

故意不法行為における過失相殺について

岩 寄 勝 成

- 一 問題の所在
- 二 マルチ商法に関する裁判事例の考察
- 三 詐欺商法に関する裁判事例の考察
- 四 不法原因給付事例からのアプローチ
- 五 暴行事件に関する裁判事例の考察
- 六 最後に

一 問題の所在

1 マルチ取引事件の現状

平成20年12月に内閣府国民生活局の連鎖販売取引苦情実態調査チームが¹、特定商取引法上の連鎖販売取引又は無限連鎖講防止法上の無限連鎖講のほか、いわゆる「マルチ取引」に関し、苦情相談の状況や法規制及び法執行の状況等について、苦情相談に関するデータの分析や有識者及び関係機関に対するヒアリング等によって調査し、現時点での状況分析などを

1 調査の主体となった「連鎖販売取引苦情実態調査チーム」は、リーダーを内閣府大臣官房審議官とするもので、連鎖販売取引に係る消費者からの苦情相談内容の実態調査等を目的とし、内閣府国民生活局長が指名する者によって編成されたチームである。

まとめた報告を公開している²。この報告書がマルチ取引に関する全体的な傾向として指摘している主なところは、近年における消費生活相談のうちの訪問販売に関する苦情相談件数は減少傾向にあるものの、マルチ取引に関する苦情相談件数は年間2万件を超える水準で推移しているという点、マルチ取引に関する苦情相談件数（2007年度24,276件）のうち、販売信用を伴うものが約4分の1（同年度6,469件）であり、その中には個品割賦が大半を占めているという点、などである³。このような実態調査の結果を受けて同調査チームは、相談内容や法規制などの状況などを分析して、特定商取引法などの執行を強化する等の提言を報告書の中で行っている。

この年間2万件を超える水準で推移しているとされているマルチ取引に関する法規制の主なものとしては、特定商取引法及び無限連鎖講防止法がある。このうち、特定商取引法により規制される連鎖販売取引については、近年、国及び都道府県による行政処分が増加してきており、悪質事業者に対して厳しい対応がとられるようになってきている一方で（平成16年度～平成20年度：国30件、都道府県43件）、都道府県の中にはこれまで全く処分をしたことのないところもある、という状況であった。ちなみに、同報告書によると、無限連鎖講防止法違反の事犯に関する検挙事件数は、年数件程度で推移しているが、同法等に抵触しないマルチ取引については、刑法上の詐欺又は出資法違反等により検挙している場合が相当程度あるのではないかと指摘されている。また、日本訪問販売協会による連鎖販売取引に関する自主規制については、返品制度の対象範囲を拡張したり、未成年者や学生などの若年層に対する勧誘を規制するなどして、自主基準に違反する場合は、個別に指導を実施するように対処している、という状況のようである。

2 <http://www.consumer.go.jp/maruchikeikahoukoku.pdf>

3 この報告書にある分析のもとになる統計資料は、独立行政法人国民生活センターが運営する全国消費生活情報ネットワーク・システム（いわゆる「パイオ・ネット」）におけるマルチ取引に関する苦情相談に関する資料である。

ここで筆者が注目している事実は、無限連鎖講防止法に抵触しないマルチ取引が、年間2万件を超える水準で推移しているという点、しかも、刑法上の詐欺などによって検挙されている場合が相当件数あるのではないかと指摘されている点である。確かに、マルチ取引は右肩あがりの増加という状況ではないようである。これは、おそらく、様々な形での法規制による取り締まりが、それなりに効果を発揮しているものと推測される。しかし、その一方で、マルチ取引に関する事件件数が減少もしていない、という事実を見出すことができるのである。これだけ、様々な法規制がなされている中で、何故、マルチ取引に関する事件は減少しないのであろうか。

他方、筆者は次の点にも注目している。マルチ取引の被害者が、詐欺的取引で受けた損失を回復すべく709条の不法行為に基づいて損害賠償請求訴訟を提起する場合、次のような主張、立証を行うことになる。被害者である原告は、被害者に一定の保護法益や権利が存在していること、被害者のその権利や保護法益に対して加害者の加害行為があったこと、加害者に故意または過失があったこと、加害者の加害行為と被害者の損害発生に因果関係があったこと、そして、被害者に損害が発生していることとその金額、ということをも主張、立証していくことになる。これに対する抗弁として、被告である加害者は、過失相殺、つまり、被害者に損害を負担させるべき過失が存在していたこと、を抗弁事由として主張、立証することができる⁴。この被告による過失相殺の主張、立証が認められると、

4 なお、過失相殺についての訴訟上の位置づけについて、最判昭和41年6月21日民集20巻5号1078頁は、被告である加害者が積極的に主張する必要はなく、裁判官が職権で過失相殺を行うことができる、とした。この最高裁判決から考えると、過失相殺は、必ずしも被告が主張、立証できる抗弁事由という位置づけにはならない、ということになる。しかし、この最高裁判決の趣旨は、過失相殺について職権探知主義が採用されているという意味ではない。訴訟当事者による立証活動の中で、十分に原告である被害者の過失が明らかにされない場合には、裁判官の裁量的判断で過失相殺がなされるか否かが決まる、という意味で理解されるべきである。ただし、過失相殺に関する訴訟

被害者に損害賠償請求権が認められたとしても、被害者が求めた損害全額の賠償請求は認められないことになる。すなわち、加害者には被害者から詐取した金銭がいくらかでも自分の手元に残る、という結果になると言えるのである。このような旨味を加害者に残してしまうのは、前述したマルチ取引による被害者が後を絶たないことの一因になっているとは考えられないであろうか。

2 これまでの議論状況と本稿の位置づけ

ところで、このマルチ取引行為は被害者を騙すことを目的になされているため、いわゆる故意不法行為として位置づけることができる。では、故意不法行為一般における過失相殺については、これまでどのように論じられてきたのであろうか。

過失不法行為責任における過失相殺の場合と比較しても、故意不法行為責任における過失相殺について言及している文献は少ない。その数少ない文献を比較検討しても、過失相殺の適用に関する論述には違いが見られる。過去において、故意不法行為と過失不法行為のいずれの場合でも、過失相殺を認める見解が多数を占めている時期があったとされているが⁵、故意責任と過失責任の「帰責原理」の違いから、故意責任の場合には過失相殺が認められるべきではない、という見解が提唱されるようになった。たとえば、「故意不法行為の場合には、過失相殺が行われるべきでない」と解すべき」としつつ、「故意不法行為の場合については被害者に過失があっても斟酌は認めるべきでないというのが比較法上支持される」と主張する立

上のこのような取り扱いについて、窪田教授は疑問視されている（窪田充見『不法行為法』（有斐閣、平成19年）390頁）。なお、本稿では、過失相殺制度を訴訟上の抗弁事由として位置づけるという形で論述している。

5 潮見佳男「不法行為法」（信山社、平成17年）312頁～313頁。

場である⁶。

その一方で、「故意不法行為の場合でも減額を相当とする場合がありうるから、当然には排除すべきではないだろう」と主張する見解や⁷、加害者の故意が、被害者の不注意を惹起したり、あるいは、被害者の不注意を利用することに対して向けられているか否かによって、過失相殺の適否が分けられるべき、と主張する立場が提唱されるようになっている⁸。

以上の流れから一般的傾向として言えることは、現在における故意不法行為事例においては、過失相殺の適用が完全に排除されると考える見解は少なく、一般的には、故意責任においても過失相殺の適用は排除されないとして説明されている、というのが多数を占めているといえる。

この一般的な説明に基づいて前述したマルチ商法事件を考えると、故意による不法行為をはたらいた加害者にどれほど強い帰責原因が認められても、過失相殺が適用される余地を認めることになるため、加害者の損害賠償額が減額調整されることになり、その分、賠償責任が軽減される場合があるということになる。現に、後で具体的に事例を考察するが、裁判所も過失相殺を適用して事案を処理している傾向にあるといえる。しかしながら、マルチ商法事件での被害者が不法行為を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した場合に、故意に他人を騙して損失を与えた加害者が抗弁として過失相殺を主張できるとすることに対して、筆者は強い疑問をおぼえる。つまり、故意に他人を騙して財貨を意図的に交付させた者である加害者が、過失相殺を主張して自らの減責を求めることが本当に許されるべきなのか、

