

# 個人の「主観」と不法行為法

——葬儀場の営業をめぐる最高裁判決を素材として——

木村和成\*

## 目次

はじめに

- 1 葬儀場目隠しフェンス設置等請求事件  
——最高裁平成22年6月29日判決——
- 2 個人の「主観」と「違法性」要件
- 3 個人の「主観」と「権利侵害」要件

おわりに

## はじめに

最（三小）判平成22年6月29日判タ1330号89頁は、葬儀場と道路を隔てた民家に居住する者が、葬儀場の営業者に対し、その営業により日常的な居住生活の場における宗教的感情の平穩に関する人格権・人格的利益を違法に侵害されているなどと主張して、人格権・人格的利益などに基づき、上記葬儀場において目隠しのために設置されているフェンスを更に1.5メートル高くすることなどを求めた事案で、上記住民が、居室等から出棺等の様子が見えることにより、強いストレスを感じているとしても、これは専ら同人らの主観的な不快感にとどまるというべきであり、上記葬儀場の営業が、社会生活上受忍すべき程度を超えて同人の平穩に日常生活を送るという利益を侵害しているということとはできないとして、上記住民の請

---

\* きむら・かずなり 立命館大学法学部教授

求を一部認容した原判決を破棄した。

判タ1330号90頁の匿名解説が指摘するように、本判決は、生活妨害を理由とする損害賠償請求及び差止請求のいずれについても、法律上保護される利益又は人格権が侵害されると当然に上記請求が認められるのではなく、受忍限度論に従って利益衡量を行い、被害が受忍限度を超える場合に上記請求を認めるとする従来の裁判実務及び学説の支配的見解に沿うものであると評価しうるものであるが、本判決の評釈には、本判決に対して批判的な言説が目立つ。

本稿では、本判決が言及した「主観的な不快感」に注目してみたい。筆者は、旧稿にて、近時の裁判例においては、必ずしも客観性を持たない利益、すなわち個人の「主観」に依存する利益の法的保護が拡大しているという意味で、人格権の「主観化」が加速していると指摘した<sup>1)</sup>。より具体的には、さまざまな場面で、人格権の内容のうちどのような権利・利益が侵害されたかをもはや問題とせず、被害者が加害者の（違法と評価される）行為により精神的苦痛を被ったこと、同人が不快感を抱いたことそれ自体をもって人格権侵害とする傾向がみられるのである<sup>2)</sup>。そのような中で登場したのが本判決であり、本稿は、こうした個人の「主観」に着目し、その不法行為法上の保護の可能性について、とりわけ「違法性」ないし「権利侵害」要件との関係から検討を試みるものである。

## 1 葬儀場目隠しフェンス設置等請求事件

——最高裁平成22年6月29日判決——

まず、住民側の感じたストレスを「主観的な不快感」と評価してその法的救済を否定した最高裁平成22年6月29日判決と、それに対する学界の反

---

1) 木村和成「近時の裁判例にみる『人格権』概念の諸相」立命館法学363・364号（2016年）153頁。

2) 前掲注(1)153～154頁。

応を概観しておこう。

1. 一審判決（京都地判平成20年9月16日 [LEX/DB 28142141]）——一部認容

(1) 差止め（原告居宅から葬儀場敷地への観望を遮蔽する措置）は認められるか

「人が、他者から自己の欲しない刺激によって心を乱されないで日常生活を送る利益、いわば平穏な生活を送る利益は、差止請求権の根拠となる人格権ないし人格的利益の一内容として位置づけられるべきである」とした上で、「人が最も安息と寛ぎを求める自宅において、日常的に縁のない他人の葬儀に接することを余儀なくされることは、その者の精神の平安にとって相当の悪影響を与えるものといわなければならない」ず、原告の仕事室兼寝室として使用されている原告居宅2階の北東居室からは「本件目隠しフェンス越しに本件葬儀場敷地内を見渡すことができ、本件ホールへの遺族や参列者の出入りのみならず、遺体が納められた棺が本件ホールに搬入される状況や出棺の状況を観望することができる」から、原告は、「自宅において、このような状況に置かれることによって、心の静謐を乱され、平穏な生活を送る人格権ないし人格的利益を侵害されているというべきであ」り、「この侵害が受忍限度を超えている場合には、人格権ないし人格的利益に基づいて、その差止めを求めることができるというべきである」とした。

(2) 原告の被った被害は受忍限度を超えるか

この点については、「被告が本件ホールを建築し、本件葬儀場の営業をしていることについて公法上の規制に反する点は全くない。また、葬儀場のフェンスについても何らの規制はない。本件葬儀場を営業している被告の行為は、手続的には、全く適法行為なのであるから、これを違法というためには、被害の程度、地域性、先住性、交渉経緯、被害及び加害の回避可能性等を総合勘案し、原告の被害が社会生活上受忍すべき限度を超えて

いることを要するというべきである。」とした上で、「原告が受けている被害は、過剰反応の一面があるとはいえ、相当程度のものであること、第一種住居地域内において、立ち並んだ居宅の直近で本件葬儀場を開設しようとした被告としては、周辺住民の平穏な生活を侵害しないように相当の配慮をなすべきこと、被告が本件目隠しフェンスを嵩上げすることは、技術的にも費用的にもさほど困難なこととは考えがたいこと、原告が観望できることによって最も心の静謐を乱されるのは、遺体が納められた棺であると考えられること等の諸事情を勘案すると、少なくとも、棺が本件ホールに搬入される様子や出棺の様子を原告居宅2階の各居室等から観望できる限りにおいて、原告が受けている被害は、受忍すべき限度を超えているというべきである」とした。

### (3) 結 論

差止請求については、「被告の現状における本件葬儀場の営業は、原告が原告居宅2階の各居室等から棺の搬入及び出棺の様子を観望できる状況で行っている限りにおいて違法であるというべきであるから、原告は、人格権ないし人格的利益に基づく妨害排除請求として、被告に対し、本件目隠しフェンスを嵩上げする方法で、少なくとも、原告居宅2階の各居室から、本件ホール玄関への棺の搬入及び本件ホール玄関からの出棺の様子の観望を妨げる遮蔽物の設置を求めることができるというべきである。」とし、損害賠償請求については、やはり原告の受忍限度を超えるものとして、これを認容した。

## 2. 二審判決（大阪高判平成21年6月30日 [LEX/DB 25483411]）——控訴棄却

一審判決がそのまま維持されているが、内閣府による「墓地に関する世論調査」、各地の自治体の対応例等を踏まえ、「葬儀場建設に反対する近隣住民が多数存在することが明らかであるが、そのような近隣住民の心情の奥底には、葬儀場において執り行われる葬儀に日常的に直面せざるを得

