

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11準備書面

(前例踏襲は差別を正当化しない上に同種の前例もないこと)

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 介



同 弁護士 出 口 かお

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

控訴人は、本準備書面において、前回期日における裁判所の被控訴人国に対する求釈明を踏まえ、給付行政においてもスティグマを植え付けるような差別的取り扱いを許されず、過去に同種の前例があることは単に差別的な前例の踏襲に他ならないことを主張するとともに、本件各給付金と同種の前例は存在しないことについても

主張する。

## 第1 裁判所の釈明の趣旨について

2023年4月13日付控訴審第2回口頭弁論期日において、裁判所は被控訴人国に対し、「性風俗関連特殊営業について、災害対応も含めて公的金融支援や国の補助制度の対象とされてこなかったことに関する客観的な資料」（第2回口頭弁論期日調書）を提出するよう求めた。

前提として、この釈明の趣旨は、あくまでも原判決が証拠の特定を欠いたまま過去の給付行政における同種事例を認定したことを修正することにあると思われるところ、万が一にも、過去の給付行政において性風俗関連特殊営業を給付対象から除外していたことを、本件における取り扱いを正当化する根拠の一つとしてはならない。

これまで繰り返し述べてきたとおり、人種や性別、民族や職業など特定の属性を狙い撃ちにし、その地位を貶めるような政策は、給付行政であっても許されない。立法・行政には、地位を貶めることを目的とするものは当然として、地位を貶める効果がもたらされる政策をする広範な裁量などない。司法府は、地位の格下げが争点とされた事例においては、実際に当該政策が地位の格下げをもたらしているかどうかを先行して認定し、格下げがもたらされるときには、厳格に当該政策の合理性を審査しなければならない。このことは第3準備書面3頁以下、甲28（木村意見書）2頁以下、木村草太『平等なき平等条項論』東京大学出版、安西文雄ほか編『憲法学読本 第3版』107頁以下などにおいて主張・立証してきたとおりである。

加えて付言すれば、本件取り扱いは、少数派に対する偏見が争点となる政策であるところ、かかる類型の政策に対しては司法が厳格に審査すべきことについては、アメリカ連邦最高裁が、1938年のキャロリーンプロダクツ事件判決（United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938)）の著名な脚注4において、以下のように述べるとおりである。すなわち、同脚注において連邦最高裁は、通常で

あれば不合理な立法は政治的プロセスにおいて正常に修正されるはずだが、そのプロセスが働かない類型について司法が厳格に対応すべき旨の前提を述べた上で、主に宗教や人種の少数派を念頭に置きつつ、「切り離され孤立した少数派に対する偏見が、少数者を保護するため通常は適切に機能する政治的プロセスの作用を深刻に制約する傾向を持つような場合、またそれゆえにより相応に厳格な司法審査が求められる場合」には、もはや立法に合憲性・適法性の推定は働かず、立法裁量は狭くなると明示した。

また、性風俗関連特殊営業に対する不支給に合理的な根拠がないことは、これまで控訴人が述べてきたとおりである。原判決のロジックは破綻しており、被控訴人は国民の理解を得られない以上の合理的な理由を述べない。原判決がよりどころとする「国民の理解」とは、すなわち、国民の多数が特定の少数を嫌悪しているからその嫌悪に寄り添うべきだという原審裁判体の偏見に他ならない。

性風俗関連特殊営業の事業者は典型的な「切り離され孤立した少数派」である。過去の給付行政で同事業者が給付対象から除外された前例があったとしても、それは政府によって性風俗関連特殊営業が「切り離され孤立した少数派」に追いやられてきた歴史でもある。

そして、性風俗関連特殊営業の事業者が典型的なマイノリティであり、その取り扱いが政治的争点となることは全く期待できない上、立法・政府自身がそのような差別的な取り扱いを繰り返し、拡散し続けている状況では、通常政治的プロセスで本件のような差別が正常に修正されることは期待できない。このような場合、司法は立法・行政に裁量を認めることなく、その合理性を厳格に審査しなければならない。

その際に、過去に同種前例があることを合理性の根拠とすることは、当然許されない。人種差別であれ女性差別であれ、過去に同種事例があったことを合理性の根拠としては、永遠に差別は解消されない。職業差別も同様である。過去に差別的な取り扱いがなされたことは、それだけ差別の被害が甚大であることを示すもので、

