

令和4年（行コ）第198号 持続化給付金等支払請求控訴事件

被控訴人 国外2名

控 訴 理 由 書

2022年8月19日

東京高等裁判所第14民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士

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



目次

はじめに	4
第1 控訴理由書の骨子	5
第2 原判決の判断枠組みの誤り	7
1 給付行政一般論のみを広範な裁量の根拠とすることはできない	7
2 差別的取扱いの審査において、「納税者の理解」「大多数の国民の理解」を考慮事項とすることは許されない	8
3 中小企業庁の給付行政とは無関係の他の政策との整合性を根拠に広範な裁量を認めることは許されない	8
4 「政治的な」裁量とは無関係の区別である	9
5 本件の違憲審査にあたっては慎重な審査がなされるべきであること ..	9
6 小括	12
第3 原判決の当てはめの誤り	12
1 すべての考慮事項について適切な検討・審査がされるべきである ..	12
(1) 原判決による不合理な判断枠組みの当てはめ	13
(2) 各必要的考慮事項がすべて検討されるべきであり、恣意的な検討は許されない	13
(3) 少数者を保護の観点から「大多数の国民の理解」等の検討は慎重になされるべきである	14
(4) 「他の政策との整合性」よりも本来の「政策目的の実現」や「類似の目的を有する他の政策」の点こそ慎重に検討されるべきである	14
(5) 「特定の職業に対する地位の格下げ」等についても検討されるべきである	15
(6) 小括	15
2 ③類似の目的を有するとはいえない他の政策との整合性および④国民の理解について	15
(1) 原判決の判示	16
(2) 原判決の推論過程には多くの誤りがある	16
(3) 性風俗関連特殊営業を行う者に本件各給付金を給付しても、他の政策・施策との整合性は特に失われない	18
(4) 小括	19
3 ①給付の費用対効果（・特定の事業者を救済する必要性）について ..	19

4	②類似の目的を有する他の政策とのすみ分けや均衡について.....	20
5	⑤事業者に対する地位の格下げ・スティグマの機能の有無・程度について.....	21
6	同種の判例・裁判例に照らしても原判決は不合理である.....	22
	(1) 朝鮮学校「高校無償化」裁判との差異.....	22
	(2) 司法修習生の給費制廃止違憲国家賠償等請求事件判決との差異.....	23
	(3) 最三小判平成7年11月7日との不整合.....	24
	(4) 小括.....	25
7	小括.....	26
第4	結語.....	26

はじめに

警察庁によると、デリバリーヘルスを含む性風俗関連特殊営業の届け出数は、昨年末時点で約三万二千件。大分県中津市のデリバリーヘルス業者でつくる「中津デリバリーヘルス優良店組合」の組合長の男性は、「税金を正しく納め、業界の改善に努めてきた身としては納得がいかない」と憤る。・・男性が経営する店舗も三店から一店になり、五十五万円の赤字が出た月もあった。国に届け出て納税しているのに、給付金の対象から除外されるのは「職業差別だ」と感じてきた。・・同じく給付対象外のラブホテル業界の男性は「家族や従業員の生活を守るのに給付金が必要だったのは、他の業界と同じだ」と訴える。

令和4年7月1日付東京新聞から抜粋

京大の曾我部真裕教授（憲法）は、・・『国民の理解』を合憲とした理由に挙げたが、性風俗産業は大きな産業であり、本当に国民にそうした理解があるのか判断過程が示されていない。性風俗事業者は狙い撃ちのように支給対象から外されており、不支給とした国の規定を違憲とする余地もあったのではないかと話した。

同日付毎日新聞から抜粋

セックスワーカーの支援団体「SWASH」のメンバーで、自身も元セックスワーカーの宮田りりいさん（41）は「性風俗の仕事をしている人はたくさんいる。『不健全』だから困った時に見捨てるのか」と話した。「判決で差別が広がり、今後、困った時に助けも求められなくなる」。

同日付朝日新聞から抜粋

AV女優の紗倉まなは「人の価値観によって不健全だとか、汚らわしいとか、そういう感情を抱くカテゴリーであることは分かる。ただ、それを行政や司法が露骨に主張することが信じがたい。"国民感情が"というのは理由になってないと思うし、需要があって、産業として成立しているという事実を抜きにして議論するのは、職業差別を助長するだけだと思う。“脱税をしているような仕事だろ、給付金を貰えなくても喚くな”、みたいな声は私にも届く。でも、突かれても悪事は出てこない

ようなお店だから給付金を申請しているわけで、ちゃんとしてる人たちの権利は守ってほしいと思う」と憤る。

2022年7月5日付 ABEMA Times から抜粋

原判決は、性風俗関連特殊営業の事業者に国庫から給付金を給付することは、国民の大多数の理解が得られないとする。メディアとは社会の、国民の声を移す窓である。判決後、原判決に疑問を投げかける声が多くメディアに載った。司法が根拠なく国民の声を決めつけてよいのだろうか。司法が性に関して独断で公権的な判断を下すことは許されるのだろうか。

第1 控訴理由書の骨子

本件は、性風俗関連特殊営業（風営法2条5項）を営む中小企業の控訴人が、持続化給付金制度と家賃支援給付金制度に設けられた除外規定（本件各不給付規定）によりこれらの給付金（本件各給付金）の給付を受けられなかったことが不合理な差別であり、憲法14条1項に違反し、行政裁量の逸脱濫用だとして本件各給付金等を求める訴訟である。

原判決は、本件各給付金のような給付基準の策定については広範な行政裁量があるとした上で、違憲・違法審査に際しての基準について、「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で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」ものでなければ憲法14条1項に反しないという緩やかな基準を設け、かつ本来の政策目的とは無関係で「類似の目的」ですらない「他の政策」に関する「納税者の理解」（国民の理解）を独立的な考慮事項としうとした。

その上で当てはめとして、①「性行為…は極めて親密かつ特殊な関係」のある者との間でだけ行われるべきことが「国民の大多数」の「性的道義観念」だとし、性風俗関連特殊営業はその「性的道義観念に反する」ことなどから、②同営業を行う事業者を本件各給付金の対象として事業の下支えをすることは「大多数の国民が共有する性的道義観念」に照らし「相当ではない」から、本件各給付金規定の目的には合理的な根拠があり、また本件各給付規定というその区別の具体的内容も目的との関係で不合理なものではないから、違憲・違法ではないとした。

しかし、原判決には大きく3つの誤りがある。

1つ目は、給付行政であることのみを理由に広範な裁量を認めた点である。そもそも少数者が別異取扱いの対象となる平等の審査において、恣意的な「多数の国民の理解」を考慮事項としては不当な差別感情を迫認するだけとなる。また、

一般に給付行政に政策的裁量が認められるのは、給付の費用対効果や財源等に当該行政組織の有する専門的知識が求められるからだが、原判決が重視した考慮事項は、中小企業庁の設置目的や任務、給付金の趣旨目的とは関連性の乏しい、風営法という「他の政策」の話であり、裁量の根拠は本来及ばない。本件各給付規定は数ある職業のうち性風俗事業者のみを狙い撃ちにして排除しているところ、その根拠は国民の性的道義観念や大多数の国民の理解という曖昧かつ恣意的なもので、そこに専門的知識や判断は含まれない。本件で広範な裁量は認められるべきではない。

