

中国近代法学译丛

何勤华 主编

法律上之进化与进步

【目】牧野英一 著

朱广文 译

孟祥沛 点校



中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

法律上之进化与进步

【日】牧野英一 著

朱广文 译

孟祥沛 点校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律上之进化与进步/(日)牧野英一著;朱广文译.
北京:中国政法大学出版社,2002.11
(中国近代法学译丛)
ISBN 7-5620-2271-2

I. 法... II. ①牧... ②朱... III. 法学—研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 088953 号

书 名 法律上之进化与进步
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880×1230mm 1/32
印 张 7.375
字 数 100 千字
版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷
印 数 0 001~3 000
书 号 ISBN 7-5620-2271-2/D·2231
定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

中国近代法学译丛

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

— 英 野 牧

步進與化進之上律法

譯 文 廣 朱

種 一 第 書 叢 律 法

1928

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有份量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，

2 总 序

关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

序 言

牧野英一（まきのえいいち，一八七八－一九七〇），日本刑法学家，社会法学派在日本的代表人物。曾任东京地方法院检察官和法官，一九一〇年留学英、德、法，一九一三年归国后任东京帝国大学教授，学士院院士，一九四六年被选为贵族院议员，并任修改刑法调查委员会、法制调查委员会委员，一九七〇年去世。

一九〇七年（明治四十年）日本刑法公布时，牧野英一任东京帝国大学法科大学副教授，他于刑法诞生同时期开始研究活动，不仅介绍了当时外国的学说，而且锐意建立日本本土的刑法学。一九〇九年，他以日本刑法典为中心，提出新派刑法理论。其《刑事学的新思潮和新刑法》一书高举反对传统概念法学的旗帜，力倡新的刑法理论，从而一举成名。一九一六年他出版构筑其新派刑法学理论体系的《日本刑法》一

书。该书既涉猎内外学说，又融合自己透彻的理论和新思想，为其后著述《刑法总论》和《刑法各论》奠定了基础。牧野英一一贯强调法律的社会化，要求加强“社会立法”和法官自由适用法律的原则，反对报应刑主义和客观主义刑法理论，主张目的刑、教育刑和主观主义的刑法理论。当他以九十二岁的高龄去世时，著作等身，其法学理论风靡一时，尤其是其教育刑论，已作为行刑的指导思想深入人心，其主观主义刑法理论亦在一定程序上为日本学界和实务界所接受。

牧野英一的主要著作有《日本刑法》、《法律上之矛盾与调和》、《刑法研究》、《法律上之正义与公平》、《法律上之进化与进步》、《民法的基本问题》、《法理学》、《刑法总论》、《刑法各论》等。

《法律上的进化与进步》是牧野英一著述中非常重要的一部。该书分为正文和补遗两个部分。前者是本书的核心，后者则是围绕前者所做的进一步的补充和说明。

牧野英一在本书伊始即开门见山地提出法律的矛盾性，即，一方面“法律系由于社会生活之结果而成

立之状态”，〔1〕即法律是社会的事实；另一方面，“法律系支配社会生活而行之者”，〔2〕即法律是社会的规范。作为社会的事实，“法律其本来之性质为保守的”；〔3〕作为社会的规范，法律又不得不随着社会的发展而不断发展，“法律于其本质上到底不能维持其保守性者也”。〔4〕要解决这个矛盾，就需要在法律的解释上予以突破。牧野英一主张“法律解释的解放”，即“社会的解释，系从新社会的理想运用法律之意，系以新社会的理想代替法律制定上、事实上之趣旨而推度法律之适用者，而所谓法律之缺陷同时亦藉此新社会的理想以填补之也。”〔5〕由此，“社会诸势力之平均关系，一有进化，法律即亦随之而进化焉”，〔6〕这就是法律之进化，而当我们由价值判断上来评判法律进化的事实时，就会将法律之进化称为法律之进步。

关于法律的进化，牧野英一总结了二十世纪以前的历史，试图归纳出法律进化的规律。于此问题，他

〔1〕 本书第一页。

〔2〕 本书第一页。

〔3〕 本书第五十七页。

〔4〕 本书第五十七页。

〔5〕 本书第六十一—六十一页。

〔6〕 本书第六十一—六十二页。

引用日本法学家穗积陈重的研究成果，认为法律是从不成文状态进化到成文法状态；是由秘密法状态进化到公开法状态；是由义务本位进化到权利本位；是由公法而逐渐进化到私法。在这个进化的过程中，一方面私力逐渐公权化，国家成立以后，禁止复仇、限制自力救济等均为私力公权化之明证。另一方面，伴随着十九世纪个人主义、自由主义的发达，私法逐渐呈现个人化的趋势。

当历史进入到二十世纪之时，法学理论界流派纷呈。牧野英一在对自然法学派、历史法学派、功利法学派和社会法学派进行一一审视和评判后，鲜明提出“法律社会化”的论断和主张。

对于自然法学派，牧野英一认为其特色为，“其研究方法系以自己之理性为基础”，“注重自由与意思”。〔1〕他肯定了自然法学派的进步意义，“彼之功绩，系在将吾人由中世之束缚而解放之，于法律之理想的考察与以基础也”。〔2〕但同时他亦指出，“自然法学派者，仅由自己之立场以论法律之理想者也。……

