



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 「非営利法人」法制改革（2006年）の批判的検討（2）：「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(4), 452 [2080]-386 [2014]                                              |
| Issue Date       | 2007-11-30                                                                        |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/30251">https://hdl.handle.net/2115/30251</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | 58(4)_452-386.pdf                                                                 |



# 「非営利法人」法制改革（2006年） の批判的検討（2）

——「組織法制」研究・序説——

東海林 邦彦

\*全体目次・概要

0：はじめに——問題意識・視点など：

——以上：（1）＝58巻3号——

I：「06新法」：その前史、及びその立法過程——その基本的側面についての批判的検討：

I—1：（06新法成立）前史——主要問題点：

A）序

B）NPO法成立前の問題状況

C）NPO法

——以上：（2）＝本号（（3）以下、58巻6号以下）——

D）NPO法以外の組織法制関連・主要改革動向

I—2：06新法じたいの立法過程と、その問題点：

II：06新法の内容的問題点・その1：法形式論的側面（とくに、体系・類型論）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：

V：補遺：

## I：「06新法」：その前史、及びその立法過程——それらの基本的側面についての批判的総括：

新法成立後の現段階では今や、大方の関係者の関心は（上述のように）、「06新法」実施に向けての実務的対応に向かいつつあるように思われるが、それだけにまさにこの時点で、新法制定にいたるまでの歴史的流れ・背景（その前史と、新法じたいの制定過程）を分析・総括し、そのなかで新法を（その積極面と問題性とをともに）批判的に位置づけ評価しておくことは、新法が、民法・公益法人制度の・民法制定後110年来はじめての大改革であるという側面と同時に、（新法に次ぐ画期的立法としてのNPO法との関連では、新法の施行が）折りしもNPO法制定後10年目に当たること※、そのような意味で、非営利法人にかんする基本法の第三の歴史的エポックを画するものであること、は否定できないところであるだけに、大いに意味あることと考える。

※正確には、（本稿校正中の）平成19年9月7日政令275号により、新法の施行期日は平成20年（2008年）12月1日と決定（他方、NPO法のそれは平成10年12月1日であった）。

そして一般的方法論的次元からみても、いうまでもなく新法もまた、社会的現実の、それゆえにまた歴史的な所産であって、それを、その背景ヌキに平面的な論理の次元で整理・理解することをもって能事足りとするのみでは、到底その深相に迫ることは出来ないように思われる。

——以上のような問題意識のもと、本項では、まず前半では、（新法成立前後までの）前史（I—1）を、とくに新法じたいの制定過程と内容の理解・評価にとってレレバンシーを有すると思われる特徴点を浮き彫りにするような観点から概観的に整理・分析し、後半ではその新法じたいの成立過程・背景（I—2）を、とくにNPO法との対比、ないし（本稿の本論ともいうべき、次項Ⅱ以下の）新法の内容理解との関連で、その問題点を批判的に検証することとする。

### I—1：（06新法成立前後までの）前史：

#### A）序

1998年に成立したNPO法は、06新法の前史を考える際にはいうまでもなく、

民法・公益法人制度施行後の100年余の歴史にとっても、その内容上も制定過程の点でも、まさにエポック・メイキングなことであつたと考えられる。それゆえ本項における上記「前史」も、なによりもこのNPO法成立の前と後に分けて整理検討することが適切であろう：すなわち、まず、NPO成立前の問題状況を、とくに民法・公益法人制度を中心とした法人法制の「病理」とそれへの・行政・立法・市民運動等における対応の限界等を中心にやや概観的に整理し（B）、ついでNPO法じたいの制定過程ないし内容の特徴・問題点、等を具体的に分析整理し、最後に以上の総括を兼ねて、NPO法の成立・施行が与えた各方面へのイムパクトを簡単に整理する（C）；ついで、（1998年NPO法成立から「06新法」成立前後までの、いわば）「中間期」段階における（NPO以外の）関連組織法制の主要動向につき、その批判的検討をおこなうこととする（D）。

## B) NPO法成立前の問題状況とそれへの社会的対応

以下では、（NPO法成立前の）とくに公益法人を中心とした非営利法人法制の基本的問題状況（「病理」）（B-1）と、（それに対する改革的対応としての）行政・立法・市民運動等の主要動向（B-2）につき、それぞれ分説する。

### B-1) 「病理」

イ) 序——とくに、現時点でその「病理」現象を見ておくことの意義・必要性：

イ・1) 上記「病理」とは、（NPO法成立前の、しかし本・06新法の施行後その新制度への完全移行までは存続することとなる）民法・公益法人を中心とする非営利法人（法と制度）をめぐる社会的な負の諸現象（とくに、本稿が、一括して「公益法人問題」と呼ぶもの）を指し、而して以下では、まず、その「病理」の由って来たる法制度的根源・出発点としてあつた民法34条を、その基本的概念要素ごとに、その立法過程での論議とその基本的問題という観点から批判的に検証し（ロ）、そして、その34条の解釈・適用とその結果として叢生した（病理現象としての）「公益法人問題」を、その「病理」の具体的現われ・諸形態という観点から、6つに分けて整理・概観する（ハ）。

イ・2) とところで、（06新法のもとで、民法・公益法人関連規定が削除され、あらたな制度への移行が目前に迫りつつあり、それゆえにまた、その当

の「公益法人問題」という病理現象じたいが過去の問題として歴史の彼方に消え去ろうとしている）今この時点で、その「病理」のあれこれの具体的現われ（症状？）とその根源（病因？）とを、あらためて問題にする（「古傷を舐める」？）のは、何故か？

その、第一の、今日のかつ実際の意義としては、その「公益法人問題」こそが、NPO法が直接対峙・克服しようとした（明治来の「宿病」ともいべき）法制度のカベであり、そしてそこでも基本的には克服できずに、そのカベの・抜本的破碎という課題は、結局今回の06新法に引き継がれたものであり、それゆえにまた、06新法の然るべき理解と評価のためにはいうまでもなく、NPO法の理解・評価にとっても、この「公益法人問題」の具体的内容とその歴史的背景とを明確に把握しておくことは、むしろ避けて通れない必須課題であるともいえるからである；

第二の、その意義は、いわば社会的歴史的側面における意義であって、それは、今回の06新法が、「行革」という政治的アジェンダの一環として、直接・主要な改革の対象として対峙したものは、少なくとも客観的歴史的には、「公益法人問題」に化体され、その背後にあるものであり、それは要するに、この国の・明治来の「近代」国家—社会の諸過程における、かの官僚主導体制（筆者のみるところ、その戦前日本社会における総決算が、かの「40年体制」（野口悠紀雄）といわれるものであったと考える）が生み出したもろもろの蔭の部分（「癌」？）の中の（全体の中では相対的にはやや小さめの）病原（「癌細胞」？）の一つであり、日本的「公—私」「官—民」問題の一症状であり、そのような意味でそれはまた、いわばこの国の「100年余の旧弊」として、戦後社会が今日まで基本的には引き摺って来た戦前的なもの（＝「明治レジーム」）の残滓ともいえるものの一環であって、而してまたそのような意味で今回の06新法は、それら「病弊」の（現在進行形での）清算の改革（「治療」）の一環として位置づけることができる以上、その「治療」の歴史的社会的意義を適切に理解し評価するためには、その「病弊」と「病原」を正確に理解しておくことが、これまた（必須とはいえないまでも）有益であることは確かだからである；

そしてその最後の意義として筆者が考えるものは、特殊・法律学的ないい歴史学的意義であって、それは、この「公益法人問題」の法制的根

源たる、34条を中心とする（明治）民法・法人規定の立法過程・趣旨には、次項ですぐ見るように、その起草者の・独自の政治的イデオロギー的方向性が色濃く投影されているように思われるのであり、ひいてまたそれ（法人規定の立法過程・趣旨）は、わが「近代」国家草創期における基本レジーム整備の一環としての民事法関連・基本法典編纂がもっていた特殊日本的な政治的イデオロギー性を、「法人法制」という小さな穴から照射する貴重な素材であるということであって、家族法・相続法のみならず、明治期・財産法制整備のもっていた歴史的意義を、われわれ自身の今日的視点から批判的に再規定するという観点からも、また、法典起草者たちの（尚古賤近的権威主義的神話化の風潮に抗して）そのイデオロギー性政治性もふくめた「脱・神話化」を遂行するという観点からも、興味深い研究対象である、ということができからである（ただし最後の点については本稿は、残念ながら、筆者自身の今後の本格的な研究のための・問題発見への一階梯でしかない）。

