

Title	自救行為に関する一考察
Sub Title	
Author	南, 由介(Minami, Kosuke)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 刑事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008. ) ,p.255- 280
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453207-00000003-0255">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453207-00000003-0255</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

自救行為に関する一考察

南  
由  
介

- 一 はじめに
- 二 自救行為の成立要件
- 三 一般自救と占有自救
- 四 結びにかえて

一 はじめに

自救行為（自力救済）とは、「法律上の手続によらないで自力によつて権利を救済・実現する行為」<sup>(1)</sup>のことである。この自救行為は、法治国家においては、原則禁止とされ、国家機関に救済を求めることが大前提である。<sup>(2)(3)</sup>なぜならば、「ある人が自分こそが正当な権利を持つと確信したとしても、それが一方的な誤解にもとづくことも稀ではないし、正面から実力の行使を認めるならば、行き過ぎが生じることも心配され、本当は正当な権利を保持しないのに自己の権利を主張して力に訴える者が出てきて、結局は力の強い者が勝つ結果となり、暴力主義的風潮が広まって弱肉強食の社会となつてしまふであらう」<sup>(4)</sup>からである。<sup>(5)</sup>

しかし、全ての自救行為を違法とすることもできない。というのも、現実には国家機関による救済が迅速、効果的に与えられることを常に期待することはできず、そのような場合においても自救行為を絶対的に否定すれば、法が不正義を是認することになりかねないからである。<sup>(6)</sup>また、「訴訟制度その他権利保護救済に関する各種手続が完備すればするほど、それが複雑化してかえつて迅速性が失われることになる結果、そのような法的救済手段のみをもつてしては、すべての権利侵害に対して保護救済をはかることはできない」<sup>(7)</sup>、「現実の社会生活において、国家権力による救済のみをもつてしては、必ずしもすべての権利侵害に対してその保護が迅速に確実に行われることを期待し得ない」<sup>(8)</sup>ともいえよう。それ故、問題は、どの範囲において自救行為の成立が肯定され、違法性阻却が認められるかにある。<sup>(9)</sup>

本稿は、自救行為の成立要件について、自救行為の法的性格をもとに、検討を試みるものである。自救行為の法的性格を確認した上で、成立要件、特に、補充性、法益の均衡の是非について、結論を示すことにしたい。また、ドイツ法に従つて<sup>(10)</sup>一般自救と占有自救とに区別する有力な見解についても、言及することにする。

- (1) 団藤重光『刑法綱要総論』二五二頁(創文社、第三版、一九九〇年)。
- (2) 西田典之『刑法総論』一八七頁(弘文堂、二〇〇六年)。また、民法上においては、自力救済は不法行為とされている。内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』三七〇頁(東京大学出版会、第四版、二〇〇八年)、星野英一『民法概論Ⅰ(序論・総則)』七六頁(良書普及会、一九七一年)参照。
- (3) 曾根威彦「自救行為と違法阻却の一般原理」早稲田法学会誌二四卷五〇頁(一九七三年)は、「国家が裁判並びに執行の制度を設備したことは、結局、私権保護を自己の任務として、自救行為を禁止した代償にほかならない」と指摘する。
- (4) 井田良「緊急権の法体系上の位置づけ」現刑六卷六号五頁(二〇〇四年)。
- (5) 橋爪隆「正当防衛論の基礎」一〇二頁以下(有斐閣、二〇〇七年)は、ただちに権利が救済されないことに伴う不利益は、原則として権利者が受忍すべきことを指摘する。
- (6) 団藤重光編『注釈刑法(2)のⅠ』一一八頁(福田平)(有斐閣、一九六八年)、内藤謙『刑法講義総論(中)』四四三頁以下(有斐閣、一九八六年)、平野龍一「福田平」大塚仁編『判例演習刑法総論』七五頁以下(藤木英雄)(有斐閣、一九六〇年)。
- (7) 大塚仁「河上和雄」佐藤文哉「古田佑紀」大コンメンタール刑法第2巻』二九二頁(土本武司)(青林書院、第二版、一九九九年)。
- (8) 高橋敏雄『違法性論の諸問題』二〇〇頁(有斐閣、一九八三年)。
- (9) なお、違法性阻却事由として(民法上も含めて)、明文上規定されていない自救行為に対し、戦前の大審院は否定的態度を示していたが、戦後、最大判昭和四四年五月一八日集刑一〇号二二二頁により、自救行為が違法性阻却事由として認められるようになり、最決昭和四六年七月三〇日刑集二五卷五号七五六頁において、「正当防衛、正当業務行為などとともに、犯罪の違法性を阻却する事由である」とされるに至った。しかし、最高裁では、自救行為の成立を理由に違法性が阻却された事案はまだ現れていない。
- (10) ドイツにおいては、民法上に自力救済に関する規定があり、二二九条以下において一般自救を、八五九条以下において占有自救を規定している。二二九条は、「自力救済の目的をもって、物を収去、破壊若しくは毀損した者、逃走のおそれのある義

務者を拘束した者又はある行為に対する忍容義務者の抵抗を排除した者の行為は、適時に官庁の救済を求めることができず、かつ、即時にその侵害行為をしなければ請求権の実現が不能又は著しく困難となるおそれがあるときは、違法とはならない。」（訳は、川井健訳『法務資料四四五号ドイツ民法典―総則―』（法務省法務大臣官房司法法制調査部、一九八五年）に従った）とされ、八五九条二項、三項は、「法の禁ずる私力をもって占有者より動産を奪った者がある場合は、占有者はその現場において、または加害者を追跡して、実力をもってこれを取戻すことをうる。」「法の禁ずる私力をもって土地の占有者より占有を奪った者がある場合は、占有者は侵奪後直ちに加害者を排除して占有を回収することをうる。」（訳は、明石三郎『自力救済の研究』一二三頁（有斐閣、増補版、一九七八年）に従った）とされている。

## 二 自救行為の成立要件

### 1 自救行為の法的性格

自救行為は、正当防衛、緊急避難と同じく、緊急行為の一種と捉えることができるが、自救行為は、「正対不正」の関係で正当防衛と類似し、「正対正」が問題となる緊急避難とは異なつた性格を有するといえる。<sup>(1)</sup>この点について、債権者が債務者の債務の履行を求めるような場合は、適法な関係をベースにして消極的に作出された財産上の被害の救済を求めていることから、緊急避難に準ずる場合が自救行為に存在するとの指摘もなされている。確かに、適法な契約関係が最初に存在する点からすると、また、債務不履行は刑法上処罰の対象となつていないことからすると、正対正の関係だといえるかもしれない。しかし、債務不履行は違法である以上、正対正の関係と考えるよりも、正対不正の関係にあると考える方が適切である。「自救行為は単なる強者の権利ないしは弱肉強食を認めるものではなく、正しい利益の存在が前提となり、その救済のために、いわば法内在的正義実現

