

宗教的人格権の要件事実論的検討

宗教的人格権の確立に向けて

A Study of Religious Rights of Personhood Based on the Theory of the Ultimate Facts

—for the Establishment of Religious Rights of Personhood—

法学研究科法律学専攻博士前期課程修了

小林 正 弘

Masahiro Kobayashi

はじめに

「強制」と信教の自由の本質

- 1 自衛官合祀最高裁判決多数意見の考え方と問題提起
- 2 「強制」(憲法20条2項)の意味の要件事実論的検討
 - (1) 要件事実論について
 - (2) 「強制」の意味
 - a 宗教条項の一般的解釈
 - b 憲法20条と19条、21条等の本質的差異
 - c アメリカにおける判例理論
- 3 「強制の要素」の再構成
- 4 自衛官合祀訴訟における信教の自由の本質

宗教的人格権の法律構成

民法709条の「権利」としての宗教的人格権

権利侵害の問題

違法性の有無(受忍限度の問題)

- 1 受忍限度論
- 2 公法上の違法と私法上の違法
- 3 宗教的人格権が主張される場合の受忍限度の判断

おわりに

はじめに

現代社会は宗教あるいは宗教的なものが多様な展開をみせている。また、これらに対する立場、態度も様々に分化・錯綜してきている。さらに、伝統的な「家」の宗教から解放されて、宗教は個人的なものになる傾向が強まっている。これにより信教の自由の侵害をめぐる問題が、今まで以上に、個人の権利を侵害するものとして争われることが多くなるであろう。また、家族内で異なる宗教を信仰している場合には、家族内での信教の自由の侵害の問題として争われることが多くなる。このような現状において、個人の人権保障という視点から信教の自由の保障を拡充していく必要性が増している。

歴史的には、信教の自由の獲得こそが精神的自由権の確立の原型であった¹。現代は精神的自由の保障は憲法に謳われるようになってきた。そして、最近の判例では人格権やプライバシー権という新しい権利が認められてきている。これは、憲法の規範意識である個人の尊厳を実質的に保障していこうという動きであり、精神的自由の保障に資するものである。しかし信教の自由については、国民に憲法の規範意識が十分に浸透し実質的な保障がなされている状態には至っているとはいえない。信教の自由が人間の人格の根底部分をなす重要な権利であるにもかかわらず、その侵害については強制的な要素が必要と考えられていることもその現われといえよう。精神的自由の保障を更に実質化するためには、宗教的人格権の権利性が訴訟の場において確立されることが望ましい。宗教的人格権という権利の確立によって、信教の自由の侵害に強制的な要素が必要でなくなれば、信教の自由の保障が拡充されると考えるからである。以下、このような問題意識に基づき、宗教的人格権の要件事実論²的検討をし

¹ J・B・ピュアリ著 森島恒雄訳『思想の自由の歴史』岩波新書158～159頁（1951）

² 伊藤滋夫教授は要件事実論について、次のように定義している。「要件事実論というものを、その果たす機能や目的から定義付けるとすれば次のようにいえるであろう。すなわち、『要件事実論とは、要件事実というものが法律的にどのような性質のものであるかを明確に理解して、これを意識した上、その上に立って民法の内容・構造や民事訴訟の審理・判断の構造を考える理論である。』と。こうした要件事実論は、主張立証責任論と同じものではない。この点は、要件事実の定義を考えれば分かるであろう。まず、『要件事実とは、法律効果を生じるために必要な実体法（裁判規範としての民法）の要件に該当する具体的事実である』と言われることから理解できるように、要件事実論とは、民事訴訟において主張立証されるべき事実を実体法上の法律効果の発生と関連付けて考える考え方（貸金返還請求をするためには、貸金返還請求権の発生要件事実が、まず主張立証されなければならないという具合に）である。ここまでで触れているのは、厳密にいうと、上記の要件が主張され立証されなければならないということであって、そのことは、当然には、その主張立証について誰が負担を負っているかを触れていることにはならない。そうしたことが、主張立証責任とどのようにして結びつくことになるのであろうか。民事判決は、実体法上の権利の存否を判断することによって行われるが、そうした権利の存否は、直接にこれを判断することはできないため、その権利の発生要件や消滅要件に該当する具体的事実、すなわち、それぞれの要件事実の存否を判断することによって、そうした権利の発生・消滅を判断することになるわけであるが、こうした要件事実についての主張立証が不十分であった場合には、どの当事者がそのことによる不利益を受けるかということが定まっていなければならない。その際の基本的考え方は、そうした権利の発生・消滅を主張する当事者は、そうした発生・消滅に関する要件事実を主張し（少なくとも弁論主義の働く訴訟においては）、立証しなければならないということである。そして、そうした主張立証がされなければ、それがされないことによる不利益を当該当事者が受けるということになる。そうしたことをもって、ある当事者が当該要件事実について主張立証責任を負うというのである。上記の例でいえば、原告が貸金返還請求権の発生要件事実としての、『金銭の交付』と『返還の約束』

ていく。そしてこの検討を通して、宗教的人格権の権利性を根拠付けることが本稿の目的である。

宗教的人格権は、自衛官合祀事件において、「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」として初めて主張された。1審、2審ではその主張が認められたが、最高裁では認められなかった。そしてその後、靖国訴訟において再び主張されたが、法的利益とは認められなかった。

そこでまず、本稿の では、自衛官合祀事件最高裁判決にいう、信教の自由に対する「強制」の概念が、信教の自由の本質に照らし妥当か否かを要件事実論的に検討していく。この検討により信教の自由の本質としての宗教的人格権を導く。次に では、実際に宗教的人格権を訴訟で主張する場合の法律構成について検討する。この検討から宗教的人格権の法的性質を導く。さらに では、不法行為の要件である「権利侵害」について検討する。ここでは特に靖国訴訟において、宗教的人格権が主張される場合、権利侵害があるといえるかについて検討していく。 では、違法性についての検討を通し、政教分離原則違反の公法上の違法を私法上の違法と考えることができるかにつき筆者の見解を示す。そして、受忍限度内かを判断する要件事実論的構成を検討する。以上の章立ては宗教的人格権侵害に基づく精神的損害について不法行為による損害賠償請求をするための要件を検討していく形式となっている。なお、本稿の中心をなす要件事実論的検討・要件事実論的アプローチは、伊藤滋夫教授の御教示に多くを負っている。

「強制」と信教の自由の本質

1 自衛官合祀最高裁判決の考え方と問題提起

【事件の概要】

殉職自衛官の夫を自己の信仰に反して山口県護国神社に合祀されたキリスト教信者の夫人Xが、合祀を推進し申請した自衛隊山口地方連絡部（地連）と民間団体である社団法人隊友会山口県支部連合会（隊友会）の行為は政教分離原則に違反し、亡夫を自己の意思に反して祭神として祭られることのない自由（宗教的人格権）を侵害するとし、両団体に対し損害賠償を請求した事件である。

【判決の考え方】

1審判決³は、合祀申請行為は地連と隊友会の共同行為であり、宗教的意義を有し、神社の宗教を助長・促進する「宗教的活動」と断じ、「親しいものの死について静謐の中で宗教上の思考を巡らせ、行

を、被告が同請求権の消滅要件事実としての、『被告が原告に弁済をしたこと』について、それぞれ主張立証責任があるといういい方になる。要件事実論は、もちろん、こうした主張立証責任についての考え方も含んで検討するものである。しかし、要件事実論は、それにとどまらないことに注意しなければならない。主張立証責任論というのは、専ら訴訟におけるこのような主張立証責任の問題のみを扱うものと考えられるが、要件事実論は、上記のような性質を持つものであるため、それよりやや広がりを持ち、場合によっては民法の解釈や従来民法学における考え方自体にも影響を持つと考えられる。伊藤滋夫『要件事実の基礎 裁判官による法的判断の構造』有斐閣14～15頁（2000）。

³ 山口地判昭和54・3・22判時921号44頁。

為をなす利益」(宗教上の人格権)を侵害する違法な行為と判示し、2審判決⁴もそれを支持した。しかし、本稿で中心的に取り上げる最高裁判決⁵は、共同行為を否定し、地連の行為は隊友会が単独で行った申請行為に協力したにすぎず、目的・効果基準に照らし、「宗教的活動」とまで言うことはできないとし、神社による合祀は妻の信教の自由を妨害せず、その法的利益を侵害するものではない、と判示した。

この最高裁判決には学説の批判が多い。本稿では最高裁判決のとり「強制」⁶について外在的批判をしていくことにする。ここでの外在的批判とは、判例の見解とは違う見解から判例を批判することである。

【問題提起】

多数意見は1審以来の国の主張を全面的に迎えたものであった。国は、自衛隊も隊友会も、そして護国神社も、原告に対して護国神社の行う宗教行為ないし宗教的活動に参加することを何ら強制した覚えはない、現に原告は本件合祀に参加を強制されたものではない、だから信教の自由の侵害にはあたらないと主張を続けてきた。多数意見は政教分離規定に違反する宗教的活動でも、「憲法が保障している信教の自由を直接侵害するに至らない限り、私人に対する関係で当然には違法と評価されるものではない(下線は筆者による)」と判示した。

