

「公益性」概念と結社の自由（1）

——「公益法人」制度改革を素材として——

大 隈 義 和

目 次

はじめに

一 公益法人制度改革の概要と運用の実態

- (1) 公益法人制度の概要
- (2) 公益法人の認定・認可に伴う効果
- (3) 運用の状況

二 公益法人制度改革と憲法問題

- (1) 公益法人制度立案段階における論議
- (2) 憲法学における反応 (以上、本号)

三 「公益」概念の多義性と多機能性—公益法人制度改革に即して（以下、仮題）

四 「結社の自由」論の再検証

はじめに

表題表示部分のうち「公益性」をめぐる問題は、学問分野を憲法学の関係に限定するとしてもなお多岐にわたる領域（ないし項目）で解明すべき課題を内包している。

先ずは、それは「法学」全般を舞台とする「公共性の法としての公法」⁽¹⁾

(1) 手島孝『学としての公法』29頁。同書第2章標題からとったもので、同書では「新・公私二分論」が説かれている（39頁以下）。

に関わる文脈で登場する。「公法と私法」二分論の一つの基準として現れる「利益説」の場合がそれであり、そのように解する限りでは「公共性」概念は「公益性」と同義とすることができよう。

また、ここでは「公益性」に限定するとの結論先取りの点に関わり、その概念を「公益性」ならぬ「公共性」（公益性の意味を含める概念としての「公共性」）に拡張して捉えれば、憲法学にとっての根本問題ともいいうる「憲法の公共性」との接点も視野に入ってこよう。ここでは、この「憲法の公共性」の概念をもって論じられる射程には「憲法を創出する権力」（憲法制定権力）の議論まで含まれており、そのうえで「憲法秩序の公共的な正統性を保障するもの」を問い、「立憲主義が法の支配の理念の欺瞞なき貫徹であることはいかにして可能か。憲法を創出し具体化する政治的決定が二階の公共性としての正統性をもつことによって。」と結論づけられるのだからである⁽²⁾。

「公益性」概念を「公共性」に拡大して捉える仕方によれば、議論は以上のような基本的問題にとどまらない。

憲法学における基本的人権保障の限界に関する議論に目を転ずれば、「公益性」の概念について「公共の福祉」論との接点にあるそれとして問題性が浮かび上がる。

それは、教科書風にいえば、基本的人権の制約原理としての「公共の福祉」論の展開の流れ、すなわち、現行憲法制定当初の、『公益』とか『公共の福祉』というような、抽象的な最高概念として捉え（る）一元的外在制約説と内在・外在二元的制約説の対立を経て、従来通説的地位を占めることとなった一元的内在制約説、さらにはその線上でこれの研磨・発展に努める「二重

(2) 井上達夫「憲法の公共性はいかにして可能か」（『立憲主義の哲学的問題地平』岩波講座・憲法1所収）302～307頁、323頁、328頁。なお、井上論文の結論にはさらに「それはいかにして可能か」という重要な論及が続くが本稿では省略している。

の基準」論への対応の仕方のなかで顕在化することとなる⁽³⁾。

この点については、さらに近年、有力な問題提起と検討の仕方を提示する長谷部説が、「公共の福祉を実現しようとする国家権力が個人の行動の自由の制約を通じて、その目的を達するものである以上、公共の福祉に関する諸学説は、そもそも国家権力ないし国家の権威の正統性根拠を問題にするものでもある」との前提に発して、国家権力の正統性の限界と人権の限界を独立に検討するという立論から、公共の福祉を前者の問題として論ずると共に、社会全体の利益として捉えて「国家権力の内在的限界としての公共の福祉」論を展開する⁽⁴⁾。

この理論構成については高橋説による疑念の提起もあるが、ここでは「公共の福祉」の概念が公益ないし「社会全体の利益」として立論の核心を占めていることを確認しておけばよい。

また、このように「公益」を前面に出す議論が個別人権との関係でも俎上に乗ってくることも想像に難くない。

ここでは本稿で取り上げようとする「公益」概念の側面とは一致しないが、樋口教授の「憲法にとっての経済秩序」と題する論文から以下のような一文のみを切り出すことでこのことを確認することとしたい⁽⁵⁾。

すなわち、「そういう事態に対する対応として、一方で、戦後憲法および憲法学の傾向に批判的な側からは、改憲の主張がある。29条2項に出てくる

(3) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法・第五版』（2011年）99頁以下。これ以後の、一元的内在制約説批判に関わる流れについて、巻美矢紀「第12章 個人としての尊重と公共性」（安西文雄他『憲法学の現代的論点（第2版）』所収、2009年）283頁以下。

