

令和2年（行ウ）第455号 持続化給付金等支払請求事件
被 告 国 外2名

第3準備書面

2021年9月22日

東京地方裁判所民事第51部2D係 御中

原告訴訟代理人弁護士 平 裕 介

同 弁護士 出 口 か お り

同 弁護士 井 桁 大 介

同 弁護士 亀 石 倫 子

同 弁護士 三 宅 千 晶

同 弁護士 福 田 健 治

原告は、木村草太都立大学教授の意見書（甲 28）及び新井誠広島大学教授の意見書（甲 31）を踏まえ、被告国答弁書の憲法 14 条 1 項に関する主張（18 頁以下）に対し、以下のとおり反論する。

第 1 憲法 14 条 1 項違反に関する被告国の主張の概要

原告は、訴状において、本件両除外規定による本件取り扱いが、「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営業主との間において、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」（甲 31（新井意見書）6 頁）という点で、職業に着目した不平等な取り扱いであることを前提として、本件においては「やむにやまれぬ事由がない限り、合理的な根拠なく差別的取り扱いをするものとして、憲法 14 条 1 項に反し違憲となる」ことを主張した（訴状 24 頁以下）。

これに対し被告国は、本件取り扱いが憲法 14 条 1 項における別異取り扱いに当たすることは争うことなく、判断枠組み（いわゆる違憲審査基準）とその当てはめについて争う。

第 1 に判断枠組みについては、「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」とした上で、本件両除外規定については、「その規定理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が上記理由との関連で著しく不合理なものではなく、合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的な理由のない差別とはいえない」と主張する（被告国答弁書 19 頁）。

第 2 に、上記判断枠組みの本件取り扱いへの当てはめについては、「本件両給付金給付事業の目的は、経済対策として、給付金の給付対象事業者の事業の継続ないし再起を下支えすることにあ」ところ、「性を売り物とする本質的に不健全な営

業であって、社会一般の道德観念にも反するものとされて」いる「性風俗関連特殊営業に対し、国庫からの支出により、事業の継続ないし再起を目的とした給付金を支給することは、国民の理解を得ることが困難」であるから、本件取り扱いは「合理的な根拠に基づく区別」であると主張する（同 22 頁以下）。

以下に述べるとおり、かかる被告国の主張は、判断枠組みについても当てはめについても誤りである上、本件両除外規定が差別を助長するものでそれ自体憲法上禁止されることを無視するものであり採用し得ない。

第 2 判断枠組みに関する被告国の主張の誤り

1 判断枠組みに関する被告国の主張の概要

被告国は、「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」ことを理由に、緩やかな違憲審査基準が適用されるべきであると主張する（被告国答弁書 19 頁）。

2 判断枠組みに関する被告国の主張は意味があるものではない

しかし、そもそも木村教授が意見書（甲 28）において指摘するとおり、この主張は審査基準の画定に関して「意味があるものではない」。

というのも、『裁量』とは、国家機関に与えられた合憲・合法的な選択肢の幅のこと」であるところ、「立法にしても、行政にしても、合憲・合法的な選択肢の幅が生じること」は当然であり、「例えば、今回の給付金の金額・・・を『250 万円を超えない額』としても、あるいは『180 万円を超えない額』としても、一定の根拠さえあれば違憲・違法とはいえない」く、「給付額の上限には『少なくとも 250～180 万円の範囲で』裁量が認められる」ことは確かである。

しかし、給付行政であっても「人種や性別を要件とする裁量はない」。「憲法上、給付行政においても人種差別や性差別は許されておらず（憲法 14 条 1 項後段参照）、給付金規程に特定の人種や性別の経営者を排除する条項があれば、それが違憲の評価を受けるのは明白」である。

すなわち「裁量の幅とは、合憲・合法の幅を認定した結果として認定できるもので、議論を始める前提としてそれが広いと主張することにはほぼ意味がない」。仮に結果として性風俗事業者を外すことが合憲であれば、被告国にはそのような裁量があった、と評価されるだけであり、違憲審査基準を画定する根拠となるようなものではないのである（以上につき、甲 28（木村意見書）2 頁以下）。

