

〔意見書〕

性風俗事業者に対して
持続化給付金等の支給を除外する措置の
憲法適合性について

2021（令和3）年9月24日

広島大学人間社会科学研究科
実務法学専攻（法科大学院）教授

新井 誠

新井誠

【目次】

はじめに （４頁）

１．公的資金助成と平等原則 （５頁）

２．本給付除外措置の合憲性審査 （６頁）

（１）いかなる別異取り扱いが生じているのか （６頁）

（２）判断枠組み （６頁）

（３）本給付制度全体の目的と本件除外措置という手法との関係 （７頁）

①本給付制度の目的とその公益性 （７頁）

②本給付制度の目的を達成するための手法としての当該除外措置の適合性
（９頁）

（４）本給付除外措置を導入する理由の問題性（その１）一国による「国民の理解が得られにくい」という説明について （９頁）

（５）本給付除外措置を導入する理由の問題性（その２）一国による性風俗事業の「不健全性」認定について （11頁）

①「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業とされ、そのことを前提に風営法による規制の対象とされていること」（国側「答弁書」20頁）について （12頁）

②「性風俗関連特殊営業が職業安定法及び労働者派遣法上の「公衆道徳上有害な業務」に該当する裁判例があり、裁判実務においても、性風俗関連特殊営業が本質的に不健全な営業で、社会一般の道徳観念に反するとの評価を前提とした判断がなされていること」（国側「答弁書」21頁）について （14頁）

③累次の最高裁判例で踏襲されてきた「性的秩序」や「性道徳」の維持について （16頁）

（６）小括 （18頁）

3. 職業に関する「差別禁止」について (18 頁)

(1) いかなる「差別禁止」の問題となるのか (19 頁)

①小樽銭湯拒否事件札幌地裁判決 (札幌地判平成 14 年 11 月 11 日判例時報
1806 号 84 頁) (19 頁)

②非嫡出子相続分差別平成 7 年最高裁大法廷決定 (最大判平成 7 年 7 月 5 日
民集 49 卷 7 号 1789 頁) 反対意見 (21 頁)

③主要学説の動向 (22 頁)

(2) 本件との関係 (23 頁)

(3) 小括 (25 頁)

4. 憲法 14 条 1 項違反と救済 (25 頁)

結論 (26 頁)

【本意見書執筆者】 (26 頁)

はじめに

新型コロナウイルス感染症対策による人々の経済的生活への影響を緩和するため政府は、個人あるいは中小の事業者を対象とする「持続化給付金制度」及び「家賃支援給付金制度」（以下、「本給付制度」という。）を設けた。しかし、本給付制度では、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下、「風営法」という。）2条5項に規定する「性風俗関連特殊営業」と、同条13項に定める当該営業に関する「接客業務受託営業」（以下、まとめて「性風俗事業者」という。）を給付対象から外している。

本意見書は、こうした給付を除外する措置（以下、「本給付除外措置」という。）が、憲法14条1項に違反しないのかどうかについて検証する（なお、本問題を扱った本意見書執筆者による別稿として、新井誠「風営業者への持続化給付金等の支給除外—憲法的視点からの検討」法学セミナー791号（2020年）50-55頁がある。本稿の執筆にあたっては、その記述を適宜、参照している）。

本意見書の構成は次の通りである。

1. 「公的資金助成と平等原則」では、政府による公的資金助成には、憲法上の平等原則（憲法14条1項）の適用が及ぶことを示す。

2. 「本給付除外措置の合憲性審査」では、本給付制度において、一般的な中小事業者・個人事業者とは異なり、性風俗事業者にのみ本給付除外措置が採られていることは、本件給付そのものの目的や給付除外措置を設けた理由などから、妥当な差異取り扱いになっているのか（平等原則に抵触しないのか）どうかについて検証する。

3. 「職業に関する『差別禁止』」では、性風俗事業に一定の社会的な消極的評価（スティグマ）が加えられることを理由として本給付除外措置が採られた可能性があることを示し、これが憲法14条1項で禁止される（職業に関する）差別にあたるのではないかといったことについて検証する。

4. 「憲法14条1項違反と救済」では、本給付除外措置を定める規程とその下

での同措置が違憲であることを受けて、本件原告も本給付事業における給付対象になりうることを述べる。

最後に、本件給付除外措置に関する本意見書の「結論」を示す。

1. 公的資金助成と平等原則

「持続化給付金給付規程（主たる収入を雑所得・給与所得で確定申告した個人事業者等向け）」は、1条で「持続化給付金（以下「給付金」という。）の給付については、この規程に定めるところによる」としている。その趣旨・目的については、2条で「新型コロナウイルス感染症(COVID-19)の拡大に伴うインバウンドの急減や営業自粛等により、特に大きな影響を受けている中堅企業、中小企業その他の法人等（以下「中小法人等」という。）及びフリーランスを含む個人事業者（以下「個人事業者等」という。）に対して、事業の継続を支え、再起の糧としていただくため、事業全般に広く使える給付金を給付することを目的とする」としている。

本給付制度は、贈与契約方式で実施される給付行政であり、実務的には給付に関する具体的な法律の留保は不要とされる場合もある。もっとも、著名な行政法研究者からは、「行政において契約方式が用いられる場合、当事者の一方または双方が公的主体であるのが通例であることから、公益的な観点から契約内容にはおのずから制約があるはずであり、契約自由の原則はそのまま妥当するものではない」（櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第6版）』（弘文堂、2020年）120頁）と指摘される。また、財政法学の第一人者からは、「公的資金助成にあっても同様の事情にありながら、合理性のない差別をなすことは平等原則違反」（碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社、2007年）149頁）であると指摘される。

