

「公益性」概念と結社の自由（二・完）

——「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、第1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、本号）

- (1) 結社の自由と公益法人制度
- (2) 結社の人権享有主体性—学界の動向
- (3) 公益法人制度における「公益」性と「公益」概念の射程

四 「結社の自由」論の再検証—「結社の自由」における結社の射程およびその権利主体性をめぐって

- (1) 結社の射程
- (2) 結社の権利主体性
- (3) 「私」と「公」の関わり方

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

(1) 結社の自由と公益法人制度

以上、公益法人制度改革のあり様、運用状況、それらをめぐる学的状況を確認してきた。これを踏まえて、次に、同制度において憲法学からみた主要論点となる「結社の自由」と「公益」概念、特に本稿の主題であり後者に関わる公益法人制度に焦点をあてて検討してみよう。

「結社の自由」の射程に関わる問題については、前節までにみた大村報告・論文、井上論文の成果を踏まえ、フランスにおける1901年結社法以後に見られた法人制度の経験、および、一般法人にいかに対応するかについて従来のがわが国での学的状況のもとではこの点にさほど焦点が当てられてこなかったことを考慮したうえで、ひとまずつぎのように言うことができるだろう。

すなわち、今日の憲法学はその到達点として、「結社」を、「特定の多数人が、任意に特定の共通目的のために継続的な結合をなし、組織された意思形成に服する団体」ととらえている。ただ、この結社の目的にかかわっては、「もっぱらまたは主として経済活動を目的とする団体」を別論とする有力説もないではないが、目的の差異の相対性や目的自体の重複性を考えればこの目的については広く「政治的・経済的・宗教的・学問的・芸術的・社会的などのいかに問わない」としたうえで、結社の自由の内容については、①「人は、団体の結成・不結成、団体への加入・不加入、団体の成員の継続・脱退につき、公権力による干渉を受けないこと」、②「団体は団体として意思を形成し、その意思の実現のための諸活動につき、公権力による干渉を受けないこと（団体自体の自由）」を意味すると考えてよかろう。²²⁾

こうした従来 of 憲法学の理解を今回の法人制度改革に重ね合わせてみると

²²⁾ 佐藤幸治『日本国憲法論』(2011年)292頁。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第5版)』(2011年)211頁も同旨。文中の有力説については、佐藤幸治『日本国憲法論』292頁参照。なお、以下、本稿の註記については、前稿(一)を引き継ぎ註(22)から開始しているが、本稿(二)で初出の場合、筆者、書名を再掲している。

き、先にあげた井上論文のいう法人格取得権を結社の自由の射程に入れるか否かは別として、「法人格を有することは法的に種々の便益をともなう。したがって法人格付与のあり方も『結社の自由』の保障と無関係ではない」とする理解がその課題の位置づけにとって基本的意味を持つに至っているといえよう。わが国では公益法人や個別の特別法による場合を除いては非営利団体（法人）に「原則として法人格取得の道を閉ざしてきた」からである。²³ただ、その場合、憲法次元での「結社の自由」の保障については、一般にはそれが法人格の有無に関わりなく及ぶと解されるだけに、法人制度改革の問題を契機としていま一度憲法 21 条における結社の自由の位置づけを確認しておかねばなるまい。

ここで、まずは、とりあえず前掲の井上論文の検証にのみ触れておけば、「集会・結社の自由」と「表現の自由」の読み方に関する分離説（二元説）による構成の仕方の場合、自由の規制の程度をどのように捉えるかについて定かではないが、結社の目的に関し「専らまたは主として経済活動を目的とする団体」を 22 条 1 項ないし 29 条の問題と捉える仕方の場合、例えば、自由の制約ないし特典の付与等との関係でみれば目的を積極・消極二分論に類した仕方でそれを論じることになるのであろうか。これに対し、憲法 21 条の結社の自由を表現の自由と同一線上ないし延長上に位置づける一体説（同一説）に立てば「公益目的事業」の、非営利法人と営利法人の両者とくに公益法人認定法と一般社団・財団法の両者を視野に入れる場合の結社の自由におけるその位置づけ方については、表現の自由の場合に用いられる「営利的言論」と「非営利的言論」との類型論にも類似するとの考え方をすることが分かり易いように思われる。ともあれ、以上の点に関しては、筆者は、認定法 2 条第 4 号に定める学術・技芸・慈善その他の事業の性格からも一体説で処理する方が適切ではないかと考える。ここでは、特例民法法人が公益社団・財

²³ 前掲、註 (22) 佐藤幸治『日本国憲法論』293～294 頁。同旨、大石真『日本国憲法』(2005 年) 245 頁。ここでも「どのような団体にどの程度の法人格を認めるかは原則的に立法政策の問題」とする。

団法人と一般社団・財団法人に分かれる場合に、「公益」性の有無が判断の基準となるが、前者の認可・認定を得ることができるか否かを措けば、ひとまず後者（一般社団法人・一般財団法人）の選択については準則主義の限定はあれ申請法人の意思に委ねられているという意味で結社の自由の保障に対応していると説明することができよう。²⁴⁾

