故人の追悼・慰霊に関する遺族の権利・利益の不法行為法上の保護

――靖国合祀取消訴訟をてがかりに――

吉　村　良　一*

目　　次

はじめに
第１章　不法行為法学の動向と新しい人格的権利・利益の保護
⑴　不法行為法学の新しい動向
⑵　新しい人格的権利・利益の侵害と不法行為法
第２章　靖国神社への合祀と不法行為法
⑴　関連事例の検討
⑵　合祀取消訴訟の検討
おわりに

はじめに

近時の不法行為法学において，生命・身体あるいは名誉といった伝統的に不法行為法によって保護されてきた人格的権利・利益とは異なる，多様な人格的権利・利益の侵害をどう扱うかが重要な問題となってきている。そのような点が争われているものとして，戦没者である自己の親族が靖国神社に合祀されたことにより，人格的な権利ないし利益が侵害されたとして，合祀の取消と損害賠償を求めている訴訟がある。そこでは，合祀によって侵害されたとされる遺族の権利ないし利益がどのようなものであり，その侵害が不法行為法上の保護を受けることができるものであるのかどう

＊　よしむら・りょういち　立命館大学教授

かが重要な争点となっている。本稿は，この事件を取り上げて[1)]，このような人格的権利ないし利益の不法行為法上の保護可能性を検討し，そのことを通して，多様な権利や利益を不法行為法においてどう受け止めるべきかを考えてみたい。具体的には，まず，近時の判例や学説の動向を整理し，多様な権利・利益侵害の不法行為法上の保護のあり方を検討した上で（第１章），合祀取消訴訟において問題となっている故人の追悼・慰霊に関する遺族の権利ないし利益の性格，それが侵害された場合に不法行為法上の保護を与えるべきかどうかにおいて考慮すべき点を，この事件と類似した事例における判例や学説とも対比しつつ明らかにしたい（第２章）。

第１章　不法行為法学の動向と新しい人格的権利・利益の保護

⑴　不法行為法学の新しい動向

数年前に行われた雑誌上の座談会「不法行為法の新時代を語る」において，司会の後藤巻則（敬称略。以下同じ）は，「この数年，不法行為法の新たな時代の始まりを感じさせる事態が進行しているように思われ」るとし，「不法行為の保護法益を拡張する判決の進展」を指摘し，「このような判例の進展に大きな見取り図を与えるような不法行為法のグランドデザインにかかわる学説の進展が進行しつつある」，これらの動向は，「新たな保護法益の承認を背景に，不法行為法はどのような利益を，どのような態様で保護しようとしているかという問題。すなわち被害者の権利・被侵害利益の問題を考察の基本に置いている」と述べている[2)]。この指摘にあるように，近時，裁判例における不法行為法上の保護法益の拡大ないし多様化を背景に，それらを不法行為法上の要件論としてどう受け止めるかに関わって，様々な議論がなされている。そしてその中で，民法709条の「権利または法律上保護される利益の侵害」（2005年の現代語化改正前は，単に「権利侵害」とのみ規定）要件に注目が集まっている[3)]。

従来，権利侵害を違法性に置きかえそれを相関的に判断する，いわゆる相関関係説が判例や通説であったが，この考え方では，権利侵害は要件としての独自の意義を失うことになる。なぜなら，被侵害利益の種類と侵害行為の態様を相関させる相関関係説においては，権利侵害の有無は，せいぜい被侵害利益の種類や性質における考慮要素の一つでしかなくなるからである。ところが，最近になって，この権利侵害（現代語化改正後は，「権利又は法律上保護される利益」の侵害）を不法行為の要件として重視し，それを「再生」させようとする主張が有力になされている。その背景には，1980年代以降，必ずしも従来不法行為法における保護の対象となってこなかった利益の不法行為法上の保護が問題となり，その際，権利または法律上保護される利益侵害にあたるかどうかを吟味する裁判例が登場してきたことがある[4)]。

例えば，国家賠償法の事例ではあるが，水俣病に関する認定業務が遅延したことから，申請者が損害賠償を求めたいわゆる熊本水俣病待たせ賃訴訟において，最高裁は，まず，認定申請に対する処分が遅延したことにより侵害されたとする「焦燥，不安の気持を抱くことのない利益」が不法行為法上の保護の対象になりうるものであるかどうかを検討し，「認定申請者としての，早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待，その期待の背後にある申請者の焦燥，不安の気持ちを抱かされないという利益は，内心の静穏な感情を害されない利益として，これが不法行為法上の保護の対象になり得る」とした（最判平 3・4・26 民集 45・4・653）。また，高層マンションが景観を侵害し不法行為となるかどうかが争われた国立景観訴訟判決（最判平 18・3・30 民集 60・3・948）で最高裁は，まず，「良好な景観に近接する地域内に居住し，その恵沢を日常的に享受している者は，良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり，これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益は，法的保護に値するものと解するのが相当である」として景観利益の法的保護可能

性を肯定した上で，違法な侵害となるかどうかについて，相関関係説による判断を行なっている。このように，「内心の静穏な感情を害されない利益」や景観利益の不法行為法上の保護が問題となる訴訟において，権利ないし法益侵害要件が「再生」しているのである。

加えて，基本権保護義務論に立って，民法上の不法行為法をとらえなおそうとする以下のような主張も，権利ないし法益侵害要件の「再生」に大きな影響を与えている。山本敬三は，憲法を頂点とする法秩序により保障された個人の権利保護の制度として不法行為法を位置づけ，そのような立場から権利侵害要件の「再生」を主張する[5)]。それによれば，日本の民法典は，侵害された権利を保護することを不法行為の目的とし「権利侵害」という要件を定めた。しかしそれと同時に，各人の行動の自由が害されることがないように過失主義を採用し，「故意・過失」という要件を定めた。その意味で，日本の民法典は，〈権利・自由の保護とその調整〉という考え方にしたがって構想されたということができる。しかし，その後の学説は，こうした民法典にある「権利本位の法律観」を問題視し，「社会協同生活の全体的向上」を重視する「社会本位の法律観」への転換をはかった。その結果，不法行為制度の目的は，権利・自由の保護ではなく，法秩序の維持・回復に求められることになった。しかし，憲法によって基本権が保障され，それを他人による侵害から保護することが要請されている今日の社会にあっては，不法行為制度を個人の基本権を保護するための制度として位置づけ，あらためて権利論の観点からの不法行為法の再構成を志向すべきである。同じく潮見佳男も，個人の権利保障の立場に立って，「法秩序全体の見地から，現代社会の中で憲法を頂点とする法秩序により保障された個人の権利が何かを基点として，709条にいう『権利』としての要保護性を決定していくべき」とする[6)]。

このような権利・法益侵害要件の「再生」が生じた要因は，前述したように，不法行為法上保護される利益が拡大し多様化してきたという事情であった。現代の不法行為法においては，被侵害利益が主観化，公共化して

きているとされる。主観化とは，「内心の平穏な感情」のような主観的な利益が保護の対象となってきたことであり，公共化とは，景観利益のような公共的な性格をも有する利益侵害に不法行為上の救済を与えることができるかどうかが問題となっていることである[7)]。主観的利益，公共的利益に対する保護は，そこで，果たして権利を語りうるかどうかについては議論があり，もしかりに権利観念を語りうるとしても，他の権利ないし利益との調整を必要とするが，このような多様な利益が不法行為上の保護の対象となってきたことにより，その要保護性を判断する枠組として，権利・法益侵害要件が再び脚光を浴びてきたのである。

ところで，このような多様な権利ないし利益につき，権利・法益侵害要件を重視することには，相反する二つの意味がありうる。一つは，侵害された利益が弱いものであったり，公共的なものであっても，侵害行為の反社会性や憲法を頂点とする法秩序からの判断により権利ないし法益侵害があったとして，それに対する不法行為法上の保護を認める（保護の拡大）方向であり，もう一つは，そのような利益が害されても権利ないし法益侵害とは認められないとして不法行為の成立を否定する（保護の限定）方向である。これらの要件が後者の機能を果たすことがあることは否定できないが，不法行為要件としての権利・法益侵害の「再生」は，本来，権利や利益の多様化を背景に，利益保護を拡大する中で登場したものだったのであるから，基本的には前者の方向で考えて行くべきではないか。権利・法益要件の重視は，新しい権利・利益，弱い権利・利益を不法行為法の中に取り込む窓口の拡大を意味するのである。すなわち，例えば，「内心の静穏」といった利益は，従来は不法行為法による保護の視野には入っていなかったが，権利・法益侵害要件の「再生」は，このような利益の要保護性を正面から議論するためのものであるととらえるべきである[8)]。

