

19世紀南アフリカにおけるローマン・ダッチ・ローの注目すべき存続について

レーナ・ファン・デン・ベルク*

1 導入

南アフリカの法システムにとって1795年から1902年までの期間は、大変興味深くかつ重要である。本稿ではこの時期について以下の事項を検討する。この時代の歴史的背景、南アフリカの諸共和国と諸植民地における法制度と法実務、ローマン・ダッチ・ロー Roman-Dutch law とイギリス法 English law** との緊張関係、イギリス法の強い影響の理由、ローマン・ダッチ・ローの思いがけぬ存続に寄与した要因、この時期から始まった法典化、そしてローマン・ダッチ・ローの現在である。これらの考察を通して、なぜ、そしていかにしてローマン・ダッチ・ローが、この困難な時期を乗り越えて生き残り、今もなお南アフリカのCOMMON・ローであるとされているかが理解されるようにしたい。

2 歴史的背景

1652年ヤン・ファン・リーベクは喜望峰にオランダ東インド会社の商船のための中継地を建設した。この時期のケープ地域はコイ族がまばらに住んでいるだけであった。彼らは読み書きができなかったから、書かれた法はなく、唯一存在する法は口承によるものだった。オランダ人とともに、ローマ法の影響を強く受けた、ホラント州の法がもたらされた¹。この裕福で勢力ある州の法は、東インド会社の事を処すのに重要な役割を果たした²。南アフリカに持ち込まれたこのローマ法の影響は、ヨーロッパ大陸法の伝統に属するものである。17世紀オランダに通

* Professor Rena van den Bergh

Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa

**[訳注] 南アフリカに対するスコットランド法の影響も考慮し、本訳稿ではスコットランドも含めた意味での「イギリス法」と訳しておく。ただし本文に見るように、法曹学院のもつ重要性等、イングランド法の比重は大きい。以下、Englandについても同様に、特にイングランドに限定して解釈すべき箇所を除いて原則としてイギリスと訳した。

¹ Hahlo & Khan *The South African Legal System and Its Background* Juta Cape Town (1973) 572. See further Gibson *Wille's Principles of South African Law* (1970). 同書39ページは、「当時のオランダで通用した法の一般原則と法規範は、慣習、立法、法律書、判決のいずれの形をとるものであれ」導入された、と述べている。かくして、1652年にホラントで通用していた一般法も、1652年から1806年までの間にホラントで確立した法も、ケープで受け入れられた。東インド会社は商事会社であるので、オランダ「商法」（ローマ法に堅固な基礎を置く）がこの中継地の最初の法であったことも銘記すべきである。Cf also Thomas “Harmonising the law in a multilingual environment with different legal systems: Lessons to be drawn from the legal history of South Africa” 2008 (14-2) *Fundamina* 134.

² 1621年3月4日付の17人会書簡は総督とインド参事会 Council of India にホラントの法 laws and statutes をいくつかの点について遵守せよと命じている。See Hahlo & Khan (n 1) 572 n 32; De Wet “Coen, die Engelse en die Politieke Ordonnansie” 1957 (20) *THRHR (Journal of Contemporary Roman-Dutch Law)* 237-238.

用したその法は、大陸の人文主義の強い伝統とローマ法の現代的慣用によって頂点に達したユース・コムーネのオランダ版であった。オランダの法制度はケープにしっかりと根づき、ローマ法の伝統の継続の基礎を提供することとなる。

南アフリカのイギリス時代は、1795年の最初の占領に始まり³、(1803年から1806年までの短い断絶を挟んで⁴) 1910年の南アフリカ連邦成立まで続くことになる。

しかし、オランダ人は、彼らの制度の多くが変更されることを嫌い、イギリスの統治を歓迎しなかった。さらに、植民地の東端での入植活動は、より危険なものとなっていた。そこで彼らは北へと移動していく。1835年から1843年までの間に約1万2千人のオランダ人がケープ植民地を離れていった⁵。この大移動（グレート・トレック1835年-1848年）を経て、1838年にはその多くはナタールに定住していた。

しかし、イギリスがナタールを1843年に併合する⁶と、再びイギリス人の支配を逃れて、さらに移動が行われた。原住民諸部族との戦闘も交え、あちこち動き回った末に、イギリスによって独立が認められ、二つのボーア人の独立共和国が誕生した。すなわち南アフリカ共和国（1852年）⁷とオレンジ自由国（1854年）⁸である。ボーア戦争（1899年-1902年）の後、ボーア人の共和国は消滅し、1909年南アフリカ法の下で南アフリカ連邦が成立する。従来の四つの地域の法—イギリス法、ローマン・ダッチ・ローの権威的著作の翻訳、そしてドイツ・パンデクテン法学—にその主たる基礎を置く「新しい」南アフリカの法制度が、その後発展していく⁹。

3 ケープ植民地、ナタール、ボーア人の共和国における法制度と実務

3.1 ケープ植民地

ケープ植民地に関しては、1795年と1806年の占領条項および1814年のイギリス、オランダ連邦間の条約は、植民者 colonists は宗教を含め、当時享受していたすべての特権を変更せずに保持するものと定めた^{10, 11}。さらに、商業に関し、また財産と人身の安全に関して同様の便宜、特

³ See Eybers “Introduction” in *Select Constitutional Documents Illustrating South African History 1795-1910* (1918) (Document 3 at 3 on “The first surrender of the Cape to the British” (Articles of Capitulation) dated 16 September 1795).

⁴ 1803年2月21日ケープはProclamationによってオランダに取り戻された(Eybers (n 3) (Document 10) at 13-14)。そして1806年1月10日には、ケープ・タウンは再びイギリスによって征服され(占領条項 Articles of Capitulation について Eybers (n 3) (Document 11) 14-15ページを見よ)、1814年にロンドン条約によりイギリス植民地とされた(イギリスとオランダ連邦との間にかわされた1814年8月13日付のこの条約については、Eybers (n 3) (Document 16) 19-23を参照)。

⁵ Davenport *South Africa. A Modern History* (1991) 44-48.

