

令和5年4月4日

東京高等裁判所 御中

意見書

神戸大学 大学院法学研究科 教授 興津 征雄



東北大学 大学院法学研究科 准教授 堀澤 明生



目次

第1	本意見書の対象事項	1
第2	前提——本件各規程の司法審査対象性	1
第3	司法審査の観点——首尾一貫性の要請	3
1	序説	3
2	首尾一貫性の要請とは何か	3
(1)	首尾一貫性の要請と平等原則に基づく審査	3
(2)	資金交付行政における首尾一貫性の要請	5
(3)	首尾一貫性の要請に基づく司法審査の先例について	5
ア	序説	5
イ	大阪高裁平成14年7月3日判決	6
第4	本件における首尾一貫性審査の適用	9
1	本件各規程における基本決定	9
2	原判決の判断枠組みと首尾一貫性審査	10
3	本件除外の正当化理由の不存在	12
(1)	原判決の理由づけ	12
(2)	風営法における許可制と届出制の区別	12
(3)	風営法上の区別が本件除外の正当化事由にはならないこと	14
第5	結論	15
	本意見書の執筆者について	16
	興津 征雄（おきつ ゆきお）	16
	堀澤 明生（ほりさわ あきお）	17

第1 本意見書の対象事項

本意見書は、御庁令和4年（行コ）第198号持続化給付金等支払請求控訴事件（以下「本件」という。）について、控訴人訴訟代理人弁護士らの依頼により、意見を述べるものである。本意見書の執筆者2名（以下「筆者ら」という。）は、大学においてそれぞれ行政法の研究・教育に従事している。本意見書においても主として行政法の見地から意見を述べる。

本件の原判決（東京地裁令和4年6月30日判決・令和2年（行ウ）第455号）は、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者から除外していること（以下「本件除外」ということがある。）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などと判断して、原告の請求を棄却した。本意見書は、原判決のこの判断を批判的に検討し、結論として、本件除外は平等原則に反し違法であると論じることを目的とする。

以下では、本件各規程が司法審査の対象となることを確認し（後記第2）、司法審査の観点として首尾一貫性の要請を提案し（後記第3）、これに基づいて本件除外を審査すると、本件除外が違法といえることを示す（後記第4）。

なお、本意見書では、本件除外の適否を行政法上の法の一般原則である平等原則との関係で検討するが、本意見書で述べることは、平等原則の基礎にある憲法14条1項との関係でも妥当する。以下においても、憲法14条1項適合性に関する原判決の判断を、本意見書で提唱する判断枠組みのもとで検討する（後記第4の2）。したがって、本意見書の主張内容は、憲法14条1項に基づく違憲審査にそのまま転用することができる。

原判決に定義された略語は、特に断らない限り本意見書でもそのまま用いる。

第2 前提——本件各規程の司法審査対象性

本件において原告は、給付対象者として持続化給付金規程4条1項及び家賃支援給付金規程4条1項の要件を満たしうる者であるにもかかわらず、持続化給付金規程8条1項3号及び家賃支援給付金規程9条1項3号の不給付要件（本件各不給付規定）に該当することを理由に、不給付とされている。本件各規程はいずれもいわゆる行政規則（行政内部規定）であり、法令ではない。そのため、本件各規程を根拠としてされた不給付、あるいは本件各規程それ自体が司法審査の対象となるかが一応問題となりうるので、念のために検討しておく。

本件各給付金の給付の法律関係については、原審における碓井光明意見書（甲32）による分析があり、そこでは補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律がないこと、国と給付対象者との間で贈与契約を締結して行われることが示されている。この点は原判決も（前者の点については黙示的に、後者の点については明示的に）前提としており、本件において争点となっているわけではない。したがって、本意見書でも同じ前提をとる。

このように給付が贈与契約によって行われるものであったとしても、資金交付行政を行う主体が自由に契約の相手方を選定することができるわけではない。資金交付行政は公金を原資として行われ、公の目的に奉仕するものである以上、交付主体は契約自由を享受するわけではなく、平等原則が妥当する¹。もっとも、資金交付行政は一定の公益目的を達成するために行われるので、当該事業目的に適合するように給付対象者の資格要件や選定基準を設けたり、それに基づいて具体的な給付対象者を選定したりすることが、直ちに平等原則に違反するわけではない。平等原則が禁止するのは合理的理由のない差別的取扱いであるから、ある者 A に給付をし別の者 B に給付をしないことが合理的理由に基づいていれば、B に対する不給付が直ちに違法となるわけではない。しかし、合理的理由がなければ、B に対する不給付は、法の一般原則としての平等原則に違反するものとして、違法となる。したがって、裁判所はこの点について司法審査を行うことができるし、またすべきである。

本件各規程は、行政法学上「給付規則」と呼ばれているもの²に当たる。資金交付行政は実務上法律の根拠がなくても行うことができると解されているところ（侵害留保説）、前述のとおり給付対象者の資格要件や選定基準を設ける必要があるために、給付主体が内部的に定めた規則が給付規則である。給付規則の法的性質は前述のとおり行政規則（行政内部規定）であって、法令ではないから、給付規則は法としての効力は有しない。しかし、前述のとおり給付主体は平等原則に拘束されるところ、①給付規則によれば給付金の受給要件を満たす者に、合理的理由なく給付を拒絶すれば、そのことが平等原則違反に当たり、違法となる³。給付規則は、このような意味で外部効果をもちうる。ただし、このことは当然ながら、給付規則それ自体の内容が合理的であることを前提としている。つまり、②給付規則自体が一定の類型の者を給付対象者から排除している場合には、そのことにつき給付要件を満たす者との関係で合理的理由がなければ、当該給付規則は当該類型の者を排除している点で平等原則に違反し、その限りで違法になるというべきである⁴。本件では主としてこの②の点が問題となっている。裁判所はこの点について司法審査をすることができるし、またすべきである。

