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　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

同　弁護士　三宅千晶

同　弁護士　福田健治

目次

はじめに

上告理由１

憲法14条１項違反

第１　憲法14条１項に関する原判決の判示 6

第２　原判決は違憲審査基準（判断枠組み）の設定を誤っている 9

１　本件各不給付規定は憲法14条1項の観点から独立した違憲審査を受ける 9

２　事柄の性質に照らし本件各不給付規定に対しては厳格な審査が求められる 10

（１）差別禁止の要請と給付行政の特質という「事柄の性質」 10

（２）差別禁止の要請 10

（３）他の憲法の理念を踏まえた要素 12

（４）給付行政の特質を踏まえた要素 13

３　「社会経済上の目的」であることのみから広範な裁量を導く原判決の問題点 14

（１）　原判決は、制度内在的な事情かどうかの検討を怠った 14

ア　制度内在的な事情かどうかの検討は必須である 14

イ　本件各不給付規定の策定は制度内在的な事情に基づくものではない 16

（２）原判決は正当な重みづけの下で衡量しない判断枠組みを採用し適用している 16

ア　本件各給付金は「社会保障的給付である」 17

（ア）本件各給付金の趣旨・目的 17

（イ）本件各給付金の性質 18

（ウ）本件各給付金は「社会保障的給付」としての本質を有する 19

イ　中小企業庁の目的・所掌事務に照らすと本件各給付金は原則として職種を問わずすべての中小企業に給付されるべきである 19

ウ　本件各給付金の趣旨・目的等と新型インフルエンザ等対策特別措置法の趣旨・目的・国の責務は強い関連性がある 21

エ　本件各給付金の趣旨・目的等と感染症法の趣旨・目的・国の責務は強い関連性があ

る ____ 24
オ　本件各給付金の趣旨・目的等と風営法との関連性は無いか極めて乏しい ____ 27
（ア）風営法に係る一般的な公益の実現という目的は「他の政策」に関するものにすぎず、重視されるべきではない ____ 27
（イ）「宮本から君へ」判決が重視した3つの要素 ____ 29
（ウ）「宮本から君へ」判決と本件の関係性に関する宍戸教授の指摘 ____ 36
カ　小括 ____ 38
（3）小括 ____ 39
4　小括 ____ 40
第3　原判決にはあてはめにおいて、論理の飛躍のある推論を行い排除の合理性を安易に認めるなど憲法14条1項の解釈適用の重大な誤りがある ____ 41
1　当てはめに関する原判決の判示 ____ 41
2　本件で行われるべきであった当てはめ ____ 41
第4　結語 ____ 44

上告理由2

憲法22条1項違反

第1　憲法22条1項に関する原判決の判示 ____ 45
第2　上告人の事業の遂行は職業選択・活動の自由として憲法上保障される ____ 46
第3　本件取扱は上告人らの職業選択・活動の自由を制約する ____ 47
第4　本件取扱は憲法22条1項に反する ____ 49
1　厳格な審査基準が適用される ____ 49
2　本件取扱は合理性も相当性もない ____ 49
第5　結語 ____ 50

はじめに

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。

2019年末から2023年初頭までの約3年間、世界は新型コロナウイルス（Covid-19）による未曽有のパンデミックに見舞われた。日本も例外ではなく、4回にわたって、政府は緊急事態宣言を発し、事業者には休業要請、市民には外出自粛要請を行った。相次ぐ休業要請と自粛要請により、対面での接客を伴う企業や事業者は大きな打撃を受けた。そのなかで、政府は、2020年4月20日の閣議決定において、「特に厳しい状況にある幅広い業種・事業形態の中堅・中小・小規模事業者、フリーランスを含む個人事業主に対して、万全のセーフティネットを構築すべく、事業の継続を支え、事業全般に広く使える、再起の糧とするため」の給付金制度として、持続化給付金を創設した。また、同年5月27日には同じく閣議決定にて、「売上げが大幅に落ち込むなど特に厳しい状況にある中堅・中小企業者・小規模事業者・個人事業主のテナントに対し、持続化給付金に加え、無利子・無担保融資の元本返済にも活用できる『特別家賃支援給付金』を給付」するべく、家賃支援給付金制度を創設した。これらの給付金の支給要件は、経済産業大臣が定めた持続化給付金給付規定に定められた。持続化給付金については、コロナ禍で収入が落ち込んだ中小企業・事業者は原

則として中小法人であれば上限200万円、個人事業者であれば上限100万円の給付金を受けることのできる仕組みとなっていた。家賃支援給付金については、法人であれば最大600万円、個人事業主であれば最大300万円が一括で支給される仕組みであった。

しかし、持続化給付金給付規程及び家賃支援給付金規程には、政治団体及び宗教上の組織若しくは団体と並んで、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）に規定する「性風俗関連特殊営業」と当該営業にかかる「接客業務受託営業」を行う事業者は給付の対象外とする本件各不給付規定が設けられた。そこでいう性風俗関連特殊営業には、いわゆるソープランドやデリバリーヘルスのほか、ラブホテルやアダルトグッズショップも含まれる。

上告人は本訴を提起し、本件各不給付規定は憲法14条１項及び憲法22条1項に違反すると主張したが、原判決はこれらをいずれも否定した。

上告理由１

憲法14条１項違反

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、平等取扱原則・差別禁止を定めた憲法14条1項違反があるのに、これを適法・合憲とした憲法違反がある。

第１　憲法 14 条１項に関する原判決の判示

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。

すなわち、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、第１に判断枠組みについて、一審判決を引用かつ改める形で、「本件各規程は、新型コロナウイルス感染症の拡大という状況下において政府が実施した種々の経済対策の一環として、中小事業者らの事業の継続を支えるという社会経済的な目的により策定されたものである。このような給付行政は、限られた財源の中で行われるものであるから、給付の対象者をどのように選別して、各対象者にどの程度の給付をすべきか等の給付基準の策定に当たっては、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り、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することに加え、類似の目的を有する他の施策とのすみ分けや均衡についても考慮すべきものである。また、当該給付の実施が他の政策目的の実現を阻害することとならないように、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。さらに、

給付行政もまた公金の支出である以上、その制度設計に際しては、政治的中立性や政教分離の原則への配慮を要することはもちろん、当該支出について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ことも許されるものというべきである。」とした上で、「本件各給付金の給付基準の策定に当たっては、社会経済上の目的の効果的、効率的な実現に向けた政策的な考察や配慮に基づく検討を要するものといえるから、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」（11頁6行から16行。なお引用され改められる一審判決10頁6行から26行参照）と判示する。

第2にその当てはめに関し、まず性風俗関連特殊営業について、「その歓楽性・享楽性が人間の本能的欲望に起因するものであるという風俗営業も含めた一般的特徴に加えて、客から対価を得て一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそるためのサービスを提供するという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であろう性行為や性交類似行為は極めて親密かつ特殊な関係性の中において非公然と行われるのが通常であるという意識ないしは性的な道義観念（以下、これを「性的道義観念」と表記する。）とは相容れない面があるため、風俗営業の場合と同様の業務の適正化や営業の健全化を図るという目的にはなじまないとの考慮が働いているものと解される。すなわち、性風俗関連特殊営業について届出制という仕組みがとられたのは、国が適正な業務等の水準を示し、同水準に到達したものを許可という形で公的に認知する制度を採用することは相当ではないという観点を踏まえたものであり、他方において、性風俗関連特殊営業を一般的に禁止することは、営業の自由の不当な制約、国民に対する性道徳の不当な強制に当たることから、善良な風俗と清浄な風俗環境の保持及び少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止を目的として営業禁止地域等の厳格な規制を課した上で、これに違反する違法行為を取り締まるためにその実態を把握する方策として定められたものであると解され」る（12頁1行から18行）とした上で、「本件各不給付規定は、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ものであるところ、これは、上記(2)エで説示した性風俗関連特殊営業に対する風営法上の取扱いを踏まえると、性風俗関連特殊営業については、業務の適正化や営業の健全化を図るという目的になじむものではなく、事業の継続の下支えを目的とした本件各給付金の給付対象とすることについて国民の理解を得ることが困難であるという理由によるものと解される。上記(1)イのとおり、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認められる。また、上記(2)エのとおり、性風俗関連特殊営業に対する風営法上の取扱いには合理性があると認められ、そのような取扱いがされていることの前提として、客から対価を得て一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそるためのサービスを提供するという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という考えがあると解されることからすれば、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、上記の本件各不給付規定を定めた理由との関連において不合理なものではないということができる」（13頁１行から19行）と判示する。

