

令和 4 年 10 月 11 日

東京高等裁判所民事第 14 民事部 御中

意見書

曾我部 真由

筆者は標記所属大学の法学部及び大学院法学研究科等において憲法の研究・教育に従事している（略歴につき別紙を参照されたい。）。こうした知見に基づき、本意見書では、御庁令和 4 年（行コ）第 198 号持続化給付金等支払請求事件に関し、原審判決（東京地判令和 4 年 6 月 30 日（令和 2 年（行ウ）第 455 号））による平等原則（憲法 14 条 1 項）違反の審査のあり方に関して意見を述べる。

あらかじめ結論を述べると、次の通りである。原審判決は、性風俗関連特殊営業の本件各給付金の支給対象からの排除について、コロナ禍における中小事業者の苦境に対応するため幅広い業種を支援するという本件各給付金の趣旨を踏まえて、一定の厳格さを備えた基準を示した点は評価に値するが、その具体的な判断においては、風営法による自明ではない区別からさらに飛躍のある推論を行うなどして排除の合理性を安易に認めてしまっており、問題がある。

上記の基準を適用すれば、性風俗関連特殊営業の事業者にあっても他の事業者と同様に支援を必要としていること、支給対象としても風営法の規制目的を阻害するわけではなく、かえって支給対象からの排除が職業差別を助長するおそれのあることからすれば、排除は合理性を欠くと考えるべきである。

第1 違憲審査基準について——原審判決による合理性の基準の採用は妥当であること

原審判決は、本件各不給付規定¹の憲法14条1項適合性の違憲審査基準ないし判断枠組みについて、次のように判示している。

本件各不給付規定が、性風俗関連特殊営業を行う事業者について他の事業者と区別して本件各給付金の給付対象から除外していることが憲法14条1項に違反するか否かについては、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ものと解するのが相当である。

これまでの最高裁判例を参照すると、この審査基準は、必ずしも極めて緩やかなものとはいえない。すなわち、最高裁は、立法府又は行政府（さしあたりこの両者の区別は問わないこととする。）の裁量を広く認める場合には、憲法14条1項適合性の審査を、裁量判断が「著しく不合理」かどうか²、さらには「著しく不合理であることが明らか」かどうか³を検討するに留めてきた。

また、下級審裁判例でも、定額給付金の給付対象者を、大阪市が要綱で住民基本台帳に記録されている者としていたこと（すなわち、ホームレスを排除していたこと）の憲法14条適合性が争われた大阪地裁平成23年9月16日公刊物未登載は、「その規定理由に合理的な根拠があり、かつ、その区

¹ なお、本文中の略称は原審判決の例による。

² 最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁、最判昭和57年12月17日集民137号601頁。

³ 最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁。

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、合理的理由のない差別とはいえ、これを憲法14条1項に違反するものということとはできない」としている。

これに対して原審判決の上記審査基準は、行政庁の裁量判断を尊重しつつも、「著しく不合理」かどうかの審査に留めるのではなく、通常の合理性を要求している。

この点は、本件各給付金の趣旨・性格及び性風俗関連特殊営業事業者を排除するという本件区別の性格を考慮したものとして、一定の評価に値する。

すなわち、原審判決が述べるように（10頁）、中小事業者らの事業の継続を支えるという社会経済的な目的での給付金においては、本件各給付金として具体化された制度を離れた一般論としては広い裁量が認められるだろう。持続化給付金規程（中小法人等向け）4条等にあるような、業種や事業規模の関係でどのような事業者を対象とすべきか、コロナ禍での売上の落ち込みがどの程度であれば対象とすべきかといった制度設計においては、かなり広範な裁量が認められ、「著しく不合理」かどうかの審査に留めることも考えられるところである。

しかし、先に引用した原審判決の審査基準は、このような一般的な制度設計における区別を念頭に置くものではなく、「本件各不給付規定が、性風俗関連特殊営業を行う事業者について他の事業者と区別して本件各給付金の給付対象から除外していることが憲法14条1項に違反するか否か」に関するものであり、こうした場面に審査の焦点を絞った場合の基準である。

