慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ハンス・v・ヘンティッヒ著, 刑罰 (I) その原始形態と文化史的聯關・ 刑罰 (II) その近代的な現象形態
Sub Title	Hans v. Hentig : Die Strafe I. Frühformen und kulturgeschichtliche Zusammenhänge, Die Strafe II. die moderne Erscheinungsformen
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.5 (1957. 5) ,p.55- 61
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570515-0055

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

紹介と批評

Hans v. Hentig; Die Strafe I. *Frühformen und kulturgeschichtliche Zusammenhänge* (1954) 429s.

Derselbe; Die Strafe II. *Die moderne Erscheinungsformen* (1955) 415s.

Springer Verlag, Berlin, Göttingen, Heidelberg.

ハンス・v・ヘンティッヒ著

刑罰（I）その原始形態と文化史的聯關（一九五四年）

刑罰（II）その近代的な現象形態（一九五五年）

I　本書の著者、ハンス・フォン・ヘンティッヒは、現にボン大學において犯罪科學（Kriminalwissenschaft）の教授として、多方面にわたる研究成果を矢繼ぎ早やに發表している學究であつて、謂わばドイツ刑法學界の重鎭と目される學者であると評することが出來よう。ヘンティッヒの名前は、早くから全刑法雜誌の中に見えていたが、我々の目に大きく映るようになつたのは、例のアシァフェンブルクが創刊した〝犯罪心理學と刑法改正のための月刊誌——Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform——〟の編輯者として登場したことによつてその存在がクローズ・アップされたことによる。一九二六年、彼がミュンヘン大學のドクターの肩書を持つていた時のことである。その後一九三〇年には、ギーセン大學の私講師、一九三一年にキール大學の教授となつたが、一九三四年にその地位を去つてアメリカに渡り、暫時 Journal of Criminal Law and Criminology の中にコロラド大學、アイオワ大學教授、コロラド犯罪研究所長等の地位にあつて、健筆を揮つていたことが知られた。

その說くところは、該博な知識と深い教養が、溫かい人道主義に包まれて、讀者の胸に迫るものがあり、群雄割據する刑法學界においても、特異な地位を占めている。

私はさきに「死刑廢止の歷史I・II」において、若干彼の死刑に對する態度にふれてみたのであつたが、ここにおいて彼は、冷靜な學者として明確な科學的論證によつて死刑の不合理なことを指摘し、同時に死刑があるべき制度でないことを、彼の抱く人間觀の裏づけによつて强く訴えていた。しかしこのことが結局、彼をしてドイツの教職を去らしめることになつたわけであろう。何故なら、狂信的ナチス刑法學が王位についたドイツ刑法學界では、良識は沈默を守るか、靜かに座を立つかのいずれかを選ばねばならなかつたからである。しかし、後にも紹介するであろうが、この體驗はむしろ著者にとつては大きなプラスであつたと思われる。何故なら、本書の特色は、ドイツの刑法學にありがちな、獨逸語系の文獻のみの引用に終ることなく、實に多くの實證的なアメリカの學者の研究成果

が織り込まれ、しかもそれがドイツ的知性、即ち理論的なバックボーンに支持されて、見事に整序され體系化されている。從つて本書は、アメリカの類書の如く、雜然と集められた素材の原野に讀者を追い込んで、途方に暮れさせることもないし、ドイツ刑事學の中の或る種の傾向のように、讀者をして著者の抱く餘りにも深遠な世界觀の渦潮の中に卷き込んで、やつと讀み終つてさてとふりかえつてみると、なお心に殘る迫眞力が感じられないという抽象理論の魔術を驅使するという立場をも取つてはいない。

II　ヘンティッヒは、刑罰に關する著書をすでに一九三二年に發表している。私はそれを手元に持ち合わせていないので、それと本書との關係について、しばらくR・ジーベルツの言葉を引用してみる。「（讀者は）……長い間絶版になつていたv・ヘンティッヒの〝刑罰――その起源と目的と心理學――〟のことを思い出すであろう。それは深奥な、そしてすぐれたスタイルで、刑罰を法史學的、宗教史的、人類學的、民族學的及び刑事政策的に照らし出し、刑罰についての近代刑事政策理論を展開したものであつた。ここに現われた本書は、前者の再版というよりは、このテーマについての完全に新しい敍述である。それは、今日迄に現われた材料が單に豐富であるということのみに依つて要請されたのではなく、刑罰という現象の認識及び問題提起の中に、相當な差異が生じたことによつても必要となつたのである。」（Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 38. Jahrg. Heft 1~2 März 1955. S. 64）

