

〈判例評釈〉

持続化給付金の不支給を 性的道義観念が正当化するか

—— 東京地判令和4年6月30日についての
批判的検討 ——

岩 切 大 地

1 はじめに

本稿は、性風俗関連特殊営業の事業者に対する持続化給付金の不支給を争う事件の第2審の審理に提出された意見書に対し、必要な修正を最小限で加えたものである。

本件第1審判決（東京地判令和4年6月30日裁判所HP掲載、以下「本判決」）は、風営法とこれに係る国会審議を踏まえて、性風俗営業が「本来的に備える特徴」が一定の内容の性的道義観念に反するものであると認定し、かつこのことを主要な理由として、持続化給付金を性風俗営業の事業者に対して不支給とすることが許される、と判断した。本稿は、まず本判決の内容を確認した上で（「2」）、本判決が大前提とした、「性風俗営業が本来の特徴からして性的道義観念に反する」という考え方について検討を加えることを目的とする（「3」～「6」）。本稿の論旨の構造については、本判決の判旨を確認した後、以下「2」のうち「(5)本稿の構成」において説明する。

なお、本稿において、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」は、昭和59年改正法による題名改正の前後に関わらず「風営法」と呼び、また性風俗関連特殊営業に分類される営業（場合によって

119 (2) 持続化給付金の不支給を性的道義観念が正当化するか（岩切大地）
は性的サービスを提供する営業一般）を「性風俗営業」と呼ぶこととする。

2 本判決の内容

(1) 本判決の概要

本判決の内容は、次のように整理することができる。第1に、持続化給付金を性風俗事業者に給付しないことに対する違憲審査基準について、行政機関に広範な裁量があることを前提として、合理性の審査を行うとした。第2に、風営法の解釈を踏まえて、性風俗営業の「本来的に備える特徴」は「性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、国民の大多数が共有する性的道義観念に反する」等と認定した。そして第3に、本件不支給の「目的」は、性風俗営業の本来の特徴からしてこの営業を給付対象とすることも性的道義観念に反するというものであるが、これには合理的根拠があり、またそのような本来の特徴からして性風俗営業事業者を一律に対象から除外することも不合理ではないとする。

このような本判決の内容のうち、本稿が焦点を当てるのは第2および第3の部分、すなわち性風俗営業が本来的に性的道義観念に反するとした部分と、それゆえに給付金の支給も性的道義観念に反するとした部分である。これらの部分に関する本判決の判示内容を確認しておきたい。

(2) 風営法の解釈について

本判決は、風営法が規制対象とする営業をすべてまとめて、「[「飲酒」、[「射幸」、[「性」といった人間の本能的欲望に起因する歓楽性・享楽性が過度にわたるおそれのある営業」とみる。そして、風営法が規律する諸営業のこのような特質を持つため、風営法の規制も次のような特質を持つという。すなわち第1に、本能的欲望に起因する営業であるがゆえにこれを完全に禁圧することは不可能であり、かつ完全禁圧も不当であ

ること、第 2 にこのような営業が放任されれば人間の理性を麻痺させ、
歓楽性・享楽性に歯止めがきかなくなり、「善良の風俗や清浄な風俗環
境を害し、判断能力の未熟な年少者の健全な育成が害されるなどの弊害
が生じうる」ことから、そのための規制がなされることである。

次に、本判決は、「飲酒」「射幸」に関する営業である風俗営業が、許
可制などによる「業務の適正化、営業の健全化」を図る規制の対象に
なっているのに対し、「性」に関する性風俗関連特殊営業が届出制の対
象となっており、健全化を図るための適正な業務水準を示すなどの規制
の対象になっていないと指摘した上で、このような区別の理由を検討す
る。その際、本判決は、昭和 59 年改正と平成 10 年改正に際してなされた
政府委員の答弁を引用する。

その検討の結果、本判決は、上述のような風営法の規定やこれら政府
答弁「を踏まえ」て、風営法における性風俗営業の別異取扱いの趣旨に
ついて次のような理解を示した。

風営法上の性風俗関連特殊営業に対する法的取扱いは、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ことに加え、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との考えに基づくものと解さ
れる。

本判決は、さらに、性風俗営業に一定の水準を示し、それを満たした
ことを許可という形で公的に認知するようなこともまた、国民の間で共

有される上記の性的道義観念に反するという。他方でこのような営業を一般的に禁止することは「営業の自由を過度に制約し、あるいは国民に対し最小限度以上の性道徳を強制することにもなって相当ではない」ともする。そこで、風営法は、この営業に対しては、「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、「営業禁止場所等の厳格な規制」と「違法行為が行われた場合には直ちに行政処分や刑事罰をもって臨む」という規制を課している、と本判決は解した。

(3) 持続化給付金制度における区別の合理性

これに続いて本判決は、風営法の解釈により導き出した性風俗営業の「本来的に備える特徴」をもって、持続化給付金の不支給の根拠とした。

すなわち、本判決は、本件不支給規定の「目的」を、「性風俗関連特殊営業は、人間の本来的欲望に根差した享楽性・歓楽性を有する上、その本来的に備える特徴自体において、風営法上も国が許可という形で公的に認知することが相当でないものとされていることに鑑み、本件各給付金の給付対象とすること、すなわち、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」というものであると解する。

その上で、本判決は、不支給規定の上記「目的」の正当性について審査するに、「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」ことを踏まえると、性的道義観念に反することを理由とした不支給は許されるとする。

そして、そのような目的の下、性風俗営業を営む事業者すべてを一律に不支給の対象とすることについても、やはり、性風俗営業が「一般

的・類型的に有する上記のような特徴」のゆえに、不合理ではないとする。

以上のような裁判所としての判断に加えて、本判決は原告の各主張に対しては次のような判断を示している。まず、本件不支給規定が性風俗営業者に対してラベル付けや格下げを行うものであり、スティグマを科すものであるとの主張については、そもそも風営法における性風俗営業の位置付けに合理性があり、本件不支給規定は風営法「との整合性その他の観点から」定められたのであるから、格下げ等の目的を持つものではないとする。

次に、性風俗営業が適法な営業であるとする原告の主張に対しては、「法律上禁止されていない事業であるからといって、直ちに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な事業であるということにはならない」として、これを退ける。なおここで、本判決は、持続化給付金規程4条および8条を引いて、給付が限定されている例としてこれを挙げる。続いて、性風俗営業の事業者が関連法令を遵守しているとしても、そのことによってその営業が公的資金によって支えるに相当なものとなるわけではないと述べる。

さらに、性風俗営業を行う事業者もコロナ禍による影響を受けたとの主張に対しては、そのことだけでは、事業継続の下支えを趣旨とする給付金の不支給を不合理とする根拠にはならないとする。なおこの箇所において、性風俗営業に関わる個人の生命や自由の保障に関して職業に基づく差別が許容されるべきではない旨の判示が置かれる。

最後に、法令違反をしていない原告に対する不支給規定の適用が適用違憲に該当するとする原告の主張に対しては、やはりここでも、性風俗営業の「本来的に備える特徴」を根拠に、「一般的・類型的」に除外することが憲法14条の下で許される、としている。

(4) 判決内容の整理

改めて、本判決の判示内容のコアとなる部分を整理しておきたい。性風俗営業が風営法の下で健全化のための規制の対象外とされていることの理由を、本判決は、①その歓楽性・享楽性が人間の本能的欲望に起因すること、②性風俗営業の本来的特徴が性的道義観念に反し、かつ、このような特徴は風営法による構造・設備の基準を課しても変わらないこと、に求めている。

このうち、①で挙げられている要素は、判決文がその前の箇所で言及している通り、性風俗営業だけに妥当する性質ではなく、風営法が規制対象としているすべての営業に共通する性質を述べたものである。この性質は風営法に基づく規制全般を根拠付け規定するものであると同時に、それらの営業を完全禁圧することの不可能性および不相当性を説明するものとして本判決は位置付けている。したがって、①が判決文中ここで再度言及されているのは、②の観点からすれば完全に禁止する立法措置もありうるところ、その選択肢が採られていないことを説明するためであると考えられる。

次に、性風俗営業が「本来的に備える特徴」として本判決が理解するのは、「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」ことである。このような「本来的特徴」への着目は、「本質」への着目と同じものであるということができ、この点では、性風俗営業を本質的に不健全であるとの国側の主張内容と共通していると言える。

そして、本判決は、「性行為や性交類似行為は極めて親密かつ特別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」が国民の大多数に共有されているという「前提」を提示する。ここで挙げられている性的道義観念の内容は、性的行動が「極めて親密かつ特別な関係性の中で」行われるべきこと、そして性的行動が「非公然と行われるべきことの2つの道徳原理である（以下ではそれぞれ「親密特殊関係