6 平井宜雄「債権各論Ⅱ 不法行為」（弘文堂、平成4年）150頁。同主張として、沢井裕「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為」（有斐閣ブックス、平成8年）240頁。

7 内田貴「民法Ⅱ 債権各論」（東大出版会、平成19年）414頁。同主張として、田山輝明「不法行為法」（青林書院、平成8年）123頁、森島昭夫「不法行為法講義」（有斐閣、昭和62年）163頁。

8 窪田・前掲4・387頁。

という疑問である。そこで、筆者は、本稿において、故意不法行為における過失相殺のありかたについて再考してみることにした。

3 本稿の構成

本稿では、次のような構成で考察を展開していくことにする。

まず二において、マルチ商法事例につき、裁判所がどのような理由で過失相殺の適否を考えているのかについて考察していくことにする。次の三では、被害者を騙して財貨を交付させるという意味でマルチ商法事件と同種と言える詐欺商法事例における過失相殺の適否について、裁判実務の判断傾向を見ていくことにする。この二つの類似事例を比較考察することで、故意不法行為事例における過失相殺の適否に関する裁判所の判断基準を探ることにする。さらに四では、同じ抗弁事由として位置づけられる損益相殺事例について、最近非常に興味深い二つの最高裁判決が出たので、その判決内容についても考察を加えることにする。損益相殺は、過失相殺という全く異なった不法行為法上の制度であるが、同じ抗弁事由として過失相殺の適否を考える場合に、損益相殺事例に関する二つの最高裁判決は重要な視点を提供していると思われる。最後の五では、故意不法行為事例の典型的な場合と言える暴力行為事例、つまり、被害者の挑発行為が加害者による暴力行為を誘発したという場合（以下、暴行事例）についても、具体的な裁判事例を検討していくことにする。以上のマルチ商法事例、詐欺的取引事例、損益相殺事例の最高裁判決、そして挑発による暴行事例における過失相殺制度の考察を通じて、故意不法行為事例における過失相殺の適否をどのように考えるべきかが見えてくるのではないかと考えている。そして、最後の六で、故意責任の帰責原因という基本原則に立ち返りつつ、故意不法行為事例における過失相殺のありかたについて、私見をまとめてみることにする。

二 マルチ商法に関する裁判事例の考察

1 裁判例の紹介

まず、ここで考察を加える対象であるマルチ商法（multi-levelmarketing）という取引形態について簡単に説明しておこう。このマルチ商法という取引形態は、一般的には、連鎖販売取引、あるいはそれに類似した販売形態の通称とされている⁹。このため、マルチ商法は「無限連鎖講の防止に関する法律（以下、無限連鎖講防止法）」¹⁰によって禁止されている「ねずみ講」と組織の拡大方法で類似点が多いと言えるのであるが、ねずみ講が金品配当を目的とする組織である（無限連鎖講防止法2条）のに対して、マルチ商法は商品（役務の斡旋も含む）の販売を目的とする取引である（特定商取引法2条）とされて、両者は一応、区別されている。また、このねずみ講以外のマルチ商法という取引形態を規制する法律としては、1976年に制定された「訪問販売等に関する法律（以下、訪問販売法）」において「連鎖販売取引」として定義され、この法律に規定する要件に該当するものは、勧誘などの行為がすべて規制の対象となった。なお、周知のごとく、訪問

9 マルチ商法という用語は法律用語ではなく様々な定義が存在しているが、使われている代表的な用法として次のようなものを指摘することができる。警察や消費者センターなどが使用している連鎖販売取引のこと、あるいは、連鎖販売取引とそれに類似したものの総称、連鎖販売取引のうち商品を再販売している取引、連鎖販売取引のうち悪質な取引、犯罪である無限連鎖講と同義に考えられる取引、などである。

10 無限連鎖講防止法が制定されるに至った経緯の概略は以下のようである。1970年代に入ってから、「天下一家の会」と呼ばれる組織による被害が続出したため、社会問題となった。しかし、当時は、いわゆる「ねずみ講」を禁止する法律がなかったため、熊本地方検察庁は同組織の発足者を所得税法違反で起訴した。そして、懲役3年執行猶予3年、罰金7億円の判決が確定したが、被告人が罰金を全額支払えないために収監されて、この事件は終わった。だが、この事件を重視した国は、1978年に「無限連鎖講の防止に関する法律」を制定するに至った、という経緯がある。

販売法は2000年に「特定商取引法」に改称されており、この法律の33条に規定されている「連鎖販売取引」の対象となる取引行為が規制されているという状況である。

では、ねずみ講やマルチ商法などの取引行為によって被害を受けた者が損害賠償訴訟を提起した場合、その訴訟において過失相殺がどのように取り扱われているのであろうか。

(1) 大阪地判昭和55年2月29日判時959号19頁

本件は、いわゆるマルチ商法による販売経営をした場合につき、販売をした会社の代表取締役は、会社の製品を誇大宣伝し、かつ、右の商法が販売店を新規加入、昇格させることの有限性等のため必ず破たんして加入者が損害を被ることになることを故意に説明、告知をせず、右の商法を実施、推進したものであるとして、その損害賠償責任が認められた事例である。

裁判所は、「右のような勧誘方法は、集団催眠的方法を用いて、被勧誘者の正常な判断力を麻痺させ、知らず知らずのうちに本件マルチ商法がすぐれた商法であると完全に誤信させるというきわめて当初から人間心理の弱点を研究し綿密に計算し尽くされた上で考案実施された特異な違法性の強い方法であることを考慮するならば、被勧誘者の側において、特段の事情が存しない限り、この違法性に気づくことは困難であったというべき」であり、「本件においては、右の特段の事情を認めるに足りる証拠はない」として、被告の過失相殺の主張を認めなかった。

(2) 東京地判昭和58年9月26日判時1119号93頁

本件は、ねずみ講に加入することが反社会性を有するものであったとしても、ねずみ講が必ず利益を生むものであるかのごとく称して入会金を取得する詐欺行為の方が著しく違法性が大きいから、入会金を納入することは不法原因給付には当たらない旨を判示した事例である。

裁判所は、過失相殺適用の有無については、「金60万円を被告に渡せば

3ヶ月後には金100万円になって戻るとい話を、その真偽を確かめることもせず軽々にこれを信じたのであるから」、問題となった組織への「加入の際にとる態度としては極めて迂闊であるといわざるをえず」、被害者のこの「過失は損害額の算定につきこれを斟酌すべきものと解するのが相当である」として、結果、5割の過失相殺をすることを認めた。

(3) 東京地判昭和60年9月12日判時1220号97頁

本件は、ネズミ講を開設、主宰して加入者に対し経済的損失を被らせたことが不法行為にあたるとして、主宰者に対し損害賠償の支払いを命じた事例である。

裁判所は、過失相殺の部分について、被害者が問題の講に「入会するためにそれぞれ」の金額を「送金した目的は、利殖のためであったと認められる」としつつ、「通常の利殖方法よりもはるかに有利な投資であると考えたものと推測される。しかし、もうけ話に危険はつきものであり、もうけの大きさと危険の大きさはほぼ比例するというのは常識」であり、加害者の話を「轻信したとすれば、あまりにもうかつというほかに、損害賠償額の算定上被害者の過失としてこれを斟酌すべきものと考えられ」とし、結果、5割の過失相殺を認めた。

(4) 広島高判昭和61年10月23日判時1218号83頁

本件は、ねずみ講が必ず破綻し、経済的損失を与えるのみならず人間関係の崩壊をもたらすもので、反社会性が著しく違法であるにもかかわらず、ねずみ講を主宰する団体の代表者が、欺罔的な宣伝を行って入会者に金員を出捐させた行為は、不法行為を構成するとした事例である。

