

英国法上作为抗辩事由之原告违法的限制论

黄 忠

内容提要:如何对作为侵权责任抗辩事由的原告违法进行限制始终是普通法上的一个重要问题。为此,英国司法上出现了违法类型论、依赖原则论、关联论、立法目的论、公共良心测试论等诸多认识。2009年英国法律改革委员会提出应当将侵权法上的原告违法抗辩问题的改革任务继续留给法院,但此后的法院判决却动摇了对司法的信心,学说认为仍然需要立法的指引。对作为抗辩事由的原告违法进行限制问题的实质是公共利益与私人利益之间的平衡,因此,应当从原被告之间的关系以及原告的违法行为与公共利益之间的关系两个维度进行考量。侵权法上的原告违法之抗辩与违法行为(合同)的效力、不法原因给付的返还等问题之间具有实质相似性,应予以一体把握。

关键词:原告违法 违法类型 依赖原则 关联 立法目的 公共良心

黄忠,西南政法大学民商法学院教授。

正如违法合同可能无效,但却并不必然无效一样,在普通法上,原告的违法行为可以在侵权之诉中作为否定其诉讼请求的一项抗辩事由,^[1]但该抗辩的适用也可能会导致过于严苛和不公的后果。因此,在承认被告得以对原告的违法进行抗辩的原则下,如何限制该抗辩的适用,妥当平衡作为侵权人的被告与涉嫌违法的原告之间的利益就变得极为关键。事实上,如何对原告违法的抗辩进行限制也是英国侵权法上的一个重要议题,^[2]

[1] 参见黄忠:《作为抗辩事由的原告违法:概念、体系及中国化》,《法学评论》2018年第3期,第122-133页。

[2] See R. Glofcheski, Plaintiff's Illegality as a Bar to Recovery of Personal Injury Damages, *Legal Studies*, Vol. 19, 1999, pp. 6-23; J. Goudkamp, Can Tort Law Be Used to Deflect the Impact of Criminal Sanctions? The Role of the Illegality Defence, *Torts Law Journal*, Vol. 14, 2006, pp. 20-47; P. J. Yap, Rethinking the Illegality Defence in Tort Law, *Tort Law Review*, Vol. 18, 2010, pp. 52-64; S. Deakin, A. Johnston and B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 776-780; J. Goudkamp, *Tort Law Defence*, Hart Publishing, 2013, pp. 106-107; J. Mance, Ex Turpi Causa—When Latin Avoids Liability, *Edinburgh Law Review*, Vol. 18, 2014, pp. 175-192; Bogg, Alan Green, Sarah, Rights Are Not Just for the Virtuous I: What Hounga Means for the Illegality Defence in the Discrimination Torts, *Industrial Law Journal*, Vol. 44, 2015, pp. 101-122.

判例、学说就此展开充分讨论,形成诸多学说。^[3] 在我国,虽然《侵权责任法》并未明确规定原告违法可作为一项独立的抗辩事由,但实践中却已出现了涉嫌违法之原告主张损害赔偿的案件与争论。^[4] 因此,如何看待原告违法在侵权法上的地位实属必要。尤其是本文所讨论的相关英国经验,对我们妥当处理违法合同的效力等相关问题也具有重要的参考价值。

一 违法类型论

从逻辑上讲,若可提起抗辩的违法类型越少,那抗辩适用的范围就越小。因此,在讨论限制违法抗辩适用问题时,其首要方法就是考虑如何限制得以提出抗辩的违法类型。我国《合同法》第 52 条和《民法总则》第 153 条将能影响合同(民事法律行为)效力的法律限定为“法律、行政法规的强制性规定”就是这一认识的典型体现。

就侵权法上的原告违法之抗辩,有极端观点认为,任何违法,不论其严重程度如何,均对侵权法上原告的诉讼请求没有影响。这一观点无疑是取消了原告违法在侵权法上的抗辩地位,判例与学说也认为这一认识过于偏激。^[5] 与此相反的观点则认为,作为抗辩事由的违法没有任何限制,可包含各类违法行为。^[6] 法律的发展最终总会在两种极端的观点中寻找平衡点。学说认为,违法抗辩并不能在原告涉嫌违法的所有案件中适用。^[7] 即使是那些主张违法抗辩应扩大适用的判决也承认,在某些原告涉嫌违法的案件中,违法抗辩亦是不能适用的。^[8] 然而,一旦接受上述观点,一个极为困难的问题便会出现,即究竟在哪些违法情形中,违法抗辩方得适用? 为此,法院开始区分违法的具体类型而作不同的对待,认为原告的违法行为严重就可抗辩,而原告的违法程度轻微则不能抗辩。然而,上述以原告违法之轻重而异其效果的做法却可能存疑。因为何为严重、何为轻微的认识会因人而异。在 *Hewison v Meridian Shipping* 案中,法官虽然认为“原告的行为必须足以显

[3] 英国之外的普通法上也有相关判例,参见 *Miller v Miller* [2011] HCA 9; (2011) 242 CLR 446; *Hall v Hebert* [1993] 2 SCR 159 (SCC); *HL v Canada (AG)* [2005] SCC 25; [2005] 1 SCR 401; *British Columbia v Zastowny* [2008] 1 SCR 27; [2008] SCC 4; *United Project Consultants Pte Ltd v Leong Kwok Onn* [2005] 4 SLR (R) 214; 廖小梅诉倪晓晖及另一人(民事上诉案件 2007 年第 368 号 HCPI 1033/2002)。

[4] 参见韩雪:《狼狗咬死小偷 咬了白咬?》,《北京日报》2009 年 12 月 3 日第 14 版;江中帆:《小偷状告见义勇为者》,《检察风云》2010 年第 6 期,第 50-51 页;张钊、周欢欢、陈亮:《“笨贼”盗铁窗将同伙砸成重伤 因过失伤人获刑》,《南方都市报》2014 年 12 月 23 日第 A09 版;张毅、谢小雪:《防卫背景下饲养动物致害的民事责任认定问题研究——以成都狼狗咬死小偷案为例》,《浙江万里学院学报》2017 年第 6 期,第 46-51 页;《小偷逃跑途中摔伤是否有权要求赔偿》, <http://shwk.hljcourt.gov.cn/public/detail.php?id=1477>, 最近访问时间[2019-12-25];《农民西瓜被偷倒赔偷瓜者 300 元? 警方:赔偿已退还》, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/08/id/4241907.shtml>, 最近访问时间[2019-12-25]。

[5] Nelson Enonchong, *Illegal transactions*, LLP, 1998, p. 116.

