

意見書

性風俗営業は「本質的に不健全」であるとの理由から
性風俗事業者に対して持続化給付金等の支給を拒否する
措置の合憲性について

2022年（令和4年）11月1日

日本大学法学部教授

玉 晶 由 樹 (印)

はじめに

本訴訟の第一審判決（東京地裁令和4年6月30日判決。以下、「原審判決」とする）は、性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して持続化給付金、家賃支援給付金（以下、「各給付金」とする）を支給しないとする規定（以下、「不給付規定」とする）について、憲法14条1項違反はないとの判断を下している。

原審判決は、憲法14条1項違反が成立するか否かについて、「そのような区別をする目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の目的との関連において不合理なものではなく、行政庁の合理的な裁量判断の範囲を超えるものではないと認められる場合には、当該区別は、合理的理由のない差別に当たるとはいえず、憲法14条1項に違反するということとはできない」との審査基準を示すが、実際の判断にあたっては、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）における性風俗関連特殊営業の位置付けを準拠点としながら、本件で問題となった不支給規定がその基本趣旨から大幅に逸脱するものでないかどうかを審査する、いわゆる「首尾一貫性審査」を行っている。

その際、原審判決は、被告国が主張する、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る」との認識をほぼ全面的に受け入れ、「風営法上の性風俗関連特殊営業に対する法的取扱いは、…我が国の国民の大多数が、性行為や性交類似行為は極めて親密かつ特殊な関係性の中において非公然と行われるべきであるという性的道義観念を多かれ少なかれ共有していることを前提として、客から対価を得て一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそるためのサービスを提供するという性風俗関連特殊営業が本来的に備える特徴自体がこうした大多数の国民が共有する性的道義観念に反する」ことに起因すると解している。その上で、かかる風営法の基本趣旨からすれば、性風俗関連特殊営業を各給付金の給付対象としないことにも合理的な根拠があるとする。

ここで用いられている「首尾一貫性審査」は、主に、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」（憲法25条）や（選挙権平等を含む）「平等」（憲法14条）といった、憲法上は保護領域や要請が抽象的な権利の侵害が問題となっているときに用いられる審査手法である。このような権利の場合、憲法上の権利そのものを審査の準拠点とするのではなく、かかる権利を第一次的に具体化した立法者の判断（基本趣旨）に準拠点を求め、後に行われる第二次的な決定の合理性を準拠点との整合性から判断することが有効であるといえる。古くは堀木訴訟最高裁判

決（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）でも、児童扶養手当法上の併給禁止規定の合理性を、児童扶養手当および障害福祉年金の制度趣旨の趣旨から大幅に逸脱していないことを理由に承認している。

しかし、首尾一貫性審査においては、「準拠点」となる基本趣旨そのものに不合理な差別が潜在しているような場合、それに照らした首尾一貫性が要求される結果、法制度のなかに差別が温存されてしまうという問題がある。首尾一貫性審査が説得力をもちうるのは、基本趣旨そのものが憲法上の疑義を生じないときに限られるだろう。

このことを前提とした場合、被告国および原審判決による風営法の基本趣旨に関する説示には、憲法解釈上の重大な疑義がある。かかる疑義は、風営法の解釈のみならず、本訴訟での主たる争点となっている給付金の不支給規定の憲法14条1項適合性の判断にも当然大きな影響を与える。そこで、本意見書では、首尾一貫性審査における「準拠点」となっている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る」との認識およびそれを是認した原審判決の認識そのものの憲法適合性について、この問題に関する豊富な議論の蓄積をもつドイツの状況をも勘案しながら論ずることとする。

1 ドイツにおける性風俗営業と「良俗」をめぐる議論

(1) かつての裁判例

かつてドイツにおいては、性風俗営業は社会倫理に反するとか、性的な内密領域の商品化により人間の尊厳を侵害しているといった理由づけから性風俗営業に対する特別な規制を正当化する判決がしばしば示されてきた。そこで示されている理解は、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る」との被告国の認識や、それを前提とした原審判決の「性的道義観念に反する」との認定とよく似ているため、まずはそれらを紹介しておくこととする。