差別を正当化する根拠とはならない。

## 第2 被控訴人の主張の誤り

被控訴人は乙6から乙11の各種制度について証拠とともに主張し、本件各不給付規定の合理性を裏付けようとする。しかし、そもそも仮に同種の前例があったとしても本件取扱を正当化する根拠とならないことは上述のとおりである。加えて、乙6ないし11のいずれの制度も本件とは対象や趣旨が異なり、何ら同種事例ないし同種の前例とはいえず、本件各不給付規定に基づく別異取扱いの合理性の裏付けとはならない。

すなわち、被控訴人国は、過去の数少ない補助金等の取扱いの前例（乙6～11）を挙げるが、そもそも、これらは本件各給付金のように「業種にかかわらず幅広く支援」することを目的として（甲8の1）給付金を交付するという類いのものはない。産業振興等の特定の積極的な支援事業目的のための制度であり、融資や保証に係る制度であるなどの点で、本件各給付金と同種の前例とは到底いえない。被控訴人国が、長期間かけて精査した結果、乙6から乙11の制度しか辞令として挙げることができなかったということは、阪神・淡路大震災や東日本大震災の際に給付した補助金や給付金（本件各給付金と同じく特定の積極的な事業目的の支援があるわけではなく基本的に全事業者の事業継続それ自体を支援する目的・性質の給付金）の事例において、本件各不給付規定と同様の前例があることを結局1つも見つけることができなかったことを自白したに等しい。

### 1 平成30年度被災地域販路開拓支援事業小規模事業者持続化補助金の取扱い（乙6）は本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない

「平成30年度被災地域販路開拓支援事業小規模事業者持続化補助金」に係る公募要領（乙6）23頁には、当該事業の対象外となる事業として「事業内容が射幸心をそそるおそれがあること、または公の秩序もしくは善良の風俗を害することとなるお

それがあるもの、公的な支援を行うことが適当でないと認められるもの」が挙げられている。被控訴人国は、かかる記載に該当する事業として「性風俗関連特殊営業」が例示されていると主張する。

しかし、同補助金（乙6）は、給付要件が緩やかであり広く（控訴人のようなごく一部の事業を除き）全事業者を給付対象とする本件各給付金とは異なり、補助対象者に厳格な要件が定められており（1頁以下）、被災地域において販路を開拓する事業を行い、そのための経営計画を策定していることなどを要件としている（4頁）。このように、同補助金は、特定の積極的な補助事業の目的を達成するために交付される補助金であるから、このような特定の積極的な補助事業の支援を目的とするものではない本件各給付金とは、給付金の目的・性質が大きく異なる。ゆえに、同補助金のように特定の積極的な補助事業を支援する目的のある給付金であれば特定の事業者は除外されうることになるし、実際に、被災地域において販路を開拓する事業を行うことが通常想定しにくい医師や歯科医師、助産師は給付対象から除外されているのであって（3頁）、同様の理由で「マージャン店・パチンコ店・ゲームセンター店等・性風俗関連特殊営業等」（23頁）も除外されるべきものである。すなわち、同補助金要領は「善良の風俗」（風営法1条）を「害することとなるおそれのあるもの」（23頁）に当たることから性風俗関連特殊営業事業者を除外したとみられるが、そもそも同事業者は、特定の積極的な給付目的との適合性や関連性との関係で上記医師等と同様に同補助金に係る補助事業を通常行わない事業者であるから給付対象とされないのであって、「誓約」の対象となる同補助金の「交付を受ける者として不適当な者」（4頁（5）①～④の暴力団関係事業者）に該当するからという理由ではない。つまり、23頁の「公的な支援を行うことが適当でないと認められる者」も、4頁の同補助金の「交付を受ける者として不適当な者」（4頁（5）①～④の暴力団関係事業者）と同義のものと捉えなければ同補助金の要綱は不合理であるから、23頁の「マージャン店・パチンコ店・ゲームセンター店等・性風俗関連特殊営業等」（風営法2条1項4号参照）は、同補助金の「交付を受ける者として不適当な者」（4頁

)に該当するという同補助金の5番目の給付要件(要件(5))との関係で除外されているのではなく、同補助金の3番目の給付要件(要件(3))、被災地域における販路開拓事業の計画策定)の特定の事業の性質との関係で除外されたものというべきである。

このように、被控訴人は、本件各給付金とは目的や性質が異なり、かつ本件各不給付要件とは異なる規定を設けた補助金の要領(乙6)を提出しているが、同要領の取扱いは、区別の合理性を基礎づけるものとはいえない。

