

講演

## コモン・ロー文化の挑戦——刑法の法典化

The Challenge of Codifying Crime within a Common Law Culture

ミリアム・ガニ\*  
監訳 堤 和 通\*\*  
訳 中 村 真 利 子\*\*\*

### 目 次

- 訳者はしがき
- I はじめに
  - II 刑法上の重要な原則
  - III オーストラリアにおける1995年以前の刑法
  - IV 模範刑法典プロジェクト
  - V オーストラリアにおける刑法の現状
  - VI 連邦刑法典
  - VII コモン・ロー制度にとっての法典の課題
  - VIII おわりに

### 訳者はしがき

今年4月、ANUからMiriam Gani准教授が日本比較法研究所に客員研究員として滞在された。ここに訳出したのは、Gani准教授の滞在中に開

---

\* オーストラリア国立大学ロー・スクール准教授

Miriam GANI

Associate Professor, ANU College of Law, The Australian National University (2013年3月～4月中央大学滞在)

\*\* 所員・中央大学総合政策学部教授

\*\*\* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

催したスタッフセミナーの講演である。

Gani 准教授は刑事法を専門にされ、サイバー犯罪やテロ対策の関連法を中心に多くの論考を發表されている。その他にも、量刑やポリシーシングに関する論考もあり、広い分野で研究を進めてこられているが、講演のテーマである、オーストラリア刑事法の形成、とりわけ、19世紀末にクイーンズランド州で始まった法典編纂と、その後1世紀ほどして新たに進められている法典編纂活動の経過を跡づけ、刑事法領域での法の法的推論（reasoning）を分析し、法的推論のスタイルの由来を法文化、法伝統に求め、今後の法発展の展望を探る、というのも、Gani 准教授の年来のご関心である。

本講演で興味深い第一の点は、法典編纂を促進しましたそれで育まれる法の法的推論、さらには、法のイメージと、具体的な争訟の蓄積の中で法を形成する場合の法的推論、法のイメージが、相当に異なるもので、対照的とさえいえることを、オーストラリアの経験が示していることである。

講演では、法典は、「一貫した用語を用いて」「秩序立った方法で配置された」規定から「目的を明らかにし、方法を定める」という体系性と、「その基本的な狙いと一貫した運用ができるほど自足的で独立している」という包括性を備えたものとして定義される。最初の法典化は19世紀末に始まる。1870年にハーヴァード・ロースクールのディーンに就いたLangdellが、裁判例からの帰納と演繹の連続を通して、法典思想に通じる、体系的なルールの整序を重視する法学教育を始めてそれが全米に広がった頃と同じ時期に、オーストラリアでは、その憲政に大きな足跡を残したサミュエル・グリフィス卿の牽引で法典編纂が始まる。講演では、グリフィス法典に範をとったか否かが、オーストラリアの各法域がその後に進む歴史の一つの分岐になっていることが示される。次の法典化は1990年の「模範刑法典プロジェクト」に始まる。講演では、オーストラリアのすべての法域が範にできるモデルを提示するという試みがどのように進んできているかが描かれる。Gani 准教授が強調するのは、「プロジェクト」の意義と、「プロジェクト」の進展を困難にしている事情である。

法典編纂がオーストラリア法曹にとって大きな挑戦であることは講演で詳細に述べられている。講演が引用する Spigelman 裁判官の言葉は、司法妨害罪の主観的要件が争われた事案で述べられた。妨害の対象となった裁判手続きが連邦法に係わるものであることについて、どのような主観的要素が要件になるのかが問われ、Spigelman 裁判官は、コモン・ロー上では主観的要素を要しないという理解がおそらく正しいことを指摘しながら、そのような立場は、法典の文言に根拠づけられないことを理由に採用できないと判示している。

比較法研究所のセミナーでは、日本側参加者から、法典の積極的な意義を指摘するコメントがあり、他方、Gani 准教授からは、オーストラリアにおける法典の定義が日本でも同様にみられるのかというお尋ねがあった。日本側参加者にとっては、そのような法典の理解は当然のこととして、それ以上の質疑には至らなかった。このような遣り取りにも、それぞれの研究者が属する法文化圏に支配的な法的推論の影響がみられるように思われた。

法的推論を法文化、法伝統の中に位置づけるという点のほかにも、本講演は、今後のオーストラリア刑法の歩み自体に興味を抱かせる。また、社会問題に応える法政策上の課題、たとえば、日本における危険運転に対する刑事規制に適切な主観的要件の検討などが、コモン・ローから、あるいはコモン・ロー圏で法典化を進める過程から眺めたときにどのように捉えられるのか、といった研究課題を提示してくれる。体系的な犯罪論の支柱のひとつである、主観的要件と、それに対応する責任非難に関する一般原則が、危険運転という具体的なコンテキストで、どのように維持または修正されるのかが問われる。セミナーでもこの点に及ぶ質疑があった。

本講演のテーマに関連する論考として、たとえば以下のものがある。Simon Bronitt and Miriam Gani, "Criminal Codes in the 21<sup>st</sup> Century: The Paradox of the Liberal Promise" in Bernadette McSherry, Alan Norrie and Simon Bronitt, *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford (2009); Miriam Gani,

“Codifying the Criminal Law: Implications for Interpretation” (2005) 29 *Crim LJ* 264-280.

## I はじめに

我々法学者が初学者にオーストラリア法学を紹介する際には、まず、オーストラリア法制度はコモン・ロー制度であると説明する。コモン・ロー制度は、オーストラリアが18世紀にイギリスの植民地であった時に継承したイギリス法制度に基づくものである。もちろん、イギリス法は、当初からオーストラリアの状況に即して修正され、今日では、オーストラリア法の多くがイギリス法とは異なるものである。それでも、オーストラリア法制度の一般的特徴に関していえば、オーストラリア法はコモン・ローの系統に属する。これは、インド、カナダの大部分、ニュージーランドといった、他のイギリス植民地であった国についてもいえることである。

我々法学者は次に、コモン・ロー制度をシヴィル・ロー制度と比較する。シヴィル・ロー制度は、ヨーロッパ大陸で確立し、古代ローマ法にその起源を有するものである。シヴィル・ロー制度を有する国としては、フランス、ドイツ、スペイン、イタリアだけではなく、中南米及びアジア諸国も挙げられる。これは、主にヨーロッパ諸国による植民地化の結果であるが、中国、日本、韓国及びタイの場合は、自らシヴィル・ロー制度を採用したのである<sup>1)</sup>。我々は、日本はシヴィル・ロー制度に基づく法制度を有しており、ドイツ法及びフランス法が日本法の大部分のモデルとして機能しているが、第二次世界大戦後は、アメリカ法がその上に導入されたのだと説明する。

我々は次に、学生がコモン・ロー制度とシヴィル・ロー制度の違いを理解することができるように、それぞれの特徴を説明する。その際、我々

---

1) M. Fordhom, “Comparative Legal Traditions - Introducing the Common Law to Civil Lawyers in Asia” (2006) 1 *Asian Journal of Comparative Law* Article 11 at p. 1.

