

【紹介】

明石三郎著 自力救済の研究

沢 井 裕

本稿は関西大学の明石三郎教授が昨年九月に有斐閣から出版された「自力救済の研究」と題する三二〇頁におよぶ詳細な研究成果（以下ではこれを「本書と略称する」）の紹介と研究である。教授は私の関西大学奉職以来の指導教授であり——しかし本稿は決していわゆる内輪ほめに墮するものではない——今ここに年来にわたる研鑽がかかる成果において実を結んだことは、喜びに堪えない。自力救済について、このような詳細なしかもまとまった研究は存在せず、学界にとって大きい功績をなすものである。私は本書の校正のお手伝をし、さらに完成したものについて精読して、その学問的内容については、いうまでもなく、その豊富な資料をもって語らせ、宙に浮いた独断を排除する研究態度の緻密、着実に強く教えられるところがあった。しかも自力救済そのものの広汎さ複雑さに応じて、本書も、また、教授の専攻たる

民法はもちろんのこと、法制史、刑法さらには法哲学の分野にまで説き及んでいる。表面に現れないピラミッドの基底をきつく努力の長く、けわしいことをしのげせる。さらにこれは多年にわたる多くの研究論文を基礎としているにかかわらず、単なるばらばらの論文の集成ではなく、初めから書き下されたかのような統一ある一つの大モノグラフィ―にまとまったことは——もちろん本書のために、かなりの部分を新たに書き下され、あるいは補筆されたことにもよるが——教授の構成力の確実さを示すものといえよう。

さて本書の紹介と研究を試みることによって、自分が学んだ事柄をまとめさらに御教示をうる契機としたい。私は民法の学徒であり、法制史、刑法、法理学については素人以上に出ない。したがって紹介も、これらについては簡単に触れるにとど

め、重点を現行の諸問題についての比較法——それも主としてドイツ法——とわが国の法に限定して紹介、研究を行なう。外国の学者の著書とはことなり、本書は何人も容易に参照しうるものであるから、内容の客観的かつ忠実な紹介というよりも、私の意見——若干、教授と考えを異にする点もある——がかなり加えられていることをおことわりしておきたいと思う。

——(以下で紹介と研究に入るが、敬語は一切用いない)——

本書はまず「はしがき」で、自力救済の規定があらうとなかろうと「緊急の場合に自己の権利を自力で保全するのは、人類生存の基本的要請であつて、国家と雖もこれを否定し去ることはできないであらう。……わが国の立法者が明規でこれを認めらるゝのに反対なのは、暴力の横行をおそれるためらしい。私は認めるの限界を明確にする意味で明定すべきだと思ふが、やはり本書が世に暴力の横行を勧奨するものだと思ふべきでないよう希望する」と述べているが、これが自力救済論の核心といえよう。後に再び触れるが、自力救済理論は、単に理論的のみ構成されるものではなく、その時点における訴訟制度の整備の度合、社会一般の順法意識ならびに、自力救済の明規による認否がこれらにどういふ影響を与えるかという、社会的価値判断が、こ

の問題解決の決定的要素になることをまず銘記すべきである。

「第一章 自力救済の普遍性」(以下)では、「第一 古法一般」、「第二 英国の古法」、「第三 わが国の古法」について各国とも古法では、復讐、私力差押という自力救済が唯一の法的救済の方法であり、それが漸次贖金の形に代えられて行く過程を示唆する。

「第二章 ローマ法における自力救済」(以下)これは極めて詳細、緻密な研究であり、ローマ法学ならびに法制史的にも

貴重な収穫であらう。これは「まえがき」「第一 単純なる自力救済の時代」、「第二 法手続的自力救済の時代」、「第三 任意的贖金の時代」、「第四 強制的贖金の時代」、「第五 国家機関による裁判の時代」に分けて、展開されており、さらに「第三章 ゲルマン法における自力救済——ドイツ民法制定まで——」(以下)についても詳しい説明がある。これらの詳細

を論ずる能力はないが、これらに導かれて、私は自力救済には本質を異にする三つの時期があると思ふ。もっとも原初的な時代に復讐が支配したということは、まず、自然の理である(もっともこれを現代と同じ意)。ついで裁判制度が漸次発展してくると、公権力は意識的に強い態度で自力救済を禁圧するようにな

