



韩国刑法的沿革与基本思想

许一泰

*

一、序论

以中国的明律为根基构成的朝鲜时代（李朝王国）的法数百年间在韩半岛扎根并被适用，且作为现实生活的标准。尤其把明律修订成符合朝鲜实情的法典就是经国大典。该经国大典以一般刑法施行于朝鲜。无论是过去还是现在，因为刑法是加给犯罪人既苛酷而又致命的痛苦，朝鲜的历代君王也一直为纠正刑罚内容、执行程序等做出了努力。并在社会演变和犯罪趋向的过程中，相应地制定了一些特别法律。这些法律也逐渐向刑罚宽容的方向有所进展。

这样的趋向从朝鲜后期的大学者茶山丁若镛的刑法思想中可以瞥见。他藉牧民心书针对刑事司法强调了当今法官和检察官也可作为榜样的如下牧民官的行为准则。“第一，刑事问题的判决是左右人类宝贵生命的重大问题。因此要正确把握犯罪真相，搜集充分的证据之后经过紧密的调查，明确而慎重的做出判断。无论如何要向救人的方向发展，以仁慈的态度对待。处罚范围广大时，要严格的处罚主犯，其它牵连者要轻罚。不致使有所冤枉而被罚者。刑狱的处理要严格遵守法定期限，采速决主义最大限度的保护犯罪者，不得有人权受到践踏。第二，刑法带来肉体的极大痛苦，一不小心又可能伤其人命，所以一定要慎重处之。用刑罚来端正百姓是最次要的手段。因一时之愤而滥用刑杖是很大的罪恶。第三，施予囚犯温情。第四，严格打击暴力行为。

尽管朝鲜国王以及中央官署和如丁若镛一样的学者为改善刑事司法做出了努力，但在朝鲜王朝社会刑罚的擅断和极刑恣行，没有权限的官司陡然行使审判和执行。使钦恤的理想在现实世界几乎无法实现。

于1894年以开化党为主导的甲午改革为实现朝鲜近代化的成就，试图以法治主义的观点改革朝鲜的政治社会制度。即从韩国现代化开始的1894年甲午改革为起点，法规类编（1895年）、现行大韩法规类纂（1908年）、现行韩国法典（1910年）等多数的新式法令予以公布，朝鲜王朝想通过这些使朝鲜王朝具备名符其实的带上法治国家的面目。但这些法令都是在日本顾问的协助下将日本法令全面继受的，他们想以单方面的日本式立法达成朝鲜的近代化。

但刑法与其它法律领域相比，是非常例外地缓慢地改革，甲午改革后，也曾数次实施了刑事法改革。从光武9年（1906年）制定的朝鲜最后的一般刑法典⁴/₄《刑法大全》来看，也并非单纯的继受了日本刑法。即刑法大全的特色基本上是以中国的明律作为基础，而相当的部分克服了罪行擅断主义，也有相当部分是具有朝鲜单独的，政治的，伦理特殊性的刑法。所以在刑法大全中也可以找出部分以西洋刑法为模式做出改革的日本刑法。其理由也许由于刑法是最能贴地切反映一个国家历史，政治，社会，伦理和民族的，特殊的法律之故。

刑法大全是参考大典会同和以大明律以及以前的法律和甲午改革以后的新法律而制定的。是全文共680条的庞大的法典。但在第二年的光武10年（1907年）和隆熙2年（1908年）进行了广範的修正和删除，而仅剩了417条。当时，朝鲜尽管在日本的影响下，也没有继受日本法，从根本上把大明律的条文简易解释成汉文

而体系化。朝鲜王朝末期，为了全面修正刑法大全，参照日本刑法（日本的旧刑法）拟成的刑法大全草案，隆熙元年以424条由张焘编辑出版。这部法律草案与阐明溯及效禁止等部分罪刑法定主义原则的现代法律较相近，但因日本的朝鲜合并而未能达成法案之制定。

日本帝国主义1911年公布并施行法律第30号《关于对朝鲜施行法令的法律》提供了殖民地管辖的法制基础。以此为根据依朝鲜刑事令，日本刑法于1911年开始沿用于朝鲜。朝鲜实施的日本刑法在1945年8月15日，日本联合军败亡后仍在沿用，之后在韩国新制定的特别刑法中没有被规定的犯罪，就适用该刑法至1935年10月3日制定实施韩国刑法为止。

