

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

作者授权 本网首发

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1491

## 韩国转型时期的司法审查

陈欣新

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

韩国的转型时期始自1987年现行宪法的颁布及卢泰愚总统的当选,终止于金泳三总统的政治改革。在这一渐进的民主化过程中,司法审查制度的演变规律及其在护宪运动中所发挥的作用,尤其应引起中国学者的关注。其中,不乏可供尚处于起步阶段的中国司法审查制度建设借鉴的有益经验。

### 一、韩国司法审查制度历史沿革

韩国自1948年第一部宪法始,就建立了司法审查制度。此后,每次政权更迭的新版宪法都会变更司法审查制度的模式。截止1987年的现行宪法,韩国已经将现有的欧洲型及美国型和混合型的司法审查模式悉数施行一轮,其变化频率之高,举世罕见。

在第一共和国时期(1948—1960),韩国施行宪法委员会模式。宪法委员会拥有审查国会立法合宪性的权力。由于韩国刚刚从日本占领下获得独立,国民的法治意识普遍较淡泊,拥有深厚法律专业技能功底的职业集团尚未形成,而长达数千年的专制统治历史的负面影响极其深远,加上这一时期南北关系高度紧张,权威主义的高压统治思路在韩国占绝对优势。上述因素对韩国的司法审查制度的运作也产生了相当大的影响。宪法委员会在12年的时间里仅仅审查了7个案件,其中包括两个废除国会制定的、旨在限制公民向最高法院上诉权利的法律的案件。

韩国人民发动民主运动,推翻李承晚独裁政权,建立第二共和国(1960—1961)。新宪法虽然按照德国模式设立了宪法法院。但是,1961年朴正熙领导的军人政变使这一制度完全没有机会发挥作用。

朴正熙建立的第三共和国(1961—1972)的宪法采纳了美国式的违宪审查制度。由于朴正熙政权的权威主义色彩浓重,加之军事专制的性质,使得其无法容忍带有民主宪政性质的违宪审查制度充分发挥护宪作用。韩国最高法院在其运转的10年时间内,仅在一个案件中判决一项国会立法违宪。该项法律旨在限制军人及警察要求国家给予损害赔偿的权利。这一有利于人权保护及法治精神的判决做出后,朴正熙当局立即采取了报复措施。所有在该案中对法律违宪持赞同意见的法官,均在1972年新宪法生效前被免职,无法继续获得连任的机会。而这一判决的主旨也被随后的宪法修正案推翻。

从朴正熙执政的第四共和国(1972—1980)到全斗焕执政的第五共和国(1980—1987)的15年中,韩国又回归到宪法委员会的体制。当然,宪法委员会仅仅存在于纸上而非实际生活中。尽管这一时期存在大量侵犯人权的专制性法律,当局也采取了许多镇压人民民主运动的措施,制造了“光州惨案”之类的悲剧。但是,没有一个涉及法律或政府行为违宪的案件被提交宪法委员会,更谈不上有意义的判决及其实施影响。

韩国1987年宪政改革前的司法审查制度的实践,清楚地揭示了一个规律:一项在作为“供体”的国家实施极为成功的制度的移植,并不意味着其在作为“受体”的国家的新土地上必然运作得良好。不论是何种违宪审查模式,都不能离开配套的制度改革和人文基础,尤其是必要的制度环境的培育,单独生存。

### 二、1987年宪政改革后的变化

在韩国人民坚持不懈的努力和国际社会的强大压力下,全斗焕不得不放弃连任总统的企图,同意修改宪法,实行总统直选。1987年卢泰愚在金大中和金泳三的鹬蚌相争中,渔翁得利当选总统,开始了第六共和国时代。新宪法引入了欧洲型的宪法法院制度。宪法法院拥有下列权力:1、审理法院提交的某项法律是否违宪的事项;2、审理有关高级官员的弹劾事项;3、审理有关解散