性の原則」および「性行為非公然性の原則」と呼ぶこととする)。このような内容の性的道義観念が存在するとする根拠として本判決が挙げているのが、風営法の規定と国会審議における政府答弁である。

その上で、性風俗営業の本来の特徴がそれ自体として上記のような性的道義観念に反するのみならず、性風俗営業を許可制などで公知することも上記の性的道義観念に反し、さらには性風俗営業の継続を公的に下支えすることまでも上記の性的道義観念に反する、というのが本判決の核となる部分である。このように、性風俗営業に対する道徳的に否定的な評価を本質レベルで行ったことが、同様の評価を風営法の制度のみならず、風営法外の制度という異なった文脈にも波及することを可能にしていると言えよう。

なお、風営法の解釈により導かれた観念を、給付行政に属する持続化給付金制度における考慮事由へとそのまま持ち込むことができるとする理由として本判決が挙げているのは、「他の施策との整合性」への考慮の要請等である⁽¹⁾。すなわち、風営法の下で性風俗営業が性的道義観念に反するものとして扱われているため、持続化給付金についてもこれを前提に制度設計する、という判断にも合理性があるというのである。すでに触れた通りだが、性風俗営業の「本質」について着目することで、性風俗営業に対する道徳的評価を他の施策という文脈へ移行することが容易になったものと考えられる。

また、本件における国側の主張や風営法を解説する文献のいくつかでは、性風俗営業は「本質的に不健全」であるとする見解が見られる（後述）。これを、本判決の判示内容と比較すると、性風俗営業の機能や外観ではなくサービス内容の本質に着目する点で共通し、かつその本質とされる内容を否定的に評価している点でも共通するが、その場合の評価基準は少なくとも文言上は異なる。すなわち、国側の主張では「不健全」か否かという基準が用いられているのに対し、本判決は「性的道義観念に反する」か否か、という違いである。もちろん、「不健全」は、

用語それ自体としては、性的道義観念に照らした場合の否定的評価という意味合いを含みうる、広範な概念である。それだけに「不健全」であるとの判断には主観的な要素が多分に入りこむ余地があるが、しかし、健全性の概念は風営法の目的規定からの統制を受けるべきものであることにも注意が必要である。これに対し、本判決のいう「性的道義観念に反する」かどうかの基準それ自体は風営法の文言の基礎を欠くものであり、本判決においても、性的道義観念の内容が何を根拠にどのように導出されたのかについては、風営法の規定と2つの国会答弁「を踏まえ」と簡単に説明されるだけにとどまっている。

さらに、本判決における性風俗営業の本質的把握は、性風俗営業事業者を一律に給付の対象外とするのを正当化することにも寄与しており、また同時に適用違憲の主張を退ける際の基礎にもなっている。

(5) 本稿の構成

本稿が明らかにしようとしているのは、本判決のうち、①性風俗営業が性的道義観念に反するとした箇所、②性風俗営業を許可制などで公認することも性的道義観念に反するとした箇所、そして③性風俗営業に対して事業の下支えをするような給付をすることもまた性的道義観念に反するとした箇所について、根拠がないことを示すことである。

そのために、以下で検討する事項は、性風俗営業が性的道義観念に反するとの趣旨は政府答弁から引き出せないこと（「3」）、性風俗営業が性的道義観念に反するとの趣旨は風営法の規定から、特に「健全化」の文言から引き出せないこと（「4」）、性風俗営業に対して風営法上の許可制の規制対象としていないことは、性風俗営業の本来の特徴とされる性的道義観念に反する性質によるものではないこと（「5」）、そして持続化給付金制度の下で性風俗営業の事業者に対して給付金を支払うことが、いかなる意味でも性的道義観念に反するとは言えないこと（「6」）である。

これらを通じて、本稿は、本件不給付の合理性は否定されるべきもの
と考える。

3 本判決引用の政府答弁と性的道義観念論

すでに確認した通り、本判決は、性風俗営業の本来の特徴が性的道義
観念に反するという認定を導き出すにあたり、風営法の条文と、昭和59
年および平成10年の風営法改正に際しての政府答弁を「踏まえて」いる。
そこでここでは、風営法改正法の審査に際して政府が行った答弁の内容
が、本当に上記の認定を導きうるものだったかどうかを検討する。

(1) 本判決引用の政府答弁 2 件の分析

本判決が判決文中で示す国会答弁は 2 つである。第 1 に、昭和59年 6
月21日衆議院地方行政委員会における鈴木良一政府委員の答弁である。
これは、性風俗営業は「性を売り物にした営業」であり「公に認知する
という性格のものではない」とする。他方で、「性を売り物とする営業
は、行為そのものが一定の幅のものに限定されざるを得ない」ため、欠
格事由などの規制を設けることで営業の健全化や業務の適正化を図ると
いった風営法の規制方法が「なじまない」とし、また、性風俗営業の中
で行われる行為の面から規制することはできず、風営法により施設の構
造を規制することによっても「そこで行われます行為…が構造を変えた
ためによくなると期待できるという形にはなかなかならない」とする⁽⁴⁾。

第 2 に、平成10年 4 月28日衆議院地方行政委員会における泉幸伸政府
委員の答弁である。これは、性風俗営業が、端的に「今委員御指摘のと
おり、性を売り物とする本来的に不健全な営業」であるため「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」とするもの
である⁽⁵⁾。

さて、本判決はこの 2 つの答弁を並列させているのであるが、両者に

111 (10) 持続化給付金の不支給を性的道義観念が正当化するか(岩切大地)

は内容ないしニュアンスに違いがあるように思われる。まず「本質的に不健全」という言い回しは、平成10年改正の審議の際に初めて登場する。昭和59年の段階では、「性を売り物とする」という表現は用いられつつ、だからといってそれにより性風俗営業が「本質的に不健全」だとは述べられていない。次に、昭和59年答弁では、性風俗営業の内容に対する実体的・道徳論的な評価というよりは、より外形的な理由で、風営法の規制がなじまないとの説明がなされている。

本判決は、これらの答弁を総合的に「踏まえる」ことで、性風俗営業が性的道義観念に反する本来の特徴を有しているという結論を導き出すのであるが、まず少なくとも言えることは、本来の特徴に着目する発想は、性風俗営業を「本質的に不健全」とする後者の答弁においてのみ辛うじて見出だされ得るに過ぎない。さらに本判決は、引用する上記2つの政府答弁の中に性風俗営業のサービス内容に対する性道徳上の非難が述べられていると読み取っているように思われるのだが、少なくとも昭和59年答弁はそのような判断の根拠にならない。また、後述の通り、平成10年答弁も、その文脈を見れば、やはりそのような根拠にはならないと考えられるのである。

そこで次に、昭和59年改正と平成10年改正に際して述べられた政府答弁の全体像を確認することとする。政府答弁をより幅広く見るならば、政府答弁は、性風俗営業が「本質的に不健全」とあるといった見解を明示的にはほとんど述べていないことが分かる。

(2) 政府答弁全体の検討：昭和59年改正時

まず、昭和59年改正は、題名の改正や目的規定の導入など、従来の風俗営業取締法に対して大幅な改正を行うものであるが、性風俗営業については、そのうち一定の営業を「風俗関連営業」と位置付け、風俗営業は「健全化」そしてその業務の「適正化」の対象としたのと対照的に、「風俗関連営業」はそのような規制の対象とせず、届出制を通した規制

を行うことを内容とする。必然的に、なぜ性風俗営業をこのように位置付けたのが審議の焦点の一つとなった。本法案は、昭和59年7月6日に衆議院で可決、同8月8日に参議院で可決し成立した。

昭和59年改正法の審議における政府答弁のうち、風俗関連営業の規制の考え方についての内容は、いくつかの要素に分けることができる。第1に、性風俗営業が「性を売り物」にする営業であるため健全化の対象とはならないと述べている。この要素に限って見れば、その後の「本質的に不健全」という見方に結び付きうる余地がないではない（後述）。しかしその他の要素として、第2に性風俗営業は売春に移行しやすい営業であるとか、青少年の健全育成に影響を及ぼす営業であるといった、具体的な法益侵害を根拠とする考え方が示されている。⁽⁸⁾そして第3に、性風俗営業の中で行われていることを設備の構造によって変えることはできず、たとえば見通しのよい構造とする規制をかければ、かえって公然わいせつになりかねない、といった説明もなされている。また、第4に、昭和59年に法改正を行う理由として、様々なサービスを提供する性風俗事業者が急増し、かつ荒稼ぎをしてはすぐに廃業する傾向があるため、自主規制が期待できない、とも述べられている。⁽¹⁰⁾

これら答弁の内容の各要素のうち、第1のものは性風俗営業の性的サービスの内容の道徳的な評価をしたものと見る余地もあるが、第2のものは性的サービスの内容への評価を、それがもたらしうる法実害という観点から論じており、このことは翻って第1の要素をこのような趣旨で読み直すべきことを意味しよう。そして第3および第4のものは外形的な性質に着目している。

