

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10準備書面

(憲法学者・行政法学者・社会学者ら12名による原判決批判)

2023年5月31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



原判決は、本件各不給付規定による本件各給付金の不給付が憲法 14 条 1 項に違反するとはいえず、行政裁量の逸脱濫用でもないという旨の判断を示した。しかしながら、原判決に対しては、憲法学者らが不合理である旨の評釈・解説を公表しており、また、憲法学者・行政法学者・社会学者らが原判決を批判し、その結論に反対する旨の意見を述べている。最近刊行された各年度の重要判例が紹介される『重要判例解説（令和 4 年度）』でも、松本和彦・大阪大学教授（憲法学）が、「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」などとして原判決を批判している（甲 129）。

本準備書面では、かかる最近の解説を含め、原判決に対する判例解説や論考、意見をまとめ、多くの学者（憲法学者・行政法学者・社会学者）が原判決を批判し、その結論に反対していることなどを主張立証する。

## **第 1 多数の学者による原判決を批判する判例解説・論考・意見**

### **1 松本和彦教授（憲法学）による裁判例解説**

松本和彦・大阪大学教授（憲法学）は、原判決について、「裁判所は、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」と述べ、原判決を批判する解説をしている（甲 129）。

### **2 曾我部真裕教授（憲法学）による意見書**

曾我部真裕・京都大学教授（憲法学）は、原判決に対する意見書（甲 59）において、大要次のとおり述べて原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べる。

すなわち、原審判決は、①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、性風俗関連特殊営業排除の合理性を安易に認めてしまっ

ており問題があること、②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おり、また同事業者を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からすれば、排除は合理性を欠き違憲・違法というべきであると論じ、原判決の結論に反対する旨の意見を述べている。

### 3 岩切大地教授（憲法学）による意見書

岩切大地・立正大学教授（憲法学）は、その意見書（甲 102）において大要次のとおり述べて原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べる。

すなわち、①原判決は、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（「親密特殊関係性の原則」）と、性的行動が「非公然と行われるべきこと」（「性行為非公然性の原則」）という 2 つの性的道義観念が国民の大多数に共有されていることを前提とし、その根拠として 2 つの政府答弁と風営法の条文解釈を挙げるところ、2 つの国会答弁を含むいかなる答弁からもそのような性的道義観念を導くことはできず、また風営法の条文における「健全化」という文言は外的な環境などに関するものと解さざるを得ず、性的道義観念を導くことはできないこと、②答弁や条文を超えて給付金制度との関連で性風俗業が性的道義観念に反するとするならば、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ことなどについて論じ、原判決の結論に反対する旨の意見を述べている。

### 4 玉蟲由樹教授（憲法学）による意見書・論考

玉蟲由樹・日本大学教授（憲法学）は、その意見書（甲 101）及び本判決を解説した論考（「性風俗営業に対する差別的取扱い」（法学セミナー818 号 6 頁以

下)・甲 128) において、大要次のとおり述べて原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べる。

すなわち、第 1 にその意見書 (甲 101) において、①日本における性的道義観念として非公然の原則があるところ、性風俗サービスは公然と行うものでないから、サービスそれ自体は非公然の原則に反するものではないこと、②売春以外の性風俗営業は、人の尊厳を根拠とする制約にも、最少限度の性道徳による制約にも服さないから、日本の法状況において、人の尊厳保障や性道徳の維持を理由として性風俗営業全般について一律に制約を課したり、不平等な取り扱いをしたりすることには憲法上の根拠がないこと、③「本質的に不健全」とか性的道義観念に反するという評価には「公共の福祉」に含まれうるような憲法上の根拠が欠けていることなどについて論じ、原判決に反対する意見を展開する。

また、最近公刊された論考 (甲 128) においては、①本件で問題となった性風俗事業者に対する持続化給付金等の不給付はコロナ禍で様々な事業者が営業にダメージを負ったなかで行われた給付行政からの排除であったところ、その背後にあったのは 40 年近く続く性風俗営業に対する差別的取扱いであること、②仮に社会の多数派が考える「正しい性のあり方」が存在するとしても、そこから外れた職業を営む者を制度的に差別することは法の下での平等に違反すること、③かかる職業を営む者をいわば「二級市民」扱いすることはさらに「個人の尊重」を掲げる憲法の理念に反することなどについて論じ、原判決の結論に反対する旨の意見を述べている。