二、韩国刑法的制定过程和制定背景

（一）韩国刑法的制定过程

1910年9月29日成为日本殖民地的朝鲜王国，于1945年8月15日，由联合军的胜利从日本得以解放。但没过多久，朝鲜半岛又被美国和苏联两国以38度纬线为界线被分为南北韩。在南韩开始实行了美军政。美军政为了协助韩国建国，在1947年组织了以法曹人为主的“法制编纂委员会”。法制编纂委员会成员梁元一法官和严祥燮检察官负责刑法典草案的拟成。尤其总则由梁元一法官，分则由严祥燮检察官负责进行。他们首先拟成了刑法要纲，具备了制定刑法思想的框架。在他们还没有充分进行刑法草案任务的状况下，南韩于1948年7月17日制定了宪法，同年8月5日大韩民国建国的同时，法制编纂委员会也很自然的被解散。代由“法典编纂委员会”于1948年9月5日以大統領令第4号组成并登场。“法典编纂委员会”于1948年12月11日对上述“刑法要纲”进行了审议并通过。以此为根据忙于刑法草案作业的完成。但由于梁元一委员的突然去世，金炳鲁委员长（当时的大法院长）担任了总则起草，并与严祥燮委员长期的合作进行了刑法草案作业。在此完成的草案提交于由四人组成的法案审议委员会，自1949年6月2日到同年9月12日，通过前后13次审议后完成了第二假案。以第二次假案为基础，通过重新的作业，1949年11月12日才完成了刑法草案，并同刑法草案理由书一起提交于政府。对此刑法草案，以政府草案进行补充作业时，由于6.25事变（1925年6月25日）的发生，政府草案作业被中断，这期间，政府避难至釜山，当时将争论多端的通奸罪存废问题附加以双罚罪的形式进行处罚来完成了政府草案。并在1951年提交于国会。

国会由法制司法理事会对政府草案进行了第一次审查。通过委员会对政府草案的探讨，完成了法司委修正案。此修正案于1952年通过了法司委员会全体会议。1953年4月16日，以法司委修正案为中心的国会刑法案第一次稿会开始以来，共有12次的审议。然后政府草案、法司委修正案以及各种个别修正案在刑法第二次稿会中被审议表决，同年7月9日在省略第三次稿会的决议中终结了审议。审议终结的刑法案于1953年9月18日公布，同年10月3日实施（韩国建国日）。

（二）1953年的制定刑法的背景

韩国的制定刑法是由于韩半岛从日帝的殖民地状况下解放之下才得以实现，但此法的基本思想是以体验殖民地时代的刑事司法之韩民族反思观点出发，与此同时立法者尽力试图制定适合当时的宪法精神以及社会现实和时代思想的刑法典之结果。所以我们要在下面研究当时我们民族所处的客观的现实和各国制定刑法的世界趋势，制宪法精神，还有我们刑法典的制定要纲和刑法草案理由书等来究明一下制定刑法的基本思想的背景。

1. 客观的实事

（1）对日本殖民地刑事司法的反思与克服

日帝时代在韩半岛实施的刑事司法是为了预防和消灭殖民地的民族抵抗，所以不仅在刑事法中设有各种例外并且法西斯主义刑法思想逐渐被贯彻的同时多数的各种特别法也被制定和实施。为了统治殖民地朝鲜人民的这些特别法与其说是具有对朝鲜人的人权保护法作用，还不如说是有着人权侵害法的作用，这已被统治36年殖民地的经验所证实。例如：全国范围的3.1独立万岁运动全面展开以来，为了镇压这次运动，1919年4月15日，制定并公布第7号制令《关于政治的犯罪处罚的案件》的法令。尤其在1925年制定的治安维持法更是对殖民地朝鲜的思想统治和社会运动以最残酷的强压手段震慑。在朝鲜半岛，把企图解放殖民地的一切行为作为治安维持法的对象。为了达成治安维持法的目的，还有其他众多的特别法令。其中有为进行战争为目的而制定的《国家总动员法》，为视察人的管理而制定的《指纹法》和《身份保证法》，为了处罚出版和发行不正当文书者的《朝鲜不正当文书临时取缔令》（制令第13号）等这都是一些典型的例子。

