



自救行為について(一)

橋爪, 隆

(Citation)

神戸法學雜誌, 54(4):175-199

(Issue Date)

2005-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004991>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004991>



自救行為について（一）

一．はじめに

- 1 違法阻却事由としての自救行為
- 2 財産上の権利行使と自救行為
- 3 民法と刑事法の関係

二．判例・学説

- 1 判例の動向
- 2 学説の問題意識（以上、本号）
- 三．正当防衛と自救行為の限界
- 四．自救行為の要件
- 五．おわりに

橋爪

隆

一 はじめに

自救行為とは、一定の権利を有する者がその権利を違法に侵害された場合に、国家機関による法定の手続によることなく、自ら実力をもってその権利の救済・実現をはかる行為を指す。たとえば鞆を盗まれた者が、一週間後に自分の鞆を持って歩いている犯人をたまたま発見した際に、警察官を呼んでいる余裕がないため実力を行使して鞆を奪い返すような場合が、その典型例として挙げられることが多い^①。そして後述するように、右のような事例に就いては自救行為に基づく違法阻却が認められると解するのが、学説の基本的な態度である。また、最高裁判例においても自救行為に基づく違法阻却の可能性が一般論としては認められているし、実際、下級審の裁判例においては、自救行為に基づいて違法性を阻却したと考えられる裁判例が既に何件か存在している。このように自救行為は、刑法上の違法阻却において一定の地位を占めており、今後も実務的にも問題となりうる対象といえることができるが、その適用場面や成立要件については（とりわけ最近の学説においては）必ずしも詳細な議論が展開されていないように思われる。このような状況把握に基づき、本稿は、自救行為による違法阻却の根拠及びその要件について、若干の検討を加えようとするものである。はじめに本稿における問題関心を簡単に示すことにしたい。

1. 違法阻却事由としての自救行為

まず検討の手法に関しては、自救行為を他の違法阻却事由と関連付けつつ、相互に比較しつつ検討を加える方法が有益であるように思われる。自救行為は正当防衛、緊急避難と並んで、「緊急行為」の一つとして理解されることが多い^②。そのため、「緊急行為」という観点から、正当防衛、緊急避難、自救行為について統一的な観点からの説明が可能な場面も考えられよう^③。また、自救行為は違法に侵害された権利を回復する手段であることから、不正

の侵害に対する実力行使として「正対不正」の構造を示している。この点をみれば、自救行為には緊急避難と異なり、正当防衛と類似した性格があることを指摘することもできよう。^③ もっとも、自救行為が問題となるのは、いったん権利が侵害された後の事後的な救済の場面である。これは、利益侵害を事前に回避しようとする事前的救済である正当防衛・緊急避難とは根本的な相違点であり、正当防衛・緊急避難の共通の基盤である緊急性・切迫性が欠けていることができる。^⑤ このような一般的な理解によれば、正当防衛が「正対不正」の対立構造に基づく利益の「事前的救済」であるのに対して、緊急避難は「正対正」の対立構造に基づく利益の「事後的救済」であると簡単に対比することができる。このように「事前的救済か事後的救済か」、「正対不正か正対正か」という観点を対比させることにより、それぞれの違法阻却事由の要件論において、これらの観点がどのように考慮されている（あるいは、されるべき）かを分析することが可能になり、それによって、自救行為の成立要件を明確に規定することができるであろう。別稿において私は、正当防衛の基本思想を検討する上では、同じ緊急行為である緊急避難との相違点（正当防衛の独自性）、正当防衛と緊急避難の共通点（緊急行為性）の両側面から検討を加えることが必要であると主張したが、^⑥ 自救行為の検討に際しても、同様の手法が有益であるように思われる。すなわち自救行為の要件論に際しては、①正当防衛同様、「正対不正」の関係にあること（正当防衛との共通性）、②事後的救済と考えられており、正当防衛・緊急避難共通の基礎（緊急性）を欠く点（正当防衛・緊急避難との相違点）の両者に関する検討が不可避であろう。

なお、正当業務行為として違法阻却の限界が論じられてきた事例の中には、私人が実力を行使して何らかの権利・利益を実現しようとしている行為類型も含まれているということができる。たとえば、新聞記者が沖縄返還交渉をめぐる機密文書入手するため、外務省職員をそそのかして秘密を漏示させた外務省機密漏えい事件（最決昭和五三年五月三一日刑集三二巻三号四五七頁）においては、外交上の国家秘密を保持する利益と報道のために取材

する利益とが衝突しており、私人たる被告人が後者の利益を実現するために、実力で前者の利益を侵害した場面とみることが可能である。労働争議活動に関連して建造物損壊罪等の構成要件該当行為が行われた場合（最大判昭和四八年四月二五日刑集二七巻三三〇四一八頁、最大判昭和五二年五月四日刑集三二巻三三〇一八二頁など）、キリスト教の牧師が牧会活動として犯罪少年を隠避させた場合（神戸簡判昭和五〇年二月二〇日刑裁月報七巻二二〇四頁）などについても、同様の視点から利益対立を把握することが可能であろう。⁷⁾ これらの事例においては、確かに一定の利益・権利が脅かされているが、それが不正に侵害されているというわけではない。したがって「正対不正」の利益対立を前提とする自救行為とは事情が異なり、いわば「正対正」の利益対立とすることができる。⁸⁾ それでは「正対正」の利益対立だから緊急避難の問題かという点と、そういうわけでもない。これまでの判例・学説はこれらの事例を正当業務行為（三五条）の問題として取り扱っており、緊急避難（三七条）の問題としては取り扱ってこなかった。その理由としては、おそらく「現在の危難」が欠けるということなのだろう。⁹⁾ ここでは、正当防衛・緊急避難の共通の前提となっている利益侵害の緊急性・切迫性が欠ける事例について、正当業務行為による違法阻却が問題とされているということができる。¹⁾ このような観点によれば、正当防衛、緊急避難、自救行為、正当業務行為の四者は、まず正当防衛・緊急避難共通の前提である緊急性・切迫性が認められるか否かという点から二つに区分され（正当防衛・緊急避難グループか、自救行為・正当業務行為グループか）、さらに「正対正」か「正対不正」か、という観点からも二つのグループに区分することができよう（正当防衛・自救行為グループと、緊急避難・正当業務行為グループ）。

