

被害者の「違法性」と公共政策（公序良俗）・過失概念

大西邦弘

I 序言

- 1 出発点となる問題関心
- 2 従来の議論状況とその問題点
- 3 イギリス法の概要と分析軸の設定
- 4 「違法性」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

II イギリスにおける法状況

- 1 序
- 2 *Ashon v. Turner*
- 3 *Kirkham v. Chief Constable of The Greater Manchester Police*
- 4 *Pitts v. Hunt*
- 5 *Revill v. Newbery*
- 6 *Clunis v. Camden and Islington Health Authority*
- 7 *Reeves v. Commissioner of Police of Metropolis*
- 8 *Vellino v. Chief Constable of Great Manchester Police*
- 9 小括

III 学説における議論

- 1 違法性の抗弁に関する概論
- 2 モノグラフィー・雑誌論文
- 3 小括

IV 法律委員会の「政策」分析と立法提案・諮問事項

1 序——違法な契約・信託との関係で

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

3 違法性の抗弁の原理について

4 「違法性」に内在する「政策」の分析

5 *Hall v. Hebert* 判決における法の統一性・一貫性の原理

6 ワインリプの見解——司法過程の統一性・一貫性と不法行為領域への「移植」

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」

V 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 イギリス法の総括

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

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

4 不法行為責任を否定する際に考慮すべきファクターについて——制定法による裁判所裁量の「枠組化」

5 不法行為責任の機能——法秩序維持・形成機能へ向けて

VI 結語

1 まとめ

2 今後の課題

I 序言

1 出発点となる問題関心

被害者による損害賠償請求につき、被害者にみずから違法な行為、とりわけ刑罰法規に違反する行為がある場合、被害者はこの事情を理由として損害賠償責任を免れることができるであろうか。

被害者の事情を法的に取込むには、民法典上、民法七二〇条の正当防衛・緊急避難と民法七二二条二項の過失相殺

による処理を想定することが可能である。^① それでは、被害者になんらかの「違法性」がある場合、これらのツールによつて適切に対処が可能なのであろうか。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「減免責」のレベルにおいてのみ処理され得るものであろうか。また、被害者に違法がある場合にその損害賠償請求を裁判所が認容することは、当該行為を違法とする行為規範の実効性の観点に照らして妥当であらうか。さらには、最も大きな問題として、正当防衛・緊急避難、過失相殺によつて加害者の責任が減免責される場合につき、「損害の公平の分担」といった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ではないであらうか。

本稿は、イギリス法（イングリッシュ法をこのように呼ぶことにする）における「違法性の抗弁」を紹介・検討することによつて、被害者になんらかの違法性がある場合の不法行為責任の成否、およびその基礎を検討することで、従来の過失概念および責任が否定される場合の原理、もつて不法行為法の意義と機能について論ず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は、契約法では法令違反行為と契約の効力の関係が盛んに議論されているが、^② これまでの不法行為法の領域では必ずしも十分に議論されているとはいえない状況にある。^③

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、ないし縮減するものとして、正当防衛・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

るかについてその理論的説明が統一になされることは、ほとんどなかった。そもそも、正当防衛・緊急避難の減免責の根拠について実質的な議論はなされていない。⁴ 比較的議論の蓄積を有しているのは、過失相殺の根拠についてである。

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」とされることが多かった。⁵ しかし、そこでいう「公平」とはいかなる趣旨で、どのような要素が考慮されるのかが明らかではないため、⁶ より詳しくは以下に掲げる三つの見解が提示されるにいたっている。一つは、過失相殺とは「部分的因果関係」の問題であり、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り、⁷ 第二に、過失相殺を損害の金銭的評価の問題と位置付ける見解があり、⁸ 第三に、被害者に対して負担分配を求める制度とする見解の三つである。⁹ しかしながら、過失相殺における過失はとりわけ「規範化」が著しいところ、¹⁰ これらいずれの見解によっても過失相殺における「過失」の規範化を十分に説明するに至っていない。過失相殺の法理そのものについての研究は大幅に進展しているが、¹¹ 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。過失相殺制度の理論的基礎に明らかでない部分が残されているだけでなく、正当防衛・緊急避難といった他の不法行為責任の成立を阻却する制度との関係を含めた基礎について、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」といった観点からは、参考となり得る見解も全くないわけではない。好意同乗との関連で、内田貴教授は「被害者の行為態様や要因、さらには加害者と被害者の人間関係といったファクターが、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、¹² 加害者の「帰責性の原理」に基づく減責を認めている。しかしながら、このような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充分に明らかとはいえないと思われる。

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、能見教授が指摘される寄与度減責の理論を掲げることができるが、そこでいう減免責の基礎となる「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「違法性（illegality）」が挙げられている。違法性の抗弁とは、一般に、*ex turpi causa non obitur actio* 法理（以下では「*ex turpi causa* 法理」という）の現れとして理解されている。⁽¹³⁾ *ex turpi causa* 法理とは、*Revill v. Newbery* [1996] QB 567 の Neil 控訴院裁判官の説示によると「不道徳（immoral）あるいは違法な行為に基づいては、いかなる訴訟原因も成立しない」との法理であると判示されている。⁽¹⁴⁾

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免責である。イギリスでは、寄与過失（contributory negligence）や共同雇用の抗弁等が第二次大戦後次々と全部免責から一部免責とされたのに対し、違法性の抗弁は現在でも全部免責を導きうる抗弁である。イギリスで完全免責のまま維持されているものは少数である。ただし、違法性の抗弁が認められない場合でも寄与過失の法理による割合的減責は別途否定されない。

けれども、この抗弁の理論的基礎については、イギリス法においても明らかでない部分が多い。違法性が加害者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（ただし、わが国で民法七〇八条について議論する際に好んで引用される「イギリスの法諺『クリーンハンズの原則』」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。

違法性の抗弁については、まず、違法な契約に関する議論が盛んになり、これと平仄を合わせる形で不法行為についてもイングランド法律委員会による諮問書が公表されるに至っている。

イギリス法における違法性の抗弁を論ずるにあたっては、①の見解にいう 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「1 公序良俗・公序」「2 公の政策・国の政策」と訳されているところ、イギリスで具体的に用いられている状況についてはわが国における「公序良俗」に近い面を有しているが、「公序良俗」のみには解消しきれないニュアンスも残るように思われる。本稿では、やや煩雑ではあるが「公共政策（公序良俗）」と訳することにした¹⁷。

4 「違法性」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

以上のような検討の前提として、イギリス法の違法性の抗弁にいうところの「違法性」の意義を明らかにしておく必要がある。違法性の抗弁が争われたコモン・ローを分析すると、これにはいくつかの可能性があり得るが、イングランド法律委員会の整理によれば、刑法規違反に該当しないものであつて、加害者の責任を否定すべき重大な「違法」があるものは見出しがたいとされている¹⁸。

ただ、例外として掲げられているのは、被害者が「自殺」した場合の「違法性」と未婚女性が婚姻外で性交渉をもつことによる「違法性」である¹⁹。婚姻外の性交渉を損害賠償請求を妨げる抗弁事由とすることは、イギリス法においてももちろん今日ではこのようなビクトリア朝時代の「違法」意識は捨て去られている²⁰。若干問題となるのは被害者が自殺したケースである。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」のタームを充てる際には、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ろう。^(註)

II イギリスにおける法状況

1 序

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（existing law）、おもに以下に掲げるような判例によって形成されている。

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必ずしも学説による理解が固まったものではないからである。それゆえ、以下では判例を紹介することに徹し、可能な限りコメントは避け、ここに掲げる判例がイギリスにおいてどのように理解されているかについては、「III」での学説の議論、および「IV」の法律委員会の諮問を検討する際に譲りたい。

Ashon v. Turner and Another [1981] 1 QB 137 ㊦ (以下「*Ashon v. Turner*」といふ) 以下の通りである。

【事案の概要】

若い男性三名で飲酒ののち、そのうち二名が強盗をし犯行現場から犯人二名が飲酒運転で逃走する過程で重大な自動車事故が発生した。助手席に同乗して重傷を負った原告から、共犯である自動車の運転手(第一被告)と保険が付保されていない状態で第一被告に運転を許諾した所有者(第二被告・残り一名の若い男性)に対して、損害賠償請求がなされた。第一被告は、極めて危険な運転であったことと飲酒運転であったことにつき自白している。