(4) 長谷部恭男『憲法・第3版』（2004年）114～119頁。

(5) 樋口陽一「憲法にとっての経済秩序—規範形式と規範内容から見て—」（『季刊・企業と法創造』6巻4号、2010年2月、所収）18～19頁。本文中の引用箇所はこれのみでは意味が取りにくいいためその文脈を補足しておきたい。この論文はタイトルにあるテーマについて、公法・私法二元論の背景に公私一元秩序があったという母斑の心得を前提とし、規範形式論、ついで「競争」を鍵概念として規範内容とその動揺を俯瞰し、そのうえで「そういう事態に対する対応として」でてくる改憲の主張に関する箇所である。

『公共の福祉』を『公共の利益』に変えようという主張が、一つの典型であり、競争制限型の社会的介入を端的に否定しようとする。……別の『経済学的知見』からすると、競争という観念が十分に憲法学に、典型的には29条2項がネックになって導入されていない、という見方が成り立つであろう。」と。

この指摘の後半部部分は、「経済学的知見が法律に十分に反映されてきたとは言えない」という認識への対応部分であるが、ともあれここでも触れられるとおり「公益」概念は憲法学にとってあらためて押さえ直しておくべき重要な論点といえよう。

このような問題状況に関し、本稿のテーマに即して「公益法人」との関連で触れておけば、このところようやく憲法学も関連する問題の生起に合わせて当然ながら一定の限度でこれについて学界としても意識するに至っており、憲法辞典にも「公益」ないし「公益法人」の概念への言及がみられる状況にある。

すなわち、これまで、結社の自由をめぐる領域で、とりわけ団体の強制設立・強制加入制と関わり、団体がその目的実現のため必要な範囲で団体の決定を強制するということとそのことが構成員の権利・自由と矛盾・衝突する可能性を有するということとの調整問題として、団体の目的・性格・機能を考慮して団体の目的の範囲を考えるという仕方が展開されてきた。

そして、この文脈の中で、前記の事典の説明を借りれば「学説・判例は営利法人（団体）については目的の範囲をかなり広範に解し、公益法人（団体）については公益目的の実現という観点から目的の範囲を厳格に解している」ことが確認される⁽⁶⁾。

本稿の目的は、副題にも示したとおり、このようにさまざまな場面でさまざまな仕方で用いられる「公益」性に関わる問題の中から、今般行われた百年に一度という「公益法人」に関する法制度の改革と現在進行中の同制度の運用状況を視野に入れて、「公益」概念が多義的であることとその機能のあ

(6) 杉原泰雄編『新版・体系憲法事典』（執筆＝松田浩、2008年）540～541頁

り方の一端を確認するとともに、公益法人改革が「結社の自由」の構造的理解の仕方に及ぼす影響如何を探ることにある。

そこで、本稿一では、公益法人改革の概要と本稿テーマに関するそこでの議論のあり様を取り上げることとする。

一 公益法人制度改革の概要と運用の実態

（1）公益法人制度改革の概要

わが国における法人制度は、明治29年制定の民法が規定するところに始まる。

爾来今日まで百年の長きにわたり当初所定の制度がほぼ原形のまま維持されてきた。すなわち、平成16年に現代語化で整理される以前の規定によれば、法人の成立を法律の規定によることとしたうえで（改正前旧法（以下、旧法という）33条）、「祭祠、宗教、慈善、学術、技芸其他公益ニ関スル社団又ハ財団ニシテ営利ヲ目的トセサルモノハ主務官庁ノ許可ヲ得テ之ヲ法人トナスコトヲ得。」（同法34条）とされ、「社団法人又ハ財団法人ニ非ザルモノハ其名称中ニ社団法人若クハ財団法人ナル文字又ハ此等ト誤認セシムベキ文字ヲ使用スルコトヲ得ズ。」（同法34条ノ2）とされてきたが、今般の制度改革に向けて立ち上げられた「公益法人制度改革に関する有識者会議」資料掲載の時点（平成14年10月1日現在）で社団法人と財団法人の数は合計で26,043を数えている⁽⁷⁾。

こうした公益法人制度の展開のなか、21世紀に至り、「個人の価値観が多様化し、社会のニーズが多岐にわたり、政府や市場だけでは様々な課題に十分に対応することが難しくなっている」との認識から、「民間非営利活動を我が国社会・経済システムの中で積極的に位置付け、その活動を促進」する

(7) 公益法人制度改革に関する有識者会議・第1回有識者会議（平成15年11月28日、以下有識者会議と略記）資料。（行政改革推進事務局ホームページ（2011年6月27日）の下記ホームページによる。）（<http://www.gyokaku.go.jp/jimukyoku/koueki-bappon/yushiki/yushiki.html>）