[6] See *Jackson v Harrison* (1977-1978) 138 C. L. R. 438, 435; *Gala v Preston* (1991) 172 C. L. R. 243, 270. James Goudkamp, *Ex Turpi Causa and Immoral Behaviour in the Tort Context*, *Law Quarterly Review*, 2011, Vol. 127, pp. 354-358.

[7] Graham Virgo, *Illegality's role in the law of torts*, in Matthew Dyson (eds), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge University Press, 2014, p. 180.

[8] *Jackson v Harrison* (1977-1978) 138 C. L. R. 438, 451.

示出其可责难性,进而才可以为法院援引违法抗辩提供正当理由”,但同时也坦言“要在何为严重与何为轻微之间划出一道界限却非易事”。^[9] 因此,虽然有观点认为,违法抗辩可普遍适用于那些可被判处监禁的犯罪行为,^[10]但也有批评见解认为,这一观点只考虑了犯罪的最高刑罚,而没有考量实施犯罪时的具体情形,其结果并不必然公正。^[11] 更为矛盾的是,现有判例还表明违法抗辩的适用也并未限定在犯罪这类违法程度较重的案件中。^[12] 在 *Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corporation* 案中,上诉法院就明确指出,单纯的侵权行为也同样足以导致违法抗辩的适用。^[13]

事实上,就目前的判例而言,司法并未形成一致的区分标准。相反,判例在分类的问题上表现出了极大的随意性。比如,将违法区分为重罪与轻罪、需要监禁的违法和不需监禁的违法、违反自然法的行为与违反成文法的行为、^[14] 制定法的违法与非制定法的违法、^[15] 轻罪与可检控罪、^[16] 可逮捕罪行与不可逮捕罪行、^[17] 违反刑法的传统犯罪与违反旨在保护安全的制定法的违法。^[18] 不难发现,判例发展出的上述类型化做法不仅存在内在的矛盾,而且有些分类显得荒谬,甚至可以说是极为异常的。^[19] 可见,违法类型的区分方案不仅存在矛盾,而且也不清晰,以至于很难让法官在决定是否允许被告以原告之违法进行抗辩的问题上获得有效指引。我们至多可以认为原告的某些微小违法是不能进行抗辩的,但对更多的其他违法情形而言,则不得不承认,其实并不存在一个通过区分违法类型就可以明确区分违法抗辩之适用与否的可行基准。^[20]

二 依赖原则论

若原告所提之诉讼请求须依赖其违法行为为基础,当被告提出违法抗辩后,法院就会驳回原告的诉讼请求,这便是依赖原则(reliance principle)。依赖原则最早是在 *Bowmakers Ltd. v Barnet Instruments Ltd.* 案^[21]中被确立的,因此该原则又常被称作鲍梅克规则(Bowmakers-rule)。依赖原则通常适用于财产法,但在侵权法上亦有适用。比如,在 *Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corporation* 案中,法官就指出,这里存在一个可以适用于合同之诉、侵权之诉或物权之诉的原则。即公共政策要求法院不能为

[9] [2002] EWCA Civ 1821 (Unreported) at [71].

[10] *Vellino v Chief Constable of Greater Manchester Police* [2001] EWCA Civ 1249, [2002] 1 WLR 218, [70] (Sir Murray Stuart-Smith).

[11] *Hewison v Meridian Shipping Services Pte Ltd.* [2002] EWCA Civ 1821, [2003] ICR 766, [85] (Ward LJ).

[12] *Kirkham v Chief Constable of Greater Manchester Police* [1990] 2 QB 283, 291.

[13] [2000] 1 Lloyd's Rep 218.

[14] *Tallow v Tailfeathers* (1973) 44 D. L. R. (3d) 55, 64-65.

[15] *Jackson v Harrison* (1977-1978) 138 C. L. R. 438, at p. 455.

[16] *Tomlinson v Harrison* (1972) 24 D. L. R. (3d) 26, 34.

[17] *Gala v Preston* (1991) 172 C. L. R. 243, 272.

[18] *Progress and Properties Ltd. v Craft* (1976) 135 C. L. R. 651.

[19] J Sumption, Reflections on the Law of Illegality, *Restitution Law Review*, Vol. 20, 2012, pp. 1-2.

[20] *Pitts v Hunt* [1991] 1 Q. B. 24, 54.

[21] (1945) 1 K. B. 65.

那些将其诉讼请求建立在违法或不道德行为之上的原告提供任何协助。^[22] 而在 *Webb v Chief Constable of Merseyside Police* 案中, 依赖原则就被明确适用于针对非法占有财产的侵权诉讼中。^[23]

然而, 必须要强调的是, 正如亚当斯(S. M. Waddams)所言, 依赖原则的逻辑基础其实是不明晰的。^[24] 依赖原则只是表达了若原告无需依赖其违法行为就能提出其损害赔偿请求, 那被告就不能以原告的违法进行抗辩。但究竟要如何去具体判断原告的诉讼请求与原告的违法行为间的依赖关系却未有明确答案, 因此在很多时候依赖原则的适用就会倾向于从技术层面来展开。有研究发现, 在具体案件中, 原告及其代理人为了胜诉就会专注于精心撰写起诉状, 以期绕开自身的违法行为而将其诉讼请求建立在其他看似合理合法的事实基础之上; 而此时的被告则为了能成功对抗原告的诉讼请求就会与代理人一道煞费苦心地将法官的注意力引向案件的违法事实部分, 以期否定原告的诉讼请求。^[25] 可见, 依赖原则不仅未能提供有说服力的实质性论证, 而且还会导致司法上的恣意,^[26] 甚至成为某些人谋求不当利益的工具。^[27] 事实上, 近年来, 司法和理论上反对依赖原则的声音也颇多。^[28] 更为致命的问题在于即使在原告无需依赖其违法仍可提出诉讼请求时, 也并不意味着就绝对不能适用违法抗辩。在被告并未提出违法抗辩, 甚至原告没有依赖其违法提起诉讼时, 法院也可能会主动去援引违法抗辩, 最终驳回原告的诉讼请求。正如贝尔丹姆(Beldam)法官所言, 这里并不存在任何一般性的原则, 即被告必须以原告的违法提出抗辩或原告是基于其违法行为而提起诉讼时, 违法抗辩才能得以适用。^[29] 而一旦原告并未依赖其违法提起诉讼, 法院最终却又主动援引了违法抗辩, 那依赖原则的限制方案就自然失效了。

三 关联论

所谓关联论(proximate cause)是指在援引违法抗辩时, 要求原告的违法与其损害之间存在内在关联。换言之, 仅存在原告违法是不够的, 能够作为抗辩事由的须是那些与原告的损害有关联的违法行为。^[30] 正如吉普森(Gibson)法官所指出的那样, 应去考察原告的

[22] [2000] 1 Lloyd's Rep 218, 232.

