法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-08

法定抗告訴訟と無名抗告訴訟の選択基準 : 厚木基地第四次訴訟の最高裁判決を機縁として

西田, 幸介 / NISHIDA, Kosuke

(出版者 / Publisher)
法学志林協会
(雑誌名 / Journal or Publication Title)
Review of law and political sciences / 法学志林
(巻 / Volume)
115
(号 / Number)
4
(開始ページ / Start Page)
79
(終了ページ / End Page)
132
(発行年 / Year)
2018-03-20
(URL)
https://doi.org/10.15002/00023099

法定抗告訴訟と無名抗告訴訟の選択基準

――厚木基地第四次訴訟の最高裁判決を機縁として――

西田幸介

一　はじめに
二　受忍義務論
三　処分性の定式
四　「処分」と「公権力の行使」
五　おわりに

一　はじめに

（一）浜川清の訴訟選択論と本稿の課題

浜川清が精力的に取り組んだ研究テーマの一つとして、行政上の紛争にかかる訴訟選択論がある。浜川は、一九九〇年に公表した「行政訴訟の諸形式とその選択基準」と題する論文において、「行政上の紛争」にかかる「訴訟の選択」は、「民事訴訟と行政事件訴訟との間での選択」と「行政事件訴訟内部での訴訟類型の選択」の「二段階につい

て必要とされる」と解するのが「制度の建前」だが、「通常の説明はこれと少し異な」り、「選択肢は、抗告訴訟、当事者訴訟、民事訴訟の三つであり、しかも、抗告訴訟と他の二種の訴訟との間で第一段階の選択がなされ」、「その基準として用いられるのが『公権力の行使に当たる行為に対する不服の訴え』であり、これに該当するときに抗告訴訟と決定され」、これに「該当しないときには」、第二段階として「当事者訴訟」と「民事訴訟」の選択がなされるべきことになるが、「当事者訴訟と民事訴訟との区別の実益が否定される傾向にあったことから、訴訟選択はほとんど抗告訴訟か否かに収斂していた」と指摘している。(1) さらに浜川は、この第一段階の選択は、「通説によるかぎり抗告訴訟に排他的管轄が認められるため、本来、選択の余地のない訴訟類型の区別にかかわるものとして説明されてきた」とする。(2)

浜川がここで検討の対象とした抗告訴訟の排他的管轄は、取消訴訟の排他的管轄とは区別されるべきものである。いわゆる大阪空港訴訟の最高裁判決（最大判昭五六・一二・一六民集三五巻一〇号一三六九頁。以下「大阪空港最判」という）と、いわゆる厚木基地第一次訴訟の最高裁判決（最一小判平五・二・二五民集四七巻二号六四三頁。以下「厚木基地第一次訴訟最判」という）(3) を参考にすると、判例は、行政をめぐる紛争についての訴訟では、民事訴訟と実質的当事者訴訟（行政事件訴訟法四条にいう「公法上の法律関係に関する訴訟」を指す。以下同じ）との関係で抗告訴訟が排他性を有し、公権力の行使の発動・変更・取消しを求める請求を包含するのであれば、その訴えは抗告訴訟によるべきであるとする。これが、筆者のみるところ、判例で採用されている抗告訴訟の排他的管轄である。(4) これに対し、取消訴訟の排他的管轄は、「行政庁の処分」を争う場合の取消訴訟の利用強制とそれに伴う有効性の推定を意味する。すなわち、いわゆる東京都ごみ焼却場事件の最高裁判決（最一小判昭三九・一〇・二九民集一八巻八号一八〇九頁。以下「東京都ごみ焼却場事件最判」という）が「法律は」、「行政庁の処分」が「仮りに違法なものであ

っても、それが正当な権限を有する機関により取り消されるまでは、一応適法性の推定を受け有効として取り扱われるものであることを認め、これによって権利、利益を侵害された者の救済については、通常の民事訴訟の方法によることなく、特別の規定によるべきこととした」と述べており、学説は、この「特別の規定による」訴訟が取消訴訟であるとする。(5)

また、浜川は、二〇〇四年の行政事件訴訟法改正を前にして執筆した論文「行政訴訟改革について」において、行政事件訴訟法の「最大の特色であり、判例の柔軟な展開を妨げる行政優位のドグマの根拠となっているのは、行政事件訴訟の排他的管轄の制度」であり、「行政事件訴訟の排他的管轄としては、処分に関する抗告訴訟のそれ（民事訴訟および公法上の当事者訴訟に対する）と、公法上の当事者訴訟のそれ（民事訴訟に対するもの）とがある」ところ、「公法上の当事者訴訟は、行政上の法律関係における公法関係と私法関係の区別にもとづくものであるが、公法関係なる概念について学説における否定説はおおよそ定着したところであり、また、公法上の当事者訴訟そのものが、職権証拠調べなど若干の手続を別にすれは、民事訴訟と変わるところがない」とし、さらに「現行法の抗告訴訟または取消訴訟の排他的管轄の根拠は、行政事件訴訟法三条ないしは同法全体の趣旨または同法制定時の立法者意図に求められるが、その極端な排他性について合理的な理由が説明されたことはほとんどない」と指摘する。(6)

ここでいう「公法上の当事者訴訟」に関する指摘は、これまで浜川が用いてきた用語法からすると、実質的当事者訴訟を念頭に置いたものであると思われる。実質的当事者訴訟の民事訴訟に対する排他性という説明は、浜川に特有のものである。確かに、公法関係は、民事訴訟によっては争い得ず、抗告訴訟の排他的管轄によって抗告訴訟の利用が強制されない限り、実質的当事者訴訟によるべきであるという趣旨であれば、このような説明もあり得ないわけではない。結局、浜川が主張するのは、「行政上の紛争」にかかる訴訟類型の選択において、ある類型の訴訟に排他性

を認めることで、他の類型の訴訟を排除するというあり方そのものの問題性であって、それが柔軟な救済を阻んでいるというのであろう。

本稿は、二〇一六年に下された、いわゆる厚木基地第四次訴訟の最高裁判決（最一小判平二八・一二・八民集七〇巻八号一八三三頁。以下「厚木基地第四次訴訟最判」という）[7]を素材として、浜川の右のような問題提起を踏まえて、抗告訴訟の排他的管轄を前提としたときの、「公権力の行使」や処分性の把握の仕方と、法定抗告訴訟と無名抗告訴訟の選択基準について検討しようとするものである。したがって、本稿は、浜川が訴訟選択論において検討してきたところと比べるとそのごく一部を取り上げるにすぎず、また、抗告訴訟の排他的管轄の問題性に踏み込むものではなく、抗告訴訟の諸類型を、訴訟選択論の見地から抗告訴訟の排他的管轄を視野に入れつつ、内在的に検討するものにとどまる。

（二）厚木基地第四次訴訟最判に対する疑問点

厚木基地第四次訴訟最判は、「自衛隊が設置する飛行場における自衛隊機の運航に係る防衛大臣の権限の行使」（以下「自衛隊機運航権限行使」という）に処分性が認められることを前提としていると考えられる[8]。筆者の問題意識を示すために、この点についての筆者の疑問点を述べることにしたい。

第一に、自衛隊機運航権限行使については、法定抗告訴訟としての差止訴訟（行政事件訴訟法三条七項。以下「処分差止訴訟」という）の対象となる「一定の処分」（同項）として特定されたものであるかについて疑問がある。厚木基地第一次訴訟最判については、かねてより、「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ない」と指摘されている[9]。厚木基地第四次訴訟最判

が処分に当たることを前提とする自衛隊機運航権限行使は、右の指摘でいう「先行行為」に当たるようにもみえるが、先行行為がそれ自体として特定されているわけではない。また、自衛隊機運航権限行使というときの権限には、たとえば、防衛施設周辺の生活環境の整備等に関する法律に基づき、国が住宅の防音工事の助成措置をとる対象となる区域（第一種区域。四条）、国が移転の補償等を行う対象となる区域（第二種区域。五条一項）および国が行う緑地帯の整備等を実施する対象となる区域（第三種区域。六条一項）を、それぞれ指定する権限が含まれるといえなくはない。この権限の行使も、自衛隊機運航権限行使に当たることになるのだろうか。

これに対し、厚木基地第四次訴訟の控訴審判決（東京高判平二七・七・三〇判時二二七七号一三頁）は、「一定の処分」を、次のように、特定している。すなわち、この判決は、「防衛大臣の……権限の行使は、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の受忍を義務付けることとなるので、これら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ことになる」としたうえで、「抗告訴訟の適否に関する判断の対象となる行政処分」は、「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、自衛隊法一〇七条五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」であるとする。いわゆる受忍義務論[10]は、厚木基地第一次訴訟最判をはじめとして、これまでの判例によって採用されてきたところである。厚木基地第四次訴訟の控訴審判決が新規的である点の一つは、受忍義務論を用いて自衛隊機の運航自体に処分性を認めたところにあろう。

第二に、自衛隊機運航権限行使は、東京都ごみ焼却場事件最判が行政事件訴訟特例法（一九六二年に制定された行政事件訴訟法によって廃止された）にいう「行政庁の……処分」（一条）の意義について述べて確立した「処分性の定式」によって、処分性を肯定できるものなのか疑問がある。処分性の定式は、個別的に特定された行政の行為に処

分性が肯定されるか否かを判断する際に用いられることを想定して作られたものであると考えられる。自衛隊機運航権限行使は、そのような行政の行為であるといえない。[11] 処分性の定式によれば、ある行政の行為が公権力の行使に当たりかつそれによって具体的法効果が生じると解されるとき、処分性が肯定される。自衛隊機運航権限行使によって誰に対していかなる法効果が生じるのかについては、必ずしも明らかではないように思われる。また、このため、公権力の行使に当たるかも具体性があるかも判別できないのではなかろうか。

第三に、個別的に特定された行政の行為とは考えられない自衛隊機運航権限行使の処分性が肯定されるとしても、それを対象として処分差止訴訟以外の法定抗告訴訟を提起することが認められるかという疑問もある。自衛隊機の運航はその都度完結するので取消訴訟や無効確認訴訟の提起は難しかろうが、たとえば、右に取り上げた、防衛施設周辺の生活環境の整備等に関する法律に基づき自衛隊機の運航に伴う騒音被害を軽減したり必要に応じて騒音が著しい場合に建物等を移転させたりする措置に伴う権限行使を、非申請型義務付け訴訟によって、包括的に求めることが許されることになるのだろうか。第一種区域、第二種区域、第三種区域の各指定は、いずれも、処分性の定式によって処分性を肯定することが難しいと考えられる。また、少なくともこれまでの学説では、法定抗告訴訟の対象となる処分や裁決が、法定抗告訴訟の類型間で異なるものではないことが前提とされてきたように思われる。

二　受忍義務論

これらの疑問を解くために、まずは、受忍義務論について、簡単に振り返ってみることにしたい。[12]

（一）展　開

周知のように、受忍義務論は、大阪空港訴訟最判に付された伊藤正巳裁判官の補足意見（以下「伊藤補足意見」という）に、その萌芽がみられる。伊藤補足意見は、「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もの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」とするものであった。

その後の最一小判昭六二・五・二八（判時一二四六号八〇頁。以下「日本原演習場最判」という）[13]は、その控訴審判決が、自衛隊の射撃訓練によって演習場内に権利を有する者に権利の侵害や制約を受忍するものではないから公権力の行使に当たらず、演習場への立入禁止措置も、それをなすについて一般人の受忍義務等を定める法令の規定は存在せず、「私的所有権に基づく行為と同視して差し支えない」として、公権力の行使に当たらないと判断したことを正当なものとして是認している。そして、厚木基地第一次訴訟最判は、「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、……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」が、「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」ため、右の「権限の行使は、……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」とする。

（二）構　造

受忍義務論は、筆者のみるところ、公共施設の運行に関する権限行使を包括的に把握したうえで、当該権限の行使によって、その直接の相手方に関わらず、周辺住民に受忍義務が生じると解されるとき、当該周辺住民との関係で、当該権限の行使が公権力の行使に当たるとするものである。伊藤補足意見が、包括的に把握される「国営空港の総合的な供用行為」を個別の行政の行為に分解したときに公権力の行使が含まれるとするものと評価できるのに対し、厚木基地第一次訴訟最判では、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」がやはり包括的に把握されるものの、「自衛隊機の運航の特殊性」が強調され、個々の行政の行為を特定してそれぞれが公権力の行使に当たるか否かについては検討がなされていない。[14]

厚木基地第一次訴訟最判で公権力の行使に当たるとされた防衛庁長官の権限行使は自衛隊員に対するものであって内部的行為とも性格付けることもできるから、[15] 同最判では、受忍義務論を媒介としないと、公権力の行使に当たることを肯定できなかったのではないかと思われる。これに対し、伊藤補足意見で公権力の行使に当たるとされた「航空運送事業の免許」と「事業計画変更の認可」は、それらが第三者に「受忍すべき義務を課している」ことを根拠としなくても、その相手方との関係で公権力の行使に当たるといえる。つまり、伊藤補足意見には、「国営空港の総合的な供用行為」に含まれる行為のなかにその直接の相手方との関係で公権力の行使に当たる行為が含まれるとすれば、受忍義務論を用いなくても、大阪空港訴訟最判の法廷意見がいう「航空行政権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」との結論を導くことができたのではないかという疑問がある。