とりわけ憲法14条1項に関する判示としては、厳格に審査すべきとする上告人の主張を「①本件各不給付規定は区別（差別）を生じさせること自体を区別の目的とする疑いが強いものである、②本件各給付金は社会保障的性格が強く、また、本件各不給付規定は職業の選択・遂行の自由の制約につながるものである、③本件各不給付規定を定めるについて高度な専門的知識は必要とされず、他の政策の問題を考慮すべきではないし、まして国民の理解という恣意的な判断につながりかねない要素を考慮することは相当でない」と整理した上で、それぞれについて一審判決をほぼ踏襲し、上告人の主張を退けた（14頁1行から16頁15行）。

しかし、以下に述べるとおり原判決には違憲審査基準（判断枠組み）の策定に関

して憲法14条1項違反があり、それゆえに当てはめも誤っている。

第２　原判決は違憲審査基準（判断枠組み）の設定を誤っている

原判決は、本件各不給付規定の違憲審査基準の設定に関して、「社会経済上の目的の効果的、効率的な実現に向けた政策的な考察や配慮に基づく検討を要するものといえるから、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」とする。

かかる判示には、憲法14条１項違反の審査基準の設定に際して「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なかった違法がある。

１　本件各不給付規定は憲法 14 条 1 項の観点から独立した違憲審査を受ける

憲法14条１項は平等取扱原則・差別禁止を規律するところ、「国が行う給付行政において、給付金等の給付基準を法令ではなく内部規則により定める場合についても」憲法14条1項の規律が及ぶ（原判決が引用する一審判決9頁23行以降参照）。

憲法14条１項は、「事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものである」（婚外子に対する法定相続分差別訴訟・最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁（1322頁））。

本件各不給付規定は、「性風俗関連特殊営業」を営む事業者と他の職業を営む事業者（各給付金の給付を受けられる事業者）とを、給付要件に関して規程上明確に差別する。本件各不給付規定が「事柄の性質に応じた合理的な根拠」に基づくものと認められない場合には、憲法14条1項に反することとなる。

なお、給付金行政のように行政府に一定の裁量がある行政作用であっても憲法14条1項の違憲性審査を免れる理由とはならないことは原判決も当然の前提とする（原判決が引用する一審判決10頁2行から5行。なお、堀木訴訟・最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁（1240頁以下）参照）。

２　事柄の性質に照らし本件各不給付規定に対しては厳格な審査が求められる

（１）差別禁止の要請と給付行政の特質という「事柄の性質」

本件各不給付規定は、「区別が事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくもの」でなければ憲法14条1項に反して違憲となる。

ここで、本件各不給付規定に関する違憲審査における「事柄の性質」としては、差別禁止の観点から導かれる要素、他の憲法上の理念を踏まえた要素、給付行政の特質から導かれる要素が、それぞれ考慮されなければならない。

（２）差別禁止の要請

第1に、差別禁止の観点から導かれる要素としては、本件各不給付規定が、社会的地位の格下げ・スティグマの押し付けをもたらすものであることが考慮されなければならない。

原判決の認定によれば、本件各不給付規定は、風営法における性風俗関連特殊営業の取り扱いという「他の施策」との整合性や、同営業が国民の性的道義観念に反しており、給付は国民の絵理解を得られない、という理由に基づき策定されている。そこには社会福祉的な目的も、経済的な狙いも、治安維持上の効果も想定されていない。

その差別的取り扱いの効果として、単に給付金が受け取れないという不利益に加えて、「社会的地位の格下げ・スティグマの押しつけという深甚な害悪を及ぼす」（安西文雄ほか『憲法学読本 第3版』107頁以下）。特定の職業を他の職業より劣るもの、不適切なもの、継続すべきでないものと宣言する効果がもたらされる。本件各不給付規定それ自体が、性風俗事業者は差別してよいのだとのお墨付きを与えることとなる。社会にスティグマを植え付け、再生産し、助長している（上告人原審第3準備書面、同第6準備書面参照）。すなわち、全国の自治体が本件取扱を踏襲して同事業者を差別する制度を創設しており、中には新型コロナウイルスのワクチン

キットの配布対象から同事業者を除外するという差別的取扱いまで招来している（上告人原審第3準備書面3頁以下、特に5頁・甲99）。また、事業者たちは差別されているという意識を植え付けられ、それを内面化している（上告人原審第3準備書面6頁以下）。大規模アンケートにおいても、合計約46%が本件取扱は差別的で不公正な処遇であると捉えている（上告人原審第3準備書面25頁、甲116・8頁）。本件各不給付規定の「存在自体が」、そしてそれに基づく本件取り扱いそれ自体が、性風俗関連特殊営業という職業に従事する事業者に対する「差別意識を生じさせ」るのである（前掲婚外子に対する法定相続分差別訴訟・民集67巻6号1330頁、前掲安西112頁参照）。本件各不給付規定が、特定の職業に対する地位の格下げ・スティグマの押しつけ、その助長・再生産という深刻な効果をもたらすことに照らし、裁判所は本件各不給付規定について厳格に審査しなければならない（宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開［第2版］』109頁参照）。

この点に関して原判決は、「あくまで風営法における取締対象としての法的位置付けを前提にして定められており、届出の対象とはならない個人事業者として同営業に係る仕事を請け負った者等については除外されていないと解されていることからも・・、本件各不給付規定が、性風俗関連の職業を狙い撃ちにして差別するようなことを目的とした定めであるとはいい難い（なお、新型コロナウイルス感染症緊急経済対策（関係法令等（1）ア）として実施された各種施策の中には、性風俗関連特殊営業に係る事業者やその被用者も対象とするものがあり、このこととの対比でみても、本件各不給付規定は、本件各規程の趣旨・目的との関連において定められたにすぎないと解される。）。他に、本件各不給付規定について、区別（差別）を生じさせること自体を区別の目的とする疑いが強いものであると認めるに足りる証拠はない」と判示する（15頁4行から15行）。

しかし、上告人が繰り返し指摘するとおり、差別的取り扱いについては、当該取扱いの目的が差別を生じさせることかどうかのみならず、当該取り扱いによって具体的な差別的な効果、すなわちスティグマの植え付け、再生産・助長が生じている

かが考慮されるべきである（控訴理由書14頁、上告人原審第3準備書面2頁以下等）。このことは、松本和彦大阪大学教授（憲法学）が本件の一審判決の評釈において、「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・ステイ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」（甲129）と批判するとおりである。

本件においては、本件取扱が差別的な効果をもたらしているという「事柄の性質」が考慮されなければならなかったのに、原判決はこれを怠った。

（３）他の憲法の理念を踏まえた要素

第2に、本件各不給付規定は「職業」（憲法22条1項）の選択・遂行の自由の制約につながる差別である。各給付制度は、「インバウンドの急減や営業自粛等により」中小企業等が「特に大きな影響を受けている」ことを前提とし、「事業の継続を支え、再起の糧」とすることを目的とする。COVID-19は自然災害だが、自粛は国家や社会の要請による人為的なものである。そのような自粛状況の中では、自身の努力に関わらず、多くの事業者が、本件各給付制度なくして事業を継続することが困難な状況にある。

憲法は、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展と経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請しており、「国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定している」（小売市場事件最高裁大法廷判決・最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁（591頁））。「国の責務」として「積極的な社会経済政策の実施」の一環として、提供されるものが本件各給付金である。これらの給付制度は、効率化の向上や特定の業界の成長を後押しするためのものではではない。事業の継続の瀬戸際にある事業者に対し、それがなければ「再起」不能に陥る事業者に対し、最低限度の事業生活を営むための社会保障として付与されるものである。コロナ禍の収束が見通せない現況において、国が明示的にこれらの給付対象から排

除するということは、その事業だけは継続しなくて良い、再起しなくて良いと宣言することに等しい。その事業は、COVID-19対策に取り組むべき「社会」には含まれるのに、持続化し、再起されるべき「社会」には含めないということである。本件各不給付規定は「職業それ自体を否定するような」規定であるから、「精神的自由の場合に準じた憲法判断」、すなわち厳格な審査が必要となる（木下昌彦「職業の自由事案における憲法判断の枠組み」法律時報91巻5号80頁脚注14）。

原判決は、憲法22条１項違反の主張への応答の中で、「本件各不給付規定は、性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して事業の継続の下支えを目的とした本件各給付金を給付しないというものにとどまり、同事業者の職業選択・遂行の自由を直接制約するものではない。確かに、経済的な苦境に立たされた事業者らにとっては、公的な給付金の給付を得られないことについて事実上の不利益があることは否定されないが、上記(1)で説示したとおり、本件各規程が、国民経済を持続的な成長軌道へ戻すことを究極的な目的とする種々の経済対策の一環として策定されたもので」あることをもって、不当な制約でないとする（原判決18頁19行から26行）。

しかし、原判決自身が認めるとおり、本件取扱が性風俗関連特殊営業の事業者に対してのみ「事実上の不利益」をもたらすこと、そして本件各給付制度がコロナ禍における緊急対策として、事業の下支えのために行われたものであることを踏まえれば、かかる「事柄の性質」を踏まえたより厳格な審査が求められた。