新井誠広島大学教授もその意見書において、判断枠組みに関する被告国の主張は「給付行政の場合にも平等原則の適用が求められる」ことを無視するもので「妥当ではない」と一蹴している（甲 31（新井意見書）7 頁）。

3 被告国が挙げる裁量の要素は本件と全く関係していない

また、被告国が挙げる裁量の要素は本件と全く関係していない。被告国が緩やかな基準を採用すべき理由として挙げるものは、「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」（被告国答弁書 19 頁）というものである。しかし、被告国は、本件両除外規定を定めるに当たり、これらの要素を考慮していない。このことは、考慮していたとすれば容易に回答可能かつ当然に回答すべき求釈明に応えられなかったことから明らかである（被告国準備書面（1）3 頁参照）。

すなわち被告国は、「給付対象事業者の事業の継続ないし再起を下支えする」という各給付金の効果について、性風俗関連特殊営業を給付対象とした場合の増減の程度を検討することすらしていないし（ちなみに、「継続ないし再起を下支え」される事業者が増えるのだから効果が増えると考えられる）、対象範囲について、財政上の負担や効果に照らし、性風俗関連特殊営業以外にどの事業を外す

かも検討していない（時期は本件で考慮事項ではない）。

結局、少なくとも本件両除外規定に関しては、被告国が緩やかな基準を採用すべき理由として挙げる要素は全く関係ないのだから、本件両除外規定の違憲審査に際して緩やかな基準は採用され得ない。

4 「事柄の性質」上、厳格な審査が必要である

加えて被告国は、本件両除外規定の違憲審査に際して考慮されるべき、原告が訴状で挙げた3つの「事柄の性質」（26頁以下）について、反論を放棄している。3つの「事柄の性質」とは、本件両除外規定が①特定の職業に対する地位の格下げ・スティグマをもたらすものである上、その助長・再生産をもたらすものであること（なお、この要素については新たに差別禁止に違反する点で独立した憲法違反を構成する。本書面第4で後述する。）、②職業の選択・遂行の自由の制約につながるものであること、③高度の専門技術的な考察が介在する余地がないことである。

被告国としてもこれらの3つの事柄の性質を否定することはできなかった（反論を放棄している）。にもかかわらず、これらの「事柄の性質」にはまったく目を向けず、抽象的に給付行政であることや経済政策であることのみを理由として違憲審査基準を緩めようとする国の主張は、憲法14条1項について、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨」（下線引用者）であるとする最大判平成25年9月4日民集67巻6号1320頁などの判例に反するものであり、採用し得ない。

5 小括

以上のとおり、本件取り扱いが憲法14条1項に違反するかを検討する際には、被告国の主張する「緩やかな違憲審査基準」を採用することはできず、「やむにやまれぬ事由がない限り、合理的な根拠なく差別的取り扱いをするものとして、憲

法 14 条 1 項に反し違憲となるという判断枠組みが用いられる。

第 3 当てはめに関する被告国の主張の誤り

1 当てはめに関する被告国の主張の概要

被告国は、「本件両給付金給付事業の目的は、経済対策として、給付金の給付対象事業者の事業の継続ないし再起を下支えすることにあ」るところ、「性を売り物とする本質的に不健全な営業であって、社会一般の道德観念にも反するものとされて」いる「性風俗関連特殊営業に対し、国庫からの支出により、事業の継続ないし再起を目的とした給付金を支給することは、国民の理解を得ることが困難」であるから、本件取り扱いは「合理的な根拠に基づく区別」であると主張する（被告国答弁書 22 頁）。

しかし、厳格な審査基準を用いる場合はもちろん、被告国の主張するような緩やかな判断枠組みを用いるとしても、別異取り扱いが合理的な区別として憲法 14 条 1 項に適合するためには、木村教授が整理するとおり、『①この区別の目的はこうであり正当である』→『②また、この区別は目的達成に役立っている』と二段階の丁寧な説明をすることが求められる（いわゆる目的手段審査・甲 28（木村意見書）3 頁）。被告国の主張は、このいずれについても破綻している。

