

アンダース・ウォーカー

(Anders Walker)

「アンチケースメソッド：ハーバート・  
ウェクスラーと刑法講座の政治史  
(The Anti-Case Method: Herbert  
Wechsler and the Political History  
of the Criminal Course)」の概要紹介

——アメリカにおける刑法教授法に関する文献紹介(1)——

坂 本 学 史

2009年に Ohio State Journal of Criminal Law の紙面上で「刑法，ケースブック，法学教育」のコメンタリー・シンポジウムが行われた。Ohio State Journal of Criminal Law の編集員の1人であり本シンポジムの主催者であるドレスラーの言葉を借りれば，「(ウォーカーの論文) 原稿を読み終えた後，アンダース・ウォーカーにこの原稿を本ジャーナルに掲載するよう勧め，そしてこの論文に対するコメントをしてくれるよう他の刑法研究者に意見を求め」集まったものが，本シンポジムということ

---

(1) アンダース・ウォーカーは現在セントルイス大ロースクールの准教授である。

(2) Joshua Dressler, *Criminal Law Casebooks: An Introduction to a Dialogue*

ある。そこで、本シンポジムの翻訳紹介のトップバッターとしてウォーカーの「アンチケースメソッド：ハーバート・ウェクスラーと刑法講座の政治史<sup>(3)</sup>」を取り上げることとする。

さて、本稿でその概要を紹介するウォーカー論文は端的に言えば、刑法のケースブックの歴史<sup>(4)</sup>を振り返ることで、ケースブックのパラダイム転換<sup>(5)</sup>と言われるウェクスラーのケースブックに焦点を当て、ケースメソッドひいては刑法教授法の本質を探るものである。その意味では、2004年に法科大学院（ロースクール）制度がスタートしちょうど10年となったわが国の（刑）法学教育にとっても、そして刑事司法制度と市民社会との関係性が課題となってきた昨今、ウォーカー論文ならびに本シンポジムは極めて有益な示唆を我々に与えるものだと思う。

ところでウォーカーによれば、本論文の第一義的な目的は、1930年代にケースメソッドから離れ哲学的なアプローチへと向かった、刑法教授法における変身をカバーすることにあるとする。そしてその変身は以下

---

*on Their History and Role in Legal Education*, 7 OHIO ST. J. CRIM. L. 215 (2009)

(3) Anders Walker, *The Anti-Case Method: Herbert Wechsler and the Political History of the Criminal Course*, 7 OHIO ST. J. CRIM. L. 217 (2009)：なお本論文は、2009年にアメリカロースクール協会（Association of American Law School: AALS）の刑事司法若手研究者賞を受賞した。

(4) アメリカの刑法学の歴史に関するわが国の代表的な先行研究として、ミュラーの著作を翻訳紹介した齊藤豊治／村井敏邦訳『アメリカ刑法学史』（1991）がある。本論文は今日に至るまでのケースブックの歴史から見たアメリカにおける刑法教育という意味で、先述のわが国の先行研究を追補するとともに、アメリカ刑法学に対する新たな視点を提供するものでもあるとも考える。

(5) コロンビア大教授のウェクスラーについては、齊藤／村井・前掲書注（4）196-211頁に詳細に記されているので参照されたい。なお、ウェクスラーは1962年にアメリカ法律協会によって模範刑法典（Model Penal Code）が編纂され採択された際の主任報告者であり、かつ、犯罪の主観的要件たるメンズレアにヒエラルキー的な4段階の基準（目的／認識／無謀／過失）を取り入れた者でもある。

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……」  
3つの寄与を作り出すことになるとする。第一に、ウェクスラーが判例を重要視することをやめ、判例と無関係の様々な資料を自分の教科書に入れることで、どのようにして刑法教授法を改革したのかを示すこと。第二に、刑法教授法の変身の背景にあるウェクスラーの意図は、連邦最高裁がニューディール政策の最初の半分を無意味なものにした法の見方たる「完結した体系」を作り出したケースメソッドを弱体化することにあったこと。第三に、ウェクスラーの教科書は、刑法がリベラルアーツとして教えられるべきだと思っている法学教員の全世代を刺激したことを示すことである。そしてウォーカー論文は、法学会による刑事実務の軽視は、ウェクスラーのような研究者が、アメリカで一般的なウェクスラーに続く刑法教授法モデルとなる刑法教授法におけるイノベーションを取り入れることを許容したと結論付けた。

以下、ウォーカー論文の概要を紹介することにする。

#### アンダース・ウォーカー

##### 「アンチケースメソッド：ウェクスラーと刑法講座の政治史」

法実務の幾つかの領域は、刑法よりも一般的な注目を得る。その上、ロースクールでの刑法教授法は相対的に、刑事実務に備える学生にとってほとんど無意味である。1930年代のはじめ、ロースクールは意図的に、学生が刑事弁護士にならないよう刑法講座を再構成した。刑法実務の「名誉」は、尊敬に値する経歴や社会的地位に関心のある学生には当てはまらない「あやふやなもの」であった。

刑事弁護士を育成することから離れる動きをしたはじめてのロースクールは、コロンビア大ロースクールであった。世界大恐慌の間、民間法律事務所への「雇用の急激な減少」に触発されたコロンビア大の理事は、刑事実務に備えるためではなく、公機関の大幅な増員に備えるために刑法講座を使うよう提案または望み、そしてルーズベルトのニューディール政策において「法曹資格のある法律家への要請」が増大するとして、

刑法講座を変更した。

ニューディール政策は1939年に終わったが、コロンビア大の刑法講座から生まれたケースブックは、アメリカにおける刑法教授法に革命を起こし続けた。コロンビア大ロースクール教授のウェクスラー（Herbert Wechsler）とマイケル（Jerome Michael）の共著である「刑法およびその運用（*Criminal Law and Its Administration*）」は、判例と社会科学的な資料をうまく総合的に扱うはじめてのケースブックとなった。ケーディッシュ（Sanford H. Kadish）はウェクスラーの後、1962年に出版された「刑法およびその手続（*Criminal Law and Its Processes*）」のひな形を作った。ケーディッシュは、自分のケースブックは第8訂においてさえ「法実務者を育成する」ためのものではないとする。

大恐慌時代から始まったコロンビア大での刑法講座を出発点とすることで、本稿は刑法講座史をより詳細に検討する。ウェクスラーとマイケルは刑法講座を実務から離れるように再設定しただけでなく、ケースメソッドそれ自体を弱体化するような方法で刑法講座を組織した。いわゆる「ラングデル的メソッド」が「完結した体系」としての法の見方を育むことで、初期ニューディール政策の最高裁による破壊に寄与したと確信したマイケルとウェクスラーは、ラングデル（Christopher Columbus Langdell）の遺産が破壊され、法が社会と相互関係にあることに学生が気付くことを望んだ。ラングデルの弟子は単純に学生に判例を読ませていたけれども、たとえば、マイケルとウェクスラーは、いくつかの犯罪は「好ましくない」ものであったかどうかや、非暴力的な犯罪者を殺すことはそもそも「正当化されうる」かどうか、あるいは大陸法はアメリカ法よりも「優れて」いるかどうかというような規範的な質問も含め、別の資料や編集者の解説を判例の代わりに用いた。

マイケルとウェクスラーが刑法をケースメソッドに挑戦する手段とすることで、法の教授法に革命を与えようとしていたということは、法の歴史家が探求してきたものではない。その上、その含意は潜在的に難解

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……  
なものである。毎年、数千人の法学生が、そうではないけれども、ケースメソッドを用いて刑法を勉強してきたと思って卒業する。毎年、同じ数千の法学生は、そうではないけれども、刑事実務を訓練してきたと思って卒業する。同時に、ロースクールが初年時カリキュラムでの実務性を拡大するプレッシャーに直面する際に、刑法史は、どのようにしていくつかの講座がより理論的になるのか、あるいはこの傾向は逆らう価値のあるものであるかどうかを解決するヒントを与える。

さらに、刑法の隠された歴史を埋め合わせることは、アメリカの法教育において一般的なケースメソッドの地位を我々がより良いものとして評価しうることになる。たとえば、平均的な21世紀の刑法のケースブックとビール (Joseph Henry Beale) の1894年の教科書との粗雑な比較でさえ、少なくとも刑法の脈絡において、ラングデルの方法は終わっていると示唆する。近代のケースブックは判例に焦点を当てているように見えるけれども、いくつかは法的視点を例示するために2つ以上の判例を用い、いくつかは、学生が3つ以上の判例を区別することが可能になることを要求し、そしてどれも、概略的な判例から法的なルールを学ぶことが刑法をマスターすることにとって十分であるとの感じを作り出さないのである。その代わりに、刑法のケースブックは、学生が、犯罪化や刑罰あるいは犯罪自体の哲学的、社会的あるいは道徳的な関わり合いを考えるように後押しするのである。