不是只有法令才是反人权的。在日本帝国主义下的殖民地的警察，不只局限在治安和刑事业务，而被动员履行在所有强制性的行政业务。根据犯罪即决令在没有审判的情况下警察还被认定有即决处罚的权力。所以警察以此作为武器，对包括朝鲜人政治活动的所有生活进行统治。特别是高级警察指控有理想的朝鲜人

为思想犯，对他们肆意的实行镇压管理和统治。

如此对殖民地刑事司法的经验不仅对已独立的韩国国民，并对刑法制定者也持非常负面的看法。我们也不能否认清除其遗产是刑法制定者的责任。

(2) 解放后极严重的混乱和刑法的课题

由于韩国国民在没有任何准备的情况下从日本的压制中解放，所以从国家的根本法的宪法制定开始，建立独立国家面貌所需的制度和各种机关的准备，设置的延迟，还有能够正常运用的人才的十分短缺。其结果对维护治安和经济情况也造成了非常深刻的影响。

并且对亲日派极度的愤怒和解放之后左右理念的矛盾，在1948年在济州道发生了4.3事件。在政府建立之后的10月，在丽水驻屯的国防警备队第14联队左翼系将兵们得到部分当地人民的支持，爆发了丽顺事件。更何况在1950年发生的6.25战争，使国家变成了战时体制，由此的社会，经济，政治的极度混乱是无可置否的。

为了克服这种混乱虽然需要依我们本身尽快完善我们自己的刑事法，但在解放后的很长时间内还没来得及进行就依当时的美军政在制定宪法以前，实施了国防警备法，因此宪法的明文的根据是不可避免的，但在没有宪法根据的情况下对违反宪法规定的军事法院被允许而通过该法院，无辜的良民也以当场审判的形式处以死刑以及重大的处罚的事情无时无刻地出现。由于这样的问题，一方面要求彻底的罪行法定主义加深，另一方面由于人们对社会的，政治的，混乱可以依据强有力的刑法来解决的淳朴的信任感，制定刑法立案的人面临对对重刑主义思想和拟制共犯或连坐共犯的强烈要求。

(3) 自由民主主义的世界趋势-责任主义和人道主义的强化

日本的军国主义依意大利墨索里尼(Mussolini)的法西斯主义(fascism)，德国的纳粹(Nazis)政权的全体主义思想在第二次世界大战中由于他们国家的战败，失去了他们的立场。代替它们位置的是，打着自由，民主，平等为旗帜的自由民主主义和法治主义，成为大多数国家想要实现的政治体系，并已经被接纳为世界的趋势。幸好大韩民国也属于以自由民主主义和法治主义为基本的国家，并把自由民主主义和法治主义作为韩国宪法的基本精神。在这里所指的法治主义是除了以往的权威主义政权，想要实现可以实际上保障国民人权的自由的实质的法治主义。为此在制定刑法当中更加要求加强刑事法的民主化，责任主义还有人道主义。体验过日本军国主义刑事司法带来的弊害的制定刑法的立案者也不会拒绝这样的世界趋势。

(4) 1930-1940年代的德国和日本的刑法思想

大部分刑法的立案者都在日本学过法学，并通过了日本的高等文科司法科考试，所以他们受到日本刑法学者的不少影响，其中特别是主观主义立场的思想家 $\frac{3}{4}$ 牧野英一教授 和客观主义立场的代表者 $\frac{1}{4}$ 泷川幸辰教授 的影响是不可否认的。例如：制定韩国刑法有决定性影响的严祥燮先生自解放以后写了很多珍贵的论文。从这些论文的参考文献来看，大多都是有关日本刑事法的法律书籍或是论文的考究而来。在日本的刑法学者中，将牧野教授的主观主义刑法予以批判的观点，而且还常见到对泷川教授的主观主义的刑法观的拥护论。但1930-1940年代，因为当时日本处于与德国密切的政治关系，在德国学成归国的牧野教授等不少提直接输入德国刑法学潮流的倾向。因当时在德国客观主义刑法观的基础已根深蒂固。主观主义代表者Liszt也本质上认定了罪行法定主义。然而在几乎没有客观主义刑法基础的日本，比德国更深的倾倒于主观主义。结果比在刑法学说中所谓的主观学和客观学中的发源地德国在日本的学说对峙更加混乱。影响韩国刑法典制定的多数外国法中，受到德国刑法和刑法学说，还有1930年德国刑法修正案影响不少。但可以看出1907年制定的日本现行刑法和1941年的日本刑法体整案给韩国刑法立案者带来的影响力尤甚。因此在韩国刑法的制定过程中就制定什么样的刑法的问题不同与当时实施的日本刑法的规定。主要对有关已有规定或新规定刑法进行了议论。在这一点上，现行韩国刑法多般呈现的是日本刑法修正假案特色的强调美风良俗的伦理主义的刑法观和对于国家法益的重刑主义。当然这样的结果是制定韩国刑法当时导致韩国社会极度的混乱也占一席之地。