また、受忍義務論における受忍義務の有無の判断基準は、公共施設の運行によって生じる騒音等による被害を周辺住民に一定程度までは受忍させることを、当該公共施設に関する法令が許容する趣旨のものであると解されるか否かにあるようにみえる。[16] このことがとりわけよく現れているのは、日本原演習場訴訟最判の原判決であって、そこでは、「本件射撃訓練に関しては、その演習場内に権利を有するものに対し、権利の侵害またはこれを制約すること、換言すれば右権利者にこれを受忍させることのできる根拠規定はなく……、また……教育訓練の性質からしても、右のような受忍を強要する必要性は存しないというべきであるから、これをもって抗告訴訟の対象となる公権力の行使とみることはできない」とされている。伊藤補足意見や厚木基地第一次訴訟最判でも、航空法や自衛隊法が、運輸大臣や防衛庁長官の権限行使によって生じる騒音等による被害を一定程度までは周辺住民に受忍させることを許容する趣旨のものと解されることが、当該権限行使が公権力の行使に当たることを肯定する前提となっている。

（三）意思表示の擬制

このような受忍義務論と同種の発想は、一九六二年に制定された当初の行政事件訴訟法の立案関係者である田中二郎によってもとられている。田中は、権力的事実行為（とくに即時強制）が同法三条二項にいう「その他公権力の行使に当たる行為」に該当することについて、次のような説明をしている。すなわち、「事実行為の取消しとは何を意味するのか」、「取消しの通常の概念からいっておかしいのではないかという疑問が生じる」としたうえで、「事実行為であっても、公権力の行使にあたる行為は、単純な事実行為と異なり、むしろ処分と同様、一方的に相手方の受忍を強要する公定力又はこれに相当する効力を生ずるものと考えられるので、その公権性（公定力）を排除し、相手方

の受忍義務を解除するための措置として、〔行政事件訴訟法は〕取消しの訴えの形態を認めたものと解され」、「その公定力を排除することによって、私人のした事実行為と同様のものとなり、若し、権原のある行政庁が自主的にその排除措置をとらないときは、通常の民事訴訟手続により、妨害排除又は原状回復を求めることができる」と述べる。(17)

これは、継続的性質を有する即時強制を想定して、取消訴訟が公定力排除のための訴訟であることを事実行為についても貫徹するためにとられた解釈であるといえ、その意味で一貫したものを見出すことができる。ただここではむしろ、権力的事実行為には、実力行使そのものとは別に、この見解では、事実行為による「効力」の発生やその取消しによる「受忍義務」の「解除」が想定されている点で、「公権力の行使にあたる」事実行為には相手方に「受忍義務」を生じさせる意思表示が内包されることが前提とされていると考えられることに注目する必要があろう。田中においては、権力的事実行為の取消判決も意思表示を取り消すものにほかならず、権力的事実行為が公権力の行使に当たる論拠が、それが実力行使であることではなく、受忍義務を生じさせる意思表示が実力行使に内包されることに求められていると考えられる。田中は取消判決の確定後に行政庁が権力的事実行為の排除措置をとらない事態を想定するが、これは、取消判決の拘束力（行政事件訴訟法三三条一項）により「行政庁が自主的にその排除措置をとる」べきことを前提とするものといえよう。

この田中の説明を参考にすれば、とくに厚木基地第一次訴訟最判がとる受忍義務論は、公共施設の運行にかかる行政機関の権限行使に、当該公共施設の運行とは別に、周辺住民に受忍義務を生じさせる意思表示が内包されると解されるとき、当該権限行使が公権力の行使に当たるというものであって、公権力の行使に当たるのは、当該公共施設の運行自体ではなく、明示的には行われないけれども、上記権限を与えられた行政機関の一方的な意思表示であるとの推測も成り立ち得る。この立場によれば、公共施設が運行されることによってこの意思表示の存在が擬制されること

となる。そもそもこのような意味での受忍義務を行政上の義務と解してよいかの問題はあるものの、[18]このように解さないと、少なくとも厚木基地第一次訴訟最判がとった受忍義務論を理論的に説明することは困難であるように思われる。[19]

しかし、即時強制については、「意思表示の要素がなく」、それが「ある場合には当該意思表示、つまり行政庁の処分の取消訴訟となる」という説明[20]が一般的であろうし、現行の行政不服審査法は、「事実上の行為」については、取消しではなく、その違法または不当を宣言した上での、その「撤廃」や「変更」を想定しており（四七条参照）、ここでいう「撤廃」とは、「人身の拘束を解く、留置物件を返還するといったように、当該事実上の行為を物理的にやめることを意味する」と説明されている。[21]継続的性質を有する即時強制の取消判決は、当該即時強制の違法を宣言するにとどまり、処分庁は取消判決の拘束力によって当該即時強制を撤廃すべきこととなるにすぎないと解するのが適切であろう。

（四）法的根拠

また、法律が行政機関に私人に対して即時強制をする権限を付与するとき、その根拠規定には、即時強制としてされる実力行使をその相手方である私人が受忍すべきものとする趣旨が含まれるのは当然のことであって、仮に受忍義務が私人に生じるとしても、それは根拠法律によって一般的に私人に課せられた受忍義務が、実力行使が行われることによりその相手方に顕在化するのみであると解すべきである。そして、行政による実力行使が公権力の行使に当たるのは、それが実力行使であることに求められるという説明が素直であると考えられる。

これと同様に、自衛隊機の運航に伴って生じる騒音等の受忍義務があるとすれば、それは、自衛隊法が自衛隊機の

運航を防衛大臣の権限として認めたことに伴って一般に課せられたものにほかならず、それが、たまたま自衛隊の基地の周辺に居住する者に自衛隊機の運航に伴って顕在化するにすぎないと解すべきである。そして、当然のことながら、このことは自衛隊機の運航あるいはそれにかかる防衛大臣の権限行使が公権力の行使に当たることの根拠とはなりえず、このため、自衛隊機の運航それ自体は非権力的事実行為であり、それにかかる防衛大臣の権限行使は内部的行為にすぎないと解されよう。

以上のように、筆者も、結論としてはこれまでの学説と同様、自衛隊機の運航にかかる防衛大臣の権限行使を公権力の行使と解することはできないと考える。そして、判例において受忍義務論がとられることによって、本来は公権力の行使として把握することのできない自衛隊機の運航やそれにかかる防衛大臣の権限行使が、公権力の所在が明示されないまま、公権力の行使に当たるとされ、抗告訴訟の排他的管轄の範囲が必要以上に拡大されたといえよう。

三　処分性の定式

次に、厚木基地第四次訴訟最判が処分に該当することを前提とした自衛隊機運航権限行使に、処分性の定式化を当てはめて処分性を肯定できるかについて、検討する。

（一）処分性の意義

厳密には、ある行政の行為が行政事件訴訟法三条二項にいう①「行政庁の処分」、②「その他公権力の行使に当たる行為」、同条三項にいう③「審査請求その他の不服申立て……に対する行政庁の裁決、決定その他の行為」（裁決）

のいずれかに該当するとき、それには処分性が認められると説明するのが適切であろう。「処分」とは、上記①と②をあわせたものをいう。このような意味での処分性については、次のような事項の検討が必要であると考えられる。

第一に、処分性のある行為と行政事件訴訟法三条一項の抗告訴訟の定義にいう「公権力の行使」とが同じものを指すか否かである。この点については、これまで必ずしも自覚的に検討されてこなかったように思われる。行政事件訴訟法の条文に忠実な解釈をすれば、公権力の行使は処分性のある行為を包含する概念であって、処分性があるとされた行為は公権力の行使に当たるが、公権力の行使は処分性のある行為に限定されない。抗告訴訟概念が包括的なものであるとすれば、[22] 行政事件訴訟法は、「公権力の行使」のなかから、法定抗告訴訟の対象となるものを「処分」として切り出し、処分性のある行為を含む「公権力の行使」を想定しそれに関する不服を争う訴訟を抗告訴訟としたと認識するのが素直であろう。[23] 他方、「公権力の行使」が行為（事実行為を含む）に限定されるか否かの結論は、行政事件訴訟法の文言からは読み取れない。

第二に、東京都ごみ焼却場事件最判が示した処分性の定式が対象とするのは、上記①②③のすべてなのか、上記①②なのか、あるいは上記①に限定されるのかという問題がある。東京都ごみ焼却場事件最判以降の判例を瞥見すると、処分性の定式を明確に引用するものはほとんどなく、ある行政の行為が「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」または「行政処分」に該当する、あるいは、該当しないとして、処分性の有無の判断を示すものが多い。[24] ただし、多くの判例は、若干の幅があるにせよ、実質的には処分性の定式を当てはめて処分性の有無を判断しているようにみえる。

これに関連して、取消訴訟の排他的管轄が及ぶ行政の行為の範囲も問題となる。東京都ごみ焼却場事件最判は、当時の行政事件訴訟特例法にいう「行政庁の……処分」に取消訴訟の排他的管轄が及ぶとするのみである。これが現行

の行政事件訴訟法にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」にそのまま引き継がれたのか、それとも、「行政庁の処分」にみの取消訴訟の排他的管轄が及ぶのか、裁決についてはどうかという疑問がある。

第三に、第二の点と重なるところがあるが、処分のうち、「行政庁の処分」とは区別される「その他公権力の行使に当たる行為」に何が含まれるかの検討も必要である。処分性の定式が講学上の行政行為とほぼ一致すると考えられ、「その他公権力の行使に当たる行為」については、それに属するものとして権力的事実行為があると説明されるもの[25]の、それ以外の具体例が見当たらず、「その他公権力の行使に当たる行為」に「取消訴訟の場面では、実務的にも理論的にも、適切な働き場所が見出されていない」との指摘もある[26]。

これらの点を厚木基地第四次訴訟最判についていえば、すでに述べたように自衛隊機運航権限行使がいかなる論拠をもって処分とされたのかということに加え、それに取消訴訟の排他的管轄が及ぶかという疑問がある。これに関連して、自衛隊機運航権限行使が行政事件訴訟法にいう処分であるとすれば、それに、行政手続法の処分に関する規定が適用されるのかの問題もある。

（二）具体的法効果の拡張

実質的には処分性の定式を用いて処分性の有無を判断したと考えられる判例をみると、具体的法効果、すなわち東京都ごみ焼却場事件最判がいう「直接国民の権利義務を形成しまた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」の範囲をやや拡張しているようにみえるものがある[27]。

たとえば、最三小判昭五四・一二・二五（民集三三巻七号七五三頁。以下「輸入禁制品該当通知最判」という）は、「関税定率法による通知等」（以下「輸入禁制品該当通知」という）は、「輸入申告にかかる本件貨物を適法に輸入す

ることができなくなるという法律上の効果を及ぼす」とし、[28]最一小判平一六・四・二六（民集五八巻四号九八九頁。以下「食品衛生法違反通知最判」という）は、「食品衛生法違反通知書による……通知」（以下「食品衛生法違反通知」という）により「関税法基本通達に基づく通関実務の下で、輸入申告書を提出しても受理されずに返却されることとなる」点に当該通知の「法的効力」を見出している。[29]これらは、必ずしも具体的法効果とはいえないのではないかと批判されてきた。[30]

また、最一小判平一七・四・一四（民集五九巻三号四九一頁）は登録免許税法三一条二項に「基づく還付通知をすべき旨の請求に対してされた拒否通知」は「登記等を受けた者に対して……〔簡易迅速に還付を受けることができるという〕手続上の地位を否定する法的効果を有する」とし、土地区画整理事業計画の処分性を否定した最大判昭四一・二・二三（民集二〇巻二号二七一頁）を変更したものとして注目された最大判平二〇・九・一〇（民集六二巻八号二〇二九頁）は、「土地区画整理事業の手続に従って〔施行区域内の宅地所有者等が〕換地処分を受けるべき地位に立たされる」ことから処分性を肯定する。前者では「拒否通知」を受けたからといって還付を受けることができなくなるわけではないし、後者では事後に換地処分を争うことが認められないわけではない。

とはいえ、これらの判例において係争対象となっている行政の行為を取消訴訟で争わせる実質的な必要性があることには、さほど異論がなかろう。これらの判例は、紛争の成熟性が肯定され当該行為を取消訴訟の対象とする必要がある場合に、当該行為から、必ずしも具体的法効果とはいえないが、「法的効力」や「法的効果」が生じるとしているようにみえる。そうすると、判例は、処分性の定式にいう具体的法効果を拡張して、処分には、行政行為とはいえないが、それに準じるものを含む立場であるという推測を得ることができる。この立場によれば、講学上の行政行為と判例がいう行政処分は一致しない。また、これらの判例は、行政の行為によって、相手方の同意なく、拡張された

