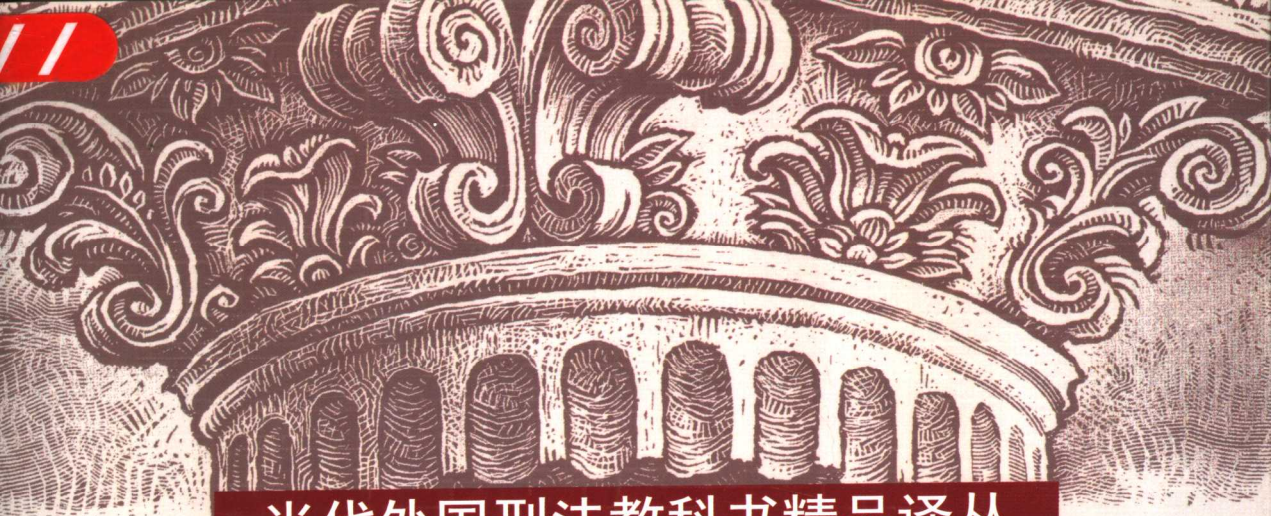




当代外国刑法教科书精品译丛

韩国刑法 总论

[韩] 李在祥 著

[韩] 韩相敦 译

 中国人民大学出版社

D931.264

1

当代外国刑法教科书精品译丛

韩国刑法 总论

[韩] 李在祥 著
[韩] 韩相敦 译

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

韩国刑法总论/[韩] 李在祥著; [韩] 韩相敦译.

北京: 中国人民大学出版社, 2005

(当代外国刑法教科书精品译丛)

ISBN 7-300-06769-7

I. 韩…

II. ①李… ②韩…

III. 刑法-研究-韩国

IV. D931.264

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 095431 号

当代外国刑法教科书精品译丛

韩国刑法总论

[韩] 李在祥 著

[韩] 韩相敦 译

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州星河印刷有限公司

开 本 787×965 毫米 1/16

版 次 2005 年 8 月第 1 版

印 张 37.5 插页 2

印 次 2005 年 8 月第 1 次印刷

字 数 623 000

定 价 49.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

当代外国刑法教科书精品译丛

学术顾问

- 高铭暄** 中国人民大学刑事法律科学研究中心顾问，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国法学会副会长暨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。
- 马克昌** 武汉大学法学院教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长。
- 王作富** 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教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会顾问。
- 储槐植** 北京大学法学院教授、博士生导师，中国犯罪学研究会常务理事，中国青少年犯罪研究会犯罪学基础理论专业委员会主任。

编审委员会

主任

- 赵秉志** 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、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长。

副主任

- 卢建平** 中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任，中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师，中国法学

会刑法学研究会常务理事兼常务副秘书长、国际刑法学协会副秘书长。

编审委员 (按姓名音序排列)

陈忠林 西南政法大学教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会常务理事。

冯 军 中国人民大学刑事法律科学研究中心执行研究员，中国人民大学法学院教授、法学博士，中国人民大学国际刑法研究所所长助理。

黄 芳 中国人民公安大学法律系副教授、法学博士，中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员。

黄京平 中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任，中国人民大学法学院教授、法学博士、博士生导师。

