

受忍義務構成のゆくえ

——第四次厚木基地訴訟（自衛隊機飛行差止請求）第一審判決について——

神 橋 一 彦

はじめに

第一節 厚木基地最判の問題点

第二節 本件横浜地判の分析

第三節 今後のゆくえ

おわりに

はじめに

一 横浜地裁は、さる平成二六年五月二二日、いわゆる第四次厚木基地訴訟における米軍機・自衛隊機差止請求（平成一九年（行ウ）第一〇〇号——第一事件、平成二四年（行ウ）第六九号——第二事件）並びに損害賠償請求（平成一九年（ワ）第四九一七号——第一事件、平成二〇年（ワ）第一五三二号——第二事件）について、それぞれ判決を下した（いづれも、本稿脱稿時〔二〇一五年一月〕において未公開・裁判所ホームページ掲載——以下、前者の米軍機・自衛隊機飛行差止

請求に対する判決を「本件横浜地判」という。

この判決については既に広く報じられているように、自衛隊機の夜間飛行差止請求について、無名抗告訴訟として訴えの適法性を認め、「防衛大臣は、厚木飛行場において、毎日午後一〇時から翌日午前六時まで、やむを得ないと認める場合を除き、自衛隊の使用する航空機を運航させてはならない。」(判決本文)という形で、請求についても一部を認容した。もともと同判決は、騒音被害の主要因とされた米軍機差止請求については、訴えを不適法として却下しており、また認容された自衛隊機の夜間飛行の差止めについても、既に自衛隊において自主規制として実施されているところであるので、結果的に、この判決が航空機騒音被害の低減にもたらす効果は限られたものである。しかしながら、大阪空港訴訟控訴審判決(大阪高判昭和五〇年一月二七日)以来、ほぼ四〇年ぶりに国が設置管理する施設における飛行差止めが認められたことの意義は大きいといえよう。とりわけ、自衛隊機の民事飛行差止請求を不適法として却下しながら、他方で何らかの行政訴訟の可能性を匂わせた第一次厚木基地訴訟最高裁判決(以下、「厚木基地最判」という)の判示を受け、本件横浜地判が、具体的にその訴訟類型を示した点は注目に値する。

本稿筆者は、一九九九年に公開した論文において、厚木基地最判について、とりわけ同判決の採るいわゆる「受忍義務構成」には根本的な問題があることを指摘した。⁽¹⁾ただそこでは、当該事件において行政訴訟としてどのような方法が具体的に可能かという問題よりも、むしろ「受忍義務」なる語の濫用が、行政法の他の理論的な問題に関する議論に波及することを懸念し、「義務」の概念の明確化に絞って議論を展開したのであった。もともと他方において、《受忍義務構成→何らかの抗告訴訟》という厚木基地最判が示唆した点についても、受忍義務構成自体に論理的破たんがある以上、もし何らかの抗告訴訟が可能であるとしても、一体いかなる論理で具体的帰結を導き出すのだろうかという点について、当然関心があったところである。その意味で、半ば「無理筋」とみていた厚木基

地最判の受忍義務構成を基礎にして、下級審判決において行政訴訟としての自衛隊機差止請求が適法とされたことには興味深いものがある。したがって、以上のような経緯もあり、判決から余り日を置かない現時点において、本件横浜地判における受忍義務構成の具体的展開に関し、判旨を紹介しつつ、若干の検討を加えることとした次第である。⁽²⁾⁽³⁾

二 以下、本稿ではまず、厚木基地最判の問題点について、本稿のテーマとする受忍義務構成を中心に改めて論じ(第一節)、それを受けて本件横浜地判の分析考察を行う(第二節)。そして最後に、以上の検討を踏まえ、受忍義務構成の今後のゆくえについて若干の論及を行う(第三節)。

(1) 神橋一彦「行政法における『義務』の概念―その序論的考察―『公法の思想と制度―菅野喜八郎先生古稀記念論文集』(一九九九年・信山社)四六五頁(その後、加筆・修正の後、同『行政訴訟と権利論』(二〇〇三年・信山社)三〇一頁以下)。同論文は、岡田正則「公共事業の公益性と差止訴訟―厚木基地訴訟(第一次)最高裁判決の再検討」法律時報七〇巻六号(一九九八年)九五頁に触発されたものである。

(2) 本稿は、二〇一四年九月一日に行われた環境法政策学会主催・法科大学院修了者向けシンポジウム「理論と実務の架橋―厚木基地訴訟判決の法的意義―」において行った本稿筆者の報告をもとにしたものである。当日は、本件横浜地判の意義をテーマに、訴訟に携わった福田護、小島延夫両弁護士、法科大学院修了生として辻村慶太氏(一橋大学法科大学院修了、現在、司法修習生)及び本稿筆者による報告等が行われた。ここに、ご出席の各位に改めて感謝の意を表する次第である。なお、福田弁護士による直近の論稿として、福田護「第四次厚木基地航空機騒音訴訟」法学セミナー七一九(二〇一四年二月)号二〇頁がある。

(3) 本件横浜地判に関する判例評釈で本稿執筆段階において接したものととして、福田前掲論文(注(2))のほか、山下竜一「法学セミナー七一九(二〇一四年九月)号一五頁、深澤龍一郎・新・判例解説『環境と公害』一四五号(二〇一四年九月)、麻生多聞・法学セミナー七一九号一四頁、関守麻紀子・公害弁連ニュース一七七号(二〇一四年一月)五頁、大久保規子・環境と公害四四巻二号(二〇一四年一〇月)四七頁、本多滝夫・法学教室四一一号(二〇一四年二月)五三頁、高木英行・判例セレクト二〇一四「II」(法学教室二〇一五年三月号)掲載予定がある。さらに、第四次訴訟にあたり横浜地裁に提出された鑑定意見書をもとにした論稿として、岡田正則「基地騒音の差止請求と改正行政事件訴訟法」早稲田法学八八巻三号(二〇一三年)一頁がある。

第一節 厚木基地最判の問題点

一 本件横浜地判は、厚木飛行場における自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限の行使を「自衛隊機運航処分」という「公権力の行使に当たたる行為」として捉えている。それとともに同判決は、「厚木基地最判という判例によってその存在が認められた自衛隊機運航処分は、通常の行政処分とは性格、内容を異にする特殊な行政処分といふべきである」とも述べている。したがって、本節では、厚木基地最判のポイント、そしてそれに併せて本稿筆者が前稿において指摘した受忍義務構成の問題点について、簡単に整理しておくことにしたい。

二 厚木基地最判は、自衛隊法の定める自衛隊に関する規定を挙げた上で、次のように述べる。

【判旨】①「〔そして〕自衛隊機の運航は、右のような自衛隊の任務、特にその主たる任務である国の防衛を確実、かつ、効果的に遂行するため、防衛政策全般にわたる判断の下に行われるものである。そして、防衛庁長官は、内閣総理大臣の指揮監督を受け、自衛隊の隊務を統括する権限を有し（自衛隊法八条）、この権限には、自衛隊機の運航を統括する権限も含まれる。防衛庁長官は、『航空機の使用及びとう乗に関する訓令』（昭和三六年一月一二日防衛庁訓令第二号）を發し、自衛隊機の具体的な運航の権限を右訓令二条七号に規定する航空機使用者に与えるとともに、右訓令三条において、航空機使用者が所属の航空機を使用することができる場合を定めている。

一方、右のような自衛隊の任務を遂行するため、自衛隊機に関しては、一般の航空機と異なる特殊の性能、運航及び利用の態様等が要求される。そのため、自衛隊機の運航については、自衛隊法一〇七条一項、四項の規定により、航空機の航行の安全又は航空機の航行に起因する障害の防止を図るための航空法の規定の適用が大幅に除外され、同条五項の規定により、防衛庁長官は、自衛隊が使用する航空機の安全性及び運航に関する基準、その航空機に乗り組んで運航に従事する者の技能に関する基準並びに自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準を定め、その他航

空機による災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じなければならぬものとされている。このことは、自衛隊機の運航の特殊性に依拠して、その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るための規制を行う権限が、防衛庁長官に与えられていることを示すものである。」

