

中韩刑法比较研究系列之一

中国人民大学刑事法律科学研究中心
中国法学会刑法学研究会 合作项目

中韩刑法

基本问题研讨

『首届中韩刑法学术研讨会』学术文集

主编 赵秉志



中国人民大学出版社



中韩刑法比较研究系列之一

中国人民大学刑事法律科学研究中心
中国法学会刑法学研究会

合作项目

中韩刑法基本问题研讨

——“首届中韩刑法学术研讨会”学术文集

顾问：高铭暄 王作富
主编：赵秉志
主编助理：阴建峰

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中韩刑法基本问题研讨/赵秉志主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2005.7

(中韩刑法比较研究系列; 1)

ISBN 7-81109-108-9

I. 中... II. 赵... III. 刑法—对比研究—中国、韩国—文集 IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 061903 号

中韩刑法基本问题研讨

ZHONGHAN XINGFA JIBENWENTI YANTAO

赵秉志 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2005 年 7 月第 1 版

印 次: 2005 年 7 月第 1 次

印 张: 13.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 368 千字

印 数: 0001 ~ 1000 册

ISBN 7-81109-108-9/D · 103

定 价: 35.00

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

中韩刑法比较研究系列

总序

中韩两国一衣带水，是隔海相望的近邻；两国文化交流的历史源远流长，可以追溯到中国的隋、唐之前。从古至今，中韩两国人民互相学习，彼此借鉴，创造了两国灿烂的文化。两国地缘相近，文化一脉相承，两国民众有着天然的亲近感，文化传统相近使两国国民比其他国家的国民之间更容易互相理解和沟通，更容易“寻求友谊、繁荣文化”。十余年来中韩两国友好关系发展迅速，双方积极开展交流活动，寻求友谊，吸收对方有益的文化精髓，把自己的优秀传统文化和现代文化介绍给对方，介绍给世界，繁荣了文化，亦为人类文明事业作出了贡献。

为适应中韩两国文化交流的良好态势，促进中韩刑法学界的学术研究与学术交流，在中国法学会的支持下，本着相互尊重、自主、互惠平等的精神，2002年12月18日由中国法学会刑法学研究会会长赵秉志教授和时任韩国比较刑事法学会会长的金永钰教授分别代表两学会，在中国国家重点研究基地中国人民大学刑

事法律科学研究中心正式签订了《关于中韩两国刑法学学术交流协议书》。两学会约定在如下方面深入开展学术交流与合作：(1) 及时交换学术研究之出版物及相关资料；(2) 共同进行学术活动与学术研究；(3) 强化两学会会员之间的相互交流，并积极提供方便；(4) 携手举办国际学术会议；(5) 其他关于两学会友好协作的事项。

为贯彻该项协议，应韩国比较刑事法学会的邀请，中国法学会刑法学研究会以会长赵秉志教授为团长的十位知名教授组成的学术代表团于2003年8月访问了韩国，参加了韩国比较刑事法学会主办的国际会议，并访问了韩国司法机关、法学院和研究机构。此次中国刑法学者代表团访韩取得了圆满的成功。而该次访问的另一个成果，就是中韩双方筹划了今后每年一次、在中韩两国交替召开“中韩刑法学术研讨会”。时至今日，前两届“中韩刑法学术研讨会”已分别在两国首都北京和汉城成功召开，而“第三届中韩刑法学术研讨会”也正在筹备过程中。应该说，这正是对中韩刑法学界上述协议的切实履行。

为了将“中韩刑法学术研讨会”的相关成果及时反馈社会，扩大中韩刑法学术交流的规模与影响，中国法学会刑法学研究会与韩国比较刑事法学会共同决定将历次研讨会成果分别在中韩两国以本国文字公开出版。其中，韩国比较刑事法学会将在其所主办的刊物《比较刑事法研究》上以特辑号之形式发表所有会议论文，而中国法学会刑法学研究会则决定与国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心共同合作，由中国法学会刑法学研究会负责“中韩刑法学术研讨会”的组织与领导工作，中国人民大学刑事法律科学研究中心则协助组织会议并承担会议文集的策划、翻译、编辑、出版等具体工作，从而将历次研讨会所提交之论文编辑成册，以“中韩刑法比较研究系列”为题，交付中国法律专业出版社予以公开出版。