裁判例においても、災害復興事業における自立支援金の支給要件が憲法14条1項の平等原則に違反する無効なものか否かを審査し、合理的理由のない差別となる支給要件は許されないとされている（大阪高判平成14年7月3日判例時報

1801号38頁)。

以上を踏まえ、性風俗事業者に関する本給付除外措置が、憲法14条1項に定める平等原則に違反しないかどうかについて検討する。

2. 本給付除外措置の合憲性審査

(1) いかなる別異取り扱いが生じているのか

本件において性風俗事業者は、宗教団体などとともに明示的に給付除外事業に分類される。上記規程2条は、中小・個人事業者等に対して、事業の継続とともに再起の糧とすることを目的として本給付がなされる旨、規定している。これにより、商業ベースのあらゆる業種の中小事業者あるいは個人事業者が広く本給付を受けられる。これに対して、商業ベースの個別具体的な特定の業種としては、性風俗事業者のみが除外されている。以上のことから、同じように事業の継続が難しく困窮するにもかかわらず、性風俗事業にかかわる中小事業者や個人事業者と、その他の様々な中小事業者や個人事業者との間で、受けられる給付利益に関する無視できない差異が生じている。

(2) 判断枠組み

判例は、憲法14条1項について「国民に対し絶対的な平等を保障したものであるのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右法条の否定するところではない」(最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁)としている。このことを受けて本件給付金事業の給付をするか否かについても「合理的と認められる差別的取扱」となっているか否かを適切に判断することが求められる。

この点に関連して本件で国側は、「本件両給付金給付事業のような給付行政においては多数の政策上の必要性の中から実際に補助等を行うものを選択し、財政上の負担を考慮の上、より効果的な方法、対象範囲、時期等を選択し決定する

必要があるものであり、給付金等をいかなる基準でいかなる範囲の者にどの程度支給することとするかは、行政庁の合理的な裁量判断に委ねられている」（国側「答弁書」19頁）と主張するが、これは妥当ではない。給付行政の場合にも平等原則の適用が求められることは、既に述べた通りであるからである。

そこで、本件のような給付事業の場合、その給付をどのような対象とすべきか等、国が政策的、技術的裁量に基づく判断ができるとしてもなお、裁量権を逸脱・濫用していないかどうか精査することが求められる。そして、一部事業者を給付対象から除外したことにより、性風俗事業者とその他の多くの中小・個人事業者との間で大きな取り扱いの差異が生じたことについて、それが合理的で許容されるものとなるのかどうか適切に判断されなければならない。

なお本件では、ごく一部の業種を特定して給付対象から除外することからも、そのような差異の生じる取扱いをした相当程度の理由がなければならない。すなわち、重要な公共的目的があると評価される一定の給付制度の導入にあたって給付除外措置対象者を設ける場合には、それが当該給付制度の根本的目的と適合的でなければならないのである。それに加えて、特定の業種を外すことについても、単に漠然とした理由があるのみではならず、明確に正当であると考えられる具体的理由がなければ合理的なものになるとはいえない（ましてや、特定の業種のみを除外措置が「差別的な意図」を持っているのだと思われる方法になってはならない。このことは追って詳しく検証する）。

（３）本給付制度全体の目的と本件除外措置という手法との関係

①本給付制度の目的とその公益性

本給付制度の全体としての目的は、上記規程2条において「新型コロナウイルス感染症(COVID-19)の拡大に伴うインバウンドの急減や営業自粛等により、特に大きな影響を受けている中堅企業、中小企業その他の法人等（以下「中小法人等」という。）及びフリーランスを含む個人事業者（以下「個人事業者等」という。）に対して、事業の継続を支え、再起の糧としていただくため、事業全般に

広く使える給付金を給付することを目的とする」とされる。この給付措置が導入された根本的理由は、新型コロナウイルスの蔓延防止のために、人々の移動を伴う行動について国内外を問わず最小限に抑えようとした結果、人々が足を運ばなくなった多くの業種で営業売上が大幅に減少し、特に中小事業者や個人事業者がそれまでの業種を通じた職業生活を継続することがままならなくなっていることにある。そこで、広く各種事業のうち、特に中小・個人事業者に対して、金銭的な援助を行うことにより、実質的には、当該業種に関わる人々の生活の継続を確保することを目的とし、結果的に、本給付により国全体としての経済活動を最小限で維持することが期待されている。特に本給付制度では、中小事業者や個人事業者に対してほぼ網羅的な給付が行われることから、経済における特定事業の推進を目的とするのではなく、中小事業者や個人事業者といったある程度の経済的弱者を広く支えることが重要となる。

以上のように、新型コロナウイルスの蔓延防止のために、人々の移動を国内外問わず最小限に抑えようとした結果、来客が減るなどして多くの業種で営業売上などが大幅に減少している。このことから、特に中小企業や個人事業者の経済生活の下支えを通じて国全体の経済活動を維持しようとする政策には、一定の公益性があることはいうまでもない。そして、かような公益の達成のため、国庫支出の配分にかかわる一定の裁量権を有する国が、経済政策として本給付制度を構築したことにも一定の意義がある。ただし、上述のように本給付制度は、特定の事業を選定しそれらを促進するための施策とは言い難いのであり、あらゆる業種の中小事業者や個人事業者に対する広範な援助である限りにおいて、上記の公益性との関係において是認できるものである。

