

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5準備書面

(岩切大地教授の意見書について)

2022年11月30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、本準備書面において、岩切大地立正大学法学部教授の意見書（甲102）の内容をすべて主張として援用するとともに、以下のとおりその内容を敷衍して控訴理由を補充する。

第1 性風俗関連特殊営業の性質に関する原判決の認定と岩切意見書の構成

1 原判決の認定とその構造

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の趣旨について以下のように認定する。

風営法上の性風俗関連特殊営業に対する法的取扱いは、その歓楽性・享楽性が人間の本能的欲望に起因するものであることに加え、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同義観念に反するものであり、かつ、このような特徴は風営法が当該営業に対して営業所の構造・設備についての技術上の基準その他のいかなる条件を課したとしても変わりようのないものであることから、業務の適正化や営業の健全化といった目的になじまないとの考えに基づくものと解される。

そして、以上のような性風俗関連特殊営業が本来的に備える特徴に照らして、国が、性風俗関連特殊営業に求められる適正な業務等の水準

なるものを公的に示して当該水準に達することを推奨したり、一定の水準に到達したものを許可という形で公的に認知したりすることは、上記のような大多数の国民が共有する性的道義観念にも反して相当ではないこと・・・から・・・営業禁止地域等の厳格な規制を課した上で、違法行為が行われた場合には直ちに行政処分や刑事罰をもって臨めるようその実態を把握するための方策として届出制が採用されているものと考えられる・・・

なお、上記のような性的道義観念は時代によって変遷し得るものである上、個々人によって差異があることも当然であるが、少なくとも、昭和59年改正や平成10年改正が成立し施行された当時において、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り、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ような営業が公の機関の公認の下に行われることは相当でないとの観念自体は大多数の国民に広く共有されていたものと推認されるところ、その後、そのような考えが大きく変容したというような事情も認め難い・・・

(原判決16頁から17頁)

この認定はまず、性風俗営業が風営法の下で健全化のための規制の対象外とされていることの理由を、①その歓楽性・享楽性が人間の本能的欲望に起因すること、②性風俗営業の本来の特徴が性的道義観念に反し、かつ、このような特徴は風営法による構造・設備の基準を課しても変わらないことの2つに求めているといえる。

このうち②について原判決は、「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」ことを性風俗営業が「本来的に備える特徴」として捉えた上で、続けて、「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」が国民の大多数に共有されているという「前提」を提示する。この性的道義観念の内容は、性的行動が「極めて親密かつ特殊な関係性の中で」行われるべきことと、性的行動が「非公然と行われるべきこと」という2つに分かれる（以下、前者を「親密特殊関係性の原則」、後者を「性行為非公然性の原則」という。）。原判決は、この2つの性的道義観念が存在する根拠として、原判決14頁以下において、風営法の規定と昭和59年改正と平成10年改正の際の国会審議における政府答弁（乙2・乙3）を挙げる。

このように原判決は、性風俗営業に対する道徳的に否定的な評価を本質レベルで行っている。そして、このような本質レベルでの否定的評価を、風営法外の給付制度という異なった文脈にも波及させている。すなわち、性風俗営業の本来的特徴が、それ自体としてかかる性的道義観念に反しており、ゆえに公権力が性風俗営業を許可制などで公知することも性的道義観念に反していて、さらには性風俗営業の継続を公的に下支えすることまでも性的道義観念に反する、という飛石の論法こそが、原判決にとっての核となる部分なのである。原判決は、ほぼこの飛石の論法のみを依拠して、性風俗関連特殊営業に対する一律の不給付には合理性を導けるとしている。

なお、原判決が「性的道義観念」という用語を用いる点も無視できない。原判決が引用する国会答弁（乙2・乙3）においても、また被控訴人（一審被告）国の主張書面や証拠として提出される文献においても、「性的道義観念」ではなく「本質的に不健全」という用語が用いられている。両者は、性風俗営業の機能や外観ではなくサービス内容の本質に着目する点で共通し、かつその本質とされる内容を否定的に評価している点でも共通するが、「不健全か否か」という評価基準と、「性的道義観念に反するか否か」という評価基準は、それこそ本質的に異なるものである。すなわち、まず前者について、健全性の概念というのは、風営法の目的規定からの統制を受けるべきものである。他方で、原判決のいう「性的道義観念に反す

る」かどうかの基準それ自体は、風営法の文言の基礎を欠くものである。実際、原判決においても、性的道義観念の内容が何を根拠にどのように導出されたのかについては、風営法の規定と2つの国会答弁「を踏まえ」たと簡単に説明されるだけにとどまっている。

2 岩切意見書の概要

第2以下において紹介するとおり、岩切意見書は原判決の上記内容のうち、①性風俗営業が性的道義観念に反するとした箇所、②性風俗営業を許可制などで公認することが性的道義観念に反するとした箇所、そして③性風俗営業に対して事業の下支えをするような給付をすることが性的道義観念に反するとした箇所のそれぞれについて、いずれも「根拠がないことを示す」ものである。

その内容は、①まず性風俗営業が性的道義観念に反するとの趣旨は政府答弁からも、また風営法の規定、特に「健全化」の文言から引き出せないこと、②次に性風俗営業に対して風営法上の許可制の規制対象としていないことは、性風俗営業の本来的特徴とされる性的道義観念に反する性質によるものではないこと、③そして持続化給付金制度の下で性風俗営業の事業者に対して給付金を支払うことが、いかなる意味でも性的道義観念に反するとは言えないことである。

これらの論証を通じて、本件不給付の合理性は否定される。

第2 性風俗営業が性的道義観念に反するとの原判決の認定を支える根拠はない

原判決は、性風俗営業の本来的特徴が大多数の国民が共有する性的道義観念に反するという認定を導き出すにあたり、風営法の条文と昭和59年および平成10年の風営法改正に際しての政府答弁を「踏まえて」いる。しかしながら、いずれの政府答弁も、上記認定を導きうるものではない。以下においてはまず2つの政府答弁が上記認定を導けないことを示した上、答弁を離れて風営法の条文それ自体からも同様に上記認定を導けないことを明らかにする。

