

厚木基地訴訟の検討

一橋大学法科大学院

辻村慶太

目次

はじめに

I 自衛隊機の運航と防衛大臣の権限行使

II 自衛隊機の騒音発生

III 防衛大臣の周辺住民への配慮義務

IV 航空機騒音の特殊性

おわりに

【はじめに】

第1, 厚木基地訴訟上告審判決と現状

厚木基地訴訟上告審判決(最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁)では, 自衛隊機の離着陸の差止を求める民事訴訟は不適法とされた。しかし, この結論には, 従来の行政法学の理解, 判例と相いれないとの批判が多い。一方で, 最高裁判決が下されたので, 現実としては判例変更の可能性は低い。さらに, 現在, 行政訴訟も含めた第4次厚木基地訴訟が, 提起されている。

第2, 本論文のねらい

従来から, 有効な行政訴訟の類型の考察は行われてきた。しかし, 判旨の論理構造が曖昧なため, 結論は, 論者により様々である。そのため本論文では, まず厚木基地判決の論理の解明を行う。

1, 判旨の論理構造は, ①「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。」②「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る」③「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。」④「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」ことを理由として, 「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」としている。そのうえで騒音規制を民事上

の請求として自衛隊機の運航を差止めることになると、公権力の行使の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として民事訴訟を不適法としている。

2, 前述のとおり, 判旨は, 防衛庁長官の自衛隊機の運航に関する権限の行使が周辺住民に受忍義務を賦課することの理由としては①防衛庁長官には自衛隊機の運航を統括する権限を有すること②この権限を行使するにあたっては周辺住民に対する配慮義務があること③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こと④この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ことの4つの理由を挙げている。そこで, まず, ①～④の4つの理由が根拠あるものであるのかについて検討を行う。すなわち, ①自衛隊機の運航を行う防衛庁長官の権限とは何か②判旨が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としている理由は何か③防衛庁長官の周辺住民に対する配慮義務は存在するのか④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といえる理由を検討する。本論文では, この理由を検討したい。

3, 受忍義務の意義や民事訴訟を不適法とする理由, これからの行政訴訟のありかたについては, 別の論文で考察したい。なお, 米軍機の離発着の差止めについては, 独自の論点を含むので, この論文の考察の対象とはしない。

【I 自衛隊機の運航と防衛大臣の権限行使】

判旨は, 自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が, 周辺住民に受忍義務を課すことの1つ目の理由として, 自衛隊機の運航が防衛庁長官の権限の下において行われるものであることを理由としている。しかし, 本判決は, 公権力の行使に当たるとされる「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を明示的には, 特定していない¹。この「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」は何であるかについては①防衛庁長官の命令を公権力の行使と捉える, ②公権力の行使に当たる事実行為が存在すると捉える, ③飛行場の設置, 離着陸の規制を含めた防衛庁長官の権限行使の総体を公権力の行使として捉えるなどの考え方がありうる。判決の論理を解明するためには, まず, 自衛隊法が防衛庁長官, 防衛大臣の行為をいかにして規定しているのかを把握し, 「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が何であるのかを理解する必要がある。

第1, 自衛隊法の指揮命令系統

まず, 自衛隊法がいかなる形で, 自衛隊の指揮命令系統を規定しているのか検討を行う。なお, 防衛庁は, 平成19年に防衛省に移行したので, 厚木基地最判が下された時点と現在では, 指揮命令系統が異なる。その点は, 適宜指摘する。

¹ 大内俊身「判解」法曹時報47巻10号157頁。また塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕行政救済法』（有斐閣, 2013年）116頁も「ただ, 公権力の所在を自衛隊機の運航それ自体にみるのか, 騒音を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にくい」と指摘する。

1, 内閣総理大臣の権限

自衛隊法 7 条は、「内閣総理大臣は、内閣を代表して自衛隊の最高の指揮監督権を有する。」と規定する。これは、憲法 72 条の行政各部指揮監督権を確認したにとどまり、これとは別個の軍隊統帥権創設規定ではないと解するのが通説である。²自衛隊に対する指揮監督権の主体は、行政の最高機関たる内閣であり、その首長たる内閣総理大臣が内閣を代表してこれを行行使する。その際、他の行政各部に対する指揮監督と同様に、自衛隊の指揮監督も、閣議にかけて決定した方針に基づいてなされる(内閣法 6 条)。内閣総理大臣に専権的に自衛隊の指揮監督権を与えたものではない。内閣総理大臣は、その職務を行うに当たっては、閣議にかけて決定した方針に基づいて行うこととされているので、内閣総理大臣が閣議によらず、独自に自衛隊を指揮監督することはできない。さらに、内閣総理大臣の指揮監督権は、防衛長官に対して行使されるものであって、直接自衛隊の部隊及び機関に対して行使されるものでない。³

2, 防衛庁長官の権限

内閣総理大臣の指揮監督権は、総理府の長たる総理大臣を経由し、その外局である防衛庁の長官に及ぶ。そして長官は、総理府の長たる内閣総理大臣の指揮監督を受け、自衛隊の隊務を総括する(自衛隊法 8 条前段)。⁴この自衛隊法は、国家行政組織法 10 条を確認したものと見える。

3, 幕僚長の権限

陸・海・空各幕僚長の監督を受ける部隊および機関に対する長官の指揮監督は、当該幕僚長を通じて行われる(自衛隊法 8 条後段)。各幕僚長は、それぞれの隊務について「最高の専門的助言者」として長官を補佐することを職務とし、各々の部隊等に対する長官の命令を執行し、長官の指揮監督を受け、それぞれ自衛隊の「隊務及び所部の隊員のサービスを監督する」(自衛隊法 9 条)。幕僚長の職務を規定する自衛隊法 9 条において「指揮監督」の語ではなく、単に隊務および隊員のサービスの「監督」という語句が用いられているのは、幕僚長の職務が、「専門的助言者」として、隊務総括者である長官の「補佐」に当たる役割を担うにとどまり、長官の命令を「執行」する権限は持つが、主体的命令権を有するものでないことを強調する点で、文民統制上も重要な意義を有する。⁵

4, まとめ

以上の点から、自衛隊部隊、機関に対して直接指揮監督を行うのは、防衛庁長官であるとすることが通説的な理解であるといえよう。⁶

² 安田寛監修『平和・安全保障と法』(内外出版, 1996 年) 84 頁

³ 現在でも同様である。

⁴ 現在は、防衛大臣が「主任の大臣」(内閣法 3 条 1 項)として内閣総理大臣の指揮監督を受け、防衛省設置法に基づき自衛隊の隊務を統括する(自衛隊法 8 条前段)。

⁵ 安田・前掲注 2 85 頁

⁶ 現在でも同様に防衛大臣が部隊及び機関に対し直接指揮監督することになる。以下、防衛省が設置されたとことを前提に論を進める。

第2, 自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限の行使

自衛隊法上は、上述のように防衛大臣が自衛隊の部隊・機関を直接指揮監督する。以下、自衛隊法上、防衛大臣の権限がいかんにして規定されているかを参照しながら、判決が指摘する公権力の行使とされる「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が何であるか検討する。

1, 自衛隊法8条, 107条5項

自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限を規定しているものとして、自衛隊法8条と同法107条5項が挙げられる。自衛隊法8条は、「防衛大臣は、この法律の定めるところに従い、自衛隊の隊務を統括する。」と規定する。また、自衛隊法107条5項は、「防衛大臣は、第1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。自衛隊法は、特にこれ以外の規定を置いていない。

2, 学説

以下、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」の解釈に関する学説を紹介する。

(1) 命令説

まず、①の防衛庁長官の命令を公権力の行使と捉える説について検討する。この説は、橋元裁判官の補足意見(味村裁判官が同調)が採用している。補足意見は、以下のように述べる。