は、この2つを区別する鍵となる特徴として、法源に焦点を当てる傾向にある。コモン・ロー制度は歴史上、「判例に基づいた」ものである。コモン・ロー制度は、イギリスの裁判官が特定の当事者間での法的紛争を解決する際に下した判断から生まれたものである。これらの判断は、他の裁判官が類似の紛争を扱う際に従う「先例」を形成した。判例法及び先例拘束性の法理 (*stare decisis*) はコモン・ロー制度の運用にとって基本的なものであり、先例は、同じ階層制に属する下級の裁判所における類似の紛争を判断する際に裁判官を拘束しているのである。

この状況を、シヴィル・ロー制度の状況と比較すると、シヴィル・ロー諸国では、裁判官は、商法や刑法のような全領域を規律する法を規定する詳細で総合的な「法典」<sup>2)</sup>を用いることによって、紛争を解決するのである。シヴィル・ロー制度にはコモン・ローのような先例拘束性の法理はなく、裁判官による判断は、実務上、関連する法の適用に関して、他の裁判官にとって重要ではあるが拘束力のない指針を提供するものである。

どちらの制度においても、法律が第一次的な法源ではあるが、「コモン・ローがシヴィル・ローと真に異なる点は、裁判官により作られる法に与えられる重みである」<sup>3)</sup>。とりわけ、コモン・ロー制度では、先例拘束性の法理は、裁判官が関連する法律をどのように解釈するかに関わってくる。これは、上級裁判所による解釈が、同じ階層制に属する下級裁判所が類似の状況において同じ法律を扱う際に従わなければならない拘束力のある先例となるということを意味する。

このようなコモン・ロー制度における先例の中心的役割及び先例に関す

---

2) G. Zaphiriou, "Introduction to Civil Law Systems" in R. Danner and M.-L. Bernal (eds) *Introduction to Foreign Legal Systems* (Oceana Publications, 1994). Zaphiriou は、51ページにおいて、シヴィル・ロー制度の「4つの重要な特徴」を列挙している。つまり、法原則に対するより教義的で道義的なアプローチ、広範で総合的な法典化、先例拘束性の法理の欠如、及び公判手続の内容（特に、陪審による公判のないこと）である。

3) M. Fordham, above n. 1, at p. 2.

る複雑なルールが、コモン・ローの法曹が学ぶ法的推論（reasoning）の方法を方向づける。つまり、コモン・ローの法曹は、異なる具体的な事実を内容とする様々な事案（その大半は、複数の判断を含むものである）から、一般的な法的ルール又は原理を巧みに導き出せるようにならなければならないのである。（重要な事実における相違点を根拠に）別の一連の事案に由来する法原則を排除しつつ、（類似点を根拠に）ある一連の事案と類推することによって法的推論をすることは、コモン・ローの法曹の重要な技術の1つである。

紛らわしいことに、「コモン・ロー」という表現は、複数の意味を有している。私はここまで、「コモン・ロー」という文言を法の全体的な制度に言及するものとして用いてきた。つまり、ここでの「コモン・ロー」とは、私がこれまで行ったように、シヴィル・ロー制度と比較されるものである。しかし、「コモン・ロー」という表現は、もう1つの意味を有している。これは、オーストラリアの裁判官が作る法の内容に言及するものである。つまり、コモン・ロー制度が存在した何世紀にもわたって蓄積された、裁判官により作られた法の集合体を意味するのである。この場合、「コモン・ロー」という表現は、議会によって制定された法とは対照的に、裁判所が発展させた法のルールを説明するものである。

以上の背景すべてが、この講演の中心的な関心に欠かせないものである。なぜなら、オーストラリアにおける刑法典は、どのようなものであっても、このコモン・ローの環境及び背景の範囲内で機能しなければならないからである。オーストラリアの法解釈の第一人者であるデニス・ピアースとハリー・ゲッデスは、法の特定の分野において比較的「完全な法の成文」を作り出すという意味での法典化は、オーストラリアを含む「コモン・ロー諸国において共通して取り組まれている活動ではない」と述べた<sup>4)</sup>。後述するように、刑法典は、オーストラリアにおける一部の法域に

---

4) D. C. Pearce and R. S. Geddes, *Statutory Interpretation in Australia* (5<sup>th</sup> ed., Butterworths, Sydney 2001), at para. 8.7.

おいて100年以上にわたって存在しているにもかかわらず、このようにいえるのである。この講演では、現代進められている「模範刑法典プロジェクト（Model Criminal Code project）」とその経緯、すなわち「模範刑法典（Model Criminal Code）」の作成、並びに連邦、オーストラリア首都特別地域（ACT）及び北部特別地域（NT）それぞれの法域が新しい刑法典を制定するためのモデルとしてこの「模範刑法典」を採用する過程について見ていくことにする。この「模範刑法典プロジェクト」は、1990年代初頭に、オーストラリアの全法域で刑法を統一する試みとして始まった。しかし、このプロジェクトは、統一刑法を制定するという点では成功していない。前述した3つの法域のみが、「模範刑法典」を採用し、又は採用する過程にある。この講演では、なぜこのような状況にあるかについて説明する。また、以前はコモン・ローの法域であったオーストラリアの法域、とりわけ連邦が「模範刑法典」を範にとりて制定した刑法典に関連して生じた課題についても多少扱う。私は、「コモン・ロー」の法域（コモン・ローの制度下で、裁判所が形成する法を中心に据えてきた法域）が法典化を倦厭していること、及び「模範刑法典」を範にとった法域が経験している課題は、主に同じ原因に端を発するものであると考える。つまり、これらの法典を用いることを求められる法曹は、コモン・ロー制度の中で行動するコモン・ローの法曹であるという事実である（つまり、彼らは、裁判官により作られた多くの法を用い、コモン・ローの法的推論技術を利用することに慣れているのである）。