裁判所は、過失相殺の部分については、「控訴人らが本件各講が行き詰ることなく続き、有利な利殖ができるものと信じてこれを加入したことについては、責められるべき点があり、軽率のそしりを免れない」として、「被控訴人の賠償額の算定に当たっては、右の点を被害者側の過失として斟酌

すべく、控訴人らの過失割合は、本件にあらわれた諸般の事情を考慮し、四割とするのが相当である」と述べた。

(5) 山形地判平成元年12月26日判時1346号140頁

本件は、国債ねずみ講（国利民福の会）を開設、運営、そして加入するように勧誘することは、無限連鎖講防止法に該当しないことを装っても、実質的には同法が禁止した結果をもたらすことであり、709条の不法行為に該当するとして、同会の会長らの不法行為責任が認められた事例である。

裁判所は、過失相殺について、「本件は、金銭を用いた所謂ねずみ講が禁止されてから後のものであって、講加入に用いるものが、金銭ではなく国債であるという点を除けば同じ内容のものであり」、原告は国利民福の会が「所謂ねずみ講の一種であることは容易に認識し得たものというべく」、しかも原告の本人尋問によって「ねずみ講であるとの疑いを持っていたことがみとめられ」るため、被告の「不法行為が成立するについては」、原告にも「不注意があったものというべく、その過失相殺の割合は・・5割とするのが相当である」とした。

2 裁判例の分析

以上の裁判事例から言えることは、当初、裁判所は、無限連鎖講や連鎖販売取引が絡んだ損害賠償請求訴訟では、加害者による過失相殺の主張を認めていなかったが、最近では、一転して認めるようになっており、という点である。その原因について、窪田教授は、「一般的な説明として、時間の経過とともにマルチ商法の違法性が広く知られるようになってきたから、被害者の不注意の重大性が相対的に増し、過失相殺割合が大きくなってきた」ことや、「裁判例の中でもしばしば引用されている昭和52年3月

30日の「長野事件」¹¹と昭和53年制定、同54年施行の「無限連鎖講の防止に関する法律」の存在という社会的背景を指摘されている¹²。

しかし、このような社会的背景が原因であったとしても、過失相殺の適用が肯定されているという最近の裁判傾向について、筆者は少なからず疑問を感じている。これまで見てきたように、無限連鎖講や連鎖販売取引という取引行為の違法性の強さは、多くの裁判例で指摘されているところである。つまり、人を騙して欺罔状態に陥れて、財貨を交付させているという強度の反社会的な性質を、その取引行為の中に見出しているのである。現に、民法90条の公序良俗¹³に反するという理由で、被害者による民法708条の不当利得返還請求が認められている事例¹⁴や、この取引行為を不法行為として被害者による民法709条の損害賠償請求が認められている事例¹⁵も存在している。それにもかかわらず、無限連鎖講や連鎖販売取引の事例において過失相殺の適用が肯定されているということは、この強度に

11 長野地判昭和52年3月30日判時849号33頁において裁判所は、多数者の犠牲により一部の者が不当に利得するという非生産的で射倖的な性質を有し、欺罔的、誇大的な説明、宣伝をすることで、一般大衆の射倖心と無思慮に乘じ、勞せずして高額の金員を受けられるかのように期待させて入会せしめるようなネズミ講の入会契約は、公序良俗に反し無効である、と述べた。この判決は、ネズミ講の反公序良俗性を指摘した最初の判決として位置づけられているものである。その意味で先例的価値を有した下級審判決と言える。

12 窪田充見「過失相殺の法理」（有斐閣、平成6年）258頁。

13 広島高判平成18年1月31日判タ1216号162頁、名古屋地判平成17年10月27日判時1950号128頁、など。

14 東京地判平成18年5月23日判時1937号102頁、名古屋地判平成6年5月27日判タ878号235頁、など。

15 静岡地浜松支判平成17年7月11日判時1915号88頁、東京地判平成14年7月24日判タ1139号171頁、東京高判平成5年3月29日判時1457号92頁、福岡高判平成8年4月18日判タ933号175頁、大阪高判平成5年6月29日判時1475号77頁、東京高判平成5年3月29日判時1457号92頁、大阪地判平成4年3月27日判時1450号100頁、大阪地判平成3年3月11日判時1401号81頁、東京地判平成元年8月29日判時1331号86頁、など。

公序良俗に反する行為を行った者が、自らの減責主張である過失相殺を主張できる、あるいは、裁判所がそれを斟酌することが認められている、ということになり、減責主張ができることを意味していることになる。確かに、被害者が公序良俗に反する組織に加入すること自体に軽率さや迂闊さという点が見いだせるのであろうが、「純粹」に利殖ができるものと信じて加入したとしても、過失相殺が適用されることで損害賠償額から減額されるほどの落度が被害者にあったと言えるのかについては、筆者は疑問を感じている。

その理由はこうである。他人を騙す目的で組織を形成し、実際に被害者を騙している以上、その騙した上で財貨を交付させている行為には、強い公序良俗違反が認められるし、非難可能性も見出すことができるはずである。そうであれば、騙した加害者が被告として損害賠償額の減額を主張できるとするには、合理的根拠を見出すことができないと言えるのではなからうか、という理由である。そうではなく、このような場合には、利殖ができると誤信した被害者を利用しようとした加害者の欺罔行為の違法性に着目して、このような者による減責主張は一切認められるべきではない、と判断すべきではなからうか。

確かに裁判所は、被害者自身が公序良俗に反する組織に加入しているという点に被害者の落ち度を見出すとして過失相殺が適用されているが、マルチ商法事例において注目されるべき事実は、違法な組織への加入という事実の部分ではない。そうではなく、他人の財貨を詐取することを目的として組織を企画し、実際に他人を組織的に詐欺行為によって損害を与えているという部分が、このマルチ商法事例では注目されるべき事実であるはずなのである。というのも、被害者に認められる落ち度は、加害者の詐欺行為によって誘発されたものと言えるからである。また、被害者自身も違法な組織に加入しているという事実よりも、実際に組織的に被害者から財産を詐取している帰責性の方が、はるかに大きいと言えよう。さらに、違法組織に加入したという事実を重視して、損害賠償額を減ずることにすれ

ば、実際に詐取した加害者に対し、違法な手段で取得した利得の保持を許容してしまう結果になり、この弊害の方が社会に大きな問題を残すことにもなると思われる。

三 詐欺商法に関する裁判事例の考察

1 裁判例の紹介

では、マルチ商法と同様に、人を欺罔して財貨を交付させている詐欺商法事例においても、裁判所は過失相殺の適用を同様に考えているのであろうか。結論から述べると、先のマルチ商法事例の場合とは異なり、過失相殺の適用については消極的な判断を行っている傾向を裁判実務に見出すことができよう。

(1) 大阪地判昭和60年3月18日判時1163号89頁

私設市場における金地金の売買委託取引をなした原告が、仲介業者・被告を相手取り、私設市場での取引は公序良俗などに反する違法なものであり、違法取引を企画・運営したとして、損害賠償を請求した事例である。裁判所は、被告らは、本件市場における取引が価格操作の危険性のあるものであることを説明しなかったばかりか、現物取引でもうかるかの如く装ったこと、そして、本件市場の相場が格別変動していないのに、異常な変動をしている旨虚偽の事実を原告に告げて増保証金の預託を要求し、原告がこれに応じられないとみるや、大量の無断売買を行ったこと、などの事実から、被告の取引行為は強度の違法性があるとして、被告らの損害賠償責任を認定した。

そして、過失相殺の適否については、「原告は、かつて株式等の取引の経験があったものであって、本件のような取引についてまったく無智、無経験であったとはいえず、被告のつよい勧めがあったとしても、前認定の

ような大量の取引(買注文)をしたことは、自ら多額の損害を招くもとを作ったものともいえなくもなく、いささか軽率であったというべき」として、原告の行為が軽率であったということを述べつつ、「直接損害を与えた被告の昭和55年1月7日以降の行為は、すでにみたとおり原告に虚偽の事実を告げて原告の承諾を得ずに大量の取引をするという強度に違法なものであったのであり、そしてこの行為部分については、証拠を総合しても、原告に過失があったものと認めるにいたらない」として、「それまでに原告に右のごとく軽率な点のあったことを考慮しても、損害額の算定にあたり原告にとくに斟酌しなければならないほどの過失があったということはいできない」として、過失相殺の適用を否定した。