2 目的に関する被告国の主張の誤り

（1）「国民の理解を得ること」は正当な目的の不存在の裏返しである

そもそも本件取り扱いの目的について、被告国の主張は、前提となる本件区別の目的を明確に画定していないが、答弁書をそのまま読むと、「国民の理解を得ること」が目的とも解される。しかし、木村教授が指摘するとおり、このような目的は憲法 14 条 1 項の合理性の根拠として正当なものとはなりえない。

立法目的というものは何らかの正当な目的を達成するために設定されなければならない。警察目的であれ、経済振興であれ、古くは尊属を特別に保護す

ることであれ、なにかしら具体的な目的があつて初めて別異取り扱いを定めた立法がなされる。

しかし、木村教授が指摘するとおり、被告国は、「本件区別の目的を、何らかの法益侵害を防止することだとは考えていないことが明らかになる。性風俗関連特殊営業が、個人の性的自由を侵害したり、公共の危険を発生させたりするなら、被告国はそれらの法益侵害の防止を区別の目的と掲げただろう。しかし、それはできなかった」（甲 28（木村意見書）3 頁）のである。

被告国が差別的取扱いの目的を「国民の理解を得る」としたことは、取りも直さず、「性風俗関連特殊営業に給付を行うことでいかなる法益が害されるのかを説明できない」ことの現れである。このような目的の説明の仕方をするこ
と自体、正当な目的の不存在を意味しているのである。「国民の理解を得る」というのは差別意識におもねるということと同義である。「被告国は本件区別の目的を掲げることすら成功しておらず、本件区別は、そもそも正当な目的がない、あるいは目的が空虚」（同 4 頁）ということのみをもって違憲を免れない。

（2）「国民の理解を得ることが困難」であることを区別取り扱いの理由とするこ との不合理

さらに、「国民の理解を得ることが困難」であるという漠然とした理由を給付事業における不支給の根拠とすること自体、憲法 14 条 1 項違反のそしりを免れない。言うまでもなく、「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」があり、国民の理解を得ることが困難というだけでは「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」。これでは国の給付事業に求められる公正性が全く担保されない（甲 31（新井意見書）10 頁）。

(3) 国民の理解を得ることは「個々の事業者への給付それぞれについて」理解が必要であることを意味しない

加えて、たとえ給付金事業全体について国民の理解を得ること自体は一定の意義があるとしても、それは個々の事業者への給付それぞれについて理解が必要であることを意味するものではない。木村教授が指摘するとおり、個別の事業の特徴に着目して支給の有無・是非を議論することは、そもそもの給付事業の特質と整合しないのである。

すなわち、「私企業の営業は単体で見れば、どの業種でも、その顧客にしか直接的な利益をもたらさない。・・・例えば、映画を観ない人にとって映画館の営業はあってもなくても生活に変わりはない。居酒屋でも、フィットネスクラブでも、利用者にしか利益がない点は同じだ。また、私たちは、近隣のスーパーマーケットは利用しても、遠く離れた都道府県のスーパーマーケットはほとんど利用しない。そうすると、業種単位や事業者単体で見た場合、その事業の継続を支えることに国民一般の広い理解が成立することなどありえない」(甲 28(木村意見書) 4 頁以下)。

仮に国が述べるように、その給付に「国民の理解」がないことを理由として行政が特定の業種・立地等の事業者を排除することを認めれば、どのような事業者でも、その顧客は国民全体から見れば少数だから「国民の理解」を得られないという理由で、恣意的に排除できてしまうことになる。これは給付事業の目的に照らしても、またその恣意性に照らしても不当な帰結である。そのため、個々の業種・事業者への給付それぞれについて「国民の理解」を得ることを区別の正当な目的とすることは許されないのである。

木村教授が指摘するとおり、「日本経済は、膨大な事業者と消費者それぞれが様々な形で関係し合い、巨大な網の目のような形で出来上がっている。ある人が利用しない事業でも、他の人にとってはかけがえのない商品やサービスを提供してくれる事業であり、また、事業者同士は分担しあって消費者の様々な