「模範刑法典プロジェクト」を理解するには、このプロジェクトが始まる前のオーストラリアにおける状況について少し知る必要がある。したがって、私は、1990年代初頭までのオーストラリアの各法域における刑法の状況について述べる。とりわけ、オーストラリアでは刑法の法典化の考えが新しいものではなかったということを説明する。刑法典は、オーストラリアの一部の法域においては、100年以上にわたって存在してきたのである。

しかし、その前に、まず、オーストラリアの刑法における主要な原則に

言及する。

## II 刑法上の重要な原則

オーストラリアがイギリスの法制度から継承した基本的な刑法上の原則の1つは、*actus non facit reum, nisi mens sit rea* というラテン語の表現に要約されている。この表現は一般的に、「悪しき意思がなければ、行為は罪とならない」と訳されている。これが意味するところは、人が刑法において有責とされるには、その不正な行為には不正な心理が伴っていないなければならないということである。典型的な犯罪は、これらの2つの要素に分けられる。つまり、*actus reus* (犯罪の行為又は物理的要素)と、*mens rea* (その行為がなされた際の心理状態又は責任要素)である。しかし、*mens rea* の要件が不要とされる場合もあり得る。これは、とりわけ、軽微な交通犯罪といった単なる行政犯罪の場合に妥当する。この場合、裁判所は、特定の心理状態を要件とせずに禁じられた行為を罰するのである。かかる犯罪は、厳格責任犯罪又は絶対的責任犯罪として知られている。

犯罪の物理的要素とは、行為(作為若しくは不作為、又は状態)、特定の状況における行為(たとえば強姦や盗犯)又は行為の結果(たとえば謀殺や傷害)である。犯罪の責任要素とは、多くの場合、意思、認識、無謀(*recklessness*)、又は過失である。

刑事責任についての重要な原則として、以下の2つがある。

- ・行為が犯罪の *actus reus* を構成するには、その行為は「任意に」なされたものでなければならない。
- ・犯罪の *actus reus* 及び *mens rea* は同時に存在しなければならない(つまり、これらは同時に発生しなければならない)。

刑事責任についての第三かつ最後の原則は、犯罪の成立を阻却すると思われる抗弁がないことが必要であるということである。抗弁は、法律上のものであっても、コモン・ロー上のものであってもよい。



### III オーストラリアにおける1995年以前の刑法

#### 1 概 観

オーストラリアは連邦国家であり、オーストラリアには9つの法域が存在する。6つの州、2つの準州及び連邦である。オーストラリア憲法の規定により、州及び準州は、(準州は州よりも低い程度ではあるが) いわゆる絶対的立法権を有している(州及び準州は、それぞれの州憲法の下、「平和、秩序及び良き政府」に関連する事柄について立法することができる)。したがって、1901年1月1日のオーストラリア連邦成立以降に、すべての州が包括的刑法を制定した。その中には、刑法典を制定した州もあった。

州の絶対的権限とは異なり、連邦の刑法に関する法域は、オーストラリア憲法に規定されているように、連邦議会が犯罪を定める権限を有する範囲に限定される。したがって、連邦犯罪は、連邦に対する犯罪、及び連邦が憲法上立法権を有する項目の領域に限定されている。これらの項目は、主にオーストラリア憲法51条に規定されている。これらの項目には、移住、国防、婚姻、通商貿易、租税、通貨、対外関係などといった、国家全体に関連する領域が含まれる。この他に、連邦がオーストラリア憲法において権限を有すると規定されている項目以外の項目について立法し得るのは、州がその権限を連邦に委ねている場合である。

憲法上の権限がある場合、連邦議会の立法権は広範囲にわたるため、州・準州の法域と相当程度重なる領域が生じる。たとえば、コンピュータに関していえば、連邦は、そのコンピュータ及びデータを保護する法を制定する権限だけでなく、憲法51条(v)項の下、「郵便、電信、電話、その他類似の業務」に関する法を制定する権限をも有する。それぞれの州及び準州の法域もまた、サイバー犯罪に関する立法権を有している<sup>5)</sup>。しか

5) オーストラリアにおけるサイバー犯罪に関する法律について包括的に説明し

し、インターネットの普及と、インターネットへのアクセスは電話及び「類似の業務」に依存するものであるという事実を前提とすると、連邦のサイバー犯罪に関する立法権は、広範囲に及ぶのである<sup>6)</sup>。

## 2 1995年以前の連邦、州及び準州

州及び準州の8つの法域のうち、4つの法域が「模範刑法典プロジェクト」に先行して刑法典を制定しており、残りの4つの法域が、主要な犯罪法 (Crimes Act) とともに、様々な刑法を制定していた。連邦の法域もまた、犯罪法及びその他の刑法を用いていた。これらの犯罪法は、かなり包括的な規定を置くものであるか、あるいはわずかな規定しか置いていなかった。いずれにしても、後述するように、コモン・ローを通じて裁判官が発展させた原則が、法律の規定の不足を補ったのである。

### (a) コモン・ローの法域

前述したように、1995年以前は、オーストラリアにおけるコモン・ローの法域は、連邦、ヴィクトリア州、ニュー・サウス・ウェールズ州 (NSW)、サウス・オーストラリア州 (SA) 及びオーストラリア首都特別地域であった。コモン・ローの法域においては、大半の犯罪<sup>7)</sup>の処罰根拠が、各法域の主要な犯罪法において規定されており<sup>8)</sup>、その他の犯罪の処罰根拠は、様々な刑法において規定されている。しかし、これらの犯罪は、実際には法律において定義されていない場合もあり、コモン・ローに

---

ているものとして、S. Bronitt and M. Gani, "Shifting Boundaries of Cybercrime: from Computer Hacking to Cyber-terrorism" (2003) 27 *Crim LJ* 303, especially Tables 1 and 2 がある。

6) Bronitt and Gani, above n. 5 at p. 306, referring to the *Cybercrime Act 2001* (Cth).

7) コモン・ロー上の犯罪も存在する。たとえば、共謀は、ニュー・サウス・ウェールズ州及びサウス・オーストラリア州においてコモン・ロー上の犯罪である。

8) *Crimes Act 1958* (Vic), *Crimes Act 1900* (NSW), *Criminal Law Consolidation Act 1935* (SA). See n. 41, below in relation to the ACT.