とともに、「公益法人について指摘される諸問題に適切に対処する観点から、制度を抜本的に見直すこと（注記(7)の有識者会議資料中「公益法人制度の抜本改革のイメージ」図より）がはじめられた。このために設置された「公益法人制度改革に関する有識者会議」の『報告書』の言を借りれば「政府部門や民間営利部門に比べ未だ基盤が脆弱な民間非営利部門による自発的で多様な法人活動を容易にするとともに、民間非営利部門による公益的な法人活動の発展を促進するための新たな仕組みが求められている」ことに対応したのが、今般の有識者会議の「現行の公益法人制度に代わる新たな仕組みのあり方についての提案」であり、公益法人改革である⁽⁸⁾。

あらためて『報告書』の基本認識を確認すれば、それは、従来の公益法人制度のあり方について指摘されてきた問題点—「①主務官庁の許可主義の下、裁量の幅が大きく、法人設立が簡便でない、②事業分野毎の主務官庁による指導監督が縦割りで煩雑、③情報開示（ディスクロージャー）が不十分、④公益性の判断基準が不明確、⑤公益性を失った法人が公益法人として存続し続ける、⑥ガバナンス（法人の管理運営のあり方）に問題がある」という指摘—に「適切に対処しつつ、公益性を各主務官庁が自由裁量により判断する現行の仕組みから転換を図る」ために「民意を反映して公益性を縦割りでなく統一的に判断する透明性の高い新たな仕組みを構築することにより」民間非営利部門の公益的活動の健全な発展と活力ある社会の実現を目指すことになった。そして、このことから、基本方針として掲げたのが、①創意に基づく幅広い活動を促進すべく法人格の取得と公益性の判断を分離し、準則主義（登記）で簡便に設立できる一般的非営利法人制度を創設すること、②上記で設立される一般的非営利法人のうち一定要件を満たすものを、公益性を有する法人とし、新たな主体が判断する仕組みを創設すること、であった（『報告書』3～4頁）。

そして、この方針にしたがい一般的非営利法人制度における法人類型とし

(8) 公益法人制度改革に関する有識者会議『報告書』（平成16年11月19日）1～2頁。

て社団形態のそれと財団形態のその設置が提案されるとともに（『報告書』5～12頁）、「公益性を取り扱う仕組みのあり方」として、「公益性を有するに相応しい規律のしっかりした法人の受け皿となる透明性の高い仕組み」の構築、「ガバナンスの強化を通じた社会監視の充実を図る」こと、「判断主体が的確な事後チェックを行うことにより、公益性を有する法人の適正な運営を図るべき」こと、が提示され、判断主体としては、「受益者等国民の意向を適切に反映しつつ、現在の主務官庁から独立かつ中立的に判断を行い得る」組織として、「現在の主務官庁から中立的に判断を行い得る特定の大臣の下に、民間有識者からなる合議制の委員会を設置するものとし、当該委員会において法人の公益性の判断を実質的に行い、当該委員会の意見に基づき、当該大臣が必要な措置をとることとするのが適当である」とされた（『報告書』13頁）。また、この判断主体について、一定の地域を拠点として活動する法人に関しては「受益者との関係も勘案し、原則として、都道府県に国に準じた組織と機能を有する判断主体を設置して、住民の考えを適切に反映しつつ、公益性の判断等の取扱いを行うことが適当である」とされた（『報告書』14頁）。

こうして、二つの法人類型を有する非営利法人制度に関して「公益性を有するに相応しい規律のしっかりした法人の受け皿となる透明性の高い仕組みの構築」の必要性が「判断主体のあり方」と「判断要件のあり方」の二つの観点から提言されることとなる（『報告書』13頁以下）が、前者については上記のとおりであるので、以下では後者の「判断要件」について略述しておこう。

「判断要件」については、判断主体の主たる機能として「法人の公益性に係る判断」、「いわゆる事後チェック（監督）」、「不服申し立ての処理」が意識されているところ、これをうけて事後チェックの点も含めて16頁にわたる詳細な提言がなされている（『報告書』14頁～29頁）。

それによれば、その提言は、「公益性を有する法人の目的は、積極的に不特定多数の利益の実現を基本とすることが適当」なことから、「不特定」の

範囲について「受益の及ぶ範囲」や「公益の取り扱い」（公益と公益の差異）を意識し、事業規模としては公益事業の規模が法人の過半を占めるといった要件から株式保有制限や事後チェックのあり方まで多岐にわたる言及となっている。

上記のように従来の公益法人のあり方への反省まで踏まえながら、また、その判断要件についても規制の行き過ぎを抑えることに目配りしながら、「報告書」はこれらへの点検に努めているが、そのうえで、今般の制度改革中特に重要な意味をもつものとして、新たな判断主体の果たす役割、あり方として「独立性・中立性を重視し」た新しい姿を呈示している（『報告書』34頁）。