る。この時代における自力救済は裁判制度、いいかえるならば国家そのものの敵であり、これを克服しなければ、裁判制度は確立しない。いいかえるならば、裁判制度はいまだ完備せず、したがって、社会的には自力救済が必要であり、しかも現実に有力な存在であるにかかわらず、いやまさに、そうだからこそ国家はこれを禁圧せざるをえないのである。ついで国家が確立し、裁判制度が完備するに至ると、国家は逆に自己の公的裁判制度の限界を自覚するとともに、もはや力においてその敵でなくなった自力救済に寛容の態度を示すようになり、さらにこれに自己の裁判制度の不可避的限界を補う、補充的機能を積極的に認容するようになる。これが現在の英米法あるいはドイツ、スイスの各法制といえる。フランスおよび日本ではまだこの点微妙な段階であり、人によって認識の相違を生むところであろう。

第四章 現代諸国の自力救済制度(二六頁以下)

まず第一節で、自力救済を大別して、一般的自力救済と特殊の自力救済に分けてその意味を説明する。一般的自力救済とは「請求権一般について、官憲の救済を得るいとまがない緊急の場合に、請求権の実現が後日に不可能または著しく困難となる

のをさけるため、やむをえず自力の行使が認められる場合であり」、特殊の自力救済とは「被害権利ないし請求権の性質によって、特殊の要件のもとに、自力救済が認められる場合」である。そして後者の例として、侵害された動産・不動産の占有の回復を目的とする自力救済、隣地より侵入した樹枝や樹根の切取権、逃亡した蜜蜂の追跡権、他人の土地内に移入された物の搜索引取権、貸貸人や旅館主人による賃借人や旅客の所有物の自力差押権、弁済者による目的物の自動売却権など多数を挙げける。しかし後述するように占有自力救済を、侵界樹枝根切取権と同列に特殊の自力救済の名の下に総括することは、若干問題であり、緊急的自力救済（本書にいわゆる一般的自力救済）と占有自力救済、および特殊の自力救済の三つに分類する方が妥当ではないか。現実には緊急的自力救済より占有自力救済の方が、重要な役割りを演ずるのであり、理論的にも緊急的自力救済と特殊の自力救済（とくに侵界樹枝根切取権）の架橋的地位を占めることを見逃しえない(本稿一七頁以下参照)。

第二節はドイツ法を中心とした「比較法的概観」である。まず「第一款 一般的自力救済」を見よう。ドイツ民法は第二二九条において、スイス債務法は第五二条第三項において、一般

自力救済（緊急的自力救済）をそれぞれ規定している。一般の自力救済の成立要件については両国法とも同様で、(1)自力救済の目的の存在、(2)請求権の現存、(3)請求権帰属者の行使、(4)即時に自力救済の手段に訴えなければ、請求権の実現が不能となるか、または著しく困難となるおそれがあること、(5)官憲の救済をまついとまのないことである。

しかしスイス債務法ではどういう手段で実力を行使すべきかについて何ら定めないので反し、ドイツ民法は細かく限定的に規定し、(1)物の収去、すなわち、物の占有者からその意思に反して物を押取すること、(2)物の破壊または毀損、すなわち妨害物除去請求権または引取許容請求権等の実現のために、その妨害物や土地所有者の所有物を破壊または毀損すること。(3)債務者が逃亡のおそれがあり、かつドイツ民事訴訟法九一八条の要件の具備している場合は、債務者の検束、(4)忍容義務に違反した相手方の抵抗の排除に限られる（例示的ではなく制限的と解されている）。「しかし自力救済が緊急行為である性質から見れば、その時の事情や目的に適応した手段を採らしめる意味において、スイス債務法のように方法に制限を設けないのが妥当である（本書一）^(三六頁)」との見解を私も支持したい。もっともスイス債

務法がまったく方法に触れていないのは疑問であり、請求権の保全は必要止むをえない限度の実力行使に限る旨は明規すべきであろう（ドイツ民法三〇）^(三〇參照)。さらに自力救済の効果についてはドイツ民法は「これを不法としない」というにとどまるに反し、スイス債務法は「損害賠償の義務を負わない」と明言する。

