

南アフリカ共和国の刑事法

ダニエル・W・モルケル
洲 見 光 男 訳

- | | |
|---------------------------|-------------------|
| A 刑事法の歴史と法源 | 7 わが国の現在の刑事法とその法源 |
| 1 はじめに | 8 歴史的方法の重要性 |
| 2 ローマ法 | 9 イギリス法の影響 |
| 3 西ヨーロッパへのローマ法の普及 | 10 ドイツ刑事法学 |
| 4 ローマ法系オランダ法とその著作者 | 11 基本権の影響 |
| 5 ケープ (Cape) の法 | B 若干の結論 |
| 6 共和国, ナタール, そして, 後の南アフリカ | |

A 刑事法の歴史と法源

1 はじめに

南アフリカにおける普通法 (common law) (換言すると、議会およびそれより下位の立法機関による立法に含まれていない法準則) は、ローマ法系オランダ法 (Roman-Dutch law) である。わが国の普通法の起源は、ローマ法が発展し始める今から2500年前頃にまでさかのぼることができる。そこで、ローマ法系オランダ法制に対する正確な理解を得るには、その起源と歴史的発展を概観することが必要となるわけである。以下の説明は、わが国の刑事法の歴史の主要な特徴を素描するものにすぎない。

2 ローマ法

紀元前450年頃に編纂された12表法は、違法行為の処罰に関するローマ人の最初の真の法源であると考えられる。共和政の末期ころ、一定の禁止された行為とそれに対する刑罰とを規定した法律が多数制定されたが、これらの法律から、不法行為訴訟を提起しうるにすぎなかった侵害（transgressio）と対比され、後に「公的犯罪」（*crimina publica*）として知られるようになるものの大部分が誕生した。こうした法律の中でもっとも重要なものは、スツラによって紀元前81年に制定されたコルネーリウス諸法として知られているものである。アウグストゥス帝の時代には、ユーリウス諸法が制定・追加された。

コルネーリウス諸法およびユーリウス諸法の制定から、ユースティニアヌス帝による「ローマ法大全」（*Corpus Iuris Civilis*）の編纂に至るおよそ500年間に、今日であれば刑事事件と考えられる事件が、特別の裁判所や都市長官（*praefectus urbi*）、夜警長官（*praefectus vigilum*）といった帝国官吏の裁判所で、ますます多く審理されるようになった。訴追者は、もはや私人たる市民ではなく、国家の官吏であった。これらの新しい帝国の裁判所の官吏によって処罰しうる違法行為としての「特別犯罪」（*crimina extraordinaria*）という観念が発達したが、これも、特別犯罪が古い法律において主役を演じたわけではないものの、重要なことであった。特別犯罪には、公共の安全を害する行為、帝国の体制や植民地の慣習法に反する行為、さらには、かつては「私的犯罪」（*delicta privata*）にすぎないとみなされていた行為が含まれていた。ユースティニアヌス帝の時代までには、たとえば、窃盗（*furtum*）や財産に対する不法侵害（*damnum injuria datum*）といった行為について、——不法行為訴訟は依然として行われていたとはいえ——国家による処罰が可能となった。国家により訴追、処罰された違法行為は、「犯罪」（*crimen*）ということができる。

ユースティニアヌス帝は、527年から565年の間、東ローマ皇帝の地位にあったが、散在していたローマ法の法文の編纂を命じた。これが、後にローマ法大全として知られるようになるものである。ローマ法大全は、①「法学提要」（*Institutiones*）および②「学説彙纂」（*Digesta*）、③「勅法彙纂」（*Codex*）、④「新勅法」（*Novellae*）の4つから構成され、刑事法は、主に「学説彙纂」48巻および49巻と『勅法彙纂』9巻で論じられている。

3 西ヨーロッパへのローマ法の普及

ユスティニアヌス帝の治世に続く500年間は、ローマ法に対する関心は、散発的なものにとどまったが、11世紀になると、ローマ法研究は、イタリアのボローニャで復活することとなる。註釈学派が現れ、法文、とくに「学説彙纂」の余白に簡潔な説明である「註釈」(glossae)を書くことをこととしたのである。有名な注釈学者として、アーツォとアックルシウスの名前を挙げることができる。