のために、個人的實力を行使するものである」ということができよう。自救行為は、自己の正当な利益と相手方の不正な利益との関係の問題であり、その限りでは正当防衛に近い類型として位置づけることが可能なのである。<sup>(14)</sup>

また、他方で、正当防衛が「急迫性」を、緊急避難が「現在の危難」を要求している点において、正当防衛、緊急避難と自救行為は異なっているといえよう。つまり、正当防衛、緊急避難が事前的救済であるのに対し、自救行為は事後的救済といふことができる。<sup>(15)</sup> 自救行為が、正当防衛、緊急避難と同様に、自己の利益保護を図るための行為にもかかわらず、原則禁止されているのは、事後的救済だからである。そうすると、正当防衛における急迫性、緊急避難における現在の危難が認められる場合と類似した事情が自救行為の際にも認められるのであれば、自救行為が例外的に許容されてもよいことになるのではないだろうか。そこで、正当防衛において急迫性が、緊急避難において現在の危難が、要求されている理由について考えてみることにしたい。<sup>(16)</sup>

正当防衛において急迫性が要求される理由として、例えば、そのような状況が存在した場合、公的機関の保護を求める余裕がなく、法益保護のためには実力行使が必要となるから、例外的に許容されるとされている。<sup>(17)</sup> また、官憲の救助を待ついとまのないとき、官憲の救助を求め得ないことに合理的な理由のあるときには、急迫性を肯定すべきであり、逆に、「現在の、または、切迫した侵害があつても、公的な機関にその侵害の除去を求めるような法制度が完備しており、かつ、その機関に救済を求める余裕があるときには、急迫性は否定されると解すべき」ともいわれる。<sup>(18)</sup> 他方、緊急避難における現在の危難についても、「公的機関による保護を待つこともできない緊急状況がある場合に、侵害を他人へ転嫁することが例外的に許容される」、<sup>(19)</sup> とされている。ここでは、急迫性および現在性が要求される理由は同一であり、それは、国家機関の救済を受ける可能性がない、ということであろう。「急迫」と「現在」の言葉の意味は実質的に異ならず、<sup>(20)</sup> 「法益侵害の危険状態という点では基本的に同じ」であると考えられていることから、正当防衛と緊急避難とで理由が同一であろうことがうかがえる。「国家機

関による利益保護の時間的余裕のない緊急の事態においては、その現場で一定限度の権利保全行為を私人に許容することのメリットはデメリットを凌駕すると考えられる」<sup>(22)</sup>からこそ、緊急行為として、正当防衛、緊急避難が正当化されることになると思われる。

ただし、正当防衛において、急迫性を認めるにあたり、国家機関の救済を求める余裕がないことを要件とし、それが欠けたことを理由に正当防衛の成立を否定することは妥当でない。<sup>(23)</sup>「一旦は請求権を保全する措置を講じさせたいので、その後、公的救済に訴えさせることは、不必要に迂遠な紛争解決」<sup>(24)</sup>である。国家機関の救済可能性が存在したとしても正当防衛が許されるのは、正当防衛の際の実力行使は、不正の侵害が行われていることが明らかであり、不正の侵害と誤信する危険性は低く、私人の実力行使の濫用のリスクが乏しいから<sup>(25)</sup>と考えることができよう。急迫性が認められる場合には、そのような心配のない以上、国家機関に救済を求める余裕があったとしても、実力行使を認めて差し支えないのである。なお、このような考え方は、自救行為における緊急性についても応用可能であると思われる。この点については後述する。

以上のような正当防衛、緊急避難における急迫不正の侵害、現在の危難が要求される根拠は、自救行為の緊急性の要件にもあてはめることが可能であると思われる。つまり、急迫性・現在性が認められないような状況にあったとしても国家機関に救済を求める時間的余裕がなければ、行為を正当化することが可能である、ということである。ただし、上述したように、自救行為が正対不正の関係で問題となるのであれば、国家機関による救済可能性がない場合においては、緊急避難ではなく、正当防衛に準じた扱いをすることも不可能でないように思われる。すなわち、自救行為は、正当防衛の延長線上の問題であり、正当防衛と自救行為の差異は緊急性の違いにあるといえるのである。ただ、もちろん、自救行為が事後的救済である以上、正当防衛と同一に考えることはできない。しかし、自救行為の成立要件を考えるにあたっては、緊急避難との比較は重要ではないということになる



であろう。正当防衛との比較、および、自救行為独自の理由により、自救行為の要件は限定されると考えるべきである。

なお、自救行為の緊急性の要件については、国家機関の救済を求めるいとまがない場合に要件を満たすとする見解<sup>(26)</sup>と、それに加えて、ただちに自力による救済をしなければ権利の実現が事実上不可能、あるいは、著しく困難になる事情が存在することを要求する見解<sup>(27)</sup>とがある<sup>(28)</sup>。両者の対立は、国家機関の救済を受ける時間的余裕はないが、後日必ず権利の実現が可能となるような場合に、一見すると結論の差が出てくるようにもみえる。例えば、建築工事の際に隣家からはみ出した庇が邪魔となるため、その所有者に切り取ることの同意を一旦は得たが、その後、所有者との仲が険悪となったことから、工事の遅れによる財産上、信用上の損害を避けるために、同意を得ずに庇を切り取ったというような場合<sup>(29)</sup>であれば、行為者は、後日、民事上の手続を経て必ず庇の切断が認められることから、後者の見解からは、およそ違法性阻却の可能性がないことになるであろう。しかし、後者の見解からも、「権利自体は後日に実現しうる可能性はあっても、ただちに実現されなければ権利の効用がいちじるしく減殺されてほとんど無意味となるようなばあいは、事実上権利の実現が不可能ないしちじるしく困難なばあいにあたる<sup>(30)</sup>」とされることから、両見解は実質的に相違がないことになる<sup>(31)</sup>。そうすると、国家機関の救済を求めるいとまがないという点こそが、自救行為における緊急性の有無を決することになるかと思われる。というのも、後者の見解により緊急性が否定される場合を想定すると、そのような場合はいずれも後日の救済により効用を保ったままで権利を回復することができるのであり、前者の見解からも当然に国家機関の救済を求める時間的余裕があることとなり、緊急性の要件が否定されて、違法性阻却され得ないからである。

