

アンジェラ・ハリス／シンシア・リー
(Angela P. Harris and Cynthia Lee)
「批判的な視点からの刑法教授法
(Teaching Criminal Law from a Critical
Perspective)」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（2）——

坂 本 学 史

本稿では、前回（神戸学院法学第44巻3・4号）に引き続き、2009年の *Ohio State Journal of Criminal Law* における「刑法，ケースブック，法学教育」のコメンタリー・シンポジウムの紹介の第2弾として、アンジェラ・ハリス／シンシア・リーの「批判的な視点からの刑法教授法」の概要を紹介することにする。

そこで本論文の概要紹介に入る前に、執筆者の紹介をすることにする。まずアンジェラ・ハリスは、本論文を執筆した当時 UC バークレー大学ロースクールの教授であったが、2011年より現在の UC デービス大学ロースクールの教授となった。彼女は、どのようにして法が、人種や性別、性的関心、身分あるいは能力や個性という別の特徴に基づいて従属関係を強めあるいはそれに挑戦するのかを研究する批判法学研究の領域で幅広い執筆を行っている。彼女は、たとえば UC バークレー大学ロースクールで始めた「環境裁判 (environmental justice)」やバッファローローズ

クールで彼女がその先駆者となった「心に留めておくべきことと専門家のアイデンティティー (Mindfulness and Professional Identity: Becoming a Lawyer While Keeping Your Values Intact)」といった様々な講座を UCデービス大学ロースクールでも開講し教えている。次にシンシア・リーは実務家を経て、1993年よりサンディエゴ大学ロースクールで教員生活を開始し、2001年より現在の、ジョージワシントン大学ロースクールの教授となり、刑法および刑事訴訟法を担当している。彼女らはともに優秀な研究者であることはもちろん、⁽¹⁾前任校で、その卓越した教授法に対し賞を受けた優秀な教育者でもある。

(1) ところで、シンシア・リーは、2013年、同じ *Ohio State Journal of Criminal Law* に「刑法教授法：明確にすること」(Cynthia Lee, *Criminal Law Pedagogy: Making Things Clear*, 10 OHIO ST. J. CRIM. L. 635 (2013).) を投稿した。その中で、リーは次のように述べている。「教員生活をはじめた前任校でその授業評価は肯定的なものばかりで、3年目にはその教授法につき賞をもらったとする。そこでは主にソクラテスマソッドを用いてきた。すなわち、学生らに判例に関する多くの質問をし、質問や議論を通じて関連する原理を学ぶ手助けをしようとしたとする。より言えば、自発性を促し様々な原理の論理的な根拠や政策的な含意に関する議論に時間を費やし、講義はほとんどしない」(*Id.*)と。もっとも、このようなスタイルでこれまで刑法教授をしてきたリーは、2011年に「その方法を変えようと決意した」とする。彼女によると、「ジョージワシントン大学ロースクールでの刑法の評価はこれまでと違って芳しくない」ものであった (*Id.*)。

そこでリーは、同僚との議論や成功している刑法教員(アンジェラ・ハリス)のシラバスを見ることが、別世界を作り出すことになる単純な修正を思いつくのに役立ったとする (*Id.*)。たとえば、同僚の一人は「あらかじめ学生らに対し原理を明らかにしておけば、後により曖昧な政策の議論に喜んで取り組むことになる」と述べた。その同僚は「原理が明らかでないならば、学生らはその原理を理解するのに苦勞するであろうし、原理をほとんど明らかにしない議論を不快に思うだろう」と説明した (*Id.*)。また別の同僚はリーに、学生らが能力(competence)に関心があることを思い出すようにと述べた。ある学生が政策の議論の終わりに手を挙げ、「それで、答えは何ですか」と尋ねる。その学生は、原理が要求することを十分に理解していなければ、今後同じような問題を解けないと感じるの

アンジェラ・ハリス／シンシア・リー (Angela P. Harris and Cynthia Lee)……

また、アンジェラ・ハリスとシンシア・リーは共同して刑法のケースブックである「刑法：判例と資料 (Criminal Law: Case and Materials)」を2005年に執筆し、現在第3版を重ねている⁽²⁾。ところで、本稿で紹介する彼女らの論文は、ケースブック史からケースメソッドに焦点を当てるウォーカー論文⁽³⁾へのコメントが主な目的である。そこで、まず彼女らの

である (*Id.*)。

さらに、刑法ケースブックの共著者のアンジェラ・ハリスのシラバスを見ると、ハリスは学生らに講義のはじめの5～10分間ノートパソコンの使用を許可し、議論の間はノートパソコンを閉じ電源を切るよう指示する (*Id.* at 635-636.)。