(2) 結社の人権享有主体性—学界の動向

ところで、上記の“公益法人制度にからめた「結社の自由」の問題”から目を“結社の自由”一般の議論と結社（自体）の人権享有主体性の問題”に転じてあらためて学界の動向を振り返っておきたい。なぜなら、この点が、公益法人の憲法的位置づけにとって不可欠の前提と思われるからである。なお、この問題については、すでに早く小野善康氏（岩手大学名誉教授）による詳細な先行業績があり、そこでのいくつかの論点について筆者とはいくつかの点で見解の相違があるとはいえ、学説のあり様全般の検証についてはその成果に依拠してここで簡略化し再確認することが許されよう。²⁵⁾

詳細は省くとして、小野氏は、「法人の人権」論を検討し、学説が法人も人権享有の主体性を認めたこと（宮沢俊義、註解日本国憲法）、八幡製鉄政治献金事件最高裁判決を中心にこれを承認したこと、「会社の基本権」観念（伊藤正巳）の登場、これらの学説と判例に対する批判論（樋口陽一）—「人権

²⁴⁾ この点に関しては、浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』（2006年）63～64頁によれば、「どこまでをその団体の目的の範囲と考えるか」につき、「判例・学説は、営利法人（団体）に関してはその目的の範囲をかなり広範に解し、他方、公益法人（団体）に関してはより厳格に解する傾向にある」とされるが、以下、四（1）で本文の第二点として、今次改革を踏まえたいうえでのいまま少し詳しい説明をしよう。

²⁵⁾ 小野善康「結社の憲法上の権利の享有について—「法人の人権」論の再検討」（『アルテス・リベラレス』72号、2003年）79頁～98頁。なお、ここでは、「法人の人権」という用語が法人格のない団体も含めたジャンルとして考えられるのが一般的であること、および、法人格の付与が法律に従って行われていることから、小野論文は「結社（ないし団体）」の人権問題としてとらえることが適切、としている。また、ここでの学説に関わる出典については、小野論文が書かれた当時までの状況を踏まえる意味で、原則として、小野論文に従い当時までの典拠に依拠している。

主体として、自然人と法人を論理上同列に置く。論理上同列に置くことによって、結果的には法人の法的利益というものを、事実上優先させるというパターン」が抽出される一を確認しつつ²⁶⁾、八幡製鉄献金事件、三菱樹脂事件、自衛官合祀事件が、法人の人権を自然人たる国民の権利と同質のものとして扱ったのに対し、代表的学説が次のようにこれとは異なる説き方をすることに言及する。すなわち、法人の享有できる権利・自由が広い範囲に及ぶことを認めつつその保障の程度について自然人と同じではないとする見方（芦部信喜）、その適用される基本権の範囲・程度について法人の目的・性格に応じ個別的に決定すべきと説く仕方（伊藤正巳）、自然人と同程度の保障が及ぶことを意味せずとしつつ自然人の人権を不当に制限する地点に法人の権利行使の基本的限界を見る仕方（佐藤幸治）がそれである。²⁷⁾

このような議論を視野に入れつつ、小野氏は、「法人の権利と対抗関係にある私人の権利が適切に比較考量されていない」点を指摘しつつも、これを行った近年の判例として1996年3月19日最高裁判（民集50巻3号615頁）を指摘するが、この点はさておき、小野氏の核心となる主張は、「法人が人権を享有する論拠について」の検討から、その憲法上の権利を認める通説的見解の再検討を迫る点にある。²⁸⁾

すなわち、小野氏は、その検討に際し主題についての学説を、第一説、人間の尊厳に発して法人の人権主体性を否定する説（覚道豊治）、団体・法人による人権侵害を相対化する弊害から人権享有主体性を否定する説（浦部法

26) 小野義康、前掲註(25) 81～84頁。宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』（有斐閣1971年）245頁。法学協会著『註解日本国憲法・上巻』（有斐閣、1953年）298～299頁。伊藤正巳「会社の基本権」（『商事法の諸問題』（有斐閣1974年））。樋口陽一『転換期の憲法？』（敬文堂、1996年）86頁。

27) 小野義康、前掲註(25)、86頁、88頁。芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』172頁。伊藤正巳、前掲註(26) 10頁、16頁。佐藤幸治『憲法・第三版』（1995年）426～427頁。なお、佐藤説については、前掲註(22)『日本国憲法論』が152頁を中心に、今次公益法人改革も踏まえた形で、「自然人の場合とは趣を異にする」との表現で従前と同じ方向での説明をしている。

28) 小野義康、前掲註(25)、88頁

穂)、第二説、本来的には自然人を念頭に置きつつも活動の効果の自然人への帰属を理由に法人にも適用を見る説(宮沢俊義)、第三説、この説とは財団法人・営造物への承認如何で対応が異なるが、法人の「自然人と同じく活動する実体」「現代社会における構成要素」の性格から権利主体性を肯定する説(伊藤正巳)、この説の線上で「人権主体たりうることを法人格の有無にかかわらせる必要はなく、…法人と同じ実体を備えているかぎり…一定の人権の享有能力」を認める説(芦部信喜)、第四説、政党・組合等の団体を視野に入れつつ法人の人権承認の論拠を人権の共同行使として捉える説(もっとも小野論文はこの説の人権享有の根拠についてそれを憲法21条の結社の自由を求める説としても位置付ける。)、第五説、その論拠を憲法21条の結社の自由を求める見解、の五説に整理した上で、通説たる第三説について、以下のような問題点を指摘する。²⁹⁾第一に、団体が社会に果たす役割の大きさから人権の享有を説くことは「事実から当為を導き出すとの批判を免れない」との橋本基弘氏の指摘が当たっていること、第二に、人権の享有の根拠は一般に「人間の尊厳」に求められるのであり、その価値観は「社会における役割」を重視する考え方とは対立するものであるから人権を認める理由にもちだすことは許されないこと、第三にこの説は「団体の人権の範囲を広く認めがちであり」、第二説(宮沢説)が「団体の人権の範囲を厳格に認めることになることは否定できない」との指摘が当たっているように思われること、がそれである。³⁰⁾

