

北京大学刑法学博士文库

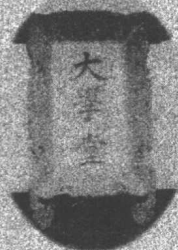


牧野英一刑事法 思想研究

□ 鲁 三 / 著

中国方正出版社

北京大学刑法学博士文库



牧野英一刑事法 思想研究

□ 鲁 三 / 著

FKC46/07
中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

牧野英一刑事法思想研究/鲁兰著. - 北京: 中国方正出版社, 1999. 11

ISBN 7-80107-378-9

I. 牧… II. 鲁… III. 刑法-法的理论-思想评论-日本 IV. D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 66105 号

牧野英一刑事法思想研究

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

民族印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 10.25 字数: 251 千字

1999 年 12 月第 1 版 1999 年 12 月北京第 1 次印刷

印数: 1—2000 册 定价: 19.50 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

总 序

北京大学是一所百年老校，追求思想与学术的统一：以思想启迪学术，以学术传递思想；思想栖息在学术中，学术浸润在思想里，开一代风气之先。北京大学刑法学博士点在北大学风的熏陶下，以推动我国刑法现代化，推进我国刑法理论研究为使命，自1990年建点以来，推出了一批在思想性与学术性两方面均颇有建树的博士论文。这些论文，除个别已经公开出版以外，其他均未能面世，殊为可惜。有感于此，经与中国方正出版社联系，这些博士论文以北京大学刑法学博士文库的名义正式推出，使之成为社会共享的刑法理论资源。

刑法学是一门理论性与实践性很强的学问，尤其是随着我国刑事立法与刑事司法的发展，刑法理论本身也不断更新。可以说，没有刑法理论的指导，就不会有科学的刑事立法与自觉的刑事司法。北大刑法学博士点历来注重刑法理论的研究，前承蔡枢衡先生、甘雨沛先生等老一辈刑法学家的学术思想，将刑法的研究纳入人文社会科学研究的视域，古今中外相观照，以提升刑法学的理论水平。同时，北大刑法学博士点亦十分注重刑法学的应用性，关注刑事立法与刑事司法，力求解决立法实践与司法实践提出的各种疑难问题，从而使刑法理论立足于实践，在实践中获得强大的生命力。北大刑法学博士点在博士生的培养中，坚持上述原则，并反映在博士论文当中。从博士论文的选题和内容来看，有一些属于理论性的论题，作者能够

运用刑法理论分析问题、解决问题，取得了前沿性的研究成果。有一些属于实践性的论题，作者能够面对立法与司法的现实，选取某一个角度，从理论上加以研究，对于刑事立法与刑事司法具有直接的指导意义。还有一些是专门研究外国刑法的，在广泛搜集资料的基础上，对相关问题作了系统的梳理，从而对我国刑法的发展具有借鉴意义。尤其应当指出的是，北大刑法学博士点秉承刑事一体化的原则，除了刑法以外，研究方向还包括犯罪学和监狱学。因此，在出版的博士论文中，也包括犯罪学和监狱学的博士论文，在该领域内部处于领先的学术地位。

学术研究是一项需要持久努力的事业；同时，学术研究又是一项集体共同的事业。北大刑法学博士点就是这样一个刑法学研究基地，在向社会不断输送人才的同时，也使博士点本身不断发展壮大。这套刑法学博士文库，正反映了北大刑法学博士点的理论实力。她不仅包含着各位作者的智慧，也凝聚各位指导教师的心血，可以说是师生共同的学术成果。现在，将这些博士论文出版，也正是为了检验北大刑法学博士点的学术水平。我们相信，随着更多年青人取得博士学位，将会有更多的博士论文收入文库，从而为我国刑法理论研究贡献一分力量。

北京大学刑法学博士文库由北京大学法学院刑法学博士点的博士生导师组成编委会，逐年出版本博士点通过的博士论文。但愿这些博士论文能够成为学术上的新生力量，不断地激活刑法理论。如此，则设立北京大学刑法学博士文库初衷如愿矣。

《北京大学刑法学博士文库》编委会

1999年夏于北京大学

序

《牧野英一刑事法思想研究》一书，是在鲁兰《牧野英一刑法思想研究》博士论文的基础上形成的。在内容上，主要增加了对牧野英一刑事诉讼法基本观点，以及对二战后日本刑事诉讼引入诉因制度的理论研讨，并充实了对日本现行矫正及更生保护观察运作的探讨。