具体的法効果を生じる解されるとき、当該行為は公権力の行使に当たるとしているようにみえる。

（三）行政庁の処分との同視

判例は、普通地方公共団体の議会が条例を定める行為であっても、それが行政庁の処分と同視できるものであれば、処分性を肯定している。すなわち、四つの横浜市立保育所を廃止するために、横浜市保育所条例の別表中の市立保育所の名称と位置を定める部分の、これら四保育所にかかる箇所を削除する改正条例（以下「市立保育所廃止条例」という）の処分性を肯定した最一小判平二一・一一・二六（民集六三巻九号二一二四頁。以下「市立保育所廃止最判」という）[31]においては、市立保育所廃止条例は、「他に行政庁の処分を待つことなく、その施行により各保育所廃止の効果を生じさせ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という限られた特定の者らに対して、直接、当該保育所において保育を受けることを期待し得る……法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得る」としたうえで、この「制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たる」とされた。行政事件訴訟法の適用上、上記制定行為が「行政庁の処分」であるとしたのか「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するとしたのかは判然としないが、前者と「同視し得る」にすぎないのだから、後者に当たるとしたものというべきであろう。

市立保育所廃止最判の調査官解説では、この判例は、実質的には処分性の定式を当てはめたものと解説されている。すなわち、同最判は、市立保育所廃止条例は、「その施行により保育所廃止の効果を発生させ、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者に対して、直接、……〔保育の実施期間が満了するまでの間は当該保育所における保育を受けることを期待し得る〕法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、抗告訴訟の対象とす

るに足りる法的効果を有するものであると判断したものと解され」、また、市立保育所廃止条例が「特定の保育所の廃止のみを内容とする一回的なものであり、将来にわたっての反復継続的な適用を予定するものではなく、これによって事実上の影響を受ける者の範囲は広いものの……、少なくともその具体的な法的地位に直接影響を受ける者の範囲は、当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者という特定の者に限定されることに着目して、そこに行政庁の処分との同質性を見いだしたものと考えられ」、さらに、「実効的な権利救済を図るためには、処分の取消判決や執行停止の決定に第三者効（行政事件訴訟法三二条）が認められている取消訴訟において〔市立〕保育所廃止条例の適法性を争うことができるようにすることが望ましいと考えられ」ることなどから、同最判は、「本件改正条例の制定行為の適法性を取消訴訟において争い得るとすることの合理性を、処分性判断の補足的な理由付けとして述べた」とされている。[32] これは、最高裁が、実効的な救済の必要性を考慮しつつ、基本的には市立保育所廃止条例の制定行為によって特定の者に法的効果が生じることを処分性肯定の根拠としたと市立保育所廃止最判を読み解くものと考えられる。このように解するとしても、このケースでは、訴えが抽象的規範統制訴訟に該当するのではないかという疑問があるが、現に保育所に入所中の児童と保護者の法的地位に影響が生じるとされているのだから、法律上の争訟に当たるといえ、紛争の成熟性も肯定できよう。

紛争の成熟性が肯定できるのであれば、あえて市立保育所廃止条例の制定行為を処分と解さなくても、市立保育所廃止条例の違法を前提として当該保育所で就学前まで保育を受けることができる法的地位の確認を実質的当事者訴訟として求めることができないわけではない。しかし、市立保育所廃止最判においては、地位確認の訴えによるよりは、認容判決に第三者効の認められる取消訴訟の方が、紛争の実質的解決に資するとの考慮が働いたのではないかと推測できる。[33] すなわち、上で述べた市立保育所廃止条例の性質を前提とすれば、地位確認の訴えによって当該事件限りで

市立保育所廃止条例の無効を前提に裁判所が原告の地位を確認するよりも、認容判決によって市立保育所廃止条例の制定行為を取り消すことのできる取消訴訟の方が、紛争の実態に適合的であると考えられる。

ただし、上記調査官解説は、市立保育所廃止条例を争うことができる者を「当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者」に限定する趣旨のものと解することもできる。すなわち、上記調査官解説は市立保育所廃止条例の制定行為の処分としての性質を重視しており、それが「一回的なもの」であって「将来にわたっての反復継続的な適用」が予定されないとする点は、市立保育所廃止条例の効力が四つの市立保育所が廃止されることによって消滅するという趣旨にも読める。そしてこのように解すると、市立保育所廃止条例の施行時点で、その制定行為の取消訴訟の訴えの利益は消滅すると考えられるが、原告として取消訴訟を提起している「当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者」にはなお回復すべき法律上の利益（行政事件訴訟法九条一項括弧書）が認められよう。他方、上記調査官解説は、「当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者」以外の者が市立保育所廃止条例によって受けるのは「事実上の影響」にすぎないとするから、このように解する限り、将来において当該保育所に入所することを希望する児童・保護者にはその取消しを求める法律上の利益（同項）が認められるとは考えにくい。また、これらの者が上記制定行為の無効を前提として従前の市立保育所の一つで保育を受ける法的地位があることの確認を求める訴えを実質的当事者訴訟として提起しても、やはりそのような法的地位を有するとは認められないとされることになろう。結局、上記調査官解説を、市立保育所廃止条例を争わせるのに適切な者は「当該保育所に現に入所中の児童及びその保護者」に限られるという趣旨のものと読むこともできる。

いずれにせよ、条例の制定行為は、立法作用にほかならず、その意味で「行政庁の処分」とはいえないから、市立保育所廃止最判では、講学上の行政行為に準じるものとして、市立保育所廃止条例の制定行為の処分性が肯定された

というべきである。そしてここでも、「法的地位」が市立保育所廃止条例の施行によって奪われることから、その制定行為が公権力の行使に当たると解されたと考えられる。

（四）処分性の定式の非使用

以上のように、判例は、処分性の定式をやや拡張して、係争対象行為を取消訴訟で争わせる必要があり、かつ紛争の成熟性が認められるとき、当該行為の処分性を肯定することがある。その場合に、判例は、実質的には処分性の定式を用いて、講学上の行政行為に準じる行為であるか否かを判定していると考えられる。これらに対し、少なくとも、医療法三〇条の七（当時）に基づく勧告に処分性を認めた最二小判平一七・七・一五（民集五九巻六号一六六一頁。以下「病院開設中止勧告最判」という）[34]と最三小判平一七・一〇・二五（判時一九二〇号三二頁。以下「病床数削減勧告最判」）は、右に述べたような拡張された具体的法効果にも公権力の行使に当たるか否かにも言及するところがない点で、処分性の定式とは異なる判断枠組みで処分性を肯定したと評価することができる。[35]

病院開設中止勧告最判は、医療法三〇条の七（当時）に基づく病院開設中止勧告に処分性を認めたものである。ここで最高裁は、同勧告が「保険医療機関の指定に及ぼす効果及び病院経営における保険医療機関の指定の持つ意義を併せ考え」ると、同勧告は処分に当たるとしている。すなわち、最高裁は、同勧告を受けた者がそれを遵守しないと事後に不利益的な処分を受けることが確実となることと、事後的な救済が実効性を欠くことから、同勧告の処分性を肯定することができるというのであろう。同勧告が行政事件訴訟法三条二項にいう「行政庁の処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」のいずれに該当するかは明示されていない。

一方、病床数削減勧告最判は、病院開設中止勧告最判と同種の判断をしたもので、医療法三〇条の七（当時）に基

づく病床数削減勧告に処分性を認めている。その法廷意見は、やはり同勧告が「行政庁の処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」のいずれに該当するかを明示していない。この点、この判例に付された藤田宙靖裁判官の補足意見（以下「藤田補足意見」という）は、「私は、法廷意見と同様、本件勧告は行政事件訴訟法三条にいう『行政庁の処分』に当たると解すべきものと考える」としたうえで、処分性の定式は「行政庁の処分」を「実質的に講学上の『行政行為』の概念とほぼ等しいもの」としているところ、「行政行為としての性質を持たない数多くの行為」によって作られる「メカニズム（仕組み）」における「各行為が、その一つ一つを見たのでは把握し切れない、新たな意味と機能を持つようになって」おり、処分性の定式が「必ずしもこういった事実を前提としているものとは言い難」く、「本件においてこれを採用するのは、適当でない」としつつ、病床数削減勧告「それ自体の性質が行政指導であることは、否定するべくもないから、それは、……理論的に厳密な意味での（最も狭い意味での）公定力を有するものではない」が、「取消訴訟の対象とする以上は、この行為を取消訴訟外において争うことはやはりできないものというべきであって、取消訴訟の排他的管轄に伴う遮断効は（これを公定力の名で呼ぶか否かはともかく）否定できない」とする。

これに対し、病院開設中止勧告最判の調査官解説では、病院開設中止勧告は、「相手方に対する法的拘束力を持たず、したがってまた、理論的に厳密な意味での公定力を有するものではな」く、同最判は、「保険医療機関指定申請に対する拒否処分を取消訴訟の対象として争うみちを閉ざすものではない」との説明がされている。[36] この説明は、東京都ごみ焼却場事件最判が、先に示したように、取消訴訟の排他的管轄の範囲を「行政庁の処分」に限定しているようにも読めることに着目するものであって、同解説は、病院開設中止勧告最判が、病院開設中止「勧告と保険医療機関の指定申請拒否処分とから成る仕組みの全体に着目して、当該勧告を取消訴訟の対象としないことは不当であると

してこれを取消訴訟の対象として認めたものにすぎない」とする。[37]

藤田補足意見によれば、判例は、病床数削減勧告が「行政庁の処分」に該当するとしたこととなるのに対し、上記調査官解説では、病院開設中止勧告が「行政庁の処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」のいずれに当たるかが明示されていない。そして、取消訴訟の排他的管轄が病院開設中止勧告や病床数削減勧告に及ぶか否かについて、藤田補足意見は、病床数削減勧告が「行政庁の処分」に当たることを根拠にそれを積極に解するのに対し、上記調査官解説は、病院開設中止勧告に「法的拘束力」がないとするものの、この点については何も述べていない。

これらをみると、第一に、病院開設中止勧告や病床数削減勧告に取消訴訟の排他的管轄が及ぶかどうかが問題となろう。「行政庁の処分」に取消訴訟の排他的管轄が及ぶことは判例の前提とするところであろうから、判例の認識のためには、処分性の定式によらないで処分性があると判断されたとき、当該行為に取消訴訟の排他的管轄が及ぶか否かが論点となる。藤田補足意見は、これを肯定しつつ、少なくとも「行政庁の処分」として性格付けられるものには取消訴訟の排他的管轄が及ぶとするものである。これに対し、前述の田中二郎の見解は、「行政庁の処分」の処分に加えて権力的事実行為についても受忍義務を生じさせる意思表示を内包する限り公定力があるとするものであるから、「その他公権力の行為に当たる行為」に該当する権力的事実行為にも公定力が及ぶとするものといえよう。この点は、後に改めて検討する。

第二に、病院開設中止勧告最判は、病院開設中止勧告は行政指導にすぎないがそれには処分性が認められるとするものだから、それが公権力の行使に当たるかという問題がある。藤田補足意見は、おそらく、病院開設中止勧告への不服従が病院開設申請の拒否処分を招来することから、「行政行為としての性質を持たない数多くの行為」によって作られる「メカニズム（仕組み）」を包括的に把握したときに、そのメカニズムそのものが公権力の行使に当たる性

質を帯び、その重要な一部を構成する病床数削減勧告は公権力の行使に当たるというのであろう。[38] この点も後に検討する。

第三に、このような解釈をとって、病院開設中止勧告や病床数削減勧告を取消訴訟の対象とすることがなぜ必要なのかについても検討が必要である。これらを、公権力の行使に当たるとは解さず、実質的当事者訴訟としての確認の訴えで争わせることが考えられる。行政指導の違法確認を求める実質的当事者訴訟が適法と解されるのであればそれでよいが、それは現在の法律関係を争うものではないから、不適法とされる余地がある。そこで、たとえば、病院開設中止勧告のケースでは、病院開設中止勧告に従う義務はないことの確認を求める訴えを実質的当事者訴訟として提起することが考えられる。実質的当事者訴訟としての確認の訴えの認容判決には関係行政庁を拘束する効力が認められる（行政事件訴訟法三三条一項、四一条一項）ため、病院開設中止勧告をした知事は、当該勧告を撤廃しまたは保険医療機関指定の許否の判断において当該勧告の相手方がそれに従う義務を有しないことを前提とすべきこととなる。このように、あえて病院開設中止勧告や病床数削減勧告を処分と解さなくても、原告の救済は可能であるようにみえる。それでも最高裁がこれらの勧告に処分性を肯定したのは、これらを取消訴訟の対象とすることがより直截的な救済となると考えたからではなかろうか。すなわち、たとえば、病院開設中止勧告の内容は病院開設を中止すべきであるとするものであって、それに従う義務がないことが判決によって確認されても、当時の「厚生省通知」では、病院開設中止勧告がされたにも関わらず病院を開設した場合、保健医療機関の指定申請があっても健康保険法四三条ノ三第二項（当時）に規定する「著シク不適当ト認ムルモノナルトキ」に該当するものと取り扱うこととされていたため、病院が開設されたことのみをもって指定拒否がされるという不安が残る。このような不安を解消させるためのより直截的な救済手段として取消訴訟が適切であるというのであろう。

