



国外法学精品教材

韩国刑法总论

[韩] 金日秀 徐辅鹤 著
郑军男 译

第十一版

General Introduction to Criminal Law
Of the Republic of Korea



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社



国外法学精品教材

韩国刑法总论

General Introduction to
Criminal Law
of the Republic of Korea

(第十一版)

[韩] 金日秀 徐辅鹤 著
郑军男 译



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

韩国刑法总论:第11版/[韩]金日秀,徐辅鹤著;郑军男译. —武汉:
武汉大学出版社,2008.3

国外法学精品教材

ISBN 978-7-307-06134-7

I. 韩… II. ①金… ②徐… ③郑… III. 刑法—韩国—教材
IV. D931.264

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 015159 号

著作权合同登记号:图字 17-2008-027

Copyright ©IL—SU KIM(金日秀)

本书中文版专有出版权由作者授予武汉大学出版社出版。未经出版
者书面允许,不得以任何方式复印或抄袭本书内容。

责任编辑:郭园园

责任校对:刘欣

版式设计:詹锦玲

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp4@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北省通山县九宫印务有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:52.625 字数:912千字 插页:2

版次:2008年3月第1版 2008年3月第1次印刷

ISBN 978-7-307-06134-7/D·794 定价:68.00元

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售
部门联系调换。

作者简介

金日秀

高丽大学 法科大学 毕业

第12回 司法考试 合格

高丽大学 大学院 修了(法学硕士)

德国 München 大学 修学(法学博士)(Dr. jur.)

司法研修院 第2期 修了

律师

首尔大学 法科大学 讲师

美国 Harvard University Law School Visiting Scholar

现高丽大学 法科大学 教授

司法考试委员及各种国家考试委员

法务部刑法改正审议委员会 委员

ZStW(总体的刑法学志)编辑咨询委员

著作及译著

Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht, insbes. Für Rechtfertigung und Begrenzung der staatlichen Strafe, 1983, Diss. München.

《韩国刑法I》(总论上)、《韩国刑法II》(总论下)、《韩国刑法III》(各论上)、《韩国刑法IV》(各论下)、《刑法学原理》(总则讲义)、《新刑法各论》、《刑法总论讲义》、《注释刑法总论》(共著)、《新稿刑法各论》(共著)、《注释刑事诉讼法》(共著)、《法·人间·权》、C. 洛克辛:《刑事政策与刑法体系》(译著)、N. Brieskorn:《法哲学》(译著)、《打开黎明的胸膛》(时评集)、《爱与希望的法》(时评集)、《改革与民主主义》(时评集)、《法如江河一样》、《关于体系性犯罪论的方法论的一考察》、《刑法各论研究的方法论序说》、《关于刑法上原状恢复制度的刑事政策机能及效用的研究》、《科学技术的发展与刑法》、《克隆人的法的、伦理的问题》。此外发表诸多论文。

徐辅鹤

高丽大学 法科大学 毕业

高丽大学 大学院 修了(法学硕士)

德国 Köln 大学 修学(法学博士)(Dr. jur.)

高丽大学 法科大学 讲师

亚洲大学 法学部 助教授

现庆熙大学 法科大学 副教授

司法制度改革促进委员会促进企划团 企划委员

主要论文

Der Rechtsfolgenteil des neuen koreanischen StGB von 1995 im Vergleich zu den Regelungen im deutschen StGB, 1996, Diss, Köln.

《堕胎罪与立法者的价值判断》、《“部分”执行犹豫制度与“short sharp shock”》、《刑法上剥夺不法收益的必要性与法治国家的界限》、《刑事法上禁止溯及力原则的机能与界限》、《连续犯理论的批判性考察》、《侦查权的独占与分配——关于警察侦查权独立要求的探讨》、《过失犯中注意义务违反的体系性地位与判断基准》、《过失犯的共同正犯》、《强制猥亵罪中的暴行程度与奇袭猥亵的问题》、《网络上的情报散布与刑事责任》、《共同正犯与超过的实行行为》。