1 2つの政府答弁から原判決の認定を導くことはできない

(1) 原判決が引用する政府答弁

原判決が認定の根拠とした国会答弁は2つある。

1つ目は、昭和59年6月21日衆議院地方行政委員会における鈴木良一政府委員の答弁（乙2）である。この答弁は、性風俗営業は「性を売り物にした営業」であり「公に認知するという性格のものではない」と述べる一方で、原判決が言及しない箇所において、「性を売り物とする営業は、行為そのものが一定の幅のものに限定されざるを得ない」ため、欠格事由などの規制を設けることで営業の健全化や業務の適正化を図るといった風営法の規制方法が「なじまない」とし（乙2・4頁）、また、性風俗営業の中で行われる行為の面から規制することはできず、風営法により施設の構造を規制することによっても「そこで行われます行為…が構造を変えたためによくなると期待できるという形にはなかなかならない」（同16頁）と述べる。

2つ目の答弁は、平成10年4月28日衆議院地方行政委員会における泉幸伸政府委員の答弁（乙3）である。これは、性風俗営業が、端的に「性を売り物とする本来的に不健全な営業」であるため「業務の適正化あるいは営業の健全化というのは本来的になじまない」（19頁）と述べる。

原判決はこの2つの答弁を並列させるが、両者には内容あるいはニュアンスに違いがある。すなわち、昭和59年答弁（乙2）においては、「性を売り物とする」という表現は用いられつつも、だからといってそれにより性風俗営業が「本質的に不健全」だなどとは述べられていない。昭和59年答弁では、性風俗営業の内容に対する実体的・道徳論的な評価はなされておらず、単なる外形的な理由により風営法の規制がなじまないと説明するにとどまる。また平成10年答弁は、性風俗関連特殊営業を「本質的に不健全」としている点で辛うじて性的道義観念と関連するとは言えるものの、後述のとおり、言葉尻に囚われることなく全体の文脈を見ればやは

りそのような根拠とすることはできないことがわかる。原判決は、昭和59年答弁と平成10年答弁を総合的に「踏まえる」ことで、性風俗関連特殊営業が性的道義観念に反する本来的特徴を有する旨の結論を導き出すが、その論理の流れに合理性は認められない。以下、それぞれの答弁を確認しながら詳論する。

（２）昭和59年答弁を原判決認定の根拠とすることはできない

昭和59年になされた風営法の改正は、題名の改正や目的規定の導入などが行われた、大幅な改正であった。本件に関連する内容としては、取り締まりの対象とする風俗営業を一般の風俗営業と風俗関連営業に分類し、前者については「健全化」と業務の「適正化」の対象とする一方、「風俗関連営業」はそのような規制の対象とせず、届出制を通じた規制を行うものとした。この制度設計の必然として、なぜ性風俗営業をこのように位置付けたのかが審議の焦点の一つとなった。

昭和59年改正法の審議における政府答弁のうち、風俗関連営業の規制の考え方についての内容は、いくつかの要素に分けることができる。第1に、性風俗営業が「性を売り物」にする営業であるため健全化の対象とはならないと述べている。この要素だけを抜き出して強調すれば、その後の「本質的に不健全」という見方に結び付きうる余地がないではない。

しかし第2に、答弁のその他の要素として、性風俗営業は売春に移行しやすい営業であるとか、青少年の健全育成に影響を及ぼす営業であるといった、具体的な法益侵害を根拠とする考え方が示されている（第101回国会衆議院地方行政委員会議録15号（甲103）9頁：「あからさまに性を売り物にした産業等、善良の風俗及び青少年の健全な育成の上から問題の多い営業が増加しており・・・」との発言、同参議院会議録21号（甲104）8頁：「性産業の多くは売春に移行しやすい営業であります。売春防止法は単純売春は処罰しない法体系になっていることもこれらの捜査を非常に困難にしているところでございます」との発言、同参議院地方行政委員会議録18号（甲105）17頁：「やはり性を売り物にするものでございまして・・・なか

なか健全化というものとは違う。しかも、それは善良な風俗あるいは少年の健全な育成に障害を及ぼす影響というものがかなり大きいこともあるわけでございまして、そういうことから、そういうものは健全化になじまない」との発言等参照)。

第3に、性風俗営業の中で行われていることを設備の構造によって変えることはできず、たとえば見通しのよい構造とする規制をかければ、かえって公然わいせつになりかねない、といった説明もなされている(乙2・16頁:「構造、設備を、先ほど言いましたように見通しのよいような形にいたしますと公然わいせつになるという問題も逆に生じてくるということもございまして・・・」との発言、甲105・17頁:「公の機関が業務内容に立ち入って適正化を図るというものもまたなじまないものである」との発言、第101回国会衆議院地方行政委員会議録18号(甲106)17頁:「構造、設備の規定を入れまして、それで一つ一つを健全に指導していくということがややなじみにくい営業である・・・」との発言等参照)。

第4に、昭和59年に法改正を行う理由として、様々なサービスを提供する性風俗事業者が急増し、かつ荒稼ぎをしてはすぐに廃業する傾向があるため、自主規制が期待できない、とも述べられている(甲105・22頁:「こういう風俗関連営業というのは・・・どんどん新しくできていく、しかもそういうものが非常に短時日のうちに荒稼ぎするというようなことが行われるわけでございまして、一つ一つの構造、設備を直して指導していくということをやりましたが、なかなかそういうふうな業態になじまない、そういうことをやっていたのでは手おくれになってしまうというようなこともあるわけでございます」との発言等参照)。

これらの各要素のうち、第1のものは性風俗営業の性的サービスの内容の道徳的な評価をしたものと見る余地もあるが、第2のものは性的サービスの内容への評価を、それがもたらしうる法的実害という観点から論じており、このことは翻って第1の要素をこのような趣旨で読み直すべきことを意味する。すなわち、「本質的に不健全」とは、売春等の犯罪との結びつきや青少年の健全育成にとっての「不健全」であり、性道徳や「性的道義観念」にとっての不健全ではない。このことは第3の