〔1〕 本书第四十三页。

〔2〕 本书第四十四页。

其理想虽为热烈的活跃，然其所论终不免于架空”，〔1〕“彼自然法学派者亟亟惟理想法是鹜，于法律与社会生活之实际，遂致失诸疏略，因而其改革的运动多不免于突飞。又，自然法论者以为法律仅得依理性而明之，其与一般民众确信之关系则竟置诸度外，于法律之实际的意义遂致未能洞悉，因而其改革的主张毕竟亦屡难实行焉”。〔2〕

对于历史法学派，牧野英一认为，“说明法律之发达与国民精神之发现，此诚历史法学派之特色也”，〔3〕然“历史法学派者以法律之基础在于国民之确信，……以法律为自然的发达物，系其优点同时亦其缺点也”，〔4〕故“历史法学派者，仅以当然之历史的过程理解法律之发展者也。……其实证的根据虽甚确固，然于吾人之自律的作用又甚未顾及也”。〔5〕

对于功利法学派，牧野英一认为，功利说“主张利益之观念，以为权利之本体并非自由或意思而系利

〔1〕 本书第九页。

〔2〕 本书第四十五页。

〔3〕 本书第四十五页。

〔4〕 本书第四十六页。

〔5〕 本书第九页。

益焉。……其舍‘自由’而采‘利益’之点，在此新趋势中，恰属适应社会之必要，足为有力之说也”。〔1〕然而，该说“仅系说明主张个人相互间之利益，而于社会本身之有机的浑一体，则殊未加以说明也”。〔2〕

对于社会法学派，牧野英一认为，该派“其出发点皆在于注重社会”，〔3〕其特点在于注重法律的缺陷和处理法律事务时置重法律实际的作用，“即系舍弃论理的方法而采取目的论的态度”。〔4〕牧野英一对该派主张基本持肯定态度，他突出强调并一贯主张“法律社会化”的观点，因此他被认为是社会法学派在日本的代表人物。

何谓“法律之社会化”？牧野英一认为，历史上个人主义、自由主义的兴起和法律从义务本位过渡到权利本位是历史的进步，但是随着社会的发展，正义观念将转化为公平观念，个人主义、自由主义将发展为团体主义，权利本位原则将过渡到注重共同生活的原则，此项新趋势就是“法律之社会化”。尽管由近世至

〔1〕 本书第四十八页。

〔2〕 本书第四十八页。

〔3〕 本书第四十九页。

〔4〕 本书第五十二页。

现代法律之进化，可归结为法律之个人化和权利化，但是，法律必须以团体生活的存在为前提，因此离开团体生活而单言法律之个人化和权利化，该用语本身就存在矛盾。同时，“所谓法律之个人化、权利化者，系谓法律离其为权力阶级之法律，而为一般庶民之法律也。于此意味之个人化、权利化，实则即系社会化的事实矣”。^{〔1〕}因此，法律之社会化与自由主义精神和个人化、权利化并不背驰。牧野英一最终得出结论，“法律之进化系常在于使法律社会化也”，^{〔2〕}这正是本书所要表达的中心思想。

关于牧野英一在《法律上之进化与进步》所论及内容，笔者的看法是：

首先，作为社会法学派在日本的代表人物，牧野英一非常强调对共同生活的重视，“共同生活之维持，实为法律生活所不可缺焉者”，^{〔3〕}这种紧密联系社会生活探讨立法以及法律适用的做法，自有其合理之处。但他过分强调“法律之社会化”，并由此提出刑法的主观主义学说，却让人委实难以苟同。

〔1〕 本书第九十六页。

〔2〕 本书第九十五页。

〔3〕 本书第十八页。

牧野英一反对报应刑主义和客观主义刑法理论，主张目的刑、教育刑和主观主义的刑法理论。“刑事责任之轻重，殊不应依事实之大小而定，……凡此皆系注重犯人恶性之深浅而期其底于改善也”。〔1〕“所谓行为之违法性者，系其行为违反公之秩序、善良风俗也。虽为《刑法》各本条所规定之行为，然若不违反公之秩序、善良风俗时，则不为犯罪。……即在其他泛而言之，凡不违反公之秩序、善良风俗者，皆不应为罪也”。〔2〕牧野英一无视法律规定，无视犯罪事实，仅以是否违反“公之秩序、善良风俗”来作为判断罪与非罪的标准，仅以犯人恶性之深浅来作为量刑的依据，其结果势必导致有法不依和法官自由裁量权的任意扩大，此种论点实不足取。

其次，牧野英一主张“法律解释的解放”。如何实现“法律解释的解放”呢？他“以法律为有弹性性之物，俾其能以应化于社会生活而为吾人之文化的生活资料者也”，〔3〕并引用法国法学家萨累伊所揭示的三种方法，即：“第一系类推法，……第二系直接诉之于

〔1〕 本书第三十三页。

〔2〕 本书第三十五页。

〔3〕 本书第六十五页。