ここで民法上の不法ないし違法という概念と、損害賠償義務との関係についての私の考えをのべて批判を仰ぎたい。日本では民法上の違法性は常に、賠償義務を課すべきかどうかという点からのみ判断される——この点では右のスイス債務法の表現が明確。したがってある行為は全体としては適法だが当事者の衡平上賠償義務は認めざるをえないという場合には、行為そのものは適法だが損害を加えたことは違法という法的技巧を用いてまで、とにかく賠償責任の根拠に違法性をおこうと努力されている。私はすでに論じたように（「紛争の衡平な解決のための小論」）^(私法二三号六六頁以下とくに七三頁)違法・過失行為即賠償義務、適法行為即無咎責というドグマは反省すべき時期にあると考えている（適法行為にもとづく補償を認めるのは末弘・「適法行為による『不法行為』」民法雑記帳三三三頁以下のみといえよう）。

ある行為を民法上違法というこの意味は、「法がその行為を許容しない」ということに尽きるのであり、その第一義的な効果は「相手方はこの行為に対して正当防衛をなしえず、または物権的不作為請求権を行使して、これを差止め、ことができぬ」ということである。損害賠償は単なる事後的な性質をもつ善後処置にすぎない。本質的なものと単に属性にすぎないものとを混同してはならない。損害賠償義務を課しうるかどうかを、違法性の判断基準とすることは、本末顛倒といふべきだろう。違法性はその行為の社会的価値乃至当事者の利益衡量から決定される。違法と判断されたならば、その行為を差止め、さらに善後処置として、損害を賠償せしむべきこととなる。適法行為の場合には、まずその行為をなすことが許容されるが、それとは別個に衡平の見地から、さらに損害を補償せしめるべきか否かが問題となる。日本における既成の理論がもつばら損害賠償のみを採り上げたのは、それらもつばら一回的な。したがって差止めということが不可能な不法行為に目をうばわれ（ここでは違法即差止の意味は変らない、ただ、¹¹残念ながらすで行なわれてしまった¹²）というだけのことだ、行為をなす

るかどうかが本質的な、従って物権的排除権と補償の問題を統

一的に考察すべき継続的侵害行為、緊急避難、自力救済あるいは公法上の公用収用等の民法学的見地からの分析がいちじるしく不十分だということにもとづくのではないか。

このようにして、自力救済についても、まず本質の意味での適法性・違法性がまず問題とされるべきである。本書の著者も既成の学説と同様、違法即賠償義務、適法即無答責という見解にもとづいてはいるが、結果としてみると本書は、私のいう意味すなわちその行為をなしうるかどうかの点についてアプローチがなされ、「正当な自救権の行使に対して相手方は正当防衛をもって応ずることはできない(三六頁)」と結論づけたことは私の欣快とするところである。しかし私の論法からすれば、さらに賠償(適法行為にもとづくから補償といふべきだが)が問題とされねばならないだろう。

さて再び本書にもどらう。これまではドイツとスイスにおける緊急的自力救済(本書にいわれる一般的自力救済)の制度を展望した。紹介の便宜上本書では第三節にあるフランス法をここで比較すると、フランスでは民・刑法とも一般の規定が欠けており、永年の間「何人も自力によって権利を実現し得ない」

という法諺が行なわれた。しかし最近には判例もこの法諺に従うことが公平の觀念に反する結果を生ずる場合には、この効力を否定し、学説もこれを支持するに至っているが、なお一般的自力救済を認容するには至らず、個々の特殊な場合に、稀に自力救済が許されているにすぎない。わが國の法が自力救済規定をもたず、ややもすれば、禁止に傾いたのは民法制定時におけるこのフランス法の影響ではないか。さらに第四節の英法をここで参照すると、現代英國普通法は不文法規範としてではあるが、正当防衛、緊急避難とならんで自力救済を認めており、しかも許容されている範圍が広いことは、裁判制度に対する信頼を示唆して興味深い。もつとも英法の固有性として、抽象的一般規範としてではなく、個別的な類型に終始するが、実体法上主体をなすのはトレスパス、ニューサンスにおける自力救済であり、すなわち緊急的自力救済というより次にのべる占有自力救済というより次にのべる占有自力救済としての本質をもつことが極めて注目値する。

