

性風俗関連特殊営業に関するコロナ禍に伴う 国の事業者持続化給付金不給付をめぐる 司法審査についての一考察 —東京地裁令和4年6月30日判決を素材として—

新 井 誠

はじめに

2020年初頭より広がったコロナ禍では、感染拡大防止のため人々が外出を伴う飲食やレジャーを極力控えたことから、それら事業を営む個人や中小の事業者は大きな営業上の打撃を受けたと聞く。そのようななかでコロナ対策のための給付金制度のひとつとして設けられたのが、本稿で取り上げる事業者持続化給付金である。この事業者持続化給付金の制度設計において政府は、政治団体や宗教団体に加えて性風俗関連特殊営業に携わる個人や中小の事業者を給付の対象から除外した。当該除外措置をめぐるのは、とりわけ性風俗関連特殊営業の人々の間で不信が広がり、これを憲法14条1項に定める平等原則に違反するのではないかとし、支給を求める裁判に至った。しかし、この訴えにつき東京地裁は、2022年6月30日、原告の訴えを棄却している(以下、本件訴訟の判決につき、「本判決」という)⁽¹⁾。

当該制度は、経営基盤が必ずしも盤石とはいえ収入が不安定になりがちな中小事業・個人事業について広い範囲で継続させることを契機として、実質的にはあまねく人々の生活基盤を維持しようとする性質を持つ。憲法上思

いあたるといくつかの特別の事情を考慮したものを別段として、必ずしもそうしたことに該当するのかわからない特定業種を狙い撃ちするような当該除外措置に疑問を覚えた筆者は、これが憲法14条1項に定める平等原則違反になるのではないかといった視点から、それを問題視する論稿を2度にわたり公表した⁽²⁾。また上記訴訟では、原告側の要請に応じて意見書を裁判所に提出している⁽³⁾。以上のことから、筆者の考える問題についてさらに重ねて示すべき論点はないと思っていたものの、原告の請求を棄却する本判決に接し、その内容についてあまりにも受容しがたい部分が散見された。そこで本稿では、上記のいくつかの拙稿を公表した憲法研究者としての視点から本判決を検討し、その問題点やこうした司法審査の影響などについて指摘することとしたい。

1. 判決の概要

以上を検討するにあたり、まずは本判決の概要に触れておきたい。本訴訟は、いくつかの請求から成り立っているが、基盤となるのは、国が設けた持続化給付金給付規程では、給付を受けられない事業者として、風営法におけ

-
- (1) 東京地判令和4年6月30日裁判所ウェブサイト。本判決に関する評釈として、村山健太郎「性風俗関連特殊営業事業者に対する持続化給付金等の不給付と憲法14条1項」新・判例解説 Watch・憲法 No.210 「TKC ローライブラリー」ウェブサイト、櫻井智章・『セックスワークにも給付金を』訴訟第一審判決」法教506号(2022年)143頁、堀澤明生「持続化給付金訴訟第一審」法セミ814号(2022年)132頁などがある。
 - (2) 新井誠「風営業者の持続化給付金等の支給除外」法セミ791号(2020年)50頁、同「職業・分断・憲法学」新井誠=友次晋介=横大道聡編『〈分断〉と憲法一法・政治・社会から考える』(弘文堂、2022年)111頁。
 - (3) 新井誠「(意見書)性風俗事業者に対して持続化給付金等の支給を除外する措置の憲法適合性について」CALL4ウェブサイト「『セックスワークにも給付金を』訴訟」内、訴訟資料「証拠」甲第31号証 (<https://www.call4.jp/file/pdf/202109/7a0d34e8a509464c91d479252fa571b.pdf>) [閲覧日]2023年1月15日)。

る性風俗関連特殊営業が対象となっていることを問題視する点にある(実際に、本件給付のためのウェブによる申請でも、申請者が同事業者に該当しないことなどの宣誓事項にチェックを入れなければ申請ができなくなっていた)。そこで本件訴訟の原告は、本件不給付規程が、憲法14条1項に適合しないことを主張した。これに対して裁判所は、原告による違憲主張を退けるのであるが、特に憲法上の主張に関して、次のことを述べている。

(1) 判断枠組みについて

まず本判決裁判所は、判断枠組みにつき、従前の判例などを踏まえた、平等原則に関する一般的な判断枠組みを述べた後、本件不給付措置を検討する場合にもそれが当てはまると示しながら、次のようなことを述べている⁽⁴⁾。