(2) 東京地判昭和62年1月22日判時1261号95頁

本件は、豊田商事による、いわゆる金のペーパー商法により損害を被った顧客が、豊田商事の支店の営業部課長に対して不法行為による損害賠償を請求した事件である。

裁判所は、豊田商事は「いわゆる金のペーパー取引を行っていたもので、賃貸借の期間満了時に金を返還する用途はなく、一方、勧誘員も、その上司も固定給に比較して、売上高如何では多額の歩合給を得る仕組みになっており、格別有利な営業資金として活用してはいなかったから、早晚破綻することが予測できる内容の会社であったこと、昭和60年3月ことからは、マスコミ等に、金のペーパー取引であること、その勧誘の強引さ、悪質さが取り沙汰されはじめていたこと」、また、「勧誘方法の指導において、豊田商事とか、金の取引とかを口にするると警戒されるので、勧誘の始めは、なるべくこれを口にせず、ともかく会社に来させるよう徹底させていたこと」、さらに「客が買いそうな姿勢を示したときは、預金通帳等一切を預かり、全額おろしてしまうような極めて強引、かつ悪質な勧誘方法がとられ、金の売買とは有名無実で、純金ファミリー契約なる名のもとに不特定多数の者から預け入れを受けるもので、「出資の受入、預り金及び金利等

の取締等に関する法律」二条で禁止されている預り金行為に当たり、豊田商事としては勿論、被告の行為も、違法性を帯びていたものといえることができる」と判示した。

そして、被告の指示のもとで動いていた外務員らの「勧誘の仕方が、余りに強引、執拗であり、・・・悪質であり、原告に仮に冷静に対処しなかった落度があったとしても、その落度は、被告の行為によって意図的に誘発されたもので、被告は、むしろその落度を積極的に利用して、金員の交付を受けたものであり、したがって、かかる落度をもって過失相殺の事由とするのは相当ではない」として、過失相殺の適用を裁判所は否定した。

(3) 大阪地判平成5年3月29日判タ831号191頁

被告は、政府のむつ小川原開発計画に基づき、むつ小川原地区周辺の土地の値上がりが見込まれるとして原野を売りつけた、いわゆる原野商法が詐欺商法であるとして、原告らが被告に対して損害賠償請求をした事例である。

裁判所は、「被告らは組織的・継続的に顧客の落ち度を誘発させ、これを利用して欺罔行為を行い、原告らに本件各土地を売りつけるなどして金銭を支払わせて損害を与え、右出捐相当額の利得・消費を行ったものである。このように、被告らは原告らの落ち度を意図的に誘発・利用し原告らに損害を与えることによって対応する利益を得ているので、原告らに何らかの落ち度があったとしても、過失相殺制度の根本にある公平の理念にかんがみ、被告らが過失相殺を主張することはできないものと解するのが相当である」として、過失相殺の適用を否定した。

(4) 水戸地判平成7年2月21日判タ876号217頁

全国的な塾のフランチャイザーである被告の社員によるフランチャイズ契約を勧誘した行為が詐欺に当たるとして、被告に支払った開設資金などの損害賠償を原告が請求した事例である。

裁判所は、「被告は、客観的にみて多数の加盟塾を事前の説明どおりに運営していただくの意思も能力もないのに、その能力があるかのように偽って加盟希望者を錯誤に陥れ、塾加盟契約を締結させたものというべき」であるから、「勧誘行為は、被告において組織的に行われていたものと推認できる。被告の右勧誘行為は、各原告に対し、詐欺による不法行為を構成するものというべきであり、被告には、各原告に生じた後記損害を賠償すべき義務がある」と指摘しつつ、過失相殺の適否については、「過失相殺の制度が、当事者間の公平を図るために、損害賠償の額を定めるに当たって、被害者の過失を斟酌するものであるところ、本件における被告の行為は、故意による違法な詐欺行為であって、このような場合に、原告らの事情を斟酌して損害額を減額するということは、加害者に対し、違法な手段で取得した利得を許容するものであり、妥当とはいえない」として、過失相殺の適用を否定した。

(5) 東京地判平成11年3月26日判タ1021号86頁

茨城カントリークラブという開発中のゴルフ場のゴルフ会員権を被告が販売したが、適正会員数を大幅に超えた大量募集という行為が詐欺行為として不法行為にあたるとして、入会金や預託金などを支払った原告らが、被告に対して損害賠償請求をした事例である。

裁判所は、適正会員数を大幅に超えた大量募集は、ゴルフ会員権の有する施設利用権のみならず、金融商品としての交換価値を著しく侵害する行為であり、顧客に対する詐欺販売行為として不法行為を構成すると判示した。

その一方で、「低額募集においては、大幅な水増し募集がされる例がままあること、このような実情は、ゴルフ愛好家に一般的知識であったこと」などを考えると、「原告らにおいても、本件募集につき、募集予定数を大幅に超過してゴルフ会員権が募集されることを予見することが可能であったということができないわけではない」が、原告らは「詐欺的な勧誘に依

じて本件ゴルフ会員権を購入した一般消費者であり、ゴルフ業界の情報を入手する手立てに必ずしも十分ではなく、前記ゴルフ雑誌の記事の正確性を検証するのは著しく困難であったと認められる。また、原告らの中には、利殖目的で本件募集に応じた者が相当数存在していることは、容易に推察されるところであるが、そのことの故に、原告らについて、過失相殺の対象となるべき事情があるとは解されない。」として、裁判所は過失相殺の適用を否定した。

2 裁判例の分析

以上の詐欺商法事例における過失相殺の適否については、一般的傾向として、裁判所は消極的であるということが言えよう。その理由付けとしては、原告に仮に損害発生につき何らかの落度があったとしても、被告の詐欺商法という強度の違法性を帯びた不法行為と比較しても、それは過失相殺の事由にはならない、という形での理由付けが見受けられる。つまり、過失相殺の適否について、加害者の違法性の程度と被害者の落度の程度を比較衡量しながらその適否を判断している、という一般傾向が裁判所には見られると言える。

このような判断傾向の見られる中で、平成5年の大阪地裁判決が「過失相殺制度の根本にある公平の理念にかんがみ、被告らが過失相殺を主張することはできないものと解するのが相当である」と、そして、平成7年の水戸地裁判決が「原告らの事情を斟酌して損害額を減額するということは、加害者に対し、違法な手段で取得した利得を許容するものであり、妥当とはいえない」と積極的に表現している点は、非常に注目に値すると思われる。というのも、この大阪地裁判決と水戸地裁判決には、前述した加害者の行為の違法性の程度と被害者の落度の比較という作業が行われているというよりも、加害者である被告に過失相殺の主張を認めることが、過失相殺制度の趣旨である公平の理念に合致すると言えるか否か、という判断が

前面に出ていると言えるからである。つまり、故意に人を欺罔し損失を与えた者は、減責の主張となる過失相殺の主張をすることができない、と考えていると言える。常識的に考えても首肯できる論理と言える。また、このように考えることは、故意不法行為における過失相殺の適用のあり方を考えるとき、非常に重要な視点となり得るものと思われる。

ところで、これまでの裁判事例の考察から、マルチ商法事例と詐欺商法事例の場合とでは、過失相殺の適否に関する裁判所の姿勢に違いが見られたことが分かった。マルチ商法の場合には、一般的な傾向として過失相殺の適用が肯定され、一方の詐欺商法の場合には、過失相殺の適用が否定されている傾向にあった、という違いである。人を故意に欺罔に陥れ財貨を交付させているという面では同じ事件類型に属すると言える両事例において、何故、過失相殺の適用についての考え方が異なってくるのか。この点について少し検討してみたいと思う。