イ・3）なおまた、本項では「公益法人」を「諸悪の根源」として、その「病理」や「蔭の部分」のみにスポットライトをあてて、その現象とルーツを批判的に暴き出す、一種の・偏った「公益法人バッシング」との印象をもたれる恐れなしとしないが、筆者自身、こうした「病理系」公益法人は、存在する公益法人の一部（とくに後述「官製」公益法人）であって、まさに語の真の意味において「公益」活動の一端をにない、まさにNPO固有のメルクマール（政府セクターからの独立性はその不可欠の一要素）を失わずに、健全かつ積極的建設的な活動を続けておられる、そのような意味で「正常系」公益法人こそがむしろ量的には多数であるということも、重々認識しており、それを承知で、本稿ではもっぱら民法・公益法人法制の「病理」の種々相に敢えて分析の焦点をおいたものであること、蛇足とはいえ、ここにお断りする次第である。

## ロ）「病理」の法制度的根源・出発点としての民法34条：

ロ・1）民法34条——基本構造、問題の所在：

- ・上記「病理」現象の法制度的根源にはこの34条が存すること、それゆえ06新法との関連においては（前者は後者が何よりもまず改革の対象としたものであるだけに）いうまでもなく、また次項のNPO法との

関連においても（それが、NPO法制定への・その制度的発端ないし背景にあるものだけに）、本条の基本構造・趣旨、それをめぐる問題の所在を、（すでに少なからぬ量の検討・論議の蓄積があるにもかかわらず）とくにこの時点で本稿なりの視点から再整理し再確認しておくことは、十分意義あることと考える。

- ・ところで、同条を構成する基本的要素と（それらから成る）基本的命題総じてそこでのキーワードは、いうまでもなく、「非営利目的かつ公益関連」という意味での「公益法人」の設立は、「主務官庁」による「許可」が要件とされること、に尽きる；
- ・而して同条は、論理的にも、その一つ前の33条、及びその後に位置する（平成16年法律147号「民法の一部を改正する法律」※による改正＝削除前の）35条第1項「営利ヲ目的トスル社團ハ商事会社設立ノ条件ニ従ヒ之ヲ法人ト為スコトヲ得」）との有機的関連において一体としてはじめてその真義が理解されうるように思われる：つまり、33条によれば、およそ一般に「法人」なるものは、法律がその成立を認めたものに限って、法的に成立しうる、逆にいえば、法人の設立は必ず何らかの根拠法規を必要とするのであって、当事者の私的自治だけで成立するとの主義（後述のようにスイス民法60条はこの原則に立つ）は明示的に否定される——さらに別言すれば、法律的には、一般に（自然人たる個人以外のものとして、それに法的人格＝権利能力が帰属せしめられるところの）「法人」なるものはすべて原則・設立禁止であって、法律のみがその禁止状態を（例外的に）解除しうる、というわけである（「自由設立主義」の否定、そのような意味での「法人法定主義」の採用）。

※本法は「標記の現代用語化等」をさしあたりの改正作業課題とするものであるが、結果的には（内容的にはそのような形式面に止まらぬ、かつ立法手続的にも看過しえない問題性を孕むと思われる）実質改正をも含むものであって、上記「削除」の意義も含めて後にあらためて後述・別項（D）で批判的検証の俎上に上せることとする。

- ・そしてこの33条との関係では、上記意味での「公益法人」に関しては、本34条が、33条に所謂「法律」として、上記「許可」を（上記禁止の

解除)条件としてその設立を認め、他方、営利社団に関しては(上記・民法改正前の35①を根拠法規とし、平成17年法86「会社法」による全面改正前の商法規定、とくに同64条所定の事項等を含む)法定条件に従った適式の会社登記(のみ)を(解除)条件として(営利)法人として認められる、というわけである(33条が上記35①にもかぶるとし、後者と33条との関係を強いて論理的に説明するとすれば、そのように説明するほかないであろう)。——なお、そのような意味では、「許可主義—準則主義」如何の問題は、むしろ、上記法定主義=原則「禁止」解除のための法律上の条件の原則的内容・規準如何の問題であって、上記「自由—法定」如何の問題とは論理的位相・次元を異にすることに注意すべきである)。

- ・ 以上のような基本構造から成る34条は、(とくにその立法過程での論議、およびその成立後今日にいたるまでの論議、ないしそれが惹起した現実的法的問題状況等をも、あわせ考慮に入れてみるとき)、総じて以下二つに大別しうる基本的問題・論議を惹起することとなった：  
問題1：「非営利目的かつ公益関連」という要件の解釈ないし立法論的妥当性をめぐる諸問題：

問題2：上記意味での「公益法人」の設立につき、「主務官庁」による「許可」を要件とした、その趣旨、その妥当如何という(どちらかといえば立法論的次元での)問題：

——以下では、この二つに分けて、それぞれにつき、とくにその立法過程に遡り、問題の所在の歴史的背景をいささかなりとも明らかにしたいと考えるが、ただしここでのそれは、あくまでも次項以下の検討作業に必要と思われる限度・程度においてであって、とくに、上記33ないし34条の立法趣旨等についての民法典立法過程での論議、ボアソナード民法規定や外国法規定との関連等についての以下の記述は、あくまでも、既成の研究文献に主として依拠した、そのような意味で現時点でのさしあたりの整理であって、極めて不十分なものでしかない。それらのより立ち入った検討は今後、本・組織法制論研究の基礎的部分の一環として予定している「日本近代における団体・法人・組織法制の歴史的成立・展開の意義・特質、それを支えた《制度と思想》の批判的検討(さらに、その一環としての民法典成立過程での、その批

判的検討）」とでも称すべき研究課題を遂行する段階で、再度あらためて試みることにしたい——ここでの検討はそのための論点整理・問題発見的準備作業でしかないことをお断りしたい。

——なおまた、以下では叙述の便宜上、上記二つの問題のうち、問題2の方から検討をはじめることとする※。

※とくに、下記・本文のロ・2およびロ・3における旧民法および明治民法編纂過程における論議の検討は、以下（1）ないし（3）に掲記したような検討対象・論点ないし検討素材等を欠落させているという意味において歴史研究としては不十分さを免れないものであり、その点も含めた、とくに一次資料を用いての本格的検討は、今後の課題として留保したい（その点もまた、「研究ノート」ゆえの不十分さということでご寛恕賜りたい）：

（1）上記の二項目のもとで採り上げた論議のテーマはあくまでもそれぞれの項目の標題に即しそれに限定してのものであり、それと密接に関連する以下のテーマ・論点は、全く視野の外に置かれており、その点まずもって今後の課題として残されている：「会社」—「組合」、「商事会社—民事会社」、営利—非営利目的、社団—契約関係の等の関係概念の区別・関連づけ、とくに、それらと法人（格）制度（設立主義・要件等）との関係等につき、ボアソナード、明治民法立法関係者（とくに梅—富井—高木—長谷川）等はいかなるよう理解し主帳していたか、とくに、後者における関係者間の論議の対立点、国会修正との関係等如何？

（2）先行実施された（旧）商法典ないし同時に編纂・論議された（新）商法典中の会社にかんする論議と上記民法・法人ないし組合規定との論議の関連性如何？

（3）上記法典編纂作業時点でのフランス法およびドイツ法における上記（1）の諸論点をめぐる規律・主要論議の、とくに上記日本での法典化とそれをめぐる論議との対比・差異如何？

——なお、以上のうちのいくつかの点は、本稿脱稿後・校正の段階でたまたま接しえた野田良之「会社という言葉について」@竹内昭夫編『現代商法学の課題（中）』昭和50年、有斐閣（p690-717）という論稿に示唆をうけ、その示唆するところをさらに敷衍したものである。

