



日本法译丛

刑法における法治国思想の展開

法治国思想的展开

〔日〕牧野英一 著

柴裕红 译



商务印书馆
The Commercial Press



日本法译丛

刑法における法治国思想の展開

法治国思想的展开

[日] 牧野英一 著

柴裕红 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2019年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法治国思想的展开/(日)牧野英一著;柴裕红译.—北京:商务印书馆,2019
(日本法译丛)
ISBN 978-7-100-16524-2

I. ①法… II. ①牧… ②柴… III. ①刑法—
法学史—研究 IV. ①D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 192835 号

权利保留,侵权必究。

日本法译丛

法治国思想的展开

〔日〕牧野英一 著

柴裕红 译

商务印书馆出版
(北京王府井大街36号 邮政编码100710)
商务印书馆发行
北京市艺辉印刷有限公司印刷
ISBN 978-7-100-16524-2

2019年1月第1版 开本787×960 1/16
2019年1月北京第1次印刷 印张15 插页1
定价:56.00元

刑法における法治国思想の展開

牧野英一

有斐閣昭和六年五月三十日発行

根据有斐閣出版社昭和六年（1931年）版译出

KEIHO NI OKERU HOCHIKOKU SHISO NO TENKAI

by MAKINO Eiichi

Copyright © 1931 MAKINO Aya

All rights reserved.

Originally published in Japan by YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD., Tokyo.

Chinese (in simplified character only) translation rights arranged with

YUHIKAKU PUBLISHING CO., LTD., Japan

through THE SAKAI AGENCY and BARDON-CHINESE MEDIA AGENCY.



牧野英一（1878—1970）

专家委员会

韩君玲

柴裕红 王 勇 孟祥沛

译者序

非常荣幸能够将《法治国思想的展开》这部经典学术著作翻译为中文，并且呈献给国内读者。

众所周知，牧野英一（1878—1970）是日本著名法学家、法哲学家，以刑法中主观主义、新派刑法学的大家而著名。牧野先生曾留学于德国、英国和意大利，是原东京帝国大学（现东京大学）名誉教授，原东京商科大学（现一桥大学）名誉讲师。牧野先生曾任法制局参事官、帝国议会贵族院议员、法制审议会委员、刑务协会会长、司法法制审议会委员、国立国会图书馆专门调查员、社会教育协会会长、检察官资格审查会委员、中央公职资格审查委员会委员长等，获“从二位勋一等瑞宝章”。作为日本 20 世纪影响最大的刑法学家，牧野先生被称为日本“新派刑法学的完成者”。可以说，日本从明治到大正再到昭和年间刑法学派之争，事实上是围绕牧野先生展开的。

牧野先生学术思想深邃，他的学术思想主要受其师穗积陈重（1856—1926）和冈田朝太郎（1868—1936）的“法律进化论”和德国老师李斯特（1851—1919）的“目的刑论”以及意大利学者菲利（1856—1929）的“社会防卫论”的影响。其刑法理论以 19 世纪欧洲的进化论思想为基础，认为在从警察国经过法治国到文化国的过程中，刑法应该从报应刑向目的刑、教育刑进化。他主张以犯人的社会危险性为基准的主观主义犯罪论，倡导犯罪征表说，否定罪刑法定主义。但是，牧野先生并非是对罪刑法定主义原则进行全盘丢弃，而是提出了要包容罪刑法定主义使其达到一个新的高度的修正罪刑法定主义的理论。他主张刑罚不只是惩罚受刑者的手段，更是一种教育方法，用科学的方法，营造一种对受刑者进行教育的效果，教育受刑者从善进而复归社会。

牧野先生一生著作等身且著述范围宽广，涵括刑法、民法、法哲学。主

要著作有:《刑事学的新思潮与新刑法》(警眼社出版,1909年);《不作为的违法性》(有斐阁出版,1914年);《罪刑法定主义与犯罪表征说》(有斐阁,1918年);《日本刑法》(有斐阁,1916年);《刑法重点的变迁》(法律丛书第23编,1929年);《法治国思想的展开》(有斐阁,1931年);《刑法总论》(上、下)(有斐阁,1958年,1959年);《刑法研究》(全20卷)(有斐阁,1918—1967年)等。