従来、自救行為の要件を論じる際には、正当防衛、緊急避難との相違点が強調されてきたが、私人の実力行使の場面はこれら三者に限られないのであるから、議論をより精緻化するためには、さらに一般的な正当業務行為との対比という手法も有益であろう。このような問題意識のもと、本稿では正当業務行為による違法阻却との相違点と

いう観点からも、自救行為を考えてみたい。

2. 財産上の権利行使と自救行為

自救行為の問題は、しばしば財産犯の保護法益をめぐる議論と関連して論じられてきた。たとえば窃盗犯人のものとから（窃盗行為の数日後に）所有権者自らが実力で財物を奪い返す行為が自救行為の典型例として挙げられている^⑫。もつとも、既に指摘されているように^⑬、所有権者が自己の所有物を取り戻す場合、二四二条の「他人が占有」の解釈によっては、取戻行為はそもそも窃盗罪の構成要件に該当しない点について注意する必要がある。しかしながら、現在の最高裁判例は、事実上の占有の侵害が認められれば直ちに窃盗罪の構成要件該当性を認める態度を取っている。たとえば最決平成元年七月七日（刑集四三巻七号六〇七頁）においては、自動車金融業者であった債権者が債務者との間に買戻約款付自動車売買契約を締結し、返済期限を超過して債務者が買戻権を喪失した直後に、債務者に無断で自動車を引き揚げた事実について、「被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法二四二条にいう他人の占有に属する物を窃取したものであるとして窃盗罪を構成する」という判断が示されている。そして、このように窃盗罪の構成要件該当性を広い範囲で認める立場からは、所有権者による窃盗犯人からの取戻行為までが窃盗罪の構成要件に該当することになるため、いかなる範囲で自救行為に基づく違法阻却を認めるか、という点がきわめて重要な問題となるのである^⑭。実際、下級審の裁判例においては（自救行為という表現を用いるか否かはともかくとして）違法阻却を認めて被告人を無罪としたものが存在する。これらの裁判例を分析することは、自救行為の検討においてきわめて有益であらう。

一方、学説においては二四二条の「占有」を「合理的な占有」に限定する見解が有力に主張されている^⑮。この立

場からは、窃盗犯人からの取り戻しは、そもそも奪取罪の構成要件に該当しないことになる。もつとも、この立場からは自救行為に基づく違法阻却が全く問題にならないわけではない。窃盗犯人からの取り戻しであっても、その際に住居侵入や暴行等をおかした場合、これらの罪の構成要件に該当する可能性が十分に考えられる¹⁵⁾。この場合にはやはり、自救行為に基づく違法阻却がいかなる範囲で可能か、という点が重要な問題となるのである。また、同一の事案について、財産犯の構成要件該当性を認める立場と、財産犯の成立を否定して、財産犯以外の構成要件のみに該当すると解する立場とで、自救行為による違法阻却の判断要素、成立範囲が異なってくるかという点も興味深い問題であろう。もしかりに不可罰となる範囲が異なってくるとすると、本権説・占有説の対立は、構成要件レベル・違法阻却レベルのどちらで事件を処理するか、という単なる体系論的な相違にとどまらないことになるからである。

いわゆる「権利行使と恐喝」をめぐる問題についても同様の理解が可能である。債権者が脅迫的手段を用いて自己の金銭債権を回収した場合について、判例（最判昭和三〇年一〇月一四日刑集九卷一一号二一七三頁）は「他人に対して権利を有する者が、その権利を実行することは、その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を超えない限り、何等違法の問題を生じないけれども、右の範囲程度を逸脱するときは違法となり、恐喝罪の成立することがあるものと解する」と判示している。この立場からは、いかなる場合に権利者の自救行為が「社会通念上一般に忍容すべきものと認められ」、違法性が阻却されるかが重要な問題となる。一方、学説においては、正当な権利行使の範囲内であれば、行為態様が不当であっても財産犯である恐喝罪は成立せず、手段の違法性をとらえて暴行罪、脅迫罪などの構成要件に該当するにすぎないとする見解も有力に主張されているが、この見解からも同様に、脅迫罪・暴行罪の構成要件について自救行為に基づく違法阻却が可能か、また、その基準は何かという点が問題になるはずである。

このように財産上の権利行使の場面では、いかなる構成要件に該当しうるかという点について見解の相違がみられるものの、その点とは理論的に独立した問題として、いかなる要件のもとで自救行為による違法阻却を認めるかという点が問題となるのである。¹⁸⁾したがって本稿においては、検討の対象を自救行為による違法阻却それ自体に限定し、財産犯の保護法益や構成要件論に関する検討はその対象外としたい。

3. 民事法と刑事法の関係

自救行為による違法阻却の問題は刑法に限った問題ではない。民法では「自力救済」という用語を用いるのが一般的であるが、民事法においても自力救済によつて違法性が阻却されることが広く承認されている。もつとも、わが国の民法典には自力救済による正当化に関する規定が存在せず、その違法阻却の範囲はもっぱら解釈に委ねられている。そして、民法学説においては一般的自救行為と占有救済に分けて、後者についてはより広い範囲で違法阻却を認める見解が一般的である。¹⁹⁾実際、外国法においてはドイツ民法のように、明文によつて両者を区別して規定する立法形式も存在するところである。²⁰⁾

かりにわが国でも民法典に自救行為を正当化する規定があれば、その行為は刑法においても違法阻却されるべきだと思われる。²¹⁾民法で許容される行為が（それよりも違法判断が厳格であるべき）刑法で禁止されるということは考えにくいからである。刑法三五条が法令行為について違法阻却を定めている点もその形式的根拠となり得よう。実際、ドイツの刑法学説においても、民法の規定がそのまま刑法上の違法阻却事由になることが認められている。²²⁾もつとも、現在のわが国の民法典には、自救行為を直接に正当化する規定は見当たらない。²³⁾この場合、一つの考え方としてあり得るのは、現在の自力救済に関する民法判例・学説の考え方を参照しつつ、その帰結を刑事法にも適用するという発想である。しかしながら私は、以下に掲げる三つの理由によつて、そのような方法を取る必要性は