译者简介

郑军男

辽宁大学 法律系 法学学士（1996年）

吉林大学 法学院 法学硕士（1999年）、法学博士（2004年）

武汉大学 法学博士后流动站 刑法学专业在职研究员

日本早稻田大学 法学研究科 博士后研究员

现吉林大学 法学院 副教授

著作及论文

《不能未遂犯研究》（独著）、《犯罪形态研究精要Ⅰ》（副主编）、《犯罪形态研究精要Ⅱ》（副主编）；《不能未遂犯论争》、《不能未遂犯着手实行性问题探讨》、《刑法司法解释方法论》、《德日犯罪论体系思维模式探究》、《德日刑事违法性理论探析》、《抽象的危险犯、具体的危险犯与未遂犯》、《论定罪中的主客观相统一原则》、《论受贿罪的共同犯罪问题》、《刑法解释方法研究——寻求刑法解释的客观性》、《犯罪成立条件比较研究》、《西原春夫教授学术报告综述》。

序

研究我国的刑法学，应当立足于我国的国情，但同时也要借鉴外国的先进经验，因而这些年来，我国学者翻译出版了德、日、俄、法等国的刑法学著作，这对我国刑法理论研究的发展很有裨益。

武汉大学出版社鉴于外国法学著作对我国法学研究的重要意义，特设立“国外法学精品教材丛书”，系统出版这方面的译著。2005年秋，我在长春开会时，吉林大学法学院郑军男博士提出翻译金日秀教授与其弟子徐辅鹤教授所著《韩国刑法总论》一书的设想，向我征求意见。我看了该书的目录，感到值得翻译，随后向武汉大学出版社推荐出版，出版社经过研究欣然同意，遂列入出版计划。

作者金日秀是韩国高丽大学教授、司法考试委员及各种国家考试委员、法务部刑法改正审议委员会委员、德国 München 大学法学博士，为人勤于治学，著作甚多。徐辅鹤是韩国庆熙大学副教授、司法制度改革促进委员会促进企划团企划委员，发表过多篇论文。二人合著的本书已修订至第11版，显示很受读者欢迎。第一作者获悉我推荐其大作在武汉大学出版社出版，甚为感谢，曾应邀来我校访问，并邀我为译书作序。

今年2月下旬，武汉大学出版社排出译书清样，送我审阅，我翻阅一遍之后，深感它受读者欢迎不是偶然的，它确实是一本很有特色的教材。

特色之一是结构体系，别出心裁。本书分为四编，分别为刑法的基础理论、犯罪论、罪数论和刑罚论，将罪数论放在犯罪论之后与之并列，比较少见。犯罪论分为十章，分别为犯罪论体系、行为论、构成要件论、违法性论、责任论、客观的处罚条件与人的处罚条件、过失犯论、不作为犯论、未遂论、正犯及共犯论。这样的体系自然是参考了当代德国学者的犯罪论体系，但也有其独到之处，即将“客观的处罚条件与人的处罚条件”放在责任论与过失犯论之间并与它们并列，同时在构成要件论中增加“构成要件符合性排除事由”等，这些表现了作者的独特构思，为犯罪论体系另辟了蹊径。

特色之二是理论阐述，多有新意。作为教材，很多问题与其他学者的

论述相同或相近是难以避免的；但翻开本书，不少内容使中国读者感到耳目一新。例如，在谈到刑法的预防机能时，分别论述了积极的一般预防、积极的特别预防、消极的一般预防和消极的特别预防；在谈到刑法的基本原则时，论述了“比例性原则”——实施保安处分应当遵循的原则；在谈到各种行为概念时，论述了消极的行为概念和行为概念的否定论；在研究对适法行为的期待可能性时，论述了“被强迫的行为”的意义、法律性质、成立条件和处理，接着在“关联问题”中还谈到“良心犯问题”，阐述了良心犯的意义、学说概观和刑法上的处理；在研究“故意犯的时间性进程”时，将这种进程分为五个阶段，于既遂阶段之后提出了一个“完成阶段”；在“正犯与共犯论”一章，提出了“共犯参加形态”的概念，将共同正犯、间接正犯、教唆犯、帮助犯均包括在内；在本章作为一节专门论述了“合同犯”，对“合同犯的概念构成”作者提出了“现场的共同正犯说”；在“刑罚犹豫制度”一章，设立一节论述了“宣告犹豫”，即刑罚宣告犹豫制度。诸如此类，难以尽举，这些论述都很有新意。