ず、そのため静謐な精神生活を過ごすことができなくなることに對する抵抗感があることは推認するに難くないし、かつ、各地方自治体の対応に照らすと、葬儀等に直面しないで静謐な精神生活を営む人格的な権利又は利益が、いわゆる住民エゴと呼ばれるものとは一線を画し、一定程度、保護されるべきであるとする社会通念があるとみざるをえない。」と指摘している点が注目される。

### 3. 最高裁判決——破棄自判

〔1〕……本件葬儀場と被上告人建物との間には幅員15.3mの本件市道がある上、被上告人建物において本件葬儀場の様子が見える場所は2階東側の各居室等に限られるというのである。しかも、前記事実関係等によれば、本件葬儀場において告別式等が執り行われるのは1か月に20回程度で、上告人は、棺の搬入や出棺に際し、霊きゅう車等を本件葬儀場建物の玄関先まで近付けて停車させているというのであって、棺の搬入や出棺が、速やかに、ごく短時間のうちに行われていることは明らかである。

そして、本件葬儀場建物の建築や本件葬儀場の営業自体は行政法規の規制に反するものではなく、上告人は、本件葬儀場建物を建設することについて地元説明会を重ねた上、本件自治会からの要望事項に配慮して、目隠しのための本件フェンスの設置、入口位置の変更、防音、防臭対策等の措置を講じているというのである。

(2)これらの事情を総合考慮すると、被上告人が、被上告人建物2階の各居室等から、本件葬儀場に告別式等の参列者が参集する様子、棺が本件葬儀場建物に搬入又は搬出される様子が見えることにより、強いストレスを感じているとしても、これは専ら被上告人の主観的な不快感にとどまるというべきであり、本件葬儀場の営業が、社会生活上受忍すべき程度を超えて被上告人の平穩に日常生活を送るという利益を侵害しているということとはできない。

そうであれば、上告人が被上告人に対して被上告人建物から本件葬儀場

の様子が見えないようにするための目隠しを設置する措置を更に講ずべき義務を負うものでないことは、もとより明らかであるし、上告人が被上告人に対して本件葬儀場の営業につき不法行為責任を負うこともないというべきである。」

#### 4. 先 例

インターネットの検索サイトで「葬儀場 反対」というキーワードで検索すると、全国各地で葬儀場の建設あるいは営業に対する反対運動が頻発していることがわかる<sup>3)</sup>。しかし、訴訟にまで発展しているケースは少ないようであり、最高裁判決は本判決が初めてものである。

下級審判決としては、以下のものがあるが、いずれも葬儀場側の不法行為は認められていない。

##### (1) 京都地判平成10年12月18日判タ1053号164頁

###### ① 事実関係

葬儀場近隣の住民が葬儀場の営業に反対する示威行為等を行っていたところ、葬儀場側が営業妨害等を理由として当該行為の禁止などを求めた一方で、住民側も、葬儀営業が同人らの人格権、環境権又は財産権を侵害する不法行為であるなどとして、葬儀場側に対し、損害賠償を求めた事案である。

###### ② 判決理由（住民側の請求について）

請求棄却。一般論として、「生命、身体、自由、名誉などと並んで、健康で平穏な生活を享受する利益が人格権として保護されるべき法益であることは一般に承認されているところであり、これらの法益が侵害され、又は侵害される切迫した危険がある場合には、人格権に対する侵害として損

---

3) この点につき、葬儀場の立地調整という観点からの分析として、岩倉圭介ほか「葬儀場の立地調整における条例等の役割に関する研究——用途地域制の補完機能に着目して——」都市計画論文集 Vol. 48 No. 3（2013年）645頁以下がある。

害賠償及びその排除ないし予防のために差止めを求めることができると解される」とした上で、「葬儀営業により、非日常的な『葬儀』や『死』を常に意識させられる上、日常生活における行動が制約されることにより人格権が侵害されている」との住民側の主張に対しては、「葬儀を意識せざるを得ないという精神的被害は、同原告らの日常生活に対して耐え難い悪影響を及ぼすものであると認めることは困難である」と応答し、葬儀営業により住民側らに生じる被害が、「受忍限度を超えるような人格権（健康で平穏な生活を享受する利益）侵害であると評価することはできない」として、住民側の請求を棄却した。

## (2) 東京高判平成15年1月16日 (LEX/DB 28081249)

### ① 事実関係

葬儀場の営業により、その隣地の借地権価格が下落したこと、その隣地で営む音楽教室において生徒数の減少を招いていること、その隣地の居住者の健康に悪影響を及ぼしていること、葬儀の挙行によって受忍限度を超える騒音が発生しているなどとして、葬儀場の近隣住民が、葬儀場側に対し、不法行為による差止請求として、葬祭場を営むことの禁止などを求めた事案である。

これに対し、一番の横浜地川崎支判平成14年5月29日（未公開）は、原告の請求を棄却した。

### ② 判決理由

控訴棄却。原告らの上記請求の可否は「侵害行為の程度及び態様、被侵害利益の性質及び内容等を総合的に勘案して受忍限度を超えているかどうかによって判断されるべきである」とした上で、騒音については、「騒音が社会共同生活を営む上で、相互に受忍しなければならないような範囲を超えているとは認め難い」とし、隣地居住者の不快感等については、「葬儀の挙行により、心理的な不安感あるいは不快感を覚えていることは推察される」が、「そのようないわば心理的、情緒的な被害をもって、人格権

としての保護を受けるべき生命、身体及び健康についての利益の侵害とはいえない」とする。また、仮に、「葬儀という一般的に人が嫌忌する事柄に伴う騒音や通行の支障であることを考慮する必要がある」としても、「本件のような葬祭場は、自宅では葬儀を行うことのできない地域住民にとって、身近で比較的安価に葬儀が挙行できる場所として公益性を有していることは明らかである」から、「それに伴う騒音等の被害は、近隣に住む者にとって不快に感じられることはあろうけれども、一定限度を超えない限りは受忍すべきものと考えられる」とも判示している。

## 5. 本件最高裁判決に対する評価

### (1) 渡邊説<sup>4)</sup>

渡邊知行教授は、本件における保護法益を「宗教感情に関する平穏」と捉え、「宗教的感情に関する平穏は、人格権ないし人格的利益として、不法行為の損害賠償請求権を根拠づけ、また、差止請求権の根拠となりうる」と解することができる」としつつ、「これらの請求は、信教の自由や宗教的感情の主観性を考慮して、謙抑的に認められるべきである」とする。渡邊教授のこの主張の基礎は、「墓地、埋葬に関する法律」が、「宗教的感情に関する平穏を保護法益とすることも前提とし」て、墓地等の施設の経営を「規制している」ということを踏まえ、「葬儀場もまた、本法が規制対象とする施設と同様に、死者を弔う施設であり、本法の保護法益である宗教感情に関する平穏と関わるものである」とみるところにある<sup>5)</sup>。

