

平成28年（行ウ）第169号安保法制違憲・差止請求事件

原告 志田陽子、石川徳信ほか50名

被告 国

準備書面（3）

（厚木基地判決と差止めの訴えの正当性）

2017年3月31日

東京地方裁判所 民事第2部 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 伊 藤 真

同 内 田 雅 敏

同 黒 岩 哲 彦

同 杉 浦 ひ と み

同 田 村 洋 三

同 角 田 由 紀 子

同 寺 井 一 弘

同 福 田 護

ほか613名

目 次

- 第1 厚木基地航空機運航差止行政訴訟の最高裁判決と本件
 - 1 はじめに
 - 2 厚木1次最判及び差止行政訴訟事件各判決の判断内容
 - 3 厚木基地関連判例における処分の内容と差止めの訴えの構成
 - 4 厚木行訴最判の「重大な損害を生ずるおそれ」の判断について
 - 5 厚木行訴最判の判断内容と本件
- 第2 行政処分性を認める被告の主張（横浜地裁答弁書）について
 - 1 横浜地裁の安保法制違憲訴訟における民事上の差止請求
 - 2 横浜地裁事件における被告国の答弁
 - 3 同事件の被告国の答弁と本件との矛盾

本書面における略語等は、訴状の例による。

第1 厚木基地航空機運航差止行政訴訟の最高裁判決と本件

1 はじめに

最高裁第一小法廷は、平成28年12月8日、厚木基地における航空機運航の差止め等を周辺住民が求めた行政訴訟事件について、判決を言い渡した（甲E2。以下この判決を「厚木行訴最判」という。）。これは、本件訴状（35頁）で本件における処分ないし公権力の行使の捉え方について参考とされるべき判決として援用した東京高裁平成27年7月30日判決（判例時報2277号13頁。以下「厚木行訴高裁判決」という。）の上告審判決である。

厚木行訴高裁判決は、防衛大臣は自衛隊の隊務を統括する権限（自衛隊法8条）に含まれるものとして自衛隊機の運航を統括する権限を有し、この権限に基づく自衛隊機の運航という事実行為は、その運航に必然的に伴う騒音等の受忍を周辺住民に義務付けるものとして、周辺住民に対する公権力の行使であり、行訴法3条7項の差止めの訴えとして適法であるとし、かつ、その夜間の一定時間帯の運航の違法性を肯定して自衛隊機の運航の一部差止めを命じたものである。そして上記厚木行訴最判は、その本案の違法性判断を覆したものの、高裁判決の採った上記差止めの訴えとしての構成及び訴訟要件の適法性判断を維持するものとなった。

本件において原告は、集団的自衛権の行使等の本件処分は、内閣総理大臣の自衛隊に対する最高の指揮監督権限（自衛隊法7条）に基づく同法76条1項2号の存立危機事態における防衛出動、並びに防衛大臣の自衛隊の隊務を統括する権限（同法8条）に基づく重要影響事態法6条1項及び2項に規定する後方支援活動としての物品及び役務の提供並びに国際平和支援法7条1項及び2項に規定する協力支援活動としての物品及び役務の提供という事

実行為であり、その事実行為は自衛隊が武力を行使し又は武力の行使に至る危険を生じさせるものとして、原告らとの関係で、その平和的生存権、人格権及び憲法改正・決定権を侵害し、その侵害状態の受忍を強制する公権力の行使であるから、行訴法3条7項に規定する差止めの訴えの対象となると主張するものである（訴状33～34頁）。

その法的構成は、この度の最高裁判決によって是認された厚木行訴高裁判決の法的構成と同様のものであり、原告らの本件におけるの処分（公権力の行使）の捉え方及びその差止めを行訴法3条7項の差止めの訴えとして求めることの正当性が、判例によって裏付けられたことになる。

また、厚木行訴最判は、差止めの訴えの訴訟要件の一つである「重大な損害を生ずるおそれ」について、上記のような事実行為としての公権力の行使におけるこの訴訟要件の判断方法を示しつつ、その存在を肯定する判断を示しているが、この判示も本件について参考となる。

そこで、以下、厚木行訴高裁判決及び厚木行訴最判の内容について、訴状及び原告準備書面（1）を敷衍して述べることとするが、これらの判決は、厚木基地周辺住民が民事訴訟によって航空機離着陸の差止め等を求めた第1次厚木基地騒音訴訟に係る最高裁平成5年2月25日判決（民集47巻2号643頁。以下「厚木1次最判」という。）が民事訴訟による差止請求は不適法だとした判示を前提としているので、まず、これらの関係判決の主な判断内容を掲げた上、次に本件との関係を論ずることとする。

2 厚木1次最判及び差止行政訴訟事件各判決の判断内容

（1）厚木1次最判

厚木1次最判は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は周辺住民との関係で公権力の行使に当たるとし、自衛隊機の差止請求は民事上の請求としては不適法だとしたが、その判示部分は次のとおりである。

