

次回期日10月8日

令和6年(ワ)第134号 自衛隊名簿提供違憲訴訟

原告

被告 奈良市、国

第 3 準 備 書 面

— 自衛官と自衛隊員の違い —

2024年10月 7日

奈良地方裁判所 民事部合議1係 御中

原告訴訟代理人

弁護士 佐 藤 真 理

弁護士 愛 須 勝 也

弁護士 諸 富 健

外10名

代
之職富護士
之職富護士
代
之職富護士
之職富護士
代
之職富護士

記

第1 本書面の目的

- 1 本書面は、請求原因第5の1項(「自衛官」及び「自衛官候補生」の意味)及び2項(自衛官=兵士の職務の本質は「賭命義務」)について、主張を補充するものである。
- 2 自衛隊法(以下「隊法」という)は、自衛隊員を「隊員」とし、「自衛官及び自衛官候補生」とそれ以外の隊員との身分を峻別している。被告国も、第1準備書面でこれを認め、「自衛官又は自衛官候補生」とは採用後

直ちに自衛官又は自衛官候補生となる者を指すとし（23頁）、「防衛大
学校生」及び「防衛医科大学生」は「自衛官又は自衛官候補生」でないと認めた（24頁）。

しかるに、「応募者の便宜のため、直ちに自衛官等となる方法に加えて、
所定の学校を卒業した後に自衛官となる方法をも併せて記載した」とし、
「そのような記載を併せて行ったとしても、自衛官の募集につながるもの
であるため、自衛隊法97条及び同施行令120条の趣旨に反するもので
はない」（下線は原告代理人）として、隊法が自衛官とそれ以外の隊員を
峻別している理由を説明することなく、隊法97条1項の文理には反して
いても「趣旨」には反しておらず適法であると強弁する。

そこで、本書面では、隊法が自衛官に特別の身分と権限が付与している
意味とその具体的内容について明らかにする。

第2 自衛官とは何か

- 1 隊法32条は、陸海空の各自衛官について、将から2士まで16の階
級を定めている。しかし、自衛官そのものの定義や権限に関する包括的
な規定はなく、自衛隊の任務や部隊の組織及び編成、行動及び権限、隊
員の身分取扱等のなかで個別的に定められている（隊法1条）。

このような定め方のもとで、仲野武志『防衛法』（有斐閣2023年）
は、「『自衛官』（防衛省設置法39条）及び『隊員』（自衛隊法2条
5項）とは何か」という設問で、次のように説明する（甲20の10
頁。下線は原告代理人）。

「自衛隊法第7章（自衛隊の権限）は、「防衛出勤」（同法76条）
時以外ですら、武器を使用する権限を「自衛官」（防衛省設置法39条参
照）のみに付与している。そうすると、防衛出勤時には、なおさら自衛

官のみが武器を使用することが予定されていると考えられる。また、同法58条2項は制服を着用する義務を自衛官のみに課している。

よって、自衛官とは、防衛省の職員のうち、国際法上「自己と文民たる住民とを区別する義務」（第1追加議定書44条3）が課される戦闘員たるべき者をいうものと解される。」

- 2 武器を使用する権限が「自衛官」にのみ付与されていることは、隊法第7章（自衛隊の権限）（第87～96条）に規定されている。

第76条1項により出動を命ぜられた自衛隊はわが国を防衛するため、必要な武力を行使することができることとされ（第88条1項）、以下、治安出動時の権限（第89乃至91条）、[TM1]警護出動時の権限（第91条の2）防衛出動時の公共の秩序の維持のための権限（第92条）、[TM2]国民保護等派遣時の権限（第92条の3）、展開予定地域内における武器の使用（第92条の4）、治安出動下令前に行う情報収集の際の武器の使用（第92条の5）、海上における警備行動時の権限（第93条）、海賊対処行動時の権限（第93条の2）、弾道ミサイル等に対する破壊措置のための武器の使用（第93条の3）、在外邦人等の保護措置の際の権限（第94条の5）、在外邦人等の輸送の際の権限（第94条の6）、後方支援活動等の際の権限（第94条の7）、防衛出動時における海上輸送の規制のための権限（第94条の8）、捕虜等の取扱いの権限（第94条の9）、自衛隊の武器等の防護のための武器の使用（第95条）、合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用（第95条の2）、自衛隊の施設の警護のための武器の使用（第95条の3）、対象施設の安全の確保のための権限（第95条の4）、部内の秩序維持に専従する者の権限（第96条）などについて、全ての自衛官又は一定の階級以上の自衛官に、武器を使用する権限が付与されている。

これらは要するに、自衛官は、武力の行使に従事し、武器使用の権限を付与された国際人道法上の「戦闘員」あるいは各国軍隊の「正規軍兵士」（対義語は民兵、私兵）とされる者であることを意味する。

