研究生分论坛 16:10-17:40	地点： 五号教学楼 406 室	1. 外国人基本权主体研究 发表：崔慧珠（韩国国立首尔大学，博士在读） 2. 韩国对外国人投资的保护措施 发表：万延娇（韩国庆熙大学，博士在读） 3. 浅论期待可能性在韩国刑法中的适用以及韩国刑法中“被强制行为”制度的借鉴意义 发表：张智华（韩国高丽大学，博士在读） 4. 韩国商法中的自己股份处分制度研究 发表：许英梅（中国政法大学，硕士在读） 综合讨论：史进元（西安石油大学） 李明鎏（安阳师范学院） 朴大宪（辽宁大学）	张珍宝 （韩国忠北大学）
	17:40-18:10	地点： 五号教学楼 401 室	闭幕式	蔡永浩 （延边大学）

目 录

唐律对东亚世界诸国的影响.....陈玺；闫强乐 1
한· 중 법제 교류의 연혁에 대한 소고.....金鍍潤 15
朝鲜王朝的《大明律》繼受和《經國大典》.....韩相敦 27
在中朝鲜人的形成与认定.....严海玉 37
中国的韩国法研究现状调查统计分析.....蔡永浩；高晗之；崔慧珠 49
在韩中国籍难民问题研究.....朴大宪 63
韩中投资争端解决机制-ISDS.....金汝善 75
在韩中国公民逸失利益算定研究.....朴晶敏 83
在韩中国人的法律援助的制度与现状.....金星均 91
中韩黄海划界的国际法问题探析.....马光；李净欣 99
从中国海峡两岸司法协助现状看将构建南北韩司法协助机制的启发..梁孝玲 117
金融科技时代的韩国金融创新法律制度评释.....董新义 133
韩国商法上合并比率控制制度研究.....崔贞莲 143
朝鲜宪法的修改及其发展趋势研究.....蔡永浩；袁淑华 153
论朝鲜的司法制度.....严海玉 167
朝鲜刑法概论.....崔军勇；金光虎 179
한국에서의 외국인 기본권 보장에 관한 연구.....崔慧珠 195
韩国对外国人投资的保护措施.....万延娇 211
浅论期待可能性在韩国刑法中的适用以及韩国刑法中“被强制行为”制度的借鉴意义.....张智华 227
韩国商法中的自己股份处分制度研究.....许英梅 243
한, 중 가족신탁제도 비교연구.....张珍宝 253
中韩国际民商事司法协助的现状及展望.....李永申 275
中国专属经济区刑事管辖权研究.....史进元；皇甫明国 285
韩国清偿人代位制度对完善我国追偿制度的启示.....黄丹 293
中韩业主自治法律问题比较研究.....丛广林 301
朝鲜的国际商事纠纷解决机制.....张元奎 307
政策性不动产税收’的法律问题.....张恩惠 323

唐律对东亚世界诸国的影响

陈玺（西北政法大学）　闫强乐[1]（中国政法大学）

在历史上，中国强大繁荣、蓬勃发展的王朝，是与世界密切相连，交往频繁。这种紧密的联系，超出我们的想象。远古所不及，自汉武帝时期陕西汉中城固人张骞开通西域以来，中国一直致力于同世界保持密切的联系。迄至隋唐，中国更是一个繁荣而且昌盛的帝国，物质与精神文明均达到鼎盛，一时间，王邦来朝，隋唐帝国的首都长安城成为世界文化交融的中心。隋唐帝国的繁荣，不是由中国孤立地实现的，以隋唐为主导的长期的国际和平环境，各民族、地区、国家的物质与精神文明的交流，是实现隋唐盛世的基本因素，而东亚世界在其中占据着重要的地位。

日本著名中国史学者西嶋定生认为东亚是一个自成体系的、完整的文明区域。这个古代文明以中国为中心，其最重要的内在纽带与特征表现为汉字、儒学、佛教与律令制度。中国周围的东亚国家，受到中国古代文明的强烈影响而积极吸取中国文化，形成共同的文化基础，其中表现得最明显的是朝鲜、日本和越南[2]。从而形成以中国文化（唐文化）为核心的“东亚文化圈”。

中国作为“东亚大地文化惟一之策源地”[3]，中国传统法律文化（以律令制度为主）作为“东亚文化圈”的基本要素之一，作为世界五大法系之一的中华法系，曾经支配了整个东亚世界，对于这一区域内的其他国家和地区的法律文化，产生了不可估量的影响。

唐律是中国传统法律文化的集大成，由于它产生的历史条件，使它在中国古代法律文化发展史上，上承战国时期的《法经》，历经秦汉魏晋，至唐而集其大成，沿继于宋、元、明、清各代，皆以唐律为蓝本制定法典，从而也使唐律成为唐以后历代律典之楷模，起着承上启下的作用。同时由于唐律作为唐文化的重要一脉，在它被制定、颁布之后，就对东

---

[1] 陈玺，西北政法大学教授，博导。闫强乐，中国政法大学博士研究生。

[2] [日]西嶋定生：《中国古代国家と东アジア世界》，转引自[日]堀毅一：《隋唐帝国与东亚》，韩升、刘建英编译，兰州大学出版社 2010 年版，第 4 页。

[3] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 7 页。

亚世界产生的重大的影响，并形成了以唐律为母法，以日本、朝鲜、越南、琉球等国法为子法的中华法系。故以唐律为研究对象，即可分析中国传统法律文化的价值。

但受到晚清以来“被动挨打”历史的影响，以往法律史研究更多地关注于外国法律文化对中国产生的影响，却忽视了中国传统法律文化的域外影响研究。随着中国的繁荣发展，中国在世界影响力的逐渐加强，我们是时候去学习、重温中国优秀的传统文化，去在其中汲取养分，为中国的对外发展做出历史的启示。本文以中国传统法律文化中的唐律的研究对象，对中国传统法律文化对东亚世界的传统与影响作系统的论述。

一、研究综述

自中国法制史学产生以来，法制史学者就已经就中华法系的形成、发展、演变、特点以及作为母法的唐律与其他各个子法之间的关系等问题展开了讨论，取得了很大的研究成果，其中以民国时期著名法律史学家杨鸿烈先生的《中国法律对东亚诸国之影响》[1]为代表，《中国法律对东亚诸国之影响》对中华法系在世界上之地位，中国法律在朝鲜、日本、琉球、安南（越南）之影响，以及中华法系的前途等作了非常详细的论述[2]，影响，该书的很多观点和提法一致沿用至今。

唐律在东亚的传播与影响研究，其中以日本为最。日本学者的中国史研究以“精细”化著称，很多著名的学者都曾撰写过相关文章。如上文提及的西嶋定生，氏著《中国古代国家と東アジア世界》认为隋唐的律令制度对东亚世界产生重要影响，日本律令制度的建立即受到唐律的影响[3]。之后日本著名中国史学者池田温的《隋唐律令与日本古代法律制度的关系》[4]、石田琢智的《日本移植唐朝法律考述》[5]、仁井田陞的《东亚法典的形成》[6]、堀毅一的《隋唐帝国与东亚》[7]更加细致地考证了日本国古代法律制度移植唐律的进程。

中国学者杨廷福[8]在改革开放初期就发表了《<唐律>对亚洲古代各国封建法典的影响》，详细论述了唐律对东亚各国封建法典的影响。之后郑显文的《从唐律到日本律——关于日

[1] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社 1999 年版。

[2] 何勤华：《杨鸿烈其人其书》，《法学论坛》2005 年第 3 期。

[3] [日]西嶋定生：《中国古代国家と东アジア世界》，转引自[日]堀毅一：《隋唐帝国与东亚》，韩升、刘建英编译，兰州大学出版社 2010 年版，第 4 页。

[4] [日]池田温：《隋唐律令与日本古代法律制度的关系》，《武汉大学学报》1989 年第 3 期。

[5] [日]石田琢智：《日本移植唐朝法律考述》，《法学》1999 年第 3 期。

[6] [日]仁井田陞：《东亚法典的形成》，霍存福、丁相顺译，《法制与社会发展》2003 年第 1 期。

[7] [日]堀毅一：《隋唐帝国与东亚》，韩升、刘建英编译，兰州大学出版社 2010 年版。

[8] 杨廷福：《<唐律>对亚洲古代各国封建法典的影响》，《社会科学战线》1978 年第 1 期。

本律成立的几个问题》考述了日本律令制度移植唐律的几个细节问题[1]，《中华法系对古代周边国家的法律交流》考证了唐代律令法对日本古代诉讼审判制度的影响[2]。吴海航《唐代格式东传日本嬗变考》[3]考证研究了唐代格、式等法律形式在日本的传播与影响。刘敬者《日本律令官制对隋唐官制的继承与创新》[4]研究了隋唐官制对日本律令官制的影响。

关于唐律对于朝鲜的影响研究，前述学者的研究成果多有所涉及，近年南京大学张春海[5]发表多篇论文，出版《唐律、高丽律比较研究：以法典及其适用为中心》[6]详细论证唐律与高丽律的关系以及唐律对朝鲜古代法律制度的影响。关于唐律对越南的影响研究，在论述唐律对东亚各国的影响时都会提及，张金莲的《浅议明以前中国法律对越南的影响》[7]从经济法、刑法、司法等方面专门论述了明以前越南法律对中国法律的汲取。

总而言之，该问题的研究以对唐律及其各子法之间的关系的实证研究为主，本文充分吸收前贤的研究成果，以唐律对东亚世界的影响为问题切入点，尝试对中国传统法律文化对东亚世界的传统与影响作系统的论述。若有不当之处，望各位专家不吝赐教。

二、唐律在东亚世界传播的原因

唐律是中国传统法律文化的集大成，由于它产生的历史条件，使它在中国古代法律文化发展史上，上承战国时期的《法经》，历经秦汉魏晋，至唐而集其大成，沿继于宋、元、明、清各代，皆以唐律为蓝本制定法典，从而也使唐律成为唐以后历代律典之楷模，为后世立法者奉为圭臬，同时由于唐律作为唐文化的重要一脉，在它被制定、颁布之后，就对东亚世界产生的重大的影响，并形成了以唐律为母法，以日本、朝鲜、越南、等国法为子法的中华法系。东亚各国选择唐律进行其国内的律令变革，以模仿隋唐帝国建立律令制国家，这种选择绝非偶然，必定有其特定的因素。本章节即尝试探讨唐律在东亚世界传播的原因。

[1] 郑显文：《从唐律到日本律——关于日本律成立的几个问题》，《比较法研究》2004 年第 2 期。

[2] 郑显文：《中华法系对古代周边国家的法律交流》，载氏着《出土文献与唐代法律史研究》，中国社会科学出版社 2012 年版。

[3] 吴海航：《唐代格式东传日本嬗变考》，《法学研究》2007 年第 5 期。

[4] 刘敬者：《日本律令官制对隋唐官制的继承与创新》，《河北法学》2000 年第 1 期。

[5] 张春海：《高丽移植唐代法制之变形及其历史背景》，《上海交通大学学报》2008 年第 3 期；张春海：《高丽律对唐律变形之原因探析——以“华化”与“土俗”之关系为视角》，《南京农业大学学报》2009 年第 2 期；张春海：《高丽律、唐律关系研究评述》，载于北京大学韩国学研究中心编：《韩国学论文集》第 17 辑，辽宁民族出版社 2009 年版；张春海：《论唐律对朝鲜王朝前期法制之影响 以“华化”与“土俗”之关系为中心》，《中外法学》2010 年第 4 期。

[6] 张春海：《唐律、高丽律比较研究：以法典及其适用为中心》，法律出版社 2016 年版。

[7] 张金莲：《浅议明以前中国法律对越南的影响》，《经济与社会发展》2009 年第 2 期。

（一）以唐王朝为中心的东亚国际秩序的建立

唐王朝在东亚世界确定了以自己为中心的国际关系秩序，采用册封或者羁縻的形式，将东亚世界的其他国家纳入到这一国际体系之中。韩昇认为“共同的文化基础，形成东亚世界的国际道德与正义，并建立起以文化的先进或者落后来定位国家间上下关系的价值取向。唐朝因其制度文化的先进而居于最高地位，成为国际道义的裁判”[1]。唐王朝依据国家实力、制度文化的先进，成为东亚世界文化中心，从而出现万邦来朝的局面。唐太宗被推举为“天可汗”，即视为唐王朝在东亚世界国家战略取得成功的证明。以唐王朝为中心的东亚国际秩序的建立，唐王朝所拥有的一套先进的政治、文化、法律制度，确保唐朝社会在法治环境下繁荣发展，这为正在建设中央集权政治制度的东亚各国起到了巨大的示范作用，东亚各国争相学习模仿唐王朝，而其中又以法律制度的学习移植最为显著。于是在这样的国际关系环境下，唐律在东亚世界得以传播开来，为东亚各国法律制度的建设提供了模板。

（二）唐朝的对外开放政策

有唐一代，唐朝政府以开放的心态坚持对外开放政策。在经济上，当时的长安是世界贸易中心，通过陆海丝绸之后的传播，长安汇集世界各地的商人和商品，大唐西市成为外国人聚居的繁华之所。在文化上，唐朝政府采取开放的政策，帮助外国人来中国学习，同时支持唐朝人远渡他国宣扬唐朝文化。唐朝政策上的开放和优待吸引了众多外国留学生和使节、僧侣来到唐朝，据史料记载，唐朝 260 余年间，日本派出 19 次遣唐使，遣唐使团的主要成员包括留学生和僧侣，日本留学生大多数被唐朝政府安排在国子监，系统学习中国古代经典和唐代典章制度，在唐学习时间一般在十年以上，由于他们受到唐朝文化的熏陶，归国后为日本仿效唐朝的法律制度做出了巨大的贡献。如来唐的日本留学生高向玄理和归国僧南渊请安等人参与了日本大化改新，高向玄理和来唐学问僧僧旻参与了日本《近江令》的编纂，推动了中日文化的交流。

（三）唐朝航海技术的发展

唐朝海上交通的发达与贸易的繁荣，与唐朝航海技术的发展密不可分。这也就使得如日本、琉球、越南等国家可以通过海上交通，派遣使者，将唐朝先进的法律制度移植回国，唐律也才能通过海上交通传播至日本、琉球、越南等东亚诸国。

唐朝的造船技术在隋朝的基础上发展而来，隋文帝开皇八年（588），隋朝出兵征伐陈朝，即建造有五牙舰，“上起楼五层，高百余尺，左右前后置六拍竿，并高五十尺，容战士

[1] 韩升：《东亚世界形成史论》，复旦大学出版社 2009 年版，第 280 页。

八百人，旗帜加于上”[1]。之后唐朝在此基础上进一步发展造船技术。唐太宗贞观末年及唐高宗初年，唐朝为了准备对高丽的战争，命令江苏、浙江、安徽、江西等省造船千艘[2]。大历、贞元年间（766-804 年），有俞大娘造船最大，居者养生、送死、嫁娶，悉在其间；开巷为圃，操驾之工百数，南至江西，北至淮南，岁一往来，其利甚博。此则不啻‘载万’[3]也。由此可见唐朝制造海船的能力。同时这些船只都是具有远航能力的，如天宝二年（743 年），鉴真和尚第二次东渡日本，从扬州出海前，曾从岭南采访使刘巨鳞处买得“军舟”一艘，船上有船工 18 人，僧人 17 人，各种工匠 5 人[4]。据相关史料记载，唐朝人张支信、李邻德、江长、李延寿、张蒙等，都是航海往来与日本的商船[5]。而这些船只将唐朝的法律制度文本《唐律疏议》带到东亚诸国，传播开来。可见唐朝造船、航海技术的发展，为唐律在东亚世界的传播提供了必要的条件。

（四）唐律高超的立法技术

唐律代表了中国古代法制的最高水平，经魏晋南北朝的大分裂、大融合，到了隋唐时期再度统一，唐朝的法律体系，空前完备，律、令、格、式四者和谐统一，“律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁违正邪，式以轨物程事”，从而组成既稳定右灵活的法律体系，其内容涵盖国家体制、公文格式，使得唐王朝整个国家的运行处于有法可依的状态。这种严密的法律体系是中国法律制度长期发展成熟的产物，代表了当时东亚世界的最高成就。

唐律比较全面地制定了调整唐代政治、经济、文化、军事、司法、社会、家庭等各方面的法律规范，更加切合统治集团的利益以及中央集权制国家的需求。唐律基于调整对象的不同，以各种法律形式进行协调配合，形成以刑法为主，民事、刑事法律不分，行政与司法合一，道德与法律混合，实体法与程序法杂糅的律、令、格、式相对完整、稳定的法律体系[6]。唐律五百零二条，内容复杂，逻辑严密，注疏解释法律规范、统一，显示了唐代高超的立法技术。正如日本著名中国法律史学者仁井田陞所言“像唐律那样的刑法发达程度，可以说在当时世界上无有望其项背的”[7]。

[1] 《隋书》卷四十八《杨素传》。

[2] 参见张泽咸：《唐代工商业》，中国社会科学出版社 1996 年版，第 86-95 页。

[3] [唐]李肇：《唐国史补》卷下，上海古籍出版社 1983 年版。

[4] [唐]真人元开：《唐大和上东征传》，中华书局 1979 年版。

[5] [日]圆仁：《入唐求法巡礼行记校注》，华山文艺出版社 199 年版，第 404、509 页。

[6] 张晋藩主编：《中国法制史》，中国政法大学出版社 2007 年，第 106 页。

[7] 刘俊文：《日本学者研究中国史论著选译》第 8 卷，中华书局 1992 年版，第 102 页。

三、唐律对日本法律制度影响

著名日本中国史学者内藤湖南曾说过“日本文化，总括一句话，便是东洋文化亦便是中国文化的延伸，是从中国古代的文化一直延续到现在”[1]。在法律制度的移植方面，日本继受与移植外来法治文明最为突出，近代日本主要学习、模仿欧洲，主要是德国，古代日本主要是学习、模仿中国，正如日本著名法学家穗积陈重在其《日本新民法》中曾说：“日本法律属于中华法系已有1600年，虽自大化革新后历经变化，然日本法制的基础仍属于中国道德哲学与崇拜祖先的习惯及封建制度”[2]。而在模仿、学习、移植中国法律制度方面，又以对李唐王朝法制度的移植最为显著，正如日本学者桑原骘藏所说：“我国大宝律大体上是采用唐律，只不过再考虑我国国情稍加斟酌而已”[3]。

日本国的历史大致可以划分为如下几个阶段：一、早期的旧石器时代、绳文时代、弥生时代、古坟时代，此大约从三万年前到公元六世纪；二、“唐化”的飞鸟时代、奈良时代、平安时代，大约从公元六世纪到十二世纪，此时期包含日本历史上的“律令时代”；三、幕府统治的武家时代，大约从十二世纪末期到十九世纪中期[4]。其中一二历史时期的分期，以日本“大化改新”[5]为标志。

“大化改新”以前，日本处于部民社会状态，没有成文法典，社会秩序的维护依靠自由的习惯法。虽然这一时期日本法律已经开始受到中国的影响，如《三国志》卷三十《魏书·倭人传》记载“其俗，国大人皆四五妇，下户或二三妇。妇人不淫，不妒忌。不盗窃，少诤讼。其法，轻者没其妻子，重者灭其门户。及宗族尊卑，各有差序，足相臣服”[6]，中国法制史专家杨廷福认为，这里的“轻者没其妻子，重者灭其门户”可能是中国汉律、魏律中的“夷三族”罪名[7]。但这也只是日本一部分的法律文化受到中国的影响而已，直到日

[1] [日]内藤湖南：《东洋文化史研究》，转引自马小红、史彤彪主编：《中国传统法律文化研究（第八卷）》，中国人民大学出版社2011年版。

[2] 孟祥沛、郑志华、姚明铭：《日本近代法制：“脱中入西”》，《探索与争鸣》1999年第12期。

[3] [日]桑原骘藏：《中国法制史论丛》，转引自[日]武安隆编著：《遣唐使》，黑龙江人民出版社1985年版，第207页。

[4] 参考马小红、史彤彪主编：《中国传统法律文化研究（第八卷）》，中国人民大学出版社2011年版，第9-10页。

[5] 大化改新：日本古代的一次政治、经济改革。公元645年，封建革新派发动宫廷政变，拥立孝德天皇，改元大化。次年起仿照中国唐代制度实行改革：废除部民制，施行班田收授法，确立封建土地国有制；政治上建立中央集权制，废除世袭氏族贵族制。这次改革至8世纪初完成，历时半个世纪，从此日本由奴隶社会进入封建社会。

[6] 《三国志》卷三十《魏书·倭人传》。

[7] 杨廷福：《唐律初探》，天津人民出版社1992年版，第173页。

本社会性质发生巨大变化的“大化改新”的开始，日本以《唐律疏议》为蓝本，逐渐移植唐朝法律，这才开启了辉煌灿烂的“律令时代”。

“大化改新”之后，日本以唐律为范本，模拟唐代法律体系，制定了律、令、格、式等的成文法，逐步建立起以天皇为核心的中央集权制官僚体制。本节拟从立法（法典编纂）、经济法、行政法、司法制度四个方面分析唐律在日本的传播与影响。

（一）唐律对日本法典编撰的影响

自“大化改新”伊始，日本即全面模仿唐律制定法典。天智天皇（662-672年）在位期间，以唐《武德令》、《贞观令》为范本，制定《近江令》，据《大织冠传》记载：“（天智天皇七年）先此帝令大臣撰述礼仪，刊定律令，通天人之性，作朝廷之训。大臣与时贤人，损益旧章，略为条例”[1]。

天武天皇时期，十年（682年），下诏诸亲王及大臣曰：“朕今更欲定律令，改法式，故俱修是事，然敦就是物，公事有阙，分人应行”，至天武天皇十四年（686年），《天武律令》修撰完成，此律令编撰者伊吉博德为遣唐留学生，在其留学长安期间，《永徽律》已经颁行天下。故日本著名学者泷川政次郎认为：“《天武律令》之蓝本必《武德》、《贞观》、《永徽》三律令之一”[2]。

到文武天皇时期，《续日本记》：“文武天皇四年（700年），诏净大参刑部亲王、直广藤原朝臣不比等撰定律令”[3]，至大宝元年（701年），《大宝律令》编撰完成。《大宝律令》篇目与次序与唐律极为相似，《大日本国·刑法志》：“大宝所撰，谓之古律令令……律之为书，分篇十有二：一曰名例，二曰卫禁，三曰职制，四曰户婚，五曰厩库，六曰擅兴，七曰贼盗，八曰斗讼，九曰诈伪，十曰杂律，十一曰捕亡，十二曰断狱”[4]。同时参与编撰《大宝律令》的主要成员，伊吉博德为遣唐留学生，萨弘恪为唐人，土部生男、白猪骨皆留学唐朝数十年，故泷川政次郎亦认为：“《大宝律令》是以唐高宗永徽二年的《永徽律令》及武后垂拱元年的《垂拱格式》为蓝本制定”[5]。《大宝律令》是一部承前启后的法典，《弘仁

[1] 此问题杨鸿烈先生进行细致考证，参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第180页。

[2] [日]泷川政次郎：《律令之研究》，转引自刘俊文、[日]池田温主编：《中日文化交流史大系（法制卷）》，浙江人民出版社1996年版，第18页。

[3] 《续日本记》卷一，转引自刘俊文、[日]池田温主编：《中日文化交流史大系（法制卷）》，浙江人民出版社1996年版，第18页。

[4] 《大日本国·刑法志》，转引自钱大群、钱元凯：《唐律论析》，南京大学出版社1989年版，第366页。

[5] [日]泷川政次郎：《律令之研究》，转引自刘俊文、[日]池田温主编：《中日文化交流史大系（法制卷）》，浙江人民出版社1996年版，第18页。

刑部式》“其大宝二年制律以后，依律科断”[1]，《大宝律令》的制定和实施在日本法典编撰史上占有重要地位。

到元正天皇时期，《本朝文粹·弘仁格式序》：“养老二年（718年），复同大臣不比等奉敕更撰律令，各为十卷”[2]。《养老律令》编撰完成，《养老律令》以唐《永徽律令》为蓝本，同时参考了唐《开元律令》以前的其他法律，它是对《大宝律令》的继承与发展，承袭《大宝律令》的许多具体条文[3]。

《养老律令》颁行天下以后，天皇为适应日本国情，对律令做出一定的修改，同时模仿唐朝的法律形式，制定“格”、“式”，逐渐完善日本的律令体系。称德天皇时期，颁行《删定令式》，嵯峨天皇敕命颁布《弘仁格式》十卷，清和天皇时期颁布《贞观格式》，醍醐天皇时期颁布《延喜格式》。

以上为日本仿唐律编撰法典概况，《大日本史·刑法志》：“此皇朝所以遵神道，采唐制，删定百代之大典者，可谓备矣”[4]。

（二）唐律对日本经济法律制度之影响

土地制度、赋役制度是国家的基础经济制度，唐朝颁行《均田令》、《赋役令》，施行均田制与租庸调法，日本模仿唐朝，同时根据本国国情，制定相应的土地、赋役制度[5]。

唐朝施行均田制，日本模仿唐朝，颁布《班田令》，参照唐朝《均田令》创制土地制度，据《大宝令》与《养老令》记载：“在土地种类的划分、口分田的分配、田宅地和山川薮泽的使用上明显以唐制为准”[6]。如田制结构方面，唐朝均田制施行永业田和口分田的双重结构，日本的田制模仿唐朝，根据本国实际情况，采用口分田制。在授田对象方面，唐、日两国的律令在授田总原则上，均实行按丁授田，彼此之间较为相似。在土地买卖制度方面。唐朝、日本均严格限制私有土地买卖。在户籍编造方面，唐朝和日本均进行户籍的勘查和编造，一方面配合按丁分田的土地制度，配合相应的租庸调赋役制度，另一方面利用土地加强对己人口的控制，保持国家的稳定。

[1] 《政事要略》卷八十四《弘仁刑部式》，

[2] 《本朝文粹·弘仁格式序》，转引自杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第181页。

[3] 具体内容参见刘俊文、[日]池田温主编：《中日文化交流史大系（法制卷）》，浙江人民出版社1996年版，第222-223页；[日]池田温：《隋唐律令与日本古代法律制度的关系》，《武汉大学学报》1989年第3期。

[4] 《大日本史·刑法志》，[日]池田温主编：《中日文化交流史大系（法制卷）》，浙江人民出版社1996年版，第18页。

[5] 张中秋：《继受与变通：中日法律文化交流考察》，《法制与社会发展》2003年第2期。

[6] 参见刘俊文、[日]池田温主编：《中日文化交流史大系（法制卷）》，浙江人民出版社1996年版，第206-209页。

唐朝与日本的赋役制度亦极为相似，其包括租、庸、调、役四个方面。关于纳税人口方面，唐、日两国都对“课户”、“不课户”做出明确的规定。在“课役”规定方面，唐朝的租、庸、调、役，皆“以丁为本”，日本的庸、调、杂，以人丁为本，但田租按照班田数量征收，这是日本在模仿唐律基础上根据本国国情“因地制宜”所做出的调整。在赋役减免方面，唐朝和日本都规定，凡是遭到洪水、干旱、冰雹、霜降等自然灾害，赋役均给予一定额度的减免。

对比唐朝、日本两国的土地制度、赋役制度，我们可以看出，日本在模仿唐朝制度的同时，根据本国国情，因时制宜、因地制宜地做出了相应的调整，但主体上仍以唐律为主，日本学者在《略论儒学对日本政治和法制的影响》中，即指出：“日本在唐律的影响下，制定《班田收授法》、《户籍法》以及庸调等税法”，此促进日本社会经济的发展，维护以天皇为中心的统治。

（三）唐律对日本行政法律制度之影响

日本统治者模仿唐朝制度，确立以天皇为中心的中央集权制度，在行政法律制度中，主要是天皇制和官制的体现。

中国“皇帝制度”始于秦朝，历代通过不断地加强君主专制，树立皇帝的权威，日本模仿唐朝，颁布《近江令》、《大宝律令》，用法律的手段保护天皇的权威，逐步在日本建立起律令制下的天皇制和位阶制。同时在国家律令中维护天皇权力的不可侵犯性，依据《唐律疏议》、《养老律令》，日本奈良时代，所犯“十恶”、“八虐”罪名中，侵犯皇权的罪名就有四项，即谋反、谋大逆、谋叛、大不敬，犯此罪者，处以斩、绞流等重刑，逢大赦不在赦免之列[1]。这使得天皇向唐朝皇帝一样树立绝对权威，圣物天皇曾说“有天下之富贵者，朕也；有天下之势者，朕也”[2]，从而仿照唐朝皇帝制度建立起以天皇制为核心的中央集权制度。

中国的官僚制度在唐朝发展臻于成熟、高效，中央建立起“三省六部”的中央官僚体系，地方上建立州县制的地方行政体系。日本仿效唐朝，建立起一套上自天皇、下至地方的官僚体制。杨鸿烈详细地比较研究了唐代中央官制与日本中央官制的异同，认为唐日中央官制机构较为相近，并且各官职中官吏的职责也很相似[3]。日本奈良时期施行太政官制，其太政大臣模仿唐朝三师、三公而设置。次于太正大臣的左、右大臣参照中书省、门下省的左右仆射设置。再次一级的大纳言及其属官，参照唐代尚书省设置，其中务、式部、治

[1] 王金林：《汉唐文化与古代日本文化》，天津人民出版社1996年版，第202-203页。

[2] 《续日本纪》卷十五。

[3] 参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第190页。

部、民部、兵部、刑部、大藏、宫内，类似于唐代尚书省的吏、户、礼、兵、刑、工六部。

在地方官制方面，唐朝将地方划分为州、县两级行政，由中央任命，对皇帝负责。日本将地方分为国、郡、里三级，除国死由中央任命，其余右地方豪强势力担任，这是根据日本国实际情况而制定，因地方豪强势力太过于强大，地方权力不能完全收归中央。

综上所述，日本以天皇为核心的中央官僚体制、地方的行政体系是以唐朝的官制为蓝本，同时根据本国国情，适当地调整简化。正如泷川政次郎所言："日本模仿唐制，但以岛国之故，不能如大陆'礼仪三百，威仪三千'之唐制复杂，故一切趋于简单化"[1]。

（四）唐律对日本司法制度之影响

日本司法体制模仿唐朝，分中央、地方两级，中央由刑部省和弹正台组成，刑部省是中央司法和审判机关，其职能相当于唐朝的刑部和大理寺；弹正台是中央的监察机关，其职责相当于唐朝的御史台。地方司法机关，唐朝地方司法机关隶属于行政机关，司法、行政权不分，由地方最高行政长官负责，日本模仿唐朝，其京都的左、右京职类似于唐朝的京兆尹，国守类似于唐朝的刺史，郡司类似于唐朝的县令。

在司法制度方面，唐朝实行大理寺、刑部、御史台联合审判的"三思制度"，日本的具体司法操作与唐朝相似，只是简单化一些。同时唐律中的"亲亲相隐制度"、"同居相为隐"制度，日本也模仿唐朝做了相似的规定，具体可参考马小红老师的研究成果[2]。

通过以上分析，我们可以看出在司法体制、司法制度方面，日本法律基本上与唐律规定相同。正如张中秋指出"日本国家司法制度中的诉讼制度、回避制度、用刑制度等，类似于唐制，只是在具体名称和量刑上略有出入"[3]。

综上所述，日本的法典编著、行政法、经济法、司法制度等皆学习、模仿唐律而来，正如日本著名学者三浦一志所言："就法律文化来说，中国对日本的影响最明显的也就是在唐朝。唐朝处于中国封建社会的上升时期，在当时世界上是先进、文明的国家，其封建法制为各国统治者所羡慕。唐代的长安城也因此成了国家化的大都市。唐朝的法律（唐律），被称为中国封建法典之楷模，曾随着络绎不绝的使者和留学生传播远方，日本也不例外"[4]。

[1] [日]泷川政次郎：《日本法律思想是之特质》，转引自张中秋：《继受与变通：中日法律文化交流考察》，《法制与社会发展》2003年第2期。

[2] 马小红、史彤彪主编：《中国传统法律文化研究（第八卷）》，中国人民大学出版社2011年版，第41-42页。

[3] 张中秋：《继受与变通：中日法律文化交流考察》，《法制与社会发展》2003年第2期。

[4] [日]三浦一志：《源远流长的日中文化交流》，载中国儒学与法律文化研究会编：《儒学与法律文化》，复旦大学出版社1992年版。

四、唐律对朝鲜法律制度的影响

杨鸿烈先生曾认为"1905年以前高丽（朝鲜）所施行之法律，都是对中国法律的模仿。高丽法律之原则及性质与施行于中国者无甚显著之差异。中国谨严之保守主义统治高丽者为时深久"[1]。可见朝鲜与中国文化极为相似，历史上朝鲜的法律深受是中国传统法律的影响。

朝鲜的历史可以分为四个阶段：三国以前、三国时期、高丽王朝、李氏王朝。三国以前，古代朝鲜受到中国商周、秦汉时期政治、文化的影响，如《汉书》记载"殷道衰，箕子去之朝鲜，教其民以礼义，田蚕织作。乐浪朝鲜民犯禁八条：相杀以当时偿杀；相伤以谷偿；相盗者男没入为其家奴，女子为婢，欲自赎者，人五十万。虽免为民，俗犹羞之，嫁取（娶）无所雠，是以其民终不相盗，无门户之闭，妇人贞信不淫辟"[2]，但未见有具体仿效法典的事例。三国时期，朝鲜的国家形态基本确立，对中国法律开始学习和利用，特别新罗对唐朝法律模仿与引进。高丽王朝时期，自始至终以唐律为立法的蓝本，建立了朝鲜的法律体系及法律文化。本章即重点分析新罗、高丽王朝时期，唐律对朝鲜法律制度的影响。

（一）新罗王朝时期

朝鲜半岛的三国时代，高句丽、百济、新罗，都在中国的影响下，建立了自己的法律制度，高句丽制定法律时，"所能直接参考的律令条文，最有可能是晋朝律令"。百济制定法律，"则其法律必自汉、魏两代脱胎而出，为无可疑惑之事也"[3]。在古代三国中，新罗的历史地位最为重要，与中国交往最为密切，对中国体制了解最多，其法制参考模仿唐律而成，"惟当时新罗法典条文均丧失无遗"[4]，现不能具体分析新罗受唐代法律影响之程度。

但新罗的职官制度与唐颇为类似。其中央机构主要四部八府，借鉴唐朝三省六部制度，其名称、职能皆与唐朝基本相同。其主管主管司法审判事务的部门称为理方府，类似于唐朝的刑部和大理寺。同时新罗在统一三国以后，设置律博士数人，效仿中国体制，颇为明显。故日本学者泷川政次郎认为"唐时首都长安有新罗留学生260人，可知唐之法制输入新罗殆为无可怀疑之事"[5]。

[1] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年，第23页。

[2] 《汉书》卷二十九《地理志》。

[3] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第33页。

[4] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第27页。

[5] [日]泷川政次郎：《唐之法制》，转引自杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第27页。

（二）高丽王朝时期

新罗统一朝鲜半岛之后不久，复又分为三国，到936年，高丽重新统一朝鲜半岛，建立高丽王朝。高丽法律制度皆模仿唐朝，以唐律为蓝本。

法典编撰方面，据洪汝河所撰《刑法志》“高丽刑法所遵用者，李唐焉”。《高丽史·刑法志》亦记载：“高丽一代之制，大抵皆仿乎唐，至于刑法亦采《唐律》，参酌时宜而用之。曰《狱官令》二条、《名例》十二条、《卫禁》四条、《职制》十四条、《户婚》四条、《厩库》三条、《擅兴》三条、《盗贼》六条、《斗讼》七条、《诈伪》二条、《杂律》二条、《捕亡》八条、《断狱》四条，总七十一条，删繁取简，行之一时，亦不可谓无据”[1]。

张春海详细地比对了《唐律》与《高丽律》的异同之处[2]，其虽重点分析《高丽律》与《唐律》的不同之处及其产生的原因，但我们发现《高丽律》与《唐律》在刑种规定、罪名设置、等方面重合度非常的高，足见《唐律》对《高丽律》的影响深远。

在行政法律制度方面，模仿唐制，“高丽太祖开国之初，参用新罗、泰封之制，设官分职，以谐庶务然其官号或杂方言盖草创未暇革也。二年，立三省、六尚书、九寺六卫，略仿唐制”[3]。其设置司法宪台，成宗改革后改为御史台，与唐御史台职能、设置类似，“掌论执时政，矫正风俗，纠察弹劾之任”[4]。高丽的司法审判机关为刑部，与唐类似。在地方司法行政机构建制方面，高丽实行州府两级制，颇类似于唐朝之州县两级制度。

在民事法律制度方面，《高丽律》规定“诸田丁连立无嫡子，则嫡孙；无嫡孙，则同母弟；无同母弟，则庶孙；无男孙，则女孙”，此条与《唐律》规定基本相同，惟允许女性继承人继承一项，为唐律所无，可见这是高丽参考唐律根据本国国情因地制宜的变革。

在司法制度方面，以“恤刑”制度为例，《高丽史·刑法志》记载“文宗十六年二月制曰：自今必备三员以上，然后讯鞫囚徒，以为定制”[5]， 可见高丽是存在“恤刑”制度，并明显取法于唐律中的相关法条。

综上所述，可见古代朝鲜的法律深受中国传统法律文化的影响，唐律对新罗、高丽的法律制度产生了极大的影响。

五、唐律对越南法律制度的影响

中国与越南山水相连，两者之间很早就有文化交往，著名历史学家戴可来指出“在长

[1] 郑麟趾：《高丽史》卷八十四《刑法志》。

[2] 参加张春海：《唐律、高丽律比较研究》，法律出版社2016年版，第101-175页。

[3] 郑麟趾：《高丽史》卷七十六《百官志》。

[4] 郑麟趾：《高丽史》卷七十六《百官志》。

[5] 郑麟趾：《高丽史》卷八十四《刑法志》。

期的历史交往中，两国人民之间的经济、文化交流十分频繁。可以说，世界上没有任何一个国家与中国关系之密切，有如越南者”[1]。

越南开始受到中国传统法律文化的影响，最早在东汉时期。是时马援平定交趾，“条奏越律与汉律驳者十余下事，与越人申明旧制以约束之，自后骆越奉行马将军故事”[2]，可见东汉时期马援平定交趾之后，越南开始实施《汉律》，日本学者牧野氏《安南黎朝刑律中家族制度》一文认为“在唐代以前，越南所行法律即主要以《汉律》为主”[3]。

到李氏王朝统治越南时期，李太宗明道元年（1042年），“命中书删定律令，参酌时世之所适用者，叙其门类，编其条贯，别为一代《刑书》”[4]，是《刑书》三卷，大都依循唐律，“当初核定律格，想亦遵用唐宋旧制，但其宽简之间，时加斟酌”[5]。现阶段由于《刑书》及所刊定之律令已经失传，仅能从所存的零星史料中分析唐律对朝鲜李朝法律制度的影响。

在经济法律制度研究，李朝法律保护私有财产，禁止百姓偷盗。如《盗杀牛令》“诸盗杀牛，杖八十，徒犒甲，其妻杖八十，徒桑室妇，并偿其牛，邻家不告者，杖八十”[6]，中国历代法律皆对盗杀牲畜有沿革的法律规定，《唐律疏议》“诸盗官私马牛而杀者，徒二年半”[7]。可见越南李朝法律制度多所模仿唐律。

在刑事法律制度方面，李朝法律规定对于老小废疾采取免刑或者轻刑的方式，“诸年七十以上、八十以下，十岁以上、十五岁以下及身有残疾，至于皇室、大功、期亲以上犯罪者，许赎，犯十恶者不能”[8]，《唐律疏议》亦有此方面的规定，“诸年七十以上、十五以下及废疾，犯流罪以下，收赎”[9]，可见李朝刑事法律制度的制定以唐律为蓝本。

在司法制度方面，如李朝在刑事诉讼法律方面有所规定“诸讼已经祖尊理判者，不得复论奏，违者罪之”，唐律亦规定告讼他人赦前罪行的构成诬告罪，应反坐其罪，“诸以赦

[1] 戴可来等点校：《岭南摭怪等史料》，中州古籍出版社1991年版，第1页。

[2] 《后汉书》卷二十四《马援传》。

[3] 参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第417-418页。

[4] [越]吴士连着、陈荆和编校：《大越史记全书》卷一《本纪·丁纪》，日本东京大学东洋研究所1968年刊印。

[5] [越]吴士连着、陈荆和编校：《大越史记全书》卷二《本纪·李纪》，日本东京大学东洋研究所1968年刊印。

[6] [越]吴士连着、陈荆和编校：《大越史记全书》卷二《本纪·李纪》，日本东京大学东洋研究所1968年刊印。

[7] 《唐律疏议》卷十八《贼盗律》。

[8] [越]吴士连著、陈荆和编校：《大越史记全书》卷二《本纪·李纪》，日本东京大学东洋研究所1968年刊印。

[9] 《唐律疏议》卷三《名例律》。

前事相告言者，以其罪罪之。官司受而为理者，以故入人罪论。至死者，各加役流”[1]，可见唐朝这一制度被李朝所学习、模仿。

综上所述，可知越南李朝法律制度以唐律为蓝本，正如杨鸿烈先生指出“安南自秦、汉至唐入于中国版图，其法制与中国无大出入”[2]。

六、结论

中国作为“东亚大地文化惟一之策源地”[3]，中国传统法律文化（以律令制度为主）作为“东亚文化圈”的基本要素之一，作为世界五大法系之一的中华法系，曾经支配了整个东亚世界，对于这一区域内的其他国家和地区的法律文化，产生了不可估量的影响。

唐律是中国传统法律文化的集大成，在它被制定、颁布之后，就对东亚世界产生的重大的影响，并形成了以唐律为母法，以日本、朝鲜、越南、琉球等国法为子法的中华法系。之所以唐律会一度支配东亚，不仅是因为它本身具有的法律共同性的一般规律、原理、原则的实践与理论依据，更在于中华法系包含了许多跨越时空、历史常新的价值和合理因素。因此，唐律不仅中国法制史上具有重要的历史地位，也在世界法治文明发展史上留下了辉煌的印记。中国传统法律文化中唐律的世界价值是值得我们极为关注的，我们去发掘唐律的跨越时空、历史常新的价值和合理因素，从而为建设具有中国特色的社会主义法律体系提供传统资源与历史借鉴。

[1] 《唐律疏议》卷二十四《斗讼律》。

[2] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 7 页。

[3] 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 419 页。

한· 중 법제 교류의 연혁에 대한 소고

- 고구려 율령에 대한 중국 법제의 영향을 중심으로 -

김도윤（韩国法务部）

Ⅰ. 여는 글

한국과 중국은 오랜 시간 동안 민족과 문화를 교류하고, 때로는 다투며 동아시아 문화권에서 공존해 왔다. 이 흐름은 한국사의 가장 큰 흐름 중 하나라고 보아도 과언은 아니며, 현재도 정치·경제·사회·문화 등 다양한 분야에서 진행되고 있다.

최근까지의 법제 교류의 측면에서 본다면, 현재 한·중 교류는 과거에 비해 뜸해진 감이 있다. 원래 한·중은 율령[1] 등 법전의 반포 및 편찬과 관련하여 상당한 교류가 있었다. 특히 고대국가에서 율령 반포는 어느 사회가 고대 동아시아에 공통된 법체계를 갖춘 국가로 발전하였다는 상징적 사건이라고 볼 수 있고,[2] 어느 세계에서나 성문법령 편찬은 관습과 관행을 배제하고 분쟁해결과 질서 유지에 예측가능성을 부여하는 것이므로 같은 문화권 내에서 법제 교류는 필연일 수밖에 없었다. 그러나 한국의 현행 법제는 주로 독일법 체계를 기초로 영미법상의 요소를 도입하여 왔고, 중화인민공화국 건국 이후 여러 이유로 중국 법제와의 적극적 교류가 이뤄지지 못해 기존 체제와의 단절을 겪게 되었고, 법의 해석·적용이나 실무 운영에서도 크고 작은 혼란이 나타나고 있다.

한편, 한반도는 삼국시대에 율령 체계를 정립하였다는 평가를 받으며, 한국사

[1] '율령'이라는 표현은 주로 한국사나 일본사에서 '律·令·格·式'으로 구분되는 고대 규범체계를 가리키는 것으로 알려져 있다. 고대 중국 법제까지 '율령'이라는 표현으로 지칭하는 것은 적절하지 않으므로 태시율령 등 해당 법전(法典)을 표기할 때는 그 법전을 특정하여 가리키고, 이 글에서 '율령'은 편의상 부득이 당시 동아시아 문화권의 규범체계 전반과 당시 한반도의 법체계를 가리키는 용어로 사용하고자 한다.

[2] 이성준, '6세기 신라 법흥왕대 반포 율령의 성격', 동국사학 62 집, 2017, 88 쪽. 이기백·이기동, 『한국사강좌』Ⅰ(고대편), 일조각, 1982, 129~130 쪽에서도 율령 반포는 국가조직 그 자체의 정비를 뜻한다고 평가하고 있다(전덕재, '373 년 고구려 율령의 반포 배경과 그 성격', 한국고대사연구 80, 2015, 42 쪽에서 재인용).

교육과정에서도 『삼국사기(三國史記)』의 기록 등을 근거로 '율령을 반포하였다'는 역사적 사실과 의미에 대한 교육이 이루어지고 있다.[1] 그러나 그 구체적인 영향과 내용에 대하여는 상당한 이견이 존재한다. 적어도 율령이라는 규범형식이 중국왕조에서 수용되었음은 분명하지만, 어느 중국왕조의 율령을 어떻게 참조하여 율령체계를 수용하게 되었는가는 아직 뚜렷하지 않은 부분이 많기 때문이다.[2] 사료의 부족, 특히 고구려의 율령이 명확히 나타나는 법전이 전해지고 있지 않아 더욱 난제라고 할 수 있다.

이 글은 한·중 법제교류의 발자취를 추적하는 측면에서, 위와 같은 이견의 동향과 전개를 소개하고자 한다. 이는 과거의 법제교류라는 문화 수용 현상을 무엇을 근거로 어떤 의미를 부여하느냐의 문제이기도 하고, 구체적인 사실인정의 문제이기도 하며, 서구 법체계보다 오랜 시간 한반도에서 운용되어 온 율령체계를 분석하여 한국인의 법의식의 뿌리를 가늠해 보려는 것이기도 하다. 이를 위해 많은 연구와 논쟁이 필요한 시대인 고구려의 율령이 어떠한 영향을 받았는지를 추적하고자 한다.

II. 종래의 논의

율령 논의의 흐름은 역사적 사실의 사실인정 측면보다는, 역사적 평가가 달라지는 방향으로 전개된 것으로 보인다. 아래에서는 선행연구 정리 차원에서 우선 초기 고대사 연구와 현재의 일반적 견해를 소개하기로 하고, 규범체계가 반포되었다는 점에 대한 논의를 소개한다는 점에 주목하여 고구려나 신라에 대한 내용을 함께 소개하기로 한다.

1. 초기의 일반적 견해

초기의 일반적 견해는 특히 신라의 율령 연구와 관련하여, 율령 반포 자체를

[1] 『三國史記』 卷第十八 高句麗本紀 第六 小獸林王, "三年 始頒律令."

[2] 정동준, 고구려 율령에 미친 중국왕조의 영향 – 소위 '태시율령 계수설 비판' –, 동국사학, 2017, 68쪽.

폄하하거나 부정하는 연구가 중심이 되었다고 평가받고 있다.[1] 이러한 시각은 일본의 율령국가 성립과 궤를 같이하여 한국 고대사를 파악하려는 의도도 있었을 것으로 여겨지고, 결론적으로는 한반도의 율령국가 성립은 일본보다 늦다는 것이었다.

『삼국사기』가 고구려에서 소수림왕(小獸林王) 3년에 율령을 반포하였다는 점을 명확히 밝히고 있고, 최소한 그 때부터는 어떠한 법체계가 운용되었다는 점을 추단할 수 있으므로 한반도에서의 율령 반포 사실을 완전히 부정하기는 어려웠을 것이다.[2] 그럼에도 불구하고 한반도에서의 율령 반포, 특히 신라율은 율령으로 볼 수 없다고까지 평가하면서, 일본의 율령국가 성립 이후에야 한반도에서 율령체계가 확립되었다고 보았다. 이 입장을 신라율령이 고구려율령의 영향을 받았을 수 있었다는 점과 종합하여 보면, 한반도 전반의 성문법체계 도입이 갖는 의미를 평가절하하게 되는 문제라고 볼 수 있다.

한편 고구려와 관련하여서는, 일본에서부터 동진(東晉)에의 조공 기록을 들어 진률(晉律)의 영향이 있었다고 추정하는 견해가 있었고,[3] 그 '진률'은 서진(西晉)의 태시율령(泰始律令)이라고 보았다.[4] 이 입장은 신라율의 경우와 달리 전면 부정되지 않고 현재까지 일반적으로 받아들여져 온 것으로 보인다.

2. 일반적 견해

위와 같은 견해들은 새로운 사료의 발견과 연구로 극복된 것으로 보인다. 신라사의 경우가 특히 그러하였는데, 울진 봉평비(蔚珍 鳳坪碑)가 발견되면서 그 중 특히 '法'이라는 용어가 반복되고 있는 점,[5] 위와 같은 법에서는 '敎'라는 단어를

[1] 이성돈, 위의 글, 89쪽. 이는 신라에 대한 논의였지만, 한반도에서 규범체계를 갖추었다는 사실을 어떻게 평가하였느냐는 시각에서 소개하기로 한다.

[2] 노중국, 고구려율령에 관한 일시론, 동방학지 21, 1979, 93쪽 이하. 이 글에서는 사료 부족으로 인한 한계성 극복을 위해 소수림왕 때의 율령 반포는 분명한 역사적 사실임을 전제로 논증을 전개한다.

[3] 淺見倫太郎, 朝鮮法制史稿, 嚴松堂書店, 1922, 119頁(정동준, 위의 글, 68쪽에서 재인용).

[4] 노중국, 위의 글, 95쪽.

[5] 정확히는 '大敎法' '奴人法' 등으로 표현되고 있다.

쓰고 있는 점, '장(杖) 60' '장 100'과 같이 규범위반에 대한 법률효과로 절대적 법정형을 명시하는[1] 용어가 나타나는 점 등을 들어 신라의 율령반포를 긍정하는 방향으로 변화하였다.

고구려에서도 소수림왕 때 어떠한 체계적 규범이 정립·공포되었음을 전제로, 고구려 율령에 대한 연구는 현존하는 사료 범위 내에서 구체적인 내용과 중국 법제와의 관계에 대한 것으로 선회하게 된다. 다만 명문의 규정을 파악할 수 없는 상황이므로 기존 처벌례를 통해 율령 반포 과정에서 고유 관습이 어떻게 반영되었는가를 추단하는 경향도 존재한다.

현재 일반적 입장은 율(律)과 영(令)의 구분이 있다는 점을 들어, 고구려에 반포된 율령은 태시율령을 계수하였다고 보고 있다. 태시율령은 형벌법규인 율과 비형벌법규인 영의 구분을 명확히 하는 체계를 갖춘 성문법으로 향후 입법에 큰 영향을 미쳤고, 기본적 체계가 같은 고구려 율령도 태시율령의 영향을 받았다는 것이다.

다만 태시율령을 계수하였다고 보는 입장에 서면서도, 고구려 율령은 형벌법규인 협의의 측면이 아니라 비형벌법규인 민정법(民政法)적 측면도 포괄하는 국가 지배체제로서의 준거틀로 보아야 한다는 입장을 취하는 견해도 있다.[2]

III. 율령 계수 여부에 대한 새로운 접근

1. 새로운 견해의 등장

가. 새로운 사료의 발굴

최근 학계에서는 한반도에의 율령 반포와 관련하여 새로운 견해가 제시되고

[1] 율령체제에서의 많은 규정들은 기본적으로 요건을 갖추면 동일한 법정형이 부과되는 절대적 법정형체계를 따르고 있다. 반면 현행 한국 형법은 여적죄(형법 제93조)를 제외하면, 구성요건·위법성·책임능력의 충족 시 법률이 정한 일정 범위 내에서 형을 부과하는 상대적 법정형 체계를 정하고 있다.

[2] 노중국, 위의 글, 95쪽. 민정법적 측면은 현행 법체계에서는 민사행정법령을 가리킨다.

있다. 우선 한국사 관련 사료로는, 『삼국사기』의 기록과 광개토대왕비(廣開土大王碑)의 기재 외에, 집안고구려비(集安高句麗碑)의 수묘제(守墓制) 관련 기록이 새롭게 발견되면서 이견의 여지가 발생하게 되었다. 중국에서도 진(秦)·한(漢) 시대의 율령과 관련된 자료들, 수호지진묘죽간(睡虎地秦墓竹簡)·이년율령(二年律令) 등 당시 법체를 상세히 기재한 죽간 등의 자료가 발굴됨에 따라, 교차검증 및 대조할 수 있는 자료가 늘어나게 된 것이다.

특히 주목할 내용은 집안고구려비의 다음 기재사항이다.

"好太○王曰 自戊子定律 敎內發令 更修復"
[호태왕(광개토왕)께서 말씀하시기를, 무자년에 율(律)을 바로잡고 교(敎)로 영(令)을 내려 다시 수복하였다]

무자년은 고국양왕(故國壤王) 5년(388)을 가리킨다. '율을 바로잡고 교로 영을 내려'[1] 라는 부분의 해석을 두고 태시율령을 계수하였는지에 대한 이견이 발생하게 되었고, 고구려 율령이 율과 영을 그 성질에 따라 명확히 구분하는 체제였는지가 문제되었다.

나. 태시율령 계수 부정설

이에 따라, 고구려 율령은 태시율령보다는 그 이전 진·한대의 율령 즉 원시율령[2]과 유사한 점이 많다고 보는 견해가 등장하였다.[3] 이 견해는 소수림왕대의 율령 반포는 수묘제에 관한 부분이 빠진 것이고, 고국양왕대에 수묘제에 관한 율이

[1] 전덕재, 위의 글, 56쪽은 '율을 제정하다'라는 의미로 해석하고 있다.

[2] 원시율령이라는 개념은 滋賀秀三, 中國法制史論集, 創文社, 2003, 21쪽에서 처음 제시된 개념이고, 아직 완벽히 다듬어진 개념이라고 보기 어렵다. 여기에는 주로 진(秦)·한(漢)과 조위(曹魏)의 율령이 포함된다고 보는데, 부정설은 진·한대의 율령을 편의상 통칭하여 원시율령이라고 하고 있다.

[3] 정동준, 위의 글, 85쪽; 전덕재, 55~63쪽; 홍승우, 고구려 율령의 형식과 제정방식 – <광개토왕비>와 <집안고구려비>의 사례 분석, 목간과 문자 16, 2016, 74쪽. 설명의 편의 및 논의의 대비구도를 소개하는 차원에서 아래에서는 부정설이라 한다.

정비된 뒤 광개토왕대에 수묘제에 관한 영이 순차 제정된 것으로 보고 있다.[1] 따라서 앞서 본 집안고구려비의 문언에 나타난 '정률(定律)'은 소수림왕 3년 '始頒律令'이라는 『삼국사기』의 기재와의 관계를 고려하면 기존에 제정된 율을 개정하였다고 해석함이 합리적이라고 보고 있다.[2] 부정설은 이를 뒷받침하는 것으로 『한서(漢書)』 형법지(刑法志)의 다음 기재를 제시하고 있다.

"景帝元年 下詔曰 加笞與重罪無異 幸而不死 不可為人 其定律 笞五百曰三百 笞三百曰二百"[3]

(경제 원년 조를 내려 말하기를 태형을 가함과 중죄로 벌함은 다르지 않으니 다행히 죽지 않더라도 사람 구실을 할 수 없다. 이에 율을 정하여 태 500을 300으로, 태 300을 200으로 한다.)

부정설 논의의 기초는 한국사에서의 교령법(敎令法)이라는 개념과 관련되어 있다. 원래 교령법이라는 개념은 일본에서 율령의 '영'과 관련하여 쓰인 개념인데, 한국에서는 왕의 교(敎)가 법제화된 법령일 뿐으로 고구려의 영향을 받았다는 것이다.[4] 신라가 고구려의 영향을 받았으므로 고구려에서도 교령과 같은 체제가 통하였다고 본다.

부정설이 태시율령의 영향을 부정하는 논거는 다음과 같다.[5] ① 율령 반포 당시는 유송(劉宋)대와 같이 고구려 – 중국 간 정기적 사신 파견 통로가 확보되었다고 보기 어렵다. 오히려 당시 교류하였던 전연(前燕)이나 전진(前秦)의 경우 태시율령을 수용하기보다는 전한(前漢) 문제(文帝)를 이상으로 하여 동진(東晉)을 부정하는 입장에 섰으므로, 태시율령을 받아들일 여지도 크지 않다.[6] ② 율령

[1] 정동준, 위의 글, 86쪽.

[2] 전덕재, 위의 글, 56~57쪽; 홍승우, 위의 글, 71쪽.

[3] 『漢書』 卷23 刑法志 第3

[4] 김창석, 신라 법제의 형성 과정과 율령의 성격 – 포항중성리신라비의 검토를 중심으로, 한국고대사연구 58, 2010, 204쪽 이하 참조

[5] 정동준, 위의 글, 88~90쪽.

[6] 朴漢濟, 中国中世胡漢體制研究, 一潮閣, 1988, 76~83쪽 참조(정동준, 위의 글, 88쪽에서 재인용).

반포 시점을 고려하면 당시 율령 운용에 대한 전문가가 유입되기 쉽지 않았다. 서진(西晉) 멸망과 함께 유민들이 발생한 시점과 고구려의 율령 반포 시점은 약 60여 년 가까운 차이가 있어, 그 내용이 전달되기 어려웠을 것이다.③ 태시율령과 같은 법전 편찬 필요성이 있었다고 추단하기 어렵다는 점이다. 기본적으로 법전 편찬은 추가 단행법이나 조칙 등이 늘어나는 등의 사정이 발생하면, 이를 일괄 정리하는 실무적 필요에 의한 것이 많았다. 그러나 고구려의 율령 반포 시점에 비추어 보면 그 동안의 관행이나 관습을 처음 성문법화하였다고 볼 수는 있어도, 기존 성문법 체제와 직제를 대폭 정리하였다고 볼 만한 사정이 발견되지 않는다.

위와 같은 여러 사정들을 종합하여 볼 때, 고구려 율령은 율과 영의 구분이 명확하지 않은 체계를 갖고 있었고, 태시율령보다는 후한(後漢)이나 조위(曹魏)의 영향을 받았다고 보는 것이 부정설의 결론이다. 이 경우 법제 교류의 시점은 훨씬 앞당겨진다.

다. 긍정설의 재확인

이에 대하여는 기존 견해의 결론을 따르면서, 집안고구려비의 기재와 『진서(晋書)』 刑法志 등의 기재를 종합하여 볼 때 고구려 율령은 태시율령을 계수하였음을 재확인하여 준다는 견해(긍정설)가 있다.[1]

긍정설은 앞서 본 집안고구려비의 기재는 율과 영이 모두 존재하므로 오히려 율령체제가 자리잡은 것으로 보고 있다. 율은 정(定)하고, 영은 교(敎)로 따로 내리고 있는데, 위 내용이 소수림왕대에서 멀지 않은 고국양왕대의 일이라는 점을 고려하면 이미 소수림왕 때 율과 영의 구분이 갖춰진 법체계를 반포하였다는 추정이 가능하다는 것이다.[2] 긍정설은 이 입장을 전제로 집안고구려비의 수묘제에 대한 기재도 율과 영의 구분이 이루어졌다는 증거라고 해석한다.

[1] 김수태, 「집안고구려비」에 보이는 율령제, 한국고대사연구 72, 2013, 48쪽. 편의상 긍정설이라 한다.

[2] 김수태, 위의 글, 49쪽.

"自今以後 守墓之民 不得擅買 更相擅賣 雖富足之者 亦不得其買賣 如有違令者 後世繼嗣○○ 看其碑文 与其罪過"

(지금 이후로 수묘를 하는 백성은 함부로 사거나 함부로 다시 팔 수 없고 비록 부자라도 또한 사고 팔지 못한다. 영을 위반한 자는 후세에 ○○를 계사하고 그 비문을 보아 그 죄과를 부여한다.)

요컨대, 수묘제를 정한 영을 위반하여 그 백성을 함부로 사고 판 경우 죄를 물게 되므로 형벌이 부과되었을 것이고, 율과 영이 명확히 구분되었다는 것이다.[1] 다만 이처럼 수묘인에 대한 영의 위배에 대한 제재가 가하여졌다는 사정이 증명되었다면, 위반한 경우에 적용될 '율'의 규정이 필요한데, 가칭 '수묘율' 또는 '영을 위반한 행위'를 처벌하는 별도의 율을 확인하기 어렵다는 난점이 있다.

긍정설은 이를 『진서(晋書)』 刑法志의 기재 중 "영을 위반하고 죄를 위반한 경우에는 율의 규정에 따라 처리한다" 는 내용을 들어 보충하는 한편, 수묘인과 관련된 영을 어겼을 때 율이 적용되므로 수묘율과 같은 별도의 율은 필요하지 않다고 보고 있다.[2]

부정설이 제시하는 '교령법'에 대하여도, 신라와 고구려는 중앙집권화 수준과 왕권의 힘에 큰 차이가 있으므로 교령법의 제정 과정이나 역할·위상 등을 동일시하기 어려운 점, 고구려의 율령을 곧바로 수용하지 못한 채 율령 반포에 이르기까지 상당한 시간적 간극이 존재한다는 점을 들어 논거로 삼기 어렵다고 보고 있다.[3]

2. 이견 제시의 의미

고구려 율령의 제수를 둘러싼 이견은 단순한 제수 시점과 대상, 율령법체의 체계와 자구에 관한 문제만의 것으로 볼 수는 없다. 법체계의 제수가 이루어지기

[1] 김수태, 위의 글, 51쪽.

[2] 김수태, 위의 글, 55쪽.

[3] 김수태, 위의 글, 69쪽.

위해서는 전달받는 쪽의 적극적 수요 또는 의지 – 주로 중앙집권화 내지 통치구조의 정비 – 와 더불어, 적극적인 전달과 교류가 있어야만 하고, 교류의 결과물을 통치자가 인식하여 승인할 수 있어야 한다. 또한 법규범의 주도적 반포가 가능하여야 하므로 율령 반포 시점에서는 이미 왕을 구심점으로 하는 중앙집권화된 사실상태가 충분히 갖추어져 있어야 한다.[1]

즉 고구려의 율령 반포는 단순한 중국왕조 법체계의 제수를 넘어, 고구려가 국왕을 구심점으로 한 중앙집권화를 갖추어 가며 중국과 굉장히 적극적인 문화교류를 해 왔고, 율령 반포 시점 이전부터 규범체계에 대한 숙고가 이루어졌다는 것을 의미한다. 이는 중국 입장에서는 단순한 '이민족' 이 아닌, 적극적 문화교류의 주체로 4세기 이전부터 영향을 주고받으며 국제 무대의 상대방으로 자리매김해 왔다고 볼 수 있다.

3. 의문점

위와 같은 이견 차이에는 여전히 의문이 남는데, 고구려 율령은 사서에 소개된 사례나 왕명 등을 통해 간접적으로만 파악할 수 있다는 데 근본적인 문제가 있다. 따라서 조문의 편별과 체계를 명확히 파악할 수 없는 한 여전히 이견의 여지가 있고, 중국의 당시 율령을 있는 그대로 이어받지 않은 이상 이를 어떻게 한반도의 사정에 맞게 변용하여 운영하였는지가 밝혀져야만 한다.

그러나 율령 반포 당시의 고구려에서도 율령격식의 체제를 확립하였는지는 명확하게 알 수 없고, 원시율령의 영향이 소거되었다고 보기도 어려우며, 법규범이 사회에 미치는 특성상 고유관습이나 관행을 성문화한 것도 적지 않을 것이다. 따라서 견해를 간단히 소개함에 덧붙여 필자의 의문점을 함께 공유하기로 한다.

가. 진정한 입법자의 의사

[1] 현대의 헌법 제정 과정을 보더라도 마찬가지 추론이 가능하다. 헌법은 정치적 변화와 투쟁의 산물 또는 헌법제정권력인 국민의 결단이지만, 그 결단을 내리기까지의 국민적 수요나 사실상태·문제제기가 충분히 축적된 상태에서 성문법 형태로 정리된다고 볼 수 있다.

당시에는 당연히 왕이 입법권을 행사하였을 것이나, 현실적으로는 왕의 입안을 보조하는 이들의 의사나 이해관계도 율령의 입안 과정에 직·간접적으로 반영되었을 것이다. 즉 율령 반포를 위해서는 그 이전에 논의된 바나 목적이 있을 것이므로 상주문과 같은 자료가 필요한 것은 아닐까.

또한, 입법자의 의사는 입법배경과도 관계가 있기 마련이다. 마찬가지로 일정한 관습 또는 사실상태가 충분히 형성되어 왔고, 사회나 국가가 더욱 복잡·다양한 분쟁을 갖게 되면 율령 반포의 수요가 발생하였다고 볼 수 있다. 이와 관련한 예로 광개토왕비의 다음 기재를 참조하여 볼 수 있을 것이다.

"國罡上廣開土境好太王 存時敎言 祖王先王 但敎取遠近舊民 守墓洒掃 吾慮舊民轉當羸劣 若吾萬年之後 安守墓者 但取吾躬巡所略來韓穢 令備洒掃"[1]

[國罡上廣開土境好太王(광개토대왕)이 살아 계실 때에 '敎'하신 말씀은, "先祖 왕들(祖王先王)께서는 단지 遠近에 사는 舊民들만을 데려다가 무덤을 지키며 소제를 말도록 敎하셨다. 나는 구민들이 점점 몰락하게 될 것이 염려된다. 만약 내가 죽고 난 다음에는 수묘일에 종사시킬 자들은 내가 몸소 다니며 略取해 온 韓·穢(人)만을 데려다가 무덤을 지키고 청소하게 하라" 이다.]

결국 수묘인에 대한 안정적 생계와 지속적인 수묘 보장이 수묘제 관련 율령의 입법목적이라고 볼 수 있다. 그렇다면, 위와 같은 율령체제를 굳이 선택하고 반포하게 된 이유에 대하여도 좀 더 구체적 자료가 요구된다.[2]

나. 생활상과 직제

태시율령 제수 여부에 대한 견해대립은 강도·모반죄 등의 규정과, 수묘제에 관한 규정의 역사적 해석방법론이라고 볼 수 있다. 그러나 긍정설과 부정설 모두

[1] 해석은 홍승우, 위의 글, 66쪽을 참조하였다.

[2] 전덕재, 위의 글, 74쪽 이하에서는 고국원왕의 전사 등으로 혼란해진 고구려를 수습하고 지배체층의 결속을 다지는 등의 가능성을 제시하고 있다.

태시율령의 체제를 받아들였는가에 대해 이견이 있을 뿐, 태시율령을 있는 그대로 도입하였다고 보는 것은 아니다. 고구려의 고유 관습과 기존 규범을 율령체계에 맞추어 반영하였다는 점에 이견이 없는 이상, 호혼(戶婚)·직제(職制)·포망(捕亡) 등 생활상과 행정기관의 구성 등에 관한 율령의 규정을 파악할 필요가 있다. 나머지 영역이 여전히 율과 영의 구분이 명확하지 않은 단행지령의 집대성에 불과하다면, 태시율령 제수 긍정설의 전제가 무너지게 된다.

Ⅴ. 맺는 글

지금까지 소개한 논의를 표로 정리하면 아래와 같다. 이 논의는 고구려 율령의 법전 구성 전반을 파악할 수 있는 결정적인 사료가 발견될 때까지 계속될 것이고, 그 해석을 두고도 여전히 이견이 발생할 것으로 보인다.

구분	태시율령 제수 부정설	태시율령 제수 긍정설
사료	『삼국사기』, 광개토대왕비, 집안고구려비의 기재	
영향	진, 한율 등 원시율령	태시율령
논의 원인	수묘제, 무자년의 '정률'	
해석 접근	율과 영의 구별이 불분명	기재상 율과 영의 구분이 존재
판단	진, 한율의 영향이 큼	태시율령 제수

동아시아 문화권에서 율령 반포는 그 나라에는 중앙집권화의 상징이고, 중국 왕조의 입장에서는 문화유산의 공유 및 전달을 통해 동질감을 확보해 나아가는 사건이었다. 법규범이 강제력을 갖고 일정한 목적이나 가치를 관철하고자 한다는 점을 고려하면, 어떤 형태로든 중국왕조의 율령체제가 반영되면서 그 시대 이후를 살아가는 한국인의 법의식에 큰 영향을 미치게 되었다고 볼 수 있다. 결론적으로 한·중 법제교류는 정도의 차이는 있을지언정 상당히 오랜 기간 이루어져 왔고, 유교나 불교 문화와 더불어 한국인의 법의식과 규범의식, 도덕관념 등을 형

성하여 온 중요한 역사적 흐름이라고 보아도 과언은 아니다.

고구려 율령에 대한 새로운 견해의 소개가 위와 같은 문화적 뿌리를 추적하는 데 하나의 단초가 되기를 기대하며, 향후 좀 더 뚜렷한 실체를 발견할 수 있도록 하는 새로운 사료와 역사적 사실이 발견되기를 기대한다.

[참고문헌]

김수태, 「집안고구려비」에 보이는 율령제, 한국고대사연구 72, 2013.

김창석, 신라 법제의 형성 과정과 율령의 성격 - 포항중성리신라비의 검토를 중심으로, 한국고대사연구 58, 2010.

노중국, 고구려율령에 관한 일시론, 동방학지 21, 1979.

이성돈, '6세기 신라 법흥왕대 반포 율령의 성격', 동국사학 62집, 2017.

전덕재, '373년 고구려 율령의 반포 배경과 그 성격', 한국고대사연구 80, 2015.

정동준, 고구려 율령에 미친 중국왕조의 영향 - 소위 '태시율령 제수설 비판' -, 동국사학, 2017.

홍승우, 고구려 율령의 형식과 체정방식 - <광개토왕비>와 <집안고구려비>의 사례 분석, 목간과 문자 16, 2016.

滋賀秀三, 中國法制史論集, 創文社, 2003.

[참조사료]

『三國史記』

『漢書』

『晋書』

<廣開土大王碑>

<集安高句麗碑>

朝鮮王朝的《大明律》繼受和《經國大典》

韓 相 敦（韩国亚洲大学）

Ⅰ. 序言

Ⅱ. 明朝的《大明律》編纂

Ⅲ. 朝鮮王朝的《大明律》受容和《大明律直解》

Ⅳ. 朝鮮王朝《經國大典》的進展

Ⅴ. 结语

Ⅰ. 序言

韩国和中国由于地理上的接近，自古以来继续相互交流发展往来。近代之前很长时间保有高水平的中国文物很自然地传到了韩国。法律文化的交流亦不例外，中国历代王朝的法律制度和法律文化予以韩国历代王朝很深的影响。

韩中两国于 14 世纪末发生了王朝的交替等很大的变化。由蒙古族建立的元朝(1271-1368)衰落时期[1] 受到红巾族的攻击而逐渐丧失了其统治力。这期间朱元璋建立了明朝(1368-1644)，元朝败退到北方。

高麗朝(918-1392)于高麗末期由外部势力的入侵及统治阶层的分裂逐渐步入衰微。具改革趋向的新进士大夫势力与亲元趋向的既存贵族势力互争外交政策而对立。

武将李成桂讨伐入侵的红巾族、倭寇集功而登入政界。明太祖认为高丽的铁岭以北地区原属元朝要求返还领土，就以此逼迫高丽。高丽的大臣之间针对征伐辽东问题互有议论分歧。

禑王和親元派的領袖崔瑩命李成桂攻击辽东。李成桂虽然反对攻击明朝，但万不得已出征讨伐辽东。在威化岛提起‘四不可论’[2] 然而其主张不被接纳，即回军（1388）推翻亲元派掌握了政权。此后，以新进士大夫势力推崇的形式登基为王，开国朝鲜王朝。

---

[1] 元朝的正式国号为大元(Dai Ön Yeke Mongghol Ulus)，首都是大都(蒙古语称为 Dayidu)，是现今的 北京。

[2] 李成桂所主张的辽东征伐四不可论如下。①以小逆大不宜②夏月發兵不宜③擧國遠征，倭乘其虛④時方暑雨，弓弩膠解，大軍疾疫。

比朝鲜开国早 24 年的明朝，为了构建巩固的统治体系采取了诸多改革措施。其中制定了《大明律》可谓是巨大功绩。《大明律》传入韩国是在高丽末期，此时高丽已出现适用《大明律》的需求。[1] 当时，高丽王朝的社会秩序动汤不安，为了社会安定，法制改革是势必需要。由此，当时改革趋向的士大夫对《大明律》的关心颇大。禑王 6 年(1380) 时，奏疏参照《大明律》修改本王朝的律令，[2] 随后，侍中郑梦周也曾参照《大明律》和《元律》编撰了《新律》。

朝鲜朝初期，有意新国家建设的统治阶层亦无法照旧使用高丽的法制。国家的统治思想由佛教改为儒教，[3] 为了具备强大的中央集权的官僚体系新的法制建设是不可避免的。朝鲜王朝以‘直解’方式继受《大明律》，[4] 另一方面，进行朝鲜社会固有法《经济六典》《经国大典》等的编纂和补充，并确保树立社会秩序和统治体制。以下探讨《大明律》经何过程完成，如何继受于朝鲜，与朝鲜朝《经国大典》有何种关系和影响。

Ⅱ. 明朝的《大明律》 编纂

《大明律》始于中国战国时代魏文侯的《法经六篇》，继承了秦汉、北周、后齐的法制和唐律等中国传统律令中优秀之处。

古代王朝的法典编纂主要分为 3 个阶段。①国王或大臣提及，经议论由国王诏令或制敕的方式确定法典编纂计划。②以诏勅颁布法典编纂的组织机构而后进行编纂。③完成初稿经审议后颁布最终本。[5]《大明律》也按此程序完成。《大明律》的编纂始于朱元璋位于吴王之时。

1. 吴王《元年律》

朱元璋为吴王元年时（1366）10 月命中书省制定律令颁布于同年 12 月。以吏律、戶律、礼律、兵律、刑律、工律等六分体系编纂，由 285 条律及 145 条令，即 430 条律令构

[1] 朴秉濠，韓國法制史攷，法文社，1983 再版，416 页。
[2] 文亨镇，《大明律》传入朝鲜考，中央民族大学学报(哲学社会科学版)，2000 年 第 5 期 第 27 卷，36 页。
[3] 李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第 125 輯，89 页，1990。
[4] “New Perspectives on Traditional Chinese Legal Culture” 學術研討會，會議資料集（韓相敦.朝鮮王朝初期的《大明律直解》和《經國大典》），香港中文大學，2010. 58 页。
[5] 陈涛、高在民，中国法典篇纂的历史发展与进步，法律科学(西北政法学院学报) 2004 年 第 3 期，111 页。

成。[1] 颁布之后任左丞相李善长为律令总裁官，下命将律令释义使百姓易解。吴王 2 年(1367) 完成并颁布《律令直解》。[2] 法典的立法体制变为六分体系是令人注目的。

中国法史学家认为《唐律疏议》12 篇在《大明律》立法体系变为 6 篇的原因有政治斗争说、立法思想斗争说、《周礼》模仿说等 3 种见解。[3] 试图采六分体系编纂并非始于明朝。蒙族统治的元朝时《元典章》是六分编制。明太祖将中央政府分为六部直接统治，法典的立法体制编为六部体制可能有利于强化统治力。

2.《大明律》修订

吴王 3 年（1368）8 月朱元璋改国号为明登基为皇帝。明太祖极力于法制整备，在位期间修订、补编《大明律》的过程如下。

第一，朱元璋登基为皇帝定年号为洪武。在吴王《元年律》新加添 20 余条以《大明律》之称颁布。此乃洪武《元年律》(1368)。

第二，洪武 9 年（1376）明太祖认为“律条犹有议拟未当者”，命中书左丞相胡惟庸等“详议更定，务合中正”。故此修订 13 个条文编纂了共 446 个条文的《大明律》。

第三，洪武 22 年（1376），如同六部官制维持吏、户、礼、兵、刑、工，而将在断狱条之后的名例律置于首位确立了七分体制。不仅如此，插入‘五刑图’和‘八礼图’编纂了 460 条 30 卷的《大明律》。[4]

第四，洪武 30 年（1397)）5 月明太祖下令“《大誥》条目，撮其要略”，[5]《大明律》后加编附录，另外修订 73 个条文之后附加皇帝的序文以 460 条 30 卷最终完成而颁布。

此外，也有简单的部分修订、补充。即洪武 6 年（1373）12 月下令刑部尚书刘惟谦修订《大明律》。翌年 2 月完成颁布天下。[6] 另外，洪武 16 年(1383)新设诈伪条律。[7] 如上所知，《大明律》始于吴王《元年律》，至于洪武 30 年《大明律》，30 年间修订、补充而完成，

[1] 285 条律为吏律 18 条、戶律 63 条、礼律 14 条、兵律 32 条、刑律 150 条、工律 8 条。刑律占全律的 53%。
[2]《律令直解》亦同吴王《元年律》是六分体制，430 条律令。
[3] 周东平、李勤通，《大明律》采六部体系篇纂模式原因考辨，法律科学（西北政法大学学报），2017 年 第 1 期，40-41 页。
[4] 参照柏桦、苏嘉靖，朝鲜初年经国典与大明律，学习与探索，2017 年 第 2 期，158 页。 高艳林，《大明律》对朝鲜王朝法律制度的影响，求是学刊，2009 年 7 月，第 36 卷 第 4 期，123 页。
[5] 洪武 18 年(1385) 明太祖制定关于貪官腐敗犯罪的刑典《大诰》，以誥文形式颁布。《大诰》分为 《大诰》、《大诰续编》、《大诰三编》、《大诰武臣》 等四部分，统称 《御制大诰》。
[6] 高艳林，《大明律》对朝鲜王朝法律制度的影响，求是学刊，2009 年 7 月，第 36 卷 第 4 期，123 页。
[7] 法制處，法制資料誌 第 13 輯，大明律直解，南晚星解題 1964。

经 4 次的大修和 2 次的小修而逐渐完善。[1]

《大明律》在其立法体制和规范内容上比《唐律疏议》、《宋刑统》更为优秀且是发展的法典，[2] 评为中国历代王朝末期相当成熟的法典。[3] 由此可知，明初期的法制整备可谓太祖意志的反映成果。虽新设剌字刑、 陵迟处死等，比《唐律》采了重罚主义等为特色，但整体来看《大明律》是中国历代王朝中完成度最高的法典。

III. 朝鲜王朝的《大明律》受容和《大明律直解》

依照韩国的史料，中国的古代律令最早引进韩国的时期是三国时代。高句丽于 313 年，新罗于 520 年受容中国律令来巩固了国家体制。[4] 高丽部分受容《唐律》、宋和金以及元的律令整备了高丽的法制。高丽末期受到元朝最后的法典《至正条格》的影响曾适用于司法。如此，高丽王朝参酌邻国的律令考量高丽的实情主动选择受容。[5]

高丽的法制大体上模仿了唐朝的法制，特别是刑法依用了《唐律》。依史料，有“高麗一代之制，大抵皆倣乎唐，至於刑法，亦採唐律，參酌時宜而用之”[6]的记录，由此可谓高丽王朝是继受了《唐律》。《唐律》是当代先进的法律规范，由于其优秀的刑律，照样依用可能更加有效率。

《大明律》于何时，依何径路传入高丽王朝不得可知。但仅可推测是在高丽末期。高丽史料中最早出现《大明律》是在高丽辛禑 14 年(1388) 9 月的记录。据洪武 7 年至 21 年之间（1375~1389）高丽使臣访问明朝共 56 次，[7] 看来是此时传入的。

高丽社会末期是政治混乱时期，法制整备不全。总体上是刑事司法崩溃的情况。这种情况正需要统一适用的法源，[8] 对明朝友善的新进士大夫阶层郑梦周、郑道传、赵浚、河仑等对明朝的制度和文化关心极深，尤其关注了《大明律》。[9] 他们支持亲明路线的武将李成桂形成新兴势力成为改革的主流。

[1] 参照杨一帆，《大明律》修订始末考，政法论坛(中国政法大学报)，1990 年 第 2 期，41 页。
[2] 参照李青，从《大明律》对东亚的影响看其历史地位，比较法研究，2004 年 第 3 期，29 页。
[3] 高艳林，《大明律》对朝鲜王朝法律制度的影响，求是学刊，2009 年 7 月，第 36 卷 第 4 期，124 页。
[4] 虽无关于百济的记录但可推测自 3 世纪末至 4 世纪初颁布了律令。
[5] 参照郑肯堉，中国律令的受容和韩国传统社会，Justice，通卷第 158-2 号，2017 年，163 页。
[6] 《高丽史》刑法志序文。
[7] 高艳林，《大明律》对朝鲜王朝法律制度的影响，求是学刊，2009 年 7 月，第 36 卷 第 4 期，124 页。
[8] 趙志晚，朝鮮時代的刑事法，景仁文化社，2007，350 页。
[9] 参照张春海，论朝鲜王朝前期的“华化”与“土俗”之争，暨南学报(哲学社会科学版)，2012 年 第 11 期，139 页。

1. 《大明律》受容

高丽王朝的武将李成桂活跃的 14 世纪中、后期是明朝推倒元朝势力的时期。当时的高丽也欲脱离元朝的干涉试图扩大其势力。受到改革派支持的李成桂替代高丽最后的恭让王以易姓革命登上了王位。

登基为王的李成桂于 1392 年 7 月即位教书中表明照用高丽国号，法制也照样使用高丽法制。

朝鲜太祖于 1392 年 7 月《卽位敎書》中表示“儀章法制一依前朝古事”[1] 儀章和法制依照高丽的旧制度暂定适用。这是为防止王朝交替导致不可避免的社会动汤和政权的不安而致。

另外，命“…自今京外刑決官，凡公私罪犯，必該大明律…”宣布公私犯罪依用《大明律》。可能当时的统治阶层共识稳定王朝交替时期的混乱，《大明律》最为适合。

朝鲜王朝的太祖李成桂即位 2 年（1393）改国号为‘朝鲜’，首都也移至‘汉阳’果断实行各种改革。其中最重视的是法制改革。朝鲜王朝初期法制改革时受容《大明律》有以下两点背景。

第一，开国初期的朝鲜比律书更要紧的是编纂法典。[2] 传统社会中的律具有当今的刑法，令有行政法的性向。为此，朝鲜王朝初期着重于行政改革所需的法典编纂，刑律则采受容《大明律》的方法。

第二，《大明律》可谓是当时中国社会最完善的律书。而且《大明律》的立法思想受儒家的影响较多。崇向儒教的朝鲜王朝受容儒教思想为本的《大明律》并无大碍。[3] 如有不适朝鲜风俗或实情的部分，可修订或补充来规范即可。

除此背景以外，高丽王朝最后一年参酌《大明律》编纂《新律》的经验受容《大明律》也可能受到了影响。[4] 并且考虑其政治情况，高丽末期为抵御既存势力的亲元倾向的保守

[1] 《太祖实录》卷 1，太祖元年 7 月丁未。
[2] 参照李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第 125 辑，1990，87 页。
[3] 李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第 125 辑，1990，96 页。
[4] 依《高丽史》卷 117，列传 30 的记录，恭让王 4 年(1392) 守侍中 郑梦周参酌《大明律》和《高丽律》及元朝的《至正条格》编纂了 《新律》。此《新律》今无現存，制定高丽《新律》参酌的《大明律》可推测是洪武 22 年(1389)之律。柏桦、苏嘉靖，朝鲜初年经国典与大明律，学习与探索，2017 年 第 2 期，158

派，受容明朝法制亦较有效。

2.《大明律直解》编纂

郑道传在其著作《朝鲜经国典》主张所有刑事案件要依据《大明律》和翻译使用《大明律》。[1] 接受此主张而于朝鲜太祖 4 年（1395）2 月命金祗、高士窘等逐条翻译为吏读文。[2] 翻译、修正、补充于太祖 6 年（1397）完成，此乃《大明律直解》。此时的《大明律》是洪武 22 年（1389）编纂的。[3] 朝鲜的书籍院将《大明律直解》30 卷 4 册印刷为 100 余本并发行。

《大明律直解》虽以《大明律》为底本，然而并非直译原文。多处按朝鲜社会实情加以修订。[4] 由此，按朝鲜社会固有用语表达者不少。[5] 例如，对五刑的赎钱以朝鲜的五升布为算，明朝的亲族名称和官制、官名等改为朝鲜的名称。其他流刑的距离、奴婢法制、财产继承法制、五服制度、印章伪造等不少部分做了修订。

当时朝鲜社会连该《大明律直解》也不易理解而适用以往的习惯法或《元律》的案例者不少。[6] 然而《大明律直解》逐渐朝鲜化而以朝鲜王朝的刑律定位。即，世祖 7 年（1461）《经国大典》刑典的用律条谓“用大明律”，有了刑法的正式地位。虽此可谓韩国最早确实的外国法继受，[7] 这样的经验是由高丽王朝受容《唐律》、《宋律》、《元律》而积累的。

《大明律直解》仍有不少不适当时朝鲜社会的部分。这种情况则受国王的教旨另设法律条文收录于刑典。英祖 20 年（1744）编纂的《续大典》规定“依原典，用大明律，而大典續大典有當律者，從二典”。即按《经国大典》的规定使用大明律，而《经国大典》和《续大典》有规定者按其规定。就此，《大明律直解》有刑事一般法之地位，《经国大典》刑典

页。

[1] 《三峯集》卷 7，朝鲜经國典宪典后序。

[2] 当时因还未创制韩文，只得使用吏读文。

[3] 法制处，法制資料誌 第 13 輯，大明律直解，南晚星解題 1964. 文亨镇，《大明律》传入朝鲜考，中央民族大学学报(哲学社会科学版)，2000 年 第 5 期 第 27 卷，37 页。

[4] 文亨镇，《大明律》传入朝鲜考，中央民族大学学报(哲学社会科学版)，2000 年 第 5 期 第 27 卷，37 页。

[5] 参照朴秉濠，韓國法制史攷，法文社，1983 再版，416 页。

[6] 朴秉濠，經國大典的編纂和頒行，國史編纂委員會，韓國史 9，1974，261 页。

[7] 朴秉濠，韩国法制史之時代区分各时期的特徵，近世的法和法思想，图书出版 真园，1996，35 页。

则有刑事特别法之地位。[1] 这样的一般法和特别法的关系一直继续至朝鲜王朝光武 9 年（1905）《刑法大全》刊行之时。

Ⅳ. 朝鲜王朝 <经国大典>的进展

韩国古代固有法源于古朝鲜的《八条禁法》，经由扶余、三国时代、高丽而形成，朝鲜王朝始于《经济六典》而至《经国大典》集大成。高丽王朝一方面受容《唐律》、《宋刑统》和《至正条格》等元律，并完善了所谓由王的命令之判、制、教形成的固有王法体系。朝鲜王朝的法典编纂基本的法令主要乃由国王的命令制定。

1.《朝鲜经国典》和《经济六典》

朝鲜王朝国王的命令有《教旨》和《判旨》。《教旨》是国王亲自下的命令，《判旨》是指由六曹而经各司议政府而受到国王的决裁而言。负责机关称《教旨》为《受教》，《判旨》称《受判》。世宗时将《教旨》、《受教》一元化。[2] 《受教》整理为法律条文形式则称为条例、条令、条割、条件，各司将其按年月日时辰所编者为《謄録》。

（1）《朝鲜经国典》：郑道传的《朝鲜经国典》不是条文形式，只是提示了向后朝鲜王朝所要编纂的法典编辑方法和方向。[3] 《朝鲜经国典》大可分为总论和各论两篇。即，为首篇的‘正宝位’、‘国号’、‘定国本’、‘ 世系’、‘教书’等可谓总论。各论分为治、赋、礼、政、宪、工等六典，体例法是以《周礼》天、地、春、夏、秋、冬的‘六官’为根本的。[4] 这样的六典体制看来是受到高丽时代金沚的《周官六翼》和元的《经世六典》影响。[5]而且，郑道传在《朝鲜经国典》敍述的见解和主张予以朝鲜王朝法典编纂不少的影响。

（2）《经济六典》：朝鲜王朝最早的法典是《经济六典》。《经济六典》是太祖 6 年（1397）12 月由政丞赵浚等所编纂。[6] 《经济六典》全部律文共为 809 条。其中刑典是 181 条。《经济六典》全部条文中参照《大明律》制定的有 19 个条文。《刑典》中受到《大明律》影响

---

[1] 参照朴秉濠，韩国法制史攷，法文社，1983 再版，418 页。

[2] 参照李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第 125 輯，1990，87 页。

[3] 载于《三峯集》的《朝鲜经国典》只有序文而无本文。郑道传御前进讲时，看似为向太祖说明为何要编纂法典并以何体制较宜而作成的。

[4] 柏桦、苏嘉靖，朝鲜初年经国典与大明律，学习与探索，2017 年 第 2 期，159 页。

[5] 李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第 125 輯，1990，91 页。

[6] 《太祖实录》卷 12，太祖 6 年 12 月甲辰。

的只不过是12条而已。如此《大明律》对《经济六典》的影响极为有限。[1] 由此，指称《经济大典》是包罗朝鲜王朝固有法的法典不是夸口的。各曹收集的《謄録》内容相互不符或重复者居多。为了解决如此法令相互之间的混乱法典编纂是必不可缺的。

自太祖朝代至端宗朝代约60年间可谓是《经济六典》时代。[2] 朝鲜王朝自建国初期始收集各种《教旨》或《条例》等而持续进行增补。例如，赵浚等的《经济六典》(1397)之外，河仑等的《续六典》(1407)、李稷等的《续六典》(1426)、黄喜等的《续六典》(1433)等陆续编纂。而且《六典謄録》也有编纂。但是朝鲜王朝的法典编纂不是创设法律规范而是将謄録各司的《受教》收集、整理而已，[3] 故推动法制的重大发展是有限的。

2. 《经国大典》编纂

朝鲜王朝的法典编纂如上所述自朝鲜初期已活跃进行。但《经济六典》等等的法典并不是总集修订律令而不过是收集各种《受教》来编辑的。朝鲜时代最早的综合法典是《经国法典》。《经国法典》的完成自朝鲜建国初期用了90年之久，[4]法典编纂活跃进行是始于世祖时期。

世祖刚即位，世祖1年(1455)7月依集贤殿直提学梁诚之的建议设立六典详定所，[5]《经国大典》编纂加快步伐而于世祖6年（1460）7月完成户典。[6] 接着于世祖7年（1461）7月完成刑典，[7] 个别颁行。《经国大典》中户、刑典先颁行的是因该两典最直接关系到百姓。[8] 而世祖本人虽对兵事熟悉然而身为君王应知的户、刑典内容无暇留意之故。

《经国大典》编纂5次如下。

(1)<丙戌年大典>：世祖 11年(1465) 5月世祖令姜希孟等重臣分担、校阅六典。[9] 另

[1] 高艳林，《大明律》对朝鲜王朝法律制度的影响，求是学刊，2009年7月，第36卷 第4期，124页。
[2] 李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第125輯，1990，93页。
[3] 各司的负责官《受教》中要分别临时施行的权宜之法和永久施行的经久之法而只将经久之法按各司分别整理来编纂。
[4] 其原因是因朝鲜王朝的法制至世祖、成宗之时才见整备，而且各司在需用时受到国王裁可的《受教》内容相互冲突重复者居多之故。李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第125輯，1990，87页。
[5] 《世祖实录》卷1，世祖元年7月戊寅。
[6] 《世宗实录》卷21，世祖 6年7月辛卯。
[7] 《世祖实录》卷25,世祖7年癸丑。
[8] 《世宗实录》卷7，世祖 3年3月辛卯.。 再引用李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第125輯，1990，94页。
[9] 《世宗实录》卷36，世祖11年5月丁卯。

外，定新官制，于世祖12年（1466）除户典、刑典以外其余的吏、礼、兵、工典也完毕了编纂。此谓《丙戌年大典》。[1]

(2)《己丑年大典》:《己丑年大典》其后继续修改而至睿宗1年(1469) 9月命由礼曹于翌年（1470）正月初一始施行，但因睿宗逝世而不得施行。[2] 此谓《己丑年大典》

(3)《辛卯年大典》：成宗即位后也继续吏、户、工典的校正。成宗1年（11470)《校正经国大典》完成，命翌年（1471）正月初一准行。[3] 此谓《辛卯年大典》。

(4)《甲午年大典》:《辛卯年大典》也有多处遗漏的条文，不全之处。于此增补于成宗4年（1473年）11月完成，命翌年（1474）二月初一始施行。[4] 此谓《甲午年大典》。

(5)《乙巳年大典》:《甲午年大典》刊行后也继续增补、校勘。成宗15年（1484）7月完成了朝鲜王朝的基本法典《经国大典》，成宗16年（1485）的翌年正月初一始施行。[5] 此谓《乙巳年大典》，今日我们所称《经国大典》就表示《乙巳年大典》。

如上所述，朝鲜王朝的基本法典《经国大典》自世祖朝代起至成宗朝代经30年而完成编纂。《经国大典》可谓是提供朝鲜王朝政治、经济、社会、军事、文化等国家经营各方面的规范法典。[6] 《经国大典》之后的法典虽反映了其后的变化，保持原典《经国大典》的规定按原典尊重的原则，[7] 以脚注或追録形态编纂。尽可能不改祖宗成宪的朝鲜王朝两班官僚的立法习惯持续到朝鲜王朝的末期。

V. 结语

击退元朝而建国的明朝依需要确立新的统治秩序和新的社会秩序而制定了《大明律》。替代高丽王朝创立新王朝的朝鲜亦为加强统治权并重新构建社会秩序确立律令体制是非常紧要的。替代盛行于高丽社会的佛教重视儒家思想的朝鲜王朝，以儒家思想为本的《大明

[1] 此《丙戌年大典》虽未施行，但当时的官吏暂时准用。李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第125輯，1990，94页。
[2] 《世祖实录》卷8，睿宗元年11月丙申。
[3] 《世祖实录》卷8，睿宗元年11月壬午。
[4] 《成宗实录》卷36，成宗4年11月辛丑。
[5] 《成宗实录》卷173，成宗15年12月乙卯、甲戌。
[6] 《经国大典》或各种《受教》并非以百姓为对象而大多是以官员为对象的。但《经国大典》是当时朝鲜王朝法文化成果的代表，亦是19世纪末朝鲜王朝的基本法典。参照李青，从《大明律》对东亚的影响看其历史地位，比较法研究，2004年第3期，32页。
[7] 原典尊重的原则是自朝鲜王朝初期至最后，一直是法典编纂的基本原则。参照朴秉濠，韩国法制史，民俗园，2012，41页。

律》整体受容[1]，在理念上并无大碍。 而且《大明律》已经多次的修正、补充，编纂形式和规范内容上是优秀的律书。

如此可知，朝鲜王朝初期，确立律令体制的紧要性，《大明律》的儒家思想性及编制、规范内容的优秀性成为朝鲜王朝继受《大明律》的背景。

朝鲜社会因自古以来有继承的固有法，故不能完全照原典适用《大明律》。由此，要按朝鲜社会的特性依用《大明律》。以‘直解’方式将《大明律》逐条解释完成的是《大明律直解》。然而并非全照原版翻译而是依照朝鲜社会修正完成的。该方式是朝鲜时代立法者试图《大明律》本土化的卓越见识，[2]《大明律》就如此在朝鲜王朝重新以《大明律直解》登场。

因《大明律直解》是刑律，其余部分由《经济六典》修订、补充而按时代以《续大典》的形式进展。经 30 余年于 1466 年丙戌《经国大典》完成。此后 18 年之间，经 4 次的修订、补充，于 1484 年甲午《经国大典》完成而构筑了固有法体系。

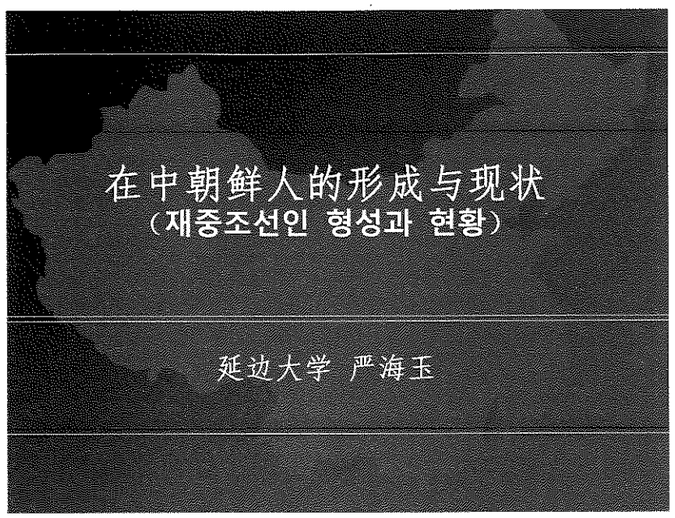
由此，《大明律》按朝鲜实情翻译、修订的《大明律直解》和为固有法体系的《经国大典》成为朝鲜王朝法制的中心栋梁。《大明律直解》是朝鲜王朝的刑事一般法，《经国大典》的《刑典》为刑事特别法发挥了其功能。由于《大明律直解》和《经国大典》为中心基盘而使朝鲜王朝的律令体制得以完善，并能维持了朝鲜王朝 518 年。

[1] 《大明律》着重于道德主义和宽容主义也是由于儒家的政治理念影响所致。由此如同明朝是重儒国家的朝鲜王朝依用《大明律》似无大碍。李成茂，经国大典的編纂和大明律，歷史学报 第 125 輯，1990，104 页。

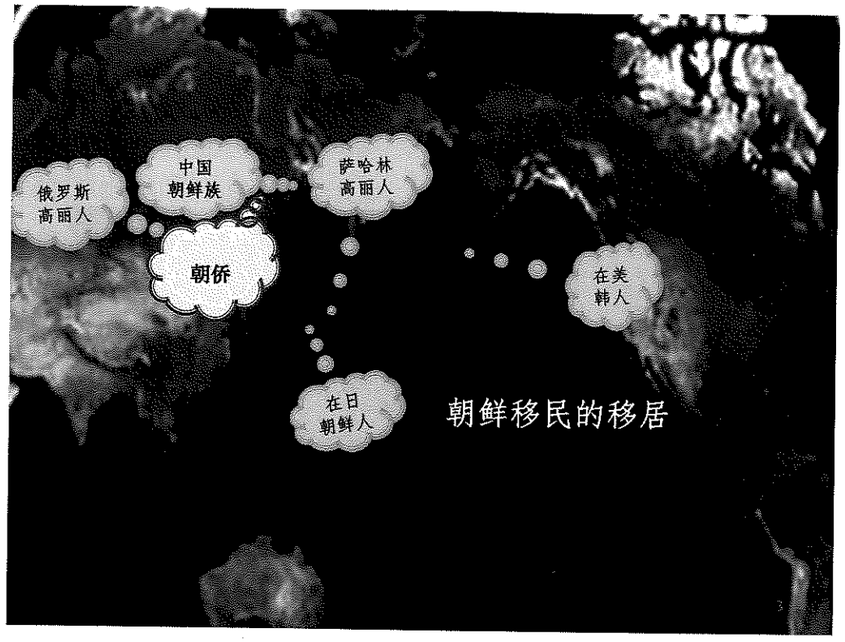
[2] 参照李青，从《大明律》对东亚的影响看其历史地位，比较法研究，2004 年第 3 期，32 页。