すなわち、「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」があるとし、「給付基準の策定に当たっては様々な政策的・政治的な考察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たる行政庁の合理的な裁量判断に委ねられているものというべきである」といったことである。そして、本件のような給付金の支給をめぐる場合は、行政による「裁量の範囲は広範なものになる」ということを前提に、「合理的理由のない差別」になるか否かにつき、「区別をする目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の目的との関連において不合理なものではなく、行政庁の合理的な裁量判断の範囲を超えるものではない」場合に該当するか否かを審査するとしている。こうしたことから、原告側が判断枠組みの設定における審査の厳格化を求めた点については、これを採用せず、行政庁の裁量が広範に及ぶことを前提と

(4) 以下、本判決の引用部分については「」(カッコ)で表すが、その各引用箇所では本判決の出典の提示をすることは割愛する。

した判断枠組みの設定をしている。

（２）風営法上の性風俗関連特殊営業の位置付け

次に裁判所は、風営法上の性風俗関連特殊営業の位置づけについて述べている。これをめぐっては、判決の説明によれば被告である国が、「本件各不給付規定の根拠について、風営法上、性風俗関連特殊営業に対しては、それが性を売り物とする本質的に不健全な営業であることを前提に種々の規制措置が講じられていることから、性風俗関連特殊営業を行う事業者に対し、国庫からの支出により事業の継続の下支えを目的とした本件各給付金を給付することには、国民の理解を得ることが困難な点にある旨主張する」とあることを受け、他の職業や風営法における「風俗営業」と、本件で不給付対象となっている「性風俗関連特殊営業」との違いを弁証する記述となっている。

この点について裁判所は、「性風俗関連特殊営業が本来的に備える特徴自体が…大多数の国民が共有する性的道義観念に反するものであり」、「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との考えに基づくものと解される」とし、そのなかで、「性風俗関連特殊営業の本来的に備える特徴に照らして」、国が、性風俗関連特殊営業に求められる適正な業務等の水準などの公知をしない一方で、営業の一般的禁止をしないようにすることのバランスを取る中での届出制の採用であるとして、性風俗関連特殊営業に対する区別には合理的な理由があるとする。そして、国民感情の大幅な変化も感じ取ることはできないとしている。

（３）本件各不給付規定の合理性

次に裁判所は、以上を前提としながら本件の不給付規定の合理性について検討するのだが、そこでは主に次のようなことを述べている。

まず本件不給付規定の目的として、①「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する対象とすることもまた、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によるものと解される」ということに加え、②「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や給付の費用対効果その他の点について考慮することが必要である」といったことを理由として、「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。そして、そうした特徴を踏まえて「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することは上記目的との関連において不合理なものではなく、行政庁の合理的な裁量判断の範囲を超えるものではない」とする。

(4) 原告の主張に対する裁判所の弁明

他方で、裁判所の説示によると、原告からは3つの主張がなされているものの、裁判所は、それぞれの主張を認めない姿勢を見せている。

まず「(ア) 原告は、本件各不給付規定は性風俗関連特殊営業に対し不健全であるというラベル付けをした上で、その地位の格下げを目的とするもので、憲法14条1項の要請に正面から反し許されない旨主張する」ことに対しては、「本件各不給付規定自体が性風俗関連特殊営業の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」とする。

次に「(イ) 原告は、性風俗関連特殊営業は適法な事業であるから、これを他の事業と別異に取り扱う合理的な理由はないと主張する」ことに対しては、大きく分けて2つのことについて弁明する。このうち特に後者をめぐっては、「原告は、性風俗関連特殊営業を行う事業者の中には関連法規を遵守し、誠実に確定申告をして納税をしているものもいるとも指摘する。しかしながら、仮に、当該事業者が、風営法や売春防止法、あるいは社会の健全な性道徳・

性秩序を保護法益とする各種刑罰規定に違反していなかったとしても、それは法が刑罰等をもって国民に要求する最小限度の性道徳・性秩序に違反していないということを意味するものにすぎないのであって、そのような者の営む事業であっても、当該事業が一般的・類型的に有する特徴に着目して国等の公的機関が公的資金を支出して支える対象から外すことが相当性を有するということはあり得るものである。労働者保護に係る各種法令を遵守していることや納税の義務を適正に履行していることについても同様であり、そのことから直ちに、当該事業者の営む事業を国等の公的機関が公的資金を支出して支えることが相当であるということにはならない」とする。