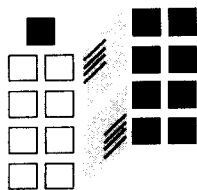
李希慧 武汉大学法学院教授、法学博士、博士生导师，中国人民大学刑事法律科学研究中心学术委员会委员，中国法学会刑法学研究会副会长。

邱兴隆 湘潭大学法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员，中国法学会刑法学研究会理事。

王秀梅 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副教授、法学博士，中国人民大学国际刑法研究所所长助理，中国法学会刑法学研究会副秘书长。

谢望原 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教授、法学博士、博士生导师。

总序



新世纪伊始，我们构思已久的“当代外国刑法教科书精品译丛”，终于在中国人民大学出版社的支持下，开始与读者诸君见面了。作为该套“译丛”的编译者，我们的心中充满了感激与喜悦之情。感谢我们精干的翻译班子，感谢给予我们以热忱帮助的外国刑法学界和出版界的同行们，尤其要感谢中国人民大学出版社的领导和责任编辑们。正是因为有了各方的精诚团结，才使得我们所精选的美国、英国、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯以及韩国等国中最有影响的刑法教科书，能够被译成中文在中国出版并为广大的中国读者所了解和研究。同时因为相信读者诸君看见本“译丛”时的心情是喜悦的，我们也就倍感



欣慰。

我们对读者们的喜悦心情充满着信心，自然有着我们的道理。

首先，与以往译介的外国作品不同的是，本“译丛”所选均为当代法治发达国家法律专业学生所使用的刑法教科书，新颖性（必须是现今正在使用的）、权威性（必须是权威专家编撰且获得广泛好评的）、全面性（不仅要有刑法概论、导论、总论或总则，而且要有分论或分则部分）是我们选择的标准。

其次，本“译丛”包罗了美国、英国、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯、韩国这些当今世界最有代表性的国家的刑法教科书，而不仅仅局限于一个国家或一个作者，以求将这些国家的刑法教学研究代表性成果、刑法学理论以及刑事法治的进展系统全面地展现给中文读者。

再次，本“译丛”的翻译工作全部由曾经游学于有关国家，对相关国家的刑法理论和实践有研究、有体验并有大量译作的国内著名中青年刑法专家完成，这样的队伍既保证了翻译作品的“信、达、雅”，又保证了刑法学教材的“专业”味道。

有了以上几点，相信本“译丛”一定能够取悦于读者，尤其是那些特别执著于刑法问题的研究与探讨的莘莘学子。当然，仅求“取悦于人”，未免显得有点“市场化”，显得有点低估了我们翻译出版本“译丛”的意义。我们的真正用意，其实是想通过出版“译丛”以及类似的活动，让更多的国人了解外国的刑事法律及制度，与国外的刑法学同道进行思想与心灵的沟通，从而与本国的刑事法律有所比较，对本国的刑法学有所启迪，对本国的刑事法治有所借鉴。概言之，就是要通过向西方刑法学的学习，促进我国刑法学的开放，改变我国刑法学的现状，为完善我国的刑事法治、加速社会主义法治国家的建设进程而贡献力量。

行文至此，不免想到100年前的今天，即公元1902年的1月10日，中国清朝政府派盛宣怀为办理商务大臣，与英国议办通商行船各条约，双方举行了第一次谈判。英国代表马凯要求将英国人“侨居贸易的权利由临时性的变为永久性的”，盛宣怀则认为英国提出这样的要求为时过早，而且只要治外法权存在一天，中国就绝不能答应。但已是西山落日的清王朝实在是没有多少谈判的资本了，态度强硬的盛宣怀随即被张之洞替代，为求西方列强放弃治外法权，清王朝不得不在《中英续议通商行船条约》中增加第12款如下：“中国深欲整顿本国律例以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协



助，以成此举，一俟查悉中国律例情形，及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”于是才有了晚清政府的变法求新，有了沈家本、伍廷芳的奉旨修律，有了中国历史上空前的翻译外国法律及法学著作的学习西法运动。尽管这场运动并没有扭转腐朽没落的清王朝灭亡的命运，但是它却使延续数千年的中国法制发生了翻天覆地的变化，为中国输入了现代意义上的真正的“法学”，展开了中国法制现代化的历程。而我们尤其要强调的是，这场运动给 1840 年以后的中国向西方学习的进程正式增加了学习西法、学习西方法治的全新内涵。