本件取扱の憲法14条1項違反の審査に際しては、かかる「事柄の性質」が考慮されなければならなかったのに、原判決はこれも怠った。

（４）給付行政の特質を踏まえた要素

第３に原判決は、単に「社会経済上の目的」ということのみで「相当程度広範な」裁量を認めるが、この点については、給付行政の特質を踏まえ、本件各不給付規定が制度内在的な事情に基づくものであるかを検討した上、内在的な事情でないならば、裁量の範囲内かどうかを判断するべく必要な考慮要素を考慮し、考慮すべきで

ない事情を考慮せずに審査基準を定める必要があった。この点は原判決の最大の誤りであるので、項を改めて詳論する。

3　「社会経済上の目的」であることのみから広範な裁量を導く原判決の問題点

原判決は、「社会経済上の目的の効果的、効率的な実現に向けた政策的な考察や配慮に基づく検討を要する」ことのみを理由として、本件各不給付規定の策定に係る裁量権の逸脱濫用の有無に関する判断枠組みに関して、行政裁量が「相当程度広範なもの」になるとした。

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、本件取扱に対する違憲審査基準としては、「相当程度広範な」（高裁判決11頁16行目、同14頁21行目）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が採用されるべきであった。

原判決には、憲法14条１項違反の違憲審査基準を策定するにあたり、給付行政の特質に関する「事柄の性質」の理解を誤る違法がある。

（１）　原判決は、制度内在的な事情かどうかの検討を怠った

ア　制度内在的な事情かどうかの検討は必須である

宍戸常寿教授の聞き取り報告書（参考資料１）の第２で説明されているとおり、給付行政一般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。

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。

例えば最高裁判所は、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、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関し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かということについては、法の解釈の問題と位置づけ裁判所自ら個別具体的な判断を行った。かかる「審査判断」において裁判所は、いわゆる複数事故において生じた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自ら評価・認定したからこそ、併給調整を行うかどうかは、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の結論を導いている。すなわち、給付行政のうち、どの要素が制度内在的な事情として裁量事項に含まれ、どの要素が含まれないかは、「裁判所が審査判断」しなければならない。その審査判断の結果として、裁量に含まれる事項であれば原則として「審査判断に適しない事柄」となるが、制度内在的な事情でないと判断した場合には、裁量に含まれない事項となり裁判所の「審査判断」の対象となる。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とし、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、上記のとおりこれまでの判例の審査手法にも違背する。

イ　本件各不給付規定の策定は制度内在的な事情に基づくものではない

これを前提として本件事案を検討すると、裁判所は本来、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、本件各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。この場合には、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、当然には制度の内在的な事情によるということはできない。そうである以上、この点の検証が不可欠なはずである。

原判決は、「社会経済的な目的により策定されたもので・・限られた財源の中で行われるものであるから」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ており、本件各不給付規定の策定が制度内在的な事情と言えるかどうかの検討をしていない。これは、これは憲法14条1項の違憲審査基準においてであれ、裁量の逸脱濫用を審査する判断枠組みにおいてであれ、給付行政の司法審査において必ず検討しなければならないことである。これを怠った原判決はそれだけでも破棄を免れない。

（２）原判決は正当な重みづけの下で衡量しない判断枠組みを採用し適用し

ている

原判決は、「社会経済上の目的の効果的、効率的な実現に向けた政策的な考察や配慮に基づく検討を要する」ことのみを理由として、本件各不給付規定の策定に係る裁量権の逸脱濫用の有無に関する判断枠組みに関して、行政裁量が「相当程度広範なもの」になるとした。

本来、判断枠組みの採用においては、当該争点となる裁量権の行使が制度内在的な事情によるものかどうかの検討が不可欠であり、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る。また、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で考慮するのか、検討される必要がある。

しかし原判決は、本件給付が社会保障的給付であることなどを無視し、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「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という考慮可能事項とを過度に重視するなど、正当な重みづけの下で衡量しないという判断枠組みを採用した。

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。以下、詳述する。

ア　本件各給付金は「社会保障的給付である」

本件各不給付規定の策定が制度内在的な事情かどうかを検討するために、まず本件各給付金の趣旨・目的、性質を検討する必要がある。本件各給付金制度が創設された社会背景、その各規程の記載などを検討すると、本件各給付金は「社会保障的給付」である。

（ア）本件各給付金の趣旨・目的

本件各給付金のうち、持続化給付金の趣旨・目的は、「新型コロナウイルス感染症の拡大に伴うインバウンドの急減や営業自粛等により、特に大きな影響を受けて

いる中堅企業、中小企業その他の法人等……及びフリーランスを含む個人事業者に対して、事業の継続を支え、再起の糧とされるため、事業全般に広く使える給付金を給付すること」（持続化給付金規程2条、第一審判決27頁、下線引用者）である。同様に、家賃支援給付金給付規定の趣旨・目的も、「新型コロナウイルス感染症の拡大に伴い発出された緊急事態宣言の延長等により、売上げの急減に直面する中小法人等にとって土地又は建物の賃料等の負担が特に重くなっている現状に鑑み、これらの中小法人等に対し、事業の継続を下支えするための給付金を給付し、もって賃料等の円滑な支払に資すること」（家賃支援給付金規程2条、第一審判決30頁、下線引用者）がその目的とされている。

（イ）本件各給付金の性質

また、本件各給付金がコロナ禍において事業の継続を支えるためのものであり、原則として、特に大きな影響を受けている中小企業等であれば職種を問わずすべての職業を営む事業者らに対し給付されるものであることからすれば、例外的に本件各給付金を受給できないとされた事業者らは、廃業を免れるべくコロナ感染による生命・身体への危害を覚悟しつつも（自粛したくても）自粛すらできずに店舗を開けることで事業を継続することになる。なぜなら、「職業」（憲法22条1項）が単なる生計維持手段であるのみならず、自己の個性を全うすべき場としての個人の人格的価値と不可分に関連するものであって（薬事法違憲判決参照）、自らの意思で選択した職業が個々人の自己決定（憲法13条参照）の表れでもあることにも照らすと、本件各給付金を受け取れない事業者たちは、他の殆どの事業者が本件各給付金を受給しつつ自粛しながら生命・身体への危害を最大限回避してそれぞれ職業を継続できる「国家によって守られた」法的地位にあることを横目に見つつも、自分たちも多くの他者と同じく自らの選択した職業を続けていきたい、廃業だけは何とかして免れたいと、文字通り「命懸け」で、他の殆どの事情者と同じく自分たちの職業を持続しようとするのが、普通の「人格」を持った人間の考えるところだからである。

（ウ）本件各給付金は「社会保障的給付」としての本質を有する

したがって、本件各給付金は、次の新型中小企業等の事業者がコロナ禍において文字通り「命懸け」で廃業を免れるための営業を継続することを強いられることなく安全に安心して自粛できる地位を付与する「社会保障的給付」（碓井光明教授意見書・甲32・2～3頁）としての本質を有するものである。平時における単なる「経済対策の一環」（第一審判決12頁14行目、原判決も11頁で引用）としての政策目的の給付の場合とは異なり、災害時・非常事態的な状況下における社会保障的ないしは社会の基盤を維持するための特に重要性の高い給付金である。本来原判決は本件各給付金のかかる本質を重視すべきであった。

以上のことは、次に述べるとおり、本件各給付金の趣旨・目的や中小企業庁の目的・所掌事務と、新型インフルエンザ等対策特別措置法の趣旨・目的・国の責務等とがそれぞれ密接な強い関連性を有することなどからも裏付けられる。

イ　中小企業庁の目的・所掌事務に照らすと本件各給付金は原則として職種を問わずすべての中小企業に給付されるべきである

本件各給付金を給付する行政組織である中小企業庁の目的は、「健全な独立の中小企業が、国民経済を健全にし、及び発達させ、経済力の集中を防止し、且つ、企業を営もうとする者に対し、公平な事業活動の機会を確保するものであるのに鑑み、中小企業を育成し、及び発展させ、且つ、その経営を向上させるに足る諸条件を確立すること」（中小企業庁設置法1条、各下線引用者）である。

かかる目的においては「中小企業」を営もうとする事業であれば、その業種を問わず支援の対象としており、同条の「健全な」「健全に」という文言も大企業等からの経済的な独立性という観点や「国民経済」の観点からの「健全性」であって性風俗関連特殊営業について国の主張する「性的な」健全性などではない。すなわち、同条の「健全」な中小企業とは、性的あるいは性風俗・性道徳の観点からの「健全」

さを何ら意味するものではなく、同法は「中小企業」から特定の業種を排除していないからすれば、その所掌事務（同法4条）として、コロナ禍のような非常事態においてこそ、職種の限定なくあらゆる「中小企業」の事業者らに対し、「円滑な資金の供給」（同法4条1項7号）を行うという役割を担っているものといえる。