2つ目の誤りは、当てはめにおいて原判決が自ら挙げた各必要的考慮事項を検討していない点である。原判決は、当該給付の本来の「政策目的」、「給付の費用対効果」、「特定の職業に対する地位の格下げ・スティグマの押し付け…その助長・再生産」を合理性審査の必要的考慮事項に挙げながら、これらの実質的な検討を行わない。本件各給付金制度の「政策目的」はコロナ禍で苦しむ中小企業の下支えであり、性風俗関連特殊営業の事業者が排除される理由とはならない。性風俗関連事業は数兆円規模の大きな産業であり、「給付の費用対効果」は大きい。同事業は他の職業と同じく事業者が自己の個性を発揮する社会的意義ある職業であるところ、本件各不給付規定に伴い現に同事業者の「地位の格下げ・スティグマの押し付け…助長・再生産」が生じている。これらの実質的な検討を行わないのは不合理である。

3つ目にして最大の誤りは、原判決がほぼ唯一考慮した「性的道義観念」や「大多数の国民の理解」の認定にある。原判決の論理は、風営法の趣旨から性的道義観念に関する大多数の国民の理解なるものを設定し、その上で、「性的道義観念」に照らせば性風俗関連特殊営業に対する給付について国民の理解が得られないと行政が判断することは合理的だとする2段階のものであるが、いずれの段階にも誤りがある。まず、1段階目の性的道義観念に関する大多数の国民の理解について、裁判所の認定の唯一の根拠は昭和59年と平成10年の国会答弁であるが、これはそれぞれ数十年も前の、別の行政組織（警察庁）の一担当者の意見にすぎず、しかも答弁で「性的道義観念」は一切言及されていない。にもかかわらず、原判決は同営業の届出制が「性的道義観念」を「前提」とするものだとし、この捻じ曲げた風営法の立法趣旨に基づき、性的道義観念と同営業に対する国民の理解を認定する。続いて原判決は、自ら認定した「大多数の国民が共有する性的道義観念」の存在から当然に、「国が事業の継続を下支えする対象とすることもまた…相当でない」と判断することには合理的な根拠があると認定する。そこには何の統計資料・客観的データ（世論調査・意識調査等）もない。性的道

義観念がどのようなものであれ、税金を支払い適法に事業を営む性風俗事業者を明示的に差別することまで、国民が求めているとは思えない。原判決は、証拠に基づかずに、性道徳や性の在り方という本来個人的な問題について独自に国家の公権的な判断や固定的な価値観を示し、そこから差別的な取り扱いを追認している。

以上のとおり原判決は、専門的知識を要しない単なる差別的な取り扱いに広範な裁量を認めた上、安易で慎重さに欠ける合理性審査を行っている。原判決自ら挙げた各必要的考慮事項も検討せず、非専門的で漠然とした「性道徳」と「大多数の国民の理解」を証拠に基づかずに認定して、本件各不給付規定の違憲性を見過ごした。原判決は破棄を免れない。以下詳論する。

第2 原判決の判断枠組みの誤り

原判決には、給付行政一般論のみを理由に被控訴人に広範な行政裁量を認めた誤り、差別的取扱いにおいて納税者の理解・国民の理解を根拠とすることの誤り、中小企業庁の専門知識と無関係の風営法の趣旨を重視して裁量を広く認めることの誤り、「政治的」裁量を認めたことの誤り、そして原告の主張を排斥する理由における各誤りが認められる。本件不給付規定の違憲性・違法性の審査には、行政に広範な裁量を認めることなく、慎重な審査がなされなければならない。

1 給付行政一般論のみを広範な裁量の根拠とすることはできない

原判決は、「本件各給付金のような給付行政は、限られた財源の中で行われるものであるから、給付の対象をどのように選別して、各対象者にどの程度の給付をすべきか等の給付基準策定の策定」については、「当該給付に係る政策目的の実現に向けた効果的、効率的なものとする」など、様々な政策的・政治的な考察に基づく検討を要するため、実施主体である行政庁の「広範な」行政裁量があるとする（原判決 10 頁 6～26 行目）。

しかし、本件で審査されるべきは、本件各給付金制度に設けられた本件各不給付規定の違憲性であり、抽象的な給付行政一般ではない。本件各給付金制度は、通常の給付行政のように、特定の政策目的のために国民ないし事業者の中からその一部を支給対象者と定めるものではなく、新型コロナウイルス感染症の影響を受けた事業者について、「業種にかかわらず幅広く支援」することが目的とされていた（甲 8 の 1）。

本件各不給付規定は、その目的にも関わらず、全業種の中から、あえて性風俗関連特殊営業のみを支給対象から除外するものである。この本件不給付規定の

創設に際し、原判決の述べるような「限られた財源」の検討や「当該給付に係る政策目的の実現に向けた効果的、効率的なものとする」ための検討などは全くされていない（被控訴人も主張していない。）。本件不給付規定については、給付行政一般に認められるような「政策的・政治的な考察」などなされていないのである。

したがって、本件不給付規定にはそもそも給付行政に政策的な裁量が認められる理由であるところの、当該行政組織の有する専門的知識は要しないから、本件不給付規定の違憲・違法審査にあたっては、広範な行政裁量を認める理由はない。

2 差別的取扱いの審査において、「納税者の理解」「大多数の国民の理解」を考慮事項とすることは許されない

原判決は、広範な裁量を認める根拠の一つとして「給付行政もまた公金の支出である以上・・・当該支出について最終的に納税者の理解を得られるものとなるよう一定の配慮をすることも許される」とし（10頁14～17行目）、これに基づき当てはめでは「当該給付をすることについて大多数の国民の理解を得られるかどうか」も考慮できるとする（18頁9～11行目）。

給付行政一般については格別、本件不給付規定のように、少数者が別異取扱いの対象とされる憲法14条適合性ないし平等原則違反の審査において、「国民の理解」を独立の考慮可能事項として考慮できるとすることは、大多数の国民が有する不当な差別感情を含む「理解」を理由として別異取り扱いを正当化することとなり、不当な差別を追認する結果となる。憲法14条適合性ないし平等原則違反の審査において、「納税者の理解」「大多数の国民の理解」は本来考慮・重視してはならない。

原判決は、裁量の広狭を判断するに際し、差別禁止や平等原則などの憲法原則を無視し、給付行政一般の性質のみを強調しており、誤りである。

3 中小企業庁の給付行政とは無関係の他の政策との整合性を根拠に広範な裁量を認めることは許されない

原判決は、給付行政一般に広範な裁量を認める根拠として、「類似の目的を有する他の政策との整合性についても考慮することが必要」であるとする（10頁13行目）。そこで求められるものは、あくまで「類似の目的を有する他の政策」との整合性である。

しかし原判決は、実際の違憲・違法の審査の検討に際して、本来の政策目的とは無関係で「類似の目的」ですらない、風営法という「他の政策」との整合性を考慮する。これは給付行政を行う中小企業庁の設置目的や任務（中小企業庁設置法1条、3条、4条1項5・6号）・給付金の趣旨目的とは全く関連しない。中小企業庁は、風営法について専門的知見を有するわけではなく、これを理由に幅広い行政裁量を認めるべきではない。