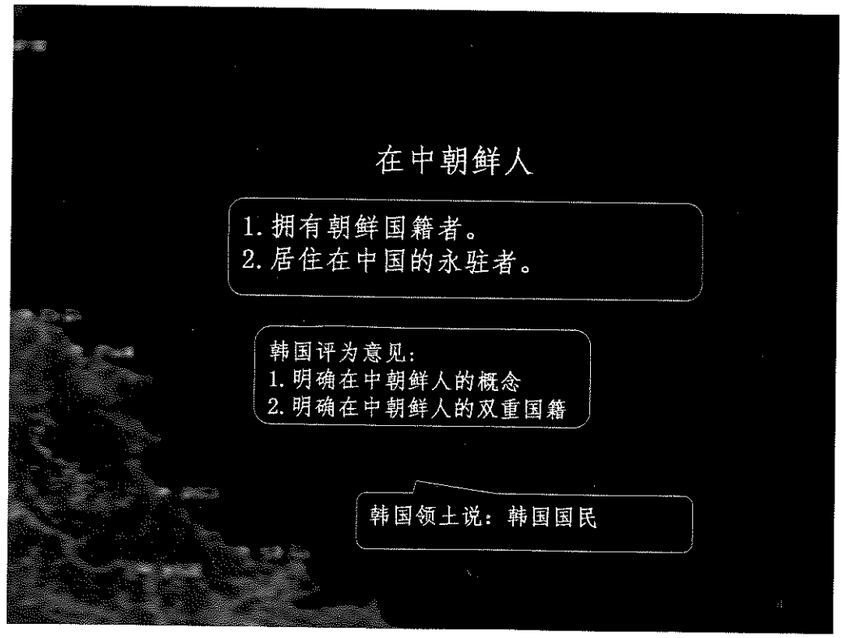
在中朝鲜人的形成与认定

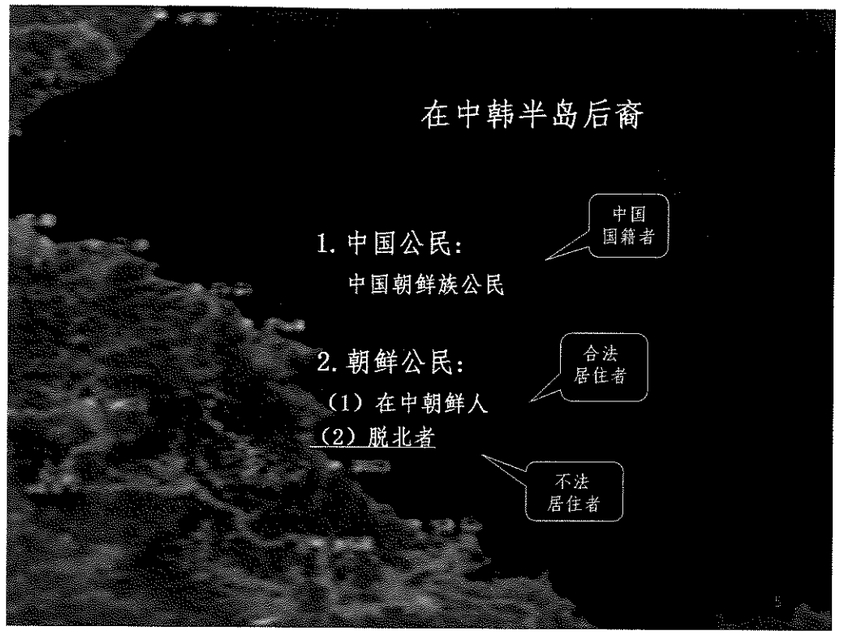
严海玉（延边大学）

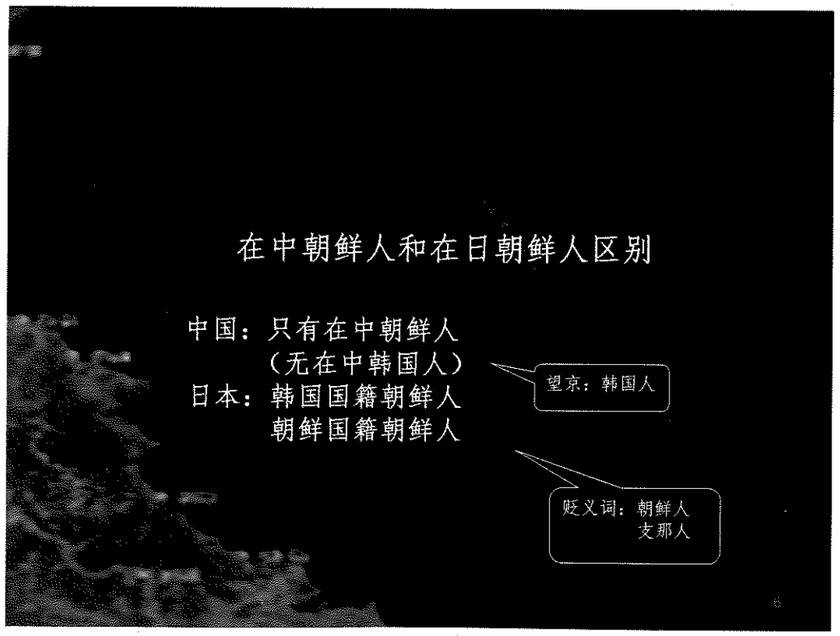





俄罗斯
高丽人
中国
朝鲜族
萨哈林
高丽人
朝侨
在美
韩人
在日
朝鲜人
朝鲜移民的移居


在中朝鲜人
1. 拥有朝鲜国籍者。
2. 居住在中国的永驻者。
韩国评为意见:
1. 明确在中朝鲜人的概念
2. 明确在中朝鲜人的双重国籍
韩国领土说：韩国国民


在中韩半岛后裔
1. 中国公民:
中国朝鲜族公民
中国
国籍者
2. 朝鲜公民:
(1) 在中朝鲜人
(2) 脱北者
合法
居住者
不法
居住者


在中朝鲜人和在日朝鲜人区别
中国：只有在中朝鲜人
(无在中韩国人)
日本：韩国国籍朝鲜人
朝鲜国籍朝鲜人
望京：韩国人
贬义词：朝鲜人
支那人

在日朝鲜人社会

朝总联:(1955年)

在日朝鲜人总联合会 （朝鲜的外交机构）

朝鲜资助：朝鲜大学、朝鲜学校

北送事业：50-80年代：93，340명

民团:(1946年)

在日朝鲜人居留民团

归化者：申请取得日本国籍者

中国朝鲜族：
1. 中国国籍者
2. 日本国籍者

第二部
在中朝鲜人国籍认定
(재중조선인 국적인정)

山海关
1. 属于河北省，河北省和辽宁省的境界。
2. 万里长城东部的第一个关口。
3. 扼东北和华北咽喉的军事重镇、战略要地。

山海关以北
（关外、关东，东北）

山海关以北
中国朝鲜族

山海关以南
（关内）

山海关以南
在中朝鲜人

十九世纪中期朝鲜移民的移居

移居原因：自然灾害
移居地域：山海关以北（关外、东北）
移居目的：开垦东北土地

清政府的“剃发”，“易服”国籍措施

中国历史上第一部不成文国籍法的衍生

二十世纪初期朝鲜移民的移居

移居原因：乙巳条约和“日韩合并”
移居地域：山海关以南

韩国光复军
朝鲜义勇军
上海临时政府

商人
（二鬼子）

二十世纪中期朝鲜移民的移居

移居原因：朝鲜战争
移居地域：山海关以北

女性、儿童、老人

11

地方政府的认定

中共中央东北局：（1945）
除参加华北抗战的朝鲜义勇军，在东北的朝鲜居民一般的是视为中国境内的少数民族。

东北人民政府公安部规定：（1950年）
1.“8.15”前在东北居住者；

2.“8.15”后曾回朝鲜后又来东北并在东北有房屋、土地、商业经营或有直系亲属者。或在“八.一五”后分得土地房屋从事农业生产者。

中共中央的认定

中共中央指示：（1953年）
凡在1949年10月1日以后来山海关以南居住者，一律为朝鲜侨民。已登记为朝鲜侨民者仍为朝鲜侨民不予变更。

12

在中朝鲜人国籍认定基准

基准时间：1910年10月1日
（中华人民共和国成立）
基准地域：山海关

中国历史上第二部不成文国籍法的衍生

13

第三部
在中朝鲜人社会的形成
(재중조선인 사회형성)

在中朝鲜人的永住权

50-60年代：居留证
70年代：朝鲜公民证
21世纪：永久居留证

50年代末：
在中朝鲜人回国（北送事业）

15

在中朝鲜人的团体的形成

50年代：朝鲜公民学习小组
90年代：朝鲜人总联合会

1991：祖国统一范民族联合在中朝鲜人总部
1995(主体84)：在中朝鲜人公民总联合会
1998(主体87)：在中朝鲜人总联合会

本部：沈阳

期刊：白头-汉拿

16

在中朝鲜人协会和支部

协会：
延边地区协会、中南地区协会、辽宁地区协会。

支部：

沈阳、北京、上海、延吉、和龙、汪清、图们、珲春、吉林、哈尔滨、鸡西、海林、佳木斯、牡丹江、宁安。

17



2012(主体101)年8月21日
在中朝鲜人青年联合会代表团抵达平壤

18

在中朝鲜人的纪念活动

民族最大节日：太阳节：（4月15日）

光明星节：（2月16日）

金日成的生日被称为太阳节。

金正日的生日定为光明星节。

2019年“太阳节”活动



在中朝鲜人人口状况

1.从50年代开始的北送和回国

2.1985年开始取得中国国籍

3.自然死亡

4.计划生育

目前：4000人左右

谢　　谢！

中国的韩国法研究现状调查统计分析

蔡永浩、高晗之、崔慧珠（延边大学）

自 1992 年中韩建交以来，两国在政治、经济、文化、法律等方面进行了广泛的交流。1999 年中国宪法修正案明确规定“依法治国”，加快了中国的法制建设，中韩两国经济贸易的繁荣亦推进了中韩两国法律的交流。

本研究以中国的韩国法研究现状为研究对象，统计分析国内的韩国法研究相关著作、期刊论文、学位论文等研究成果与相关研究学者，把握国内韩国法研究现状，进而推进国内韩国法研究的体系化与理性化。

本研究的统计主要依赖于网上数据，相关数据主要来源于中国国家数字图书馆（http://www.nlc.cn/）、超星发现系统（http://www.chaoxing.com/）、当当网（http://book.dangdang.com/）、孔夫子旧书网（http://www.kongfz.com/）、中国知网（http://www.cnki.net/）、万方数据知识服务平台（http://www.wanfangdata.com.cn/）以及维普中文期刊服务平台（http://qikan.cqvip.com/）。相关数据主要是以第一作者进行了统计分析。

一、基于研究成果的调查统计

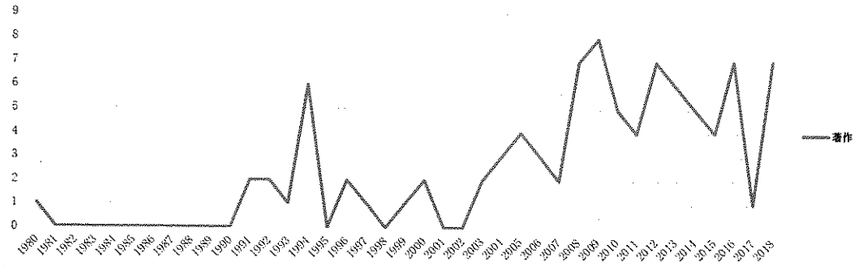
关于我国的韩国法研究，起始于 1980 年，至今相关研究成果共有著作 93 部，期刊论文 967 篇、学位论文 307 篇（其中，博士学位论文 20 篇，硕士学位论文 287 篇）。

第一个研究成果为吉林省社会科学院朝鲜研究所于 1980 年出版的《南朝鲜涉外经济法令汇编》，第一篇期刊论文为《外国教育情况》于 1982 年刊载的“南朝鲜教育法初探”，第一篇硕士学位论文为武汉大学于 1999 年授予的“韩国国际民事诉讼制度研究”。第一篇博士学位论文为延边大学于 2009 年授予的“韩国修宪历史及其政治制度变迁研究”。

1. 基于研究年度的调查统计

（1）韩国法研究相关著作

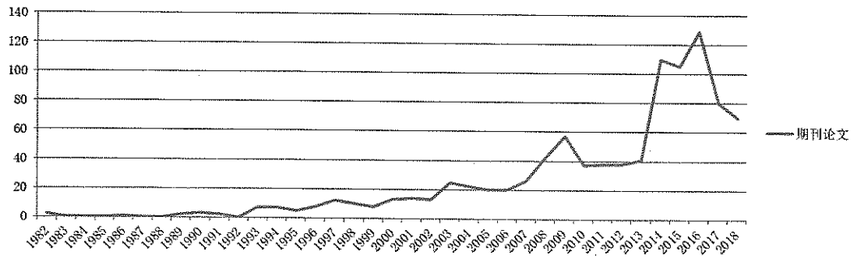
韩国法研究相关著作



国内关于韩国法的著作最早出版于 1980 年，是吉林省社会科学院朝鲜研究所出版的《南朝鲜涉外经济法令汇编》，至今共出版 93 部书籍，其中多数为对韩国法律法规的介绍与学术会议论文集的出版，专门比较研究中韩法律的著作较少。

（2）韩国法研究相关期刊论文

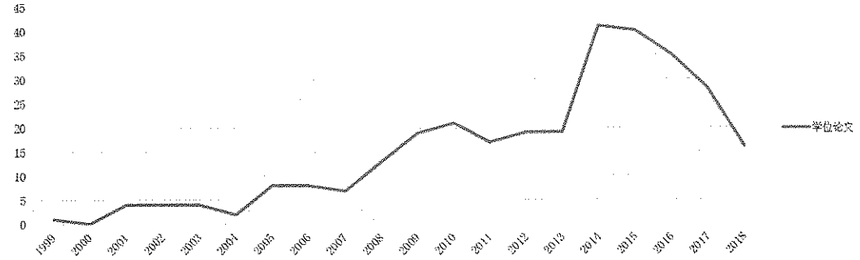
韩国法研究相关期刊论文



国内关于韩国法的期刊论文最早刊载于 1982 年，是闫一心刊载于《外国教育情况》刊的介绍韩国教育法的论文；1992 年中韩建交前共刊载了 10 篇期刊论文，到 2007 年为止发展迟缓，从 2008 年开始相关研究论文逐渐增多，2014、2015、2016 年急剧增多，2017-2018 年趋于下降趋势。

（3）韩国法研究相关学位论文

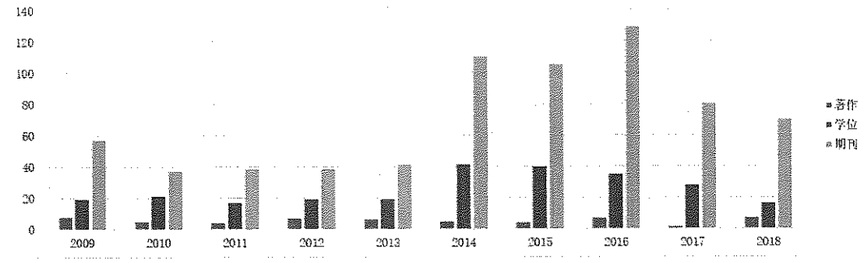
韩国法研究相关学位论文



国内对韩国法研究人才的培养始于 20 世纪 90 年代末，第一篇韩国法研究相关硕士学位论文为 1999 年武汉大学授予的硕士学位论文“韩国国际民事诉讼制度研究”，第一篇韩国法研究相关博士学位论文为 2009 年延边大学授予的博士学位论文“韩国修宪历史及其政治制度变迁研究”。国内对韩国法人才培养，2014-2015 年达到了顶峰，每年培养了 40 余人，这两年有回落的趋势。

（4）近十年韩国法研究相关学术成果对比

近十年韩国法研究相关著作、期刊论文、学位论文



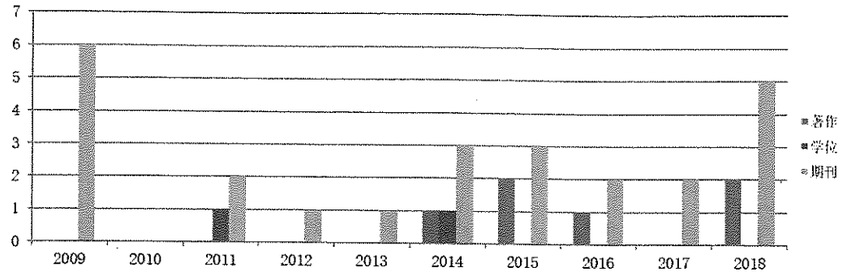
国内近十年韩国法研究统计表明，期刊论文、学位论文数均于 2014-2016 年间有较大的提高，2017 年开始有一定的回落。著作出版普遍较少。

朝鲜韩国法论坛创建于 2014 年，在一定程度上加快了国内韩国法研究的进程；而 2017 年因萨德入韩问题，国内韩国法研究受到了一定的限制。国内出版费用较高、团队研究较少，导致著作出版较少。

2. 基于各学科的调查统计（近十年数据）

（1）法学理论

韩国法研究 - 法学理论

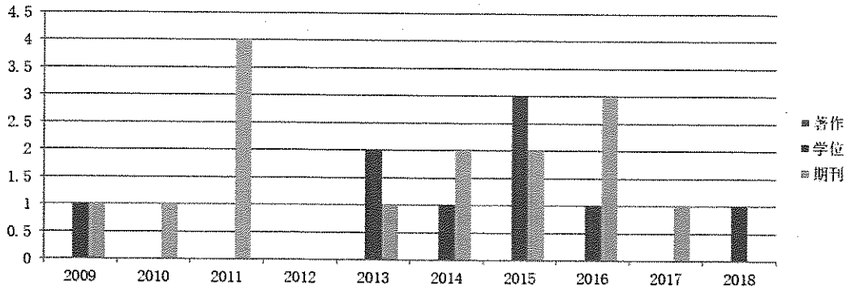


国内韩国法研究-法学理论方面的研究成果，有著作 7 部、期刊论文 41 篇、硕士学位论文 2 篇。最早的研究成果是 1993 年朴秉濠（韩国教授）在《法学家》发表的“韩国法与伦理道德”。

近十年，法学理论方面的研究较少，著作共 6 部，其中 4 部为学术会议论文集、1 部为法律介绍、1 部为研究文献整理；期刊论文共 25 篇；硕士学位论文 2 篇。

（2）法律史

韩国法研究 - 法律史

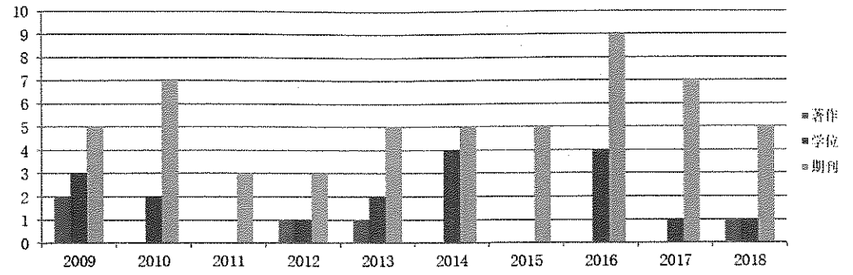


国内韩国法研究-法律史方面的研究成果，有著作 0 部、期刊论文 18 篇、硕士学位论文 5 篇、博士学位论文 4 篇。最早的研究成果是 2002 年张春海在《解放军外国语学院学报》发表的“试析从古朝鲜至高句丽时代的韩国古代法”。

近十年，法律史方面的研究也较少，期刊论文共 15 篇，其中 7 篇为南京大学张春海撰写的论文；硕士学位论文 5 篇、博士学位论文 4 篇。

（3）宪法

韩国法研究 - 宪法

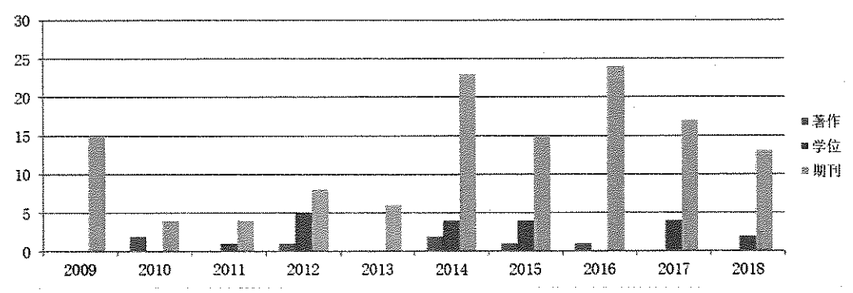


国内韩国法研究-宪法方面的研究成果，有著作 7 部、期刊论文 79 篇、硕士学位论文 22 篇、博士学位论文 2 篇。最早的研究成果是 1994 年韩大元在《外国法译评》发表的“韩国宪法法院法”。

近十年，宪法方面的研究著作共 5 部；期刊论文共 54 篇；硕士学位论文 16 篇、博士学位论文 2 篇，其中 10 篇为延边大学的博硕学位论文。

（4）行政法

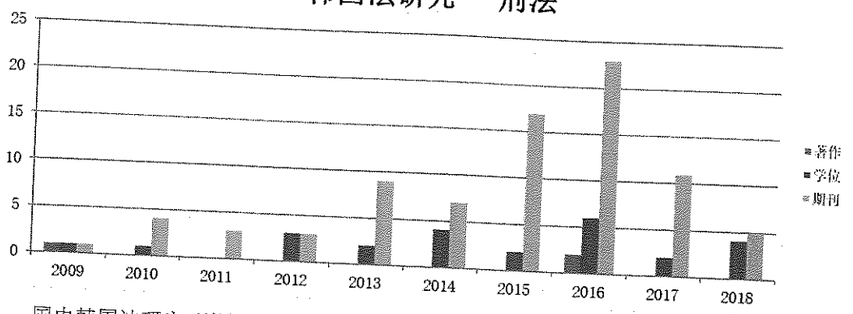
韩国法研究 - 行政法



国内韩国法研究-行政法方面的研究成果，有著作 14 部、期刊论文 168 篇、硕士学位论文 21 篇。最早的研究成果是 1982 年闫一心在《外国教育情况》发表的“南朝鲜教育法初探”。

近十年，行政法方面的研究著作共 7 部，其中 3 部为延边大学教授所撰写；期刊论文共 129 篇；硕士学位论文 20 篇。

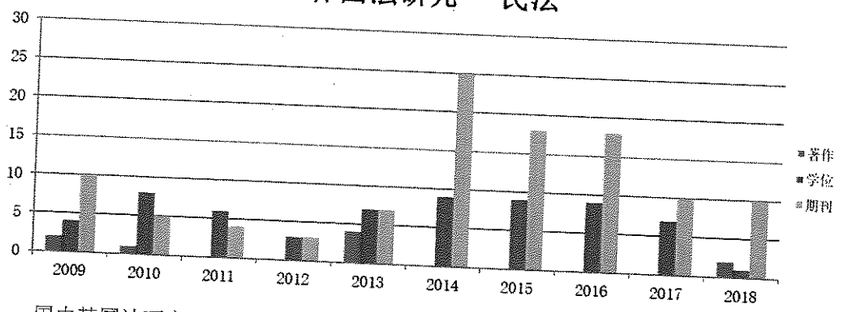
（5）刑法



国内韩国法研究-刑法方面的研究成果，有著作 11 部，其中 6 部为会议论文集，《韩国刑法总论》先后由李在祥（韩）、金日秀（韩）、金昌俊出版；期刊论文 105 篇，硕士学位论文 24 篇、博士学位论文 1 篇。最早的研究成果是 1994 年陈中绳在《青少年犯罪问题》发表的“大韩民国少年院法”。

近十年，刑法方面的研究著作共 3 部；期刊论文共 83 篇；硕士学位论文 24 篇、博士学位论文 1 篇，其中 11 篇为延边大学的硕士学位论文。

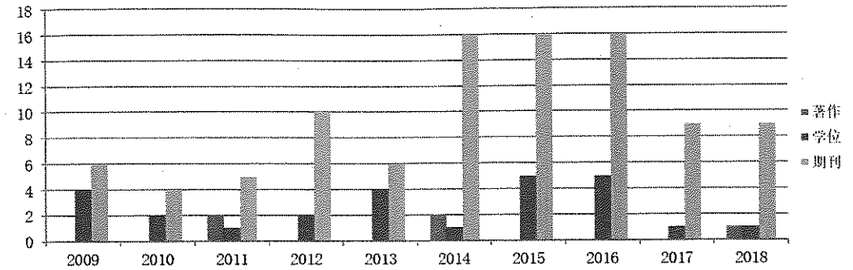
（6）民法



国内韩国法研究-民法方面的研究成果，有著作 11 部、期刊论文 128 篇、硕士学位论文 63 篇、博士学位论文 4 篇。最早的研究成果是 1989 年赵秀文在《法律学习与研究》发表的“南朝鲜对技术引进合同的法律调整及其管理”。

近十年，民法方面的研究著作共 9 部，其中 4 部为华东政法大学崔吉子一人撰写；期刊论文共 110 篇；硕士学位论文 59 篇、博士学位论文 4 篇，其中 28 篇为延边大学的硕士学位论文。

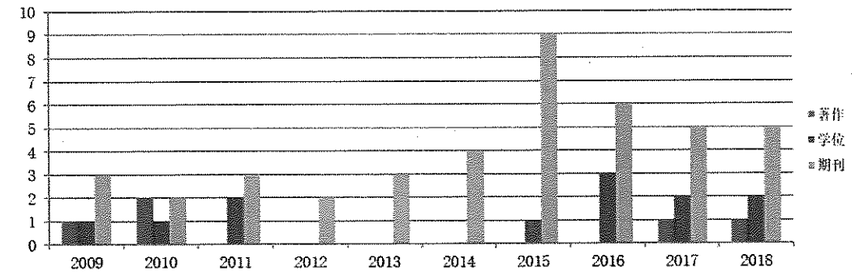
（7）商法



国内韩国法研究-商法方面的研究成果，有著作 9 部、期刊论文 134 篇、硕士学位论文 43 篇、博士学位论文为 3 篇。最早的研究成果是 1990 年朴杜宾在《法治论丛》发表的“南朝鲜的对外商业仲裁”。

近十年，商法方面的研究著作共 5 部；期刊论文共 97 篇；硕士学位论文 23 篇、博士学位论文 3 篇，其中 10 篇为延边大学的硕士学位论文。

（8）诉讼法

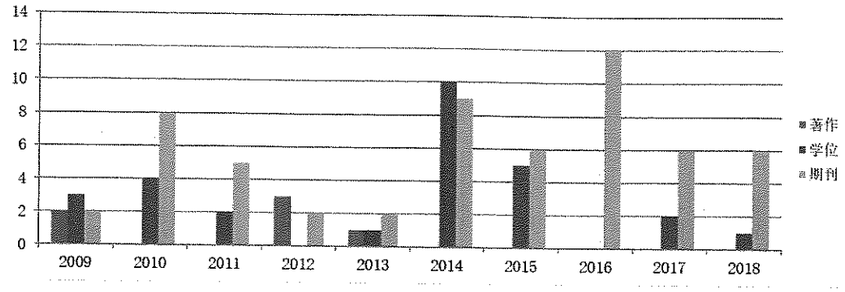


国内韩国法研究-诉讼法方面的研究成果，有著作 7 部、期刊论文 58 篇、硕士学位论文 13 篇。最早的研究成果是 1994 年顾振哲在《东北亚论坛》发表的“中韩刑事辩护制度比较研究”。

近十年，诉讼法方面的研究著作共 5 部，其中 2 部为会议论文集；期刊论文共 42 篇；硕士学位论文 12 篇。

（9）经济法

韩国法研究 - 经济法

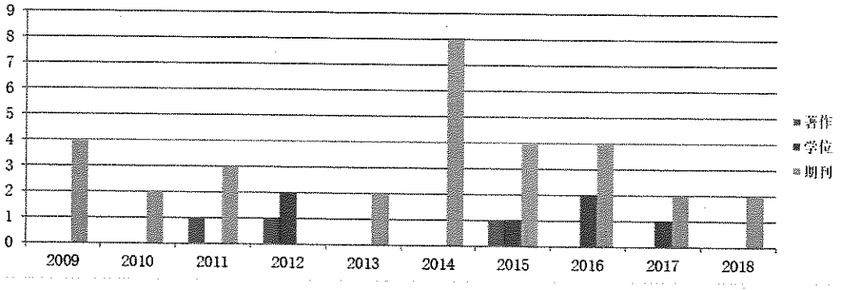


国内韩国法研究-经济法方面的研究成果，有著作 17 部，其中 9 部为法规集；期刊论文 101 篇、硕士学位论文 35 篇、博士学位论文为 4 篇。最早的研究成果是 1980 年吉林省社会科学院朝鲜研究所出版的《南朝鲜涉外经济法令汇编》。

近十年，经济法方面的研究著作共 6 部，期刊论文共 58 篇；硕士学位论文 24 篇、博士学位论文 4 篇。

（10）环境与资源保护法

韩国法研究 - 环境法

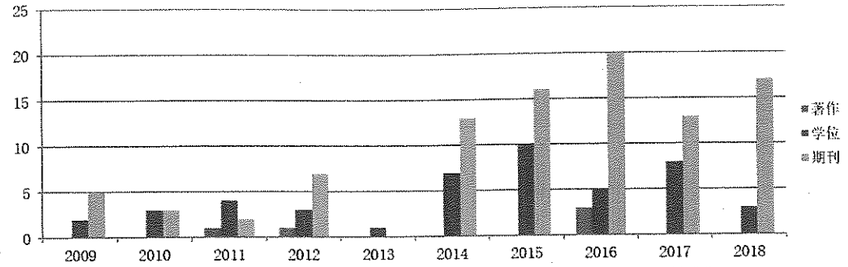


国内韩国法研究-环境与资源保护法方面的研究成果，有著作 3 部、期刊论文 37 篇、硕士学位论文 7 篇。最早的研究成果是 1996 年朱丽静在《科技信息》发表的“韩国的‘新垃圾法’”。

近十年，环境与资源保护法方面的研究著作共 3 部；期刊论文共 31 篇；硕士学位论文 6 篇，其中 3 篇为延边大学的硕士学位论文。

（11）国际法

韩国法研究 - 国际法



国内韩国法研究-国际法方面的研究成果，有著作 7 部、期刊论文 98 篇、硕士学位论文 53 篇、博士学位论文为 2 篇。最早的研究成果是 1993 年黄来纪在《国际商务研究》发表的“韩国对外贸易法浅析”。

近十年，国际法方面的研究著作共 5 部，期刊论文共 96 篇；硕士学位论文 44 篇、博士学位论文为 2 篇。

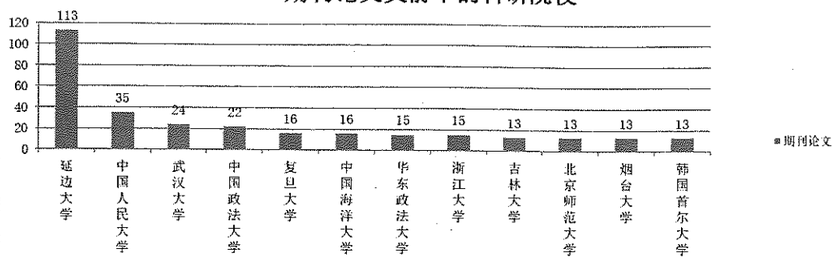
3. 基于研究机关的调查统计

（1）韩国法研究成果中著作类前十的科研院所

著作类前十的科研院所

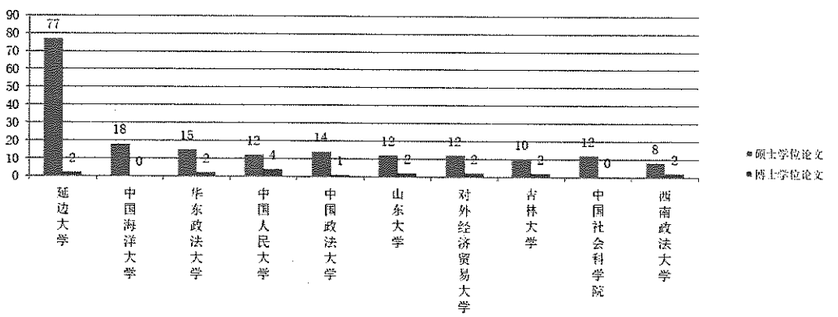
著作类研究成果共 93 部中有 36 部著作未标明作者单位。标明的作者单位中延边大学共出版 16 部书籍，其中 3 部为会议论文集（朝鲜韩国法研究）；北京师范大学共出版 7 部书籍，其中 6 部为会议论文集（中韩刑法学术研讨会论文集）；吉林省东北亚研究中心共出版 6 部，均为法规集；华东政法大学共出版 5 部，其中 1 部为法规集；中国政法大学共出版 2 部，其中 1 部为法规集、一部为案例集；韩国法制研究院共出版 2 部，其中 1 部为会议论文集；中国人民大学、复旦大学、韩国高丽大学、韩国汉阳大学均出版 2 部。

（2）韩国法研究成果中期刊论文类前十的科研院所



期刊论文类研究成果共 967 篇。核心期刊论文较少。

（3）韩国法研究成果中学位论文类前十的科研院所

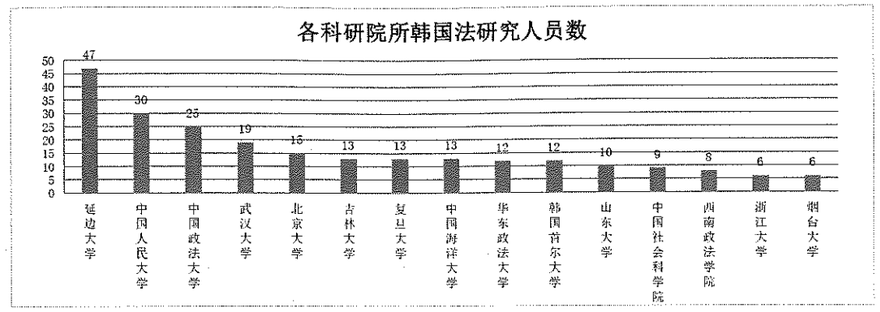


硕博学位论文类研究成果共 307 篇。延边大学共 79 篇，其中博士学位论文 2 篇；中国海洋大学共 18 篇，均为硕士学位论文；华东政法大学共 17 篇，其中博士学位论文 1 篇；中国人民大学共 16 篇，其中博士学位论文 4 篇；中国政法大学共 15 篇，其中博士学位论文 1 篇；山东大学共 14 篇，其中博士学位论文 2 篇；对外经济贸易大学共 14 篇，其中博士学位论文 2 篇；吉林大学共 12 篇，其中博士学位论文 2 篇；中国社会科学院共 12 篇，均为硕士学位论文；西南政法大学共 10 篇，其中博士学位论文 2 篇。

二、基于研究人员的调查统计

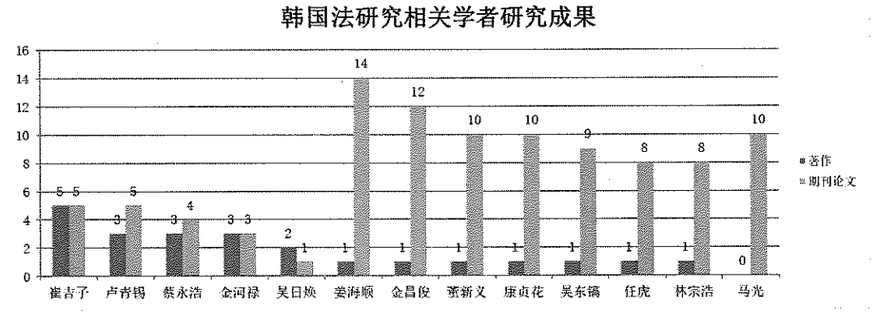
1、关于韩国法研究人员数统计

韩国法研究人员界定为在国内出版韩国法相关著作或者公开在国内学术期刊发表学术论文的研究人员，只完成硕士博士学位论文的人员未纳入统计数据内。



相较于研究人员数，北京大学、山东大学的科研成果较少。

2. 韩国法研究相关学者的研究成果数



＊ 第二作者（包括翻译）未纳入统计数据中。

三、韩国法研究相关学术会议

1、朝鲜韩国法论坛

韩国法论坛发起于 2014 年，是由延边大学倡议，中国政法大学、西北政法大学、华东政法大学等国内多所科研院所共同参加的中朝韩法律交流与研究的学术性论坛。自 2016 年开始，由吉林省社会科学重点领域研究基地-延边大学朝鲜韩国法研究中心主办。论坛第一届至第五届名为“韩国法论坛”，2018 年经论坛组委会讨论决定，将论坛名称更改为“朝鲜韩国法论坛”。该论坛是国内唯一中韩双语共用，不需要翻译的论坛。

论坛每年举办一次，2019 年在西北政法大学举办第六届论坛。论坛有自己的刊物，即《朝鲜韩国法研究》，已出版至第三卷。

2、中韩刑法学术研讨会

中韩刑法学术研讨会始于 2004 年，是由国家重点基地中国人民大学刑事法律科学研究

中心和中国法学会刑法学研究会联合举办的中韩两国刑法界专门学术研讨会。后改为中国刑法学研究会和韩国比较刑事法学会共同主办。

研讨会每年举办一次，2018 年在韩国延世大学举办了第 16 届会议。研讨会定期出版学术会议论文集，书名为《“第*届中韩刑法学术研讨会”学术文集》。

3、中韩刑事司法学术研讨会

中韩刑事司法学术研讨会始于 2008 年，自 2014 年起由中韩两国刑事诉讼法学研究会共同主办。

研讨会每年举办一次，2018 年在华东政法大学举办了第 11 届会议。研讨会出版学术会议论文集，书名为《第*届中韩刑法司法学术研讨会论文集》。

4、图们江论坛-法学分论坛

图们江论坛发起于 2008 年，是由延边大学和韩国高等教育财团联合主办的国际性论坛。主要有中国、朝鲜、韩国、日本、美国、俄罗斯、蒙古等国的学者参加，围绕东北亚各国间的交流和图们江区域合作开发面临的问题进行研讨。

图们江论坛-法学分论坛始于 2012 年，聚焦朝鲜半岛问题为中心的东北亚法律问题，与朝鲜、韩国、日本等国学者一同以法律视角客观理性分析现实焦点问题，为图们江区域的和谐发展与共同繁荣保驾护航。

论坛每年在延边大学举办一次。研讨会出版学术会议论文集，书名为《图们江论坛*（年）论坛集》。

5、中国韩国学国际研讨会

中国韩国学国际研讨会始于 1995 年，由北京大学、复旦大学、南京大学、山东大学、浙江大学(原杭州大学)、延边大学等 8 所国内高校韩国中心联合发起，系当前中国韩国学界规模最大的系列学术会议。该研讨会没有专门的法学分论坛，但仍有部分法学学者参加。

研讨会每年举办一次，2018 年在延边大学举办了第 19 届会议。研讨会出版学术会议论文集，书名为《第*届中国韩国学国际研讨会论文集》。

6、东北亚刑事政策论坛

东北亚刑事政策论坛始于 2013 年，韩国刑事政策研究院和延边大学法学院联合主办了“第一届东北亚刑事政策论坛”，后有吉林大学、辽宁大学、黑龙江大学加盟。该论坛为区域性论坛，主要有成员单位人员参加。

论坛每年举办一次，2018 年在辽宁大学举办了第 6 届会议。

四、问题及建议

1、法律用语不统一

国内韩国法研究尚处于单兵作战状态，只有个别建立有韩国法研究中心的几个科研院所能够进行团队合作。这种现象导致各部门法之间法律用语不统一，研究出现重复现象等问题。如国内已出版有 3 个版本的《韩国刑法总论》，相互之间法律用语不尽相同；同样的法律用语在韩国刑法研究与韩国宪法研究中的翻译也存在不同。

建议共同出版规范化的《韩国法律法规集》，统一部门法之间的法律用语，规范相关研究，并为国内韩国法研究提供规范依据。

2、国内韩国法研究缺乏体系化，韩国典型案例介绍较少

国内的韩国法研究始于 20 世纪 80 年代，发展到 21 世纪初稍有起色，研究虽已近 40 年，但其研究成果却多数尚停留于介绍与翻译，未能形成体系化的研究。各部门法中，韩国的行政法、刑法、商法、经济法、民事诉讼法有了一定的系统介绍与研究，但韩国的宪法、民法、刑事诉讼法、国际法、法律史等方面有待于进一步系统介绍与研究。

韩国法治的成功还在于典型案例的广泛应用，但国内对韩国案例的介绍极少，有必要根据各部门法系统予以介绍。

3、核心期刊论文较少

国内韩国法研究论文共 967 篇，但是 CSSCI 来源期刊论文不足一成，缺少对国内的影响力，同时也导致国内学者研究韩国法律缺乏动力。应努力开拓 CSSCI 来源期刊资源，争取创造韩国法专栏，或者将现有期刊发展成 CSSCI 来源期刊。

4、人才流失较大

近 20 年间，国内授予了韩国法相关硕博学位论文共 307 篇，共 304 人撰写了韩国法相关的学位论文（有 3 人的硕士、博士学位论文均与韩国法有关），但这些人员中继续研究韩国法律的人员仅有 27 人，占 8.9%；20 名博士毕业生中继续研究韩国法律的人员只有 6 人，占 30%。未来的韩国法本土化研究堪忧。

有必要国内韩国法研究学者资源共享，为相关人才的培养相互提供发展空间与机遇，如相互推免优秀学生、在校期间交换学习、尝试跨校共同培养、研究中资料共享、毕业时介绍教学科研岗位等，加大人才成长机会与对未来的期待。

在韩中国籍难民问题研究

—以韩国大法院 2012Du14378 判决为中心

朴大宪（辽宁大学）

摘要：本文通过研究在韩中国难民问题，考察了韩国的难民相关法制以及实务作法，为今后我国制定难民相关国内法律问题，进行先行研究。此外，通过分析韩国大法院 2012Du14378 判决，发现了产生中国籍难民的原因之一，即我国对法轮功问题的处理。我国通过修改法律、制定司法解释，明确了针对法轮功问题的处理方式。同时，劝解在韩中国公民有必要理性、慎重选择合法滞留韩国的途径，不推荐选择极端的方式，使自身处于两难的境地。

一、研究目的

首先，根据韩国《难民法》第十七条、第二十三条的规定，除非有当事人的同意，禁止公开难民申请人的身份事项，不得将申请难民相关任何信息提供于其国籍国，根据难民申请人的申请或者依照难民委员会或者法院的职权，可以决定不予公开审议或者审理。由此，对具体研究在韩中国难民问题设置了一道屏障。因此，本研究围绕着韩国大法院于 2013 年 4 月 25 日宣告的 2012Du14378 判决为中心展开。

其次，根据我国加入的《关于难民地位的公约》第一条、《关于难民地位的公约》第一条的规定，难民是指因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体、具有某种政治见解的原因留在其本国之外，并且由于此项畏惧而不能或者不愿受该国保护的人；或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人。根据这一难民的定义，针对在韩中国难民问题的研究，有可能存在如下质疑。中国公民在国外申请难民，是基于其存在有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体、具有某种政治见解的原因留在中国之外，且由于上述畏惧而不能或者不愿受到我国保护的人。既然是基于种种原因，畏惧而离开我国的人，并且我国不予保护或者不愿接受我国保护的人，那么是否有价值去研究我国不予保护或者不愿接受我国

保护的人之问题。

其三，就在韩难民现状而言，根据韩国统计部门就难民现状的统计数据，自 2010 年至 2017 年末，在韩国申请难民的人数呈现逐年递增的趋势，其中，中国籍申请人数自 2013 年后呈现暴增趋势。目前，无法获知中国籍难民暴增的原因。虽然，在韩国申请难民的人数呈现逐渐递增趋势，然而，认定为难民的人数未呈现出增多的趋势。这是因为，是否赋予难民资格问题，虽然存在《关于难民地位的公约》上联合国难民事务高级专员公署的介入可能性，然而该问题仍属于个别国家裁量事项的缘故。[1]根据 1994 年至 2017 年末的数据，认定为难民的中国籍人数一共为 8 人，赋予人道的滞留地位的人数为 34 人，不予认定为难民的人数为 1903 人，撤回申请的人数为 575 人。[2]

在韩申请难民人数统计[3]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
合计	423	1,011	1,143	1,574	2,896	5,711	7,542	9,942
中国籍申请人数	7	8	3	45	360	401	1061	1413

认定为难民的人数[4]

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
合计	45	42	60	57	94	105	98	121

[1] [韩]金文轩、李哲洙等 12 人：《法学入门》第三版，法文社，2006 年，423 页。
[2] 根据韩国难民人权中心（NGO 组织），针对韩国法务部请求行政信息公开后，获取的统计数据，作出的整理。韩国难民人权中心网站，https://nancen.org，最终访问日 2019 年 5 月 26 日。
[3] 韩国统计厅网站，http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2820，最终访问日 2019 年 5 月 26 日。
[4] 韩国统计厅网站，http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2820，最终访问日 2019 年 5 月 26 日。

其四，一方面通过研究在韩中国难民问题，可以考察韩国的难民相关法制以及实务作法，针对今后我国制定难民相关国内法律问题，进行先行研究。另一方面，通过考察部分可查的韩国大法院判决，发现产生中国籍难民的原因，改善我国民主、法治，进一步改善我国的生存环境。

二、韩国难民制度

（一）有关难民的法令

韩国加入了《关于难民地位的公约》(Convention Relating to the Status of Refugees)和《关于难民地位的议定书》(Protocol relating to the Status of Refugees)。并根据上述公约和议定书制定了《难民法》、《难民法施行令》、《难民法施行规则》。在审理难民相关诉讼案件时，还可以参考《出入国管理法》、《行政诉讼法》、《法院组织法》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》等法律。

就韩国《难民法》而言，根据 1951 年《关于难民地位的公约》和 1967 年的《关于难民地位的议定书》等，为了规定关于难民地位和待遇等的事项，韩国于 2012 年 2 月 10 日制定，并于 2013 年 7 月 1 日起实施了《难民法》，先后经历两次部分修订，目前适用的《难民法》修订于 2016 年 12 月 10 日。

（二）难民制度

1. 申请难民的程序

就申请难民的场所而言，根据《难民法》第五条、第六条的规定，正在入境的外国人，可以向接受入国审查的机场或者港口出入国管理事务所或者其派出场所申请。已经入境韩国的外国人，可以前往出入国管理事务所或者其派出事务所、外国人保护所（被拘留或者逮捕的情形下，羁押外国人的场所）提出申请。

就申请期限而言，正在入境的外国人，在接受审查时，可以提出难民申请。已经入境韩国的外国人，随时可以提出难民申请。虽然韩国《难民法》中并没有明确具体难民申请期限，然而入境韩国后，如果在签证期满之前提出难民申请，那么审查难民资格的主管部门或者在诉讼阶段的法院会认为难民申请人并非基于避难而申请难民资格。此外，根据《难民法》第五条第三项的规定，当难民申请人在韩国滞留一年以上，并在其即将滞留期限届

满时，提出难民申请或者成为驱逐出境（又称，强制退去）对象的外国人以推迟该驱逐出境的执行而提出难民申请的情形下，法务部部长可以省略针对难民申请人的部分审查程序。

就申请难民时提交的材料而言，根据《难民法》第五条、《难民法施行规则》第二条的规定，其一，提交难民认证申请书，填写出入国管理事务所指定的表格，可以在出入国管理事务所网站上下载，也可以向申请难民的场所索要。其二，护照或者外国人登陆证。无护照时，需要证明属于因生命或者人身受到威胁而处于逃亡的情形，以事由书代替。其三，能够证明自己属于难民的材料等。其四，近期六月以内的证明照一张。

2. 难民的定义

根据《难民法》第二条第一款第一项规定，难民是指有充分的根据，畏惧由于种族、宗教、国籍、特定社会团体的成员身份或者政治上的异见留在其本国之外，认为可能会受到迫害，无法获得国籍国保护或者不希望获得国籍国保护的外国人，或者常住于第三国的无国籍人士。

3. 审查难民资格的期限

根据《难民法》第十八条的规定，应当自接收难民认定申请书之日起六个月内，针对是否认定为难民作出决定。需要延长时，可以在六个月范围内确定具体期间予以延长决定期限。此时，应当在第一次审查期限届满七日前，通知难民申请人。

根据《难民法》第五条第六款的规定，难民申请人可以在作出难民决定的期间内，滞留韩国。作出难民决定期间的难民申请人滞留签证资格为 G-1，可以滞留六个月，每六个月需要延期一次。

4. 不予认定为难民决定的救济途径

当难民申请人收到不予认定为难民的决定时，可以向法务部部长提出异议申请，也可以提出行政复议，还可以提起行政诉讼。根据《难民法》第二十一条的规定，难民申请人自收到不予认定为难民的决定，或者被取消难民资格或被撤销难民资格的人收到通知之日起，三十日内，可以向法务部部长提出异议申请。也可以根据《行政审判法》提出行政复议。此外，难民申请人还可以直接向首尔行政法院提起行政诉讼。

欲提出异议申请时，需要填写《难民施行规则》附录第十四号的表格。就异议申请的

决定期间而言，法务部部长应当自接收异议申请之日起六个月内作出决定。（《难民法》第二十一条第七款）必要时，可以在六个月的范围内，确定延长决定期间。作出延长决定时，应当在期满七日前，通知申请人。（《难民法》第二十一条第八款）当法务部部长认为异议申请的理由成立时，作出认定为难民的决定，当认为异议申请不成立时，应当告知申请人不成立理由，并交给驳回异议申请的通知书。

难民申请人在收到不予认定为的难民的决定后，可以直接提起行政诉讼，也可以等待作出异议申请决定后的九十日内提起行政诉讼。根据《行政诉讼法》的起诉程序，提起取消之诉。此时，这列案件属于一般行政诉讼案件。第一审法院为相应辖区的行政法院。第二审法院为相应辖区高等法院。终审法院为大法院。

三、韩国大法院案例分析

韩国大法院于 2013 年 4 月 25 日宣告的 2012Du14378 判决属于终审判决，该第二审判决为首尔高等法院于 2012 年 5 月 16 日宣告的 2011Nu45100 判决，该第一审判决为首尔行政法院于 2011 年 11 月 18 日宣告的 2011GuHap6660 判决。

（一）第一审判决

1. 案件的概况

本案中共有四位原告，原告一为中国籍，2006 年 7 月入境韩国，2008 年 12 月申请认定为难民。原告二为中国籍，2006 年 8 月入境韩国，2009 年 8 月申请认定为难民。原告三为中国籍，2006 年 2 月入境韩国，2008 年 12 月申请认定为难民。原告四为中国籍，2007 年 10 月入境韩国，2008 年 11 月申请认定为难民。作为被告的法务部部长，分别于 2010 年 8 月、2010 年 9 月，针对原告一和原告三以及原告四、原告二作出了不予认证为难民的处分。原告不服被告作出的处分，分别提出了异议申请，然而于 2010 年 11 月异议申请被驳回。因此，原告提出了行政诉讼。

2. 本案中的各个处分是否适法

（1）原告的主张

原告主张其为了躲避中国政府对法轮功的迫害，入境韩国后，在修炼法轮功的同时，积极从事于宣传中国国内发生的迫害事实等活动。如果回到中国，由于其修炼法轮功并在韩国境内积极从事宣传反中国政府的活动，有充分的根据，认为可能会受到迫害。基于此，原告主张作为被告的法务部部长作出不予认定为难民的处分属于违法。

（2）法院认定事实

韩国法院认为，法轮功是指以真、善、忍为根本，修炼身心的身心修炼法。就韩国法院调查中国政府针对法轮功问题的态度而言，起初中国政府对法轮功的态度比较宽大，然而由于会员人数的增加以及组织化的运作，中国政府开始抑制该组织的继续扩大。1999 年中国公安部以通告等的形式禁止了法轮功活动，并明确法轮功团体为邪教、非法组织，开始在全国范围内禁止有关法轮功的一切活动，禁止发行有关法轮功的出版物，采取了没收等措施。针对法轮功问题，中国政府通过教育、救济被期满修炼者，根据相关法律严厉处罚犯罪的组织者、指挥者、起到主要作用的人等。

韩国法院认为，虽然无法正确获知中国政府针对法轮功的具体迫害情况，然而根据联合国人权报告书、美国以及欧洲议会、联合国难民事务高级专员公署等发行的报告书，在中国国内，无特别事由的情况下，个人以慎重的态度修炼法轮功时，很难认为修炼者存在受中国当局迫害的实质上危险；但是，通过多数事例，加入法轮功团体的修炼者，其人权有可能受到侵害；特别是考虑到中国当局严厉处罚法轮功的指导者以及通过印刷或者分发法轮功材料等手段，鼓励加入法轮功团体或者宣扬法轮功行为的人；仍然有观点认为，中国国内存在依照公安部门等的决定，针对法轮功团体实施劳动教养等行政处罚的情形。[1]

（3）判断

1）难民的要件以及举证责任

韩国《难民法》第二条第一款第一项规定，难民是指有充分的根据，畏惧由于种族、宗教、国籍、特定社会团体的成员身份或者政治上的异见留在其本国之外，认为可能会受到迫害，无法获得国籍国保护或者不希望获得国籍国保护的外国人，或者常住于第三国的无国籍人士。法务部部长针对处于韩国国内的上述外国人或者无国籍人士，当有申请为难

[1] 2013 年 12 月全国人大常委会通过了关于废止劳动教养法律规定的决定，废除了劳动教养制度。

民的情形时，应当认定其为《关于难民地位的公约》（以下简称，难民公约）上的难民。

认定为难民的要件中，“迫害”是指基于针对生命、人身或者自由的威胁，导致对人的本质上的尊严性造成重大侵害或者差别的行为。可能会受到迫害的人中，就“有充分根据的畏惧”事由，应当由申请难民的人进行举证。然而，考虑到难民的特殊地位，参考其陈述的一惯性和说服力，以及入境途径，自入境之日至提出难民申请的时间，申请难民的经过，国籍国的状况，主观上感知的畏惧程度，申请人居住地的政治、社会、文化环境，该地区一般人在相同的情况下感受到的畏惧程度等，根据整体陈述的可信度，认为申请人主张事实合理时，可以认为该申请人达到了举证的效果。（大法院判决 2007Du19539，大法院判决 2007Du3930）

难民公约要求，受迫害的原因应当有关于一定的社会上、政治上的地位。作为受迫害原因的社会上、政治上地位，难民公约列举了五种情况，即由于种族（人种）、宗教、国籍（民族）、特定社会团体的成员身份、政治上的异见。难民在其国籍国的地位，处于非为社会主流的地位，被认为是异己，因此难民无法受到国籍国的保护，而由国际社会对其作出补充性的保护。因此，难民申请人的被迫害可能性以及有充分根据的畏惧，应当是基于其社会上、政治上地位导致的差别。

总之，一方面，难民申请人的陈述应当具有一惯性和说服力；另一方面，难民申请人的整体陈述应当具有可信度。此时，很有可能认为难民申请人完成了举证责任。此外，通过上述法院的判断可知，“存在受迫害的原因”，即由于种族、宗教、国籍、特定社会团体的成员身份、政治上异见的原因，而存在受迫害的可能性。应当由难民申请人举证其畏惧程度。难民申请人应当证明其很有可能遭受迫害的情况。

2）针对法轮功修炼者的难民认定标准

通过参考中国的法轮功迫害情况以及相关见解，中国政府针对被期满的修炼者，采取教育以及救济措施；针对犯罪的组织者、指挥者、起到主要作用的人，采取严厉处罚。因此，第一，单纯以修炼法轮功的事实或者以法轮功团体的成员身份事实，不能认为会遭受中国政府的迫害。第二，在中国境内，实施类似非法集会以及示威活动、在公共场所或者宗教活动场所寻讯滋事、出版非法出版物等公开而积极地行为时，基于拘留、逮捕，根据具体情况，有可能受到残酷的刑讯，此时，相应人员通常情况下很难以正规渠道取得出境护照。第三，在中国境外，中国公民修炼法轮功或者从事法轮功相关活动时，在没有特别

事由的情形下，很难认为中国政府会具体调查该修炼人员的身份事项以及活动情况。因此，在中国境外，从事法轮功宣传或者示威活动中国公民，只有在其公开活动中，具有积极且重要的作用，属于具有主导地位的法轮功修炼者，并该事实能够引起中国政府关注的情况下，可以认定其回国时有可能遭受迫害。

总之，法轮功修炼者的难民认定标准有，第一，在中国境内，曾因法轮功相关活动，遭受拘留或者逮捕，而后入境韩国，若其回国，基于可能遭受中国政府迫害而产生畏惧的人。第二，在滞留韩国期间，积极参与且主导法轮功相关活动，达到能够引起中国政府关注的程度，若其回国，基于可能遭受中国政府迫害而产生畏惧的人（称为，滞留韩国过程中的难民）。对于滞留韩国过程中的难民而言，法轮功修炼者应当在法轮功相关组织、活动中，应当具有积极且重要的作用，具有主导地位，且其组织、活动事实应当能够引起中国政府的关注，才可能认定其回国时有可能遭受迫害。

3）判断针对原告有无被迫害的可能性

首先，针对原告一、原告二、原告三，综合考虑整体辩论过程，无法发现其在中国境内因积极参与法轮功相关活动遭到迫害而入境韩国。此外，在滞留韩国期间，其参与法轮功相关活动的行为，很难视为是能够引起中国政府特别关注而认定其回国时有可能遭受迫害的程度。

针对原告一的判断根据，其一，其属于独自在家中阅读法轮功相关书籍、修炼法轮功的一般修炼者，其在中国境内未曾因参与法轮功相关活动而遭受拘留或者逮捕。其二，其是以合法途径取得护照，入境韩国。其三，其中国境内的家人，并未因其修炼法轮功而遭受中国政府的迫害。其四，其虽然在韩国境内加入法轮功腰鼓队、参与反对中国政府的集会以及活动、分发传单等，然而很难将其视为是具有主导地位的修炼者。

针对原告二的判断根据，其一，其于 1996 年通过阅读借来的法轮功相关书籍，接触了法轮功，自 1999 年后独自在家中修炼法轮功，其属于一般修炼者，同时在中国境内未曾因参与法轮功相关活动而遭受拘留或者逮捕。其二，其是以合法途径取得护照，入境韩国。其三，在面谈调查过程中，其表明是因经济上的问题，以打工的目的入境韩国。法院认为其是在无法以合法途径延长滞留资格的时间点，申请了难民。其四，其虽然在韩国境内通过参加天国乐团活动等，参与了反对中国政府的集会以及活动，然而很难将其视为是具有主导地位的修炼者。

针对原告三的判断根据，其一，其于 1998 年经人介绍接触了法轮功，主要在家中阅读书籍或者修炼法轮功，属于一般修炼者，同时在中国境内未曾因参与法轮功相关活动而遭受拘留或者逮捕。其二，其是以合法途径取得护照，入境韩国。其于 2007 年 2 月回到中国后，同月顺利入境韩国。其三，其中国境内的家人，并未因其修炼法轮功而遭受中国政府的迫害。其四，其虽然在韩国境内，针对入境韩国的中国人劝说退党、分发传单等，参与了反对中国政府的集会以及活动，然而很难将其视为是具有主导地位的修炼者。

其次，针对原告四，综合考虑整体辩论过程，无法发现其在中国境内因积极参与法轮功相关活动遭到迫害而入境韩国。然而，在滞留韩国期间，其参与法轮功相关活动的行为，具有积极且重要作用，具有主导地位，同时其组织、活动事实很有可能引起中国政府的关注。因此，认为其存在具有充分根据的畏惧。

针对原告四的判断根据，其一，其于 1997 年经他人搁置于其家中的法轮功相关书籍接触了法轮功，主要在家中阅读书籍或者修炼法轮功，属于一般修炼者，同时在中国境内未曾因参与法轮功相关活动而遭受拘留或者逮捕。其虽然主张在中国境内曾因传播法轮功而受到警察的制止和胁迫，仅根据证人的证言无法予以认定该事实真伪。其二，其是以合法途径取得护照，入境韩国。其三，其在韩国境内修炼法轮功，并针对入境韩国的中国人分发法轮功相关材料等，参与了反对中国政府的集会以及活动。其四，在由韩国法轮大法学会人权难民委员会举办的活动中，登记为联络负责人，起到了负责关键活动的作用。其五，其于 2009 年参加在中国大使馆前举行的记者招待会，积极参与了法轮功相关活动。其六，其于 2009 年又在青瓦台前进行了一人示威。其七，虽然上述活动是在原告申请难民后做出的，然而其在法轮功相关集会中具有主导性地位，并积极参与了多数法轮功相关活动。

4）因此，作为被告的法务部部长针对本案中，原告四作出的处分违法。其余原告的处分适法。

3. 结论

由于原告四的请求理由成立，作为被告的法务部部长应当撤销于 2010 年 8 月针对原告四作出的不予认证为难民的处分。其他原告的请求理由不成立，因此，驳回诉讼请求。

（二）第二审判决

原告和被告分别对第一审判决提出了上诉。然而，第二审法院维持了原审判决。对此，

原告和被告又分别对第二审判决提出了上诉。大法院对原告四的原审判决作出了发回重审的决定，对其余原告作出了维持原审判决的决定。

（三）终审判决

就大法院 2013 年 4 月 25 日宣告的 2012Du14378 判决而言：

1. 大法院重申了作为认定难民要件的“迫害”定义，“迫害”是指基于针对生命、人身或者自由的威胁，导致对人的本质上的尊严性造成重大侵害或者差别的行为。申请认定为难民的外国人，应当证明其存在具有充分根据的畏惧，有可能遭到迫害。

因此，法轮功修炼者为了被认定为是难民，首先，其在中国境内，由于进行了法轮功相关活动，遭受类似拘留或者逮捕的迫害，而入境韩国，当其回到中国时，有可能受到中国政府的迫害，其应当是具有充分根据而产生畏惧的人。其次，其在韩国境内滞留过程中，参与法轮功相关活动，因其积极、主导性的活动，应当达到引起中国政府关注的程度。当其回到中国时，有可能受到中国政府的迫害，其应当是具有充分根据而产生畏惧的人。

由此，韩国大法院明确了，法轮功修炼者被认定为难民的两种情形。第一，在中国境内，法轮功修炼者曾经因其法轮功相关活动，遭受拘留或者逮捕等迫害，而入境韩国。其应当证明，存在具有充分根据的畏惧，当其回国时，有可能遭到迫害。第二，虽然在中国境内未曾因其法轮功相关活动遭受拘留或者逮捕等迫害，然而在入境韩国后，其参与法轮功相关活动时，应当具有积极、主导性，且达到引起中国政府关注的程度。其应当证明，存在具有充分根据的畏惧，当其回国时，有可能遭到迫害。

2. 针对原告四，应当综合考虑，其一，其在中国境内，未曾因参与法轮功相关活动而遭受拘留或者逮捕，属于一般修炼者。其二，其公开参与法轮功相关活动的时期，发生在申请难民之后，因此是否可以认为其是为了申请难民而参与到法轮功相关活动。其三，其活动是否达到了引起中国政府关注的程度。原审法院应当进行充分的审理，判断其是否为基于充分的根据而产生畏惧的人。然而，原审法院仅凭原告四在申请难民后，参与的几种法轮功相关活动，就将其认定为难民的法理存在被误解的可能性，未能充分进行审理，因此存在违法。

四、结论

我国加入的难民相关国际公约，主要有《关于难民地位的公约》（1982 年 9 月 24 日交存加入书，1982 年 12 月 23 日对中国生效）、《关于难民地位的议定书》（1982 年 9 月 24 日加入，对第四条作了保留，同年 12 月 23 日对中国生效）。然而，我国未制定难民相关国内法律。由此，导致国际社会用有色眼镜看待我国法制。

通过考察上述韩国大法院判决，发现产生中国籍难民的原因之一，包括我国对法轮功问题的处理。2013 年 12 月全国人大常委会通过了关于废止劳动教养法律规定的决定，废除了劳动教养制度。同时，在《治安管理处罚法》、《刑法》中，明确了关于邪教的规定。两高分别于 2016 年和 2017 年通过了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、利用邪教组织破坏法律实施等刑事案件适用法律若干问题的解释》自 2017 年 2 月 1 日起施行，明确了具体处理邪教的办法，并为外国判断中国籍难民提供了可以参考的标准。

虽然我国将法轮功视为邪教、非组织，然而韩国将法轮功看作社会团体组织。结合法轮功修炼者并未造成韩国的国家安全、公共秩序、公共福利，因此，并未将法轮功定位为邪教。

中国公民在前往韩国前，虽然已经修炼法轮功，入境韩国后更为积极地修炼法轮功，甚至积极参与反对中国政府的集会、示威，即使有充分的根据，畏惧由于宗教、属于某一社会团体、具有某种政治见解的原因留在韩国，不愿返回中国而申请难民，韩国政府以及法院，基于下列判断标准，不予认可难民地位的可能性极大。

法轮功修炼者被认定为难民的两种情形。第一，在中国境内，法轮功修炼者曾经因其法轮功相关活动，遭受拘留或者逮捕等迫害，而入境韩国。其应当证明，存在具有充分根据的畏惧，当其回国时，有可能遭到迫害。第二，虽然在中国境内未曾因其法轮功相关活动遭受拘留或者逮捕等迫害，然而在入境韩国后，其参与法轮功相关活动时，应当具有积极、主导性，且达到引起中国政府关注的程度。其应当证明，存在具有充分根据的畏惧，当其回国时，有可能遭到迫害。

因此，在韩中国公民有必要理性、慎重选择合法滞留韩国的途径，不推荐选择极端的方式，使自己处于两难的境地。

此外，我国可以通过进一步公开针对邪教组织的判决，促使典型案例报告于联合国，明确我国依法治国下针对人权的保障途径，消除外国对我国的片面看法。

参考文献：

[韩]金文轩、李哲洙等 12 人：《法学入门》第三版，法文社，2006 年

韩国难民人权中心网站，https://nancen.org，最终访问日 2019 年 5 月 26 日

韩国统计厅网站，http://www.index.go.kr，最终访问日 2019 年 5 月 26 日

大法院 2012Du14378 判决

首尔高等法院 2011Nu45100 判决

首尔行政法院 2011GuHap6660 判决

韩中投资争端解决机制-ISDS

（投资者与东道国争议解决）

金汝善（韩国济州大学）

1. 韩. 中国际投资现状与特征

○ 韩国对华投资的现状

* 2018年中国的外商投资金额为1284.6USD(实际使用外资金额)，其中韩国的投资金额为46.7亿USD，排名第4.

(商务部研究院数据中心(http://data.mofcom.gov.cn/lywz/topten.shtml).

** 中小合资企业(Equity Joint Venture)方式的新建投资(Greenfield Investment)

*** 大型企业的新建投资，房地产开发投资，外商独资企业(wholly foreign-owned enterprises)

○ 中国的对韩投资现状

* 2018年中国的对韩投资占全部外商投资的10.2%，申报金额为27.4美元，同比增长238.9%，到位金额为7.8亿美元，同比增长287.3%，投资领域从之前的金融、保险、房地产、食品等扩大至机器人、新再生能源等新型产业。

** 投资方式的多样性-企业并购(M&A（Mergers and Acquisitions），房地产开发投资.

2. 韩. 中投资争端解决

○ 投资人之间的投资合同纠纷.

* 司法救济，国际商事仲裁救济，行政司法救济.

○ 法治建设（完善立法，严格执法，大力普法).

*民事诉讼法，侵权责任法，证券、期货、海商，保险，票据，租赁 公司法.

**外商投资法，从一个“管理者”向“服务者”转变.

*** 法治(Rule of Law)，司法主权.

○ 争议解决的公正性

* 独立性-利益冲突(Conflict of Interest).

**国际投资政治风险-投资者共同存在的一些问题.

3. 承认和执行外国法院判决和国际商事仲裁

● 外国人员的审判或仲裁属于国家主权范畴，国家没有承认其他国家的判决和仲裁裁决效力的义务.

● 随着国际贸易的扩大，纠纷当事人的主要营业场所和国籍不同，国家也可能成为纠纷当事人.

● 执行标的物分散在多数国家.

● 缺乏可以解决国际民商事纠纷的具有普遍管辖权的共同争端解决机制.

● 现实中，需要其他国家承认个别国家的判决效力.
● 各国有必要扩大国际交流，制定有效的救济方法，保护本国或本国人民的利益.
● 制定在一定条件下承认其他国家的判决并允许其执行的制度.
○ 外国法院判决
◎ 根据
● 《民事诉讼法》第280条、第281条和 第282条.
●《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第544条 - 国际条约，互惠关系.
● 2015年6月16日最高人民法院颁布《关于人民法院为“一带一路” 建设提供司法服务和保障的若干意见》：
提出“可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系”。
● 韩国民事诉讼法第217条，民事执行法 第26条，第27条.

◎ 首尔地方法院 1999. 11. 5. 宣告 99gahap26523判决.
● 1999年，韩国首尔地方法院（首尔中央地方法院）承认过山东省潍坊市的一个判决。这个判决是认定中韩间存在相互保证的最初案例.
“中国的法院法律上是独立作出裁判，以公正、公平裁判为民诉法的理念，因此不能认为该确定判决违反韩国程序性公共秩序”。
“尽管我国法院认为中国和我国之间存在相互保证从而承认了中国的判决，但是如果发生中国法院以与我国之间不存在相互保证为由拒绝承认、执行我国判决的事例的话，我国法院很难再坚持双方存在相互保证这一观点”

◎ 深中法民初字第45号判决.
● 深圳市中级法院还以韩中之间不存在互惠为理由，拒绝承认和执行韩国首尔西部地方法院的一份判决.
（首尔西部地方法院 2010. 12. 14. 宣告 2009gahap6806判决）
◎（2018）鲁02协外认6号民事裁定书-“事实互惠”的立场.
青岛中级法院做出承认韩国法院判决，也是以韩国首尔地方法院曾在1999年承认我国法院判决为理由，进而认定中韩存在互惠关系。
○ 国际商事仲裁-国际商事仲裁裁决的承认及执行
●《中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约》
●《1958年承认执行外国仲裁裁决公约》
●大韩商事仲裁院就(株)TS海码路与大庆派派思食品有限公司之间的开发协议和连锁协议纠纷，于2004年10月22日做出了第04113-0004号仲裁裁决.
- [2005]黑高商外他字第1号《关于(株)TS海码路申请承认并执行大韩商事仲裁院仲裁裁决一案的请示报告》.
- 最高人民法院关于是否承认和执行大韩商事仲裁院仲裁裁决的请示的复函(2006年3月3日 [2005]民四他字第46号)
● Bullsone Co.Ltd v. Beijing LTC Economic &Trading Co. Ltd (2006)

4. 投资者与东道国争议解决(ISDS)

○ Investor-State Dispute Settlement
(投资者与东道国争议解决)

◎ 投资者的利益与东道国的行为平衡和冲突.
●国家(政府)的行为-公共利益
◎违反BIT义务
(国有化或征收行为，公正和公平待遇(Fair and Equitable Treatment)
●违反国家投资合同(State Contract)义务
●违反行政许可
◎ 韩国和中国关于促进和保护投资的协定（2007年）
●《解决国家和他国国民之间投资争端公约》设立的“解决投资争端国际中心”(ICSID公约)
●联合国国际贸易法委员会仲裁规则(UNCITRAL)
●经双方同意的任何别的仲裁规则设立的专设仲裁庭

○韩国的ISDS

1	LSF-KEB Holdings SCA and others v. Korea, ICSID Case No. ARB/12/37, Belgium-Luxembourg-Korea BIT
2	Schindler Holding AG v. Korea UNCITRAL, EFTA-Korea Investment Agreement
3	Mohammad Reza Dayyani, et al. v. Korea, PCA Case No. 2015-38 UNCITRAL, Iran - Korea BIT (1998)
4	1. Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Korea, Case No. 2018-55 2. Elliott Associates L.P. v. Korea, PCA Case No. 2018-51 U.S.-Korea Free Trade Agreement (2007), UNCITRAL Arbitration Rules 1976
5	Jin Hae Seo v. Korea Korea - US FTA (2007), UNCITRAL, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)
6	Hanocal Holding B.V. and IPIC International B.V. v Korea(ICSID Case No. ARB/15/17), Korea-Netherlands BIT
7	Shin Dong Baig v. Socialist Republic of Viet Nam(ICSID Case No. ARB(AF)/18/2), ICSID AF (ICSID Additional Facility) Korea-Viet Nam BIT (1993)
8	Samsung Engineering Co., Ltd. v. Kingdom of Saudi Arabia(ICSID Case No. ARB/17/43), Korea-Saudi Arabia BIT (2002)
9	Samsung Engineering Co., Ltd. v. Sultanate of Oman(ICSID Case No. ARB/15/30), Korea- Oman BIT (2003)
10	Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China(ICSID Case No. ARB/14/25), China - Korea BIT (2007)
11	Lee John Beck and Central Asian Development Corporation v. Kyrgyz Republic, CIS Investor Rights Convention (1997), MCCI (Moscow Chamber of Commerce and Industry)

◎ 韩国政府的行政行为(行政处分)和外资管理-存在问题

○中国的ISDS

1	1. Ekran Berhad v. People's Republic of China(ICSID Case No. ARB/11/15) China - Malaysia BIT (1988), China - Israel BIT (1995)
2	Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China(ICSID Case No. ARB/17/19), China - Germany BIT (2003)
3	Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (II)(ICSID Case No. ADHOC/17/1), ICSID AF (ICSID Additional Facility), China - Lao People's Democratic Republic BIT (1993)
4	Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), China - Yemen BIT (1998)
5	Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29) BLEU(Belgium-Luxembourg Economic Union)-China BIT (2005)
6	Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia (PCA Case No. 2010-20) UNCITRAL, PCA (Permanent Court of Arbitration) China - Mongolia BIT (1991)
7	Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6) China - Peru BIT (1994)

◎ 中国是世界最大的国际投资国，相对而言ISDS案件数量不多
● 外国人投资持续需要中国市场
-对投资人来说中国市场具有巨大的吸引力，启动ISDS意味着放弃中国市场
● 对投资法或政府对投资的立场良好
● 相当数的投资人是中小企业，开展ISDS存在经济方面的问题

○ 韩国安城公司 V. 中国政府

◎ Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25)
◎ 韩. 中《关于促进和保护投资协定》(BIT)提起投资仲裁

◎ 事实背景
● 2006年11月，安城决定通过收购射阳海岸国际高尔夫公司以建设高尔夫球场，计划在原有1,500亩土地及购买临近1,500亩土地建设27洞高尔夫球场。为此，向江苏省射阳港工业区管委会(“射阳”)申请项目投资审批许可。
●2006年12月12日，安城与射阳签订投资协议，约定射阳同意以原有1,500亩土地作为第一期项目用地，其中1200亩用于建设18洞高尔夫球场，300亩用于配套设施，包括豪华公寓和用于雇员住宿及行政管理的俱乐部；同时射阳在邻近地区预留1,500亩用于第二期项目，在第一期项目完成后，用于建设另外的9洞高尔夫球场。
● 2007年3月5日，安城开始第一期项目建设。随后安城发现中国公司在邻近的“射阳岛公园”在建设高尔夫球场。2007年4-5月，射阳官员多次向安城保证射阳岛公园只是建设为休闲公园，不是高尔夫球场。
● 2007年6月27日，安城申请建设俱乐部及公寓宿舍用地300亩。射阳通知安城，由于中国的房地产政策调整，射阳无法按照投资协议约定的价格提供土地，安城需要通过公开的招投标程序以更高的价格竞标土地使用权。并且必须设立中国子公司开发建设。
● 2007年7月10日，安城在中国新设公司Sheyang Mirage Field Co. Ltd.(“Mirage”)以建设第一期项目的配套设施，用地300亩。2008年3月，Mirage 同意支付较高价格以获得300亩土地使用权。2008年5月27日，射阳同意转让100亩土地予安城，拒绝转让另外的200亩。安城因此无法建设公寓和宿舍。
● 2009年6月30日，第一期项目即将完工时，射阳通过第三方向Mirage 提供贷款以帮助加速建设俱乐部。
● 2009年8月，安城发现射阳岛公园已建成为18洞高尔夫球场并运营。为此，向射阳投诉。
●2010年10月，第一期18洞的项目完工。安城多次要求射阳提供第二期项目的土地，射阳未予明确答复. 2011年3月，射阳回复会采取必要措施解决问题，但未有实质进展. 2011年6月，Mirage已不能支付射阳提供的贷款，因安城不能从投资中获利。射阳官员上门要求还款，并采取非法手段威胁。
● 2011年10月，安城将其在此高尔夫项目的全部投资转让给中国买方，为此遭受巨大损失。该等交易发生在2011年11月和12月。2014年5月19日，安城向中国政府习近平主席等官员发出书面仲裁意向书(Notice of Intent for International Arbitration)，希望协商解决该投资争议，无果。2014年10月7日，安城向ICSID递交仲裁请求(Request for Arbitration)，2014年11月3日，ICSID秘书长通知各方已予以登记安城的仲裁请求。
(高文杰. 潘丹丹, “聚焦投资争端 | 安城诉中国投资仲裁案简述”, 2018-06-06
http://www.tylaw.com.cn/CN/news_content.aspx?contentID=00000000000000002247&Lan=CN&MenuID=00000000000000000006)
● 在仲裁庭组成后第一次会议前，2016年9月15日，中国提出管辖权异议(Rule 41(5) Objection)。随后，双方交换辩词。2016年12月14日，仲裁庭于新加坡举行第一次会议和聆讯，就管辖权问题进行审理。2017年2月15日，仲裁程序结束。2017年3月9日，仲裁庭作

出裁决。
◎ 裁决
● 仲裁庭有权审理41(5)款，即管辖权异议问题，请求作为前期先决事项(preliminary question)进行审理。
● 安城的仲裁请求已超过中韩BIT第9(7)款规定的3年时效(a limitation period)，关于此时效问题也不适用中韩BIT第3(3)款最惠国待遇(Most-Favoured-Nation Treatment, MFN Clause)条款。
●根据ICSID仲裁规则第41(5)和(6)款的规定，裁定安城的仲裁请求显然无法律依据(manifestly without legal merit)，驳回其全部仲裁请求(dismiss with prejudice all claims)。换言之，ICSID或仲裁庭对该争议无管辖权(the dispute is not within the jurisdiction of the Centre or not within its own competence)

5. 结论

○ 韩国和中国面临的问题
◎ 政府对投资的干预行为-政府对投资活动的过分行政处分问题等.
◎ 在中国，国际投资领域的主要问题有土地、履行国家合同义务的问题.

◎ 与市场准入有关的许可项目.
○外商投资法(投资促进, 投资保护, 投资管理)
◎ 第二十四条 各级人民政府及其有关部门制定涉及外商投资的规范性文件，应当符合法律法规的规定；没有法律、行政法规依据的，不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务，不得设置市场准入和退出条件，不得干预外商投资企业的正常生产经营活动。
◎第二十五条 地方各级人民政府及其有关部门应当履行向外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同。因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺、合同约定的，应当依照法定权限和程序进行，并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失予以补偿。
◎第三十三条 外国投资者并购中国境内企业或者以其他方式参与经营者集中的，应当依照《中华人民共和国反垄断法》的规定接受经营者集中审查。
◎ 第三十五条 国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。

○ 中国绿地集团 V. 韩国济州特别自治道政府

◎ 根据韩国《医疗法》，为保护医疗市场秩序，韩国禁止境外资本以营利的目的开办医疗机构，并规定境外资本的医疗机构不得适用韩国的国民医疗保险体系；2002年12月，韩国为吸引外资，促进经济开放，颁布《经济自由区域法》，该法律规定针对境外资本控股或全资，允许经过审批后在韩国开办针对外国公民的医疗机构。
● 韩国的医疗体制-设置医疗保险(1977) 全国民医疗保险(1989)，保健医疗提供人中，90%的医生、90%的病床为民营
◎ 韩国政府在2004年底修改该法律，允许开办针对韩国本国公民的外资营利性医疗机构；2006年韩国济州岛升级为特别自治道，允许海外资本在经过地方政府批准后，便可在济州岛区域内开办医疗机构。
● 关于设置济州特别自治道及建设国际自由都市的特别法(济州特别法) 307条(关于开设医疗机关等的特例)，外国人设立的法人可以获得道知事的许可，在济州岛开设医疗机关(外国医疗机关)，法人的种类或开设条件由条例规定。
● 济州特别自治道关于保健医疗特例等的条例规定：外国医疗机关的外国人投资比例应高于50%(14条)，许可设立时，应明确审查是否可能被误认为允许国内法人通过迂回投资等方

式设立国内营利法人(15条)。
◎ 2015年3月31日 = 绿地集团，向济州岛提交绿地国际医院建设项目计划书，2015年12月18日 = 保健福祉部，许可绿地国际医院建设项目计划书，2017年7月28日 = 绿地国际医院竣工，许可使用，2017年8月 = 绿地国际医院招聘134名人员，2017年8月28日 = 绿地集团，向济州岛提交绿地国际医院开业许可申请书，2018年12月5日 = 济州岛，发布附条件允许外国人专用绿地国际医院。
◎ 韩国首家外资营利性医院——绿地国际医院被吊销执照
● 济州道政府“未开业就要取消资质” VS 绿地院方“未开业有理由，审批拖延需要赔偿
●韩国济州特别自治道政府发布公报，向绿地集团发放韩国首个由外资投资的营利性医院牌照。

● 按照当时公告显示，韩方对这家医院下达一些列限制：比如仅允许该医院开办整形外科、皮肤科、内科和家庭医学科四个科室，不适用韩国国民健康医疗保险及相关补助，不能针对韩国本国民众进行营业。
●其中“拒收韩国病人”一条最受争议。对此，绿地集团方面已于2月15日向济州岛特别自治政府提起诉讼，称后者的行为违反了韩国的法律。

在韩中国公民逸失利益算定研究

朴晶敏（延边大学）

摘要：在韩中国公民的逸失利益根据滞留形式分为合法的短期滞留者、合法的就业活动者、非法滞留者、滞留资格外的活动者、非法入境者等来考虑。首先，对于合法的短期滞留者，因为他们的生活根据地为母国，以母国为基准算定逸失利益。对于合法的就业活动者，逸失利益原则上在滞留期间范围内，适用内国人的收入算定，滞留期间终了之后，以本国的收入为基础算定。此时，值得注意的是，受害中国公民的滞留期间更新可能性问题。不得单纯以遭遇事故之后回国的可能性，否定滞留期间的更新可能性，不当对待中国公民。

其次，对于非法滞留者或滞留资格以外的活动者、非法入境者的逸失利益算定，分为国内收入标准说、本国收入标准说、国内收入以及本国收入并用说等观点。即使受害中国公民的在韩国内就业活动本身抵触出入境管理法的相关规定，属于强制出境或者处罚的对象，但是在现实生活中已经在韩国内就业通过劳动取得一定收入的，以该收入为基础算定逸失利益是妥当的。尽管没有滞留资格，但是他们在韩国内就业活动的行为，也不得认定为因违背公序良俗或者社会伦理观念属于私法上的当然无效行为，应认定受害中国公民的逸失利益。

同时，决定在韩国内就业可能期间，需考虑中国公民的入境目的和经过、遭遇事故时本人的意思、滞留资格的有无以及内容、滞留期间、滞留期间延长的记录以及当然性、就业状况等诸多事实性、规范性要素。

关键词：逸失利益；收入；外国人；非法滞留者；在韩

1、问题的提出

随着韩国经济的发展，国民收入的增加，韩国国民对劳动集约产业以工资低而又艰苦为由逃避就业。产业现场以产业研修生的名义，使低收入国家的外国人入境，消除低收入劳动力的供应不足。以此为契机，为了赚钱偷渡入境或者旅游签入境之后未回国定居就业的非法滞留中国人迅速增加。据此，不仅以短期滞留为目的入境的中国人，而且中国人劳动者在韩国内因交通事故或产业灾害等死亡或受到伤害的事件不断增多。那么应如何算定在韩国内遭遇事故的外国人的损害额？本文主要探讨其中之一逸失利益的算定问题。

因人身事故，在财产损害的形式中，消极的损害---逸失利益，是指假定没有遭遇事故，

受害者将来可能取得的利益或者收入。逸失利益为了正确反映受害者的劳动能力所拥有的财产价值，以案件的具体情况为基础，以客观、合理的资料为依据予以确定。

算定外国人的逸失利益，难以判断何种程度认定受害外国人遭遇事故之后收入的继续性、稳定性。比如，对于短期滞留者或非法滞留者已经在韩国内取得一定收入的，遭遇事故之后是否评价为永久取得该收入？将来收入的基础应设定为本国或者预计出国的第三国家，还是取得实收入的韩国？

2、逸失利益的本质

（1）学说

从事一定的职业取得收入的人，因为遭遇事故而造成的负伤身体功能出现障碍的，关于逸失利益算定方式存在两种相互对立的学说。

1）差额说

差额说（所得丧失说）认为逸失利益的本质在于由于违法行为，受害者丧失的收入，逸失利益是如果没有遭遇事故可能取得的收入额和遭遇事故之后可能取得的收入额的差额。

2）评价说

评价说（稼动能力丧失说）认为逸失利益的本质在于稼动能力丧失的本身，逸失利益是对于丧失劳动能力的金钱评价额。

前者认为损害是因死伤而引起的收入的丧失，即以丧失或下降的收入为认定损害。因此，在此情形下，以遭遇事故当时受害者的收入为绝对标准，算出因遭遇事故而引起的死伤前后收入的差额即可。即使丧失了劳动能力，但是不得以此为认定发生损害，只以丧失劳动能力而引起的收入的下降为唯一标准认定损害。相反，后者的观点是认定损害以劳动能力的丧失为本身，通过金钱评价丧失或减退的劳动能力，算出逸失利益。在此情形下，遭遇事故当时受害者的收入，在金钱评价丧失稼动能力中发挥着重要作用，但这并不是绝对标准，法院将应综合考虑受害者的年龄、学历、经历、职业、同行平均收入以及社会·经济上的诸多事项规范评价受害者丧失的稼动能力。

（2）判例

在韩国实务中，从来是以差额说算定逸失利益，大法院认为，“损害赔偿制度是以填补给受害者造成的现实损害为目的的，即使给受害者造成劳动能力的丧失或减退，但未发生损害，就不得支持损害赔偿请求。因此，原告因为遭遇交通事故，在担任工程实验职员过程中，有一定的障碍，但在实际工作中并未造成工资的下降，就不得支持因劳动能力减退而造成的消极财产损害赔偿请求。”[1]虽然之前一些法院认为，“因违法行为对生命或身体造

[1] 大法院 1981.9.22. 宣告 80 다 3256 判决

成部分或全部稼动能力的丧失而算出的逸失利益，是对受害者所丧失的稼动能力的总评价额。由此，比较违法行为前后的收入，以将遭遇事故之后下降的收入为依据，算定收入丧失是不合理的。”同时，指出逸失利益可以根据受害者的之前收入乘以受害者的劳动能力丧失率来计算，并支持评价说。[1]

之后，在韩国法学界存在着差额说和评价说的对立。判例认为“逸失利益的算定，将根据案件中出现的具体情况，算出合理、客观的期待收入额即可，因此坚持一种算定方法是不合理的。在案件中，无法证明遭遇事故前后现实收入差额的，不得依据差额说的方法算定逸失利益，而是依据评价说算定逸失利益是又合理、有符合正义与衡平。”[2]“法院如果将正确认定受害者的劳动能力的丧失率，即使受害者在遭遇事故之前的职场继续工作，取得同样的收入，也不得判断为该受害者没有任何因身体功能上的障碍而引起的财产上的损失。”[3]韩国实务界大都认为，大法院采纳的是比差额说更接近于评价说。地方法院由于难以算定今后的收入等原因，根据受害者的遭遇事故之前收入乘以劳动能力丧失率来算定逸失利益；大法院同样在无法认定遭遇事故前后现实收入差额的情形下，因为不得适用差额说，只能根据评价说算定合理、客观的期待收益额。

（3）小结

从理论上讲，评价说即使在现阶段没有发生损失，也需要认定损失额的观点具有相当的政策性意义。从这种意义上看，评价说将对于在韩外国人特别是中国人劳动者的逸失利益的算定有可能产生积极影响。

差额说认为的逸失利益是以与事故具有因果关系的在一定范围内未遭遇事故可能取得的收入和遭遇事故之后可能取得的收入差额为依据算定，因此具有极强的事实层面。此时，原告受害者需要证明主要事实，即因为遭遇事故而丧失的收入。但是受害中国人劳动者大多数是非法滞留者，没有法律许可的执照或者资格而就业的。考虑到他们遭遇事故之后收入的难以确定，差额说将会一定程度上影响中国人劳动者的逸失利益认定的与否。

3、在韩外国人的逸失利益算定

对于遭遇事故当时在韩国内取得一定收入的外国人，遭遇事故之后是否将评价为继续取得该收入；将来收入的基础将认定为总有一天预计回国的本国或者预计出国的第三国家，还是取得现实收入的韩国；稼动年限是否将认定为韩国国内认定的 60 岁等诸多问题存在。

因为受害者各自具有个别性，关于外国人的逸失利益算定方法的研究，最终是探讨在诉讼上如何认定事实问题。在损害赔偿案件中，通过考虑外国人的滞留资格与滞留期间等，类型化滞留形式，对各个滞留形式确定具体处理原则，是有效认定事实的基础工作。

[1] 大法院 1979.2.13. 宣告 78 다 1491 判决；大法院 1984.10.23. 宣告 84 다카 325 判决
[2] 大法院 1990.11.23. 宣告 90 다카 21022 判决
[3] 大法院 1996.1.26. 宣告 95 다 41291 判决

（1）外国人的滞留形式

根据考虑事故当时受害外国人的滞留形式等，滞留外国人的地位可以分为，合法的暂时滞留者（例如当初就未预计就业活动的游客）、合法的就业活动者（例如拥有永久居住资格的人、事前取得法务部的关于拥有滞留资格以外可以就业许可的人）、非法滞留者（例如以短期滞留者身份入境，过了许可的滞留期间也不回国继续停留继续就业者）、滞留资格以外的活动者（例如留学・入学的滞留资格者超越被允许的范围而就业者）、非法入境者（所谓偷渡者）。

1）合法的暂时滞留者

对于当初就未预计就业活动的游客或者短期滞留者，因为事故当时他们在韩国没有取得收入，在损害额的算定上并没有困难。此时他们生活的本地并不是在韩国，因此对于损失的赔偿额是以生活的本地，即本国为基准进行算定。

韩国地方法院对于以旅游兼事业为目的入境旅行中受伤的加拿大男子，按照所属工作单位收入的证明，在本国以重装备驾驶员每周 40 小时就业至 60 岁为基础计算了逸失利益。[1]韩国大法院对于以美国陆军正规军申请服役 5 年的美国士兵在韩国受伤的事件，将视为此士兵服役结束后回到本国像入伍之前工作于木工，以入伍之前的木工收入为基础计算了逸失利益。[2]

2）合法的就业活动者

受害外国人有资格在韩国永久居住的情形下，应与韩国人同等对待。除此之外，在拥有滞留资格以外，取得就业许可的情况下，原则上在滞留期间范围内适用韩国人的收入，滞留期间结束之后以本国收入为基础算定逸失利益。

但是，在后者的情形下，因为对于受害外国人的滞留期间更新可能性的与否，应充分探讨滞留期间更新记录以及对以后期间更新可能性的高度当然性、就业活动内容或者家庭成员的滞留情况等。此时，仅以受害外国人事故之后回国的可能性为由，不得否认滞留期间更新的可能性。

3）非法滞留者或滞留资格以外的活动者

围绕算定非法滞留者或滞留资格以外的活动者的逸失利益，如何确定基础收入额有以下三种观点。

①国内收入标准说

国内收入标准说认为，根据在韩国国内工作处取得的收入为基础算定，收入不清楚的，将按照韩国国内统计收入，适用于后遗障碍存续期间的全过程；以外国人为由，与内国人取得不同的待遇是违反法律面前平等原则。

[1] 首尔民事地方法院 1982.8.5. 宣告 82 가합 737 判决
[2] 大法院 1977.3.8. 宣告 76 다 1010 判决

但是为了算定受害外国人的收入额，首先应从外国人受害者的滞留资格和滞留形式以及能否认定继续滞留于国内的当然性来判断。以法律面前的平等原则探讨不得区别对待外国人与内国人是缺乏妥当性的。并不因为是内国人均同等办理，每个人的损失额是均不同的，要是将来收入低下的，即使是内国人，也会减免损失额，因此这种观点是缺乏依据的。

②本国收入标准说

这是以受害外国人在本国取得的收入额或者受害者本国的统计收入为标准算定的观点。因为受害外国人度过滞留期间，如果揭露事实，总有一天将不得不主动出国或者不主动出国的，将被强制出境。因此，即使受害外国人事故当时在韩国国内实际就业工作，也不得以国内收入为基础算定逸失利益，因为无法确定将来的就业期间。受害外国人被强制出境，无法在韩国就业的，通常预计在本国就业。此时，以在本国就业取得的收入额为基础，收入不清楚的，参考本国统计收入算定逸失利益。

根据此观点，损失额受到出入境管理法上的滞留资格的有无以及滞留期间等规范性要素影响。但是正如关于无执照修理工遭遇事故的韩国大法院的判例，应以事故当时的实际收入为基础算定逸失利益。[1]区别算定无资格外国人的就业活动与在韩国需要各种资格或执照的劳动无资格・无执照的国内人从事的就业活动之间的损害赔偿额是并没有显著依据的做法。

同时，值得注意的是，损失额的算定是事实认定的问题。出入境管理法规定的滞留资格的有无以及滞留期间，只能做用于认定将来收入的当然性的证据资料而已，如果忽视了这一点，本国收入标准说不得不受到批评。

③国内收入以及本国收入并用说

国内收入以及本国收入并用说认为，受害外国人的逸失利益，在一定期间内是以在国内取得的收入为基础算定，剩余期间是以受害者在本国的收入为基础算定。即，我们可以认为如果受害外国人在就业期间没有遭遇事故就不会被发现非法滞留事实，但是因为非法滞留者，考虑到滞留期间的不稳定性，设置了一定的期限。而后遗障碍存续期间超过设置期限的，对其后的期间是按照本国的收入算定。因为此时受害外国人的入境是合法的，即使脱离许可的滞留资格就业或者度过滞留期间，但这与偷渡入境问题也不同，即便最终不主动出国，它的违法程度并不大。

受害外国人的在韩国内就业活动本身抵触出入境管理法的，当然属于强制出境或处罚的对象。但从实际考虑，在韩国国内就业，通过劳动取得收入的，根据此收入算定逸失利益是妥当的。尽管没有滞留资格，在韩国国内就业活动的，也不得认定为因违背公序良俗或社会伦理观念属于私法上的当然无效行为，应认定受害外国人的逸失利益。

韩国大法院亦认为，“在国内暂时滞留之后，预计将来出国的外国人的逸失利益，在国

[1] 大法院 1986.3.11. 宣告 85 다카 718 判决

内就业可能期间或者滞留可能期间内，以国内的收入为基础算定；此后期间，以外国人指定出国的国家收入为基础算定。认定在国内就业可能期间，应考虑入境的目的和经过、遭遇事故时本人的意思、滞留资格的有无以及内容、滞留期间、滞留期间延长的记录以及当然性、就业状况等诸多事实·规范要素。这种法理同样适用于非法滞留的外国人。”[1]

但重要的是，如何认定受害外国人的就业、滞留可能期间的问题。

根据出入境管理法第 10 条第 2 项、出入境管理法实行规则第 18 条 2，除外交·公务以及居住情形之外，未延长滞留期间的外国人，最长超过 2 年不得滞留。同时，中国朝鲜族的通常滞留期间为 2 年。据此，韩国实务界将非法滞留受害外国人的滞留、就业可能期间认定为 2 年[2]或者 3 年[3]。

暂时滞留在韩国将来预计出国的外国人的逸失利益的算定，是以外国人截止何时在韩居住从事劳动；此后，出国于何国；生活就业于何地等为证据资料，推定将来期待收入额。

事实认定结果，预测在韩国就业可能期间或滞留可能期间内是以韩国实收入为基础；此后是以预计出国国家的统计收入为基础算定逸失利益是合理的。认定在韩国就业可能期间，需考虑入境的目的、遭遇事故时本人的意思、滞留资格的有无以及内容、滞留期间、滞留期间更新的记录以及当然性、就业资格的有无等诸多事实·规范要素。

根据出入境管理法，度过滞留期间，非法滞留在韩国就业的非法滞留外国人是强制出境的对象，在韩国滞留、就业是不稳定的。在现实生活中，未被揭发的非法滞留外国人为大多数，但是该外国人的在韩就业可能期间的长期性是难以被认定的。

所以，作为事实认定结果，应规定受害外国人的滞留可能期间或就业可能期间。但如果根据出入境管理法规定的滞留期间为主要依据规定该期间的，则将会发生如下解决困难的问题。

首先，根据现行外国人研修就业制度，入境初期外国人学习一年的技术，被雇佣于两年的正式员工。据此，利用外国人研修就业制度，合法入境的外国人滞留期间至少 3 年。或许，以出入境管理法规定的滞留资格期间为依据规定滞留可能期间为 2 年的，根据法律的修订，是否将变更滞留可能期间等问题发生。比如，法律修订滞留期间缩短于 1 年或者延长于 2 年以上的。

同时，外国人以短期滞留资格入境之后，变更滞留资格，有可能取得长期滞留的资格，也有可能取得永久居住的资格。此时，将以出入境管理法上的滞留资格以及滞留期间为依据考虑将来滞留可能期间是并没有意义的。

归根结底，确定在韩国内滞留或者就业可能期间，需要考虑入境的目的和经过、遭遇

[1] 大法院 1998.9.18. 宣告 98 다 25825 判决
[2] 首尔地方法院 1997.2.26. 宣告 96 가단 45083 判决；首尔地方法院 1997.12.10. 宣告 96 나 57032 判决；首尔地方法院 2002.8.22. 宣告 2001 가합 33876 判决
[3] 大法院 1998.9.18. 宣告 98 다 25825 判决；蔚山地方法院 2000.6.22. 宣告 99 가단 983 判决

事故时本人的意思、滞留资格的有无以及内容、滞留期间、滞留期间延长的记录以及当然性、就业以及滞留状况、非法就业的，就业活动的社会适当性以及保护实意的与否、非法就业被揭发的可能性以及变更于合法化的可能性等受害外国人所拥有的固有的属性，慎重探讨各个事件的内容。

另一方面，关于如何规定滞留可能期间的起始日期，韩国地方法院的判例分为以入境日期为基准的[1]和以事故日期为基准的[2]两种情形。

入境日期基准说是以根据出入境管理法，大多数外国人原则上未延长滞留期间的，最长超过 2 年不得滞留作为依据认定的。但是，出入境管理法规定的期间照样反应在民事损害赔偿事件是并不妥当的，因为，如前所述，非法滞留外国人既可以延长滞留期间，也可以变更滞留资格。此外，例如受害外国人在从入境日期开始经过两年或三年之际遭遇事故的，即使以国内收入为基础算定逸失利益，也难以填补实际损失。

4）偷渡者

面对偷渡者的逸失利益的算定，以下有两种对立观点。一种观点认为，因为偷渡的违法性很严重，在现实生活中，即使在国内正在就业工作，也不得以国内收入额为基础算定逸失利益；另一种观点认为，在国内正在通过劳动取得一定收入的，应纳入到保护的对象，在一定期间内是以国内收入为基础算定。

偷渡者等的违法性极其严重，是强制出境的对象，但是，当初至少具备就业的意思和能力，事实上在韩国国内就业取得收入的，由于遭遇事故而失去机会丧失将来应取得的收入的，应当按照国内收入为基础算定逸失利益。在损害赔偿案件中，该就业活动并不违背公序良俗或社会秩序，但是执着于规范，不认定现实收入是不合理的。

（2）外国人的稼动年限

关于受害外国人的稼动期间，存在参考内国人的平均余命与稼动期间的关系或者比率规定受害外国人的稼动期间或就业可能年龄的观点和适用与内国人统一的稼动期间的观点。

对此，韩国大法院，对于美国人的稼动期间，根据美国联邦法认定为 65 岁；[3]对于与日本男子结婚生活在日本的韩国女子的稼动期间，根据日本的稼动期间认定为 67 岁。[4]但是韩国地方法院，对于加拿大人的稼动期间，根据韩国的稼动期间认定为 60 岁。[5]

（3）小结

终上所述，遭遇事故当时在韩国内取得一定收入的中国公民的逸失利益，未预计就业

[1] 首尔地方法院 1997.2.26. 宣告 96 가단 45083 判决；仁川地方法院 1999.1.29. 宣告 98 나 7100 判决
[2] 首尔地方法院 2002.8.22. 宣告 2001 가합 47561 判决
[3] 大法院 1970.2.10. 宣告 69 다 2039,2040 判决
[4] 大法院 1995.5.12. 宣告 93 다 48373 判决
[5] 首尔民事地方法院 1982.8.5. 宣告 82 가합 737 判决

活动的短期滞留者，以生活的根据地本国---中国为基础算定。其余情形，首先，根据考虑有关在案件中出现的事实性、规范性要素，个别推定滞留可能的期间；其次，从推定的事故日期开始到滞留可能期间为截止，以受害中国公民在韩国国内取得的收入为基础算定；之后，以本国---中国或预计出国国家的收入标准为基础算定逸失利益。

在设定稼动期间的差异方面，现实中难以获取合理的比率。认为，一般情况下，中国公民的稼动年限应适用基础收入额国家的稼动期间，即未预计就业活动的短期滞留者适用本国---中国的稼动期间；受害中国公民有资格在韩国永久居住的，适用韩国的稼动期间；非法滞留者或滞留资格以外的活动者适用将来预计回国的本国---中国或者预计出国的第三国家的稼动期间。

4、结语

以上探讨中国公民在韩逸失利益如何算定问题。在韩国内非法滞留中国人数的不断增长，将会引起因交通事故等而所造成的受害中国公民的相关诉讼的进一步的增长。将来相关于在韩中国公民的逸失利益的判例倾向于何种学说，以何种方式算定，有待于进一步探讨，为在韩中国人劳动者的权益保障提供多元、高效的解决方案。

参考文献

[1]大法院 1970.2.10. 宣告 69 다 2039,2040 判决

[2]大法院 1977.3.8. 宣告 76 다 1010 判决

[3]大法院 1979.2.13. 宣告 78 다 1491 判决

[4]大法院 1981.9.22. 宣告 80 다 3256 判决

[5]大法院 1984.10.23. 宣告 84 다카 325 判决

[6]大法院 1986.3.11. 宣告 85 다카 718 判决

[7]大法院 1990.11.23. 宣告 90 다카 21022 判决

[8]大法院 1995.5.12. 宣告 93 다 48373 判决

[9]大法院 1996.1.26. 宣告 95 다 41291 判决

[10]大法院 1998.9.18. 宣告 98 다 25825 判决

[11]仁川地方法院 1999.1.29. 宣告 98 나 7100 判决

[12]首尔地方法院 1997.12.10. 宣告 96 나 57032 判决

[13]首尔地方法院 1997.2.26. 宣告 96 가단 45083 判决

[14]首尔地方法院 2002.8.22. 宣告 2001 가합 33876 判决

[15]首尔民事地方法院 1982.8.5. 宣告 82 가합 737 判决

[16]蔚山地方法院 2000.6.22. 宣告 99 가단 983 判决

在韩中国人的法律援助的制度与现状

金星均（韩国庆北大学）

【摘要】

韩国和中国在经济,文化等多方面的交流日益扩大,互访人数巨大。访问韩国的中国人可能会遇到一些意想不到的困难,这种意外情况的发生会随着入境人数的增加而增加。领事工作就是帮助处于这种意外情况中的的中国人解决困难,保护本国公民。但是,仅仅通过领事保护很难克服韩国境内发生的一切困难。在这种情况下,在困难发生地或滞留地——韩国的制度中,可利用的措施和助力是十分有用的。在本论文中,向在韩国遇到困难的中国人介绍相关的韩国司法救助制度,希望该制度能够为访问韩国的中国人提供有用的信息。在韩国的法律制度下,中国人与韩国人享有平等的权利。但是权利的具体内容和实现程序是由韩国法律和有关部门的实践决定的。关于外国人权利的基本法律有《在韓外國人處遇基本法》。法务部根据该法，运营“外国人综合介绍中心。除了中央政府以外，各地方政府也制定条例，支持外国人的在韩生活。“为外国人村律师制度”对需要法律支援的中国人来说也是一种有效的制度。韩国大法院制定了《口译· 翻译及外国人事件处理例规》。另外，“BBB KOREA”运营的翻译支援服务电话系统（电话号码：1588-5644）提供 19 个外语的多边电话翻译服务。法律救助法人是韩国家庭法律咨询所依据法律救助法登记的民间法律救助法人，目前正在进行法律咨询、和解调整、免费代写、诉讼救助等法律援助事务。

韩国设计了这么多有效的制度，但还存在人力资源的不足、宣传不足等难以解决问题。然而，尽管有些不足，上述的制度仍在运用，这对当事人权利的保护有很大作用。

关键词：在韩中国人；法律援助；领事保护；韩国司法救助制度；为外国人村律师制度

1. 序言

韩国和中国在经济,文化等多方面的交流日益扩大,互访人数巨大。根据韩国行政安全部的统计,2015 年在韩国滞留 90 天以上的外国人有 174 万人。这个数字相当于韩国总人口（5,132 万人）的 3.4%。其中朝鲜族 69 万人(含 658 名留学生),非朝鲜族的中国人 26 万人(含 5.3 万名留学生)。从在韩国滞留 90 天以上的外国人的国籍来看,中国人最多,达 95 万人(占总滞留人口数量的 54.7%),其后依次是越南(20 万,11.5%),美国(7 万,4.2%),菲律宾

(7万, 4.1%), 柬埔寨(5万, 2.7%), 印度尼西亚(4万, 2.3%)。在2018年, 以旅游和事业等多种目的来韩的中国人达478万人(其中朝鲜族96万人)。[1]

访问韩国的中国人带着自己明确的意图和目的来到韩国, 所以大体上会按照事先的计划进行活动，圆满完成后并顺利回国。然而, 可能会发生一些意想不到的困难, 这种意外情况的发生会随着入境人数的增加而增加。领事工作就是帮助处于这种意外情况中的的中国人解决困难, 保护本国公民。[2]

当然, 也有出色的中国领事业务在韩国顺利进行, 相关人士为了保护本国公民而投身工作。但是, 仅仅通过领事保护很难克服韩国境内发生的一切困难。在这种情况下, 在困难发生地或滞留地——韩国的制度中, 可利用的措施和助力是十分有用的, 但正如后续所述, 其措施并没有被短期访问韩国或长期滞留韩国的中国人所适当的利用。

在本论文中, 向在韩国遇到困难的中国人介绍相关的韩国司法救助制度, 希望该制度能够为访问韩国的中国人提供有用的信息。首先, 考察中国领事事务中对华人长短期外国来访客的指引内容, 讨论韩国政府和司法部门的有关制度, 然后研究民间部门针对华人所开展的司法救助活动。

2. 海外公民保护有关的中国领事事务和旅韩华人

中国外交部改版“中国领事服务网”，开通“出国及海外中国公民自愿登记”“因公出国护照签证上报”“APEC商务旅行卡申请”“领事认证综合管理”四大系统，紧急情况发生时可以联系个人，同时个人可以提出领事保护申请，中国驻外使领馆酌情提供相应的服务。开通外交部全球领事保护与服务应急呼叫中心（12308热线），拨打12308热线已是海外公民寻求保护和服务的第一选择，截至2016年12月，热线已接来电近19万通。中国加强国内法律法规建设，完善《领事工作条例（征求意见稿）》《驻外外交人员法》《国家安全法》中的相关条款，为海外公民的保护提供法律支持，并与相关国家、国际社会一道，推动建立符合实情的、新的国际规范，为全球海外安全治理贡献中国智慧。[3]

在此背景下, 我们能看到一些为在韩国的中国人实施的中国领事工作的具体内容。中国境外领事保护和服务指南[4]中的“中国公民寻求领事保护和服务的常见问题”部分介绍的内容如下：1、什么是领事保护和领事服务？；2、出国时持中国护照，现已取得居住国国籍，是否还能享有中国驻当地使、领馆的领事保护？；3、在境外中国护照遗失、被偷或被抢后怎么办？；4、当持有效签证在目的地国入境、出境或过境受阻时，如何寻求帮助？；5、如在境外发生交通、工伤等事故，如何处理？；6、如家人在境外死亡，如何处理？；7、如家人在境外失踪或遭绑架，如何求助？；8、如在居住国受到雇主不公正对待或工资被雇主无故拖欠，如何处理？；9、在居住国被羁押或监禁期间受到歧视和不公正待遇，或处罚、量刑过重，当事人享有哪些权利？；10、如财产遭盗窃、抢劫或他人强占，如何寻求帮助？；11、如何继承境外遗产？；12、非法进入或滞留他国，无有效证件，也无经济来源，要回国手续如何办理？；13、如所在国发生政治动乱、军事冲突或严重自然灾害等紧急情况，应如何寻求领事保护和进行自我保护？中国境外领事保护和服务指南的“中国驻外使、领馆能够提供的领事保护和服务”部分表明“当您的合法权益在所在国受到侵犯，当您与他人发生经济、劳资等民事纠纷或涉入刑事案件，并已通过法律途径维护自己的权益时，您可向中国驻外使、领馆反映有关情况，请求使、领馆提供必要的协助。上述协助包括向您提供初步的法律咨询，对您如何在当地进行法律诉讼予以一般性指导；应您要求，向您推荐当地律师、翻译，以帮助您进行诉讼，视情旁听法庭审理。中国驻外使、领馆不能提供的领事保护和服务有“不能帮助您在治疗、拘留或监禁期间获得比当地人更佳的待遇”。还有人对领事保护产生误解，认为“领事保护是万能的”，但事实上“使、领馆的领事保护是有限度的，会受到诸多条件和因素的限制：首先，使、领馆在接受国没有行政权力，更无司法权力，不能使用强制手段。使、领馆对本国公民的保护，无论是探视还是交涉，实际上是依据国际法准则、国际惯例等督促接受国执法机关依法行事，公正公平处理；其次，领事保护涉及国际法、接受国以及派遣国的法律，情况十分复杂，使、领馆对中国公民提供领事保护时，不能超越其执行领事职务的权限。

中国境外领事保护和服务指南对领事工作的介绍是较为全面的。但是, 在这样的介绍中, 却没有介绍可以使在韩的中国人能够得到帮助的韩国制度, 但如果在韩中国领事做好安排, 在韩中国人就能够得到领事馆法律咨询律师团实际性的帮助。换而言之，这是中国人在韩国可以利用的权利救济制度和相关程序。[1]

3. 必要时可以得到帮助的韩国制度

（一）政府部门领域：

[1] 韩国旅游公社, https://kto.visitkorea.or.kr

[2] 中国外交部就领事工作作如下介绍：领事保护是指当本国公民、法人的正当权益在接受国受到侵害时，中国驻外使、领馆依据包括国际公约在内的国际法的各项原则、双边条约或协定以及中国和驻在国的有关法律，通过外交途径，反映有关要求，敦促驻在国有关当局公正、合法、友好、妥善地处理。领事服务是指中国驻外使、领馆依据本国有关法律和法规为在接受国内的本国公民提供涉及国际旅行证件、公证、认证等事宜的服务。

[3] 项文惠，“中国的海外公民保护”，https://www.xzbu.com/2/view-8486629.htm

[4] 据中国境外领事保护和服务指南，当中国公民在国外旅行、工作、学习或居住期间遇到困难时，当中国公民的合法权益受到侵害时，中国公民一定渴望得到中国政府的关心和帮助。为了有效地帮助中国公民排忧解难，编写了《中国境外领事保护和服务指南》，它将帮助中国公民了解中国驻外使、领馆的领事保护和服务范围。中华人民共和国外交部，www.mfa.gov.cn

[1] 如上所述, 虽然有很多中国人以旅游等短期访问为目的来到韩国, 但由于事业和就业等各种原因, 也有很多中国人长期滞留在韩国超过90天。外国人权利救济相关的韩国法规主要是针对这些长期滞留的外国人制定的, 但相关制度实际上也可以被大部分短期访韩的中国人使用, 因此一起讨论。

韩国和中国都是加入《维也纳领事关系公约》和《维也纳外交关系公约》的国家。两个国家都始终未放松对海外公民的保护，海外公民保护的理念、机制和实践也日渐成熟，这不仅降低甚至可能直接化解传统和非传统安全威胁对海外公民人身和财产的影响，而且促进了自身外交能力和外交水平的提升。韩国宪法第 6 条第 1 款规定“根据宪法缔结的条约和一般承认的国际法规具有与国内法相同的效力。”因此，在韩国的法律制度下，中国人与韩国人享有平等的权利。但是权利的具体内容和实现程序是由韩国法律和有关部门的实践决定的。

关于外国人权利的基本法律有《在韓外國人處遇基本法》，该法通过规定有关在韩外国人待遇等基本内容，使在韩外国人能够适应韩国社会，充分发挥个人能力，为韩国国民和在韩外国人创造相互理解和尊重的社会环境，并为韩国的发展和社会和谐做出贡献（该法第 1 款）。[1]国家和地方政府要努力解决对在韩外国人及其子女的不合理歧视问题并对其进行必要的有关保护人权的教育和宣传活动（该法第 10 款）。国家通过利用电话或电子通讯网为在韩外国人和大总统令所规定的其他人提供外语咨询，可以设立外国人综合介绍中心（该法第 20 款）。法务部根据《在韓外國人處遇基本法》，运营“外国人综合介绍中心（电话：1345）。外国人综合介绍中心是为在韩外国人提供为适应韩国国内生活所需的信访咨询和信息的机构，通过网络和电话提供没有语言障碍的多国语信访和信息的窗口。[2]外国人综合介绍中心是提供以韩文、英语、中文、日语等四门外语在线的信息介绍、电子信访服务的外国人综合支援平台--Hi Korea 和提供韩语及 19 个外语咨询服务的 1345 电话咨询服务。[3]外国人综合介绍中心涉及外国人邀请、就业、留学等相关签证业务、再入境许可等出入境业务、外国人登记、居所申报相关业务、滞留期限延长、滞留资格变更相关业务、滞留许可相关业务、外国劳动者支援制度等多国语综合咨询业务。

除了中央政府以外，各地方政府也制定条例，支持外国人的在韩生活。[4]例如，首尔市为居住在首尔的“外国人居民”制定《首尔特别市外国人居民及多文化家庭援助条例》等法规，来保护在韩居住的外国人的权利，除此之外，还有于 2008 年 3 月 21 日以支持多文化家庭为目的制定的《多文化家庭支援法》。[5]该法促进由婚姻移民者及其子女组成的多文化家族的成员融合成为韩国社会的成员，并为维持稳定的家庭生活而提供家庭咨询、夫妻教育、父母教育、家庭生活教育以及提供法律咨询和行政支援等专门服务。

（二）韩国的司法制度领域

[1] “在韩外国人”指虽然不拥有韩国的国籍，但可以在韩国合法滞留，居住的人（该法第 2 款）。类似于“在韩外国人”，统计资料等广泛使用的概念就是“外国人居民”，“外国人居民“指在国内超过 90 天，逗留在韩国却没拥有韩国国籍的外国人，以及取得韩国国籍的结婚移民者及其未成年人子女。
[2] 为外国人的行政官网 ，https://www.hikorea.go.kr
[3] Hi Korea，为外国人的行政官网，http://www.hikorea.go.kr
[4] 行政安全部 2007 年为在京地方自治团体提供了安定居住外国人的支援，并持续修订“居住外国人支援标准条例案”，且传达到地方自治团体。
[5] 多文化家庭指由结婚移民者和根据国籍法取得韩国国籍者构成的家属。.