②「以上のように、防衛庁長官は、自衛隊に課せられた我が国の防衛等の任務の遂行のため自衛隊機の運航を統括し、その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るため必要な規制を行う権限を有するものとされているのであって、自衛隊機の運航は、このような防衛庁長官の権限の下において行われるものである。そして、自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うものであり、防衛庁長官は、右騒音等による周辺住民への影響にも配慮して自衛隊機の運航を規制し、統括すべきものである。しかし、自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるから、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は、その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づけるものといわなければならない。そうすると、右権限の行使は、右騒音等により影響を受ける周辺住民との関係において、公権力の行使に当たる行為といふべきである。」(傍線、本稿筆者。以下同じ。)

右の②の傍線部が、いわゆる「受忍義務構成」と呼ばれるもので、防衛庁長官の権限行使が「公権力の行使に当たる行為」に当たる根拠とされるものである。このように右の法廷意見は、何らかの形で行政訴訟による救済を窺わせながらも、その具体的方法については、「行政訴訟としてどのような要件の下にどのような請求をすることができるか」ともかく」として明言を避けている。もともと、かかる法廷意見を受ける形で、橋元四郎平裁判官補足意見(味村治裁判官同調)は、「防衛庁長官に対して、本件のような場合、特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航で一定の時間帯又は一定の限度以上の音量にかかるもの等についての命令を発してはならないとの不作為を求める訴訟形態」が「いわゆる無名抗告訴訟」の一種として考えられるとして、その可能性についてある程

度具体的に示唆していた。

三 この厚木基地最判は、後にも述べるように、国の施設の使用差止めを民事訴訟によって求めるべきか、あるいはそうでないか（行政訴訟によるべきか）という問題に関する、大阪空港訴訟大法廷判決以来の下級審裁判例を含む一連の判例の混迷、混乱の一コマに位置づけられるものである。⁽⁴⁾そして今まで、次のような点が問題として指摘されてきた。⁽⁵⁾

① 判決において「公権力の行使に当たる行為」とされた、防衛庁長官の権限行使の具体的な実体ないし内容が不明である。

② 防衛庁長官の権限行使の相手方が第一次的には自衛隊員であるとすれば、その限りでは行政の内部行為といふことになるが、他方で、一定範囲の周辺住民との関係では「公権力の行使に当たる行為」、すなわち外部行為といふことになる。しかし、一つの行為が同時に、内部行為と外部行為の二つの性格をもつということがありうるのか。

③ 判決の採る受忍義務構成については、そもそもそこで通常の作為・不作為に関する義務と同様の「義務」を語ることができないのではないか。

右の点のうち③は、本稿筆者がかつて指摘したものである。すなわち、法的義務の概念は、(i)義務者の意思の自由（行為の自由）を拘束することによって、その者に作為または不作為を求めること（行為規範的側面）と、(ii)当該義務に違反する行為は「違法」と評価されること（評価規範的側面）の二つの要素からなる。そして違法と評価される義務違反行為に対しては、通常何らかの強制行為（強制執行、刑罰、不利益処分などの義務の履行確保手段）が課

されることになるのである。その意味で、厚木基地最判のいう「受忍」義務は、相手方とされる周辺住民に対して、そもそも何らの作為ないし不作為を求めるものではないから、そもそも法的義務とはいえないものである。そうだとすると、自衛隊機運航にかかわる防衛庁長官の権限行使が、周辺住民との関係で法的効果を有するということもありえない。⁽⁶⁾

さらに、この点はさておくとしても、厚木基地最判では右のごとく補足意見において、何らかの無名抗告訴訟を提起しうる可能性が示唆されていた。しかしながら、同最判自体、平成一六年の行訴法改正以前のものであるから、本件横浜地判の出された現時点において、自衛隊機運航差止請求を行うに当たり、いかなる訴訟類型を選択すべきか、また仮にそれを抗告訴訟として構成するとして、行訴法改正によって法定された(それ以前は無名抗告訴訟とされていた)義務付け訴訟や差止訴訟との関係でどのように考えるべきかが問題となろう。

(4) 問題の発端となった大阪空港訴訟上告審判決の採る「航空行政権」概念の理解については、厚木基地最判との関係も含め、山田洋「道路公害差止訴訟と公権力の行使」『道路環境の計画法理論』(二〇〇四年・信山社)一〇四頁参照。

(5) 厚木基地最判に関する評釈として、大内俊身「調査官解説」最高裁判所判例解説民事篇平成五年度二八〇頁、高木光「最高裁判所民事判例研究」法学協会雑誌一一二巻三号(一九九五年)一三八頁(同「行政訴訟論」二〇〇五年・有斐閣)三三〇頁に加筆・修正の上、再録——以下では同書を引用する)、畠山武道・環境法判例百選(第二版)九四頁、須藤陽子・行政判例百選Ⅱ(第六版)三二八頁などがある。

(6) この点については、神橋一彦「行政救済法」(二〇一二年・信山社)二〇八頁以下、同「法律上の争訟と『義務』の概念——公法学における基礎概念を論ずる意味」法学教室三七七号(二〇一二年)六九頁参照。関連して、神橋一彦「行政法における『義務』の概念・再論」『行政法の思考様式』(二〇〇八年・青林書院)一頁。

第二節 本件横浜地判の分析

本件横浜地判は、厚木基地最判が抽象的には示唆しながらも、長らく検討が放置されてきた《行政訴訟としての

自衛隊機飛行差止請求》の具体的方法について、裁判所として正面から答えるものとなった。⁽⁷⁾ もっともその判断は、厚木基地最判の問題点をそのまま反映するものであり、かつ防衛作用という特殊な国家作用が問題となった事件の事案の特殊性があるにせよ、行政法の一般理論や一般的な抗告訴訟の法理と整合的に理解することが難しい点がある。そしてその点が、現行の（平成一六年改正後の）行訴法の下においてなお、自衛隊機運航処分を「無名抗告訴訟」として構成した原因にもなっているのである（以下、本件横浜地判における無名抗告訴訟としての自衛隊機運航差止請求を「本件無名抗告訴訟」という）。以下、本節では、本件無名抗告訴訟について判決の内容を紹介、検討する。

(1) 差止めの対象たる「公権力の行使に当たる行為」

一 上述のように本件横浜地判は、厚木基地最判にならない、自衛隊機運航処分、すなわち「自衛隊機の運航に関する防衛大臣（防衛庁長官）の権限の行使」をもって、「公権力の行使に当たる行為」としている。自衛隊機運航処分が、「行政庁の処分」（法行為）に当たるのか、あるいは「その他公権力の行使に当たる行為」（即時強制などの事実行為）に当たるのかという問題があるが、無名抗告訴訟である以上、自衛隊機運航処分が、何らかの「公権力の行使に当たる行為」に該当しなければならぬものであることは当然である。最初に、この自衛隊機運航処分につき本件横浜地判の説くところを紹介する。まず同地判は、厚木基地最判の受忍義務構成の趣旨を次のように述べる（以下、判旨を①から通し番号を付して引用する）。

【判旨】

① 「このように自衛隊機運航処分は防衛施設である飛行場の周辺住民に対し騒音等の受忍を義務付けるものであるが、ここにいう義務付けとは、周辺住民に対し防衛大臣との関係において何らかの作為又は不作為を要求したり、そ

の法的地位に変更を加えたりするものではない。その趣旨は、周辺住民は自衛隊機の運航に伴い必然的に発する騒音等にさらされることとなるが、その騒音等による被害が社会生活上受忍すべき限度にとどまる限り、これを甘受しなければならぬというものであると解される(宇賀克也『行政法概説(2)行政救済法(第4版)』(有斐閣、平成二五年)一八四頁参照)。(傍線、本稿筆者——以下同じ)

その上で、自衛隊機運航処分差止請求の訴えを無名抗告訴訟として適法とする前提として、同処分の具体的特色につき、次の点を挙げる。

②「第一に、自衛隊機運航処分は法的効果を伴わない事実行為である。前記のとおり、処分の相手方である周辺住民は、その被害が社会生活上受忍すべき限度内にある限りこれを受忍すべきであるとされるにとどまり、防衛大臣との関係においてその法的地位に何の影響も受けない。その効果のみに着目すれば、私人がその発する騒音等によって周辺住民に被害を与える場合と異なるところはない。一般に、行政処分とは、公権力の主体たる国又は公共団体が法令に基づき行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものというが(最高裁昭和三九年一〇月二九日第一小法廷判決・民集一八卷八号一八〇九頁参照)、自衛隊機運航処分はこれに当てはまらない行政処分であり、その性格は、警察官職務執行法三条以下に規定する保護、措置等あるいは「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」二九条に規定する措置入院などの即時強制と共通する。」