において発展した定義（つまり、裁判官及び裁判所が発展させた法のルール）が適用されるのである。刑法がいかにコモン・ロー上の原則に依存しているかを示す極端な例として、一部の法域では、最も重大な犯罪に当たる謀殺、故殺及び傷害という3つの犯罪が、法律上の定義のないままとなっているということが挙げられる。たとえば、サウス・オーストラリア州及びヴィクトリア州において、法律上の規定は、「謀殺」を犯罪としているが、何が謀殺を構成するかについては定義されていない<sup>9)</sup>。したがって、これらの法域における謀殺の訴追に関するすべての法原則は、コモン・ローから（つまり、裁判所が発展させた原則から）導かれなければならないのである。たとえば、サウス・オーストラリア州の刑事統一法（1935年）11条は、「謀殺を犯した者は、終身刑に処する。」と規定している。また、これらの2つの法域（並びに、ニュー・サウス・ウェールズ州及びオーストラリア首都特別地域）は、故殺又は傷害についても法律上の定義を置いていない。

さらに、コモン・ローの法域において、いわゆる「総則」として知られてきた部分、つまり刑事責任についての一般的な原則を扱う部分は、法律の定めるところではない<sup>10)</sup>。むしろ、これらの原則は、コモン・ローにおける判断を通じて発展してきたものであり、これらの原則が、法律上の犯罪規定の解釈を制約し、かつ導くのである。たとえば、ニュー・サウス・ウェールズ州の法律においては、ある犯罪を構成する行為に伴わなければならない多くの心理状態、つまり意思、無謀、過失に関する法律上の定義が存在しない。

同様に、（犯罪の物理的要素に関する）任意性及び（犯罪の物理的要素と心理的要素の）同時性のような中心的法理は、コモン・ローに基礎を置くものである。抗弁も、コモン・ロー上の原則として発展してきたもので

9) See *Crimes Act 1958* (Vic) s. 3; *Criminal Law Consolidation Act 1935* (SA) s. 11.

10) アンドリュー・アッシュワスによる刑法の総則についての議論参照。

A. Ashworth, "Interpreting Criminal Statutes: A. Crisis of Legality?" (1991) 107 LQR 419 at p. 421ff.

ある。ニュー・サウス・ウェールズ州においては、このことは、緊急避難と強制的抗弁に関していまだに妥当する<sup>11)</sup>。

(b) グリフィス法典の法域

1995年以前、クイーンズランド州、ウェスタン・オーストラリア州、タスマニア州及び北部特別地域は、1897年にサミュエル・グリフィス卿が起草した法典の草案に基づく刑法典を有していた<sup>12)</sup>。クイーンズランド州は、これらの法域のうち、1899年に初めてグリフィス法典を採用した。サミュエル・グリフィス卿は、オーストラリア史上、極めて重要な、法律上・政治上の人物である。彼は、本業は弁護士であり、1872年にクイーンズランド州議会の議員に選出され、後に司法長官となった。その後、クイーンズランド州自由党の党首となり、後に、クイーンズランド州の首相となった(1回目は1883年から88年まで、2回目は1890年から93年まで)。彼は、その後、クイーンズランド州最高裁判所の首席裁判官となり(1893年から1903年まで)、最後には、オーストラリア連邦最高裁判所の第1代首席裁判官となった(1903年から14年まで)。彼はまた、オーストラリア憲法の起草にも貢献した。

グリフィス卿の法典化の目的は、彼が、クイーンズランド州の次期司法長官に対して法典の草案とともに送った手紙において説明されている。この手紙で、グリフィス卿は以下のように法典化についての考え方を明らかにした。

---

11) ニュー・サウス・ウェールズ州における正当防衛の抗弁と酩酊状態の抗弁に関しては、Miriam Gani, "Codifying the Criminal Law: Implications for Interpretation" (2005) 29 *Crim LJ* pp. 264-280 参照。挑発の抗弁に関しては、主にコモン・ローの立場を具体化した犯罪法23条参照。

12) See *Criminal Code Act 1899* (Qld), *Criminal Code Act 1913* (WA) (first enacted in 1902), *Criminal Code Act 1924* (Tas) and *Criminal Code Act 1983* (NT). 法典化の詳細については、Geraldine MacKenzie, 'An Enduring Influence: Sir Samuel Griffith and his Contribution to Criminal Justice in Queensland' [2002] *QUT Law and Justice Journal* 3 参照。

……法典化とは単に、現行法を、その〔現行法の〕運用の結果わかった不必要な専門性、不明瞭さ、その他の不備のない、秩序立った成文の体系に還元することを意味するものである、ということ述べておかなければならない<sup>13)</sup>。

したがって、彼の目的は、成文刑法及び不文刑法を、(多くの異なる法律、コモン・ロー上の法原則、裁判所による判断において) 当時存在したまま、内容には立ち入らずに、「すべてを包摂し、かつ明確な成文による刑法」として、明確かつ一貫した成文の形に改めることであった<sup>14)</sup>。グリフィス卿のもう1つの目的は、この法典が一般人に理解できるように書かれることであった。

文明化の現段階において、すべての者に義務を負わせ、確かに知られ、定着しているものと理解されている法の一大分野が、読み書きのできる者であればその内容を確認することができるような形で成文化されるべきでないというのは、普通の人にとって奇妙なことであるに違いない<sup>15)</sup>。

もっとも、グリフィス法典に基づく法典について特徴的なのは、これらが比較的变化のないままであるということである。コモン・ローが、裁判所の手により「進化してきた」<sup>16)</sup>ものであるのに対して、議会は、グリフ

---

13) Sir Samuel Griffith, "Draft of a Code of Criminal Law, Together with an Explanatory Letter to Attorney-General of Queensland" in K. Whitney, M. Flynn, P. Moyle, *The Criminal Codes* (5<sup>th</sup> ed., Sydney: LBC Information Services, 2000), at p. 5.

14) Griffith, above n. 13, at p. 6.

15) Griffith, above n. 13, at p. 6. 刑法が、実際に「確かに知られ、定着している」か否かという議論については、本講演では取り扱わない。

16) M. Goode, 'An Evaluation of Judicial Interpretations of the Australian Model Criminal Code' in W.-C. Chan, B. Wright and S. Yeo (eds), *Codification*, Macaulay

イス法典に基づく法典をそれほど見直し、発展させてこなかった。このことは、刑事責任に関してわずかな規定しか置いていない場合にとりわけ妥当するのである。マシュー・グードは、近年以下のように書いた。

現行のグリフィス法典の主な問題は、これが1900年頃の刑事責任についての考え方を具体化したものであるということである。グリフィス法典の法域は、それ以降一貫して、刑事責任についての一般原則を基本原則から見直すことを躊躇してきた<sup>17)</sup>。

#### IV 模範刑法典プロジェクト

オーストラリアの「模範刑法典プロジェクト」は、1990年に遡るものである。この年に、全豪司法長官委員会（SCAG）<sup>18)</sup>（オーストラリアの各法域の司法長官から構成される委員会）は、オーストラリアの各州及び準州における刑法のためのモデルを提示することを決定した<sup>19)</sup>。司法長官のこの決定は、オーストラリアの各法域間の刑法が不当なほどに一貫していないという懸念を反映したものであった<sup>20)</sup>。実際に、クイーンズランド州

---

and the Indian Penal Code The Legacies and Modern Challenges of Criminal Law Reform (Ashgate, 2011), at p. 313.