なお、この判断主体に関わって、地方自治体版の「判断主体」設置の必要性に言及のあることもここであらためて確認しておこう。

以上のような報告を受けて新たな制度の基礎づけとして結実したのが「公益法人制度改革3法と施行令・施行規則」である⁽⁹⁾。

（2）公益法人の認定・認可に伴う効果

次に、有識者会議等でとりあげられた改革をめぐるさまざまな議論については二の項目で必要に応じて取り上げることとし、ここでは公益法人としての認定・認可を受けることにより生じる効果について簡単に確認しておきたい。

有識者会議『報告書』によれば、一般的には、まず、「公益性を示す何ら

(9) 3法その他の施行令等とは、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（平成18年法律第48号・一般社団・財団法人法）、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（平成18年法律第49号・公益法人認定法）、及び「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成18年法律第50号・整備法）〔括弧内はいずれも本稿及び以下の記述での略称〕及び、一般社団・財団法人に関する法律施行令（平成19年政令第38号）、同施行規則（平成19年法務省令第28号）、公益法人認定法に関する施行令（平成19年政令第276号）、同施行規則（平成19年内閣府令第68号）、整備法に関する法律施行令（平成19年政令第277号）、同施行規則（平成19年内閣府令第69号）である。以上、『公益認定・認可関係資料集』（内閣府・平成20年11月）による。なお、『分かりやすい3段対照・公益法人制度改革3法と施行令・施行規則〔第2版〕』まえがき（2008年）も参照。

かの呼称の使用（ここでは「公益法人」のこと＝筆者）を当該法人に認めることにより」、法人の社会的信用力が増し、法人が寄付や労務提供をとおして目指しているそれぞれの活動の促進に役立つであろうということが挙げられる。

次に、公益法人は「必要なガバナンス・規律の確保、判断要件の遵守等を通じて、しっかりした規律を確保する義務を負うことにより、呼称の使用と相俟って、社会的信用が高まり、寄付や労務提供を通じてその促進に資すると考えられる。」

また、現行税制における公益性などを理由とする税法上の優遇措置にかかわり、「新たな非営利法人制度の基本枠組みが具体化された上で、所管省において専門的検討が進められることとされている。なお、その際には、民間非営利部門による公益活動の健全な発展を促進する等の観点から、新たな非営利法人に対する税制上の取扱いについて専門的検討が進められることが重要であるとの意見があった」とされたところである。

このほか、判断主体が、情報開示事項に関するデータベースを国民一般に公開し情報提供をすることや、公益性を有する法人の運営等について相談・助言すること等の問題が意識されているが（以上、29頁）、以下では、内閣府公益認定等委員会から公表された「新しい公益法人制度に係る質問への回答」（FAQ）（平成20年5月22日現在）により公益社団・財団法人のメリットとデメリットについていますこし具体的にみておこう⁽¹⁰⁾。

この場合、公益法人の特徴を浮かび上がらせるために用いられる比較の対象は一般社団・財団法人である。

内閣府公益認定等委員会が公表した頻繁に尋ねられる質問（FAQ）として、これら一般法人と公益社団・財団法人の違い、また、それぞれのメリット・デメリットは何かがあるが、これに対する一般的答として、以下の3点

(10) 前掲（註9）全国公益法人協会『分かりやすい3段対照公益法人制度改革3法と施行令・施行規則〔第2版〕』所収の資料4（同書465～537頁）による。

が挙げられている。

第一は、従来の公益法人許可制度で一体として扱っていた法人の設立と公益性の認定について今次改革では両者を分離し、登記のみでできる一般社団・財団法人の制度を創設するとともに、これらのうち公益目的事業を行う法人は公益認定を受けることができることとし、これを公益社団・財団法人と呼ぶこと、第二に、両者の違いは（公益性を有するものとして）公益認定を受けているかどうかということにあること、したがって、第三に、実体面の相違として、法人の規模、事業などにより差異はあるとしても一般論としてそのメリット・デメリットとして次の二点、すなわち、法人形態の選択と向き・不向きという視点から、①公益社団・財団法人は行政庁の監督のもとで税制上の優遇措置を受けながら主として公益目的事業を実施してゆきたい法人がこれを選択するのに向いている（場合が多い）こと、②一般社団・財団法人は、比較的自由的な立場で、非営利部門において可能な範囲で公益目的事業を含む様々な事業をしてゆきたい法人が選択するのに向いていること、がそれである⁽¹¹⁾。

なお、さらに詳しく比較事項 [(a) 成立・認定の要件、(b) 実施できる事業 (c) 遵守事項、(d) 監督、(e) 税制] をあげての対照された特徴・差異もこのFAQに掲載されているがここではこれを比較事項に即して略述のうえ確認しておこう。