我们完全有理由相信，通过中韩刑法学界的共同努力和不断积

累，双方的学术交流将会结出丰硕的成果，并将有力地促进两国的刑事法治进程。

中国人民大学刑事法律科学研究中心主任 赵秉志 教授
中国法学会刑法学研究会会长
谨识于甲申年晚秋

前 言

根据 2002 年 12 月 18 日中国法学会刑法学研究会与韩国比较刑事法学会在北京所签订的《关于中韩两国刑法学学术交流协议书》，中国法学会刑法学研究会与国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心于 2004 年 1 月 6 日至 1 月 8 日在北京友谊宾馆共同主办了“首届中韩刑法学术研讨会”。

出席此次会议的，既有来自韩国比较刑事法学会的 12 位韩国知名刑事法学者，也有来自中国全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、中国法学会等中央政法机关的领导与专家，以及来自中国人民大学、北京大学、清华大学、中国政法大学、中国社会科学院法学所、中国人民公安大学、西北政法学院、湘潭大学等高等法律院校和科研机构的专家学者。研讨会期间，与会中韩两国刑法专家、学者就刑法立法问题、刑事政策问题、刑法总论争议问题、特别刑法问题、刑法各论争议问题、死刑问题、外国人犯罪问题、国际刑法问题等八个议题，作了较为全面的总结和梳理，并进行了热烈、广泛而深入的研讨。此次“首届中韩刑法学术研讨会”的召开，无疑是中韩刑法学界大规模、高层次交流与合作的真正开端，它不仅意味着中韩刑法学术交流的广泛、深入、健康地发展，而且也为我们双方再次举办双边学术研讨会进行了积极的探索，积累了经验和认识，因而具有非常重要的意义。

为使法学界、法律界能深入了解此次研讨会的研究成果，现将研讨会学术论文经修改完善后结集出版。同时，为了将此次研讨会的学术信息能全面及时地反馈于社会，本书还一并收录了研讨会的相关致辞、日程、出席人员名单以及学术综述。

本书聘请高铭暄教授（国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心专职顾问，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席）和王作富教授（国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心资深研究员，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会顾问）共同担任学术顾问，并由赵秉志教授（国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任，中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会副主席）担任主编，由阴建峰（国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员，中国人民大学法学院讲师、法学博士）担任主编助理。由于编辑水平有限，论文选编未必精当，不妥之处，尚祈学界同仁和广大读者不吝赐正。

本书的出版得益于中国人民公安大学出版社暨有关领导的大力支持，责任编辑为本书的编辑和及时出版付出了辛勤而卓有成效的劳动，在此我们深表敬意与谢忱！

中国人民大学刑事法律科学研究中心主任 赵秉志 教授
中国法学会刑法学研究会会长

谨识 2005 年 4 月

目 录

前言	(1)
新中国刑法立法的发展	[中] 高铭暄 (1)
韩国刑法的沿革与基本思想	[韩] 许一泰 (31)
中国刑事政策纲要	[中] 卢建平 郭理蓉 (51)
韩国刑事政策的基本思想	[韩] 安铜准 (65)
中国刑法总论主要争议问题述评	[中] 赵秉志 (80)
韩国刑法中的罪刑法定主义原则与法律的 解释	[韩] 李廷元 (131)
中国的死刑研究现状	[中] 邱兴隆 (147)
关于韩国执行死刑的现况与死刑制度的改善 方向的再思考	[韩] 金仁善 (160)
关于中国刑法分则若干问题研究概述	[中] 王作富 (179)
韩国刑法分则的主要问题	[韩] 柳全哲 (207)
中国刑法修正的理论与实践	[中] 黄京平 (220)
韩国特别刑法存在的问题小考	[韩] 郑大宽 (247)
中国刑法中涉及外国人犯罪的理论与 实务	[中] 陈明华 王立军 吕文通 (263)
在韩国外国人犯罪的现状和对策	[韩] 徐巨锡 (280)
国际刑法研究的主要问题	[中] 张智辉 (302)
韩国国际刑事司法的主要问题	[韩] 赵相济 (343)
韩国对青少年性交易的法律规制	[韩] 千镇豪 (365)

附录：

“首届中韩刑法学术研讨会”开幕致辞	高铭暄 (389)
“首届中韩刑法学术研讨会”闭幕致辞	赵秉志 (392)
“首届中韩刑法学术研讨会”会议日程	(395)
“首届中韩刑法学术研讨会”出席人员名单	(399)