在韩国，“为外国人村律师制度”对需要法律支援的中国人来说也是一种有效的制度。法务部、行政安全部、大韩律师协会从 2015 年 10 月在首都圈地区首先试行“为外国人的村律师制度”，至 2017 年 3 月，为外国人的村民律师制度的实行范围扩大到包括国内居住的所有多文化家族在内的全体外国人。[1]为外国人的村律师制度是在法务部下属的“外国人综合介绍中心（电话：1345）”的翻译帮助下运营的。1345Call 中心对在韩国内滞留的所有外国人提供 20 个所需的外语咨询，只要是国内滞留的外国人都可以使用。如果外国人在电话咨询过程中存在要求直接见到律师进行法律咨询的情况，1345Call 中心可和律师协商日程，并安排进行面对面咨询。咨询范围是关于租赁合同、产业灾害、犯罪受害等经常接触的所有法律问题。以为规定不能使用韩语的外国人在刑事被告程序上的权利等为目的，韩国大法院制定了《口译· 翻译及外国人事件处理例规》。根据该例规，各级法院事先把辩论要旨书交给翻译员准备翻译（该例规第 12 款）。另外，审判长在宣告判决之前，可以把判决摘要书交付给在庭中的翻译员，准备翻译（该例规第 15 款）。法院行政处为提高各级法院口译· 翻译候选人的口译· 翻译的统一性和专业性，在 2015 年 12 月，发行了 16 个外语的法定翻译人手册。[2]还有，各级法院为了促进多文化家族等外国人访问法院的情况，提供负责多文化家庭的职员、翻译之间的多边电话翻译服务。比如，首尔中央地方法院为了接受多文化家族等外国人的综合信访咨询，通过首尔特别市 Call 中心（电话号码：120）提供英语、中文等 5 个外语翻译服务。另外，“BBB KOREA”运营的翻译支援服务电话系统（电话号码：1588-5644）提供 19 个外语的多边电话翻译服务。[3]

多文化家族等外国人相关事件较多的首尔中央地方法院、首尔家庭法院、大邱地方法院西部支院等法院正在实行了外国人、移民者诉讼救助指定律师制度以加强对多文化家族的司法帮助。外国人、移民者诉讼救助指定律师制度是指事先指定了拥有特定外语能力并专门负责外国人相关案件的律师团，以便在外国人申请诉讼救助的情况下，进行诉讼救助的制度。[4]

大法院为实现多文化家族等外国人、移民者也在大韩民国法律面前平等的原则并提高大韩民国司法的接近权，运营着向外国人、移民者提供关于韩国司法信息的网站（Judicial Information for Foreigners and Immights Iments）。JIFI 网站除了用韩语以外，还用英语、汉语等语言公布韩国司法情报中，关于外国人、移民者主要关注的

[1] 出入境·外国人政策本部，http://www.moj.go.kr，除全国 15 个法务部出入境管理事务所已有的 57 人以外，还将 144 名律师委托为外国人的村律师，并对外国人进行法律咨询。
[2] 大法院，http://www.scourt.go.kr/portal，大韩民国法院官网的对国民服务司法部刊物上可以下载 16 个国家语言的便览。
[3] 首尔中央地方法院，http://seoul.scourt.go.kr；BBB KOREA 主页，https://www.bbbkorea.org
[4] 首尔家庭法院， http://slfamily.scourt.go.kr

法院介绍、家务、刑事、民事等诉讼程序、法院位置为主的相关信息和资料.[1]

首尔家庭法院、首尔行政法院、首尔中央地方法院、釜山地方法院等众多法院成立了为外国人、移民者提供支援的专用信访咨询窗口及优先支援中心。[2]

韩国法院为了保护多文化家族等外国人被告人的防御权和人权，在首尔中央地方法院等，设立了外国人刑事案件审判庭。法院行政处在2003年2月发行了《外国人审判实务手册》，供负责外国人相关案件审判的法官留意参考。

（三）民间领域

大韩法律救助公团依照多文化家族支援法第二条规定，进行为结婚移民者和归化许可者提供免费性韩国式改名程序支援的事业。另外，从2011年4月开始以新韩银行所捐款项为经济来源进行免费为多文化家族（结婚移民者和归化许可者）的民事、家事、刑事案件等的诉讼代理及刑事辩论的事业。[3]除此之外，法律救助公团在2011年成立法文化教育中心，对多文化家族等支援进行法律文化教育。截至2016年，共对全国61个多文化家庭支援中心的多文化家族中的2264名外国人进行了教育.[4]

法律救助法人是韩国家庭法律咨询所依据法律救助法登记的民间法律救助法人，目前正在进行法律咨询、和解调整、免费代写、诉讼救助等法律援助事务。除法律咨询之外，律师们的自愿服务组织“百人律师团”和法务部派遣的公益法务官也都在在进行法律援助.[5]

大韩律师协会在2003年12月成立了大韩律师协会法律救助财团，[6]大韩律师协会法律救助财团对多文化家族和外来移民者提供的法律援助，具体来说，对工资滞纳、不正当解雇等劳动事件、离婚等家务案件、刑事案件、涉嫌交通事故等案件，在初期侦查阶段提供法律支援。财团代替申请人，优先支付律师报酬等诉讼费用，其费用将根据案件结束后申请人的经济情况等进行偿还。[7]大韩律师协会和大韩律师协会法律救助财团一起制定了能够为外国人提供法律帮助的“为移民外国人提供的法律手册”，并刊载在网站上。

除此之外，各地方律师还会开展为多文化家庭提供法律援助的活动。例如，首尔地方律师会在2006年开始开展改善移居女性人权保护和待遇的活动，从2008年开始，在首尔地方律师会人权委员会下属建立移居女性法律援助团，试图进行法律救助活动。

与此同时，还有一些律师对在韩的中国人自愿提供法律方面的建议和协助。驻韩中国领事馆法律咨询律师团就是他们的名称。这些律师成员大部分有在中国留学的经历或会说汉语，并处理过中国相关法律案件等。那些律师们与中国领事保持着友好关系并自愿活动。本人也是一名成员，每年有7~8名在韩中国人以各种各样的法律问题向我寻求适当的解决方案。领事馆也积极地鼓励咨询团的活动，并把在韩中国人的情况和所需帮助的内容告诉他们，定期与律师们举行聚会并进行积极的交流。

首尔地方律师会在2010年8月以72名律师组成“外国人诉讼救助律师团”，[1] 釜山地方律师会在2019年1月制定“外国人法律支援律师团规定”，决定成立外国人法律支援律师团，对需要法律协助的外国人提供即时的法律服务.[2]

4. 结语

虽然韩国设计了这么多有效的制度，但还存在人力资源的不足、宣传不足等难以解决问题。然而，尽管有些不足，上述的制度仍在运用，这对当事人权利的保护有很大作用。因此，我认为向中国人广泛宣传在韩国有这样可以使用的制度是很重要的。在国外遇到需要帮助的情况，原则上请求领事的观念是普遍的，可是在韩国有可以利用的好制度，为了保护在韩中国人的权益，进行宣传、与中国领事的协助还是必要的。我希望通过这种制度和安排，圆满实现在韩中国人的权益保护，使韩国人和中国人的交流更加顺利更加密切。

【参考资料、网站】

项文惠，“中国的海外公民保护”，https://www.xzbu.com/2/view-8486629.htm

韩国旅游公社，https://kto.visitkorea.or.kr

中华人民共和国外交部，www.mfa.gov.cn

Hi Korea，为外国人的行政官网，http://www.hikorea.go.kr

出入境·外国人政策本部，http://www.moj.go.kr

大法院，http://www.scourt.go.kr

首尔中央地方法院，http://seoul.scourt.go.kr;

BBB KOREA主页，https://www.bbbkorea.org

首尔家庭法院， http://slfamily.scourt.go.kr

关于韩国司法信息的网站，http://jifi.scourt.go.kr

法律新闻，https://www.lawtimes.co.kr

LAWISSUE，http://ccnews.lawissue.co.kr

[1] 关于韩国司法信息的网站，http://jifi.scourt.go.kr

[2] 虽然各级法院的情况有所差异，但为了帮助外国人、移民者而成立的专用信访咨询窗口和优先支援中心：由外语熟练者进行工作或提供多边电话翻译服务；为外国人提供诉讼程序和审判手册，以及和审判有关的书面样式；为外国人提供信访咨询及办事处指南；为外国人提供申请案件和文件时的辅助；提供外国人、移民者诉讼救助指定律师指南等支援。

[3] 大韩法律救助公团，https://www.klac.or.kr，是对处于经济困难的中等收入125%以下在韩居住外国人免费为民事、家务案件进行诉讼代理的团体。主要是针对基准中等收入125%以下的结婚移民者和获得归化许可的人，以中等收入的125%为判定标准并在网站上公布。

[4] 大韩法律救助公团

[5] 韩国家庭法律咨询所，http://lawhome.or.kr

[6] 大韩律师协会法律救助财团，http://www.legalaid.or.kr

[7] 对于胜诉额在500万韩元以下的案件、败诉案件、刑事案件、费用偿还困难或没有能力进行偿还的案件，可以免除一部分甚至全部的诉讼费用。

[1] 法律新闻，https://www.lawtimes.co.kr

[2] LAWISSUE，http://ccnews.lawissue.co.kr

中韩黄海划界的国际法问题探析

马光*、李净欣**（浙江大学）

摘要

根据《联合国海洋法公约》（UNCLOS），每一沿海国拥有200海里专属经济区（EEZ）。但中国与韩国在黄海南部海域的相向海岸相距不足400海里，由此在权利主张重叠区域产生了划界争议。并且，因为中韩海洋边界久久不能划定，近年由于中国传统渔区被纳入韩国“专属经济区”产生的“非法捕鱼”纠纷导致的冲突愈发激烈，我国领土主权和国防安全也受到了一定的威胁。究其根本，是因为双方对海洋划界适用的国际法原则一直争执不下，中方主张采用公平原则，而韩方主张采用等距离原则；因此，从1997年开始的数轮谈判都未取得实质性进展。本文旨在单一海洋划界的背景下解决中韩黄海划界的国际法原则冲突问题，并提出协商划界的方案。

关键词：公平原则；等距离原则；单一海洋划界；海洋权益

一、引言

1996年，中韩双方开展了第一次关于专属经济区和大陆架划界的外交部局长级会谈，但此后至2008年，双方虽已举行十四次司局级划界谈判，却没有实质性缩小分歧。2015年12月22日，中韩两国在首尔重启海域划界谈判，并将会谈升级为副部长级。双方希望“能够按照国际法公平地处理海域划界问题，按照国际法通过对话与谈判达成协议”，但会谈并没有取得实质性突破。2016年4月、12月，双方举办了两次司局级海域划界会，并商定将于2017年在中国举行第二次副部长级海域划界谈判。但2017年双方仅举行了司局级的划界谈判，谈判停滞不前。中韩海洋划界涉及到黄海和东海北部两个水域，但是，因黄海北部水域和东海北部水域分别涉及到朝鲜和日本的因素，本文将研究范围限定在黄海南部水域。

双方主要争议点在于划界原则的冲突：韩国坚持在黄海划界中适用等距离规则，而中国则坚持主张适用公平原则。若依据等距离规则划界，虽然中国可以获得大部分黄海盆地，但韩国将获得石油资源最丰富的区域。[1]

为在划界期间解决双方渔业资源冲突，两国于2000年签署了《中韩渔业协定》，作为争议水域的临时渔业安排。但经历了“萨德”事件、中韩渔业冲突不断升级之后，两国关系遇冷。2017年虽仍召开了中韩渔委会年会，但对比往年，中国在2018年将停止实施连续两年均入渔韩国水域且未被处罚的“模范船制度”；双方许可对方进入专属经济区管理

---

* 浙江大学光华法学院副教授，法学博士。本文系“浙江大学文科教师教学科研发展专项项目”研究成果。

** 浙江大学法学硕士。

1 袁古洁：《国际海洋划界的理论与实践》，法律出版社2001年版，第69页。

水域的作业船数减少了40艘，减少比例约占2.6%。[1]

中韩近年愈演愈烈的渔业纠纷背后体现的是悬而未决的划界争议。

二、海洋划界的国际法原则及中韩相关主张

（一）公平原则

根据《公约》第74条第1款和第83条第1款的规定，当事各方在海洋划界中的根本目标是得出“公平结果”。公平原则是海洋划界的基本原则，其作用甚至“压倒其他一切国际准则”[2]，并具有习惯国际法的地位。所谓公平，其基本内涵是“必须在考虑一切有关情况下适用公平原则以取得公平结果”[3]，而并非绝对的均等。它并不是一个普适性的、可以分配各因素在个案中权重的规则，可能在每个案件中都有所差异。

1、公平原则/相关情况规则定义及实践

公平原则/相关情况规则实际上是对公平原则的完整表述，并意在强调其一般法律规范的特性。公平原则的具体适用中，应结合海岸曲折变化、岛屿分布、经济、政治等因素进行多方面考虑。其划界程序大致为：公平原则→相关情况→划界方法→划界结果→不成比例检验→公平结果。[4]公平结果是应当在划界过程中始终铭记的目标。

2、公平标准

公平原则只是海洋划界的一种原则性规定，具有一定的模糊性，带来适用上的困难，在具体适用中需要客观的标准。国际法院与仲裁庭早期对公平含义界定的尝试，往往使得公平超出于法律之外，具有较大的主观性。随着海洋划界的发展，各国更加趋向于追求“法律之内的公平”，希望追求清晰和稳定的划界标准，而不是缺乏法律依据的主观裁判。

主要的公平标准可分为自然地理方面和人文地理、实际行为方面的标准。前者主要包括以下几个：与海岸形状有关的陆地决定海洋原则（The coast dominates the sea）、不切断原则（The principle of non-cutting-off）和不侵犯原则(The principle of non-encroachment)；与海洋空间分配有关的等距离规则（Equal division of marine space）以及公平分配原则(The principle of fair and reasonable proportionality)。进一步地，可以考虑与资源分配相关的情况，如自然资源的位置，海洋环境保护的相关标准，等等。

后者则主要包括，与沿海国国家行为有关的标准，如在专属经济区和大陆架设立之前的历史行为，以及当代近期的行为（The principle of recent and contemporary conduct）；

1 参见中国农业农村部网站：《农业部办公厅关于2018年实施中韩渔业协定有关问题的通知》，http://www.moa.gov.cn/govpublic/YYJ/201712/t20171212_5977461.htm;《农业部办公厅关于2017年实施中韩渔业协定有关问题的通知》，http://www.moa.gov.cn/govpublic/YYJ/201703/t20170310_5517661.htm，2018年5月23日访问。
2 赵理海：《海洋法问题研究》，北京大学出版社1996年版，第60页。
3 詹宁斯，瓦茨：《奥本海国际法》（第一卷第二分册），中国大百科全书出版社1998年版，第198页。
4 张卫彬：“海洋划界的趋势与相关情况规则——黑海划界案对我国海域划界的启示”，《华东政法大学学报》2010年第2期，第49页。

还有社会经济标准，如一般性的社会经济利益、专属经济区内的特殊经济利益（The principle of viability），国家安全利益等等。[1]个案标准还包括当事国间的特殊协定。

3、三步划界法

《公约》第15条、第74条、第83条均没有提出强制性的划界方法，或者确定普适性划界方法的途径。为了解决这个问题，国际法院在黑海海洋划界案中确立了专属经济区和大陆架单一海洋边界的“三步划界法”。[2]

第一步是划定一条临时界线。这条界线的划定方法从几何学上来讲必须是客观的。

第二步是考虑是否存在需要调整或移动临时界线的情况，也就是通常所说的“相关情况”（relevant circumstances）。

第三步是不成比例检验（disproportionality check）。即检验前两步划定的界线，确保不会产生相关海岸线长度与相关海域不成比例的不公平结果。

自此，国际法院在划定专属经济区和大陆架边界时便优先考虑适用三步划界法。第一步保证了界线划定的透明和客观性；第二步中的相关情况，特别是关于该区域地理情况的部分，则增加了划界的灵活性，保障了《公约》要求的最终公平结果；第三步是对划界线公平性的最后检验。

（二）等距离规则

海岸相向国家间的等距离线是两国距离最近的领海基点连线的垂直平分线。与其他划界方法不同，等距离线完全、始终依据沿海国的相关海岸的不同地理情况划定，其中海岸线和岛屿起到了决定性的作用。

1、等距离/特殊情况规则定义及实践

1958年《大陆架公约》第6条规定：“倘无协议，除因情形特殊应另定界线外，其界线应适用与测算每一国领海宽度之基线上最近各点距离相等之原则定之。”这就是等距离/特殊情况规则。该规则的划界模式一般为：等距离线→特殊情况→最终边界线。

等距离线在国际法院和仲裁庭的划界过程中得到了大量的运用。在缅因湾案、扬马廷案、厄立特里亚/也门案中，等距离线都是海岸相向国家划界线的基础。在黑海海洋划界案中，国际法院进一步指明，海岸相向国家间的临时划界线应由两海岸间的等距离线组成，法院将以严格几何标准画出这条线。这似乎表明，国际法院和国际仲裁庭优先将等距离线作为临时界线。[3]

2、等距离/特殊情况规则存在的缺陷

1 Thomas Cottier, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation*, Cambridge University Press, 2015, pp.121-690.
2 Stephen Fietta, Robin Cleverly, *A Practitioner's Guide to Maritime Delimitation*, *OXFORD Press*, 2016, pp.54-266.
3 高之国、贾宇：《海洋法前沿问题研究》，中国民主法制出版社2014年版，第289页。

《公约》没有把等距离/特殊情况规则作为一项划界原则。因其缺乏普适性和一般性，在某些特殊情况下将会导致划界的不公平。

此外，等距离/特殊情况规则的适用并非表面看来那样清晰简单。地理上的均等并不意味着划界的最终目的——公平结果能得到实现。由于可能受实际控制行为等因素影响，界线不能完全依照自然地理划定。因此，特殊情况中的地理因素必须被限制采用，以免造成划界结果的不公平。而与之矛盾的是，人文地理（如历史、社会、经济利益）因素考虑的越多，作为例外的特殊情况范围就越广，这种滥用会破坏等距离方法的基本原则。

并且，等距离/特殊情况规则并非具有明确可预测性。等距离方法划定的界线具有可确定性，这被认为是与公平原则相比最大的优势。但确定划界线还需要综合考虑很多其他因素，这会减少这种方法的确定性。

（三）公平原则/有关情况规则与等距离/特殊情况规则之比较

1、公平原则与等距离“原则”

公平原则是划界的指导性原则，贯穿划界的各项程序，而等距离“原则”仅是划界的具体方法。安蒙（Ammoun）法官在北海大陆架划界案中指出，等距离/特殊情况规则是源于公平原则的规则[1]。也有国内学者认为，仅适用等距离线可能会产生个案的不公平，此时就需要基于公平原则对其进行调整。[2]

关于等距离“原则”的法律地位，多数学者认为其不具有习惯国际法地位，并且只是划界方法，不具有“原则”地位。等距离方法仅在领海划界中具有习惯国际法地位，在专属经济区和大陆架划界中则不被承认。等距离/特殊情况规则是公平划界中可采用的具体方法[3]。国际司法判例实践也没有将等距离方法作为大陆架划界的基本原则。在北海大陆架划界案中，国际法院否定了“等距离规则”的合法性，认为德国没有义务接受等距离线。

2、划界实践中二者运用情况及融合趋势

梳理适用公平原则/有关情况规则与等距离/特殊情况规则的发展演变情况，可以发现，二者在划界程序有一定融合趋势。1984 年缅因湾案中，国际法院的划界程序为：相关情况→等距离线→特殊情况→最终界线。[4]1985 年利比亚/马耳他案的划界程序为：相关情况→等距离线→特殊情况→最后界线→比例检验。[5]1999 年厄立特里亚/也门案中，划界程序为：等距离线→特殊情况→最终界线→比例检验。[6]

等距离规则似乎在海洋划界中扮演着越来越重要的角色，甚至有普遍适用的趋势。因其简单易行、兼顾公平性和稳定性的优点，约 1/3 的国家在关于大陆架和专属经济区划分

1 The North Sea Continental Shelf Cases, para. 394.
2 曲波：“对大陆架划界的几个问题的思考”，《当代法学》2006 年第 4 期，第 129 页。
3 张召忠：《走向深蓝》，广东经济出版社 2011 年版，第 302 页。
4 The Gulf of Maine Cases, para. 213.
5 Libya/Malta, para. 192.
6 Eritrea/Yemen Case, para. 96.

的立法中采用等距离规则作为临时划界的方法[1]。许多国家，特别是海岸相对国家的划界协定中也采取了等距离/特殊情况规则作为划界方法。如 1976 年印度-斯里兰卡划界协定、1980 年法国-汤加划界协定等。

在实际划界中，尽管大部分沿海国同意适用等距离线，但如果出现会导致不公平的特殊情况，他们同样愿意改用其他方法。[2]因此可能出现协议中是按等距离划界，但结果却是调整等距离线或其中一段不是等距离线的现象。中国学者大多认为等距离方法不具有强制性的海洋划界方法地位。[3]

尽管如此，公平原则与等距离规则还是存在一定的融合趋势。除了划界程序愈发相似，还有以下两点较为突出：首先，在本质上二者都以追求划界的公平解决为目标。其次，在 1993 年扬马廷案中，国际法院明确指出，等距离/特殊情况规则可以被视为公平原则/相关情况规则的特殊表达。“公平”是合理、公正，而不是数字与几何意义上的等分。

3、等距离/相关情况方法（两步法）

等距离/相关情况方法能兼顾公平和法律确定性，是目前单一海洋划界中的“最佳选择”，但不是法律义务上的必须选择。[4]该方法是在 2006 年巴巴多斯/特立尼达和多巴哥案中被正式提出的。“两步走”的划界程序是：第一步，划一条临时等距离线作为划界的出发点。第二步就要根据个案中的相关情况对临时等距离线进行检验，并决定是否有必要据此对临时界线进行调整，以得到公平结果。[5]

在单一海洋划界中适用两步法，为了使第一步中的等距离方法更好满足公平和法律稳定性的要求，要对其适用条件进行严格的审查。国际仲裁庭提出，在单一划界中适用等距离方法应当保证：（1）避免侵占另一方陆地领土的自然延伸；（2）避免切断相关海岸在一定范围内向海洋的凸出部分；（3）确保不成比例的划界结果能得到矫正，等等[6]。并且，还要对相关情况予以确认。其中既包括专属经济区划界的相关情况（更重视渔业资源分配因素），又包括大陆架的相关情况（更重视地质地貌因素）。

（四）中韩相关主张

中国主张通过公平原则进行与周边国家的海洋划界，并强调在海洋划界谈判中应该考虑到所有有关因素。等距离线是一种重要的方法，但仅在符合公平原则的情况下可以适用，不能与公平原则等量齐观。在联合国第三次海洋法第八期会议上，中国代表柯在铦提出：“如果把等距离线作为一个原则，则必定会忽略甚至抹杀其他有关因素的作用，就不能在

1 J. I. Charney, The American Society of International Law Maritime Boundary project, Maritime Boundaries, 1994, pp. 1-9.
2 S. P. JAGOTA, Maritime Boundary, Martinus Nijihoff Pub, 1985, p. 277.
3 疏震娅：“论等距离方法在海洋划界中的地位”，《海洋法前沿问题研究》，中国民主法制出版社 2014 年版，第 80 页。
4 黄伟：《单一海洋划界的法律问题研究》，社会科学文献出版社 2011 年版，第 203 页。
5 Barbados/Trinidad and Tobago Case, para. 376.
6 S. P. JAGOTA. Maritime Boundary, Martinus Nijihoff Pub, 1985, p. 277.

所有情况下使划界谈判达到使双方都能接受的公平的结果”[1]。在1980年第三次海洋法会议的第九期会议中，中国代表申明：“公平原则是一项公认的国际法原则。”在批准《公约》后，中国表明了划界原则：“中国与海岸相向国家专属经济区和大陆架权利主张区域重叠的,应在国际法的基础上按照公平原则以协议划定界限。”[2]

韩国则主张通过等距离“原则”进行海洋划界。根据韩国《专属经济区及大陆架法》第5条第2款，韩国在没有与他国签订划界条约的情况下，将采取等距离线进行划界。

韩国在未与中国签订划界协定的情况下，单方面提出适用等距离线划定中韩海洋边界，这在国际法上是没有依据的。连韩国学者也承认《公约》中并没有支持当事国单方面决定适用等距离线划定专属经济区和大陆架最终界限的条文。

三、中韩海洋划界的相关情况

相关情况在确定划界方法、对临时界线进行调整以及比例检验过程中，都发挥着重要的作用。每个划界案例都有其自身的独特性，哪些属于该案的相关情况并不能一概而论。要想公平解决中韩海洋划界问题，必须考虑国家实践和判例，以及案件的具体情况。

（一）相关海域及相关海岸线

“相关海域”（relevant area）指的是产生权利主张重叠的海域，也是划界问题的标的。相关海域的海岸线即“相关海岸”（relevant coast），在三步划界法中扮演着重要的角色。“陆地决定海洋原则”在划界过程中得到了充分的体现，海岸的长度、走向、曲折程度不仅影响海洋权利的产生，还影响着相关海岸上基点的选择和基线的划定。[3]

在南黄海区域，中国海岸线长达821公里，韩国一侧为659公里，比例为1：0.8。[4]有学者认为，相关海域海岸线长度的不成比例是中国可以主张的最有优势和最有说服力的因素。[5]但缅因湾案判决中指出，只有在当事双方海岸线长度的差别特别明显，达到“实质性比例失调”（substantial disproportion）时，国际法院才可能将这个地理事实当作需要调整临时等距离线的情况。[6]

相关海岸线长度比例在多数情况下只是对临时划界线进行调整以及比例检验时会用到的工具[7]。比例检验被称为检验划界结果公平性的“试金石”，其计算方式是当事方相关海岸线的长度与相关海域面积之间的比率。[8]

比例检验的标准具有相当大的主观性和模糊性，易造成不公平的结果。关于何谓“实

1 “柯在铉代表在第七协商组会上关于相邻或相向国家间海域划界标准问题的发言”，《中国代表团出席联合国有关会议论文集（1979.1-6）》，世界知识出版社1979年版，第83-84页。
2《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第2条第2款。
3 吴士存：《国际海洋法最新案例精选》，中国民主法制出版社2016年版，第146页。
4 李靖宇、刘琨：“关于环黄海区域的国家安全问题探讨”，《东北亚学刊》2012年第1期，第40页。
5 黄伟：《单一海洋划界的法律问题研究》，社会科学文献出版社2011年版，第197页。
6 The Gulf of Maine Cases, para.193.
7 张卫彬：“公平原则及相关情况规则探讨——兼析中国东海大陆架划界基本主张”，《当代亚太》2010年第1期，第146页。
8 冯学智：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社2013年版，第18页。

质性比例失调”，缺乏明确和客观的评估标准。在利比亚/马耳他案中，国际法院指出：“这种核查并不是数学上的精确计算，而是需要个案审查。”[1]同时，自1999年厄立特里亚/也门案以来，划界中比例检验的步骤似乎逐渐被弱化，2002年喀麦隆/尼日利亚案、2007年加勒比海案中就没有进行比例检验。这些近期的判决表明了一种趋势，即在划界程序中，最终界线的公平性已经得到了充分的保证，因此不再需要进行比例检验了。总之，中韩划界中利用相关海域海岸线长度进行比例检验的可行性较弱。

（二）基点与领海基线

基点与基线对划界的结果公平具有重大影响，因而其选择必须公平。通常来讲，确定临时界线的基点和基线是基于当事国单方面的国内法来进行的。但是，为了达到划界的结果公平，可以由国际法院、仲裁庭决定或协商确定新的基点和基线。[2]

中韩对领海基线和基点存在着一定争议。韩国认为，1996年中国依据《公约》第7条划定的直线基线存在合法性问题，主要集中在海礁、东南礁、麻菜珩、外磕脚四个基点的合法性上。其主要理由是偏离海岸的一般方向，基线内海面离海岸距离过远，并未充分接近领陆内水范围，以及不应以低潮高地为基点。[3]

但《领海及毗连区公约》第4条第4款和《公约》第7条第5款表明，“确定特定基线时，对于有关地区所特有的并经长期惯例清楚地证明其为实在而重要的经济利益，可予以考虑。”中国沿海如辽宁、浙江长期依靠外海渔场，捕鱼权是重要的经济利益。因此，中国可以据此主张上述基点的合法性。

面对韩国对中国领海基点提出的质疑，中国也可对韩国的特殊直线基线进行审查，排除或削弱韩国离海岸较远的岛屿基点的效力，以免影响等距离线的走向，对中国不利。有韩国学者也认为对作为韩国领海基点14的小黑山岛和领海基点16的红岛，中国有可能提出反对意见，排除赋予这两个岛屿全部效力。[4]

为了避免划界中双方关于基点或基线合法性的争议，许多国家并不采纳双方所宣布的基点和基线，而是选择彼此能够接受的划界基点，尤其是在一方采用直线基线的情况下更为常见。[5]因此，用作海洋划界与用来确定领海的基点和基线不一定完全相同。并且，划界界线“将主要依赖自然地理和两国海岸最凸向海洋的点”[6]。因此，中韩划界并非一定要依据双方的领海基点和基线确定划界海域，而是可以根据需要重新确定基线。

（三）渔业资源与油气资源

1 Stephen Fietta, Robin Cleverly, *A Practitioner's Guide to Maritime Delimitation*, OXFORD Press, 2016,p.157.
2 冯学智：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社2013年版，第278页。
3 Sun Pyo Kim, *Maritime Delimination And Interim Arrangement In North East Asia*, Martinus Nijhoff Publishers,2004，p.210.
4 李锡龙【韩】：“韩中间海洋划定”，《国际法学会论丛》2007年第2期，第272页。
5 高健军：《国际海洋划界论：有关等距离/特殊情况规则的研究》，北京大学出版社2005年版，第11页。
6 Stephen Fietta, Robin Cleverly, *A Practitioner's Guide to Maritime Delimitation*, OXFORD Press, 2016, p.266.

划界本身并不是为了将资源进行公平分配。因此，渔业资源这一相关情况并未在所有划界案中发挥作用。在扬马廷案中，国际法院考虑到排除渔业资源将带来极大的不公平，便根据捕鱼区的位置移动了临时等距离线。[1]但国际法院在卡塔尔/巴林案、缅因湾案及黑海海洋划界案中均指出，渔业资源虽是划界的相关因素，但忽略它并不会导致极端的不公平，仅在划界结果会给有关国家的经济带来“灾难性的影响”时，才会将其作为相关情况予以考虑。[2]

黄海具有丰富的油气资源，仅北黄海盆地就蕴藏 1.5 亿吨，南部储量更大。[3]南黄海盆地已发现巨厚的暗色岩系，类似于苏北的生油层，暗示着良好的油气资源前景。[4]石油作为国民生产生活必不可缺的重要生产资料，其开发和利用具有重大的战略意义。在北海大陆架划界案中，国际法院指出，将海域自然资源作为相关情况考虑是为避免“相关国家在未经司法判决前抢先开采”，当事国间若无协议则应平等划分或者联合开采重叠区域的资源[5]。

但根据韩国 1970 年《海底矿物资源开发法实施令》的规定，韩国七个石油开发区中的第一、二、三开发区位于黄海海域。[6]对韩国这种未经协商、单方面抢先开采跨界资源的行为，中国坚持严正抗议，并拒绝承认相关石油租让区的效力。

（四）历史性权利及临时协议

考虑大陆架和专属经济区产生之前的历史性权利和临时协议，是国际法上的条约必须信守原则（pacta sunt servanda）和禁反言原则的要求。中国在黄海海域上的历史性权利，一是关于苏岩礁，清末北洋水师的海图上就有对其的标注。1963 年中国海军和交通部首次精密测量了苏岩礁；此后，中国也多次对苏岩礁进行勘探测量，绘制海图。

二是关于渔业问题。黄海共有 12 个渔场，是世界上少有的一年四季都能捕鱼的海域。[7]在两国签署《中韩渔业协定》之前，韩国水域的对马岛、大小黑山岛、济州岛等岛屿一直是中国传统的海外渔场。[8]由于中国渔民的捕捞历史较早，很多渔民祖祖辈辈在这些渔场捕鱼，中国渔船数量约是韩国的 6 倍[9]。

但在司法划界实践中，宣示历史性权利往往比较困难，充满争议并且需要满足中立第三方认可的“国家行为标准”。并且，历史性权利虽然属于相关情况的范畴，但只能在临时界线出现不公平的情况时作为衡量的标尺，发挥一定的调整作用。也就是说，争端方不

1 吴士存：《国际海洋法最新案例精选》，中国民主法制出版社 2016 年版，第 89 页。
2 袁古洁：“对大陆架划界问题的思考”，《中外法学》1998 第 5 期， 第 72 页。
3 韩立民、都晓岩：《泛黄海地区海洋产业布局研究》，经济科学出版社 2009 年版，第 180 页。
4 杨金森、高之国：《亚太地区的海洋政策》，海洋出版社 1990 年版，第 31-32 页。
5 The North Sea Continental Shelf Cases, para. 97.
6 Greenfield Jeanette, *China' s Practice in the law of the sea*, Clarendon Press, 1992, p. 125.
7 杨金森、高之国：《亚太地区的海洋政策》，海洋出版社 1990 年版，第 31-32 页。
8 曹玮：“韩国在争议海区抢先下手有失公平原则——从国际法角度评析韩国作为”，《太平洋学报》2012 年第 3 期，第 88 页。
9 冯学智：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 248 页。

能直接主张基于历史性权利划定界线。在海洋划界案例中，历史性权利发挥的作用非常有限，并且需要有力的证据证明。在突尼斯/利比亚案和缅因湾案中，历史性权利都没有被作为相关情况予以考虑。

而在划界后签订的渔业协定等资源分配类协议中，历史性权利则发挥着更重要的作用。在缅因湾划界结果确定后的渔业协定中，美国和加拿大双方的历史渔获量是可捕量配额初期分配的重要依据。但在缅因湾划界案中，其并没有被作为划界的相关情况，也没有对划界结果产生任何影响。因此，中国若想主张对己有利的历史性权利，应当通过协商手段进行，在划界的同时一并解决渔业问题。

（五）实际控制行为

实际控制行为在划界中的作用优于其他公平标准，对划界产生着重要影响。与大陆架和专属经济区产生之前的历史性行为相比，实际控制行为无疑更加重要，因其反映了对决定采取何种措施划界很重要的事实经济利益。如前所述，自然资源如油井、矿藏，或者生物资源仅在与人类活动有密切联系时才会被予以考虑。

近期行为控制原则（The principle of recent and contemporary conduct）要求实际控制行为必须从大陆架和专属经济区产生之后开始明确实施，并良好地持续一段时间。短期的行为或者旨在促进协商而进行的行为，是不能构成实际控制行为的。因此，对“持续一段时间”的标准应当予以界定。

但由于缺乏相关的法律规定，对实际控制行为的认定还被称为“灰色地带”。关于韩国对黄海海域的石油开采和权利主张是否能构成实际控制，对海洋划界又有何影响，尚无定论。但是，实际控制行为不能改变海洋地物的本身性质。尽管韩国在其上建立了大型人工设施，苏岩礁常年没于水下，是公认的暗礁。。因此，韩国对苏岩礁的“实际控制”并不能在划界中起到实际作用。在苏岩礁上人工设施建设时期，中国就于 2000 年 11 月和 2002 年 9 月两次通过外交途径对韩国建设理由提出质疑，主张苏岩礁是东海北部的水下暗礁，韩国对位于济州岛西南部的苏岩礁的行动没有法律效力。尽管中方曾提出，韩方在苏岩礁上的活动并不能产生任何法律效果，但为了防止韩国行为对中国利益造成进一步损害，中国对此必须加以重视，也要用科研、勘探、巡航等方式积极主张自己的权益。苏岩礁管辖权应通过划界结果来确定，但鉴于韩国实际控制苏岩礁的现状，对于苏岩礁管辖权争议也适宜在协商中一揽子解决。

四、中韩海洋划界方案

中韩两国在海洋划界的国际法原则适用上争执不休，划界问题的拖延使得渔业纠纷、油气资源纠纷等愈演愈烈，降低了资源的开发利用速度，更威胁到了中国国家安全及相关

民众的安全。在这种情况下，中韩双方不妨各退让一步，协商解决划界问题。[1]

（一）采用单一划界方法

单一海洋划界，即用一条边界线长期统一地划定两国间大陆架和专属经济区的界限，已经成为海洋划界的新趋势，正如2001年卡塔尔/巴林案中国际法院总结的那样，当事国更希望确定一条“不间断的边界”，来划分各种不同的、重叠的海域。[2]

使用单一界线划分专属经济区和大陆架的国际法依据是，在200海里范围内，二者是重合的。[3]当大陆架延伸到200海里时，沿海国在两个区域享有的权利和义务是基本一致的[4]。中韩黄海争议区域具备适用单一海洋划界的基本条件。首先，就黄海的地理范围而言，整个黄海的东西宽度不超过300海里，所以中国与韩国的大陆架必定会出现权利主张重叠区域。[5]其次，就黄海的海床地形来看，黄海的大陆架虽有一条淤泥线，但总体上具有单一性。黄海全部位于大陆架上，黄海海床东部三分之一地区被来自朝鲜山脉的沙土所覆盖，西部的其他区域被中国的黄河和长江带来的粘土所覆盖，因此在二者交界处形成一条明显的淤泥线，但这并不影响整个黄海大陆架的单一性质。[6]并且中国与韩国在黄海的海岸仅为相向，地形相对较为明晰。

许多学者也主张对中韩权利重叠海域进行单一海洋划界。单一海洋划界与普通划界一样，也必须以公平原则为基础，并且对专属经济区和大陆架的划界要遵从同一个公平标准。

（二）中方应拒绝当然适用等距离方法

距离的平等并不能保证划界结果的当然公平。因此，中国应探讨在公平原则背景下划定临时界线的最佳方法。正如国际法院在1982年突尼斯/利比亚大陆架案中指出的那样，等距离方法并非习惯法的强制原则，也并不具有比角平分线、垂直海岸线、经纬线等划界方法更优越的法律地位。[7]同时，综合数种划界方法的分段划界法也值得参考。如缅因湾案中分段综合了修改后的等距离线和海岸垂直线两种方法。[8]总之，如果运用等距离方法能得到公平划界结果，则可以适用；若存在不适用等距离方法的“令人信服的理由”，则应采取其他可行的划界方法。

若在符合公平原则的前提下，中国其实并不拒绝采用等距离方法划界。[9]但中国反对将

1 黄伟、孔令杰：“论单一海洋划界的产生、发展及其原因”，《江西社会科学》2012年第3期，第137页。
2 Qatar/Bahrain, para.395.
3 《联合国海洋法公约》第57条和第76条之规定。
4 王秀英：《中日东海争议解决机制研究》，中国民主法制出版社2012年版，第101页。
5 贾涛：“单一划界理论在中韩划界中的对策与建议”，《上海市海洋湖沼学会年会暨学术年会论文集》，2014年，第16页。
6 高健军：《中国与国际海洋法——纪念<联合国海洋法公约>生效10周年》，海洋出版社2004年版，第92页。
7 Tunisia/Libya, paras.109-110.
8 The Gulf of Maine Cases, paras. 220, 225, 229.
9 中国代表在1978年第3次联合国海洋法会议上的发言中指出：若等距离方法能够实现公平结果，则可以通过协议加以适用。但若一国在达成协议前单方面将等距离线强加于另一方，则是不能接受的。

其规定为必须采取的唯一方法并当然适用。[1]因此，中方应在合理确定划界相关情况的基础上，确定应当适用何种划界方法来划定临时界线，以最大程度维护中国权益。

（三）协商解决中韩海洋划界问题的途径

虽然《公约》中规定了强制性争端解决程序，但在涉及国家主权领土纠纷时，却允许缔约国通过国家之间的协定自行选择和平的争端解决方式。按《公约》第280条的规定，各国之间的协议效力是高于《公约》本身的，这为各国通过友好协商解决争端留下了余地。

王铁崖曾表明中国在划界争端解决方式上的立场：“通常情况下，通过直接有关方面的谈判、协商和协议来求得海上边界争端的解决，是最合理和最有效的办法”。但同时，“如果当事各方同意，这种争端可以提交第三方有拘束力的解决”；但是若将其作为普遍强制性的规定，是“不妥当的”。因为根据现行国际法，“各国并没有将有关海洋边界争端提交第三方拘束性解决的一般性义务。”[2]根据公平原则友好协商，是中国解决海上边界争端的基本态度。

1、协商解决的必要性

首先，协商解决是国际法上的一项义务。《公约》第76条和第83条规定，专属经济区和大陆架的划界应当由当事方根据国际法协商达成一致来确定。如果在合理时间内未能达成一致，才应当适用《公约》的争端解决程序。《公约》第279条指出，缔约国应当采取《联合国宪章》第33条所指的“和平方法”来解决与该条约有关的争端。该种“和平方法”属于习惯国际法，对各国均有约束力。进一步地，第283条第1款指出，对于与《公约》相关的争端，缔约国有运用协商或其他和平方法交换意见的义务。根据《维也纳条约法公约》第26条和《公约》第300条，缔约国必须“诚意履行”《公约》项下的义务。根据北海大陆架划界案的判决意见，大陆架划界争端的解决应当以争端当事国之间的协商为主要的途径。[3]因此，中韩双方有必要遵守国际法义务，采用协商方式解决划界问题。

其次，单一海洋划界必须以双方协议作为基础开展。专属经济区制度和大陆架制度虽有融合趋势，但在国际法上仍是共存的，这就给单一边界的划定带来了困难。进行单一海洋划界要求采取“中立性标准”，兼顾专属经济区和大陆架的划界公平，但现今缺乏相关的国际法依据。[4]因此，单一海洋划界不能由国际法院或仲裁庭主动开展，而是需要在双方合意基础上进行。

从管辖权角度，韩国和中国分别于2006年4月、8月提交排除性声明，对于涉及海洋划界的争端，不接受《公约》第15部分第2节规定的任何国际司法或仲裁管辖，而是“在

1 庄炜：《大陆架划界的国际法原则与实践》，华东政法大学博士学位论文，2011年，第35页。
2 “王铁崖顾问在第七协商组会上关于划界争端问题的发言”，《中国代表团出席联合国有关会议论文集（1979.1-6）》，世界知识出版社1979年版，第91页。
3 叶泉：“当事国在海洋划界前的国际法义务之研析——兼论南海当事国在划界前之国际法义务”，《法学评论》2016年第6期，第99页。
4 Qatar/Bahrain, para.173

国际法基础上运用协商方法公平解决划界问题”。韩国《专属经济区及大陆架法》第2条第3款也指出:“韩国与海岸相向的国家间专属经济区界线以国际法为基础采取协议划定。”同时，中韩双方经历数次会谈，已就通过友好协商，公平解决中韩海域划界问题的基本态度达成一致，有着通过协商解决划界问题的基础。

2、协商中运用公平原则的可行性

不仅在司法手段中，国际法院和仲裁庭会适用公平原则，在争端方协商过程中，公平原则也会被援引。大部分海洋划界是由当事国协商解决的，而非通过司法裁判[1]。其中很大一部分划界协定在协商过程中运用了公平原则，如1977年哥伦比亚/哥斯达黎加海域划界协定、1990年比利时/法国领海及大陆架划界协定，1990年特立尼达和多巴哥/委内瑞拉海域划界协定等。

同时，相对于通过国际法院或国际仲裁庭进行裁决划界问题，通过协商解决灵活性更强，能够最大限度地实现双方的意愿。在协商中，争议双方仅需“在国际法基础上进行”，可以任择划界方法，以及可能不被国际法院或国际仲裁庭考虑或者不会被赋予全效力的相关情况。并且，采用协商解决争端，可以同时解决法律争端、政治争端等，且可以任意选择协商程序。[2]最重要的是，当事方全面参与并表达了自己的主张，因此更愿意接受自己通过协商达成的划界结果，从而保障了解决方案的执行效果。

3、公平原则在协商划界中的运用

公平原则在协商中的运用与司法手段不同。司法手段中，更强调在法律运用上的确定性，即通过可预期的公平标准来判断个案中与划界相关的事实，确定可以适用的法律范围，以及划界方法和程序等。在协商中则仅要求达成公平结果，当事方可以自主决定划界的方法、相关情况，划界可适用的法律范围也非常广泛。

协商中，适用公平原则的优势大于适用等距离规则。这是因为，虽然公平原则的确具有一定的模糊性，但这也为双方留下了“讨价还价”的余地。而等距离规则的适用框架太过狭窄，很难有拓展的空间。[3]

不过，公平原则并不能作为谈判进程的起点，因为它并不能像等距离规则那样，提供一条清晰的划界线。因此，在谈判期间，可先采用等距离方法划定临时、可协商的界线作为划界进程的起点，但也可以使用其他划界方法。在此之后，各方应该在公平原则的指导下，确定相关情况，通过双方协商过程取得划界成果。

4、协商中公平原则的法律依据

1 张晏瑜:《国际海洋法》，清华大学出版社2015年版，第222页。
2 张卫彬:“海洋划界的趋势与相关情况规则——黑海划界案对我国海域划界的启示”,《华东政法大学学报》2010年第2期，第48页。
3 Campbell Brooke, Hanich Quentin, Principles and practice for the equitable governance of transboundary natural resources: cross-cutting lessons for marine fisheries management, *Maritime Studies*, 2015, 14(1), p.155.

为了减少公平原则过度的灵活性，促进“法律内的公平”，国际法院和仲裁庭一直努力限定公平原则的法律依据范围。

北海大陆架划界案判决中指出，通过协商手段运用公平原则划界可以适用的法律渊源范围十分广泛，并不仅限于《公约》的规定。但这些法律渊源往往有着密切的联系并且不易辨别。主要有以下几个方面：一是首先将公平原则运用于国家实践的1945年《杜鲁门宣言》和联合国国际法委员会的法律解释；二是《联合国宪章》第33条和平解决国际争端的基本原则；三是公允及善良原则；四是法官造法，法官在个案中决定适用的现有法律，会在随后的案例中被作为参考，从而逐渐建立起一个稳定的参考框架；五是兼顾法律规定与个案判断原则。每个划界案件都有其独特之处，仅依据公平原则或等距离方法本身无法达成公平结果，需要考虑相关情况。因此，判决中既有依据法律作出的部分，也有法官主观判断的因素；六是国家实践、国家间既存的协定、新出现的习惯国际法以及法庭的考虑等等。[1]

5、协商与司法手段的关系

北海大陆架划界案中，就是在当事国谈判遇到瓶颈时，诉请国际法院对大陆架划界的习惯国际法规则做出解释，并在此基础上继续谈判确定了最终的海洋边界。不同于部分学者完全排斥划界争端中运用司法解决手段的观点，笔者以为，司法手段更适宜澄清划界应当适用的法律，而对于划界的过程，应当由争端当事方根据自己的利益协商确定。司法解决通常意义上是要确定划界的最终界线，但实际上也可以请求国际仲裁庭就划界中运用的规则进行解释。

但国际法院或国际仲裁庭对海洋边界的划定必须以当事国同意为前提。张召忠指出：“一旦划界争端双方同意将争端提交国际法院，无论判决如何，两国都必须执行。在这种情况下，中国就会承担一定风险。”[2]因此，中韩海洋划界谈判可以仅就难以解决的法律事项提交国际仲裁庭进行调查和解释，但拒绝它们对最终界线进行划定。

前文提及了许多国际法院及国际仲裁庭判例中对相关情况的认定；但在不同个案中，相同的相关情况重要性并不是完全等同的。部分相关情况可能在个案中不被国际法院及仲裁庭所考虑，例如历史性权利和捕鱼权。[3]安全和航行利益往往也不被重视。但在协商中，运用公平原则的路径和方法与之不同。在划界实践中产生的一系列的公平标准，为协商提供了大致的框架，并起到了重要的依照作用。

司法手段划界过程中，部分程序的法律确定性不足，缺乏一个明确的判断标准。一是对相关海岸的界定标准；二是对选定基点的标准；三是评估相关海岸线不成比例的标准；

1 Cottier Thomas, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation*, Cambridge University Press, 2015, p.690.
2 张召忠:《走向深蓝》，广东经济出版社2011年版，第302页。
3 Tunisa/Libya, para. 96.

四是进行比例检验的标准。

综上，采用司法手段进行整体划界还是存在一定的不确定性。为了避免这种风险，中韩海洋划界应当采取自主性较强的协商方法划定最终界线，仅在法律适用层面可以请求国际仲裁庭予以协助。

除此之外，两国也可通过《公约》第 298 条所规定的的强制调解取得相应的建议，并以此为基础进行谈判。

6、借鉴中越北部湾协商划界成功经验

中越北部湾划界的成功经验值得在中韩海洋划界中借鉴。北部湾划界中，双方按照公平原则，在互谅互让的基础上实现了双赢的划界结果。

北部湾划界成功的一条重要经验是，另外确定了相关海域，扩大了划界区域，并因此弱化了相关岛屿的效力。划界区域的面积是通常地理学意义上“北部湾”的三倍还要多。[1] 划界区域的扩大使得等距离线向越南的方向移动，并且弱化了白龙尾岛在划界中的效力，[2] 进而较好地保护了中国的利益。

解决划界问题的同时，可以一并解决渔业合作、油气开发等一揽子问题。北部湾划界中着重考虑了渔业资源的影响，划界的同时妥善解决了渔业的安排问题。最终，《中越北部湾渔业合作协定》与《北部湾划界协定》同时签署，并且可以肯定，双方确定最终划界线时着重考虑过渔业合作因素。[3]关于现有及日后发现的跨界单一油气或矿藏资源，双方经协商决定，在尊重对方在本国领海、专属经济区及大陆架相关权利的基础上进行合作开发。

五、结论

（一）中韩海洋划界的原则问题

公平的内涵丰富，意蕴深刻，其中包含了距离的公平。正如英法大陆架案判决中指出的，“划界的目的并不是同等分享划界区域，也不是成比例的分享”。[4]因此片面强调距离上平等的等距离规则是不能达成《公约》规定的划界目标——公平的。

为了减少不同界线之间的冲突，中韩海洋划界应采取单一划界方法，将专属经济区（上覆水域）和大陆架（海床底土）界限用一条单一海洋边界划出。单一海洋划界实践的发展历程表明，随着从注重划界结果到注重划界过程的转变，国际法院及仲裁庭对法律确定性的重视也在不断提高，等距离/相关情况规则因此在划界实践中得到了大量的运用。

为了调和中韩海洋划界原则的矛盾，兼顾法律与公平，可考虑适用“两步法”进行划界，即在公平原则的基础上，合理确定相关海域，采取韩国主张的等距离方法划定临时界线，再通过相关情况予以调整。但在此之前，中国应当研究确定其他划界方法是否能够达

1 Zou Keyuan, The Sino-Vietnamese Agreement on Maritime Boundary Delimitation in the Gulf of Tonkin, *Ocean Development and International Law*, 2005, 36, p. 14.
2 赋予了 12 海里领海和 3 海里专属经济区。
3 黄伟：《单一海洋划界的法律问题研究》，社会科学文献出版社 2011 年版，第 360 页。
4 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland/French Republic, para.109.

成更为公平的结果、更好保护中国利益，若没有再适用等距离方法。

（二）中韩通过协商划界的优势及挑战

中韩划界采取协商手段解决，是谨慎和明智的。首先，运用协商方法比采取第三方主导的司法手段更能体现双方的意志；其次，根据黄海的地理情况，采取司法手段解决，当然适用等距离线的可能性较大。而通过协商手段，双方可以自由选择划界方法；第三，可以协商确定划界基点及相关海域的范围，借鉴中越北部湾划界的经验扩大划界区域，使得等距离线或其他临时界线尽可能靠近韩国一侧。

但中韩通过协商进行黄海划界还面临着如下困难：从两国关系来看，近期两国因“萨德”等问题关系遇冷，缺乏互信基础，导致原定划界谈判没有如期举行；另一方面，两国海洋争端中还存在着法律解释等问题。

为此，对于前者，中韩双方必须做出相对的让步和妥协，在互利互信的基础上才能完成划界工作。对于后者，则可以由双方协议明确法律问题的范围，将争端提交各方同意的争端解决机构，然后参照仲裁意见通过协商手段继续进行实质的划界。这样，一方面，通过裁判澄清了争端解决中重要法律规范的适用问题，另一方面，又为当事国协商解决划界问题留下了空间。

参考文献

1、曹玮：“韩国在争议海区抢先下手有失公平原则——从国际法角度评析韩国作为”，《太平洋学报》2012 年第 3 期。

2、丁丽柏：“论海洋划界中的公平理念——以东海划界为例的分析”，《南京社会科学》2010 年第 6 期。

3、冯学智：《中国海洋权益争端的国际法分析》，中国政法大学出版社 2013 年版。

4、高岚君：“《中韩渔业协定》法律效力分析”，《沈阳工业大学学报(社会科学版)》2014 年第 7 期。

5、高健军：《中国与国际海洋法——纪念<联合国海洋法公约>生效 10 周年》，海洋出版社 2004 年版。

6、高之国、贾宇：《海洋法前沿问题研究》，中国民主法制出版社 2014 年版。

7、韩立民、都晓岩：《泛黄海地区海洋产业布局研究》，经济科学出版社 2009 年版。

8、黄伟：《单一海洋划界的法律问题研究》，社会科学文献出版社 2011 年版。

9、黄伟、孔令杰：“论单一海洋划界的产生、发展及其原因”，《江西社会科学》2012 年第 3 期。

10、黄炎：“论苏岩礁在中韩大陆架划界中的效力”，《大连海事大学学报(社会科学版)》2017 年第 16 期。

11、黄瑶、黄明明：“中韩与中越渔业协定及其实施的比较分析——兼论中韩渔业冲

突解决之道”，《中山大学法律评论》2013 年第 11 期。

12、贾涛：“单一划界理论在中韩划界中的对策与建议”，《上海市海洋湖沼学会年会暨学术年会论文集》2014 年。

13、李靖宇、刘琨：“关于环黄海区域的国家安全问题探讨”，《东北亚学刊》2012 年第 1 期。

14、陆洋：“纠纷不该由中韩渔业协定背锅”，《环球时报》2017 年 4 月 10 日第 2 版。

15、曲波：“对大陆架划界的几个问题的思考”，《当代法学》2006 年第 4 期。

16、疏震娅：“论等距离方法在海洋划界中的地位”，《海洋法前沿问题研究》，中国民主法制出版社 2014 年版。

17、孙立文：《海洋权益争解决机制与中国政策》，法律出版社 2015 年版。

18、唐议、李想：“海洋划界基础上渔业合作案例分析”，《太平洋学报》2016 年第 24 期。

19、王秀英：《中日东海争议解决机制研究》，中国民主法制出版社 2012 年版。

20、吴士存：《国际海洋法最新案例精选》，中国民主法制出版社 2016 年版。

21、萧建国：《国际海洋边界石油的共同开发》，海洋出版社 2006 年版。

22、辛圆、黄硕琳：“中韩海洋权益问题研究”，《上海海洋大学学报》2013 年第 22 期。

23、叶泉：“当事国在海洋划界前的国际法义务之研析——兼论南海当事国在划界前之国际法义务”，《法学评论》2016 年第 6 期。

24、袁古洁：《国际海洋划界的理论与实践》，法律出版社 2001 年版。

25、袁古洁：“对大陆架划界问题的思考”，《中外法学》1998 第 5 期。

26、詹宁斯，瓦茨：《奥本海国际法》（第一卷第二分册），中国大百科全书出版社 1998 年版。

27、张卫彬：“公平原则及相关情况规则探讨——兼析中国东海大陆架划界基本主张”，《当代亚太》2010 年第 1 期。

28、张卫彬：“海洋划界的趋势与相关情况规则——黑海划界案对我国海域划界的启示”，《华东政法大学学报》2010 年第 2 期。

29、张晏瑜：《国际海洋法》，清华大学出版社 2015 年版。

30、张召忠：《走向深蓝》，广东经济出版社 2011 年版。

31、《中国代表团出席联合国有关会议论文集（1979.1-6）》，世界知识出版社 1979 年版。

32、Campbell Brooke, Hanich Quentin, Principles and practice for the equitable governance of transboundary natural resources: cross-cutting lessons for marine fisheries management, Maritime Studies, 2015, 14(1).

33、Greenfield Jeanette, China's Practice in the law of the sea, Clarendon Press, 1992.

34、J. I. Charney, The American Society of International Law Maritime Boundary project, Maritime Boundaries, 1994.

35、S. P. JAGOTA, Maritime Boundary, Martinus Nijihoff Pub, 1985.

36、Stephen Fietta, Robin Cleverly, A Practitioner's Guide to Maritime Delimitation, OXFORD Press, 2016.

37、Sun Pyo Kim, Maritime Delimination And Interim Arrangement In North East Asia, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

38、Thomas Cottier, Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation, Cambridge University Press, 2015.

39、Zou Keyuan, Law of the Sea in East Asia: Issues and Prospects, N.Y.:Routledge, 2005.

40、Zou Keyuan, The Sino-Vietnamese Agreement on Maritime Boundary Delimitation in the Gulf of Tonkin, Ocean Development and International Law, 2005(36).

从中国海峡两岸司法协助现状看将构建南北韩司法协助机制的启发

– 以刑事司法协助为主

梁孝玲(韩国全北大学)

摘要：韩国根据《国际刑事司法协助法》和《罪犯引渡法》，解决国际刑事司法协助和罪犯引渡问题。与此相反，韩国没有与北韩就解决刑事案件而全面签署协议。为了加强南北韩之间法律领域的交流合作，韩国首先应该考虑以北韩互助为基础的“南北韩司法协助”问题. 从与南北韩情况类似的中国海峡两岸关系来看，中国海峡两岸将法律冲突问题处理为“区际法律冲突”，为了解决该冲突问题，制定并实施了“区际司法协助”. 韩国也考虑到不能将北韩视为外国的特殊性，将南北韩之间发生的法律冲突问题视为“区际法律冲突”，并需要讨论制定解决南北韩法律问题的“区际司法协助”方案，这也是通过法制交流取得合作成果的好机会。因此，南北韩之间需要克服司法制度差异的方案，即在刑事司法协助方面，实体法规定和程序等，应考虑“南北韩关系的特殊性”，以“互惠主义”为基础，签订以条约形式的《区际刑事司法互助协议》。

关键词：海峡两岸，南北韩关系，区际司法协助，南北韩区际刑事司法协助，

1. 引言

一直以来，在南北韩交流合作的过程中，除了政治问题外，经济交流合作方案也成为主要议题。但实际上，可以说南北韩之间几乎没有能够支撑这些讨论的持续性和稳定性的法律领域的交流合作。而且，平昌冬奥会结束后，以通过南北韩首脑会谈达成协议的《板门店宣言》为开端，南北韩不断努力在多领域进行交流与合作。在这种情况下，为了不一次性讨论结束，需要“政策法制化”。另外，今后如果南北韩交流合作活跃起来的话，人员物资交流的增加可能带来的问题，以政治形式解决的方法只会更加激发南北韩间的紧张感，在解决问题上很难取得积极效果。因此，为了加强南北韩之间法律领域的交流合作，韩国首先应该考虑以北韩协助为基础的“南北韩司法协助”问题。

中国海峡两岸将法律冲突问题处理为“区际法律冲突”，即认为是同一个国家内不同“法域”之间的法律冲突问题，为了解决该冲突问题，制定并实施了“区际司法协助”。据统计，2009年至2017年年底，中国人民法院共处理的台湾相关诉讼文书送达、证据调查、证据移

交及判决批准的司法协助案件达到70529件。[1]

韩国根据《国际刑事司法协助法》[2]和《罪犯引渡法》[3]，解决国际刑事司法协助和罪犯引渡问题。截至2015年12月31日，韩国与78个国家签订的《罪犯引渡条约》已经生效，通过《刑事司法协助条约》同74个国家建立了合作关系[4] 。 韩国根据《国际刑事司法协助法》[5]和《罪犯引渡法》[6]，解决国际刑事司法协助和罪犯引渡问题。韩国没有与北韩就解决刑事案件而全面签署协议，但已签订《开城工业地区法》[7]，并于2004年1月29日，南北韩当局签订《开城工业地区和金刚山旅游地区出入及滞留相关协议》[8] ，到目前为止，韩国还未与北韩协商讨论签订刑事司法协助方案。

因此，正文中提到了中国大陆和台湾地区之间实施的“区际司法协助”现状，通过研究为了解决两岸交流带来的犯罪问题而签订的“区际刑事司法协助”的主要内容，从而为今后在维持南北韩各自法律领域的同时，制定出能够保障法律效率方案，即制定解决访问或滞留北韩地区的韩国居民人身安全保障问题，南北韩之间发生的犯罪的“刑事司法协助”方案及有关罪犯引渡的措施，提供一些启示。

2. 中国在‘一国两制’体制下的区际司法协助

（1）中国在‘一国两制’体制下的法律冲突问题

中国政府为解决香港·澳门和台湾问题， 提出了“一国两制”的构想。 特别是香港·澳门已分别于1997年7月1日和1999年12月20日回归中国。“ 一国两制”的构想最初是为了解决台湾问题而提出的，但首先却成功地运用于解决香港和澳门问题。

中国大陆与台湾地区之间的关系非常特殊。由于特殊的历史原因，中国大陆实行社会主义制度，而台湾当局接受了西方资本主义制度。隔着一道海峡的两个地区运行着不同的制度。在这种背景下，中国大陆与台湾地区各自在不同的环境中，产生于发展相互差异的政治、经济、法律体系。中国是一个单一国家，但由于香港特别行政区和澳门特别行政区

[1] 薛永慧，“海峡两岸司法互助：成效与挑战”，《台湾问题》， 2018年 第3期，第51页。
[2] 1988年8月5日制定，2005年12月14日、2010年3月31日、2013年3月23日及2016年1月6日修订。
[3] 1991年3月8日制定，2009年11月2日、2013年3月23日、2014年11月19日及2017年7月26日修订。
[4] 安圣勋等，《有关国际犯罪调查中国外收集证据的证据能力研究》，韩国刑事政策研究院，2017年，第40页。
[5] 1988年8月5日制定，2005年12月14日、2010年3月31日、2013年3月23日及2016年1月6日修订。
[6] 1991年3月8日制定，2009年11月2日、2013年3月23日、2014年11月19日及2017年7月26日修订。
[7] 《开城工业地区法》第8条第1款规定：“无法律依据时，不拘留·逮捕韩国、海外同胞及外国人或对其进行身体及搜查住宅。”第2款中规定：“有关人身安全及刑事案件，依据南北韩协议或北韩与外国签订的条约。”
[8] 李孝元，“南北韩关系发展和与北韩司法协助方案”，《Justice》，2008年9月，第182页。

的设立以及台湾的问题的存在，导致一中国成为多法域国家。即大陆属于社会主义法系(与大陆法系)，香港属于英美法系，台湾与澳门属于大陆法系，从而中国形成了个国境内有四个独立的“法域”。[1]

中国区际法律冲突是中国社会特定历史条件下的产物，是指一个主权国家内部不同地区的法律制度间的冲突。中国的法律冲突是平等法域之间的冲突，并在世界上区际法律冲突最为独特和最为复杂的国家。中国区际法律冲突与别的多法域国家的法律冲突相比，其有以下明显的特点。第一， 在所有存在区际法律冲突的国家， 其法律冲突均有“一国一制”的国家，然而中国既有属于同一社会制度下的法律冲突，又有属于不同社会制度下的法律冲突， 则属社会制度不同的法域之间的法律冲突。第二，中国实施“一国两制”的方针而不同法域之间的法律冲突。其既有属于同一法系（如，台湾与澳门）之间的法律冲突，也有属于不同法系之间（如，港澳台与中国大陆）的法律冲突。第三，中国的区际法律冲突是一种特殊的单一制国家内的法律冲突， 即一国内存在着多个具有不同法律制度的法域，这是区际法律冲突产生的前提和最根本的原因。并除有关国防和外交方面的事项可由人民代表大会制定全国性法律外，其他事项由各特别行政区有相应的立法权，在司法上，各特别行政区最高法院享有终审权。[2] 由此可见，中国大陆与台湾地区的法律冲突情况特别复杂，其包含了一国之内不同社会·经济制度的法律冲突和不同法系的法律冲突。

（2）中国海峡两岸区际司法协助现状及法律依据

中国实行了改革开放政策以后，中国大陆与台湾地区之间的人员的来往与经济，文化领域的交流日益频繁，同时各法域的司法机关必然会遇到越来越多的涉及两岸的案件，为维护当事人的合法权益，维护各法域法律权威和司法公正，必然要开展区际司法协助。根据统计数据，2009年6月至2017年底，大陆地区人民法院共办理涉台送达文书、调查取证、罪赃移交和裁判认可司法互助案件70529件，其中，协助台方送达文件案件49231件，请求台方送达文书案件18349件；协助台方调查取证案件1105件，请求台方调查取证案件1355件；请求向台湾地区被害人返还财产（罪赃移交）案件5件，已完成返还5件；受理申请认可和执行台湾地区法院民事判决，仲裁裁决案件479件。[3]

区际司法协助通常是指同一主权国家内部不同法域之间相互为对方的司法活动提供方便与合作的一项制度。中国大陆与台湾地区之间的司法协助实施基于两岸的政治·经济体制不同，法律规定相异的等原因。

中国区际司法协助与国际司法协助相比，其有显著的特点 ：(1) 中国区际司法协助是

[1] 一国内各个具有独特法律制度的区域被称为‘法域’。 薛永慧，“海峡两岸司法互助：成效与挑战”，《台湾问题》， 2018年 第3期 ，第394页。
[2] 参用刘仁山， 《国际私法》， 中国法制出版社， 2012年，第459页，第466-468页。
[3] 薛永慧，“海峡两岸司法互助：成效与挑战”，《台湾问题》， 2018年 第3期，第51页。

一国内不同法域间的司法协助，（2）国际司法协助的法律依据主要有一国国内法中有关司法协助的规定、参加或缔结的国际司法协助条约及互惠原则，而中国区际司法协助的法律依据主要有宪法和全国性法律中所规定的司法协助的条款，各地区自己制定的有关区际司法协助的法律[1]及一国内各地区之间签订的司法协议，[2]（3）中国区际司法协助具有一定的强制性。（4）中国实施的区际司法协助主要采取非正式方式或经两岸官方授权的民间组织的行为，如两岸的红十字会，中国大陆的“海峡两岸关系协会”（以下简称“海协会”）与台湾地区的“财团法人海峡交流基金会”（以下简称“海基会”）。并且，中国更好的解决“一国两制”下的区际法律冲突要考虑遵循一些原则，如，“一国两制原则”，“平等互利原则”，“促进和维护统一原则”及“坚持按照法律与条约的规定适用国际条约和国际惯例的原则”。[3]

同时，两岸司法协助在经过长期积累探索和实践的经验，初步形成了以单边立法为依据两岸通过协商签署司法互助双边协议。例如，(1) 在协助送达司法文书方面，《最高人民法院关于如何给在台湾的当事人送达法律文书的批复》、《关于办理涉台法律事务有关事宜的通知》、《关于涉台民事诉讼文书送大的若干规定》、[4]《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查证据司法互助案件的规定》、[5]《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（以下简称《两岸人民关系条例》）。(2) 就协助调查取证有关的法律为《最高人民法院关于送达文书和调查证据规定》、《海峡两岸调查证据作业要点》[6]。(3) 关于认可与执行法院裁判与仲裁裁决的规定是《关于人民法院认可中国台湾地区有关法院民事判决的规定》、[7]《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院民事调解书或者有关机构出具或确认的调解协议书向人民法院申请认可人民法院应否受理的批复》、《最高人民法院关于当事人持台湾地区有关法院支付命令向人民法院应否受理的批复》、《关于涉台民事诉讼文书送连的若干规定》、《关于人民法院认可中国台湾地区法院民事判决的补充规定》、《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》、《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》。(4) 罪赃移交和罪犯移管有关的法律为《关于人民法院办理接收在台湾地区服刑的大陆居民回大陆服刑案件的规定》、[1]《海峡两岸调查取证及罪赃移交作业要点》及《跨国移交受刑人法》[2]。[3] 此外，两岸双边司法协议为《海峡两岸红十字组织有关海上遣返协议》（以下简称《金门协议》）、《两岸公证书使用查证协议》[4]及《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》（以下简称《两岸司法互助协助》）等。

[1] 如《香港特别行政区基本法》第 95 条，“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商进行司法方面的联系和相互提供协议。”

[2] 如 1987 年 6 月 7 日‘广东省高级人民法院和香港最高法院达成有相互委托送达民事、经济纠纷案件诉讼文书’的七条协议。

[3] 参用：曾宪义、王利明 总主编，《国际私法（第 4 版）》，中国人民大学出版社，2011 年，第 416-417 页。

[4] 该规定是首次对涉台民事诉讼文书的种类，送达方式，送达程序等进行了系统，明确规定。

[5] 该规定进一步明确了大陆地区法院办理海峡两岸民事，刑事，行政诉讼案件中文书送达司法互助业务时应当遵循的基本原则，职责分工，具体办理程序，相关保障措施等。

[6] 由台湾司法部于 2011 年 1 月订颁该规定，其为妥当执行≪两岸人民关系条例≫调查取证及罪赃移交规定，并建立定式与适当的作业标准。

[7] 人民法院认可台湾地区有关法院作出的民事判决和仲裁机构裁决有了法律依据。

3. 中国海峡两岸区际刑事司法协助

（1）中国海峡两岸区际刑事司法协助的制度化

在刑法学理论上，刑事司法协助有四种形态。即犯罪人引渡，狭义司法协助，[5] 外国刑事判决与执行，刑事诉追移送。其中，犯罪人引渡及狭义司法协助称为广义司法协助，而包括上述的四种形态在内的则为最广义司法协助。

海峡两岸刑事司法协助属于区际刑事司法协助范畴也属于广义上的司法协助，系指一个主权国家内不同法域之间开展刑事司法协助活动。[6] 即海峡两岸刑事司法协助在“一国两制”前提下的中国不同法域之间区际刑事司法合作，与不同主权国家之间开展的刑事司法国际合作具有区别。在整体上，两岸之间在法律制度、法律文化、法律思维、法律传统等诸多方面存在较大差异。特别是由于两岸没有统一的最高司法机关及最高法院，也必然决定了两岸区际刑事司法协助范围和方式具有特殊性。[7] 由此，海峡两岸的刑事司法协助无疑对共同打击犯罪、维护两岸社会治安秩序稳定与增进两岸居民的司法互助有着积极的意义。

目前，中国大陆与台湾地区在刑事司法协议领域签订了两部重要的刑事司法合作方面的协议，即≪金门协议≫和≪两岸司法互助协助≫。在这些刑事司法协议签订之前的两岸司法互助，因相关法律规定内容的零散和非系统性，司法互助多以个案的方式进行，无法形成制度性安排。而≪金门协议≫和≪两岸司法互助协议≫所涉及的司法互助内容和方式都表明了协议对政治问题的搁置，从而为两岸执法或司法机关加强合作、交流与共同打击犯罪提供了制度性的保障，并两岸通过签署刑事司法协议，进行单边立法，使得两岸司法

[1] 该规定对人民法院办理接受在台湾地区被判刑人回大陆服刑案件应遵循的基本原则，管辖法院，办理程序，刑期折抵等特殊情况的处理等作了规定，从而为在台湾的大陆被服刑人回大陆服刑的实务运作提供了依据。

[2] ≪跨国移交受刑人法≫ 第 23 条规定，台湾地区与大陆地区受刑人移交准用该法规定，从而使得台湾地区接受在大陆服刑人员回台服刑有了具体操作规范。

[3] 参照：薛永慧，“海峡两岸司法互助：成效与挑战”，《台湾问题》，2018 年 第 3 期，第 49-51 页。

[4] ≪两岸公证书使用查证协议≫是于 1993 年 4 月 29 日由海峡两岸关系协会、中国公证员协会与财团法人海峡交流基金会就两岸公证书及移交逃犯问题达成的协议。

[5] 狭义司法协助是指某一国（地区）协议他国（地区）询问证人、鉴定人、实施搜索扣押、鉴证、转交证物，送达文书，提供情报等。

[6] 王桦、周孙章，“两岸刑事司法互助实践及发展前景”，《人民检察》，2017 年 第 20 期，第 70 页。

[7] 刘冠宇、刘雪儿，“区际刑事司法协助法学理论研究”，《中国公共安全》，澳门科技大学法学院，2018 年 第 1 总第 50 期，第 15 页。

互助从个案处理步入了制度化合作。

（2）《金门协议》

《金门协议》是于1990年9月为了合作打击犯罪活动，中国红十字会总会与台湾红十字组织在金门举行商谈，就解决违反有关规定进入对方地区的居民和刑事案疑犯的遣返问题进行协商，并签订了该协议。它是1949年以来，两岸海峡分别授权的民间团体签订的第一个书面协议。虽然中国学界对该协议的法律性质认识并不一致，[1] 但它是两岸司法互助的开端。

《金门协议》包括遣返原则 、遣返对象 、遣返交接地 、遣返程序及其他五个主要方面。该协议确立了“人道 、安全 、便利”的遣返原则，遣返对象包括了违反进入对方地区的居民 、刑事嫌疑犯以及刑事犯，商定遣返交接地点为马祖-马尾（马尾-马祖），并依据遣返人员的原居地分布情况及气候、海象等因素，把厦门-金门（金门-厦门）作为替代的遣返路线、使两岸对于刑事嫌疑犯或通缉犯的遣返、无需再经由第三国辗转遣送，还对于遣返程序作了详细的规定。并《金门协议》推动了两岸进一步签订合作备忘录，如1995年1月“海协会”与“海基会”达成《两岸劫机等犯罪遣返事宜》和《违反有关规定进入对方地区人员遣返及相关问题》。

据此，《金门协议》签订后，两岸通过双方红十字组织进行涉案人员遣返，但它不能涵盖了两岸在刑事司法协助领域的所有问题。这种通过民间组织所进行的司法互助也只以个案方式进行，而无法建立常态性的、制度化的司法互助，缺乏两岸双方的协商与合意。

（3）≪两岸司法互助协助≫

2009年4月“海协会”与“海基会”签订的≪两岸司法互助协助≫是一个中国之内的不同法域之间达成的一份区际司法合作协议。该协议是以官方认可的民间组织参与为主、可以避开较为敏感的政治问题，为刑事司法协助建立较稳定有效的两岸区域刑事司法互助的途径。它与主权国家之间订立的国际司法合作协议有着区别，其涵盖刑事与民事司法互助领域。

≪两岸司法互助协助≫共有24条，分5章：(1) 总则部分规定了合作事项的范围、业务交流和联系主题，(2) 共同打击犯罪部分规定了合作范围、协助侦查、人员遣返，(3) 司法互助部分规定了送达文书、调查取证、罪赃移交、裁判认可、罪犯接返（移管）、人道探视、涵盖了刑事和民事司法互助事项，(4) 请求程序部分规定了提出和执行请求的基本程序规定，并对请求的不予协助、所涉资料的保密和限制用途以及文书格式、协助费用作出

[1] 有的学者认为该协议是典型的区际刑事司法协议，另有学者主张该协议是具有司法互助性质的准司法协议。

规定，(5) 附件部分对协议履行和变更、争议解决等问题作出规定。

由此可见，≪两岸司法互助协助≫主要涵盖了有以下的内容：（1）≪两岸司法互助协助≫第2章规定为：首先，第4条第1款规定，“双方同意采取实施共同打击双方均认为涉嫌犯罪的行为”[1] 和其第3款规定，“一方认为涉嫌犯罪，另一方认为未涉嫌犯罪但有重大社会危险，得经双方同意个案协助”。从这两条规定看，在共同打击犯罪的范围上，该协议采取的基本立场是以“双重犯罪”为原则，以“非双重犯罪”为例外。其次，第5条规定，“双方同意交换涉及犯罪有关情资，协助缉捕、遣返刑事犯与刑事嫌疑犯，并于必要时合作协查、侦办。” 可知，该协议规定的协助侦查事项原则而广泛。（2）该协议第6条除继续保留了《金门协议》有送遣返作业原则，即，“人道、安全、迅速、便利原则”，并《金门协议》只规定遣返交接双方均用红十字专用船，而该协议增加了海运或空运直航方式、人员遣返（刑事嫌疑犯）。第6条第2、3、4款还规定遣返的限制条件，其包括：① 遣返程序后置于受请求方已经开始司法程序，② 存在与受请求方重大关切利益等特殊情形时，受请求方根据情形决定是否遣返，③ 请求方原则上只能就遣返请求中的行为对遣返对象进行追诉。(3) 在两岸司法互助方面，规定了送达文书、调查取证、罪赃移交、裁判认可、罪犯移管、人道探视等内容。[2]

此外，该协议规定“双方同意之合作事项”预留了两岸合作的弹性空间，并为保障协议实施明确双方同意业务主管部门人员进行定期工作会晤、人员互访与业务培训合作、交流双方制度规范、裁判文书及其他相关的资讯。同时规定“协议议定事项”由各方主管部门指定之联络人联系实施。必要时，经双方同意得指定其他单位进行联系。[3]

据此，≪两岸司法互助协助≫是《金门协议》的基础上，由两岸官方授权机关签署的第一个综合性区际司法合作的协议，是构建了两岸司法互助的基础框架，并开展单一遣返犯罪人合作的模式。但≪两岸司法互助协助≫的相关制度设置原则性强、可操作性对较弱的特征明显， 例如，该协议未能在协议中直接明确双方司法互助的司法机关、因此两岸司法机关一般无法直接开展官方的合作。又如，由于两岸司法机关的司法权配置的不同而导

[1] ≪两岸司法互助协助≫ 第 4 条第 2 款规定了可进行合作打击的具体房最种类，即涉及杀人、抢劫、绑架、走私、枪械、毒品、人口贩运、组织偷渡及跨境有组织犯罪等重大犯罪；侵占、被信、诈骗、洗钱、伪造或变造货币及有价证券等经济犯罪；贪污、贿赂、渎职等犯罪；劫持航空器、传播及涉恐怖活动等犯罪。

[2] “调查举证”：经由司法互助机制，可洽请对方协助调查、合法取证，协助法院及当事人顺利进行诉讼程序，解决法律争议，伸张社会正义。 “罪脏移交”：透过两岸协议，协助移转犯罪不法所得，使受害人得以获得赔偿或减轻损失，不让罪犯从中牟利。 “裁判认可”：透过申请程序，经由双方法院依据各自法律并基于“互惠原则”，对方法院之民事判决、仲裁裁决予以认可，以利后续执行、主张权益。“罪犯移管”：基于人道考量，两岸经由司法互助管道，建立移管机制，在尊敬当事人意愿及符合双方法规之情形下，对于因犯案在对方受到判刑及监禁的民众予以接返，并进行后续司法程序。“人道探视”：双方将针对受刑人家属之探视，提供便利与必要并经由两岸司法互助管道，确保双方居民因案受到羁押时，合法权益受到保障。参用：薛少林，“论两岸刑事司法协助机制-以≪两岸司法互助协助≫为框架”，≪社会科学≫，2010 年 第 11 期，第 109-110 页。

[3] ≪两岸司法互助协助≫ 第 2 条和第 3 条。

致在侦查、收集证据、认定证据能力等方面的问题。[1] 所以两岸需要考虑两个协议里确定的规则制定实施细则，并参考国际惯例和由中国政府于2018年10月26日十三届全国人民大会常委会第六次会议通过的《中国国际刑事司法协助法》，[2] 将构建完整的两岸区际刑事司法协助制度。

4. 南北韩确立刑事司法协助体系的启示

(1) 旨在解决法律冲突问题而设定南北韩关系达成基本共识的必要性

从与南北韩情况类似的中国海峡两岸关系来看，两岸关系初期互不承认对方政府，全面否认对方法律效力，维持各自的统一政策和法律体系。1978年年底，中国政府在中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议(十一届三中全会)提出“对外改革开放政策”，中国大陆对台湾的统一政策和经济政策开始发生变化，而台湾政府在1987年11月宣布开放台湾居民到大陆探亲，两岸间的人员·物资交流迅速取得了进展。

另外，在解决两岸之间交流与合作过程中发生的问题，对中国大陆与台湾的关系，达成“一个中国”共识，各自确立“一国两制”和“一国两区”的统一方案，认可双方政治实体的条件下，制定并实施两岸司法协助相关方案。

韩国要想处理因推进南北韩交流合作而产生的法律问题，首先必须就“南北韩关系”达成基本共识，才能克服今后制定南北韩司法政策的障碍。.[3]

韩国国内讨论的“北韩的法律地位”观点有以下几点：(1) 在国际法和国内法层面上认为北韩是一个国家的见解和否定该观点的见解；(2) 鉴于《关于南北和解与互不侵犯及交流合作的协议》(又称《南北基本协议》) 和南北韩同时加入联合国，在国际上默认南北韩分别作为主权国家进行活动，但从民族内部看却主张北韩不是单独国家的“双重地位说”[4]；(3) 以宪法理论为基础，将南北关系现实上理解为分裂国家的南北韩关系，并非国家和国家关系，是为实现统一过程中暂时形成的特殊关系，根据北韩的双重地位，不同地适用

[1] 在台湾，刑事侦查由检察官主导，检察官有权指挥司法警察，有权决定侦查行为开展与强制手段适用，司法检查并不拥有强制处分权，仅处于协助侦查地位，而大陆公安机关却是与检查系统平行的司法主体，具有独立的行使侦查权，可采取除逮捕以外的任何强制措施。参考：薛少林，“论两岸刑事司法协助机制-以≪两岸司法互助协助≫为框架”，≪社会科学≫，2010年 第11期，第111页。

[2] 这是一部涉外刑事法律，是涉外刑事司法协助其此有了法律依据。而该法通过后加强国际刑事司法合作的法律保障。

[3] 《韩国宪法》 第3条(领土条款)“大韩民国的领土包括韩半岛及其附属岛屿。”和第4条(统一条款)“韩国实行统一，建立并推进立足于自由民主基本秩序的和平统一政策。”是大韩民国传统性和南北韩交流合作这两种价值的宪法依据，该解释与北韩的法律地位相关。参考：大法院司法政策研究院，《统一司法政策研究(4)：与北韩相关诉讼的现状和争论点》，司法政策研究院，2018年2月，第15-32页。

[4] “北韩的双重地位”意味着对内是韩国和北韩为“1个民族(1个国家)2个体制2个政府”的关系，对外是“1个民族2个国家”的关系，但这是为了区分内外关系，所以不能解释为国际法上承认其为国家或将北韩承认为外国。参考：大法院司法政策研究院，“北韩相关诉讼的现状和争论点”，《统一司法政策研究(4)》，司法政策研究院，2018年，第15-19页。

国内法或国际法(原则)的“南北特殊关系论”[1]。[2]

另外，为解决南北韩居民之间发生的法律关系，韩国法学者们提出以下几种观点：(1) 应反映《宪法》第三条领土条款，认为北韩是韩国的一部分，并适用“韩国法”的处理方法；(2) 根据《宪法》第四条“优势说”，考虑到南北韩在国际上被视为不同国家，需要处理的“国际司法处理方法”[3]；(3) 北韩虽然不是外国，但在司法法律关系上是不同于南韩通用的法律秩序的法域，因此不能将其视为韩国的一部分，通过“准国际司法处理方法”，对国际司法进行类推应用；(4) 《南北关系发展相关法律》第三条规定，“南北韩之间的交易不是国家之间的交易，而是民族内部的交易”，根据该法律适用“‘南北韩特殊关系论’的处理方法”。[4]

从上述内容中可以看出，中国大陆和台湾当局对两岸关系，已经以“一个中国”原则和“一国两制”或“一国两区”制度为基础，协商并实施双方统一方案及两岸居民法律问题的解决方案。与此相反，南北韩目前的情况是，南北韩当局各自建立并实施统一相关政策及制度，南北韩居民之间发生的问题大部分都是通过政治方法解决，因此很难寻求通过法律途径解决的方案。特别是，要想以法理为基础处理因推进南北交流合作而发生的民事、商事及刑事案件，首先要在政府层面上就设定南北韩关系达成基本共识，这样才能有助于制定解决今后南北韩居民法律冲突问题的方案。

(2) “区际司法协助”讨论的必要性

中国大陆和台湾之间的交流与南北韩国不同，在中国政府的主导下确立并推进“一个中国”的原则和“一国两制”，并以此为根据积极制定司法合作方案，以最大限度地减少两岸法律冲突。

如前所述，中国大陆和台湾的学者认为两岸法律冲突问题是“一个国家”内存在相互不同的两个社会制度和不同法域（legal district）[5]而产生的问题，很难以传统的国际法律理论解决，认为该问题属于“区际法律冲突”，并寻求解决方案。

[1] “特殊关系论”是根据分裂国家的现实需要引入的理论，其特性上不能将其属性用法律理论来规定。在引入的宗旨和背景等其特殊性的基础上，以指向统一的暂定性、民族自决性、相互性和对等性、开放性或变动性、动态发展性等为特征。杨英熙，“北韩的法律地位”、《统一司法政策研究(1)》，2006年，第19-20页；李周贤，“南北韩特殊关系论的意义”、《南北韩交流相关的法律问题(1)》，“法院行政处”，2012年，第60-61页。

[2] 石广铉，“南北韩居民间法律关系的正确规律”，《国际司法研究》，2015年 12月；尹尚道，“南北韩居民之间非法行为损害赔偿案件的法律问题”，《统一司法政策研究》，第1卷，2006年；李孝元，“为合理解决南北韩刑事案件的法律制度构建方案”，《刑事政策研究院研究总书》，2008年 12月。

[3] 参考大法院司法政策研究院，“与北韩相关的诉讼现状和争论点”，《统一司法政策研究(4)》，司法政策研究院，2018年，第16页。

[4] 石广铉，“南北韩居民间法律关系的正确规律”，《国际司法研究》，2015年 12月，第340页-343页。

[5] 一国内各个具有独特法律制度的区域被称为 “法域”. 刘仁山，《国际司法》，中国法制出版社，第460页。

尤其是，针对两岸之间的“区际法律冲突”问题，双方坚持各自主张的“一两国制”和“一国两区”方案，因此通过非政府机关协商的民间机构进行处理。另外，除台湾以外的与香港、澳门的法律冲突问题也规定为“区际”或“域际”法律冲突进行解决是最大特点。

1991年，韩国以《南北基本协议》及其附件为基础，2005年制定了《南北关系发展相关法律》，这为推进考虑到分裂国家特殊性的对北韩政策和统一政策提供了法律依据。此外，为解决南北韩居民接触而产生的纠纷，虽然签署了《关于解决南北商事纠纷解决程序的协议》和《关于成立和运营南北商事仲裁委员会的协议》，但由于南北韩之间的政治紧张关系，至今尚未制定相关的后续措施。而且，现行的南北韩人员·物资交流与中国海峡两岸交流不同，主要是由韩国居民访问或者滞留在北韩地区(北韩开城工业地区和金刚山国际旅游特区)[1]，因此制定包括保障在韩国人人身安全保障问题在内的民事、商事和刑事纠纷解决方案迫在眉睫。

如此，为了解决南北韩之间发生的纠纷，比起利用政治方面的解决方法，应该制定考虑到交流的持续性和稳定性的法律上的解决方案。特别是，北韩适用的是不同于韩国的司法制度和法律体系，因此不得不考虑排除北韩的司法权[2]。最重要的是，由于对对方制度的不信任，在适用法律上，对相关法律的解释及适用标准等相关问题应以南北韩间的协商为基础予以解决，因此，首先应就南北韩间司法互助问题进行协商。

因此，就像中国海峡两岸之间以“实事求是”为基础，克服两岸司法制度异质性一样，韩国可以以《宪法》为首，根据国内法和南北韩之间签署的“协议”[3]，考虑到不能将北韩视为外国的特殊性，将南北韩之间发生的法律冲突问题视为“区际法律冲突”，讨论制定解决南北韩法律问题的“区际司法协助”方案，这也是通过法制交流取得合作成果的好机会。[4]

(3) 以条约形式签订《区际刑事司法互助协议》

如前所述，中国大陆和台湾当局以“区际司法互助”体系为基础，“半官半民”性质

[1] 韩明燮，《统一法制特讲义》，academy hanul，2016年，第380页。

[2] 李孝元，“南北韩关系发展与北韩司法协助方案”，《Justice》，2008年9月，第176页；韩明燮，“摸索发展南北交流合作的南北司法协助方案”，法务部·司法政策研究院·韩国宪法学会共同学术大会发表论文，2018年11月19日，第138页；李东熙，《南北韩刑事司法协助的现状和课题》、《比较刑事法研究》，第7卷第25期，韩国比较刑事法学会，2005年，第200页。

[3] 《宪法》 第3条、第4条，《国家安全法》 第2条，《刑法》 第2条、第87条、第92条，《国家机密保护法》 第2条、第11条、第13条，《国家情报院法》 第3条，《关于南北和解与互不侵犯及交流合作的基本协议》序言，《关于南北关系发展的法律》 第3条等。