## I. ビール教授と刑法のケースメソッド

1894年、ビールは、ほぼ完全に判例に言及することで刑法の主要な議論を網羅した教科書を作った。ラングデルの第二次世代の弟子であるビールは、自分が選んだ判例が主にロースクールでの授業で利用されることを目論み、学生らがそれらの判例を勉強することでの「利益を得る」よう、解説や頭注を「わざと入れない」ようにする必要があることを明らかにした。その代わりに、ビールは、基本的な刑法原理を抜き出すため

に、学生らに多くの法域から比較的にたくさんの判例を取捨選択させた。ビールはケースブックを22章立てにし、前半部の11章では、犯罪行為や犯罪意図、正当化事由などのような刑法総論部分をカバーし、残りの章では住居侵入窃盗や横領、虚偽表示罪、共謀罪、あるいは不法妨害罪などのような刑法各論を扱った。

総論であれ各論であれそれぞれのトピックで、ビールは6個から9個の判例を扱った。たとえば、故殺罪では、8個の判例のみを扱った。1つ目の判例は、イギリスの判例から引用したもので、言葉だけでは挑発にはなりえないが、言葉が情動による2者間の争いを導いたならば、それに続いて死を生じさせたことは故殺罪で起訴しようと判断したものであった。次の判例では、被告人が有効な理由なき公用にあるようにみえた被告人が、何人かの者らに自分を救出しにくるように指示し、その過程で警察官を殺した事件で裁判所は、その殺害行為は故殺ではなく謀殺であるとした。イギリスの判例から引用された残りの6つの判例で、スリ犯人を「そばの池」に投げ込むことやある女性が「ビンタ」をした後に背後からその女性を刺殺することあるいは「違法」逮捕に応じて警官を殺すことを含め、事実とはわずかに異なる事例を挙げることで、学生らが実際に、挑発原則の異なる適用方法を検討することを要求した。

どの事案でもビールは解説や頭注を入れなかったし、どんな制定法にも言及しなかった。その代わりに、ビールは学生らに、挑発に関する古典的なコモンローの例を正確に描いた判例を示し、同時にそのルールの限界を与えた。教育的な観点から、故殺罪の章では学生らに、なぜそのようなルールが存在するのかについて批判的な議論をすることなしに、実際の事案から法的ルールを学ぶ機会を与えた。

ビールは教壇事例であっても、それらが常にコモンローはどうあるべきかではなく、どうだったかとの反芻をするように構成した。おそらく、もっとも引用された文献は、ホーキンス (William Hawkins) の「刑事訴訟に関する論綱 (*A Treatise of the Pleas of the Crown*)」であった。ホー

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……」  
キンスの刑事訴訟は、学生らにコモンローを変えるべきかどうかにつき批判的に検討するように促さなかったが、単純にコモンローが述べたことを示めそうとした。たとえば、ビールは、「(殺意)をもって「英国人」を殺害した者に適用しうる一般犯罪を、「英国人ではない者 (Dane)」の殺害者に適用し損ねた町に罰金を科したとの事例から犯罪の進化を説明する) ホーキンスからの引用を含めることで謀殺罪を取り入れた。そしてその引用直後に、ビールは6つの判例を包含した。

1つ目の判例で、裁判所は、警察官と「その手助けしていた者ら」が暴動を鎮圧しようとしている間に殺されたとしたら、その殺害者は、その当事者を殺そうと意図していようがしていまいが、謀殺罪で有罪となるとした。次の判例で、裁判所は、たとえある私人が不和をやめようとしていたとしても、そのもう一方の当事者による偶然的な殺害行為は、殺害者が被害者の意図に「気づいていた」としたら、謀殺と考えるとした。次の3つの判例で、ビールは殺意がほのめかされている似通った事案を示した。そこでは、雇用者が召使いを管理するために「鉄の棒」を用いていた場合や、父親が知恵遅れの息子がいる家に火をつけた場合、そして馬に乗っている男に向けて発砲したが、手元がくるってそばにいた人に命中した場合を含めた。最後の判例で学生らは、被告人が「生命への差し迫った危機」またはある種の適法な「挑発」に直面することなく、「意図的」に致命的な行為を遂行した事例から殺意が推定されうるとの原理に十分精通することになった。さらに謀殺と故殺の違いを詳細に述べるために、ビールは少なくとも9つ以上の判例を含めた。再び、それぞれの判例は学生らに法的基準の典型例を提供した。第1級謀殺罪は計画的あるいは熟考された企図を必要とし、第二級謀殺罪は言葉のみによる挑発を含め、そして故殺罪は、当該死が合法的な挑発または偶然的な殺害行為のいずれかの結果であった場合に適用された。

そのようなアプローチから学生らは何を学びえたのか。明らかに、学生らは、ある特定の題材を一般的にカバーする6～9個の判例の読み方

やまとめ方を学んだ。無関係な注記や参考文献を排除することによって、ビールは、弁護士事務所の図書室で一人であっても、法的基準の限界を判断するために数百の判例を調べられるように、学生らに多くの法を学ばせた。

ビール自身が思い出したように、ケースメソッドは受動的学習から、学生が自分自身の手で資料から知識を得るより能動的学習（アクティブ・ラーニング）へと劇的な移行を示した。ビールが述べたように、そのような能動的学習はその道のプロから得るものと外見上まったく同じとはなりえないけれども、学生らに影響を与え記憶に長く留まった。換言すれば、ケースメソッドの価値は、比較的多数の判例を通じて最良に手助けされる学習たる実務的な能動的学習の範疇にあるものであったということである。

その教育上の価値に加え、ビールの方法にはある一定の政治的な側面もあった。数多くの16・17世紀のイギリスまで遡る判例のみを学生らに与えることで、ビールは法的基準の先例的な資料としてコモンローのイメージを作り出した。制定法の修正を求めた判例でさえも、コモンローに由来するがゆえに、ビールの領域で一定の関心を集めている。

コモンローに対するビールの称賛は、彼をラングデル的な人にした。1870年にハーバード大にケースメソッドを導入したラングデルのように、ビールは、普遍の自然法からではなく、実際の現実世界の判例から生じたものとしての法を学生に教え込んだ。ラングデルの思いは、法は規範的な立場というよりもむしろ能動的なものから学ばれるべき専門的な基準の論理的に一貫した体系であるとの印象を学生に与えるべきであるということにあった。実際に、ラングデルは、弁護士の主な仕事は「そうなるはずである」ではなく、「そうである」ものとして法を身につけ使うことにあると強く信じた。裁判官でさえ未熟な政策決定に取り組むのではなく、先例というコモンロー基準によって拘束されるべきである。

ラングデルの方法は、様々な19世紀後半のアメリカにおいて支配的な



アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……」  
教育上、政策上、あるいは経済上の傾向と合致した。南北戦争のおかげで、法実証主義へのラングデルの重視は小休止をもたらした。教育上、法実証主義の重視は、初期のほとんどの昔ながらのロースクールで主に採られていた方法である法的基準の口頭による復習授業との対比をもたらした。おそらく19世紀に弁護士となるためにはもっとも一般的な方法であった法律事務所での見習い制度の代替案をももたらした。

より重要なのは、ラングデルの反文脈的アプローチは産業革命の高まりと一致したことである。19世紀の最後の年に産業革命に沸いたように、連邦最高裁は財産や商業への規制に対し懐疑的な態度を取った。経済成長を妨げたくない連邦最高裁は、契約の自由や適正手続という基本原則に忠実な形式主義者を採用した。ラングデルがこの形式主義の高まりに関与したかどうかいづれにせよ、判例あるいは判例のみをあてがうとの考えは、学生らに法的な命令の順守を商業領域への法的介入に対する軽蔑とともに教え込むことで、裁判所を補助した。