「1 自衛隊法3条は、自衛隊は、我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我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たる旨を定め、同法第6章は、自衛隊の行動として、防衛出動（76条）、命令による治安出動（78条）、要請による治安出動（81条）、海上における警備行動（82条）、災害派遣（83条）領空侵犯に対する措置（84条）等の各種の行動を規定している（なお、右の行動に必要な情報の収集、隊員の教育訓練も自衛隊の行動に含まれる。防衛庁設置法5条4号、8号参照）。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8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36年1月12日防衛庁訓令第2号）を発し、自衛隊機の具体的な運航の権限を右訓令2条7号に規定する航空機使用者に与えるとともに、右訓令3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107条1項、4項の規定により、航空機の航行の安全又は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5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ないものとされている。このことは、自衛隊機の運航の特殊性に応じて、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に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うべきである。

3 上告人らの本件自衛隊機の差止請求は、被上告人に対し、本件飛行場における一定の時間帯（毎日午後8時から翌日午前8時まで）における自衛隊機の離着陸等の差止め及びその他の時間帯（毎日午前8時から午後8時まで）における航空機騒音の規制を民事上の請求として求めるものである。しかしながら、右に説示したところに照らせば、このような請求は、必然的に防衛庁長官にゆだねられた前記のような自衛隊機の運航の関する権限の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することになるものといわなければならないから、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はともかくとして、右差止請求は不適法というべきである。」

（2）厚木行訴地裁判決

厚木基地周辺住民は、平成19年12月、上記厚木1次最判の判示を踏まえ、自衛隊機・米軍機の差止請求を、民事訴訟と並行して行政訴訟としても提訴し、横浜地裁は、行政訴訟事件において、自衛隊機の差止請求の一部を認容する判決をした。

この横浜地裁平成26年5月21日判決（判例時報2277号38頁。以

下「厚木行訴地裁判決」という。)は、厚木1次最判によって認められた自衛隊機運航処分という行政処分は、①法的効果を伴わない事実行為である、②処分の相手方が不特定多数である、③処分の個数をどう数えるべきか困難な問題がある、④処分の違法性の有無は根拠法規である自衛隊法107条5項の解釈によって一義的に定まるものではない、⑤事実行為であること等から取消訴訟が機能する余地はないという特色を有し、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し、特殊な行政処分に対してはこれに応じた特殊な救済方法が認められなければならないとして、法定の抗告訴訟ではなく、無名抗告訴訟という枠組みで差止めの訴訟要件、認容要件を検討して、夜間(午後10時から翌日午前6時まで)の一部差止めを認容した。

(3) 厚木行訴高裁判決

ア 厚木行訴高裁判決は、厚木1次最判の判示を前提にしつつ、地裁判決とは異なり、まず、公権力の行使(処分性)を次のように捉え、原告らの請求は行訴法3条7項及び37条の4に規定する差止めの訴えに該当するとして、その各訴訟要件及び本案認容要件該当性を判断し、地裁判決と同じ時間帯の自衛隊機差止め(ただし期限付き)を認容した。

「厚木飛行場における自衛隊機の具体的な運航の権限は、防衛大臣により航空機使用者に与えられているものの、本件自衛隊機差止めの訴えは、自衛隊内部における具体的な運航権限の付与に係る違法性を主張してその排除を求めるものではなく、運航による騒音等の被害を受けている周辺住民においてその被害の受忍を義務付ける権限の行使を違法であるとしてその排除を求めているのであるから、この周辺住民に対する公権力の行使に当たるという意味での防衛大臣の自衛隊機に関する運航統括権限及びこれに基づく運航を問題にすべきこととなる。そして、周辺住民が騒音等の被害の受忍を義務付けられるのは、個々の自衛隊機の運航そのものというよりは、厚木飛行場における日常的な自衛隊機の離発着による騒音

等によってもたらされているのであるから、抗告訴訟の適否の判断の対象となる行政処分についても、個々の運航を根拠付ける具体的な権限の付与としての命令ではなく（この関係では周辺住民は処分の名宛人にはなっていない。）、防衛大臣が、その付与された運航に関する統括権限に基づいて行う、自衛隊法107条5項により周辺住民に対して騒音等についての受忍を義務付けることとなる自衛隊機の運航という事実行為に求められるべきものである。

（ウ） このように解すると、本件自衛隊機差止めの訴えは、防衛大臣による厚木飛行場の(マ)における自衛隊機の運航という事実行為に係る権限行使（自衛隊機運航処分）がその根拠法規に照らして違法であることを主張してこれを事前に差し止めることを求めるものであり、抗告訴訟の類型としては行訴法3条7項、37条の4所定の差止めの訴えに該当する。」

イ また、差止めの訴えの訴訟要件である「重大な損害を生ずるおそれ」については、基地周辺の騒音状況や原告らの被害を詳しく認定した上、騒音による睡眠妨害やその他の生活妨害により原告らの人格的利益は大きく損なわれており、特に睡眠妨害は健康被害に直接結び付き得るものであり、その睡眠妨害の程度は相当深刻であるとし、このような損害の性質及び程度を勘案し、損害回復の困難の程度ばかりでなく、自衛隊機の運航の公共性や公益性など処分の内容及び性質を考慮しても、行訴法37条の4第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるとした。

（4）厚木行訴最判

ア 最高裁は、この事件の弁論を開く前提として、平成28年9月15日付で、一審原告の上告を棄却し、一審原告及び一審被告の上告受理申立てを受理する決定を行った。ただし、一審原告の上告受理申立理由のうち、自衛隊機運航処分の違法性に関する部分以外の部分（米軍機差止め関係、当事者訴訟関係等）を排除し、また、一審被告の上告受理申立理