ユスティニアヌス帝により編纂され、イタリアの法学者により受容されたローマ法は、徐々に西ヨーロッパ全土にまでその影響を及ぼし、ついにはヨーロッパの「普通法」(ius commune)となった。ローマ法が到来する以前にゲルマン諸部族の間で適用されていた刑法には、12表法制定以前のローマ法を思い起こさせるところがある。

オランダにおけるローマ法の継受は、13世紀後半頃から16世紀末の間に行われた。大学の設立は、西ヨーロッパにおけるローマ法の普及に大きく貢献した。オランダでは、1425年にロヴェーン大学が、1575年にはレイデン大学が、それぞれ設立された。刑事法に関する書物を著した初期のオランダの法学者に影響を与えたのは、ガンディナスといったイタリアの註釈学者ではなかった。カール5世によりドイツで制定された1532年の重要な刑事法典も影響を及ぼした。これは、『実刑の刑事裁判法規』(Peinliche Gerichtsordnung)という名称のものであるが、『カロリナ刑法典』(Constitutio Criminalis Carolina (CCC))というラテン語の名前の方でよく知られていた。この法典は、刑事手続に関する規定を中心として構成されいたが、オランダの法学者は、これを重要な典籍 (authority) と考えた。

4 ローマ法系オランダ法とその著作者

ローマ法系オランダ法として知られている法制は、オランダにおけるローマ法の継受およびローマ法と現地の慣習法との融合から生じたものである。この法制の内容を確かめるには、まずもって、以下に述べる偉大なオランダの法学者たちの著作にあたらなければならない。こうした著作のほか、判例集と法についての法学者の意見を集めたもの(若干)が存在する。刑事法に関する書物を著したもっとも注目すべき法学者は、次のとおりである。

(a) ヨースト＝ダムハウデル (Joost Damhouder, 1507-1581)

『刑事事件実務』(Praxis Rerum Criminalium)は、1554年に発行された。本書は、『刑事事件の実務』(Practycke in Criminele Saken)という書名でオランダ語の翻訳がでたが、フランス語とドイツ語にも翻訳され、非常に有名となった。

(b) アントニウス＝マテウス (Antonius Matthaeus, 1601-1654)

多くの法律家を輩出した最も有名な家族の一員であり、彼が著した刑事法に関する有名な書物は、『犯罪について』(De Criminibus)である。本書は、学説彙纂47巻および48巻の註釈を中心に構成されている。ローマ法系オランダ法の法学者の手になる刑事法に関する書物の中で、最良のものとみる学者もある。

(c) モールマン (Moorman, 1696-1743)

『犯罪と刑罰に関する著作集』(Verhandelinge over de Misdaaden en der selver straffen)を著した。

(d) ファン＝デル＝ケーセル (Van der Keessel, 1735-1816)

多くの書物を著したが、そのうちの一つである『学説彙纂講義』(Praellectiones in Libros XLVII et XLVIII Digestorum)——『刑事法講義』(Praellectiones ad lus Criminaale)としても知られている——は、レイデン大学での刑事法の講義を内容とする。最近まで手書きによる翻訳本が何冊か存在したにすぎなかったが、1969年から1978年の間に、バイナード (Beinard) およびファン・ヴァルメロ (Van Warmelo) 両教授による英訳をつけたものが出版された。

(e) ファン＝レーヴェン (Van Leeuwen, 1626-1682)

『ローマ法系オランダ法』(Het Roomsche Hollandsche Recht)と『裁判所監察論』(Censura Forensis)の2冊の有名な本を書いた。刑事法は、前者の4編32章から38章で扱われている。

(f) フーベル (Huber, 1636-1694)

『現代の法律学』(Hedendaegse Rechtsgeleerdheyd)と『ローマ法大全講義』(Praellectiones Iuris Civilis)を著し、刑事法は『現代の法律学』の6編で論じている。