結局のところ、昭和59年改正時における政府の答弁は、風営法における性風俗営業の位置付けを、その道徳論的な本質論によってではなく、法的な弊害の可能性という面から行っており、あるいはまた一定の法的規制のなじみやすさといった機能面に着目することによって根拠付けている。⁽¹¹⁾明確に言えるのは、政府側からは、周到に、性風俗営業が「本質

109 (12) 持続化給付金の不支給を性的道義観念が正当化するか (岩切大地)

的に不健全」である旨の答弁を一切行っていないという事実である。このことは、ある委員から性風俗営業が「不健全」との前提で質疑がなされ水を向けられたにも関わらずであるということ⁽¹²⁾を踏まえると、政府答弁が本質論に依拠しなかったことは、むしろ明示的かつ意図的であるとすら言える。少なくとも、「性を売り物にする」ことそれ自体についての道德論的な是非を、風営法における性風俗営業に対する規制の区別の根拠にはしていない。したがって、昭和59年改正の政府答弁から本判決の本質的特徴論を根拠付けることは不可能であろう。

(3) 政府答弁全体の検討：平成10年改正時

次に、平成10年改正法は、性風俗営業に関しては、規制対象とする営業のカテゴリー名称を「性風俗特殊営業」と改め、その中に店舗型性風俗特殊営業、無店舗型性風俗特殊営業および映像送信型性風俗特殊営業を含むものとする内容のものである。平成10年4月10日に参議院で可決、同月30日に衆議院で可決成立した。

この改正で、「風俗関連営業」から「性風俗特殊営業」と名称変更する理由としては、政府答弁では、「性を直接売り物とする営業がいわば過激になり、いわゆるいかがわしさが増してきて」いるため「特殊な役務の提供、物品の販売を業とするものであることを規定上も明確にしたい」ということと、「風俗営業との差異を明らかにしたい」ということ⁽¹³⁾が示されている。

その上で、風営法における性風俗営業に対する規制が異なるのは判決で引用されている通り性風俗営業が「本質的に不健全」であるから、との答弁がなされるのであるが、しかしながらこの点についてはいくつか留保が必要である。第1に、「本質的に不健全」とする答弁は、当該法案が参議院を通過した後、衆議院の審査の終盤になって初めて登場するに過ぎないということである⁽¹⁴⁾。第2に、問題の政府答弁に先立つ箇所では、「本来的に不健全」とする具体的根拠として「売春事犯やわいせつ

事犯に結び付きやすい」ことが挙げられていることである。⁽¹⁵⁾

したがって、性風俗営業が「本質的に不健全」であると道德論的に否定的な評価をしたとも受け止められる説明は、平成10年改正に係る政府答弁の中でもかなり例外的あるいはマージナルなものであると言える。このような例外的・マージナルな答弁をもって、平成10年改正で導入された「性風俗特殊営業」にいう「特殊」の文言の中に性風俗営業に対する性道德的な非難が込められている、と解釈することは強引であろう。⁽¹⁶⁾ また、そもそも、平成10年改正における政府答弁ですら、「本質的に不健全」の意味を法的な実害との結びつきという点に求めているのであり、反道德的という意味で不健全と述べたようにも見ることのできる上記の箇所も、そのような文脈で読むべきであろう。

（4）政府答弁における「性を売り物にする」営業論

なお、上で検討した政府答弁の中では、性風俗営業を「性を売り物にする」営業であるとか、性風俗営業が「近年ますますいかがわしさを増している」とかという表現が用いられている。そこで、これらの用語法の中に、性風俗営業が性的道義観念に反するという考え方を見出すことができるかどうかを確認する。

政府答弁や警察関係者の著述では、昭和59年改正法の審議以来、ほぼ一貫して「性を売り物にする」という表現が使われている。この表現自体に性的サービスへの道德的非難が込められているとする見方もあるところではある。⁽¹⁷⁾ しかし、これはあくまで比喩的表現であり、その境界事例が明らかではないのみならず、文学的印象を与えるだけであり、ここから性道德上の判断の内容を読み取るべきではないと考えられる。

なお付言すると、「性を売り物にする」という表現は、やはり昭和59年改正法の説明の中で初めて登場する「飲む、打つ、買う」を規制するのが風営法であるとする（ある意味では開き直った）表現と対比させる必要がある。⁽¹⁸⁾ そうすると、ここには、「売る」側と「買う」側への評価に

大きな落差があることを看取できる。すなわち、「買う」に関する規制立法だとされているのに、道徳的評価の対象になっているのは「売る」行為のみであるという非対称性である。本判決は風営法を「飲酒、射幸、性」（「飲む、打つ、買う」の上品な言い換え）の規制立法であると位置付けているのであるが、「買う」行為についての道徳的非難を特段していない以上、風営法を男女差別的な方向で読むことを是とするのでなければ、「売る」行為だけを非難することはできないはずなのであり、「性を売り物にする」という表現に性道徳的な非難を読み込み得ないと言うべきである。⁽¹⁹⁾

「いかがわしさを増している」との表現については、そこで何がいかかわしいと述べられているかを確認する必要がある。性的サービスの内容容それ自体は、本判決の言葉を借りれば、結局のところ「一時の性的好奇心を満たし、又は性的好奇心をそそる」もの以外ではあり得ず、その内容自体が「いかがわしさ」を「増す」ということは観念できない。いかがわしさが「増す」とすれば、それは性的サービスの内容ではなく、外観あるいは地域の環境の問題である。したがって、この表現をもって、性風俗営業のサービス内容の本来の特徴が性的道義観念に反するという趣旨を政府答弁に帰属させることはできない。

(5) 政府答弁における性道徳論

本判決は、昭和59年改正や平成10年改正における政府答弁の中に、性風俗営業がそれ自体として性的道義観念に反するとするとの含意、すなわち性風俗営業に対する性道徳の観点からの非難が存在すると読み取ったようである。しかし、以上のように政府答弁の全体を見ると、政府はそもそも性風俗営業が本質的に性道徳に反して不健全だとは述べていない。このことは、その後の風営法改正（平成13年以降）における政府答弁にも当てはまる。むしろ、政府答弁は、性風俗営業への規制の根拠を実証的な法的弊害につながる可能性があることに求めており、さらに風

俗営業に対するのと同様の風営法的な規制をかけにくい性質を持つからこそ異なった規制を及ぼすのだと説明している。したがって、昭和59年と平成10年の風営法改正に際して示されたわずか2つの政府答弁の一部分だけを根拠に、本判決のような解釈を導き出すことは不可能であると言える。なお、追加的にいうならば、本判決が2つの政府答弁のみを挙げることで自体がチェリーピッキングのうらみがあり、この2つの答弁から性的道義観念の違背性を読み取ることで自体が恣意的ですらある。

4 風営法の「健全化」概念と性的道義観念論

本判決は、性風俗営業が本来の特徴において性的道義観念に反するとする認定を、政府答弁のほかにも、風営法の規定も根拠にして行っている。そこで以下では、風営法の解釈からは、本判決のいう本来の特徴は導かれないことを確認する。風営法の規定のうち検討対象とするのは、性風俗営業が「健全化のため」の措置の対象となっていないこと（風営法1条関係）の意味であり、ここにいう健全性の概念は性的道義観念に違背するかどうかとは無関係であることを明らかにする。

(1) 蔭山説における性道德原則

すでに確認した通り、本判決は、性風俗営業が「本来的に備える特徴」を「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」ことにありとし、それが「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に反するとした。このように、性風俗営業のサービス内容の本質に着目し、その本質において、親密特殊関係性の原則と性行為非公然性の原則という2つの性道德に反する点において、本判決のかかる判示部分は、蔭山信『注解風営法Ⅰ』における説明（以下「蔭山説」）と一致する。

そこで、まずは蔭山説の内容を確認する。これは、性風俗営業が許可制になじまないことは「明白である」として、その理由を2つ、それぞれ「性行為非公然性の原則」と「本質的不健全性」という項目を付して次のように述べている。

なぜならば、第一に、性的なサービスというものは、それが客から対価を得て利益を上げる営業であるがゆえに、必然的に性行為、性交類似行為、性器、性癖等についての内容を公衆に広告、宣伝等して提示するものとなる。そのような人間の本能的・動物的・利己的側面の露出は、人間の理性的・精神的・社会的側面と反発し、これが通常一般人のあまねく備える羞恥感情を害するからである。公共空間において、性行為、性器等を公然と露出することが通常一般人の羞恥感情を害するのと同義であるが、そのようにあってはならないとするのが**性行為非公然性の原則**と呼ばれるものである。また、そのような本能的側面の露出は、羞恥感情を害するのみならず、**性欲をいたずらに刺激し**、理性による制限を弱化せしめる。そうすることによって、法一般が要求する**必要最小限度の性道徳・性秩序**を危殆に瀕させることとなる（その悪影響を被りやすいのは、特に判断力が未成熟な年少者である。）。性的なサービスを公的に認知し、営業を営むための水準・要件を公的に設け、更には推奨すべき方向性を公的に定めることは、そのような性行為非公然性の原則からしても、少なくとも現時点においては、採用することはできないと思われる。

