

令和5年（行サ）第161号 持続化給付金等支払請求上告事件  
被上告人 国外2名



## 上 告 理 由 要 約 書

2023年12月11日

最高裁判所 御中

上告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		

1 本件は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（風営法）2条5項に規定する性風俗関連特殊営業を行う事業者である上告人が、令和2年当時、新型コロナウイルス感染症の拡大による影響を受けて策定された「持続化給付金給付規程（中小法人等向け）」に基づく給付金（持続化給付金）及び「家賃支援給付金給付規程（中小法人等向け）」に基づく給付金（家賃支援給付金）について、性風俗関連特殊営業を行う事業者には給付をしない旨の各規程の定め（本件各不給付規定）が憲法14条1項等に違反するものであり、無効であるなどと主張して、被上告人らに対し、持続化給付金及び家賃支援給付金（本件各給付金）の支払等を請求する事案である。

原判決は、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から除外していることは不合理な差別（憲法14条1項違反）とはいえないなどとして、上告人の各請求をいずれも認めなかった。

原判決は、本件各不給付規定を策定した中小企業庁の裁量権行使に憲法14条1項違反があるかを検討するにあたり、「給付基準の策定は当該給付行政の実施主体である行政庁の合理的な裁量判断に委ねられているというべきであり、かつ、その裁量の範囲は相当程度広範なものになる」と述べ、また、「本件各給付金のような給付行政における給付基準の策定に当たっては、他の施策との整合性等のほか、当該給付を行うことについて最終的に国民の理解を得られることをも考慮することが許されることからすると、本件各不給付規定を定めた理由には合理性がある」とし、「性風俗関連特殊営業が備える特徴が、多くの者が共有する性的道義観念とは相容れない」ことからすれば、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から除外することは「不合理なものではない」などと判示する。

2 しかし、原判決は、憲法14条1項違反の審査基準の策定に際して「事柄の性質」を適切に考慮せず、各種考慮事項を正当な重みづけの下で衡量して慎重な審査をしなかった結果、憲法14条1項違反の違憲審査の判断枠組みの設定やその適用を誤ったものである。

(1) 本来、裁判所は給付行政であっても、その裁量事項の範囲内かどうかを検討するにあたっては、裁量権の行使が制度内在的な事情に基づくものかを検討しなければならないが、原判決はこの検討を怠っている。また、審査基準の策定

に必要な考慮要素を考慮し、また、考慮すべきでないあるいは重視すべきでない要素を考慮せずあるいは重視しないで審査基準を策定する必要があった。

しかし、原判決はこれらの「事柄の性質」の考慮を怠った。これらの「事柄の性質」を踏まえるならば、本件取扱については、「相当程度広範な」行政裁量が認められるものではなく、一定の合理的な裁量が認められるにとどまる。具体的には、性風俗関連特殊営業の事業者のみを給付対象から除外するという差別的取り扱いが許されるのは、重要な公益が害される具体的な危険がある場合に限られるとする違憲審査基準（最高裁判所第二小法廷令和5年11月17日判決・令和4年（行ヒ）第234号〔「宮本から君へ」判決〕の裁量審査の審査基準に相当するもの）が採用されるべきであった。

- (2) また、違憲審査基準の設定あるいは適用においては、本件各給付金の趣旨・目的及び性質や、所管行政庁の組織としての目的を検討する必要があり、当該裁量権の行使の根拠とされた事情である「他の施策との整合性」や「国民の理解」をどのような重みづけをして考慮するのかなどが検討される必要がある。本件各給付金の給付の判断に係る違憲審査においては、十分に考慮すべき「新型コロナウイルス感染症の拡大に伴う事業への影響の程度」や「給付の費用対効果」（事業者救済の必要性の高さ、あるいは不給付による不利益の大きさ等）、差別的効果が生ずるおそれといった他の当然考慮すべき事項についても十分に考慮したうえでの慎重な審査がなされるべきであり、他方で、本件各給付金の趣旨・目的や中小企業庁設置法の目的等とは関係性がないか極めて乏しい風営法に係る「性的道義観念」に照らした「国民の理解」という一般的な公益という考慮可能事項だけが重視されるべきではない。

しかし原判決は、本件給付が社会保障的給付としての性質を無視し、また本件各給付金の趣旨・目的や中小企業庁設置法・新型インフル対策特措法・感染症法の趣旨・目的等とは関係性がないか極めて乏しい、風営法に係る「性的道義観念」に照らした「他の施策との整合性」とそれに関する「国民の理解」という一般的な公益（考慮可能事項）とを過度に重視し、他の考慮事項を考慮しないするなど、正当な重みづけの下で衡量しないという違憲審査基準を採用し、これを適用した。

とりわけ原判決は、風営法が届出制を採用しているという「他の施策との整合性」と、性風俗関連特殊営業に対する給付が「国民の理解」を得られないこ

とを裁量権行使に逸脱濫用がないことの根拠とするところ、風営法が届出制を採用していることとの整合性は重要な公益とはいえず、また、風営法が届出制を採用した趣旨について諸説があるとしても、少なくともコロナ禍に厚労省によって創設された給付制度では性風俗関連特殊営業も給付対象とされていることを踏まえれば、性風俗関連特殊営業の事業者に何らかの給付がなされたとしても、風営法が届出制を採用しているという他の施策との整合性が取れなくなるということはなく、公益が害される具体的な危険もない。

加えて、「性的道義観念」に照らした「国民の理解」なる感情が極めて抽象的・主観的なものであることも踏まえると、それは正当な公益であるとするはできないし、仮に正当な公益であるといえるとしても、中小企業庁（政府）はこのような一般的な公益について本件各給付金の給付に際して一切の調査を行っておらず、同種の前例も全くないというのであるから、このような一般的な公益を重視あるいは過度に考慮することは許されないし、むしろ上記他の事項（感染症の拡大に伴う事業への影響の程度、給付の費用対効果、差別的効果のおそれ）が重視あるいは十分に考慮されるべきである。

(3) このように、原判決は、憲法14条1項違反の違憲審査においても問題となる裁量審査に関わる判断枠組みやその適用を誤ったものである。

3 さらに、原判決には、中小企業庁が本件各不給付規定を策定することで性風俗関連特殊営業の事業者のみを本件各給付制度の給付対象から排除したこと（本件取扱）につき、上告人の職業選択・遂行の自由（憲法22条1項）を侵害するものであるのに、これを適法・合憲とした憲法違反がある。すなわち、本件各給付金は、他のほぼ全ての中小事業者に給付をしながら、性風俗関連特殊営業の事業者についてのみ給付除外とするが、行政庁が、国会による法律上の根拠なく、大多数には与え、少数には与えないという給付金制度の仕組みを設定して特定事業者を排除することは、実質的には職業の自由に対する侵害となるところ、かかる侵害について合理的な正当化事由はない。

4 以上のとおり、原判決には、憲法14条1項及び憲法22条1項の解釈適用の誤りがあり、破棄を免れない。

以上