そこでは、（便宜上、持続化給付金について述べると）持続化給付金の制度は、「特に厳しい状況にある幅広い業種・事業形態の中堅・中小・小規模事業者、フリーランスを含む個人事業者に対して、万全のセーフティネットを構築すべく、事業の継続を支え、事業全般に広く使える、再起の糧とする

ための新たな給付金を創設する」⁴として設けられたものである。幅広い業種を対象とする制度であるからには、そこからの除外については、一定の理由が求められる。「著しく不合理」かどうかではなく、合理性を要求した上記の基準は、このことを反映しているものと見ることができる⁵。

このような判断は特異なものではなく、全国民を対象とする定額給付金に関し、住民基本台帳に登録されていないことを理由に対象外とされたことにつき、合理的な理由に基づくやむを得ないものと言えるかどうかという厳格な基準で判断した裁判例もある⁶。

もっとも、合理性の基準といってもその具体的な審査のあり方には幅がありうるため、その点の検討が必要である。次に、この点について述べる。

第2 合理性の基準の適用のあり方について

1. 合理性の基準の適用のあり方

合理性の基準に基づく審査には幅がある。例えば、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）では、国籍の得喪に関する要件を定めるについては立法裁量が認められるとし、それを考慮してもなお区別に合理的な理由が認められない場合には違憲になるとした上で、国籍が重要な法的地位であることを踏まえると、合理的な理由の存否は「慎重に検討することが必要である」とし、相当に厳格な基準を用いて違憲判断を導いた。

本件では、国籍法違憲判決ほどの厳格な審査を要するとまでは言えないだろうが、第1の末尾で述べたとおり、幅広い業種を支援する制度であるとい

⁴ 「新型コロナウイルス感染症緊急経済対策」（令和2年4月7日閣議決定）21頁。

⁵ もっとも、原審判決は、「その裁量の範囲は広範なものとなる」としているのも、「著しく不合理」かどうかではなく、合理性を要求した同判決の判断は、いわばリップサービスにすぎず、その真意は著しく不合理かどうかを問うにとどまるものかもしれない。その場合には、その判示の不明確性が批判されるべきであると同時に、本文で述べた通り、改めて、少なくとも合理性の基準を採用し、「あてはめ」においても後述のような一定の実質を伴った審査をすべきである。

⁶ 大阪地判令和3年4月27日判例集未登載（2021WLJPCA04279004）。

う基本決定がなされ、性風俗関連特殊営業は例外的に除外されるものであること、このような狙い撃ち的な除外が職業差別に結びつくおそれは、スティグマを及ぼすとする原告の主張を退けた原審判決もあえて言及して事実上認めざるを得なかったこと、コロナ禍という未曾有の事態において事業の存続のために切実な必要があることといった事情を考えれば、合理性の基準の下での具体的な検討の際には、相応に実質的な審査が求められる。

2. 風俗営業法における区別について

(1) 原審判決の論理とその問題点

原審判決は、風俗営業法における性風俗関連特殊営業の位置づけについて詳述し、性風俗関連特殊営業は本質的に不健全なものである点で他の事業と異なるという立法者の考え方には合理性があるという⁷。

もっとも、原審判決は、性風俗関連特殊営業が本質的に不健全であるという評価が合理的であるということから、直接、本件各不給付規定に合理性があるとすることはではない。そうではなく、第1に、風営法による性風俗関連特殊営業の位置づけからして、給付対象と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く、大多数の国民の理解が得られないことが合理性を基礎づけるとする。第2に、給付対象とすることが風営法における性風俗関連特殊営業の位置づけと整合しないとしている。

しかし、第1については、大多数の国民の理解が得られないかどうかについて事実認定がされていない。また、行政庁がそのように判断したことについての根拠が、上記のような風営法の趣旨以外には示されていない。性風俗特殊関連営業自体の性的道義観念に照らした評価と、同営業が相当規模の産

⁷ なお、ここでいう「本質的に」とは、一定の規制によって健全化することができないという営業の性質を示すものであって、不健全さの程度が高いことを言うものではない。性風俗関連特殊営業の不健全さの程度が著しいものであれば、売春と同様に禁止されているだろう。自由な社会にあっては、多くの人々から不健全だとみられる営業であっても、実害やそのおそれのない限り許容されなければならない。原審判決ではこうした面が見過ごされているが、風営法もこのことを前提としていると考えられる。

