令和５年（行ノ）第１６６号　持続化給付金等支払請求上告受理申立て事件

相手方　国　外２名

上 告 受 理 申 立 理 由 書

２０２３年１２月１１日

最高裁判所　御中

申立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

目次

はじめに

上告受理申立理由１

最高裁判所第二小法廷令和5年11月17日判決と抵触する判例違反

第１　原判決の判示 9

第２　「宮本から君へ」判決の分析 11

１　判断枠組みの策定に関して 12

２　当てはめに関して 14

第３　原判決は「宮本から君へ」判決に抵触する 15

１　本件両給付金制度の特徴と原判決の分析 15

２　本件において適用されるべき判断枠組み 17

３　本件における当てはめ 20

（１）「宮本から君へ」判決における当てはめ 20

（２）他の施策との整合性は重要な公益でないか、現実的な危険がない 21

（３）国民の理解は重要な公益でないか、現実的な危険がない 22

（４）小括 23

第４　結語 23

上告受理申立理由２

裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った法令違反

第１　原判決の判示 24

第２　制度内在的な事情か否かを検討しない違法 25

１　裁量事項か否かを判断するためには、制度内在的な事情かどうかを検討しなければならな

い 26

2　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 27

第3　平等原則を考慮しない判断枠組みを採用する違法 28

第4　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する違法 30

1　本件各給付金は「社会保障的給付である」 31

（1）本件各給付金の趣旨・目的 31

（2）本件各給付金の性質 32

（3）本件各給付金は「社会保障的給付」としての本質を有する 32

2　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 33

3　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 34

4　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 37

5　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 41

（1）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 41

（2）緊急施策としての性質と齟齬をきたす 42

6　「宮本から君へ」判決を踏まえれば、「他の施策との整合性」や「国民の理解」は考慮要素とならないか、なるとしても重視されるべきではない 42

（1）「宮本から君へ」判決との関係について 43

（2）「宮本から君へ」判決に関する宍戸教授の指摘について 43

7　同種の判例・裁判例に照らしても原判決は不合理である 46

（1）朝鮮学校「高校無償化」裁判との差異 46

（2）司法修習生の給費制廃止違憲国家賠償等請求事件判決との差異 47

（3）最三小判平成7年11月7日との不整合 49

8　小括 51

第5　結語 52

上告受理申立理由3

風営法の解釈を根拠として本件不給付規定の合理性を認めたことの法令解釈の誤り、採証法則違反・経験則違反の違法

第1　原判決の判示とその論理構造 53

第2　届出制の採用と「公的に認知」とは無関係である 55

1　国家が公的に認知すべき行為に許可制が採られているという事実はない 56

2　原判決の考えは旧来の公定力観（実体法的公定力観）に基づくものである 57

3　風営法の制定過程において、許可では公的な認知になるという議論はない 60

4　社会的実態として、届出も公的な認知を伴う 63

5　小括 63

第3　性風俗関連特殊営業の枠組みは性的道義観念とは無関係である 64

1　「健全化」と性的道義観念は無関係である 64

2　風営法の各種制度は性的道義観念を持ち込むと齟齬が生じる 67

（1）原判決の「健全化」の説明 67

（2）ラブホテルやアダルトグッズショップは一夫一婦制と無関係である 68

（3）深夜における酒類提供飲食店営業も届出である 68

3　法解釈に性的道義観念を持ち込むことは憲法の理念に反する 69

4　小括 70

第4　結語 70

上告受理申立理由４

申立人に有利な主張・証拠を無視した審理不尽・経験則違反・採証法則違反

第１　岩切意見書を無視して風営法の解釈をした違法 ____ 72

１　関連する一審判決の判示 ____ 72

２　申立人による一審判決に対する主張・立証 ____ 73

３　原判決の判示 ____ 74

４　原判決には岩切意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある ____ 74

第２　興津・堀澤意見書を無視して誤った行政法解釈をした違法 ____ 75

１　関連する一審判決の判示 ____ 75

２　申立人による一審判決に対する主張・立証 ____ 75

３　原判決の判示 ____ 77

４　原判決には興津・堀澤意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある ____ 77

第３　辻意見書を無視して国民の理解について誤った解釈をした違法 ____ 78

１　関連する一審判決の判示 ____ 78

２　申立人による一審判決に対する主張・立証 ____ 79

３　原判決の判示 ____ 80

４　辻意見書及び世論調査を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽 ____ 81

（１）原判決は世論調査を適切に引用していない ____ 81

（２）国民の理解に関する統計の理解を誤っている ____ 82

（３）地位の格下げ・スティグマの押し付け・助長・再生産を無視する ____ 83

第４　玉蟲意見書を無視した違法 ____ 84

１　関連する一審判決の判示 ____ 84

２　申立人による一審判決に対する主張・立証 ____ 84

３　原判決の判示 ____ 85

４　原判決には玉蟲意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある ____ 86

第５　曽我部意見書を無視した違法　87

1　関連する一審判決の判示　87

2　申立人による一審判決に対する主張・立証　87

3　原判決の判示　88

4　原判決には曽我部意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある　89

第６　性風俗関連特殊営業に従事する事業者らの意見書や陳述書、地方自治体への波及効果などを無視して、性風俗関連特殊営業の多様性や、本件不給付規定がもたらす差別効果を考慮に入れなかった経験則違反・採証法則違反・審理不尽の違法　90

1　関連する一審判決の判示　90

2　申立人による一審判決に対する主張・立証　90

3　原判決の判示　91

4　原判決には曽我部意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある　91

第７　結語　92

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申立人が、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」）が行政権の裁量権を逸脱し、あるいは濫用して作成されたものとして、違法無効であるなどと主張して、相手方らに対し、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。

申立人は本訴を提起し、本件各不給付規定が裁量権の行使につき逸脱・濫用して作成されたもので違法・無効であることなどを主張したが、原判決はこれらをいずれも否定した。

上告受理申立理由１

最高裁判所第二小法廷令和5年11月17日判決と抵触する判例違反

原判決には、給付行政に係る裁量権の逸脱濫用の判断枠組みやその適用について判断した判例（最高裁判所第二小法廷令和5年11月17日・令和4年（行ヒ）第234号（以下「宮本から君へ」判決という。）に抵触する違法がある。

かかる違法は、本件の事案類型を超えた射程を有する重要な問題である上、今後も未知のウイルスの感染がまん延することになる可能性があり、そのような緊急事態等において再度本件各給付金と同種の給付金が事業者に給付されることになりうることから、事業者や個人にとって重要な先例性を有する事件となるため、高裁判決として確定させることは適切ではない事件であり、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民事訴訟法318条1項）に当たる。

第１　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とはいえず、裁量権の逸脱濫用の違法は認められないなどとして、申立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行政権の行使に裁量権の逸脱・濫用の違法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」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。

続けて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。

第２　「宮本から君へ」判決の分析

「宮本から君へ」判決は、給付行政の一つである本件助成金制度における裁量権行使のあり方について、憲法21条1項による表現の自由の保障の趣旨を踏まえて、裁量権行使にあたっての判断要素の選択ないし重みづけを丁寧に論じて憲法的統制

を及ぼした点で優れた判断であり、今後、給付行政における裁量権行使のあり方において参照されるべき判断である。具体的には、判断枠組みの策定に関して3つの特徴を有しており、また、その当てはめにおいて2つの特徴を有している。

1　判断枠組みの策定に関して

同判決は、「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たものというべきである。

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。

裁判例において、一般に給付行政については行政機関の裁量が広いとされてきた。実際に「宮本から君へ」事件の高裁判決も一般的な公益という考慮可能事情を重視することを可能にしうるという意味で緩やかな審査基準を策定していた。これに対し、「宮本から君へ」判決は、給付行政の目的のみに着目することなく、不給

付決定が考慮した要素や経緯を個別具体的に分析し、かつ、かかる要素や経緯がもたらす機能・効果に着目した上で、行政の上記「実情に通じ」た観点については引き続き一定の合理的な裁量を認めつつ、そのような観点とは直接あるいは間接的に関係のない「一般的な公益」という「消極的な考慮事情」を重視する場合には「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」という２つの要件（審査基準）を明示した初めての判決であり、給付行政の裁量権行使に対する司法審査における先例的価値は極めて高い。

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、また、前述したとおり判断枠組みを導いた重要な理由づけ（3点）が共通するところが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、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。

２　当てはめに関して

「宮本から君へ」判決は、「消極的な考慮事情」とされた薬物乱用の防止という公益と助成金の在り方に対する国民の理解という公益のそれぞれについて、上記判断枠組みを当てはめた。すなわち、まず薬物乱用の防止という「公益」については、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」はないとした。続けて、「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」という「公益」を、独立した公益として扱うこと自体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」と断じた。

前者については、「当該公益が害される具体的な危険」を認めるためには、そのような事情を主張する側である独立行政法人日本芸術文化振興会に、具体的な根拠を提示する主張・立証責任を課したものと思われる。かかる主張・立証がなされていない以上、そのような「具体的な危険」は認められないこととなる。

後者については、税金という「限られた財源」を原資とする給付金に係る「国民の理解」という近年多用されがちな考慮可能要素は、そもそも考慮可能要素となりえるか疑問である上、少なくとも「重要な」公益とはなりえないことを明確にしたものと思われる。

いずれの当てはめに関しても、策定された審査基準の具体的な運用方法として重要な意義を有する。

第３　原判決は「宮本から君へ」判決に抵触する

１　本件両給付金制度の特徴と原判決の分析

前提として、特定の事業者に産業振興や経済活性などを目的として給付し、他の事業者には給付しないとした場合に、給付されない事業者に対する職業の自由の侵害であるとか、差別的な取扱いであるということには通常はならない。給付行政における行政行為の裁量権が広いと考えられてきたのもそのためであろうし、原判決が相当程度に広範な裁量があると判示するのもそのためと考えられる。

しかし、本件で問題となっている持続化給付金制度及び家賃支援給付金制度は、従来のよくある上記のような特定の事業者に対する給付金ではない。2020年4月に新型コロナウイルス感染症という未知のウイルスの感染拡大を防止するために日本で初めて緊急事態宣言が出され、都道府県による性風俗関連特殊営業の事業者を含む、いわゆる”不要不急”のあらゆる事業者に休業要請が出されて営業活動の自粛が

求められ、民間事業者だれもが自らの職業活動を継続することが困難となっていた状況において、中小事業者や個人事業主が自らの職業を継続できるよう、前例のない規模で創設された給付金制度である。特定の産業の促進や経済の活性化といった特定の事業者への給付という意味での積極的な目的・性質を有する給付金制度ではない。

その目的・性質ゆえに、原則としてあらゆる業種の中小事業者及び個人事業主が給付対象となり、売上要件さえ満たせば業種を問わずに迅速に給付金を支給することとされた。その一方で、中小企業庁設置法１条に規定される中小企業庁の目的や４条で規定されるその所掌事務、そして上記給付制度の目的や趣旨とも関連性を有しない、あるいは極めて関連性の乏しい風営法に関する「国民の性行動や性の在り方に関する意識・価値観」に照らすと「国民の理解を得ることが困難」であるなどという抽象的な根拠に基づき、性風俗関連特殊営業及びこの営業にかかる接客業務受託営業を行う事業者だけが唯一、例外的に、給付を受けられないという特殊な消極的な要件が設けられた。

このように、原判決は、持続化給付金及び家賃支援給付金制度を「社会経済的な目的」とし、「その裁量の範囲は相当程度広範なものになる」として、性風俗関連特殊営業の業種を不支給としたことについて、風営法上の性風俗関連特殊営業についての取扱いを理由に、「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」とした上で、行政には相当程度広範な裁量があると判示する。

しかし、この判断は、国民の性的道義観念を踏まえると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おり、本件給付金の目的や趣旨とも中小企業庁設置法の目的や所掌事務とは関係のない、あるいはその関連性が極めて乏しい事情に係る「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」したものと言うべきであるところ、以下のとおり「宮本から君

へ」判決に基づき覆されるべきである。

2　本件において適用されるべき判断枠組み

「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、

給付対象をどうするか、対象業種をどうするか、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一定程度損なうものと思われる。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、給付行政における違法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く点で「宮本から君へ」判決に抵触しており、それだけでも破棄されるべきである。