1905年の *Lochner v. New York* 事件で典型となった公法に対する裁判所の軽視は、学会での反対意見に火をつけた。たとえば、1915年に、後に連邦最高裁判事となったフランクファーター (Felix Frankfurter) が「その時代での法活動の増加は、ケースメソッドにこだわることから離れて、より規範的な政策志向のアプローチへと動くようにカリキュラムの修正にロースクールを導く」とした。このフランクファーターの主張を根拠付ける要因は少なくとも2つあった。1つは、急速に拡大し損害を産出する、そして場合によっては無責任となる民間産業に対する公的規制の必要性と、もう1つは、大規模な規制の問題に裁判所や弁護士が先回りして答えることができないことにあった。裁判所がすでにかんりの圧力によって苦勞していたし、弁護士は働き過ぎであり事件を解決することに夢中すぎて、急速に産業化した大衆社会の要求をかなえるよう意識的あるいは制度的に考慮するようにすることができないと記したフランクファーターは、いくつかの発展期に特有の法的な問題の解決に

たどり着く自然な候補者として法学教育者をみなした。

フランクファーターはまた、新しいタイプの法学生の生産を呼びかけた。フランクファーターは「若者が、専門的な実務者となるための設備が整った我々のロースクール出身となるだけでは十分ではなく」、「我々は彼らに、賢い弁護士の手にある道具ではなく、人間社会を向上するために使用されうる道具としての法を教える必要がある」とした。フランクファーターは、ケースメソッドは捨て去られるべきだとまでは言わなかったけれども、法はすべての人や社会が必然的に属することになる先例という「画一的な方法」であったと学生らはもはや教えられるべきではないとして、否定的にケースメソッドを捉えた。そのような言葉は、ラングデルやビールのコモンロー判例へのこだわりを非難することになった。その代わりに、フランクファーターは「過去の原則を現在必要としているものに合わせる」ように呼びかけ、「社会的あるいは経済的な要因」によって法的な問題を解決する帰納的なアプローチを呼びかけた。これらは、法学教育と社会的に意識された発展期の改革者のより広範な目的とをつなげようとしていたとの意味で、かつ、法実務の準備として十分であるとされてきたラングデル的ケースメソッドにこだわることに疑問を投げかけたという意味で進歩主義的な言葉であった。

他者もこれに同意した。1924年、コロンビア大学部長のストーン(Harlan Fiske Stone)は、ケースメソッドは判決の迷路を切り抜けるのに有用である一方で、法律学の教授らは、密閉して隠されたものとして法学教授法に取り組むべきではないとした。その代わりに、彼らは法にその「形や実質」を与えた「社会的あるいは経済的な力」に目を向けた。痛烈な世界大恐慌のみがこの課題を持って帰った。1929年の証券市場の崩壊により火がついた大恐慌は、公法を発展させるためにフランクリン・ルーズベルト(Franklin Delano Roosevelt)のようなりーダーを処罰することで、雇用や生産性あるいは消費者信頼感における大規模な崩壊へと導いた。

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

興味深いことに、1929年の崩壊に続く経済恐慌への突入は、特にニューディール政策が急成長した連邦政府への魅力に拍車をかけたように、ロースクールのカリキュラムに予期しなかった影響を与えた。コロンビア大のゲーベル (Julius Goebel) 教授が思い出したように、ニューディール政策の間の「公機関の驚異的な増加」と結びついた「大恐慌の苦難による法律事務所での雇用の衰退」は、ロースクールが学生に「公法」を教育しはじめる「きっかけ」となった。この必要性はコロンビア大が将来有望な若い卒業生や、刑法教授法に特筆すべき影響を与えてきたニューディール政策の支持者である、ケーベルの研究員であったウェクスラーを雇用することに導いた。

## Ⅱ. ビールへのウェクスラーとマイケルの回答

大恐慌により雇用市場が崩壊したまただ中の1931年にコロンビア大を卒業したウェクスラーは、ケースメソッドに動揺を与える理由を自らにもたらしした。その時代の多くの若い研究者と同様に、ウェクスラーは、大恐慌が自由放任主義にある固有の問題によって引き起こされたと信じた。裁判所の判決に焦点を当て、それゆえにパウンド (Roscoe Pound) がコモンローの立法に対する反感と名づけたものを持続したケースメソッドは、より小さな形式たる立法による規制を過小評価した。保守派がラングデルにしがみついたために、ウェクスラーはケースメソッドには限界があるあるいは危険であるとさえ思い始めた。ウェクスラーが、フランクファーターのような法学教育者を含めた、カリキュラムの修正を求めた初期の研究者らになったのは驚くべきことではなかった。ウェクスラーと彼より上級の同僚であるマイケルに対し、フランクファーターは、形式主義により加速した不景気への突入と戦うための理論的な攻撃材料を提供した。法は人間社会を向上するために使われるべき道具であると学生らに教えるべきであるとのフランクファーターの結論は、フランクファーターがルーズベルト大統領のニューディール政策を支持したよう

に、彼らに影響を与えた。その当時コロンビア大法学部に5人しかいなかったニューディール政策支持者のうちの2人であったマイケルとウェクスラーは自信をもって、ルーズベルトを支持した。連邦最高裁が農業調整法や全国産業復興法のようなニューディール政策を形式主義者による「完結した体系」を根拠に無効とした際に、マイケルとウェクスラーは少なくとも、単離した政治的に無反応な司法制度を作り出すケースメソッドのせいにした。ウェクスラーが後に思い出したように、連邦最高裁はコモンローの制定法への移行に対し何の受容性もなく、行政機関への共感した扱ひも欠き、そして完結した体系としてのコモンローに必死にしがみついた。

ウェクスラーは法を完結した体系として捉えるというよりもむしろ、功利主義的な言葉で法を捉えるようになった。しかしながら、こうなる以前は、弁護士や学生らはそれとは違った、すなわち国家の介入や支配に対する予防ではなく、変えるための手段としての法の考え方を学ぶ必要があった。ウェクスラーはこれらの概念を4つに分けられた自己の法学キャリアを導いた信仰個条の中で教えこんだ。すなわち、(1) 完結した体系としてのコモンローの否定、(2) コモンローの制定法への移行に対する司法の受容性の重要視、(3) 法的な理解が不完全に達成されるとの仮定、そして(4) 産業社会の発展から起こる誤用や転位の振れ幅をよそに、連邦最高裁の形式主義者によるニューディール政策の破壊に対する無条件の軽蔑、である。

ウェクスラーは自分の信仰個条を刑法教育のための資料の選別のガイドとした。1931年にウェクスラーが着任する以前にコロンビア大で提供されなかった刑法は、一般的に金にならないと思われそれゆえにほとんどの平凡な学生にとって興味がなかったせいで、事実上無視されてきた。たしかにこのために、ウェクスラーは刑法講座を教えることを、自己の哲学的あるいは政治的な考えを実践に変えるための機会として理解した。

法の政治的な基礎とケースメソッドの政治的な無関心さとのズレに不

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

満を抱くウェクスラーは、1934年に異質の刑法ケースブックを編集する際に、マイケルを加えた。何を入れるか考える際、ウェクスラーは後に、「完結した体系以外の思考を誘引する教育上の資料」を集めようとしたと振り返った。ウェクスラーの言う「完結した体系」はラングデルが進展させたものであった。すなわち、「法を身につけ、理解し、そして適用するとの全過程は主要判例を明らかにする過程」であり、「新たな状況」に当てはめる「論理的な演繹」という過程を通じた概念であった。ウェクスラーに対し、そのような「完結した」メソッドは連邦最高裁の初期の反ニューディール政策という立場に寄与した。うわべの法的判断の余地すら与えなかったコモンローの完結した体系に焦点を当てる代わりに、ウェクスラーは、多様な資料を具体化し多様な問題を提起するような法学教育のより開かれた体系に取り掛かった。学生らが、法的行動の重要なモデルとして立法を考えるようにさせるとの意図をもって、ウェクスラーは、学生が判例を読むことから法を抽出することを単純に要求するのではなく、むしろ興味深い問題にじっくり取り組めるようにケースブックを編集した。そのような問題は、より初期のラングデル的な方法と比べると、完全に異なる法的思考方法を構成した。

ウェクスラーのアプローチの一端を経験するために、ウェクスラーのケースブックの故殺の章とビールのもを比較することが有用である。全部で8つの判例を学生に示したビールとは違い、ウェクスラーは1つの判例を示しただけであった。それは、Regina v. Welsh 事件という、ビールが自分のケースブックに入れたものであり、1869年にイギリスで起きたものであった。その事件は、被害者に対し債務返還請求を訴え、結局その主張が認められなかった被告人に関するものであった。この負けに怒った被告人はパブやバーに行った。そこで被害者に会い、その被害者が債務を回収することに失敗した被告人をあざ笑った。激怒した被告人は（防御のために手を挙げた）被害者に近づき、折りたたみナイフで被害者を刺し、殺害した。故殺罪に還元された謀殺罪での訴追にした