そこでこれらの議論などを踏まえて、リーは学生らに、授業の冒頭に原理の簡潔な概要を与え、次にその原理の外形を議論するために、判例や事例を与えることにし、そして学業成績を心配するというよりは、学生らがかぎとなる概念を理解したか確認することに焦点を当てることとしたとする (*Id.* at 636.)。これらの単純な変更は効果観面であったようである (*Id.*)。

このような刑法教授法に対するリーの示唆は興味深いものである。誤解を恐れずに言えば、たとえば初年次学生に対して、とりあえず曖昧なままで(簡潔にその概要を説明するだけにとどまった)原理原則を用いて説明しつつ、詳しくは来年度という積み上げ式のコースデザインというよりは、初年次学生だからこそより明確(正確)に原理原則を説明し、来年度その知識を自由に使えるよう知識を確実に定着させることが重要であるように思われる。その意味では、初年次学生らに対しては観念的な理想像を語るだけに終始するのではなく、教員の側で(その前提として)初年次学生に見合った知識を選別し、その見合った知識を確実に身につけさせることが必要であろう。

(2) Angela P. Harris and Cynthia Lee, *CRIMINAL LAW: CASE AND MATERIALS* 3rd. (2014)

(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). また翻訳紹介として、拙稿「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) —」神戸学院法学44巻3・4号頁がある。

ケースブックの特徴を、彼女らの執筆した刑法ケースブックの序文の言葉⁽⁴⁾を借りつつ確認することによって、本概要紹介論文の視座を設定することにする。

1. アンジェラ・ハリス／シンシア・リー著「刑法：判例と資料」 の特徴

彼女らによると、本ケースブックは他のケースブックと同様、アメリカの実体刑法の基本原則やメソッドを学生らに広めることを目的としているが、3つの点で他のケースブックとは異なっていると⁽⁵⁾する。

まず第1に、本ケースブックは一貫して、実体刑法のカルチュラルな脈略に焦点を当てているとする。その典型的な「カルチャーと犯罪」と名付けられた第15章では、犯罪者や社会あるいは刑事司法関係者の視点から、犯罪および刑罰のカルチュラルな意味合いを検討する場を提供する⁽⁶⁾。加えて、本ケースブックを通じて、彼女らは、実体刑法が（法律家（特に検察官）や刑事司法制度を指揮する裁判官の体系的な要求たる）「法的なカルチャー」かつ我々が生活する社会のより広範なカルチャーの両方によって、どのように具体化されるのかを考える資料を提供するともする。そこでは特に、アメリカのカルチャーが人種や性別、身分⁽⁷⁾あるいは性的な傾向に沿って内面的に分けられる方法をもって検討する。

第2の特徴は、他のケースブックとは異なり、本ケースブックでは公法講座として実体刑法を扱うとする。すなわち、行為要件やメンズレア（主観的要件）のような犯罪の基本要素から、共謀罪（conspiracy）や反自然的性交罪（sodomy）のような各則犯罪や、平等保護条項やデュープロセス条項あるいは残酷かつ異常な刑罰の禁止のような刑法と直接に

(4) Harris and Lee, *supra* note (2) PREFACE at v.

(5) *Id.*

(6) *Id.*

(7) *Id.*

アンジェラ・ハリス／シンシア・リー (Angela P. Harris and Cynthia Lee)……

関係する憲法上の原則まで、多くの刑法と憲法とのつながりを示すのである。⁽⁸⁾さらに、本ケースブックでは、基本的な「裁量のジレンマ」のような市民の生活や自由に対する国家権力の行使によって生じた体系上の問題にも焦点を当てることにもなるとする。⁽⁹⁾

最後に、彼女らは、それぞれの章の冒頭に導入的な記述を入れることや注釈や問題を最小限にとどめることで、学生のみならず教員にとっても融通が利く使い勝手の良いケースブックを作ろうとしてきたとする。⁽¹⁰⁾そして、より多くの実際の背景を読者に提供するために、判例をほとんど修正しないようにしたともする。さらに背景を重要視するために、(可能であれば)被告人に関する付加的な情報や裁判所の立場が示されなかった判例も入れようとした。⁽¹¹⁾

このような特徴をもったケースブックを記したアンジェラ・ハリス／シンシア・リーは、ウォーカー論文に対してどのような反応を示したのであろうか。以下、アンジェラ・ハリス／シンシア・リー論文の概要を紹介することにする。