本书《法治国思想的展开》是牧野先生刑法哲学领域的代表性著作。全书分三个部分,第一部分:刑法中法治国思想的展开,第二部分:刑法改正的基本问题,第三部分:教育方法的刑罚与法律关系的刑罚。全书在资料引证方面,列举了诸多法学家的观点,并将其与牧野先生的观点相比较、相辩白。资料之翔实,写作之细致都是难能可贵、令人敬佩的。其中引证日本法学家、意大利法学家、德国法学家,以及世界刑法大全的一些当时写作时代比较新颖的内容,其中主要涉猎的法学家人物有:穗积陈重、冈田朝太郎、安平政吉、久礼田益喜、泷川幸辰、贝卡利亚、龙勃罗梭、耶林、李斯特、菲利、斯托斯、兰扎、里普曼、索尔达娜、弗洛伊登塔尔等20多位。因此,从宏观上来说,全书梳理了近代刑法思想史。正因如此,虽然《法治国思想的展开》是20世纪30年代出版的学术著作,但当我们今天阅读本书的内容时,仍被牧野先生80多年前的精湛论述所折服。书中不乏警示观点,比如:

刑法是犯罪人的“大宪章”。刑法不要仅停留在犯罪人被刑罚这一层面,而且更应强调犯罪人必须被刑罚挽救。

刑法同其他法律一样,都是作为生存竞争的妥协点而成立的。

法律解释的意义。法律,包括刑法,都是必须依据解释对新的社会生活进行规范。必须通过刑法解释来调整新的社会生活的态度,来达成我们刑法学家对社会的贡献。通过将刑罚解释成教育的方法,可以说刑罚就有了基础。

从19世纪末20世纪初,事务变迁正向我们展示了,从个人主义向新的国体主义——社会主义转变。

法律的改正,不是仅仅通过对法律法规的修改而得以实现的,也不

是通过对法律法规的修改,来进行社会的改革而完成的。

不管在什么情况下,法律同时都包含传统与传统相对的新型要素。

刑法中法治国主义的要点之一就是等价原则。我认为实际上刑事诉讼的中心在于宣判。因为,所谓的犯人改造,是一项需要很长时间的的工作,所以人们对此并不关心。

苏维埃立法者认为,死刑是完全例外的惩罚。应该进行改革的是正义本身,在这种意义下,正义观也必须与时俱进。

将犯罪视为自然现象的结果,就是作为刑罚以及制裁对象的犯罪人的恶性被放大。

人类学以及社会学的研究成果,应该置于法学乃至刑事立法来考虑。

刑罚必须与对抗犯罪的各种手段,尤其是与预防犯罪的手段相联系。

行刑不仅仅是法律家的工作,也不是单纯的行政性的、技术性的事务,实际上,它更应该被归类为“人类问题”。

——如此等等,不胜枚举。

更值得推崇的是本书论证中牧野先生的学术态度。比如他对泷川观点的描述:“我对像泷川这样的马克思主义观点心存敬意,不过我认为,法律在经济基础面前,并不只处于被动的状态。”读来既没有法学大家的咄咄逼人,也没有言语的火药味,一派平等对话的语气与姿态。可见,大家学者是有气度与风范的。

对于读者在阅读本译著时需要注意之处,特此说明如下:

其一,本书的书名《法治国思想的展开》是原著的正确译名,而“刑法中法治国思想的展开”只是本书中的第一部分。

其二,本书页侧的边码均指原著(即日文版)的页码,并非译著即中文版的页码,供读者在需要时方便查阅原著。

其三,译著注释统一为页下注释,并统一用阿拉伯数字①②③……每页重新排序,不同于原著在正文之中采用(*)(**)(***)……注码。

其四,增加了译者注释,对文章中多次提及的主要法学家的生平做了简要说明。

其五,增加归纳了文后参考文献,便于读者参考。但为了原著的完整性,尽量保持了原著文献翻译成中文的原貌,没有再做细节上的补充。

其六,对于正文和注释中的人名、地名、书名、文章名、机构名等专有名词,尽量按照通行的译法进行翻译,保留日文汉字,如“主理主义”、“进客观主义”等。

其七,凡出现法条时,相应的法律添加了书名号,其他均不加书名号。

毋庸置疑,牧野先生的经典著作《法治国思想的展开》的翻译并非我一人之力可以完成的,应该说离不开多方面的信任和支持,乃是众人合力之作。本书翻译之初,可以说是困难重重,主要归纳为以下几个方面:

首先是语言障碍。一方面,摆在译者面前的就是日语方面的障碍,因为原著是1931年出版的著作,一些日语表达方式与现在日语的表达已有所不同,非日语专业者不易完全理解之。另一方面,由于原著除日语外还涉及德语、法语等,这些语言的翻译都是译者自身无法逾越的障碍。

其次是法学家名称的对应翻译。原著中日本法学家多用其姓而不是姓名全称,如安平教授、久礼田教授、泷川教授等。除此之外的法学家多用片假名表示而无括注英文,如イエーリング(耶林)、グローティウス(格劳秀斯)、ロムブローゾ(龙勃罗梭)等。这些起初给译者理解原著都带来了一定程度的障碍。

第三,由于译者自身刑法基础知识薄弱,加之缺乏有关本书的一些背景知识,对于书中所涉猎的法学家人物思想的体系性把握未必到位。

为了克服翻译过程中所遇到的不可避免的困难,力求尽最大努力翻译到最好的程度并能如期完成这一光荣而艰巨的任务,译者首先查阅了一些有关牧野先生的文献资料,寻求了多方面的实质性帮助。

在此,感谢日本国际贸易投资研究所中国研究会的委员长、日本丽泽大学教授梶田幸雄博士在百忙之中帮助搜集了书中所涉猎的主要日本法学家的生平简历,感谢兰州大学外语学院刘振宇老师及其弟子李俊俊、陈思嘉、

周佳、羊小慧、宋可馨同学在日语方面的大力支持和帮助,感谢日本神户大学的程延博士和我的硕士生金朗同学在德语方面给予本书翻译的帮助,感谢兰州大学法学院的同事张莉博士在法语方面给予的帮助。同时在本书翻译的始终,深受商务印书馆编审王兰萍老师的支持和鼓励,对译者翻译本书所存在的顾虑以及所提出的所有问题均作了细致耐心的回答,并对本书译稿的校对修改提出了翔实的意见,在此由衷地感谢。感谢我的爱人任豆豆给我莫大的鼓励与关怀,并充分理解和支持本书翻译工作。感谢我的叔父柴生芳的谆谆教诲,愿以此书告慰其在天之灵。正是因为有这么多的支持和帮助,此译著才得以呈现在读者面前。

希望以此译著抛砖引玉,让中国法治事业得到更广泛的关注和更广阔的发展,恭请并盼望获得读者的评判斧正。

柴裕红

兰州大学齐云楼

2018年6月12日

目 录

序	(1)
---	-------

刑法中法治思想的展开

第一章 刑法思想的发展	(7)
一 法治主义与教育刑主义	(7)
二 世界刑法改正的趋势	(8)
三 罪刑法定主义的意义	(12)
四 刑法思想的人道性、实证性,以及论理性事由	(15)
第二章 刑法的“相反状态”	(21)
五 日本学界与多数相对的诸观点	(21)
六 刑法改正的现代趋势	(25)
七 刑法重点的报应刑	(28)
八 责任主义的深刻化	(35)
九 防卫主义的深刻化	(41)
十 法官自由裁量权的扩大	(43)
十一 责任主义和政策主义的统一理解	(46)
第三章 刑法中批判的方法	(49)
十二 批判的方法	(49)
十三 违法性的观念	(53)
十四 社会责任的意义	(55)
十五 刑与保安处分的关系	(59)
第四章 刑法中怀疑的态度	(64)
十六 怀疑的态度	(64)