需要に応えられる豊かな経済体制を形作っている」(甲 28(木村意見書)4 頁)。

特定の事業について「国民の理解」が得られないことを理由に恣意的に給付の是非を議論することは、本件両給付事業の特質とも整合せず許されない。

(4) 被告国の主張は中小企業庁設置法の目的等にも適合しない

さらに、国民の理解を得るという被告国が主張する政策目的は、本件両給付金の所管行政庁である中小企業庁につき規定した中小企業庁設置法の目的とも適合しない。同法は、その目的を「健全な独立の中小企業が、国民経済を健全にし、及び発達させ、経済力の集中を防止し、且つ、企業を営もうとする者に対し、公平な事業活動の機会を確保するものであるのに鑑み、中小企業を育成し、及び発展させ、且つ、その経営を向上させるに足る諸条件を確立すること」(同法 1 条)と定める。そして、中小企業庁の任務は、同法 1 条の「目的を達成すること」である(同法 3 条)。

ここで同法 1 条にいう「健全」とは、中小企業の生産の効率性を向上させ、中小企業の技術・経営の高度化、資材・設備の確保等を図ることによって中小企業の経営を堅実なものにし経営の安定化を図ることを意味するものであり、性的秩序を守ることあるいは最小限度の性道徳を維持することなどは含意していない(中小企業振興対策要項(1947 年 2 月 15 日閣議決定)及び中小企業対策要項(同年 11 月 7 日閣議決定)参照)。つまり、同法にいう「健全」とは中小企業の経営面に関する「健全」であって、国のいう性的秩序ないし性道徳との関係での「不健全」性とは無関係である。

そのため当然ながら、中小企業庁長官・職員は、性的秩序を守ることや最小限度の性道徳の維持に関する専門的技術的な知見あるいは政策的な知見を特に持ち合わせている行政機関でもない。性的秩序を守ることあるいは最小限度の性道徳を維持することは、中小企業庁の担う経済政策とは本来関係のないものである。

にもかかわらず、被告国（中小企業庁）は、中小企業庁設置法の目的や中小企業庁の任務とは本来的に関係のない性的秩序を守ることあるいは最小限度の性道德の維持に関して「国民の理解を得ることが困難」であることを本件取り扱いに係る区別の目的としている。このような国の主張は、同法の目的や中小企業庁の任務にも適合しない区別の目的を設定するものであって、到底、正当な目的とはいえない。逆に、原告のような性風俗関連特殊営業を行う事業者を広く含む中小企業の経営面での振興・救済を図るべく、本件両除外規定を設けずに本件両給付金を給付することこそが、中小企業庁設置法の目的に適うものであり、中小企業庁の任務なのである。

（５）「国民の理解」と「不要不急」

なお、性風俗関連特殊営業を排除する理由として、「不要不急」は問題とはならない（甲 31（新井意見書）11 頁）。「不要不急」だから支給しないという理由付けは、利用者側に対する不支給については正当化できるとしても、事業者の生活資金の不支給については正当化し得ないためである。事業者にとっては、事業資金・生活資金なのだから、不支給は廃業・生命に直結するので当然ながら要・急である。国自身も「国民の理解を得ることが困難」な理由について、性風俗関連特殊営業が本質的に不健全とのみ述べ、「不要不急」であることを挙げていないので当然ではあるが、念のため付言する。

（６）小括

以上を踏まえると、憲法 14 条 1 項の違憲審査において、「国民の理解を得ることが困難である」ことを正当な目的として扱うことはできない。本件取り扱いは目的審査のみをもって違憲というほかない。

3 手段に関する被告国の主張の誤り

上記のとおり、本件取り扱いはそもそも目的審査を乗り越えられず、違憲である。加えて、以下に述べるとおり、正当な本件両給付事業の目的である「給付対象事業者の事業の継続ないし再起を下支えする」ことを本件取り扱いの目的として措定したとしても、本件取扱いは手段として許容されない。