イングランド高等法院女王座部(Ewbank 裁判官)は、以下のような理由から原告の訴えを棄却した。すなわち、法は公共政策(公序良俗)に基礎をおくものであるから、犯罪遂行の過程においては一方は他方に対し義務を負うこととはなく、本件についてみるに、強盗および犯行後強盗現場から逃走する過程において、被告らは原告に対して注意義務を負っていないとした。⁽²³⁾

本件はネグリジエンスを訴訟原因とする損害賠償請求事案であるが、ネグリジエンスの注意義務の設定と公共政策(公序良俗)の介入が問題とされている。けれども、この判決ではネグリジエンスの注意義務と公共政策(公序良俗)との関係は明確にされていない。

3 *Kirkham v. Chief Constable of The Greater Manchester Police*

Kirkham v. Chief Constable of The Greater Manchester Police [1990] 2 QB 283, CA の事案の概要は以下の通りである。

【事案の概要】

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、原告の夫が抑うつ状態であり自殺傾向があることを知っていた。ところが、拘置担当者にこのことを伝えていなかったため、原告の夫は拘置中に自殺した。原告の夫の自殺は拘置担当者に原告の夫の自殺傾向を伝えておけば避けられたか少なくとも避けられた蓋然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。

第一審では、一九七六年死亡事故法 (Fatal Accidents Act 1976) にもとづき五、〇〇〇ポンド、一九三四年法改革法 (Law Reform Act 1934) にもとづき一、七一一ポンドを認容した。

被告警察署長より上訴。

イングランド控訴院は (Lloyd 控訴院裁判官)、自殺はもはや刑罰法規に違反する行為ではなく、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ても公共の良心 (public conscience) に反するものではなく一般市民に衝撃を与えるものではないから、*ex turpi causa* 法理の抗弁を認めることはできないとした。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

ここからは、*ex turpi causa* 法理の適用には刑罰法規違反の有無が重要となることを見て取ることができる。

4 *Pitts v. Hunt*

Pitts v. Hunt and Another [1991] 1 QB 24, CA の事案の概要は (以下「*Pitts v. Hunt*」という)、以下の通りである。この判決が、現在のイギリス法における議論の出発点を形成している。

【事案の概要】

原告はオートバイのタンデム・シートに乗車していたところ (本件事故当時一八歳)、第二被告の自動車と衝

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。事故前、運転者と原告はデイスコで一晩中呑み続け、原告は運転者が無免許でオートバイには保険が付されていないことを知りつつ（運転者は本件事故当時一六歳）、他の通行者の安全を脅かす程の無謀かつ危険な（recklessly and dangerously）態様でのオートバイの運転（道路の中央付近を蛇行し警笛を鳴らしつつ、‘hooray’、‘yippee’などと叫ぶ）をするよう運転者に求めた。原告は、第一被告である運転者の人格代表者（personal representative）…遺言執行者と無遺言の場合における遺産管理人を含む概念である）、および衝突の相手方である第二被告に対しネグリジェンスを訴訟原因とする損害賠償を請求した。

第一審（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ついて、原告と運転者は共同して刑法違反に関わったことを理由に、‘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、一九七二年道路運送法（Road Traffic Act 1972）第一四八条(3)にもとづき、第一被告に対し *volenti non fit injuria* ⁽²⁶⁾ 法理を適用することはできないとしたうえで、一〇〇パーセントの寄与過失を認定した。原告から控訴院に上訴。

イングランド控訴院（Court of Appeal）（Dillon, Balcombe and Beldam 控訴院裁判官）は、全員一致で原告の請求を棄却しているが、その理由付けは異なるものとなっている。Balcombe 控訴院裁判官がネグリジェンスの注意義務の設定を問題とするのに対し（Dillon 控訴院裁判官も同意を示す）、Beldam 控訴院裁判官は、公共政策（公序良俗）を理由として請求を棄却すべきものとしている。

〔Dillon 控訴院裁判官の判示〕

原告の訴えは、まさに *ex turpi causa* 法理そのものに該当するものであって、これを認めることはできない。

〔Balcombe 控訴院裁判官の判示〕

原告と第一被告である運転者は共同して違法な行為を企てたのであるから (joint illegal enterprise)、原告と運転者との間にネグリジェンスの注意義務を設定することは困難であって、運転者は原告に対し注意義務を負っていない。

〔Baldan 控訴院裁判官の判示〕

公共政策（公序良俗）、および一九七二年道路運送法が前提とする政策に鑑みると、原告の行為は生命に対する重大な危殆を含むものであるから、原告の請求を認めることはできない。

このような *Pitts v. Hunt* 判決が、イギリス法における現在の法状況にかかる議論の出発点を形成している。Dillon 控訴院裁判官と Balcombe 控訴院裁判官は、その判示において公共政策（公序良俗）を理由とする根拠付けは曖昧であると批判している。

5 *Reville v. Newbery*

次に、*Reville v. Newbery* [1996] QB 567, CA を紹介する。

〔事案の概要〕

七六歳の被告加害者は、強盗から財産を守るため市民農園の納屋で寝泊りしていたところ、盗人の物音を聞いたため、犯人の姿を確認することなく、威嚇目的で暗闇にドア付近に空けた穴から一二口径のショットガンを発砲することで、原告被害者に重大な傷害を与えた。原告被害者がこの損害の賠償をネグリジェンスと一九八四年占有者責任法 (Occupier Liability Act 1984) 第一条違反にもとづき請求したところ、被告加害者は、*ex turpi causa* 法理と寄与過失の抗弁を提出して争った（その後原告被害者に対してはその晩のいくつもの訴因にもとづいて刑

事手続きがなされているが [various offences]、原告被害者は被告加害者の納屋に近づいたことは強盗目的であったことを認めている)。

第一審では、寄与過失による減額を認めたくえ、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 (No. 3 控訴院裁判官) は、原告被害者は違法行為に従事し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斥けられるべきではなく、被告加害者は原告被害者に対して注意義務を負っていると判示して被告加害者からの上訴を認めなかった。⁽⁴⁶⁾

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の問題とされている。違法性の抗弁を認めなかった控訴院の判断について、学説からは、相当性 (proportionality) の要件を充足しないからであるとの評価もなされているところである。⁽⁴⁷⁾

6 *Clunis v. Camden and Islington Health Authority*

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

Clunis v. Camden and Islington Health Authority [1988] QB 978, CA は (以下「*Clunis v. Camden and Islington HA*」) とすう)、以下の通りである。

【事案の概要】

精神病の履歴を有する原告は、一九八三年精神衛生法 (Mental Health Act 1983) 第三条による被告である精神病院に措置入院の後、一九九二年九月二四日に退院した。原告は、一九八三年精神衛生法第一一七条によって被

告精神病院による監護が必要とされていたところ、この点につきなんら適切な手当で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、衝動的に（*sudden and unprovoked*）ロンドン地下鉄の駅構内で無差別殺人を惹起した。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、被告精神病院に損害の賠償を請求した。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くなることはないとして、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。

控訴院（*Belam*控訴院裁判官）は以下のような理由によって被告精神病院からの上訴を認めた。すなわち、原告の訴えは刑罰法規違反の行為にもとづくものであり、自らの行為について弁識すべきであったのであるから、事理弁識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、裁判所は原告の訴えを擁護することは慎まなければならないという理由である（その他、一九八三年精神衛生法第一一七条違反を訴訟原因とした制定法義務違反の不法行為も主張されているが、一九八三年精神衛生法第一一七条は私法上の訴訟原因を創設するものではないとして斥けられている）。

貴族院上訴委員会は、その後原告からの上訴の申立てを斥けている。⁽²⁸⁾

7 *Reeves v. Commissioner of Police of Metropolis*

Sheila Reeves (joint administratrix of the estate of Martin Lynch, deceased) v. Commissioner of Police for Metropolis, [1999] QB 169, CA (以下「*Reeves v. Commissioner of Police of Metropolis*」という)では、警察署内での自殺について警察の責任が争われた。

【事案の概要】

M氏は警察署内において勾留されていたところ、格子窓にシャツを引っかける方法によって首吊り自殺を行い、病院に移されたものの、死亡した。担当警察官は、M氏に自殺傾向があることを知りつつ格子窓を開けたままにしておいた。M氏の遺産管理人である原告から警察署に対して損害の賠償が求められた。第一審では原告の訴えは認められなかったため、控訴院に対して上訴がなされた。

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た。すなわち、*volenti non fit injuria* の法理は本件では適用されず、今日では自殺は *ex turpi causa* 法理にいうところの違法性を有しないため、上訴は認められるべきであるとしている。⁽²⁹⁾