- 3 また、防衛法学会理事（執筆当時）・山田康夫（防衛法学会『自衛隊の隊員の服務：特集』「自衛隊法における服務－国家公務員法等との比較考察－」）は、国家公務員法と比較して、自衛官について次のように説明する（甲21の13頁。下線は原告代理人）。

「自衛隊の構成員は隊員であり、これは防衛庁の職員のうち、長官、防衛政務次官、（中略）を除くものとされ（隊法第2条第5項）、大別すれば、事務次官以下の文官（シビリアン）と隊法第3条の任務を遂行する際の陸海空各自衛隊の部隊等を構成する自衛官（ユニホーム）とに分かれ、後者は、徴兵ができない、軍刑法、軍法会議がない、海外派兵ができない等の特色を別にすれば、外国の軍人(Soldier, Soldat)と変わりはない。

そして、国の防衛という自衛隊任務の特殊性、重要性にかんがみれば、隊員の服務規律は厳正でなければならず、特に自衛官についてはさらに強くそれが要求され、基本権についても必要やむを得ない限度において法律により制限されることとなる。」

このように、自衛官は、軍隊の人的構成要素である兵士である。

第3 隊員＝自衛隊員とは何か

- 1 隊法2条5項は、「この法律（第九十四条の七第三号を除く。）において『隊員』とは、防衛省の職員で、防衛大臣、防衛副大臣、防衛大臣政務官、防衛大臣補佐官、防衛大臣政策参与、防衛大臣秘書官、第一項の政令で定める合議制の機関の委員、同項の政令で定める部局に勤務す

る職員及び同項の政令で定める職にある職員以外のものをいうものとする。」と定める。

これを、仲野武志『防衛法』（前出。甲20の10～11頁）は、次のとおり解説する。

「『隊員』は、防衛省の職員のうち、『自衛隊』を構成する職にある者及び『自衛隊』を構成する機関に勤務する者とされており（自衛隊法2条5項）、自衛官のほか、『事務官』等（防衛省設置法40条参照）も含まれている。ただし、防衛大臣等他の府省においても特別職の職員とされている者及び防衛大臣政策参与は、除かれている。」

2 そこで、防衛省設置法（以下「設置法」という）を確認すると、次のように定めている（下線は原告代理人）。

「（自衛官）

第39条 自衛官は、命を受けて、自衛隊の隊務を行う。

（事務官、技官及び教官）

第40条 事務官は、命を受けて、事務に従事する。

2 技官は、命を受けて、技術（教育に関する者を除く。）に従事する。

3 教官は、命を受けて、教育に従事する。」

3 また、隊法35条2項は、隊員の採用について次のように定めている（下線は原告代理人）。

「一 自衛官 当該試験に係る階級において求められる能力

二 自衛官以外の隊員 当該試験に係る官職の属する職制上の段階の標準的な官職に係る標準職務遂行能力及び当該試験に係る官職についての適性」

4 隊法37条は「隊員の昇任、降任及び転任」の判断基準について次のように定めている（下線は原告代理人）。

- 「一 自衛官 任命しようとする階級において求められ能力
- 二 自衛官以外の隊員 任命しようとする官職の属する職制上の段階の標準的な官職に係る標準職務遂行能力及び当該任命しようとする官職についての適性」

5 以上のように、自衛官と自衛官以外の自衛隊員の身分は、法律上峻別されており、かかる区別は、「自衛官」募集に係る「自衛官」の意味や除外申請制度で周知すべき内容、提供名簿の用途の限定、目的外使用の制限などのあらゆる段階において貫かれるべき基本的な問題である。

第4 自衛官候補生とは何か

1 「自衛官候補生」は、自衛隊員に採用後に任命され、自衛官となるために必要な基礎的教育訓練に専念し、自衛官候補生として所要の教育を経て3か月を基準として2等陸・海・空士（任期制自衛官）に任官する者である。隊法36条は次のように定める。

「1 陸士長、1等陸士及び2等陸士（以下「陸士長等」という。）は2年を、海士長、1等海士及び2等海士（以下「海士長等」という。）並びに空士長、1等空士及び2等空士（以下「空士長等」という。）は3年を任用期間として任用されるものとする。ただし、防衛大臣の定める特殊の技術を必要とする職務を担当する陸士長等は、その志願に基づき、3年を任用期間として任用されることができる。

2 自衛官候補生は、その修了後引き続いて前項の規定に基づき任用される自衛官として必要な知識及び技能を修得させるための教

育訓練を受けるものとする。

- 3 自衛官候補生の任用期間は、三月を基準として前項に規定する教育訓練に要する期間を勘案して防衛省令で定めるものとし、自衛官候補生から引き続いて第1項の自衛官に任用された者の当該自衛官としての任用期間は、同項の規定にかかわらず、同項に規定する期間からその者の自衛官候補生としての任用期間に相当する期間を減じた期間とする。