¹ 塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）202頁。塩野は「要綱は民法上には申込の誘引としての意味を持つが、補助金行政の特殊性からして、……自己拘束的な意思表示がそこに存在していると解される」とする（傍点は筆者らが付加した。）。

² 塩野宏『行政法 I 行政法総論〔第6版〕』（有斐閣、2015年）119頁。

³ 塩野・前掲注2、119頁。

⁴ 大阪高判平成14年7月3日判例時報1801号38頁は、合理的理由のない差別となる支給要件が給付規則に規定された場合に、当該条項が公序良俗に違反し、無効となると解している。当該事件については後記第3の2（3）で取り上げる。

第3 司法審査の観点——首尾一貫性の要請

1 序説

前記第2のとおり、筆者らは、給付規定としての本件各規程の合理性を平等原則を基準として審査すべきであると考え、その際の観点として、「首尾一貫性の要請」を提案したい。首尾一貫性の要請は、このあと述べるとおり、ドイツ法で発展してきたものであるが、日本法にまったく異質な新規概念というわけではない。むしろ、日本の従来判例も、「首尾一貫性の要請」という言葉は用いないものの、実質的に本意見書がこれから述べるような方法で司法審査を行ってきたと見られる。「首尾一貫性の要請」とは、そのような方法を言語化・概念化し、平等原則に基づく審査をより行いやすくするための補助線である。

2 首尾一貫性の要請とは何か⁵

(1) 首尾一貫性の要請と平等原則に基づく審査

首尾一貫性の要請に基づく審査は、ドイツ法において、租税法領域を主として発展し、平等原則をめぐる審査一般に波及している⁶。1950年代後半から60年代にかけて裁判所の思考に現れ始める。そして1990年代以降、連邦憲法裁判所は首尾一貫性の要請に基づき積極的に平等原則違反を認定するようになる。このような動向が日本の憲法学者の注目を集め、日本の憲法解釈論においても急速に存在感を増している概念である⁷。

論者の要約を引用すれば、「「……立法者による一次的判断権の行使を受けて、立法者の基

⁵ 筆者らのうち堀澤は、原判決について、法学セミナー誌上にて紹介記事を執筆している（堀澤明生「本件第一審判批」法学セミナー814号（2022年）132頁以下）。その際には、学生に対する紹介記事という性質のため、原判決のありうる理解を示すという執筆方針で臨んだ。このために、首尾一貫性審査について、立法府の民主的な基本決定を要求し、それ以外のものを認めないという思考がありうるという発想を原審はしたと推察している。しかし、首尾一貫性は「法的」決定として制度を作る際の当然の要請であり、行政府が制度を設ける際にも要求される（最判平成28年12月15日判例時報2328号24頁〔京都府風俗案内所規制条例事件〕に関する櫻井智章「京都府風俗案内所規制条例最高裁判決」判例評論708号＝判例時報2353号（2018年）154頁以下、156～157頁）。行政府による制度形成に首尾一貫性審査が適用されたと見うる例として、大阪高判平成14年7月3日判例時報1801号38頁がある。同判決については、後記（3）イで分析する。

⁶ 高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学13巻3号（2014年）165頁以下、鈴木秀実＝三宅雄彦編『ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）96～98頁〔土屋武執筆〕。

⁷ 矢野常寿ほか編『憲法学のゆくえ』（日本評論社、2016年）399頁以下〔山本龍彦〕、渡辺康行ほか『憲法I 基本権』（日本評論社、2016年）86頁〔渡辺康行〕、栗島智明「平等取扱いの要請と行政・立法の『自己拘束』」法学セミナー812号（2022年）77頁以下、79～81頁などを参照。

本決定との首尾一貫性を検討する」審査手法として理解されるものであり、立法者を拘束する基準の内容が立法者自身によって定められたものであるという点から、「立法者の自己拘束」とも呼ばれている⁸。「立法者は、どのような基本原則に従って法制度を形成するかについて、広汎な自由の下で決定することができる。しかし、一旦ある法制度の基本原則を選択した場合、そうである以上、その制度の基本原則を首尾一貫させなければならない。」⁹。

首尾一貫性の要請は、平等原則や法治主義に基づく要請であり、形式的意味の立法に限定されず、国家行為一般に妥当するものである。先に挙げた引用にいう「立法者」は代表的な国家行為者を挙げているにすぎず、行政機関が第一次的な制度形成者になる場合にも首尾一貫性の要請は当然に及ぶ。そこで、以下では「立法者」に代えて「制度形成者」を主語とする。

首尾一貫性の要請は、敷衍すると、以下のような思考をとる。制度形成者は、そもそも大枠としての制度を立ち上げるべきか、立ち上げるとして、これをどのような趣旨・目的の下で行い、基本的にどのような者を対象とすべきかといった、第一次的な判断を行う。これを「基本決定」と呼ぶ。制度形成者は、その次に、この基本決定に基づいて個別具体的な制度の仕組みを定める二次的な判断を行う。その際に、制度形成者は、自らが行った基本決定に拘束される。基本決定をする際の裁量（一次的裁量）は広範なものであったとしても、具体的な仕組みを定める裁量（二次的裁量）は、既に行使された一次的裁量の結果である基本決定と首尾一貫するように行使されなければならない¹⁰。