「右の行政訴訟の形態としては、防衛庁長官が特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航を個別的又は包括的に命じていて、その命令による自衛隊機の運航に伴う騒音等により周辺住民が著しい被害を受ける場合には、その命令の全部又は一部の取消しを求める訴訟が考えられる。」

しかし、命令を公権力の行使と捉えることに対しては、批判が多い。

ア まず、命令は、国民との関係では法的効果はないので処分とはなりえないと学説は批判する。⁷処分性拡大の議論のなかでも、法的効果の外部性の要素を緩やかに解して処分性を肯定する最高裁判例は見当たらない。⁸

イ もう1つの問題点は、外部への周知困難性である。須藤教授は、「部外者である住民が自衛隊内部における命令の発令を知り得ないこと」を問題視する。教授は続けて、「外部に表示することのないもの、外部から知り得ないものに対して外部的な法効果、外部への受忍効果を認めることが可能であるのか、甚だ疑問である」とする。⁹補足意見自身も、「事柄

⁷ 畠山武道「判比」環境法百選[第2版](2011年, 初出2004年)96頁

⁸ 下井康史「「処分性」拡張と処分性概念の変容」法時58巻10号15頁

⁹ 須藤陽子「判比」行政判例百選I[第6版]329頁

の性質上、自衛隊機の運航に関する命令は自衛隊内部におけるもので、部外者がその内容を知ることはほとんど不可能と考えられる」として、命令の取消訴訟は、「實際上適切な争訟手段にはなり得ないといわざるを得ない」ことを認めている。¹⁰

ウ そして、さらに根本的な問題であるが、自衛隊法上、防衛庁長官は、自衛隊機の運航を個別的に命じるのか、包括的に命じるのかについては明らかでない。補足意見自身も「防衛庁長官が特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航を個別的又は包括的に命じていて」と述べている。例えば自衛隊機が3機で編隊を組んで飛行する場合には、命令は1個なのか3個なのかという問題が生じる。また、目的地まで移動する場合に途中で基地に立ち寄り一回着陸してからまた離陸し目的地に向かう場合には、命令はいくつあるのかという問題が生じる。

エ 以上のとおり問題点が多数あるので、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を防衛庁長官の命令と捉えることには反対である。

(2) 公権力の行使に当たる事実行為説

次に公権力の行使に当たる事実行為が存在するという説を検討する。¹¹この説には問題点が多い。

ア 高木教授は、事実行為として騒音自体を把握するのか個々の自衛隊機の運航を把握するのかという問題があると指摘する。¹²そして、教授は、「事実行為」という概念に関して「騒音、臭気、排気ガスなどの事実行為」という形で事実的な侵害自体を「行為」概念によって捉えるのは、航空機の運航、ごみ焼却場の操業、原子炉の運転という形で捉えるのとはやや趣が異なると指摘している。¹³したがって、仮に公権力の行使に当たる事実行為があるとして論じる場合には、自衛隊機の運航を公権力の行使に当たる事実行為として捉えることができるかという問題設定をしたほうがよい。

イ また、公権力の行使にあたる事実行為は、即時強制や強制執行といったものを中心に論じられてきた。この二つは、行政上の目的を達成するために国民の身体または財産に対して加えられる行政主体による実力行使である点において、共通する。¹⁴一方で、自衛隊機の運航は、必然的に騒音等の影響を与えるとしてもこれを「実力」と評価できるのか疑問である。典型的に想定されていたのは、行政による人民に対する有形力の行使ではないかと思われる。

ウ また、仮に自衛隊機の運航や騒音自体を公権力の行使たる事実行為と評価できるとしても、命令と同様に自衛隊機の運航の個数をどう数えるのかという問題が生ずる。

(3) 以上のとおり問題点が多数あるので、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の

¹⁰ 大内前掲注1 305頁

¹¹ 事実行為の意味については、高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、1988年)1頁以下、森田寛二『行政機関と内閣府』(良書普及会、2000年)133頁以下に詳しい。

¹² 高木光『行政訴訟論』(有斐閣、2006年)343頁。

¹³ 高木・前掲注12 325頁

¹⁴ 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)319頁

行使」を事実行為としての自衛隊機の運航と捉えることには反対である。

3 防衛大臣の基地供用行為総体説

最後に、防衛大臣の基地供用行為総体を公権力の行使として捉える説の検討を行う。

(1) この説については、大阪空港事件判決(最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁)の伊藤裁判官補足意見が想起される。そこで、まずは、伊藤裁判官補足意見の検討を行う。

ア 伊藤裁判官補足意見においては、空港の設置及び事業者に対する規制等の権限の行使については、航空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を判断すべきものとされているので、これによりなお避け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ものと解するのが相当であり、これらの行政処分や空港設置行為は、空港と利用関係に立たない一般第三者との間においても公権力の行使に当たる、とされていた。

イ そして伊藤裁判官の補足意見に対する批判は、多くのものが挙げられる。¹⁵そのひとつが、伊藤裁判官補足意見が空港の設置、離着陸の規制を含めた運輸大臣の権限行使の総体をとらえて、周辺住民にも受忍義務を課す「公権力の行使」としており、公権力の行使を「一体的ないし包括的」に把握している点である。¹⁶

(2) 学説も指摘するとおり、厚木基地判決の受忍義務の論理は、伊藤裁判官補足意見に基本的に依拠したものである。¹⁷「公権力の行使」とされる「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を防衛大臣の権限行使の総体として捉えるならば、伊藤裁判官補足意見の「一体的ないし包括的」に公権力の行使を把握しているとの問題点が厚木基地判決にも生じてしまうようにも思える。¹⁸そこで、この問題点が、本判決でも生じてしまうのか検討する。

ア まず、注意しなければならないのは、伊藤裁判官補足意見は、公権力の行使として「一体的ないし包括的」に把握する運輸大臣の権限行使の総体は、本来個々の行為に分解可能であるとの前提をとっていることである。¹⁹

(ア) このことは、伊藤裁判官補足意見が以下のように述べているところからわかる。

¹⁵ 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 2012 年/秋号(3 号)(有斐閣, 2012 年)89 頁参照

¹⁶ 高木・前掲注 11 82 頁

¹⁷ 高橋・前掲注 15 89 頁

¹⁸ 高橋・前掲注 15 89 頁

¹⁹ 国立歩道橋判決(東京地裁昭和 45 年 10 月 14 日行集 21 卷 10 号 1187 頁) も以下のように歩道橋の設置は、個々の行為に分解できるとしながらも、起工決定と私法行為との複合した一体的行為として観念することが可能であるとしている。「したがって、横断歩道橋の設置自体は、もとより、地元住民を名宛人としてなされる行為ではなく、これを構成する個々の行為もまた、行政庁の内部的な手続上の行為および行政庁が私人との間に対等の立場にたつて締結する私法上の行為ないしは私人の右契約の履行行為にほかならず、いずれの点からみても、行政庁の住民に対するいわゆる高権的権力の行使に当たる行為といえないことは明らかである。」(下線部筆者)

「このようにして、国営空港の総合的な供用行為は、これを個々に分解すれば、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あるいはそのような性格を有しないものなど様々であるが、全体としては、これら航空行政権の行使によって支えられそれを基盤とする複合的な行政作用とみるべきものである。」(下線部筆者)