さらに「(ウ)原告は、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イ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、これまでに説示するところに照らしても、それは本件各不給付規定の合理性を判断する際に多数検討すべき要素の一つではあっても、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」という。

これに加えて、「なお、これまでに説示するところは、飽くまで公的資金によって事業の継続を下支えするという本件各給付金について、限られた財源を効率的に活用する等の観点から、当該事業の特徴や内容に基づく区別が許容され得ることをいうものにすぎない。性風俗関連特殊営業を行う事業者やその従業員、あるいは同事業者から委託を受けて接客業務を行う事業者であっても個人として尊重され、法の下に平等な取扱いを受けるべきことは当然であり、こうした個人の生命や自由の保障について、当該個人の職業に基づく差別が許容されるものではないことはいうまでもない」などとする。

2. 検 討

以上、本判決の要旨を示したが、その説示には十分な説得力がないと思われる部分が散見される。以下では、そのうちの重要なものを取り上げて検討

したい。

(1) 給付行政と平等審査の判断枠組み

まず、触れておきたいのは、本件のような給付行政をめぐる平等審査における判断枠組みの設定に関する部分である。本判決は、平等原則の審査における合理性審査の枠組みを採用しながらも、より厳格な枠組みを採ろうとする原告の主張を退ける一方、給付行政における行政側の裁量を広く承認することで、通常の判断枠組み以上に緩やかな基準を設定しようとしている。この点、筆者は、平等審査における判断枠組みにつき、殊更に厳しい枠組みを採るべきか否かについては特に検討することはしないものの、少なくとも給付行政をめぐる行政裁量を理由として、十分な理由を付さないままにこれを承認したうえで、審査の判断枠組みの形成において基準を緩める方向で用いることの説明は、本判決において十分になされていないと考える。

いわゆる贈与契約に基づく本給付金制度のような給付行政をめぐるのは、広い裁量が行政側に認められるといった理解もあるかもしれない、また、給付行政に関して行政側に一定の裁量があるという思考自体は首肯できなくもない。しかしながら、給付行政であるからといって平等原則による統制が及ばないというわけではない⁽⁵⁾。そうしたなか本判決で問題となるのは、本判決が、給付対象の基準設定に関して給付対象を列挙する場合と不給付対象を列挙する場合とを特段の理由もなく区別せずに行政側の裁量を広く取ろうとする国の姿勢を追認した点にある。すなわち、一般的に考えて、国が何らかの特定の政策を前提として給付行政を行おうとする場合に、まずは特定業種のみ宛てた給付を検討することが考えられよう。その場合、特定の政策を重点的に推進したいという理由があつての給付であることから、他と区別して重点化する理由は説得力を増しやすい。他方で、特定の業種に対して給付

(5) 確井光明『公的資金助成法精義』（信山社、2007年）149頁など参照。

しないという措置である場合には、同じ政策的理由であるとしても、なぜ広範な中小・個人事業主を救済する趣旨がある場面で、特に本件のような事業者を排除するのかという点の積極的な説得的理由が問われる⁽⁶⁾。この場合、政策としてできる限り広く給付をすることが前提となっていることから財政的理由は、まずは後退する可能性が高い。というのも、広く給付をしようとする場合において財政的事情が生じるのであれば、各給付対象への給付上限を、より下げるなどの制度設計が試みられるであろうからである。このように、特定の事業を除外する積極的かつ説得的理由を示すことが求められる状況において、給付行政であるから広い裁量が認められるというロジックは、ただちには正当化されない。

これに関連して、本判決が、「給付基準の策定に当たっては様々な政策的・政治的な考察に基づく検討を要する」として、「政策的・政治的な考察」としている点に注意したい。この点、従前の憲法学などの議論では、経済活動（の自由）に関する司法審査の場面で審査の基準を緩やかにする場合のひとつのメルクマールとして挙げられてきたのは、あくまでも「政策的⁽⁷⁾」なものである。また、それについては（立法や行政側の）「極めて専門技術的」判断が必要であることだとされてきた。そうであるからこそ裁判所は、それぞれの機関の判断を尊重する意味で、緩やかな司法審査をする場面が許容されてきたのではない⁽⁸⁾。しかし本件では、そうした意味での「政策的」判断がされたのとは異なる⁽⁹⁾。本件の場合、国側が不給付対象とした理由として挙げられているのが、（判決文によれば）「国民の理解を得ることが困難」な点にあり、上記に見た「極めて専門技術的」な判断理由からは外れる。この点、本判決は、「高度の専門技術的な考察の要否のみが裁量判断の広狭を決する決