そもそも，侵害された利益が生命・身体や絶対権の場合，その侵害に不法行為法上の保護が与えられるべきことには疑いがない。したがって，問題は，拡大・多様化された「境界の明確でない利益」[9)] の侵害があった場

合に，それに対し不法行為法上の保護を与えるべきか否かであり，権利・法益侵害要件は，このような社会的な変化を正面から受けとめ，それに対し，憲法を頂点とする全法秩序的視点からの検討を加え，必要なものを不法行為の保護の中に取り込んでいくための入り口ないし受け皿の意味をもっているのである。道垣内弘人は，この点をとらえて，最近の権利・法益侵害要件の再評価は，現代社会において保護されるべき利益か否かをきちんと議論する場として権利・法益侵害要件を位置づけるものだとし[10]，樫見由美子も，「『権利侵害』要件は，不法行為法上の法的保護を必要とする紛争において，被害者をその侵害から保護すべき新たな『法益』の創設が必要であるかどうか，そしてそれを認めることによって得られる『法規範』の実効性の確保が当該紛争において必要であるかどうかを判断するための枠組としての存在価値を有するものである」としている[11]。

このように考えるならば，そこでの権利や法益は，柔軟で，かつ伝統的な権利・法益概念とは異なる膨らみをもったものとして語られるべきことになる。例えば，山本敬三は，民法学における伝統的な権利論（古典的権利論）は，利益の支配ないし帰属を権利と考える権利観（「支配権的権利観」）によるものであるが，このままでは「権利」として保護されるものの範囲は限定的なものにならざるをえないという意味で，その妥当範囲には限界があり，「主体がするかしないかを決める可能性が保障されているところに，『権利』を認める主眼がある」（「決定権的権利観」）という[12]。また，潮見佳男は，「『法律上保護される利益』もまた『権利』としての性質を有する」，「『権利』を，個人への排他的帰属が認められ，あるいは割当内容の明確なもののみに限る必要はなく，権利に割り当てられた内容と権利の外延が類型的に確立しているものであれ，潜在的行為者がもつ権利その他の価値との相関的衡量を経てはじめて要保護性を獲得するものであれ，わが国の実定法秩序のもとで国家による法的保護に値する地位として承認されたものであれば，これを『権利』と呼んで差支えがない」[13]とする。これらに対し，権利とは，「『他人の権利と区別された固有の領域を有

する』権利の特質としての明確性を備えたものであることが必要」であるとする大塚直も，権利とはいえないような法益侵害（例えば，「単なる不快感をはじめとする軽微な精神的被害」）に対する保護の可能性を否定しない[14]。また，権利・利益の「可視性・公示性」をメルクマールに，「絶対権・絶対的利益」と「相対権・相対的利益」を区別する加藤雅信も，債権等の相対権や経済的利益とならんで，家族関係，平穏な生活，相対的人格権（名誉，プライバシー，氏名，肖像等）が「相対権・相対的利益」として不法行為法上の保護の対象となりうることを認めている[15]。「『権利』の概念は動態的に把握されるべき」とする藤岡康宏の動態的権利論も，柔軟な権利論として注目に値する[16]。

⑵ 新しい人格的権利・利益の侵害と不法行為法

すでに指摘したように，社会関係の複雑化や人々の価値観・意識の多様化にともない，従来不法行為法による保護の対象となって来なかった多様な人格にかかわる利益（これらの利益の中には，権利として主張されるものもある）が，不法行為法の俎上にのぼってきた。ここでその一端を整理してみよう。

その第一は，被害者の内心の感情にかかわる利益である。例えば，すでに触れたように，水俣病に関する認定業務が遅延したことから申請者が損害賠償を求めた訴訟において，最高裁は，「認定申請者としての，早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待，その期待の背後にある申請者の焦燥，不安の気持ちを抱かされないという利益は，内心の静穏な感情を害されない利益として，これが不法行為法上の保護の対象になり得る」とした（最判平 3・4・26 民集 45・4・653）。さらに，殉職した自衛官が遺族の意思に反して護国神社に合祀したことについて遺族が損害賠償を求めた殉職自衛官合祀訴訟において最高裁（最大判昭 63・6・1 民集 42・5・277）は，「信仰生活の静謐」侵害は，それが信仰の自由の侵害に当たり，その態様，程度が社会

的に許容し得る限度を超える場合でない限り法的利益が害されたとは言えないとしたが，侵害行為の態様によっては賠償が認められうることまでは否定しなかった。この判決には，「現代社会において，他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されない，いわば心の静穏の利益もまた，不法行為法上，被侵害利益になりうるものと認めてもよい」との反対意見がある。この事件については，合祀取消訴訟との関連性が深いので，第２章において詳しく検討するが，ここで注目しておきたいのは，このような利益侵害の場合，その法的保護の要否判断において侵害行為の種類や態様が重要な意味を持つことである。そして具体的には，被告の行為（合祀）が信教の自由によって保障されているといった被告側の事情を考慮の上，「信仰生活の静謐」が法的に保護される利益かどうかが判断されている。つまり，原告の信仰生活の静謐という信教の自由に関する利益と被告の合祀という信教の自由が対比させられているのである。このようなとらえ方の問題点については後述するが，ここでは，侵害行為が信教の自由によって保護されるものだという行為態様の側面が，「信仰生活の静謐」侵害が法的利益の侵害にあたらないという判断を導いていることに留意しておきたい。

同様に，内心の感情が保護の対象となるものとして，いわゆるセクシャル・ハラスメントの問題がある。すなわち，被害者が不快を感ずる性的ないやがらせ（体をさわるとか，性的な言辞を吐くといった）がなされた場合，それが不法行為の対象となることがある。近時これを認める裁判例は少なくない。最近では，職場におけるパワー・ハラスメントや大学等におけるアカデミック・ハラスメントが問題となることもある。これらのケースでハラスメントにあたるかどうかを決めるのは基本的には行為対象者の主観であるが，ここでもやはり，侵害行為の態様が重要な意味を持つ。

新しい人格権として重要なものが，自己決定権である。この権利の侵害による損害賠償が認められたものとして，次のような最高裁判決がある（最判平 12・2・29 民集 54・2・582）。すなわち，宗教上の理由から，いかなる場合にも輸血を拒否する意思を明確にしている患者に対し，医療機

関が手術中に救命の必要から同意なく輸血したという事件で，最高裁は，「患者が，輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして，輸血を伴う医療行為は拒否するとの明確な意思を有している場合，このような意思決定をする権利は，人格権の一内容として尊重されなければならない」と述べて，手術前に，必要な場合には輸血するとの説明を怠った医療機関は，患者が「意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず，この点において同人の人格権を侵害したものとして，同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負う」としたのである。このような自己決定権侵害による不法行為の場合，自己決定権の侵害があったのか，そしてそれは不法行為法上保護されるための要件を備えているのかについては，侵害行為の態様を含む多様な要素の総合的判断が必要となる。なぜなら，この権利は，例えば，目的物に関する「使用・収益・処分」（民法206条）を認めた所有権のような一定の利益に対する支配を権利者に排他的に保障する権利（「支配権的権利」）とは異なり，主体がするかしないかを決める可能性が保障されているという意味での権利（「決定権的権利」）であるので，何についてどこまで決定できるかは，他者の権利との衡量によって決まることになるからである[17)]。

また，ある種の期待ないし信頼が不法行為法上の保護の対象となることもある。ある団体（「日本軍性奴隷制を裁く女性国際戦犯法廷」という民衆法廷を開催した団体）が NHK の取材を受け番組制作に協力したが，本番で女性法廷の審理場面が大幅に短縮されたり団体の代表者のインタビューが削除されたことに対し，「女性法廷をつぶさに紹介する内容の放送がなされるとの期待」が害されたとして損害賠償を請求した事件で，第１審（東京地判平 16・3・24 判時 1902・71）と第２審（東京高判平 19・1・29 判タ 1258・242）は，「取材対象者が，取材過程で，取材結果の編集やこれを使用して制作される番組の内容について何らかの期待を抱いた場合においては，その期待が……相当程度具体的なものであって，かつ，取材者が取材結果をどのように編集するか，どのような番組に使用するかな