(イ) 伊藤裁判官補足意見が、多数意見を参照して「個々の行為」として言及するものには以下のようなものが挙げられる(当時の航空法に従う)。まず航空行政権の主管者としての運輸大臣の権限の行使としては、i 航空法 55 条の 2, 38 条 3 項, 39 条 2 項及び 40 条の規定により所定の手続を経て国営空港の設置を決定すること ii 同法 100 条, 101 条及び 121 条の規定により航空運送事業を営もうとする者に対し事業計画等を審査しうえ免許を与えること iii 同法 108 条 2 項及び 122 条 1 項の規定により航空運送事業者に対し事業計画に従い業務を行うべきことを命ずること iv 同法 109 条及び 122 条 1 項の規定により事業計画の変更を認可すること v 同法 112 条及び 122 条 1 項の規定により航空運送事業者に対し事業計画の変更等事業改善を命ずること vi 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 3 条の規定により離着陸の経路又は時間その他航行の方法等を指定することが挙げられる。また、空港管理者としての運輸大臣の権限の行使としては、i 航空法 55 条の 2 第 2 項及び 54 条の 2 第 1 項の規定及び空港管理規則(昭和 27 年運輸省令第 44 号)の定めるところにより、運輸大臣の設置、管理する公共用飛行場の施設の管理、構内営業の規制その他飛行場の能率的運営とその秩序維持のため必要な事項を行うこと ii 同法 55 条の 2 第 2 項, 47 条 1 項の規定により同法施行規則 92 条所定の保安上の基準に従って飛行場を管理すること iii 空港整備法 6 条及び 10 条の規定により運輸大臣が設置、管理する第二種空港において滑走路等の新設、改良又は災害復旧の工事を施行しようとするときはあらかじめ費用の分担者である都道府県と協議し、又はこれに通知しなければならないことが挙げられる。

イ このように、大阪空港事件判決は、航空法の個々の規定に言及しながら運輸大臣の権限を個々に分解している。運輸大臣の権限を規定する航空法の条文は、運輸大臣の行為を規定するとともに、要件を定め、運輸大臣の行為規範として機能している。権力は、法律により付与される(法律の留保原則)。したがって、公権力の行使とされる行為が何であるかを探求する場合には、根拠法がいかなる行為をひとまとまりとしてとらえ、その行為にいかなる効果を付与しているのかを問題とすべきである。行政の行為を、根拠法を離れて、自然的社会的に観察するのは妥当ではない。本件では、根拠法たる自衛隊法が、防衛庁長官のいかなる行為を 1 個の行為としてとらえているのかを探求することが重要である。

(ア) まず、自衛隊法は、自衛隊機の運航に関する権限の行使については、前述のとおり自衛隊法 8 条と同法 107 条 5 項で規定されているのみである。これは、前述のように航空法が、明文で運輸大臣の行為を明確に規定して要件を定めているのとは大きく異なる。

(イ) 次に、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限行使は、航空法上の個々の行為の概念

を前提としているのではないか問題となる。後述するとおり、航空機の運航に関しては、自衛隊法は航空法の特別法の関係にある。すると、自衛隊法 8 条と同法 107 条 5 項が防衛大臣の行為を明確に規定して要件を定めていなくとも、大阪空港事件判決が言及するとおり航空法上は運輸大臣の権限が個々の行為に分解できるのであるから、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限の行使についても、航空法と同様に個々の行為に分解できるとの考え方も成り立ちうる。もっとも、多くの学説が指摘するとおり、航空行政権に対応する「防衛行政権」なるものは存在せず、「航空行政権の主管者」に対応する防衛大臣の権限は存在しない。²⁰一方で、「空港管理者」に対応する防衛大臣の権限については、自衛隊法 107 条 1 項で航空法 38 条 1 項の規定が適用除外とされ、防衛大臣は、国土交通大臣の許可を得なくとも空港等又は航空保安施設の設置ができる。そして、この場合防衛大臣は、「空港等の設置者」(航空法 41 条 1 項)、「航空保安施設の設置者」(航空法 42 条 1 項)や「空港の設置者」(航空法 44 条 1 項)ではない。したがって、防衛大臣が設置した飛行場については、これらの者を対象とした航空法の空港等の設置管理運営の規定は、適用されないことになる。また、当然、防衛大臣は、国土交通大臣ではないので、国土交通大臣みずから空港等を設置した場合の規定も適用されない。さらに、防衛大臣の設置する飛行場は、「空港」(空港法 2 条)ではないので、空港法の適用対象にもならない(航空法 56 条の 5)。²¹つまり、防衛大臣が飛行場等を設置する場合には、防衛大臣は航空法の規定を前提とせずに、飛行場を管理運営することができる。このように、「空港管理者」に対応する防衛大臣の権限は、航空法のように細分化して規定されておらず、後述のように自衛隊法 107 条 5 項の適用があるのみである。以上のように、大阪空港判決が指摘するように航空法は、運輸大臣の個々の行為を明確に規定し、要件を格別に定めていた。しかし、自衛隊法上は、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限は、航空法上の個々の行為の概念を前提としない。

(ウ) そして、自衛隊法は、107 条 1 項 4 項で航空法の適用除外を定める一方で、107 条 5 項で防衛大臣が様々な基準を定めるべきことや必要な措置を講じることを規定している。たしかに、自衛隊法 107 条 5 項は、①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を定めること、②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ること、③航

²⁰ 大塚直「厚木基地第 1 次、横田基地第 1 次、2 次訴訟最高裁判決について」ジュリ 1026 号(1993)56 頁、大内・前掲注 1 295 頁

²¹ 「飛行場」の定義づけは、法律上で明確にされていないが、国際民間航空条約附属書第 14 で「航空機の到着、出発、移動のために全部又は一部を使用する目的をもった陸上又は水上の一定区域(建物、施設及び機材等の付帯物を含む)」と定義される。このような「飛行場」は、飛行場は公共用飛行場と非公共用飛行場に区別される。公共用飛行場は「公共の用に供する飛行場」(航空法 3 条、4 条、9 条、38 条 2 項 3 項参照)である。公共用飛行場も明確な定義はないが、公共用飛行場は、「不特定多数の航空機の利用を対象とする飛行場」で、非公共用飛行場は、「公共の用に供する飛行場以外の飛行場」(航空法 41 条 2 項)である。公共用飛行場の中に「空港」(空港法 2 条)が含まれる。(土屋正興『明解航空法解説』(鳳文書院出版販売 1988 年)135 頁)。

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ること、を要求している。すると、航空法の適用除外があっても、自衛隊法は、防衛大臣の権限を「航空機の安全確保」「航空機の運航」「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」「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る」といった形で防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限を細分化しているようにも思える。もっとも、自衛隊法 107 条 5 項は、防衛大臣の権限の範囲をきわめてあいまいにしか規定していない。また、要件、効果といったものを全く規定していない。また、後述のとおり、自衛隊法 107 条 5 項は、防衛大臣に特定の基準を設定することまでも要求するものでない。すると、自衛隊法 107 条 5 項は、上記のような形で、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限を細分化して規定しているわけではないと考えることができる。

(エ) また、防衛大臣は、自衛隊法の規定する指揮命令系統に従って部隊や機関に対して命令し自衛隊機を運航することになる。しかし、自衛隊法上は、個々の自衛隊機を運航する際の命令の要件や方法を定めるといった形式にはなっていない。自衛隊法 8 条は、「防衛大臣は、この法律の定めるところに従い、自衛隊の隊務を統括する。」と極めて概括的な規定をしているのみである。

(オ) 以上のようなことから、自衛隊法は、防衛大臣の基地供用行為総体を一個の行為と捉えているものと思われる。²²先では、自衛隊法の規定方法という形式面からこのような結論を導いた。実質的な理由としては、自衛隊機の運航は、判例も指摘するとおり、防衛政策全般にわたる判断の下におこなわれるべきものであり、航空法や自衛隊法で防衛大臣の権限を個々の行為に分解して、個別に要件を課す立法政策は妥当ではないということが挙げられる。多くの学説が指摘するとおり、一見したところでは、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が具体的に何であるのかが特定できなかつた。そして、命令や自衛隊機の運航、騒音それ自体といったように個々の行為(前述のとおり騒音それ自体を行為と把握することには反対である)に分解しようとすると、命令が特定できないといった問題や、自衛隊機の運航行為の個数をどのように把握するのかといった問題が生じてしまった。この理由は、そもそも自衛隊法が防衛大臣の基地供用行為の総体を 1 個の行為として把握しており、これよりも小さな単位で行為を規定し要件を定めていなかったということに求められよう。上記の問題は、生じて当然の問題だったのである。