⁶ See *infra* at 3. 2.

⁷ See *infra* at 3. 3.

⁸ See *infra* at 3. 4.

⁹ Thomas (n 4) 145.

¹⁰ 1795年占領条項第7条(Eybers (n 3) (Document 3 at 3)). これは、征服地の法は征服者によって変更されるまでは有効であるという国際法に則っている。この準則は *Campbell v Hall* 事件のマンズフィールド卿の意見を通じてイギリス法の一部となった(the decision of Lord Mansfield in *Campbell v Hall* (1774) 1 Cowp 204, 98 ER 1045 at 209, 1047). See further Hahlo & Kahn (n 4) 575; Botha “The early influence of the English law upon the Roman-Dutch law in South Africa” 1923 (40) *SALJ* 397; Cairns “The development of comparative law in Great Britain” in Reimann & Zimmermann *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2006) at 134 (ケアンズは次のよ

権、保護が保障された¹²。

フィッシュ川西岸に好戦的なコサ族を押し留めておくための障壁となるべく、1820年に5千人のイギリス人入植者がイギリスからもたらされた¹³。ケープ植民地を防御しようというこの試みは、土地が農業に適していなかったため成功しなかった。数年の内に、入植者は割り当てられた土地を棄て、ポート・エリザベスやグラハムズタウンといったケープ東部の町に移り住んだ。1820年の入植者は、入植地の法制度、すなわちローマン・ダッチ・ローが自分たちに馴染みのないものであることに甚だ不満を覚えた。さらに、裁判にあたったのは法的なトレーニングを受けていない普通の役人だった。入植者たちはイギリスの自由と彼らの慣れ親しんだ制度を求めて動き始めた。これにはそれなりの対応がもたらされた。

ケープのイギリス政府はケープの共通法 common law としてローマン・ダッチ・ローを保持することを決めたが、それが徐々にイギリス法に変わっていくことを奨励した¹⁴。このことは1827年の第一司法チャーターおよび1832年の第二司法チャーターによって確認されている¹⁵。それにもかかわらず、一般的にはイギリス法とイギリスの諸制度へと向かう方向が認められた。

1827年の司法チャーターは従前の司法委員会 Council of Justice を最高裁判所に置き換え、資格を有し、テニユアを保障された裁判官をそこに配した¹⁶。オランダ人が採用した通常の役人による裁判所は廃止され¹⁷、彼らに代わって常駐の司法官が置かれたのである¹⁸。陪審制度を含むイギリスの手続法と証拠法が、枢密院 Privy Council への上訴とともに導入された¹⁹。1830年の Ordinance 第72号は、証拠法はイギリスの実務と一致すべきことを定めた²⁰。また、初期のケープにおける会社、商業手形および倒産に関する立法は、南アフリカ法のその後の形を決めるものであったが、イギリスの対応する立法を基礎としていた。ケープ一般法修正法 Cape General Law Amendment Act²¹は、海商および海運法、火災・生命・海上保険、船荷証券に関

うに述べる。イギリス法は、自治権を広汎に与えられた植民地に輸出され、イギリスは現地の既存の共通法を通常は保存した。帝国はこのようにしてローマン・ダッチ・ロー他の支配する植民地も含むこととなった。)。 See further Williams “Roman-Dutch law” 1909-1910 (19) *Yale LJ* 156.

¹¹ Eybers (n 3) (Document 11) at 15. Further De Wet “Die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika na 1806” 1958 *THRHR* 239; Botha (n 10) 396-397.

¹² Eybers (n 3) (Document 16) at 20.

¹³ McCall Theal *History of South Africa [1795-1834]* (1891) 226ff, 428-429; see also Davenport (n 5) 38-41.

¹⁴ See Letter from Viscount Goderich to the Governor at the Cape dated 5 August 1827 as discussed by Botha (n 10) at 403-404. Further De Wet (n 11) 239-240.

¹⁵ Hahlo & Khan (n 1) 575. See also Eybers (n 3) (Document 76) at 116 quoting from The Royal Charter of Justice (4 May 1832). 1832年の司法チャーターはその第31条で、最高裁判所は「現在有効な法律と今後作られる法律に従って裁判する」と定める。

¹⁶ Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1983) 451.

¹⁷ Ordinance 33 of 1827 は従来の *Landdrosts* と *Heemraden* の会議体を廃止した。

¹⁸ Hahlo & Khan (n 1) 577.

¹⁹ Hahlo & Khan (n 1) 577. ジョン・ヴェッセルズ卿によれば (John Wessels, “The future of Roman Dutch law in South Africa” 1920 (37) *SALJ* at 275)、枢密院の裁判官は通常イングランド法あるいはスコットランド法に精通した法律家たちであった。ローマン・ダッチ・ローに関する事件を決するときは、その場その場で同法制度について調べなければならなかった。もちろん理想としては、枢密院がローマン・ダッチ・ローの知識を十分に有することが望まれたが、当時イングランドで活動している法廷弁護士にそのような人材はほとんどいなかった。枢密院の判決は、その内容が正しいにせよ誤っているにせよ、南アフリカの裁判所にとっての法を確立することになる。誤っている場合は、将来おそらく南アフリカで問題を生み出すことになるだろう。 See also Cairns (n 10) 134.

²⁰ Hahlo & Khan (n 1) 577.

²¹ Act 8 of 1879.