III　第一卷は、原始時代から近世迄の刑罰を法史學的、社會學的及び心理學的に眺めたものである。筆者は法史學の素養に缺けるので、問題を正しく批判することはその任でないと考えるから、ここでは本書の內容を概觀するにとどめなければならない。

第一卷は分れて二部となる。第一部では「刑罰の社會學的形態（soziologische Varianten）」が扱われている。ここで第一章「昔の受刑者」と第二章「昔の加刑者」との區別が注意されるべきであろう。「受刑者」について言えば、昔のみでなく今日に至る迄、「集團的な責任」というものが現實に見られる。受刑者の範圍は、昔から、受刑年齡に達し、行爲について責任を負うところの、生きた個人というものをはるかに超えている。それは、死者や動物、更には無生物に迄「處罰」がなされるという事實がこれを如實に示しているところである。この現象を社會學的又は心理學的に解明すると、憎しみ、憤激、怒り及び恐怖といつた根本的な人間の衝動、防禦衝動や自己保持の本能が、常に、とつくにすたれたメカニズムを復活させる作用をすることがよく分る（S. 9）。「神經質な爆發的衝動行爲」は、單に損害の起源である敵に對してだけでなく、いわば〝とばつちり〟の形で、敵と密接な關係にあるもの又は關係のないような他の人間とか客體に對しても向けられる（S. 10）。復讐と並んで大きな役割を演ずるのは、威嚇の思想である。

集團生活において、全體責任の形で現われるものが「集團的な責任」である。ここで「死者の處罰」「形像の處罰（Bestrafung in effigie――これは、今迄ほとんど論じられなかつた注目すべき項目であつて、不在の犯罪者の像に對して刑罰を加えることを言う）」

「動物の處罰」「無生物の處罰」について、これ迄知られていなかつた資料を用いて、貴重な研究がなされている。

第二章「昔の加刑者」では、まず刑罰の自動現象(Automatismen)が扱われている。現在、刑罰權は國家にあるが、かつては諸多の機關が處罰についての權能を持ち、義務づけられていた。昔は、「禁止された行爲の自動現象」が大きな役割を演じている。「禁止、タブーが犯されれば、侵害された規則がその害惡を自からの手で處罰する。……つまり、挑撥され、侵害されたタブーに對する刑罰である。……原始社會の法則は、貫徹される必要はなかつた。それは自からの手で執行したのであつた」(S. 90)。集團にとつては、犯罪者から免れるのに最も重要な方法の一つは「追放」である。というわけは、昔は人間が共存していてはじめて保護があり得たから、荒野や森に追放することは、單に死の危險のみでなく、精神的な傷瘡(seelisches Trauma)となつたのである(S. 96)。ここで著者は、惡魔や魔術師の追放(Bannen)と犯罪者に對して宣告された追放(Verbannung)とが密接に關聯しているという點を指摘している(S. 102 f.)。次いで復讐が論じられる。これは、流された血が自分の生命なのだとする思想と祖先崇拜の思想から發していて、始めは責任の思想とは結びついていなかつた(S. 113)。後になつてやつとそれは、規則によつて制限され、贖罪金に代つた。次いで「家族内の懲戒(Hauszucht)」が扱われている。生物學的な統合體としての家族内には、年長者とか肉體的强者が、勿論宗教觀や魔法の觀念を伴わなかつたわけではないが、家族の主長として君臨して、刑罰を科した(S. 119 ff.)。本章の最後には、「宗教上の社會保護(sakraler Gesellschaftsschutz)」の本質と形式が詳細に論じられている。原始時代には、社會の命令と宗教上の命令とがまだ分かれていなかつたので、人間は神の怒りを恐れたのであり、これを避けるのが自己保持の命令であつたわけである。かくして宗教的現象であり、同時に社會の保護にも役立つ人身御供が現われる。恐らくはこれが死刑の發端であろう。一三六頁以下には、人身御供の歴史的な解明が豐富な實例を用いて行われている。

