



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「非営利法人」法制改革（2006年）の批判的検討（1）：「組織法制」研究・序説
Author(s)	東海林, 邦彦
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 58(3), 562[1628]-500[1566]
Issue Date	2007-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/29642
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(3)_562-500.pdf



「非営利法人」法制改革（2006年） の批判的検討（1）

——「組織法制」研究・序説——

東海林 邦彦

「要するに形式は内容のための形式であって、形式のために内容ができるのではない——。もう一步進めていいますと、内容が変われば外形というのは自然の勢いで変わって来なければならぬという理屈にもなる。——しかるに今この順序主客を逆まにしてあらかじめ一種の形式を事実より前に備えておいて、その形式から我々の生活を割り出そうとするならば、ある場合にはそこに大変な無理が出なければならない——」（夏目漱石・講演録中より『中味と形式』）

「器は、中身のための、中身あってこそその、器であって、それ以上でも以下でもありえない。にもかかわらずしかし、器が中身にはお構いなしに（器それ自身に内在する「力学的法則」によって）一人歩きしてしまうという事態は、この人間社会にはよくある倒錯現象の一つ、というべきものなのかもしれない。」（作者未詳『器と中身——断想』）※

※引用者・註：ここで「器」というコトバによって当該作者がイメージしているものは、前後の文脈から推察するかぎり、あくまでも、社会的「制度」の隠喩としてのそれようである。けだし、周知のように古来、（中身とは関係なく）もっぱら祭祀用ないし美術鑑賞の対象としての器などというものも認められるからである。

*目次

0：はじめに

0－1：問題意識

0－2：基本的視点

0－3：その他のコメント、謝辞

——以上、本号（以下、次号以下）——

I：06新法の前史と、その立法過程——その基本的側面についての批判的検討：

II：06新法の内容的問題点・その1——法形式論（とくに、体系・類型論）的側面についての批判的検討：

III：06新法の内容的問題点・その2——実質論的側面についての批判的検討：

IV：残された課題と展望——総括に代えて：

*略語・用語法・定義

- ・「一般・非営利法人（法）」（または「一階法人」ないし「一階部分」）
＝「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48号
- ・「公益法人認定法」（または「二階法人」ないし「二階部分」）
＝「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」同49号：
「認定公益法人」＝同上によって認定された「認定公益社団法人」ないし「認定公益財団法人」（または「新・公益法人」）
- ・「整備法」＝「（上記二法の）施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」同50号
- ・「（06）新法」＝上記三法の総称；それによって遂行された「06公益法人（ないし非営利法人）法制改革」
- ・「（民法）旧（34）・公益法人」＝上記「整備法」によって改正される以前の民法34条によって設立された「公益法人」（なお改正前の民法33条以下の法人関連規定は、民法・旧xとして引用）
- ・「NPO法（人）」＝「特定非営利活動促進法」（平成10年法律第7号）により認証を受けて成立した法人（「特活法人」という略語法も散見されるが、本稿では、ほぼ社会的に定着したように思われるこの語を使用）
- ・「NPO」（Non Profit Organization）：
広義かつ実質的意味でのNPOは（上記NPO法上のそれが狭義かつ法形式的意味のそれであるのにたいし）社会経済的セクターとしての、政府セクター（GO）ないし企業セクター（FPO：For Profit O.）と並びそれと対置されるべき「第三のセクター」としての（「公益」「共

益」とともにふくめての) 民間・非営利組織の意味で随時使用(なお、「市民公益活動」の用語もこれに関連して用いられることがあるが、「市民」の用語は筆者としては少なくとも法律学的用語としてはできるだけこれを避けることにつき別稿「序説」を、又「公益」の用語も同様にできるだけ避けることにつき、本稿・説明予定部分を、それぞれ参照。) ; なお又、NGO (Non Governmental Organization) はわが国通常の慣用に従い非政府の民間・国際ボランティア組織の意味で使用。

- ・「中間法人」＝(上記「整備法」によって廃止されることとなった)「中間法人法」(平成13年法律49号)に基づいて設立された法人
- ・「非営利法人・組織」＝実質的意味における公益(不特定多数者の利益のため)ないし共益(組織の構成員の利益のため)、つまり純・私益(＝営利目的)でない法人・組織を総称(ただし、06新法との関連での法形式的意義については、とくに本文Ⅱ－1参照)。
- ・「(新)会社(法)」：会社法(平成17法86)と、それに基づき設立された会社。なお(上記「06新法」と平仄を合わせる意味でも)随時「05会社(法)」という略称を用いる。
「(新)信託(法)」：信託法(平成18法108)と、それに基づき設定された信託。
- ・「組織」organization ないし「組織法制論」：
「組織」とは、「法人＋(法人格なき)団体の結合＋組織型契約ないし(個人間任意代理を基点とし信託等を包含する)財産管理関係」等を包括する、それらの上位概念；したがってまた「組織法制論」とは、個人間任意代理を基点とし最終的には事業体間結合関係にまでおよぶ法制度の体系的研究を志向するものである。

*項目ナンバリング形式(ただし必要に応じて適宜、各項目の下位項目として、1)、2)、――etc. 等の、他のナンバリング方式も使用。また随時、※の引用符により、一字分右寄せ、行間・字間を狭めることにより、本文と区別するスタイルで、「註」を挿入)：

- 0：(以下、Ⅰ：Ⅱ：etc.)
- 0－1：(以下、0－2：etc.)
- A)(以下、B) etc.)
- A－0)(以下、A－1) etc.)
- イ)(以下、ロ) etc.)
- イ・1)(以下、イ・2) etc.)
- (a)(以下、(b) etc.)
- (a・1)(以下、(a・2) etc.)

（い）（以下、（ろ） etc. ）

（い・1）（以下、（い・2） etc. ）

***文献引用の方針：**

さしあたり「研究ノート」の名に免じて、しかし根本的には筆者自身の「文献引用ポリシー」（理由説明・省略）に基づき、「原則・省略、例外・最低限必要と考えられる場合のみ引用」とした。

0：はじめに

本稿は、上記標題にある通り、近時成立した非営利法人関連改革立法（上記「06新法」）の批判的検討を直接の検討対象とするものであり、同時にまた（副題にあるような、筆者じしんのいわゆる）「組織法制」論の序説的研究に位置づけられるものでもある。

ここでは（I以下の）本論に入るまえの序説（「0」）として、上記の研究における筆者じしんの問題意識・問題関心（0-1）、（それに基本的に規定された）検討視点（0-2）、さらには、本稿の検討経緯、その（上記問題意識・問題関心ないし視点のもとで、ここでとくに、上記06新法ないし非営利組織法制論をとりあげることの）意義、その限界等（0-3）につき、（I以下の本論をご理解いただくのに必要十分な範囲で、何よりも、本稿において筆者が言わんとするところを正しく理解していただくために、序文としてはいささか長々と、又、いささか大上段かつ粗雑な言説となることを惧れつつ）順次説明をくわえることとする。

0-1：問題意識：

本稿における筆者の問題意識・問題関心は、下記のように、一市民としての実践的次元のそれ（A）と、法律学研究者としての理論的次元のそれ（B）とに分けることができるが、両者はすくなくとも方法論的ないし規範的には峻別されるべきであること、後述の通りであるが、ただ両者は、事実の次元ないし筆者の主観においては密接に関連していること、そしてとくに、非営利法人・組織（の立法）論という、本稿が正にとりあげようとするテーマにおいては両者の関連性は大きいこと、本稿全体を注意深く読んでいただければお分かりい

ただけるものと思う（その意味では逆に、本テーマは、少なくとも主観的次元においては、実践的問題関心と理論的問題意識とが幸運にも相即したテーマである、といえるであろう）。

A) 一市民としての問題関心・問題意識

標記の点は一言でいえば要するに、「民間・非営利セクター」の健全な活性化ということが、現代日本における（その「この国のかたち（司馬遼太郎）」・「国家の品格（藤原正彦）」というものを考えるとき（いずれの標題においても「国」とか「国家」とかの属性如何を問題としているかの如くであり、その点気にならないわけではないが、それはむしろここでの文脈ではネグリジブルなことと捉えることが許されよう。）に、それを規定する本質的要素（のひとつ）として）重要な実践的課題の一つである、との、一市民としての現状認識・問題意識であり、而してわが法律学もまたそのような課題に法制度の側から誠実に立ち向かう必要がある、との問題関心である。それは、さらに若干敷衍すると、以下のような、近時における、いくつかの次元におけるNPO・NGO等の非営利組織・活動をめぐる社会的現実・論議の動向ないしそれらが最大公約数的に指向するものと、本稿の底流にある実践的問題関心・問題意識とが、その基本的方向性において共有し響きあうものがあるからである※：

A-0) 社会経済論的ないし政治・国家論的次元からは――

現代日本における社会経済文化等を支えていくべき基本的セクターとして、第一次的には「市場・企業セクター」、第二次的には「政府セクター」の二つが、その中核たるべきことは否定できないところ、しかし一方で、とくにこの「政府セクター」の位置づけに関しては、「官から民へ」の方向性は、「大きな政府」の時代の終焉という、いわば世界（史）的動向の観点からも、また、現代日本の政策的方向性という観点からも、基本的に支持しうると考えるものであり（それはまた、現代日本がなお負の歴史的遺産として曳ずり続けている「明治レジーム」の（蔭の部分の）克服の問題でもある）、他方における「民間企業セクター」の社会経済的比重の増大、グローバルな市場での展開・競争の不可避性、それゆえの・その社会的コントロールの重要性の増大、という現代日本の基本的政策の方向性も又、同様に不可避と考えられるところ、その間にあってまさに「第三のセクター」としての「民間・非営利セクター」は、行政ないし企業では「や

らない・やれない・やっても不適切な」分野・財供給につき、これら二セクターに代わる（またはそれと並存する）第三のセクターとして、あるいは、市場ないし再配分システムに代わる互酬システム（K. ボランニー）として、その果たすべき役割・重要性は、今後ますます増大するものと考え、しかしまた、三セクター間の（物的・人的資源配分を含めた）適正なバランスないしベスト・ミックス、または〔政府－企業－民間非営利組織〕三者間の健全かつ建設的なパートナーシップの形成、といった課題が具体的には問題となるであろう。

（この意味でまた「市場か政府か」という、とくに規制緩和論者やリバータリアンにしばしば見られる単純な二分法の限界ないし問題性ということもこの際指摘しておく必要がある。なお又、家族ないし近隣協同体^{コミュニティ}は、現代日本においてその機能的意義は全般的に、少くとも往時と比較して縮減しつつあることは否定できないにしても、我々の社会生活の根元にかかわるものとして、いわば「第四のセクター」とも称すべきものであり、今日なおその社会経済的ないし法的位置づけが問題になりうること、いうまでもない。）

上記のようないわば社会経済的セクター論の次元においてのみならず、社会・国家論的ないし政治的次元において、「地球規模の連帯革命」（レスター・サラモン）「日本型世間社会から地球型市民社会へ向けての大転換」（山岡義典）等の規定にも象徴されるように、あらたな「中間団体」ともいうべきNPO／NGO等の非営利組織・活動・事業セクターは、連帯・友愛・共生の方向での公共的ミッション・スピリッツをもって、自立した個人間のボランタリーな、もろもろの志によるネットワークング・組織化等を通じて、国家・政府、国家間国際関係、政党、各種公益的ないし共益的団体・法人、職場（「職縁」）、地域共同体（ないし地縁的關係）・家族関係（ないし血縁的關係）等の、既成・既存の集団・組織の限界を超えて、あるいはそれに代わる、またはそれらと平行・補完する形で、現代日本社会（ないし国際社会）における社会的政治的諸課題・ニーズ等に応じていこうとする社会的組織・運動として、その社会的意義・機能は積極的に評価されるべきものと考えられるし、同時にまた、一国内部の、地域・地方ないし国家・社会全体の基本的あり方ないし政治的次元から、国境を越えたグローバルな規模での国際社会のあり方・政治的意思決定の次元にいたるまで、それらが果たす政治的ないし国家論的意義・機能もまた、大いに注目すべきものがあると考ええる。

A-1) 文化・文明論的次元においては――

もともと、教育・文化・学問・芸術・情報メディア・スポーツ・エンターテインメント等は、(現状はともあれ、すくなくとも本質的理念的には) 非市場財としての性格のつよいものであり、また権力的支配になじまない領域であって、とくに、価値観の多様化をもって特徴付けられる現代社会においては、政府・公的権力や営利企業の「論理」から自由なこれらの価値領域の自由闊達な展開へのニーズ、それら「論理」とは異質な非営利組織・活動として展開されることの重要性は、ここで喋喋するまでもない。

と同時にそれは、より根本的かつより広い視野のもとでは、(上記・文化活動等に止まらず) 近現代における経済・政治・国家・法制度等の総体を、それをささえる全体的基本的パラダイムにつき、歴史的人類学的ないし文明論的に相対化する、少なくともその根源に迫る批判的契機となりうる可能性を秘めていることも、忘れてはならない――つまり、(上記ボランニー等の多くの著作の提起・示唆するように) 非営利活動・組織の経済的意義・側面については、(この現代の・ますますグローバル化しつつある) 市場経済・貨幣経済の、歴史的人類学的ないし文明論的相対化を促す契機となり、また法理論的観点からは、(無償契約ないし非営利活動・組織が、逆に有償契約ないし営利企業活動・組織の特質を照射するように)、それらは、近現代の支配的法パラダイムにたいする対抗的法文化・法理論として、後者の特質・問題性・限界等を逆照射する契機ともなり、ひいては現代社会・文明のありようにたいする根源的批判という実践的契機をももたらすものとなろう。

※なおまた(以上の、いささか超越的ないし第三者的な次元・問題意識からの把握以外に)、(国内・国際の) 市民公益活動等のための・運動論的ないし実務的次元においては、とくに以下の点を指摘しておく必要がある：

- ・NPO法の制定過程で、またその制定後、各地域でNPO活動・運動を熱心に担ってきた人々、またそれ以前から公益活動・市民運動を先進的な問題意識をもって展開推進してきた人々の、実践・理論両面での活動なしには、すくなくともこの近時十数年の・わが国における、上記諸分野・次元での注目すべき展開・蓄積は考えられないということ、そして、筆者自身、関係学会への参加、そこでの関連文献・論議等を通じて得られた示唆・刺激が、本研究のさしあたり直接の動機・契機ともなっていること、これらのことをここであらためて確認しておきたい。

- ・と同時にまた、むしろわれわれは、近時における運動論次元での・問題関心の方向性等をめぐる、以下のようなあらたな動向にも、注目したいと考える：

すなわち、NPO法定前後からの、とくに非営利活動の第一線でその中核を担っている優れた実践家の発言・論議の動向や現実の非営利活動をめぐるリアルな情報等からわれわれは、ひとりのスローガ的な市民運動論的段階から、近時ではそれに代わって、以下のような問題状況・対抗軸ないし問題意識・課題設定等におけるシフト・動向変化を看取できるように思われるのであり、それら状況変化の示唆・提起するところのものも同時に又、本稿の問題意識が基本的に共有するところのものである：

1. 〔官—企業—民間非営利組織〕間の批判・対立的関係から、三者間の積極的パートナーシップ・コラボレーションの方向へのシフト：

1-1：対・政府セクター——

- ・介護保険制度下での「指定サービス事業者」制度、PFI法「指定管理者制度」、「市場化テスト」等を通じての、公益的事業の「民」への一定のシフトという状況・動向のもと、その「公益」を担いうるものという観点からの、民間非営利組織・事業能力等の向上・強化、官とのパートナーシップの構築；
- ・同時にまた、客観的には、行政の下請け化、「政府・行政の失敗」の補完・糊塗の機能という陥穽、に陥らぬための主体的力量の充実。

1-2：対・企業セクター——

- ・セクター間基本的対抗軸の、《官 vs 民》問題から《民 vs 民》問題へのシフト——とくに、〔営利—非営利〕間の競合・競争という関係・局面の増大、両者間の垣根の不明確性等の現実（例、株式会社の各種「公益」的分野への参入・問題、福祉関係事業等の〔会社—NPO—各種特別法法人〕等の組織形態間競争の増大；社会的企業、コミュニティービジネス等の「中間的」事業形態の叢生（これらの点とはとくに、「営利—非営利」間の区別の相対化の問題と関連して後に本論Ⅱの該当箇所やや詳しくとりあげることにする）；
- ・ここでも他面において、非営利組織がその本質的要素ともいえるべき本来のミッション・志を忘れて、収益追求の事業組織に墮する危険・陥穽をどう食い止めるかも一個の問題である（それはまた同時に、非営利事業・組織の本質的メルクマールとはなにか、という問題にもつながる）。

2. NPOじたいにおける（ないしインターメディアリー組織等におけるサポート事業としての）、カネ・ヒトの両面でのマネージメント、

事業展開におけるマーケティング、事業計画・評価システム等の制度的構築等の、現実的諸課題の重視・取組み。

3. (以上の諸動向を背景としそれらのニーズに即した、そのような意味で) 事態適合的な非営利組織関連準則 (とくに、関係組織機関、参加者の権限・責任等の準則；競合セクター・組織間の公正競争秩序等) の整備・明確化への要請——いうまでもなく、06新法もまた何よりも上記のような現実社会の動向とのなかで、その真価を問われることとなろう。そしてなによりも、本稿執筆段階でも、その06新法の施行をまえにして現在進行形ですすめられつつある、NPO法の見直し作業と、それに寄せられたNPO活動の「現場」からの意見等も、そうした動向をうかがわせる資料として貴重なものであるといえよう。