2. 制宪宪法精神的影响

因为宪法于1948年7月17日所公布，所以1953年制定的韩国刑法只能把制宪宪法的精神作为它的基础。因为当时韩国是在以自由民主主义政治体制为基础的国家支持下独立的，所以韩国宪法也把这样的精神作为根本。在此观看同刑法有关既是的制宪宪法的根本，又是本质精神一系列条文中制宪宪法的精神。

第一是打破社会的恶习，以认真落实民主主义，在国民生活中的各个领域做到机会均等。以致享有价值人生。第二是尊重和保障所有国民的自由和平等（制宪宪法第5条），由此国民在法律面前一律平等（制宪宪法第9条）。第三是国民享有人身自由（制宪宪法第9条），享有各种基本人权（制宪宪法第10条以下），还阐明了没有被列举到宪法也不应被轻视的观点（制宪宪法第5条，第8条，第28条）。第四是要遵守罪刑

法定主义和一事不再理的原则（制宪宪法第22条）。

该制宪宪法如上的精神和内容不仅对法典编纂委员会，也对直接参与刑法制定的所有人带来了不少的影响是不可置疑的。

三、制定刑法的基本思想

（一）出现于制定刑法起草作业的基本思想

制定刑法的根本精神是通过《刑法起草纲要》和《刑法草案作成理由书》能把握相当部分，观看这些核心内容可发现以下的特色。

第一，制定法典的出发点基于认知行使刑法上所赋予权利的人或适用刑法的人们两者都是极其不完全的理性的主体。因为不完全的人主宰的刑事法由于人间的不完全性，故此为了少受人间利己心或恣意性的影响而强调了刑法的定型性，为了发挥罪刑法定主义和人权保护机能，更留意使法条文平易化而简明，为了能全以立法来解释以前没能解决解释上有疑问的观点而努力。

第二，刑法制定立案者为了能够适应反映在政治秩序和社会秩序上敏感的刑法本质的性质，根据刑法的宪法精神向追求自由民主的法秩序的方向来制定了韩国刑法，其实例可以在草案的基本原则中发现，例如从“排斥所有独裁政治要素，拥护国民的基本权利来适应落实自由和和平的世界趋势并合宜以新生国家的蓬勃朝气、勇往直前的国风和其富的国民创意和进取心”的抱负中可确认的。

第三，制定刑法的立案者从责任主义的彻底刑法观出发。即对于适法行为在无可期待可能性的情况下规定不可罚，调整不法性程度的法定刑以禁锢刑来限定则对于过失犯的体制，减轻了堕胎的法定刑。

第四，从重视人权的刑法观出发。保护弱者防止他们落伍让他们享有有价值的生活，试图巩固国家基础，只有在重大的犯罪科以死刑。为了保护少年而新设的规定和加重了人权践踏犯法行为的法定刑。

第五，要维护和培养优良风俗。从而加重关于自己或者伴侣的直系亲属的罪刑。

第六，比华丽的理论，更重视使人们看到具备一个有价值生活的社会环境的实质而实践的方法论。即制定刑法不是过于倾向于主观主义思想或客观主义思想，而是把这些思想适当的折中起来，从而使卑贱的人的基本权利不被忽视，甚至连罪犯，也要使他们最低限度地享受到刑法体制的价值人生。

第七，试图依靠刑法来达到克服社会的混乱。例如，新设了对拟制共犯的规定，鉴于犯罪的习惯化倾向对习惯性犯罪采严罚主义。加重惩罚对多种持凶器的罪犯。此外，新设关于犯罪团体组织等罪，新设关于爆炸物的罪。如同此类的是反于刑法的民主化乃至个别化精神，但从在日本帝国解放的同时左右翼派之间残酷的矛盾引起的社会混乱，以致使采取如上的规定。这种扩展的刑法试图在人权重视制定刑法的刑法观上是相互矛盾的思想。