3　本件における当てはめ

（1）「宮本から君へ」判決における当てはめ

判断枠組みの当てはめに関し、「宮本から君へ」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。

（２）他の施策との整合性は重要な公益でないか、現実的な危険がない

本件においても、原判決は、風営法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、風営法との整合性については、そもそも中小企業庁の所管業務でなく重要な公益といえないし、また給付をすると整合性が害されるとする具体的な危険もない。原判決は風営法が性風俗関連特殊営業には届出制を採用し、公認しないようにしているとするが、そもそも全事業者に給付される本件各給付金を給付したところで、公的の認知といった何らかの特別の意味合いはもたらされない。宗教団体に対する税制優遇が宗教団体に対する援助や支援、助長などとみなされることなく政教分離に反するとされていないように、本件に関しても給付が公認とみなされる現実的な危険はない (曽我部意見書（甲59）6頁参照)。

実際、コロナ禍において厚生労働省が新設したコロナ休業特別助成金では、性風俗関連特殊営業の事業者も給付の対象とされたが、これを以て国家が性風俗業を公認したと捉えることとはされていない。仮に給付をすれば公認となるのであれば、すでに厚労省の給付制度によって公認されていることとなるから、その後に中小企業庁が給付対象としたからといって新たな公認などは生じない。そもそも、国は性風俗関連特殊営業を様々な形で認知している。法人登記の際には事業の目的に風俗営業と記載された定款が公証役場で認証され、法務局に提出される。税務署は当然ながら同事業によって得られた収益を課税対象としているし、従業員に対する社会

保険料や厚生年金も徴収している。国会議員の利用が報じられたこともあるように、政府関係者を始めとする公務員等が利用することも当然にある。

（３）国民の理解は重要な公益でないか、現実的な危険がない

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点については、「宮本から君へ」判決が指摘するとおり、「このような抽象的な公益」を「重要なもの」とみなすべきではない。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、本件における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。これは「風営法の風俗営業と性風俗関連特殊営業との区別は、自明なものではない」ところ、「このような自明でない前提から・・さらに自明ではない推論を経て、これをほとんど唯一の理由として性風俗関連特殊営業を支給対象から排除することに合理性あり」とする論理である（曽我部意見書（甲59）9頁）。

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。

また、そのような「国民の理解」が実際に損なわれるとされる具体的な根拠も何も示されていない。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。

なお、一審原告の大規模調査（甲115・甲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おり（例えば甲115の２・13頁及び14頁）、実際のところも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。

（４）小括

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、判例違反があるから、破棄を免れない。

第４　結語

以上のとおり原判決には、給付行政に係る裁量権の逸脱濫用の判断枠組みやその適用について、「宮本から君へ」最高裁判決と抵触しており、判例違反がある。

かかる違法は、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民事訴訟法318条1項）に当たる。

なお、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（行政事件訴訟法30条参照）あるいは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、同項の「法令解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」には、行政処分のみならず行政契約や行政規則の策定を含む行政作用の裁量権の逸脱・濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法の場合を含むものというべきである。

本件上告は受理された上、原判決は速やかに破棄されるべきである。

上告受理申立理由２

裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った法令違反

原判決には、給付行政の裁量権逸脱濫用の判断枠組みの策定に際し、当該裁量権行使が制度内在的な事情に基づくものか否かを検討せず、また平等原則違反にあたるか否かの要素も考慮せず、さらに十分に考慮すべき「新型コロナウイルス感染症の拡大に伴う事業のへの影響の程度」や「給付の費用対効果」等の要考慮事項と、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に関する考慮可能事項とを、正当な重みづけの下で衡量しない判断枠組みを採ることにより、裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法がある。

かかる違法は、上告受理申立て理由１と同様、今後も未知のウイルスの感染がまん延することになる可能性があり、そのような緊急事態等の事態において再度本件各給付金と同種の給付金が事業者に給付されることになりうることから、原判決は事業者や個人にとって重要な先例性を有する事件となるころ、高裁判決として確定させることは適切ではなく、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民事訴訟法318条1項）に当たる。

第１　原判決の判示

原判決は、本件各不給付規定を策定した行政権の行使に裁量権の逸脱濫用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。

また、本件各不給付規定が設けられた理由については、「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」と判示する（13頁3行から7行）。

第２　制度内在的な事情か否かを検討しない違法

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、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、すなわち当該個別の仕組みが制度内在的な事情に基づき策定されたものかを検討しなければならない。原判決はこの検討を怠っている。原判決には、裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法がある。

1　裁量事項か否かを判断するためには、制度内在的な事情かどうかを検討しなければならない

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。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。

2　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、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、世帯に属する人数に応じて世帯毎に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、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。むしろ、原判決は、本件各不給付規定が設けられた理由について、「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」と判示しており（13頁3行から7行）、制度内在的な事情でないと整理しているのだから、裁量事項の範囲内とならないことが原則のはずで、それでもなお裁量事項の範囲内とする事情があるかの検証が不可欠なはずである。

しかし原判決は、「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、裁量事項の範囲内とする特別の事情があるかの検討をしていないから、それだけで破棄を免れない。なお、このことについては、上告受理申立てその１で述べたとおり、「宮本から君へ」判決に照らしても同様の結論が導かれるものである。

第３　平等原則を考慮しない判断枠組みを採用する違法

給付行政の裁量権逸脱濫用の判断枠組みにおいては、憲法14条1項の趣旨に照らし、当該裁量権行使が平等原則に反するか否かも考慮されなければならない（最判昭和30年6月24日民集9巻7号930頁、最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁など）。

とりわけ本件においては、数多ある職業の中で性風俗関連特殊営業の事業者のみが給付を受けられないという点で、同事業者が区別的に取り扱われていることは明らかであって、平等原則違反がないかの検討は不可欠であった。しかも、当該差別的取り扱いについては、一審判決が給付除外の理由として、性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念に反し、給付は国民の理解を得られないと判示したことと相まって、当該区別的取り扱いによりスティグマが植え付けられ、再生産・助長されるという弊害が生じていたから（申立人原審第3準備書面）、かかる効果を踏まえた上で、平等原則違反の有無が考慮されなければならなかった。加えて、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ところ、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のであって、それでもなお、給付が除外される反社会的勢力等と同等に取り扱うことについては、そのような例外的で不平等な取り扱いが許容されるのかという観点から、平等原則違反の有無が考慮されなければならなかった。特に持続化給付金等は、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を招来した、という状況に対応すべく創設された制度であり、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との疑いが持たれるべきであった（参考資料１：宍戸常寿教授聞き取り報告書参照)。

しかし、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、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。

原判決はかかる判断枠組みの策定に際し平等原則違反の要素を考慮せず、唯一、申立人の憲法14条１項違反に関する主張に応答する中で、「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」とのみ応答する（原判決15頁4行目～15行目）。

しかし、当該取扱いの目的が「差別するようなこと」であることは平等原則違反の必要条件ではない。「行政庁は、何等いわれがなく特定の個人を差別的に取り扱いこれに不利益を及ぼす自由を有するものではなく、この意味においては、行政庁の裁量権には一定の限界があるものと解すべきである」（前掲昭和30年最判）とされているとおり、平等原則違反かどうかは、取り扱いの結果として生じる「不利益」に着目して検討されなければならない。

平等原則違反の要素を考慮せずに判断枠組みを策定した原判決には、裁量権逸脱濫用の判断枠組みの策定に関する違法がある。

第４　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する違法

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、これを怠る原判決が破棄を免れないことは前記のとおりである。また、原判決自身が認めるとおり、本件取扱は制度内在的な事情ではなく、「他の施策との整合性」や「国民の理解」に基づくものであるところ、本来であれば、裁量権逸脱濫用の有無を検討する判断枠組みの採用においては、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」についても、それを考慮することが許されるのか、許されるとして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、またこれらと関連する中小企業庁設置法や新型インフルエンザ特措法、感染症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せず、結果として裁量が「相当程度に広範なもの」という判断枠組みを採用し、緩やかな審査のみで裁量権の逸脱濫用がないと結論づけた。

原判決には、裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法がある。

1　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につき、裁量権逸脱濫用の有無を検討する判断枠組みの採用においては、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」であり、これは裁量の範囲が狭くなる要素である。

（1）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程の趣旨・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。

（２）本件各給付金の性質

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。

（３）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、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。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。

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。

２　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」である。同条の「健全」な中小企業とは、性風俗関連特殊営業について国の主張する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いから、同法は「中小企業」から性風俗関連特殊営業を含む特定の業種を排除していない。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。

また、法律で営業を営むことを何ら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、本件各給付金の趣旨・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。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。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。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。

３　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である。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に基づく支援対策である。

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・目的や国の責務は、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。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。

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である。ゆえに、中小企業庁として、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にならぬよう配慮する責務があり、そのような差別的効果が生ずるおそれという点も裁量審査に際して重要な考慮事情となる。

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）か否かという事情を重要な考慮事情として裁量審査がなされるべきである。

4　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」ということにある。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、公知の事実である。

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のである。

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もまた、裁量権の逸脱濫用の判断枠組みを策定する際には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を招来した、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られる（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（申立人原審第3準備書面、同第6準備書面参照）。

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裁量審査に際して重要な考慮事情となる。

５　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

（１）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

他方で、原判決が重視した風営法の目的は、「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」（１条）である。

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から、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。

そもそも、宍戸常寿教授の聞き取り報告者・第1のとおり、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を招来した、という状況に対応すべく創設された制度であるところ、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」として機能する。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。

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。

（２）緊急施策としての性質と齟齬をきたす

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。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、あえて性風俗関連特殊営業の事業者を排除するという点で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である。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。

６　「宮本から君へ」判決を踏まえれば、「他の施策との整合性」や「国民の理

解」は考慮要素とならないか、なるとしても重視されるべきではない

（１）「宮本から君へ」判決との関係について

上告受理申立て理由その１で詳論した「宮本から君へ」判決は、本件と同じく給付行政について、助成金の不給付に裁量権の逸脱・濫用の違法がある旨判示したものである。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。

「宮本から君へ」判決のこのような考え方は、少なくとも本件訴訟の行政作用にも妥当する。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」（例えば風営法に係る「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。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。

（２）「宮本から君へ」判決に関する宍戸教授の指摘について

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。

宍戸教授の整理によれば、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。園部補足意見が指摘するとおり、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しない。社会実態としても正当な営業として許容され、営業の自由の行使の範囲内とし

て憲法上の権利として保障されている。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一度限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。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。

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られるとすべきである。

7　同種の判例・裁判例に照らしても原判決は不合理である

（1）朝鮮学校「高校無償化」裁判との差異

原判決とは異なり、過去の同種の裁判例（大阪高判平成30年9月27日訟務月報66巻3号269頁（甲56：朝鮮学校「高校無償化」裁判・高等学校等就学支援金支給校指定義務付等請求控訴事件判決）は、「国民の理解」そのものを合憲性・適法性の根拠とすることはできない旨判示している。すなわち、「文部科学省が本件規定の削除に際して述べた平成25年2月20日付けの意見（パブリックコメントへの応答）では、朝鮮学校については、拉致問題の進展がないこと，朝鮮総聯と密接な関係にあ

り教育内容、人事、財政にその影響が及んでいることを踏まえると、本件規定に基づく指定には国民の理解が得られないとの観点から本件規定を削除するとされていることからすると、本件不指定処分がされた理由として挙げられた『本件規程13条に適合すると認めるに至らなかったこと』という点は、下村文科大臣において、A高級学校が朝鮮総聯と密接な関係にあり、教育内容、人事、財政にその影響が及んでいることなどから法令に基づく適正な運営が行われているとの確証が得られなかったことを意味するものと認めることができる」（下線引用者）と判示するとおり、「国民の理解」を教育基本法16条1項に係る関係規程に違反する可能性があることの意味で用いたものと認定している。これは観念的な「国民の理解」を直接の根拠とする恣意的な行政判断には区別の合理性が認められないからである。

このように、同判決は、原判決と異なり、証拠のない抽象的・観念的な「国民の理解」そのものを給付行政の給費拒否（合憲性・適法性）の根拠とはせずに、文科省自身の所管する教育基本法の関係規程に違反する可能性があることをその根拠としている。