こうした立場を表明する典型的な裁判例としては、1976年の連邦通常裁判所判決（BGH, NJW 1976, S.1883；以下、「1976年判決」とする）を挙げることができる。1976年判決は、売春婦が交通事故によって負傷し、加害者に対して逸失利益の賠償を求めた事案に対して判断したものであるが、判断の前提として性風俗営業が「良俗」に違反することを論じている。1976年判決によれば、売春行為を無価値なものとする世間一般の判断は、「感情的に根拠づけられた『偏見』ではなく、社会的かつ憲法的な価値秩序に基礎をおくもの」であって、「金銭支払いと引

き換えに行われる営業類似の性的サービスは、…人格の最も狭い核心と結びついた内密（性的）領域を侮辱的な方法で商品化するという非難」は正当なものとされる。ここでは、売春をはじめとする性風俗営業はその形態や影響とは無関係に、そもそも内密領域を商品化する点において人間の尊厳に反するものだから、それ自体当然に「良俗」違反となるとの判断が示されているとあってよいだろう。

1976年判決は民事法上の損害賠償請求権にかかわる事案についての判断であったが、性風俗営業の営業許可をめぐる「良俗」違反を理由とした不許可処分が行われた例としては、1981年のピープショー（のぞき部屋）営業にかかわる連邦行政裁判所判決（BVerwGE 64,274；以下、「ピープショー判決」とする）がある。ピープショー判決において、連邦行政裁判所は、1976年判決と同様に、「基本法に根ざした価値観念に反する行為は、良俗にも反する」との前提から出発する。そして、ここで問題となったピープショーの手法が鑑賞される女性の尊厳を貶め、これによって彼女の人間の尊厳（基本法1条1項）を侵害しているとの理解により、「良俗」違反との評価が行われている。したがって、ピープショー営業に対する営業不許可処分は憲法上問題のない措置であり、営業法上も「良俗」違反を理由として適法であるとされるのである。ただし、ピープショー判決は、1976年判決とは異なり、あらゆる性風俗営業が人間の尊厳に反するとか、「良俗」違反であるとか述べているわけではない。あくまでピープショーの具体的な営業内容が（たとえば、通常のストリップ営業と比べて）出演女性にとって侮辱的と認定されているにとどまる。

しかし、その後、「良俗」違反の認定は広く性風俗営業全体に及んでいった。たとえば、テレフォンセックス営業に関する1998年の連邦通常裁判所判決（BGH, NJW 1998, S.2895）は、ピープショー判決を参照しながら、テレフォンセックス営業では「内密領域が一売春やピープショーと同じように一商品化」されていると述べ、たとえ会話という本来は対等な関係性が女性と顧客との間にあるとしても、女性は顧客の要求にこたえるだけの客体となっているとの判断が下されている。

こうしたドイツの諸判決のなかには、原審判決と同様の性的道義観念を披歴するものもある。ピープショー判決の翌日に下されたセックスライブショーに関する連邦行政裁判所判決（BVerwGE 64,280）は、「男女間の性交渉が内密領域に含まれ、他者の目から遠ざけられるべきであり、公に披露されたり報酬に対する娯楽として提供されたりしてはならないというのは、依然として法共同体において

支配的な見解と一致する」ことを「良俗」違反認定の決め手としているが、これは原審判決における性的道義観念についての主張ときわめてよく似ている。

これらの1970年代から1990年代までのドイツの諸判決を見る限りでは、性風俗営業は、性的な事柄という内密領域にかかわるものであるというだけで基本法の価値秩序（人間の尊厳）と相いれない、「良俗」に反した営業であるとの理解が一般化していたといえる。

(2) 2000年以降の裁判例と憲法学説による評価

この時期の裁判例のなかにも、1976年判決やピープショー判決の内容を一部批判するものもいくつか見られた。しかし、こうした判例の流れを大きく変更したのは、とりわけ2000年のベルリン行政裁判所判決（VG Berlin, NJW 2001, S.983；以下、「2000年判決」とする）であったように思われる。この判決では、売春あっせんを理由とした飲食店の営業許可の取消が問題となったが、判決は判断の前提として、性風俗営業全般を一律に「良俗」違反とする従来の判例の立場を批判している。

