Reeve's Commissioner of Police

Chief Fire Officer of Greater Manchester Fire

Chief Executive of Greater Manchester Health Authority

Chief Constable of the Greater Manchester Police
出発点となる問題関心

1. 加害者による損害賠償請求について
2. 被害者にみずから違法行為を
3. 不法行為責任を否定する際
4. 不法行為責任を否定する際
5. 不法行為責任を否定する際

被害者の事情を法的

民法典上、民法二三条の正当防衛、緊急避難と民法七の一項の過失相殺
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

27

による処理を想定することが可能である。それでは、被害者になんらかの「違法性」がある場合、これらのツールが認定されること、当該行為を違法とする行為規範の実効性の観点に基づいて妥当であるそうか。また、被害者に違法がある場合に事案の損害賠償請求を裁判所に提起することを目的とするものである。このような議論をおこなう前提として、わが国において次のような法状況を確認することが可能である。

2

従来の議論状況とその問題点

民法の領域において（ある法律に違反するという趣旨で）の違法性が関係する場合について、２不法行為法の領域では、被害者の「違法」を取込む窓口としては責任を否定、ないし絞減するものとして、正当行為と契約の効力の関係が盛んに議論されているが、これまでの不法行為法の領域については、契約法では法令違反における抽象的な理由を超えて、より説得的な原理を探求する必要があるのだろうか。本稿は、イギリス法（イングランド・ウェールズ法）をこのように呼ぶことにする。すなわち、最も大き

防衛・緊急避難、および過失相殺を掲げることができる。しかしながら、これらの場合においてなぜ責任が減免され

にって適切に対処することが可能なのでであろう。すなわち、被害者の「違法」はひとたび責任要件を充足した後の「違法性」
過失相殺の法理の基礎については、かつての多数は（あるいは現在においても）おおまかに損害の「公平な分担」を主導するものとしていなかった。しかし、そのような要素が考慮されるのが、過失相殺の根拠についてである。

国の果因関係の問題があり、本来の意味での過失を問題とする余地はないとする見解であったり、第三者、被害者に対して負担分配を求める制度とする見解を三つである。しかし、過失相殺における「過失」の規範化を充分に説明するに至っていない。過失相殺の原理についての研究は、必ずしも充分なものではないといえよう。過失相殺の法理そのものについては現在の研究は、過失相殺の法理そのものについては現在の研究は、過失相殺の原理において、加害者の「帰責性」（過失・違法性・寄与度等の表現で表現される）の城を阻害する制度との関係を含めた基本について、議論される必要性が認められる。

この点について、加害者の「帰責性」（過失・違法性・寄与度等の表現で表現される）の程度に影響し、それが賠償額の縮減を要請するとして、加害者の「帰責性の原理」に基づく減額を認めている。しかしながら、このようにファクターが不法行為のどの要件に、どのように作用するのかについてはいまなお明らかとはいええないと思われる。
さらに、民法典の条文にはない加害者の責任を減少させる枠組みとして、能見教授は指摘される寄与度減責の理論を掲げることができるが、そこでいう減免賠の基礎となる「基本的価値判断」のための判断要素を提供するという趣旨でも、保険の付保・制度設計だけではなく、むしろ端的に被害者についての法的評価の側面からアプローチする必要性が認められるのではないであろうか。

3　イギリス法の概要と分析基軸の設定

他方で、イギリス法では被告（加害者）の抗弁として「不適法性（Illegality）」が挙げられている。違法性の抗弁として、「ex turpi causa non oritur actio」（以下では「ex turpi causa 法理」という）を含む。QB 557, 559（F. 11, 17 B. 136）の控訴院裁判官の説示によると、「不道徳（improper）

ex turpi causa 法理とは、「Revill v. Newbery」（1886）QB 557, 559、Neill控訴院裁判官の説示によると、「不適法性（Illegality）

ex turpi causa 法理で、共同雇用の抗弁が禁止される抗弁である。イギリスで完全賠償のまま維持されているのは不適法性（improper）の抗弁は現在でも全部賠償を導きうる抗弁である。イギリスで完全賠償のまま維持されているのは不適法性（improper）

この抗弁が認められた場合の効果は、加害者の損害賠償責任の完全賠償である。イギリスでは、寄与過失

（contributory negligence）」が同様の抗弁が認められ場合でも寄与過失の法理における割合的減責は別途否定されない。これでも、この抗弁の理論的基礎においては、一般に、①裁判所は、public policy によって違法行為に加担しないという根拠と