A') 上記「問題関心・問題意識」からみた(現代日本に存在する)種々の「カベ」——上記「民間非営利セクター」の展開・活性化という実践的目標・問題意識からみて、現代日本のそれを取りまく状況・動向、ないしその根底に内在する構造的課題性、は決して楽観できるものではないこともまた、忘れてはならない；つまりそれは、さしあたり以下のような種類の「カベ(障壁)」の存在を今日なお否定できないからである：

- A' - 1) 「カネ・モノ・ヒト・情報のカベ」——セクター間でのこれらの資源配分における圧倒的インバランスの存在 (つまりいうまでもなく、とくにカネを中心とした社会的資源は今日なお圧倒的に政府・企業の側に集中している) ；
- A' - 2) 「体制のカベ」——政治経済的ないし社会的機能・位置づけの総体という観点から見て、民間非営利セクターが果たし占めているそれは、他セクターのそれと比較して、なお圧倒的にマイナーなポジションに甘んじざるを得ない段階にあること、つまり支配的「体制」としての政府・市場セクターのもとでは、民間非営利セクターは所詮その補完・補充的位置に甘んじざるを得ないこと (例：「国家通貨 vs 地域通貨等」の現実的対比の示唆するもの) ；
- A' - 3) 「法的制度的インフラないし法理論・観念のカベ」——これは要するに、近代法の全体的基本的パラダイムにおいては、市場・企業を中心とした有償・営利の法世界と国民国家一個人間の権力統治の法世界のパラダイムが圧倒的に支配的であって、法的制度・理論・観念いず

れにおいても、無償・非営利の世界のそれは、未開拓であるのみならず、とくに（所有—契約を中心とした）支配的体系・概念との不整合性を完全には克服しえていないように思われるのであり、この間の事情がまた、拠るべき先行理論枠組みの欠如・貧困をもたらし、ひいてまた本稿の対象たる非営利組織法制論研究の困難性をもたらし（ひとつの）要因でもあるということ、後に再述の通りである；

B) 理論的問題意識：

B-1) 「現代日本・民事法理論体系・原論」研究（以下では、随時「民事法（理論体系）」研究として引用することもある）、それを構成するひとつの支柱としての「無償行為ないしボランティア法研究」および「法主体論ないし組織・法人法制論研究」、その一環としての「非営利組織法制論」という、筆者年来の法律学研究上の・一連のつながりをもった体系的理論的問題関心・問題意識：

筆者は法律学の研究者として、ほぼ30年近く前に、「（何よりも、借り物でないという意味での）自分自身の理論体系の構築を目指そう」との志を立て、爾来そのような問題意識・問題関心のもと種々模索を重ねてきて、数年前（定年退官直前の数年前）にやっと、（本稿の主題とはかなり異質な、生命倫理的問題にかかわるテーマとの関連においてであるが）その構想の概略を公表するところまでこぎつけた[※]。そして上記「無償行為法等研究」および「法主体論ないし組織・法人法制研究」は、その体系構想の中の不可欠の重要な柱・問題領域を構成するものとして、少なからぬ関心をもち、実際にも若干の論点等につき検討作業も重ねてきている。そうしてまた本稿の主題たる「非営利組織法制論」もそうした研究関心の延長線にあり、その一環を構成するものである^{※※}。

そしてまた、本稿は、すくなくとも理論的には、なによりも以上のような筆者自身の理論体系構想に由来し・関連する独自の問題関心・問題意識に深く規定されており（その問題意識に由来する言説は本稿各所に意識的にか無意識的にか露頭しているはずである）、それゆえまた、その基本的思考枠組み（例、後述、「民事法的視点」と、その「第一義性」）は固有のバイアスを内包していることは否定できないし、そもそもそこで多用されるいくつかのキイ・タームじたい（例、「民事法」「体系」「組

織」等)も、かなり筆者独自の意味内容を込めたものである。

そしてとくにそのキイ・ターム中、その独自の意味内容につき説明の要を感じるものについては、その都度簡単なコメントをくわえたつもりであるが、ただ、上記「体系構想」をめぐる筆者の諸研究のレベルは、個別研究はいうまでもなく、序説的・基礎理論的な部分についても、なお入り口段階のものでしかなく、そうしてなによりも(筆者の理論的問題関心・問題意識の所在なり背景を的確に理解していただく上ではなによりも必要な、下記・法学論集論考よりもより踏み込んだ)上記「体系構想」の仮設的全体像ないし方法論的基礎理論的枠組み等についての、まとまった(「序説」的)論考は未発表のままである(それは、可及的近い将来に発表を予定しており、そちらの方を御参照いただくよう御願います)。ともあれ以上のような事情からも、本稿はかなり不親切で分かりにくいにくいものとなったのではないかと惧れる。

※それを他の報告とともに活字化したものが、「人倫研」プロジェクト・シンポジウム・「人間の尊厳」と身体・生命の倫理的法的位置づけ——先端医療技術の提起する諸問題を中心として・報告3：民事法の視点から：北大法学論集55-2(2004年)-134以下。(ただし、そこで「構想」として述べたことは、現時点ではすでに部分的修正の要を感じていいることを、この場を借りてお断りしたい。)いずれにせよ上記「理論体系」の構想が、一方で上記研究プロジェクトにおける「法的身体論」、他方で本稿における「組織・法人論」という、一見異質・無関係に思われる二つの各論的問題群との取り組みの中で、多少なりとも明確な像を結びつつあるように思われることは、何よりも「リアリティのある法主体論」(とくに、一方における「法的人間論」、他方における「組織法制論」)こそが、すべての法理論の基礎・出発点になければならない、という筆者年来の問題意識の観点からしても大いに意味あることと考える。

※※なおまた(本稿の直接の理論的問題関心・モチーフは上記のような「民事法理論体系」構想にあるといってよいが、しかし同時にまた)いささか唐突な「個人研究史」的問題関心ということになるが)、筆者がほぼ40年余りに最初の研究テーマとして取り組んだ入会権研究との関連で、文字通り「暗中模索」としか形容のしようのない形の、「団体法」ないし「共同体」論とその周辺諸問題の「研究」——それは、(法社会学や経済史・民俗学等の分野での文献等を通じての、また学部学生諸君と協同の・東北漁村の実態調査をふくむ)村落共同体研究、マルクス・

「大塚史学」等における「共同体論」研究、M. ウェーバー等の法社会学研究、サヴィニー『現代ローマ法体系』中の法人論部分の読書会、ギールケ・ゲノッセンシャフト論の講読（あの「ヒゲ文字」のドイツ語原典との格闘の日々ノ）、さらには、人民公社や協同組合研究まで、の文字通り手当たり次第という感じのものであり、しかも今にして思えば、いわば入り口でつまみ食いしていただけないものではあるが、本研究における問題関心の・一つの遠い源流として、筆者にとっては思いもかけず、今まさに呼び起こされているようにおもわれる。無論、これら40年前の模索と本研究との間には、当然ながら内容的にもかなりの断絶・飛躍があることというまでもないことであるが、少なくとも本稿の底流にある問題意識のようなものには、部分的であれ連続するものがあることも否定できない。

と同時にやや具体的には、入会権等の・我が農山漁村における慣行的諸権利ないし生産・生活関連共同体が、明治以降の「近代」国家・法制度の統治・導入によって蒙った変動の歴史的過程を今日的観点から批判的に総括するという課題（それはまた、明治以降の日本国家・法展開の・歴史的社会的問題性を、農村共同体の慣行的法制との対抗という観点から炙り出す、そのような意味でまた、今日的現実的意義というよりは、歴史学的意義において、より興味深い研究素材である）、さらにより具体的には（本稿の主題である「組織法制論」に即し、かつ入会権に限定して、そのような意味でいわば「入会権の組織・団体的側面の問題」として）、「総有等共同所有形態—権利能力なき社団—森林組合等」ないし「自然村—行政村—財産区」等の法制的概念・制度の社会的歴史的背景如何という課題が、筆者にとってはなお、今後の課題として残されているようにおもわれる。

しかも、今日、環境問題や、リナックス等のオープンソース、ウィキペディアのような「協同知」的データベース構築など、すぐれて現代的な諸現象との関連で「コモンズ」が注目されるに至り、その所有論的組織法論のないし社会基礎論的インプリケーションとともに、改めて入会権ないし共同体論の現代的再検証が求められていることは、本稿との関連でも感慨深いものがある。

そして上記の種々の諸問題からも自ら明らかなように、それら「組織法制論」は同時に又、「所有法制論」という、他の、筆者自身にとっても年来の研究課題を、コインの半面の如くに伴っている。

B-2）（上記「民事法理論体系」上の法律学方法論的問題意識の延長線上にある）「立法・法政策論ないし具体的立法提言」作業の一環としての位

置づけ：

- ・これは要するに、法律学が単に、既成の実定法条文の技術的解釈操作ないし判例解説・整理作業等々の「学」に墮することなく、また個別紛争事例の・訴訟を中心とした・レトロスペクティブな事後的解決の学の枠内にのみ住することなく——無論いうまでもなく、すくなくとも後者が今日においてもまさに法律学の中心的課題であることは、筆者もむしろこれを積極的に認めるものであるが——、同時にまた、その時々¹の社会が提起する現実的諸課題・問題にたいし、そのしかるべき解決・克服のために、しかも（漠たる評論や無責任な反対・批判にとどまることなく）可及的に具体的建設的な立法提言をもって、発言していく社会的な義務（企業の社会的責任ならぬ、学問・学者の、立法をめぐる、積極・消極両面での、社会的責任）があるのではないか、法律学はたんに個別紛争解決の学（「法解釈学」なるものはその一部でしかない）にのみ安住するのではなく、予防法学ないし立法制度論・政策論にまで視野を広げてはじめてその体系的完結性を全うすることができるのではないか、そもそもまた、一般的理論的にも、（マニュアル的アテハメをコトとする次元の世界ならともかくも、すくなくともわれわれが目指す理論の世界では）実定的地平に安住し、そこで思考停止していたのでは、当の「実定的地平」の真の姿もみえないのではないか——等等の、どちらかといえれば法律学内²在³的なないし一般理論的な問題関心・意識に出るものであり、筆者も、とくに十数年前から、（すくなくとも、上記「体系構想」の網にかかる論点にかんして）意識的対⁴自⁵的にそうした立法論的批判ないし提言を行う（少なくとも努力する）ことを志向してきている——そして上記「民事法理論体系」の構想じたい、法律学が実定法規・判例の整理学等に住することなく、その実定的地平を越えたところで、しかしそれから離れすぎない程度における、体系化作業を志向すべきであるとの問題意識に出るものであり、また筆者自身におけるその個別的具體化作業としてはさしあたり、上記（生命倫理関係）研究プロジェクトにおける若干の提言作業もその延長線上のものである⁶。

※生殖補助医療に関する立法提言：ジュリスト1045号（1994年）105ページ以下及び「人倫研プロジェクト」ワーキンググループ・提言「身体・

組織の利用等に関する生命倫理基本法（1）」北大法学論集55－5（2005）
－245（ただし後者は未完）。

・が、いうまでもなくこの立法制度論的検討作業は、まさに文字通り「言うは易く行うは難し」の類の難事であること、すくなくとも理想論としては、多少なりとも「百年の大計」を旨とした責任ある提言なるものが、（専門領域での知見はいうまでもなく）時・空間次元において可能な限り「遠くを見る目」、換言すれば（人間と社会・国家、ひいて自然にかんする広く深い）関連諸学・研究蓄積（すくなくとも哲学的ないし政策的基礎理論）を踏まえた、バランスある識見のうえでのみ、はじめて可能となるものであること（そのような意味での総合の学としての「立法・制度論」との感）は、報告者じしんが多少なりとも上記の作業に取り組んでみて、痛感している。いずれにせよ、このような意味での民事立法学的課題としてはとくに、上記の点もふまえた、個別の立法ケースの、立法内容と制定過程双方についての批判的検討（ケース・スタディとしての立法批判）——本稿もとくに06新法ないしNPO法※を素材とする。そのひとつの試みであるが——と、そのうえでの民事立法メタ理論の構築が急務と考えられる。そうしてまた学問一般のありようとしても、そのような意識的努力こそが、立法等の局面において、理論の側が、政治や官益的「論理」に振り回されることなく、それらにたいし主体的な指導性（それゆえにまた、学問的品格）を堅持しうる所以であること、この「情報化大衆社会」の濁流の中にあって、あらためて痛感する次第である。

※とくにNPO法の立法過程は次項でやや詳しく見るように、市民団体内部での意見対立・論議、政党間でのそれ等の内部的論争過程をふくみつつ、総体としては、政党＝国会議員と市民団体との協働作業の成果として、正に「議員立法＋市民立法」とでも総括できるような、わが立法史上を通じて極めて注目すべき画期的な立法であり、その内容とともに、立法過程論研究上も貴重な「ケース」を提供するものといえる（06新法の制定過程は何よりもそれとの対比において分析されるべきである）。

0-2：基本的視点：

A) 本稿における「06新法」分析・評価の視点は、いうまでもなく、上述したような筆者じしんの一般市民としての、また一法律学研究者としての、一般的な問題関心・問題意識によって根本的には基礎付けられ規定されたものであって、而してそれは一言でいえば要するに、（非営利組織法制における）「民事法視点の第一義性」ということ、つまり「理論的に純化された民事法視点によって構築された非営利組織・法人法制とはどのようなものであり、それが可能なかぎり第一次的に貫徹された非営利組織・法人法制はどうあるべきか」という原理的視点を明確にし、その上に立って、非営利組織・法人法制※を統一的体系的に（さしあたり、すくなくとも理論的には）分析・評価し、ひいてまた（再）構築する、ということに収斂・帰着するものである。

以上の視点設定においてキーワードとなるものは、見られるように「民事法視点」とその「第一義性」ということであるが、しからばそもそも、「民事法視点」とはなにか（B）、また、それがなぜ「第一義」的でなければならぬか（C）——以下、それぞれ分説する。：

※なお、ここで「非営利組織・法人」というときの「法人」という概念については、その外延の画定につき、実定法全体のなかでの「法人」体系・概念のなかでの・その位置づけ、とくに、（公法—私法という法体系の概念の延長上にあると考えられる）「公法人」とか「特殊法人」・「独立行政法人」等を、民事組織・法人法制上の法人概念との関係でどのように位置づけるべきかという問題が、さしあたりまずもって論点される必要があるわけであるが、この点については、なによりも、それら「法人」についての筆者自身の検討不足と、さらには、（それら「法人」概念の基礎・前提にある）「私法—公法」という体系・概念じたいについての批判的再検討（あえて結論を先取りしていえば、その今日の止揚）という根本問題が、筆者の上記「体系・原論・序説」中での重要な論点の一つとして将来の留保課題として残されているがゆえに、ここではさしあたり、それらの「法人」を除外して考えざるを得ないことを、お断りせざるを得ない（上記・諸「法人」の設立目的がいずれも、少なくともその形式的タテマエとしては「公共性」をもって最大公約数的共通項としている以上、「公益性」を有する非営利法人との連続性の視点から、それらを総合的に関連づけて考察の対象にすることの必要性ないし有益性は、むしろ筆者の問題意識としても十分意識はされている）。

B)「民事法視点」とはなにか？

上記に所謂「民事法」の概念規定についてそれなりの説明を与えようとすることは、とりもなおさず筆者が上記「民事法理論体系」として構想しつつあることの基本的骨格全体の説明に踏みこまざるを得ないことにならざるを得ないのであるが、それは（上記・近い将来発表予定の）「序説」的論稿に譲ることにして、ここではさしあたり、以下の論述展開の理解にとって最低限必要と考えられる下記二点に限定して説明を試みることにする：

B-1)「民法」ではなく敢えて「民事法」とすることの意義：

「民法」という、従来ほとんどが疑われることなく使用されている用語だけではなく、それ以外にも例えば「私法」とか「市民法」とかの用語を敢えて避け、強いて「民事法」の語に拘るのはなぜか、という問題は、正に上記「理論体系」構想の本質的内容にかかわる問題であって、決して単なる形式的なネーミングだけの問題ではないと考えるからであり、而してその点の本格的な説明も上記「序説」にゆずらざるをえないのであるが、ただここで、本稿との関連で一点だけ言及しておくべきことは以下の点である：

つまり、その意味するところは、法典ごと・法律ごとの縦割りの学問分野の境界設定・枠組み設定という旧弊を脱却・克服するという一般的消極的問題意識のもと、とくに『民法典』についての学』という枠組み・観念に繋がりやすい「民法」という語を敢えて避けたということ、本稿の主題との関連ではそれはまた、会社法・信託法や各種特別法法人をも視野に収めた体系的「組織・法人法制」論を志す以上不可避でもあるということ（というよりも、さしあたり、非営利組織・法人論ですら、企業組織・法人論との対比なしには、トータルな理解・把握はなし得ないということ）にある——ただし、なお此の点は、個別の基礎理論的課題として、とくに全実定法（学）体系の中に「民事法」をどのように位置づけるのかという大きな課題をクリアしなければならぬ問題性を孕むものであり、そしてまた、さしあたり、本稿の主題とも関連するより具体的な課題として、本稿のテーマと平行してその検討作業をすすめ、これまた出来るだけ早い将来の発表を期して準備をすすめつつある「民商二法統一論・再考」と題する論考ないし「パンデクテン体系の創造的破壊・再構築」をめぐる諸課題の検討作業、における問題意識とも関連するものであることを、お断りしたい。