第二部は「刑罰の機構形態(mechanische Varianten)」が扱われている。第三章は「死刑」を論じているが、これは「眞に死刑とは言えないもの」と「眞の死刑」とに分れる。前者には「賭け、祈願、惡い徵候」「殉死」「無價値な生命の否定」「治療と魔法を目的として殺すこと」「食人」「身代り(Sündenbock)」が收められ、後者については「絞首刑」「磔刑」「斬首刑」「車裂き」「溺殺刑」「火刑」「生き埋め」「墜落殺刑」「四つ裂き刑」「投石死刑」に分けて詳細な敍述が加えられている。この中絞首刑(二〇六頁以下)と斬首刑(二六一頁以下)については、更にその執行の方法を、例えば山頂にさらしものにすること、樫の木に懸る方法、野鳥の餌にする習慣等を豐富な文獻を整理して論證し、斬首については、それの發展と用具の改良等を項目に分けて詳細な吟味を加えている。

第四章は想像の(imaginär)死刑と題され、ここでは呪詛が歴史的、心理學的に理解されている。

これに續くものは、笞刑と去勢の二項目を扱つた第五章「身體刑」と、第六章「名譽刑」(罪人の曝し石、同じく曝し柱、曝し臺の機能等について論じられている)である。

以上が第一卷の內容の概觀である。ヴェルテンベルガーの言葉を借りれば、「本書の讀者は餘りの量の資料に直面して、刑罰機構の全體的な展開に對して首尾一貫したものを確保することは困難であるが、しかしここに著者の扱つた問題を概觀してみても、たしかに彼の思い切つた提言が矛盾をひき起すことはあるにせよ、大きな教訓と刺戟が本書から得られる」ということは間違いない（Z. St. Wiss. Bd. 67 [1955] S. 115）。

IV　第二卷は、近代の刑罰制度を主として心理學的に考察している。まず「刑罰の心理學的メカニズム」と題される序章に續いて、第一部「死刑」、第二部「自由刑」、第三部「その他の刑種」となつている。

序章で注目すべき發言は二つある。刑罰を社會の保護という點で考察する場合、なるほど正常な、平均的な人間のことを計算に入れて考えるのではあるが、犯罪者がその性格により、或は犯罪へと導く特殊な狀態によつて、人が考えるように正常な反應を示すものではない、という點を指摘していることがその一つである。

「刑罰がその基礎を置いているあらゆる形式は、正常な人間から出ている。我々は、正常な生活條件の中に人は位置しているのだということを前提としている。この前提は立法者、裁判官及び刑務官に當てはまるであろう。……しかし犯罪科學の材料は、しばしば肉體的乃至は精神的な缺陷に惱み、或は環境の重壓に身をさらすような人間である。我々が研究すべきものは、平均人でもなければ平均的狀況でもない。……」（S. 1）という發言がそれを示している。

かくして著者は、刑罰を以つてしても抑えることの出來ない人間行動を、具體例を擧げて說いてゆく。

推論の順序として、著者は刑罰の人間存在に對する作用を次の如く說明している。「植物、動物、人間といったようなあらゆる生物は、危い刺戟を避けて、生命の緊張力を高めるエネルギーへと向う。……刑罰はこの生物の（生活）關係を模倣し、現在の苦痛乃至は將來の危險ということの中に現われる。」として、火傷をした子供が火を恐れる例をあげているが、それと刑罰に對する人間の反應とを同列に置き得ないことを强調する（S. 7）。

次いで、人間の自己保持の本能に論が及ぶ。社會をコントロールする制度がはたすのは、社會保護の機能であるが、これは人間の自己保持の本能と密接な關係を持つ。死刑が作用するのは、この人間の自己保持の本能である筈なのだが、しかしここに〝自殺〟という現象が注目されねばならない（ヘンティッヒは自殺と殺人犯の相關々係を調べて、死刑の威嚇力に疑問を抱いている。この點について前に擧げた私の資料〝死刑廢止の歷史Ⅱ〟法學研究二十九卷十一號四三頁參照）。自殺（S. 8ff.）と關係して、生殖力の不能、マゾヒズム及び自暴自棄について若干言及されている。

人間をして異常な狀態へと追い込んでしまうのは、この外、蕃勇、輕薄さと並んで若者の生命輕視がある。恐怖に對して盲目になること、殊に愛に盲目になることが、刑罰を眼中に置かなくすることは非常によく見られる。ヘンティッヒの擧げている例を借りれば〝お前さえ獲得出來れば、俺にとつてはすべては同じさ〟という氣持は、もはや自己保持の本能を否定する。或は子供を守るために行う母親

の盲目的な愛。そこには法もなければ理性もない。子供の幸福が母の目に映るだけである。〃生物學的な必要（Muss）と社會的な當爲（Soll）とが衝突し、國家の刑罰が有機的な大膽さ（Organische Furchtlosigkeit）という甲冑ではね返されるという解決の出來ないジレンマに立つていることが、見逃され〃（S. 14）てはいないだろうか？　この他に麻藥や酒精飲料、集團心理の問題等の特殊な狀況について言及がなされている。