それによれば、平成20年5月22日現在のこととして、この比較事項に応じて、一般社団・財団法人は、(a) 設立登記によること、(b) 適法であれば条件なし、(c) 一般社団・財団法人法の規律のみ、(d) 業務・運営につき一律的監督なし、(e) 一部一般社団・財団法人につき収益事業のみに課税などの措置が定められる見込み、とされている。これに対して、公益社団・財団法人は、(a) 公益法人認定法第5条の認定基準に適合し、同法第6条の欠格事項に該当しないこと、(b) 適法であれば制限はないが、公益目的

(11) 前掲（註10）、「資料4」468頁。

事業を費用で計って50%以上の比率で実施する必要のあること、(c) 一般社団・財団法人法の規律に加えて、収支相償、公益目的事業比率50%以上、遊休財産規制、一定の財産の公益目的事業への使用・処分、理事等報酬の支給基準の公表、財産目録の備置き・閲覧・行政庁への提出等、(d) 行政庁（委員会）による報告徴収、立入検査、勧告・命令、認定の取り消しあり、(e) すべての公益社団・財団法人が特定公益増進法人（当該法人への寄付につき寄付者の税制上の優遇措置（損金算入等）が認められる法人）となり、公益法人認定法上の公益目的事業は法人税法上の収益事業から除外され、非課税になるなどの措置が定められる見込み、とされている。

結局、上記「資料4」によれば、「民間非営利部門において『民による公益の増進』に寄与していこうとする団体にとって、いずれも有力な選択肢になるものと考え」られているのである⁽¹²⁾。

（3）運用の状況

前項一（1）で触れた公益法人制度改革3法と施行令・施行規則（註9参照）は公布の日から起算して2年6月を超えない範囲内の政令で定める日から施行するとされたことから、同3法等は平成20年12月1日が施行日となった。

本制度は、爾来2年6カ月の間この制度の運用をみているが、国について設置された公益認定等委員会（平成19年4月1日）は別として都道府県に置かれる合議制の機関（各県それぞれに呼称は審議会、委員会、審査会と異なっている）における審査の進捗状況については今後の見通しは別として現在のところでは後述のとおり必ずしもはかばかしくはない。

ともあれ、従来の公益法人は営利を目的としないものについて旧民法34条により法人格を得ているところ、今次整備法により、一般社団・財団法人法が施行されるとき現にある法人は施行日以後それぞれ一般社団・財団法人法の規定による「一般社団法人」または「一般財団法人」として存続するとと

(12) 前掲（註10）、「資料4」468頁の対照表による。

もに(40条第1項)、その場合新たな公益法人または一般社団法人・一般財団法人への移行登記をしない法人は特例社団法人または特例財団法人として一般社団法人・財団法人法第5条1項(名称使用)の規定を適用しないこととされておりこれらの法人は5年間の移行期間満了時に解散したものとみなされることになる。

ところで、これらの法の施行に関わっては、国の公益認定等委員会が法改正を受けて議事録・資料を公開の上、11回の審議の後に答申を行い、これを政令・内閣府令に結実させたところであるが、さらに、同委員会は平成19年9月6日以降20回の審議を重ね、法運用に関しより具体的な「公益認定等に関する運用について」(公益認定等ガイドライン)を取り纏めるとともに、「法人の行う個別の事業が『公益目的事業であるかどうか』すなわち『不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するか』の事実認定に当たっての留意点として『公益目的事業のチェックポイント』もガイドラインと並行して審議を取りまとめ」ている¹³⁾。

そして、これらガイドラインとチェックポイントの両者は、以下で取り扱うこととなる(本制度における)公益法人認定等の処分・性格が憲法問題としての結社の自由とどのような関係にあると考えるべきかの考察に際して、より具体的な制度の姿を呈示して見せることとなるだけにここでこの両者についても簡単に確認しておくことにしよう。

平成20年4月(同年10月改定)の「公益認定等に関する運用について(公益認定ガイドライン)」は、「公益法人認定法第5条等について(公益社団法人・公益財団法人関係)」、「整備法第119条に規定する公益目的支出計画等について(一般社団法人・一般財団法人への移行関係)および「【参考】公益目的事業のチェックポイントについて」からなる。

このうち「公益法人認定法第5条等について」は同条所定の「法人の主たる目的」(5条1号関係)から「財産の贈与、帰属先」(5条17号、18号関係)

¹³⁾前掲(註9)「公益認定・認可関係資料集」はしがき。

までを中心とした考え方を、整備法119条の公益目的支出計画等については「公益目的が『適正』であることについて」や「公益目的支出計画を確実に実施すると見込まれることについて」を中心としたあり方を、「【参考】公益目的事業のチェックポイントについて」は、第一に「公益目的事業のチェックポイントの性格」、第二に「『不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するもの』の事実認定に当たっての留意点」を、とくに後者（第二）については①事業区分ごとの公益目的事業のチェックポイント、②上記の事業区分に該当しない事業についてチェックすべき点を、詳しく案内している。

