

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

第 1 準 備 書 面  
(曾我部意見書について)

2022年 11月 10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



控訴人は、曾我部真裕京都大学教授（憲法学）の意見書（甲 5 9）を踏まえ、以下のとおり、控訴理由を補充する。

### **第 1 一定の厳格さを備えた違憲審査・裁量審査の基準（判断枠組み）が採られるべきである**

原告は、控訴理由書において、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と主張した（控訴理由書 1 3 頁）。

この主張につき、曾我部意見書「第 1」（2～4 頁）は、本件各給付金の性質が、特定の業界や業種を支援することにより特定の業界・業種の事業者の経済活動を誘導する類のものではなく、「幅広い業種を対象とする」ものであって、給付対象からの「除外については、一定の理由が求められる」ことなどからすれば、違憲審査においては、緩やかな「著しく不合理」かどうかという基準ではなく、一定の厳格さを備えた基準として機能する「合理性」の基準が妥当であるから、このような意味で「合理性」の基準をあえて採った原判決の基準は妥当であるとする。

さらに、曾我部意見書「第 2」の「1」（4～5 頁）は、狙い撃ち的な除外が、原判決もあえて念押ししなければならない程度に職業差別に結びつくおそれがあること、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」とし、同基準を、一定の厳格さを備えた違憲審査基準として本件に当てはめるべき旨述べる。

このように、曾我部意見書は、本件における、憲法 1 4 条 1 項の違憲審査及び裁量権の逸脱・濫用の違法審査については、「広範な」（原判決 1 0 頁 2 5～2 6 行目）裁量を認めるべきではなく、厳格な違憲審査・裁量審査がなされるべきである、とする控訴人の控訴理由書における主張を、憲

法学の見地から裏付けるものである。

## 第2 原判決には違憲審査・裁量審査の当てはめにおいて論理の飛躍のある推論を行い排除の合理性を安易に認めるなど重大な誤りがある

- 1 控訴人は、控訴理由書において、原判決が「大多数の国民の理解」などとして、性風俗関連特殊営業を営む事業者への給付につき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ことなどから、原判決の判断枠組みの当てはめには重大な誤りがある旨主張した（控訴理由書13～19頁）。
- 2 かかる判断枠組みの当てはめに係る主張につき、曾我部意見書第2の2（5～9頁）は、次の（1）及び（2）において引用するとおり述べ、控訴人の主張を補強する。

### （1）原判決の論理とその問題点

原判決は、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。

もともと、原判決は、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ものではない。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。

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、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、ほとんどあらゆる業種を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。

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、これは結局、1つの道徳観にすぎず、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用いられるべきものである。

以上から、原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判決の論理は妥当でない。

- 3 曾我部意見書においては、政教分離に関しても意見が述べられているところ、以下では、この点について、控訴人において若干の補足的な主張を行う。

福岡高判平成4年12月18日判タ804号272頁（長崎忠魂碑訴訟高裁判決。本判決につき最高裁まで上告された記録はみられない。）は、要綱に基づく宗教的施設への「補助金」の交付につき、「市民に与える宗教的影響などは極めて軽微であり、特定宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等の影響も無視し得る程度に小さい」（下線引用者）といえると判示する。すなわち、社会通念上、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は、政教分離原則に反しないものと理解されているのと同様に、同裁判例においては、「要綱」（持続化給付金等の本件給付

金規程と同じく行政規則)に基づく宗教的施設への「補助金」の交付という給付行政作用は、政教分離原則に反するとはいえないものと理解されているといえる。

したがって、曾我部意見書における「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、ほとんどあらゆる業種を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」という意見は、上記長崎忠魂碑訴訟高裁判決とも整合性を有するものであって一般市民の社会通念に沿うものであるから、控訴人の主張の妥当性を裏付け補強するものというべきである。

- 4 本件において、原判決は、具体的な判断において、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、重大な誤りがあるというべきである。

したがって、憲法14条1項違反及び裁量権逸脱濫用の違法を否定した原判決は破棄を免れない。

### **第3 原判決には、違憲審査・裁量審査の当てはめにおいて自ら挙げた考慮事項の検討を行わない等の重大な誤りがある**

- 1 控訴人は、控訴理由書において、判決は、自ら挙げた考慮事項である「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)、「類似の目的を有する政策とのすみ分けや均衡」、「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」といった事項について、被控訴人国が考慮や検討を行っていない(考慮不尽)にもかかわらず、平等審査・裁量審査において被告国の不考慮・不検討を看過している旨主張した(控訴理由書19～22頁)。

かかる主張につき、曾我部意見書第2の3（9頁）は次の2のとおり述べ、控訴人の主張を補強する。

2 他方、原判決は、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。

この点は、控訴理由書「第3 原判決の当てはめの誤り」においても主張したとおりであるが、以下では特に、「給付の費用対効果」について述べておく。

まず、原判決は「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、費用対効果が考慮されたという事実はない。仮にこの点が考慮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るから、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。

したがって、原判決におけるかかる判断は、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、問題が大きいと言わざるをえない。

以上の通り、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ると、原判決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。

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等からすれば、本件における性風俗関連特殊営業の事業者の排除は、明らかに合理性を欠くと考えるべきである。

- 3 上記2のとおり述べる曾我部意見書は、控訴人の主張を憲法学の観点から裏付けるものである。したがって、憲法14条1項違反及び裁量権逸脱濫用の違法を否定した原判決には重大な誤りがある。

#### 第4 結語

以上より、控訴人の控訴理由は、憲法学等の観点から裏付けのあるものであるから、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。

以上