そして、第二に、性的なサービスというものは、それが客から対価を得て利益を上げる営業であるゆえに、必然的に一時的・便宜的・商業主義的なものとなり、我が国民法の採用する**一夫一婦制**を基盤とした性道徳秩序に、少なからぬインパクトを与えるからである（その悪影響もまた、年少者が、サービスの提供を受ける側となり、あるいはサービスを提供する側となって、顕著に被るものである。）。性行為・性交類似行為は、既述のように、非公然であることが社会一般の羞恥感情からして求められるものであることから、極めて親密かつ特殊な関係性において観念されるものであるともいえる。そのような極めて親密かつ特殊な関係性とは、通常、婚姻又は婚姻を前提とした真摯な、継続性・安定性・特定性を指向する関

係である。その基盤が一夫一婦制である。ところが、性的サービスは、性行為でないとしたところで、それに類する又はその代償となるサービスであり、それに対価を設定した取引であるため、真摯な関係も、継続性・安定性・特定性も指向しない。まさに一時の性的好奇心を満たすため、あるいは性的好奇心をそそるためのビジネスであるから、「性を売り物にする」と評される（本来的に売り物にしてはならないという道德律が存在するから、これが極めて否定的な表現として巷間採用されるのである⁽²⁰⁾）。これが、我が国民法が採用する一夫一婦制との関係において、性風俗関連特殊営業の属性が「本質的にいかがわしい」と評されるゆえんであると解される（誰がどのようにに営んでも不健全であるから、健全化ということも観念できないこととなる⁽²⁰⁾）。

ここでは、性風俗営業は「本質的にいかがわしい」すなわち「不健全」であるから健全化の対象にもなり得ないと述べられているが、ここにある「健全化」とは風営法 1 条におけるそれを指示する趣旨と考えられる。そして、不健全性の内容として、性行為非公然性の原則と親密特殊関係性の原則といった性道德への違背が挙げられている。

なお、念のため確認しておく、蔭山本においても、性風俗営業を届出制の対象としていることについての説明は、本質的不健全性論だけに依拠したものではない。「業態が流動的」とであるという実態に応じた対応の必要性といった、昭和59年改正時の政府答弁でも示されたような説明も併記されていることには注意が必要である⁽²¹⁾。

（2）本質的不健全論の背景

蔭山説と本判決との違いは、性風俗営業が「本質的に不健全である」と明言するかどうかであり、性風俗営業が性行為非公然性の原則と親密特殊関係性の原則に反するとする点は共通する。そこで、ここではまず「本質的に不健全」とする言説の登場する背景を確認する。

前述の通り、「本質的に不健全」とする説明は、平成10年改正法案の審査の終盤になって突然登場した。しかし、この説明が国会議事録に登

場するのは、実はこれが最後である。平成10年以降、風営法に対しては重要な改正がたびたびなされてきたものの、その際、性風俗営業は「本質的に不健全」であるとの政府答弁は存在しない。

他方で、警察関係者の著述においては、性風俗営業を「本質的に不健全」とする見解が2001年から見られるようになる。2001年の文献には「性風俗関連特殊営業は、性を売り物とする本質的に不健全な営業であり、その跳梁跋扈は、風俗秩序の紊乱を招来するだけでなく、これを放置しておく⁽²²⁾と公共の安全と秩序に多大の脅威を与えるおそれがあり…」という記述が見られ、その後も、たとえば2019年の文献に「性風俗関連特殊営業については、性を売り物とする本質的に不健全な営業であることから、許可制をとること等により公が認知するにはなじまないものの、その実態を把握する必要があることに鑑み、届出制としたものである」と述べるものがある⁽²³⁾。本質的不健全論は、警察関係者の著作において2001年以降継続して見られる見解ではある⁽²⁴⁾。

しかし他方で、本質的不健全論は必ずしも定着した説明方法とも言い切れない側面もある。というのも不健全性の内容あるいは根拠について法的弊害の発生と関連付けようとする見解も存在するからである。たとえば、「性風俗関連特殊営業は、本質的に性を売り物とする不健全な営業であって、ともすれば売春の周旋、公然わいせつ、わいせつ物頒布等の犯罪行為に移行しやすい業態⁽²⁵⁾」とする記述はその例と見ることができるともあれ、「不健全」だという用語による評価が定着しつつあるのは事実であろう。

本質的不健全論の登場の背景には、風営法の改正の動向があるように思われる。昭和59年改正では、当時存在した多様な性風俗営業のうち、個室付浴場、ストリップ劇場等、ラブホテル、アダルトショップおよび個室マッサージ等といった一定の業態のみを「風俗関連営業」として法の規律対象とし、当時存在したホテル、マントル、デートクラブといった業態は法の規制対象外としていた。その理由は、対象外とされた

これら性風俗営業は端的に売春を目的としているからであるとか、派遣型⁽²⁶⁾なので風営法の立地規制といった規制体系になじまないからとかと説明⁽²⁷⁾されていた。前者の理由付けで行けば、性風俗営業の中にも「やや正常」なものと「正常の営業と言える余地が全くない」⁽²⁸⁾ものがあるという構図が浮かび上がる。

ところが、平成10年改正法は「無店舗型」の性風俗営業も新たに規制対象の中に取り込むに至った。もちろん昭和59年とは社会状況も変化しているため、その当時に「はなから売春」をすると目された営業がその後も同じような営業形態のまま存続し、しかも平成10年改正法がこのことを承知の上で規制対象に含むこととした、というわけではない。したがって平成10年改正法は、それまで「正常の営業と言える余地が全くない」とされていた種類の営業をも規制対象とするものであったと即断はできない。しかし少なくとも、風営法による性的サービスへの規制の可否は、立地規制になじむかどうかという視点では行われなくなったと言える。そして、このころから、性風俗営業であればすべて風営法の規制対象とするべきであるという流れが生じてきたものと考えられる⁽²⁹⁾。

この流れに沿って、性風俗営業を指し示す用語が、「性風俗特殊営業」(平成10年改正)、「性風俗関連特殊営業」(平成17年改正)というように変化した⁽³¹⁾が、これは名称の上でも風俗営業との違いを強調するという趣旨によるものだった。性風俗営業に対して課されていた届出制も、公安委員会からの届出確認書の交付と確認書の提示義務を課す制度が平成17年改正により導入されることで、外観上は許可手続と近似するようになったものの、あるいはそうであったからこそ、風俗営業と性風俗営業との違いが強調される政策的必要があった。

本質的不健全論はこのような流れと同時期に登場する。このような経緯からすれば、本質的不健全論は、風俗営業と性風俗営業の位置付けについてさらなる差別化を進めたいという政策的な意図の現れなのではないかと考えられる。換言すれば、健全化の措置の対象とされる風俗営業

との違いを強調するため、法執行政策の観点からは性風俗営業は「不健全」なものでなければならなかったのである。

もっとも、どのような根拠をもって不健全とするのかについて理論的な説明はなされなかった。この点、不健全さの内容について性道德の2つの原則から説明したのが蔭山説であった。

(3) 「健全化できない→不健全である→性道德に反する→健全化できない」のループ

再度改めて確認すると、蔭山説と本判決との間には、「本質的に不健全である」との明言が存在するか否かの点でのみ違いがある。どちらも性風俗営業が性道德的に問題であるとし、問題となる性道德原則の内容も共通しており、さらにはこのような性質を持つからこそ性風俗営業は「健全化」の対象になり得ない、としている。

このようにして見ると、本質的不健全論は、風営法1条と本判決の判示とをつなぐ鍵になっていることが分かる。すなわち、風営法が風俗営業の「健全化」という目的を掲げており、性風俗営業は「健全化」の対象ではない。ここから次の飛躍を助けるのが本質的不健全論であり、風営法上の「健全化」の対象とならないことを、より一般的な意味で不健全であると言い換え、性道德的な視点を導入する役割を果たす。ただしこの時点では不健全性の内容は漠然としているが、その内容を性道德原則に基づく推論で埋めたのが蔭山説である。このようにして、健全化の対象とされない性風俗営業が、不健全すなわち性道德原則に反する、ということが導かれ、本判決はこのような連関に依拠することができたのであり、その結果、性風俗営業は性的道義観念に反するから風営法上の健全化という目的になじまないという結論を得ることができた。