(1) 国は性風俗関連特殊営業を禁止していない

そもそも、国は、性風俗関連特殊営業を「本質的に不健全」と考えるならば、新井教授が指摘するとおり、「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」すればよい（甲 31（新井意見書）13 頁）。

実際、売春を目的とする性風俗産業に対しては、刑事罰を含む法的措置を採用している。しかし、性風俗関連特殊営業に関して被告国はそのような法的措置を取っていない。届出制を採用し、「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」（被告国答弁書 21 頁）という点で「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よって変わりはない」（甲 31（新井意見書）13 頁）。

かかる国の制度設計は、「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で、本件で対象となっている『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」である。すなわち、今回不支給とされた性風俗関連特殊営業の事業者たちは、「現行法制の下、違法営業にならないように法令を遵守する一般市民」なのである（同頁）。

したがって、本質的に不健全とする被告国の主張は「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」（同頁）。むしろ、「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」、持続化給付金規程 2 条や家賃支援給付金規程 2 条に定める「本給付事業の当初の実質的目的に適合する」のである（同 14 頁）。

（２）「公衆道徳上有害な業務」とした裁判例を本件で用いることの誤り

被告国は、神戸地裁平成 14 年 7 月 16 日判決が、職業安定法 63 条 2 号の「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と判示したことを挙げて、本件取り扱いが合理的であると主張する（被告国答弁書 21 頁）。

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（甲 31（新井意見書）14 頁）。同地判は、「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を付与している。しかも同地判は、この付与された条件の下で各種事情を総合考慮するにあたり、「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」を主要な考慮事項のひとつとしている。このように、同地判の判断は、「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」ず、「労働者を救済する場面において」、性風俗関連特殊営業が「公衆道徳上有害な業務」に当たるとしたにすぎないのである（甲 31（新井意見書）14 頁以下）。

本件取り扱いの対象とされた給付事業は、各業種の事業を下支えするという目的でなされたものであり、「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」（同 16 頁）。本件両給付規定の憲法 14 条 1 項適合性を審査する際に、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から、本件取り扱いに

上記平成 14 年神戸地判の射程は及ばず、被告国の主張は誤りである。

(3) 過去の最高裁判例における「性的秩序」や「性道徳」に関する判示を本件で用いることの誤り

被告国は、本件取り扱いが性風俗関連特殊営業の事業者を差別するもので憲法 14 条 1 項に違反する旨の原告の主張に対し、過去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主張であり、最高裁判例との乖離が大きいと主張する（被告国答弁書 23 頁）。

しかし、被告国が引用するチャタレイ事件判決・最大判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 卷 3 号 997 頁は、そもそもわいせつ物頒布罪と公然陳列罪の適用の可否が争われた事案であり、議論の主題は「性行為の非公然性」であった。他方、本件で不平等な取り扱いを受けた性風俗関連特殊営業の事業者は、「性行為の非公然性」には何ら反していない。「性的プライバシーの開示を許可し合った者同士で行われる」性的サービスなどを取り扱う事業者に対する差別的な取り扱いの合憲性を議論する際に、「不特定多数の者にわいせつ物を公然と陳列したり、頒布する営業に課せられる刑事罰に関する判例を持ち出すことは、論証として「雑すぎる」（甲 28（木村意見書）5 頁）。

実質的に見ても、「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」（同最大判）という判例の考え方は、本件両除外規定を含む本件取り扱いに対して射程が及ばない。

すなわち、前記のとおり、性風俗関連特殊営業はわいせつ物頒布・陳列などのように刑事罰で処罰される行為ではない。これらの事業の事業者は、風営法や売春防止法その他の法令及び、これらの法令に基づく厳しい規律を遵守して営業を行っている。被告国の主張と異なり、これらの法制度は、「そうした法の仕立てにより、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」のである。「現在の風営法は、まさに日本における性風俗維持立法としての機能を果たしていると考えられるなかで、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ことから、それらは日本の性産業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」なのである（甲 31（新井意見書）17 頁）。

