

意見書

「性風俗関連特殊営業」を行う事業者であることを理由とする
持続化給付金及び家賃支援給付金の給付拒絶について

2021（令和3）年12月//日

東亜大学大学院教授・東京大学名誉教授

碓井光明



1 持続化給付金・家賃支援給付金の法構造

(1) 補助金適正化法との関係

持続化給付金は、中小企業庁の事業として実施され、「事業の継続を支え、再起の糧」とするとされている（持続化給付金給付規程（中小法人向け）（以下、「持続化規程」という。）1条）。また、家賃支援給付金も、同じく中小企業庁の事業として実施され、「事業の継続を下支えするための給付」とされている（家賃支援給付金給付規程（中小法人等向け）（以下、「家賃支援規程」という。）2条）。以下、この二つの給付金をまとめて「両給付金」と称することとする。

「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」（以下、「補助金適正化法」という。）2条1項は、同法の適用される「補助金等」について、補助金（1号）、負担金（国際条約に基づく分担金を除く。）（2号）、利子補給金（3号）に加えて、「その他相当の反対給付を受けない給付金であって政令で定めるもの」（4号）と定めている。そして、同法施行令2条は、新型コロナウイルス感染症関係の複数の交付金を指定しているものの（182号、183号、185号、189号）、両給付金を掲げていない。したがって、両給付金は、補助金適正化法の適用対象たる「補助金等」には該当しない。これは、両給付金は、補助金適正化法の想定する「補助事業等」（2条2項）が観念されていないことによるものと思われる。補助金適正化法の守備範囲の外にあるという判断は特に問題視する必要はないであろう。

(2) 中小企業庁の給付金給付規程が想定する法律関係の成立

前記のことを理由にしてなのか、中小企業庁は、持続化給付金につき、「給付金は、・・・申請者からの申請で成立し、事務局の審査を経て長官が給付額を決定する贈与契約である」としている（令和2年5月9日付「持続化給付金規程（中小法人等向け）」、「持続化給付金規程（個人事業者向け）」及び「持続化給付金規程（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向け）」の、いずれも9条1項）。また、家賃支援給付金についても、「給付金の給付は、・・・申請者からの申請で成立し、事務局の行う申請内容の適格性等を確認する審査（以下単に「審査」という。）を経て長官が給付額を決定する贈与契約である」としている（令和2年7月14日付「家賃支援給付金給付規程（中小法人等向け）」、「家賃支援給付金給付規程（個人事業者等向け）」及び「家賃支援給付金給付規程（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向け）」の、いずれも10条1項）。

この説明において、申請者の申請で給付金の給付に係る贈与契約が成立するとしている以上、給付金規程等による呼びかけ（公募）が贈与契約の申込みであると見ているのであろう。にもかかわらず、事務局の審査を経て長官が給付額を決定するというという説明は、やや理解に苦しむところである。抽象的贈与契約の成立と具体的給付額の決定とを分離して法的構成をしようとしているのであろうか。

いずれにせよ、「申請者からの申請で」贈与契約が成立するとされている点が重要である。もちろん、「申請」としての実体を有する申請でなければならないであろう。

(3) 給付金給付規程の法的性質

中小企業庁は、前述のように両給付金の給付金給付規程を定めて給付事業を実施した。この給付金給付規程の性質をどのように見るべきか。

贈与者である国の内部的な基準、一種の行政規則であって、外部に対しては何ら意味をもたないとする建前論が登場する可能性もある。しかしながら、新型コロナウイルス感染症対策の一つの柱として給付金が給付される旨が政府から国民に呼びかけられたことに鑑みるならば、給付金給付規程は、一種の国の制度を構築したものであることは明らかである。

給付金給付規程は、国民に広く呼び掛ける政府が、贈与形式をとる給付をどのように実施するかを定めた一種の規範である。それは、政省令のような形式の法規命令ではなく、本来は行政規則たる性質を有しているにすぎないとされそうである。しかし、給付金給付規程は、国や地方公共団体の入札契約について法律・政令で規律しているのと同様に、給付金給付を規律する役割を果たすものである。国や地方公共団体の入札契約は、私法契約の性質を有するにもかかわらず、法令により規律されているのである。