ちなみに上記・野田論文に筆者は、上記の（いわば形而下的な）目前の課題との関連での有益な情報と並んで、それ以上に、（筆者自身

かねがね興味を抱いてきた)「法と言語」をめぐる味わい深い思索を窺がわせ、また全体として(氏ならではの)気高い文化的香気を漂わせる逸品、との感銘を受けたものであり、あらためて氏への敬愛の念を新たにしたこと、その敬愛の念がまた、筆者をして、敢えて、この註を付記すべしとの思いに駆り立てた、という次第である。

ロ・2) (「公益法人」設立要件としての)「主務官庁」の「許可」:

33条・34条の立法過程での論議等の要点とその特徴点・問題点は大略以下のごとくである:

(a) 旧民法典:

- ・日本人起草の人事篇中の第一章第5条は「法人ハ公私ヲ問ハス法律ノ認許スルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス又法律ノ規定ニ従フニ非サレハ私権ヲ享有スルコトヲ得ス」と規定し、その「理由書」中、外国法としては、イタリア民法2条のみが引用されるとともに、その理由として、「立法官」のみが「社会ノ公益如何ニヨリ」「仮想上ノモノ」たる法人を「造成」し権利義務を与えうるとして、法人擬制説的説明と公益団体にたいする取締りの発想とがミックスしたような説明となっている;
- ・他方、ボアソナード起草の同・財産取得篇中の(売買等とならぶ契約各論的章節たる)第六章会社第118条の第一項は「民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為スコトヲ得」とし、いわゆる自由設立主義をとっている(なお第二項はその公示の要件効果に関する規定である;ちなみに、同篇同章第143条は会社の契約上の債務についてのその社員の第二次的責任を規定し、そしてまた、旧民法典にかんする内国法人にかんする規定は以上の4箇条のみである);
- ・上記人事編の規定と財産編の規定の間には内容的には一見明白に齟齬が存するようにも思われるが、この点のボアソナードの説明は(必ずしも論旨明快とはいえないが)、要するに(その時点での母国フランスのように)営利会社たる民事会社についての自由設立主義と非営利・公益法人についての厳格な法定設立主義という正反対な立法主義の採用を是とするもののようである。しかしいずれにせよ、すでに旧民法典の段階で日本人起草になる条文が、とくに公益法人的団体について「立法官」のみがその法人格付与の権限を与えうるとしていたこ

とは、その後明治民法（上記・民法34）にも基本的に継承されているという意味でも、注目すべきことである（それが、ボアソナードないしフランス法の影響によるものか、明治政府の意を体した国家主義的政治的イデオロギーの一表現なのか、はたまた法人擬制説ないし否認説等からの純粹に理論的帰結なのか、は、なお究明されるべき一個の論点たりうる）。

（b）明治民法：

- ・第二章「法人」部分全体は、ドイツ民法第一草案（以下、「独草」）を参考ベースに穂積陳重起草に成るものであるが、ただし星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集』第1巻（有斐閣、1970）（初出：1965）（p116-7）によれば、できあがったものは、「独草」以外に、旧民法に由来する規定、旧商法に由来する規定等が混在する；
- ・上記「法人」の章の冒頭におかれた33条は、民法修正案『理由書』及び原田慶吉『日本民法典の史的素描』（1954、創文社）によれば、上記・旧民法典・人事編5条の「改正」であるというが、比較対照すればあきらかなように後者の前半部分をほぼそのまま継承した規定といえる；上記『理由書』はこの33条の趣旨につき、法人の本質についての「自然存在説」（＝実在説）を批判する同じ論理の延長線上で「団体ガ人格ヲ得ルハ（中略）法律ノ効力」によるのが当然であるとする；なお、梅『民法原理』総則篇は、法人本質論として、同様の批判の延長上で法人は社団であれ財団であれ自然人たる個人には還元しえない法的擬制であるとの理解を示すが、他方、同『民法要義』卷之一総則の同条の説明は、法人設立の諸主義を列挙したうえで、（当然のことながらと断ったうえで）すくなくとも自由設立主義を明文で否定する趣旨で旧民法の上記規定を承継したとする；
- ・同34条については、星野・上掲 p120によれば、穂積は「独草」を引用するも、その内容はかなり異なることを強調する；なお、旧民法典には本条に直接対応する規定はないが、上記のとおり、旧民法典・人事編5条がすでに、「法人」一般という形をとりつつも、実質的にはこの34条の考え方を含んでいたともいえる（『理由書』にもその旨の応接はない）。むしろ『理由書』は、商法・株式会社の免許主義、社

寺の免許主義、学校の文部大臣・府知事県令による認可主義、病院等にかんする当時の関連「現行法規」を参酌して、主務官庁の許可主義としたのだとするが、このうち、まず「商法」というのは、ドイツ人・ロエスラー起草になる明治23年旧商法の156条（会社につき「政府の免許」を設立要件とする）を指すものとおもわれるが、明治民法と同時期に成立した明治32年明治商法（梅謙次郎起草）第二編会社第一章総則には、設立要件についての上記・旧商法規定に対応する規定はなくなってしまった（関連規定としては、登記は対抗要件とする45条があるのみで、準則的登記のみで成立となったと解される——その他の引用・準拠法規についても、許可主義という既定の路線を正当化するために強いて調査引用されたとの感もなくはない）。要するに、民商法が一応ともに成立したこの段階で、民法・公益法人と商法・会社との間にはその設立主義につき正反対の方向が明確となったわけである。

而してその背景には、なによりも、上記旧商法「免許主義」にたいする経済界からの反対があり、それが政府によって受容されたという社会動向が直接の要因としては考えられるが、さらに起草関係指導者たる梅らの、一方では、たとえば、上掲・梅『要義』からも明瞭に窺うことのできる「公益団体にたいする取りしまりの必要性」、その他の関連文献にも看取される「公益を国家の秩序に結びつけて考える」「国家主義」的傾向（星野——ただし筆者の見たところ、それは、「国家主義」一般というよりも、明治期・法典編纂が総体としては、当然のことながら、「特殊・明治国家という論理」の枠の中でのものであった、ということに由来するものであろう）、他方また、星野・上掲（p127 註4）の指摘するような、梅の「営利法人にたいするオプチミズムと殖産興業的な考え方」等がその背景としてあったことは否定できない（いずれにせよ、とくに梅における、一方における、このような経済的自由主義的立場、法人関係の論述・発言等から窺われる・かなり透徹した法人擬制説的考え方、またさらに、かの「イエ制度」に対する醒めた見方等と、他方における、公益団体にたいする上記「国家主義」的発想とが、どのように親和的に説明可能なのか、は今後なお考えてみたい問題の一つではある）。

（c）小括：

- ・ 以上のように、旧民法典から明治民法典の段階にいたるまで一貫して、少なくとも公益的団体にたいしては、その成立要件のステージから、国家による監督取締りのスタンスがとられてきたこと、しかもこれは、参考とされた外国法中、（フランス法との関連は今しばらく措き）少なくともドイツ法草案（財団については、連邦の認可を要件とするも、「非経済的社団」にかんしては、登記のみで法人格取得）とも全く異なること、とくにそれとワンセットと考えられる33条は「比較法的には珍しく※、むしろ当時の日本人起草者の独自の考えによるものと考えられること、などが、とくに注意を惹くところである。

※スイス民法が唯一（母法ないし参照外国法として）引用されることもあり、たしかに同法60条は「定款意思」による自由な法人格取得をみとめているといえるが、しかし同法はすくなくとも旧民法典の段階ではいうまでもなく、明治民法典成立の段階でも、まだ成立はしていなかったことに注意（その成立年は1907年＝明治40年）。

- ・ しかし、この・わが公益法人制度における「主務官庁」制とそのもとでの「許可主義」の二つの柱ともいうべきものが、その後100年余におよび、官僚制度のもとでの病理的運用と相俟って、まさに後述のように、その後の公益法人制度の病理現象、ひいてまた自由闊達な民間非営利活動にとっての制度的桎梏となったことも否定できないところである。そしてまさにそれが、今回の06新法における公益法人改革の主要ターゲットとなり、（基本的には）否定・克服されることになったわけであり、その意味では、以上の立法過程は基本的にはいまや文字通り「過去の歴史的課題」ということになったともいえる。
- ・ これに反して、次項（ロ・3）でとりあげるもう一つの要件問題群は、06新法においては「一階法人」および「二階法人」を構成する基本的柱とも関連し、また現在進行中のNPO法の見直し・再検討作業にとっても、基本問題のひとつであり、その意味では、まさに今日的意義を失っていない問題であるといえる。