闭关锁国的中国在饱尝了鸦片战争及其后西方列强的坚船利炮之苦后，在逐步沦为半殖民地半封建国家的过程中，开始了向西方学习的历程。但是，这一历程在相当长的时期里是痛苦的、被迫的、不自觉的，而且是片面的。最初仅限于造船造炮。例如清道光末年，魏源在他所编的《海国图志》前言中首先提出“师夷之长技以制夷”，其所指的主要还是器物的层面。又如清同治年间，曾国藩采纳容闳建议，在“江南机器制造总局”下设立“翻译学馆”，翻译的首先是有关制造机械船炮的西方书籍。但是在了解西方的过程中，国人也慢慢地认识到西方的强盛不仅仅是技术或者物质方面的，西方的文明还表现在精神层面和制度层面；学习西法，不能仅学其语言文学或机械制造等皮毛，而要学“西政之本源”。因此，翻译学馆后来翻译的范围，也由机器船炮扩大到各种自然科学与社会科学（包括法律与法学）。沈家本自奉命修订法律起，就非常重视对西方法律和法学著作的翻译与研究。他认为，“欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤必编译西人之书”，为此他还提出了“参酌各国法律，首重翻译”的原则。其时所翻译的法律图书中，刑法图书居首位。

与一个世纪前的“可怜破碎旧山河，对此茫茫百感多”的沈家本相比，我们无疑是幸运的。我们的国家已经独立，民族已经解放，半个多世纪的社会主义建设和二十余年的改革开放已经使我们伟大的祖国跻身于世界强国之林。我国的社会主义民主与法制建设也取得了举世瞩目的成就，“依法治国，建设社会主义法治国家”，已经成为基本的治国方略，法学作为一门研究“治道”的学问受到了前所未有的重视。我们学习西法是主动的、自觉自愿的，其意在比较鉴别，“取人之长，补己之短”，在于吸收人类文明尤其是法律文化中一切有益的成分，为我所用，并期望着为人类法律文化的繁荣进步作出我们应有的贡献。



尽管中国刑法专门化的历史不长,刑法学起步较晚,但是中国的刑法学为建立和完善社会主义法治尤其是刑事法治所作出的功绩是不可磨灭的。然而凭心而论,虽然说“法治”在中国的绝大部分历史上只是一种“刑法的统治”,刑法在中国法的历史上具有着其他法所难以企及的尊荣地位,但中国的刑法学仍然是幼稚的,其在我国法学界的境遇、在我国法治现代化进程中的作用是不怎么让人恭维的。学者们在反思时认识到,“刑法理论研究往往停留在低水平的重复上”,刑法学的繁荣也仅仅是一种“泡沫经济”式的表面的繁荣。“繁荣的背后一个令人深感忧虑的现象,是偏重使用注释方法来研究刑法问题,为数不少的研究成果是作者对刑法条文的阐释,以至于刑法学的研究惟刑事立法、刑事司法的马首是瞻,缺乏独立的、高层次的理论品格。这不仅影响到刑法理论水平的提高,也大大降低了刑法学对刑事立法、刑事司法的指导和促进作用。究其根源,这种现象的产生与刑法学研究方法的单一与薄弱有着密切的关系。”^①“长期以来,我们没有摆正学术研究中方法论建设的地位,这也许是我国刑事法理论因袭有余、创新不足,因而处于一种低水平重复与徘徊的境况的重要原因之一。”^②对于我国刑法学的不足、刑法学方法论上的缺失,我国刑法学界的头脑是清醒的、心情也是自责的。有感于我国刑法学研究方法的单一、视野的狭窄和观念的陈旧,著名刑法学家高铭暄教授在中国法学会刑法学研究会21世纪第一次年会(济南,2001年10月)上曾大声疾呼,要建立开放的刑法学,要重视比较刑法、外国刑法与国际刑法的学习和研究。我们编译出版本套“译丛”正是为了响应高铭暄教授的这一倡言,要将比较的方法引入刑法学的教学与研究之中。