このように、住民側の保護法益を「宗教感情に関する平穏」とした上で、同人らの主張は、葬儀場の営業を停止や営業時間の短縮ではなく、宗教的感情を侵害しないようにフェンスをかさ上げる工事をするこ

---

4) 渡邊知行「本件判批」判例評論628号（2011年）154頁以下。

5) 本件二審判決も、「葬儀等に直面しないで静謐な精神生活を営む人格的な権利又は利益」が一定程度法的に保護されるべきことは、「墓地、埋葬等に関する法律において、葬儀場と同種の施設である墓地、納骨堂及び火葬場の経営を都道府県知事の許可制（同法10条1項）にしていることからもうかがえるところである」としている。



り、これは葬儀場側の「営業の自由を侵害するものではない」うえ、「社会生活上必要な葬儀を行うことに支障をきたすものでもない」から、営業の自由や公共性を理由として、住民側の損害を受忍限度内と解することはできず、宗教的感情に関する平穏を維持するためにかさ上げをした目隠しフェンスの設置を求めることができるとするのが渡邊教授の主張の骨子である。

## (2) 富井説<sup>6)</sup>

富井利安教授は、一審・二審判決が、「人が、他者からの自己の欲しない刺激によって心を乱されないで日常生活を送る利益、いわば平穏な生活を送る利益は、差止請求権の根拠となる人格権ないし人格的利益の一内容として位置づけられるべきである」と判示したことを、「学説及び判例理論に沿ったものであって、極めて正当な判断であったということが出来る」と述べる。

富井教授によれば、本件は、「『平穏生活権』の侵害類型に含まれるものといってよい」ものであり、「最近の有力な学説の見解に従えば、『平穏な生活を送る利益』は『弱い主観的利益』ということになりそうであるが、本件の具体的事実在即した場合に一概にそういい切れるかという疑問があり」、それは「本判決の認定では、……原告らが受けている被害ないし『心理的負担』は決して軽いものではないと受け止められているからである」という。そして、一審・二審判決が、こうした住民側の「心理的負担」等につき「被害の質や程度に重みづけをして」、差止請求につき違法性を認めたのは「実に公正な判断であり」、更なる目隠しフェンスの設置を命じたことも「極めて合理的な判断である」と評価する。

これに対し、最高裁判決に対する評価は手厳しい。「最高裁は、要するに、市井の市民の人権ないし平穏生活権の保護より、葬祭事業者の営業の

---

6) 富井利安「目隠しフェンス設置等請求事件判決の総合的研究」関東学院法学22巻1号(2012年)55頁以下。

自由という財産権を優先したものである」といふほかに、最高裁は葬儀場側の行為態様を「全て好意的・肯定的に見ている」と断じる。また、本判決が、「強いストレスを感じている」と認めておきながら、それが「主観的な不快感にとどまる」と論断しているのも問題であると指摘する<sup>7)</sup>。

### (3) 神戸説<sup>8)</sup>

神戸秀彦教授は、本件住民側の利益は、『景観利益』の展開形態（＝『不良な景観』を拒否する利益）と、『宗教上の静穏の利益』の展開形態（『他人の葬式』を日常的に見せられない『静穏』の利益）と、『死に対する恐怖』を受けない利益の展開形態（死を連想させられない『一般人』の利益）の複合形態であろう」とした上で、「こうした複合形態を支える基本的利益として、『平穏生活の利益』と『内心の静穏な感情の利益』とがあるように思われる」と述べる。そして、住民側の利益は、「全体として、最高裁判例を含む従来の判例を踏まえれば、上記の『基本利益』を基軸とした関連『利益』の複合形態として、十分に承認可能性が示唆されている」として、本件一審判決のように原告の利益を構成することは可能であり、最高裁が示したような「専ら」主観に基づく「主観的不快感」ではないように思われると指摘する。

さらに、神戸教授は、本件最高裁判決には、原審判決と対比して、次のような問題点が含まれていると主張する。すなわち、第一に、「本件最高裁判決は、そもそも、『被害の程度』以外には、受忍限度の判断枠組みとして、公法上の規制との関係、交渉経緯のみしか要素として」おらず、「被害及び加害の回避可能性や、地域性と先住性は、判断枠組みから除外してい

---

7) この点、大坂恵里「本件判批」法律のひろば64巻4号（2011年）54～55頁は、最高裁が、住民側の平穏に日常生活を送るという利益への侵害を受忍限度の範囲内と判示したことは理解できるとしつつも、最高裁が「専ら主観的な不快感にとどまる」と断じた点については、「疑問を感じないでもない」とし、「少なくとも、不法行為に基づく損害賠償請求については異なった結論を導き出すことができたのではなからうか」と述べる。

8) 神戸秀彦「本件判批」法と政治63巻3号（2012年）99頁以下。

る」こと、第二に、「本件最高裁判決が、受忍限度内と判断した有力な根拠の1つは、交渉経緯と思われるが、それと密接に関係にある被害及び加害の回避可能性に対する判断が欠落している」こと、第三に、「本件最高裁判決のこのような判断は、究極的には、原告の利益を『専ら』『主観的不快感』に過ぎない、と評価することからくるものであ」ることである。

#### (4) 石松説<sup>9)</sup>

石松勉教授は、本件最高裁判決では、「近隣で葬祭請負業の営業がされることにより生じる日常的な居住生活の場における宗教的感情の平穩の侵害が受忍限度を超えているかどうかを判断するに際して考慮された要因は、比較的少なかった」とし、それは、「日常的な居住生活の場における宗教的感情の平穩が害されるという、極めて心理的・情動的・情緒的なレベルのものが問題となっていたにすぎないということに基因しているのではないか」と推測する。すなわち、「平穩生活権にとどまる以上、被害者側の保護されるべき権利または利益として、法的保護に値する場面はもちろんありうるとしても、それ自体としては高度の要保護性を有しているものとはまでは考えられていないからではないか」というのである。さらに、仮に(最高裁が考慮した以外の)他の考慮要因をも含めて検討を試みてみても、本件最高裁判決の判断は「妥当なものだった」と評価できると述べている。

### 6. 問題の提起——次章への架橋

本件における論点は、第一に、住民側の保護法益は何かという点、第二に、保護法益が存在するとして、その侵害が受忍限度内といえるかという点、第三に、受忍限度を超える場合にフェンスのかさ上げ請求、損害賠償請求をどこまで認めることができるかという点である。ここでは、本稿の問題関心から、また次章への架橋として、第一の点についてのみ問題を提