[23] [2000] QB 427.

[24] S. M. Waddams, *The Law of Contracts*, Canada Law Book Ltd., 1977, pp. 357 - 358.

[25] Wade, John W., *Restitution of Benefits Acquired through Illegal Transactions*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 95, 1947, p. 262.

[26] *Patel v Mirza* [2016] 3 WLR 399; [2016] UKSC 42, at [87] and [110].

[27] Nelson Enonchong, *Effects of Illegality: A Comparative Study in French and English Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, 1995, p. 206.

[28] 参见 *Nelson v Nelson* (1995) 184 CLR 538; Benjamin Joshua ONG, *Illegality and the civil law in Singapore: Lessons from the UK? Patel v Mirza* [2016] 3 WLR 399; [2016] UKSC 42. (2017), *Singapore Law Gazette*, March 2017, http://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4160&context=sol_research, 最近访问时间[2019 - 12 - 25]。

[29] *Cross v Kirkby* [2000] EWCA Civ 426.

[30] *Bondarenko v Sommers* (1968) 69 S. R. (N. S. W.) 269, 275; *Tallow v Tailfeathers* (1973) 44 D. L. R. (3d) 55, 65.

诉讼请求是否是因其违法行为而起,或者是与其违法行为之间有明显的关联。^[31] 在逻辑上而言,对原告的违法行为与原告的诉讼请求之间的关联程度要求越高,则违法抗辩的适用范围就越窄,反之亦然。但有疑问的是,司法又该如何去判断这种关联?或者说,原告的违法行为、被告的侵权行为与原告的诉讼请求三者之间究竟要存在何种关联,被告的抗辩才能成功?考察判例的见解,可以发现,就此问题尚未有一致结论,主要表现为三种观点。

(一)被告的侵权行为须是双方违法目的实现过程中的必要步骤

在 *National Coal Board v England* 案中,法官指出,在侵权诉讼中,若被告要以原告的违法进行抗辩,那被告的侵权行为至少得有助于双方所追求之违法目的的实现。很明显,上述限制思路是以双方存在共同违法行为为前提的。在实践中,如何判断被告的侵权行为是否构成双方违法目的实现过程中的必要步骤并不容易。比如,在 *Godbolt v Fittock* 案中,原被告一起去农场偷牛。当两人驾驶牛车去市场出售时,驾车的被告竟然在车上睡着了,后发生事故,原告因此受伤。但此后原告的赔偿请求却因被告提出的违法抗辩而败诉。法官专门指出,被告的抗辩之所以能成功,是因为被告的侵权行为与双方追求的违法目的的实现之间具有直接的关联。^[32] 很明显,法院在此采取了宽松的认识。类似的见解在加拿大等其他普通法国家的判例中也有所体现。

一旦对“必要步骤”的判断采取了宽松认识,那就难免会诱发不当扩大违法抗辩适用范围的风险。因为间接关联也会被纳入其中。换言之,可称为是违法目的实现之必要步骤的,并不必须是违法行为本身,也包括了那些在违法目的之实现过程中出现的偶然行为。^[33] 而一旦我们采取了宽松认识,则被告的任何侵权行为都可能被视为是双方违法目的实现过程中的必要步骤,进而令原告败诉,但如此之结论却未必妥当。其实,在 *Jackson v Harrison* 案中,法院最终也并未认同审理法官的见解,而是认为被告的违法抗辩不能获得支持。在他们看来,如此广泛的违法抗辩必将会导致大量严苛且不公的后果。^[34] 此后的相关判例也表明,事实上是不能仅仅因为原告的漏税行为或违章停车等违法行为就认为应当对原告损害拒绝赔偿。^[35] 可见,试图以被告的侵权行为是否是双方违法目的实现过程中的必要步骤来限制违法抗辩之适用的做法不仅存在适用上的局限性,而且还存在被扩大化的滥用风险。

(二)被告的侵权行为与原告的违法行为间须有时间上的临近性

时间是最客观的见证者,因此在一些案件中,时间上的临近性就被作为限制违法抗辩的一项理由。所谓时间上的临近性是指被告的侵权行为正好是在原告违法行为的过程中实施的,两者在时间上临近,因此原告的损害可以视为是自己违法行为的结果。但在很多时候,原告的违法行为与被告的侵权行为并非同时出现,二者可能会出现时间差,此时如

[31] *Hall v Woolston Hall Leisure Ltd.* [2001] 1 CR99, at 111 – 112.

[32] [1963] S. R. (N. S. W.) 617, 624.

[33] Nelson Enonchong, *Illegal transactions*, LLP, 1998, p. 120.

[34] *Jackson v Harrison* (1977 – 1978) 138 C. L. R. 438, 452.

[35] See *Hall v Woolston Hall Leisure Ltd.* [2001] 1 W. L. E. 225; *Finnis v Caulfield* [2002] EWHC3223 (QB); *Kell v Churchill Car Insurance* [2006] EWHC 18(QB); [2007] R. T. R. 26.

果按照时间上的临近性来分析,被告就不能以原告的违法进行抗辩。但若真的如此认识,其后果绝非妥当,而且判例也未必采用此种认识。比如,在 *Smith v Jenkins* 案中,原被告合谋抢夺了他人的钱包和车钥匙,并利用钥匙盗走该汽车。事后被告驾驶该车发生交通事故,原告受伤。但原告要求被告赔偿的诉讼请求却仍被法院驳回。因为法院认为原告的违法占有、使用汽车的行为与被告的过失驾驶行为之间仍然存在足够密切的关联。^[36] 可见,时间上的间隔这一事实本身并不能绝对割裂原告的违法行为与损害之间原本存在的关联性。换言之,在原告违法占有车辆的整个过程中,否定原告诉讼请求的理由一直都存在。因此,即使原告在盗窃得逞的几个月后才因为担心警察尾随而发生交通事故,原告的违法与损害的发生之间仍然有实质的关联。可见,单纯依时间上的远近来决定违法抗辩的命运虽然客观,但却过于机械,其结果亦不妥当。