要素が設備の構造などのもっぱら外形的な性質に着目して「健全化」が困難であると説明し、また第4の要素が悪質業者と「健全」業者がいることを所与の前提としつつ、自主規制では悪質業者を駆逐できない、と説明していることから明らかである。

より重要なことは、政府側が、性風俗営業は「本質的に不健全」である旨の答弁を一切行っていないという事実である。このことは、ある委員（寺田熊雄議員）から性風俗営業が「不健全」との前提で質疑がなされ水を向けられたにも関わらずなされなかったものである（第101回国会参議院地方行政委員会議録17号（甲107）14頁）ことを踏まえると、政府答弁が道德などの本質論に依拠しなかったことは、むしろ明示的かつ意図的であることがわかる。少なくとも、「性を売り物にする」ことそれ自体についての道德論的な是非を、政府が風営法における性風俗営業に対する規制の区別の根拠にしていなかったことは明らかである。

結局のところ、昭和59年改正時における政府の答弁は、風営法における性風俗営業の位置付けを、その道德論的な本質論によってではなく、法的な弊害の可能性という面から行っており、あるいはまた一定の法的規制のなじみやすさといった機能面に着目することによって根拠付けている（甲107・17頁：「この風俗関連営業を全面禁止にしないことについて、私たちは専ら業務の実態に着目して、どのような法的規制を加えるのが適切かということ考えた」との発言参照）。昭和59年改正の政府答弁から原判決の本質的特徴論を根拠付けることは不可能である。

（3）平成10年答弁を根拠とした原判決の誤り

平成10年改正法は、規制対象とする風俗関連営業の 카테고리 名称を「性風俗特殊営業」と改め、その中に店舗型性風俗特殊営業、無店舗型性風俗特殊営業および映像送信型性風俗特殊営業を含むものとする内容のものである。平成10年4月10日に参議院で可決、同月30日に衆議院で可決成立した。

政府は、「風俗関連営業」から「性風俗特殊営業」と名称変更をする理由について、「性を直接売り物とする営業がいわば過激になり、いわゆるいかがわしさが増してきて」いるため「特殊な役務の提供、物品の販売を業とするものであることを規定上も明確にしたい」ということと、「風俗営業との差異を明らかにしたい」ということを示す（第142回国会参議院地方行政・警察委員会議録9号（甲108）12頁〔泉幸信政府委員発言〕）。

その際に、原判決が引用するように、性風俗営業に対する規制が異なる理由として「本質的に不健全」との答弁がなされる。しかしながらこの点についてはいくつか留保が必要である。第1に、この答弁は、当該法案が参議院を通過した後、衆議院の審査の終盤になって初めて登場する（乙3・19頁）。つまり、規制に差異を設ける根本的な理由として挙げられたのではなく、議論のやり取りの最終盤で突発的に出されたものにすぎず、平成10年改正に係る政府答弁の中でもかなり例外的あるいはマージナルなものである。第2に、問題の政府答弁に先立つ箇所では、「本来的に不健全」とする具体的根拠として「売春事犯やわいせつ事犯に結び付きやすい」ことが挙げられている（同14頁：「現行法の風俗関連営業・・・は、性に関する役務、物品を提供することをその営業の本質としておりまして、性を直接売り物とし、売春事犯やわいせつ事犯に結びつきやすい、本来的に不健全な営業である」との発言参照）。

このように、「本質的に不健全」との答弁は、そもそも性風俗営業に対する政府の説明として例外的・マージナルなものである上、その意味合いは法的な実害との結びつきに求められているのである。かかる答弁を性風俗関連特殊営業は国民の性道徳・性的道義観念に反するものと結論づける根拠とするのは強引というほかない。

（４）「性を売り物にする」との答弁を根拠とすることもできない

以上から昭和59年答弁・平成10年答弁のいずれも性風俗関連特殊営業が国民の性道徳・性的道義観念に反することの根拠とならないことは明らかであるが、念の

ために両答弁のうち、「性を売り物にする」営業であるとの表現や、性風俗営業が「近年ますますいかがわしさを増している」との表現も同じく根拠とならないことを付言する。

原判決自身が述べるとおり、風営法は「飲酒、射幸、性」（「飲む、打つ、買う」）の規制立法と表現されることがある。ここで重要なことは、ここには、「売る」側と「買う」側への評価に大きな落差があるという点である。すなわち、法律上は「買う」ことを規制する法律だとされているのに、道徳的評価の対象とされているのは「売る」行為のみであるという非対称性である。「買う」行為についての道徳的非難をしない以上、風営法を男女差別的な方向で読まない限り、「売る」行為だけを非難することはできず、「性を売り物にする」という表現に性道徳的な非難を読み込むことはできないはずである。「性を売り物にする」という表現は、単なる比喩的表現に過ぎず、ここから性道徳上の判断を読み取ることは許されない。

続いて、「いかがわしさを増している」という表現については、その対象が重要である。すなわち風営法上の性的サービスの内容自体は、本質的に売春やその他の法規制に至らない範囲に留まるのであって、その制定以来いかがわしさが増すことは想定されない。「いかがわしさ」が増すとすれば、それは性的サービスの内容ではなく、外観あるいは地域の環境の問題である。政府答弁における「いかがわしさが増している」という表現は、外観あるいは地域の環境の悪化を指すものであって、性道徳・性的道義観念的な非難を読み込むことはできない。

以上のとおり、「性を売り物にする」という答弁や「いかがわしさを増している」という答弁にも、性道徳・性的道義観念に基づく非難を読み込むことはできない。

（５）小括

原判決は、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ことの根拠として、昭和59年および平成10年になされた風営法改正の政府答弁を挙げる。