（２）司法修習生の給費制廃止違憲国家賠償等請求事件判決との差異

また、東京地判平成29年9月27日訴訟月報65巻5号767頁（甲57：司法修習生の給費制廃止違憲国家賠償等請求事件判決）は、憲法14条1項違反の判断枠組みとして、「給費制ないし本件権利は、憲法上保障されたものではなく、法曹養成の方法に関しいかなる制度を採用するか、当該制度の具体的内容をどのようなものにするかといった事柄については、立法府の政策的な判断に委ねられている。この中で司法修習にかかる負担を軽減するために、経済的支援をするか否か、するとしてもどのような方策を講じるかについても、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況、国家の財政事情、他の政策等を踏まえて検討される必要があり、立法府の政策的な判断に委ねられており、原告らと新64期生との間での区別に合理的理由があるか否かは、上記裁量を前提に判断されるべきである。」と判示したが、原判決のよ

うに「納税者の理解」あるいは「国民の理解」への配慮を独立の考慮事項として挙げてはいない。

法務省が所管し、司法修習生の給費制（・貸与制）制度と関係する法律である司法制度改革推進法（平成13年法律第119号）2条において「司法に対する国民の理解の増進」を目指すことが明記されているにもかかわらず、また、同判決の被告も「限りある財政資金をより効率的に活用し，国民の理解が得られる合理的な国民負担（財政負担）を図る必要がある」（下線引用者）と主張していたにもかかわらず、同判決は、上記判断枠組みにおいて「国民の理解」を独立の考慮要素として挙げなかったのである。その理由は、このような所管の法令に「国民の理解」が明記されている場合であっても、抽象的・観念的な内容となりやすい「国民の理解」だけを考慮したり重視したりしてはならず、「国民の理解」を考慮する場合であっても、他の考慮事項と併せて考慮し、かつ慎重に考慮しなければならないという考え方に基づくものと考えられる。

さらに、同判決は、憲法14条1項違反の判断枠組みの当てはめにおいて、「国民の理解」の内実につき、衆議院法務委員会等での具体的な議論の内容と関連付け、具体的に示しており、別の所管の法令に関する数十年も前の国会答弁のみから「納税者の理解」や「国民の理解」論を強引に推認する原判決の判示とは全く異なる。

加えて、同判決は、憲法14条1項違反の判断枠組みの当てはめにおいて、「国民の理解」以外の必要的考慮事項についても検討を行っており、他の必要的考慮事項の検討を行わなかった原判決とは異なる。前掲東京地判平成29年9月27日は、司法修習生の給費制の在り方についての具体的な検討状況や国会での審議状況について検討した上で、これに加えて、給費制の代わりに導入された貸与制との関係で不給付とされる司法修習生の被る不利益について具体的に検討しつつ、司法制度改革全体の中における「法科大学院制度への資金投入等」との関係で「司法制度改革全体の財政上の問題」もあったことも検討するなど、他の必要的考慮事項について詳細で具体的な検討を加えている。他方で、原判決は、他の必要的考慮事項についてこの

ような具体的な検討を加えていない。

（３）最三小判平成７年11月７日との不整合

さらに、前掲東京地判平成29年9月27日は、区別され不給付とされる司法修習生の被る不利益を必要的考慮事項として検討しているところ、この判示は、市（町田市）の補助金交付要綱が交付対象を獣医師会所属医師に限定したことの平等原則違反が争われた最三小判平成7年11月7日判例時報1553号88頁（甲５８）が区別され不給付とされる者の被る不利益について検討した判示とも整合するが、逆に原判決とは整合しない。

同最判は、当該獣医師会の「支部の規模、同支部に加入していない獣医師の数、右補助金交付の手続等に照らすと、右の措置は、被上告人における行政効率の点で必ずしもその必要性が高いとはいえず、右の獣医師と競業関係に立つ上告人らの営業上の利益に対する十分な配慮をした形跡がない点において、その手続面も含めて、行政上の措置として適切であったとはいい難いうらみがある」としつつ、「右補助金を交付する趣旨は犬猫の不妊手術を奨励して野犬や野良猫の発生を防止することにあり、不妊手術を受けさせた飼主や不妊手術をする獣医師を保護するためではなく、また被上告人の右措置によって同支部に所属しない獣医師に生じ得る営業上の不利益は直接的なものではなく、これに所属する獣医師との競業関係による波及的な効果である。そして、獣医師会は任意加入の公益社団法人であり、これに加入して会費を納入するとともに獣医師会の各種制約の下に営業するか、加入しないで営業するかは、基本的には各獣医師個人の自由意思に委ねられている」と述べて、対象から除外したことにつき、判断過程も含めて違法は認められないとする。

同最判が「営業上の利益に対する十分な配慮」について検討するのに対し、原判決は、被控訴人が不交付とされる者（性風俗関連特殊営業を行う事業者）の不利益を特に検討してこなかったにもかかわらず、「性風俗関連特殊営業を行う事業者も他の事業者と同様に新型コロナウィルス感染症の拡大に伴う影響を受けて苦しんで

いるとも主張するが（中略）それだけで上記合理性を否定すべき事情であるとまではいえない。」（第一審判決20頁4～8行目、原判決11頁2～5行目で引用）と形式的に判示するにとどまり、被控訴人らがかかる不利益をどのように考慮したのかを具体的・実質的に検討し審査することを避けている。

また、同最判は「生じ得る営業上の不利益は直接的なものではな」いという点を検討しているところ、性風俗関連特殊営業を行う事業者が不給付によって生じうる営業上の不利益は、同判決の場合とは逆に、廃業にもつながりうるという重大な不利益である。しかし、原判決は（国も）、このような不利益について具体的な検討を行っていない。

さらに、同最判は、給付制度の本来の政策目的に係る「行政効率」の点における「必要性」の程度（高さ）について検討しているが、原判決は（国も）、この点についても具体的な検討を行っていない。

加えて、同最判は、給付の条件となる公益社団法人への加入をしないで営業するか否かは「基本的には各獣医師個人の自由意思に委ねられている」とするが、この点も本件各給付金の場合とは異なる。すなわち、性風俗関連特殊営業を行う事業者が本件各不給付規定に該当しない事業者として本件各給付金の給付を受けるためには、コロナ禍のような新型ウィルス等による大災害級の歴史的災禍を事前に予期した上で自ら選択し続けてきた職業を変更する必要があったが、それは自ら選択し継続してきた「職業」（憲法22条1項）を放棄しなければならないというばかりか、自ら選択した職業を前提とする勤労権（憲法27条1項）の放棄をも迫るものであって極めて酷な条件であり、到底受給者の「自由意志に委ねられている」場合などとはいえない。このような酷な条件を性風俗関連特殊営業を行う事業者という限られた事業者だけに例外的に押し付けることを「国民」は「理解」するというのだろうか。仮に「理解」するというのであれば、それは端的に社会的弱者に対する職業差別というべきであり、「国民」から「性風俗関連特殊営業を行う事業者」だけが切り離され、排除されて「非国民」として扱われることになろう。しかし、そのよう

な「政策」は限られた一部ないし少数の、これまで同種の給付を歴史的に受けてこなかった社会的弱者を差別するものであり、許されるべきものではない。

このように、原判決と前掲最三小判平成7年11月7日は整合せず、原判決は、同最判の趣旨にも反する。

8　小括

以上のとおり、本件各給付金の給付の判断に係る裁量権の逸脱濫用の判断枠組みについては、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はそもそも考慮されるべきでない。

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。しかも、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が害される具体的危険がないことはもちろんのこと、そのような危険が生じる蓋然性すら認められない。

このように、原判決には、正当な重みづけの下において各考慮事項を衡量することをせず緩やかな判断枠組みを採り、裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法がある。

以上の違法は、本件の事案類型を超えた射程を有する重要な問題である上、今後も未知のウイルスの感染がまん延することになる可能性があり、そのような緊急事態等の事態において再度本件各給付金と同種の給付金が事業者に給付されることになりうることから事業者や個人にとって重要な先例性を有する事件となるため、高裁判決として確定させることは適切ではない事件であり、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民事訴訟法318条1項）に当たるものである。

なお、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（行政事件訴訟法30条参照）あるいは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、同項の「法令解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」には行政処分のみならず行政契約や行政規則の策定を含む行政作用の裁量権の逸脱・濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法の場合を含むものというべきである。

第５　結語

以上より、原判決は、裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤っており、原判決には法令の解釈を誤った違法がある。そして、その結果、原判決は本件各給付金の給付しないことには裁量権の逸脱濫用が認められず適法であるという誤った結論に至っている。そして本件は、法令の解釈に関する重要な事項を含む事件（民事訴訟法318条1項）に当たる。

本件上告が受理された上、原判決は速やかに破棄されるべきである。

上告受理申立理由３

風営法の解釈を根拠として本件不給付規定の合理性を認めたことの法令解釈の誤り、採証法則違反・経験則違反の違法

原判決は、風営法が性風俗関連特殊営業について届出制を採用していること、その採用の前提には性風俗関連特殊営業が備える特徴が国民の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などから、同事業を給付対象とすることは国民の理解を得ることが困難であるとして、本件各不給付規定に合理性を認める。しかし、第1に風営法における許可制に行政の公認という特別の法的効果を認めることはできないから、届出制の採用を根拠に公認の回避という意味を認めることもできない。第2に風営法における性風俗関連特殊営業のカテゴライズや規制において、国民の性的道義観念は無関係であるし、関係させてはならない。原判決には風営法に関する法令解釈の誤り、採証法則・経験則違反の違法がある。

第１　原判決の判示とその論理構造

原判決は、本件各不給付規定を策定した行政権の行使に裁量権の逸脱濫用があるかを検討するにあたり、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」、かつ「かかる性的道義観念を多くの者が共有しているとの理解については、個人が一般的に有する羞恥感情に加え、我が国が一夫一婦制をとってきたという歴史的な背景事情を踏まえれば、格別不自然なものではなく、昭和59年及び平成10年改正時の性風俗関連特殊営業に対する風営法上の取扱い（「風俗営業との間の区別」を含む。）には合理性が認められる」（12頁1行から24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。

かかる原判決の論理を整理すると、第1に風営法が「性風俗関連特殊営業について届出制という仕組み」を採用した理由について、「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」という解釈を採用する。第2に、その解釈を根拠として、「すなわち」という接続詞を用いて、性風俗関連特殊営業は国民の性的道義観念とは「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」とする。第3に、本件各不給付規定の合理性の論証において、給付行政において国民の理解を考慮要素とすることは許されることを前提に、上記風営法の解釈及び性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念と相容れないという判断を根拠として、「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」とする。

しかし、第1に届出制という行政制度の採用は「公的に認知」とは全く無関係である。第2に風営法における性風俗関連特殊営業の枠組みは性的道義観念とは無関係である。第3に給付対象から除外する不給付規定の策定に際して、国民の理解を考慮要素とすることは許されないか、許されるとしてもその際には具体的な危険が求められるところ、性風俗関連特殊営業に給付をすることにより国民の理解が失われる具体的な危険はない。第3については既に上告受理申立て理由1及び2で詳論したので、ここでは第1と第2についてそれぞれ詳論する。

第２　届出制の採用と「公的に認知」とは無関係である

原判決は、「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」とする。

しかし、許可や届出に公的な認知の有無という法的効果を持たせることはできない。制定過程をみてもそのような法的効果は議論されていない。社会的実態を見れば、届出には明らかに公的な認知という効果があるところ、原判決は、風営法の許可にのみ、そのような社会的実態を超えた公認という効果をもたらそうとするもので、法律の解釈として誤りである。

1　国家が公的に認知すべき行為に許可制が採られているという事実はない

興津征雄教授及び堀澤明生准教授の意見書（甲121）が指摘するとおり、許可や届出に行政機関による認知の有無という意味合いを持たせることはできない。すなわち、行政法学の見地からすれば「許可制は行政庁が申請の審査を行い、法定の要件に適合していることを確認して許可を出すまで、許可の対象となる私人の行動を抑制する事前規制の仕組みであるのに対し、届出制は、届出によって収集された情報に基づいて、私人の行動に法令違反があった場合に行政庁が介入する事後規制の仕組みと組み合わせて用いられるもので」あり、「それ以上でもそれ以下でもない」。「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はないし、そのような見解を述べた行政法学の文献」も存在せず、「許可制が国家による公認を意味するという独自の見解」は「行政法解釈の基本に関する重大な過誤」に他ならない（甲121・申立人原審第8準備書面）。