韩国刑法学中的主要问题

——首届中韩刑法学术研讨会

韩国学者观点综述	赵秉志 魏 东 (407)
----------------	---------------

新中国刑法立法的发展

高铭暄*

一、新中国刑法典的诞生

(一) 1979 年刑法典的诞生

中华人民共和国建立初期，惩治犯罪主要依靠政策，但也有少数几个单行刑法，如《惩治反革命条例》、《惩治贪污条例》、《妨害国家货币治罪暂行条例》等。与此同时，也开始刑法典的起草工作。经过曲折的历程，易稿 38 次，终于在 1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议上通过了《中华人民共和国刑法》（简称 1979 年刑法典）。该法典自 1980 年 1 月 1 日起施行。这是新中国成立 30 年第一次颁行刑法典。

(二) 对 1979 年刑法典的局部修改补充

1979 年刑法典从整体上说是一部保护人民、惩罚犯罪、维护社会秩序、保障改革开放和现代化建设的好法。但是，由于受当时历史条件和立法经验的限制，这部刑法典不论在体系结构、规范内容，还是在立法技术上，都还存在一些缺陷。1981 年以来，最高立法机关先后通过了 24 个单行刑法，并在 107 个非刑事法律中设置了附属刑法规范，对 1979 年刑法典作了一系列的补充和修改。概括而言，大致有以下诸方面：

* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心专职顾问，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长。

1. 在空间效力上,除了刑法典规定的属地原则、属人原则、保护原则外,增加了普遍管辖权原则。

2. 在法律溯及力问题上,有个别单行刑法^①采取了与刑法典规定的从旧兼从轻原则不同的原则。

3. 在犯罪主体上,增加了某些罪的单位犯罪规定。例如,走私罪,贪污贿赂罪,偷税罪,假冒注册商标罪,生产、销售伪劣商品罪,某些毒品犯罪,淫秽物品犯罪等,单位也可成为犯罪的主体。

4. 在共同犯罪定罪和处罚原则上作了一定的补充,即身份犯和非身份犯共同犯罪时,按身份犯的犯罪性质定罪^②;在经济性、财产性犯罪中,对犯罪的总数额负责的,不仅是犯罪集团的首要分子,而且还有其他情节严重的主犯。

5. 在刑罚种类上,除了刑法典规定的9个刑种外,对危害重大的犯罪军人,增加了剥夺勋章、奖章和荣誉称号作为附加刑^③;对被判处剥夺政治权利或者3年以上有期徒刑的军官,还附加剥夺军衔。

6. 在量刑制度上,除了刑法典规定的从重处罚、从轻处罚、减轻处罚、免除处罚外,对个别情节增加了加重处罚的规定。同时,还增加了不少从重处罚的情节和个别从轻、减轻或者免除处罚的情节。

7. 在一罪和数罪问题上,明确规定了某些情况要依照数罪并罚的规定处罚,从而排除了按牵连犯、吸收犯处理的可能;但对有

① 具体指全国人大常委会1982年3月8日《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、1983年9月2日《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》。

② 如1988年1月21日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第1条第2款规定,与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。第4条第2款规定,与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员勾结,伙同受贿的,以共犯论处。

③ 1981年6月10日全国人大常委会通过的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》第24条规定,对于危害重大的犯罪军人,可以附加剥夺勋章、奖章和荣誉称号。不过在1997年修订的刑法典中未采纳这一附加刑。

的牵连犯罪情况仍不规定数罪并罚，而坚持按其中的重罪从重处罚，有时还同时规定适用轻罪的附加刑——罚金。

8. 在缓刑制度上，增设了战时缓刑制度。^①

9. 在分则罪名上，1979 年刑法典只有 129 个罪名，经过单行刑法和附属刑法的不断补充，至 1997 年修订的刑法典通过之前，已增加到 262 个罪名。

10. 在罪状（即具体犯罪构成）上，对某些罪补充规定了概念、特征^②，使构成要件更加明确、具体；有的还分别情节、数额档次^③，使法定刑更加相适应，便于司法掌握。

11. 在法定刑上，提高了不少罪的法定刑，其中有的罪增设了死刑。1979 年刑法典规定可处死刑的罪名是 29 个，后来经过单行刑法的修改补充增加了 40 个，共有 69 个可处死刑的罪名。当然其中有许多是虚置的，并未实际适用。

12. 在罚金适用上，对某些罪，开始规定罚金的数额，如 5000 元以下，1 万元以下，20 万元以下，1 万元以上 10 万元以下，2 万元以上 20 万元以下，5 万元以上 50 万元以下，偷税数额 5 倍以下，欠缴数额 5 倍以下，骗取税款 5 倍以下，抗缴税款 5 倍以下，违法所得 5 倍以下，违法所得 1 倍以上 5 倍以下，虚报注册资本金额 10% 以下，虚假出资金额或者抽逃出资金额 10% 以下，非法募集资金金额 5% 以下。