8 *Vellino v. Chief Constable of Great Manchester Police*

最後に、二〇〇一年七月三一日に言渡された *Vellino v. Chief Constable of Great Manchester Police* [2002] 3 All ER 78, CAを紹介する。後掲のイングランド法律委員会による諮問書の公表は二〇〇一年五月一七日であるため、諮問書第一六〇号にはこの判決は取り上げられていない。

【事案の概要】

原告被害者は度重なる逮捕歴を有するものであるが、その度に自宅の窓から逃走を試みていた。本件逮捕の際にも二階の自宅の窓から飛び降り逃走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癖を有することは、被告警察署内ではよく知られたものであった。原告被害者から、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とろうとせず、被

告警察署長は現場警察官の行為について代位責任（vicarious liability）を負うとして、損害賠償請求訴訟を提起した。

第一審事実審裁判官は、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、原告が上訴がなされた。

イングラント控訴院は、被害者である原告からの訴えを認めなかった（*Sedley* 控訴院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は、*ex turpi causa* 法理の適用を可能とする重大な刑罰法規違反であって、このような状況において警察は原告に対して注意義務を負っておらず、原告の請求を認めないことよって正義に反するものとはいえないとした。

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、*ex turpi causa* 法理について注意義務の観点からアプローチがなされている点が注目される。

9 小括

ここまでは、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。そこでは、違法性の抗弁（あるいは、*ex turpi causa* 法理）について争われた事案には、現在のわが国の議論状況の観点からは、過失相殺による処理が適当と思われるもの、正当防衛（あるいは過剰防衛）にあたると思われるもの、そもそも不法行為責任が成立するのが問題となるものなど多種多様なものが含まれており、イギリス法を素材として考える場合、なんらかの視点にもとづいて一定の類型化が可能ではないか、違法性の抗弁の原理（principle）とはなにかにつき、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、以上のような法状況につき、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諮問書による分析を検討することにしよう。

III 学説における議論

1 違法性の抗弁に関する概論

イギリス法における違法性の抗弁について、概説書では、⁽³¹⁾違法性の抗弁は、滅多に採用されない抗弁であることから説き起こされている。⁽³²⁾

違法性の抗弁の基礎としては、前述したように、*Pius v Hunt* にもとづき、①被害者に違法性がある場合に損害賠償を認めることは公共政策（公序良俗）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と加害者との間で違法な事業に従事している場合が多く、このような場合に加害者の被害者に対する注意義務を設定することはできないことに求めるものに分析されている。⁽³³⁾ また、*Clunis v Camden and Islington HA* は、①の公共政策（公共政策）を理由として訴えを斥けたのではなく、「違法行為の抑止」を根拠として訴えが認められなかつたと解する理解も示されている。⁽³⁴⁾

M. Brazier が最後に執筆を行った、*BRAZIER, M. AND MURPHY, J. STREET ON TORTS, 10TH ED.* でも、原告が不法な行為を行っている場合は不確定かつ問題を孕む領域であることが指摘された上で、⁽³⁵⁾*ex turpi causa* 法理はもともと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。⁽³⁶⁾ *Brazier* は、*Pius v Hunt* と *Clunis v Camden and Islington HA* を分析することで、*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

たのであろうかとの見解を提示している。⁽³⁷⁾

その後、J. Murphy 単独によつて改訂された第一版では、最近の一連の控訴院の判決について、被害者の刑罰法規違反によつて違法性の抗弁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）を欠く場合にはこの限りではないと理解することで、統一的な説明が試みられている。⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾

他の抗弁との関係については、違法性の抗弁は、同意の抗弁、寄与過失の抗弁と重疊的に提出することが可能である。違法性の抗弁により加害者の責任を免除することができない場合であっても、寄与過失の抗弁によつて加害者の責任を減縮することができるのである。⁽⁴⁰⁾

2 モノグラフィー・雑誌論文

イギリス不法行為法の概説書などでは、違法性の抗弁、あるいは、*ex turpi causa* 法理について論ずるモノグラフィー、雑誌論文等はほとんど引用されていない状況ではあるが、その中でもとりわけ以下の論稿を参照することができる。これらについても、年代順に議論をたどることにしよう。

(1) Williams の見解 まず、Williams の見解を紹介したい。一九五四年に著された論稿において、Williams は、違法性の抗弁は契約法における抗弁であり、不法行為訴訟においても認められる一般的抗弁ではないとの見解を明らかにしている。⁽⁴¹⁾ しかしながら、今日のイギリス法では、*Clunis v. Camden and Islington HA* によつて、違法性の抗弁は不法行為訴訟においても明白に認められている。

(2) Fridman の見解 次に、カナダ法のものではあるが、イギリス法を検討する際にも有益なものとして、Fridman による論稿を掲げたい。⁽⁴²⁾

Fridman 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、⁽⁴¹⁾ 彼の抗弁との比較において検討を行っている。Fridman は、「違法性の抗弁と寄与過失、同意、および因果関係における処理を比較した上で、違法性の抗弁の基礎を、公共政策（公序良俗）、義務設定の観点から分析する。⁽⁴²⁾ 結論としては、どのアプローチによっても違法性の抗弁を完全に説明し尽くすことはできず、ある種の妥協が必要だと結論付け⁽⁴³⁾ た上で、違法性と損害との関連性、違法性と結果発生との蓋然性、そして被害者の有責性（*fault*）の三つのテストをもちいて、違法性の抗弁が認められるかどうかを決すべきであると提案している。⁽⁴⁴⁾

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、論稿についても他に、E・J・ワインリブ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譲ること⁽⁴⁵⁾ にしよう。

(3) Buckley の見解 第二に、Buckley の見解を紹介する。⁽⁴⁶⁾

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はどのような場合かという問いを掲げ、この問いは、まさに民事法——あるいはその個別領域——がどのように刑法と関係するかを問うことに他ならないとすることから出発している。⁽⁴⁷⁾

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、*Pitts v. Hunt* にも触れて不法行為の領域をも視野にいれている。⁽⁴⁸⁾ 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って、個別の法領域はその因習的な範囲内に厳格に制限されることが可能かつそうするべきであるとの主張には賛成することができず、今後は機能しないと結論付けている。⁽⁴⁹⁾

(4) Glofcheski の見解 最後に Glofcheski の見解を取りあげたい。一九九九年の Glofcheski による論稿⁽⁵⁶⁾では、*Reville v. Newbery* が強盗にネグリジエンス法による救済を認めたことにつき社会的な耳目を集めたことから説き起こしている⁽⁵⁵⁾。

Glofcheski によれば、公共政策（公序良俗）、あるいは公共の良心（public conscience）による基礎付けは個別的な解決をもたらす不十分なものに過ぎないとしている⁽⁵⁶⁾。そこで、Glofcheski は、ネグリジエンス法の「機能」に鑑みて、*ex turpi causa* 法理の有用性を検討する。すなわち、イギリスにおけるネグリジエンス法の機能は「損害の填補」であるため、*ex turpi causa* 法理はネグリジエンス法においての必要性に疑問符がつき、仮にネグリジエンス法に副次的な「抑止」の機能があるとしても、*ex turpi causa* 法理は役に立たないためやはり不要であるとする⁽⁵⁷⁾。結論として、Glofcheski は、生命・身体が侵害されるネグリジエンス法（personal injury negligence law）を適切に解釈すれば、違法性の抗弁は生命・身体が保護法益となるネグリジエンス訴訟から排除されるべきであると主張している⁽⁵⁸⁾。

Glofcheski の見解に照らすと、違法性の抗弁は、不法行為法（ネグリジエンス法）の機能に係る理解と密接な関連を有していることが判る。なぜなら、不法行為法の機能を損害の填補と捉えた場合は単に被害者が被った損害を填補すれば足り、被害者の事情がかえりみられることはないからである。この点については、イギリス法の検討をすべて終えたのちに改めて考えてみることにしたい。