実際の裁判事例では、マルチ商法事例の場合、マルチ商法全体の構成自体に関する違法性が問題とされている。つまり、ねずみ講という組織自体の違法性が問題視されており、講の主催者などの個人的な行為面での違法性ではなく、マルチ商法全体の枠組みに関する違法性が、その組織に属する様々な要素から判断されていると言える。そして、この判断から、問題となっている講自体が非常に違法性の高いものとして評価されていたのである。このように、公序良俗に違反した違法性の強い組織である講自体に、被害者自身が加入しているという事実を、裁判所がかなり強く重視していることが分かる。このために、過失相殺の適用につき積極的な見解になってくるものと思われる¹⁶。一方、詐欺商法事例での被害者は、加害者の一

16 窪田教授は、さらに無限連鎖講防止法5条で開設・運営者が罰せられているだけでなく、同法6条や7条で加入勧誘者なども処罰の対象になっているという点から、マルチ商法全体の枠組みを通じてマルチ商法の違法性が判断された結果、過失相殺の適用が肯定されているのではないかと指摘されている（窪田・前掲12・259頁）。

方的な加害行為によって欺まされたために損害を被っていると言える。このため、加害者が行った取引行為の違法性、つまり加害者の帰責性の強さが重視された結果、加害者が減責主張をすること、つまり過失相殺を主張することが認められていない、と言える。

以上のように詐欺商法事例における過失相殺の適否を考察すると、前述のマルチ商法事例での過失相殺の適用を肯定していた裁判実務の判断をどのように評価すべきであろうか。確かに、裁判所が指摘するように、マルチ商法の場合の被害者は、被害者自身が公序良俗に反する組織に加入しているという点が認められる。つまり、加害者も被害者もいわば「同じ穴の貉」の関係にあると言えるため、ここに加害者である被告による過失相殺の主張が認められる余地があるということであろう。しかしながら、同じマルチ商法事例での被害者でも、純粋に利殖のみを考えていた被害者もいるはずだし、逆に違法性のある組織であることを認識しながら加入して、それに乗じて利殖を図ろうとしている被害者もいるはずなのである。そうすると、前者の純粋に利殖のみを考えて組織に加入してしまった被害者との関係で、加害者の勧誘行為の帰責性を考えると、詐欺商法における加害者の詐欺行為の帰責性と何ら変わらないと評価することができるのではなかろうか。しかも、被害者が違法な組織に入ったのは、あくまでも加害者による組織的な勧誘によるものなのである。そうだとすると、マルチ商法事例で、被害者も違法な組織に加入しているという側面だけで、加害者による過失相殺の主張が認められるとするのは、必ずしも説得力のある論拠に基づいている処理とは言えないのではなかろうか。詐欺商法事例での過失相殺の扱いの合理性から判断して、マルチ商法事例でも、過失相殺の適用が否定されるべきであると思われる。

自分の将来に備えて、自分の財産を防衛し利殖を考えるということは、昨今の我々の様々な社会的経済状況を考えると、何ら非難されるべき点はないはずである。むしろ、当然の発想であるということもできるように思われる。だとすると、裁判所がしばしば指摘しているように、被害者にも

迂闊さ、軽率さが認められるとしても、詐欺によって被害者の迂闊さを利用しようとしている加害者の行為態様は、私法秩序の範囲外にあるものと言え、けして免責主張が認められるようなものとは言えないと評価すべきものと思われる。

四 不法原因給付事例からのアプローチ

1 二つの平成20年最高裁判決について

これまでの考察で筆者は、マルチ商法事例でも過失相殺が適用されるといって一般的に考えることは説得的ではないのではないか、という点を指摘してきた。そして、過失相殺の適用の可否に関する判断（過失相殺が適用されて、いかなる割合で責任を分割して考えるべきか、という判断ではない）は、加害者による不法行為に認められる帰責性の強さでなされるべきなのではないか、ということ述べてきた。この加害者の不法行為における帰責性の強さによって、加害者である被告が減責主張できるか否かが決められるという点を考える場合、次の平成20年に出された2つの最高裁判決が、重要な示唆を与えていると思われる。まず、その平成20年に出された2つの最高裁判決について紹介しよう。

(1) 最判平成20年6月24日判時2104号68頁

本件は、被告が自己を介して米国債を購入すれば高額の配当金を得ることができると架空の事実を述べて、原告から金員を詐取したところ、詐欺の発覚を防止するため、あたかも米国債を購入して配当金を得たかのように装い、配当金として原告に金員を交付したが、被告が詐欺の容疑で逮捕され懲役6年の判決を受けたため、原告が被告に対して不法行為に基づく損害賠償請求をした事例である。

この事例での論点は、被害者が不法行為に基づく損害賠償請求をする場

合に、加害者から配当金名で交付された金員の額を損益相殺などの対象として損害額から控除することができるか、という点である。

この論点につき最高裁は、「社会の倫理、道徳に反する醜悪な行為(以下、「反倫理的行為」という。)に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも許されないものというべき」として、「仮装配当金の交付は、専ら、上告人らをして被上告人が米国債を購入しているものと誤信させることにより、本件詐欺を実行し、その発覚を防ぐための手段にほかならないというべき」であり、この「仮装配当金の交付によって上告人らが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきであり、本件損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として本件各騙取金の額から本件各仮装配当金の額を控除することは許されないものというべきである」と判示した。

(2) 最判平成20年6月10日判タ1273号130頁

本件は、いわゆるヤミ金融の組織に属する業者から著しく高率の利息(原審の認定によると、数百%から数千%という著しい高率の利息)を取り立てられて被害を受けたと主張する原告らが、その組織の総括者であった被告に対して、不法行為に基づく損害賠償を求めた事例である。

この事例での論点は、ヤミ金融から貸付の形で交付された金員相当額が、被害者による不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、損益相殺として被害者の求める損害額から控除されることが許されるか、という点である。

この点につき最高裁は、「反倫理的行為に該当する不法行為の被害者が、これによって損害を被るとともに、当該反倫理的行為に係る給付を受けて

利益を得た場合には、同利益については、加害者からの不当利得返還請求が許されないだけでなく、被害者からの不法行為に基づく損害賠償請求において損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として被害者の損害額から控除することも、上記のような民法708条の趣旨に反するものとして許されないものというべきである。」として、認定された事実関係から、「著しく高利の貸付けという形をとって上告人らから元利金等の名目で違法に金員を取得し、多大の利益を得るという反倫理的行為に該当する不法行為の手段として、本件各店舗から上告人らに対して貸付けとしての金員が交付されたというのであるから、上位の金員の交付によって上告人らが得た利益は、不法原因給付によって生じたものというべきであり、同利益を損益相殺ないし損益相殺的な調整の対象として上告人らの損害額から控除することは許されない」と判示した。

2 二つの最高裁判決が指摘する民法708条

最初の6月24日の最高裁判決は、詐欺商法による不法行為事例として位置づけられるが、被告である加害者が主張しているのは過失相殺ではなく、損益相殺である。次の6月10日の最高裁判決は、詐欺商法でもマルチ商法でもない不法行為事例であるが、やはり被告による損益相殺の主張が認められるかが争点になっている。確かに、本稿の考察が過失相殺に焦点を当てていることを考えると、この二つの最高裁判決は射程外の事案と言える。しかし筆者がこの二つの最高裁判決に注目した理由は、損益相殺制度が過失相殺とともに被告の抗弁事由として位置づけられているという点、そして、ともに被告の減責主張として共通しているという点である。この2つの視点から考えると、平成20年の両最高裁判決からは、反倫理的、反道徳的な不法行為によって損害を被った被害者による損害賠償訴訟では、民法708条の趣旨から損益相殺による減額調整は認められない、として判示されている点が重要視される。周知のごとく、708条とは「汚れた手を有

する者は、法の助力を求めることはできない」というクリーンハンズの原則を採用した条文である。つまり、平成20年の両最高裁判決は、汚れた手を有する加害者（被告）は、減責という法の助力を求めることはできない、つまり、減責主張をすることは許されない、という形で読み替えることができる。この論理を援用して故意不法行為事例での過失相殺の適用の可否を考えれば、原則として違法性の高い不法行為を故意に行った者は「汚れた手」を有している者と言えるため、その者が減責主張である過失相殺によって減責されることは認められない、ということになると思われる。このことは、先の紹介した「故意不法行為の場合については被害者に過失があっても斟酌は認めるべきでないというのが比較法上支持される」と述べていた平井教授の見解と符合することになる。