① 参见 1981 年 6 月 10 日全国人大常委会通过的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》第 22 条。该条内容又未作任何改动地被载于 1997 年修订的《刑法》第 449 条。

② 如《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》规定了贪污罪、受贿罪、行贿罪的概念、特征；《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》规定了偷税罪、抗税罪的概念、特征。

③ 如《关于惩治走私罪的补充规定》对走私罪的细化规定；《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》对贪污罪的细化规定；《关于禁毒的决定》对走私、贩卖、运输、制造毒品罪的细化规定；《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》对偷税罪的细化规定；等等。

13. 在法条适用上,通过“比照”等立法方式,扩大了刑法分则某些条文所规定的犯罪的适用范围。

从上述补充和修改情况来看,中国在制定刑法典之后,对刑法的立法工作仍然是抓得很紧的,对司法实践的指导和规范作用也是有力的。但是,在刑法典之外,还有这么多单行刑法和附属刑法,缺乏体系上的归纳,显得有些零乱,不便于司法机关掌握、运用和操作。此外,随着社会主义市场经济体制的建立,各方面都发生了许多深刻的变化,在犯罪现象上也出现了许多新情况、新问题。为了更加有效地发挥刑法的社会调整功能,更好地保护社会 and 保障人权,全面系统地修订出一部崭新的刑法典,实乃势在必行。

二、刑法典的全面修订(1997年刑法典的公布施行)

从中国最高立法机关于1982年提出修改刑法典起,研究和修订刑法典的工作大体经历了如下五个阶段:第一,酝酿准备阶段(1982年至1988年2月)。这一阶段最高立法机关开始注意对刑法修改意见进行收集和整理。第二,初步修改阶段(1988年3月至1989年6月)。这一阶段将刑法修改明确列入了立法规划,并初步尝试性地草拟了《刑法修改稿》。第三,重点修改阶段(1991年)。这一阶段主要是对“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”进行研讨、论证。第四,全面系统修改阶段(1993年至1996年12月)。这一阶段紧锣密鼓地对刑法典进行全面系统的修改,草案修改频繁。第五,立法审议通过阶段(1996年12月至1997年3月)。这一阶段最高立法机关广泛征求各界意见,对修订草案数次审议,最后经第八届全国人大第五次会议于1997年3月14日通过了修订的《中华人民共和国刑法》。这部刑法典于1997年10月1日起施行。

1997年刑法典包括总则、分则、附则三部分,共15章,将1979年刑法典的192个条文增加到452个条文。其修改幅度之大,涉及范围之广,在中国可谓空前。

总的来说，这部刑法典是新中国历史上最完备、最系统、最具有时代气息并具有里程碑意义的刑法典。其鲜明特色主要体现在以下几个方面：

第一，这部刑法典修订面很大，比较完整，能够考虑到的问题都考虑了，由简到繁，增强了可操作性。以1979年刑法典作为基础来参照对比，1997年刑法典对1979年刑法典条文中一字未改保留下来的总共只有30条，其中总则24条，分则6条。总则由原来的89条增加到101条，分则由原来的103条增加到350条。整部修订的刑法典452个条文中，只有30个条文是原封未动来自1979年刑法典，仅占6.6%，其余93.4%的条文，或者是新增设的，或者是源自单行刑法和附属刑法的，或者是在1979年刑法典条文的基础上修改而成的。

第二，经过修订以后，基本实现了中国刑法的统一性和完备性。本次修订将1979年刑法典实施17年以来由全国人大常委会作出的有关刑法的修改补充（有的叫决定，有的叫补充规定，有的叫条例，统称单行刑法），经过研究、修改、整合以后都纳进了这部刑法典。同时，还将一些民事、经济、行政、军事等法律中“依照”、“比照”1979年刑法典有关条文追究刑事责任的规定（统称附属刑法），改写为修订的刑法典的具体条款。特别是将最高人民检察院当时拟制定的、较为成熟的《反贪污贿赂法草案稿》和中央军委曾提请全国人大常委会审议的《惩治军人违反职责犯罪条例草案》，经修改整合后编入修订的刑法典分则第八章“贪污贿赂罪”和第十章“军人违反职责罪”，此外还增设了分则第七章“危害国防利益罪”。这样，就保证了修订的刑法典体系的完整性和作用的权威性，比较圆满地实现了刑法的统一性。修订的刑法典根据社会主义市场经济条件下刑法保护市场经济健康发展和维护国家社会安定的实际需要，除了基本保留1979年刑法典所设的罪名以及其后单行刑法和附属刑法所补充的罪名外，大量充实了新的罪种，其中不少是新型犯罪，如组织、领导、参加恐怖组织罪，非法