17) M. Goode, above n. 16, at pp. 313-314.

18) 2011年9月17日以降、全豪司法長官委員会は、法と正義に関する審議会（SCLJ）となった。

19) 関係者の視点から「模範刑法典プロジェクト」について説明したものとして、M. Goode 'Codification of the Australian Criminal Law' (1992) 16 Crim LJ 5; M. Goode 'Constructing Criminal Law Reform and the Model Criminal Code' (2002) 26 Crim LJ 152; and M. Goode 'Codification of the Criminal Law' (2004) 28 Crim LJ 226.

20) Model Criminal Code Officers Committee of the Standing Committee of Attorneys-General, Model Criminal Code - Chapters 1 and 2: General Principles of Criminal Responsibility 1992 Final Report MCCOC, at p. i. See also M. Goode "Constructing Criminal Law Reform and the Model Criminal Code" (2002), above

の司法長官は、以下のような公式声明を行った。

なぜ、人の刑事責任、ある犯罪に適用される刑罰、あるいは、実際には、ある行為がある犯罪に該当するか否かが、単に州境を越えることのみによって変わってくるのだろうか。オーストラリアのような同一性の高い国家では、このことは、最悪の場合狂気を意味し、よくても不合理を意味するものである<sup>21)</sup>。

全豪司法長官委員会は、基本的に、犯罪及び犯罪学に関する各司法長官の第一顧問から構成される委員会を設立した。この委員会は、近年まで模範刑法委員会 (MCLOC)<sup>22)</sup>として知られており、1991年5月に初めて公式に開かれ、この時から、オーストラリアのすべての法域により採用可能であると思われる「模範刑法典」の草案作成に取り掛かり始めた。このプロジェクトの中心的関心は、様々な法域間での刑法の統一化の達成であった<sup>23)</sup>。模範刑法委員会は、このプロジェクトの進捗状況についての第一次報告においてこのことを明らかにし、刑法に対する「一貫し、かつ原理に基づいたアプローチ」を具体化する「模範刑法典」の制定は、この「重要で複雑な領域」における「統一化を達成するための最も良い方法」である

n. 19, at pp. 153-154.

21) Goode (1992), above, n. 19 at p. 154 quoting *The Bulletin*, 16 October 1990 at p. 111. グードは、1990年9月に行われた第3回国際法会議に寄せられた論文において表されたクイーンズランドの次期司法長官の見解を引用している。

22) この委員会は、元々は刑法委員会 (CLOC) として知られていたが、1993年11月に模範刑法典委員会 (MCCOC) となり、2006年7月に模範刑法委員会 (MCLOC) となった。同委員会は現在、全豪司法長官委員会に対して刑法に関する助言をしており、全豪刑法改革委員会 (NCLRC) と呼ばれている。

23) 第2章についての最終報告の序文において、統一化の望ましきについていくつか言及がある。MCCOC, above n. 20 at pp. ii and iii. 模範刑法典委員会の顧問は、このプロジェクトは「統一法制定の改革として考えられて」いたと述べた。I. Leader-Elliott 'Elements of Liability in the Commonwealth Criminal Code' (2002) 26 Crim LJ 28 at p. 29.

と述べた<sup>24)</sup>。

模範刑法委員会が取り組んでいた法典化の定義は、「模範刑法典プロジェクト」に取り組む理由とともに、「模範刑法典」の考案者の1人であるマシュー・グードにより、1992年に出版された論文の中で説明された。彼は、アメリカとカナダの資料を参考にして、以下のように述べた。

刑法典の制定は、刑法の分野についての、優先的で、体系的で、包括的な制定を意味するものである。刑法典は、この法典が除外している場合を除いて、他のすべての法及びその対象とする領域に取って代わるものであるという点において優先的である。刑法典は、そのすべての部分が、秩序立った方法で配置され、一貫した用語を用いて述べられたものであり、規定それぞれが互いに連動する統合的なものであり、法典内でその目的を明らかにし、方法を定めているという点で体系的なものである。刑法典は、その基本的な狙いと一貫した運用ができるほど自足的で独立したものであるという点で包括的である<sup>25)</sup>。

グードが法典化を支持する理由は、彼が言うところの「4つの極めて基本的な社会的正義の原理」に基づいている<sup>26)</sup>。これらの原理は、刑法は、

24) Both quotes appear in MCCOC's 1992 Final Report, above n. 20, at p. iii.

25) Goode (1992), above, n. 19 at p. 9 quoting Hawkland, 'Uniform Commercial Code Methodology' [1962] *U Illinois L F*, pp. 291-292. この引用は、Letourneau and Cohen, 'Codification and Law Reform: some Lessons from the Canadian Experience' (1989) *10 Statute L R* 183 at p. 183, n. 2においてみられる。グードは、Scarman, 'Codification and Judge-made Law: A Problem of Co-existence' (1967) *42 Indiana L J* 355 at p. 358 から、ルトゥルノーとコーエンにより提案された他の定義も引用している。「法典とは、一種の制定法であり、その分野において権威のある、包括的で排他的な法の源泉となるような法を制定しようとするものである」。p. 9, n. 12.