序論で注目すべき第二點とは刑罰の社會的有効性はその嚴格さにあるのではなく、それが現實に科せられるのだという確實さにあるという主張である。モンテスキューやベッカリーア等の啓蒙時代の思想家と同じように、ヘンティッヒも、犯罪は發見され訴追されるのだという確實性が、犯罪に對する最も有効な武器であると信じている。

「蓋然性のない刑罰を高めて嚴重にするよりは、犯罪發見率を良くすることの方が重要であるとする提言に反論し得ぬと私は信ずるものである」という彼の言葉は、「この場合、問題とされるのは苦痛の感情ではなくて、直接的な利益と直面した時に露呈する――可能性が薄いという意味での――實定法上の刑罰による威嚇の實効性がないということである。多くの人間にあつては、物質的又は非物質的性格を有する手近にある利益が、遠くにある刑罰に對して盲目にしてしまう。利益考慮の觀念がバランスをとつていると、手近にあつて、あらゆる感覺を刺戟する獲物は、重要な作用をしない。遊戯をする者と同樣に、犯罪者は現在の優越的な魅力に赴くように思われる。社會組織が完全であれば、犯罪者の思索は、愚かさ、狡猾さ、發育不全……と刻印づけられてしまう」（S. 26）。

「感情的な行動をしない犯罪者は、發覺を避けるために、犯行の技術と逃げ道をこしらえることに重點を移す。法律は、專ら刑罰を加重することに急なあまり、犯罪者の攻擊からはずれてしまう。この反作用は、紙の上で企てられ、容易にかつ迅速に實現され得るが、しかし、若し同時に犯罪發見の問題が改良された方法を持たなければ、机上の空論に終つてしまう」（S. 28）。かく言つてから、アメリカの二三の例をあげて序章を結ぶのであるが、その中で注目してよい例は二八頁にある。それは、「行爲から得る利益と發覺の蓋然性との間に、特殊な相互關係がある」として、犯罪から相當な利益が得られるにしても、社會的に名の知れた人、又は有力な人に對して犯罪を犯すと、國家機關の追及のエネルギーが向けられるから、犯人はこのような事態を招來しないように考える。「アメリカでは、金持は單に政治的に影響力があるばかりでなく、國家の警察權と同時に、私立探偵をも動員することが出來る。職業的犯罪人の多くは、このような附隨的な危險を恐れ、熱い鐵から指を離すのであるが、これは刑罰が重いからという理由によるのではなくて、發見の危險が高度であるという理由がその主たるものである」（S. 29）。

V

第一部以下について、極く大凡の內容をとり出してみる。

第一章は「死刑」を扱つている。內容は〃終結としての死〃と〃新たなる始まりとしての死〃、卽ち〃失われた生命〃と〃救われた魂〃という〃二重の樣相〃が語られ、第二章では、「死刑の執行」についての統計的數字があげられている。第三章は「手續」である。Aで

は〝技術的な過程〟が、Bでは諸時代のいろいろな處刑方法とその技術の進化が語られている。

第四章は、死刑の賛否兩論が整理されている。周知の如く、ヘンティッヒは死刑廢止論者に屬する。從つて、死刑否定論により多くの頁が割かれている。Aは〝感情上の混亂〟を說き、Bでは死刑肯定論が紹介されている。Cの死刑否定論では、(1)多くの人間が信じているような威嚇とは全く反對な〝讃美の効果〟が死刑と結びつくことを、革命の例をひき、或はローゼンバーグ夫妻の事件を用いて論じている(S. 112 ff.)。(2)では死刑と自由刑との〝二者擇一關係〟が、アメリカの刑務所の實例を用いて論じられている。(3)では殺人犯に精神病者が多く關係していることを指摘し、(4)では〝狂信者〟と犯罪の相關々係を吟味している。しかし、論者の主たる論據は、(5)の〝裁判の誤謬〟についてである。ここでは、著者は冷靜な科學者の眼を以つて、死刑の不合理、特にその回復不可能性を論難している。(死刑については、その論じるところは、私の前出資料に擧げたもの以上のものは、見當らない。理論的に整理されている點がとり得であろう。)

第二部は「自由刑」を扱つている。第五章で著者は、この新しい種類の刑罰について簡單な歷史を敍述している。第六章では、オランダ、イギリス、アメリカに分けて、いろいろな實驗の諸段階を說いている。