特色之三是重视借鉴，立足本土。在《中文版序》中，金日秀教授谈到韩国“进入近代以来在受到德国刑法理论影响的同时”，“谋求独立的发展”。事实确系如此，本书的论述清楚地反映了这一论断。它很重视借鉴德国的刑法理论，例如，对犯罪体系、行为论，构成要件论、客观归属论等的论述，常常引用德国学者的见解；但它更重视立足本土，从韩国的实际出发。书中引用了大量的韩国法院判例，以阐明论述的原理，例如在论述“信赖原则”时，列举了五个判例，既便于说明这一原则，又表明了韩国司法实践对这一原则的运用，同时重视引用或揭示韩国其他学者的观点，展现了韩国学者对刑法问题的研究状况。这种学习外国经验，重视与本国实际相结合谋求独立发展的做法，特别值得称道。

总之，本书具有诸多优点，难以尽述，我们相信，本书的出版，会有助于我国学者了解和借鉴韩国的刑法理论，并对中韩法学文化交流作出贡献，是为序。

马克昌

2008年2月28日

中文版序

在当今，法学已经不是停留于一国精神领域内的特殊的思想财富，而是具有跨越国境即使在语言、风俗、传统和文化不同的国民间也能够相互作用的普遍性。刑法学也不例外。不仅根据不同的国家和民族形成、发展了独特的刑法文化，而且不同的国家与民族间又相互影响形成了普遍的刑法文化。

在东北亚各国中，尤其中国、韩国、日本进入近代以来在受到德国刑法理论的影响的同时，各自谋求独立的发展。这已经不是令人惊讶的新事实。这是因为，刑法学的诸多精神上的原理与原则以及理论上的素材虽然形成于各自特殊的文化背景之中，但在处理犯罪与刑罚的问题上却承载着人类共同的普遍智慧。

这次用中文翻译、出版的我的刑法总论教科书能够走出韩国与中国读者见面，我感到非常高兴。此书在1989年发行初版之后，至2000年为止已经是再版发行了第8版。自2002年第9版开始以我和我的弟子徐辅鹤教授共著的形式发行，至2006年已经是第11版。

深刻探讨刑法学的发展及其理论史发展过程的此书，在韩国受到了读者们的长期的关心与喜爱。这次以中文版发行为契机，能够与中国读者相见，深感荣幸。

谨向不仅为此书的中文版发行作出努力，而且还给予信任推荐此书的中国武汉大学马克昌教授致以最真心的感谢。也向全身心努力翻译此书的中国吉林大学郑军男副教授表示深深感谢。同时也向为翻译工作给予激励的辽宁大学邢志人教授表示感谢。

恳切期待此书中文版的发行能够成为作为邻国的中国与韩国的刑法学之间更加紧密的桥梁。

著者 金日秀 识

2007年5月

序

新版刑法总论是在整理已经再版多次的著者的刑法总论的基础上重新编写而成的。

借着手进行刑法改正之机，以重新编写的心情从头至尾整理了内容。试图努力向初次接触刑法总论的读者们简捷、容易地传达多样的理论及知识体系。

可以说，现代社会是科学技术与经济、政治理论占据支配地位的社会。因此，时常感到法规范的作用在渐渐萎缩。刑法领域也不例外。一直在寻求刑法的新的平台，使其成为在多变的后现代社会中既照耀传统的法治国家刑法的意义，又以道德的合理性为基础的觉醒的市民生活的法。

期待这种刑法思考能够为在生活中追求自我反省之实践理性的读者们构建知性的问题解决的平台。谨向发行新版刑法总论的博英社安钟万社长及真心给予帮助的编辑沈光明表示感谢。

金日秀

首尔 1996 年 春

第 11 版序文

这次《刑法总论》的修订，加入了基于 2005 年 7 月 29 日字改正的刑法的执行犹豫及竞合犯规定方面的内容。而且，还补充了因旧社会保护法的废除及治疗监护法的制定而涉及的关于保安处分的说明。此外，在过失犯及部分共犯论中，也进行了若干的学说上的修正及补充，并介绍了至 2005 年 12 月为止出现的新的最高法院判例。