③「第二に、自衛隊機運航処分は処分の相手方が不特定多数である。すなわち名宛人が特定していない処分であって、その相手方の数は多数に上る。」

④「第三に、自衛隊機運航処分は、その処分の個数をどのように数えるべきかについて困難な問題がある。自衛隊機の運航は日々継続して行われるものであるから、ある飛行場における自衛隊機運航処分は、その全体を一個の処分ととらえることも可能であろう。他方、これを細分化してとらえることも可能であり、一番細かい単位を考えれば、自衛隊機一機

の運航をもつて一個の処分とみることもできよう。しかし、例えば差止訴訟の対象となることを想定すると、離着陸に伴う騒音等による被害が発生するからといって、ある飛行場における自衛隊機の運航全体を差止めなければならない、すなわち当該飛行場を閉鎖しなければならないとまではいえないし、他方、通常は、自衛隊機一機のみを離着陸によって生活上受忍すべき限度を超える被害が発生するとは考え難い。したがって、上記のいずれのとらえ方も極端にすぎるのであり、その中間において、差止めの対象となる運航の範囲をどのようにとらえるかが問題となる。重要なのはその範囲の定め方であり、処分の個数を検討することに意義は乏しい。」

⑤「第四に、自衛隊機運航処分は、自衛隊法一〇七条五項を根拠とするものであるが、その違法性の有無は同項の規定の解釈によって一義的に定まるものではない。自衛隊機の運航に伴う騒音等によって周辺住民が受ける被害が生活上受忍すべき限度を超えるか否かは、種々様々な要素を比較検討した結果決まるものだからである（最高裁昭和五六年一月一六日大法廷判決・民集三五卷一〇号一三六九頁（以下「大阪空港最判」という）。厚木基地最判及び平成五年横田地最判参照。）」

⑥「第五に、以上のような内容、性格からして、自衛隊機運航処分について取消訴訟が機能する余地はない。なぜなら、この処分は事実行為であり、しかも、周辺住民が受ける被害は騒音等にさらされることによる被害に限られるからである。……」

以上のとおり、厚木基地最判という判例によってその存在が認められた自衛隊機運航処分は、通常の行政処分とは性格、内容を異にする特殊な行政処分というべきである。」

二 このように本件横浜地判は、自衛隊機運航処分について、「厚木基地最判という判例によってその存在が認められた自衛隊機運航処分は、通常の行政処分とは性格、内容を異にする特殊な行政処分」であるとする（右の判旨⑥）。この点に、従来の抗告訴訟の一般法理（処分性の判断基準など）⁸⁾からかけ離れた厚木基地最判のいわば（桎梏）の下で理論構成を行った、同地判の苦心の跡がみられるのであるが、その点を、右に挙げた判旨のポイントに

即して具体的に論評すれば次のような点が挙げられよう。

第一は、受忍義務構成を前提とする「自衛隊機運航処分」なるものの法的効果の問題である。本件横浜地判は、この点を「法的効果を伴わない事実行為」であり、即時強制と共通するとしている(判旨②)。厚木基地最判のいう「受忍義務」が本来の法的義務とはいえないものであることは、既に述べた通りであるが、横浜地判も字賀教授の所説を引用しつつ、この点を認めている。したがって、自衛隊機運航処分に、相手方の権利義務ないし法的地位に何らの変更等もたらす効果(法行為たる性格)を認めることはできないことは確かである。そうすると問題は、自衛隊機運航処分に即時強制と共通する要素があるとすればそれはどのようなものか、という点である。その点について本件横浜地判は具体的に述べていないが、即時強制が、当該強制を抵抗することなく受け入れるべしという意味での「受忍」(さしあたり一種の不作為とみることができよう)を、当該強制の根拠となる法律が直接義務付けるものとするならば、即時強制もまた一種の(処分ではない、法令に直接基づく)受忍義務を前提としたものといえる。同地判がここで即時強制との共通点を挙げたのも、厚木基地最判の「受忍義務」構成と多少なりとも平仄をあわせようとしたものとみることができし、その結果、何らかの法的効果を有する「行政庁の処分」ではなくとも「その他公権力の行使に当たる行為」には該当するもの(行訴法三条一項、二項)と構成しようとしたものと考えることができし。しかしながら、自衛隊機運航処分について、本来即時強制について前提とされるような「受忍」の要素(何かの不作為の要素)をみいだすことは既に縷々述べたとおりであるし、そもそも即時強制の目的は、あくまで「行政上必要な状態を実現する」ことであるから、自衛隊機の運航に伴う(行政活動が本来目的としない)いわば副作用である騒音の発生を、これと同視することができないことはいうまでもない。⁹⁾¹⁰⁾

第二は、自衛隊機運航処分の具体的内容である。この点は、厚木基地最判以来問題とされてきたところであるが、本件横浜地判の述べている要素を抽出すれば、(i)自衛隊法一〇七条五項が根拠として挙げられていること(判

旨⑤)、(ii)処分の相手方が不特定多数であること(判旨③)、(iii)具体的内容としては、防衛大臣の訓令発出から、自衛隊機一機の一回の運航に至るまで観念しうるものであること(判旨④)、(iv)事実行為であるから、内容、性質からして取消訴訟が機能する余地はないということ(判旨⑥)などが挙げられよう。いずれの点も、厚木基地最判から窺える(一つのありうべき結論)といえるものである。

三 もつとも、自衛隊機運航処分が右のような内容のものであるとするならば、自衛隊機運航処分の差止請求(本件無名抗告訴訟)には、防衛大臣の発出する「航空機の使用及びとう乗に関する訓令」などの一般的な訓令等の取消し・変更等の義務付けという断片も垣間みることができ、はたまた具体的な一機ごと一回ごとの自衛隊機の運航に関する指揮命令(これはもとより防衛大臣が直接に行うものではなく、部隊レベルの行為ということになる)の差止めという断片もみてとることができよう(判決自体、右の判旨④をみるかぎり、処分の個数を論ずる意義は乏しいとしつつも、個別の運航行為を意識していることは間違いないであろう)。すなわち、自衛隊機運航処分の根拠法規とされた自衛隊法一〇七条五項は、「防衛大臣は、第一項及び前項の規定にかかわらず、自衛隊が使用する航空機の安全性及び運航に関する基準、その航空機に乗り組んで運航に従事する者の技能に関する基準並びに自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準を定め、その他航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じなければならない。」と規定するものであるが、同規定は、防衛大臣に対して自衛隊機の運航について一定の基準を策定することや「必要な措置」を講ずることを義務付けるにとどまり、自衛隊機運航行為そのものについての根拠規範といえるかどうかは疑問である。

四 このようにみえてくると、要するに防衛大臣の自衛隊機運航処分なるものは、厚木飛行場の自衛隊機運航に関する《防衛大臣及び自衛隊の機関が行う一切の行為》であり、それに対する不服の訴えも、(無名抗告訴訟としての)「差止」訴訟という名称にかかわらず、その内実は、(現行行訴法上の訴訟類型でいうならば)ある種の義務付け

請求と差止請求とが混在したものとみることができる。換言すれば、本件無名抗告訴訟の対象となる「公権力の行使に当たたる行為」は、種々の行為が包含された包括的概念としてとらえざるをえず(すなわちその限りで、一つ一つの処分を特定することはなじまないというべきである)、「不服の訴え」の内容も一様でないものがそこに包含されるということになる。

以上の点は、本件無名抗告訴訟における請求内容の特定という問題にかかわることになるが、その点については本節(3)において論及する。

(2) 原告適格

一 自衛隊機運航処分は、周辺住民に「受忍を義務付けるもの」であるから、本件において原告は、第三者の立場ではなく、内部行為としての命令の名宛人である自衛隊員と同じく、「処分の相手方」ということになるはずである。現に本件横浜地判も、「自衛隊機運航処分は処分の相手方が不特定多数」という表現を用いている(右の判示③)。そして、「受忍を義務付ける」という言葉だけをとりと一種の不利益処分に類するものといえるが、そこには法的義務の存在を認めることはできないから、〈義務を賦課する処分〉という意味での不利益処分ではないことは確かである。それでは、判決のいう「その趣旨は、周辺住民は自衛隊機の運航に伴い必然的に発する騒音等にさらされることとなるが、その騒音等による被害が社会生活上受忍すべき限度にとどまる限り、これを甘受しなればならない」という効果(右の判示①)はどうか。こちらの方は、一見して〈権利を制限する処分〉のごとく見えるが、これも、本件の自衛隊機運航処分においては、周辺住民において騒音等に対して何らかの請求権があることを前提にその行使ないし内容に制限を加えるというものではないから、それにも当たらないといえるべきである。要するに、自衛隊機運航処分によって周辺住民に法的義務が課されるものではないことはもちろん、これによって権