必ずしもないと考える。まず第一に、民事判例によって自力救済が問題となる場面で不法行為の成立が否定されたとしても、その結論は損害発生否定など別の論理によっても得られるのであり、自力救済による違法阻却を積極的に認めたものとは限らない²⁴⁾。また違法阻却といっても、民事不法行為における違法性概念は過失概念との関係で相当に変容しており、刑法上の違法阻却と単純に比べるわけにはいかないであろう²⁵⁾。第二に、民法の学説で主張されている発想は刑法の議論においても十分に参照すべきものであるが、両領域の問題関心が相違している点もあるため、民法の学説の帰結に必ずしも全面的に依拠する必要があるとは思われない²⁶⁾。そして第三に、かりに民法ではこの範囲まで自力救済を認めてよい、ということになっているとしても、刑法上の可罰的違法性は、他の法領域と比較してより高度なものと考えられることもできるから、民法で正当化される範囲を超えて、より広い範囲で刑法上の違法阻却を認めても差し支えないはずである²⁷⁾。このような理由から、本稿においては民法上の議論を意識しつつも、終局的には刑法独自の違法阻却の問題として自救行為の問題を考えてみたい。

検討の順序としては、まず従来の判例・学説の動向を検討する。それに引き続き、自救行為と正当防衛の限界付けの問題、すなわち一定の利益が侵害される時間的経過の中で、どこまでが正当防衛の問題で、どこからが自救行為の問題になるか、という点について検討を加えたい。これは自救行為が問題になる場面の確定ということができ。それに引き続いて自救行為の成立要件について検討を加える。その際には自救行為が「正対不正」の利益対立を調整するものであり、「正対正」グループの違法阻却事由と相違する点が、重要なポイントとなろう。また、一般的自救行為と占有救済の区別が刑法学においても有益な基準たりえるか、という点も検討対象となろう。

(1) 最大判昭和二四年五月一八日(刑集三卷六号七七二頁・判例体系三〇卷七九九頁)は「自救行為とは一定の権利を

有する者が、これを保全するため官憲の手を待つに違なく自ら直ちに必要の限度において適当なる行為をすること、例えば盗犯の現場において被害者が贓物を取還すが如きをいう」との定義を示している（もともと、この部分は刑集では「その他の判決理由は省略する」とされ、収録されていない）。

- (2) たとえば団藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇年）二二二頁、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年）四四二頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）（第三版）』（一九九七年）四一〇頁、西原春夫『刑法総論（上巻）（改訂版）』（一九九一年）二六七頁以下、大谷實『新版刑法講義総論（追補版）』（二〇〇四年）二八七頁、曾根威彦『刑法総論（第三版）』（二〇〇〇年）一四五頁、松宮孝明『刑法総論講義（第三版）』（二〇〇四年）一一一頁、堀内捷三『刑法総論（第二版）』（二〇〇四年）一五一頁など。

- (3) このような問題意識からの先駆的な業績として、既に曾根威彦「自救行為と違法阻却の一般原理」早稲田法学会誌二四卷（一九七三年）四一頁以下がある。

- (4) たとえば内藤・前掲注（2）四四三頁を参照。なお、西原・前掲注（2）二八二頁は「自救行為には、不正対正という正当防衛類似の場合と、正対正という緊急避難類似の場合とが存する」とする。

- (5) このような指摘として、内藤・前掲注（2）四四三頁、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（一九九九年）五一頁などを参照。さらに曾根・前掲注（3）五〇頁以下は、正当防衛が受動的であるのに対し、自救行為は「不正の侵害に対して後からこれを回復せしめる行為であって、積極的・攻撃的である」とする。なお、ここでいう「事前的救済」「事後的救済」という表現を用いる上では、「何に対する侵害か」、「何を基準に事前事後を決するか」という点を明確にする必要がある。これらの点については、後掲本文で改めて言及したい。

- (6) 橋爪「正当防衛論の再構成（二）——相互闘争状況における正当化の限界——」法学協会雑誌一一五巻九号（一九九八年）三五頁以下。

(7) 私人による現行犯逮捕、人工妊娠中絶、救急車の制限速度超過運転などについても、基本的には同様の理解が可能であろう。もつとも、これらの行為については、刑法以外の法令において許容規定が置かれているため（法秩序の統一性の要請、あるいは刑法の謙抑性の要請から）刑法上も違法阻却を認めざるを得ないという事情があり、やや事情を異にする（すなわち、かりに許容規定が立法されていない場合、違法阻却の範囲が異なってくる可能性があり得る）。そのため、これらの事例は本稿の検討対象から除外したい。

(8) 自救行為に関する定義規定があるわけではないから、不正に権利が侵害されていない場合の実力行使も自救行為に含めて理解することも当然可能である。もつとも、これまでの自救行為の一般的な理解は「正対不正」の利益対立を前提にしたものであったと思われること、また利益が不正に侵害されたか否かは要件論にも反映されると考えられるため、本稿もそのような理解にしたがうことにしたい。なお、大阪高判昭和六三年二月九日（判例時報一三〇九号四三頁）は、部落差別の被差別者が、不当な差別事象に対して行う「糾弾」活動は、「憲法一四条の平等の原理を實質的に実効あらしめる一種の自救行為として是認できる余地がある」と判示しており、不法な侵害があつた場合には「一種の自救行為」の問題となるという判断を示している（結論としては、手段・方法、法益侵害の程度の点などから違法阻却を否定）。

(9) たとえば外務省機密漏えい事件において、取材の自由が不当に歪められていたとか、あるいは、秘密の対象となる事実がおよそ実質秘としての要保護性がないような場合であれば話は別であるが、そのような事情が認められたわけではない。この点について、最高裁決定は「本件第一〇三四号電信文案の内容は、実質的にも秘密として保護するに値するものと認められる。右電信文案中に含まれている原判示対米請求権問題の財源については……政府が右のいわゆる密約によつて憲法秩序に抵触するとまでいえるような行動をしたものではないのであつて、違法秘密といわれべきものではなく、この点も外交交渉の一部をなすものとして実質的に秘密として保護するに値するものである」