3 小括

学説については——概説書、モノグラフィー・雑誌論文含めて——、違法性の抗弁あるいは、*ex turpi causa* 法理について、一定程度の「扱い」はあるものの、ほとんど実質的な議論の蓄積はないといえる状況である。これは、

nupti causa 法理は主に契約法の領域において提出されてきた抗弁であることも一因であると思われる。しかしながら、最近では、Buckley の論稿にもあるように、法領域相互間の「境界」について関心が高まっているともいえる (Buckley の論稿は、彼が編集を務めた一九九六年の『法の構造…法領域相互間の境界問題 (Legal Structures : Boundary Issues Between Legal Categories)』という論文集に収録されたものの一つである)。現在この動きが最も明確な形であらわれているのが、イングランド法律委員会による諮問書の公表である。違法性の抗弁と契約の効力に関する諮問書を公表した際に不法行為法についても視野にいれるべきであるとの意見が寄せられたことを踏まえて、不法行為の領域においても違法性の抗弁と不法行為について法律委員会から諮問がなされている。それでは次に、イングランド法律委員会による諮問書の検討に移ろう。

IV 法律委員会の「政策」分析と立法提案・諮問事項

1 序——違法な契約・信託との関係で

イングランド法律委員会は (以下単に「法律委員会」ということがあるが、これはイングランド法律委員会というものとする)、二〇〇一年に「法律委員会諮問書第一六〇号：不法行為における違法性の抗弁 (The Law Commission, The Illegality Defense in Tort : Consultation Paper No 160)」(以下では「諮問書第一六〇号」と略称する) を公表し、ひろくこのことに関する意見の募集を行っている⁽⁶⁰⁾。これは、「違法な契約と信託に関する諮問書第一五四号 (Law Commission Consultation Paper 154 : Illegal contract and trust)」でパブリック・オピニオンを募集した際に、不法行為をも射程に入れた議論をすべきであるとの指摘を受けたことを契機としており、契約法上の請求と不法行為法による請

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。⁽⁶⁵⁾

まずイングランド法律委員会による諮問書第一六〇号を検討する前提作業として、イングランド法律委員会諮問書第一五四号の内容をまとめておきたい。これによると、契約・信託が違法性の抗弁によって妨げられるかどうかについては、「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、法律委員会を用いるところによる「枠組化された裁量 (structured discretion)」によるべきであるとしている。

すなわち、――

- (i) 違法性の重大さ
 - (ii) 原告、または違法な信託の受益者の主観的要素
 - (iii) 原告の請求を棄却し、信託を無効とすることで違法行為の抑止として機能するか
 - (iv) 訴えを棄却し、信託を無効とすることで当該行為を違法とするルールの目的を推進するか
 - (v) 違法性が、救済を与えないことと相当性を有するか
- といったファクターが総合的に勘案された上で、「違法性」が契約の効力に及ぼす影響について判断されるべきであるとしている。⁽⁶⁶⁾

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とおおむね共通している。ただし、後述するような重要な違いが一点ある。

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

法律委員会は、違法性の抗弁は明確性を欠き、その内容・適用範囲に妥当性がない場合があることを問題として、⁽⁶⁵⁾

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る。

すなわち、第一に⁽⁶⁶⁾、加害者と被害者の違法な共同行為の過程から生じた損害 (injury incurred in the course of illegal joint venture) (以下「第Ⅰ類型」という)、第二に⁽⁶⁷⁾、被害者の違法行為の過程から生じた損害 (injury in the course of the claimant's illegal activity) (以下「第Ⅱ類型」という)、第三に⁽⁶⁸⁾、加害者によって被害者が犯罪行為の結果として抑留されたことによる損害の填補 (compensation for detention as a result of the claimant's crime) (以下「第Ⅲ類型」という)、⁽⁶⁹⁾第四に⁽⁷⁰⁾、原告の犯罪に起因する責任の求償 (indemnity for liability arising from the claimant's crime) (以下「第Ⅳ類型」という)、第五に⁽⁷¹⁾、加害者の詐欺その他の不法についての填補 (compensation for the defendant's fraud or other wrongs) (以下「第Ⅴ類型」という)、第六に⁽⁷²⁾、詐欺あるいはその他の犯罪行為に起因する財物の横領 (conversion) (以下「第Ⅵ類型」という) の六つの類型である。

「Ⅱ」で検討した *Pitts v. Hunt* および *Ashon v. Turner* は、第Ⅰ類型に、*Revill v. Newbery* は第Ⅱ類型に、*Clunis v. Camden HA* は第Ⅲ類型に分類されている。

ここでは、第Ⅰ～Ⅵ類型すべての事案類型について法律委員会が検討対象としている全部の判決を網羅的に紹介することは、かえって焦点が拡散すると同時に紙幅の点からも不可能であるため、違法性抗弁における「違法性」の意義と、損害賠償法と刑法に関する議論について特に重要な意義を有するものとして、第Ⅵ類型(横領)に分類される *Thackwell v. Barclays Bank Ltd.* [1986] 1 All ER 676⁽⁷³⁾、*Webb v. Chief Constable of Merseyside Police* [2000] QB 427 を紹介しておきたい。

Thackwell v. Barclays Bank Ltd. [1986] 1 All ER 676, CA.

【事案の概要】

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R社との間で資金調達を計画した。それによると、原告が割賦販売で訴外AJ社に工作機械を販売したことにし、AJ社がR社に同工作機械を販売する架空の計画であり、AJ社が振出す小切手によって原告に金融を得させる目的を有しており、割賦販売の対象となる工作機械の一部はそもそも存在しないものであった。ところが、原告が受け取るべき小切手について、R社の代表者Sが、原告の署名を偽造し、被告銀行から支払いを受けてしまった。Sは、偽造小切手の支払いを受ける際他の小切手も換金しているが、仔細に観察すればこれら小切手の署名は同一の者によってなされたものであることは明らかであった。原告より、被告銀行に対して、ネグリジェンスあるいは横領の不法行為（conversion）にもとづいて損害賠償を請求。

イングランド高等法院は、原告の訴えを認めなかった。その理由として、原告の資金調達は詐欺にもとづくものであり、原告の被告に対する損害賠償請求を認容することは、公共政策（公序良俗）に反することが挙げられている。

Webb v. Chief Constable of Merseyside Police [2000] QB 427, CA.

【事案の概要】

警察は、原告である被疑者の兄の自宅において薬物取引によって得られたと思われる売得金（proceeds）を適法に差押えたが、その後被疑者に対して有罪判決がなされることはなかった。原告である被疑者から差押えられた金銭の返還が求められたところ、第一審では、蓋然性の問題として本件金銭は薬物取引によって得られたものであるとして返還を認めなかったため、原告からイングランド控訴院に対して上訴がなされた。イングランド控訴院では、このような場合返還を認めない制定法の規定がないとして、上訴を認めて被告警察に本件金銭の返還を命じた。

これら二つの判決は、違法なスキームによる売得金の返還に相当する損害賠償の可否に関するものであるが、これらの判決はわが国の観点からは様々な構成が可能となり得るところ、単に不法行為のみならず、刑法と民法は全く別個独立に判断され得るものではなく、「違法性」の観点がとりわけ重要となるという趣旨で、わが国における最近の刑法と民法をめぐる議論にも参考となる部分が含まれているように思われるため、不法行為のテキスト等において違法性の抗弁が争われる典型事例である第Ⅰ～Ⅲ類型からはやや離れるが、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とした。

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が可能であるとすると、違法性の抗弁の「原理」とはどのようなものであろうか。

3 違法性の抗弁の原理について

法律委員会は、*Reeves v. Commissioner of Police of the Metropolis* の *Buxton* 控訴院裁判官の「*ex turpi causa* 法理の…括弧内引用者）限界を確定することや、根拠付けを行うことは困難であつて、このことは契約法よりも不法行為法の領域において顕著である」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試みている。すなわち――、

- (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、自らの不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つて課された罰金や責任の求償を求めることはできない。

(3) その他、裁判所は、違法行為を宥恕し援助助長させる可能性がある場合に、違法な行為を行った被害者に加

担 (assist) することはできない。

といった三つの包括的な原理である。さらに、(3)のバスケット条項は、少なくとも以下のような要素によって制約されることになるという。それは――、

- (a) 当該行為を違法とする立法の目的
 - (b) 違法行為と損害賠償を求める訴えとの密接関連性
 - (c) 当該行為に含まれる違法性の重大性 (seriousness)
 - (d) 被害者の行為と訴えを認めない場合に填補されないこととなる被害者の損失との権衡 (proportionality)
- といった四つの要素である。以上の(a)～(d)の要素は、(1)と(2)を考慮する場合にも関連するファクターとなるとしている。⁽⁷⁸⁾

4 「違法性」に内在する「政策」の分析

諮問書第一六〇号では、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としながらも、⁽⁷⁹⁾違法性の抗弁に内在す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つつ、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。⁽⁸⁰⁾続いて、違法性の抗弁が認められるのは、裁判所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がらも、限定された領域においてしか有効ではないとしている。⁽⁸¹⁾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