また、法律で営業を営むこと自体を禁止されていない性風俗関連特殊営業者もまた、国民経済の一部を形成していることは明白であり、国民経済に寄与し国民経済を発展等させるものであることもまた明らかである。

さらに、新型コロナウイルス感染症の拡大に伴う営業自粛等や、感染拡大に伴い発出される緊急事態宣言やその延長、先の見えない長期間にわたる自粛要請等が行われるコロナ禍においてこそ、中小企業の事業の継続を下支えすべく「公平な事業活動の機会を確保する」ことが特に重要であり、このことは上記１条の目的に資するものである。そして、「夜の街」（の事業）だと行政庁等に毎日のように連呼され、営業自粛をとりわけ強く要請され続けていた事業の典型である性風俗関連特殊営業を営む事業者にとっては、「公平な事業活動の機会を確保する」という点は、特に重要な目的である。

したがって、中小企業庁としては、本件各給付金を趣旨・目的を達すべく、コロナ禍において事業を営む中小企業に対して事業の下支えをする給付金を給付する場合には、「公平な事業活動の機会を確保する」（同法1条）という目的等に照らし、業種を問わず原則としてすべての中小企業の事業者に給付をすべき役割を担っているものというべきである。実質的にみても、新型コロナウイルス感染症の拡大により、事業への法規制はあれど事業として禁止自体はされることなく、その意味での正当な事業に対する社会的な評価がコロナ禍によって急激に変化したことにより、これまで禁止されずに営業できていた事業が急に規制（営業停止の対象と）されたり政府や自治体の自粛要請により事実上営業できない状態に追い込まれてしまったりすることに基づく高度の廃業リスクを特定の限られた事業者だけに負わせることで国家の「緊急事態」を乗り切ろうとすることはあまりに不公平であり、配分的正

義の考え方に大きく反するものである。このような危険・リスクこそ、国民（あるいは納税者）全体、社会全体で負担すべきものであるからしても、中小企業庁は、本件各給付金を性風俗関連特殊営業を営む事業者を含むすべての中小企業に給付すべき役割を担っている。それなのに原判決は、かかる中小企業庁の組織としての特徴を全く考慮していない。

ウ　本件各給付金の趣旨・目的等と新型インフルエンザ等対策特別措置法の趣旨・目的・国の責務は強い関連性がある

新型インフルエンザ等対策特別措置法は、新型インフルエンザ等に対する対策の強化を図り、もって新型インフルエンザ等の発生時において国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とし（同法1条）、また、「新型インフルエンザ等から国民の生命及び健康を保護し、並びに新型インフルエンザ等が国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにするため、新型インフルエンザ等が発生したときは、自ら新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に実施し、並びに地方公共団体及び指定公共機関が実施する新型インフルエンザ等対策を的確かつ迅速に支援することにより、国全体として万全の態勢を整備する責務を有する」（同法3条1項、下線引用者）として国の責務を規定し、さらに「国民の自由と権利が尊重されるべきことに鑑み、新型インフルエンザ等対策を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該新型インフルエンザ等対策を実施するため必要最小限のものでなければならない」（同法5条）とする。加えて、同法は、第4章等において、新型コロナウイルス感染症の拡大に伴い発出される緊急事態宣言に係る規定や、まん延防止措置に係る規定、緊急事態に至らない段階においても地方公共団体等による営業自粛に係る協力の「要請」に係る規定（同法24条9項）等を置いている。

そして、同法63条の2第1項は「国及び地方公共団体は、新型インフルエンザ等及

び新型インフルエンザ等のまん延の防止に関する措置が事業者の経営及び国民生活に及ぼす影響を緩和し、国民生活及び国民経済の安定を図るため、当該影響を受けた事業者を支援するために必要な財政上の措置その他の必要な措置を効果的に講ずるものとする」（下線引用者）とし、事業者に対する支援等につき規定する。

上記のような国の責務や国による事業者に対する支援等は、憲法25条1項や「公衆衛生」の向上及び増進に努めなければならないとする同条2項等の趣旨にも適合する重要な責務といえる。加えて、「職業」（憲法22条1項）が自己の個性を全うすべき場としての個人の人格的価値と不可分に関連するものであり（薬事法違憲判決参照）、職業が個々人の自己決定（憲法13条参照）の表れであることに照らすと、コロナ禍における営業自粛等の影響を受けた中小企業等の「事業の継続を支え」て廃業を免れさせ、持続させる類いの給付金は、職業遂行の自由のみならず職業選択の自由そのものを実質的に下支えし、かつ個人の尊重（憲法13条）という憲法的価値ないしは個人の自己決定を実質化（小山剛「震災と国家の責務」公法研究61号（1999年）196頁（202頁））するという性格を有するものでもあり、あるいは、致死性の高い疫病等を含む自然災害等から保護を求める国民の権利（工藤達朗「自然災害から保護を求める憲法上の権利」公法研究61号（1999年）206頁（212頁）参照）にも資するものである。ゆえに、平時における「経済」対策とは異なりむしろ事業の継続そのものや「国民生活」自体の維持に対する国の責務や支援等であるといえる。

そうすると、新型インフルエンザ等対策特別措置法の趣旨・目的や国の責務と本件各給付金の趣旨・目的等、さらには中小企業庁の目的等と直接的な強い関連性を有するものであり、少なくとも同法は「類似の目的」（第一審判決10～11行目、原判決11頁で引用）の政策に関する関係法令であるということができる。また、同法が「国全体として」コロナ禍を乗り越えるための国の「責務」（同法3条1項）としていることや同法に基づく自粛要請等の措置によって「影響を受けた事業者」に対してはその職業・業種を問わずに「支援するために必要な財政上の措置その他の必

要な措置を効果的に講ずる」としていることから、特定の「影響を受けた」職業・営業を営む事業者だけを例外的に除外する判断については慎重な裁量審査が行われるべきである。なお、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のであるから（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）、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強く要請されるものといえる。

さらに、同法5条が国民の権利の尊重やその制限が新型インフルフルエンザ等対策実施のため「必要最小限」のものでなければならない旨規定していることからも、職業の自由や差別されない権利・利益がその対策実施を要因として制限ないし実質的に制限されるかという点も重要な考慮事情というべきである。

以上のとおり、中小企業庁が本件各給付金を給付するに際しては、新型インフルエンザ等対策特別措置法の趣旨・目的や国の責務、国の支援等の規定の趣旨等も十分に踏まえる必要がある。前述したとおり、本件各給付金を受け取れなければ営業を自粛したくてもできず、廃業を避けるには店を開ける必要があり、すると例外的に給付除外を受けた事業者（特定の事業を営む国民個人）だけが比較的コロナ罹患（あるいは罹患による死亡や健康障害、後遺症等）の高い危険を負うことになることから、本件各給付金の不給付は、実質的には、高裁判決20頁7～8行目のいう「個人の生命や自由の保障」についての「職業に基づく差別」という本来的に許されない差別につながるものといえる。ゆえに、中小企業庁としても、上記差別されない権利・利益等にも照らし（同法5条参照）、コロナ禍という国民が混乱し、歴史的にみても差別感情や差別意識が高まりやすい未曽有の状況において、そのような差別的な給付（不給付）の措置として機能する事態ならぬよう配慮する責務があるものといえ、そのような差別的効果が生ずるおそれという点も憲法14条違反に係る司法審査（裁量審査）において重要な考慮事情となるものというべきである。

同時に、コロナ禍における本件各給付金の不給付が中小企業の事業者を廃業に追い込む蓋然性を高め、国民の自由・権利の実質的な制限（同条参照）につながるこ

とから、本件各給付金がどのような職業を選択した事業者に交付されるか（それによる間接的な影響）という事情よりも、同法の自粛要請等の措置によって「影響を受けた事業者」か否か、その「支援」をするための「必要」性や支援が「効果的」（同法63条の2第1項）か否かという事情が重要な考慮事情となる。しかし原判決はこれを全く考慮していない。

エ　本件各給付金の趣旨・目的等と感染症法の趣旨・目的・国の責務は強い関連性がある

感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（以下「感染症法」という）は、「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関し必要な措置を定めることにより、感染症の発生を予防し、及びそのまん延の防止を図り、もって公衆衛生の向上及び増進を図ること」を目的とし（感染症法1条）、その基本理念の次のとおり規定する。そして、同法第7章が「新型インフルエンザ等感染症」に関して規定していることことなどから、感染症法は、新型インフルエンザ等対策特措法と趣旨・目的が共通するところがあり、同法と同じく本件各給付金の趣旨・目的等、さらには中小企業庁の目的等と直接的な強い関連性を有し、少なくとも「類似の目的」（第一審判決10～11行目、原判決11頁で引用）の政策に関する関係法令ということができる。