比较方法在法学中的使用虽然只有一百多年的历史[世界上最早的比较法团体是1869年在法国成立的比较立法学会(Société de législation comparée),而1900年在巴黎召开的国际比较法大会(Congrès international de droit comparé)则是比较法成为独立学科的标志],但它对法学的繁荣与进步所起的作用是巨大的。这种作用主要地表现为比较法所带来的法学方法论的革命。首先是因为比较法所具有的认识功能。借助比较法,我们可以更好地认识本国法。培根在《崇学论》中要求,法学家为了能够真正认识本国法律,必须将自己从本国法律的枷锁中解放出来。因为判断的对象(本国法

① 高铭暄、赵秉志主编:《新中国刑法学五十年》,38页,北京,中国方正出版社,2000。

② 陈兴良:《学术功底、问题意识、研究方法》,见《刑事法理论研究丛书》总序。



律),不能同时是它的判断准则。^①有了比较法,我们自然就可以更好地认识外国法。其次是因为比较法所具有的很多实践方面的功能,如比较法可以为立法者提供立法的参考资料、佐证材料,比较法能够作为法律解释的工具,比较法是法律教学中必不可少的环节。比较法也使法学研究的对象不再局限于一国一地一时的法律,法律不再仅仅是一种“地方性”的知识或现象,不同地域(包括不同时期)的法律相互之间具有了可比性,法律也因此具有了“全球性”。因此比较法的最后功能是准备关于超国家法律统一的各项规划。这种法律统一的目的是在理想和可能的范围内,通过超国家的各项原则的一致性,协调各国的法律秩序,或者在条件许可的范围内尽可能消除其间的差异。在比较法学派的领袖人物萨莱叶(Sébastien Félix Raymond Saleilles, 1855—1912)或朗贝尔(Edouard Lambert, 1866—1947)看来,比较法的目的就是要建立文明人类的共同法(droit commun de l'humanité civilisée)或立法共同法(droit commun législatif)。而同时的沈家本所提出的“贯通古今,融会中西”的变法目标,正好与比较法的主旨不谋而合。

读者们在阅读本“译丛”的过程中会发现,在历经整整一个世纪的变迁后,虽然各国刑法的差异犹在,但其间的趋同现象也愈加明显。尤其值得注意的是国际刑法的发展。因为两次世界大战的影响与比较法和国际法的共同作用,国际刑法已逐步从理论形态转化为实在法,第二次世界大战以来问世、生效的国际刑法公约愈来愈多;在当今错综复杂的国际形势下,国际刑法日渐“司法化”,成为“活的法律”(living laws)。继纽伦堡审判和东京审判之后,通过国际审判的方式将国际刑法付诸实施、将国际罪犯绳之以法成为通例。其典型范例如1993年设立的联合国前南斯拉夫特设国际刑事法庭、1994年设立的联合国卢旺达特设国际刑事法庭,以及呼之欲出的联合国常设国际刑事法院(1998年7月在意大利罗马通过了该常设国际刑事法院规约)。一些区域性组织如欧洲人权法院、欧共体法院等在推动国际刑法的实施方面也发挥了积极的作用。这些机构的设立及其运作,对国际社会产生了广泛而深远的影响。国际社会对于国际刑法的基本原则,如罪刑法定原则、罪刑均衡原则、司法保障原则、保护人权原则、无罪推定原则、加强国际合作以有效打击犯罪和预防犯罪原则等,已基本达成共识。

面对各国刑法的发展趋势,尤其是国际刑法的飞速进步,中国刑法的改

^① 参见李龙主编:《西方法学名著提要》,567~568页,南昌,江西人民出版社,1999。



革与完善势在必行，中国刑法学的改革与开放也是不可逆转的。21世纪对于中国以及中国法学（包括刑法学）将是一个伟大的世纪。我们将拥有较为完善的有中国特色的社会主义法律体系和法治机制，到21世纪中叶，中国将基本实现现代化，并成为富强、民主、文明的国家。这一切，需要法学的发展，也必定促进法学的发展。就全世界而言，21世纪也必将是一个不平凡的世纪，其中，最引人注目的是经济的全球化和科技的全球化，而这一趋势也势必影响到法学领域。不同法系的差别将进一步缩小，国内法与国际法的联系将更为紧密。这将促使中国法学迅速接近并达到世界的高水平。可以预言，21世纪的中国法学（包括刑法学）将出现空前的繁荣，并将毫无愧色地进入世界法学的殿堂。