このことは、判例においても強調されており、例えば最判昭和57年10月7日民集36巻10号2091頁では、郵政省庁舎管理規程（昭和40年11月20日公達第76号）6条に定める庁舎管理者による郵便局の庁舎等における広告物等の掲示の許可について、「専ら庁舎等における広告物等の掲示等の方法によつてする情報、意見等の伝達、表明等の一般的禁止を特定の場合について解除するという意味及び効果を有する処分であつて、右許可の結果許可を受けた者において右のような伝達、表明等の行為のために指定された場所を使用することができることとなるとしても、それは、そ

の者が許可によつて禁止を解除され、当該行為をする自由を回復した結果にすぎず、右許可自体は、許可を受けた者に対し、右行為のために当該場所を使用するなんらかの公法上又は私法上の権利を設定、付与する意味ないし効果を帯有するものではな」いとする。風営法における許可も「一般的禁止」を「解除するという意味及び効果」を有するに過ぎず、それにより「公的に認知」といった、「公法上又は私法上の権利を設定、付与する意味ないし効果を帯有」するものではない。

2　原判決の考えは旧来の公定力観（実体法的公定力観）に基づくものである

原判決の考えは、行政行為・行政処分の公定力についての古い考え方（実体法的公定力観）を前提とするものであるか、あるいはそのような考え方と親和性のあるものであり、不合理である。

現在の通説によると、行政行為の公定力とは、処分要件を満たさないなどの理由で違法な行政処分であっても、行政庁による職権による取消し又は行政訴訟による取消がない限りは当該行政処分の有効性を争うことができない効力のことである。これに対し、最判昭和30年12月26日民集9巻14号2070頁は、「違法の行政処分も、当然無効の場合は別として、正当な権限を有する機関による取消のあるまでは、一応、適法の推定を受け、相手方はもちろん、第三者も、他の国家機関もその行政処分の効力を無視することができない効力」であると判示する。すなわち、公定力を当該行政処分の有効性のみならず、違法性をも争い得ない効力として捉えているように読める。しかし、これは、次の実体法的公定力観という古い考え方に基づくものであり、不合理な見解である。

公定力の根拠について、かつては、行政行為自体に備わる効力として認められるとする見解（実体法的公定力観、美濃部達吉・田中二郎）が通説であった。これは、行政行為の特色として、官庁が行政行為の有効性を自ら確認しているのであるから、より強い権限のみによって打ち破られるとするオットー・マイヤーの見解（自己確認説）を手掛かりとして、行政行為は、法律により覊束されているが、法

律自ら行政主体の意思の発動である行政行為に優越的地位を認めているのであり、ここに公定力の根拠があるとするものである（田中二郎『行政法総論』（有斐閣、昭和32（1957）年）102頁）。しかしながら、このような見解は、行政優位の考え方に基づくものであり、現行民主主義下においては採用し得ない。このような行政優位の考え方は、法の支配の原理に反する。許可に公的な認知という意味合いを持たせることは、特定の行政行為に法律で定められた以上の効果を認めることにほかならず、ひいては行政機関に法律を超えた権威を認めることにつながるから、違法なのである。

現代における通説となる公定力の考え方とは、行政行為の現状維持力に着目したものであり手続法的公定力観に基づくものである。一般に行政行為に一定の現状維持力があるとされるのは、例えば農地買収処分や公売処分、土地収用法に基づく収用裁決のように、行政行為の効果として私法上の権利変動(所有権移転等)が生ずる場合に、旧所有者が新所有者に対する所有権に基づく返還や所有権の確認を求める民事訴訟では、その行政行為の有効性と所有権の所在とが関係するが、このような場合に、当該民事訴訟の中で、当該行政行為の有効性を審理して効力が生じているか否かを判断するとすれば、行政事件訴訟法自体が行政行為（行政処分）の取消しについては取消訴訟という特別の訴訟形式でのみ争わせることとしているという法の仕組みに反することになる。すなわち、行政事件訴訟法は、行政行為の取消しは、一定の不服申立期間中に提起した行政庁を直接の相手方とする取消訴訟でのみ争わせるとすることにより、行政行為により形成された法律関係を早期に安定させることとし、法的安定性を図る。そうすると、行政行為の効力として、このように行政行為が取消訴訟により取り消されない限りは、民事訴訟によっては、その行政行為の効力を否定することは許されず、行政行為の有効性を争い得ないとの効果を認めるべきである。これが「公定力」であり、このような効力は、行政行為の取消しについては取消訴訟でしか争い得ないという訴訟の仕組みにその根拠を求めることができる。このように行政行為の取消しについては取消訴訟のみが管轄すること

を「取消訴訟の排他的管轄」といい、公定力の根拠を「取消訴訟の排他的管轄」に求める見解(手続法的公定力観)が現在の通説(塩野宏『行政法I第6版』(有斐閣、平成27(2015)年)161頁)である。

以上述べたことに照らすと、旧来の実体法的公定力観に基づくならば、行政行為に優越的地位が認められるから、原判決のように、風営法上の制度に関して、「許可」を受けた事業だけを国が「公的に認知」するものとし、他方で、そのような許可制によらず「届出」制にとどまる事業については国に「公的に認知」されない事業であるとして、本件各給付金の給付対象として相当ではないと考えることも可能となり得る。

しかしながら、現在の通説である手続法的公定力観は行政行為に優越的地位を認めるものではないことから、風営法上の制度に関し、「許可」制と「届出」制という法制度の違いから許可を受けた事業だけを国が「公的に認知」し、事業としての優越的地位が与えられるかのように捉えることは不合理である。許可制の事業であっても許可を受けただけで、許可の効力を超えた「公的に認知」などという優越的地位を得る事業とはならない。他方で届出制であっても風営法上の違反行為を行っていない場合には風営法に適合するもの(国が法適合性を担保する事業)として事業を継続させ、他の事業と同様に事業を発展させることもできるのであるから、風営法上の許可対象事業と異なるものではなく、このような点では国によって「公的に認知」された事業となる。このことは岩切大地教授がその意見書(甲102)において「風営法における許可制も届出制も、『公認』の有無について実際のところ相対的な相違を示すに過ぎ」ず、「届出制だから公認・公知はしていないという言説は建前に過ぎず、現実的には一定程度の公認の要素をすでに含んでいる」と指摘していたところである(20頁)。

風営法上の事業について許可制と届出制の差異を理由に後者については本件各給付金を不給付とする原判決の判示は、現在の通説である手続法的公定力観とは矛盾抵触するか親和性がなく、他方で、古い実体法的公定力観を前提とするものである

か、そのような考え方と親和性のあるものであり、不合理である。

3　風営法の制定過程において、許可では公的な認知になるという議論はない

実際、岩切大地教授の意見書（甲102）において詳細に整理されているとおり、風営法の制定過程においても、許可では公認になり、届出であれば公認にならないという答弁は見当たらない。この点は、村山健太郎学習院大学教授も、一審判決に対する裁判例評釈（甲126）において、風営法上の「許可」が国家による公認を意味する旨の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を指摘しているところである。そのような考えは現行憲法化では採り得ないので当然である。

性風俗関連特殊営業に届出制が採用された理由は、単に外的規制の便宜のためにすぎず、このことは国会答弁においても、「売春なりわいせつなり大変移行しやすい業態である」（甲107・14頁）から許可になじまないとか、「ほかの法律にもありますように、実態把握をするために届け出をさせる」（同）と繰り返し述べられている。

答弁において「公認」という言葉が使われることはあるが、そこでの議論は、質問者から、性風俗関連特殊営業について届出という許可よりも緩やかな取り扱いとすることは、公に認知することになるのではという指摘に対して、許可としないことは「業務の内容」に照らして、「公の機関が業務内容に立ち入って適正化を図る」ことになじまないからであり、届出をするからと言って公認になるものではない、と答弁するにとどまる。いわば、許可であれ届出であれ、性風俗関連特殊営業を法の枠内に明記して行政が関与することは、行政により公認された性的サービスとして一種の公娼制につながるのではと懸念する質問者に対し、答弁者が、「厳しく対処」して「一定の枠からはみ出すことのないよう・・監視していく」だけであり、公娼のようなものにつながるものではないと答弁しているだけである（同）。届出を認めれば公認になるのではという指摘を受けて公認ではないと整理している

だけであり、公認としないためにあえて届出制を採用したなどという整理はされていない。

類似の答弁はいくつも見られる。たとえば、昭和59年7月11日の参議院で行われた質疑では、「今回の改正で性産業の公認や拡大を助長するおそれはないか、性産業の規制に対しては取り締まり法規の適正な運用こそ重要ではないか」という質問に対し、答弁者は「今回の改正は、現在野放しになっている個室付浴場等に必要な規制を課するもので」、「これを公認するとか助長するというものでは」ないとし、その目的としては、「青少年犯罪を防止し、非行を防止するため」と明言している。ここにも許可だと公認になるから届出にした、といった答弁は一切ない。(甲104・7頁)。

唯一混乱を招く答弁がなされているものが、一審判決が引用する平成10年4月28日の衆議院地方行政委員会における答弁である。この答弁では、「性を売り物とする本質的に不健全な営業で、(中略) 業務の適正化あるいは営業の健全化というのは本来的になじまない営業で」あるから、「公の機関がその営業を営むことを禁止の解除という形での許可という形で公認することは不適当であると考えて、届け出制に」したと答弁している (乙３・19頁)。しかし、この答弁における「許可という形で公認」という意味合いは、許可というものが行政法学的に元々禁止されていたものを解除する性質を有するところ、その解除という性質を「公認」という言葉で表現したに過ぎず、それ以上に行政行為に「公的に認知」といった何らかの公法上又は私法上の効果を認めるものと解釈することはできない。その産業そのものを行政が見ないようにするとか、公に認知することすら拒絶すると言った積極的な意味合いは全くない。

そもそもこの答弁は、質問との兼ね合いで文脈を踏まえて解釈しなければその意味を見誤る。ここでの答弁は、質問者が、通常の飲食店が性風俗関連特殊営業よりも厳しい許可制で取り締られ、違反した際の罰則も重いのはバランスを失しているのではないか、性風俗関連特殊営業に対しより厳しく重い規制を課すべきではない

か、「許可制というのは、もともと一般的に、物事をやることが禁止されているものを特例的に解除」するもので、「本来大いにやって結構なものだけれども、その状況を行政当局において状況把握しておく必要があるものについては届け出制だというのが、大体一般の取り締まりというか規制のあり方」であるところ、「社会的に有用なものをかなり含んだ風俗営業は許可制であって、反社会性の強いものは届け出制ということですから、極めてこれは逆転現象だ」と指摘したことに対し、「今委員ご指摘のとおり、性を売り物とする本質的に不健全な営業」だから「届け出制」にしたと半ば苦し紛れに述べた答弁である。しかしこれでは、なぜ風俗営業が許可で性風俗が届出かの説明になっておらず、答弁内容が噛み合わないため、質問者は「今の局長の話を聞いても、なんとなくしっくりこない」、厳しく対処すると言いながら罰則が釣り合っていない、飲食店などの方が重い罰則なのはおかしい、「警察庁に対する不信感と言ってはなんですけれども、皆さんが取り締まりのやり方も今回いろいろと工夫して拡充しているとはいえ、手ぬるいのではないか」、「営業の実施そのものについての規制の仕方、これも許可制と届け出制ということで逆転現象になっている」、「規制がもっとしっかりとできるというふうなシステムに切りかえていくべきではないかというふうに思うのですけれども、もう一遍、局長の見解を聞かせてもらいたいと思います」と重ねて質問をした。それでも答弁者は、厳しい条件を満たして許可を得ている事業者のためにも許可を得ずに営業する場合には厳しく罰しているなどと、質問者が「かみ合わない」と評する答弁を展開している。結局のところ、この答弁は、質問者から許可と届出の法的意義が他の行政の場面と異なっており、おかしいのではないかと指摘された答弁者が答えに窮し、質問者の意向に阿り、質問者の言葉をそのまま借りて「性を売り物とする本質的に不健全な営業」だから届出制にしたと、苦し紛れにしたものにすぎない。そこに性風俗関連特殊営業の事業者を、行政が公的に認知することを拒絶するかのような意味合いを読み取ることは許されない。