由のうち、重大な損害を生ずるおそれ及び違法性に関する部分以外の部分（高裁判決は自衛隊機の運航という事実行為を包括的、継続的な一個の行為と捉えて、これを差止めの訴えの「処分」に当たると判断し、また、処分の一定性の要件を満たすと判断したものとして、その法令解釈の誤りを主張する部分）を排除するとした（甲E1の1ないし3）。

これは、最高裁が、上記高裁判決の処分性に関する判断、処分の一定性に関する判断及び行訴法上の差止めの訴えとしての取扱いを肯定し、重大な損害を生ずるおそれの訴訟要件及び違法性に関する本案要件について、最高裁としての判断を示そうとしていることを意味した。

イ 厚木行訴最判の判示（甲E2）

厚木行訴最判の判断部分は、重大な損害を生ずるおそれに関する判断と、裁量処分の違法性に関する部分からなるが、本件においては、集団的自衛権の行使等の違法性はその根拠法令が憲法9条に違反することであり、裁量の問題ではないので、ここでは前者の判断について述べる。

(ア) 最高裁は、まず、原審が、一審原告らの自衛隊機運航差止請求に係る訴えについて、行訴法37条の4第1項に定める差止めの訴えの要件である「重大な損害を生ずるおそれ」があると認められるとした上で同請求の一部を認容すべきものとしたことを指摘し、他方で原審の処分性の判断については何も触れていない。そして、原審が差止めの訴えとして当該請求を取り扱い、訴訟要件該当性、認容要件該当性について判断したことについても、当然の前提としている。したがって、上記引用の厚木行訴高裁判決のこれらに関する判示部分は、一審被告の上告受理申立理由からの排除とともに、最高裁によって肯定されたことになる。

(イ) 次に最高裁は、「重大な損害を生ずるおそれ」の判断方法について次のとおり判示し、一審被告の上告理由を排斥した。

- 「1 行政事件訴訟法37条の4第1項の差止めの訴えの訴訟要件である、処分がされることにより『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められるためには、処分がされることにより生ずるおそれのある損害が、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あ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解するのが相当である（最高裁平成23年（行ツ）第177号、第178号、同年（行ヒ）第182号同24年2月9日第一小法廷判決・民集66巻2号183頁参照）。
- 2 前記事実関係等によれば、第1審原告らは、本件飛行場に係る第一種区域内に居住しており、本件飛行場に離着陸する航空機の発する騒音により、睡眠妨害、聴取妨害及び精神的作業の妨害や、不快感、健康被害への不安等を始めとする精神的苦痛を反復継続的に受けており、その程度は軽視し難いものというべきものであるところ、このような被害の発生に自衛隊機の運航が一定程度寄与していることは否定し難い。また、上記騒音は、本件飛行場において内外の情勢等に応じて配備され運航される航空機の離着陸が行われる度に発生するものであり、上記被害もそれに応じてその都度発生し、これを反復継続的に受けることにより蓄積していくおそれのあるものであるから、このような被害は、事後的に違法性を争う取消訴訟等による救済になじまない性質のものということができる。
- 3 以上によれば、第1審原告らの主張する前記第1の3(2)①から③までの自衛隊機の運航〔①毎日午後8時から午前8時までの間の運航、②訓練のための運航、③居住地におけるそれまでの1年間の一切の航空機騒音がW E C P N L 75を超えることとなる場合の当該自衛隊機の運航—引用者注〕により生ずるおそれのある損害は、処分がされた後に取消訴訟を提起す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とはいえず、本件飛行場における自衛隊機の運航の内容、性質を勘案しても、第1審原告らの自衛隊機に関する主位的

請求（運航差止請求）に係る訴えについては、上記の『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められる。原審の前記第1の3(1)の判断〔上記2(2)イの判断—引用者注〕は是認することができ、論旨は採用することができない。」

3 厚木基地関係判例における処分の内容と差止めの訴えの構成

以上の厚木基地関係判決により、厚木1次最判が自衛隊機運航差止請求について民事訴訟を不適法と判断した際、「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はともかくとして」と述べていたことについて、行訴法3条7項に規定する差止めの訴えが可能であるという一つの結論に到達したことになる。この場合、何が差止めの対象とされるべき処分（公権力の行使）なのか、その処分の住民に対する義務付けとは何か、処分の根拠法規は何かなどについて、概ね次のように考えることができる。

(1) 対象となる処分について

ア まず、差止めの訴えの対象となる処分の捉え方であるが、厚木行訴高裁判決によれば、自衛隊機の「個々の運航を根拠付ける具体的な権限の付与としての命令ではなく（この関係では周辺住民は処分の名宛人になっていない。）、その付与された運航に関する統括権限に基づいて行う、自衛隊法107条5項により周辺住民に対して騒音等についての受忍を義務付けることとなる自衛隊機の運航という事実行為に求められるべきものである」とされる。

これは、外部に表れた自衛隊機の運航という事実行為を差止めの対象と捉えようとするもので、厚木1次最判の橋元四郎平・味村治補足意見が防衛庁長官の命令を捉えて取消訴訟又は不作為を求める無名抗告訴訟を示唆していたのとは異なる。また、内部的な命令と自衛隊機運航という事実行為を一体的に構成しようとするものでもないと理解される。

