

事 件 番 号 平成 2 1 年(㊦)第 7 9 2 号霊璽簿からの氏名抹消等請求控訴事件
次 回 期 日 2 0 1 0 (平成 2 2 年) 2 月 2 日午後 3 時 0 0 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 6 準 備 書 面

(追悼・慰霊に関する自己決定権について)

2 0 1 0 年 1 月 2 9 日

大阪高等裁判所

第 1 1 民事部 二係 御中

本準備書面では、控訴人らの主張する「追悼・慰霊に関する自己決定権」の要保護性について、今回提出した立命館大学法科大学院・吉村良一教授作成にかか
る意見書（甲総15）を踏まえながら、これまでの主張を補足して説明する。

第1 被侵害利益論に関するこれまでの控訴人らの主張

控訴人らは、訴状において、本件訴訟における被侵害利益を「家族的人格
な紐帯の中で、本件戦没者を敬愛追慕する人格権」とし、原審第1準備書面に
おいて、それを敷衍する形で、当該人格権が次の3つの権利ないし利益を内包
していることを述べた。

- ① 追悼の自由（憲法19条、20条1項前段、20条2項）＝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
- ② 追悼・慰霊に関する自己決定権（憲法13条）＝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
- ③ 敬愛追慕の情

しかるところ、原審判決は、全体としての「家族的人格な紐帯の中で、本
件戦没者を敬愛追慕する人格権」についてその要保護性を否定したのみであり、
それに対する反論は、これまで控訴人らは控訴審準備書面において行ってきた
ところである。

本準備書面においては、上記②追悼・慰霊に関する自己決定権について特に
取り上げ、それが被侵害利益としての要保護性を有することを明らかにする。

第2 新しい権利についての要保護性の考え方

1 権利保障の体系としての不法行為制度

追悼・慰霊に関する自己決定権が不法行為法上の要保護性を有するか否かを判断するためには、そもそも不法行為制度をどのように捉えるかが問題となる。そしてこの点については、控訴人第5準備書面において、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と主張した。

さらに、控訴人らは今回吉村教授の上記意見書（以下、「吉村意見書」という）を提出したが、その中で同教授は、「権利侵害（現代語化改正後は、権利また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」（同3頁）とした上で、水俣病待たせ賃訴訟において最高裁が「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」（最判平成3年4月26日民集45・4・653）と判示したことや、国立景観訴訟において最高裁が「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」（最判平成18年3月30日民集60・3・948）と判示したことを挙げ、実際に「内心の静穏な感情を害されない利益や景観利益において、権利ないし法益侵害要件が「再生」していることを説明している。

その上で、「このよう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、侵害された利益がこのような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、前述のように、権利や利益の多様化の中で、利益保護を拡大する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いくべきではないか。権利・法益侵害要件の重視は、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」（同4頁）としている。

吉村教授のかかる見解が、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、要保護性を広げる方向で解釈すべきとする控訴人らのこれまでの主張と合致することは明らかである。

2 要保護性についての判断要素

- （1）不法行為制度を、権利保障の体系と捉え、新しい権利・利益についても不法行為法の中に取り込もうとした場合、いかなる判断要素によって、当該新しい権利・利益について要保護性（すなわち、違法な権利侵害）を検討すべきであるのかが次に問題となる。

この点については控訴人らは既に控訴人第5準備書面において、権利侵害の有無を判断する際には、権利内容の確定のみならず、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とした。

そして、今回提出した吉村意見書においても、被害者の内心の感情にかかわる利益や、自己決定権、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際は、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とされている（同8頁）。

- （2）すなわち、具体的には、まず被害者の内心の感情にかかわる利益の場合、例えばセクシャル・ハラスメントの場合には、違法性が認められるために

はまず被害者の主観が基本となるが、その他にも侵害行為の主体、態様を判断することが非常に重要となっている。

- (3) また、自己決定権が侵害された場合については、例えばエホバの証人輸血拒否訴訟において、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」とした。その上で、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であるとして、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（最判平成12年2月29日 民集54・2・582）。

この点につき吉村教授は、「自己決定権は、所有権等、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定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」とし、権利侵害の有無を判断する場合には侵害行為の態様を含んだ総合的判断が必要になるとしている（同7頁）。

- (4) さらに、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場合として、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との期待」が害されたとして損害賠償を請求した事件につき、最高裁は「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」(最判平成20年6月12日民集62・6・1656)とした。

ここでも、侵害者の行為態様やそれまでの状況によっては、かかる信頼が不法行為法上の要保護性を獲得することが示唆されているのである。

- (5) また、国と京都市が主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、主催者側が、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」を侵害されたとして争われた事案について、大阪高裁は次のように判示した。

「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、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にすることもせずに、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当然である。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(大阪高判平成20年9月17日)。

この点につき吉村教授は、「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問題視され」と説明している(同意見書8頁)。

- (6) このように、新しい権利・利益についてその要保護性を判断する場合には、当該権利・利益の内容のみならず、侵害行為の態様等との相関において判断しなければならないというのは、判例の流れの上でも定着している