(中略)

- 6 第1項の任用期間の起算日は、同項の自衛官に任用された日とする。(以下略)」

- 2 上記のとおり、「自衛官候補生」は、自衛官への任用＝任官を前提にした身分である。

隊法が、自衛官候補生について特別に定めた反対解釈からするならば、防衛大学校（設置法第15条）や防衛医科大学校（設置法第16条）の学生、陸上自衛隊高等工科学校（隊法第25条）の生徒などは、将来の任官が期待される身分ではあるが、初めから任官を前提にした身分ではない。

従って、両者の区別は厳格になされなければならない。

第5 防衛大生とは何か－原告への勧誘

原告に郵送された募集葉書（甲9の1）は、「自衛官の採用コース」として（下線は原告代理人）、一番目に「防衛大学校学生」を挙げている。この表現自体、募集行為そのものではないことを自認するものである。

そもそも、防衛大生は、卒業後に自衛官（階級は曹長）になって幹部候補生学校に入校し、約1年の教育期間を経て、3尉に昇任して現場（基本的に小隊長クラス）に配属されることが予定されている身分である。これは、税務大学校や自治大学校など各省庁の教育訓練施設と同じ位置づけで

あり、学校教育法上の「学校」ではない。そのため、学生は大学へ転入学・編入学できず、学位は独立行政法人大学評価・学位授与機構に申請して初めて授与されるにすぎない。

従って、防衛大学校への入校は、自衛隊員になることであって、大学生になることでも、自衛官になることでもない。

第6 自衛官の公務労働の本質

- 1 自衛官と自衛官以外の隊員が区別されても、それで自衛官が担う「公務労働」の何たるかを説明したことにはならない。この点は、次のとおりである。

第1追加議定書(1949年8月12日のジュネーブ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書)43条1は、「紛争当事者の軍隊」を「部下の行動について当該紛争当事者に対して責任を負う司令部の下にある組織され及び武装したすべての兵力、集団及び部隊」と定義している。

また、爆弾テロ防止条約(テロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約)1条4は、「国の軍隊」を「国の防衛又は安全保障を主たる目的としてその国内法に基づいて組織され、訓練され及び装備された国の軍隊並びにその正式な指揮、管理及び責任の下で当該軍隊を支援するために行動する者」と定義している。

わが国の国際法学界は、「外国からの武力攻撃の排除や外国への進攻のために、武力紛争法という敵対行為を構成する行為の実施を主要な任務として国内法で付与されている部隊ならば、国際法上は軍隊として扱われ」としている(黒崎将広他『防衛実務国際法』弘文堂479頁)。

仲野武志『防衛法』(前出。甲20の3~4頁)は、以上を引用したうえで、自衛隊は「我が国を防衛することを主たる任務と・・する(隊法3

条1項) ため、国際法上の“軍隊”に該当する」とする。

2 なぜこのようなことを学者が論じなければならないか。それは、被告国が、自衛隊は憲法9条2項の戦力＝軍隊に該当しないという政治的立場から、この問題に答えないできたからである。第1準備書面でも、自衛官と自衛官候補生の違いには答弁しても、「その余の事項については、本件の争点に関連性が認められない」として回答しないのはその表れである。

しかし、いまや現実との乖離は明白となり、特に、2014年の集団的自衛権行使の閣議決定及び2015年の新安保法制成立をターニングポイントに、米軍や他国軍隊との海外派遣や共同訓練が積み重ねられるに至り、今日では軍隊であることを否定できなくなっている。

例えば、今井雅人衆院議員の質問趣意書に対する安倍晋三内閣総理大臣の答弁書(2015年3月、当時の安倍首相が国会で自衛隊を「わが軍」と呼称したことについて)で、次のように回答している(甲15。下線は原告代理人)。

「国際法上、軍隊とは、一般的に、武力紛争に際して武力を行使することを任務とする国家の組織」を指すとしたうえで、自衛隊を「我が国を防衛することを主たる任務とし憲法第9条の下で許される『武力の行使』の要件に該当する場合の自衛の措置としての『武力の行使』を行う組織であることから、国際法上、一般的には軍隊として取り扱われるものと考えられる。」

第7 武力行使と自衛官の賭命義務

1 軍隊は、武力の行使を本質的任務としており、自衛隊も同様であり、隊法は第76条で防衛出動を定め、第88条の(防衛出動時の武力行使)で、次のように定めている(下線と原告代理人)。

「1 第76条第1項の規定により出動を命じられた自衛隊は、わが

国を防衛するため、必要な武力を行使することができる。

- 2 前項の武力行使に際しては、国際の法規及び慣例によるべき場合にあつてはこれを遵守し、かつ、事態に応じ合理的に必要と判断される限度をこえてはならないものとする。」