そうすると、先に考察した一般的に過失相殺の適用が否定的であった詐欺商法事例での裁判所の処理は、まさに、このクリーンハンズの原則と則った処理として位置づけることができよう。このクリーンハンズの原則という観点からマルチ商法事例を振り返って考えれば、裁判所は一般的には過失相殺の適用を認めているという傾向を見出すことができたが、他人を騙して、財貨を詐取しようとする意図した、つまり、故意の不法行為を行った加害者の手は汚れていると評価できるとすると、結果として、過失相殺の主張は認められるべきではない、という処理になるべきということになる。このように考えてみると、故意不法行為の事例では、加害者の手が汚れているという理由から、過失相殺は適用されないという処理になるのが適切ではないかと思われるのである。

五 暴行事件に関する裁判事例の考察

1 裁判例の紹介

もう一つの故意不法行為事例における過失相殺として、我妻博士が、そ

の著書で想定されている「被害者が加害者を憤慨せしめて加害行為を誘発」した事例¹⁷について考えてみたいと思う。この事例とは、つまり、何らかの形で被害者が加害者の暴行行為を引き出しているため、この被害者の関与部分について、過失相殺が適用されて賠償額が決まるというのである。この加害者による暴行事例は、故意不法行為事例の典型例の一つと考えられる。そこで、このような被害者による誘発によって生じた暴行事例において、加害者が減責主張として過失相殺を主張できるか、ということについて次に考えて見たいと思う。まずは、暴行事例についていくつかの事案を紹介しておこう。

(1) 長野地松本支判平成12年3月28日判タ1069号220頁

本件は、高校三年生であったAは、近くの高校生らであるYら7名から生意気だなどと因縁を付けられ、近くの小学校に呼び出されたうえで、集団で殴る蹴るなどの暴行を受けたために、翌日、Yらの暴行による硬膜下出血により、入院先の病院で死亡するに至ったため、Aの両親XらがYらに対して損害賠償を請求した事例である。

この事例での争点は、AがYらに対して挑発、非礼な言動が集団暴行を誘発しているなどの事情を考慮して、過失相殺が適用されるべきか否か、という点であった。

裁判所は、YらのXらに対する共同不法行為に基づく損害賠償責任を認定したうえで、被告らの過失相殺の抗弁の主張について次のように判示した。AがYらの挑発によって喧嘩になることを十分予想しながらこれを辞さない意思で小学校に向向したことという事情については、「本件事件の発端は被告らによって作られたものであること、被告らのほとんど一方的な暴行により訴外Aを死に至らしめていることなどの本件の事情を考慮すると、訴外Aが被告らの挑発によって喧嘩になるかもしれないと予想

17 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」（日本評論社、昭和12年）209頁。

しながら××小学校に出向いたとしても、そのことから直ちに訴外Aに過失があったと認めるのは相当でない。」と述べた。

(2) 東京高判平成8年6月26日判タ941号231頁

Aが駅のプラットホームで喫煙していたところ、Yは、前にもAに喫煙を注意したことがあったので、「何で吸ってんだよ。前にも注意したろ。」などと言いながら左肩あたりで肘を小突いて注意したところ、Aが向き直って「何も小突くことはねえだろ。」と文句を言いながら近づいてきた。YはAがつかみかかってくるように感じ、咄嗟に回し蹴りをしたところAの顔面にあたり、Aは転倒して頭を打ち、翌日頭蓋骨骨折により死亡した。このためAの遺族XらがYに対して不法行為に基づき損害賠償を請求したのが本件である。

本件での争点は、Yの回し蹴りの原因となっている、AがYを小突いたことと、Aの喫煙行為とを考慮した場合の過失相殺の割合についてであった。

裁判所は、Yが「単に口頭で注意しても効果がないと考え、有形力の行使した心情もあながち理解できないではない」としつつ、YはいきなりAが「前方によろめいて鞆を取り落とす程にAを小突いたのであるから、その行為は社会的に許容される限度を超えていたものというべきで」あるし、YはAがつかみかかってくるように感じたとしても、両者の年齢差などを考えると「重大な危害を加えられるおそれを感じるような状況にあったとは考えられないから、もとよりAの死亡という重大な結果を予想して行ったものではないとはいえ、更に回し蹴りを加えた第一審被告の行為につき大幅な責任軽減を認めるのは相当ではない」として、第一審判決がAの過失割合を3割としていたのを、2割に軽減した。

(3) 東京地判平成2年3月20日判タ733号132頁

Aは、パブにおいて飲食しているとき、居合わせた女性客に絡み、同店

の店員Yから再三、注意されたのに反発し、「表に出ろ」などと粗野な言辭を弄し、Yの肩などを押すようにして出入口に向かった。Yがドアを開けた時、Aが突然、Yの肩に力を加えたのに対してYは腹を立て、Aの手首をつかんで勢いよく外に引っぱり出したため、Aは石柱に前額部をぶつけ、翌日死亡した。そこで、Aの遺族XらがYに対して不法行為に基づく損害賠償を請求したのが本件である。

本件における争点は、Aによる粗野な言動や挑発行為、そして、受傷後の診療拒絶行為を考慮した場合の過失相殺の割合についてであった。

裁判所は、Yの正当防衛の抗弁については、Aが小柄な初老の男であるのに対して、Yは身長170cmのボディービルディングを習う青年であること、Aによる強度の侵害は予想されなかったこと等を理由に否定した。しかし、過失相殺の抗弁については、Yの暴行は「酩酊して本件填補を訪れたAが女性客に絡むという所為に端を發し、それを注意したYに対するAの粗野な言辭やさらにYを挑発するような所作に起因するものであり」、しかもAは受傷後に搬送された病院内でも泥酔して暴れ、診療を拒否したため適切な治療を受けられなかったことが認められるなどの事情もからんでいるため、過失相殺として5割を減ずるのが相当である、と判示した。

(4) 千葉地判昭和61年10月14日判時1223号109頁

Xの夫Aは、夜間、道路脇の倉庫の車寄せで、深酔いしてわめきちらすB女の両腕を押さえながらB女をなだめていたが、B女がこれに反発しAの手をふりほどこうとしたため、AとBはからみ合う状態になり、Aが「いい加減にしろ」と言ってB女の腕から手を離れたとき、B女は勢い余って倉庫のシャッターに身体を打ち付け、音を立てて尻餅をついた。これを目撃していたY（英国人、空手3段）は、即座に強い男が弱い女をいじめていると思い込み、キリスト教的隣人愛に基づく人道精神から一刻も早くB女を助けなければならないと決断し、両手を前に低く出しながらAに近づいた。これを見てAは、両手を前に出す仕草をしたが、YはAから顔面

に攻撃をしかけられるものと誤認し、左回し蹴りでAの右頬部あたりを蹴り、Aを路上に転倒させた。その結果、Aは左側頭部を地面に激しく打ち付けて脳挫傷を負い、死亡した。そこで、Xは、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を請求したのが本件である。

本件における争点は、被告の行為が正当防衛として違法性を阻却するものと言えるか、それとも誤想過剰防衛として違法性を阻却せず、過失相殺の適用はなされるものなのか、という点であった。