どについて約束するなど，取材者の言動等により取材対象者がそのような期待を抱くのもやむを得ない特段の事情が認められるときには，取材対象者に生じた期待をもって法的保護に値する信頼と解するのが相当であり，このような信頼を故意または過失により侵害する行為は，違法な権利侵害として不法行為となる」（第１審），取材者と取材対象者の関係を全体的に考慮して，「取材者等の言動等により取材対象者かそのような期待を抱くのもやむを得ない特段の事情」が認められる場合には，その期待と信頼は法的保護に値し，「このような期待と信頼を故意又は過失により侵害する行為は，法的利益の違法な侵害として不法行為となる」（第２審）などとして損害賠償を認めた。これに対し最高裁は，このような期待や信頼は原則として法的保護の対象とならないとしたが，「当該取材に応ずることにより必然的に格段の負担が生ずる場合において，取材担当者が，そのことを認識した上で，取材対象者に対し，取材で得た素材について，必ず一定の内容，方法により番組中に取り上げる旨説明し，その説明が客観的に見ても取材対象者に取材に応ずるという意思決定をさせるようなものであったときは，取材対象者が同人に対する取材で得られた素材が上記一定の内容，方法により当該番組において取り上げられるものと期待し，信頼したことが法律上保護される利益となり得る」として，これらの期待が事情によれば不法行為法の保護対象となり得ることまでは否定しなかった（最判平 20・6・12 民集 62・6・1656）。最高裁が例外的に保護法益性を認めうるために設定した要件はかなり狭いものだが，それは，ここで問題となっている利益が，既存の人格的利益と異なり「期待を有する者の内心がその侵害の有無の判断基準になる」ものであることに加えて，取材・放送事業者の番組編集の自律性（報道・表現の自由）との関係に配慮したことによるものと評価されている[18)]。

同様に期待ないし信頼の侵害が問題になった事例として，国と京都市が共催したタウンミーティングに参加して意見を述べようとした者を，主催者が，応募者多数の場合は抽選により参加者を決定するとあらかじめ明示

しながら，実際には抽選することなく落選させたことに対し，タウンミーティングに参加して意見を述べる権利ないし機会は法的に保護された利益ではないが，「公務員が職務を行うに当たり廉潔性を求められることは当然であることからは，応募者の中から無作為の抽選により当選者を決定すると公表した以上，応募しようとする者が，その公表のとおり抽選が行われると信頼するのもまた当然であって，特段の事情もなく，かつ抽選を行わない旨明らかすることもせずに，作為的に参加させない者を決定して上記信頼を裏切ることが，不当であることは明白である。条理上，本件において，抽選がされるものと信頼して応募した者のその信頼は，法的な保護に値する」とした判決がある（大阪高判平 20・9・17 判例集未搭載）。ここでも，抽選によると公表しつつ抽選によらずに原告を落選させ，かつ抽選によったと虚偽の事実を告げたといった一連の行為のあり方が同時に問題視されている。

以上述べたような新しい人格的権利・利益においては，それが侵害された場合の要保護性の判断において，侵害行為の態様を含む多様な要素の総合的な判断が行われているという特徴があった。それは，これらの利益や権利が，いわば生成途上のものであることによる面が大きい。侵害行為と相関させたこのような判断方法については，それを批判する説もあるが，むしろ，このような権利・利益の特質から見て必要な判断方法であり，このような判断を行うことにより生成中の権利や法益を含めて多様な利益を社会の変化に対応して不法行為に取り込むことが可能となるのではないか。この点につき，淡路剛久は，「被侵害利益の構成は，侵害行為と密接に関係しており，いわば表裏の関係にある」とし，権利・法益侵害要件の判断においては，被侵害利益の種類・性質の評価だけではなく，「侵害行為との関係において被侵害利益の要保護性の評価を含む」と考えるべきであろう，「被害者が被侵害法益として主張する権利・法益が，それ自体の種類・性質から権利・法益性を肯定されたり否定されたりする場合だけでなく，加害者の権利・法益との関係で，肯定されたり，否定されたりする場

合が生じ得る」と述べている[19]。また，窪田充見は，生成途上における権利または法的に保護された利益においては，「それが一定の権利性を有するかということを侵害行為と切り離して検討するのではなく，むしろ，特定の侵害行為との関係で，その利益が保護されるのか否かというレベルで検討していくことが適切」である，そうすることにより「当初は全面的には権利性を承認しにくい利益についても，特定の侵害行為との関係では保護を承認するというように，権利の生成を助けるものとな」り，「一定の利益に対する社会的な価値判断等の変化を反映させる」ことにつながるとする[20]。窪田はまた，「パブリシティや環境権などのように，いわば生成途上の権利においては一定の行為規範の形成が先にあり，そうした行為規範を通じていわば保護される利益が固まっていくという状況があるのではないか」とも述べている[21]。さらに，権利を，法律上保護される利益を含む広いものとらえる潮見佳男も，権利には濃淡さまざまなものがあり，その権利の領域に影響を与えているか，または与えるおそれのある行為および行為者を想定し，「この潜在的行為者がもつ権利，場合によっては公益的・公共的価値との相関的な衡量を経てはじめて，権利に割り当てられた内容と権利の外延――したがって，権利としての要保護性――が確定されるというものもある」とする[22]。

以上の検討を通じて，権利・法益侵害要件が「再生」している近時の不法行為法学の動向，そしてそれは，被侵害法益の多様化を背景に，それらを不法行為法に取り込むためのものであること（保護の限定ではなく拡大），それらの侵害においては侵害行為の態様との相関による判断が行われていることが確認できた。以下では，そのような不法行為法学の動向を踏まえて，靖国合祀取消訴訟において，合祀によりどのような利益が侵害されているのか，そしてそれが不法行為法上の保護が与えられるべき権利・法益侵害にあたるのか，そのような判断を行う場合に靖国神社への合祀という行為の態様はいかなる意味を持つのかを検討したい。

第２章　靖国神社への合祀と不法行為法

⑴　関連事例の検討

a）　殉職自衛官合祀事件

合祀取消訴訟は，戦没者が靖国神社に合祀されたことが遺族の人格的な権利ないし利益を侵害したとして靖国神社と国が訴えられているものである。第１章で確認した近時の不法行為法学の動向を踏まえてこの訴訟における被侵害利益と，その侵害の性格を検討するのが本章の課題であるが，その前に，類似ないし関連する事例の検討を行っておこう。まず第一は，先に簡単に触れた，殉職自衛官合祀事件と呼称される事件である。事案としては，事故によって殉職した自衛官の妻が，その意に反して県隊友会の申請によって亡夫が県護国神社に合祀されたことに対し，国と隊友会を被告に，合祀申請手続の取消と損害賠償を請求したものである。原告は，その主張の中で，合祀され「祭神とされる者と密接な生活関係にあり生活感情の密接性の濃い配偶者は，亡夫をその意思に即しない事情の下に祭神として祀られることのない自由を自己固有の宗教的人格利益として条理上当然に享有している」，被告の合祀行為は「原告の宗教上の自由乃至人格権を侵害して」いる，「原告は拒絶にもかかわらず亡夫を県護国神社に合祀されたことを知って……強い悲しみを感じており，その精神的苦痛は耐え忍ぶことのできない性質のものである」などと主張している。なお，この事件では，故人の父親や兄弟は合祀に反対していないという事情があったことから，原告は，「死者に関する宗教上の行為について最も尊重せられるべき人格的利益は，条理に照らし死者に対する深い精神的きずなを基本として実際生活感情を最も濃く有する者すなわち配偶者の人格的利益である」とも主張している。

これに対し，第１審の山口地裁（山口地判昭 54・3・22 判時 921・44）と第２審の広島高裁（広島高判昭 57・6・1 判時 1046・3）は，原告の損

害賠償請求を認めたが，そこでの被侵害利益の見方は次のようなものであった。１審判決は以下のように述べる（２審もこの考え方を支持）。

「一般に人が自己もしくは親しい者の死について，他人から干渉を受けない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ，行為をなすことの利益を宗教上の人格権の一内容としてとらえることができると解される。人が自己の死に対してこのような人格権を有することは明らかであると考えられるが，他人の死に対してもこれを肯定しうるかは一応問題となる。しかし，人は現世において自己に最も近い者として配偶者と共同の生活を営み，精神生活を共同にするものであるから，配偶者の死に対しては自己の死に準ずる程の関心を抱くのは通常であり，従って他人に干渉されることなく故人を宗教的に取扱うことの利益も右にいう人格権と考えることが許されると解される。」そこで本件合祀申請行為が原告の信教の自由乃至人格権を侵すものであるか否かを検討するに，「妻としてキリスト教信仰の立場から夫の死の意味を深めようとする原告にとって，静謐な宗教的環境のもとで信仰生活を送るべき法的利益――人格権――を妨げられた面のあることはこれを否定することができない。」

