當代刑法學的角色與課題*

黃士軒　譯**

目 次

壹、前言——「好像總有哪裡不太理想」的感覺
貳、過度的被害人保護思想與刑法之公共性格的喪失
參、日本刑法的實害導向與預防的貧乏
肆、公共圈的變化與憲法保障功能的不健全
伍、「法秩序的統一性」理念之崩壞
陸、結語——變動的時代中的刑法學與比較法的課題

*　本文於 2026 年 11 月 5 日發表於政治大學法學院。
**　政治大學法學院教授兼副院長。

壹、前言——「好像總有哪裡不太理想」的感覺

在最近的日本刑法學受到注目的現象，特別是中堅世代的刑法研究者，經常將「刑法學的方法」作為題目加以探討，並且為了反省，也提出「刑法學究竟為何而存在」的問題。此事顯示，主導當代刑法學研究的研究者們，關於刑法與刑法學「總覺得好像總有地方不理想」、並且正感覺到「這樣繼續下去不好」。已經不年輕的筆者，也有一樣的感覺。

但是，「總覺得有點不理想」「這樣下去不好」——這類的感覺究竟從何而來？非常奇妙地，有關於成為這個問題的原因乃至於背景的當代刑法的問題性，很少有加以統整的論述。因此，以下筆者的報告，將會就日本刑法究竟在哪裡、有什麼樣的問題，以筆者的方式來說明。先大致歸納出現在的刑法所陷入的 4 個問題狀況，再說明為了對應這些狀況的學說角色與課題。雖然在本文完全僅就日本刑法加以討論，但是筆者認為若將日本刑法所具有的各個問題，與對日本刑法有巨大影響的德國刑法加以對照，應該會更為清楚。因此，在必要限度內，也將提及德國刑法。

貳、過度的被害人保護思想與刑法之公共性格的喪失

若比較筆者開始進行研究的 1980 年代，與將近半世紀後的現代，最為醒目的，是可稱為「刑法的民法化」的現象出現。在日本刑法中，最近 30 年間，不僅是裁判實務與行刑實務，包含刑事立法均可見顯著的重罰化傾向。但是，比起重罰化本身的問題，究竟是什麼驅使人們傾向重罰化的理由，才是問題。在日本的重罰化傾向的背後，與強調社會安全利益並列的，是時至今日越來越被強調的被害人保護思想。1990 年代以降，「法律專家們向來都只考慮加害人方面的權利與利益，沒有充分考慮被害人及被害人家屬的權利以及被害感

情」「把被害人所受的實害原原本本地反應到刑罰的輕重，才是刑罰」——這種看法在社會上擴散，也對刑事司法造成影響。另一方面，對於處罰而言也有重要的限制。這就是基於責任的限定。然而，我認為特別是進入平成時代，也就是 1990 年代以降，責任的煞車力道也減弱。這是因為已經進入強調個人的自主決定與自己責任的時代的緣故。一方面透過被害人保護的思想作為引擎提高了其驅動能力、另一方面自主決定與自己責任的意識形態又讓其煞車效力弱化，導致了重罰化現象的出現。

如此一來，在今天於社會上廣泛擴散的，是犯罪所生之害惡與犯罪行為人因該犯罪所應受的惡害必須相當的刑罰思想，這是在 1980 年代不會出現的。筆者曾經將此稱為「實害對應型的應報刑論」[1]。這是會讓刑事責任與民事責任的區別、公益保護與私益保護的區別變得不清楚，且使得在歷史中達成的進步又再喪失的思想。這是因為，公與私的分離是阻止感情論與不合理性滲入刑法，並使得刑法整體具有合理性的關鍵。刑罰不是為了被害人而科處的。刑罰雖然扮演吸收被害人的處罰感情，亦即使其「昇華」的角色，但是刑罰在第一線仍應是扮演實現法秩序維持這種具備公共利益的角色。

另外，最近在日本，德國的海倫勒教授所撰寫，以刑罰論為主題的論文集已經出版[2]。海倫勒教授批判德國的刑罰理論將被害人的利益切割，在刑罰理論中無視被害人的利益。海倫勒教授主張認為，確實，直接考慮被害人利益會與歷史相違背，但是「應考慮有彈性地接受」。饒富趣味地，筆者也持相同的看法。這是因為，筆者認為，透過「實害對應型應報刑論」被直接考慮的被害感情，應對其加以過濾而減弱其影響力，而應將重點放在公共的面向，而與此相對，海倫勒