しかし、これまで見てきたとおり、昭和59年答弁をその根拠とすることは不可能であり、また平成10年答弁をその根拠とすることは強引に過ぎる。いずれの答弁も仔細に見れば分かるとおり、立法府である国会はもとより、立案担当者の政府自身も、性風俗関連特殊営業が性道徳・性的道義観念に反して本質的に不健全などとは述べていない。むしろ、政府答弁は道徳などの本質論に依拠することを明示的・意図的に避けている。政府答弁は性風俗関連特殊営業に対する規制の根拠を、売春や青少年への悪影響といった実証的な法的実害への現実的危険性に求めており、かつ、外形的に他の風俗営業に対する規制と同様の規制をかけづらいことを理由に挙げている。

当然ながら、本書で引用するもの以外の、いずれの風営法改正における政府答弁においても同様である。原判決は、数多くある風営法改正における膨大な答弁のうち、この2つの答弁のみを参照しており、それ自体がチェリーピッキングの誹りを免れないが、それに加えてこの2つの答弁から、全体の文脈からは到底読み取れない、性風俗関連特殊営業に対する性的道義観念の違背性を読み取ろうとすることは、恣意的で牽強附会の認定と言わざるを得ない。

原判決のように、昭和59年答弁・平成10年答弁などの風営法改正に関する政府答弁を、性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念に反することの根拠とすることは許されない。

2 風営法の文言解釈としても、原判決の認定を導くことはできない

(1) 原判決の認定と依ってたつ文献

原判決は、性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念に反する旨を認定するに際し、政府答弁から離れた風営法の文言解釈も根拠とするところ（原判決5頁以下、13頁以下、及び16頁（「上記イの風営法の定め・・・をも踏まえれば」との記載）参照）、原判決の文言解釈の根拠は、原判決が「業務の適正化や営業の健全化とい

った目的になじまないとの考えに基づくものと解される」（16頁）と述べていることからすれば、ほぼ、性風俗関連特殊営業が「健全化のため」の措置の対象とされていないことに尽きると思われる。

このような原判決の認定は、既述のとおり政府答弁からは導けない。原判決が依拠したと思われるものは、おそらく風営法の解説書籍である蔭山信による『注解風営法Ⅰ』（東京法令出版、2008年、以下「蔭山本」という。）である。というのも原判決は、性風俗営業が「本来的に備える特徴」を「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」ことにあるとし、それが「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」に反するとするところ（16頁）、これは、以下に述べるように、性風俗営業のサービス内容の本質に着目し、その本質が親密・特殊な関係性の原則と性行為非公然性の原則という2つの性道徳に反するとする点において、蔭山本における説明と一致するからである。

蔭山本は、性風俗営業が許可制になじまないことは「明白である」として、その理由について「性行為非公然性の原則」と「本質的不健全性」という2つの項目を付して以下のように述べる。

第一に、性的なサービスというものは、それが客から対価を得て利益を上げる営業であるがゆえに、必然的に性行為、性交類似行為、性器、性癖等についての内容を公衆に広告、宣伝等して提示するものとなるところ、そのような人間の本能的・動物的・利己的側面の露出は、人間の理性的・精神的・社会的側面と反発し、これが通常一般人のあまねく備える羞恥感情を害するからである。公共空間において、性行為、性器等を公然と露出することが通常一般人の羞恥感情を害するのと同義であるが、そのようにあってはならないとするのが性行為非公然性の原則と呼ばれるものである。また、そのような本能的側面の露

出は、羞恥感情を害するのみならず、性欲をいたずらに刺激し、理性による制限を弱化せしめる。そうすることによって、法一般が要求する必要最小限度の性道徳・性秩序を危殆に瀕させることとなる（その悪影響を被りやすいのは、特に判断力が未成熟な年少者である。）。性的なサービスを公的に認知し、営業を営むための水準・要件を公的に設け、更には推奨すべき方向性を公的に定めることは、そのような性行為非公然性の原則からしても、少なくとも現時点においては、採用することはできないと思われる。

そして、第二に、性的なサービスというものは、それが客から対価を得て利益を上げる営業であるゆえに、必然的に一時的・便宜的・商業主義的なものとなり、我が民法の採用する一夫一婦制を基盤とした性道徳秩序に、少なからぬインパクトを与えるからである（その悪影響もまた、年少者が、サービスの提供を受ける側となり、あるいはサービスを提供する側となって、顕著に被るものである。）。性行為・性交類似行為は、既述のように、非公然であることが社会一般の羞恥感情からして求められるものであることから、極めて親密かつ特殊な関係性において観念されるものであるともいえる。そのような極めて親密かつ特殊な関係性とは、通常、婚姻又は婚姻を前提とした真摯な、継続性・安定性・特定性を指向する関係である。その基盤が一夫一婦制である。ところが、性的サービスは、性行為でないとしたところで、それに類する又はその代償となるサービスであり、それに対価を設定した取引であるため、真摯な関係も、継続性・安定性・特定性も指向しない。まさに一時の性的好奇心を満たすため、あるいは性的好奇心をそそるためのビジネスであるから、「性を売り物にする」と評される（本来的に売り物にしてはならないという道徳律

が存在するから、これが極めて否定的な表現として巷間採用されるのである。)。これが、我が国民法が採用する一夫一婦制との関係において、性風俗関連特殊営業の属性が「本質的にいかがわしい」と評されるゆえんであると解される(誰がどのように営んでも不健全であるから、健全化ということも観念できないこととなる。)

前掲蔭山29頁以下(強調は引用者)。

蔭山本は風営法の解説書籍であるから、性風俗営業について「不健全」であるから健全化の対象にもなり得ないとする際の「健全化」とは、風営法1条におけるそれを指すものと考えられる。また、その不健全性の内容としては、性行為非公然性の原則と親密特殊関係性の原則という2つの性道德への違背が挙げられている。

(2) 蔭山本が依拠する本質的不健全論の背景

前述のとおり、「本質的に不健全」とする説明は、平成10年改正法の審査の終盤になって突然登場した。しかし、この説明が国会議事録に登場するのは、実はこれが最後である。平成10年以降、風営法に対しては重要な改正がたびたびなされてきたものの、その際、性風俗営業は「本質的に不健全」であるとの政府答弁は存在しない。