とで、違法な行為を「抑止」するという政策は、部分的に機能し得ると評価されている⁽⁸²⁾。第四に、違法性の抗弁が争われるのは生命・身体が侵害されたことを理由とする局面における不法行為が多いため、原告が違法行為から利益を得ることを防止するとの理由は説得的ではないとしている⁽⁸³⁾。第五に、裁判所は違法行為を宥恕しないとの理由は不法行為における違法性の抗弁の充分に説得的な理由とはならないとしている⁽⁸⁴⁾。そして最後に、原告の行為を違法とするルールの目的を推進することは、違法性の抗弁を基礎付ける政策として重要であることを理由として、法律委員会が違法性の抗弁に内在する政策として最重要視するのが、カナダ最高裁判所の McLachlin 裁判官が *Hall v. Hebert* 事件において述べた、法の統一性・一貫性 (Integrity, Consistency) 原理である⁽⁸⁵⁾。違法性の抗弁に内在する政策として、法秩序の統一性・一貫性が決定的であるとはどういうことなのであろうか。カナダ法における *Hall v. Hebert* 判決を検討する必要があると思われる。

5 *Hall v. Hebert* 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、*ex nunci causa* 法理は確かに認められていたものの、違法性の抗弁が提出されること自体が稀であったとされてきた⁽⁸⁶⁾。 *Hall v. Hebert* [1993] 2 SCR 159. によって初めて違法性の抗弁についてカナダ最高裁判所 (Supreme Court of Canada) による決定的な言明がなされることになった。 *Hall v. Hebert* の概要は次の通りである⁽⁸⁷⁾。

Hall v. Hebert [1993] 2 SCR 159.

【事案の概要】

加害者は馬力を上げた改造車の所有者であるが、被害者と本件事故発生前に一一から一二本のビールによって加害者、被害者ともに酩酊した状態にあった。加害者と被害者を乗せた自動車 (馬力を上げた改造車) が片側が

急激な傾斜となつ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 start）」するしかない」と主張した。加害者は、被害者が酩酊していることを知りながら被害者の求めに応じて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。被害者と加害者は歩いて知人の家までたどり着いたが、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。被害者から加害者に対して損害賠償の請求がなされた。

事実審裁判官は、原告の請求を認めたが、原告が酩酊していたことを理由として損害を加害者に七五パーセント、被害者に二五パーセント分配（apportionment）した。

加害者からの控訴に対しブリティッシュコロニア高等裁判所は控訴を認めた。

被害者から損害額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（*Sopinka* 裁判官の反対意見がある）。カナダ最高裁判所の多数意見（*La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci* 裁判官）は、裁判所は被害者の違法行為を理由として損害賠償の請求を認めないことが可能であるが、それは極めて限定された場合に限るとしている。そして、この裁判所の権限は、法システムの統一性を保持するという裁判所の義務（*duty of 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被害者の損害賠償請求を拒むことができるとしている。

多数意見を代表して述べられた *McLachlin* 裁判官によると、違法な原告による訴えを認めることは、違法な行為について損害の填補を認めることになるという。すなわち、——

（違法行為をおこなった原告の損害賠償請求を認めることは）一方である行為を違法といい、他方である行為を

適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。

としている。⁽⁸⁶⁾ 続けて、ワインリブの論稿を引用しつつ次のように述べている。

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は「法の概念的に継ぎ目のない網目に、耐え難い裂け目を認めることになる」(Weinrib, supra note 89, at 42)。それゆえ、われわれは違法性の抗弁の最も重要な基礎として、法システムの統一性が認められると史料する。⁽⁸⁷⁾

さらに、McLachlin 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。この原理が認められるのは、違法行為から発生した利得の回復を認めるものであれ、刑法規違反から発生した罰金の求償を共犯者に求めるものであれ、法の構造 (fabric) に一貫性の欠如 (inconsistency) をもたらす場合となる。原告の損害が単に被告のネグリジェンスによる人身損害の填補を求めるものである場合は、認められない。⁽⁸⁸⁾

結論として、カナダ最高裁判所は、違法性の抗弁は法の統一性・一貫性のために有用ではあるものの、被害者の損害が甚大である人身損害 (personal injury) の事案には適用されるべきではないとしたと評価されている。⁽⁸⁹⁾

つまり、カナダ最高裁判所は違法性の抗弁が認められる領域から生命・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 integrity を保全することにあることを明らかにしたのである。

McLachlin 裁判官が引用するところのワインリブによる論稿はどのような展開をたどっているのだろうか。

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⁽⁹³⁾の一部は、*Hall v. Hebert*を紹介する際にも一部触れたが、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に焦点を当てて検討を試みることにしたい。

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不法行為法に「移植（transplant）」されることに問題意識を有し、違法性の抗弁の契約法におけるのと不法行為法におけるのに係る首尾一貫性と主張可能性について検討している。⁽⁹⁴⁾すなわち、「契約理論」たる違法性の抗弁（あるいは、*ex turpi causa*法理）の不法行為法への移植可能性について、*ex turpi causa*法理の基礎として「利得禁止原則」⁽⁹⁵⁾、「政策実現についての民法法による補強」⁽⁹⁶⁾と、「司法過程の統一性（The Integrity of The Judicial Process）」⁽⁹⁷⁾の三つを掲げることができ、これらは契約法の領域に係る根拠付けであって、必ずしも不法行為法の領域にストレートに当てはまるものではないという。⁽⁹⁸⁾つまり、違法性の抗弁は刑罰法規の運用を妨げるような効果を有する不法行為法上の訴えを認めない効果を有する限りで有効ではあるが、違法性の抗弁が不法行為法の領域で機能する射程は極めて限定されていると帰結している。⁽⁹⁹⁾

結論としてワインリブは、「哲学探究」において述べられたウイットゲンシュタイン哲学のように、法は言語によって理解する魔力（bewitchment）への抵抗を包含するものであるとし、すでに古語となっているラテン語の法諺（つまり、*ex turpi causa*法理）を現代の訴訟において認めることへの慎重さが求められているという。⁽¹⁰⁰⁾

ワインリブの見解については、違法性の抗弁についてストレートな形で不法行為領域で認めることについては反対しているものの、契約法における違法性の抗弁について、利得禁止、民法法による政策実現、司法過程の統一性という原理の提示を行っており、また不法行為法の領域では一定の調整が必要であることを指摘している点で重要であり、

前掲の *Hall v. Hebert* および次に掲げる法律委員会の諮問につながる基礎研究となっている。ワインリブの論稿、および *Hall v. Hebert* を承けて、イングランド法律委員会はどのような内容の諮問書を公表しているのであろうか。

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」

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、以上のような比較法を踏まえた検討から、契約法・信託法に関する諮問書第一五四号 (Consultation Paper 154) と平仄を合わせることを主な趣旨として、次のような考慮要素からなる「制定法による裁量の枠組化 (structured statutory discretion)」つまり被害者の請求を認めない場合の考慮要素を立法によって枠組化することを中間的に提案し、パブリック・オピニオンを求めている。それは――、

- (1) 違法性の重大性
 - (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) 請求を認めないことは被害者の違法と均衡がとれているか
- といった考慮要素である。⁽¹⁰⁾

これらの考慮要素は、おおむね契約法・信託法の暫定提案と共通するものではあるが、さらに相違する重要な点が一点ある。それは、前掲の考慮要素に加えて、新たに、*Hall v. Hebert* 判決において *McLachlin* 裁判官が述べた「法秩序の統一性」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。⁽¹¹⁾ このことについても、法律委員会はパブリック

ク・オビニオンを求めている。

この諮問がイギリスの議論にどのように受けとめられ、法律委員会から最終的にどのような法律委員会報告書（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・一貫性の観点が付け加えられたことが契約責任における「違法」の場合と異なるが、法秩序の統一性・一貫性の観点が不法行為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、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得る。ともあれ、法律委員会の諮問書では、違法性の抗弁につき、「法秩序の統一性・一貫性」の要請が重要とされたことを再度強調して、イギリス法の検討を締め括ることにしたい。