い被告人は、「情動」によって行為したと主張しようとしたが、結局、挑発は「合理的な人の内心」を興奮させるようなものである必要があるし、「単なる言葉」は十分ではないし、被告人が被害者に近づいてきた際に、被害者は防御のために手を差し出さなかったとの裁判所の基準が示されることになった。

ピールによると、学生はそれさえ知っていればよいということになる。被告人が実際に闘争中であった判例と比較すると、Welsh 事件は挑発の理由を構成しなかったし、(挑発抗弁が認められた) 財布のスリにあった被告人がそのスリ犯人をそばの池に投げ込んだ判例とは一緒にしえなかった。どちらかと言えば、Welsh 事件は、ビンタした女性を背後から刺した被告人との類似性を生み出した。

そのような教義上の区別はウェクスラーの分析のごく一部のみを形成した。その判例の至るところに、ウェクスラーは、19世紀から20世紀初頭にかけてアメリカにおける進化を記したロー・レビューの論文や解説に言及した脚注を付けた。その判例のすぐ後に、ノースダコタ州の幼児殺害を禁止する制定法やベンサム「立法論」やホルムズの「コモンロー」からの引用、あるいはインドの制定法と一緒にいくつかの判例の概要を含めた注釈を入れた。

学生らはそのような資料から何を学んできたのか? 判例に関する簡潔な注釈はおそらく、ピールのすべての判例と同様の機能をはたすよう企図された。それぞれの判例は、浮気をしたことを告白した被告人や土地の境界線を巡って言い争ったあと、その相手の妻を斧で切りつけた被告人、あるいは違法な逮捕に抵抗するために警察官に発砲した被告人を含め、挑発基準に関するわずかに異なる立場を示した。しかしながら、他の資料、とりわけベンサムやホルムズからの引用には異なる目的があった。たとえば、ベンサムのところでは、激情が高ければ刑罰は減刑されるべきではないし、むしろ「犯罪の優位性を上回る」ように加刑されるべきであるとした。たしかに人は、「情動」の間、より犯罪をしがちで

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

あるから、刑罰は被告人が理性的に行動していたケースにおけるよりも「より恐怖の対象」となるべきである。そのような立場は、とにかくなぜそれが許されるべきなのかも含め、挑発抗弁の価値を巡る議論を招いた。これはピールの教科書ではなかったものであった。ピールはまた、「刑罰の目的が予防にある」のならば、刑罰は「高い興奮状態」の場合より峻厳になるべきであるとしたホルムズを引用しなかった。少なくとも2度、ウェクスラーは、学生らが基準を身につけることの必要性に加え、コモンロー基準の背後にある教えを確かめる資料を含めた。たとえば、ウェクスラーは、「ベンサムに賛成ですか？」や「生命侵害罪を作る正当性はどこにあるのか？」というような質問を提供した。

少なくともここでは、ピールやラングデルがもともと想定していた教育理論からの比較的劇的な移行があった。マイケルとウェクスラーは教科書で判例を組み込んだけれども、少なくとも資料の半分がコモンローの基本原則を理解するためではなく、その法は結局どうあるべきかに関する議論を引き起こすように企図された。1つの見方から、そのようなアプローチ、すなわち、法は変化しうるし、過去の判例から不変の原則を推論することではなく、むしろ日々の生活における法の機能について批判的に検討することを根拠に変化するべきであると教えるアプローチはある種のコモンローに対する反論として見られた。この種の法学教育は、ラングデルのメソッドに比べて、まったく異質のタイプの法律家を作り出すことを目的とした。コモンローという不朽の原則をあげめる法律家またはお客さんが言ったことだけをする法律家にとって代わり、学生らが立法過程において主役となるマイケルとウェクスラーのメソッドは支持された。ある意味で、ウェクスラーは、学生らが、その法知識を直接公サービスに持ち込む優秀なリーダーとなるように準備していたのであった。



### Ⅲ. ケースブックに対する初期の反応

マイケルとウェクスラーのケースブックは注目されていなかった。1941年に、テキサス大法律学教授のスタムバーグ (George Wilfred Stumberg) はその業績を、コロンビア大の2人の法律学教授は単にビールを改訂すること以上のことをしたと褒めちぎった。スタムバーグによると、マイケルとウェクスラーは、刑法の講座を提供する際にアメリカのロースクールが果たしうるあるいは果たすべき目的に関し「タイムリーな課題」を提起した。相対的にほとんどのロースクールの卒業生が刑法を実践していないとするスタムバーグは、刑事法プロセスに関する「専門的な知識」を教えこむ必要性を重要視しなかった。実際に、スタムバーグは、「大望のある法律学の卒業生」が、成功は「学がある」というよりは「頭が切れる」かにかかっているという「不快」な場所たる「刑事裁判を避けることにつき非難」されるべきではないとさえ述べた。

ロースクールは実務の基礎に関する講座を提供するよりも、刑法を外すほうがもっと良い状態となると確信したスタムバーグは、講座は「より重要な義務」を満すために用いられるべきであるとした。スタムバーグによると、そのような義務には、なぜ犯罪が起こったのかとか法は犯罪を統制するためにどのように用いられるべきかを理解する「犯罪学者」や「精神科医」への寄与は言うまでもなく、刑法政策に対する長期にわたる社会的な考察について学生らが考えるための教育を含んでいた。刑法実務者により感銘を受けなかったスタムバーグは、「一皮」むこうとし、学生らに「作用している法 (law in action)」について批判的に考えさせようとしたマイケルとウェクスラーの試みを支持した。

それはウェクスラーとマイケルの教科書に対する圧倒的な支持のみならず、刑法教授法の教育上のあるいは専門的な文脈で割り当てられた洞察力についての論評であった。たとえば、スタムバーグは、刑法実務はテキサス大のほとんどの学生が希望するものではなかったし、そうなる



アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

はずであったと明らかにした。実際スタムバーグは、刑法教員は学生らが刑法の道に行くように勧めないよう望んでいるように見えた。刑事弁護士はその顧客がわずかな刑務所の匂いも身にまとっていない法律事務所に入った者らと釣り合わないとウェクスラーが心配したかどうかは分からないが、彼は明らかに、刑事実務がテキサス大の卒業生にとって価値がある仕事であるとは考えていなかった。

興味深いことに、スタムバーグは学生が刑事実務に行かないようにすることにに関して譲らないように見えたのと同様に、政策立案者のように学生らに考えさせる手段として刑法を用いることに熱心であるともしていた。このことは、学生らが個人的な関心ではなく「社会的な思考」に取り組むよう勧めるメソッドに刑法を変えたマイケルとウェクスラーを賞賛したスタムバーグの記述からも明らかであった。たとえば、スタムバーグは、「この社会的な考察の重要視は筋が通らないなら、近年のソーシャルエンジニアリングの喧伝も筋が通らないものとなる」とした。スタムバーグがソーシャルエンジニアリングにつき「喧伝」することと言いたかったことは明らかではなかった。「社会への専門知識の適用」への関心は1911年の初頭から始まり、1920年代まで続いた。近年の「喧伝」は何について言及していたのか？ある可能性は、スタムバーグが、大衆文化と政治制度が大衆レベルにおける犯罪態様を含む社会的な態様を変えうる方法に注目した1930年代における学問的な関心の高まりに回答していたことにある。この考察のほとんどは、1920年代にアドルノ (Theodore Adorno) やレーヴェンタール (Leo Löwenthal), あるいはホルクハイマー (Max Horkheimer) などの学者によって設立されたドイツのフランクフルト・スクールから生まれた。彼らによると、大衆文化は必ずしもいいものばかりではなかったが、多数の人々に影響を与える様々な機会を作り出した。たとえば、アドルノとホルクハイマーは、大衆文化がファシズムを促進した方法、すなわち1930年代におけるドイツの国家社会主義ドイツ労働者党の高まりからひらめきをえた理論を研究

した。実際に、ナチスが1933年にドイツで政権をえたことで、フランクフルト・スクールのほとんどの者らがアメリカへ亡命し、その多くがコロンビア大でニュー・スクール・フォー・ソーシャルリサーチを設立することになった。