以上のもと、給付対象者から性風俗事業者を除外する本給付除外措置については、憲法 14 条 1 項に照らして合理性があるのかどうかについても、以上のような本給付制度の趣旨を踏まえて考えられなければなるまい。具体的には、本制度全体の目的との関連において適合的な手法がとられているのか、そして、性風

俗事業者について除外をする（差異を設ける）ことが、単に漠然とした理由ではなく、具体的に論証可能な正当な理由があるのかといった視点を踏まえて、本制度全体の目的との関連性があるのかどうかを慎重に検証しなければならない。

②本給付制度の目的を達成するための手法としての当該除外措置の適合性

まず、本件のように給付対象者から性風俗事業者を除外することは、そもそも以上の制度全体の公益目的を達成するのに適合的な手法であるのかどうかについて検討する。

上述の通り本給付制度は、前提としてはコロナウイルスの蔓延を食い止めるため、人々の移動を伴う行動について国内外を問わず最小限に抑える結果、経済活動の停滞が起きることに伴い実施される措置である。つまり、あらゆる人々の移動や経済活動を抑えることに伴う、ある種の対価としての給付事業である側面がある。このように人々の行動制限を求めることでコロナウイルスの感染の蔓延を防止することが、本件給付制度を設置することの大前提の目的としてあるならば、その行動の抑制対象になるのは、様々なことを理由とした（不要不急の）外出などそのものである。そこには、性風俗にかかるレジャーの利用抑制も必然的に含まれる。

このことからすれば、コロナウイルス感染やその蔓延を抑止することを究極目的とする本給付制度において、性風俗事業のみ特に給付除外とする方法は、その目的を達成するための手段として不適合である。その理由は、事業者に対する一定の給付をすることで営業を抑止する事業者があることを期待するなかで、性風俗事業を特に給付除外とする手法は、結果的に性風俗産業を利用する人々の不要不急の行動を抑制しないことにつながるからであり、コロナウイルス感染の蔓延防止という根本目的との間では明らかに適合しないからである。

（４）本給付除外措置を導入する理由の問題性（その１）—国による「国民の理解が得られにくい」という説明について

以上のように、コロナ蔓延防止を究極目的と考えた場合、給付対象者から性風

俗事業者を除外することの手段としての適合性は全くない。では、なぜそうした明らかに不適合な手法をあえて国が採るのか。それは、本給付除外措置を採る直接的理由が、コロナ蔓延防止という疫学的なものではなく、以下に見るように、感染拡大の防止如何とは無関係の、別の積極的理由があるからである。そして、そのことが不合理な差異取り扱いとなる原因にならないのかどうか、ここでまさに検討されるべきである。こうした点をさらに進んで検討したい。

本給付事業を進めるにあたり国（梶山弘志経済産業大臣）は、第201回国会・参議院予算委員会において、性風俗事業者に関しては「社会通念上、公的資金による支援対象とすることに国民の理解が得られにくい」と答弁している（第201回国会参議院予算委員会・第19号・令和2年5月11日〔<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=120115261X01920200511¤t=1>〕「国会会議録検索システム」より。2021年9月15日最終閲覧）。そこには、コロナ蔓延防止などの疫学的視点からは無関係な「国民の理解が得られにくい」という理由が登場することに注意したい（なお、本訴訟で国側提出の「答弁書」（令和3年4月15日付）でも、本給付を性風俗事業者に行うことは「国民の理解を得ることが困難」（同23、24頁）であるとしており、同義である）。

このことについては、次のいくつかの問題が生じる。

第1に、「国民の理解が得られにくい」という文言の漠然性から生じる問題である。世の中では、「国民の理解が得られにくい」としても、必要な公益の達成のためには特定の事業に対する給付などが認められる場合がある。しかし、本件給付除外措置の場合、仮に政策的理由があるとしても、「国民の理解が得られにくい」というだけでは対象外となる事業者がどのように選ばれているのか、あまりにも判然としない点が問題となる。概して国の給付事業においては、一定の基準に基づく公正性が担保されなければならないはずである。

第2に、給付の優先性にかかる問題である。すなわち本件において、財源の有限性を理由として国が給付に関する優先順位を設けるにあたり、性風俗事業に

かかる給付を劣位に扱うことの不合理性の問題である。「国民の理解が得られにくい」ことの理由付けとして考えられることのひとつには、本給付が（人々の生活にとっての）「不要不急」の業種に対する援助となることの忌避が考えられるかもしれない。この点、たとえば日常生活にとって必要な経済的支援を行う場合、その使用目的としては生活必需品の購入などが前提とされるにもかかわらず、給付対象者による嗜好品の購入が発見された場合、その支給額を減らすといったことは考えられる。しかし、本給付では、その視点が課題とならない。

その理由は、第1に、こうした「不要不急」の物やイベントに関して必要となる資金の不給付は、消費者側に対する不給付を正当化できるにすぎないからである。第2に、本給付事業は、事業者側の業種にほとんど絞りをかけておらず、給付は、生活必需品などを扱う事業者に対してだけでなく、レジャー産業なども一般的に対象となっているからである。上述のように本給付は、広い意味での経済活動の援助と、事業を継続することで人々が生活を継続するための援助である側面が重要となっている。そうした意味では、性風俗事業を営む中小事業者や個人事業者もまた、他の業種と同様の状況にある。そこで、仮にこうした点が、差異取り扱いに関する合理化の理由とされているならば、それらは本質的に考慮されるべきものではないはずである。本給付を性風俗事業にも認めることが、性風俗産業自体を固有に促進するための直接的援助になるのではない。単にそれは、その業に従事する経済的弱者の生活を下支えするにあたって生じる付随的効果にすぎないのである。