理所当然地以上所提到的大部分已成为制定刑法的根本原则。只是该草案在国会议论期间被改成更民主的而有人权保障的刑法典，例如，像拟制共犯一样非民主的，反责任主义的规定则被取消。

（二）制定刑法的基本思想

在刑法草案完成之际，发生了丽顺叛乱事件等使社会不安定的左右派势力的对峙也达到了极限。社会的不安对希望创设自由民主国家的多数国民带来了危机感，刑法草案中比个人更顾及全体的规定散见于其中。例如，设立了连坐共犯或拟制共犯的规定，以对叛国者，即使个人的自由受到了一些侵害，也要连根拔除的舆论。但是，刑法本身以个人的人权保障为前提，加上利用了所谓刑罚的难以忍受痛苦的手段这一点来看，刑法责任的个别化原则是比任何法律更彻底地遵守的领域。在这观点上，韩国刑法的制定过程中在公益的见解和确保个人的自由角度上，有了不少的争论。

即如韩国刑法制定当时面临的思想混乱或要杜绝反国家的行为那样的公益性要求上来看，不仅是犯罪范围的成立，而是要扩大犯罪行为者的范围来向更加重的处罚的方向迈进。相反地，从个人尊重立场上看，与公益性要求的冲突会尖锐地突现。但是，这种两方面的对立在刑法的过程中，更倾向于个人的人权保护，如下的基本思想在制定刑法中得到贯彻。

1. 从日本刑法独立

制定刑法的第一目的是为了脱离日本色彩的刑法的独立。虽然其中有很多的理由，但最重要的是为了清除在朝鲜的殖民地残余。在朝鲜，日本的殖民地刑事法并非提供朝鲜人的享有价值人生，反而恶用于日本殖民地政策的加强，其结果，刑法不是犯罪人的Magna Charta，而被认为是侵害朝鲜人生存的道具。正是因为这个理由，韩国的刑法制定者在刑法典中，连日本色彩浓厚的用词也不想使用。不仅如此，刑法各条文的内容中，在朝鲜法制编撰委员会上制定的刑法起草纲要明示，要扫除日本色彩，应制造一部具韩国固有传统文化的刑法典。

韩国从日本独立后，不少人士主张尽快制作韩国本身的刑法典也事实上是主张日本色彩刑法独立的立场，

甚至要制定我们自己的刑法定时，刑法制定的立案者大部分都是一些在日本有过学习研究的人士，而且当时，不仅是日本刑法，对1941年的刑法修正假案颇为精通，所以模仿日本的刑法修正假案或日本刑法定可能是非常容易的。然而，韩国立法者真正想要参照的刑法定，比起日本的，更想参照当时德国刑法定和1930年德国刑法修正案，还有1946年制定的台湾刑法定是值得关注的。

2. 与制宪精神的合宜的人权保障的刑法指向

制宪宪法是以自由民主主义和法治主义为基础，以保障国民的人权和价值为第一目标。为了在宪法上所保障的国民的人权和价值尊重，国家不以国家优先主义而以个人主义为优先，非结果主义而是责任主义，非恣意统治而以法治主义原理所约束而言。因此个人的自由和人权不是为了社会生活上的公益制宪宪法阐明了无论什么形态也不能加以限制。

因此第一，国家在保护人民的借口之下不可以干涉有法益侵害的一切侵害行为。限于社会生活上对其保护是不可避免而局限在没有保护可能性时，在允许刑法介入在此见解上，制定刑法要遵守罪刑法定主义（刑法第1条），只是例外的处罚过失犯（刑法第14条）规定了对于未遂犯的例外的处罚和刑的减轻（刑法第25条以下和第29条）预备、阴谋的有限制的处罚（刑法第28条）、死刑和无期徒刑的减少、多种特别法上对犯罪的整備和其犯罪中古典意义上的刑事犯被吸收在刑法定，而余下的被视为非犯罪化。