したがって、厚木1次最判が、「公権力の所在を自衛隊機の運航それ自体にみるのか、発生する自衛隊機を運航させるという先行行為にみるのかも判然としない」（塩野宏『行政法Ⅱ・第5版補訂版』116頁）と疑問が呈されていた点にも、一応の答が出されたといえる。

イ 次に、その処分の相手方は、基地周辺住民である。

この点は、厚木1次最判が「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うべきである」としていたのであるが、厚木行訴高裁判決もこれを前提として判示している。

ウ 厚木行訴高裁判決において、本件処分は、公権力の行使としての自衛隊機の運航という事実行為であるとされた。

ただ、この事実行為は、物理的な事実行為の一種であろうが、取消訴訟の対象となる事実行為とされる「行政庁の一方的意思決定に基づき、特定の行政目的のために国民の身体、財産等に実力を加えて行政上必要な状態を実現させようとする権力的行為」（杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』12頁）や、その典型例とされる直接強制等とは性格が異なり、事実行為の相手方に作為や不作為を強制するものではない。そこで、

「受忍義務」の内容が問題になるが、これについては項を改めて述べる。

（2）受忍義務の内容について

ア 基地周辺住民の受忍義務の内容については、厚木行訴高裁判決も厚木行訴最判も、厚木1次最判に、特に付け加えるところはなく、その論理を踏襲しているとみてよい。

ところで本件において被告は、この点に関連して、厚木1次最判においては、「飽くまで、自衛隊機の運航に必然的に伴う騒音等が、周辺住民の法的地位に直接的に影響を及ぼす事案について判示したもの」であって、厚木行訴高裁判決も同様であるのに対し、本件の集団的自衛権の

行使等は「原告らの権利義務に何ら直接的な影響を及ぼさない」から、明らかに事案を異にすると主張するので（答弁書13～14頁）、以下この点への反論も含めて、厚木1次最判について論ずる。

イ 厚木1次最判の受忍義務論に対しては、「通常の行政処分の内容として想定されるような具体性をもった実体的な受忍義務が何処に表示されているとみるのか不明」「配慮義務から直接に実体的受忍義務を導くことはできない」「最高裁は、『受忍義務の意義』に従来の判例学説とは異なる内容・機能を持たせていると考えなければならない」などと、その実体が不明なことが指摘されてきた（高木光「最高裁民事判例研究」法学協会雑誌112巻3号437頁）。また、そこでいう「受忍」義務は、相手方とされる周辺住民に対して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と批判されている（神橋一彦「受忍義務構成のゆくえー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ー」立教法学91号7頁）。

さらに、厚木行訴地裁判決も、厚木1次最判によって存在が認められた自衛隊機運航処分の特色として、以下のように説示している。「第1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、公権力の行使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をいうが（最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809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」である。

このように、自衛隊機による騒音等の影響を受ける周辺住民の「受忍義務」というのも、行政処分の本来的な性格としての権利義務や法的地位の変動を伴うものではない。

ウ 厚木1次最判は、大阪国際空港最高裁大法廷判決（昭和56年12月16日判決・民集35巻1369頁。以下「大阪空港最判」という。）の伊藤正己補足意見を参考にしたものといわれており、《防衛庁長官の周辺住民に対する配慮義務→周辺住民の受忍義務→防衛庁長官の権限行使の公権力性》という論理の共通性が指摘される（深澤龍一郎「厚木基地空港騒音第4次訴訟（行政事件訴訟）第一審判決」新・判例解説 Watch 16巻39頁）。

同補足意見では、「例えば、航空運送事業の免許を付与し、あるいは事業計画変更の認可をするについて、法は、運輸大臣が当該事業活動による第三者の法益侵害の可能性の有無及びその程度を考慮してその許否の判断をすべきものとし、これによって第三者の権利、利益を可及的に侵害から擁護することとするとともに、なおも避けえざる不利益はこれらの者において受忍すべき義務を課している」と解するのが相当であり、したがって、当該空港と利用関係に立たない一般第三者もこれら行政処分に当然附随する規制作用の名宛人として直接規律されるものであって、その意味において、これら行政処分は、一般第三者に対する関係においても公権力の行使に当たる行為としての性格を有するものとみるのを相当とする」と論じられていた。

これは、厚木1次最判の「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うべきである」という判示とよく対応している。

エ この問題について、最高裁判所判例解説（法曹時報47巻10号180頁、大内俊身執筆。以下「厚木1次最判解説」という。）は、「前記のような自衛隊の任務の性質及び右任務に由来する自衛隊機の運航の特殊性から、自衛隊機の運航により空港の周辺住民に騒音等の影響が及ぶことは内在的に予定されているのであって、――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すべきであるが――周辺住民は、その運航に伴う避けることのできない不利益な結果（右のような配慮をしても、なお避けることのできない不利益な結果）を受忍すべき一般的な拘束を受けているとするものであろう。」と解説している。

これは、大阪空港最判の伊藤補足意見と同旨であるが、ここで「受忍義務」とは、具体的な権利義務の形成・確定や法的地位の変動ではなく、一般的な事実としての不利益（騒音がうるさいこと、日常生活の妨害、健康への影響、精神的苦痛等）を、公法上受忍すべきだということになると思われる。

