

2023年11月23日

宍戸常寿教授の聞き取り報告書

上告人兼上告受理申立人代理人弁護士井桁大介



本件に関し、宍戸常寿東京大学教授（憲法学）から聞き取りした内容を下記のとおり報告する。

## 記

日時：2023年（令和5年）11月23日 午前9時30分から午前10時（日本時間）

方法：オンライン会議システム「Zoom」を利用

参加者：宍戸教授、上告人兼上告受理申立人代理人弁護士平裕介、出口かおり、亀石倫子、井桁大介、福田健治、三宅千晶

### 第1 高裁判決の印象

破棄されるべき事案ではないか、と考えている。

まず、性風俗関連特殊営業は、法律で禁止されている事業ではない。法で禁止されている職業に対して不給付とするのであれば別の議論がありうるが、禁止されていない以上、他の法で禁止されていない職業と対等に取り扱うことが、法の下での平等から要請される。

また、持続化給付金等は、コロナ禍において人間同士の接触を極力減らすことが求められ、政府や自治体が各事業者等に営業の自粛を要請したために、不可避免的に社会経済活動の停滞が招来した、という状況に対応すべく創設された制度である。そのような制度について、他の事業と同様に、人間同士の接触を減らすために営業自粛要請に従った、適法に事業を営む特定の業種のみを給付の対象から除外した行為は、端的に偏見に基づくものである、あるいは警察目的に基づく活動の「規制」としてなされたものであると言わざるを得ない。

そして、そもそも給付行政という形式において、法に定められていない事由を考慮して実質的な「規制」を行うことは、法治国家の建前から許されるべきではない。また、「感染症拡大により、営業自粛等により特に大きな影響を受ける事業者に対して、事業の継続を支え、再起の糧を」給付する、という持続化給付金制度の趣旨・目的に照らせば、性道徳や社会道徳は、給付対象を画するに当たって考慮すべき事項ですらないと思われる。

仮に、持続化給付金制度において、特定の事業を給付対象から除外することの正当な理由があるとすれば、給付の制度又はその根拠法の趣旨・目的やスキームの内部に除外根拠が存在しているか、あるいは給付の制度の外部に警察的規制や業法等において当該事業の禁止・制限が存在している場合でなければならぬ。しかし本件では、そのような根拠は持続化給付金制度の内部にも外部にも存在しない。

さらに言えば、持続化給付金等は、形式的に給付要件を満たしてさえいれば、実質審査なくして給付金を交付する、という緊急の施策であったはずである。平時のマイナンバー制度の実施などとは異なり、例えば個人情報や適正・的確に取り扱う等といった丁寧な配慮をあえて不要としたものであり、そのために結果として多くの不正受給があったが、その可能性は制度設計時から容易に予測し得たにもかかわらず目を瞑り、緊急性への対処を優先したはずである。そうであるにもかかわらず、あえて性風俗関連特殊営業の事業者を給付対象から除外するという判断は、同事業も感染症拡大防止のために休業の必要があり実際に休業要請をしていたことや、迅速な給付を妨げる要件や手続が加重されることを考えると、緊急性への対処という大きな目標とも齟齬するものであり、いかにも一貫性を欠いた不合理な判断であったと言わざるを得ない。制度の前提として当然に一定の審査を要する貸付などは、その点で本件の前例とはなり得ない。

本件では、後述する判例違反、給付のスキームの条項の解釈、平等権侵害・平等原則違反、他事考慮、権利濫用等、考えうる違憲・違法の根拠は数多くあるが、率直に言って、本件事案における東京高等裁判所の判断は不合理であったというのが感想である。

## 第2 広範な行政裁量は、特定業種への不給付を正当化する事情とはならない

前提として、給付行政における裁量の広狭は、本件の結論を直接に左右するものではないと思われる。

本件における真の問題は、「特定の業種のみを給付対象から除外するという個別の仕組みが、行政の裁量事項に含まれているのか」ということである。

国の給付作用に関する広汎な裁量を認めた堀木事件判決（最大判昭和57年7月7日・民集第36巻7号1235頁）において、最高裁判所は、立法府が憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかについては、立法府の広範な裁量に委ねられており、「それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄」としながらも、障害福祉年金と児童扶養手当との併給が二重取りと評価できるのではないかということについては、法の解釈の問題とし

て裁判所が自ら個別具体的な判断を行ったものである。すなわち、いわゆる複数事故において稼得能力の喪失又は低下の程度が事故の数に比例して増加するとはいえないと裁判所自らが評価・認定したからこそ、併給調整を行うかどうか、制度内在的な事情として立法府の裁量事項に含まれると判断したものである。