(三) 原告的损害须与其违法行为间存在因果关系

如果被告要以原告的违法进行抗辩,就必须证明原告的违法行为与原告的损害之间有因果关系。相反,如果原告的违法行为不是导致其损害发生的原因,被告就不能以原告的违法进行抗辩。^[37] 在英国法上,因果关系的识别方法有广义、狭义和最狭义三种。

1. 广义因果关系

按照广义认识,原告得否就被告的侵权行为获得赔偿的关键在于其是否参与了违法行为。换言之,原告的违法行为只要是损害发生的必要原因就可适用违法抗辩。广义因果关系识别方案对因果关系的要求较低,因此在个案中就很容易获得满足,从而导致出现不当扩大违法抗辩适用范围的可能。^[38] 一个最典型的例子就是原告违反礼拜日法的情形。比如,在礼拜日驾车的原告遭到被告家恶犬的攻击而受到伤害。在此类案件中,广义因果关系是可以被证明的,毕竟如果原告不在礼拜日驾车就不会遇到恶犬,进而也就不会受伤。但如果我们基于这样的认识而允许被告去援引违法抗辩显然不公。^[39] 因此,基于公正的考虑,不宜采取广义因果关系的识别方法。

2. 狭义因果关系

按照广义解释,只要违法行为构成损害发生的必要原因就可援引违法进行抗辩。与此不同,狭义因果关系理论认为,违法行为仅仅是损害发生的必要原因仍不够,只有当违法行为是导致损害发生的直接和有效的原因时,被告才可据此进行抗辩。^[40] 换言之,原告的违法行为仅使其陷入被告侵权行为的危险之中是不够的,只有当原告的违法行为成为导致其损害的催化剂时,被告才能以原告的违法进行抗辩。在前述违反礼拜日法的案件中,按照狭义因果论的理解,由于导致原告损失的直接原因是被告的行为,原告违反礼拜日法驾驶车辆的行为只是导致原告损失的消极原因,因此被告不能提出违法抗辩。

[36] (1970) 119 C. L. R. 397.

[37] Graham Virgo, *Illegality's role in the law of torts*, in Matthew Dyson (eds), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge University Press, 2014, p. 203.

[38] *Revill v Newbery* [1996] Q. B. 567, 579.

[39] Harold S. Davis, *The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort*, *Harvard Law Review*, Vol. 18, 1905, pp. 505 - 518.

[40] Harold S. Davis, *The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort*, *Harvard Law Review*, Vol. 18, 1905, pp. 510 - 514.

与广义论相比,狭义因果论的观点可以在一定程度上缩限违法抗辩的适用范围,但却仍然存在不当扩大违法抗辩之适用范围的风险。比如,在原告驾驶超载车辆途经有缺陷的桥梁时,桥梁坍塌。针对原告的赔偿请求,依狭义论的理解,即使桥梁本身存在设计或建造的缺陷,但如果车辆超载构成了桥梁垮塌、原告受损的直接、有效原因,那么被告仍有权以原告超载的违法进行抗辩。^[41]很明显,这样的结果并不妥当,因此一些法院就开始寻求更为严格的因果关系识别方案。

3. 最狭义因果关系

按照最狭义的因果关系识别理论,如果原告的行为合法,而原告的损害仍会发生,则可以认为原告的违法行为并非是其损害的原因,因此被告就不能以原告的违法进行抗辩。^[42]据此,违法抗辩的适用范围就能被极大缩限。比如,在 *Kansas City v Orr* 案中,法院认为,礼拜日法的违反并非是导致原告损害的近因。因为原告遭受伤害的具体时间只是其损害发生过程中的一个偶然因素,原告的损害其实是因道路存在缺陷所致,因此就像被告应对周五或周一的此类事故承担责任一样,被告也应当对礼拜日事故承担赔偿责任。^[43]同理,在前述的桥梁坍塌案件中,由于是桥梁本身的缺陷,而不是原告的违法行为导致事故的发生,因此,不能允许被告以原告的违法进行抗辩。

上文分析表明,因果关系的不同识别方法不仅具有理论意义,而且还会产生不同法律效果。就英国的司法而论,其倾向于采取最狭义的因果关系识别方法。^[44]因为其似乎可以成为缩限违法抗辩之适用范围的有效措施。但因果关系本身却是一个极具弹性的概念,它缺乏固定、明确的含义,因而基于此的结论也必然是不确定的。正如温德耶(Windeyer)法官所言,在对因果关系本身缺乏明确界定的前提下,试图以因果关系来限制违法抗辩的适用必然会导致我们完全陷入近因、直接原因、必要原因、新原因等有关因果关系的复杂术语中无法自拔。^[45]由此导致的结果就是在确定违法行为是否是导致原告损害之原因的问题上出现更多的分歧。^[46]更为重要的是,从责任构成的逻辑上讲,如果原告的违法行为确实是导致其损害的原因,那单从因果关系上就可以否定原告的部分或全部诉讼请求,而无需再去援引原告违法的抗辩。如果一定要用违法抗辩来解释前述问题,其实不仅没有增加什么实质的说服力,反而会无端地增加混乱。因此,很多法官和学者都对以因果关系来限制违法抗辩范围的方案表达了不满。^[47]

[41] *Welch v Geneva*, 110, Wis. 388, 转引自 Neville H. Crago, *The Defence of Illegality in Negligence Actions*, *Melbourne University Law Review*, Vol. 4, 1964, p. 535。

[42] Nelson Enonchong, *Illegal transactions*, LLP, 1998, p. 123.

[43] 62 Kan. 61, 67, 转引自 Neville H. Crago, *The Defence of Illegality in Negligence Actions*, *Melbourne University Law Review*, Vol. 4, 1964, p. 536。

[44] See *Ashton v Turner* [1981] 1 Q. B. 137; *Pitts v Hunt* [1991] 1 Q. B. 24; *Revill v Newbery* [1996] Q. B. 567.

[45] *Smith v Jenkins* (1970) 119 C. L. R. 397, 420.

[46] Harold S. Davis, *The Plaintiff's Illegal Act as a Defense in Actions of Tort*, *Harvard Law Review*, Vol. 18, 1905, p. 505.