[4] 韩国国内提出的《地区间刑法适用方案》基于“南北韩特殊关系论”提出，但也有些人提出批判的声音，指出该方案存在韩国统治权无法触及的现实局限性并缺少南北韩之间适用的法律依据，而且有可能违反宪法上保障的“罪刑法定主义”。李孝元，《南北韩特殊关系论的宪法学研究-有关南北交流合作的规范体系探索》，首尔大学法学博士学位论文，2006年，第301页。

的中国“海协会”和台湾“海基会”通过“汪辜会谈”解决两岸之间的“区际法律冲突”。其代表性的例子就是《金门协议》和《两岸司法互助协助》。《金门协议》是与司法机关的协助及海上、走私、抢劫等犯罪活动问题的遣返工作有关。并于2009年首次签订具备司法互助协议性质的《两岸司法互助协助》，解决以下问题：对送达司法文书、调查取证、搜查等的相互协助，民事审判、仲裁的相互承认，移送已确定刑事审判的犯人，人身拘留会面时提供便利，重大犯罪、经济犯、受贿罪、恐怖袭击犯罪等的调查资料交换，协助逮捕和罪犯移管，必要时进行共同调查等。此外，2018年10月26日，中国也通过了《国际刑事司法协助法》，提高了刑事司法协助方案的国际化水平，进而期待两岸相关方案的变化。

韩国与北韩想要持续推进南北韩间的人员·经济交流，虽然首先解决政治问题很重要，但是在这个过程中，为了南北韩居民们之间的稳定交流合作，制度方面的法律保障是其前提。目前，南北韩之间已经制定了很多“协议”，但这些“协议”的主要内容大都只是原则性规定，并未落实相当于后续措施的相关规定。因此，需要克服南北韩之间的司法制度差异的方案，即制定法律应用所需的法律解释和适用标准，在刑事司法协助方面，实体法律规定和程序等，应考虑“南北韩关系的特殊性”，以“互惠主义”为基础，签订以条约形式的《区际刑事司法互助协议》。[1] 最重要的是，为了保障该协议的实效性，在讨论司法协助方案的过程中，应该相互协商提出制定“协议”后续措施所必需的基本方针，以便能够在实务中进行具体的工作。

(4) 南北韩刑事司法协助方案的具体化

南北韩之间将签署的《区际刑事司法协助》方案不同于国际刑事司法协助，旨在将南北韩居民之间发生的刑事案件，视为同一个民族(国家)内部之间互不相同的法律制度和法域之间的法律冲突，并制定其具体解决方法。 南北韩之间将签署的刑事司法协助，是为了反映南北韩政治状况下的特殊关系，以韩国居民访问北韩时人身安全保障方案和为处理刑事案件的法律保护程序以及罪犯引渡、刑事判决的执行(执行的接管和执行的请求)为中心，以“实事求是”为基础进行讨论。

① 有关保护南北韩居民人身安全保障的措施

首先，考虑到南北韩之间的经济交流特点和发生在北韩的威胁韩国居民人身安全的事

[1] 参考：梁孝玲，“关于中国外商投资法制成果和确立南北经济交流法制的启示”，《中国法研究》 第17集，2012年6月，第138-139页；梁孝玲，“中台两岸经济交流合作投资纠纷解决机制与对南北韩经济合作的启示”，《法学研究》 第27卷 第4期，2017年12月，第370-371页；梁孝玲，“中台两岸经济交流合作法制的特点和确立南北经济合作法制的启示”，《东北亚法研究》 第11卷 第2期，2017年9月，第44-45页。

件[1]，在北韩地区出入及滞留问题上，首先需要解决韩国居民人身安全保障问题。

在保障人身安全方面，中国海峡两岸没有拟订有关‘协议’，而是根据各自的法律体系，实行国内立法[2]和行政措施，在两岸政府统治权行使的范围内行使刑事司法权。[3]

南北韩的情况也是如此，在没有制定特别立法的情况下，北韩方面凭据的《人身安全保障备忘录》、《开城工业地区法》相关规定[4]、南北韩之间签署的现有协议[5]以及2004年1月29日签署并于2005年8月5日生效的《关于开城工业地区和金刚山旅游地区出入及滞留协议》(以下简称《开城工业地区和金刚山旅游地区滞留协议》)[6]中只规定了在特定地区内保护与韩国居民有关的人身安全的原则性规定。即南北韩各自在国内法和交流相关“协议”中只设置部分规定，保护韩国居民的人身安全，因此，最终将根据各自的法制体系中允许或排除范围，决定其保护范围和基本原则。

因此，人身安全问题不仅是对韩国居民的保护，还可以应对今后南北韩居民之间的往来，适用于全体居民，克服了地区局限性的协议事项，例如人身安全保护的基本原则、保障南北韩之间往来的自律性、出入境程序、滞留、出入境限制对象、强迫来访者人身自由的紧急措施、犯罪类型及相关制裁措施、业务执行机关（主体）、共同调查及相关信息的相互交换等规定，有必要通过事前协商制定并施行“另外的协议”，或者在《刑事司法协议》中设置相关章节，适用具有法律约束力的一贯性规定，以解决今后南北韩交流合作过程中发生的诸多问题。

② 刑事司法协助相关措施

南北韩之间的刑事司法协助是指，不把北韩视为外国，将一个民族内部在不同的法域内发生的刑事案件，以南北韩司法机关的合作为基础，为打击在韩半岛特定地区或整个地区发生的犯罪活动顺利开展刑事程序的方案。

首先，为保证南北韩之间的刑事司法协助顺利进行，有必要选定负责相关业务的“责任机构”。制定中国海峡两岸司法合作相关协议及协助方案的机构就是“海协会”和“海

[1] 例如，1996年6月金刚山游客被扣留事件、2001年1月北韩对金刚山游客进行强制调查事件、2004年开城工业地区韩国劳动者发生凶器伤人事件、2008年7月发生的金刚山女游客被枪击身亡事件、2008年12月发生的北韩开城工业地区通行滞留措施、2009年3月发生的现代峨山职员被强制扣留事件等。

[2] 例如，中国大陆制定并实施《关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》、《关于人民法院办理海峡两岸送达文书和调查证据司法互助案件的规定》、《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》、《关于认可和执行台湾地区仲裁裁决的规定》等，台湾制定并实施《两岸关系条例》（第7条、第8条、第74条），《海峡两岸送达文书作业要点》、《海峡两岸调查证据作业要点》等

[3] 台湾方面就大陆居民“犯罪”处理问题，原则上将“轻微犯罪”驱逐出境，只对“重大犯罪”予以处罚。参考法务部《中国与台湾交流合作法制研究》，2008年，第375-376页。

[4] 《开城工业地区法》第8条。

[5] 最具代表性的例子：1992年9月17日《关于履行和遵守南北交流合作的附属协议》第10条。

[6] 本协议规定，在开城工业地区和金刚山旅游地区内，北韩刑法一般适用范围被排除在外，除了“严重违反行为”的情况外，北韩对韩国居民的刑事司法权被排除在外。该协议书第10条规定了有关人身安全保障的6项条款，第14条明确规定了协议书的法律性质。

基会”。这两个机构克服两岸政府之间无法进行接触的局限性，代理政府机构在多个领域达成协议，发挥着解决两岸问题的窗口作用。[1] 韩国也需要制定刑事司法协助方案，以便在南北韩之间的政治负担下，由政府委任的“民间谈判机构”就目前在交流过程中难以直接解决的问题进行协商，[2] 就协议内容通过南北韩政府及司法机构之间的业务分工，在各领域进行合作。

第二，与确立“刑事司法协助的基本原则”相关，与中国两岸关系一样，南北韩关系也应制定历史背景为基础反映特殊性的“区际刑事司法协助”的基本原则的相关规定，例如“互惠主义”、“双重归罪原则”、“一事不再理原则”、“罪名特定原则”等。特别是应该确定南北韩相互之间可能排除的刑事司法权范围。即要考虑到政治犯罪和军事犯罪者的不引渡原则，对在南北韩历史敌对关系中发生的犯罪不追诉，可能伤害国家主权、国家安全保障及安宁秩序或良风美德的条款，以及任何可能成为拒绝协助的罪犯的“双重处罚原则”等。

第三，关于“南北刑事司法协助的主要内容”，不仅包括目前南北韩之间的交流现状，对于今后南北关系扩大后可能发生的犯罪中的打击犯罪、搜查、审判、执行刑罚以及引渡罪犯人可能成为协助的主要内容。

另外，从地区范围上看，应该考虑到南北韩全境，而不是限于目前的特定地区，最重要的是南北韩的刑法处罚对象的犯罪内容不一致，因此应该通过南北韩之间的协商确定以“互惠主义”为基础的犯罪类型。

在协助搜查阶段，要考虑到基础搜查及相关资料的请求和交接、证据收集、物证移交、犯罪的侦查搜查验证等方面的协助、共同搜查、拘留犯罪嫌疑人和疑犯时允许提供会面便利并允许辩护人帮助、逮捕和引渡犯罪嫌疑人、协助请求及拒绝理由、信息共享等，而刑事裁判过程中需要对裁判所需程序上的协助、刑事判决执行、罪脏移交及引渡其他犯罪物品、移送已确定刑事裁判的服刑人等进行刑事司法协助。[3]

第四，应考虑执行刑事判决为南北韩刑事司法协助的一环。外国刑事判决的执行，通过“接管执行”和“请求执行”保障实效性。南北韩之间将实行的“接管执行”和“请求执行”，前者是指南韩居民在北韩地区刑事审判程序结束后，为在韩国地区执行刑罚，韩国当局要求宣判方将南韩居民引渡给韩国，后者是指宣判方(北韩法院)为使案件当事人在北韩地区执行刑罚，向韩方要求引渡当事人到北韩。

[1] “海协会”和“海基会”相关内容参考：梁孝玲，“中国台湾两岸经济交流合作法制的特点和确立南北韩经济合作法制的启示”，《东北亚法研究》第11卷 第2期，2017年9月，第31-32页。

[2] 参考：梁孝玲，“中台两岸经济交流合作投资纠纷解决机制与对南北韩经济合作的启示”，《法学研究》第27卷 第4期，2017年12月，第365-366页。

[3] 2009年修订的《国际刑事司法协助》(韩国)第五条规定，“协助”的范围是“对人或物的材料的搜查，文件、记录的提供，文件等的送达，证据收集，搜查或者验证，物证等物的移交，听取陈述，除此之外请求国提供证言或者协助调查的措施”。

中国两岸实行的“刑事判决的认可和执行”方案，两岸均采取“消极承认原则”[1]，从有利于受刑人的立场考虑，予以比较宽大处理。在此过程中，为了反映“人道主义”，考虑“一事不再理原则”、“两岸刑事判决的认可与执行的效力对等性”和“有利于受刑人的执行请求”等因素进行处理。[2]

从韩国的情况来看，由于不承认南北韩之间的关系是国家之间的关系，因此，借用“外国刑事判决执行”制度存在一定的局限性。特别是，在北韩的司法体系中，并没有如实反映执行刑罚制度的透明性和人道主义，因此，有必要在开始前讨论北韩对刑事判决的认可和执行的相关方针。

③ 有关罪犯引渡的措施

罪犯引渡是刑事司法领域的国际合作所采取的措施，对在外国犯罪后逃往本国或被判有罪后留在本国的罪犯，为刑事追诉或执行刑罚而将罪犯引渡给相关国家。[3]

中国两岸关系在人员交流初期，通过基于个别案件自行规定的“出入境管理制度”，对认定有犯罪行为的居民，不允许其访问两岸或采取强制驱逐出境措施等进行管理。[4] 而“区际刑事司法协助”体系确立后，根据《金门协议》和≪两岸司法互助协助≫管理非法入境者、刑事嫌疑人及罪犯的遣返等事项。特别是≪两岸司法互助协助≫ 第11条中规定，对于犯罪移管，作为罪犯引渡基本原则，以“人道主义”和“互惠原则”为前提，请求人、被请求人及被判刑人全部同意为引渡的必要条件。

韩国《罪犯引渡法》规定包括，第三条“罪犯引渡案件的专属管辖权”，第四条“即使没有签订罪犯引渡条约，请求引渡的国家保证对同一种引渡犯罪答应韩国提出引渡请求时适用本法。”有关“互惠原则” 的规定，考虑人权保障规定的第六条” 本地居民不移交原则”，第七条和第九条规定对引渡犯罪对象的限制、拒绝引渡的绝对理由和拒绝引渡的任意理由。[5]

但基于南北韩把对方视为“国内”而不是“外国”的特殊性和经济交流的特点，南北韩之间的罪犯引渡问题很有可能通过政治协商得到解决。特别是，如果韩国居民在北韩开城工业地区或金刚山旅游地区犯下普通犯罪或重大犯罪(如,杀人罪)后逃往北韩，就很难根据韩国《罪犯引渡法》进行相关程序，因此，需要参照韩国《罪犯引渡法》第五条和第六条关于“引渡原则”和“引渡犯罪”的规定[6]，协商制定“引渡逃犯”基本原则。

---

[1] 《中国刑法》 第 10 条和《台湾刑法》 第 9 条。
[2] 时延安，“论海峡两岸间行事裁判的承认”，《中国刑事法杂志》，2010 年，第 10 期， 第 10-11 页。
[3] 李孝元，“南北韩关系发展与朝鲜司法协助方案”，《Justice》，2008 年 9 月，第 176 页
[4] 如《台湾地区与大陆地区人民关系条例》，《中国公民往来台湾地区管理办法》，《大陆地区人民进入台湾地区许可办法》等。
[5] 截至 2018 年 10 月，与中国、日本、美国等共 31 个国家签订“罪犯引渡条约”。
[6] 《罪犯引渡法》第五条(关于引渡原则)规定：“在大韩民国领域内的罪犯，根据本法规定，可以根据请求国的引渡请求，向请求国提出追诉、审判或执行刑罚。”第六条(引渡犯罪)“根据大韩民国和请求国的法律，引渡的犯罪只有符合判处死刑、无期徒刑、终身监禁、一年以上长期有期徒刑或者监禁的条件时，才能引渡罪犯。”

【 参考文献 】

◎ 中国参考书及论文

刘仁山， 《国际私法》， 中国法制出版社， 2012年

曾宪义、王利明 总主编， 《国际私法（第4版》)，中国人民大学出版社，2011年

薛永慧，“海峡两岸司法互助：成效与挑战”，《台湾问题》， 2018年 第3期

刘冠宇、刘雪儿， “区际刑事司法协助法学理论研究”， 《中国公共安全》，澳门科技大学法学院， 2018年 第1期 总第50期

安圣勋等，《有关国际犯罪调查中国外收集证据的证据能力研究》，韩国刑事政策研究院，2017年

王桦、周孙章，“两岸刑事司法互助实践及发展前景”， 《人民检察》， 2017年 第20期

时延安，“论海峡两岸间行事裁判的承认”，《中国刑事法杂志》，2010年

◎ 韩国参考书及论文

大法院司法政策研究院，《统一司法政策研究(4)：与北韩相关诉讼的现状和争论点》，司法政策研究院，2018年 2月

大法院司法政策研究院，“北韩相关诉讼的现状和争论点”，《统一司法政策研究(4)》，司法政策研究院，2018年

韩明燮，"摸索发展南北交流合作的南北司法协助方案"，法务部·司法政策研究院·韩国宪法学会共同学术大会发表论文，2018年 11月 19日

韩明燮，《统一法制特讲义》，academy hanul，2016年

安圣勋等，《有关国际犯罪调查中国外收集证据的证据能力研究》，韩国刑事政策研究院，2017年

梁孝玲，“中台两岸经济交流合作投资纠纷解决机制与对南北韩经济合作的启示”，《法学研究》 第27卷 第4期，2017年 12月

梁孝玲，“中台两岸经济交流合作法制的特点和确立南北经济合作法制的启示”，《东北亚法研究》 第11卷 第2期，2017年 9月

梁孝玲，“关于中国外商投资法制成果和确立南北经济交流法制的启示”，《中国法研究》 第17集，2012年 6月

石广铉，“南北韩居民间法律关系的正确规律”，《国际司法研究》，2015年 12月

李周贤，“南北韩特殊关系论的意义”、《南北韩交流相关的法律问题(1)》，“法院行政处”，2012年
李孝元，“为合理解决南北韩刑事案件的法律制度构建方案”，《刑事政策研究院研究总书》，2008年 12月
李孝元，“南北韩关系发展和与北韩司法协助方案”，《Justice》，2008年 9月
李孝元，《南北韩特殊关系论的宪法学研究-有关南北交流合作的规范体系探索》，首尔大学法学博士学位论文，2006年
杨英熙，“北韩的法律地位”、《统一司法政策研究(1)》，2006年
尹尚道，“南北韩居民之间非法行为损害赔偿案件的法律问题”，《统一司法政策研究》，第1卷，2006年
李东熙，《南北韩刑事司法协助的现状和课题》、《比较刑事法研究》，第7卷 第25期，韩国比较刑事法学会，2005年

金融科技时代的韩国金融创新法律制度评释

-以《互联网专业银行特例法》和《金融创新支援特别法》为例

董新义（中央财经大学）

一、引言

在亚洲地区，韩国应当是金融创新立法极其活跃的国家。继 2016 年韩国通过修改《关于资本市场与金融投资业的法律》（俗称《资本市场法》）引入互联网金融股权众筹的法律制度[1]以来，韩国政府的金融创新立法步伐就未停止过。自文在寅总统执政以来，韩国政府就开始实施经济发展模式的大变革。而支撑该模式大变革的是三大支柱。其一是成长与分配良性循环的“所得主导发展”，其二是破除陈旧制度和规制从而确保新的成长动力的“创新发展”，其三是要对就像“倾斜的运动场”一样的市场予以扶正的“公平经济”。以这三个支柱为框架，韩国政府政策制定的方向就是希望改变以往“以企业投资和出口”的发展模式，转化为克服经济蔓延的不平等以构筑更加均衡的发展模式。作为实现“创新发展”法制保障，《信息通信融合法》《产业融合法》《金融创新特别法》《规制自由特区法》所谓的“监管沙盒”四法被正式立法，并于 2019 年起正式实施，从而将大范围地选定豁免或者执行犹豫的企业或服务，可以说，2019 年已经成为韩国金融创新法制改革的元年。

综合韩国金融委员会发布的政策以及相关部门领导的讲话内容，不难发现韩国政府对金融创新改革的目的和宗旨就是为了促进金融圈之间的竞争、大力培育金融科技等新型金融产业。2018 年 7 月 25 日，韩国金融委员会委员长崔钟久（音译）在讲话中提出，金融创新是金融改革的核心，要恢复对金融的信赖，要以强化金融本来资金中介功能作为金融创新促进的方向。具体来讲，就是要促进金融圈竞争、允许新的参与人进入金融行业，从而在量的方面创造更多的就业岗位。为了实现这一目标，政府将邀请国会迅速审议《互联网专业银行特例法》、“监管沙盒”法案—《金融创新支援特别法》、体系性保护金融消

作者简介：董新义，中央财经大学法学院副教授，中央财经大学科技与金融法律研究中心主任，韩国高丽大学法学博士。Email：dongxinyi@cufe.edu.cn.
注：本文为初稿，尚需进一步修改，请勿引用。
[1] 该法律制度的详细内容可参见董新义：《韩国投资型众筹法律制度及其借鉴》，载《证券市场导报》2016 年第 2 期。而我国全国人大常委会在 2019 年 4 月下旬公开的《证券法》（三审稿）修改草案第 11 条第 1 项规定了利用互联网平台进行公开发行证券的制度（公权众筹）。该草案内容为：“通过国务院证券监督管理机构认可的互联网平台公开发行证券，募集资金数额和单一投资者认购的金额较小的，可以豁免核准、注册”。但是就该草案内容来看，股权众筹制度规定极其原则，不具可操作性，只能等中国证监会制定实施细则。

费者的《金融消费者保护法》以及为了构建债权金融机构为中心的日常结构调整体制的《企业结构调整促进法》等立法。

正是在此背景下，韩国于 2018 年 10 月 16 日正式通过《互联网专业银行特例法》（以下简称《互联网银行法》），该法于 2019 年 1 月 17 日起正式实施；2018 年 12 月 31 日则通过《金融创新支援特别法》（以下简称《金融创新法》），该法于 2019 年 4 月 1 日起正式实施。2019 年以来，针对 P2P 网络借贷金融领域中出现的诸多问题，韩国政府又准备对 P2P 网络借贷予以正式立法，也希望通过立法对创新性金融给予扶持，同时又予以均衡规制。最近在 5 月 21 日召开的“2019 韩国金融未来论坛”上，韩国金融委员会金融创新企划团团长权大荣（音译）在大会上宣布，今后韩国将在“我的数据产业、我的支付产业”等金融结算领域引入新的产业，全面介绍了韩国的数字金融产业政策方向。为了引入这些新的产业，权大荣团长提出了三大需要解决的问题：数据开放法制的基础设施构建、结算基础设施开放以及新金融结算产业的引入。毋庸讳言，在金融科技时代，韩国的金融创新立法力度之大，数量之多，值得我国关注。本文以韩国《互联网银行法》和《金融创新法》为例，对韩国创新性金融立法的核心制度予以介绍，以期为我国金融创新法律制度构建提供思路。

二、《互联网银行法》的核心制度

《互联网银行法》共由 23 个条文构成，包括总则、互联网专业银行（以下简称互联网银行）的设立等、维持健全性经营、监督检查、课征金的课处及征收、辅则、罚则共七章。《互联网银行法》第 1 条规定了立法目的，规定该法是为了对金融和信息通信技术相融合的互联网银行，对在适用《银行法》时予以特例化规定，从而促进金融创新和银行业的健全性发展，提高金融消费者的便利，以服务于国家金融产业和国民经济的健全发展。第 2 条对适用《互联网银行法》的互联网银行进行了定义，规定互联网专业银行是指主要以电子金融交易（是指《电子金融交易法》第 2 条第 1 号规定的交易）为方式进行营业的银行业者。第 3 条则原则性规定了《互联网银行法》与其他法律适用（特别是与《银行法》）的关系，凸显了互联网银行应适用的基本法《互联网银行法》是《银行法》的特例法的基本依据。该法第 3 条规定，对于互联网专业银行，除了本法有特别规定的除外，其他适用《银行法》相关规定。在解释或适用本法和《银行法》以外的其他法律时，依据本法设立的互联网专业银行，视为依据《银行法》的规定而取得认可（审批）而设立的银行。从全部法律条文内容来看，以下几个核心制度值得特别关注。

（一）对互联网专业银行的设立条件做出了特殊安排

在《互联网银行法》第 2 章，对互联网专业银行的设立规定了许多不同于一般商业银行设立的特殊规定，在现有的《银行法》基础上做出了特殊修改。例如，该法第 4 条规定了互联网银行最低资本金的特例，规定互联网银行的资本金可以不适用《银行法》第 8 条

第 2 款第 1 项[1]的规定，可以确定为 250 亿韩元以上。同时在互联网银行营业期间，必须始终维持该资本金要求。

另外，对长期以来在韩国社会引起广泛争论的“银产分离”政策，本次在《互联网银行法》制定过程中，又成为论争的焦点，“银产分离”政策的主要目的是为了防止银行成为财阀企业的“金库”，对产业资本入股互联网银行股份的比例做了限制，在韩国社会一直是一个规制的焦点问题。正是如此，该法第 5 条对非金融主力者（实际上是指产业资本）的股份保留限度做了特殊规定，一方面维持了《银行法》对产业资本加以严格限制的要求，另一方面，考虑到互联网银行依赖通信产业的特殊要求，在规制的基础上允许适度的创新，所以该法将《银行法》第 16 条之 2 规定[2]的非金融主力者（产业资本）所占公司有表决权股份的比例最多不能超过 4%(地方银行为 15%)，上调至最高不能超过 34%。

（二）《互联网银行法》对健全性经营做出了特殊要求

该法第三章对互联网银行的健全性经营做了限制，以确保互联网银行经营维持健全性。例如该法第 6 条规定，虽然《银行法》第 27 条规定了银行可以从事的业务范围（包括活期存款、定期存款或有价证券等的发行、资金的贷出或者票据的贴现以及外汇等业务）和第 27 条之 2 规定的银行附属业务（如债务的保证或者票据的承兑、地方政府金库的代行、电子交易相关资金支付等），但是禁止互联网银行向一般的大型法人开展贷款业务，但可以向《中小企业基本法》第 2 条第 1 款规定的中小企业进行贷款业务。

同时，该法对同一贷款人等贷款比例限度也做了调整，该法第 7 条（同一贷款人的贷款限度）规定，虽然《银行法》第 35 条第 1 款对同一贷款人的贷款限度做了限制（不得超过银行自有资本的 25%），但是互联网银行一般来讲却不得超过该银行自有资本的 20%的比例进行贷款。只有在属于特殊情形且属于总统令规定事项的情形下，才有例外适用的情况，例如为了国民经济或者提高确保互联网银行的实效性确有必要时；尽管互联网银行并未增加贷款数额，但是由于自有资本的变动、同一贷款人构成的变动等导致超过前述比例的情形等。

（三）对大股东的行为进行了特别限制

该法第 8 条（对大股东贷款的禁止）原则性地禁止了对大股东的贷款行为。但是，如果由于企业间合并或营业的受让、同一人构成的变动等导致并非大股东的人成为贷款的新的大股东情形（但必须在贷款之日起 1 年内予以减少，除非符合总统令规定的不得已事由并由金融委员会确定期限后可以延长），或者在不可避免并由总统令确认的情形不在此限。另外，互联网银行为了规避前述对大股东贷款禁止的规定，采取与其他银行交叉贷款的行

[1] 根据韩国《银行法》第 8 条第 2 款第 1 项规定，拟申请成为银行者，资本金须在 1000 亿韩元以上，但是地方银行的资本金在 250 亿韩元以上。(2013 年 8 月 13 日、2015 年 7 月 31 日修订)

[2] 根据韩国《银行法》第 16 条之 2 规定了非金融主力者的股份保留限制等。根据非金融主力者，不能超过银行表决权股份的 4%（属于地方银行时，不能超过 15%）。

为也在禁止之列（第 2 款）；互联网银行还不得向大股东无偿转让银行资产，或者采取了与通常交易条件相比存在显著的不利于互联网银行的交易条件。

该法第 9 条还原则性对互联网银行取得其大股东发行持分证券的取得予以了禁止性规定。只有在为了行使担保权等权利行使，在有必要或其他不可避免的情形，且由总统令予以规定的事项除外，但是从取得该持分证券之日起 1 年内必须处分该持分证券。除非符合总统令规定的不得已事由并由金融委员会确定期限后可以延长。

另外，该法第 10 条还对大股东的不当影响力的行使行为予以了禁止性规定，这些禁止性行为包括：向互联网银行索取并不能向外部公开的资料或者信息的行为（除了依据《金融公司支配构建的法律》第 33 条第 6 款以及依据《商法》第 466 条行使权利的除外）；以获取经济性利益等反向收益为条件的、与其他股东串通、对互联网银行的人事或经营行使不当影响力的行为；与竞争者相关的、要求早日回收贷款等对互联网银行行使影响力的行为，让互联网银行违反本法第 8 条从互联网银行处获得贷款的行为；让互联网银行违反本法第 8 条从其他银行处获得贷款的行为；让互联网银行违反本法第 8 条第 2 款，让互联网银行向大股东进行无偿资产转让和交易的行为；让互联网银行违反本法第 9 条第 1 款，让互联网银行取得大股东发行持分证券的行为（第 7 条）。

（四）对监督检查的特别规定

该法第 4 章对互联网银行的监督检查做出了规定，包括可以向大股东要求提交相关资料的权力（第 11 条）、对大股东的检查（第 12 条）、对互联网专业银行的制裁（包括责令改正、6 个月内的停业处分）（第 13 条）、对高管的制裁（第 14 条）、对已退任的高管等的措施内容的通报（第 15 条）。

（五）该法重视保护金融消费者

在第五章中，该法专门对金融消费者保护的做出了规定。例如，第 16 条规定了应加强金融消费者保护和增进便利。根据该条规定，尽管有本法第 2 条的规定，但是互联网银行为了保护互联网银行利用人以及提高便利性，在认定为不可避免的情形下，按照总统令规定的方法可以从事银行业。在此情形下，互联网银行应当按照总统令的规定，事先向金融委员会报告该营业的内容、方式、范围等。

（六）确立了符合互联网银行电子交易特点的许多特殊性制度安排

这些特殊性制度安排包括：一是在信息披露方面的特殊规定，与《银行法》做了区分。例如，第 17 条规定，互联网银行可以通过在官方网站等电子方式，将相关资料予以公开，从而代替《银行法》要求的在总公司、分公司以及营业网点的资料揭示和备置或者提供查阅的义务。二是对公文书等的一些特例性规定。如该法第 18 条规定，尽管有《银行法》第 27 条、第 27 条之 2 和第 28 条确定的义务，需要提交、提供或者收发的文书或书面资料等，可以按照《电子文书和电子交易基本法》第 2 条第 1 项规定的电子文书的提交、提供或者

收发予以代替。相关法律要求的自己签字的事项，按照《电子签名法》第 2 条第 2 项确定的电子签名或者录音的方式进行确认来予以代替。这样充分了体现了互联网金融电子交易和互联网线上操作的便利。三是该法还将本属于金融委员会监督的权力委托给金融监督院来监管做出了法律授权规定。（第 19 条）

（七）行政处罚和刑事处罚等

该法第六章规定了课征金的课处和征收。该法第 20 条规定了课征金制度，直接规定了按照一定比例征收的内容。例如，违反第 6 条贷款的，处以该贷款金额 5%以下的课征金处罚；违反第 7 条第 1、2 款规定的超过贷款限度的，处以超过部分贷款金额 30%以下的课征金处罚等。该法第七章罚则部分则规定了刑事处罚和执行等。例如第 21 条规定了刑事处罚，第 22 条还规定了两罚性处罚，第 23 条还规定了课怠料（罚款）等。

三、《金融创新支援特别法》及其核心制度[1]

《金融创新支援特别法》之所以被命名为金融创新的“特别法”，其根本原因在于该法赋予了被选定进入金融创新实验的金融科技服务业以及金融科技企业不受传统金融法律规制的特权，是一部“豁免法”或“例外法”。该法是在借鉴英国、新加坡、澳大利亚、日本等国家金融科技“监管沙盒”（Regulatory Sandbox）法律制度、充分考虑韩国国情基础上制定的一部金融科技扶持法，为韩国金融科技产业的创新发展和培育扶持扫清了制度障碍，提供了法治保障。

《金融创新法》一共由七章、三十五个条文构成，具体包括总则、创新金融服务等的指定、创新金融服务委员会的审查、创新金融服务等规制特例、金融创新支援制度、辅则和罚则。从规范内容来看，许多制度和规则均具创新性。

（一）创设了“创新金融服务”等核心概念，鼓励和扶持具有真正创新意义的金融科技服务、企业

《金融创新法》创设了“创新金融服务”和“创新金融事业者”两个核心法律术语。该法规定，创新金融服务是指被认定与现有金融服务的提供内容、方式、形态等具有差别性的金融业，或者在金融业或与之相关的业务执行过程中提供的服务。而创新金融事业者是指对创新金融服务指定提出申请、经金融委员会等机构审查获得认可的创新金融服务提供者。

值得关注的是，根据该两个概念，能纳入“监管沙盒”特别法规制的创新金融服务必备两个核心要素：一是该服务具有创新性，即该金融服务必须与现行金融服务提供的内容、方式、形态等具有差别性；二是该金融服务的创新性必须得到金融委员会[2]等机关的

[1] 本部分详细内容可参见董新义：《韩国版金融科技“监管沙盒”法案及其启示》，载《证券法律评论》，中国法制出版社 2019 年版。

[2] 在韩国，金融业施行统合监管的体制，均由中央政府部门-金融委员会来行使监管权。同时，韩国还设立了金融监督院，它是依法设立的并非政府组成部门的特殊法人，金融委员会副委员长兼任金融监督院院

认定。同时，能适用“监管沙盒”特例规制的企业的创新金融事业者，必须是对创新金融服务指定提出申请的企业，而最终能否被认定为创新金融事业者，须由金融委员会等机关予以认定。

（二）规定了创新金融服务指定申请、审查制度

一是规定了创新金融服务种类和创新金融事业者的指定须由金融委员会下设机构——金融创新审查委员会来审查。二是应审查的具体事项包括：（1）该创新金融服务的种类及内容等业务范围；（2）消费者的范围等业务对象；（3）创新金融服务的业务方法、资料提交及检查等监督事宜；（4）不予适用金融相关法律法规的特例；（5）指定期间等金融委员会认为必要的事项。三是具备申请创新金融服务资格的主体为金融科技企业（Fintech）以及《金融创新法》第 2 条规定的银行、金融投资公司、保险公司等正规金融机构。

（三）明确了创新金融服务指定前审查须考虑的要素

依据该法，金融创新审查委员会在审查创新金融服务的指定申请时须考虑如下具体因素：（1）该金融服务事业者是否以国内金融市场为主营业场所；（2）该金融服务与之前的金融服务相比是否具备充分的创新性；（3）该金融服务的提供是否提高了金融消费者的便利性；（4）能否不依据本法特例也能提供金融服务或者适用特例是否会发生规避或绕开监管的结果；（5）申请人是否具备了运营该金融服务的资格和能力；（6）该金融服务的范围及业务方式是否具体以及事业计划是否健全合理；（7）金融消费者保护及风险管理方案是否充分；（8）该金融服务是否会对金融市场及金融秩序产生显著危害；（9）该金融服务是否会显著危害金融相关法律的目的等。

（四）指定为创新金融服务后的“特权”

根据该法规定，一旦被指定为创新金融服务和创新金融事业者，将被豁免适用现行金融法律的规制。豁免规制的事项主要包括：一是审批要求（如许可、登记、申报）的豁免；二是对法人治理结构、健全性、营业行为等要求的豁免；三是对从事创新金融单位的监督检查等要求的豁免。

（五）确立完善的金融消费者保护制度

该法非常关注对金融消费者的保护。从法律条文来看，“金融消费者”共出现 16 次，“金融消费者保护”共出现 9 次。而且该法第 19 条专门规定了“金融消费者保护及风险管理方案的制定和遵守”。与此同时，该法还确立了四个有特色的金融消费者保护法律制度：第一，《金融创新法》第 11 条规定，金融委员会在创新金融服务对金融消费者造成损害或者造成金融市场的不稳定以及发生在指定当时无法预见的问题的情形时，经相关行政机关的同意后，对该事业者做出中止命令或者做出变更决定。第二，关于金融消费者保护方案，

长。在实际行使监管权时，金融委员会依据法律授权规定，主要将监管权委托给金融监督院来行使，并对其行使业务指导和监督职能。

根据《金融创新法》第 13 条第 3 款、第 19 条规定的精神，事业者应制定金融消费者保护方案以及风险管理方案等，唯有该方案完备才可被指定为创新金融服务。第三，该法特别规定了损害赔偿责任的过错推定归责原则以及举证责任倒置制度。第四，规定了创新金融事业者的强制保险制度。

另外，该法还对创新金融事业者的义务及监督管理（第 7 条）、创新金融事业者享有的排他性经营权等特权（第 23 条）、允许金融机构（银行、证券公司等）将核心业务外包给金融科技企业（第 25 条）、金融科技国家财政预算支援的法定化等核心制度做出了规定。

四、对我国金融科技法制建设的借鉴意义[1]

借鉴韩国《互联网银行》尤其是《金融创新法》的“监管沙盒”制度，对我国金融科技法制建设有着重要的启示。

（一）金融科技发展需要立法先行

迄今为止，虽然北京、广州、四川等多个省市已相继发布了金融科技发展规划，确立了对金融科技发展的支持政策，但均为地方政策，区域性特点明显，而且政策本身缺乏稳定性和法律强制效力。因此，针对金融科技产业，我国也应当制定与其创新发展相关的特别法律，让金融科技产业发展具有明确的预期。

鉴于《立法法》立法权限规定，我国金融科技产业的法律——金融科技产业促进法（或规制特别法），须由全国人大或其常委会来制定，并由特别法授权中央金融监管机构制定实施细则，重点对创新金融服务行业指定、创新金融业务机构准入、创新金融服务指定后的法律豁免、金融消费者保护、金融秩序维护以及创新金融服务业的监督管理等方面制定相关具体规则。

（二）构建符合我国国情的金融科技监管创新试验制度

当前，我国一些省市的金融科技发展规划中也提出，要探索推动以“监管沙盒”为核心的金融科技监管创新试点落地。[2] 在我国语境下，这种“监管沙盒”制度应被称为监管创新试验制度。我国在制定促进金融科技发展的相关法律时，应当在总结实践经验的基础上，借鉴韩国《金融创新法》规定的创新金融服务指定和创新金融事业者的指定制度，对其指定应当具备的实质条件、审查机构、审查期间、审查流程，指定的中止、变更、撤销和吊销等制度，确立一个科学、合理的能进入监管创新实验的金融科技企业的认定制度。同时，通过立法明晰相关金融监管机构在设置、运行、监管创新试验方面的权责分配，使监管权力行使于法有据，既能确保金融消费者权益得以保护和金融秩序不被破坏，同时又

[1] 本部分详细内容可参见董新义：《韩国版金融科技“监管沙盒”法案及其启示》，载《证券法律评论》，中国法制出版社 2019 年版。

[2] 例如《北京市促进金融科技发展规划（2018 年-2022 年）》（以下简称《金融科技规划》）中提出，探索推动以“监管沙盒”为核心的金融科技监管创新试点落地。……推动在北京金融科技与专业服务创新示范区探索“监管沙盒”试点和“金融风险管理实验区” ……。

能推动创新性金融科技的健康、稳健发展。

（三）确立中央制定规则、地方行使监管权的金融科技法治体制

如上所述，在确定中央制定特别法及其实施细则的前提下，结合我国在制定《地方金融监督管理条例》中拟强化对地方金融行业的监督管理、健全我国金融监督管理的立法趋势，建议将我国金融科技企业的监督管理纳入地方金融监督管理对象机构[1]的范围，按照我国制定的金融科技监管创新试验制度及其实施细则，由其负责创新金融服务的认定、金融科技企业的认定审批、撤销、吊销以及对其活动的监督管理，以更好地实现属地监督管理。同时，为了确保地方金融监管部门统一，准确行使地方监督管理职责，防止“监管俘获”或“监管寻租”现象的发生，应当确保中央金融监管部门对地方金融监管部门的指导和监督权，并赋予中央金融监管部门责令地方金融监管部门纠正不符合金融科技相关法律规范的权力，以更好地促进金融科技的发展。另外，借鉴韩国做法，可以在中央金融监管部门内部设立一个专门部门，来指导和监督地方金融监督管理部门对金融科技产业的监督工作，实现归口指导和监督。为此，我国可以中国人民银行金融科技委员会[2]为母体，吸收中国银保监会和中国证监会的工作人员以及外部技术、金融、法律、会计等专业人士作为专家委员，完善其人力基础设施建设。

（四）强化金融消费者和交易信息安全保护

金融消费者保护是金融科技健康发展的前提和基础，也是金融科技产业发展应始终坚持的基本原则。我国未来在制定金融科技发展特别法律时，应当在坚持金融消费者保护的前提下，推进监管创新试验制度，确保能纳入金融监管创新试验的企业的经营底线必须是不存在侵害金融消费者财产权和侵害个人信息等会产生不可恢复的损害的潜在风险。我国立法还应当规定，创新金融企业拟开展金融科技业务时，必须具备个人信息保护及处理等金融消费者保护及风险管理等所必需的人力和基础设施，必须确保客户的信息安全。

同时有必要将财政、税收减免等扶持政策法定化。此外，还有必要强化金融科技消费者教育与保护机制，努力探索建设中央层面的金融科技规则以及地方层面的金融科技消费者保护机制，根据不同类型金融科技消费者的特征，完善金融科技行业相关制度规则，建立国家和地方监管部门、金融科技企业、行业协会等多方配合的保护模式。

五、结论

金融科技作为第四次工业革命的核心产业，是全球竞争的一个核心领域，我国必须面

[1] 根据我国目前金融监管改革的趋势，从我国各地方金融监督管理条例草案来看，关于地方金融监督管理的对象机构包括小额贷款公司、融资担保公司、区域性股权市场、典当行、融资租赁公司、商业保理公司、地方金融资产管理公司，还包括金融科技公司、资金互助组织等。

[2] 根据2019年2月2日中国人民银行公布的《职能配置、内设机构和人员编制规定》，评估金融科技创新工作由金融市场司负责。

对和接受这种国际竞争，因此必须培育和壮大金融科技产业。但是，由于金融科技的核心是以技术带动金融资源的高效配置，我国许多金融法律制度本身却阻碍了金融科技的发展。同时，金融科技在技术创新和“无法可依”的情况下往往会带来监管套利、消费者信息泄露、破坏整个金融秩序等挑战。为推动金融科技产业发展，鼓励金融科技创新，我国也应通过制定和实施金融科技“监管沙盒”特别法的路径，允许真正具有创新金融服务内容的金融科技企业豁免现行金融法律规定的适用，使创新金融内容享有“实验”的特权。同时，还要坚守金融消费者保护与信息保护的底线思维，采用适当的、弹性的、动态的监管框架与措施，使金融科技在创新与金融消费者保护的平衡中获得健康的发展。

韩国商法上合并比率控制制度研究

崔贞莲（临沂大学）

摘要：公司合并中，合并比率的确定是各种合并事项中最为核心的内容。因为合并比率直接影响着合并各方公司及其股东的利益。特别是当合并在具有关联关系的公司之间进行的时候，就会有可能发生公司间的利益输送，从中会有部分股东受益，部分股东利益受损的现象。在实践中，我们不难看到围绕着合并比率发生的纠纷。例如，韩国三星物产合并案就是典型的以合并比率的不公正为争点的合并纠纷。所以，需要通过立法对合并比率实体或其确定过程进行规制，确保合并比率的公正性。此外，还需要解决发生合并比率不公正的公司合并后，应如何救济股东权益问题。本文结合着韩国立法和具体案例对这些问题进行了探讨，并对完善我国合并比率控制制度提出建议。

关键词：合并比率　公正性　股东权益保护　合并无效　董事的责任

一、确保合并比率公正的必要性

公司进行合并需要向消灭公司支付一定的对价，如何确定合并对价就是合并比率问题。合并比率的确定，既涉及于以股份为对价支付的换股合并，也涉及于以现金为对价支付的现金合并。我们将研究对象限定于换股合并，即在这里所指合并比率就是对每一股消灭公司的股份应支付的存续公司的股份数。

在合并过程中，如果支付给消灭公司股东的存续公司股份价值低于原来其所持有的股份价值时，消灭公司的股东则会因合并失去一部分股份价值。相反，支付给消灭公司股东的股份价值高于其原来所持有的股份价值，则会稀释存续公司股东的股份价值。因此，有必要对合并比率进行控制，使其尽量正确地反映合并各方公司真实的的企业价值。

公司之间的合并，即可能是独立当事人之间的交易（arm’s length transaction），也可能是利害关系人之间的交易（interested party transaction）。前者是指毫无利害关系的公司之间所进行的合并，后者是指具有控股关系或者关联关系的公司之间所进行的合并。而在利害关系人之间进行合并时，则更加需要规制合并比率。

在合并比率的控制上，有必要区分这两个交易类型。如果合并公司之间不具有特殊的关系，则只需符合股东大会合并决议要件即可。但是，关联公司之间的合并，却难以仅从股东大会决议要件去保障合并的公正性。因此，合并比率纠纷大部分发生在关联公司之间的合并。

控制合并比率时，可以采取明确规定合并比率的具体计算方法直接对合并比率实体进行规制，也可以通过规制合并比率的过程，进而间接对合并比率的计算进行规制。在这里，我们将前者称为“实体规制方式”，后者称为“过程规制方式”。

二、韩国法上合并比率控制规制

（一）对合并比率实体的规制

对于上市公司的合并比率，韩国立法采取了实体规制方式。即直接在相关法律中明确规定了合并比率的具体计算方法。

韩国商法第五百二十三条第一款第三项只规定了合并协议中应当记载分配给消灭公司股东的股份数，却没有规定合并比率的具体计算方法。但是，对于上市公司的合并，韩国资本市场法作出了特别规定(资本市场法第一百六十五条之四，实施令第一百七十六条之五)。即合并时上市公司股票价格是（1）最近一个月的交易均价；（2）最近一周的交易均价；（3）最近交易日收盘价的算术平均进行评价。同时，可以对上述的算术数值作出一定的调整；关联公司之间的合并适用10%的调整范围，非关联公司之间的合并适用30%的调整范围。即使是非上市公司，其与上市公司的合并，也可以适用加重算术平均资产价值和收益价值的公式评估其股权。此外，因为金融监督机关拒绝受理不符合上述计算方式的证券申报书，因此在计算有关上市公司的合并比率时，该计算方式可以说是唯一的依据。且该计算方式又是以上市公司的市场价格为标准提出的，所以，在上市公司合并中，市场价格具有绝对的重要性。

作为控制合并比率的方式，实体规制方式可以消除计算上的争议。但是，一概的适用统一的计算方式，是否有利于公司的合理经营，却是一个疑问。根据这一标准算出的合并比率是否就是绝对公正的合并比率呢？市场价格是否在任何情况下都是合理的评估股权价值的标准?如果要想推翻这一前提，需要举证何种事实？这些问题都有待于研究。同时，这种方式对董事而言，还可以成为免责金牌。只要董事按照立法者提出的合并比率计算标准和方法确定合并比率，在无特别情况的前提下，就可以视为该合并比率是公正的。

对于这些问题，韩国法院在三星物产合并纠纷案(首尔高等法院2015.7.16.字2015la20485决定,三星物产合并行为保全案的抗告审)的判决中，略有作答。首尔高等法院认为，“通过将集中反映对公司的财务状况、收益、行业前景等评价的股份市场价格与财务状况之一的资产价值进行单纯的比较，判断其估价是否反映企业的客观价值的方式是不合理的；并且根据记录可知如下事实，即如同债务公司股价市净率（PBR）低于数值1的建设公司也是多数，查看与债务公司处于竞争关系的多家主要建设公司的股价变动，则从2014年下半年度开始急剧跌落，而从2015年上半年开始略有涨幅后再次跌落，但其跌幅不是很大，而又从2015年5月下旬开始呈现出急剧上涨的趋势等事实关系可以看出，虽然债务公司的市场价格低于每股资产价值，且债务公司的销售额、营业收益等资产负债表上

的各项指标高于第一毛织的各项指标，也不能单凭这些情形就认定债务公司股票的市场价格被大股东等人有意调整等阻碍市场作用的不正当手段的影响未能正确体现适当的市场价值；此外，也没能充分证明本案合并价格是依据虚假资料或者毫无依据的预想数据得出，因此，难以判断本案依据资本市场法及其实施令规定的标准和方式计算出市场价格，并据此计算出来的本案合并的合并价格和合并比率显失公正。”三星物产合并无效纠纷案的一审判决(首尔中央地方法院2017.10.19.宣告2016gahab510827)中，也以相同的观点，否定了合并比率的不公正性。

（二）对合并比率确定过程的规制

因为上述的实体规制方式的弊端，各国在控制合并比率时，同时对其适用过程的规制。通过规制合并比率确定的过程得以实现合并比率的公正的方法，蕴含于实施合并所需要经过的一系列程序中。我们所熟悉的股东大会合并决议、异议股东回购请求权等制度也具有一定的确保合并比率公正性的作用。例如，虽然不能对合并比率进行控制，但是股东大会决议可以直接阻止合并交易的进行，而异议股东的回购请求权又可以起到确保少数股东利益的作用。所以，也是一种广义上的过程规制方式。

与控制合并比率本身的实体规制方式相比，过程规制是通过保障合并比率确定程序的独立性和公正性，实现合并比率公正的方式。只要确定合并比率的程序符合相关法律规定的要求，就可以不再对合并比率的公正性提出质疑是这一方式的特点。为了保障合并比率决定程序的独立性和公正性，就要由外部独立机关主导合并比率的决定。而在具体实施过程中，各国采取不同形式的过程规制方式加以规制。例如，根据法律规定所选任出的监察人作为独立机关审查合并比率合理性的德国的合并监察人制度和由独立于各合并公司的董事会的专家所购称的委员会决定合并比率的美国的特别委员会制度就是典型的过程规制方式。

韩国商法第五百二十二条之二的第一款第二项规定“公司合并发行新股或者移交本公司股份时，应当记载向消灭公司股东发行新股或者移交本公司股份事项及其事由的书面材料”为董事需要提交的合并相关材料之一。也就是说，董事对合并比率的确定负有说明义务，也是韩国商法对合并比率的过程控制方式之一。

（三）合并比率控制的合理方式

控制合并比率时，不可能直接确定出一个合并比率，而是采取规定计算方法和具体标准的方法，而且普遍将其规制主体限定于上市公司。

我国公司法虽然没有提及合并比率，证券法也没有规定上市公司的合并比率计算方法和标准。但是，证监会发布的《上市公司重大资产重组管理办法（2016年[1]）》第五十条第一款，第四十五条第一款及第二款规定了换股吸收合并涉及上市公司时，上市公司的股份

[1] 2004年修订时增加的规定。

定价方法。根据该条款上市公司涉及合并所发行股份的价格不得低于市场参考价的 90%。市场参考价为本次发行股份购买资产的董事会决议公告日前 20 个交易日、60 个交易日或者 120 个交易日的公司股票交易均价之一。本次发行股份购买资产的董事会决议应当说明市场参考价的选择依据。 同时，还规定所称交易均价的计算公式为：董事会决议公告日前若干个交易日公司股票交易均价＝决议公告日前若干个交易日公司股票交易总额 /决议公告日前若干个交易日公司股票交易总量。可以看出，虽然具体的规制内容和依据法规的效力级别不同，但还是以实体规制方式，对上市公司的合并比率进行了控制。所以，同样也需要探讨如何解决实体规制方式所固有的弊端的问题。

此外，如前所述不可能仅凭实体规制方式实现合并比率的公正性，需要结合着程序规制方式。在过程规制上，我国虽然没有采取述合并监察人制度或者特别委员会制度一样完整的依赖于外部独立机关的方式，但是，通过规定公司内部机关的相关义务[1]，由具备相关资质第三方机构进行评估[2]，以及行政机关的审查[3]等比率确定过程的规制，试图实现合并比率的公正性。

在实体上，对合并比率进行规制，只需要在相关法规中明确计算公式并由公司委托的专门机构进行评估即可。且对于按照这一标准计算出来的合并比率，很难主张合并比率的不公正性，进而成为董事免责的事由。这样一来，控股股东或者经营者就会想方设法利用该标准，在合法范围内将自己的利益最大化，而不是为确保合并比率的公正性努力。在过程规制上，虽然有要求董事会或者独立董事对合并比率的说明义务等，但是没有明确规定说明义务的具体内容及违反义务应承担的责任，换而言之，所采取的过程规制过于形式，无法起到有效控制合并比率的作用。所以，本文认为，控制合并比率时，应当渐渐地去除实体规制，同时强化过程规制的方向转变才是有效控制合并比率的合理方式。

三、合并比率的不公正与事后救济

那么，上述规制未能达到控制合并比率的目的，公司以不公正合并比率进行合并时，少数股东又应如何保护自己的权益呢？此时，少数股东可以通过下列几种途径维护自己的股东权益。

（一）合并无效

韩国商法没有规定合并无效的事由，需要依赖于法院的解释。没有正确履行股东大会

[1] 《上市公司重大资产重组管理办法》第十七条第一款规定："上市公司应当聘请独立财务顾问、律师事务所以及具有相关证券业务资格的会计师事务所等证券服务机构就重大资产重组出具意见。"这些意见中，也包含对合并比率的评价意见。

[2] 《上市公司重大资产重组管理办法》第二十条第三款规定："上市公司独立董事应当出席董事会会议，对评估机构或者估值机构的独立性、评估或者估值假设前提的合理性和交易定价的公允性发表独立意见，并单独予以披露。"

[3] 证监会可以对公司合并比率提出调整要求。此外，公司合并应当根据《公司登记管理条例》进行合并登记，而原国家工商总局要求提交的相关材料中，就有合并比率确定事由说明。

特别决议，债权人保护程序等主要程序可以成为合并的无效事由。事后否定合并效力是打乱已形成交易关系的行为，波及到众多利益关系人，判断合并无效时法院采取高度谨慎的态度。所以，在实践中很难寻找法院确认合并无效的案例。

韩国大法院认为"合并比率的显著不公正"可以成为合并的无效事由。[1]但是，适用严格的标准来判断合并比率的"显著不公正性"。在国民银行与住宅银行合并无效纠纷（大法院 2009.4.23.宣告 2005da22701,22718 判决）中，大法院就作出"合并比例确定显著不公正的合并协议，因违反诚实信用原则或者公平原则等，应视为无效。所以，合并比例显著不公正的情况下，各公司的股东可以根据商法第五百二十九条提起合并无效诉讼。但是，合并比例的计算需要考虑市场价值，受益价值，相对价值等多种因素，无法基于严格的客观正确性得出唯一的数据，因此，只要是在合理范围内确定各种因素计算出的合并比例，就不能判定该合并比例存在显著不公正。所以，全部或者部分合并当事公司属于上市公司的，只要根据证券交易法及其施行令规定的要件和方法及程序计算合并价格，并确定合并比例，则除了发现合并价格的计算是基于虚假数据等特殊情况之外，不能以合并比例显著不公正为由，判断合并协议无效。"的判决。[2]

所以，对于股东来说，通过事后确认合并无效得到救济几乎是难以实现的结果。因此，在实务中，比起合并无效诉讼更多股东愿意选择在合并进行过程中提起行为保全申请，事前制止合并的进行。

（二）董事的损害赔偿责任

当发生合并比率不公正的合并时，除了提起合并无效之诉外，股东还可以通过追究董事损害赔偿责任的方式，实现事后救济。如上所述，股东通过诉讼确认已发生合并行为无效的可能性极小，并且，即使法院认定该合并行为无效的情况下，已受损的股东利益也难以得到补偿。不仅如此，对于决定合并进行方向的董事而言，直接追究其损害责任的方式，更具有抑制其侵害其他股东利益行为的效果。

自公司的合并决定的作出，一直到合并的完成，合并的具体过程都是由董事及董事会主导着进行。包括合并比率的计算和合并协议的起草。虽然这些事项都需要经过董事会决议通过，但是，与股东大会一样，不能忽略占据控制地位的个别股东的影响力。因此，为了确保合并比率的公正性，必须要重视这些董事的作用。

根据韩国商法第三百八十二条第二款规定，董事对公司负有作为善良管理者的注意义务。董事履行职务时，应当追求公司的最大利益，所以，确定合并比率时，董事也有义务，使合并向有利于公司的方向推进。此外，虽然韩国商法没有直接规定董事对股东的注意义

[1] 大法院 2009.4.23.宣告 2005da22701,22718 判决等。

[2] 在三星物产合并纠纷中，部分股东也提起了合并无效诉讼，但是一审法院就以不存在否定根据相关法律规定的计算方法算出合并比率的特殊情况为由，驳回了原告的请求（首尔中央地方法院 2017.10.19.宣告 2016gahab510827 判决）。此外，还有大田地方法院 2006.12.28.宣告 2006gahab252 判决等。

务，但是根据韩国商法第四百零一条第一款的规定，因故意或重大过失怠于行使其职务时，应当对第三人承担损害赔偿责任。所以，当合并比率不公正的合并发生时，可以依据这些规定追究董事的损害赔偿责任。

如果要追究董事的损害赔偿责任，则需符合其责任要件，其中最为重要的就是确定利益受损的主体。因合并比率的不公正，受到损害的是公司利益，则应当由公司追究董事的责任，而在公司有待于追究董事责任的时候，股东可以代为行使追究董事责任的权利。相反的，如果被认定为受到损害的是股东利益，则股东可以直接追究董事的责任。就合并比率的不公正，所导致的利益受损主体的确定，学说上未能达成一致的见解。在下列内容中，本文以假设举出的案例，对追究董事责任的具体方式的合理性进行探讨。

为了便于探讨，我们假设一个案例。A 公司对 B 公司进行吸收合并。合并前，A、B 两家公司各自的资产为 300 万，负债为 200 万，净资产为 100 万，发行股份数是 100 万股。另外，每股的交易价格是与其净资产额相同的 1 万元。假设公正的合并比率为 1:1，却以 1：3 的不利于存续公司的合并比率和 1：0.25 的不利于消灭公司的合并比率发生了公司合并。下面具体分析，这两情况下应如何确定利益受损主体及其受损金额，并对可以追究董事的赔偿责任的具体方式都有哪些，那种方式最为合理等问题进行探讨。

1. 已发生不利于存续公司合并时，董事的损害赔偿责任

首先是确定了 1：3 的不利于存续公司合并比率时，应当如何追究董事损害赔偿责任的问题。此时，应如何认定其损害？受损利益主体是存续公司还是存续公司的股东？

(1)认定存续公司为利益受损主体

主张存续公司的利益损失的观点是基于吸收合并的实质与定向发行新股类似，所以可以引用将新股的廉价发行认定为公司利益损失的法院判决[1]。

如果被认定为是存续公司的损失，则董事需要向公司承担赔偿责任。而对于其需要赔偿的金额，韩国大法院认为是“与合理反映市场价格确定发行条件或者参考股份的实际价值以合理的发行价格比较的差额是未能给公司增加资产的部分，这种情况下，公司法规定的公正的发行价格和实际发行价格的差额乘以发行股份数的就是公司受到损害的金额。”

用大法院所提出的方法计算赔偿金额，适用于不公正合并之后，其赔偿效果就如表 1。我们在表 1 中可以发现，董事向公司承担赔偿责任之后，利益受损的股东得到了相应的赔偿。但是，在这过程中，通过不公正的合并比率收益的股东也得到了相同数额的赔偿。结果就出现了收益股东重复受益的不合理现象。

表 1. 利于存续公司的合并比率所造成的损失及赔偿效果

公正的合并比率	X	Y	A

[1] 2005.5.29.宣告大法院 2007do4949 判决

(1:1)	(存续公司 A 的股东)	(消灭公司 B 的股东)	(存续公司)
持有股份数	100	100	200
每 1 股份价值	10,000	10,000	10,000
持有股份价值	1,000,000	1,000,000	2,000,000
受损金额	0	0	0
不利于存续公司的合并比率 (1:3)	**X (存续公司 A 的股东)**	**Y (消灭公司 B 的股东)**	**A (存续公司)**
持有股份数	100	300	400
每 1 股份价值	5,000	5,000	5,000
持有股份价值	500,000	1,500,000	2,000,000
受损金额	500,000	(500,000)	**2,000,000**
董事向存续公司 A 承担 2,000,000 元差额时			
每 1 股份价值	10,000	10,000	10,000
持有股份价值	1,000,000	3,000,000	4,000,000
获取赔偿后的金额	0	2,000,000	-

(2)认定存续公司股东为利益受损主体

主张是存续公司股东利益受损的观点认为，即使是新股的廉价发行，公司的资产是有所增加的，因此不能视为公司利益受到了损害，而是新股以低于市价的资产享受与已发行股等价的股份价值的结果，发生了已发行股权价值的稀释，造成了原有股东的损失。[1]

如果认定为是存续公司股东利益，则董事直接向股东承担赔偿责任。所以，也就不会出现上述收益股东双重收益问题。但是，韩国商法第四百零一条所规定董事的责任，要求“故意或者重大过失”的主观要件。这与只要求“故意或者过失”为主观要件的商法第三百九十九条的责任相比，存在其举证责任较难的弊端。

2. 已发生不利于消灭公司合并时，董事的损害赔偿责任

那么，确定了 1：0.25 的不利于消灭公司合并比率时，应当如何追究董事损害赔偿责任的问题。此时，又应如何认定其损害？受损利益主体是存续公司还是存续公司的股东？

(1)认定消灭公司为利益受损主体

如果要将存续公司利益受损的理论依据同样适用于消灭公司，则需要假设先向消灭公司发行合并新股，之后再由消灭公司分配给股东作为前提。

[1] 李哲松，"资本交易与董事的刑事责任"，《人权与正义》，2006，103-110 页

此时，主张是消灭公司利益损失的观点认为，因为不公正的合并比率，消灭公司的一部分企业价值被分配给了存续公司股东，造成了消灭公司的损失。如果被认定为是存续公司的损失，则董事需要向公司承担赔偿责任。而进行赔偿之后的效果如同表 2。

但是，不利于消灭公司的合并与不利于存续公司的合并不同，消灭公司不是继承资产或负债，也无发行新股等行为，因此，很难直接引用大法院的判例。而且，出现对消灭公司股东的补偿金额不足的结果。例如，表 2 中可以看出，消灭公司股东 Y 的合并前的股份价值是 100 万，因不公正的合并比率其价值减少到了 40 万元，而董事向存续公司赔偿 75 万元的损失之后，才增加为 55 万元。不仅如此，不利于存续公司合并中，发生的收益股东的双重收益问题，同样也出现于不利于消灭公司的合并。

表 2. 不利于消灭公司的合并比率所造成的损失及赔偿效果

公正的合并比率 (1:1)	**X (存续公司 A 的股东)**	**Y (消灭公司 B 的股东)**	**A (存续公司)**
持有股份数	100	100	200
每 1 股份价值	10, 000	10, 000	10, 000
持有股份价值	1, 000, 000	1, 000, 000	2, 000, 000
损失	0	0	0
不利于消灭公司 B 的合并比率 (1:0. 25)	**X (存续公司 A 的股东)**	**Y (消灭公司 B 的股东)**	**B (消灭公司)**
持有股份数	100	25	125
每 1 股份价值	16, 000	16, 000	16, 000
持有股份价值	1, 600, 000	400, 000	2, 000, 000
损失	(600, 000)	600, 000	**750, 000**
1)董事向消灭公司 B 支付 750, 000 元损失时			
每 1 股份价值	22, 000	22, 000	22, 000
持有股份价值	2, 200, 000	550, 000	2, 750, 000
获取赔偿后的金额	(1, 200, 000)	450, 000	–
2)董事向消灭公司 B 支付 3, 000, 000 元损失时			
每 1 股份价值	40, 000	40, 000	40, 000
持有股份价值	4, 000, 000	1, 000, 000	5, 000, 000
获取赔偿后的金额	(3, 000, 000)	0	–

(2)认定消灭公司的股东为利益受损主体

主张消灭公司股东利益损失的观点认为，存续公司的合并新股是直接发行给消灭公司股东[1]而不是消灭公司，因此，董事的错误评估行为所造成的损失，应认定为消灭公司股东的直接损失。

以不利于消灭公司的合并比率发生合并时，认定是消灭股东利益受损的主张也是学说上的通说，同时，法院在判决中，虽然没有明确指出是股东的损失，但却指出不能视为是消灭公司的损失。

但是，如果认定为消灭公司股东的损失，就会导致与不利于存续公司合并适用法理上的不一致。不过，考虑到因合并公司消灭的特殊情况，不论其损害性质是间接损害还是直接损害，都有必要认定股东的直接请求权。

四、结论

通过本文我们可以了解到合并比率的公正性直接关系着合并的公正性，可以说是公司合并的核心内容。但是，在合并比率的控制上，仍然存在立法不明确，规定不具体，规制效果不明显等很多问题。虽然对上市公司规定有实体规制，并且交易所的《股票上市规则》还规定了董事会审议事项的披露、合并预案的说明、第三方机构的意见、相关行政机关的审核等实施程序控制。但是，因为这些规定仍然止于抽象性规定，具体如何实施这些义务等内容还是没有作出规定，所以未能达到有效控制合并比率的效果。此外，不公正合并发生之后，对少数股东受损权益的司法救济措施也不完善。在事后司法救济上如何运用现有的制度去实现股东权利的保护也是当前需要解决的事项。

参考文献

金建植、鲁赫俊等著.《新体系公司法》，博英社, 2019 年

鲁赫俊.“合并比率的不公正性与少数股东保护 －面向设计有机制度”，《经营法律》2016 年

宋沃烈.“企业收购对象及其对价的选择”，《21 世纪商事法•民事诉讼法课题》，法文社, 2009 年

宋沃烈.“股东的富与公司损害相关判例的再检讨”，《私法》，2007 年

[1] 商法第五百二十三条第四项规定，“存续公司向消灭公司股东发行新股时..应记载其内容和分配事项”。

朝鲜宪法的修改及其发展趋势研究

蔡永浩、袁淑华（延边大学）

摘要：朝鲜宪法分为人民民主主义宪法与社会主义宪法。朝鲜 1948 年宪法为人民民主主义宪法，历经 5 次修改，完成了向社会主义过渡的任务。朝鲜 1972 年宪法为社会主义宪法，历经 8 次修改，在政权过渡与社会主义建设中发挥着不可替代的作用。朝鲜宪法历经七十年的发展，现已发展为中央集权与保障人权相结合的具有朝鲜特色的社会主义宪法。未来，朝鲜宪法将以军事经济建设并重为主要任务，国家机构职能向行政经济管理职能为中心转移，在计划经济的体制下大力发展经济建设，稳步扩大公民权利的保障内容，宪法形式也逐渐与国际主流同步。

关键词：朝鲜宪法 宪法渊源 宪法修改 发展趋势

基金项目：吉林省社会科学基金项目（2017JD39）

朝鲜[1]实行工人阶级领导、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义制度。自 1948 年 9 月 8 日制定第一部宪法以来，朝鲜根据本国发展的需求，对宪法进行了多次修改，将宪法发展为具有鲜明自身特点的社会主义宪法。

在朝鲜，宪法是根据掌握国家主权阶级的意志与要求，规范国家社会制度的基本原则、国家机关的组织与活动原则、公民的基本权利和义务的国家的根本法。[2]作为国家的根本法，宪法与其他法律不同，主要规定国家社会制度，具有最高法律效力。宪法不仅是制定部门法的基础，也是国家政权组织与活动的法律基础。宪法在国家的法律体系中处于最高地位，只有符合宪法原则的部门法才有效。[3]

宪法的规范对象与其他法律不同，不限于规范某个领域的社会关系，而是规范全社会、国家的社会关系。宪法主要规范国家社会制度的性质，反映统治阶级的意志与要求，因此带有阶级属性。朝鲜主权属于工人、农民、军人、劳动知识分子等劳动人民，[4]朝鲜坚持阶级路线，加强人民民主主义专政，[5]实行劳动人民群众成为一切的主人、社会的一切为劳动人民群众服务的以人为中心的社会制度。[6]

一、朝鲜宪法渊源

[1] 文中学者人名是音译，特此说明。
[2] 【朝】李明日：《宪法学》，平壤：金日成综合大学，1999 年，第 5 页。
[3] 【朝】李明日：《宪法学》，平壤：金日成综合大学，1999 年，第 5-6 页。
[4] 《朝鲜宪法》第 4 条。
[5] 《朝鲜宪法》第 12 条。
[6] 《朝鲜宪法》第 8 条。

1936 年 5 月，朝鲜的反日民族统一战线群众性革命组织——祖国光复会成立，并发布了《祖国光复会十大纲领》（1936.5.5）。这一纲领是把马克思列宁主义创造性地运用于当时朝鲜现实的产物，后来被《二十条政纲》（1946.3.23）与朝鲜宪法所继承。[1]因此，朝鲜学者们认为朝鲜宪法的起源来自于《祖国光复会十大纲领》。[2]

1946 年 2 月，朝鲜半岛北部成立了北朝鲜临时人民委员会，之后陆续制定了一系列法律性文件，如《关于组成北朝鲜临时人民委员会的规定》（1946.3.6）、《北朝鲜土地改革法令》（1946.3.5）、《关于北朝鲜工人、职员的劳动法令》（1946.6.24）、《北朝鲜男女平等权法令》（1946.7.30）、《北朝鲜临时人民委员会关于实行产业、交通运输、邮电、银行等国有化的法令》（1946.8.10）、《关于北朝鲜道、市、郡、面、里人民委员会委员选举的规定及关于北朝鲜人民会议代议员选举的规定》（1946.8.21）、《关于改革北朝鲜税收制度的决议》（1946.8.21）、《关于北朝鲜道、市、郡、面、里人民委员会的规定》（1946.9.5）、《关于北朝鲜道、市、郡、面、里人民委员会选举的规定》（1946.9.5）、《社会保险法》（1946.12.19）、《关于北朝鲜面、里人民委员会选举的规定》（1947.1.7）、《关于审判员选举的决议》（1947.1.14）、《北朝鲜人民委员会关于成立北朝鲜人民会议的决议》（1947.2.19）、《关于北朝鲜人民会议代议员选举办法的规定》（1947.2.19）、《关于北朝鲜人民会议的规定》（1947.2.20）、《关于北朝鲜人民委员会的规定》（1947.2.20）、《关于北朝鲜裁判所及检察所的规定》（1947.2.21）、《关于代议员的权利和义务的规定》（1947.4.9）等。[3]这些规定在正式制定宪法前起到了宪法的部分调整作用，之后大部分内容被规定在宪法条文当中。

二、朝鲜宪法的制定

1945 年日本投降。为了建立反映北朝鲜全体人民意志的人民政权，1946 年 11 月北朝鲜举行了第一次普通选举——道、市、郡人民委员会委员选举，[4]并在此基础上于 1947 年 2 月，在平壤召开了道、市、郡第一次人民委员会大会，成立了北朝鲜人民会议。北朝鲜人民会议共召开了 5 次，在朝鲜民主主义人民共和国创立之前行使国家最高主权机关的权力，

[1] 纲领第 1 条关于建立自主国家的内容规定于宪法第 1 条，纲领第 2 条与第 3 条关于反帝国主义的内容规定在宪法第 2 条，纲领第 4 条与第 5 条关于自立民族经济的内容规定在宪法第 2 章，纲领第 6 条关于言论、出版、集会、结社自由内容规定在宪法第 67 条，纲领第 7 条关于平等权与女性权利的内容规定在宪法第 65 条与第 77 条，纲领第 8 条关于使用自己语言与免费教育的内容规定在宪法第 54 条与第 47 条，纲领第 9 条关于改善劳动条件与社会保障的内容规定在宪法第 71 条与第 72 条，纲领第 10 条关于对外政策的内容规定在宪法第 17 条。

[2] 参见【朝】《朝鲜国家与法的历史》，平壤：金日成综合大学出版社，1985 年，第 140 页；【日】福岛正夫：《论朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》，平壤：外国文出版社，1975 年，第 105 页。

[3]参见【日】福岛正夫：《论朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》，平壤：外国文出版社，1975 年，第 104-106 页。

[4] 在本次选举中 99.6%的选民参加了投票。参见【日】福岛正夫：《论朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》，平壤：外国文出版社，1975 年，第 106 页。

主要完成了制定宪法的任务。

1947 年 11 月 18 日，北朝鲜人民会议第三次会议通过了“关于制定朝鲜临时宪法的决定”，并成立了朝鲜宪法制定委员会。该委员会于 1948 年 2 月 6 日向北朝鲜人民会议第四次会议提交了宪法草案。同年 2 月 10 日，北朝鲜人民会议发表了《朝鲜临时宪法草案》，并为审议宪法草案组建了特别会议，决定在正式审议宪法草案之前将草案交付给全国人民进行讨论。朝鲜对宪法草案进行了为期两个多月的全民讨论，共收到 5 万 8 千多件支持宪法草案的信件和 2 千 2 百多件要求修改和补充宪法草案的意见。[1]北朝鲜人民会议特别会议总结全国人民对宪法草案的讨论意见，并确定了宪法草案。[2]1948 年 7 月 9 日召开的北朝鲜人民会议第五次会议，决定先在北朝鲜地区实施宪法。1948 年 8 月，举行南北普选，选出了 572 名最高人民会议代议员。[3]1948 年 9 月 2 日至 10 日，在平壤举行了第一届最高人民会议，9 月 8 日第一届最高人民会议第一次会议一致通过了宪法。这部宪法既总结了朝鲜革命斗争与建设的经验，同时也借鉴了 1936 年苏联宪法与 1947 年 12 月的保加利亚宪法。[4]

1948 年宪法由 10 章 104 条组成，第一章基本原则、第二章公民的基本权利和义务、第三章最高主权机关（第一节最高人民会议、第二节最高人民会议常任委员会）、第四章国家中央执行机关（第一节内阁、第二节省）、第五章地方主权机关、第六章裁判所及检察所、第七章国家预算、第八章民族保卫、第九章国徽·国旗及首府、第十章宪法修改。1948 年宪法以法的形式确认了人民民主主义革命取得的成果、并巩固和发展了人民民主主义制度。[5]

1、基本原则

宪法第一章基本原则主要规定了政治、经济方面的内容。朝鲜将国号定为《朝鲜民主主义人民共和国》，规定国家权力属于人民，人民通过最高人民会议和地方各级人民会议行使主权。选举采用普通、平等、直接原则进行秘密投票。在经济方面，规定国家的生产资料属于国家、合作社或者自然人、私法人。对外贸易由国家或在国家的监督下进行。法令

[1] 参见【日】福岛正夫：《论朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》，平壤：外国文出版社，1975 年，第 111 页；韩国 naver 网站（http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=2829659&cid=55643&categoryId=55643，2018 年 6 月 6 日访问）。

[2] 宪法制定委员会向北朝鲜人民会议特别会议提交的报告书中指出，制定 1948 年宪法的目的在于：促进统一民主主义国家的建立；以法的形式巩固在北朝鲜实施的各项民主改革；用唯一基本原则制定的民主主义纲领武装人民；规定统一民主主义共和国的国家、政治、经济结构形式。

[3] 其中北半部地区选出的代表是 212 名，南半部选出的代表是 360 名；包括劳动者 120 名、农民 194 名、事务员 152 名、手工业者 7 名、商人 22 名、企业家 29 名、文化人士 33 名、宗教人士 14 名、前地主 1 名。参见【朝】金庆铉：《我国人民民主主义宪法规定的国家机关体系的特征》，《金日成综合大学学报（历史·法学）》2001 年 第 4 号。（引用自《朝鲜言论信息基地》网站-http://www.dprkmedia.com/）

[4] 参见韩大元. 外国宪法[M]，中国人民大学出版社，2000 年，第 280 页；【日】福岛正夫：《论朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》，平壤：外国文出版社，1975 年，第 112 页。

[5] 【朝】李明日：《新修改补充的社会主义宪法的特征与优越性》，《金日成综合大学学报（历史·法学）》1999 年 第 2 号，第 39 页。

规定的个人所有受法律保护，依照法律保障个人所有的继承权。国家在执行国民经济计划方面，以国家和合作社的所有为基础，把个人经济纳入计划。

2、公民的基本权利和义务

关于公民基本权利和义务的规定是由第二章第11条到第31条共21条组成，在平等权、政治权利、表达自由与宗教自由、人身自由与人格尊严、社会经济权利、特定人的权利和获得救济的权利等七大基本权利方面都有了相关规定。(1) 平等权方面，规定公民在国家、政治、经济、社会、文化生活等方面都享有平等的权利，特别规定了男女平等权、少数民族平等权与同工同酬权。(2) 在政治权利方面，规定了20岁以上公民享有选举权与被选举权，同时规定被剥夺选举权的人、精神病患者以及亲日分子没有选举权与被选举权。(3) 表达自由与宗教自由方面，规定了言论、出版、结社、集会、群众大会与示威的自由、组织参加各种政党与社会团体的自由和宗教信仰自由。(4) 在人身自由与人格尊严方面，规定了人身不受侵犯、住宅与通信不受侵犯。(5) 在社会经济权利方面，规定了休息权、受教育权、享受社会保障的权利、科学或艺术活动的自由以及经营中小产业与商业的自由。(6) 特定人权利方面，规定了外国人的政治避难权，并特别保护非婚生子女与妇女、幼儿的权利。(7) 获得救济的权利方面，规定了请愿、申诉以及申请国家赔偿的权利。关于公民的义务方面，规定公民有遵守宪法与法律、保卫祖国、纳税、参加劳动等义务。

3、国家机构

关于国家机构方面，国家最高主权机关为最高人民会议，在闭会期间由最高人民会议常任委员会行使国家最高主权；国家主权的最高执行机关为内阁，下设省作为国家主权的部门执行机关，行使国家行政权；地方国家主权机关为人民委员会，闭会期间由其常务委员会履行职务；国家的司法权由裁判所与检察所行使。

三、朝鲜宪法的历次修改

朝鲜根据其规范内容的不同，将劳动阶级宪法分为人民民主主义宪法与社会主义宪法。[1]朝鲜1948年宪法就是人民民主主义宪法，主要反映了人民民主主义革命中有切身利害关系的各阶层劳动人民群众的意志与要求。因此，1948年宪法将其重点放在了清算日本帝国主义时期的帝国主义、封建主义残余制度上，并未全面推进社会主义制度建设。而之后的朝鲜1972年宪法是社会主义宪法，是社会主义革命的产物。

建国之后，朝鲜社会经济制度与阶级政治斗争的内容发生了诸多变化，应时代要求，朝鲜对宪法进行了多次修改。1948年宪法（人民民主主义宪法）历经1953年、1954年、1955年、1956年、1962年5次修改；朝鲜完成社会主义改造之后，于1972年对宪法进行了全面修改，制定了全新的社会主义宪法，即朝鲜1972年宪法。该宪法历经1992年、1998

[1] 【朝】李明日：《宪法学》，平壤：金日成综合大学，1999年，第8页。

年、2009年、2010年、2012年、2013年、2016年和2019年修改和发展，成为今天的具有鲜明自身特色的朝鲜式社会主义宪法。

1、对1948年宪法的修改

1953年4月23日，朝鲜第一届最高人民会议第七次会议修改补充了宪法，调整了行政区划与行政管理体系。将宪法第37条第8项中规定的“道、市、郡、面、里区域的新设及变更”修改为“道、市、郡、里区域的新设及变更”，删除了面的设置[1]；对宪法第58条第一款中内阁的组成进行了调整，新设了国家建设委员会委员长，将国家检阅相提升为人民检阅委员会委员长，并增设了重工业相[2]、轻工业相、化学建材工业相、农业相、贸易相、电业相、水产相，删除了产业相、农林相、都市经营相。

1954年10月30日，朝鲜第一届最高人民会议第八次会议第二次修改补充了宪法，分离了地方的主权机关与行政机关，调整了任期。根据原宪法，朝鲜中央设有最高主权机关的最高人民会议、闭会期间行使该权力的最高人民会议常任委员会以及最高行政机关的内阁，但是在地方只设有人民委员会，人民委员会行使主权功能与行政执行功能。这一设置严重影响了地方国家机关的工作，因此通过这次修改，确定地方人民会议为本级地方主权机关（第68条）、地方人民委员会为本级地方人民会议的执行机关、地方国家行政机关（第72条）。此外，将最高人民会议的任期由原来的3年延长为4年（第36条），规定道人民会议任期为4年，市、郡（区域）、里（邑、工人区）人民会议任期为2年（第69条）。

1955年3月11日，朝鲜第一届最高人民会议第九次会议第三次修改补充了宪法，加强了内阁作为国家主权的最高执行机关的职能。20世纪50年代后期，朝鲜面临着加快社会主义革命步伐的历史任务，为此需要内阁作为国家执行机关，对国内一切行政经济事务统一掌握与指导，能够有效行使相关权力。为此，通过宪法修改赋予内阁以命令公布权（第53条），并修改相应条款（第49条第3项、第56条、第91条），保障内阁公布的命令得以实施。这一修改不仅提高了内阁的权能，而且在国家整体事务中保障内阁首相的唯一领导，具有政治法律意义。修改第48条关于最高人民会议常任委员会的组成与第58条第1款关于内阁的组成相关内容，将其规定变为原则化，保障了宪法的稳定性。[3]此外，将宪法

[1] 当时朝鲜约有8000多名的政务员，但大都分配于道、郡、面，而末端行政单位的里则工作人员寥寥无几，甚至有些里的人民委员长自己一人承担着所有工作。面作为旧社会残留的制度，成为了阻碍郡指导工作的障碍。

[2] “相”相当于我国的“部长”。

[3] 将第48条的“最高人民会议常任委员会，由最高人民会议选举，由委员长、副委员长2名、书记长和委员17名组成”修改为“最高人民会议常任委员会，由最高人民会议选举，由委员长、副委员长若干人、书记长和委员组成”。将第58条第1款的“内阁由下列人员组成：1.首相，2.副首相，3.国家计划委员会委员长，4.国家建设委员会委员长，5.人民检阅委员会委员长，6.相：（1）民族保卫相，（2）内务相，（3）外务相，（4）重工业相，（5）轻工业相，（6）化学建材工业相，（7）农业相，（8）交通相，（9）财政相，（10）商业相，（11）教育相，（12）通信相，（13）司法相，（14）文化宣传相，（15）劳动相，（16）保健相，（17）贸易相，（18）电业相，（19）水产相，（20）无任所相”修改为“内阁由下列人员组成：1.首相，2.副首相若干人，3.相，4.委员会委员长若干人”；将第58条第2款“内阁可以设置直属事务局，必要时

第 2 条第 2 款、第 3 条、第 83 条第 3 款中的“人民委员会”修改为“人民会议”，完成了 1954 年修改中遗留下来的用语问题。

1956 年 11 月 7 日，朝鲜第一届最高人民会议第十二次会议第四次修改补充了宪法，将第 12 条第 1 款规定的公民行使选举权与被选举权的年龄由原来的 20 岁降至 18 岁，使更多的青年参加选举，加强和巩固人民政权的政治基础。朝鲜于 1949 年根据宪法规定第一次举行地方主权机关选举以来，一直未能再举行代议员选举。其间朝鲜进行了行政区域改编，地方主权机关也发生了变化，导致地方人民会议代议员严重缺人。[1]这次宪法修改既是对这一现实需求的回应，也是朝鲜认为朝鲜青年经过朝鲜战争、社会主义革命与建设过程思想意识水平得到了很大的提高，是对其在社会主义建设中发挥重要作用的肯定。

1962 年 10 月 22 日，朝鲜第三届最高人民会议第一次会议第五次修改补充了宪法，加快了唯一领导体制的建立步伐。将宪法第 57 条第 2 款规定的“内阁通过的决定由首相及相关相签署发布”修改为“内阁通过的决定由首相签署发布”，将第 58 条第 1 款规定的“内阁由下列人员组成：1. 首相，2. 副首相若干人，3. 相，4. 委员会委员长若干人”修改为“内阁由下列人员组成：1. 首相，2. 第一副首相，3. 副首相，4. 相，5. 委员会委员长，6. 其他必要的成员”，删除了宪法第 61 条规定的内阁成员向最高人民会议进行宣誓的相关规定。[2]通过规定首相的内阁决定独自签署权，加强了首相的权力，通过第一副首相制度的建立、删除宣誓义务条款，突出了首相的地位，加快了唯一领导体制的建立。

此外，将宪法第 35 条规定的“最高人民会议代议员以人口 50000:1 的比例选出”修改为“最高人民会议代议员以人口 30000:1 的比例选出”，加大了广大人民群众代表的选出，确保人民群众积极主动参加国家管理与国家建设事业。

2、1972 年宪法的修改

1948 年 9 月朝鲜民主主义人民共和国成立后，开始了社会主义过渡时期建设，进行社会主义改造[3]，通过各项经济计划的实施，朝鲜的各个领域较之建国之初发生了较大的变化，社会经济制度与社会主义原则被建立起来。这期间朝鲜的国民经济得到极大发展，同时因朝鲜战争出现了大量军人牺牲或受伤，需要对其特别保护。为此，朝鲜对原宪法进行了全面修改，通过了 1972 年社会主义宪法。[4]

1972 年 10 月，朝鲜劳动党第五届中央委员会第五次会议审议了宪法草案；同年 12 月

可以设置适当的部门”修改为“内阁组织法另行规定”。

[1] 如成川郡的郡代议员由选举时的 45 名中仅剩 7 名。

[2] 《朝鲜宪法》第 61 条：“首相、副首相、相在最高人民会议作如下宣誓：‘我宣誓：为朝鲜人民和朝鲜民主主义人民共和国忠实服务，作为阁员只为全体人民与国家的福利而斗争，严守朝鲜民主主义人民共和国宪法和法令，为保护朝鲜民主主义人民共和国自主权和民主主义自由奉献自己一切力量与作用。’”

[3] 实际上的社会主义改造是在 1953 年抗美援朝战争之后全面开始的。

[4] 为了加强对社会主义宪法的学习，于 1973 年 12 月 24 日，朝鲜中央人民委员会颁布了关于“朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法节”的政令，规定每年 12 月 27 日为宪法节（国家节日），要求所有国家机关、企业、合作农场及公民通过宪法宣传，提高宪法意识，在全社会树立宪法权威。

27 日，第五届最高人民会议第一次会议一致通过了修改后的 1972 年宪法。1972 年宪法共 11 章 149 条，主要包括第一章政治、第二章经济、第三章文化、第四章公民的基本权利和义务、第五章最高人民会议、第六章朝鲜民主主义共和国主席、第七章中央人民委员会、第八章政务院、第九章地方人民会议·人民委员会及行政委员会、第十章裁判所及检察所、第十一章国徽·国旗及首都。

1972 年宪法的新变化主要体现在以下几个方面：

（1）指导思想

1972 年宪法文本中开始使用了“主体思想”、“主体”等的表述。如新增的第 4 条规定“朝鲜民主主义人民共和国以把马克思列宁主义创造性地运用于我国现实的朝鲜劳动党的主体思想作为自己活动的指针”，第 44 条规定“国家在科学研究工作中彻底树立主体，加强科学家和生产者创造性合作，促进国家的科学技术发展”。 这是金日成“主体思想”在宪法中的体现，表明朝鲜将“主体思想”作为自己的指导思想，开始了建设朝鲜式社会主义的初步探索。

（2）基本原则

1948 年宪法将国家的政治、经济、文化等各项基本原则统一规定在第一章基本原则中，1972 年宪法将其拆分为第一章政治、第二章经济、第三章文化，分开规定，独立成章，增加“主体思想”为国家指导思想，并且在各项具体原则与内容方面进行了增加与补充，初步形成了朝鲜之后的政治、经济、文化等社会建设、国家管理的基本政策方针框架。第一章中除了指导思想、政治制度等方面的相关内容之外，还规定了军事国防方面的内容，如第 14 条规定建立全国防卫体系，贯彻自卫军事路线。第二章经济与第三章文化规定的内容体现着朝鲜社会主义建设的成就。例如明确规定八小时工作时间制度（第 28 条），规定劳动者 16 岁年龄限制（第 29 条）；明确规定实行全民所有制与集体所有制，发展集体经济制度以及实施计划经济；发展社会主义文化，进行“主体思想”的精神文明建设。与朝鲜 1948 年宪法相比，1972 年宪法在经济与文化方面的规定更为全面具体。

（3）公民基本权利和义务

1972 年宪法把公民基本权利和义务规定在第四章，从第 49 条到第 72 条，共 24 条。与 1948 年宪法相比，基本权利类型变化不大，但是在具体规定上，内涵更加丰富，规定更为科学，也更加符合朝鲜当时的国情。（1）增加第 49 条，规定“一人为全体，全体为一人”的集体主义原则为权利与义务的基础。增加第 65 条，规定一切旅居国外的朝鲜公民受国家法律的保护。增加第 50 条，保障公民享有真正的民主权利和自由以及幸福的物质文化生活的权利，并且这一权利与自由会随着社会主义的巩固发展而不断扩大。（2）平等权方面，删除了“不分性别、民族、宗教信仰、技术、财产、教育程度”的限定规定，直接规定在国家社会生活的各方面享有平等权。（3）政治权利方面，关于选举权与被选举权行使主体

的年龄降至17岁，并且删除了亲日分子没有选举权与被选举权的规定。删除了组织民主主义政党的权利与关于申请国家赔偿的权利。（4）宗教信仰与自由方面，增加规定了反对宗教的宣传自由，以此限制了宗教自由。（5）在人身自由方面，将之前由裁判所决定或检察官批准才可以逮捕的规定修改为不依照法律不得逮捕。（6）社会权利方面，把劳动权与休息权的相关规定进行了具体化，将享受社会保险的权利修改为享受免费医疗的权利，规定实行包括免费学前教育在内的十一年免费义务教育，增加规定国家对合理化建议者和发明家予以关怀。删除了公民经营中小产业或商业活动的自由，同时也删除了纳税义务。（7）特定人权利方面，增加对革命烈士、军人以及其家属的特别保护，增加了妇女产假等保障措施，删除了对非婚生子女的特别保护。

（4）国家机构

在国家机构设置方面，1972年宪法做出了较大的修改。取消内阁制，设置国家主席一职，国家主席代表国家主权，行使国家元首的权力。国家主席领导中央人民委员会，中央人民委员会是国家主权的最高领导机关。“最高人民会议常任委员会”更名为“最高人民会议常设会议”，并削弱其权力。设置政务院，政务院受国家主席和中央人民委员会领导，是最高主权机关的行政执行机关。地方国家机关方面，取消里人民会议；设置地方行政委员会，地方行政委员会受地方人民委员会领导，是地方国家主权机关的行政执行机关。把最高裁判所与最高检察所修改为中央裁判所与中央检察所。

通过这次修改，朝鲜形成了新的国家机构体系，即由最高人民会议及其常设会议组成最高国家权力机关；由国家主席、中央人民委员会以及受二者共同领导的政务院组成最高国家权力执行机关；由道、市、郡人民会议及其人民委员会组成地方权力机关，由地方行政委员会组成地方权力执行机关；裁判所和检察所组成国家司法机关。

3、1992年朝鲜宪法修改

时隔二十年，于1992年4月9日，朝鲜第九届最高人民会议第三次会议又一次对宪法进行了修改补充。朝鲜1992年宪法修改是对1972年宪法的全面修改，不仅章节体系变化巨大，修改内容也涉及指导思想、国家制度、公民基本权利以及国家机构等多个方面。

在结构上将1972年宪法的11章149条修改为7章171条。将最高人民会议、国家主席等国家机关合并到国家机构一章，新增了“第四章国防”和第六章中的“第三节朝鲜民主主义人民共和国国防委员会”。

在基本原则方面，删除“马克思列宁主义”，正式将“主体思想”规定为指导思想；将“无产阶级专政”修改为“人民民主主义专政”。增加规定朝鲜经济以“社会主义生产关系与自立的民族经济”为基础，新设了关于与外国法人、个人进行合营、合作的相关规定，为《合营法》提供了宪法依据。新设关于环境保护的相关规定，为《环境保护法》提供了宪法依据。此外，在宪法中明确规定了朝鲜从此没有税收制度[1]。

公民基本权利保障方面，增加规定了成为朝鲜公民的条件，要求申诉请愿应依照法律程序进行处理，禁止对公民的非法拘禁与非法搜查住宅，删除反对宗教的宣传自由，允许建立宗教建筑和举行宗教仪式，并禁止利用宗教引进外来势力或破坏国家社会秩序。

国家机构方面进行了重大调整，将国防委员会从中央人民委员会中独立出来，将其作为国家主权的最高军事指导机关，缩减国家主席的权限，扩大了最高人民会议的权限。将原来的“地方行政委员会”的名称修改为“地方行政经济委员会”。此外，把最高人民会议任期由4年改为5年，把市、郡人民会议的任期由2年改为4年。

4、1998年朝鲜宪法修改

1991年苏联解体后，朝鲜在经济建设上失去苏联这一强有力的援助，由于科学技术的匮乏、苏东剧变之后市场的失去，朝鲜从二十世纪九十年代开始进入了经济发展困境。1994年金日成逝世，金正日成为新的国家领导人，朝鲜社会政治、经济、文化各方面发生巨大变化，经济发展困境亟待解决，这些种种因素促成了朝鲜进行宪法修改，以适应社会发展的需要。

1998年9月5日，第十届最高人民会议第一次会议修改补充了宪法。这次宪法修改也是全面修改，在宪法结构方面，首次增加了近1500字的宪法序言，肯定了金日成作为朝鲜国家领导人的历史成就，拥戴金日成为共和国永远的主席。将朝鲜宪法确定为对金日成主体国家建设思想与业绩加以法律化的金日成宪法。

经济制度方面对生产资料所有制主体从“国家、合作社”扩大为“国家、社会合作团体”；在经济管理中实行独立核算；允许社会合作团体从事对外贸易，并在宪法中首次写入了“经济特区”。

公民基本权利和义务方面，增加规定公民的居住和旅行的自由；[2]扩大了公民个人所有权的保护范围，规定“其他合法经营活动收入归个人所有”，并对专利权进行了保护。

国家机构方面，撤销国家主席制与中央人民委员会，提高国防委员会的地位，规定国防委员会为“全面的国防管理机关”；将“最高人民会议常设会议”更名为“最高人民会议常任委员会”，并扩大了其职权；将“政务院”更名为“内阁”，规定为“全面的国家管理机关”，并规定内阁总理代表朝鲜政府。将原来的“地方行政经济委员会”再次吸收到了“地方人民委员会”。把“裁判所和检察所”修改为“检察所和裁判所”，将两者的顺序进行了调换，突出并加强了检察机关的职能。

从朝鲜1998年对宪法的修改可以看出，朝鲜为解决经济发展困境以及在国际社会的复

[1] 1948年宪法在公民的义务规定中规定纳税是公民的义务（第29条）；1972年宪法，把纳税义务从义务条款中删除；1992年宪法，在第二章经济方面的规定中明文规定朝鲜没有税收（第25条）。

[2] 这是对当时面临经济困境人员流动增加的社会现实的事后认可。

杂局势下保障国家安全所作出的改变。在计划经济体制下强调自主性，以及进一步提高国防委员会地位，体现了朝鲜实施“先军思想”的开始。

5、2009 年朝鲜宪法修改

2009 年 4 月 9 日，第十二届最高人民会议第一次会议修改补充了宪法。这次宪法修改的突出变化是朝鲜先军政治的进一步发展。

将“先军思想”写入宪法，确定为指导思想；宪法中删除了“共产主义”表述。[1]公民权利保障方面，增加规定国家尊重和保障人权。国家机构方面，在第六章国家机构中新增一节“朝鲜民主主义人民共和国国防委员会委员长”作为第二节，位于最高人民会议之后。国防委员会委员长职权进一步扩大，成为朝鲜最高领导人，领导国家全面工作。

6、2010 年朝鲜宪法修改

2010 年 4 月 9 日，第十二届最高人民会议第二次会议修改了宪法，将中央检察所与中央裁判所修改为最高检察所与最高裁判所，恢复了 1972 年宪法时的名称。

7、2012 年朝鲜宪法修改

2011 年金正日逝世。朝鲜于 2012 年 4 月 13 日，第十二届最高人民会议第五次会议再次修改补充了宪法。本次宪法修改对宪法序言进行了大篇幅的增加，高度赞扬金正日的成绩，将金正日称为伟大的领导者，拥戴其为永远的国防委员会委员长。同时在宪法序言中明确表明朝鲜成为“核拥有国”，将朝鲜社会主义宪法称为“金日成-金正日”宪法。

国家机构方面，由于“拥戴金正日同志为永远的国防委员会委员长”，国防委员会最高领导人修改为国防委员会第一委员长，国防委员会的人员组成从之前的委员长、第一副委员长、副委员长、委员修改为第一委员长、副委员长和委员。

8、2013 年朝鲜宪法修改

2013 年 4 月 1 日，第十二届最高人民会议第七次会议对宪法进行了两处修改，一处是在序言中增加规定了“安放着金日成同志和金正日同志保持生前容貌的遗体的锦绣山太阳宫是领袖永生的大纪念碑，是全体朝鲜民族尊严的象征和永远的圣地。”另一处是第 45 条，将 1972 年开始实施的十一年制免费义务教育延长为十二年免费义务教育，进一步增强了社会保障力度。

9、2016 年朝鲜宪法修改

2016 年 6 月 29 日，第十三届最高人民会议第四次会议修改补充了宪法，这是金正恩成为国家领导人之后的一次重要的宪法修改。

在宪法序言中对金日成与金正日同志的称谓从原先的“伟大领袖金日成同志与伟大领导者金正日同志”修改为“伟大的金日成同志与金正日同志”，“拥戴伟大领袖金日成同志为共和国永远的主席，拥戴伟大领导者金正日同志为共和国永远的国防委员会委员长”修

[1] 删除了第 29 条、第 40 条的“共产主义”表述，将第 43 条的“共产主义新人”修改为“主体型新人”。

改为“拥戴伟大的金日成同志和金正日同志为主体朝鲜的永远的领袖”，以此模糊了原有宪法中对金日成与金正日的国家领导人称谓，加强了金正恩的唯一领导地位。

将国防委员会修改为国务委员会，国防委员会第一委员长修改为国务委员会委员长。国务委员会委员长的职权在原国防委员会第一委员长的职权基础上增加“战时组织指导国家防御委员会”作为第七项。国务委员会的职权也有了较大变动，第一项“制定旨在贯彻先军革命路线的国家重要政策”修改为“讨论并决定国防建设事业等国家重要政策”，删除了原第二项、第五项、第六项关于军事领导的相关职权。[1]此外，对内阁的性质进行了微调，将原来的“内阁是最高主权的行政执行机关”修改为“内阁是国家主权的行政执行机关”，为国务委员会成为内阁的领导机关进行了合理化；将 2010 年修改过的最高检察所与最高裁判所再次修改回中央检察所与中央裁判所。

10、2019 年朝鲜宪法修改

2019 年 4 月 11 日，第十四届最高人民会议第一次会议修改补充了宪法。

四、朝鲜宪法的发展趋势

1、指导思想由主体思想与先军政治为主发展为军事经济并重

朝鲜在建国之初，是以马克思列宁主义为国家的指导思想，但在社会主义改造与国家建设的过程中逐步形成了自己的指导思想，即“主体思想”，[2]并于 1972 年将其规定在了宪法当中。1972 年宪法第四条规定，朝鲜把马克思列宁主义创造性地适用于本国现实的朝鲜劳动党的主体思想作为自己行动的指导方针。1992 年宪法修改，删除了“马克思列宁主义”的表述，重新把主体思想定义为“是以人为中心的世界观，是实现人民群众自主性的革命思想”。同时在第 26 条明确提出了主体经济，指出“国家紧抓社会主义自立民族经济建设路线，加快人民经济主体化、现代化和科学化建设，为把人民经济发展成为高度发达的主体经济、为奠定与完全的社会主义社会相适应的物质技术基础而奋斗。”到 2009 年，朝鲜在宪法条文中删除了“共产主义”的表述。

20 世纪九十年代，朝鲜面临了在经济上的困难以及国外政治环境的变化。朝鲜为了加强国内治理、拟利用军队资源和力量恢复人民经济，推行了先军政治，以此解决国内经济与国际上的安全问题。1992 年宪法修改，提高了对国防的重视，单列第四章为“国防”，又将原设在中央人民委员会下面的专门委员会独立出来，在国家机构中专设一节为“国防委员会”。到 2009 年宪法，朝鲜正式将“先军思想”写入宪法第三条，列在了主体思想之

[1] 2012 年朝鲜公布成为核拥有国，象征着先军革命路线主要任务初步完成，朝鲜国家的大政方针逐步从先军政治向国务建设、经济发展方向倾斜。对国防委员会的修改就是为了实现这一目标。

[2] 主体思想包含思想上的主体、经济上的自立、政治上的自主、国防上的自卫。

后，并单设一节为“国防委员会委员长”，将其法定为国家最高领导人。同时也将军人重新列入到了关于劳动人民的表述当中，[1]突出并加强了军人的地位。其间朝鲜一直进行核试验，到 2012 年，以宪法宣告朝鲜为核拥有国。这代表着金正日“先军思想”建设任务的初步完成。

朝鲜第三代领导人金正恩上台以后，国内外形势发生了变化，在稳定国内统治地位以后，金正恩继金日成的“主体思想”、金正恩的“先军思想”，需要确立自己新的指导思想，指引朝鲜的发展。考虑到朝鲜因核试验面临的国际压力以及朝鲜半岛的紧张局势，军事国防力量的提升还是不可忽视的发展目标，同样军事力量的提升与国防安全的进一步保障为朝鲜进行经济发展提供较为稳定的国内环境。为促进社会发展，维护国家稳定，经济发展必须得到重视。因此，军事经济并重成为了金正恩主政时期朝鲜式社会主义建设的主要思路。为此，2016 年宪法将先军思想代表性机构——“国防委员会”修改为“国务委员会”，加强了国家管理与经济建设，并进行了一系列的立法活动，保障经济建设的发展。[2]

2、公民权利逐步扩大

朝鲜一直强调朝鲜式社会主义国家的优越性。朝鲜坚持着人民计划经济，由国家安排一切，从吃穿住到上学、工作、休息和医疗。朝鲜宪法较为明确地规定了公民权利的保障内容。如劳动年龄、免费义务教育年限、免费医疗制度、带薪休假制度等。朝鲜宪法紧随国家的发展变化，不断扩大对公民权利的保障。

1972 年社会主义宪法较为系统地扩大规定了公民基本权利的内容，1992 年宪法扩大了宗教信仰自由，废除了税收制度；1998 年宪法新增了公民的居住与旅行的自由，扩大了个人所有权的范畴；2009 年宪法明确了国家尊重和保障人权；2013 年宪法将免费义务教育从 11 年延长到了 12 年。此外，近年来朝鲜立法机关大量地制定并修改关于公民权益保障方面的法律，切实做到宪法具体化工作。[3]朝鲜在免费义务教育、免费医疗制度等方面已经走到了国际前列，并随着国家实力的提升逐步扩大公民的权利。如 2015 年将女性产后休假由原来的 90 天延长到了 180 天，允许公民变更性别[4]等。