また、感染症法2条は、「感染症の発生の予防及びそのまん延の防止を目的として国及び地方公共団体が講ずる施策は、これらを目的とする施策に関する国際的動向を踏まえつつ、保健医療を取り巻く環境の変化、国際交流の進展等に即応し、新感染症その他の感染症に迅速かつ適確に対応することができるよう、感染症の患者等が置かれている状況を深く認識し、これらの者の人権を尊重しつつ、総合的かつ計画的に推進されることを基本理念とする。」（下線引用者）と規定しており、同法の前文と併せ考えると、「感染症の患者等が置かれている状況を深く認識し、これらの者の人権を尊重し」という基本理念の趣旨あるいはその意味は、「感染症の患者

等に対するいわれのない差別や偏見が存在したという事実を重く受け止め、これを教訓として今後に生かすことが必要」だということであるといえる。なお、同法の前文は、次のとおりである。

「人類は、これまで、疾病、とりわけ感染症により、多大の苦難を経験してきた。ペスト、痘そう、コレラ等の感染症の流行は、時には文明を存亡の危機に追いやり、感染症を根絶することは、正に人類の悲願と言えるものである。

医学医療の進歩や衛生水準の著しい向上により、多くの感染症が克服されてきたが、新たな感染症の出現や既知の感染症の再興により、また、国際交流の進展等に伴い、感染症は、新たな形で、今なお人類に脅威を与えている。

一方、我が国においては、過去にハンセン病、後天性免疫不全症候群等の感染症の患者等に対するいわれのない差別や偏見が存在したという事実を重く受け止め、これを教訓として今後に生かすことが必要である。

このような感染症をめぐる状況の変化や感染症の患者等が置かれてきた状況を踏まえ、感染症の患者等の人権を尊重しつつ、これらの者に対する良質かつ適切な医療の提供を確保し、感染症に迅速かつ適確に対応することが求められている。

ここに、このような視点に立って、これまでの感染症の予防に関する施策を抜本的に見直し、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する総合的な施策の推進を図るため、この法律を制定する。」（下線引用者）

コロナ禍においても、わが国では「自粛警察」とも呼ばれる私人が私人を互いに監視し合い、営業を「自粛」しない店舗が誹謗中傷を受けるなど、自粛を事実上強要するような振る舞いが各地で取り沙汰された。また、感染者に対しても、それが

職業上人との接触を必然的に伴ういわゆるエッセンシャルワーカーであっても、あるいは体質的にマスクをつけることができずに働く者等であっても、自粛という「掟」を侵犯した者の「自己責任」だといった容赦のない言葉が浴びせられた（江藤祥平「匿名の権力―感染症と憲法」笠木映里ほか（編）法律時報増刊『新型コロナウイルスと法学』（日本評論社、2022年）23頁参照）。すなわち、コロナ禍においても、わが国では、コロナ感染症の患者等に対するいわれのない差別や偏見が存在したのであり、これは報道等からも明らかであり、公知の事実といえる。

もっとも、コロナ感染症の患者等に対して差別をしたり偏見・差別感情を抱いた者らの多くは、差別してやろうという「目的」を持って差別したわけではなく、未知のウイルスへの対応の混乱や長期にわたる自粛要請等により日常生活が一変してしまったことから来るストレス・不安感などもあって、結果的に、コロナ感染症の患者やその家族等に対し差別をしてしまったということと思われる。つまり、差別や偏見は差別をしようなどという「目的」を人々がもっていなくても、国の政策や措置等によって生まれてしまうものだといえる。

以上のことに鑑み、コロナ感染症の患者に対するものではないものの、本件各給付金を特定の職業を選択した事業者だけに給付しないとの措置から生じる特定の職業を営む事業者に対する差別的効果等を考慮する必要がある（不給付の目的の点だけではなく、機能あるいは効果の点にも着目する必要がある）。

そもそも、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、端的に職業差別や偏見に基づくものであると捉えることができる（宍戸常寿教授の聞き取り報告書・第1参照）。あるいは、仮にそのような差別や偏見の「目的」が認められなくても、不給付の機能・効果として、原則としてすべての事業者には交付するが特定の職業を選択した事業者（性風俗関連特殊営業を行う事業者）だけには給付しないということを国（行政機関）が行い、それを公表すれば、給付対象から除外された職業・営業を営む事業者に対して、差別や偏見の目が向けられるおそれが生じる。

このように、性風俗関連特殊営業を行う事業者だけに本件各給付金を給付しないという措置は、少なくとも、そのような職業を選択し事業を営む事業者らに対する人々（世間・国民）の差別や偏見を生じさせるおそれのあるものであるが、これは、日本において、「過去にハンセン病、後天性免疫不全症候群等の感染症の患者等に対するいわれのない差別や偏見が存在したという事実を重く受け止め、これを教訓として今後に生かす」（感染症法前文）という同法の基本理念（2条）の趣旨に反するものである。

したがって、以上のような例外的な不給付の措置をとることによって差別的効果が生ずるおそれがあるという点も司法審査に際して重要な考慮事情となるのに、原判決はこれも考慮していない。

オ　本件各給付金の趣旨・目的等と風営法との関連性は無いか極めて乏しい

（ア）風営法に係る一般的な公益の実現という目的は「他の政策」に関するものにすぎず、重視されるべきではない

原判決は、風営法が性風俗関連特殊営業について届出制とすること、かかる制度設計は同営業が国民の性的道義観念に反すると考えられることなどを重視する。しかし、風営法の目的は、「善良の風俗と清浄な風俗環境を保持し、及び少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止するため、風俗営業及び性風俗関連特殊営業等について、営業時間、営業区域等を制限し、及び年少者をこれらの営業所に立ち入ら

せること等を規制するとともに、風俗営業の健全化に資するため、その業務の適正化を促進する等の措置を講ずること」である。そして、本件各給付金を給付しても性風俗関連特殊営業を行う事業者が風営法に違反する営業を行うということにはならない。ゆえに、風営法と本件各給付金の趣旨・目的や中小企業庁の目的等とは直接の強い関係性は皆無であり、上記「類似の目的」すらなく、仮に何らかの関係性があるといえても、極めて関連性の乏しいものであるから、風営法に係る一般的な公益の実現という目的は、「他の政策」（第一審判決10頁13行目、原判決11頁で引用）に関するものというほかない。

宍戸常寿教授の聞き取り報告者・第1のとおり、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以上、他の法で禁止されていない職業と対等に取り扱われるべきであり、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、警察目的に基づく活動の実質的な「規制」としてなされたものという面がある。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も許されるべきではなく、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。それなのにこれを過度に重視する原判決は、「事柄の性質」の理解を誤っている。

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ないが、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、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、例えば個人情報を適正・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、一貫性を欠いた不合理な不給付要件といえる。なお、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。

（イ）「宮本から君へ」判決が重視した3つの要素

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（以下「宮本から君へ」判決という。）は、給付行政における助成金の不給付に裁量権の逸脱・濫用の違法がある旨判旨したものである。「宮本から君へ」判決は憲法14条１項に関するものではなく、また行政処分の裁量権の逸脱・濫用について判示されたものではあるが、給付行政に関して一定の場合に厳格な審査を求めるものであり、原判決が広範な裁量を認めた理由づけを否定するものとして、原判決に憲法14条１項違反があることを裏付ける。なお、本件では行政契約あるいは行政契約に関する不給付措置に係る行政規則の策定といった行政作用の裁量統制が問題となっているが、裁量権を逸脱・濫用する場合において裁量のある行政作用が違法になることは行政処分（行政行為）だけに限って妥当する法理などではなく、行政契約や行政規

則の策定を含む他の行政作用についても妥当するものであることが明らかであることからすれば、行政処分の裁量権の逸脱・濫用に関する「宮本から君へ」判決の判断枠組みは、以下の理由から、本件のような行政作用に係る裁量統制が問題となる場合にも妥当するものというべきである。

「宮本から君へ」判決は、「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」という判断枠組みを策定した。この判断枠組みを導いた理由づけのうち、以下の3点が本件においても重要である。

第1に、同判決は行政機関が裁量権行使にあたって考慮する要素のうち、特定の性質を有する助成金の交付に係る判断を行う行政組織の趣旨・目的を達成すべく適切な判断を行うための当該助成金の性質や当該行政組織の趣旨・目的と直接に関わる「実情に通じ」た判断が求められる観点（「芸術的な観点」）と、そのような「実情」とは直接あるいは間接的にも関係性のない判断が求められる「一般的な公益」に係る「消極的な」考慮可能事情とを区別した。これは、かかる「実情に通じ」た判断に係る観点（重視することを要する・重視すべき事情）に関しては当該裁量権を行使する行政機関に合理的な一定の裁量を認める一方で、一般的な公益という消極的な考慮可能事情については当該行政機関の趣旨・目的や当該給付金の性質に照らし「実情に通じ」た判断は必要とされず、かつ、司法が検証することが可能あるいは容易であることから逆に裁判所の判断に馴染むものであるため、狭い行政裁量しか認められないことを含意しているものといえる。