さて、ふたたびドイツ法にもどり、「第二款 特殊の自力救済」を考察する。「上述の一般的自力救済に対して特殊の要件のもとに成立する自力救済であつて、公力救済の間に合わない

ことや、権利に回復不能の危険性のあること等の要件を要しない」(一四頁)。(一五頁)。この例として本書は、(1)侵界樹枝根の切取権、(2)蜜蜂追跡権、(3)物の搜索引取権、(4)賃貸人の差押権、(5)自助売却権、(6)加害物自力差押権、(7)占有の自力取還権を挙げ、それぞれについて詳細な解説を展開している。この中もつとも重要なものは「占有権に基づく自力救済」であり、本書でも一七頁以下でとくに項を改めて詳述している。すなわち占有権にもとづく自力救済は占有そのものの本質から当然に導かれるものとする。占有制度は本来事実的支配秩序の保護をその存在理由とするが、このことは本権者の自力救済の禁止する反面において、占有者の実力支配を尊重する本質から、当然にその支配内において、平和の攪乱状態を安定せしめるための実力行使、すなわち占有者の自力救済を認めることになり「占有の攪乱期に自力救済を認めることは、占有制度の例外ではなく、むしろ原則というべきである」と説く。この論理構成はまず日本の支配的地位を占めるといえよう(平野・末川・物妻・松坂・勝本・舟橋・林)。(片山等、詳細は本書二七五頁以下参照)

しかし、占有制度とくに近代法的意味でのそれは、本来単に現存の支配状態そのものを靜的に見て、事実として尊重し保護することを本質とするものであり、支配状態の攪乱期に実力行

使を認めるか否かは別の問題でありやはり自力救済制度の一般的観点(権利の保全と実現)から、導き出さなければならぬと思う。すなわち占有の攪乱期においては、(1)侵害者の加害行為の違法性が極めて明白である(加害行為の違法性がそれほど明白でない一般の場合には、まずそれを裁判で決定する必要がある)。(2)占有者が、自力で占有を防衛しなければ、回復し難い、(3)観念的な権利なら裁判によって遡求的に利益を回復することもできるが、占有侵害は現実の問題であり、事実そのものを遡求的に回復することは不可能である——この意味でのみ通説のいう占有本質論は意味がある)という理由から占有制度を維持するためには、自力救済をある程度認めざるをえないことになる。権利を保全するため、緊急にして必要欠くべからざるものという意味において、これは緊急的自力救済の一種であり、一類型といえる。しかし占有侵害の態様を他の面から見ると、侵害排除の緊急必要性はそれほどいぢるしくはないが、(1)やはり侵害事実が明白であり、(2)さらに自救行為によって相手方のうける被害が些少であるため、あえて日時と費用をかけて裁判という国家組織を煩わす必要がないという理由

で自力救済を認めても良い場合が考えられる。そして、右の二つ要件があれば、何も占有の場合に限らないことになる。典型的な例としては、侵界樹枝根切取権がある。これは所有権の内容として構成されているが、占有権にも類推すべきであらう(Walt, Raiser, Sachenrecht)。英法におけるトレスパス、ニューサンス(侵界樹枝根もこの一種)がもつばら占有をもって統一していることはきわめて示唆的である。それはとにかくとして結局自救行為を理論的構成から見ると、緊急的自力救済と、些少法益的自力救済(仮称)の二つの類型に帰せしめうるようになる。占有自力救済はこれと別個の平面にあって、この両者にまたがり、占有独自の性質に相応した具体的な顕現形式を示すものといえる。いずれにしろこの三つの自力救済をどのように関係づけるか、さらに、緊急的自力救済と些少法益的自力救済とは、まったく関連のない別個の制度なのかどうか、なお今後検討に値する問題ではないかと思う。