(4) 風営法における「健全化」の意味

そこで問題は、本判決が述べるように、「性的道義観念に反するから

健全化の対象になり得ない」と言うことができるかどうかである（以下では、風営法の「健全化」概念が性的道義観念を容れるものかどうかという形式的な問題を検討する。性的道義観念の内容それ自体の実体的妥当性は後述する）。この点、本判決はこの命題を風営法の条文から導いているため、本判決も「健全化できない→不健全である」という論理飛躍を内包しており、したがって本判決には「風営法にいう健全化とは、性的道義観念に反しないことである」という命題が前提されている。

しかしながら、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と考えられる。このことを以下で確認する。

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ている。そして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」を挙げている。これらの大きな目的のうち、前三者（以下「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、最後者は昭和 59 年の題名改正を伴う改正によって導入された目的である。健全化を目指すという方向性が示されたことで、警察消極目的との関係が問題とされたが、⁽³³⁾これについては、昭和 59 年改正法という実定法によって積極目的が加味されたと見るべきであるとの指摘が妥当するであろう。⁽³⁴⁾

問題は、健全化という積極的な働きかけが、果たしてどのような方向に向かうものであるかである。この問題は、とりもおさず、1 条に掲げられている究極目的の間の関係如何ということになる。

第 1 に、「善良の風俗の保持等」は「健全化」をも指導する基本的な原理である、とする読み方が可能である。⁽³⁵⁾これは、「健全化」のさらなる究極目的を「善良の風俗の保持等」とする読み方である。そうすると、この場合、健全か否かを判定する基準は、「善良の風俗」にどれだけ適

うかということになる。

したがって、「善良の風俗」の意味が問題となる。この点、警察庁の通達によれば、善良の風俗の保持とは、「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」とされている。⁽³⁶⁾ 通達によるこのような解釈を前提としたとき、健全性の基準には、性に関する事項については、国民の性的道義観念との適合性が入ってくることになる、という結論に飛びつきたくなるのも分かる。「健全」という用語がわいせつの保護法益の表現に使われていることも、⁽³⁷⁾これを助長するかもしれない。そしてこれが、第1審の考えた道筋だったようにも思われる。

しかしながら、ここには誤りがある。すなわち、「健全化」の内容が「善良の風俗」であると考えた場合、「健全化」は消極的でなければならないはずである。というのも、仮に「善良の風俗」が、狭義説に従い風俗犯罪の防止を意味すると解するのではなく、広義説に従い公序良俗のような内容を意味すると解する場合であっても、それは警察法2条における警察の責務の範囲内に限られるべきだからであり、⁽³⁸⁾したがって、風営法という文脈における「善良の風俗」は、犯罪予防という意味合いを中心に解されるべき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。⁽³⁹⁾では、「健全化」を消極的な意味として読むべきかという、そもそも風営法が風俗営業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」は、単なる弊害防除の結果を指すと解することは困難であろう。

そこで、風営法の諸目的に関する第2の考え方、すなわち「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の見解を採用すべきことになる。そうすると、その場合に「健全化」という目的は

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を確認する必要がある。

適正化のための措置として位置付けられているのは、風営法第3章（12条以下）の遵守事項を課す各条文である。ただし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、積極目的としての適正化措置というよりは、むしろ弊害防止のための措置という性格が強いように考えられるため⁽⁴⁰⁾、これをもって「健全化に資するため」の典型的な措置と考えられない。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と説明されている⁽⁴²⁾。そもそも、遵守事項は、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から、それに対する違反には直接刑罰を科すのではなく、まずは行政指導や行政処分⁽⁴³⁾で対処することになっているとも説明されている。昭和59年改正法が、それまでの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だったと解すべきである⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾。

したがって、風営法における健全化の概念には、性道德の観点からする評価という要素は一切含むものではないというべきである。風営法における健全性概念は、性道德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含んでいないため、たとえば、ある人が性風俗営業の本質が性的道義観念に反するものであるとの感想を持ったとしても、だからといって風営法にいうところの健全化の対象にならないということを経結しない。性風俗営業が健全化の対象とされていないのは、それが性的道義観念に反する営業だからではないのである⁽⁴⁶⁾。

5 風営法の許可制／届出制と性的道義観念論

(1) 風営法上の許可制と性的道義観念

本判決は、性風俗営業に対して国が一定の業務水準を満たすよう推奨し、また一定の水準を満たしたことを許可という形で公的に認知することは「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はない」とし、このことが風営法における性風俗営業の取扱いの合理性を支える根拠の一つであるとした。引用中「上記のような」性的道義観念とは、親密特殊関係性の原則と性行為非公然性の原則を内容とする、性的サービスの内容に関する道徳的評価を内容とするものであると考えられる。

この点について本節で指摘したいのは、ここにいう「性的道義観念」は、性風俗営業の法的・公的な扱いについてなど、その外形的側面に対する道徳的評価を意味しなければならず、本判決が言うような性風俗営業のサービス内容それ自体に対する道徳的評価とは異なるべきだということである。そしてその内容は、あえて風営法の目的規定が使用する用語でたとえるならば、「善良の風俗」の問題ではなく「清浄な風俗環境」の問題である。⁽⁴⁷⁾

なぜならば、ここにおける道徳的評価の対象となる「公的な認知」とは、国が主体となって行う行為である。もしこの行為が性的道義観念に反するというのであれば、国が不特定多数の者と公然と性的行為をするわけではない以上、ここにいう性的道義観念は、本判決が性的サービスに対して述べた性道徳上の評価とは異なるはずである。そしてその内容は、風営法が性風俗営業を規制する観点、すなわち「清浄な風俗環境」に係るものと考えべきである。その理由を以下で風営法の具体的規制内容から確認する。

(2) 届出制＝非公認？

本判決の判示内容からすれば、性風俗営業に対して届出制による規制を採用することは性的道義観念に反することにはならない、ということになると考えられるが、それではあまりにも形式的過ぎる。というのも、昭和59年改正以降の風営法では、許可制には「健全化」の趣旨が組み込まれており、その分、許可には特に「可として許す」という「授権的性質」が組み込まれているという指摘があるが⁽⁴⁸⁾、この指摘は、風営法における届出制も、刑罰により一般的に禁止した上で届出という要件によりこの禁止を解除するという意味では「学問上の許可」に該当するとも認めているのである⁽⁴⁹⁾。このように、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ない。したがって、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いうべきであろう⁽⁵⁰⁾。

そうすると、許可制では違背するのに、公認の要素を同様に含む届出制であれば違背することのないという性的道義観念なるものは、許可制によるか届出制によるかではなく、規制の内容から判断されなければならない。

(3) 風営法上の位置付けと性的道義観念

そこで届出制による規制の内容に目を向けると、そもそも、風営法は数次の改正を経ることにより、様々な立法目的を獲得していったという経緯がある。そして、規制の対象となる営業は、それぞれの性質に応じて異なった趣旨の規制を受けるようになっていく。性風俗営業に関しては、昭和41年改正で個室付浴場が風営法の規制対象になって以来、基本的には「外回り」すなわち地域の風俗環境の保護または少年の健全な育成という観点からの規制を受けてきている。だからこそ、性風俗営業に対する規制は、立地規制や広告規制などに重点が置かれることになる。

これこそが風営法における届出制の規制内容である。風営法は、性的サービスの内容それ自体について評価するものではないのであり、したがって性的サービスが性的道義観念に反するかどうかという視点を放棄した法律である。

したがって、仮に風営法上、性風俗営業が性的道義観念に反すると言えるのだとすれば、それはサービス内容についてではなく、その見え方における本能喚起性・歓楽性・享楽性という、性的サービスそれ自体とは異なった、外的視点を通して付加された要素について述べられるべきであり、したがって、その場合の性的道義観念とは、風俗環境に関する評価を内実とするものと解するべきである。ちなみに、そもそも本来的には、風俗環境の問題を性的道義観念という概念の下に包含させること自体に違和感の残るところではあるものの、これも性的道義観念なる概念の漠然性によるものであると考えられる。

以上、本節を小括すると、性風俗営業の法律上の取扱い方は、風俗環境または少年の健全育成のあり方という観点からの評価ないし制約を受けることはあっても、本判決が性風俗営業の本来的特徴に関して示したような意味での性的道義観念という、性的サービスそれ自体の評価に関わる概念に依拠すると見るべきではない。したがって、本判決が風営法の規制システムを解するに当たり、許可制を採ることもまた性的道義観念に反するとした箇所は、本来は風俗環境上の弊害を指すべきものであるところ、性的サービス内容に対する評価を内実としている点において、誤りがあるというべきである。

6 風営法と持続化給付金制度と性的道義観念論

本判決では、風営法において性風俗営業が公認の対象とされていないこと「に鑑み」、国が性風俗営業事業者の事業の継続の下支えを行うことも性的道義観念に反することになるというのが、本件不支給の根拠と