このように、給付行政における制度設計に関して、基本設計については立法府の広範な裁量に含まれるとしても、個別の制度の性格、両者の併給という事態をどのように法的に評価すべきについては司法審査の対象としたことは当然のことであり、そうでなければ、具体的な給付の積極要件や消極要件の定めが裁量事項に含まれているのか否かを、裁判所が判断することすらできなくなるからである。およそ給付作用であるというだけで、機械的に、個別の給付の要件の定め等も立法府ないし行政府の裁量に属することになり、裁判所が実質的な司法審査をなし得ないとするのは、司法の自殺行為であり、上記のとおり確立した判例にも違背する判断手順といわざるを得ない。

これを前提として本件事案を検討すると、裁判所は、本件においても、まずもって「特定の業種に着目し、給付対象から除外するという行為を選択することが、行政の裁量事項に含まれているのか」という事項について、審理判断を行わなければならないこととなる。

そして、かかる審理判断を行うにおいては、「特定の業種に着目し、給付対象から除外する」ことが、持続化給付金制度の基本設計に係るものであり、当該制度に内在する判断といえるか、を検討する必要がある。例えば、世帯毎に世帯に属する人数に応じて給付金を給付する制度を設け、その給付額の計算に当たって「何人目以上には給付しない」という規定を設けた場合には、かかる定めは、給付金制度に内在する事情によるものであって、行政の裁量事項の範囲に含まれ得るであろう。給付対象の増加による財政負担を考慮して、給付に上限を設ける一線を引いたことが、行政の裁量の行使として著しく不合理である否かが争点となるはずである。これに対して、本件の持続化給付金制度において、性風俗関連特殊営業の事業者を給付対象から除外することは、前述したとおり、上記のような制度の内在的な事情によるということとはできない。そうである以上、行政の裁量の範囲内の行為ということとはできないのである。

そうすると、社会経済的な給付行政だからというだけで、当該除外要件について行政の広範な裁量を認めた原判決は、それだけで破棄を免れないと思われる。このことは、以下で述べるように、直近で言い渡された「宮本から君へ」事件最高裁判決（最判令和5年11月17日）からも同様の結論が導かれると思われる。

### 第3 「宮本から君へ」判決から得られる示唆

1 「宮本から君へ」判決では、給付行政において、不給付がどのような場合に正当化されるか、また不給付によって生じる不利益の程度をどのように考えるか、という点が判示された。

2 まず、不給付の正当化根拠、すなわち、給付・不給付の判断を行うに際して、いかなる事情を考慮することができるかという点については、泉佐野市民会館事件（最判平成7年3月7日判決・民集第49巻3号687頁）の園部裁判官補足意見に見られる古典的な発想が参考になる。これは、公の施設の利用を拒否できる正当な理由については、施設管理の観点から設けられる一般的な事由のほか、「公の秩序をみだすおそれ」といった事由が用いられることがあるが、後者は「実質的には、公の秩序維持を理由とする集会の禁止」であって「警察上の命令」と同じ効果をもたらす可能性があり、その要件裁量を広く認めれば恣意的な規制に至る恐れがあるから、本来であれば後者の事由は、施設管理権ではなく、「公物警察権行使のための組織・権限及び手続に関する法令（条例を含む。）に基づく適切な規制によるべき」であるとするのである。

園部補足意見も指摘するとおり、制度の本旨（泉佐野事案で言えば施設管理権の枠内）では処理することができない問題に対処するために、本来の制度の趣旨・目的とは異なる事情を考慮せざるを得ない場合は確かに存在する。「宮本から君へ」判決も、「芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動についても、本件助成金を交付すると一般的な公益が害されると認められるときは、そのことを、交付に係る判断において、消極的な事情として考慮することができる」としており、同様の整理をしている。

しかし、そこで考慮することができるのは、泉佐野事件における公の秩序維持のように、法律などで規定される明確な規範に限られる。制度とはその趣旨・目的に合わせて合理的に作られているものであるから、制度の趣旨・目的とは無関係な事項を場当たりに考慮してこれを運用しようとする、制度（システム）が回らなくなってしまうためである。

例えば、「宮本から君へ」判決において問題となった薬物については、法律上も社会上も、それを処罰・禁止する規範が存在しており、そのためそれを考慮すること自体が裁量権の逸脱・濫用とまでは言えず、最高裁も同様の整理をしている。他方で、性風俗関連特殊営業については、これを処罰・禁止する規範なるものは存在せず、社会実態としても正当な営業として強要されてきたものである。