V 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 イギリス法の総括

ここまでのイギリス法の検討から明らかになったのは、主に以下のとおりである。すなわち、イギリス法では、違法性の抗弁の原理として、第一に、裁判所は違法行為に加担しないという政策的理由、第二に、公共政策（公序良俗）に反することを理由として掲げるものと、第三に、違法行為を行う被害者と加害者との間で注意義務を設定することは困難であることを掲げる見解が主張されていたが、近年、イングリランド法律委員会によって、——契約法における違法性の抗弁とは異なり——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るに至っている。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た上で、被害者にどのような要素がある場合に違法性を理由として損害賠償請求を認めないかについて「制定法によって裁判所

の裁量を枠組化する」ことが説かれている。枠組化された裁量の内容としては、被害者の違法性の重大性や違法性を有する被害者の請求を認めないことによつて当該行為を違法とする立法の趣旨に合致するか、違法行為が抑止されるかが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、法秩序の統一性・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、以上の検討を踏まえた上で、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 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

わが国においては、被害者に「違法」がある場合の法的処理の窓口となり得る制度として正当防衛・緊急避難、および過失相殺を挙げることができるもの——ここでいう「違法」とは刑罰法規違反をいう——、損害賠償責任が減免される理論的根拠について統一的に説明がなされることは、ほとんどなかった。比較的議論の蓄積を有する過失相殺においても——過失相殺の法理に関する研究はすすんでいるもの——過失相殺の理論的根拠については「損害の公平な分担」という抽象的な理由付けを超えるものはほとんど現れておらず、過失相殺における過失要件の「規範化」⁽¹⁰⁾を十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、おもに次の三通りの説明が可能である。第一は、裁判所は違法行為に追加しないという政策的理由である。第二は、違法な行為に関与した被害者の請求を裁判上認めることは、公共政策（公序良俗）に反するという理由である。第三は、違法行為を行っている被害者に対し加害者に注意義務を設定することはできないという理由付けである。正当防

衛の成否について、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、第三の注意義務の観点からアプローチすることで一定の基礎を見出すことが可能であり、またこの射程は、正当防衛の局面に限定されるものではなく過失相殺の領域一般にも及びうるのではないであろうか。⁽⁹⁾

わが国においては、かねてより過失の注意義務は加害者の能力を勘案すべきかといった具体的過失と抽象的過失についての議論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代表されるような絶対的な態様で決定され（もつとも、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もしれない）、被害者の「違法」（重ねて注記するが本稿で想定している「違法」は刑罰法規違反を前提としている）を不法行為の注意義務の設定において取り込むという発想は希薄であった。しかしながら、正当防衛に表象されているように、被害者の違法を考慮せずに加害者の注意義務を設定することは不可能であつて、これを注意義務の設定において考慮しないとすると、過失一元論者の用いるタームではないが「違法性」阻却事由か、明確な根拠に基づく「不法行為阻却事由」を論証すべきであつて、もしこれらを認めない場合、現在の議論状況は正当防衛にまでは至らない被害者の違法行為を「過失相殺」の名のもとに雑多に議論していることを明確に認識すべきではなからうか。また、不法行為の成否を判断するにつき、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ことは、不法行為法と政策に関する近時の傾向とも親和性を有すると思われる。⁽¹⁰⁾ 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らう。

今後は、不法行為の成否について、被害者／加害者双方の「違法性」を勘案した上での不法行為法の判断枠組みの構築が必要とされている。

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が、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理として最重要視している「法秩序の統一性・一貫性」の原理を挙げることができる。

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

わが国では、不法行為責任が減免責される正当防衛・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が、この中味については必ずしも明らかではない部分が多かった。加害者の損害賠償責任を減免責する根拠付けとして、寄与度減責の議論⁽¹⁰⁾、帰責性の原理が示されるに至っているが、端的に被害者の法的評価のファクターを取込んで展開された議論は、いまだ現れるに至っていない。

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責することの「原理」として、違法性がある被害者に損害賠償請求を認めることは、「法秩序の統一性・一貫性の維持」という理論的基礎があるのではないかという問題を提起することにした。なぜなら、違法性を有する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り、刑罰法規が保護を企図する政策について民法による援護射撃が可能であるという理由もあるものの、司法過程の統一性を保持する必要性が最も重要なものとして考えるからである。違法性の阻却・減殺事由として「法令行為」が掲げられることからも、このような主張を補強し得るのではないであろうか。

イギリス法にみられたような理論的基礎にかかる議論は、損害賠償請求を否定する原理として参照に値すると考える。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、

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）の要請によつて原告の請求を認めることはできないのか、さらには注意義務を設定することができないのかの背後には、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。

もつとも、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つて、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殆化するものとして、ストレートに損害賠償責任が否定されるべきことを説くものではない——この意味で「やむらかに」統一された法秩序の構築を目指すことになろうか——^(註)では、被害者に違法があるにもかかわらず損害賠償請求を認容するかどうかを決するにつき、どのような規律を求めるべきであろうか。そこには、いくつかの要素の総合考慮とならざるを得ないものの、制定法による一定の「枠組化」は可能であると思われる。

4 不法行為責任を否定する際に考慮すべきファクターについて——制定法による裁判所裁量の「枠組化」

被害者に違法がある場合に責任が減免責される根拠を法秩序の統一性に求めるとしても、直ちに、被害者に違法性がある場合すべてにつき不法行為責任を否定することは妥当とはされない局面も多く、いくつかのファクターによる総合考慮とせざるを得ない。イギリス法の議論を参照すれば、①被害者の犯罪行為の重大性、②被害者の違法性の認識をはじめとする主観的意図、③被害者の損害賠償請求権を認めないことが、同種の違法行為の抑止として機能するかどうか、④被害者の損害賠償請求を認めないことが、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、⑤被害者の損害賠償請求を認めないこ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断要素を一定の有

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も検討されるべき選択肢の一つではないかと考える。なぜなら、現時点において被害者に違法性がある場合の減免責の基礎について——単に「公平」を掲げることを超えて——共有されている理論的基礎がない状況において、裁判所に対して立法によって一定のガイドラインを付与することが有益と考えられ、またこのよう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。⁽¹⁸⁾

5 不法行為責任の機能——法秩序維持・形成機能へ向けて

このように、被害者に違法がある場合の減免責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と、そこには従来の不法行為の機能——損害の填補——とは異なる役割を担わせることとなる。

私は、これまでに、制定法義務違反がある場合に不法行為法による政策の実効性確保（エンフォース）機能の可能性⁽¹⁹⁾、制定法によって認められた財産権を侵害する不法行為について、利得の吐出し（原状回復的損害賠償）を認めること⁽²⁰⁾によって権利擁護機能を増強させるべきことを主張してきたが、本稿においては、被害者に刑法規違反がある場合に損害賠償責任が減免責される基礎について法秩序の統一性の毀損の問題提起を行うこと⁽²¹⁾によって、不法行為法の機能について、「法秩序維持・形成」機能をも含めて論じるべきことになる。ただ、これらについては、——差止等の救済方法をも視野に入れたうえで——さらなる検討を行う必要がある。以上を踏まえたうえでの不法行為法の構成と機能については、改めて論じることにはしたい。

VI 結語

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公共政策（公序良俗）によって否定する可能性、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が掲げられるべきことを指摘し、②被害者の損害賠償請求権が否定されるべき理論的根拠については、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被害者に違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、以上のような検討には不十分な点も多く、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理論的根拠については、法秩序の統一性・一貫性があるのではないかと問題提起を行ったが、しかしながら、なお検討すべき問題は多く残されている。残された課題として一つを掲げると、不法行為法による効果の局面において、「違法」が二重に設定されている局面が存在する。すなわち、差止に関する違法段階説の評価である。違法性を有する被害者の損害賠償請求が否定される理論的根拠として——やわらかなものとはいえ——法秩序の統一性・一貫性があるとすると、損害賠償を請求する場合と差止を求める場合で「違法性」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。

(1) この他に、民法七〇八条の不法行為への類推適用と、民法典にない損害賠償額を否定・減額する原理として「被害者の同意」を加えることもできよう。さらに、学説による議論として寄与度減減の問題をも視野にいれる必要があるが、これについては後にふれることにしたい。

(2) 大村敦志「契約法から消費者法へ(生活民法研究Ⅰ)」(東京大学出版会、一九九九年)一六三頁(初出は、同「取引と公序」法令違反行為効力論の再検討(上)(下)」ジュリー〇二三号「一九九三年」八二頁、一〇二五号六六頁)、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)(二)」論叢一三三卷四号(一九九三年)一頁、五号一頁。山本敬三「公序良俗論の再構成」(有斐閣、二〇〇〇年)二六六頁以下(初出は、同「取引関係における公法的規制と私法の役割——取締法規論の再構成(一)(二)」ジュリー〇八七号「一九九六年」一三三頁以下、一〇八八号九八頁以下)参照。