以上のように、自救行為の成立には緊急性が要求されることになるのだが、ただし、それも絶対的に考えるべきではないであろう。場合によっては、国家機関の救済可能性を緩やかに解しても良いようにも思われるのであ

る。この点については、後ほど、検討を行う。

## 2 補充性、法益の均衡

自救行為の成立要件として、補充性および法益の均衡が要求されるべきか否かが学説において争われている。自救行為が正対不正の関係にある、すなわち、正当防衛に近い違法性阻却事由であることからすると、緊急性が認められるならば、正当防衛の成立要件と同じ要件（必要性・相当性）が満たされた場合に、自救行為の成立を認めても良いように思われる。以下において、この点につき検討することにした。

学説においては、自救行為の成立には必要性・相当性で足りるとする見解のほかに、補充性を要求する見解、<sup>(32)</sup> 法益の均衡を要求する見解、<sup>(33)</sup> および、それらとともに要求する見解が主張されている。例えば、「自救行為は新たな攻撃である点を考えるならば、いわゆる補充の原則の適用があると解すべき」だが、「法益権衡の原則は正対不正の関係にある自救行為に適用される理由はない」としたり、<sup>(36)</sup> 違法な侵害があった時点で緊急避難と異なるが、<sup>(35)</sup> 急迫性に欠ける点で正当防衛と異なることから、「その要件も、正当防衛よりは厳しく、緊急避難よりは緩やかに設定されるべきであろう。補充性までは要求されないが、法益の均衡を要する」、<sup>(37)</sup> 「正当防衛にあつては防衛の権利であると同時に義務であるから補充の原則は絶対的ではないのに対して、自救行為にあつては絶対的要件であつて権利を保全するについて他の方法があつた場合には許されない」、<sup>(38)</sup> あるいは、「急迫の侵害、現在の危難という意味での緊急性を欠き、しかもいったん事態が平穩に帰した後の既成状態の変更であるという点において、正当防衛・緊急避難に比して要件がいっそう嚴格に絞られることは疑いない」<sup>(39)</sup> のであり、補充性、法益均衡が必要であるとするのである。

この問題を考えるにあたっては、自救行為が正当防衛や緊急避難とは異なつた事後的救済であることのみを理

由に、補充性および法益の均衡を要求することは妥当ではないと思われる。緊急避難が補充性および法益の均衡を要求している点から、事後的救済である自救行為を緊急避難の要件と同様に、あるいは、より厳格に解すべきという理解は、緊急避難が正対正の問題であるのに対し、自救行為は正対不正の問題であるということ看過しているからである。先にも述べたように、自救行為は正当防衛の延長線上の問題として理解すべきであろう。ただし、このような理解が、自救行為の成立要件として、ただちに補充性、法益の均衡を排除するものでもない。正当防衛との比較において、自救行為が事後的救済であるという理由から、制限的に、補充性、法益の均衡が要求されるということも考えられ得るのである。このことは、自救行為が事後的救済行為であるから事前的救済行為である緊急避難と同様に、あるいは、厳格にということではなく、自救行為独自の性格により、厳格に解されるということである。それ故、ここでは、正当防衛との比較および自救行為独自の観点から、補充性、法益均衡が成立要件として要求されるべきか否かが検討されなければならない。<sup>(4)</sup>

まずは、正当防衛には補充性、法益の均衡が要求されないが、緊急避難には要求されている理由を明らかにする必要がある。そこで補充性、法益の均衡が要求される理由が自救行為にも存在するのであれば、補充性・法益の均衡は自救行為にも要求されるべきだからである。

正当防衛における被侵害者の利益の絶対的優位性を主張する見解によれば、正は不正に譲歩する必要はなく、不正な侵害に対する正当な利益の優位性が認められなければならず、被侵害者は、自己の正当な利益の侵害を甘受しなければならないいわれはないので、回避・退避することなく防衛行為をしてもよい、そうすると、「法益を保護するためには、『急迫不正の侵害』者に対する対抗行為（侵害排除行為）が必要となり、違法性阻却の実質的原理である法益衡量の要件である『補充性』は充たされる」、急迫不正の侵害者が自ら法益衝突状態を生じさせたのであり、「『不正な侵害』者の負担においてその解消が図られるべき」である、<sup>(4)</sup>と説明される。また、緊急

避難と比較し、正当防衛の場合により緩やかな要件のもとで行為が正当化されるのは、「攻撃者の『帰責性』のゆえにその法益（被侵害法益）の要保護性が減弱しないしは否定される」とする見解も主張されている。法確証の利益の観点からは、「正当防衛と異なり緊急避難に補充性が要求されるのは、正当防衛が不正の侵害に対する反撃であるのに対し（不正対正の関係）、緊急避難は第三者の正当な利益を侵害する行為だからである（正対正の関係）」、害の均衡の要件が明文で厳格に規定されているのも正対正の関係にあるからであるともされている。<sup>(43)</sup>

以上の各見解は、正当防衛の正当化根拠について、拠って立つところが異なっているものの、共通する部分として、防衛者が正であり、侵害者が不正であるという関係から、正当防衛の要件が、緊急避難と比較して緩和されるとしている点を指摘することができよう。このことは、自救行為の成立要件として補充性、あるいは、法益の均衡を要求する見解にも見られる。<sup>(44)</sup> そうすると、緊急避難において補充性、法益の均衡が要求されるのは、緊急避難は、不正に対してではなく、正の存在である第三者に対して危害を加えるからである、ということができる。<sup>(45)</sup> しかし、このような関係は、自救行為には存在しない。そうであるならば、自救行為においては、補充性、法益の均衡を要求すべきではないことになる。<sup>(46)</sup>