裁判所は、まず、AにはB女に攻撃を加える意図はなく、AのB女に対する行為態様からもAの行為は不正な侵害行為とはいえないこと、AがYに対して攻撃を仕掛けるような挙動を示した事実は認められず、YがAから顔面に攻撃を受けると即断したのはYの思い過ごしであったこと、などから、客観的にAのYに対する急迫不正の侵害は存在していなかったので、Yの左回し蹴りは防衛行為には該当しないし、Yが瞬間の間を置かなかったのは軽率であったし、左回し蹴りの行為は必要なかったものであり相当性を欠いていたとして、Yの不法行為責任を認めた。そして、「被告は、AがB女および被告に対して急迫不正な侵害行為をしているものと誤信し、その侵害行為を急いで阻止しなければならないと観念して、Aに左回し蹴りをしたのであり、それ以外の動機で、例えば単純に暴行を加えてみようという意思で、Aに左回し蹴りをしたのではなかった」こと、「事故現場付近の照明が十分でなかったことから見て、車寄せあたりでAがB女の腕を押さえながらB女とからみ合うような状態となっていたのを目撃した場合、その事情を良く知った者でなければ、被告と同じような誤認に陥ることを避けることは困難であったものといえないこともない」ということ、などから、「AはB女に対しても被告に対しても何ら不正な行為をしていなかったのであるが、被告の純真なキリスト教的隣人愛ないし正義感に根差した真しな行為を誘発する状態を作り出したことにおいて不注意な点があったものというべきであり、被告が右のような行為に出たことについては、一概にこれを非難することができないものというべきである」

として、被害者の過失割合を4割、加害者の過失割合を6割と認定した。

(5) 名古屋地判昭和48年3月18日判タ306号228頁

本件は、Yが建設現場で杭用の杉丸太でAの頭部を殴りし転倒させ、死亡させるに至ったため、Aの遺族がYに対して損害賠償を請求した事例である。YがAを殴りし転倒させるに至った経緯は、次のように認定された。Yが建設現場で組立ハウスの土台用の杭打ち作業に従事していたところ、Yが新しく買入れて大切に使用していた個人持ちの鋸をAが無断で使用して杭用杉丸太を切っているのにYが気づいたので、「鋸がいたむからやめてくれ。後は俺が挽くからよい。」とAに対して制止したところ、Aは喧嘩腰で「この野郎、調子に乗りやがって、挽きたければなんぼでも挽け。」と言い返し、右鋸を地面に乱暴に投げ出した。このためAY間で口論が始まり、押し問答の挙げ句、殴り合いの喧嘩が始まった。最初、体格の大きいAがYを殴りし転倒させたが、素手ではかなわぬと見たYは、杭用杉丸太を手に取り、Aの頭部を強打してAに頭蓋骨骨折、頭蓋内出血の重傷を負わせ、搬送先の病院でAは死亡したのである。

本件での争点は、Yの所有物を無断で使用していたため、それを制止しようとした言をAが素直に聞き入れず、かえって喧嘩腰の態度をとり殴り、暴行に至ったという事実を、過失相殺の割合としてどのように評価するのか、という点であった。

裁判所は、YがAに頭蓋内出血などの重傷を負わせ、死亡させたことが明らかであるから民法709条の不法行為で賠償責任を負うことは言うまでもないしつつ、他方、Aの本件死亡という不幸な結果を招くに至ったそもそもその事の始まりを、右認定の事実関係に徴して考えてみると、被告が自己の大切に使用していた個人持ちの鋸をAが無断で使用して杭用杉丸太を挽いているのを見咎めたことは、若年のAに対する態度としては些か狭量に過ぎる憾みがないではないけれども、いわゆる職人かたぎの然らしめるところとすれば、それも無理からぬところであるから、Aとしては、素

直に被告の注意を聞き入れて右鋸の使用を中止すればよく、もしそうしさえすれば、事はそれで収まったであろうことは推測するに難くない。しかるに、Aは、このような拳に出るところか、かえって、被告に対し「この野郎、調子に乗りやがって、挽きたければなんぼでも挽け。」といい、かつ被告の大事にしていた右鋸を地面に放り出すなどの喧嘩腰の態度に出たため、被告と口論となるや、遂に最初に手拳で被告の顔面を殴打する暴行に及び、そのために前記認定のとおり右兩名の殴り合いの喧嘩、闘争に発展したものに相違ないとして、「見咎め、制止した被告の言を素直に聞き入れず、かえって喧嘩腰の態度をとり、被告に対し先ず殴打、暴行に及んだことは、その後同人の死亡にまで発展するに至った被告との本件喧嘩、闘争の発端となったもので、もし、これさえなかったならば、殴り合いの喧嘩にもならず、ひいてはAの本件死亡を招来するようなこともなかったであろうことが明らかであって、Aのこの落度はまた同人の本件死亡の遠因となったことを否定し難い」として、Yの故意とAの過失の割合を比較衡量すると、Yを8割、Aを2割と認めることを相当とする、と判示した。

2 裁判例の分析

以上の裁判事例から言えることは、暴行事例においては、いずれも過失相殺の適用が肯定されているという点である。つまり、暴行事例も故意不法行為事例と言えるのであるが、故意不法行為の場合には、原則として、過失相殺の適用が否定される、という前述した基準からすると、暴行事例は例外的な事例として位置づけられることになる。このことをどのように理解すべきであろうか。

千葉地裁の判決では、被告が事実を誤認しているという点で他の事例と異なっているのであるが、以上の裁判例に共通して言える点は、被告の暴行行為という不法行為は、原告の粗野な言動や挑発行為が起因して行われ

ているという点である。つまり、被告の自発的な意思に基づいて、原告に暴行を加えてやろうとした場合とは異なっていると言えるのである。もちろん、被告が自発的な意思に基づいて原告に暴行行為を加えたというのであれば、過失相殺が問題になる余地はない。だが、先の6件の裁判事例では、かならず、原告の粗野な言動や挑発が、被告の暴行行為の引き金になっているという判断から、過失相殺の適用が肯定されていると言える。

しかしながら、いくら原告による挑発などの行為があったとしても、場合によっては、被告の側で忍耐すべきではなかったか、と判断できる場合でも、被告による過失相殺の主張が認められるというのは、どうも腑に落ちない。この点につき、窪田教授は、被害者の挑発が絡んだ暴力事例について、被害者の挑発行為は加害者を怒らせることになるであろうが、その怒ったという精神状態は「ただちに「暴行」という行為につながるものではないはずであるから」、正当な理由がとうてい認められない被害者の先行行為があった場合の被告の暴行行為の場合との間には、「クッションがあり、同一視することができないと思われる。」と指摘されている¹⁸。以上のように考えた上で、窪田教授は判例事例の分析から次のようにも指摘する¹⁹。衝突事故における過失相殺の場合には、被害者の過失は「加害者の過失（不法行為）と相まって自らの損害を生ぜしめた」ものであるが、「加害者の過失（不法行為）を惹起することに向けられた」ものとは言えない。一方、暴行事例での被害者による挑発行為は、自分の損害に直接向けられた行為ではなく、加害者の不法行為自体に働きかけているものである。このため、「同じ暴行でも、何の理由もなくなされたそれと被害者の挑発によってなされたそれとでは、評価が異なってくる可能性がある」のではないか、という指摘である。そこで、その被害者の挑発行為で加害者の行為態様についての評価が変わる場合として、窪田教授は、被害者の承諾ある

18 窪田・前掲12・248頁～249頁。

19 窪田・前掲12・250頁。

場合や、被害者による急迫不正の侵害があった場合などの場合、そして、「他の者との関係ではいざしらず、まさしく挑発行為をなした当該被害者に対する関係においては、自己の減責を基礎づけるための被害者の行為（挑発）を取り上げることが正当化される」場合を指摘し²⁰、過失相殺がなされるか否かの判断は「挑発に加えられたマイナスの評価」によって大きく影響を受けている、とされている²¹。つまり、被害者による挑発行為に対するマイナス評価が大きければ大きいほど、過失相殺の適用が肯定される傾向が顕著であるということである。そうすると、このマイナス評価の分が、加害者の暴力行為という不法行為の違法性評価に反映するため、加害者が過失相殺という減責主張ができるようになる、として考えられることになる。このように、加害者による故意の加害行為に先行する行為として、被害者の挑発行為が位置づけられて、加害行為を惹起する要因ないし契機になったりした場合には、過失相殺の適用が肯定されている、という分析なのである。

