

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8準備書面

(興津・堀澤意見書について：首尾一貫性の要請に照らした平等原則違反)

2023年4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、本準備書面において、行政法の研究者である興津征雄神戸大学大学院法学研究科教授及び堀澤明生東北大学大学院法学研究科准教授による意見書(甲121、興津・堀澤意見書)に照らし、本件各不給付規定によって性風俗関連特殊営業を営む

事業者を本件各給付金の給付対象者から除外したことが平等原則に違反するかという点について「首尾一貫性の要請」の観点からの審査がなされるべきであり、また、かかる除外は、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も存在しないことから、本件各不給付規定は平等原則に反し違法である旨の主張をする。

第1 司法審査の観点としての「首尾一貫性の要請」

1 平等原則の審査の観点としての首尾一貫性の要請

本件各規程の合理性、法の一般原則である平等原則（憲法14条1項）を基準として審査されるべきところ、以下、詳述するとおり、その際には、「首尾一貫性の要請」の観点からの審査がなされるべきである。首尾一貫性の要請は、ドイツ法で発展してきたものであるが、日本法において異質な概念ではない。日本の従来裁判例も、「首尾一貫性の要請」という言葉こそ用いないが、実質的には、興津・堀澤意見書（甲121）3頁・第3以下のとおり、大阪高判平成14年7月3日判例時報1801号38頁（甲122）などように、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ものもある。このように、「首尾一貫性の要請」とは、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

- (1) 首尾一貫性の要請と平等原則に基づく審査（興津・堀澤意見書3～5頁・第3の2(1)参照）

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（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])。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(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](甲123)、宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ』(日本評論社、2016年)399頁以下[山本龍彦](甲124)、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(甲125)などを参照)。

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」(高橋・前掲「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」168頁)。「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。」(渡辺康行ほか・前掲『憲法Ⅰ 基本権』86頁[渡辺康行](甲123))。

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（宍戸常寿ほか編・前掲『憲法学のゆくえ』399～400頁〔山本龍彦〕（甲124））。

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。この観点の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（高橋・前掲「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」205～208頁）。

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（興津・堀澤意見書 5 頁・第 3 の
2(2)参照）

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（塩野「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）202 頁、碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社、2007 年）149 頁）。

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、法律の根拠がなくて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。」（渡辺康行ほか・前掲『憲法Ⅰ 基本権』87頁〔渡辺康行〕（甲123））

(3) 首尾一貫性の要請に基づく司法審査の先例について（興津・堀澤意見書 5～9頁・第3の2(3)参照）

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。たとえば、学説上、首尾一貫性審査を行なった判例として、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）が挙げられる（栗島智明・前掲「平等取扱いの要請と行政・立法の『自己拘束』」81頁（甲125））。

イ 大阪高裁平成14年7月3日判決

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（甲122）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」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、要援護世帯にあっては、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用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2 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（興津・堀澤意見書9～10頁・第4の1参照）

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ことから、本件各給付金の給付については形式的意味の立法院（国会）による基本決定は存在しないようにも見える（ただし、給付金の給付に際して中小企業庁等の組織法の目的や任務を重視すべきことについては、2023年3月31日付け控訴人第7準備書面のとおりである。）。

しかし、前記第1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。すなわち、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。そして、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。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るというべきである。

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、万全のセーフティネットを構築する」という閣議決定（令和 2 年 4 月 20 日）（甲 7）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、業種の社会的な意義を問わず、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検討する。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一応ありうるが、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ものといえる。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

て検討する余地もありうるが、これは本件に直接関係する問題ではないことから、これ以上の検討は不要といえる。

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、下記第2の2において、この点を検討する。

なお、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ことが予定されているとみる余地があるとしても、あくまで「本給付金の趣旨・目的に照らして」とされているのであるから、同号は、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（興津・堀澤意見書 11～12 頁・第4の2参照）

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 11 頁・第 3 の 1 (1) イ。①②の番号と下線は引用者付加)

このような原判決の判断枠組みと首尾一貫性審査は、矛盾するものではない。ただし、誤解のないように述べると、上記のような 2 つのステップ (①・②) 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 17～18 頁・第 3 の 1 (3) ア)。すなわち、㊶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)、㊷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的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)、㊸他の施策との整合性、㊹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㊶をまず特定した上で、区別の理由である㊷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、㊶と㊷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、㊶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、㉑は、基本決定である㉒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」（原判決 10 頁・第 3 の 1 (1) イ) とした上で、㉒も㉑～㉔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、㉒（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なのではなく、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うべきである。

そうすると、上記判断枠組みのうち下線部㉑（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㉑が、基本決定たる㉒（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。そして、本件除外については、かかる正当化理由が存在しないことにつき、下記第 2 の 3 で述べる。

3 本件除外の正当化理由は存在しない（興津・堀澤意見書 12～15 頁・第 4 の 3 参照）

(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、前記第 2 の 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、㉓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、㉔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、㉔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㉓と㉔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。

すると、原判決が実質的に依拠しているのは㉒のみである。以下、㉒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、㉑一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、㉒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 16～17 頁・第 3 の 1 (2) エ。㉑㉒の番号および下線は引用者付加)

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（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）。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（宇賀克也・前掲『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第7版〕』111頁）。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て用いられるものである¹。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

¹ 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て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ようする旨を定めている（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。

特になし（興津・堀澤意見書（甲 121）15 頁・第 4 の 3 (2)においても、同意見書の筆者らは「寡聞にして知らない」と述べている）。

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 15～16 頁・第 3 の 1 (2) ウ）。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（村山健太郎「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No.210（甲 126）²。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から、当審において是正されるべきである。

(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、仮に「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 10 頁・第 3 の 1 (1) イ）。

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

² http://lex.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-012102246_tkc.pdf

同文献 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。

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)を正当化する合理的な要素ということとはできない。

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3 結語

よって、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も存在しないから、本件各不給付規定は平等原則に反し違法である。

以上