なおまた、「民事法」なる概念は、単に現行実定法の整序概念ではなく、むしろ、その内在的批判のうえにたって、それを越えて、あるべき立法・制度論へと指向・定位した概念であること——これについては上述「理論的問題関心・問題意識」で述べたことから繰り返すまでもないが、再確認の趣旨でお断りする次第である。

B-2) その基本的問題類型：

上記「民事法」理論が検討対象とすべき問題群の類型的整理のための基本的「切り口」は他にもいくつか考えられる（とくに最も重要な類型化基準は、〔財産法関連・一般問題に関する民事法A（及びその特殊問題に関する民事法A'）vs 財産法的価値以外の問題にかんする民事法B（及びその特殊問題に関する民事法B'）という問題類型〕が、特に本稿に関連する組織・法人論という問題群にかんしては、さしあたり以下のような、「ミクロ・マクロ」、「形式的—実質的」という二つの「切り口」が最も高いレレバンシーを有するものと考えられ、本稿でも、新法の実体的内容部分の批判的検証をおこなう本論部分（下記ⅡおよびⅢ）で、そのような類型論的整理のもとで分説した：

イ) ミクロ次元——従来も（とくに「公法・行政法」や「刑事法」等と対比して）「私法」「民商法」等の最も重要な構成要素的メルクマールとされてきた、「ミクロの、かつ水平的関係当事者間の利害調整規範群」ということとほぼ重なるものであるが、これはさらに以下の二つの側面に整理できよう：

イ・1) 実質的論点——内部的関係者間利害調整と対外的利害調整をめぐる諸問題。

イ・2) 形式的論点——上記各局面での実質的利害調整に適合的な関係当事者間権利義務等の法律構成、概念構成、及び法制構築等をめぐる諸問題。

ロ) マクロ次元——とくに高度にシステム化された現代社会においては、上記のようなミクロ次元での・閉じた関係当事者間利害調整だけで自己完結する問題は極めて稀であり、とくに立法・制度論の局面においては、そのようなミクロ次元の当事者間問題すら、実質的にはマクロレベルでの（広義の）資源配分の適切性（ロ・1）、形式的には体系全体をどのように構築するのかということ（ロ・2）と関連せざるを得ない：

ロ・1) 実質的論点——非営利組織・法人論との関連では、（とくに、営利

企業との対比において）民事法視点からみて望ましい社会的マクロ資源配分を可能にする組織法的制度設計とはなにかが、ここでの基本的論点である。

ロ・2) 形式的論点——（非営利）組織・法人法論における分野ではとくに、民事法視点からみて事態適合的な法人(法)の体系・類型はどのようなものであるべきか、がここでの基本的論点である。

C) ところで、一般的に「いかなる意味・内容において」（C-1）、「なぜ」（C-2）、また個別的に「何に対し」（C-3）、上記・民事法視点が「第一義的」でなければならないか（別言すれば、民事法視点以外の他の諸視点にたいする、前者の優先的位置づけの根拠、範囲等如何）？

C-1) 上記・前項B-2：イおよびロにおいて整理・概観された基本的問題群を、非営利法人法制構築・論議において具体的に検討していくに際しては、これまたわれわれの「民事法」的視点からは、とくに下記四つの「原則」のもとでの、政策・制度・立法論、そのもとでの制度設計の方向性・目的設定ないし評価基準、等が基本的に指向されるべきであると考え（なお、その具体的展開は、上述のように本論部分たるⅡおよびⅢであらためて試みる予定である）：

イ) 「組織法的私的自治原理の最大尊重原則」——これはやや具体的には以下の諸段階における組織法制論で追求・実現されるべきである：

- ・寄附・ボランティア等にたいする多様な価値観をもった個人の意思が可及的に実現され、それへのインセンティブを促進し、それをつうじてまたNPO活動が総体として活性化し拡大充実していくことを可能にする（すくなくともその障碍とならない）組織法制；
- ・組織・法人の設立から解散段階、その存続・活動中の段階の、いずれのステージにおいても、定款自治・総会自治をはじめとする構成員ないし関係者間の（組織法的）私的自治が尊重されるべきこと；

ロ) 「適正マネジメントないしがバランス原則」——ここではとくに、一方で、執行役員の、寄附者・ボランティア・会員等にたいする適正な受託者的責任法制、また外部債権者にたいする債権保全責任法制、他方における、効率迅速

な意思決定システムを可及的に実現する、そのような意味で「使い勝手のよい」組織法制的構築が課題となろう；

ハ)「行政的事前介入・規制の最小化原則と、(それに代わる、広義の)「市場」の監視ないし司法的事後的対応重視原則」——とくに「市場」云々については、諸種の情報公開体制と評価システムの整備充実がその前提となる；

ニ)「違法・逸脱行為にたいする事態適合的対応」——刑事的反社会的組織行為にたいするしかるべき刑事法的対応が発動されるべきことはいうまでもないとしても、法人制度の濫用・悪用事例にたいしては、可能な限り、民事的対応(法人格否認等・不法行為責任等)ないし租税法的対応(「否認」)が追求されるべきであり、解散命令等の行政的介入は最小限に止められるべきこと(NPO法のこれまでの施行実績の示すところでも、行政的対応には資源的制約限界があるようにおもわれる)。

C-2)「なぜ、民事法視点が第一義的でなければならないか」は、極く単純化ないし一般化すれば以下のような筆者自身の規範的原理的指向性、つまり、上記0-1においても表白したような、筆者の一市民としての実践的問題意識とも関連するところの「国家の視点に対する、個人(ないし、個人間関係とそれによって織り成される社会)の視点の、原理的優位性」ということ、あるいはまた法律学研究者としての「上記・個人間法律関係を基軸とする民事法の、全実定法体系の中での原点的第一義的位置づけ」という理論的問題意識と、に究極的には収斂せざるを得ないものではあるが、法人(格)制度論との関連でやや具体的にいえば、少なくとも現代社会におけるその基本的位置づけとしては、それはなによりも第一義的には社会の基本的制度的インフラの一つとして捉えられるべきであって、そのことは(いわば「反面教師的論法」をもってすれば)、たとえば現代会社法にかんする法制度論・立法論を、財政・租税政策等の行政の論理とか、治安等の刑事司法的観点等の、いわば「国家の論理」を第一義に据えて議論し構築することの問題性ということを考えてみれば、自ずからあきらかであろうし、あるいはまた、絶対王政・重商主義政策下での特許会社、フランス革命・ルッソー＝ジャコバン型モデルにおける近代国民国家政府下での「中間団体」敵視政策・法制、わが戦前ないし戦中・戦後統制経済下での各種統制団体等々にみられる、「社会・

民事にたいする国家の論理の優位」の歴史的諸事例は、少なくとも現代日本が指向すべきものとは反対のものであるという意味で「歴史的反面教師」といわざるを得ない；

もちろん、一般的に、法人・団体法制的在り様が、その時々〔国家－社会〕関係の在り様、とくに国家権力の構造ないし社会の経済的構造に深く規定されること、又、法人・団体についての理論的把握がしばしばイデオロギイ的政治的色彩を帯びやすいことなども、歴史の教えるところであり、それ故に又、前者は歴史学の研究対象として、又、後者は思想史的研究対象として、重要かつ興味深いものがあることも、この際あわせて指摘しておく必要があろう。

のみならずまた、私見によれば、わが国においては明治以降今日なお、筆者自身の造語をもってすれば、日本独特の「唯・法人（格）論」的傾向をはじめとする日本独特の「法人観念」とも呼ぶべき「伝来的反面教師」が、いわばわれわれの体質的マンタリテとさえなっているように思われるだけに、そこからの脱却のためにもこの「民事法視点の第一義性」は今なお強調する意義はあるように思われる：

つまり、上記の「日本独特の唯・法人（格）論」的傾向をはじめとする「日本独特の法人観念」としては、さしあたり例えば以下のようないくつかの代表的「現象例」を挙げることができるように思われる※：

※ただし、以下の総括的整理は、あくまでも上記「民事法視点」からの評価・整理であり、それゆえの単純化一面化を免れないこと、筆者自身も自覚はしており、またなによりも、ここでも近時の社会関連状況の時代的变化はすさまじく、とくに1990年代のこの国の「バブル崩壊」以降、すくなくとも営利企業をめぐる環境は、（グローバルな市場化・自由競争圧のなかでの企業再編等）ドラスチックに激変していることも周知のとおりであって、そしてより一般的にも至るところで、「理論」が「現実」にはるかに「追い越されている」という状況、旧来のステレオタイプなパラダイムに安住する「理論」的言説は「現実」を説得的に説明・分析する力すらうしない、その「現実」に対する指導力喪失はいうまでもなく、「現実」のがわからの信頼性を低下させているという、とくに1990年代以降顕著な傾向を、われわれの「理論」的フレームワークも問題意識等も免れてはいないのではないかと——を懼れる。いづれにせよ、そのような意味でも、ここでも、筆者としては（人間と

社会をめぐる、他の少なくない問題と同じように) 誰よりもとくに、「現場」の問題と日々直面し誠実に試行錯誤を続けている具眼の士(というのは、「現場」がすべて常にモノを正しく広く深く見ているわけではないから)の目を、最も気にしたいと考えている。

現象例1：《法人格＝「お上の御墨付」》的感觉・受け止め：

換言すれば、法人（格）をめぐる問題が、「法人格を付与するものとしての国家・政府権力（官） 対 付与される側としての私人・民間」というタテの・垂直的關係、または各種法的規制・管理・統治における対象範囲確定のための行政・司法的観点においてのみ捉えられがちで、市民社会・市場的關係における当該組織をめぐる内部的ないし対外的私的当事者間関係利害の調整技術としての法人・組織という、まさに上記民事法的水平的視点からの把握があいまいになり希薄になりがちな傾向；

しかしてこの傾向を助長・促進せしめた法制度的要因・背景としてはさしあたり、まさに本稿の主題とも関係する下記のような点を指摘できるように思われる：

- (a) 「税問題としての法人（格）制度」観・利用——つまり、以下の二側面いずれにおいても、法人格取得・利用の動機の最たるものが、節税・脱税等の租税対策であったという現実：
 - (a－1) 営利法人——税法・税制対応としての会社の「法人（格）成り」現象；
 - (a－2) 非営利・公益法人——法人格の許可等による付与が「法人」税等の優遇税制との直結、またはその前提となっていること；
- (b) 非営利（公益・共益）法人設立段階における（民法・旧34下での明治以来の、ないし各種特別法における、官庁タテ割りの下での）許可主義・自由裁量主義（後述・判例・そのもとでは、少なくとも法人設立の段階での問題は民事司法の問題とはなりえない）；又、各法人の組織法的ないし事業・行為法的行政規制・監督の目的に規定された法制ないしその運用（とくに行政委託型非営利法人の場合には、天下り・官製談合等の「官益」的支配・運用；ここでは、内部ガバナンス等の問題も、主務官庁の監督如何という行政法レベル

の問題に解消されやすい——なお此の点はなおさらに後述）※；

※なお以上のことに関連して、わが（民法ないし特別法）公益法人会計基準が、その形成過程における官庁主導型、内容的特質としての縦割りの・非統一性ないし無秩序性という特質をもっていたといわれることも、ここで銘記される必要がある。

なおまた、上記本文との関連における一つの例証として、市民団体のリーダーとして、NPO法の制定過程の・まさに星雲状態期ともいうべき初期段階から一貫してNPO法の成立に文字通り中核的献身的に関わってきた松原明の、NPO法制定後の座談会での発言中の、下記二点の指摘は、氏が専門法曹でもなくまた専門法律学者でもないだけに、（どの程度までその妥当範囲を一般化しうるかはなお一定の留保が必要であるとはいえ）傾聴すべき・鋭い指摘であるといつてよいであろう——雨宮＝堀田『NPO法コンメンタール』（1999年、日本評論社）p58他（座談会・松原発言部分）：

1. 従来の民法・公益法人規定の学者の解釈につき、とくに、法務省民事局の登記等実務の「回答」に依拠した解釈がおおいと指摘；また、
2. （民法公益法人および特別法公益法人いずれについても）その法制度じたい、ないしその政策運用は、「参入規制法としての法人格付与法ないし組織法、事業（規制）法、税法ないし個々の補助金等優遇措置」等の諸要素がワンセットになって官庁縦割りのもとに置くという行政中心的制度（此の点は、営利法人の場合と比較しても対象的であり、それを切り崩したものとしてのNPOの画期的意義）等の指摘。

現象例2：「契約の延長としての法人・組織」という把握の弱さ（または、法人・組織論における契約原理的把握・貫徹の弱さ）、つまり、複数人・法主体による一定の組織的事業・活動につき、その内部的ないし対外的法律関係を、あくまでも個人ないし複数主体間契約の延長として（契約＝取引の困難・不可能な場合の代替手段として）、可能なかぎり契約の論理の中で処理する方向性（観念・意識のレベルにおいてのみならず、理論枠組みレベルでも）の弱さということは、（憲法論次元において「結社の自由」をも「契約の自由」の延長線上に位置づける論議の可否はともかくも、少なくとも）契約こそが、民事法の基礎・原点にあるものであ

る以上、「民事法視点」からみたわが組織・法人法制（観念・論）の根本的限界・問題点としてここで挙げることができよう※；

〔その若干の例証〕

- ・ 営利事業組織分野——参加メンバーの有限責任を可能にする法的手段として、従来わが国では、上記「唯・法人」論的観念が災いして十分開発されてこなかった契約型有限責任組織ないし法制（ただし此の点は、後述のようにとくに近時、学説・立法等で一定程度進展をみせつつあることは、注目に値する）。
- ・ 非営利組織分野——法人格取得以前の非営利組織につき、可能な限り契約法の論理のなかで処理するという方向性、とくに「非営利型組合契約」法理の方向での未成熟・よわさは、単に「権利能力（＝法人格）なき社団・財団」のネーミングだけの問題ではないように思われる。

〔その背景にあると考えられるもの〕

- ・ それは究極のところ、法人制度をふくめ国家・社会的構造物全体につき、それを個人間契約関係に還元しそれを原点として観念し理論化し構築しようとする意識的指向性のよわさ、個人主義・契約主義的伝統の弱さという、より根源的なものに帰着するように思われる（換言すれば、つまりそれは、より一般的次元における、かつ一般社会的レベルでの、われわれの「契約原理」的観念・意識の希薄さ・弱さという、「DNA」レベルの根元的なものに規定されたマンタリテともいうべきもののなのかもしれないが——）。

※ただし（およそ共同事業・共同活動ないし互助的入会的組織なるものが、歴史的にも今日的にも、又、論理の次元においても、組合契約的法律関係をそのプロトタイプとするものであることは、疑いえないところであるとしても）組織・法人を、単純に契約の「延長」として捉えることは、とくに、大規模・公開タイプの株式会社という現代的現象との関連ではいうまでもなく、会社を「契約の束」と捉えることの限界・問題性とか、「契約—組織—中間組織」理論を想起するだけでも、法理論的厳密さを欠くことは、筆者においても十分自覚しているつもりであって、上記本文の指摘は、そのような限定つきのものであることをお断りする。逆に、ある時期までの英・仏の法理論が団体に独自・

固有の法理論を発展させることなく、団体をめぐる法律問題を個人・自然人間の権利・契約等の延長線上で処理しようとしたための負の現象もこのこととの関連で注意しておく必要がある。

現象例3：「法人（格）一元論」（＝「唯・法人論」）的傾向：

そもそも社会の組織的活動・事業をめぐる現実には、その受け皿としての組織・法人法制にたいしても多様なニーズをよびおこすものであること、営利活動・事業の場合はいうまでもなく、非営利活動・事業の場合にも、いくつかの事例報告からも窺われるところである。しかし、わが国では政府・立法の側も、実務ないし（非営利活動における）リーダーの側も、ともすれば法人格の問題に拘る傾向（しかもその法人の要件・効果ともに、どちらかといえば画一的で多様性を欠く傾向）、すくなくとも上記多様なニーズに応える多様で事態適合的な法技術的手法の開発を追求する志向が弱かったようにおもわれる。