祝愿读者诸位健康！

共著者拜上

首尔 2006 年 2 月

目 录

第一篇 刑法的基础理论

第一章 刑法的基础概念	3
第一节 刑法的意义、内容、性质	3
一、刑法的意义	3
(一) 定义	3
(二) 形式意义上的刑法	3
(三) 实质意义上的刑法	3
(四) 秩序违反法	4
二、刑法的内容	5
(一) 实体刑法	5
(二) 刑事诉讼法	6
(三) 刑执行法	6
第二节 刑法学的历史与发展	7
一、古代刑法	7
二、中世纪的刑法学	7
三、近代启蒙时期的刑法学	8
四、现代刑法学	9
(一) 古典学派(旧派)的形成	9
(二) 现代学派(新派)的登场	9
(三) 学派论争的意义	10
五、第一次世界大战后的刑法学	11
(一) 古典犯罪理论	11
(二) 新古典犯罪理论	11
(三) 目的的犯罪理论	12

2 目 录

第三节 犯罪概念	13
一、罪与犯罪	13
二、形式的犯罪概念	13
三、实质的犯罪概念	14
四、犯罪概念相互间的关系	15
第四节 刑罚及保安处分	16
一、刑罚的概念与本质	16
二、刑罚的对象与界限	17
(一) 刑罚的对象	17
(二) 刑罚的界限	17
三、刑罚的机能	19
(一) 报应	19
(二) 一般预防	19
(三) 特别预防	19
四、保安处分	20
(一) 概念及本质	20
(二) 沿革与发展	21
第二章 刑法的任务、机能、规范的性质、适用	25
第一节 刑法的任务	25
第二节 刑法的机能	26
一、序说	26
二、预防机能	26
三、规制(镇压)机能	27
四、保护机能	28
五、保障机能	28
六、结语	28
第三节 刑法规范的性质	29
一、为保护法益的刑法规范	29
二、作为假言规范的刑法	29
三、行为规范与制裁规范	30
四、禁止规范与命令规范	30
五、评价规范与决定规范	30
第四节 刑法的解释与适用	31

一、刑法的解释	31
(一) 解释与包摄	31
(二) 解释的方法	32
(三) 刑法解释的方法	35
(四) 解释与类推	36
二、刑法中自由的法发现	38
(一) 分类	38
(二) 立法的欠缺与自由的法发现	39
三、刑法的时间适用	40
(一) 意义	40
(二) 刑法上的规定	41
(三) 限时法的问题	43
(四) 空白刑法中的时间适用	47
四、刑法在场所·人上的适用	49
(一) 意义	49
(二) 立法的一般原则	49
(三) 韩国刑法在场所·人上的适用	51
 第三章 刑法的基本原则	 54
第一节 刑法的法治国家的限制原则	54
第二节 罪刑法定原则	55
一、总论	55
(一) 意义	55
(二) 违反罪刑法定原则的法律效果	56
(三) 沿革	56
(四) 四种思想史的根基	57
(五) 罪刑法定原则的四种派生原则	57
二、禁止溯及力原则	57
(一) 含义与制度上的旨趣	57
(二) 禁止溯及力原则的适用范围	58
三、法律明确性的要求	64
(一) 含义	64
(二) 制度上的旨趣	64
(三) 具体内容	65

4 目 录

四、禁止类推适用	68
(一) 含义	68
(二) 制度上的旨趣	69
(三) 适用范围	71
五、禁止适用习惯刑法	74
(一) 含义	74
(二) 制度上的旨趣	75
(三) 适用范围	76
六、所谓适正性原则	78
(一) 含义	78
(二) 评价	78
第三节 责任原则	79
一、责任原则的意义	79
二、内容	79
三、界限	80
四、法政策上的含义	80
第四节 比例性原则	81
一、意义	81
二、具体内容	82
(一) 适合性原则	82
(二) 必要性原则	82
(三) 均衡性原则	82
三、比例性原则的适用范围	82
第五节 行为刑法的原则	83
一、行为刑法的原则	83
二、行为人刑法的观点	83
三、危险刑法的登场	83
第四章 韩国刑法改正的历史及其内容	87
第二篇 犯 罪 论	
第一章 犯罪体系论	97
第一节 犯罪行为的体系性基本概念	97