首尾一貫性の要請は、平等原則に基づく審査の密度を高めることに資する。その理由は以下のとおりである。平等原則は、等しいものを等しく取り扱うことを命じるが、異なるものを異なるとして取り扱うことを禁じない。したがって、平等原則に基づく審査が意味を有するためには、比較の対象となっている者AとBが平等取扱いをしなければならないほどに本質的に同一であることが具体的に明らかにされる必要がある。ところが、AとBが「本質的に同一」であるかどうかは、一定の観点を設定しないと答えの出ない問題である。この観点的設定が茫漠としていると、本来は本質的ではない点に基づいてAとBは「同一ではない」と判断され、異なる取扱いが正当化されてしまいかねない。そうすると、平等原則に基づく審査の密度は低くならざるをえない。しかし、首尾一貫性の要請に基づく審査においては、何が本質的な同一性・共通点かを判断するための観点を、基本決定に依拠して設定することができる。こうして裁判所は制度形成者の制度形成における裁量を認めつつも、その審査密度を高めて審査を行うことができる¹¹。

つまり、基本決定に基づく二次的判断により制定された具体的な仕組みについて裁判所

⁸ 高橋・前掲注6、168頁。

⁹ 渡辺ほか・前掲注7、86頁〔渡辺〕。

¹⁰ 宍戸ほか編・前掲注7、399～400頁〔山本〕。

¹¹ 高橋・前掲注6、205～208頁。

が平等原則に基づいて審査するにあたっては、制度形成者自身の基本決定を手掛かりとして実質的な統制を裁判所は行うことができるし、またそうすべきである。

(2) 資金交付行政における首尾一貫性の要請

資金交付行政については、交付主体による制度形成の裁量が認められるものの、公金の支出を伴うために、公の目的に資する必要があるとともに、平等原則の要請が働き、本質的に同一である者には同じ条件で給付を行うべきである¹²。

その反面で、制度形成の裁量には、資金交付の本来の目的とともに、付随的な政策目標を設定することや、当該政策目標の実現のために、本来の対象者の類型から、一定の類型の者を除外することが含まれないとまではいえない。しかし、基本決定によって特定された目的とは別の目的を推進したり、その目的のために例外を認めたりすることによって、制度の基本的な趣旨が損なわれる場合には、当該制度形成の裁量権の行使として合理的なものとはいえないというべきである。

しかも、首尾一貫性の要請を手掛かりとした平等原則に基づく審査（以下「首尾一貫性審査」という。）は、とりわけ資金交付行政のように、給付を受けることについて権利性が認められにくい場合にも、実効的な審査手法として機能する。権利性があれば、当該権利を根拠として直接給付を請求することや、それができないにしても権利制限の正当化事由を比例原則に基づいて審査することで、高い審査密度による審査が可能になる。しかし、資金交付行政は、法律の根拠がなくとも行うことができるため法律に基づく給付請求権が認められない場合が多く、憲法上の権利として根拠づけることも（社会保障給付につき憲法 25 条が根拠となる場合を除き）難しい。本件各給付金も例外ではない。

しかし、首尾一貫性審査を行うことにより、(a) 立法者が基本原則に関する決定（基本決定）を行ったことを前提に、(b) 個別の仕組みについて基本原則を一貫させるように要求し、その原則の例外については正当化事由を問うことで、前記 (1) のとおり高い審査密度による審査が可能となる。憲法学者の渡辺康行も次のように述べている。「立法者の首尾一貫性という要請は、原理的にはすべての法領域で妥当する。しかし、裁判所がこの審査手法を用いることが有効なのは、比例原則の思考に基づく審査がうまく機能しない、立法者による制度構築の統制という場面である。」¹³

(3) 首尾一貫性の要請に基づく司法審査の先例について

ア 序説

首尾一貫性審査は日本の裁判所にとっても新規な手法というわけではなく、これまでの

¹² 碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社、2007年）149頁及び塩野・前掲注1、202頁。

¹³ 渡辺ほか・前掲注7、87頁〔渡辺〕。

平等に関係する事件において裁判所が当然の前提として行なってきたものである¹⁴。たとえば、学説上、首尾一貫性審査を行なった判例としては、国籍法違憲判決（最大判平成 20 年 6 月 4 日民集 62 卷 6 号 1367 頁）が代表的な例とされている¹⁵。

イ 大阪高裁平成 14 年 7 月 3 日判決

また、本件と同様に資金交付助成に関する事件として、大阪高判平成 14 年 7 月 3 日判例時報 1801 号 38 頁がある。これは本件と密接に関わる事案であるため、詳述する。

(ア) 事実

平成 7 年 1 月 17 日の阪神・淡路大震災後の 4 月 1 日に財団法人阪神・淡路大震災復興基金 (Y) が設立された。Y には、兵庫県及び神戸市が 2:1 の割合で合計 200 億円を出資しており、被災者の救済及び自立支援並びに被災地域の総合的な復興対策を進めること等を目的としていた。平成 9 年に被災世帯が仮設住宅から恒久住宅への移転後に自立できるよう支援する生活再建支援金制度等（旧二制度）を行っていた。