するあらゆる問題にはイギリス法が適用されるものと定めた。イギリス法はまた、無体財産権法の分野を支配するところとなった²²。

様々な要因がイギリス法を利するところとなったが、そのうちのいくつかを挙げよう。裁判官と弁護士の大部分はイギリスでトレーニングを受けていたこと、英語を自らの言語としたこと、イギリスの判決の詳細なレポートが公開されていたこと、イギリス法へのアクセスのし易さと、イギリス法の改善が進んでいたことがイギリス法に拠ることを容易にしたこと、法曹がイギリス法の仕組みに慣れていて、多様な裁判所それぞれの性質と重要性和裁判官の名声の高さがイギリス法の適用に寄与したこと、そして最上級審である枢密院が裁判全体に大きな影響を及ぼしたことである²³。この状況は法文化の衝突を引き起こし、ローマン・ダッチ・ローの文献が沈黙したり、曖昧であったり、矛盾をきたす点について、イギリス法を説得的法源として用いることを促した²⁴。

ケープ植民地では、時が経つにつれてイギリス法の勢力が増した。新しい最高裁判所の首席裁判官と二人の陪席裁判官はイングランドあるいはアイルランドのバリスター（法廷弁護士）か、スコットランドの民事上級裁判所 Courts of Session、あるいは当該最高裁判所において活動する資格を得た弁護士 advocates でなければならなかった²⁵。二つの司法チャーターが出さ

²² Hahlo & Khan (n 1) 577. See also Williams (n 10) at 157. 同所でウィリアムズはヴェッセルズを引用する:「南アフリカの慣行は多くの場合、イングランドで行われている取引実務に基づいて形作られている。このような形でイングランドの商法は徐々にローマン・ダッチ・ローを現代の慣習に適応するよう改善してきた。Partnership や agency など、多くの法分野でこの傾向は顕著に見られる。」

²³ Hahlo & Khan (n 1) 578.

²⁴ Cf Wessels J in *Littlejohn v Norwich Union Fire Insurance Society* 1905 TH 374 at 378: 「被保険利益は固有の概念である・・・我がローマン・ダッチ・ローの諸著作は、管見の限り、この点に関して殆ど明らかにしない。それゆえイギリスおよびアメリカの権威に訴えなければならない」。また、*Mancho v SAR* 事件 (1928 AD 89) でソロモン首席裁判官は次のように述べている。「我々の裁判所には適当な事例が見出せないで、イギリスの判例から何らかの補助を得ることができないか検討する」。

²⁵ See Eybers (n 3) (Document 76) “Royal Charter of Justice” dated 4 May 1832 art 3 at 114. ローマン・ダッチ・ローによって裁判を行わなければならなかったケープ植民地の最初の上級裁判所は、専らイギリスの裁判官で構成されていた。See Vindex “The suggested repeal of Roman-Dutch law in South Africa” 1901 (18) *SALJ* (*South African Law Journal*) at 155. 最高裁判所の初代首席裁判官はジョン・ワイルド卿 Sir John Wylde、陪席裁判官はメンズィーズ Menzies、バートン Burton、キークウィッチ Kekewich であった。メンズィーズ裁判官は「ローマン・ダッチ法学の最初の偉大な解釈者であり解説者」であった (see Vindex *supra* at 155)。これらの裁判官はイギリス法ばかりでなくオランダ法をも巧みに操った。これがローマン・ダッチ・ローについて権威的な裁判官の伝統を生み出した。ブルームフォンテインとプレトリアの高等法院の設立はローマン・ダッチ・ローの使用と発展をさらに押し進めた (Vindex *supra* at 155-156)。しかし、19世紀の最後の四半世紀には、南アフリカの高等法院ではイギリスの権威がますます引用され、これに準拠することが増した (Vindex *supra* at 156)。ケープ植民地とナタールにおいては、この二つの植民地の最高裁判所は一貫して巧みにローマン・ダッチ・ローを用いた。というのも、同法がこの地域の共通法 common law であり、裁判官はこれを適用することをはっきりと求められたからである。しかし、彼らはしばしばイギリスの権威にも言及し、「商法、破産法、証拠法、手続法といったいくつかの分野では徐々に、判決や立法を通じて、我がオランダ法学に新たな教説が接ぎ木された」 (Vindex *supra* at 156-157)。次の点は興味深い。1876年のオクスフォードのカリキュラムはローマ法を組み込んでいた。ガイウスとユスティニアヌスの『法学提要』を用いて学ぶこととなり、法学生はローマの立法の歴史と裁判制度の歴史に通ずることが求められた (Lawson *The Oxford Law School 1850-1965* (1968) 39-40)。R.W. Lee について触れておく必要がある。リーは官僚としてセイロンに赴いたが、健康上の理由で帰国した (see Lawson *supra* at 103)。1905年に彼はロンドン大学のローマン・ダッチ・ローの教授となった。セイロンでの経験をもとに『ローマン・ダッチ・ロー入門』を執筆し、1915年に発表する。1920年にはローマン・ダッチ・ローが最終試験 Final School で土地法との間で選択すべき科目となる (Cairns (n 10) at 156: 「イスラム法、ヒンドゥー法、ローマン・ダッチ・ローといった多くの「外国」法が教えられた。法曹学院 Inns of Court でもオクスフォードでもローマン・ダッチ・ローが土地法との選択科目としてカリキュラムに入れられた」)。そして1921年にリーは最初にして唯一のオクスフォードのローマ

れた後の最初の四半世紀は、裁判官はこれらの法曹団体 bars で養成された。このような新最高裁判所の裁判官が判断をするときに彼らが最も良く知る法、すなわちイギリス法を基準にする傾向が強くみられることは疑いのないところといえよう。

3.2 ナタール植民地

1844年、イギリスによる併合²⁶の翌年に、ナタールはケープ植民地の従属地となった²⁷。ナタールには固有の立法府がなかったため、ケープの立法府がナタールに拡張する諸法の下におかれた。1845年の Ordinance 第12号はローマン・ダッチ・ローが当面ナタール地域 District の法とされる、とした²⁸。ローマン・ダッチ・ローはナタールの共通法として承認されたわけだが、この州の主としてイギリス的な性格は、裁判にも影響を及ぼした。