された。そしてその際、「他の政策との整合性」「国民の理解」「給付の費用対効果」への考慮の必要性が、この判断を正当化するとされた。

これについて検討すると、前述の通り、仮に風営法が性風俗営業を「公認」しないことの理由に性的道義観念に反することが挙げられ得る余地があるとしても、その観念の内容は風俗環境の保護という視点からのものであり、その観点からの懸念は立地規制等により対応されている。それでもなお、持続化給付金制度の下で性的道義観念との関係が考慮される場合には、給付金制度の制度趣旨との関連性が検討されなければならないほか（以下「(1)」）、性風俗営業がそれ自体として風営法の規制目的などから独立して一定の性道徳に反するものと言えるかどうかを検討されなければならない（以下「(2)」および「(3)」）。

(1) 持続化給付金制度において考慮されるべき性的道義観念の内容

持続化給付金制度の下では、ほとんどすべての事業者の中から性風俗営業事業者だけがあえて取り上げられ、この事業者についてのみ不支給とされていることからして、あえて積極的に不支給とすることの根拠が審査されなければならないと考えられるが、その場合には「事業の継続の下支え」を行うことを控えさせる性的道義観念上の弊害なるものがどのようなものであるかが明らかにされなければならないだろう。そしてこれは、風営法において許可制による「公認」をしない根拠となったものとしての性的道義観念（すなわち上記「5」で確認した、風俗環境に関する評価）とは無関係のものというべきである。というのも、風営法の届出制を通して立地規制により対処される風俗環境上の懸念は、事業の下支えをすることによって増幅するとは考えられないからである。

そこで、事業の下支え措置を除外することを正当化するものとしての性的道義観念上の問題とは何かが問われなければならない。この問題について本判決では検討はなされておらず、強いていうなら「国民の理解」の得られないことのみが主要な根拠として示されている。⁽⁵²⁾しかしこ

れは非常に漠然とした概念であり、ほとんど「国民の偏見」という意味と変わらない。偏見に基づく区別に合理性はないというべきであろう。

本判決はなぜ、最終的にこのような漠然とした性道德論に依拠せざるを得なかったのか。それは、判旨の根本的なところで性風俗営業における性的サービスの本質あるいは「本来の特徴」を抽出し、これを風営法による規制場面を超えてあらゆる場面に当てはめようとしたからであると考えられる。いわば、国側の主張した「本質的に不健全」とか、本判決にいう「本来の特徴からして性的道義観念に反する」というスローガンが独り歩きした結果、無内容な根拠により不利益を生じさせることがまかり通ってしまうという結果になったものと考えられる。

(2) 本質的に「性的道義観念に反する」か否か

そこで、性風俗営業のサービス内容それ自体が、性行為非公然性の原則や親密特殊関係性の原則に反するものと言えるかどうか、まさに「本質的」あるいは「本来的」なレベルでそのような評価が可能かどうかを検討することとする。

前述の蔭山説では、性風俗営業が広告等を行うことで、人間の本能的側面を露出させ、羞恥感情を害することになるが、これは性行為非公然性の原則が保護する羞恥感情と同義であるとする。しかしここで問題とされているのは、性風俗営業のサービス内容そのものではなく、性的サービスという概念それ自体の外部への表示にすぎない。そして、概念それ自体は性的行為を行うのではない⁽⁵³⁾。また、そのような概念の存在それ自体が性的羞恥心を害することがあったとしても、それは性行為が現に公然と行われているときに害される性的羞恥心と根本的に異なるというべきであろう。したがって、性風俗営業の本来の特徴が性行為非公然性の原則に反するとは言えないというべきである。

次に、蔭山説では、性行為非公然性の原則に基づき、性的行為は親密・特殊な関係の間でのみ行われるべきことが帰結され、それは一夫一

婦制として法律上の基礎を与えられている、と説明される。そしてこれに対し性的サービスは、一時的・便宜的・商業主義的な要素を持つため、この性道徳原則に反するというのである。このように導かれる親密特殊関係性の原則については、まず、この原則の違背は性風俗関連特殊営業に分類される営業のすべてに生じるわけではないということが指摘できる。たとえば風営法 2 条 6 項 4 号（ラブホテル）や 5 号（アダルトショップ）は、「継続性・安定性・特定性を指向」する「真摯な関係」にある異性カップルに対しても性的サービスを提供することが可能なのであり、そうすると本判決が性風俗営業全般に共通する本来の特徴としてこの性道徳原則に違背すると述べている部分には問題があると言える。また、どのような相手（異性であるか同性であるかを問わず）とどのような性的関係を結ぶかは基本的に性的自己決定の問題であると考えられるところ、親密特殊関係性の「原則」（特に蔭山説におけるそれ）は、性的自己決定権よりも法制度（婚姻制度）およびそこから派生するとされる性道徳を優先する思考の現れである。この思考は、性的自己決定権のみならず、性的サービスの人権侵害性を主張する性的人格権論⁽⁵⁴⁾をも否定するものであり、人権よりも漠然とした価値をアприオリに前提するものと言うべきである。さらに言えば、性という人間の根源的な部分のあり方を、人間の問題として捉えずにまずもって秩序の問題として捉えるものであり、過剰な制度思考と評するべきものである。

（3）職安法の「有害業務」規定との関係

性風俗営業それ自体が性的道義観念に反するとの主張の別の根拠として考えられるのが、職業安定法 63 条 2 号の「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務」の該当性である。裁判例の中には、個室付き浴場における「スペシャル・サービス業務」が「女性の人格を無視してこれを男性の快楽のための道具視する非人間的な業態であるのみならず、性行為は愛情に基いた社会的に容認された特定の男女の間においてのみ許されると

いう現代社会の性秩序に反する業態」であり、「社会共同生活において守らなければならない性道徳に著しく違反し、社会の善良な風俗を害する業務」であるとする例や、「男性客は全裸、女性従業員は全裸もしくはこれに近い姿となり、男性客の陰茎を手でこすつたり（手淫）、口に含んだり（口淫）して射精させる」業務について「右は売春類似行為によつて収益を図るものであり、社会一般の通常の倫理観念に抵触しその維持に支障を来し、社会共同生活に害を流すもの」とした例などがある。⁽⁵⁵⁾ これらは、性風俗営業が本質的なレベルで性道徳に違背するというということを法が承認しているとの主張の根拠になり得るのは確かである。⁽⁵⁶⁾

しかし、職安法63条2号には以下のような注意も必要である。第1の注意点は、「公衆衛生又は公衆道徳上有害な業務」の文言の明確性に問題があるということである。最高裁がこのことを認めており、ただし「売春を業とする接客婦の雇用をあつ旋した場合」という具体的事実について、「本件に適用する限りにおいては、何ら明確を欠くところはない」という形で処理した判例がある。⁽⁵⁷⁾ また裁判例でも、有害業務を犯罪を構成するまたは犯罪に極めて近い業務を意味するとまで限定的に解釈をするものがある。⁽⁵⁸⁾

ここまでの限定的な解釈をしない場合、性風俗営業がこれに該当するかどうか、換言すれば性風俗営業への適用という場面における当該規定の明確性の程度ないし限定解釈の余地は、職安法の規制目的に照らして判断されるべきことになる。これが第2の注意点である。そして、職安法が「各人にその能力に応じて妥当な条件の下に適当な職業に就く機会を与え、職業の安定を図ることを大きな目的とするもの」である以上、⁽⁵⁹⁾ 有害業務に該当するかどうかはこの趣旨に照らして判断されるべきであると同時に、性的サービスが有害業務であると認定された例も、職業紹介という文脈ないし趣旨（たとえば女衞行為の排除）の下での認定だったということを重視すべきである。持続化給付金制度の検討の中で「他の施策との整合性」の名の下に、制度趣旨を無視して、文脈依存になされ

た判断を別の文脈に無反省にスライドすることに合理性はないというべきである。職安法という文脈における性風俗営業の取扱いは、普遍的・本質的に性的道義観念に反するとする根拠とはならないというべきであろう。

7 結びに代えて

本稿の主張の要点をまとめると以下の通りである。

- ・本判決は、風営法の規定と昭和59年および平成10年風営法改正に際して述べられた政府答弁「を踏まえて」、性風俗営業の本来の特徴が性的道義観念に反するものであると述べたが、この説明には根拠がないこと（上記「3」および「4」）
- ・風営法が性風俗営業に対して許可制を採用していないことも、もしそうすれば性的道義観念に反するからであるとしてその合理性を説明したが、ここで性風俗営業の本来の特徴についての評価基準としての性的道義観念を援用することは誤りであること（上記「5」）
- ・本判決は、風営法において性風俗営業が公認されていないことに「鑑み」、持続化給付金制度のあり方について行政機関が「国民の理解」を考慮する必要性があることからして、性風俗営業に対して事業の下支えのための給付を行うことは性的道義観念に反するとしただが、ここには合理的な根拠がないこと（上記「6」）