平成 10 年に、国会で被災者生活再建支援法が制定され、被害者生活再建支援金が創設された。これは阪神・淡路大震災の被災者には遡及適用されなかったため、両院の各災害特別委員会において、大震災の被災者の実情に鑑み、「本法の生活支援金に（概ね）相当する程度の支援措置が講じられるよう国は必要な措置を講ずること」との付帯決議がされた。これを受けて、Y は、上記付帯決議の趣旨を踏まえ、被災者自立支援金制度を創設し、具体的内容として、対象世帯及び支給額を支援法と同程度に拡充する事業計画を定めた。

被災者自立支援金制度は、被災者自立支援金制度実施要綱（本件要綱）に基づき行われるが、以下のような規定があった。

(目的)

第一条 この要項は、財団法人阪神・淡路大震災復興基金……が、「被災者生活再建支援法」の付帯決議ならびに従前の生活再建支援金制度……の趣旨を踏まえ、被災者の生きがいある自立生活の再建を支援するため、被害者自立支援金の支給に関し、必要な事項を定めることを目的とする。

(対象世帯)

第三条 被災者自立支援金の支給対象世帯は、次の各号の要件をすべて満たす世帯（以下、「対象世帯」

¹⁴ 櫻井・前掲注 5、157 頁の述べるように、従来の判例の読み直しの視座ともなるものである。

¹⁵ 栗島・前掲注 7、81 頁や櫻井・前掲注 5、156 頁等。なお、平等原則違反の場合に、理論上は、異なる取扱いを受けている A と B とのいずれに合わせるのか、という問題が生じる。同判決は、救済においても基本決定に従っている（父母両系血統主義から逸脱したものとしての準正要件を無効化することにより、原告の国籍取得を認める）ことにも注目されたい。本件でも、本件各不給付規定を無効化することで原告らが給付対象であることを認めるべきである。

という。)とする。

- (1) 世帯主が被災していること、又は平成一〇年七月一日に要援護世帯である世帯の要援護者若しくは要援護者を援護する世帯主のいずれかが被災していること。
- (2) 住家が全壊（焼）の判定を受けた世帯、又は半壊（焼）の判定を受け当該住家を解体した世帯であること。
- (3) 同一世帯に属する者全員の総所得金額の合計額が、次表の左欄に掲げる区分に応じ右欄に掲げる金額以下の世帯、又は平成一〇年七月一日に六二歳以上の者（昭和一一年七月二日までに生まれた者）が世帯主の世帯で同一世帯に属する者全員の住民税（所得割）若しくは所得税が非課税の世帯であること。ただし、前段の規定にかかわらず、要援護世帯にあつては、同一世帯に属する者全員の総所得金額の合計額が六、〇〇〇千円以下の世帯、又は同一世帯に属する者全員の住民税（所得割）若しくは所得税が非課税の世帯であること

(対象世帯の認定)

第五条 被災市町は、前条の申請を受理したときは速やかに審査を行い、第三条の要件をすべて満たし、かつ移転期間内に恒久住宅に移転したことを確認したときは、認定し、被災者自立支援金認定通知書（様式第二号）を申請者に送付するものとする。

- 2 被災市町は、前項の審査により、第三条の要件を満たさないものであるときは、被災者自立支援金却下通知書（様式第三号）を申請者に送付するものとする。
- 3 被災市町は、世帯構成、住所について平成一〇年七月一日で認定する。ただし、同日以降申請のあった者で事情により変更のあった場合には、申請時点で認定するものとする。

原告 X は、昭和 14 年生まれで、平成 7 年に阪神・淡路大震災に被災した女性であるが、平成 9 年に A と婚姻した。A は阪神・淡路大震災に被災していなかった。そして、A 及び X は、A を世帯主とする住民登録を行った。

X は平成 10 年に神戸市の広報誌により被災者自立支援金を知り、支給を受けたいと考え、平成 10 年 7 月 10 日以降、X に世帯主を変更するなどして試行錯誤して申請を試みた。しかし結局、Y は A が被災していないため、本件要綱 3 条 1 号の世帯主被災要件を満たしていないことを理由に、申請を却下した。第一審は世帯主被災要件を公序良俗違反を理由に無効とし、贈与契約の成立を擬制した。Y が控訴した。

(イ) 裁判所の判断

a 被災者自立支援金（本件自立支援金）制度の趣旨について

「本件自立支援金制度は、支援法の付帯決議を踏まえ、大震災の被災者に対し、支援法に相当する程度の支援措置を図るため創設された制度である。

……また、支援法は、……端的に被災当時の世帯を対象とすることが明らかとなっている。

……上記のような支援法の趣旨及び規定並びに本件自立支援金制度との関係に鑑みると、本件自立支援金制度は、基本的には支援法と同じく、生活の共通基盤たる世帯を単位としな

い使途を定めない相当程度の支援金を支給することにより世帯に属する個々の被害者を救済することを目的としたものであるというべきである。

したがって、本件自立支援金制度が旧二制度を事実上拡充したにとどまらず、旧二制度とは質的に異なる全く新しい公的支援制度として創設されたものというべきであるという被控訴人の主張の当否はともかくとして、上記のような支援法の趣旨及び規定は、これを踏まえて創設された本件自立支援金制度における世帯主被災要件を解釈するに当たり、十分尊重すべきものである。」

b 世帯主被災要件について

「……本件自立支援金制度は、大震災から三年半も経過した後に施行されたため、その間に結婚や高齢の両親の同居等による世帯の変動があることは明らかであり、このような場合には、自立支援金を受けるための他の要件は他の世帯と同じように満たしているのに、平成一〇年七月一日の基準日において、被災者と非被災者のどちらを住民票上の世帯主として届けていたかにより、自立支援金の支給を受けられたり受けられなかったりする事態が生じることとなるところ、これは、世帯間差別にあたるというべきである。」