ベルリン行政裁判所によれば、旅館・飲食業法における「良俗違反」規定は、営業が「公共の福祉を侵害しうる限りにおいて、人間の共同生活を秩序づけるもの」にとどまるという。その上で、1976年判決以来の「良俗」違反の理解について、人間の尊厳からは、「金銭支払いに対する営業類似の性的サービス」が「侮辱的な方法で内密領域を商品とする」ことであるとか、それゆえすでに「良俗違反」で、かつ飲食店においてあっせんがなされてはならない、とかいった一般的な結論が導かれるわけではない、と指摘する。むしろ、性風俗営業の多様性からすれば、性風俗営業に従事する者の自律性の程度、人的・場所的な環境、顧客層や顧客との関係の具体的形成、および個別的なサービス形態についての考慮が必要になるというのである。

さらにベルリン行政裁判所は、従来の判例が売春ないし性風俗営業を人間の尊厳に反し、基本法の価値秩序と相いれないとしてきたこと自体が、かえって性風俗営業従事者への不利益取扱いの温床となってきたと指摘している。それゆえ、自主的で、かつ犯罪的な付随的行為を行使しない売春ないし性風俗営業は、それに対する倫理的な評価にかかわらず、もはや一般的には秩序法の意味において良俗違反とみなされるべきではない、とされるのである。

ドイツの憲法学説においては、以前から、1976年判決やピープショー判決における「良俗」解釈について強い批判が示されてきた。売春婦やピープショー出演者が自律的な判断の下でそれらの営業に従事しているにもかかわらず、営業内容が性的内密領域と関係しているという理由から人間の尊厳に反し、「良俗」違反とされるのは、人間の尊厳を客観的な倫理規範としてのみ理解していることになる点で、基本法1条1項の解釈と対立するというのがその主な理由であった。人間の尊厳は人の主体性・自律性を何よりも尊重するものであることからすれば、人に「よき生き方」を義務づけるような解釈はとりえないということである。

1976年判決やピープショー判決は、公権力が「社会的かつ憲法的な価値秩序」や「法共同体において支配的な見解」というかたちで一方的な倫理観を標榜し、それらを人間の尊厳と結びつけることによって性風俗営業に対する特別な規制を正当化していた点において、憲法学説における人間の尊厳解釈と大きく乖離していたといえる。このため、2000年判決が性風俗営業一般を「良俗」違反とする解釈を否定し、あくまで犯罪的な付随的行為を行使するような他者加害的な営業方法のみをその対象とすべきことを明らかにしたことは憲法学説からの高い評価が与えられた。

この判決は、当時立法が検討されていた売春法（売春婦の法律関係の規律に関する法律）の制定を後押しすることとなり、2001年には同法が成立した（施行は2002年）。その1条では、「事前に合意した報酬に対する性的行為が行われた場合、この合意は法的に有効な債権を根拠づける」と定められ、売春契約が合法的なものとして扱われることとなった。これを受け、裁判所判決も売春を含めた性風俗営業を良俗に反しないものとする立場へと転換している。たとえば、2007年の連邦通常裁判所判決（BGH, NJW 2008, S.140）は、これまで幾度となく良俗違反としてきたテレフォンセックス営業について、「古典的」な売春行為について有効な支払債権が根拠づけられうるのであれば、このことはいわゆるテレフォンセックスやこの関連において提供される商品サービスや技術的サービスにももちろん妥当する、との見解を示し、契約の有効性を認めている。

その後の、憲法学説における性風俗営業に対する評価については、Friedhelm Hufenの現在9版を重ねる標準的教科書（Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 9. Aufl., 2021）での説明を示しておく。Hufenは、ピープショー判決の立場を示した上で、「これに対して、売春行為一般が尊厳侵害であると評価されるものではなく、むしろ一自由意思によって行われている場合には一職業とし