4　社会的実態として、届出も公的な認知を伴う

社会的実態としても、届出は公的な認知でないとするのは無理がある。性風俗関連特殊営業について、所轄の警察署はウェブサイトに届出書の雛形を公開しているし、適式な届出がなされた際には公安委員会から「届出確認書」が交付される。事業者は従業員に関する名簿を届け出るし、行政から定期的な立ち入り検査も受ける。これらは社会的な実態として公安委員会や警察署が各事業者を公的に認知し、対応をしているものに他ならない。その他、性風俗関連特殊営業の事業を営業の目的として株式会社を設立することもできるし、税務署からもその営業に基づく営業利益に関して税金が課せられる。今回のコロナ禍において厚労省が創設した雇用調整助成金特例及び小学校休業等対応支援金助成金制度においては、性風俗関連特殊営業の事業者も対象とされているが、原判決のロジックでは厚労省は同事業を公認していることとなる。行政の一体化の原則からすれば、厚労省と中小企業庁とで特定の事業について公認するか否かの対応が異なることはあり得ないし、そもそも既に他の省庁が公認している以上、中小企業庁だけが給付をしないことで公認しないと言ったところで何の意味もない。

5　小括

原判決が、許可は公的に認知で届出は公的に認知でないという場合には、他の制度で性風俗関連特殊営業が公に認知されている以上、何らかの法的効果を意味していると思われるが、それは前記のとおり、許可にのみ法律に定められていない法的な特別な効果を意味するというほかない。しかし、許可には、禁止されている行為について行政機関が法律に基づき禁止を解除するという法的効果以上の効果はない。原判決の考え方は公定力に実体的な法的効果を認めるもので法律による行政が採用された現行憲法化では違法である。実際、風営法の制定過程・改正過程において、許可に何らかの法的効果をもたらすことなど全く議論されていない。原判決には風営法における届出制と許可制に関して誤った解釈をしており、法令解釈の誤り

があるから破棄されなければならない。

第３　性風俗関連特殊営業の枠組みは性的道義観念とは無関係である

原判決は、「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」とする。また、原判決は、風営法が性風俗関連特殊営業について「健全化」の対象外とした根拠として、国民の多数がかかる性的道義観念を共有することを挙げ、かつその合理性の根拠として、「個人が一般的に有する羞恥感情に加えて、我が国が一夫一婦制をとってきたという歴史的な背景事情」を挙げる。

しかし、風営法の「業務の適正化や営業の健全化」において性的道義観念は無関係である。風営法改正時の国会議論からは、適正や健全とは、外的な環境規制や売春やわいせつ事犯などの法的な実害の観点からの「適正」「健全」であり、性的道義観念との結びつきは全く見出せない。また、風営法における性風俗関連特殊営業の事業の種類には、羞恥感情や一夫一婦制と何ら関係のないラブホテルやアダルトグッズ販売業が含まれていたり、また風営法では性的道義観念とは全く関係のない深夜における酒類販売も届出制としており、風営法の各種制度の合理性の根拠を性的道義観念にすると破綻する。このことは、風営法が性的道義観念を法制度の合理性の根拠としていないことの証左である。さらに本質的な問題として、法解釈に性的道義観念を持ち込むことは憲法の理念に反する。性風俗関連特殊営業の枠組みを性的道義観念と結びつけようとする原判決には、法令解釈の誤りがある。

１　「健全化」と性的道義観念は無関係である

風営法1条は、「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」ことを目的とする。原判決は、健全化の対象が「風俗営業」のみとされ、性風俗関連特殊営業が健全化の対象とされていないことに着目し、その理由を性風俗関連特殊営業が性的道義観念に反するからだとする。

しかし、岩切大地教授の意見書（甲102）が詳細に整理するとおり、風営法における「健全」化の概念には、性道徳・性的道義観念の観点が入る余地がない。風営法における健全概念には、性道徳・性的道義観念に適えば健全でそうでなければ不健全というような評価基準を全く含んでいない。風営法の条文に「健全化」（1条）が盛り込まれた経緯を見れば、風営法における「健全」性の概念は、性的道義観念に適うか否かという基準とは無関係であることが明らかとなる。

すなわち、風営法1条は、風営法の直接的な目的として、営業時間等の制限、年少者の立入らせの規制、そして風俗営業の「業務の適正化を促進する等の措置」を講ずることを挙げつつ、究極的な目的として、「善良の風俗の保持」「清浄な風俗環境の保持」「少年の健全な育成に障害を及ぼす行為の防止」そして「風俗営業の健全化」を挙げる。これらの大きな目的のうち、前三者（「善良の風俗の保持等」）は、風営法が数次の改正を経る中で与えられてきたものであるのに対し、最後の目的（「風俗営業の健全化」）は、昭和59年改正によって導入された目的である。これは昭和59年改正という実定法により、積極目的が加味されたものとされる。

この健全化という積極目的に基づく働きかけの内実の解釈に際しては、1条に掲げられている他の究極目的との関係を検討する必要がある。

原判決はこの点について、「善良の風俗の保持等」（前三者）が、「健全化」をも指導する基本的な原理である、という解釈を採用したものと思われる。これは、「健全化」を「善良の風俗の保持等」を実現するための手段的なものとする解釈である。この解釈に基づく場合、健全か否かを判定する基準は「善良の風俗」にどれだけ適うかに依ることとなり、「善良の風俗」の意味が問題となる。そして警察庁の通達では「国民の健全な道義観念により人の欲望を基盤とする風俗生活関係を善良な状態に保持すること」を「善良な風俗」としているため、その実現のための

「健全」についても、国民の性的「道義観念」との適合性が求められることとなる。

しかしながら、この解釈は誤りである。なぜならば、「健全化」を「善良の風俗」の手段的なものと解する場合、「健全化」は積極目的ではなく消極目的となってしまうためである。というのも、「善良の風俗」をどのように解釈しようと、風営法が警察規制立法である以上（高木俊夫・金築誠志「Ⅱ風俗営業等取締法」平野龍一ほか編『注解特別刑法第7巻風俗・軽犯罪編』（青林書院、1982年）15頁）、風営法という文脈における「善良の風俗」は、警察法2条における警察の責務の範囲内である犯罪予防という意味合いを中心に解されることになるからである。そもそも、警察権力が国民の性的道義観念を促進・助長するという事態を風営法が予定しているとは想定できず、このことは昭和59年改正の際に政府答弁が強調したところでもあった（甲107・13頁：「私どもは何もその『善良の風俗』という言葉を使って、いわゆる社会の道義的な秩序というものを使命感に燃えて何とかしようなどという考え方はいささかもございません。そういう問題は警察の問題ではないと私どもは考えておるわけです。」との発言参照）。したがって、「善良の風俗」を積極目的と解することはできない。風営法に「道義的な秩序」などを読み込むことは、風営法を管轄する「警察の問題」ではないのである。

他方で、「健全化」を消極目的的な意味として読むこともできない。そもそも風営法が風俗営業を取締りの対象としていた時代でも、取締りの反射的効果としての健全化が観念されていたわけであり、したがって昭和59年改正でこの上に追加的に掲げられた「健全化」を、単なる弊害防除の結果、すなわち消極目的にとどまると解することはできないためである。

したがって、「善良の風俗の保持等」と「健全化」はそれぞれ独立した概念であると解釈せざるを得ない。そうすると、その場合に「健全化」とは何を目指すものであるかが問題となる。これについては、風営法が「健全化に資するため」「業務の適正化を促進する」措置として現に置かれている各規定（風営法第3章（12条以

下)）を確認する必要がある。

これらの条文のうち、たとえば営業時間の制限（13条）や接客従業者に対する拘束的行為の規制（18条の2）などは、弊害防止のための措置と考えられるが、「健全化に資するため」の典型的な措置とは言えない。これに対し、管理者制度（24条）などは、風俗営業事業者の自主性を尊重するための制度であり、事業者の相当程度の遵法意識と自主的な措置に期待する趣旨とされる。昭和59年改正法が、それまでのように単なる取締りのみを行うのではなく、それを越えて健全化を促進するものであったとして、そこに新たに加わった健全化の要素の内容は、風営法による諸規制（それ自体では単なる取締りと変わらない）に対する自発的な遵法を促すというものと解さざるを得ない。

実際、昭和59年改正において、性風俗営業が自主的な遵法の促進という意味での健全化の対象に馴染まないとされた理由としては、荒稼ぎをしてはすぐに廃業する者が多いという当時の社会背景が語られていた（乙2・9頁、甲105・22頁、甲107・13頁、同14頁等）。そこに性道徳や性的道義観念を結びつける要素は全く見られない。

以上のとおり、風営法における「健全」化とは、風営法による諸規制（それ自体では単なる取締りと変わらない）に対する自発的な遵法を促すというものである。「健全」化の概念には、性道徳・性的道義観念の観点が入る余地がない。風営法における健全性概念は、性道徳・性的道義観念に適えば健全でそうでなければ不健全というような評価基準を全く含んでいないのである。

2　風営法の各種制度は性的道義観念を持ち込むと齟齬が生じる

（1）原判決の「健全化」の説明

原判決は、性風俗関連特殊営業が風営法において「健全化」の対象とされなかった理由を、国民の性的道義観念に反するからと解する。しかし、実際の風営法の制定過程においては、上記のとおり性的道義観念に反するものを性風俗関連特殊営業

として定義する、という経緯とはなっていないため、原判決の論理では説明がつかない風営法内の制度がいくつも見られる。

（２）ラブホテルやアダルトグッズショップは一夫一婦制と無関係である

例えば、原判決は、性風俗関連特殊営業が性的道義観念に反することに合理性を認める根拠として、「個人が一般的に有する羞恥感情に加え、我が国が一夫一婦制をとってきたという歴史的な背景事情」を踏まえるとする。

しかし、性風俗関連特殊営業には、ラブホテル（風営法2条6項4号）やアダルトグッズショップ（同5号）が含まれる。これらの営業が提供するサービスは当然に夫婦間での利用も想定している。また、これらのサービスの提供はもっぱら非公然な状況で行われる。なぜこれらの営業が「個人が一般的に有する羞恥感情」や「一夫一婦制」と齟齬するのか、合理的な説明はなし得ない。このような齟齬が生じるのは、風営法改正時に性風俗関連特殊営業をカテゴライズするにあたり、性的道義観念など全く考慮されていないことを、原判決が無視するからである。性風俗関連特殊営業は性的道義観念に反するという誤ったカテゴライズが先にあり、それに合わせて強引に制度を説明しようとするために、論理に破綻をきたしている。

（３）深夜における酒類提供飲食店営業も届出である

論理破綻のもう一つの表れとして、風営法が、深夜における酒類提供飲食店営業についても許可ではなく届出としていることが挙げられる（風営法33条）。同営業は、通常の酒類提供飲食店営業を深夜に行う事業だから、性的道義観念とは全く無関係である。当然、許可制でなく届出制が採用された理由として、健全化できないからとか、「公的に認知」できるか否かという意味合いもない。同じ法律の中の同じ届出制について、根拠が複数に分かれることは破綻している。性風俗関連特殊営業も、深夜における酒類提供飲食店営業も、単に外的規制や環境規制の観点から、またいずれの営業も売春やわいせつ事犯といった法的な実害に結びつきやすことか

ら、「健全」化に馴染まないという共通項で整理すれば、このような破綻は生じない。性的道義観念という全く法制化に際して想定されていない要素を持ち込むから破綻するのである。

3　法解釈に性的道義観念を持ち込むことは憲法の理念に反する

原判決は、性風俗関連特殊営業の事業は、「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」とする。

これは、風営法の解釈を通じて、政府及び司法が、特定の性行為・性交類似行為を「通常」とし、それ以外を「異常」または「例外」に区別することにほかならない。

一般に、「ある政策の実施が社会全体の利益を増進する場合でも、切り札としての権利を侵害するときは、国家の権威要求は正当とは認められ」ず、「政府が個人に対して「平等な配慮」ないし「平等な尊重」を欠く場合」には切り札としての権利を侵害する場合にあた」り、かつ「平等な配慮とは政府がすべての人の個人的選好（財や機会を自分が享受することへの選好）を、可能な限り満たすよう努力すること、平等な尊重とは、政府が論争的な善の観念に依拠することや、何が善き生であるかについて他の人々の外的選好（他者への財や機会の割り当てに対する選好）を考慮してはならないことをいう」とされる。「平等な配慮と平等な尊重への権利は、不公正な功利主義的衡量に基づく介入を禁止」する。「他人の権利や利益を侵害しているからという『結果』ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという『理由』に基づいて干渉される」ときには、「自分のことは自分で決めるという自律の精神を否定」することにつながるため、「切り札としての権利」を侵害する。「人格の根源的平等性」が否定されるからである（以上につき、江藤祥平『近代立憲主義と他者』80頁以下〔岩波書店、2020年〕）。