买卖、运输核材料罪，证券内幕交易罪，洗钱罪，侵犯商业秘密罪，煽动民族仇恨、民族歧视罪，非法侵入计算机信息系统罪，组织、领导、参加黑社会性质组织罪，等等。根据笔者统计，1979年刑法典有129个罪名，经修订保留了116个^①；单行刑法和附属刑法增加133个罪名，经修订保留了132个^②；修订中新设164个罪名，因此1997年刑法典总共有412个罪名。从罪名数量增设情况来看，中国刑法确已相当完备。当然也不是说罪名已非常完备。后文我们还要谈到修订刑法典之后新增设罪名的问题。

第三，贯彻刑事法治原则和加强刑法保障功能。1997年刑法典在总则第一章显著位置规定了罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则和罪责刑相适应原则，并废止了1979年刑法典中有悖罪刑法定原则的类推制度，这是中国刑法修订中最引人瞩目的一个闪光点，也是中国刑法民主性、科学性、进步性和时代性的一个显著的标志。刑法基本原则的确立，有助于坚持法治，摒弃人治；坚持平等，反对特权；讲求公正，反对徇私。这无论对刑事立法还是刑事司法，都具有重要的导向和制约作用。刑法基本原则是依法治国、建设社会主义法治国家基本方略在刑法领域的集中体现。贯彻刑法基本原则，既有利于保护社会，又有利于保障人权。修订的刑法典除了明确规定三项基本原则外，还进一步规定对未成年人犯罪从宽处罚的原则；强化对公民正当防卫权利的保护；设置了较为齐全的有关侵犯公民基本权利（包括人身权利、民主权利、劳动权利、财产权利、婚姻家庭权利等）犯罪的刑法规范。这些都是加强刑法保护社会 and 保障人权功能的表现。

第四，立足于中国的国情和适当地借鉴外国的先进经验相结

① 删去了一些罪名，如反革命破坏罪，反革命杀人、伤人罪，组织、领导或者积极参加反革命集团罪，伪造、倒卖计划供应票证罪，等等。分解了个别罪名，如投机倒把罪、流氓罪，从而原罪名也就废止了。

② 将绑架妇女、儿童罪并入拐卖妇女、儿童罪（见1997年刑法典第240条），从而减少一个罪名。

合。1997 年刑法典主要立足于中国还处在社会主义初级阶段这一基本国情，同时放眼国际上刑法改革的进步趋势，积极合理地借鉴国外有益的立法经验。比如，扩大中国刑法对中国公民的域外管辖权，1997 年刑法典第 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 3 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。设立中国刑法的普遍管辖权原则，1997 年刑法典第 9 条规定，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。这表明中国作为国际社会的一员，是郑重的、负责任的，既不放纵中国公民在国外胡作非为、实施犯罪，也不容忍中国缔结或参加的国际条约所规定的任何罪行的发生。这些规定适应了中国对外开放的新形势，有利于加强国际合作，进一步发挥中国在国际事务中的作用，从而为中国刑法增添了现代色彩。又如，借鉴国际上刑罚改革的经验，扩大了开放型刑罚——管制和罚金的适用范围。1979 年刑法典中规定可以适用管制的罪种仅有 23 个，修订的刑法典已将其扩大适用于 109 个罪种。罚金是西方各国刑法中适用率较高的一个刑种。在 1979 年刑法典中，罚金作为附加刑主要附加于自由刑，适用于某些贪利性的犯罪（如伪造有价证券罪、投机倒把罪等），但也规定可以独立适用于某些较轻的犯罪（如滥伐林木罪、非法狩猎罪、非法捕捞水产品罪等）。不过从整体而言，规定可适用罚金的罪种不多，只有 23 个，约占该法典全部罪种的 17.7%，其中可以独立适用罚金的只有 14 种罪。在修订的刑法典中，情况大有变化。虽然罚金仍属于附加刑，主要是附加适用，但适用范围已显著扩大，规定可适用罚金的罪种增至 180 个，约占该法典全部罪种的 43.7%，其中可以独立适用罚金的罪种增至 84 个，为 1979 年刑法典规定数的 6 倍。再比如，根据对外开放和促进中国和平统一的需要，并考虑到刑法罪名的科学性和司法实践中