(3) このように、大阪空港事件判決が指摘するような土交通大臣の権限は、航空法上個々の行為に分解して把握することが可能であった。しかし、伊藤裁判官は、それにもかかわ

²² 「航空機の運航」とは、人が航空機を合目的的に使用することに着目したもので、主として航空従事者が航空機を操縦する全ての行為をいう(土屋・前掲注 21 247 頁)。また、航空法は、明らかに「航空機の運航」と「空港等の設置、管理」を区別して規定している。すると、「航空機の運航」には、「空港等の設置、管理」は含まれないことになる。もっとも、判例が公権力の行使としている行為は、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」(下線部筆者)である。したがって、私見のように、飛行場の設置管理も含めた基地供用行為の総体を公権力の行使と捉える解釈も判例と矛盾しないといえる。

らず、「一体的ないし包括的」に公権力の行使を把握しようとしたことに問題があった。しかし、厚木基地判決の場合には、そもそも、自衛隊法が防衛庁大臣の基地供用行為総体を1個の行為として規定している。したがって、「一体的ないし包括的」に公権力の行使を把握しているとの批判²³は、厚木基地判決においては妥当しない。むしろ、厚木基地判決は、自衛隊法が1個の行為として把握している行為について公権力の行使か否かを検討していると考えらるべきである。私見は、たしかに権限総体を公権力の行使とみる点では、伊藤裁判官と共通する。しかし、根拠法上分解可能な個々の行為として規定されている行為を全体として再構成し把握する伊藤裁判官の方法とは異なり、私見は、根拠法上もともと個々の行為に分解できない行為を1個の行為として公権力性を把握する。この私見では、厚木基地最判の判断枠組みは、法が1個の行為と定めているものを基準に公権力性を判断するという、ごみ処理場判決²⁴以来の伝統と軌を一にするものであるということになる。

【Ⅱ 自衛隊機の騒音発生】

判旨は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が、周辺住民に受忍義務を課すことの2つ目の理由として、「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る」ことを挙げている。以下この理由を検討する。

第1、航空法体系における騒音規制

1、航空法の規定

(1) まず、航空法1条は、「航空機の航行に基因する障害の防止」を航空法の目的に掲げる。そして、新潟空港事件判決²⁵は、この文言に航空機の騒音による障害が含まれることは明らかであるとしている。

(2) 次に、耐空証明制度が挙げられる。²⁶原則として、航空機は、有効な耐空証明を受けているものでなければ、航空の用に供してはならない(航空法11条1項)。耐空証明は、申請に基づき国土交通大臣が行う(航空法10条1項)。国土交通大臣が「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」に耐空証明を行う場合には、騒音基準に適合することが必要とされる(航空法10条4項2号)。耐空証明には、有効期間が存在し(航空法14条)、耐空証明のある航空機が騒音基準に適合しないとき等には、国土交通大臣は、整備改造命令を発したり耐空証明の効力の停止等の措置をとったりすることができる(航空法14条の2)。また、騒音基準が適用される航空機は、国土交通省令の定める事由に該当すれば、耐空証明が自動的に失効する(航空法15条2号)。耐空証明のある航空機は、修理又は改造を行う場合は、所定の検査を受けなければならないとしている(航空法16条)。航空運送事業の用に供する国土交通省令で

²³ 塩野・前掲注1 116頁

²⁴ 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁

²⁵ 最判平成元年2月17日民集43巻2号56頁

²⁶ 旧航空法の騒音基準適合証明制度は、耐空証明制度に一本化された。

定める航空機も整備又は改造する場合には、規制が存在する(航空法 19 条 1 項)。さらに、耐空証明を受けない航空機の使用等の罪が規定され 3 年以下の懲役若しくは 10 万円以下の罰金、またはこれを併科して処罰される(航空法 143 条)。さらに両罰規定もある(159 条)。

(3) そして、空港等又は航空保安施設の設置に関する国土交通大臣の許可制度が挙げられる。空港等(航空法 2 条 6 項)を設置する場合には、原則として国土交通大臣の許可が必要である(航空法 38 条 1 項)。空港等設置許可申請があった場合には、航空法 39 条に基づき、申請を審査しなければならない。そして、航空法 39 条 1 項 2 号では、「他人の利益を著しく害することとならないものであること」を要求している。以前、新潟空港判決²⁷は、航空法 1 条の目的規定を重視して、定期航空運送事業免許処分に航空機の騒音により著しい障害をうける周辺住民の取消訴訟の原告適格を認めた。このことに鑑みると、39 条 1 項 2 号の文言にも、周辺住民の騒音被害に対する配慮を読み込むことはできるだろう。²⁸

(4) さらに、航空法 85 条は、粗暴な操縦の禁止として、航空機は、運航上の必要がないのに低空で飛行を行い、高調音を発し、又は急降下し、その他他人に迷惑を及ぼすような方法で操縦してはならない旨規定する。これも、航空法 1 条の目的とあわせて考えれば、騒音障害防止のための規定と解釈することができる。

(5) 曲技飛行等の禁止原則規定もある(航空法 91 条 1 項)。同条は、航空機が曲技飛行等を実施する際の一定の空域と気象条件を定めた。曲技飛行等は、著しい高速の飛行を含み、航空機の有する最大性能を駆使し、発生する騒音も大きくなる。そして、一定の空域には、「人又は家屋の密集している地域の上空」が含まれる(航空法 91 条 1 項 1 号)。航空法 1 条も併せて考えると、航空法は、曲技飛行等を原則として禁止することにより騒音障害を防止しようとしているといえる。

2. 航空機騒音障害防止法の規定

航空機騒音障害防止法には、国土交通大臣の航行方法の指定がある(同法 3 条 1 項)。もっとも、この航行方法の指定は、公共用飛行場に離着陸する航空機が対象である。

第 2. 自衛隊法の規定

以上では、航空法体系における騒音規制について言及した。以下では、このような航空法体系における騒音規制が自衛隊法上どのようなになっているのかについて検討する。

1. 航空法と自衛隊法の関係

まず両法の関係につき検討を加える。

(1) 航空法は、1 条で、「国際民間航空条約の規定並びに同条約の附属書として採択された標準、方式及び手続に準拠して」いることを明記している。そして国際民間航空条約は、その名のとおり、民間航空機を対象にしているものである。シカゴ条約では、民間航空機

²⁷ 最判平成 4 年 9 月 22 日民集 46 卷 6 号 571 頁

²⁸ 東京地判平成 23 年 6 月 9 日 LLI/DB は、「『他人の利益』には、例えば、設置しようとする当該飛行場周辺に居住する者が航空機の騒音によって障害を受けないという利益が含まれると解する余地は十分にあるといえること(最高裁昭和 57 年(行ツ)第 46 号平成元年 2 月 17 日第二小法廷判決・民集 43 卷 2 号 56 頁参照)」と述べている。

のみが適用対象とされ、国の航空機は適用範囲外とされている(同条約3条)。すると、同条約に準拠して制定された航空法は、自衛隊機については、適用されないことが前提とされているようにも思える。

(2) もっとも、直ちに、航空法が民間航空機のみ適用されるということにはならない。なぜならば、航空法には、シカゴ条約のように民間航空機にのみ適用されるということは、明記されていない。また、航空法の「航空機」概念(航空法2条1項)も民間航空機に限定するものではない。したがって、航空法は、日本の国籍を有する航空機に対しては、国の航空機であるとないに係らず、全てを法の適用対象としている²⁹。そして判旨も指摘するとおり、自衛隊法107条1項4項は、航空法の規定の適用除外を定める。自衛隊機にも航空法の適用があることが前提となっているからこそ、自衛隊法がわざわざ航空法の適用除外を明記しているのではないか。したがって、航空法と自衛隊法は、一般法と特別法の関係にあるといえる。³⁰