また、そもそも同補助金(乙6)は、全国商工会連合会の補助金であって、中小企業庁や経済産業省の交付するものではないから、本件各給付金と同種の前例ということすらできない。

さらに、風営法2条1項4号は、「まあじやん屋、ぱちんこ屋その他設備を設けて客に射幸心をそそるおそれのある遊技をさせる営業」と規定しているところ、同補助金(乙6)の要領は、上記の理由から性風俗関連特殊営業を行う事業者以外も広く支援対象外としているが、これに対して、本件各給付金の規程は、同号の「まあじやん屋、ぱちんこ屋その他設備を設けて客に射幸心をそそるおそれのある遊技をさせる営業」を行う事業者をも給付対象としているし、(同補助金(乙6)の要領で給付対象から除外されている)医師や歯科医師、助産師も給付対象としている。ゆえに、本来であれば、本件各給付金の規程においても性風俗関連特殊営業を行う者を除外対象とするのは不合理であり、本件各不給付規定を設けず、本件各給付金の給付目的との関係で風営法2条1項4号に定める事業者と同じく性風俗関連特殊営業事業者も給付対象とするのが合理的であるといえる。

以上のことから、同要領の取扱いをもって、風営法2条2項に定める風俗営業者には支給しつつ同条5項に定める性風俗関連特殊営業事業者等には支給しないこととする本件各不給付規定の合理性を基礎づけることはできない。

したがって、同補助金の取扱い(乙6)は、本件各給付金の場合と同種事例のものとはいえず、本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない。

## 2 平成 28 年度熊本地震復旧等予備費予算被災地域販路開拓支援事業小規模事業者持続化補助金の取扱い（乙 7）も本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない

「平成 28 年度熊本地震復旧等予備費予算被災地域販路開拓支援事業小規模事業者持続化補助金」に係る公募要領（乙 7）39 頁には、当該事業の対象外となる事業として「事業内容が射幸心をそそるおそれがあること、または公の秩序もしくは善良の風俗を害することとなるおそれがあるもの、公的な支援を行うことが適当でないと認められるもの」が挙げられている。被控訴人国は、かかる記載に該当する事業として「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第 2 条において規定する風俗営業」が例示されていると主張する。

しかし、同補助金（乙 7）も乙 6 の補助金と同様、医師、歯科医師、助産師等（乙 7・35 頁）が除外されているのと同じ理由、すなわち「被災地域販路開拓」という特定の積極的な給付目的との適合性や関連性との関係で、風営法 2 条の風俗営業事業者を除外しているものというべきである。実際、乙 6（4 頁（5）①～④）の場合と同じく、性風俗関連特殊営業者は、「誓約」の対象となる「小規模事業者持続化補助金の交付を受ける者として不適当な者」（乙 7・36 頁（4）①～④の暴力団関係者）に当たるものとはされていない。

また、そもそも同補助金（乙 7）も、全国商工会連合会の補助金であって、中小企業庁や経済産業省の交付するものではないから、以上の給付金・補助金の目的や性質の違いとも併せ鑑みると、本件各給付金と同種の前例とはいえない。

したがって、同補助金の取扱い（乙 7）も、本件各給付金の場合と同種事例のものとはいえず、本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない。

## 3 平成 26 年度補正予算創業・第二創業促進補助金の取扱い（乙 8）

「平成 26 年度補正予算創業・第二創業促進補助金」に係る募集要項（乙 8）4 頁に

は、当該事業の対象外の事業として「公的な資金の使途として社会通念上、不適切であると判断される事業（風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年法律第121号）第2条において規定する風俗営業など）」が挙げられている。被控訴人国は、この記載から、同補助金が同条5項に規定する性風俗関連特殊営業事業者も対象外とする趣旨のものであると主張する。

しかし、同補助金（乙8）も乙6や乙7の場合と同様に、「既存技術の転用、隠れた価値の発掘（新技術、設計・デザイン、アイディアの活用等を含む。）を行う新たなビジネスモデルにより、需要や雇用を創出する事業」（乙8・3頁4（1））の促進を図るという特定の積極的な給付目的との適合性や関連性との関係で、風営法2条の風俗営業事業者が「補助対象事業」（3頁4）から除外されているものというべきである。乙6（4頁（5）①～④）や乙7（36頁（4）①～④）の場合と同じく、性風俗関連特殊営業事業者は、「応募者又は法人の役員が、暴力団等の反社会的勢力でないこと、また、反社会的勢力との関係を有しないこと。また、反社会的勢力から出資等の資金提供を受ける場合も対象外とします。」という補助金の交付を受ける者として不適当な者の要件（乙8・3頁・2（5）の「募集対象者」の消極要件）に当たるものとはされていない。