3.3 南アフリカ共和国（トランスヴァール共和国）

1852年に締結されたサンドリヴァー協約 Convention に基づいて、イギリス政府は「ヴァール川対岸に入植した農民に対して、イギリス政府の関与を排して、彼ら自身のことを処する権利と、彼ら自身の法に従って自ら統治を行うことを・・・最大限に保障した」²⁹。ケープ植民地の裁判所とトランスヴァール（ヴァール川対岸）のボーア人の裁判所とは、あらゆる法的目的において、双方に相互に開かれているものとされた³⁰。

1858年の南アフリカ共和国憲法によって、裁判所の階層構造が創設された³¹。1859年の国民議会決議 Volksraad resolution によってこの憲法に三つの付加条項が加えられた。第二、第三条項は手続事項を扱い、第一条項は引用法についてのもの、共和国の共通法の法源を特定するものであった。この付加条項の第1条は、ファン・デル・リンデン Van der Linden の『法、実務、商事マニュアル』 *Legal, Practical and Mercantile Manual* は同国の法律書で有り続ける、と規定する³²。第2条によれば、もし同書が解決を与えないときは、ファン・リーヴェン Van Leeuwen の『ローマン・ダッチ・ロー』とデ・フロート（グロティウス）の『ローマン・ダッチ・ロー入門』が補充的な法源として用いられ、裁判所を拘束する³³。第31条は、この三人の著

ン・ダッチ・ロー教授（ローズ・プロフェッサー the Rhodes Professor of Roman-Dutch law at Oxford）の称号を手にするのである（see Lawson *supra* at 104）。1956年にリーはこの職から退く（see Cairns (n 10) at 149）。

²⁶ ナタールは1843年12月19日に併合された。See Eybers (n 3) (Document 109) at 182-183 for the letter (“Annexation of Natal to the Cape Colony”) signed by one Edmunds on behalf of Queen Victoria. (ヴィクトリア女王に代わってエドマンズなる人物が署名した書簡「ナタールのケープ植民地への併合」)

²⁷ Hahlo & Khan (n 1) 153.

²⁸ See Eybers (n 3) (Document 136) at 227-229. これは後に1869年第39号最高裁判所法第21条によって確認された。

²⁹ Eybers (n 3) (Document 177) “The Sand River Convention of 1852” at 358.

³⁰ Eybers (n 3) (Document 177) “The Sand River Convention of 1852” at 359.

³¹ 地区裁判所 district court (単独で審理する裁判官 landdrost の法廷); 地方裁判所 regional court (ひとりの landdrost と4人から6人の heemraden による); そして3人の landdrosts と12人の陪審員からなる最高裁判所からなる。See Eybers (n 3) (Document 182) “The Grondwet (Constitution) of the South African Republic” art 143 at 396.

³² Eybers (n 3) (Document 184) “Addenda to the Grondwet No 1” art 1 at 416-417. これは Van der Linden’s *Institutes of the Laws of Holland* の名でも知られるファン・デル・リンデンの著作 *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopman’s Handboek* であろう。「商事マニュアル」を含むこのファン・デル・リンデンの著作が選択されたことは、ケープ植民地が中継地としての起源をもつことを思えば、驚くにあたらない。

³³ Eybers (n 3) (Document 184) “Addenda to the Grondwet No 1” art 2 at 417; Hahlo & Khan (n 1) 555.

作が指針を与えない場合はすべて、オランダ法を適用することができるが、それは加減されたかたちで、南アフリカの慣習に従って、共同体の利益と福祉にかなうように適用される、とする³⁴。「南アフリカの慣習に従って」というのは法と社会の変化を裁判所が考慮すべきことを意味する。したがって裁判所は一定の制限のもとで法が何であるかを宣言しなければならないが、同時に現代的条件を考慮して、必要とされるならばローマン・ダッチ・ローを解釈しなければならないのである³⁵。それを行うためには法システムを熟知していることが必要なことは明らかである。南アフリカ共和国の初期の数十年間は、裁判は主に法的なトレーニングのない裁判官と通常の役人の手にゆだねられていた³⁶が、幸いにも専門裁判官を擁するケープの法が統一的要素となつてはたらき、ケープの裁判官は法に大きな影響をもつたのであった。そのために共和国の最後の25年間は、裁判が根本から改善されたのであった³⁷。

イギリスが南アフリカ共和国に対する覇権を宣言した、短いイギリスによる干渉の期間(1877年から1881年まで)³⁸の後、1881年のプレトリア条約の締結によって再び独立が獲得された。1881年の宣言 Proclamation によって枢密院への上訴は廃止されコツツェ JG Kotzé が南アフリカ共和国の首席裁判官 Chief Justice に任命された³⁹。

最高裁判所の裁判官たち、とくにコツツェとグレゴロウスキー Gregorowski は、ローマン・ダッチ・ローの法源について定める第一付加条項の指示をしばしば無視した。かくしてファン・デル・リンデン、デ・フロートとファン・リーヴェンの他に、フット Voet、マタエウス 2 世 Matthaëus II、フルーネヴェーヘン Groenewegen といった多くのローマン・ダッチ・ローの法律家が、共通法の準則あるいは原則を示す権威的なソースとして受け入れられた。最高裁判所の裁判官たちはさらに、ケープ最高裁判所の判決を権威として頻繁に引用した。これはイギリス法の間接的な受容と見うるかもしれない。というのもケープ最高裁判所の裁判官はイギリスの判例法と教科書をしばしば参照したからである。このようにして二つの法システムはブレンドされた。ケープにおいて徐々に発展したこの法の混合システムは、19世紀の最後の20年間に南アフリカ共和国の裁判官たちにとって重要な権威的なソースとなり、かくしてイギリス判例法と教科書への参照がこの共和国の最高裁判所の判決にしばしば見いだされるところとなるのである。

³⁴ Eybers (n 3) (Document 174) art 31 at 356. Further Khan “The History of the Administration of Justice in the South African Republic” (Part 1) 1958 (75) *South African Law Journal* 305.