このような点検を経て、小野氏は、前に述べた(この章(三)(1))「結社」

²⁹⁾ 第一説につき、覚道豊治『憲法』1973年、202～203頁。浦部法穂『全訂憲法学教室』2000年、61～62頁。第二説につき、宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』1971年、245頁。法学協会『註解日本国憲法』1953年、298～299頁。第三説につき、伊藤正巳、前掲註(26)『会社の基本権』10頁、16頁。芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』1994年、164頁。第四説につき、寿田竜輔「法人と人権」(奥平・杉原編『憲法学Ⅰ』(有斐閣、1976年)33頁。野中俊彦ほか『憲法Ⅰ第3版』(有斐閣2001年)218頁〔中村睦男執筆〕。第五説(初宿正典・松井茂記両説)については小野論文(第2章第4節94頁)に詳しいがここでは省略する。

³⁰⁾ 小野義康、前掲註(25)、88頁

の意義について通説を確認しつつ、長谷部氏が「もっぱら構成員の経済的利益の実現を目指す結社」は21条の結社の自由の保護を受けない、とする点を引用しつつ、「会社などは憲法21条の結社の自由に含まれないと解する少数説の立場が妥当だ」言い換えれば、「憲法21条の『結社』は営利的な団体を含まないと解釈すべきであ（り）」、「営利団体を結成する自由は22条および29条によって憲法的保障を受ける」とする。⁽³¹⁾

こうした小野氏の理解の仕方について、ここでは次の点のみを確認しつつ指摘しておこう。すなわち、このように営利的結社を「結社の自由」の保障対象から除外することについて通説批判の観点からそこで引用される学説の場合、例えば浦部氏は「もっぱらまたは主として経済活動を目的とする団体（会社・職業団体など）の結成」を、また、長谷部氏の場合は「もっぱら構成員の経済的利益の実現を目指す結社」の保護を除外対象としているという点である。⁽³²⁾

この点について、小野氏は、右の両説がそれぞれ、これらの団体の結成・活動に関しては21条が政策的観点からの制約を一切許容しない点（浦部）や、「もっぱら構成員の経済的利益を目指す」ものであることを挙げてこれらの説を支持しつつ、それらの基準が明確ではないこと、職業団体が『結社』に入らないとされる点に疑問を指摘し、そのうえで「憲法21条の『結社』は営利的な団体を含まない」と解釈し、さらに、営利的団体については「憲法的保障が全く及ばないのではなく」35条、22条、29条などの保障をうけることになる」と説く。⁽³³⁾

しかし、今次の公益法人改革により登場した新しい公益社団法人・公益財団法人制度の創設（および両法人の登場）をみると、このように「もっぱら」ないし「主として」「経済活動を目的とする団体」ないし「構成員の経

(31) 小野義康、前掲注(25)91～92頁。長谷部論文については長谷部恭男『憲法第2版』（新世社、2001年）225頁、同『憲法第5版』（新世社、2013年第5版3刷）218頁も同旨。

(32) 樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法II』（青林書院1977年）39頁（浦部法穂執筆）

(33) 小野義康、前掲注(25)92頁。

済的利益の実現を目指す結社」を憲法21条が保障する「結社」の内容から除外する場合、たしかにこれらの説は憲法が結社の自由を保障する目的に関わり「精神活動の所産」と「経済活動の所産」を切り離すことで前者が「結社の自由」の保障が目指す重要な側面（意義）を視野に入れての主張であることは銘記すべきである。³⁴⁾しかし、これらの説は、結社（ないし団体）の性格の把握や憲法が保障する諸権利との関係性の説明を困難ないし複雑にする難点があるように思われる。

また、小野氏の場合、私法における法人論の基準からは「営利団体である株式会社等は結社ではないが、職業団体や業界の連合会などは結社に入る」ことを参考にして、職業団体や業界の連合会などは「結社」に入るとするが、³⁵⁾このような分離の仕方はあまりにも技巧的な処理にとどまるのではないだろうか。ただ、小野氏の場合、「現代社会における非営利的結社の重要性」を十分に意識し、①「結社は、大衆にとって、自己の意見を効果的に表明する為に欠くことのできないものである」こと、②「結社が、国家や旧い共同体から個人を自立させるという役割は大きい」こと、③「結社は、人々の政治参加の意欲を涵養する役割をはたす点において、民主制を支える役割を果たしている」こと、④「結社は、将来、公共的な役割を果たすことが期待されている」こと、⑤「将来、結社のなかにおける個人の『団体的諸活動』が『人間の尊厳に関わる価値』をもつようになる事態が考えられる」こと、を具体的に指摘しており、とくに④や⑤は現今の公益法人改革や地方自治制度改革に接近する意識を先行して示すものであるだけに大いに参考にされるべきである。いかえれば、「結社」をめぐる議論は、このような先行業績を意識しつつ、公益法人制度改革を踏まえて、今日、いま一步の検討を迫られているといえよう。

34) 前掲註(32)樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法II』(青林書院1977年)39頁(浦部法穂執筆)。前掲註(31)長谷部恭男『憲法第2版』(新世社、2001年)225頁

