

事件番号 平成21年(ネ)第792号霊璽簿からの氏名抹消等請求控訴事件
次回期日 2009(平成21年)10月28日 午後1時30分
控訴人 菅原龍憲 外7名
被控訴人 靖國神社 外1名

控訴人第5準備書面

(被侵害利益再論)

2009年10月28日

大阪高等裁判所

第11民事部 二係 御中

記

本準備書面では、控訴人らの主張する「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」の要保護性について、これまでの主張を補足して説明する。

1 原判決の判示内容

控訴人らは原審において、敬愛追慕の情を基軸とした人格権を被侵害利益として主張し、当該主張は本控訴審においても維持している。

ところで、原判決は、上記敬愛追慕の情を基軸とした人格権の中核に「自己イメージ（自己に対する意味づけ）」が存在するとして、次のように判示した（原判決69頁）。

「かように、概念が確立されておらず、その内容および外延が判然とせず、社会に定着していない「自己イメージ」を、名誉やプライバシーの概念を媒介にしないで直接の法的保護の対象とすることはそもそも困難であると言わざるを得ないし、自己情報を規律する権利といわれるものにおいても未だ概念が定着していないだけでなく、遺族との関係に関する情報までその中に含まれるかについては議論が全く進んでいない状況にあるのであって、上記「自己イメージ」を中核とする感情に法的利益を認めることは困難である。」

この点につき、控訴人らは既に控訴理由書において、自己イメージの人格権における重要性や、他者による認識・承認を経ることによって、自己イメージの内容及び外延も確定されるものであることを主張し、原判決の上記判示の誤りについて指摘した。

本書面ではそれに加え、敬愛追慕の情を基軸とした人格権が不法行為上の保護法益に該当しうることを、不法行為制度の役割及び保護法益の拡張の観点から、以下論述する。

2 不法行為制度の役割

(1) 権利侵害の意味合いの拡張

民法709条に規定される不法行為責任については、「権利侵害」という要件が必要とされていた。この点について、大学湯事件大審院判決（大判大正14年11月28日・民集4巻670頁）は、次のとおり述べて、所有権のような具体的な権利以外の未だ「権利」とは言えないものでも「法律上保護セラルル利益」に含まれることを明らかにした。

「当該法条に『他人ノ権利』とあるの故をもって、必ずやこれをその具体的権利の場合と同様の意味における権利の義なりと解し、不法行為ありと言うべきときは、まずその侵害せられたる何権なりやとの詮索に腐心し、吾人の法律観念に照らして大局の上より考察するの用意を忘れ、求めて自ら不法行為の救済を局限するが如きは、思はざるもまたはなはだしと言うべきなり。」

それまでの判例（大判大正3年7月4日 桃中軒雲右衛門事件判決 刑録20輯1360頁等）が、権利侵害の要件として、法律により認定された権利に対する侵害を要求していたところ、同判決は法律上認定された権利でなくとも、結局不法行為法上保護に値する利益があるかどうかを実質的に判断して、権利侵害を認定できるとしたのである。

このように、不法行為責任の要件事実たる「権利侵害」を拡大する方向性は、その後も受け継がれ、平成16年に改正された民法は、その709条において「故意または過失によって他人に権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定した。この条文は、平成16年改正までは、「故意又ハ、過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ」となっていた。すなわち、改正前に「他人ノ権利」とされていたところが、「権利又は法律上保護される利

益」とされ、その要件該当性を広めることを明文でもって明らかにしたのである。

(2) 不法行為制度の目的及び権利侵害についての判断要素

上記のとおり、法律上認定された権利でなくても、不法行為法上保護に値する利益に対する侵害があれば、「権利侵害」を認めるべきであるとするのが、通説・判例である。

ア この点については、近時、不法行為制度を個人の基本権を保護するための制度であると位置付け、憲法を頂点とする法秩序全体の見地から、基本権として認められるものを確定しようという立場が有力である。

例えば潮見佳男教授は、その著書（『法学講義 民法6』）において次のように述べている（88頁）。

「この動きは、法秩序によって保障された他人の権利を侵害する行為に対し救済を与えるのが不法行為法の目的であることを再確認し、この不法行為法での権利保護が憲法を基点とする基本権保護秩序の中に位置付けられるべきであるとするものである。不法行為制度が保護しようとする個人の権利の価値的側面に光を当て、憲法を頂点とする法秩序全体の見地から、現代社会の中で憲法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だ、そして、同時に、行動の自由という「権利」をもつ行為者の要保護性を決定していくべきだという主張である。」

そして同教授は、その上で権利論の掘り下げが必要であるとして、権利内容の確定作業とともに、被害者と加害者のそれぞれの権利相互の衡量のあり方についての探求や、「社会公共の利益」についての考慮のあり方の探求が必要であるとするのである。