したがって、厚木1次最判の場合も、被告の主張するような「飽くまで、自衛隊機の運航に必然的に伴う騒音等が、周辺住民の法的地位に直接的に影響を及ぼす事案について判示したもの」ではないことが明らかである。

（3）行政処分の根拠法規の問題について

ア 処分の根拠法規についても、厚木行政訴訟事件の各判決とも、厚木1次最判が、これを自衛隊法8条及び107条5項に求めていることを前提

とし、特に付加するところはない。

自衛隊法8条は、「防衛大臣は、この法律の定めるところにより、自衛隊の隊務を統括する」という一般的な権限規定であり、また、同法107条5項は、同条1項及び4項で航空法の規定を大幅に適用除外した代わりに、防衛庁長官が自衛隊機の安全性、運航の基準、乗組員の技能の基準、飛行場等の設置・管理の基準等を定め、「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」という、抽象的な責務規定である。そして厚木1次最判解説（前掲180頁）でも、他に前記のような受忍義務を直接に定めた規定は見当たらないとされている。

この点についても、学説の多くから問題点を指摘されてきたが、厚木行訴最判は、改めて同条項が、防衛大臣の自衛隊機運航処分の根拠規定たりうることを再確認したものと見える。

イ ちなみに、代表的な学説からの指摘としては、「法律の留保の原則からして、私人に義務を課すためには、作用法に根拠規範がなければならないが、少なくとも明示的には、かかる根拠規範は存在しない」、「『航空機に因る災害を防止』に騒音被害の防止義務が含まれるとしても、このことは防衛庁長官の配慮義務の存在を示すものにすぎない」（宇賀克也『行政法概説Ⅱ・第5版』187頁）、同法107条5項は「措置を講じなければならない」という「責務」を課しているにとどまるのであって、作用法上の権限の「授権」を読み取ることは困難である（高木光・前掲論文434頁）、「一般的・抽象的な責務規定から個別具体的な権力的作用の根拠を導くことはできない」「『事実行為』として捉える場合であっても、その事実行為を受忍することを義務付ける明文の根拠が必要である」（須藤陽子「航空基地の供用差止め」行政法判例百選Ⅱ・第6版327頁）、などである。

ウ しかしそれでも、判例は、このような抽象的な責務規定から、自衛隊機の運航に伴う騒音等の住民に対する配慮義務と受忍義務を、重ねて是認したわけである。それは、厚木1次最判の前記引用部分に指摘されている自衛隊法の全体構造、航空法との関係、その中での自衛隊法8条及び107条5項等の、いわば「仕組み解釈」によるのではないかと思われる。そしてこれについては、原告準備書面（1）20頁以下で主張したとおりである。

（4）厚木基地関係判例の意義

ア 厚木1次最判が民事訴訟による自衛隊機差止請求を不適法としたこと及びその判断理由については、大阪空港最判が民間航空機差止請求の民事訴訟を不適法とした判断とともに、学説上極めて多くの批判がなされてきたが、このように民事訴訟による差止請求は認めないという裁判実務上の基本的方向は「ほぼ定着したもの」とも評される（塩崎勤「騒音・振動に対する差止めについて」判例タイムズ1062号138頁）。

しかし、民事訴訟による差止請求を否定しつつ、行政訴訟による救済の門戸も開かれないということになれば、原告準備書面（1）（17～18頁）で述べたように、国民の権利侵害を救済する途が閉ざされてしまい、裁判を受ける権利を保障する憲法32条に違反するものと言わなければならない。

したがって、自衛隊機差止請求について、少なくとも行訴法上の差止めの訴えを適法とした厚木行訴高裁判決とこれを支持した厚木行訴最判は、どのような行政訴訟ができるのかできないのか不明だった厚木1次最判への一つの答として、評価することができる。

イ 学説上も、例えば、「厚木基地第一次訴訟の場合には、騒音を伴う自衛隊航空機の飛来を公権力の行使としての事実行為ともとらえることができ、ここに抗告訴訟の排他性が及ぶという整理が可能なようにも思われ

る。」 「〔平成16年の行訴法の〕法改正に際して、行政処分について包括的公権力概念を新たに用いることをしなかったこと、義務付け訴訟（直接型）、差止訴訟を抗告訴訟の類型として明確に位置づけたところから、航空機の発着に関する行政処分をとらえて、義務付け訴訟ないし差止訴訟を提起することが〔大阪国際空港〕大法廷判決の下でも認められると解することができる。」（〔 〕内引用者）と指摘される（塩野前掲書223・253頁）。

また、厚木1次最判の判例評釈として、「本判決も行政訴訟をとるべきとしつつ具体的な訴訟類型・要件を示すことをしていない。それでは改正行政事件訴訟法の下で自衛隊機騒音被害に対して適切な訴訟類型は何か。『公権力の行使に当たる行為』と本判決がいうところから、権力的かつ継続的な事実行為を捉えて改正法3条7項の差止訴訟を提起することが考えられる」（ただし、当事者訴訟ないし民事訴訟を排除すべきではないとする。）（須藤陽子「航空基地の供用差止め」行政法判例百選Ⅱ（第5版）327頁）とも言われていた。