（５）本給付除外措置を導入する理由の問題性（その２）—国による性風俗事業の「不健全性」認定について

本給付除外措置が決定された時点において知られる、同措置を行った理由は、「国民の理解が得られにくい」という判然としないものであった。このこと自体、上述の通り、政策決定にかかる十分な考慮がなされていないことの証左になる。

他方で、「国民の理解が得られにくい」ことの内実は、「性風俗関連特殊営業は、

性を売り物にする本質的に不健全な営業」であることを理由とするものだということが、本訴訟の国側「答弁書」(20頁)で示されるに至った。しかし、そこで「本質的に不健全な営業」であるとしている理由づけについても、その漠然性が拭いきれないばかりか、仮にその一定の明確な意図が確認されたとしても、本給付除外措置を正当化する十分な理由には到底ならない。そこで以下では、次のような国側の主張を取り上げながら、それらを理由とすることの不当性につき具体的に示すこととしたい。

①「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業とされ、そのことを前提に風営法による規制の対象とされていること」(国側「答弁書」20頁)について

国は、「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業とされ、そのことを前提に風営法による規制の対象とされていること」(国側「答弁書」20頁)が、給付金支給の対象外とする合理的理由のひとつであるとしている。しかし、この見解には説得力がない。

このことを検討するにあたり本意見書は、「性風俗関連特殊営業」が「性を売り物にする本質的に不健全な営業」であるか否か自体を検討の対象としない。ここで重要なことは、そうした評価をするか否かに関わらず、国側の論証が、内在的に破綻していると考えられる点である。

そもそも国家は、人々の憲法上の諸権利を不当に制限しないようにしつつ、一定の人々の行為につき、法令などを根拠として、刑事法上その他の何らかの制裁や制限をすることが可能となる。それは、性道德の視点からの制限も同様である。たとえば、刑法175条のわいせつ物頒布罪や売春防止法による制限も、法律に基づくものであり、かつ、一定の合理的理由がある。

では、性風俗関連特殊営業はどうか。これについても、風営法による厳しい規制等がすでに用意されている。本意見書は、それ自体の当否を論じるつもりはなく、特に性風俗営業関連特殊営業をめぐるのは、許可制ではなく届出制が採られ

ていることの独自の意味（そうした営業を公に「許可」をして認知するという性格のものではないことを強調する点）の妥当性も争うつもりはない。これに対して本意見書が重要だと考えるのは、こうした届出をしている場合には、国が、明確にその営業自体の禁止をしていないという点である。

仮に、国が性風俗関連特殊営業に該当する営業形態を不健全であると考えるのであれば、憲法 22 条 1 項の職業選択の自由等の規定に抵触しない限りにおいて営業自体の禁止といった法的措置を検討することができよう。しかし、現在の日本では、そうした営業自体を明示的に禁止していない以上、国家がその積極的承認をしていないとしてもなお、当該営業の実施自体を確認することには変わりはない。これは見方を変えれば、営業自体を禁止すべき性風俗産業については、法的に厳格な措置が採られる一方、本件で対象となる「性風俗特殊営業」については、一定の性秩序を維持することを前提とし、その範囲内で受容されうる範囲で事業を展開していることの証左となりうる。各事業者は、そうした現行法制の下で、違法営業にならないように法令を遵守する一般市民である。

以上の視点から考えてみると、国が、「性風俗関連特殊営業は、性を売り物とする本質的に不健全な営業であって、業務の健全化又は適正化になじむものではなく、あたかもその営業を公認するかのような許可制を採ることが相当でない業務とされ、そのことを前提に、風営法においても、性風俗関連特殊営業につき種々の規制措置が講じられてきたものであって、現在もその位置づけに変わるところはない」（国側「答弁書」21 頁）という考え方を示したところで、これが、法令を遵守する（一般市民としての）事業者の生活を下支えする本給付についての、除外措置にかかる固有の理由としては成立しないことを強調したい。

繰り返し述べるように、本給付事業では、ほんのわずかの特定業種を除いて給付の対象とされている。このことを考えたとき、結果的には、世の中にある、中小あるいは個人のあらゆる事業を下支えすることに重きが置かれる。そこで「本件両給付金給付事業は、新型コロナウイルス感染症の拡大する中で、対象事業者

の事業の継続を下支えするためのものであり国民経済の発展の観点から行われている経済政策」（国側「答弁書」19－20頁）とされる本給付の法目的は、各業種自体の維持という趣旨に限らず、実質的には「各業種にかかわる事業者が、現在の生業のもとでしっかりと生き続けられるように」といった意味を持つことになる。そのような理解の下では、給付を受ける側の人々が、何らかの法令に違反する事態が起きていない限りにおいて広く給付を受けられることが、本給付事業の当初の実質的目的に適合するはずである。

そうすると、コロナ禍のなかの給付事業については、コロナ禍を蔓延させないことを理由に人々の行動制限を要請する結果、経済活動が停滞し、これにより事業者の生活がままならなくなるなかで、以上で検討した「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業とされ、そのことを前提に風営法による規制の対象とされていること」とする、国の本給付除外措置を導入した理由を正当化することはできない。そして、本給付除外措置の導入により、本来的に同等に扱われる人々の間に不合理的な差異取り扱いを引き起こしているといわざるを得ないのである。