---

9) 石松勉「本件判批」福岡大学法学論叢55巻3・4号(2011年)479頁以下。

起しておくことにしたい。

本件における保護法益については、「主観的な不快感」とどまるとする最高裁判決の考え方と、「平穏な生活を送る利益」（一審判決）や、「宗教感情に関する平穏」（渡邊教授の見解）などと構成する考え方が対立している。なお、後者の立場においては、その保護法益の要保護性と葬儀場側の行為態様との相関関係から保護法益の侵害が受忍限度を超える違法なものであるか否かを判断するという点は共通しているようであるが、富井教授は、住民側の「平穏な生活を送る利益」は、必ずしも「弱い主観的利益」とはいいい切れないとみており、「『専ら』『主観』に基づく『主観的不快感』ではないように思われる」とする神戸教授と富井教授の見解とは、ややニュアンスを異にしているように見受けられる。

さて、判決理由をみる限りにおいては、最高裁は、① 本件葬儀場の様子が見える場所が限定的であること、② 出棺等の様子が見える時間も限定的であること、③ 本件葬儀場建物の建築や本件葬儀場の営業自体は行政法規の規制に反するものではないこと、④ 本件葬儀場建物の建設に当たっては地元説明会を重ねた上、地元自治会からの要望事項に配慮したこと、以上の点を踏まえた上で、住民側が強いストレスを感じているとしてもそれは「専ら」同人らの「主観的な不快感にとどまる」と判示している。この論法からすると、住民側の被害の程度、葬儀場側の侵害行為の態様が総合的に判断されて、そのような結論に至っていることになる。そうすると、例えば、上記④について、仮に葬儀場側が周辺住民の要望に配慮した建築又は営業をしなかった場合には、住民の不快感は、「主観的な不快感にとどまらない」ものと判断されていた可能性もあることになる<sup>10)</sup>。

---

10) 判タ1330号90頁によれば、「そもそも自宅から葬儀場の敷地が目に入るにより精神的なストレスを受けるという被害が、経営者に対して目隠しフェンスのかさ上げを根拠となるべき何らかの権利の侵害に当たるといえるのかという問題があると思われるが、この点については上告受理申立て理由において言及されておらず、本判決は明示的な判断を示していない。」とされており、最高裁が、「専ら……主観的な不快感にとどまる」としたのは、そうした事情に基づくものであるのかもしれない。

すなわち、相手方の行為態様如何によって、不快感が、「専ら」当人の「主観的な不快感」にすぎないものとどまったり、客観的な(法的保護に値する?)「不快感」にまで高められたりするということになりそうである<sup>11)</sup>。しかし、これは説得力を欠く論法ではなかろうか。葬儀場側が配慮ある対応をしようとしまいと、葬儀の様子が見えるという状態には変化がないのであれば、葬儀場の内部が見えることによる「不快感」それ自体は何ら変わらないはずであるし、仮に出棺の様子が見えるのが1日1度だけであろうと1日に3度であろうと、やはりそれが見えることによる「不快感」には大きな違いはないはずであろう。そうすると、相手方の行為態様等によって被侵害利益の要保護性の強弱が左右されるという考え方自体に問題があるのではないだろうか。

また、学説においても、富井教授が指摘するように、住民側の被侵害利益の「強弱」を重要視する見解が主流である。しかし、ここでもその「強弱」がどのような基準によって定まるのか、これを明確に提示する見解は見当たらない。仮に基準が定まるとしても、個人の価値観が多様化する社会において、その基準を個人に当てはめることにどれほどの正当性があるといえるであろうか。本人が強い不快感を覚えたとしても、「客観的」基準に照らしてそれは弱い不快感にすぎないと評価することが、本当に妥当なのであるだろうか。本稿の問題意識はまさにこの点にある。

もちろん、判例・学説がこのような思考をすることには相応の理由がある。しかし、そこに問題はないだろうか。次章以降では、このことを検討してみたい。

---

11) 吉村良一教授は、「居宅から葬儀場(そこへの棺の出入り)が見えることが平穏な生活に関する利益を侵害しているかどうかは、当該地域の地域性や葬儀場側と原告のこれまでの関係、葬儀場側の対応といった諸事情との総合衡量抜きには判断できないのではないか」として、こうした利益については、そのような利益が法的に保護に値するかどうかや、そもそもそのような利益が存在し侵害されているかどうかの判断が必要であるとする(吉村「保護法益の多様化と不法行為法の基本要件——権利侵害と違法性を中心に——」池田恒男=高橋真編『現代市民法学と民法典』〔2012年、日本評論社〕281~282頁)。

## 2 個人の「主観」と「違法性」要件

### 1. 「権利侵害」要件の起草過程

起草者（穂積陳重博士）が、現行民法709条にいう「権利」を、財産権のみならず、生命や名誉といった、今日では人格権に包摂されると考えられるものまで含む幅の広い概念として把握していたことは周知のことである<sup>12)</sup>。そして、穂積博士が、「権利」を「すでに法律上保護されている利益」ととらえていたことも、近時の研究により指摘されているところである<sup>13)</sup>。

しかし、ここで注意しなければならないのは、このことは、人格権・人格的利益の侵害も「権利侵害」となりうることを示しているにすぎないということである。ここだけに焦点を当てるならば、現行民法709条が場合によっては個人の「主観」の保護の受け皿となりうることは説明がつく。もっとも、法典調査会で交わされた現行民法709条をめぐる議論をみる限りでは、同条が、本当にそうしたものの受け皿としても想定されていたかということについては、否定的に考えざるをえない。

「権利侵害」要件をめぐる論争において現れた具体例は、① 他人の土地に侵入した場合<sup>14)</sup>、② 近親者が殺害されて悲しみを受けた場合<sup>15)</sup>、③ 直接の被害者の死亡により、被扶養者が扶養を受けられなくなった場合<sup>16)</sup>、④ 息子が殺害された場合において親が負担した治療費・葬式費用<sup>17)</sup>、⑤ 得意先を失わせて商売上の損をさせた場合<sup>18)</sup>、⑥ 河川敷内の自

---

12) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会 民法議事速記録五』（1984年、商事法務研究会）297頁下及び302頁下の穂積発言。

13) 櫛比昭人「明治民法七〇九条の『過失』と『権利侵害』——明治民法起草過程からの視点——」法学政治学論究72号（2007年）105～106頁。

14) 前掲注(12)299頁下。

15) 前掲注(12)301頁下～302頁上。

16) 前掲注(12)307頁上～308頁下。

17) 前掲注(12)308頁下～309頁下。

18) 前掲注(12)314頁下。

分の地面の搔上げ堤を故意又は過失により破壊して隣地を浸水させた場合<sup>19)</sup>である。

②以外は財産権・財産的利益の侵害の局面である。②については、穂積博士自身が権利侵害ではないことを認めており<sup>20)</sup>、横田国臣委員がこの場合に損害賠償が認められないことの不都合を指摘し、これに対して穂積博士が「権利ハ何モ害サレテハ居ラヌデモ或極ク密接ノ関係デアツテ非常ニ感覚ヲ害サレタ非常ニ悲ミガアルトカ云フコトニ就イテハ其事柄丈ケデ賠償ノ責ヲ生ジサレルト云フ特別ノ一ヶ条ヲ置」くことも考へるとして<sup>21)</sup>いる。周知のように、これが現行民法711条の起草へとつながっていくのであるが、このことから、生命侵害の場合において近親者が受ける「悲しみ」がそもそも「権利侵害」に該当するものではなく、現行民法709条で救済されると考えられてはいなかったことが明らかになる。このような「悲しみ」ですら、現行民法709条による救済の対象とはならないと考えられていたわけであるから、単なる個人の「主観」が現行民法709条による救済の視野に入っていたはずがないというべきであろう<sup>22)</sup>。