（五）自衛隊機運航権限行使の処分性

このような判例がみられるなかで、厚木基地第四次訴訟最判において自衛隊機運航権限行使の処分性が肯定されることが前提とされたことをどのように評価すべきであろうか。受忍義務論によって防衛大臣の上記権限の行使を公権力の行使に当たるとすることに筆者が否定的であるとことはすでに述べた。ここでは、自衛隊機運航権限行使と処分性の定式との関係を考察したうえで、病院開設中止勧告最判や市立保育所廃止最判が直截的な救済や実質的な紛争解決の必要性を補充的に考慮して処分性の有無を判断したと考えられることに関連して、自衛隊機運航権限行使を処分と解することが、原告の救済や紛争解決にとって有する意味について検討する。

（a）処分性の定式と差止めの対象

厚木基地第四次訴訟の第一審判決（横浜地判平二六・五・二一民集七〇巻八号一八八六頁）[39]は、自衛隊機の運航の差し止めを求める訴えを「無名抗告訴訟としての自衛隊機運航処分差止めの訴え」として適法としており、「自衛隊機運航処分」なる語を用いるが、次のように、それを処分とは解していない[40]。すなわち、同判決は、「自衛隊機の運航は日々継続して行われる」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る」一方で、「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って一個の処分とみることもでき」るが、「例えば〔処分〕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、自衛隊機一機のみの

離着陸によって社会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」から、「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」などとし「自衛隊機運航処分について、法定の〔処分〕差止訴訟が想定している『一定の処分』を観念することは困難である」と述べる。

これに対し、厚木基地第四次訴訟の控訴審審決は、「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とすべきこととな」り、「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、抗告訴訟の適否に関する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、自衛隊法一〇七条五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」として「自衛隊機の運航という事実行為」を処分と解している。事実行為を処分とする点で、処分性の定式を用いることなく、処分性を肯定したと解すべきであろう。

厚木基地第四次訴訟最判は、自衛隊機運航権限行使の処分性に言及していない。処分性の定式自体は、処分の効果

について判断の余地があったり義務付け訴訟や差止訴訟では複数の処分が選択し得たりするとしても、法律上は個別的に特定された行政の行為を対象に、その処分性の判定を想定したものと考えられる。自衛隊機運航権限行使は、差止めの対象となる行政の行為を個別的に特定したものではないため、処分性の定式によって処分性を肯定できるものではないと考えるのが自然であろう。もっとも、厚木基地第四次訴訟最判は、処分差止訴訟においては一連の行政の行為を「一定の処分」としてその対象としてもよいとする趣旨にも読めなくはない。これに付された小池裕裁判官の補足意見（以下「小池補足意見」という）では、処分差止訴訟の訴訟要件としての「重大な損害を生ずるおそれ」（行政事件訴訟法三七条の四第一項本文）に関して、「自衛隊機の離着陸に係る運航を行政処分（防衛大臣の権限行使）と捉えると、自衛隊機の離着陸に伴い処分が完結するため、事後的に処分の違法を争い取消訴訟等によって……〔騒音により軽視しがたい程度の睡眠妨害や精神的苦痛を反復継続して受けている〕状況を解消する救済を得る余地は認め難い」との指摘がなされている。小池補足意見は、自衛隊機運航権限行使を取消訴訟によっても争い得ることを前提に「自衛隊機の離着陸に伴い処分が完結する」としているので、仮に取消訴訟でこれを争うときには、いわば一回一回の自衛隊機の各運航の取消しを求めることとなるが、処分差止訴訟では「一定の処分」として将来においてされる自衛隊機の運航を包括的に把握してよいとする趣旨であるようにもみえる。そうすると、取消訴訟では処分は個別の行政の行為に分けて把握すべきだが、差止訴訟では、一連の行為を包括的に「一定の処分」と解してよいということになるのだろうか。しかし、これまで学説では、法定抗告訴訟の対象は処分または裁決であることが前提とされ[41]、それが法定抗告訴訟の類型に応じて異なるとは理解されてこなかったように思われる。

（b）差止めの方法

厚木基地第四次訴訟の第一審判決が、控訴審判決や最高裁判決と異なり、訴えを無名抗告訴訟と解したのは、差止めの方法と本案審理における違法性判断の方法に配慮したためであると考えられる。まず、差止めの方法について検討する。

処分差止訴訟にいう差止めとは、行政事件訴訟法によれば、裁判所が行政庁に当該「処分……をしてはならない旨を命ずること」（三条七項）をいい、それにとどまる。自衛隊機の運航を処分と解し、処分差止訴訟の対象とするとき、その差止めは、自衛隊機の運航そのものを取り止めさせることを指すと解さざるを得ず、それ以外の方法によって受忍限度を超える騒音の発生を防止する措置を国にとらせることはできない。

これに対し、人格権を根拠として、民事訴訟や当事者訴訟、さらには無名抗告訴訟によって公権力の行使の差止めが求められるとき、その訴えの適法性は別にして、差止めの方法は処分差止訴訟のそれに限定されない。この点、民事訴訟で人格権に基づく差止めが求められた、いわゆる国道四三号訴訟では、その控訴審判決（大阪高判平四・二・二〇判時一四一五・三）が「原告らが求める抽象的不作為としての差止は、その目的を達成する方法として、行政庁による道路の供用廃止、路線の全部または一部廃止及び自動車の走行制限といった交通規制等の公権力の発動によることを要する場合のほか、道路管理者による騒音等を遮断する物的設備の設置等の事実行為も想定でき」、「原告らは、公権力の発動を求めるものではな」く、「本件は管理権の作用を前提とするところ、それにもかかわらず異別に解しなければならない特段の事由は認め難いというべきであるから、民事訴訟上の請求として許容されるというべきである」としてこの訴えを適法とし、上告を受けた最高裁は、この点に特に言及することなく、本案の問題として差止めの可否を判断している（最二小判平七・七・七民集四九巻七号二五九九頁。以下「国道四三号線最判」という）[42]。

（c）本案審理における違法性判断

次に、本案審理における違法性判断の方法についてである。厚木基地第四次訴訟では、第一審判決と最高裁判決が実質的には人格権侵害の有無を判断する方法を採用しているのに対し、控訴審判決は、通常の処分の場合と異ならない裁量権の逸脱濫用の審査を行う立場をとっている。

すなわち、第一審判決は、原告が「差止めの対象として」特定した「『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、……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」ず、「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、厚木基地第四次訴訟最判は、自衛隊機運航権限行使が、「行政事件訴訟法三七条の四第五項の差止めの要件」に「当たるか否かについては、同権限の行使が、……防衛大臣の裁量権の行使としてされることを前提として、それが社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められるか否かという観点から審査を行うのが相当であり、その検討に当たっては、当該飛行場において継続してきた自衛隊機の運航やそれによる騒音被害等に係る事実関係を踏まえた上で、当該飛行場における自衛隊機の運航の目的等に照らした公共性や公益性の有無及び程度、上記の自衛隊機の運航による騒音により周辺住民に生ずる被害の性質及び程度、当該被害を軽減するための措置の有無や内容等を総合考慮すべきものと考えられる」とする。

これに対し、控訴審判決は、「自衛隊機運航処分は、防衛大臣に広範な裁量が認められるので、裁量行為に該当し、防衛政策全般にわたる判断の下、国内外の情勢に応じた高度の政治的判断や防衛戦略上の専門技術的判断が求められるなど、極めて高度な政治的、専門的及び技術的な判断に基づく処分であることからすると、その基礎とされた重要

な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を超え又はこれを濫用したものとして違法となり、その差止めが認められる」とする。(43)

厚木基地第四次訴訟最判は、訴えが処分差止訴訟であることを前提としつつも、処分の違法性判断において、実質的には国道四三号線最判で用いたのと同様の判断方法を採用している。最高裁は、結局のところ、騒音被害が受忍限度を超えたか否かによって、いわば法治主義的な違法性判断の衣を纏いながら、実質的には人格権侵害の有無を判断すべきものとしているようにみえる。いずれにせよ、これは、第一審判決が「自衛隊機運航処分が違法といえるか否か」は「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」ないとしたのと、実質的に異ならない。(44)

（d）処分差止訴訟と人格権に基づく差止請求訴訟

そうすると、ある一連の行政の行為を包括的に処分と解して処分差止訴訟の対象とすることと、人格権を根拠として一連の行為にかかる差止めの訴えを公権力の発動・変更・取消しを求める請求を包含すると解して無名抗告訴訟として適法と解することとの間には差異があるようにみえる。厚木基地第四次訴訟の第一審判決は、訴えを人格権に基づく差止請求と解し受忍限度によって違法性判断をするものと評価せざるを得ないのに対し、控訴審判決は、訴えを処分の客観的違法を理由とする処分差止訴訟とみている。いずれも、訴訟類型の認識に伴う当然の帰結であるといえる。最高裁判決は、中間的な立場をとるものであって、訴えを処分差止訴訟と解する点で第一審判決と異なるが、本

案審理における違法性判断の方法は第一審判決と実質的に同様のものを採用する。

厚木基地第四次訴訟の事案の下では、受忍義務論を否定できないとすれば、自衛隊機の運航の差止めを無名抗告訴訟としての人格権に基づく差止請求であると解するのが適切であったのではなかろうか。処分差止訴訟による差止めは、単に自衛隊機の運航にかかる権限行使をしてはならないことを防衛大臣に命ずるものにすぎないが、無名抗告訴訟による差止めでは、差止めの方法はこのような権限行使を禁止することにとどまらない。すなわち、処分差止訴訟として訴えを適法と解すれば、原告の真意に関わらず、自衛隊機の運航にかかる防衛大臣の権限行使を一律に禁止することしかできないが、無名抗告訴訟と解すれば、差止めの方法としても様々なものの選択が認められることとなり、原告の真意に沿った、処分差止訴訟よりも柔軟な紛争解決が可能となる。[45] また、無名抗告訴訟と解すれば、本案において、騒音被害それ自体が受忍限度を超えるものであるか否かが審理されることとなり、より直截的であると考えられる。

四　「処分」と「公権力の行使」

さて、以上のように、厚木基地第四次訴訟最判が自衛隊機運航権限行使の処分性を肯定したことに問題点があるとしても、判例は、処分性の定式を用いないで、実効的な救済と紛争の実質的解決を補充的に考慮して、処分性を肯定することがある。このように考えると、「その他公権力の行使に当たる行為」には、権力的事実行為のほかに、「行政庁の処分」とは性格付けることができないが、公権力の行使に当たることを肯定でき、実効的な救済や紛争の実質的解決の見地から処分性を認めるべきものが含まれるとの解釈も成り立つ余地があろう。

すなわち、①「行政庁の処分」を講学上の行政行為に限定し（ただし、判例によれば、講学上の行政行為であっても「行政庁の処分」から除かれるものがある）、②「行政庁の処分」には当たらないが、法行為であるか否かに関わらず、法定抗告訴訟の対象とすることが、認容判決それ自体やその効力、他のとり得る法的手段、さらには本案における争点などの観点から実効的な救済や紛争の実質的解決に資すると考えられるものを、一連の行政の行為によって作り出される行政のメカニズムのなかから「その他公権力の行使に当たる行為」として切り出し、③この意味での「行政庁の処分」にも「その他公権力の行使に当たる行為」にも該当しない公権力の行使があれば、それを無名抗告訴訟で争わせるという整理が適切であると思われる。その場合の無名抗告訴訟は、公権力の行使に当たる行為を争うものである場合もあろうが、公権力の行使が関係する法律関係を争うものであることもあり得よう。

（一）「行政庁の処分」

まず、「行政庁の処分」を講学上の行政行為に限定すべきであるというのは、それが、取消し・無効等の確認・差止め・義務付けといった法定抗告訴訟の認容判決の内容に適合的であり、また、「行政庁の処分」をいわば純化して考えることによって、「その他公権力の行使に当たる行為」として、処分性の定式からは処分性が肯定できない行政の行為を法定抗告訴訟の対象として拾い上げることができると考えるからである。そして、典型的に、取消訴訟の排他的管轄が当てはまるのは、この意味での「行政庁の処分」といえる。処分性の定式は、講学上の行政行為の定義を述べたものにすぎないと解するのが素直であろう。

たとえば、先に具体的法効果を拡張する判例として取り上げた輸入禁制品該当通知最判や食品衛生法違反通知最判が処分性を肯定した輸入禁制品該当通知にしても食品衛生法違反通知にしても、その取消しを観念するのは困難であ