さて、ドイツ法は第八五九条以下で、この占有権に基づく自力救済を認めている。第八五九条は②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。③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。と定める。これは緊急的自力救済の一つと考えられる。しかし、本書はかなり緊急性を緩和しうるものとしてとらえている(二三三頁)。フランスでは学説ならびに判例上、奪還者が平穩、かつ公然の占有者であったならば不法行為にならぬとする(二六七頁)。英法では、さらに占有の自力救済は広く、(1)自力取還、(2)不動産侵害者の排除、(3)生活妨害の自力除去、(4)自力差押が認められている(九〇四頁、二二〇七頁)。

特殊自力救済にはこの占有に関するもの以外にも多数あることは既に述べた。この中には侵界樹枝根切取権のような、緊急性の要件をまったく必要とせず、単に訴訟の繁雑さを避けるための意義しかないものもあり、蜜蜂追跡権のように緊急的自力救済と些少的法益自力救済の両者を含んでいると思われるものもある。

第五章 わが国の現行制度(二四一頁以下)

要約すれば大よそ次のようにならう。

わが国では自力救済に関して、ドイツ民法やスイス債務法の

ような認容規定もなければ、オーストリー民法やイタリー刑法のような禁止規定もなく、その解決はもっぱら判例と学説に委ねられている。判例(詳細はさらに総合判例研究叢書「目」は、事案そのものが緊急性その他の要件に欠けることにもよるが、一般に理念としても、自力救済の認容には消極的であり、「自力」の故に排斥する傾向が見られた。学説においては、刑法上は自力救済を否認する学説は極少数のほかないが、認容の根拠や要件については相当の差異がある。本書はこれについて詳細な説明が加えられている。とくに諸学説の原文を引用しているのは本書の堅実さを物語り、また読者に便利でもある。

民法の分野については、一般的自力救済と占有権にもとづく自力救済に分けて説いている。ここでも自力救済を全面的、しかも理論的にも否認する学説は見当らないようである。自力救済を否認する岡松、中島、川名、遊佐の諸氏も、日本の法律に明規がないから止むを得ず否認するのであり、法律に規定がないのは不都合だとしている。その他の民法学者は一般的自力救済、占有権に基づく自力救済ともニュアンスの相違はあるとしても、いずれも認容している。しかもそのほとんどは何らかの形でドイツ法の自力救済規定を引用しまたはその影響を受けて

いることは興味深い。

第六章 自力救済の基礎(三七—四一頁以下)

この最後の章において、本書は以上の詳細緻密な法制史的・比較法的考察ならびにわが国の判例・学説の検討を総括し、あわせて、自己の見解を展開している。「第一節 自力救済の本質」の「一 アプローチの二方法」において、自力救済を、保全せんとする請求権そのもの行使またはその濫用としてとらえる民法学者(加藤正)の考え方を排して、「むしろ自力救済は一応他人の権利域への干渉であるから、違法性をもつものとした上で、緊急性の故に違法性が阻却されるもの」とし、刑法学者の違法性阻却事由としてとらえる考え方に賛成する(私もこの考えに全面的に賛成である)。もっとも自力救済そのものは正当防衛と同様一種の権利行為であって、一種の私的緊急権とする(二二 自力救済の権利性(二八—二九頁以下))

第二節 自力救済の法理的根拠(三八—四一頁以下) においては、まず、「一法と実力」について、法の理念たる正義実現のためには、正しい実力が必要であり、近代国家ではこの実力は国家に帰属するが、これだけでは必ずしも私人の権利を十分に保護できない、しかも個人も自己の権利に眼することは許されず、もし訴訟