利が制限されるわけでもないということになる。

二 本件横浜地判は、本件無名抗告訴訟の原告適格について次のように判断する。

【判旨】⑦「行訴法は無名抗告訴訟の原告適格について特に定めを置いていないが（同法三八条一項参照）、無名抗告訴訟としての自衛隊機運航処分差止め訴えは、差止めという点で法定の差止訴訟と共通するから、法定の差止訴訟の原告適格に関する規定を類推適用すべきである。したがって、防衛大臣が特定の飛行場における自衛隊機運航処分を（一定の範囲で）してはならない旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができるというべきである（同法三七条の四第三項）。

この考え方によると、自衛隊機運航処分によって騒音等の受忍を義務付けられる周辺住民は、同処分の相手方であるからその差止めを求める法律上の利益を有し、原告適格を有するが、そうでない者は原告適格を有しないことになると思われる。」

本件横浜地判はこのように判示するが、そもそも自衛隊機運航処分が周辺住民を義務付けるとするのは、「その騒音等による被害が社会生活上受忍すべき限度にとどまる限り、これを甘受しなければならない」ということであるから（判旨①参照）、このような「受忍義務」概念に立つ限り、正確な表現としては、「自衛隊機運航処分によって騒音等の受忍を義務付けられる周辺住民」は逆に原告適格を有さず、「受忍を義務付けられない周辺住民」に原告適格が認められる、というべきであろう。そうだとすれば、右判示には表現ないし概念の混乱がみられるというべきであるが、判決の趣旨を合理的に再構成するならば、《自衛隊機運航処分は、その実施に伴う騒音等により一定範囲の周辺住民の人格権（ないし何らかの法的利益）を侵害することがありうるから、その侵害について受忍限度を超えた者について出訴が認められる。》ということになるとおもわれる。そしてそのような理解の下、「受忍限度

を超えた者」⁽¹¹⁾ 原告適格が認められる者の範囲を、「防衛施設である飛行場周辺の七五W以上の地域に居住する者」としたのである。

そのように解するとすれば、本件無名抗告訴訟の発想は、(1)で述べた訴えの対象となる「公権力の行使に当たる行為」を包括的に捉える立場と相俟って、原告も主張する「権力的妨害排除訴訟」、すなわち《生命・健康等の人格権を基礎とし、包括的な公権力行使としての(飛行場)供用行為の(一部)停止を求める訴訟》⁽¹²⁾に類するものになる。⁽¹³⁾ そうだとすれば、本件無名抗告訴訟は、人格権などの「権利」に基づく妨害排除訴訟的な構成となるから、その原告適格判断も、少なくとも差止訴訟(およびそれと同様に解される取消訴訟)の原告適格の判断枠組みとして一般的に論じられてきた「法律上保護された利益説」(処分要件規定が保護しているかどうかという観点)とは異質な考え方であるというべきである。⁽¹⁴⁾ そしてこの点が意識されたのか否かは明らかではないが、本件横浜地判は、本件無名抗告訴訟が、人格権を基礎とするものかなど、請求の具体的根拠については明言していない。

さらに、行訴法所定の差止訴訟においては訴訟要件として規定される「重大な損害を生ずるおそれ」(行訴法三七条の四第一項)について、本件横浜地判は、これを請求認容要件の中で、受忍限度をめぐる判断の一ファクターとして論じている。確かに、差止訴訟の訴訟要件である「重大な損害」要件が、一般には、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要するという形で、もっぱら訴訟類型相互間の調整にかかわる要件と解されていること(最(一小)判平成二四年二月九日民集六六卷二号一八三頁)を考えると、同地判も認めているように、本件の自衛隊機運航処分の場合、そもそも取消訴訟による救済の可能性はないから(前掲判旨⁽⁶⁾参照)、訴訟要件において、差止訴訟と同様の形で「重大な損害を生ずるおそれ」の存否を問う意味はないといえる。⁽¹⁵⁾

(3) 無名抗告訴訟という構成について

一 このように本件横浜地判は、自衛隊機運航処分差止請求を、法定の差止訴訟ではなく、無名抗告訴訟として構成したわけであるが、これは判決もいうように「通常の行政処分」とは異なる特殊な行政処分としての自衛隊機運航処分の内容、性格に鑑みて、法定の抗告訴訟では処理できないと考えたためである。すなわち、既に述べたように、自衛隊機運航処分差止請求には、さまざまな行為の義務付けや差止めが混在しているといわざるをえず（むしろ、防衛大臣の権限行使に限定してみれば、差止めよりも義務付けの要素が強いともいえよう）、ここでは、法定の差止訴訟のごとく請求の対象として特定すべき「一定の処分」は観念できないのであり、その点は判決も認めるところである。⁽¹⁶⁾そして判決は、後にも述べるように、「防衛大臣は、厚木海軍飛行場において、自衛隊の使用する航空機について、次の態様による運航をさせてはならない。」という請求を、請求の特定性を欠くものではないとして、適法な訴えとしている。その意味で本件無名抗告訴訟は、（個別の行為を対象とするのではない）包括的な公権力行使に対する権力的妨害排除訴訟に類するものといえるわけであるが、以下、この点について、通常の法定抗告訴訟の場合と比較、検討してみたい。

二 まず、通常の行政処分に対する法定抗告訴訟において、例えば「某鉄道会社の鉄道延伸計画は、当該延伸区間における列車走行により、周辺住民に受忍限度を超える騒音被害を生じさせるものであるから、同騒音被害に関連するすべての行政処分の取消し（ないし差止め）を求めろ。」といった請求することは可能であろうか。おそらく、そのような訴えは、対象となる処分の特定がなされていないとして不適法とされる可能性が高いであろう。これは、いわゆる西大阪延伸線工事施行認可取消訴訟（大阪高判平成一九年一〇月二五日判例タイムズ二二六四号一三八頁）の事例を参考にしたものであるが、この訴訟は、私鉄会社の延伸線計画予定地の近隣に居住する住民らが、当該延伸線計画は列車走行により周辺住民に受忍義務を超える騒音被害を生じさせるものであるとして提起したもの

である。そしてそこで原告らは、国土交通大臣が行った鉄道施設の工事施工認可は、かかる騒音被害を生じさせるものである点で、鉄道事業法八条二項の「国土交通省令で定める規程」である鉄道に関する技術上の基準を定める省令六条に適合せず、同省令のその他の規程にも適合しない違法があり、また、本件認可の前提となる鉄道事業許可、道路敷設許可、都市計画決定も違法であり、その違法が承継されるなどと主張して、本件認可の取消しを求めている（請求は棄却）。すなわち、ここでは関係する複数の処分とその相互の関係についての特定が、請求段階で求められていることになる。¹⁷⁾

さらに直接型義務付け訴訟においては、訴訟要件として義務付けの対象となる「一定の処分」について、その特定の程度が問題となる。すなわち、そこでの特定の程度がもし低い、より幅をもった形の請求でも許容されとすれば、確かに原告において請求を特定する際の負担は軽減されるであろうが、他方において、具体的な本案審理やさらには判決の内容にも影響するので、とりわけ裁量処分の場合、義務付け判決に基づいて実際に行政庁によってなされた処分の内容が、原告の求めた（ないし原告が勝訴後に想定した）処分の内容と異なることもありうるどころである。