では、「権利」に該当しうるとみられた生命や名誉などについてはどうか。これらについて起草者は、財産上の損害がなければ損害賠償を認めないとの誤解をおそれ、このことがまさに現行民法710条の提案理由となっている<sup>23)</sup>。現行民法711条の起草とは経緯が異なるが、人格権の中核をなす生命や名誉などですら現行民法709条では救済できないのではないかと起草者自身がみていた点に注意を払うべきであろう。そもそも、穂積博士は、生命、身体、自由、名誉等の侵害を「特別ノ不法行為」と表現し、こ

---

19) 前掲注(12)316頁上～317頁上。

20) 前掲注(12)302頁上。

21) 前掲注(12)313頁上～314頁上。

22) 穂積博士が、不法行為というのは「既ニアリマスル権利ヲ保護スル法」であり、これにより「新タニ権利ヲ創設スルノデナイ」（前掲注(12)314頁下）ともしていることも注目される。

23) 前掲注(12)441頁下。

れらを現行民法709条にいう「不法行為」と区別しているかのようにも見受けられるのである<sup>24)</sup>。

このようにみれば、穂積博士は、少なくとも現行民法709条にいう「権利侵害」については、財産権・財産的利益の侵害を念頭において起草したのであり、現行民法の「権利」を広く解することで、それが人格権・人格的利益の保護の受け皿となりうる可能性は残したものの、それが実際に機能することは考えていなかったとみるのが自然ではないだろうか。

## 2. 「権利侵害から違法性へ」——大学湯事件再考

「権利侵害」から「違法性」への転換を示したと一般に評価される大学湯事件判決（大〔三民〕判大正14年11月28日民集4巻670頁<sup>25)</sup>）においても、問題となったのはやはり財産的利益の侵害である。

周知のように、大学湯事件判決は、民法709条の意味を「第七百九条ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行為ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ広汎ナル意味ニ外ナラス」とする。これを字面どおりに「権利侵害」要件からの離脱とみるか、「判決要旨」が示すように、権利概念の拡張とみるかは評価の分かれるところであるが<sup>26)</sup>、いずれにせよ本判決により民法709条の適用領域が拡大されることになったことは疑いない。そうすると、個人の「主観」や人格権・人格的利益にとっても民法709条による保護の余地が現出したことになりそうである。

上の「判決理由」からすれば、民法709条の要件としての「権利侵害」

---

24) 同前。

25) 本判決は、前田直之助判事によって起草されたものである。この事実と、前田判事の民法709条論と大学湯事件判決との関係については、木村「大審院（民事）判決の基礎的研究・1——判決原本の分析と検討（序・大正14年11月分）——」立命館法学335号（2011年）550頁以下参照。

26) 大河純夫「民法七〇九条『権利侵害』再考——法規解釈方法との関連において——」河内宏ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開』（2006年、信山社）539頁。



は、被害者のいかなる権利が侵害されたのかということの基準ではなく、加害者の行為が法律上許容されるべきかどうかという加害者の行為についての法律的な評価をなすための基準となるはずである<sup>27)</sup>。その意味では、本判決は、「権利侵害」要件からの「離脱」を示したものとみるべきであろう。そうすると、「侵害対象」が何であるかということはもはや問題とはならないはずだが、判決理由は、「侵害ノ対象ハ売買ノ目的物タル所有物若ハ老舗ソノモノニ非ス得ヘカリシ利益即是ナリ」とし、「斯ル利益ハ吾人ノ法律観念上不法行為ニ基ク損害賠償請求権ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アルモノナリ」とし、「侵害対象」すなわち「得ヘカリシ利益」になお着目する。

「権利侵害」要件が脱落したはずの民法709条の要件において、この「侵害対象」はどのような位置づけを与えられるのだろうか。判決理由には「若被上告人等ニシテ法規違反ノ行為ヲ敢シテ上告人先代カ之ヲ他ニ売却スルコトヲ不能ナラシメ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタルノ事實アラムカ……」(傍点筆者)という記述があり、ここでは「法規違反ノ行為」とそれによる「其ノ得ヘカリシ利益」の「喪失」とが区別されていることを考え合わせると、この判決では、「侵害対象」の問題が「損害」要件に実質的に解消されているとみられる<sup>28)</sup>。

「得ヘカリシ利益」のような財産的利益の保護にとっては、このような解釈には有用性があるといえる。「権利侵害」要件をクリアしにくい本件のような場合においては、法規違反の行為により生じた損害があると認められさえすればよいからである。そうすると、大学湯事件判決の意義は、

27) 末川博「判批」同『破毀判例民法研究 第一巻』(1931年、弘文堂書房)352頁。

28) 大河・前掲注(26)538頁は、これを「侵害対象」論と「損害」論との「混乱」と把握する。なお、この現象は、本判決と同じく前田判事の手になる大(四民)判昭和3年8月1日民集7巻671頁の判決理由にも見出すことができるが、この点については、木村「大審院の迷走——昭和初期の民事部判決にみるそのいくつかの軌跡——」立命館法学327・328号(2010年)252頁以下、同「大審院(民事)判決の基礎的研究・2——判決原本の分析と検討(昭和3年8月分)——」立命館法学335号(2011年)552頁以下を参照されたい。

「得ヘカリシ利益」という財産的利益の保護を図るために、民法709条の要件につき上記のような解釈を施したという点に見出すことができるように思われる<sup>29)</sup>。

大学湯事件判決の実体を上のように捉えるならば、大学湯事件判決は、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護にとってはどのような意味を持つであろうか。もちろん、大学湯事件判決はそのようなことをまったく意識していない。しかし、権利侵害要件を脱落させ、これを「侵害行為」の「違法性」に置き換えることによって、個人の「主観」が、権利又は法律上保護される利益として保護されるべきか否かというフィルターによって弾き飛ばされる局面は消え去ることになる。大学湯事件で示された民法709条の新たな解釈は、個人の「主観」をそのままの形で、不法行為法上の保護の対象に取り込むことを可能にするものであると再評価することができよう。