35) 小野義康、前掲註(25)92頁。

(3) 公益法人制度における「公益」性と「公益」概念の射程

そこで、次に、公益法人制度改革に即して、公益法人としての認可・認定の基準となる「公益」性の判断に関わる部分をみてみよう。なぜなら、この検討は、今後の「結社の自由」の把握の仕方如何に大きく影響を及ぼすことになると思われるからである。

法改正に伴い公益認定等委員会は認定基準等に関する政令・内閣府令に係る審議・答申後も申請者・国・都道府県の審査当局に有益と考えられる事項を検討し、先述の「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）を取りまとめた（同ガイドライン「はじめに」）。³⁶⁾

また、これと並行して、「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の『公益目的事業のチェックポイント』をとりまとめた」（同ガイドライン「はじめに」）。それは、認定法2条第4号に定めるA「学術・技芸・慈善その他の公益に関する別表各号に掲げる種類の事業」であって、B「不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するもの」のうち、Aを別表明示済みとして³⁷⁾、Bの「事実があるかどうかを認定するに当たっての留意点」ないし判断基準を審査側と申請法人に示すもので、「検定検査」・「資格付与」・「講座、セミナー、育成」から「自主公演」・「主催公演」までの17項目とこ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の18項目に及んでいる。³⁸⁾

36) これは、認定法5条1号所定の「法人の主たる目的」の考え方に關し「公益目的事業比率」の見込みを50%以上とするなど同条18号までの考え方等、及び一般社団法人・一般財団法人への移行関係に係る整備法119条が規定する公益目的支出計画についての考え方とを述べたものである。

37) 認定法別表各号に掲げるものは1「学術及び科学技術の振興を目的とする事業」2「文化及び芸術の振興を目的とする事業」にはじまり22「一般消費者の利益の擁護又は増進を目的とする事業」23「前各号に掲げるもののほか、公益に関する事業として政令で定めるもの」まで23項目に及ぶ。

38) 事業の特性に応じて事実認定に当たっての留意点は異なるため17の区分ごとにチェックポイントを掲げている。本文中のものほかは、体験活動等、相談・助言、

以上の流れのうち、B『不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するか』は事実の認定に、したがって制度の運用にかかわるものとして制度の機能の仕方として論じる面を有することとなるが、A「学術・技芸・慈善その他の公益に関する別表各号に掲げる種類の事業」の内容は、この制度の中での「公益」性を有する事業の具体的目録を示すものとして本稿の検討にとり参考になるものいえる。

ともあれ、このガイドライン等によりつつ一(3)で示した公益法人の認定・認可等の運用が始まったところであるが、そのあり方に関しては、内閣府公益認定等委員会が平成21年度「公益認定等委員会の活動状況」に付して出した「新公益法人制度施行後一年を迎えての委員長談話」が注目される。

すなわち、そこで池田守男委員長は「これからの時代……国、地方自治体が提供するサービスのみならず、民による公益活動が不可欠」であり、また「民は官を『補完』する存在ではなく、むしろ公益活動の『主体』であり、豊かな社会の源」としたうえで、寄付文化の社会が定着することとそれが「温かみと深みのある社会の実現に繋がる」とし、「公益認定等委員会では、各法人の創意工夫や自主性をできる限り尊重し、民間人による合議制の機関らしく『温かい審議』をするように努めています」としたところである。

「温かい審議」というこの姿勢は、以後、内閣府公益認定委員会委員と各県合議制機関との間で共有され、また意見交換会等を通して具体的で豊かな内実のものにする努力がなされている。この点でいえば、国と地方のそれぞれの審議機関の間で、民間の公益（活動）への積極的参画意欲を削がないような事実認定こそが重要だとの意識が醸成されてきているとすることができよう。⁽³⁹⁾

調査・資料収集、技術開発・研究開発、キャンペーン・〇〇月間、展示会・〇〇ショー、博物館等の展示、施設の貸与、資金貸付・債務保証等、助成（応募型）、表彰・コンクール、競技会、自主公演、主催公演である。

(39) なお、これは筆者が福岡県公益認定審議会委員として「内閣府公益認定等委員会委員と九州各県合議制機関委員との意見交換会」をとおして得た経験や本文の委員長発言等に基づく感触にとどまる。

そして、この姿勢は、「公益認定等ガイドライン」に付された「公益目的事業のチェックポイント」の「『補足』横断的注記」による（3）用語解説のうちアで「機会が、一般に開かれているか」に関する次の説明にも見て取ることができよう。

ここでは、この意味を「共益的に行われるものを除く趣旨」とし、「受益の機会が特定多数の者（例えば、社団法人の社員）に限定されている場合は原則として共益」とするが、「ただし、機会が限定されている場合でも、例えば別表各号の目的に直接貢献するといった合理的な理由がある場合、不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与するという事実認定をし得る」として、公益目的事業の認定に延びしろを持たせようとしているかに見えるからである。

ともあれ、公益法人等認定の運用の場面では、「公益」概念については単に権利制約的な使用に留まるものではなく、また具体的内容も限定的なものとなっているわけではないことが知られよう。

上記の意味も含めて、再度「公益」概念の射程を振り返ってみれば、冒頭で確認した通り、憲法の基礎づけに関わる「公共性」や基本的人権の制約原理としての「公共の福祉」の概念と不即不離に登場する場面から、本稿が対象とした「公益」法人に関わる概念としての使用まで射程は広汎にわたっている。