その点については、産業廃棄物処分場（福岡県飯塚市）にかかる廃棄物処理法に基づく措置命令の義務付け訴訟において、請求が認容された福岡高判平成二三年二月七日判例時報一二二二四頁が参考となる。すなわち同判決は、「義務付けの訴えが適法であるためには、義務付けを求める処分が『一定の処分』として特定されていること、すなわち、義務付けを求める処分の根拠法令の趣旨及び社会通念に照らし、当該処分が義務付けの訴えの要件を満たしているか否かについて裁判所の判断が可能な程度に特定されていることが必要であると解するのが相当である」とした上で、請求にかかる措置命令（廃棄物処理法一九条の八第一項、同一九条の五第一項）については、原告においてその措置の具体的内容について特定されていないとしつつも、「本件各処分については、根拠法令のほか、

処分の対象となる者及び産業廃棄物処分場が特定されており、義務付けの訴えの要件を満たしているか否かについて裁判所の判断が可能な程度に特定されているといえ、「一定の処分」として特定されているものと認められる」としている。そしてその後、「第一項記載の控訴人らの訴えに基づき、福岡県知事は、株式会社藤宏産業に対し、原判決別紙産業廃棄物処分場目録記載の産業廃棄物処分場について、廃棄物の処理及び清掃に関する法律一九条の五第一項に基づき、生活環境の保全上の支障の除去又は発生の防止のために必要な措置を講ずべきことを命ぜよ。」という判決がなされたところ、かかる判決を受けて行政庁において具体的にどのような処分がなされるべきか、さらに問題となったところである。¹⁸⁾

三 これに対して本件横浜地判は、「無名抗告訴訟としての自衛隊機運航処分差止めの訴えの要件」の冒頭において、この「請求の特定性」につき、民事差止請求が問題となった平成五年の横田基地最判を援用し、「判例によれば、一定の時間帯を特定して、その時間帯における航空機騒音が特定の地点において一定のレベルを超えてはならないという抽象的不作為命令を求める訴えは、請求の特定に欠けるところはない」とする。すなわち、「自衛隊機運航処分については、民事上の請求としての差止請求におけるのと同様、一定の基準を設けてその差止めの対象の範囲を特定しなければならないのである」から横田基地最判の判断は、本件無名抗告訴訟にも妥当するとされているわけである。この点が、既に述べたように、本件無名抗告訴訟をもって包括的な公権力行使に対する権力的妨害排除訴訟に類するものという所以であろうが、無名抗告訴訟であるとはいえ、平成一六年行訴法改正後の法定抗告訴訟の実務とは、かなり異なるものである。

(4) 判決の実効性

一 以上のように、本件自衛隊機運航処分差止めの訴えは、法定の差止訴訟とは異なり、内容的にはある種の義

務付け請求と差止請求の混合態（ないしそれらを包含する包括的な不服の訴え）であるといえる。結局、請求のうち認容されたのは、「防衛大臣は、厚木飛行場において毎日午後一〇時から翌日午前六時まで、やむをえないと認められる場合を除き、自衛隊の使用する航空機を運航させてはならない。」というものであるが、この時間の夜間飛行を行わないことについては既に「厚木飛行場規則」（平成一九年三月一五日第四航空群達第二号）及び「厚木航空基地における航空機騒音の軽減に関する規制措置について（通知）」（平成一〇年一月四日四空群達第八三五号）によって行われているところであり、それら内部規則の具体的内容については、判決においても言及されている（「第二部前提となる事実」「第一 厚木基地の沿革と騒音問題の経緯」の「4 米軍と自衛隊の騒音問題への対応」）。ただし、「自衛隊機による航空機騒音が全くないとは断定できない以上、自衛隊機の運航を差し止める必要性がないとはいえない」としている。

ここで言及されている「厚木飛行場規則」は、第四航空群達という形式であり、この規則の発出者は第四航空群司令であるが、右の判示は、自衛隊法一〇七条五項の防衛大臣の権限のうち、少なくとも「その他航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置」として、厚木飛行場規則の右のような夜間飛行を行わない旨の規定の維持とその徹底を求めたものとさしあたり解される。いずれにしてもその具体的内容については、判決のみからは明らかでなく、「やむをえないと認める場合」の判断も含めて防衛大臣の裁量に委ねられることになる⁽¹⁹⁾うか。

二 さらに言えば、本件横浜地判のいう自衛隊機運航処分の差止めは、無名抗告訴訟の形式を採っているものの、その実質は、極めて民事差止めに近い構成となっている。ただし、無名抗告訴訟においてなされた本判決については、判決自身が述べているように、他の義務付け訴訟や差止訴訟と同様に、それ自体に執行力はない（「第四部 当裁判所の判断」第五 本件自衛隊機差止の訴えについて（その2・本件事案の検討）」の「6 差止請求を認容すべ

き違法性の有無(受忍限度)の判断」参照)。そうすれば、判決の実効性確保という点では、間接強制が可能な民事差止判決に比して弱いといえるほか、一般の直接型義務付け判決のように、請求認容判決の後、具体的な処分が行われるまでの過程が、防衛作用という領域の特殊性に鑑み必ずしもオープンになるとも限らない。このあたりも、本件無名抗告訴訟の問題点として考えられるところである。

(7) 厚木基地最判から本件横浜地判に至る間の自衛隊基地供用行為に関する下級審判例の流れについては、本多前掲評釈(注(3))五二頁以下のほか、高橋滋「包括的公権力観の終焉?——判例の展開と改正行訴法の応答」論究ジュリスト三三〇(二〇一二年)八五頁(とりわけ注(1))参照。

(8) 本多教授も、本件横浜地判について、「先例の重圧の下で、下級審裁判所の裁判官が矜持を示したつもりであったかもしれない」と評する(本多前掲評釈(注(3))五六頁。この点は原告側についても同様であり、原告弁護士は、飛行差止めの行政訴訟について疑問をいだきながら、「最高裁があいっている以上、下級審はそれに従わざるをえないであろう、それならば、最高裁の理屈に乗っかって行政訴訟をやるうではないかと議論した」とのことである(福田前掲論文(注(2))一三三頁)。

(9) 田中二郎『行政法上巻(全訂第二版)』一九七四年・弘文堂 一八〇頁。

(10) 厚木基地訴訟に関連して、行政処分および事実行為の概念について改めて論究するものとして、岡田前掲論文(注(3))三頁以下参照。

(11) この七五W(WECPNL)とごう線引きの根拠について判決は、①防衛施設周辺における第一種区域が、防衛施設周辺の生活環境の整備等に関する法律(環境整備法)、環境整備法施行令及び旧環境整備法施行規則に基づき、昭和五十六年以降現在に至るまで、七五Wという水準によって画されてきたこと、②公共用飛行場周辺の第一種区域も、公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律(航空機騒音防止法)、旧航空機騒音防止法施行令及び旧航空機騒音防止法施行規則に基づき、同じく、七五Wという水準によって画されていること、③特定空港(成田国際空港)周辺において都道府県知事は、特定空港周辺航空機騒音対策特別措置法三条一項にいう航空機騒音対策基本方針を定めるに当たり、航空機騒音が七五W以上である地域を基準として航空機騒音障害防止地区とすべき地域を定めるものとされていること(特定空港周辺航空機騒音対策特別措置法施行令(平成二四年政令第二五三号)による改正前のもの)三条一項一号、④昭和四八年環境基準は、航空機騒音に係る環境基準を、地域の類型(1)において七〇W、地域の類型(2)において七五Wと定めており、全ての地域において少なくとも七五W以下という環境基準が保たなければならないとしていること、などの点を挙げている。そして判決は、この七五Wという水準を自己、WHOガイドラインの定めるガイドライン値昭和四八年環境基準を参考にすると、航空機騒音として相当高いレベルであるとし、「防衛施設である飛行場周辺の七五W以上の地域に居住する者」は、「当該飛行場に離着陸する自衛隊機に関する自衛隊機運航処分につき騒音等の受忍を義

務付けられる者」として原告適格が認められると結論する。要するに「受忍を義務付けられる者」、すなわち自衛隊機運航処分の相手方の範囲は、右のような従前の環境行政における法令等の取扱いの水準によって画されることになるのである。

(12) 塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」同「行政過程とその統制」(一九八九年・有斐閣)三三二頁以下。本件横浜地判も、自衛隊機運航処分の差止請求を無名抗告訴訟とすにあたり、同論文を引用する(関連して、高木光「権力的妨害排除訴訟論」前掲書(注(5))一八五頁以下参照)。