1995年鲁兰考上我的外国刑法研究方向的博士生，因为她的第一外语是日语，我建议她将主要精力放在日本刑法方面。与许多法律本科出生的博士生不同，鲁兰认为自己的理论功力不够，虽然在四川大学法学院硕士课程学习期间，对围绕犯罪与刑罚的本质，所展开的客观主义与主观主义的刑法理论之争就颇感兴趣，但因理论素养尚待育成，加之资料极为欠缺和研究方向（中国刑法）的限制，不得不暂时放弃对牧野英一理论的探索。在博士学习阶段她有心向自己的能力挑战，便将博士论文题目拟定为“牧野英一刑法思想研究”，但经过一段时期的资料检索后，又困惑于原始资料不足，正在犹豫之中却幸运地获得到日本早稻田大学留学的机会，这样便最终确定了论文选题。

当初我也感到鲁兰论文的选题过于宏观，但是鉴于我国对大陆法系刑法主观主义的研究现状，牧野英一与李斯特和菲利等刑事社会学派的领袖人物，又有着密切的学术交流和个人友谊，所以通过研究他的刑法思想或许能够在一定程度上，弥补

我们对主观主义学派理论研究的不足。与其仅局限于牧野英一重要的学术观点，不如客观全面地探讨其刑法观念立场更具有价值。正如答辩委员会的评价：“该文在掌握大量第一手资料的基础上，运用比较研究的方法，对牧野英一刑法思想的形成背景以及他的刑法进化论思想、犯罪论思想和刑罚思想等问题，进行了系统的评价并进行了各学派的比较研究，有助于我国刑法学界实事求是地认识评价牧野英一及日本主观主义的刑法理论，这表明作者具有较为坚实的刑法学理论功底和独立的科学研究能力。全面、客观的研讨日本著名刑法学家牧野英一的刑法思想，这在我国刑法学术界尚属首次，具有较高的学术价值。”

由于我国和台湾地区均没有关于牧野英一著作的任何中文译本，所以鲁兰在撰写论文过程中下了相当的工夫，虽然一些过长甚至晦涩的语句暴露出她稚嫩的翻译水准以及一些部分尚未深入展开等不足，但从中读者仍然能够感受到作者的学术热情以及日本刑事客观主义学派与主观主义学派论战这一“古战场”的浓浓硝烟。因此从总体上说，论文从内容到形式，从创新性到规范化，均达到了博士学位论文学术水平。我对此感到十分欣慰。

我高兴地看到鲁兰因工作需要正在拓宽她在监狱学、犯罪学方面的研究领域，期待她能够不断取得新的成就。

储槐植

1999年9月于北大承泽园

内容提要

牧野英一（1878—1970）是日本近代著名的主观主义刑法学家，他的思想主要有三方面的影响，即他的母校东京帝国大学法理学教授穗积陈重（1856—1926）的“历史进化观”、意大利学派尤其是菲利（1856—1929）的“社会防卫论”和德国刑事社会学派李斯特（1851—1919）的“目的刑论”。

他的主要创见是，将肇始于19世纪末大陆法系民法学中的“自由法论”精神引入刑法领域；主张20世纪的“罪刑法定主义”必须具有“文化国”之时代内涵；从科学进步的无限性论证“法律解释的无限性”；视犯罪构成理论为繁琐教条，认为犯罪论中最主要的问题只有三个，即“未遂”、“共犯”和“法律错误”，且花费50年的精力对上述问题进行研究。

他早期的刑法思想，反映出主观主义刑法理论之主客观方面相结合的特征。日本刑法学界主要反对他在“个人价值”与“社会价值”的权衡上强调“社会价值”的追求，即将防卫社会之重要性置于保护个人人权之上。在刑罚论中所主张的“教育刑论”不管是在军国主义时代还是在“二战”以后的日本，都反映出主观主义刑法理论中最闪光的部分。

正确认识理解大陆法系主观主义刑法理论，对于我们反思社会主义刑法理论中的认识误区，有着极其重要的理论及现实意义。

关键词 牧野英一 刑法 主观主义 社会防卫
自然法论 社会责任 罪刑法定主义 教育刑论

Research on MARINO – EITI' s Criminal Law Theory Brief Contents

Abstract

MAKINOEIYITI (まきのえいいち, 1878 – 1970) is a famous criminal law expert of subjectivism at modern times in Japan, whose thought is affected by three aspects, which include Professof Hozimi' s historical (ほずみのふしげ, 1856 – 1926) evolutionism, Italian School, especially Enrico Ferri' s (1856 – 1929) social defense and Franz von Liszt' s (1851 – 1919) educational purpose of penalty theory.