3、经济方面的发展趋势

一个国家的繁荣昌盛离不开经济建设，经济建设是国家发展的基础。朝鲜在特殊时期

[1] 1972 年宪法第六条规定国家保护工人、农民、士兵、劳动知识分子；1992 年宪法第四条规定，国家主权属于工人、农民、劳动知识分子等所有劳动人民；2009 年宪法第四条规定，国家主权属于工人、农民、军人、劳动知识分子等劳动人民。

[2] 关于经济方面的立法：2013 年制定 1 部、修改 4 部，占全年的 12.%；2014 年制定 2 部、修改 6 部，占全年的 25%，2015 年制定 1 部、修改 9 部，占全年的 21.3%。

[3] 关于保障公民权益方面的立法：2013 年制定 1 部法律、修改 5 部，占全年的 15%；2014 年制定 1 部法律、修改 5 部，占全年的 18.8%，2015 年修改 10 部法律，占全年的 21.3%。

[4] 《公民登录法》第 16 条，2015 年 10 月 27 日修改。

特殊环境下采取了先军政治。先军政治确保了国家的安全，但不能使国家进一步繁荣发展。朝鲜宣布自己成为“核拥有国”，不仅是为了保障本国的安全而对外界进行的警告，也是对内宣告完成先军政治任务、开始致力于经济建设的一个信号。朝鲜经济方面的发展趋势有以下几个方面。

（1）朝鲜短期内将继续坚持计划经济。要实现“一人为全体、全体为一人”的集体主义，并由国家保障公民的衣食住以及朝鲜现有的免费医疗、免费教育制度，在朝鲜经济高度发达之前，靠市场经济是实现不了的。如果现阶段，朝鲜若要实行市场经济，那么首先要面对的就是修改宪法，对宪法规定的公民权利进行大幅度的缩减。这不符合为了保障政权需要大力弘扬社会主义优越性的现实需求与朝鲜人民民主专政的实现。

（2）个人所有权的范畴将逐步扩大。经济的发展需要动力，个人私有则是打破大锅饭、快速发展经济最好的推动力。朝鲜早在 1948 年宪法中就广泛地承认了个人所有及其继承权（第 5 条、第 8 条）。1972 年社会主义宪法对个人所有的范畴进行了限制，规定个人所有包括按劳分配、来自国家与社会的福利以及宅基地庭园经营等个人经营的副业所生产的产品。迫于经济发展的压力，1998 年宪法重新扩大了个人所有的范畴，将其他合法的经营活动所得也纳入到了个人所有的范畴，刺激劳动人民的经济自主性，促进社会经济的发展。近年来，朝鲜也出现了农贸市场，出现了信用卡，也出现了私下里的不动产买卖等诸多经济形式与收入方式。随着经济建设的进一步发展，个人所有的范畴将逐渐扩大，但因计划经济模式不变，离中国式的私有财产权的宪法确认还有一定距离。

（3）进一步加深经济特区法制建设。朝鲜需要大力发展经济，但国内还要保持计划经济，那么能够选择的方法就是划定特定区域，建设经济特区。近年来朝鲜特别重视对外贸易和引进外资，那么势必要尊重国外的经济运行方式。为此，在罗先经济贸易区等经济特区允许对国外经济体转让土地使用权、制定特定的经济规定以引进外资。特别是在国际封锁制裁的当下，朝鲜将会进一步扩大经济特区建设，加大经济特区的经济建设特权。因此，在未来的一段时间里加快经济特区建设步伐，加深经济特区法制建设势在必行。

4、国家机构权力职能逐步向行政经济管理为中心转移

朝鲜建国之初，采用了内阁制，最高领导人金日成担任了内阁首相。完成社会主义改造以后，朝鲜完成了唯一领导体制的建立，将内阁制改为主席制，由国家主席与中央委员会在国家建设中发挥最高指导职能，大力推动了朝鲜经济发展。金正日执政时期朝鲜国内外形势发生变化，朝鲜的主要任务变成了与国外敌对势力作斗争、以保护国家主权，因此这一时期军事功能凸显。为此 1998 年宪法撤销国家主席制，加强国防委员会权限，到 2009 年宪法则将国防委员会委员长确定为国家最高领导人，致力于朝鲜军事力量的加强。到金正恩时期，初步完成了朝鲜军事强国建设任务，国家的主要任务从军事建设中心开始向军事经济并重的方向发展。因此，朝鲜又将国防委员会修改为国务委员会，国务委员会的职

能随之也从军事职能逐步向国家行政管理职能转变，作为国家最高行政机关的内阁的权限也将逐步扩大。特别是在实行计划经济的朝鲜，内阁的行政管理职能将会进一步扩大。

5、形式上的发展变化

近年来，朝鲜频繁修改宪法，不仅修改宪法内容较多，而且在其形式上也逐渐与国际主流同步。

金日成逝世4周年之后的1998年宪法首次写入宪法序言，之后于2012年、2013年、2016年相继进行了修改补充。这些修改变化中绝大部分是对金日成与金正日作为朝鲜国家领导人的赞颂与一些政治宣言性内容。如在2012修改宪法时，在宪法序言中宣告朝鲜已成为“核保有国”；2016年宪法修改时，在宪法序言中将金日成与金正日的称谓进行模糊表述，表明金日成与金正日的时代已成为过去，以此突出现任领导人金正恩的国家最高领导人地位。

宪法修改后的颁布，之前是以全文的形式出现，但从2016年出版的朝鲜法典（增补版）开始，在修改后的宪法全文之后单独列出了2013年、2016年修改的内容。与宪法修正案的区别只在于在标题上没有明文标明“宪法修正案”的字样，而是采用了《宪法修改补充的内容》的字样；在具体内容上没有明确标明修正案第一条、第二条等指引而已，其内容表现形式亦没有太大的区别。

论朝鲜的司法制度

严海玉[1]（延边大学）

一、朝鲜的裁判制度

（一）《裁判所组织法》的制定

1946年3月6日，根据朝鲜临时人民委员会第4届会议通过的《关于北朝鲜临时人民委员会司法局、裁判所、检察所的组成和职务的基本原则》的规定，人民裁判所审理的第一审案件，由一名法官和二名参审员组成的裁判部进行裁判。第二审案件，由三名法官组成的合议庭进行裁判。1946年4月19日，《关于临时人民委员会司法局、裁判所、检察所的组成和职务基本原则增补》的规定，再次明确了所有裁判所与裁判部的组成方式。[2]

道裁判所的裁判委员会由道裁判所所长、副所长、全体法官、道检察所所长以及道司法部长组成，最高裁判所的裁判委员会由最高裁判所所长、副所长、法官全员、检察所所长、司法局长组成。一个月至少召开一次会议[3]。军事裁判所由相当于人民裁判所级别的师团（旅团）军部队裁判所、内部机关军事裁判所以及道裁判所级别的军团军事裁判所组成。铁路裁判所由地区通运裁判所和管区通运裁判所来组成[4]。随着1950年3月1日裁判所组织法的制定与公布，废止了负责非常上诉等业务的裁判委员会，其业务划归到最高裁判所的各部以及最高裁判所全体会议。[5]

1976年1月10日，根据朝鲜民主主义人民共和国最高人民会议常设会议第19号决定，《裁判所组织法》于3月1日开始实行。新的《裁判所组织法》共5章。分别是裁判所组织法的基本原则、裁判所组织和任务、裁判活动、裁判工作的指导等。[6]

1976年1月10日，金日成以《关于采纳朝鲜民主主义人民共和国裁判所组织法》为题发布了最高人民会议常设会议第19号决定。决定有以下内容：无产阶级专政的使命是消灭剥削阶级以及其反抗，同时教育和改造全体劳动者，促进他们的革命化、劳动阶级化，并逐渐消除一切阶级差别，建立共产主义。

党的政策和朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法为基础的裁判所组织法不仅提高裁

[1] 延边大学法学院副教授。
[2] 法院行政处(법원행정처). 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996年，79、80页。
[3] 法院行政处(법원행정처). 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996年，82页。
[4] 法院行政处(법원행정처). 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996年，93页。
[5] 法院行政处(법원행정처). 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996年，82页。
[6] 法院行政处(법원행정처). 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996年，79、80页。

判机关的功能和作用，还将成为拥护党、从各种侵害中保卫我们国家的劳动者和农民的主权和社会主义国家、社会协同团体的财产和人民的宪法权利以及生命财产、用伟大的主体思想武装全社会的坚定保证。

1950 年 3 月 1 日通过的《裁判所组织法》和 1962 年 2 月 28 制定的《最高裁判所规定》从 1976 年 3 月 1 日起失效。[1]

《裁判所组织法》分别通过 1992 年 1 月 15 日最高人民会议常设会议第 12 号决定，2004 年 1 月 15 日最高人民会议常任委员会第 436 号政令，2011 年 10 月 19 日最高人民会议常务委员会第 1913 号政令以及 2012 年 5 月 14 日最高人民会议常务委员会第 2387 号政令进行修订补充。

（二）裁判所的性质和任务

合理设置裁判所组织是保障裁判具有科学性、客观性、慎重性、公正性、全面性的前提条件。为了在裁判所组织内建立规范的制度、良好的秩序，正确适用法律审理刑事、民事案件而制定了《裁判所组织法》。《宪法》第 159 条规定：最高裁判所、道（直辖市）裁判所、市（区）、郡人民裁判所和特别裁判所享有裁判权。裁判所裁判以朝鲜民主主义人民共和国的名义进行宣告。

根据《宪法》第 162 条明确规定，朝鲜裁判所行使下列职权：

第一，通过裁判活动，保护国家主权和社会主义制度、保护国家和社会协同团体的财产、保护人民的宪法权利和生命财产。是监督所有机关、企业、社会协同团体和公民严格遵守国家法律，同阶级敌人和一切违法分子进行积极的斗争。

第二，执行有关财产纠纷的裁判和裁定，并开展公证工作。

具体而言，强化对司法人员的思想教育、革命教育以及阶级教育，将其培养成坚持党的唯一思想体系和指导体系的坚定的共产主义革命家。通过刑事裁判活动镇压反革命分子、惩罚一般犯罪，保护国家和人民的财产。通过民事裁判活动，从法律上保障国家机关、企业、社会协同团体及公民权利，巩固法律秩序。通过仲裁活动，保障社会主义建设。通过裁判活动、法令解说工作、资料解说工作、法律咨询等群众政治工作，预防违法犯罪行为发生。正确处理机关、企业、社会协同团体和公民提出的申诉和请愿。通过执行活动，正确执行财产裁判、裁定，保护国家和人民的财产，构建国家法律秩序。通过公证活动，保护国家机关、企业、社会协同团体及公民的法律权利和利益。[2]

[1] 崔钟库(최종고). 北韩法[M]. 博英社，1993 年，314 页。
[2] 参：崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，119 页。

（三）裁判所的组织体系

1. 裁判所的组织形式

1945 年 11 月 23 日，根据司法局第 4 号《关于裁判所组织的件》的布告而成立的裁判所行使下列职权：裁判所采用了二审终审制[1]。在主要市（郡）设立了属于第一审裁判所的人民裁判所，在道设立了基于裁判第一审人民裁判所裁判的第二审程序或受理重大案件的第一审裁判所的道裁判所。在平壤设立了管辖道裁判所第一审裁判的第二审上诉程序的裁判所。从此，基本上形成了裁判所的组织体系。[2]

自 1976 年 3 月 1 日起实施了新的《裁判所组织法》。裁判仍沿用了三级二审制，但对裁判所的名称进行了修改。例如：最高裁判所、道裁判所、市（郡）裁判所分别被改为中央裁判所、道（直辖市）裁判所、人民裁判所。特别裁判所分为军事裁判所和铁路裁判所。铁路裁判所被改为通运裁判所。根据中央裁判所的提名中央人民委员会确定裁判所的数量和所在地。但军事裁判所由人民军队和社会安全机关组成，铁路裁判所由铁路运输部门组成。[3]

朝鲜的地方行政区域划分为市、郡、区域，人民裁判所的名称也分为市、郡、区域裁判所。根据地方行政区域划分，设立了相应的裁判所组织。如《裁判所组织法》第 3 条规定：朝鲜民主主义人民共和国设立最高裁判所和道（直辖市）裁判所、市（区）裁判所，郡人民裁判所。在必要的部门内设立军事裁判所、铁路裁判所，军需裁判所等特别裁判所。

最高裁判所是朝鲜民主主义人民共和国的最高裁判机关。最高裁判所监督所有裁判所的裁判工作。最高裁判所对于道（直辖市）裁判所、特别裁判所作出的第一审裁判不服而提出的上诉、抗诉案件，作为第二审进行裁判。

道（直辖市）裁判所是依据属于地方主权机关的道（直辖市）人民会议而组织的地方裁判所。道（直辖市）裁判所管辖反国家、反民族的刑事案件以及适用死刑、无期劳动教化刑的第一审一般刑事案件。另外，道（直辖市）裁判所根据需要也可以直接管辖属于下级人民裁判所管辖的刑事案件或将案件指令其他人民裁判所管辖。不服道（直辖市）下级人民裁判所作出的第一审裁判而提出的上诉、抗诉案件由道（直辖市）裁判所进行第二审裁判。

人民裁判所管辖不属于道（直辖市）裁判所、特别裁判所以及最高裁判所管辖的一般刑事案件。人民裁判所作为朝鲜的基层裁判所，主要审理一审民事、刑事案件，并负责法

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，114 页。
[2] 法院行政处（법원행정처）. 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996 年，75 页。
[3] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年 120 页。

令解说、法律咨询等群众政治工作和申诉请愿处理工作，以及执行活动。人民裁判所接受道（直辖市）裁判所与最高裁判所的裁判监督和司法行政指导监督。

最高裁判所向最高人民会议汇报工作，在休会期间，则向最高人民会议常任委员会汇报工作。道（直辖市）裁判所和市（区域）、郡人民裁判所向本级人民会议汇报自己的工作。人民会议休会期间，向相应的人民委员会汇报自己的工作。

2. 裁判程序和监督

《刑事诉讼法》第273条规定：第一审案件，应当由裁判长和二名人民参审员组成合议庭进行审理。特殊情况下，可以由三名裁判员组成合议庭。其中一名裁判员担任裁判长。书记员参加第一审裁判。

裁判所收到检察官移送的起诉状之后，在开庭之前召开裁判准备会议。裁判准备会议主要调查以下内容：

第一，起诉的事实根据、适用刑法条款的正当性；

第二，预审中遵守《刑事诉讼法》的情况；

第三，处理被告人的申请；

第四，审查对被告人采取的强制措施是否合法。即将案件移送裁判裁定、退回预审或检察官的裁定、纠正适用法条的裁定、驳回案件的裁定。对于本裁定只有检察官可以向上级裁判所提出抗诉。[1]

第一审裁判程序由一名法官担任裁判长和两名人民参审员组成合议庭。在特殊情况下，也可以由三名法官组成合议庭进行审理，其中一名法官担任裁判长。参与过第一审裁判的法官和人民参审员不能再次成为此案的第一审或第二审合议庭成员。

第二审合议庭由三名法官组成，其中一名法官担任裁判长。

除最高裁判所外，其他所有裁判所作出的非常上诉案件的裁判和裁定以及再审案件均由最高裁判所的三名法官组成合议庭进行审理，其中一名法官担任裁判长。

军事裁判所管辖侵害军事利益的犯罪案件以及军人、人民保安员、军事机关的工作人员实施的犯罪案件。军需裁判所管辖军需工业部门的犯罪案件和侵害军需工业部门利益的犯罪案件。铁路裁判所管辖铁路运输部门业务员实施的犯罪案件和侵害铁路运输利益的犯罪案件。

第一审裁判应当公开进行审理。但是涉及国家秘密、个人隐私的案件或造成重大社会影响的案件，可以不公开审理。对不公开审理的裁判应当进行公开宣判。裁判活动使用朝

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998年，133页。

鲜语。在诉讼中外国人可以使用本国语言。充分保障被告人的辩护权。

《律师法》第4条规定：国家保障机关、企业、团体以及公民在参加诉讼、作出法律行为的过程中，享有按照自己的意愿选择律师为自己提供法律帮助和代理的权利。共和国领域内的外国法人和个人也有权获得律师的法律帮助。但是，第19条规定：申请法律帮助的当事人若不如实陈述事实或申请法律援助，律师可以拒绝为其提供辩护。

在裁判活动中，上级裁判所通过第一裁裁判和裁定的上诉制度，确保贯彻党的司法政策的统一性和正确性，预防裁判所可能出现的错误。另外，通过非常上诉制度，最高裁判所发现下级裁判所在裁判中出现法律解释及适用错误的情况下，应当将其修改，保障法律解释及适用的统一性。[1]

裁判所的监督工作由最高裁判所统一进行领导。最高裁判所负责监督全国裁判所的工作。道（直辖市）裁判所和特别裁判所监督下级裁判所的工作。最高裁判所非常上诉案件的裁判和裁定由最高裁判所的法官会议管辖。最高裁判所法官会议由最高裁判所所长、副所长和法官组成。最高裁判所法官会议应由全体成员中2/3以上人数参加方可召开。

（四）法官和人民参审员

《裁判所组织法》第4条规定：法官和人民参审员按照民主主义原则选举产生。最高裁判所的法官和人民参审员由最高人民会议常设委员会选举产生，道（直辖市）裁判所、市（区域）、郡人民裁判所的法官和人民参审员由相应的人民会议选举产生。《裁判所组织法》第5条对特别裁判所法官、人民参审员的任命及选举办法作了明确规定：军事裁判所和铁路裁判所的法官由最高裁判所任命，人民参审员由相应军务者会议或从业人员会议选举产生。

《裁判所组织法》第6条对法官、人民参审员选任资格作出了规定：法官与人民参审员是具有选举权的共和国公民，没有选举资格的人不能担任法官。

法官和人民参审员依法进行选举和罢免，其任期与人民会议任期相同。即最高裁判所所长在最高人民会议期间选举和罢免，最高裁判所的法官和人民参审员在最高人民会议常设会议中选举、罢免。道（直辖市）裁判所和人民裁判所的法官、人民参审员在本届人民会议选举、罢免，人民会议休会时由人民委员会负责补选，并由下一届人民会议确认。军事裁判所和铁道裁判所的所长和法官由最高裁判所任命和罢免，人民参审员在军务者会议或员工会议中选举产生。

选举法官或人民参审员，不需要特别的资格、学历或考试。但是地主、富农、资本家、

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998年，126页。

反动官僚以及帝国主义统治下的法官或检察官不能成为法官或人民参审员[1]。人民参审员原则上一年内参加十四日的裁判活动。但是特殊情况下，也可以参加超过十四日以上的裁判活动。

《裁判所组织法》第 14 条规定：第二审法庭由法官三人组成，其中由一名法官担任裁判长。由此可以看出，人民参审员只能参加第一审裁判。《裁判所组织法》第 13 条对人民参审员待遇作了明确规定：人民参审员在参加裁判期间的生活费、劳动报酬和旅费由其所属机关、企业、团体来承担。无所属机关、企业、团体的人民参审员在参加裁判期间的旅费由该裁判所承担。

最高裁判所所长任期与最高人民会议任期相同。最高裁判所、道（直辖市）裁判所、市（区域）、郡人民裁判所的法官和人民参审员的任期与本级人民会议任期相同。

特别裁判所所长和法官由最高裁判所任免。特别裁判所的人民参审员由相关军务者会议或职工会议选举产生。法官与人民参审员的任期与其相应的人民会议任期相同。罢免法官和人民参审员只能由选举或任命的机关以召回的方式进行。

二、朝鲜的检察制度

（一）检察所组织

1、检察所设立

解放后，建立人民的司法检察机关、制定民主主义法制，是促进新朝鲜建设的重要课题。1945 年 10 月，金日成提出了独创方针：为了建设民主主义自主独立国家，彻底推翻日本法西斯统治机构的残留、建立真正的人民政权、实现司法化。[2]

司法的民主化方针在于：彻底消除成为剥削和压迫手段的日本法西斯司法检察机构的恶法，建立拥护人民大众的自主权利和利益、拥有革命性和人民性的司法检察机关，制定民主主义法律为目的。[3]

1945 年 11 月 27 日司法局发布第 5 号《关于检察所组织及设置的件》的公告。根据裁判所的级别，检察所也相应划分为市（郡）人民检察所、道检察所，还设立了属于特别检察所的铁路检察所。根据司法局长的推荐，朝鲜临时委员会任命朝鲜检察所检察所长。根据朝鲜检察所检察所长的推荐，司法局长任命各级检察所检察官。这一时期设立了预审制

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌版社，1998 年，127 页。
[2] 崔光权(최광권). 解放后，伟大的领袖金日成同志引导强化司法检察机关强化人民民主主义专政机能的不灭的业绩，金日成综合大学学报(历史・法学)[J]，2016 年第 2 号，60 页。
[3] 崔光权(최광권). 解放后，伟大的领袖金日成同志引导强化司法检察机关强化人民民主主义专政机能的不灭的业绩，金日成综合大学学报(历史・法学)[J]，2016 年第 2 号，60 页。

度，各级检察所都设置了相应的预审机关。[1]

1946 年 2 月 8 日成立临时人民委员会管理司法局，重新调整了裁判所和检察所的组织机构及裁判程序。同年 3 月 6 日临时人民委员会通过了第 3 号关于《北朝鲜临时人民委员会司法局、裁判所、检察所组成与职务的基本原则》的决定。依照该原则设置了对应裁判所级别的检察所组织体系，并建立了预审制度。从此，检察所从隶属于司法局调整为临时人民委员会的直属机关。这一法令再次明确了人民参审员制度，并规定了法官的独立性、裁判公开、被告人的上诉权和辩护权等内容。[2]

根据 1947 年 1 月 24 日朝鲜临时人民委员会第 160 号《关于检察所直属于临时人民委员会的决定书》，检察所由隶属于司法局调整为朝鲜最高机关——临时人民委员会的直属机关。履行一般监督职责的检察所，其地位得到了提升。[3]

根据 1961 年 8 月 23 日常任委员会通过的《关于检察所的规定》，形成了以最高检察所、各道（市）检察所以及市（郡、区域）检察所为框架的检察所体系，检察所内部还建立了预审员在内的预审员制度。[4]

2、检察所的组织体系和职责

检察所组织体系按照裁判所的体系而设立，由最高检察所、道（直辖市）检察所、市（区域）和郡检察所，以及特别检察所组成。按照中央集权制原则组织划分[5]。《宪法》第 153 条规定：检察工作由最高检察所、道（直辖市）、市（区域）、郡检察所和特别检察所负责。《刑事诉讼法》第 157 条规定：检察工作由最高检察所进行统一领导，各级检察所服从上级检察所和最高检察所的领导。《宪法》第 158 条还规定：最高检察所向最高人民会议汇报自己的工作；最高人民会议闭会期间，最高检察所向其常任委员会汇报自己的工作。各级检察所检察官由最高检察所来任命或罢免。最高检察所检察长任期与最高人民会议任期相同。

检察官的任命没有学历或经历上的限制，但要经过专门的法学教育培训才能被任命。在拥护人民利益的实践活动中，政治思想上通过检验者才能被任命为检察官。[6]

《宪法》第 156 条对检察所的基本职能作了如下规定：

第一，监督机关、企业、社会协同团体和公民应当遵守国家法律；

[1] 法院行政处. 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996 年，84 页。
[2] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，115，116 页。
[3] 法院行政处. 北韩司法制度概观[M]，汉阳堂，1996 年，85 页。
[4] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，120 页。
[5] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，128 页。
[6] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，128 页。

第二，监督国家机关的决定和指示是否与宪法、最高人民会议的法令和决定、朝鲜民主主义人民共和国国务委员会第一委员长的命令、国务委员会的决定和指示、最高人民会议常任委员会的政令、决定以及指示、内阁的决定和指示相抵触；

第三，通过揭露违法犯罪分子，追究其法律责任，保护朝鲜民主主义人民共和国的主权和社会主义制度，保护国家、社会协同团体的财产以及人民的宪法权利和生命财产。

《刑事诉讼法》第 46 条规定：在监督行政经济事业及执法机关遵法执法情况的过程中发现的一般犯罪案件，由检察所负责侦查。

《刑事诉讼法》第 47 条对特别侦查机关的地域管辖作出了规定：军事检察所负责侦查军人、人民保安人员和军事机关的业务人员实施的一般犯罪案件。军需部门法律机关负责侦查军需工业部门工作人员实施的一般犯罪案件和侵害军需工业利益的一般犯罪案件。铁路运输机关的侦查人员负责侦查有关铁路部门行政经济事业的一般犯罪案件和在监督铁路运输部门执法机关在执法过程中发现的一般犯罪案件。此外，铁路运输部门工作人员的一般犯罪案件和侵害铁路运输部门事业的一般犯罪案件的侦查由铁路人民保安机关的侦查员管辖。

检察所按照中央集权原则设立、组织和运行。所有检察所都要接受上级检察所和最高检察所的领导，不受地方权力机关的支配。所有检察所均向最高检察所汇报工作，最高检察所向最高人民会议委员长、最高人民委员会汇报工作。最高国家权力机关——最高人民委员会对检察工作进行指导。[1]

检察所采用下级服从上级原则，在工作中不接受地方权力机关的领导，即检察所属于中央集权组织体系。但是，按照该原则，检察所既要接受最高检察所和上级检察所的领导，也要接受劳动党的领导[2]。检察所不仅履行诉讼职能，还行使监督职能。检察所监督国家机关、企业、社会协同团体、公务员以及普通公民的活动是否符合法律的规定。

（二）检察所的监督机能

检察所在全国范围内对违法犯罪行为进行监督。《朝鲜刑事诉讼法》第 14 条明确规定，检察官负责侦查、预审、裁判的监督工作。根据对象、内容及性质的不同，检察所监督职能分为侦查监督、预审监督、裁判监督。

1、侦查监督

侦查是社会安全机关和国家保卫机关的侦查人员为了查明犯罪事实、抓获犯罪嫌疑人

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，128 页。
[2] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，128 页。

依照法律规定进行专门调查和采取强制措施的活动。根据工作需要，检察官可以对一些案件直接进行侦查，并由其他检察官负责监督。

负责侦查监督的检察官应当制作监督决定书。检察官可以参加所办理刑事案件的侦查或检查案件的记录，并能纠正违法侦查，以书面形式对侦查员作出进行必要侦查的指示。侦查员对于检察官的指示应先予执行，若有异议可以向上级检察所提出意见。受理意见的上级检察所应当在三日之内予以处理。另外，侦查员在自己管辖之外的区域进行侦查时，由该区域的检察官进行监督。

2、预审监督

预审是指通过进行侦查活动和采取强制措施，确定被审者身份、查明犯罪事实、揭发同案犯的诉讼活动。预审员根据违法行为、客观证据，查清犯罪性质、犯罪动机、犯罪目的、犯罪方法以及犯罪后果的轻重程度，最终查明犯罪事实、定罪量刑。

由于案件的性质不同，负责预审的预审员也不同。背叛国家的刑事案件由国家保卫机关的预审员负责，一般刑事案件由社会安全机关和检察所的预审员负责，军事犯罪和军队内的一般案件由军事检察所预审员负责，铁路运输部门内部的刑事案件和侵害铁路运输工作正常秩序的刑事案件分别由铁路人民保安部以及铁路检察所的预审员来预审。检察官负责监督预审员的工作。

检察官可以参加所办理刑事案件的侦查或检查案件的记录，并能纠正违法侦查，以书面形式对侦查员作出进行必要侦查的指示。预审员对于检察官的指示应先予执行，若有异议可以向上级检察所提出意见。受理意见的上级检察所应当在三日之内予以处理。

3、裁判监督

裁判是裁判所审理案件，并作出裁判的诉讼活动。在裁判过程中，检察官应当依法揭露和证明犯罪嫌疑人实施的犯罪行为，并监督裁判活动是否按照合法程序进行。检察官通过参加裁判或检查裁判记录的方式监督裁判程序的合法性和正当性。如发现违法行为可以向法庭提出意见。

收到检察官提出的意见之后，审理阶段由法庭以裁定的方式进行解决。检察官监督裁判、裁定的执行。执行死刑裁判应在检察官的监督下进行。

4、一般监督

一般监督是指监督一切机关、企业、社会协同团体和公民对法律的遵守和执行情况，并对国家机关的决定和命令的合法性进行监督。

第一，监督法律的遵守和执行。

检察所作为国家唯一的法律监督机关，除了最高主权机关和行政执法机关之外，一切国家权力机关和行政经济机关、企业、社会协同团体及公民均为监督对象，履行监督法律的遵守和执行职能。国家权力机关包括人民保安机关、裁判所，行政经济机关包括内阁直属的各执法部门以及地方行政经济机关中的工厂、企业、建筑、运输、邮电、商业、教育、文化、保健、国营农牧场、协同农场、社会团体等。另外，让公民自觉遵守社会主义法律秩序，并通过加强检察所的监督作用，巩固社会主义制度。

第二，监督国家机关决定和指示的适法性。

检察所监督国家机关的决定和指示是否同宪法、最高人民会议的法令和决定、朝鲜民主主义人民共和国国务委员会委员长的命令、国务委员会的决定和指示、最高人民会议常任委员会的政令、决定和指示、内阁决定和指示相抵触。这种监督适用于包括内阁各执行部门在内的所有国家行政经济机关、人民保安机关、裁判机关及预审机关等。

国家机关在执行国家政策的过程中，可以在自身权限内制定法规，并适用于该机关管辖的对象和区域。在这种情况下，检察所要监督所制定的法规是否正确体现了党和国家的政策，是否违反中央政权机关制定的宪法或法令，是否在宪法规定的权限范围内，依据法定程序和形式而制定，其内容是否符合法律规定。

检察所在监督活动中发现的违法行为，要责令其负责人说明原因，提出更正或废止，并制定相应的具体处分要求，对违反法令的国家机关、社会协同团体的非法决定、指示和必要的对策。

5、行政经济监督

根据监督方式不同，行政经济监督分为责任监督和集中监督。责任监督是指各检察所对自己辖区内的机关、企业、社会协同团体实行检察官负责制，监督遵守和执行法律的情况，因此，责任监督也被称为检察官责任制。而集中监督则是指派某些或某个监督人员，对个别机关或个别单位遵守和执行法律的情况进行长期的集中监督。[1]

检察官在民事诉讼中履行违法监督职权。为了保护国家、社会、公民的利益，检察官可以直接提出民事案件诉讼，并参与诉讼的审理。为了确保法令的正确执行检察官可以直接提起民事诉讼，如果认为有必要，要给予国家机关、企业、社会协同团体及公民的权利与利益特别保护。在此情况下，朝鲜检察官在诉讼中处于原告地位。

另外，在机关、企业、社会协同团体及公民提起的民事案件中，参与其中的检察官并不是诉讼当事人。检察官在代表国家履行违法监督职权的基础之上，具有了相应的诉讼地

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，130 页。

位。裁判长在确定事实审理的顺序时，要征求检察官的意见。为了确保裁判的合法性和公正性，在裁判中法官可以依审理顺序询问诉讼当事人，并可以提出对证人审问、事实审理终结的意见，提出有关解决案件的意见。检察官可以参加第二审裁判并提出自己的意见。同时，可以根据第一审裁判记录和提交的上诉、抗诉资料，审问诉讼当事人。[1]

[1] 崔达坤(최달곤)、申荣镐(신영호). 北韩法入门[M]，世昌出版社，1998 年，133 页。

朝鲜刑法概论

延边大学 法学院
崔军勇 金光虎

一、刑法的沿革

- 朝鲜民主主义人民共和国1948年9月9日建立
- 1948年9月8日朝鲜最高人民会议第一次会议决定将已经实施的宪法草案正式承认为《朝鲜民主主义人民共和国宪法》。
- 1950年3月3日在朝鲜最高人民会议第五次会议制定了《朝鲜民主主义人民共和国刑法》，从1950年4月1日起开始实施。

- 朝鲜刑法典是以当时在俄罗斯联邦社会主义共和国试行的1926年俄罗斯共和国刑法为基础，分为总则与分则两个部分，由23章、301个法条构成。
- “6•25战争”以后经过社会主义初期建设时期， 1960年代进入了社会主义全面建设时期。同时，为了巩固已经确立的党的唯一思想体系1972年12月27日制定《朝鲜民主主义人民共和国社会主义宪法》（新宪法）
- 新宪法 配套：1974年12月19日修正刑法

- 新刑法--1975年2月1日开始实施。该刑法典比1950年旧刑法减少了大量的条文，由5篇、17章、215个法条构成。
- 新刑法目的：对内为了克服残余在劳动者意识里的旧思想，采取教育与法律制裁相结合的方法；
- 对外为了对抗颠覆朝鲜社会主义制度、掠取革命战利品的美帝国主义分子和剥削阶级残余分子，为了继续深化镇压反革命分子的阶级斗争。

- 第三次修正-1987年2月5日最高人民会议常设会议2号决定《朝鲜民主主义人民共和国刑法》。
- 维持阶级路线与群众路线的传统基本立场的同时，强调社会主义法制生活。
- 1987年刑法减少大量条文，分8章161条。1987年刑法的最大特点：人权保障方面即“反革命犯罪”改为“反国家犯罪”，仍保留类推解释原则，同时强化适用条件。

- 第四次-1990年12月15日修正刑法

1990年修正刑法内容没有公布，金日成综合大学金根植教授在1992年5月6日在平壤广播，该刑法由8章、161个法条构成。

第五次--1995年3月15日修正刑法

对其修改内容还不祥。2000年7月国际人权规约b规约实践的第二次定期报告书中确认了其修正刑法。

■ 第六次--2004年4月29日修正刑法

2004年修正刑法第一次在各条文中标了题目，从而使条文体系更加明确，该刑法由9章、303个法条构成。

7

■ 2004年修正刑法：一方面强化对于有关反国家犯罪、军事犯罪与破坏社会主义文化制度的犯罪的刑事处罚，另一方面通过引入罪刑法定主义，删除类推解释规定、犯罪构成要件的具体化、劳动锻炼刑的引入，强化对于司法机关不法行为的处罚与对于单纯越境者的从轻处罚等保障人权，而且增加了以维护市场经济秩序为前提的新的经济犯罪的有关条款。

8

■ 第七次--及以上的修正（至第15次）

■ 2010年10月1日之后的修正刑法

■ 经历了2010年10月1日，2011年6月7日，2012年4月24日，2012年5月14日，2013年6月19日，2013年9月26日，2013年11月21日，2014年4月24日，2015年1月21日的多次修改。

■ 朝鲜如此频繁修改刑法，不仅是为了保障国内政治社会生活的稳定，同时也是为了适应朝鲜政治经济不断发生的变化。

9

二、对朝鲜刑法的简要理解

■ 刑法本质

■ 刑法作为阶级社会的产物，任何情况下都体现统治阶级的意志与利害关系。为国家的统治秩序服务。

■ 朝鲜刑法作为行使人民民主专政功能的主权国家的法律，拥护劳动阶级在内的人民大众的利益，保障民主主义自由与权利。全面打击地主、资本家在内的剥削阶级与残余分子革命的强有力的武器

10

三、基本规定

- （一）防患于未然原则

  朝鲜刑法第2条的规定，国家要使全体公民尊重法律、严守法律，及挺身而出与犯罪行为作斗争，预防犯罪。

11

- （二）对犯罪分子的处理原则
- 朝鲜刑法第3条的规定，国家对于犯罪分子坚定地坚持劳动阶级原则，以社会教育为主并配合法律制裁。以社会教育为主并配合法律制裁的原则不适用于反国家犯罪，只适用于一般犯罪。
- 对于一般犯罪分子尽量避免法律制裁，采取社会教养改造的方法，才能使其体会到党和国家的宽大政策，吸取深刻的教训。

12

（三）背叛祖国和民族深感悔悟者的处理原则

- 朝鲜刑法第4条的规定，虽然有了背叛祖国和民族的行为，但为了祖国统一而挺身而出的，国家可以不问过去，不追究其刑事责任。

13

（四）对自首者的处理原则

- 朝鲜刑法第5条的规定，虽然犯了罪，但真心悔悟并自首的人，国家可以给予宽大处理。

14

（五）只对刑法规定的行为承担刑事责任的原则

- 朝鲜刑法第6条的规定，国家只对刑法中规定的犯罪行为追究刑事责任。

15

（六）适用刑罚的原则

- 朝鲜刑法第7条的规定，国家斟酌犯罪和犯罪分子的危险性程度对其适用相应的刑罚。

16

（七）公民、领域与现实原则

- （一）刑法规范的对人及空间效力
- （二）对人的效力

公民原则（属人主义原则）
领域原则（属地主义原则）
现实原则（保护主义原则）

17

（八）不溯及与溯及原则

- 朝鲜刑法第9条的规定，对犯罪人适用犯罪时的刑法。但之前的刑法视为犯罪的行为，现行的刑法不视为犯罪或降低刑罚的可适用本法。

- 根据朝鲜刑法第9条的规定，溯及既往的情况如下：
- 新法提高了刑罚。新法提高了刑罚意味着其社会危险性更大，有必要加强与其进行法律斗争。新法的制定符合新的阶级斗争的环境与条件，也反映了党的刑事政策的要求，如果此时适用新法完全符合阶级斗争的要求和利益。

18

四、成为犯罪分子的标志

- 犯罪作为侵害社会的危险行为，行为人应受惩罚。但并不意味着，所有的危险行为都可以成为犯罪或者认定实行危险行为的人为犯罪分子。只有达到一定的年龄、具有刑事责任能力的人实施了侵害社会的危险行为时，才视为其实施的行为是犯罪，并将行为人规定为犯罪分子，追究其刑事责任。因为犯罪并不是无目的意识的、单纯的身体举动，而是认识到因自己的行为造成的结果会导致的危险性与其性质，并且能够辨别和控制的情况下实施的行为。

19

（一）刑事责任年龄

- 朝鲜刑法第11条的规定，只对犯罪时已满14周岁的行为人，追究刑事责任。
- 朝鲜刑法认为，已满14周岁的行为人才能够理解自己行为的社会危险性与性质，也能够控制自己的行为，因此只有已满14周岁的行为人在正常的精神状态下实施了社会危险行为时，才能追究其刑事责任。
- 在这里所称的已满14周岁指的是以行为当时为准，所以犯罪行为当时未满14周岁的行为人即使在15周岁时被举报，也不能追究其刑事责任，只有对于行为当时已满14周岁的行为人才能追究其刑事责任。

20

（二）对于精神病人实施的社会危险行为的处理

- 朝鲜刑法第12条的规定，因慢性精神病、临时性精神病而在不能辨认或控制自己行为情况下，做出危害社会行为的人不负刑事责任，可以适用医疗处分。

21

- 精神病状态的确定
- 为了确定精神病状态，必须要接受法医学鉴定，并根据司法精神病学鉴定的结果，如果发病期间实施了犯罪行为，不应该追究刑事责任，应该做出医疗处分决定。
- 但是预审机关或审判机关应该在参考法医学鉴定的基础上，还要结合政治分析来具体判断。因为，一部分经过训练的犯罪分子可以骗过法医学鉴定，还有一些情况下因失误而导致法医学鉴定不准。所以，要法医学鉴定与政治分析相结合，应该慎重地判断犯罪分子的精神状态。---

22

（三）处于精神病状态中的犯罪分子的处理

- 朝鲜刑法第13条的规定，在正常的精神状态下犯罪的人，在侦查、预审、审判时处于精神病状态的，适用医疗处分，恢复正常状态时追究刑事责任。

23

（四）不追究刑事责任的一般条件

- 朝鲜刑法第14条的规定，虽然做出本法所规定的犯罪行为但没有可罚性的，不追究刑事责任。
- 即使实施了刑法规定为犯罪的行为，但是因不具有社会危险性或社会危险性小而没有可罚性，不应该追究其刑事责任。

24

五、正当防卫

- 朝鲜刑法第15条的规定，虽然犯了本法中所规定的犯罪，但为了避免对侵害国家、社会、他人或自身合法利益的危急而采取的犯罪行为，且没有过分超过防卫程度的不负刑事责任。

25

正当防卫的本质

- 正当防卫并不局限于保护个别公民的权利与利益，而是为了保护国家、社会或他人的利益而允许适用，这种意义下正当防卫具有社会主义、集团主义性质。“一人为全体，全体为一人”的集团主义原则成为扩大正当防卫范围的根据，也成为个别公民为国家、社会、他人实施正当防卫的现实根据。

26

防卫过当

- 防卫行为如果超过必要限度，就要成为防卫过当。防卫过当在以下两种情况下发生：第一，防卫行为与侵害人的侵害之间存在显著的不均衡，即防卫行为超过必要限度造成不必要的损害结果时，成立防卫过当。第二，如果防卫失去了最佳时机，也可能成立防卫过当。例如，侵害已经结束或完全压制侵害后，并不是为了逮捕犯罪分子，而是因痛恨犯罪分子而故意伤害的情况。

- 防卫过当是因为超过了必要限度，当然也就不能成为正当防卫，而成为了具有社会危险性的犯罪行为，应该追究其刑事责任。但是防卫过当终究还是因为了避免犯罪侵害而造成的结果，可以说其社会危险性比较轻。在这种意义上，对于防卫过当量刑时，应该从轻处罚。

依被害者的请求为基础的加害者的刑事责任

- 根据朝鲜刑法第18条的规定，被害者要求侵害其身体的时候，其造成的结果不太严重时，加害者不负刑事责任。
- 该规定作为修正刑法中新增加的条文，规定了依被害人的请求而阻却违法性的情况。但并不是无条件地免除所有依被害人的请求为基础的加害者的刑事责任，而按照被害者的事前要求，应该不具备人身侵害社会危险性。

以家属、亲戚为对象实施犯罪的刑事责任

- 根据朝鲜刑法第19条的规定，以家属、亲戚为对象所犯罪行，被害者或被害者一方要求给予饶恕的，不追究其刑事责任。对于故意杀人罪、故意轻杀人罪、激愤引起的故意杀人罪、防卫过当引起的故意杀人罪、过失杀人罪、故意重伤害罪、抢劫罪、强奸罪，不适用前款规定。
- 对于不处罚以家属、亲戚为对象实施犯罪的加害者的意思表示，应该在起诉前阶段进行，进而在起诉阶段通过具体的审问，才能查明有没有其他犯罪。
- 对于不处罚以家属、亲戚为对象实施犯罪的加害者的意思表示，即使在起诉前阶段没有提起，只要不知道加害者是亲戚或者被害者无法提起自己的意思表示的不得已的情况下，在审判阶段提起意见也应该接受其要求。
- 以家属、亲戚为对象，因激愤发作或过失杀人时，按照被害者一方的请求给予饶恕的，不追究其刑事责任。

한국에서의 외국인 기본권 보장에 관한 연구

– 중국에 주는 시사점

최 혜 주*（韩国首尔大学）

< 목 차 >

I.들어가며
II.외국인 기본권 주체의 관련 논의
III.외국인의 기본권에 관한 국제규범
IV.중국에 주는 시사점
V.마치며

I.들어가며

오늘날 세계는 다수의 외국인이 다양한 목적과 형태로 타국에 거주하는 시대에 이르렀다. 이러한 국제적인 흐름속에서 국가 간의 상호의존관계가 심화되고 외국인은 주권국가의 기본권이론과 실천에서의 特殊群體로 되고 있다. 그러나 외국인들의 기본권에 대한 보장은 충분하지 못한 것이 실정이다. 일반적으로 사회적 기본권은 공민의 권리로 간주되어 외국인에게 인정되지 아니한다. 그러나 급속한 다문화사회 형성과 관련하여 국가의 적극적의무가 증가함에 따라 외국인도 기본권 주체가 되어있는지 여부에 대해 논의가 진행되고 있다.

국제협력을 통하여 국제정치적 및 사회적 평화를 유지하기 위해서는 국가 간의 교류뿐 아니라 국민 간의 교류가 필수적이다. 이를 위해서는 우선 외국인에 대한 적합한 권리를 부여하여 외국인의 평등을 실현해야 한다. 1992 년 수교이래 중국과 한국은 단순 수교국 단계와 선린우호국 단계를 거쳐 동반자 관계로 발전됐으며, 동반자 관계도 협력동반자 관계와 전면적 협력동반자 관계를 거쳐 전략적 협력동반자 관계로 단계적으로 발전됐다. 중·한 간 교류 협력이 긴밀해지고 있기 때문에 경제 영역뿐만 아니라 정치·외교와 안보 영역에서도 불가분의 관계로 발전했다. 2018 년 현재 한국에 체류하고 있는 중국인은 112 만 4825 명으로서[1] 전체 재한 외국인의 47.51%

* 서울대학교 법과대학 박사과정

[1] 재외동포(F-4) 3 만 33148 명 29.62%, 방문취업(H-2) 220606 명 19.61%, 단기방문(C-3) 141498 명 12.58%, 영구거주(F-5) 124774 명 11.09%, 순수관광(B-2) 64257 명

(2위 태국, 19만 7764명, 8.35%)를 차지하고 있고[1] 중국의 국가통계국이 발표한 2010년 제6차 전국 인구조사의 주요수치에 따르면 국내에 등록된 정주 외국인의 수는 59만 3832명으로 나타났으며 그중 체류하고 있는 한국인은 약 12만명으로써 (1위) 9년후의 지금 더 증가되었을 것으로 예상된다.[2]

그동안 시민권과 국적은 같은 의미로 인식되어 왔던 고전적인 이해에서 벗어나 국민국가 개념 뿐만 아니라 국민의 개념에 대해서도 재검토할 필요가 있다고 본다. EU 각국이 회원국 국적을 가지는 외국인에 대해서 지방자치 선거권을 부여하고 있음을 이유로 아시아에서는 유럽의 EU를 구성한 점에 비추어 아시아에서도 '아시아공동체' 를 설립하자는 논의가 이루어 지고 있다. 그러나 아시아지역에서는 문화적, 종교적, 경제적 다양성의 차이로 이것은 단지 제도적인 차원의 문제가 아니기에 공동체의 설립후에 그 역할이 과연 진정성을 가질 수 있을지 의문이 따른다. 상호주의에 입각한 '아시아공동체' 논의는 '아시아인이면서 개별 국가의 국민'을 만들어 아이사 공동체를 형성하는 긍정적인 역할을 수행하는 것은 물론이고 동아시아 정치, 경제 공동체의 기반을 제공해줄 수 있을 것으로 기대된다. 그렇다면 이를 위한 가장 기본적인 출발점은 무엇인가?

세계화라는 조류는 국민국가 개념사이에서 내국인과 외국인을 구별하고 차별적 대우를 했던 이분법적 사고방식은 많은 문제를 도출해 내고 있다. 외국인 체류자의 증가는 불가피하게 외국인과 관련된 법적 분쟁의 증가로 이어질 것이고, 그에 따라 외국인의 법적 지위는 헌법적으로도 중요한 이슈가 될 수밖에 없을 것인데, 그 논의의 출발점 이자 핵심에 외국인의 기본권주체성이 있다. 한국에 비해 중국학계에서의 외국인 기본권에 대한 연구는 흔치 않다. 본 글에서는 한국에서의 외국인의 법적 지위 등에 대해 정리, 외국인에 대한 기본권 주체성 인정여부에 대한 논의를 살펴본 후 외국인 국제규범에 입각하여 한국의 앞선 경험이 중국에서의 외국인 기본권 보장의 시사점을 파악하고자 한다.

II. 외국인 기본권 주체의 규정과 관련 논의

1.법적 지위

외국인은 거주 또는 체류하는 국가의 국적을 갖지 않은 사람을 뜻하며 일반적으로 '국내법과 국제법상 외국에서 출생했지만 당해국가에 거주하는 자로서, 혈통이나 귀화에 의해 당해국가의 국적을 취득하지 않고 여전히 그 외국국적을 지니는 자'이다.[3]

5.71%.

[1] 한국의 경우에 미국 일본 등에 대해서는 인력 송출국이 되는 동시에 1990년대를 기점으로 하여 중국 및 말레이시아와 태국 및 파키스탄 등 주로 동남아시아 국가로부터의 인력수입국이 되고 있다.

[2] 중국 국가통계국 (http://www.stats.gov.cn/)

[3] 브리태니커온라인 검색(premium.britannica.co.kr)

헌법 제6조에서 '외국인의 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다' 라고 규정하고 있어 외국인의 국내법적 지위는 헌법이 보장하는 지위, 법률이나 명령 등 하위법규범에서 인정하는 지위, 국제조약에 의하여 인정되는 국내법적 지위로 구별되며, 외국인의 기본권 주체 인정여부는 해당 헌법을 가지고 있는 그 나라 내에서의 헌법이 보장하는 국내법적 지위를 말한다. 외국인에 대한 국내법적인 태도는 그 나라의 주권에 의하여 정해진다. 즉 외국인의 국내법적 지위는 외국인이 해당국가에 입국한 다음에 유효하게 보장된다.[1]

한국의 경우 외국인에 대해서는 일반적인 시민권은 없다. 다만 개별 법률을 통해서 외국인의 법적지위가 부여되어 있다. '재한외국인처우기본법'은 외국인에 대한 일반적인 법적 지위와 정책개발을 위해서 제정된 법이지만 이법에서 시민권 제도를 규정하지 않는다면 외국인의 법적지위는 결국 헌법이론과 개별법의 태도에 따르게 된다.

다수입장은 외국인의 인권주체성을 긍정하는 견해에 입각하여 외국인에 대하여는 인권의 자연법적 이념, 헌법의 기본정신인 국제평화주의, 국제법상의 상호주의원칙 등을 이유로 일정한 범위내에서 인권의 향유주체가 된다고 보고 있다.[2]

헌법재판소는 외국인의 법적 지위와 관련하여 외국인은 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 선거권 및 피선거권, 직업선택의 자유, 재산권, 국가배상청구권, 범죄피해자구조청구권, 국민투표권 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로 밖에 향유하지 못하게 된다.[3]그러나 이는 외국인의 기본권 주체성에 관한 설명으로는 체계적이지도 못하다. 왜냐하면 이 설명이 외구인의 기본권 주체성 자체에 대한 것인지, 아니면 기본권 제한의 가능성에 대한 것인지 불분명하기 때문이다. 또 사회적 기본권에 대해서는 일률적으로 외국인의 기본권 주체성을 부인한 것도 설명이 필요하다.

외국인의 기본권 주체성을 부인하는 경우 외국인의 법적 지위에 대한 논의는 입법정책의 문제가 된다. 외국인에게 기본권 주체성이 인정되지 않은 경우 입법자가 외국인에게 해당 권리를 부인할 수 있다는 것이지, 해당권리를 부여하는 것을 금지하는 것은 아니다. 이에 비해서 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 경우에는 외국인의 법적 지위는 헌법문제이며 이때 개별 기본권과 경우에 따라서는 평등권이 함께 판단기준으로 적용된다.

2.기본권 주체성 인정 여부

학계는 외국인의 기본권 주체성에 대하여 긍정론과 부정론으로 나뉘어 논의되고 있다. 다만 한국의 대부분 헌법학자들도 외국인의 기본권주체성에 대해서 긍정론을 취하고 기에 한때 주장되었던 외국인의 기본권 주체성을 완전히 부인하는 견해는 타당성을 차장보기 힘들고 부정론도 점차 그 의미가 변화되고 있음을 알 수 있다.

(1)부정론

법실증주의적 논리에 의해 기본권을 인간의 선천적이고 천부적인 자유가 아니라

---

[1] 정종섭, 헌법학원론, 2012, 326 면.

[2] 한국법제연구원, 외국인의 법적지위에 관한 이론적 검토, 19 면.

[3] 헌재 2000. 8. 31. 97 헌가 12, 12-2, 183 면

국가권력에 의해서 베풀어지는 '법률 속의 자유' 라고 이해되며 기본권을 누릴 수 있는 것은 '법적인 크기'로서의 '국민'에 한하고 외국인은 마땅히 제외된다.[1]

통합과정론적 논리에 의해 기본권을 공동체가 통합되어 가기 위한 공감대적 가치 질서로 파악하기 때문에 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 부인한다. 부정론에서는 외국인의 기본권주체성은 입법정책적으로 결정할 사안으로 본다.[2] 이 견해에 따르면 국내법상 외국인에게 인정되는 권리는 헌법 제 6 조 제 2 항에 의한 특수한 법적인 권리일 뿐 헌법상의 기본권과는 다른 권리라고 주장한다.

(2)긍정론

긍정론은 이론구성면에서 두가지 입장으로 나누어 진다. 외국인은 국민과 유사한 지위에 있으므로 원칙적으로 기본권주체성이 인정된다.[3]기본권을 인간의 '천부적'이고 '선국가적'인 자유와 권리로 이해하면서 그 비정치성을 강조하고 '국가로부터의 자유'가 기본권의 본질이라고 파악하는 칼슈미트(C.Schmitt)의 사상적 세계에서 기본권은 우선 '인간의 권리'이기 때문에 외국인도 주체가 되는 것이 마땅하다. 동화적 통합이론에 기초한 견해에 따르면, 진정한 의미의 동화적 통합을 위해서는 외국인을 포함한 생활공동체 내의 모든 구성원의 동화 적 통합이 요구되기 때문에, 자국민의 동화적 통합을 해치지 아니하는 범위 내에서 외국인의 기본권주체성도 인정되어야 한다[4]

(3)소결

기존의 학설을 정리하면 기본권 성질에 따라 인정여부가 결정되며 자유권, 청구권적 기본권도 원칙으로 외국인에게 인정된다. 다만 자유권도 일정한 경우에 제한될 수 있고 청구권적 기본권도 상호주의원칙에 따라 제한될 수 있다. 그러나 사회권과 참정권은 원칙적으로 외국인에게 인정되기 어렵다는 입장(성낙인 교수), 인간으로서의 존엄과 행복추구권이나 전통적인 인간의 권리에 속하는 자유권은 국민과 똑같이 인정할 필요가 있으나 평등권은 상호주의원칙의 제약을 받으며 정치적 기본권이나 사회적 기본권에 관해서는 인정하지 않는다는 입장(권영성 교수, 김철수 교수), 동화적 통합을 해치지 않는 한에서는 이를 인정할 수 있으나 어떤 기본권이 외국인에게 인정해 줄 수 있는지는 획일적으로 정할 수 없다는 입장(허영교수), 국민의 권리와는 달리 인간의 권리는 외국인에게 인정해 줄 수 있되 국민의 권리속성과 인간의 권리속을 모두 갖는 경우에는 외국인의 권리 주체성을 인정하기 쉽지 않다는 입장(계희열 교수), 그 밖에도 인권에 속하는 기본권은 모두 외국인에게도 그 주체성을 인정하되 다만 국가권력의 행사에 밀접한 관련이 있는 기본권에 대해서는 외국인의 기본권주체성은 부인되어야 하며 그 구체적인 재용은 입법정책의 문제로 이해해야 한다는 입장(전광석 교수), 법률이나 조례로 국가정책상 외국인에게 토지소유

[1] 허영, 한국헌법론, 2016, 258 면
[2] 성낙인, 헌법학, 2014, 905 면
[3] 헌재 2001.11. 29, 99 헌마 494 결정 (재외동포의출입국과법적지위에 관한법률 제 2 조 제 2 호 위헌확인)
[4] 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2011, 316 면.

권이나 지방선거권, 계약제공무담인권을 법률상의 권리이지 기본권을 인정하는 것은 아니라는 설명을 하고있다.(정종섭 교수)

4. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 판례를 통해 외국인의 기본권주체성을 사회적 기본권의 일부내용으로 까지 확장하고 있다. 외국인의 기본권주체성이 단지 강학상 차원을 넘어 실무적 차원에서 중요한 의미를 가지게 된 것은 1988 년 제정된 헌법재판소법이 헌법소원심판절차를 규정하면서부터라고 할 수 있다. 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항 소정의 헌법소원은 기본권을 침해 받은 자만 제기할 수 있는데, 기본권침해가 인정될 수 있으려면 일단 기본권의 주체여야 한다. 그러므로 외국인도 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항의 헌법소원을 할 수 있으려면 먼저 '외국인의 기본권주체성이'이 인정되지 않으면 안된다. 외국인의 기본권 주체성이 헌법재판소 실무에서 중요한 쟁점으로 부상할 수 있었던 것은 바로 이러한 배경에서 이다.[1]

헌법재판소는 외국인의 기본권주체성 여부는 기본권의 성질에 좌우되는데 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권과 같은 '인간의 권리'로서의 성격을 갖는 기본권들이 외국인에게 인정된다고 보며, 외국인의 기본권주체성이 문제되는 사안에서 "국민과 유사한 지위에 있는 외국인"도 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하여 외국인에게 헌법소원에 의한 권리구제의 길이 열려 있음을 공식적으로 확인하였다. 그 이론적 근거는 '기본권성질론'이었다. 하지만 왜 외국인에게도 기본권주체성이 인정되는지에 관하여 논증은 제시하지 않았다. 이른바 '인간의 권리'와 '국민의 권리'를 나누는 기준자체가 모호했다.

외국인의 기본권 주체성을 최초로 인정되었음을 언급한 사건이 바로 1994.12.29.에 선고한 93 헌마 120 결정[2]에서 였다. 기본권을 침해 받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 기본권 보장규정인 헌법 제 2 장의 제목이 '국민의 권리와 의무'이고 그 제 10 조 내지 제 39 조에서 '모든 국민은.....권리를 가진다'고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이라 하고 있다. 주목할 만한 것은 이 사건이후 외국인의 기본권 주체성과 관련하여 판단 할 때마다 위의 헌법재판소의 결정이 반복적으로 인용되고 있다는 것이다.[3]

재외동포법 헌법소원심판사건[4]에서 외국인의 기본권 주체성에 관해서 헌법재판소는 노동위원회의 헌법소원청구적격을 다투었던 사건에서 외국인의 기본권 주체성에 관한 내용을 다시 인용하면서 '국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인)'이라는 표현을 쓰고 있다. 이에 대해서 외국인은 본질적으로 국민과 유사한 지위가 있다는 것인지, 아니면 외국인 중에서 국민과 유사한 지위

[1] 전광현, 외국인의 기본권주체성-두 가지 판간기준의 제안, 74 면.
[2] 국회의 상임위원회인 노동위원회가 국정감사에 증인으로 출석하지 않은 자를 고발하였으나 검사가 불기소처분하자 그 불기소처분의 취소를 구하며 제기한 헌법재판소법 제 68 조 제 1 항의 헌법소원사건.
[3] 최유, 외국인의 사회권 주체성에 관한 작은 연구, 127 면
[4] 헌재 2001.11.29, 99 헌마 494 판례집 제 13 권 2 집 714 면.

에 있는 외국인을 따로 분류할 수 있다는 것인지 불분명하다고 볼 수 있다. 이 사건은 대한민국 정부수립 이전에 중국으로 이주한 자 또는 그의 직계비속으로서 중국국적을 갖고 있는 자들이, 자신들을 '재외동포'에 포함시키지 않은 구 재외동포의출입국과법적지위에관한법률에 대해 '인간으로서의 존엄과 가치', '행복추구권' 및 '평등권' 침해를 주장하며 제기한 사건이었다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 '인간의 권리'로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 통설에 따르면 만인의 기본권이다. 따라서 이 기본권은 국민에게만 인정되는 것이 아니라 외국인이나 무국적인에게도 인정되는 것이 원칙이다.

이 사건에서 청구인들이 주장하는 바는 대한민국 국민과의 관계가 아닌 외국국적의 동포들 사이에 재외동포법의 수혜대상에서 차별하는 것이 평등권 침해라는 것으로서 성질상 상호주의가 문제되는 것이 아니므로 이러한 맥락에서 헌법재판소는 민국 국민과의 관계가 아닌, 외국 국적의 동포들 사이에서 수혜대상의 차별을 규정한 재외동포법의 규정이 재외동포인 청구인들을 "인간의 권리"이기 때문에 외국인의 기본권주체성이 인정된다는 것은 선례로 지목한 93 헌마 120 결정에서 언급된 바 없는 내용으로 헌법재판소는 그 기본권주체성 인정에 관하여 새로운 설시를 추가한 셈이었다.[1]이 결정의 직접적인 결과로 재외동포법은 그 적용대상 내지 보호대상이 확대되엇다. 원래의 외국국적 동포는 외국인이므로 원칙적으로 한국의 공무원이 될 수 없으나 이 결정을 계기로 하여 재외동포법이 시행되는 일정한 범위 내에서 그 제한을 완화한 것으로 볼 수도 있다는 것이다.[2]

헌법재판소는 근로환경에 관한 권리에 대해서 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 근로의 권리는 국민의 기본권이기 때문에 외국인은 그 주체가 될 수 없다는 것이 통설이다.[3]그러나 2007.8.30 2004 헌마 670 '산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인'사건에서[4], 헌법재판소는 앞에서 본 결정들(93헌마120결정, 99헌마494 결정)을 선례로 원용하면서, "외국인에게 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 '국민의 권리'가 아닌 '인간의 권리'의 범위 내에서만 인정될 것"이라고 하였다. 헌법재판소는 근로의 권리가 사회권적 기본권의 성격이 강하므로 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 인정하기는 어렵다고 하면서도, 사회적 기본권의 해석론 차원에서 볼 때 주체가 국민으로 규정되어 있다고 해서 국민에게만 인정된다고 한정하는 것은 세계화의 다문화 사회를 기반으로 하고 있는 현대 국가의 구조와 소수자 보호의 요청에 부합되지 않는다. 즉 근로의 권리가 "일할 자리에 관한 권리"만이 아니라 "일할 환경에 관한 권리"도 함께 내포하고 있고, "일할 환경에 관한 권리"는 인간의 존엄성에 관한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우에는 외국인에게도 기본권 주체성을 인정하야 한다.[5]

여기서 유의해야 할 것은, 외국인의 사회적 기본권 주체성을 인정한다고 해서 사회적 기본권이 만인의 권리가 되는 것은 아니라는 점이다. 외국인의 사회적 기본권 주체성을 인정하는 데에는 신중을 기해야 하지만, 이에 대해 부정적 태도를 취할 필

[1] 전상현, 외국인의 기본권-헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로, 584 면
[2] 최 유, 위의 글, 126 면
[3] 이에 반해 근로의 권리가 근로자인 인간의 권리인 이상 외국인에게도 근로의 권리가 근로자인 인간의 권리인 이상 외국인에게도 근로의 권리이 주체능력을 부정할 근거는 없으므로 상호주의원칙에 따라 결정될 문제라고 본다.(홍성방, 헌법학, 2009)
[4] 산업기술연수생 신분으로 입국하여 기업체에서 근무하던 외국인이 노동부 예규('외국인 산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침')를 상으로 직장선택의 자유, 평등권의 침해를 주장하며 제기한 헌법소원 사건.
[5]헌재 2007. 8. 30. 2004 헌마 670, 판례집 19-2, 297 305 면

요는 없다. 문제는 인간의 존엄과 가치의 보장을 위해 꼭 필요한 사회적 보호의 수준이 무엇인지를 확인하는 데 있을 뿐이다.[1]

III. 외국인의 기본권에 관한 국제규범

인권의 국제적보호는 2 차대전에서의 경험으로 국제평화와 안전의 유지를 목적으로 탄생한 국제연합헌장에서 명시하고 있다. 동 헌장에서 출발하여 곧이어 세계인권선언이 선포되었고 동 선언의 정신과 취지를 기초로 하여 국제인권규약을 비롯한 인권조약이 제정, 시행되어 오고 있다. 대표적으로는 세계인권선언(1948), 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A 규약), 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B 규약), 인종차별철폐협약 등이 있다.

기본권과 인권의 구별이 상대화 되면서 정치적 권리와 사회적 권리도 자유권과 마찬가지로 인권적 성격이 인정되어야 한다. 또한 이러한 인권의 보편성을 통해서 '국제적인 기본권공동체'의 싹이 자라고 있다는 평가도 있다.

A 규약에는 노동의 권리(제 6 조), 공정하고 유리한 노동조건의 보장(제 7 조), 노동조합의 결성. 가입 업의 권리(제 8 조), 사회보장을 받을 권리(제 9 조), 가정과 임산부 아동의 보호받을 권리(제 10 조), 당한 생활수준을 유지할 권리(제 11 조), 육체. 정신 건강을 향유할 권리(제 12 조), 교육받을 권리 (제 13 조), 등교육의 무상의무화 계획수립(제 14 조), 문화생활에 참가할 권 리(제 15 조), 이상의 권리를 보장함에 있어 일체의 차별금지(제 2 조 2 항)와 남녀평등(제 3 조)과 민족자결(제 1 조)이 규정되어 있다.

B 규약에는 생명권보장(제 6 조), 고문과 잔혹한 형벌 또는 대우의 금지(제 7 조), 노예무역. 노예제도. 강제노동의 금지(제 8 조), 신체의 자유와 안전에 대한 권리 (제 9 조), 피구자에 한 인도 우(제 10 조), 계약상의 의무를 이행할 능 력이 없음을 이유로 한 투옥의 지(제 11 조), 거주 . 이의 권리와 자국을 포함해서 어떤 국가든지 이주할 권리 자국으로 귀국할 권리(제 12 조), 합법적으로 체류하고 있는 외국인에 한 추방은 '법률에 의거한 결정'에 의해서만 가능(제 13 조), 공정한 재판을 받을 권리(제 14 조), 형벌불소급의 원칙(제 15 조), 인격권(제 16 조), 사생활. 가족. 가정 통신에 대한 자의적 또는 불법 간섭금지(제 17 조), 사상. 양심. 종교의 자유(제 18 조), 표의 자유(제 19 조), 쟁을 선하고 민족. 인종 는 종교 증오를 옹호하는 행의 지(제 20 조), 평화의 집회의 권리(제 21 조), 노동조합의 결성을 포함한 결사의 자유 (제 22 조), 가족의 보호와 혼인의 권리(제 23 조), 아동의 보호받을 권리(제 24 조), 참정권(제 25 조), 법의 평등한 보호를 받을 권리(제 26 조), 소수자 구성 원의 보호(제 27 조), 그리고 이상의 권리를 보장함에 있어 일체의 차별금지(제 2 조)와 남녀평등(제 3 조)과 민족자결권(제 1 조)이 규정되어 있다.[2]

인권조약상의 보호대상인 인권은 모든 인간으로서의 권리를 천명하고 있다. 인권조약상의 인권 중에서 자유권과는 달리 사회권에 관해서는 헌법과 인권조약의 규정방식이 상이하며 그 간극을 해결하는 문제가 제기된다. 하지만 헌법상으로는 외국인

[1] 헌법재판소, 기본권의 주체, 2009, 113 면
[2] 이명조, 이중범, 국제법신강, 2007 764 면

에게 대해 사회권을 인정하지 않고 있다. 그런데 인권조약에서는 사회권에 관해서도 인간으로서의 권리로서 외국인에 대해 인정된다고 규장하고 있어 헌법과의 차이를 보이고 있다. [1]

A규약은 B규약과 달리 국가간고발제도와 개인의 국가고발제도를 도입하지 않았다. B규약 제4조는 '국가의 생존을 하는 공공의 비상사태가 선포되는 경우' 당사국이 규약하의 의무를 반하는 조치를 취하는 것을 허용하면서도, 당사국은 비상사태하에서 생명권 사형제도(제6조), 고문 잔학형의 지(제7조), 노예 및 강제노동의 금지(제8조), 민사책임불이행에 의한 구금의 금지(제11조), 소처벌의 금지(제15조), 인간으로 인정받는 권리(제16조), 사상. 양심 종교의 자유(제18조)등의 제규정을 위반 침해할 수 없다고 규 정하였다(제4조 3항). 이는 B규약 역 내의 인권사이에 서열이 있음을 인 정한 것인데, 자의 경우는 보통의 표인 인권으로 후자의 경우는 침해할 수 없는 인권으로 부르기도 한다. [2]

일반으로 말하자면 A규약이 정부에 권력을 부여한 것이라면 B규약은 주로 정부의 권력을 구속하는 것이라고 할 수 있다. 그 때문에 각국은 A규약을 체결 비준한 후 B규약을 체결 비준하고 있다.[3]

IV.중국에 주는 시사점

1.중국에서의 논의

중국은 1997년과 1998년 각 국제사회의 대표적인 인권규범인 '경제 사회 문화 권리에 한 국제규약'(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)'과 '시민 정치권리에 한 국제규약 (International Covenant on Civil and Political Rights)'에 서명하였다. 이어 2004년 헌법 개정을 통하여 "국가는 인권을 존하고 보장한다(國家重和保障人權)"라는 문구를 삽입하여 '인권'을 헌법에 수용하였다. 또한 중국학계에서도 국제인권규약을 헌법전(憲法典), 헌법성 법률, 관습헌법 등과 함께 국헌법의 법원(法源)의 하나로 인정하고 있다.[4] 1997년 9월 개최된 국공산당 제15기 국표회에서 발표된 정치보고서에서 "공산당집권은 인민이 국가의 권력을 장악하고 민주선거와 민주 정책결정 민주리와 민주감독을 도하고 지지하는 것이다. 인민이 법에 따 른 범한 권리와 자유를 향유하고 인권을 존하고 보증한다."고 밝혔다. 인 권개념이 최로 당의 정식 보고문건에 삽입된 것이고 인권이 국 공산당지도층의 사회주의건설의 요내용에 포함됨을 천명한 것이다.[5] 인권의 헌법 수용 이후에도, 국은 인권을 존중하고 보장하고 인권사업을 전면적으로 발전시키는것을 국민경제사회발 제11차 5개년계획에 포함시켰으며 2007년 9월 국공산당 제17기 체회의는 인 권을 존하고 보장하는 내용을 당장(黨章)에 명기하다. 중국

[1] 이휘진, 헌법과 인권조약의 관점에서 본 외국인 기본권 주체성 문제, 2018, 244 면
[2] 김대순, 국제법론, 2007, 738 면
[3] 강효백, 국제인권규약 가입에 따른 중국헌법상 기본권 조항의 현황과 개선논의 분석,2010, 126 면(Joseph Wrongka, Human Rights and Social Justice ,Sage Publications 2008, p.63.)
[4]韓大元, 憲法學基礎理論, 中國政法大學出版社, 2009, 98 면
[5]韓大元, 共和國六十年法學論爭實, 憲法卷, 廈門大學出版社, 2009. 253 면

의 외국인 행정관리는 공안부를 중심으로 하는 관련 부처와 조직 간 의 조정과 협의를 특징으로 한다. 특히 공안부를 중심으로 각 외국인 관리체계의 통제 및 규제를 전담하고 있다. 따라서 외국인 행정의 여러 영역을 하나의 조직 안 에 통합하는 것이 아니라, 각각의 행정조직 간의 조정과 협의를 기반을 둔 기능 중 심으로 운용되고 있다. 이는 통합조직이 없이 운용되는 한국의 경우와 유사하다고 할 수 있다.[1]

학계에서는 인권과 기본권의 관계는 인권조항과 기본권조항의 관계에 대하여 일반적으로 인권은 기본권의 개괄성 원칙이고, 기본권은 인권의 구체적표현으로 해석하고있다.

「중화인민공화국외국인출입국관리법」(中華人民共和國公民出入境管理法)[2]제31조 '본 법에 의한 외국인이라 함은 중화인민공화국국적법에 준하여 중국 국적을 소유하고 있지 않는 자를 말한다.'고 규정을 두고 무국적자는 어떤 국적도 가지고 있지 않는 사람이므로 엄밀히 말하면 외국인이라 할 수 없지만 세계 각국은 무국적자를 외국인으로 간주하고 중국도 외국인의 관리에 있어 무국적자가 포괄되어 있다.

중국 헌법 제32조 제1항에서 "중화인민공화국은 중국국경 내에 있는 외국인의 합법적 권익을 보호하며 중국국경내의 외국인은 중화인민공화국법을 준수하며 정치적 원인으로 피난을 요구하는 외국인은 보호받을 권리가 있다" 제33조 제3항에서 "국가는 人權을 존중하고 保障한다"고 규정을 두고 중국 헌법 제2장에서는 공민의 권리와 의무에 대하여 규정하고 있다. 중국 헌법은 공민의 권리와 의무를 규정하는 조항들에서 기본권의 주체를 공민으로 규정함으로써 외국인을 기본권의 주체로 명시하지 않은 것은 분명하지만, 외국인을 헌법적으로 보호하기 위해 삽입되었다고 볼 수 있는 헌법 제32조 제1항에 비추어 볼 때, 외국인을 기본권의 주체로부터 완전히 배제하였다고 볼 수는 없다.

현행 헌법은 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는지에 대하여 직접적인 근거규정을 두고 있지 않아 논쟁의 대상이 되고 있다. 중국 헌법학계는 외국인의 기본권 주체성에 관하여 文言基準說3, 準用說,4 權力性質說5로 나누어 논의 되고 있지만,

[1]김윤태, 예성호, 중국의 외국인 관리제도와 관리행정조직, 2013, 24 면
[2]중국에서는 '출입국' 이란 용어 대신 '出入境'이라는 용어를 사용하고 있는데 이것은 출입국을 포함하는 광의적인 뜻을 의미하며 15개 국가와 국경을 접하고 있어 철도나 육로를 통한 국경지역 주민들의 왕래뿐 만 아니라 홍콩, 마카오, 대만지역에 거주하고 있는 사람들의 왕래에 관한 관리의 필요성에서 일괄적으로 '出入境管理' 라고 칭하고 있다

[3] 文言基準說은 외국인은 거주국의 기본권 주체여부 혹은 기본권주체라는 전제하에서 어떠한 기본권을 향유하고 있는가는 당국 헌법규정에 의한다. 즉 기본권에 관한 헌법규정에 따라 공민의 권리와 의무라고 헌법 제2장의 표제가 '권리와 의무' 라고 되어 있으므로 공민의 권리만을 보장하는 것이지, 외국인의 권리까지 실정 헌법상 보장하는 것은 아니라고 한다. 文言基準說에 의하면 외국인은 기본권주체로 인정되지 않는다는 입장이다.
[4] 準用說는 외국인과 국가의 관계를 기반으로 하며 공민과 국가의 관계를 전제로 하는 것과 본질적으로 구분된다. 이는 文言基準說와 반대되는 입장을 가지고 있다. 오늘날 개방 개방화, 국제화시대가 진행됨에 따라 인적·물적 자원의 국가 간 이동이 과거 그 어느때 보다도 빈번히

외국인의 기본권 주체성을 완전히 부인하는 부정설과 헌법상의 형식적인 해석을 통하여 외국인의 기본권주체성을 부인하는 견해는 극히 적다. 각국의 다수견해와 함께 權力性質說을 중심으로 외국인의 기본권 주체성에 대한 논의를 전개하고 있다.

이에 의하면 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유와 같은 前國家性質적인 자유권으로서의 인권을 향유한다. 반면, 노동권, 생존권, 교육받을 권리 등과 같은 사회경제적 권리는 일정한 제한을 받고 있고 참정권, 집회·결사의 자유와 같은 정치적 기본권은 공민주권원리에 따라 공민의 권리를 의미하므로 외국인은 일정한 제한을 받고 있다.하지만 權力性質說는 법률적 근거가 부족한 점이 결여된다. 헌법상 명시된 규정이 없고 단순히 법리적인 논증과 독일기본법 이론에만 의거하여 기타 국가의 논증되지 않는 헌법이론은 중국의 법치현황에 적용 할 수 있는지도 확정되지 아니한다.

외국인 기본권 주체성에 대한 논의에서도 일부 중국학자들은 독일의 權力性質說 이론을 참조 할 것을 주장하고 있다. 기본권을 그 성질에 따라 인간의 권리와 국민의 권리로 분류하는 기본권성질설은 독일성문헌법의 의거로 한다. 중국학계에서도 독일기본법상 형성된 여러 이론들에 많은 영향을 받고 있다. 그러나 중국은 판례국가가 아니라는 점, 독일기본법상 기본권보장의 구조 및 체계의 차이 등에 따라 그 법리적용에 있어서 차이가 있다. 중국 헌법에는 '국민' 이란 용어나 국민의 권리에 대한개념이 존재하지 않다. 때문에 독일기본법이 기본권에 대한 三分法이론을 적용할 수 없지만 기본권에 대한 분류와 사유방식은 참조할 수 있다. 중국헌법의 기본권에 대한 규정과 '경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약' '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약', '세계인권선언' 에 근거하여 대체적으로 人權, 政治權, 社會福祉權으로 분류할 수도 있다.

2.중국 香港, 澳门地區에서 외국인 법적지위

화교 자본의 본거지와 중계항으로 출발한 홍콩, 마카오지구는 동아시아의 국제무역 중계항과 세계경제 중심축의 하나로 부상하였다. 홍콩, 마카오에서는 주요하게

이루어지고 있다. 외국인의 기본권 보장문제는 헌법규정에 따라 주체적 자격을 가질 수 없게 되면 이러한 국제적 환경과 어긋날 것이다. 외국인의 기본권 보장에 있어서 헌법상 규정한 공민의 권리를 외국인에게도 동등하게 준용할 것을 주장하고 있다. 하지만 準用說는 이론적으로도 정책적으로도 그리고 법실무상에서 외국인 기본권 실현의 제한되는 요소를 홀시하고 있다. 準用說는 외국인과 국가의 관계를 기반으로 하며 공민과 국가의 관계를 전제로 하는 것과 본질적으로 구분된다. 이는 文言基準說와 반대되는 입장을 가지고 있다.

[5]權力性質說는 기본권을 인권, 공민의 권리와 국민의 권리로 나누어지고 그 학설의 이론적 기초는 독일기본법에서부터 인용되고 있다. 성질설로서 헌법의 규정보다는 권리의 성질에 따라 인정 여부를 결정하려는 입장이다. 기본권의 성질이 인간의 권리로 볼 수 있는 경우에는 외국인에게도 인정된다는 입장이다. 이러한 權力性質說에 비추어 볼 때, 예컨대 인신의 보호에 관한 기본권, 정신적 자유에 관한 기본권, 사생활의 보호에 관한기본권 등 이른바 인간의 권리에 속하는 기본권 등은 당연히 외국인에게도 인정되어야 한다. 이 견해는 기본권의 법적성격에 있어 자연권설에 속하면서도 외국인에게 일률적으로 기본권 주체성을 인정하는 것은 아니며, 공민의 권리는 외국인에게 불허된다는 입장을 보이고 있다는 점에서 準用說 차이를 보이고 있다.

외국인의 정치적 권리와 직업선택의 자유에 대한 논의가 대부분이다. 이어 중국의 홍콩, 마카오地區에서 외국인 법적지위를 살펴본다. 홍콩, 마카오행정구는 헌법상 외국인의 사회적 기본권에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않지만 외국인 노동자 도입·관리의 정책 실행을 위한 행정 조직을 설립하고 있다. 중국 大陸地區에는 이러한 정책부분이 결여되고 있다.

1.香港

'홍콩기본법' 제 3 장 '居民권리와 의무' 에서 홍콩居民은 영주居民[1]과 비영주성居民[2]이 포함된다. '홍콩기본법' [3] 제 26 조는 홍콩 영주권[4]을 가지고 있는 외국인에게 참정권을 부여한다고 규정하고 있으며 일정한 조건하에서 홍콩의 입법부, 행정부, 사법부에 근무 할 수 있는 권리도 가지고 있다. 법규정을 보면, 홍콩행정구의 외국인에 대한 권리보장은 공민이 향유하는 참정권까지 확대되어 왔다. 다만 외국인의 입국과 체류관리를 규정하고 있는 '입국관리조례 ' 의 몇몇 조항을 제외하면, 홍콩에서 외국인노동자는 홍콩인과 동등하게 대우받는다. 첫째, 외국인노동자의 체류기간은 단기간으로 한정된다. 그들의 체류는 완전히 그들의 일에 달려 있기 때문에 그들은 무한정 홍콩에 체류할 수 없다. 하지만 전문기술직 종사자 또는 경영 관리자들은 비자의 갱신을 통해 사실상 무기한 체류할 수 있다. 둘째, 외국인노동자의 직업선택의 자유는 제한된다. 그들은 특정인이나 특정 기업을 위해 홍콩에 왔으므로 그 사람이나 기업을 위해서만 일할 수 있다. 말하자면, 그들은 다른 종류의 일을 찾거나 직장을 옮기는 것이 허용되지 않는다. 셋째, 단순기능의 외국인노동자는 홍콩의 영주권을 신청할 수 없고 가족을 초청하여 동거할 수 없다.[5]

2.澳门

마카오는 홍콩처럼 영주居民과 비영주성居民의 기준으로 법적지위와 기본권을 규정한다. 마카오정부는 외국인에게 법 앞의 평등의 조건을 제공함으로써 마카오기

[1] 香港特別行政區永久性居民为：
①홍콩특별행정구가 성립이전 혹은 이후에 홍콩에서 출생한 중국공민;
②홍콩특별행정구가 성립이전 혹은 이후에 홍콩 에서 7 년 이상 거주한 중국공민;
③제①②항에서 규정한 居民의 중국국적을 가진 자녀; {중국인민대표대회상무위원회규정《중화인민공화국홍콩특별행정구기본법》제 22 조 제 4 항과제 24 조 제 2 항(3)에 대한 해석}
④홍콩특별행정구가 성립이전 혹은 이후에 持有效旅行证件进入香港、홍콩에서 7 년이상 거주하고 영주성거주지로 하는 중국국적을 가지지 않는 자;
⑤홍콩특별행정구가 성립이전 혹은 이후에 제④항에서 규정한 居民의 21 세 미만인 子女(홍콩을 출생지로 함);
⑥제①~④에서 규정한 居民외 홍콩특별행정구 성립이전에 居留权을 소유한 자;

[2] **합법적으로 홍콩주민신분증을 취득하였지만 居留权을 가지지 않는 자.**

[3] **홍콩기본법은 중앙과 홍콩특별행정구와의 관계, 주민의 기본적 권리와 의무, 정치체제, 경제, 교육 . 과학 . 문화 . 체육 . 종교 . 노무와 사회봉사, 대외사무 등 홍콩에서 실행되는 제도 전반에 대해 규정하고 있어 그 내용이 방대하다.**

[4] **기술과 경제력을 갖춘 외국인들에게 홍콩 시민권을 주는 것으로 하여 외국인 이주노동자 정책을 이민정책으로 연계하여 운영한다.**

[5] **설동훈, 이정혜 '홍콩의 외국인노동자 고용관리체계' 2005**

본법은 규정상 마카오居民[1]은 마카오특별행정구의 영주居民으로서 마카오에서 출생, 장기적으로 거주하고 있는 华人, 포르투갈인. 기본법 규정 조건을 가지는 외국인이 포함된다.

중국의 홍콩, 마카오특별행정구에서 居民에 대한 정의는 永久居住의 사실과 권리의 향유와 보장간의 관계를 존중하고 공민과 유사한 지위에 있는 정주자는 居民신분을 가지고 있는 외국인도 선거권과 피선거권을 향유하고 있다.

세계의 경제통합과 정보화의 발전은 각국의 경제발전을 촉진시키고 경제·사회적 교류가 다각적으로 이루어짐에 따라 중국정부도 개혁 개방정책을 시행한 이후 세계 각국과 경제적 교류가 활발히 이루어짐에 따라 각국과의 인적교류의 협력을 우호적으로 유지하기 위하여 많은 노력을 기울이고 있다. 1985 년부터 시행한 「중화인민공화국 공민의 출입국관리법」 과 「외국인 출입국관리법」(中華人民共和國外國人出境入境管理法), 1987 년과 1991 년에 각각 홍콩, 마카오, 대만주민의 중국내지방문에 대한 입국관리 업무에 「중국공민의 개인사유로 인한 홍콩地區나 마카오地區의 왕래를 위한 잠정관리방법」(中國公民因私事往來香港或者澳門地區暫行管理辦法) 및 「중국공민의 대만地區 왕래관리방법」(中國公民往來臺灣地區管理辦法) 을 공포하였다.

다수의 서구 선진 국가들이 영주 또는 정주하는 장기거주 외국인의 정치적인 참여 욕구에 따라서 일부 주민자치에서 참정권을 부여하고 있다. 중국은 단일제 하에서 '일국양제' 라는 특유의 방식으로 중국특색사회주의 길을 걷고 있다. 홍콩, 마카오특별행정구는 기본법 및 중앙정부가 인사임명과 선거에 대한 영향을 제외하면 독립적인 입법권, 고도의 자치권을 향유하며 이는 사실상 일반 연방제국가의 자치를 넘어서고 있다. 중국헌법은 중앙과 지방분권에 대한 명시적 규정을 하지 않고 있지만 단일제 하에서 지방자치의 가능성을 부정 할 수 없다. 소수민족자치주는 지방자치에 대한 충분한 공간을 마련하고 있다. 필자는 중국內陸에서 홍콩, 마카오행정구

[1] **마카오기본법' 제 3 장** 居民**의 권리와 의무**

제 24 조 마카오특별행정구居民은 영주居民과 비영주성居民으로 구분된다. 마카오특별행정구 영주居民은:

①마카오특별행정구 성립이전 혹은 이후 마카오에서 출생한 중국공민 및 중국국적 子女;

②마카오특별행정구 성립이전 혹은 이후 7 년 이상 거주하고 마카오를 영주거주지로 한 중국인 및 중국국적 子女;

③마카오특별행정구 성립이전 혹은 이후 마카오에서 출생 및 영주거주지로 한 포르투갈인;

④마카오특별행정구 성립이전 혹은 이후 7 년 이상 거주하고 마카오를 영주거주지로 한 포르투갈인;

⑤마카오특별행정구 성립이전 혹은 이후 7 년 이상 거주한 기타인;

⑥제 5 항에서 규정한 영주성居民의 마카오특별행정구 성립이전 혹은 이후 마카오에서 출생한 18 세 미만의 子女;

이상居民은 마카오특별행정구에서 居留权을 향유하고 영주성居民 신분을 취득할 수 있다.

마카오특별행정구비영주성居民은: 합법적으로 마카오주민 신분증을 취득하였지만 居留权을 가지지 않는 자.

에 따른 '공민과 유사한 지위에 있는 외국인 ' 에 대해 지방참정권을 향유하는 것은 국가주권에 위배된다고 할 수 없으며 또한 모든 참정권은 국가의지의 형성에 영향주는 것이 아니다. 영주·정주외국인과 같은 경우 국적요소를 제외한다면 본 지방의 공민과 큰 차이가 존재하지 아니한다. 단일제국가에서 지방정부는 국가를 대표하여 대외적으로 주권행사 할 수 없으므로 '공민과 유사한 지위에 있는 외국인' 에 대해 지방참정권을 부여 할 가능성이 있다고 본다.

3. 소결

중국학계에서 외국인의 기본권에 대한 연구가 많지 않다. 다만, 韩大元교수의 《宪法学基础 理论》,林来梵교수의 《宪法学讲义》에서 외국인 기본권주체성에 관해 언급하였고 郑贤君교수의《基本权利原理》는 일본학계에서 외국인 기본권주체성에 관한 논의를 소개하고 있다.

외국인을 헌법적으로 보호하기 위해 삽입되었다고 볼 수 있는 헌법 제 32 조 제 1 항 중 '중국국경내에 있는 외국인의 합법적권리와 이익을 보호한다…'라고 규정을 하고 있는데 그렇다면 조항에서의 합법적 권리[1]는 어떠한 기본권이 포함되어 있는지? 국민과 유사한 지위에 있는 정주외국인 같은 경우 어떠한 권리를 보호받을 수 있는지 의문 된다. [2]

인권규약에 서명한 중국은 과연 인권규약의 인권관과 국가권력에 대한 인간권리의 우월적 지위를 구현하는 이념에 비해 중국의 인권은 개인적 권리만을 의미하는 것이 아니며 사회적인 인권을 강조하고 있다. 다시 말해 주권과 인권의 관계에 대한 우리의 인식은 개인보다는 국가와 민족에 치우쳐 있는 국가주권상의 집단주의 인권 의식이라고 요약될 수 있다. 국가사회전체이익의 지상주의를 강조하고 국가가 개인의 기본권과 이익을 실현하는 책임과 의무를 소홀히 하는 이념이 헌법조항으로 표출되어 있다[3]

모든 사람의 인권보장이라는 근대입헌주의의 목표로부터 입각하여 국가 특히 사법부문은 적극적인 헌법해석을 통하여 외국인의 기본권을 보장할 수 있지만 중국은 이러한 부분에 있어 한국에 비추어 보면 논의와 그 체계성이 결여된다. 실질적인 기본권보호 및 인권규약의 국내법 적용에 영향을 미치기 위해서는 한국과 같은 위헌심사제도와 헌법소원제도 등이 확립이 필요하다. 한국은 여러 번의 개정 끝에 헌법재판소제도를 채용하였고 사실상 헌법재판소제도, 사법심사제도 등은 위헌심사제도에 영향을 미치는 위헌심사제도의 연구를 위하여 분류한 것에 불과하므로 중국에서의 위헌심사제도 도입의 필요성도 제기되고 있다.[4]

[1] 察定剑教수 《宪法精解》 에서는 '합법적인 권리와 이익은 중국 법률과 세계가 인정하는 국제 규범 및 공인된 국제 관례에 부합하는 다양한 권리를 가리킨다.'고 해석함.

[2] 孙汉基, 全球化时代中国籍的宪法学思考 -以中国宪法及国籍法为主, 2012

[3] 吴佳清.杜承铭."比较与试:我国加入<公民权利与政治权利国际公约>的宪法整问题" , 2006

[4] 채영호, 한국·일본·대만의 위헌심사제도에 관한 비교법적 연구(박사학위논문), 227 면

V. 마치며

오늘날 국제교류를 통한 국제협력은 구체적인 질서를 요구하고 있다. 한편으로 전세계가 각종의 기능공동테로 편성되면서 이러한 기능공동체를 실현·유지하기 위해서 외국인의 법적지위에 대한 국제법적 합의가 형성되어 가고 있다. 다른 한편 이러한 국제법질서는 국내정책적 필요의 산물이기도 하다. 세계가 일일생활권화되고 있고 기본권의 보장이 점차 국제화하고 있는 데다 내국인과 외국인의 법적지위가 점차 비슷해지고 있는 추세를 보인다.

외국인에게 기본권 주체성이 인정되지 않은 경우 입법자가 외국인이게 해당권리를 부인할 수 있다는 것이지, 외국인에게 해당권리를 부여하는 것을 금지하는 것은 아니다. 주목할 만한 현상은 예컨대 독일 헌법에서 오늘날 외국인의 기본권 주체성에 관한 논의가 드물다는 것이다. 이는 기본권의 특성과 유럽의 상황이 함께 작용하는 것으로 추측된다. 첫째, 기본권은 입법적 형성에 의하여 비로소 개인에게 직접적이고 구체적인 영향을 미치기 때문에 그만큼 기본권의 주체에 관한 논의가 갖는 비중이 낮을 수밖에 없다. 둘째, 독일의 경우 유럽연합의 회원국으로서 유럽의 각종 규범이 이문제를 밀도 있게 다루기 때문에 국내 헌법의 차원에서 기본권의 주체에 관한 논의가 실익이 크지 않다는 것이다.[1]

리커창총리는 외국 전문가들과 새해맞이 간담회에서 "중국은 대외개방을 확대하고 시장접근을 완화하며, 똑같이 공정하게 비즈니스 환경을 조성하고, 외국의 선진 기술과 관리경험을 벤치마킹할 것이다. 중국은 외국인의 중국 국내에서의 일터생활을 더욱 편리하게 해 줄 것이며 외국 전문가들이 중국과 세계의 동반성장을 위한 조언을 계속해 주기 바란다"고 입장을 밝혔다. 국가건설 당시부터 다민족, 다언어로 이루어진 중국은 시대적 흐름에 따라 외국인 이주민들에 대한 법체계는 공민과 외국인의 상호소통과 대등한 지위를 바탕으로 사회통합을 지향하는 정책사이에서 여러가지 방향성이 모색됨을 알 수 있다. 개혁개방이래 경제세계화 발전단계에 진입하게 되면서 중국도 한국처럼 국경내에 외국인 기본권 범위가 확대되고 있고 실제상황에 맞게 외국인 기본권에 대한 제한이 점차적으로 완화되어야 할 필요가 있다.