2. 適用関係

次に、上記の航空法体系上の騒音規制が自衛隊機の場合にはどのように変更されるか検討する。

(1) 判旨が言及する自衛隊法107条1項につき検討する。この規定は、自衛隊法107条4項とは異なり自衛隊が特定の行動をする場合に限定せずに、航空法の規定を除外する。同条が定める航空法の適用除外の中には、前述した、航空法11条、同法38条1項が含まれる。すなわち、自衛隊機は有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供することができる。また自衛隊が飛行場を設置する場合には、国土交通大臣の許可を受けることなく飛行場や航空保安施設を設置することができ、「空港等の設置者」(航空法41条1項)、「航空保安施設の設置者」(航空法42条1項)、「空港の設置者」(航空法44条1項)に課される規制が課せられない。

(2) さらに判旨は、自衛隊法107条4項にも言及する。同項は、1項とは異なり、自衛隊が特定の行動をする場合の、航空法の適用除外を定めている。この中で、自衛隊法76条の規定に基づき防衛出動が行われた場合には、航空法91条の規定が適用除外となる。すなわち、自衛隊機は自由に曲技飛行等ができるようになる。

(3) また、航空機騒音障害防止法は、「公共用飛行場」においてのみ適用される。自衛隊

²⁹ 土屋・前掲注21 2頁

³⁰ 自衛隊法107条1項4項は、航空法の規定が自衛隊機についても適用されることを前提に適用除外を定める。同条3項も航空法第6章の規定が自衛隊機についても適用されることを前提としている。もっとも、同条2項は、航空法の規定を「準用」するとしており、航空法の規定が、自衛隊機には本来適用されないことを前提としているかのようである。しかし、2項で「準用」の対象となる航空法の規定は「公共の用に供する飛行場」に関する規定である。「自衛隊が設置する飛行場」(自衛隊法107条2項)は「公共の用に供する飛行場」ではない。このために、本来適用とならず、「準用」の語が用いられているに過ぎない。あくまで、自衛隊法は、航空法の規定が適用されることを前提としていると理解すべきである。

の設置する飛行場は、「公共用飛行場」に該当しないので、航空機騒音障害防止法の適用はない。

第3、私見

以上のような航空法、航空機騒音障害防止法や自衛隊法の規定からどのようなことがいえるのか検討する。

1、「航空機」の性質

まず、「航空機」が自衛隊法上いかなる存在であるか検討する。

(1) 航空法1条は、航空機騒音障害防止を航空法の直接の目的として規定している。したがって、航空法は、何らの規制も行わず航空機が運航されれば、必然的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音が発生するため、これを禁圧するために様々な規制を用意していると理解できる。つまり、航空法は、「航空機」(航空法2条1号)を本来的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと認識している。

(2) また、航空機騒音障害防止法は、「航空機」の定義を何ら規定しない。航空機騒音障害防止法は、航空法上の「航空機」の定義を前提にしているといえる。そして、同法は、航空機の「種類」で限定せず、公共用飛行場という「場所」に注目して国土交通大臣に騒音規制の権限を付与している。したがって、航空機騒音障害防止法も航空法と同様に全ての「航空機」を本来的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと認識している。

(3) そして、自衛隊法は、前述したように航空法の特別法であり、航空法2条1号を適用除外としていないので自衛隊法も航空法の「航空機」の定義を前提にしているといえる。したがって、自衛隊法も「航空機」を本来的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと認識している。

2、耐空証明制度の適用除外

次に、耐空証明制度が自衛隊法上適用除外となることにつき検討する。

(1) 前述したとおり、航空法は目的として「航空機の航行に起因する障害の防止を図る」という文言を挿入し、原則として有効な耐空証明を受けるのでなければ、航空の用に供することができないという強力な効果を付与した。そして、「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」については、騒音基準を満たさなければ耐空証明を受けることができない。そして、耐空証明の有効期間の制限、国土交通大臣による停止の制度、法律上当然に効果が発生する失効制度、修理改造の際の規制等の制度を定めて騒音基準適合証明制度の実効性を確保しようとしている。また、違反者に対しては、刑事罰の制裁及び両罰規定まで用意している。このように、航空法で規定される耐空証明制度は非常に厳格な制度である。航空法がこのような厳格な耐空証明制度を規定した趣旨は、何らの規制も行わず「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」を運航すれば甚大な騒音が発生するため、これを禁圧することにあると考えられる。

したがって、航空法は、有効な耐空証明を受けない「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」の運航に伴い必然的に甚大な騒音が発生すると理解しているといえる。

(2) 一方で、「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」以外の航空機は、耐空証明を受ける際に騒音基準への適合が要求されない。また、「国土交通省令で定める滑空機」(航空法 10 条 1 項)は、そもそも、耐空証明制度の範囲外である。すると、航空法は、これらの航空機を騒音が発生しないものとして理解しているようにも思える。もっとも、前述のように航空法は、すべての「航空機」を、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在であることを前提としている。したがって、耐空証明の騒音規制を受けない航空機は、甚大な騒音を発生させないだけであり、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生する存在であることには変わらない。

(3) 自衛隊法は、あえて耐空証明の規定を適用除外とする。したがって、非常に大きな騒音を発生させる存在である「航空機」に含まれる自衛隊機はすべて、耐空証明の騒音規制を受けることなく運航される。

3, 飛行場や航空保安施設設置における許可制度の適用除外

次に、自衛隊が国土交通大臣の許可を得ることなく飛行場や航空保安施設を設置できることにつき検討する。

(1) 航空法は、個々の航空機の構造に着目した耐空証明制度だけでなく、航空機が離発着する空港等の設置段階から騒音規制を行っていた。しかし、この騒音規制は、自衛隊法 107 条 1 項により排除されてしまう。

(2) そして、この国土交通大臣の許可制による空港等の設置段階での騒音規制が行われていない自衛隊が設置する飛行場には、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生する存在である「航空機」たる自衛隊機が耐空証明の騒音規制を受けることなく航空の用に供され離発着する。

4, その他の騒音規制

さらに、航空機騒音障害防止法の国土交通大臣の航行方法の指定については、自衛隊の設置する飛行場に適用はない。したがって、この点からも騒音規制は行われない。また、防衛出動が行われれば、曲技飛行も解禁され騒音は一層大きくなる。

5, 結論

このように、非常に大きな騒音を発生させる存在である「航空機」に含まれる自衛隊機の運航に対して、上記の種々の騒音規制は適用されない。たしかに、後述のとおり防衛大臣には、周辺住民に対する配慮義務が課せられている。もっとも、この配慮義務は、防衛大臣に特定の方法に従い騒音等を軽減させるものではなく、あくまで防衛大臣の広い裁量に基づき防衛政策全般の判断の下での騒音規制を行わせるものにすぎない。上記の航空法などが規定する種々の強力な騒音規制方法に比べるとかなり脆弱な騒音規制方法である。

また、常に航空法 85 条が自衛隊機の運航にも適用され、粗暴な操縦が禁止されるが、この程度の規制では、騒音の発生を防止することは不可能である。したがって、自衛隊法は、自衛隊機の運航に伴う騒音等の発生を禁圧することを放棄し、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音等の発生を容認しているといえる。³¹

【Ⅲ 防衛大臣の周辺住民への配慮義務】

判旨は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が、周辺住民に受忍義務を課すことの 3 つ目の理由として、「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し、統括すべきものである。」ことを挙げている。以下では、防衛大臣の周辺住民に対する配慮義務がいかなるものか検討する。