しかし、それをもって補充性、法益の均衡が必要ないとするのも早計である。さらに、自救行為の事後的救済の性格から、補充性、法益の均衡を要求することは可能か否かを考える必要がある。だが、おそらく、ここでも肯定することは困難であろう。何故ならば、自救行為は、正当防衛における急迫性に準じた、緊急の場合に認められるのであり、そのような状況下において、一律に、行為者に補充性、法益の均衡を遵守するよう規範を向けることは酷だからである。「自救行為は新たな攻撃である」<sup>(47)</sup>点を理由に、補充性を要求すべきだともされているが、緊急性があるからこそ新たな行為が許されるのである。また、そもそも、相手方は不正な存在であり、その者が義務に反しなければ行為者は自救行為に出る必要はなかったのである。そのような場合における不利益は、

違法である相手方が負うべきだとしてもあながち不当ではなからう。

このような主張に対しては、自救行為は本来的に許容されるべきものではなく、正当防衛、緊急避難よりも厳格に解すべきである、という批判がなされるかもしれない。確かに、私力行使の許容される範囲が不当に拡大することは問題であり、正当防衛よりも厳格に解する必要性は否定できない<sup>(48)</sup>。自救行為の過度の肯定は、法的手続きの軽視にもつながる。その限りでは正当である。しかし、全てにおいて一律に補充性や法益の均衡を絶対的要件と解するのも妥当とは思われない<sup>(49)</sup>。例えば、盗難にあった自己の財物を持つ者に街で遭遇した際、他にとり得る穏当な手段があつたとしても、この機会を逸したならば取り戻しが困難になると考え、ある程度強度な有形力の行使に出たという場合も考えられよう<sup>(50)</sup>。また、自己の財物の取り戻しのために、相手の身体を拘束する場合(財産と身体の自由とを比較した場合、常に後者の方がより大きな利益であるとはいえないが、財物の価値が極めて低かつたならば法益の均衡には反しているといえよう)や、取り戻す財物よりも価値のある物を破壊することが<sup>(51)</sup>、許される場合もあるのではなからうか。自救行為も、正当防衛と同様、とっさに行われることもあり得るのであり、不利益は相手側が負担すべきであつて、補充性や法益の均衡を必要と解すべきではない。

### 3 自救行為の利益衡量的性格

自救行為は、正当防衛と同様に、権利を実現するための行為として理解されなければならない<sup>(52)</sup>。それ故に、自救行為には補充性、法益の均衡は必要と解すべきではない。しかし、自救行為が事後的救済であるという性格上、正当防衛と完全に同様の基準で判断すべきでないことも多言を要しないであろう。ただし、これも全ての場合において、そうであるとは言い切れないように思われるのである。以下において詳しく検討したい。

有名な事件に、梅田村事件<sup>(53)</sup>というものがある。一月二八日は日曜であり、二九日から官庁の年末年初の休日

が続くことを見越して、一二月二五日から二六日未明にかけて無断で被告人の土地に建設されたバラックを、一月二十九日に土地の所有者である被告人が撤去したという事案であるが、大阪高裁は、「急迫不正な侵害とし被告人等が本件行為に及んだのは正しく正当防衛」にあたるとして無罪としたのである。

正当防衛における不正の侵害について、それに不作為による侵害（消極的侵害）も含め、盗贓取還のような場合にも正当防衛を認めるべきだとする見解<sup>(54)</sup>が存在するが、多くの見解は、そのように理解したならば急迫性の概念が著しく拡大することから、妥当ではないとしている<sup>(55)</sup>。それ故、侵害行為から数日後に建物を撤去した（すなわち侵害は過去であった）梅田村事件は、大阪高裁は正当防衛としたものの、自救行為の問題ということになる<sup>(56)</sup>。しかし、この無罪という結論自体は妥当であろう。大阪駅前の約一六〇坪の土地と一夜造りのバラックとを比較すると、法益均衡の要件は問題なく認められるであろうが、本判決も指摘するように、土地の道路に面した部分に鉄条網を張り巡らせる、板塀を建てたり、監視人を置く、ということも可能であり、その限りでは補充性が欠けるといえるので、補充性を要求する見解からは自救行為の成立が否定されるかもしれない。だが、補充性を要求することは妥当ではない。

近時の下級審裁判例として、高松高判平成一二年一〇月一九日判時一七四五号一五九頁がある。これは、右翼団体の街宣車を撮影していた被告人が、構成員によって奪われて街宣車内に投げ込まれた集音マイクを取り戻そうと、その構成員を一回足蹴りした後、反撃され殴り合いになったものである。高松高裁は、構成員による窃盗はマイクが街宣車内に投げ込まれた時点で既遂に達したとする一方、マイクに対する占有は「いまだ確固たるものになっていたとまでは評し得ず、これが不法に奪い取られつつある事態がなお進行していたとみるのが相当である」として、正当防衛の成立を認めたのである。

犯罪の既遂時期と急迫不正の侵害の関係については、従来から議論されている。既遂に達した後は自救行為が

問題となるのみだとする見解と、「窃盗が既遂に達した後でも、その直後でまだ事実上盗んだ物の占有を十分に確保したといえない状態であれば、正当防衛としてこれを取り返すことができる」として、既遂と侵害の終了を一致して考えない見解とに分かれている。前者の見解に従えば、高松高裁の事案は自救行為ということになるであろう。ただし、自救行為と解したとしてもこのような事案においては、自救行為の必要性、相当性は、緩やかに判断されるべきであつて、違法性を阻却した結論自体は正当である。正当防衛におけるのとほぼ同様の基準で必要性・相当性の有無が判断されても問題ないと思われる。本事案では、マイクの取り戻しのために相手方を足蹴りしていることから相当性が問題となろうが、足蹴り行為が取り戻しにとつて、ただちに不相当とはいえないであろう。<sup>(59)</sup>ここでは、梅田村事件における判断基準とは、明らかに差異があるといえるのである。<sup>(60)</sup>

一方、後者の見解によれば、高松高裁の事案は正当防衛に関する問題とすることも可能であるため、容易に正当化し得る。しかし、梅田村事件については、正当防衛の問題とすべきではない。<sup>(61)</sup>侵害概念があまりにも広くなるからである。せいぜい、本事案のような場合までだと思われる。<sup>(62)(63)</sup>そうすると、後者の見解からも、自救行為の判断基準を、場合によつては緩やかに理解する必要がでてくるであろう。自救行為であるという理由からただちに成立要件を厳格にしなければならぬ、というようにすべきではないのである。<sup>(64)</sup>