と判示している。

- (10) もちろんこのこと自体、自明の結論ではない。なぜ「現在の危難」と評価できないのか、検討する必要があるであろう(正当業務行為の問題か緊急避難の問題かによって、過剰事例の処理を含め、成立要件が異なる場合にはなおさらである)。

- (11) 「事前的救済」か「事後的救済」か、という分類には必ずしも馴染まないように思われる。たとえば外務省機密漏えい事件や労働争議事件では事後的救済という評価が一般的であろうが、牧会事件では(隠避しない場合にはじめて宗教活動の自由が妨げられるという意味で)むしろ事前的救済が問題となっているということもできる。

- (12) 自救行為に関する先行業績のほとんどが、権利行使と財産犯の問題について詳細な検討を加えている。たとえば鈴木義男「自救行為に関する覚え書」警察学論集一二巻一〇号(一九五九年)四頁以下、曾根・前掲注(3)五二頁以下、六六頁以下、高橋敏雄『違法性論の諸問題』(一九八三年)二二九頁以下、土本武司「自救行為(二・完)」警察研究六〇巻二号(一九八九年)一〇頁以下、福山道義「自救行為」阿部純二ほか編『刑法基本講座第三巻』(一九九四年)一四二頁以下などを参照。

- (13) 林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)一二五頁、山口厚『刑法総論(補訂版)』(二〇〇五年)一〇九頁参照。

- (14) この点について、木村光江『財産犯論の研究』(一九八八年)九五頁、五一頁以下を参照。

- (15) たとえば芝原邦爾「財産犯の保護法益」芝原ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』(一九九六年)一七二頁以下、西田典之『刑法各論(第三版)』(二〇〇五年)一三九頁、山口厚『刑法各論(補訂版)』(二〇〇五年)一九一頁などを参照。

- (16) 住居侵入罪については、「正当な理由がない」(一三〇条)ことが構成要件要素とされているため、自救行為として住居侵入行為も正当化される場合は、そもそも構成要件に該当しないことになるのかもしれない。もっとも、この相

違は（厳格責任説を採用しない限り）重要な相違点ではないと思われる。

(17) たとえば中森喜彦『刑法各論（第二版）』（一九九六年）一四三頁、西田・前掲注（15）一九九頁以下などを参照。

(18) もちろん占有説に立脚して、より広い範囲で構成要件該当性を認める立場のほうで、自救行為による違法阻却の問題が重要になるという関係は認められるであろう。もともと、財産犯の保護法益をめぐる議論と、自救行為による正当化の範囲の問題はお互いに独立した別個の問題である。

(19) 明石三郎『自力救済の研究』（一九六一年）一一六頁以下、米倉明『自力救済』法学教室一七号（一九八二年）一六頁以下、四宮和夫『不法行為』（一九八五年）三七二頁以下、佐伯仁志『道垣内弘人「刑法と民法の対話」』（二〇〇一年）二二二頁以下〔道垣内発言〕などを参照。

(20) ドイツ民法二二九条は「自力救済の目的で財物を奪取し、損壊し、または毀損した者、もしくは逃走のおそれのある義務者を拘束し、または義務者が受忍する必要がある行為に対する義務者の抵抗を排除した者は、時機を失さずに公的な救済を得ることができず、かつ直ちに行為に出なければ請求権の実現が不可能または著しく困難になるおそれのあるときには、違法に行爲した者ではない」と規定する。また、これとは別に同八五九条は「（第一項）占有者は、禁止された実力行使に対して、実力をもって対抗することができる。〔第二項〕不法な実力行使によって動産の占有を奪われたときで、加害者が現場にいる場合または追跡されている場合には、占有者は実力によってその物を奪い返すことができる。〔第三項〕不法な実力行使によって不動産の占有を奪われたときは、占有者は侵奪の後ただちに加害者を排除して占有を回復することができる。」と規定し、占有に基づく自力救済を規定している。

(21) この点に関連して、佐伯『道垣内・前掲注（19）二二七頁〔佐伯発言〕を参照。

(22) Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band 1, 3. Aufl., 1997, §17 Rn. 29.

(23) なお、民法二三三条二項は隣地から侵入した竹木の根について、それを自ら切除することを認めている。

- (24) 佐伯Ⅱ道垣内・前掲注(19) 二二八頁(「道垣内発言」を参照。
- (25) この点について窪田充見「損害概念の変遷と民法の役割」刑法雑誌四四卷二号(二〇〇五年) 一〇四頁以下、一一六頁、さらに橋爪「刑事帰責論と民事不法行為論の比較」刑法雑誌四四卷二号(二〇〇五年) 八五頁以下を参照。
- (26) この点に関連して、島田聡一郎「いわゆる『刑法上の所有権について』——財産犯における『刑事法と民事法の相関』の一断面——」現代刑事法六二号(二〇〇四年) 二二頁を参照。
- (27) 念のためにいえば、かりに民法等に自救行為に関する明文の規定が設けられていても、この点は同様に考えるべきである。

二. 判例・学説

続いて判例・学説の動向について検討したい。もともと、自救行為の成立範囲やその要件論については、章を改めて詳細に検討するため、ここでは重複を避けつつ、議論の基礎を提供するべく、判例・学説の基本的な傾向を簡単に示すにとどめる。

1. 判例の動向

(1) 戦前の大審院の判例は、自救行為に関する明文の規定がない以上、それに基づく違法阻却の余地はおよそあり得ないという態度を取っていたと考えられている^②。たとえば大判昭和一六年五月一二日(刑集二〇卷二四六頁)においては「自救行為ノ如キハ各個人自ラ權利ノ救済ヲ実力ニ訴ヘ実現セントスルモノニシテ其ノ弊甚シク整然タ

ル現時ノ国家形態ニ於テ到底許容セラレルヘキ權利保護ノ方法ニ非ス固ヨリ法ハ正當防衛緊急避難等之ヲ忍容セル場合アリト雖是レ全ク緊急已ムヲ得サル特種例外ノ場合ニ属シ法ハ其ノ要件ヲ極メテ嚴格ニ規定ス漫リニ明文ヲ有セサル自救行為ノ如キニ迫スヘキモノニ非ス」として、自救行為を原則的に否定する態度が示されていた。²⁸⁾