イ また、山本敬三教授も、その論文（民法研究第5号『基本権の保護と不法

行為法の役割』)の中で、上記潮見教授の見解を紹介した上で、「不法行為法は、まさに国家がこの基本権保護義務を果たすために用意した保護制度の一つとして位置付けることができる」とする(93頁)。そして、権利侵害の要件について、絶対性や排他性を有する支配権として一般に承認されている「権利」(例えば、所有権や、生命・身体に関する権利)とそうでないものの区別について、次のように論じている(上記136頁)。

「外延が明確であるため、権利が侵害されたかどうかは比較的単純に判断できる」が、絶対性や排他性を有さない「社会的に明確性を備えていない利益」については、外延が必ずしも明確ではないが、その侵害は「他の権利との相関において定まる」ものであり、行為者(加害者)の故意過失という要件とも相まって決定される

「社会的に明確性を備えていない利益」についても、一定の場合に要保護性を認めべきとしているのである。

ウ 吉村良一教授は、その著書「不法行為法」の中で、違法性判断を法的評価機能を担ったものとして捉えた上で、侵害された利益を類型化して、権利及びそれに準ずる法的に強固に保護された利益の侵害とそうでない利益侵害を区別すべきであるとする。そして、次のように述べている。

「権利侵害やそれに準ずる強固な利益侵害があった場合、正当防衛等の特別の正当化事由がない限り、侵害行為の態様を問うことなく違法と判断すべきである。それに対し、侵害されたのがそれ以外の比較的強固でない利益の場合には、そのような利益の侵害は直ちに法的非難に値するとの評価ができるとは限らないので、侵害行為の態様との相関的判断において違法性の有無を判断することが必要となる。このような区別は、相関関係説の枠組みを維持して現代社会における多様な不法行為の種類に柔軟に対応しつつ、他方において、それが無原則的な利益衡量に流れてしまわないようにする上で重要である。」

エ 大塚直教授は、「他人の権利と区別された固有の領域を有する」という「伝統的な権利の特質としての明確性を備えたもの」を「権利」と呼び、そのような「権利」の侵害と「権利」にいたらない「利益」の侵害を区別した上で、後者の「利益」の侵害についても、不法行為法による保護—損害賠償請求はもちろん、差し止め請求も認めて良いとしている。

人格的利益の中でも、名誉毀損やプライバシー侵害のみならず、単なる不快感をはじめとする軽微な精神的侵害、例えば事務・会話・勉強等に対する軽度の侵害、圧迫感等、生活妨害のうち消極的侵害（日照妨害、眺望権阻害等）、名誉感情の侵害の場合も、「利益」が侵害されたとして、損害賠償や差し止めを認めて良いとするのである。

そして、そのような「社会的に明確性を備えていない利益」が保護されるかどうかは、単に「利益」が侵害されただけではなく、加害者にどこまでの行為が許されるのか、すなわち他者の権利との相関関係において判断されるとしている。

オ 吉田克己教授は、古典的な「権利」概念は、利益の特定人への「排他的な帰属」を意味するものであるとの前提のもとで、現代社会においては、公共的利益にかかわる外部秩序から個々に割り当てられる利益、たとえば競争秩序により市民に割り当てられる競争利益や、生活環境秩序の維持から市民が受ける生活利益といったような、古典的意味での「権利」概念を語る余地がない「利益」が存在することを認め、「権利に至らない利益保護が問題になる外部秩序においては、侵害行為の態様をも含めた総合的判断が違法評価のために必要となる」としている。

カ 以上に例示した多くの研究者が指摘するように、不法行為制度の目的は基本権の保護として捉えるべきであり、そうであるとすれば、権利侵害の有無を判断する際には、権利内容の確定ばかりではなく、①他の権利との相関や、加害者の主観、②社会公共の利益等のファクターをも考慮して行わねばなら

ない。

そこで、本件の「敬愛追慕の情を基軸とする人格権」について、これらファクターを考慮して、その要保護性・権利侵害の有無を判断すると、次のようになる。

(3) 敬愛追慕の情を基軸とする人格権へのあてはめ

ア 権利内容の明確さについて

敬愛追慕の情を基軸とした人格権は、財産権や個人の生命身体への権利のような強固な権利と言えない。しかし、人格権そのものはいうまでもなく、敬愛追慕の情という感情自体も、これまで判例上認められた法的利益である。したがって、控訴人らが主張している敬愛追慕の情を基軸とした人格権もまた、必要にして十分な明確性を有しているものである。