業として存立し、そこで稼働する人々が多数いる現状において、幅広く事業の継続を支援する制度のもとで同営業を対象とする（しない）ことの評価とは次元を異にすることからすれば、風営法の趣旨だけをもって、国民の理解が得られないと判断したことが合理的であるとは直ちには言えない。「国民の理解」の考慮が許されるとしても、それを「マジックワード」としてはならない⁸。

第2については、要するに、風営法は、性風俗関連特殊営業を禁止もしないが公的な認知もしない趣旨であるところ⁹、本件各給付金の支給対象とすることは、同営業を公認ないし支援すること、あるいはそうした印象を与えることになり、風営法の上記趣旨との齟齬が生じるとするものだろう。しかし、宗教法人を他の公益法人等と並んで税制上の優遇対象とすることが政教分離原則に反しないと考えられているのと同様¹⁰、ほとんどあらゆる業種を

⁸ 「国民の理解」については、国民意識そのものが恣意的で少数派差別的に作用するリスクと、「国民の理解」が行政において恣意的に（マジックワード的に）用いられるリスクとが存する。したがって、控訴理由書でも主張されているように、正当な考慮要素と言えるかについて疑問がないではないが、仮に考慮事項として許容されるとしても、十分な留意をもって審査に当たるべきである。本件では、幅広い業種について逐一国民の理解を得られるかどうかを検討されたわけではなく、性風俗関連特殊営業を排除するためだけに「国民の理解」が援用されているのであり、上述の双方のリスクがあるように思われ、立ち入った審査が必要である。

⁹ 性風俗関連特殊営業の届出制がこのような趣旨で設けられたことについて、事実としてはその通りであるが、理論的には、許可制は国が公認したことを意味し、届出制はそうではないという理解は誤りである。

¹⁰ 宗教法人は、現行税法上、学校法人、社会福祉法人等と並んで「公益法人等」と位置づけられ（法人税法2条6号、別表第2）、収益事業を行う場合を除き、法人税が非課税とされる（同法4条1項）。こうした措置について、憲法学の通説は政教分離原則（20条1項及び89条）には反しないとしているものの、理由付けについては立場が分かれる。多数説は、公益法人一般に対して税制上の優遇措置を設定している結果、公益法人である宗教法人がその恩恵に服しているだけなので「特権」付与に当たらず（同一待遇説）、また、非課税措置と補助金交付とは異なるとするものである。

これに対して、宗教法人は公益法人「等」の一つであって公益法人そのものではないから、上記の説明では不十分だと批判もある。また、境内建物及び境内地等に対する固定資産税や不動産取得税の非課税措置（地方税法地方税法348条2項3号、4号、73条の4第1項2号）は、対象が「宗教法人」であって上記の説明は妥当しないと指摘もある（もっとも、別の規定によって多種多様な法人が非課税とされているので、上記説明が直ちに妥当しないかどうかは明らかではない）。これらの批判・指摘を行う論者は、宗教のもつ社会的価値、国民生活上の意義や役割を承認するがゆえに、立法政策として非課税措置などをとることも許されるとする（それに伴って、政教分離原則にも反しないとする）。以上につき、大石眞『憲法概論Ⅱ』（有斐閣、令和3年）254頁以下（より詳細には、同「日本国憲法と宗教法人税制」宗教法22号（平成15年）19頁（同『権利保障の諸相』（三省堂、平成26年）所収）、市川正人『ケースメソッド憲法（第2版）』（日本評論社、平成21年）第8章など参照）。

他方、政府においても、宗教団体への支援を同一待遇説的な理由付けで正当化する例が見られる。最近の例では、「宗教団体につきましても、防災施策の一環として、指定避難所となっているなど

対象とする給付金において、性風俗関連特殊営業もその対象とすることが同営業を公認ないし支援したり、そのような印象を与えたりすることにはならない¹¹。

さらに言えば、ほとんどあらゆる業種を対象としながら性風俗関連特殊営業などごく少数のものをコロナ禍による苦境の中で支給から排除することは、実質的には積極的にその存在を否定する意味合いを持ち、「禁止もしないが」という部分との齟齬も生じかねないところである。