の責任を免責する根拠については、一般に、①裁判所は、public policy によって違法行為に加担しないという根拠と

に触れているものを見出すことはできなかった。②違法行為を行った被害者と加害者との間に不法行為法上の注意
義務を設定することはできないという根拠が対立している。

違反法の抗弁については、まず、違反法契約に関する議論が盛んになり、これと平沢を合わせる形で不法行為につい
いてもイングランド法律委員会による議論が公表されているに至っている。

イギリス法における違反法の抗弁を論ずるにあたっては、①の見解にあるPublic policyが重要な概念となる。田中
英夫「英米法辞典」（東京大学出版会、一九九一年）六八三頁によると、この言葉は「一公序良俗、二公
序良俗、三国面を有しているが、公序良俗のみに解体しきれないニュアンスも残るようにあると思われる。本稿で
は、やや煩雑ではあるが、公序良俗一公序良俗一と訳すことにしたい。」

4 違反法をめぐる定義付けと不法行為の構成に関する議論の前提

以上の注解のように検討の前提として、イギリス法の違反法の抗弁にいうところの違反法があるもののは見出しがたいとされている。

ただ、例外として掲げられているのは、被害者が「自殺」とした場合の違反法と未婚女性が未婚内で性交渉をも
つことによる違反法である。イギリス法においては、一九六一年自殺法（Suicide Act 1961）によって自殺および自殺未

遂は犯罪ではないと宣言されているが、本稿で「違法」の言葉を用いる場合には、原則として刑罰法規違反をいうこととし、イギリス法の概説書等で掲げられているものを中心に被害者が自殺したケースのいくつかをも検討の対象に含めることにしたい。刑罰法規違反以外の違法に「違法」のテーマを充てる際には、その旨明記することにする。

このようなイギリス法の状況の検討は、わが国における最近の刑法と民法の関係をめぐる議論の高まりに鑑みても有益となるだろう。

1. 現在イギリスにおいて違法性の抗弁について存在する法は、イギリスにおける現在の法状況を分析するにあたっては、いくつかの方法が可能であろうが、本稿ではこれまでの判例を年代順に追って紹介することを中心としたい。なぜなら、違法性の抗弁はイギリス法においてもなぜなら、「Ⅲ」の法律委員会の諮問を検討する際に論じた。

[Translation]

Kirchman v. Chief Constable of the Greater Manchester Police

[Translation]
原告の夫は、ある犯罪の嫌疑により警察に拘束されていたところ、警察は、原告の夫が挙げた状態である自殺の傾向があることを知っていた。ところが、拘置担当者は、このことを伝えていなかったため、原告の夫は拘置中に自殺した。原告の夫の自殺は、拘置担当者にこのことを伝えていなかったため、原告の夫は自殺に際しての意図性が高いものであった。原告婦人は、夫の遺産管理人として、ネグリジェンスにもとづいて被告警察署長に損害の賠償を求めた。被告警察署長は、第一審では、一九三四年二月事故法（Traffic Accident Act 1934）にもとづき、七百七五六ポンドを認容した。

イングランド控訴院は、（イギリス）控訴院裁判官、自殺はもはや刑法法規違反の行為ではなく、事理弁識能力が充分でない人の自殺から生じる損害の賠償を認めた場合も公共の良心（public conscience）に反するとするものではない。被告警官署長の判断が、現在のイギリス法における議論の再発点を形成している。

ここから、서법사사法理の適用において刑法法規違反の有無が重要なことを見て取ることができる。事例はオートバイのタンデム・シートに乗車していたところ（本件事故当時、八歳）、被告の自動車と衝突した。
突し、オートバイの運転者が死亡するとともに原告も重傷を負った。事故発生後、被告人（運転者）の安全を脅かす程度の無謀かつ危険な（recklessly and dangerously）行為をした。管理人を含む概念である。管理人を含む概念である。管理人を含む概念である。管理人を含む概念である。

第一章 高等法院女王座部（Fallon裁判官）では、第一被告に対する請求にについて、原告と運転者は共同して刑法違反にかかったことを理由に、ex turpi causa（法理の適用として、運転者は原告に対し義務を負っていないとした。さらに、一九七二年道路交通運送法（Road Traffic Act 1972）第四十八条（3）にもとづき、第一被告に対する損害賠償を求めた。この判決を問題とするのに対し（Dillon控訴院裁判官の判示）、Baldwin控訴院裁判官がネグリジェンスを訴訟原因とする損害賠償を求めた。"Dillon控訴院裁判官の判示"