て保護されるということには十分な根拠がある。人間の尊厳侵害は、当該女性の自己決定が明らかに否定され、彼女が他者によって意のままに『消費されうる』客体とされている場合に成立するものである」。また、これと関連して、職業の自由（基本法 12 条 1 項）に関する記述では、自由意思にもとづくものであることを条件としつつ、性風俗営業については「今日では、基本法 12 条 1 項がこれらの『役務提供』を保護しているということを前提としてよい」と述べる。

(3) 現在のドイツにおける性風俗営業の憲法上の評価

以上のドイツの裁判例の展開および学説上の理解から得られる結論を簡潔に整理すれば、以下のようになる。

①性風俗営業は、それが営業従事者の自律的な意思にもとづくものである限りにおいて、憲法上の人間の尊厳保障に反するものではない。営業内容が性的内密領域にかかわるということのみを理由として人間の尊厳に反すると解することは、人間の尊厳保障を個人の権利を基礎づけるものとしてではなく、公権力が一方的に示す「人のよき生き方」を個人に義務づけるためのものとして扱っていることとなり、むしろ憲法の価値秩序と対立する。

②したがって、性風俗営業全般について特別な制約を課す理由として挙げられる、性的内密領域にかかわる営業内容は「社会的かつ憲法的な価値秩序」や「法共同体において支配的な見解」に反するとの見解には憲法上の根拠がない。このことからすれば、性風俗営業そのものが「良俗」に反するとする見解にも憲法上の根拠はない。

③公権力が性風俗営業について制約や不利益を課そうとする場合、上記のような抽象的な理由から一律に制約・不利益を課すことは許されず、個別の営業行為について他者加害の危険や他の業種に対する事実上の悪影響などを具体的に示す必要がある。

④単なる社会的倫理観のみを理由として性風俗営業を憲法上保護される「職業」から除外することもまた許されない。少なくとも、他者加害を含まない性風俗営業は「職業の自由」によって保護される役務提供を内容とするものとして、他の職業と同様の保障を受ける。

以上見てきたように、ドイツでは、2001 年に突如として思いつきのよう⁴に売春行為の合法化が図られたわけではない。また、この時期に国民感情に大きな変化が生じ、「法共同体において支配的な見解」が変更されたわけでもない。とりわけ

行政庁による性風俗営業に対する恣意的な差別的取扱いが続き、またそれを裁判所も黙認するような状況のなかで、かかる取扱いに対する批判的見解が醸成されてきた。そして、かつては性風俗営業に対する差別を助長してきたともいえる裁判所自身が、憲法論を含む法的な構成によって、性風俗営業を職業として尊重し、感情的な理由にもとづく不合理な不平等取扱いを否定する流れを作り出したことに留意すべきであろう。ドイツにおいては、立法者・裁判所ともに「性関連行為の領域での価値判断をともなう国家主導の道徳観というコンセプトに対して距離をとり、価値中立的で、純粹に危険防御法的な考え方に進む」ことを目指している。こうした方向性は憲法学によっても強く支持されているところである。

2 日本法における性風俗営業の位置づけ

以上のドイツでの理解をも勘案しつつ、以下では日本の法状況について検討しておきたいと思う。本意見書の立場からすると、ドイツでの性風俗営業に対する法的対応の展開やそこで示された理解は日本においても重要な示唆をもつと考えるし、憲法上の議論においてはその前提を共有しうると考える。しかしながら、日独間には性風俗営業に対する法律上の対応には違いも厳然として存在するため、以下ではこのことに留意して検討を進める。