참고문헌

1.성낙인, 헌법학, 법문사, 2014
2.허영, 한국헌법론, 박영사,2016
3.정종섭, 헌법학원론, 박영사,제 12 판
4.전광석, 헌법학원론, 제 12 판
5.권영성, 헌법학원론, 법문사,2010
6.전상현, 외국인의 기본권-헌법재판소 결정례에 대한 비판적 검토를 중심으로, 2014
7.외국인의 헌법적 지위 및 권리의 보장을 위한 비교법적 연구, 헌법재판소[편], 2016
8.이주민법연구, 법무법인(유한)태평양 • 재단법인 동천, 2017
9.최 유, 외국인의 사회권 주체성에 관한 작은 연구,2008
10.손한기, 외국인기본권연구 中國憲法年刊 2015
11.김수연, 기본권주체로서의 외국인 유럽헌법연구 제 7 호 2010. 06.
12.이순태, 다문화사회의 도래에 따른 외국인의 출입국 및 거주에 관한 법제연구, 2007-08
13.韓大元, 比較憲法學 , 高等教育出版社 2003.
14.韓大元, 中國憲法學說史研究, 中國人民大學出版社 , 2012
15.韓大元, 宪法学基础理论, 中國政法大學出版社 2008
16.察定劍, 憲法精解（第二版）, 法律出版社, 2006
17.胡弘弘, 公民概念在我國的發展, 《法學》雜誌 , 2004
18.樑淑英, 外國人在華待遇, 中國政法大學出版社, 1997
18.肖蔚雲, 香港基本法, 北京大學出版社 2003
20.葉必豐, <人權、參政權与國家主權>, 法學 2005
21.夏正林, <論基本權利的一般性與特殊性>, 法學評論, 2012
22.鄧偉平, <澳门特別行政區基本法论>, 中山大學出版社 2007
23.楊小敏, <论基本權利主体在新中國憲法文本中的變遷>, 法學論壇 2011

[1] 전광석, 헌법학원론, 2004, 235 면

韩国对外国人投资的保护措施

-以制度考察为中心-

万延娇[1]（韩国庆熙大学）

I. 引言
II. 外国人投资保护相关法令
III. 外国人投资相关法律对外国人投资的保护措施
IV. 外国人投资监管措施与争议解决
V. 结语

I. 引言

外国人投资（Investment by foreigners）分为两种，一种是直接外国人投资（Foreign Direct Investment，FDI），一种是间接外国人投资（或称证券投资）（Foreign Indirect Investment，FII）。外国人投资者的保护亦可分为两种，一种是直接的外国人投资者保护，一种是间接的外国人投资者保护。直接投资者保护是指投资者实际交易时发生的与不完全销售相关的投资者保护，分为投资者损失预防(피해예방)[2]和损失救济(피해구제)[3]。间接投资等，改善投资者可能遭受损失的环境，从源头上防止损失发生。

国际投资法中的投资保护通常是指非商业风险（non-commercial）[4]或政治风险（political risk）方面的保护[5]。在国际投资关系上，投资者常常会因各国间社会政治制度，经济制度不同和政治不稳定而面临各种风险。通常出于维护国家主权，保护民族经济的需要，对外国投资的范围、权益分配等施加一定限制。甚至在有的情况下，为改变外国经济控制的局面，还会采取改变合同、管制外汇、甚至对外资企业或资产实行征用或国有化。这便给外国投资者增加了征用风险或汇兑风险等政治风险。资本输入国采取有力的保护外资的措施，才会吸引外国资金投资。资本输出国保护本国海外投资者的安全和利益，就便于扩大其海外经济利益和势力。各国基于政策上、法制上或心理上之种种考虑，所选择的保护投资方式不同，在所有保护国际投资的立法制度中，投资东道国国内法对外国投资所提供的保护最为直接和广泛。本文主要以制度考察为中心，考察韩国对外国人投资的

[1] 韩国庆熙法学专门大学院，博士结业，韩国庆熙网络大学外籍教授，wanyanjiaol@163.com

[2] 损失预防是指帮助投资者在基金投资方面不受销售公司非法或不当待遇(不完整销售)，销售公司要为投资者整理并提供基金投资相关需要注意的事项等。

[3] 损失救济指支援从销售公司受到非法或不当待遇的投资者的受害救济，为此提供受害救济程序和与此相关的法院判例，收录的金融监督院等纠纷调整机构处理的调解案例，还提供关于损失救济机关的详细信息与利用方法。

[4] 非商业风险指因资本输入国的政治、自然及其他原因导致外国投资者损失的风险，其通常被分为政治风险和自然风险。

[5] 储祥银等译，《1996 年世界投资报告》（联合国跨国公司与投资司），对外经济贸易大学出版社，1997 年版，p.2945-296

主要保护措施。

II. 外国人投资保护相关法令

2.1 投资保护概述

“投资”一词系指缔约一方投资者依照缔约另一方在投资时的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的各种财产，包括但不限于动产、不动产和其他财产权利；公司、企业和中外合营企业的股份、股票、债券、公司债和其他形式的参股；金钱请求权或其他与投资有关的具有经济价值的行为请求权；知识产权；法律授予的或依照法律通过合同、授权、许可而获得的权利[1]。投资保护，是指愿为缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资创造有利条件，给予上述投资和相关的经营活动优惠的待遇和保护，投资国、资本输入国单独或共同采取某种形式的法律保护措施或其他形式的允诺和担保来保证国际投资者的财产和利益在正当范围内不受到政治风险、非法或不正当的损害。一般而言，资本输入国对于外国投资人之保护，常为一般性的规定（quite general in character），包括外国投资人待遇之一般声明及公平、不歧视待遇等之保护规定。特殊性质的保护规定，是指资本输入国对于外国投资人保护之进一步的一些较具特定性质的规定。资本输入国为吸收外资莫不提供保证承诺，以保护其在境内外国财产所有权人以及投资人。韩国的外国人投资者保护，亦指避免投资者遭受非法或不当的损失。

各国基于政策上、法制上或心理上之种种考虑，所选择的保护投资方式不同，其投资保护方式大约有四种。一是通过政府政策声明，二是宪法规定，三是国内立法，四是资本输入国与资本输出国签订的双边投资保护协定对其予以保障。政府政策声明（governmental policy statements）是指资本输入国发表政策声明，保障外国人投资者的权利、扩大外国人投资领域等，促进外国人投资健康发展。宪法规定（constitutions）方式是指在宪法中加进有关保护外国人投资的条款。国内立法（municipal legislation）方式是指特别立法对于外国投资人予以保护。截至 2011 年底，韩国共与 92 个国家和地区签署了双边投资保护协定。《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定》签署于 1992 年，2007 年进行了一次修改。

2.2 关于韩国外国人投资保护的主要法令

投资保护措施是指资本输出国或资本输入国单方面采取的保护措施，即，资本输入国或资本输出国国内立法是所提供的外国投资保护措施。韩国的经济秩序以尊重个人和企业经济上自由和创意为基本[2]。韩国法律体系以宪法为根本法，以体现宪法理念；由国会议决、总统公布的法律为中心；与依据宪法理念和法律的立法目的为有效施行宪法和法律而规定有关事项和执行总统令、总理令、部令等的行政立法一起构成外国人投资法制体系。基于

[1] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定，第 1 条
[2] 参见韩国宪法 第 129 条

宪法上的自治立法权，在法律的范围内制定的地方自治团体的自治法规亦作为整个国法体系的一个部分。即，韩国的法律体系划分为宪法、法律、总统令、总理令(副令)、自治法规条例五个部门，宪法、法律、命令(行政规则/法规)、自治法规四个层级。韩国法律法规名称使用相对规范，通过法律名称即可判断法源的效力顺位。[1]《外国人投资促进法》是法律，《外国人投资促进法施行令》是总统令，《外国人投资促进法施行规则》是通商产业部令。此三法令，对外国人投资企业设立条件、形式、审批内容、投资领域、鼓励政策等作出了规定。《税收特例限制法》（第 5 章 关于外国人投资等的赋税特例）、《税收特例限制法施行令》对外国人投资的税收与减免做出了补充规定；《法人税法》《所得税法》规定了企业所得税等的征税条件和程序。基本法令还有《关于外国人投资与技术引进的规定》（产业通商资源部告示）；《外国人投资综合公告》（产业通商资源部告示）；《关于外国人投资等的赋税减免规定》（企划财政部通告）等。关于外国人投资的其它法令有《外汇交易法》，对有关外国人投资的外汇及对外交易的事项进行了规定。还有《关于指定及运营自由贸易区的法律》、《关于指定及运营经济自由区的法律》、《关于资本市场与金融投资业的法律》等[2]。外国人投资下位法还有产业通商资源部告示《关于外国人投资的规定》（第 2018-137 号，2018. 7. 6），《外国人投资综合公告》（第 2018-628 号，2018.12.27），《现金支援制度运营要领》（第 2018-360 号，2018. 6. 26），企划财政部告示《关于外国人投资的税收减免规定》（第 2017-10 号，2017.4.4）等。以及有关外国人投资的外汇及对外交易的事项的《外汇交易法》等其他法令。根据韩国律师司考法典[3]与商法典[4]以及法制处国家法令信息中心[5]所列法规，韩国外国人投资保护的主要法令有外国人投资促进法、施行令、施行规则、中韩双边投资保护协定、仲裁法等。

外国人投资促进法

《外国人投资促进法》制定于 1998 年 9 月 16 日，编号为法律第 5559 号，同年 11 月 17 日实行。根据 1995 年 5 月 24 日政府组织改编的政府组织法，将与此相关的租税支援事项规定分离列入租税特例限制法。截至 2018 年 12 月 31 日第 74 次修改（其中部分修改共 13 次）后更改编号为 16131 号，2019 年 4 月 1 日施行。由总则、外国人投资程序、外国人投资的支援措施、外国人投资地域、外国人投资的事后管理、补则、罚则构成，共八章 37 条、多个附则、2 个附表（第 17 条第 1 项相关的有关工厂设立的许可等附表；第 17 条第 3 项相关的关于个别处理有关外国人投资的民愿事务附表）。第六章引进技术合同部分于 2016

[1] 万延娇，《中韩法律体系的考察》，ISSN1738-6950《中韩研究学刊》第 2 辑(总第 19 期)，2017.12，p135
[2] 만연교，<한국의 외국인투자정책에 관한 고찰>，ISSN 1738-7051《中国法研究》Vol.36，2018.12，p159
[3] 현암사 법전부,<변호사시험법전(2019)：공법 민사법 형사법>,현암사,2019 년 02 월
[4] 오수철 ，심유식,<상법전>(8 판),나무와사람,2018 년 04 월
[5] 국가법령정보센터: http://www.law.go.kr， 2019.5.16

年 1 月 27 日修改时已予以删除。

主要内容有将外国人投资制度变更为申报制度，对大韩民国法人等投资者，应当向财政经济部长官申报，财政经济部长官应当及时向其交付申报完毕证书。规定外国人可投资的出资标的规定为现金、资本财、产业财产、不动产、股票、知识产权等。对于外国人投资企业允许依任意契约租赁或者出售国有、公有财产，租赁国有、公有财产的租赁期间为 50 年。为了建成外国人投资地域，减免外国人投资企业的租金、支付补助金等，地方自治团体所负担的费用由国库支援。在大韩贸易投资振兴公社设立外国人投资支援中心，执行外国投资者及外国投资企业的投资洽谈和投资事业所必要的民愿业务的代行等综合性支援业务。为了有效地引进大规模外国人投资，允许由市长、道知事来指定外国人投资地域，有必要将外国人投资地域设为设立工厂的基地时，可以将其开发为地方产业团体。为了审议有关外国人投资的主要事项，在财政经济部设相关部门的长官，相关市和道知事等委员的外国人投资委员会。

外国人投资法施行令

根据外国人投资促进法的规定，于 1998 年 11 月 14 日，以总统令第 15931 号制定《外国人投资促进法施行令》，施行迄今共经过 66 次修改。最近的修改为 2018 年 9 月 18 日，更改编号为总统令第 29172 号，2018 年 9 月 21 日生效。由总则、外国人投资程序、外国人投资的支援措施、外国人投资地域、外国人投资的事后管理、补则、行政罚金（过怠料）[1]构成，共八章 41 条、多个附则、6 个附表。其中，第六章引进技术合同部分已于 2016 年 7 月 28 日修改时予以删除。6 个附表分别是第 20 条第 2 项第 3 项相关——各行业现金支援对象新雇用正规劳动者数；与第 24 条第 1 款相关——直接处理信访事务的范围及其处理期间；第 24 条第 2 款第 1 号相关——揽子处理信访事务处理期间；第 24 条第 5 项相关——单独处理信访事务的范围；与第 41 条有关——罚款的征收标准。其中与第 20 条之二第 2 款相关——配件、材料产业对象行业附表已经于 2014 年 10 月 5 日修改时删除。

总统令外促法施行令法律外促法的细化与补充。细化补充了法第 2 条的外国人投资、在国外定居者的定义，对收益等的对外汇款、国有和公有财产的租赁、地方自治团体的支援标准、现金支援的用途、申请以及给付等等，也都进行了补充完善[2]。

外国人投资法施行规则

1998 年 11 月 17 日以产业通商资源部部令第 50 号制定《外国人投资促进法施行规则》，施行迄今共经过 23 次修改。最近的修改为 2016 年 8 月 2 日，更改编号为 206 号，于颁布当日生效。全文共 25 条，历经多次删减，先后删除了第 3、4、5、7、8、9 条 2、11、12、

[1] 一种因为违反法律处以的轻微罚款，与普通罚款不同，不具有刑罚性质。亦要称之为行政罚款或疏忽罚款。

[2] 产业通商资源部公告第 2018-360 号——现金支援制度运营要领（2018. 6. 26,部分修改），对现金援助的申请和支付又进行了更为详细的补充。

13、14、15-15 条 6、18、20 条以及第 22 条。

该规则旨在规定外促法以及施行令中所授权的事项及其实施的必要事项。对外国人投资申报及许可申请、维持最低外国人投资比率的暂时例外期间、国有财产的租金减免申请、研发设施标准、现金援助的申请、外商投资企业的信访事务处理等等，进行了更为详细的规定。

中韩双边投资保护协定

对于投资的国际保护仅仅依赖国内对外国投资的保护法是远远不够的。这主要是因为资本输出国与输入国在国际直接投资的政策倾向、投资与吸引外资的意图等方面有差异。两国间通过订立双边投资保护协定，可以更好地鼓励保护、保障及促进国际投资。

中国与韩国认识到鼓励和相互保护此类投资将有助于促进两国间经济往来、贸易和技术领域的交流，为了加强两国间经济和贸易合作，愿进一步促进投资、双方承诺提高中韩全面合作伙伴关系，按照 2003 年 7 月 8 日《中韩联合声明》的精神，2007 年 9 月 7 日修订了 1992 签署的《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定》(AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE' S REUBLIC OF CHINA AND THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS, 中韩 BIT)[1]。2007 修订版由时任中华人民共和国政府商务部部长薄熙来与大韩民国政府外交通商部长官宋旻淳在悉尼签订签署。协定有中、英、韩三种文本，如对文本的解释发生分歧，以英文本为准。全文共 14 条。 主要对主要对投资待遇、征收、损害和损失的补偿、转移、争议解决、透明度等进行了规定。国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID）公约（ICSID CONVENTION）授予发展中国家四种重大权利，即逐案审批同意权、当地救济优先权、东道国法律适用权以及重大安全例外权[2]，也就是陈安教授所称的“四大安全阀”[3]，这四大安全阀对于保护发展中国家的经济安全具有至关重要的作用。2007 修改版协定把 1992 年的“逐案审批同意”更改为了“全面同意”，放弃了逐案审批同意权。在新版投资保护协定中，只有最惠国待遇例外条款勉强算是重大安全例外，其他如间接征收的限制规定、拒绝授惠、新投资企业的建立、并购等在新文本中基本没有涉及。

仲裁法

仲裁法制定于 1966 年 3 月 16 日以第 1767 号法律颁布。为了实现仲裁制度的先进化，韩国在 1999 年接受联合国 1996 年《国际商事仲裁示范法》的规定，全面修改了《韩国仲裁法》，此后 10 多年韩国仲裁领域有了卓越的发展。2006 年《国际商事仲裁示范法》（简

[1] 中华人民共和国商务部条约法律司：http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/at/201811/20181102805372.shtml，2019.5.19

[2] ICSID：https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx，2019.05.19

[3] 陈安，《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》（M），上海复旦大学出版社，2007

称《示范法》）再次修订，很多仲裁先进国家采用了这一新规定。在韩国，也有越来越多的人认为需要接受《示范法》。从 2013 年韩国开始着手修改《韩国仲裁法》直到 2016 年 5 月 29 日国会通过，以法律第 14176 号颁布，并规定于 2016 年 11 月 30 日起施行。全文由由总则、仲裁协议、仲裁庭、临时措施（2016 年 5 月新设）、仲裁程序、仲裁裁决、裁决的效力与追诉、裁决的承认和执行、附则组成，共 8 章 41 条。

为了积极运用仲裁制度，扩大了仲裁的适用范围(第 3 条)。接受了《示范法》对仲裁协议书面形式的扩展解释，放宽了仲裁协议书面要件（第 8 条），并且明示了电报、电信、传真、电子邮件或者提供协议记录的其他电讯手段为书面形式。增强临时措施的执行力(第 18 条)，规定仲裁庭决定采取临时措施经向有关管辖权的法院提出申请予以强制执行，并且对拒绝承认或执行临时措施的理由做了详细规定，明示了通过法院实施临时措施需要的标准。加强有关证据调查的法院协助（第 28 条第 3 项），明确了当事人可以参与其证据调查的权利，即当事人或其代理人再得到审判长的许可后，可以参与法院的证据调查并且可以直接询问证人。韩国仲裁法第 28 条第 1 项及第 5 项还规定，仲裁庭得到法院协助也可以亲自调查证据，这些都保障了有效地调查证据。加强仲裁庭对仲裁费用分担以及迟延利息的权限（第 34 条），仲裁法明确规定，除非当事人另有约定，仲裁庭以裁决的方式决定仲裁费用分担以及迟延利息。仲裁法还废除了各种文件的提交义务等很大程度上简化了提交的文件；对申请仲裁裁决的承认和执行程序进一步简易化，从“判决程序”变为“决定程序”。由此预防发生有关争端、尊重仲裁庭自由裁量权等进一步营造了对仲裁友好的环境。

III. 外国人投资相关法律对外国人投资的保护措施

韩国的外国人投资已实现了自由化。除法律有特别规定的情况以外，可不受限制的在韩国国内开展外国人投资业务[1]。在《外国人投资促进法》规定的韩国标准产品分类上的行业中，全面开放的行业有 1,055 个，外国人投资禁止行业有公共行政、外务、国防等共 61 个行业，是难以适用外促法的公共行业，原则上排除在外国人投资对象行业中，《关于外国人投资与技术引进的规定》上均已作出公告。外国人投资限制行业在原则上是禁止外国人投资的，但在满足允许标准时可进行外国人投资。在投资对象行业中有 28 个行业限制了外国人投资比率，属于限制行业。根据韩国国家统计厅(Korean Statistical Information Service, KOSIS)统计，截至 2018 年 4 季度全国外国人投资达一兆一千零七十五亿八百万美元。2018 年外国人投资申报件数为 695 件，其中亚洲地域占 444 个件。2019 年第一季度为 571 件，其中亚洲地域占 358 个。外国投资法人减免 89 个，减免金额为 158,570 百万韩元。其中，对高新技术事业和产业支援服务业减免 34 个，外国投资区域内的外国投资减免 38 个[2]。

[1] 参见外国人投资促进法 第 4 条
[2] KOSIS 국가통계포털: http://kosis.kr，2919.5.16

2017 年韩国外商直接投资（Foreign Direct Investment，FDI）规模是 229.4 亿美元，与去年同期相比增长了 7.7%,刷新了历史最高纪录。 2018 年 5 月外商直接投资整体达 4934 百万美元。韩国外商直接投资自 2010 年以来一直呈稳增长，从 2010 年的 130.71 亿美元，增加到了 2017 年的 229.43 亿美元。根据韩国国家统计厅(KOrean Statistical Information Service，KOSIS)资料，截至 2018 年 4 月 4 日，对外投资或境外投资（Outbound Direct Investment，ODI）为 1.5 万亿美元,外国人投资（Investment by foreigners）为 1.1 万亿美元，纯国际投资为 0.4 万亿美元。金融危机后到 2003 年,外资证券投资（Foreign Indirect Investment，FII）比重大幅扩大。之后外国人持有比重减少,但自 2016 年之后再次呈现增长趋势。2016 年外商持股达近 300 亿韩元，韩国 10 大集团所属 89 个上市公司的世价总值是 738 兆 6 千亿韩元，其中外国人投资达 292 兆韩元，占比 39.5%。截至 2018 年 5 有外商持股市值高达 623.9 兆韩元，占比 32.7%。众所周知的韩国大企业外商都有投资，外商投资的比重还超过了三分之一[1]。2019 年韩国产业通商部表示，将努力减少监管带来的负面效应以及强化市场规范，为外国企业开拓当地市场提供良好的营商环境。

资本输入国能否给予外国投资者充分有效的保护，是资本输入国能否吸收外资的前提条件，是该国投资环境是否完善的重要一环。纵观韩国的外国人投资相关法律，对外国人投资的保护，集中体现在如下几个方面。

3.1 保障外国人投资企业的合法权益

韩国虽然没有像美国、日本、德国一样明确规定宪法为最高法，但宪法优于其他法，发挥着最高法的作用，违宪法律审查间接体现了宪法是最高法性质的代表制度。宪法第六条规定，根据韩国宪法缔结、公布的条约及普遍得到承认的国际法规具有韩国国内法同等效力。外国人根据国际法及条约的规定，其地位得到保障[2]。外促法第 3 条第 1 项明确规定，保障外国投资者所取得的红利、股款、借款本息等利润的对外汇款。外促法施行令第四条规定，借款人和技术引进合同引进者对外汇款时，必须经依据外汇交易法的外汇银行行长确认其正当性[3]，必要时可向产业通商资源部长官、大韩贸易投资振兴公社长官或要求协助确认。外汇银行行长在对外汇款完成后,应毫不拖延地向产业通商资源部部长或受托机构负责人通报有关情况[4]。

韩国对外国人投资对保护对象的具体范围、保护标准非常明确。外国人所取得的利润是受到保护的，对外国人合法权益的保护是从韩国国内法的视角予以保障，也从国际法的视角予以保护，这些在法条中通过下位法的规定具体明确。韩国尊重国际营商惯例，对在韩国境内的内外商人一视同仁、平等对待。韩国将保护外资企业合法权益，坚决依法惩处

[1] 만연교, <한국의 외국인투자정책에 관한 고찰>, ISSN 1738-7051《中国法研究》Vol.36, 2018.12
[2] 参见韩国宪法，第 6 条
[3] 参见韩国外国人投资促进法施行令 第 4 条第 1 项
[4] 参见韩国外国人投资促进法施行令 第 4 条第 2-3 项

侵犯外商合法权益特别是侵犯知识产权行为，提高知识产权审查质量和审查效率，引入惩罚性赔偿制度，显著提高违法成本，有效地打击了违法犯罪。

3.2 禁止国家对外国人投资企业国有化

外资企业国有化是指东道国为了一定的经济和政治利益，对外资企业予以强行收买、征用甚至没收，使企业为东道国政府或民族私人资本所有。除了特殊情况采取没收的办法外，国有化基本上是通过收买和征用的途径来进行的，这时虽然外国资本家能得到补偿，但这种补偿往往不足以抵补企业财产价值，并且跨国公司的全球经营目标和未来收益受到了损失[1]。韩国宪法第 23 条明确规定，所有国民的财产权均得到保障，根据公共需要的财产权征用、使用或限制及补偿以法律来规定，应支付适当的补偿[2]。除因国防或国民经济上的急切需要而由法律来规定的情况外，不得将私营企业转为国有、公有或对其经营进行控制、管理[3]。缔约一方对缔约另一方的投资者在其领土内的投资除因因公共利益、依照国内法律和法律正当程序的国际标准、非歧视性的条件，不得采取征收、国有化或其他类似措施。符合第二款，给予补偿。补偿应等于被征收投资在征收前一刻的公平市场价值。公平市场价值不反映因征收被公众过早知道而导致的任何价值的变化。补偿应无迟延支付并应包含征收作出之日到补偿支付日的适当的利息。补偿应为可有效实现的、可自由转移的，并且可以按照征收日的主要汇率自由兑换为所涉投资者所属缔约国的货币和国际货币基金条约的条款所定义的自由使用的货币[4]。 在不损害本协定第九条规定的前提下，受影响的投资者应有权要求该缔约一方的司法机构或行政机构根据作出征收的缔约方的合法程序就投资者案件和根据本条原则确定的补偿金额作出迅速审查[5]。不仅如此，对于国有、共有财产还可以租赁及出售给外国人。财政经济部长官、国有财产的管理厅或者地方自治团体的首长，可以不适用国有财产法及地方财政法的有关规定，依据任意契约，将国家或者地方自治团体所有的土地、公厂及其他国有、共有财产(以下简称“土地”等)给外国人投资企业使用、收益或出借给外国人投资企业（以下简称“租赁”）或者出售给外国人投资企业[6]。

外资国有化的补偿问题。保护投资协定规定，缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资，由于缔约后者一方领土内发生任何形式的武装冲突、国内紧急状态、内乱而遭受损失，缔约后者一方给予其恢复原状、赔偿、补偿或采取其他解决措施的待遇，不应低于它给予本国或任何第三国投资者投资的待遇[7]。即，只有为了公共利益在非歧视的基础上，方可被征收、国有化或采取其它具有类似效果的措施。征收应依照适用的法律和法规进行，

[1] 何盛明主编，《财经大辞典》中国财政经济出版社，1990
[2] 参见韩国宪法 第 23 条
[3] 韩国宪法第 126 条
[4] 参加中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第 4 条第 1-2 款
[5] 参加中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第 4 条 第 3 款
[6] 参见韩国外国人投资促进法 第 13 条
[7] 参见中韩政府关于促进和保护投资的协定 第 5 条 第 1 项

并给予补偿。保护投资协定第 5 条第 2 项规定，对于征收期间造成的损失和损害，或者财产破坏造成的结果，将给与公正和合理的补偿。即，补偿应在宣布征收决定或征收决定为公众所知前一刻的市场价值的基础上计算，若市场价值不确定，则依照普遍承认的估价原则，在公正原则的基础上，考虑原投资资本、折旧、已汇出资本及其它相关因素以确定补偿。保护投资协定还规定，该补偿不得迟延，应包括自征收之日起至支付之日以适当利率计算的利息，以能确定补偿款额之日有效的官方汇率进行[1]。

这些规定的积极意义在于，很大程度上打消了外商投资者的“担心自己的投资资产任意性地被官方征收”的疑虑，这也符合国际上的通行做法。因为国家对外商投资企业不实行国有化和征收是一般原则和基本前提。韩国实行三权鼎立、实行依法治国的体制。法律明确规定国家对外商投资者投资的资产不实行国有化或征收，就意味着对外商投资者财产的绝对性保障。并且对“补偿”也进行了明确规定，从而为实践提供了具体而明确的标准。

一般而言，当出现战争（国家主权受侵犯的情形）或自然灾害（发生紧急情况）等当事人所无法预见的或者即使已经预见到仍无法防止发生的不可抗力事由时，资本接受国可以将外商投资的资产予以征收或国有化。这是主权国家理所当然所拥有的权利，也是国际法上所允许的行为。 韩国宪法规定，“除因国防或国民经济上的急切需要而由法律来规定的情况外”，不得将私营企业转为国有、公有或对其经营进行控制、管理，这里没有明确是否包含自然灾害。中韩政府关于促进和保护投资的协定中也没有包括自然灾害。

3.3 允许外国人投资企业转移合法收入

韩国的经济秩序以尊重个人和企业经济上自由和创意为基本，国家维护国民经济的平衡发展和稳定及适当的所得分配，防止市场支配和经济力滥用，为通过经济主体间的协调而实现经济民主化，可对经济做出控制和调整。据韩国交易所公布资料，自年初以来，外国投资者在韩国股市的净买入额约为 7 万 2349 亿韩元。外国人留在韩国股市的原因是预计韩元对美元汇率不会再上涨，相对稳定。当外国人投资企业汇入投资资金时，必须以外国投资商本人的名义通过银行汇款或携带通关入境汇款。在通过银行汇款时，汇款人与收款人应为投资商。在完成投资资金汇款后，银行会发放外汇买入、预置证明，以便企业注册营业执照和外国人投资企业时提交。原则上不承认代替投资商的第三者汇款，而且不允许使用国内资金。

汇出方面，外促法施行令第 4 规定，依法第 3 条第 1 项规定，根据外国人投资、技术引进合同的许可内容或申报内容，韩国政府对外国投资者所获得的自由股份等产生的红利、出售股份等获得的股款、根据《外国人投资促进法》所规定的根据长期借款合同获得的本息及手续费等汇款实施保护[2]。根据韩国《外汇交易法》，企划财政部部长认为发生或即将

[1] 参见中韩政府关于促进和保护投资的协定 第 5 条 第 2-3 项
[2] 参见韩国外国人投资促进法施行令 第 4 条

发生天灾、地变、战变以及国内外经济情势出现重大且紧急的波动等事态时，可暂时限制或停止外汇交易[1]，但是对于《外国人投资促进法》所规定的外国人投资则被视为本条款的适用例外[2]。

这些规定可以保障外商及时回收投资的成本，在一定程度上保障了外商在投资过程中资金运用上的自由度，提高外商对自己合法收入的支配自由度，从而有助于提升投资的积极性。韩国承认外企以利润留成再投资为外资，鼓励外国人将利润留在韩国再投资，与 OECD 外资标准接轨，提升了外商的经营空间。

3.4 保护外国人投资企业的经营秘密

外商投资企业具有技术、管理、客户资源等方面的优势，如何将这些优势保持并发展下去，是外商投资企业十分关注的问题，如果资本接受国不采取有效措施有效地保护这些经营方面的秘密，外商投资者的投资风险就会增大，其投资积极性就会减弱。因此，本国对外商投资企业的经营秘密的保护十分重要。

外促法第 15 条规定，外国人投资的行政监察官等从相关行政机关等处获得的资料和业务执行上所知道的秘密，除本法规定的用途以外，不得用于他处，不得向第三人泄露[3]。收集、制作有关外国人投资信息统计等的公务员，不得泄露有关企业营业秘密的相关信息[4]。违者，将处以一年以下有期徒刑或者一千万元以下罚款[5]。外促法施行规则第 21 条也对法第 24 条禁止对外公开有关外国人投资的商业秘密信息进行了补充。公务员收集、统计的外国人投资资料，作为与外国人投资企业营业秘密有关的重要事项不能对外公开，产业通商资源部长官规定的资料亦不能对外公开[6]。对于产业通商资源部长官规定的资料范围，《外商投资相关规定》（产业通商资源部公告第 2018-137 号，2018. 7. 6，部分修改）第 21 条对其进行了补充。产业通商资源部长官规定的资料范围-禁止对外公开对象信息的范围等，是指设计图、生产流程图、产品生产等事业计划等与外国投资企业营业机密相关，如果被公开，有可能明显损害该企业的正当利益的资料。规则上规定的公务员，是指受托机构负责人及当事受托机构负责人授权的一部分或全部授权的贸易官员、分公司、办事处和分支机构的负责人[7]。

韩国的法令对保护外商投资企业经营秘密的规定非常全面。对经营秘密的范围，具体租用范围等问题都加以了具体规定，对于降低外商投资的风险方面起到了积极作用。综上所述，韩国对经营秘密的保护不仅仅停留在原则层面上，已经细化到了具体保护规则。

[1] 韩国外汇交易法　第 6 条 1-3 项
[2] 韩国外汇交易法　第 6 条 4 项
[3] 外国人投资促进法 第 15 条第 8 项
[4] 外国人投资促进法 第 24 条第 3 项
[5] 外国人投资促进法 第 35 条第 2 项
[6] 外国人投资促进法施行规则 第 21 条
[7] 外商投资相关规定 第 21 条

3.5 国民待遇与税收减免无差别待遇

国民待遇亦称“国民待遇标准”。东道国对在本国境内从事社会经济活动的外国的自然人、法人提供不低于本国自然人、法人所享有的民事权利。“法人”一词系指任何依据缔约一方的法律法规成立的实体，包括公司、公共机构、基金会、合伙、商号、组织、社团或者协会。外促法第 3 条规定，外国投资者与外国人投资企业的经营，除法律有特别规定的以外，与大韩民国国民或者大韩民国企业享受同等待遇[1]。在外促法以外的其他法令或告知中，相关行政机关首长对于外国人和外国人投资企业予以比大韩民国国民和大韩民国法人不利的待遇，或者以追加义务形式限制外国人或外国人投资企业时，产业资源部长官应当按照总统令的规定将此每年予以公告。相关行政机关的首长要求修改或追加时，应当与产业资源部长官事先协商[2]。在扩张、运营、管理、维持、使用、享有、销售和其他对于投资的处理（以下称“投资和商业行为”）方面，每一个缔约方应在其领土内提供给缔约另一方的投资者和他们的投资不低于在相似条件下其提供给其本国投资者和他们的投资的待遇（简称“国民待遇”），投资者在缔约另一方的领土内的投资应始终享受公正与公平的待遇[3]。

无差别待遇是指税收协定中关于处理国家间纳税待遇的无歧视原则。外促法规定，税收减免规定待遇方面，适用无区别待遇。适用于大韩民国国民(法人)的税收法律中有关税收减免的规定，除法律有明确规定的以外，同等适用于外国人、外国人投资企业、《外国人投资促进法》规定的贷款方[4]。另外，外国人根据国有、公有财产的租税减免规定，外促法第 9 条及租税特例限制法规定，可以减免法人税、所得税、财产税等租税。

给予外国投资者以税收优惠的待遇，吸引外国投资是许多国家的普遍作法。事实证明，在一定的时期一定条件下，税收优惠可以作为实现政府目标、吸引外国投资、加速本国经济发展的有效工具之一。也有出于资源保护理由，在一定时期、在某些行业和项目上，对外资实行高于本国投资者的超额赋税或最大限度征税原则，以限制外资的进入，保护本国的经济主权或自然资源不受外国势力的侵袭。对外国投资者来说，可以通过税收条约的无差别待遇条款限制其作用。

Ⅳ. 外国人监管措施与争议解决

4.1 外国人监管措施

韩国政府对进入运营阶段的企业采取的监管措施主要包括有三。一是税务检查。韩国会对包括本国企业在内的企业进行不定期税务检查，检查内容较细，包括企业收入和成本是否匹配、财务处理是否符合会计准则、纳税情况、发票及附加税计缴情况等。　KOTRA

[1] 外国人投资促进法 第 3 条第 2 项
[2] 外国人投资促进法 第 4 条第 4 项
[3] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定，第 3 条
[4] 外国人投资促进法 第 3 条第 3 项

的下设 IK 投资综合咨询中心，在税务、会计和法律方面提供免费咨询服务。法律对稽查程序也有着严格的限定，为防止稽查人员滥用权力，事先要告知纳税人权利，事后要开展满意度调查。二是签证。韩国给外国人投资者发放投资签证（D-8），签证期限为 1-2 年。申请投资签证延期时，需要提交企业运营情况和纳税情况等相关材料。此外，韩国出入境管理局也会派专人上门核查企业运营情况，防止借投资之名滞留韩国的情况。外国人在韩国成立法人公司办理 D-8 投资签证，虽然与投资实业 D-9 签证的申请环节相比相对简便些，但仍较为繁琐，对材料的准确度、专业性要求也比较高，很多时候必须寻求专业机构协助办理。三是劳务监管。韩国政府对外籍劳工来韩工作控制十分严格，采用配额管理制度，每年由政府根据就业形势和企业需求情况确定配额。这项制度给对韩投资的劳动力密集型企业带来较大影响。2012 年，韩国雇佣劳动部公布的外籍劳工配额为 5.7 万人。2009 年因金融危机导致韩就业形势恶化，该项配额曾大幅缩减至 3.4 万人。

韩国外商投资管理体系具有法治化、系统化的特点。韩国所有外国投资制度均以法律形式公布，包括基本法、外国投资的准入制度、外国投资的管理制度、鼓励与限制制度，以及保护制度。由于监管实践发展的需要，韩国外国投资立法几乎年年修订，有时一年修订多次，具体实践、实时修订。经过长期熏染，依法办事、依法维护自身权益的理念深入人心。韩国的外商投资管理体现了统筹性和系统性，法治、透明、便利、人性等理念全面渗透在法令公开、机构设置、信息共享、系统集成、经营文化等方面，形成聚合效应。依托信息系统高效协作，以立法为保障，与相关构相协调、与社会相适应。

4.2 外国人投资争议解决

国际争端是国家间关于事实上或法律上或对某项权益所持的立场、观点和主张不同而发生的对立和冲突[1]。争议（disputes）是指交易的一方认为另一方未能全部或部分履行合同规定的责任而引起的业务纠纷。外国人在投资过程中，因为各种原因，包括对投资环境的不熟悉、文化的差异、投资国的客观情况等不了解，会发生各种各样的纠纷，这在某种意义上这是不可避免的。资本输入国是否有完善的法律纠纷解决机制，对于外国投资的保护至关重要。在选择适用何种方法来解决国际投资争议的问题上，发达国家和发展中国家存在着严重的分歧。发达国家及其投资者倾向于选择外国法院诉讼、外交保护、国际仲裁等方法解决投资争议[2]。而发展中国家一般倾向于选择通过本国当地救济或发展中国家创设的仲裁机构解决投资争议，并反对通过外国法院诉讼或外交保护的方式解决投资争议。而在实践中，双方究竟同意接受何种方法，在相当程度上取决于各自讨价还价的力量和实际

[1] J.G.Merrills 著，韩秀丽译，《国际争端解决》（International Dispute Settlement 5th Edition），中国法律出版社，2013.4
[2] 梁孝玲，《中韩外国人直接投资法比较研究》，中国社会科学院研究生院，2002.5，p.158

需要[1]。

投资争议的非司法解决(投资争议的政治解决)，是指通过政治途径和方式，而不是按照严格的法律程序和标准来解决投资争议。投资争议的政治解决方式主要包括协商，调解和外交保护。协商解决是指争议发生后，由争议双方当事人直接接触、进行磋商解决。协商有一定的局限性，尤其是分歧严重，或一方以恶意对待争端解决时，很难达成共识。中韩保护投资的协定规定，一项投资争议指缔约一方与缔约另一方的投资者之间的投资争议，缔约一方被指控由于对本协定的违反而对缔约另一方的投资者的投资造成或导致了损害和损失，该争议应尽可能通过协商或谈判解决[2]。调解作为一种具有悠久历史的解决争议的方法，虽然最初用于解决国家间的争议，但后来也逐渐发展成为解决国际商事争议，包括国际投资争议的一种方法[3]。调解与协商不同的是在第三者参与或主持下，通过劝说引导，使双方当事人在互谅互让的基础上达成协议，使争议得到解决。而协商则不需要第三者介入。调解必须根据自愿原则，在双方不愿意调解时无法发挥作用。同时调解人建议的解决方案，双方当事人可以选择接受或不予理睬。因此，最终能否解决争议难以预料。中国处理涉外投资争议的调解主要有五种方式，涉外仲裁机构调节、涉外调解机构调解、法院调解、行政机构调解、民间机构调解。上述五种虽各有所长，但中国国际贸易仲裁委员会在国际法律界及商界声誉崇高，调解委员会是由知名的专家及学者组成，专业性和公正性在国际上得到了广泛的认可。外交保护是指本国公民在国外遭到侵害，依该外国国内法程序得不到救济时，本国可以通过外交手段向该外国要求适当的救济。即在发生投资争议之后，外国投资者得不到投资国当地司法行政、仲裁等方式解决，又无其他救济方法可供选择时，申请的本国政府的帮助。国家行使外交保护权是国家基于属人管辖权产生的权利，是国家的主权权利，因此外交保护也就是国家的主权行为。这种方法往往会使投资争议上升为国家之间的矛盾，容易使投资争议政治化，也容易激化矛盾。关于促进和保护投资的协定第 9 条规定，若投资争议协商未果，投资者可提交该投资争议到投资所在地有管辖权的法院进行解决，或提请协商之日起 4 个月后，进行国际仲裁[4]。

仲裁作为解决争议的一种方法，历史非常久远，是随着商品贸易的发生和发展而发展起来的。1966 年，韩国为便利通过有关当事人的协议由仲裁员的裁决解决私法中的争议，而不诉诸司法程序，制定《仲裁法》[5]。对涉外仲裁有了明确的法律规定，形成了较系统的法律制度。根据韩国仲裁法第 29 条第 1 款、第 2 款的规定，双方当事人在仲裁协议中选择了仲裁协议的准据法时，仲裁庭应当适用当事人明示选择的法律。如果双方当事人在仲裁

[1] 周成新著，《国际投资争议的解决方法》，中国政法大学出版社，1989 年版，p.21-23
[2] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第 9 条第 1 款
[3] 余劲松主编，《国际投资法》，法律出版社，1997 年版，p.386-387
[4] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第 9 条第 1 款
[5] 1966 年 3 月 16 日以第 1767 号法律颁布，2016. 5. 29 第 9 次修改，以法律第 14176 号颁布

协议中未作出准据法的规定，仲裁庭应该选与争议的对象最密切联系的国家的法律。韩国确定仲裁协议的准据方法，充分体现了当事人意思自治原则。仲裁员通过对与争议有关联的诸多因素综合分析，确定最密切联系的国家法律直接适用于解决争议。《中韩政府关于促进和保护投资的协定》规定，任一缔约方要求解决协定相关的任何争议，或者要求讨论协定的解释或适用、协定目标的实现等相关事项时，缔约双方应立刻通过外交途径进行协商。如果争议在6个月内未被解决，根据缔约一方的要求，应将争议提交专设仲裁庭解决[1]。在韩国，由法院来决定有关仲裁裁决的承认和执行的问题。（缔约一方）投资者不得自首次知道或应当知道其遭受损失或损害之日起3年[2]以后提出仲裁请求[3]。仲裁庭由3名仲裁员组成，缔约双方各任命一名仲裁员，共同选定第三国国民担任首席仲裁员，缔约方应各自承担其任命的仲裁员及出席仲裁程序的费用，首席仲裁员和仲裁庭的相关费用应由争议双方平均承担。裁决在仲裁庭组成之日起10个月内作出，该裁决是终局的，对缔约双方均有拘束力[4]。

投资争议的司法解决，一般是指法院诉讼。是在投资争议当事人无法或者不愿意采用协商，调解或者仲裁等方式的情况下，能够有效解决争议的方式。韩国在国际投资争议司法解决问题上，采取了国内司法救济（domestic judicial remedies）为主，国际司法救济为辅的原则。在中国,外国投资者和中国投资者间的投资争议（又称为外商投资争议），进行的司法诉讼，属于中国涉外民事诉讼。发生国际投资仲裁，缔约双方可以按照合同确定的仲裁机构确定纠纷管辖权。

[1] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第8条第1-2款规定
[2] 典型案例：韩国安城公司诉中国政府投资条约仲裁案 （Ansung Housing v China administered by ICSID）
[3] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第9条第7款规定
[4] 参见中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定 第8条第3-7款规定

V. 结语

纵观韩国的外商投资相关法律，其中规定了很多保护外商投资的内容，具体包括确立了国家对外商投资企业合法权益的保护原则，明文禁止国家对于外商投资企业国有化，允许外商投资企业转移合法收入，确立了国家保护外商投资企业的经营秘密等。这些规定从法律层面上有效降低了外商投资的风险，提高了外商在经营上的独立自主程度，提升了外商企业运行上的操作空间，为韩国积极引入外资创造了良好的法律框架环境。从整体视角概括，韩国外国人投资保护工作主要涉及到三个层面。第一是结合经济全球化背景和世界贸易组织相关法规与条约，修改参与投资活动的法律条文，维护投资的合法权益。第二是尊重投资活动自由化和国际贸易自由化规律，反对贸易保护主义，为企业争取安全、稳定、公平、公正的投资环境与贸易合作环境。第三，维护企业在经济活动中的合法权益，营造良好的发展市场。韩国外国人投资相关法律的保护形态划分为二。一，国内法提供的保护和政府给予的许诺和担保。二，中韩的双边保证协定。两国政府缔结关于投资鼓励与保护的协定，使国内法的保护制度，获得国际法保证的效力。缔约国需据以对外国私人投资者互相给予公正待遇，并按共同准则和程序处理国际投资争议。

此外，为了及时有效地解决外商投资过程中产生的各类纠纷，韩国在相关法令及协定中，明确了仲裁机构的权限管辖和解决国际贸易纠纷的基本原则，而且较为详细的规定了仲裁的提起、受理、审理、裁决与执行等程序，从而确立了外资企业在韩国纠纷的解决机制。准据法明确，为公正解决纠纷提供了有效的法律依据。

为了实现引进外资，促进经济发展的目标，韩国相继制定并且实施了鼓励与保护外商投资的法律，确立了鼓励与保护外商投资的一系列法律制度。这些制度的确立为韩国引进外资提供了法律保障，具有积极意义。需要指出的是，本文仅从制度层面上讨论了有关韩国的外商投资法律制度，下一步将对法律的贯彻与实施情况，做进一步的研究。

参考文献：

何盛明主编，《财经大辞典》中国财政经济出版社，1990

储祥银等译，《1996 年世界投资报告》（联合国跨国公司与投资司），对外经济贸易大学出版社，1997 年版

J.G.Merrills 著，韩秀丽译，《国际争端解决》（International Dispute Settlement 5th Edition），中国法律出版社，2013.4

周成新著，《国际投资争议的解决方法》，中国政法大学出版社，1989 年版

余劲松主编，《国际投资法》，法律出版社，1997 年版

陈安，《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》（M），上海复旦大学出版社，2007

梁孝玲，《中韩外国人直接投资法比较研究》，中国社会科学院研究生院，2002.5

万延娇，《中韩法律体系的考察》，ISSN1738-6950《中韩研究学刊》第 2 辑(总第 19 期)，2017.12

만연교，<한국의 외국인투자정책에 관한 고찰>，ISSN 1738-7051《中国法研究》Vol.36，2018.12

현암사 법전부，<변호사시험법전(2019) : 공법 민사법 형사법>，현암사，2019 년 02 월

오수철 ， 심유식，<상법전>(8 판)，나무와사람，2018 년 04 월

KOSIS 국가통계포털：http://kosis.kr，2919.5.16

국가법령정보센터：http://www.law.go.kr，2019.5.16

浅论期待可能性在韩国刑法中的适用以及韩国刑法中“被强制行为”制度的借鉴意义

张智华（韩国高丽大学）

一、 期待可能性在我国刑法中的适用

1. 案例[1]

2003 年 5 月 23 日 20 时许，男子蒙某与女子瞿某在广东省阳春市的一个人烟稀少的水库前面约会。此时案件被告人谭某李某持刀出现在俩人面前，抢走了 230 元人民币。之后谭某和罗某用胶带和皮带把蒙某的双手捆绑在背后，扒下瞿某的衣服，强迫二人进行性行为。虽然生殖器已经插入，蒙某因害怕无法进行，谭李二人又强迫瞿某含住蒙某生殖器进行口交，蒙某趁谭李二人不备，挣脱皮带跳进水库并呼叫救命，方才逃脱。事后，谭李而然被逮捕、起诉，最终被判以抢劫罪和强奸罪[2]。同时法院判定，蒙某的行为符合刑法第 21 条所规定的紧急避难，不构成犯罪。

2. 案例分析

(1) 我国刑法中的紧急避险

我国刑法用第 21 条规定了紧急避险，其第 1 款是规定了紧急避险的概念，即出于使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险的目的，不得已采取积极避险行为，造成损害的，不负刑事责任。但第 2 款明确规定，即便是紧急避险如果超过了必要限度并造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但应当减除或者免除处罚。即，第 2 款规定了紧急避险过当和对紧急避险过当行为的处罚减免。

对于紧急避险的性质主要有三种学说，即违法阻却事由说、责任阻却事由说以及二分性说（既是违法性阻却事由也是责任阻却事由）。[3]我国学界在对紧急避险性质的认定上，采取的是违法阻却性事由说，但在紧急避险过当问题上，却又主张紧急避险是违法性和责任性同时被减免的事由。[4]即，在上述案例中判决蒙某不构成犯罪的原因在于，虽然蒙某的行为满足犯罪构成要件，但因为缺乏违法性，因此不构成犯罪。也就是说，判处蒙某无罪，是基于刑法第 21 条第 1 款，将其认定为违法性阻却事由型紧急避险，而不是基于第 21 条第 2 款的对紧急避险过当实施的责任减免。

---

[1] 案例来源：《刑事审判参考》第 495 号案例：谭荣财、罗进东强奸、抢劫、盗窃案

[2] 判决书表示，虽然谭李二人并未直接实施强奸，但二人构成间接正犯，应以强奸罪论处。

[3] [韩]朴相基（音译），刑法总论，博英社，2012 年，第 202 页

[4] 张明楷，刑法学（第四版），法律出版社，2011 年，第 204 页，第 211 页

那么问题就在于，如果属于第 1 款过规定的违法阻却性事由，也就意味着不属于第 2 款所规定的紧急避险过当，即不属于“超过了必要限度”，更准确的说本案中蒙某的行为要达到未超过必要限度的程度。

（2）最高法院的观点和问题

对上述问题，最高人民法院认为蒙某在两个人的生命受到威胁的紧急情况下侵犯性权利，是为了保护更大的合法权益而牺牲较小合法权益的情况。但对此可以提出两个疑问：第一，能否把女性性权利法益跟尚处于危险阶段，但还未发生实质性侵害的生命权相提并论；第二，能否把谭李二人的威胁行为视为“正在发生中的危险”。

对于第二个问题的判断，纵观我国对防卫过当案件的处理就不难看出，我国刑法对“正在发生的危险”的认定较为严格。即便因为最近的“于欢辱母杀妻案”以及“昆山龙哥案”等案件，对我国刑事实务中认定“正在发生的危险”的问题提出了诸多意见，也在积极进行着相应的反思，但如果就参考当前的司法实践的话[1]，很难明确的说本案情形就属于“正在发生的危险”的情形。

不仅如此，就本案而言需要对性权利和可能被侵害的生命权之间进行比较，虽然生命权肯定是最至高无上的，但问题在于：首先，本案中对生命权的侵害尚未发生，虽然存在相应的威胁，但最后也可能只是实施了故意伤害犯罪，侵害了身体健康权法益；其次，强奸罪和故意伤害罪之间量刑上并无太大差别，且强奸罪的最高刑和故意杀人罪的最高刑是一样的。[2]在这种情况下，把蒙某的行为判断为刑法第 21 条第 1 款所规定的违法阻却事由型紧急避险，是存在一定问题的。

3. 小结

正如本案遇到的问题一样，在这种难以做出法益和法益之间的价值比较的案件，只是把紧急避险视为违法阻却事由的单一说会遇到瓶颈。而中国现有刑法对紧急避险明明设置了减免责任条款，却在上述判例中适用了阻却违法性的条款的原因，可能在于我国刑法实

[1] 以下案例均表明，我国司法实践中对“正在发生的危险”的认定较为严格：
（1）黄海龙故意伤害案。这是 2018 年 4 月发生的案件。中国辽宁省富锦市人民法院认为，被害人用刀捅刺被告人的腹部，被告人夺刀反刺被害人致其死亡，属于防卫过当。
https://www.sohu.com/a/230065607_485377
（2）李伟光故意伤害案。北京市第一中级人民法院判决，（2011）一中刑初字第 43 号：被告人与被害人因民间纠纷发生争执，被害人拿起砖头扔向了被告人，被告人再把该砖头捡起扔向被害人的属于防卫过当。
（3）王靖故意伤害案。北京市高等人民法院（2011）一中刑初字第 1790 号；（2012）高刑终字第 99 号：对于威胁人身安全的暴力犯罪，在相应暴力侵害的现实危险性降低、不会发生导致重伤害或死亡情况下，如果正当防卫人对此采取了致命性的防卫导致对方死亡的，属于防卫过当。
[2] 刑法第 236 条规定的强奸罪，基本刑事三年以上十年以下，但奸淫不满 14 周岁幼女的以强奸论且从中处罚。并且如果有在公共场所强奸妇女、致使被害人重伤、死亡的可判处十年以上有期徒刑、无期徒刑甚至死刑。相比之下，刑法第 232 条规定的故意杀人罪，基本刑为 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑，但情节轻微的，可判处三年以上十年以下有期徒刑。再者刑法第 234 条规定的故意伤害罪，轻伤害的基本刑为 3 年以下有期徒刑、拘役或管制。导致重伤害的，基本刑为三年以上十年以下有期徒刑。情节极为恶劣，例如用极为残忍的手段导致重伤害的等，可以判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑。

务界在分析问题时仍倾向于采用传统的四要件说。依据传统的四要件体系，意味着犯罪构成的四个要件只能综合起来发挥作用，所以没有区分违法与责任。[1]即，无法像德国、日本或韩国等那样，对违法性和有责性进行较为明确的区分。也就是说，我国刑法实务不太擅长用责任理论去办理案件，尤其是对期待可能性的理解较为薄弱。而其原因有可能在于：用我国刑法的四要件说中的犯罪主体部分，可以解决责任理论中责任能力相关问题；用我国四要件说中的犯罪主观要件部分，可以解决责任理论中责任意识、违法意识等问题，但对于责任阻却事由的判断或期待可能性问题的判断上，就很难用四要件说去进一步论证了。

目前在我国刑法中以缺乏期待可能性为由阻却责任的情形主要有[2]：

(1) 近亲之间窝藏、包庇犯罪的，免除或减轻对窝藏、包庇罪的处罚；
(2) 行为人在犯罪后掩饰、隐瞒犯罪所得的，对这种掩饰、隐瞒行为不按照掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪处理
(3) 行为人在犯罪后毁灭证据或隐匿证据的，不以伪证罪论处
(4) 已经结婚的妇女因灾祸在外漂泊，为了维持生计与他人结婚的，不按照重婚罪予以处罚。

相比之下，韩国刑法继承了德国刑法中的很多理论，因此在分析防卫过当或紧急避险过当时会从责任阻却角度进行分析。并且韩国刑法现在还保留着当今德国刑法中已经不再适用的被强制行为的责任阻却制度（韩国刑法第 12 条）。所谓“被强制行为”，是指在无法抵抗的暴力之下做出的，或者是在针对自己或亲族的生命、身体的危害无法防御的胁迫之下做出的、满足了刑法上违法构成要件的客观行为。[3]

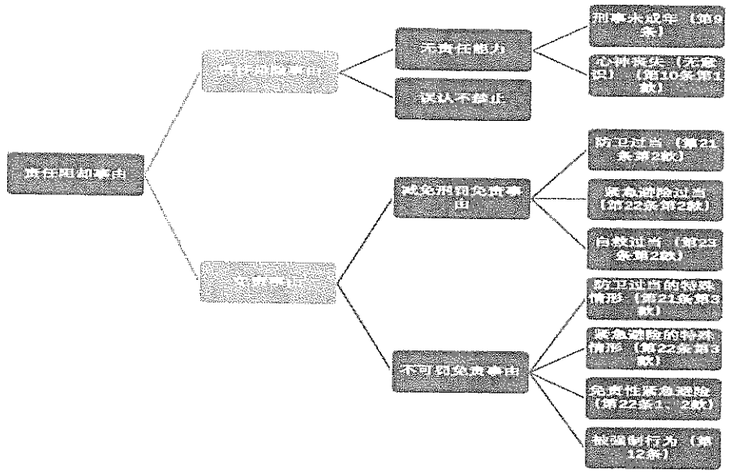
二、期待可能性理论在韩国刑法中的适用

1. 期待可能性的意义

在刑事中，所谓责任是指行为者在处于能做出符合规范之决定的情况下，仍采取了违反法规范行为，从而具备了有责性（非難可能性）[4]。与责任对应的概念是‘非法’，而‘非法’可以细分为构成要件符合性和违法性这两个下一位阶的概念。相比之下，责任就不能再往下分具体要件了。但对责任的认知上，仍需要从责任能力、责任形式、非法意识、免责事由的不存在、特别的责任标识等五个方面加以分析，且如果所有上述要件缺席，则可以认定为责任被排除或被阻却。在这个基础上，责任阻却事由可以进一步分为则排除事由和免责事由。所谓责任排除事由是行为人在做出行为时就不存在上述要件，而免责事由是指虽然存在上述要件，但无法期待行为人能够做出合法行为，所以需要减少或免除其责任。

[1] 张明楷，前著述，第 103 页，第 203 页
[2] 参看张明楷，前著述，第 305 页。
[3] [韩]李相敦（音译），刑法分论，博英社，2015 年，第 437 页
[4] [韩]金日秀（音译），薛宝学（音译），新版刑法总论（第 11 版），博英社，2006 年，第 357 页。

可以说，责任排除事由是责任的内在自始性限制，而免责事由是后发性的限制。把韩国刑法中关于责任的相关规定可以整理为如下图。



所谓期待可能性，是指行为人在做出非法行为时，在当时具体情境之中，对于非法侵害能否用合法的行为来加以应对，也就是说，可以说成是对能否期待做出合法行为的判断。[1]如果行为人处于不得已做出非常规行为的状态，那就不能要求其对相应行为承担责任。

2. 期待可能性的体系与地位

韩国学界在期待可能性在责任体系中的地位上一直存在着争议，部分学者认为在判断有责性问题时，应该把期待可能性认定为积极要件，而还有部分学者认为应该将其看成消极要件。

（1）责任的积极要件论

所谓期待可能性的积极要件，是指把期待可能性看成与责任能力、违法性认识、作为责任要件的故意或过失等要件并列的责任中的独立要件。[2] 这种观点认为，在判断是否存在责任的问题上期待可能性是最为重要的的判断要件，所以应该将期待可能性认定为独立要件。

但对反对意见认为把责任能力或非法意识等问题看成独立的责任要件本身就已经存在问题。[3]其原因在于：首先，对故意或过失责任的判断是通过在各个罪名中设置不同的法定刑的方式来实现的，即故意或过失本身不应成为判断有责性独立要件；其次，责任能力或

[1] [韩]李正元（音译），刑法总论，新论社，2012年，第181页.
[2] [韩]孙东权（音译），刑法总则论，栗谷出版社，2005年，第305页；[韩]任雄（音译），刑法总论，法文社，2009年，第318页等
[3] [韩]李正元，前著述，第181页.

违法性认识是判断期待可能性的前提要件，而不是判断有责性的独立要件。

（2）责任的消极要件论_

所谓的责任消极要件论认为，应把期待可能性要件理解为责任阻却事由。[1]即，若满足责任能力和违法性认识要件，那么原则上就已经具备了有责性，只是如果在当时的情境下不能期待行为人做出合法行为的话，其有责性就会发生阻却。这也是目前韩国学界普遍主张的观点。[2]

对此有观点认为去讨论责任是消极要件还是积极要件是无意义的。即，在判断已经处罚刑法的行为人是否应该承担责任问题上期待可能性提供了重要标准，而期待可能性的意义就在于其本身就成为了一个指标，所以无需再探讨是有责性的积极要件还是消极要件的问题。[3]

3. 期待可能性的判断标准

（1）国家标准说

该学说认为，对期待可能性的判断，应该由希望行为人做出合法行为的国家，根据法律秩序和当下的国家理论加以判断。也就是说，期待可能性是基于国家的法律秩序的被客观评价的。

但这种学说的问题在于，国家已经基于自己的理念和标准确定了的合法和违法的范围，在这种基础上再次让国家基于现有法律秩序去判断能否期待合法行为，是在进行重复性工作。

（2）平均人标准说

该学说主张应该用社会上平均人的认知标准去评价在具体情境下能否期待合法行为。虽然被判断对象是行为人，但如果把平均人的认知设置为判断标准，那么有助于在准确性和均衡性之间进行平衡。这是韩国刑法界一直以来就主张的观点[4]，也是当代刑法学界中的主流学说[5]，而法院也是通过判决[6]支持了这种主张。

但是也有学者提出反对观点，认为如果相应行为是能够依据平均人的认知对其作出是否

[1] [韩]朴相基，前著述，第257页；[韩]李载相（音译），刑法总论，博英社，2009年，第346页等.
[2] [韩]金日秀，前著述，第 411 页.
[3] [韩]李正元，前著述，第183页；[韩]裴宗大（音译），刑法总论，弘文社，2017年， 第467页。
[4] [韩]金成川（音译），金平俊（音译），东玄，2005年，第439页；[韩]朴相基，前著述，第257页
[5] [韩]金日秀，前著述，第411页；[韩]李载相，前著述，第350页；[韩]任雄，前著述，第319页。
[6] (1)大法院判决 2004.7.15.2004 刑事上诉公判案件 2965：基于彻底的良心上的认知而拒绝服兵役的人员是否有期待可能性，应根据行为人当时所处的环境之下，社会上的平均人会拥有怎样的观点来做出相应的判断。基于良心上的认知而拒绝服兵役的决定，给行为人做出合法行为的动机看似确实形成了较大的压力，但这并不意味着此时该行为人做出合法行为是完全不可能的。如果出现个人满足良心的需求和符合宪法的法律发生冲突的这种极为罕见的情况时，法律的原则要求行为人做出退让。
(2)大法院判决 1966.3.22，65 刑事上诉公判案件 1164：行为人偶然发现姐姐保管着的高中入学考试卷，于是就把正确答案背了下来。在考试时真的出现了该问题，所以就把背下来的答案记了下来。但是，要求考生不写下已经知道的答案是在普通的心理状态下极为不可能性的事情，所以不构成妨碍业务罪。

合法判断，且这种判断能被当成客观标准，那么这种判断已经不是针对有责性的判断了，而是对非法性的判断了。即，认为平均人标准说在混淆有责性和非法性。[1]

（3）行为人标准说

该学说认为应该把行为人所处的当时的具体情境作为有无期待可能性的判断标准。也就是说，要以案件的具体情况为基础，结合行为人的具体行为能力，再去判断能否期待其做出合法行为。

对这种学说的批判主要集中在以下两方面：第一，如果基于行为人所处的具体情况来判断期待可能性的话，就几乎所有案件都不能期待行为人做出合法行为，尤其是无法对确信犯（信仰犯）进行问责了；第二，这种判断缺乏准确性和均衡性，是基于极端的特例来逃避刑事处罚。[2]

目前在韩国刑法学界在此问题上争论主要集中在普通人标准说和行为人标准说上。相比之下，行为人标准说过分强调极端情形，但普通人标准说能够兼顾确定性和均衡性，因此普通人标准说更为合理。[3]

III. 免责型紧急避险

1. 概念

免责型紧急避险是指，行为人出于从正在发生的危险中保护自己或他人法益的目的而实施了行为，且该行为侵犯的法益相比其要保护的法益没有显著优越性，因此本应该追究其责任。但如果确实存在无法期待行为人做出合法行为的特殊情形时，则可以免除其本应承担的责任。

2. 与正当型紧急避险的区别

对于紧急避险，德国刑法是采用了二分法，即用刑法第 34 条规定了正当型紧急避险，用第 35 条规定了免责型紧急避险。[4] 但韩国并未采用二分法，所以有观点认为韩国刑法只规定了正当型紧急避险，并未规定免责型紧急避险，所以那些紧急避险过当行为予以免责

[1] [韩]李正元，前著述，第 185 页；
[2] [韩]金城敦（音译），刑法总论，成均馆大学校出版部，2009 年，第 391 页；[韩]李载相，前著述，第 350 页；任雄，前著述，第 319 页。
[3] [韩]金日秀，前著述，第 411-412 页。
[4] 参看[韩]金日秀，前著述，第 307 页。
（1）德国刑法第 34 条（正当化的紧急避险）：在生命・身体・自由・名誉・所有权等其他法益，直面着当前无法回避的危险时，为了避开自己或他人的危险而采取行为的，对相关法益和危险程度进行比较之后，如果所保护的利益比会被侵害的法益具有本质上优越性的，则不属于违法行为。但该行为应属于为避开危险而采取的合理的手段。
（2）德国刑法第 35 条（免责型紧急避险）：面对当前对生命、身体或自由产生的无法避开的危难，为了让自己、亲族或其他处于密切关系的人避开危险从而采取违法行为的，是没有责任的行为。但是根据具体情况，尤其是行为人自己造成相应危险的，或者基于特别的法律关系，能够期待行为人应承受相应危难的，则不属于没有责任的行为。但是如果即使考虑到特殊的法律关系，行为人也无法承受危难的，可以根据第 49 条第 1 款减轻刑罚。

的，是因为缺乏可能性而发生的超法规型责任阻却事由。

但是，如果纵观韩国刑法关于紧急避险和正当防卫的规定，则会发现仅以在法条形式上未采用二分法而认为韩国刑法中没有免责型紧急避险的上述观点是有一定问题的，韩国刑法对紧急避险实质上仍采用的二分法。[1]

韩国刑法第 22 条为紧急避险条款，第 1 款规定了正当型紧急避险，即：“为避开针对自己或他人法益的当下为难而采取的行为，若有与之相当的理由的则不予处罚”。但依据第 2 款，如果行为人对这种为难存有着不能予以避开的责任，那么不适用第 1 款之规定。紧接着，其第 3 款就规定了免责型紧急避险。即，韩国刑法第 21 条第 3 款规定，刑法第 21 条第 2 款和第 3 款的规定也同样适用于第 22 条。韩国刑法第 21 条是正当防卫条款，其第 2 款规定的是防卫过当的刑罚减免，即：“防卫行为超过限度的，依情况减轻或免除刑罚”；其第 3 款规定的是正当防卫过当的不可罚情形，即在防卫过当的情况下，“如果其行为是在夜间等其他不安的状态下基于恐惧、惊愕、兴奋或者慌张而引起的，则不予处罚”。也就是说，虽然韩国刑法没有像德国刑法那样用两个独立的条款极为明确的区分了正当型紧急避险和免责型紧急避险，但实质上仍用各条款对两者进行了区分。在这种情况下，再用所谓的超法规型责任阻却的理论来解释的话就显得有些多余了。

因此，即便其结果都是行为人免受刑事处罚，但应该加以区分是因为正当型紧急避险而产生的免受处罚，还是因为免责型紧急避险而产生的免受处罚，而在此问题的判断上，则需要进行法益价值之间的衡量与比较。即，如果通过紧急避险要保护的法益明显高于因紧急避险行为而侵犯的法益，那么就会构成正当型紧急避险。反之，又或者两者法益所体现的价值相当、难比高下时，则需要从免责型紧急避险着手。也正因为此，对于正当型紧急避险条款中的“与之相当的理由”和免责型紧急避险条款中的“限度”的理解，也应该采用不同的标准。对于前者，应将其理解为在法益价值衡量中极为严格的相当性，而对于后者，就意味着无法期待合规行为的期待可能性。

需要进行这种区分的原因在于，如果是免责型紧急避险，那么行为人的行为仍处于违法状况，所以可以对其行为采取正当防卫，而且也可以论处共犯。而且，在免责型紧急避险中就不用再像正当型紧急避险那样去讨论法益价值之间的比较了。[2]另外，在自己导致危

[1] [韩]金日秀，前著述，第 308 页；[韩]裴宗达，前著述，第 307 页；[韩]李正元，前著述，第 169 页；[韩]赵俊贤（音译），刑罚总论，法院社，2013 年，第 206 页；
[2] [韩]金日秀，前著述，第 412-413 页：在免责型紧急避难案件中，进行法益比较是没有任何帮助的。
（1） Karneades（希腊哲学家，214-129 B.C）的木板案例：遇到海难掉落海里的两个人，一起发现了只能承载一个人的木板，俩人同时抓住木板，但力气较大的那个人把另一个人推进海里导致其溺死。康德在论述道德形而上学时引用了该案例，并称行为人无罪；
（2） 爱沙尼亚号海难案：爱沙尼亚号在 1884 年 5 月前往澳大利亚过程中遇到海难，船长 Dudley 和其他三名船员上了救生艇。在海上漂流 13 天之后断粮航行。几天之后，被告人提议牺牲掉一名少年但被拒绝。彻底断粮后 8 天，被告人中一人杀死了当时正处于临死边缘的少年，此后被告人们吃了 4 天的少年的肉，终于被解救。被告人们以谋杀罪被宣布死刑，但经特殊得到减刑，最终被监禁 6 个月。

险源而引发的紧急避险问题上，可以用正当型紧急避险进行抗辩，但无法用免责型紧急避险。

在现实生活中较为典型的就是行为人为了不被杀害而做伪证的情况，又或者他人用行用行为人所犯的罪行对其进行长期的威胁和恐吓的情况下，行为人为了从这种威胁中解脱出来而犯罪的情形。而上述行为在韩国刑法中都被认定为是“被强制行为”，而“被强制行为”也属于有责、但责任被免的情况。

3. 免责型紧急避险的构成要件

免责型紧急避险和正当型紧急避险在成立要件上有所重叠，即都以发生危险和采取紧急避险行为为要件，但在以下几方面有所差别：

(1) 免责型紧急避险在认定“当下的危难”时会比正当型紧急避险较为宽松。对于那些尚未转化成现实侵害的、但不知道这种转化何时发生的危险的认定，其认定范围也可以考虑的更为广泛一些。[1]

(2) 在紧急避险程度的认定和法益价值的比较上，在保障公平的前提下，免责型紧急避险无需采用像正当型紧急避险那样严苛标准。

(3) 免责型紧急避险要求行为人自己对是否存在用其他方式避开危难进行良知上的检讨，而这是免责型紧急避险特有的判断要件。

如果所有上述要件得到满足，那么其对法益的侵害责任会得到免除，甚至包括对杀人行为的责任免除，而正当型紧急避险则做不到这一点。

四、韩国的被强制行为制度

1. 概念

所谓被强制行为是指满足了刑法上违法构成要件的“在无法抵抗的暴力之下做出的行为”，或者“针对自己或亲族的生命、身体的危害无法防御的胁迫之下做出的行为”。韩国刑法第 12 条规定，对这种被强制行为不予以处罚。该条款是在立法上受到了德国旧版刑法第 52 条(Nötigungsnotstand)的影响，但该条款在德国现行刑法中已经被删除。

韩国早期主要是在与北朝鲜相关的政治性案件当中适用了被强制行为条款，韩国法院判决，行为人在北朝鲜政府的统治下、被迫做出的违反国家保安法和违反反共法的行为[2]，

[1] 例如 1992 年在韩国忠北忠州发生的一直受到继父性暴力的 20 岁女性和其男友一起杀死该继父的案例，就属于可以进行预防防卫甚至防卫避难的情形。如果难以确认为正当防卫，可以援用紧急避难的法理。[韩]赵俊贤，“关于正当防卫和紧急避险的法理的案例研究”，刑事判例研究第 6 卷，1998 年。

[2] （1）承认期待可能性的案例①：大法院判决 1954.9.28，4286 刑事上诉 109：从解放之前就在北朝鲜管辖区域工作，解放之后也在北朝鲜地区工作的情况下，迫于压力而加入北朝鲜的政治组织，甚至加入了颠覆大韩民国政府的讨论会。但是如果不加入该组织就要被征兵入伍为北朝鲜人民军，所以加入该政治组织是行为人迫于强压而采取的不得已的行为，此时违反国家安保法的行为属于没有故意的行为，因此应认定为无罪。其他类似判例：大法院判例 1954.12.24，4287 刑事上诉 48；1956.3.6，4288 刑事上诉 392 等。

以及韩国渔夫们在被北朝鲜均对押解到北朝鲜后、被迫做出的违反国家保安发和反共法的行为，属于被强制行为。[1]这些判决成为了适用被强制行为条款的典型案例，为今后适用该条款留下了宝贵经验。

2. 被强制行为的法律性质与免责型紧急避险的区别

被强制行为是不可罚的免责事由。即，被强制行为本身属于非法行为，但无法期待行为人在当时情况下做出合法行为，所以对其本应承担的责任加以免除，是一种责任免除事由。在这个层面上，被强制行为和免责型紧急避险一样，都属于客观上的违法行为，所以对此可以采取正当防卫。

但两者在以下几方面存在着差别：

首先，产生原因不同。免责型紧急避险是源于针对自己或他人的法益产生当下的危险，而被强制行为是源于暴力、强迫、威胁等压制型的非法行为。

其次，在考虑法益均衡性上存在差异。在免责型紧急避险中，在相互冲突的法益之间寻求均衡是非常重要的问题。但在被强制行为中，只要产生了行为源，即只要被处于法律所规定的被强制状态，就认定不具有对合规行为的期待可能性。

3. 成立要件

根据韩国刑法的规定，所谓被强制行为是指：i）源于‘无法抵抗的暴力’，或者在 ii）针对自己或亲族的生命、身体的危害无法防御的胁迫之下做出的行为。在此基础上，韩国大法院通过判例，将刑法第 12 条的状态解释为“让行为人在不能自由做出意思决定的情况下实施特定行为的”状态。[2]

（2）承认期待可能性的案例②：大法院判决 1972.5.9 宣告 71 刑事上诉 1178 判决：中学辍学的少年，从远方亲戚那里听说可以去日本的工厂上班，就和该人一起试图偷渡到日本，却被日本朝鲜总联盟干部接手。虽然他们知道日本朝鲜总联盟是反对韩国的势力，但是他们一直被监禁在特定地区、接受思想教育，在胁迫之下发誓跟他们站在一个展现，同意前往北朝鲜。考虑到被告人当时只有 18 周岁，在人生地不熟的日本基于胁迫做出上述行为，属于在无法抵抗的暴力面前、或者针对自己或亲族的生命、身体的危害无法防御的胁迫之下做出的行为。

（3）没有承认期待可能性的案例：大法院判据 1967.9.24，67 刑事上诉 481：被兄长欺骗而上了北朝鲜的船舶从而前往了北朝鲜，到此为止可以认为是并非基于自己的意愿。但从北朝鲜政府接到做间谍的任务、拿到自己并回到韩国之后，并没有直接去侦查机关进行自首，而这不能认定为是被强制之下做出的没有期待可能性的行为。

[1] 大法院判决 1967.10.4，67 刑事上诉 125：在东海捕捉鳕鱼的过程中遇到风浪、船只损害，在漂流过程中被北朝鲜潜艇捕获从而被押至北朝鲜。之后按照北朝鲜政府工作人员的要求提交了赞扬北朝鲜的文章，并接到了间谍任务。行为人做出这种违反法律的行为，是因为如果其不做出相应行为的话其生命就会受到威胁，并且其主观想法为即便接受了间谍任务，只要不去做就可以，其只是为了活着回来而做了上述行为。行为人的上述行为系在别无选择的情况下做出的，应判断为无罪。其他类似判例：大法院 1960.10.7，4292 刑事上诉 829；1961.7.13，4293 刑事上诉 194；1968.11.5，68 刑事上诉公判 1334；1968.12.6，68 刑事上诉公判 1329；1968.12.17，68 刑事上诉公判 1319 等。

[2] 大法院判决 1983. 12. 13 宣告 83 刑事上诉公判 2276；大法院判决 2007.6.29 宣告 2007 刑事上诉公判 3306：

（1）无法抵抗的暴力

所谓暴力是指为压制对方而施加的力量，可分为绝对暴力(visadsoluta)和心理暴力(vis compulsive)。[1]所谓绝对暴力是指对被施暴方施加的暴力足以达到对方无法进行肉体上的抵抗，导致被施暴方在完全没有自我意思的情形。在这种情况下，被施暴方就相当于‘无意识的工具(Willenloses Werkzeug)’。[2] 在这种情况下施暴方实施的行为中不含有任何自我意思，甚至无法称之为刑法上的行为，所以在绝对暴力下行为人实施的符合违法性构成要件的行为不属于韩国刑法第 12 条所规定的行为。[3]

反之，心理暴力是指“施加到被施暴者的心理上的、迫使对方逼不得已实施一定行为（被强制的事实）的有形力量，即意思暴力”。[4]在这种情况下被施暴者实施的行为中包含着一定程度的自我意思，至少属于被屈服的自我意思，因此可以将其评价为刑法上的行为，自然而然也能对其作出是否属于违法行为的评价。因此，韩国刑法第 12 条中所规制的就是在心里暴力下作出的行为。[5]

虽然有观点认为‘心理暴力’这种术语本身不够准确，混淆了暴力和胁迫的界限。但大法院的判例认为“刑法第 12 条所规定的所谓无法抵挡的暴力，既包括从心底里出发无法采取任何肉体上行为的情况，也包括在伦理意义上被强制的情形”，从而承认了‘心里暴力’理论。[6]

也就是说，不论其具体手段或方法，只要其程度达到了让被强制人无法摆脱的程度，就构成所谓的‘无法抵抗的暴力’。即便被强制人在物力力量上尚存在摆脱暴力的余地，但如果其所处的处境让他无法做出那样的抵抗，那就属于无法抵抗的暴力。因此，对于‘无法抵抗的暴力’的判断，要对暴力的性质、施暴者和被强制人员的具体情况、所处的具体处境等因素进行综合考虑。

（2）针对自己或亲族的生命、身体的危害无法防御的胁迫

首先，依据大法院的判例，这里的‘胁迫’是指“针对自己或亲族的生命、身体的危害没有办法予以阻挡的胁迫”。[7]胁迫一词，具体指的是足以让对方产生恐惧心理的关于实

[1] [韩]金日秀，前著述，第 422 页。
[2] 例如黑社会组织成员们殴打之后，抓着其手指强行在文书上按手印等
[3] [韩]金日秀，前著述，第 422 页；任雄，前著述，第 328 页；裴宗达，前著述，第 480 页；李正元，前著述，第 189 页。相反，认为绝对暴力也属于第 12 条所规定的暴力的，[韩]刘基川（音译），刑法学（总论讲义），日照阁，1983 年，第 247 页。
[4] [韩]金日秀，前著述，第 422 页
[5] [韩]李正元，前著述，第 189-190 页。该见解认为，被强制手段的暴力应属于物理上的有行力，不包括心理上的有形力。
[6] 大法院判决 1983. 12. 13 宣告 83 刑事上诉公判 2276：认为妻子与同事有染，对妻子施加暴行、胁迫，妻子谎称确实有染，于是将妻子以通奸罪告上法庭。在审理过程中妻子否认通奸，从而被释放。于是又强迫妻子，逼妻子提交写有虚假内容的指控其同事的诉状。最终妻子的行为被认定为被强制行为，无罪释放。类似判决：大法院判决 2007. 6. 29 宣告 2007 刑事上诉公判 3306.
[7] 大法院 1983. 12. 13 宣告 83 刑事上诉公判 2276；大法院判决 2007. 6. 29 宣告 2007 刑事上诉公判 3306：

施恶行的告知。即便进行威胁的人员没有胁迫的主观意向，或者其胁迫根本无法实现，但只要让对方认识到行为人的威胁是认真的（极有可能实际发生的），那么就会构成胁迫。[1]也就说，胁迫所依据的并不是正在发生中的危险，而是只要普通人凭经验认为，有可能发生对生命或身体无法预测的危害时就构成胁迫，被胁迫人由此所做出的行为即属于被强制行为。[2]

所谓‘亲族’应基于韩国民法第 777 条的规定所确定，因此不包括朋友或恋人，但从立法目的处罚，应该包括夫妻或者私生子。

而‘无法防御’，应该理解为无法避开那种危害，即能避免危害的唯一方法就是屈服于胁迫、实施被强制行为。与此同时，在被告知亲族的生命或身体处于危害的情况下，即便那个亲族本身可以避开相应危害，但如果对被威胁的当事人来说这种状态足以让当事人难以做出防御的，也应该将其视为‘无法防御’的情形。[3]

但韩国大法院的判例并不支持基于职务上的从属关系而产生的被强制和确信犯。即，判例表示以上司的要求作为胁迫要件或被强制理由的主张不予支持[4]，同时认为“基于通过自身成长而形成的内在观念或确信，从而通过自己做出意思决定的，即便导致了事实上被强制的结果，但也不能让此类情形认定为被胁迫”。[5]

五、韩国“被强制行为”条款的借鉴意义

1. 借鉴‘被强制行为’条款的必要性

如果用韩国刑法来分析本文在开篇提及的案例中蒙某的行为，那么就要确定应该将其认定为第 22 条规制的紧急避险，还是第 12 条规制被强制行为。但是即便将其认定为紧急

[1] [韩]金日秀，前著述，第 423 页
[2] 大邱高等法院 1972. 10. 19 宣告 72 刑事抗诉公判案件 758 判决：即便逃至北朝鲜是基于自由意思的行为，但是在北朝鲜政府的统治之下，在该地区基于各种命令，各项行为都是基于命令所做的机械行为，这是在不知道会对生命、身体施加何种危害的情况下的实施的行为，因此属于被强制行为。
[3] [韩]金日秀，前著述，第 424 页
[4] （1）大法院判决 1983. 12. 13 宣告 83 刑事上诉公判 2543：即便是基于上司的指示下贩卖了汽油等军需品，但如果这种指示并不属于不可抵抗的暴力，或者不属于针对自己或亲族的生命、身体的危害没有办法予以阻挡的胁迫，那么不能认为责任阻且。
（2）大法院判决 1988. 2. 23 宣告 87 刑事上诉公判 2358：对于公务员履行职责，上司不能命令下级去做犯罪行为等违法的行为。虽然下级应该服从上级，但是如果上级下达的命令是用酷刑对待以参考人身份来访的人员等明显违反法律的指示时，这已经不属于职务上的命令，因此也就不发生需要服刑的义务。即便公安侦查职员需要绝对听从上级命令是一种不成文的规定，但韩国基本的法秩序是禁止做出侵害国民基本权利的侵害国民身体自由的刑讯逼供行为。因此不能以所谓的不成为规定来对实施刑讯逼供致死的行为进行辩解，不能辩解为正当行为，或者辩解成没有期待可能性的被强制行为。
[5] 大法院 1990. 3. 27 宣告 89 刑事上诉公 1670：行为人出生于北朝鲜，一直受到北朝鲜的思想教育，被选拔为针对韩国的间谍，接受特殊训练，从北朝鲜政府处接到爆破大韩航空旅客飞机指令，认为这是为实现祖国统一而做的光荣使命，从而实施了相应行为。虽然其不正确的确信，是因为一直以来受到违反自由意思的思想教育，但不能认为这种思想教育下所做的行为属于被强制行为、缺乏期待可能性。刑法第 12 条所规定的被强制行为，是在别人实施不可抵抗的暴力，或者对生命、身体等产生无法抵御的胁迫之下做出的不得已的行为，不包括因在成长阶段接受的教育而形成的特定观念从而产生了实际上行为人意思行为被强制的的情形。

避险，则还需要进一步判断是属于第 22 条第 1 款所规制的正当型紧急避险还是第 2 款所规制的免责型紧急避险，那么就又需要再次进行法益价值上的比较，问题又再次回到了原点。因此，本文认为将此类情形认定为‘被强制行为’更为妥当。其原因在于：在两名成年男性（第一个因素），持着刀（第二个因素），在已经在实施完持刀抢劫罪的情况下（第三个因素），发出了如果不进行性行为就杀死二人的威胁（第四个因素），且所处的环境为晚上八点左右人烟稀少的水库前面（第五个因素），上述六个因素结合在一起足以给蒙某造成了无法抵抗的心理上的暴力，蒙某有充分的理由认为自己和女友正在遭受着无法防御的胁迫。

也就是说，如果我国刑法中也有‘被强制行为’条款，那么在价值高低难以比较的两个法益之间产生冲突时，就能用该条款加以解决。以本案为例，如果用‘被强制行为’来分析，那么谭李二人系施加无法抵抗之暴力或作出无法防御之胁迫的施暴者，理所当然的满足间接正犯的构成要件，应以强奸罪论处。而蒙某的行为属于被强制行为，其行为本身属于违法行为，因此翟某可以对蒙某实施正当防卫。但蒙某的行为因缺乏期待可能性，所以应对其免除处罚。如此一来，该承担刑事责任的谭李二人会得到应有的处罚，在整个事件中尤为无辜的翟某即便对蒙某实施正当防卫也不会面临法益判断上的问题，同时还能免去缺乏期可能性的蒙某的责任，可谓做到了公平性和公正性的兼顾。

2. 引进‘被强制条款’的问题

(1)在四要件说中没有期待可能性的立身之处

如前文所述，我国刑法无论立法上还是在刑事实务中，都缺乏用责任论来分析问题的努力。其主要原因很可能在于我国刑法界在判断是否构成犯罪时是采用的是四要件说。四要件说认为所谓犯罪，应同时具备社会危害性、刑事违法性和应受处罚性。在这个层面上，所谓应受处罚性，似乎就是体现了责任理论。但问题在于，四要件说同时还主张要想构成犯罪，犯罪主体、犯罪客体、犯罪主观方面、犯罪客观方面等四个要素要在所有客观要件和主观要件上形成统一。也就是说，如果具备了上述四个要件，那么就具备犯罪特征，从而构成犯罪；但如果在四个要件中缺少任何一个，都会因为缺乏犯罪特征而不构成犯罪。因此，依据四要件说只要缺少四个要件中的任何一个，就不构成犯罪，也就是说同时缺乏社会危害性、刑事违法性和应受处罚性。对此也可以逆向理解，即只要满足上述四个要件，就构成犯罪，也就同时具备了社会危害性、刑事违法性和应受处罚性。

也正因为此，对于那些在普通人看来（即普通人标准）存在责任阻却事由的案件，我国在刑事实践中就却很难用期待可能性理论去办理，所以就会频繁出现即便法院作出了准确适用相关法律的判决，但包括学者在内的普通群众却难以接受相应判决结果的现象。而这种现象在正当防卫案件中尤为突出。

(2) 因缺乏期待可能性而成问题的典型案例

最典型的就是 2016 年 4 月 14 日发生在山东省聊城市的“于欢辱母杀人案”。2016 年 4 月 13 日，被害人吴某因于欢的母亲苏某欠债未还，就在苏某作为抵押的苏某住宅对其进行侮辱[1]，要求其还债。苏某报警，并向市民热线进行投诉，但均未得到帮助。知道苏某报警之后，吴某领着十多名社会闲杂人员进入苏某的工厂，把于欢以及一名工厂职工和苏某一起关押在客户接待室。在这个过程中，包括吴某在内的十一名人员以各种卑劣手段对苏某进行了欺辱。[2]在窗外发现此事的路人将此事告知了于欢的姨妈，遂报警。虽然警察到达现场，但仅对吴某说完“要钱可以别打人”之后就离开了现场。于欢看到警察离开现场，就跑出接待室想把警察重新叫回，但被与吴某带来的人员压制。于欢趁乱抓了桌子上的水果刀，吴某带来的人员们嘲笑于欢，并向于欢走去，于是于欢乱刀捅刺，致使其中一人因失血过多而死亡，另重伤 2 名，轻伤 1 名。

2016 年 11 月 21 日，聊城市检察院以故意伤害罪起诉于欢，聊城市中级人民法院于 12 月 15 日判决于欢触犯故意伤害罪，判处无期徒刑。对此于欢提出上诉。一审判决结果在舆论中掀起了惊涛骇浪，很多法学教授和律师对判决和该案件提出了诸多疑问和反对意见。2017 年 3 月 26 日最高人民检察院表示重点调查该案件，此后于同年 5 月 27 日在山东省高级人民法院进行二审审理，并进行网络直播审判。之后，于同年 6 月 23 日，山东省高级人民法院做出判决，认为于欢的行为构成故意伤害罪，但属于防卫过当，判处 5 年有期徒刑。[3]

该案之所以能出现这种结果，其原因可能在于司法实务中处理刑事案件的思路上。

首先，会对本案按照四要件说进行分析。即，如果用四要件说分析于欢案的电话，于欢自然而然的构成故意伤害罪。

(1) 犯罪客体：侵害了他人的生命权和身体健康权；

(2) 犯罪客观方面：行使了侵害他人生命权和身体健康权的行为，并导致了相应的结果；

(3) 犯罪主体：满 18 周岁的完全刑事责任能力人；

(4) 犯罪主观方面：存在想侵害他人身体健康权的故意。

既然成立故意伤害罪，自然就具备‘应受处罚性’，所以一审法院才判处于欢触犯故意伤害罪的。

但是，一审法院的问题点在于在分析犯罪客观方面时，没有把于欢是在应对违法行为的因素，即正当防卫问题考虑进去。

所以，第二审法院才会以于欢触犯故意伤害罪的前提，先承认其行为存在防卫性，并

[1] 吴某让自己带来的人在便器里大解，之后让苏某把手放进便器里。

[2] 他人把于欢的鞋脱下来塞进苏某的嘴里，把烟灰散落在苏某的胸上，让和苏某被关在一起的苏某的职工脱下裤子站在苏某前面等。

[3] 另外，2017 年 4 月 28 日山东省聊城市公安局指控吴某为犯罪集团首要分子，8 月 3 日山东省聊城市东昌区检察院针对包括吴某在内的 15 名犯罪集团提起公诉。2018 年 5 月 11 日聊城市东昌区人民法院以吴某等 15 人触犯了组织、领导、参加犯罪集团罪，故意破坏财物罪、非法侵入住宅罪、非法拘禁罪等。

进一步去判断其防卫行为是否超过了‘必要的限度’。对此法院认为，第一，被害人做违法行为的目的是为了得到借出去的钱款，并不是为了进行非法监禁和凌辱；第二，被害人们并拿任何凶器；第三，警察进入接待室时并未在进行激烈的争斗或存在暴行；第四，于欢持刀时被害人们是一边嘲笑着于欢一边向于欢走去，并未对其施加暴力；第五，被于欢捅刺之后没有任何对于欢实施反击[1]，因此认定于欢的防卫行为超过了必要限度，属于防卫过当。该案件被刊载在《刑事审判参考》上，并被人民法院新闻编辑部认定为2017年人民法院十大刑事案件。

六、结语

在蒙某强奸案中，我国法院在无法进行恰当的法益比较的情况下，以及明明可以适用针对紧急避险过当的责任减免条款的情况下，适用了紧急避险的违法性阻却条款，从而做出了颇有争议的判决。即，在判断该案件时并没有考虑期开可能性理论。

于欢案件中，一审法院没有认定行为的防卫性质，只是利用四要件说判断于欢的行为构成犯罪，从而做出了不够恰当的盘额居。而二审法院在纠正了一审法院未考虑防卫性的错误之后，进而去判断是否属于‘在必要限度’内防卫的问题时，仍然适用了四要件说，即只是用四要件说来评价非法侵害正在客观的发生，而不是去评价其发生危害的可能性，以及行为人在这种情况下做出合法行为的可能性。

也就是说，我国刑事司法实务在面对正当防卫、紧急避险等案件时，首先会用四要件说来分析犯罪构成，再去考虑是否构成正当防卫或紧急避险。而如此一来，就会在认定‘必要限度’上发生认定标准过于苛刻的问题。而这通常会导致普通民众难以接受（平均人标准认为没有期待可能性，但不予承认）的判决结果，进而影响司法公信力。

最高人民法院也发现了其中存在的问题，遂在2018年9月18日发布的《关于在司法解释中全面贯彻社会主义核心价值观的工作规划（2018-2023）》中明确表示要在司法解释中大力弘扬正义、友善、互助的社会主义核心价值和道德要求。要适时出台防卫过当的认定标准、处罚原则和见义勇为相关纠纷的法律适用标准，鼓励正当防卫，保护见义勇为者的合法权益。但拙见认为，如果不去从期待可能性方面去分析案件的话，仍会产生诸多问题。我国之所以在刑事实务中出现上述问题，极有可能是因为在办案时过于机械的套用四要件说。但话又说回来，在我国已经通过四要件说积累了相当多的审判经验的情况下，彻底否认四要件说的合理性，并彻底废弃适用也是同样缺乏合理性的。

在这种情况下，在我国刑法制度中引入像韩国的被强制行为制度这样的既充分体现了期待可能性理论的适用，同时不与四要件说相冲突的制度，就具备了可行性和一定的必要性。与此同时，如果今后对此问题进行进一步研究的话，还需解决以下问题：第一，为什么德国刑法废除了‘被强制行为’制度；第二，如何用四要件说来解释被强制行为制度的适用；第三，如果用被强制行为制度来解释我国之前存在争议的判决，能否得出更为合理的判决结果。

[1] 山东省高级人民法院（2017）鲁刑终151号判决书

参考文献

[韩]朴相基（音译），刑法总论，博英社，2012年

[韩]李相敦（音译），刑法分论，博英社，2015年

[韩]金日秀（音译），薛宝学（音译），新版刑法总论（第11版），博英社，2006年

[韩]李正元（音译），刑法总论，新论社，2012年

[韩]孙东权（音译），刑法总则论，栗谷出版社，2005年

[韩]任雄（音译），刑法总论，法文社，2009年，第318页

[韩]李载相（音译），刑法总论，博英社，2009年

[韩]裴宗大（音译），刑法总论，弘文社，2017年

[韩]金成川（音译），金平俊（音译），东玄，2005年

[韩]金城敦（音译），刑法总论，成均馆大学校出版部，2009年

[韩]刘基川（音译），刑法学（总论讲义），日照阁，1983年

张明楷，刑法学（第四版），法律出版社，2011年

韩国商法中的自己股份处分制度研究

许英梅*（中国政法大学）

摘要：2011 年《韩国商法》修正后，有关自己股份的取得从之前的“原则禁止，例外允许”到“原则允许，例外禁止”的转变，相应的对其取得后的处分规制则变为从“限期处分”到“章程中未作出其他规定时，由董事会决定处分的种类和数量、价格和期限、相对方选择以及处分方法”。因立法对于处分规制的过于放宽与监管边界的模糊性，在解释论与实际判例中出现了不同观点主张。本文从《韩国商法》有关自己股份制度的历史沿革出发，探讨目前韩国对于处分规制的争议焦点，以期能为我国的立法完善带来有益探索。

关键词：自己股份；自己股份处分；2011 韩国商法修正

一、引言

自己股份是指公司取得并持有的自己发行在外的股票。[1]自己股份之取得，即股份回购作为一种特殊的股份转让方式，在优化企业资本结构、实施股权激励、提高公司股价、反敌意收购等多方面发挥着重要作用。

我国早在 1993 年《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）中规定，公司可以例外取得自己股份。橘生淮南则为橘，橘生淮北则为枳，因当时国内经济和企业尚处于初步发展阶段，为响应国家调整布局国有企业，自己股份大多用于国有股的减持，并没有像其他发达国家一样，用于资本运作手段，而是成为政府“政策性”的工具。经过 2005 年《公司法》再次修订，相对拓宽了取得自己股份的情形，这标志着我国自己股份制度进入全新时代，

*中国政法大学法律硕士学院 2017 级研究生
**本论文的写作从选题到具体内容的撰写均得到我的指导老师吴日焕教授的悉心指导，特此表示感谢。
[1]施天涛，孙逊：“公司取得自己股份法律问题研究”，载《政法论坛》2002 年第 04 期，第 54 页。

逐步与国际接轨。[1]但这时期的自己股份取得限制仍然比较严格，在具体程序上也缺乏规制，因此在实践中并没有得到广泛运用。近年来，随着资本市场的发展和市场环境的变化，上市公司回购股份的数量日益增多，而资本市场的持续低迷，需要为公司取得自己股份提供合法性预期和法律支撑。[2]2018 年 10 月 26 日，十三届全国人大常委会第六次会议通过了对《公司法》第 142 条[3]的修正。此次修正增加了公司回购股份事由，简化回购“决定”程序，扩展回购资金，提高所持股份额上线，延长持股期限，对上市公司回购股份制度进行了重大调整。可见我国对于自己股份的取得从保守禁止到逐步放开允许，以期配合资本市场运作，完善自己股份制度的立法态度。但与各国的相关制度相比，我国目前的立法还停留在取得事由上的规制，对于取得后处分问题上只是简单的规定“转让或注销”。尚处于犹抱琵琶半遮面的状态。

自己股份又是一把双刃剑，如果不当取得和处分，容易滋生内幕交易和不公正交易的发生，进而损害股东利益及债权人的利益，影响公司的持续运营。因而有必要在立法上加以特别规制和监管，使其在具体操作中能够兴利弊害，发挥其积极作用。纵观世界各国自己股份法律制度的发展历程，在放宽取得规制的基础上加强对取得的事后规制，乃自己股份法律制度的发展趋势。完整的自己股份制度应包括自己股份的取得和处分两个部分，仅从取得方面对自己股份规制是远远不够的，有必要进一步明确自己股份的处分规制，以便两者在立法上

[1] 李宏如：“论我国股份回购发展历程”，载《北方经贸》2016 年第 02 期，第 106 页。
[2] 薛波：“改革开放 40 年我国公司资本制度立法的嬗变与启示”，载《人文杂志》2019 年第 03 期，第 33 页。
[3] 142 条规定：公司有下列情形之一的，可以收购本公司股份：
（一）减少公司注册资本；
（二）与持有本公司股份的其他公司合并
（三）用于员工持股计划或者股权激励；
（四）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份；
（五）将股份用于转换上市公司发行的可转换为股票的公司债券；
（六）上市公司为维护公司价值及股东权益所必须。
公司因前款第（一）项、第（二）项规定的情形收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司因前款第（三）项、第（五）项、第（六）项规定的情形收购本公司股份的，可以依照公司章程的规定或者股东大会的授权，经三分之二以上董事出席的董事会会议决议。公司依照第一款规定收购本公司股份后，属于第（一）项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第（二）项、第（四）项情形的，应当在六个月内转让或者注销；
属于第（三）项、第（五）项、第（六）项情形的，公司合计持有的本公司股份数额不得超过本公司已发行股份总额的百分之十，并应当在三年内转让或者注销。
上市公司收购本公司股份的，应当依照《中华人民共和国证券法》的规定履行信息披露义务。上市公司因本条第一款第（三）项、第（五）项、第（六）项规定的情形收购本公司股份的，应当通过公开的集中交易方式进行。
公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

相互配合、共同引导和完善自己股份制度。

有关自己股份的取得，《韩国商法》（以下简称《商法》）改革经历了由原则禁止到原则允许的发展过程，对于自己股份的处分也有立法的程序规制和解释论上的不同主张。“他山之石，可以攻玉”，鉴于中韩两国文化相通、经济发展水平相似，发掘可资借鉴的制度资源，无疑能为我国自己股份制度立法进一步发展提供一条重要的捷径。

二、韩国自己股份处分制度的立法沿革

有关自己股份制度，主要规定在《商法》和《资本市场法》[1]中。与一开始就公司对自己股份取得持放宽态度的美国不同，韩国作为大陆法系国家，商法制定之初，规定原则上严格禁止并允许例外取得自己股份（旧商法 341 条、341 之 2）。2011 年，韩国颁布新修正《商法》，公司自己股份制度是此项修正的一个重要方面。为了让公司在资本运作中充分发挥其自主性，修正《商法》规定原则允许取得自己股份并可自由处分（商法第 341 条、第 342 条）

（一）2011 修正前商法

如果公司取得自己股份，会产生如下问题：（1）公司触犯自己成为自己的成员的逻辑上的矛盾；（2）由于这种有偿取得会减少公司资产，害及其他股东及债权人的利益，而且事实上导致对特定股东退还出资的结果；（3）由于决定股份的取得和处分的董事们精通公司内部信息，有可能诱发内幕交易；（4）如果给自己股份赋予表决权，那么行使它的是代表董事，这样会使没有出资的人控制公司。[2]因此，修正前商法严格限制对自己股份的取得，只能在下列情形下可以例外取得：（1）为注销股份时；（2）因公司合并或者受让其他公司的全部营业时；（3）处理端股[3]所需时；（4）作为质权标的取得；（5）股东行使股份收买请求权时（旧商法 341 条）。

对于处分，2011 年修正前《商法》主张公司取得或作为质权取得的自己股份不能长期保有。根据 2011 年修正前《商法》第 342 条的规定，为注销股份而取得自己股份时，应不

[1] 韩国《资本市场法》以促进资本市场的金融创新和竞争、提高资本市场的信赖度为目的，将之前施行的《证券交易法》、《期货交易法》、《间接投资资产运用业法》等有关资本市场的法律统合为一的法律，对金融投资法制和资本市场的监管体制进行了划时代的改组。
[2] 吴日焕译：《韩国公司法》，中国政法大学出版社 2000 年版，279 页。
[3] 指 10 股以下的零星股份

得迟延地履行股份失效程序，以及公司合并或者全部营业的受让、权利的实行、端股、收买股份、超过限度的质权取得的情形下，应于“相当时期”内处分。关于质权，只要被担保债权的履行期未到，质权就不可能被消灭，因此所谓质权的处分是指到了质权履行期迅速受偿或如对方不履行，应迅速实现质权。在之前施行的《证券交易法》中则进一步规定其处分期限的限制，即上市法人以因商法第 341 条、2 项-5 项规定的事由而取得的自己股份向本公司职工持有人支付奖金、退职金等时，可以依董事会的决议保留 3 年（证交 189 条之 2、3 款）。

考虑到自己股份取得会违背股东平等原则和资本充实原则，因此，韩国在 2011 年商法修正前，对自己股份取得持保守态度，并规定公司限期内处分的义务。

（二）2011 修正商法

韩国学者认为，立法应允许取得自己股份的理由如下：（1）在可分派盈余内取得的自己股份，不会影响资本维持原则和损害债权人的利益；（2）自己股份如以通过交易所竞价取得或通知所有股东并发出公告方式要约收购，可以防范内幕交易的风险；（3）自己股份在提高公司股价、企业重组调整、抵御恶意收购、实施股权激励计划中发挥重要作用。[1]因此，2011 年韩国再度大规模修改商法，更多地借鉴了英美法系国家的先进立法经验和判例，最终放开了自己股份制度的限制。

修正后的商法保留了旧商法 341 条以特定目的取得自己股份的同时，规定公司以前一结算期的可分派盈余为资金来源取得自己股份，而对于取得目的不加以规制，允许基于非特定目的取得自己股份（商法第 341 条）。其取得方法上，可以通过交易所竞价收购的方式取得，或者通知所有股东并发出公告的要约方式取得（商法第 341 条、第 344 条）。以此来保证其取得方式上的公正性。

对于处分，修正后的商法第 342 条规定了自己股份处分的决议主体为董事会并列举了其决议事项的具体内容。其包括：（1）处分股份的种类和数量；（2）处分股份的处分价格和缴纳日期；（3）处分股份的相对方和处分方法。对于取得后的自己股份，修正后的商法还删除了一定期限内要处分的条款，董事会可自由选择其处分时期，并在立法上引入了库藏股[2]制

[1] [韩]Jae-yeol Gwon：“修订商法上的股份关联制度的改善内容与课题”，载《先进商事法律研究》2011 年第 56 号，108 页。

[2] 库藏股（treasuore stock），是将已经合法发行的股份进行回购并作为“库存”而持有的股份，公司出

度。虽然法律规定，“公司处分自己股份的情形下……章程中未对自己股份的种类和数量、价格、处分相对方等事项规定时，由董事会决定”，但是通常在章程中无法详细规定对未来自己股份的处分，因此在实际操作中赋予了董事会更多地裁量权。[1]

修正后的商法放开自己股份的取得规制的同时，也相应缓和了其处分规制。因此公司可充分发挥其自主性，选择其处分时间并自由处分公司已取得的自己股份。因此其作为企业财务战略手段和反收购手段，得到企业的青睐与广泛的利用[2]

三、关于自己股份处分制度的争议焦点

2011 年韩国商法修正，放开自己股份取得事由的同时，虽然对于自己股份取得的财源和处分程序上有了规制，但是具体规定还不够完善，如对自己股份的法律地位、处分性质与处分方法尚存留白。因此，担心处分事项的决议主体，即公司的董事高管利用其权利滥用处分制度，在学界上对如何确保其处分的公正性问题成为了热点争议话题，从而对于处分规制的解释上也出现了很多不同观点学说的对立分歧。以下内容将着重介绍有关自己股份的地位、处分对象、处分性质、处分义务方面的解释论上的对立主张。

（一）自己股份的地位

公司可否持有效取得的自己股份行使股东权的问题上，韩国商法只对表决权设有规定，即公司持有的自己股份无表决权（商法第 369 条第 2 款）。因此，对于表决权以外的股东权，在解释上成为了问题。其中，像少数股东权或各种提诉权等公益权，从其性质上考虑不能予以认定。关于这一点没有意义。[3]

但是，关于盈余分派请求权、新股认购权、剩余财产分配请求权等自益权，是有不同意见的。通说认为，全部自益权均不能被认定，而一部分学说认为，盈余分派请求权和剩余财产分配请求权应被认定或者可以接受股份分派。[4]

自己股份的取得实质为对出资的退还，因此对自己股份的分派等于对架空资本的分派，若认定盈余分派请求权，公司依自己股份接受分派，那么已经被算入的盈余通过分派再次被

于财务战略的需要，或者继续持有，或者选择在一定时段对其进行处分。

[1] [韩]李哲松：《会社法讲义（第 24 版）》，博英社 2016 年版，第 407 页。

[2] [韩]Han-na Kim：“修正商法与自己股份规制”，载《仁荷法律》2013 年第 03 号，第 208 页

[3] [韩]李哲松：《会社法讲义（第 24 版）》，博英社 2016 年版，第 407 页。

[4] [韩]李哲松：《会社法讲义（第 24 版）》，博英社 2016 年版，第 407 页。

算入公司的收入，从而盈余被双重计算，这是不合理的。同样道理，其也不能享有剩余财产分配请求权。因新股发行时的公司的新股认购是虚构的出资，若承认自己股份的新股认购权，则会导致自己股份的增大。[1]

因此，自己股份的地位认定上不能将其与普通股份一视同仁，其持有的自己股份不能行使任何权利的解释是妥当的。

（二）处分对象

目前，基于商法第 342 条中有关自己股份处分对象的规定，是仅指可分派盈余取得的股份，还是以特定目的取得的自己股份也包括在内，存在解释上的争议。

有观点认为，《韩国商法》第 342 条规定的自己股份处分客体应仅指可分配盈余取得的股份。[2]商法第 342 条规定形式类似于早前规定的资本市场法规定，即根据《韩国资本市场法》规定，自己股份取得金额以可分派盈余为限（韩国资本市场法第 165 条第 2 款第 2 项）。因此韩国商法上的自己股份处分客体也应限定为可分配盈余取得的股份。

但主流观点认为，由于韩国商法对于特定目的取得的股份既没有具体规定其处分方式，也没有在处分自己股份时应把特定目的取得的股份排除在外的规定。[3]因此，从自由取得自己股份并持有的立法目的推定来看，《韩国商法》第 342 条规定中的可处分的自己股份理应包括可分派盈余为资金来源取得的自己股份和以特定目的不受财源限制取得的自己股份。

（二）处分性质

对于公司自己股份的处分交易如何定性，是整个自己股份处分制度的核心问题。它涉及到处分方式的选择以及司法审判中处分是否合理的评判因素。从各国立法上看，自己股份制度的滥觞之地美国有两种不同的规定，一是特拉华州《公司法》将其视为已发行的股份，交由董事会选择其方式；二是美国《示范公司法》将自己股份作为已授权但尚未发行股份对待。[4]而在日本，为了在处分交易上保证其公正性，规定其处分与新股发行规定的内容大致相同，应当遵照新股发行的程序和规则（日本公司法，第 199 条）。德国《股份公司法》则在原则

[1] [韩]李哲松：《会社法讲义（第 24 版）》，博英社 2016 年版，第 407 页。
[2] [韩]Byeong-yean Kim:“自己股份的处分及活用方案”，载《韩国上市协议会》2005 年，第 56 页。
[3] [韩]Mi-gyeong Yeom:“有关自己股份的取得与处分的争议焦点检讨”，载《经营法律》2015 年。
[4] 石少侠：《美国公司法概论》，延边大学出版社 1994 年版，第 322 页。

上规定处分应当遵守股东平等原则（德国股份公司法第 71 条，第 1 项，第 8 号）。然而韩国的目前立法对其处分性质缺乏规定，因而在解释论上出现各说纷纭的局面。

目前对于处分交易的性质，在韩国解释论上有损益性交易说与资产性交易说两种观点展示。如果把取得的自己股份视为资产，则处分交易行为视为损益性交易，要以个人法来规制，那么其处分近似于民法中的处分行为的概念，无需考虑股东平等原则。[1]相反，如果把取得的自己股份视为资本的减资项目（即未发行股份），则处分时资本会增加，可视为资本性交易。处分时应遵照新股发行程序，赋予股东新股认购权，并遵守股东平等原则。[2]因此，基于其处分交易性质上的不同理解，对于自己股份的处分，是否类推适用新股发行程序，目前存在肯定说与否定说两种对立观点。

1. 类推适用否定说

主张类推适用否定说的观点为：（1）公司持有自己股份时其相应表决权受到限制，如果处分时准用新股发行，原有股东就会享有比持股份额更多的表决权，为了让股东享有此表决权增大的利益而要适用新股发行，是对公司资产所有权行使的不当制约；（2）自己股份的处分作为损益性的个人法交易，不会带来资本增加，而新股发行作为资本性的团体法交易，会带来资本的增加；（3）新股发行情形下，会影响股份公司的资本金以及原有股东的持股比例，而自己股份是处分已发行的股份，不会对资本金变动产生影响，并且如果不是处分交易的相对方，其股东持股比例也不会受到影响，因此与新股发行在本质上存在区别；（4）对于处分，商法第 342 条规定，章程中未作出其他规定时，由董事会决定，除此之外无任何规制，因此应类推适用新股发行程序的观点不符规定；（5）准用新股发行程序，因其程序复杂，成本较高，影响效率，因此不利于作为公司灵活运用财务战略的手段和防御敌意收购目的上的手段。[3]

此观点是站在公司视角上考虑，在自己股份的处分上赋予公司更多的自主权，让自己股份的处分在资本运作等方面充分发挥其积极性，以此来维护和保障公司的利益。

[1] [韩]Young-chul Lee:“自己股份取得与处分的几点争议”，载《企业法研究》2014 年，第 28 期第 3 号，221 页。
[2] [韩]Young-chul Lee:“自己股份取得与处分的几点争议”，载《企业法研究》2014 年，第 28 期第 3 号，221 页。
[3] [韩]金淳锡：《自己股份的法理》，载《全南大学出版文化院》2019 年版，第 118 页。

2.类推适用肯定说

主张类推适用肯定说的观点为：（1）当处分自己股份时，如果不按照新股发行承认股东的新股认购权，处分给特定第三人时，则会稀释原有股东的持股比例，影响原有股东的表决权，因此主张类推适用新股发行程序；（2）2011 年修正商法对自己股份的取得时规定为应遵守股东平等原则，而对于处分则交由董事会自行决定，其立法规定丧失平衡，因此，应该类推适用新股发行的规定；（3）股东平等原则应贯穿于整个商法规定内容，适用与公司与股东间所有法律关系，对于处分的定性视为个人法交易而不适用股东平等原则的解释违背立法初衷；（4）自己股份的处分从本源上与新股发行一样，都是由公司主导发行，其处分的经济效果也类似于新股发行，因此有必要在程序上遵照新股发行程序，赋予原有股东新股认购权。[1]

此观点更多的考虑原有股东的利益，遵循股东平等原则，防止处分决议主体滥用处分，将自己股份处分给特定第三人，从而损害原有股东的控制权利益。

3.法院的判例

对于自己股份处分性质，目前还没有从商法视角解释的大法院判例。在下级审判判例中分别存在资本交易说和损益交易说观点，目前大多法院采取损益交易说，主张不适用新股发行程序的规定。其代表案例可以列举美国艾略特公司诉三星物产案件。[2]

［事实关系］三星物产计划跟第一毛织公司（同属三星集团的附属公司）合并，但三星物产股东之一的美国艾略特公司（其股份约占 6.91%，表决权约占 7.12%），反对三星物产的合并案，此时双方的表决权不相上下。在此情形下，三星物产为了促进其与第一毛织公司的合并，把持有的自己股份（大约 6%）卖给对自己友好的 KCC 公司，在股东大会中 KCC 享有表决权并支持合并案，因此合并成功。对于三星物产把自己股份卖给 KCC，艾略特主张无效，请求法院禁止三星物产转让自己股份，并请求禁止 KCC 行使表决权。

艾略特主张：自己股份的处分跟新股的发行同样会影响到原有股东的持股比例，因此要类推适用关于新股发行的规定。在韩国，新股发行时股东们具有新股优先认购权（韩国商法

[1] [韩]金淳锡：《自己股份的法理》，载《全南大学出版文化院》2019 年版，第 117 页
[2] 韩国首尔高等法院 2015. 7. 16. 宣告 2015RA20503 判决

第 418 条第 1 款），因此三星物产无视股东们的认购权而把自己股份向 KCC 处分应视为无效。申请人还认为其自己股份的处分损害了股东利益，因此主张提出自己股份买卖合同的无效确认之诉。

［判决事项］一审和二审判决认为自己股份处分与新股发行存在本质区别，不能类推适用新股发行程序，而是将自己股份处分视作为“转让已发行股份的损益交易”。不支持申请人（艾略特）的主张。并列举以下几点理由：① 商法 342 条因没有对处分方法有特别限制，因此股东没有优先认购权，；② 自己股份处分没有像新股发行一样规制新股发行无效之诉③ 对于自己股份处分，从立法者态度来看没有准用新股发行程序的意图。

（三）处分义务

2011 年韩国商法修订之前，对于特定目的取得的股份，规定了应在一定期限内处分的义务。然而，修订之后的现行韩国商法，对于由可分派盈余为财源来源取得的股份和以特定目的取得的股份，均未规定处分义务与处分期限。对于删掉处分义务是否合理，在学界上有两种不同声音。[1]

主张要恢复设置处分义务的观点认为，与可分派盈余为财源而取得的自己股份不同，以特定目的取得的股份由于没有财源的规制，很有可能违背资本充实原则。具体来说，当公司要以特定目的取得自己股份时，因没有财源上的限制，这会导致公司滥用这一权利，侵犯债权人及相关利益人的权利，且有违资本充实原则。因此，在法律规定上不仅对取得方式严格限制，也应对取得后的处分也要规定具体处分义务。

提倡取消处分义务的观点则认为，对于自己股份的处分与否应交给公司董事会自己的判断。如规定一定期限内必须处分，当资本市场低迷情况下，则公司迫不得已以低价处分，有可能造成经济损失，自己股份并不能发挥其本有的作用。其次，自己股份取得的财源是其合法出资所购买，相当于减资，因此没有必要在短时间内恢复。

四、结论：对中国的启示与借鉴

自己股份可作为资本市场运作中有效调节资本的杠杆手段，将会以充分发挥公司自主性的方式，活跃资本市场并带来经济效益。然而，自己股份制度在我国尚未建立完整的一整套

[1] [韩]Young-Lan Kim:《有关自己股份的取得与处分研究》高丽大学硕士学位论文，2017 年 12 月，第 73 页。

制度规范。随着《公司法》逐渐对自己股份取得放宽限制，实践中公司取得自己股份后如何处置的问题越发显得重要，如果对此缺乏规制，很可能在实际操作中滥用处分，容易滋生不公正交易的发生，从而损害原有股东利益。

笔者认为，关于自己股份处分规制方面，首先，从宏观上应跟进立法干预逐渐缩小，公司自治空间逐步扩大的立法趋势。可借鉴韩国商法的规定，对于处分规制缓和化，让其充分发挥资本运作中的积极效应。但也要明确公司自治的边界，在公司的自律性与立法管制性上良性互动，既要尊重公司自主治理的同时，也要在立法上加以引导和指导，以此维护公司相关利益主体的利益。其次，在原则上，应遵循资本维持原则、股东平等原则来确保其处分交易的公正性。使自己股份处分既要作为企业资本运作中的手段发挥其积极的杠杆作用的同时，也应当保证原有股东等其他利益相关人的权利不受其影响。最后，具体规制上要充分吸取韩国商法规定的经验教训，不仅要对处分程序明确加以规制，对于其处分性质和方式也要有具体的规制，以免造成解释和判例上的混乱。并且也要完善自己股份处分的事后救济机制，应增设违法处分自己股份的法律后果。

总之，自己股份制度是一个非常值得关注的公司法律制度，希望我国能够尽快完善自己股份制度，在起到防范其负面效应的作用的同时，有力的促进自己股份在资本市场运作发挥其积极效应，并为我国法治化市场化导向注入新的活力。

한, 중 가족신탁제도 비교연구

장진보*（韩国忠北大学）

서론

최근 몇 년 동안 중국 개인 부의 성장 속도가 GDP 의 성장 속도를 많이 초월했다. China Merchants Bank 발포한 "2017 년중국개인재부보고서"의 데이터에 의하면 2014 년부터 2016 년까지 연평균 성장률(CAGR: Compound annual growth rate)은 21%에 달했다. 앞의 데이터를 보면 중국 개인 부의 총체적 규모가 크고 발전 잠재력이 대단한 것이다. 이는 현재 국내외 자산관리기관들이 치열하게 쫓아가는 분야가 되었다. 중국 현행 체제하에 개인은 자기 부의 성장에 따라 부를 어떻게 유지하고 어떻게 자녀 세대에게 이전하는 것은 그들이 여생에 제일 걱정하는 일이다.