ウ これまでみてきた厚木基地関連判例における処分性ないし公権力の行使の捉え方及び差止めの訴えとしての法的構成は、処分の個別性・具体性、処分の相手方、事実行為としての公権力の行使の捉え方、受忍義務とされるものの内容ないし法効果、そして国民に義務を課する根拠法規など、従来判例・学説の基本的枠組みを超えるところも指摘される。しかし、民事訴訟による差止請求が否定されるとすれば、国民の権利の実効的な救済のために、ここでも処分性を拡大し、根拠法規についても厳格な個別授權規定を要求せずに仕組み解釈等で補充するなどにより、行政訴訟の途が用意されなければならない。厚木基地関連判例は、その一つの答である。

そしてその法的構成においては、自衛隊機の運航という外部的行為を

防衛大臣の権限に基づく公権力の行使としての事実行為として捉え、その事実行為によってもたらされる騒音等による事実上の不利益ないし被害について公法上の受忍義務を措定することによってその公権力性を性格付ける、というものと理解される。そして国民は、その事実としての不利益・被害ないし権利侵害に基づいて、侵害行為である事実行為としての公権力の行使の差止めを、行訴法3条7項及び37条の4の差止めの訴えとして提起できるということになる。

4 厚木行訴最判の「重大な損害を生ずるおそれ」の判断について

(1) 厚木行訴高裁判決は、前記のように、航空機騒音の被害の深刻さを指摘し、その損害の性質及び程度を勘案し、自衛隊機の運航の公共性・公益性など処分内容及び性質を考慮しても、行訴法37条の4第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」があるとの判断を示し、厚木行訴最判もこれを是認した。そして同最判はさらに、「重大な損害を生ずるおそれ」の訴訟要件の判断方法について説示をしている。

その要点は、最高裁昭和24年2月9日判決（いわゆる国歌斉唱処分予防訴訟事件）を引用し、同判決が定立した、「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」という一般的判断基準を確認しつつ、自衛隊機を含む航空機の騒音による被害は、運航の都度発生し、これを反復継続的に受けることにより蓄積していくおそれのあるものだとして、「このような被害は、事後的に違法性を争う取消訴訟等による救済になじまない性質のものということができる」と、いわば定型的に「損害を生ずるおそれ」の存在を肯定した点にあるといえる。

(2) 上記国歌斉唱事件最高裁判決は、事後の取消訴訟の提起及び執行停止決定

手続では救済が「容易」でない場合であれば、「重大な損害を生ずるおそれ」を肯定すべきものとした点など、平成16年行訴法改正により新設された差止めの訴えの訴訟要件等について初めて判断した最高裁判決として、新設規定を「司法による行政強制の強化と権利保護の実効性向上という行訴法改正の趣旨に沿って活用すべきことを今後の裁判実務のためにも示そうとする、最高裁の意欲の表れと見られる」と評されているところであるが（山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存在確認訴訟の適法性」論究ジュリスト3号117頁以下）、厚木行訴最判も、少なくとも「重大な損害を生ずるおそれ」の要件の解釈については、その延長線上に位置づけられる。

なお、学説上も、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件を厳格に解釈しすぎると、訴訟が認められる余地が限定されてしまうことなどから、この要件の解釈は、その立法趣旨からしても、国民の権利・利益の実効的な救済の観点から重視して柔軟にされるべきだというのが、通説的見解である

（宇賀・前掲書344頁、室井力ほか編著『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法（第2版）』414～415頁）。

5 厚木行訴最判の判断内容と本件

以上に見てきた厚木基地関係判例の行訴法3条7項及び37条の4の解釈・適用は、その差止めの訴えの法的構成が基本的に共通なことから、本件にも基本的に妥当する。

（1）公権力の行使の法的構成の共通性

本書面「1 はじめに」に記載のように、本件において原告は、新安保法制法に基づく集団的自衛権の行使等の本件処分は、内閣総理大臣や防衛大臣の権限による自衛隊に対する命令等に基づいてなされる防衛出動や物品・役務の提供という事実行為が、原告らとの関係で、その平和的生存権

等の権利を侵害し、その侵害状態の受忍を義務付ける公権力の行使であるとして、その差止めを求めるものである。

そして、厚木基地における自衛隊機の差止請求も、防衛大臣の自衛隊機運航に関する権限に基づいてなされる自衛隊機運航という事実行為が、周辺住民との関係で、騒音等の受忍を義務付ける公権力の行使であり、これに対する差止めの訴えが許されるというものである。

したがって、この両者において、大臣等の自衛隊に対する権限の行使が、個々の内部の命令ではなくそれによって外部化された自衛隊の行動という事実行為となり、その事実行為は大臣等の権限を規定する法的根拠に基づいて、国民・住民に対し、その利益や権利を侵害することの受忍を義務付けるのであるが、その侵害が違法である場合等に国民・住民はその事実行為の差止めを求めることができるという構造において、基本的に共通するものである。