って、仮に取消判決が下されるとすると、それは単にこれら通知行為の違法性を宣言することにとどまり、当該取消判決の拘束力によって行政庁は事後に輸入不許可や輸入申告書の不受理ができなくなると解せば足りると思われる。そうすると、あえて処分性の定式を当てはめて具体的法効果を拡張して処分性を肯定する必要はなく、公権力の行使に当たることが肯定できれば、「その他公権力の行使に当たる行為」であるとすることで足りる。他方、判例（最一小判平七・三・二三民集四九巻三号一〇〇六頁）[46]が処分性を否定した都市計画法三〇条二項の公共施設の管理者が同意を拒否する行為（以下「公共施設管理者の同意拒否」という）も、それ自体によって法効果が生じるということは難しいが、「その他公権力の行使に当たる行為」として処分性を肯定できるのではないかと考えられる。いずれにせよ、これらの行為が公権力の行使に当たるかがポイントとなる。この点については、すぐ後で検討する。

また、法令に基づく申請を拒否する行為は処分に当たると考えられている[47]が、これに処分性の定式を当てはめて処分性が肯定できるかという問題がある。厳密に考えれば、講学上の行政行為の分類でいう許可、設権行為（特許）および認可を求める申請を拒否する行為は、法効果を生じさせる行為をしないことを通知するものであって、観念の通知にすぎず、処分性の定式に当てはめると処分性を肯定できない[48]。しかし、これらを法定抗告訴訟で争わせる必要性は高い。このため、申請を拒否する行為が「その他公権力の行使に当たる行為」に該当すると解せばよかろう。このような行為は、行政行為ではないが、処分に該当するといえば足りると思われる。

処分性純化論は、すでに主張されているところであるが[49]、これと筆者の議論が異なるのは、処分性の定式によって処分性を肯定できない行政の行為であっても、機能論的見地からそれを「その他公権力の行使に当たる行為」に該当すると解して、法定抗告訴訟の対象とすべきであるとするところにある。また、かつて主張された形式的行政処分論[50]と本稿の立場は類似する。ただ、これによって処分性の有無が検討されてきたのは、生活保護法による保護の決定、

国家公務員災害補償法に基づく公務災害の認定、公務員に対する不利益処分、公営住宅の使用許可などであって、今日、これらの処分性が肯定されるべきことは学説や判例によって承認されている。本稿がこの議論と異なるのは、ある行政の行為が公権力の行使に当たると認められるときに、具体的法効果を肯定できなくても、「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するとして処分性を肯定すべきであるとする点にある。形式的行政処分論は、ある下級審裁判例（東京地判昭四八・五・三一行集二四巻四＝五号四七一頁）によって横断歩道橋の設置が処分に該当することを前提とした判断がされたことにも注目するものであったが、主として法行為とはいえるが権力性が肯定できるかが問題となる行政の行為の処分性を検討の対象とするものであった。本稿は、法行為といえるかについて疑義のある行為の処分性の判定について検討するものである。

（二）「その他公権力の行使に当たる行為」

それでは、「その他公権力の行使に当たる行為」をどのように特定して切り出せばよいのか。行政事件訴訟法の条文から客観的にいえるのは、「行為」であることと、「公権力の行使に当たる」ことが必要であることであり、また、処分は取消し・無効等の確認・差止め・義務付けの各訴えの対象となるから、ここでいう「行為」はそれらに馴染むものでなければならない。

（a）切り出し

まず、行政事件訴訟法の立案関係者が典型的に「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するとしていたのは、すでにみたように、継続的性質を有する即時強制である。行政事件訴訟法の二〇〇四年改正や行政不服審査法の二〇

一四年改正に伴い、継続的性質を要しないと解されるようになってきている。[51] 即時強制を一個の行為として把握することは可能であり、また、継続的性質を有する限り、認容判決でその取消しを宣言し当該判決の拘束力でそれを排除する（つまり撤廃させる）という点で、取消訴訟の対象とすることに馴染むと考えられる。処分差止訴訟で即時強制を争う場合には、継続的性質の有無に関わらず、認容判決でその差止めを宣言し当該判決の拘束力でそれを行わせないようにすることが可能であるから、やはり処分差止訴訟の対象とすることに馴染むと考えられる。

次に、病院開設中止勧告と病床数削減勧告を取消訴訟や処分差止訴訟の対象とする場合、認容判決によってその取消しまたは差止めを宣言し当該判決の拘束力によって事後の保健医療機関指定の拒否処分を予防することができる。また、これらと同様、輸入禁制品該当通知も食品衛生法違反通知も、その取消訴訟の認容判決によってその取消しが宣言されれば、事後の拒否処分を予防することができる。公共施設管理者の同意拒否も同様である。[52] これらはいずれも一個の行為として把握が可能であるが、一連の行政の行為によって形成されるメカニズムの一部を構成することと、そのメカニズムの最終段階に、上の意味での行政庁の処分またはその求めを拒否する行為が控えていることが共通している。

市立保育所廃止条例の制定行為については、それを取消訴訟や処分差止訴訟で争うことを認めれば、認容判決によってそれ自体の効力を消滅させたりそれを行うことを禁止したりすることができる。やはりこの意味で、市立保育所廃止条例の制定行為は、取消訴訟や処分差止訴訟の対象とすることに馴染むと考えられる。

そして、ここで検討したいずれの行為についても、その取消訴訟や差止訴訟の本案では、当該行為の違法性が争点となる。この適法性統制は裁判所にとって、「行政庁の処分」の場合とそれほど異なるわけではなかろう。義務付け訴訟についても、同じように考えることができよう。

（b）問題点と解決策

このような立場をとるとき、次の三つの問題があると考えられる。第一は、公権力の所在をどこに見出すかである。法定抗告訴訟で行為としての処分を争う限り、当該行為そのものが公権力の行使に当たることが必要であるという見解は、一定の説得力を有する。即時強制は実力行使であるから、それが公権力の行使に当たることは疑う余地がない。しかし、たとえば、病院開設中止勧告と病床数削減勧告については、それ自体を取り出して公権力の行使に当たると解することは困難であって、病床数削減勧告最判の藤田補足意見に見られるように、これらの勧告をその要素に含む行政の「メカニズム」が公権力の行使に当たるから行為としてのこれらの勧告もまた公権力の行使に当たるという理解を前提とせざるを得ない。また、輸入禁制品該当通知や食品衛生法違反通知を「その他公権力の行使に当たる行為」として処分性を肯定するとしても、具体的法効果を拡張しないことを前提とすれば、行為自体が公権力の行使に当たるとはいえず、藤田補足意見と同様の思考で、公権力の行使に当たるとする必要がある。少なくとも、行政のメカニズムの最終段階に右の意味での行政庁の処分またはその求めを拒否する行為が予定されているのであれば、そのメカニズムもまた公権力の行使に当たると解してよいのではないか。[53] この立場からはさらに、都市計画法三〇条二項に基づき公共施設の管理者がする同意（以下「公共施設管理者の同意」という）は、公共施設管理者の同意拒否を含め、メカニズムの最終段階に開発許可または拒否処分が予定されているのだから、公権力の行使に当たると解することもできよう。

第二は、一連の行政の行為によって作り出される行政のメカニズムのなかから、いずれの行為を「その他公権力の行使に当たる行為」として切り出し、処分性を肯定するかである。この点は、紛争の成熟性に関わる。[54] 市立保育所廃

止最判の事案で改正条例の制定行為の取消訴訟について紛争の成熟性が認められることはすでに述べた。病院開設中止勧告最判については、その事案において、医療法に基づく病院開設中止勧告を遵守しないと事後に不利益的な処分がされることが確実となるのだから、病院開設中止勧告がされていれば紛争の成熟性は認められると考えられる。輸入禁制品該当通知や食品衛生法違反通知もこれと同様であろう。公共施設管理者の同意拒否も、それがされれば、開発許可を受けられないことが確実になるのだから、開発許可を法定抗告訴訟で争う場合と被告が異なることもあるが、紛争の成熟性を肯定してよいと考えられる。

第三は、このようにして「その他公権力の行使に当たる行為」に該当するとして処分性が肯定された行為に、取消訴訟の排他的管轄が及ぶかである。取消訴訟の排他的管轄の実定法上の根拠を取消訴訟制度の存在に求めそれが立法政策として採用されているという見解[55]に従えば、処分性の定式によるか否かに関わらず、処分性が肯定されるとき、取消訴訟の排他的管轄が及ぶことは否定できないように思われる。東京都ごみ焼却場事件最判は、取消訴訟の排他的管轄について判示したと考えられるが、旧行政事件訴訟特例法二条にいう「行政庁の……処分」について述べるのみであって、行政事件訴訟法上の「その他公権力の行使に当たる行為」については、何も述べていない。いずれにせよ、処分と性格付けられた行為について、取消訴訟の排他的管轄が及ばないとする理由は見出しがたい。実質的にみても、即時強制に取消訴訟の排他的管轄が及ぶこととなるが、即時強制に継続的性質がないときにそれを損害賠償請求訴訟で争うこととなることを考慮しても、そのことに特段の不都合があるとは考えにくい。ただし、このようにして処分性が肯定された行為に取消訴訟の排他的管轄が及ぶといっても、有効性の推定を認める余地はなく、取消訴訟の利用強制のみが及ぶというべきである。厳密には、具体的法効果が生じるとは考えられないからである。

（三）無名抗告訴訟の可能性

行政事件訴訟法の二〇〇四年改正後、処分差止訴訟と義務付け訴訟が法定抗告訴訟とされたため、無名抗告訴訟の「問題の意義が大幅に減少したことは否定でき」ず[56]、また、無名抗告訴訟の「可否、訴訟類型、要件等を議論する意義は、低くなった」と指摘されている[57]。この点に関し、上記改正後の学説のうち、次のものが興味深い。

（a）行政立法・行政計画の違法確認訴訟

第一は、無名抗告訴訟として「行政立法（政省令など）や行政計画の違法確認を求める訴訟が考えられる」ところ、「行政立法を争う訴訟はそれが『法律上の争訟』に当たるかどうかという問題があるし、行政立法や行政計画を争う訴訟については、原告適格や判決の効力をどうするかという困難な問題がある」としたうえで、この問題の立法的解決の必要性を示唆するものである[58]。

ここで行政立法として想定されているのは、法形式としての命令であると考えられる。行政法学では命令の制定行為は公権力の行使に当たると考えられている。最高裁は、いわゆる医薬品ネット販売権訴訟において、改正された省令の規定が無効であることを主張してその規定にかかわらず改正前の省令の下で有していた権利ないし法的地位の確認を求める訴えが実質的当事者訴訟として適法であることを前提として、本案について判断した（最二小判平二五・一・一一民集六七巻一号一頁）。この実質的当事者訴訟が抗告訴訟の排他的管轄に抵触せず適法とされた根拠は、大阪空港訴訟最判や厚木基地第一次訴訟最判を参考にすると、その訴えが、省令の効力を当該事件限りで否認して権利ないし法的地位の確認を求めるものであって、公権力の行使の発動・変更・取消しを求めるものに当たらないことに

あろう。

また、行政計画のうち、都市計画法に基づく都市計画は、私見によれば、法規命令に該当する。[59] ある都市計画決定がされたことによって権利ないし法的地位が脅かされるのであれば、右の省令の場合と同様に実質的当事者訴訟としての確認の訴えで争うことが考えられる。ただ、これらによるとき、認容判決には、関係行政庁を拘束する力（行政事件訴訟法三三条一項、四一条）が認められるが、第三者効がない。

いずれにしても、右の見解は、行政立法や行政計画そのものの効力を争わせることが必要であるというものであろう。

（b）人格権に基づく差止請求訴訟

第二は、大阪空港訴訟最判の問題点を解決すべく提案された権力的妨害排除請求訴訟について、二〇〇四年の行政事件訴訟「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、〔非申請型〕義務付け訴訟……、〔処分〕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、〔非申請型〕義務付け訴訟ないし〔処分〕差止訴訟を提起することが」大阪空港訴訟最判の下でも「認められると解することができ」、「改正法の下ではまずもって、〔非申請型〕義務付け訴訟、〔処分〕差止訴訟の法定抗告訴訟が用いられるべきものと考えられることはいうまでもない」が、大阪空港訴訟最判の「理解において、包括的権力作用の概念が現在でも生きているということであれば、なお、開放的抗告訴訟観を基礎として主張する余地がある」とするものである。[60]

厚木基地第四次訴訟最判は、自衛隊機運航権限行使を包括的に把握して処分と解しており、右の学説がいう「包括

的権力作用の概念」を維持していると考えられる。他方、自衛隊機の運航について義務付け訴訟と処分差止訴訟によって人格権に基づく差止請求と同様の紛争解決が得られるかについては、すでには検討したように疑問がある。

（c）義務確認訴訟

第三は、無名抗告訴訟として構成し得るものとして、義務確認訴訟（義務不存在確認訴訟を含む）があるとされており[61]、さらにそのなかでも、おそらく受忍義務論を想定して「受忍義務不存在確認訴訟」が考えられるとするものである[62]。