4 「政治的な」裁量とは無関係の区別である

原判決は、給付基準の策定について「政治的」（原判決10頁18行目）裁量を認めている。これは、「政治的中立性」や「政教分離の原則への配慮を要すること」（原判決10頁15行目）を含む意味で用いていると解されるが、これらへの配慮は、本件各不支給規定の違憲性・違法性とは無関係であって、その審査に当たって中小企業庁に政治的裁量を認める根拠とはならない。

なお、一般的に「政治的」裁量という用語は、外国人の在留期間の更新が争われた最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（マクリーン事件）や再入国不許可処分が争われた最判平成10年4月10日民集52巻3号776頁など、国際情勢や外交関係等に係る諸般の事情を斟酌した行政判断をする場合に用いられ、一般に政策的裁量より裁量の幅が広範と解されている。本件ではそのような趣旨で用いられたものではないと解され、上記のとおりあくまで「政治的中立性」や政教分離との兼ね合いで用いられたにとどまると思われるが、給付行政一般にそのような高度の政治的裁量は認められず、本件各給付制度に関しても中小企業庁には政策的裁量しか認められないことを念のため付言する。

被告国の答弁書等にも「政策」的裁量の主張しかなく、被告国自身も本件において「政治的」裁量の行使を想定していないし、中小企業設置法も「政治的」裁量の行使を想定していない。

5 本件の違憲審査にあたっては慎重な審査がなされるべきであること

原判決は、「①本件各不給付規定は特定の職業に対する地位の格下げ・ステイグマの押し付けにとどまらず、その助長・再生産という深刻な効果をもたらすこと、②本件各不給付規定の合理性を検討するに当たっては、高度の専門技術的な考察が介在する余地はなく、政府の裁量は極めて狭いこと、③本件各不給付規定は、職業の選択・遂行の自由の制約につながるもので、特に職業それ自体を否定するような規定であるから、精神的自由の場合に準じて判断する必要があること、④本件各給付金は、新型コロナウイルス感染症の感染拡大という緊急事態の下における中小企業の事業を営む国民一人一人の日常生活を維持するという社

会保障的給付の性格を有するものであることなどを理由として」、本件各不給付規定の憲法14条1項適合性の審査にあたっては厳格な審査が必要であるとした原告の各主張を排斥した（原判決11頁9行目～13頁6行目）。

しかし、原告の各主張を排斥した理由には誤りがある。

まず、主張①（スティグマ論）に対し、原判決は特段の説明をすることなく、あてはめで「考慮すべきであるのは格別、前記判断枠組みを左右すべき事情とまでは解することができない」と判示する。しかし、単なる区別的取り扱いを超え、特定のマイノリティを差別し、地位の格下げ・スティグマの押し付けをもたらすような政策は、多くの場合「区別を生じさせること自体を直接の目的」（千葉勝美『違憲審査——その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）100頁）とする疑いが強く、対象のマイノリティに「深甚な害悪を及ぼす」（安西文雄ほか『憲法学読本 第3版』（有斐閣、2018年）107頁〔安西文雄〕）から、その合理性を慎重に審査する必要がある（宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（日本評論社、2014年）109頁参照）。判断枠組みを緩やかにしては、地位の格下げ・スティグマを目的とするような悪質な政策が容易に温存されてしまう。司法は憲法14条1項の趣旨に則り慎重な審査をしなければならない。

また、主張③（職業それ自体の否定論）に対し、原判決は本件各給付金が単なる給付制度だから「特定の職業の選択や遂行を直接禁止するものでないことはもとより、実質的にこれと同等の効果をもたらすもの」でもないとするが、これは単に規制行政ではないことの言い換えにすぎず、ゆるやかな審査を正当化する理由となっていない。

本件給付制度は、「国庫からの支出により廃業や転業を可及的に防止」するものであるから（原判決18頁4～5行目）、あえて対象から除外するというのはすなわち、「廃業や転業を」促すものというほかない。現にいくつかの性風俗事業者は本件不給付規定によって事業の継続を断念している（甲51：朝日新聞デジタル「九州唯一のストリップ閉店へ 給付金除外で『心折れた』」）。給付行政であっても、大災害と同程度かそれ以上の感染症・未知のウィルスの蔓延やその拡大防止政策（自粛政策）への協力による事業者の「廃業」（原判決10頁24行目）等を防ぐための給付行政については、不給付により国民の特定の職業に係る勤労権が実質的に保障されない事態を招き、また、経済的に劣位にあるものに対する保護の要請に反することになるから、上記のとおり、むしろ慎重な審査がなされるべきである。

さらに、主張④（社会給付的性質論）に対する判示について、「個人の生活保障を直接の目的とした社会保障」か「経済対策の一環」としての給付金かという

二分論は不合理である。本件においては、未曾有のコロナ禍における「社会保障的給付」（甲 32（碓井光明意見書））としての性格を考慮・重視すべきであるから、原判決のような単純な二分論は「広範な」裁量の根拠としては不合理・不十分である。実際に国会答弁においてもそのような単純な二分論は取られていない。例えば、第 201 号国会経済産業委員会において、櫻井委員と政府担当の梶山国務大臣は、以下のように、事業者であっても生存権に匹敵する問題が生じると述べている（甲 52：同委員会第 10 号（令和 2 年 5 月 15 日）、下線は引用者）。

○**櫻井委員** 持続化給付金の差押えについて、これは個人の場合ですと、まさに生活を、生計を成り立たせるためと、生存権という問題でダイレクトに来る。一方で、事業者に対しては、そこまで、そういう話じゃないのではないのかと。個人の場合は死んでしまったらもう二度と生き返ることはないわけですが、会社の場合には倒産とかそういったことも一応あらかじめ予定をされているというところで、違うんじゃないのか、こういう御意見もあるかもしれませんが、しかし、今こういう緊急事態で、だから会社というのは潰れてもいいんだというふうになっちゃうと、もうほとんど、ばあっと潰れてしまいますので、大変なことになってしまう。仕事を失う方が大量に出てしまう。

だから、今回、持続化給付金という形で、こんなことは今までほとんど例がないと総理もおっしゃっておいりました。それぐらい例がない状況、緊急事態にあるわけですから、ぜひ、差押えというようなことも、これは非常時で、のべついろいろな給付金に対してやれと言っているわけではない、まさにコロナ感染症のこのタイミングだからこそ必要なのではないのかと。まさに、持続化、企業を持続化させていくために、この政策目的を実現するために必要だということを申し上げているところです。

○**梶山国務大臣** 先ほど申しましたけれども、家賃も含めて考えながら持続化給付金というものをつくりましたけれども、毎月毎月の固定費の中で家賃の占める割合は大変大きいということで、経営に与える影響も大きいという認識をしております。