ロ・3）（民法34条所定の要件としての）「公益に関する」（「公益」要件）かつ

「営利を目的としない」（「非営利」要件）：

(a) まず、要件「公益に関する」につき：

- ・ 本条に対応する旧民法典規定は形式的には存在しないが、上記のように実質的にはその精神は33条とともに本条にも受け継がれたと考えられる。
- ・ 法人全体の体系類型化として、外国法との関係では、(上記のように) 法人規定部分につきその起草段階で第一義的に参照されたドイツ民法（第一草案）とも異なり、営利・非営利だけではなく、少なくとも非営利法人についてだけは、日本法は独自にこの「公益」要件を付加し、それに意識的かつ一貫してこだわったといえる。
- ・ 「公益」の意義につき、起草過程での立法者意思によれば、それは「不特定多数者の利益」の謂であったことが、さしあたりとくに注目される——これは、下記NPO法の要件規定とも一脈通じるものがあり、他方また、「新法・二階法人」の公益認定との関連でも興味深い。
- ・ 「目的」ではなく、「関する」にした理由・真意については、法典調査会での、「公益ニ関スル」ではなく「目的」にせよとの意見に対し、梅は「（その意見でいくと）鉄道事業のようなものも公益にはいつてきて困る」という趣旨の反論をしていて、「関スル」の方が公益法人を限定制限する方向に作用するものと考えていた節がある；
- ・ いずれにせよ、「公益」の語がその抽象性・多義性ゆえに、立法段階ないし直後から多くの疑義・論議を惹起し、解釈・運用上の問題点を提起し、しかも上記「主務官庁」制下の「許可主義」体制のもとでのこの「公益」概念の解釈運用が、公益法人制度の（しばしば「官益」中心の）恣意的で不透明かつ不統一な運用の元凶になったことは否定できない；

(b) 「非営利目的」要件につき：

- ・ 旧民法典じしん、上記のように、「非営利・公益団体＝営利（組合契約）」間の区別は、営利会社法制はすでに先行実施され、商法との棲み分けはすでに既定の路線となっていたせいも、法典調査会でも、この要件についての議論はあまり出なかったようにおもわれる（議論はむしろとくに次項の「公益・非営利」の関係関連如何という問題に集中した）。
- ・ ただしとくに「営利・非営利」の区別の規準・メルクマール如何とい

う技術論的論点に関しては、その制定直後から、民（旧）35条の「営利目的」との関係をどう考えるか、とくに、下記1ないし2いずれが区別の規準として妥当か、が、とくに商法学者をまきこんで議論されてきたことが、今日につながる議論として注目される（後者の論点にかんしては、松本丞治「営利法人ノ觀念」法学協會雑誌28－3／4（明治43）以来、2の基準が通説化）：

1. 主たる事業活動の目的ないし内容の、主観的ないし客観的性質を区別の規準とする説。例えば、（旧）商法（52①）ないし（旧）有限会社法（1①）上の「商事会社」の要件要素については、前者＝商行為／後者＝商行為＋営利行為とし、他方、民事会社（商52②）については、商行為目的ではないが、営利目的がその要件要素とする。——この説に対してはとくに、下記の問題点が指摘できる：

1）旧法上の「会社」における定款・事業目的による限定に関しては、1. 準則主義下での実際の適用の広範性、2. 民43の・判例による無化という問題。

2）営利的協同組合の存在（例：生産組合、企業組合）をどう位置づけるか。

2. 構成員への利益分配の有無、それに対応する構成員の利益持分権〔利益配分請求権、（脱退時における）持分払い戻し請求権、残余財産分配請求権等〕の有無を区別の規準とする説。

（c）上記・両要件が and で接合されたこと（つまり、非営利目的かつ公益関連性が許可の基本要件とされたこと）、とくに、非営利要件以外にそれと並んで、あえて「公益関連性」という要件が維持されたことは、立法段階ですでに、以下のような困難な解釈論的ないし現実的論議を惹起することとなった：

・「営利－非営利」、「公益－非公益（＝私益＋共益？）」という、質的次元的に異なる二つの座標軸が重疊的に用いられたことに伴う問題（つまり、公益は営利の反対概念でもなく、また非公益だからといって非営利とはいえない等）。本条をめぐる法典調査会での議論はとくにこの点に多く集中し、この二つの適用基準の関係につき、たとえば、「営利かつ公益」の事業組織もありうること（例、鉄道会社——ちなみに、この点は現在の営利企業CSR論にもつながる問題点）、非公

益だからといって非営利とはかぎらない（例、産業組合、相互保険会社）こと、公益事業で利益を分配するものはどちらにカテゴライズされるのか、営利事業で利益をすべて社会奉仕にまわすものはどちらか、などの問題・疑義が提起された。

- ・また、両要件の関係につき、いずれに重点があるかも議論され、民法制定過程での梅説は、B G B第二草案を挙げながらも、公益目的性は法人たるの当然の要件であって、ただ鉄道会社のようなものは公益事業ではあるが、営利性もあるので（つまり一般的にも、公益要件では本来区別はつきにくいので）、結局区別のメルクマールとしては「非営利＝34、営利＝35」という点に重点をおくべきであるとする。いずれにせよこのように、立法の当初から、両要件の関係は矛盾を孕むものとされ、法典調査会の議論のなかでも、以上のような問題の錯綜を見越して、ドイツ法のように「営利—非営利」の一本立てにした方がすっきりするのでは——との意見もだされ、公益要件の存在意義を問題視する見解もあったことは注目される。

ちなみにまた、後年（大正11年）制定された（旧）信託法66条は、公益信託の設立要件規定であるが、他の点は上記・民法34条と平仄をあわせた規定となっているのに対し、「非営利」要件の方はこれを採らず（しかも「公益ニ関スル」ではなく）敢えて「公益ヲ目的トスルモノ」のみを公益信託の許可要件としたことが、以上との関連でも注目される（この点、後に（公益）信託制度を取り上げる際に再度ふれてみたい）。

- ・とくに営利目的でもなく、さればといって公益関連性もない、いわゆる「中間団体」が、本条のもとでは法人格を取得する道を閉ざされてしまうという、いわゆるその後の「権利能力なき社団・財団」問題の不可避性はすでに立法段階でも気付かれていた。とくに、法典調査会・主査会では、「公益」要件との関連で、「これでは「倶楽部等」が法人格をとれなくなって困ることにならないか」との意見もでたが、論議がすすまず、無視のかたちとなった。ただし、別の箇所では梅は、非営利でも公益でもないものは法律で法人格をあたえればよいので、民法上問題になるものは多くはない、と楽観的な発言をしたりしてもいる；

（d）小括——両要件をめぐる立法過程における論議の、以上の簡単な検討からも気付かれる点は、上記二要件中でもとくに「公益関連」要件をもちこんだことが、問題を不透明かつ複雑なものとしたように思われること、それは非営利要件との二元的並存に由来するものであるのみならず、そもそも「公益」要件そのもののなかに胚胎するものであるように思われること、であり、それだけに（「歴史の教訓」としても）、すくなくとも法律論・法制度論としては安易に「公益」概念をもちこむことには、（少くとも私見は）慎重であるべきと、改めて思う次第である（なお以上の「営利」「公益」要件をめぐる法人類型論的問題点については後にⅡにおいて06新法のとった法人類型・体系を検討する際に再び詳しく採りあげることとする）。