26) Goode (1992), above n. 19 at p. 8. グードは、2本目の論文の中で、これらの法典化の理由を繰り返している。Goode (2004), above n. 19 at p. 229ff. クリミナル・ロー・ジャーナルの同じ版の論説は、トマス・マコーレーがインド総督に



以下のようなものであるべきであるというものである。

- (a) 発見しやすいものである（素人にとってアクセスしやすいという意味である）。
- (b) 理解しやすいものである（「普通の市民が、何が書かれているか、そしておそらく、なぜそのように書かれているかをも正しく理解できる」という意味である）<sup>27)</sup>。
- (c) 容易に手に入れられる（法典化は、先例への依拠を省くこと、及び明確に述べられた法原則の適用を通じてさらに確実性を提供することによって時間を節約するという意味である）。
- (d) 民主的に作成され、修正されるものである（憲法上、選挙により選ばれた州の機関は、司法機関よりも適切な刑法上の原則の源泉であるという意味である）<sup>28)</sup>。

この文言は、19世紀末にサミュエル・グリフィス卿がその有名な手紙の

---

対してインド刑罰法典の草案とともに送った手紙中の文言に言及し、良い法典の特徴について、「正確で、理解でき、民主的に制定され、そして受け入れられる」ものであると説明している。「立法者が法を起草する際に常に念頭に置いておかなければならないことが2つある。1つは、法はできる限り正確でなければならないということであり、もう1つは、法は容易に理解できるものでなければならないということである。法、特に刑罰法が、これを遵守しなければならない人々にわからない言葉で書かれるべきであるというのは、悪である。他方、漠然とした言葉で表された法は法ではなく、法律で用いられている表現が漠然としていけばしているほど、その法律はその機能を放棄し、法を制定する権限を裁判所に委ねているのである。」T. B. Macaulay, *A Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by command of the Governor General of India in Council* (Cornhill, 1838) p v cited in Editorial (2004) 28 Crim LJ 197 at p. 197, n. 5.

27) Goode (1992), above n. 19 at p. 16.

28) これが、グードが示唆するように「社会的正義の原理」であるか否かという点については争いがある。

中で用いた文言を思い起こさせるものである<sup>29)</sup>。刑法を制定するのは裁判所の役割ではなく、議会の役割であるというグードの第四の原理は、「連邦刑法典（Commonwealth Criminal Code）」の法典化の条文である1.1条及び2.1条（並びに「模範刑法典」のこれらに対応する条項）において明確に反映されている重要な原理である。これらの条文の趣旨は、すべての犯罪は、法律により規定されなければならないと定めることであり、これらの犯罪に関して、コモン・ローの「総則」（以前に裁判所が発展させた刑事責任に関する原則）を排除することである。結果として、この法典において犯罪規定の解釈に適用される原則は、議会によって作られたもののみであるということになる。すぐ後で簡単に見るように、刑事責任に関するこれらの原則は、「模範刑法典」の第2章にすべて含まれている。

このプロジェクトの結果、刑法の様々な領域において「模範刑法典」の規定が起草されることになった。つまり、第1章及び第2章は、刑事責任の一般原則<sup>30)</sup>、第3章は、盗犯、不正利得及び関連犯罪<sup>31)</sup>、第4章は、器物損壊及びコンピュータ犯罪<sup>32)</sup>、第5章は、身体に対する罪<sup>33)</sup>、第6章

---

29) Sir Samuel Griffith, "Draft of a Code of Criminal Law, Together with an Explanatory Letter to Attorney-General of Queensland" in K. Whitney, M. Flynn, P. Moyle, *The Criminal Codes* (5<sup>th</sup> ed., Sydney: LBC Information Services, 2000), p. 5. See the discussion of Griffith's views in Gani, M., 'Codifying the Criminal Law: Issues of Interpretation' in Corcoran, S. and Bottomley, S. (eds) *Interpreting Statutes*, Federation Press, Sydney, 2005, pp. 197-222 at pp. 202-203.

30) MCCOC, above n. 20 and MCCOC, Model Criminal Code Chapter 2: *Issue estoppel, double jeopardy and prosecution appeals against acquittals*, Report, March 2004.

31) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 3: *Theft, Fraud, Bribery and Related Offences*, Report, 1995.

32) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 4: *Damage and Computer Offences and Amendments to Chapter 2: Jurisdiction*, Report, 2001.

33) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 5: *Fatal Offences Against the Person*. 1998年6月に発表されたディスカッション・ペーパーについては、まだ最終報告されていない。しかし、人を死に到らしめない程度の身体に対する罪と、性

は、重大な薬物犯罪<sup>34)</sup>、第7章は、司法の運用に関する罪<sup>35)</sup>、第8章は、公序に関する罪及び物品の汚染<sup>36)</sup>、第9章は、人道に対する罪及び奴隷制について規定されている<sup>37)</sup>。

「模範刑法典」は、基本的には完成しているが、委員会の活動は継続中である。この委員会（現在では全豪刑法改革委員会（NCLRC）と呼ばれている）の現在の優先事項は、刑事責任についての原則を規定する「模範刑法典」の第2章の実効性を審査することである<sup>38)</sup>。

この委員会がその活動を開始した時、委員会は、「諮問過程を経て準備される模範刑法典は、すべての法域により採用されるであろう」という希望を表明した<sup>39)</sup>。しかし、「模範刑法典」の規定の受け入れは、委員会が当初望んでいたほど広範には及んでおらず、また熱狂的なものでもない。不幸にも、オーストラリア全域にわたる刑法の統一化には近づいていないのである。

## V オーストラリアにおける刑法の現状

オーストラリアの9つの法域のうち、連邦、オーストラリア首都特別地

---

犯罪について扱う第5章についての最終報告は、それぞれ1998年9月と1999年5月に行われた。

34) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 6: *Serious Drug Offences*, Report, 1998.

35) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 7: *Administration of Justice Offences*, Report, 1998.

36) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 8: *Public Order Offences, Contamination of Goods*, Report, 1998.

37) MCCOC, Model Criminal Code Chapter 9: *Offences Against Humanity, Slavery*, Report, 1998. さらに、多くの領域において模範規定が起草されている。たとえば、精神障害のある被告人、鑑定手続、DNA データベースについてなどである。

38) See the explanation at [http://www.sclj.gov.au/sclj/standing\\_council\\_crime-law.html,c=y](http://www.sclj.gov.au/sclj/standing_council_crime-law.html,c=y).

39) MCCOC, above n. 20, at p. iii.