判例が「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」ことの重要性を判示したことと原告の主張は何ら矛盾せず、被告国の主張は採用し得ない。

（４）本件両除外規定は、本件両給付規程の目的と適合しない

また、本件両除外規定は、本件両給付規程のそもそもの目的とも整合しない。

新井教授が指摘するとおり、「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」（甲 31（新井意見書）7 頁）。

そして、本件両給付規程の趣旨がコロナの蔓延防止という究極目的を達成するために「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」以上、「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」外出などであるから「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」（同 9 頁）。

つまり、コロナの蔓延防止という究極目的に照らしても、またその目的を達成するための経済対策・事業振興政策という本件両給付規程の目的に照らしても、「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手段として不適合」である（同 9 頁）。

（５）付随的効果を過剰に評価する不当性

以上のとおり、被告国の主張は、性風俗事業に関連する多様な裁判例などを

雑多にひとまとめにして、性風俗事業の全体的な印象を貶めようとするものに過ぎない。さらに加えて、性風俗事業を本件両給付事業の対象とすると本質的に不健全な事業への支援などと受け止められるから国民の理解を得ることが困難となる、との被告国の論理展開にも、そもそも問題がある。

すなわち、本件両給付事業は、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できるための援助であるという側面があるところ、経済活動の援助と事業継続・生活援助という点では、性風俗関連特殊営業の事業者も他の事業者と全く変わらない。

本件両給付を性風俗事業に認めることは、「性風俗産業自体を固有に促進するための直接的援助」ではなく、「単に、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ずる付随的効果にすぎない」（甲 31（新井意見書）11頁参照）。すべての事業を広く救済する給付事業に性風俗事業が含まれていたとしても、労働者が不当に搾取されることとなるわけでも、また「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」ことが阻害されることもない。給付をしたとしても、性風俗事業を特別に助成・振興するようなものではないから、国民の理解を得ることが困難になるとはいえないのである。

さらにいえば、風営法上適法な性風俗事業は、「法令上の諸手続や諸条件を遵守」することで「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」であるから、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（甲 31（新井意見書）17頁）。原告を含む適法な性風俗事業者は、被告国が風営法を定めることにより構築を目指す「性的秩序」と「最小限度の性道徳」を維持することに積極的に貢献しているのであり、給付の対象としたとしても国民の理解を得ることが困難になるなどということはないはずである。

（６）小括

以上のように、本件両給付事業の正当な目的である「給付対象事業者の事業の継続ないし再起を下支えする」ことを本件取り扱いの目的として措定したとしても、本件取り扱いは手段として許容されない。性風俗関連特殊営業は適法な事業であり、法令に違反していない事業を下支えの対象から除外する合理的な理由はない。国が引用する裁判例や判例は本件とは無関係であるか射程外である。性風俗事業に給付をすることについて国民の理解を得ることが困難という被告国の主張は曖昧かつ無根拠である。被告国の反論には理由がない。

第４ 差別禁止という憲法の要請違反

以上のとおり、本件取り扱いは目的審査も手段審査も乗り越えられず、違憲である。合理的な目的すら明示できず、目的との適合性も合理性も全く満たしていない。それでも国が本件取り扱いを断行した理由は、ひとえに性風俗関連特殊営業は「本質的に不健全」という価値判断にある。

しかし、以下に述べるとおり、前提とされたこのような価値判断自体に問題がある。被告国による本件取り扱いは、差別を助長してはならないという規範に反しており、そのみで違憲なのである。

１ 憲法 14 条 1 項が要請する差別禁止規範

憲法 14 条 1 項に関しては、通常は、権利や利益の分配に関して合理的な差異取り扱いが問題となり、上記のような目的手段審査により憲法適合性が審査される。

しかし単なる権利や利益の分配の問題を超えて、公権力の行為による、特定の属性に対する地位のレベルの格下げ＝スティグマ自体が問題となる局面がある。新井教授は 2 つの判決を指摘する（甲 31（新井意見書）19 頁以下参照）。