原判決は、誤った風営法の解釈により、「通常」の「性行為や性交類似行為」というものを作り出し、性風俗関連特殊営業はそれに反すると断じる。これはまさに、性風俗関連特殊営業を職業に選択した人は、その「選択した行き方や考え方が根本的に誤っている」との行政の判断を追認するものである。本来は「論争的な」あるべき性という「善」の観念を決めつけ、それに依拠している。原判決の解釈は、憲法13条が保障する個人の尊厳や、憲法14条の平等な配慮と平等な尊重への権利を侵害する。

この点は、原審において意見書（甲101）を提出した玉蟲由樹教授が別の論考（甲128）において指摘していたとおりである。すなわち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の平等に違反するし、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とも指摘されている。

4　小括

以上のとおり、風営法の「業務の適正化や営業の健全化」において性的道義観念は無関係である。風営法の中には、性的道義観念を持ち込むと齟齬をきたす制度が複数ある。そもそも法解釈において性的道義観念を持ち込むことは憲法上の各理念と抵触する。性的道義観念を持ち込み解釈した原判決には、法令解釈の誤りがある。

第4　結語

原判決は、風営法が性風俗関連特殊営業について届出制を採用していること、その採用の前提には性風俗関連特殊営業が備える特徴が国民の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などから、同事業を給付対象とすることは国民の理解を得ることが困難であるとして、本件各不給付規定に合理性を認める。

しかし、風営法における許可制に行政の公認という特別の法的効果を認めることはできないから、届出制の採用を根拠に公認の回避という意味を認めることもできない。また、風営法における性風俗関連特殊営業のカテゴライズや規制において、国民の性的道義観念は無関係であるし、関係させてはならない。

原判決には風営法に関する法令解釈の誤り、採証法則・経験則違反の違法がある。

上告受理申立理由４

申立人に有利な主張・証拠を無視した審理不尽・経験則違反・採証法則違反

申立人は原審において、一審判決に誤りがあることを様々な角度から主張・立証した。特に、一審判決の風営法の解釈には風営法の制定経緯的にも行政法学的にも根本的な誤りがある点、一審判決が何らの証拠もないまま国民の大多数の性的道義観念を認定した点、同じく何らの証拠もないのに中小企業庁が性風俗関連特殊営業に給付をすると国民の理解を得られないと決めつけたことに合理性があるとした点などについては、専門家の各意見書とともに詳細な反論を行った。

中小企業庁が政策決定の過程において適切な裁量権行使をしていないこと、考慮すべき事項を考慮しておらず、他方で考慮すべきでない性風俗産業への国民の差別的意識を不当に重視し、ほぼそれのみに依拠して本件不給付規定を策定したことなどを立証するべく、政策決定の過程について相手方国にその立証を求め、立案担当者の証人尋問も請求した。

しかし原審は、申立人の主張のほとんどを無視あるいは軽視し、各意見書の意義を誤読しあるいは矮小化し、必要な証人尋問を却下した。民事訴訟法243条に照らし、「審理を尽くした上で判決をすることは訴訟手続きの基本原則である」（長谷部由紀子『民事訴訟法』（岩波書店、2020年）419頁）。原判決には、採証法則違反・経験則違反のみならず、これらでは評価し尽くせない審理不尽がある。

第１　岩切意見書を無視して風営法の解釈をした違法

１　関連する一審判決の判示

一審判決は、「我が国の国民の大多数が、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べきであるという性的道義観念を多かれ少なかれ共有していることを前提として、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

殊営業が本来的に備える特徴自体がこうした大多数の国民が共有する性的道義観念に反するものであり、かつ、このような特徴は風営法が当該営業に対して営業所の構造・設備についての技術上の基準その他のいかなる条件を課したとしても変わりようのないものであることから、業務の適正化や営業の健全化といった目的になじまないものとの考え」に基づき、風営法は、「一定の水準に到達したものを許可という形で公的に認知したりすることは、上記のような大多数の国民が共有する性的道義観念にも反して相当でない」として、同事業について許可制ではなく届出制を採用したものと風営法を解釈した（一審判決16頁）。また、給付行政における要考慮事項の一般論として、「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、他の政策との整合性についても考慮することが必要である」と整理した。これらを合わせ、性風俗関連特殊営業に給付をすることは、風営法という他の政策の目的の実現を阻害することを前提として、給付に合理性があると判断した（18頁）。

2　申立人による一審判決に対する主張・立証

これに対し申立人は、控訴審第5準備書面において、岩切大地教授の意見書（甲102）を援用し、風営法の制定経緯及び条文解釈を詳細に展開した上で、一審判決のうち、風営法の解釈として、①性風俗関連特殊営業は性的道義観念に反するとする点、及び②同事業を許可として公認することは性的道義観念に反するとする点については、それぞれ①風営法改正時の政府答弁からも風営法の規定からも、性風俗関連特殊営業が国民の性的道義観念に反するとの解釈は導けないこと、②風営法が同事業について届出制を導入したのは外的環境規制の性質に基づくものであり、性的道義観念とは全く関係がないこと、そのため性風俗関連特殊営業の事業者に給付をしても「他の政策目的の実現を阻害すること」にはならないことを主張・立証した。

3　原判決の判示

これに対し原判決は、岩切意見書について、「控訴人提出の意見書等について」と、趣旨を異にする他の研究者の意見書とひとまとめにし、「そこで指摘される内容として、①風営法上の取扱いをもって本件各不給付規定を定めたことの合理性を認めることはできず、むしろ性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して本件各給付金を支給しても風営法の規制目的は阻害されない」などと要約した上で、「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とすることが風営法の規制目的を阻害するために設けられたものではなく、給付対象とすることが相当か否かの政策判断をするに当たり、その法制度上の位置づけを踏まえて考察されたものと理解するのが相当」（原判決19頁）として、申立人の主張を退けた。

4　原判決には岩切意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある

しかし、第5準備書面における申立人の主張及び岩切意見書の趣旨は、風営法の制定の経緯や条文の規定ぶりに基づき、性風俗関連特殊営業に関する一審判決が考える「法制度上の位置づけ」が誤っていること、そして誤った解釈に基づく「相当か否かの政策判断」は合理性のない誤ったものとなることを指摘するものである。原判決は、岩切意見書が指摘する、一審判決の「法制度上の位置づけ」が誤りかどうかについて、制定過程や条文の趣旨に遡った検討をしないまま、「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」という一審判決の考える風営法の「法制度上の位置づけ」を踏襲している。原判決は、重要な証拠である岩切意見書の内容について、一審判決が考える「法制度上の位置づけ」に疑義を呈するものであるのに、その内容を「給付金を支給しても風営法の規制目的は阻害されない」ことを主

張するものと誤って認識して要約しており、採証法則違反・経験則違反があり、かつなすべき審理をしていない審理不尽の違法がある。

第２　興津・堀澤意見書を無視して誤った行政法解釈をした違法

１　関連する一審判決の判示

一審判決は、上記のとおり、「一定の水準に到達したものを許可という形で公的に認知したりすることは、上記のような大多数の国民が共有する性的道義観念にも反して相当でない」として、性風俗関連特殊営業について許可制ではなく届出制を採用したものと風営法を解釈した（一審判決16頁）。また、持続化給付金について「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新たな給付金制度」であり、家賃支援給付金について「突然の需要蒸発により売上高の急減に晒されている多くの企業・事業者の存続・継続のために・・売上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・・創設」されたものであるという、それぞれの制度の基本設計を認定し（4頁以下）、かつ、「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る」ことや、「給付の費用対効果」として「国民経済上の不利益の程度」などが考慮されるべきと整理しながら（10頁）、実際の合理性審査においては、もっぱら性風俗関連特殊営業を給付対象とすることが「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でないとの理由」、「他の政策との整合性に加え、当該給付をすることについて大多数の国民の理解を得られるかどうか」のみを考慮している（18頁）。

２　申立人による一審判決に対する主張・立証

これに対し申立人は、控訴審第8準備書面において、興津征雄教授及び堀澤明生

准教授の意見書（甲121）を援用し、第1に、行政法学の見地からすれば「許可制は行政庁が申請の審査を行い、法定の要件に適合していることを確認して許可を出すまで、許可の対象となる私人の行動を抑制する事前規制の仕組みであるのに対し、届出制は、届出によって収集された情報に基づいて、私人の行動に法令違反があった場合に行政庁が介入する事後規制の仕組みと組み合わせて用いられるもので」あり、「それ以上でもそれ以下でもな」く、「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はないし、そのような見解を述べた行政法学の文献」も存在せず、一審判決における「許可制が国家による公認を意味するという独自の見解」は「行政法解釈の基本に関する重大な過誤」に他ならないと主張した（同準備書面17頁以下）。第2に、両意見書において強調されているとおり、国籍法違憲判決（最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁）や大阪高判平成14年7月3日判例時報1801号38頁（甲122）などに照らし、給付行政であっても裁量は無制限ではなく、個別具体的な制度設計は、立法により定められた、あるいは自ら定めた基本決定に即することが必要となり、基本決定から逸脱する個別の規定について、裁判所は合理的な理由の有無を審査しなければならない（「首尾一貫性審査」）ことを明確にした上で、一審判決は、そもそも基本決定である本件給付の目的（新型コロナウイルス感染症拡大に伴う売上の急減に直面した事業者の事業の継続の下支え）に関する裁量権行使と、具体的な仕組み（性風俗関連特殊営業を給付対象から除外する不給付規定の創設）の設計に関するに関する裁量権行使という、本来、段階構造の異なる2つの裁量権行使を区別することなく取り扱うという致命的な過誤がある上、本来行うべき正当化審査として、上記本件給付の目的が基本決定である本件給付の目的からの逸脱を正当化する理由として合理的か否かを適切に審査すれば、かかる正当化事由が存在しないことを詳細に主張した（首尾一貫性審査の要請につき同準備書面2頁から11頁、その当てはめについて同11頁以下）。

3　原判決の判示

これに対し原判決は、興津・堀澤意見書について、岩切意見書と同様、「控訴人提出の意見書等について」と、趣旨を異にする他の意見書とひとまとめにし、「そこで指摘される内容として、①風営法上の取扱いをもって本件各不給付規定を定めたことの合理性を認めることはできず、むしろ性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して本件各給付金を支給しても風営法の規制目的は阻害されない」などと要約した上で、「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とすることが風営法の規制目的を阻害するために設けられたものではなく、給付対象とすることが相当か否かの政策判断をするに当たり、その法制度上の位置づけを踏まえて考察されたものと理解するのが相当」（原判決19頁）として、申立人の主張を退けた。

4　原判決には興津・堀澤意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある

しかし、第8準備書面における申立人の主張及び興津・堀澤意見書の趣旨は、第1に、許可に国家における公認という意味を認めることは重大な過誤であり行政法学的に採用し得ないことを強調するものであり、「給付対象とすることが相当か否かの政策判断をする当たり」基礎としてはならない「法制度上の位置付け」であることを指摘するものである。そのことを無視して、許可が国家による公認とする誤った「法制度上の位置付け」を所与のものとして一審判決を是認するならば、行政法学的に重大な過誤と指摘する興津・堀澤意見を無視することなく、許可が国家による公認と解釈してよい法学的な理由を明らかにする必要があった。

また、第2に、申立人の控訴審第8準備書面及び興津・堀澤意見書は、本件不給付規定が本件給付制度の基本決定（新型コロナウイルス感染症拡大に伴う売上の急減に直面した事業者の事業の継続の下支え）と整合しないことを指摘するものであるのに、原判決はそれを無視し、一審判決が、本件不給付規定の策定に関して自身で