しかし判例は、「直接侵害」(強制の要素)を物理的な侵害行為の意味に限定して考えている。具体的には、「県護国神社の宗教行事への参加を強制されたこと」「不参加により不利益を受けたこと」「キリスト教信仰及びその信仰に基づき亡夫を祈念し追悼することに対し、禁止又は制限、圧迫又は干渉が加えられたこと」というような侵害行為を意味する。しかも多数意見は、私人相互間における信仰の自由もしくは宗教的行為の自由またはそれに準ずる法的利益の侵害の成否を判断する場合でもこの強制の要素⁷が必要である、と解している。したがって本件において多数意見の考え方によれば、県護国神社の祭神として合祀されたこと、また合祀後に同神社宮司から永代命日祭齋行等に関する書面が送付されたことがいかにキリスト信者である夫人に良心の痛みを与えるものであっても、強制の要素が存在しない限り、それは直接の侵害ではないから、信仰の自由に対して「何ら干渉するものではない」と判断される。かえって、同神社は合祀を「自由になし得る」ことを憲法で保障されているから、夫人は良心の痛みを甘受する寛容の心をもたねばならない、とまで言う⁸。

しかし、そもそも物理的強制、身体的圧迫、又は実力行為による干渉がないから、強制がなかった

⁴ 広島高判昭和57・6・1判時1063号3頁。

⁵ 最大判昭和63・6・1判時1277号34頁(1988)。

⁶ 本文に「強制」と「強制の要素」の2つの言葉がでてくるので、あらかじめ両者の関係について整理しておく。「強制」は憲法20条2項の文言であり、強制の要素とは狭義の信教の自由の侵害を言うために必要とされるものである。条文上、「強制」には例示がされており、強制の要素よりも狭い概念と考えられる。しかし、筆者は20条2項の例示は信教の自由の本質から「強制」を捉えなおすことにより、「強制」=強制の要素になると考えている。

⁷ 通説は狭義の信教の自由の侵害には強制の要素が必要とする。横田耕一「『信教の自由』と『政教分離原則』-自衛官合祀違憲判決に関して」判夕385号77頁(1979)。

⁸ 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』有斐閣86~87頁(1999)。

と何故いえるのか⁹。

以下では、強制の要素に直接的・物理的強制のみならず、やや間接的な強制や精神的強制も含むことができるかどうか、できるとすれば、いかに法律構成していくべきかを考えていきたい¹⁰。

2 「強制」(憲法20条2項)の意味の要件事実論的検討

(1) 要件事実論について

要件事実論は、訴訟物について主張立証責任の分配を軸として法律効果を判断するという、民事裁判の判断の構造をになう議論である。そして、基本的に実体法の理論であり、実体法上の効果を考えるにあたり立証の公平ということを考えて要件を分配していく理論である。要件事実とは、実体法上の法律効果を発生させる実体法の要件に該当する具体的事実をいう。ここでいう実体法の要件とは、実体法の要件そのままではなく、立証の公平を基準とする立証責任分配の法理によって定められる。

民事判決は、実体法上の権利の存否を判断することによって行われるが、そうした権利の存否は直接にはこれを判断することはできない。このため、その権利の発生要件や消滅要件に該当するそれぞれの要件事実の存否を判断することによって、そうした権利の発生・消滅を判断することになる。この、要件事実についての主張立証が不十分であった場合に、いずれ当事者がそのことによる不利益を受けるかということが定まっていなければならない。これについて、そうした権利の発生・消滅を主張する当事者は、当該権利の発生・消滅に関する要件事実を主張し(少なくとも弁論主義の働く訴訟においては)立証しなければならないというのが基本的な考え方である。そして、そうした主張立証がなされなければ、これによる不利益を当該当事者が受けることになる。そのため、要件事実の内容は、そこで問題となっている当該法律効果発生のために、必要にして十分な最小限の事実、すなわち当該法律効果発生のための本質的事実である。

このように要件事実論の特徴は、民事裁判において当事者がある法律効果を主張するために、何が本質的に必要かということを考える点にある¹¹。

(2) 「強制」の意味

憲法20条2項は「何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない」と規定している。確かに条文上は、外形的行為による強制を意味しているように見える。しかし、これは戦前の国家神道を念頭に置いたからにすぎないのではないかと。信教の自由を憲法で保障した趣旨から、「強制」の意味を考え直すべきである。なぜなら、宗教的な強制であったとしても身体的強制の場合には、信教の自由の侵害を主張するまでもなく身体上の権利の侵害を主張すればたりるのであり、

⁹ 藤本治「逆転した『信教の自由』 最高裁判決のレトリックを読む」世界518号81～82頁(1988)。

¹⁰ 芦部信喜教授は「わが国の学説上ほとんど問題にされなかった「強制」の要素について再検討を要すると考えた」芦部信喜『宗教・人権・憲法学』有斐閣90頁(1999)。

¹¹ 伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門』有斐閣181～183頁(2003)、伊藤・前掲注2)14～15頁。

その場合に信教の自由の強制があったといったところで、信教の自由の侵害の主張は過剰主張となるからである（要件事実論における過剰主張¹²。なお、損害賠償額の議論¹³はここでは考えないこととする）。とすれば、なんのために信教の自由を憲法であえて保障したのかが分からないことになってしまう。本来、権利の本質とは、他の市民的自由を取り払ってもなお残るもの、要件事実論的にいえば、他の権利と区別できてその権利にしかないものでなければならない。例えば、出版の自由における権利の本質とは、表現の自由と区別できて出版の自由にしかない、出版すること自体の自由である。

この観点から信教の自由の本質に立ち返り「強制」の意味を考えてみる。

本来ならば信教の自由の本質に立ち返るには、そもそも宗教とは何かということ、つまり自由を保障される対象を明確にする必要がある。しかし、憲法をはじめとして、現行法には宗教の定義がなされていない。これは、現行法の体系は『信教の自由』の保障をその目的としていることから、法律上の宗教はできるだけ広く解する必要があるからである。一度、法律上の宗教の定義を明文化してしまうと、これに包摂されない宗教は信教の自由の保障を受けられないことになる。であるから、明文の規定をおくことよりも、その時々において宗教と考えられているものを最も広範に法律上の宗教として扱うことが望ましい¹⁴。多数説は、憲法にいう「宗教」の解釈については、「狭義の信教の自由」保障規定にいう「宗教」と政教分離規定にいう「宗教」とを識別することなく、また、「宗教」の概念規定については、津地鎮祭事件控訴審判決¹⁵の示した解釈の如く、これを広く捉えている。同判決は、「あえて定義づければ、憲法でいう宗教とは『超自然的、超人間の本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかならず神、仏、霊等）の存在を確信し畏敬崇拜する心情と行為』をいい、個人的宗教たると、集団的宗教たると、はたまた発生的に自然宗教たると、創唱的宗教たるとを問わず、全てこれを包含するものと解するを相当とする」と判示し、この解釈を基礎付けるものとして、「同条〔憲法20条〕の立法趣旨及び目的に照らして考えれば、出来るだけこれを広く解釈すべきである」と述べている。もっとも、たとえ概念的に宗教の定義が出来たととしても、それが実際の事案において持つ意味は様々である。

¹² 「過剰主張」とは、ある法律効果を生じさせるためにはaという事実の主張さえあればよいのに、aに加えてbという事実の主張もした場合、すなわちa+bという事実の主張をした場合のbの事実の主張をいう。例えば、売買代金債務の履行遅滞に基づく損害賠償請求訴訟において、抗弁として、買主である被告が、弁済期までに売買代金の弁済の提供をしたが、売主である原告がその受領を拒絶したためこれを供託し、そのため売買代金債務は消滅したという事実が主張されたとする。この主張のうちの代金の受領拒絶と供託は、過剰主張であり、抗弁としては、代金の弁済の提供の主張のみで十分である。なぜなら、民法492条により、適法な弁済の提供があれば、債務者はそれにより不履行によって生ずべき一切の責任を免れ、履行遅滞による損害賠償責任は発生しないからである。その後の受領拒絶、供託は代金の元本債務の消滅のためには必要な事実であるが、前記損害賠償責任の発生を妨げるためには不要な事実となる。（伊藤・前掲注11）209頁。

¹³ 身体的強制と信教の自由の侵害を両方主張した場合でも、片方だけ主張した場合に比べて損害賠償額が増える場合には過剰主張にはならない。

¹⁴ 川瀬貴也「日本における政教関係 残存する神道 = 非宗教論的心性への問題提起」<http://homepage1.nifty.com/tkawase/osigoto/sotsuron.htm>、塩津徹「信教の自由と『社会通念』」東洋学術研究33（1）170～171頁（1994）。