手続等の関係で国家の保護が間に合わぬときは、自ら実力を以て、権利を維持すべきであると説く。「二 法の理念、特に法的安定性との関係」(二八—二九頁以下)では、自力救済は法内的正義実現のために、個人的実力を行使するのだから法の理念には合致しても、実定法が一方では権利の救済を一定の法律手続によるべきことを要求し、他方では自力救済許容の積極的法規を有しなければ、自力救済をなすことは法的安定性を害する。けれども、しかし具体的妥当性と合目的性から弾力的に考えるべきだとする。そして自力救済の許容によって法的安定性が害されるとしても、それが、直ちに社会不安につながるものではなく、「とくにわが国の訴訟制度は、その要する時間と費用などの点において決して満足すべきものではなく、正義の顕現たる権利の救済に十全を期しえない。……一方では法的手続の簡便迅速化や確実化をはかると共に、他方ではその手続によるいとまのない場合に、一定の範囲で自力救済を許し、変動常なき社会の実用性に応じ、正義を実現せしめることが却って法的安定を得る所以である」(二八—二九頁)と説く。この点の判断が自力救済論の本質的部分ではないか。私は本書の法制史の部分から教えられた結論(本稿一—四頁の終)として、教授とは反対に訴訟制度が完備せず、

一般の十分な信頼を獲得していない現在（とくに、本書二九）では条文乃至判例の態度としては、むしろ自力救済の禁圧的態度をとるべきだということになりそうな気がする。最小限の自力救済はいかにしても存在し、認めざるをえないものであり、それをあえて公然と認めることによって、たとい社会不安をひき起すに至らないとしても、いささかでも暴力的自救行為に口実を与えることは許されまい。具体的な個々の事件において、必要止むを得ないと認められるものにしほって、あくまで例外的のものとして、自力救済を認めてゆくべきではないか。

なるほど、本書が極めて説得的に論じているように、自力救済制度が、理論的に当然存在せざるをえないものであり、しかも現実にも行なわれている以上、何らかの法的規制が必要であることは異論の余地がない。しかし右に述べたように、現在の日本の社会状況にてらして考えるならば、自力救済を明規によって認容することによって、いささかでも不法な暴力に口実を与え、これに加担する結果になってはならない。刑法における規定はまだ時期尚早とは本書も認めている（三三頁）。民法については、本書は立法を勧めるが、民法の全面的改正の機会があれば、これに乗すべきことはいうまでもないとしても、早急に規

定を設ける必要は必ずしもないと思う。なぜなら極めて限定的な、したがって、かなり禁止的規定ならともかく、永続性ある民法典に規定する以上は、本書が、正當にも示唆するように（二九七頁）、ドイツ法的な固定した狭い条文形式ではなく、自力救済事件そのものの性質が、類型化に親しまない個別特殊の性格をもつことに対応して、たとえばスイス法のように、裁判所に裁量の余地を与え、具体的妥当性に富む弾力的形式において規定すべきであり、それだけに現在の社会状況では自力救済が不当に拡張される危険をはらむからである。さらにまたといかなり厳格な規定であっても、明規することにより却って自力救済に一定の枠を設けようとすることは期待できないのではないか。「緊急」とか「必要欠くべからざる手段」とかいう表現も、結局どのようなも解釈しうるものであり、実際上は厳格な標準には遠いであろう。現在なすべきことは一にも二にも裁判制度の整備とくに裁判の迅速化であり、十分な順法意識と裁判への信頼の回復が、自力救済立法の前提をなすものであり、さらに自力救済に関する判例（認否をとわない）の累積を必要とするといえよう。しかし本書「第五節 立法政策としての自力救済」（三〇頁以下）では、諸学説の紹介ののち、「あるいは立法の

必要性を否定し、これを法解釈による運用に委ねるべきだとの説、殊に、刑法第三五条の超法規的解釈によればよいとの説があるが、その根本には、わざわざ明文の規定をおくことによつて、眠れる子を目覚めさせが如く暴力の誘発を招くおそれがあるのを恐れる気持が横たわるようである。しかし、前述のように、自力救済の認容が、社会不安と直結するものではない。

本来、民法にしても刑法にしても、これらは行為規範ではなくて裁判規範であり、自力救済無答責の規定があるからといって、これを特に私人にすすめるものではない。しかも許さるべき自力行使と、許すべからざる暴力とを明確に区別してその限界を確立することによって暴力を阻止することができるであろう。現在まで正当防衛や緊急避難の規定があるからといっても特にこれの濫用が多いわけでもないであろう。戦後は判例も学説も自力救済の理解を深め、認容の見解が熟してきているように思われるので、この辺りで立法にふみ切るべきであろうと考へる。……自力救済の内容が確定されるまで、まず民法に規定し、刑法学上これを援用するというドイツやスイスの立法の仕方が妥当でないかと思う」と結論されている(三三頁)。紹介の順序が前後したが、第二節の「二 法の理念、特に法的安定性と

