

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12準備書面

(政府の裁量は狭い)

2023年6月28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

同 弁護士 出口 かつお

同 弁護士 井 桁 大

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、政府に性風俗関連特殊営業の事業者のみを給付対象から排除することについて裁量がなく、裁判所は厳格な審査をしなければならないことについて、主張を補充する。

第1 裁量は広範とする原判決の判示

原判決は、本件取扱の違憲審査をするに当たり、「給付金の策定に当たっては様々な政策的・政治的な考察に基づく検討を要する」として、ほぼ給付行政であることのみを理由に、給付基準の策定は「行政庁の合理的な裁量判断に委ねられている」とした上で、本件各給付金を二者択一的に「社会経済的な」と断じ、「裁量の範囲は広範なもの」とする（原判決10頁）。

第2 本件取扱について政府の裁量は狭い

しかし、これまで述べてきたとおり、本件取扱いに関する政府の裁量を広範とするのは誤りである。以下裁量が狭く（小さく）なる理由を整理して簡潔に述べる。

1 立法を経由していない

本件各給付金は立法による議論を経ていない。政府の閣議決定に基づき決められた大枠に従い、中小企業庁が単独で定めたものである。

立法府であれば関係各省庁の協議に基づき下案が作られ、委員会で各政党の専門家が緻密な議論をした上で、本会議にて大所高所からの討議が交わされる。立案から議決に至るまでにメディアによる適切な批判も期待され、必要に応じて国民全体の熟議もまき起こる。しかし本件はコロナ禍の緊急対応ということもあり、本件各不給付規程は、このような過程を一切経ていない。このような政策的対応については、少なくとも、立法に対してよりも、厳しい審査が不可欠である。

2 中小企業庁には風営法に関する専門性がなく、関係省庁である警察庁との協議も行われていない

原判決は、本件不給付規定の策定は風営法の趣旨に基づくものと認定する。しかし、控訴人の控訴審第7準備書面で詳論したとおり、中小企業庁には風営法の趣旨に関する専門性はない。風営法が実際に性風俗関連特殊営業を本質的に不健全な

営業と断ずる法律なのか、同営業が国民の性的道義観念と整合しないと評価しているかなどについて、中小企業庁は全く専門性がないから、そのような要素を政策の判断材料とする裁量もない。

他方で、中小企業庁は、本件各給付金規定の策定に当たり、風営法の所管官庁である警察庁との協議も一切行っていない。原判決は、「他の施策との整合性についても考慮することが必要」であることを、裁量を広く認める根拠とするが、それは内閣の一体性の下、各省庁で適切な協議をなした上で内閣が司令塔となって「他の施策との整合性」を考慮したときに限られる。一省庁が、思い込みと偏見で、他の省庁の所管業務について誤った「考慮」をしてしまえば、むしろ行政全体の「他の施策との整合性」は失われてしまう。

中小企業庁には自らの所管外である風営法の趣旨を考慮する専門性はないから、そのような政策判断に広範な裁量を認める理由もない。

3 事実の裏付けがない

原判決は、給付基準の策定に際しては、「当該給付に係る政策目的の実現に向けた効果的、効率的なもの」とする必要がある、そのためには「潜在的な対象者の間に存する事実関係上の差異に着目」したり、「最終的に納税者の理解を得られるものとなるよう一定の配慮を」する裁量があるとする（原判決 10 頁）。

しかし、既述のとおり、中小企業庁はこれらの政策判断に当たって全く事実の裏付け調査をしていない。性風俗関連特殊営業を給付対象から排除することは、むしろ幅広い事業の下支えをし、「その後の経済の力強い回復」にとって明らかにマイナスである。同営業は数兆円規模の産業であり、その下支えは経済にとって明らかにプラスだからである。中小企業庁が適切な検討をしたり、事実調査をしていれば、政策目的の実現にとって、排除がマイナスであることは容易に想到できた。

また、「潜在的な対象者の間に存する事実関係上の差異」についても、性風俗関連特殊営業とそれ以外の事業者との間で、どのような「事実関係上の差異」がある

かについて、一切調査も考慮もしていない。

さらに、納税者の理解を得られるのかどうかについても、中小企業庁は一切考慮・検討していない。

裁量を広く認める要素について、中小企業庁が考慮・検討していないのに、ただ給付行政という抽象的な要素のみで裁量の広狭を判断することはできない。違憲審査基準の厳緩は、そのような画一的で硬直的な要素で決まるのではなく、事案の性質に応じた総合的な考慮で決まるはずである。

原判決が上げる考慮要素は、いずれも本件では全く考慮されていないのだから、本件で裁量を広く認める根拠とすることはできない。

4 特定のスティグマをもたらす

控訴人が訴状以来一貫して主張しているように、本件取扱は、数多ある職業のうちで性風俗関連特殊営業のみを排除するものだから、同営業は政府によって特別扱いをされても仕方ないくらい不健全な営業なのだろうという偏見を国民の間にもたらす。実際、地方自治体には性風俗関連特殊営業だけを不利益に扱う施策・取扱が相次いでおり、中には検査キットの無料配布を同事業者にだけしないといった、「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」（原判決 20 頁）が蔓延するに至っている。

ひとたび、当該特定の集団について、合理的な根拠なく、事実や統計の裏付けもなく不利益な取り扱いをしても良いという風潮が蔓延してしまうと、取り返しがつかなくなる。合理的な根拠や事実・統計の裏付けは、不合理な差別を食い止めるための最後の砦である。その砦を裁判所が無視してしまえば、負・劣位の烙印（スティグマ）が植え付けられ、社会全体に差別が広がる。