(g) ヨハネス＝フォエット (Johannes Voet, 1647-1713)

彼のもっとも重要な著作は、『学説彙纂註解』(Comentarius ad Pandectas)であり、刑事法は、その47編と48編で論じられている。ローマ法系オランダ法に関する書物を著したすべての著者の中で、おそらくもっと

も有名で影響力のある法学者である。

(h) ファン＝デル＝リンデン (Van der Linden, 1756-1835)

『裁判官および実務家、商人のためのローマ法系オランダ法入門』
(Regtsgeleerd, Practicaal, en Koopmans Handboek) を著した。

5 ケープ (Cape) の法

1652年4月、オランダ東インド会社のヤン＝ファン＝リーベックは、オランダ艦船に新鮮な水や食糧を供給し、疲れた乗組員を上陸させるための基地を建設するようにとの指示を受け、ケープの浜に降り立った。オランダ東インド会社は、オランダ政府の特許の下に運営されていた。ケープで適用された法制がローマ法系オランダ法であったことに、疑問の余地はない。

ケープが、1795年に初めて、そして1806年に再び、イギリスの植民地となったとき、イギリス法が、普通法として、ローマ法系オランダ法にとって代わることはなかった。イギリス法による統治は、「CalvinおよびCampbell対Hall」判決で宣明されたように、「征服された国の法律は、征服者によって変更されるまで、効力を持ち続ける」というやり方で行われた。イギリス当局は、一時期、ローマ法系オランダ法に代えてイギリス法を採用しようと考えたことがあったが、それは実現しなかった。イギリス法は、19世紀に、当時行われていた法に対して広範囲にわたる影響を与えた。とくに刑事法が、とりわけ訴訟法を通して影響を受けた。イギリスの証拠法が適用され、1813年の布告によって、すべての訴訟手続は公開の法廷で行わなければならない、ということになった。陪審制度が導入され、新しい最高裁判所が、1827年に最初の司法憲章 (Charter) によって設置された。1828年には、新しい刑事訴訟法が施行され、その中で、イギリス法から引き継がれた一定の新しい犯罪が初めて登場した。一般的に言ってローマ法系オランダ法の下で処罰可能であった行為が、19世紀には、新しい犯罪の名称の下に処罰される、ということがしばしば行われた。そうした「新しい犯罪」として、たとえば、加重暴行 (特定の犯罪を犯す意図をもって、あるいは、身体に重大な傷害を加える意図をもって、犯す暴行)、犯罪を犯す意図をもって家宅に侵入すること、贓物を情を知って收受すること、過失致死、詐欺 (「卑劣な詐欺的行為」(stellionatus) と「偽造罪」(crimina falsi) という古い犯罪が結合したもの) がある。裁判官は、1873年以前はすべてイギリス法曹界から任命されていたが、その年以降は地元の法曹実務家から任命されるようになった。もっとも、地元の法曹実務家といって

も、彼らはすべて、イギリスで教育を受けた者であり、法廷で使用された言語は、英語であった。

イギリス法は、当時行われていたローマ法系オランダ法制の刑事法に浸透していったが、これは、多くの点で不可避なことであったし、また、歓迎すべきことでさえあったのである。普通法には、ある種の点で欠点があった。様々な著者によるローマ法系オランダ法の解説には、矛盾しているところがあり、犯罪について曖昧な叙述が多くみられたが、これは、著者が、犯罪の構成要素よりも、犯罪に対する刑罰により大きな関心を寄せていたからである。きわめて少数の法曹実務家しか、ラテン語を正しく読み理解することができなかったことは、こうした問題を一層深刻なものとした。

6 共和国、ナタール、そして、後の南アフリカ

開拓者 (Voortrekkers) は、1836年、ケープ植民地からの移動を開始し、後にナタール (Natal)、オレンジ自由国 (Orange Free State)、トランスヴァール (Transvaal) として知られるようになる地域に定着した。ケープ植民地の場合と同様、ローマ法系オランダ法が、これらの地域における普通法として採用された。