2. アンジェラ・ハリス／シンシア・リー「批判的な視点からの刑法教授法」

ウォーカー (Anders Walker) は、ロースクールにおける2つの本質的な問題を提起する刺激的で重要な論文を掲載した。それは、法学教育にとってふさわしい目標は何かと、どの方法がその目標にもっとも沿うのかについてのものである。ウォーカー論文は我々に、我々の教科書の目的や刑法教授法に新たな視点から考えるようにも仕向けた。そこで我々はその両目標に対し幾つかのリフレクションを示すことにする。

(8) *Id.*

(9) *Id.*

(10) *Id.*

(11) *Id.*

ウォーカーは、ウェクスラー (Herbert Wechsler) とマイケル (Jerome Michael) による1940年のケースブック「刑法とその運用 (*Criminal Law and Its Administration*)」は少なくとも2つの点で重要であるとした。1つは、ラングデル (Christopher Columbus Langdell) の判例を中心とした教授法への抵抗を示したことで、もう1つは、ウォーカーが、刑法実務の価値について伝えた (または伝えようとした) メッセージのゆえに、彼らのケースブックは重要であるとした。ウォーカーによれば、ウェクスラーとマイケルはニューディール政策支持者であり、「古い考えを新たな事実」に当てはめるのではなく、学生らに法を変えるように思考させようと思図した進歩主義者であった。そして、彼らは、完結したあるいは鎖国的な体系ではなく、社会科学を根拠としたリアリズム法学に力を注いだ。ウェクスラーとマイケルのケースブックは、刑事実務に関するものというよりはむしろ、法改正あるいは政策立案に関するものようであった。そしてこのようにして、彼らのケースブックは、学生らが主席検察官や被告人側弁護人になるための準備をやめることを歓迎する者らによって喜んで受け入れられた。ウォーカーは、テキサス大学法律学教授のスタムバーグ (George Wilfred Stumberg) をその例として引用する。スタムバーグは、ウェクスラーとマイケルのケースブックが「長期にわたる社会的考慮」へ注目したことを賞賛し、現実の刑事実務を「大望のある卒業生」の法的能力を下回るものとして過少評価した。

この歴史は今日の刑法のケースブックや刑法教授法あるいは刑事実務にどんな光を当てるのか? ウォーカーは、今日の学生らは刑事実務に適切には備えていないと示唆する。⁽¹²⁾

(12) ウォーカーによると「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

アンジェラ・ハリス／シンシア・リー (Angela P. Harris and Cynthia Lee)……

ウォーカーの幾つかの前提は確認され検討されるべきであろう。はじめに、ウォーカーは「理論」と「実務」との間にある月並みな相違を思い起こさせる。そこでは、理論的な知識は役立つないので実務家はそれを必要としない、逆に言えば、証拠排除の申立の書き方のような、実務的な知識を必要とするということである。しかし、(教員らに、「政策」から離れて「基礎的法原則 (black-letter law)」を教えて欲しい初年次の学生らにはお馴染みだけでも) その相違は、法学教授法に関する議論においてありがちであるのと同様に意味がない。というのも実務家らは、機械的に、今ある法を新たな事実に対し単純には「適用」しないからである。実務家らは絶えず、新たな方向に法を強いることや、原則に戻るように試みることで救いようがないくらい混沌としてきた理論領域を解明しようとするのも生業としている。これらの詭弁的な動きをするために、実務家らは今ある原則を基礎付ける理論を理解するまたはその理論自体を作り出す必要があるのである。

レヴィーン (Kay Levine) は、カリフォルニア州における法定強姦に関する最近の論文で、ある例を示す。レヴィーンの質的で経験主義的な研究は、1990年代のカリフォルニア州の検察官らが、どの事件を訴追するのかあるいは特定の事件の解決の仕方を彼らが判断することを許容する法定強姦理論を進展させる必要性を見出したということを示す。検察官らは、法定強姦は(性的)搾取犯罪であるとの理論に行き着き、それゆえに彼らは、法定強姦事件を以下2つのパラダイムの内のいずれかに当てはめようとした。すなわち (1)「食べ物にしようとする者 (predator) : 男女間にかなりの年の差があり、結婚する予定がない場合」の場合と (2)「同等の人 (peer) : 同年代の男女であり、長期的な親密

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」とする。(Walker, *supra* note (3) at 219.)