十七	刑法解释	(66)
十八	刑法解释的三个问题	(71)
十九	刑事政策的价值	(77)
第五章	刑法与马克思主义	(82)
二十	马克思主义者的刑法论	(82)
二十一	刑法中的等价原则	(83)
二十二	责任原则的资本主义意义	(91)
二十三	马克思主义者对新派刑法理论的批判	(94)
二十四	刑法的未来	(97)
第六章	苏俄的刑法	(100)
二十五	苏俄的刑事制度	(100)
二十六	1919 年的《刑法的指导原则》	(102)
二十七	实质的犯罪概念	(107)
二十八	教育的刑罚概念	(112)
二十九	苏维埃刑事法制的评价	(122)

刑法改正的基本问题

第一章	菲利教授在职 50 年与李斯特教授永逝的 10 年	(131)
一	菲利教授的 50 年与李斯特教授的 10 年	(131)
二	菲利教授的生平	(132)
三	社会防卫之解	(134)
四	菲利教授的自述	(138)
五	对菲利教授的社会批判	(144)
第二章	菲利教授的 1921 年案	(145)
六	1921 年案的要点	(145)
七	1921 年案的批评	(150)
第三章	菲利教授与 1927 年案	(161)
八	特征	(161)

九 保安处分的规定·····	(162)
十 保安处分的原则·····	(165)
十一 犯人分类的基础·····	(168)
十二 犯人分类的内容·····	(172)
十三 菲利教授的批评·····	(174)
第四章 各国刑事政策的发展与国际刑事学协会 40 年的回顾 ·····	(177)
十四 实证学派的法律构成·····	(177)
十五 比利时刑法的发展·····	(179)
十六 菲利教授和李斯特教授·····	(184)
十七 刑法的社会正义·····	(189)

教育方法的刑罚与法律关系的刑罚

一 法律制度的教育刑·····	(195)
二 兰扎的教育刑论·····	(198)
三 里普曼的教育刑论·····	(203)
四 索尔达娜的结果刑说·····	(208)
五 弗洛伊登塔尔的监狱法论·····	(211)
六 德国的行刑法草案·····	(215)
七 行刑的三位一体·····	(218)
主要参考文献·····	(220)

序

如果说法治国的观念是针对所谓权力国家乃至警察国而存在的话，那么我们当下对其法治国观念必须重新构建，即对其应该如何界定？根据学者的不同，有采用“机能国家”的，也有采用“福祉国家”的，别的还有提倡“文化国”的。

国家以权力为其本质而建立。我并不是试图去否定这样的事实。但由于国家拥有权力这样的事实就认为其是当然正确的吗？从这样的观点出发国家是权力的主体的事实因理念不同而必须转变。由于这样的转变，此处的国家观念有所进化和发展。

如果说法治国的观念仅仅指的是国家根据法律进行规制的事实的话，权力国家也是法治国。因为对于权力国家而言固有的法律关系是成立的。在这方面所谓的机能国家也还是法治国，只要其机能关系的构成是合法的。

不过我们所知道的权力国家与法治国的观念是对峙的。那么不管这样的对峙在理论上成立与否，我们都必须反省。

这是一个文化的角度。即权力国家进化成为法治国是把握进化的要点所在。事实上国家通常是权力的主体，同时通常根据法律进行规制。但是权力的行动和法律规制的关系通常有所变迁。这种变迁之间区分文化价值达到一定程度就是文化的方法，然后从文化角度对国家进化进行认可。

在文化上区分国家进化是对其变迁有规范的方法。从方法的角度展开我们的思维。所谓使权力国家向现在的法治国进化是问题的核心所在。

我们所看到的现在的法治国是权力国家因社会的经济的思想的各种缘由的不断变迁而至。但进化是社会法则性的不断运行而被实现。而且，另一方面，其进化是依完成其进化的人们的努力。从我们的立场批判其努力时，其是可以看到文化的重要性。因此掌握了进化中固有的文化价值。