(2) 「本質的に不健全」という評価について

前項で述べた通り、原審判決は風営法における性風俗関連特殊営業の位置づけに依拠して、前項で第1、第2として述べた点を引き出して、同営業の支給対象からの排除の合理性をいうのであるが、その論理は不十分である。

さらに、そもそも、風営法における性風俗関連特殊営業と風俗営業との区別についても、十分な説得力があるわけではなく、不合理とまでは言えないという程度に留まり、風営法そのものが問題となっているわけではない本件で、この点を過度に重視すべきではない。

すなわち、第1に、性風俗関連特殊営業が、「本質的に不健全」とされるときの「本質的に」とは、一定の規制によって健全化することができないという営業の性質を示すものであって、不健全さの程度が高いことを言うものではない。性風俗関連特殊営業の不健全さの程度が著しいものであれば、売春と同様に禁止されているだろう。自由な社会にあっては、多くの人々から不健全だとみられる営業であっても、実害やそのおそれのない限り許容され

一定の条件を満たす施設への支援を行う中に宗教施設も含まれる形であれば、国が支援を行うことは可能である」との答弁がされている（第208回国会衆議院災害対策特別委員会第5号（令和4年4月21日）17頁）。

¹¹ その意味では、本件各給付金で宗教法人が対象外とされているのは、政教分離原則の制約によるものではなく、政策的な選択の結果である。多くの宗教法人は、諸種の思惑からそれに反対していないようであるが、理論的には、性風俗関連特殊営業の場合と同様、憲法14条1項違反が問題となりうる。さらに言えば、政治団体についても同様である。

なければならない。風営法もこのことを前提としていると考えられるが、原審判決ではこうした面が見過ごされている。「本質的に不健全」という強い語感に惑わされて、上記以上の意味を引き出してはならない。

第2に、風営法の立法者の考えにおいては、飲酒や射幸に関する風俗営業は、不健全ではあるものの一定の規制によって健全化あるいは不健全さの緩和が可能である一方、性風俗関連特殊営業はそうではないとされるが、この考え方自体、自明ではない。健全性とは極めて多義的な概念で、この概念をもって区別を行うこと自体に疑問はあるが、それは措くとしても、例えば、今日、アルコール依存やギャンブル依存は深刻な社会問題となっている。これらは事業者の業務の適正化のための規制によっては対応困難であり、その意味では「本質的に不健全」ということも不可能ではないだろう。

他方、性風俗関連特殊営業にあっても、もっとも不健全だと考えられるであろう対償を伴う性交という意味での売春は売春禁止法によって禁止されているし、性を売り物にする営業を嫌悪する人々の目に触れないような営業地域の規制などもなされているのであって、不健全さの緩和は可能である。また、青少年保護や意に反する就業の禁止、性感染症の防止などに至っては、まさに規制による業務の適正化が可能な領域である。

実際のところ、風俗営業の規制と性風俗関連特殊営業の規制とでは、人的欠格事由やそれぞれの営業の具体的形態の相違に由来するものを除けば、大きな違いはない。

第3に、以上を踏まえれば、結局、「本質的に」不健全だとする風営法の立法者や原審判決の考えは、「性を売り物にする」という一点に着目するものだと考えられるが¹²、これは結局、1つの道德観にすぎず、価値観の多元性を認める自由な社会にあっては規制の理由としては少なくとも控えめに

¹² すなわち、例えば、パチンコで言えばいわゆる出玉率を規制することによって（風営法施行規則8条）健全化が可能であるのに対し、性を売り物にすることはそれ自体が不健全であって、性的サービスにかかわる限りそれが払拭されることはないという考え方であろう。

用いられるべきものである。

以上から、原審判決が依拠する風営法の風俗営業と性風俗関連特殊営業との区別は、自明なものではない。このような自明でない前提から、前項で述べたようにさらに自明ではない推論を経て、これをほとんど唯一の理由として性風俗関連特殊営業を支給対象から排除することに合理性ありとする原審判決の論理は妥当でない。

3. 他の考慮要素について

原審判決は、他の考慮要素も挙げている。第2の1で見たように、本件においては合理性を相応に立ち入って判断すべきであるから、考慮事項に着目した審査を行うこと自体は妥当である。