戦後の最高裁判例は、当初、「侵害を排除するためには須らく国家機関の保護を求むべきであり、自ら判示の如く威力を用い……るが如きことは法の認容しないところといわなければならない」(最決昭和二十七年三月四日刑集六卷三号三四五頁)と判示し、大審院判例と同様の態度を示していた。²⁹⁾もつとも、それに続く最判昭和三十一年一月十一日(刑集九卷一二号二四三八頁)は被告人の上告を棄却しつつ、カッコ書きで「所論自救行為に関する原判決の判断は正当である」との判断を示したのである。そして、この原判決は「未だ法の保護を求めるいとまがなく且即時にこれを為すに非ざれば請求権の実現を不可能若しくは著しく困難にする虞がある場合に該当するとは認めめることはできない、それゆえ、法律上の手続によらず自らの実力行使に出たる被告人の行為は違法という外ないとの判断を示していることから、最高裁は原判決のこの判断を容認している、すなわち右に示した要件を充足する場合には自救行為による違法阻却の余地を一般論としては認めている、との理解が可能となった。³⁰⁾さらに、最決昭和四十六年七月三〇日(刑集二五卷五号七五六頁)は刑事訴訟法三三五条二項に関する判断ではあるが、「自救行為は、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」ことを明言するに至っている。

(2) 下級審の裁判例においては、当初、「権利者が自己の権利を実現するためには、すべからく公力の救済を仰ぐべく、特別の事由がない限り自力による救済の法律上許されないことは勿論である」(名古屋高裁金沢支判昭和二十六年五月九日高刑判特三〇卷五五頁)と、自救行為に対して厳格な態度を示すものもみられたが、³¹⁾権利保護の緊急性、救済手段としての相当性、法益の権衡などの諸事情によって自救行為の違法阻却の限界を画そうとする裁判

例も存在した。⁽³⁸⁾ なお、この時期の裁判例の中には、自救行為が問題になりうる場面について、正当防衛を適用して犯罪の成立を否定したものが散見される。たとえば梅田村事件（大阪高判昭和三十一年二月一日高刑集九卷一二号一二三頁）においては、裁判所が年末年始の休暇に入る直前に、被告人が所有する土地に突然バラックを建設した行為を土地所有権に対する急迫不正の侵害として、右バラックを損壊した被告人の行為について正当防衛の成立を認めている。⁽³⁹⁾ これらの裁判例の事案が本来自救行為を認めるべきところ正当防衛を拡張的に適用して被告人を救済したものなのか、それとも当然に正当防衛が成立する場合であつたかについては、章を改めて検討を加えることにしたい。

そして昭和四〇年代に入ると、自救行為による違法阻却を明示的に示して犯罪の成立を否定した下級審裁判例が見られるようになる。まず大阪地判昭和四〇年四月二三日（下刑集七卷四号六二八頁）では、旅館の窓ガラス等を損壊して逃走した者を、旅館女将の追呼に呼応して追跡し、殴打の上で逮捕した行為について、「法令による行為である現行犯人逮捕行為に着手したもの」であると同時に、旅館の損害賠償請求権の実行を確保するための「自救行為の代行」であり、旅館女将の「自救行為の一部として社会的に見て相当性を有し違法性の阻却される正当行為」としての側面も有するとの判断が示されている。本件では、現行犯逮捕の問題と考えれば足り、あえて自救行為の問題を持ち出す必要はなかったのかもしれないが、逃走者の行為が犯罪を構成しないことが明らかな場合にも自救行為に基づく違法阻却を認めることになるという意味では、実益のある判示といえよう（なお、その場合に正当防衛が成立しないのか、という点が両者の限界をめぐって問題となろう）。さらに建築工事を請け負った被告人が、境界線を越えて敷地内にはみ出している隣家の庇を切り取った事件について、岐阜地判昭和四四年一月二六日（刑裁月報一卷二一号一〇七五頁）は、「被告人の行為は不法かつ緊急な侵害から自己の権利を守るためなした行為であつて、その目的や手段からみても相当であり、その他諸般の事情をも考慮すれば自救行為として社会正義

上許されるものというべく、従つて刑法三五条によつて違法性が阻却される」と判示している。また、建物賃借人が所有者から建物の占有を不法に侵奪されてから四日後に、再びその占有を奪い返した事件について、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）は、「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つてゐるものと解すべく、従つて、被告人は田中〔筆者註…土地の所有者〕の右占有を實力によつて排除ないしは駆逐して、自己の右占有を回収（奪回）することが法律上許容されるものと解される。（いわゆる自救行為として）。」と判示して、被告人を無罪にしている。このように下級審裁判例においては、自救行為による違法阻却がある程度認められるようになってゐる。⁽³⁶⁾

(3) 続いて「権利行使と財産犯」に関連する裁判例について見ていくことにする。自己所有物の取り戻し行為については、最高裁判例は「事実上の占有状態」の侵害があれば財産犯の構成要件該当性を認める旨の判断を繰り返してゐる。⁽³⁷⁾ その後の下級審においては、窃盗罪の構成要件該当性を認めつつ、権利行為であることを理由として違法性を阻却したものが何件か存在する。⁽³⁸⁾ たとえば浦和地判昭和三八年一月一六日（下刑集五卷一―二号三二頁）は、タクシー運転手が労働争議行為の過程で違法な仮処分決定に対抗するため、タクシー一八台を窃取した事件について、「労働条件の改善を目的とした争議行為の一環であり、組合側には長期間の争議に耐え得る余力がなく、早急な争議の解決を必要としていたこと、しかも前記認定のとおり本件仮処分の内容が現実に執行された暁には本件争議は組合側の惨敗に帰することは明白であり、結局組合側にとつて取り返しのない結果となること、これらの諸情勢を総合して判断すると、被告人等の本件行為は憲法によつて保障された労働者の争議権を現実に実現するためになされた無理からぬ行為であり、違法性を阻却する」との判断が示されている。さらに東京地判昭和四二年六月三〇日（判例タイムズ二一―一八七頁）は、所有権留保特約付きの売買契約の買主が弁済の誠意を示さなかつたため、売主会社の社員が、買主のもとから商品を引き揚げた事件について「被告人らの本件所為が外形