【Baldwin控訴院裁判官の判示】

原告の訴えは、まず、ex turpi causa（法理そのものに該当するものであって、これを認める事はできない。"Dillon控訴院裁判官の判示"にしたがって請求を棄却すべきものとしている。
事実上、がなされているが、【various offences】原告訴者は、被告加害者の納屋の近づいたことは強盗目的であっ
た。

第一審では、寄与失しによる減額を認め、一部認容した。被告加害者から控訴院に対して上訴がなされ
た。イングランド控訴院（【third appeal court】）は、原告诉者が違法行為に従事されていたものである
が、違法性の抗弁によって原告の訴えが許されられるべきではない。被告加害者からの上訴を認めなかった。

日本法的には過剰防衛の問題と構成することも可能な事案であるが、そうした観点も違法性の抗弁に
いてまず、違法性の抗弁が認めなかった控訴院の判断について、学説からは、相当性（Proporionality）
の要件を充足しないことを何からあるとの評価をなされているところである。

6. Clinis v. Camden and Islington Health Authority

事件の概要

精神病の症例を有する原告は、一九八三年精神病衛生法（Mental Health Act 1983）QB 978, CA は
したう、以下の通りである。


が対しての抗弁が生じない。この反対に、事件の理由について訴えられた事案が存在する。

その後も最近にいたるまで、敗訴者の違法性の抗弁について争われた事案が存在する。

事件の概要

プロポーション（Proporionality）の要件を充足しない

精神病の症例を有する原告は、一九八三年精神病衛生法（Mental Health Act 1983）QB 978, CA は
したう、以下の通りである。


が対しての抗弁が生じない。この反対に、事件の理由について訴えられた事案が存在する。

その後も最近にいたるまで、敗訴者の違法性の抗弁について争われた事案が存在する。

事件の概要

プロポーション（Proporionality）の要件を充足しない

精神病の症例を有する原告は、一九八三年精神病衛生法（Mental Health Act 1983）QB 978, CA は
したう、以下の通りである。


が対しての抗弁が生じない。この反対に、事件の理由について訴えられた事案が存在する。

その後も最近にいたるまで、敗訴者の違法性の抗弁について争われた事案が存在する。

事件の概要

プロポーション（Proporionality）の要件を充足しない

精神病の症例を有する原告は、一九八三年精神病衛生法（Mental Health Act 1983）QB 978, CA は
したう、以下の通りである。


が対しての抗弁が生じない。この反対に、事件の理由について訴えられた事案が存在する。
告訴精神病院による監護が必要とされていたところ、この点につきながら適切な手当てはなされていなかった。退院から三ヶ月後である一九九二年二月一七日、刑事手続において原告は有罪であることを認め責任能力減退による減刑を求めた。原告は、被告が適切な治療を怠らなければ殺人を犯すことはなかったとして、被告精神病院からイングランド控訴院に対して上訴。原告の請求を認めた。被告精神病院からイングランド控訴院に対して上訴。第一審では、自らの刑罰法規違反による行為の結果だからといって損害賠償請求ができなかったとして、控訴院（Beldam控訴院裁判官）は以下のような理由によって、自らの行為に欠けて弁護すべきであるから、事実弁護士の弁護を請求した。訴訟能力の減退によって有責性（culpability）が減少するとしても、原告の行為は不法（wrong）であり、裁判所は原告の責任を問わなかった。
M氏は警察署内において拘留されていたところ、格子窓にジャンプを引かせる方法によって自首を自殺を Oriolesに移されたものの、死亡した。担当警察官は、M氏の遺族管理人である原告から警察署に対して自殺がなされた、イングランド控訴院 (Buxton控訴院裁判官) は原告である上訴人の主張を認めなかった。すなわち、Valent et non injuria (6)オノを紹介する。後掲のイングランド法律委員会による請願書の公表は二〇〇一年七月三十一日に発表された。Vellino v. Chief Constable of Great Manchester Police [2002] 3 All ER 4。原告被害者是重度の自宅の窓から飛び降り自殺をしようとしたところ、頭蓋骨骨折で脳に重篤な障害を負い四肢麻痺の状態となった。原告がこのような逃走様を有する場合は、被告警察署長に対し、原告が逃走を試みた際に逮捕しようとした警察官はなんら対応をしようとせず、被
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