(13) この点について原告は、「仮に行訴法三条にいう『処分』が狭義に解され、上述のような防衛大臣の下での一連の内部的命令・伝達を包括した統括権限の行使たる『運航』(被告の主張によれば「事実行為」)や一連の各職掌の関与した隊務の遂行全体の統括行為などが同条二項の「処分」に該当しないとされるのであれば、自衛隊機の運航が公権力の行使としての性格を有する以上、本件自衛隊機差止請求は、講学上「権力的妨害排除請求」ないし「予防的不作為請求」とされるものの典型であり、無名抗告訴訟として審理判断されるべきである。その場合、差止訴訟が法定されていることの均衡上、その要件は差止訴訟に準ずるものとされるべきである。」と主張していた。

(14) 取消訴訟の原告適格に関する最高裁の「従来公式」は、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう」としている(最(二小)判平成元年二月一七日民集四三卷二号五六頁など)。そしてここでは、「権利」と「法律上保護された利益」の二つが挙げられており、その両者の関係をどのようにとらえるかという問題がある。いわゆる「法律上保護された利益説」(保護規範説)は、もっぱら処分の相手方(名宛人)以外の第三者の原告適格に関するものと限定的に解釈するならば(ちなみに、原告適格判断に関する解釈規定である行訴法九条二項も、「処分の相手方以外の第三者」の原告適格に関する規定である)、処分の相手方の原告適格については、「権利」侵害で根拠づけることも妨げられないともいえる。そのような解釈に立てば、本件無名抗告訴訟は、あくまで自衛隊機運航処分の「相手方」が提起した訴訟ということになるので、人格権という「権利」を基礎として、自衛隊機運航処分の根拠規定が保護しているか否かという観点とはさしあたり独立に、原告適格を判断することは許されるところになる(もともとこの点は、取消訴訟を給付訴訟ではなく形成訴訟と構成することとも関係するところであって、またそれが現在の裁判実務の一般に探るところといえるかどうかは別論である)。現に、本件横浜地判も、自衛隊機運航処分の根拠法規である自衛隊法一〇七条五項の保護規範性については具体的に論じていない。

(15) 仮に、自衛隊機運航処分差止め訴えに(直接型)義務付け訴訟の要素があるとすれば、そこでの「重大な損害」要件の意義は、特に原告適格の關係で問題なところである。すなわち、直接型義務付け訴訟の訴訟要素としての「重大な損害を生ずるおそれ」の審理・判断の手法については、個別的・具体的なアプローチをとる裁判例と、一般的・抽象的アプローチをとる裁判例があると指摘されているところ、前者を採った場合、原告適格判断の上塗りの判断になる可能性が生じ、後者を採った場合は、逆になり踏み込んだ事実審理を要するため、訴訟要件の判断としては過重であるとの問題点が指摘されている(この点については、本文で紹介する福岡地判平成二三年二月七日判例時報二二二二号四五頁の匿名解説のほか、同判決の判例評釈である、飯島淳子「判批」ジュリスト一四四〇号・平成二三年重要判例解説四八頁以下、神橋一彦「判批」判例評論六四六号(二〇二二年)一二頁以下など参照。少なくとも本件の場合、騒音被害から健康等の人格的利益が原告適格を基礎づける利益ということになるから、それが侵害されることは、同時に「重大な損害」要件を充たすものと解することは可能であり、その点は本件

横浜地判においても、無名抗告訴訟の原告適格の問題として判断されているところである。

(16) この点について深澤教授は、本件横浜地判が無名抗告訴訟を選択したのは、自衛隊機運航処分が法定の差止訴訟の対象となる「一定の処分」には該当しないことであるとし、「明確な法律の授権のない『自衛隊機運航処分』という概念にそもそも無理があることが、『一定の処分』に該当しないという形で表れているとみることでできよう」と指摘する(深澤前掲評釈(注(3))四頁)。

(17) このように具体的な紛争の態様によっては、抗告訴訟においてどのような処分についてどのような請求を立てるか、原告としても困難に遭遇することは、実務上指摘されているところであろう。

(18) この「一定の処分」要件にかかる請求対象の特定の問題は、義務付け判決を受けて行われる処分について、処分行政庁にどれほど裁量の余地が認められるかにかかっており、そこでの判断過程がさらに問題となるところである(「改正行政事件訴訟法施行状況検証研究会報告書」高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』(二〇一三年・商事法務)三七六頁)。その意味でこの飯塚市の事件は、直接型義務付け訴訟が個別の案件の解決にどのような形で組み込まれるかについて試金石となるものであった。義務付け判決が平成二十四年七月三日に最高裁で確定した後の経緯としては、福岡県当局において専門家会議を立ち上げ、処分内容の検討を開始し(神橋・前掲評釈(注(15))一一頁)、平成二五年五月一日、福岡県知事は、一法人、五個人を相手方として措置命令を行った。同措置命令は、「当該」産業廃棄物安定型最終処分場において、以下の措置を講ずること。なお、措置を講ずるに当たっては、事前に措置計画書を提出し、本職の承認を受けること。」とした上で、(1)鉛が溶出する廃棄物層による支障(おそれを含む)の除去(撤去又は不溶化)、(2)地下滞留水の水位の低下措置、(3)雨水排水設備の設置、(4)キャッピング(埋立区域表面を遮水できる資材で覆い、当該資材を保護するための措置を施すこと。併せて、埋立区域内のガス抜き対策を実施し、廃棄物層を好気的狀態とすること。)、(5)モニタリングを行うことを求めるもので、措置計画書の提出期限は平成二五年七月三〇日、措置の着手期限は平成二五年八月六日とされていた(http://www.pref.fukuoka.lg.jp/uploaded/htm/109147_1786413_misc.pdf)。以上の経緯につき、松永光雄「産業廃棄物処理と住民の権利―行政に対する支障除去措置の義務付け判決の意義―」神戸山手大学紀要第一五号(二〇一三年一月)一四七頁。しかし、相手方業者が既に倒産状態であり、最終的に福岡県は措置命令が履行される見通しがないと判断し、行政代執行に着手した(<http://www.pref.fukuoka.lg.jp/press-release/h25taisshikohm1>)。以上のウェブ情報は、二〇一五年一月八日に最終閲覧)。なお以上の経過については、前掲注(2)のシンポジウム等において、横田明美千葉大学准教授よりご教示いただいた。ここに謝意を表する次第である。

(19) 結局、この点は、厚木基地最判の橋元裁判官補足意見が示唆した無名抗告訴訟の可能性に起因する。すなわち、ここでいう「防衛庁長官に對して……特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航で一定の時間帯又は一定の限度以上の音量にかかるとの等についての命令を發しなくてはならないとの不作為を求める訴訟形態」なるものも、具体的な防衛法制のあり方を根拠に論じられたものであるか否か疑問である。

(20) 注(18)参照。

第三節 今後のゆくえ

一 このようにみえてくると、本件横浜地判が自衛隊機運航処分差止請求を無名抗告訴訟として位置づけたのは、ひとえに自衛隊機運航処分なるものが「厚木基地最判という判例によってその存在が認められた」、「通常の行政処分とは性格、内容を異にする特殊な行政処分」である点(第二節に引用した本件横浜地判の判旨⑥参照)に起因するものである。そしてその実態は、個別の行為を対象とする通常の抗告訴訟とは異なり、人格権に基づく妨害排除請求訴訟に類する、その意味で民事訴訟に近いものとならざるを得ないことになる。したがって、厚木基地最判当時には無名抗告訴訟とされた義務付け訴訟や差止訴訟が法定化され、それについての判例が蓄積しつつある現状の下において、抗告訴訟のあり方としてはかなり異質なものを認めざるをえないといえる。さらに加えて、自衛隊機運航差止請求を、対象となる行為がはつきりしないにもかかわらず、敢えて抗告訴訟という「公権力の行使に当たる行為」という行為を対象とする訴訟(行為訴訟)として訴えを構成する必要性がどこにあるかといえ、かなり疑問とせざるをえないようにおもわれる。というのも、「自衛隊機運航処分」なるものが、結局様々な行為を包含する包括的概念であり、仮に差止請求の認容判決がなされたとしても、そこでは防衛大臣がどのような措置をとるべきかについては具体的には特定されない、その意味で、行政庁の行為を具体的にコントロールする要素はほとんど見出せないからである(第三節(3)、(4)参照⁽²¹⁾⁽²²⁾)。この点について判決は、「自衛隊機運航処分の適法性が、当該処分に基づいて周辺住民が受ける被害が社会生活上受忍すべき限度を超えるか否かによって判断されるものである以上、原告によって差止めの対象として特定された『一定の』自衛隊機運航処分が違法といえるか否かについても、同様に、これに基づいて周辺住民が受ける被害が社会生活上受忍すべき限度を超えるか否かによって判断され