(2) 処分としての性格・内容の共通性

ここでは、存立危機事態における防衛出動（集団的自衛権の行使）を例にとって検討する。

ア まず、厚木基地の自衛隊機の運航においては、防衛大臣の自衛隊内部に対する命令ではなく、防衛大臣の権限の行使が外部化した自衛隊機の運航という事実行為が周辺住民に対する公権力の行使であるとされている。これは、本件において、存立危機事態における内閣総理大臣の防衛出動の命令は、直接は自衛隊ないし自衛隊員に対する指揮ないし職務命令であり、国民に対するものではないが、その権限の行使として外部化された防衛出動すなわち集団的自衛権の行使という事実行為が、公権力の行使になるという法的構成とパラレルな関係にある。

また、その公権力の行使の対象が個別の個人ではなく、不特定多数である点も共通する。

イ 次に、厚木行訴高裁判決は、厚木1次最判が、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であるから公権力の行使に当たる行為であるとした判断を前提に、自衛隊機の運航という事実行為が周辺住民に対して騒音等についての受忍を義務づける点に、抗告訴訟の対象となる行政処分である根拠を求めている。本件においても原告は、集団的自衛権の行使という事実行為が日本の戦争への参加等によって国民の平和的生存権、人格権及び憲法改正決定権の侵害の受忍を義務づけるとしているのであり、この点でも法的構成は同じである。

なお、厚木1次最判が受忍義務の前提としている防衛大臣の配慮義務については、集団的自衛権の行使についても、例えば事態対処法3条5項において、「武力攻撃事態等及び存立危機事態への対処においては、日本国憲法の保障する国民の自由と権利が尊重されなければならない、これに制限が加えられる場合にあっても、その制限は当該武力攻撃事態等及び存立危機事態に対処するため必要最小限のものに限られ、かつ、公正かつ適正な手続の下に行われなければならない。」等と定められており、さらに存立危機事態から武力攻撃事態に移行すれば、国民保護法制が全面的に適用され、政府・地方公共団体等の責務が広く規定されている。これらは、政府の国民に対する配慮義務規定という性格を有するが、しかし、それでもなお、国民の生命・身体等に対する危険は不可避なのである。

ウ この受忍義務に関し、被告が、厚木1次最判においては騒音等が周辺住民の法的地位に直接的に影響を及ぼす事案であるのに対し、本件の集団的自衛権の行使等は原告らの権利義務に何ら直接的な影響を及ぼさないから、事案を異にすると主張している点（答弁書13～14頁）については、被告の主張は誤りであり、厚木基地関連判例においても、その

「受忍義務」は、行政処分における本来の権利義務の形成等ではなく、事実としての不利益ないし被害のことであること、すでに3（2）で述べたとおりである。

要するに、厚木基地関連判例における公権力の行使も、公権力の事実行為による事実上の不利益や被害について公法上の受忍義務を認め、差止めの訴えの対象として構成しているのであり、この理は、集団的自衛権の行使等についても、全く同じなのである。

エ 公権力の行使を基礎付ける根拠法規については、厚木基地関連判例においても、既に3の（3）で述べたように、自衛隊法8条及び107条5項の規定は、通常処分の根拠規定とは異なり、一般的規定であると同時に、権限規定ではなく責務規定にすぎない。しかし、このような規定も、公権力の行使の権限の根拠規定たりうるというのが、厚木基地関連判例の趣旨である。そして集団的自衛権の行使については、自衛隊法7条が内閣総理大臣の自衛隊に対する指揮監督権限を規定し、同法76条1項2号がその命令による防衛出動を規定した上、同法88条が自衛隊の武力行使の権限を定め、その具体的手続等を事態対処法において定めている。したがって、これらはその法的根拠規定として十分であるといえる。

（3）「重大な損害が生ずるおそれ」の訴訟要件について

前記のとおり、厚木行訴最判は、行訴法37条の4第1項の「重大な損害を生ずるおそれ」の解釈として、事後の取消訴訟の提起及び執行停止などによっては「容易に」救済を受けることができない場合であれば、基本的にその要件を満たすことを再確認するとともに、航空機騒音による反復継続する被害の場合には、「事後的に違法性を争う取消訴訟等による救済になしめない」として、いわば定型的にこの要件の充足を肯定する判断を示した。

集団的自衛権の行使の場合、一旦防衛出動が発令されてしまえば、日本は戦争当事国になり、相手国からの反撃やテロ攻撃を受けることになることは明らかであり、損害の回復の困難性が極めて高いことはいうまでもなく、事後的な取消訴訟・執行停止手続にはなじまないことも定型的に明らかである。後方支援活動及び協力支援活動としての物品及び役務の提供についても、訴状で述べたとおり、その実施が新安保法制法の下で戦争遂行中の外国軍隊の武力の行使と一体化を招く危険性は極めて高く、その一体化はすなわち日本が戦争当事国になることにほかならない。したがって、この場合も、集団的自衛権の行使と同様、重大な損害を生ずるおそれの存在は明らかである。

第2 行政処分性を認める被告の主張（横浜地裁答弁書）について

1 横浜地裁の安保法制違憲訴訟における民事上の差止請求

（1）横浜地裁事件の請求の趣旨

横浜地裁には、神奈川県民ら254名（うち差止請求をする原告15名）により、新安保法制法の制定による原告らの権利侵害について、国を被告として、国家賠償請求とともに、民事上の請求として、次のような請求の趣旨による差止請求がなされている（横浜地裁平成28年（ワ）第3825号。その訴状は甲E3）。