②「性風俗関連特殊営業が職業安定法及び労働者派遣法上の「公衆道徳上有害な業務」に該当する裁判例があり、裁判実務においても、性風俗関連特殊営業が本質的に不健全な営業で、社会一般の道徳観念に反するとの評価を前提とした判断がなされていること」（国側「答弁書」21頁）について

国側は、職業安定法 63 条 2 号の「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で、職業紹介、労働者の募集若しくは労働者の供給を行つた者又はこれらに従事した者」（等）の「公衆道徳上有害な業務」に性風俗関連特殊営業が該当するか否かが争われた刑事事件判決である神戸地裁平成 14 年 7 月 16 日判決（裁判所ウェブサイト）を、本件給付除外を正当化する材料とする。しかし、これは、事例の違いや事の本質を捉えない不適切な参照である。

上記平成 14 年判決の事例では、判決理由で「前記業務自体が、婦女の人とし

ての尊厳を害し、社会一般の通常の倫理、道徳観念に反して社会の善良な風俗を害するという点で、売春との間に実質的な違いは認められないこと、前記業務のような風営法所定の性風俗関連特殊営業は、同法1条所定の目的に照らすと、同法においても社会一般の道徳観念に反する行為であることが当然の前提とされており、職業安定法63条が専ら労働者保護を目的とする規定であることをも考慮すると、前記『P』（注：店名）における前記業務の実施自体が風営法所定の規制に違反しないとしても、前記業務が職業安定法上の『公衆道徳上有害な業務』に該当しないことにはならないこと等を総合考慮すれば、被告人両名の前記業務が職業安定法63条2号所定の『公衆道徳上有害な業務』に該当することは明らかというべきである。」と述べている。

この説示では、性風俗関連特殊営業が、職業安定法上の「公衆道徳上有害な業務」に当たるか否かについて「職業安定法63条が専ら労働者保護を目的とする規定であることをも考慮すると」という解釈にあたっての条件が付与されている点に注意したい。すなわち本解釈は、労働者保護の視点から行われる目的解釈として成立するにすぎないのである。

同事例では、同裁判例の説示によれば、「被告人両名は、経営者又は店長として前記業務の内容を十分認識していたこと、被告人らは、女性従業員募集の新聞折り込み広告を掲載する際にも、前記『P』の名称や前記業務内容を全く明らかにせず、『応募秘密厳守』等と記載する場合もあったこと、前記広告を見た女性が電話で応募してきた際には電話では前記業務内容を説明せず、応募女性と直接面接するに至って、初めて前記業務を簡単に説明する等して前記業務に就くよう勧誘していたことが認められるところ、これらの事実を総合考慮すると、被告人両名において前記業務が公衆道徳上有害な業務であると認識していたと認めるに十分」であったという、総合考慮を踏まえた個別判断がなされている。すなわち、同事例では、当該業務への従事にあたっては性的自己決定などの視点に照らした当人への十分な周知と当人の十分な納得が必要であるところ、事前の

勧誘において当該業務の内容を適切に知らせていなかったことが、労働者保護の観点から不適切な勧誘であった可能性があることが主要な考慮事項のひとつとなっている。そして、そのような労働者を救済する場面において、性風俗関連特殊営業が職業安定法上の「公衆道徳上有害な業務」に当たるか否かという解釈が重要となったと考えられる。

こうしたことからすると、本給付除外措置に関する本事例において、労働者保護法制としての職業安定法上の「公衆道徳上有害な業務」の解釈を充てる合理性はない。特に本給付は、先述のように、あらゆる業種を広く下支えしようとすることから、個別の業種の継続化を特段の目的とするという趣旨に留まっていない。それは、実質的には、各種事業にかかわる中小事業者が、現在の「業」のもとで「生」を確保できるようにすることで、全体としての経済秩序を維持することが一定の目的として考えられるからである。つまり、特に給付を受ける中小あるいは個人事業者側が、何らかの法令違反をする事態が生じない限りにおいては、広く給付を受けることができる点に意味がある。

以上の観点からすれば、本給付除外措置を導入する目的を正当化するために、労働者保護法制としての職業安定法の法解釈をそのままスライドした「公衆道徳上有害な業務」の解釈を本件に形式的に当てはめることは、到底認めることができない。

③累次の最高裁判例で踏襲されてきた「性的秩序」や「性道徳」の維持について

国側の答弁書では、「原告の主張」が、累次の最高裁判例で踏襲されてきた「性的秩序」や「性道徳」の維持に関する理解に反するものであり、最高裁判例との乖離が大きい旨の主張がされている（国側「答弁書」23頁）。この点について本意見書は、原告の主張がそのようなものであるかどうかについて、ことさら評価するつもりはない。しかし、少なくとも本意見書は、最高裁による「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすこと」（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁）という考え方を首肯する。そし

て、それを首肯しながらも、「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」ということと、性風俗関連特殊営業の事業者について本給付除外措置を取ることとの間には、十分な関連性がないことを示したい。

先述のように、性道徳の維持のため日本では刑法 175 条の規定や売春防止法といった立法措置が取られていることは周知のとおりである。他方で、性的産業について日本では、その適正な統制を図るための措置としての風営法や売春防止法その他の法令が制定されており、それらの下での厳しい規律が各事業者に対して課されている。国は、このうち「性風俗特殊営業」について、営業の届出を求めることで、許可制による認知をしないまま、一定の法的統制を図るシステムを運用している。ここで重要となるのは、そうした法の仕立てをすることで、これまで「違法となる性風俗産業」と「それにはただちには該当しない性風俗産業」とを区別することにより、性産業に関する適正化をはかり、「最小限度の性道徳を維持」してきたと考えられる点である。現在の風営法は、正しく日本における性風俗維持法制としての機能を果たしているのである。