イ 他の権利との相関や加害者の主観

控訴人菅原らは、被控訴人靖國神社に対して、内容証明郵便により、合祀により自身の人格権が侵害されていることを告げ、合祀を取り消すように要望している。それにより、被控訴人らは、合祀の継続が控訴人らの人格権を侵害していることにつき認識をした（それまでは、「おおかたたの日本人は合祀を感謝している」との認識であったのかもしれないが、具体的に合祀を拒絶している個人の存在を知った）のである。

にもかかわらず、被控訴人はその後も合祀を継続している。従って、被控訴人靖國神社は、故意を有しながら控訴人らの権利を侵害しているとの非難を免れないのである。

また、被控訴人靖國神社の権利（宗教行為の自由）との関係を検討するに、この点については既に主張したように、被控訴人らの要求を受け入れ、9名の本件戦没者の氏名を霊壘簿等から抹消しても、その他の260万人を超える戦没者の氏名を霊壘簿等に記載し続けている以上、被控訴人靖國神社の宗教行為の自由には何の影響もないことは自明である。被控訴人靖國神社のし

ている宗教活動が、わずか9名の本件戦没者に個別に依存しているような事情は全く存在しない。

すなわち、控訴人らの権利と対立する加害者（被控訴人靖國神社）の宗教行為に対する制約は、ほとんど考慮する必要もないほど軽度なものと言える。

ウ 社会公共の利益についての考慮

敬愛追慕の情を基軸とする人格権を認めることは、社会公共の利益とも合致する。

これは、憲法が規定する社会秩序のあり方とも関わる。確かに、現時点で、靖國神社に合祀の取り下げを求める国民は少数であるかもしれない。しかしながら、個人の価値観や考え方がますます多様化していく現代社会においては、相互の価値観を尊重することが円滑かつ自由な社会秩序を形成していく最良の方策なのである。誰しも、自己が思想的な少数者になる可能性は十分にあり、その場合に、自己の思想に裏付けられた人格権が損なわれない社会、すなわち、自己の思想が少数であっても尊重される社会を望むことは当然であると思われる。かかる観点からすれば、少数者であるかもしれない控訴人らの思想に基づく人格権が保護されることは、あるべき憲法秩序に合致し、社会公共の利益を増進させるものである。

エ 以上の次第であり、敬愛追慕の情を基軸とする人格権は、それが侵害された場合には、他のファクターを考慮することにより、不法行為法にいう権利又は法律上保護される利益に該当する場合があるというべきである。

3 不法行為制度の権利生成機能～保護法益拡張の具体的事例

不法行為制度の目的を被害者の救済と捉え、権利侵害の要件について、排他性を有する権利の侵害の場合のみならず、加害行為との相関や対立利益との衡量、

社会公共の利益（秩序）等の要素を考慮することにより権利侵害を判断するとすれば、本件のような「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」と同じように、法律によってリストアップされていない様々な権利利益（生成途上の権利）についても、その侵害を不法行為制度によって救済できることになる。

このような不法行為制度の働きは、特に「権利生成機能」と呼ばれるものであり、実際にも不法行為の権利生成機能により、裁判上認められてきた権利は数多く存在する。そこで、以下、そのような実例を列挙するが、かかる権利が生成されているという状況から見ても、本件において「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」に対する侵害が権利侵害に該当し、控訴人らが不法行為制度による救済を受けべきことは明らかである。

（１）氏名を正確に呼称される利益

NHKが在日韓国人の名前を母国語読みしなかったことにつき権利侵害が争われた事案で、最高裁は、氏名を正確に呼称される利益は「不法行為法上の保護を受けうる人格的利益」であるが、必ずしも十分に強固な利益ではないので、「明示的意思に反してことさらに不正確な呼称をしたか、又は害意をもって不正確な呼称をしたなどの特段の事情がない限り」違法性はないと判断した（最判昭和63年2月16日 民集42巻2号27頁）。

この判決は、加害行為の態様によっては、「氏名を正確に呼称される利益」に対する侵害も権利侵害に該当することを示したものである。

（２）内心の静穏な感情を害されない利益（水俣病待たせ賃訴訟）

水俣病患者の認定申請をしたが長期間にわたり判断がされなかったので、相当期間内に応答処分される利益について争われた事案で、最高裁は、相当期間内に応答処分される利益は「内心の静穏な感情を害されない利益」として法的保護の対象となりうるが、「社会的に許容し得る態様、程度」を超えない限り不法行為の成立を認めることができないと判示した（最高裁平成3年4月26日 民集45巻4号653頁）。

この判決は、加害行為の態様、程度によっては「相当期間内に応答処分される利益」が、不法行為上の保護の対象となることを認めたものである。

(3) 内心の静穏な感情を害されない利益（高松高裁）

死刑廃止論者である原告が、自身の関与したフォーラムについての記事が、死刑再開について逆にお墨付きを与えたかのように世間を誤解させるものであったとして、当該記事の差し止め等を求めた事案について、高松高裁平成13年9月27日判決（平成12年（ネ）第409号）は次のように判示した。