コロンビア大に辿り着いたフランクフルト・スクールのメンバーの1人で、刑法教育に関心があったのはキルヒハイマー (Otto Kirchheimer) であった。刑罰制度に注目したキルヒハイマーは、コロンビア大でルーシェの「刑罰と社会構造 (*Punishment and Social Structure*)」の手直しに時間を費やした。その中で、キルヒハイマーは、刑務所を更生目的で用いる可能性と同様に、刑の宣告に対する実用主義的アプローチと理論的アプローチとの間にある緊張状態を探求した。キルヒハイマーの影響の証として、マイケルとウエクスラーはそのケースブックで2度、キルヒハイマーを引用した。一度は、「応報目的が命令的なものに見えないならば、応報は正当化されうる」との古典的なフランクフルト・スクールのテーマである概念を支持するために、もう一度は、刑務所が矯正施設なることはまれであったということをサポートするためである。

ウエクスラーとマイケルはフランクフルト・スクール型の批判的な論者としてみなしていたとは考えにくいけれども、キルヒハイマーの引用は、彼らがフランクフルト・スクールの批判的な見方を知っていたことを示唆する。実際、1941年にキルヒハイマーはマイケルとウエクスラーに肯定的な論評を送った。刑法が、犯罪行為と非犯罪行為との「境界線を引く」方法の講座として、または「法と社会科学との統合」に関連する「広義」の間としてのいずれかの2つの方法で構築されうるとしたキルヒハイマーは、後者の方法を求めたマイケルとウエクスラーを賞賛した。特に、キルヒハイマーは、マイケルとウエクスラーが「必要以上の法」的な資料や、基準が生じそして絶えずその基準が作り直される下での「政策的社会的な条件」を具体化した文献をケースブックに包摂したことを賞賛した。

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

しかしすべての学者がマイケルとウェクスラーに賛成したわけではない。シカゴ大の法律学教授でビールの後継者であるプットカマー (E. W. Puttkammer) によると、マイケルとウェクスラーが引用した「法と無関係」な資料の「莫大」な量は、彼らのケースブックを「教授道具」と同等の「参考文献」にした。実際に、プットカマーは「ただ長いだけ」で参考の「範疇」により適していると「呆れている」として、マイケルとウェクスラーがケースブックを参考文献として出版したことを嘆いた。マイケルとウェクスラーがしたような社会科学的な資料を統合することに疑問に思った者らの中には、偉大な法学者でありかつての改革論者であったパウンド (Roscoe Pound) も含まれていた。パウンドは、「弁護士技術を身につけるだけにとどまらない」法学生を対象とした講座は設けるべきではなく、「犯罪学や刑罰法は大学院におかれるべきである」と記した。パウンドを保守的なままにした「もの (need)」は、役人に教育するためではなく、弁護士や検察官あるいは裁判官になるための者らに相応しい刑法の基本的な教育を与えるためにあった。弁護士や裁判官としての「役割」を引き受けることは、ウェクスラーが思っていたような公的な法律家ではない、実務者を意味した。現にパウンドは、ウェクスラー流の教育は実際に、結局「司法行政」に妥協することになる刑事実務についての「誤った考え」を教えこむことで「初年度の法学生」に害を及ぼすであろうと考えているようであった。

司法行政に対するパウンドの関心は少なくとも2つのことから生じた。興味深いことにその1つは、ケースメソッドの放棄が実際に、アメリカが権力国家になる機会を増やしようとの懸念することになるロシアのスターリン主義の高まりにあった。ウェクスラーが、ケースメソッドは民間の自由放任秩序を重んじた民間志向の法律家を育てたと思ったように、パウンドはその正反対のこと、すなわち、ケースメソッドの放棄は、大きな政府を支持して個人の利益を無視する国家統制主義者たる法律家の養成の危険にさらされると思うようになった。1952年にパウンドは「ソ

ビエトの政治的な実体において、懲罰的な司法は実質的に裁判所の価値を損ない、行政行為の課題となった」とした。パウンドは、とりわけ「弁護士や検察官あるいは裁判官が法教育を十分にされない」ならば、アメリカにおいても同様のことが起こりうると思っていた。マイケルとウェクスラーのアプローチから学んだ学生らは十分な法教育をされていないとほめかしたパウンドは、伝統的なコモンローを植え付けられなかった学生らは我々を、コモンローという伝統的な司法という道から行政という道へと方向転換させうる」と言い続けた。パウンドが恐れたそのような展開はアメリカを「専制政治の道に向かう」ようにするかもしれない。

意外なことに、パウンドの批評は、スターリン主義がアメリカの法教育についての問題を生じさせたことを示唆する。もちろん、マイケルとウェクスラーはどちらもスターリン主義者ではなかったし、コモンローの放棄が権力主義へと導くことになるとは思ってもいなかった。しかしながら、パウンドの懸念はまったく不合理なものというわけではなかった。マイケルとウェクスラーでさえおそらく、アメリカのコモンローへの忠誠は、国家の介入に抵抗するだけでなく、国家の介入への克服を可能にする権限を民間企業に与えることに同意したであろう。

パウンドがマイケルとウェクスラーは最初の権力主義者であったと思っていたかどうかわいづれにせよ、パウンドには少なくとも、マイケルとウェクスラーの刑法教授法アプローチに反対運動をする別の理由があった。1930年代のコロンビア大の理事のように、パウンドもまた、経済的な要因が刑事裁判で費やされたキャリアを、見下すようにさせてきたと分かっていた。パウンドは、「国立のロースクールで大望のあるどの学生」も積極的に「刑事判例実務」を求めなかったことにも気づいていた。しかしながら、これは国立のロースクールに入学しなかった学生に関して問題を残したままであった。学生らは何をするべきだったのか？むしろコモンローを取り上げることに時間を費やしたパウンドは、二流の地方ロー

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……」  
スクールの学生らは実務の方法を身につけるべきだと思っていた。パウ  
ンドは、1952年にカリフォルニア州立大ロサンゼルス校の法律学教授の  
パーキンス (Rollin M. Perkins) が纏めたケースブックのイントロダク  
ションを執筆することに応じることでこのことを明らかにした。

パーキンスは、学生らが実務に備えなかったことを理由に、マイケル  
とウェクスラーの刑法教授法のアプローチを否定した端書きで、実務者  
に対する率直な気遣いを明らかにした。刑法の試験をくぐり抜けること  
よりも、刑法を履修するという「別の目的」がある学生らに、マイケル  
とウェクスラーのケースブックをあてがう者を非難するパーキンスは、  
「法律家に必要なことは、法とは何かを知ることである」と必ず序文に  
書き留めた。そしてパーキンスは、「初学者のクラスはまるで法律家の  
ゼミのように行われる必要はない」し、教授は「犯罪学での一般的な議  
論に注目するための単なる杭」として判例を用いるべきではないと続け  
た。

犯罪学を取り上げないとしたパーキンスは、古典的でビールのなケー  
スブックを纏めた。ビールが学生らに数多くの判例とわずかな外部資料  
を示したように、パーキンスもそれに倣った。生命侵害罪という広範な  
トピックを網羅するために、パーキンスは25個ほどの判例を副題なしで  
入れた。これは、学生らが自分たち自身で、どの判例が謀殺罪に適用さ  
れるのか、故殺罪に適用されるのか、あるいは過失致死罪に適用される  
のかなどを判断する必要があったことを意味した。

パーキンスはまた、コモンローを取り上げた資料を無視した。大陸法  
はアメリカ法より「優れている」かどうかや、情動殺人に対する処罰の  
増加というホルムズ (Oliver Wendell Holmes) 説がコモンローを変え  
たかどうかを学生らに議論するようにさせたマイケルとウェクスラーと  
は異なり、パーキンスは、基本的な法原則を例示するために必要である  
と思った場合に限って、外部資料を用いた。たとえば、学生らが生命侵  
害法を把握するのに役立つよう、パーキンスはその付録に彼自身が書い

た謀殺罪と故殺罪との区別についての論文概要を入れた。法律の専門書のようにまとめられた論文は、謀殺罪や故殺罪、あるいは挑発のような抗弁を比較的明確で無批判な言葉で示した。たとえば、専門家は挑発抗弁を議論するけれども、代わりに挑発抗弁が適用されたコモンローの例（たとえば殴打や喧嘩闘争、不法侵入または不貞）を単純に場合分けし説明することで、情動で行為する被告人がより厳しい刑罰に値するかどうかを問うことはしなかった。