域、北部特別地域の3つの法域のみが、「模範刑法典」に沿って刑法の法典化に取り掛かった。以前のコモン・ローの法域である連邦及びオーストラリア首都特別地域の2つは、「模範刑法典」に基づく包括的刑法典の制定に動いた<sup>40)</sup>。北部特別地域は、法典化に取り掛かり始めた最も新しい法域であり、グリフィス法典に基づく法典から「模範刑法典」に基づく法典へと移行するという独特の立場にある。北部特別地域は現在、現行の刑法典の進歩的な改革に取り組んでいるところである。これらの3つの法域のうち、連邦のみが、刑法の法典化を達成した。オーストラリア首都特別地域では、現在、「模範刑法典」を範にとった包括的刑法典の制定が完成しつつあるが<sup>41)</sup>、北部特別地域は、いくらか遅れており、2005年にこの移行の過程をたどり始めたばかりである<sup>42)</sup>。

では、他の法域はどうであろうか。模範刑法委員会の望みとは反対に、残りの法域は、以前のコモン・ロー又はグリフィス法典に基づく刑法から

---

40) オーストラリア首都特別地域及び連邦が以前はコモン・ローの法域であったのに対して、北部特別地域は、グリフィス法典に基づく法典から「模範刑法典」へ移行しているという点で独特の立場にある。北部特別地域は、その刑法典のいわゆる「進歩的な」改革に取り組んでおり、これは、2005年に「模範刑法典」の第2章を(多少の修正を加え)採用することにより開始された。つまり、修正刑法典(刑事責任に関する改革)(2005年)は、第2章を反映した新しいII AAの部分を規定しているのである。[see [http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/bill\\_srs/ccarrb22005550/srs.html](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nt/bill_srs/ccarrb22005550/srs.html)]

41) オーストラリア首都特別地域は、「模範刑法典」を範にとった法典化への移行の過程を終えつつある。オーストラリア首都特別地域議会は、2002年12月に刑法典(2002年)を可決し、この法は2003年1月1日に(多少の規定を除いて)施行された。現在のところ、縮小しつつある犯罪法(1990年)が、拡大しつつある刑法典と平行して機能している。オーストラリア首都特別地域の刑法典の第2章を、法典化されていない犯罪に適用することになっていた日は、調和を図るために何度も延期されてきた。この法典の10条においては、この日付は、現在では2013年7月1日になっている。この日から、第2章の原則はオーストラリア首都特別地域のすべての犯罪に適用されることになる。

42) Criminal Code Act (NT), Schedule 1.

離れていない。したがって、オーストラリア全域にわたる統一刑法の夢は、いまだ実現していない。それどころか、クイーンズランド州は、統一化の方向には動かず、「模範刑法典」の規定を大きく無視し、独自の法典について独立の審査を行ってきた<sup>43)</sup>。

他の法域（とりわけ、コモン・ローの法域であるニュー・サウス・ウェールズ州、ヴィクトリア州及びサウス・オーストラリア州）は、「寄せ集め」のアプローチを採用した。つまり、法を法典化することを選択するのではなく、「模範刑法典」の処罰規定に関する章をそれぞれの現行の犯罪法に包摂するのである<sup>44)</sup>。ニュー・サウス・ウェールズ州が採用したのは、この方法であり（たとえば、犯罪法（1900年）の正当防衛の規定に関して）、これほどには及ばないが、サウス・オーストラリア州もこの方法を採用した。

しかし、重要なことに、オーストラリア首都特別地域及び連邦の刑法典は<sup>45)</sup>、「模範刑法典」の第2章（刑事責任に関する一般原則）の部分を制定しており、それゆえこれらの法典は、刑法の一般原則（責任に関する原則、任意性<sup>46)</sup>・抗弁・管轄に関する争点といった中心的法理、つまり伝統

43) クイーンズランド州の「模範刑法典」に対する対応に関する様々な議論と修正刑法（1997年）の制定までの出来事については、M. Goode, above n. 19, (2002) 26 Crim LJ 152 at pp. 160-163 and p. 165 参照。

44) グードは、2002年半ば時点での、オーストラリアの各法域による「模範刑法典」各章の「実行」又は採用の状況について説明している。M. Goode, above n. 19, (2002) 26 Crim LJ 152 at pp. 173-174. オーストラリアの各法域において「模範刑法典」の犯罪が最も広く採用されているのは、コンピュータ犯罪の領域である。See the table in S. Bronitt and M. Gani “Shifting Boundaries of Cybercrime: from Computer Hacking to Cyber-terrorism” (2003) 27 Crim LJ 303 at pp. 320-321, Table 2.

45) See the *Criminal Code Act 2002* (ACT) and *Criminal Code Act 1995* (Cth).

46) しかし、「連邦刑法典」が（オーストラリア首都特別地域の法典と、これらが依拠した「模範刑法典」と同様に）同時性の法理を具体的に法典化していないことは興味深い。むしろ、3.2条（b）項は、犯罪の物理的要素「に関して」要件としている責任要素が証明されることを要求している。「連邦刑法典」の

的に「総則」と呼ばれたものである）及び各則たる実体的な処罰規定の双方について包摂しているのである。

## VI 連邦刑法典

「連邦刑法典」は、1995年に初めて制定され、1997年に施行された。「連邦刑法典」は、広範な領域にわたって多くの犯罪を扱っているが、連邦法におけるすべての犯罪を包摂しようとしているわけではない。他の様々な連邦法にも、犯罪は規定されたままであり、それゆえ、この法典に規定された犯罪は、様々な連邦法に規定された全犯罪の一部のみを規定したものである。

コモン・ローの法曹にとって「連邦刑法典」の最も重要な側面（実際には、これまで運用されてきた連邦刑法とは大きくかけ離れた特徴）は、この法典の第2章である。2.1条及び2.2条が、この法典の（総則に当たる）第2章を、この法典に定める犯罪規定だけでなく、2001年12月15日から、連邦法の下でのすべての犯罪規定に適用があるものとしている。2.1条は、以下のように規定している。

この章の目的は、連邦法の下での刑事責任についての一般原則を法典化することである。この章には、犯罪がどのように制定されたかにかかわらず、いかなる犯罪にも適用される刑事責任についてのすべての一般原則が包含されている。

この法典化の規定の趣旨は、この法典に規定された犯罪それ自体に関してだけでなく、連邦の法域における犯罪すべてに関して、コモン・ロー

---

第2章がすべての連邦犯罪のためのすべての刑事責任に関する原則を包摂することを意図していることを前提とすると（上述した2.1条参照）、同時性に関する一般規定がないことは、個別の犯罪規定の解釈に興味深い影響を与えると思われる。

上の総則を明確に排除することである。この規定は、連邦刑法に適用される刑法の原則は、議会によって制定される（そして、この法典の第2章に完全に包含されるものである）という明確な文言である。裁判所が発展させた原則は、もはや存在しないのである。