¹⁵ 名古屋高判昭和46・5・14判時630号7頁。

以下では、信教の自由条項で保障されるべき自由の本質の検討を試み、その後、信教の自由の本質が問題となっていると考えられる具体的事案の中で信教の自由の本質に可能な限り迫っていく方法を採ることとする。

a 宗教条項の一般的解釈

日本国憲法は信教の自由として20条1項前段、2項、政教分離として20条1後段、3項、89条を規定している。以下、これらの宗教条項の一般的解釈を述べる。

憲法20条1項前段は、「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」と定める。ここにいう信教の自由には、信仰の自由、宗教的行為の自由、宗教的結社の自由、が含まれる。

信仰の自由とは、宗教を信仰し、または信仰しないこと、信仰する宗教を選択し、または変更することについて、個人が任意に決定する自由である。これは、個人の内心における自由であって、侵すことは絶対に許されない。この結果、内面的な信仰の自由の外部への表現である信仰告白の自由が当然に認められる。国は、個人に対し信仰の告白を強制したり、あるいは信仰に反する行為を強制¹⁶したりすることは許されないし、宗教と無関係な行政上・司法上の要請によっても、いずれの宗教団体に属するかなど、個人に信仰の証明を要求してはならない。信仰または不信仰のいかんによって特別の利益または不利益を受けない自由（これは憲法14条の「信条」による差別の禁止と重なり合う）

両親が子どもに自己の好む宗教を教育し自己の好む宗教学校に進学させる自由、および宗教的教育を受けまたは受けない自由も、信仰の自由から派生する。

宗教的行為の自由とは、信仰に関して、個人が単独または他の者と共同して、祭壇を設け礼拝や祈とうを行うなど、宗教上の祝典、儀式、行事その他布教等を任意に行う自由である。宗教的行為をしない自由、宗教的行為への参加を強制されない自由を含む（20条2項はこの点を重ねて強調している）。宗教上の教義を宣伝・普及する自由（布教の自由）は、直接には表現の自由の問題となる。

宗教的結社の自由とは、特定の宗教を宣伝し、または共同で宗教的行為を行うことを目的とする団体を結成する自由である。この自由を宗教的行為の自由を含めて解する説も有力である。いずれにしても、結社の自由（21条）のうちで宗教的な結社については、信教の自由の一部としても保障されているのである¹⁷。

憲法20条1項後段は、「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない」と定め、3項は、「国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない」と定めている。これは、国から特権を受ける宗教を禁止し、国家の宗教的中立性を明示した規定である。この政教分離を財政面から裏づけているのが、「宗教上の組織若しくは団体」に対する公金の

¹⁶ 芦部信喜教授は、ここにいう「強制」とは、直接的ないし物理的なものに限られず、間接的・付随的な負担を個人の信教の自由に課すものも含むと解している。芦部信喜『憲法新版補訂版』岩波書店143頁（1999）。筆者も同見解である。その根拠付けとして筆者は本稿において信教の自由を要件事実論的に検討している。

¹⁷ 芦部信喜『憲法学 人権各論（1）[増補版]』有斐閣143～144頁（2000）。

支出を禁止する89条である¹⁸。

b 憲法20条と19・21条等の本質的差異

ここでは、他の権利と区別できてその権利にしかないものはなにかという、信教の自由の本質を検討していく。この点については要件事実論を前提として書かれたものではないが、要件事実論という権利の本質の考え方に似ている、廣瀬裕一氏の研究を以下に引用する。

「20条の『信教の自由』は、一般に次の三つの内容を包含するとされる。(イ)内面的信仰の自由、(ロ)宗教的行為の自由、(ハ)宗教的結社の自由(である。補足は筆者による)このうち、(イ)は19条で保障される『思想・良心の自由』の宗教的側面であり、(ロ)は21条で保障される『表現の自由』の、(ハ)は同じく21条で保障される『結社の自由』の宗教的側面であるとされている。とするならば、自由行使条項としての信教の自由に関する限り、その保障は19条、21条さらには23条の『学問の自由』などによるもので足りることになり、重複して20条にあえて信教の自由の保障を規定することは無意味ではないかということになる。しかし、この20条の自由行使条項の独自性は政教分離条項との関わりで理論的に位置づけることが可能である。すなわち、思想・良心、信教、集会・結社・表現、学問などの諸自由を、これに対して国家の中立性を要請し得るかという観点で比較することによって信教の自由の独自の存在意義が明らかになるのである。19条に関していえば、一般的に国家は『思想・良心』との関わりを絶つことはできない。夜警国家・消極国家にあってさえ、治安や国防は一つの価値観、『思想・良心』に基づいて遂行される。現代の福祉国家、積極国家にあっては、いよいよ多様な価値観、思想と関わり合うことになる。財政・経済施策、福祉政策、外交政策などいずれも一定の思想、価値観に基づいて遂行され、国家によって公定された『思想・良心』が存在する。また、21条と23条に関していえば、国家はその理念・価値観に基づいて『表現』活動を展開し、保護・助成・援助活動等を通して特定の『結社』『学問』と関わり合うことも日常的である。従って国家の信教的中立性の要請は、個人の思想・良心・信条・学問等に対する意図的・強制的な働きかけを排除し得るとどまり、国家による価値観の公定や特定の価値観の優遇をすべて排除するものではない。国家がいかなる価値観・思想・良心にコミットするかは、民主的手続きや伝統等の問題である。それゆえ特定の『思想・良心』『学問』等と国家が関わることについては、憲法条文で直接に禁止されているわけではない。ところが『信教』に関する事柄に関しては、これと国家が関わり合うことが憲法条文で直接に禁止されている。20条(および89条)のいわゆる政教分離条項である。とするならば、思想・良心の自由(19条)表現の自由・結社の自由(21条)学問の自由(23条)等に広く包含される領域のうち、国家との関わりが無条件に禁止されている領域を特定するのが20条の独自の存在意義であると解し得る。そう解することによってはじめて、20条の自由が、19条・21条等の自由とは別箇の条文に規定され、独自の意義を持つものとして取り扱われるべき理由を示し得ることになる。現実の宗教を構

¹⁸ 芦部・前掲注17)147頁。

成するものは『教義』『儀礼』『教団』および『それらの背後にある宗教体験』である。このうち、教義は主として19条の『思想・良心』の領域であり、儀礼は主として21条の『表現』の領域であり、教団は主として同じく21条の『結社』の領域であるといえる。そして、それらの背後にある宗教体験こそが20条の『信教』の領域なのである。もちろん、教義、儀礼、教団の三つの要素は宗教であるための必要条件ではなく、多くの宗教現象に随伴する側面であるといえるにとどまる。しかし、それらの背後にある宗教体験は、これを欠くならばもはや宗教であるとはいうことができないものである。したがって、教義、儀礼、教団という外観だけで形式的に判断しようとするならば、宗教と非宗教との区別は為し得ない。例えるならば、学校教育の営みも一種の教義(教育課程・内容)、儀礼(学校行事)、教団(職員・生徒集団)で構成されるとさえいえよう。このように外見的には宗教の営みと同様の構造を有する学校教育の営みが、宗教の営みとは異なるのは、宗教体験=ヌミノーゼ体験を内包しないという一点によってである。すなわち、宗教と非宗教とを決定的に区別するものは背後にある宗教体験の有無なのであり、つまるところヌミノーゼ体験の有無なのである。以上の考察から明らかなように、あえて19条・21条と別箇に規定されている20条の『信教』ひいては〔宗教CJ¹⁹〕の意味は、『聖』の核心であるヌミノーゼを指標に画定されるのである²⁰。

筆者は、以上の廣瀬氏の研究を本稿の要件事実論的検討の際にも適用できると考える。それは、廣瀬氏の研究が要件事実論という権利の本質の捉え方と類似している点からいえる。以上の廣瀬氏の研究からすると、信教の自由の権利の本質は宗教体験となる。これを要件事実論的にいえば、信教の自由における権利の本質²¹は「宗教的体験²²を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」ということになる。宗教体験(ヌミノーゼ)はR.オットーが、その著『聖なるもの』(1917)で、宗教的感情を分析し、神の力や意思、又は聖なる力を意味するラテン語のヌーメンから、ヌミノーゼ感情という言葉を作り、その基底に相反する一対の感情が存在することを明確にした。それが、畏怖と魅惑であり、心理学者のユングは、人間が心の深奥にある元型にふれるときに、この根源的恐れと魅惑を感じると述べている²³。ユングによれば、そもそも人間の魂は「本性的に宗教的naturaliter religiosa」であるという。この命題は、渡辺学氏の解釈によると、人間は生まれながらにしてヌミノーゼ的なものを慎重に顧慮するような態度ないし構えを持っていることを指している²⁴。そして、こ