第 1、配慮義務の根拠

私見では、配慮義務は、航空法 1 条の規定と自衛隊法 107 条 5 項から導くことができると考える。

(1) 前述したように、自衛隊機の運航に関しては、航空法と自衛隊法は、一般法と特別法の関係にあり、自衛隊機の運航に関しても、原則的に航空法の規定が適用される。航空法 1 条は、「航空機の航行に基因する障害の防止」と規定し、「航空機」(航空法 2 条 1 項)に自衛隊機が含まれることも明らかである。したがって、自衛隊機の運航に関しては、航空法 1 条が適用され、防衛庁長官の配慮義務を肯定することはできる。³²

(2) また、前述のとおり航空法は様々な騒音規制の手段を規定していた。そして、これらの騒音規制は、自衛隊法 107 条 1 項 4 項によって除外される。しかし、自衛隊法 107 条 5 項は、「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」列挙された基準を策定すべきこととしている。自衛隊法 107 条 1 項 4 項により適用が排除された航空法上の騒音規制方法の代わりに 107 条 5 項の規定が置かれていることを示している。自衛隊法 107 条 5 項は、排除された航空法の騒音規定と無関係に存在しているわけではないということがこの「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」との文言によって示されている。したがって航空法上の個別具体的な騒音規制が自衛隊法上排除されていても、自衛隊法 107 条 5 項は、防衛大臣の配慮義務までも免除しているとはいえない。このように考えると、防衛大臣の周辺住民に対する配慮義務の存在は肯定できる。判旨が、自衛隊法 107 条 1 項、4 項、5 項について言及しているのはこの趣旨であろう。

(3) 上記のように 107 条 5 項だけからでも配慮義務は導き出させる。しかし、107 条 6 項

³¹ 大内前掲注 1 303 頁も「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」と述べる。ただし、後述のとおり、私は、自衛隊機の運航に必然的に騒音等の発生が伴うことに加えて、航空機騒音の特殊性があってはじめて「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」と論証できると考える。

³² もっとも、航空法 1 条が自衛隊機の運航の場合に適用されたとしても、特別法である自衛隊法の下での配慮義務が肯定されるに過ぎない。

は基準を制定する際には、国土交通大臣と協議するものとしている。そして、国土交通省は、「航空機の航行に起因する障害の防止」を所掌事務としている(国土交通省設置法 4 条 106 号)。このことから配慮義務が存在することが肯定できるだろう。

(5) なお、私見によれば、自衛隊法は、自衛隊機の運航に伴い受忍限度を超えるような非常に大きい騒音が発生することを許容しているが、このことは、直ちに配慮義務を否定することにつながらないと考える。航空機から航空機騒音が必然的に発生するとしても、防衛大臣に配慮義務を課すことで、周辺住民に及ぶ騒音等の影響を軽減することはできる。例えば、運航に伴い騒音が発生するとしても、配慮義務を適切に履行し、航空路を変更したり、離着陸の時間帯を限定したりすれば、周辺住民が受ける騒音等の影響は、軽減されるはずである(もっとも、後述のとおり、配慮義務の履行方法は、防衛大臣に一任されていると考える。)

第 2、防衛大臣の配慮義務と基準制定の関係

私見では、上記の根拠に基づき配慮義務を肯定することができる。もっとも、自衛隊法の訓令には、騒音防止に関する基準は見当たらない。³³そこで、防衛大臣の配慮義務と基準制定の関係が問題となる。

(1) まず、注意しなければならないのは、配慮義務が存在すれば、直ちに防衛大臣は自衛隊 107 条 5 項に基づき騒音規制の基準を定めなければならないというわけではないということである。同条同項が防衛大臣に要求しているのは、①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を定めること、②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を定めること、③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ること、④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ること、である。³⁴後述のように「運航に関する基準」や「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」に騒音防止の基準を読みこむことができたとしても、自衛隊法 107 条 5 項は、騒音障害防止の基準を制定することまでは明文で定めていない。

(2) 防衛大臣に配慮義務を履行させるには、次のような立法政策が考えうる。①自衛隊法で騒音障害防止の方法を明記し防衛大臣に履行させる、②防衛大臣に騒音防止に関する基準を定めさせた上でその基準に従い配慮義務を履行させる、③防衛大臣に騒音防止に関する基準を定めさせずに防衛大臣に配慮義務を履行させるといった方法である。自衛隊法が①の方法を採用していないことは明らかである。そして私は、自衛隊法は、最後の③の立法政策を採用していると考える。理由は、以下のとおりである。

ア まず、形式的な理由として、前述のとおり、自衛隊法 107 条 5 項は、明文で防衛大臣

³³岡田正則「公共事業の公権力性と差止訴訟」法時 70 卷 6 号 98 頁

³⁴ 「その他」とは、前にあることばと後のことばと並列の関係になっていることを表す。例示を表す「その他の」とは区別して考えなければならない。法制執務用語研究会『条文の読み方』(有斐閣 2012 年)36 頁参照。

に対し騒音障害防止の基準制定を要求していないことが挙げられる。自衛隊法は、107条1項4項で航空法上の個々の騒音障害防止の規定の適用を排除していた。この上で②の立法政策を採用し、防衛大臣に騒音障害防止の基準を制定させた上で配慮義務を履行させるのであれば、明文でこのような規定を設けることが自然であろう。例えば、自衛隊法107条5項のように航空法の個々の騒音障害防止の規定との対応関係を曖昧に定めるのではなく、「防衛大臣は、耐空証明制度に代わる騒音防止のための基準を定めなければならない」といった規定ぶりにするはずである。自衛隊法が、107条5項に騒音障害防止の基準制定を明記していないということは、自衛隊法が③の立法政策を採用していると考えることが妥当である。

イ 次に、実質的な理由として、配慮義務は、防衛政策全般にわたる判断の下に行われるべきものであることが挙げられる。自衛隊法は、自衛隊の任務を3条で定め、防衛大臣は、自衛隊法の規定に基づき、自衛隊の隊務を統括するとしている(8条柱書本文)。そして、判旨も指摘するとおり、安全保障の特質上、自衛隊機の運航は、こ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なければならない。①の方法のように、自衛隊法で一方的に騒音防止に関する方法を定めたり、②の方法のように防衛大臣に特定の騒音防止に関する基準を制定させこれに従い配慮義務を履行させたりすると、自衛隊機の運航を柔軟に行うことができなくなり、国の防衛を確実、かつ、効果的に遂行するという自衛隊の主たる任務が遂行できなくなってしまう。自衛隊の主たる任務を遂行させることと、配慮義務を履行させることを両立するためには、防衛大臣が基準で定めることに適すると判断した事項は、基準を定めさせこれに従い配慮義務を履行させ、防衛大臣が基準で定めるには適さないと判断した事項は、基準を定めさせないで配慮義務を履行させる方法が妥当であるといえる。(3) このことに鑑みると、自衛隊法は、防衛大臣が配慮義務を②の方法により履行すべきことまでを要求せずに、③の方法により履行すべきことを許容したというべきである。³⁵もっとも、自衛隊法は、防衛大臣が、②の方法により配慮義務を履行することを否定するものではない。自衛隊法107条5項が、防衛庁大臣に要求している事項は、前述の4つの事項である。将来防衛大臣が騒音防止のための基準を制定することになる場合には、「運航に関する基準」³⁶や「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」に読み込むことになろう。

³⁵ 大内前掲注21 302頁も「自衛隊機の運航を規制する権限は、いわば一元的に防衛庁長官に集約されているのである。」と述べている。

³⁶ 土屋前掲注21 247頁によれば、「航空機の運航」とは、人が航空機を合目的に使用することに着目したもので、主として航空従事者が航空機を操縦するすべての行為をいう。また、「航行」とは、航空機が地上滑走を開始しその後地上を滑走終了するまでのことをいう。そして「飛行」とは、航空機の離陸から着陸までをいう。「運航」は「航行」を含む概念である。航空法は、「航空機航行に起因する障害の防止」としているので、「運航に関する基準」に騒音防止の基準を読み込めるだろう。