国が上告したが，最高裁はこれをいれ，原告の請求を棄却した（最大判昭 63・6・1 民集 42・5・277）。その多数意見は以下のようにいう。

「人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとし，そのことに不快の感情を持ち，そのようなことがないよう望むことのあるのは，その心情として当然であるとしても，かかる宗教上の感情を被侵害利益として，直ちに損害賠償を請求し，又は差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば，かえって相手方の信教の自由を妨げる結果となるに至ることは，見易いところである。信教の自由の保障は，何人も自己の信仰と相容れない

信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して，それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきである。このことは死去した配偶者の追慕，慰霊等に関する場合においても同様である。何人かをその信仰の対象とし，あるいは自己の信仰する宗教により何人かを追慕し，その魂の安らぎを求めるなどの宗教的行為をする自由は，誰にでも保障されているからである。原審が宗教上の人格権であるとする静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益なるものは，これを直ちに法的利益として認めることができない性質のものである。

以上の見解にたって本件をみると，県護国神社による孝文（原告の亡夫）の合祀は，まさしく信教の自由により保障されているところとして同神社が自由になし得るところであり，それ自体は何人の法的利益をも侵害するものではない。そして，被上告人が県護国神社の宗教行事への参加を強制されたことのないことは，原審の確定するところであり，またその不参加により不利益を受けた事実，そのキリスト教信仰及びその信仰に基づき孝文を記念し追悼することに対し，禁止又は制限はもちろんのこと，圧迫又は干渉が加えられた事実については，被上告人において何ら主張するところがない。……してみれば，被上告人の法的利益は何ら侵害されていないというべきである。」

以上の多数意見の特徴の第一は，侵害されている利益は「信仰生活の静謐」であり，そこから生じた不利益は「不快の感情」であり，それらは，直ちに法的利益と認めることができない性質のものであるとしていることである。そして第二に，そのような利益が県護国神社への合祀という宗教活動によって侵害されたというのであるから，同神社の信教の自由との調整が必要となり，そこでは「寛容」が（死者の遺族である原告に）求められるとしているのである[23)]。

この二点の特徴のうち，第二の点を強調するのが長島敦裁判官の補足意

見である。同裁判官は，「各宗教の信者にも，他の宗教の行う宗教上の行為について，それが宗教団体その他の団体，集団によって行われるものであれ，その信者によって行われるものであれ，たとえそれに対し不快感をもったとしても，これを受忍すべき寛容さが求められているものというべきである」，「この理は，死去した自己の配偶者や近親者を自己の信仰する宗教以外の宗教で慰霊し，あるいは信仰の対象とする者がある場合でも，同様であり，たとえその宗教上の行為に対し不快感を抱いても，これを受忍すべき寛容さが求められている」と述べている。本判決に対する評釈の中にも，このようなとらえ方をするものがある。例えば，原田尚彦は，「各人に広く『宗教上の人格権』を保障し，信仰活動の自由を強く承認すればするほど，他者の信仰活動に対する寛容が強く求められる。……故人の霊はその配偶者が独占するものではない。……静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るという『宗教上の人格権』は，事柄の性質上，各自が各自の信じるところに従って宗教上の精神活動とその表現行為を自由に行えることを意味するにとどまり，自己の宗旨に合わない他者の宗教活動に干渉する権能までも含まない」とする[24)]。さらに，林修三は，「信教の自由の問題としては，信教の自由対信教の自由の衝突としてお互いに寛容であるべきであ」り，原告は「この問題に寛容であり，堪えるほかはなかった」とさえ述べている[25)]。

しかし，この事件で果たして宗教活動の自由同士の衝突とその調整（そのための「寛容」）が問題となっていたのであろうか。これらの見方は，この事件において遺族の意見が対立していたことに引きずられたものではないのか。確かに，ある人の死に関して，遺族間で異なる宗教に基づく慰霊・追悼が希望された場合，一方が他方に対し当該宗派による追悼・慰霊が自己の権利を侵害するとして差止めや損害賠償を請求することを認めることによって混乱が生じ，一方の信仰活動による他方の信仰活動の侵害ともなる。したがって，このような事態を避けるためには，まさに「寛容」が求められることになろう。しかし，この事件ではそのような点が問題と

なっているのではない[26]。また，原告の宗教活動の自由と被告のそれが衝突した事例でもない。この事件で問題となった事の核心は，遺族の意に反して故人が合祀されたことなのであり，被告がそのような遺族の個人領域に介入することが許容されるかどうかなのである。すなわち，例えば，飛行機事故で多数の死者を出した航空会社が，合同慰霊祭を計画し，遺族がそれを拒否しているのに挙行しようとした場合と，基本的には同じ事柄が問題となっているのである。この場合，拒否の理由が宗教上の理由であれ，航空会社の事故責任への態度の不十分さ等を問題にしてのものであれ，「遺族が，航空会社の合同慰霊祭を甘受すべきいわれはないのではないか」[27]。また，この事件では遺族間の対立が問題になっているとすれば，遺族が一致して拒否をしている場合はどうなるのか。この場合でも，合祀する側の信教の自由を理由に遺族に「寛容」を説くことにはならないのではないか[28]。したがって，この事件の構造を信教の自由の対立と見る見方には疑問がある。

ひるがえって，この事件において侵害された利益は，最高裁の多数意見がいうように，「信仰生活の静謐」といった感情的な利益なのであろうか。すでに見たように，第１審において原告は，「亡夫をその意思に即しない事情の下に祭神として祀られることのない自由を自己固有の宗教的人格利益」として主張している。そこでは，「意に即しない」という点が強調されている。これに対し，第１審判決は，「親しい者の死について，他人から干渉を受けない静謐の中で宗教上の感情と思考を巡らせ，行為をなすこと」，「静謐な宗教的環境のもとで信仰生活を送るべき法的利益」を被侵害利益として整理した。ここでは，主眼が，信仰生活の「静謐」「宗教上の感情」という原告の心情の問題（「心の静穏」）へと置き換えられている。これは，この事件では合祀をめぐって遺族間に対立があったことから，誰が故人の追悼や慰霊について優先的に決定する権利があるかという難しい問題をさけるために，（他の遺族はどうであれ）原告の「心の静穏」が害されておれば不法行為になりうるとしたものと考えられる。しかし，この

ように被侵害利益をとらえた場合，そのような主観的で，ある意味で弱い利益の侵害が不法行為となりうるかという疑問が生じてきても不思議はない。もちろん，これに対しては，最高裁の伊藤正己裁判官の反対意見のように，不法行為責任の有無については，被侵害利益と侵害行為の態様との相関関係において考察する必要があり，「現代社会において，他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されない利益，いわば心の静穏の利益もまた，不法行為法上，被侵害利益となりうるものと認めてよいと考える」とする見解もありうるが，多数意見はそのように考えず，「原審が宗教上の人格権であるとする静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益なるものは，これを直ちに法的利益として認めることができない」としたのである。

このような見方に対し異を唱えたのが，坂上壽夫裁判官の意見である。それによれば，「何人も，死去した近親者の追慕，慰霊等については，それが誰によって行われる場合であっても，自己の意思に反しない宗教的方法によってのみ行われることにより，その信仰に関する心の静謐を保持する法的利益を有すると解するのが相当であり，これは宗教上の人格権の一内容ということができる。……したがって，人は，死去した近親者に関して，他者により自己の意思に反する宗教的方法で追慕，慰霊等が行われ，その結果，自己の心の静謐が害された場合には，その宗教上の人格権に基づき，法的救済を求めることができるというべきである」とされる。そして，同意見は，「県護国神社による孝文の合祀は，信教の自由により保障されているところとして同神社が自由になし得ることは，多数意見のいうとおりである。しかし，それが孝文の配偶者である被上告人の意思に反したものであり，被上告人がそれにより不快の感情をもち，その信仰に関する心の静謐を害された以上，被上告人は法的利益を侵害されたものといわなければならない」とする。もっとも，同意見は，「近親者の間においても互いにその信仰を異にする場合があり得るのであり……このような場合は，正に故人の近親者の間における人格権と人格権の衝突の場であり，多

