
気の向かないことをやってみよう

小林 憲太郎

みなさんは毎日、好きなことばかりしていませんか。いや、もちろん、昨晚は友だちに付き合っあまり好きではないカレーを食べたとか、今朝はその代わりに大好きな菓子パンをたらふく食べたとか、そういうレベルの話をしているのではありません。私がしているのはもっと根本的な、みなさんの人格そのものを形成している基底的な価値観に容易に整合する営為のみに終始していませんか、という話です。

急にこんなことを言われてもピンとこないかもしれませんね。私だって、みなさんと同じくらいの年齢のころに、教師からそんなことを言われても「うぜー」としか思わなかったでしょう。そこで、今回はみなさんの日々の営みにケチをつけるのではなく、私自身の経験をただ紹介するにとどめるつもりです。それでも説教臭かったらすみません（実は、最後にちょっとだけ説教を入れました……）。

＊

私の「刑法（1）」の授業を聴かれた方はご存じのはずですが、犯罪の一般的成立要件をどのようにとらえるべきか、そして、その充足の有無を裁判所が安定的に判定しうるようにするため、いかにしてこれを体系化すべきかについては、研究者の間で深刻な対立があります。ほとん

どの研究者は学生時代、この対立とそこで行われている議論に魅了されて研究室のドアをたたくのです。

しかし、研究を始めてから何十年も経ってくると（私は2024年で研究歴が28年になります）、研究者の関心はさまざまに分化してきます。環境を刑事法的に保護する合理的な方法は何か、性犯罪の規律は諸外国においてどのようになり、日本ではどのような規律をなすべきか、少年犯罪の特徴を奈辺に求め、解釈においてどのような考慮を払うべきか等々、数え出したらきりがありません。そんな中、私は学生時代と何ら変わらず、犯罪の一般的成立要件やその体系化に関心を集中させ、同ようなテーマの本や論文ばかり執筆してきました。

これだけ長い期間、一日中、同じようテーマばかり研究していると、どうしても考え方が固定化してきます。そして、授業でもひたすらその内容をしゃべり続けてしまいます。私の「刑法（1）」の授業を聴かれた方は毎回毎回、似たような内容をノートにとらされていたわけですから、ある意味、被害者かもしれません。もうたくさんだと思われるでしょうが、あと一度だけ、その概略を話させてください。

* *

私は行為規範という観念が嫌いです。この行為規範とは、人間の行為が自身の認識した事実により限界づけられた世界の中でのみ実現されることに着目し（これを目的的行為論と言います）、その認識事実を前提とした行動準則を国家が示すことで国民をコントロールしようという発想です。犯罪の一般的成立要件は大きく不法と責任に分節されますが、そのうち不法はこの行為規範の違反によって与えられると考えるわけです。そして、私がなぜこの考え方を嫌うかということ、国民にとって余計なお世話だからです。国家はたしかに国民の生命を保護するべきですが、それならば「人を死なせたら刑務所に入れるからな！」と国民に予

告し、刑務所に行きたくない人は行かなくて済むよう自分で行動を決めればいいじゃないですか。私は20年近く前に『刑法的帰責』（弘文堂、2007年）という本を出しましたが、そこでは目的的行为論への嫌悪が抑えられず、目的的行为論は「犯罪論的」体系ではなく「犯罪的」体系だ、などを書いて「イキリ」散らしてしまいました（ちなみに、同書は2024年、中国政法大学出版社から中国語版が出ましたが、この部分もそのまま訳出されており、何だか「黒歴史」を暴かれた気分です……）。

それでは、目的的行为論の代わりに私がどう考えるかですが、私は端的に、国家が刑法を通じて防止しようとした事態——たとえば、人が理由もなく死なされる事態——を引き起こすこととなる行為が不法であり、それに結びついた「痛み」つまり刑罰を避けようと、当該行為者が自身の行動を制御しえたことが責任だと言えば足りる、と考えています。国家がいちいち、国民に箸の上げ下ろしまで指示するのは健全ではありません。さらに、このようなシンプルな発想では説明できない犯罪ごとの刑の重さの差は、（日本で「人権侵害的だ」と批判されることの多い）保安・改善処分の必要性という観点から基礎づけるしかないのではないのでしょうか。

さて、私のような発想はどうも、日本の判例実務と根底のところで相容れないようです。でも、私は研究者なのだからそれでいいじゃないか。好きなことだけ言い続けていればOKなのだ。長い間、自分自身にそう言い聞かせているうちに、私は法の実践と自分の考えが齟齬していることに違和感を抱かなくなり、私の頭はどんどん凝り固まっていきました。刑法総論の体系書（『刑法総論〈第2版〉』（新世社、2020年））を出したことも大きかったかもしれません。