トランスヴァールおよびオレンジ自由国の二つの共和国がイギリスによって征服された後、1902年の布告によって、これらの新しいイギリス植民地における普通法は、ローマ法系オランダ法であるべきことが確認された。1910年、4つに分かれていた植民地は統合されて、南アフリカ連邦が成立したが、その際、連邦を成立させた1909年の南アフリカ条例 (South Africa Act) ——イギリス議会によって制定されたもの——が、南アフリカにおける普通法として、ローマ法系オランダ法に取って代わるということはなかった。それどころか、アフリカ条例の135節は、「連邦樹立時において……植民地で効力を有していた法律はすべて、引き続き有効である……」ことを確認していたのである。20世紀 (1961年および1983年、1994年) に、南アフリカで生じた憲法体制上の変化はいずれも、南アフリカにおける普通法はローマ法系オランダ法であるという基本原則に何ら変更を加えるものではない。

7 わが国の現在の刑事法とその法源

そこで、現在の刑事法とその法源を位置づけると、ローマ法系オランダ法が南アフリカにおける普通法であるが、我が国の普通法は、刑事法を含め、イギ

リス法により、立法により、そして次に論じるヨーロッパ大陸からのある種の影響により、大きな修正を受けてきている、ということになる。

わが国の刑事実体法は、刑事手続法と異なり、法典化されておらず、また、近い将来法典化されることになるとも思われない。南アフリカ議会は、今日まで、1977年の刑事訴訟法（法律51号）の77節から79節において、精神病の抗弁に関する規定を設けたことを重要な例外として、刑法の一般原則について沈黙してきた。殺人、暴行、強姦、窃盗のようなもっともよく知られている犯罪は、制定法に規定されておらず、したがって、こうした犯罪の成立要件は、普通法に見い出さなければならない（もっとも、南アフリカ議会は、たとえば、道路交通、薬物、安全保障に関して、非常に多くの制定法犯罪を設けることもやってきた）。

刑事法を解釈し発展させる点で裁判所の果たす役割は、きわめて重要である。ヨーロッパ大陸ではそうでないが、南アフリカでは、イギリスにおけると同様、「先例拘束性の原則」(stare decisis) が認められている。これによると、下級裁判所は、原則として、法律問題について、上級裁判所の示した解釈に従わねばならず、最高裁判所の上訴部 (appellate division) も、同様に、同部によって前に示された解釈に拘束されるのである。そこで、今日、法曹実務家が、ある特定の法律問題について、普通法（議会の法律およびそれより下位の機関の立法に含まれていない法準則）を発見したいと思った場合、たとえば、マテウスやフォエットの古い権威書を紐解く必要はほとんどない。普通法上の規則や原則のうちもっとも重要なものは、そのほとんどすべてが、何年にもわたって判例において適用され詳しく説明されてきているからである。

以上から、刑事法の法源は、三層をなしているといえる。①立法、②裁判所の判決、③普通法を記録している古い著作、たとえば、ローマ法系オランダ法学者たちの論文の三つの層がこれである。後の二つの法源、すなわち、裁判所の判決および古い著作は、ある特定の問題についての立法が存在しない場合のみ参照される。

南アフリカの刑事法の発展に重要な影響を与えたものとして、ローマ法系オランダ法、イギリス法、そして、ドイツ刑事法学の三つを確認することができる。

8 歴史的方法の重要性

ローマ法系オランダ法学者による著作が南アフリカの刑事法に与える影響

は、小さくなってきている。その理由は、第1に、わが国の裁判所は、19世紀あるいは18、19の両世紀に、古い法源から得られるだけの叡知 (wisdom) をすべて獲得してきたということ、第2に、今日の科学技術の時代に生きる私たちのニーズや抱える問題は、2、3世紀前と比べて、多くの点で著しく異なっているということである。