「……世帯主被災要件は……形式的に見る限り、男女の性別による差別的な取扱いをするものではないといえなくはない。

……しかしながら、一般に、結婚した男女を構成する場合、男性が世帯主となることが圧倒的に多い……。このような社会的実態の下において、……世帯主被災要件を適用すると、……自立支援金の支給において、女性を男性よりも事実上不利益に取り扱う結果となる。」

「……本件自立支援金制度は、支援法制定の際の衆参両院の各災害対策特別委員会の付帯決議を受けて、支援法の遡及効がなく大震災に適用されないことから、支援法の趣旨を踏まえ（本件要綱第一条）、支援法に相当する程度の支援措置を図るため創設された制度である。そして、支援法は、被災世帯を対象として、自立した生活を開始するための経費に充てるものとして支援金の支給をすべきこととしているところ……。支援法の生活再建支援金は被災直後に支給することを予定していることから、本件自立支援金制度とは若干異なるとしても、「恒久住宅への移行」を趣旨とはして」おらず、むしろ、「恒久住宅の確保を含めた自立生活再建のための支援金と理解すべきである。」

「そこで、これらの事情を考え合わせると、基準日を平成一〇年七月一日とするのであれば、大震災後三年半の経過を考慮して、その間の世帯の変動を考慮すべきものであり、基準日を同日としつつ、単純に基準日の世帯について世帯主被災要件を設けることには合理性があるとはいえない。」

(ウ) 同判決の分析と本件への示唆

同判決は、行政主体と同視される主体による本件自立支援金事業について、本件要綱の平等審査を行った。その際に、同事業の実施が同時期に行われた支援法の両院の委員会の付帯

決議の趣旨を踏まえて行われたものであり、被災者全般に救済を図る制度であるという趣旨を確認する。そしてこの趣旨を貫徹するにあたり、基準日が被災時であれば合理的であるものの、それから3年以上経過した平成10年7月1日を基準日とする世帯主被災要件は合理性が認められないとしている。

ここからは、以下のことを読み取ることができる。

- ①本件要綱において、支援法の付帯決議及びそれに基づき制度を構築するというYの判断を制度趣旨（被災者支援給付金施行要綱1条）として読みこんでいる。
- ②Yがそれまで運営していた制度（旧二制度）の沿革は、必ずしも後続の制度としての本件自立支援金制度にとって決定的な意味を持っていない。当該制度の構築にあたり、新たな基本決定が行われている。

このように、首尾一貫性審査は、日本法に接続不能なものではない。むしろ、従前から裁判所が背後に置いていた思考枠組みと同質のものであると考えられる。

第4 本件における首尾一貫性審査の適用

1 本件各規程における基本決定

前記第2のとおり、本件各規程は、行政規則（行政内部規定）であり、本件各給付金の給付に法律の根拠は存在しない。また、大阪高裁平成14年7月3日判決の事案とは異なり、国会決議等も見当たらない。したがって、本件各給付金の給付については形式的意味の立法府（国会）による基本決定は存在しない。しかし、前記第3の2（1）のとおり、首尾一貫性の要請はあらゆる国家行為に妥当するものであり、行政機関が第一次的な制度形成者になる場合にも当然に及ぶ。その場合には、裁判所は、制度形成者たる行政機関が基本決定を行っているはずであることを前提として、その基本決定が何であるかを認定しなければならない¹⁶。仮に基本決定が特定できないほどに制度趣旨が曖昧であれば、そのこと自体給付金の給付が恣意的に行われたことの徴憑であろう。

そこで、本件各給付金の給付対象者については、どのような基本決定が行われたのか、検討する。なお、以下では条文に言及する場合には持続化給付金規程（以下「規程」という。）の条文のみを挙げるが、以下で述べることは、特に断らない限り、家賃支援給付金規程にもそのまま当てはまるものである。

本件各給付金事業はインバウンド減少や営業自粛等により「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主に対して、

¹⁶ 筆者らのうち堀澤は、堀澤・前掲注5、133頁において、原審は「本件給付規程の内容につき政治的決定が不十分である」ために「給付金の対象についての基本決定が確定しづらい」と考えたかもしれないことを示唆した。しかし、首尾一貫性は法制度を形成する際の要請なのであるから、行政機関が構築した制度であっても基本決定は存在すると考えるべきである。

万全のセーフティネットを構築す」という閣議決定（令和2年4月20日）に基づき行われている。この趣旨は規程2条において確認されている。つまり、業種の社会的意義を問うことなく、営業自粛や緊急事態宣言により売上の急減に直面した中小事業者に一般的に本件各給付金を給付することが、本件各給付金の給付に関する基本決定であるといえることができる。

このことは、規程4条に定められた具体的な支給要件にも埋め込まれている。同条各号は、新型コロナウイルス感染症拡大等による前年度に比して事業収入が減少したにもかかわらず今後も事業活動を継続しようとする主体であることのみを求めているからである。

基本決定がこのように特定できるとすると、規程8条に定められた不給付要件が合理的なものである否か、同条により給付対象者から除外される者との関係で合理的理由のない差別に当たらないかどうかは、同条による除外が、本件各給付金の給付に関する基本決定と首尾一貫しているか否かという観点から審査されるべきである。具体的には、業種の社会的意義を問わず、幅広い領域の経済活動を給付対象とする基本決定からの逸脱を正当化する事由があるか否かを、裁判所は審査すべきである。