第二，制定刑法是彻底完善宪法上要求的法治主义乃至责任主义，从而尽力维护国民基本权思想为基础。即在刑法第12条上规定“对于无法抵抗能力或对自己或亲人的生命或身体的危害不得处罚”对于无法使合法行为者在罪责上予以自由。这是因为在刑法的世界上参考行为者的冤枉的情况使人民没有怨恨。这是韩国宪法的精神并明确了要实现的韩国刑法的根本宗旨，而且刑法第16条对于法律的错误有充分的理由则定为不可罚也是一脉相承的条款。还有在刑法第21条第3项明示了“在前项所说的情况其行为若是在夜间，或其它不安的状态下由于恐怖，惊愕，兴奋或慌张引起时不予以处罚”着使不完全的人在不能期待适法行为时免除其行为者的罪责。

第三，制定刑法者要深刻认知刑罚具有的可怕的破坏力，所以要研究怎样才能使拥有不完全大理性之人们，因一时的错误而变成终生罪犯的防止方法，要试着让犯罪者回归社会而尽力于各个人的人权保护。即提前防范由犯罪引起的实质性危害为更容易揭发犯罪减轻自首者的刑罚或免除罪行的可能性（刑法第52条）新设了“刑的宣告犹豫制度”（刑法第59条以下）对“有显著改过的初犯者”不宣告其刑。设“刑的失效”（刑法第81条）和“复权制度”（刑法第82条）开启了使前科者除去烙印的道路。

第四，制定刑法没有保护社会的弱者，和很多实现男女平等的条文来积极实现制宪宪法的理想。即强调背负国家权利的公务员的责任并且明示了“当公务员利用职权犯罪时加重所定刑2分之1”对于过去通奸罪只处罚女子一方规定为双罚罪来实现宪法上的男女平等思想。此外，为了保护女性，刑法第251条的婴儿杀害罪，刑法第272条的婴儿遗弃罪上有可参考的充分理由时则可以减轻其罚，刑法第303条的依业务上的威力的奸淫妇女和刑法第304条的婚姻凭藉奸淫罪也可谓是为了保护柔弱女性所制的规定。

3. 不完全的人间像和刑法的定型化思想无愧发

制定刑法从拟定草案时开始以不完全的人间为前提。这点不仅可以从韩国刑法之父严祥燮先生的话语中找到，而且从制定刑法定的各个内容中可以寻到。制定刑法以不完全的人为前提乃是直视了利己的，本能的，现实的人。如果人、像神那样全能，则可以挑出破坏社会和平的人，也可正义地惩罚他们。但是人间不是那样，因为不能发现持有那种能力的人所以为了可以通过法律正义而公正无私的评价和判断要求定型化。在以刑罚为手段的刑法上如果由于判断者肆意和不当的审判致使特定者受到刑罚时，不仅是因要承受人类难以忍受的痛苦为本质的刑罚，而且由此被称为前科者的烙印还能招来一生可能要过非人生活的可怕结果，可使人类生活焦土化的可怕的刑罚为手段的刑法，其定型化要求需要更加精细和正确。

因此第一，在刑法起草要纲中明确指出制定刑法要语言一致化，避免使用那些一般不使用的汉字和奇怪的词语，要使用一般人可以明确认知的词语。特别是为了充分发挥罪刑法定主义的人权保障机能，试着简明刑法上的词语，这样的努力在刑法的制定过程中大部分已见实现。这在旧刑法和日本刑法定相对比之下可明显得知。

第二，定义故意和过失的概念。（刑法第13条和第14条）对于以前在解释上有疑问的尽力以立法解决，即刑法第14条和第15条上明确指出事实的错误概念。新设了对于适法行为的期待可能性的规定（刑法第12条），此外限在总论看也有因果关系（刑法第17条）、不真正不作为犯的不法性（刑法第18条）、独立行为竞合结果的处罚（刑法第15条第2项）、新设自救行为（刑法第23条）、有关被害者的承诺的规定（刑法第24条）对间接主犯以往的争论以立法来解决而对落实刑法的定型化予以贡献。

4. 以人权保障的实力为主的刑法观

刑法制定者非倾向于华丽的理论，而从实用的层次上做了考究。这样的态度在极度的理论争论领域中常见。韩国刑法的制定者目睹了在德国与日本出现的学派的激烈争论，即主观主义与客观主义的混乱的争斗。在这场斗争过程中，过度的主观主义的刑法学理论走向比个人优先考虑全体甚至社会利益的刑法学，而且领悟了可以造成展伸至心情刑法的弊端，过度的客观主义刑法学，虽然能充实个人的人权维护，但对于建立适当解决社会混乱的对策却感到能力不足。