での
第一審裁判官は、警察は原告に対して注意義務を負っていないとして請求を認めなかったため、原告から上訴がなされた。

イングランドの裁判院は、被告である原告からの訴えを認めなかった（case）裁判官裁判官の反対意見がある。

すなわち、逮捕を免れようとすることには、

ような状況において警察は原告に対し注意義務を負っておらず、原告の訴えを認めないとして、

この判決は、現在のテキスト類で参照されている最新のものであるが、

そこで、違法性の抗弁（あるいは、

点からは、過失相殺による処理が適当と思われるもの、正当防衛（あるいは過剩防衛）

ここの小括

で、現在のイギリス法における違法性の抗弁に関する法を形成している判例を掲げて紹介を行ってきた。

もしくは不法行為責任が成立するのかが問題となるものなど多種多様なもののが含まれており、

イギリス法を素材として

にかつき、イギリス法の議論を参照することが必要となる。
このため、以下のようない法状況につき、項を改めて学説による議論状況、およびイングランド法律委員会による議論に続く研究による分析を検討することにしよう。

II
学説における議論

イギリス法における違法性の抗弁について、

違法性の抗弁に関する概論

長老者との間で違法な事業に従事している場合が、何ら違法性の抗弁を認めることは公共政策（共通体）に反することに求めるものと、

2 被害者に違法性がある場合とは、被害者が、公の利益の確保のために、

3 ブラジルが最終的にこれを提起した。

BRAZIER, M. AND MURPHY, J., STREET ON TORTS, 10TH ED. でも、原告が不

違法な取引に関する契約上の抗弁であったことが強調されている。

Brazer, Pits v. Hum. & Clinics v. Camden and

Islington HAを分析する」と、ex turpi causa法理によって免責されるのは、被害者が刑罰法規違反の場合に限定される。
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

たのであろうかとの見解を提示している。規違反によって違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違華性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（proportionality）を欠く場合に、違法性の弁護が成立することになるが、加害者の刑罰法規違反と比して、相当性（pr
Friedmanによれば、違法性の抗弁の内容は不明確であり、その基礎を確立する必要があるとの問題意識に基づき、他的重要性を比較した上で、違法性の抗弁の基礎を、公共政策（公平良俗）、義務設定の観点から分析する。結論として、違法性の抗弁が認められるかどうかを検討すべきであると提案している。

カナダ法については、その後リーディング・ケースとなるカナダ最高裁判所の判決が現れており、また、論稿においても、E・J・ワインリップによる論稿があるが、これらは、後に法律委員会の諮問書を検討する際に議論することにしよう。

(3) Buckleyの見解

第三に、Buckleyの見解を紹介する。

Buckleyは、原告の訴訟原因が民事上基礎付け可能にもかかわらず、刑罰法規違反の瑕疵があるために、訴えを認めることができないのでは、このような場合とかいう問いを掲げ、この問いは、まさに民事法であるが、Buckleyは民事法の個別領域としてとりわけ契約法を検討対象としているが、Perry v. Hannにも触れて不当行為の領域をも視野にいれている。そのうえで、もはや「制裁は刑事法に委ねられるべきである」との主張を維持することはできないのであるから、違法性の抗弁に係る問題については、①抑止、②動機、そして、③相当性を考慮して判断すべきである。
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

(4) Gloctheskismoの見解

最後に Gloctheskismoの見解を取りあげたい。一九九九年の Gloctheskismoによる論稿では、Revill

「Newbery」が強制にネグリジェンス法による救済を認めたことについて社会的な耳目を集めることから説き起こしてい

る。Gloctheskismoによれば、公共政策（公序良俗）、あるいは公共の良心（Public conscience）によって禁止の必要性に

するため、Gloctheskismoは、ネグリジェンス法の有効性を検討する。すなわち、イギリスにおいてネグリジェンス法の機能は「損害の填补」である。

抑制」の機能があるとしても、Gloctheskismo法理の有用性を検討する。すなわち、イギリスにおいてネグリジェンス法の機能は「損害の填补」である。

抑制」の機能があるとしても、Gloctheskismo法理の有用性を検討する。すなわち、イギリスにおいてネグリジェンス法の機能は「損害の填补」である。

抑制」の機能があるとしても、Gloctheskismo法理の有用性を検討する。すなわち、イギリスにおいてネグリジェンス法の機能は「損害の填补」である。

抑制」の機能があるとしても、Gloctheskismo法理の有用性を検討する。すなわち、イギリスにおいてネグリジェンス法の機能は「損害の填补」である。
1 序 違反的な契約・信託との関係で


2 法律委員会の「政策」分析と立法提案・諮問事項

求が競合する場合の不都合を回避することを目的としている。まずイングランド法律委員会による説明書第一〇号を検討する前提作業として、イングランド法律委員会説明書にて、「違法の背後にある政策や趣旨を参照しつつ次に掲げるようなファクターを勘案して決せられる、法律委員会の用いるところによく構造化された裁量（structured discretion）によるべきである」としている。