また、「宮本から君へ」判決では、恒久的な芸術助成制度が構築されており、当該制度への信頼が毀損される可能性があったとも言っているが、持続化給付金

は、コロナ禍という緊急事態における一度きりの助成制度であることからすれば、損なわれる制度への信頼というものが想定し難いし、仮にあったとしても、その制度への信頼が損なわれるおそれを考慮する必要もないはずである。

このように、本件の除外規定には、そもそも考慮が許される消極的な事情が認められないと思われる。健全な社会通念に従った評価や社会実態に適合した常識に即した正当化根拠があるものではなく、持続化給付金制度の仕組みを作った者の恣意的な裁量の行使によるものであるとの疑いが残る。

3 続いて、不給付によって生じる不利益の程度について、「宮本から君へ」判決においては、権利利益の内容性質に着目して判断枠組みを定立する議論が行われている。

具体的には、同判決は、「一般的な公益が害されることを理由とする交付の拒否が広く行われるとすれば、公益がそもそも抽象的な概念であって助成対象活動の選別の基準が不明確にならざるを得ないことから、助成を必要とする者による交付の申請や助成を得ようとする者の表現行為の内容に萎縮的な影響が及ぶ可能性があり、そのことは「本件助成金の趣旨ないし被上告人の目的を害するのみならず、芸術家等の自主性や創造性をも損なうものであり、憲法 21 条 1 項による表現の自由の保障の趣旨に照らしても、看過し難いものといえることができる」として、「本件助成金の交付に係る判断において、これを交付するとその対象とする活動に係る表現行為の内容に照らして一般的な公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視し得るのは、当該公益が重要なものであり、かつ、当該公益が害される具体的な危険がある場合に限られる」と判示している。

本件で問題となるのは経済的自由であるが、だからといって被侵害利益の性質や程度が、精神的自由に比して小さいという結論にはならない。持続化給付金制度の背景には、コロナ禍において、政府が人々の身体的な接触を制限し、いわゆる不要不急の全ての事業者に休業要請を発令していたという事情が存在する。持続化給付金制度は、その代償として創設されたものである。そして性風俗関連特殊営業は、政府に身体的な接触を制限されたことにより、特に多大な影響を受ける業種である。また、性風俗関連営業を営む事業者が、持続化給付金の給付を受けられないことによって被る不利益は、それによって事業の継続ができなくなる恐れが生じるという点で、事業者や従業員の人格的生存に関わる重大なものであって、かつ、そのような人格的な不利益は不給付によって直接的に生じるものである。経済的自由が人格的価値と不可分の関連を有することは、薬事法事件判決（最大判昭和 50 年 4 月 30 日・民集 29 卷 4 号 572 頁）が強調したところである。

さらに言えば、適法に営業している事業者の事業の継続を制限する効果を有するという点で、給付を通じた警察行政を行なっていると評価することもできる。泉佐野事件における施設の利用不許可が、集会の自由を制限する点で「警察上の命令」と同じ効果をもたらすと指摘する園部補足意見の趣旨がここでも妥当すると思われる。

このように、本件において不給付により生じる被侵害利益の程度は重大であって、かつ、不給付によって直接的に生じる性質のものであるという点で「宮本から君へ」判決と共通する。そうすると、本件においても、「宮本から君へ」判決と同様に、性風俗関連特殊営業の事業者に持続化給付金等を交付しないことが許されるのは、重要な公益が害される具体的な危険がある場合に限り得べきである。そしてそのような重要な公益も想定し難いし、当該公益が害される具体的な危険も想定し難いと思われる。

#### 第4 終わりに

結局、高裁の判断における不給付の正当化根拠は、給付行政における広範な裁量の一点に尽きる。このような高裁の審理判断は、裁判所が、給付行政一般における個別具体的な要件については、これを審理・判断し、法の解釈・適用を行うという本来の司法の権限・役割を放棄したに等しい。

これまで司法は、生活保護案件であれ「宮本から君へ」事件のように芸術目的給付であれ、給付・不給付が問題となる個別具体的な事案において、審理を尽くし、丁寧に判断をしてきたはずである。それにもかかわらず、緊急事態における事業者の人格的生存が問題となった本件について、高裁所はあえて通常の司法審査の番外地に置く議論を展開しているものといわざるを得ない。

行政の広範な裁量を前提にしても、本来考慮することのできない「性的道義観念」なるものを考慮することも、それを理由に性風俗関連特殊営業を営む事業者への不給付を合憲・適法とすることも本来できないはずである。最高裁判所は、少数者の人権の砦として、高裁の判断を見直さねばならない。

以上