「本質的に不健全」の意義をめぐる学説は大きく2つに分かれる。蔭山本をはじめ、警察関係者の著述においては同様の見解が2001年(平成13年)ころから散見される一方、不健全性の内容・根拠について、国会答弁と同様に法的弊害の発生と関連づけようとする見解も少なからず見られる(「性風俗関連特殊営業は、本質的に性を売り物とする不健全な営業であって、ともすれば売春の周旋、公然わいせつ、わいせつ物頒布等の犯罪行為に移行しやすい業態」(屋久ほか「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律」警察学論集59巻4号(2006年)20頁)とする記述など)。

前者の本質的不健全論は、平成10年改正をきっかけに登場する。昭和59年改正以降は「やや正常」な風俗営業を法規制の対象とし、「正常といえる余地のない」ものを違法風俗として位置付けていたとされる（甲106・8頁：「やはりセックス産業を対象とするにいたしましても、やや正常な、法律に触れない営業というものが存在するということで初めて関連営業として認め得るということでございまして、それがのっけから売春を目的にするような営業というのは、正常の営業と言える余地が全くない営業ということになるわけでございます。」との発言、その他村上泰「風俗関連営業の規制と考え方」警察学論集38巻6号（1985年）69頁、防犯保安協会編『新版防犯保安警察概説』（立花書房、1987年）391頁等）。

これに対し平成10年改正法により無店舗型風俗営業が規制対象に含まれることとなり、立地規制になじむかどうかという視点を超え、性風俗営業であれば可能な限り風営法の規制対象とするべきであるという流れが生じてきた。

このような流れと同時期に登場したという経緯からすれば、本質的不健全論は、風俗営業と性風俗営業の位置付けについてさらなる差別化を進めたいという（警察関係者の）政策的な意図の現れと考えられる。換言すれば、健全化の措置の対象とされる風俗営業との比較のため、性風俗営業は「不健全」なものでなければならなかったのである。そして従来不明瞭であった不健全さの内容について性道徳の2つの原則から説明したのが蔭山説である。

蔭山説の論理の流れは大きく3つに分かれる。第1に、性風俗関連特殊営業を、その他の風俗営業と対比させるために本質的に健全化できない業種であると決めつけ、健全化できないということは本質的に不健全であると言い換えた。第2に、本質的に不健全な理由として2つの性道徳原則をあてがった。第3に、性風俗関連特殊営業は性道徳原則に反するが故に健全化できない、と結論づける。これはつまり、「健全化できない→不健全である→性道徳に反する→健全化できない」のループを生み出すことである。

原判決は、本質的に不健全であるとは明言こそしないものの、蔭山説のこのループを根拠として、性風俗関連特殊営業が2つの性道徳原則に反するとし、かつこのような性質を持つからこそ性風俗営業は「健全化」の対象になり得ない、と結論づける。このように、本質的不健全論は、風営法1条と原判決とをつなぐ鍵になっている。

(3) 風営法における「健全化」の意味は蔭山説のようなものではない

蔭山説も原判決も「風営法にいう健全化とは、性的道義観念に反しないことである」という命題を前提とする。しかしながら、蔭山説や原判決が述べるように、「性的道義観念に反するから健全化の対象になり得ない」と言うことなどできない。以下のとおり、風営法の条文に「健全化」（1条）が盛り込まれた経緯を見れば、風営法における「健全」性の概念は、性的道義観念に適うか否かという基準とは無関係なのである。

風営法1条は、風営法の直接的な目的として、営業時間等の制限、年少者の立入らせの規制、そして風俗営業の「業務の適正化を促進する等の措置」を講ずることを挙げつつ、究極的な目的として、「善良の風俗の保持」「清浄な風俗環境の保持」「少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止」そして「風俗営業の健全化」を挙げる。これらの大きな目的のうち、前三者（以下「善良の風俗の保持等」）は、風営法が数次の改正を経る中で与えられてきたものであるのに対し、最後の目的（「風俗営業の健全化」）は、昭和59年の題名改正を伴う改正によって導入された目的である。これは昭和59年改正という実定法により、積極目的が加味されたものとされる。

それでは、健全化という積極目的に基づく働きかけは、果たしてどのような内実を持つものとして解されるべきか。解釈に際しては、1条に掲げられている他の究極目的との関係を検討する必要がある。

この点、「善良の風俗の保持等」（前三者）が、「健全化」をも指導する基本的な原理である、とする解釈がありえる。おそらく原判決が採用した解釈である。これは、「健全化」を「善良の風俗の保持等」を実現するための手段的なものとする解釈である。この解釈に基づく場合、健全か否かを判定する基準は「善良の風俗」にどれだけ適うかに依ることとなり、「善良の風俗」の意味が問題となる。そして警察庁の通達では「国民の健全な道義観念により人の欲望を基盤とする風俗生活関係を善良な状態に保持すること」を「善良な風俗」としているため、その実現のための「健全」についても、国民の性的「道義観念」との適合性が求められることとなる。

しかしながら、この解釈は誤りである。なぜならば、「健全化」を「善良の風俗」の手段的なものと解する場合、「健全化」は積極目的ではなく消極目的となってしまうためである。というのも、「善良の風俗」をどのように解釈しようと、風営法が警察規制立法である以上（高木俊夫・金築誠志「Ⅱ風俗営業等取締法」平野龍一ほか編『注解特別刑法第7巻風俗・軽犯罪編』（青林書院、1982年）15頁）、風営法という文脈における「善良の風俗」は、警察法2条における警察の責務の範囲内である犯罪予防という意味合いを中心に解されることになるからである。そもそも、警察権力が国民の性的道義観念を促進・助長するという事態を風営法が予定しているとは想定できず、このことは昭和59年改正の際に政府答弁が強調したところでもあった（甲107・13頁：「私どもは何もその「善良の風俗」という言葉を使って、いわゆる社会の道義的な秩序というものを使命感に燃えて何とかしようなどという考え方はいささかもございません。そういう問題は警察の問題ではないと私どもは考えておるわけです。」との発言参照）。したがって、「善良の風俗」を積極目的と解することはできない。