数意見のいう寛容が要請される場合であるといわなければならない。したがって，ある近親者によって行われ，又はその意思に沿って行われた追慕，慰霊等の方法が他の近親者にとってはその意思に反するものであっても，それに対しては寛容が要請されなければならず，その者の心の静謐を優先して保護すべき特段の事情のない限り，その人格権の侵害は，受忍すべき限度内のものとして，その違法性が否定されるべきである」とするのである。この訴訟で争われたのは，遺族間の追悼・慰霊の方法をめぐる対立ではなかったのだが，その点は置くとすれば，同意見の被侵害利益論は注目すべきであり，第１審段階での原告の主張と照らしても，事の本質をついているのではないかと思われる。本判決の評釈においてもこの点に触れるものは多く，例えば，星野英一は，問題が宗教上の「心の静謐」という形で議論されると，それは単なる「不快感」にすぎないのではないかとの見方が生じるのも無理がないが，ここで問題になっているのは，宗教上の心の静穏一般ではなく「亡夫をその意思に反する宗教的方法で慰霊されないこと」であり，「これが本件の問題の焦点であるのに，一審判決がやや広い内容の『宗教的人格権』を認めたため，かえって論点がぼけたというか，本件の中心からずれた感がある」としている。そして星野は，「『宗教上の心の静穏』一般までは法的利益と認められない，との立場をとるとしても，右のような利益を法的利益と認めることは十分可能」とするのである[29)]。大塚直も，この訴訟で本来問題とされるべきであったのは，「遺族が亡夫をその意思に即しない事情の下に祭神として祀られない利益」であったとする[30)]。また，宗教的人格権の内容を伊藤反対意見の言う「自己の欲しない刺激によって心を乱されない利益」とすると，あまりに広範にすぎるのではないかとの疑問が残る，坂上意見のように遺族の祭祀に限定すれば問題は比較的容易であり，この事件の様な場合には原告の主張する被侵害利益は法的保護を受ける，「死者の祭祀が，法律によって様々な保護を受けていることからすれば，遺族以外の他者による介入については，名誉毀損・プライヴァシー侵害と同様に精神的苦痛の存在を認定できるであろ

う」とする指摘もある[31]。

b) 靖国公式参拝事件

靖国神社公式参拝をめぐる訴訟は多数あるが[32]，ここでは，内閣総理大臣の地位にある小泉純一郎が平成13年８月13日に行った靖國神社の参拝が政教分離原則を規定した憲法20条３項に違反するものであり，本件参拝により，原告らの「戦没者が靖國神社に祀られているとの観念を受入れるか否かを含め，戦没者をどのように回顧し祭祀するか，しないかに関して（公権力からの圧迫，干渉を受けずに）自ら決定し，行う権利ないし利益」が害され，精神的苦痛を受けたなどと主張して，国に対し国家賠償法１条１項に基づき，小泉首相及び靖國神社に対し不法行為に基づいて損害賠償を求めた事件に対する最高裁平成18年６月23日判決（判時1940・122）を取り上げる。

この事件で最高裁の多数意見は，原告（上告人）らが侵害されたと主張する権利ないし利益が法律上の保護になじむものであるか否かについて検討し，「人が神社に参拝する行為自体は，他人の信仰生活等に対して圧迫，干渉を加えるような性質のものではないから，他人が特定の神社に参拝することによって，自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし，不快の念を抱いたとしても，これを被侵害利益として，直ちに損害賠償を求めることはできないと解するのが相当である。上告人らの主張する権利ないし利益も，上記のような心情ないし宗教上の感情と異なるものではないというべきである。このことは，内閣総理大臣の地位にある者が靖國神社を参拝した場合においても異なるものではないから，本件参拝によって上告人らに損害賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったとはいえない」とする（最高裁は，このようにして法益侵害性を否定し損害賠償請求権を否定するという立場から，本件参拝が政教分離原則に反し違憲であるかどうかについては判断していない）。

この多数意見の特徴は，侵害されたとされる利益は「自己の心情ないし

宗教上の感情」であり，被害とされるのは「不快の念」だとしていること，そして，そのような利益は，侵害行為が「圧迫，干渉を加えるような性質」でなければ被侵害行為とは見れないが，小泉首相の行為は「人が神社に参拝する行為」であり「他人の信仰生活等に対して圧迫，干渉を加えるような性質のものではない」としていることである。なお，この判決には，滝井繁男裁判官の以下のような補足意見がある。

「何人も他人の行為によって心の平穏を害され，不快の念を抱くことがあったとしても，それが当該行為をした人のもつ思想，信条，信仰等の自由の享受の結果である限りそれを認容すべきものであって，当該行為が過度にわたった結果それぞれのもつ自由を侵害したといえるものとなったとき，初めて法的保護を求め得るものとなるのである。本件で上告人らが問題にするのは他人の神社への参拝行為である。他人の参拝行為は，それがどのような形態のものであれ，その人の自由に属することであって，そのことによって心の平穏を害され，不快の念をもつ者があったとしてもそのことによって他人の自由を侵害するというものではなく，これを損害賠償の対象とすることは，かえって当該参拝をした者の自由を妨げることとなり，これを認める余地はないのである。」

「私は，例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から，その人の意思を尊重したり，その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得るものであると考える。したがって，何人も公権力が自己の信じる宗教によって静謐な環境の下で特別の関係のある故人の霊を追悼することを妨げたり，その意に反して別の宗旨で故人を追悼することを拒否することができるのであって，それが行われたとすれば，強制を伴うものでなくても法的保護を求め得るものと考える。……しかしながら，上告人らは本訴においてそのような個別的利益を主張しているものではないのであ

る」。

本件で原告らが主張している利益は，「戦没者をどのように回顧し祭祀するか，しないかに関して（公権力からの圧迫，干渉を受けずに）自ら決定し，行う権利ないし利益」という抽象的なものであり，滝井意見が言うように，必ずしも原告らの個別的利益として構成されたものではない。多数意見が「感情」「心情」「不快の念」の問題としたのも根拠なしとしない。ここではむしろ，そのような利益であっても，強制の契機に限定せず，「不利益の供与」「圧迫，干渉」という含みを持たせつつ[33]，保護法益性を有する場合があることを全面的には否定していないことに留意すべきである。加えて，滝井意見が，「例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から，その人の意思を尊重したり，その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得る」として，そのような「個別的利益」の侵害があった場合，法的保護を求めうるとした点は注目に値する。渡辺康行は，「この補足意見の立場では，例えば，遺族の意に反して，国が靖国神社に戦没者を合祀することに関与したならば損害賠償請求が認められる可能性がある」とする[34]。

さらに，この事件では，殉職自衛官合祀訴訟のような合祀行為ではなく，首相の参拝行為が問題になっている。もちろん，この参拝は，一私人が自己の信仰心や宗教上の信念から行ったものではなく，総理大臣としてのいわゆる公式参拝であり，憲法が定める政教分離原則から見て大きな問題性をはらむものではある。しかし，靖国神社に参拝するという行為は参拝者が本来自由になしうる宗教行為であり，そのことが直ちに誰かの利益を害するものとは言えない（少なくとも，特定の誰かを合祀する行為とは異なる）ことは否定できない。そこではまさに，参拝するという信教の自由が問題となるのである（公人としての首相がこの自由を一般人同様に享受しうるかという問題はあるにしても）。このような点を重視するのが，「他人の参拝行為は，それがどのような形態のものであれ，その人の自由に属す

ることであって，そのことによって心の平穏を害され，不快の念をもつ者があったとしてもそのことによって他人の自由を侵害するというものではなく，これを損害賠償の対象とすることは，かえって当該参拝をした者の自由を妨げることとな」るとした滝井意見の前半部分である。そして，この点で，この事件は，（遺族の意思に反した）合祀という行為により遺族の利益が侵害されたとして争われた殉職自衛官合祀訴訟とも，本稿で主として取り上げている合祀取消訴訟とも異なっているのである。

ところで，本最高裁判決の多数意見や滝井補足意見は，侵害行為との相関で保護法益性を判断している。この点については，「被侵害利益が問題とされていたはずにもかかわらず，侵害行為の性質論へと視点が移行している」，被侵害利益と侵害行為「をあまりに無造作に結びつける被侵害利益のとらえ方の是非は，再検討されるべきではないだろうか」との指摘がある[35)]。しかし，第１章で見たように，不法行為法上の保護が問題となる利益の中には，このような相関的な判断の中でこそ保護法益性の判断がよくなしうるものがあり，むしろ，侵害行為との相関の中でこれらの利益が不法行為法上の保護の土俵に上り，そのことを通じて権利が生成されることがあるとするのが本稿の立場である。