この持続化給付金などの意義については、予算委員会でも「持続化給付金等々・・・のおかげでもった助かった人たちがいらっしやいます。会社ではない

んです。会社で働く方々の生活が、そして人生がこれで助かった。このことは是非国民の皆様には分かっていたいただきたい、本当にそう思っております。」(甲 53: 第 204 号国会衆議院予算委員会第 15 号(令和 3 年 2 月 22 日))と述べられているとおり、人生に直結する制度であることが強調されている。本件各給付金制度について、単なる「経済対策の一環」かのように位置づける原判決は、「会社で働く方々の生活が、そして人生がこれで助かった」という性質を見過ごしている。

加えて、「経済対策の一環」としての給付行政であっても、憲法は「国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らか」(最大判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 卷 9 号 586 頁(小売市場事件))であることから、かかる勤労権保障等に係る憲法上の要請との関係で、少なくとも国民の勤労権保障や経済的劣位に立つ事業者の保護政策と関わる政策の実施については当然に裁量が広くなるというわけではなく、逆に行政裁量の範囲が狭くなるものというべきである。社会保障的給付であることを理由に慎重な審査がなされるべきである旨の主張④を排斥した判示にも誤りがある。

以上のとおり、控訴人の主張を排斥した原判決の理由付けはいずれも誤りである。

6 小括

以上のとおり、原判決には、給付行政一般論のみを理由に被控訴人に広範な行政裁量を認めた誤り、差別的取扱いにおいて納税者の理解・国民の理解を根拠とすることの誤り、中小企業庁の専門知識と無関係の風営法の趣旨を重視して裁量を広く認めることの誤り、「政治的」裁量を認めたことの誤り、そして原告の主張を排斥する理由における各誤りが認められる。本件不給付規定の違憲性・違法性の審査には、行政に広範な裁量を認めることなく、厳格な審査がなされなければならない。

第 3 原判決の当てはめの誤り

1 すべての考慮事項について適切な検討・審査がされるべきである

原判決は、自ら挙げた各必要的考慮事項について、ほとんどともに考慮しておらず、すべての考慮事項について適切な検討を行っていない。

すなわち、原判決は、「国民の理解」という考慮可能事項(原判決 10 頁 12~17 行目)について、何の統計資料・客観的データ(世論調査・国民の意識調査等)も存在しないのに、風営法の立法担当者が言及すらしていない「大多数の国

民が共有する性的道義観念」なるもの存在を認定し、当然に性風俗関連特殊営業を行う事業者（風営法に基づき適法に営業している。）に対し本件各給付金を給付することが「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でない」と結論している（原判決 15 頁 4 行目～18 頁 18 行目）。

他方で、原判決は、自ら、「当該給付に係る政策目的」、「類似の目的を有する政策とのすみ分けや均衡」、「給付の費用対効果」、「特定の職業に対する地位の格下げ・スティグマの押し付け…その助長・再生産」を、合理性審査の必要的考慮事項として明確に挙げているにもかかわらず、これらにつき一つとして実質的な検討を行わず、また検討しなかった理由も全く述べていない（原判決 10 頁 6～13 行目、同 17 頁 19 行目～18 頁 18 行目）。

しかし、このような恣意的な考慮事項の検討は著しく不当である。以下、詳しく述べる。

（１）原判決による不合理な判断枠組みの当てはめ

原判決は、考慮事項として、①「当該給付に係る政策目的の実現」（本来の政策目的の実現）やこれとの関係での「給付の費用対効果」、②「類似の目的を有する他の政策とのすみ分けや均衡」、③（他の政策目的の実現を目指す）「他の政策との整合性」、この事項（③）との関係での④「当該給付をすることについて大多数の国民の理解を得られるかどうか」、すなわち、当該支出に係る「納税者の理解を得られる」かどうかを考慮事項であるとし、①～③を必要的考慮事項とし、④を考慮可能事項であると判示している（原判決 10 頁 8～16 行目、18 頁 8～10 行目）。

このように、原判決は、他の政策目的の実現を目指す他の政策、すなわち中小企業設置法の目的や中小企業庁の任務とは関連性が薄い③「他の政策との整合性」や、恣意的な考慮に陥りやすい④「国民の理解」を、①・②と並列的に挙げ、特に④「国民の理解」を独立の考慮事項であるとしている。

そして、原判決は、以下に詳述するとおり、憲法や中小企業設置法との関係で本来重視されるべき①・②の必要的考慮事項を検討せず、他方で、④「国民の理解」を重点的に検討し重視するという不当な審査を行った。

（２）各必要的考慮事項がすべて検討されるべきであり、恣意的な検討は許されない

原判決は、上記のとおり、不当な当てはめを行ったが、各必要的考慮事項は文字通り必要的に検討されるべきであり、これを検討しないという恣意的な検討

は許されない。

すなわち、区別の合理性の判断に際して考慮される各考慮事項の検討に際しては、原判決自ら挙げた必要的考慮事項については中小企業庁（長官）がこれらをすべて考慮したか否かを検討する必要があるから、裁判所の審査にあたって、一部の必要的考慮事項を検討しないことは不合理である。原判決は自ら考慮すべきである・考慮する必要があると判示した考慮事項について、当てはめにおいて検討していないのであるから、自己矛盾、論理矛盾に陥っている。

（３）少数者を保護の観点から「大多数の国民の理解」等の検討は慎重になされるべきである

各考慮事項については、憲法や中小企業庁設置法が基準となり適切な重みづけがなされるべきであるところ、風営法との関係での「性的道義観念」に係る大多数の国民の理解を過度に重視した検討を行うことは、少数者を保護する憲法上の平等権・平等原則や中小企業を育成・発展させるという中小企業庁設置法の趣旨に反する裁量権行使を許すことになるから不合理である。

すなわち、③・④については、少数者の差別（区別）を審査する平等審査、特に少数者が例外的に不給付とされる場合の平等審査においては、「大多数の国民が共有する性的道義観念」や「大多数の国民の理解」を「得られるかどうか」などという事項は、そもそも大多数の差別感情を理由とする差別的取り扱いを許容する結果となる点において考慮要素とされるべきものではないし、仮に考慮可能だとしても、少数者を保護する法の下での平等の趣旨とは逆のベクトルの考慮事項については、慎重な考慮を要するというべきである。

（４）「他の政策との整合性」よりも本来の「政策目的の実現」や「類似の目的を有する他の政策」の点こそ慎重に検討されるべきである

①や②は上記のとおり原判決が自ら認める必要的考慮事項であるから、これらを司法審査により検討対象としない、あるいは検討をおろそかにすることは許されない。

そもそも本件給付金のような給付行政に係る行政裁量が認められる根拠は、「政策的」な判断の基礎となる当該行政組織が有する専門的・技術的知識にある。ゆえに、別の行政組織の所管する「他の政策」や「国民の理解」だけを考慮・重視して策定する給付基準を設けることは、上記裁量が認められる根拠とは無関係か関連性の乏しい行政判断となり、政策的裁量の上記根拠が妥当しないから、そのような場合の違憲・違法の審査（裁量審査）については、慎重な審査がなさ

れる必要がある。

本件において、「他の政策」である風営法について中小企業庁は専門的・技術的知識を有さないのであるから、これら考慮事項の合理性については慎重な検討がなされるべきであった。