ともあれ、これらのガイドライン等は「国・都道府県、法人関係者の間で十分に共有され、円滑な制度運用が進むこと」を期待して作成されているが、これらが含むいくつかの問題点は本稿末尾で触れることとし、以下では、簡単に具体的な制度運用の状況を統計上の数字を通して見ておこう。

内閣府が公表した「新公益法人制度における全国申請状況（速報版）」によれば、新制度が発足した平成20年12月1日から平成23年7月31日現在までの申請に対する処理の状況は移行認定（特例民法法人から公益法人への移行認定）、移行認可（特例民法法人から一般社団・財団法人への移行認可）、公益認定（一般社団・財団法人から公益法人への公益認定）それぞれに関する処分数は移行認定・移行認可・公益認定の順に次のとおりである。すなわち、移行認定は申請総数（全国合計）2571件（内閣府分914件、以下括弧内は内閣府分）中、1857件（648件）、移行認可は申請総数1079件（454件）中、674件（289件）、公益認定は申請総数127件（76件）中、97件（56件）である⁽¹⁴⁾。

二 公益法人制度改革と憲法問題

（1）公益法人制度立案段階における論議

一般の公益法人制度改革の動きのなかで中心的地位を占めたのは前述のと

(14) 内閣府「新公益法人制度における全国申請状況（速報版）」（平成20年12月1日～平成23年7月31日）

おり有識者会議であるが、そこで憲法学の観点からみて論点とされたのは、大きく括れば「公益性」の問題と「結社の自由」に関わる問題であったとみてよい。この二点については以下の章でそれぞれ分説するが、有識者会議の段階では、憲法学的な面からの言及ないし関わりが少なかったこと、および「公益性」の問題については冒頭でも示したように学問領域的にも広汎な内容を持っていることから、ここでは特に「結社の自由」に関わる議論の状況のみを取り上げてみておこう。

内閣官房行政改革推進事務局のホームページによる公表によれば、「公益法人制度改革に関する有識者会議」は平成15年11月28日の第1回会議から平成16年11月16日の第26回会議まで26回にわたる会議を開き種々のテーマについて検討を重ねているが、上記の2点に関わる検討として法的観点からなされたものとしては、民法学からの二つの報告、すなわち、第3回会議における大村敦志東京大学教授による「『結社の自由』と『非営利団体』—フランスの場合を中心に—」および第4回会議における星野英一東京大学名誉教授の法人制度上「公益性」を判断する意義等に関する報告とが中核をなしている。このうち、とりわけ「結社の自由」に関する主たる議論は前者の大村報告を中心に行われている⁽¹⁵⁾。

大村報告は、まず「中間団体を重視するアメリカに対して、これを敵視するフランスという図式が描かれて」いるという現代日本の憲法学の研究状況から説き起こし、フランスにおいては近代初頭にはル・シャブリエ法による団体・結社の禁圧をみたが1901年には当時の首相ワルデック・ルソーのイニシャティブによって形式的には法律であるが実質的には憲法的価値を有する「非営利団体すなわちアソシアシオンの結成を一般的に承認するという法律が制定されるに至る」（正式には1901年7月1日の「結社契約（非営利社団

(15) 大村教授の報告については第3回有識者会議議事録16頁以下、星野名誉教授報告については第4回有識者会議議事録2頁以下（有識者会議については（註7））参照。

契約)に関する法律)ことを確認のうえ以下の2点を指摘する¹⁶⁾。すなわち、一つは、「法律の禁止にもかかわらず、中間団体が現に存在し続けるという社会的な力に促されて、法律の方が改められたということ」、いま一つは「1901年法の立法に当たって結社の自由の根拠付けとして、個人の自由としての契約の自由が掲げられたということ」であると。ここでは、フランスにおける結社の自由があくまでも団体をつくる個人の権利として理解されており、団体は、革命で否定された拘束的団体としてではなく自発的に契約によって構成されるものとして捉えなおされているのであり、また、団体は独立の法人格を有することとなるがそれは個人の集団的活動を支援するためのものであるという。なお、大村論文（註記（16）59頁）によれば、このことは1901年法自体が特徴的な法律構成として採用した内容、すなわち、「結社の自由」は「契約の自由」により基礎づけられたこと（法1条）、アソシアシオンの要件として「利益の分配」をしないことが挙げられていたこと（法1条）、設立は自由だが法の保護を受けるには届出を要すること（法2条・5条）、アソシアシオンには段階的に法人格が付与されたこと（法2条・6条・11条等）に現れている。このうち段階的な法人格付与については、能力が全く認められない未届出アソシアシオン（法2条）、次いで「届出」により訴訟提起や現実贈与および公的な寄付金・助成金受け入れ等を可能とする段階（法6条1項）、さらにコンセイユ・デタの議を経たデクレ所定の条件で贈与・遺贈を受けることができる段階（法6条2項）、公的認証を受けることすべての民事上の行為が可能となる段階が紹介される（以上、大村論文60頁以下）。