的に窃盗罪の構成要件に該当することは明らか」としつつも、「客観的には被害者の承諾が予想される場合であり、また被害者自身の承諾を欠いたとしても無断で持ち去つたわけでもなく、手段方法において特に不法な点はないし、その行為目的も特に非難の対象となり得る程のものでもない」として違法性が欠ける旨を判示している。もつとも、権利の存在を理由として違法性を阻却した裁判例はそれほど多くはない。^③むしろ緊急性の欠如などを理由として、権利行為であるとしても犯罪が成立するとした裁判例の方が多数にのぼる。たとえば東京高判昭和四〇年九月二七日（高刑集一八巻六号六四七頁）は、違法な差押物件を取り戻した事件について、「所轄行政庁に対する再調査の請求、審査の請求等の方法により法律上の救済を求めるべき筋合のものであつて、このような合法的措置をとることによつて時期を失し、権利の実現が事実上不能または著しく困難となるような特別の事情の存在も記録上窺われない本件において、被告人が前示のような手段方法によつてほしいままに耕耘機一式を取り戻した行為は緊急性及び手段の相当性という自救行為の要件を欠く」との判断が示されている。実際、財物をただちに実力で取り返さなくてはならない必然性・緊急性が認められる事案がそれほど多くないであろうことは想像に難くないところであろう。

また、債権者による債権回収についても最高裁判例は恐喝罪説を採用している（最判昭和三〇年一〇月一四日刑集九巻一一号二一七三頁）。その後の下級審裁判例の中には、最高裁三〇年判決が示した「その権利の範囲内であり且つその方法が社会通念上一般に忍容すべきものと認められる程度を越えない限り、何等違法の問題を生じない」という基準に依拠しつつ、恐喝罪の成立を否定したものが散見される。たとえば福岡地裁小倉支判昭和四七年四月二八日（判例タイムズ二七九号三六五頁）は右最高裁判例を援用しつつ、その判断に際しては「当該行為の主観客観の両側面、すなわちその目的と手段の双方を総合的に判断すべきは勿論、場合によつては、当該権利義務の内容・性質・成立原因等、当事者双方の生活に対するかかわりの軽重、当該行為に至るまでの当事者間の交渉経

緯、その努力の有無程度、双方の資産地位、権利義務に関する知識の深淺その他の力関係等にまで立入って仔細に吟味する必要がある」として、被告人のとった手段は「共謀による恐喝の外形を充足することを否定できないとしても、なおさきに述べた社会的相当性……を超えたものと断ずることはでき」ないと判断している。もつとも裁判例において興味深いのは、恐喝罪の構成要件に該当することを認めつつ、違法阻却を論ずるのは少数にとどまつており、その多くは権利行使であることを含め、被告人と被害者間の関係やこれまでの経緯などを考慮した場合、被告人の言動はそもそも「恐喝行為」「害悪の告知」「脅迫行為」と評価できないという構成要件上の判断を示すものが多いことである。たとえば札幌地判昭和四五年一月一四日（判例タイムズ二四九号二八九頁）は「相手方の女性関係が表沙汰になるかも知れないと告げることは、通常金員喝取のための実質的にも違法な手段とされることが多いであろう。しかし同じことを告げる場合であつても、支払を要求する者とその要求を受ける者との間に特殊な関係があるとか、或は支払を請求されている金員が特殊な性質をもっているとかという事情があり、そのため、支払い請求をめぐる交渉過程のなかで両者の間に女性関係の公表という言葉が出て、両者の間の右の如き特殊な関係を基礎として考えるところの言葉をつかまえて直ちに刑法上恐喝と評価するほどの強い違法性がある場合とまでは言えないと考えられるときは、まだ喝取行為にあてはまらない」と判示している^④。また、無罪裁判例全般を見ると、権利が存在するという事情だけではなく、相手方がおよそ支払いに応じなかったり、あるいは姿をくらませるなど、被害者側の態度に相当の問題がある事実が多い^⑤。これらの事情は実力行使の必要性を根拠付けるものといえよう。

2. 学説の問題意識

現在の学説は、明文の規定は存しないものの、自救行為に基づく違法阻却の可能性があり得ることをほぼ一致し

て承認している。その文言上の根拠としては、刑法三五条の正当行為にあたると解する見解と、超法規的な違法阻却事由であると解する見解がある。いずれの理解に立つかが自救行為の要件論にも反映してくるとの指摘もあるが、たとえ正当行為に包摂するにせよ、いかなる場合に正当といえるかを実質的な原理にさかのぼって検討せざるを得ない以上、両者の相違はそれほど決定的ではないといえる。⁴⁶⁾

なお、学説のなかで注目すべきものとして、そもそも自救行為による違法阻却を認める必要がないとして、自救行為を否定する見解が挙げられる。この見解は、たとえば窃盗犯人が財物を盗んでから数週間が経過した場合であっても、「財物を返還しない」不作為による侵害が継続しており、それに対する正当防衛が観念しうるから、そもそも（正当防衛が認められない場合にはじめて問題となる）自救行為を問題とする必要がないと主張する。⁴⁷⁾ もともと、この見解に対しては、正当防衛における急迫性概念を不当に弛緩させるものであり、正当防衛を過度に広い範囲で認めることになるとして、批判的見解が一般的であり、⁴⁸⁾ 現在の通説的見解は、右の事例における窃盗犯人に對しては、正当防衛ではなく、自救行為のみで対抗可能であると解している。また、これに関連する問題として、窃盗犯人が窃取した財物を携えて逃走中の場合に、実力を行使して財物を取り戻す行為が正当防衛になるか、自救行為になるかが争われている（この問題については、項を改めて検討したい）。