³⁵ Wessels (n 19).

³⁶ Khan (n 34) 310.

³⁷ Khan (n 34) 310 ページは、「この植民地の最高裁判所の判決は、共和国の諸裁判所において・・・彼らの裁判所の判決と…同様の敬意を持って受容られた」と記したヘンリー・デ・フィリアース卿 Sir Henry de Villiers [(訳注)ファン・デン・ベルク教授によれば、ド・ヴィリエ、ド・ヴィリエスとも読むという]を引いている。

³⁸ See Eybers (n 3) (Document 197) “Government Notice” by Thomas Burgers, State President of the South African Republic, dated 11 April 1877 at 446-448; (Document 198) Sir Theophilus Shepstone’s Proclamation of 12 April 1877 at 448-453; (Document 199) Proclamation by Thomas Burgers, State President of the South African Republic, dated 12 April 1877 at 454; (Document 201) Proclamation of 8 August 1881 at 463-464. 南アフリカ共和国が再びボア人によって統治されることを宣言した1881年8月8日の宣言。

³⁹ 彼はすでにイギリス干渉期(1877-1881)にイギリス人によって首席裁判官に任命されていた。

3.4 オレンジ自由国

1854年2月23日、ブルームフォンテイン条約はオレンジ・リヴァー・テリトリーに対し独立を認めた⁴⁰。オレンジ自由国の実定法に関する限り、ローマン・ダッチ・ローがこの土地の基本法となることが規定された⁴¹。それは1828年以前の、すなわちケープでイギリス人裁判官が任命される以前の、ケープ植民地を支配していた法システムであると定義された。八人の古い著作家、すなわち Voet, Van Leeuwen, De Groot, Van Alphen, Merula, Lybrecht, Van der Linden と Van der Keessel が、彼らの引く権威たちと並んで、権威として受け入れられた。

1872年の Ordinance 第4号によって、独立した最高裁判所が設立され、1876年には3人の裁判官によって最初の、専門家の最高裁判所が構成された。この裁判所は南アフリカ共和国のそれよりも全般的に高い水準をもっていた。

4 ローマン・ダッチ・ローとイギリス法の間「緊張関係」

ローマン・ダッチ・ローとイギリス法のいわゆる「緊張関係」については、19世紀の異なる植民地・共和国の最高裁判所の決した事件のいくつかを簡単に見ることにしたい。

1881年の *Holland* 対 *Scott* 事件⁴²は東地区裁判所 Eastern Districts Court で審理され、バリー Barry 裁判長、シパード Shippard 裁判官、ブキャナン Buchanan 裁判官によって判決が書かれた。原告は、損害賠償を請求するとともに、被告とその使用人、職人、または代理人が、原告にとって nuisance を構成するような音ないし騒音を発生させ、あるいは発生せしめることを将来にわたって禁ずる命令 interdict を求めた。バリー裁判長は、被告に民事責任を認めるための原則はローマン・ダッチ・ローの格率にもとづくものであると判示した⁴³。同裁判長によれば、nuisance に関するイギリス法はあらゆる点においてローマ法およびローマン・ダッチ・ローと同じであると考えられるのであった⁴⁴。

1885年の *Roodt* 対 *The State* (国家) 事件⁴⁵は、権利移転についての法の錯誤に基づいて移転手数料が支払われた事案で、コツェ裁判長とエッセレン Esselen 裁判官、デ・コルテ De Korte 裁判官が一致して下した判決により、当該手数料は、誤ってこれを支払った者の請求によって

⁴⁰ Eybers (n 3) (Document 158) 281-285.

⁴¹ Eybers (n 3) (Document 159) at 295. オレンジ自由国憲法第56条は「国民議会によって法律が特段に定められていない限り、ローマン・ダッチ・ローがわが国の主たる法となる」と規定する。

⁴² (1881-1882) 2 EDC 307.

⁴³ “Prohibitne ne quis faciat in suo quod nocere possit alieno” at *Holland v Scott* 312.

⁴⁴ 317ページ記載のシパード裁判官の意見では次のように述べられている。「この問題に関し、イングランドの最近の判決と異なるような、ローマ法上の、あるいはローマン・ダッチ・ロー上の準則や原則の存在を私は全く知らない。まことにイングランドの最近の判決は、ローマ法の諸格率に基礎づけられると考えてよいのである。」ローマン・ダッチ・ローとイングランド法が一致するかどうかについて裁判官がわざわざ言及しているという事実に意味があるのかどうか、当然問われてよい。このことは、ローマン・ダッチ・ローが南アフリカの共通法だと認められているということ、そして裁判官はこれを参照したことを単に示したかったということに帰せられるかもしれない。See also *the London and South African Bank-case*.

⁴⁵ (1885-1888) 2 SAR TS 259 at 267.

取り戻すことはできない、と判断された。コッツェ裁判長は次のように述べた。33か条からなる第一付加条項は裁判所がファン・デル・リンデン、デ・フロートとファン・リーヴェンの教科書に従うよう拘束されると規定しているが、付加条項は同時に、これらの教科書の解釈と使用にあたっては裁判所は常に第31条に適合的にこれを行わなくてはならない、と定めている。換言すれば、これら（3人の著者）が欠けるときは、オランダ法（すなわちローマン・ダッチ・ロー）が基礎を提供するものとされるが、それは必ず、加減されたやり方で in a moderate way、南アフリカの慣習に従って、かつ共同体の繁栄と福祉のために適用されなければならない⁴⁶。この事件では結局イギリスの判例法が適用された。