他方で、「健全化」を消極目的的な意味として読むこともできない。そもそも風営法が風俗営業を取締りの対象としていた時代でも、取締りの反射的效果としての健全化が観念されていたわけであり、したがって昭和59年改正でこの上に追加的

に掲げられた「健全化」を、単なる弊害防除の結果、すなわち消極目的にとどまると解することはできないためである。

したがって、「善良の風俗の保持等」と「健全化」はそれぞれ独立した概念であると解釈せざるを得ない。そうすると、その場合に「健全化」とは何を目指すものであるかが問題となる。これについては、風営法が「健全化に資するため」「業務の適正化を促進する」措置として現に置かれている各規定（風営法第3章（12条以下））を確認する必要がある。

これらの条文のうち、たとえば営業時間の制限（13条）や接客従業者に対する拘束的行為の規制（18条の2）などは、弊害防止のための措置と考えられるが、「健全化に資するため」の典型的な措置とは言えない。これに対し、管理者制度（24条）などは、風俗営業事業者の自主性を尊重するための制度であり、事業者の相当程度の遵法意識と自主的な措置に期待する趣旨とされる。昭和59年改正法が、それまでのように単なる取締りのみを行うのではなく、それを越えて健全化を促進するものであったとして、そこに新たに加わった健全化の要素の内容は、風営法による諸規制（それ自体では単なる取締りと変わらない）に対する自発的な遵法を促すというものと解さざるを得ない。

実際、昭和59年改正において、性風俗営業が自主的な遵法の促進という意味での健全化の対象に馴染まないとされた理由としては、荒稼ぎをしてはすぐに廃業する者が多いという当時の社会背景が語られていた（乙2・9頁、甲105・22頁、甲107・13頁、同14頁等）。そこに性道徳や性的道義観念を結びつける要素は全く見られない。

以上のとおり、風営法における「健全」化の概念には、性道徳・性的道義観念の観点が入る余地がない。風営法における健全性概念は、性道徳・性的道義観念に適えば健全でそうでなければ不健全というような評価基準を全く含んでいないのである。

(4) 小括

以上のとおり、風営法の条文に「健全化」が盛り込まれた経緯に照らし、風営法の条文解釈として「健全化できない→不健全である」という解釈は取り得ない。風営法における健全性の概念は、性的道義観念に適うか否かという基準とは無関係である。

3 小括

原判決は、風営法の条文と昭和59年及び平成10年の風営法改正に際しての政府答弁を「踏まえて」、性風俗営業の本来の特徴が大多数の国民が共有する性的道義観念に反するという認定を導き出した。しかし、2つの政府答弁は性風俗関連特殊営業の事業内容が国民の性道徳や性的道義観念に反するなどという本質的な評価を行っていない。また、条文解釈としても風営法の「健全」という用語は、性的道義観念に適うか否かという基準とは全く関係がない。これらをどう「踏まえて」も、性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念に反するなど認定することはできない。原判決には無視できない法令解釈の誤りがある。

第3 風営法の許可制／届出制から性的道義観念論を導くこともできない

1 風営法上の許可制／届出制から国民の性的道義観念を導く原判決の認定

原判決は、「国が、性風俗関連特殊営業に求められる適正な業務等の水準なるものを公的に示して当該水準に達することを推奨したり、一定の水準に到達したものを許可という形で公的に認知したりすることは、上記のような大多数の国民が共有する性的道義観念にも反して相当ではないこと・・・から・・・営業禁止地域等の厳格な規制を課した上で、違法行為が行われた場合には直ちに行政処分や刑事罰をも

って臨めるようその実態を把握するための方策として届出制が採用されているものと考えられる」とし、このことを風営法における性風俗営業の取扱いの合理性を支える根拠の一つであるとした。

2 風営法は外的環境を規制するにとどまり、許可制／届出制の採用は性的道義観念と全く関係がない

まず前提として、これまで述べてきたとおり、風営法は性風俗営業に関し、基本的には地域の風俗環境の保護または少年の健全な育成という観点からの規制、すなわち立地規制や広告規制などに重点を置いてきた。数次の改正を経てさまざまな規制がなされてきたが、いずれの改正においても性的サービスの内容それ自体について評価することはしていない（事実上の黙認）。むしろその規制の観点において、性的サービスが性的道義観念に反するかどうかという視点を事実上放棄している。仮に、風営法上、性風俗営業が性的道義観念に反し得るとすれば、それは性的サービスそれ自体についてではない。その見え方における本能喚起性・歓楽性・享楽性という、外的視点において付加された要素についてである。風営法は風俗環境の問題として構成されるべきであって、性的道義観念なる漠然とした概念に依拠していない。仮に風営法が採用した許可制／届出制が何らかの意味で道徳的評価と結びつくとしても、その対象は性風俗営業のサービス内容それ自体ではなく、風俗環境についての許可ないし助長である。

また、そもそも風営法における届出制も、刑罰により一般的に禁止した上で届出という要件によりこの禁止を解除するという意味では「学問上の許可」に該当すると解されており（関根謙一ほか編『講座警察法』第1巻76頁（立花書房、2014年））、風営法における許可制と届出制は、実際のところは相対的なものである。届出制だから公認・公知はしていないという言説は建前に過ぎず、現実的には一定程度の公認の要素をすでに含んでいる。届出制の採用を性的道義観念と結びつける原判決の論理は、届出制の理解も誤るものである。

以上のとおり、風営法は規制の対象として風俗環境などの外的な要因のみと結びつくものであり、性的道義観念とは結びつかない。そのため許可制／届出制の区別と性的道義観念は関係がない。原判決が風営法の規制システムを解するに当たり、性風俗関連特殊営業に許可制を採ると性的道義観念に反する、とした解釈には誤りがある。