また、自救行為を認める見解も、私人の実力行使が正当化されるのはきわめて例外的な場合であるとして、その成立範囲を限定的に解している。一般的な説明によれば、自救行為は、①国家機関による法定の手続を受けるいとまがなく、かつ、②ただちに自力による救済をしなければ、事実上、権利の実現が不可能になるか、あるいは著しく困難になるおそれのある状態であることが必要である。⁴⁹⁾ これに対しては、いますぐ債権回収しなければ会社が倒産してしまう場合のように、権利それ自体は後日容易に実現可能であるとしても、それでは全く無意味になってしまう場合が考えられるとして、②の要件は不要であるという反対説が主張されている。⁵⁰⁾ もっとも、通説の立場が

らは、反対説が想定するような場面も「事實上、権利の実現が不可能になるか、あるいは著しく困難になるおそれのある状態」に含まれているとの反論がなされている。⁵⁴⁾この問題は、自救行為の可否を判断する上で、行為から派生する事情や個人的な事情などをいかなる範囲で斟酌することが許されるか、という問題として評価することができよう。

また、正当化される行為の要件については、必ずしも十分な議論がなされてるわけではないが、行為の必要性・相当性を要求するのが学説の一般的傾向といえよう。⁵⁵⁾これらの要件の意義について、多くの学説は、緊急避難における補充性、法益衡量の要件を基準としつつ、それとの対比という観点から要件論を展開しているようである。すなわち、①自救行為は違法な権利侵害を前提にする以上、緊急避難のように補充性、法益均衡を厳格に要求する必要はないとする見解⁵⁶⁾、これとは逆に、②明文のない例外的な違法阻却であることから、緊急避難よりも厳格に考えるべきとする見解⁵⁷⁾、そして、③緊急避難と同様の要件に服するという見解⁵⁸⁾が主張されているのである。そして、③の立場を徹底させたものとして、自救行為とは緊急避難そのものであり、三七条の規定に従って解決されるという立場も存在する。⁵⁹⁾

このように学説の多くは、緊急避難との比較という観点から補充性の要否を論じているのであるが、緊急避難で問題とされる「補充性」と、自救行為で要求されている「補充性」には実は重大な相違があることを指摘しておきたい。たとえば自分の所有物を窃取されてから数週間して窃盗犯人に遭遇した場合、自救行為が可能であるといわれているが、これは相手が誰か分からないため、後から警察や裁判所の助力を得て返還を求めることが事実上不可能であることがその前提とされている。このことは逆に言えば、たまたま盗んだ犯人が知人であることが判明し、かつ、その者が逃走するおそれもない場合には、公的救済を求めるべきであり、自救行為は補充性（ないし緊急性）を欠くとして、認められないことを意味する。しかしながら、たとえ知人に盗まれた場合であっても、その財

物を利用できないという利用可能性の侵害は継続しており、公的救済によって後から返還を受けても、その期間に利用できなかったという利益侵害は回復されるわけではない。つまり、自救行為においては、財物の返還請求権(ないし損害賠償請求権)の実現を対象として補充性(ないし緊急性)の存否が検討されており、当面の間、財物が利用できないという不利益は、ただちに利用しなければ後から返還されても意味がないような場合を除いて、受忍することが前提とされているのである⁵⁷⁾。

それに対して、緊急避難においては、たとえば何らかの原因で自己の財物が危機に瀕しているような場合に、後から損害賠償請求権を行使できるから、という理由で補充性要件が否定されることはあり得ないだろう。財物をただちに利用する必然性が乏しい場合であり、あとから金銭的満足を受けても十分な場合であったとしても、この結論には変わりがないと思われる。このように緊急避難の補充性要件は、請求権の実現ではなく、財物等の利用可能性それ自体を基準になされている。したがって、緊急性、補充性といった同じ用語を用いていても、自救行為と緊急避難ではその内容は共通ではない。そして、自救行為においては、公的救済が得られるまでの期間の不利益は原則として受忍が要求されており、それが不都合な場合に限って例外的な実力行使が認められているのに対して、緊急避難においては、まさにその時点の不利益を回避するためだけであっても、必要な実力行使が認められている⁵⁸⁾。以下では、この「受忍」という観点から、さらに自救行為を検討していくことにしたい。

(28) もっとも、大塚仁「自救行為の要件」同『刑法論集(一)』(一九七六年)一八三頁、高橋・前掲注(12)二〇二

頁・二〇四頁、大塚仁ほか編『新・判例コンメンタール刑法I 総則(1)』(一九九六年)三九三頁〔佐久間修〕

は、大審院も自救行為による違法阻却の余地を完全に否定していたわけではないとする。なお、大判昭和九年二月十三日(刑集二三卷一七二五頁)は被告人の行為について「正當ナル自救行為トシテ許サルヘキニ非ス」と判示して

おり、「正當ナル自救行為」があるかのような口吻を示す。

(29) 同様の態度を示す大審院判例として、大判明治三六年五月一日(刑録九輯七六〇頁)、大判大正七年十一月五日(刑録二四輯一三三五頁)、大判昭和十七年一月二日(法律新聞四八〇七号一〇頁)などがある。

(30) 伊達秋雄「判批」『刑事判例評釈集一四卷』(一九五七年)五七頁は本判決を評して、大審院の態度を踏襲しつつも、それよりはやや緩和したものとする。

(31) 戸田弘「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 昭和三〇年度』(一九五六年)三三八頁参照。

(32) 同様の判断を示したものとして、たとえば東京高判昭和二十四年一月一日(高刑集二卷二二二頁)、東京高判昭和三十六年一月一日(東高判時一二卷一一号二四頁)などがある。

(33) たとえば東京高判昭和三十一年二月二八日(東高判時七卷二二五〇六頁)など〔結論としては違法阻却を否定〕。

(34) 建造物損壊について正当防衛を認めた裁判例として、梅田村事件のほか、東京高判昭和三十五年九月二七日(高刑集一三卷七号五二六頁)、名古屋高判昭和三十六年三月一日(高刑集一四卷三三三二頁)などがある。さらに佐世保簡判昭和三十六年五月一日(下刑集三卷五二六号四九三頁)は、採光・通風を妨害している隣家の目かくし板を損壊した事件について、いかなる違法阻却事由の問題かを明言することなく、違法阻却を認めている(弁護人は「不法の侵害」を排除した緊急避難行為であると主張していた)。