#### ハ）「病理」の具体的現象：

上記「病理」は、法規の具体的内容、その運用、それがもたらしたものの、という三つの次元において存在し、かつ、以下6つの局面・態様において現象した、と総括できよう：

ハ・1）「病理」その1：設立段階でのハードルじたいの高さ、裁量的・恣意的運用（＝不透明性）。

（a）民法（＝実体法的許可要件）じたいの規範的具体性・明確性の欠如（「非営利目的」「公益関連」要件等をめぐる上記事情）；

（b）その運用における、

- ・硬直性（例、財団法人許可基準におけるバーの高さ、つまり公益活動の永續性要件の名のもとでの多額の基本財産要件——非営利団体の内容的多様性、規制の必要性の多様性、等の現実とのミスマッチ）；
- ・裁量性（判例<sup>※</sup>による・その追認）
- ・その結果としての恣意性（例：事業者団体・親睦のクラブ的団体等が民法・公益法人として許可される例）；
- ・不透明性（実質上の便宜・裁量の運用——下記判例はこれも追認）；
- ・非迅速性（許可がおりるまで長期間を要する、等）。

※最判昭63.7.14判時1297-29：

- ・事案：東京都足立区医師会内の内紛を原因としてそれを脱退した医

師72名が新医師会を結成し、都にたいし法人許可申請を提出。都は地域医療に混乱と障害をもたらすとの理由をもって不許可処分したのに対し、これを不服とする処分取消の行政訴訟提訴。

- ・判旨：民34「許可」の趣旨として「設立を許可するかどうかは、主務官庁の広範な裁量に任されている」。つまりそれは便宜裁量であって、旧・行訴法30条の・裁量権の「踰越」「濫用」のみが司法審査になるとの前提のもとで、その「踰越」の有無については、事実判断の誤り、判断の妥当性の社会観念上の逸脱のみが基準となる；本件の判断には上記合理性が認められる、とし、原審の、裁量権逸脱を理由とする取消判決を破棄自判。

・問題点：

- ①本判例のとり上記見解は、行政庁の予測的判断を中核とする裁量的処分にたいする司法審査の判断基準をめぐる見解としては、当時の判例の主流の見解からは逸脱的見解；
- ②本判例は結論的に、公益法人許可の判断における行政庁の広範な自由裁量を追認するものであるが、本・裁量要素のなかには、同業者間の競争秩序的介入ないし行政的業法的規制（それを通じての業界にたいする行政指導等；本件では、裁量による不許可処分をつうじての医師会運営・事実上の加入強制等）等の要素・意義も入りうることに注意すべき。

ハ・２）「病理」その２：設立・存続等における、主務官庁＝縦割り体制下での、許可基準の不統一性、主務官庁ごとの民法・公益法人ないし特別法公益法人のパッチワーク的乱立・存続、などの問題状況の現出：

- ・民法34・公益法人じたいが、上記のように縦割り「主務官庁」ごと各種公益法人の乱立を許す体制；
- ・（180を越す）各種（所管官庁のもとでの）特別法による公益的ないし共益的（ないし「官益」的）法人の乱立；
- ・設立段階だけでも、民法：許可主義；特別法：特許主義、認可主義、認証主義（宗教法人等）、（事実上ないし法律上の）準則主義（認可地縁団体、区分所有管理組合）、認許主義（外国法人）等の、諸「主義」の分裂；
- ・主務官庁制の弊害：例、「共管法人問題」、許可・監督基準の不統一（主務官庁毎の違い）；
- ・その結果としての、総体としての、（非営利）法人法制体系全体の（そ

の時々、政策的・政治的・必要等に応じての・統一性を欠いた）カオス的  
存立・管理監督状況。

ハ・3)「病理」その3：「(参入規制という機能をももつ) 法人格付与+優遇  
税制その他の行政的補助・保護+組織・事業内容の行政規制・監督」の  
三つの権限・関係（それにもとづく、支配・服従・依存・保護）が、三  
位一体となった、それゆえ、「主務官庁—公益法人」間のタテの（なれ  
あい、もたれあい）関係を中心とした非営利法人法制（下記（a））；  
そこでの「監督」等の非・実効性（同（b））。(なお、この「三位一体」  
的性格については、松原明の、本稿（1）＝本論集58巻3号541頁引用  
の指摘にも示唆を受けたことを付記しておく。)

(a) 上記「三位一体」としての非営利法人法制・運用：

わが国従来（旧）公益法人（のみならず、「共益法人」をふくめ一  
般に非営利法人）をめぐる法制・運用は、法人格の付与が、民事法的意  
味もさることながら、社会的により重要な意味として、「主務官庁」に  
よる事業・組織（法的）規制・監督（民法段階でも、設立における「許  
可」権限のみならず、監督・命令・検査権限（67）、設立許可取消（71）  
等）、法人税等の税制優遇ないし補助金等の各種公的補助（法人格取得  
のための高いハードルじたいが参入規制をつうじての保護的規制といえ  
る）等の行政的規制・保護と直結し、しかもそれが、「主務官庁」の縦  
割りの体制のなかに組み込まれてきた、ということに、おおきな特徴が  
ある（そのような意味でも、わが国のとくに公益法人の多くは、レス  
ター・サラモンがいみじくも指摘したように「政府の一部」であって、  
NPOの基本的メルクマールとしての「政府からの独立性」という要素  
が希薄であったことは否定できない）。

(b) 上記・事前的規制・監督の実効の限界：例、

・上記の許可主義のもとでの入り口＝設立段階での高いハードルと上記  
各種保護制度は、一方で、公益法人資格のプレミアム化（公益法人資  
格のヤミ売買問題等）、他方、公益法人制度の乱用・悪用（租税回避  
のための法人成り、租税優遇措置の悪用等）をまねき、また、上記許  
可規準の不統一性・裁量性・不透明性等の欠陥は、早くから各方面で  
指摘され、また「権利能力なき社団・財団」問題等の一つの背景とも

なってきたこと周知のとおりである。その他、休眠法人問題、公益法人の営利企業化、一部親族等による法人運営等の私物化、意思決定・経理財務状況等の不透明性・不公正等、これらの「公益法人問題」とも総称すべき社会問題は、次項の「官製公益法人」問題とは異なる意味・次元においてもすでに何度か浮上し指摘されてもきた。

そして、これらの「病理」にたいしては、後述のように早くから旧・総務庁・行管局の公益法人白書・勧告等による数次の実態調査・問題指摘等がかさねられ、また、後述のように数度にわたる政府の・閣議決定等での対応策もとられてきたことも事実であるが、実効性はあまりあがらなかったことも事実で、その本格的な対策は、結局近時の一連の行革政策ないし本・06新法改革をまたざるをえなかった(ただし、上記・休眠法人等にたいしては、後述の昭和52年民法改正がすでに一定の立法的対応をしていることも忘れてはならない)。

ハ・4)「病理」その4：濫用的公益法人等、官益(というよりもむしろ「省庁益」)主導の「官製公益法人」の横行、そのもとでの「行革対応」的病理現象の蔓延——行革問題としての「公益法人問題」。

これはすでに(とくに行革問題の一環として早くから、そして本稿執筆段階でもまさに現在進行形の問題として)指摘されてきたことであり、本稿で繰り返す必要もないほどに周知の事態であるが、あえて本稿の観点から整理・要約すれば、それは要するに、中央省庁、および(昭和18年臨時措置法および平成3年民法改正による83ノ2に基づく)その機関委任事務としての都道府県・所管掛による、ないし都道府県じたいによる、各種・行政補完型(ないし外郭団体的)公益法人の叢生的設立、官益的監督・運用・利用等の問題、そしてその結果としての、ヒトの面での「天降り」問題、カネの面での補助金・委託事業費等公的資金の投入、事業面での業務委託(例：指定法人への丸投げ)等による行政代行・介入・下請けの利用、さらには官製談合・民業圧迫等の弊害、ひいてまた、KSD事件等の刑事立件化された政官癒着の不祥事 等等——※。

※北沢栄『公益法人——隠された官の聖域』岩波新書、2001は、肥大化する「見えない政府」としての公益法人の多くの「知られざる実態」を実

例をあげながら文字通り「暴露」する貴重なドキュメントであり、特に、その「設立・運営を巡るさまざまな手法」として法によらずに「通達」や「告示」で利権を取得する方法の紹介、特殊法人改革と公益法人問題との関係、とくに1983年「土光臨調」最終報告により特殊法人・認可法人の新設が制限された結果、「官の「自己増殖衝動」が、〔中略〕自分たちの裁量で手軽につくれる公益法人へと怒涛のごとく向かった」との指摘（p 6）、その結果として発生した「公益法人問題」の基本的内容（p 7 以下）、問題となる公益法人の類型化（p35以下）、「公益法人を利用した典型的な犯罪」事件、とくに政府が公益法人改革に本格的にとりくまざるを得ない契機となったK S D事件の背景・経緯（p43）等、が本稿の視点からはとくに注目すべき情報といえる。