[47] See *Henwood v Municipal Tramways Trust (S.A)* (1938) 60 C. L. R. 438; *Godbolt v Fittock* [1963] S. R. (N. S. W.) 617, 624; *Bondarenko v Sommers* (1968) 69 S. R. (N. S. W.) 269, 275; *Smith v Jenkins* (1970) 119 C. L. R. 397, 424; *Gala v Preston* (1990 - 1991) 172 C. L. R. 243; Sharon Erbacher, *Negligence and Illegality*, Hart Publishing, 2017, p. 228.

四 立法目的论

立法目的也常被作为限制违法抗辩在侵权法上适用的一个理由。即如果原告所违反的法律的立法目的并不意图否定原告请求,那被告就不能以原告的违法进行抗辩。立法目的说面临的首要现实难题在于如何确定具体的立法目的。因为很多时候法律并不会明确其立法目的,或者所规定的立法目的极为宽泛、原则,此时基于立法目的来限制原告违法的抗辩就会成为问题。即使立法明确了立法目的,但在逻辑上,只要立法本身并未就违反该法后原告的诉讼请求会受到何种影响的问题表明态度,法官就仍需继续探究立法目的在具体个案中的解释与适用问题。此时就会出现两种解释上的起点分歧。一种理解认为,除非立法有明确的相反规定,否则原告请求不能仅仅因为其参与了违法行为的原因就被驳回。据此理解,原告的诉讼请求通常并不会因为其存在违法的事实就要受到影响,除非立法本身已经明确指明要否定原告的诉请。相反,另一种倾向于采纳违法抗辩的观点则认为,原告所涉的违法行为只要与其所提出的诉讼请求有关联,那就可以作为被告的抗辩,除非立法有明确的相反规定。据此理解,问题的关键就不再是去寻求立法是否已经明确否定了原告的救济,而是要探究立法是否存在明确支持原告请求的意图。^[48] 可见,相比前一种理解,后一种理解从对立法是否有否定原告请求的意思变成了对立法是否有明确给予原告救济意思的探究,并将对原告诉讼请求的否定作为一项原则来看待,进而试图以此来确保对法律的严守。^[49] 很明显,上述两种不同的思考起点将会导致不同的结论,而现有学说却并未就此问题达成共识,所以除非立法已经明确了违法后的具体法律效果,否则单以立法目的来作为个案中限制违法抗辩具体适用的基点并不稳定。^[50] 正如有论者所言,在此问题上所采取的解释方案其实并非是建立在解释论的固定前提上的,而更多的是依靠人们的假设。^[51]

五 公共良心测试与悬崖勒马论

公共良心测试 (public conscience test) 最早是由英国上诉法院的哈奇森 (Hutchison) 法官在 *Thackwell v Barclays Bank Plc.* 这一侵权案件中确立的,^[52] 其核心是要求法院去考察原告违法的性质及相关的各种因素,进而就如果支持原告请求是否会违背公共良心的问题作出回答。^[53] 该测试在此后获得了诸多判决的支持。^[54] 比如,在 *Saunders v Ed-*

[48] *Smith v Jenkins* (1970) 119 C. L. R. 397, 424.

[49] *Jackson v Harrison* (1977-1978) 138 C. L. R. 438, 446.

[50] Nelson Enonchong, *Illegal transactions*, LLP, 1998, p. 130.

[51] *Henwood v Municipal Tramways Trust (S. A.)* (1938) 60 C. L. R. 438, 461.

[52] *Thackwell v Barclays Bank Plc.* [1986] 1 All E. R. 676.

[53] *In Thackwell v Barclays Bank Ltd.* [1986] 1 All ER 676, 687.

[54] Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, Oxford University Press, 2002, p. 608.

wards 案中,法官认为,公共良心测试是一个非常有用、有价值的方案。^[55] 然而,在 *Tinsley v Milligan* 案中,英国上议院却认为公共良心测试与既有的司法见解并不一致,且其本身也不尽明确,因而否决了公共良心测试的思路。^[56] 但因 *Tinsley* 案所涉及的是信托关系,而非侵权之诉,因此该案中上议院对公共良心测试的否定态度是否可以扩大至侵权之诉的问题一直备受争议。从此后法院的判决来看,确实有一些判决认为公共良心测试不能继续在侵权之诉中适用,^[57] 但也有些判决却仍在继续适用公共良心测试。^[58] 然而,值得注意的是,2008 年上诉法院却在 *Moore Stephens v Stone & Rolls Limited* 案中一致认为,公共良心测试已经被 *Tinsley* 案所废弃,并且还强调指出 *Reeves* 案中上诉法院的见解其实是错误的。^[59] 上诉法院在本案中的态度无异于结束了关于公共良心测试是否可以在侵权之诉中适用的疑问,从而表明公共良心测试不仅在信托与物权之诉,而且在侵权之诉中也都不能再继续适用。^[60]

此外,还有一些判例提出了悬崖勒马(*locus poenitentiae*)的限制方案。^[61] 在 *Miller v Miller* 案中,原被告合谋盗窃了一辆汽车。后因被告的危险驾驶导致车祸发生。法院认为,尽管原告也参与了汽车的盗窃行为,但被告曾两次要求其下车的事实使其已经不再被认为是这一盗窃犯罪的同伙了,因此判决被告赔偿原告的损失。^[62] 但悬崖勒马的限制方案也是有条件的。比如,在当事人的违法目的已经实现后,其就失去了悬崖勒马的机会。在 *Patel v Mirza* 案中,法院明确指出,原告的悬崖勒马必须是在违法目的达成之前的自愿选择,而因被告或第三人原因导致的犯罪目的落空就不能认为是原告的悬崖勒马。^[63] 上述认识表明悬崖勒马之限制的核心在于判断悬崖勒马的时间与原因。但很多时候我们其实并不清楚违法目的未获实现应当到何种程度才不得适用违法抗辩。而且在实践中,也很难辨识违法目的未达成究竟是由于原告的主动放弃,还是因为被告的不愿配合,抑或是由于其他外部环境所致。因此,单以悬崖勒马作为限制违法抗辩的方案也欠缺可行性。

六 英国法的新发展与务实方案之提出

巴克斯顿(Buxton)法官曾经指出,在英国法上,侵权法中违法抗辩的限制问题一直是

[55] [1987] 1 WLR 1116, 1132.

[56] [1994] 1 AC 340.

[57] See *Webb v Chief Constable of Merseyside Police* [2000] QB 427, 445; *Vellino v Chief Constable of Greater Manchester* [2001] EWCA 1249, [2002] 1 WLR 218 at [68]; *Hewison v Meridian* [2002] EWCA Civ 1821 (Unreported) at [49]; *Stone and Rolls Ltd (In Liquidation) v Moore Stephens (A Firm)* [2009] UKHL 39, [2009] 1 AC 1391, [97] (Lord Scott).