〔具体的事例としては〕

- ・一般的には、まさに上記「現象例・2」として指摘したような、契約的手法・論理の枠のなかでの（可能な限りの）処理の方向の弱さということが挙げられようが、個別・特殊的には、それ以外にも、たとえば後述「06新法・前史」におけるNPO法の内容的批判点の一つとして挙示・指摘したように、近時のNPO法制定過程においても、マスコミはいうまでもなく、政治家やNPO指導層の思考様式においても、「法人格」の（容易な）取得を以って能事足れりするとき論調がすくなくないという傾向があったように思われる（ただしこのことは、後述のように、NPO・NGOの活動にとって、少なくともNPO法制定前、民法34条のカベに阻まれて法人格を取得しえないことが大きな制度的制約・障碍要因としてあり、正にそのカベを打破するものとして、市民活動＝下からのニーズに促される形で、かつ、市民と国会議員との協同作業の成果としてNPO法が成立した、ということの、画期的意義を貶しめるものでないこと、いうまでもない）。
- ・そして、とくにこのこととの関連で（また後述・本論における06新法批判との関連でも）ここで挙げておく必要があるとおもわれる歴史的エピソードとして、大正11制定の信託法中にほんの数箇条、正に「泥

縄」的に設けられるにいたった公益信託制度が、(昭和40年代の公益法人の不正経理問題等が国会でも問題とされマスコミでも取り上げられて、公益法人制度見直しの動きが政府部内でも出てきて、それとの関連で公益信託の有用性が注目されるに至り) 昭和52年にはじめて公益信託が二件許可(外務省[※]／建設省所管)されたということ、つまり法制定後50数年間少なくとも公益信託については、その許可事例は一例もなく、その存在じたい忘れられ、また関連する監督官庁の関連規則すら制定されてこなかったという、驚くべき事実であって、かかる半世紀に及ぶ休眠状態をもたらした背景・要因は、もちろん、単純一様ではないであろうが、すくなくともそれが、上記「法人格一元論」的傾向を物語るものであることは疑いのないところであろう(なおこの点については、公益信託と最も関連性の高い財団法人との体系的対比という観点で、後述Ⅱ－1で再度言及したい)。

——いずれにせよこの「法人(格)一元論」という、総体として国家法定・公認制度としての「法人」に一元的に拘る傾向は、上記「現象例・1ないし2」とも相乗・関連するものであるが、とくにその歴史的ルーツ如何を問うとき、それは、わが国明治「近代」国家以来の民事法制の生成・展開過程が基本的に、社会の現実の必要に司法・立法が応えるかたちで自生的内発的に生成・展開したものというよりは、しばしば「外から」かつ「上から」というベクトルのもとで、そのような意味でまた他律的動機のもとで、生成・展開したものであるという、この国の「近代」民事法制史全体のありようとも通底するものがある、つまり法人制度が、社会の内部から、下から、の必要に迫られて内発的自生的に生成・展開したものではない、ということ、ひいて又、総じてわが「近代」国家(における官一民の関係)のありよう如何という周知の歴史的特質と根源的には関連するものがあるようにおもわれる(NPO法制定の歴史的意義はこのような意味でも刮目すべきものがある)。

※なお、「海外協力基金」が公益信託第一号として外務省から許可されるまでの経緯をふくめ、とくにイギリスのナショナル・トラストとの出会い、自然保護運動との関わり等、(この「公益信託」の掘り起こしと、その理論的深化に、パイオニア的功績のあった) 田中實の講演

録「公益活動と自然保護—法律の側面から—」北海道斜里町企画振興課編『ナショナル・トラストをすすめるために—知床100平方メートル運動5周年記念シンポジウムの記録』（昭和58年刊）は、正に貴重な歴史的「記録」といえよう。なお、本格的な研究として、田中實『公益法人と公益信託』（1980年、勁草書房）参照。

現象例4：「器＝手段」としての法人・団体の、実体化・自己目的化という倒錯傾向：

上記「現象例・2」で指摘したような、組織・団体を、あくまでも個人間契約の延長として、契約の論理の中で処理する方向性の弱さということは、ひいてまた、とくに法人なる概念・制度を、単に権利・義務ないし責任の帰属点を効率的に処理するための法技術的便宜的道具（冒頭引用のエピグラムが隠喩的に述べる表現を以ってすれば、「中味のための器」として徹底的に手段化し対象化してとらえるのではなく、「個人や契約以前に実体をもって実在し法主体として行動するアプリアリナ存在」として捉える傾向・マンタリテにも通じるものであって、それは単に会社等の組織・団体についての一般人の思考様式・行動様式においてのみならず、各種法律関連実務・法曹ひいて法律学等の支配的思考様式にも「通奏低音」的に牢固として抜きがたく伏流し、至るところ、思いもよらぬ形で顔を出すものであるように思われる（「法人学説」の範疇に当てはめればいわゆる法人實在説（的傾向）の明示・黙示の支配であり、しかもそれは単に「法人」にとどまらず国家法・制度一般の観念につきみられる一定の傾向性であり、しかも、それは、ドイツ法人学説史におけるような反・ローマ法、反・個人主義等の対自的契機を欠く、そのような意味で即自的「法人實在観」とも称すべきものであるが。）——それはまた単に観念レベルの問題にとどまらず、法社会学的に言えば、個人主義的視点からは現代日本社会においてなお無視できない「中間団体」の負の（あえて言えば今日ですら、危険である）機能的側面（＝「タテ社会型・集団主義」的マンタリテ）の問題性でもある。

いずれにせよこのような傾向は、すくなくとも、契約を基点・原点として捉えるわれわれの「民事法視点」からすれば、憂慮すべき（現実・理論両面での）傾向として今日なお警戒していく必要があると思われる*。

※わが国において現実に法的社会的に存在する法人のうち、量的にも圧倒的な数を占め、かつ経済的・社会的意義・影響力という点でも圧倒的な位置を占める法人形態が会社、とりわけ株式会社（ただしその概念内容は、さしあたりここでは、「05会社法」前のそれを前提として考える）であることは、いうまでもない。そのような意味で、上記「日本独特の法人観念」とその具体的「現象例」も、厳密には、なによりも先ず以って、この会社、とりわけ株式会社をめぐる現実・論議に即して論証・論定され、それを中心としそれとの対比において他の法人形態も分析される必要がある。その本格的な検討はもとより本稿の主題からみればはずれる大問題であり、今後の「組織法制研究」のなかで深化されるべき留保課題であるというほかないが、さしあたりとくに上記「現象例4」との関連で注目され、この場で注記されるに値する論稿・論議として、(従来、主として経済学分野で展開されてきた)「会社の所有—支配」論、ないし(その一環としての)日本型(株式)会社の構造・機能の特殊性をめぐる分析・評価論がある。その全体的かつ本格的な検討もこれまた将来の課題として留保せざるを得ないが、さしあたり現段階で筆者の興味を惹いたものは、以下の二人の論者のものである：

1. 奥村宏〔1995〕：『法人資本主義の運命』東洋経済新報社：(氏のいわゆる「法人資本主義論」はすでに70年代からその多くの著作によって発表されているが、さしあたり、本書はその集大成と位置づけてよいであろう。なお「現代思想」1993年12月号所収の「資本主義にとって法人企業とはなにか」と題する関曠野氏との対談も参照。)：

2. 岩井克人〔2006〕『会社はこれからどうなるのか』、平凡社；同〔2005〕『会社はだれのものか』平凡社：(後者は、前者の補足的論稿と対談記録をふくむ；なおとくに前者は同氏の「株式会社の本質——その法律的構造と経済的機能」大塚啓二郎他『現代経済学の潮流(2002)』東洋経済新報社、2002 第四章の「大衆版」ともいうべきものであるが、本稿ではさしあたり、この「大衆版」の方を引用する。)

——まず、奥村宏〔1995〕について：

上記「現象例4」との関連でとくに注目すべき・その主張点を要約すれば、以下の如くであろう：いわゆる「55年体制」(1955—93年の間のわが政治体制)における「政・官・財の三位一体」構造のもとで、その経済成長第一主義を主として担ってきたのは、わが国独特の「法人資本主義・会社本位主義」と称すべき日本型企业・経営システムで

あり、しかしてそこでは要するに、少なくとも公開・大規模会社においては、その実質的支配が（個人・家族、機関投資家、経営者、従業員、国家のいずれでもなく、なによりも）法人（メインバンク・グループ事業会社等）株主の・支配証券としての株式を通じての、親会社による子会社・系列会社の支配、グループ企業間の株式相互持合い（相互支配・相互信任——そこでは実質的には、どこまでいっても究極的所有者としての個人株主にはつきあたらぬ、そのような意味で、一部企業集団の代表的法人の支配する「法人資本主義」であるというわけである）という株式所有を通じて実現され、その結果、その系列（タテの結合）・持合集団（ヨコの結合）の外部の投資家・株主は、個人株主は言うまでもなく、機関投資家・法人株主等も会社の支配・ガバナンスから排除され、株式買占め・乗っ取り対策としての安定株主工作が可能となる、というわけである。また、そこでの経営者も従業員も「法人の顔をした自然人」であり、そのような意味で「会社人間が日本社会を跋扈する」＝会社本位主義ともいふべき体制、別言すれば、自然人をはなれた（不死・永遠の存在としての）「法人企業＝会社それじたい」の一人歩きという事態が現出する、というわけである。

而して、この奥村氏の名とともに名高い「法人資本主義・会社本位主義」の体制こそ、上記「55年体制」とそのもとでの驚異的経済成長を可能にしたもの、とされ、世界的な規模での・この日本型経営への賛美論も一部ではもてはやされることとなるが、しかしそれは他方、80年代の日本経済の（株高・地価高騰を中心とする）バブルを惹き起こす一つの要因ともなり、90年代初頭における、国内では、そのバブルの崩壊、政治における55年体制の崩壊、また世界的には、89年の冷戦体制の終結、グローバルな市場・企業間競争の展開のなかで、上記・法人資本主義のもとでの市場の閉鎖性、官僚規制の桎梏等が批判的となり、そのなかで、一連の・上からの制度改革とともに、法人資本主義の内部的解体・変化の動向（持合比率の低下、系列離れ、会社人間への反省等をふくめた、広い意味での企業再編の諸動向）が顕著となって現在にいたっている、というわけである。

同時にまた「脱・工業化社会」の流れのなかでも、「ポスト法人資本主義」の方向が模索されざるを得ないものとなっており、やや具体的に奥村氏個人の「株式会社制度のあるべき改革の方向性」としては、個人株主の復活、株主主権の復活、会社民主主義＝総会の機能化、法人の株式所有・相互持合いの規制、機関投資家の育成・活性化が提唱されるとともに、とくに、巨大株式会社の解体が急務とされ、それに代わる新しい企業形態の重要性が説かれ、その一つのモデルとしての

協同組合（上記「現代思想」座談会では、スペイン・モンドragon協同組合の・金融組合をも包摂する先行事例が紹介されてもいるが、やや唐突との感は免れない）、総括的には、「人間の顔をした企業・会社、実体概念としてではなく機能・運動概念としての会社」像が追求されるべきである、とされる。

——他方、岩井克人〔2006〕によれば、古来、法人の本質をめぐって、それを「実在する実体＝ヒト＝法的主体」としての側面を強調する法人実在説と「名目＝モノ＝客体」としての側面を強調する「法人名目説」との対立・論争が続けられてきたが、氏によれば、現実の法人たる会社にあつては（組合契約型共同企業形態とは異なり）、独立の法的主体・権利主体として、モノ（会社資産）を所有し、契約し、債権者となるという意味でヒトであると同時に、モノとしての会社を株主＝ヒトが株式を通じて所有の対象とするという意味ではモノでもある、という「ヒト＝モノの二重性」こそがその本質とみるべきであり、そのような方向において、両説の対立は止揚可能であると同時に、他面そのような意味でそれは、ヒト＝モノ峻別という近代法の論理を揺るがす構造的本性をもつものとされる。

具体的には而して、株主主権＝所有の論理の貫徹をもって基本的特徴とする英米型資本主義は、M&Aに典型的にみられるように、法人のモノ性・名目説を現実化・極限化した形態と考えられるところ、しかしそれは、上記法人の一面のみを肥大化させた病理的現象であつて、所有と経営の分離という現実のもと、株主主権の回復によるその克服をめざす、コーポレート・ガバナンスの試みも、エンロン事件が象徴的に示唆するように、十分な機能を期待しえず、会社＝株主主権論は決してグローバル標準にはなりえないと考えるべきであつて、これに対し、戦後日本の企業・経営は、アメリカ的でもドイツ型でもイタリア・韓国・戦前日本「財閥」的なものでもなく、その経済的成功を可能にしたものは、会社制度のもつ上記二重性の本質を混在・融合させたところにこそあると考えるべきであつて、とくに、その実在説的側面としての持ち株会社は、ヒトとしての法人がモノとしての法人を支配し、それを通じて可能となる支配株主によるピラミッド型支配、自社株所有－メインバンクを中心とした相互持合いは、自己支配による他者支配からの防衛という側面を持つと同時に、「組織特殊な人的資産」としての従業員を、外部の企業・株主によるホールド・アップ問題から防御し、企業組織に特殊な人的資産の投資を促す役割を果たすものとして積極的に評価される。とくに、情報＝差異性の商品化競争を基軸とする「ポスト産業資本主義」への移行・転換における会

社組織のあり方としては、そこにおいては、カネ＝モノ＝株主の価値よりも、ヒト＝知識の価値がコアコンピテンスとして重要化し組織特殊的人的資産の重要性が高まるゆえに、(モノでしかない会社よりは)企業組織そのものがヒトとなる法人実在説的会社形態、従業員の長期的貢献を促す雇用・報酬システム、株主主権を弱体化したところでの日本型経営組織の方が有利であるとされる（なおまた、氏によれば、株主のための利潤追求ではなく、会社そのものの存続・成長が自己目的化した日本の会社と、株主じたいが存在しないNPOは、見かけほどの断絶はなく、また後者＝NPOは、自然人の死を乗り越えて存続可能な・不死の存在としての法人制度本来の歴史的ルーツへの「先祖帰り」という側面をもつものとして、積極的に評価されるが、この部分は、上記・奥村氏の協同組合評価の部分とも平仄の・偶然の相即という意味では興味深いものがあるとはいえ、ここでも、いささか唐突かつ論証不十分との感拭えない）。

——思うに、営利法人たる会社、とりわけ、物的会社の極としての公開・大規模会社をめぐる問題状況の根源にあってそれを本質的に規定していると考えられるものは、なによりも、そこにおける二つの契機、つまり一方における私的利潤追求の契機（高度にシステム化された投機的利潤最大化というカネの論理と（そのための）所有＝支配の論理）と、他方における社会的・公共的ないし非経済価値的契機（会社事業のアウトプットたる財・サービスの享受者・消費者としての人間・社会、労働の場としての会社；ひいてまた、資源供給市場ないし製品流通・販売市場ないし資本市場との接点でのマクロな経済的システムの関連等等）との間の、矛盾・衝突であって、而してとくに後者の観点からみたときの、真の問題の所在は、株式会社制度なるものの中核的契機が、株主・投資家による、有限責任制度のもとでの投機的利潤追求にあり、その論理のもとでは本来、従業員・消費者等はあくまでも「外部の存在」でしかなく、また会社債権者との関係では株主は、有限責任と資本市場での株式譲渡をつうじていつでもリスクから逃げうる存在であり、また執行役員も会社じたいとの関係では常に利益相反の立場にあるということ、而してまた対・社会的責任をとる主体も本来的には不明確な仕組みであるということ（執行役員が責任を負うのは、所有の論理のもとではあくまでも株主にたいする信任義務のみ）、しかしてまた、現代社会における会社法人をめぐる真の病理・危険といえるものは、私見によれば、一方における器・手段としての法人という方向の徹底（物象化：例、M&A）と、他方における実体観念としての会社法人の自己目的化・自律的運動（物神化）の傾向の

不断の拡大再生産という、一見すると二律背反的なベクトル・方向の動きとみえつつ、本来の主人公としての人間・社会（真の意味での生活世界）という観点からは、「中味」と「器」の関係性の逆転・倒錯、後者自体の一人歩きという点では同根の傾向性、という点にこそあり、市場経済とそのもとでの株式会社制度の必要・不可欠性という現実的与件のもとで、われわれに求められている課題は、上記病理・危険の可及的除去・軽減というセカンド・ベストの課題であるというべきであろう。

ともあれ、上記のような会社をめぐる基本的問題点は、まさに「組織法制論」全体の根幹（とくに法人制度）に横たわる問題として今後の課題に残されていることはいうまでもないが、本稿でもとくに最後の総括部分で、さしあたり06新法の検討の関連においてであれ、可能なかぎり、それを通しての上記検討の更なる深化を図りたいと考えている。

C-3) しからば何に対する（民事法の）「第一義性」であり「優位性」か？

つまり、民事法的視点以外にも、組織・法人法制にアプローチするための視点は種々ありうるが、それら他の諸視点のうち、いかなる視点にたいする関係での、如何なる個別的根拠・意義ゆえの、民事法視点の（規範的）「第一義性」なり「優位性」か？

しかしてこの「民事法以外の諸視点」※も多種多様なものが考えられるのであるが、以下はそのうちとくに、以下の06新法を中心とした非営利組織法制的批判的検討という本稿の主題にとってレレバンスシーが比較的高いと考えられる諸「視点」のうち、税制的視点（イ）、憲法論的視点（ロ）、行政（改革）的視点（ハ）、運動論的視点（ニ）の、4つの視点を順次とりあげ、それぞれを上記「民事法的視点」からどのように位置づけ、関係づけるべきかにつき、本稿の立場を明らかにしたい（なお以下の諸「視点」のうち、とくに重要性のたかい税法・税制ないし行革的視点との関係については、とくに次項Ⅰにおける06新法制定までの「前史」ないし同法制定過程じたいの検討のなかで、ややたちいった批判的検証をくわえたので、それら関連箇所もあわせ参照されたい）；