(1) 性風俗営業は人間の尊厳保障に反しないという点について

日本では、売春行為を合法化しているドイツとは異なり、売春防止法が売春行為を禁じている。その1条によれば、売春は「人としての尊厳を害し、性道徳に反し、社会の善良の風俗をみだすものである」とされる。したがって、少なくとも法律上は、売春行為は人間の尊厳保障に反するものと位置づけられていることになる。この法律にいう「売春」については、2条で「対償を受け、又は受ける約束で、不特定の相手方と性交すること」と定義されている。また、4条が「この法律の適用にあたっては、国民の権利を不当に侵害しないように留意しなければならない」としていることからわかるように、売春の定義に該当しない行為については5条以下の刑事処分の対象とはならない。つまり、売春を除く性風俗営業については、この法律の適用対象外である。

このことは、言い換えれば、売春を除く性風俗営業は人間の尊厳保障などに反しないということを意味する。なぜなら、売春以外の性風俗営業も「人としての尊厳を害し、性道徳に反し、社会の善良の風俗をみだすものである」とするので

あれば、そのような行為は売春同様に抑止しなければならず、これを処罰しないのは、法益侵害の重大性からも、明らかに整合性に欠けるからである。したがって、売春防止法の立法者は、売春以外の性風俗営業については人間の尊厳保障に反するとまではいえないし、性道徳に反し、社会の善良の風俗をみだすとの理由から刑事処分の対象とすべきものともいえないと理解していたということになる。この点で、神戸地裁平成14年7月16日判決（裁判所ウェブサイト）が、性風俗関連特殊営業が「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」としたことは、売春防止法の趣旨と一致しない解釈といわざるをえない。

(2) 社会的倫理観を理由とした制約の根拠づけについて

ドイツでは、憲法上の根拠を十分にもたない単なる社会的倫理観を公権力が振りかざして人の自由や平等に干渉することについては、ナチス時代のユダヤ人や精神障害者などに対する差別の経験から、強い懐疑が向けられる傾向にある。これに対して、日本の裁判例においては、チャタレイ事件最高裁判決（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁）をはじめとして、「性道徳」の維持を公共の福祉の内容とし、「一般社会において行われている良識すなわち社会通念」による制約の正当化を許容するものが見受けられる。

客観的な道徳観に依拠した判決は現在の裁判例においてはほとんど見られなくなっていることを別としても、チャタレイ事件判決での最高裁が公共の福祉の内容をなす「性道徳」を「最少限度」のものに限定するという謙抑的な態度を示していることには注意する必要がある。最高裁は、あらゆる意味での「性道徳」ないし「性一般に関する社会通念」が法によって維持されるべきとの立場を採用しているわけではない。法によって保護されるべきは、「越ゆべからざる限界としていずれの社会においても認められまた一般的に守られている規範」であり、具体的には「性行為の非公然性の原則」であるとされるのである。

公然わいせつやわいせつ文書の頒布等は、かかる「性行為の非公然性の原則」に触れるものとして、制約が正当化されている。他方、「公然と」とは、わいせつな行為を不特定又は多数の人が認識できる状態をいう（最決昭和32年5月22日刑集11巻5号1526頁）とするならば、売春をはじめとする性風俗営業については、通例、「性行為の非公然性」に反することはない（反するような業態がある場

合は、刑法 174 条による規制対象となる)。ただし、売春防止法は、同法の定義に該当する売春行為のみを人の尊厳に反することを根拠に制約する。したがって、売春以外の性風俗営業は、人の尊厳を根拠とする制約にも、最少限度の性道德による制約にも服さない性質のものである。

(3) 個別の営業行為についての制約可能性について

以上のように、日本の法状況に鑑みても、人の尊厳保障や性道德の維持を理由として性風俗営業全般について一律に制約を課したり、不平等な取り扱いをしたりすることには憲法上の根拠がないことになる。売春に該当せず、「性行為の非公然性」にも反しない性風俗営業に対する制約・不平等取扱は、個別の営業行為について他者加害の危険や他の業種に対する事実上の悪影響などが具体的に示される限りにおいて許容されるにすぎない。