## VII コモン・ロー制度にとっての法典の課題

私は、刑法典に関して、コモン・ロー制度にとって、とりわけコモン・ローの法曹にとって2つの主な課題があると考ええる。第一は、法典化は、政府の立法機関に、この機関自身又は我々オーストラリア人に馴染みのないことを要求するということである。コモン・ローの法域では、刑法定定の権限は、事実上、（先に示した謀殺の規定のように、程度の差はあれ広範に犯罪を制定する）議会と（これらの犯罪規定を解釈し、コモン・ロー上の原則を用いて議会の制定する法律の間隙を埋める）裁判所で共有されている。他方で、刑法典は、裁判所に対する議会の優位性が現実に働いた結果である。刑法典は、最初に、正確で徹底的な起草を要求するだけでなく、これが社会的状況及び常識が変化しても通用し、これらの変化に対応し続けるためには、議会による定期的で包括的な見直し及び改正を必要とするものである。これは、多くの法域にとって気の重くなる見通しであるといえる。

第二の課題は、この法典の第2章それ自体である。実際、私は、第2章に包含される刑事責任についての原則は、責任についてのコモン・ロー上の原則に親しんだ法曹にとって、この法典の最も問題のある特徴であると考ええる。また私は、第2章はオーストラリアにおけるコモン・ローの法域が「模範刑法典」を範にとった刑法典を採用するにあたり、主な障害となっていると考ええる。

連邦刑法に関連する刑事責任の原則すべてがこの章に包含されているため、この規定は、いかなる連邦犯罪を解釈する際にも適用されなければならない。しかし、第2章は、コモン・ローの法曹にとって居心地の悪い細

かい体系的なアプローチを要求する。すべての犯罪は、その構成部分に分けられなければならない。つまり、すべての犯罪は、物理的要素と責任要素を構成するものとして性格づけられなければならない。物理的要素は、これに関連する責任要素を正確に適用するためには、それ自体（行為—作為、不作為又は状態—、特定の状況における行為又は特定の結果を伴う行為として）性格づけられなければならない。ある責任要素が具体的な物理的要素に適用されるか否かについて、その犯罪自体からわからない場合は、関連する責任要素を判断するため、責任要素についての規定である5.6条が用いられなければならない<sup>47)</sup>。

コモン・ローの法曹にとって、このアプローチは、機械的で形式的なものに感じられるのである。この法典の第2章を適用した裁判官の中には、法典化された刑事責任についての原則は、コモン・ローで発展した責任についての原則よりも薄く、より厳格で、より定型的で、かつより繊細でないものとならざるを得ないと感じているということを明らかにした者もある。たとえば、R v. JSにおいて、Spigelman 首席裁判官は以下のように述べた。

法の基本的側面は、刑法典によって、繊細で個別具体的な判例法を、言葉による比較的厳格で包括的な公式に置き換えることによって、相当程度、また実際には決定的な事柄について変更が加えられ

---

47) 5.6条の規定は、以下のとおりである。

5.6条 責任要素が明らかではない犯罪

(1) その犯罪の規定が、行為のみを構成する物理的要素に適用される責任要素を明らかにしていない場合、その物理的要素に適用される責任要素は、意思である。

(2) その犯罪の規定が、ある状況又はある結果を構成する物理的要素に適用される責任要素を明らかにしていない場合、その物理的要素に適用される責任要素は、無謀である。

注：5.4条(4)項の下では、無謀は、意思、認識又は無謀を証明することによって立証され得る。



た。刑法典は、定義を示す規定等の一連の互いに連動する規定の適用を求めるものである。また、これらの規定は、1つの意味を示すことを意図された文言で表されたものではあるが、その一方で、その意味は、必ずしも通常利用されるような意味ではないのである<sup>48)</sup>。

他方、コモン・ローの法曹は、第2章の規定と、実体的な処罰規定及び抗弁とが統合する複雑すぎる方法に苦しんできた。たとえば、近年のオーストラリア連邦最高裁判所の判断である *Queen v. Khazaal* において、裁判官の（証拠の提出責任が果たされているか否かについての法の認定者としての）役割と陪審の（検察側が犯罪の成立を阻却する事由のないことを証明する法的責任を果たしたか否かについての最終的な事実認定者としての）役割を一緒くたにするという弁護側の誤りは、フレンチ首席裁判官によるコメントの主題であった<sup>49)</sup>。

## VIII おわりに

刑法の法典化の目的と根拠は、価値のあるものである。つまり、法を明確で、確実で、容易に確かめられるものにするということである。「模範刑法典プロジェクト」のさらに崇高な目的は、オーストラリアの全法域を通じた刑法の統一化、少なくとも一貫性を達成することである。しかし、このプロジェクトは、開始から20年経過した現在においても、この目的を達成しておらず、「模範刑法典」を範にとった法典化は、オーストラリアの多くの法域により拒絶されている。統一化の手段として「模範刑法典」が成功しなかったことは、多くの要因に起因するものである。刑法の大規模な変更が多くの法域において優先度の低いものであったことには、政治的な理由があるということは明らかである。また、憲法上の理由も存在す

---

48) (2007) 175 A Crim R 108 at [145].

49) *The Queen v. Khazaal* [2012] HCA 26 at [13].

る。つまり、州及び準州に「模範刑法典」を範にとった法典化を求めることは、「模範刑法典」を採用した）連邦政府の権限を超えているのである。しかし、オーストラリアのコモン・ローの法「文化」と関連した理由も、見逃してはならない。コモン・ローにおける立法権は、刑法の分野において裁判所と共有されてきたものであり、コモン・ローの法曹は、法律の成文ですべて表されるという法原則により束縛され、窮地に立たされていると感じているのである。この苛立ちは、2011年の（不作為を、偽計利得罪に対する責任で問えるか否かが争点となった）*CDPP v. Poniatowska* という事案において、オーストラリア連邦最高裁判所のヘイドン裁判官による判断で明らかとなった。

この法典が1995年に下院に提出された時、担当大臣により提案された法律案は、刑法における確実性というベンサムを考え方を反映したものの「であった」と思われる。人の願望のむなしさをこれ以上印象的に説明するものはそうないであろう。これは、この上訴において議論された部分を含む、この法典の多くの部分が、ベンサムの考え方と一貫していないからである。これらは、連邦、州及び準州の刑法の1995年以前の状態からの重大な後退を意味しているのである。この法典において刑事訴訟が秩序ある司法運用になっているとすれば、それはひとえにオーストラリアの法曹のおかげである<sup>50</sup>。

以前のコモン・ローの法域により「模範刑法典」が採用されるようになるには、これらの問題が解決されることが必要である。

---

50) Heydon J., *CDPP v. Poniatowska* [2011] HCA 43 at para. 47.