(6) 堀澤・前掲注(1) 133頁では、本判決につき「中小事業者一般の給付を受けるべき地位からの例外を設けることを正当化する事情はあるか、という思考は薄い」と評価する。

(7) たとえば、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第7版）』（岩波書店、2019年）235頁。

め手となるものではない」としながらも、「政策的」のみならず「政治的」判断を広く裁量を正当化するための要素として組み込んでいる。

では、こうした「政治的」判断の尊重を、行政の裁量を広く認める考慮要素のひとつとして本判決のように真正面に取り込むとなると、どのような影響があるのか。これについては、おそらく、広く生身の政治的判断が、法的救済制度の中に入り込んでいくことが予想される。たとえば、政府に批判的言動をする傾向にある業種については、援助をすることをめぐって「国民の理解を得ることが困難」であるという政治的判断のもと、それを給付対象から外してよいとする考え方が、まかり通る契機となりうる。その場合、本件のような給付行政の場面での不利益からの司法的救済を求めようとして、いかに言論の自由を対抗的利益として主張しようとも、「政治的」判断の尊重を基盤とする司法審査のもと、人々は太刀打ちできない可能性も否定できない⁽¹⁰⁾。こうした「高度の専門技術的判断」を伴う「政策的」判断の問題と、生身の権力による直観的な信条やインスピレーションがもたらす「政治的」判断との違いを、的確に認識し区分していく必要がある。

-
- (8) 事業所得者等と給与所得者との間の課税に関する不公平をめぐって争われたサラリーマン税金訴訟上告審判決(最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁)では、「租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである」とする。
- (9) そもそも性風俗産業に関する規制の審査は、どちらかといえば伝統的には消極目的の規制という色付けが強く、その意味で司法審査においては、より違憲推定を働かせる余地があるからである。

（２）「性風俗関連特殊営業」に関する評価と司法審査

本判決は、給付金不支給の規定を置く目的として、「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する対象とすることもまた、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」とする国の示す理由をそのまま受け入れ、不給付の合理化を図ろうとする。この点、本判決が、性風俗関連特殊営業の法的枠内での仕組みのなかでいかなる営業規制をしたとしても、そもそも同業種自体が性的道義観念に反する営業形態になるといった評価をして、他の事業者との間での性質の切り分けをすること自体、問題であるというのが筆者の理解である⁽¹¹⁾。ただし、そうした本判決による説示を仮に受容したとして、なお問題となるのは、本判決が、性的道義観念の範疇をどこまでに及ぼそうと理解しているのか、ということを全く検証していない点である。すなわち、同観念は、本件における性風俗関連特殊営業に限らず持ち出されることも考えられよう。たとえば、刑法175条によるわいせつ物頒布罪や青少年保護育成条例の有害図書規制などもさることながら、それらの規制の枠に入らないような、たとえば（性的な意味合いをもちそうな）グラビア・アイドル写真集などの出版やイベントの実施などに携わる業者があるとして、そうした業者についても、多数の国民が有する性的道義観念に反する可能性が持ち出され「国民の理解を得ることが困難」ということを理由とした不給付規定を置くことさえも可能になりかねない。本件では、たまたま性風俗関連特殊営業が判断の切り分けラインに立

(10) この点、精神的自由である表現の自由規制の審査においては、より厳格な審査がなされるであろうことから、経済政策に係る事例との類似でこうした推察をすることはできないのではないかと、といった考え方もあるかもしれない。しかし、「政治的」決断という理由づけには、政治主導による民主主義の実現といった理念の前に、そうした二分論をも超える強い力が働く可能性があり、そうした政治決断の最終的責任を（選挙などの）民主主義的決定に頼るということになれば、こうした推論もできるのではないかと。

(11) 詳しくは、新井・前掲注（２）に掲げた文献などを参照。

たされたわけであるが、本判決の論理は、その切り分けに留まらない、恣意的判断ラインの形成に寄与する可能性が否定できない。

(3) 裁判所による区分の不当性

本判決は、本不給付に関する差異取扱いを合理的であるとしながらも、職業差別は許されないなどとして、本件問題と職業差別の可能性とを二分する説示をあえてしている。しかし、こうしたふたつの要素が本件において不可分であることを自覚していないことこそ、本判決の最大の問題である。