2. 法律委員会による不法行為と違法性の抗弁にかかる法状況の分析

一、不法行為における違法性の抗弁に関する法律委員会の立法提案も、違法な契約、信託に関する暫定的提案で、お互いに共通している。ただし、後述するような重要な違いが一点ある。
まずイギリス法を六つの類型に分析することから議論を始めています。

すなわち、第一に、加害者と被害者の不法な共行行為の過程から生じた損害（injury incurred in the course of illegal joint venture）（以下「第1類型」という）。第二に、被害者の不法行為の過程から生じた損害（injury in the course of the defendant's illegal activity）（以下「第2類型」という）。第三に、賠償に関する責任の求償（indemnity for liability arising from the claimant's crime）（以下「第3類型」という）。第四に、被告の犯罪により生じた損害（compensation for detention as a result of the claimant's crime）（以下「第4類型」という）。第五に、加害者の詐欺その他の不法行為に基づく損害（compensation for the defendant's fraud or other wrongs）（以下「第5類型」という）。第六に、第V類型、第六類型の類型である。
ウェールズで鉱山を経営する原告は、資金不足のため訴外A社との間で資金調達を計画した。それによると、A社が原告の小切手に対して20万を出金するが、A社の資産を損失させることを目的に、偽造された小切手を提示した。A社はその小切手を受理し、20万を出金した。

この事件の前後、A社は、原告を訴え、損害賠償を求めた。A社は、原告が、偽造された小切手を提示したことで、損害を蒙ったとして、損害賠償を求めていた。

最高裁は、原告の行為は、不正行為（conversion）であり、原告は、損害賠償請求の対象であるとした。最高裁は、原告の行為が、不正行為であるとして、損害賠償を求めた。
これらの対象は、法律のスキームによる説明の完全機能を示すものであって、これらは法律の観点から、様々な構成が可能となるところから、法案立案者の観点がとりわけ重要となるという趣旨で、刑法と法則民法は全く別個に判断され得るものではなく、刑法の抗弁が争われる典型事例である。第1、第2類型ならはやや離れるが、違法性の抗弁として主張可能な事案類型として紹介することができる。

3 違法性の抗弁の原理について

違法性の抗弁が争われる事案類型を以上のように整理することも、根拠付けを行うことは困難であろう。このことは、違法性のテキスト等において違法の領域において律儀であるとの説示を引用しつつも、以下のように違法性の抗弁の原理を分析しようとする試み、または自らの行為行為から利益を得ようと試み、または自らの犯罪行為によって課された罰金や責任の求償を求ることのはできない。

(1) 被害者は、自らの違法行為を直接の根拠として訴えを提起することはできない。

(2) 被害者は、自らの違法行為から利益を得ようと試み、または自らの犯罪行為によって課された罰金や責任の求償を求ることにはできない。

(3) その他、裁判所は、違法行為を有無し援助助長させる可能性がある場合については、違法行為を行った被害者に加
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

49- 諮問書第六○号では、違法性の抗弁を裏付ける「政策（policy）」について明確に言及する判例はほとんどない。

したがって、違法性の抗弁を裏付ける政策の分析として、カナダ・オーストラリア・ニュージーランド・スコットラ
ンドを比較法の対象として、いくつかのものを次のように分析している。

まず、暫定的な見解であると断りながらも、違法な行為をおこなった被害者に対する「制裁」を違法性の抗弁の根
拠であるとする説明は、必ずしも充分な理由とはならないとされている。従って、違法性の抗弁が認められるのは、
裁決の権威を保持するために必要であるとの説明は、一定の合理性を有するとしなくとも、限定された領域におい
てしか有効ではないとしている。第三に、違法性の抗弁によって違法な行為をおこなった被害者の訴えを認めないこ
5. Hall v. Herbert 判決における法の統一性・一貫性の原理

カナダ法においても、a pari casae 法理は確立に認められていたもので、違法性の抗弁が有効であるとした理由は、法が自体が稀少であるけれども、法務委員会が Hall v. Herbert [1983] 2 SCR 159において決定的な根拠がないことを確認した。カナダ最高裁判所 (Supreme Court of Canada) による決定的な根拠がないこと、法務委員会が Hall v. Herbert 判決を検討す
急激な傾斜となっている砂利道でエンストしたところ、キーが見つからないため加害者は押しがけ（rolling​