16) この1901年法の意義・概要等については以下の本文中で紹介する井上論文（井上武志『「結社からの自由」の憲法問題』4頁以下（岡山大学法学会雑誌第58巻4号）に詳しい。また、大村報告についてはそれに先立つ2003年のNBLに収められた日本私法学会シンポジウム資料（団体論・法人論の現代的課題）報告IV・大村敦志『「結社の自由」の民法学的再検討・序説』（以下、本文中では大村論文と表記）が基底に置かれていると思われる。したがって、本文中の報告要旨についても適宜これらを参照のうえで確認し叙述するものである。

また、大村報告は、団体に集まる個人の集团的活動に対する支援という考え方が貫かれているという基本的理解を踏まえて、「一定の公益性が認定された団体には、より広い範囲の法人格がみとめられ、これとは別に税制上の優遇措置や各種の補助金の交付もなされている」ことを指摘したうえで、さらにフランスでの現状に説き及ぶ。

それによれば、80万程のアソシアシオンが「フランス社会でどのように受け止められているのか」に関わって以下の三点が指摘される。第一は活動領域について、消費者保護・反人種差別・社会連帯・国際人権問題・環境問題なども高い割合でアソシアシオンの仕事とされているがスポーツ・文化・学校関係の活動などが中心領域になっていること、第二は、アソシアシオンに対する信頼度が高く好感を持たれていること、第三に、「フランスのアソシアシオンは地方自治体のパートナーとして大きな働きをしていると言われて」いること、がそれである。

こうして、報告は、結局、「非営利活動というのは、それが狭い意味での公益活動を目的とするものでなくても、それ自体が公益的な意味を持っているということに留意する必要がある」との言で締めくくられる。

以上の報告に続く質疑応答での、フォンダシオン、財団に関する補充説明や、非営利法人とアソシアシオンとの異同に関わりフランスではNPO法人や地域の町内会的なもの、著名なサッカークラブなども基本的に一元的なシステムを取っている（同じ法律に基づいて設立される）ことの説明、公益性認定をどこがするのかについてのやりとりなどをみれば、同報告が今次改革への基本的視点を提供していることを窺い知ることができるが、今次改革自体での「公益」をめぐる理解の仕方等については次章で触れることとし、次に、こうした私法学からの検討に対し、公法学とりわけ憲法学での対応如何を瞥見しておこう。

(2) 憲法学における反応

今次公益法人改革において、有識者会議を中心とする立案段階での憲法学

的観点からみた論点は、結社の自由との関係をどのようなものとして捉えるかという点にあったとみてよい。

この点に関する議論としては、立案段階に先んじ、日本私法学会シンポジウム資料として公表された前述の大村論文を嚆矢とみることができよう。

そのシンポジウム報告は、憲法学における「結社の自由」をめぐる議論に関する標準的な議論として、「結社の自由」に関する教科書的説明のウエイトがあまり大きくないことを抑えつつ、「第一に、結社の目的として、政治・経済・宗教のほかに芸術・学術や社交が挙げられていること、第二に、自由の内容として、団体形成・加入の自由、団体活動の自由、団体形成・加入をしない自由や団体から脱退する自由が列挙されていること……、第三に『結社の自由』とは別に、『法人の人権』という論じ方がされ」ていることに深い興味を示す。そのうえで、憲法学における通説と異なるトーンを有する有力な最近の議論として、「結社からの自由」こそが重要だとし「結社をとりむすぶ諸個人の自由として理解されなければならない」とする樋口陽一教授の見解や、法技術的な・体系的な面から「法人の人権」を分節化しようとする長谷部教授・松井教授等の見解に着目し、次のような問題提起に至っている。すなわち、前述の有識者会議でも触れられたフランスにおける「結社の自由」をめぐる議論のあり方・内容等を踏まえつつ、「日本においても、このように社交性に基礎づけられた『結社の自由』を構想するならば、『結社の自由』の憲法的な基礎づけも変わってくるだろう」と⁽¹⁷⁾。

結社の自由にかかわる民法学からのこうした言及にも拘わらず、本稿がとりあげる意味での問題—公益法人改革と絡めるとき結社の自由をどのようにとらえるべきか—に関して、憲法学からの反応は必ずしも大きくはなかった。

(17) 大村敦志、前掲（註16）、55～63頁。そこで当時の文献としてあげられるもののうちいくつかを本文の補充と再確認の意味でここでも掲載しておこう。芦部信喜、新版補訂版『憲法』（1999年）163頁、松井茂記『日本国憲法』（1999年）476～478頁、長谷部恭男『憲法（第二版）』（2001年）122頁、137～138頁、225頁、樋口陽一『憲法』（1992年）124頁、151頁以下など。