有违宪目的或行为的政党等事项；4、审理有关中央机关之间、中央机关与地方自治机关之间、地方自治机关之间的权限争端事项；5、审理法律规定的有关宪法诉讼的事项[1]。其中，第五项被韩国法学界称为德国宪法诉讼（Verfassungsbeschwerde）的韩国版本。新宪法法院由总统委任的具有法官资格的九名审判官组成。其中，三位法官从总统提名的人选中选出，三位从国会提名的人选中选出，三位从最高法院院长提名的人选中选出。[2]宪法法院的法官任期六年，可依宪法连任，非因弹劾或受监禁以上刑罚，不得罢免。为确保法官的独立性，宪法法院的法官不得加入政党或参与政治[3]。当宪法法院于1988年9月诞生时，许多法学家对这一新生制度的未来持怀疑态度[4]。然而，与许多人的预料相反，实践表明，宪法法院能够在政治运作过程中扮演重要的角色。

首先，宪法法院的工作十分繁忙，并不象过去的宪法委员会那样清闲。仅截止1991年，就有1080个案件被提交该法院。其中，231个案件是普通法院请求审查法律合宪性的，一个案件是有关司法管辖权争议的，而其余848个案件是关于宪法诉讼的。在宪法法院就法律合宪性作出的37个判决中，宣判法律违宪的为14个，占总数的38%。在107个有关宪法诉讼的判决中，15个判决支持原告的诉讼请求。

其次，宪法法院的一些判决产生了重大的影响。韩国原社会治安法规定，法院对诸如抢劫罪、侵犯人身安全罪等严重刑事犯罪的惯犯，可以在刑法有关该罪的一般处罚之外，附加处以强制拘禁一段时间的刑罚（类似中国刑法中的惯犯加重处罚制度）。这一特别法的主旨在于防止社会受到惯犯威胁。宪法法院在1989年7月14日的判决中认为，这一条款违反了宪法的平等原则，且并不能达到立法遏制惯犯的目的。[5]这一判决促使国会修改了社会治安法。韩国国会选举法规定，议员候选人必须缴纳一定数额的选举押金，当其不能获得多于法定比例的选票时，押金将被没收。此条款旨在防止滥用被选举权、浪费国家公帑的行为。韩国宪法法院判决该条款违宪，因为它会不合理地加重候选人的经济负担[6]。韩国民法典中有一个条款，规定法院可以在诽谤案件的判决中命令诽谤者在公开发行的报纸上刊登道歉声明，作为损害赔偿的一种方式。宪法法院在1991年4月1日的判决中，认为该条款违反了宪法上的良心自由条款[7]。此一判决不仅导致民法典的修改，还促使韩国民法学界进一步思考传统民事法律理论如何适应宪政条件下的人权保护需要。宪法法院还在1989年9月4日的判决中认定，政府拒绝公民获取土地测量文件的行为侵犯了公民宪法上的信息自由权和知情权[8]。这一判决为韩国人权理论中的信息自由及知情权理论的发展提供了有力的支持。此外，一些有关自由处置权的宪法诉讼的出色判决也受到了广泛的关注和好评。

### 三、司法态度转变的原因

究竟是哪些因素导致了韩国宪法法院的引人注目的变革？首先，提交宪法法院的案件的数量剧增，使得宪法法院的法官们感到他们在国家政治生活中的地位及作用空前提高，司法积极主义的意识及倾向自然增长。这当然要归因于人民对权利意识的普遍重视，尤其是他们对于一个更开放、宽松的政治气候中新建立的宪法法院抱以强烈期待。

此外，一些重大的制度变革也产生了积极的影响。在第四、第五共和国时期的宪法委员会体制下，最高法院拥有决定是否将宪法性问题提交宪法委员会的最终权力，下级法院只有在认为某一法律违宪的情况下，才能请求宪法委员会作出裁决。其间，所有下级法院提交最高法院的涉及宪法性问题的11个案件，都被最高法院以各种理由拒绝提交宪法委员会。这就使宪法委员会被隔离在宪法案件之外，无法发挥其可能发挥的作用。相反，在1987年宪法改革所建立的体制下，下级法院可以直接将其认为涉及宪法的争议提交宪法法院，而不必顾及最高法院的干涉。新建立的宪法法院对宪法诉讼的管辖权，应被视为违宪审查制度划时代的发展。它为公民个人直接向公共权力的作为或不作为的合宪性挑战，开辟了程序之路。