本判決の根本部分には、性風俗営業のサービス内容が本来の特徴からして性的道義観念に反するという大前提がある。その結果、性風俗営業に関わる一切の施策の根底にこの大前提が掲定されることになり、各施策の制度趣旨とは無関係に、性道徳を理由にした区別の正当化が図られることになる。持続化給付金制度からの排除にも同様のことを指摘することが可能である。そして、そもそもこの大前提が成立しえないものである以上、持続化給付金制度における本件区別も合理性を失うというべ

きであろう。

付言すると、風営法が性道德秩序に介入するものであるかのように、そしてまた性風俗営業に対して性道德的非難を温存しているかのように解釈する余地に開かれている点には十分注意が必要である。この解釈を是認すると、性風俗営業は、風営法の中で、公認されているのに公認されないという、宙吊りの状態に置かれることになる。その結果、性風俗営業を法に内在させながら法的保護から排除するという状況を生み出すことにつながる⁽⁶⁰⁾。本判決で言えば、性的道義観念という融通無碍な概念が、性風俗営業から存在の正統性を奪うことであらゆる不利益扱いを正当化し、しかしながら法的に営業を禁止せず、同時に性風俗営業を法律上確かに位置付けているという事実を隠蔽するために機能することになる。何よりも、無反省な道德論を無媒介に遍在させる法解釈は、結果的に、性的サービス従事者個人を道德逸脱者、「ふしだら」、さらには「包摂ではなく排除の対象として」扱うことに帰結するおそれがある。これは、本判決がせっかく「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」と述べたことに反する事態であるというべきであろう。

注

(1) もっとも、ここにいう「他の施策」には、風営法における扱いのほか、災害支援を含めた公的金融や補助制度における性風俗営業のこれまでの扱い方なども含むという趣旨と考えられる。とはいえ、そもそも公的金融や補助制度から性風俗営業を除外してきた取り扱いに合理性があるかどうかは別個に検討される必要があるのみならず、仮にその合理性が肯定されたとしても、本稿で検討するように、そのこと自体が持続化給付金制度からの排除について結論を正当化するとは限らない。

(2) ただしこの部分は判決文では「中略」となっており、直接言及はされてい

ない。

- (3) 101国会衆地方行政委員会議録17号 4 頁（昭和59年 6 月21日）〔鈴木良一政府委員〕。
- (4) 101国会衆地方行政委員会議録17号16頁（昭和59年 6 月21日）〔鈴木良一政府委員〕。
- (5) 142国会衆地方行政委員会議録13号19頁（平成10年 4 月28日）〔泉幸信政府委員〕。
- (6) なお、蔭山信『注解風営法 I』（東京法令出版、2008年）29頁は、昭和59年答弁が用いる「性を売り物にする」という用語法それ自体に道徳的な非難が含まれるとするが、これについては後述する。
- (7) 本判決引用箇所のうち前半部分のほか、101国会衆地方行政委会議録17号20頁（昭和59年 6 月21日）〔鈴木良一政府委員〕（「先ほどのような風俗関連営業というのは、健全化だとか育成というものにちょっとなじまない営業でもございますので…」）、101国会衆地方行政委員会議録21号22頁（昭和59年 7 月 3 日）〔古山剛政府委員〕（「風俗関連営業というのは性を売り物にする営業でございまして、本質的にその健全化になじまない」）、101国会参地方行政委員会会議録18号17頁（昭和59年 7 月19日）〔鈴木良一政府委員〕（「風俗関連営業と申しますのは何せ性を売り物にするものでございます。なかなかどうも業務の内容からいきまして営業の健全化にはなじまないということございまして…」）。
- (8) 101国会衆地方行政委員会議録15号 9 頁（昭和59年 5 月10日）〔田川誠一国家公安委員長〕（「…あからさまに性を売り物にした産業等、善良の風俗及び少年の健全な育成の上から問題の多い営業が増加しており…」）、101国会参会議録21号 8 頁（昭和59年 7 月11日）〔田川誠一国家公安委員長〕（「性産業の多くは売春に移行しやすい営業であります、売春防止法は単純売春は処罰しない法体系になっていることもこれらの捜査を非常に困難にしているところでございます。」）。101国会参地方行政委員会会議録17号14頁（昭和59年 7 月17日）〔鈴木良一政府委員〕（「風俗関連営業というのは何せセックスを売り物にするわけでございます、これまうもともと売春なりわいせつなりに大変移行しやすい業態である…」）。101国会参地方行政委員会会議録18号17頁（昭和59年 7 月19日）〔鈴木良一政府委員〕（「やはり性を売り物にするものでございまして…そういうふうな性を売り物にするものがなかなか健全化というものとは違う。しかも、それは善良な風俗あるいは少年の健全な育成に障害を及ぼす影響というものがかかなり大きいこともあるわけございまして、そういうことから、そういうものは健全化になじまない。」）。
- (9) 本判決引用箇所のうち後半部分のほか、101国会衆地方行政委会議録17号16頁（昭和59年 6 月21日）〔鈴木良一政府委員〕（「構造、設備を、先ほど言いましたように見通しのよいような形にいたしますと公然わいせつになるという問題

も逆に生じてくるということもございまして…」)、101国会衆地方行政委員会議録18号17頁(昭和59年6月26日)〔鈴木良一政府委員〕(「構造、設備の規定を入れまして、それで一つ一つを健全に指導していくということがややなじみにくい営業である…」)、101国会参地方行政委員会会議録18号17頁(昭和59年7月19日)〔鈴木良一政府委員〕(「また公の機関が業務内容に立ち入って適正化を図るというものもまたなじまないものであるというふうに考えておるわけでございます。」)。

- (10) 101国会衆地方行政委員会議録17号9頁(昭和59年6月21日)〔鈴木良一政府委員〕(「風俗関連営業と申しますいわゆるセックス産業でございますが、これはやはりこういう機会に法の施行を前に一もうけしようという動きもないではないわけございまして、こういう面でなかなか自主規制を期待するということが不可能な業種もございまして。」)、101国会参地方行政委17号13頁(昭和59年7月17日)〔鈴木良一政府委員〕(「ただ、いかにも最近のいわゆるセックス産業に代表されるような実態、これはいわゆる営利主義、金もうけのためには手段を選ばない、しかも短期間の間に荒稼ぎをするというような形の営業が大変ふえてきておる。」)、同14頁〔鈴木良一政府委員〕(「…この営業といいますのは、実は雨後のタケノコのようにどんどんできてまいりまして、そうして短期間の間に荒稼ぎをしていくというような業態であるわけございまして、非常に実体が把握しにくいということがありまして…」)、101国会参地方行政委員会会議録18号22頁(昭和59年7月19日)〔鈴木良一政府委員〕(「こういう風俗関連営業というのは大変、何といいますか、どんどん新しくできていく、しかもそういうものが非常に短日時のうちに荒稼ぎをするというようなことが行われるわけございまして、一つ一つの構造、設備を直して指導していくことをやりましたも、なかなかそういうふうな業態になじまない、そういうことをやっていたのでは手おくれになってしまうというようなこともあるわけでございます。」)。

- (11) 101国会参地方行政委員会会議録17号17頁(昭和59年7月17日)〔三井修政府委員〕(「この風俗関連営業を全面禁止にしないことについて、私たちは専ら業務の実態に着目して、どのような法的規制を加えるのが適当かということ考えた。」)。なおこれに関連して、昭和59年改正法がポルノ映画館を規制対象としなかったのは「業界の方でもきちっと自主規制をやっていくという形で、既に自主規制を始めて」いるからであるとの説明もなされている。101国会衆地方行政委員会議録17号15頁(昭和59年6月21日)〔鈴木良一政府委員〕。

- (12) 101国会参地方行政委員会会議録17号14頁(昭和59年7月17日)〔寺田熊雄委員〕(「ところが、あなた方は保安部長を先頭に、風俗営業は許可して健全な育成を図るものである、ところが後者は——後者というのは風俗関連営業です、本来、性を売り物にする不健全なもので許可によって公認するのになじまない