第4 風営法の趣旨から持続化給付金制度における不支給を導くこともできない

原判決は、風営法において性風俗営業が公認の対象とされていないこと「に鑑み」、国が性風俗営業事業者の事業の継続の下支えを行うことも性的道義観念に反することになることを、本件不支給の根拠とした。その際、「他の政策との整合性」「国民の理解」「給付の費用対効果」への考慮の必要性が、この判断を正当化するとされた。

しかし、これまで述べてきたとおり、そもそも風営法の解釈として、性風俗関連特殊営業が性的道義観念に反するとされる余地があるとしても、その道義観念の内容は、サービス内容に関するものではなく風俗環境の保護という視点からのものであり、その観点からの懸念は立地規制等により対応されている。それでもなお、持続化給付金制度の下で性的道義観念との関係が考慮される場合には、給付金制度の制度趣旨との関連性が検討されなければならないが、その関連性は全くなく、また、性風俗営業がそれ自体として風営法の規制目的などから独立して一定の性道徳に反するということもできない。

1 持続化給付金制度において考慮されるべき性的道義観念の内容

持続化給付金制度の下では、あらゆる職種の中から性風俗関連特殊営業の事業者だけがあえて取り上げられ、この事業者についてのみ不支給とされている。原判決はその差別的取扱いの合理性の根拠として性的道義観念を挙げるが、そうであるならば持続化給付金制度が目的とする「事業の継続の下支え」を阻害するような性的道

義観念上の弊害がどのようなものであるかが明らかにされなければならない。しかし、前述のとおり、風営法における「性的道義観念」は、立地規制により対処される風俗環境上の懸念にすぎないから、事業の下支えの是非という論点とは全く相容れない。原判決はそれ以外に、事業の下支え措置を除外することを正当化するような性道徳上の問題について全く検討なされておらず、強いていうなら「国民の理解」の得られないことのみが主要な根拠として示されている。しかしこれは非常に漠然とした概念であり、ほとんど「国民の偏見」という意味と変わらない。

原判決はなぜ、最終的にこのような漠然とした性道徳論に依拠せざるを得なかったのか。それは、判旨の根本的なところで性風俗営業における性的サービスの本質あるいは「本来的特徴」を抽出し、これを風営法による規制場面を超えてあらゆる場面に当てはめようとしたからであると考えられる。いわば、国側の主張した「本質的に不健全」とか、原判決にいう「本来的特徴からして性的道義観念に反する」というスローガンが独り歩きした結果、無内容な根拠により不利益を生じさせることがまかり通ってしまうという結果になったものと考えられる。

2 本質的に「性的道義観念に反する」こともない

念のために、性風俗営業のサービス内容それ自体が、性行為非公然性の原則や親密特殊関係性の原則に反するものと言えるかどうか、まさに「本質的」あるいは「本来的」なレベルでそのような評価が可能かどうかを検討する。

蔭山本では、「必然的に性行為、性交類似行為、性器、性癖等についての内容を公衆に広告、宣伝等して提示する」ことで、人間の本能的側面を露出させ、羞恥感情を害することになり、これは性行為非公然性の原則が害される羞恥感情と同義であるとする。しかしここには、広告・宣伝等を性行為の公然性を直結させる論理の飛躍がある。風営法が問題とするのは、性風俗営業のサービス内容そのものではなく、広告・宣伝等を通じた、性的サービスという概念の外部への表示にすぎない。そして、概念それ自体は性的行為を行わない。いわゆるチャタレー事件最高裁判決

(最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁)において真野裁判官は、多数意見が述べるところの「『性行為の非公然性』とは、性行為を公然と実行しないというだけの意義を有するに過ぎないものである。『性行為の非公然性の原則』というといかにもいかめしく聞えるが、その中味はただこれだけのことである」と述べ、「性行為の非公然性の原則に反するとは、性行為を公然と実行するということに帰着する」から、書籍が同原則に反することは「ありえない」と喝破する(同第101回7頁)。性風俗関連特殊営業の広告も同様であり、性行為非公然性の原則に反することはあり得ない。

また、そのような概念の存在それ自体が性的羞恥心を害することがあったとしても、それは性行為が現に公然と行われているときに害される性的羞恥心と質的には全く異なる。さらに、現代では性風俗事業の広告の大部分が、成人以上を限定的に対象とするインターネット上に移行している。広告を理由に性風俗営業の本来的特徴が性行為非公然性の原則に反するとは言うことはできない。

次に、蔭山本では、性行為非公然性の原則を根拠として、性的行為は親密・特別な関係の間でのみ行われるべきことが帰結され、それは一夫一婦制として法律上の基礎を与えられている、と説明される。これに対し性的サービスは、一時的・便宜的・商業主義的な要素を持つため、この性道徳原則に反するというのである。

このように導かれる親密特殊関係性の原則については、まず、そもそも非公然性の原則から帰結させることなどできない、という問題がある「性行為を公然と実行しない」という非公然性の原則と、親密な相手以外とは性行為を実行しないこととは、論理的にも実質的にも何らの結びつきはない。親密でない相手と非公然に性行為をすることは、非公然性の原則には何ら反しないのである。非公然性の原則を根拠に親密特殊関係性の原則を導くことはできない。

また、親密特殊関係性の原則は、現代日本の社会内においても、また広く他の社会・文化を見ても、例外が多数認められるところであり、それ単独としても、チャレー事件判決が述べるところの、「超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」などということとはできない。そのため同判決が述べる法が任務とする最小限度の性道徳に含まれるものではない。

さらに、親密特殊関係性の原則なるものが道徳としてあるとしても、この原則の違背は性風俗関連特殊営業に分類される営業のすべてに生じるわけではない。たとえば風営法2条6項4号（ラブホテル）や5号（アダルトショップ）は、「継続性・安定性・特定性を指向」する「真摯な関係」にある異性カップルに対しても性的サービスを提供することが可能であり、かつ実際に提供されている。原判決が性風俗営業全般に共通する本来の特徴としてこの性道徳原則に違背すると述べている部分には論理矛盾がある。