この二つの事例から—他の多くの事例からも同様に—わかることは、裁判官が確かにローマン・ダッチ・ローを考慮しているということである。しかしながら、裁判官は同時にイギリス法を考慮に入れているし、他の法システムも往々にして考慮しているのである。裁判官の多くは学識者であり、19世紀のこれらの事案を検討すると、多くの判決が軽々になされたものではないことがわかる。多くの検討がなされ、このことは当然当該の国の裁判の質を高める方向にはたらいっている。ブルームフォンテインとプレトリアの高等法院 High Courts について見れば、裁判官は必ずイギリスの権威に耳を傾け、論点についてローマン・ダッチ・ローが黙しているか、あるいは必ずしも明瞭でないときには判決の中でイギリス法に従い、これを採用することもしばしばである⁴⁷。

しかしながら、特に二つの植民地（ケープとナタール）においては、ローマン・ダッチ・ローに何ら注意を払わない多くの裁判官がいたことも事実であり⁴⁸、ヴェッセルズ Wessels 裁判官によれば、19世紀の南アフリカで裁判に従事したイギリスのバリスターたちは故郷にいるのと同じような感覚であったという。彼らが耳にするものは殆ど全て、慣れ親しんだ響きのものであった、というのである。

しかし、事態は悪い一方ではなかった。第一に、すでにみたように、ローマン・ダッチ・ローが引用される事例は多くみられ、同法に基づいて決せられる事案もあった。第二に、ローマン・ダッチ・ローの教科書の数が増加した。第三に、南アフリカの共通法たるローマン・ダッチ・ローに対するイギリス法の影響は一般的に有益で建設的なものであった⁴⁹。イギリス法の影響の主たる原因は裁判官のローマン・ダッチ・ローについての知識の欠如と、変化する状況に対するコモン・ローの適応力に求められるであろう⁵⁰。知識の欠如は、おそらく、法源の性格と、法律家の受けた教育によるところが大きいであろう。他方、慣習の法創造力は変化する現状へのローマン・ダッチ・ローの適応を容易にした⁵¹。

⁴⁶ (1885-1888) 2 SAR TS 259 at 261-262.

⁴⁷ See Vindex (n 25) at 158.

⁴⁸ 例えばイングランドの権威を引くのみで、ローマン・ダッチ・ローを何ら参照していない次の二つの事案を見よ。: partnership（組合・合名会社）を扱った *Murray v Findlay and Company* 1904 SC at 144および principal and agent（本人と代理人）を問題とする *Fairbairn v Pepper* 1904 SC at 154.

⁴⁹ Bodenstien “English influences on the common law of South Africa” 1915 (32) *South African Law Journal* 337-338.

⁵⁰ Bodenstien (n 49) 339.

⁵¹ Bodenstien (n 49) 339, 352.

5 イギリス法の強い影響力の理由

5.1 イギリスの法曹教育

19世紀に裁判官あるいは弁護士であった人はほとんどイギリスで学んだ。そこで享受された教育水準の高さゆえに、ただちに裁判の水準の向上がもたらされた。19世紀の最後の四半世紀には、優秀な人材が共和国へと向うようになった。南アフリカ共和国の裁判官・弁護士のかくも多くがイングランド、スコットランド、アイルランドの大学で学び、ロンドンの法曹学院 Inns of Court で法的トレーニングを受けたという事実は、彼らがイギリス法をよく知っていたということである。(南アフリカの)共通法や制定法によって十分にカバーされていない法分野では、裁判官がイギリス法に倣って法を発展させることもあった⁵²。さらに、南アフリカ共和国とオレンジ自由国の高等法院では、ケープ植民地の最高裁判所判決が強力な説得的権威をもった。ここから、この地の共通法に対してなぜイギリス法が強い影響力を持ったかを理解することは容易である。

5.2 イギリスの教科書、判例集（ロー・レポート）、法令集の利用可能性

イギリスの教科書、判例集、法令集が広く利用しやすい状態にあることは、明らかに、イギリス法が法廷で、また事案の準備に用いられる方向に寄与した。

5.3 イギリスの優勢

占領条項によってローマン・ダッチ・ローが南アフリカの共通法であることは認められたが、共通法が欠如している、あるいは劣っていると判断した分野において、イギリス人は直ちにイギリス法の導入を開始した。さらに、イギリス人は新しい裁判所制度を設立し、法曹たる資格を証明するために裁判官や弁護士が満たすべき条件をルール化したのである。

6 ローマン・ダッチ・ローの思いがけぬ存続に寄与した諸要因

6.1 法実務家の養成

イングランド、アイルランド、あるいはスコットランドで教育を受けてから南アフリカで職業法律家となった者は主にイギリス人植民者で英国国民であったが、オランダ系植民者にもオランダへ、また特にイギリスへ行く者が相当数存在した。彼らは大学で学位を取得し、法曹学院に学んだのである⁵³。彼らはイギリス法の確かな知識を持って南アフリカに戻った。こうした裁判官のうちにはボーア人の共和国に赴く者があり、その地の裁判の水準を向上させることに大いに貢献したのである。

⁵² 例えば、流通証券に関する法や証拠法。

⁵³ 例えば、Juta, Kotzé, John Henry とその兄弟 Melius de Villiers, Wessels, Steyn そして Hertzog.

6.2 ローマン・ダッチ・ロー文献の英語への翻訳

多くの裁判官が、デ・フロート、ファン・リーヴェン、ファン・デル・リンデンの翻訳の偉業を通じて、ローマン・ダッチ・ローの名声を高め、その学説を南アフリカに広めるために力を尽くした⁵⁴。

1878年、マースドルプ Maasdorp は Hugo de Groot の “*Inleydinghe*” を *The Introduction to Dutch Jurisprudence* 『オランダ法学入門』のタイトルのもとに英訳し公刊した。第二版（1888年）、第三版（1903年）には、18世紀のフランドルの法律家ヴィレム・スフォレル Willem Schorer による注釈からの抜粋が付加された。版を重ねたことは、同訳書が好評を博し、頻繁に参照されたことを示している。