なお，これとも関連させて，この訴訟が民法709条ではなく国家賠償法１条に基づく損害賠償請求であり，国家賠償法１条には民法709条と異なり権利や法益侵害の文言がないことから，まず被侵害権利・法益の存在が必要とすることには根拠がないとの批判がある[36)]。確かに，国家賠償法１条には「権利や法益の侵害」という要件は明記されず，違法性が要件とされている。しかし，それは，国家賠償法１条が，制定当時の民法709条の不法行為の要件に関する通説を前提に規定されたことによるのであり，そこでの判断の枠組みを民法709条と異なって考える必要はない。したがって，国家賠償法１条においてもやはり権利・法益侵害性は問題になるのであり，ただ，その判断にあたって，同時に行為の性質（この事件では，参拝行為の違憲性を含む行為の態様）が問題になると考えるべきなのではな

いか。

⑵ 合祀取消訴訟の検討

この事件は，すでに述べたように，父親等の肉親が戦没者として靖国神社に合祀されている遺族らが，合祀の取消（霊璽簿からの氏名抹消）と損害賠償を求めて，靖国神社とそれに協力したとされる国を相手に提訴したものである。第１審において原告らが主張した被侵害利益は，「家族的人格的な紐帯の中で，本件戦没者を敬愛追慕する人格権」であり，その人格権は，「追悼の自由＝本件戦没者を遺族としてどのように追悼するかしないか，どのように祀るか祀らないかの自由」，「追悼・慰霊に関する自己決定権＝本件戦没者の死を遺族としてどのように心に刻み，追悼・慰霊するか，しないのかを決定する自由」，「敬愛追慕の情」の３つの権利ないし利益を内包していると主張されている。そして，（殉職自衛官合祀訴訟判決の言う）「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益」は死者の遺族に限られずに万人に開かれているが，「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」の享受主体は死者の遺族，すなわち，「家族的人格的紐帯の中で人格的一体性を感得しうる者」に限られており，殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決が法的保護を否定した利益とは異なり，また，宗教と宗教の対立の中で寛容を求められている信教の自由の問題ではないことを強調する[37)]。

これに対し，大阪地裁は，平成21年２月26日の判決（判タ1300・104）において原告の請求を退けたが，判決理由の中で，被侵害利益について以下のように判示している。

> 「人が自己の信仰生活の静謐を他者の宗教上の行為によって害されたとし，そのことに不快の感情を持ち，そのようなことがないよう望むことがあるのは，その心情として当然であるとしても，かかる宗教上の感情を被侵害利益として，直ちに損害賠償を請求し，又は差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば，か

えって相手方の信教の自由を妨げる結果となるにいたること，さらに，信教の自由の保障は，何人も自己の信仰と相容れない信仰を持つ者の信仰に基づく行為に対して，それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきであるから，上記宗教的感情は直ちに法的利益として認めることができないと解するのが相当である（昭和63年大法廷判決参照）。そして，宗教に基づく感情以外の，自己の信じる信念や理念等に基づく精神生活の静謐が害されたとして不快の心情ないし感情を持つこともあり得るものであるが，このような心情ないし感情を被侵害利益として，直ちに損害賠償を請求し，又は差止めを請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば，他者の信教の自由その他の自由権を妨げる結果となることは上記宗教的感情における場合と同様であるので，上記心情ないし感情についても直ちに法的利益として認めることができないと解すべきであって，他者の宗教的行為その他の行為が強制や不利益の付与を伴わない限り，上記心情ないし感情には，損害賠償請求及び差止請求を導く法的利益は認められないと解すべきである。」

この判決の考え方は，殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決多数意見の考え方を本件にも押し及ぼし（上記判示の前半部分），さらに，同じことが宗教以外の信念等に基づく「精神生活の静謐」にもあてはまるとしたものである。そこでは，「精神生活の静謐」を害されたことによる「不快の心情ないし感情」が被害であり，「心情ないし感情」が被侵害利益だとされている。判決はさらに，本件において原告の主張した「敬愛追慕の情」は，結局のところ，「被告靖国神社に対する嫌悪の感情と評価するほかなく，これをもって直ちに損害賠償請求や差止請求を導く法的利益として認めることができない」と述べている。判決は，このように被侵害利益をとらえた上で，そのような利益侵害に対し損害賠償や差止めを認めることは他者の

信教の自由その他の自由を妨げるので，そのような利益は直ちに法的利益と認められないとしたのである。また，「人が自己の信仰する宗教により何人かを追慕し，その魂の安らぎを求めるなどの宗教的行為をする自由は，誰にでも保障されている」ので，「故人の遺族以外の者が，故人に対する慰霊行為等をする場合には，故人の遺族等の同意・承認を得ることが社会的儀礼として望ましいとしても，故人の遺族が独占的に追慕・慰霊行為をし，他者のそれを排除し得るような権利・法的利益を有しているとはいえない」とも述べている。

これらの考え方の当否を検討してみよう。本件の特徴は，殉職自衛官合祀訴訟と同じく故人の追悼・慰霊のあり方が問題となってはいるが，殉職自衛官合祀訴訟のように遺族間に対立がなく，その意味で，殉職自衛官合祀訴訟に関連して提起された，遺族が一致して拒否をしている場合はどうなるのか，この場合は，合祀する側の信教の自由を理由に遺族に「寛容」を説くことにはならないのではないかという問い[38)]があてはまるケースである。さらに，遺族の父親等の近親者が遺族の意に反して合祀されていることにより遺族が被る不利益が問われていることから，靖国公式参拝訴訟における滝井補足意見が，「例えば緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から，その人の意思を尊重したり，その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得る」とした「個別的利益」が問題となっているのである[39)]。したがって，本件の被侵害利益を検討する場合，関連する判例（とりわけ殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決）の射程については，これらの特質を踏まえて，慎重な判断が必要となる。

その上で問題は，本件の侵害された利益が，判決のいうような「精神生活の静謐」の侵害，「不快の心情ないし感情」，「靖国神社に対する嫌悪の感情」といったものなのかどうかである。本件において，原告の一人は，この訴訟は宗教上の教義の是非の判断を司法に求めるものではなく，「靖国の合祀という，そういう宗教行為が現実に私自身耐え難いその苦痛と屈

辱を強いている。それはもう法的にも重大な私への侵害であるということを，そういうことを明らかにしていただきたい」と述べている。そして，「靖国神社に祀る自由があるとおっしゃいますけども，個々人の……祀られたくないという意思を無視して，祀るという自由が一体成立し得るんだろうか」として，その苦痛，屈辱，「私への侵害」の根本は，靖国神社が戦没者の遺族（子）である自分の意に反して合祀していることにあると述べている。また別の原告は，「私はやはり戦死者をどのように受け止めるのかというのは，個々の遺族に自由裁量があってしかるべきだと」し，遺族の自由裁量（意思）に反して合祀され，「悼れるべき存在」である戦死者が「褒めたたえられる存在」にされることへの拒否の思いを語っている[40]。このような原告の訴えを見るならば，本件で問題となっているのは，嫌悪感といった単なる感情ではなく，また，原告の宗教生活その他の精神生活の静謐に関する利益でもなく，まさに，故人の追悼・慰霊に関して遺族が決定しうる権利ないし利益（自己決定権の一種といってもよい）が，その意に反して侵害されたことなのではないか。すなわち，事の本質を見るならば，ここでは宗教的人格権一般が問題となっているのでもなければ，精神生活の静謐といった抽象的な利益が問題となっているのでもなく，近親者の追悼・慰霊にかかわって，遺族の意に反する追悼・慰霊が行われたとき，遺族はそれを拒めるかどうかが問われているのである。靖国公式参拝訴訟の中で原告となったアジアの遺族が，「還我祖霊＝肉親の霊を取り戻し，ふるさとに持ち帰りたい。そのために裁判を起こした」と訴えたとされているが[41]，この訴えは，遺族の意に反して行われた合祀を拒否し自分たちの意に即して追悼・慰霊を行いたい（霊を連れ帰りたい）という思いとして聞くべきなのである。そして，問題をこのようにとらえることによって，殉職自衛官合祀訴訟において本来すえられるべきであった「遺族が亡夫をその意思に即しない事情の下に祭神として祀られない利益」（星野，大塚），靖国公式参拝訴訟事件で滝井補足意見が，法的に保護され得る「個別的利益」とした「緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から，