正是基于上述考虑，我们效法先贤，组织翻译出版本套“译丛”，并将继续追踪国外刑法演化的动向，不断融入世界刑法发展进步的潮流。“故吾愿发明西人法律之学以文明我中国，又愿发明吾圣人法律之学以文明我地球。文明之界无尽，吾之愿亦无尽也。”^①梁启超先生一个世纪前的心愿，依然萦绕在我们的脑海之中，激励着我们前行。

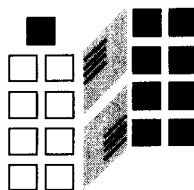
赵秉志 卢建平

2002年10月于中国人民大学

刑事法律科学研究中心

^① 梁启超：《论中国宜讲求法律之学》，见《饮冰室合集》（1）。

第五版序言



《刑法总论》第四版出版已过了四年而进入第五年。迄今，国内外出版了许多新教材和旧教材的新版。在韩国已有孙东权教授的刑法总论、申东云教授的刑法总论、吴永根教授的刑法总论、任雄教授的刑法总论以及赵俊玄教授的刑法总论发行。金日秀教授的刑法总论进展成由金日秀教授和徐辅鹤教授共著，郑盛根教授的刑法总论则进一步由郑盛根教授和朴光玟教授共著，朴相基教授的刑法总论已出版至第五版，裴锺大教授总论出版了第六版。在德国也已有Ebert的“Strafrecht”和Gropp的“Strafrecht”之Allgemeiner Teil出现，已有的教材当中Kühl教材的第四版和Roxin的教材第三版、Stratenwerth的第四版以及Wessels/Beulke的第三十一版出版，注释书



中也有 Joecks 的 StGB (Studienkommentar) 新出版, 还有 Dreher/Tröndle 的 StGB (Studienkommentar) 以 Tröndle/Fischer 的 51. Aufl., Lackner 注释书发展成 Lackner/Kühl 的 24. Aufl., 而 Schönke/Schröder 的 Kommentar 出版了第二十六版。将这些资料载于该书并介绍目前所发表的单行本和论文而试图使该书变得更加新颖。至今屡次补充了 1999 年以后所宣告的重要判决, 但已有一些部分相当过时而不能不重新整理到 2003 年初的判例。这就是作者出版《刑法总论》第五版的最重要的理由之一。

《刑法总论》第五版也以第四版的体系和内容为基础, 从而, 第五版也照旧维持了作者所持有的理论。只是参考了新的资料和判例将内容大幅度的修改和作了补充。第五版的特色可简述如下:

第一, 脚注的参考文献按新版的教材和新书作了全面的调整, 到 2003 年的重要判例大部分予以引用。为了与《刑法分则》的体系配合, 采取脚注中所提到的判例当中没有引用判例要旨的则介绍于本文的方式。为了增添一些判例不可避免地修正了许多部分的说明。

第二, 第四版的内容当中, 附加了简述的部分, 不足之处则加以大量补充完善。关于罪刑法定主义, 判例变更和禁止溯及既往原则、关于刑法的场所性适用范围的世界主义、与行为论有关的行为概念和犯罪体系论、法人处罚的法律性质、因果关系和客观的归属上因果关系和客观的归属理论关系、结果由于行为人或第三者的介入而发生的客观的归属, 在事实的认识错误上、在认识错误和法律的认识错误的回避可能性的判断标准, 在正当行为上的不违背社会常规的行为、对结果加重犯的未遂说明是代表性例子。在共犯论和罪数论以及刑罚论的领域中, 间接正犯的正犯性和正犯背后正犯理论、共谋共同正犯和过失犯的共同正犯、帮助的因果关系, 共犯和身份、根据联系效果的想象竞合以及保安处分等重新整理了以往的说明。

第三, 使引用的判例容易搜寻, 并为了维持如刑法分则的体系附加了判例索引。

第五版的校对由梨花女子大学研究院博士班研究刑事法的李源径、金球瑟两位法学硕士帮忙。身为主妇而在大学从事研究已不易, 然而百忙之中担任了本书的校对, 令本人深表感激。就是有了她们认真的帮助才使第五版得以出版。藉此机会, 重温本作者出版《刑法总论》初版到第四版予以帮助的多人的感激之情。初版的校对由梨花女子大学郑贤美教授和庆熙大学安庆玉教授以及柳淑永法学博士、全订版由刑事政策研究院研究室长朴味淑博士和