上述因素不足以证明仅靠改变制度就能导致社会变革。还有一些隐性因素对韩国转型时期的违宪审查制度的进步作出了积极的贡献。对此，劳伦斯·M·弗里德曼(Lawrence M. Friedman)教授有关美国司法积极主义的观点具有启发意义。他认为美国的经验表明，通过司法审查导致社会变革，需要几个前提条件：1、一个持积极主义态度的法律职业集团；2、持司法积极主义态度的法官团体；3、其价值至少为一部分法官认同的真正的社会改革运动；4、最重要的条件是“权力的持有者必须接受滥诉的后果，不论喜欢与否”[9]。如果通过这些条件的视角，审视韩国转型时期的情况，就会发现一些有益的因素。首先，自二十世纪七十年代权威主义在韩国占统治地位以来，就有一群通常被称为“人权律师”的专攻政治案件的律师活跃在韩国的各级法院。他们为政治犯作刑事辩护人，并作为韩国律师协会的核心成员，领导了大量有关人权保护的社会行动[10]。在作为韩国民主化进程转折点的1987年宪法改革后，他们组建了名为“为民主社会的律师”的团体，该组织成为包括宪法诉讼活动在内的公益行动的中心。其次，宪法法院的法官们表现出司法积极主义的意识。尽管在宪法法院的9名法官中，只有一位是从反对党推荐的人选中提名的，宪法法院并没有表现出常例所反映的对执政党的倚赖和顺从。考虑到判决法律或政府行为违宪需要至少六名法官一直同意，过渡时期宪法法院的成绩显示出法官们对宪法改革的积极态度。当然，他们在几个具有重大政治意义的案件中，表现得十分谨慎。此外，欧洲型中央集权化的司法审查制度的建立，是推动司法积极主义的重要制度因素。正如马罗·凯普勒蒂(Mauro Cappelletti)教授在其有关司法审查比较研究的专著中揭示的，“中央集权式的宪法法院并不回避那些美国最高法院会以明显的政治性为由拒绝受理的案件”[11]。随着司法审查模式的变化，法官们对其角色的认知也会变化。第三，自1970年代以来，民主化运动在韩国已成为强有力的传统。尤其在转型时期，大量以保护环境、消费者权益、妇女自由，实现经济公正为目的的社会运动不断涌现，诉讼作为一种社会运动的表现形式，已相当普遍，这与其它已形成发达市民社会的国家的情况极为相似。第四，政治民主化的进程迫使权力持有者尽可能保持宽松的执政风格，这无疑有助于他们容忍滥诉的结果。没有1987年的民主宪政改革，韩国宪法法院的积极行动是不可

想象的。换言之，司法审查积极主义的扩展与政治权力民主化的程度成正相关。

#### 四、司法审查对社会变革的限制

在韩国转型时期，除了史无前例的宪法判决浪潮，宪法法院对社会变革具有明显的限制作用。该院对有高度政治敏感性的案件，持相当的保守态度。有关国家安全法的案件就是揭示这一点的范例。在权威主义统治时期，众多的“恶法”被用来镇压人民的反抗。其中，“国安法”作为典型，几乎成为“恶法”的同义语。转型时期，该法随被保留下来，但不再象从前那样频繁使用。其核心部分的第七条，禁止“以任何方式赞扬、鼓励、资助反国家的组织及其成员”。政府虽声称其目的在于防止共产党尤其是北韩的威胁。但是实际上总是用来对付反政府的民主人士。因此，废除或修改该法的难题自然成为韩国民主化运动的主要任务之一。在这种情况下，有关“国安法”违宪的问题被提交宪法法院。经历五个月的谨慎审查，宪法法院作出判决，称“该条款只能适用于可能威胁国家生存和安全，或损害自由民主基本秩序的行为。因此，在这样的解释下，该条款不违宪”[12]。学者们困惑于如何解释这一判决，多数人猛烈抨击它，尽管法院对该条款的正式定位是“有限合宪”而非“完全合宪”。不满民主化进程缓慢的人们，强烈批评宪法法院逃避责任。而另一些人则认为，出于保护宪法法院自身，这样的判决并不奇怪。“有限合宪”的观点在此后的另一些政治敏感案件的判决中，也被重复引用。这提醒人们关注劳伦斯·M·弗里德曼(Lawrence M. Friedman)教授的“松弛”(slack)概念。他认为“当对规则、程序或制度的支持是如此的微弱，以致于很小的力量或观点的转变都会改变它们时，制度就会松弛下来……换言之，一部法律的问题包括两方面，一是松弛方面，另一个是深度防御”[13]。韩国宪法法院在深度防御方面呈现了避祸心态，而在松弛方面则表现出积极态度。