1884年には、若き弁護士であったヘンリー・ジュタ卿 Sir Henry Juta がヨハネス・ファン・デル・リンデンの *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopman's Handboek* を英語に翻訳し、*Institutes of Holland, or Manual of Law, Practice, and Mercantile Law* 『オランダ法学提要、あるいは法、実務、商事法マニュアル』という表題を付した。同書にはおそらく高い需要があり、1897年には第三版が出されることになる。

1882年から1886年に、イングランドで学んでいたジョン・ギルバート・コッツェ卿 Sir John Gilbert Kotzé は、ファン・リーヴェンの『ローマン・ダッチ・ロー』を翻訳するよう出版社に依頼され、2巻本として公刊した。これは英語圏の法律家にローマン・ダッチ・ローへのアクセスを可能とする貴重な貢献であった。

訳出された三人の著者の人気は、「三十三か条」（付加条項）の第31条にその名が列挙されていることに帰せられるかもしれない⁵⁵。加えて、これらの著作は広い対象をカバーしている。裁判官の多くは英語を話し、おそらくオランダ語が全く、あるいは僅かしか話せなかったことを考えると、ローマン・ダッチ・ローが共通法であるとされる南アフリカでは、実務に従事するすべての裁判官と弁護士にとって、訳書は必需品と扱えられていたと考えてよいだろう。

6.3 文化的・法的遺産に対するオランダ人の感情的な愛着

オランダ人は19世紀の初期にケープを離れた。彼らはイギリス人から、イギリスの慣習から、イギリスの法から独立していたかったのである。彼らは固有の法システム、すなわちローマン・ダッチ・ローを保持することを願った。このことは、南アフリカ共和国、オレンジ自由国の両憲法から明らかである。そこではオランダ法が自身の法であると考え、これを受け入れることが明文で記されているのである。

⁵⁴ Vindex (n 25) 159.

⁵⁵ See *supra* at 3. 3.

7 19世紀における「法典化」

南アフリカでは、法は法典化されていない。

20世紀の間中、南アフリカでは法典化を求める声が何度も上がった⁵⁶。当時行われた法典化推進のための議論は次のようなものであった。第一に、法源、特にローマン・ダッチ・ローの権威的著作は、扱いにくく、アクセスし難く、また時代遅れとなっている。法典化を行えば法はより扱いやすく、皆に明瞭なものとなるであろう。第二に、ローマン・ダッチ・ローのシステムの存続は危ぶまれており、法典化はイギリス法の猛攻に対しローマン・ダッチ・ローを防御するであろう⁵⁷。しかしながら、南アフリカ法の法典化の支持が相当に強いにもかかわらず、他方ではこれに反対する勢力も強く、法典化は実現を見なかったのである。

今度は、19世紀に存在したいくつかの「法典」について簡単に紹介しよう。このうちの多くは本来の意味での法典化ではないが、様々な対象に関する法として作られ、またそのように宣言するものであり、当時においてはおそらく初歩的な法典であると考えられていただろう。

技術的な意味で唯一の「本当の」法典は、ナタールで作られたもので、植民者、法律家、政治家が「統治のための根拠となる法規範」を求め、慣習法を成文化しようという試みを早い時期に行ったものである⁵⁸。その嚆矢は1869年の法律第1号で、婚姻と離婚の法の重要な部分が法典化され、統治の必要にしたがって固有法（土着法 *indigenous law*）の一部に変更が加えられた⁵⁹。その後、原代人管理委員会 *Board of Native Administration* は裁判所の指針となるような、より包括的な法典を起草することを求められた⁶⁰。1878年に草案が公表された。10年後に修正が行われ1891年、法的に拘束力を持つ土着法典 *Code of Native Law* が公布された⁶¹。この法典はまさに慣習法を法典化したものであった。

「訴訟に関する一般的規則と法」あるいは先述のように「三十三か条」と端的に呼ばれる法は、南アフリカ共和国の住民にとっての「行為規範」であった。それは未熟な人々によって書かれ、多くの不正確さを内包していたが、殆ど未開の地で平和的共存を保障するために法典を

⁵⁶ See, eg. Wessels (n 19) at 265 and especially at 282ff; De Wet “Gemene reg of wetgewing?” 1948 (11) *THRHR* 1ff; Farran *Codification: Its Evolution, Obstacles and Achievements, and Its Value in South Africa* (LLM, University of Natal, 1984) 126ff; Hosten “Kodifikasie in Suid-Afrika – ‘n Heroorweging?” in Strauss (ed) *Huldigingsbundel vir WA Joubert Durban Butterworths* (1988) 59ff; Church “Codification, comparative law and constitutionalism” in *Nihil Obstat. Essays in Honour of WJ Hosten Van Wyk & Van Oosten* (eds) Durban, Butterworths (1996) 29ff.

⁵⁷ Church (n 56) 30. ハーロ = カーンも、法典化は、ルイジアナやケベックにおける法典がコモン・ローの流入を妨げる堤防としてはたらいたのと同様に、コモン・ローの氾濫を堰き止めるものと考え、南アフリカはそのような堤防を必要とする、と主張した (Hahlo & Khan (n 1) at 578)。

⁵⁸ Bennett *Customary Law in South Africa* (2004) 38 and see also n 30.

⁵⁹ Bennett (n 58) 38-39 and see also n 32.

⁶⁰ 家族法、相続および酋長の地位についてのルールについて

⁶¹ Law 19 of 1891. See further Eybers (n 3) (Document 151) 259; Bennett (n 58) 39.