その人の意思を尊重したり，その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情」という利益のもつ性質がより明確になるのである。第１審判決も，「故人の遺族等の同意・承認を得ることが社会的儀礼として望ましい」として，故人の遺族の意思を無視することは望ましくないとの判断を示しているが，個人の生き方が最大限尊重される現代社会において，このような遺族の意思の尊重を単なる社会的儀礼にとどめるべきではない。

ところで，以上のように考えた場合，このような自己決定の権利ないし利益は，必ずしも宗教に関連したものには限られてこないことになる。例えば，先にあげた事故を起こした航空会社の合同慰霊祭が遺族の一部が拒否したにもかかわらず強行されたという事例で，かりに慰霊祭が無宗教で行われ，また，それを拒否した遺族が自己の宗教から慰霊祭を拒んだのでない場合でも，遺族の意に反して追悼・慰霊が行われないという遺族の利益の侵害は法的保護の対象となるのではないか[42]。殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決にかかわって，すでに，斉藤博は，「宗教上の生活」が害されたというより「私生活」が害されたと見ることもできよう，「『宗教上の』人格権ではなく，私的領域なり私生活に関する人格権を認識する方法も存するように思う」と述べていた[43]。これに対しては，「宗教に関わる事項は人間の精神生活の中で独自の意味をもち，心の最も深い部分の問題として尊重されるべきであるから，『宗教的』という言葉はやはり意味を持つであろう」とする意見もある[44]が，故人の追悼・慰霊という私事に関して遺族自らが決定し，他者から意に反する方法を強制されない権利ないし利益として位置づけることが，本件のような問題の本質ならびに遺族たる原告の思いに合致しているのではないか。こう考えるならば，ここでの権利ないし利益は，憲法に即していえば，20条ではなく，むしろ13条の問題ということになるのではないか。

もちろん，このような自己決定権ないし自己決定に関する利益であっても無制限に保護されるものではなく，他者の権利や利益との調整が必要となることは否定できない。だからこそ，後述するように，その権利ないし

利益を侵害したとされる行為の態様が問題となるのであるが，注意すべきは，このような遺族の利益ないし権利を，判決や殉職自衛官合祀訴訟最高裁判決が行ったように，侵害行為者の自由（信教の自由等）と同じ平面で比較衡量すべきではないということである。信教の自由からくる行為であっても，その行為が他者の権利や利益と抵触する場合には，その行使には限界があり，それらは，このような遺族の自己決定権ないし自己決定の利益がどこまで法的保護の対象となりうるかを検討する際に考慮されるにすぎない。なお，侵害行為者の事情は，自己決定権ないし自己決定の利益保護の限界としてだけではなく，その要保護性を強める方向でも機能し得ることは，第１章で指摘したところである。

ところで，このように遺族の決定権を強調する場合，これに対し，故人の追悼・慰霊は遺族に独占されるべきものではないとの反論が予想される。なぜ遺族が追悼・慰霊に対し優先的な決定権を有するのか。それは，遺族が故人と生前に形成してきた親密な関係のゆえに，その死の受け止めに関して特有の利害関係を有し，他人が遺族の意に反してその関係を侵害する場合に一定の保護が与えられると考えるべきだからである。人が死んだことによって近親者に一定の法的利害関係が発生する。その最も重要なものは相続権であるが，それ以外にも，民法711条の近親者の慰謝料請求権，いわゆる祭祀承継権，遺体や遺骨に関する所有権・管理権，臓器移植の承諾・拒絶権など多様なものがある。それらを通じて，「おぼろげながら，故人の人格につながる特殊財は，原則として故人の遺志を最も忖度できる実体を伴った共同生活体」にゆだねられているということが観念される。そしてそのような共同体に属し故人と親密な関係を有してきた遺族に，追悼・慰霊に関する決定の「優先権」が認められ，そこでは，「他者との関係での『寛容』を問題とするまでもなく，これを『その者の意に反して』みだりに侵すことは許されない」と考えるべきである[45)]。もちろん，このような遺族の範囲はどこまでかといった問題や，遺族であることは間違いのない配偶者と親や子の意見が分かれた場合に誰の決定が優先するかは難

しい問題であり，殉職自衛官合祀訴訟は，まさにこの困難の故に，遺族の自己決定権の問題ととらえることがためらわれた事例なのであるが，遺族が一致して一定の判断を行っている場合には，そのような問題は発生してこない。

それでは次に，本件における侵害行為の側面を検討してみよう。侵害行為の側面が問題となるのは，前述したように，侵害行為者の利益との調整という面もあるが，より重要なのは，ここで問題となっているような主観的利益の場合，どのような行為による侵害かによって，当該利益の法的要保護性や，そもそも侵害を認定できるかどうかが異なってくることが少なくないからである。例えば，他者の受ける不快感・嫌悪感が問題となるハラスメントの場合，行為者の行為態様やどのような状況下での行為であったのかによってハラスメントがあったかどうかの判断は異なってくるし，また，行為対象者が拒絶や不快の念を表明しているにもかかわらずあえて行った行為はハラスメントとされる可能性が高くなる。

本件における侵害行為の特徴は，靖国神社による合祀という形で行われていることである。したがって，そこでは，当該行為が靖国神社による宗教行為であり，それ自体は信教の自由の保護を受けうる行為であるという点は無視されるべきではない。しかし，信仰の問題が内心の問題にとどまらずに，他人の利益や生活に影響する場合，宗教的行為であっても，それだけで他者の利益への介入が無条件で許されるわけではないことも，これまた当然のことである。そして，ここでは，何よりも，合祀行為が遺族の自己決定の権利や利益（故人の追悼・慰霊を意に反して強制されないという利益）を侵害したとされるのであるから，靖国神社による信教の自由の援用には自ずから一定の限界があるといわざるをえない。

次に問題とすべきは，合祀という行為を行う主体の問題である。靖国神社には，戦前から戦後におけるわが国の近現代史の中で同神社が果たしてきた役割の故に，評価が真っ二つに分かれるという特質がある。すなわち，靖国神社で合祀されることを名誉とし終戦記念日等に熱心に参拝するとい

う人々と，それをわが国の侵略戦争の象徴として厳しく批判する人々がともに存在するのが実情である[46)]。そのような性格の神社の宗教行為であるがゆえに，（特に後者の立場の人々にとって）合祀が耐えがたい（遺族としての意思が踏みにじられた）との強い思いをもたらすのである。このような行為主体の性格や評価は，侵害されたとされる利益の性格を考える上で無視できない。このことは，同じ言動でも良好な関係にある人からのものとそうでない人からのもので意味が異なってくることから容易に理解できるであろう。

さらに注目すべきは，合祀という行為の性格である。高橋哲哉が本訴訟の第１審での証言の中で述べているように，靖国神社による合祀は，追悼・慰霊というよりも，「戦死者の功績をたたえ顕彰する」という意味が大きい[47)]。そうであるからこそ，同神社を肯定的に見る人からは合祀が名誉なこととして受け取られるのであるが，これを否定的に見る人からは，追悼・慰霊一般とは異なる強い打撃を遺族に与えるものとして受け止められることになるのである。高橋が証言の中で，「靖国神社が，戦前の陸軍省，海軍省所管の神社であった，国家の神社であった時代の合祀の仕方を，戦後，宗教法人になって，日本国憲法下でもそれを伝統として維持していることによって，戦後憲法下で認められた思想良心の自由，信教の自由下で異なる考え方，異なる歴史観，こういうものを持つ人々に対して耐えがたい思いを与えている，苦痛，屈辱感などを与えている，このような状況は，何らかの形でやはり法的にも救済されるべきではないか」と述べているのもこの趣旨であろう。加えて，星野英一が指摘するように，追悼・慰霊一般ではなく，「神として祀る」ということがもつ特殊性もある[48)]。「人の死についてそれをどのように位置づけるかには遺族の意思が尊重されるべき」にもかかわらず，靖国神社による合祀は，戦没者の死に一定の評価づけを行い，それを神に祀り上げ，讃える（「顕彰」する）ことによって「故人を残された者がそれぞれの思いにしたがって悲しみ，追悼し，慰霊し，記憶することを許さない」ところにその特色があるのである[49)]。

加えて，本件原告らは合祀を明確に拒否している（原告らは靖国神社に赴き，あるいは文書で合祀取消を要請している）ことも重要である。なぜなら，行為対象者が拒否しているにもかかわらず行為を行うことが行為対象者の利益をより深刻に侵害する結果となることは，ハラスメントの例を出すまでもなく，よく知られたところだからである。また，このような合祀が名簿の提供等の国の協力なしにはなしえないことも，行為の態様を考える場合に無視できないであろう。