在“有限合宪”判决中包含的、更重要的问题是，这种形式的判决对法律实施及法律改革的方向的影响。不幸的是，尽管宪法法院的判决强调必须慎重适用“国安法”的相关条款，以便不致因损害表达自由而违宪，但警察及检察机关的执法和普通法院的判决并没有更多的变化。在坚持有限合宪理论的同时，必要的限制往往被有意无意地忽略。而不受拘束的完全合宪理论则被僭取以支持权力的运用。尽管如此，有限合宪的判决仍然具有积极意义。它迫使执政党提出国安法修正案，强调任何实施有利于反国家的有组织行为的人。只有在有证据证明其认识到行为威胁国家生存及安全时，才能予以刑事制裁。这无疑是保留国安法条文与违宪审查机制之间的妥协。

韩国转型时期违宪审查制度的运转经验提示我们，宪政主义与权威主义的区别之一体现为“活宪法”是否存在。活宪法在很大程度上取决于司法审查的运作状况[14]。活宪法有两种功能，一是作为公民日常行为的规范，二是控制权力的运作。转型初期，韩国宪法法院至少在前一领域运转良好，但在后一领域则只有非常有限的边际作用。尽管其作用有限，执政党仍然试图通过宪法修正案，缩减宪法法院的管辖权，只是由于公众舆论的强烈反对才未得逞。这一事件显示，对于麻木的国民及保守的舆论占优势的国家，司法审查机关运用宪法控制政治权力的难度有多么大。

韩国在经历了二十年的权威主义统治及十年的转型时期后，已成为一个民主宪政国家，其违宪审查制度也已日臻成熟。然而，这一成绩的取得，浸透着韩国人民的艰辛血泪，饱含无尽的悔恨、遗憾、痛惜与无奈，提示世人没有轻易得来的必然之果。对于与其具有相似的文化传统、历史经历的近邻中国而言，违宪审查的实践才刚刚起步，先行国家旧日转型时期的经验及作法较之其今日的成熟制度更值得今天的中国学人及宪政实践探究、借鉴。至于赶超先进的工作已非今人力所能及，似由后人承担为宜。

陈欣新：中国社会科学院法学研究所副研究员，传媒与信息法室副主任。

[1] 韩国宪法第六章第111条第1款。

[2] 韩国宪法第六章第111条第2、3款。

[3] 韩国宪法第六章第112条。

[4] James M. West & Edward J. Baker, "The 1987 constitutional Reforms in South Korea :Electoral Processes and Judicial Independence", Harvard human Rights Yearbook, Voll, Spring 1988, at P163-165.

[5] 1 KCCR 69, 88 Hunka5, etc., Jul , 14, 1989.

[6] 1 KCCR 199, 88 Hunka6, Sep, 8 , 1989.

[7] 3 KCCR 149, 89 Hunma160, Apr , 1, 1991.

[8] 1 KCCR 176, 88 Hunma22, Sep , 4, 1989.

[9] Lawrence M. Friedman, The Legal System: A Social Science Perspective, p278, (1975).

[10] Kun Yang, "Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses", Law and Society Review, Vol23, No5, 1989.

[11] Mauro Cappelletti , The Judicial Process in Comparative Perspective, p138(1989).

[12] 2 KCCR 49, 89HunKa 113, Apr, 2, 1990.

[13] Lawrence M. Friedman, Law and Society: An Introduction ,p167, (1977).



---

相关文章：

---

李达昌案件与权力监督  
抗战时期的“一国两制”——“国共合作”模式  
欧洲人权法院限制结社自由的条件  
一国内不同法系协调问题  
法系差异造成的内地与香港的法制协调问题  
日本违宪审查制度  
国歌史话  
韩国转型时期的司法审查  
中国语境中的司法独立  
韩国违宪审查制度  
印度违宪审查制度  
国际人权公约在中国的适用  
论行政首长的直选

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