そして、「公益法人」認定の場面にあてはめれば上記のとおり「機会が、一般に開かれているか」に関わり事実認定を「不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与する」の意味でとらえることとなった。

ところで、「公益」概念の使用を「公益法人」の場面に限ったうえで、さらに、この概念は機能面で単一ではない働きを見せていることとなる。

すなわち、ここでは「公益」概念の中に、一方で、それを民の参画により実現するという働き、言いかえれば、結社の自由にも則してみればこれを促進する方向で用いられるという機能が読み取られ、この線上で「公益法人」の

名称を使用することのメリットや優遇税制が捉えられることとなる。他方、言葉通り「公益」法人は「公益」実現に関わるため認可・認定の対象となり、法人（団体）にとって一般法人という選択の道はあるとしても、公益法人を目指せば利益追求の制限、ひいては結社の「自由」を制限する側面での働きが「公益」概念に内包されることとなる。

したがって、このような新しい意味を持って登場した「公益」法人を「結社の自由」論上どのように位置づけるか、また、その保障と制約のあり方如何については、文中でつまみ食いの触れたが、「営利法人」と「非営利法人」の区別をした上で、「結社の自由」の内実を全体的に新たに構成し直さねばならないことになる。

なお、憲法論としては、「公益法人」を目指しての、あるいは「一般法人」の道を選択しての具体的申請事案についてそれぞれの特徴があるとはいえ、国と地方、地方相互の間での移行認可、移行認定、公益認定の具体的処理について、種々違いが生じているという平等論の観点からの問題や、地域で活動する法人（団体）の問題としてのアソシアシオン論と地方分権における団体自治という団体性との関連如何の問題、さらには、進行中の認可・認定以後に残された「公益法人」の監督の問題等、公益法人改革をめぐって残された課題は山積の状況にある。

ここでは、これらの課題のうち、具体的な各種の論点については今後の課題として確認するにとどめ、つぎに公益法人論を視野に入れた「結社の自由」論再構成の問題について筆者の考え方の概要を述べておきたい。

四 「結社の自由」論の再検証 — 「結社の自由」における結社の射程およびその権利主体性をめぐって

(1) 結社の射程

まずは、憲法 21 条が定める「結社の自由」について、そこでの「結社」

がいかなる内容のものを指しているかという点についてである。

さきに見たとおり、従来、通説的見解は非営利的団体にとどまらず経済的活動をする営利的団体についても「結社」に含めたいうで、後者の活動の規制は主として営業の自由の問題として捉えてきたとみてよい。

この場合、その理由として挙げられるところは、右のような活動の態様にもかかわらず「そのことを理由に、憲法 21 条に言う『結社』の意味そのものを頭から限定すること」に疑義が残るというものであった。⁽⁴⁰⁾

この見解に対しては、三 (2) に述べたとおり、浦部法穂氏や小野善康氏の批判があったところであるが、ここでは通説的見解の理由に以下の点を付け加えておこう。

第一は、すでに述べたところから明らかなように、「団体」として把握されるもののすべてがその目的とするところから見て必ずしも非営利団体と営利団体とに峻別されることができないわけではない点である。このことについて浦部氏は、「もっぱら又は主として経済活動を目的とする団体」と、また、長谷部氏は「もっぱら構成員の経済的利益の実現を目指す結社」とすることで注意深く言及されるところであり、それぞれの議論の立て方から、「公益法人」をどのように位置づけるかについての説明も推測できるところである。

しかし、一で述べたように、今次改革の開始から 5 年以内にある公益法人を「特例民法法人」とし、5 年の期間内にこれらの法人が公益法人または一般法人のいずれかの道を選択すること、いま少し詳細をいえば、その事業目的に応じて、法が定める公益目的にかなう事業と営利目的の事業とを区分し、後者が事業全体の 50% を超えない場合に公益法人の道を選び、前者が 50% に届かない場合は一般法人の道を選ぶこととしている。このような制度の運用にかかわり、公益法人または一般法人のいずれかへの移行の申請をすべき期限は今のところ 2013 年 11 月に迫っている中で、特例民法法人を中心とする対象法人は、上記の 50% の限界の実現可能性をめぐって（とくに、50%

(40) 芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（増補版）』（2000 年）524～526 頁、とくに 524 頁

の境界線に近い法人の場合に) どちらのジャンルの法人を選択するかの対応をめぐって悩みながらいくつかの態度に分かれている。公益認定等審議会の審議と答申を俟たねばならないが、事業の種類によっては公益事業の方に組み込み公益法人への道(移行認定)を選ぶもの、自由な営利活動を目指して一般法人への道(移行認可)を選ぶもの、当面のところ50%の壁を越えられないが将来の公益法人への移行を期待しつつひとまず一般法人としての道(移行認可)を選ぶものがそれである。

その際、このような対象法人の悩みについては、次のような事情のあることも付言しておかねばならない。ひとつは、具体的には公益法人か一般法人かの選択に際しては、従来の公益法人にとっては財産の処理について今後も規制を受けてゆくこととなる公益法人の方を選ぶか、或いは、移行時における純資産に相当する公益目的財産額、を計画によっては百年間以上の期間を要するとしても公益目的支出計画にしたがってゼロにして(すべて吐き出して)一般に移るか、が問題となっているからである。