第2に、給付をしないという「消極的な事情として」公益を考慮する制度設計に関して、「公益」は「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」ことを指摘した。これは、給付の対象や金額、時期などについては、当該給付制度の目的や予算との兼ね合いで、行政機関に上記のとお

り一定の合理的な裁量を認める一方で、当該給付制度の目的や予算からすれば給付することが相当であるにもかかわらず、「一般的な公益」を理由に給付対象から例外的に除外するという場合には、当該「一般的な公益」に係る消極的考慮可能事情については、上記選別の基準が不明確になることによって恣意的な判断が行われないようにする必要性が高いことから、司法による比較的厳格な審査に服することを示している。すなわち同判決は、特定の行政作用を担当する行政組織の目的や所掌事務・役割に係る行政組織法上の規定や、助成金の趣旨・目的等をいわば起点として、これらとの関連性の強い行政機関がその「実情に通じ」ている「公益」(「宮本から君へ」判決では「芸術的な観点」)については、これを重視し、他方で、その関連性がないか、乏しい「一般的な公益」については重視しえない事情となるものと解しているのである。そうすると、「宮本から君へ」判決のこのような考え方は、少なくとも給付行政の特質の捉え方という点で本件訴訟の行政作用にも妥当するものであるから、特定の行政作用を担当する行政組織の目的や所掌事務・役割に係る行政組織法上の規定や、助成金の趣旨・目的等とは関連性がないか、乏しい「一般的な公益」(仮に風営法に係る「性的道義観念」に照らした「国民の理解」)は、上記「他の政策」に関するものであり、ゆえに、重視しえないものと解すべきである。なお、同判決は、給付金制度に対する「国民の理解」なるものが仮に別個の公益であるといえるとしても、と留保した上で、そのような公益は「重要な」公益とは言えない旨明確に判示しており、この点も本件に参考にされるべきである。

第3に、同判決は、「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る」ことを指摘し、「このような事態は、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」とする。これは、給付をしない方向に作用する考慮可能な「消極的な事情」が、その機能・効果として、①

当該給付制度の趣旨や目的を害する場合や、②何らかの憲法上の価値（ここでは芸術家等の自主性や創造性という表現の自由によって保障される価値）を損なう場合には、司法における厳格な審査をする事情として働くことを示している。この第3の点において重要なことは、行政機関の目的や意図ではなく、裁量権行使がもたらす機能・効果に着目していることである。独立行政法人日本芸術文化振興会は、交付決定を取り消すに際し、当該給付制度の趣旨や目的を害する目的も意図もなく、また芸術家等の自主性や創造性を損なう目的や意図も有していなかったものと思われるが、それでも、不交付決定がもたらす機能や効果に着目して司法による厳格な審査を導いているものといえる。

「宮本から君へ」判決が判断枠組みを定立するにあたって重視したこれら3つの特徴は、本件においても当てはまる。

第1に、「宮本から君へ」判決は、給付行政の裁量権行使に関して、当該行政機関の把握しうる上記「実情に通じ」た判断が求められる「芸術的な観点」と、「一般的な公益」に係る事情を区別し、前者については行政機関に一定の合理的な裁量を認める一方で、後者については行政機関の広範な裁量を認めないことを前提とする。本件両給付制度においても、コロナ禍において苦境に喘ぐ中小企業・フリーランス・個人事業主の事業を下支えするため、幅広い事業主の持続化のため、あるいは家賃支援のために給付をする、という給付制度の基本設計については、所管庁である中小企業庁にその目的や所掌事務、給付金の性質との直接の関係のある「実情に通じ」た判断が求められ、裁量が広くなる。他方で、「一般的な」判断が求められる「公益」に係る要素については、給付行政におけるものだとしても、上記「実情」と関係がないか極めて乏しいのであるから、少なくとも広範な裁量を認めないということになる。しかしながら、高裁判決は、本件両給付制度が、「社会経済的な目的」であることのみから、「その裁量の範囲」を「相当程度広範なもの」としており、それだけでも「宮本から君へ」判決と抵触する。

第2に、「宮本から君へ」判決は、給付をしない方向に働く「消極的な事情」とし

て「一般的な公益」を考慮・重視しうることとする制度設計に関して、「一般的な公益」は「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」ことを指摘した。これは、給付をする方向に左右する要素（同判決では芸術的観点）を積極的な事情とし、給付をしない方向に左右する要素（同判決では一般的な公益）を消極的な事情とし、かかる積極的な事情と消極的な事情とで、判断要素を区別することを示唆するものである。本件両給付制度においても、対象業種をどうするか、給付対象をどうするか、給付要件としての売上高をどれほどに設定するか、給付額をいくらとするかといった社会経済的な要素については、中小企業庁に上記「実情に通じ」た判断が必要とされ、一定の合理的な裁量が認められ、その裁量は広くなる場合もある。他方で、原則としてどのような事業内容かを問わずあらゆる職業を営む事業者に給付するという基本設計としての給付制度を設けた上で、除外要件である、政治団体であること、宗教団体であること、性風俗関連特殊営業等の事業者であることという3つの不給付規定（持続化給付金について同給付規程（持続化給付金規程、第一審判決27頁以下、甲1）8条3乃至5号、家賃支援給付規定について同規程（家賃支援給付金規程、第一審判決30頁以下、甲2）9条3乃至5号）に関しては、例外的に給付をしないという「消極的な事情」として「一般的な公益」に係る事情を考慮するものである。「宮本から君へ判決」は、かかる一般的な公益に係る事情に関しては、前記のとおり「実情に通じ」た判断を前提とするものではない上、上記基本設計を設けた上であえて設けられた「消極的な事情」であるところ、「一般的な公益」は抽象的な概念であって、曖昧であったり、具体的な根拠の乏しい「公益」によって、「消極的な事情」が設けられる危険性があるため、行政機関に広い裁量を認めることはできないと判示する。この点でも、やはり給付制度の目的のみを理由として裁量を広く認めた高裁判決は、「宮本から君へ」判決と抵触する。

第3に、「宮本から君へ」判決は、給付をしない方向に作用する「消極的な事情」が、機能・効果として、①当該給付制度の趣旨や目的を害する場合や、②何らかの

憲法上の価値を損なう場合には、司法における厳格な審査をする事情として働くことを示した。行政機関が当該消極的な事情を設けた目的や意図ではなく、機能・効果に着目していることが重要なことは、前に述べたとおりである。本件両給付制度に関しても、①当該給付制度の趣旨や目的は、持続化給付金については「新型コロナウイルス感染症 (COVID-19)の拡大に伴うインバウンドの急減や営業自粛等により、特に大きな影響を受けている中堅企業、中小企業その他の法人等（以下「中小法人等」という。）及びフリーランスを含む個人事業者（以下「個人事業者等」という。）に対して、事業の継続を支え、再起の糧としていただくため、事業全般に広く使える給付金を給付することを目的」（甲1・2条）とするものであり、家賃支援給付金については「新型コロナウイルス感染症(COVID-19)の拡大に伴い発出された緊急事態宣言の延長等により、売上げの急減に直面する中小法人等にとって土地又は建物の賃料等の負担が特に重くなっている現状に鑑み、これらの中小法人等に対し、事業の継続を下支えするための給付金を給付し、もって賃料等の円滑な支払に資することを目的」（甲2・2条）としていた。性風俗関連特殊営業等の事業者も、緊急事態宣言に基づく各都道府県の営業自粛要請の対象とされており、事業の継続に大きな影響を受け、また賃料等の負担が特に重くなっていたことを踏まえるならば、同事業者に例外的に給付をしないことは、給付制度から除外された多くの事業者を「下支え」しないことにより廃業に追い込む機能・効果があるものといえ、両給付制度の趣旨や目的を阻害する。特に性風俗関連特殊営業が風営法によって要件等を定められ、職業選択・遂行の自由の保護範囲とされる適法な事業であることや、利用者数や従事者数、経済規模などが他業種と比べても十分に大きいことを踏まえるならば、不給付が趣旨や目的を阻害する程度は、無視できない。また、②全事業種のうちで、唯一、性風俗関連特殊営業等の事業者のみを給付対象から除外することは、憲法14条1項が求める法の下の平等という価値を損なうものである。特に、「宮本から君へ」判決が、憲法上の価値の毀損について、行政機関の目的や意図ではなく、当該裁量権行使がもたらす機能・効果に着目していたことからすると、両