1 つは小樽銭湯拒否事件・札幌地小樽支部判平成 14 年 11 月 11 日判時 1806 号 84 頁である。同地判は、一般の入浴拒否をすることの利益レベルでの合理性審査

に加えて、「外見が外国人にみえるという、人種、皮膚の色、世系又は民族的もしくは種族的出身に基づく区別、制限である」ことを独自の審査を要する憲法上の問題として取り上げた上で、「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」と判示する。

もう1つは、いわゆる非嫡出子相続分差別平成7年決定・最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁の反対意見である。ここでは「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」という問題設定をした上で、「精神的自由に直接かかわる事項ではないが・・・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」としている。財産的利益のように権利・利益の分配に関する問題ではなく、個人としての人格に関わる問題である場合には、異なる規範が要求されることを前提としているのである。

学説においても同様の整理がなされる。『『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」（佐藤幸治『日本国憲法（第2版）』（成文堂、2020年）224頁）。その帰結として『『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在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』（樋口陽一『憲法（第4版）』（勁草書房、2021年）212頁）とされる。

かかる問題構造をより分析的に捉え、差別の問題は二重構造になっていることを指摘するものとして安西文雄ほか『憲法学読本 第3版』（有斐閣、2018年）

103 頁以下〔安西文雄〕が挙げられる。差別の「問題の根底には、差別の犠牲者の社会的構成員たる地位そのものの格下げ、排除、あるいは彼らに対するスティグマ（stigma＝劣等の烙印）の押し付けがある（「地位のレベル」）。そしてそれが具体的に顕在化して、諸々の側面における権利・利益さらには義務の不利益分配となる（「権利・義務等のレベル」）。平等の規範は、こういった二層の構造をなす差別問題への対処をその課題と」しているのである。この二層構造にはそれぞれ 2 つの規範が対応する。反別異（anti-classification）の規範と、反従属（anti-subordination）の規範である。反別異の視点は、個別の権利・義務等のレベルに焦点を当てる。他方、反従属の視点は、そのような別異取り扱いの背後に、「不平等処遇の犠牲者たるマイノリティの人々の社会的地位の格下げという害悪（status harm）をみてとり、そこに考察の焦点を当てる」。憲法は、このような差別禁止に係る反従属ないし差別抑制の要請を規範として求めているのである（同様の指摘をするものとして、木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、2008 年）195 頁以下）。

このように、憲法 14 条 1 項の規範として、文字通りの「差別の禁止」が求められる。そしてこのことは職業差別の場面でも当てはまる。「職業の場合、特定の職業から形式的には離脱可能であるという視点から、『当人の意思では左右できない』ことにはならないという部分に目が奪われがちである」が、ここで重要となるのは、ある特定の業種を積極的にも消極的にも選択する場合に、その特定業種自体に特定の伝統的なスティグマが貼られていること自体について『当人の意思では左右できない』という点である。特定の職業に、従事者の意思では左右できないスティグマが貼られることによって、「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」てしまい、これによって個人の尊厳が侵されることは、他の場合と変わらない（甲 31（新井意見書）23 頁）。

以上のとおり、職業に関して地位のレベルの格下げ＝スティグマが問題となる局面については、通常の権利や利益の分配に関して合理的な差異取り扱いが問題

となる局面で適用されるような目的・手段審査を経ることなく、「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」という判断枠組みを採用すべきである（同 23 頁）。

2 本件取り扱いは地位のレベルの格下げ＝スティグマの押し付けに当たる

本件取り扱いは、まさに性風俗関連特殊営業を「不健全」と烙印を押した上で、その地位のレベルの格下げを目的とするものである。この点について、木村教授は以下のように述べる（甲 28（木村意見書）6 頁）。

特定の職業に対する嫌悪感や蔑視感情は法的保護に値する利益とは言い難い。それらは、要するに「差別感情」と呼ばれるものだ。それに迎合することを目的とした措置が許されるなら、政府機関が記者会見や政府広報等の政府言論でヘイトスピーチを行ったり、差別感情で特定の者を給付行政から排除したりすることが許されてしまう。国民の中に、特定業種を差別する者がいるという性質は、国家が国民に対する措置を行う場合に考慮してよい性質とは言い難い。