加えて、右の5年の移行期間内にいずれかの法人への移行について何もしなかった場合及び認定または認可の申請が不許可となり、その後認定も認可も受けなかった場合は、移行期間の終了日をもって自動的に解散となり、その場合、認定法130条によれば、公益目的財産残額があるときはその公益目的財産残額に相当する財産について他の公益法人等、国、地方公共団体等(認定法5条17号に規定するもの)に帰属させなければならないこととされているからである。

以上のような公益法人への移行をめぐる状況から明らかなおり、移行を考えるに際して右のような課題を有している法人、とくに将来公益法人への移行を考えるような法人にとって非営利目的事業と営利目的事業の比率をもって「もっぱら」ないし「主として」の括り方で憲法上の「結社」としての保障を受けるか否かが決定されることは割り切りすぎの対応といえようし、その先の問題としては50%基準を超えるか否かでその時々「結社」

に含めたり除外したりすることになる難点も生じよう。また、百歩譲って50%基準から大きく離れて営利目的に邁進しようとする法人を想定した場合に、こうした法人に対しても、今次公益法人改革で想定されるところでは、その事業態様の中で可能な部分での公益目的事業の遂行を期待されているということもここで付け加えておいてよいだろう。

第二に、先に触れた点の再論ともなるが、公的・私的の対比ならぬ非営利的・営利的の対比で論じる「結社」概念への包含如何の問題は、憲法21条で非営利的表現と営利的表現を分離したうえでその保障の程度を論じるという手法を想起させる。この場合、後者が「表現の自由」自体の中での分離論であるのに対して、前者は21条での保障（ないし表現の自由に属する結社の自由）と22条（職業選択の自由・営業の自由）や29条（財産権）での保障を挙げての分離論であるという相違があるが、「表現」の自由の場合にも非営利性と営利性との相違は明確ではない、或いは今後その分離の相対性が意識されるべきである点では同断といえよう。⁽⁴¹⁾

この点に関しては、学説は、ほぼ営利的表現についても保障の程度の差はあれ、これを表現に自由の範疇に含めているとみてよいが、このことをクローズアップさせる意味で、ここでは、先に触れられたような、営利法人を結社の自由に含まない見解の中で確認してみよう。

まず、浦部法穂氏は、「営利的表現」の用語を用いて、それが「はたして表現の自由の保障に含まれるのかどうか、ということが一応問題になりうる」とはしながらも、「少しでも営利的な目的をもってなされた言論は、きわめ

(41) 2013年8月19日の京都新聞によれば、米国CNNとNBCの両テレビ局が前者はドキュメンタリー番組で、後者は娯楽番組部門の制作で民主党のクリントン前国務長官を取り上げる特別番組を計画していることにかわり、米共和党全国委員会が、両テレビ局が手掛ける大統領選予備選に際しての候補者討論会をボイコットする方針を決めたと報じている。この事例も、営利性・非営利性分離の相対性を示しているといえようか。ここで、営利的言論や居住移転の自由における精神的自由の側面に触れて自由権の複合的性格を指摘する芦部信喜、前掲註(39)『憲法学Ⅲ人権各論（増補版）』525頁も想起されてよい。

て限られたものになってしまう」としつつ、「営利広告も表現の自由に含まれ一般の言論と同じ厳格な基準が適用される、とする説がいちばん妥当である」と説く。⁽⁴²⁾

また、長谷部泰男氏は、表現の自由を取り扱う項目中、合憲性の判断基準に関わり、「営利広告」に焦点を当て、これを表現活動の一種に入れつつ、「一般とは異なる取り扱いが許される」と説く。⁽⁴³⁾

さらに、大石眞氏の見解に触れておこう。大石氏は、すでに早く、平成18年(2006年)に法制化され平成20年(2008年)に施行された公益法人改革の動きを教科書に反映し、以下のように説いていた。すなわち、従来非営利団体の取り扱いについては民法33条以下の公益法人(当時)や個別の特別法による法人のみに限定的に認めてきことや、(おそらくフランスでのアソシアシオンをめぐる動向を踏まえての例証と思われる)同窓会・親睦会などそれ以外の非営利団体に法人格取得の途を閉ざしてきた我が国の対応に触れつつ、「近年になって制定された特別非営利活動促進法(平成10年法律第49号)……やその後の中間法人法……は、ようやく一般の非営利団体が法人格を取得することのできる途を開いたものとして評価されるが、これらの立法例は、憲法上の結社の自由を実質化するものという観点からも注目に値する」と(丸印ルビ=筆者)。⁽⁴⁴⁾このように、公益法人改革の流れを周到に読み込みながら、大石氏は、表現の自由の場面では、「営利的言論」または「商業広告」の用語を用いつつ、これを「一般の表現活動と同じような『優越的地位』としての位置づけを与えるべきかどうかは問題である」としながら、その規制立法に対する憲法判断の基準の違いとして営利性に関わる問題を取り扱う。⁽⁴⁵⁾

(42) 浦部法穂『憲法学教室・全訂第2版』(2006年、2013年第5刷)155頁～156頁

(43) 長谷部泰男『憲法・第5版』(2011年、2013年第5版第3刷)192頁、204頁

(44) 大石眞『憲法講義Ⅱ・第2版』(2012年)209頁。なお、2007年の初版で本文に引用した個所はすでにふれられており(153頁)、いずれの場合にも本文引用箇所が続いて、公益法人改革に際し成立した主要法令への言及がある。