以上のことから、正当防衛と自救行為の限界をどのように理解するかは別としても、少なくとも、判断基準を一律に厳格に理解すべきではないことは、否定できないであろう。正当防衛と自救行為の限界は、実は絶対的なものではないように思われる。<sup>(65)</sup>補充性、法益の均衡が要求されるような場合から、限りなく正当防衛状況に近い自救行為という場合まで考えられ得るのである。このことは、犯罪の既遂と侵害の終了を一致させる見解にとつては顕著である。そのように解さない見解においても当然そういふ側面はある。合法的な緊急行為（正当防衛、緊急避難）と違法な自救行為との区別は「はつきりと線を引くことのできるような性格のものではない」といふ

指摘は、そのまま違法性阻却され得る自救行為と、違法な自救行為との関係においてもあてはめることが可能である。その時その場面により、自救行為者に許容される手段・方法等は異なり、それにより、許容される範囲にも差が出てくるのであって、違法性阻却の限界は相対的、流動的といえよう。正当防衛の成立が認められなくなった時点直後であれば、より緩やかに要件は解されることになり、そこから時間が経過するにつれて厳格になっていく、と考えることができるのである。このような意味において、正当防衛と自救行為の違いは、質的に相違するものではない。<sup>(67)</sup> 自救行為の成立にあたっては、「具体的事案において、私人の実力行使を許容することのメリットとそのデメリットの利益衡量が問題なのである」<sup>(68)</sup>といえる。

なお、高松高裁の事案においては、警戒中の警察官がそばにおり、殴り合う被告人らに割って入るまで一分ほどであったとされている。そうであるならば、国家機関の救済を受ける可能性が被告人には存在したのであり、緊急性が欠けるため、正当防衛としない限り、違法性阻却され得ないのではないかが問題となる。確かに、この場合を自救行為の問題ととらえて、緊急性は絶対の要件であるとするならば、本事案において被告人は、違法性阻却され得ないであろう。しかし、緊急性についても、絶対の要件とする必要はないように思われる。<sup>(69)</sup> 自救行為を正対不正の関係にかかわる問題ととらえ、権利を実現するためのものであると考えると考えたならば、例外的に、緊急性が欠けたとしても許容され得るとする余地もあるのではなからうか。高松高裁の事案は、そのような観点からも説明することができよう。「緊急性は、形式的適法・違法を基礎づける法的安定性の原理によって導かれる要件と解せられるので、これを満たさない行為がそれだけで実質的にも違法とされることにはならない」<sup>(70)</sup>という指摘もなされているが、緊急性が欠けてもただちに違法ではないとする点においては、妥当である。<sup>(71)</sup>

犯罪の既遂と侵害の終了時期を一致させない見解においても、そのような場合はごく例外的にはあろうが、皆無ではないように思われる。例えば、盗難にあった財物を持った者を、後日、街で発見した際、そばに警察官



がおり、援助を求めることができたにもかかわらず、自力でその者を拘束して財物を取り返した、という場合には必ずしも自救行為を否定すべきではないであろう。<sup>(12)</sup> 正当防衛において、国家機関による救済可能性が認められても防衛行為が許容される理由は、不正の侵害と誤信する危険性は低く、私人の実力行使の濫用のリスクは乏しいからである<sup>(13)</sup>。急迫不正の侵害の終了直後では、自救行為にもそのようなことがいえるのであり、緊急性を緩やかに、場合によつては不要と解すことも可能ではなからうか。ドイツにおいては、占有自救に関してはあるが、民法上の規定（ドイツ民法八五九条二項、三項）として、国家機関の救済可能性の有無にかかわらず、自力救済を認めており、示唆的である。<sup>(14)</sup>

- (11) 例えば、明石・前掲注(10)二八四頁、伊東研祐『刑法総論』一八八頁以下（新世社、二〇〇八年）、川端博『刑法総論講義』三七一頁（成文堂、第二版、二〇〇六年）。
- (12) 大塚ほか編・前掲注(7)二九三頁以下（土本）。同旨、西原春夫『刑法総論（上巻）』二八二頁（成文堂、改訂版、一九九三年）、平野ほか編・前掲注(6)七六頁（藤木）。
- (13) 曾根・前掲注(3)六一頁。
- (14) 内藤・前掲注(6)四四三頁。また、自救行為は正当な権利の実行としての正当性評価に親しむと指摘するものとして、西原春夫Ⅱ宮澤浩Ⅱ阿部純Ⅱ板倉宏Ⅱ大谷實Ⅱ芝原邦爾編『判例刑法研究第2巻』五二頁（上田健二）（有斐閣、一九八一年）。
- (15) 橋爪隆『自救行為について（二）』神戸五四巻四号一七七頁（二〇〇五年）。
- (16) 違法性が阻却されるそもその根拠については、本稿の射程を超えるため言及しない。
- (17) 山口厚『刑法総論』一一八頁（有斐閣、第二版、二〇〇七年）。
- (18) 西田・前掲注(2)一五二頁。

- (19) 山口・前掲注(17) 一三九頁。
- (20) 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』二三三頁（有斐閣、一九七五年）。山中敬一『刑法総論』四五二頁（成文堂、第二版、二〇〇八年）は、部分的に正当防衛における急迫概念の方が狭いとする。
- (21) 山口・前掲注(17) 一三九頁。
- (22) 井田良『刑法総論の理論構造』一五八頁（成文堂、二〇〇五年）。
- (23) 緊急避難において、国家機関の救済可能性が認められる場合は、補充性が欠けることになろう。
- (24) 橋爪・前掲注(5) 一〇九頁。
- (25) 橋爪・前掲注(5) 一〇九頁。
- (26) 大塚ほか編・前掲注(7) 二九四頁以下（土本）、高橋・前掲注(8) 二二五頁以下。
- (27) 明石・前掲注(10) 三〇〇頁、大塚仁『刑法概説（総論）』四二一頁（有斐閣、第三版増補版、二〇〇五年）、大谷實『刑法講義総論』二七五頁（成文堂、新版第二版、二〇〇七年）、川端・前掲注(11) 三七二頁、団藤編・前掲注(1) 一二四頁（福田）、内藤・前掲注(6) 四五九頁以下、福山道義「自救行為」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編『刑法基本講座第3巻』一三九頁（法学書院、一九九四年）、山中・前掲注(20) 五四七頁。なお、ドイツ民法二二九条もこのように規定されている。Vgl. Helmut Heinrichs, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008, S. 232 f.
- (28) 木村龜二「犯罪論の新構造（上）」二七四頁（有斐閣、一九六六年）は、官憲の救助を待ついとまがないか、または、遅滞なく行為に出なければ権利が失効に帰する場合に認められるとするが、権利が失効するような場合であれば、当然、国家機関の救済が得られない場合にあたるのであり、「または」としている点には大きな意味がないであろう。高橋・前掲注(8) 二二四頁以下参照。
- (29) 岐阜地判昭和四四年一月二六日刑月一卷一〇七五頁参照（自救行為の成立を認めた。判旨に対して否定的なのは、大塚仁＝川端博編『新・判例コンメンタル刑法第一巻』三九六頁（佐久間修）（三省堂、一九九六年））。なお、同様の判例として、最判昭和三〇年一月二一日刑集九卷二二号二四三八頁がある（ただし、自救行為の成立は認められず有罪となった）。詳しくは、南由介「自救行為」刑法判例百選Ⅰ総論四二頁以下（第六版、二〇〇八年）参照。