行政法学においては、補助金行政における補助要綱等を「給付規則」と呼び、給付には一定の外部効果が認められるとする学説が有力となっている（塩野宏『行政法Ⅰ [第六版] 行政法総論』（有斐閣、平成27年）119頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論【第7版】』（有斐閣、令和2年）326頁など）。

外部効果があるということは、給付規則に従わないで給付を拒絶した場合に、平等原則違反により違法とされる可能性があることを意味する（塩野宏・前掲、宇賀克也・前掲）と同時に、給付規則が憲法を頂点とする法令違反により違法・無効とされる可能性があることも意味する。

補助金適正化法上の「補助金等」ではない本件両給付金に係る給付規程も、実質的には外部効果を発揮する行政規則であり、給付規則の性質を有するものであると解される。このことは被告国にとってきたところでもある。したがって、政省令の内容の司法審査と同様に、具体的給付金給付規程の中にある特定の条項が、国民との関係において効力を有するものか否かについては当然に裁判所の審査を受けなければならないというべきである。

2 両給付金の給付の目的・給付をめぐる法律関係

(1) 両給付金の給付は、社会保障的性格を併有している。

以上のような補助金適正化法の適用対象とされないことと中小企業庁のとしている贈与契約説を踏まえて、両給付金の性格を考察しなければならない。

両給付金が中小企業庁所管の事業として実施された給付事業であることにのみ着目するならば、国の中小企業に対する経済政策の外観を呈していることは確かである。しかし、この事業の所管官庁の外観に依拠して、被告国の答弁書が両給付金について、「国民経済の発展の観点から行われている経済政策である」（第7頁（3））とのみ述べているのは、両給付金の本質を見失わせるものである。

すなわち、被告国の答弁書は、両給付金の「社会保障的給付」の性格を有することを見落

とすものといわなければならない。

「社会保障的給付」の意味について、少し詳しく説明する必要がある。

新型コロナウイルス感染症の拡大を前にして、政府は、国民生活を守るために、可及的速やかに、あらゆる手法を総動員して対策を講ずる必要に迫られていた。我が国において、中小企業の占める割合が高く、政府は、中小企業に働く人々の生活を維持しなければならないという至上命題に直面していた。そのためには、どうしても現存の中小企業が存続して、人々が安心して働き続けられることが不可欠である。中小企業で働く人々を守るための手法、いわば「入口」の一つとして、事業者に対する給付を選択したものと理解することができる。

憲法 25 条 1 項は、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と定めており、社会保障給付は、同項にいう国民すなわち自然人に対する給付であるとみるのが自然であることはいうまでもない。しかし、法人に対する給付を通じて自然人たる国民の生存を守るための給付をなすことが有効な場面が少なくない。両給付金の給付事業は、中小企業対策であると同時に、中小企業の持続化・継続の下支えを媒介にして、従業員の生活の確保に連結することを想定した施策であると解される。その意味を示すために、両給付金の給付は、形式的な「社会保障給付」ではないが、従業員の生活の維持をも見据えて、中小企業の事業者に給付する趣旨を込めた給付であるという意味で、「社会保障的給付」と呼ぶことができる。そのことは、両給付金の給付は、フリーランスを含む個人事業者をも対象としている点にも表れている（ちなみに、「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」の文言は不明確で、所得税法上「事業」の程度に達しない「業務」を営むにとどまる者も「個人事業者」と扱う意図なのか不明であるが、本意見書全体の趣旨に影響しないので立ち入らない）。