第3, 学説

一方で、防衛庁長官には配慮義務がないとする学説も存在する。以下これらの学説の検討を行う。

1, まず畠山教授の説について検討する。教授は、以下のように指摘する。³⁷

(1) 航空法1条は「航空機の航行に起因する障害の防止を図る」ことを法目的のひとつに掲げる。この「航空に起因する障害の防止」という文言は、昭和50年に騒音基準適合証明制度が導入された際に航空法1条に追加されたものである。その後、この騒音基準適合制度は耐空証明制度に一本化された。しかし、自衛隊法は、107条1項が航空法11条の定める耐空証明制度を自衛隊機につき適用除外としている。したがって、配慮義務なるものは存在しない。

(2) 民間航空機の場合には、航空機騒音障害防止法3条が適用され、国土交通大臣に、航空機の騒音による障害の防止・軽減のために航行方法を指定する権限を与えている。一方で、防衛施設周辺環境整備法にはこのような規定は見当たらないことに言及する。

(3) 教授は、自衛隊法107条5項の「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」の中に、その趣旨を読み込むことができるにすぎないと指摘する。そして、この規定はせいぜい防衛庁長官の周辺住民への影響に配慮すべき一般的な「責務」を定めたものにすぎず³⁸、それを権限規定に見立て、さらにそこから周辺住民の騒音等に対する受忍義務を引き出すのは論理の飛躍であるとする。³⁹

2, 以下畠山教授の説に対する私見を述べる。

(1) 教授が、自衛隊機については、騒音基準適合証明制度、耐空証明制度が適用除外とされていることから、配慮義務がないとするのであれば、この論理は妥当ではない。なぜならば、騒音基準適合証明制度、耐空証明制度を適用除外としても、このような制度に基づかない配慮義務を肯定することは可能だからである。すなわち、これらの制度が配慮義務の唯一の論理的前提であるわけではない。前述のとおり、耐空証明以外にも様々な騒音規制の方法を航空法などは用意している。また、教授が、自衛隊機には騒音基準適合証明制度、耐空証明制度の適用がないから、航空法1条の「航行に起因する障害の防止」の部分が自衛隊機については適用されないとするのであれば、この論理にも賛同できない。たしかに、立法の経緯は教授の指摘するとおりであるし、航空機の騒音規制において両制度が要を占めていることは疑いない。しかし、国土交通省令で定める滑空機については、航空法第3章の「航空機」の範囲からは除外されるので(航空法10条1項)、有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供すること(航空法11条1項)ができる。また、試験飛行等を行うため国土交通大臣の許可を受けた場合も、有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供す

³⁷ 畠山・前掲注7 96, 97頁

³⁸ 高木・前掲注12 340頁,

³⁹ 宇賀克也,『行政法Ⅱ』[第3版](有斐閣, 2011年)178頁

ることができる(航空法 11 条 1 項但書)。⁴⁰一方で、航空法 1 条の「航空機」は、有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供することができる航空機をも含む概念として機能している。「航行に起因する障害の防止」と騒音基準適合証明制度や耐空証明制度とは大いに関係があるが、両制度が適用されないからといって、「航行に起因する障害の防止」の部分が適用されなくなるわけではない。また、有効な耐空証明を受けず航空の用に供される航空機であっても、前述のとおり、空港等の設置の段階で飛行場周辺に騒音等の影響が及ばないように配慮されている。有効な耐空証明を受けていない航空機であっても配慮された空港等を利用し航空の用に供される場合には、やはり騒音等への配慮が行われているといえる。そして、有効な耐空証明を受けずに航空の用に供される航空機であっても、公共用飛行場に離着陸する場合には、航空機騒音障害防止法が適用される。最後にすべての航空機には、航空法 85 条が適用され防衛大臣は、粗暴な操縦をするような自衛隊機の運航に関する権限を行使することはできない。この点からも騒音規制は行われ配慮義務は肯定できる。

(2) また、たしかに、教授の指摘するとおり、防衛施設周辺環境整備法には、航空機騒音障害防止法 3 条のような規定は存在しない。しかし、航空法体系の騒音規制の手段は、航行方法の指定以外にも存在する。したがって、航行方法の指定といった規定が防衛施設周辺環境整備法にないことを理由として直ちに防衛大臣の配慮義務を否定することはできない。

(3) 次に、教授が防衛大臣の配慮義務を自衛隊法 107 条 5 項の「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」の中に読み込めるとすることにも反対である。私見で述べたとおり、配慮義務自体は、航空法 1 条と自衛隊法 107 条 5 項の「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」との部分に読みこむべきだと考える。航空法 1 条は、「航空機の航行の安全及び航空機の航行に起因する障害の防止を図るための方法を定め」と規定し、「安全」と「障害の防止」を区別して規定している。「安全」の中に「障害」を読みこむことは妥当ではない。⁴¹「災害」の文言に「騒音」を読み込むことも困難である。

(4) 最後に、教授は、配慮義務が存在していることから受忍義務が導かれるとの理解に基づいて判例を批判している。たしかに、判旨がこのような論理を展開しているのであれば、批判は免れないであろう。しかし、判旨が配慮義務から受忍義務を導いているとの理解は適切でないように思われる。後述のとおり、受忍義務が課される根拠は、「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」の部分に求められるべ

⁴⁰ 旧航空法下の騒音基準適合証明制度の下でもほぼ同様の構造になっている。

⁴¹ 厚木基地判決の判旨では、「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、」「このことは、自衛隊機の運航の特殊性に於いて、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。」「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」と述べている部分がある(下線部筆者)。最高裁も「安全」と「障害の防止」を区別していることがわかる。

きである。一方で、配慮義務は、公権力性を基礎づけるために言及されていると理解すべきである。なぜならば、配慮義務を履行するという防衛大臣の判断が介在した上で周辺住民に騒音等の影響が及ぼされるという関係にあるからである。私見に基づけば、教授らが、自衛隊法 107 条 5 項が防衛大臣の「責務」を規定するのみで、ここから受忍義務を導くのは論理の飛躍だとする点については、賛成できる。しかし、判旨がそのような論理構成を採用しているとの点については、反対である。

2, 次に岡田教授の説について検討する。⁴²

(1) 教授は、自衛隊法 107 条 5 項が防衛大臣に定めるよう要求する訓令にも言及したうえで、すべての法令を通覧しても、騒音に関して長官が配慮すべき旨を定めた規定を見出すことはできないとしている。

(2) しかし、岡田教授は、航空法と自衛隊法との関係に着目せずに、自衛隊法の規定のみに着目して防衛庁大臣の配慮義務の存否を検討している。前述のとおり、自衛隊機に関しては、航空法と自衛隊法は、一般法と特別法の関係にあるので、航空法の規定も参照したうえで、防衛庁大臣の配慮義務の存否について論じなければならないはずである。そして、前述のとおり、航空法の規定も視野に入れて検討すれば、防衛大臣の配慮義務は肯定できると考える。

3, 最後に大塚教授の説について検討する。⁴³

(1) 教授は以下のように述べる。「しかし、自衛隊法 107 条 1, 4 項が航空法の諸規定の適用を除外していることから、法律はこの点の配慮を特に長官に求めている(そして、107 条 5 項は災害防止、公共の安全に関する定めはしているが、騒音防止措置を講ずべきことは含んでいない)と解する余地も十分にあると思われる。」