という論理でこれを弁明しておられる。』。

- (13) 142国会参地方行政・警察委員会会議録 9 号12頁（平成10年 4 月 9 日）〔泉幸信政府委員〕。
- (14) 142国会衆地方行政委員会会議録13号19頁（平成10年 4 月28日）〔泉幸信政府委員〕。
- (15) 142国会衆地方行政委員会会議録13号14頁（平成10年 4 月28日）〔泉幸信政府委員〕。
- (16) もし平成10年改正によって「本質的不健全」という視点が風営法に組み込まれたとするならば、この時に導入された文言のうちこの趣旨を担うと言える余地があるのは、性風俗「特殊」営業のという文言のみであるが、仮にそうだととしても「不健全」の認定には法的効果が伴っていないということになる。
- (17) 蔭山 I・前掲注（6）29頁は、本来売ってはならないものを売っているという言い方自体に道徳的非難が込められていると述べる。
- (18) 初出は101国会衆地方行政委員会会議録17号17頁（昭和59年 6 月21日）〔鈴木良一政府委員〕。
- (19) 「性を売り物にする」という表現の含意がもたらす別の非対称性は、この道徳的非難が、事業者というよりも、現場で性的サービスを行う従事者個人に向かいがちであるという点に見られる。
- (20) 蔭山・前掲注（6）29～30頁。強調は原文による。
- (21) 蔭山信『注解風営法 II』（東京法令出版、2008年）7 頁。
- (22) 吉田英法「性風俗関連特殊営業に関する規制の在り方」警察学論集54巻11号（2001年）5 頁。
- (23) 吉田一哉『逐条解説風営適正化法』（東京法令出版、2019年）32頁。
- (24) 吉田英法「平成17年改正風営法の意義と課題」警察学論集59巻 5 号（2006年）、鈴木達也「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律」ジュリスト1306号（2006年）。その他、竹花豊「改正風営法の施行に当たって」警察学論集59巻 4 号（2006年）3 頁は性風俗営業を「本来好ましくないという前提に立ちつつ」と述べ、また田村正博『全訂警察行政法解説』（東京法令出版、2011年）278頁は「性風俗関連特殊営業は、性的サービスを提供する「いかがわしい」とみられる営業であり…」と述べる。
- (25) 屋久哲夫、鈴木達也、長村順也「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律」警察学論集59巻 4 号（2006年）20頁。
- (26) 101国会衆地方行政委員会会議録18号 8 頁（昭和59年 6 月26日）〔鈴木良一政府委員〕（「デートクラブ、マントル等というのはどうも原則的には風俗関連営業から除外するという形になるわけですが、やはりセックス産業を対象とするにいたしましても、やや正常な、法律に触れない営業というものが存在するという点で初めて関連営業として認め得るということでございます、

85 (36) 持続化給付金の不支給を性的道義観念が正当化するか (岩切大地)

それがのっけから売春を目的にするような営業というのは、正常の営業と言える余地が全くない営業ということになるわけでございます。したがって、これを認めて、法律上これを規制していくということが不可能である、やはりこれはあくまでも現在の法律を使って徹底して取り締まっていくより仕方がない対象であるというふうに考えておるところでございます。』。

(27) 村上泰「風俗関連営業の規制と考え方」警察学論集38巻6号(1985年)69頁。同旨として、防犯保安協会(編)『新版防犯保安警察概説』(立花書房、1987年)391頁。

(28) 101国会衆地方行政委員会議録18号8頁(昭和59年6月26日)[鈴木良一政府委員]。

(29) 何をもって「すべて」の性風俗営業とするかという問題はある。出会い系喫茶は風営法施行令で規定されたが、出会い系サイトは風営法以外の立法措置で対応されている。ただし、出会い系サイトについては「犯罪から児童を保護」という立法目的が前面に出されており(インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘因する行為の規制等に関する法律1条)、このような着目の仕方が風営法とは異なる点の1つということができる。

(30) 吉田英(2001)・前掲注(22)5頁は「今後、性を売り物とする営業について、新しい種類の営業の規制を検討する場合においては、当該規制の検討時において、脱法的な業態が予想されるときは、脱法を許さないような規制を先行的に併せて考えるべき時期に来ているのではないかと思われる」と述べている。

(31) 片桐裕「風適法改正と今後の風俗警察行政の諸問題」警察学論集52巻2号(1999年)24頁。

(32) 飛田清弘、柏原伸行『条解風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律』(立花書房、1986年)47-48頁。なお昭和23年の当初の風営法においてもこれらの目的を見出すことができるとするものとして、風俗問題研究会『逐条解説風営適正化法：風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律』(東京法令出版、1986年)15頁。

(33) 澤登俊夫「風俗営業法改正の経緯と新風営法の性格」法律時報57巻7号(1985年)9頁。

(34) 飛田ほか・前掲注(32)50-51頁。

(35) 辻義之「風営適正化法の基本的性格」関根謙一ほか(編)『講座警察法第2巻』(立花書房、2014年)329頁。

(36) 風俗営業等の規制及び業務の適正化に関する法律等の解釈運用基準(警察庁生活安全局令和4年4月1日付)3頁。

(37) 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁(悪徳の栄え事件)は、わいせつの保護法益として「性生活に関する秩序および健全な風俗」を挙げている。

(38) 高木俊夫、金築誠志「Ⅱ風俗営業等取締法」平野龍一、佐々木史朗、藤永

幸治（編）『注解特別刑法第7巻風俗・軽犯罪編』（青林書院、1982年）15頁、飛田ほか・前掲注（32）48頁。

- (39) 101国会参地方行政委員会会議録17号（昭和59年7月17日）13頁〔鈴木良一政府委員〕（「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。」）。
- (40) 蔭山 I ・前掲注（6）35頁。
- (41) 営業時間の規制の趣旨について、最大判昭和37年4月4日刑集16巻4号377頁は「…風俗営業について、特に深夜に及び営業することを認めるにおいては、往々にして売淫や賭博その他善良の風俗を害する行為を誘発する虞れがあるため」とし、「営業時間の制限は、右のような弊害を防止するために必要な措置であつて、公共の福祉のために是認されるべきである」としている。
- (42) 解釈運用基準・前掲注（36）55頁。
- (43) 蔭山 I ・前掲注（6）36頁。
- (44) 飛田ほか・前掲注（32）50頁、関根謙一「『学問上の警察』の概念と警察権の限界の理論」同ほか（編）『講座警察法第1巻』（立花書房、2014年）77頁。
- (45) 辻・前掲注（35）333頁は、「風営業界はまだ十分に健全化されていない」との評価を述べている。これは、風営業界が現在性的道義観念に反する状態であるという意味とは解されないだろう。
- (46) なお、追加的に検討すると、自主的な遵法の促進という意味での健全化の対象に性風俗営業がなじまないとされる理由に関しては、昭和59年改正に際して、性風俗営業事業者に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ことが参考になる。この観点からも、健全化の意味を本文のように解釈することが可能である。
- (47) 吉田一・前掲注（23）16頁。
- (48) 関根・前掲注（44）75頁。
- (49) 関根・前掲注（44）76頁。
- (50) 「それは届出制にしたって法律の上に乗せているわけですから、そうすると少なくともある範囲の中では公認しているといえ公認している形になるのですから…（笑）。」雄川一郎、成田頼明、鈴木良一、関根謙一「（座談会）風俗営業等取締法の改正をめぐる諸問題」自治研究60巻11号（1984年）20頁〔雄川発言〕。
- (51) 雄川ほか・前掲注（50）4頁〔鈴木良一発言〕。
- (52) そのほかに本判決が挙げる要素として、「他の制度との整合性」については、ここにいう「他の制度」が風営法を指す場合には上記の指摘が妥当し、他の助成制度を指す場合でも各種の給付プログラムの趣旨との関係が検討されなけれ

83 (38) 持続化給付金の不支給を性的道義観念が正当化するか(岩切大地)

ばならない。また「給付の費用対効果」については、営利活動の中から性風俗営業だけを除外することについて行政機関において本当に費用対効果の検討がなされたか疑問である。しかも、本判決はこの部分についての審査を一切行っていない。

- (53) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁(チャタレー事件)真野裁判官意見。
- (54) 中里見博「性の売買をめぐる権利と法」山元一ほか(編)『憲法の普遍性と歴史性—辻村みよ子先生古稀記念論集』(日本評論社、2019年)284頁。
- (55) 東京地判昭和41年12月16日判タ204号180頁。
- (56) 福岡高判昭和60年3月12日高刑速昭和60年337頁。
- (57) 第二小決昭和36年12月6日集刑140号375頁。
- (58) 東京高判平成3年10月14日東高刑時報42巻1～12号42頁。
- (59) 最大判昭和25年6月21日刑集4巻6号1049頁。
- (60) 筆者は別稿においてこれについて論じ、「「いかがわしい」からいつでも潰せるけれどもあえて潰さずに大目に見る、という意味での「公認」や「法的空白地帯」を生じさせていると指摘した。拙稿「売春法制と性風俗法制の交錯—個室付浴場業規制の法的性質めぐって」陶久利彦(編)『性風俗と法秩序』(尚学社、2017年)。
- (61) 荻上チキ『彼女たちの売春(ワリキリ)—社会からの斥力、出会い系の引力』(扶桑社、2012年)13頁。

付記 本稿の校正時に、本判決の評釈として村山健太郎「判批」新・判例解説Watch 憲法210号(2022年)、櫻井智章「判批」法学教室506号(2022年)、堀澤明生「持続化給付金訴訟第一審」法学セミナー814号(2022年)、玉蟲由樹「性風俗営業に対する差別的取扱い」法学セミナー818号(2023年)に接した。