(2) 贈与契約説によれば国（中小企業庁）は、契約締結の相手方を自由に選択できるのか。

すでに述べたように、中小企業庁は、給付金給付規程において、両給付金の給付に関する法律関係は贈与契約であるとしている。私人間の贈与契約は、贈与者の意思を尊重するのが当然であり、公序良俗に反するなどの場合を除いて、贈与契約の内容以前に、誰に贈与するか否かも贈与者の意思に委ねられる原則である。誰にどれだけ贈与するかは、優れて贈与者の「意思の自由」に属する事柄である（碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社、平成 19 年）189 頁）。果たして、このような考え方が、国の給付金の給付契約についても妥当するのであろうか。

地方公共団体が補助金等交付規則や個別の補助金交付要綱に基づいて給付する補助金等の交付に関する法律関係は、国の補助金等交付の法律関係と異なり、贈与契約であると解するのが裁判例の大勢である。贈与契約説の実益は、補助金等の交付決定や交付決定の取消し等について行政処分性が認められるか否かの場面において発揮されるが（碓井光明・前掲書 181 頁以下）、贈与契約であるからといって、地方公共団体の恣意的な扱いが常に適法の評

価を受けるものではない。その限りで、補助金等の交付者（贈与者）である地方公共団体は、私人たる贈与者と全く同じ立場にあるわけではない。

しかも、贈与契約の形式であるとはいっても、給付金給付規程により制度化された両給付金の給付に関して、国には、私人間の贈与契約におけるような完全な意思の自由が認められるわけではない。行政規則ないし行政基準たる給付金規程を定めるに当たって中小企業庁の裁量が認められるとしても、その内容について裁量権の逸脱・濫用と認められることがあり得るのである。前記のような社会保障的給付に連結する両給付金給付規程のうち平等原則違反の内容の部分は、行政規則（行政基準）制定権の逸脱濫用であって、違法・無効といわなければならない。

（３）性風俗関連特殊営業に係る事業者に対する給付拒絶の考察

両給付金の性質に鑑みるならば、「性風俗関連特殊営業」を営む者に給付金を給付しないこと（持続化規程 8 条 1 項 3 号、家賃支援規程 9 条 1 項 3 号）が許されるか否かは、社会保障的給付における差別の許否の問題として検討されなければならない。社会保障的給付であるからには、単に「性風俗関連特殊営業」という事業の事業主体に着目するのみならず、性風俗関連特殊営業を行う事業に従事する人々にも着目して考察しなければならない。

社会保障的給付の観点からいえば、性風俗関連特殊営業従事者は、犯罪行為をしているわけではないのであるから、性風俗関連特殊営業従事者であることを理由に新型コロナウイルス感染症の拡大に伴う収入減を補う保障の対象外とすることはできないであろう。新型コロナウイルス感染症の急拡大に伴う緊急事態を前提にするならば、職を失う従業者は、たとえハローワーク等に通っても新たに就職先を得ることは極めて困難である。ちなみに、所得税法の適用において、キャバレー等において接客業務をする者について、ホステス等をもって給与所得者として扱う場合と事業所得者等として扱う場合があり、給与所得者の場合には給与所得としての源泉徴収がなされ、事業所得者等の場合には報酬等としての源泉徴収がなされる（所得税法 204 条参照）。本件原告のヘルスデリバリー業に従事するキャストの中に事業所得者等が含まれるならば、その者に対して持続化給付金の給付を拒絶することは直接的な職業による差別である。もっとも租税訴訟においてキャストが給与所得者と事業所得者等のいずれに該当するかの認定は微妙であるものの、多くの事案において給与所得者として認定されている（福岡地判平成 28・7・28 税資 266 号順号 12891、その控訴審・福岡高判平成 29・1・11 税資 267 号順号 12951、福岡地判平成 28・10・14 税資 266 号順号 12916、その控訴審・福岡高判平成 29・3・28 税資 267 号順号 13003、東京地判令和 2・9・1D1-Lawcom 判例体系判例 ID29060996）。

本件におけるキャストが給与所得者であると前提した場合に、給与所得者たる従業者の生活の確保に連結する社会保障的給付について、本件原告の営む事業が性風俗関連特殊営業であるという理由で、原告に対する両給付金の給付を拒絶することは、事実上、その従業者の急激な生活の悪化を見放すものといわなければならない。そのような差別的扱いは、事業者に対する給付拒絶を媒介にして、従業者の職業による差別につながるものであって、平