被害者が運転することを許した。被害者は自動車のコントロールを失い急勾配の坂を転落し横転した。被害者と加害

は歩いて知人の家までたどり着いたが、その後の検査で被害者は頭部に重篤な傷害を負っていることが判明した。

事実審裁判官は、原告訴求を認めなかったが、原告訴求が減額されたのは不当であるとして上告がなされた。

カナダ最高裁判所は被害者からの上告を認めた（La Forest, L’Herieux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin和Lacouchie裁判官）。

被害者からの控訴に対してブリティッシュコロンビア高等裁判所は控訴を認めた。

裁判所の権限は、法システムの統一性を保持するという裁判所の義務（The courts to preserve the integrity of legal

system）に由来するものである。そして、法システムの統一性が問題となる場合に、裁判所は違法性の抗弁によって

多数意見を代表して述べられたMcLachlin裁判官によると、違法な警告による訴えを認めるすることは、違法な行為を

（違法行為を起こした原告訴求を認めること）一方である行為を違法といい、他方である行為を

について損害の補償を認めることになるという。すなわち、
違法であるということになる。つまり、法の一貫性（consistency）を損なうことになるのである。重要なことは、法が統一された制度である必要があり、その領域ごとに——契約、不法行為、刑事法——調和がなされている必要がある。一方である行為を罰し、他方でその行為に損害の填補を認めることがは一法の概念的継ぎ目のない網目で耐え難い裂け目を認めることになる。」（Weinreb supra note 87 at 412）。それゆえ、われわれは違法性の抗弁の最も重要である重要な基礎として、法システムの統一性が認められると思料する。

さらに、McArdle裁判官は、次のように続ける。不法行為法において、司法システムの完全性を害することを理由として原告の損害賠償を認めない権限を裁判官に付与する原理を認めるべきである。（しかしながら）引用者注、この原理は限定されたものである。この原理は限定されたものであり、不法行為法から発生した利得の回復を認めるものであって、法の構造（structure）に一貫性の欠如（inconsistency）をもたらす場合となる。

つまり、カナダ最高裁判所の違法性の抗弁が認められる領域、すなわち、生命・身体が侵害される不法行為を除外する一方で、違法性の抗弁の基礎には、法秩序の一貫性を保全することにあることを明らかにしたのである。McArdle裁判官が引用するところのワインリップによる論稿はどのような展開をとっているのであろうか。
6 ワインリブの見解——司法過程の統一性・一貫性と不法行為領域への「移植」

ワインリブの見解の一部は、「H.L.A. Hart」を紹介する際にも一部触れられたが、ここでは改めて違法性の抗弁の不法行為法への適用可能性を中心に述べる必要がある。まず、不法行為法に「移植（transplant）」されるに至ることになるが、E・J・ワインリブは、以下に掲げるような議論を展開することによって、契約法の領域における違法性の抗弁が答解される。これについては、H.L.A. Hartの不法行為法への移植可能性について検討している。すなわち、「契約理論」たる違法性の抗弁（あるいは、正当化の抗弁）を、例を挙げると、以下の「実在」(actual causation)法理の基礎として、「The Integrity of the Judicial Process」という冊子の三つを掲げ、確立する魔力(bewitchment)への抵抗を包含するものであるという。すなわち、違法性の抗弁においては、一般的な法理における違法性の抗弁について、利得禁止、民事法による政策実現、司法過程の統一性について考えた結果について報告している。
7 法秩序の統一性 - 一貫性と制定法による裁判所裁量の枠組化 - 前掲のHall v. Heberを承けて、イングランド法律委員会はどのように内容の諮問書を公表しているのであろうか。

法律委員会では、違法性の抗弁に関する必ずしも透明ではないイギリス法の状況を整理する試みとして、以下のようないかすぎることを主な趣旨として、次のような考察要素からなる一制定法による裁量の枠組化（Consultation Paper 154）を平成を合わせ、二相を合わせて考察を求めている。それには、

(1) 違法性的重大性
(2) 被害者の違法性の認識をはじめとする主観的意図
(3) 請求を認めないことが違法行為の抑止として機能するかどうか
(4) 請求を認めないことが被害者の行為を違法とする法規範の趣旨に合致するか
(5) これらの考察要素は、おおむね契約法・信託法の暫定提案と共通するものではないが、さらに相違する重要な点が一点ある。それは、前掲の考察要素に加えて、新たに、Hall v. Heber判決においてMackenzie裁判官が述べた「法的統一性」を加えることが最も合理的な根拠となるとする点である。このことについても、法律委員会はパブリック・オピニオンを求めている。それら
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