[58] See *Reeves v Commissioner of Police of the Metropolis* [1999] QB 169; *Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corporation* [2000] 1 Lloyd's Rep 218; *Daido Asia Japan Co Ltd v Rohen* [2002] BCC 589 (Ch D).

[59] [2008] EWCA Civ 644, [2008] 3 WLR 1146.

[60] *The Illegality Defence* (2009), Law Commission Consultation Paper No. 189, p. 142.

[61] *Tribe v Tribe* [1996] Ch 107.

[62] [2011] HCA 9.

[63] [2013] EWHC 1892 (Ch).

很难说清楚的。^[64]事实上,通过上述评介我们不难发现,有关违法抗辩在侵权法上的适用规则确实是极为复杂的,同时也缺乏可预见性,因此相关的批评也颇多。^[65]埃瑟顿(Etherton)法官在 *Les Laboratoires Servier v Apotex Inc.* 案中曾坦言,就此的法律或原则并不一致,也难以调和。在这一领域的判例一直都在发展,但这些变化却并未遵循一个统一的模式。^[66]因而,寻求一个统一、有效的解决方案自然就成为英国法律界必须面对的任务。

(一)英国法律改革委员会的立场

基于上述认识,继 1999 年发布《违法交易:违法合同和违法信托的效力》^[67]的报告后,英国法律改革委员会在 2001 年又发布了专题研究报告——《侵权法上的违法抗辩》(下称“《违法抗辩》”)。^[68]在这一专门性报告中,英国法律改革委员会建议就侵权法上的原告违法之抗辩及其限制问题应当通过构建一个结构化的自由裁量权方法来解决。申言之,法律应当规定,若要因为原告的违法而限制或拒绝原告的诉讼请求,那法官就必须考虑如下因素:(1)原告违法的严重程度;(2)原告的认识和意图;(3)拒绝对原告的救济是否有威慑力;(4)拒绝对原告的救济是否有助于实现立法目的;(5)拒绝对原告的救济是否与原告所涉的违法相称。很明显,这一方案没有拘泥于司法上的某一种认识而采非此即彼的判断思路,而是对前述违法类型、依赖原则、关联、立法目的、公共良心、悬崖勒马等司法见解进行了综合与改进,为法官结合具体案情作出个别判断提供了多元化的考量基准,堪称弹性立法之典范。

然而,2009 年英国法律改革委员会在其发布的《违法抗辩》这一最终报告中却改弦易辙,转而认为除了信托领域的违法抗辩以外,并不需要就合同法、侵权法、不当得利法中的违法抗辩问题进行专门立法,而应继续让法院通过普通法来不断发展有关违法抗辩的具体规则。^[69]2010 年英国法律改革委员会向议会正式提交的报告也仍然采取了 2009 年的观点。^[70]可见,在英国法律改革委员会看来,只要将侵权法上的违法抗辩问题的改革任务留给法院,就可以取得令人满意的结果。

(二)Hounga 案对英国法律改革委员会立场的挑战

值得注意的是,2009 年后英国相继遇到的有关违法抗辩的纠纷^[71]却在不断挑战法律改革委员会的信心,甚至在一定程度上宣告了此前的预判其实是错误的,因而理论

[64] R. M. Dias and B. S. Markesinis, *Torts Law*, Oxford, 1989, p. 506.

[65] Strauss Nicholas, *Ex Turpi Causa Oritur Actio?* *Law Quarterly Review*, Vol. 132, 2016, pp. 236 – 265.

[66] [2012] EWCA Civ 593, [2013] Bus LR 80, [63].

[67] *Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trusts Law* (1999), Law Commission Consultation Paper No. 154.

[68] *The Illegality Defence in Tort* (2001), Law Commission Consultation Paper No. 160.

[69] *The Illegality Defence* (2009), Law Commission Consultation Paper No. 189, pp. 143 – 146.

[70] *The Illegality Defence* (2010), Law Commission Consultation Paper No. 320, p. 43.

[71] See *Gray v Thames Trains Ltd.* [2009] UKHL 33, [2009] 1 A. C. 1339; *Stone & Rolls Ltd v Moore Stephens* [2009] UKHL 39; [2009] A. C. 1391; *Les Laboratoires Servier v Apotex Inc* [2014] UKSC 55, [2014] 3 W. L. R. 1257; *Jetivia SA & Anor v Biltal (UK) Ltd & Ors* [2015] UKSC 23; *Patel v Mirza* [2016] 3 WLR 399; [2016] UKSC 42.

上又再次出现要求法律改革委员会对过分相信普通法的观点进行检讨的认识。^[72] 尤其是2014年的 *Hounga v Allen and another* 案^[73], 更是使得此前对普通法的信心变得愈发脆弱。

Hounga 案历时漫长, 影响重大。^[74] 英国最高法院的判决一致认为, 原告违反英国移民法的事实并不能支持违法抗辩的成立。威尔森 (Wilson) 法官在判决中强调指出, 公共政策的考量才是判决是否适用违法抗辩的核心。在本案中, 并无充分理由去支持违法抗辩的成立。相反, 威尔森法官还明确提出了两点不应支持违法抗辩的理由: 第一, 拒绝原告的诉讼请求将意味着允许雇主歧视包括原告在内的人而不受处罚; 第二, 拒绝对原告的救济还意味着英国将违反打击贩卖人口的国际义务。^[75]

虽然学者对最高法院的判决结论表示赞同, 但对其论证思路却表示出疑问。^[76] 因为最高法院就本案的判决意见使违法抗辩的限制问题越发复杂。在本案的判决意见中, 威尔森法官支持有关公共政策考量的方案, 但同时也认可了依赖原则和因果关系的思路。休斯 (Hughes) 法官则采取了关联论的思路, 认为在原告的违法与被告的侵权行为之间没有足够密切的关联, 因此不能拒绝原告的诉请。最高法院法官的多元化见解导致的结果就是有关限制违法抗辩适用的方案愈发复杂。实际上, *Hounga* 案及此后相关案件的判决都表明, 在此领域中普通法的发展并未如法律改革委员会所预言的那样取得让人满意的结果。相反, 法院的判决反而使问题变得更为复杂。因此关于侵权法上的违法抗辩问题仍然需要引入立法的指引。正如迪普洛克 (Diplock) 法官所言, 违法抗辩问题其实已经超越了法院的能力。^[77]