そのなかで、風営法の下での性風俗特殊営業の事業者として当該営業を行うことを目指す者は、法令上の諸手続や諸条件を遵守し、当該営業を実施している。それらは日本の性風俗維持法制をかたく遵守する事業者であり、法令に基づく適正な性道徳を擁護する主体である。その点において風営法の法的仕組みの下にある性風俗関連特殊営業は、法令遵守の観点から見た健全な営業であると評価できる。そうすると、現在の日本の法秩序において「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」（最高裁）ことの重要性を当然に首肯するとして、風営法の規律の下にある性風俗関連特殊営業の事業者は、まさに「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」主体に外ならないのである。そこで、本給付除外措置の目的を「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」ためであると理解したとしても、本件のような性風俗事業者を除外する正当な理由にはならない。

(6) 小括

以上、縷々述べてきたように、本給付事業の場合には、その給付対象等をどのようなものにするかをめぐって国が政策的、技術的裁量に基づく判断ができるとしてもなお、本給付事業の本来的目的から鑑みるに、性風俗関連特殊営業の事業者を給付除外とすることに十分な合理的関連性が存在しないことは明白である。

さらに進んで、本件においていかに国が給付にかかる裁量を有するとしても、他の事業者・個人事業者との間で差異を設け、ことさら性風俗事業者を給付除外とすることの目的もまた正当とはいえない。以上のことから、本給付除外措置については、性風俗事業者とその他の事業者との間で不合理な差異を生じさせることになり、憲法 14 条 1 項に違反する措置であると評価せざるをえない。

3. 職業に関する「差別禁止」

以上では、本給付にかかる性風俗事業者の除外について、その利益配分に係る視点から、合理的根拠に基づく差異取り扱いであるのかどうかという点を中心に検討をしてきた。しかし、本給付除外措置は、そもそも、一定の経済学的視点から、社会的弱者に対する経済的支援を行うなどの経済施策の達成を迫及することから生じたものではないことは確実である。また、特定の治安を維持したり法令違反を取り締まったりといった警察目的から本給付除外措置を採るものでもない。そうではなく、本給付除外措置については、業種に関係なく広く一定の給付を行おうとするなかで、特定の業種に対する給付は「国民の理解が得られにくい」と漠然と評価することに加え、(本訴訟で露わになったように) その「国民の理解が得られにくい」具体的理由として性道德の視点から見た業種の「本質的な不健全さ」という観点を持ち出して行われていることを改めて注視したい。

つまり本件では、特定業種に対する給付利益がないことの合理性云々が確認されれば合憲性審査が終了するのではない。国が政策的判断とするにあたって、

(拡大解釈された)「本質的な不健全さ」という名称で示される人々の社会的な差別感情に無批判に寄りかかりながら、特定業種に関する明らかな「地位のレベルでの格下げ」をしているのではないか、それが憲法 14 条 1 項で禁止される「差別」そのものになっているのではないか、ということを改めて考えなければならないのである。

(1) いかなる「差別禁止」の問題となるのか

平等原則をめぐっては、通常、権利や利益の分配に関して合理的な差異取り扱いとなっているのかどうかという審査が一般的に行われる。しかし、平等に関する問題は、「地位のレベルでの格下げ」自体が問題となる局面がある。以下、ふたつの事例でそれを確認する。

①小樽銭湯拒否事件札幌地裁判決(札幌地判平成 14 年 11 月 11 日判例時報 1806 号 84 頁)

同事例は、外国人が小樽市内の民営入浴施設についての入浴拒否をされたことに端を発する事件であり、当該民営施設と小樽市が被告となった。このうち民営施設の責任が問われた点について小樽地裁は次のような説示を行っている。

「私人相互の関係については、上記のとおり、憲法 14 条 1 項、国際人権 B 規約、人種差別撤廃条約等が直接適用されることはないけれども、私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法 1 条、90 条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきである。そして、憲法 14 条 1 項、国際人権 B 規約及び人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたっての基準の一つとなりうる」。

(A)「これを本件入浴拒否についてみると、本件入浴拒否は、O (注：店名) の入口には外国人の入浴を拒否する旨の張り紙が掲示されていたことからし

て、国籍による区別のようにもみえるが、外見上国籍の区別ができない場合もあることや、第2入浴拒否においては、日本国籍を取得した原告J（注：人名）が拒否されていることからすれば、実質的には、日本国籍の有無という国籍による区別ではなく、外見が外国人にみえるという、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づく区別、制限であると認められ、憲法14条1項、国際人権B規約26条、人種差別撤廃条約の趣旨に照らし、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたるというべきである」。

(B)「公衆浴場といえども、他の利用者に迷惑をかける利用者に対しては、利用を拒否し、退場を求めることが許されるのは当然である。したがって、被告A（注：事業者名）は、入浴マナーに従わない者に対しては、入浴マナーを指導し、それでも入浴マナーを守らない場合は、被告小樽市や警察等の協力を要請するなどして、マナー違反者を退場させるべきであり、また、入場前から酒に酔っている者の入場や酒類を携帯しての入場を断るべきであった。たしかに、これらの方法の実行が容易でない場合があることは否定できないが、公衆浴場の公共性に照らすと、被告Aは、可能な限りの努力をもって上記方法を実行すべきであったといえる。そして、その実行が容易でない場合があるからといって、安易にすべての外国人の利用を一律に拒否するのは明らかに合理性を欠くものというべきである。しかも、入浴を希望した原告らについては、他の利用者に迷惑をかけるおそれは全く窺えなかったものである」。