(3) 制定法による義務違反と不法行為、制定法による権利の侵害とその救済について論じるものとしては、拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能——イギリス法における制定法義務違反の不法行為を中心に——(一)(二・完)」民商一二七卷二号(二〇〇二年)一一二二頁、三号三九四頁、拙稿「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による「原状回復」」神戸五三卷四号(二〇〇四年)一一九三頁参照。

(4) 内田貫「民法Ⅱ債権各論」(東京大学出版会、一九九七年)(以下「内田Ⅱ」という)三七四頁では、「不法行為責任の成立を阻却するその他の事由」で、友人の車を盗もうとしているのに出くわした者が、ナイフで刺し殺したとの事案について、不法行為は成立するとした上で、「もともと被害者は不法行為者であるから、過失相殺が適用されよう」と述べられている(内田Ⅱ三七四頁)。また、大村敦志「基本民法Ⅱ債権各論」(有斐閣、第二版、二〇〇五年)(以下「大村Ⅱ」という)二二一頁では、正当防衛について、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が有力であるとされている。

(5) 内田Ⅱ四〇五頁では、「公平のためにそのこと(被害者の損害発生への寄与・括弧内引用者)を損害の金銭的評価において斟酌する制度である」と述べられている。

(6) 不当利得法では周知の通り「公平」概念はあまりに曖昧であると批判され、類型論が台頭している(内田Ⅱ五二二頁)。

(7) 浜上則雄「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』(一)(二・完)」民商六六卷四号(一九七二年)五四四頁、五号七三七頁。とりわけ、五四四—五四五頁参照。

(8) 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂、一九九二年)一五〇頁。

- (9) 大村Ⅱ二六〇―二六二頁の整理による。大村教授は、ここに掲げた第三の見解を採られている。
- (10) 過失相殺については、被害者に「責任能力」は必要ないというのが判例であり（最大判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八五四頁）、学説では事理弁識能力の有無を問わないものも有力である。
- (11) 窪田充見「過失相殺の法理」（有斐閣、一九九四年）参照。
- (12) 内田Ⅱ四一三頁。
- (13) 能見善久「寄与度減責」四宮和夫先生古稀記念論文集「民法・信託法理論の展開」（弘文堂、一九八六年）二二五頁、二五一頁。
- (14) わが国においてこの法原則を早くも紹介するのが、クリステイアン・フォン・バル（窪田充見編訳）『ヨーロッパ不法行為法（二）』（弘文堂、一九九八年）一二四頁、一二三頁である。
- (15) [1996] QB 567, at 576.
- (16) 公共政策（公序良俗）による契約自由の制限という形でこの問題は捉えられている。ここでの「違法性」については、制定法によるものに加えコモン・ローによるものに区別されている。ただし、当該契約の効力にかかる違法性は極めて多種多様で、「違法」な契約の効力は決して統一的に理解されていない。see BEATSON, J. ANSON'S LAW OF CONTRACT, 28th ed., 2002, Oxford, 348. の問題の詳細については、別稿において紹介・検討を行う予定である。
- (17) public policyに類似する概念として、public conscienceがある（公共の良心とでも訳すべきか）。これは、契約における違法性抗弁の基礎として法律委員会によって諮問がなされたこともあったが（Consultation Paper 154, Part IV）、その後、貴族院の *Tinsley v. Milligan* [1994] 1 AC 340. によって明確に斥けられるに至っている。
- (18) Law Commission, Consultation Paper 160, at para. 1. 16.
- (19) 恋人に性病をうつされた未婚の女性による、性病をうつした男性に対する損害賠償請求について、アイルランド控訴院が一八七八年に *ex turpi causa* 法理により請求を棄却したものととして、*Hegarty v. Shine* (1878) 14 Cox CC 145. が有名。
- (20) Law Commission, Consultation Paper 160, at para. 1. 14.
- (21) 刑法と民法との関係については、二〇〇四年度の刑法学会シンポジウムのテーマとなっている（特に、窪田充見「損害概念の変遷」と民法の役割―刑法と民法の対話の形とともに」刑法雑誌四四卷三号「二〇〇五年」九九頁参照）。そのほか、佐伯仁志「道垣内弘人「刑法と民法の対話」（有斐閣、二〇〇一年）、さらには、現代刑事法六二号（二〇〇四年）の特集（刑事法と民事法の相関）、と

りわけ高橋則夫「刑罰と損害賠償——刑法・民法における行為規範と制裁規範」三七頁参照。

- (22) [1981] 1 QB 137, at 146.
- (23) [1990] 2 QB 283, at 295.
- (24) インテランズにおおつは「一九六一年自殺法 (Suicide Act 1961) によつて自殺および自殺未遂は犯罪ではないと言われている。
*volenti non fit injuria*とは、被害者の同意によつて不法行為の成立が阻却される抗弁である。
- (25) [1996] QB 567, 577-578.
- (26) Clerk and Lindsell2000, at para. 3-18.
- (27) [1998] QB 978, at 993.
- (28) この事案はその後貴族院に上訴されているが、その際の主な争点は「*volenti non fit injuria*法理の適用とないしは」 [2000] 1 AC 360。
- (29) THE COMMON LAW LIBRARY, CLERK AND LINDELL ON TORTS, Second Supplement to the Eighteenth Edition, 2002, at para. 3-13.
- (30) 現在のイギリス法におおつ参照する主な不法行為法の概説書は「次の通りである。The Common Law Library, CLERK AND LINDELL ON TORTS, 18th ed., 2000 (London : Sweet and Maxwell); ROGERS, W. V. H., WINFIELD AND JOLOWICZ ON TORT, 17th ed., 2002; HEUSTON, R. F. V. AND BUCKLEY, R. A., SALMOND AND HEUSTON ON THE LAW OF TORTS, 21st ed., 1996 (London : Sweet and Maxwell); DEAKIN, S., JOHNSTON, A., AND MARKESINIS, B., MARKESINIS AND DEAKIN'S TORT LAW, 5th ed., 2003; MURPHY, J., STREET ON TORTS, 11th ed., 2003 (London : Sweet and Maxwell); Winfield2002; Salmond1996; Markesinis2003; Murphy2003を略称する。
- (31) Markesinis 2003, at 768. また「Clerk and Lindsell2000によれば、原告が不法な行為を行ったことは、自明の抗弁 (*defence per se*) ではない。」 (Clerk and Lindsell2000, at para. 3-02)。
- (32) Markesinis2003, at 768-769. Clerk and Lindsell2000, at para. 3-07 [Jones, M.] では「われわれのメンバーに加えて、主に契約と刑法性の局面を念頭に、③原告の訴えが違法性に依拠するものであること (reliance on illegality) が追加されつつあるが (Clerk and Lindsell2000 at para. 3-07) 不法行為の局面での適用は困難であると見なされる (Clerk and Lindsell2000 at para. 3-08)。」
- (33) Markesinis2003, at 770.
- (34)

- (35) BRAZIER, M., AND MURPHY, J., STREET ON TORTS, 10th ed., 105.
- (36) BRAZIER, M., AND MURPHY, J., STREET ON TORTS, 10th ed., 106.
- (37) BRAZIER, M., AND MURPHY, J., STREET ON TORTS, 10th ed., 107.
- (38) Murphy 2003, at 108.
- (39) イギリス不法行為法の概説書では、以上のほか、Winfield2002によれば、刑事手続きでの補償命令制度（Criminal Injuries 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云う（Winfield2002, at 863）。同様に、エネージョーランド事故保障法においても、補償を認めることが正義に反すると認められる場合には、支払を拒絶する（*ibid.*）とある（Winfield2002, at 863）。
- Salmond1996では、不明瞭な法領域であるとして、一頁余りで言及しているにすぎない。
- (40) Clerk and Lindsell2000, at para. 3-21 ; Murphy2003, at 109. Salmond1996が簡単に触れているのは、他の抗弁との関係である。
- (41) WILLIAMS, G., 'Contributory Negligence and Vicarious Liability' (1954) 17 *MLR* 365.
- (42) *Ibid.*, at 365.
- (43) FRIDMAN, G. H. L., 'The Wrongdoing Plaintiff' (1972) 18 *McGill LJ* 276.
- (44) *Ibid.*, at 276-277.
- (45) *Ibid.*, at 288.
- (46) *Ibid.*, at 308.
- (47) *Ibid.*, at 308-309.
- (48) WEINRIB, E. J., 'Illegality as a tort defense' (1976) 28 *UTLJ* 28.
- (49) 後述「IV」参照。
- (50) BUCKLEY, R. A., 'Law's Boundaries and the Challenge of Illegality' Buckley, R., *LEGAL STRUCTURES Boundary Issues Between Legal Categories*, 1996 John Wiley and Sons, 229.
- (51) *Ibid.*, at 229.
- (52) *Ibid.*, at 244-245.