そんなある日、私が四ツ谷駅近くの幹線道路沿いを歩いていたとこ

ろ、パトカーがスピーカーから大声を発しながら違法駐車車両の運転者に注意を与えていました。「自動車は駐車場にとめてください！」と。そのとき私はハッとしました。なぜ「違法駐車はやめてください！」と叫ばないんだ？ 違法駐車さえしなければ、あとは自動車を駐車場にとめようが、そのまま発車して走り去ろうが、運転者の自由ではないのか？ しかし、運転者は（おそらく）私のような疑問などまるで抱かないまま、自動車を発進させてどこかへ行ってしまいました。そう、国家が国民に具体的な行動準則を提示し、それを守れと命ずるのはごく自然なことなのです。だからこそ、判例実務も行為規範論に親和的な態度をとっているのでしょう。

私は「気の向くこと」だけしているうちに、いつの間にか、別の——しかも、ことによってはむしろ自然な——考え方ができなくなってしまっていたのです。

私は研究者として、さてどうしたものかと悩みました。そして、1年くらい真剣に悩んでからやっと決意しました。「気の向かないことをやってみよう」と。私は、自分が大嫌いだったはずの行為規範論に基づいて犯罪の一般的成立要件を体系化し直すと、一体どのような姿が見えてくるのかを論文にまとめてみることにしました。

実は、研究者が反対説を内在的に理解するため、反対説を敷衍していくとどうなるかをシミュレーションすることはよくあります。しかし、それはとどのつまり、「ほら、こういうおかしな結論が沢山出てくるでしょ。だから自説が正しいんだよ」と主張するためです。研究活動を規制する最低限度のマナーを守りながら、反対説を黒く塗るため、わざわざ反対説にコミットした「ふり」をしているだけです。残念ながら、それでは「気の向かないことをやって」いるうちに入りません。そうでは

なく、本気で反対説を支持してみる。反対説のほうが犯罪の一般的成立要件をより合理的・整合的に理解できる、と信じ切って論文を書いているのです。

私はさらに1年間、出版社等からの執筆依頼を断り、自分の最も嫌いな発想に基づいて犯罪論全体を正当化する論文の執筆に専念しました。それが「実務・学説・目的的行为論（1）～（3）」判例時報2565号（2023年）105頁以下、2567号（同年）95頁以下、2568号（同年）96頁以下です。それまでの自説は人間行為や人間社会の本質的構造に反しており、むしろ、目的的行为論に基づく行為規範論こそが犯罪の諸要件をうまく説明できるのだ、ということを明らかにしたわけです。

慣れとは恐ろしいもので、私は、かつて最も忌み嫌っていたはずの立場（目的的行为論に基づく行為規範論）のほうが優れているのではないかと本気で思い始めました。ちょうどそのころ、ある出版社から刑法総論の体系書を執筆してほしいという依頼をいただいたのです。私は既に別の出版社から刑法総論の体系書を出しており、しかも、それは数年以内に改訂も予定されていたので、通常であれば「秒で」断るべきところです。しかし、私は自分の古い考え方と、それと真逆の新しい考え方を同時に体系書として公にしたいと思い、いったんはその依頼を引き受けたほどでした。

このエッセイの原稿を書いているのは、それからさらに1年ほど経過した段階です。私は結局、先の執筆依頼をお断りしました（もし引き受けていたら、「小林はおかしくなった」と思われていたでしょう）。しかし、それは時間の経過とともに、私が元の考え方に戻ってしまったからではありません。そうではなく、何と云うか、対立する両極の見解がいずれも犯罪の実態を過剰に説明しようとしており、一貫して展開するに

は不十分だと感じるようになったからです。要するに、私は「成長」したわけです（いま私がどう考えているかは、そのうち何かに書きます）。

人間は生き物として、環境からのストレスに応答する能力をできるだけ節約するため、現状を肯定し、何か批判が来たときは激しく拒絶したり、逃走したり、せいぜい微修正を加えたりするにとどまりがちです。私は大学教師として、長年にわたって学生のみなさんを「観察」してきましたが、やはりその例に漏れません。いつも同じメンバーで同じ所に集まって、同じような話をしてしまいがちです。たとえば、私のゼミでは席などまったく決めていないのに、1年間、ずっと事実上の固定席になってしまい、小グループに分かれて討論してもらっても、いつも同じ面子で同じ「ノリ」の会話に終始しているようです。だって、学年の違う、どんなサークルに入っていて、何が趣味かも分からない人といきなり組んで、小難しい判例の文言について主張をぶつけ合うのは正直きついですものね。その気持ちはよく分かります。

しかし、ときには、自分の価値体系に照らして「そんな集まりに行くことだけはない」、「こんなゼミをとることだけはない」、「ゼミでこの席に座ることだけはない（!?）」ということをしてみませんか。最初はしんどいでしょう。「気の向かないこと」をしているわけですから。しかし、何だか意外に面白いなと感じ始めるかもしれません。いや、結局、「やっぱりやめた」でもよいのです。それ以前の自分より確実に成長できているはずです。先述したように、少なくとも私は研究者として成長できたと思っています。