（Law Commission Reports）が提出されるかについては、今後ともその動向を引き続き注目する必要がある。特に、法秩序の統一性・一貫性の観点が法秩序法に取り込まれる以上、請求権競合的な考え方を前提とするとき、契約法でもその観点を考慮する必要があるという可能性もあります。また、法律委員会の諮問書では、違法性の抗弁について法秩序の統一性・一貫性の要請が重要とされていることを再度強調しています。

V イギリス法の総括

わが国の議論への示唆—法秩序の統一性を手掛かりにして——

1 イギリス法の検討から明らかになったのは、主に以下のようにある。すなわち、イギリス法では、違法性を理由として掲げる見解が主張されてきたが、近年、イングランド法律委員会によって、違法性の抗弁における違法性の抗弁とは別なり、違法性の抗弁の根拠として法秩序の統一性・一貫性の原理を重視すべきことが提案され、裁判所は違法行為に加担しないという政策的立場をとるようになりつつある。法律委員会の具体的な提案としては、違法性の抗弁について法秩序の統一性を基礎としてきた上で、被
2 被害者に「違法」がある場合に損害賠償責任を認めないことについての基礎

かつ考慮要素とされており、おおむね違法な契約の場合と共通しているが、違法と不法行為法の関係については、法殺の統一性、一貫性の要請に配慮する必要があることが契約法・信託法における違法性の議論と異なっているといえる。

以下では、以上の検討を踏えた上で、わが国の議論への示唆を考察することを試みることにしたい。

2.1 被害者に「違法」がある場合に損害賠償責任を認めないことが契約法・信託法における違法性の議論と異なっているといえる。よび過失相殺を挙げることであるが、

被害者に「違法」がある場合に損害賠償請求権に影響を及ぼす理由については、イギリス法の議論を参照すると、比較的議論の蓄積を有する過失相殺における過失要件の「規範化」を充分に説明し得るものではなかった。

被害者に「違法」がある場合に損害賠償請求権に影響を及ぼす理由については、イギリス法の議論を参照すると、比較的議論の蓄積を有する過失相殺における過失要件の「規範化」を充分に説明し得るものではなかった。
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

被害の成否について、加害者に対する関係では法益の権衡をはかる必要はないという見解については、第三の注意義務においては取り上げるべきだという具体的の過失と抽象的過失について、かつての論理は盛んであったものの、不法行為法における注意義務はハンドの定式における行為の有用性に被害者の違法を組込む可能性は排除されないのかで決定され、もともと、ハンドの定式における行為の有用性に注意義務の設定において取り込みという発想は薄らかった。しかししながら、正当防衛に表象されている手続きとして、不法行為の成否を判断するにあたって、被害者の違法、および被害者の行為を違法とする法の政策目的が重要性を有すると思われる。換言すれば、被害者の違法性を単に過失相殺の枠組みにおいて考慮するだけではなく、加害者の注意義務との関わりにおいても考慮することが必要となる。
イギリス法における議論は、議論そのものとして、わが国における法状況を分析する際にも、貴重な視点を提供している。さらに、注目すべき「原理」として、近年イングランド法律委員会が違法性の抗弁の原則として最重要視している「法秩序の統一性、一貫性」がある。

3 不法行為責任を否定する原理について--法秩序の統一性、一貫性

法の国では、不法行為責任が減免される正当防衛・緊急避難、および過失相殺の根拠について、「公平」が掲げられることがある。この中味については必ずしも明らかではない部分が多く、加害者の損害賠償責任を減免する根拠付けとして、寄与度減責の議論、帰責の原理が示されるに至っている。

本稿では、正当防衛・緊急避難とも共通する、被害者に違法がある場合に過失相殺の判断枠組みを用いて加害者の責任が減免するとの、「原則」として、違法性がある被害者に損害賠償請求権を認めることを前提に、これを行うために、被害者に損害賠償請求権を付与することによって、違法行為者に利得保持を認めてしまう懸念がある。違法性の阻却・滅殺事由として、法令行為が掲げられる。なぜなら、被害者に刑罰法規違反がある場合に被害者の損害賠償請求権が否定される場合の理論的基礎として、
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

公共政策（公序良俗）や注意義務設定の観点からアプローチすることも可能であるが、なぜ公共政策（公序良俗）の要請によって告訴の請求を認めるとはできないのか、さらには注意義務を設定することができないのか、それは背後には、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