このような観点から、規程8条各号の不給付要件を見てみよう。本件で問題となっている3号はいったん措き、それ以外の類型を見てみると、一度給付対象とされた者（1号）以外は、基本的に収益事業を行っていない者であり（公共法人（2号）、政治団体（4号）、宗教上の組織若しくは団体（5号）。これらの者の法人税法上の取扱いも参照。）、そもそも基本決定において想定されている給付対象者に含まれない。宗教団体や政治団体は収益性のある活動も行いうるという反論もありうるが、これらの者に対する給付は憲法上の政教分離原則や中立性要請に抵触するおそれがあるため、給付対象者から除外しても正当化できると制度形成者は考えたのであろう。この正当化が成功しているかどうかについては、政教分離に関する判例などを踏まえて検討する余地がありうるが、本件に直接関係する問題ではないので、これ以上は立ち入らない。

では、本件で問題となる3号（性風俗関連特殊営業又は当該営業にかかる「接客業務受託営業」を行う事業者）についてはどうか。3号に該当する事業者が収益活動を行う者であることは明らかだから、当該事業者を本件各給付金の給付対象者から除外するには、基本決定からの逸脱を正当化する理由が必要となる。項目を改めてこの点を検討する。

なお、被告は、規程8条6号（前各号に掲げる者の他、本給付金の趣旨・目的に照らして適当でないと長官が判断する者）において、多様な考慮に基づいて不給付とすることができるが予定されていると主張するかもしれない。しかし、あくまで「本給付金の趣旨・目的に照らして」であるから、収益活動の主体と考えられないようなものを列挙しそびれた場合に備えてのものであるに過ぎない。

2 原判決の判断枠組みと首尾一貫性審査

原判決は、本件各不給付規定の合憲性・適法性を審査するにあたり、次の判断枠組みを示

している。

「以上によれば、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、①そのような区別をする目的に合理的な根拠があり、かつ、②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はできないものと解するのが相当である。」(原判決第3の1(1)イ=11頁。

①②の番号と下線は筆者らが付加した。)

本意見書において筆者らが提唱する首尾一貫性審査は、原判決の上記判断枠組みと矛盾するものではない。ただし、誤解のないように述べれば、2ステップを踏むからといって、下線部①が基本決定の特定であり、下線部②が逸脱の合理性審査であるというわけではない。首尾一貫性審査は、上記判断枠組みのうち、下線部①(区別の目的の合理性)の審査を、基本決定の特定と逸脱の合理性審査に分けて、より精緻に行うとともに、下線部②の合理性の審査をもその逸脱具合に応じて行うものである。

原判決は、下線部①(区別の目的の合理性)を審査するにあたり、次の各事情を指摘している(原判決第3の1(3)ア=17~18頁)。すなわち、㉞本件各給付金の給付の目的(新型コロナウイルス感染症拡大に伴う売上の急減に直面した事業者の事業の継続の下支え)、①本件各不給付規定が性風俗関連特殊営業を行う事業者を給付対象者から除外している理由(性風俗関連特殊営業が人間の本来の欲望に根差した享楽性・歓楽性を有する上、風営法上も国が許可という形で公的に認知することが相当でないものとされていること、そのため国庫からの支出により国が事業の継続を下支えする対象とすることも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こと)、㉟他の施策との整合性、㊱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や給付の費用対効果その他の点について考慮することが必要であること、がそれである。そして、結論として、「上記のような本件各不給付規定の目的には、合理的な根拠があるものと認められる」と述べる。

この判断の問題点は、首尾一貫性審査によれば、基本決定に当たる㉞をまず特定した上で、区別の理由である①が基本決定からの逸脱を正当化する理由として合理的であるか否かを審査すべきであったのに、㉞と①が区別の目的の合理性を審査する要素として並列されてしまっていることである。しかし、㉞は、本件各給付金の給付制度を構築するにあたって制度形成者が一次的裁量権を行使して行われた決定であるのに対し、①は、基本決定である㉞を前提として具体的な仕組みを設計するための二次的裁量権の行使であるから、レベルが異なる。原判決は、「給付基準の策定は当該給付行政の実施主体たる行政庁の合理的な裁量判断に委ねられている」(第3の1(1)イ=10頁)とした上で、㉞も①~㊱も同一の裁量

権の行使において考慮される要素であるかのように扱っているが、一次的裁量（基本決定）と二次的裁量（具体的な仕組みの設計）の段階構造を看過している点で問題がある。いいかえれば、㉞（給付の目的）は、行政庁が二次的裁量を行使するにあたり考慮された一要素ではなく、二次的裁量的前提であり、二次的裁量を外側から制約する裁量の限界を構成するといふべきである。

そうすると、上記判断枠組みのうち下線部①（区別の目的の合理性）の審査は、次のように行われるべきである。すなわち、裁判所は、本件各不給付規定により、性風俗関連特殊営業を行う事業者が給付対象者から除外された理由として挙げられた㉜が、基本決定たる㉞（給付の目的）からの逸脱を正当化する理由として合理的か否かを審査すべきである。

3 本件除外の正当化理由の不存在

(1) 原判決の理由づけ

本件各給付金の給付の目的は、新型コロナウイルス感染症拡大に伴う売上の急減に直面した事業者の事業の継続の下支えであり、給付が業種の社会的意義を問うことなく行われることまでが基本決定に含まれることは、前記1のとおりである。