本訴訟において問題となっている風営法上の性風俗関連特殊営業は、原則として売春防止法における「売春」に該当せず、「性行為の非公然性」に反するものでもないことは解釈上明らかである。そして、風営法では性風俗関連特殊営業について善良な風俗・清浄な風俗環境に対する危害や他者加害の危険を理由とした種々の規制がかかっている。これを越える規制や不平等取扱いを正当化するためには、個別具体的に他者加害等の危険が論証されなければならない。かかる具体的な危険等がないにもかかわらず制約・不平等取扱いが行われるとすれば、それらは不当な制約、不合理な差別的取扱いである。

人の尊厳保障、性道德の維持、他者加害等の具体的危険のいずれにも該当しない理由から性風俗関連特殊営業が一律に制約されたり、不平等に扱われたりすることがあるとすれば、かかる理由は憲法上何らの根拠も有しない、単なる差別感情に他ならない。

(4) 性風俗営業も職業の自由による保護を受けることについて

また、売春防止法における「売春」行為や刑法 174 条・175 条に反する営業行為を憲法上保護された「職業」と解することが困難であるとしても、風営法等の法令を遵守して合法的に営業を行っている性風俗関連特殊営業については、職業の自由による保護が及ぶことは疑いのないところである。法は、法令を遵守する事業者については原則としてもはや他者加害等の危険がないものとみなし、例外的にこれらの事業者が法令に違反して他者加害を行った場合に適切な対処を行う。

この点において、性風俗関連特殊営業を行う事業者と他の業種の事業者との間に本質的な違いはない。とりわけ、性風俗関連特殊営業をア・プリアリに他の業種よりも劣位に取り扱う理由は憲法上も法律上も存在しないというべきである。

3 性風俗営業は「本質的に不健全」とする評価の憲法適合性

以上の検討を踏まえると、原審判決における風営法の解釈は憲法に適合しない解釈であることは明らかである。

(1) 国の主張について

まず、被告国は、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る」と主張する。ここでの「本質的に不健全」という評価は、性風俗関連特殊営業が売春防止法にいう「売春」に該当せず、「性行為の非公然性」にも反しない以上は、性風俗関連特殊営業が人の尊厳に反するとか、最低限の性道徳に反するとかいうことを意味するものではない。また、「性を売り物とする」ことが当然に他者加害を意味するとも考えられないことからすれば、これを危険防御的な理由づけとすることにも無理がある。そうすると、「本質的に不健全」という評価には「公共の福祉」に含まれるような憲法上の根拠が欠けているということになる。それにもかかわらず国がなお「本質的に不健全」という評価にこだわるのだとすれば、それは憲法上の根拠づけを欠いた単なる「偏見」や「差別感情」を吐露しているのと何ら変わらない。このような単なる「偏見」や「差別感情」が法的保護に値しないことは言うまでもない事柄であろう。

(2) 原審判決の説示について

これに対して、原審判決は、「風営法上の性風俗関連特殊営業に対する法的取扱い、…我が国の国民の大多数が、性行為や性交類似行為は極めて親密かつ特殊な関係性の中において非公然と行われるべきであるという性的道義観念を多かれ少なかれ共有していることを前提として、客から対価を得て一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそるためのサービスを提供するという性風俗関連特殊営業が本来的に備える特徴自体がこうした大多数の国民が共有する性的道義観念に反する」と論じる。そこでは、性風俗関連特殊営業が「性行為の非公然性」を内容とする「大多数の国民が共有する性的道義観念」に反することが示されている。すなわち、国が主張した「本質的に不健全」との評価を「大多数が共有す