¹⁹ 廣瀬裕一氏は日本国憲法上の「宗教」を〔宗教CJ〕と表記している。廣瀬裕一「日本国憲法上の宗教の意味」宗教法第14号231頁(1995)。

²⁰ 廣瀬・前掲注19)245~247頁。

²¹ 前述したように権利の本質とは、他の市民的自由を取り払ってもなお残るもの、要件事実論でいえば、他の権利と区別できてその権利にしかないものでなければならない。

²² 引用部分では「宗教体験」という表現しているが要件事実論的には「宗教的体験」という表現にした。こう考える理由は2点ある。裁判所が厳密に宗教体験かどうかを判断するのは適切でないこと、宗教体験の侵害の主張が真摯なものと考えられた場合(主張する側は「宗教体験」の侵害をいう必要がある)には「宗教的体験」の侵害があったと訴訟上扱ってよいと考えるのが、信教の自由の保障に資すると考えること、の2点である。

²³ 加藤周一編CD-ROM《世界大百科事典 第2版》平凡社。

²⁴ 渡辺学『ユング心理学と宗教』第三文明社44~46頁(1994)。

の宗教的態度ないし構えとは、藤田富雄氏の解釈によれば、宗教的態度の根底にあるものが宗教的構えであるという位置付けとなる。すなわち宗教的体験において、聖なる客体が、キリスト教における人格神として現れるか仏教のように法や境地として現れてくるかはその主体の構えによって規定され、宗教的行為において主体がどのような行為をするかもその主体の構えによって規定されるのである。これについて岸本博士はまず、人格を“心理的生理的な構造をもち環境に適応する機能を営む有機体”と定義した上で、この人格の中にはいろいろな力動的な構えが行動傾向の体制として蔵されているが、宗教的な構えはその一部をなすものであるとされている²⁵。

このように信教の自由の本質は、要件事実論的には「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」と定義できる²⁶。

ところで、死の問題は信教の自由との関係でいかなる意味を持つのか。憲法の規定する国家と個人との関係で考えて見る。信教の自由は、政教分離原則の下でもっともよく保障されるものである。そこでいう信教の自由には、宗教を信じる自由と宗教を信じない自由が保障されている。人の死の意味づけは宗教的なものであることもあれば、非宗教的なものであることもある。しかし、いずれにしても人が親しい者の死をどのように悲しむかは、国家が干渉すべきでない事柄であるといってよい。親しい者の死に直面した場合、これをどのように受けとめ、位置づけるか、その意味を問い、その後いかにこれとかかわって生きていくかは、個人の自由に任されるべきものである。

国家と個人との関係につきのことに注意したい。それは、死が生延長期にあり、人が死と無関係には生きていけない以上、死を管理することは実は生を管理することであり、死者を管理することは生者を管理することにほかならない、ということある。政教分離原則は、個人の人格の自律、生き方の自由を根底から支える制度であることを忘れてはならない。このように政教分離原則の持つ意味は決して信仰をもつ者にも関係する事柄に限定されない。それはすべての人に関係する問題であり、政治レベルの問題であると同時に個人の生き方、個人の内面にかかわる問題である。政教分離原則を安易にゆるやかに解することは、民主主義をゆるがす要因になるだけでなく、個人の自立の否定につながる危険もあるわけである。裁判所は、この点についても十分に配慮すべきであろう²⁷。

以上より、信教の自由はその本質において、「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」を国家によって侵害されない状態を保障していると考えられる。その他の権利は表

²⁵ 藤田富雄「宗教の本質についての試論 宗教の主体と客体とその出会いの場」立教大学研究報告一般教育部4立教大学一般教育研究室37～38頁（1957）。

²⁶ 大久保一徳氏は宗教の本質は、「常に不安を友とする自然人の生存に伴う心象の発露の死亡までの繰り返し」であると述べている。大久保一徳「宗教法人を考える 宗教上の人格権について」仏教経済研究30号（2001）176頁。

²⁷ 平野武『信教の自由と宗教的人格権』法蔵館112～113頁（1990）。

現の自由、思想・良心の自由によって保障されると考えるからである²⁸。

ここまででは信教の自由の本質について考えてきたので、以上を踏まえつつアメリカの判例理論を参考に憲法20条2項の「強制」の解釈をしていくことにする。

c アメリカにおける判例理論

ここでは、1で触れた最高裁判決の多数意見のいう、いわゆる強制の要素は、信教の自由そのものについても、物理的な意味よりも広い概念として考えたほうが妥当ではないかということ、また、亡夫を自己の宗教に反する祭神として祀られないことの利益の侵害を、信教の自由そのものの侵害に含めて解することも可能ではないかということについて考える。

この問題を考えるにあたっては、目的効果基準を厳格に解するとともに強制の要素については緩やかに解する、アメリカ合衆国憲法判例の傾向が参考になる。中でも注目されるのは、どの基本的なケ-ス・ブックや研究書にも引かれているこの分野のリーディング・ケースの一つ、Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division.²⁹である。

【事件の概要】

トーマス事件は、「エホバの証人」の会員であるトーマスが自己の勤務していた金属会社によって、何の話合いの機会もなく軍事用の戦車の部品製造工場へ配置転換させられたことに端を発する。同じ「エホバの証人」の会員であり会社の同僚でもある友人から戦車の製造は教義を破るものではないと

²⁸ すなわち、宗教の構成要素 「教義を内心に抱く」 19条「内心に思想・良心を抱懐する」
「儀礼を行なう」 21条「表現する」
「教団をつくる」 21条「結社する」
「それらの背後にある宗教体験」 20条「信教」

「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」

本文のように要件事実論的に信教の自由の本質的部分を捉えた場合、信教の自由を、他の自由で保護されない部分に限ってよいか、との疑問が生じよう。

要件事実論の立場からの理論的帰結としては、そう考えてよいことになる。その前提として検証しなければならないのは、他の自由の侵害と考えた場合にも、信教の自由の侵害と考えた場合にも、その侵害に対して生じる権利・効果が同じであるということである。もし信教の自由に対する侵害から発生する効果がより大きいとすれば、その場合には、その部分を発生させる原因は、信教の自由に特有のものとするべきことになる。

もとより、実際の訴訟戦略として、最高裁の判例が認めているものを、わざわざ他の方法でやる必要はない。例えば神戸高専事件（最判平8・3・8民集50巻3号469頁）は筆者の見解に立ち信教の本質を侵害されたと主張することもできるが、そのような主張をしなくても原告は勝訴している。

また、要件事実論的検討によって導き出された権利の本質を侵害することにより実体法上の効果が発生するのはなぜか、との疑問も生じよう。

要件事実論は、基本的に実体法の理論である。よって、信教の自由の侵害に対して、どのような実体法上の効果が発生するかを考えるに当たり、要件事実論の立場から考えることには何の問題もない。要件事実論的分析がなされていない場合は、要件事実論的分析までもなくとも大まかな実体法的検討ができることもある、というに止まる。要件事実論は、実体法上の効果を考えるにあたり民法の解釈において立証の公平ということを考えて要件を分配しているだけである。

²⁹ 450 U.S. 707. 以下、トーマス事件と呼ぶ。

いう助言を受けたけれども、自分の信仰する宗教はそういう工場で働くことを許さないと信ずるとして退職した。このように職務と関係のない理由で自発的に退職した者には州法で失業保険を受けられないことになっていたため、トーマスが出訴した。

【判決】

州最高裁は、(ア)彼の信念 (belief) は宗教的な信念というよりも「個人的なものの考え方に基づく選択」である、(イ)彼の宗教的な信念に課せられる負担 (burden) は「間接的」にすぎない、(ウ)宗教的な理由によって自発的に退職した者にのみ利益を与えることは政教分離条項に反することになる、という3つの理由から、宗教の自由な活動条項(狭義の信教の自由)を侵害しないと判示したが、連邦最高裁(パーガー首席判事ら8裁判官の法廷意見、レンキストの反対意見がある)は、右措置は信教の自由を侵すものとして原判決を破棄した。

その際、法廷意見は、当事者が自己の行為に関する信念または動機が宗教的なものであるという請求を誠意をもって主張し、かつ、その信念が宗教的なものと呼ぶこともできるものである限り、当該個人の右主張を認めなければならないという立場を採った。そして「宗教の自由な行使の保障はある宗派に属する全てが抱懐する信念に限定されない³⁰。……裁判所は聖書の解釈について調停者ではない」と述べ、問題は当該個人にとって「宗教的」かどうかであること、したがって、ある規制(国の行為)によって課せられる負担が信教の自由活動条項に触れるか否かも、その負担が直接的なものであるか間接的なものであるかにかかわりなく、当該個人に実質的な負担を課することになるか否かによって判断すべきであること、を明らかにした。

【判決の分析】

この判決について芦部信喜教授は以下のように分析している。

「この判決の重要な点は、右の判旨 から明らかなように、信仰の自由にかかわる問題については宗教の自由の範囲を広く捉えていること、判旨 に指摘されているように、いわゆる強制の要素を非常に緩やかに解していることにある。もちろん裁判所は、規制を争う当事者が宗教の自由な行使に実質的な負担をかけると主張した場合、そのような負担が存在するならば、宗教の自由な行使の権利と規制する政府利益とを比較衡量しなければならない。しかし、かつては、負担が強制 (coercion) にわたるものであることを証明する必要があったのと異なり、最近では、『ある宗教の行使を実質的に害する規制はすべて比較衡量のテストのもとで更に審査を受けるに足る十分に‘強制的なるもの’である』と解されるようになったわけである [下線は筆者による] すなわち裁判所は、国の行為が自由な宗教の行使に及ぼす負担の程度、国の行為の世俗的利益の重要性もしくは不可欠性、それが自由な宗教の行使を許すことによって損なわれる程度など、種々の要素を衡量するが、政府利益が宗教的行為に対するある負担を正当化するのに十分なほど重要のようにみえても、それが必要不可欠

³⁰ *Id* at 716.