挙げた複数の裁量要素を、段階の違いや重要性も無視して一つにまとめ、しかも実質的には風営法との整合性のみを判断するという偏った審査をしたことについて、なぜ基本決定からの逸脱について合理性を審査しなくて良いと考えるか、につき全く応答していない。一審判決も原判決も、「給付対象とすることが相当か否かの政策判断」の正当性という大雑把な審査をするのではなく、前掲平成14年大阪高判（甲122）などが採用した個別具体的な審査が必要であった。原判決には採証法則違反・経験則違反がある上、審理不尽の違法がある。

第３　辻意見書を無視して国民の理解について誤った解釈をした違法

１　関連する一審判決の判示

一審判決は、「我が国の国民の大多数が、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べきであるという性的道義観念を多かれ少なかれ共有していることを前提として、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本来的に備える特徴自体がこうした大多数の国民が共有する性的道義観念に反するものであ」るとした上で（一審判決16頁）、性風俗関連特殊営業の事業者に対し、「国庫からの支出により廃業や転業を可及的に防止して国が事業の継続を下支えの対象とすること」は、「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でな」く、「当該給付をすることについて大多数の国民の理解を得られるかどうか」を考慮することが必要であるから、「本件各不給付規定の目的には、合理的な根拠がある」とする（同17頁）。また、不給付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の申立人の主張に対しては、「その目的の合理性や同目的との合理的関連性の有無を検討する際に考慮するべきであるのは格別、前記判断枠組みを左右すべき事情とまでは解することができない」（11頁）としつつ、合理性や合理的関連性の有無の検討に際しては「地位の格下げを目的として定められたものとは解され

ず、他に原告の主張を認めるに足りる証拠もない」と、その差別的効果について全く考慮しなかった（19頁）。

2　申立人による一審判決に対する主張・立証

これに対し申立人は、控訴審第6準備書面において、辻大介准教授の意見書（甲117）及び申立人が実施した2つの大規模世論調査（甲115及び甲116）を証拠提出した上で、第1に「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、第2に「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、第3に「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・感覚に反する可能性が大きい」（第6準備書面7頁）ことを主張した。

両世論調査からは具体的に、原判決が示した性的道義観念に共感できるとした割合が49.1%に過ぎなかったこと（甲115-2・10頁、甲117・3頁）、性風俗事業者に対する給付に賛成する割合が、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つの条件を付記しない場合は22.4%だったものが条件を付記すると35.5%に跳ね上がり、反対する割合である20.5%を大幅に上回ること、このことから給付への反対は単なる偏見や差別感情に基づくことが推察されること（甲115-2・14頁、甲117・5頁）、実際に不給付が性風俗事業者に対する差別を助長すると思うかにつき尋ねたところ、助長することになると思うと答えた割合が17%、やや助長すると思うと答えた割合が32.2%とほぼ半数が職業に対する差別を懸念していること（甲116・8頁）、性的道義観念を持ち出して不給付とすることには飛躍がある、あるいは筋が違うという考え方に共感できるかを尋ねたところ「共感できる」と答えた割合が13.8%、「やや共感できる」と答えた割合が24.2%で、両者を合計した38%は、「共感できない」「あまり共感できない」と答えた割合の合計である22.5%を大幅に上回っていること（甲115-2・12頁）、性風俗事業者への給付について適切だと

思うと回答した割合（31.2%）は、マージャン店・パチンコ店（26.8%）やAV制作事業者（25.5%）を上回っており、性風俗事業者だけを不給付とすることに合理性がないこと（甲116・7頁、甲117・7頁）などを指摘した。

3　原判決の判示

これに対し原判決は、申立人が指摘する各種調査結果（甲115及び甲116）について2つだけを取り上げ、「性的道義観念が失われるに至っているものと推認させるような事情があるとも認め難い」ことの例示として、「もし行政が特定の性風俗事業者にも持続化給付金を給付することにした場合にどのように受け止めるかという問い（回答者総数は2000人）に対して、『受け入れる・賛成する』とした者は（22.4%）より『受け入れられない・反対する』と回答した者（29.2%）が上回っており、さらに類似の質問として、性風俗関連特殊営業の事業者に対して国が持続化給付金を給付することを適切だと考えるかという問い（回答者総数は2000人）に対しては、『適切だと思う』及び『やや適切だと思う』とした者（30.1%）より『適切だと思わない』及び『あまり適切だと思わない』とした者（70.6%）が大きく上回る結果となっていることが認められる。これらの調査結果が上記のような性的道義観念をそのまま反映するものではないとしても、少なくとも、国民の性行動や性の在り方に関する意識・価値観の変化ないし多様化を背景として、性風俗関連特殊営業について、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と判断したことは、不合理であるとは認められない」とした（原判決17頁）。

また、辻意見書についても、「控訴人提出の意見書等について」と、趣旨を異にする他の法学者の意見書とひとまとめにし、「そこで指摘される内容として・・②1つの道徳観にすぎない『性的道義観念』に着目して本件各不給付規定を定めることは、価値観の多元性を認める自由な社会にあっては規制の理由として控え目に用いられるべきものである、などの見解」と要約した上で、「本件各不給付規定は、性

風俗関連特殊営業を行う事業者に対して何らかの規制を課したり、これを利用する者に対して一定の価値観を強要したりするものではなく・・・その法制度上の位置付けから、事業の継続を下支えするという本件各規程の趣旨・目的との関連において給付の対象外とすることが相当である旨の政策判断がされたというものにとどまる」（原判決19頁）として、申立人の主張を退けた。

4　辻意見書及び世論調査を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽

（1）原判決は世論調査を適切に引用していない

第1に、世論調査の分析に関する原判決の判示は、およそ客観的で合理的なデータ分析ではない。まず、そもそも原判決が判示する数字はいずれもどの調査のどの質問項目から抜き出したものかに関する引用すらされていない。

しかも、「性風俗関連特殊営業の事業者に対して国が持続化給付金を給付することを適切だと考えるかという問い（回答者総数は2000人）に対しては、『適切だと思う』及び『やや適切だと思う』とした者（30.1%）より『適切だと思わない』及び『あまり適切だと思わない』とした者（70.6%）が大きく上回る結果となっている」と判示するが、その合計数は100.7%となっており、どの数字をどのように計算したのかすらわからない。おそらく甲116の質問項目12だと思われ、その実際の数字は、適切だと思うが9.2%、やや適切だと思うが20.3%で合計は29.5%、あまり適切だと思わないが29.8%、適切だと思わないが40.8%の70.6%である（小数点の関係で合計は100.1%になる）。

仮にこのデータについて分析したものだとすると、辻准教授が意見書で指摘し、申立人も主張書面で強調したとおり、このデータは他の事業者との比較をしなければ適切なデータ分析とならないもので、絶対評価として用いることはデータ分析の手法として誤りである。すなわち、この調査においては、前記した甲115-2・11頁、甲117・3頁における回答分布とは異なり、「性風俗関連特殊営業の事業者に対する持続化給付金の給付については否定的な意見が多くなっているが、これは設問

の形式が大きく異なっていることによるもの」なのである。「この設問では・・多くの他業種の事業者が同時に挙げられ、回答を求められている。このような設問形式では、性風俗関連特殊営業の事業者への給付が『絶対的に』適切か否かではなく、他の事業者と比べて、『相対的に』適切か否かが判断されることになりやすい。そのため、他の事業者に比して、職業的偏見が向けられがちな業種の事業者への給付には、否定的な回答がなされがちになる。それ故、性風俗関連特殊営業の事業者と同様、職業的偏見が向けられがちなマージャン店・パチンコ店やAV制作事業者についても、給付について否定的な意見が多くなっている」のである。加えて「この設問には、『どちらとも言えない』等の中間回答の選択肢がない。そのため、『適切か否か』の判断に悩む者の回答は、こうした職業的偏見によって、給付に否定的な方向へ大きく傾く」。さらに、この設問では、本件両給付金の主な給付対象であった「接待サービスを行わない通常の飲食店」に対する給付についても、「適切だと思わない」「あまり適切だと思わない」という回答が小計で30%を超えており、業種を問わない給付反対が相当数含まれていた。そのため辻准教授は、この設問は「他職種との相対的比較」として分析されるべきであること、そして「マージャン店・パチンコ店」や「AV制作事業者」とほとんど回答の差がないことこそ政策判断の合理性審査において重視されるべきであることを強調していたところである（申立人控訴審第6準備書面23頁以下）。

それにもかかわらず、専門家のこれらの指摘を一切無視し、データ分析として行ってはいけないとされる絶対評価のみを行い、しかも元データの数字を読み間違えて合計した数値が100.7%になってしまうような計算ミスをする原判決には、採証法則違反・経験則違反があり、かつ審理不尽の違法がある。

（２）国民の理解に関する統計の理解を誤っている

第2に、一審判決が、性風俗関連事業者に対する給付は国民の理解を得られないと国が考えることには合理性があると判示していたことに対し、申立人は、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つの条件を付記して質問すると、条件がない場合には給付への賛成率が22.4%だったのに、条件を付記すると賛成率が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を、客観的データを用いて示したにもかかわらず（甲115-2・14頁、甲117・5頁）、原判決は、なぜかこのうち条件が付記されていない設問だけを引用し、賛成率の22.4%は反対率の29.2%を上回ると結論づける。原判決が、なぜ条件付きの設問データを完全に無視したのか、その理由は判決文には全く示されていない。

申立人は、控訴審第6準備書面において、条件の有無によって結果が変わることは、一審判決が国民の理解としたものが、性風俗関連特殊営業の事業者は確定申告をしていないとか反社会的勢力と関係があるといった偏見に基づくものであることを示す決定的なデータであることを主張し、法廷における意見陳述でもこのことを強調した（控訴審第2回口頭弁論期日における代理人弁護士福田健治の意見陳述（同口頭弁論調書添付の2023年4月12日付け同代理人意見陳述要旨4頁参照）。このデータによって、国民の理解を得られないとの国の想定がそもそも誤っていた可能性が示されたのだから、重要な前提事実について誤ってなされたものであり、裁量権の行使に逸脱濫用があることが具体的に示されていた。

この点を完全に無視して「国民の理解を得ることが困難であると判断したことは、不合理であるとは認められない」とした原判決には、採証法則違反・経験則違反があり、かつ審理不尽の違法がある。

（３）地位の格下げ・スティグマの押し付け・助長・再生産を無視する

第3に、不給付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の申立人の主張に関して、一審判決がその差別的効果について全く考慮しなかったことにつき（19頁）、申立人は、不給付が性風俗事業者に対する差別を助長することになると思うと答えた割合が17%、やや助長すると思うと答えた割合が32.2%とほぼ半数が職業に対す

る差別を懸念していることを強調したが（甲116・8頁、第6準備書面25頁）、原判決はこれらの調査結果を完全に黙殺し、単に「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（・・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）」としたのみで一審判決を是認した（15頁）。

差別的効果をもたらすかどうかは、憲法14条1項の趣旨に照らし、給付行政の裁量権行使にあたり重視されるべき要素の一つであるのに、原判決は具体的なデータを示されながらこれを黙殺し、かかる要素を全く考慮していない。原判決には、採証法則違反・経験則違反があり、かつ審理不尽の違法がある。

第４　玉蟲意見書を無視した違法

１　関連する一審判決の判示

一審判決は、「我が国の国民の大多数が、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べきであるという性的道義観念を多かれ少なかれ共有していることを前提として、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本来的に備える特徴自体がこうした大多数の国民が共有する性的道義観念に反するものであ」るとした上で（一審判決16頁）、性風俗関連特殊営業の事業者に対し、「国庫からの支出により廃業や転業を可及的に防止して国が事業の継続を下支えの対象とすること」は、「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でな」く、「当該給付をすることについて大多数の国民の理解を得られるかどうか」を考慮することが必要であるから、「本件各不給付規定の目的には、合理的な根拠がある」とする（同17頁）。