ものと言える。

第3 本件の「追悼・慰霊に関する自己決定権」の要保護性

1 総論

新しい権利・利益についてその要保護性を判断する場合、上述のように、その権利・利益の内容と同時に、侵害行為の態様等を含めて総合的に判断する場合、本件で問題となっている控訴人らの「追悼・慰霊に関する自己決定権」の要保護性については、どのように判断されるべきか。以下では、「追悼・慰霊に関する自己決定権」の権利内容、侵害行為の特質、侵害行為の主体の特質について順に検討する。

2 権利内容

(1) 原判決は、「追悼・慰霊に関する自己決定権」を内包するものとしての「家族的・人格的紐帯の中で、本件戦没者を敬愛追慕する人格権」について、「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ことができない」（同判決70頁）としている。

しかしながら、これまで縷々述べてきたとおり、本件で控訴人らが主張しているのは、単なる「靖國神社に対する嫌悪の感情」にとどまるものではない。控訴人菅原龍憲は、原審における本人尋問において「靖國の合祀という、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ことを、そういうことを明らかにしていただきたい」（菅原龍憲本人尋問調書7頁）と供述し、控訴人釈氏政昭は、「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つてしかるべきだ」（釈氏政昭本人尋問調

書 10 頁) と供述している。

かかる控訴人らの真摯な訴えに耳を傾ければ、本件で問題になっているのは、単に「嫌悪の感情」ではなく、控訴人個々人が自己の人格的生存を完全なものにならしめるために不可欠のものに対する侵害であると言える。

(2) また、原判決は、「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・承諾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」(同判決 72 頁) としている。

しかしながら、この点につき吉村教授は「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」(同意見書 17 頁) とする。

さらに、「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」とし、河上正二「民法学入門 (第 2 版)」(甲総 9) を引きながら、『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付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」とする(同意見書 18 頁)。

本件における遺族の意思が、上述のとおり、その人格をかけたものであることから、極めて妥当な意見であると言える。

(3) 以上のとおり、「家族的・人格的紐帯の中で本件戦没者を敬愛追慕する人格権」、そしてそれに内包されている「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」、すなわち「追悼・慰霊に関する自己決定権」は、単に「嫌悪の感情」などという言葉のみで捉えられるものではなく、憲法13条にその根拠を持つ権利である。

この点につき吉村教授は、「個人の追悼・慰霊という私事に関して自らが決定し、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付けることが、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」（同意見書17頁）とするが、まさにそのとおりであると言うことができる。

3 侵害行為の特質

(1) 次に、本件における侵害行為の特質について検討する。本件における侵害行為の根幹は、被控訴人靖國神社による本件戦没者達の合祀である。そこで、合祀の意味合いが問題となる。

この点、高橋証人は、原審における証人尋問において、靖國神社による合祀は、追悼というよりも、「戦死者の功績をたたえ顕彰する」という意味が大きく、同神社を肯定的に見る人には合祀が大変名誉なもの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、追悼とは異なる強い打撃を与えるものとして受け止められるとしている。

また、龍谷大学法学部で憲法学を研究している平野武教授は、「政教分離裁判と国家神道」において、「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、靖國神社による合祀は、戦没者の死に一定の評価付けを行い、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」としている。

被控訴人靖國神社による合祀は、かように屈折した意味を持ち、遺族らに様々な拒否反応を巻き起こすというものであり、この点は、遺族らの法益侵害の有無を判断するに際しては、重大な意味を持つものと言わざるを得ない。

- (2) さらに、本件では、控訴人らは被控訴人靖國神社に対し、あらかじめ文書でもって合祀を拒否する旨の通知を行っている。それにより、被控訴人靖國神社は控訴人らの意思を知ったものである。にもかかわらず、被控訴人靖國神社は、合祀行為を継続しているのであり、加害行為の悪質性は大きいと言わざるを得ない。

この点、吉村教授も同意見書の中で、「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」(同19頁)としている。

4 侵害主体について

最後に、本件侵害の主体である被控訴人靖國神社の特質について検討する。

この点についても、これまで控訴人らはその好戦的性格等について縷々述べてきたところであるが、吉村教授は同意見書の中で、「靖國神社には、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、靖國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。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」（同意見書 19 頁）としている。

同教授の意見のとおり、控訴人らにとって、合祀が耐え難いことの理由には、靖國神社が今なお侵略戦争の象徴としてのあり方を変えていないからであり、この点も、控訴人らの権利の要保護性を検討する要素となる。

5 まとめ

以上のとおり、本件で問題となっている被控訴人らの「追悼・慰霊に関する自己決定権」は、憲法 13 条を基盤とし、被控訴人らの人格に直結する重大な権利である。そして被控訴人靖國神社による合祀行為が、「追悼」ではなく「顕彰」行為であり、被控訴人に対して継続的に深刻な苦痛を与えていること、被控訴人らの書面による拒絶意思にもかかわらず加害行為が継続されていること、加害主体である被控訴人靖國神社に対しては、戦後社会において評価や位置付けが大きく分かれていることから、それによる合祀行為は遺族らに大きな拒否反応を巻き起こしうる。

これらの点を総合的に考慮すれば、本件において、控訴人らの「追悼・慰霊に関する自己決定権」は、被控訴人靖國神社の加害行為から保護されるべきものとして要保護性を有するものと言え、被控訴人靖國神社の合祀行為は、かかる要保護性を有する「追悼・慰霊に関する自己決定権」を侵害したものであるとして、違法の評価を受けるものである。

以 上