(compelling)とも言える世俗的な利益を推進するのに必要なものでないと、信教の自由に対する当該負担はいかに間接的・付随的であっても無効とされるのである³¹、とした。」

この最近の考え方(下線部)は要件事実論的に分析すると、宗教の行使に対する規制は原則として「強制的なるもの」すなわち違法であるとし、それに対する抗弁として規制する利益があることの証明を要すると構成しているといえよう。これは、宗教の自由な行使の権利は強度の利益であるとアメリカの裁判所が考えていることを示している³²。日本でも名誉権を強度の法的利益と認め、法律(刑法230条の2)で規定している。そこでは名誉毀損は原則違法(請求原因として十分)で、原則「名誉権の侵害」とされている。しかし、プライバシーの侵害の場合は、「プライバシーの侵害」(その概念がはっきりしないが)というのみでは原則違法とまではいえず、同侵害が違法と言える程度に著しいことが請求原因として必要になる³³。そこで、信教の自由の行使の権利を名誉権と同様の強度の法的利益と認めるか、プライバシーと同様の法的利益とするかの2通りの考え方があることになるが、日本においても信教の自由の重要性はアメリカと変わらない以上、裁判所は前者のように判断することが望ましいと考える。

また、同様の理由から日本の信教の自由の問題についても強制の要素に直接的・物理的強制のみならず、やや間接的な強制や精神的強制も強制として広く把握することが可能であろう³⁴。

もっとも、アメリカでは、再びかつての厳しい「強制」の要素を要求する判例が現れた。1988年のリング判決Lyng v. Northwest Indian Cemetery protective Association.³⁵がそれである。

【事件の概要】

合衆国林野庁が計画した6マイルの舗装道路とロッジの建設が原住民の宗教上の用地に近接していたため、騒音や交通の混雑によって宗教の自由な行使に重大な影響を与えることが危惧され、多くの団体とカリフォルニア州が各種反対の手段を尽くした後に出訴した。

【判決】

オコナー等5裁判官の法廷意見は、信教の自由を侵害するとして建設禁止を命じた1、2審判決を破棄し、信教の自由に対する負担は、「個々人にその宗教的信念と反する行為を行うことを強制(coerce)する性質をもたない」政府の行為から生じることはないという立場から、問題の道路等の建設にはそういう強制の要素はない旨判示した。すなわち、国の行為が宗教に負担を課するか否かを

³¹ 芦部・前掲注10)90~91頁。

³² 1987年のHobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida (480 U.S.136)でもBrennan裁判官による法廷意見は、「原告が個人の信教の自由が負担を強いられることを示せば、拳証責任は州に移り、州は信教の自由の利益を超える差し迫った利益の存在を証明することが求められる(Id.at 141.)」と判示した。これはトーマス事件の判断を確認するものである。樺博行「信教の自由の保障とその範囲」同志社法学47巻6号295頁(1996)。

³³ この考え方の基礎は伊藤滋夫「権利の生成過程と内容 主として受動喫煙問題を題材として」司法研修所論集2001- (107号)36~37頁(2002)にある。

³⁴ 前掲注7)78頁。

³⁵ 485 U.S. 439. 以下、本件をリング判決とする。

決定する際に、宗教的行為に間接的・付随的に及ぶ妨害の程度を考量するという従来の判例と異なるアプローチを採ったのである。一方、ブレナンら3裁判官の反対意見は、このように信教の自由に対する負担の範囲を狭めそれを政府の直接的・現実的な強制という意味に限定した多数意見にきわめて厳しい批判を浴びせ、多数意見のように付随的な影響（impact）を全く除外してしまうのではなく、国の行為が当該当事者の宗教の「中心的」部分に対して「実質的かつ現実的な脅威となる」か否かによって判断すべきだ、と説いている。

【判例の分析】

この判決について芦部信喜教授は次のように分析している。「このように、アメリカの判例理論も最近動揺をみせているが、オコナー意見のように国の行為が信教の自由に及ぼす負担の範囲を狭め、それを厳格に解釈する傾向に対しては、学説上批判が強い³⁶。これはわが国の憲法解釈にも示唆するところが大きく、注目されてよいであろう」。筆者もこの意見に賛成する。

しかし、その後1990年のEmployment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith判決³⁷では、1963年のSherbert v. Verner事件判決³⁸以来、信教の自由の領域における確立した判例準則となっていた必要不可欠の利益テストが覆された。これに対し、Smith判決によって否定された必要不可欠の利益テストを復活させ、同判決によって大きく侵害された信教の自由を回復することを目的として、信教の自由回復法（RFRA, 42 U.S.C. §§2000bb to 2000bb-4）が1993年に制定されたが、City of Boerne v. Flores事件判決³⁹で違憲とされた。このようにアメリカの最近の判例では信教の自由に及ぼす負担を厳格に解する判例が定着してきている⁴⁰。

筆者としてはこのアメリカの現状を、信教の自由の保障の観点からは好ましくないものとする。

3 「強制の要素」の再構成

以上までは、「強制」の意味を物理的強制と間接的強制に分類して論じてきた。そして従来の通説・判例は、信教の自由に対する物理的強制だけを「強制の要素」となる直接的強制と捉えてきた。しかし、物理的強制だけが信教の自由に対する直接的強制なのだろうか。自衛官合祀事件の事案を考えた場合、夫の魂を護国神社が勝手に合祀することは妻の信教の自由に対する直接の強制であるといえないか。そこで、この従来の通説の「強制」の分類自体を再検討していく。

従来の物理的強制と間接的強制の分類は、信教の自由の侵害の態様にはまず物理的強制があること

³⁶ 「最も注目されるものの一つは、Lupu, Where Rights Begin : The Problem of Burdens on the Free Exercise of Religion, 102 Harv.L.Rev.933(1989)である。この論文はブレナンのアプローチも批判しているが、結論的には強制の理論に反対し「負担」をより緩やかに解する立場を採る。リング判決に批判的意見として、なおThe Supreme Court-Leading Cases, 102 Harv.L.Rev.143,237-42(1988)がある」。芦部・前掲注16）94頁。

³⁷ 494 U.S. 872 (1990).

³⁸ 374 U.S. 398 (1963).

³⁹ 117 S. Ct. 2157 (1997).

⁴⁰ 花見常幸「信教の自由回復法と合衆国最高裁の判断」宗教法第17号195~230頁（1998）。

を暗黙の前提とした上で、物理的強制と比べて間接的強制を考えている。しかし、強制の概念を考えると、なぜ物理的強制を暗黙の前提として出発しなければならないのか。ある行為が直接的強制になる否かは被侵害利益との関係で判断され、被侵害利益の本質的部分を権利者の意思に反して支配することが直接的強制になると解すべきである。では、信教の自由を本質的に侵害する行為とはなにか。それは宗教の本質を侵害する行為である。宗教の自由の本質については 2(2)b で検討し、「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」と定義した。この自由を侵すことは宗教者の本質的権利を侵すことになり、物理的強制と等価値の直接的強制となる。

4 自衛官合祀訴訟における信教の自由の本質

信教の自由が保障しているのは、「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」が国家との関係において侵害されない状態であると考えられる。その他の権利は表現の自由、思想・良心の自由に包含されると考えるからである。これを自衛官合祀事件の事案に沿って考えてみる。

本件では、親しい者を原告の望む形で追悼できるかが争われた。これはきわめて個人的な問題である。これに宗教的意味を与えて慰霊するか、礼拝の対象にするか否かは「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること」に含まれ、いずれにしても信教の自由の保障するところであるはずである。また、死という人生の最大にして最終の問題については、たとえ無宗教の者でも厳粛な気持ちでこれを迎えるのであり、個人の「魂」に触れる問題として受けとめるのが通例である。国家がこのような問題に関与することは、個人の内面に深く立入ることであり、個人の自立・自律を否定することになるのである⁴¹。したがって、地連が原告の意思に反して護国神社に亡夫の合祀申請をした行為は、宗教に関係した形で原告がキリスト教に従って夫を追慕すること（宗教的体験すること）を原告の意思に反して支配する行為といえ、信教の自由の本質を侵害する「強制」であるといえよう⁴²。