例えば、憲法学が示した論文情報を公法学関係の主たる学会誌『公法研究』の1992年以降の「学界展望」にみれば、同欄の領域分類としての表現の自由のなかに「結社の自由」に関する叙述が現れるのが同誌61号（1999年）からであり、人権の主体に着目したうえで「団体の権利」の小分類が現れるのが65号（2003年）からであるが、本稿主題に即してみれば、アメリカの議論を素材にして結社の自由を各人が関係を選択する権利ととらえる論稿や公益法人である日本歯科医師会と政治団体たる日本歯科医師連盟による政治活動の関係性を問う論稿等が散見されるにとどまっていた¹⁸⁾。

こうした中、憲法学において正面から公益法人制度改革を意識しつつ「結社の自由」の問題に取り組む数少ない作業として井上武史論文がある。

その問題意識は、憲法学での通説も「結社の存在を認めたのであれば、『個人』と『結社』の関係について憲法が何等かの規律を及ぼしている」と考えられないわけではない」こと、また、「憲法論として個人と結社との関係がまったく等閑視されてよいとは言えないだろう」ことにある。同論文はこのような意識から現行法制度の分析・検討の手掛かりをフランス法の議論に求めるが、フランス法でのあり様は、前記大村報告・論文によりその概要を確認した

¹⁸⁾ 橋本基弘『近代憲法における団体と個人』（不磨書房）、小栗実「公益法人と政治団体の種別をめぐって」（鹿児島法学論集39巻2号）。なお、同様に憲法学の無関心さを指摘するものとして、井上武史「憲法から見た一般社団法人制度—結社の自由の視点からの検討—」612頁（初宿正典先生還暦記念論文集『各国憲法の差異と接点』2010年所収）。ただし、本稿脱稿直前に開催された日本公法学会第76回総会は、統一テーマ「国家の役割の変容と公法学」のもと、第一部会では「市場のグローバル化と国家」の観点から「結社の自由」ならぬ「企業」や「NPO」に焦点を当てて報告が行われた。前者については大西祥世報告「グローバル化における企業の公法上の位置づけ」が「企業を交易を実現する主体としてとらえる考え方の登場」、「企業を国内および国際社会における公的な利益の追求を分担する担い手として位置づける可能性」、今後「企業の公共性を位置づけるような法律が増えることが予測される」ことを指摘し、後者のNPOについては多田一路報告「国家作用におけるNPOの位置」が「ヨーロッパのサードセクター」たるアソシアシオンを視野に入れたつつNPOの理念型の特徴の一つとして「非営利性」と「公益性」を呈示する。議論のある概念ながら「国際化」「グローバル化」との関わりでみれば憲法学が必ずしも無関心であったわけではない。76回総会報告に係る学会誌の公刊が待たれる。

ところであり、以下では井上論文による「結社の自由」再構成の試みのみを確認しておこう⁽¹⁹⁾。

同論文は日本国憲法21条における「集会・結社の自由」と「表現の自由」の読み方に関し、分離説（二元説）と一体説（同一説）との差異を押さえつつ、結社の自由の「団体性」に着目する分離説を妥当としたうえで、さらに、「結社の自由の承認が憲法秩序に与える意義に着目し」従来の「『個人』と『国家』から構成されていた二極構造の秩序を、『結社』（団体）を含めた三極構造の秩序へと転換することを意味するはず」と論じる。そして、このことから、結社の自由の内容として、結社の設立・存続の自由、個人の結社からの自由、結社の活動の自由が導き出されることとなり、さらに個人の結社からの自由の問題が掘り下げられている⁽²⁰⁾。

同じ著者が、一般社団法人制度に着目し、これを結社の自由の視点から検討した先行論文で、「日本国憲法の結社の自由には法人格取得権が含まれるということ、そして、一般社団法人制度は同権利を具体化する制度として位置づけられる」としたこと、「一般社団法人制度および一般法人法を憲法に関わる問題として正面から位置づけた上で、結社の自由の視点からその意義と問題点を見極めること」を憲法学急務の課題としたことは、上記論文（「『結社からの自由』の憲法問題」）と合わせ、学界として数少ない成果しかみない状況の中で注目すべき成果と言えよう⁽²¹⁾。

(19) 前掲（註16）井上武史「『結社からの自由』の憲法問題」3頁。なお、同論文では2000年代フランスにおける破棄院判決、結社の自由をめぐる個人保護の原理、脱退の自由の憲法問題、統制処分の限界問題についての詳細な論及があるがここでの紹介は割愛する。

(20) 以上、前掲（註16）井上武志「『結社からの自由』の憲法問題」23～24頁、27頁以下

(21) 前掲（註18）井上武史「憲法から見た一般社団法人制度—結社の自由の視点からの検討—」634～635頁