それに対し、区別の正当化理由として原判決が挙げるのは、㉠性風俗関連特殊営業が人間の本来的欲望に根差した享楽性・歓楽性を有すること、㉡風営法上も国が許可という形で公的に認知することが相当でないものとされていること、㉢そのため国庫からの支出により国が事業の継続を下支えする対象とすることも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こと、である。このうち㉠と㉢については、証拠に基づいてそのような事実が認定された形跡が原判決に示されておらず、裁判官の臆断を述べたにすぎないと思われる。この点は事実認定の問題となるので、本意見書では深入りしないが、仮に当審において御庁が㉠㉢を理由に挙げるならば、客観的な証拠に基づいて適正な事実認定を行うことが前提となるべきことを、念押ししておく。

そうすると、原判決が実質的に依拠しているのは㉡のみである。以下、㉡が理由として合理的か否かを検討する。

(2) 風営法における許可制と届出制の区別

原判決は、風営法の改正における国会審議を検討した上で、次のように述べている。

「そして、以上のような性風俗関連特殊営業の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到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、他方で、こうした営業を一般的に禁止することもまた営業の自由を過度に制約し、あるいは国民に対し最小限度以上の性道徳

を強制することにもなって相当ではないことから、性風俗関連特殊営業については、……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のであって、④こうした風営法上の性風俗関連特殊営業に対する区別には合理的な理由があるものというべきである。」(原判決第3の1(2)エ=16~17頁。③④の番号および下線は筆者らが付加した。)

つまり、原判決は、風営法において風俗営業に許可制が、性風俗関連特殊営業に届出制が採られていることを前提として、許可が「一定の水準に到達したものを……公的に認知」(下線部③)する行為であって、性風俗関連特殊営業に許可制が採られていないのは同営業が国民の性的道義観念からして「公的に認知」するに値しないものであるという立法者の価値判断に基づくものだと考えているようである。

しかし、このような見解は、許可制と届出制の違いに関する根本的な誤解に基づくものといわざるをえない。許可制と届出制は、いずれも一定の事業や営業など私人の事実行為を規制する手法ないし仕組みである。許可制は、「ある種の国民の活動を一般的に禁止したうえで、国民からの申請に基づき審査を行い、一定の要件に合致する場合、禁止を個別具体的に解除する法的仕組み」をいう¹⁷。それに対し、届出制は、「国民がある行動をとる前または後に、行政機関への届出を義務づける仕組み」をいい、「行政庁の諾否の応答を求めるものではなく、情報を提出する義務を課すに」とどめるものである¹⁸。要するに、許可制は行政庁が申請の審査を行い、法定の要件に適合していることを確認して許可を出すまで、許可の対象となる私人の行動を抑制する事前規制の仕組みであるのに対し、届出制は、届出によって収集された情報に基づいて、私人の行動に法令違反があった場合に行政庁が介入する事後規制の仕組みと組み合わせるものである¹⁹。それ以上でもそれ以下でもない。国家が「公的に認知」すべき行為について許可制が採られているという事実はないし、そのような見解を述べた行政法学の文献も筆者らは寡聞にして知らない。

原判決の参照する国会審議において、とりわけ警察庁の担当者が、許可が国家による公認を意味するという見解を述べていることは事実である(原判決第3の1(2)ウ=15~16頁)

¹⁷ 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第7版〕』(有斐閣、2020年)94頁。

¹⁸ 宇賀・前掲注17、111頁。

¹⁹ なお、法律の仕組みによっては、届出制が事前規制の仕組みと組み合わせる用いられることもある。たとえば、水質汚濁防止法は、汚水・廃液を排出する施設を設置しようとする者に事前の届出を義務づけ(5条)、届出の日から60日間その設置を禁止し(9条)、その間に行政庁が設置計画の変更命令や廃止命令をしうる旨を定めている(8条1項)。このような仕組みは、届出があたかも申請のように、廃止命令があたかも拒否処分のように機能するので、実際上は許可制とほとんど変わらないともいえる。

20.しかし、そのような見解が国会によっても承認されたという事実は認定されていない²¹。その程度の薄弱な根拠に基づいて、許可制が国家による公認を意味するという独自の見解を採用し、性風俗関連特殊営業を他の事業から区別する合理的理由があると解釈することは、行政法解釈の基本に関する重大な過誤があるといわざるをえない。当審において是正されることを切に望む。

(3) 風営法上の区別が本件除外の正当化事由にはならないこと

さらに、よしんば「こうした風営法上の性風俗関連特殊営業に対する区別には合理的な理由があるものというべきである」(下線部④)ことを認めるとしても、風営法上の区別が本件各給付金の給付対象者からの除外を当然に正当化するわけではない。原判決は、行政庁が給付対象者の選別基準を策定するにあたっては、「潜在的対象者の間に存する事実関係上の差異」に着目することが必要であると説く(原判決第3の1(1)イ=10頁)。