(5) 「特定の職業に対する地位の格下げ」等についても検討されるべきである

上記①～④に加えて、本件各不給付規定のように、不給付要件を設けて特定の事業者を給付対象から除外する給付基準を設ける場合には、⑤「特定の職業に対する地位の格下げ」や「スティグマの押し付け」、その「助長・再生産」という効果をもたらすこと（原判決 11 頁 9～11 頁）についても、考慮事項とされるべきである。

原判決も、これらの考慮事項を平等の合理性審査において「考慮すべきものであるのは格別」（原判決 11 頁 24～25 行目）として、必要的考慮要素であることは承認している。なお、地位の格下げ・スティグマをわざわざ「目的」として設定する給付基準が策定されることは通常ありえないのであるから、検討にあつては、地位の格下げ等の結果につながったか否かという機能面に着目するべきである。

また、その審査にあたっては、国の不給付規定を参考にした地方公共団体が、性風俗関連特殊営業を営む事業者を排除した給付基準を設定する蓋然性があることにも留意すべきである。

(6) 小括

以上のことから、平等審査・裁量審査においては、①「当該給付に係る政策目的の実現」やこれとの関係での「給付の費用対効果」、及び②「類似の目的を有する他の政策とのすみ分けや均衡」が特に重点的に検討されるべきであり、他方で、③「他の政策との整合性」や④「大多数の国民の理解」については考慮できる事項であるとしても、それだけの検討で済ませることなく、他の必要的考慮事項①・②・⑤についても併せて検討がされなければならない。これらの検討を怠った原判決には、それだけで破棄を免れない。

加えて以下では、それぞれの考慮事項について実質的に検討すれば本件各不給付規定の不合理性が浮き彫りになることを明らかにする。

2 ③類似の目的を有するとはいえない他の政策との整合性および④国民の理

解について

(1) 原判決の判示

原判決は、③他の政策との整合性および④納税者の理解・国民の理解という考慮事項について、不給付とする区別につき、(a) 風営法の立法趣旨として「国民の大多数が、性行為や性的類似行為は極めて親密かつ特殊な関係性の中において」行われるべきという「性的道義観念」を挙げ（原判決 16 頁 11～13 頁）、性風俗関連特殊営業が「大多数の国民が共有する性的道義観念に反する」もの（同頁 15～16 行目）であることなどからすれば、性風俗関連特殊営業につき許可制を採ることや許可に係る条件を（風営法等で）法定することが「大多数の国民が共有する性的道義観念に反して相当ではない」（同頁 24～26 頁）旨解すべきとした。

そして、このことを理由に、(b) 本件各給付金の性風俗関連特殊営業を行う事業者に給付しない給付基準を設けた理由につき、「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でないとの理由によるもの」（原判決 18 頁 6～7 行目）と解される旨述べ、同給付につき、実質的に「大多数の国民の理解を得られるかどうか」（原判決 18 頁 9～10 行目）という考慮事項を考慮して平等審査・裁量審査をなしうる旨判示し、区別の目的は合理的であり、目的との合理的関連性もあるとした。

(2) 原判決の推論過程には多くの誤りがある

しかし、原判決の以上の判示には、多く誤りがある。

まず、そもそも、(a) の根拠である風営法の改正に係る昭和 59 年及び平成 10 年の国家答弁においては、「性的道義観念」は一切言及されていない。その理由は、そもそも「性的道義観念」は風営法の立法趣旨では本来予定されていないものだからであり、さらにいえばそれは刑法犯のわいせつの罪（刑法 174 条以下）の保護法益に係る語であることから、風営法（の改正）に係る国会答弁で登場しないのは当然である。

このように、原判決は、(a) の段階から、風営法の趣旨を捻じ曲げる強引な認定をしている。

また、(a) と (b) との間には論理の飛躍がある。(a) は大多数の国民が「相当」と考える対象が許可制等のいわゆる規制行政（侵害行政）法制度、立法のあり方であるのに対し、(b) は同国民が「相当」と考える対象が（すでに存在する立法に照らした）給付行政に係る行政上の措置である。本件では原告の風営法の違反行為は問題となっていないのであるから何らの法益侵害性もない（甲 28 :

木村草太意見書) という意味では「他の政策との整合性」は図られている。仮に (a) につき相当ではないという認定が許されるとしても、ゆえに (b) も必然的に不相当であるとはならない。

さらに、上記昭和 59 年及び平成 10 年の国家答弁はそれぞれ数十年も前の、中小企業庁とは別の行政組織 (警察庁) の担当者の意見にすぎず、しかも上記のとおり「性的道義観念」には一切言及していないものであるから、(b) を推認する論拠としては薄弱にすぎる。

加えて、原判決は、「風営法上の性風俗関連特殊営業に対する法的取扱い」(原判決 16 頁 9~10 頁)、すなわち (許可制ではなく) 届出制を採っていることは、上記「性的道義観念」を「前提」(同頁 13 行目) とするものであって、性風俗関連特殊営業に係る届出制が同営業を国が「公的に認知」(同 23 行目) することが「相当ではない」(同 25 行目) 営業だからであるとしているが、届出制であることから当然に「公的に認知」していないということにはならないから、この判示も不当である。

そして最大の誤りは、(b) の点につき、性風俗関連特殊営業を行う事業者 (確定申告を適法に行っている) に対して本件各給付金を給付することが「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でないとの理由によるものと解される」と、何の資料 (世論調査、国民の意識調査などの資料) もなく、裁判官の推測で認定してしまったことである。区別の合理性を支える根拠はあまりに薄弱な上、以下に述べるとおりその推認についての合理性もない。

第一に、性風俗関連特殊営業が大多数の国民の「性的道義観念」に反するか否かと、本件各給付金を性風俗関連特殊営業の事業者に給付することが大多数の国民の「理解」を得られないか (理解に反するか) とは同一ではない。例えば個人の性的道義観念に反する事業だと考えたとしても、コロナ禍という未曾有の状況において、そのような事業者にコロナ禍に伴う廃業等を防ぐことに資する本件各給付金を給付することについて「理解」を示す国民は相当数いるというべきである。

第二に、本件各給付金は確定申告を適法に行っている事業者にはしか交付されない仕組みとなっており、確定申告を行っている「納税者」に対してだけ給付される。すなわち性風俗関連特殊営業を営む事業者は、原判決のいう「納税者」の地位にあるのに給付を受けられないこととされているのである。同じ地位にある他の「納税者」からすると、納税者や国民の「理解」などという恣意的で曖昧なもので給付対象者から除外される運用を追認しては自らもいつ除外対象とされるかわからないから、むしろ給付が相当と考えるのが自然あるいは合理的で

ある。

第三に、中小企業庁（長官）の所管外であり、専門性も有しない領域に係る「国民の理解」を認定する場合であるから、特に具体的な資料を要する事項といえる。

第四に、「性的道義観念」に係る考慮事項は、性道徳や性の在り方という本来個人的でプライベートな事柄について国家が公権的な判断を行い固定的な価値観を示すことにつながる。このようなことに危機感や拒否感を覚える国民も一定数に上ると思われ、そのような国民を「大多数の国民」から排除する危険も潜んでいる。