以上の説示のうち、(B)では、入浴拒否をすることの利益レベルでの合理性審査を行っている。他方で(A)では、「外見が外国人にみえるという、人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づく区別、制限であると認められる」としており、「地位のレベルでの格下げ」にかかる問題が提示される。本事例は、この2点の審査を経て、「外国人一律入浴拒否の方法によってなされた本件入浴拒否は、不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたる。」と結論している。

②非嫡出子相続分差別最高裁大法廷平成7年決定（最大決平成7年7月5日民
集49巻7号1789頁）反対意見

同事例は、いわゆる非嫡出子の相続分差別が問題となった事例の（旧）判例である。同決定では、法定意見とは別に以下のような反対意見（違憲）が示されていた。

「憲法14条1項が、『すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。』としているのは、個人の尊厳という民主主義の基本的理念に照らして、これに反するような差別的取扱を排除する趣旨と解される。同項は、一切の差別的取扱を禁止しているものではなく、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づく区別は許容されるものであるが、何をもって合理的とするかは、事柄の性質に応じて考えられなければならない。そして本件は同じ被相続人の子供でありながら、非嫡出子の法定相続分を嫡出子のその二分の一とすることの合憲性が問われている事案であつて、精神的自由に直接かかわる事項ではないが、本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっていると見える。したがって、その判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討されるべきである。しかしながら、本件においては以下に述べるとおり、単なる合理性についてすら、その存在を肯認することはできない」。

ここでは、以上のような「あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきか」とする説示に特に目を向ければ、「財産的利益」の分配にかかる不平等よりも、「地位のレベルでの格下げ」にかかるそれに関する問題提起となっていることが重要となる。

③主要学説の動向

以上のように平等をめぐる議論では、利益分配にかかる比較考量とは異なり、人格の平等にかかる問題（「地位のレベルでの格下げ」）が議論される場面が登場する。著名な憲法学者のひとりである佐藤幸治は、憲法 14 条 1 項の平等論について、『『人格の平等』は、『人格の尊厳』と結びつき、そのような尊厳をもった存在として人は等しく扱われるべきであるという要請を内実としている。その要請は国政のあらゆる場面において貫徹されなければならない客観的な原理であり、そして、そのような原理にかかわる一定のものが主観的権利（平等権）として国民に保障される」（同『日本国憲法（第 2 版）』（成文堂、2020 年）224 頁）とする。この記述は、文字通りの「差別の禁止」を求めるものである。そこでは、先に見た「地位のレベルでの格下げ」問題が登場し、いわゆる一般的な目的・手段を起点とする審査枠組みでは十分に考慮されないことが示されている。

また、憲法 14 条 1 項の後段列举事由につき、「そこで列举されている理由が、その人みずからの意思で左右できないことがら、あるいは、その人みずからの意思で選びとった人格の核心にかかわることがらであることに照らせば、個人の尊厳という窮極的価値を中心に組み立てられている近代憲法の体系の中で、それらを理由とする不均衡取扱いは原則的に許されない差別となる」（樋口陽一『憲法（第 4 版）』（勁草書房、2021 年）212 頁）といった考え方に依って立つならば、『『社会的身分』、つまり一定の否定的・消極的な社会的評価（スティグマ）を与えられている社会的な地位にいることを理由とする不均衡取扱いもまた、その人の意思によっては左右できないことがらによって個人の尊厳を侵すことになる』（同頁）とする記述にも注目したい。

こうした有力な憲法学説の視点からは、人格の核心にかかわると思われる職業に対して、当人の意思では左右できない一定のスティグマ（消極的評価）が与えられている場合には、それ自体が「個人の尊厳」を侵す、禁止されるべき「差別」が観念されることになる（これに関し「近年は、14 条の要請する『法の下

の平等』と『差別の禁止』とは区別して考えるべきであるという見解が多く見られるようになってきている」と指摘する、新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ一人権（第2版）』（日本評論社、2021年）〔佐々木執筆部分〕68頁も参照）。なお、ここで「当人の意思では左右できない一定のスティグマ」の意味として、職業選択の場面では、特定の職業から形式的には離脱可能であるとする視点から「当人の意思では左右できない」ことにはならないと考えられがちである。しかし、重要なことは、ある特定の業種を選択し継続して実施するなかで、その特定業種に対するスティグマを理由に突如として差別的扱いを受けるという、その時点で当人の意思では左右できない事態に陥ることに目を向けることにある。これにより当該業種にある者の「地位のレベルでの格下げ」（職業差別）が起きる可能性を考えるべきである。

以上の（裁）判例や学説を踏まえ、特定の職業に関する「地位のレベルでの格下げ」が起きていることが確認できれば、それ自体が、禁止されるべき差別的取り扱いであると評価され、憲法14条1項に違反すると考えることができる。

（2）本件との関係

本給付事業について性風俗事業者を除外する理由として国は、「社会通念上、公的資金による支援対象とすることに国民の理解が得られにくい」（上記経済産業大臣国会答弁）とする主張をしてきた。こうした「国民の理解が得られにくい」とすることの根本的理由はあまり明らかにされてこなかったところ、本訴訟で国側は、「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業」（国側「答弁書」20頁）と主張するに至った。そこで、「国民の理解が得られにくい」（国側「答弁書」の表現では「国民の理解を得ることが困難」（同23、24頁）であることの大きな要因は、「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業」というレッテルが大きく作用していると考えられる。