興味深いことに、パーキンスはマイケルとウェクスラーよりもより保守的なアプローチを採ったけれども、彼はなお、ウェクスラー的な「もの」を取り込んだ。たとえば、ピールがしたように単純に「刑法に関する判例 (*Cases on Criminal Law*)」というタイトルを自著に付ける代わりに、パーキンスは、「資料」はほとんどなかったけれども、「刑法に関する判例と資料 (*Cases and Materials on Criminal Law*)」というタイトルを付けた。パーキンスはまた、自分のケースブックは社会科学メソッドへの反動ではなく、ラングデルと社会科学アプローチの「中間」に向かうものと序文で必ず述べることで、自己の教科書の保守性を軽視した。もちろんこのことは、なぜわざわざ社会科学への反感を軽視するのかという問題を引き起こした。1つの可能性は、パーキンスがコピーを売らなかつたかということにある。パーキンスのケースブックが出版されたまさにその年の1952年、マイケルとウェクスラーのケースブックは広く人気があり親しまれていた。実際、マイケルとウェクスラーは、マイケルが1953年に亡くなった際、第2版の出版を検討していたところであった。

マイケルとウェクスラーの教科書を人気があるものにしたのは、1950年代に刑法教授法の中心に社会科学を据えた勢力の収斂であった。おそらく、これらの中で真っ先にあげられるものは、人間生活のあらゆる面を変えるための科学の可能性や専門家らへの支配的な信奉であった。専門家らへの信奉は法に多種多様な影響を与えたけれども、その明らか影響の1つは、長い間、学会や専門家から「無視」されてきた刑法の改正

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……  
するための学会や専門家組織のよる声によって表れた。1951年に、ロックフェラー財団が、コモンローの不合理で専断的な面を変えることにあった模範刑法典 (Model Penal Code: MPC) に進むための資金をアメリカ法律協会 (American Law Institute: ALI) に助成した。アメリカ法律協会は以前にそのような法典を想定はしていたけれども、社会科学の急速な展開が、1940年代後半や1950年代初頭にその関心を再生した。社会科学の新たな展開から恩恵を受けることになりうるとの確信をもったアメリカ法律協会は、その10年間のうちに刑法典を完全なものにすることを望んだ。

模範刑法典の完成を手助けするために、アメリカ法律協会は、刑法ケースブックにつき名声が高かったウェクスラーに、模範刑法典プロジェクトの主席報告者を務めるよう要請した。ずっとその関心が裁判所から公法的な解決へと向かうことにあったウェクスラーは、その要請を受けただけでなく、すぐに、社会科学とりわけ心理学における新たな発見を刑法の脈略に取り込むことで彼が模範刑法典の分類で展開してきた政策志向アプローチを用いた。例をあげると、ウェクスラーが支持したある新たな構想は、コモンローの悪意 (malice) 概念を目的、認識、無謀というより公平な分類に置き換えたことであった。ウェクスラーが支持した別の追補は、とりわけ姦通のような、道徳的な不快を犯罪化するために人間の性的傾向に関する社会科学的研究を取り入れることであった。

アメリカ法律協会との研究からヒントをえたウェクスラーは、判例は十分ではないとの長年の立場を補強するために用いることで模範刑法典の資料を刑法教授法に取り入れはじめた。たとえば、1956年に、ウェクスラーは、強盗罪や財物強要罪、窃盗罪、法律の錯誤、あるいは心神喪失と同じくらい多様なテーマについてのアメリカ法律協会の報告を入れた「刑法とその運用」の付録を出版した。何度も繰り返すが、ウェクスラーが入れたアメリカ法律協会の資料は、コモンローを不合理で時代遅れのものとして示した。ニューディール政策は模範刑法典の進展におい



て何の役割も演じなかったけれども、法典の出現は、学生らが公法の世界に気がつくことへのウェクスラーの関心を補強しただけであった。

興味深いことに、模範刑法典が想定されたかなり前に、ほとんどの州が自州の刑法を法典化しはじめていたとの事実は、ウェクスラーが裁判官を批判するために模範刑法典を用いることを妨げなかった。実際、ウェクスラーは、裁判官による州法の解釈がその法の元々の立法目的を台無しにするケースを見つけた。1つ例をあげると、ウェクスラーは、死刑囚の数の減少を目的として2つの段階に意図的に立法者によりどのように分けられてきたのかを示すことになるペンシルバニア州の1794年謀殺法に注目した。制定法の起草者らにより元々想定されていたのは、第一級謀殺罪で有罪宣告されるためには、被告人が自己の犯罪につき予め計画したまたは熟慮の上である必要があった。前もって犯罪計画を立てなかったが、単純に衝動や怒りで行為したならば、そのような行為者は第二級謀殺罪止まりであった。この動きは死刑を制限する進歩主義的アプローチから広い注目や称賛を得た一方で、コモンローの裁判官はすぐに、被告人が一目見ただけで熟慮の上であるとされた場合の犯罪を第一級の範疇に入れることで、第一級と第二級との区別を否定しはじめた。ウェクスラーやアメリカ法律協会によると、この傾向は、完全に第一級謀殺罪に制限したものにすする実体的な制定法の改正を正当化した。模範刑法典によると、予めの計画あるいは熟慮の上かどうかとは無関係に、行為者が目的をもって殺害した場合はいつでも謀殺罪で起訴されうる。

模範刑法典の起草はウェクスラーに刑法教授法の革新的アプローチを強化する機会を与えた一方で、1962年の模範刑法典の完成はそのアプローチを美化した。公法的な解決や政策的な考察へ注目しないコモンロー講座としての刑法教授法は突然、現実世界の流れから完全に取り残されたように見えた。これは、最終的に模範刑法典の大部分を採用することとなったニューヨーク州やその他の州が、1960年代初頭にそれぞれの州の刑法典の実体的な改正をはじめた際にその通りとなった。パーキンスの



アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……  
ような保守的な教育者らは学生らにお決まりの判例を与え続けたけれど  
も、もしかするとウェクスラー以上に判例を重視しないで、判例の代わ  
りに、ロー・レビューの論文や統計的な研究、未解決の政策問題、そし  
てもちろん模範刑法典を与える若い世代の刑法教育者らが表れたのであっ  
た。

#### IV. S. ケーディッシュと21世紀のケースブック

1930年代のマイケルとウェクスラーによって灯された火を持ち込んだ  
ケースブックの1つに、1962年にポールセン (Monrad G. Paulsen) と  
ケーディッシュによって纏められた教科書がある。「刑法およびその手  
続」というタイトルのポールセンとケーディッシュのケースブックは、  
ウェクスラーとマイケルの「刑法およびその運用」の直系の「子孫」で  
あった。実際、ポールセンとケーディッシュはともに、彼らの立場にお  
ける「刑法における教授法と思考に影響を残し」そして「永続的でかつ  
深化した」ものにした「コロンビア大ロースクールのウェクスラー教授」  
に直接その「学恩」を感謝した。

少なくともケーディッシュにとって、ウェクスラーとのつながりはロー  
スクールからはじまった。第二次世界大戦の直後にケーディッシュはコ  
ロンビア大に入学し、彼が「他の講座ではなかった」方法で「知的に興  
奮」したことを記憶しているウェクスラーの刑法講座を履修した。まさ  
に「法に対するベンサム的なアプローチ」のようなウェクスラーの「功  
利主義」に感銘を受けたケーディッシュはとりわけ、「立法的な視点か  
ら」問題にアプローチするウェクスラーから影響を受けた。ポールセン  
がケーディッシュに、1950年代後半、ケースブックをまとめるアイデア  
を持ちかけた際、ケーディッシュは、ポールセンが刑事手続法から離れ  
たことで、最終的に実体刑法に関する教科書の大部分の原稿を書くこと  
に同意した。刑事手続法は元々ケースブックの大半を占めるよう意図さ  
れていたけれども、ケーディッシュが後に思い出したように、ポールセ

ンの章を最後の最後に残し、結局次版で削除することで、「しっぽが犬を振ることになった」た。

ウェクスラーに敬意を表し、ケーディッシュは1つの判例も入っていない、「犯罪、道徳、そして個人の自由」という章からケースブックをはじめた。コモンローを避けるケーディッシュは、初学生を、模範刑法典やスコットランド内務省の「同性愛犯罪と売春に関する報告」、デブリン卿の「道徳の強制」に関する議論そしてハートの論文「不道徳と反逆罪」からの抜粋にどっぷりと浸からせた。「姦通や密通あるいは売春」のすべてがアメリカでなお犯罪であったと十分に承知しているケーディッシュは、自分の学生らにそのような犯罪はなくすべきかどうかを検討するよう無理強いした。個々の学生がたどり着いた答え（道徳犯罪はなくすべきであるあるいはなくすべきではないかのいずれか）にかかわらず、基本となる方針は明らかであった。すなわち、刑法（あるいは、おそらく法一般）は不変なものでなければ絶対的なものでもないのである。それは、コモンローの判例から選び取られた長年の原理ではなく、政策的な分析や統計的なデータ、あるいは学術的な研究に依拠した。かつてコモンローの裁判官の難解な神聖な言葉にひざまずく必要があった学生らは、今では、立法者になるよう要請され、法がどうあるべきかについての自分の意見を思いつくように要請される。ケーディッシュが判例を入れた場合でさえ、学生らに立法者のように思考させる基本的なミッションは変わらなかった。たとえば、第一級謀殺罪と第二級謀殺罪との区別を説明するために、ケーディッシュは学生らに、コモンローの裁判官が第一級謀殺罪と第二級謀殺罪との区別には意味がないとの事実を嘆いたユタ州の判例のみを読ませた。その裁判官は、「かなりの数の裁判所」が、たとえ「殺害意図と殺害行為との間に相当な時間がなかった」としても、陪審員らが予めの計画を認定することを許容する陪審説示を支持したことは事実であると記した。それでもなお、この傾向は良くないと思った裁判官は、被告人がどんなに「短時間」であろうとも「一定の企