なお、より早い段階での「暴露本」風ルポルタージュとしては、周知のように猪瀬直樹『日本国の研究』文芸春秋社、1997（とくに「第Ⅴ章 迷路の世界——公益法人に群がる寄生虫たち」）が有名。

ハ・5) 「病理」その5：共益的組織活動をふくむ、社会の民間非営利活動の法制的ニーズに十分応ええない状況：

これは、要するに、上記民法34条の「公益」かつ「非営利」という設立要件じたいが、「非・公益+非営利団体（中間団体）」問題（＝「権利能力なき社団」問題）の発生を不可避的にもたらしたということ、またその許可主義のもとでの「公益性」要件等の運用実務等による、設立段階での高く不透明なハードル等が、民間非営利組織活動の法人成りしえないための種々の困難をもたらしたということ、これらの公益・共益問わず簡易法人化への社会的要請・ニーズにたいし、法制度の側が十分に応えなかったということ、であり、そのような意味で、民法公益法人制度とその行政運用は、民間非営利活動にとって法制度的桎梏として立ち現れつづけてきたということ、それは1995年大震災以前の段階でもすでに（戦前から）民間の側から数度にわたり指摘されてきたことでもあるが、しかし、上記・大震災を契機とする「ボランティア元年」の幕開け、それを決定的契機とするNPO法の制定にいたるまでは、その民の声もその法制的桎梏・カベを打破するにまでは至らなかったこと（それを可能にするような政治状況ではなかったこと）も事実である。

ハ・6) 「病理」その6：民法・法人規定の（とくに民事法的）規範性の機能

喪失・希薄化、空洞化。

- ・設立ないし指導監督の兩段階での行政運用については、その運用基準の統一・明確化等が数次にわたって政府部内でも試みられ、とくに、平成8年閣議決定「公益法人の設立許可及び指導監督基準」および同・関係閣僚会議幹事会申し合わせ「同・運用指針」の二つがさしあたり、06新法前の段階での・最終版ともいえる具体化として重要であるが、いずれにせよ、それらは民法に代わって民法規範の不十分性を埋める行政運用規範であり、したがってまたそれは民法法人規範の空洞化を意味するものでもある；
- ・行政運用における大幅な裁量性（上記）は、いうまでもなく同時にまた、上記「規範性」の喪失・希薄化そのものでもある。
- ・標記のことに関連して、「従来の民法法人規定の解釈・論議の不十分性」、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多い」旨の指摘が、後述のように（NPO法の立法過程で、みずから立法提言・ロビーイング作業に加わり、成立後そのコンメンタール作業にも加わった市民団体リーダーであり、専門法曹とはいえない）松原明によって、それら作業の過程での率直な感想として鋭く指摘されている（上記）ことは、興味深いことである。
- ・なおまた、法人登記・商業登記の法務局審査基準とその運用傾向として指摘されている点（例：社団定款の登記窓口での実質審査主義的チェックと民72①所定「定款自治」原則の空洞化）も、そうした傾向の一環として捉えることが出来よう。

## B－2）上記「病理」現象への対応・対策ないし改革動向：

上述のように、これら種々の病理は、最終的（かつ形式的）には、06新法によって除去されるほかなかったといえるが、しかし、それ以前にもこれまで、政府・立法府により、ないし民間活動等として、一定の改善・改革作業ないし克服運動が試みられてきたことも、歴史的事実として、忘れてはならない。而してその作業・運動をめぐる諸動向は、下記イないしハの、三つの異なる流れに整理できると思われる。その基本的内容を箇条書式的かつ時系列的にコメント抜き事項のみを概観すると以下の如くである：

イ) 第一の流れ——（本格的「行革」過程以外・以前の）行政・立法による（公益法人制度の運用改善ないし立法的改正等の）一定の対応とその限界：

イ・1) 行政的対応——とくに、行政監察・勧告、情報収集・開示、監督強化、許可基準等の明確化・統一化等の側面での対応：例、

- ・昭和42（1967）年：許可審査基準申し合わせ；昭和46（1971）年：行政管理局監察・勧告（関係省庁は法人の事業運営の適正化のための指導監督強化の必要、休眠法人の整理促進等）；昭和60（1985）年：総務庁行政監察局編『公益法人の現状と問題点』大蔵省印刷局
- ・平成4（1992）年：総務庁行政監察局監察・勧告『公益法人の現状と課題』（指導監督についての勧告、それを受けて各省庁は詳細な運用規準を作成）

——しかし全体としては、これら数次の勧告を受けての統一規準の作成がなされても、各省庁の天下り先確保等の利害がからみ、ほとんど遵守されなかったことにつき、後掲（C－1）イ）関連文献中の谷（1）〔1999〕70頁注5参照。

イ・2) 立法的対応：とくに、

（a）昭和54法68による（下記諸点における）民法・公益法人関連規定改正：

1. 67②の新設（主務官庁による監督上必要な命令権）；
- 1'．違反理事・監事への罰則の新設（84条三号の2）ないし強化（84）；
2. 主務官庁による設立許可取消権の新設（71前段改正）；
3. 休眠法人整理のための措置（設立許可取消：71後段新設；関連登記手続：77）cf 1）「財団法人・天下一家の会」（ネズミ講主催者による、休眠財団法人の不正流用）事件、cf 2）昭和49商法改正（406新設）：休眠会社のみなし解散規定；
4. 民法法人でない者の類似名称使用の制限（34ノ2、84ノ2）。

（b）公益法人行政をめぐる地方分権化：

- ・平成3法79——83ノ2追加；平成4政令——都道府県等の機関委任事務化；
- ・平成11法87：地方分権推進一括法（関係法律整備法）による民法83ノ3追加——①機関委任事務の廃止、団体委任事務化（公益法人にかんする主務官庁の権限の、法令による都道府県・「自治事務」化の可能

- 性) ② (その場合における) 主務官庁による指示・基準告示の権限等。
- (c) 非営利法人特別法関連改革——例、とくに、オウム真理教サリン事件を契機とする宗教法人法改正 (平成7法134)、その他、医療法人・福祉法人等の関連特別法の改正 (詳細・略)。

ロ) 第二の流れ——「行 (財) 政改革」の一環としての「公益法人制度改革」の本格化：

1990年代後半から本格化する行 (財) 政改革のなか、その一連の政治的アジェンダの一環として公益法人改革が本格化していくが、その基点となったのは、平成8 (1996) 年・与党行政改革プロジェクトチーム (以下、PT) 「公益法人の運営等に関する提言」であるといえよう。以下、それを基点とする・その後の改革動向を、そこでの論点項目毎にかつ箇条書き的に整理・概観すれば以下のロ・1ないしロ・4通りとなろう：

ロ・1) 公益法人監督行政の見直し・強化・具体化・統一等、および情報公開等の、動向——とくに：

- ・平成8：閣議決定「公益法人の設立許可および指導監督基準」等；
- ・平成9：同上の改正：「基準・指針」——そのポイントは、①「公益」要件認定における厳格化・限定、②非営利要件の厳格運用：とくに、収益事業要件、財務会計 (とくに、財産運用方法、「内部留保」限定)、株式保有要件等の明確化。

——ただしここでも、それらの実効性は官側の抵抗に阻まれて十分にあらがっていないことにつき、谷 (1) [1999] p71注7 参照。

- ・平成10年度以降：総理府編『公益法人白書——公益法人にかんする年次報告』刊行。

ロ・2) 「官製公益法人」関連改革等：

- ・「病理系公益法人」の多くは、上述のような・この「官製公益法人」であったといえるが、とくに、1983年「土光臨調」最終報告以来の、「特殊法人・認可法人」等の新設制限ないし解体の結果、逆にこの種の「公益」法人が増加したことも上述のとおり；そのような意味でも、特殊法人等改革と公益法人改革はともに行政改革の一環として関連してい