しかし、これ等いずれの論述よりも、より注目すべきものは、次の第七章「拘留の心理學」である。ヘンティッヒの努力は、拘留という異常な生存條件の下での、正常な人間生活の經過の歪みと萎縮から、拘留者の夢に至る迄の跡づけをなしている。Aでは社會からの隔絶が扱われていて(S. 200 ff.)、Bでは活動を奪われる收容生活の〝固定性〟が、Cでは〝隔離の方法〟、收容者の分類が少しばかり觸れられている。Dでは感情生活の消耗、Eは食事について、Fに於てはアルコール、タバコ等の嗜好品、が分析批判されている。Gではかなり長く囚人の夢について、精神分析の方法を用いた論及が見出される。Hでの論點は外部との交流であり、Iでは收容者の性生活の面に對する立ち入つた考察が加えられている。これ等についてはここで詳しく述べることは出來ない。

第八章は「拘禁の社會動力學」と題され、これも又重要な項目である。

ここでは監督される者と監督する者という二つの分類につき社會學的、心理學的な考察が加えられている。この兩者の相互關係が信賴、敵對から錯綜に至る迄敍述されているが、これによつて對立的立場にある人間が强制によつて調和させられているという異常な現實が解明されている。この場合、單に受刑者の受けた經驗として敍述されるのではなく、背信的な方法で低劣な衝動的激情をむき出しにする加罰者の行爲としても描出している點は注目に價する。

第八章はA〝平素の狀態〟、B〝危機と衝突〟に分れる。AⅠは監督者側についての項目であつて、刑務所長、聖職者、醫師、看守につき細目にわたつた檢討が加えられている。AⅡは監督を受ける者の側についての檢討であつて、拘禁という閉鎖社會の封建的構造が語られ、次いで階級國家におけるこの制度にメスが入れられているが、この中で强制收容所に對する敍述があるが、これはもう少し詳

細に檢討されて欲しいところである。三番目には、刑務所における經濟生活が論じられている。Bでは逃走、脫獄、暴動の心理分析とその精神的限界狀況が說明されている。

第三部については、それが笞刑、追放、罰金刑に關するものであるとだけ言つておこう。

VI　大部の本を要約することは、的確な取捨選擇能力がないと、全體を展望しないで局部を擴大したようなことに終つてしまう恐れがある。筆者の能力を越えた仕事であつたという不安の念で筆を擱くことは心苦しい。

本書については、その一卷を前記のヴェルテンベルガー、ジーベルツの外に、シュルツ（Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 69. Jahrg. Heft 4, 1954, S. 568 f.）とヘルラン（Goltdammer's Archiv für Strafrecht Jahrg. 1954, Heft 10, S. 319）が、第二卷については今のところシュルツ（Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 71. Jahrg. Heft 1, 1956, S. 89 ff.）が長短の差はあるにせよ、それぞれ好意的な批判を行つている。

著者にはこの外、Zur Psychologie der Einzeldelikte という本がある。第一卷は「窃盜、侵入盜犯、强盜」（一九五四年）を扱い、第二卷は「殺人」（一九五六年）を扱つている。いずれ機會があつたら紹介をしたいと思つている。

終りに、私が紹介した「刑罰」について、他日これを基礎にして「死刑」に關する理論的な研究を公にしたく思つている。それ迄はこの簡單な書評が、本書の存在を明確に印象づけることに成功するならば、筆者の努力の一部は報いられたとしなければならない。

（一九五七・四・九）（宮澤浩一）

明治史料研究連絡會編

『民權論からナショナリズムへ』

一

戰後、明治史攻究の旺盛なる勃興は、年をおうてめざましいものがある。法制史・政治史・思想史をはじめとして、種々の研究分野における諸先學のたゆみなき研鑽は、質量ともにすぐれた學的成果となつて公けにされ、複雜多岐にわたる明治史の構造は、急速に、その全容をわれわれのまえにあらわしつつある。

しかしながら、一部の學問領域にあつては、史的解明の速度がいささか急激にすぎたきらいがあり、ために、その部門における考究が、すでに行きづまりをみせてきている、との感を禁じえない。すなわち、ここに、數多の研究業績の史學史的整序と、その再檢討をつよく要請する聲のうまれるゆえんがあり、筆者も、これが必要を痛感していたひとりである。

このたび、學術雜誌に既發表で、しかも、現在これを入手することのきわめて困難な勞作のなかより、とくに明治前期の歷史研究に