(2) 教授は、自衛隊法 107 条 1 項 4 条が航空法の規定を適用除外としていても、航空法 1 条については、適用除外としていないことや、自衛隊法 107 条 5 項の「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」との文言を見落としているように思える。また、前述したとおり、災害防止、公共の安全に関するために配慮義務を読み込むことは不可能であり、この点については教授に賛成できる。しかし、この点をもって配慮義務がないとすることには賛成できない。

4, 以上の学説の批判の根底には、周辺住民への配慮義務を肯定するためには、配慮義務が明確に見出せなければならないとの傾向が強いように思われる。これは、判旨が、配慮義務が存在していることから受忍義務が導かれるとの論理を採用しているという理解に基づいているものと思われる。⁴⁴しかし、前述のとおり、受忍義務が課される根拠は、「自衛

⁴² 岡田・前掲注 33 95 頁

⁴³ 大塚・前掲注 20 53 頁

⁴⁴ 深澤龍一郎教授は、現在の判例によれば、「生命、身体の安全や健康」に対する利益といった重要なものであればあるほど、配慮義務が肯定されるので民事差止訴訟が不適法になると指摘する(「行政関係紛争における事実行為と民事訴訟」法時 85 巻 10 号 45 頁)。これには、論理の飛躍があると思われる。厚木基地判決の民事訴訟排除の構造では、周辺住民

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」という点に求められるべきである。配慮義務は、この受忍義務が、自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限の行使により周辺住民に賦課されることを導くものである。上記学説の主張するところによれば、自衛隊法は、防衛大臣が全く配慮義務を履行せずに周辺住民に騒音等の影響を及ぼし受忍義務を課すことを認めているということになる。このような立法政策では、不必要に周辺住民を騒音等の影響を及ぼすことになり、違憲の疑いが生じ得る。しかし、上記学説の中に自衛隊法の違憲無効を主張する者はない。非常に奇異である。結局上記学説のように自衛隊法が合憲であることを前提とするならば、配慮義務の存在を厳格に解釈することは妥当ではなく、私見のように緩やかに解釈することが妥当である。

【IV 自衛隊機騒音の特殊性】

判旨は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が、周辺住民に受忍義務を課すことの4つ目の理由として、「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」ことを挙げている。判旨は、①「自衛隊機の運航に伴い必然的に騒音等が発生すること」と、②「騒音等の影響が飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であること」を区別し両者を受忍義務賦課の根拠としている。最高裁は、騒音等が必然的に発生すれば直ちに周辺住民に受忍義務が賦課されるとは理解していない。また、判旨は、「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」（下線部筆者）と述べ、全ての騒音等の影響が周辺に広く及ぶことが不可避とまでは言及していない。「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響」と述べ、自衛隊機の運航に伴う騒音等のみに言及した判示となっている。そこで、航空法や自衛隊法が、航空機騒音の特質をどのように理解しているかを検討すべきである。

第1、航空機騒音の程度

まず、航空機騒音の特殊性として騒音が大きいことが挙げられる。

1、上述のとおり航空法体系は、「航空機」を何らの規制を行わなければ受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと理解していた。その上で、民間航空機に対しては、種々の強力な騒音規制が行われていた。

2、しかし、自衛隊法では、このような航空機騒音障害防止を図るための手厚い対処は、排除されてしまったり、航空機騒音障害防止法のようにそもそも適用がなかったりする。一方で、自衛隊法107条5項の配慮義務や航空法85条の粗暴な操縦の禁止といった自衛隊機にも適用される騒音規制は存在するが、脆弱なものである。したがって、自衛隊機の運航に伴って必然的に発生する騒音等は、受忍限度を超えるような非常に大きなものであるといえる。このような解釈は、航空法体系の「航空機」の理解や航空法の適用を排除して

に必然的に不利益が及ぶことが前提となっている。また、必然的に不利益が及んでも配慮義務が直ちに肯定されることにはならない。したがって、配慮義務の存在から直ちに民事訴訟が排除されるとの論理には賛成できない。

いる自衛隊法 107 条 1 項 4 項の解釈により導ける。

第 2, 航空機騒音の周辺住民への影響

次に航空機騒音の特殊性として騒音が到達しやすいことが挙げられる。

1, 騒音とは, 騒がしくて不快と感じる音である。音は, 物体を伝わり人に達する。発生源と人との間に遮蔽物があれば, 騒音の影響は大きく変わる。

2, このうち, 航空機騒音は特殊であるといえる。航空機騒音は, 航空機の運航に伴い発生する。「航空機」とは, 航空法上, 「人が乗って航空の用に供することができる飛行機, 回転翼航空機, 滑空機及び飛行船その他政令で定める航空の用に供することができる機器」と定義され, 航空の用に供することが前提となっている。航空機騒音は, 航空機の運航に伴い発生するので, 航空機騒音は, 空中から発生するものといえよう。そして, 一度空中で発生すれば, 遮蔽物に遮られることなく地上に到達してしまう。

3, 私見

以上を総合すると, 航空法や自衛隊法は, 自衛隊機の運航に伴い必然的に発生する航空機騒音を, ①受忍限度を超えるような非常に大きなものであり, ②空中で発生し遮蔽物に阻止なく地上に到達してしまうという特性を持っているものと理解しているといえる。したがって, 判旨は, 「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」と述べているのだろう。この解釈は, 航空法 2 条 1 項の航空の用に供することを前提としている「航空機」自体の定義や, 判旨の指摘する航空法体系の種々の手厚い航空機騒音障害防止規定を排除している自衛隊法 107 条 1 項 4 項から導ける。⁴⁵

⁴⁵新潟空港事件判決(前掲平成 5 年判決)は「飛行場に航空機が発着する場合に常にある程度の騒音が伴うことはやむをえないところであり, また, 航空交通による利便が政治, 経済, 文化等の面において今日の社会に多大の効用をもたらしていることにかんがみれば, 飛行場周辺に居住する者は, ある程度の航空機騒音については, 不可避のものとしてこれを甘受すべきであるといわざるをえず」(下線部筆者)と言及している。自衛隊機とは異なり, 民間航空機の場合には, 前述のような航空法体系の手厚い騒音防止規制が存在する。判旨は, この手厚い騒音防止規制があっても航空機の離発着の際に完全に騒音を防止することは不可能なので「常に」との文言を用いているのであろう。一方で離発着につき必然的にすなわち「常に」騒音が発生するとしても, この騒音は, 上述の手厚い騒音防止規制によってかなり軽減されたものである。すると, この「常に」発生する民間航空機の騒音は, 自衛隊機の場合とは異なり程度が甚大であるとはいえない。したがって判例は, 「ある程度」との文言を用いているのだろう。さらに, 民間航空機の騒音の程度は, 甚大ではなく「ある程度」のものであるが, 空中で発生し遮蔽物に阻止されにくく地上に到達してしまうというという特性は, 自衛隊機と同様であるから「不可避」との文言を用いているのだろう。なお, 後述のとおり, 民間航空機の場合には, 周辺住民に不可避免的に与える騒音等の影響は, 「ある程度」のもので甚大なものではないので, 常に受忍限度を超える騒音等の影響を与えることにはならない。したがって, 民間航空機の場合には, 厚木基地判決の論理を利用することはできない。一方で, 小田急高架化事業認可取消訴訟(最大判平成 17 年 12 月 7 日民集 59 卷 10 号 2645 頁)でも高架化事業から生ずる騒音が問題となっているが, 上記新潟空港事件判決のような説示は見当たらない。これは, 都市計画法等が事業から生じる騒音を必然的に発生するものとして理解していないことや, 事業から生ずる騒音は, 地上で発生するので必ずしも周辺住民に影響を及ぼすことにはならないことが理由として挙げら

【おわりに】

以上では、航空法と自衛隊法の関係に着目して判決の受忍義務論の理由の解明の参考にすることを試みた。受忍義務の意義や民事訴訟を不適法とする理由、これからの行政訴訟のありかたについては、また機会があれば、別の論文で考察したい。

以上