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

図や目的」をある「時間」で進展させた限りで、陪審員らが予めの計画を認定することを許容されるべきであるとした。判例に短時間という意味を与えた学生らにとって、法的基準は明確かつ不合理なものであった。つまり、予めの計画の変化には何らかの時間を考慮するべきであるが、実際に謀殺を予め計画することはどんな時間も必要としないのである。より大きな問題を解決するための1つのカギを示すためにパーキンスの生命侵害罪における25個の判例のような考え方を用いるというよりむしろ、ケーディッシュは問題の全体像を示すために1つの判例のみを用いた。

そのアプローチはすぐに称賛を得た。1964年のハーバード・ロー・レビューで、スタンフォード大法律学教授のパッカー (Herbert L. Packer) がケーディッシュに対し、そうでなければ、「法廷というもっとも疎んじられる場面」を予言する法という「薄汚れた」領域となったものの中で、最良の教授法の本を纏めたとコメントした。特に、パッカーはケーディッシュが、「判例資料に依拠しないとされている」立法上の選択や適法性あるいは量刑手続の章からケースブックをはじめたことを称賛した。誘拐や放火あるいは強盗というような各論犯罪を欠いていることを非難するよりむしろ、パッカーは、多くの刑法講座のもっとも「はっきりした特徴」を形作る「つまらない一連の記述」がなくなったことを喜んだ。称賛の気持ちで、パッカーは、ポールセンとケーディッシュのケースブックが「現在提供できる」マイケルとウェクスラーの教科書の「唯一理由のある代替本」となったとした。

パッカーの評論は、マイケルとウェクスラーの教科書がなお、1960年代においてさえ他のケースブックの評価基準であったことを示した。パッカーは刑事実務を軽視したけれども、彼は明らかに、マイケルとウェクスラーが知的地位を押し上げたと信じた。実際に、パッカーは、20年以上前の1940年のマイケルとウェクスラーの教科書の出版をもって刑法の「知的な社会的地位」の「到来」とした。ところが、マイケルとウェク

スラーのケースブックは第2版が出版されることにはならなかったし、その総点検を切に必要とはされなかった。たとえば、マイケルとウエクスラーのケースブックは、1962年の模範刑法典を考慮に入れていなかったし、学術論文や報道における姦通や密通のような道德犯罪への増加する批判に触れていなかった。

ケーディッシュとポールセンは両方のテーマに直接言及した。彼らは、第1章で道德犯罪の処罰の背後にある政策に注目しただけでなく、教科書の中に模範刑法典解説の相当な部分を入れた。この模範刑法典の重要視は、学生らにコモンロー原則との適時な対比を提供することで、実体刑法の記述部分の最後まで貫かれた。1960年代に進んだそのようなコモンローとの対比はますます、ウエクスラーが1961年に刑法改正委員となったニューヨーク州を含む、模範刑法典の大部分を採用しはじめた州との関連性を証明した。

1969年までに、模範刑法典への関心あるいは「刑法およびその手続」の反響がとても大きかったために、ポールセンとケーディッシュは第2版を編集した。第2版で、ポールセンとケーディッシュは、犯罪学や刑法理論あるいは倫理の議論を持ち出すためのきっかけとして判例を使用し続けた。たとえば、彼らは薬物中毒者が処罰されるべきかどうかを学生に検討させるために、麻薬所持の判例を1つだけ入れた。ポールセンとケーディッシュはまた、州の人種差別法は白人専用レストランで抗議のために席につく黒人のデモ参加者に、そのレストランに入らないようにとの「警告」をすることを許可しないと連邦最高裁が宣言したサウスカロライナ州の判例を含む、アメリカ南部での市民権運動から抜粋した資料を加えた。

1930年代から時代は大きく変化したけれども、ケーディッシュとポールセンは、ケースメソッドから離れ、なぜ法はそのように存在するのかというようなより終わりのない問へと向かう1960年代におけるウエクスラーの道をたどり続けた。模範刑法典への言及は、1960年代の政治的な

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……

風潮がしたように、このアプローチを支持した。人種間の平等や警察の陵虐行為あるいはすべての犯罪での恣意的な判断という課題は、南部での市民権運動や北部での都市暴動あるいは犯罪増加のおかげで、真の問題関心となった。これらの問題が沈静化しても、ケーディッシュとポールセンは新たな千年紀にはいっても続けた。1962年から75年まで、「刑法およびその手続」は3版を重ねた。21世紀への変わり目までに、故ポールセンの後継としてシュールホーファー (Stephen J. Schlhofer) を加え、7版を重ねた。2007年にさらにシュタイカー (Carol S. Steiker) を加え改訂された8版が登場した。「刑法およびその手続」は弟子ら、とりわけ1994年に出版された自分のケースブックを「ケーディッシュの息子」としたドレスラー (Joshua Dressler) にひらめきを与えた。

直接にウェクスラーやケーディッシュの功績を認めなかった学者らでさえ、彼らの基本モデルに立脚した。たとえば、1969年にハーバード大学教授のヴァインレブ (Lloyd L. Weinreb) は刑法を刑事手続から切り離れたケースブックを出版したが、実体刑法の大部分につきウェクスラーとケーディッシュが進展させたモデルを維持した。ヴァインレブは、注釈や解説、専門誌あるいはロー・レビューの引用に沿った制限された数の判例を入れた刑法総論と各論につき3つの章をもってはじめ、資料の「独自の混合物」とされたものを取り込んだ「犯罪と刑罰」についてのウェクスラー的な章で終えた。その資料は、量刑手続に関する報告や、ハートやミルおよびスティーブンの間における論争から引用された「哲学における古典的な問題」を入れたものであった。ケーディッシュの序章とは異なるが、それにもかかわらず、ヴァインレブが含めた哲学や犯罪学の資料は明らかにウェクスラーのアプローチの一種であることを示唆した。ヴァインレブ自身、学生らに法的基準だけでなく、刑法の周辺にある「道徳的、政治的、あるいは社会的な問題」を考察させたいと説明した。

4年後の1973年に、テキサス大のディックス (George E. Dix) とシャー

ロット (M. Michael Sharlot) が、法執行と司法行政に関するジョンソン大統領の特別委員会により纏められた、増加する犯罪率の報告たる「自由社会における犯罪への挑戦」からの引用をもってはじめた「刑法：判例および資料 (Criminal Law: Case and Materials)」で、ウェクスラー的伝統を継続した。そのケースブックは、専門書や統計学的な研究あるいは「アルコール依存者の刑法的歴史」からの抜粋を纏めたアルコール依存症の犯罪化をそれに続けた。至ることで、ディックスとシャーロットのケースブックは、「個人と国家との関係性」という「広範な問題」への「質問を促す」代わりに、学生らが「犯罪法」を身につけるための「手段として有り余るもの」となることを狙った。

1973年以降に登場したそれに続くケースブックにふれることなく、刑法教授法への新たなアプローチが20世紀中に出てこなかったと言えばそれで十分であろう。ある著者らは別の領域を重視したけれども、一般的なメソッドは同じままであった。判例は中心にあったが、ビールの時代よりもその数は少なくなり、資料がかなり補充された。規範的な問題も、法はなぜそうなったのかあるいは法は変えられるべきかどうかについて学生らに批判的な思考をさせることで、しばしば判例をフォローした。