宗教的人格権の法律構成 民法709条の「権利」

ここまでは、宗教的人格権を法的利益として認識するかどうか、について論じてきたが、ここから

⁴¹ 平野・前掲注27) 112頁。

⁴² 尾崎利生教授は自衛官合祀事件の1審の検討のなかで、「本件の場合、『強性』の要素が欠けているので、違法な侵害はないといえるのだろうか。『宗教上的人格権』が狭義の信教の自由をその内容として構成されている限り、強制の要素の証明が不可欠と思われるが、その場合には、直接的強制だけでなく、間接的強制や精神的強制も広く強制として把握することが必要であろう。本判決は、『神道に従って礼拝するよう強制しているわけではない』としている。しかしながら一方的な合祀により、『原告にも関係のあるものとして鎮座祭への参拝を希望され、』『永代に亘って命日祭を斉行されるに至ることは決して些細な事柄ではない(判決要旨)』と評価し、その事実による原告の精神的苦痛を容認している。しかし、このような行為も宗教上的人格権に対する強制の要素 - 精神的強制 - を含んでいると理解されなければならないと思われる」としている。筆者と同様の見解と考える。

は、宗教的人格権を法的利益として認識するにしてもどのような仕方によるのか、について論じていく。具体的には、宗教的人格権が侵害された場合の損害賠償請求の根拠は何かという問題である。

この点につき学説は大きく4つに分類している。憲法20条の信教の自由 憲法20条の政教分離規定 憲法13条に由来する宗教的人格権 不法行為上の法的利益が考えられる⁴³。このように法律構成を4つに分類して並立的に考える従来の議論は、証明命題を間違えているのではないか。そもそも民法上の損害賠償請求をするためには、民法上の権利が害されることが必要である。そのためには、被侵害利益が民法上の権利といえ、かつその権利が害されたといえることが必要である。したがって証明命題は、損害賠償請求をするにあたっての根拠条文たる民法709条の「権利」に宗教的人格権が含まれるか、含まれるとする場合の根拠をどう考えるか、のはずである（侵害されたといえるかについては後述する）。つまり、宗教的人格権が不法行為上の被侵害利益となりうるか否か、そして、その理由が問題なのである。

民法709条の「権利」といえるか否かについて、まず、民法上に規定があれば当然に「権利」といえる。例えば、所有権は民法206条に規定されており、「権利」といえる。他方、民法上に規定のない権利については、全法体系の実定法秩序を基礎に「権利」といえるか否かを民法の解釈において決めるものである。氏名権、肖像権などがその例である。そして、憲法は国家の全法体系に影響を与えるので、憲法の下位規範である民法の解釈にあたって考慮される。それは、民法の解釈学を前提とし、憲法の価値を民法の「権利」の解釈の中に取り入れることによりなされる。この考え方に立つのが次にあげる自衛官合祀最高裁判決の伊藤正己裁判官の反対意見である。すなわち、「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。この利益が宗教上の領域において認められるとき、これを宗教上の人格権あるいは宗教上のプライバシーということもできるが、それは呼称の問題である。これを憲法13条によって基礎づけることもできなくはない。私は、そのような呼称や憲法上の根拠はともかくとして、少くとも、このような宗教上の心の静穏を不法行為法上の法的利益として認めうれば足りると考える」(下線は筆者による)⁴⁴と判示した。ここで伊藤裁判官は「ともかく」という言葉を使っている。広辞苑によると「ともかく」とは(ア)「...はさておき。...は別として」(イ)「どのようであろうと。何にせよ。とにかく」という意味である。このことから伊藤正己裁判官は、宗教上の心の静穏を不法行為上の法的利益(「権利」と認めることが前提であり損害賠償請求するためにはそれで十分であるが、それとは別に憲法上の根拠も考えることができると解しているといえる。とすれば、学説で分類された は と並立の関係にあるのではなく、 の前提となるものと位置付けることができる。

尾崎利生「信教の自由 - 殉職自衛官合祀訴訟を中心にして - 」東京家政学院大学紀要29号116頁(1989)。

⁴³ 戸波江二「信教の自由と宗教的人格権」法学セミ476号77頁(1994)。

⁴⁴ 前掲注5)46頁。

このような理解は齋藤博教授の次の主張からも裏付けることができる。すなわち、「そのような私生活、それも静穏な精神生活を送る利益を憲法上の信教の自由から導き出す必要もない。敢えて憲法上の根拠を探せば13条であろうが、私法上の権利を論ずるとき、つねにその憲法上の根拠を示す必要もない。本件で重要なのは、伊藤裁判官も述べているように、不法行為法上の法的利益の有無であり、吟味の力点は私法上の権利なり利益の存否及びその侵害如何なのである。憲法上の人権論も重要であるが、私法上の論議なり吟味も併せて必要のように思われる⁴⁵。本件のような場合においては、私生活、それも精神生活上の心の静穏を人格権の客体として認めることの可否を吟味し、加害行為の態様を合わせ衡量する中で救済の是非を論ずる途もあるように思う」⁴⁶と主張されている。

筆者は、宗教的体験を内容とする宗教的人格権は、民法上の「権利」にあたれば十分であると考えられる。確かに宗教的人格権を憲法に根拠づけることはその権利性の強化に資する⁴⁷。しかし、宗教的人格権が憲法上の権利であることから当然に民法上の権利でもあると主張するのは論理的に困難である。すなわち、「宗教的人格権は憲法上の権利である」という条件から当然に「宗教的人格権は民法上の権利である」という結論を導くためには、その大前提である「憲法上の権利はすべて民法上の権利である」ということが証明される必要がある。しかしこの証明は困難な作業である。

そこで民法上の権利の解釈にあたって、憲法20条が信教の自由を保障している趣旨を取り入れていくことにする⁴⁸。この点、伊藤正己裁判官や齋藤博教授は憲法13条を根拠としうとしているが、その規定は抽象的であるため実質的な根拠にはなりにくい。これに対して筆者は憲法20条で保障される信教の自由の本質が魂の自由であると解する立場にたち、民法709条の「権利」の解釈の実質的根拠

⁴⁵ 戸波江二教授も同様の見解を採る。「宗教上の心の静謐を不法行為上の法的利益と認めうれば足りると論ずるが、この論旨は妥当であると解される。一般に、不法行為法上の保護に値する利益といえるかどうかの判断は、事実の具体的な検討を通じて、いかなる利益がどのような行為によって侵害され、それに対する法的保護が必要かどうか、という経過を経てなされるべきである。保護に値する法的利益は、特定の事実の下で、当該利益を保護する必要性が認められる場合に初めて根拠づけられるのである。したがって、保護に値する法的利益たる理由を直接憲法に求め、憲法の演繹的な解釈によって保護の必要を懐疑づける必要性は、少なくとも論理的には存しないのである。宗教上的人格権についても、不法行為法上の被害利益が問題となっている以上、憲法から導き出すには及ばないといえよう」。戸波江二「信教の自由と『宗教上的人格権』」法律のひろば41巻9号39頁（1988）。

⁴⁶ 齋藤博「宗教の自由と私法上的人格権」ジュリ916号40頁（1988）。

⁴⁷ 戸波・前掲注43）78頁、また、「実定法上の根拠の薄弱な権利について憲法を援用することは、当該権利の根拠づけに資する面があること、判例上、人格権は物権類似の排他性を有する権利として、差止請求の根拠となると解されていること、人格権と解することによって保護の程度が強められる余地がないわけではないこと、などからして、宗教上的人格権の根拠として憲法13条を援用することも十分理由がある」。戸波・前掲注45）39頁。

⁴⁸ 筆者の考えは、憲法13条を根拠にしないことを除けば自衛官合祀一審判決の考え方に似ているといえよう。ただ、一審判決は論旨が不明確である。以下、一審判決の要旨を紹介する。「まず民法709条と国家賠償法1条の権利は『法的な保護に値する利益』であり、『そこで信教の自由について考えるに、これがすべての国民に保障された基本的人権に属することは憲法20条1項前段の明定するところであり、また憲法13条によって『立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』とされる『自由及び幸福追及（求）に対する国民の権利』には基本的人権の一つである信教の自由が含まれ、同条にいう『立法その他の国政』には司法作用が含まれるものと解される。このようにして信教の自由はその違法な侵害に対して裁判上の救済を求めうべき法的利益を保障されたものとして、私法上的人格権に属するものというべきである。もしこれを消極に解するならば、国民は私人による信教の自由の侵害に対し何等の法的

となるのは憲法20条であると考え。そして、宗教的人格権をあえて憲法上の権利とする必要はないと解する。この点につき星野英一教授は「人権は憲法にだけ認められており、それが私人間にも適用されるというよりは、基本的な法律の原理があって、それが憲法においては国に対する権利として、民法においては私人に対する権利として存在する、と考えるほうがよくはないか、とも考えられます」と述べている⁴⁹。これに対し五十嵐清教授は「この区別は公法と私法の古典的区別が消滅した今日、成り立たない。国による人格権の侵害に対し、被害者が差止や損害賠償を求めるかぎり、それは民法の領域の問題でもあり、少なくとも民法学者は、侵害者が国か私人かで基本的に区別しているわけではない。……それゆえ今日では、人格権の領域においても憲法と民法の区別ははっきりしなくなっている、といわなければならない」⁵⁰と述べている。両者に見解の相違はあるものの本質的には民法の規定の解釈の問題と捉え、その際、人権保障の精神で解釈すればよいということを主張していると考え、この結論に賛成する。つまり、問題は民法上の請求の可否であるから、民法上の権利があるといえれば十分なのである⁵¹。