「1 被告は、別紙原告目録原告番号1ないし15記載の原告らのために、

（1）自衛隊法76条1項2号に基づき自衛隊の全部又は一部を出動させてはならない。

（2）重要影響事態に際して我が国の平和及び安全を確保するための措置に関する法律6条1項又は2項に基づき、同法3条1項2号に規定する後方支援活動として、自衛隊に属する物品の提供又は自衛隊による役務の提供を実施してはならない。

(3) 国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律7条1項又は2項に基づき、同法3条1項2号に規定する協力支援活動として、自衛隊に属する物品の提供又は自衛隊による役務の提供を実施してはならない。

(4) 国際連合平和維持活動に対する協力に関する法律に基づき、自衛隊の部隊等をして、同法3条5号ト若しくはラに掲げる国際平和協力業務又は同号トに類するものとして同号ナの政令で定める国際平和協力業務を行わせてはならない。」

(2) 同事件の請求の原因

同事件において、原告らは、集団的自衛権の行使等が日本の領域における武力攻撃やテロ攻撃を招き、又は日本を武力の行使の当事者とし、原告らの平和的生存権、人格権及び憲法改正・決定権を侵害することとなることから、これらの権利に基づく私法上の妨害排除請求権に基づいて、上記請求の趣旨記載の判決を求めている。

2 横浜地裁事件における被告国の答弁

同事件において、被告国は、上記原告の請求は、民事訴訟手続によることができないものであり不適法であることが明らかだとして、却下を求めている（その答弁書は甲E4）。

すなわち、請求の趣旨(1)に係る防衛出動命令はあくまで内閣総理大臣の自衛隊に対する命令であり、請求の趣旨(2)及び(3)に係る自衛隊に属する物品の提供の実施は防衛大臣又はその委任を受けた者が実施し、また、自衛隊による役務の提供の実施命令は防衛大臣の防衛省の機関又は自衛隊の部隊等にその実施を命ずるものであり、請求の趣旨(4)の国際平和協力業務は防衛大臣が自衛隊の部隊等に実施させるものであるとし、次のように主張している。

「以上のとおり、本件命令等及びそれに係る事実行為は、いずれも、内

閣総理大臣、防衛大臣又はその委任を受けた者の職務の一つであって、私法上の行為ではなく行政権の行使そのものであるから、本件各差止請求は、必然的に、内閣総理大臣、防衛大臣又はその委任を受けた者の行政上の権限の行使の取消変更又はその発動を求める請求を包含するものである（なお、念のために付言すれば、後方支援活動又は協力支援活動として自衛隊に属する物品の提供を行うことのある『防衛大臣（中略）の委任を受けた者』（重要影響事態安全確保法6条1項、国際平和支援法7条1項）とは、防衛省所属の職員を指すものである。すなわち、提供される『自衛隊に属する物品』は、物品管理法の適用を受ける国が所有する動産であり（同法2条1項）、その管理に関する事務は、物品管理法8条1項並びに防衛省所管物品取扱規則（平成28年9月15日省訓第55号による改正後のもの）7条及び別表第2に定めるところに従い、防衛省所属職員に委任されるから、防衛大臣は、後方支援活動又は協力支援活動としての物品の提供を委任する場合、当該提供に係る物品の管理に関する事務を委任されている者、すなわち防衛省所属の職員に対してこれを委任することとなる。）。

そうすると、このような行政権の行使に対し、私人が私法上の給付請求権を有すると解することはできず、民事上の請求としてその差止めを求める訴えが不適法であることは、確立された判例である（最高裁昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369ページ、同裁判所平成5年2月25日第一小法廷判決・民集47巻10号643ページ。）。

したがって、本件各差止請求は、民事訴訟手続においてすることのできない不適法なものである。」

3 同事件の被告国の答弁の本件との矛盾

被告は、本件において、原告の請求の趣旨第1項ないし第3項について却下を求め、本案前の答弁として、集団的自衛権の行使等が行訴法3条2項の「処分」に当たらないということを基本的な理由として主張している。

しかし、上記の横浜地裁における同じ被告国の答弁は、明らかに、本件における上記被告の主張と矛盾し、自家撞着を起こしている。

横浜地裁事件で被告は、内閣総理大臣や防衛大臣の自衛隊に対する命令等を取りあげて、これらは「行政権の行使」であると述べ、直接に「公権力の行使」ということばは使っていない。しかし、大阪空港最判及び厚木1次最判を援用しているから、その趣旨は、これらが国民に対する公権力の行使であるとして、民事訴訟は不適法だ主張するものであることは明らかである。また、そうでなければ、民事訴訟としての請求を不適法だとして却下を求める根拠にはならない。

そして、厚木1次最判は、防衛大臣は自衛隊に対して自衛隊機の運航を命ずるにしても、それによってなされる事実行為としての自衛隊機の運航が防衛大臣の権限による住民に対する公権力の行使であり、だからこそ民事訴訟は不適法であるとの意味であることは、これまでに述べてきたところから明らかなのである。

そして、横浜地裁での被告主張と同じ論理を本件に適用すれば、集団的自衛権の行使等は「処分」に当たらないという被告の本件における本案前の答弁が成り立たないことは明らかである。

被告は速やかに、かかる答弁を撤回し、本案について正面から反論することを求めるものである。

以上