しかし、原審判決は、㉞潜在的な対象者の間に存する事実関係上の差異、㉟類似の目的を有する他の施策とのすみ分け・均衡、㊱（給付の実施が他の政策目的の実現を阻害することとならないため）他の施策との整合性、㊲（政治的中立性・政教分離原則への配慮はもちろん、）納税者の理解、㊳（給付金の目的が社会経済的なものであることを前提に、）給付の費用対効果・国民経済上の不利益、㊴不給付による事業者への不利益といった各種の考慮事項を挙げながらも、適切な審査を行っておらず、実質的には2で見た風営法に関する考慮だけを過度に重視するものである。

その点は、控訴理由書第3にあるとおりであるが、特に、「給付の費用対効果」について述べておく。原審判決は「給付の費用対効果」を考慮することが必要だとするが、性風俗関連特殊営業を支給対象外とするにあたって、費用対効果は考慮されていない。仮にされていたとしても、ほとんどあらゆる業種を対象とする給付金において業種ごとに費用対効果を考慮することは事実上不可能であり、性風俗関連特殊営業についてのみその点を考慮したのだとすれば、それ自体平等原則との関係で問題があることになる。

この点において、原審判決は考慮されてもいない事項を考慮したとして合理性を認めるもので、とりわけ問題が大きい判断だと言わざるをえない。

第3 結論

以上の通り、原審判決は、性風俗関連特殊営業の本件各給付金の支給対象からの排除について、コロナ禍における中小事業者の苦境に対応するため幅広い業種を支援するという本件各給付金の趣旨を踏まえて、一定の厳格さを備えた基準を示した点は評価に値するが、その具体的な判断においては、風営法による自明ではない区別からさらに飛躍のある推論を行うなどして排除の合理性を安易に認めてしまっており、問題がある。

上記の基準を適用すれば、性風俗関連特殊営業の事業者にあっても他の事業者と同様に支援を必要としていること、支給対象としても風営法の規制目的を阻害するわけではなく、かえって支給対象からの排除が職業差別を助長するおそれのあることからすれば、排除は合理性を欠くと考えるべきである。

以 上

(別紙)

曾我部 真裕 略歴・業績一覧

○ 略歴

昭和49年 生まれ
平成8年11月 司法試験合格
平成9年3月 京都大学法学部卒業
平成11年3月 京都大学大学院法学研究科修士課程修了
平成13年9月 司法修習修了(第54期)
平成13年10月 京都大学大学院法学研究科講師
平成17年8月 同助教授
平成26年4月 同教授(現在に至る)

○ 主要業績

(単著)

- ・曾我部真裕『反論権と表現の自由』(有斐閣、平成25年)

(主な共著・編著)

- ・曾我部真裕、赤坂幸一、櫻井智章、井上武史(編)『憲法秩序の新構想 大石眞先生古稀記念論文集』(三省堂、令和3年)
- ・石井夏生利、曾我部真裕、森亮二(編著)『個人情報保護法コンメンタール』(勁草書房、令和3年)
- ・新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅰ 総論・統治機構(第2版)』(日本評論社、令和3年)
- ・新井誠・曾我部真裕・佐々木くみ・横大道聡『憲法Ⅱ 人権(第2版)』(日本評論社、令和3年)
- ・曾我部真裕・尾形健・新井誠・赤坂幸一(編)『憲法論点教室(第2版)』(日本評論社、令和2年)
- ・曾我部真裕・林秀弥・栗田昌裕『情報法概説(第2版)』(弘文堂、令和元年)
- ・宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦(編著)『憲法学のゆくえ 諸法との対話で切り拓く新たな地平』(日本評論社、平成28年)
- ・曾我部真裕・見平典(編)『古典で読む憲法』(有斐閣、平成28年)
- ・曾我部真裕・田近肇(編)『憲法裁判所の比較研究 フランス・イタリア・スペイン・ベルギーの憲法裁判』(信山社、平成28年)
- ・憲法判例研究会(浅野博宣・尾形健・小島慎司・宍戸常寿・曾我部真裕・中林暁生・山本龍彦)編『判例プラクティス憲法(増補版)』(信山社、平成26年)