もっとも、その一方で、財産的利益の保護（ないし財産的損害の填補）を図るために採用された解釈論の中に、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護が取り込まれる契機となったとみることもできる。それらの保護が問題となる局面では、生命、身体、健康の侵害の場合における逸失利益の問題などを別にすれば、財産的損害の填補が目的となることはほとんどない。そこではむしろ、個人の尊厳が冒されたことが問題となり、「自分がこうありたい」あるいは「こうしたい」と考えたことが実現できなかったことが最重要視される。その意味では、大学湯事件で示された民法709条の新たな解釈は、財産と人格という異質なものの保護を同じ条文の同じ要件で処理する契機を生んだものとも評価することができるのではないだ

---

29) なお、前田は、大学湯事件判決以前の「死亡ニ因リテ発生シタル損害賠償請求權ト其相続性」法学新報31卷2号（1921年）64～65頁において、民法709条の権利侵害の文言に拘ることが、本件のような財産的利益の侵害の救済にとっては極めて不都合な結果を生じることを指摘し、民法709条の権利を「利益ト云フ位ナ広キ意味」に解さねば「動キカ取レヌ」としている。このことから、前田が起草したとみられる本判決は、民法709条を本文のように解釈したものとして位置づけることができる。

ろうか。

### 3. 「違法性」理論の展開——相関関係説

周知のように、大学湯事件判決を受けて、我妻栄博士は、「権利侵害」要件を「加害行為の違法性」要件に読み替えることに賛同した上で、その違法性の有無は、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係において考察すべきだとする、いわゆる相関関係説を提唱した<sup>30)</sup>。

さらに、我妻博士は、権利侵害をもって違法性と観念するときには、身体、自由、名誉などが権利といえるかどうかなどといった争いに実益はなくなるとし、これらを列挙した民法710条は「人格的利益中の主要なるものを列挙してその侵害が一般に違法性を帯びることを規定せるものと解すれば足る」<sup>31)</sup>とする。「権利」の障害がなくなることから、民法709条が名実とともに個人の「主観」や人格権・人格的利益の救済の受け皿となるに至るのである。本稿の視角からすれば、「違法性」要件を媒介として、財産的利益の保護を念頭においたシステムに、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護も組み込まれることになったわけである。

しかし、これらの保護につき、我妻博士は、それらを尊重すべきことを説きつつも、「人格的利益の侵害を被害者の放恣な我愆による感情の激発に委せ、これを慰藉することをもつて人格的利益の保護となすべきではない」<sup>32)</sup>とする。すなわち、個人の「主観」をそのままに保護の対象とすべきではないというのである。具体的には、被侵害利益の種類と加害行為の態様との関係で違法性の有無を判断することになるわけであるが<sup>33)</sup>、このことが個人の「主観」の保護にとっては大きな障害となりうる。既に紹介した、富井教授の「最近の有力な学説の見解に従えば、『平穏な生活を送

---

30) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(1937年、日本評論社)125～126頁。

31) 我妻・前掲注(30)135頁。

32) 同前。

33) 我妻・前掲注(30)126頁。

る利益』は『弱い主観的利益』ということになりそうである」との言説に表れているように、少なくとも判例・学説においては、個人の「主観」はそもそも「弱い」利益と考えられており、なぜ「弱い」のかということの明確な根拠も示されないまま、そうした前提のもとで加害行為の態様が考慮され、違法性が判断されるからである。

大学湯事件判決のように、侵害行為の違法性のみを問題とするのであれば、侵害対象が何であるかはそもそも議論の俎上にはのぼらないわけであるから、要件の充足を検討する上でそのような前提が入り込む余地はない。これに対して、相関関係的な違法性判断は、個人の「主観」はその要保護性がそもそも低いものであるという固定観念がそこに既に埋め込まれているがゆえに、その保護の範囲を大幅に狭めてしまう論理なのである。我妻博士の違法性理論の背景には、民法が前提としている個人主義の思想から脱却し、「社会協同生活の全体的向上」を理想とする思想への転換を図る意図があるとする山本敬三教授の指摘もこれを裏付けるものといえよう<sup>34)</sup>。

その後、我妻博士によるこの相関関係説を基軸としつつ、個人の「主観」や人格権・人格的利益の侵害の場合であっても、相関関係的な利益衡量を踏まえ、その結果被害が受忍限度を超えると認められる場合にのみ違法性を肯定して民法709条による保護や差止めを認めるとする裁判例が確立し、これがこのまま今日においても維持されていることはここで説明するまでもない。個人の「主観」の保護を斥けた最高裁平成22年判決も、まさにその延長線上にあるのである。

#### 4. 小 括

ここまで、民法709条が財産権・財産的利益の保護を念頭において起草され、その後現れた「違法性」要件を媒介として、個人の「主観」や人格権・人格的利益が、財産権・財産的利益と同じレベルで民法709条の救済

---

34) 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4・5・6号（2004年）308頁。

システムに取り込まれていく過程を描写した。問題は、そのことが果たして個人の「主観」の保護に資することになるのかという点である。

少なくとも、民法709条がそうしたものの保護を念頭において起草されたものではないことは——起草段階での議論を見る限りでは——明白であるといえる。一般的不法行為の要件と効果を掲げる本条がそうである以上、不法行為法システムそれ自体も、財産権・財産的利益の保護に主眼を置いたものであると性質決定することができよう。財産権・財産的利益の侵害の場合、被害者が求めるのはまず損害の填補であるから、不法行為法の目的が第一義的に損害の填補にあるとみられるのも当然の理であるといってもよい。一見すると、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護の余地を拡大するかにみえる、大学湯事件判決における「権利侵害」要件の「脱落」ですら、実際には財産的損害の填補を目的とするものであったことを思い返せば、このことはさらに明瞭になる。

これに対し、個人の「主観」や人格権・人格的利益が侵害された場合、被害者が第一義的に求めているのは、自身の人格が侵害された、すなわち個人の尊厳が冒されたということの確認、そのことに対する制裁、現存する侵害状態の除去、あるいは侵害のおそれがある場合にはその抑止であろう。こうした相違も考え合わせるならば、人格と財産のどちらにより強い法的保護が与えられるべきであるかという根源的な問題をここではさしあたり措くとしても、損害の填補が第一の目的となる財産権・財産的利益の侵害に対する救済システムとして構想されていたであろう不法行為法は、その侵害の確認、侵害に対する制裁やその除去、抑止が第一義的に期待される個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護にとっては適合的ではないと考えられるのである。とりわけ裁判例において、これらの侵害行為の差止めが、必ずしも不法行為法上の解釈問題としてのみ語られてこなかったこともこのことを示すひとつの証左といえるのではないだろうか。

確かに、そのような性格を持つ個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護にとって、適当な受け皿は不法行為法しかない。しかし、不法行為法

への個人の「主観」や人格権・人格的利益の「組み込み」を媒介することになった「違法性」概念は、必ずしもそうしたものの保護に資するものではないように思われるのである。