就是因这些理由使韩国刑法的制定者充分考虑了刑法要维护的法益和刑罚的反作用，然后适当地配合客观说和主观说，一方面尽力避免不能容纳犯罪的社会的死角地带，另一方面尽可能地克服心情刑法的倾向，使维护个人的自由和尊严没有疏忽。结果未遂犯的情况虽无法益侵害也能根据主观主义的刑法观进行处罚（刑法第25条第1项），再允许依据客观主义的刑法观减轻刑罚（刑法第25条第2项）。

这几点在教唆犯的规定中也可寻到，按照第31条第1项，看来像不是依共犯独立性而是依共犯从属性规定的，相反地，刑法第31条第2项（受教唆者承认犯罪的事实而未着手达到教唆的实行时以教唆者和被教唆者的阴谋或预备为准予以处罚）和第3项（受教唆者没有承诺实行犯罪时对教唆者也如前项）以共犯独立性说的立场规定来看更似妥当。与此同时，有关间接正犯的规定也应视为它是比在理论的立场更以实利的层次上做了规定。

如此制定刑法对限于在学术争论激烈的部分，采用在实力为主的刑法观中解决问题的规定方式来接近。这些理由虽然在理论上灰暗，但在实用的层次上看可以导出平衡性的理念或与正义相照应的适当的理论。

5. 伦理的刑法观

制定刑法又想用韩国的优良风俗来克服殖民地时代带有日本色彩的刑法观。特别是经历了日本殖民地统治的立案者数次看到了日本人在对殖民地统治下举起叛旗的朝鲜人在刑事处理过程运用极度预防性甚至主观主义的刑法观。所以对于刑法制定者有了在殖民地韩半岛，与其刑法起草于不得容纳之事例不如为日本的利益在法技术或行政目的以便宜性为由而起草并被一直适用的刑事事实的反省教训的作用。

正因为这样的理由制定刑法对直系亲属杀人或伤害的罪行加重（刑法250条第2项和刑法第257条第2项等），而且对通奸罪、婚姻凭藉奸淫罪的（刑法第304条）认定，还把死刑制度随国民的法意识存置下来。当然优良传统的强调具有加强国家主义乃至集体主义的倾向，过分的伦理化似乎与以自由民主主义社会为理想的韩国的宪法精神不相称。但是刑法上脱伦理思考方式的强化使刑法过分倾向于客观利益关系的规律形式。法不是单纯的命令或是理论，而是带有生活经验和生活文化上的性质。越是以法律文化和遵法意识的法律之情潜在的生活关系，法的效力就相对地极大化，这是通过实践经验得以确认的。所以如果说韩国有要认定刑法的伦理性质，那会按伦理上受到批评的程度、可罚性的有无和程度会受到影响。加上有着数千年的民族历史的韩国，在不同于日本的伦理意识，以固有的民族文化为自豪的背景下，把我们固有的伦理文化从刑法上完全排除肯定是不容易的事情。

四、1992年的刑法修正案及其失败

1953年制定的刑法在长达40多年的岁月里虽然经历了急剧的社会变化和犯罪趋向，但它未采取与之相对应的刑法修正方式，而是只以特别法的制定等方式应急措施而已。这样的应急措施不仅背离了刑法秩序整体的根本精神，而且会造成特定犯罪的加重惩罚和重刑主义的滥用。这在过去的权威主义政权下是常见的。刑法典不是凝固的石膏，它反映社会现象以及犯罪趋向变迁中的“活的刑法”，因此提高刑法效率的必要性成为了不可避免的问题。在这样的社会气氛下，以法务部为主体，1985年6月刑事法学界和法曹界30多人组成的刑法修正特别审议委员会创立和推进了对刑法和刑事特别法为对象的刑事修正工作。并在1992年以政府案的形式在国会提交，但是因为国会议员缺乏关注，该案未能在国会获得通过，只是极少数的法律条文得到添加，只获得对量刑调整程度的成果。