ることに注意すべきである；

- ・ただし、行政改革の一環としてのこれら「官製公益法人」等についての改革動向については、とくに、平成14.3閣議決定「公益法人に対する行政の関与の在り方の改革実施計画」にもとづき、421法人の事務・事業については廃止、登録制への意向等の措置、183法人に交付される補助金等について（丸投げ、丸抱え、役員報酬助成等の改革・廃止等の方法での）廃止、縮減等の措置がはかられ（なお 総務省大臣官房「公益法人の効率的・自律的な事業運営のあり方等に関する研究会」報告書（平成16年7月）および内閣府・行革推進事務局 HP 等参照）、またとくに公務員天下り問題との関連での公務員労働法制改革、官製談合防止法改正とその後の公取の（刑事罰を視野にいった）厳格対応等の諸動向は、本稿執筆段階（平成19＝2007年前半）でもなお現在進行形の形で続いているが、詳細は省略（いずれにせよ、近時の緑資源機構・官製談合事件※等からもあらためて窺われるように、これら官製公益法人問題は、本稿執筆の段階でもなお基本的には解消されているわけではないことが、明らかである）。

※2007.5.24朝日新聞報道によれば、農水省所管独立行政法人「緑資源機構」が発注する林道整備の調査業務をめぐる入札談合事件で公取は受注上位の公益法人と民間コンサルタント会社など4法人を独禁法違反で刑事告発し、東京地検特捜部は同法人担当幹部と同機構理事らを逮捕の見通し。同紙によれば、これは古典的な官製談合であり、農水省・林野庁OBの受け皿団体が、天下り先の公益法人などに国の補助事業などを組織的に割り振るシステムとのことである。

ロ・3）「僭称公益法人」対策：

- （a）この「僭称公益法人」問題とは、公益法人をめぐる以下のような逸脱的現象である：

問題1：（株式保有＝投資的事業もふくめ）営利事業団体化、民業圧迫等のケース；

問題2：同業者団体等の・本来公益性のない団体が、（とくに昭和47年前の行政運用において）公益法人としての法人格取得する等のケース。

——これらに対する対策として、上記・平成8年：与党行革P T・提言、同：閣議決定を受けて、その「整理」問題が法務当局の課題として浮上し、具体的には、上記・問題1については「営利法人等への転換」方法が、また同様に問題2についてはこのような「非営利・非公益」の団体に法人格を賦与すること、要するにいずれも、それら「僭称法人」の実体に即した法制度的受け皿作りが、行革の一環として急がれることとなった；

その結果、それぞれ以下のような対応が公にされることとなった：

(b) 上記・問題1については、以下のような行政的対応策が発表された（その手続さきのないし内容的問題点等についてのやや立ち入った批判的検討については、下記D-3参照）：

- ・ 上記平成8年の与党行革P Tの提言—閣議決定をうけ、同年法務省民事局に法律学者および各省庁公益法人担当者からなる「法人制度研究会」をもうけ、その検討結果を同10年に報告書「公益法人の営利転換の方法」（別冊NBL47号）として公表。
- ・ それを受けて同年、「公益法人等の指導監督に関する関係閣僚会議幹事会」申合せのかたちで、所管官庁の指導監督上の統一的指針として「公益法人の営利法人への転換に関する指針」発表。

(c) また問題2については、以下のような経緯を経て立法化がなされた（その立法趣旨ないし内容的問題点等についてのやや立ち入った批判的検討については、下記D-1参照。）；

- ・ 平成11.9：上記法人制度研究会「[中間法人法制の創設にかんする] 報告書」（NBL673-25）；
- ・ 同12.3：法務省「中間法人（仮称）制度の創設にかんする要綱（中間試案）」発表；
- ・ 平成12.9：法制審議会法人制度部会「共同法人（仮称）制度の創設に関する要綱」；
- ・ 同13：中間法人法（法49）成立（平成14.4.1より施行）。

#### ロ・4）民法・公益法人制度じたいの改革（06新法へむけての改正作業）

上記の一連の公益法人改革が、いずれも、上記公益法人のかかえる「病理」的現象に対する対応としては、あくまでも部分的・対症療法的なも

のでしかないことも否定できないところであり、政府はその後平成14（2002）年以降、行革担当大臣のもと行革推進事務局が中心となって、より抜本的な民法・公益法人改革にとりくむこととなり、4年の経過を経て今回の06新法の成立に至った、というわけである。

その改革過程のやや立ち入った批判的な検討は、次項Ⅰ—2で「(06新法じたいの)成立過程」として、そのいくつかの特徴点を浮彫りにするという視点から、見ていくことにする。

**ハ) 第三の流れ**——民間非営利活動じたいの社会的促進・保護のための法制的改革（とくに、上記・民法公益法人改革とは別建てでの、新たな法人立法としての、NPO法制定）への、市民活動団体を中心とする胎動、1995年「大震災」を契機とする、市民団体・政党・議員を中心とする・その本格化、そして更に1998年NPO法の成立、等の一連の流れが、それであるが、これについてはとくにNPO法の制定過程とその内容に焦点とあててきた中で、項をあらためて次項Cで、やや詳しく採り上げることとする：

## C) NPO法

### C—0) 序：

以上（前項Bで）みてきたような民法・公益法人を中心とするわが非営利法人法制の「病理」とそれへの社会的「対応」にたいし、おおきなインパクトを与えたのは、なんといっても、NPO法の成立という、文字通りエポックメイキングな事件であり、そのような意味でまたそれは、06新法の前史としても中核に位置する歴史的イベントであったといえる。

以下では、そのNPO法につき、その成立過程（C—1）とその内容（C—2）につき、それぞれの光（特徴）と陰（問題点）の両面を可能なかぎりバランスよく整理・分析し、最後に総括的に、その成立が現実の非営利活動ないしその理論・法制等の各方面に及ぼしたインパクトを整理概観する（C—3）こととする。

その検討に入る前にここ（C—0）で、06新法を直接の検討対象とする本稿があえてこのNPO法をいささか立ち入って検討する意義ないし趣旨（それゆえにまた、NPO法にアプローチする視点）如何、をあらかじめ序論的に明確にしておくのが有益であろうと思われる——而してその意義ないし趣旨と

しては、大きく分けて、以下のように、一般的意義（イ）と今日的意義（ロ）、の二つが存するように思われる：

**イ) 一般的意義：**

イ・１) わが国「立法過程論」一般にとつての貴重なケースとしての、NPO法立法過程：

それはとくに(後述のように)、本NPO法成立にいたるまでの過程が、議員・政党と市民運動団体との協働の過程であり、その成果であるという点で、わが立法史上も画期的な意義をもつものであっただけに、すでに「立法学・立法過程論」ないし「政策学・政策研究」等の観点からもそれについてのいくつかのすぐれた実証的研究・論稿が公刊されており、筆者自身も(上記「立法・制度論」としての「現代日本・民事法理論体系・原論」構築という問題意識の延長線上で)大いに関心があるところでもある。

イ・２) その内容面での、わが「非営利組織・法人法制論」一般にとつての(はじめの本格的)問題提起・論議としての意義：

本・立法過程で、その内容をどうするかにつき、市民団体ないし政党間、また市民団体一政党間、その他各種民間団体・研究機関等の、諸フォーラムで、ミクロ・マクロ取り混ぜての諸論点をめぐり、各方面から取り交わされた論議は、単にNPO法だけの範囲にとどまらず、より広く一般に非営利組織法制論全体にとって、おそらく嘗てない質量における初めての論議であり、(初めての論議であるだけに、いわば「星雲状態」的混沌も含みつつ、それだけにまた)極めて注目すべき多彩豊富な示唆を提供するものといえよう。本稿でも可能なかぎりその内容の摂取に努めたが、とくにそこでの論議の記録等の一次文献については、ほとんど精査の余裕がなく、それらもお今後の課題として残されていることをお断りしたい。

**ロ) 今日的意義：**

ロ・１) 06新法の批判的検討にとつての意義：

NPO法が、民法・公益法人とは異なる(一般的)公益法人類型を(特

別法としてであれ）新たに創出し、而してさらにそれを通じて、民法・公益法人（ないし規定・制度）じたいに対し、重要かつ批判的な問題提起をしていることはあきらかであり、そのような意味で、両者の対比、とくに、NPO法が民法・公益法人規定とは異なる規定・立法論をとり、後者を改革した点を、その意義・背景とともに明らかにすることが、NPO法じたいの内在的理解にとっても重要であること、いうまでもない。