His original ideas are to introduces the liberal law movement of civil law into the civil – law system initiating at the end of nineteen century to the criminal law field. He advocates that Nul-la poera sine leye should connotate the times' spirit of cultural state, proves the limitless of legal explanation relying upon the boundless of scientific progress, and regards the theory of constitution of crime as over – laborate doctrine. He believes there are only three major problems on crime theory, that is, criminal attempt, joint crimes and careful mistakes. And then he spent fifty years on studying these problems.

His early thought of criminal law reflects the trait of combining subjective aspects with objective aspects of the subjectivism theory. The criminal law circles in Japan are mainly opposed to his pursuit of stressing social value between individual value and social value, that is , he put the importance of social defense over the protection of personal human rights. However, regardless the period of militarism or after the second world war in Japan, the theory on the educational purpose of penalty which MAKINOEIYITI advocates is the most glittering part of the subjectivism criminal law theory. Precisely understanding the criminal law theory of subjectivism in the civil - law system has extremely important theoretical and real meaning for us to retrospect the cognitive blind - point of socialistic theory of criminal law.

Key words: MAKINOEIYITI (まきのえいいち); criminal law; subjectivism; social defense; liberal law theory; social responsibility; Nulla poena sine lege; Educational purpose of penalty theory;

☆牧野英一刑事法思想研究☆

目 录

总 序	《北京大学刑法学博士文库》编委会 (1)
序	储槐植 (3)
内容提要	(5)
绪 论 牧野英一与日本主观主义刑法论	(1)
一、我国对日本主观主义刑法学的研究现状	(1)
二、牧野英一的刑法进化论	(2)
三、研究牧野英一刑法思想的必要性	(4)
第一章 牧野英一刑事法思想的形成	(7)
第一节 明治维新及牧野英一履历	(7)
一、明治维新的意义	(7)
二、新的仿效对象——德国	(10)
三、明治初期的刑法修订	(11)
四、牧野英一履历简介	(13)
第二节 明治十五年刑法与明治四十年刑法	(16)
一、以法国法为蓝本的旧刑法	(17)
二、新刑法对德国法的吸收	(17)
第三节 国际背景——自由法论与意大利学派	(20)
一、自然法论的沿革概述	(20)
二、意大利学派崛起的意义	(23)

第四节 牧野英一主观主义刑法的思想来源	(27)
一、穗积陈重对牧野英一的影响	(28)
二、菲利对牧野英一的影响	(31)
三、李斯特刑法思想概要	(33)
第二章 牧野英一刑法进化论思想	(38)
第一节 牧野英一的刑法解释论 (一)	(38)
一、牧野英一的法解释论立场	(39)
二、法国自由法运动的启示	(41)
三、自由法论运动的本质意义	(44)
第二节 牧野英一的刑法解释论 (二)	(47)
一、刑法中的主观主义论	(47)
二、关于刑法理论的研究立场	(52)
三、“法律解释的无限性”	(55)
第三节 牧野英一刑法主观主义思想的确立	(57)
一、牧野英一的罪刑法定主义论	(58)
二、罪刑法定主义的“进化”	(59)
三、前苏联 1926 年刑法典	(62)
四、日本刑法判例的立场	(69)
第三章 牧野英一犯罪论思想 (一)	(73)
第一节 牧野英一的犯罪构成论	(74)
一、对犯罪构成论的批判	(74)
二、自由法论与犯罪构成	(81)
三、日本犯罪构成理论概况	(85)
四、关于可罚性违法理论	(88)
第二节 牧野英一的社会责任论	(95)
一、日本刑事责任理论沿革	(95)