]가족 신탁은 위의 제시한 문제를 해결하기 위한 좋은 방안이다. 개인 위탁자는 가족신탁을 통하여 자산을 전문경영인에게 위탁하고 합리적 자산관리방식을 구조하며 가족 내부적 복잡한 관계에 떠나 자산을 안정하게 운영할 수 있다. 이런 추세에 따라 중국 내 많은 신탁회사가 가족신탁전문기관을 구성하여 가족신탁업무를 전개하고 있다. 2017 년 2 분기까지 신탁업무관리 잔액은 12.48 억 위안에 달했고 전년대비 67.11%

* 한국 충북대학교 법학전문대학원 조교수, 중국 변호사.

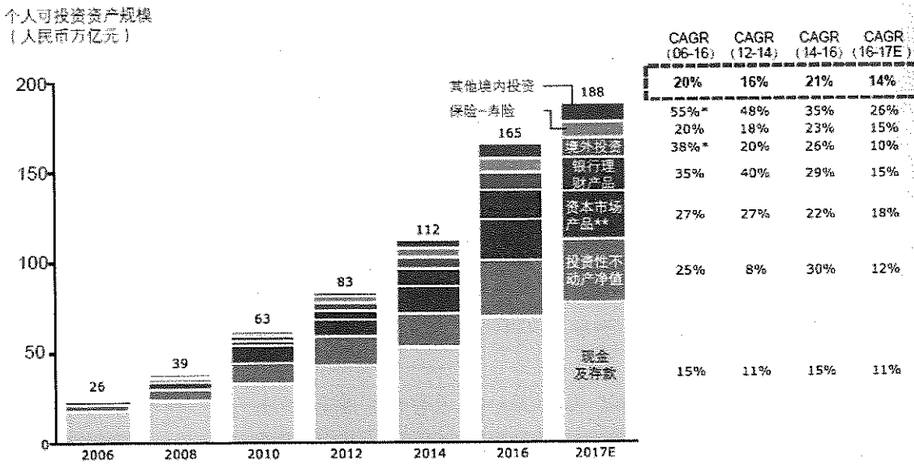
China Merchants Bank, "招商银行发布《2017 中国私人财富报告》" ,《中国信用卡》2017 年底 7 期，94 页。

를 성장했다.

그러나 중국 현행법체제는 신탁재산 성격, 신탁재산 등기, 조세 등 문제가 존재한다. 따라서 어떻게 가족신탁제도를 운영하는지 전문가들이 많이 검토하고 있는 문제된다. 중국 신탁법과 자선법에서 관련 내용을 제정되었지만 아직 많이 부족하다고 말할 수 있다. 본문은 우선 중국 가족신탁제도의 입법 현황을 서술하고 가족신탁을 정의하며 한국의 경험을 소개한 후 가족신탁의 문제점과 개선방안을 제시하고자 한다.

중국 2006-2017 년 전국 개인 소지 투자가능 자산 총규모

图1：中国2006-2017年全国个人持有的可投资资产总体规模



注：* "其他境内投资" 和 "境外投资" 的年复合增长率为 2008-2016 年数据
** "资本市场产品" 包含个人持有的股票、公募基金、新三板和债券
来源：贝恩公司高净值人群收入 - 财富分布模型

竺文君，“境内家族信托业务的机遇与挑战”，《科技经济导刊》，2018.26（19），221 页。

II 중국 가족신탁제도의 현황

1. 신탁에 관한 입법 현황

중국 신탁법의 틀은 크게 “신탁법”과 신탁업을 규제하는 행정법규로 구성되었다. 신탁법은 주로 신탁 설립(설정?), 신탁재산, 신탁 당사자, 신탁의 변경과 종료, 공익신탁 등 내용을 망라하고 있다. 신탁업을 규제하는 행정법규로는 주로 “신탁회사관리방법(信托公司管理方法)”, “신탁투자회사자금신탁관리임시방법(信托投资公司资金信托管理暂行办法)”, “신탁회사집합자금신탁계획관리방법(信托公司集合资金信托计划管理办法)” 등이 있다. 다음에는 신탁법을 중심으로 신탁의 정의 및 신탁회사 업무범위, 신탁의 설정, 신탁재산, 신탁당사자의 권리와 의무, 신탁의 변경과 종료, 공익신탁 등 내용을 소개한다.[2]

1.1. 신탁의 정의 및 신탁회사 업무범위

중국 신탁법 제2조는 신탁을 정의하였다. 신탁이란 위탁자가 신임관계에 기하여 수탁자에게 재산권을 위탁하고 수탁자가 자기의 명의로 위탁자의 지시에 따라 수익자의 이익 또는 특정 목적을 위하여 그 재산을 관리하거나 처분하는 행위를 말한다.

2014 년 4 월 중국 은행업감독관리위원회가 제정한 “신탁회사 순자산 계산기준 조정

류멍양, 류소군 저, 장진보 역, “중국 현행금융법의 문제점과 개선방향”, 「금융법연구」, 2012 년 제 9 권제 2 호, 26 면.

[2] 류행정, 앞의 “중국 신탁법에 관한 고찰” 논문에서 신탁법 조문을 많이 소개하였기 때문에 여기서는 중요한 부분만 소개하고 넘어가기로 한다.

에 관한 통지(의견수렴안)(关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知(征求意见稿))"제 2 조는 신탁회사가 수행하는 업무를 사무관리업무와 비사무관리업무로 분류하였다.

사무관리신탁은 위탁자가 신탁설정, 신탁재산 운용범위, 신탁재산 관리운용 및 처분 등 사항을 결정하고, 사전 자산실사 및 존속기간 내 신탁재산관리를 책임을 지며 신탁투자위험을 부담한다. 수탁자는 계좌관리, 청산분배, 위탁자의 신탁재산 관리 협조 업무를 위해 문서 작성 및 제공 등 업무에 대해서 책임을 부담하고 적극적 신탁 운용 업무를 담당하지는 않는다. 사무관리신탁은 단일, 집합, 재산 또는 재산권신탁업무도 할 수 있다(제 2 조). 해당 통지 제 7 조는 비사무관리신탁을 규정하였다. 비사무관리신탁은 투자신탁업무와 융자신탁업무로 분류하고 대응하는 위험계수에 의하여위험자본을 계산한다. (1) 투자신탁업무는 주로 증권투자, 비공개시장 금융상품투자 및 비상장회사지분투자 등 업무를 포함하고 예정투자수익률을 설정하지 아니한다. (2) 융자신탁업무는 신탁대출, 양수대출 또는 어음자산, 환매 또는 환매선택권부지분투자, 주식 질권설정융자, 융자 목적으로 재산 및 재산권신탁(준자산증권화), 여러 종류의 수익권신탁 및 이미 진행된 비표준 캐시 풀링(cash pooling) 등 업무를 포함하고 이를 제한하지 아니한다. 예정수익률을 설정하는 것이 융자신탁업무의 한 가지 주요 특징이다. (3) 이와 동시에, 비사무관리신탁은 앞의 투자신탁과 융자신탁을 포함하는 혼합업무도 포함한다.

1.2. 신탁의 설정과 등기

신탁의 설정은 서면형식으로 한다. 서면형식은 신탁계약, 유언 또는 법률이나 행정법규가 규정하는 기타 서면문서 등을 포함한다(제 8 조). 신탁은 법률이나 행정법규가 등기해야 한다고 규정하는 경우 해당 법에 의하여 등기해야 한다(제 10 조). 위탁자의 신탁설정 행위가 채권자의 이익을 해하는 경우 채권자는 법원에 신탁취소를 청구할 수 있다. 앞의 경우 선의 수익자가 이미 취득한 신탁이익에 영향을 미치지 아니한다(제 12 조). 유언신탁의 설정은 상속법의 유언 관련 규정을 준용한다(제 조).

1.3. 신탁재산의 독립 성격

수탁자가 신탁을 승낙하여 취득한 재산은 신탁재산이다. 수탁자가 신탁재산의 관리운용, 처분 또는 기타 경우에 인하여 취득한 재산도 신탁재산에 귀입한다(제 4 조). 신탁재산은 수탁자가 소유한 재산과 구별해야 하고, 수탁자의 고유자산이나 고유자산의 일부에 산입하여서는 아니 된다(제 조). 수탁자가 신탁재산을 관리운용, 처분하여 발생한 채권은 그의 고유재산에서 발생한 채무와 상계하면 아니 된다. 수탁자가 서로 다른 위탁자의 재산을 관리운용, 처분하여 발생한 채권, 채무는 서로 상계하여서는 아니 된다(제 18 조).

1.4. 신탁당사자의 권리와 의무(취소권, 해임, 선관의무, 충실의무, 보수 등)

위탁자는 신탁재산의 관리운용과 처분 및 수지 상황에 대하여 알 권리가 있고 수탁자에게 설명을 요구할 수 있다. 위탁자는 신탁재산과 관련된 신탁장부 및 신탁사무처

리와 관련된 기타 문서를 열람, 등사 또는 복사할 권리가 있다(제 20 조). 수탁자가 신탁의 목적에 반하여 신탁재산을 처분하거나 관리책임을 위반하여 또한 신탁사무를 부적절하게 처리하여 신탁재산에 손해를 끼친 경우, 위탁자는 법원에 해당 행위의 취소를 신청할 수 있고, 신탁재산의 원상회복 또는 손해배상을 청구할 수 있다. 해당 신탁재산의 양수인이 신탁목적에 반하는 사실을 알면서도 신탁재산을 양수 받은 경우, 해당 신탁재산을 반환 또는 배상해야 한다(제 22 조). 수탁자가 신탁목적에 반하거나 신탁재산을 관리운용, 처분함에 있어 중대한 과실이 있는 경우, 위탁자는 신탁계약의 규정에 의하여 수탁자를 해임할 권리가 있고 법원에 수탁자해임을 청구할 수 있다(제 2 조).

수탁자는 신탁계약을 준수해야 하고 수익자의 이익 극대화를 위하여 신탁사무를 처리하여야 한다. 수탁자는 신탁재산을 관리함에 있어 각진직수(恪盡職守), 신의성실, 근신, 효율적으로 관리 의무를 이행하여야 한다(제 25 조). 수탁자는 본 법의 규정에 따라 보수를 취득하고 그 외에 신탁재산을 이용하여 자신을 위한 이익을 도모할 수 없다. 앞의 경우 취득한 이익은 신탁재산에 귀입한다(제 26 조). 수탁자 고유자산으로 신탁재산과 거래하면 아니 되고, 서로 다른 위탁자의 신탁재산으로 거래하면 아니 된다. 단, 신탁계약에서 따로 규정을 두었거나 또는 위탁자 혹은 수익자의 동의를 얻어 공정한 시장가격으로 거래한 경우에는 제외된다(제 28 조). 수탁자는 신탁재산과 고유재산을 구별하여 관리하고 기장하며 서로 다른 위탁자의 신탁재산을 구별하여 관리하고

이 내용은 한국신탁법 제 32, 조의 선관의무, 충실의무로 볼 수 있다.

기장한다(제 29 조). 수탁자는 직접 신탁업무를 처리해야 하고 신탁계약에서 따로 규정을 두거나 부득이한 사유가 있는 경우에는 타인을 위임하여 신탁업무를 처리할 수 있다. 앞의 경우 수탁자는 타인의 신탁사무를 처리하는 결과에 대하여 책임을 진다(제 30 조).

수탁자는 신탁계약에 의하여 보수를 받을 수 있고, 약정이 없는 경우 보수를 받을 수 없다(제 35 조).

수익자는 신탁관계에서 신탁수익권을 가진 자이다. 위탁자는 수익자로 될 수 있고, 동일한 신탁의 유일한 수익자로도 될 수 있다. 수탁자는 수익자로 될 수 있지만 동일한 신탁의 유일한 수익자로 될 수 없다(제 43 조). 수익자는 앞 신탁법 제 20 조, 제 2 조에서 규정한 위탁자의 권리를 가진다. 수익자가 앞의 권리를 행사함에 있어 위탁자의 의견과 서로 충돌할 때 법원에 청구하여 법원이 결정한다(제 49 조).

1.5. 신탁의 변경과 종료

위탁자가 유일한 수익자인 경우, 위탁자 또는 그의 상속인은 신탁을 해제할 수 있다(제 50 조). 신탁을 설정한 후 다음 사정의 하나가 있는 경우 위탁자는 수익자를 변경하거나 또는 수익자의 신탁수익권을 처분할 수 있다. (1) 수익자가 위탁자에게 중대한 권리침해 행위를 가하는 경우, (2) 수익자가 다른 수익자에게 중대한 권리침해 행위를 가하는 경우, (3) 수익자의 동의를 얻은 경우, (4) 신탁계약에서 기타 상황을 규정한 경우(제 51 조). 다음 사정의 하나가 있는 경우 신탁은 종료된다. (1) 신탁계약에서 규정한 종료 사정이 발생하는 경우, (2) 신탁의 존속이 신탁의 목적에 반하는 경우, (3)

신탁의 목적을 이미 달성하였거나 달성할 수 없는 경우, (4) 신탁당사자가 협의하여 동의한 경우, (5) 신탁을 취소한 경우, (6) 신탁을 해제하는 경우(제5 조). 신탁 종료 시, 신탁재산은 신탁계약에서 규정한 자에게 귀속되고 신탁계약에서 규정하지 않은 경우, 다음 차례로 신탁재산의 귀속을 확정한다. (1) 수익자 또는 그의 상속인. (2) 위탁자 또는 그의 상속인(제 54 조).

1.6. 공익신탁

빈곤구제, 이재민구제, 장애인 지원, 기예 발전, 의료, 환경 그 밖에 공익을 목적으로 하는 신탁은 공익신탁으로 한다(제 60 조).

2. 가족신탁에 대한 정의

가족신탁은 다음과 같은 몇 가지 장점이 있다. 첫째, 지분이 희석되어 가족이 회사에 대한 지배권을 상실하게 되는 것을 막을 수 있다. 둘째, 가족간의 재산 다툼으로 인한 경영 혼란을 막을 수 있다. 셋째, 자식에게 경영능력이나 경영의지가 없는 경우 가족신탁이 해결책이 될 수 있다. 다음에는 중국 가족신탁의 현황을 서술하기로 한다.

2.1 가족신탁의 정의

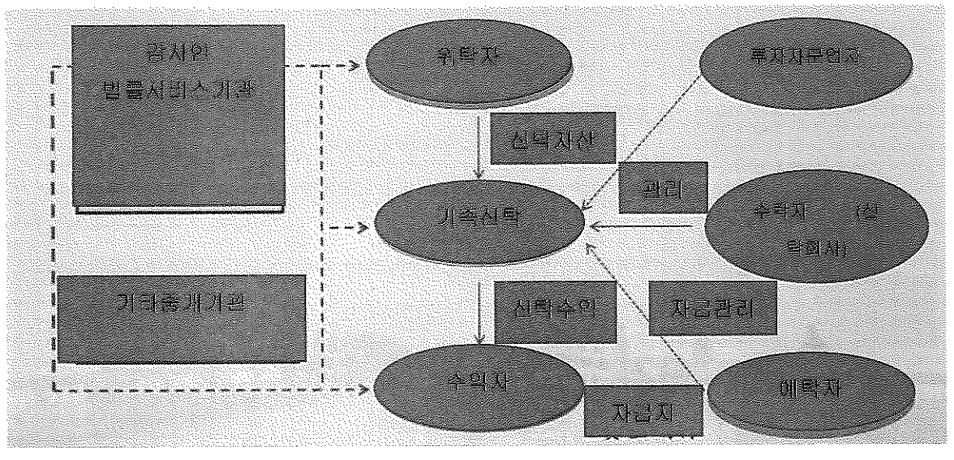
중국 신탁법 제2조는 신탁을 정의하였다. 신탁이란 위탁자가 신임관계에 기하여 수탁자에게 재산권을 위탁하고 수탁자가 자기의 명의로 위탁자의 지시에 따라 수익자의

중국의 현실에서 공익신탁은 활발하지 않고 잘 보이지 않기 때문에 여기서는 이에 대한 소개를 생략하기로 한다.

이익 또는 특정 목적을 위하여 그 재산을 관리하거나 처분하는 행위를 말한다.

가족신탁은 가족의 자산에 대한 관리, 상속, 보호를 목적으로 위탁자인 개인 또는 가족이 가족의 자산을 수탁자에게 위탁하여 수탁자는 위탁 받은 자산을 운영, 관리하며 수익자는 가족 구성원이다. 가족신탁은 당향한 자산으로 구성할 수 있다.

가족자산신탁의 구조



위의 도표를 보면 가족(위탁자)이 신탁자산을 가족신탁을 설정하여 수탁자(신탁회사)가 이를 관리하는 기본적 가족신탁구조이다. 투자자문업자가 자문서비스를 제공하고 예탁자가 가족신탁의 자금을 관리하며 감사인, 법률서비스기관, 기타중개기관이 관련 서비스를 제공한다. 신탁수익은 예탁자를 통하여 수익자에게 지불한다.

2.2 가족신탁의 기능

가족신탁은 신탁의 기능을 이용하여 자산보호, 비밀유지, 자산승계위험회피, 자산관리 등 기능을 실현할 수 있다. 자산보호 기능은 신탁의 자산격리 기능을 이용하여 가

杨其琛，展凯李莉，“我国家族信托破产隔离功能的法律分析”,《资本观察》, 2018.08. 47 면 참조.

족 자산보호 기능을 실현하는 것이다. 격리는 신탁자산이 위탁자의 자산, 수탁자의 자산, 수익자의 자산과 독립하고 법이 규정한 특별한 경우를 제외하고 강제집행할 수 없다.

신탁법 제 0조는 신탁을 설립할 때 신탁자산에 관하여 법률, 법규가 등기하여야 한다고 규정하는 경우 법에 의하여 등기해야 한다고 규정하고 있다. 다만 관련 법률, 법규가 결핍하고 전문 등기기관이 없기 때문에 신탁 당사자가 이 미흡 점을 이용하여 비밀유지를 실현할 수 있다.[2]

자산승계위험회피는 가족 상속인의 개인적 능력 부족으로 자산가치훼손을 예방하기 위하여 자산관리에 대하여 상속인의 간섭을 차단하는 수단이다.

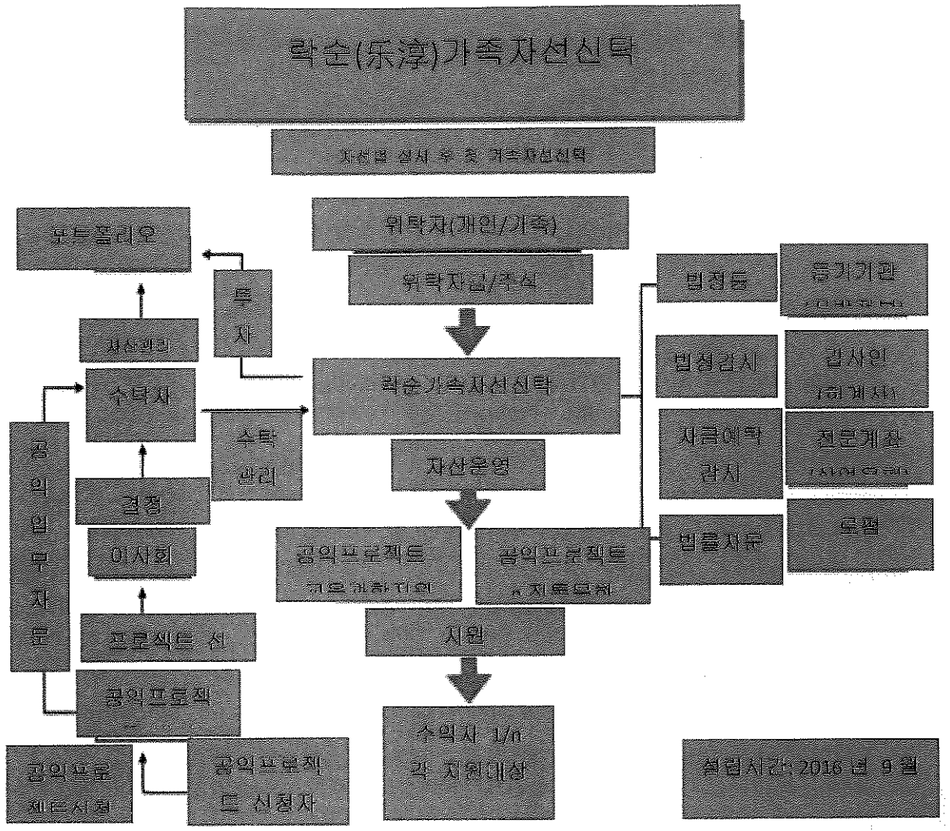
3. 자선신탁(charitable trust)

자선신탁은 신탁법 제 0조가 규정하는 공익신탁에 속한 것이다. 중국 2016년 "자선법" 제44조는 "자산신탁은 공익신탁에 속하고 위탁자가 자선을 목적으로 법에 의하여 재산을 수탁자에게 위탁하고 수탁자가 위탁자의 의사에 따라 수탁자의 명의로 재산을 관리하고 운영하며 자선활동을 수행하는 행위를 말한다"고 규정하고 있다. 다음은 중국 최초의 가족사선신탁의 구조도이다.

신탁법 제47조는 수익자가 만기 채무를 변제할 수 없는 경우 신탁수익권으로 채무를 변제할 수 있다. 다만 법률, 행정법규 및 신탁문서가 제한적 규정이 있는 경우를 제외한다고 규정하고 있다.

[2] 汪密，"论我国现有法律框架下的境内股权家族信托及法律设计"，《法制博览》，2018年10月（中），第2页。

락순(乐淳)가족자선신탁



Ⅲ 문제점과 개선방안

1. 한국의 경험

한국법상 상사신탁과 민사신탁은 구별되고 있다. 구별기준은 수탁자가 영리를 목적

《公益时报》，"中国首个家族慈善信托面世 走入慈善信托2.0模式"，2018.06.22

으로 신탁업을 영위하는 자인지 여부에 따르는 것이 일반적이다. 다음에는 한국 대법원이 신탁재산 이전에 대한 해석과 신탁법상 유언대용신탁 2 가지 부분의 경험을 서술하기로 한다.

1.1 신탁재산 이전에 대한 해석

한국 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리, 처분하게 하는 것이다. 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와 내부 관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니라 할 것이며, 이와 같이 신탁의 효력으로서 신탁재산의 소유권이 수탁자에게 이전되는 결과 수탁자는 대내외적으로 신탁재산에 대한 관리권을 갖는 것이고, 다만 수탁자는 신탁의 목적 범위 내에서 신탁계약에 정하여진 바에 따라 신탁재산을 관리하여야 하는 제한을 부담함에 불과하다.

1.2 유언대용신탁

한국 신탁법 제 59 조의 유언대용신탁은 일본 신탁법 제 90 조[2]를 모델로 한 것이다. 피상속인이 생전에 자기 재산을 타인에게 신탁하여 위탁자 자신을 자기 생존 중의 수익자로 하고 자신의 자녀나 배우자 등을 사망 후 수익자로 함으로써 자기 사망 후의 재산분배를 달성하려는 것이다. 생전행위를 가지고 자기의 사망 후 재산승계를 도모

대법원 2002.4.12. 선고 2000 다 70460 판결.

[2] 일본 신탁법 제 90 조 위탁자의 사망시에 수익권을 취득할 수 있는 뜻을 정한 신탁 등의 특례.

하는 사인증여와 유사한 기능을 가지고 있다고 할 수 있다.

신탁법 제 59 조 제 호는 "수익자가 될 자로 지정된 자가 위탁자의 사망 시에 수익권을 취득하는 신탁"이라고 규정하고 있다. 신탁설정 당시에는 이직 수익자가 아니라 "수익자가 될 자로 지정된 자"에 불과하다. 위탁자의 생전에는 수익자가 따로 있고(일반적으로 위탁자 본인이 생전수익자로 지정) "수익자가 될 자로 지정된 자"는 위탁자의 사망 시에 비로소 수익자가 되어 수익권을 취득하는 것이다. 이는 "사후수익자"도 지칭한다.

신탁법 제 59 조 제 2 호는 "수익자가 위탁자의 사망 이후에 신탁재산이 기한 급부를 받는 신탁"이라고 규정하고 있다. 이 내용은 위탁자의 사망 이후 어느 시점에 수익자가 신탁재산에 관한 급부를 받는 취지의 정함이 있는 신탁으로 생전신탁이란 점에서 제 호의 유형과 같다. 제 호와 차이점은 수익자는 신탁설정 당시부터 이미 수익자이며 "수익자가 될 자로 지정된 자"가 아니다. 신탁재산에 관한 구체적 급부청구권은 위탁자의 사망 시점 또는 그 이후의 시점에만 행사할 수 있는 것이다. 여기서 수익자는 위탁자가 사망하기 전에도 이미 수익자의 지위에 있으므로 수익자로서의 권리를 행사할 수 있는 것이 원칙이지만, 신탁법은 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 모든 권리를 행사하지 못하는 것으로 규정하고 있다.[2]

新井誠 저, 안성포 역, 「신탁법(제 판)」, 전남대학교출판부(2011), 188 면.

[2] 제 59 조 제 2 항은 "수익자는 위탁자가 사망할 때까지 수익자로서의 권리를 행사하지 못한다. 다만, 신탁행위로 달리 정한 경우에는 그에 따른다.

1.3 유언대용신탁과 유언신탁의 차이점

유언대용신탁과 유언신탁은 신탁의 설정방법과 효력발생시기에 있어서 차이가 있다. 유언대용신탁은 위탁자가 생전에 신탁계약 또는 신탁선언으로 신탁을 설정하는 것으로서 위탁자의 생전에 이미 신탁이 효력을 발생하였다. 유언신탁은 위탁자의 유언에 의해 신탁이 설정되는 것으로서 위탁자의 사후에 신탁이 효력을 발생하는 것이다. 유언대용신탁은 생전신탁이라고 하면 유언신탁은 사후신탁이라고 한다. 유언신탁은 유언의 방식으로 이루어지기 때문에 유언의 일반 법리를 그대로 적용하지만 유언대용신탁은 유언이 아니기 때문에 유언의 방식을 갖출 필요도 없고 유언법정주의의 제한도 받지 않다. 유언은 유언자의 사망 시부터 효력이 발생하기 때문에 신탁재산이 위탁자의 사망 이후에 수탁자에게 이전하게 되어, 유언집행절차에 관하여 이행관계인에 의한 분쟁이 생길 수 있다. 이를 비하면 유언대용신탁은 많이 편리하고 융통성이 있는 신탁제도라고 판단할 수 있다./

2. 문제점과 개선방안

2.1 신탁재산의 재산권 문제

신탁법 제 2 조는 신탁 재산권을 수탁자에게 "위탁"한다고 규정하고 있다. 즉 위탁자가 신탁을 설정 시 신탁재산의 재산권을 수탁자에게 "위탁"하는 것이고 "이전"하는 것이 아니다. 따라서 단순히 문언만으로 분석하면, 위탁자가 신탁재산을 신탁으로 설

한국 신탁법 제 2 조는 "재산을 이전하거나 담보권의 설정 또는 그 밖의 처분"으로 표현하고 있다.

정하였지만 재산권을 이전하지는 않는다는 것이다. 따라서 수탁자는 신탁재산에 대하여 재산권을 가질 수 없는 것이다. 신탁법 조문을 계속 보면, 제 4조는 "수탁자가 신탁을 승낙하여 취득한 재산은 신탁재산이다"고 규정하고 있다. 여기서는 "취득"이란 용어를 사용하였다. 따라서 수탁자가 신탁재산을 취득한다고 하면 재산권을 이전 받은 것으로 이해할 수 있다. 신탁법 제 29 조를 보면 "수탁자는 신탁재산과 고유재산을 구별하여 관리하고 기장하며 서로 다른 위탁자의 신탁재산을 구별하여 관리하고 기장한다"고 규정하고 있다. 여기서 "서로 다른 위탁자의 신탁재산"이란 용어를 사용하고 있다. 이 문언을 보면 수탁자가 인수받은 신탁재산의 재산권자는 여전히 위탁자에게 귀속하는 것이다.

신탁법 제 2, 14, 29 조 문언을 함께 분석해 보면 신탁재산의 재산권은 위탁자 아니면 수탁자에 귀속하는지에 대해서는 애매한 것으로 보인다. 입법은 소유권 이원화 구조를 도입하지 않고 단일 소유권 구조도 확정한 것이 아니다.[2] 이러한 애매한 입법은 실무에서 혼란을 야기하는 것이 당연한 일이

여기서 "위탁"을 사용하는 것이 과학적이고 정확하다는 견해가 있다. 이유는 첫째, 물권제도는 대륙법의 근간이다. 물권법에서 소유권은 가장 중요한 권리이다. 전통적인 소유권 이론에 의하면 소유권은 점유, 사용, 처분, 수익 4 가지 기능이 있고 완전한, 절대적, 배타적 권리이다. 신탁재산을 수탁자에게 이전하고 바로 수탁자가 신탁재산의 소유권을 취득한다고 인정하면 전통적인 물권법에서 주장하는 몇 가지 기능과 충돌할 수 있다. 둘째, 수탁자는 신탁계약에 의하여 신탁재산을 운용, 관리, 처분하고, 발생한 수익을 수익자에게 귀속한다. 따라서 수탁자는 명의상 소유권이 있지만 수익권이 없다. 셋째, 수탁자가 법인인 경우 청산할 때 수탁재산은 청산재산에 포함하지 않는다. 파산할 때도 마찬가지다. 넷째, "위탁"의 의미를 보면 위탁행위는 일종 내부관계이고 대외적으로는 "위탁"이 대리, 신탁, 중개, 보관 등 여러 관계를 발생시킬 수 있다. 따라서 "위탁"을 사용하면 단순히 "위탁관계"로 이해하면 아니 된다. "위탁"의 외연은 "신탁"을 포함할 수 있다. 黄来纪 , 앞의 논문 49 면.

[2] 여기서 대륙법 국가가 소유권 이원화 구조를 반드시 도입해야 하는지 문제가 발생한다. 중국 입법의 예로 보면 재산소유권문제에 떠나 단일 소유권 체계하에 신탁제도를 도입한 것이다. 중국의 현실은 사회의 부가 분산되고 관리상 효율성이 없으며 자원낭비 현상이 심각하다. 신탁법의 입법취지는 이 상황을 대비하여 완전한 재산관리제도를 설립한 것이다. 대륙법 국가가 단순히 이론만 근거하여 입법하면 신탁제도를 도입할 수 없는 것이고 현실적 의미도 없는 것이다. 신탁입법의 비교법적 고찰에서 법체계의 배경을 근거하여 신탁제도를 입법하는 국가도 존재하지 않다. 张天民《失去衡平法的信托》, 中国政法大学 , 博士论文 , 2002.03.16. , 189 면 참조.

다. 대륙법 국가가 신탁제도를 도입할 때 위탁자에게 일정한 권리를 부여한 이유는 첫째, 위탁자에게 일정한 권리를 부여해야 신탁제도를 쉽게 받아들일 수 있고, 둘째, 위탁자가 수탁자를 감시할 수 있고 신탁의 목적을 확보할 수 있다는 견해가 있다.[2] 신탁의 설정은 신탁재산의 이전을 전제로 완성할 수 있는 행위이다. 해당 행위는 재산권 이전이 없으면 신탁이라 말할 수 없다. 여기서 개선방안은 "위탁"을 "이전"으로 개정하는 것이다. 즉 중국 신탁법 제2조는 "신탁이란 신임관계에 기하여 위탁자가 신탁재산을 수탁자에게 이전하고 수탁자로 하여금 수익자의 이익 또는 특정목적을 위하여 그 재산의 관리, 처분, 운용 등 목적의 달성을 위하여 필요한 행위를 하게 하는 법률관계를 말한다"고 개정하는 것이다.[4] 또한 법조문의 개정보다는 판례의 해석도 중요하다. 앞에 한국의 경험에서 소개한 대법원 2002.4.12. 선고 2000 다 70460 판결은 좋은 참고자료이다.

2.2 신탁등기 미필

현행 신탁법은 등기자산의 종류, 신탁등기기관에 관한 내용이 아직 없다. 따라서 가족신탁업무를 등기할 수 없다고 한다. 현행 신탁법에서 가족 지분권, 주식 등 권익의 수탁자 및 수익자의 권리와 의무를 명확히 하고 관련 권익을 사법적 보호를 제공해야 한다.

2.3 신탁 관련 조세정책 미필

중국 현행 조세법은 신탁 자산의 설정, 존속, 배분, 종지 등 단계에 대하여 전문적 조세징수 규정이 없다. 따라서 실무에서 징세기관이 신탁 자산의 설정, 배분, 종지 등 단계에 대하여 자산양도로 간주하고 자산양도의 기준으로 소득세, 증치세, 인지세 등 세금을 징수한다. 이 문제는 중국 가족신탁의 발전에 제일 큰 지장이 되는 것이

于海涌, 앞의 논문 제 5 면.

[2] 张军建、陈光 ,"中日信托法委托人法律地位的比较研究",《文史博览》, 2005.02. 9 면.

Masatoshi Nakano、张军建著，姜雪莲译 ,"中国信托法具体修改意见",《河南政法管理干部学院学报》200 年第 期，河南政法管理干部学院，2 页。

[4] 중국신탁법 제 2 조, 한국신탁법 제 2 조 참조.

다.

부동산 가족신탁의 예를 보면 현행 법제도하에 신탁 부동산이 수탁자에게 또는 수익자에게 이전할 때 부동산거래행위로 판단하고 각 단계에 세금을 납부해야 하며 이중과세 현상이 발생된다. 법인의 명예로 부동산을 가진 경우, 수탁자는 체증부동산세를 부담해야 한다. 이상 경우 당사자에게 조세비용을 증가시킬 수밖에 없다.

자선신탁에 관한 조세 문제는 다음 몇 가지를 들 수 있다. 첫째 자선법은 자선조직이 기부를 받은 경우 기부자에게 재정기관에서 제작한 영수증을 발행하여야 한다고 규정하고 있다. 그러나 자선법에서 자선신탁기관이 기부를 받는 경우에 대하여 규정이 없다. 이는 수탁자에게 조세혜택을 받지 못할 뿐만 아니라 회계상 문제도 야기할 수 있는 것이다.

다른 한편 중국은 2004 년과 2013 년에 상속세법을 초안을 제정한 바 있지만 아직 발효하지 않았다. 위에 신탁과 관련 조세 입법은 빠른 시일 내 보완하고 발포할 필요가 있는 것이다.

2.4 역외신탁기관의 이용

2018 년 말 Sunac 지주유한회사의 이사장 손홍빈(孙宏斌), Longfor 지산유한회사의 이사장 오아군(吴亚军), DaliFoods 그룹의 이사장 허세훼(许世辉) 등 중국 대형 사기업의 오너가 자기 회사의 주식을 역외신탁회사에 이전했다. 2018 년 월부터 2019 년 2 월까지 중국 민간기업의 주주가 설립한 역외신탁회사 그리고 이전된 주식 시가는 1700 억

潘修平、侯太领，等著 ,《中国家族信托原理与实务》, 知识产权出版社，2017.10.，第 108 页。

위안에 달했다. 그들이 자기의 자산을 역외신탁회사에 이전하는 목적은 가족 부의 차세대 승계, 조세회피, 개인 자산과 기업 자산 간의 격리, 상속인 서로간 문제로 가족 자산의 분할 등도 있다.

국내외 경제, 금융시장의 추세를 보면 역외신탁회사를 이용하여 자기의 자산을 관리하는 것은 당연한 결과이다. 그러나 중국은 역외신탁에 관한 입법이 아직 없다. 뿐만 아니라 중국 정부는 아직 헤이그 신탁협약(Hague Trust Convention)에 가입국이 아니다. 따라서 국제신탁업무와 분쟁에 대하여 중국 현행 법률이 아직 결핍하고 있는 것이 실정이다.

2.5 부동산신탁 모델(리츠)의 이용

중국의 부도산신탁(이하 "리초"를 지칭함)은 이미 성공적으로 전개되고 있다. 그의 운영방식은 우선 신탁회사를 설립한 다음 신탁회사를 통하여 SPV 를 설립하고 SPV 를 통하여 부동산을 가진다.

리츠는 상업용 부동산 소유권과 임대료 수익권을 기초자산으로 담보를 제공하는 모델이다. 사모펀드 또는 신탁회사가 운영회사의 주식을 인수하거나 운영회사에게 자금을 제공하는 방식으로 장기임대운영회사에 투자한다. 운영회사는 상업용 부동산의 가치증가와 임대료 등 수익으로 투자금을 반환한다. 전문투자계획 기간이 만료되면 기초자산 소유권자가 기초자산에 대하여 우선권을 가진다.

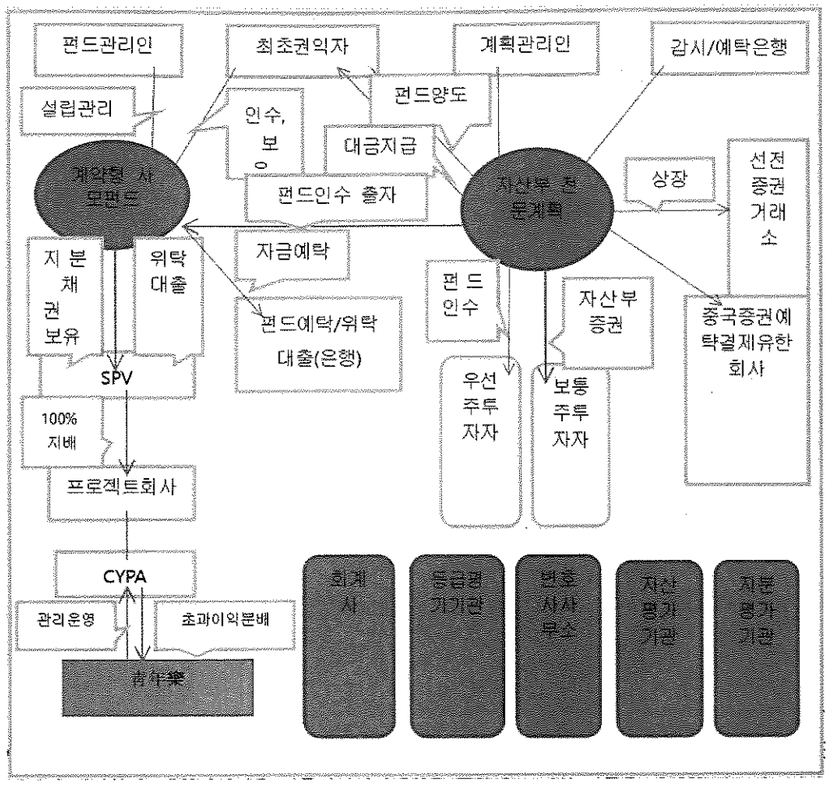
중국 최초로 발행한 리츠는 CYPA(China Young Professionals Apartments)이다. 2017년11월3일 CYPA가 선전증권거래소에서 공모방식으로 발행하였다. 여기서 추가로 설명이 필요한 것은 이 번 발행은 신청에서 발행까지 단 20일만에 완성되었다는 것이다. 이로부터 증권감독당국의 태도를 엿볼 수 있는 것이다.[2] 아래에서는 장기임대주택 운영회사인 CYPA

金融界 ,"为了资产保值 离岸信托被热捧",《国际金融报》, 2019.01.21.

[2] 孟瑞琦，刘亚赛，앞의 논문, 36 면. 朱晓峰，"REITs 在长租公寓中的应用研究——以新派公寓为例"，《中国国际财经》，2018.5.8.，298 면.

가 발행한 임대료수익권 리츠의 거래구조를 다음의 표와 같이 설명한다.[1]

[표 10] CYPA REITs 거래구조도



위의 표와 같이 CYPA리츠는 "전문자산관리계획+계약형사모펀드" 이중 거래구조를 선택하였다. CYPA 리츠의 전문자산관리계획은 그림 상단의 계획관리인이 설립하고 계약형 사모펀드는 펀드관리인이 설립한다. 계획관리인은 전문자산관리계획을 통하여 모집한 자금을 계약형 사모펀드의 분액(分額)을 인수하며 간접적으로 목적 자산에 투자한다. 자산담보부 전문계획으로부터 설명해 보면 (1) 계획관리인이 투자자의 선호에 따라 증권을 우선주와 보통주로 차등화하고 기관투자자를 상대로 자금을 모집한다. (2) CYPA 리츠의 수익권증권은 선전증권거래소가 지정한 장에서 유통한다. (3) 펀드관리인이 계약형 사모투자펀드를 설립한다. 사모투자펀드가 목적 자산을 100% 지배하는 SPV의 지분을 인수하고 위탁대출을 통하여 SPV에 자금을 제공한다. 지분인수의 목적은 SPV와 프로젝트회사의 지분을 취득하는 것이고, 자금제공의 목적은 장기임대주택의 임대료 채권을 취득하는 것이다. 여기서 설명하여야 하는 것은 실물자산에 대하여 계획관리인인 증권회사는 직접 투자할 수

丁小飞，앞의 논문 53 면.

없고[1], 사모펀드가 직접 투자할 수 있다는 것이다. 계획관리인은 자산담보부 전문계획을 설립하고 상장시켜 모집된 자금을 통하여 사모펀드가 발행한 분액을 인수하고 간접적으로 목적인 장기임대주택 자산을 지배한다.

CYPA리츠의 이중 거래구조를 보면, 계획관리인과 투자자, 예탁은행과 펀드관리인, 예탁은행과 계획관리인 서로 간에 3 가지 위탁대리관계가 있다. 첫째, 투자자가 위탁인으로서 자금을 계획관리인이 설립한 자산담보부 전문계획에 투자한다. 자금의 사용과 투자자의 수익률은 계획관리인의 업무수행에 의하여 결정된다. 계획관리인은 전문지식과 관리능력에서는 투자자보다 전문적이지만 만약 계획관리인이 자기 이익만 추궁하게 되면 투자자가 손해를 입을 가능성이 존재한다. CYPA의 거래구조에서 계획관리인과 실물자산 간의 직접적인 관계를 차단하게 되면 어느 정도 투자자의 이익을 보장할 수 있다. 감시/예탁은행은 계약형 사모펀드관리인의 위탁을 받아 펀드자금을 관리한다. 감시/예탁은행이 계획관리인의 위탁을 받아 리츠자금을 관리한다. 이 2가지 자금관리는 은행이 충분히 감시역할을 이행할 필요가 있다.[2]

가족신탁은 앞 리츠 구조를 충분히 이용할 수 있는 것이다. 다만 관련 신탁등기, 조세제도를 구비하는 전제로 이 구조를 이용할 수 있는 것이다.

Ⅳ 결론

본문은 중국 가족신탁과 관련 입법의 개관과 문제점을 소개하는 차원에서 중국 신탁에 관한 입법 현황을 소개한 다음 가족신탁에 대한 정의를 정리하여 가족신탁과 관련된 자선신탁을 서술하였다. 마지막으로 가족신탁에서 존재하는 문제점을 검토하고 개선방안을 제시하였다.

중국 가족신탁과 관련 문제는 신탁재산의 소유권, 신탁등기제도, 조세징수 관련 입

[1] "증권회사직접투자업무규칙(证券公司直接投资业务规范)" 제 2 조에 의하면 증권회사가 직접투자업무를 수행하기 위해서는 직접투자업무를 수행할 자회사를 설립하여야 한다. 증권회사는 기타 방식으로 직접투자업무를 수행할 수 없다.
[2] 丁小飞, 앞의 논문 53 면 참조.

법, 역회신탁기관의 이용 등 문제가 있다. 이 문제는 입법을 통하여 해결할 수 있는 것이지만 법 개정을 통해서 바로 모든 문제를 해결할 수 있는 것이 아닌 것 같다. 중국은 가족신탁제도를 완전히 도입하려고 하면 다른 국가의 신탁제도 중 장점을 흡수하는 동시에 본토의 법체제와 융합시키는 것도 중요하다. 또한 신탁제도의 장점을 살리려고 하면 그의 토대인 준법의식과 신의성실이 중요시되고 사회전체에서 이를 육성할 필요가 있다.

中韩国际民商事司法协助的现状及展望

李永申*（河南师范大学）

摘要：中韩两国在司法协助立法和实践上均有了很大变化，尤其是中国相关司法解释的出台，改变了《海牙送达公约》《海牙取证公约》与《中韩司法协助条约》的关系；新案例的出现，改变了两国法院对“互惠原则”的认识。中韩司法协助条约也应适时修订，在送达和调查取证方式上，分别应在条约中设置电子送达和电子取证方式；在外国判决承认与执行上，应先加入《选择法院协议公约》等，增加两国司法的国际吸引力和公信力，从而消除彼此间的不信任，最终纳入到中韩司法协助条约中。

关键词：中韩司法协助条约；海牙送达公约；海牙取证公约；事实互惠；法律互惠

一、中韩两国对国际民事司法协助的界定

国际民事司法协助，一般是指在国际民事诉讼中一国司法机关应另一国司法机关或有关当事人的请求代为或协助进行一定司法行为的制度。[1] 全球各国对其范围的理解有广义和狭义之分。狭义的理解认为，国际民事司法协助仅包括代为送达诉讼文书、代为询问当事人或证人以及收集证据。广义的理解则认为，除代为送达文书和调查取证外，还包括对外国法院判决和外国仲裁裁决的承认与执行。

《中国民事诉讼法》第 27 章明确将对外国法院判决和仲裁裁决的承认与执行作为国际民事司法协助的重要内容。并且在中国与许多国家签订的双边司法协助协定中，也都明确规定国际民事司法协助包括域外送达诉讼文书、域外调查取证和承认与执行外国法院判决和仲裁裁决等。由此可以看出，中国采用的是广义的“司法协助”概念。《韩国国际民事司法协助法》第 2 条中规定，“司法协助”是指为了使司法文书的送达或者证据调查的国内程序在外国实施以及外国程序在国内实施，而由法院或者其他公务所等提供的协助。显然，韩国采用的是狭义上的司法协助，并且在韩国与他国签订的为数不多的民商事司法协助条约[2]中都体现出了狭义的观点，仅仅与中国间的司法协助协定中包含了仲裁裁决的承认与执行，似乎是有了从广义角度理解“司法协助”的倾向。

如上所述，中韩司法协助协定中采用的广义的司法协助概念，鉴于域外送达和调查取证的复杂性，判决的承认与执行在国际民事诉讼程序中的重要性，以及考虑到中韩两国都参加了《纽约公约》，两国之间仲裁裁决的相互承认与执行已经存在全球性司法协助的制度安排，并且此中安排得到普遍认可，但是双方仍缺乏可靠稳定和透明有效的法院判决承认与执行的司法协助机制。所以，本论文将主要讨论域外送达、调查取证和法院判决的承认与执行的相关问题。

---

* 河南师范大学法学院讲师，韩国济州大学法学博士。

[1]李双元、欧福永：《国际私法》北京大学出版社 2015 年版，第 385 页。

[2] 从韩国外交部网站上公布的数据来看，目前，韩国仅同澳大利亚、中国、蒙古、乌兹别克斯坦和泰国签订有民商事司法协助条约。

二、中韩国际民商事司法协助的法律依据

（一）司法协助相关立法

1. 国际层面

国际社会为了便利进行司法协助，统一和简化司法协助手续，制定了一些多边或双边国际条约。其中多边条约包括：1954 年《民事诉讼程序公约》、1958 年《承认与执行外国仲裁裁决公约》（以下简称《纽约公约》）、1965 年海牙《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（以下简称《海牙送达公约》）、1970 年海牙《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（以下简称《海牙取证公约》）、1971 年《民商事案件外国判决的承认和执行公约》及其《附加议定书》、1980 年《国际司法救助公约》和 2005 年《协议选择法院公约》等。由于中韩两国共同加入了《纽约公约》《海牙送达公约》《海牙取证公约》，所以这三个公约便是两国的多边条约依据。

而双边条约则主要指国家间的司法协助条约，中韩两国于 2003 年 7 月 7 日签订了《中华人民共和国和大韩民国民事和商事司法协助的条约》（以下简称《中韩司法协助条约》），并于 2005 年 4 月 27 日起生效。《中韩司法协助条约》已经生效便成为两国民商事司法协助的最主要依据。

2. 国内层面

中国的司法协助依据主要包括民事诉讼法和有关的司法解释。《中国民事诉讼法》中设立了第 27 章“司法协助”专章，是中国法院开展民商事司法协助活动的法律依据。另外，中国还通过多项司法解释对民商事司法协助的程序和实施作了具体规定，如：最高人民法院、外交部、司法部于 1986 年公布《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》；最高人民法院于 1987 年公布《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》；最高人民法院于 1988 年公布《关于执行中外司法协助协定的通知》；最高人民法院、外交部、司法部于 1992 年公布《〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》；最高人民法院于 2006 年公布《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》；最高人民法院于 2013 年公布《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》等等。这些条约为中国法院严格遵循和执行国际条约，正确适用互惠原则，依法有序地开展民商事司法协助提供了坚实的法律依据。

韩国的司法协助依据主要包括民事诉讼法、国际民事司法协助法及其规则和国际民事司法协助律例。《韩国民事诉讼法》中主要规定了国外送达的方式和外国判决的承认等司法协助关联事项。《韩国国际民事司法协助法》为民事事件中向外国请求司法协助和处理外国的司法协助请求程序而设立。《国际民事司法协助等有关的律例》则规定了依据国际民事司法协助法及其规则、海牙送达公约、海牙取证公约、韩国和中国、蒙古等多个国家的司法协助条约处理司法协助业务所必需的文书式样和其他相关事项。

（二）两国司法协助法律相互关系

1. 域外送达

中韩两国分别于 1991 年和 2000 年加入了《海牙送达公约》，所以此公约就成为两国相互协助送达的依据。此外，《中韩司法协助条约》中也包含有文书送达的条文，也成为两国相互送达的依据。再者，如上所述，各国国内立法也有相应的规定。关于条约与国内法的关系，两国国内法明确规定条约优于国内法。[1] 关于送达公约和司法协助条约时的关系问题，

[1]《韩国国际民事司法协助法》第 3 条：“本法规定的司法协助程序与条约等国际法规有不同规定时，适用

我国最高人民法院在 2006 年的《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》（以下简称《司法文书送达规定》）中确立了司法协助条约优先于《海牙送达公约》适用的顺序。[1] 对于此，中国学者认为该规定在司法实践中可能存在诸多问题问题：第一，很多国家主张国际公约与双边条约具有同等效力。第二，从 2003 年起，最高人民法院指定五个高级法院可以依据有关海牙公约直接提出司法协助请求，目的是简化程序，提高效率。如果坚持双边条约优先适用，会削弱简化程序、提高效率作用。第三，坚持双边条约优先实践中对本国当事人有不便之处。[2] 从这些分析来看，确实不适合区分海牙送达公约与双边条约的适用顺位。鉴于《海牙送达公约》和《中韩司法协助条约》中都有类似于《纽约公约》第 7 条的“更有利于条款”[3]，韩国学者也指出，应当依照 1969 年《维也纳条约法公约》第 30 条，从条约解释的角度考虑，在两者兼容的范围内选择适用更为友好的条款。[4]

不过，值得指出的是，中国最高人民法院于 2013 年 1 月 21 日颁布的《关于依据国际条约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》（以下简称《司法协助请求规定》）的第 1 条作出了与 2006 年司法解释不同的规定，已经不再严格区分优先适用顺序，而是根据实际需要选择适用的条约。[5]

2. 调查取证

与送达相同，《海牙取证公约》和《中韩司法协助条约》也都是两国间调查取证的重要法律依据。在取证公约中没有两国国内法所规定的取证方式（比如：韩国民事诉讼法中规定的“事实调查”）时，只能适用中韩条约。但取证方式在两类条约中都有规定时，在它们的适用顺位问题上就产生了分歧：一是适用更为友好条款；持该观点的学者仍然考虑到两类条约中的“更有利于条款”，认为“在兼容的范围内两者具有互补性，应当适用对司法协助更为友好的条款。”[6]

二是两类条约有优先适用顺序。该“优先适用说”又分为两种情况：第一种情况是双边条约优先适用[7]。在 2013 年以前有学者仅考虑到《海牙取证公约》中的“更有利于条款”，即公约第 32 条“公约不影响缔约国间已签署或将签署的、包含有本公约所规定事项的条款”的规定，而忽略了《中韩司法协助条约》第 29 条规定。所以认为双边条约优先适用，如果根据此推理，《中韩司法协助条约》应优先适用。事实上，如果考虑了中韩条约第 29 条的规定，应当也会得出与上述“更为友好条款”相同的结论。第二种情况是取证公约优先适用。

条约的规定。”《中国民事诉讼法》第 260 条：“中华人民共和国缔结或这参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

[1] 第 6 条第 2 款：受送达人所在国与中华人民共和国签订有司法协助协定，且为《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》成员国的，人民法院依照司法协助协定的规定办理。

[2] 曾朝晖：“《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》的理解与适用”，载《人民司法》2013 年第 13 期，第 31 页。

[3]《海牙送达公约》第 25 条规定：“……本公约不损及缔约国已经或将要成为当事国并含有本公约所规定事项的条款的其他公约。”《中韩司法协助条约》第 29 条规定：“本条约不影响缔约双方根据其他条约或安排等存在的义务，也不妨碍缔约双方根据其他条约或安排等相互提供或继续提供协助。”

[4]〔韩〕石光现：“韩中司法协助实践现状及其改善方案”，载《朝鲜韩国法研究》2015 年第 1 卷，第 212 页。

[5]《司法协助请求规定》第 1 条：人民法院应当根据便捷、高效的原则确定依据海牙送达公约、海牙取证公约，或者双边民事司法协助条约，对外提出民商事案件司法文书送达和调查取证请求。

[6]〔韩〕石光现：“韩中司法协助实践现状及其改善方案”，载《朝鲜韩国法研究》2015 年第 1 卷，第 214 页。

[7] 杜新丽：《国际民事诉讼与商事仲裁》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 121 页；乔雄兵：《域外取证的国际合作研究》，武汉大学出版社 2010 年版，第 205 页。

根据 2013 年最高人民法院的《司法协助请求的规定》及其《实施细则（试行）》的规定，人民法院应当根据便捷、高效原则，优先依据海牙取证公约提出民商事案件取证请求。[1] 不过，需要指出的是这里所说的请求应当不包括代为取证方式之外的其它方式。

3. 交换法律情报

根据《中韩司法协助条约》的规定，交换法律情报主要指提供法律资料或司法记录[2]，包括有关的法律、法规、司法实践资料，以及可公开获得的与请求方国民有关的诉讼的司法记录摘要等，两国主要通过中央机关（中国为司法部，韩国为法院行政处）来交换法律情报[3]。遗憾的是，在中韩条约中没有规定具体程序，缺乏可操作性。对于此，有学者建议参考 1968 年《关于提供外国法资料的欧洲公约》[4]。但必须明确的是，该公约的规定完全是针对外国法查明时的情形，而中韩条约中规定的“交换法律情报”应当包含但不仅限于外国法的查明。因为，该公约规定：“提供资料的请求只能由司法机关提出，……提供资料的请求只能在诉讼开始后才可提出。”这里由司法机关提出请求的做法，通常是外国法查明程序中法院依职权要进行的。

4. 法院判决的承认与执行

为了便利判决的承认与执行，国际社会采用缔结条约，特别是签订双边司法协助协定的方式就承认与执行外国法院判决问题作出特别规定。除此之外，许多国家还缔结了区域性公约和多边性国际公约，以规范外国法院判决的承认与执行。比如：拉丁美洲间的 1928 年的《布斯塔曼特法典》、2000 年欧盟理事会《民商事案件管辖权及判决承认与执行条例》、1971 年海牙缔结的《民商事案件外国判决的承认与执行公约》及其附加议定书和 2005 年《选择法院协议公约》等。

但截至目前为止，两国均没有缔结或加入任何一个关于法院判决的承认与执行的公约。所以此领域的法律依据只能是两国的国内法：中国方面主要是《中国民事诉讼法》及相关司法解释，韩国方面主要是《韩国民事诉讼法》《韩国民事执行法》。

三、中韩国际民商事司法协助方式

从各国的立法和实践来看国际民商事司法协助通常在遵循国家主权原则和平等互利原则的基础上，依据双边或多边条约或互惠原则开展和进行。中韩两国的司法协助的法律依据如上所述，按照上述法律依据对不同的司法协助事项采取不同的方式进行。

（一）域外送达

域外送达通过直接送达和间接送达两种途径来进行。直接送达，指由内国法院根据内国法律和国际条约的有关规定通过一定方式直接送达；间接送达，指由内国法院根据内国法律和国际条约的规定通过一定的途径委托外国中央机关代为送达。直接送达方式主要有：外交或领事代表送达、邮寄送达、个人送达和公告送达等。间接送达则主要指中央机关送达或称请求书送达。在《海牙送达公约》中规定了中央机关送达、外交或领事代表送达、邮寄送达

[1]《司法协助请求规定》第 1 条；《实施细则》第 3 条。
[2]《中韩司法协助条约》第 3 条。
[3]《中韩司法协助条约》第 26 条。
[4] 徐宏：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 94～95 页；〔韩〕石光现：“韩中司法协助实践现状及其改善方案”，载《朝鲜韩国法研究》2015 年第 1 卷，第 215 页。

和个人送达四种方式，《中韩司法协助条约》仅仅规定了中央机关送达、外交或领事代表送达两种方式。但是需要注意的是，两国在加入送达公约时对第 8 条和第 10 条提出了声明。声明保留第 8 条第 2 款的规定，即外交或领事代表不能对本国国民以外的人直接送达。声明反对第 10 条规定方式，即反对邮寄送达和个人直接送达。另外，公告送达是在两国国内法上规定的一种送达方式，但送达公约允许采用国内法规定的其他方式来完成送达。[1] 所以两国可以采取中央机关送达、外交或领事代表送达以及公告送达方式。

（二）调查取证

由于中韩两国法律都规定条约优于国内法适用，因此，两国间相互协助调查取证主要依据《海牙取证公约》和《中韩司法协助条约》。根据取证公约的规定，调查取证方式有：请求书方式（又称：代为取证方式）、外交官员和领事代表取证、特派员取证及当事人或诉讼代理人自行取证等。但由于两国加入取证公约时均对公约第 15-18 和第 23 条提出了保留，对自己国家可采取的取证方式做了限制。两国在外交官员和领事代表取证方式上排除第 16 条的适用，而仅仅适用第 15 条的规定，即取证对象不包括驻在国国民或第三国国民[2]，仅限于本国国民[3]。同时，两国也对公约第 17 条规定的特派员取证制度和第 23 条[4]的当事人或诉讼代理人取证制度提出了保留，因此排除了特派员取证和当事人或诉讼代理人取证方式在两国的采用。因此，两国可以采取的取证方式只有请求书方式及外交官员和领事代表取证两种方式，这一点在中韩条约中也得到了印证。

（三）法院判决的承认与执行

1. 中国承认与执行外国判决的要件

如前所述，在法院判决的承认与执行方面，两国没有共同参加或缔结的条约可以依据，所以只能依据国内立法。《中国民事诉讼法》规定，中国法院的判决，可以由当事人直接向外国法院申请承认与执行，也可以由法院依照中国缔结或参加的条约规定，或按照互惠原则，请求外国法院承认与执行；[5] 外国法院判决，依照中国缔结或参加的条约，或者按照互惠原则审查后，认为不违反中国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，发出执行令，并依照中国民事诉讼法规定执行。[6]

另外，最高人民法院 2015 年的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中也对外国法院判决的承认与执行作了规定。具体条文如下：

第 543 条 申请人向人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，应当提交申请书，并附外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定正本或者经证明无误的副本以及中文译本。外国法院判决、裁定为缺席判决、裁定的，申请人应当同时提交该外国法院已经合法传唤的证明文件，但判决、裁定已经对此予以明确说明的除外。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约对提交文件有规定的，按照规定办理。

第 544 条 当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法

[1]《海牙送达公约》第 19 条：“只要缔约国的国内法允许使用上述各条规定之外的其它方法递送来自国外的文书，以便在其境内送达，本公约不影响此类规定。”
[2]《海牙取证公约》第 16 条。
[3]《海牙取证公约》第 15 条。
[4]《海牙取证公约》第 23 条提及的“审判前取证”的方式和程序是由诉讼当事人或其诉讼代理人在审前直接进行取证。
[5]《中国民事诉讼法》第 281 条。
[6]《中国民事诉讼法》第 282 条。

律效力的判决、裁定的，如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约，也没有互惠关系的，裁定驳回申请，但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力的离婚判决的除外。

2. 韩国承认与执行外国判决的要件

在韩国，外国法院判决的承认与执行分别规定在《韩国民事诉讼法》和《韩国民事执行法》中。《韩国民事诉讼法》第 217 条规定了外国法院判决的承认要件，而《韩国民事执行法》第 26 条和第 27 条规定了外国判决的执行要件。

根据民事诉讼法的规定，外国法院的确定判决，或可以认定为具有相同效力的判决（以下简称“确定判决等”），具有以下各项要件时才可以承认。第一，依照韩国法令或条约的国际司法管辖原则，可以认定该外国法院的国际司法管辖权。第二，败诉的被告，按照合法的方式，预留充分的抗诉时间而收到诉状或与此相当的书面材料、日期通知书及命令（公示送达或与此类似的送达除外），或虽未收到送达但应诉的。第三，根据确定判决内容及诉讼程序，对确定判决等的承认，不违反韩国的善良风俗及其他社会秩序。第四，有相互保证，或韩国和该外国法院所属国家的确定判决等的承认要件并没有明显的差异，而且在重要的问题上没有实质上的差异。[1] 除此之外，民事诉讼法还规定，关于损害赔偿的确定判决等，明显违背韩国的法律或韩国缔结的条约的基本秩序时，法院不得承认该判决的全部或部分。[2]

根据民事执行法的规定，外国法院的确定判决等的强制执行，需要获得韩国法院的执行判决。执行判决之诉，由债务人普通裁判籍管辖地的地方法院管辖，不存在普通管辖的，可以由债务人的财产所在地法院管辖。[3] 请求执行判决之诉中，如果外国法院的确定判决等不能证明已经确定，或者不具备民事诉讼法第 217 条的要件，有管辖权的法院可以驳回请求。但是有管辖权的法院在审理执行判决请求过程中，应符合禁止实质再审原则。[4]

3. 中韩两国承认与执行外国判决的方式

如上所述，中韩两国均特别规定了离婚判决和损害赔偿的确定判决，但不同的是，中国的规定排除了离婚判决适用“互惠原则”，而韩国则没有排除损害赔偿判决适用“互惠原则”。不过，有韩国学者认为：在韩国，离婚判决、解除收养关系判决等涉及身份的家庭案件中，并不需要相互主义。[5] 所以，总的来看，中韩之间相互承认与执行判决的要件还是非常类似的，都以是否存在互惠为判断因素。但从韩国民事诉讼法第 217 条第 1 款第 4 项的行文表述“韩国和该外国法院所属国家的确定判决等的承认要件并没有明显的差异，而且在重要的问题上没有实质上的差异”来看，韩国法院采用的互惠要件可以理解为法律互惠。而我国法院则将互惠解释为事实互惠，即该外国法院曾经有过承认我国法院判决的先例。

尽管韩国的“法律互惠”的意思表示是在 2014 年 5 月修订后的《民事诉讼法》中才给出的，但早在大法院 1971. 10. 22. 宣告 71DA1393 判决中已经表明了相同的宗旨。也正是基于该判决中给出的理由，首尔地方法院（现更名为首尔中央地方法院）也在 1999 年承认了

[1]《韩国民事诉讼法》第 217 条第 1 款 1～4 项。
[2]《韩国民事诉讼法》第 217 条之 2。
[3]《韩国民事执行法》第 26 条：“①基于外国法院的确定判决或与此具有同等效力的裁判的强制执行，需要获得大韩民国法院的执行判决，其允许强制执行时，才可以实施。②执行判决之诉，由债务人普通裁判籍管辖地法院管辖，没有普通裁判籍时，应依据民事诉讼法第 11 条规定由管辖债务人之诉的法院管辖。”
[4]《韩国民事执行法》第 27 条：“①执行判决，不得审查裁判的对错。②请求执行判决之诉，符合以下任何一项时应予以驳回。1.对外国法院的确定判决等，不能证明已经确定。2.对外国的确定判决等，不具备民事诉讼法第 217 条的要件。”
[5]〔韩〕石光现：《国际民事诉讼法：国际私法》，博英社 2012 年版，第 425 页。

中国山东省潍坊市中级人民法院的判决。这个案例并不是当事人请求承认我国判决，而是我国山东潍坊中院已经作出生效判决的案件，败诉一方当事人又在韩国起诉，首尔地方法院以中国法院的判决具有既判力为由，驳回了该当事人的诉讼请求。在该案中，韩国法院比较了当时我国民诉法有关判决承认的条件，认为我国的承认要件和韩国的承认要件比，只是表述上的差别，实质上并没有什么不同，因此可以认为存在相互保证。[1]

中国法院采用“事实互惠”的立场由来已久，从 1994 年的“五味晃”事件就开始了。由于受该事件的影响，我国法院一直没有承认过韩国法院判决的案例。不但如此，在 2011 年，我国深圳市中级法院还以韩中之间不存在互惠为理由，拒绝承认和执行韩国首尔西部地方法院的一份判决。近些年来，为了促进一带一路的倡议的顺利进行，2015 年 6 月 16 日最高人民法院颁布《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》，提出“可以考虑由我国法院先行给予对方国家当事人司法协助，积极促成形成互惠关系”。该意见突破以往我国法院严格执行事实互惠的格局，向法律互惠迈出了一大步。尽管该意见仅适用于“一带一路”沿线国家间，但仍将对我国法院承认和执行外国法院判决的司法实践产生重大影响。但是，此后的我国各地法院受理的承认和执行外国法院判决中，仍然以该外国存在承认我国判决的先例为由，仍然没有突破“事实互惠”的限制。中国法院认可新加坡[2]和美国[3]的法院判决是两例非常典型案件，值得一提的是，中新之间也是虽然有司法协助条约，但条约中没有包括法院判决的承认与执行。

如果我国法院仍然坚持这样的做法，中韩间判决的承认与执行前景真的令人堪忧。因为，在 1999 年案中，韩国法院在判决中曾表示：“尽管我国法院认为中国和我国之间存在相互保证从而承认了中国的判决，但是如果发生中国法院以与我国之间不存在相互保证为由拒绝承认、执行我国判决的事例的话，我国法院很难再坚持双方存在相互保证这一观点。”令人欣慰的是，在 2019 年 3 月 25 日，山东青岛市中级人民法院依法裁定承认和执行韩国水原地方法院所作的判决，这是中国法院首起依照互惠原则认可韩国法院商事判决效力的案件。[4]

在此案件中，申请人崔某和被申请人尹某都是韩国籍公民。2009 年 11 月 6 日，尹某向崔某借款 8000 万韩元，后崔某于 2017 年在韩国水原地方法院起诉，2017 年 7 月 20 日韩国水原地方法院作出判决，判令尹某向崔某支付 8000 万韩元及自 2017 年 6 月 17 日起至全部款项还清日止按年利率 15%计算的利息。因尹某长期居留在中华人民共和国山东省青岛市城阳区，且尹某的主要财产均在中国，崔某依据中华人民共和国相关法律规定向青岛中院申请

[1] 首尔地方法院 1999.11.5 宣告 99KA HAP 26523.
[2] 江苏省南京市中级人民法院于 2016 年 12 月 9 日在“Kolmar Group AG 与江苏省纺织工业（集团）进出口有限公司申请承认和执行外国法院民事判决、裁定特别程序案（(2016）苏 01 协外认 3 号）”中认定：“由于新加坡共和国高等法院曾于 2014 年 1 月对我国江苏省苏州市中级人民法院的民事判决进行了执行，根据互惠原则，我国法院可以对符合条件的新加坡法院的民事判决予以承认和执行”，并最终裁定承认与执行该新加坡法院的民事判决。
[3] 湖北省武汉市中级人民法院在“申请人刘利与被申请人陶莉、童武申请承认和执行外国法院民事判决案”（(2015）鄂武汉中民商外初字第 00026 号民事裁定书）中，认定中美两国存在互惠关系，并据此承认与执行美国法院民事判决。
[4] 青岛市中级人民法院（2018）鲁 02 协外认 6 号民事裁定书。

承认并执行韩国水原地方法院作出的判决。根据《中国民事诉讼法》第 281 条和第 282 条规定，在审查青岛中院是否对本案有管辖权，涉案判决是否向被申请人有效送达，是否存在韩国法院认可中国法院判决的互惠前提，以及承认和执行该判决是否违反我国法律基本原则或者损害我国国家主权、安全、社会公共利益等相关问题后，青岛中院裁定对该韩国法院判决予以承认和执行。

该承认判决的作出确实在相关实务界引起了不小的轰动，并且对维持两国之间的互惠关系，推进两国间判决的承认和执行，有很好的促进作用。但这种做法仍然是“事实互惠”，并且也不符合我国及国际社会对互惠原则的解释宽松化的趋势。

四、中韩国际民商事司法协助的展望

中韩司法协助条约签订已经有 15 年之多，两国的司法协助实践有了很大的变化，再者签订条约时韩国还未加入《海牙取证公约》，最重要的是两国在判决的承认与执行上有了很大进展，亟需对司法协助条约作出修改。

（一）域外送达

传真、电子邮件送达可以简称为“电子送达”，是信息时代的产物，预计未来将有更多电子送达方式纳入其中。我国关于“电子送达”的规定最早出现在 2003 年最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国海事诉讼特别程序法〉若干问题的解释》中。之后，2006 年的《司法文书送达规定》将域外电子送达的适用范围由海事领域案件扩展到所有涉外民商事案件。在 2012 年修改的《中国民事诉讼法》中，域外送达被纳入我国正式立法。而韩国也于 2010 年 3 月 24 日制定了《民事等诉讼中电子文书使用等有关的法律》中也专门设立了电子送达条款。基于《海牙送达公约》第 19 条的考虑，电子送达可以被视为是国内立法所允许的送达方式，可以在两国间予以使用。并且考虑到 2013 年最高人民法院的《司法协助请求的规定》中提出的便捷、高效原则，以及电子送达的快捷、方便、低碳环保、价廉等优点[1]，将来在修改中韩条约时，我国应积极建议把电子送达纳入其条款中。

（二）调查取证

虽然中韩司法协助条约签订时，韩国还没有加入《海牙取证公约》，但是从加入公约后所作的保留宣言跟中国相似这一点来看，韩国在签订中韩条约时并没有影响对条约内容的判断。随着信息技术和互联网的渗透，取证公约和中韩条约中的条款已经不能满足现代社会司法协助的需求。通过音频或视频等电子取证已经成为众多国家所采用的调查取证方式。《中国民事诉讼法》第 73 条中，允许证人在特定情况下通过书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证。韩国《民事等诉讼中电子文书使用等有关的法律》第 13 条也规定，可以采取通过屏幕阅览文字、照片等的方法和听取音频、观看视频的方法进行取证。而《海牙取证公约》同样也允许根据国内法以公约规定以外的方式调取证据。[2] 所以电子取证方式也可以作为两国间的一种取证方式。考虑到条约的条款更具有宣示性和透明性，应当把电子取证方式纳入到条约中。事实上，海牙国际私法会议从 2003 年开始针对电子取证向各国进行了多次调查，从调查报告来看，其对域外电子取证持积极态度，[3] 如果通过对公约的进一步修

[1] 廖雅婷：“比较法视角下的民商事司法文书域外电子送达”，载《学周刊》2015 年 34 期，第 231 页。
[2]《海牙取证公约》第 27 条第 3 款。
[3] 张苏媛：《论域外电子取证》，上海师范大学 2016 年硕士学位论文，第 21 页。

改和完善，一定可以更好地发挥在域外取证的作用。但多边条约的修订程序相当复杂，虽然参加修订的国家不必限于原缔约国，但需要修订案的表决以 2/3 多数作出，并且修订后仍需参加修订国家全体批准或加入才发生拘束力。[1] 而双边条约不必考虑这么严格的程序，只要当事国协商好希望采取的形式，始终同意修订即可。[2] 从条约修订的角度来看，中韩司法协助条约中更易纳入电子取证方式。

（三）法院判决的承认与执行

如前所述，法院判决的承认与执行是两国关注的重点，尽管现在两国间已经有了根据互惠原则相互承认对方法院判决的案例，但是由于查明他国是否在同等程度上承认与执行了本国判决是很困难的，并且互惠原则不能像在司法协助条约中固化的条约义务内容那样，可以对被请求方不提供司法协助产生法律责任。所以司法协助条约中纳入法院判决的承认与执行条款应当是最好的选择。但是考虑到韩国对我国审判等的不信任[3]，只能采取一种迂回的方式，即先行加入相关公约，在公约体系内实现信任，然后再纳入到司法协助条约中。

中国已经于 2017 年 9 月 12 日签署了《选择法院协议公约》，这将对加强国际司法合作、促进国际贸易与投资都具有积极作用。目前，中国正在加紧研究公约批准事宜[4]，一旦公约获得批准，将为中国在民商事判决承认与执行领域开展对外合作提供新的法律基础。而韩国虽未签署该公约，但表示将在其国际私法的修改上借鉴公约内容[5]，并且表示非常有必要加入该公约。[6] 该公约就商事交易当事人排他性选择法院协议的效力，以及依该类协议的诉讼所生的判决的承认与执行问题进行了明确的规定，旨在统一选择法院协议制度，并形成与 1958 年《纽约公约》同等的机制，使得某缔约国作出的判决可以在其他缔约国之间得到承认与执行。因此，通过公约的加入，将能够极大地促进两国法院判决的相互承认与执行，进一步提升两国司法的国际吸引力和公信力，从而消除韩国对我国审判的不信任。

五、结语

鉴于中韩之间双边自由贸易协定的签署和存在广泛民商事关系的现状，以及两国在送达、调查取证以及判决的承认与执行上立法的大量更新，中韩学者之间应达成共识，提出建议案，推动两国政府磋商，将法院判决的承认与执行纳入中韩司法协助条约中，并对其它事项做相应的修改或补充（比如电子送达和电子取证条款的增加），为中韩开展司法协助提供全面、可靠和稳定的法律保障。

[1] 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 376～377 页。
[2] 参照〔英〕安托尼·奥斯特（Anthony Aust）著，江国青译：《现代条约法与实践》中国人民大学出版社 2009 年版，第 232 页。
[3]〔韩〕裴亨元：“韩中民事司法协助条约”，载《国际私法研究》2004 年第 10 号，第 304 页。
[4] 我国学者已经从“批准公约的积极意义”、“批准公约的消极影响”和“批准公约的具体建议和应对办法”等多发面进行了研究。参照肖永平、朱磊：《批准〈选择法院协议公约〉之考量》法律出版社 2017 年版。
[5]〔韩〕石光现：“韩国加入海牙国际私法会议 20 周年纪念：回顾、现状和展望”，载《Dong-A Journal of International Business Transactions Law》Vol19，第 107～108 页。
[6]〔韩〕法律新闻网.“为了特许法院知识产权中心计划的成功，必须加入选择法院协议公约”〔EB/OL〕（2019-4-30）https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=152619.

中国专属经济区刑事管辖权研究

史进元（西安石油大学） 皇甫明国（青岛大学）

【摘要】沿海国家大都主张了自己的经济专属区，同时宣称享有主权权利，主权权利是一国的最高权利，在权利体系中位阶最高，具有神圣不可侵犯的地位，随着海洋资源的开发深入，专属经济区对于沿海国家不管从资源的角度还是国家战略角度考虑，具有极其重要的意义，但是由于海域的复杂性与特殊性，海域不具有陆地稳定性的特性，国家在行使相应的权利时不可避免出现权利的间隙与真空，这种情形下很容易置沿海国主权于尴尬的地位。而且从具有宣誓性与抽象性的主权角度处理各类案件凸显窘迫，难以形成稳定的法律机制应对复杂的海上情形，基于各种因素的考虑，目前中国主要通过行政执法维护海洋权益，形式显然过于单一，法律效果有限，难以全面维护国家海洋主权发展的需要。特别是有关海上刑事管辖权的问题，不能提供可靠的国内法支撑，与国际条约也未形成有效的衔接，海上刑事执法有必要进一步推进，完善法律依据，给予刑事执法必要的法律依据，形成全方位的法律体系与执法类别，以应对不同层面的现实问题。经济专属区管辖权的问题其实是权衡主权与国际关系的必然结果，这种冲突将会常态化呈现出来，如何协调各自的立场与兼顾多方利益，衔接国内法与国际法，在法律的框架内解决国家、地区之间相关纠纷是当前需要深入研究的课题。

关键词：海洋公约　沿海国　专属经济区　主权　刑事管辖权

一、刑事管辖权的特点

刑事管辖权来源于国家主权，系国家主权不可分割的一部分，国家刑事管辖权的性质就是国家主权对于惩罚犯罪领域的体现。概括地说国家主权的性质是指国家主权在“国内是最

高的，对国外是独立的”。[1]刑事管辖权在国家管辖权行使当中往往最能体现国家的独立性、权威性，亦系刑法作为国家统治的重要工具这一属性使然。因此，对于刑事案件的立案、审理和处罚是国家权力的重要组成部分，区别于听命于其他国家而缺乏国家自主行使管理权力的能力。在各国长期实践的过程中形成了若干关于涉外案件国家刑事管辖权的惯例，大部分已得到普遍认同并上升到国际法的范畴。每个主权国家，除受制于国际法及其参加的国际条约规定的限制（例如外国元首、政府首脑、外交使节享有外交特权和豁免权）以外，都有权采取其认为最合适的相应原则来行使国家刑事管辖权。从刑事管辖权的特点来看，对于国内的犯罪行驶刑事管辖权不管在理论上还是在实务上有明确的法律规定，产生争议的情况较少。本文主要从专属经济区内发生的犯罪分析中国适用刑事管辖权存在的问题与不足，厘清观念上的认知，专属经济区内适用刑事管辖权上国内法与国际法衔接，形成较为稳定的法律处理机制。

二、专属经济区内刑事管辖权的法律渊源

（一）《国际海洋公约》中经济专属区刑事管辖的法律渊源

专属经济区是领海以外并邻接领海的一个实行特定法律制度的国家管辖海域。专属经济区是从测算领海宽度的基线量起，不应超过200海里的水域范围。1982 年的《联合国海洋法公约》（以下简称公约），将其正式确定为国际海洋法的重要制度。根据该《公约》的规定，专属经济区的权利并非沿海国固有，需要沿海国以国内法形式宣告来实现。目前，已有95个国家宣布了专属经济区，25个国家宣布了专属渔区。中国加入的《公约》，在《公约》的范围内承担相应的义务，从国际法的角度看，《公约》作为比较重要的法律渊源。依据公约第56条第1款规定，沿海国在专属经济区内享有的主权权利和管辖权包括：（a）以勘探和开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源（不论为生物或非生物资源）为目的的主权权利，以及关于在该区内从事经济性开发和勘探，如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的主权权利；（b）本公约有关条款规定的对下列事项的管辖权：（1）人工岛屿、设施和结构的建造和使用；（2）海洋科学研究；（3）海洋环境的保护和保全；（c） 本公约规定的

[1]周鲤生：《国际法》[M]，北京：商务印书馆，1981年，第75页。

其他权利和义务。因此，中国在专属经济区内行使刑事管辖权需受到公约规定范围的限制，上述案例中因船舶碰撞引发的刑事责任的管辖权并不在此限。

《公约》27 条亦规定，沿海国不应在通过领海的外国船舶上行使刑事管辖权，以逮捕与在该船舶通过期间船上所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的任何调查，但下列情形除外：（ a）罪行的后果及于沿海国；（ b）罪行属于扰乱当地安宁或领海的良好秩序的性质；（ c）经船长或船旗国外交代表或领事官员请求地方当局予以协助；或（ d）这些措施是取缔违法贩运麻醉药品或精神调理物质所必要的。换言之，在上述四种情形之外的均属“无害通过”的情形，沿海国对其领海内船舶上的犯罪不具有刑事管辖权。故此，船旗国管辖原则对属地管辖原则形成了适用上的限制。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。”该款中的“中华人民共和国领域”是否仅仅局限于中国的领海和内水？在涉海司法解释（一）出台前，中国《专属经济区与大陆架法》等相关规定并没有明确对专属经济区的刑事管辖权。涉海司法解释（一）发布以后，也仅仅规定了中国法院对于管辖海域内两类常见的涉渔犯罪具有刑事管辖权，而相关的理解和适用却认为，涉海司法解释（一）第3条仅列举了两类最为常见的涉渔犯罪，对于在中国管辖海域发生的其他犯罪，中国的司法机关也有管辖权。该结论未经有效论证，较为牵强。而且，即使该司法解释可以理解为在中国明确了对于中国所有管辖海域均具有刑事管辖权，那么该规定显然与《公约》相违背，应如何处理国内法与中国参与的国际条约的冲突问题也亟需解决。

（二）中国刑事管辖权的立法现状

海洋主权是国家主权的重要组成部分，宣示海洋主权与维护海洋利益的重要途径，《刑法》、《邻海及毗邻区法》关系到国家司法主权与海洋利益，是一国树立国际海事司法权威，巩固国际海上地位的重要支撑根据中国《刑法》、《海洋环境保护法》第 90 条第 3 款是专属经济区外国船源污染刑事管辖权的程序法基础，《关于审理发生在中国管辖海域相关案件若干问题的规定（一）》（以下简称管辖若干解释）以及中国加入的《公约》，并不能直接得出中国法院对中国专属经济区内发生的所有刑事案件具有管辖权的结论。

（一）属地管辖与旗国管辖

属地管辖原则又称领土原则，是指凡在其本国领域内实施的所有犯罪，无论犯罪者是本国人、外国人或是无国籍人，也无论被害人是本国人、外国人或是无国籍人，都适用其本国的刑法由其管辖。属地管辖原则是国家刑事管辖权的首要根据，如犯罪地国和国籍国对同一行为都认为是触犯其刑法的情况下，依照属地管辖原则，犯罪发生地国有权优先管辖。

《刑法》第 6 条规定，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。凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。领土原则是主权国家在国家刑事管辖权中适用的最古老的国际法原则。一国领土内发生的犯罪案件，由所在国行使侦查、审判和执行权，有利于便捷办案，结合行为地国情、文化、制度确定是否犯罪以及性质更符合人权保障。犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。《刑法》第 6 条规定结构上看，第一款为属地管辖的规定，第二款为船舶或者航空器的管辖规定，两款之间是包括关系还是并列关系本身在刑法教义解释上看就已经存在争议了，一种认为本条后半段对于在中华人民共和国船舶内的犯罪，适用管辖权的依据是属地管辖原则，“挂有本国国旗的船舶与航空器属于本国领土，不管其航行或停泊于何处，对在船舶与航空器内的犯罪，都适用旗国的刑法，这便是旗国主义，是属地管辖原则的补充”。该种主张虽然指出了船旗国管辖原则之于刑事管辖权之适用，但其是以将船旗国视为本国领土即以属地管辖为前提的，换言之，船旗国管辖原则并不具有独立之地位，仅为属地管辖的下位原则，通常将船舶或者航空器作为本国领土的延伸，视为“浮动领土”“浮动岛屿”的“领土拟制说”。可以看出这种分析将两款视为包括的关系，这种分析侧重主权意识，强化领土意志。另一种观点是对包括关系的反驳基础提出的，此观点认为将船旗国视为一国拟制的领土将导致两个领土主权并存从而与领土主权之排他性相冲突的尴尬境地：“相互尊重国家主权和领土完整是当代国际法最重要的基本原则之一。由于国家领土的一个重要特征就是‘排他性’，因而在国家领土主权的问题上，相互尊重他国主权和领土完整这一国际法的基本原则，首先就表现为一国领域内不允许他国领土的存在。因此，在他国领域内的船舶决不能成为船旗国的领土”。另一方面，船舶领土化会无谓地制造刑事管辖权的国际冲突。如果各国都将本国的船舶视为本国领土，那么，船旗国对于在外国港口、内水或领海内的本国船舶上的犯罪都具有排他性的管辖权；而沿海国对港口、内水和领海内

的犯罪行为根据领土原则也享有排他性的管辖权。这样船籍国与沿海国都对同一个犯罪产生了“排他性”的刑事管辖权，两个“排他性”的管辖权冲突是不可调和的，最终导致该冲突无法合理解决。

船旗国管辖需要从其产生的背景来理解，船旗国管辖原则来源于国际惯例，亦为当今主要之国际公约所承认，如中国已加入的《公约》第 92 条就明确规定，船舶航行应仅悬挂一国的旗帜，而且除国际条约或本公约明文规定的例外情形外，在公海上应受该国的专属管辖。国际公约中的上述规定成为有学者坚持将船旗国管辖原则视为刑事管辖中的独立原则之理由。从适用的范围上来看，船旗国管辖侧重解决的是公海上船舶上发生的法律行为的管辖归属，显然主权意识并不强，更多的是现实问题的明确，在专属经济区内的外国船舶刑事案件，《公约》进行了明确的限制，在理解上不存在问题，所以，专属经济区内的注重的是“船外”的对沿海国权益的侵犯，理解上倾向于属地管辖方面，而在公海上注重于“船”的犯罪行为，通过船旗国管辖责任就很清晰了。属地管辖与旗国管辖在不同区域有所侧重，才能避免两者重合时候所造成的混乱。从世界各国刑事立法来看，其中关于船旗国管辖原则之规定大同小异，区别仅在于立法条文中是否单独作为一条进行规定，未做单独一条规定也说明两者关系较其他管辖来说更为紧密。

（二）属人管辖

《刑法》第 7 条规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”该条是对中国刑法属人管辖权的规定。根据上述规定，中国公民在中国领域外犯中国刑法规定之罪的，不论按照当地法律是否认为是犯罪，也不论其所犯罪行侵犯的是何国或者何国公民的利益，原则上都适用中国刑法。只是按照我国刑法的规定，该公民所犯之罪法定最高刑为 3 年以下有期徒刑的，可以不予追究。属人管辖产生的原因是为了追究本国人的犯罪行为，更多的情况是通过引渡方式解决，与之相对应的制度是庇护制度，所以有关专属经济区的管辖权几乎不涉及，本文不作过多讨论。

（三）保护管辖

中国《刑法》第8条规定的保护管辖，外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。保护原则又称安全原则，是以保护本国利益为标准，凡侵害本国国家或公民利益的犯罪，不论犯罪的人是外国人还是无国籍人，也不论犯罪地在本国领域内还是本国领域外，都适用本国刑法。保护原则的实质是基于与其本国相关连接因素行使管辖权，系对属地原则和属人原则管辖范围的扩展。中国刑法对于这款规定限制在本国领域外，说明在管辖权适用的序位上，首先考虑的是属地管辖，其次是属人管辖，然后考虑其他管辖。而且保护原则已经被国际法所吸收和运用，如１９６３年《关于在航空器内的犯罪和其它某些行为的公约》第4条规定："非登记国的缔约国除下列情况外，不得对飞行中的航空器进行干预以对航空器内的犯罪行使其刑事管权：……三、该犯罪行为危及该国的安全。"《反对劫持人质国际公约》第5条规定："每一缔约国应采取必要的措施来确立该国对第1条所称任何罪行的管辖权，如果犯罪行为是：……（ｃ）为了强迫该国作或不作某种行为。"

（四）普遍管辖

中国刑法第9条规定，普遍管辖权对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。本条的表述中可以看出对于普遍管辖权的立法态度是比较消极的，这种管辖权究竟是权利还是义务，如果是权利是否可以放弃，若作为一项国际义务，不履行会产生什么样的后果，这也是国际义务的一个特点。普遍管辖原则是任何国家都有权对国际犯罪行使刑事管辖权，不论犯罪地点、行为人，也不论犯罪所侵害的主体。普遍管辖原则是国际刑法的基本管辖原则，是国际刑法赖以存在的前提之一。从国际社会立法内容可以发现，国家主要通过列举的方式追究刑事责任，主要有种族屠杀罪、战争罪、劫持人质罪、反和平罪、反人道罪、酷刑罪、海盗罪列为国际罪行，重点并非解决沿海国专属经济区内的管辖权问题，中国在这方面主要是罪名衔接与适用的问题。

三、结论

从实践经验来看，对于外国船只在海上是否实施了犯罪行为，很难在这种不稳定的环境中做出准确的判断，船只作为独立的空间，具有相对的封闭性，对其执法很难做到统一的标准，执法过程中根据不同的情形执法的依据较为繁杂，既要遵循国际法、国际惯例及协约国之间的协议，同时结合国内法的不同规定。一般来说，没有明显的证据能够证明的情形下，不能直接依据刑事法的规定采取相应得刑事措施，刑法作为社会防卫的最后手段，其启动程序有着严格的条件与标准，中国《刑事诉讼法》在第86条关于立案条件的规定，刑事诉讼人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的，应当立案。可见立案的条件与标准在刑事法中是硬性规定，在此基础上才能进行之后的强制措施及相关程序。一般执法的情形下，海上执法未必能完成较为复杂的刑事执法程序，这也是海洋执法所面临的一个困境，实务中，中国在专属经济区往往以行政执法为主，这种情形也造就了中国海事刑事案件与行政执法的密切联系，海上执法过程中搜集证据难度很大、海事行政机关追求执法效率、公安机关缺乏接收海事刑事案件动力等因素，很多本应进入刑事司法程序的案件在海上行政主管部门处理阶段既告终结，应当追究刑事责任的相关人员未被追究刑事责任，严重影响海事刑事司法的权威。所以，有必要强化专属经济区的刑事执法力度，保障国家领域内的司法权威。

关于立法方面，处理好国际法与国内法的衔接，完善经济专属区刑事执法的法律支撑，正确认识管辖冲突，管辖制度的完善是国家间相互尊重与合作的结果，是共同维护地区稳定与打击跨区域犯罪经验的总结，进而上升为规范化操作机制的良性互动的制度。理解管辖框架结构及内部关系，从而根据不同的空间范围内适用合理的管辖原则。

韩国清偿人代位制度对完善我国追偿制度的启示

黄丹（延边大学）

【摘要】清偿人代位指的是当债务被第三人清偿时，为了确保清偿人从债务人或共同债务人处取得求偿权，债权人向清偿人转移与其债权相关的担保权的行为。韩国民法将清偿人代位制度分为任意代位与法定代位，前者是经债权人承诺，按照债权转让的方式进行代位；后者由有正当利益的人清偿，当然代位债权人。韩国民法第 482 条对清偿人代位的效力、代位人之间的关系进行了详细的规定。本文将从韩国民法中的清偿人代位制度入手，对其沿革与规定进行讨论，结合我国立法现状，完善我国追偿制度，促进我国清偿人代位制度的发展。通过对韩国民法第 482 条的分析，理清韩国保证人与保证人，实物担保人与实物担保人及保证人与实物担保人之间的代位求偿关系，联系我国相关的担保制度，对我国混合担保中各个担保人的求偿比例提出建议。同时韩国民法中第三取得人作为法定代位人，其在清偿人代位制度中与保证人与实物担保人处于同等重要的位置，且第三取得人清偿债权的情况实践中也屡见不鲜，因此为保障第三取得人追偿权的行使，在我国法律中也可承认其的清偿人地位，结合韩国法律对第三取得人范围进行分析划定，并确定其与其他担保人之间的代位求偿关系。

关键词：清偿代位、法定代位、第三取得人、追偿比例。

Ⅰ. 问题的提出

为担保他人债务，非债务人与债权人订立保证合同或者为自己的不动产设定预先抵押权的行为，是金融交易的普遍现象。韩国民法规定，对于已设定抵押权的受让人，如果债权人实施其抵押权，受让人的不动产将丧失所有权，对他人债务起担保作用。如果这时担保人或物上担保人或第三取得人清偿他人债务或因实现担保权而使债务消灭，他们将取得对债务人的求偿权。另外，为了确保他们的求偿权，可以以代位债权人的方法对其他担保提供者行使债权及担保权。这就叫‘清偿人代位’或‘清偿代位’。在韩国民法中清偿代位方式分为任意代位与法定代位两种形式，且关于法定代位的后续规定十分细致。

我国同样也有关于保证人、抵押人等代为清偿债务的情形存在，且物权法及担保法中关于担保制度的规定也十分详细，但是其承担担保责任后，对于以何种方式保证担保人等清偿人的权利的规定却处在缺失状态。在交易关系中部分清偿人对主债权债务处于补充地位，如欲使清偿人承担主债务人的清偿风险，而又未给予其应有的保护，这种关系便失去了平衡。因此如何有效保证清偿人的追偿权利，其追偿权利如何行使，清偿人之间的追偿关系与比例如何确定等将作为本文中的主要问题予以讨论。

Ⅱ. 清偿人代位权的确立

2.1 韩国关于清偿人代位的发展和规定

清偿人代位指的是当债务被第三人清偿时，为了使清偿人确保从债务人或共同债务人（连带债务人、保证人、不可分债务人等）处取得求偿权，通常债权人向清偿人转移与其债权相关的担保权的行为。[1]因此，债务因第三人而被清偿时，第三人不仅可以行使自己固有的求偿权，在求偿权的范围内也可行使债权人的债权或担保权。所以，清偿人代位以确保清

[1] 参见宋德洙，《债权总论》，博盈社 2013 年版，第 416 页。

偿人的求偿权为标的。韩国民法以代位还债的方法规定任意代位和法定代位。前者经债权人承诺，按照债权转让的方式进行代位(第 480 条)；后者由有正当利益的人清偿，当然代位债权人(第 481 条)。据此，非最终债务承担者使债权人满足债权的情况下，将设为代位人或代位清偿人。

罗马法的诉权让与的利益(beneficium cedendarum actionum) 和后顺位担保物权人的清偿提供权(ius offerendi)被共同认为是清偿人代位权的起源。诉权让与的利益指在分别承担全部债务履行义务的多人连带债务人中，因清偿而共同免责的人，不仅可以进行求偿委任，管理事物所有权等内部依赖关系，而且还可请求债权人求偿所拥有的的诉讼权转让。古典时期，在一些案件中已经强制规定了债权人的诉讼权转让。保证人的情况也是如此，但债权人的诉讼权不会转移至应当清偿的连带债务人或保证人。后顺位担保物权人的清偿提供权指一个物设定了数个担保权的情况。在罗马法中，只有第一担保权人才能还价担保标的物。但是第二担保权人清偿第一担保权人的债权时，他就会插入第一担保权人的地位来获取换价权并在有利的情形下换价，可在换价贷款时除自己的债权以外还可以偿还第一担保权人的债权限度。基于此类清偿权的代位权为满足担保债权人，而对债务人进行消费贷款也在一定要件下被认可。此外，也认可了作为买卖贷款用来消灭担保权的合议，以及取得担保标的物所有权的人。[1]在基于清偿权的代位权因清偿应当插入担保权人的地位这一点上，与诉权让渡的利益有所区别。

一般认为韩国清偿人代位制度源于法国，法国古法着眼于罗马法两个制度的共同点，结合两个制度，创设了代位(subrogation)的新制度。即指清偿人进入到债权人的地位。1804 年法国民法典基于罗马法的两制度，将习惯法上两个的独立的法形成的结果进行立法化，从而赋予了清偿人代位制度新的面貌。由此现行法国民法以平衡的观念为基础的手段，制备了第三编第一目第二分目（1249-1252）的代位清偿制度，其分为以契约规定或法律规定。第 1250 规定了依据债权人或债务人的合同的代位。第 1251 条的规定了法定代位，即以下情形下第三人清偿后，依法当然享有代位权：第一款规定，自己为债权人的，对于因享有特权（privilege)或抵押权对自己优先的其他债权人而实行清偿的；第二款认定不动产取得贷款用于对其不动产有抵押权的债权人的清偿，进而不动产取得人进行代位的情况。此处仿效了罗马法中基于清偿权的代位权制度。同条第三款认定，因与他人共同或者为他人承担单一债务的清偿义务，对其清偿有利益的人也可代位。这是效仿了罗马法中的诉权让渡的利益。同条第四款规定，因自身财产而清偿继承债务的限定继承人也可代位。