また、そもそも同補助金（乙8）は、本件各給付金のようにコロナ禍等のような災害関係の業種を問わない給付金ではなく、産業競争力強化法（乙8・3頁・3）に基づく積極的な産業力強化のための補助金であるから、以上の給付金・補助金の目的や性質の違いとも併せ鑑みると、本件各給付金と同種の前例とはいえない。

さらに、本件各給付金の規程は、性風俗関連特殊営業事業者を交付対象外としつつ、他の風営法2条の風俗営業事業者は給付対象としていることから、本来は、本件各給付金の規程においても性風俗関連特殊営業を行う者を除外対象とするのは不合理であり、本件各給付金の給付目的との関係で性風俗関連特殊営業事業者も同じく給付対象とするのが合理的であるといえる。

したがって、同補助金の取扱い（乙8）も、本件各給付金の場合と同種事例のもの



とはいえ、本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない。

#### 4 原子力災害に伴う「特定地域中小企業特別資金」制度（乙9）も本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない

被控訴人国は、原子力災害に伴う「特定地域中小企業特別資金」制度（乙9）の「本貸付制度は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律第2条に規定する風俗営業及び性風俗関連特殊営業を行う方や公序良俗等の観点から対象とすることが適当でないと認められる業種を営む方は利用できません。」（乙9・2頁）の記載から、同制度が同条5項に規定する性風俗関連特殊営業事業者も対象外とする趣旨のものであると主張する。

しかし、同制度は、中小機構の高度化融資の枠組みを活用したものであるが（甲130）、高度化融資とは「国の中小企業政策と都道府県の産業政策に基づき、国と都道府県が共同して実施する政策性の極めて高い融資」であり、産業政策という積極的な目的を有する。そして、産業政策に基づく事業資金（運転資金・設備資金）の融資であるから、対象者が申請さえすれば給付される本件各給付金とは異なり、「書類審査及びヒアリングを経て、融資審査委員会で貸付決定」に至るものとされ、審査を通過して初めて融資が受けられる。このように、同制度と本件各給付金とは目的や性質を大きく異にするものである。

また、特定地域中小企業特別資金制度の申込先は、福島県内の商工会議所又は商工会（公財）福島県産業振興センターとされているのであって、この点でも本件各給付金とは性質が異なり、以上の給付金・補助金の目的や性質の違いとも併せ鑑みると、本件各給付金と同種の前例とはいえない。

したがって、同制度の取扱い（乙9）も、本件各給付金の場合と同種事例のものとはいえ、本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない。

## 5 セーフティーネット保証5号制度（乙10及び乙11）も本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない

被控訴人国は、中小企業信用保険法2条5項5号に基づくセーフティーネット保証5号制度において性風俗関連特殊営業が対象外と明示的に記載されていると主張する。

しかし、中小企業信用保険法1条からわかるように、同制度は「中小企業の振興を図ること」すなわち産業振興が目的であり、新型コロナウイルス感染症の影響を受けた事業者について「業種にかかわらず幅広く支援」することを目的とする（甲8の1）本件各給付金とは制度目的が異なる。

具体的には、セーフティーネット保証5号制度には、特定の指定業種に係る事業や、製品等原価のうち20%以上を占める原油等の仕入価格に係る要件を満たす事業など特定の領域の産業を支援するという積極的な目的があり、かつ、信用保証協会「保証」する制度にすぎず、中小企業庁や経済産業省が給付金を交付する類いの制度ではないから、本件各給付金とは目的や性質を大きく異にし、本件各給付金と同種の前例とはいえない。

したがって、同制度の取扱い（乙10及び乙11）は、本件各給付金の場合と同種事例のものとはいえず、本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠とはならない。

## 6 過去に性風俗関連特殊営業事業者に給付しても他の政策目的の実現を阻害することにはならなかったこと

被控訴人国は、過去の事例としてわずかに上記乙6ないし11の資料のみを提出するにとどまった。このことは、過去の阪神・淡路大震災や東日本大震災等の災害における本件各給付金と同種の他の給付金の交付については、性風俗関連特殊営業を行う事業者が特に除外されてこなかったことを意味する。そして、これまで、本件各給付金と同種の他の給付金がなされたとしても、風営法に基づく行政活動への具体的な影響などという「他の政策目的の実現の阻害」（原判決10頁12行目）や「他の