(45) 大石眞、前掲書註(44)、177～178頁

こうして、「結社の自由」を舞台とする場合と異なり、表現の自由にかかわる領域では、その自由の領域内のこととして、またその限界ないし制限のしかたについて程度の差はあれ営利的表現も非営利的表現と並んで保障されるとすることでは、ほぼ一致した見解がとられているとみてよかろう。それだけに、「結社の自由」をめぐる右のように営利的団体をこれに含めない見方については、それが「表現」という精神的行為にかかわる場面でのそれであるのに対し、「結社」の場合には経済的自由にかかわる場面でのそれであるからなのか、ともあれ営利的団体がなぜ「結社」に含められないのか、表現の自由の場合との比較でその取扱いの仕方の差異について、第一点で触れた点等にかかわると思いますこの説明が必要のように思われる。

(2) 結社の権利主体性

ともあれ、前項最後に述べた課題は、結社の自由における結社自体が権利主体性を保持するか否かに関し、通説が団体自体の活動について公権力による干渉を受けない自由を含めるという点からだけでも、結社自体の権利主体性の議論に接続する。そして、この場合は、(1) でみたように営利法人を結社に含めない考え方の中でも、賛否が分かれる問題であり、それだけに、最後に簡単にこの権利主体性如何の問題について簡単に触れておこう。

そして、ここでも、学説整理の便宜上、先に見たと同様に小野善康氏の先行業績を基底にして例示的に二、三の見解をごく簡単にみれば、結社を憲法上の権利主体とする積極的見解とそれに対する消極的見解に分かれる。⁽⁴⁶⁾

積極説のうち佐藤幸治氏は、結社の公権力に対する対抗的機能に着目しつつ結社の「活動の具体的局面が『結社の自由』というフィルターを通して憲法の諸条項…と関係してくる」とし、今日までこの見解が維持されている。⁽⁴⁷⁾このほか、結社（自体）の権利主体性を認めるものとして、松井茂

⁽⁴⁶⁾ 小野善康、前掲註(25)、94～96頁。

⁽⁴⁷⁾ 佐藤幸治「人権の観念と主体」(公法研究61号)38～39頁。同『日本国憲法論』(2011年)152頁。

記氏は「政治プロセスへの参加に不可欠な権利行使を目的とする結社」に限定して、また、初宿正典氏は、個人の団体に結合する自由を根拠に「団体それぞれ自身の基本権享有主体性」を肯認するが、初宿氏の場合は、併せて営利的社団をつくる自由も21条に含める。⁽⁴⁸⁾小野氏によれば、さらに、「共同集团的行使」を人権享有の根拠とする寿田竜輔氏や「団体の憲法上の権利享有を包括的に説明しうる最も有力な根拠」を結社の自由の保障にあるとする木下智史氏も積極説の側に含まれる。⁽⁴⁹⁾

これに対して、消極説のうち、浦部法穂氏は、団体が人権の主体とされることによって団体による人権侵害が相対化されることを懸念する視点から、詳細は省くが、注意深く「個人との関係では、団体は憲法上の権利主体とはなりえない」と説く。⁽⁵⁰⁾また、小野氏によれば、樋口陽一氏は、結社の自由の憲法解釈論にとって「明文の結社の自由条項が置かれている場合も、それは、直接には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こと、が重要である」との言説⁽⁵¹⁾から結社が人権主体であることに消極的と位置づけられ、長谷部恭男氏も日本国憲法の規定する結社の自由について「結社する個人の自由を保障するものと考えべきかもしれない」との言説⁽⁵²⁾に結社に人権主体性を認めることへの消極的姿勢を読みとっている。

このような積極・消極両説の理解の仕方を考慮に入れつつ、小野氏は、通説（前者）について、宮沢俊義氏があげた「法人の活動は、結局はその効果が自然人に帰属するものである」という理由に与し、この理由を根拠にして「結社自身に憲法上の権利の享有を認めることが、結社の構成員の権利保障

(48) 松井茂記『日本国憲法・第2版』（2002年）310頁、初宿正典『憲法2・基本権（第2版）』（2001年）95～96頁、営利的社団について、同書294頁。

(49) 小野善康、前掲註（25）94頁、寿田竜輔「法人と人権」（奥平・杉原編『憲法学I』（1976年）33頁、「団体の憲法上の権利享有についての一考察」神戸学院法学22巻1号（1992年）95頁。

(50) 浦部法穂『全訂憲法学教室』（2000年）61～62頁。

(51) 樋口陽一『憲法・改訂版』（1998年）225頁。

(52) 長谷部恭男『テレビの憲法理論』（1992年）35～36頁。

を充実させることになる」とするとともに、「法人の活動は、結局は「結社の自由」は「結社自体の活動の自由をも保障しているのであって、個人的色彩の強い自由権とは言えない」と説くが、この場合、小野氏が非営利的結社を念頭に置いている点に留意しておかねばならない。