の関係」まで紹介した。ついで本書は「三 権利の本質との関係(二九〇以下)」、「四 形式的違法性と実質的違法性(二九四以下)」において、理論面からの自力救済の肯定論をきわめて明快、説得的に展開している。

「第三節 一般的自力救済の成立要件(二九七)」では、一 請求権の存在、二 請求権の保全を目的とすること、三 自権者は右の請求権の帰属者であることを要するが、請求権者の代理人もなしうるし、また第三者を補助者として使用しうる。四 緊急の事情、すなわち公力救済によつていたのでは、その請求権の実現が不能になるか、または著しく困難となる事情にあること。五 手段の相当性を必要とする、これは公序良俗の観点から判断され、かつ自力救済のほかに方法がなかったことを必要とするとされる。これらはいずれも正当な要件であつて異論の余地はない。しかし「緊急避難に適用される法益権衡の原則も自力救済には原則として適用がない(同頁、二九七頁、本書)」。ただし正対正、否むしろ不正対正(避難者か不正)の関係とすら考えられる緊急避難と、正対不正の関係である自力救済とは、この点は取扱を異にすべきである」という点には若干問題とすべきものがあるように思われる。すなわち、自力救済でも自救行為

自体（すなわち自力救済の「目的」を除外して）はやはり不法性をもっている場合が、まず普通であり（たとえば他人の所有物の毀損、あるいは人体への暴行、傷害、不法留置等）、それにもかかわらず適法というためには、やはり根底に当事者の利益較量と同行為の違法の問題があるといえるのではないか。自力救済の要件は、右に引用した五つの要件で尽きると考えるけれども、この要件を事実参照して判断する基準は、(1)相手方侵害者の侵害行為（たとえば窃盗行為）と自救行為そのもの（盗者から取戻す場合の行為）の悪性（または不法性）の相関的判断、(2)自救行為によって回復される利益と、これによって、相手方の受ける損害の比較秤量、(3)緊急性の三者の総合的な判断であろう（これについては加藤一全集一三七頁以下が示唆的）。すなわち、この三者の中のどれかが極めて顕著であれば、他の要件はそれに応じて緩和しようと考えられる（逆に例えつつは自力救済を認めるべきではあるまい）。実際上は、このような総合的な判断が一番無難な結論に導くように思われる。さらにすでにのべたように（本稿一一五頁以下）、自救行為を適法とした上で、さらに裁判所の裁量により、適当な補償を与える余地も残しておくべきだろう（これは過剰自救とは本質的に異なるものである）。本書はこの成立要件を論じた後、「自力救済のために用いられる

と思われる手段を例示的に考察」している。ついで「第四節 違法な自力救済」において「一 過剰自救（頁三〇六以下）」「二 錯覚自救（頁三〇八以下）」「三 自救権の濫用（頁二〇九以下）」を論じる。そして最後に「第五節 立法政策としての自力救済」でしめくくりをしている。しかし、本稿ではすでに詳しく紹介した（本稿二三頁一三三）。なおこのようなモノグラフには珍らしく索引までついているのは読者に便宜を与える。

以上で私の未熟と不勉強のせいで、誤解にもとづく紹介、思いつきの皮相な問題点の指摘も多かったと思う。さらに御叱正の機会をえて勉強を続けたい。この紹介は関西大学私法研究会で報告し、種々の貴重な教示をえたことを、付記したい。

ともあれ、わが国では一般にこの分野の研究は立ち遅れており、判例も十分参照しうるだけの量も質もいまだ存在しない。その意味で比較法的に詳細な研究成果をも含んでいる本書は、今後の指針となるべきものであり、学者はもちろん実務家にとっても、きわめて有益な教示を与えるであろう。

（なお本書についてはジュリスト No. 240、昭和三六年一月一日一五頁以下に「批評と紹介」、法律時報三四卷一月昭和三七年一月号一〇七頁以下に「新刊紹介」がある）。