ここまで、ある例外とともに、ウェクスラーのモデルが21世紀まで生き残った。ペンシルバニア大のロビンソン (Paul Robinson) は2005年に、広範な制定法の資料にしたがう事例や簡潔な判例引用をもって各節をはじめること、ケースブックの様式を実質的に変えた。それぞれの事例にしたがい、ロビンソンは学生らに実務者としてふるまうよう求め、そして一般的な法の下に「もしあったら、どんな自由が」存在するのかを究明させた。一見すると、このメソッドは、学生らがまるで検察官であるかのように事実を評価させる、より実務家志向的なアプローチに向かう興味深い動きを示した。しかしながら、ロビンソンでさえウェクスラー的な工夫を入れていた。それぞれの問題の後に、ロビンソンは、法学教員らに規範的な政策志向的な注釈についてのテーマの選択肢を与え

アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……」  
ることで、ロー・レビューや学術的な研究などからの抜粋を入れた「考察資料」の節を置く。考察の節が割り当てられたならば、ロビンソンの教科書は、ある意味でケースメソッドへのウェクスラーの抵抗の完成形を示す、判例と調和しないものとなる。

これは原因と結果の問題を引き起こす。ウェクスラーが1930年代に、ケースメソッドへ抵抗するために判例以外の資料の追加を考えたのは紛れもない真実である一方で、ウェクスラーの後に続いたと言われた学者らにも同じことが言えるのか？ウェクスラーの影響を受けずに、彼らが自分たち自身でケースメソッドから離れることは不可能であったのか？そうかもしれない。ウェクスラーの指揮による1962年の模範刑法典の完成は、とても劇的にその領域を本質的に転換したために、(パーキンスのような) 古い考えのままのラングデル・メソッドの信奉者でさえ20世紀末までに刑法学習にとっての制定法資料の「優位性」を最終的に認めざるを得なかった。

しかしながら、まさに制定法が刑法のより大きな部分となったために、ケースブックがウェクスラーのモデルに従うほかないということは意味しない。たとえば学者らが、ロビンソンがしてきたこと、すなわち、なぜ法は法が適用されるものを記述するのかを学生らに考えさせるために、どんな追加的な考察もなしに、判例と一緒に制定法資料を含めることは可能であろう。ウェクスラーが寄与したものは、倫理や科学、社会学あるいは政治に関する規範的かつ知的な問題に関心がある、ある種の仮定上の立法者にあるような特定の「見方」であった。

## V. おわりに

ほとんどの刑法学者らはおそらく自分たちのケースブックの骨組みはウェクスラーのおかげとは思わないかもしれないが、その一方でそう思うことは可能であった。1930年代、ウェクスラーはケースブックの纏め方を意図的に変え、1960年代までに、ウェクスラーのモデルはケースブッ

クあるいはその刑法講座もアメリカにおいて支配的な様式となった。

これは今日まで続いている。たしかに、ウェクスラーが刑法講座を編成した理由を背景とした歴史を取り戻すことに価値がある。1940年にウェクスラーのケースブックが出版された20年後、ウェクスラーのアプローチは、刑法をスキルから「善良で、敏感で、よく気が付き、社会を意識した」市民を作り出す試みへと講座を変身させるとの特徴付けをしてきた。

ロースクールがより善良な市民を作り出そうと努力することは反論し難い。ところが、ロースクール教育は法実務を重要視するように回帰するべきとのカーネギー財団の近年の提言は、スキルと倫理との間の緊張関係についての問題を生じさせる。たとえば、ロースクールはまだ刑事実務を好ましくないものと捉えているのか？ そうならば、ウェクスラーの新機軸は、カーネギー提言とは無関係に、依然有効であろう。その反面、もしロースクールが刑事実務者の育成につき重要度を高める判断をすればどうなるのか？ ロースクールがウェクスラーのアプローチを追い求めることで、ある程度の実務化育成を断念しないことになるのか？ 卒業生が法を知らないとして、倫理や哲学あるいは社会学はいったい何の役に立つのか？

もちろん、学者らは、ウェクスラーのアプローチは過去40年にわたる劇的な法典化の増加にとって必至であると主張する。しかし、刑法講座の歴史での気配でさえ、法典化がウェクスラーにそのアプローチを変える気を起こさせるものではなかったと示唆する。ウェクスラーは、連邦最高裁がはじめのニューディール政策を破壊したことに寄与したメソッドを批判するとの政治的な理由で、ケースメソッドを否定した。ウェクスラーは単純に、学生らが制定法を分析し解釈できるようになって欲しくはなかった。彼は、学生らが法に疑問を投げかけ、社会との関係性を認識するようになって欲しかった。ウェクスラーがケースメソッドに怒りを感じていなかったとしたら、刑法の教科書は、問題志向のやり方で



アンダース・ウォーカー (Anders Walker) 「アンチケースメソッド：……  
制定法と判例を融合したロビンソンの教科書のように進化したであろう。  
ウェクスラーの反ケースメソッドの背後にある政治的な動機の回復は、  
一般的な法学教育の政治的な含意につき問題が生じる。たとえば、「非  
正統的なヒエラルキーの再生産」としてのケネディ (Duncan Kennedy)  
の法学教育に対する非難は、ウェクスラーとマイケルの刑法へのアプロ  
ーチが、ラングデルが1870年に元々意図したもの以上に、まったく異なっ  
たタイプのヒエラルキーを再生産しようとしていたということを理解し  
そこねている。ラングデルがしようとしていたように、先例や経済の民  
間の秩序化への崇拝を生み出すというよりもむしろ、マイケルとウェク  
スラーは、ルーズベルトの国家統制主義的なニューディール政策にそっ  
て、公共の秩序や私的な出来事への政府の介入の尊重を教えこむことを  
目的とした。1930年代にイェール大で改革を求める現実主義者らと一致  
する、彼らのアプローチの成功はより大きな命題にヒントを与える。つ  
まり、ニューディール政策がロックナー時代の司法の衰退を導いただけ  
でなく、ロックナー時代の実務家らの崩壊を加速させたのである。

たとえマイケルとウェクスラーの私法への反感がアメリカの実務家ら  
を変身させなかったとしても、刑法はおそらく、初学生の講座にだけケ  
ースメソッドへのあからさまな抵抗を示し続ける。これは、基礎となる教  
育的なレベルで、刑法講座では、法的論法や演繹的な分析または実務家  
らとしての思考方法を含むケースメソッドが伝えることを必ずしも教え  
ないということを意味する。実際に、刑法講座では学生らに実務家らの  
ように考えない方法を教えている。結局、これはウェクスラーが意図し  
たことであった。ウェクスラーによると、実務家らは、実体的なデュー  
プロセスや国家を犠牲にした契約の自由あるいは経済の破綻へ導くこと  
などのような法的機能を盲目的に支持してきた。起こる必要があるのは、  
より分析の批判的方法を支持するこの「完結した体系」の爆発であった。

増加する問題に直面している最近の実務を正当化する以外に理由がな  
いのであれば、ロースクールがそのような分析の教育の役割を担ってき

たかどうかは、再考する価値がある。たとえば、ある者は容易にカーネギー提言書を読み、ウェクスラーが1930年代に奮闘していた戦いは終わったと言う。コモンロー講座はもはやロースクールで支配的ではないのである。行政法や契約法、商取引法あるいは税法はすべて学生に、裁判所の立場と同じ制定法の資料に取り組むようにさせる。さらに、模範刑法典がほとんどの州の刑法の一部になっただけでなく、模範刑法典は50才を越え、模範刑法典を解釈することで独自のコモンローを作り出してきた。早急すぎて、我々は新たなコモンロー時代に入ったと言うことはできないけれども、州がその一部を採用した個別の州の必要性に応えるために修正したように、模範刑法典が1つの形になってきたということは確かなことである。ウェクスラーのメソッドを受けた学生はそれらの必要性に取り組む準備ができているのか？学生らは、容易に法的な答えを見つける必要があるような判例分析を行いうるのか？そして、ロースクールとりわけ地方のロースクールは、刑法は職業にふさわしくないと支配層の考え方を取るだけの余裕を維持することができるのか？

そのような問題は刑法教員らに特に重要であるような印象をあたえない一方で、ラングデルへのウェクスラーの抵抗の回復は、少なくとも、ある1つのロースクールの講座がどのようにして実務家の見方から離れたのかにつきヒントを与える。他の多くのロースクールの講座にとってこの過程の回復は、カーネギー財団が、大幅なカリキュラムの修正をお膳立する実務からの乖離の問題を発見した説明への次のステップとなる。また、ウェクスラーの回復はまったく別のもの、つまり、ロースクールの理事が、法教育は結局どうあるべきなのかというより広い視野から見ることで、カーネギー提言に反論するのに役立つのである。