### 3 個人の「主観」と「権利侵害」要件

#### 1. 「権利侵害」要件そのものへの視点

次に検証しなければならないのは、裁判実務では違法性概念が用いられているにもかかわらず2005年の改正においても維持された「権利侵害」（以下では、「権利侵害」をもって、民法709条にいう「権利または法律上保護される利益の侵害」を示すものとする）という要件が、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護に資するものであるのかという点である。

ここでは、「権利侵害」要件の「再生」とその「独自性」に着目する大塚直教授と吉村良一教授の見解を取り上げ、このことについて考えてみたい。

#### 2. 大塚説

大塚直教授は、いわゆる自衛隊合祀訴訟判決（最大判昭和63年6月1日民集42巻5号227頁）など、人格的利益、それも従来不法行為法上保護されるか否かが明確ではなかった、内心の感情に関する、「弱い」人格的利益に基づく精神的損害が問題となった裁判例を取り上げ、これらの場合における「権利侵害」要件の再生とその独自性を説く<sup>35)</sup>。

例えば、自衛隊合祀訴訟判決は、「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」とするが、大塚教授は、これを、「権利侵害概念を違法性に吸収し、置き換えるという

---

35) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリスト1126号（1998年）37頁以下。

従来の通説を採らないだけでなく、権利侵害ないし法的利益侵害を不法行為の独立の要件として扱う……ことを示唆するもの」<sup>36)</sup>と評価する。そして、「民法七〇九条において、法的に保護される利益か否かを独立の要件として論じることは、思考経済上有益であるし、過失、違法性などの要件の負担を過重させずにすむと考えられる」<sup>37)</sup>とする。

大塚教授によれば、ここに「権利侵害」要件の独自性が認められるわけであるが、この「独自性」は、自衛隊合祀訴訟判決のような場合には、「社会において保護法益と認める価値が当面十分でないと考えられる場合(その多くは主観的利益)に、その点を考慮して、不法行為法上の保護を認めない」<sup>38)</sup>という機能を果たすことになる。裏を返せば、「行為態様等の評価により不法行為が成立しないとしても、権利利益侵害には該当することを認定する」という役割を果たすことにもなる<sup>39)</sup>。そうすると、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護にとって、「権利侵害」要件は一定の積極的な意味を持つことになりそうである。

しかし、「権利侵害」要件に、そうした役割を与えるとなれば、次のような疑問が生じる。

第一に、どのような基準をもって、当該人格的利益を「社会において保護法益と認める価値」あるもの、価値なきものと仕分けるのかという点である。個人の「不快感」が「社会」において救済すべきものであるかは、どのように判断されるのだろうか。大塚は、保護法益の拡大の契機として、① 社会における価値観・社会通念の変化、② 裁判所等による法技術の開発、③ 裁判所の規範的な意思や政策的な意図の3つを挙げる<sup>40)</sup>。本稿の問題関心に直接かかわるところで、①について1つだけ疑問を提示しておきたい。人格権の主観化に表れているように、個々人の価値観がさ

---

36) 大塚・前掲注(35)39頁。

37) 同前。

38) 大塚「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL 936号(2010年)50頁。

39) 同前。

40) 前掲注(38)51頁。

らに多様化・細分化している現在において、「社会」における価値観・社会通念を判断基準とすることがどれほどの説得力を持つのかという疑問である。価値観が多様化・細分化すれば、「社会」における価値観といった概念がもはや幻想に過ぎない時代が訪れるかもしれない。「社会」からみればたとえ「主観的な不快感」にみえるものであったとしても、本人にとっては極めて深刻な人格の侵害状態が現に存しているわけであるから、そもそも法的救済に値しないものであると断ずるためには、「社会」の価値観がこうであるから、社会通念はそうであるから、という論法ではなく、より説得力のある論証が必要であるように思われる。

第二は、「権利侵害」要件が、利益衡量の場として機能することへの懸念である。大塚のように「権利侵害」要件の認めるという前提に立ち、仮に、前段で述べたように、「社会において保護法益と認める価値」の存否の判断に当たって、さまざまな要素を検討した上で権利ないし利益の要保護性を決定しようとするならば、事実上、「権利侵害」要件は利益衡量の場として機能することになる。この場合、そもそも「権利侵害」要件がそのような機能を果たすべきなのか、あるいは現在の違法性要件が担っていると考えられる利益衡量機能との役割分担はどうなるのか（利益衡量を経て権利侵害要件該当性を認め、さらに違法性かどうかを別に検討するとすれば、かえって思考経済上不利益といえるのではないか）といった問題が生じることになる。

以上のように、大塚教授のような視点で「権利侵害」の独自性を認めるとしても、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護にとっては、克服すべき理論的問題はなお多いように思われる。

### 3. 吉村説

吉村良一教授は、「主観的な不快感」といった（弱い）人格的利益につき、違法性等とは異なる枠組みでの判断を「先行」させること（大塚教授が「権利侵害」要件の「独自性」と把握するところ）を肯定的に捉えつつ、不



法行為要件としての権利侵害の「再生」の背景には個人の多様な利益保護の重視があったのであるから、基本的には、大塚教授の表現を借りれば「行為態様等の評価により不法行為が成立しないとしても、権利利益侵害には該当することを認定する」方向で考えるべきであるとする<sup>41)</sup>。すなわち、個人の「主観」や人格権・人格的利益の救済窓口の拡大のために、「権利侵害」要件に一定の積極的な意味を持たせるべきであるというのである。

しかし、ここでも前節で述べたような疑問に直面することになる。吉村教授の考える方向によれば、「主観的な不快感」の場合にも、「権利侵害」要件該当性をできるだけ積極的に認めるということになると思われるが、おそらくそこには無限定にこれを認めようとする趣旨は含まれていない。例えば、吉村教授は、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異なってくるのが少なくないとする文脈において、ハラスメントにつき、「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」と述べている<sup>42)</sup>。すなわち、行為者の行為態様等も、「当該利益の法的要保護性」の判断に影響を与えるとするのである。

そうすると、「権利侵害」要件該当性の判断には、やはりさまざまな要素が入り込んでくることになる。「主観的な不快感」が問題となっているケースで、その救済に当たって侵害行為の態様等を考慮に入れるべきとする点には首肯できるが、このとき、「違法性」要件とは切り離された「権

---

41) 吉村良一「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(2009年)597～598頁。

42) 吉村「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」立命館法学327・328号(2010年)985頁。吉村・前掲注(41)595～596頁は、そもそも権利ないし法益には、その客観的性質だけでその要保護性が定まるものばかりではなく、加害行為と被侵害利益の性質を連動させてその要保護性を判断することが不可避なものもあるのではないかとする。

利侵害」要件の独自性は不明確にならざるをえない。そうした考慮は、裁判例においても既に「違法性」要件該当性の判断の中で考慮されていることでもあり、ことさら「権利侵害」要件にそれを委ねることが、「主観的な不快感」に対する救済の余地が拡大することには論理的に接続しないようにも思われる。