## 5 新井誠教授 (憲法学) による論考・意見書

新井誠・広島大学教授 (憲法学) は、本判決を解説した論考 (「性風俗関連特殊営業に関するコロナ禍に伴う国の事業者持続化給付金不給付をめぐる司法審査についての考察」・甲 127) において、大要次のとおり述べて原判決を批判し、そ

の結論に反対する意見を述べる。

すなわち、①特定の政策を前提として特定業種のみ宛てて給付を検討する際とは異なり、本件各給付金の除外のように特定業種のみ給付しないという措置については財政的理由は後退し、給付行政であるから広い裁量があるとのロジックは正当化されないこと、②「政治的」判断の尊重を裁量の考慮要素として真正面に取り込むと生身の政治的判断が法的救済制度に入り込むことが予想されることから、高度な専門的技術判断による「政策的」判断と生身の権力による直感的な信条によるインスピレーションがもたらす「政治的」判断とは的確に認識し区別する必要があることなどについて論じ、原判決に反対する旨の意見を述べている。

なお、新井教授は、原審の段階で提出した意見書（甲 31）においても、①憲法 14 条 1 項の規範として、文字通りの「差別の禁止」が求められており、広い業種が給付対象とされる本給付事業において、法外の現象を理由に当該業種のみ同等の扱いをしないことになれば、それは特定業種に係る人々が、国家から個人としての立場を軽視されたことにより「地位のレベルでの格下げ」がもたらされたという現象を示すにほかならず、憲法 14 条 1 項に抵触すること、②国民による当該業種に対するレッテル貼りを助長し、職業間に貴賤があることを国が結果的に承認する契機となりかねないこと自体が、憲法が求める差別禁止に反するのであって違憲であること、③そもそも一定の給付制度の導入にあたって給付除外措置対象者を設ける場合には、それが当該給付制度の根本的目的と適合的でなければならぬが、本件ではかかる適合性はないことなどについて論じ、性風俗関連特殊営業事業者に対する本件各給付金の不給付措置は憲法 14 条 1 項に違反する旨の意見を述べている。

また、新井教授は、原審段階で提出した論考（甲 42）においても、①性風俗関連特殊営業を営む事業者が風営法に基づく手続を経て営業し、かつ適切な納税等

を行っている点は、本件両給付金の給付・不給付の判断に際して憲法学の観点からも重視されるべき事項であること、②同事業者は「法的規制の枠内に収まる限りで合法性を保証される」にもかかわらず「非合法の烙印を押される」ことがあり、その「非合法の烙印」と関連して反社会的集団（暴力団など）との結びつきが漫然と語られることでスティグマがさらに助長されること、③こうしたことが同事業者に対する「国民の理解が得られにくい」という「もっともらしさ」（本来は合理的な理由のないもの）をさらに「助長する効果を生み出す」ことになること、④にもかかわらず、本件両給付金の給付・不給付の判断について、違法営業を行う事業者であるかや、脱税の有無等の要素が一切考慮されずに、性風俗関連特殊営業を営む事業者というだけで不給付要件が適用されることとされるのは不合理であることなどについて論じ、性風俗関連特殊営業事業者に対する本件各給付金の不給付措置は憲法 14 条 1 項に違反する旨の意見を述べている。

## 6 村山健太郎教授（憲法学）による裁判例評釈

村山健太郎・学習院大学教授（憲法学）は、本判決に対する裁判例評釈（甲 126）において、大要次のとおり述べて原判決を批判し、その結論に反対する立場を表明している。

すなわち、①警察庁の担当者が風営法上の「許可」が国家による公認を意味する旨の見解を述べているが、そのような見解が国会によって承認されたという事実は認定されていないこと、②本件各不給付規程は、風営法の基本趣旨から逸脱したものであって、不合理な差別であり、平等原則に反するものであることなどについて論じ、原判決を批判し、その結論に反対する裁判例評釈を公表している。

## 7 興津征雄教授（行政法学）及び堀澤明生准教授（同）による意見書

興津征雄・神戸大学教授（行政法学）及び堀澤明生・東北大学准教授（行政法

学)は、兩名で作成した意見書(甲121)において大要次のとおり述べて原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べる。

すなわち、①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こと、②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、国家行為一般に妥当するものであること、③首尾一貫性の要請を前提あるいは手掛かりとした平等原則に基づく審査(首尾一貫性審査)を行った裁判例があること、④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は、本件各給付金の給付に関する「基本決定」から逸脱するものであり、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すること、⑤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や行政法学説は存在しないから、<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>という評価は不合理なものであることなどについて論じ、原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べている。