小野氏の場合、氏の論考の結びにおいて、最高裁判例が「法人の憲法上の権利を自然人の権利と同質・同等なものとしている点」および「法人の人権とこれと対立する個人の権利・利益との丁寧な比較衡量を行っていない点」の問題性と、通説の説得性の問題性を指摘する。そして、憲法 21 条の「結社の自由」について、「同条のいう『結社』は非営利的団体を言うものであり、営利団体である会社は 21 条のいう結社に含まれないと解するのが妥当である」と論じるが、⁵³小野氏の場合、先に触れたとおり、結社に民主制を支える役割を見るとともに、① NPO（民間非営利組織）を挙げて結社に「将来、公共的な役割を果たすことが期待されている」こと、および②「結社のなかにおける個人の『団体的諸活動』が『人間の諸活動に関わる価値』をもつようになる事態」が視野に入れられているという点で、すでに今日の公益法人制度改革が「結社の自由」に対して提起する再検討という課題に連なる問題意識が底流に流れていたとみることができよう。⁵⁴それだけに、「結社」の範囲を非営利法人どまり（まで）に限定することは、先に挙げた公益法人および一般法人の認定・認可にかかる基準が財務的なそれに関わる場合は非常に量的・技術的処理の仕方の問題によるところが多いという点でなお検討課題を残していたといえよう。

(3) 「私」と「公」の関わり方

上述の点を再言すれば、小野氏は結社についてその公共的な役割に注目されていたが、①では、特に NPO（民間非営利組織）を挙げ「将来『民によ

⁵³ 小野義康、前掲註（25）、97～98 頁。

⁵⁴ 小野義康、前掲註（25）93 頁。

る公』の担い手」としての役割について期待するものであっただけに、現在進行中の公益法人制度改革を先取りする意識であったし、また、②では磯部力氏のNPO法をめぐる座談会における発言—「地域社会をはじめさまざまな社会単位に根差しつつ…自由な個人の結合体としての団体的諸活動が…人間の尊厳にかかわる価値というものを持ち始めている」—を引いてのそれであり、その底流に地方自治のあり方への展望にも連なる意識が読み取りうるものであったともいえよう。⁵⁵⁾

ここで注目したいのが、「民による公」ないしは「自由な個人の結合体としての団体的諸活動」という視点であり、それが「私(的な団体)」と「公(的団体)」とのかかわり方を問うことになる。

この「公」と「私」の関係に関わる問題について、「結社の自由」の領域で憲法学上容易に念頭に浮かぶのは「政党」の性格をどのように把握するかということである。

この点に関し、いくつかの基本書ないし文献を紐解けば、政党の憲法上の根拠を憲法21条に求め、その機能を「国民と議会を媒介する」ことに見る説明の仕方⁵⁶⁾や、政党を憲法21条が保障する結社であると見つつ、「国家と国民とを媒介する枢要な役割」に着目して政党の公共的性格が強調されることに十分な理由ありとする説明の仕方⁵⁷⁾が確認されるが、政党に関するこのような理解の仕方は、すでに半世紀前に、そのような輪郭的説明をより詳細に展開した文献に遡ることができる。

それによれば、多党制国家における政党と国家の関係として、「政党を国家機構の一部としてか、然らざれば社会的組織体として本質把握しようとするのは、いずれも肯綮にあつたっていない」とし「なるほど、政党はその根を社会に持ち、他の極では国家機構に密着するが、しかしその本質は、この

55) 小野義康、前掲註(25)93頁、川井健ほか「座談会・NPO法の検討」(ジュリスト1105号、1997年)18頁。

56) 芦部信喜(高橋和之補訂『憲法第5版』(2011年)211頁、279頁。

57) 佐藤幸治『日本国憲法論』(2011年)418頁。

存在構造をもってする両者間の媒介機能にあると見るのが正しい」とする。⁵⁸⁾ここでは、政党の特異な存在構造に「政党のもつ（べき）自由・動的な性格と公共的性格、およびそれらの両立性」が読み取られ、前者の性格として「社会のダイナミックなエネルギーを自由に吸収しうるために、それ自体可及的に自由でなければならない」点が、また後者の性格として、「国家意思の決定にインフォーマルながら直接的影響力をもつこと」が指摘される。⁵⁹⁾

ここに、公共性として、政党の場合は「全体指向性（換言すれば公益指向性）と責任性」を意味するそれが不可欠の属性とされることとの対比でいえば、本稿での公共性は「民による公の増進を目指して」のため要請されるそれだとしても、とくに「公益法人」の場合には政党の場合とほぼ同様の指向性と責任制が当てはまるといえよう。⁶⁰⁾

このことを踏まえて、公益法人および一般法人が「結社」の概念に包含されるか否かを考えれば、以下のようにみることができないのではないだろうか。

すなわち、今次公益法人制度改革の目指したところは、「民による公益の増進」という点にあることから、公益法人を「結社」に含めることに問題はなからう。

そこで、次に、一般法人の場合についてであるが、今次改革の底流にある考え方は先にも言及したように、この場合も可能な方法と程度で公益への貢献のありうることが前提されているのである。そうであるとすれば、一般法人もひとまず「結社」に含めたうえで公益増進への指向性の程度に応じてその属性をはかり「結社の自由」の保障と規制のあり方を論ずることが適切であろう。言い換えれば、「結社の自由」との関係で言えば、営利的団体を除くものとして「結社」（の自由）を限定的に捉えるのか、あるいは営利団体も含めた広い概念として「結社」を捉えたうえで営利法人（団体）について

58) 手島孝「現代憲法と政党」（岩波講座『現代法3』1965年、所収）181頁。

59) 手島孝・前掲註（58）、183頁。

60) 政党の属性については、手島孝・前掲註（58）183頁。「民による公益の増進を目指して」は公益法人認定等委員会事務局による制度概要説明書の表題。

はその性格に対応した法的取扱いをするか、という捉え方の相違については後者の考え方の方が適切というべきであろう。