給付規程に除外規定が設けられることにより、これらの事業者に対する差別的な効果がもたらされるとすれば、仮に行政機関に差別的な目的や意図がなかったとしても、憲法上の価値が毀損されると評価される。また、原判決が国民の性的道義観念を不給付の主な理由としていることは、憲法13条により保障される個人の尊厳理念とも抵触し、その点でも憲法上の価値を毀損する。さらに、経済的には、全事業種に対して給付をしながら特定の業種に対してのみ給付をしないことと、当該特定の業種に対してのみ特別な税金を課すことは実質的に同等と評価され、そうすると本件両給付制度に設けられた不給付規定は、性風俗関連特殊営業の事業者に対する侵害的な行為である。この点も、憲法14条の法の下の平等という理念への抵触に加え、憲法22条1項により保障される職業選択・遂行の自由という憲法上の価値が毀損される場面と評価される。加えて、本件における不給付規定は、法によって営業することが認められ、かつその営業内容やその範囲について法律によって詳細に定められている性風俗関連特殊営業について、行政機関が独自の判断によって、持続させないよう作用させたこととなるが、これは給付行政を通じた特定の業種の排除と言え、法律による行政の範囲を超えており、憲法41条の趣旨にも抵触しうる。

以上のとおり、「宮本から君へ」判決に基づくならば、中小企業庁は本件不給付規定の策定において、風営法に関する国民の性的道義観念を踏まえた上で性風俗関連特殊営業に対する給付は国民の理解を得られないことを根拠としているところ、かかる「国民の理解」という「一般的な公益」を「消極的な考慮事情として重視」することが許されるのは、「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」という審査基準が本件においても適用される。

原判決は、憲法14条１項違反の違憲審査の判断枠組みについて、給付目的のみから広範な裁量を導いているが、かかる判断は「宮本から君へ」判決とも抵触している。

（ウ）「宮本から君へ」判決と本件の関係性に関する宍戸教授の指摘

また、「宮本から君へ」判決については、宍戸常寿教授の聞き取り報告書・第３の点が参考にされるべきである。すなわち、同判決では、（A）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、（B）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。

このうち、まず、（A）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に、「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。園部補足意見も同様の指摘をするとおり、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的に考慮してこれを運用しようとすると、制度（システム）が回らなくなって

しまうためである。

「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いうるが、持続化給付金はコロナ禍という緊急事態における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。

続いて、（B）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うことができる」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、持続化給付員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巻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いえる。

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。本件取扱の違憲審査にあたっては、「宮本から君へ」判決が提示した「事柄の性質」が重視されなければならない。

カ　小括

以上のとおり、本件取扱の違憲審査基準を策定するに際しては、本来、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る。また、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で考慮するのか、検討される必要がある。

しかし原判決は、本件給付が社会保障的給付であることなどを無視し、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「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という考慮可能事項とを過度に重視するなど、正当な重みづけの下で衡量しないという判断枠組みを採用した。

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。このことは、上告人が原審で提出した曽我部真裕京都大学教授（憲法学）がその意見書（甲 59）において、狙い撃ち的な除外が、一審判決もあえて念押ししなければならない程度に職業差別に結びつくおそれがあること、コロナ禍という未曾有の事態において事業の存続のために切実な必要があることといった事情を考えれば、「合理性」の基準の下での具体的な検討の際には、「相応に実質的な審査が求められる」とし、同基準を、一定の厳格さを備えた違憲審査基準として本件に当てはめるべき旨述べていた批判がそのまま当てはまる（4～5 頁）

（３）小括

以上より、本件各給付金に係る給付行政作用については「相当程度広範な」（高裁判決11頁16行目、同14頁21行目）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。すなわち、本件各給付金の給付の判断に係る違憲審査基準については、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」（第一審判決18頁10行目、これを換言すれば、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（最判平成18年2月7民集60巻2号401頁、最判平成19年12月7日民集61巻9号3290頁参照）、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。

また、仮に風営法に係る「性的道義観念」に照らした「国民の理解」なる感情を一般的な公益として考慮可能事項としうるとしても、このような極めて抽象的で主観的な公益は、重要な一般的な公益といえないばかりか、正当な一般的な公益であるともいえない。さらに、仮に重要あるいは正当な公益であるといえても、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することは許されない。

以上から、本件において本件取扱が憲法14条1項に反しないかの検討に際しては、「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られるとする違憲審査基準が採用されるべきである。

このように、原判決には、給付行政の特質に照らしても、正当な重みづけの下で衡量しない違憲審査基準を採用したものであるから、憲法14条１項違反の違憲審査の判断枠組みや適用を誤ったものである。

４　小括

以上のとおり、原判決には、本件取扱がもたらす差別的な効果、特にスティグマの植え付け、再生産・助長といった効果を無視した点、他の憲法上の理念を無視した点、本件取扱の策定が制度内在的な事情に基づくものか否かを検討せず、かつ考慮すべき要素を考慮せずに考慮すべきでない、あるいは重視すべきでない事情を考慮し、重視する点で、「事柄の性質」に即した審査基準を策定していない違法がある。

本件取扱の違憲審査基準は、「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られるとする違憲審査基準が採用されるべきであった。

原判決には、憲法14条1項の解釈適用の誤りがあり、破棄を免れない。

第３　原判決にはあてはめにおいて、論理の飛躍のある推論を行い排除の合理性を安易に認めるなど憲法 14 条１項の解釈適用の重大な誤りがある

１　当てはめに関する原判決の判示

原判決は、極めて緩やかな判断枠組みを用いたため、ほとんど実質的な当てはめを行なっていない。具体的には、「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認められる。」とのみ述べて、策定の理由に合理性を認める。また、「性風俗関連特殊営業に対する風営法上の取扱いには合理性があると認められ、そのような取扱いがされていることの前提として、客から対価を得て一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそるためのサービスを提供するという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という考えがあると解されることからすれば、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、上記の本件各不給付規定を定めた理由との関連において不合理なものではない」とする（13頁7行から24行）。

２　本件で行われるべきであった当てはめ

しかし、上記のとおり原判決は違憲審査基準を誤っており、そのため上記当てはめも憲法14条１項の解釈適用の誤りがある。

本件においては、当てはめに関しても「宮本から君へ」判決が参考となる。同判

決は、助成金の交付により「直ちに薬物に対する許容的な態度が一般に広まり薬物を使用する者等が増加するという根拠」が提示されていないことを理由に、「薬物乱用の防止という公益が害される具体的な危険」はないとし、また「助成金の在り方に対する国民の理解」という「公益」については、「公金が国民の理解の下に使用されることをもって薬物乱用の防止と別個の公益とみる余地があるとしても」として、そもそも「国民の理解」などという「公益」を、独立した公益として扱うことに疑問を呈した上で、「このような抽象的な公益が薬物乱用の防止と同様に重要なものであるということはできない」とする。

本件においても、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、まず、風営法が届出制を採用していることとの整合性は、重要な公益とは言えない。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。

また、「国民の理解」については、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とする具体的な根拠は示されていない。中小企業庁は本件両給付制度を創設するにあたって、あるいは創設して以降も、そのような調査を一切行っていない。この点について、「宮本から君へ」判決の事案では、助成金を不交付とした後にアンケート調査・世論調査が実施されているようであり、それでもなお具体的な根拠がないとされたことからすれば、本件において具体的な根拠があると認めることはできない。また、一審原告の大規模調査（甲115・116）によれば、むしろ給付に賛成とする割合が反対とする割合を上回っている。すなわち、確定申告をしていることと反社会的勢力と関係していないという2つの条件を付記した場合と付

記しない場合の2種類の質問をしたところ、条件がない場合には給付への賛成率が22.4%だったのに、付記した場合には賛成率が35.5%に跳ね上がり、かつ反対率の20.5%を大幅に上回ることが示されている（甲115-2・14頁、甲117・5頁）。そうすると、本件において国民の理解という公益が害される具体的な危険はないと言わざるを得ない。

また、そもそも「宮本から君へ」判決が指摘するとおり、「国民の理解」という抽象的な公益を独立した公益として扱うこと自体できず、少なくともかかる公益を重要なものということはできない。とりわけ、「宮本から君へ」判決においては、薬物乱用の防止という、それ自体としては一応重要なものともみられる一般的な公益が前提としてあり、その上に、国民の理解という別の公益が考慮されているが、原判決の論理構造では、性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念に反するという国民の理解が前提としてあり、その上に重ねる形で、当該業種に給付をすることに関する国民の理解が考慮されるという立て付けとなっている。しかし、前提となる性風俗関連特殊営業に対する国民の理解が、そもそも偏見や差別感情に基づく場合には、それを基礎とすることが「重要な」公益となることはあり得ないし、より緩やかな正当化要素である「正当」な公益といえるかすら疑わしい。不給付規定の策定がもたらす「機能」から考えれば、持続化給付金・家賃支援給付金制度において、数ある民間の中小事業者の中で性風俗関連特殊営業の事業者にだけ給付しないという裁量権行使の司法審査にあたっては、その考慮要素として「国民の理解」という概念を採用することの当否からして批判的に検討されるべきである。