本件における原告らの侵害されたとされる利益が法的保護に値するかどうかについての判断においては，利益の性格上，侵害行為との相関的判断が不可欠とするのが本稿の立場であったが，その相関的判断において，以上のような合祀行為の特質を判断要素に入れるべきである。そうするならば，ここでの被侵害利益が単なる心情や感情ではないこと，そして，その侵害の程度が決して軽微なものではないことが明らかになるのではないか。

お わ り に

以上のような故人の追悼・慰霊に関する遺族の権利・利益の要保護性の検討を通じて，不法行為法の多様な権利・利益保護への広がりと，その場合の判断枠組みの一端を示せたのではないか。そして，合祀取消訴訟について言えば，そこで侵害されたと主張されている原告の利益は，単なる心情や感情，精神生活の静謐ではなく，故人の追悼・慰霊のあり方を，故人と親密な関係を有する遺族として優先的に決定しうる権利ないし利益である。その意味で，それは，靖国公式参拝訴訟における滝井補足意見が法的保護可能性を示唆した個別的利益であり，また，殉職自衛官合祀訴訟において本来正面から問題にすべきであったとされる（坂上意見等参照）「遺族が亡夫をその意思に即しない事情の下に祭神として祀られない利益」が，「他者により自己の意思に反する宗教的方法で追慕，慰霊等が行われ」ることによって侵害されたのである。しかも，その行為は，評価や位置づけ

が極端に分かれる靖国神社による合祀（戦没者を神として祭り上げ顕彰する）という方法で，遺族の強い拒否の意思表明にもかかわらず行われているのである。事を，異なる宗教・信条を持つ者の間の対立とらえ，原告らの被ったとされる不利益を単なる感情の問題としてしまうのではなく，同時に，関連判例の射程を，そこにおける補足意見をも視野に入れることによって正確に読み解いた上で，不法行為法に関する最近の動向を踏まえ，それら権利・利益の不法行為法上の保護の可否を考えるべきである。

1) 本稿は，靖国合祀取消訴訟（通称，「靖国合祀イヤです訴訟」）の原告（控訴人）弁護団の求めに応じて作成し，大阪高裁に提出した意見書に若干の加筆修正を行ったものである。このような形での公表を快諾いただき，また，関連資料を提供いただいた同弁護団に感謝したい。
2) 法律時報78巻８号４頁以下。
3) 新しい動きを不法行為法の要件論としてどう受け止めるべきかについて詳しくは，拙稿「不法行為法における権利侵害要件の『再生』」立命館法学321・322号569頁以下参照。
4) この点を指摘するものとして，大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号36頁以下がある。
5) 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」法学論叢154巻３・４・５号341頁以下，同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究第５号77頁以下。
6) 潮見佳男『不法行為法』（1999年信山社）26頁。なお，潮見説については，同『不法行為法Ⅰ（第２版）』（2009年信山社）26頁以下も参照。
7) このような，不法行為法における被侵害利益の変容については，吉田克己「現代不法行為法学の課題」法の科学35号143頁以下参照。
8) 同旨，奥田昌道・潮見佳男編『法学講義民法６』（2006年悠々社）83頁（潮見筆）。
9) 瀬川信久「民法709条」広中・星野編『民法典の百年Ⅲ』（1998年有斐閣）626頁。
10) 道垣内弘人「民法709条の現代語化と要件論」法学教室291号60頁。
11) 樫見由美子「権利保護と損害賠償制度について」能見善久他編『民法学における法と政策』（2007年有斐閣）535頁。
12) 山本前掲(注５)民法研究５号127頁以下，同「人格権」『民法の争点』（2007年有斐閣）45頁以下。
13) 潮見前掲(注６)『不法行為法Ⅰ（第２版）』11頁，31頁以下。
14) 大塚直「人格権に基づく差止請求」民商法雑誌116巻４・５・６号527頁以下。
15) 加藤雅信『新民法体系・事務管理・不当利得・不法行為（第２版）』（2005年有斐閣）180頁以下。
16) 藤岡康宏『損害賠償法の構造』（2002年成文堂）24頁。
17) 「支配権的権利」と「決定権的権利」については，山本前掲(注12)『民法の争点』44頁以下参照。

18) 中島雅・判例セレクト2008・23頁，鈴木秀美・法学教室338号133頁，他。
19) 淡路剛久「民法709条の法益侵害と最近の三つの最高裁判例」法曹時報61巻６号15，17頁，７号31頁。
20) 窪田充見『不法行為法』（2007年有斐閣）136頁以下。なお，窪田は，「権利としての生成の緒についたばかりの利益は，多くの，場合，権利としてのあらゆる属性が承認されるわけではない。そうした利益に対しても，不法行為法は，損害賠償による保護を与えることが可能である。そして，そうした保護が積み重ねられていくにしたがって，当該利益が権利として承認されていくという状況があり得るし，そうした不法行為法の権利生成機能を軽視すべきではない」とする（同書96頁）。
21) 前述の座談会での発言・法律時報78巻８号10頁。
22) 潮見前掲(注６)『不法行為法Ⅰ（第２版)』31頁。
23) この判決を支持する百地章も，多数意見は，侵害されたと原告が主張するのは単なる「不快の感情」（不快感）にすぎないとし，その上で「祀る自由」を擁護する立場に立っているとして，同様の判決の特徴づけを行っている（「靖国参拝訴訟の問題点と今後の課題」宗教法27号131，134頁)。
24) 原田尚彦「合祀訴訟と当事者能力」ジュリスト916号31頁以下。
25) 林修三「信教の自由といわゆる宗教上の人格権の問題を中心として」法律のひろば41巻９号２頁。
26) この点を明確に指摘するものとして，戸松秀典・判例評論362号193頁。
27) このような例をあげて本判決を批判するものとして，戸波江二「信教の自由と『宗教上の人格権』」法律のひろば41巻９号39頁がある。
28) 同旨，戸波前掲(注27)40頁。
29) 星野英一「自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題」法学教室96号18頁以下。なお，星野は，慰霊一般ではなく「祭神として祀る」ことの特殊性についても指摘しているが，この点は後述する。
30) 大塚直「民法判例レビュー（民事責任)」判例タイムズ846号97頁。
31) 山口智「国の宗教的行為による被侵害利益」宗教法16号200頁以下。
32) 靖国公式参拝訴訟の全体像については，諸根貞夫「公式参拝違憲訴訟を総覧する」法と民主主義410号４頁以下参照。
33) この点を指摘するものとして，駒村圭吾・ジュリスト1332号16頁以下。
34) 渡辺康行・民商法雑誌136巻６号734頁以下。同旨，大川一夫「最高裁判決の補足意見の意義」法学セミナー629号７頁。
35) 渡辺前掲(注34)733頁以下。久保木亮介「6・23最高裁判決を批判する」法と民主主義410号15頁は，「被侵害利益と侵害行為の問題が，意図的に混同されている」と厳しい批判を行う。
36) 松本克美「靖国意見国賠訴訟における被侵害法益論」法と民主主義410号８頁以下。
37) 原告第１審第１準備書面，第12準備書面参照。
38) 戸波前掲(注27)40頁参照。
39) 靖国合祀や公式参拝についてそれを不法行為と見ることを批判する百地章も，このよう

な「個別的利益」が殉職自衛官合祀訴訟における利益とは深刻さにおいて異なるものであることは否定しない（「大阪靖国参拝訴訟の問題点」日本法学69巻３号９頁）。

40) 以上，第１審における原告の本人調書より。

41) 田中伸尚『ドキュメント靖国訴訟』（2007年岩波書店）202頁。

42) 戸波前掲(注27)39頁。

43) 斉藤博「宗教の自由と私法上の人格権」ジュリスト916号40頁。

44) 平野武・民商法雑誌99巻６号865頁。

45) 以上，河上正二『民法学入門（第２版）』（2009年日本評論社）213頁参照。

46) 靖国神社とそこでの合祀の意味合いについては多くの文献があるが，さしあたり，赤澤史朗『靖国神社』（2005年岩波書店）参照。

47) 高橋哲哉・証人調書（平成20年９月４日）参照。赤澤前掲(注46)12頁も，「靖国神社はもともと『慰霊』追悼と『顕彰』が深く結びついた施設であった」としている。

48) 星野前掲(注29)法学教室96号20頁，同「『自衛官合祀訴訟の民法上の諸問題』補遺」法学教室97号88頁。

49) 平野武『政教分離裁判と国家神道』（1995年法律文化社）はしがき，221頁。