そして何より、どのような相手（異性であるか同性であるかを問わず）とどのような性的関係を結ぶかは基本的に性的自己決定の問題であり、個人の尊厳と密接に関わる。親密特殊関係性の原則（特に蔭山本におけるそれ）なるものは、性的自己決定権よりも法制度（婚姻制度）およびそこから派生するとされる性道徳を優先する思考の現れであり、人権よりも漠然とした価値をアприオリに前提としており、採用し得ない（甲第101回（玉蟲意見書）も参照）。

3 職安法の「有害業務」規定との関係

最後に、職業安定法63条2号の「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務」（いわゆる有害業務）の該当性と性道徳との結びつきについて検討する。一部の裁判例の中には性風俗関連特殊営業のうち一部の業務内容に着目し、有害な業務と認定するものがあり、性風俗営業の一部について、法が性道徳に違背するものと扱っている旨の主張の根拠になり得るとも思える。

しかし、まず職安法63条2号の文言をそのまま性風俗関連特殊営業一般の法的性質の認定に援用することには明確性の原則に照らして問題がある。判例（最決昭和36年12月6日集刑140号375頁）では、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務」という文言について、「売春を業とする接客婦の雇用をあつ旋した場合」という具体的

事実に「適用する限りにおいては、何ら明確を欠くところはない」という形で処理されており、事例を限定せず適用する場合には明確性原則に反する可能性を含蓄している。また裁判例でも、有害業務について、犯罪を構成するまたは犯罪に極めて近い業務を意味するとまで限定的に解釈するものがある。売春等の犯罪行為に及ばない性風俗関連特殊営業一般が、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務」であると援用することは明確性の原則に照らして問題がある。

また、実質的にも、職安法は「各人にその能力に応じて妥当な条件の下に適当な職業に就く機会を与え、職業の安定を図ることを大きな目的とする」法律であり、同法における有害業務に該当するかどうかはこの趣旨に照らして判断される。性的サービスが有害業務であると認定された例は、たとえば女衒行為の排除といった特定の職業紹介の事例の下でなされたということを重視すべきである。職安法に照らしても性風俗関連特殊営業全般が「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務」などと認定することはできず、ましてや本質的に不健全であることの認定根拠に用いることも許されない。

4 小括

以上のとおり、そもそも風営法の解釈として、その道義観念の内容は、サービス内容に関するものではなく風俗環境の保護という視点からのものであり、その観点からの懸念は立地規制等により対応されている。性道徳・性的道義観念との整合性などは、風営法において考慮されていない。

それでもなお、持続化給付金制度の下で性的道義観念との関係が考慮される場合には、給付金制度の制度趣旨との関連性が直接検討されなければならないが、その関連性は全くなく、また、性風俗営業がそれ自体として風営法の規制目的などから独立して一定の性道徳に反するということもできない。持続化給付金の不支給に合理性を認めた原判決の認定には誤りがある。

第5 結後

以上のとおり、原判決が、①性風俗営業が性的道義観念に反するとした箇所、②性風俗営業を許可制などで公認することが性的道義観念に反するとした箇所、そして③性風俗営業に対して事業の下支えをするような給付をすることが性的道義観念に反するとした箇所は、いずれも根拠がない。すなわち、

- ・ 原判決は、風営法の規定と昭和59年および平成10年風営法改正に際して述べられた政府答弁「を踏まえて」、性風俗営業の本来的特徴が性的道義観念に反するものであると述べたが、この説明には根拠がない。
- ・ 風営法が性風俗営業に対して許可制を採用していないことも、もしそうすれば性的道義観念に反するからであるとしてその合理性を説明したが、ここで性風俗営業の本来的特徴についての評価基準である性的道義観念を援用することは誤りである。
- ・ 原判決は、風営法において性風俗営業が公認されていないことに「鑑み」、持続化給付金制度のあり方について行政機関が「国民の理解」を考慮する必要性があることからして、性風俗営業に対して事業の下支えのための給付を行うことは性的道義観念に反するとしたが、ここには合理的な根拠がない。

原判決の根本部分には、性風俗営業のサービス内容が本来的特徴からして性的道義観念に反するという大前提がある。その結果、性風俗営業に関わる一切の施策の根底にこの大前提が措定されることになり、各施策の制度趣旨とは無関係に、性道徳を理由にした区別の正当化が図られることになる。持続化給付金制度にも同様のことを指摘することが可能であり、この大前提が成立しえないものである以上、持続化給付金制度における区別も合理性を失う。

付言すると、風営法が性道徳秩序に介入するものであるかのように、そしてまた性風俗営業に対して性道徳的非難を温存しているかのように解釈する余地に開かれ

ている点には十分注意が必要である。これを是認すると、性風俗営業は、風営法の中で、公認されているのに公認されないという、宙吊りの状態に置かれることになる。その結果、性風俗営業を法に内在させながら法的保護から排除するという状況を生み出すことにつながる。いわば、「『いかがわしい』からいつでも潰せるけれどもあえて潰さずに大目に見る、という意味での『公認』」である（甲109・岩切大地「売春法制と性風俗法制の交錯-個室付浴場規制の法的性質をめぐって」陶久利彦編『性風俗と法秩序』（尚学社、2017年）参照。）。

原判決の論理で言えば、性的道義観念という融通無碍な概念が、性風俗営業から存在の正統性を奪うことであらゆる不利益扱いを正当化し、しかしながら法的に禁止させず、同時に法律上位置付けている事実を隠蔽するために機能することになる。何よりも、道徳論を無媒介に遍在させる法解釈は、結果的に、性的サービス従事者個人を道徳逸脱者でふしだらな存在として、さらには包摂ではなく排除の対象として扱うことに帰結させるおそれがある。これは、原判決が「性風俗関連特殊営業を行う事業者やその従業員、あるいは同事業者から委託を受けて接客業務を行う事業者であっても個人として尊重され、法の下に平等な取扱いを受けるべきことは当然であり、こうした個人の生命や自由の保障について、当該個人の職業に基づく差別が許容されるものではないことはいうまでもない」（20頁）と述べたことに反する事態である。

以上