なお、ここで宗教的人格権を憲法上の権利としてではなく民法上の権利であると解することは、私人の権利とは関係のない場面で国による違憲な行為がなされた場合、その行為の違法性を私人の権利侵害との関係で論ずることはできないことを意味する。すなわち、私法上の個人の権利が国の違憲行為によって侵害されたとは主張しにくいことを、裁判所の違憲立法審査権について付随的審査制をとる日本では司法審査の対象とすることができないからである。予算の違法支出などはこの例である。

権利侵害の問題

不法行為が成立するためには権利侵害の発生を要する。すなわち、信教の自由の本質である宗教的人格権の権利性は 2(2)bにおける要件事実論的検討を経て導かれたが、これが認められたとしても、実際に宗教的人格権が「侵害」されていなければならない。信教の自由の本質とは宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができることであり、この自由を侵害されないことが宗

救済を受け得ないこととなり、かくては国民は自らの信仰を全うし得ないこととなるからである」。

⁴⁹ 星野英一「特集 民法と憲法 - 民法から出発して - 」法学教室171号9頁(1994)。

⁵⁰ 五十嵐清教授は「ドイツや日本では、人格権(とくに新たな人格権)を憲法から導き出しているといえる。しかし、これだけが両者(憲法上の人格権と民法上の人格権)の関係についての解答ではなく、星野英一によれば、フランスでは両者は対等であり、『法律以前の存在として人間に属する人権が、一方で国に対して主張できる憲法上の権利、他方で他の人に対して主張できる人格権として現れている』とされる」と述べている。「特集民法と憲法 人格権」法学教室171号28頁(1994)。

⁵¹ 伊藤正己裁判官は自衛官合祀事件少数意見で「宗教的な……心の静穏は、人格権の一つということができないわけではないが、まだ利益として十分強固なものとはいえず、信仰を理由に不利益を課したり、特定の宗教を強制したりすることによって侵される信教の自由に比して、なお法的利益として保護の利益が低いことは認めざるを得ないであろう。しかし、そうであるからといって、宗教的な心の静穏が不法行為における法的利益に当たることを否定する根拠になりえないことはいうまでもない」と判示した。これと同様の見解を採るものとして最判昭63・2・

教者の本質的権利である。したがって、この自由を侵すことは宗教者の本質的権利を侵すこと、すなわち「権利侵害」となる。この要件が充たされ、不法行為の成否の判断の構造として、まず法的利益の強固さはかなり薄弱なものであってもこれを不法行為上の被侵害利益と認め、その後に関連関係説の立場から侵害行為の違法性判断を行う方法⁵²を採れば、宗教的人格権侵害による不法行為が成立する可能性が出てくるのではないか。この権利侵害の有無の問題は、自衛官合祀事件において宗教的人格権侵害が主張される場合よりも靖国訴訟において特に問題となる。そこで、以下では靖国訴訟の場合について検討することにする。

不法行為が成立するためには「権利」が「侵害」され、それが「違法」であることが必要となる。すなわち、靖国訴訟で宗教的人格権が主張される場合、首相の参拝行為と個人の宗教的人格権侵害の関係が間接的であるため、首相の参拝行為による「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由に行うことができること」の「侵害」があるとはいえないと判断される点が問題である。自衛官合祀事件は権利侵害を主張する者が殉職自衛官の妻という特定の個人であり、合祀行為が妻の信仰と相容れないものであった。これに対し首相の靖国神社参拝は、不特定多数の者が不快感を抱くものであり、参拝行為自体も他の信仰者と相容れないものとは言えない。よって靖国訴訟においては、特段の事情がない限り、たとえ宗教的人格権が不法行為上の被侵害利益と認められたとしても、参拝行為により「宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由に行うことができること」の「侵害」があるとは言えないという結論となる。

ここに、特段の事情としては、現実に生存しているものが誤って合祀されている場合が考えられる。この場合は、自己の意思とは相容れない首相の参拝行為によって、宗教的体験を自分の意思のみに基づいて自由に行うことができなくなったと言え、特定の者の権利侵害と言える余地があるからである。また、参拝行為の意味を検討することから遺族の宗教的人格権侵害にあたる特段の事情を構成することも考えられる。この点につき平野武教授は以下のように述べている。

「公式参拝をなすことにより、国家は靖国神社に祀られている祭神に対して、一定の意味づけをした。祭神は、国家の英霊として礼拝の対象にされたわけであり、靖国神社の歴史的な性格からすると天皇への忠魂、護国の鬼、軍国の鬼としてあらためて公認されたと受けとられたわけである。……戦没者の遺族が故人を国家の管理・干渉から自由にそれぞれの思いと感情の下で宗教的に位置づけようと心の底から願っている場合、そのことが何よりも尊重されるべきである。公式参拝はそのような宗教的感情を傷つけ、魂を踏みにじるといってよい。一般に肉親の死が、遺族にとってその後の生き方に関わる重大な意味をもつことは否定できない。遺族は、肉親の死の意味づけに関して重大な関心と利

16民集42巻2号27頁、松山地判平12・9・29判タ1064号175頁がある。

⁵² 桐ヶ谷章教授は、不法行為責任の有無は相関関係説（通説的見解）に立つならば、宗教的人格権もひとまずは被侵害利益とした上で、行為の違法性を吟味するほうが、違法性判断をなす際の余地が残り、その過程において、違憲性の判断が可能になる（のみならず、その方が被害の救済という点からも優れている）と述べている。桐ヶ谷章「時の判例」法学教室145号139頁（1992）。

益をもっている。一方、国家には宗教的活動が禁止されている以上、宗教行為の自由は考える余地がないといえる。……しかし、……抽象的には肉親の死について、他人から干渉されないで、自己の立場で慰霊、追悼、あるいは宗教的意味づけをなしながら宗教的生活をおくる自由を考えることができるとしても、その具体的な権利行使のためには、さらに具体的な法的根拠についての検討が必要となろう。……たとえば、周知のとおり民法711条は、『被害者ノ父母、配偶者及ヒ子供』については、生命侵害に対する慰謝料請求を認めている。当人の死が重大な意味をもち、精神的苦痛となる人の範囲について一定の類型化がされていると考えられる。死体解剖保存法や、『角膜および腎臓の移植に関する法律』では死体を解剖する場合、あるいは角膜、腎臓を移植する場合は、故人本人の承諾に加えて遺族の承諾が必要とされているのである。右の2つの法律において、遺族の地位が法的にそこまで強く認められていることは軽視されるべきでなからう。これらは直接には死体＝遺体に関する権利であることは否定できない。しかし、遺体にどのような態度をとるかはその人の死をどのように位置づけるかに関わっている。そして、これらについては、なによりも遺族の意思、考え方が尊重されるべきことが、実定法上断片的とはいえすでに承認されている。以上のように、ある人の死についてどのように位置づけるかについては、まず遺族の考え方が保護されるべきであるといえる。遺族の範囲が問題になるであろうが、それは慣習によって定まるものという以外はなからう。…遺族の宗教的人格権は、国家との関係においては、憲法上、実定的に承認されるものであり、民法上も保護されるべきものである。それは死体解剖保存法のような特別法が存しなくても保護されると考えられる」⁵³。

このような考え方に立てば、遺族については、宗教的人格権の侵害を主張する特段の事情を認める余地があろう。

もっとも、遺族の範囲についてはあまり広くは考えられない。精神的損害賠償の規定である民法711条の範囲が一応の基準になろう。

商業宣伝放送差止等事件⁵⁴における伊藤正己裁判官補足意見の考え方をもとに、靖国訴訟の遺族に対する宗教的人格権の侵害が主張できないか。伊藤裁判官は、「個人が他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を有しており、これを広い意味でのプライバシーと呼ぶことができると考えており、聞きたくない音を聞かされることは、このような心の静穏を侵害することになると考えている。このような利益が法的に保護を受ける利益としてどの程度に強固なものかについては問題があるとしても、現代社会においてそれを法的な利益とみることを妨げないのである」と述べている。これは、列車内という特定の隔離された空間という事案を前提とした判断ではある。しかし首相の公式参拝は、日本中のあらゆる報道機関が取り上げる点を考えれば、この事案と状況が類似している。したがって、この点も遺族の宗教的人格権侵害を肯定する手掛かりとなろう。

⁵³ 平野・前掲注27) 151～153頁。

⁵⁴ 最判昭和63・12・20裁判集民事155号377頁。

違法性の有無（受忍限度の問題）

1 受忍限度論

受忍限度論という考えは、実務においては定着した考え方であり、最高裁判所の採用するところでもある。最高裁判所は、隣接居宅の日照通風を妨害する建物の建築による不法行為の成否を判断するにあたって、「権利者の行為が社会的妥当性を欠き、これによって生じた損害が、社会生活上一般的に被害者において忍容するを相当とする程度を超えたと認められるときは、…権利の濫用にわたるものであって、違法性を帯び、不法行為の責任を生ぜしめる」⁵⁵と判示している。このことから、最高裁判所が不法行為の成否を考えるにあたって、被害者の受忍限度を重要な一要素として考慮していることは間違いないであろう。