二、牧野英一的刑事责任论	(97)
三、关于尊亲属杀伤罪	(111)
第三节 牧野英一刑法因果关系论	(115)
一、关于刑法中的因果关系	(116)
二、牧野英一对因果关系的见解	(120)
三、我国对因果关系论的研究	(131)
 第四章 牧野英一犯罪论思想 (二)	(133)
第一节 牧野英一的刑法错误论	(134)
一、日本的学说概况	(134)
二、德国关于刑法错误的立法	(135)
三、我国诸理论观点	(136)
四、牧野英一的观点	(139)
五、日本刑法理论中的事实错误	(142)
第二节 牧野英一的未遂论	(145)
一、日本刑法未遂论概况	(145)
二、中日相关理论比较	(149)
三、关于教唆未遂问题	(154)
四、教唆未遂与《伪满洲国刑法》	(159)
五、我国刑法理论对教唆犯性质的争论	(163)
第三节 牧野英一的共犯论	(168)
一、共同犯罪立法及理论沿革	(169)
二、间接正犯与共谋共同正犯	(171)
三、牧野英一的一般共犯论思想	(179)
四、纳粹刑法与意大利刑法的立场	(181)
五、我国的立法与理论特点	(184)

第五章 牧野英一刑罚论思想	(186)
第一节 牧野英一对刑事古典学派的批判	(187)
一、对贝卡利亚的评价	(187)
二、古典学派与近代学派之理论比较	(189)
第二节 牧野英一的教育刑论(一)	(191)
一、牧野英一的刑罚观	(193)
二、“意大利科学的胜利”	(196)
第三节 牧野英一的教育刑论(二)	(202)
一、牧野英一后期的刑罚观	(203)
二、缓刑制度的文化意义	(205)
三、矫正理念与更生保护制度	(210)
 第六章 牧野英一与实践刑法	(219)
第一节 牧野英一与日本刑法典修改	(219)
一、《改正刑法暂定案》的形成	(219)
二、战后日本刑法修改概况	(224)
三、日本器官移植法引起的争论	(229)
第二节 日本战后刑法理论之争与矫正实务	(231)
一、战后刑法理论建设概况	(232)
二、与小野清一郎的争论	(235)
三、日本政府对矫正机构的资源配置	(239)
 第七章 牧野英一刑事诉讼法思想	(251)
第一节 日本刑事诉讼法的价值与制度	(251)
一、日本刑事诉讼法特征	(252)
二、牧野英一明治时期的观点	(256)
三、牧野英一大正时期的观点	(261)
四、牧野英一昭和时期的观点	(265)

五、现行时期的刑事诉讼观点	(268)
第二节 战后日本刑事诉讼制度的变迁	(270)
一、诉因与公诉事实	(270)
二、诉因变更	(275)
三、诉因制度	(281)
四、禁止“二重危险”在日本的实践	(290)
五、田宫裕的既判力理论特色	(295)
结 语 客观正确地评价刑事主观主义学派	(300)
主要参考文献	(302)
后 记	(306)

Foreword		(1)
Preface		(3)
Abstract		(5)
Introduction	Makino – eiti and Japanese Criminal Law Subjectivism	(1)
Chapter I	Formation Background of MARINO – EITI’ s Theory	(7)
Section 1	Meiziisinn and MARINO – EITI’ s antecedents	(7)
Section 2	Criminal Law of the 15th year of Meiziisinn and criminal Law of the 40th year of Meiziisinn	(16)
Section 3	In ternational background——liberal law theory and Italian School	(20)
Section 4	Original of MARINO – EITI’ s subjectivism theory	(27)

Chapter II	MARINO – EITI’ s Theory about Criminal Law Evolutionism	(38)
Section 1	MARINO – EITI’ s theory about eriminal Law construction (1)	(38)
Section 2	MARINO – EITI’ s theory about criminal Law construction (2)	(47)
Section 3	Establishment of MARINO – EITI’ s criminal Law subjection theory	(57)
 Chapter III	 MARINO – EITI’ s Theory about Crimes (1)	 (73)
Section 1	MARINO – EITI’ s theory about crime constitution	(74)
Section 2	MARINO – EITI’ s theory about social responsibility	(95)
Section 3	MARINO – EITI’ s theory about causation of criminal law	(115)
 Chapter IV	 MARINO – EITI’ s Theory about Crimes (2)	 (133)
Section 1	MARINO – EITI’ s theory about cognitive mistake of criminal law	(134)
Section 2	MARINO – EITI’ s theory about attempted crimes	(145)
Section 3	MARINO – EITI’ s theory about joint crimes	(168)