２　申立人による一審判決に対する主張・立証

これに対し申立人は、控訴審第4準備書面において、玉蟲由樹教授の意見書（甲

101）を援用し、一審判決が準拠点とする風営法の基本趣旨に関する判示には、不合理な差別が潜在しており憲法解釈上の重大な疑義があるから、不支給規定の憲法適合性の判断にも重大な疑義があることを指摘した。すなわち、性風俗関連特殊営業も憲法22条1項による職業選択・遂行の自由の保護を受けるところ、売春防止法の規定を踏まえれば売春以外の性風俗営業は人間の尊厳原理にも反することはない、それにもかかわらず「個人の性的自由ないし性的自己決定に属する事柄であり、ひいては個人の尊厳に関わる」、「誰とどのような性的関係を取り結ぶか」といった事柄を根拠として、性風俗事業者への不支給を決めることは、「国家が介入することは、他者加害的な状況を除いて認められ」ないといった憲法の基本原則に反することとなる、さらに言えば、仮に国民の大多数が特定の性的道義観念を有しており、それと性風俗関連特殊営業を規制すべきと考えているとしても、「憲法は国家がそのような多数派の見解をそのまま国政に反映させることを無条件に認めているわけではな」く、「むしろ多数派の見解といえども、それが憲法で定める価値に反するものであるような場合には、国政への反映が禁じられる」、風営法において適法な事業として認められ、職業選択・遂行の自由の保護の対象とされ、徴税の対象とされ、コロナ禍における営業自粛の対象とされながら、国民の差別感情に基づき不合理な取り扱いをすることは、憲法13条や14条の趣旨に照らし許されないこと、などを主張した。

3　原判決の判示

これに対し原判決は、玉蟲意見書について、他の意見書と同様、「控訴人提出の意見書等について」と、趣旨を異にする他の意見書とひとまとめにし、「そこで指摘される内容として・・②１つの道徳観にすぎない『性的道義観』に着目して本件各不給付規定を定めることは、価値観の多元性を認める自由な社会にあっては規制の理由として控え目に用いられるべきものである、などの見解」と要約した上で、「本件各不給付規定は、性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して何らかの規制を

課したり、これを利用する者に対して一定の価値観を強要したりするものではなく・・その法制度上の位置付けから、事業の継続を下支えするという本件各規程の趣旨・目的との関連において給付の対象外とすることが相当である旨の政策判断がされたというものにとどまる。その他、上記各意見書等の見解を踏まえてみても、本件各不給付規定の定めが憲法14条1項等に違反するとは認められない旨の上記判断を左右するものではない」（原判決20頁）として、申立人の主張を退けた。

4　原判決には玉蟲意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある

しかし、玉蟲意見書の趣旨は、「個人の性的自由ないし性的自己決定に属する事柄であり、ひいては個人の尊厳に関わる」、「誰とどのような性的関係を取り結ぶか」といった事柄を根拠として、性風俗事業者への不支給を決めることは、「国家が介入することは、他者加害的な状況を除いて認められ」ないといった憲法の基本原則に反すると指摘したものであり、「『性的道義観』に着目して本件各不給付規定を定めることは・・控えめに用いられるべきもの」というものではない。また、玉蟲意見書は、仮に国民の大多数が特定の性的道義観念を有しており、それと性風俗関連特殊営業を規制すべきと考えているとしても、「憲法は国家がそのような多数派の見解をそのまま国政に反映させることを無条件に認めているわけではな」く、「むしろ多数派の見解といえども、それが憲法で定める価値に反するものであるような場合には、国政への反映が禁じられる」、風営法において適法な事業として認められ、職業選択・遂行の自由の保護の対象とされ、徴税の対象とされ、コロナ禍における営業自粛の対象とされながら、国民の差別感情に基づき不合理な取り扱いをすることは、憲法13条や14条の趣旨に照らし許されないことを主張していたのであって、「性風俗関連特殊営業を行う事業者に対して何らかの規制を課したり、これを利用する者に対して一定の価値観を強要したりするものではな」いかどうかは関係がない。原判決には、採証法則違反・経験則違反があり、かつ審理不尽の違法

がある。

第５　曽我部意見書を無視した違法

１　関連する一審判決の判示

一審判決は、「我が国の国民の大多数が、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べきであるという性的道義観念を多かれ少なかれ共有していることを前提として、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本来的に備える特徴自体がこうした大多数の国民が共有する性的道義観念に反するものであ」るとした上で（一審判決16頁）、性風俗関連特殊営業の事業者に対し、「国庫からの支出により廃業や転業を可及的に防止して国が事業の継続を下支えの対象とすること」は、「大多数の国民が共有する性的道義観念に照らして相当でな」く、「当該給付をすることについて大多数の国民の理解を得られるかどうか」を考慮することが必要であるから、「本件各不給付規定の目的には、合理的な根拠がある」とする（同17頁）。また、不給付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の申立人の主張に対しては、「その目的の合理性や同目的との合理的関連性の有無を検討する際に考慮するべきであるのは格別、前記判断枠組みを左右すべき事情とまでは解することができない」（同11頁）としつつ、合理性や合理的関連性の有無の検討に際しては「地位の格下げを目的として定められたものとは解されず、他に原告の主張を認めるに足りる証拠もない」と、その差別的効果について全く考慮しなかった（19頁）。

２　申立人による一審判決に対する主張・立証

これに対し申立人は、控訴審第1準備書面において、曽我部真裕教授の意見書（甲59）を証拠提出した上で、第1に「国民の理解」の考慮が許されるとしてもそ

れを「マジックワード」にしてはならず、「大多数の国民の理解が得られないかどうかについて事実認定がされて」いないことや、行政庁がそのように判断したことの具体的な根拠が示されていないことを踏まえると、風営法の趣旨だけをもって給付に国民の理解が得られないと判断したことが合理的とは言えないと指摘し（控訴審第1準備書面3頁以下）、第2に、宗教法人を他の公益法人と並んで税制上の優遇対象とすることが政教分離原則に反しないとされていることと同様、あらゆる業種を対象とする給付金において性風俗関連特殊営業を対象としたところで、当該営業を公認ないし支援したり、そのような印象を与えることにはならないから、給付対象とすることは当該営業に対する公認ないし支援すること、あるいはそういう印象を与えることになるという除外理由に合理性はないと指摘し（同4頁）、第3に一審判決が「依拠する風営法の風俗営業と性風俗関連特殊営業との区別は、自明なものではな」く、このような自明ではない前提から、さらに自明でない推論を経て、「これをほとんど唯一の理由として性風俗関連特殊営業を支給対象から排除することに合理性」があるとは言えないと指摘し（同6頁）、第4に一審判決は自ら挙げた考慮要素のほとんどを全く考慮せずに支給除外に合理性を認めているが、これ自体適切な審査と言えないし、特に費用対効果という考慮要素については、「ほとんどあらゆる業種を対象とする給付金において業種ごとに費用対効果を考慮することは事実上不可能であるから、性風俗関連特殊営業についてのみその点を考慮したのだとすれば、それ自体平等原則との関係で問題がある」と指摘した（同7頁以下）。

3　原判決の判示

これに対し、原判決は、曽我部意見書についても、他の意見書と同様、「控訴人提出の意見書等について」と、趣旨を異にする他の意見書とひとまとめにし、「給付対象とすることが相当か否かの政策判断をするに当たり、その法制度上の位置づけを踏まえて考察されたものと理解するのが相当」（原判決19頁）などと、これまで述べてきた判示を以って応答するにとどまる。また、給付に国民の理解が得られ

ないことの具体的な根拠がないとの曽我部意見書の指摘に対しては、「性的道義観念を多くの者が共有しているとの理解について」の、差別感情や一夫一婦制を根拠に合理性を認める一方で（原判決12頁）、給付に国民の理解が得られないとすることには具体的な根拠を求めなかった。

4　原判決には曽我部意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある

しかし曽我部意見書の趣旨は、上記のとおりであり、原判決はこれらに適切に答えてない。特に、仮に性風俗関連特殊営業についての国民の理解は風営法を根拠にすることができるとしても、それに基づいて、給付に国民の理解が得られないとすることが、「自明でない前提からさらに自明でない推論を経て、これをほとんど唯一の支給除外の理由としている点について、具体的な根拠を欠いて合理性がないと指摘されたことに全く応答していないことは、「審理を尽くした上で判決をする」という「訴訟手続きの基本原則」を無視するものである。

なお、原判決は、判断基準に関し、「相当程度広範なもの」という基準を定めたが、これは一審判決よりも緩やかなものである。この点について、曽我部意見書では、「本件各給付金の性質が、特定の業界や業種を支援することにより特定の業界・業種の事業者の経済活動を誘導する類のものではなく、『幅広い業種を対象とする』ものであって、給付対象からの『除外については、一定の理由が求められる』ことなどからすれば、違憲審査においては、緩やかな『著しく不合理』かどうかという基準ではなく、一定の厳格さを備えた基準として機能する『合理性』の基準が妥当である」上、「狙い撃ち的な除外が・・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、「相応に実質的な審査が求められる」と指摘していた（控訴審第1準備書面2頁）。原判決はかかる曽我部意見書の指摘についても完全に黙殺したものである。

原判決には、採証法則違反・経験則違反があり、かつ審理不尽の違法がある。

第６　性風俗関連特殊営業に従事する事業者らの意見書や陳述書、地方自治体への波及効果などを無視して、性風俗関連特殊営業の多様性や、本件不給付規定がもたらす差別効果を考慮に入れなかった経験則違反・採証法則違反・審理不尽の違法

１　関連する一審判決の判示

一審判決は、風営法が他の性風俗事業と区別していることのみを根拠として、多様な性風俗関連特殊営業を類型的・一律的にとらえ、「本来的に備える特徴」として、「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」り、「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」ものとした上で、それ自体が「大多数の国民が共有する性的道義観念に反するもの」とした（16頁）。

２　申立人による一審判決に対する主張・立証

これに対し申立人は、控訴審第2準備書面において、性風俗関連特殊営業は4兆円近くの市場規模があり、数十万人が従事し、それ以上が利用する一大産業であり、国民の生計を維持するために重要な事業であること、女性労働としての社会的機能やストリップが持つ文化的・表現的価値、ラブホテル業が持つ観光客の受け入れなどの観光業の補助的な機能などがあること、生涯未婚率が上昇する中、夫婦や生活上のパートナーではない相手を性的パートナーとする人々が増えており、これらの関係は「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」にとどまらないこと、その従事者や利用者にとっては人格的価値と不可分であり、根拠のあやふやな多数の国民の性的な道義観念のみを根拠として、その他の国民の人格的価値に基づく営業や従事、その利用を否定することは許されないことなどを主張した。また、控訴審第3準備書面において、本件不給付規定の策定により、給付行政において性風俗関連特殊営業の事業者を排除するという前例ができてしまった

ために、全国の地方自治体で類似の除外規定を設けることが多発してしまい、その数は265にのぼること、その他の支援策においても排除される例が増えていること、事業者自身においても差別されているとの意識が蔓延しており、スティグマ（劣位の烙印）を内面化していること、効果から見れば差別が助長され再拡大したことは明らかであることを主張した。加えて、控訴審第11準備書面において、それまで国の主張の中で本件不給付規定は前例を踏襲するものとされていたが、実際にはそのような前例はなく、今回の不給付規定が初めての例であったことが明らかとなったことを主張した。

3　原判決の判示

これに対し原判決は、性風俗関連特殊営業の性質について、性的道義観念に関する判示のうち「大多数の国民」とあるところを「多くの国民」に置き換えるのみで、ほぼ一審判決の内容を踏襲した上、「上記の特徴は一般的・類型的な性質のものであることを考慮すれば、性風俗関連特殊営業を行う事業者を一律に本件各給付金の給付対象から除外していることを含めて、本件各不給付規定が・・合理的な裁量判断を逸脱するものではない」と判示する（13頁）。また、性風俗関連特殊営業の事業者に対する差別が蔓延していることについては、「差別するようなことを目的とした定め」でない上、他の政策の中には性風俗関連特殊営業の事業者やその被用者を対象とするものがあるから、本件不給付規定は「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」ず、差別的な目的ではないと判示するにとどまる（15頁）。

4　原判決には曽我部意見書を無視する採証法則違反・経験則違反・審理不尽がある

しかし、差別を直接の目的とした定めが違憲となるのは当然であり、申立人が主張してきたことは、その効果・機能に着目すべきというものである。差別的な効果

・機能を全く無視する原判決には、採証法則違反・経験則違反があり、かつ審理不尽の違法がある。

第７　結語

以上のとおり、原審は、専門家の意見書の意義を誤読しあるいは矮小化し、また当事者の声を踏まえた差別的な取り扱いである旨の申立人の主張を黙殺した。

原判決には、採証法則違反・経験則違反のみならず、これらでは評価し尽くせない審理不尽がある。

以上

附　属　書　類

１	上告受理申立理由書副本	３通
２	上告受理申立理由書（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