な関係をつくる予定がある場合」の場合に、である。レヴィーンは、検察官らが理論を必要としていた点を除き、この理論に反対する。端的に言えば、「理論」と「実務」は相反するものではなく、むしろ連続したつながりがあるからである。

ウォーカーが言わんとすることは、実体刑法の基本講座は、依頼人の代理人となる能力を学生らに身につけさせることであり、そして特定の法はどうあるべきかにつき学生に考えさせる教育は、このような能力を身につけさせることを目的としないということである。しかし、ほとんどの「実務」刑法の講座でさえ、すぐに刑事実務を行うことができる学生を作り出すことはできなかった。多くのロースクールにおいて、実体刑法は初年次配当科目である。しかしながら、ロースクールが3年制である理由は、初年次だけでは学生らが実務に備えるのに不十分であるということにある。より言えば、実体刑法の講座は学生らに、実務家として必要な知識のごく一部のみを授けるのである。法的な過誤をしないように、学生らは刑法だけでなく、刑事訴訟法や証拠法、法学倫理、公判手続あるいは控訴手続も必要であろう。実際、刑法実務を志向する学生らは、臨床的な状況において、依頼人の代理人となる（指導下での）経験をやる。最後に、十分な準備が整った学生は、公判刑事手続やホワイトカラー犯罪、または連邦刑法のような、応用刑法講座を履修したがる。ますます多くのロースクールがこれらの講座やその機会を提供する。そして、この幅広いカリキュラムを踏まえると、学生らが刑事実務を準備しない点でウェクスラーとマイケルのケースブックを非難することは不必要に辛辣であるように思える。

ウォーカー論文は忘れられた前提も包摂する。すなわち、刑事「実務」は主席検察官や国選弁護人の補助者にさせるだけであるとの前提である。ウォーカーの歴史は、ウェクスラーとマイケルが十分に実務を念頭に置いていたことを示す。しかしながら、彼らの実務理念は、立法的あるいは行政的な仕事を包含する。裁判官と同様、立法者や行政機関職員は常

アンジェラ・ハリス／シンシア・リー (Angela P. Harris and Cynthia Lee)……
時、刑事実務に関わっていないが、彼らは刑事司法体系において欠くことのできない役割を担っている。より言えば、州や連邦の立法者や行政機関職員のほとんどは今日、当然に法実務家として訓練されている。我々は制定法や規則の時代に生きており、そのような時代においては、裁判所の立場を理解するあるいはそこから規範 (rules) を推測するだけでなく、裁判所の立場や起草、立法あるいは行政法規を読み取ることができるようになることが重要である。ここから、我々は立法と行政法を、すべての法実務家の道具箱に加えたのであった。

関連するポイントとして、ウォーカーは、ケースメソッドに親しむことは実務に備えることと同じであると考えているように思える。しかし、ウォーカー自身も理解しているように、アメリカ刑法は現在ほぼ完全に法典化され、多くの州刑法は多かれ少なかれ、模範刑法典を取り込んでいる。裁判所の立場を理解し読み取することは、法実務家にあるべき重要なスキルであるし、今もそうである。しかし、制定法を理解し解釈することも同じように重要である。伝統的なラングデル的なスタイルで、情動に関する7つの判例を理解することは、今日の学生らが連邦の量刑ガイドラインを通じてそれらの考え方を身につけることの準備にはならない。最後に、「政策」に対する何らかの基礎知識は、駆け出しの法実務家にとっても必要である。三権分立や連邦主義、制度的能力 (institutional competence) の理解は、修正第8条の残虐かつ異常な刑罰条項が不均衡な刑罰の無効を包摂しているかどうか、あるいは裁判官はどの程度、被告人が国政に関する事件で緊急避難抗弁を持ち出すことを許容するのかについての理解にとって必要でありその議論に有益に寄与するのである。

我々は、ウォーカーが歴史から導き出そうとする結論に反対であるが、彼が現在の刑法教授法あるいは我々のケースブックに有益なヒントを与えていると考える。我々のケースブック「刑法：判例と資料」は、「善良で繊細で知覚し社会的な意識のある市民」を作り出すための刑法を教

えるために執筆したケーディッシュ (Stanford H. Kadish) の娘, すなわちウェクスラーとマイケルの孫娘となる。ウェクスラーとマイケルのケースブックと同じように, 我々のケースブックは各論点に対しほとんど判例を入れていないし, ケーディッシュのケースブックと同じように, 我々は, ローレヴューの論文や専門書あるいは他の判例以外の資料からの引用という形で, これらの判例に評釈を付ける。また我々のケースブックは, ウェクスラーとマイケルとは違った方法で, リアリズム法学者の伝統を受け継ぐ。リアリズム法学者はもともと, リアリズム法学者らがラングデル的な法的推論における超越的に無意味なものとして理解したことを批判する者らを酷評していたが, 彼らには, 法学研究をその当時の (心理学や経済学を含む) 急成長を遂げた社会科学へと広げる意図があった。純リアリズム法学は, その批判的な計画が (第二次世界大戦が取った) 愛国心を蝕んでいるとの非難によって消滅したけれども (この点で, ウェクスラーとマイケルのケースブックはともかくも「スターリン主義」を支持していたとのパウンドの示唆は魅力的である), 少なくとも2つの, 法学研究での現在の風潮となる種を残した。その計画の肯定的な部分は, 20世紀後半, 法と経済学 (law and economics) と法と社会学 (law and society) の両方に広がった。その計画の批判的な部分からは, (フェミニズム法学や批判的人権論と同時に現れた) 批判法学研究が生まれた。