- (30) 団藤編・前掲注(6) 二二四頁〔福田〕。
- (31) 橋爪・前掲注(5) 一〇一頁。
- (32) 高橋・前掲注(8) 二二七頁、山川一陽「自力救済と犯罪」捜査研究五六三号六一頁(一九九八年)。
- (33) 浅田和茂『刑法総論』二六五頁(成文堂、補正版、二〇〇七年)。
- (34) 木村龜二(阿部純二増補)『刑法総論』二八一頁以下(有斐閣、増補版、一九七八年)、齋藤信治『刑法総論』一九五頁(有斐閣、第六版、二〇〇八年)、佐久間修『刑法講義(総論)』一九四頁(成文堂、一九九七年)、中村雄一「自救行為の諸問題について」秋田四〇号一二二頁(二〇〇二年)、平野ほか編・前掲注(6) 七七頁(藤木)、藤木英雄『刑法講義総論』一九八頁(弘文堂、一九七五年)、堀内捷三『刑法総論』一七四頁(有斐閣、第二版、二〇〇四年)。また、自救行為を緊急避難に包含させるのは、内田文昭『刑法概要中巻』一八三頁以下(青林書院、一九九九年)。
- (35) 大塚仁『刑法論集(1)』一八四頁(有斐閣、一九七六年)は、自救行為の相当性判断において、「補充性、法益権衡性などの点について、違法性の本質から、適当なものであるといえること」とする。
- (36) 高橋・前掲注(8) 二二七頁。
- (37) 浅田・前掲注(33) 二六五頁。
- (38) 木村・前掲注(28) 二七五頁。
- (39) 平野ほか編・前掲注(6) 七六頁以下〔藤木〕。
- (40) なお、ここで検討すべき補充性とは、自救行為時に他にとり得るより穏当な(被自救行為者に、より害の少ない)行為があった場合に、自救行為の成立が否定されるか否かの問題と考え、国家機関による救済という他の手段の有無については、もっぱら緊急性の要件の問題であるとし、混乱を避けるためにも、ここには含ませないことにする。これに対し、山中・前掲注(20) 五四八頁は、国家機関による救済可能性に関する問題を補充性の問題ととらえている。
- (41) 山口・前掲注(17) 一一三頁以下。
- (42) 井田・前掲注(22) 一五九頁。
- (43) 曾根威彦『刑法総論』一一五頁(弘文堂、第四版、二〇〇八年)。同頁、山中・前掲注(20) 四七二頁。

- (44) 例えば、浅田・前掲注(33)二四三頁、二五四頁、佐久間・前掲注(34)二二三頁、藤木・前掲注(34)一六九頁。
- (45) 曾根・前掲注(3)七二頁参照。
- (46) 基本的に正当防衛と同様の要件で解すべきとするのは、成瀬幸典「違法性の理論」伊藤渉・小林憲太郎・鎮目征樹・成瀬幸典・安田拓人『アクチュアル刑法総論』一六〇頁(弘文堂、二〇〇五年)。
- (47) 高橋・前掲注(8)二一七頁。
- (48) 例えば、内藤・前掲注(6)四六四頁。
- (49) 団藤編・前掲注(6)二二五頁(福田)。
- (50) なお、窃盗犯人からの財物の取り戻しは財産犯の保護法益とも関連してくるが、本権説に立ったとしても、付随して行われた行為の違法性阻却が問題となることから、自救行為の問題は、保護法益における立場の違いにかかわらず、依然として重要であろう。
- (51) ドイツ民法二二九条は、物の破壊や毀損を自力救済行為として規定しているが、Heinrichs, Palandt (Anm. 27), S. 233. によれば、これは、例えば、玄関扉を開けて本来の目的である自救行為を行うために役立つとしており、示唆的である。また、明石・前掲注(10)三〇二頁参照。
- (52) 大下英希「自救行為について」(二)「法雑五二巻二五二頁以下(二〇〇五年)では、自救行為(一般自救)を権利の実現行為ではなく、請求権の保全行為とする。それによれば、「権利の存否については実際の判断、すなわち、裁判所によってなされた判決、あるいは、当事者間の合意を待たなければ確定し得ない。相争う当事者がいる以上は、最終的な権利の存否判断については司法の手に委ねられなければならない」、「権利の実現行為が認められるとする論者は、行為者は権利の確定手続きと、権利の実現手続きの二つの手続きを飛び越えて、その主観的に存在する権利を実現していることの問題性についての配慮が足りない」(二八八頁)としており、示唆に富む。しかし、他方で、現実の権利の存否は重要でなく、「最終的に権利者でなかったことが証明されたのだとしても請求権の保全行為として許容される行為であれば、その行為の違法性はやはり阻却される」(二九〇頁以下)とするが、自救行為者が権利者でないのであれば、自らの存在が「正」とならない以上、違法性阻却されるべきではなく、疑問である(誤想自救行為の問題は生じ得る)。