この点について、本意見書が上述してきたように、性風俗関連特殊営業については、法令がこれを厳格に統制した枠内で営業の継続を確認する以上、法令の視

点から見れば法的に健全、かつ、性秩序を維持する業態である。そうであるにもかかわらず、本来であれば広く給付対象とされる本給付事業において、法外の現象を理由に当該特定業種のみ同等の扱いをしないことになる。それは特定業種に係る人々が、国家から個人としての立場を軽視されたことにより「地位のレベルでの格下げ」がもたらされた現象を示すに他ならない。それは正しく、「尊厳」を持つ個人が人格の平等を求めることができ、その尊厳を傷つけられないことを要請する憲法 14 条 1 項に抵触する事態である。

この点について国は、本訴訟で「性風俗関連特殊営業は、性を売り物にする本質的に不健全な営業」であるという（国の）弁明は、原告がいうような「社会の差別的な意識を根拠とした差別」（訴状 29 頁）とは無関係である、との考え方を示している（国側答弁書 23 頁を参照）。しかし、その認識は、にわかに承服しかねる。その理由は次の通りである。

第 1 に、「本質的に不健全」という言説自体が、科学的あるいは論理的根拠が不十分のないものでありながらも、長らく性風俗産業に関する「いかがわしさ」やそれに対する「蔑み」の国民感情の影響があることが容易に想像しやすいからである。

第 2 に、仮に国自身がそれを「地位のレベルでの格下げ」（職業差別）であると考えなかったとしても、これが職業に関する国の「地位のレベルでの格下げ」を承認するメッセージ（政府言論）として機能し、国民がそれを無批判に受け取る契機となることも容易に考えられるからである。その結果、国民による当該業種に対するレッテル貼りを助長し、職業間に貴賤があることを国が結果的に承認する契機となりかねないことが大きな問題である。もし国がそうした「地位のレベルでの格下げ」を承認するサイクルに手を貸すことになれば、それは合法的に暮らす一部国民の「尊厳ある生」を平等に保護する国の主体的な責務を放棄する事態を招いてしまうことになりかねない。

仮に国が、そうした負のメッセージを発する意図がないのであれば、そのこと

を十分に国民に説明し、差別的意図があってはならないことを積極的に示す必要がある。しかし、本給付除外措置を採用するにあたって、それを説明したものは一切見られないように感じられる。こうしたことに一切触れずに、単に性風俗関連特殊営業者に関する給付除外が「行政庁の合理的な裁量判断の範囲内で定められたこと」から、「これを『差別のための差別』（訴状 26 頁）とか『社会の差別的な意識を根拠とした差別』（訴状 29 ページ）などとする原告の批判は失当である」（国側「答弁書」23 頁）とする見識を示したとしても、それだけでは、本給付除外措置を採る適切な理由を示していないと評価せざるを得ない。そればかりか、差別を助長しないようにするための適切な政府のメッセージが発せられていないことを踏まえると、当該国の主張は、やはり失当だといわざるを得ない。

（3）小括

以上のように本給付除外措置は、不給付措置の合理的理由がないばかりではなく、職業に貴賤はないところ、国家自身が特定の合法的業種についての「地位のレベルでの格下げ」をもたらしている。あるいはそうでなくても、国による本行為が、道徳的な視点から特定の業種に関する「地位のレベルでの格下げ」を助長する効果をもたらしている。そうであるにも関わらず、国はそれ自体を積極的に否定する言説を示していない。

以上のことから、本給付除外措置は、「差別の禁止」という視点からも問題があり、憲法 14 条 1 項に違反するといわざるを得ない。

4. 憲法 14 条 1 項違反と救済

本件訴訟では、本件給付除外措置が違憲であるとしつつ、当事者に対する給付を求めることになる。これについては、当初より規程のない対象者に給付を行うことになるので、当該給付対象にはならないとする見解が示される可能性がある。しかし、これも妥当ではない。

本件は、本件給付制度全体を無効にすることなく、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正することに意味がある。一部を給付の対象除外とする過剰な要件設定を取り除いて合理的に解釈すれば、本件原告を他の事業者同様に給付対象とするのが妥当である。また、そうした解釈を採ることで裁判所が新たな立法的作用を行使することにはならない。こうした解釈が妥当なことは、判例（国籍法判決）により明らかである（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）。

結論

- (1) 風営業者に対して持続化給付金等の支給を除外する措置は、憲法14条1項に違反する。
- (2) 本件原告は、本件給付を受けることができる。

【本意見書執筆者】

氏名：新井 誠（あらい まこと）

生年（出身地）：1972（昭和47）年生れ（群馬県）。

現職：広島大学人間社会科学研究科実務法学専攻（法科大学院）教授

専攻：憲法学

主な経歴：2001〔平成13〕年3月、慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得退学（2005〔平成17〕年1月、博士〔法学〕慶應義塾大学）。2001年〔平成13〕年4月以降、釧路公立大学講師・助教授、東北学院大学准教授、広島大学准教授を経て、現職に至る。その他、司法試験審査委員（2013〔平成25〕～2017〔平成29〕年度）など。

著書：（単著）『議員特権と議会制－フランス議員免責特権の展開』（成文堂、2008年）、（共著）新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅰ－総論・統治（第2版）』、『憲法Ⅱ－人権（第2版）』（〔共に〕日本評論社、2021年）など。