德国 Marburg 大学继续从事研究的朱昊鲁法学博士、新订版由梨花女子大学尹景雅、金禧珍法学硕士尽力相助。就是有了他们的真情相助，所以本书自 1986 年出版以来，17 年间广受读者的厚爱，郑贤美教授、安庆玉教授和大部分人在大学或研究所已与本作者同为研究工作迈进感到欣慰。

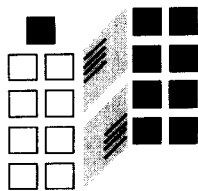
最后，对博英社的安鍾万会长和负责编辑与校对的编辑部宋逸根主编、并为制作不辞劳苦的规划部赵成皓课长使第五版有机会再度制作深表感激。

2003 年 6 月 1 日

于韩国刑事政策研究院院长室

作者

序 言



作者离开法律实务界而从事大学的刑法讲学已经四年。如今再不能以研究期间的短暂为浅学的借口。作者曾以刑法总论上犯罪论所提及的问题为重点作论述而以《刑法新讲（总论Ⅰ）》一书出刊。本人认为虽然还不及论述教材，但是为了有助于学生和实务家的需要，以谨慎的心态将研究结果作了整理和发表。但是不同于作者的初衷，那本书广被学生利用为教材。这令作者未能对涉及刑法总论全面的问题作出详述感到歉疚。原来只是想谦卑地述及至参考书的水平，可是后来似乎却导致加重学生负担的结果。因此，这使作者在继续执笔于《总论Ⅱ》之前，下定决心为听作者讲课或意欲通过作者的书研究刑法学的学生先撰写教材。本书是作者为刑法讲学教材所撰写的



第一本书。

将已有的著作搁置一处而再次着手于刑法总论的教材，除了有对到如今的研究成果身为学者的内疚，也有想完成一本本人平常心愿的教材之希望所致。作者撰写本著作有以下几点基本原则：

第一，本书论述刑法总论的全面性问题。若在一本书上载入总论的所有问题，必须要使内容均衡地摘录为前提。因此，考虑到整体的均衡而避免过分详细论述细节问题，希望通过此书读者能获得对犯罪和其法律效果的统一理论，以及全面而广泛的理解。作者通过《刑法新讲（总论Ⅰ）》一书的经验，深深体会到不应该让选择该书的学生有必须参考另一本书才能理解刑法总论的困难。

第二，试图使复杂难解的刑法理论尽量趋于简易明了。故本书尽可能采用详述各项说明的方法而避免使用论文形式的理由所在即是。因为大多数学生为了考试而利用本教材，所以不得不考虑采取试卷答题的形式。

第三，刑法学上，多次强调判例的重要性也谓之不过。因为通过判例可以认识刑法的理论适用于具体案件，而且据此才能正确理解刑法之故。对判例的丰厚学识相信会在案例问题的解决上必定予以极大的帮助。由此，本书尽可能将大法院的判例多做介绍。只是大法院判例中欠缺的部分不得不对德国和日本等外国的判决作了参考介绍。尽可能多介绍大法院判决是在于让学生认识到判决即为我国的判例，而应该以我国判例为中心需要继续力求判例的研究，想究明这种极其一般的命题也是本作者的淳朴信念。

本书到底实现了本作者多少心愿，这在顾虑到作者本人的能力时不能没有惭愧之心。出刊著作的紧张感随着时间的流逝似乎越趋加重。许多缺乏和不足之处，希望通过日后的研究工作加以弥补，在此承诺将会继续执笔于《刑法新讲（总论Ⅱ）》。只是企盼本书能给予我国刑法学一点帮助。本书虽然采取教材形式，但本书的内容大部分是以《刑法新讲（总论Ⅰ）》为根基的。

最后，对为了出刊本书予以作者不少帮助和辛劳的各位深表感谢。首先对担任校对和索引制作不惜牺牲，助作者一臂之力的就读庆熙大学研究院博士课程的郑贤美法学硕士和在梨花女子大学研究院攻读刑法的安庆玉、柳淑永法学士的辛劳深表谢意。祝愿他们的前途光明，学问渊博，学必有成。此外，继《刑法新讲》又致力支持出刊本书的博英社安



鍾万社长和李明载常务深表感谢，特别为编辑和校对不辞劳苦的编辑部宋逸根先生在此一并致谢。

1986年8月1日

作者