政策との整合性」(同頁 13 行目)に係る弊害等が具体的に生じたという事実は一切ない。少なくとも、被控訴人国において、かかる事項が具体的に検討されたことにつき、被控訴人はこれまで何ら主張も立証もしていないのであるから、他の政策目的の実現の阻害等は客観的・具体的には何ら存在しなかったものというべきである。

### 第 3 結語

職業の多様性に応じてその規制の趣旨や理由が千差万別であるように(薬事法違憲判決・最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁参照)、政府による給付制度もその趣旨や目的は千差万別である。ただ給付行政というだけで一律に広範な裁量を認めることは許されず、また、社会経済的給付か社会福祉的給付かの二者択一で論じること論理が雑になりすぎる。給付の趣旨・目的、必要性、内容、対象、主体など、各種事情を検討し、比較考量する必要がある。過去の給付行政において性風俗関連特殊営業の事業者が給付対象から除外されていた実例があったとしても、過去の不合理な差別が現在の不合理な差別を正当化するものではないし、さらに、被控訴人の挙げる数少ない過去の取扱い(乙 6~11)は、いずれも本件各給付金の場合と同種のものとは到底いえず、本件各不給付規定の合理性を裏付ける根拠にはなりえない。

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

### 第 4 求釈明

被控訴人国は、「性風俗関連特殊営業について、災害対応も含めて公的金融支援や国の補助制度の対象とされてこなかったことに対する客観的な資料」として、乙 6 ないし乙 11 を提出した。

また、本件において被控訴人国は、性風俗関連特殊営業に対して持続化給付金及び家賃支援給付金を給付することには国民の理解が得られないと主張し、「災害対応

も含めて、これまで一貫して公的金融支援や国の補助制度の対象とされてこなかったことを今は踏襲している」(令和2年5月22日衆議院経済産業委員会における梶山大臣答弁参照)として、控訴人ら性風俗関連特殊営業を持続化給付金及び家賃支援給付金の給付対象から除外したとしている。

すると、被控訴人国のかかる主張や資料の前提として、本件各給付金を含むこれまでの公的金融支援や国の補助制度について、性風俗関連特殊営業を営む事業者をその対象から除外した際に行われた検討の内容およびその結果が分かる客観的な資料、例えば乙6ないし乙11の所管行政庁内部での検討結果や風営法を所管する警察庁との協議結果を記した資料が存在するはずである。

しかしながら、被控訴人国からは、これらの客観的な資料が一切記載されていない。特に、風営法を所管する警察庁担当者と、中小企業庁あるいは経済産業省担当者との間の協議や検討が一切なされることなく本件各給付金を含む国の補助制度等について性風俗関連特殊営業を営む事業者が除外されてきたとすれば、被控訴人国は、風営法に基づく行政活動への具体的な影響などという「他の政策目的の実現の阻害」(原判決10頁12行目)、「他の政策との整合性」(同頁13行目)といった観点を何ら具体的に考慮することなく、「他の政策」を所管する行政機関との協議を経ることもなく、極めて主観的かつ非専門的に本件各不給付規定を設けたということになる。そして、かかる「他の政策」を所管する警察庁との協議検討をした客観的資料は、それがもし存在するというのであれば、被告がこれを容易に提出することができるのであり、被控訴人に明らかに有利な考慮事項に係る資料でもあるから、被控訴人において証拠提出する責任があるものである。

以上のことから、控訴人は、被控訴人国に対して、性風俗関連特殊営業を営む事業者を本件各給付金や乙6ないし乙11の対象から除外した際に行われた上記の協議・検討結果が分かる客観的な資料、特に警察庁担当者ととの協議の結果を示す客観的な資料の提出を求める。

なお、かかる資料の提出がなされない場合には、被控訴人国は、「他の政策(目的

)」を所管する行政機関との協議を経ることなく本件各不給付規定を設けて性風俗関連特殊営業を営む事業者を除外してきたものと認められるべきであって、風営法に基づく行政活動への具体的な影響などという「他の政策目的の実現の阻害」や「他の政策との整合性」という観点を何ら具体的に考慮することなく、極めて主観的で非専門的な判断に基づき本件各不給付規定を設けたことが認定されるべきである。

以上