作ろうという自覚的な努力としてオランダ人が行った最初のものであった。しかしそれは本当の法典ではなく、主に刑法を内容とする規制の寄せ集めに過ぎなかった。

アンドリース・フェルディナンド・ストックエンストレーム・マースドルブ卿 Sir Andries Ferdinand Stockenström Maasdorp は、よく知られた『ケープ法提要』*Institutes of Cape Law* 4巻を1803年に公刊した。これは民法の主要な原則を南アフリカの法学生にわかりやすく説いたパイオニア的作品である。同書は版を重ね、その人気と広い利用を示している。

1830年の Ordinance 第27号はイギリス証拠法を法典化し、証拠法はイギリスの実務に従うべきことを規定した⁶²。

8 結論：南アフリカにおけるローマン・ダッチ・ローの現在

ローマン・ダッチ・ローはおそらくローマ法が生きてその一部をなしている唯一の現存する法システムであろう。ローマ法大全の一節が法廷で議論され、判決に引用されることも珍しくない⁶³。南アフリカの裁判所はユスティニアヌス法を18世紀のオランダのローマ法学者が理解し解釈したとおりに適用しなければならず、古典ローマ法を適用するのではない⁶⁴。その結果、南アフリカのローマ法研究者はヨーロッパのローマ法学者とは大変異なるローマ法へのアプローチをする傾向がある。他所では、特にイギリスと大陸では、古典ローマ法に関心が集中している。これに対し南アフリカの法律家は実用的な道具としてのローマ法に関心があり、それゆえ古典ローマ法よりもパンデクテンの現代的慣用により多くの関心を寄せる⁶⁵。

ローマン・ダッチ・ローは素晴らしい法システムであったかもしれないが、それは18世紀の法である。裁判所はこの法が発展させられ、今日の現状にあわせてある程度修正されてよい（また、そうされるべきである）と認めている。このことが初めて明言されたのは「三十三か条」の第31条であった。19世紀の最後の四半世紀の間、ローマン・ダッチ・ローは、その衡平の精神と実務的適応力によって、めざましく成長し、拡張した⁶⁶。同法は地域の裁判官によって地域に採用され、かつ適応すべく整形された⁶⁷。イギリス法は主として（南アフリカの）共通法

⁶² Hahlo & Kahn (n 1) 577.

⁶³ Hahlo & Khan (n 1) 581. See *Ex parte Armstrong* 1957 (3) SA 625 AD 625 (O); *Glazer v Glazer* NO 1963 (4) SA 694 AD. See further Lee “The disappearing Roman law” (1957) 74 *SALJ* 79ff. ケープとナタールの両植民地と二つのボア人の共和国を含む南アフリカ連邦は、1910年5月3日南アフリカ連邦法により設立されたが、同法の第135条によって、ローマン・ダッチ・ローが新生南アフリカの共通法となることが承認された。see Eybers (n 3) (Document 235) “South Africa Act, 1909”: 135条は「本法律の規定に基づき、連邦設立時にそれぞれの植民地において効力を有する法は全て、国会によって廃止されあるいは修正されない限り、当該州において有効であり続ける。」 See further Van Zyl (n 16) 476.

⁶⁴ See Wessels J in *Master v African Mines Corporation, Ltd* 1907 TS 925 at 928-929: 「本法廷はローマン・ダッチ・ローを用いるのであって、ユスティニアヌスのローマ法を用いるものではない。」

⁶⁵ Hahlo & Khan (n 1) 581.

⁶⁶ Vindex (n 25) 159.

⁶⁷ Wessels (n 19) は 281ページで次のように言う。ローマン・ダッチ・ローの諸原則を「広くかつ正確に知」り、また敏感で意識の高い者だけが、変化した環境に同法を適用することを得るのである。南アフリカにおいて、デ・フィリアス卿はそのような裁判官であり、「彼の手には市民法（ローマ法）は死せる体系ではなく、何世紀をも生き抜いた生ける体系であり、近代の状況にもなお、その本質的な原理を犠牲にすることなく、適応することのできるものであった。」

が立ち遅れた分野で採用されたのである。

南アフリカで生じたことはローマン・ダッチ・ローとイギリス法という二つの法秩序のブレンドであったと言い得るかもしれない。この二つの法システムは共存を強いられ、このことが結局ある種の調和 harmonisation へと導いた。真にオリジナルな「法移植」が行われたのである⁶⁸。

以上から、ローマン・ダッチ・ローが生き残り、南アフリカの共通法として今もお認められていることは実に特筆すべきことであるとの結論が導かれるかもしれない。第一に、イギリスの判例法、教科書、制定法が容易にアクセスできること、そして多くの法的論点に関し答えを提供したこと、他方でローマン・ダッチ・ローへのアクセスはそう簡単ではなく、また詳細に乏しいところがあること、第二に裁判官と弁護士の殆どがイギリスで養成されたこと、第三にローマン・ダッチ・ローは南アフリカの共通法として承認されたけれども、イギリス法はしばしば、様々な方法で適用されたこと、第四に南アフリカ法はかなりの程度イギリス法に影響をうけたこと。以上のことを考えれば、ローマン・ダッチ・ローが生き残ったことは実に目覚ましいことであるといわざるを得ない。ローマン・ダッチ・ローのシステムに内在する力と抵抗力は評価されなければならないし、イギリス法の様々な魅力にもかかわらず、ローマン・ダッチ・ローを適用し続けた裁判官と実務家もまた大いに賞賛に値するだろう^{***}。

(松本英実 訳)

訳者付記：

ファン・デン・ベルク教授来日時時の講演の記録として以下のものも是非参照されたい。

Rena van den Bergh “Legal Education in South Africa with Special Reference to the Uncertain Future of Roman Law and Legal History” (2013) 60 *Osaka University Law Review* 13-24.

⁶⁸ Cf Watson “Romans and Roman law in Roman Egypt” in *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* (1993) 31-35.

^{***} 本稿は平成23年度新潟大学プロジェクト推進経費助成研究 (B) 「近世オランダ法学と南アフリカ 比較学の対象と方法の再検討」および日本学術振興会科学研究費基盤研究 (C) 「ミクスト・リーガル・システム研究序説 — 日本法の比較法的再定位と実践的再構成」(平成20～22年度)、同 「「ミクスト・リーガル・システム論による日本法の比較法的再定位 — 条理、名誉毀損、信託」(平成23～25年度) (いずれも研究代表者、松本英実) の成果の一部である。