- (53) 大阪高判昭和三十一年二月一日高刑集九卷二二号一二六三頁。
- (54) 草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』一三九頁以下(巖松堂書店、一九五〇年)、下村康正『犯罪論の基本的思想』一一四頁(成文堂、一九六〇年)。
- (55) 例えば、大塚ほか編・前掲注(7)二九二頁(土本)、高橋・前掲注(8)二二二頁、内藤・前掲注(6)四四四頁以下。
- (56) 大越義久『刑法総論』九八頁(有斐閣、第四版、二〇〇七年)、内藤・前掲注(6)四五四頁。
- (57) 例えば、大塚・前掲注(27)四一〇頁。
- (58) 平野・前掲注(20)二三六頁。他に、例えば、伊東・前掲注(11)一五八頁、大塚Ⅱ川端編・前掲注(29)三九七頁(佐久間)、大塚ほか編・前掲注(7)二九六頁(土本)、大谷・前掲注(27)二七五頁、佐伯仁志Ⅱ道垣内弘人『刑法と民法の対話』二二三頁(佐伯発言)(有斐閣、二〇〇一年)、団藤・前掲注(1)二三五頁以下、団藤編・前掲注(6)二二六頁(福田)、内藤・前掲注(6)四五九頁、中山研一『刑法総論』二七二頁(成文堂、一九八二年)、成瀬・前掲注(46)一八四頁、山中・前掲注(20)四五二頁以下。
- (59) 自救行為に法益の均衡を要求する見解からは、人の身体と財物(集音マイク)との問題であることから、ただちに要件は充たされないことになるであろう。形式的に、身体と財物であれば常に身体の方が優越するとは限らないであろうが、足蹴り行為と集音マイクという高価ではない物とを比較すると、後者の方が価値が高いとはいえないように思われる。
- (60) なお、このような場合を占有自救の問題であるとする考え方もあろう。占有自救の是非については、後述する。
- (61) 平野・前掲注(20)二三六頁は、梅田村事件についても、正当防衛の成立を肯定する。
- (62) 団藤・前掲注(1)二五四頁は、窃盗犯人を現場から追跡し、盗まれた物を取り戻す場合、自救行為にあたるとしている。
- (63) ここで、梅田村事件の場合にも正当防衛が成立するとし、自救行為の成立には補充性や法益の均衡、あるいは、常に厳格な必要性・相当性が必要であるとするのは、自救行為の意義を実質的には否定し、適法な行為である正当防衛と原則的には禁止されるべき自救行為との混同を招くものであって、妥当とは思われない。
- (64) 犯罪の既遂と侵害の終了時期を一致させない見解には、自救行為は原則違法であり、最高裁はその存在を認めるものの、実際に自救行為を理由に違法性阻却された事案がないことから、実質的には違法性阻却の道を閉ざしていると評価できる自救

行為ではなく、正当防衛の成立を認めることによって、違法性阻却の可能性を大きく残しているといえる点に、メリットがあるといえよう。

- (65) 橋爪・前掲注(5) 一一二頁。
- (66) 井田・前掲注(4) 六頁。
- (67) 橋爪・前掲注(5) 一〇六頁参照。
- (68) 井田・前掲注(4) 六頁。ただし、この指摘は、合法的な正当防衛・緊急避難と違法な自救行為との区別について述べられたものであるが、許容され得る自救行為の限界についてもあてはまるであろう。また、橋爪・前掲注(5) 一一二頁。
- (69) 鈴木義男「自救行為に関する覚え書」警論一二卷一〇号一一頁以下(一九五九年)。緊急性を厳格に解すべきではないと指摘するのは、大塚川端編・前掲注(29) 三九七頁(佐久間)。
- (70) 曾根・前掲注(3) 七三頁。
- (71) ただし、曾根・前掲注(3) 七三頁以下では、最判・前掲注(29)の事案について、緊急性が欠けたとしても、被害者の損害と比較して被告人の利益が比較にならぬほど甚大である点を総合して、被告人の行為を違法ではないとしているが、緊急性の要件は絶対ではないとしても、それは例外的であって、この最高裁の事案のように隣家の玄関庇を切り取るというような行為に対しては、緊急性は要求されるべきであり、違法性阻却を認めるのは疑問である。なお、公序良俗に反しない限り自救行為は許されるべきとする立場から、最判・前掲注(29)の判旨に批判的なのは、高橋・前掲注(8) 一九七頁以下。
- (72) ロクシンは、このような場合、警察官が居合わせていないことを要求している。Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, S. 802.
- (73) 第二節「自救行為の成立要件」第1項「自救行為の法的性格」を参照。
- (74) 占有自救については、第三節「一般自救と占有自救」および注(76)を参照。

## 三 一般自救と占有自救

通常の一般的な自救行為、すなわち、一般自救とは別に、占有権に基づく自救行為、すなわち、占有自救を認める見解が主張されている。<sup>(76)(77)</sup> その見解によれば、「占有権は、たとえ本権者であっても、……一般自救の要件が認められる場合を除いては、国家机关に頼ることなくその物の占有を奪う、つまり本権者の自力執行を禁じるという規定である」から、「占有の攪乱期においては、侵奪者の占有が占有として保護され得ないのであるから、先占者が実力を持つてその侵害を防衛する又は侵害直後にこれを取り戻すということが認められる」、「一般自救が国家の救済制度の不備に基づく緊急性をその根拠とするのに対して、占有自救は、現に占有している者が占有しているという事実状態を根拠として、当然に行なうことができる行為となる」とし、<sup>(78)</sup> 窃盗の現場やそれを追跡して当該物を取り戻す場合は、相手方の占有が未だ保護に値する程度に達していないので、緊急性がなくとも占有自救が可能となるとされる。これは、占有権の権利としての特質からくる結果である。<sup>(79)</sup> 「それ以外の自救行為よりも要件をゆるやかにして、自救行為をより広く認めることに意味がある」<sup>(80)</sup> ののである。ただし、いったん当該物を見失った後であれば、権利実現行為としての占有自救はできないことになる。<sup>(81)(82)</sup> このような立場からは、福岡高判昭和四五年二月一四日高刑集二三卷一号一五六頁が緊急性の要件を必要とせず<sup>(83)</sup> に自救行為の成立を認めたとから、これは占有自救に基づいた判決であると評価されている。<sup>(84)</sup> 我が国においては、ドイツとは異なり、民法上、刑法上、ともに占有自救に関する規定を含め、一切の自力救済に関する規定をもっていないことから、占有自救を認めるか否かはもっぱら解釈の問題となる。

占有自救を否定する見解からは、肯定説に対し、以下のような批判がなされている。すなわち、「占有権以外の権利も侵害に対する権利保護に欠けてはならないことは、権利の本質からして当然である」、占有訴権を求め