(三) 务实方案之提倡

有关法院在处理违法问题时所面临的矛盾, 宾厄姆 (Bingham) 法官曾有极为精到的描述: “一方面, 我们不会允许法院去帮助或协助当事人去实现或执行那些为法律所禁止的目的或协议。另一方面, 不考虑损失有多么的严重, 也不考虑这一损失与行为的违法性间有多么的不成比例, 只要存在影响交易的某一方面的违法迹象, 则法院都应挺身而出, 拒绝对原告的所有协助的认识显然亦是不能被接受的。”^[78] 就侵权法上的违法抗辩而言, 我们也同样面临着公共政策与公正原则之间的矛盾: 基于公共政策因素的考虑, 尤其是维护法律体系的一致性或者说融贯性的需要, 应当支持违法抗辩规则的适用; 但基于公正, 尤其是双方当事人之公正的考虑, 我们却需要在某些时候不能支持被告以原告的违法来

[72] See James Goudkamp, Mimi Zou, The Defence of Illegality in Tort: Beyond Judicial Redemption? *The Cambridge Law Journal*, Vol. 74, 2015, pp. 13 - 16; J. Mance, Ex Turpi Causa-When Latin Avoids Liability, *Edinburgh Law Review*, Vol. 18, 2014, p. 192; J. Sumption, Reflections on the Law of Illegality, *Restitution Law Review*, Vol. 20, 2012, pp. 8 - 12.

[73] [2014] UKSC 47; [2014] 1 W. L. R. 2889.

[74] [2012] EWCA Civ 609, [2012] IRLR 685.

[75] [2014] UKSC 47; [2014] 1 W. L. R. 2889.

[76] James Goudkamp, The Doctrine of Illegality: A Private Law Hydra, *The UK Supreme Court Yearbook*, Vol. 6, 2015, pp. 254 - 277.

[77] *Slim v Daily Telegraph Ltd.* [1968] 2 QB 157, 179 (CA).

[78] *Saunden v Edwards* (1987) 1WLR1116, 1134.

减轻或免除其责任,特别是当被告蓄意伤害原告,或者原告已经从共同犯罪中撤出时,我们不能支持被告以原告的违法进行抗辩。^[79] 质言之,侵权法既不能让原告从其违法行为中获利,也不能被视为是在协助其违法犯罪,但与此同时我们亦不能不去考虑原告的损害与其违法的行为之间的比例关系,而绝对化地适用违法抗辩,从而完全否定原告的诉讼请求。^[80] 可见,公共政策与公正之间的关系才是贯穿侵权法中违法抗辩问题背后的关键。^[81] 就此而言,我们不宜采取非此即彼或全有全无的刚性做法,而应给予司法以一定的自由裁量权,同时通过立法明确考量的基准,以避免司法的裁量沦为恣意。

为此,我们需要在立法上构建一个务实的方案,从而便于法官通过考察个案中的具体情形来做出最后的决定。^[82] 申言之,单纯考量支持违法抗辩的公共政策理由是不够的,法院必须要在综合考虑原被告具体情况以后才能做出决断。^[83] 从 2001 年英国法律改革委员会的建议和新近的学说见解来看,个案中法官需要重点从原被告之间的关系以及原告的违法行为与公共政策之间的关系两个维度进行权衡。

一方面,就原被告之间的关系而言,由于侵权法上的违法抗辩所涉及的是被告的侵权行为导致涉嫌违法的原告遭受损害的问题,因此我们有必要去对原被告的可责难性进行比较。这一要求其实表明如果被告要主张违法抗辩,那原告的违法行为与被告的侵权行为之间应当成比例。^[84] 具体而言,如就违法行为而言,被告被认为要比原告负更大的责任,那被告就不能以原告的违法进行抗辩。

另一方面,就原告的违法行为与公共政策之间的关系来讲,我们需要考察的其实是原告的违法行为与否定原告之诉讼请求的后果之间的合比例问题。^[85] 基于法律融贯性的考虑,如果对涉嫌违法的原告之诉讼请求予以支持,就可能会有悖法秩序的一致性。但此时法官还须考量被告的违法抗辩是否与原告所涉违法行为的严重程度相匹配。^[86] 特别是在原告的违法程度轻微,甚至根本没有可责难性时,被告就不能以原告的违法提出抗辩,^[87] 否则对于原告而言就过于严苛,甚至会导致双重处罚的结果。^[88]

[79] Graham Virgo, *Illegality's role in the law of torts*, in Matthew Dyson (eds), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge University Press, 2014, pp. 198 – 199.

[80] Benjamin Andoh, *Illegality as a defence to Negligence in English Law*, *Mountbatten Journal of Legal Studies*, Vol. 11, 2007, p. 52.

[81] Graham Virgo, *Illegality's role in the law of torts*, in Matthew Dyson (eds), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge University Press, 2014, p. 207.

[82] Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, Oxford University Press, 2002, p. 613.

[83] Graham Virgo, *Illegality's role in the law of torts*, in Matthew Dyson (eds), *Unravelling Tort and Crime*, Cambridge University Press, 2014, p. 190.

[84] *Saunders v Edwards* [1987] 2 All ER 651, 665 – 6.

[85] J Sumption, *Reflections on the Law of Illegality*, *Restitution Law Review*, Vol. 20, 2012, pp. 1 – 2; Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 63; Sharon Erbacher, *Negligence and Illegality*, Hart Publishing, 2017, pp. 228 – 230.

[86] *Hewison v Meridian Shipping Services Pte Ltd.* [2002] EWCA Civ 1821, [2003] ICR 766, [72] (Ward LJ); *Parking-Eye Ltd v Somerfield Stores Ltd.* [2012] EWCA Civ 1338, [2013] 1 WLR 1041, [39] (Sir Robin Jacob).

[87] 参见 *Joyce v O'Brien* [2013] EWCA Civ 546, [2014] 1 WLR 70, [51] (Elias LJ); *Jeremy D Stone Consultants Ltd. v National Westminster Bank* [2013] EWHC 208 (Ch), [251] (Sales J)。

[88] Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, University Press, 2013, p. 63.