る性的道義観念」に沿うものとして根拠づけようとしているとあってよいだろう。

しかし、かかる立論にもやはり国の主張と同様の問題が存在する。性風俗関連特殊営業が「性行為の非公然性」に反するという理解は、チャタレイ事件最高裁判決が述べた「最少限度の性道徳」としての「性行為の非公然性」とは異なる意味で用いられている。公然わいせつやわいせつ物の頒布を問題とする際の「性行為の非公然性」は、性行為や性交類似行為を第三者の目に触れさせることを禁止するための論理であり、第三者の目に触れない場面においてかかる行為を行うことを禁止するような意味をもたない。最高裁が「最少限度の性道徳」を法的に保護するために謙抑的に用いた「性行為の非公然性」をこのように本来の意味から拡大することは、論理の誤用であるとともに、本来、法によって追求すべきでない広義の道徳観によって人の性的自由に干渉するものである。結局のところ、原審判決が用いる「性行為の非公然性」の論理は、「非公然と行われる」性行為や性交類似行為についてまで、そこに対価が介在しているという理由から抑圧しうることを意味する。しかし、最高裁がこのような事柄についてまで、「性行為の非公然性」という理由づけから個人の自由に干渉することを容認していると読み取るとは困難であろう。原審判決の「性行為の非公然性」に関する説示は従来の判例の立場を逸脱しており、憲法上の正当な根拠づけとなっていない。

次に、原審判決は、「性行為や性交類似行為は極めて親密かつ特殊な関係性の中において…行われるべき」ものとして、「性行為の親密性」を強調するが、このような理解は性的な事項が個人の内密領域にかかわり、国家による干渉から原則として免れているという理解と対立する。誰とどのような性的関係を取り結ぶかは個人の性的自由ないし性的自己決定に属する事柄であり、そのこと自体に国家が介入することは他者加害的な状況を除いて認められるべきではない。性行為を「親密かつ特殊な関係性」のなかでしか認めないような見方は、ドイツにおける2000年までの裁判所の態度を彷彿させる。性行為は「親密かつ特殊な関係性の中」でしか行われてはならないとするのは、ドイツにおいて批判されたように、公権力が一方的に示す「人のよき生き方」を個人に義務づけるのと何ら変わらないだろう。さらにいえば、このような見方が風営法上の基本趣旨に含まれるとは考えられない。かりに立法者がこのような見方を採っていたならば、性風俗営業は全面的に禁止されなければならなかったはずである。原審判決の見解は、明らかに風営法の立法趣旨からも逸脱している。

また、「大多数の国民が共有する性的道義観念」が「本質的に不健全」という国

の主張を支えているかのような構成は、さらに問題である。かりに、そのような「性的道義観念」なるものを「大多数の国民」が共有しているとしたとしても、それが法的に追求可能な観念であるのかどうかは、まったくの別問題だからである。

たしかに国民のなかには、「客から対価を得て一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそるためのサービスを提供する」ことに嫌悪感を示し、これを規制すべきだと考えをもつ者も存在するのかもしれないし、それが国民の多数の見解であるということもあり得ないわけではない。しかし、憲法はこのような多数派の見解をそのまま国政に反映させることを無条件に認めているわけではない。むしろ、多数派の見解といえども、それが憲法で定める価値に反するものであるような場合には、国政への反映が禁じられる。人の尊厳に反する取扱い（たとえばジェノサイド、人体実験など）が個人の尊厳（憲法 13 条）によって絶対的に禁じられるのはもとより、憲法 14 条 1 項により明らかに差別的な立法などが禁じられるのも当然であろう。これらは国政運営にとっての絶対的な限界を画する。このとき、憲法に拘束されつつ国政を運営する責任を有するのは国家権力である。すなわち、たとえ大多数の国民が性風俗営業に否定的な見解をもち、それゆえに法的な規制や不平等な取扱いを望んでいたとしても、それが憲法上許されない「不合理な」差別的取扱いとなる場合には、国家権力はそのような規制を行うことを禁じられている。

このとき、民主的政治機関である立法府や行政府は、憲法による拘束に服しながらも、その時々国民の多数派の意見に左右されやすいことから、「大多数の国民」が共有する「観念」を立法および行政行為に反映させてしまうことがありうる。このような場合に、かかる「観念」が憲法上追求可能なものであるのかどうか、本訴訟との関連でいえば、性風俗関連特殊営業に対する不平等取扱いを正当化する「合理的な」理由となるのかどうかをチェックするのは、「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」（憲法 81 条）を担う裁判所の役割である。