この「武力行使」の任務を、兵器・武器をもって遂行するのが自衛官である。

武力の行使とは、「相手をせん滅せよ」とする国家の命令（自衛官にとっては上官の命令）を実行することである。相手国兵士も同じ立場で武力を行使するのだから、自らの命を賭けて「殺るか、殺られるか」という戦闘行為になる。これを遂行する兵士の義務が「賭命義務」である。

- 2 現行法では、自衛隊法52条が、服務の本旨として隊員に「事に臨んでは危険を顧みず、身をもつて責務の完遂に努め」ることを求め、「服務の宣誓」（同法53条）を行なわせ、これにより自衛隊は、自衛官に自己の生命を国家のために犠牲してでもたたかうよう命じることができると解される。

このことを、杉村敏正『防衛法』（有斐閣2004年オンデマンド版）（甲22。72頁）は、次のように説明する（下線は原告代理人）。

「職務上の危険又は責任の回避及び職務離脱の禁止は、職務を勇敢に遂行することを命ずるものであって、自己に及ぶ危害のために生ずる恐怖を克服してその職務を遂行することを命ずる。（中略）職務上の危険又は責任の回避及び職務離脱の禁止違反した場合には、隊員はその回避又は離脱により自己の生命又は身体に対する現存する危険を免れようと欲したことをもって、その正当な事由となし得ない。」

上記の末尾の一文が、「賭命義務」を法的に述べたものである。

- 3 齊藤正彰北海道大学教授（憲法・国際人権法）は、論文『解釈基準と

しての平和的生存権』において、「『軍隊』を他の組織と識別するために、事実に・量的な区別ではなく、法的・質的な区別を考える必要がある」として、次のように述べる。

「そこで注目されるのは『賭命義務』である。公務員の職務の中には、それを遂行するうえで生命の危殆に直面しうるものがある。しかし、事実に・結果的に生命の喪失に至る場合がある公務員と『軍隊』の構成員の相違点は、賭命義務にあると解される。」

そして、「軍隊」の構成員となる時点で「強制」がなければ、賭命義務を承諾する服務宣誓をした以上、具体的な指揮命令の時点では問題は生じないということであろうかと問い、小針司『文民統制の憲法学的研究』（信山社1990年（注105）128頁）の次の一文を援用する。

「純然たる防衛用（……）の軍隊が志願兵から成るとしても、結局兵士を死に追いやる点では徴兵制の場合と変りがない。ただ、自己の死に対する自由意思による事前の了解がえられている点に違いがあるにとどまる。けれども、この事前了解が、国家に課せられている人間の尊厳尊重・保護義務を免除するか否かは別問題である」（以上、甲23／670～671頁。下線は原告代理人）

このように、自衛官に賭命義務を課すことは憲法13条に違反する疑いが強いと指摘されている（請求原因「第5」2の4段目以下参照）。

第8 被告奈良市の責任

前述した第2乃至7は、「奈良市自衛官等募集に係る住民基本台帳の一部の写しの提供に関する覚書」（甲7）を締結して「個人情報の適切な保護を図る」責任を負う被告奈良市にも該当する。けだし、「依頼された住民情報の内容が本業務に必要と認めた場合に限り・提供する」（第2条）、「本業務以外のいかなる目的にも使用してはならない」（第5条）などの

解釈と適用は、被告奈良市が自ら判断することであり、自衛隊奈良地方協力本部に隷従するものではないからである。

第9 自衛官の職務と名簿提供の実態を明らかにする必要性

- 1 現行個人情報保護法第69条1項は、「行政機関の長等は、法令等に基づく場合を除き、利用目的以外の目的のために保有個人情報を自ら利用し、又は提供してはならない。」と定める。従って、例外は厳格に解釈適用され、「自衛官以外の隊員」は対象にならず、また、認められるのは「募集」であって「募集」以外の「広報」等への利用は許されない。

しかるに被告国は、第1準備書面で「応募者の便宜のため」とか「自衛官の募集につながるもの」とか「趣旨に反するものではない」という“実質論”を持ち出して適法性を主張する。そうであれば、被告国は、自衛官の職務の本質や内容、募集活動の実態を具体的に明らかにして、適法性を主張立証すべきである。それが、住民基本台帳の個人4情報を本人の同意なく取得・保有・利用^[TM3]してよいかという実質的な違法性判断のうえで必要である。

- 2 原告は、今後さらに、自衛官が自衛官以外の自衛隊員とどのように違うのかより具体的に明らかにし、かような自衛官募集と名簿提供は職業安定法の求人ルールや新規学校卒業者に対する教育的配慮との関わりが強く、それがプライバシー権侵害の重大さにつながっていることを明らかにしていく予定である。

以上