※「諸視点」のうち、法に関連した視点にかぎっても、一般に、各種法・制度領域における実定法令（ないし各分野の法律学）においては、民事

法（学）領域はいうまでもなく、それ以外の法（学）領域においても、それぞれの領域に固有の目的・形・内容において、当該法令等の適用対象の把握・確定・限定等（適用「対象主体」論）、当該法令上の権利義務の主体の把握・確定・限定等（「法的主体ないし権利主体」論）をどうするかが、必須不可欠の問題として存在し、そして現に、それぞれに固有の、適用対象ないし法的主体の限定等のための概念・フレームワークをもっている、こというまでもない。

そしてそこでは、多くの場合、自然人たる個人とならんで、複数個人の集合たる、広い意味での組織を、その「適用対象」ないし「法的主体」として措定せざるを得ないこと周知のとおりである（例、税法における所得税の場合の「個人」、法人税の場合の「法人」又、各種「業法」における行政規制の適用対象としての「法人」、刑事処罰の対象としての「法人」など）。つまり、各法領域は、それぞれに固有・独自の実際の観点・目的（法技術的形式的必要性と、より実質的政策的目的）に適合的な「組織」ないし「法人」概念をもっているといえることができる。またさらに、非営利法人のみに限定しても、とくに180余に及ぶ各種特別法によって設立された公益ないし共益法人は、それぞれに固有・独自の目的・内容を持ち、そのような意味でも多様な視点からのアプローチが可能である。

イ）対・税制的視点：

イ・１）問題の整理・所在、論点の限定：

- （a）非営利法人法制との関連で従来とくに論議され、そして現に、06新法成立の現段階でさしあたりもっとも重要な政策論議は、その税制をめぐる論議であって、しかしてそのやや具体的な内容は、（細部の論点は捨象し、あくまでも、さしあたっての実際的重要論点に限定していえば）

下記二点の論点に収斂整理できよう※：

- （a・１）法人税関連——ここではとくに（非営利法人・組織にたいする）法人税をめぐる優遇措置、つまり、原則・非課税とすべきか否か、収益事業課税の場合の「本来事業—収益事業」の仕分けの規準ないし内容等 如何が中心的論点となろう；
- （a・２）寄付税制関連——ここではとくに、非営利組織・法人への寄付ないし遺贈等における、寄付者・遺贈者等の側の（所得税・法人税等との関連で）租税優遇措置をどうするか、受贈者法人側の寄付収入課税をどうするか 等が中心となろう。

※ただし、占部裕典「公益法人税制の動向——その理論的背景と体系的位置づけの検討」租税法研究35号1頁以下(2007)(同誌は、租税法学会2006年大会の統一テーマである「非営利法人と税制」の報告論文とシンポジウムを掲載し、上記・占部報告はその総論的部分を担当するもののようである)は、上記「テーマ」を扱う平成17年・政府税調ワーキンググループ報告(略称)「基本的考え方」を検討素材として、その基礎理論的問題の所在を俯瞰的に整理するものであるが、それによれば、「わが国の公益法人税制あるいは非営利法人税制はどちらかといえば、単なる「優遇措置」の問題として片付けられ、租税(課税)理論的分析の対象からはずされてきたといっても過言ではない」(p 1)ところ、あるべき議論の原理的方向性としては、「どの部分までが本則すなわち原則課税の問題であり、どの部分からが政策税制としての優遇措置的部分であるのかといった意識のもとで、これらを明確に区別」し、また「営利法人という一つの柱のなかでの議論ではなく」「営利セクター税制と非営利セクター税制という二つの柱を想定しながら」公益法人課税に固有独自の理論的な枠組みの検討探求が必要である、とし(p 3)、そのような観点から、制度改革にあたって検討さるべき基礎的ないし周辺の諸課題を、論点1から論点25までをリストアップし(p 4-6)、課税ベース論・組織法制論という総論的論点と各論的論点にわけて、それぞれコメントを付す(p 6以下)。

この占部報告以外の各論的報告中、とくに、個人(寄附)ないし企業(フィランソロピー)による各・公益活動支援税制を扱う藤谷武史報告ないし増井良啓報告は、上記筆者の整理列举した二つの論点中のa・2に主として関わるものであるが、それ以外に、資産課税・消費課税も報告対象とされていて、各論的にも上記二つの論点以外にも重要論点が存在することが窺われる。

いずれにせよ、これら学界報告をふくめ、(私見のかぎりでの)専門研究者の論稿を、(本稿のいわゆる)民事法的視点からどのように受け止めるべきかについては、後述(イ-4)するところを参照。

- (b) ところでいうまでもなく本稿は上記のような税制論議に直接立ち入ろうとするものではなく、なによりも筆者自身さしあたり、その能力的資格もない。ここでのわれわれの課題はあくまでも、これら税制の問題・論議と、上記「民事法的視点」からする組織・法制度論との、あるべき関係如何を、われわれの視点から明確にすることにとどまる。

この「両者の関係如何」という問題設定の趣旨・背景としては、非営

利法人をめぐる他の論点・視点中でもとくに税制の問題がこれまでも実際上もっとも大きな関心事項として喧しく論議されてきたことでもあり、また現に（後述のように）06新法の制定過程においてもこの点が（すくなくとも私見によれば「ねじれ」ないし「矮小化」とも評すべき）少なからず否定的なイムパクトを及ぼすことになった、との思いもあって、上記「民事法視点」に比較・対置されるべき他の関連視点として真っ先に、この税制的視点を取りあげ、その両者のあるべき関係如何を明確にしておくべき、実際のないし理論的必要性を痛感するからである。

そして（いわば「言わずもがな」との感なくもない）そうした原理的問題に敢えて拘るのは、ここでも、とりわけ社会＝民事の基礎的制度的インフラの一つたる非営利組織・基本法制（06新法が目指すべき本来の目標はまさにそのようなものであったはずである）の構築にあたっては、それが（まさに百年余前の制定になる基本法たる民法典規定に代わる、今後）「百年の大計」に関わることであるだけに、本質的重要性をもつものと考ええるからでもある。

而してまた（上記「あるべき関係如何」という問に対する）われわれ自身の主張・スタンス（の結論的骨子）をここで予め先取的に明示するとすれば、それは要するに、以下のように命題化できよう：

「非営利法人法制は（営利法人法制とならんで）第一義的には他ならぬ民事法上の基礎的制度として位置づけられるべきものであり、特に税制との関係においては、論理的次元においても時間的次元においても、それは、すくなくとも第一次的には（税制的視点等から遮断された、そのような意味で、「純化」された）民事法的視点から論議され構築されるべきであり、然る後に、その基礎・前提のうえに、その税制が別途論議され構築されるべきである。」

——この命題をさらに要約的に分解して表現すれば、それは要するに（非営利法人法制の論議・構築における）「両視点の峻別」と「民事法的視点の第一義性（すくなくともその段階での税制的視点の混入の拒否）」というふうに言い換えることもできよう。

イ・2）「私法（民事法）—税法」関係についての論議の諸次元とそれぞれの批判的検証、ここでの論議の次元の限定：

(a) ところで上記「問」(ないしそれにたいする「答」としての上記・われわれ自身の主張・スタンスをめぐる論議)は、これを敷衍し一般化すれば、その根底には、一般に「私法(ないし民事法)と税法」間の関係如何という、法体系理論ないし解釈論上の(従来もとくに税法上の論議の一定の蓄積のある)基礎的大問題が控えているこというまでもないところであり、而して小稿はこれまた、かかる大問題全体を直接扱うものではなく、あくまでも、(06新法をはじめとする非営利法人法制・立法制度論を中心とする)法人・組織法制論議にあたっての「私法(民事法)―税法」間関係如何につき、かつその点についてのわれわれの視点・スタンスをあらかじめ仮設的に明確にするという目的にとって必要な範囲で、上記大問題の一端にふれるにすぎない。

(以上のように限定された検討対象についての)ここでの論議・主張につき、さらに(いささか確認的に)明確にしておく必要あり、とおもわれるのは、それら論議・主張はあくまでも下記三つの「次元」でのものである、ということである：

(a・1) それはまず、個別・実定法解釈論の次元においてではなく、あくまでも立法制度論的次元での両者の関係性如何についての主張である；

つまり前者の次元においては、「税法と私法(ないし民事法)の関係」如何に関わる解釈論的論点・論議として、従来からも、とくに税法の適用・解釈にあたって、実定民事法規からの「借用概念」の適用・解釈をめぐる諸問題、所有権等財産権の私法形式的帰属如何と税法の適用との関係、私法上の形式・制度が仮装・濫用されたと考えられる場合の税法的評価如何の問題(ひいてまた、課税法律関係の基本的性格如何という実定税法の解釈原理に関わる問題につき、それを典型的権力関係ないし特別行政法の関係ととらえるのか、はたまた、特権的特殊性を加味した、しかしあくまでも一個の債権債務関係に偽律してとらえるのか、という周知の議論)等が論議され、また逆に民事法の適用・解釈における税法との関連・位置づけに関連する諸問題など、両者の接点で生じる解釈問題が少なくないこと、そしてとくに前者の問題群にかんしては税法・実務における、相応の論議・検討の蓄積が存

在すること、周知のとおりである※。

而して本稿がその視点設定に際して明確化しようとするのは、
かような現行実定法の個別解釈論次元の問題ではなく、（NPO
法制定や今回の06新法におけるような）現行実定法の改革ないし
あらたな立法・制度論の局面での、そのような意味で、あくまでも
現行実定法をはなれた次元での両者の関係如何という問題であ
る。

※ちなみにここで注意すべきことは、税法上の「法人」概念と民事
法上のそれとの間には、そもそも実定税法の次元においてもすで
に両者は、（峻別というのは言いすぎであるとしても）無視でき
ない「断層」＝不連続性が存するように思われる、ということであ
る：

すなわち、いうまでもなく、法人税法の納税義務者は原則とし
て、民商法・各種特別法等の根拠法規に準拠した法人格付与が基
礎・前提であり、そのような意味で法人格の得喪が法人税法の適
用に直結していて、ただ、法人の種類によって、営利法人等の「普
通法人」として原則課税とされたり、「公益法人」のように原則
非課税（「事業収益」のみ軽減税率での課税）とされたりとの差異
がもうけられるにすぎない（しかも後者の場合、外国の例におけ
るように、そのための「資格承認方式」つまり税法独自の法人ス
クリーニングが行われるわけではない）；そのような意味でまた、
税法上の「法人」概念は民事法を中心とするそれからの「借用」
概念である（税法に独自固有の「法人」概念・定義は存在しない）
というふうに（さしあたり）断ぜざるを得ないであろう。

しかし、仔細にみていくと、（法学的概念一般の「目的相対性」
という意味では当然のことながら）両者の間には、以下に例示す
るところからも窺われるように、微妙な差異（「断層」）が存在する
ことも否定できない：

1. 法人税法上の「法人」類型（とくに、公益法人—協同組合法
人—普通法人の類型分け）とそのカテゴライゼーションは、税
法独自のポリシー・考慮視点にもとづくものであろう；
2. とくに、上記「法人」類型の一つとして、一定の要件（しか
もその「要件」の内容じたい、確立した判例と考えられる判例
法理上のそれと比較して、そのごく一部を取り込むものにすぎ
ない）を充たす「法人格なき社団・財団」も「みなし法人」と

され、公益法人等と同様の扱い（「収益事業」所得課税；ただし税率は普通法人扱い）をうけることとされていること——そのかぎり（または、この段階ですでに）少なくとも法人税法上、法人格の有無はいわば「無化」されているともいえる；

而してさらにこの点は、すくなくとも民事実体法上は周知の通り「法人格なき社団・財団」とされた場合における法的効果内容は、全体としてたしかに可及的に法人に近い方向性が追求されてきた、とはさしあたり言えても、法人そのものと看做すというところまでは行っていないことは明らかであって（そうでなければそもそも本稿が取り上げるような、中間法人法の制定、ひいてまた民法34条改革＝新法制定にもつながらなかったはずである）、そのような意味で民法（判例）上の法人概念との間には、「断層」というよりも「亀裂」ともいふべきものが存するといつてよいように思われる。

3. のみならずまた、この（法人税法上の）「制度としての法人（格）概念の意義の・無化ないし希薄化」という（一見論理矛盾ともいいうる）現象動向は、とくに近時のいわゆる「事業組織形態の多様化」に対する租税法的対応にも看取できるように思われる。すなわち（内国法人段階に限定しても）——：

3－1：一方で、資産流動化法による特定目定会社および投資法人法による投資法人のように、パイスルー（構成員分配、事業体自体への課税）型法人にあっては、課税対象としての法人はあくまでも便宜的形式的な意味をもつものに過ぎない；

3－2：他方でまた、任意組合（現行：パススルー課税）、（とくに法人が営業者である場合の）匿名組合等の従来型の事業組織形態、さらには、日本版LLP（有限責任事業組合）や（とくに平成18年改正・新信託法下での）信託等の新たな事業組織形態、などの組織形態の重要性の増大は、基本的に（法人格如何という形式ではなく）実質的事業組織体を課税対象として把握することの現実的必要性を示唆するものであり、ひいてまた、合名会社、合同会社（日本版LLC）等の法人課税の在り方に対しても、再検討を迫るものである；

——而してこれらの動向は、なによりも、営利企業を中心とした事業・組織展開における、法人（格）制度をも一つの事業戦略的道具・法技術としてとらえざるを得ない経済の論理と、法形式と徴税コストを中心とした租税法制・実務上の制約論理との、矛盾に胚胎するものとして性格付けることがで

きるであろうが、いずれにしても、ここでも民事法的視点からの法人（格）制度の位置づけとの乖離傾向は否定しがたいものがあるように思われる。

4. そしてそもそも、法人税の根拠論についての周知の議論も、それを個人所得に還元して把握しようとする擬制説がいまなお有力に説かれ、またそのような法人本質論からの演繹ではなく法人の経済的社会的機能実態からの理論付けが別途説かれるということ、またそもそもそのような本質論に遡及した論議が個別の現実的税制・税法問題のたびごとに、しかもそれら個別問題との密接な現実的レレバンシーをもって、繰り返し提起される（ように思われる）という事態じたいが、租税法における「法人」概念じたいの意義・位置づけが、民事法におけるそれと質的にかなり異なるものであることを示唆するものであるようにも思われる（民事法関連の問題で上記「本質論」がでてくる場合であっても、それは多くの場合、現実の問題解決との関連性のうすい事後的正当化レトリックにすぎないという評価も可能であり、またそもそも民事法サイドにおいて、法主体としての法人制度の・法技術的不可欠性が疑われることはありえない）。

——以上いささか長々と、（実定法解釈論はここでの対象外であると断りながら、また専門外の俄か勉強ゆえの誤解・無理解を懼れつつも）実定租税法を中心とした「法人」概念の特殊性を、民事法との対比において注記したのも、民事法的視点と税法的視点との間の・実定法段階での「断層」の存在の指摘を通じて、われわれの・上記「峻別」の主張のための一つの「援護射撃」としたいという意図もさることながら、より根本的には、本稿・標題に掲げた「サブタイトル」の観点からも無視できない基本的意義・示唆を含んでいると考えるからである。

- （a・2）それはまた、事実の次元における両者の関係の認識ではなく、規範的判断・評価の次元の（両者の「峻別」という）主張である：

そもそも民事法サイドからみても、税制・税法の内容如何が、契約・取引、法人・組織、贈与・寄附・相続等をめぐる社会的実態としての法のありように事実上強いインパクトを及ぼし、その内容を規定する大きな要因であること、また逆に社会の側の、とくに経済とその法制度のありよう如何が税制のありようを規定す

るものであること、これらのことはここで喋喋するまでもなく周知の事実であり、そのような意味で、すくなくとも事実の次元では、民事法の問題・視点と税制的視点とは、「峻別」どころか、相互に深くかつ有機的に関連し合っているといわざるを得ない（それはまた、近代国家における課税体系じたいが、国民の側の、財貨・資産の保有、所得・利益という形での保有財貨の増加、保有財貨の譲渡・取得、ひいてその消費という、一連の経済的財貨の静態的ないし動態的価値形態を、その具体的課税対象とし前提・基礎とせざるを得ないという本質的構造からくる、不可避的相互作用の一環でもあり、ひいてそれゆえにまた、法人のような・社会における基本的諸制度を、社会＝民事の側から第一義的にアプローチするのか、国家＝税制の側からアプローチするのが、社会＝民事的諸制度構築における規範的態度決定の基本的分水嶺になることともなる）。