从这个角度出发权力国家的用语和法治国的概念在理论上并不矛盾。因为法治国从国家的角度而言也是权力国家,权力国家其运行,从具备法律的一面的角度而言也是法治国。如此我们不把权力国家的要点放在其权力本身上,而是希望根据其权力维护团体。只是权力国家突然维护团体,个人意识还没有达到。对于此法治国以法律为基础提高个人意识。这其中存在进化文化的意义。

那么法治国的观念在刑法中最能体现的是罪刑法定主义。根据人权宣言使其确立,法国刑法中的罪刑法定主义是面对国家乃至刑罚以保护犯罪人为目的。而且,刑法的客观主义得到发展。犯罪行为以客观主义为基础定义,区别是控制国家刑罚权最妥当的方法。19世纪最初没有对犯罪人的研究。而是从犯罪事实的研究开始的。即使在今天,也有学者认为罪刑法定主义和客观主义在理论上是有紧密联系的。

但如果对于刑罚应该保护犯罪人的话,倒不如说应该废止刑法和刑罚吗?实际上从一种立场而言有这样主张的学者。不过事实上刑法和刑罚是不能废除的。那么如果其不能废止的话,我们就要换个角度必须考虑刑法和刑罚废止的理由。根据各种观点我们认识到,警察国的组织从今天来看其是非文化的,另一方面从当时而言是具有文化性的一面。

法治国的罪刑法定主义因习惯于警察国是维护团体的而忘记了这一点。让有新意识的个人对抗权利,但对于个人而言的意识是,根据权力因团体的完成使个人的存在得到充实。也就是说,其个人意识的完成事实上应该认为是权力国家的延伸和进化。因此,目前由于法治国思想要进一步扬长避短使团体意识的构成成为问题。

思想的这样发展是因传统的犯罪研究之外引起对犯罪人研究而产生的。如果我们依然必须执着区别犯罪事实的定义的话,为什么现在的刑法能发扬社会防卫本位的理念?根据犯罪人的研究,其概念即恶性,其分类如普通犯、少年犯、精神病犯和惯犯,依其确立,从人权保护的刑法到社会防卫。

因此,我们并非要丢弃罪刑法定主义,相反要包容它使其达到一个新的

高度。并不是抛弃人权保护只进行社会防卫，而是保护人权的同时进一步进行社会防卫。如此就不应该抛弃罪刑法定主义。只是需要辩证地看待它。换句话说，关于罪刑法定主义和客观主义之间的联系要放开，必须在旧的皮囊中放入新的酒。那么最终成立主观主义。主观主义的法定主义代替传统的罪刑法定主义。新的法治国主义将被揭示出来。

这个新的法治国主义相对于传统只有个人了解，还要社会有所意识。作为其结果认为是社会和个人的结合。与个人对抗社会这一点上的个人不同，这里的个人是个人和社会相互同化。若如此，罪刑法定主义是犯罪人作为普通人，犯了罪就应该使其受到惩罚。与其相对，新的法定主义是由于犯罪人作为普通人，是犯罪人被普通社会同化。犯罪人和成为犯罪人以前的非犯罪人两者彼此是一样的都是人。但不能不说其的适用从彼到此的跨越有文化性的一个阶段的发展。

有学者认为，刑法的主观主义是与法治国主义背道而驰的。但法治国思想应该抛弃这种思想，我们的先辈为此付出了很大的代价。对我们而言，这样的事实是不能无视的。由于只是坚持传统的罪刑法定主义而与我们苦痛的经验相重合，这里的法治国思想从先辈处继承，让其适合我们所处的时代发展是我们必须承担的使命。因此，我们好好把握关于从警察国到法治国，然后从法治国到文化国的最新变迁的时代精神将其运用到实践中去。

著者

东京帝国大学研究室

1931年(昭和六年)4月20日