また、国家が特定の職業の者に対する差別を助長する行為を行えば、それに煽られその職業の者に差別感情を持ち、攻撃や犯罪を行う者が出てくる危険も見逃せない。裁判所が、性風俗関連特殊営業は「不健全・不道德」だとする国の主張を認めれば、その事業を営む者や、そこで働く者、その子どもたちへの差別的行為が誘発される危険がある。例えば、国の主張を前提とすれば、学校で性風俗関連特殊営業の関係者の子どもたちが「お前の親は不健全だ」と罵倒されても、それは国の認めた正しい評価であり、いじめではないと認定せざるを得なくなるの

だ。それが許されてよいはずがない。

同じく新井教授は、以下のように述べる（甲 31（新井意見書）23 頁以下）。

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」がもたらされたという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。

このように、本件取り扱い、差別禁止・地位のレベルの格下げの禁止・ステイグマの押しつけの禁止という憲法 14 条 1 項の要請に正面から反するものである。目的手段審査を経るまでもなく許されない。

3 被告国の主張の不合理性

この点について被告国は、本件取り扱いについて「社会の差別的な意識を根拠とした差別」とは無関係であると主張する（被告国答弁書 23 頁）。しかし国の反論に合理性はない。

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で不明確でありながらも、性風俗事業に関する「いかがわしさ」やそれに対する「蔑み」の国民感情の影響に根ざしていると評価せざるを得ない（甲 31（新井意見書）24 頁参照）。

第2に、国の言説の影響は国の意図を超える。たとえ国自身にとってはその言説が本当に地位の引き下げや職業差別に根ざしたものでなかったとしても、「これが職業に関する国の『地位の引き下げ』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」。政府言論の結果、「国民による当該業種に対するレッテル貼りを助長し、職業感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」こと自体が、憲法が求める差別禁止に反するのである。そのような効果をもたらす政府言説は、「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」ものであり違憲である（甲31（新井意見書）24頁）。

本当に国がそうしたメッセージを発する意図がないというのであれば、そのことを国民に十分に説明し、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が、本件両除外規定を設けるに当たり、国がそのような措置を講じたことはなく、検討した形跡すら皆無である。

このように、差別の助長・地位の引き下げ・レッテル貼りの助長に関する被告国の反論は失当である。被告国はまさに、「差別のための差別」・「社会の差別的な意識を根拠とした差別」として、本件取り扱いを行っているのである。

4 小括

以上のとおり、憲法14条1項は地位のレベルの格下げ・スティグマの押し付けを、差別禁止として独自に禁止している。被告国による本件取扱いは、かかる差別禁止規範に違反している。本件取扱いは、性風俗事業に従事する人々について、国家が個人としての立場を軽視し、「地位の引き下げ」をもたらすものである。本件取扱いは、差別助長の禁止・地位のレベルの格下げの禁止・スティグマの押し付けの禁止に真っ向から反している。この点に関する被告国の主張は全く採用し得ない。国は合法的に暮らす一部国民の『尊厳ある生』を平等に保護するという自らの責務を放棄したまま放置している。差別的意図があってはなら

ないことを積極的に示すことを検討した形跡すらない。本件取り扱いが差別を禁止する憲法 14 条 1 項に違反しており、違憲である。

第 5 結語

以上のように、本件両除外規定を含む本件取扱いは、そもそも別異取り扱いを正当化するだけの目的審査を乗り越えられない。「国民の理解を得ることが困難」という理由は別異取り扱いを正当化する目的とはなりえない。仮に事業の下支えをするという経済的な目的を措定したとしても、手段に合理性・相当性はなく、手段審査でも違憲と判断される。さらには憲法 14 条 1 項が禁止する差別（地位のレベルの格下げ・スティグマの押し付け）の典型であり、目的手段審査を経るまでもなく憲法に反し許されない。憲法 14 条 1 項に関する被告国の主張はいずれも採用できない。

以上