「ところで、一般的には、各人の価値観が多様化し、精神的な摩擦が様々な形で現れている現代社会においては、各人が自己の行動について他者の社会的活動との調和を十分に図る必要があるから、人が社会生活において他者から内心の静穏な感情を害され精神的苦痛を受けることがあっても、一定の限度では甘受すべきものというべきであるが、社会通念上その限度を超えるものについては人格的な利益として法的に保護すべき場合があり、それに対する侵害があれば、その侵害の態様、程度いかんによっては、不法行為が成立する余地があるものと解すべきである（最高裁昭和61年（オ）第329号・・・）。」

この判決は、結論的には控訴した原告の「内心の静穏な感情を害されない利益」の侵害はないと判断した。しかし、判断の過程においては、前掲の水俣病待たせ賃訴訟を全面的に援用して、「内心の静穏な感情を害されない利益」も、侵害行為の態様、程度が「社会的相当性を逸脱した違法なもの」ということができる場合には不法行為上保護の対象となることを明確に認めており、その被侵害利益性を頭から否定するようなことはしていない。

(4) 人格権の一内容としての意思決定をする権利（エホバの証人輸血拒否事件）

患者が宗教上の理由から輸血を拒否するとの明確な意思を有している場合に、このような意思決定をする権利は「人格権の一内容」として尊重されるべきとした判決（最高裁平成12年2月29日 民集54巻2号582頁）があ

る。

この判決は、輸血を拒否するという意思決定を行うことが、人格権の一内容として不法行為上の保護の対象となることを示したものである。

(5) 生存可能性への期待

生命・身体に対する侵害が、特別の違法性阻却事由がない限りそれ自体で違法となり、侵害行為の態様との相関は不要であるということは前述したとおりである。最高裁の判例はそれを通り越し、生命侵害そのものに該当しなくとも、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がなお生存していた相当程度の可能性が証明されれば、この生存可能性は法によって保護されるべき利益として、その侵害は違法となるとする（最高裁平成12年9月22日 民集54巻2号2574頁）。

同判決は、生存「可能性」自体が、保護の対象となるとの判断を示したものである。

(6) みだりにその容ぼう、姿態を撮影されない権利

最高裁昭和44年12月24日判決（刑集23巻12号1625頁）は、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう、姿態を撮影されない自由を有する」としつつ、犯罪の証拠保全の必要性・緊急性があり、撮影が社会的許容限度内の相当な方法による場合については許容されるとしている。

この判決も、強固とは言えない権利・利益について、加害行為との相関を考慮しながら要保護性を検討している。

(7) 身分上的人格権

婚姻や性に関する利益、家族関係にかかわる利益も不法行為によする保護の対象とされてきている。判決に現れた事例としては、結婚するといつわって性的関係を結んだ場合（大判明治44年1月26日 民録17巻16頁）や、医師が雇い主としての地位を利用して看護見習いの者の意に反して性的関係を結んだ場合（大分地裁大正15年10月23日 新聞2648巻7頁）等がある。

さらに、直接の性的関係を結ぶに至らない場合でも、被害者が不快を感ずる性的ないやがらせがなされた場合、性的自由の侵害として不法行為の対象となることがある。いわゆるセクシュアル・ハラスメントであるが、これを認める裁判例も少なくない（福岡高裁平成12年1月28日 判タ1089号 217頁等）。これらも、裁判を通じて、不法行為に権利生成機能が全うされた例ということができる。（吉村良一『不法行為法』42頁参照）

4 まとめ

原判決は、山口最判を引写しにして、控訴人らの主張する「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」は「結局のところ、・・・被告靖國神社による本件戦没者の合祀という宗教的行為による不快の心情ないし被告靖國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。」と頭から否定している（原判決69～70頁）。

しかし、以上述べたとおり、控訴人らの主張する「敬愛追慕の情を基軸とした人格権」は、これを侵害する被控訴人靖國神社の侵害行為の態様、程度（すなわち靖國神社合祀の実態）が「社会的相当性を逸脱した違法なもの」と判断される場合には、不法行為法上の被侵害利益となる性質のものであることは、明らかである。その検討をまったく行わないまま上記引用部分のように判断した原判決には、審理不十分、理由不備の違法がある。

なお、靖國神社合祀の実態が、原判決のというような抽象的観念的行為でも、内心の信仰の自由に等しいものでもないことは、控訴人第1準備書面ですでに指摘し、追加証拠を提出したとおりである。

以 上