9 イギリス法の影響

イギリス法がわが国の刑事法に強い影響を与えたこと、とくに19世紀に及ぼした影響については、すでに述べたが、とくに、犯罪の名称、犯罪相互の関係、そして、犯罪の成立要件について、イギリス法の影響が顕著にみられる。これに反して、イギリス法が刑法の一般原則に与えた影響は、それほど大きくはなかった。たとえば、「違法性」や「正当化事情」、「責任能力」、「未必の故意」といった概念は、イギリス法には存在しないのである。

10 ドイツ刑事法学

「刑事法学」という用語は、ここでは、ドイツ語の“Strafrechtswissenschaft”, アフリカーナの言葉でいう“strafregwetenskap”にあたるものとして用いている。こうした用語は、英語に直訳するのが非常に難しい。これに相当するもう一つの利用語としては、“the science of criminal law”があるだろう。

11 基本権の影響

南アフリカ共和国の新憲法は、1994年に発効したが、これによって、わが国の法は、刑事法を含め、新しい局面を迎えることとなった。それは、同憲法第3章が、いかなる制定法によっても、また、普通法から派生するものを含むいかなる法準則によっても侵害されることのない基本権を定めているからである。基本権を侵害する制定法・法準則は、憲法に違反するものであって、裁判所、とくに、憲法によって新設された憲法裁判所は、これを無効と宣言することが許されているのである。これらの基本権が、将来南アフリカ法の性格に顕著な影響を与えることになるであろうことは、——刑事実体法への影響は、刑事手続法に対するほど広範囲にわたるとは予想されていないとはいえ——疑いがない。

B 若干の結論

- (1) 南アフリカの刑事法は、ローマ法系オランダ法とイギリス法が相互に融合した「混成的な」法制である。
- (2) イギリス法の影響は、刑事責任に関する一般原則についてより、普通法犯罪の分類・定義について、かなり大きな影響がみられる。
- (3) わが国の刑事法は、母法であるローマ法系オランダ法とイギリス法の両法制より強靱である。裁判所は、混沌としたローマ法系オランダ法の刑法を秩序づけ、犯罪の定義などについてみられるイギリス法の詳細さ、厳密さといったものを導入することにより、刑法を強固なものとした。同時に、わが国の裁判所は、イギリス刑法が犯罪を細分化して、重なり合う犯罪を多く生み出してきた点を含め、イギリス刑法のもつ奇異なところを大部分排除し、さらに、刑事責任について、イギリス法より、論理的で首尾一貫した、公正な一般原則を作りだしてきた。
- (4) わが国の刑事法制は、比較法的法源を差別的かつ賢明に利用することができるという点に、その強みがある。南アフリカ法は、その混成的な性格から、きわめて多様な法制からの寄与を受けることができるのである。刑法の分野において、英米法がこれまで一定の犯罪の解釈に大きく寄与してきたこと、それゆえ、今日でもそれが可能であることは、明らかである。主として先例に基づいて裁判が行われる法域、すなわち、イギリス、アメリカ、スコットランド、英連邦の各法域における判例集や論文、雑誌は、弁護士、裁判官、学者にとって貴重な助けとなるものである。さらに、英米刑法の非常に功利主義的な理論は、犯罪化および犯罪者の処罰に伴う社会的コストに対する私たちの感受性を高めてくれる。

わが国の刑法が、とくに責任の一般原則に関して、ヨーロッパの法律学からこれまで多くを得てきたこと、そして、今日でもそれが可能であることも、明白である。この点で、責任への科学的・理論的アプローチを検討する論文は、成文法主義をとるヨーロッパの国々の裁判所の判決よりいっそう重要であろう。また、ヨーロッパの法制は、刑法を実利主義的・功利主義的にとらえる英米の法制と比較的距離を置いているので、刑罰を科せられる個人のした有責な意思決定に関する精巧で科学的裏付けのある諸原則の必要性をも南アフリカ法に教えてくれるのである。

翻訳に当たっての主要参考文献：

- (1) 真田芳憲「20世紀におけるローマ法の現代的慣用——南アフリカ共和国において——」比較法雑誌6巻1=2号135頁以下（1968年）
- (2) 中原精一・アフリカ憲法の研究（成文堂，1996年）