さらにいえば、以上に述べたとおり、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」（換言すれば、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ったのであるから、正当な重み付けの下での考慮要素のあてはめがなされていれば、目的審査あるいは手段審査の点で憲法14条1項

違反が認められるべきであった。すなわち、上告人のような性風俗関連特殊営業を行う事業者についてはコロナ禍での自粛政治・自粛政策による売上げへ影響が特に大きいものであることが明らかであることから、上告人に対する「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」は大きく、「給付の費用対効果」すなわち事業者救済の必要性も高く、不給付による不利益も大きかったのであり、前記のとおり差別的効果あるいは不給付が同事業者への差別や偏見として機能するおそれも大きかったのであるから、このような観点からも、憲法14条1項違反があるものというべきである。

以上のとおり、原判決は当てはめにおいても「宮本から君へ」判決と抵触しており、破棄を免れない。

第４　結語

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

上告理由２

憲法22条１項違反

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。

第１　憲法 22 条 1 項に関する原判決の判示

原判決は、上告人が、「本件各給付金は、新型コロナウイルス感染症の拡大という緊急事態下において、経営に苦しむ幅広い業種・事業形態の中堅・中小・小規模事業者等に支給されるものであり、特定の職業のみが支給対象外とされることは、当該職業を選択した者がその遂行を制限されることにつながる。本件各不給付規定は、本件各給付金を支給しないという不作為による職業選択・遂行の自由の制約に当たるところ、同制約に合理的理由がないことは明らかであるから本件各不給付規定は、憲法22条1項に違反する」（原判決9頁5行から11行）と主張したのに対し、「性風俗関連特殊営業を行う事業者について、職業選択・遂行の自由があり、風営法上の取締規制等に従った営業がされている限り、これを不当に制約されることは許されないものであることはいうまでもない」としつつ、「もっとも、本件各不給付規定は、性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して事業の継続の下支えを目的とした本件各給付金を給付しないというものにとどまり、同事業者の職業選択・遂行の自由を直接制約するものではない。確かに、経済的な苦境に立たされた事業者らにとっては、公的な給付金の給付を得られないことについて事実上の不利益があることは否定されないが、上記(1)で説示したとおり、本件各規程が、国民経済を持続的な成長軌道へ戻すことを究極的な目的とする種々の経済対策の一環として策定さ

れたものであり、同経済対策が各種の施策を総合的に実施して行うことによって国民経済を支えようとするものであることから、各種の施策はそれぞれがその趣旨・目的に沿う形で策定、運用されることが想定されているといわざるを得ないのであって（なお、各種の施策の中には性風俗関連特殊営業に係る事業者等を対象とするものもある。）、上記の事実上の不利益についてみても、これをもって職業選択・遂行の自由の不当な制約であるとは認められない。したがって、本件各不給付規定が控訴人の職業選択・遂行の自由(憲法22条1項)を侵害し、違憲・違法であるとの控訴人の主張についても、採用することはできない」と判示する（18頁16行から19頁9行）。

第２　上告人の事業の遂行は職業選択・活動の自由として憲法上保障される

「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動」であるとともに、「これを通じて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、「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」から、憲法22条1項の保障内容は、「職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請され」、したがって「職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含」する（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）。

上告人の営む性風俗関連特殊営業の選択・活動・遂行も憲法22条1項によって保障される。このことは原判決も「性風俗関連特殊営業を行う事業者について、職業選択・遂行の自由があり、風営法上の取締規制等に従った営業がされている限り、これを不当に制約されることは許されないものであることはいうまでもない（18頁16行から18行）」として、当然の前提とする。

第３　本件取扱は上告人らの職業選択・活動の自由を制約する

本件取扱は、コロナ禍における持続化給付金・家賃支援給付金の支給対象を定めるに当たり、数多ある職業のうちで性風俗関連特殊営業のみを給付対象から除外したというものである（なお、他の除外対象である政治団体や政治団体は職業選択・活動の自由が保障される職業ではない。）。

これらの給付金は、「雇用の維持と事業の継続のための支援の更なる強化」として導入された。「感染症拡大の収束までの間、雇用・事業活動・生活を守り抜き、危機をしのぎ切ること」を目的とするもので（甲6・4頁以下）、「特に厳しい状況にある幅広い業種・事業形態の中堅・中小・小規模事業者、フリーランスを含む個人事業主に対して、万全のセーフティネットを構築すべく、事業の継続を支え、事業全般に広く使える、再起の糧とするための新たな給付金制度」である（同21頁以下）。制度創設にあたり政府は「業種にかかわりなく幅広く支援」すると説明していた（甲8の１）。

国会答弁でその意義が議論された際には、「今こういう緊急事態で、だから会社というのは潰れてもいいんだというふうになっちゃうと、もうほとんど、ぱあっと潰れてしまいますので、大変なことになってしまう。仕事を失う方が大量に出てしまう。だから、今回、持続化給付金という形で…企業を持続化させていくために、この政策目的を実現するために必要だ」と委員が述べ、政府担当は家賃についても、「経営に与える影響も大きい」などと述べている（甲52）。

このように、これらの給付金は「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。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。

原判決も、本件取扱が、「経済的な苦境に立たされた事業者らにとっては、公的な給付金の給付を得られないことについて事実上の不利益があることは否定されない」（18頁22行から24行）という限度で制約があることを認める。

しかし、原判決が適切に考慮しなかった重要な要素として、本件取扱が数多ある職業のうちで性風俗関連特殊営業のみを給付対象から除外するということがある。例えば、すべての事業者のうち、性風俗関連特殊営業の事業者についてのみ課税をするとなれば、それが少なくとも同事業者に対する財産上の法律上の制約となることは明らかであるし、租税法律主義の観点から法律による規律が不可欠である。特定の事業者以外のすべての事業者に給付するということは、これの裏返しである。全事業者から100万円徴税しつつ全事業者に80万円の給付をすることと、全事業者に20万円の減税をすることは、経済的には同義である。全事業者から100万円徴税しつつ、性風俗事業者以外の全事業者に80万円を給付することと、性風俗事業者以外の全事業者に20万円の減税をすることも、やはり経済的には同義である。

このとき100万円の徴税も20万円の減税も法律事項となるのに、80万円の給付については法律事項とならず、また当該除外された事業者に対する「事実上の制約」にしかならないことは、租税法律主義や法律による行政の潜脱であり、かつ職業選択・遂行の自由・財産権に対する制約の潜脱である。

本件は、事実上の制約を超えた法律上の制約があるとした上で、その違憲審査を適切に行わなければならない。

第４　本件取扱は憲法 22 条 1 項に反する

１　厳格な審査基準が適用される

憲法22条1項によって保障される職業選択・活動・遂行の自由の制約については、「具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして」、合理的裁量の有無が定まる（前掲薬事法最大判）。本件取扱が憲法上の権利の制約にあたり、行政裁量が縮小することは、上述のとおりである。

そして本件取扱のように、「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ような立法政策は、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（前掲薬事法最大判）。

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、個人の人格的価値とも不可分の関連を有する」ものである。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。

２　本件取扱は合理性も相当性もない

本件取扱に合理性も相当性もないことは、上告理由1で詳論したとおりである。とりわけ、職業活動・遂行の自由との関連では、本件取扱の正当性を支える根拠事実が皆無であることが強調されなければならない。

原判決は、「本件各規程が、国民経済を持続的な成長軌道へ戻すことを究極的な目的とする種々の経済対策の一環として策定されたものであり、同経済対策が各種の施策を総合的に実施して行うことによって国民経済を支えようとするものである

ことから、各種の施策はそれぞれがその趣旨・目的に沿う形で策定、運用されることが想定されているといわざるを得ない」ということのみを理由として、「上記の事実上の不利益についてみても、これをもって職業選択・遂行の自由の不当な制約であるとは認められない」（18頁24行から19頁6行）と述べるが、ここで議論されるべきことは、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が、「国民経済を持続的な成長軌道へ戻す」という「究極的な目的」や「各種の施策を総合的に実施して行うことによって国民経済を支え」るという目的と、どのような関連性があるのかという点である。原判決は、かかる論証を全く行っていない。本件取扱が、少なくとも職業選択・遂行の自由に対する何らかの制約となる以上、その正当化の論証が不可欠である。原判決は本件取扱の憲法22条１項適合性の論証を放棄している。

第５　結語

以上のとおり、本件取扱は、上告人の職業活動・遂行の自由を侵害するものであり、違憲である。原判決は破棄されなければならない。

以上

附　属　書　類

１	上告理由書副本	３通
２	上告理由書写し	６通
３	参考資料１　宍戸常寿東京大学教授の聞き取り報告書	１０通