判例も義務確認訴訟を無名抗告訴訟として許容すること自体には肯定的であると考えられる。すなわち、最一小判平二四・二・九（民集六六巻二号一八三頁。以下「教職員国旗国歌訴訟最判」という[63]）では、教職員として都立高等学校に在職する者ら等が提起した、学校長の職務命令に基づく、各所属校の卒業式や入学式等の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立して国歌を斉唱する義務の不存在確認の訴えのうち、「職務命令の違反を理由とする〔将来における〕不利益処分〔である懲戒処分〕の予防を目的とする無名抗告訴訟」と解された部分が、懲戒処分の処分差止訴訟との関係で補充性の観点から確認の利益を欠くとされた。このケースでは、原告の不安の解消は懲戒処分の差止判決によって達成されるし、処分差止訴訟で職務命令の適否を争点とすることができるから、あえて、上記義務の存否を無名抗告訴訟で争わせる必要はない。

自衛隊機の運航について受忍義務不存在確認訴訟を用いるとき、教職員国旗国歌訴訟最判を参考にすると、厚木基地第四次訴訟最判が自衛隊機運航権限行使を処分と解したため、処分差止訴訟との関係で、判例に従えば、やはり補充性の観点から確認の利益を欠くとされる余地があろう。即時強制が受忍義務を生じさせるものであると解して将来

においてされる即時強制の受忍義務が存在しないことの確認を求める訴えが考えられないことはないが、これは処分差止訴訟との関係で補充性の観点から確認の利益を欠くと解すべきであろう。行政指導に従う義務がないことの確認を求める訴訟は、実質的当事者訴訟であることになろうが、処分性を肯定された病院開設中止勧告と病床数削減勧告に従う義務のないことの確認を求める訴訟は、無名抗告訴訟となる。しかし、この無名抗告訴訟も、取消訴訟や処分差止訴訟との関係で補充性の観点から確認の利益を欠くこととなる。また、右に述べたように命令によって課せられた義務にかかる確認の訴えは実質的当事者訴訟であるというのが判例の立場であろうし、法行為に当たる処分によって生じた義務については、取消訴訟や無効確認訴訟で争い得る。

このように考えると、義務確認訴訟が無名抗告訴訟として活用される場面は、法定抗告訴訟によっては当該義務を争うことができない場合であって、さほど多くないと考えられる。しかし、無名抗告訴訟としての義務確認訴訟が存在し、公権力の行使によって生じた義務がある場合に、あるいは公権力の行使によって義務が生じていないことを争う必要があると考えられる場合に、この訴訟を活用することが可能であることは確認されるべきであろう。

（四）抗告訴訟の排他的管轄と訴訟選択

抗告訴訟の排他的管轄は、取消訴訟の排他的管轄と重なるところがあるものの、それとは異なるレベルでの訴訟選択を問題とする。ここでは、訴訟選択における抗告訴訟の排他的管轄の位置について検討する。

抗告訴訟の排他的管轄というとき、それによっていかなる民事訴訟や実質的当事者訴訟が排除されるのか、いいかえれば、いかなる訴えが公権力の行使に関するものなのかは、判例上は、必ずしも明らかではない。大阪空港訴訟最判は、公権力の行使の「取消変更ないしその発動」を求める民事差止訴訟を不適法とするものであり、教職員国旗国

歌訴訟最判は「行政処分」の排除を求めるときには抗告訴訟によるべきであるとしている。判例により処分性が肯定された病院開設中止勧告も病床数削減勧告も、それに従う義務のないことの確認を求める訴えは、すでに述べたように確認の利益が否定されることになろうが、抗告訴訟の排他的管轄により無名抗告訴訟となる。

法定抗告訴訟間での訴訟選択の基準は明確である。[64] 試みに、法定抗告訴訟でも処分の排除を要求するタイプのものについて、現在の判例を前提に、その相互間での選択について検討してみよう。まず、取消訴訟と無効確認訴訟との選択は、取消訴訟の出訴期間が経過したり個別法で必要とされる審査請求前置をしていなかったりして取消訴訟の提起ができない場合に、当該処分の無効を前提として無効確認訴訟を提起することができるという形で行われる。[65] この訴訟選択の前提となっているのは、取消訴訟の排他的管轄である。次に、取消訴訟と処分差止訴訟の選択は、後者の訴訟要件である「重大な損害を生じるおそれ」（行政事件訴訟法三七条の四第一項本文）と「その損害を避けるため他に適当な方法があるとき」（同項但書）によってされる。教職員国旗国歌訴訟最判は、いずれの要件についても取消訴訟との関係を重視した判定をしているものの、取消訴訟の排他的管轄を訴訟選択の適否を判断する基準とはしていない。取消訴訟と処分差止訴訟については、訴訟選択の基準が法定されていると評価できる。

法定抗告訴訟と無名抗告訴訟との選択基準は、筆者のみるところ、取消訴訟の排他的管轄を除けば、少なくとも明示的には存在しない。法定抗告訴訟での紛争解決が可能である限りは、それによることを基本とすべきであるとはいえよう。右にみた厚木基地第四次訴訟の第一審判決と控訴審判決の対立は、まさにこの問題を提起したものといえる。本稿において「処分」と「公権力の行使」を区別する議論を展開したのは、この問題に関する試論の一つである。また、無名抗告訴訟として確認訴訟を利用するとき、確認の利益は訴訟選択の基準となる。教職員国旗国歌訴訟最判で無名抗告訴訟としての義務不存在確認の訴えが不適法とされたのは、処分差止訴訟との関係で補充性を欠くことを理

由とするものであった。ここでは、処分差止訴訟と無名抗告訴訟の選択基準として固有のものではなく、確認の利益の一内容としての補充性が訴訟選択の基準として用いられている。また、無名抗告訴訟として処分の違法確認訴訟や処分権限の不存在確認訴訟を提起しても、取消訴訟や処分差止訴訟との関係で補充性を欠くとして却下されるか、取消訴訟の排他的管轄によって訴えが不適法とされることなろう。

法律関係を争う無名抗告訴訟の活用を視野に入れるとき、民事訴訟と実質的当事者訴訟、そして無名抗告訴訟の間には、それほどの差異がないように思われる[66]。無名抗告訴訟と実質的当事者訴訟を用いることの最大のメリットは、その認容判決が関係行政庁を拘束することであろう。しかし、国道四三号線訴訟最判で適法性が前提とされた道路から生じる騒音にかかる民事差止訴訟で、具体的な事案の下で認容判決が下される場合を想定すると、その判決に拘束力がないといっても、被告である行政主体は騒音防止措置をとることを求められる。現在の判例は、抗告訴訟の排他的管轄を前提としていると考えられるが、訴えが公権力の行使に関係するときでも、抗告訴訟の排他的管轄に抵触しない限り、民事訴訟や実質的当事者訴訟を厳格に排除するものとは考えられない。たとえば、教職員国旗国歌訴訟最判は、原告の主張に対応したものだが、請求を、「行政処分」の予防を目的とするのか、それとも「行政処分以外の……不利益の予防を目的とする」のかによって区別し、それぞれについて適法性を検討する立場がとられている。国道四三号線訴訟の控訴審判決は、差止めの目的を実現する方法が公権力の行使に当たらない限りで民事差止請求を適法としている。これらを一般化することは難しいが、このような工夫が認められるとすれば、上記の三類型の訴訟の相対化を視野に入れることも可能となろう。ただ、判例がこの三類型の訴訟の区別にこだわるのであれば、その限りで、抗告訴訟の排他的管轄が訴訟選択の基準となり得る。

このように考えると、抗告訴訟の排他的管轄は、民事訴訟および実質的当事者訴訟と抗告訴訟とを区別する基準で

あるといっても、法定抗告訴訟の類型が多様化されたことに伴い、その重要性が相対的に低下してきているのではなかろうか。ただし理論的には、厚木基地第四次訴訟の事案については、人格権も損害賠償請求権と同様に民事上の権利にほかならないから、人格権侵害を主張して自衛隊機の運航あるいはそれによって生じる騒音等の差止めを求める訴えは、民事訴訟と解する方が一貫していると考えられる。

（五）行政手続法の適用

最後に、自衛隊機運航権限行使に対する、行政手続法の処分に関する規定の適用について検討する。行政手続法の処分に関する規定の適用については、すでに病院開設中止勧告最判について議論があり[67]、病院開設中止勧告が処分と認められる以上、それには不利益処分の手続（行政手続法一二条～三一条）を要するとする見解もあるが[68]、これを消極に解する論もある[69]。自衛隊機運航権限行使にしても病院開設中止勧告にしても、それが行政手続法上の処分に当たるかと、仮にそれに当たるとして不利益処分の手続（同法一二条～三一条）や申請に対する処分の手続（同法五条～一一条）を要するかを区別して検討すべきである。また、処分等の求め（同法三六条の三）の対象となるかも論点となる。

行政手続法の処分に関する規定の適用に関し、行政手続法が処分の定義で行政事件訴訟法上のそれと同じ文言を用いた趣旨は、この二つの法律で処分が異なるものではないことを示したものであると説明される[70]（以下では、この見解を「処分同一説」と呼ぶ）ことがある一方で、機能論的見地から両者で処分は必ずしも同一のものではないとする見解[71]（以下では、この見解を「処分区別説」と呼ぶ）も有力である。

処分同一説に従えば、行政手続法上の処分についても行政事件訴訟法上の処分に関する判例がそのまま当てはまる

ことになろうから、自衛隊機運航権限行使は、それが処分であることを根拠として行政手続法によって規制されることとなる。もっとも、自衛隊機運航権限行使は、申請（同法二条三号）に基づくものとは考えられないから申請に対する処分の手続の対象となるとはいえず、また、「特定の者を名あて人」（同条四号柱書）とするわけでもないのでそれについて不利益処分の手続が必要であるとも解されない。他方、病院開設中止勧告や病床数削減勧告については、行政手続法上の不利益処分には当たらず、不利益処分の手続を要しないというべきである。というのも、病院開設中止勧告最判は、病院開設中止勧告が「医療法上は当該勧告を受けた者が任意にこれに従うことを期待してされる行政指導として定められている」としており、行政手続法は、不利益処分を「特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権利を制限する」（二条四号柱書）ものであるとして法行為に限定し、かつそこから処分に当たる「事実上の行為」（同号イ）を除外しているからである（ただし、本稿と異なり、病院開設中止勧告や病床数削減勧告が事実行為ではないという立場によれば、この結論は異なる）。処分等の求めについては、自衛隊機運航権限行使も病院開設中止勧告についても、それが自衛隊法や医療法に基づく処分であることを根拠として、その対象性を肯定されることになろう。なお、この立場によるとき、病院開設中止勧告や病床数削減勧告は処分と解されるから、行政指導に関する規定（同法三二条～三六条の二）は適用されない。

他方、処分区別説によれば、行政手続法を適用することが適切か否かの視点から処分であるか否かが決定されるべきこととなる。もっとも、おそらく、この立場においては、一般的に行政手続法が適用されるかという観点はあまり意味がなく、ある行政の行為を申請に対する処分の手続か不利益処分の手続の対象とすることが適切か否かの観点が重要であると考えられる。そして、行政手続法上の処分も、その中核にあるのは、一部除外されるものがあるにせよ、講学上の行政行為とその範囲を同じくすることは異論のないところであろうから、処分区別説によるとき、自衛隊機

運航権限行使が行政手続法二条二号にいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に当たるか否かを、申請に対する処分の手続と不利益処分の手続のいずれかの対象とすることが適切か否かを視野に入れながら、検討すべきことになろう。ただし、自衛隊機運航権限行使についても病院開設中止勧告や病床数削減勧告についても、処分区別説によりつつそれを行政手続法上の処分に該当すると解しても、右で処分同一説をとって検討したのと同様の理由から、申請に対する処分の手続の対象にも不利益処分の手続の対象にも当たらないこととなる。処分等の求めの対象となるか否かについては、機能的見地からその対象性の有無が検討されるべきである。病院開設中止勧告と病床数削減勧告については、それを行政指導と解すると、それが地方公共団体の機関によってされるものであって行政手続法第二章から第六章までが適用除外となる（三条三項）ため、別の議論が必要となる。処分区別説によれば、病院開設中止勧告が行政手続条例上の処分に当たるか否かは、各地方公共団体の行政手続条例の行政指導に関する規定の適用の必要性の有無を含めて検討されるべきであろう。この場合、特に行政指導の中止の求めの対象とするかが問題となろう。これらの勧告が、処分区別説によっても不利益処分の手続の対象とはならないとすると、行政手続条例で行政指導の中止の求めが定められているのであれば、むしろこれらを行政指導と解して、その対象とする方が適切であると考えられる。

　このような結論は、自衛隊機運航権限行使について、周辺住民の権利保護のための行政手続が不要であるとするものではない。自衛隊機の運航が生じさせる実際上の影響に鑑みれば、周辺住民に適切な手続的権利保護の機会が認められるべきである。また、病院開設中止勧告や病床数削減勧告についても、同様である。これらについては、行政手続法とは別の枠組みが必要であろう。