そして現実の立法・政策（ないしそれをめぐる論議）の決定過程においても、とくに（本稿の主題たる）法人・組織法制の分野においては（それが一般に優遇税制と関連することが多いだけに）、徴税側にとってはその民事法的内容如何（かの USA 各州における会社法自由化競争（race to the bottom）を想起せよ）が、また納税側にとってはその税制・税法的内容如何（わが国における多くの中小企業の〈法人成り〉の背景にあるもの）が、大きな関心事たらざるを得ないことも、歴史的かつ経験的事実として、われわれは知っている。とりわけわが国においては一般的にも（上述のように）法人をめぐる意識・観念ないし行動様式を規定する要因として税の（負担の）程度如何が大きな比重を占めてきたことも事実であり、そしてまた具体的には、今回の非営利法人改革をめぐる論議の・政治的動向（課税当局の原則・課税方針ととくに NPO 等市民団体側の反発）を大きく左右（敢えて言えば「迷走・混乱」）した要因も、それと並行してなされた優遇税制如何の論議であったように思われること後述の通りであり、そのような意味でまた（既述のとおり）、ここで、「民事法的視点」の次に真っ先に（それとの対比において）この「税法的視点」を採り上

げざるを得ないのも、なによりもそうした事情認識を背景とするものである※。

而してまた本稿が問題とするのは、そのような事実認識如何の次元の問題ではなく、あくまでも、上記の「政策論・立法制度論」において両者の関係を原理的にどのように関係づけるべきかというわれわれ自身の規範的原理的態度決定如何の問題であって、そこではわれわれは、事実の次元における（上記のような）相互関連性の存在にも関わらず、むしろそうであるだけにそれに抗するつよいボルテージをもって、この両者の峻別、しかも民事法的視点の第一義性というスタンスを堅持すべきであると考えている。

※なお、今回の「05会社法」立法過程論においても、ペイ・スルーの課税を期待しての「日本版LLC」立法が、途中でその「期待」が税務当局によって拒絶された結果、急きょ組織法的独自性をもった「合同会社」としての体裁が整えられ、それに代わって別途、「日本版LLP」たる有限責任事業組合が立法化されたのだと伝えられる。それが事実であるとすれば、近時の営利法人立法においてすら、我々の上記視点からは、いわば倒錯的戯画ともいべき現実的傾向を看取できるということになる。

（a・3）それはまた（運動論ないし税制論議における）戦略的ないし政治的政策論次元における主張ではなく、あくまでも原理的理論的な、そのような意味でいわゆる「スジ論」次元でのものである；

すなわち、NPO法成立過程でも、市民団体内部でも政党間でもしばしば激しい論議の対象となったように、NPOの簡易法人格取得法制の実現という目的のためには戦略上も税制優遇論議はさしあたり棚上げにして、後者の課題設定はあくまでも附則ないし附帯決議に明文化するにとどめる（「二段階論」）か、活動資金の不足に悩まされている実際のNPO-NGO活動にとって税制優遇ヌキの法人格付与立法は片手落ちであり両者を一体とした法制を実現すべきと考えるかが問題となり、そして実際の立法の経緯は前者の方向をとったわけであるが、いずれにせよ、そこでの論議は基本的には運動論・戦略論次元のものであり、そもそも理

論的原理的に非営利法人法制において民事法と税制・税法との間の関係をどう考えるべきかという、いわば「スジ」論次元の観点からのものではなかったようにおもわれる。而して本稿がここで考えているのは、いうまでもなく後者の次元での問題である（もちろん、NPO法にとどまらず、税制・財政に関連した政策・立法論議がしばしば政治的動向ないし政策論議動向——ひいては政争的色彩——に左右されることの多いこと周知の通りであり、現実成立・妥当している具体的税制・税法の内容も、その時々を経済的財政的ないし政治的等の諸状況・要請のもとでの、諸利益・主張間の妥協の産物として成立しているものであり、決してスジ論で一貫して割り切れるほど単純なものではないことも、周知の事実であるが、しかしすくなくとも理論的にはこのような原理的スタンスが堅持されなければならないであろう）。

イ・3) 上記「主張」の根拠づけについて：

上記「主張」が、以上のように、さしあたり政策論次元での規範的理論的主張であるとして、その根拠づけ如何という点については、すでに上記「次元」論の説明からもある程度窺われるはずであり、いまさらその正当化根拠をことさらに説明する必要もないようにもおもわれるが、敢えて今ここでそれを簡単に整理して示すとすれば、以下のような(a)乃至(d)の諸点に要約整理できよう：

(a) 法体系的原理的正当化論：

上記「主帳」の根底には(も)、(上述の非営利民間セクターの、実践的ないし理論的位置づけと同様)最も根本的には、国家ないし国家法体系全体についての・われわれ自身の・上記「民事法理論体系」の観点からする根本的原理的ポリシー(究極的には、国家の論理にたいする個人・社会・「民」の論理の優位性)があるこというまでもないが、とくにやや具体的次元においてはそれは、従来のいわゆる「公法—私法」という法(学)体系的フレームワーク自体の(上記「民事法」的視点からする)批判的再構築・再規定、ひいてはまたそれはここでは直接的にはさらに、租税法(学)の・全実定法(学)体系の中での(とくに、対：私法(民事法) ないし 対：行政法次元での)体系的位置づけ論、租税法法律関

係の本質論、さらには租税における国家・権力モデル論、等の民事法的再規定という、一連の基礎的大問題に関連し、それゆえにまた、具体的には上述のように「民事法理論体系・序説」の（仮説的）展開にゆづらざるをえず、ここではさしあたり以上のような問題の所在の指摘にとどめざるを得ない。

（b）「政策論哲学」的正当化論：

これは、組織・法人法制を、あくまでもそれを使って種々の社会的公益のない共益的活動・事業を展開しようとする、そのような意味で「制度利用者のニーズ重視の視点」と、関係当事者間の・私的自治的ガバナンスを中心とした適正な利害調整とが、民間組織・法人法制構築にとっての第一義的視点として優先されるべきであって、国家の課税政策等の政策論的要素は、いわば第二次的に、しかもそれら民間活動・事業の活性化（すくなくともそれを阻害しない）という基本方向・ポリシーのもとで構築されなければならない、という、これまた上記「民事法」視点からの根本的正当化論とも通底する正当化論。

（c）「外国法モデル」準拠型正当化論：

いわゆる欧米先進国における非営利組織・法人法制の多くは、法人格取得要件をはじめとする組織・法人法制のシステムと、税法優遇の法制度システムとを分離独立させていること、しかもその切り離し方は、外国の例によっては、寄附優遇税制についてはいうまでもなく、法人税優遇にかんしても、その実体要件規準・要件審査・監視体制・機構ともに別建てとする例、また法人格の有無ではなく、その活動内容等から判断する例、も存在するということ※；

※ただし筆者じしんはかねがね、少なくとも法律学方法論的在り方として一般に、この種の「正当化論」、とくに「典型・準拠モデル」としての「X国法」という発想法は、警戒・忌避すべきものと考えている。けだし、その問題性・限界（ないし危うさ）を示す「反面教師」を我々は少なからず見てもきているのみならず、（今日なお、我々の「基層」的マナリテであるかに見える、あの）「虎の威を借る狐」的心性という、学問的主体性・品格の根幹に関わるものを、そこに見るからでもある（より一般的理論的には、それは、「比較法」ないし外国法研究の方法論ないし位置づけの、批判的再検討という課題にもつながる問題であり、さし

あたり、上記「民法法」原論・序説で論じたいと考えている)。

(d) 「否定的経験ないし論理」準拠型正当化論：

営利法人法制構築の場合の論議と比較して、非営利法人法制の改革・立法が問題となるときは、しばしば民事法的観点からするガバナンス等の内部的組織法制如何という問題関心よりは税制如何の方がともすれば優先する傾向があること、まさに今回の06新法にあたってそれは、とくにNPO等市民団体側に顕著に見られたことは否定できない事実のようにおもわれるのであり、しかしてその背景等については、なによりも非営利法人のばあいには(すくなくともわが国での法人税制のもとでは)法人格と優遇税制とがセットになっているという事情、また組織・事業規模ともに内部組織法制如何を問題とする以前の、ヒト・モノ等の投入資源の充実等の基盤整備の方が先決であるという、未成熟段階にあるゆえの状況・事情、また(後述のように)とくにNPO法人の場合には、民法34法人問題は行政的病理から発生した「対岸の火事」でしかなく、むしろ、中間法人と一体となった原則課税という課税方針の問題こそが「類焼」の災難事であるとの認識という、いささか同情に値する背景事情があったことも事実であるが、ただすくなくとも一般論としては、まさにNPO法制定過程でも市民団体内部での重要争点にもなったように、優遇税制とセットでの法人法制・論議は、論理的には当然のことながら、課税当局＝国家・官の論理による介入・縛りを必然的にともなうこと、その結果、法人・組織活動の自律性・自由度が縛られる可能性を否定できないという、盾の半面を忘れてはならない。

いずれにせよ、営利組織・法人においてすら、周知のようにわれわれは、絶対王政＝重商主義の体制下での財政政策等の国家的命題の枠のなかでの「特許会社」の時代という歴史的経験を持ち、またわが国「近代国家」においても、各種法人・団体の戦前戦中の国家的統制の歴史的経験をもっているわけであるが、すくなくともそれら「歴史の教訓」から汲み取るべき「保護と規制」という盾の両面性をわすれてはならないであろう。

イ・4) 近時の税法学分野での論議からの示唆を民法法はどう受け止めるべき

か：

- (a) 上記（イー１）の（さしあたり現実の税制論議中の）二つの重要論点にかんしては、上記「占部報告」の指摘する基本的根本的問題の所在を意識しつつも、さしあたりその「政策論的次元」での優遇措置如何についての私見は、その基本的指向・スタンスとしては、民間非営利活動については、法人税制および寄附税制いずれについても（そして、寄附税制についてはとくに）最大限、その優遇措置の方向での税制が構築されるべきである、というものである。

それは、すでに随所で指摘したような、現代日本における民間非営利活動の社会経済的文化的重要性という認識、それゆえにまた、民事組織法制のみならず税制においても、その共通の課題として、可及的に、民間非営利組織活動の促進・活性化という方向を志向すべきである、という政策的判断、がその根底にあることというまでもないが、同時にそれは、総体としての「小さな政府」の実現のための一環としても税による公共サービスをミニマムな程度におさえるという観点から、また非営利組織側からみれば、とくに政府セクターとの関係において、公的な直接補助を出来るだけ少なくし、自前の、本来事業、寄付金等で収入努力をはかり、政府セクターへのデペンデントな関係をなくしていくという観点から、そしてまた国民個人々人にとっては、その余剰所得を税という強制・一律の吸収チャネルにではなく、価値観の多様性に応じた選択の自由を保障しうる寄附というチャネルを可及的に広く大きくしていくという観点等の、いずれの観点からも十分支持しうる政策的判断であると考ええるからでもある。

- (b) むろん、その政策判断にはなお、上記「占部報告」が指摘するような・クリアすべき基礎的理論的課題はすくなくないことをあらためて自覚する必要があるが、その点もふくめ、上記のような税制・税法学的論議については、それらから民事法理論の側に投げかけられている諸問題を選択・精査し、民事法の中だけで自足的に議論していたのでは気のつかなかった問題・示唆を発見し、民事法理論の中に再構造化し、それを通じて民事法理論を深化させ、その結果を税法理論・論議の側に投げ返すこと、あるいは、税法側の論議の当否・問題性を民事法の側から批判的に検証し、逆に問題提起していくことは、税法論議固有の緻密な形式論

理的かつ実質論的論議から学ぶべきものが多いと考えるだけに、筆者にとっても今後の課題として残されていることを、改めて再確認したい。さしあたり以下の本稿（とくに本論部分たるⅡないしⅢ）では、税法学上の論議中で、民事法的組織・法人法制論の観点からもとくに重要かつ示唆に富むと考えられる指摘につき、随時参照・摂取することにしたいと考える。

ロ) 憲法論的視点との関連について：

NPO法ないし本改革における憲法的視点のプレゼンスの弱さ（ないし不在）という印象、少なくともこの段階で「結社の自由」等の憲法人権論的言説が持ち出されることへの、ある種の当惑ないし違和感、これらの「実感」的なものが、筆者だけのものではないとすれば、それに続く仮設的疑問として、「その背景にあるものは、単に伝統的憲法学の怠慢というような主観的事情にではなく、より学問（ないし、それを支える理論的体系的パラダイムなりイデオロギー的思考枠組）内在的な構造的問題性にこそあったといえるのではないか」、やや具体的には、「近代国家における、国家と国民個々人との間にある「中間団体」（宗教団体・政治結社はともかくも、とくに、家族・地縁共同体・民族等のいわば「即自的共同体」はいうまでもなく、純粹「対自的共同体」とは謂い難い同業者団体・労働組合、さらには企業組織 等）を憲法（学）はどのように捉えたか、中央集権・官僚制という近代国家が抱える構造的病理、近代の「個人・人格」概念の抽象性を克服し、むしろこれら「中間団体」※のリアルな把握のうえに立った憲法・国家像をわが憲法学は果たして構築・提示してきたといえるか」等の疑問を筆者はかねがね抱懐してきたのであるが、非営利組織論との関連でその延長上の問題意識としてはとくに、「すくなくともフランス非営利組織法制、ひいて又、民法における法人法制、ないし憲法体制としての団体制をめぐるフランス近代法モデルにかんしては、その法制の歴史的展開過程の「比較」法的特殊性、すくなくともその原理的相対化の視点こそが重要なのではないか」、又、「中間団体」との関係で従来憲法解釈論上最もよくとりあげられてきた問題たる「人権規定の団体への適用可能性如何」という問題、ないし「憲法の私人間行為適用の可否・方法如何」という問題は、その問題設定じたいが一種の「仮象問題」ではないのか、ということを、この際とくに疑問として提起しておきたいと

かんがえる。

——無論、以上は、さしあたり、非営利組織法制改革をめぐる論議との関連で、それに触発されての、いわば「実感的問題提起」の域を出ないものであり、根本的にはそれは、われわれの「民事法理論体系」的視点から憲法秩序をどう位置づけるかという基本問題に関わるものであり、これまた、なお今後の（上記「序説」における）本格的検討課題として残されていることをお断りしたいと考えるが、ただ上記「中間団体論」とも関連して、われわれの上記「視点」から筆者自身がかねて抱懷している仮設の想念ないし試み、それを誤解を恐れずにあえてここで一言すれば、それは「実定憲法を、アプリアリに絶対普遍的最上位規範とし、それを原点とし、そこに常に遡及して、とくに民事法的諸問題とそれについての実定法制を規範的に枠付け、評価しようとする」一種の「憲法の物神化」ないし「憲法小児病」ともいうべき思考様式の、すくなくとも実質論的問題性とその限界についてであって、しかも、われわれは少なくとも思考実験的志向性としては、この「限界」を一步も二歩も踏み越えて、「社会の憲法」としての民事法の視点から、実定憲法を、単に相対化するのではなく、さらに批判的に再定位し、ひいて建設的に再構築していく方向性をこそ、追求すべきではないか、ということである。

※いうまでもなく、一般論としても、団体・法人をどのようにみるかについては、その政策的ないし理論的スタンスにおいて、とくにその時々の政治体制・経済体制を中心とする国家の体制的ありかたに多かれ少なかれ規定され、それゆえ一定の政治的イデオロギー性と歴史性を帯びざるをえないこと、かの「法人学説」史がわれわれに教えるところでもある——それゆえまた、法人（政策・学説）論の・政治思想史的法思想史的分析・評価は一個の興味ふかい研究対象でもある。

そしてさらにまた、当の「中間団体」の中でもとくに、政治団体・宗教団体・同業者団体・労働組合等のありように関してはたしかに、社会的状況如何によっては近代国家の政治体制・経済体制を揺るがす可能性をもつものであるだけに、歴史的にもかなり特殊な扱いを受けざるを得なかったこと、さらにまた家族等の血縁共同体、村落共同体等の地縁共同体のようないわば自然的即自的共同体が、なによりも近代以降の国家・経済の論理によって統治の対象となり変質させられてきたこと、NPO－NGO等の現代的「中間団体」はそれらともかなり異なる政治的境位・位置づけの中におかれてること等々、国家と中間団体との関係如何をめぐる問題は、中間団体の

類型ごと、歴史段階ごと、当該国家・社会ごとに、異なる相貌を呈することも、この際当然のことながら再確認しておく必要があるであろう——そのような意味では、上記・本文のいわんとすることは、あくまでも一般論として、歴史分析の次元ではいうまでもなく、現代の規範論的次元でも、そうした中間団体のリアルな認識が不可欠であることを強調したいということ以上のものではない。

いずれにせよ、少なくとも現代の、あるべき国家像ないし法制度論的理論モデルとして、国家対（「自律的な個人」の「アトミスティックな集積」としの）市民社会というパラダイム（川島武宜）を指定することも、他方「前近代」と「近代」との重層性において理解さるべき中間団体の「倫理的自律性」というテーゼ（村上淳一）をもち出すことも、われわれとしては限界を感じざるをえず、そのような意味でも、新たな組織・団体法理論の構築の必要性が痛感される。このような意味でまた、筆者には、かつて松下圭一『市民自治の憲法理論』（1975年、岩波新書）を読んだ時の「目からウロコ」ともいべき深い感銘がなつかしく想起されるのである。ただし近時例えば、橋本基弘『近代憲法における団体と個人—結社の自由概念の再定義をめぐって』（2004年、不磨書房）のように、上記憲法学の問題状況を克服しようとするすぐれた作品が、若い世代によって発表されつつあることも、付記しておきたい。