七 余 论

从我国现行法来看,本文所论及的原告违法抗辩的限制问题并无对应规范存在,但本文的论述绝非是出于比较法上的猎奇需要,本文的研究仍是面向本土的。必须看到,我国司法早已遭遇到了诸多针对涉嫌违法之原告的损害赔偿请求是否予以支持的困惑。^[89]尤其是考虑到一些判决简单以原告违法为由就直接驳回其诉讼请求的见解,^[90]本文对普通法上有关原告违法之抗辩限制问题的讨论就具有启发意义。因此,仅就立法论而言,本文的讨论有助于我们理解普通法上的原告违法之抗辩的全貌,进而为我们去妥当处理相关纠纷提供指引。

更为重要的是,本文的讨论还对我们理解和处理违法的民事法律行为(合同)的效力、不法原因给付的返还等问题具有启示价值。虽然民事法律行为(合同)的效力、不法原因给付的返还与本文所讨论的问题分属民法内部的不同领域,但就背后的价值理念而言,三者之间实则具有相通性。^[91]然而,遗憾的是,我国法到目前为止仍然只对违法民事法律行为(合同)的效力问题有相应规定,而未对其他两个问题有所涉及,存在明显的立法漏洞。就解释论而言,由于民事法律行为(合同)的效力、不法原因给付的返还与侵权法上的原告违法之抗辩三者之间存在价值上的内在关联,理应一体把握。^[92]2009年英国法律改革委员会发布的《违法抗辩》就是将三者一体把握的典型。因此,在我国法律未就不法原因给付、原告违法之抗辩等问题进行规范背景下,我们不妨将《民法总则》第153条作为处理原告违法问题的一般规则,进而通过《民法总则》第153条的准用来填补不当得利、侵权责任部分的立法漏洞,最终为司法实践中相关问题的妥当解决提供依据和思路。

[89] 司法上的一种认识是将原告的违法视为过错,进而依据《侵权责任法》第26条(共同过失)减轻侵权人的责任,参见江中帆:《曹追捕,小偷意外身亡谁之责》,《检察风云》2013年第3期,第62-63页;北京市朝阳区人民法院(2016)京0105民初19478号民事判决书;阳春市人民法院(2016)粤1781民初2320号民事判决书。但由于共同过失主要平衡的是双方当事人的利益,而违法抗辩所考量的是原告违法与公共政策的关系,因此一律将原告违法视为过错的做法存在价值上的错位,更为重要的是,《侵权责任法》第26条还会遇到无过错责任下的适用难题,因此有判决就依据《侵权责任法》第12条来减轻侵权人的责任,参见内江市中级人民法院(2017)川10民终434号民事判决书。但《侵权责任法》第12条显然无法在本文所述的大多数案件中进行适用。

[90] 参见袁妙飞、徐静:《侄子参与非法经营烧伤面孔构成伤残却索赔无门》,《宁波晚报》2011年5月4日第A09版。

[91] 我国有个别学者开始认识到了违法合同效力与不法原因给付规则之间的内在关联。参见王利明著:《债法总则研究》,中国人民大学出版社2015年版,第493页。还需要指出的是,违法问题不仅存在于民法总则(违法行为效力)、债法(不法原因给付)、侵权法(原告违法之抗辩)三种情形,在物权法、公司法、保险法、劳动法等诸多领域也都可能会涉及。参见黄忠:《违法建筑的私法地位之辨识——〈物权法〉第30条的解论》,《当代法学》2017年第5期,第93-103页;Kelvin Hiu Fai Kwok, Ernest Lim, Optimal Deterrence, the Illegality Defence, and Corporate Attribution, *European Business Organization Law Review*, <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-019-00145-z#citeas>,最近访问时间[2019-12-25];Ernest Lim, The Illegality Defence and Company Law, *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 13, 2013, pp. 49-61; Wang Feng, Illegal Performance of Marine Insurance Contracts, *British Insurance Law Association Journal*, Vol. 127, 2014, pp. 75-102; Bogg, Alan Green, Sarah, Rights Are Not Just for the Virtuous 1: What Houniga Means for the Illegality Defence in the Discrimination Torts, *Industrial Law Journal*, Vol. 44, 2015, pp. 101-122。

[92] 参见李爱平:《英美违法合同禁止返还规则的例外》,《环球法律评论》2013年第6期,第103-120页。

当然,以《民法总则》第 153 条为依据来应对相关问题尚需以对该条有科学的认识为前提。单就违法行为效力的判断问题而言,我国立法与司法曾采取了“位阶限制论”和“强制规范二元区分论”的不当思路。虽然第 153 条第 1 款在形式上摒弃了《合同法》及其解释有关效力性强制性规定和管理性强制性规定的二元区分立场,但理论界对此仍有争议,并且第 153 条亦未放弃“位阶限制论”的立场,因而如何妥当识别违法行为的效力尚有疑问。

就此而言,本文的研究不仅旨在拓宽我们对私法上违法问题的视野,更在于试图深化对此类问题的认识,毕竟用“位阶限制论”和“强制规范二元区分论”来解决违法民事法律行为(合同)的效力问题显然有“将复杂问题简单化”之嫌,必然会导致僵化和不公的结果。一如前述,民法应该如何对待违法的问题,其背后所展示的其实是当事人的利益与公共利益之平衡问题。我国既有的立法和司法并未充分认识到此种问题的复杂性,因此作出看似简洁明快,实则并不可行的立法选择,导致司法上的恣意与混乱。恰如本文所述,英国侵权法上有关原告违法之抗辩及其限制问题的讨论显然早已超越了单纯从法律位阶和规范属性上来分析的认识,充分展示了原告违法之抗辩背后应当如何妥当协调各方利益的诸多思路与工具,殊值重视和借鉴。

[本文为作者主持的 2018 年度国家社会科学基金重点项目“中国民法上的中国元素研究”(18AFX015)的研究成果。]

[**Abstract**] How to limit the illegality defence in torts has always been an important issue in UK. To this end, there have been emerged many kinds of understandings in the British judiciary, such as the classification of illegal types, the theory of reliance principle, the theory of proximate cause, the theory of legislative intention, and the test of public conscience. In 2009, the Law Commission proposed that the reform task of the plaintiff's illegality defense in torts be left to the court. However, the subsequent court decisions has shaken scholars' confidence in the judiciary and made them believe that legislation is still needed. The essence of the restriction of the plaintiff's illegality defense is the balance between the public interest and the private interest. Therefore, it should be considered in the two dimensions of the relationship between the plaintiff and the defendant and that between the plaintiff's illegal behavior and the public interest. The effect of illegality on contracts, performance based on illegal reasons and illegality defence in tort are issues with substantial similarities and should be dealt with together in an integrated way.

(责任编辑:姚 佳)