まず、判決が、「本件各給付金について、限られた財源を効率的に活用する等の観点から、当該事業の特徴や内容に基づく区別が許容され得ることをいうものにすぎない」と示している部分につき、「限られた財源を効率的に活用する」ということを主たる例示として議論を組み立てていることへの不信を感じる。すでに述べたように、ある特定の業種に給付を試みるのであればまだしも、ある限られた特定の業種に給付をしないことを弁証するのであれば、そうした業種を外すことの十分な説得的理由がない限りは、「限られた財源」を理由に各事業者への配分額を減額するなどして、公正性を確保する措置を取ることもできたはずであるが、そうしたことをしていないのはなぜか、といったことが問われるからである。本件のような不給付措置は、おそらく「限られた財源を効率的に活用する」ということよりも、そこに付された「等」に入るものがどのように観念されるかが重要となってくる。

この点、すでに述べた「国民の理解を得ることが困難」という事情こそが、区別を許容するメルクマールになっていることが容易に理解できるが、ここにいう「国民の理解を得ることが困難」ということの実態は、いったいどのようなものであろうか。これについては、単に法制度上の区分である「性風俗関連特殊営業」であることに収まらず、より漠然とした性産業やその他、人々の間でその存在が道義的に許されるのかどうかといったことの対立があるような営業形態（たとえば、ぱちんこやマーじゃんといった、伝統的に射

幸性を帯びるものとされてきた遊戯をさせるような場）への適用も、視野にあるようにも想像できる⁽¹²⁾。その場合、事業者としては個人の尊厳を尊重してもらうことを前提として性産業その他への従事を主体的に選択しているにもかかわらず、性風俗その他の道義的視点などから、あらゆる性産業やその他の営業に留まらず、それらの従事者を忌み嫌うといった、より直感的な国民の感情が「国民の理解」を下支えしている可能性がある。こうしたことからすると、性風俗業従事者については「個人として尊重され、法の下に平等な取扱いを受ける」ことがない理由自体が「当該事業の特徴や内容」になる。こうした「国民の理解」を前提とする差異取り扱いこそ、差別意識に基づく区別の許容となるはずであり、本判決では、そうした議論を裁判所が再生産しているにすぎない。

（４）性産業をめぐる議論の対立について裁判所はどのように捉えているのか？

そして、さらに問題であるのは、一国の法制度内において性風俗産業をどのように位置づけるのかということをめぐるのは、国民の間でも、かなりの温度差があり鋭い対立があるなかで、あいまいかつ広範な道義観念や国民の理解に関する一方的な見識のもとで、この問題を処理しようとした点にある。

性風俗産業に関しては性道徳や女性差別などの観点から強い規制が必要と考える立場から、そうした規制が憲法上の諸権利を不当に侵すものではないとする性産業廃止論が想定される一方、性産業自体が一律に制約されるべき業種であるとは捉えず、その事業を職業として選択すること自体を含めて個

(12) たとえば、コロナ禍において、小学校休業等対応助成金制度が準備される際に、当初、接待飲食業や性風俗業に対する給付を除外しようとする動きがあった。しかしながら、小学生を持つ親であれば同様に親が休業を余儀なくされる可能性があることを考えた場合には、そうした業種を外すのはおかしいのではないかとし、そうした給付除外を撤廃した（毎日新聞 2020年4月7日東京朝刊 24頁。この点につき、新井・前掲注（2）「職業・分断・憲法学」112頁でも言及している）。

人的な問題であるとし、その選択や営業を不当に制約する法的規制は許されない(その場合には憲法違反になる)といった主張が考えられる。すなわち、性的産業をめぐる規制のあり方自体が、憲法上その他の法的議論のなかでどのように位置づけられるべきなのかが大きな争点となっている。しかも、本件で対象となる性風俗関連特殊営業については、合法・違法との間で浮遊する存在として位置づけられてしまっている。そうしたなかで本判決は、性産業規制全体の根源的見直しに関する議論には全く触れぬまま、「性的道義観念に照らして」とか、「国が事業の継続を下支えする対象とすること」が「相当でない」という理解を迫認するに留まる。結局のところ、性産業をめぐる法制度をめぐる意見対立が激しいなかで、本判決は、国民の理解に寄り添う外形を示しつつも、国民の中に見られる一方側の考え方を無批判に採用するのみである。その点で裁判所は、自らの判断にとって好都合な「国民感情」を仕立てたにすぎないことに注意が必要である。