性風俗関連特殊営業を行う事業者に対する本件各給付金の給付が「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でない」という認定は、不合理であり、破棄を免れない。

（３）性風俗関連特殊営業を行う者に本件各給付金を給付しても、他の政策・施策との整合性は特に失われない

さらに、本件各給付金を性風俗関連特殊営業の事業者に給付することで、当然に他の政策・施策と整合性が失われるとする判断も以下のとおり合理的な根拠を欠くものである。

政府は性風俗関連特殊営業を営む事業者について、風営法上の位置づけを与え、同法上の届出をさせ、確定申告をさせて税金を徴収しているのであるから、そのような同事業者（風営法や売春防止法に違反しない同事業者を含む）に本件各給付金を給付したとしても、例えば「売春を国（日本国）が公認することにはなる」ということにはならない。

また、風営法等に基づき適法に営業している事業者に対し給付金を給付したとしても、「国民に要求する最低限度の性道徳・性秩序」（原判決 19 頁 22 行目）を乱すことを国が容認したり推奨することにもならない。

さらに、本件各給付金は、特定の事業の積極的な推進を趣旨とするものではなく、すべての事業者に対するコロナ禍救済の給付金という性格を有することから、性風俗関連特殊営業を営む事業者（風営法等に違反せず適法に営業している同事業者）に給付金を支給したとしても、国（政府）として給付金同事業者の事業をこれまで以上に推奨していくというメッセージを「大多数の」国民に積極的に示すということにもならない。

このように、性風俗関連特殊営業を行う者に本件各給付金を給付しても、他の政策・施策との整合性は特に失われないといえる。そしてこのことに照らしても、給付が「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でない」と

いう推論には理由がないといえる。

(4) 小括

したがって、原判決による「大多数の国民の理解」に関する認定は、世論調査等の資料に基づくことのない恣意的な推論を行ったものであり、考慮事項の検討が不十分に過ぎる上に、重大な事実誤認があるものというべきである。

なお、被告国は「国民の理解」としか主張しておらず、その多寡については主張しておらず、「大多数の国民の理解」などとは主張も立証もしていない。にもかかわらず、裁判所が被告らの主張にも証拠にも基づくことなく「大多数の国民の理解を得られるか」を考慮しうるものとしたが、原判決が裁量権逸脱・濫用の評価障害事実に関し、自ら「大多数の国民の理解」を考慮しうるものと認定判断したことは、不意打ち的な認定判断であって、上記の推論が不合理性を裏付けるものでもある。

3 ①給付の費用対効果（・特定の事業者を救済する必要性）について

次に、「当該給付に係る政策目的の実現」（原判決 10 頁 8～9 行目）との関係での「給付の費用対効果」（原判決 18 頁 10 行目）という必要的考慮事項について検討する。そして「給付の費用対効果」については、これに関連する考慮要素として特定の事業者を救済する必要性の程度が考慮されるべきである

本件各給付金の給付について予算上の考慮を行えるとしても、本件各給付金に関する予算には「予算が二・三兆円で、先ほどの答弁だと、今は三千億円、〇・三兆円ですよね。まだまだ残っている」（甲 54：第 201 号国会経済産業委員会第 10 号（令和 2 年 5 月 15 日））のとおり一定の余裕があったのであり、例外的に不給付とする事業者を選定する必要性はほとんどなかった。他方で、性風俗関連特殊営業を営む事業者を救済する必要性は高かったのであり、これを政府としても認識していた（甲 54 といえる。

また、性風俗関連特殊営業のうち、デリバリーヘルス業の市場規模だけでも、例えば弁護士業の市場規模を優に上回るものであり、性風俗関連特殊営業を営む事業者らが事業から「撤退」したり「廃業」したりすることにより「生ずることが予想される国民経済上の不利益の程度」（原判決 10 頁 23～25 行目）は甚大である。

そして、売春行為自体は売春防止法で禁止されているものの、売春に至らない性的なサービスについては法律上禁止されておらず、かかるサービスについては営業の自由（憲法 22 条 1 項）が保障されている（原判決 16 頁 26 行目もこの

「営業の自由」を認めている)。性風俗関連特殊営業も、他の職業と同じく事業者が自己の個性を全うし社会的意義を有する活動であり、個人の人格的価値と不可分のものである。ゆえに、本来、中小企業庁（長官）としては、同項の趣旨に照らし、また中小企業庁設置法の目的や中小企業庁の任務との関係からみても、さらには本件各給付金の趣旨・目的との関係からも、事業の廃業や撤退を抑制すべく性風俗関連特殊営業を営む事業者も本件各給付金の給付対象とすることが「当該給付に係る政策目的の実現」にも「給付の費用対効果」にも資するものであった。

このように、原判決も必要的考慮事項であることを認めている「当該給付に係る政策目的の実現」や「給付の費用対効果」については、中小企業設置法や憲法に照らし具体的な検討が加えられるべきであった（なお、必要的考慮事項であることは原判決 10 頁・18 頁も認めている）。

にもかかわらず、原判決は、原判決 18 頁 10～11 行目で「給付の費用対効果...について考慮することが必要であることからすると」と記述するにとどまり、考慮事項のキーワードに触れるだけで、その中身の検討を一切行っていない。原判決は、自らの立てた判断枠組みの具体的な検討を行っておらず、論理矛盾であり、また検討すべき事項を無視する審理態度は不合理なもので破棄を免れない。

4 ②類似の目的を有する他の政策とのすみ分けや均衡について

次に、「類似の目的を有する他の政策とのすみ分けや均衡」（原判決 10 頁 8～9 行目）という必要的考慮事項について検討する。この②の「政策」は③類似の目的を有しない「他の政策との整合性」という考慮事項（前述したとおり考慮可能事項にとどまるものというべきである。）よりも本来重視されるべきものである。中小企業設置法の規定する中小企業庁の目的・任務からすれば「類似の目的を有する」政策に係る考慮事項をより十分に考慮し重視すべきなのは当然であるからである。

いずれの給付金もコロナ給付金とも称されるとおり、本件各給付金の目的は、コロナ禍における自粛要請に係る政策と不可分のものか、あるいは非常に密接に関わる給付金である（持続化給付金規程 1 条・家賃支援給付金規程 1 条参照）。その意味で、本件各給付金は、コロナ対策への協力に対する対価のないし対償的性格あるいは側面をも有する。そのため、本件各給付金の給付の目的と「類似の目的を有する他の政策」として、中小企業がいわゆる自粛要請に応じやすくすることによるコロナウィルス感染拡大の抑制という政策を挙げることができる（甲 55：第 201 号国会衆議院国土交通委員会第 17 号（令和 2 年 6 月 3 日）参

照)。しかし、被告国は、この政策とのすみ分けや均衡という点を検討しておらず、裁判所もこの点の検討・審査を一切行っていない。このことも、上記（２）（①の必要的考慮事項の不検討）と同じく原判決の不合理性を基礎づけるものである。

なお、この感染拡大の抑制という政策の「均衡」を考慮するのであれば、性風俗関連特殊営業を営む事業者に不給付とすることは、コロナウィルス感染拡大の抑制に係る政策に反することとなり、同政策との「均衡」を失することは明らかであって、逆に給付することの方がコロナ抑制効果を図れるのであり同政策との均衡を図ることに資することは明確であるが、被告国もこの点について主張することはなく、原判決もこの点の検討を行うことをしていない。