（一）1992年刑法修正案的背景

1. 社会条件的变化和刑法的实效性再考

制定刑法的1953年国民一人平均所得为67美元，而40多年之后的1992年上升到了其百倍的水平。农渔村人口对城市人口的比率从70：30有了大幅度变化，逆转成25：75。如果说法将生活样相当作问题，刑法关于生活样相也不再是自由的法。随着社会的生活样相像如今这样急剧变化法律关系也是不得不变的。要不然会在社会上效力因而丧失法的机能。在这些观点上看刑法也要随着生活样相的变迁而能弹性适应，刑法的效率性也才能被考虑，而需要适应社会变化的刑法修正是不可避免的。

2. 现代的刑法观念和刑事政策思想上的接纳

从二战之后开始风行的以个人的人权保护为先的思想引起了对国家主义，伦理主义，治安主义的法律倾向的强烈反思。与此对应地对个人主义，脱伦理主义，法益保护，非犯罪化倾向，环境罪，网络罪，侵害私

生活罪等引起了强烈的欲望。而且对死刑制度的废止，量刑的法定主义运动，罚款刑的改善等诸多改善需求开始出现。

3. 特别法上犯罪的整顿和吸收

韩国如今成为比违反刑法典犯罪更多的是抵触特别刑法的犯罪而致使诸多特别刑法出台。例如，以特定犯罪加重处罚法、有关暴力行为等处罚的法律、特定经济犯罪加重处罚法、国家保安法以及连专家也弄不清的特别刑法，这些法律之间的犯罪成立与法定型有不少不均衡的问题，还发生与一般刑法上的法定型不少的不均衡性，所以它的修正必要是紧急的。

（二）1992年刑法修正案的主要修正原则

1. 非犯罪化与犯罪化

对关于轻微犯罪或有关违反性伦理的犯罪考虑到刑法的残酷性和最后手段性要尽可能地非犯罪化。要是刑罚有人间难以忍受的苦痛性质是不可置否的，那么施加刑罚的罪也应限于社会不能容纳之事上。

但是会出现只是因在社会变迁中伴随的特定行为方式的禁止必要性或可加重特定法律保益的重要性，所以依刑法以外的手段特定法益保护可以容许在不可能情况例外地介入刑法，在这样的范围内也可允许犯罪化。如环境侵害罪就是一个例子。

2. 伦理刑法观的缓和和按照自我决定权的行为之非犯罪化

法益的保护伦理上的认识越深越能得到好的保护，但是刑法要介入的行为对象若是以个人的情感为根据时尽可能要克制，因为刑法不可能依别的手段得到保护的限制下，才用为最后手段，然而违反伦理的问题多半只不过是道德的批评问题，即使成为法律问题比用刑法更需以民法或行政法解决为先。况且依随自我决定的性行为没有被证明要求国家特别保护的应于犯罪化除外。

3. 刑罚的适当化和量刑合理化的标准设定

罪刑法定主义不仅在犯罪成立方面是罪刑法定主义，在量刑方面也彻底遵守。由于量刑阶段的法定刑范围过于广泛，这就赋予法官过多的裁量权。对于犯罪被告人，他将受到何种刑罚比应属何种罪更重要。然而对量刑测定要件的标准，在韩国刑法第51条只有简略的规定而已，所以日后韩国的刑法有必要采取得担保可测定算出适当量刑的量刑测定要件的标准之合理化措施。

（三）1992刑法修正案的失败和教训

1985年开始，消耗很多费用和时间，经全面修正的制定刑法以新面貌诞生于1992年，但遗憾的是除了几个条文之外，几乎没有被采纳。其原因是1992当时的国会议员几乎没有予以多大关注。国会议员中有不少是法曹界出身，但他们并没有切实感受到身为修正刑法的实务家经验，而认知为除去事务上不便的程度。那么为什么他们在理解刑法的修正实务上只认为是除去不便的程度？一部分是因为这些国会议员对于韩国的制定刑法的根本理念没有充分的了解。如上所述对1953年刑法制定过程和刑法基本思想的充分了解，而且与刑法制定的当时相比，社会上根本的变革和犯罪的变化等。国会的立法者对刑法的效率性和最后手段有所考虑而为了对如上之事达到充分理解而尽力而为之时，此次修正工作是会足以成功的。

（作者系韩国东亚大学法学院院长、教授）

更新日期：2006-8-25

阅读次数：839

上篇文章：丹麦刑法中的正当行为（免责根据）介评

下篇文章：韩国的缓刑制度：宣告犹豫与执行犹豫

 打印 |  关闭

 TOP