今日の刑法のケースブックを概観すると, この遺産の内, 何が残っているのか? 我々は, ウォーカーがこの歴史の主な遺産は実体刑法に関する現代のケースブックにおける模範刑法典の卓越性であるとしたことは正しいと考える。その時代, ウォーカーが示唆するように, 模範刑法典は, 20世紀中に社会科学の中に位置づけられる刑法をもたらそうとした進歩主義世代の願望をカプセルに詰め込んでいた。しかしながら, 今日, 模範刑法典の意義は変化してきている。たとえば, 我々のケースブックにおける模範刑法典の実用性はなお, コモンロー原則に挑戦することに

アンジェラ・ハリス／シンシア・リー (Angela P. Harris and Cynthia Lee)……ある。メンズレアのようないくつかの領域において、模範刑法典は学生らをもその明確で不変の定義の裏付けをもって引きつけるが、性的暴行のような別の領域では、埃のかぶった時代遅れのものに見えるようになる。より重要なことは、模範刑法典が多くの州の刑罰法規に取り入れられてきた今日、もはや現行法にとって代わる大胆な「政策」はないが、異なる形式の現行法はある。

この程度で、今日の実体刑法の教授はおそらく、「どうあるべきか」の代わりに「どうなのか」を教授する際、ウォーカーの歴史が示唆する以上により一層、伝統的で基本的なものとなる。カハン (Dan Kahan) やケイティヤール (Neil Katyal) あるいはメアーズ (Tracey Meares) のような研究者らは、ウェクスラーとマイケルの立場を受け継ぐ刑法教授法において新たな動きを求めてきた。カハンやケイティヤールあるいはメアーズによると、刑法は行動経済学や認知心理学における新たな発見と並行して教えられるべきである。彼らは正しいが、今日のほとんどのケースブックはこれをしない。

我々のケースブックには、リアリズム法学を受け継ぐ別の分野にある借りを返す義務がある。我々のケースブックの前提は、実体刑法が表出活動であるということである。つまり立法者らは、刑法の大部分を（彼らが考える）ある一定の種の行動での道徳的な侵害を反映するようにするのである。より言えば、表出活動としての実体刑法は必然的にカルチャーと絡み合い、そしてアメリカのカルチャーは、人種や性別、性的傾向あるいは身分を基礎とする従属関係が入り混じっている。この視点に基づく刑法は、「我々 (us)」と「彼ら (them)」とを区別するあるいは彼らを処罰するために州の権力を用いる際に機能する。

従属関係がすぐに分からない場合でさえ、カルチュラルな伝統は、実体刑法を生み出す規範を具体化する。たとえば、「激情による」殺害行為と「冷静な」殺害行為との違いは、アメリカのカルチャーあるいはより一般的には、大陸的なカルチャーを中心とする理性と激情 (passion)

との違いに由来する。自発的な酌量が無罪を証明することになるかどうかの問題の内実は、飲酒運転に対する社会的許容性における最近の変化により影響されたカルチュアな問題である。また（国のあちこちで公共の場で正当防衛の主張を裏付けるために規定された）「理由となる法を示しなさい」とすることの正当性は、自立や自尊心に対するアメリカのカルチュアな価値と絡み合う。そして、民族的な移住者に対する「カルチュアな抗弁」の議論は、アメリカ刑法にあるどの日常的な原理がその地域での「カルチュアな抗弁」となるのかの問題を生じさせる。

我々のケースブックの理論、あるいは我々の教授法の目標は明らかに、ウェクスラーとマイケルの遺産を活用する。我々は、学生らが法とは何であるのかを学ぶのではなく、法がそうあるべきかどうか、そしてそうでないならば、法はどう変えられるべきかを批判的に思考するようになってもらいたい。我々は率直に、裁判官が言う理想と現実との矛盾あるいは法的理由付けにより与えられた自由の程度を学生らが理解できるようになるためにリアリズム法学の伝統を活用する。我々は平等の理念や法の支配に対する学生らの言質を共有する。しかしながら、我々は、これらの言質が専門的な訓練を妨げることになるとするウォーカーには反対であり、むしろ向上させるものであると考えるのである。