このように、原判決は、必要的考慮事項②の検討も行っておらず、不合理である。

5 ⑤事業者に対する地位の格下げ・スティグマの機能の有無・程度について

そもそも本件各給付金は確定申告を行っていない事業者には給付されない仕組みになっている。また、風営法や売春防止法を遵守している性風俗関連特殊営業を営む事業者にも一律に交付されないこととなっているのであるから、性風俗関連特殊営業を営む事業者を他のほぼすべての業種の事業者と異なる職業であると取り扱うものであり、このことから生じる地位の格下げ・スティグマの機能は大きい（新井誠意見書（甲 31）、青山薫意見書（甲 34）等）。

また、現に被控訴人国が本件各不給付規定を設定したことに倣って、多くの地方公共団体がコロナ対策の各種制度において性風俗関連特殊営業を営む事業者を排除するように、現に同事業者の地位の格下げ等が助長され再生産されている実態もある。例えば、山形県では、中小企業庁（長官）が本件各不給付規定を設けたことに照らし、いわばその波及効果として、「コロナ禍における中小企業等の事業継続支援事業」としての「抗原検査キット（簡易検査キット）の配布」という給付行政につき、性風俗関連特殊営業を営む事業者が、その事業規模にかかわらず（大企業か否かにかかわらず）、同キットを受けられないこととされた。

このように、本件各不給付規定は、コロナ禍対策の他の政策にも波及効果のあるものといえ、性風俗関連特殊営業を営む事業者の地位の格下げとなる機能があり、コロナ禍での格差拡大や職業差別の助長を生み、さらに、その要因にはスティグマが作用している。

にもかかわらず、原判決はこの「特定の職業に対する地位の格下げ・スティグマの押し付け…その助長・再生産」という事項について「考慮すべきであるのは

格別」(原判決 11 頁 25 行目)と明記しつつ、その深刻な被害の程度などを全く検討していない。考慮すべきとしながら考慮しない原判決には自己矛盾がある。

なお、原判決 20 頁 9～16 行目では、個人の生命の保障や職業に基づく差別が許容されるべきではないなどと判示する。しかし、中央の官庁による本件各不給付規定の設定が以上のような各地方公共団体の取り扱いを助長しているのだから、現実には性風俗関連特殊営業を営む事業者やその従業員が生命を失うリスクを高めることとなっており、また職業差別が実際に助長されているのである。ゆえに、このような判示は現実と乖離するものというほかなく、空虚な内容であって、原判決の正当性を何ら基礎づけるものではない。

6 同種の判例・裁判例に照らしても原判決は不合理である

(1) 朝鮮学校「高校無償化」裁判との差異

原判決とは異なり、過去の同種の裁判例(大阪高判平成 30 年 9 月 27 日訟務月報 66 卷 3 号 269 頁(甲 56:朝鮮学校「高校無償化」裁判・高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求控訴事件判決)は、「国民の理解」そのものを合憲性・適法性の根拠とすることはできない旨判示している。すなわち、「文部科学省が本件規定の削除に際して述べた平成 25 年 2 月 20 日付けの意見(パブリックコメントへの応答)では、朝鮮学校については、拉致問題の進展がないこと、朝鮮総聯と密接な関係にあり教育内容、人事、財政にその影響が及んでいることを踏まえると、本件規定に基づく指定には国民の理解が得られないとの観点から本件規定を削除するとされていることからすると、本件不指定処分がされた理由として挙げられた『本件規程 13 条に適合すると認めるに至らなかったこと』という点は、下村文科大臣において、A 高級学校が朝鮮総聯と密接な関係にあり、教育内容、人事、財政にその影響が及んでいることなどから法令に基づく適正な運営が行われているとの確証が得られなかったことを意味するものと認めることができる」(下線引用者)と判示するとおり、「国民の理解」を教育基本法 16 条 1 項に係る関係規程に違反する可能性があることの意味で用いたものと認定している。これは観念的な「国民の理解」を直接の根拠とする恣意的な行政判断には区別の合理性が認められないからである。

このように、同判決は、原判決と異なり、証拠のない抽象的・観念的な「国民の理解」そのものを給付行政の給費拒否(合憲性・適法性)の根拠とはせずに、文科省自身の所管する教育基本法の関係規程に違反する可能性があることをその根拠としているのである。

（２）司法修習生の給費制廃止違憲国家賠償等請求事件判決との差異

また、東京地判平成 29 年 9 月 27 日訟務月報 65 卷 5 号 767 頁（甲 57：司法修習生の給費制廃止違憲国家賠償等請求事件判決）は、憲法 14 条 1 項違反の判断枠組みとして、「給費制ないし本件権利は、憲法上保障されたものではなく、法曹養成の方法に関しいかなる制度を採用するか、当該制度の具体的内容をどのようなものにするかといった事柄については、立法府の政策的な判断に委ねられている。この中で司法修習にかかる負担を軽減するために、経済的支援をするか否か、するとしてもどのような方策を講じるかについても、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況、国家の財政事情、他の政策等を踏まえて検討される必要があり、立法府の政策的な判断に委ねられており、原告らと新 64 期生との間での区別に合理的理由があるか否かは、上記裁量を前提に判断されるべきである。」と判示したが、原判決 10 頁 16 行目のように「納税者の理解」（原判決 18 頁 9 行目の「国民の理解」と同義とみられる）への配慮を独立の考慮事項として挙げてはいない。

法務省が所管し、司法修習生の給費制（・貸与制）制度と関係する法律である司法制度改革推進法（平成 13 年法律第 119 号）2 条において「司法に対する国民の理解の増進」を目指すことが明記されているにもかかわらず、また、同判決の被告も「限りある財政資金をより効率的に活用し、国民の理解が得られる合理的な国民負担（財政負担）を凶る必要がある」（下線引用者）と主張していたにもかかわらず、同判決は、上記判断枠組みにおいて「国民の理解」を独立的に挙げなかったのである。その理由は、このような所管の法令に「国民の理解」が明記されている場合であっても、抽象的・観念的な内容となりやすい「国民の理解」だけを考慮したり重視したりしてはならず、「国民の理解」を考慮する場合であっても、他の考慮事項と併せて考慮し、かつ慎重に考慮しなければならないという考え方に基づくものと考えられる。

さらに、同判決は、憲法 14 条 1 項違反の判断枠組みの当てはめにおいて、「国民の理解」の内実につき、衆議院法務委員会等での具体的な議論の内容と関連付け、具体的に示しており、別の所管の法令に関する数十年も前の国会答弁のみから「納税者の理解」や「国民の理解」論を強引に推認する原判決の判示とは全く異なる。

加えて、同判決は、憲法 14 条 1 項違反の判断枠組みの当てはめにおいて、「国民の理解」以外の必要的考慮事項についても検討を行っており、他の必要的につき、検討を行わなかった原判決とは異なる。前掲東京地判平成 29 年 9 月 27 日は、司法修習生の給費制の在り方についての具体的な検討状況や国会での審議