等原則違反の疑いが強いといわなければならない(参照、碓井光明「新型コロナウイルス感染症に伴う給付金事業の法的分析」行政法研究36号119頁、146頁(令和2年10月))。

この場合に、原告の主張をもって従業者の人権を主張するものとして排斥することはできないというべきである。新型コロナウイルス感染症拡大の場面において、事業者と従業者とは、生存を脅かされる点において、まさに一体の関係に置かれていることを無視することはできない。従業者の生活を維持するためには、原告の存続を図らなければならないのである。何よりも、人々の生存のかかった緊急事態における給付金であることを基礎にして、本件の不給付要件の適用の適否を判断しなければならないというべきである。

本件両給付金は、補助金適正化法上の補助金等でないことは既に述べたとおりである。補助金等の場合には、国が助成したいと判断する補助事業を選択するものであり、補助事業選択の自由度が極めて高いのに対して、本件両給付金は、社会保障的給付の性格を有するものであって、国の「選択の自由」が乏しいものであることを確認しなければならない。

3 本件における給付金支給申請の有無

被告国は、事務局に対するオンライン方式の申請がなされていないことを理由に、適式な申請がなされておらず、両給付金事業に係る贈与契約が成立したと解する余地はない、と主張している(第7-4)。この主張について検討しよう。

オンライン申請方式は、大量の申請を効率的に行うために採用した方式であるところ、性風俗関連特殊営業に係る事業者に関しては、オンラインのシステム上、申請を受け付けない設計をしておきながら、被告らがオンライン申請をしなかったとして申請の不存在を主張することはできないといわなければならない。

両給付金の給付システムに則して、以下、被告国の主張が不当であることを明らかにしたい。

両給付金の支給事業は、新型コロナウイルス感染症対策という極めて重要な対策であるところ、法令によるものではなく、いずれも給付金給付規程によっており、中小企業庁は、いずれについても事務局を設置して、給付に必要な事務を事務局が行うとしている(持続化規程3条、家賃支援規程3条)。両給付金は、贈与契約であり、申請者からの申請で成立するものと構成されている(持続化規程9条1項、家賃支援規程10条1項)。事務局は、申請を受け付ける「中小企業庁長官の受任者」である立場と、「申請者の代理人」として給付金を受領する(給付金を申請者の代理人として受領し、給付決定額全額を申請者に支払う旨の受領委任契約による)立場(持続化規程9条2項1号・5号、家賃支援規程10条2項・3項4号)とを併有している。しかし、このような構造は、通常人には容易に理解できるものではない。このような構造を採用しても、単純な給付事務の場面において問題を生じることは少ないであろうが、原告のような申請に対して、被告国が、前記の給付金給付規程において採用した仕組みを根拠に、もっぱらオンライン方式によらなければ申請があったといえないとして「申請方式の排他性」を根拠に申請の不存在を主張することはできないという

べきである。

ところで、給付金給付規程の公表が贈与契約の申込みであり申請書の提出が承諾であるという法的構成であると理解する場合に、性風俗関連特殊営業に係る事業者は贈与契約の申込みの相手方から除外されているとする主張が考えられるが、すでに述べたように、給付金給付規程のうち性風俗関連特殊営業に係る事業者を不給付とする部分は無効であるから、その部分はないものとして国（その機関たる中小企業庁）からの申込みがなされているとみるべきである。

原告は、システム上、オンラインによる入力を続行できなかったために、やむなく内容証明郵便で申請書を事務局に送付したのである。したがって、申請書が事務局に到達した時点において承諾があり、有効な贈与契約が成立したと見るべきである。

4 結論

両給付金給付は、社会保障的給付であって、性風俗関連特殊営業に係る事業者に給付金を支給しないとする給付金給付規程の「不給付要件」は無効であり、この不給付要件がないものとして国と原告との間には、両給付金給付の贈与契約が成立しているとするべきである。