なければならぬ。その判断は、過去及び現在の事実関係を踏まえた総合的な判断であり、法令の規定に定められた処分の要件該当性を一つ一つ検討していくというものではない」とし、また、別の個所で「厚木飛行場は防衛大臣の設置管理する飛行場であり、かつ、防衛大臣は厚木飛行場の使用を米軍に認めているのであるから、防衛大臣は、厚木飛行場に離着陸する自衛隊機及び米軍機全体について、これによる災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講ずる義務を負う。そうであれば、防衛大臣は、厚木飛行場に離着陸する自衛隊機及び米軍機全体の運航に伴う騒音によって周辺住民が社会生活上受忍すべき限度を超える被害を受けることを防止する義務を負うというべきである」と述べるにとどまる。

二 以上みてきたように、本件横浜地判は、厚木基地最判の「法理」を一度実地に落としてみるという「実験」としての意義はあったが、その構成にはさまざま問題点があることも明らかになった。⁽²³⁾ このような状況に鑑み、果たして今後とも、問題の発端となった厚木基地最判の考え方（とりわけ受忍義務構成）を維持するのか（おそらくその場合は、防衛作用が関連する特殊な訴訟ということになるであろう）、⁽²⁴⁾ あるいは修正をするのか、今後、控訴審段階以降においても問題となるとおもわれる。もし修正するということになれば、そこには、厚木基地最判以来の受忍義務構成を放棄する選択肢も含まれることになる。

とりわけ大阪空港最判が、「航空行政権」のもとに私人（航空運送事業者）に対する許認可（行政処分）権限を觀念し、夜間飛行の民事差止めを不適法却下したのに対して、陸上自衛隊の演習場における射撃訓練が問題となった日本原演習場訴訟では、第一審判決（上告審判決も結論は同じ）において、「本件射撃訓練においては、教育訓練に関する前記諸法令をみても、（大阪空港最判で問題となったような）『航空運送事業者』に相当する第三者は存在せず、「本件演習場において本件射撃訓練を実施するのはすべて自衛隊員であり、また、その射撃訓練は……公用財産である本件演習場をその管理主体（すなわち国）がその供用目的に従ってみずから使用しているものにすぎない」

として、そこでは原告が主張した「防衛行政権」なるものは観念できないとして、抗告訴訟としての差止請求を不適法却下している(岡山地判昭和五八年五月二五日判例時報一〇八六号六七頁、最(一小)判昭和六二年五月二八日判例時報一二四六号八〇頁)。そしてここでは、付言として、「……環境権の侵害については、むしろ物権又は人格権に基づき、受忍限度を超える範囲内で本件射撃訓練の結果により生ずる騒音ないし震動を本件演習場外に発することの差止請求又は損害賠償請求を内容とする民事訴訟を提起することによりその救済を求めることもできる」としている。この両判決との整合性からいえば、私人に対する許認可が問題とならない自衛隊機の運航についても、陸上自衛隊の演習場の供用と同様、民事訴訟による救済が、少なくとも理論的には整合的であつたというべきであろう。⁽²⁵⁾それを敢えて否定し、何らかの行政訴訟へという形で議論の混迷に導いたのが、厚木基地最判の受忍義務構成(いわば「公権力の行使」を「擬制」したとでもいうべきか)⁽²⁶⁾である。そのような流れを直視すれば、受忍義務構成の放棄による軌道修正もあり得ない選択肢ではないと考えられる。⁽²⁷⁾

(21) この点については、厚木基地最判の段階で既に高木教授が、「橋元・味村」補足意見は抗告訴訟による救済を認めようとしているが、本件のようなケースでは結局は(行為規範的統制)ではなく利益衡量による実体判断を行わざるをえないのであり、単に抗告訴訟に争いの土俵を移し替えているにとどまることにならう」と指摘していたところである(高木前掲評釈(注(5))四三八頁)。本多教授も、本件で裁判所に求められる判断は、本件横浜地判が請求認容要件において認めるように、国賠法二条一項の判断枠組みや国道四三三号線訴訟最高裁判決(最判平成七年七月七日民集四九卷七号二五九九頁)が妥当すべきものであると見てよいであろうとし、「本件請求内容にかかる判断は、法定抗告訴訟としての差止訴訟はおろか、そもそも、抗告訴訟の審理に不向きであるといつてよいであろう」とする(本多前掲評釈(注(3))五五頁)。また本件無名抗告訴訟と民事差止訴訟との間の類似性を指摘するものとして、大久保前掲評釈(注(2))四七頁参照。

要するに、本件についてあくまで抗告訴訟の土俵にこだわるということとは、自衛隊機運航処分の法的仕組みの内容は何か、という問題(防衛法制の具体的な内容)を正面から論じなければならぬのではないかとおもわれる(この点については、後掲注(29)参照)。この点は、無名抗告訴訟にも、請求認容判決に何らかの拘束力(行訴法三三三一条一項の準用)が認められるとすれば、その内容はいかなるものかという形でも問われることにならう。換言すれば、抗告訴訟の抗告訴訟たる所以は何か、あるいは民事訴訟と同じことをする抗告訴訟というの

か、ということである。

(22) 要するに、一方で民事訴訟は厚木基地最判によって封じられ、他方で法定抗告訴訟では収まらないので、消去法として無名抗告訴訟が選択されたということであろう(深澤前掲評釈(注(3)(三三頁))。

(23) 本多教授は、「一方で、第四次訴訟の先例である厚木基地最判に忠実であろうとしたために、厚木基地最判に内在する論理矛盾を露呈させてしまった」とし、その責任は最高裁判所に帰せられるべきものであるとする(本多前掲評釈(注(3)(五六頁))。本稿筆者の評価も、この教授の一言に尽きる。

(24) もっともかかる途を選択する場合は、防衛作用の特殊性とは何かについての合理的な説明が必要であろう。

(25) この点については、山田前掲論文(注(4))一〇四頁の指摘参照。

(26) 受忍義務構成をひとつの「擬制」と呼ぶべきものか否かともかく、かかる概念を用いることにより、概念を操作する者自身が自招危難の混乱に陥りかねないことは、第二節(2)で指摘した、受忍義務構成を前提とする限り、原告適格を認められるのは「自衛隊機運航処分によって騒音等の受忍を義務付けられる周辺住民」というべきなのか、はたまた「受忍を義務付けられない周辺住民」というべきなかをめぐると概念(思考)の混乱を示すところである。そしてこのことは、「受忍義務」、ひいては「自衛隊機運航処分」という用語が、本来秘密であることを要する法的議論のコミュニケーションを支える概念たりえないことの証左でもあろう。

(27) この点は、最高裁が判例変更にかける「コスト」をどのように考えるかということも関係するのかもしれない。というのも、厚木基地訴訟についていえば、本件横浜地判が請求を一部認容した自衛隊機運航処分の差止め自体は、既に自衛隊において自主規制として行われているところであり、その意味で厚木基地の騒音をめぐると紛争解決という点からすれば、いささかノミナルなものであるともいえるからである(ただし、このノミナルな点が裁判所としてどのような意図を反映するものであったかは評価が分かれよう(関連して深澤前掲評釈(注(3))四頁参照))。この点が、今後控訴審、上告審の判断にどの程度影響するか注目される。

おわりに

以上、本件横浜地判について、本稿筆者が一〇数年前に抱いた厚木基地最判の受忍義務構成に対する疑問を——その間の行訴法改正を経て——再び掘り起こす形で若干の検討を行った。本稿で取り上げた自衛隊機運航差止請求がいかなる訴訟で争われるのかという法律問題について、最高裁の二度目の判断が出るのは、今後控訴審を経て、かなり先のことになるであろう。最高裁が平成五年(一九九三年)の厚木基地最判において述べた「行政訴訟とし