五　おわりに

以上、厚木基地第四次訴訟最判を機縁として、抗告訴訟の排他的管轄を前提としつつ、行政事件訴訟法にいう「公権力の行使」や「行政庁の処分」の意義をやや厳密に考え、処分性の定式を用いる範囲を限定することによって、無理のない理論構成をとりつつ、機能論的見地から処分の範囲を拡張すべきことと、そのように考えたときの抗告訴訟の諸類型の訴訟選択について検討してきた。目覚ましい知見を示したとはいえないが、筆者の意図の一つは、行政庁の処分の範囲を「純化」させないと、歯止めなしに処分性の範囲が拡張されてしまうことになりかねないことを主張するところにある。他方、無名抗告訴訟が活用される場面は、処分差止訴訟と義務付け訴訟が法定抗告訴訟とされた今日、それほど広くない。ただ、公権力の行使に関する紛争が、法定抗告訴訟によって適切に解決されない場面は、厚木基地第四次訴訟最判の事案に限らず、想定されないわけではなかろう。法律関係を争う無名抗告訴訟の活用が検討されるべきである。

自衛隊機運航権限行使については、受忍義務論が問題を抱えていることがあって、「その他公権力の行使に当たる行為」としても、処分性を肯定できないというべきである。判例が受忍義務論にこだわるのであれば、無名抗告訴訟によるのが適切であろうが、民事差止訴訟によるべきものと解するのが適切である。

本稿の問題意識からすると、抗告訴訟の排他的管轄が存在することの実質的根拠と実定法上の根拠それ自体を問う必要がある。この点は抗告訴訟の本質にも関わる。また、「その他公権力の行使に当たる行為」を切り出すに当たって、紛争の成熟性についての検討は欠かすことができない。本稿で踏み込むことができなかったこれらの点は、今後

の課題としたい。

［謝辞］浜川清先生のご指導を受けるようになってから、約二〇年が経過した。筆者が初めて大学の専任教員としての職を得た時、先生から、「これからは対等な研究者だからそのつもりで努力しなさい」という趣旨のお言葉をいただいた。その後、筆者が先生の「同僚」となってからも、先生はこの立場を貫かれ、対等な立場で議論して下さった。筆者は、先生と本学法科大学院において、同じ授業を、しかも先生が作成された教材を用いて、担当する機会を得た。かつての指導教授と同じ授業を担当するということで、かなりのプレッシャーを感じたが、その際に、先生と様々な議論をさせてもらったことは、その後の研究の糧になっている。本稿における試論の土台にあるのも、そこでの先生との議論である。先生の学恩に少しでも報いることができれば、幸いである。

［付記］本稿は、科学研究費助成事業（基盤研究（C）（一般））「行政紛争の処理に関する適切な法の解明―国家と個人の関係の現代的変容を背景として」（研究代表者：西田幸介、課題番号一六K〇三三〇二一）の二〇一六年度分の学術研究助成基金助成金による研究成果の一部である。

注

（1）浜川清「行政訴訟の諸形式とその選択基準」杉村敏正（編）『行政救済法1』（一九九〇年、有斐閣）四七頁以下・四七～四八頁。

（2）浜川・前注四九頁。浜川が、この論文と同じ問題意識で執筆したものとして、浜川清「M・オーリウにおける取消訴訟と通常訴

訟」雄川一郎先生献呈『行政法の諸問題下』（一九九〇年、有斐閣）四一九頁以下がある。

（3）厚木基地第一次訴訟最判については、岡田雅夫「判批」ジュリスト一〇四六号（平成五年度重要判例解説）（一九九四年）五五頁以下、古城誠「判批」法学教室一五六号（一九九三年）一〇六頁以下、田中舘照橋「判批」法令解説資料総覧一三六号（一九九三年）八四頁以下、一三七号（一九九三年）九〇頁以下、原田尚彦「判批」ジュリスト七八六号（一九八三年）九九頁以下等参照。

（4）この点については、阿部泰隆「空港供用行為と民事差止訴訟――大阪国際空港訴訟最高裁判決をめぐって」同『行政救済の実効性』（一九八五年、弘文堂）六三頁以下（初出は一九八二年）、鈴木庸夫「当事者訴訟」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫（編）『現代行政法大系5行政争訟Ⅱ』（一九八四年、有斐閣）七七頁以下、園部逸夫「行政訴訟と民事訴訟の関係」同『現代行政と行政訴訟』（一九八七年、弘文堂）一頁以下・二一～二六頁（初出は一九八三年）、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　大阪空港訴訟」論究ジュリスト三号（二〇一二年）八五頁以下、深澤龍一郎「行政関係紛争における事実行為と民事訴訟」法律時報八五巻一〇号（二〇一三年）四一頁以下等参照。

（5）南博方（原編著）・高橋滋・市村陽典・山本隆司（編）『条解行政事件訴訟法［第四版］』（二〇一四年、弘文堂）四一頁〔高橋執筆〕。

（6）浜川清「行政訴訟改革について」法律時報七三巻七号（二〇〇四年）六三頁以下・六六頁。実質的当事者訴訟に関する浜川の見解については、室井力・芝池義一・浜川清（編）『コンメンタール行政法Ⅱ［第二版］行政事件訴訟法・国家賠償法』（二〇〇六年、日本評論社）六〇頁以下［浜川執筆］、浜川清「在外国民選挙権最高裁判決と公法上の確認訴訟」法律時報七八巻二号（二〇〇一年）八四頁以下等参照。

（7）厚木基地第四次訴訟最判については、大久保規子「判批」環境と公害四六巻四号（二〇一七年）六五頁以下、神橋一彦「判批」法学教室四三八号（二〇一七年）一三五頁、巽智彦「判批」判例セレクト二〇一五（二）（二〇一六年）（法学教室四二六号別冊附録）一〇頁等参照。

（8）椿松晴子「調査官解説」ジュリスト一五〇六号（二〇一七年）八一頁以下・八五頁参照。

（9）塩野宏『行政法Ⅱ［第五版補訂版］行政救済法』（二〇一三年、有斐閣）一一六頁。厚木基地第一次訴訟最判については、岡田正則「公共事業の公権力性と差止訴訟――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）九五頁以下も参照。

（10）この問題点についてはすでに多くの論者の指摘するところである。たとえば、神橋一彦「行政法における『義務』の概念」同『行政訴訟と権利論』（二〇〇三年、信山社）三〇一頁以下・三一二～三一八頁（初出は一九九九年）、髙木光「受忍義務構成――厚木上告

審」同『行政訴訟論』（二〇〇五年、有斐閣）三三〇頁以下（初出は一九九五年）参照。

(11) この意味で、厚木基地第四次訴訟最判は、いわゆる包括的公権力観を採用するものと考えられる。この点についいて、高木光「公共事業の差止」同『事実行為と行政訴訟』（一九八八年、有斐閣）三三頁以下（初出は一九八二年）、高橋・前掲注（4）参照。

(12) 受忍義務論の展開については、高橋・前掲注（4）、深澤・前掲注（4）が詳しい。

(13) 日本原演習場最判については、石川善則「調査官解説」ジュリスト八九五号（一九八七年）六五頁、古城誠「判批」法学教室八六号（一九八七年）一〇二頁以下、田中舘照橘「判批」法令解説資料総覧七〇号（一九八七年）四九頁以下等参照。

(14) この点については、筆者も簡単な解説を行ったことがある。岡田正則・榊原秀則・本多滝夫（編）『判例から考える行政救済法』（二〇一四年、日本評論社）一四九〜一五一頁（西田幸介執筆）。

(15) 阿部泰隆「抗告訴訟の守備範囲――いわゆる処分性――」同『行政訴訟改革論』（一九九三年、有斐閣）四三頁以下・八二頁（初出は一九八三年。ただし参照箇所は同書収録時に追記されたもの）参照。

(16) 高橋・前掲注（4）八九頁、深澤・前掲注（4）四三頁参照。

(17) 田中二郎『新版行政法上巻［全訂第二版］』（一九七四年、弘文堂）三〇九頁。

(18) この点については、神橋・前掲注（10）参照。

(19) ただ、この立場によっても、厚木基地第一次訴訟最判の事案では、田中・前掲注（17）三〇九頁が検討した即時強制の場合と異なり、厚木基地第四次訴訟最判の小池補足意見が述べる通り、防衛庁長官がしたと擬制される、自衛隊機の運航にかかる一方的な意思表示を取消訴訟で争っても、自衛隊機の運航自体は、その都度、完了して継続的性質を有しないので、訴えの利益が認められないことになろう。このため、厚木基地第一次訴訟については、自衛隊機の運航にかかる防衛庁長官の権限行使を公権力の行使と解する限り、大阪空港訴訟最判に関連して塩野宏によって提案された、無名抗告訴訟としての権力的妨害排除請求訴訟（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）三〇五頁以下・三三一〜三三四頁（初出は一九八三年））によるのが適合的であったといえよう。厚木基地第一次訴訟最判の事案の下での訴訟選択については、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）一頁以下が詳細な検討をしている。

(20) 塩野・前掲注（9）一一四頁。

(21) 橋本博之・青山丈・植山克郎『新しい行政不服審査制度』（二〇一四年、弘文堂）一六六頁。

(22) この点については、小早川光郎「抗告訴訟の体系と本質」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫（編）『現代行政法大系4行政争訟I』（一九八三年、有斐閣）一三五頁以下・一四八〜一四九頁参照。

(23) 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(二〇〇九年、有斐閣) 一三七頁は、塩野宏によって提案された権力的妨害排除請求訴訟(塩野・前掲注(19)参照)について、「個別の行為を対象とするこれまでの抗告訴訟(公権力についての分析的手法)とは異質であるから、とうてい受け入れられない」としている。しかし、行政事件訴訟法は、抗告訴訟を「行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟」(三条一項)としているのであって、法定抗告訴訟が「個別の行為」を対象とするとはいえても、無名抗告訴訟によって「個別の行為」だけではなく公権力の行使が関わる法律関係を争うこともできると解するのが素直なのではないか、という疑問がある。この点については、村上裕章「判批」法政研究八二巻一号(二〇一五年)六五頁以下・七二頁参照。

(24) 処分性の定式を引用していないが、実質的にはそれを当てはめて処分性を検討したと考えられる判例として、たとえば、最大判昭四一・二・二三民集二〇巻二号二七一頁、最三小判昭四三・一二・二四民集二二巻一三号三一四七頁、最二小判昭五三・一二・八民集三二巻九号一六一七頁、最三小判昭五四・一二・二五民集三三巻七号七五三頁、最一小判昭五七・四・二二民集三六巻四号七〇五頁、最一小判昭六一・二・一三民集四〇巻一号一頁、最三小判平三・三・一九判時一四〇一号四〇頁、最一小判平四・一一・二六民集四六巻八号二六五八頁、最三小判平六・四・一九判時一五一三号九四頁、最一小判平七・三・二三民集四九巻三号一〇〇六頁、最一小判平八・二・二二判時一五六〇号七二頁、最三小判平八・一〇・八訟月四四巻五号七五九頁、最三小判平九・三・一一判時一五九九号四八頁、最一小判平一一・一・二一判時一六七五号四八頁、最一小判平一四・一・一七民集五六巻一号一頁、最一小判平一四・四・二五判例自治二二九号五二頁、最一小判平一五・九・四判時一八四一号八九頁、最一小判平一六・四・二六民集五八巻四号九八九頁、最一小判平一七・四・一四民集五九巻三号四九一頁、最大判平二〇・九・一〇民集六二巻八号二〇二九頁、最二小判平二一・四・一七民集六三巻四号六三八頁、最一小判平二一・一・二九民集六三巻九号二一二四頁、最三小判平二三・六・一四集民二三七号二一頁、最一小判平二四・二・九民集六六巻二号一八三頁がある。これらのうち争われている行政の行為の処分性を肯定した判例でも、「行政庁の処分」と「その他公権力の行使に当たる行為」のいずれに該当するかを明示するものは見当たらない。なお、最二小判平二四・二・三民集六六巻二号一四八頁は、処分性の定式を引用しているわけではないが、処分性を肯定するにあたり、東京都ごみ焼却場事件最判を参照判例として挙げている。

(25) 田中・前掲注(17)三〇九頁。行政事件訴訟法の立案関係者の一人である杉本良吉による解説では、同法三条一項にいう「行政庁の公権力の行使」には「行政庁が一方的に行う事実行為的処分で相手方の権利自由の侵害の可能性をもつものをも含む」が含まれ、この「事実行為的処分は、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であるから、法律行為的処分と同様に法の根拠を要するとともに、国民の権利自由に対する侵害の可能性をもつ行為でなければならない」と述べられたうえで、「行政上の強制執行関係における代執行としてなされる義務実現行為、

あるいはいわゆる直接強制による諸行為、または行政上の即時強制（たとえば精神病患者の即時強制収容）として許されている諸行為のごときは、これに当たると解されるが、道路、河川等の公共工事等までがこれに含まれるかどうかについては疑問がある」とされている（杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報一五巻三号（一九六三年）二七頁以下・三五頁、三八頁）。

(26) 塩野・前掲注（9）一一七頁。

(27) 判例による処分性拡大の経緯については、稲葉一将「処分性の拡大と権利利益救済の実効性」法律時報八二巻八号（二〇一〇年）八頁以下、大久保規子「処分性をめぐる最高裁判例の展開」ジュリスト一三一〇号（二〇〇六年）一八頁以下、高木英行「処分性の拡大と取消訴訟の排他的管轄――仕組み解釈に対する均衡解釈論」東洋法学五七巻一号（二〇一三年）五一頁以下、橋本博之「処分性論のゆくえ」同『行政判例と仕組み解釈』（二〇〇九年、弘文堂）六一頁以下（初出は二〇〇六年）。