一、行为·····	97
二、构成要件符合性·····	97
三、违法性·····	98
四、有责性·····	98
五、其他可罚性条件·····	98
第二节 犯罪体系的历史发展·····	98
一、韩国刑法中犯罪体系论的发展·····	98
二、犯罪体系的现状·····	101
(一) 古典的犯罪体系·····	101
(二) 新古典的犯罪体系·····	101
(三) 目的的犯罪体系·····	101
(四) 新古典的·目的的犯罪体系的合一体系·····	102
三、本书的犯罪体系·····	103
第二章 行为论·····	104
第一节 序论·····	104
一、意义·····	104
二、沿革及发展·····	104
第二节 行为概念的机能·····	104
一、基础要素的机能·····	104
二、结合要素的机能·····	105
(一) 体系中立性的要求·····	105
(二) 实体概念性的要求·····	105
三、界限要素的机能·····	105
第三节 诸种行为概念的内容及其批判·····	106
一、自然的·因果的行为概念·····	106
(一) 意义·····	106
(二) 评价·····	106
二、目的的行为概念·····	107
(一) 意义·····	107
(二) 评价·····	107
三、社会的行为概念·····	108
(一) 意义·····	108
(二) 评价·····	109

6 目 录

四、人格的行为概念	110
(一) 意义	110
(二) 评价	111
五、消极的行为概念	111
(一) 意义	111
(二) 评价	112
六、行为概念的否定论	112
(一) 意义	112
(二) 评价	113
七、结论	113
 第三章 构成要件论	116
第一节 构成要件的概念及种类	116
一、概念	116
二、种类	117
(一) 不法构成要件 (狭义的构成要件)	117
(二) 总体的不法构成要件	117
(三) 犯罪构成要件 (广义的构成要件)	118
(四) 保障构成要件 (最广义的构成要件)	119
第二节 构成要件理论的发展	120
一、Beling 之前的构成要件	120
二、Beling 的客观的·无价值的构成要件	120
三、主观的构成要件要素的发现	121
四、规范的构成要件要素的发现	122
五、作为暂定的不法判断的构成要件概念的确立	122
六、构成要件独立性的认定问题	123
第三节 构成要件的区分	124
一、基本的构成要件与变形的构成要件	124
(一) 基本的构成要件	124
(二) 加重的构成要件	124
(三) 减轻的构成要件	125
(四) 独立的犯罪	125
二、封闭的构成要件与开放的构成要件	125
(一) 封闭的构成要件的意义	125

(二) 开放的构成要件要素	126
(三) 批判	126
第四节 构成要件要素的区分	126
一、记述的构成要件要素与规范的构成要件要素	126
(一) 记述的构成要件要素	126
(二) 规范的构成要件要素	127
(三) 区分两者的实际意义	127
二、被记述的构成要件要素与不被记述的构成要件要素	128
(一) 被记述的构成要件要素	128
(二) 不被记述的构成要件要素	128
第五节 构成要件要素	128
第六节 客观的构成要件要素	129
一、意义	129
二、行为主体	129
(一) 自然人	129
(二) 法人	130
三、行为客体	137
(一) 意义	137
(二) 构成要件类型	138
四、保护法益	139
(一) 法益概念的历史发展	139
(二) 法益概念的含义	140
(三) 所谓的人的法益论	141
(四) 法益的构造	142
(五) 法益的种类	142
(六) 基于保护法益之单复的构成要件类型	143
五、行为	143
(一) 意义	143
(二) 构成要件类型	144
六、行为手段与行为状况	145
(一) 行为手段	145
(二) 行为状况	145
七、结果	146
(一) 意义	146