(5) 本判決の影響

以上では本判決に内在する論理の諸問題を提示してきたのだが、本判決の問題は、それだけにとどまらない。すなわち、当該判決自体がもたらす影響として、今後、本件のような法に定める様式に則って営まれる性産業やそれに従事する人々が、安心して自身の職業生活を続けられなくなるのではないかと、またそうした産業や従事者に対する差別意識が助長されるのではないかと、といった判決の効果に関する懸念である。

裁判所は、性風俗関連特殊営業が本質的に不健全な営業であるという評価をしているものの、営業をする当事者は、現行法が定める法的手続きに則った営業をしており、少なくとも「違法ではない営業」をする、善良な市民として生活している。そして、何らかの理由で当該職業を遂行しているなかで、国全体が危機的状況に置かれるというときに、(各自の生活の糧を支えているはずの)自分たちの業種だけが公権力により「継続しなくてもよい」ものと

して切り捨てられることなどは夢にも見ないで生活をしてきたのではなかろうか。しかし、今回、そうした国家による「切り捨て」が実際に起きたときに、(性産業が道義的かどうかということは置いたとしても) 現行法を遵守する者として、当該人々においては、法治主義を前提とする国に見捨てられた感が生じるのではないか。そうしたなかで人々は、そうした切り捨てへの何らかの法的応答を、法的ロジックを駆使しながらしてくれるのではないかと期待したもの、そのような回答を示すまでもなく、濫用すれば、それ自体が一国内の差別構造を固定化しかねないワードである「国民の理解」という一言で結論を導いている⁽¹³⁾。今回、「性風俗関連特殊営業を行う事業者やその従業員、あるいは同事業者から委託を受けて接客業務を行う事業者であっても個人として尊重され、法の下に平等な取扱いを受けるべきことは当然であり、こうした個人の生命や自由の保障について、当該個人の職業に基づく差別が許容されるものではないことはいうまでもない」などと本判決は弁明するが、実は、そうした差別を許容しているのが他ならぬ本判決であると評価せざるを得ない。

おわりに

本訴訟では本来、その最終的な結論として原告が勝訴するか敗訴するかということは別としても、国が実施する法的な給付施策—しかも、それはあま

(13) もっとも裁判所がそうしたところに依拠して判断することがこれまで行われてこなかったわけではない。これに関連して、櫻井・前掲注(1)143頁は、「合憲側が『誰にどのように』配分するかについては広い裁量が認められると主張するのに対して、違憲側がスティグマ(劣等の烙印)を押しつけることを問題とする構図は、事案は全く異なるが、非嫡出子の相続分をめぐる対立を再演している。裁判所が不確かな『国民の意識(理解)』を拠り所とした点まで同じである。あれから約10年、『憲法ドクマータイクなき憲法裁判は神なき宗教』というウド・シュタイナー(元ドイツ連邦憲法裁判所裁判官)の言葉が想起される」という指摘は重要である。

ねく中小・個人事業者の事業を救済しようとするもの—のなかに見えてきた、国による「生」の差別をどのような「論理」を用いて裁判所が鋭く分析するのか、が高度に期待されていた。具体的には、単に特定の職業に関して何らかの印象を持っている国民感情をもとにするだけでは差異取り扱いをすることの合理的弁証は難しいであろうことから、いかなる緻密な法的ロジックが用いることで、これを正当化するのか、あるいは、そうした国民感情だけで政策が左右されることのないよう、一度立ちどまって考える契機を司法がどのように与えてくれるのかといった期待があった。しかし、本判決は、それを見事に裏切り、不確かな論理のもとに、性産業従事者の業務については、今後とも差別をしてよいというお墨付きを与えた。そして、そうしたお墨付きを前提として、日頃より、性産業やその従事者に差別的視線を向け続けていた人々に対して、「道義的に差別をしてよい職種であるから、やはり差別をしてよいのだ。」という確信を持たせる効果を促進することとなった。その意味で本判決は、性産業従事者に二次被害を与えるものとして理解できる。

【付記】

本稿は、広島大学に長年お勤めになられた片木晴彦先生の退職記念号の「広島法科大学院論集」への掲載に向けて書かれたものである。片木先生には、ご在職中、大変にお世話になりましたこと、改めて感謝申し上げたい。

(本論稿脱稿後の校正中に、玉蟲由樹「性風俗営業に対する差別的取扱い」法学セミ 818号(2023年)6頁が刊行された。本判決に直接的に関連する文献として掲載しておきたい。)