また、以上の議論は、正当防衛、緊急避難と共通する減免責の基礎として過失相殺の「原理」にも法秩序の統一性・一貫性の維持を促進すべき機能を負わせるべきではないかとの問題提起を行うことを意図するものであって、被害者になんらかの刑罰法規違反があれば、すなわち法秩序の統一を危険化するものが存在するべきことを説くものではない。この意味で「やわらかで統一されている法秩序の構築を目指すこともあって、被害者に違法がある場合すべてにつき不法行為責任を認める場合」とするべきである。イギリス法の理論を参照すれば、①被害者の被害補償請求権を認めないこと、②被害者の行為を違法とする刑罰法規の趣旨に合致するかどうか、③被害者の損害賠償請求を認めないこととは被害者の犯罪行為と均衡がとれているかの五つの判証要素を一定の

被害者に違法がある場合、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

被害者に違法がある場合、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

被害者に違法がある場合、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

被害者に違法がある場合、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

被害者に違法がある場合、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。

被害者に違法がある場合、法秩序の統一性・一貫性の要請があると理解すべきと考えるからである。
用性を有するものとして掲げることができる。そしてこれらの枠組みを、制定法によって明確化することを検討されることに差し支えない。現時点において被害者に違法性がある場合の減免責任の基礎について、法律上においては、一のギドラインを付与することができるが有益と考えられ、またこの多様な方法によっても裁判所の判断裁量を過度に制約するものとはならないからである。

5 不法行為責任の機能
法秩序維持、形成機能

このように、被害者に違法がある場合の減免責任の根拠を法秩序の統一性、一貫性に求めつつ、具体的な判断についてはいくつかの制定法による総合判断に委ねるとする。したがって従来の不法行為の機能、損害の撫慰、形成、機能をも兼ねて論じるべきことになる。本稿においては、被害者に刑罰法規違反がある場合に損害賠償責任が減免される基礎については法秩序の統一性の毀損の問題提起を行うことによって、不法行為法の救済方法をも兼ねて論じることになる。なお、これまでの検討を行う必要がある。以上を踏まえたうえで、不法行為法の構成機能についても、改めて論じることにしたい。
1 まとめ
本稿では、刑罰法規に違反する被害者の損害賠償請求権が否定される根拠について、①政策政策（公序良俗）によるそれと否定される可能性、あるいは被害者が刑罰法規に違反することによって加害者側の注意義務の設定が困難となること、②被害者の損害賠償請求権が否定される根拠については、法秩序の統一性、一貫性があるのではないかとの問題提起を行い、③被害者が反法性がある場合の損害賠償責任の成否について、制定法によっっていくつかの要素を「枠組化」すべきことを主張してきた。しかしながら、以上ののような検討には不充分な点も多く、今後さらに検討すべき課題も多い。

2 今後の課題
本稿では、被害者の損害賠償請求権が否定される根拠について、法秩序の統一性、一貫性があるのではないかとの問題提起を行ったが、しかしながら、なお検討すべき課題は多く残されている。残された課題として一つを挙げると、不法行為法による効果の局面において、反法性が二重に設定されている局面が存在する。すなわち、差止法の度合いに差異が生じることにつき、一定の相克が生じる可能性がある。このことに関する検討については、別稿を予定している。
この他に、民法七〇条の不行為への適用と、民法典二二七条の不法行為の要件を満たす必要があるが、これについても後にふれる。
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

大村文子、三宅撫子「過失相殺」について、被害者に「負責能力」は必要ないと判断している。

内田四八「過失相殺の法理」（有斐閣、一九四五年）参照。

能見善久「寄与度減退」四宮和夫先生森記念論文集「民法・信託法理論の展開」改訂文章、一九六六年

わが国においてこの法原則を多くも紹介するのか、クリスティアン・フォン・バール（霍田充見編訳）「ヨーロッパ不法行為法（改訂版）」=

二〇〇六年、二〇〇七年、二〇〇八年、二〇〇九、二〇一〇年。
被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念（大西）

BUCKLEY, R. A., "Law's Boundaries and the Challenge of Illegality", Buckley, R. LEGAL STRUCTURES Boundary Issues Between Legal

WEINREB, E. J., "Illegality as a tort defense", (1976) 28 UTLJ 278.


Salmond 1966においては、不明確な法律領域であるとし、一頁に、説明を及ぼしていかなければならない。

BRAZIER, M., AND MURPHY, J., STREET ON TORTS, 10th ed., 106.

MURPHY 2003, at 106.

同様に、Compensation Schemeにおいても、申請人の性格（character）や行為を理由とする減額が認められているという（Winfield2002, at 863）。

CLerk and Lindsay 2000, at para. 3.21: Murphy 2003, at 106. Salmond 1966が簡易に触れていないだけ、他の抗弁との関係である。