以上の裁判所の判断傾向については、人としての感情論という観点から考えると、被害者が何ら関与することなく、加害者が自発的に故意不法行為を行ったわけではないという意味で、加害者による過失相殺という減責主張を肯定することにつき頷ける部分もある。しかしながら、いくら被害者の挑発に応じる形で故意不法行為が行われたとしても、故意であった加害者は、被害者の法益侵害という結果に対して認識、認容しているはずなのである。そうだとすると、認識・認容した結果について全面的に責任を負担させるべきと考えることが、民法の基本原則である私的自治の原則に合致する処理と言えるのではなかろうか。そうすると、被害者の挑発行為を起因とする故意不法行為の事例においても、基本的スタンスとして、過失相殺を適用して損害賠償責任を減じるように考えるべきなのかという疑

20 窪田・前掲12・251頁。

21 窪田・前掲12・252頁。

問が、筆者にはやはり残るのである。

そうではなく、被害者による挑発行為による暴行事例において、加害者の過失相殺の主張が認められる場合とは、被害者の挑発行為が、加害者ないし第三者の権利や利益を侵害した場合あるいは侵害するおそれがあった場合というように限定して考えるべきではなかろうか。というのも、このような場面に直面した加害者であれば、自己または第三者の法益を守ろうとして故意不法行為を被害者に対して行ったとしても、過失相殺という減責主張をすることができない、その資格はないという非難を受けることにはならない、と考えられるからである。

前述の(2)から(5)までの裁判事例をみると、確かに加害者には誤想による防衛行為とか過剰な防衛行為と評価できるような事情が見受けられる。このため、「やりすぎ」ではないかという評価もできることから、このような加害者が過失相殺という減責主張をすることができるとすることに少しためらいも感じられなくはない。しかし、行為の違法性が阻却され得ないと評価される場合であったとしても、自己や第三者の権利や法益を守るために加害行為を被害者に対して加えたというのであれば、被害者自身の行為が加害者による加害行為の契機になっているとも言えることから、減責主張の正当性を認めてもおかしくはないと思われる。

六 最後に

最後に、これまでの考察結果を振り返ってみよう。二では、マルチ商法事例において裁判実務が過失相殺の適用を肯定的に考えている傾向を見出した。しかしながら、無限連鎖講や連鎖販売取引という取引行為の違法性の強さから判断すると、強度に公序良俗に反する行為を行った者が、自らの減責主張である過失相殺を主張できることになってしまうため、この裁判所の処理につき筆者は疑問を感じた。次の三では、被害者を騙すという

意味において同じ故意不法行為である詐欺商法事例では、裁判実務の一般的傾向として、過失相殺の適用を否定している処理状況を見出すことができた。そこでは、被害者に損害発生に対する何らかの落度があったとしても、被告の詐欺商法という強度に帰責性を帯びた不法行為と比較すると、それは過失相殺という減責主張ができることにはならない、という理由付けを見出すことができた。さらに四では、同じ抗弁事由として位置づけられる損益相殺の主張の可否につき貴重な判断を示した2つの平成20年の6月10日と24日の最高裁判決から、反倫理的、反道徳的な不法行為を行った加害者は、民法708条の趣旨から損益相殺による減額調整の主張は認められない、という旨の判決内容につき考察を加えた。そこでは、詐欺商法事例における平成5年の大阪地裁判決と平成7年の水戸地裁判決と通底している思想があると思われた。つまり、故意不法行為を行った加害者が抗弁事由を主張するには、すくなくとも、708条の趣旨に反していないことが必要である、という考えである。筆者としては、大きな示唆を受けた最高裁判例であった。また最後の五では、故意不法行為事例における過失相殺が問題になる典型的な事例として、被害者による挑発行為が起因した暴行事例について考察した。そこでは、一般的傾向として、過失相殺の適用が肯定されているという傾向を見出すことができた。被害者による挑発行為が加害行為の先行行為として、故意の加害行為を惹起させる要因として働いているということから、加害者の非難可能性の程度が減殺されて、そこに過失相殺の適用が認められる余地が生じている、という裁判所の判断傾向を見出すに至った。

ところで、基本に立ち返って、故意不法行為責任の帰責理由は何であったのか。それは、意思原則であるとして説明されているのが一般的である。つまり、自由な意思によって作出した結果は、そのような意思を有した者に帰属する、という原則である²²。権利侵害という社会的法的に「マイナス」

22 前田達明「民法のなぜがわかる」25頁（有斐閣、平成17年）。故意不法行

と評価される悪結果を目指している意思という点に、法的に非難される理由を見出し、その悪い意思が意思ドグマによって、損害賠償という法的サンクションを行為者に課す根拠になると説明されている²³。言い換えれば、他人の権利を侵害すべきではないという規範に直面して、反対動機の形成が可能であったにもかかわらず、あえてそれを乗り越えて不法行為に及んだという点に、故意不法行為者に対する強い道義的非難可能性を見出すことができる、ということである。

このような故意不法行為責任の帰責理由から判断すると、被害者の権利侵害を意図的に行うという点に、加害者の法的な非難可能性が認められるという観点で、過失相殺の適用の可否を考えてみると、故意不法行為の場合には、過失相殺は適用されない、として理解すべきものと言えるのではなかろうか。何故なら、そこには、主観的容態の強い非難可能性が認められるし²⁴、法秩序の立場あるいは社会倫理秩序から見て真に一般的非難にあたいうるという法的評価が認められるからである²⁵。このように故意不法行為事例において、反倫理的・反道徳的な故意による加害行為を行った者には、強い非難可能性が認められるため、クリーンハンズの原則と通ずる原理によって、加害者自ら、損害賠償額の減額請求を抗弁として主張する資格は認められない、と理解すべきものと考えられる。したがって、過失相殺がなされる前に、まず、被告が過失相殺を主張することができる者なのか否かという審査がなされるべきであると思われる。

結局、マルチ商法事例、詐欺商法事例、損益相殺事例、そして挑発による暴行事例を考察した結果、筆者としては、基本的には、故意不法行為事

為の帰責事由を、行為者の意思の非難可能性におくものとして、平井宜雄「損害賠償法の理論」420頁（東京大学出版会、昭和46年）、石田穰「損害賠償法の再構成」26頁～27頁（東京大学出版会、昭和52年）などもある。

23 前田達明「民法Ⅳ2（不法行為法）」26頁（青林書院、昭和55年）。

24 幾代通「不法行為法」27頁～28頁（有斐閣、平成5年）。

25 四宮和夫「不法行為」305頁（青林書院、昭和58年）。

例では加害者による過失相殺の主張は認められない、という判断基準を明確に定立すべきであり、故意不法行為を行った加害者が過失相殺の主張ができるのは、自己ないし第三者の権利や利益を守るために故意不法行為を行った場合に限られるべきであるという結論を得るに至った。

なお、簡単ではあるが、比較法的視点から考察してみると、例えば、アメリカ法では、故意による不法行為事例の場合、やはり、過失相殺が認められないという一般原則が存在している²⁶、さらにドイツ法においても、故意の加害行為に対しては過失相殺が適用されない²⁷。したがって、故意不法行為事例では、原則として、過失相殺が認められないとして理解することは、アメリカ法やドイツ法における過失相殺論とも共通することになる。

以上のように比較法的視点もあわせ考えると、裁判実務が過失相殺の適用につき肯定している被害者の挑発行為が絡む暴行事例やマルチ商法事例においても、基本的には、過失相殺の適用は否定的に考えられるべきではなかろうか。少なくとも本稿の一で指摘した社会問題、つまり、マルチ商法という故意不法行為訴訟件数が減少しないという社会問題の原因の一つとして、被害者によって提起された損害賠償訴訟で負けても、過失相殺でいくらかでも利益が残るといった不当な結果が考えられると述べたが、かりにこれがマルチ商法事件の減少を阻害している一因として考えられるとすると、法政策的にも、故意不法行為事例の場合には過失相殺の適用につき否定的に考えるべきであると思われる。

26 樋口範雄「アメリカ不法行為法」225頁（弘文堂、平成21年）。なお、アメリカ法では、comparative negligence（比較過失）として過失相殺的な処理がなされている。

27 E.ドイチュ/H. -J. アーレンス「ドイツ不法行為法」110頁（日本評論社、平成20年）。なお、ドイツでは、mitverschulden（共働過失）として過失相殺がなされている。