ハ) 対・行政（改革）的視点：

- (a) 06新法制定にいたる過程においてその特徴・問題点を規定した種々の社会的政治的要因・潮流のうち、とくに、「(政治的時代的アジェンダとしての) 行政改革的視点」がもっとも規定的で第一次的な特徴的要因であり、同時にその問題点でもあること（なお、第二次的要因・問題点としては上記・税制的要因）については、次項において06新法「前史」における特徴的要因を総括する際に第一の特徴として指摘するとおりである。

この「行革的視点」は全体としては、以下の(a・1)及び(a・2)という(質的内容ないし次元においてやや異なる)二つの側面・課題をもっていた(いる)と考えられるが、そのうち、06新法との関係で相対的により直接的な推進契機となったのは(a・1)の方であったようにおもわれる(後者はむしろ、NPO法人によって今日も熱心に取り組まれている実践的課題であるようにおもわれる)：

（a・1）消極的ないし短期的課題・側面：

これは言うまでもなく、後述Ⅰ－1に概観したような、民法(旧)34「公益法人」をめぐる諸「病理現象」を、行（財）政改革の見地から是正するための種々の施策のうち、最も大きくかつ最終的な政策課題として、民法公益法人規定の抜本的改正（その結果としての06新法による新非営利法人の創設）が取り組まれたということであって、上記「病理現象」に直接かつ第一次的に定位した政治的立法対応であったという意味で、「消極的かつ短期的」としたわけである；

（a・2）積極的ないし長期的課題・側面：

これは要するに、「小さな政府」「官から民へ」「地方分権」等の一連の流れのなかで（そのような意味では、上記「行革」よりはより広い視点で、しかしすくなくとも客観的にみるとあくまでも行政との関連での）、企業とならぶ「民」の担い手の一つの柱としての非営利組織にかんする法制的インフラ整備（例、行政とのパートナーシップ構築に際しての受け皿整備）という課題・側面であって、それゆえ前項との対比においては、より「積極的かつ長期的」な課題といえる。

（b）ところで、「小さな政府」「官から民へ」の方向での改革、その一環としての行財政改革が、指向するものが、基本的には上記0－1の「実践的問題意識・問題関心」とも共鳴するものであることは、（この際ありうべき誤解を避ける意味でも）、本稿のとする基本的スタンスとして改めて確認しておきたいと考えるが、しかし同時にまた、06新法によって目指されかつ創設されたものは言うまでもなくより広い意味での非営利法人法制のための基本法の制定であり、そのための百数十年来の公益法人法制の抜本改革であって、決して上記行革という政治的アジェンダ視点・課題に矮小化（！）して捉えられるべきものでないこと、しかしてまた、上記「民事法視点の第一義性」、「第一次的には、最も基本的な民事法制的インフラとしての法人法制という視点」等の、われわれの基本的把握・スタンスから批判的にみたととき、一貫して行革主導で立ち上がりそれに主導されて成立した本06新法は、それゆえの（上記・税制的視点の混在という要因とはことなった意味・内容において、すくなくともその過程

じたいにおける)一定の「ねじれ・ゆがみ」というものを指摘せざるをえないこと、後述Ⅰ－２で再述のとおりである

——この点そもそも、行革的視点からのみの公益法人改革であれば、「天下一規制」「官製談合防止」「公務員労働法制改革」等の政策課題のなかで、それに関連するかぎりでの、「行政癒着・依存型」等の病理的法人のみを、上記政策課題に必要な十分な程度・方法で改革すればよい(そのような行革を中心とした政策課題全体のなかでの公益法人問題なるものは、極く一部でしかない、ということもまた明らかである)、というのがスジであり、現にそのような取り組みは、政府・立法当局によって、本06新法制定作業と平行し、かつ制定後も、(本稿執筆の段階でも、現在進行形のかたちで)追及されてもいる。そして、健全な組織運営によって社会貢献的活動をおこなってきた、既存のNPO法人や、多くの公益法人にとっては、上記のような「官益・省益」的要因による「法人病理」にたいする行革的大手術的改革は、いわば「対岸の火事」でしかなく、ただ傍迷惑な「火の粉」からは自己防衛せざるを得ない、という感想も——筆者じしんもそのような意味の「感想」を直接間接に聞いてもいる——あながち否定的にだけ評価しきれないものがある。

- (c) なおまた上記の、公益法人等の問題をめぐる〔民事法視点 vs 行政改革の視点〕という問題は、より根本的理論的には、行政ないし行政法を、われわれの上記「民事法理論体系」の観点からどのように体系的に位置づけ、関係付けるかという理論的問題(従来しばしば「私法と公法」という一般化されたかたちで、主として行政法の側から論じられてきた問題)とも関連するものであり、この点についてもわれわれは(上記「対・憲法」の局面と同様、あるいはより強い意味・方向において)、行政法的現象ないし理論を可能なかぎり上記・民事法視点で批判的に再定位し再構築する方向性こそが(民事法の側からもあらためて)追求されなければならないのではないか、という問題意識を抱懷しているのであるが、いうまでもなくこの点もまた別途今後の(「序説」的)重要課題として留保しておきたい。

二) 対・運動論的視点：

- ・本稿の主題たる非営利・公益活動・組織にかんする法制度論についてわれ

われがアプローチする、そもそもの実践的問題意識・問題関心の所在・方向性については、本稿・冒頭で述べたとおりであり、それは基本的には、積極的な推進・活性化の方向であるといっていよいが、しかし同時にまた、本稿が第一次的にめざすものはあくまでも、（NPO等の現場での実践的実務的立場ないし運動論的立場からではなく）法律学的観点から可能な限り間主観的な説得性ある組織法制度論如何という理論構築にあるのであって、そのような意味でむしろわれわれは、「NPO性善説」や「近視眼的鼯鼠のゆえの・引き倒し」等の、運動論的視点が陥りやすい陥穽をつねに警戒しなければならず、また運動論的視点からは一步も二歩も距離をおいた評価・分析を心がける必要がある。

- ・このこととの関連でとくにあらかじめ強調しておく意味のあるとおもわれることは、「市場・企業の失敗」との対比ではいうまでもなく、「政府セクターの失敗」との対比においても、「非営利セクターの失敗」（たとえば、ボランティアサービスをめぐる「需要」と「供給」のミスマッチとか、組織の内部的ガバナンスの困難性、参入—退場のインセンティブの働きにくさ——総じてそれらは、冒頭エピグラムの隠喩が表現するような「器」としての組織の自己目的化・一人歩きという「負の現象」を結果ししやすい）はその修復困難性において大きく、またその点についての理論的ないし経験学習的蓄積も、上記・他二セクターと比較すると圧倒的に貧困であるという事実ないし傾向性についてである。つまりこれは、基本的に「非営利セクター」にあっては、それをささえる人々のモチベーションが善意とか志とかミッションへの使命感とかの、まさにボランタリーに動機づけられたものであって、利潤・所有とか負担・強制とかの動機づけないし契機を原理的には欠くものであるということ、（他二セクターにおける）市場をつうじての競争とか民主主義的権力統治等のための制度的システムに対応するものが不在ないし不完全であるということ、等の要因に根本的には起因するものであって、いずれにせよこれまた、民事法的視点からの法制度論が意識的に取り組まなければならない根本問題であるといえよう（下記Ⅲはそのような視点・問題意識に立った、文字通り試論的な検討である。）。

D) 関連ないし隣接的視点：

なおまた、民事法視点との関係において、上記「優・劣」ないし「対比・対

置」等の関係性においてではなく、むしろそれと隣接ないし密接に関連する諸視点のうちで、(すくなくとも筆者自身の)問題関心・問題意識の明確化と視点の設定・具体化にあたって有益であったものも少なくない※。

とくに、そのなかでも、非営利法人会計論および非営利経営組織論は、以下二つの意味で非営利組織法制論にとっても示唆するものが少なくないようにおもわれる：

- 1) 一つは、会計・経営という第一線的「現場」での生態的現実(それにかんする、それぞれにおける実務的経験ないし実証理論的研究上の蓄積)が提起する問題には、法人・組織法制の問題点を映す鏡のような意味をもつものもすくなくないという、一般的な意味において；
- 2) 第二に、会計における「非営利法人会計論 vs 企業会計(論)」、経営論における「非営利経営組織論 vs (株式会社を中心とした)企業経営学・理論」という、会計と経営における営利 vs 非営利の比較・対比は、法学における営利企業法制と非営利組織法制との対比という、本稿にとってももっとも重要な理論的問題意識ないし分析視角にとって、具体的で貴重な示唆が含まれていることが少なくないという意味において。

——もっとも、会計・経営学いずれにおいても、非営利領域のそれは、営利領域との対比においては(組織法制の分野と同様)、その蓄積は質量ともに圧倒的といってよい懸隔は否定できないものがあるようであり、なによりも筆者にとってはこれら隣接領域の勉強は(NPO関連の学会・研究会での研究者・実務家からの耳学問等から得たものは少なくないとはいえ)なおきわめて貧弱であり、なんといってもその咀嚼・消化不良は否めず、本稿にも十分に活かし得てはいないというほかない。

※会計・経営学以外にも、NPO関連の学会・研究会・文献等で見聞できた実践・研究等で、非営利組織法制論にとっても少なからざる意義をもつと考えられるものは、本稿冒頭の「実践的問題意識・問題関心」に挙示した、経済学・社会学・政治学・文化(論)的ないし文明論的視点からの非営利組織・活動をめぐる論稿・研究発表等少なくないが、本稿に十分摂取するには至っておらず、その方面でもなお今後の深化を期したいと考えている。なお又、やや具体的には、とくにネットワーク論、地域通貨・(グラミン銀行をはじめとする)マイクロクレジット＝非営利金融組織、(コミュニティー・ビジネスをふくむ)社会的企(起)業論、CSR・SRI論等(の実践例および研

究）をとくにあげることができるが、これまたこれらについての筆者の研究は、緒についたばかりであり、況んやこれまた、本稿に摂取できる程度にまでは到っていない（ただしこれらのうち、とくに地域通貨に関しては、互酬的地縁協団体ないしネットワークの「現代版」という観点、ないし法律学における貨幣論という観点からも重要かつ興味深いものがあり、いささかの時間とエネルギーとを注いできたが、なお今後の課題として残されている。）。

ちなみに又、松本博之他『団体・組織と法—日独シンポジウム』（2006年、信山社）は、日独の法学各領域（憲法、会社法、訴訟法、労働・社会法、刑事法、行政法、国際法など）と政治学ないし法思想史の各分野における、団体・組織をめぐる問題状況をテーマとする大阪市大・フライブルク大学各法学部スタッフ間シンポジウム報告記録であり、状況の一端を概観するのに便である（筆者はとくに、T. ヴェルテムベルガー教授の講演に示唆を受けた）。

0－3：その他のコメント（A）、謝辞（B）：

A）本稿までの・若干の検討経緯、本稿の目的・意義、その限界：

A－1）本稿までの・若干の検討経緯

このようなかたちの非営利組織法制（ひいてまた組織・法人法制一般）の研究を筆者がとくにその研究のひとつの柱として位置づけ、かつ多少なりとも積極的に研究会・学会活動等にコミットするようになったのは、やはりNPO法制定前後、とくに神戸・淡路大震災以後のことであり、いまだ10年の蓄積もなく、研究全体の比重もサイドワークの域を出ていない。とくに、（立法動向やNPO等をめぐる社会的動向のフォローに精一杯ということもあって）学説等の先行研究の精査の不足はいうまでもなく、とりわけ基礎的理論的研究の貧困は、覆うべくもない。

ただ、この数年は、（とくに上記0－1：A－2所記の第二の理論的問題意識たる、「民事法」研究における）立法・制度論に意識的に定位した研究という筆者自身の問題意識と、とくに、NPOの制定・施行とその後の民法・公益法人等を中心とした非営利法人関連法制の改正・立法をめぐる動向・論議が盛んになりつつあるという社会的背景が丁度折り良く重なりあって、筆者じしんの立法制度論（とくに実定立法批判と立法提言）を多少なりとも具体的に提示するという目的意識のもとで、（貧弱極まりないものながら）、以下のような研究報告・シンポジウム開催等をおこなってきており、そしてこれらは何らかの程度で本稿作成においてもそのベースとして活かすようにつとめた※：

- イ) 2002年6月には、札幌圏内の問題関心・研究関心を同じくする研究者を中心とする「札幌・NPO・NGO・ボランティア問題」研究会（NNボ研究会）で「非営利組織法制（NPO法）をめぐる最近の立法（論）等の動向と、その批判的検討」と題し、
- ロ) また03年1月には、北海道大学内の「民事法研究会」で、「非営利組織法制改革・私案——若干の総論的部分に限定して」と題し、
- ハ) さらに（本稿のもとになった学会報告の機会を与えていただいた本「非営利法人研究学会」の前身である）公益法人研究学会第7回大会が、03年10月東京・成蹊大学で開催された折には、「自由論題報告」として「非営利組織法制改革・私案——論点整理的試案として」と題し、
- ニ) 06新法成立直後の06年9月北海道大学内で開催された上記「非営利研究学会」で「非営利法人制度改革の動向と問題点——現実と理念の架橋をもとめて」と題するシンポジウムでは、パネリストとして「民事法的視点からみた（2006年）非営利法人法制改革」と題して、それぞれ報告を行った。
- また、
- ホ) 本06新法をめぐる立法の動きが本格化しはじめた04年2月北大内で、上記・NNボ研究会を母体とする科研費研究プロジェクト（田口晃代表）の援助を得て、「非営利組織法制改革の動向と問題点——「現実と理念」の架橋を求めて」と題するシンポジウムを主宰し下記の方々の報告・コメントをもとに討議をおこない、いろいろな立場の方々の意見を聞く機会をもてたことは、非常に有益であった——上記NNボ研究会のメンバーの方々、上記シンポジウムに報告者・コメンテーター等として参加いただいた方、ご協力いただいた北大・経済学研究科・小島研究室の方々に、この場を借りてあらためて謝意を表したく思う**。

※なお、極く短文ながら、「12. 24閣議決定・公益法人制度改革に関する政府方針——どうみるか識者16氏からコメント」公益法人34巻1号（2005）P12-13に筆者の・有識者会議報告への批判を寄稿した。なおまた、研究報告というのではないが、平成15年10月関西大学での日本私法学会・シンポジウム「団体論・法人論の現代的課題」での筆者の質問発言（「私法」66号8頁）も、広い意味ではそのような問題意識の延長線上にあるものである。

※※その報告者とコメンテーターの方々への謝意を表する意味で、下記にお名

前のリストを掲げさせていただく（敬称略、肩書きは当時のまま）：

- ・ 報告者：小山裕（社団法人・全国交通安全母の会連合会・専務理事）、大田達男（財団法人・公益法人協会・理事長）、永田俊一（社団法人・信託協会・副会長・専務理事）、小林薫信（北海道NPOサポートセンター・事務局長）、大杉謙一（東京都立大学法学部・助教授）；
- ・ コメンテーター：浜辺哲也（公益法人改革オンブズマン）、立岡浩（花園大学社会福祉学部・助教授）、鈴木敏正（北海道大学大学院教育学研究科・教授）、須永和久（コミュニケーター・ビジネス・ネットワーク 副理事長）、田中弥生（東京大学大学院工学系研究科・助教授）、濱口博史（濱口法律事務所・弁護士）。

A-2）本稿の目的・意義等：

イ）本稿が論じようとする主題は、直接には、表題のように、06新法の内容（および付随的に、その制定にいたる前史ないし経過）についての批判的検討ということであり、また間接的にはそれを素材とした（非営利）組織法制じたいについての筆者の「序説的研究」ということになるが、而してそこでの実践的ないし理論的問題関心・意識とそのもとでの具体的検討視点は上述（0-1、0-2）の通りである。

ところで本稿は当初の計画としては、上記のような「立法批判」ということではなく、とくに上記ハにおける報告をふくました本格的な「立法提言」をしかるべき形で発表するべく予定していたのであるが、筆者じしんの身辺の変化等もあって時間的精神的余裕がなかったこと、そして何よりも、とくに、この1990年代以降の他の多くの立法動向・社会的政治的対応等がそうであるように、すくなくとも（筆者のような）不器用を絵に描いたような人間にはついて行けないほどに、立法をはじめとする社会的現実のスピードが速すぎて、本テーマにかんしても、立法提言を予定している間に当の立法が成立してしまう、という仕儀に立ち至ったという次第で、本稿はかくして「立法提言」ならぬ「立法批判」になってしまわざるを得なかったというわけである。

——むろん、筆者にとっては、その結果、「06新法」という具体的な内容をもった実定法制が批判・検討すべきターゲットとして設定された分、（上記・立法提言作業の段階では、いささか「虚空に向けて矢を放つ」ごとき「心もとなさ」を否定できなかったのであるが、それと比較して今回は）問題意識な

り検討視点等も、また今後の検討課題・方向性等も比較的にクリアなものとなった、そのよう意味では「仕事の遅れもかえって〈怪我の功名〉的意味があったのでは？少なくとも、不器用ゆえに却って、かの〈現実主義の陥穽〉（丸山真男）にはまって「怪我」をすることは避けえたのでは？」——というのが、本検討作業をつうじての思いもよらぬ教訓としてある。