第 1252 条规定，依照前两条第三人对于债务人行使的代位权，对保证人也同样行使。代位人部分清偿而代位的情形下，不能因代位而对被代位人（债权人）侵权。但是根据代位的求偿是部分求偿还是全部求偿。之后的学说不过分纠结于法律用语，并确定了法定清偿人代位的作用范围，与此相适应，得益于立法人的努力，如今清偿人的法定代位作为一般求偿制度而独立存在。由于多人合同和法律规定等各自其他原因承担填补债权人损害的债务的情况下，他们相互间的求偿适用于民法第 1251 条第 3 款的法定代位。

韩国民法中同样规定了规定了任意代位（480 条）与法定清偿人代位制度（第 481 条），其并未以专节的形式进行规定，而是将其放到了清偿一节之中。其中第 480 条的任意代位制度规定：“为债务人进行清偿者，可在清偿同时经债权人的承诺，代位债权人”第 481 条的清偿人的法定代位规定：“对清偿有正当利益者，因其清偿当然代位债权人。”第 482 条细化规定了清偿人代位的效力、代位人之间的关系，第一款规定：根据前二条规定代位债权人者，

[1] 参见诸暂雄，《追偿关系与清偿人代位：其相互关系的比较研究》，民事法学第 23 号，2003 年，第 671-674 页。

限于依自己权利可以求偿的范围内，行使关于债权及其担保的权利。第二款规定了代位人之间的关系。

2.2 我国立法现状

我国《民法总则》、《合同法》、《担保法》等法律中并没有对清偿人代位制度做出过系统的规定，更遑论其分类。只在担保法中肯定了利害关系人在清偿债务后享有追偿权：《担保法》第 31 条、57 条、72 条规定，保证人、非债务人的抵押人、非债务人的出质人在其保证责任、抵押权、质权实现后，有权向债务人追偿。这些法条的规定与韩国法第 381 条的法定代位制度具有相似性。

我国《担保法解释》第 38 条中提到：“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额……”此处肯定了混合担保情况下各个担保人的追偿权，此类追偿权的规定又与韩国民法法定代位之下的第 482 条有些许相似。

2.3 清偿人代位对我国的启示

以上可看出，我国法律实际上具有清偿人代位的雏形。担保法以分散于各个条文中的形式对追偿权的肯定可以视为对法定清偿人代位的认可。

但我国仅仅有关于追偿权的规定，即承认担保人在承担了担保责任后具有追偿的权利，但这种追偿权不同于清偿人代位，如要肯定清偿人代位制度，就要理清追偿权与清偿人代位制度的关系。此处可以从德国民法入手。《德国民法典》第 774 条第 1 款对保证人代位权的规定：“保证人向债权人清偿后，债权人对主债务人的债权即转移给保证人，同时主债务人对保证人的抗辩不受影响。”同时《德国民法典》第 1143 条、第 1225 条也对物保人的代位权做出了规定，非债务人的所有人以其对债权的清偿为限，债权人人对主债务人的债权向其转移。”“出质人为第三人时，以其向质权人清偿的范围为限，债权人的债权向其移转。”此处是对清偿人代位权的肯定，即给予清偿人一定的法律地位，使得清偿人以其对债权的清偿为限，债权人对主债务人的债权向其转移。

韩国民法第 481 条清偿人的法定代位也规定了适用于数人债务人与担保提供人间求偿的一般求偿方法。其第一款也明确了代位的限度：代位人代位债权人，以其债权与担保权求偿为限。

参照韩国民法关于清偿人代位的规定，并结合我国立法现状，我国可以先在承认这种一般追偿权的同时给予清偿人一定的法律地位，如建立法定清偿人代位制度：承认利害关系人在清偿后不仅可以行使自己固有的求偿权，在求偿权的范围内也可行使债权人的债权或担保权。目前我国没有关于约定代位的任何规定，参照韩国法律的二分模式略显牵强。但是对于存在利害关系的担保人之间，我国法律规定了担保人的追偿权，由此可以借鉴韩国民法中关于清偿人法定代位的规定，建立法定的清偿制度，对清偿人的追偿权利予以保障。

Ⅲ. 物上保证人与保证人的代位求偿

3.1 韩国法中物上保证人与保证人的代位求偿

韩国民法规定的法定代位，指由有正当利益的人清偿后，当然代位债权人。担保人，物上担保人或者第三人属于"有正当利益偿还者"，当然可以代位债权人。但代位范围以他们之间的负担部分为限。对于同一债权存在多名拥有清偿的正当利益的人时，为避免混乱和不公平，有必要确定代为清偿人相互间的优先顺序和相互关系。例如，对于某一债务，存在保证

人和物上保证人，若保证人履行了保证债务，他可以对物上保证人代位债权人。但保证人实行了担保权的情况中有一个问题，即物上保证人是否可以为了扩大自己的求偿权再次对保证人代位债权人。如果可以，则发生代位的循环，若不可以则不利于物上保证人。为了解决这一问题，韩国民法第 482 条第 2 款规定了保证人与第三取得人之间，第三取得人相互间，物上保证人相互间及物上保证人与保证人之间的关系。他们之间的求偿比例依据了以下标准：

1、保证人未事先在传贯权或抵押权登记上附记其代位，不得代位取得传贯物或抵押物权利的第三人；

2、第三取得人对保证人，不得代位债权人；

3、第三取得人之一，按各不动产的价格的比例对其他第三取得人代位债权人；

4、提供自己的财产担保他人债务者为数人的，准用前项规定；

5、提供自己的财产担保他人债务者与保证人之间，按其人数比例代位债权人。但提供自己的财产担保他人债务者为数人的，除保证人的负担部分，对其剩余额按各财产的价额的比例代位。在此情形，该财产为不动产的，准用第一项的规定。

3.2 物上保证人与保证人间代位求偿比例的确定

3.2.1 我国物上保证人与保证人间追偿的规定

我国《物权法》第 176 条规定：被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的。债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”我国《担保法解释》第 38 条也规定，同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的，承担了担保责任的担保人，有权向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额……。虽然认为担保法解释第 38 条前半部分与物权法第 176 条相冲突应该予以废止，但《物权法》第 176 条后半段只规定了各个担保人在承担保证责任后可以向债务人追偿，但却未否定物保人和保证人相互追偿的权利。且我国学者王利明、程啸等大部分学者均持“各担保人互相享有追偿权”的观点。[12]本文将以各担保人互相享有追偿权的基础上讨论上保证人与保证人间代位求偿比例。

3.2.2 我国物上保证人与保证人间代位求偿的比例

在肯定了各个担保人之间的法定代位权后，由韩国民法第 482 条第二款可知，韩国民法典中保证人与物上保证人实际是按照以下标准进行代位求偿：1、物上保证人间以不动产价格比例代位 2、物上保证人与保证人按照人数比例代位。3、物上保证人为数人的，除保证人部分外，物上保证人间剩余额仍以不动产价格比例代位。[3]

我在国法律中，物的担保方式与保证方式在民法中分别规定，并无地位上的优劣之分。同时主流学说主张两种担保人地位的平等性，无论是物上担保或是保证人都是主债务关系的补充，而并非对彼此保证关系的补充。由此韩国民法中当保证人与物上保证人并存时“物上

[1] 参见王利明，《物权法研究》（第三版）（下卷），中国人民出版社 2013 年版，第 1122 页。

[2] 参见程啸，《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权——对<物权法>第 176 条的理解》，政治与法律 2014 年第 6 期，第 87 页。

[3] 郑尚贤、李尚锡，《保证人和物上保证人地位者的偿还者代位》，外法论集 2019 年第 1 期，第 238 页。

保证人与保证人按照人数比例代位”的规定，实际上是对保证人与物上保证人地位平等之学说的支持。这种按照人数比例来分担保证责任并追偿的规定与我国的学说相符。因此在混合担保的情况下，保证人或物上保证人（非债务人型）的清偿代位可以参照韩国民法第 482 条第二款关于物上保证人与保证人并存时求偿比例的规定。

对于韩国民法第 482 条第一款规定的“提供自己的财产担保他人债务者为数人的按各不动产的价格的比例对其他第三取得人代位债权人”是对存在数个物上保证人时，互相代位之比例的规定。其内部追偿的原则实际上是与其共同抵押的规定共通。韩国民法第 368 条关于共同抵押及价款的分配、次顺位人的代位中规定：“为担保同一债权而在数个不动产上设定抵押权，同时分配该不动产的拍卖价款的，根据各不动产的拍卖价款的比例.确定其负担的债权。”即都是依不动产的价款比例来确定份额。

我国《担保法解释》第七十五条第三款规定:抵押人承担担保责任后，可以向债务人追偿，也可以要求其他抵押人清偿其应当承担的份额。此处我国法律并未对应当承担的份额进行规定，而各个抵押人也是以其抵押的财产承担担保责任，由于各个抵押人所抵押的财产固定性，且各自以其固定的财产为限承担担保责任，因此在内部关系上，如无特别约定，应以其各自的财产比例承担份额。

此时观之韩国民法第 482 条规定的标准之一：“物上保证人间以不动产价格比例代位。”实际上符合我国担保法的逻辑，此处依然可以借鉴韩国法关于数个物上保证人之间追偿比例的规定。

韩国民法第 447 条规定：“连带、不可分债务保证人的求偿权规定：“连带债务人之一人或不可分债务人之一人的保证人，限于其负担范围，对其他连带债务人或其他不可分债务人，享有求偿权。”

对于韩国民法中人保物保并存时的处理标准，：“物上保证人与保证人按照人数比例代位;物上保证人为数人的，除保证人部分外，物上保证人间剩余额仍以不动产价格比例代位。”可以看出，韩国在处理人保与物保并存时的规定中，保证人始终是依据人数比例均分的。我国《担保法解释》第 20 条规定：“连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。”

此处可以看出我国担保法关于保证人追偿比例的观点亦是没有约定时平均分担。因此结合我国现行民法担保部分与韩国民法的规定，当人保与物保并存时，相互的追偿比例可以为：第三人物保与保证人按照人数比例代位，物上保证人为数人的，除保证人负担的部分，对其剩余额按各财产的价额的比例代位。

Ⅳ. 第三取得人的确定与其清偿代位

4.1 韩国法中第三取得人的清偿代位

4.1.1 第三取得人的范围

韩国代位清偿制度提到了“第三取得人”。从韩国民法第 481 条至 482 条的规定可知韩国民法中物上保证人保证人和担保标的物的第三取得人是‘有正当理由可清偿的人’，都属于法定代位人。韩国民法中关于第三取得人的范围，包括源于债务人的第三取得人和源于物上保证人的第三取得人。韩国存在对是否区分源于债务人的第三取得人和源于物上保证人的

第三取得人的讨论。即在探讨第三取得人的代替偿付时，首先要确定的事项是对于取得抵押物所有权的第三取得人的范围是区分理解还是统一理解的问题。即是否应区别对待源于债务人的第三取得人和源于物上保证人的第三取得人。作为第三取得人的前主债务人或实物担保人在法定代位方面有着完全不同的待遇。即债务人虽然在代位关系中负最终责任，但是实物担保人只需负有限责任，所以与债务人相比有责任减轻的情形的差异。那么从待遇差别如此大的债务人和实物担保人收领标的物的第三取得人也有区别对待的必要性。[1]对此有两种相对立的观点。

1、第一说

第 482 条第 2 款中所说的第三取得人应区分为经债务人取得不动产抵押的第三取得人（经债务人的第三取得人）和经物上保证人处取得不动产抵押的第三取得人（经实物担保人的第三取得人”）。经债务人的第三取得人应归为债务人，经实物担保人的第三取得人应归为物上保证人，做好区分之后应与债务人或物上保证人享受同样的待遇。

此观点的论据如下：

第一、虽然债务人最终要承担原债务或补偿债务，但是实物担保人只需承担他提供的不动产的责任。实物担保人任意偿还或抵押标的物被拍卖，债权人得到债权满足的情形，债务人取得补偿权的同时实物担保人或担保人可以代替债权人求偿的。因此第三取得人的前主与上述债务人和实物担保人在法定代位上享有完全不同的待遇。尽管两者的地位完全不同但一视同仁违反了特定继承人继承之前所有者的原则。

第二、因实物担保人让与的不动产中设定的抵押权得到实行而第三取得人丧失所有权的情形，应对第三取得人负担保责任（第 576 条）。也有让与担保标的物的实物担保人为了免除担保责任而偿还的情形，此情形实物担保人对于保证人可以根据人员数的比例代替偿付。但是经实物担保人的第三取得人偿还的情形此第三取得人不对担保人代替偿付是非常不合理的。

第三、担保人与实物担保人之间是以人员数作为比例承担责任的。（第 482 条第 2 款第 5 号）。相反，如担保人对经实物担保人的第三取得人可以全额代位（相同条款 第 1 号），那么因让与实物担保人所有的房产的偶然情况会使原担保人应承担的责任消失而产生不合理的结果。[2]

2、第二说

韩国民法第 482 条第 2 款中所说的第三取得人没有明确区分是经债务人的第三取得人经实物担保人的第三取得人，多数的立场是一例看待第三取得人的含义。虽然此观点大部分没有具体表明不区分第三取得人的依据，但是有以下几种观点。 一、根据抵押物的第三取得人的前主是谁而引出不同的结论违反抵押权的物权性。二、第三取得人明知应承担担保责任还取得房产是因为主张不论是经实物担保的第三取得人还是经债务人的第三取得人没有区别，认为不区分第三取得人是恰当的。此观点说到底是以第三取得人相对担保人处于劣势的地位作为理论基础和依据。

物上保证人与第三取得人之间的清偿人代位，韩国大法院通过民法有关规定的解析定义为：当物上保证人清偿债务、因行使担保权而消失所有权时，与履行保证债务的保证人没有区别。可对向债务人取得担保不动产的第三人代位在求偿权范围内出资的全额。相反从债务

[1]参见郑锡泽，《有关代替偿付法律效力的研究》，成均馆大学大学院，博士学位论文，2009 年，第 64-65 页。
[2] 参见金德中，《第三取得者与事物担保人之间的代替偿付》，法学论说第 51 辑，第 44-47 页。

人取得担保不动产的第三取得人即使清偿债务或因行使担保权而失去所有权，关于物上保证人也无法代位债权人。”

实际上作为韩国民法第 482 条母法的日本民法第 501 条第 3 款已经进行了修订。 日本民法的起草者们在 2017 年 6 月 2 日颁布的，计划按照施行令规定的日期，自颁布之日起 3 年内施行的日本修订民法第一项改为：第三取得人(指从债务人处受让成为担保的标的的财产的人。以下各项相同)对于保证人及物上保证人，不代位债权人。[1]同时韩国最高法院 1990 年 11 月 9 日宣告 90 다카 10305 判决，也区分看待经债务人的第三取得人”和“经实物担保人的第三取得人”。因此本文采取将第三取得人以前主为基准分为经债务人的第三取得人和经实物担保人的第三取得人的观点。

4.1.2 第三取得人的清偿代位

韩国民法第 482 条第 2 款第 1 项、第 2 项、第 3 项规定：保证人未事先在传贳权或抵押权登记上附记其代位，不得代位取得传贳物或抵押物权利的第三人；第三取得人对保证人，不得代位债权人；第三取得人之一，按各不动产的价格的比例对其他第三取得人代位债权人。

由法条可知在存在附记登记的情况下保证人向从债务人处取得抵押权标的的第三取得人全额代位（第 482 条第 2 款第 1 项），从债务人处取得抵押标的物的第三取得人对保证人不可以代位（第 482 条第 2 款第 2 项）。

第三取得人之间，按各个不动产价额比例，代位其他第三取得人。即多个不动产有共同抵押权，第三取得人有多名时，其中一人清偿时，按各个不动产比例对其他第三取得人代位债权人（第 482 条第 2 款第 3 号）。因此第三取得人中的一人想要对其他第三取得人行使代位权，要将其取得的不动产价额按比例请求清偿。

第三取得人与实物担保人之间的关系，沿用上文中第一说的观点将第三取得人以前主为基准分为经债务人的第三取得人和经实物担保人的第三取得人的观点。从第 482 条第 2 款第 2 项：“债务人处取得抵押标的物的第三取得人对保证人不可以代位。”的排除性规定可推知，债务人处取得抵押标的物的第三取得人对物上保证人可以代位。同时经实物担保人的第三取得人被视为物上保证人的地位，因此其与物上保证人的追偿应按照物上保证人间的追偿比例确定。

4.2 第三取得人于我国的启示

尽管我国对于抵押人处分抵押物的行为有一定限制，但抵押人在抵押后履行了通知义务或抵押前告知抵押权人该抵押物已抵押后，仍可将抵押物转让于第三人。此时因抵押物的转让而取得所有权的第三人为抵押物的第三取得人。若债务人未清偿债务使得抵押人行使抵押权，则第三取得人对该物的物权将无法得到保障。

结合韩国民法关于第三取得人的规定，我国也可结合我国法律现状，第三取得人划入法定清偿人代位的范围，给予其在抵押人行使抵押权后，保障其物权的权利。如可以沿用将第三取得人以前主为基准分为经债务人的第三取得人和经实物担保人的第三取得人的观点，划定第三取得人的范围为从债务人处取得担保标的物的人。由此第三取得人与实物担保人之间

[1] 洪凤周，《第三取得人的清偿人代位》，일감法学第 38 辑，第 459-461 页。

的关系可规定为，第三取得人对物上保证人可以代位。同时经实物担保人的第三取得人被视为物上保证人，因此其与物上保证人的追偿应按照物上保证人间的追偿比例确定。同时第三取得人之间，可参照第 482 条第 2 款第 3 项，按各个不动产价额比例，代位其他第三取得人。

Ⅴ.结论

通过对韩国清偿人代位制度的研究，我国可以结合本国的实际情况，建立法定清偿人代位制度。承认利害关系人在清偿后不仅可以行使自己固有的求偿权，在求偿权的范围内也可行使债权人的债权或担保权。并将第三取得人纳入法定清偿制度之中。同时根据韩国民法第 482 条的规定，确定保证人、物上保证人、第三取得人之间的求偿比例：当人保和物保并存时，第三人物保与保证人按照人数比例代位，物上保证人为数人的，除保证人负担的部分，对其剩余额按各财产的价额的比例代位。在存在第三取得人的情形下，第三取得人之间，按各个不动产价额比例，代位其他第三取得人。第三取得人可以代位物上保证人。同时由于经实物担保人的第三取得人被视为物上保证人，因此其与物上保证人的追偿应按照物上保证人间的追偿比例确定。

[1] 宋德洙，《债权总论》，博盈社 2013 年版。

[2] 王利明，《物权法研究》（第三版）（下卷），中国人民出版社 2013 年版。

[3] 程啸，《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权———对<物权法>第 176 条的理解》，政治与法律 2014 年第 6 期。

[4] 郑尚贤、李尚锡，《保证人和物上保证人地位者的偿还者代位》，外法论集 2019 年第 1 期。

[5] 洪春义，李尚来，《从物上保证人与债务人处取得担保不动产的第三人之间的代位关系——以最高法院 2014 年 12 月 18 日宣告的（2011）DA 第 50233 号全员合议庭判决为中心》，法学研究第 46 辑，2015 年。

[6] 洪凤周，《第三取得人的清偿人代位》，일감法学第 38 辑，2017 年。

[7] 金德中，《第三取得者与事物担保人之间的代替偿付》，法学论说第 51 辑，2015 年。

[8] 郑锡泽，《有关代替偿付法律效力的研究》，成均馆大学大学院，博士学位论文，2009 年。

[9] 白庆一，《物上保证人与第三取得人之间的清偿人代位- 大法院 2014 年 12 月 18 日宣判 2011 다 50233 判决》， 民事法学第 72 辑，2015 年。

[10] 裴圣浩，《担保人和物上担保人地位兼得者的清偿者地位的比率》，财产法研究第 5 卷第 1 号，2018 年。

[11] 金英熙，《担保不动产的第三取得人和清偿人代位-大法院 2014 年 12 月 18 日宣告 2011-50233 全员协议会判决》，江原法学第 46 辑。

[12] 诸哲雄，《追偿关系与清偿人代位：其相互关系的比较研究》，民事法学第 23 号，2003 年。

[11] 郑石泽，《关于清偿人代位的法律效果的研究》，成均馆大学大学院，博士学位论文，2009 年。

中韩业主自治法律问题比较研究

丛广林（青岛大学）

摘要：根据现行法律法规，我国的业主自治制度还不够完善，在法律层面、理论研究层面和实践操作层面，均存在较大的进步空间。在对外国法律制度的比较研究中，学者对美国日本的业主自治制度研究较多，较少学者对韩国的业主自治进行深入剖析。本文通过对韩国业主自治制度进行研究，希望可以促进我国业主自治制度的完善。

关键词:业主自治　法律制度　韩国　比较研究

一、业主自治的概述

业主即物业的主人，亦即物业的所有人。在我国交易习惯中，房屋的所有权人被称为业主，业主的房屋被称为物业。我国法律法规对业主概念做出了规定，例如国务院《物业管理条例》第 6 条就规定：“房屋的所有权人为业主”。但是我国并未对业主自治做出明确规定。在学理上，业主自治有广义和狭义之分，广义的业主自治是指业主对自己专有部分的独占使用权，以及形成业主团体对共有部分进行统一的管理，狭义的业主自治仅包括后者。因为物业管理中一般不干涉对业主专有部分的处置，所以本文所称的业主自治作狭义的理解。

关于我国业主自治的法律规范。主要有 2003 年国务院颁布的《物业管理条例》，规定业主为了管理小区公共性事务，有权成立业主大会和业主委员会等自治管理机构。2007 年初，《中华人民共和国物权法》正式通过，专门对业主的建筑物区分所有权做出规定，从法律上确立了建筑物区分所有权这一新型的用益物权种类，承认了业主自治存在的法律前提。

我国业主自治的模式主要有两种，一种是业主通过招投标或选聘方式，将小区物业服务、委托给物业公司，业主进行监督。另一种方式为，业主进行自行管理，不委托任何物业服务企业对小区进行管理、服务，一切关于小区的管理均由业主大会或其执行机构业主委员会决定。此种方式也已经在某些地区进行了试点，也取得了不错的效果。

二、我国业主自治面临的问题

（一）业主自治立法方面的缺失导致的制度缺陷。

目前我国与业主自治相关的规范性文件包括 2003 年国务院颁布的《物业管理条例》、建设部颁布的《业主大会规程》和部分地方性法规和相应的配套文件三大部分，虽然这些法律已经对业主自治的设立运行做出了一些规定，但是仍难以解决实践中业主自治难的问题。存在着业主团体、业主大会、业委会的法律地位不明确，自治组织的制度化建设有待进一步完善等问题。

一方面会导致物业管理整个法律框架失衡；另一方面则是因为现行的物业管理行政法规中有关业主大会选举的规则和程序过于笼统和模糊，一旦政府行政主管部门指导和监督错位或缺位，业主本应享有的选举与罢免业主委员会的权利则无法得到保护，业主自治也就陷入困境。

（二）业主自治的观念淡漠

《物权法》第七十条规定，各区分所有权人对建筑物享有专有部分所有权、共有部分共同管理的权利。然而业主普遍关心的是对专有部分的专有权，对公共事务缺乏参与意识，很多业主住进小区多年，却不知道自己享有哪些业主权利，甚或一部分业主认为，小区内的公共事务不关自己的事，由物业公司或业委会解决。可以从中看出，业主对参与意识是有所欠缺的，业主一方面缺乏权利意识，不知道自己享有可以选举或被选举担任业委会委员的权利。另一方面，业主公益意识不足。业主委员会在一定程度上就是一个公益性组织，是为了维护一个共同生活小区的权益而成立的组织，但大部分业主都有自己的正职，很多人都以时间不足为由而拒绝参与。

三、韩国业主自治的基本情况

（一）业主自治的运行规则及机制

韩国对于业主自治方面的法律规制在多部法律中均有所体现，比如《民法》、《住宅法》、《关于集合建筑物的所有及管理的法律》等。物业管理中所涉及的大部分法律关系，如业主与业主的关系、业主大会和业主委员会的产生、业主与物业公司的关系等等有比较明确的规定。

据韩国法律的规定，业主可以自行管理住宅以及相应的配套设施，也可以交由物业公司管理。这里明确规定了两种住宅管理方式：自行管理与物业管理。换言之，对于住宅的管理只能从二者中选择其一。法律对这两种模式都进行了具体的规定。例如业主的自行管理，法律明确要求成立业主代表会议，其组成成员全部是社区内的业主。我国法律仅仅提倡小区内的业主成立业主大会，而韩国法律不仅要求业主成立业主大会，还要求该团体拥有一定的人力资源以及技术设备，若未达到要求则要受到罚款处罚。目前我国业主大会并不能作为自治主体实现全部的权利与义务。

韩国法律对于物业的管理是以私人意思自治为基础的，其具体表现在业主之间签订的管理公约的上，例如物业管理费的预算确定、使用标准、业主的权利与义务、设施维修等都可以由业主自行协商确定。而对关系到业主重大利益的事项却以强制命令的形式作出规定，例如福利设施的用途、福利设施的安全保障等。总的来说，韩国将房屋的使用、维修、改造活动划分为禁止行为、许可行为，并确立了拘役以及罚款为相应的保障机制。其通过强制命令，明确了行为的划分与责任，以此来引导与规范房屋使用者的活动。韩国对物业的管理更注重业主的公共利益与事后的责任追究，这样就能在最大程度上维护住房管理的公益秩序。

（二）韩国业主自治的特点

1、对从事物业管理的公司、人员均有很高的要求

韩国政府于 1989 年建立了住宅管理师制度，并于 1997 年 1 月 1 日开始对住宅管理实施资格准入。韩国《住宅法》与《住宅法实行令》对管理师制度作出了明确的规定。包括考试的组织与管理、资格的取得、职业情况等都做了比较详细的规定。相比之下，我国物业管理师制度还处于初始阶段，面临着从业人员专业化程度不高、从业人数较少等问题。韩国对物业公司的管理也十分的严格，韩国、日本的物业管理企业均需领取特别的经营许可证才能够从事物业管理，物业公司要具备一定的资金、人力资源，有相应的公司管理制度，并要在相关部门进行登记记录。那些没有达到要求或者违规登记的物业公司要受到 2000 万韩元以下

的罚款，两年之内不允许重新登记。但我国现行法律对此并没有作出明确的规定。

3、较好的发挥中介组织的作用

韩国物业管理发展的一个特点是政府依靠社会中介组织来分别实现对物业管理行业的规范化、程序化和制度化。韩国物业管理的全国性组织则是住宅管理士协会。这些协会一方面为会员提供市场信息、人员培训等服务，另一方面也从事行业规范化的工作。这些全国性的组织的主要任务是帮助业主会推进物业管理的正规化。

2、业主的在自治中参与度和话语权都比较高

比如通过物业公司进行管理的小区，小区每月召集居民开一次业主大会，讨论有关小区安全、服务、卫生等事务，并对事务所的工作进行评价。对不称职的管理人员，居民有权提出罢免建议，使物业管理工作处于群众的监督之下。我国目前业主的参与意识不强，我们身边所能见到的小区，大多数就没有业主大会，即使有业主大会，业主的出席率也非常低。

（三）韩国业主自治给我们的启示

韩国的《关于集合建筑物的所有及管理的法律》的可操作性非常高，规定的非常细，但是操作过程中又给业主留下了一定的自由空间。比如通过将自治组织法人化，使自治组织有了更大的活动空间。充分调动社会组织和业主本人的积极性，使他们广泛的参与到业主自治的进程中。

在保护小业主方面，虽然给自治组织很大的权利，但是业主自治组织规约的设定、变更、废止如果对小业主造成比较大的影响，必须征得其同意。所以在一定程度上保护了小业主的利益，也值得我们学习与借鉴。

四、我国业主自治完善路径

（一）制定专门的业主自治法律规范

虽然现行的《物权法》《物业管理条例》《业主大会和业主委员会指导规则》及其它地方性法规对业主自治有所规定，但并不完善。借鉴韩国业主自治的立法经验，建议由全国人民代表大会或其常务委员会制定专门的《区分所有建筑物管理法》。从而对业主自治进行系统和具体的规范，如业主与业主的关系、业主大会和业主委员会的产生、业主与物业公司的关系等等作出明确的规定。当然，在不违反上位法的前提下，也应当允许各地方的政府结合当地情况作出一定的调整，实行因地制宜。

（二）完善自治机构的制度设计

1、明确业主自治主体的法律地位。目前我国业主自治法律关系的参与者有业主大会和业主委员会，但是这两者都不能称为真正意义上的业主自治主体。首先，法律并没有赋予业主大会民事主体和诉讼主体的资格，使其不能有效的进行物业管理，法律地位尴尬。其次，由于业主委员会并不是由业主全体组成，其很难代表业主的全体意志。所以业主自治面临着主体不明确的困境。

借鉴韩国以及一些发达国家的立法例，我们应当引入业主团体这一概念，赋予其民事主体资格，将登记为作为业主团体的成立要件之一，并完善其内部构造。明确规定业主团体是由全体业主组成的社会团体，以整体管理住宅小区内的物业管理事项。业主大会是其决策机构，业主委员会是其日常执行机构，负责日常事务的执行或物业公司日常的监督。这样设计可以使自治机构的法律地位更加明确，业主委员会对外签订物业管理合同代表的是业主团体

而非每一位业主，业主大会的决策采取社会团体的多数决规则而非共有关系的一致决规则，从而使业主自治真正实现业主整体的自治，也有利于业主维权。

2、规范业主委员会委员候选人提名。借鉴韩国经验对开发商这类大业主在选举中的权利义务应作必要的限制。首先，在业主委员会委员候选人的提名上，应采自愿报名，公开推选的方式，所有业主均可自荐，不应由大业主指定；其次，建设单位或最大业主推荐的业主委员会候选人数与业主委员会候选人总数之比，不应超过建设单位或最大业主所拥有的建筑面积与整个物业建筑面积之比。

3、完善业主委员会的权利监督机制。我国目前法律法规以及规章中，就业主委员会的监督机制只是笼统地赋予业主大会和业主，没有规定可执行的、对业主委员会有约束力的监督机制。可以在小区内设立专门的监督委员会，实行主任负责制，委员会成员经过选举产生，成员资格需经过严格审查，不得连选连任。业主自治机构如此设计便可实现权力制约和平衡，更好地保障了业主的利益。

（三）保护业主的自主选择权

业主有权自主选择物业服务企业，这本是业主自治的题中应有之义，但事实并非如此。在现实中往往是开发商与物业公司签订物业服务合同，业主并没有自主选择权，而是被开发商进行强制搭售。因此在实践中，往往出现小区的物业管理企业就是小区的主宰，业主要听命于物业管理企业，这是很不正常的，是与业主作为建筑物区分所有权人的主体资格不相适应的。所以业主自主选聘物业服务企业是业主自治的当务之急。只有业主可以自主选择物业服务企业，才可以理顺各方的利益关系，是物业公司真正起到物业服务的作用，而不是扮演“管理者”。从而也可以遏制物业服务公司乱收费以及服务差的现象，业主才可以有参与权和话语权，真正可以自治。

（四）规范政府行为

业主自治应当主要是由作为私法的民法进行调整，公权力不应过多的干预。小区内的公共事务由业主在法律框架内，通过民主程序自主决定，这是一种基于私有财产权和业主共同利益之上的业主自主权。我们应该看到，关于业主自治中业主与物业公司或管理人员之间的物业管理法律关系，是私法领域的民事关系，应该由业主和物业管理公司或是管理人员进行合意达成，所以政府不宜过多干预。当然，政府在业主自治中的引导和协助作用也是无法忽视的，我国的业主自治还不是很完善，需要政府对其进行大力的引导。借鉴韩国的业主自治的经验，政府应在物业管理中的职能应定位在制定相关的管理市场准入制度、培养自由竞争的物业管理市场、监督物业公司的经营行为、对违法及违规行为进行处罚并对业主自治机构的组建提供指导和协助方面，使广大业主的自治观念将逐步加强，自治能力也将不断提高。

综述，我国的业主自治还处在不断完善的阶段上，通过对韩国的业主自治法律问题的研究，我们既了解了国外业主自治的基本情况，也加深了对业主自治进一步发展的认识，对推动我们的业主自治制度的完善大有裨益。我们应该借鉴韩国在业主自治方面已经比较成熟的法律制度，并将其改造成适合我国实践的法律规范，推动我国业主自治制度的完善。

参考文献

[1]王利明.论业主的建筑物区分所有权的概念[J].当代法学，2006(05).

[2]张敏.小区业主自治实践的困境与对策分析[J].科技经济导刊，2019，27(05):185-186.

[3]周珂.住宅立法研究[M].法律出版社，2008.

[4]荣川豆.业主委员会制度与城市居民自治的关系研究[J].法制与社会，2018(36).

[5]陈方秀.我国现代住宅小区物业管理中的业主自治[J].法学杂志，2006(05).

[6]韩增辉，周珂.物业管理中的业主自治机构法律性质浅析[J].法学杂志，2005(03).

[7]谢怀栻著.外国民商法精要[M].法律出版社，2006.

朝鲜的国际商事纠纷解决机制

张元奎(韩国法制研究院)

I. 前言

当今朝鲜的对外环境在多维度扩大并发展国际商事交易的同时，增加贸易协商相对国，与多国市场和企业为对象，概括性的提起贸易问题，营造出可以讨论协商的有利条件。[1]并且， 金正恩朝鲜国务委员长称“要把本国尊严和利益放在首位，主动的多角度发展对外关系，与资本主义国家也要进行多方面的交流和合作”。[2]

随之而来的，国际商事交易中信用的重要性被不断强调。在国际商事交易中，守信用一向被视为是对外贸易活动的生命，[3] 同时也是为圆满的完成社会上主义对外贸易使命和任务的重要要件。[4] 也就是说，对生产手段的社会需求和基于集体主义的朝鲜社会主义经济体制下，个别的贸易公司的贸易活动结果会直接和人民经济的其他部门的生产活动和计划性发展产生影响。[5]所以贸易企业若在贸易往来中不遵守信用，朝鲜会在建设经济强国和提高人民生活水平上受到不少影响。

国际商事交易中很难避免纠纷。即使拟定再缜密的合同，也会因贸易双方的文化背景及其语言差异，经常会产生纠纷。当然因情势变更，一方当事人无法履行合同义务的情况也时有发生。当事人所处国家的法律制度差异也是引起纠纷的原因之一。在国际商事交易领域，解决纠纷的方式大致可分为诉讼或像仲裁似的代替式纠纷解决机制。但是直到今天，后者更被重视。这一点在国际贸易领域还是商事领域相关的国际规范上也显而易见。

---

1 김현철, “현시기 대외무역협상사업을 개선하는 것은 대외무역발전의 필수적요구”, 경제연구 제2호 (2019), 45쪽.

2 위의 글, 44쪽.

3 김홍일, “대외무역에서 신용을 지키는 것은 대외무역발전의 중요한 요구”, 우리나라무역 제3호 (2016), 6쪽.

4 위의 글, 7쪽.

5 위의 글, 7쪽.

国际商事交易的当事人一般包括国家、法人、自然人。国际商事交易从其性质上说是贸易政策不同的当事人之间的活动，或者是以其国籍、住所为标准的，受制于不同国家法律秩序的当事人之间的活动。但是国家和自然人作为国际商事主题参加的情况不多，一般都是法人之间的交易。

贸易争端的解决主要包括涉及起诉程序的 WTO 协定，投资仲裁领域的《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, ICSID 公约)。与此相反，在国际商事领域，还没有可以解决的纠纷的国际性统一规范。

与此相关的朝鲜文献区分国际经济关系和对外经济关系，前者比起后者范围更广。[1]即国际经济关系不仅包括本国和他国之间的经济关系，还包括国家、国际经济组织，法人、自然人之间的多层面的经济关系。例如因朝鲜和其他国家在政府层面上缔结的贸易及支付协定、投资保护及奖励协定、企业单位签订的商品买卖合同或合营合同、输送合同等引发的权利义务关系就属于此。相比较起来，对外贸易（통상）、投资、商事相关领域的纠纷解决程序，都按各自不同的需求，发展起来。他们虽具有共同点，但追求的目标、当事人、适用方法等都不同，但这也不妨碍他们彼此提供借鉴点。[2]

朝鲜虽不是世贸组织 WTO 的成员国，但在此想通过朝鲜文献里与 WTO 协定、[3]国际商事交易相关的《国际统一私法协会 UNIDROIT 国际商事合同通》[4]《联合国国际贸易法委员会仲

1 강정남, "국제경제법에 대한 일반적 리해", 김일성종합대학학보: 력사, 법학 제 45 권 제 3 호 (1999), 71 쪽.

2 국제통상, 외국인투자, 국제거래 영역에서 분쟁해결절차를 각각 비교 및 분석하고 있는 것으로 김성룡/안건형, "상사중재와 투자조약중재에 관한 비교연구", 중재연구 제 24 권 제 1 호 (2014); 석광현, "국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제상사중재", 서울대학교 법학 제 55 권 제 2 호 (2014); 이재민, "국제분쟁해결절차의 비교법적 고찰 - 국제통상.투자.상사 분쟁해결절차의 공통점 및 상이점과 그 제도적 함의", 서울대학교 법학 제 55 권 제 2 호 (2014); 장승화, "국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제통상 분쟁해결절차 - WTO 분쟁해결을 중심으로", 서울대학교 법학 제 55 권 제 2 호 (2014); 신희택, "국제분쟁해결의 맥락에서 본 국제투자중재 - ICSID 협약에 의한 투자협정중재를 중심으로", 서울대학교 법학 제 55 권 제 2 호 (2014) 참조.

3 손경원, 국제무역분쟁해결제도, 사회과학출판사, 131~144 쪽.

4 박영일, "국제거래계약의 유니드르와원칙에서 규제한 계약상의무의 종류와 그의 판단기준", 법률

裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)[1]、ICSID 公约、[2]《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)[3]等对应的相关内容。

本文通过地域学角度，从朝鲜的对外经济和地域法治层面上考察朝鲜在国际商事纠纷解决的相关立法。并以此为基础思考如何在国际商事交易中避免及解决纠纷。

II. 从地域学角度对朝鲜对外经济的理解

金日成前朝鲜主席的教诲称"贸易在为我国加快建设社会主义国家并和其他国家发展友好合作关系上起着非常重要的角色"[4]；金正日朝鲜前国防委员长的指示"我国不仅要与社会主义国家与资本主义国家也要扩大贸易往来"，"在贸易往来中收益性高，销路稳定的话，不管是哪国市场都要打入"[5]；这些都显明，朝鲜文献强调对国际贸易和国际贸易合同法概念的准确理解，并强调规制的对象和特征及合同内容的理解。[6]

根据大韩民国外交部，到 2015 年 12 月为止，与朝鲜民族主义人民共和国（朝鲜）建立外交关系的国家包括如下的 160 个国家。[7]其中与朝鲜单独建立外交关系的国家有 3 个（古巴、 马其敦、叙利亚 ）。

〈表〉朝鲜建交国家现状

地区	国家
亚洲地区 (26 个国家)	瑙鲁、尼泊尔、新西兰、东帝汶、老挝、马来西亚、马尔代夫、蒙古、缅甸、瓦努阿图、孟加拉国、越南、文莱、斯里兰卡、新加坡、阿富汗、印度、印度尼西亚、中国、柬埔寨、泰国、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、斐济、菲律宾、澳大利亚

연구 제 4 호 (2018), 37 쪽 이하.

1 김운남, "국제투자중재에서 유엔국제무역법위원회 중재규정의 적용범위", 김일성종합대학학보: 력사, 법학 제 63 권 제 4 호 (2017), 154 쪽 이하.

2 지서향, "국제투자분쟁해결센터중재에서 중재신청에 대한 리해", 법률연구 제 4 호 (2018), 39 쪽 이하.

3 손경원, "국제경제거래에서 불가항력적사유에 대하여", 사회과학원학보 제 2 호 (2007), 18 쪽 이하.

4 김일성전집 34 권, 197 쪽; 홍철화, "국제무역계약법에 대한 일반적리해", 사회과학원학보 제 4 호 (2005), 37 쪽 재인용.

5

6 홍철화, 위의 글, 37 쪽 이하.

7 대한민국 통일부 통일교육원, 2017 북한 이해, 2016, 99 쪽; 대한민국 외교부, 2016 외교백서, 426 쪽.

美洲地区 (24 个国家)	圭亚那、危地马拉、格林纳达、多米尼加共和国、多米尼克国、墨西哥、 巴巴多斯、巴哈马、委内瑞拉、伯利兹、巴西、圣罗西亚、圣文森特和格林纳丁斯、圣基茨和尼维斯、苏里南、安提瓜和巴布达、牙买加、智利、加拿大、哥伦比亚、特立尼达和多巴哥、秘鲁、古巴
欧洲地区 (49 个国家)	希腊、荷兰、挪威、丹麦、德国、拉脱维亚、俄罗斯、罗马尼亚、卢森堡、立陶宛、列支敦士登，黑山、摩尔多瓦、马耳他、比利时、白俄罗斯、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚，塞浦路斯、圣马力诺、塞尔维亚、瑞典、瑞士、西班牙、斯洛伐克、斯洛文尼亚、亚美尼亚、冰岛，爱尔兰、阿塞拜疆、阿尔巴尼亚、英国、奥地利、乌兹别克斯坦、乌克兰、意大利、格鲁吉亚、捷克共和国、哈萨克斯坦、克罗地亚、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、土耳其、土库曼斯坦、葡萄牙、波兰、芬兰、匈牙利、马其顿
中东地区 (16 个国家)	黎巴嫩，利比亚，摩洛哥，毛里塔尼亚，巴林，阿拉伯联合酋长国，阿尔及利亚，也门，阿曼，约旦，伊朗，埃及，卡塔尔，科威特，突尼斯，叙利亚
非洲地区 (45 个国家)	加纳，加蓬， 甘比亚、几内亚，几内亚比绍，纳米比亚，尼日利亚，南非，尼日尔，利比里亚，莱索托，卢旺达，马达加斯加，马拉维，马里，毛里求斯，莫桑比克，贝宁，布隆迪，布基纳法索，圣多美和普林西比， 塞内加尔，塞舌尔，索马里，苏丹，塞拉利昂，安哥拉，厄立特里亚，埃塞俄比亚，乌干达，赞比亚，赤道几内亚，中非共和国，吉布提，津巴布韦，乍得，喀麦隆，佛得角，肯尼亚，科摩罗，科特迪瓦，刚果，刚果民主共和国，坦桑尼亚，多哥
共计	160 个国家

尽管与上述国家建立了外交关系，但朝鲜的最大贸易国仍然是中国。 在 2017 年，与中国的贸易占据了整个对外贸易的 94.75%，接着依次是俄罗斯、印度、菲律宾、斯里兰卡。在中国尤其是东北三省是朝鲜和中国贸易（例如一般贸易、边境贸易、中介贸易、仓储贸易、域外加工、保税或委托加工等）的核心。

因国际社会的经济制裁等原因，朝鲜对中国出口规模虽呈现出逐年下降的趋势，[1]但从上述图表中仍可以看出朝鲜和中国之间的贸易依赖度可以说在不断深化。朝鲜对中国出口中，东北三省的比率在 2013 年约占 50%，但在 2017 年随着中国强化对朝鲜制裁其比重变得

[1] 북한 무역에 대한 유엔 안보리 제재의 유예기간이 대부분 2017 년 종료됨에 따라 2018 년부터 제재가 본격적으로 이행되었으며, 그 결과 2018 년 북한은 중국과의 무역에서 사상 최대의 적자를 보이고 있다고 한다. 최장호/최유정, "2018 년 북·중 무역 평가와 2019 년 전망", KIEP 오늘의 세계경제 Vol. 19 No. 6 (2019), 4 쪽.

更大。[1]

〈表〉2017 年度朝鲜的 10 大贸易国[2]

(单位：$千, %)

顺序	国家名称	朝鲜出口		朝鲜进口		进出口合计		比重	前年排序
		金额	增减率	金额	增减率	金额	增减率		
1	中国	1,650,663	-37.3	3,608,031	5.4	5,258,694	-13.2	94.75	1(-)
2	俄罗斯	3,664	-58.6	74,177	9.0	77,841	1.2	1.40	2(-)
3	印度	13,442	-8.4	41,692	-5.9	55,134	-6.5	0.99	3(-)
4	菲律宾	5,700	-64.7	13,841	-52.0	19,541	-56.5	0.35	5(↑1)
5	斯里兰卡	9,663	7.9	2,160	-38.8	11,823	-5.3	0.21	9(↑4)
6	巴基斯坦	11,341	-55.9	0	-	11,341	-55.9	0.20	6(-)
7	香港地区	6,072	61.8	3,145	-50.0	9,217	-8.2	0.17	13(↑6)
8	墨西哥	6,103	-9.2	487	-21.1	6,590	-10.2	0.12	18(↑10)
9	埃塞俄比亚	5,213	139.3	924	-34.2	6,137	71.3	0.11	28(↑19)
10	莫桑比克	5,897	-31.3	115	71.6	6,012	-30.5	0.11	14(↑4)

자료원 : KOTRA

III. 地域法制角度上对朝鲜法的理解：国际商事纠纷的解决

1. 国际商事交易与合同

国际商事交易指不同国家之间以商品交换为一种形态的，带有涉外因素的当事人之间在等价补偿原则下以商品交换为中心进行的财产交易活动。[3] 这里的商品不仅包括具有一定模样与大小的有体物，还包括具有一定财产价值的可以交换的所有东西。也就是说具有一定的财产价值，并在其他所有关系当中带有交换价值的话就是商品，属于国际交易的对象。从这一点上商品既包括物品、资本、技术、劳力及服务。

国际商事合同法作为规制国际商事中合同关系的法，是管理具有涉外因素的当事人之间，以交换一定商品、资本、服务为内容形成的社会关系的规范及规定的总和。[4] 现实中进行国际商事交易，从国际商事合同的签订到履行，一般伴随着无数问题。这些问题不是仅靠哪一方当事人的主张或要求就能得到解决的，而是依据法律规定得到解决。[5] 这种情况下根

[1] 정형곤, "2018 년 북한의 대외무역 평가와 전망: 최근 5 년간 북중무역 비교를 중심으로", KDI 북한경제리뷰 2019 년 2 월호, 53 쪽.

[2] KOTRA, 2017 북한 대외무역 동향, 2018, 12 쪽.

[3] 홍철화, "국제무역계약법에 대한 일반적리해", 사회과학원학보 제 4 호 (2005), 37 쪽.

[4] 위의 글, 38 쪽.

[5] 위의 글, 38 쪽.

据国际商事合同的要求主张法律事实，或者通过诉讼或仲裁解决问题。

与国际商事交易相关的朝鲜法制包括对外经济合同法，[1]贸易法，[2]加工贸易法[3]。对外经济合同法以贡献于严格树立缔结和履行对外经济合同的纪律和秩序，保护合同当事人的权利和利益，扩大和发展同世界各国的经济合作与交流为目的（该法第 1 条）。为此对外经济合同法规定对外经济合同的缔结、履行的程序和方法（该法第 8 条）。尤其设置了“在朝鲜领域内创设外国投资企业，或签订海外投资相关合同及交易额高或具有国家性意义的合同的应获得中央贸易领导机关或相关机关的承认（该法第 11 条第 1 款）”的义务性规定。并且规定“在这种情况下，在签订该合同之前应向中央贸易领导机关提交合同书草案并得到合意（该法第 11 条第 2 款）”，这是在 2008 年修订中追加的内容。而且危害国家安全或有损于经济利益的合同，以欺诈或胁迫签订的合同不发生效力（该法第 18 条）。另外，因不可抗力无法履行合同的部分或全部的情况下，免除违约责任（该法第 40 条 ）。这些适用于对外经济合同中的贸易、投资、服务相关的合同（该法第 2 条），对外经济合同的朝鲜方当事人无关乎是否获得对外经济贸易许可，相关机关、企业、团体都可以成为当事人（该法第 3 条）。国家应当尊重在对外经济相关领域与其他国家缔结的条约及国际惯例（该法第 5 条）。

贸易法以在贸易事业上建立严谨的制度与秩序，保障对外市场的扩张与贸易收支的平衡，发展人民经济为目的（该法第 1 条）。贸易应根据人民经济计划和合同进行（该法第 5 条）。根据贸易领域的协定，依缔结相对方的相互性原则，给予最惠国待遇或者自国民待遇（该法第 7 条）。贸易往来由中央贸易领导机关获得营业许可的机关、营业所、团体来进行（该法第 11 条）。中央贸易领导机关要简化贸易往来相关手续，保障贸易往来的便利性（该法第 45 条）。

加工贸易法以建立严谨的加工贸易制度和秩序，增加外汇收入，扩大发展对外经济交流

[1] 1995 년 2 월 22 일 최고인민회의 상설회의 결정 제 52 호로 채택되었고, 최근 2008 년 8 월 19 일 최고인민회의 상임위원회 정령 제 2842 호로 수정보충되었다.

[2] 1997 년 12 월 10 일 최고인민회의 상설회의 결정 제 104 호로 채택되었고, 최근 2015 년 12 월 23 일 최고인민회의 상임위원회 정령 제 849 호로 수정보충되었다.

[3] 2000 년 12 월 26 일 최고인민회의 상임위원회 정령 제 1978 호로 채택되었고, 아직까지 수정 또는 보충된 바가 없다.

为目的（该法第 1 条）。加工贸易可以在多个地区进行，但保税加工贸易只能在罗先经济贸易地区等特殊经济地区进行（该法第 4 条）。对申请加工贸易的审议由中央贸易领导机关进行，但像罗先经济贸易特区等特殊经济地区由地区管理运营机关审议（该法第 10 条）。

贸易法和加工贸易法都规定了纠纷解决机制，并都明示可以以协商或以朝鲜的仲裁或诉讼解决纠纷（贸易法第 51 条，加工贸易法第 42 条）。与此相反，对外经济合同法规定可以由协商、朝鲜的仲裁程序、或第三国的仲裁机关来解决纠纷（该法第 42 条）。对外经济仲裁法还进一步规定，对外经济纠纷当事人可以在仲裁程序的（原文表述为：仲裁事件取缔处理的）任何阶段随时可以和解（该法第 47 条第 1 款），也可以以斡旋（conciliation）的方式解决纠纷（该法第 48 条第 1 款）。 这时的友好解决（amicable settlement）决定和斡旋决定对该案件的裁决具有相同的效力（该法第 47 条第 3 款，第 48 条第 2 款）。

另外，在经济开发区法第 7 章、罗先经济贸易地区法第 8 章， 黄金坪岛、威化岛经济地区法第 7 章都分别共同规定了依申诉、斡旋、国际仲裁、诉讼解决纠纷的方法。但是，在金刚山国际旅游特区法第 6 章规定，协同行政、刑事上的制裁，通过当事人之间的协商或根据达成合意的仲裁程序，又或朝鲜的仲裁程序解决纠纷。

如上所述，朝鲜的国际商事交易法制包括贸易法，根据贸易关系法规范和规定建立起来的贸易事业体系和秩序的总和。这些具有行政法、民事法、国际法性质。这种行政法性质的内容在贸易事业体系，贸易公司的组织和活动、贸易的规划性、进出口的承认等表现于国际商事交易法制中。[1]朝鲜的国际商事交易法制具有行政法层面的性质和内容，这来自于国家对对外贸易实现统一的指导和控制的社会主义经济制度的根本要求。

因为由民事法律关系规制着贸易业务机关之间的关系，所以难免朝鲜的国际商事交易法制带有民事法的性质和内容。这其实也来自于合理的进行贸易管理的需求。民事法律关系表现在进出口货物的供给和对外交易，委托贸易及贸易货物运输相关合同的签订、由此引发的当事人之间的权利义务、合同履行过程中发生损害的情况下，由过失一方支付违约金或承担损害赔偿责任；纠纷通过仲裁或诉讼解决等方面。[2]具有诸如此类的民事法的性质和内容，

[1] 리종열, “공화국무역법제도의 법률적특성”, 사회과학원학보 제 2 호 (2007), 21 쪽.

[2] 위의 글, 22 쪽.

是因为社会主义思想还残留在人们的脑海里；整个社会能够生产物质财富，也还没有达到可以根据能力进行相应分配的程度；即使是国营企业相互间仍保持独立性去进行经营活动，彼此之间的财产往来也严格遵守等价计算原则来进行的；诸如此类的社会主义过渡期的特征导致的。[1]

朝鲜的国际商事交易法制具有国际法的性质和内容是基于认识到公认的国际商事交易条约和公约，贸易习惯等的重要性为前提的。在此朝鲜和其他国家缔结的贸易协定和商品交货一般条件，包括国际铁道运输协定的双边及多边条约和国际上公认的商品买卖相关的国际公约、贸易术语的解释相关的国际规则，海上货物运输相关的纽约公约等都属于此类。[2]

与此同时朝鲜的国际商事法制规定在对外经济往来中要尊重公认的国际法和贸易习惯，正确履行国际商事合同中的权利和义务。

朝鲜文献强调在签订国际商事合同时准据法的重要性。[3]准据法在认定国际商事合同成立与否及其认定法律效力上适用的一定的实体法规范。从这一点上，根据约定哪个法为国际商事合同的准据法，即可使当事人在国际商事交易中获得利益也可因此受到损失。因此约定最大限度的使朝鲜和人民获利的法为准据法尤为重要。[4]当然要同时充分考虑国际商事交易中其他参与国当事人的要求，确定准据法也被认为相当重要。[5]但是这并不意味着将朝鲜的国家利益和其他国家当事人的要求适当配合的方式确定准据法。另外，有利于正确解决合同纠纷的法会确定为准据法，这一点也非常重要。[6]国际商事合同中的当事人事先预见纠纷的发生，并把有利于自己的法约定为准据法显得格外重要。合同纠纷的解决可以依当事人的本国法和住所地法，合同签订地法和履行地法，标的物所在地法等，除此之外，国际商事交易及纠纷解决相关的国际惯例或条约也可成为准据法适用。

1 위의 글, 22 쪽.

2 위의 글, 22 쪽.

3 박희철, "무역계약의 준거법을 정확히 규정하는데서 나서는 중요한 요구", 법률연구 제 4 호 (2018), 33 쪽 이하.

4 위의 글, 33 쪽.

5 위의 글, 34 쪽.

6 위의 글, 34 쪽.

2. 国际商事纠纷和其解决制度的本质

国际商事交易中可能发生的具体纠纷可能是品质、数量、价格、交付、包装、装船、保险、结算、投诉及仲裁等的问题。这样的国际商事纠纷作为贸易过程中发生的法律上的纠纷，具有涉外因素的商品、资本、服务、技术的国际间移动相关，引发的合同及法律解释，适用和履行上的纷争。国际商事纠纷的具有法律性质是因为国际商事交易本身基于合同或是国际商事相关法律，其进程受到法律保护，包括发生、变更、消灭法律权利义务关系的过程的事实有关。因此国际商事交易相关的合同或是法律没有要求当事人的非法理之争，尤其是纯粹的经济、商业上的利害关系冲突，有关确定事实关系等的问题不属于国际商事纠纷。

一般而言，私人之间发生纠纷时，有如下方式或过程。尤其是不以国家公权力为基础进行严格和具体的诉讼的，称之为替代性纠纷解决方式（ADR）。[1]

<표>纠纷解决方式

种类	主要内容
放弃索赔(waiver of claim)	不及时表示损害赔偿的意思，不行使请求权。当事人之间可以维持长期的持续性交易。
友好解决(amicable settlement)	当事人之间直接根据相互平等协商，寻找妥协点。
调解(intermediation)	由双方交付第三机关，第三者介入寻找妥协点
调停/斡旋 (conciliation)	双方选任第三者为斡旋者解决纠纷。
仲裁 (arbitration)	根据纠纷当事人之间的协议，不以法定诉讼程序，选任第 3 人为仲裁员，顺赋予裁决解决纠纷
诉讼(litigation)	作为国家机关的法院依强制力解决国际纠纷的最终解决手段

在国际商事交易逐渐扩大，纠纷不断的情势中，为保护朝鲜的经济利益捍卫对外权威，

1 그밖에 다양한 대안적 분쟁해결방안으로 조정중재(mediation-arbitration), 간이심리(mini-trial, neutral adviser), 사적 판결(private judging, rent-a-judge), 최종제의중재(final offer arbitration), multi-door-courthose 등이 있다, 목영준, 상사중재법, 박영사, 2011, 5 쪽.

朝鲜文献强调国际商事仲裁的重要性。[1]国际商事仲裁的本质是当事人自治为基本原理的非权力性活动。这种以当事人自治为基本原理是指，根据纠纷当事人之间的自由意思表示和要求，从事件的提起到裁决（判决）[2]的执行整个纠纷解决程序均有当事人直接决定，并自发的顺服于该决定的意思。[3]而且，为解决国际商事纠纷的仲裁活动在整个程序当中，都秘密进行不对与事件无关的人员披露，其记录与裁决不对外公布。[4]

3. 对外经济仲裁法的特征及趋势

对外经济仲裁法为了正确审理和解决对外经济纠纷，保护纠纷当事人的权利和利益，在1999年7月21日于最高人民会议常任委员会，依据政令第875号制定。[5]之后在2008年7月21日和2014年7月23日分别经过修订和补充（最高人民会议常任委员会政令第2806号和第92号）。该法的常设仲裁机关为朝鲜国际贸易仲裁委员会，朝鲜海事仲裁委员会，朝鲜软件仲裁委员会（该法第3条）

该法中的对外经济仲裁是指根据当事人之间的仲裁协议，由仲裁委在“对外经济活动过程” 中发生的纠纷以裁决方式解决的纠纷解决制度（该法第2条第1号）。与此相反，在2008年修订补充的内容中则表示，以“对外经济交易过程”中发生的纠纷为对象。作为对外经济纠纷的解决原则规定了客观性、科学性、公正性、迅速性（该法第6条）。国家在对外经济仲裁事件的处理上彻底保障仲裁委的独立性（该法第10条第1款），除本法规定外，不得干涉仲裁事件的处理（该法第10条第2款）。事后仲裁协议与事前仲裁协议一同被予以承认（该法第12条）。当事人一方提起仲裁协议时，另一方不否认的情况；被告不否认原告

1 김지혁, “국제무역중재의 본질과 특징”, 사회과학원학보 제3호 (2001), 35쪽.

2 북한에서 ‘재결’이란 인민경제계획 및 계약규율 위반과 관련하여 제기된 문제를 심리하고 해당한 법규범을 해석 적용하여 내린 중재원의 최종적인 결론을 말하며, ‘결정’이란 중재사건 처리 과정에 제기되는 절차상 문제의 해결과 관련하여 내린 중재원의 결론을 말한다, 최 영, “중재수속에서 재결, 결정집행의 특징”, 정치법률연구 제2호 (2005), 29쪽.

3 김지혁, 위의 글, 35~36쪽.

4 위의 글, 38쪽

5 이전에는 1956년 11월 24일에 내각비준으로 「조선국제무역촉지위원회직속 중재위원회에서의 사건심리규정」에 따라 외국과의 상품구매 및 판매, 위탁계약으로부터 발생하는 보상청구와 관련한 분쟁, 수송, 보험, 보관 및 기타 업무와 관련한 분쟁들을 중재의 방법으로 해결하였다, 손경원, 국제무역분쟁해결제도, 사회과학출판사, 2003, 216~217쪽.

提起的仲裁，提交抗辩书的情况，即使没有书面协议也可认定为有仲裁协议（该法第14条）。在提起仲裁之前或案件接收阶段，一方当事人向仲裁委员会、仲裁庭、裁判机关申请提起财产保全措施，中止程序等临时措施，相关机关对此予以承认的，并不违反仲裁协议（该法第16条）。决定这些临时措施时，可以要求当事人提供担保（该法第31条）。纠纷当事人可以委托外国人作为代理人，提起仲裁或者进行抗辩（该法第19条）。

最近对外经济仲裁法于2016年8月10日经过修订（最高人民会议常任委员会政令第1245号）。只不过此次修订只停留在字句修订程度上。

〈表〉对外经济仲裁法新旧法比较

2014年对外经济仲裁法（修订补充）	2016年对外经济仲裁法（修订）
第13条（仲裁协议的形式） 当事人的仲裁协议须采取书面形式。 当事人盖章的文件或者当事人之间接收的书信，传真，电子邮件等反映仲裁意思相关内容时和即使通过口头或者行为或其他手段或形式进行了仲裁协议，其内容被记载或依证据被确认时，可以被认定为有仲裁协议。	第13条（仲裁协议的形式） 当事人的仲裁协议须采取书面形式。 当事人的仲裁协议须采取书面形式。 当事人盖章的文件或者当事人之间接收的书信，传真(读音变化)，电子邮件等反映仲裁意思相关内容时和即使通过口头或者行为或其他手段或形式进行了仲裁协议，其内容被记载或依证据被确认时，可以被认定为有仲裁协议。
第31条(临时措施) 仲裁委员会或仲裁庭就解决纠纷相关，可以决定财产保全处分、诉讼中止等临时措施。这时可以要求当事人提供与临时措施相当的担保。 （以下省略）	第31条(临时措施) 仲裁委员会或仲裁庭就解决纠纷相关，可以决定财产保全措施、诉讼中止等临时措施。这时可以要求当事人提供与临时措施相当的担保。 （以下省略）
第61条(裁决的执行申请) 负有责任的当事人不及时履行或不诚实履行裁决中指出的义务时，另一方当事人可以直接或者通过仲裁委员会向裁判机关又或相关机关申请执行裁决。 （以下省略）	第61条(裁决的执行申请) 负有责任的当事人不及时履行或不诚实履行裁决中指出的义务时，另一方当事人可以直接或者通过仲裁委员会向裁判机关或相关机关申请执行裁决。 （以下省略）

第65条（对其他国家仲裁庭裁决的拒绝执行事由） 如被证明有如下事实，可以拒绝执行其他国家仲裁庭所做的裁决。 1. - 6. （省略） 7. 裁决的执行危及共和国的主权和安全，危害社会秩序的事实。	第65条（对其他国家仲裁庭裁决的拒绝执行事由） 如被证明有如下事实，可以拒绝执行其他国家仲裁庭所做的裁决。 1. - 6. （省略） 7. 裁决的执行危及共和国的主权和安全，违反社会秩序的事实。

4. 国际商事纠纷中当事人的适格性问题

当事人适格性概念是指为了决定——什么样的当事人有资格和能力可以作为实际纠纷的当事人参与进来的，客观标准。国际商事交易中，当事人适格由国际商事交易相关的国际条约、协定，个别国家的国内法来规定。具体的当事人适格将会在当事人之间的合同书上明示或者默示。由此可以看出，当事人适格问题不是国际商事交易当事人之间可以随意解释和决定的问题，当事人之间的任意行为无效。

例如，与朝鲜的贸易公司进行交易的资本主义国家贸易企业中，有一些企业一旦发生纠纷，就任意解释朝鲜贸易公司的法律地位和贸易管理体系，就算该贸易纠纷纯属企业双方之间发生的矛盾，也将朝鲜政府作为纠纷当事人提起诉讼或仲裁。对此，朝鲜文献表示“在国际商事纠纷的当事人适格性问题上，不管是以国际法及国内法的要求来看，还是以国际商事习惯来看，俨然都是无效行为，应当被视为是亵渎政府的一种行为”来认定。[1]为了认定国际商事纠纷中当事人适格，该纠纷当事人与纠纷所产生的损害之间要有因果关系；该损害不能是由非法律性质的交易引起的；该纠纷事项必须是有实现可能性的。签订国际商事合同时，国际公约缔约国法人与非缔约国的任意当事人为了交易进行了投资，之后因该国的政府措施导致交易被中止，由此引发的损害该视为不可抗力的损害，还是应以政府为对象提起损害赔偿之诉，是个问题。

另一方面，从国际裁决的案例来看，像地方自治团体似的国家的所有、支配可以直接影响到他们时，则被看成是缔约国之间的争端；像企业形态的非国家机关，考虑到国家的所有

[1] 손경원, 국제무역분쟁해결제도, 사회과학출판사, 2003, 14 쪽.

与支配间接地影响到他们以及构造功能等来判定。[1]在这一点上，纠纷当事人企业依法成立，国家机关拥有绝对股份，其成立目的为履行地方自治团体的统治职能、培育新产业、提供补助金等履行国家典型的任务时，则属于国家的代位机关。另外，接受中央行政部委托的地方自治团体或公共企业成为合同主体后签订的合同等可以包括在国家合同的范畴内。然而，合同纯粹的商业目的层面不受两者投资协定（BIT）保护，单纯商业性合同没有国际救济的必要。

5. 外国仲裁裁决的承认与执行可能性

因为朝鲜并不是《承认及执行外国仲裁裁决公约》（New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10. 1958)）的当事国，仲裁裁决的执行并不能得到国际法上的保障。但是朝鲜对外经济仲裁法上规定“其他国家的仲裁庭所下的裁定依据共和国的相关法律法规进行承认与执行”（该法第 64 条）。原则上承认和执行程序依据民事诉讼法中的裁判管辖一般原则进行。但不同于国际民事诉讼程序的一般原则，只以较简单的形式和方法进行判断。另外，若在仲裁国管辖法院有被提起裁决撤销诉讼或停止其效力的诉讼的可能性的话，该事实也在承认与执行国相关管辖法院所提起的话，即使具备了承认与执行国的相关承认与执行要件的执行请求诉讼，也不得草率的做出执行判决，应该延期至仲裁国法院进行中的诉讼程序终结或直接中止审理。

像这样，对外国仲裁的承认和执行从本质上来看是对外国仲裁制度的认可，也是国际合作范畴所以在法律上做出了明确的规定。外国仲裁裁决的承认及执行活动包括对外国仲裁裁决的承认及执行与否的审判与裁决的执行。即，外国仲裁裁决的承认以及执行活动仅仅是对该外国仲裁裁决的承认与执行是否违背执行国的国内法以及公共秩序、风序良俗，进而执行其裁决是否也无妨的审理，而对该裁决的理由以及妥当性则不进行审理。[2]朝鲜对外经济仲

[1] 김여선, “한.중 투자보장협정의 투자자와 정부간 분쟁해결 제도”, 통상법률 제 87 호 (2009), 90~91 쪽. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Jan. 25. 2000, paras. 78~79. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16. 2001, paras. 31~35.

[2] 손경원, 국제무역분쟁해결제도, 사회과학출판사, 2003, 112 쪽.

裁法规定,对其他国家仲裁庭做出的裁决拒绝执行事由之一是"裁决的执行有悖于共和国主权,安全和社会秩序"(该法第 65 条第 7 号)。

可以肯定的是,在其他主要国家,也明确规定了外国仲裁裁决承认及执行的标准,而如何看待这个标准则取决于各国政策如何。外国仲裁裁决的内容上通常都包含了对财产履行的要求,而关于履行的形式和方法、执行的对象等,对此的承认和执行要采取不违背执行国的法律以及公共秩序上不特别禁止的形式、方法和对象。

IV. 结论:国际商事纠纷的预防、解决的整合性保障与预见可能性

前朝鲜国防委员长金正日指示过"就算是属于资本主义的东西,我们也要站在主体的立场上吸收好的部分并把它变成我们自己的",[1]在朝鲜文献里也可以看到探讨与国际商事交易相关的国际法规与法理的内容。

一个国家法院在管辖国际商事交易中产生的纠纷时会有局限性。在朝鲜文献里可以看到,在满足本国利益的同时,按照国际法制要求来顺利地解决国际商事纠纷是一项重要任务。例如,国际投资纠纷解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)[2]被视为仅追求发达国家一方利害关系的,不公正的纠纷解决程序;与此相反,联合国国际贸易仲裁委员会(UNCITRAL)的仲裁规则为纠纷当事人提供可以对仲裁程序顺利达成合意的法律基础,因此被信赖。[3]

国际商事合同签订的承认问题

朝鲜对外经济合同法上的对外经济合同是指贸易、投资与服务相关的合同。与此同时,与贸易纠纷相关的仲裁协议等也需要获得中央贸易领导机关或者相关机关的同意,从这一点

[1] 손경원, "국제경제거래에서 불가항력적사유에 대하여", 사회과학원학보 제 2 호 (2007), 18 쪽 재인용.

[2] 1965 년 세계은행(World Bank) 주도로 ICSID 협약이 발효되었고, 이 협약에 따라 1966 년 10 월 14 일 미국 워싱턴 D.C.에 세계은행 산하기구로 국제투자분쟁해결센터가 설립되었다.

[3] 김운남, "국제투자중재에서 유엔국제무역법위원회 중재규정의 적용범위", 김일성종합대학학보: 력사, 법률 제 63 권 제 4 호 (2017), 154 쪽.

来看,这些机关有过度干预当事人纠纷解决合意的可能性。[1]从仲裁协议阶段开始,在对协议书或合同草案没有明确判断标准的情况下,以妨碍国家安全或损害经济利益为由,这些草案可能被退回或得不到批准。并且,有上述事由的仲裁协议本身不具备对外经济合同法上的效力。但是,对经济仲裁法上的仲裁协议,可以以在合同里包含仲裁条款或者在合同之外另行签订带有仲裁合意的文件的方法达成(本法第 12 条第 2 款),而且在纠纷发生之后也可以达成仲裁合意(本法第 12 条第 3 款)。[2]此外,在对仲裁协议的存在以及是否具有效力作出判断时,仲裁庭应将合同的仲裁条款与其他条款的效力分开看待(同一法律第 28 条第 2 句),即使裁定与争端有关的合同无效也不会影响仲裁条款的效力(本法第 28 条第 3 款)。这种仲裁协议也属于对外经济合同法中与贸易相关的合同,从这一点来看,不能完全排除风险

国际规范的积极接受和国际条约的加入

朝鲜认识到国际商事仲裁的重要性,与此相对应,很有必要加入与此相关的国际条约以提高其在国际社会的信赖性。在这方面,则要求对联合国国际贸易仲裁委员会(UNCITRAL)的国际商事仲裁模范法以及其仲裁规则、基于条约的投资者-国家的透明性原则等的相关内容进行研究并积极采纳。尤其是考虑到不是《关于承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》的缔约国,朝鲜没有承认和执行外国仲裁裁决的国际义务。但是,朝鲜的对外经济仲裁法中规定"其他国家仲裁庭下达的裁决的批准和执行依据共和国相关法规"(本法第 64 条),因此从没有加入国际条约,而是按照国内法律程序对外国仲裁裁决进行承认和执行这一点来看,能否保障当事人的权益还是有疑问的。

构建民间协商、调整制度

朝鲜的法制在纠纷解决方法上共同规定了协商和调解。尤其最先提到了协商。这不仅包括当事人通过直接协商努力解决纠纷,还包括朝鲜的仲裁机关介入并促成友谊协议或调解等。

[1] 이러한 우려와 문제제기에 김미란, "북한라선경제무역지대 투자분쟁해결에 관한 연구 - 중재의 실효성을 중심으로", 홍익법학 제 19 권 제 3 호 (2018), 331~332 쪽.

[2] 사전에 계약을 함에 있어서 중재조항을 명확히 함으로써 리스크를 극복할 수 있다는 입장에 권은민, "북한 투자기업의 분쟁해결방안 연구", 통일과 법률 제 37 호 (2019), 49 쪽.

司法型和行政型调解制度根据掌管纠纷调解的主体是司法部还是行政部门而划分。民间型调解制度与政府或地方自治团体是否支援，是否履行公共职能，是否追求盈利无关，如果民间组织或团体履行调解纠纷的职能，就有必要分类为民间型调解。朝鲜的对外经济仲裁法中规定的"调解"是指，为了解决纷争，由第三者担任调解人，努力使当事者达成和解或妥协的行为（本法律第 2 条第 9 款）。调解决定对有关案件具有与裁决相同的效力（本法第 48 条第 2 款），自调解文签署之日起生效（本法第 55 条）。负有责任的当事人未及时履行或不认真履行调解义务的，对方当事人可以直接或者通过仲裁委员会向审判机关或者有关部门申请执行（本法第 61 条）。

虽然分类上并不明确，但韩国的大韩商事仲裁院是民间型调解制度中最活跃的调解机构。特别是根据仲裁法，这是产业通商资源部长官指定的社团法人。以仲裁为中心解决纠纷，但也执行调解和斡旋。尤其是，大韩商事仲裁员的斡旋是在产业通商资源部长官的委任下来解决的贸易交易中产生的纠纷，所以可以看成是贸易纠纷解决制度的组成部分。[1]此时，考虑到当事人一方居住在国外，可以由书面形式进行调解，但如果境外居住方可以通过临时访问或其代理人在国内参与纠纷解决，则通过当事人会议解决。并且，不是由该事件的专家仲裁员而是由实务担当者来扮演调解员的角色。而且不是当事者根据相互归责程度，根据法律判断解决纷争，而是最大限度地减少已发生的损失，并创造新利益，从而实现双赢协商的程序，也是根据自身的判断相互协商的解决程序。朝鲜没有构筑与此类似的民间型调解制度所以需要在立法上予以完善。另外，明示在发生纠纷后需要经过一定时间才可以提出仲裁的冷却期间（cooling off period）、提出仲裁后通告对方的期间以及仲裁合意的书面提交期间，这将为通过友谊协商或调解解决争端提供机会。

[1] 원창희, 협상 조정의 이해, 한국문화사, 2016, 221 쪽.

‘政策性不动产税收’的法律问题

张恩惠（韩国法制研究院）

Ⅰ. 序论

韩国统计厅了 2017 年国民资产负债表（暂定）相关数据，依据该数据，韩国平均每个家庭拥有 3 亿 8 千 867 万韩币的资产，其中 75%是不动产资产。相比其他国家，韩国的家庭资产中不动产资产占比较重。[1] 目前韩国家庭资产中非金融资产（不动产）比重远高于其他主要发达国家[2]。为此，韩国也在不断的思考着“占比较多的国家资源投入到不动产领域的现象（特别是在家庭负债率较高的情况下）是否合理”[3]的问题。

韩国的国土可用面积较少，自然而然土地就显得尤为重要。土地是一种即便有需求，也无法增加供给的物品[4]，也属于最典型的无法套用市场经济原理的对象。[5] 并且，“土地具有固定性、邻接性、生产本源性、环境性、相邻性、社会性、公共性、领土性”等多种特征[6]，所以包括土地在内的有关不动产的相关政策会随着国家经济的发展会发生多种变化。土地的上述特征并不是韩国独有的，韩国在土地政策的制定和实施上面临的问题，在中国也有可能发生，因此需要对此问题进行多方面的分析和研究。

[1] https://www.yna.co.kr/view/AKR20180619075500002 最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

[2] 日本(43.7%)，英国(55.3%)，加拿大(56.7%)，德国(67.9%)，法国(68.8%)，意大利(69.3%)等。

[3] 원윤희, “不动产相关税收政策的评价和改善课题”，《聚焦不动产》 vol. 74, 2014. 7, 52 页。

[4] “能被生产出来的物品会随着价格上涨供给也会随之增长，因此随着时间推移，暴利价值降低，投机也会自然而然的消失。事实上，那些能够增加供给的物品，因投机而发生价格上涨并非肯定是不好的现象。因为价格的投机性上涨，能够迅速解决因供给不足而出现的问题。反之，如果物品是无法生产出来的话，那就要另当别论了。投机会加大暴利，暴利又会引发投机。在这种恶性循环下，时间也不会带来投机降温的效果。这种投机会一直持续到其价格上涨到离谱的程度直至给其他经济领域带来严重打击为止。”.- 진강수, ”不动产政策的历史和亲市场化土地公共概念“, 《社会经济评论》 29(1), 2007, 374 页。

[5] 宪法裁判 1989. 12. 22. 88 헌가13, 判例集1, 371.

[6] 宪法裁判 1989. 12. 22. 88 헌가13, 判例集1, 371.

历数韩国政府实施的不动产政策的话，不仅包括不动产税制改革[1]，也包括建设居民住宅[2]、扩大待售公寓供给对象[3]、不动产介绍业务许可制[4]、完善建筑相关规制以及扩大住宅金融[5]、名义信托约定无效化以及实名登记义务化[6]、民营住宅定价自律化[7]、居民用住房基金购买中小型住宅时的利率以及允许中期付款时进行借贷、降低全税返还资金利率[8]、投机过热地区住房销售权专卖条件强化以及无住宅户主优先购买[9]、指定忠清地区为交易受监督地区[11]、投机地区民间交易价格上限制以及原价公开制[12]等。但是在各种不动产相关政策当中，争议最多的应该就是税制相关问题。就不动产税制问题上，最近中国也在针对‘以防止不动产泡沫为目的的不动产税收制度的建立’[13]，以及‘建立不动产所有税制度’等问题进行激烈的讨论。[14]

为此，本文讨论了税收制度能否成为不动产政策的手段，并对不动产税制的性质及其局限进行了分析，进而分析了税制作为一种不动产政策具有的法律上的意义。

Ⅱ. 不动产税制的性质及局限

1. 不动产税制的种类及现状

[1] 改革转让所得税(反复进行降低和上调),加强和减少登记税，征收综合土地税，征收综合不动产税和财产税等。

[2] 1980. 9. 16. 刺激经济对策

[3] 1982. 5. 18. 刺激经济对策

[4] 1983. 2. 16. 抑制不动产投机对策

[5] 1985. 9. 5. 稳定雇佣以及住宅建设促进方案

[6] 1995. 3. 30. 建构不动产实名制

[7] 1998. 9. 25. 激活建设产业方案

[8] 1999. 5. 31. 居民住居安定对策

[9] 2002. 3. 6. 住宅市场安定对策

[11] 2003. 1. 15. 不动产市场安定对策

[12] 2007. 1. 11. 为稳定不动产市场的制度改革方案

[13] https://www.yna.co.kr/view/AKR20180402152400009 联合新闻 2018. 4. 2。最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

[14] https://www.mk.co.kr/news/world/view/2019/03/142310/ 每日经济 2019. 3. 9。最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

依据韩国先行法律，可以把不动产税制分为获得、持有、处分等三个阶段。[1]

首先，在获得不动产时应交纳的税金有印花税（制作合同时）、继承税（因继承拥有时）、赠与税（因赠与拥有时）等。对获得不动产的行为附加的地方税有‘所得税’和‘地方教育税’，此外作为附加税的农渔村特别税和印花税、继承税、赠与税等均属于国税。其次，在持有不动产的阶段能够发生的税金有针对建筑的财产税，以及针对土地的综合土地税。但自2005年开始，对于住宅一并征收针对建筑的财产税和针对土地的综合土地税（超过设定的标准金额时），而一般建筑物只会被征收财产税。土地会被分成统筹合计土地和另行合计土地，需缴纳财产税和综合不动产税（超过设定的标准金额时）。其中在缴纳财产税时需一并缴纳地方教育税、地区资源设施税，缴纳综合不动产税时需一并缴纳农渔村税。在转让不动产时，需缴纳属于国税的转让所得税和系地方税的地方所得税。

另外，除了上述在取得、持有、处分不动产的各个阶段需要缴纳的税金之外，韩国曾实施过号称土地公共概念三大法律的不动产政策税制。其中《关于开发利益回收的法律》是目前为止仍在沿用着的法律。.

土地公共概念三大法律中第一个是《土地超额利润所得税法》。土地超额利润所得税法于1989年12月30日确定，其目的在于“针对闲置土地以及非业务用土地等主要以期望获得因地价上涨而带来的经济利益而拥有的土地，因各种开发事业或社会和经济上的原因，其地价上升超过了正常地价上升率时，土地所有人应将超过地价上升利益的一定利益予以返还”。[2]

对于“对土地超额利润所得税法第10条等进行违宪审查”的诉求，宪法裁判所认为‘在地价计算不够准确的状态下，设定50%这种极高的单一征税税率的话，极有可能出现反而侵蚀原价的风险。并且对于那些在没有买卖意愿的情况下长期持有土地的情形，其实考虑到其持有土地的时间长度，有可能并未发生较大利润，但该法并不考虑这些，只要产生超过设定标准的利润就会施加税收的做法，则属于针对本金进行征税的情形，即属于违反宪法上的财

[1] 이하 国税厅, 《2019不动产和税金》, 2019. 5, 7页上的内容

[2] 参考该法再修改的理由

产权保障规定”。[1]但是宪法裁判所仍在该案决定书中承认了土地超额利润制度设立目的的正当性，认为立法者可以采取对未实现的利益予以征税的政策。[2] 土地超额利润税法于 1998 年 12 月 28 日废止。

《关于土地所有上限的法律》的目的在于“设定能够所有土地的面积上限，引导国民能较为平均的拥有土地、获得住宅，保障国民居住和生活上的稳定”。[3]对于“对土地所有上限法律进行违宪审查”的诉求，宪法裁判所认为，对宅地所有面积设定上限的条款、

对于那些在法律实施之前已经拥有土地的土地所有人的财产权以及相应的信任利益没有进行充分考虑的附则条款、在没有任何期限限制的情况下持续性的附加高利率税金的条款、购买要约之产生之后还能附加税金的条款均为违宪条款。[4]但是在判决理由当中，宪法裁判所并没有指出宅地所有上限制度本身是违宪。也就是说，宪法裁判所认为该法并没有违宪性，而是实现该法目的的方式和手段具有违宪性，即，一刀切式的设定所谓 200 平的土地所有上限的做法违反了比例原则（尤其是违反了最小侵害原则以及法益均衡性），或者违反了已经拥有土地的人们的信赖保护原则以及平等原则。《关于土地所有上限的法律》于 1998 年 9 月 19 日废止。

《关于开发利益回收的法律》的目的在于“回收基于土地产生的开发利益，并对其进行适当的分配，防止出现土地投机，促进土地有效利用，促进国民经济的健康发展”。[5] 该法律也曾被提起违宪诉讼。对于“对关于开发利益回收的法律第 10 条第 3 款进行违宪审查”的诉求，宪法裁判所认为，关于开发利益回收的法律第 10 条第 3 款中的但书条款，针对那些买入价格超出公示价格的土地，不管相应土地是否具有客观且真实的、能够获得合理且现实的开发利益价值，对于尚未实际发生的利益，在存在侵蚀原价的状态下对此按照 50%的征

[1] 宪法裁判 1994. 7. 29. 92 헌바49 等, 判例集6-2, 64 [违宪] 该决定文书中宪法裁判所宣告土地超额利润所得税法不符合宪法。

[2] 同上

[3] (旧)关于宅地所有上限的法律第1 条

[4] 宪法裁判 1999. 4. 29. 94 헌바37 等, 判例集11-1, 289 [违宪]

[5] 《关于开发利益回收的法律》 第1 条

税率进行征收所谓的开发税，这种做法是违反保障财产权的相关规定的。[1]但是在其他多起案件当中，宪法裁判所却多次表明关于开发利益回收的法律是符合宪法的。[2]

可见，韩国针对不动产征税的方式不仅税种较多，税率结构也较为复杂。这种不动产税制经常随着国家政策而发生变动，其中新设综合不动产税制度、调整转让所得税等不动产税制的改革备受争议，批评者认为这种改革扭曲了税制体系。[3] 不仅如此，也有批评者认为频繁的税制改革导致不动产税制缺乏稳定性和可预测性，对这些批评意见有必要予以关注。[4]

2. 不动产税制的法律性质

可以说，“相比其他税制，不动产税制的政策性较强，因此其变更也比较频繁”。[5]通常来讲，“税制的目的在于基于公正的标准，给国家提供进行国家活动所需要的一般经费”[6]，是为了“满足国家或地方自治团体的财政需要”而被征收的、强加于人们的金钱上的负担。但除了这种为满足财政需求而征收的税金之外，“也有以引导纳税人的行为为主要目的而征收的税金，而这种税收被称为引导型税收、社会形成型税收，或者引导型·调整型税收，又或者被称为政策性（作为政策手段的）税收”。[7]对于能否适用“政策性税收”，宪法裁判所认为：“对于税法的具体内容，立法者具有广泛的自由。尤其是在当今社会，税收立法者通过设置税收，不仅保障财政收入，也要完成国民经济上的、财政政策上的以及社会政策上的目的，因此可以在很多层面上考虑税制内容”。[8]同时认为：“在现代，税收的功能不仅限于

[1] 宪法裁判 1998. 6. 25. 95 헌바35 等, 判例集10-1, 771 [위헌]

[2] 宪法裁判 1998. 5. 28. 95 헌바37, 判例集10-1, 601 [합헌], 宪法裁判 2000. 8. 31. 99 헌바104, 判例集12-2, 233 [符合宪法]等

[3] 유태현, “第五章不动产税制改革方向”, 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12, 240 页。

[4] 유태현, 同上

[5] 권강웅, “不动产持有税的方向”, 《税收法研究》9(1), 韩国税法学会, 2003. 7, 248 页。

[6] 이동식, “宪法视角下的不动产税制”, 《税收法研究》12(1), 韩国税法学会, 2006. 7, 76 页。

[7] 이동식, “税收的引导功能及其局限”, 《税收法研究》19(3), 韩国税法学会, 2013. 12, 11 页。

[8] 宪法裁判 1999. 11. 25. 98 헌마55, 判例集11-2, 593, 608-608

满足国家财政需求这种古典型的消极目的，而是以满足国民们的共同目标而存在，其目的呈现出积极性，而现在税收普遍呈现出这种倾向。”[1]因此，宪法裁判所承认政策性税收。

但在不动产税制问题上，批评者们认为大部分的具有政策性质的不动产税收，其目的并不是单纯的为了满足财政需求，而是为了遏制不动产投机等情形，即打着“税收”的目的实质上是在进行制裁。因此“把所有被冠以税收名字的金钱负担都认定为符合宪法的税收”是有问题的。[2] 对此也有观点认为，即便不能以税收形式给国民附加金钱负担，但这些负担仍属于本应该附加上去的负担，因此不能仅仅法律形式使用错误就将此认定为违宪。[3]但是，这种情况就不属于宪法意义上的税收，因此即便被冠以“税收”的名称，在对此进行审查时应适用不一样的的审查原理。[4]即，“如果属于宪法意义上的税收，就应该按照宪法认定的税金附加原理进行审理，但如果属于宪法意义上的处罚，就应该按照施加处罚的原理进行审理。”[5]

3. 政策性不动产税收规范的局限性

有观点认为政策性不动产税收应该纳入到宪法性税收的范畴之中，且“即便政策性税收可按照宪法性税收加以适用，也需要对相应适用设置一定的限制。”[6]需要设定这种限制的原因在于，政策性税收针对不同的纳税人设置的不同的税制有可能存在进行不合理差别化的情

[1] 宪法裁判 1994. 7. 29. 92 헌바49 等, 判例集6-2, 64.

[2] 정주백, “税收的政策性功能与规范上的局限”, 《税收法研究》17(1), 韩国税法学会, 2011. 4, 9页。

[3] 정주백, 前著述, 28页: “依据宪法第38条，抽象的纳税义务因法律而具体化，具有制定法律权限的议会有权让政策对象承担金钱义务。宪法裁判所也没有对那些以税收形式要求承担金钱义务的做法，以形式滥用为由判定为违宪。学术上也很少有把这一点当成重要问题的。” 정주백, 前著述, 26页。

[4] “所谓政策目的税收不能认定为是宪法意义上的税收。从宪法视角上看的话，税收和政策性是无法予以混合的概念。带有政策功能的金钱义务不是税收。也就不能讨论税收特有的、所谓禁止双重征税原则、注意税法原则、理应承担原则、税收的中立性等。因此所谓‘政策目的税收’是以宪法第40条所规定的一般性立法权限为基础，且在广义层面上，可根据宪法第37条第2款被认定为违宪。当然，平等的问题也要一并予以考虑。” - 정주백, 前著述, 42页。

[5] 정주백, 前著述, 23页。

[6] 이동식, “宪法视角下的不动产税制”, 《税收法研究》12(1), 韩国税法学会, 2006. 7, 82页。

况。[1] 即，即便认为政策性税收属于宪法意义上的税收，但也不能把传统税收法上的原理（税收平等原则等）直接适用到政策性税收上。因此，为了保障政策性税收所具有的差别对待属性符合宪法，需要：“i）想通过实施政策性税收规定达成的政策目标具有宪法上的正当型；ii）该政策性税收规定属于实现相应目标的合理手段；iii）在对通过政策性税收实现的政策目标所具有的宪法价值和因此而受影响的纳税人权利进行比较时，前者的价值应大于后者的价值。”[2]并且作为一种形式意义上的审查要件，如果一条具体的税法规定想要在其被允许的范围内实现一定的政策目标，立法者想通过该规定所要引导·调整的行为和界限，应以法律构成要件形式明确的规定出来。[3]

那些不承认政策性税收属于宪法意义上税收的观点认为，对相应税收作为规范的界限进行违宪审查时，由于其具有想通过法律形式附加税收从而实现公共利益的性质，因此可以依据典型的过度禁止原则进行审查。[4] 即，在进行政策性税收时，虽然其想要实现的公共利益和被牺牲的个人权益之间很难进行价值对比，但也不会对民众受到的损失给予相应的对价或好处。因此，在进行以财政为目的的税收时可以依据宪法上的平等原理去适用理应承担之原则，但在进行政策性税收时不能适用理应承担之税收。也就是说，在进行政策性税收时，不能以这属于国民的纳税义务为由要求不严格适用或不去适用过度禁止原则。因为政策性税收并不属于宪法第38条所规定的税收。[5]

可见，作为政策性不动产税收是否属于宪法意义上的税收，其适用都需要受到一定的限制，因此在具有局限性上并无太大差异。也就是说，政策性不动产税收的适用应受到以下限制。

首先，政策性不动产税收“一定要伴随着国家为开展国家活动而收取费用的目的，不能

[1] 이동식, 同上

[2] D. Birk, Steuerrecht 8. Aufl., 2005, 171~177; Birk/Barth, in: Hübschmann/Helll/Spitaler, §4 AO Rn. 503 ff., 再引用이동식的前著述, 82页。

[3] 이동식, 前著述, 83页。

[4] 정주백, 前著述, 39页。

[5] 정주백, 同上

仅仅为了给纳税人施加经济上的压力而加以适用。”[1]转让所得税是典型的政策性不动产税收，该税收属于在传统税制下也能课税的情形。持有税也属于这种情形。[2]因此，这些属于依据传统税制也能加以课税的情形，但由于进行了政策性税收，从而可以认为这些属于以更严格或更缓和的方式进行征税的情形。

其次，如果政策性不动产税收并不属于“仅仅为了给纳税人施加经济上的压力而加以适用”的情形，那么就需要进一步判断通过该税收想要达成的目的之正当性、方式的合理性，需要对通过该税收想要实现的公共利益和因此受侵害的个人利益进行价值比较，进而判断相应的政策性不动产税收的正当与否。值得注意的是，虽然土地公共概念上的三大法律被判定为违宪，但其被认定为违宪是因为其为实现立法目的而采取的方式违反了比例原则，或者违反了已经拥有土地的人们的信赖保护原则以及平等原则，至于其制度本身是被认定为符合宪法的。[3]

Ⅲ. 对政策性不动产税收的评价

与政策性不动产税收是否属于宪法意义上的税收无关，宪法裁判所也认为其制度本身不属于违宪。[4] 因此有必要分析不动产税收在不动产政策中具有怎样的意义，且有必要对政策性不动产税收的良好适用与运作进行充分的研究。

1. 不动产交易税

韩国的不动产交易税基本被应用成政策税。因此不动产转让所得税税率也经常随着不动产市场状况产生一定的浮动。[5] 转让所得税是最典型的不动产交易税，其把资本所得设定为征税对象，发挥着对未基于劳作而产生的土地收益进行回收的作用。但有观点认为这会引发

[1] 이동식, “宪法视角下的不动产税制”, 《税收法研究》12(1), 韩国税法学会, 2006. 7, 80页。

[2] 이동식, 前著述, 77页, 脚注9)

[3] 이우진, “为再构建土地公共概念的法律检讨-以土地超额利润税制的再构建为中心”, 《法学研究》第34集, 韩国法学会, 2009. 5, 71页。

[4] 宪法裁判 1994. 7. 29. 92헌바49 等, 判例集6-2, 64.

[5] 임주영, “不动产交易税制改革方案”, 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12, 298页。

不动产所有人不想出售土地的所谓冻结效果(lock-in effect)。[1]尤其是在韩国，政府为了抑制不动产投机或刺激经济，对其税率、征税对象、征税期间等进行反复调整[2]，并且随着高税率化以及标准市价攀升过大等原因，导致了通过税收特例限制法对转让所得税减免制度加以滥用的局面。[3]因此有观点认为这种属于税收法基本原则适用上特例的减免制度，反而让税收法变得更为复杂。[4]

2. 不动产持有税

不动产所有税是指以税收方式对部分不动产的使用收益进行征税的制度。‘转让所得税’是针对出售不动产时产生的资本所得直接进行征税，但土地持有税不仅能够减少流入到不动产持有人的不动产收益，而且也能产生降低资产所得期待值的效果，因此其政策价值一直备受关注。通常来讲，土地持有税的征收能够产生降低地价的效果，因此一旦加强相应税收，自然而然也会产生下调资本所得期待值的效果。[5]但与此同时，也有观点认为，所谓不动产持有税上调进而住宅投资收益就会降低，从而能够给住宅投机热进行降温的做法理论上并不正确。[6] 即，上调持有税的政策属于地方自治团体筹集钱款的重要方式之一，实施持有税且上调持有税本身就能够成为非常有效且合理的税源。[7] 因为不动产本身就具有地方政府能够

[1] 전강수, “不动产政策的历史和亲市场化土地公共概念”, 《社会经济评论》제29권제1호, 2007, 379页。

[2] 유태현, “第五章不动产税制改革方向”, 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12, 254页。

[3] 임주영, “不动产交易税制改革方案”, 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12, 310页。

[4] 임주영, 앞과 동일,

[5] 전강수, 前著述, 378页。

[6] 안종범, “不动产持有税改革方案”《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12, 328页。

[7] 在大部分国家不动产所得税是被认定为地方税，其理由在于i）财产税与所得税、消费税不同，其应归属到地方地址团体的性质非常明显；ii）相比复杂的所得税，税收可预测性较高；iii）用于征税的行政事务较为简便征税成本较低；iv）是因为不动产所在地地方自治团体提供的道路等基础设施，才使得纳税人们拥有的不动产具备的使用价值和经济上的价值，为此而承担的金钱义务。即，具备理应税的性质。”- 권강웅, “不动产持有税的方向”, 《税收法研究》9(1), 韩国税法学会, 2003. 7, 258

对此以各种方式和名目进行征税的属性。但是所谓上调持有税能够降低投资价值的说法尚有欠妥之处。因为在加强税收压力的这一节点上，其能够影响的指示不动产所有人会在未来产生的税收债权的当前价值，一旦这种效果随时间消逝之后，此后的不动产投资就与税金无关，而是会随着供给状况价格也会随之产生波动。[1] 还有观点认为，在不动产使用收益和资本取得的期待值中，给不动产投机产生直接作用的其实是资本取得期待值，虽然在通常情况下加强持有税能够产生回收不动产使用收益，进而降低资本取得期待值的效果，但在不动产市场过热的时候却并不能发挥这种作用。[2]

Ⅳ. 结论

目前不动产税制除了筹集钱款的财政性作用之外，还发挥着稳定市场和提升不动产使用效率等政策性作用。此时，如果想把税收当成不动产政策加以使用，那么“这种政策性税收需要具备正当性，其正当性的程度需要达到足以弥补其所破坏的税收平等原则的程度，且应比其他社会·经济政策更为有效，与此同时在方式和目的的关系上不违反比例原则”。[3]但是，政策性不动产税收仍属于在既有的筹集钱款的财政性作用的基础上发挥补充和引导作用，并不能能从根本上解决不动产问题。[4]因为税收除了积极的正面作用，还附带着潜在的消极作用，为了防止相应的消极作用，在法治国家原理当中所谓税收应一直被处于受到严格监管的状态。[5] 因此，对于不动产来说仅通过税收是解决不了问题的，应在除了税收之外，通过使用多种相关政策，综合性的解决不动产问题。

2019年3月，中国也在讨论是否应该构建不动产持有税制度。[6] 同时，越来越多的人们

页。

[1] 안종범, 前著述, 329页。

[2] 전강수, 前著述, 379页。

[3] 박민/안경봉, “现行不动产持有税的宪法层面上的再照明”, 《税收法研究》14(3), 韩国税法学会, 2008. 12, 282页。

[4] 오인종, “关于不动产税收政策的思考”, 《不动产学报》第39集, 韩国不动产学会, 2009, 186页。

[5] 박종수, “不动产相关税收法制和政策现状及改善方向”, 《不动产法学》第3集87页。

[6] https://www.mk.co.kr/news/world/view/2019/03/142310/ 每日经济 2019. 3. 9。最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

认为对不动产的过度依赖正对中国经济产生着不好的影响。[1] 而2013年世界银行发布的《中国于2030年建造更加现代、更加和谐且更加富有创造力的社会（China 2030 Building a Modern, Harmonious, and Creative Socity）》中也表现出了对土地价值和税收制度的担忧。[2]

在每次不动产投机[3]过于狂热的时候，韩国所采用过的不动产政策看似发挥了有效降温的作用。但是没过多久，就面临旧病复发、重蹈覆辙的局面。有可能是因为每一次政策制度本身不够完善，以及不同的政策和制度之间的衔接上也存在一定问题，但与其说是政策本身有问题，倒不如说是政策实施上缺乏一贯性导致了频繁引发不动产投机现象。比如，转让所得税不断的在上调和下调之间进行交替，土地超额利所得税没实施几年就被废止，开发税金一度被暂停征收但最近却又重新开始征收，强化持有税的声音一直不断，但并没有采取具有一贯性的促进政策。

政策性不动产税收制度已经实施较长时间了，如今人们似乎已经不相信不动产税制本身能发挥抑制不动产价格上涨和牵制恶性投机的作用。不动产税收只是解决不动产问题的诸多方法中的一种，需要跟其他政策方法进行配合和协调。制定正确的政策内容当然是极为重要的，但确定好政策方向，并坚定不移的落实，让守法者获得因守法而产生的期待利益，也同样极为重要。

参考文献

국세청, 《2019不动产和税金》, 2019. 5,

권강웅, “不动产持有税的方向”, 《税收法研究》9(1), 韩国税法学会, 2003. 7,

박민/안경봉, “现行不动产持有税的宪法层面上的再照明”, 《税收法研究》14(3), 韩国税法学会,

---

[1] https://www.yna.co.kr/view/AKR20180402152400009 联合新闻 2018. 4. 2。最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

[2] The World Bank and Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China, 《China 2030 Building a Modern, Harmonious, and Creative Socity》, 2013, p. 139.

[3] 一直以来，建构政策性不动产税制度的核心目标就是抑制不动产投机。在经济市场迅速发展的情况下，不征收不动产租赁所得税、持有税的低利率等，会导致资金流入不动产市场，而这些又会引发不动产投机。- 원윤희, “不动产相关税收政策的评价和改善课题”, 《聚焦不动产》vol. 74, 2014. 7, 51页。

2008. 12,

박종수, “不动产相关税收法制和政策现状及改善方向”, 《不动产法学》第8集

안종범, “不动产持有税改革方案” 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12,

오인종, “关于不动产税收政策的思考”, 《不动产学报》第39集, 韩国不动产学会, 2009,

원윤희, “不动产相关税收政策的评价和改善课题”, 《聚焦不动产》 vol. 74, 2014. 7,

유태현, “第五章不动产税制改革方向”, 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12,

이동식, “税收的引导功能及其局限”, 《税收法研究》19(3), 韩国税法学会, 2013. 12,

이동식, “宪法视角下的不动产税制”, 《税收法研究》12(1), 韩国税法学会, 2006. 7

이우진, “为再构建土地公共概念的法律检讨-以土地超额利润税制的再构建为中心”, 《法学研究》第34集, 韩国法学会, 2009. 5,

임주영, “不动产交易税制改革方案”, 《不动产政策的综合检讨和发展方向的探索》, 经济·人文社会研究会合作研究总输 08-09-01, 2008. 12,

전강수, ”不动产政策的历史和亲市场化土地公共概念“, 《社会经济评论》 29(1), 2007,

정주백, “税收的政策性功能与规范上的局限”, 《税收法研究》17(1), 韩国税法学会, 2011. 4,

宪法裁判 1989. 12. 22. 88헌가13

宪法裁判 1994. 7. 29. 92헌바49 等

宪法裁判 1994. 7. 29. 92헌바49 等,

宪法裁判 1998. 5. 28. 95헌바37

宪法裁判 1998. 6. 25. 95헌바35 等

宪法裁判 1999. 11. 25. 98헌마55, 判例集

宪法裁判 1999. 4. 29. 94헌바37 等

宪法裁判 2000. 8. 31. 99헌바104

The World Bank and Development Research Center of the State Council, the People's Republic of China, 《China 2030 Building a Modern, Harmonious, and Creative Socity》, 2013

https://www.mk.co.kr/news/world/view/2019/03/142310/ 每日经济 2019. 3. 9。最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

https://www.yna.co.kr/view/AKR20180619075500002 最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。

https://www.yna.co.kr/view/AKR20180402152400009 联合新闻 2018. 4. 2。最终访问日期: 2019. 5. 29. 星期三。