前述したように、国が主張する性風俗関連特殊営業は「本質的に不健全」との評価には憲法上の根拠が欠けており、単なる偏見・差別意識の表れに過ぎないと疑いがある。それにもかかわらず、「大多数の国民が共有する性的道義観念」がその背後にあるというだけでは、憲法上の正当化は十分とはいえないだろう。かかる「性的道義観念」が真に憲法上保護に値する利益であるのかどうかの精査が

必要である。それを通じて、性風俗関連特殊営業が一方的な偏見にもとづく、いわれなき差別に晒されないように保護することは、憲法 14 条 1 項に拘束された裁判所の責務でもある。

おわりに

以上のように、原審判決の首尾一貫性審査においては、「準拠点」となる風営法の解釈に重大な憲法上の疑義がある。不合理な差別意識を等閑視して、それを前提に首尾一貫性審査を行うことは、結果的に憲法上許容されない差別を系統的に承認することとならざるをえない。本訴訟で裁判所に求められるのは、性風俗関連特殊営業の事業者に対して各給付金を支給しないとした行政庁の判断について、それが真に合理的な理由にもとづく不平等取扱いであるのかを精査することである。

本訴訟で問題となっているのは、給付における不平等取扱いである。原審判決が述べるように、経済対策の一環として行われる給付行政について、行政庁の裁量が広いということを前提としても、その裁量には憲法上の限界がある。政策的な裁量は、どのような理由からでも不平等取扱いを容認するほどに広範なわけではない。給付にかかわるからといって、不合理な理由づけから不平等な取扱いを認めることは、憲法 14 条 1 項の趣旨を没却するものであろう。

本意見書が示したように、性風俗営業が人の尊厳に反するということはない。これはドイツにおいて売春行為すらも人間の尊厳保障に反しないとされているという理由からだけでなく、日本の法制度上、売春行為のみが人の尊厳に反するものと位置づけられていることからいえることである。また、性風俗営業が「最少限度の性道徳」に反するというものもない。原審判決の「性行為の非公然性」に関する説示は、明らかに「最少限度の性道徳」の範囲を逸脱している。また、本訴訟で問題となっているのが、性風俗営業に対する規制ではなく、給付にかかわる不平等取扱いだとすれば、危険防御上の理由はそもそも問題となりえないだろう。そのように考えてもなお、性風俗関連特殊事業に対して各給付金を給付しないことにいかなる合理的な理由があるといえるのか。この点に関する真摯な判断が求められている。

以上

経歴・研究業績等

日本大学法学部教授 玉蟲由樹（2022年11月現在）

1 経歴

- 1970年 出生
- 1992年 学習院大学法学部法学科卒業
- 1994年 上智大学大学院法学研究科博士前期課程修了（法学修士）
- 1998年 上智大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得満期退学
- 同年 上智大法学部助手
- 1999年 仙台白百合女子大学人間学部講師
- 2005年 福岡大学法学部助教授
- 2007年 同 准教授
- （2009年～2010年 ドイツ・フライブルク大学客員研究員）
- 2011年 同 教授
- 2015年 日本大学法学部教授（現在に至る）

2 専攻分野・研究テーマ

憲法・ドイツ公法

ドイツにおけるプライバシー保障，人間の尊厳論，基本権保護義務論など

3 主な研究業績

《著書》

- (1) 『人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態』（単著），尚学社，2013年
- (2) 『性風俗と法秩序』（共著），尚学社，2017年
- (3) 『ドイツの憲法判例IV』（共著），信山社，2018年
- (4) 『憲法判例百選 I（第7版）』（共著），有斐閣，2019年
- (5) 『憲法演習サブノート 210問』（共著），弘文堂，2021年

《論文》

- (1) 「人間の尊厳の客観法的保護」福岡大学法学論叢 56巻2・3号，2011年

- (2) 「人権と国家権力ー『公共の福祉』の多元的機能」法律時報 86 卷 5 号,
2014 年
- (3) 「平等取扱原則と比例性」日本法学 85 卷 2 号, 2019 年
- (4) 「個人の尊厳と自己決定権」愛敬浩二編『講座立憲主義と憲法学 第 2
卷 人権 I』, 信山社, 2022 年