さらに、受忍限度の問題を不法行為論の枠組みのどこに位置付けるかについても議論があり得るが、ここでは最高裁判所の考え方に従って、違法性の判断の一部であると考ええる。

受忍限度という考え方は、本質的には、当該事案における具体的利益状況の全体を総合的に判断して、社会一般が通常それを受忍すべき範囲内と考えるかどうか、という判断を内容としているといえるであろう。とすると、そうした考え方は市民の法意識と極めて密接に関連した法理論であることになる⁵⁶。もっとも、宗教的人格権を考える場合にあっては市民の法意識が成熟しているとはいいがたい現状がある⁵⁷。このような場合、侵害態様が憲法の認める価値を害するものであることを、受忍限度を判断する上での重要な考慮要素の一つと考えることができないだろうか。この問題は、靖国訴訟のように、宗教的人格権が国家との関係で主張される場合において重要な意味をもつ。靖国訴訟型の宗教的人格権は自衛官合祀型に比べ権利性が弱い。この場合に権利侵害（これがあると言えるのかも問題であるが、ここではあるものとして議論を進める）の違法性があるといえるためには高度の侵害性が必要になる（相関関係説）。そこで、公式参拝行為が政教分離規定に違反するという高度な公法上の違法性が、私法上の違法性となりうるかが問題となる。

2 公法上の違法と私法上の違法

自衛官合祀事件1審判決は「憲法の右条項の定めについては、これをいわゆる制度的保障の規定と解すべきか否かに関し、原告と被告国との間に争いがあるが、右条項が国及びその機関はいかなる宗教的活動もしてはならない旨を定める以上、この定め反した地連職員と相被告との共同による行為

⁵⁵ 最判昭和47・6・27民集26巻5号1067頁。

⁵⁶ 伊藤滋夫「権利の生成過程と内容 主として受動喫煙問題を題材として」司法研修所論集2001-（107号）48頁（2002）。

⁵⁷ この点の根拠については本稿のもとになっている筆者の修士論文のなかで検討しているが、紙面の都合上、本稿では取り上げることができない。「宗教的人格権の要件事実論的検討 - 宗教的人格権の確立に向けて -」創価大学大学院法学研究科修士論文44～48頁（2004）。

は憲法に違反することによりわが国社会の公の公序に反するものとして、私人に対する関係で違法な行為というべきである」と判示した⁵⁸。

最高裁は「政教分離規定はいわゆる制度的保障の規定であって、……この規定に違反する国又はその機関の宗教的活動も、それぞれが同(20)条1項前段に違反して私人の信教の自由を制限し、あるいは同条2項に違反して私人に対し宗教上の行為等への参加を強制するなど、憲法が保障している信教の自由を直接侵害するに至らない限り、私人に対する関係で当然に違法と評価されるものではない」と判示した。

この点について瀬戸正義調査官は、「政教分離規定が制度的保障の規定であると解する前記の見解によれば、政教分離規定の保障する利益をもって、直ちに私人の法的利益とすることはできないであろう。本判決の多数意見もこれを否定しており、この点について反対意見は付されていない」⁵⁹と解説している。

まず、戸波江二教授は「たしかに、政教分離違反の国家行為がなされただけでは、直ちに私人の権利が侵害されたことにはならず、したがって、政教分離違反の行為に対して私人が訴えを提起することはできない。しかし、国が違憲の行為をすれば、それは私法関係で、私人との関係でも違憲・違法と評価されなければならないのは当然である。たとえば、政教分離原則違反が行政訴訟で争われた場合と民事訴訟で争われた場合とで、違憲・違法の評価のされ方が異なるというのは、奇妙である」⁶⁰と主張している。筆者もこの見解に基本的には賛成である。もっとも、最高裁が公法私法二分論を採用と解される以上、公法私法二分論に立った見解ではあるが実質的にはこれと似ている伊藤正己裁判官の以下の少数意見に注目したい。

伊藤正己裁判官は少数意見で「政教分離原則は……制度的保障の規定であって、直接私人の人権を保障するものではないから、これに反する国ないし国の機関の行為も、私人に対する関係で直ちに違法と評価されるものではない。しかし、地連職員の行為が政教分離規定に反し国が憲法上行うことのできないものであると判断されるときには、右行為は憲法秩序に違反するものであるから侵害性の高度なものというべきであり、また、国には保護されるべき利益もないこととなるので、国が被害者に対して受忍を求めうる立場にないことは明らかである。右のことは、地連職員の行為の違法性の判断にあたって考慮されるべき重要な要素であるといえる」と判示した。

最高裁における多数意見と少数意見とが、ともに政教分離規定の保障する利益をもって直ちに私人の法的利益とすることはできない、との立場を採っていると理解する点、筆者は瀬戸調査官と同意見である。しかし、多数意見と少数意見とでは、国家が政教分離規定に違反はしているが信教の自由を

⁵⁸ 小林直樹教授も同様の見解を採っている。小林直樹「自衛官合祀訴訟最高裁判決の検討」法律時報60巻10号54頁(1988)。

⁵⁹ 瀬戸正義『最高裁判所判例解説・民事篇63年度』法曹会208頁(1990)。

⁶⁰ 戸波・前掲注43)80頁。

直接侵害していない場合に、その国家の行為を違法判断にどの程度反映させるかについて違いがあるように考える。すなわち少数意見は、違法性判断の方法については相関関係説に立ち憲法違反の行為態様を重要な考慮要素とすることを明示したのに対し、多数意見は、これが重要な要素になるとは言及していないのである。筆者は前者、すなわち伊藤正己裁判官の見解に賛成である。

3 宗教的人格権が主張される場合の受忍限度の判断

宗教的人格権侵害に基づく損害賠償請求をする場合、受忍限度論はこれに対する抗弁となる。以下、自衛官合祀事件型と靖国訴訟型の抗弁を検討していく。

【自衛官合祀事件型】

被告が私人の場合は被告の信教の自由との調整が必要となる。ここでは調整原理として受忍限度論が必要になる。

受忍限度内か否かは国民の法意識による。この点、信教の自由に対する国民の法意識は高いとは言えない。しかし、宗教的人格権が民法709条の「権利」と言えるのは憲法の信教の自由の趣旨を考慮したからである。とすれば、受忍限度を考えるにあたっては憲法が信教の自由を保障した趣旨を考慮する必要がある。ただこの場合、他者の権利との関係で信教の自由を保障した趣旨は相対化されることになる。

【靖国訴訟型】

原則として、被告が首相の場合(国)は保護すべき利益がないため、受忍限度論は抗弁とならない。例外事由はあまり考えられない。

おわりに

最後に、本稿で要件事実論的検討を加えた宗教的人格権についてまとめておく。

「要件事実論は、訴訟物について主張立証責任の分配を軸として法律効果を判断するという、民事裁判の判断の構造を担う議論であるから、その特徴として本質的なものは何かを考えるという特徴がある。そこで、信教の自由の本質は何かを検討した結果、宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができることがその本質であり、この自由を侵害されないことが宗教者の本質的権利であることが導かれた。筆者は、この本質的権利が宗教的人格権であると捉えている。当該行為が直接の強制にあたるかは被侵害利益の本質的部分かを判断基準とすべきであり、宗教的人格権を侵すことは、物理的強制と等価値の直接的強制であるといえる。これにより民法上の権利の侵害があったといえ、不法行為責任が発生する。但し、特段の事由があるときは、違法性が阻却〔受忍限度内〕される⁶¹」。

⁶¹ 「要件事実論の特徴 = 本質的なものは何かを考える → 信教の自由の本質 = 宗教的体験を自己の意思のみに基づいて自由にすることができること (この自由を侵害されないことが宗教者の本質的権利) → この自由を侵すことは

宗教は人を内面から支えるものである。日本国憲法が規定する信教の自由の実質的保障がなされるには人の内面に対する侵害に対する保護も必要である。この意味において、信教の自由の侵害を主張立証する際に、従来の意味での強制の要素を必要としない宗教的人格権が実際の訴訟の場において確立されることが望まれる。本稿で試みた宗教的人格権への要件事実論的アプローチが、宗教的人格権の確立に向けての一助となることを願ってやまない。

なお、本稿は筆者の修士論文の内容を要件事実論的検討に絞り要約したものである。

宗教者の本質的権利を侵すことになる→物理的強制と等価値の直接的強制である→民法上の権利の侵害→不法行為責任の発生（但し、特段の事由があるときは、違法性の阻却〔受忍限度内〕となる）概念の定義の問題としては、宗教的体験という用語が問題となる」。この要件事実論的アプローチは、筆者が本稿を作成する過程で、全面的に伊藤滋夫教授からアドバイスを頂いたものである。