原判決は「本件各不給付規定が『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にとどまらず、その助長・再生産という深刻な効果をもたらす』と訴えた事業者の主張と正面から向き合っていないように見受けられる」と批判される

が（甲 129）、それはスティグマの危険があるのに、政府の裁量を広く認め、違憲審査に当たり合理的な根拠や事実・統計の裏付けを要求しなかったためである。

社会全体に差別を広げないためにも、差別的な取扱によりスティグマが押し付けられる危険があるときには、給付行政であっても政府に広い裁量を認めてはならず、当該取扱の合理的な根拠や事実・統計の裏付けを求める必要がある。

5 社会給付的性質を有する

原判決は、本件各給付金の給付対象が中小企業であることをほぼ唯一の理由として、その性質は「社会経済的なもの」で「経済対策の一環」であるから、行政庁には広範な裁量があるとする（10 頁以下、特に 12 頁）。しかし、給付金制度の性質は、その制定の趣旨や実際の給付対象者、給付の際の要件など、様々な要素を勘案して総合的に決めるべきものである。

実際、大阪高裁平成 14 年 7 月 3 日判決（阪神大震災被災助成判決）は、震災時における被災助成金について、「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」を考慮し、当該「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て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」としたうえで、かかる「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」としている（甲 122・52 頁）。

本件各給付金制度は、日本中を襲ったコロナ禍に苦しむ幅広い中小企業を対象として、その「事業の継続を支え」、「再起の糧」とすることを目的とするものである。対象は性風俗関連特殊営業以外のすべての事業者であって、特定の分野や業種に限定されていない。用途も限定されず、給付額も定額であり、コロナ禍で苦しむ中で当面の企業の持続のため、また固定費である家賃の支援のために給付されたものである。係る給付制度は、中小企業で働く人々を守るための手段として行われ

たものであり、法人に対する給付を通じて自然人たる国民の生存を守るための給付としての性質（社会給付的性質）を有する。このことは碓井光明東京大学名誉教授の意見書（甲 32）や、国会における質疑（甲 52、53）などから明らかである。

給付対象が中小企業であることをほぼ唯一の理由として、「経済対策の一環」（12頁）であると決めつけた原判決は給付行政の性質の分析に誤りがある。

なお、仮に「社会経済的なもの」で「経済対策の一環」でさえあれば、政策立案者の偏見に基づき差別的な取扱をしても良いということにはならない。このことは上記「4 特定のスティグマをもたらす」において述べたとおりである。

6 特定の職業の否定につながる

本件各給付金制度は「事業の継続を支え」、「再起の糧」とするためのものであり、これがなければ「会社というのは潰れて」しまうような性質のものである（甲 6 など）。逆に言えば、政府はこれらの給付金がなければ、会社はコロナ禍で「潰れてしま」い、事業の継続ができず、再起もできないものと捉えていた。支援対象を「業種にかかわりないものとした理由も、世の中に「潰れて」もいい、事業の継続ができなくてもいい、再起できなくてもいい、すなわちこれ以上活動・遂行しなくても事業など存在しないからである。

これらの給付金対象から外されるということは、政府から当該職業を活動・遂行しなくてよいと政府から認定されることと同じである。それは、薬を投与しなければ死ぬ危険が高い患者に、薬を投与しないことと同じである。刑法における不作為犯や民事における不作為責任の論理をなぞるまでもなく、作為義務があり、それを認識しながら不作為を選択することは、法理上作為と同視される。本件取扱は、不作為による職業活動・遂行の自由に対する制約にあたる。

本件取扱のように、「業種にかかわりなく」「幅広く」支援する給付制度において、特定の職業だけを狙い撃ちにして排除することにより、当該職業について職業活動・遂行をできなくさせる政策は、当該職業が潰れてもよいとするものだから、当該職業

の遂行・活動の自由そのものに対する制約に等しく、「職業の自由に対する強力な制限」である（薬事法違憲判決・最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）。

すべての事業は、「社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動」であり、各事業者の職業選択・活動・遂行の自由の行使として、「自己のもつ個性を全うすべき場として、個人的人格的価値とも不可分の関連を有する」（前掲薬事法違憲判決）。その事業について、政府がこの事業は「潰れて」もいい、この事業なら継続できなくてもいいなどと選別して良いはずがない。

政府担当者の偏見や思い込みで、特定の職業だけが潰されることのないよう、裁判所は厳格な審査をしなければならない。

7 原判決が挙げるその他の要素は考慮の必要がない

原判決は費用対効果や国民経済上の不利益の程度を考慮しなければならないことを、裁量を広く認める理由とする。

しかし、本件で性風俗関連特殊営業のみを給付除外とすることにより、どれだけの費用が節約でき、どれだけの効果の上乗せが失われるのかといったことは、本件各給付金制度の創設にあたり一切考慮されていない。被控訴人もこれを一切主張していない。また、国民経済上の不利益の程度も同じである。これらは全く考慮されていない。むしろこれらが考慮されれば、性風俗関連特殊営業に対しては給付が正当化されていたはずである。

考慮すれば給付が正当化されると思われる要素について、政府が一切考慮していない場合に、これらを理由に裁量を広く認めることは論理矛盾である

第3 結語

以上のとおり、本件取扱について裁量を広く認めることは許されない。裁判所は厳格な審査をしなければならない。

以上