状況について検討した上で、これに加えて、給費制の代わりに導入された貸与制との関係で不給付とされる司法修習生の被る不利益について具体的に検討しつつ、司法制度改革全体の中における「法科大学院制度への資金投入等」との関係で「司法制度改革全体の財政上の問題」もあったことも検討するなど、他の必要的考慮事項について詳細で具体的な検討を加えている。他方で、原判決は、他の必要的考慮事項についてこのような検討を加えていない。

(3) 最三小判平成7年11月7日との不整合

さらに、前掲東京地判平成29年9月27日は、区別され不給付とされる司法修習生の被る不利益を必要的考慮事項として検討しているところ、この判示は、市(町田市)の補助金交付要綱が交付対象を獣医師会所属医師に限定したことの平等原則違反が争われた最三小判平成7年11月7日判例時報1553号88頁(甲58)が区別され不給付とされる者の被る不利益について検討した判示とも整合するが、逆に原判決とは整合しない。

同最判は、当該獣医師会の「支部の規模、同支部に加入していない獣医師の数、右補助金交付の手續等に照らすと、右の措置は、被上告人における行政効率の点で必ずしもその必要性が高いとはいえず、右の獣医師と競業関係に立つ上告人らの営業上の利益に対する十分な配慮をした形跡がない点において、その手續面も含めて、行政上の措置として適切であったとはいい難いうらみがある」としつつ、「右補助金を交付する趣旨は犬猫の不妊手術を奨励して野犬や野良猫の発生を防止することであり、不妊手術を受けさせた飼主や不妊手術をする獣医師を保護するためではなく、また被上告人の右措置によって同支部に所属しない獣医師に生じ得る営業上の不利益は直接的なものではなく、これに所属する獣医師との競業関係による波及的な効果である。そして、獣医師会は任意加入の公益社団法人であり、これに加入して会費を納入するとともに獣医師会の各種制約の下に営業するか、加入しないで営業するかは、基本的には各獣医師個人の自由意思に委ねられている」と述べて、対象から除外したことにつき、判断過程も含めて違法は認められないとする。

同最判が「営業上の利益に対する十分な配慮」について検討するのに対し、原判決は、被控訴人が不交付とされる者(性風俗関連特殊営業を行う事業者)の不利益を特に検討してこなかったにもかかわらず、「性風俗関連特殊営業を行う事業者も他の事業者と同様に新型コロナウイルス感染症の拡大に伴う影響を受けて苦しんでいるとも主張するが(中略)それだけで上記合理性を否定すべき事情であるとまではいえない。」(原判決20頁4~8行目)と形式的に判示すること

どまり、被控訴人らがかかるといふ不利益をどのように考慮したのかを実質的に検討し審査することを避けている。

また、同最判は「生じ得る営業上の不利益は直接的なものではな」といふ点を検討しているところ、性風俗関連特殊営業を行う事業者が不給付によって生じうる営業上の不利益は、同判決の場合とは逆に、「廃業」（原判決 10 頁 24 行目）にもつながりうるという「直接的な」不利益である。しかし、被控訴人国も、原判決も、この「直接的な不利益」については検討を行っていない。

さらに、同最判は、給付制度の本来の政策目的に係る「行政効率」の点における「必要性」の程度（高さ）について検討しているが、被控訴人国も、原判決も、この点についても検討を行っていない。

加えて、同最判は、給付の条件となる公益社団法人への加入をしないで営業するか否かは「基本的には各獣医師個人の自由意思に委ねられている」とするが、この点も本件各給付金の場合とは異なる。すなわち、性風俗関連特殊営業を行う事業者が本件各不給付規定に該当しない事業者として本件各給付金の給付を受けるためには、コロナ禍のような新型ウイルス等による大災害級の歴史的災禍を事前に予期した上で自ら選択し続けてきた職業を変更する必要があったが、それは自ら選択し継続してきた「職業」（憲法 22 条 1 項）を放棄しなければならないというばかりか、自ら選択した職業を前提とする勤労権（憲法 27 条 1 項）の放棄をも迫るものであって極めて酷な条件であり、到底受給者の「自由意志に委ねられている」場合などとはいえない。

このような酷な条件を性風俗関連特殊営業を行う事業者という限られた事業者だけに例外的に押し付けることを「国民」は「理解」するというのだろうか。

仮に「理解」するというのであれば、それは端的に社会的弱者に対する職業差別というべきであり、「国民」から「性風俗関連特殊営業を行う事業者」だけが切り離され、排除されて「非国民」として扱われることになる。

しかし、そのような「政策」は限られた一部ないし少数の、これまで同種の給付を歴史的に受けてこなかった社会的弱者を差別するものであり、許されるべきものではない。

このように、原判決と前掲最三小判平成 7 年 11 月 7 日は整合せず、原判決は、同最判の趣旨にも反する。

（4）小括

したがって、原判決は、上記各判例・裁判例の判示との関係からみても不合理である。

7 小括

上記のとおり、原判決は、自ら挙げた考慮事項である①「当該給付に係る政策目的」、これに関する「給付の費用対効果」（事業者を救済する必要性の程度等を含む）、②「類似の目的を有する政策とのすみ分けや均衡」、⑤「特定の職業に対する地位の格下げ・スティグマの押し付け…その助長・再生産」について、被告国が考慮や検討を行っていないにもかかわらず、平等審査・裁量審査において、かかる被告国の不考慮・不検討を看過している。

また、③「他の政策との整合性」として中小企業庁の専門・技術的知識の乏しい風営法の趣旨を、誤って認定した上で過剰に重視し、さらに、④「大多数の国民の理解」として、性風俗関連特殊営業を営む事業者への給付について、何の証拠上の根拠もなく「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でない」と認定し、これを本件各不支給規定の合理性を支える最大の論拠とした。

したがって、原判決の判断枠組みの当てはめにも誤りがある。

第4 結語

以上のとおり、原判決は、区別の合理性の理由を、つまるところ中小企業庁の所管外の「他の政策」における「性的道義観念」や「大多数の国民の理解」だけに求めており、その根拠も風営法の届出制という「法的取扱い」と数十年も前の中小企業庁とは別組織の担当者の国会答弁のみに依拠している。

しかも、給付すべきではないという「大多数の国民の理解」等に関する世論調査等の資料は全く存在せず、その上、原判決自ら挙げた他の多くの考慮事項について一つも検討していない。

原判決は、所管外の政策に係る最小限度以上の道德律という非専門的・非技術的な事項だけに基づき区別の目的の合理性や目的との関連性を肯定しており、その判示内容には多くの不合理な点がある。

したがって、それぞれの考慮事項を慎重に検討すれば、本件各給付金を、性風俗関連特殊営業を営む事業者に対して不給付とした区別には、目的の合理性も目的と手段との合理的関連性もなく、区別の合理性が認められるものではないから、原判決は取り消されるべきであり、控訴人の請求は認容されるべきである。

なお、控訴人は、追って複数名の研究者（憲法・行政法）の意見書を提出し、これらの意見書に基づき控訴理由書補充書で控訴人の主張を補充する予定である。

附 属 書 類

- 1 控訴理由書副本 3通