## 8 辻大介准教授(社会学)による意見書

辻大介・大阪大学准教授(社会学)は、その意見書(甲117)において大要次のとおり述べて原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べる。

すなわち、①国民全体における性道徳意識ないし性道徳観念のありようは、時代的な変化が大きいことが知られており、個々人がその全体のありようを容易に推測しうるものではないこと、②そのため、調査結果等の客観的・実証的根拠が求められてしかるべきだが、原判決はこれを提示していないこと、③控訴人(一審原告)が原判決後に実施した性風俗関連特殊営業事業者への持続化給付金支給

に関する世論調査（甲 115 の 1、甲 115 の 2 及び甲 116）を統計学の専門家として検討すると、(i) 原判決の想定するような「性的道義観念」を「大多数の国民が共有」しているとは言いがたいこと、(ii) 性風俗事業者に持続化給付金を給付することに対して、はたして「大多数の国民」の理解が得られないかも多分に疑わしいこと、(iii) 給付対象となっている他職種の事業者との公平性を考慮した場合、性風俗事業者のみを給付対象から除外することの方が、むしろ国民の意識・感覚に反することが分かることなどについて論じ、原判決を批判し、その結論に反対する意見を述べている。

## 第 2 学者による本件各給付金不交付が違憲・違法である旨の意見

以上の 9 名の学者の原判決批判に加えて、原審段階で提出された以下の 3 名の学者の意見書において本件各給付金不交付が違憲・違法である旨の意見が述べられているところ、これらも実質的には原判決を批判し、その結論に反対するものである。

### 1 木村草太教授（憲法学）による意見書

木村草太・都立大学教授（憲法学）は、原審の段階で提出した意見書（甲 28）において大要次のとおり述べ、実質的にみて原判決に反対する旨の意見を述べる。

すなわち、①本件両給付金給付事業において、性風俗関連特殊営業の事業者以外の事業者は給付金の給付を受けることができる一方、性風俗関連特殊授営業の事業者は給付金の給付を受けられない区別が生じていること、②国において性風俗関連特殊営業は「不健全・不道德」な職業だと評価し、それを給付金事業の考慮要素とすることは、差別感情に迎合するものであって、原告の差別されない権利（憲法 14 条 1 項）を侵害する上、個人の尊重（憲法 13 条）の原理にも反するものであることなどについて論じ、本件各給付金の一審原告への不交付が違憲・違法である旨の意見を述べている。

## 2 碓井光明教授（行政法学・財政法学）による意見書

碓井光明・東京大学名誉教授（行政法学・財政法学）は、原審の段階で提出した意見書（甲 32）において大要次のとおり述べ、実質的にみて原判決に反対する旨の意見を述べる。

すなわち、①本件両給付金の給付は「社会保障的給付」であって、性風俗関連特殊営業に係る事業者に給付金を支給しないとする本件両除外規程（不給付要件）は無効であること、②本件両除外規定がないものとして控訴人と被控訴人国との間には本件両給付金の給付に係る贈与契約が成立していることなどについて論じ、本件各給付金の原告への不交付が違憲・違法である旨の意見を述べている。

## 3 青山薫教授（社会学）による意見書

青山薫・神戸大学教授（社会学）は、原審の段階で提出した意見書（甲 34）において大要次のとおり述べ、実質的にみて原判決に反対する旨の意見を述べる。

すなわち、性風俗事業は本質的に不健全であり「社会一般の道德観念に反する」から本件取り扱いが正当であるとする国の主張は、国自身が創出した性風俗事業とそこで働く人びとに対する歴史的な分断と劣位化に則っており差別的であること、②このような論理をもって差別を合理化しようとするところこそが社会における為政者のような権力者が行うマイノリティ差別の典型であること、③国の主張は法の下での平等の原理原則に反していることなどについて論じ、本件各給付金の原告への不交付が不合理である旨の意見を述べている。

## 第3 結語

以上より、計 12 名もの学者（憲法学者・行政法学者・社会学者）が原判決に批判的意見を述べ、その結論に反対している。他方で、原判決に賛成する学者の裁判

例解説は、公表されているものを調査した限り、皆無である。原判決は、学術的な観点から全く支持されておらず、その判断枠組み・論理・証拠評価・結論のあらゆる点で徹底的に批判されている。原判決は破棄されなければならない。

以上