- (53) *Ibid.* at 252.
- (54) Głowczeski, R., 'Plaintiff's illegality as a bar to recovery of personal injury damages' 19 (1999) *Leg. Stud.*, 6.
- (55) *Ibid.* at 6.
- (56) *Ibid.* at 17-20.
- (57) *Ibid.* at 18-19.
- (58) *Ibid.* at 23.
- (59) 以下では「Consultation Paper 160」と略称する。
- (60) 諮問書第一六〇号は、法律委員会のインターネット・サイトからも入手可能である。アドレスは、<http://www.lawcom.uk>
- (61) 同諮問書についても同様にインターネット・サイトから入手可能である。<http://www.lawcom.uk>
- (62) Consultation Paper 160, at para. 1. 3.
- (63) Consultation Paper 160, at para. 1. 4.
- (64) Consultation Paper 160, at para. 1. 19.
- (65) Consultation Paper 160, at para. 1. 20.
- (66) Consultation Paper 160, at para. 2. 4.
- (67) Consultation Paper 160, at para. 2. 5.
- (68) Consultation Paper 160, at para. 2. 6.
- (69) 本稿では詳しく検討対象とはしないが、第Ⅲ類型に掲げられているものとして、*Meath v. McCreamer* [1985] 1 All ER 367 がある。概要は次の通りである。被告のネグリジェンスによる事故によって脳に障害を負ったため原告に精神的な障害が残り、これを原因として原告は四年後に性犯罪を犯し三人の女性を強姦した結果として服役。服役による損害を被告に求めた事案。違法性の抗弁は争点にならず原告の請求は認容されたが、法律委員会によれば、違法性の抗弁が提出されていれば棄却であった可能性が高いと評価されつつある (Consultation Paper 160, para. 2. 6)。
- (70) Consultation Paper 160, at para. 2. 8.
- (71) Consultation Paper 160, at para. 2. 9.

(72) これは、すなわち、印紙税を免れるために賃貸借の目的物の価値を低く見積もることに加担した原告が、賃貸借の目的物に事実と異なることがあったことを理由として損害賠償を求めることができるのかどうかといった問題が扱われている。諮問書第一六〇号では以上の様々な事案である。 *Saunders v. Edwards* [1987] 1 WLR 1116. が取上げられている。

- (73) Consultation Paper160, at para. 2. 10.
- (74) [1999] QB 169, at 184.
- (75) Consultation Paper160, at para. 2. 72.
- (76) Consultation Paper160, at para. 2. 72.
- (77) Consultation Paper160, at para. 2. 72.
- (78) Consultation Paper160, at para. 2. 72.
- (79) Consultation Paper160, at para. 4. 2.
- (80) Consultation Paper160, at para. 4. 24.
- (81) Consultation Paper160, at para. 4. 27.
- (82) Consultation Paper160, at para. 4. 35.
- (83) Consultation Paper160, at para. 4. 47.
- (84) Consultation Paper160, at para. 4. 54.
- (85) Consultation Paper160, at para. 4. 59.
- (86) オーストラリア法では違法性の抗弁は認められていないが、被害者に違法がある場合、加害者の被害者に対する注意義務が否定されることがあるという (Consultation Paper160, at para. 3. 2)。ニュージーランド法では、違法性の抗弁は一般的な抗弁事由として認められているが、これについて具体的な判断がなされた判決はほとんどないとのことである (Consultation Paper160, at para. 3. 48)。
- (87) この判決は、カナダ最高裁のホームベーン [http://www.scc-sc.gc.ca/] から入手が可能である。
- (88) [1993] 2 SCR 159, at 176.
- (89) WEINRIE, E. J. 'Illegality as a tort defense' (1976) 28 UTLJ 28.
- (90) [1993] 2 SCR 159, at 176.

- (91) [1993] 2 SCR 159, at 179-180.
- (92) Consultation Paper160, at para. 3. 47.
- (93) WEINRIE, E. J. 'Illegality as a tort defense' (1976) 28 UTLJ 28.
- (94) *Ibid.*, at 29-30.
- (95) *Ibid.*, at 40.
- (96) *Ibid.*, at 43.
- (97) *Ibid.*, at 47.
- (98) *Ibid.*, at 50.
- (99) *Ibid.*, at 54.
- (100) *Ibid.*
- (101) *Ibid.*
- (102) Consultation Paper160, at para. 6. 12.
- (103) Consultation Paper160, at para. 6. 30.
- (104) Consultation Paper160, at para. 7. 9
- (105) Consultation Paper160, at para. 1. 19.
- (106) この点については、過失相殺を部分的因果関係の問題とする浜上教授の議論があるほか（浜上則雄「損害賠償法における「保証理論」と『部分的因果関係の理論』(一)(二・完)「民商六六卷四号」[一九七二年]五四四頁、五五七三七頁)、損害の金銭的評価に位置付ける見解（平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」[弘文堂、一九九二年]一五〇頁)、負担分配を求めるものとする見解が現れるに至ってはいるものの、必ずしも十分な根拠付けがなされているとはいえない状況であった。また、不当利得にかかる民法七〇八条の不法行為への「類推適用」についても、不明確な形のままとなっている。
- (107) 過失相殺については、被害者に「責任能力」は必要ないというのが判例であり（最大判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八五四頁）、学説では事理弁識能力の有無を問わないものも有力である一方で、過失相殺の基礎については、既述の通り必ずしも充分なものが示されていない状況である。

- (108) 大村敦志「基本民法Ⅱ債権各論」(有斐閣、第二版、二〇〇五年)(以下「大村Ⅱ」という)二二二頁参照。
- (109) 本稿で論じる内容については、窪田充見「過失相殺の法理」(有斐閣、一九九四年)二二六頁以下に多くを負っている。
- (110) 大村Ⅱ二二二頁によると、不法行為の行為者に対する反撃の場合には法益権衡をはかる必要はないとする見解が有力であるとい
う。
- (111) 平井英雄「現代不法行為理論の一展望」(一粒社、一九八〇年)一四八頁以下参照。
- (112) 能見善久「寄与度減責」四宮和夫先生古稀記念論文集『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、一九八六年)二二五頁、二五一頁。
- (113) 内田貫「民法Ⅱ債権各論」(東京大学出版会、一九九七年)四一三頁。
- (114) 沢井裕「テキストブック事務管理・不当利得、不法行為」(有斐閣、第三版、二〇〇一年)一六六頁。
- (115) さらに、違法性の抗弁が加害者の免責を根拠付ける抗弁ではなく、加害者の減責をもたらす抗弁となる場合、刑罰法規違反を前提とするだけではなく、いわゆる取締法規違反の場合につき違法性の程度には種々の段階があるのではないかとこの点も問題となり得る。この点については、加害者の責任を減免する原理として法秩序の統一性・一貫性に求める以上、法システムとして一定程度の幅のあるものとしてはあるが、刑罰法規と各種取締法規との間には統一的なものを想定している。しかしながら、やわらかに統一的な法秩序を観念したとしても、法規違反の「重大性」を論じることは可能であろう。したがってその応えは、刑罰法規と取締法規との間に存する幅をどのように解するかということにかかるとなる。もとより、この問いに対する詳細は今後の課題とせざるを得ないが、このような意味で、証券会社の違法性と投資者の不法性を比較衡量し、民法七〇八条の類推適用により、投資者の証券会社に対する損害賠償請求を棄却した東高判平成一六年一月二二日判時一八五九号六五頁は、示唆に富む。
- (116) 具体的には、借地借家法第六条における正当事由の判断要素を列挙しているような形をイメージしている。
- (117) 拙稿「損害賠償法における制定法義務違反の意義・機能——イギリス法における制定法義務違反の不法行為を中心に——」(二・一・完)民商一二七卷二号(二〇〇二年)二二二頁、三三九四頁。
- (118) 拙稿「制定法による知的財産侵害の救済と不法行為による『原状回復』」神戸五三卷四号(二〇〇四年)二九三頁。