(28) 輸入禁止品該当通知最判については、高木光「判批」行政判例百選Ⅱ（第三版）（一九九九年）三八〇頁以下、原田尚彦「判批」判例評論二五六号（一九八〇年）一五三頁以下、山村恒年「判批」民商法雑誌八三巻一号（一九八〇年）一二八頁以下等参照。

(29) 食品衛生法違反通知最判については、今本啓介「判批」法令解説資料総覧二七一号（二〇〇四年）九七頁以下、大橋真由美「判批」法律のひろば五八巻八号（二〇〇五年）六五頁以下、角松生史「判批」法政研究七二巻二号（二〇〇五年）八一頁以下、西田幸介「判批」ジュリスト一二九一号（平成一六年度主要民事判例解説）（二〇〇五年）四四頁以下、橋本博之「判批」判例評論五五四号（二〇〇五年）一六八頁以下、山本隆司『判例から探究する行政法』（二〇一二年、有斐閣）三二七頁以下等参照。

(30) たとえば、宇賀克也「判批」平成二二年度主要民事判例解説（別冊判例タイムズ三二号）（二〇一一年）三五二頁以下、高木・前掲注（28）三八一頁。

(31) 市立保育所廃止最判については、石塚武志「判批」法学論叢一六八巻五号（二〇一一年）八四頁以下、北見宏介「判批」速報判例解説七号（二〇一〇年）四五頁以下、久保茂樹「判批」ジュリスト一四二〇号（平成二二年度重要判例解説）（二〇一一年）六二頁以下、高橋滋「判批」自治研究八七巻二号（二〇一一年）一四三頁以下、中川丈久「判批」地方自治判例百選（第四版）（二〇一三年）六六頁以下、前田雅子「判批」民商法雑誌一四三巻一号（二〇一〇年）九一頁以下、松戸浩「判批」判例セレクト二〇一〇（二〇一一年）（法学教室三六六号別冊付録）六二頁以下等参照。

(32) 吉田孝夫「調査官解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成二一年度（下）』（二〇一二年、法曹会）八五五頁以下・八六四～八六七頁。

(33) なお、吉田・前注八七六～八七七頁は、「地位の確認等の訴えを公法上の当事者訴訟（行政事件訴訟法四条）と解することができれば、認容判決の拘束力（同法四一条一項、三三条一項）によって、当該市町村は、保育所廃止条例施行後の保育所設置条例を元に戻

す改正条例の制定を義務付けられることになり、これによって当該児童又はその保護者の権利救済を図ることができるとの考え方も成り立ち得ないではないが、上記の拘束力に基づく義務と、保育所廃止条例施行後の民営保育所における保育を希望する児童及びその保護者に対する保育の実施義務等とが抵触する場合に、どちらの義務の履行を優先させるべきかの問題が残るため、やはり上記のような考え方では実効的な救済は難しいのではないかと思われる」と述べている。

(34) 病院開設中止勧告最判については、大久保規子「行政指導と処分の複合的行為　病院開設中止勧告事件」論究ジュリスト三号（二〇一二年）九四頁以下、山本・前掲注（29）三四六頁以下等参照。

(35) この二つの判例のほかに、最二小判平二四・二・三民集六六巻二・一四八頁も処分性の定式によらずに処分性を肯定したものと考えられる。なお、神橋一彦『行政救済法［第二版］』（二〇一六年、信山社）七四頁は、病院開設中止勧告最判について、それは、病院開設中止勧告の「拒否は、結果的に、職業遂行の自由（営業の自由）を制限するに近い事実上の効果をもつことに着目して（いわばその限りで法的効果をいわば〝擬制〟して）」処分性を肯定したとみることができるとする。これは、病院開設中止勧告最判を処分性の定式を用いて処分性を認めたものと評価するものであるといえよう。

(36) 杉原則彦「調査官解説」『最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度（下）』（二〇〇八年、法曹会）四四〇頁以下・四四八頁。

(37) 杉原・前注四四八頁。

(38) この点については、文献も含めて、乙部哲郎「行政指導の処分性に関する一考察」神戸学院法学第三七巻第三＝四号（二〇〇八年）三三頁以下・四五〜四八頁参照。

(39) この判決については、大久保規子「判批」環境と公害四四巻二号（二〇一四年）四五頁以下、神橋一彦「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――」立教法学九一号（二〇一五年）一頁以下、岸本太樹「判批」ジュリスト一四七九号（平成二六年度重要判例解説）（二〇一五年）四〇頁以下、深澤龍一郎「判批」速報判例解説一六号（二〇一五年）三七頁以下、本多滝夫「判批」法学教室四一一号（二〇一四年）五〇頁以下、村上・前掲注（23）等参照。

(40) この点について、神橋・前注一二〜一三頁は、厚木基地第四次訴訟の第一審判決について、原告がした差止めの訴えの内実が「ある種の義務付け請求と差止請求が混在したもの」であると指摘している。

(41) たとえば、橋本博之『現代行政法』（二〇一七年、岩波書店）一六一頁。

(42) この点については、山田洋「道路公害差止訴訟と公権力の行使」同『道路環境の計画法理論』（二〇〇四年、信山社）九四頁以下・一〇〇〜一〇三頁（初出は二〇〇二年）参照。

(43) ただし、この控訴審判決は、原告適格について「自衛隊機の運航により一定程度以上の騒音等の被害を受けることによりその主張

する人格権等の権利を侵害される住民が運航の差止めについて法律上の利益を有する」とする。

(44) この点について、村上・前掲注(23)七三頁は、「自衛隊法一〇七条五項の規定から直ちに違法性の要件が明らかではないのは確かであるが、本件訴訟を」処分差止訴訟に「準じたものと理解しながら、民事差止訴訟の判断枠組みを持ち込むことには、やや強引な感を否め」ず、この点、塩野宏が権力的妨害排除請求訴訟を提唱するように、「民事差止訴訟に準じたものと理解すれば、より無理が少ないように思われ」、「いずれにせよ、このことは本件を民事訴訟ではなく抗告訴訟で扱うのが本来不適切であることを如実に示すものといえる」と指摘している。

(45) ただし、厚木基地第四次訴訟の原告らは、時間帯等によって限定しているものの、実質的には自衛隊機の運航そのものが違法であるとしてそれを取り止めさせることを求めており、控訴審判決のように解することがむしろ原告の真意に沿うこととなるともいえる。

(46) この判例については、齊藤徹史「判批」法学六五巻三号（二〇〇一年）一四七頁以下、高野修「判批」ジュリスト一〇九一号（平成七年度重要判例解説）（一九九六年）三二頁以下、田村泰俊「判批」東京国際大論叢一五号（一九九六年）七五頁以下、見上崇洋「判批」民商法雑誌一一四巻二号（一九九六年）九九頁以下参照。

(47) 小早川光郎『行政法上』（一九九九年、弘文堂）二七三頁。

(48) 申請を拒否する行為によって適法な申請処理を受ける利益を害されたとして、この点に法効果を見出したり、申請権を想定してそれが申請を拒否する行為により変動したと説明したりすることも考えられなくはないが、このような利益または権利が、法律上、認められているかについて、疑問がある。

(49) たとえば、高木光「処分概念の純化――多様な訴訟類型を」同『行政訴訟論』（二〇〇五年、有斐閣）六二頁以下（初出は、二〇〇二年）、橋本博之『解説改正行政事件訴訟法』（二〇〇四年、弘文堂）九五頁。

(50) 形式的行政処分論については、それを提唱した杉村敏正・兼子仁『行政手続・行政争訟法』（一九七三年、筑摩書房）二七三〜二八〇頁（兼子執筆）のほか、雄川一郎「現代における行政法と法」同『行政の法理』（一九八六年、有斐閣）一九六頁以下（初出は一九六六年）、室井力「形式的行政処分について」同『現代行政法の展開』（一九七八年、有斐閣）三三頁以下（初出は一九七七年）、山田幸男「給付行政法の理論」雄川一郎・高柳信一（編）『現代法4現代の行政』（一九六六年、岩波書店）二一頁以下参照。

(51) 宇賀克也『行政不服審査法の逐条解説［第二版］』（二〇一七年、有斐閣）一三〜一四頁。

(52) なお、当該公共施設の管理者と開発許可を行う行政庁が異なる行政主体に属する場合があると考えられるが、その場合でも、開発許可を行う行政庁は「関係行政庁」（行政事件訴訟法三三条一項）として公共施設管理者の同意拒否の取消判決に拘束されると解して差し支えなかろう。取消判決の拘束力が処分庁の属するのと異なる行政主体に属する行政庁にも及ぶことについては、芝池義一『行政

救済法講義［第三版］』（二〇〇六年、有斐閣）一〇一頁参照。

(53) この点、大久保・前掲注（34）一〇〇頁が同旨であると考えられる。

(54) なお、山本・前掲注（29）三五五～三五六頁は、病院開設中止勧告最判について、病院開設中止勧告に「後続する保健医療機関指定（許否）の段階で、新たな判断要素を付け加える余地は大きくな」く、「特に病院開設中止勧告を受けていない病院について、医療費抑制のために保険医療機関の指定を拒否することは、医療法の手続において必要性の認められた病院の運営を医療費抑制のために事実上制限する結果になるので、法的に認められないと思われ」るから、「勧告は保険医療機関指定拒否処分の要件の一部を最終決定するものとして、行訴法上の処分になり得るのではないか」、「その上で……、勧告の段階での紛争の成熟性が承認されるか否かを検討して、最終的に処分性の有無を判定すればよいのではないか」と述べている。

(55) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ［第六版］』（二〇一七年、有斐閣）三三九～三四〇頁、塩野宏『行政法Ⅰ［第六版］行政法総論』（二〇一五年、有斐閣）一六〇～一六一頁。

(56) 小早川光郎『行政法講義下Ⅲ』（二〇〇七年、弘文堂）三〇二頁。

(57) 高橋滋『行政法』（二〇一六年、弘文堂）四〇八頁。

(58) 芝池・前掲注（52）二一頁。

(59) 西田幸介「行政計画の基準性について」芝池義一先生古稀記念『行政法理論の探究』（二〇一六年、有斐閣）二三三頁以下・二三七～二三八頁。

(60) 塩野・前掲注（9）二五三頁。

(61) 塩野・前注二五一頁。

(62) 高橋・前掲注（57）四〇九頁。

(63) 教職員国旗国歌訴訟最判については、石井昇「判批」甲南法務研究九号（二〇一三年）一頁以下、石崎誠也「判批」速報判例解説一二号（二〇一三年）四一頁以下、野呂充「判批」民商法雑誌一四八巻一号（二〇一三年）七二頁以下、橋本博之「判批」ジュリスト一四五三号（平成二四年度重要判例解説）（二〇一三年）五一頁以下、村上裕章「判批」判例評論六五一号（二〇一三年）一四〇頁以下、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」論究ジュリスト三号（二〇一二年）一二一頁以下等参照。

(64) 法定抗告訴訟の類型間における取消訴訟の位置について検討するものとして、洞澤秀雄「抗告訴訟の変容と取消訴訟の処分性」法学教室三七三号（二〇一一年）三六頁以下がある。

(65) 塩野・前掲注（9）二一四頁参照。

(66) この点については、中川丈久「行政訴訟の基本構造（一）・（二完）――抗告訴訟と当事者訴訟の同義性について――」民商法雑誌一五〇巻一号（二〇一五年）一頁以下、二号（二〇一五年）一頁以下、同「抗告訴訟と当事者訴訟の概念小史――学説史の素描」行政法研究九号（二〇一五年）一頁以下、同「行政訴訟の諸類型と相互関係――最高裁判例にみる抗告訴訟と当事者訴訟の関係について」岡田正則・榊原秀訓・白藤博行・人見剛・本多滝夫・山下竜一・山田洋（編）『現代行政法講座Ⅱ行政手続と行政救済』（二〇一五年、日本評論社）七一頁以下参照。

(67) この問題点を指摘するものとして、阿部・前掲注（23）一一五頁、山本・前掲注（29）三八三頁。

(68) 大橋洋一『行政法Ⅱ［第二版］現代行政救済論』（二〇一五年、有斐閣）八三頁。

(69) 塩野・前掲注（9）一一九～一二〇頁。

(70) 塩野宏・高木光『条解行政手続法』（二〇〇〇年、弘文堂）一四頁。行政管理研究センター『逐条解説行政手続法　改正行審法対応版』（二〇一六年、ぎょうせい）二〇頁も参照。

(71) 室井力・芝池義一・浜川清（編）『コンメンタール行政法Ⅰ［第二版］行政手続法・行政不服審査法』（二〇〇八年、日本評論社）二四頁〔芝池執筆〕。高橋滋『行政手続法』（一九九六年、ぎょうせい）一一六頁も参照。