吉村教授が、違法性等とは異なる枠組みでの保護法益の要保護性の判断を先行させた例として挙げる<sup>43)</sup>、国立景観訴訟最高裁判決（最一小判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）を取り上げてこのことを考えてみよう。

最高裁は、「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（以下「景観利益」という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である」として、まずもって、法律上保護に値するものとしての景観利益の存在自体を肯定する。

ここでは、「権利侵害」要件の積極的な独自性を明確に見て取ることができる。最高裁は、「都市の景観は、良好な風景として、人々の歴史的又は文化的環境を形作り、豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するものというべきである」とし、良好な景観が有する価値を保護することを目的とする条例等の存在から、その要保護性を論証しているからである（ここでは少なくとも侵害行為の態様は問題の埒外にある）。以上を踏まえて、最高裁は侵害行為の態様等からその侵害の違法性を決定するのであるから、このとき、「違法性」要件とは切り離された「権利侵害」要件の独自性は際立つことになる。そして、その理由は明らかに、被侵害利益の要保護性が客観的な根拠をもって語られている点にある。

このように、「権利侵害」要件の独自性は、侵害行為の行為態様等を抜きにして客観的に要保護性を語ることのできるタイプの利益の保護にとっ

---

43) 吉村・前掲注(42)958～959頁。

ては、プラスに作用することになると考えられる。しかし、景観利益のように客観的な要保護性を語る事が難しい「主観的な不快感」といったものにとっては、マイナスにしか機能しない可能性がある。客観的な要保護性を語る事が難しいからこそ、「社会において保護法益と認める価値」がないとされうるのであり、それゆえに「主観的な不快感」は、「権利侵害」要件によって弾き飛ばされてしまうことになる。裏返せば、「主観的な不快感」であっても、客観的な要保護性を語る事ができるのであれば、「権利侵害」要件によってその救済の余地が拡大することになる<sup>44)</sup>、価値観の多様化・細分化が進む社会の中で、「主観的な不快感」とされたものにつき、「主観」を超えてそのような客観性を語る事のできる時が到来するのかが疑問である。

#### 4. 小 括

ここまで、「権利侵害」要件の「独自性」が、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護に資するものとなるかどうかにつき検討し、客観的な要保護性を語りうるタイプの利益にとっては、「権利侵害」要件の「独自性」は有意に機能するが、そうでない、主観に依存するタイプの利益にとっては、必ずしもそのような役割を果たすものとはいえないのではないかと結論付けた。

そうすると、個人の「主観」が、「権利侵害」要件の「独自性」の恩恵を受け、その保護の余地を拡大させるためには、その「主観」が客観的基準に照らして法律上保護に値するものであることを論証しなければならないことになるが、問題は、果たしてそれが可能なのかという点にある。

人格権・人格的利益の侵害をめぐる近時の裁判例をみても、その多様化は顕著である<sup>45)</sup>。裁判例におけるその法的保護の可否は別としても、少な

44) 吉村・前掲注(41)論文は、自衛隊合祀訴訟判決における被侵害利益につき、この方向を志向するものだと思われる。

45) 木村「わが国における人格権概念の特質——その再定位の試み——(一)」撰南法学

くとも個人が自身の人格を侵害されたと感じる局面が多様な広がりを見せていることは明らかであろう。誤解を恐れずに言うならば、従来なら社会的にさほど問題視されなかったようなことが、訴訟として組上りのほってくるようになってきているのである。こうした社会現象に接するとき、個人の「主観」の要保護性を「権利侵害」要件の枠組みの中で客観的な基準をもって検討すること自体、再考の余地があるのではないだろうか。

他者の行為により、何らかの不快感をおぼえること自体、少なくともその者自身にとっては苦痛である。とりわけそれに対する法的救済を求めている場合には、その状態は、その者にとっては個人の尊厳や人格を冒されていることと同じであるといってもよいだろう。しかし、仮に不法行為法でその救済を図ろうとする場合には、上に述べたように「権利侵害」要件の「独自性」がかえって障害となる可能性がある。景観利益に要保護性を認める根拠のひとつとなった条例の整備などのように、その要保護性を客観的に語りうる法的状況が整わない限り、個人の「主観」に要保護性を認めていくことは困難であろうと考えられるからである。

## おわりに

現行民法においては、個人の「主観」や人格権・人格的利益の保護の受け皿は不法行為法しか存在しない。しかし、裁判実務における「違法性」概念も、学説において有力に主張されている、「権利侵害」要件にそれとは異なる独自性を認める見解によっても、それらの保護を十分に図ることはできない。そもそも、個人の「主観」に要保護性を認めるにあたって、「違法性」概念においては、個人の「主観」は、それが「主観」であるがゆえにその要保護性がそもそも弱いものであるという固定観念があり、「独自性」説においても、「社会」において保護法益と認められる価値が求

---

↘34号（2005年）85頁以下、同「民事紛争における人格権の機能について——『人格権の再定位』の観点から——」（2008年）43頁以下、同・前掲注(1)参照。

められることになるからである。さらには、財産権・財産的損害の填補を目的とする不法行為法システムとの親和性も問題となる。

筆者は、これまで、個人の価値観の多様化・細分化を前提として、今後ともさらにこれが進行するであろうことを念頭におきつつ、個人が(主観的な)不快感をおぼえていることが、その個人にとってはそれが「人格」の侵害、すなわち「個人の尊厳」が冒されている状態であることと捉え、その要保護性を問題とせずに、侵害行為の態様によってその侵害の違法性を決すべきであると主張してきた<sup>46)</sup>。これを今回の最高裁平成22年判決のケースに当てはめるならば、居住者が不快感をおぼえる現状を——たとえそれが個人の「主観」に過ぎないものであったとしても——人格の侵害であるととらえ、侵害者である葬儀場営業者の行為が違法と評価されるのであれば、居住者が不快感をおぼえる現状が人格の違法な侵害であると評価され、それにより生じた損害の賠償や、その侵害状態の除去に適切な措置を講ずる請求権が発生するとみるのである<sup>47)</sup>。最高裁が採用する相関関係的な利益衡量ではなく、そのような論理構成を採ることが、まさに、民法は「個人の尊厳」を旨として解釈しなければならないとする民法2条の定めにも適合的なのではないだろうか<sup>48)</sup>。

---

46) 例えば、木村・前掲注(45)「民事紛争における人格権の機能について」72頁以下。

47) もっとも、具体的には、最高裁判決が述べるように、本件葬儀場建物の建築や本件葬儀場の営業自体は行政法規の規制に反するものではないことから、侵害行為に違法性はないと考えざるをえない。

48) なお、個人の「主観」をなぜこのようなかたちで保護すべきなのかという点については、予定している別稿(木村「個人の『主観』に民法・民法学はどう向き合うべきか」法の科学48号〔2017年〕掲載予定)で論じることとしている。