1 井田良『死刑制度と刑罰理論——死刑はなぜ問題なのか』（2022 年，岩波書店）。

2 松澤伸監訳・十河隼人訳『タチアナ・ヘルンレ刑罰論集——表出的刑罰論と犯罪被害人の意義』（2025 年，成文堂）。

教授則是主張，德國的刑罰理論中僅有公共的面向受到考慮，而應該有彈性地考慮被排除的被害感情。

確實，基於被害人保護思想的刑罰思想，也可能朝向減刑的方向發揮作用。就筆者所知舉例而言，因強盜致傷行為使被害人負重傷的事件中，即有加害人方面提供高額賠償金，因此被害人即表達完全不願再施加處罰，最終得到緩起訴的情形。加害人方面若無資力，則將可能被交付裁判員裁判，而可能被處不附緩刑宣告的科刑判決。只要被害人可以滿足，則不必再花費成本進行刑事裁判的思考方式，從經濟效率的觀點，也許也能得到支持。但是，這會讓對於刑事司法的平等、正義的信賴慢慢地，但是確實地喪失，筆者對此戒慎恐懼。

過度誇張被害人保護思想，已經開始動搖刑法中傳統的人權保障原則與法治國家的各種原則，其傾向今後應會繼續增強。關於罪刑法定主義、責任能力等之規定、追訴權時效的制度、緘默權的保障，還有「有疑唯利被告」的原則等，也已經被認為是與被害人利益對立的障礙物。不僅是媒體，包含法律專家，竟也有表達出：為了被害人利益，可以修正這些原則，或應該限制的意見。對於廢止日本的死刑制度而言，巨大障礙畢竟就是實害對應型的應報刑論，亦即被害人保護的思想。

參、日本刑法的實害導向與預防的貧乏

日本刑法的實害導向，並非因為被害人保護思想的引進而突然產生的。日本是法律繼受國，而在明治時期制定近代刑法典，以法國與德國等歐洲各國之刑法為模範，制定後的刑法學說也受到來自德國學說的壓倒性影響。亦即發生了法典繼受與學說繼受的「雙重繼受」[3]。儘管如此，日本刑法與刑法學說，在基礎上，仍與德國刑法與德國學

3 這是京都大學民法教授北川善太郎曾說過的話。

說相當不同。

若允許筆者較為簡單地說明，那麼日本刑法具有當現實上發生結果乃至實害才正式地加以對應的特徵，在發現犯罪時，重視發生結果的方面。在此意義下，是具有客觀主義・應報主義的性質。因錯誤而阻卻故意的範圍狹窄、已經確立的實務見解也認為關於結果加重犯中的加重結果認為不需過失。與此相對，德國刑法則是具備主觀主義・預防主義的屬性。亦即，比起實害導向，更重視心性，在較早的階段就對於朝向犯罪之意思進行監視，毫不猶豫地會在實害發生以前預防犯罪。另一方面，正因為如此，因錯誤阻卻故意的範圍比日本廣，而關於結果加重犯中的加重結果，也認為至少需以有過失為必要。

非常有啟發性的，是從 1960 年代以降，日本刑法學說雖然受到魏采爾（Hans Welzel）的巨大影響，但是與此同時，卻一致地拒絕接受魏采爾教科書開頭的名言──處罰對象是「與法的心性價值的偏離」──所揭示的思考方式。對於日本刑法學者而言、「法的心性價值」作為刑法的保護對象並不妥當。這是因為眼前可見的實害尚未被引起的限度內，刑法即不需介入。

在這種日本刑法的實害導向的背後，立刻可以想到的是，在日本，法律以前的社會規範的束縛很強，並且社會性制裁的作用也強而有力，以此可以有效控制社會成員的行動，而作為國家法律的刑法，不必連是否有遵守法律的內心情操的維持都需要關心。日本社會是一種集團主義的社會，個人被嚴密地包含在共同體中生存。共通的遵法情操在有法律以前已經受到社會保護。與此相對，當產生重大實害時，例如現實上有共同體成員之一受到傷害，或進而死亡的實害產生時，會產生極強的反彈，此時國家介入也有必要，依情形不同，也可能會動用死刑這樣的極刑。

因為這種日本刑法的實害導向，使得日本在對應組織犯罪陷入困難。日本的偵查機關，因為沒有能夠掌握組織內部情況的手段，而無