(35) たとえば注文行為時には代金支払意思が存在したことが明らかであったが、飲食・宿泊代金の支払時期になって、代金を支払わずに脱兎の如く逃走するような場合、詐欺罪も窃盗罪も成立しないから、現行犯逮捕はなしえないことになる。

(36) もちろん自救行為が積極的に認められているわけではなく、自救行為の要件について判断を加えた上で、その成立を否定した裁判例がむしろ多数である。たとえば東京高判昭和四〇年九月二七日(高刑集一八卷六号六四七頁)、東

京高判昭和五四年一月二六日(刑裁月報一一卷一一二号一四頁)など。

(37) 代表的な最高裁判例として、最判昭和三四年八月二八日(刑集一三卷一〇号二九〇六頁)、最判昭和三五年四月二六日(刑集一四卷六号七四八頁)、最判平成元年七月七日(刑集四三卷七号七頁)などを参照。

(38) なお、無罪裁判例の中には、権利行為であることなどを理由に不法領得の意思を否定することによって無罪を導いたものがある。たとえば最判昭和三二年二月一九日(判例時報一〇九号二六頁)、大阪高判昭和五〇年一〇月一七日(判例タイムズ三三五号三四七頁)など。この点に関しては、木村(光)・前掲注(14)四五三頁以下の分析が有益である。

(39) もちろん起訴便宜主義のもと、違法性が阻却される可能性が高い事件については、検察官がそもそも起訴していない可能性がある。この点については、佐伯Ⅱ道垣内・前掲注(19)二二七頁以下(佐伯発言)参照。

(40) 構成要件該当性の問題か、違法阻却の問題かという区別が、検察官の立証責任など実践的な問題に影響を及ぼさない場合には、裁判所が体系的な問題点に関心を示さないことは当然のことなのかもしれない。

(41) このような発想をとったと評価することができる最近の裁判例として、たとえば名古屋地判平成七年二月二七日(判例タイムズ九一八号二五一頁)、大阪高判平成九年二月二五日(判例時報一六二五号一三三三頁)、東京地判平成四年三月一五日(判例時報一七九三号一五六頁)などを参照。

(42) たとえば東京地判昭和四二年九月五日(判例タイムズ二二三号二〇三頁)、東京高判昭和三六年十一月二七日(東京高判時一二卷一一号二三六頁)、前出福岡地裁小倉支判昭和四七年四月二八日など。

(43) たとえば木村亀二『犯罪論の新構造(上)』(一九六六年)二七四頁以下、高橋・前掲注(12)二二八頁などを参照。

(44) たとえば団藤・前掲注(2)二五二頁、西原・前掲注(2)二六七頁、川端博『刑法総論講義』(一九九五年)三

六四頁などを参照。

(45) 大塚他編〔佐久間〕・前掲注(28) 三九七頁を参照。さらに西原・前掲注(2) 二六七頁以下を参照。

(46) 同旨のものとして、内藤・前掲注(2) 四四七頁、団藤重光編『注釈刑法(二一―)』(一九六八年) 一一九頁〔福田平〕を参照。

(47) 草野豹一郎「自救行為と刑法改正草案」法学新報四六巻四号(一九三六年) 一八頁、下村康正『犯罪論の基本的思想』(一九六〇年) 一一四頁などを参照。

(48) たとえば高橋・前掲注(12) 二二六頁、西原・前掲注(2) 二八〇頁などを参照。

(49) たとえば内藤・前掲注(2) 四五九頁以下、団藤編〔福田〕・前掲注(46) 一二四頁。なお、改正刑法仮案(一九三二年制定) 二〇条一項は自救行為について「請求権ヲ保全スルニ付相当ノ時期ニ法律上ノ手續ニ依ル救済ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於テ其ノ請求権ノ実行ノ不能ト為リ又ハ著シク困難ト為ルコトヲ避クル為自ラ救済スルニ出テタル行為ハ其ノ際ニ於ケル情況ニ照シ相当ナルトキハ罪ト為ラス」と規定しており、本文で掲げた見解とほぼ同様の立場であつた。

(50) 高橋・前掲注(12) 二二五頁以下を参照。もつとも、このような立場を前提とした場合、②の要件が不要というよりも、②に代えて「緊急に権利を実現しなければ事実上意味がない」という要件を掲げるほうが正確であるように思われる。

(51) 内藤・前掲注(2) 四六〇頁以下、福山・前掲注(12) 一三九頁、大谷・前掲注(2) 二九〇頁などを参照。

(52) このような理解として、既に上掲一高「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔第五版〕四一頁がある。

(53) 内藤・前掲注(2) 四六四頁、曾根・前掲注(3) 七二頁、団藤編〔福田〕・前掲注(46) 一二五頁(最終的には社会的相当性の見地から決すべきとする)などを参照。なお、高橋敏雄「自救行為」日本刑法学会編『刑法講座第二

巻』（一九六三年）一九一頁は、補充性は必要だが、緊急避難のような法益の権衡は必要ではないとする。山中・前掲注（5）五一五頁も緩やかな法確証利益の援用によって、同様の方向を示す。

（54）佐久間修『刑法講義総論』（一九九七年）一九四頁、堀内・前掲注（2）一七四頁を参照。

（55）藤木英雄「刑法演習講座（四）」警察学論集一七卷一一号（一九六四年）二二四頁参照。

（56）内田文昭『刑法概要中巻』（一九九九年）一八三頁以下を参照。

（57）この点に関連して、内田・前掲注（56）一八四頁は「純理論的には一度受けた『損害』は回復できないが、事実上、『取り戻し』は可能であり、それができない状態が『危難』なのである」とする。

（58）このことは正当防衛であっても同じことである。財物を損壊されようとしているとき、あるいは羽交い締めにされて自由を奪われているとき、後から損害賠償をすれば十分に満足し得るとしても、それによって正当防衛が否定されることはおよそあり得ないであろう。ここにおいては、緊急避難同様、瞬間たりとも利益侵害を受忍する必要はないという態度が前提とされている。