るいとまがない場合には、「占有権確保のために他の権利者と同様に自救行為ができるのであるから、緊急事情下における占有の私力による保護はこれで十分」であるとされたり、<sup>(85)</sup> 確立していない占有も一応法の保護の対象内とされるとした上で、「観念的には一つの物件に実質上二つの占有が存し、被侵奪者の占有の方が侵奪者の占有より、より保護に値いするとしても、緊急性、手段の相当性を考慮に入れてその違法性を判断すべき」とされるのである。このような占有自否定説に対し、肯定説側からは、民法上、占有自救については緊急性を要しないのが通説であり、刑法学上、これを無視して一般自救と占有自救をともに権利であるとして同一視することは疑問であつて、<sup>(87)</sup> 占有自救がもつ歴史的、理論的背景にあまりに無配慮だという反論がなされている。

確かに、民法上、適法とされているものを刑法上考慮しないという姿勢は妥当ではない。歴史的、理論的背景も、自救行為を考えるにあつて参考になることも事実である。しかし、そこから直ちに、民法上通説であるから刑法上もそれに従わなくてはならないという結論は導かれないはずである。刑法の目的と民法の目的は異なることから、刑法独自の観点から適切な結論が導かれるのであれば、それで十分であるとも思われるのである。<sup>(89)</sup>

そこで、占有自救を認めるべきか否かであるが、占有自救が示した結論自体には、傾聴すべきところがあるように思われる。すなわち、緊急性を要件としていない点である。占有侵害直後、あるいは、その後の自救行為者による追跡の際においては緊急性が要求されないとされるが、自救行為においても緊急性は必要ない場合があり得ることを示している点で評価することができるのである。しかし、前述したように、占有自救にかかわらず一般自救においても、例外的に緊急性が要求されるべきではない場合もあり得るであろう。このことが認められるのであれば、緊急性が欠けたとしても適法とされ得るのは、占有自救の専売特許ではないことになる。そうすると、占有自救を一般の自救行為の中にとり込み、占有自救の要件にあてはまる状況下においても、通常は緊急性を要求して判断し、例外的に、国家機関の救済可能性が存在した場合にも違法性阻却され得る、とすることが可



能ではなからうか。<sup>(90)</sup> 一般自救が違法性阻却事由であり、占有自救はそうではないことから、同一に論じるべきではないという批判がなされるかもしれないが、自救行為は好ましい行為でない以上、占有自救を特別扱いせず、ただちに緊急性の要件を否定すべきではないと思われる。

以上のように考えることが許されるならば、あえて、刑法上の自救行為において、占有権と他の権利を異なるものとして理解する必要はないのである。<sup>(92)</sup>

(75) 明石・前掲注(10)三〇一頁、浅田・前掲注(33)二六四頁、大下・前掲注(52)二九三頁以下、内藤・前掲注(6)四六一頁以下。

(76) ドイツにおいては、民法二二九条以下が一般自救を、八五九条以下が占有自救を規定しているが(注(10)参照)、一般自救では緊急性を要件としているのに対し、占有自救は、占有侵害の現場での、あるいは、そのまま行為者を追跡した後の自力救済であり、このような場合にのみ、緊急性の要件を不要としている点に特徴がある。占有自救は、緊急性を要求しない点で一般自救よりも広く、現場か追跡中という点で一般自救よりも狭いといえる(Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, S. 461 f.)。なお、ロクシンは、占有自救が国家机关の救済可能性を求めない点で、「公的機関の代理(pro magistratu)行為」ではなるとし、両者を区別している(Roxin, *Strafrecht AT* (Anm. 72), S. 803.)。また、一般自救は、請求権の保全にとどまる(ドイツ民法二三〇条二項、三項参照。Vgl. Heinrichs, Palandt (Anm. 27), S. 233.)のに対し、占有自救は、占有の奪回が認められる。

(77) 占有自救の要件が欠けた場合は、一般自救が成立する可能性がある。Peter Bassenge, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl. 2008, S. 1324.

(78) 大下・前掲注(52)二九四頁。

(79) 明石・前掲注(10)三〇一頁。

(80) 内藤・前掲注(6)四六三頁。

- (81) 大下・前掲注(52) 二九五頁。
- (82) 追跡が中断されなければ、時間的制限はないことになる。Bassenge, Palandt (Anm. 77), S. 1325.
- (83) 建物賃借人である被告人が、所有者から侵奪された四日後に占有を奪回した事案であり、福岡高裁は、「占有侵奪者である T の占有が前叙のように未だ平静に帰して新しい事実秩序を形成する前である限り、被侵奪者である被告人の喪失した占有は未だ法の保護の対象となっている」と判示している。
- (84) 明石・前掲注(10) 三四一頁以下、内藤・前掲注(6) 四五七頁以下。これに対し、大下・前掲注(52) 二六九頁は、占有後四日経過した後の自救行為であったことから、占有が未だ攪乱状態にあると評価できるかにつき、疑問を呈している。
- (85) 高橋・前掲注(8) 二一七頁。
- (86) 福山・前掲注(27) 一四一頁。
- (87) 大下・前掲注(52) 二八六頁。
- (88) 大下・前掲注(52) 二九五頁。なお、歴史的背景については、大下英希「自救行為について(一)」法雑五二卷一号一八頁以下(二〇〇五年)を参照。
- (89) 橋爪・前掲注(15) 一八一頁以下。
- (90) そもそも占有自救が問題となる場面では、ほとんどの場合、緊急性が認められることになろう。稀に国家机关の救済可能性が認められる場合に、例外的に緊急性を不要として自救行為の成立を認めたとしても不都合はないように思われる。
- (91) 佐伯||道垣内・前掲注(58) 二二五頁〔道垣内発言〕参照。
- (92) 大塚ほか編・前掲注(7) 二九五頁〔土本〕。

#### 四 結びにかえて

本稿においては、自救行為の法的性格、すなわち、正対不正における事後的救済という性格から、補充性、お

よび、法益の均衡は自救行為の成立要件として不要であるという結論を導いた。また、緊急性の要件は要求されるべきであるが、例外的に、認められなくとも違法性阻却すべき場合も想定できるのであり、占有自救のような場合は、その一場面と評価することが可能である。そのように考えるならば、あえて占有自救という概念を持ち出す必要はないように思われるのである。

なお、本稿は、一口に自救行為といっても、ここでは様々な状況が考えられるのであり、それぞれにおいて全て一律に判断すべきではない（厳格に解すべき場合もあれば、限りなく正当防衛と同様に考えるべき場合もある）という問題意識からくるものであって、自救行為全体をゆるやかに解し、違法性阻却の範囲を広げることを意図したのではないことを付言しておきたい。