てどのような要件の下にどのような請求をすることができるかとはともかくとして……」とした留保の答えが出るまで、かくも長い年月が必要なのかと、訴訟にかかる時間的(それはとりもなおさず費用的ということでもあろう)コストの大きさに思いを致さないではられない(しかし、本件無名抗告訴訟の実際上の効果は、冒頭にも述べたように、騒音の低減との関係でいえば極めて限られたものにとどまる)。

加えてこの厚木基地訴訟については、自衛隊機運航処分といつても、一般の行政処分とは異なりその内容もさることながら、根拠となる法的仕組みが必ずしも明らかではなく、通常の行政判例を読む感覚からすれば、いささか隔靴搔痒の感を免れないところである。⁽²⁸⁾ また例えば、一般の行政組織においては、上級行政機関が下級行政機関の権限を代替執行することは、法令に定めがない限りできないとされるが、自衛隊という特殊な国家組織における機関相互間の関係(その前提となる防衛大臣の権限)とはいかなるものかということも問題としては感じるところである。⁽²⁹⁾ まさにその点は、〈防衛法制の特殊性〉にかかわるものであるが、本件横浜地判を読む限り、そのような防衛法制の特殊性や具体的内容を論じる部分というのはほとんど見当たらない。⁽³⁰⁾ 本稿筆者もこの点について現時点で論及する用意を持ち合わせないが、この点にも注意を向ける必要があるのではないか。いずれにしても、受忍義務構成といういわば「論証不能な法命題」⁽³¹⁾を前提に具体的な解釈論を論じることは、それが私人の権利救済を図る目に出た(せめてもの主張)であったとしても、慎重であるべきである。⁽³²⁾

以上、いささか雑感の類に筆が及ぶこととなったが、本稿は、本件横浜地判に接し、やや倉皇たるうちにものされたものである。本件における具体的な救済方法(大阪国際空港訴訟大法廷判決以来の種々の論点を含む)や、本案において問題となった差止請求にかかる実体法上の論点などについての検討は、今後の訴訟の帰趨もみながら、別途行うことにしたい。

(28) 第三節、さらに注(21) 参照。

(29) 防衛作用と法治主義との関係については、小針司『防衛法概観』(二〇〇二年・信山社) 五一頁以下のほか、防衛省・自衛隊の実務経験者によるものとして、山下愛仁「自衛隊法八四条の意義に関する若干の考察」『国家安全保障の公法学』(二〇一〇年・信山社) 一二九頁(さらに防衛庁の省昇格後の防衛大臣の法的位置づけにつき、「防衛省『省移行』の側面」同書一頁以下) 参照。

ちなみに、旧憲法下において「軍政法」は行政法各論の一部とされていたが、そこにいう「軍政」は「軍の統帥」又は「軍令の作用」とは区別されていた。そして、軍政の作用は、「管理的の作用」と「権力的の作用」とに区別され、「管理的の作用」は、「人民に対して権力を行使する作用ではなく、陸海軍備を編成し、軍人軍属を監督し、軍事教育を施し、軍需の爲めに諸種の事業を経営し、軍用物件を管理する等の作用を謂ふ」とされていた(美濃部達吉『日本行政法 下巻』(一九四〇年・有斐閣) 二二〇四頁以下)。この軍政と軍令の区別は、旧憲法下の天皇大権との関係を反映したものであり、その区別も絶対的な線引きが可能ではなかったようであるが、受忍義務構成に基づく「公権力の行使」論や種々雑多な行為から組成されるとみられる「自衛隊機運航処分」という曖昧模糊とした概念を考える、一つの参考になるであろうか。

その意味でいえば、いわゆる統治行為論により民事差止め訴訟を却下した第一次厚木基地訴訟控訴審判決(東京高判昭和六一年四月九日判例時報一一九二号三頁)の次のような判示は、その前提として第四航空群司令の管理権限など厚木飛行場の管理や自衛隊機の運航権限についての法令、内部規則等に比較的詳細に言及していること(右判例時報一一九三頁参照)と相俟つて、結論の賛否はともかく、厚木基地最判の受忍義務構成に比して、むしろ問題を率直かつ正面から捉えたよとしたものといえることができる。

「自衛隊は、わが国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、直接侵略及び間接侵略に対しわが国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じ、公共の秩序の維持に当るもの(自衛隊法三条一項参照)であり、その活動は、自衛隊の各隊及び各施設が相互に有機的に結合することによってなされているのであって、本件飛行場の設置及び航空機の配備、運用は、このような総合的な防衛態勢の一環にはかならないというべきところ、斯かる自衛隊の具体的運営は、わが国の国力や国民の意識、その置かれた国際環境やこれが流動する情勢、科学的軍事技術の進歩等、諸般の事情を総合的に考慮し、政治部門によって立法上又は予算上の裏付けがなされたうえ行われているのである。

したがって、右のようなわが国の自衛権行使のための実力組織の規模、内容、程度及びその運用を如何に決定するかは、政治部門における高度の政治的、専門的裁量による判断を伴うものというべく、それは、国内における政治、経済等の動向や集団安全保障体制のもとにおける国際関係にも深い関連があり、わが国の存立と安全にもかかわる緊要な事項であるとともに、高度の政策的判断を不可欠とするものであって、いわゆる統治行為ないし政治問題に属するものというべきである。そうすると、斯かる緊要な国家の政策決定の具体的効力を直接に左右するが如き本件差止請求は、裁判所の民事訴訟事項として適格を有するものとすることはできないから、右請求にかかる訴えは不適法としてこれを却下すべきものと認める。」

(30) この点、人格権に基づく自衛隊機離着陸差止請求の適法性を認めた金沢地判平成一四年三月六日判例時報一七九八号二二頁(小松基地訴訟)は、「防衛庁長官は上記騒音等による周辺住民への影響に配慮して自衛隊機の運航を統括すべきことは行政庁としての当然の責務というべきであるけれども、それにもかかわらず、自衛隊法上、防衛庁長官が上記影響に配慮してその運航統括権限を行使すべきことを定めた規定は設けら

れておらず、まして、それに当たり周辺住民等国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定し得ること、たとえば周辺住民に騒音等の受忍義務を課し得ることを定めた規定も、その要件、内容、効果、手続、補償措置、不服申立手続等を定めた規定も何ら設けられていない」とした上で、「加えて、本件飛行場で自衛隊機の運航に関し周辺住民への配慮から現に実施されているのは、…消音装置・防音壁・防音堤の設置及び飛行場周辺の生活環境等の整備措置（周辺対策等）以外には、第六航空団内部の自主規制としての運航対策のみであって、これらの措置・対策を実施するにつき防衛庁長官が何らかの公権力性ある行為・権限を行使した形跡は被告の主張によっても見当たらない」とする。

(31) 石田教授は、「法解釈が学問であるならば、論証不能な法命題によって解釈論を展開するのは許されない」とし、(民法の)研究者の任務は、「論証不能な法命題を論証可能であるかのように説明に技巧を凝らすことではなく、論証不能な法命題であればそれを率直に承認し、論証可能な命題によって解釈論を展開していくことである」と説く(石田様『物権法』(二〇〇八年・信山社)五頁)。法律学における解釈学説の基本的姿勢を示すものである。

(32) したがって、「自衛隊機の運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民に受忍の義務がないことを確認する」当事者訴訟としての義務不存在確認訴訟なるものも、本件における救済手段としては妥当ではない。これ以上、法理論上の吟味に耐えない構成を前提にした議論を(少なくとも学問的主張として)行うべきではないことも一つの理由であるが(高木前掲書(注(5))一九九頁・注(28))は、厚木基地最判の「『受忍義務構成』は、『一体的公権力概念』と同じ思考によっており、大阪空港上告審判決よりさらに根本的な誤りをおかすものである」とする、それ以前に、近時の最高裁判例(最(一)小)判平成二四年二月九日民集六六卷二号一八三頁)を前提とすれば、自衛隊機運航処分が処分である限り、かかる処分によって課される「義務」の不存在確認訴訟は(自衛隊機運航処分に関する不服の訴訟としての)無名抗告訴訟とされるはずで、もしそうだとすれば、かかる確認請求の訴えは補充性要件を充たさず不適法となるからである(深澤前掲評釈(注(3))三三頁)。この点は本件横浜地判も示唆するところでもある(一定の音量規制という給付請求には確認訴訟はなじまないという問題点があると指摘するものとして、須藤前掲評釈(注(3))三三九頁)。