しかし、仮に風営法上の上記の取扱いの差異が、性風俗関連営業を行う事業者と他の事業者との間の「事実関係上の差異」に当たるとしても、規制手法の違いを正当化する要素がなぜ、給付対象者適格の違いを決定づけるのかは不明である。前記(2)のとおり、許可(制)と届出(制)の違いは、行政法(風営法)上の規制手法の違いにすぎない。性風俗関連特殊営業について許可制ではなく届出制がとられていることは、あくまでも風営法の規制目的に照らして合理的である限りにおいて採用されているにすぎず、性風俗関連特殊営業は届出制の対象だから持続できなくてもよいなどという価値判断や政策判断を読みとることはまったくできない。もし仮に性風俗関連特殊営業以外に届出制の対象となっている業種が押し並べて給付対象から除外されているとすれば(そのような政策判断が合理的であるとはまったく思えないもの)ある意味一貫しているといえないこともない。しかし、実際には、届出制の対象となっている業種のうち本件各給付金の給付対象から除外されているのは性風俗関連特殊営業だけであるから、給付対象からの除外理由として合理的な関連性を見出すことはできない。よって、風営法上の取扱いの差異は、業種を選別することなく経済活動主体の再起を促すという本件各給付金の給付制度の基本決定から逸脱する別異取扱い(性風俗関連特殊営業を行う事業者の給付対象者からの除外)を正当化しうる合理的な要素ということとはできない。

²⁰ なお、吉田一哉『逐条解説 風営適正化法』(東京法令出版、2019年)32頁も同趣旨の記述をしている。

²¹ 村山健太郎「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No.210<http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-012102246_tkc.pdf>3~4頁は、昭和59年風営法改正に係る法律案の国会審議の過程を分析し、「許可制と届出制の対象を職業の公認適格性によって区別する警察庁の担当官の説明に対して、国会議員から疑問が提起されている」こと、「当該議員の質問に回答する中で、警察庁の担当官は、同改正に際して、許可制と届出制という法形式の区別を必ずしも重視しないという立場を表明している」ことを指摘している。

したがって、いずれにしても、風営法上の区別を理由として性風俗関連特殊営業を行う事業者を本件各給付金の給付対象者から除外することには合理的な正当化理由が認められず、当該除外は平等原則に反する。

第5 結論

以上で述べたことから、本件各不給付規定による性風俗関連特殊営業を行う事業者の本件各給付金の給付対象者からの除外は、本件各給付金の給付に関する基本決定からの逸脱に当たり、それを正当化する合理的な理由は存在しないといわざるをえない。したがって、本件各不給付規定は平等原則に反し違法である。

本意見書の執筆者について

興津 征雄（おきつ ゆきお）

1. 学歴

2000年3月 東京大学法学部 第一類（私法コース）卒業
2002年3月 東京大学大学院法学政治学研究科 公法専攻修士課程 修了
2005年9月 パリ第2大学 国内公法専攻修士課程 修了

2. 職歴

2005年4月 神戸大学大学院法学研究科 助教授
2007年4月 神戸大学大学院法学研究科 准教授（職名変更）
2012年3月 パリ第13大学 招聘教授
2014年9月 ニューヨーク大学法科大学院グローバル・リサーチ・フェロー
～2015年5月
2016年4月 神戸大学大学院法学研究科 教授（現在に至る）

3. 公職（現職のうち主なもの）

財務省 関税等不服審査会 委員（関税・知的財産分科会）（2021年4月～）
兵庫県 行政不服審査会 委員（2018年7月～）
神戸市 個人情報保護審査会 委員（2023年4月～）
神戸市 行政不服審査会 委員（2016年4月～）

4. 主要研究業績

・著書

興津征雄『違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造』（弘文堂、2010年）

・論文（直近のもののみ）

興津征雄「正統性の構造分析——行政国家の正統性を手がかりに」太田匡彦＝山本隆司編『行政法の基礎理論』（日本評論社、2023年）82～104頁

興津征雄「〈行政処分は取り消されるまで有効〉の意味——公定力概念無用論」行政法研究 47号（2022年）125～168頁

興津征雄「立法不作為の救済手段としての確認訴訟——最高裁令和4年5月25日大法廷判決（国民審査権訴訟）をめぐって」ジュリスト 1576号（2022年）112～117頁

興津征雄「司法制度改革と行政訴訟」須網隆夫編『平成司法改革の研究』（岩波書店、2022年）179～204頁

興津征雄「処分性の定式に関する疑問——最高裁昭和39年10月29日判決はリーディングケースか」自治研究 98巻2号（2022年）78～101頁

※完全な業績リストは <https://researchmap.jp/okitsu.yukio> に掲載してある。

堀澤 明生 (ほりさわ あきお)

1. 学歴

2009年3月 東京大学法学部 第三類(政治コース) 卒業
2012年3月 神戸大学大学院法学研究科 実務法律課程専攻 修了

2. 職歴

2012年10月 神戸大学大学院法学研究科 助教
～2017年9月
2018年4月 北九州市立大学法学部 講師
2020年4月 北九州市立大学法学部 准教授
～2023年3月
2023年4月 東北大学大学院法学研究科 准教授(現在に至る)

3. 主要研究業績

堀澤明生「アメリカ法における行政主体の『公訴権』の歴史的展開(1)(2)(3・完)」自治研究
93巻9号(2017年)94～112頁、11号(2017年)82～95頁、94巻3号(2018年)99
～118頁

堀澤明生「補助金行政法の宿痼」法学セミナー65巻7号(2020年)48～54頁

堀澤明生「Massachusetts v. EPA 後の州の出訴権の消息——諸州 vs. 連邦政治」北九州市立
大学法政論集47巻3・4号(2020年)37～62頁

堀澤明生「行政規制と民事的手法の競合と協働」法律時報94巻3号(2022年)106～109
頁

※完全な業績リストは <https://researchmap.jp/horisawa.akio> に掲載してある。