ロ) ただしまた、いうまでもなく本稿執筆の現時点（07年春）ではさらにこの間の事情はすすんでいて、本「06新法」じたいの施行を真近に控えて、いまや、むしろ多くの関係実務家の興味・関心は新法の実務的学習・対応、そのニーズに応えるための解説という段階にすすんでいるというのが否応のない現実であろう。そこでは、これまでの・新法制定過程における紆余曲折・背景事情等は忘れ去られ、そこでは多少なりとも熱を帯びて交わされた原理的根本的論議の熱も冷え、もっぱら新法をアブリオリな所与・前提として、その現実的対応に追われる——それは何度も見慣れた光景ながら、リアルな現実社会の姿として、同情すら禁じ得ないものがある。

ただ、研究者までもが新法の「解説」「解釈」その他の現実的諸「対応」に忙殺され、上記制定過程での論議・問題点が急速に霧消・風化しようとするまえに、あらためて根本に立ち返っての立法制度論的批判・検討をしておく必要を感じたということ——これが、本稿のような（時流にのった先端的テーマを扱う「時論」風の論考とも受け取られかねない）論考の発表を、他の仕事をさしおいてでも、急がねばならないと、小生の「柄」にもなく考えた、そもその理由としてある。

A－3）本稿の限界：

イ) 本稿が種々の限界・欠陥・問題点を免れてはいないこというまでもなく、而してその「限界」の由って来る所以・内容については、すでに随所で断りしてきた（ただし既述のようにとくに重要な点は、本稿が上記「民事法理論体系」に密接不可分の理論的問題意識と視点設定に規定されているにも関わらず、その仮設的基本骨格・全体像のようなものが本格的にはなお提示されていない段階であることに由来する限界であることを、あらためて断りたい）。が、なおそれ以外に、以下の四点（イ・1乃至イ・4）もさらにここで付け加えさせていただきたい：

イ・1）本稿は新法が成立・公布されて一年足らずの時点での情報を基礎と

しており、そのような意味でそこでの新法の内在的理解にはかなりの誤解を免れないこと（後述のように、政府の立案担当者や、信頼すべき関係者へのインタビューは行ったが、とくに立法過程については、外部からの、かつ断続的ウォッチングにとどまり、情報の不完全は否めない）；

イ・2）そしてなによりも根本的には、研究対象自体に内在する下記のような「カベ」（研究にあたっての特有の困難性・障碍等）の存在と、その「カベ」を乗り越えるだけの筆者の力量・蓄積の貧困という主観的事情、に由来する限界を免れないこと——而してその「カベ」とは、さしあたり以下の二面での「カベ」である：

（a）非営利組織・法人法制論についての、以下（a・1）及び（a・1）の、いわば「内包的」構造の面での「カベ」：

（a・1）一般的には、非営利組織・法人法制の内容的諸要素を分析・評価・構築するにあたっての基本的理論枠組みにかんし、そもそも原理論・歴史研究等の基礎理論・基礎研究の蓄積・論議が質量ともに乏しく、それゆえにまた、安んじて依拠しうる範例的先行理論枠組み等を見出し難く、主体的な理論構築という学問的品性にこだわろうとすると、ほとんど前人未踏の荒野を手探りですすむごとき不安感を免れないこと——この間の事情は、とくに株式会社法を中心とする営利企業関連分野の、（実定法解釈論関係についてはいうまでもなく、原理論的法史的研究についても）、その圧倒的な量の研究蓄積と対比するとき、想い半ばに過ぎるものがある。そしてまた、非営利組織・法人をめぐる基礎理論のパラダイムが、（株式）会社法・営利企業にかんするそれ（例、「会社法における「法と経済学」」、「エイジェンシー・コスト」論、「市場・契約—組織—中間組織」論等）の・単なる「ネガ」ないし変形ヴァージョン等として安易に構築されうるとも考えられない——。

（a・2）やや具体的な問題としては、私見によればとくに、無償行為論にかんする従来の法理論一般の「貧困」ということをここで確認しておく必要があるようにおもわれる。つまり、その「貧困」の相は、非営利組織論との関連に限定しても、以下のような意味に

において現象しているようにおもわれる：

そもそもまず、非営利活動・事業じたいの一連の原理的展開モデルを図式化すれば、それは、以下の四つの要素的ステージに分解しうるであろう：

- (い) インプットされる活動・事業資源としてのカネ・ヒトは、多くの場合、寄付・ボランティア・会費等の無償的内容・非営利的動機のものであろうし、また
- (ろ) アウトプットとしての各種財・サービスも政府・企業セクターの営利的提供の場合とは質的にことなり、しかも場合によって無償・低廉という性格を帯びる場合もすくなくない（非営利なるが故の「差異化」）、また
- (は) 上記のインプットとアウトプットをつなぐ環としての組織とそれのもとでまさに組織化された活動・事業も、志・ミッション等の、利己的営利的動機とはことなる動機によって根本的に規定されたものである。

(に) しかしてまた、上記（い）と（ろ）間の直接的無償行為・関係の間には（は）という「組織」が介在し、かつこの三者は一個の閉じたループとして循環運動しうるものでなければならない。

——以上の要素的ステージへの「腑分け」からさしあたり気の付く重要なこと、そして翻ってそれらを分析する理論的ツールなりの「貧困の相」を二点にしぼって整理すれば以下のごとくである：

1. 第一にここには「行為」と「組織」の間には相互に密接不可分な動的連関構造が存在するということ、この後者＝「組織」のあるべき構造論も、前者＝「行為」のそれ（つまり、無償行為法をどう捉えるか）と密接に関連しているということである。しかし同時にまた、「行為法」論次元における有償—無償の二元的パラダイムと、「組織法」次元における営利—非営利のそれとは、行為と組織という別次元の類型論であって、すくなくとも前者が明かになったから後者もその同じ光で照らせばよい、というものでもなさそうである。いずれにせよ、この両者は、密接に関連しつつも区別しなければならぬ、という矛盾をかかえていることがあきらかであるが、この点の理論的解明はすくなくとも筆者には未到未解明の留保課題である

というほかない（商法理論において有名な《「行為法」—「組織法」》なる二元論は、なによりもそれが、平面的かつ静態的なレトリックにすぎないという点で、すくなくともここでの有効性は疑わしい。またここにおける「組織」発生メカニズム等につき、営利企業的組織・事業をモデルにした「市場・契約—組織—中間組織」の理論モデルの単純な延長上で説明可能かも疑問である 等）。

2. そしてなによりも、この「非営利組織」と密接不可分の関係にある「無償行為」そのものの法的構造解明をめぐる「貧困」がある：さしあたり筆者がかねて気に懸かっていることの一端を例示すれば

2-1：上記（い）中の「寄付」はまさに、無償・贈与の典型ともいうべきものであるが、これも、さしあたり例えば、不特定多数者等への、それゆえに全く見返りを期待しない（しえない）、そのような意味でまさに純粹無償というべきものと、「会員制クラブ」へのその構成員の「互酬」的寄付とを、単純に同じ「贈与」と構成することの当否は疑問である；

2-2：さらにより一般的にはそもそも、贈与をば、「契約」による「所有権」移転というふうに、有償契約と同一の（契約法ないし所有権法上の）概念・判断枠組みで法律構成することは、従来ほとんど疑われることなく受容されてきたたっ思考枠組みであるが、少なくとも筆者はこの法律構成については、その・そもその出発点においてすでに、近代法は一般に無償行為を事態適合的に法律構成することにおいて成功してはいないのではないか、という印象的仮説を抱懷してきている（寄付はそもそも寄付者と受寄者間の契約と構成することはできず、信託構成が最も事態適合的であることは、すでにわが学説でも指摘され、又、本稿でも財団法人との対比で後述の通りである——ちなみに、06新法では「財団法人」設立の「寄付行為」という概念は消滅し「定款」に変わった）；

2-3：さらにまた、〔贈与—死因贈与—遺贈〕という（典型的）

無償行為の個別的差異を明確化したうえで、さらにまた、それ以外の実質的無償行為（これは非常に多いが、さしあたり、かの「債権放棄」もその一つ）をもふくめた「無償行為法総論」なるものは、未だ存在しない；

2－4：上記までの無償行為はすべて、有体物ないし金銭を主要な対象物として観念しているが、役務の無償行為たるボランティア（ないし「好意同乗」をはじめとする「好意的役務提供」、さらには献血・献体・臓器提供等の人体・組織の《寄付》（？）等は、その民事的法律関係につき（「好意的役務提供」における「民事責任？」論等についての一定の判例・学説がある程度で）ほとんど解明はされていない、等々。

——いづれにせよ、これらの（上記非営利「組織」論に密接関連するというべき）「行為」論にかんする筆者の確たる定見は、すくなくとも本稿の段階では、ほとんどない、というのが正直なところであり、これまた本稿における《限界》の一つといわざるを得ない（ただし、とくに後述Ⅱの06新法における財団法人制度の批判的検討、およびⅢの非営利組織のミクロの構造の特殊性析出の際等に、必要に迫られて一定の理論的選択ないし決定はせざるを得なかったことも事実であるが、それらはなおさしあたりの「研究ノート」的整理にすぎないことをお断りしたい。いづれにせよまた本稿は、以上のようにきわめて限定された不完全な意味であれ、すくなくとも筆者にとっては「無償行為法研究・序説」とも称すべき副題的位置づけの意義をもつものである）※。

※上記人倫研プロジェクトではその一環として、臓器「提供」・献血等の人体・組織にからむ「無償的行為」ないしそのネットワーク化も主要な検討対象としてあり、それらを直接扱う、社会学・経済学・生命倫理・法律学等の諸分野からの報告を中心とするシンポジウムを何度か開催した（ちなみにここでの無償行為論もほとんど未開拓ながら理論的に極めて興味深いものがある）とともに、他方で、かならずしも生命倫理的論点に限定せず、贈与（法）一般についての研究会を二度ばかり実施した。そのうちの一回は2002年6月北大内での研究会で「無償法をめぐる諸問題——実定法学と基礎法学間の対話の端緒を求め

て」と題し筆者が報告を行った。また第二回は、同年8月札幌市内で「無償法の多面的検討」と題しておこなわれ理論経済学、法人類学、ローマ法史、イングランド法史、ヨウロッパ大陸法史等の専門研究者からの報告を中心とするもので、前者における筆者の報告は措くとしても、後者における諸報告はいずれも、贈与現象の奥深さを垣間見せてくれるような極めて学問的刺激に満ちた貴重なものであり、報告の労をとっていただいた方々にはこの場を借りて感謝の意を表したい（ここでは、報告者の氏名は省略させていただく）。

いずれにせよ、人類学・歴史学・社会学等における互酬関係についての少なからざる研究蓄積（M. モウスのそれが、今日なお一つの基点であること、また今日的視点で再読の必要大であることなど、筆者は往年のゲッチンゲン大学留学中に人類学研究室での、その「贈与論」講読セミナーに出席してみてその感を深くした）、また多かれ少なかれ宗教的背景をもつ・各宗教ごとの贈与規範、さらには企業メセナ・フィランソロピー等各種現代的寄付システム（？）等、贈与法をめぐる諸現象はその広がりや深さにおいて、興味深いものがあり、筆者にとってはさしあたり、関連諸学における研究成果を摂取しつつ、それを実定法理論中に如何に接合していくかという課題として、すべて今後に残されている。

（b）非営利組織・法人法制論についての、いわば「外延的」局面での「カベ」：

（b・1）まず一般論としては、非営利組織・法人法制論は理論的にもそれじたいで自足しうる小宇宙ということはありません、少なくとも私見によれば、それは「組織法制論」（これじたいも、冒頭「凡例」にも示唆したように、代理から信託等の広義の「財産管理権」論、さらには企業結合等にいたるまでの、ゆえにまた「法人」論だけに局脊しえない、一連の「組織」現象全体をカバーすべきものと考えているが）という、より大きな理論体系のなかの有機的一部として位置づけて考察する必要があるところ、そのような「組織法制論体系」として拠るべき先行研究なるものは、（上記・非営利組織法制論以上に）見出すことが困難であること——さしあたり06新法を検討対象とする本稿でも、いわば必要に迫られて、会社法制との対比や、信託法等にも言及せざるをえなかったのでは

るが、なによりも自らの不勉強に内心忸怩たるものがあるというのが率直なところである。(そしてわれわれはここにも、「法典ごと・縦割り」の学問体制の限界・問題点を見出さざるを得ないのであり、ひいて敷衍すればまたそこにわれわれは、「制度化された学問・アカデミズム」なるものが内包していることの、それが却って「モノを見えなくさせる構造的病理」(内田義彦)というものを指摘せざるを得ない。)

- (b・2) やや特殊具体的な問題点としては、「組織・法人」論なるものは、対外的にはなによりも第一次的には、権利・義務ないし責任の帰属点を法的にどう把握するかという問題(これを筆者は「法的主体論」という上位概念で一括する)であり(そのような意味で、すくなくとも問題の性格上は、後者は前者の外延的延長上の問題としても捉えることもできる)、しかもこの「法的主体論」上の法的諸問題が多かれ少なかれ「組織・法人」の内部的規範構造如何を規定する(例、有限責任—無限責任)。而してまたこの「法的主体」は、いうまでもなく、自然人と法人(ないし組織)の二つのカテゴリーに分けて把握されるところ、「そもそも両者を同一平面上で論じうるものか」という点もふくめ、「両者の概念的関係をどう把握すべきか」(ひいてまた、「両者の相互対比のうえでのメタ法主体論構築の可能性」如何)は一個の問題であり、なによりも、法的主体論をめぐる各種論点につき、両者ともになおそれぞれについての問題は多く、筆者にとっても今後の課題として残されている(例、「法技術としての法主体概念—実体的価値負荷概念としてのそれ」間の関連、各種「能力」をめぐる諸論点、とくに責任限定のための法技術・法律構成等の包括的検討、責任限定と法人格との関係等※。——ただし、これらの諸問題のうち最後の問題については、後述Ⅲでもやや立ち入った検討をくわえた)。

※これらの研究テーマとの関連では、筆者じしんは、とくに「法における人間像論」というテーマのもとで種々模索を重ねてきており(その一端はかつて研究発表をしたことがあり、これま

た検討対象の広大無辺さに収拾がつかなかったという記憶があるが、同時にその重要性をあらためて確認してもいる）、ひいてまた上記・「人倫研」プロジェクトの・筆者自身にとっての中心的理論的テーマともいべき「法的身体論」研究もその延長線上に位置づけることもできるものである（「身体（民事）法的位置づけをめぐる——「身体的人格法」研究序説⁽¹⁾」北大法学論集55－3（2004）—452は未完であるが、その一つの不完全な「到達点」）が、これらはいうまでもなく、自然人を中心とした「法的主体論」であり、組織・法人論まで包括した「法的主体論」をめぐる論点はさらに多岐に亘り、その道はなお前途遼遠の感、大である。

ロ）本稿は、以上のような諸々の「限界」もあって、筆者にとって所詮は、今後の筆者自身の（法史ないし外国法研究をふくむ基礎理論研究と、それらをふまえた立法・政策論研究などの）より本格的な「組織・法人法制」研究のための、問題の発見・問題の所在の明確化、課題・論点の整理、及び（とくに）理論的分析枠組ないし規範理論モデル構築等の準備的作業という位置づけにとどまるものであり、それゆえそれは内容的にはあくまでも、サブタイトルにあるように「（いわば、06新法という具体的素材をベースにした）組織法制研究・序説」にとどまるものであり、本誌上のカテゴリー分けとしては文字通り「研究ノート」に属すべきものである（実際にも筆者にとって本稿の検討作業は、この06新法という対象素材じたいが、少なくとも私見によれば組織・法人法制全体の体系的把握を要求しているという意味でも、今後の組織・法人法制の体系的研究のための論点を整理し、分析視点なり問題意識を研ぎ澄ます、貴重な機会となったことも事実である）。

同時にまた本稿は、「研究ノート」ゆえの、気安さで、またしばしば敢えて意図的に、いささか問題提起的・論争惹起的挑戦的「学問論（といっても当然、実定法律学批判にとどまるが）」を、また、既存の・法典毎縦割りの学問領域のカベを無視するという意味でいささか大胆不敵な分野横断的他「専門分野」への「侵入」を、（すでに）随所で開陳・展開もしている。それはいうまでもなく、〔（寄せられるべき・有意義かつ建設的な）批判—反論・反批判—議論〕をバネにして、なによりも筆者自身の思索が進化し深化することを期待してのものであり、それ以外になんらの他意もない。関係諸賢の

忌憚のない御批判を期待する所以である。

B) 謝辞：

本稿の直接の検討対象たる06新法の内容等に限定しても、06年7－9月の段階で、内閣府・行政改革事務局・公益法人改革担当官の方々、及び財団法人・公益法人協会理事長・大田達男氏には、小生の質問表を予めお送りしてインタビューさせていただき、而してそこでの情報提供・ご意見は極めて有益なものであった。

またそれ以前にも、上記・随所で引証したような各種研究会・学会等で、非常に多くの方々のお世話が本稿の蔭には存在すること、いうまでもない。

これらの方々に、この場をかりて、記して謝意を表する次第である。