しかし同時にまた、06新法が成立し、上記・民法公益法人規定じたいの・ほとんどの部分が削除され、あらたに「一階法人」ないし「二階法人」という法人法制の「新装開店」も遠くない将来となった現時点、しかも（後述のように）本NPO法と06新法というふたつの、一般的ないし実質的には同種の二つの法人類型の「並存体制」が（良かれ悪しかれ）現実のものとなった現時点、では、上記民法・法人規定との対比という課題に加えて更に、本NPO法は、この06新法との関係というあらたな局面・切り口での位置づけが求められているものといえよう。そしてそれは具体的には、一方では（上記のように「同種」のものであるだけに）06新法にとって、その立法過程・内容の両面で、いわばその問題性を映し出す鏡としてのNPO法という位置づけに関してであり、本稿でもそのような観点から、次項（Ⅰ—2）においては、とくにNPO法成立過程との対比を絶えず意識しつつ、06新法の制定過程の特長・問題点を批判的に分析し、またⅡにおいては、とくに法人体系・類型論的観点から、06新法とNPO法との「並存体制」の法理論的問題点等进行分析し、更に06新法じたいの・法人法制としての内在的批判的分析を行うⅢにおいては、NPO法をも同じ組上に載せて対比的検討をおこなうよう試みた。

06新法とNPO法との、もう一方の「関係」は、前者の成立・施行を受けての後者の（全面）見直し作業という、すぐれて現実的な立法論的アジェンダにかんするものであり、それについては項をあらためて次に若干のコメントをくわえる：

- ロ・2）（とくに06新法を受けての）NPO法自体の（全面的？）見直し（改正）という立法作業が現在進行形で進められつつある現段階での今日的意義：
- ・ 本稿執筆の2007年7月の現段階でのNPO法（人）を中心とする現実的問題状況は、およそ下記の二点に整理できよう：

1. 06新法成立1年後の現時点では、その施行規則・公益認定委員会等の細部的内容の明確化・始動、民法・公益法人ないし中間法人等の既存法人の法制的移行実務の明確化等、の新法具体化のための一連の動向のなかで、NPO（法）側にとっては、06新法との「同種併存＝二元体制」下での棲み分け＝差異化（生き残り？）戦略如何がさし当たったのアジェンダとなる；

そしてこの点、NPO法担当官庁たる内閣府・国民生活局でも、現段階ですでに、「市民活動促進課」を事務局として「第20次国民生活審議会総合企画部会NPO法人制度検討委員会」で何度かの検討会が重ねられ、平成19年6月「最終報告」も出されるに至っており、今後はそれを中心としたNPO法の立法論的再検討が必要とされよう。

2. 同時にまたNPO法じたいにとって現時点は、同法施行後8年余りの現時点という意味もあり、そのような意味で、この間の、行政側では「認証」等の実務経験、またNPO側ではその設立・活動等の過程で実際にぶつかった問題点等の、実際の経験からみえてくる・同法の問題点についての実証的内在的検討が、NPO法みなおしにとっての基礎・前提となることというまでもないところであり、すでに、同旨の観点からの、上記・事務局による全国レベルのNPO調査が実施され、公表されていて、今後の論議の資料としての（批判的）活用が期待される。

※なお、税制にかんしては、本稿校正中に2007年10月13日付け日本経済新聞にて、同12日政府税調は08年12月以降の（06新法により）、認定公益法人とされたものについては寄附金優遇と法人税減免が同時に受けられる税制優遇措置拡充の方向で合意した、との報に接した。（12日の会合後の担当「主査」による記者会見での質疑応答は内閣府ホームページにてアクセスしえたが、本稿にその内容を織り込む余裕は、残念ながら、ない。）

- ・而して、本稿も（いうまでもなく）こうした目前の立法論的問題状況を強く意識した形で、以下・本項では、まず本NPO法の立法過程ないし内容上の特質・問題点等の批判的検討をおこない、さらにまた——下記ⅡないしⅢでの、06新法の（上記のように、本NPO法との対比をも検討視点とする）批判的検討をふまえたうえで——最後のⅤにおいて（本稿の主題はあくまでも06新法の批判的検討にあるゆえに）いわば附論的に「補遺」として、NPO法の見直し・改正提言を試み

ることとしたい。

### C-1) 立法過程——その展開概要と主要特徴点：

#### イ) 序：

- ・ここで「立法過程」とは狭義かつ公式的には1995年から政府・国会で本格的にその作業・論議が開始され、最終的に98年、「特定非営利活動促進法」（平成10法律第7号、同年12月1日より施行）として成立した同法の立法過程を指すが、実質的には、95年以前の、種々の立法提言等の胎動期と、98年成立後の見直し、税制優遇等をめぐる作業・論議の時期までも含む、一連の政府・国会内外の、公式・非公式の、同法をめぐる関連動向を指すものとする。
- ・ところでこのNPO法立法過程に関しては、それが(後述のように)、わが国・立法過程の歴史の中でも文字通りエポックメイキングな事件であり、とくに、市民団体と国会議員・政党との協働作業の成果としてのNPO法の成立という側面から、多大の関心・注目を浴びることとなり、それにかんするいくつかの、すぐれた精緻な実証的分析・研究もすでにいくつか公刊(ないし発表)されている※；

そして、筆者にとってもいうまでもなく、06新法ないしNPO法の内容の理解・分析という観点からはとくに、そこでの法成立に至るまでの、各種立法提言、市民団体の立法案、各党案、およびそれらの間の批判・妥協・交渉過程等、まさに多彩多様な論議の、その論点・内容じたいが、まさに非営利組織・法人論にかんする豊富な示唆を含むものとして貴重である。のみならずまた、より一般的に、「立法・制度・政策論としての法律学」という方法論的方向性において「民事法理論体系」を構築しようとする、上記のような・筆者の理論的実践的指向との関連でも、本NPO法の立法過程はそれじたい一個の貴重なケース・スタディの素材であり、極めて興味ふかいものがある。

本稿はさしあたりしかし、この立法過程そのものに立ち入って本格的に再検討をくわえ、上記諸研究に新たな何かを付け加えようとするものでもなく、あくまでもただ、それら諸研究を基礎としつつ、とくに06新法制定過程との対比において、かつその立体的歴史的理解に資するという観点から、それに必要な範囲で、NPO法立法過程の主要な特徴点をいくつか析出・整理しようとするに止まる。

- ・その特徴点析出作業じたい（下記ハ）に入る前に、本NPO法成立過程に現

れた立法提言等の動向を、その時系列的展開に即し、かつそれに関わったアクターの属するいくつかの組織セクターの活動・動向とそのセクター間の「対立と協調」という視点から、概観的に整理しておくことが、そのおよその全体像・アウトラインを把握するためにも、また次項の説明理解にとっても、有益であろう。而して、その「時系列」は、なんといいてもとくに、平成7（1995）年1月の阪神・淡路大震災（以下「震災」）の前と後で分けるのが妥当であろうし、またその「セクター」の属性は、さしあたり、「市民団体—議員・政党—政府・行政」の三極に分けてみていくことで十分であろう。次項（ロ）では、その方向に沿って、かつ下記・関連研究文献等を参考にしながら、整理することとする：

※NPO法成立過程にかんしては、とくに以下のような文献・資料が筆者の目を惹いた主要なものであり、その資料的価値等の筆者自身の評価を（それがまた、上記・立法過程論全体にも関連すると考えるが故に）あえて付して、それらを概観すると——：

- ・シーズ〔1998〕：シーズ：ブックレット『解説・NPO法案——その経緯と争点』1998改訂第三版（この版は小島広光北大大学院経済学研究科教授よりの借覧による）

——ちなみに、ここで「シーズ」とは、正式名称「C's=市民活動を支える制度をつくる会」であり、1994年11月 NPO立法をめざす市民運動団体としての目的規定を明確にするかたちで、市民団体24団体の参加のもと結成され、爾後一貫してNPO法制定にいたるまで、市民団体側からの立法化の運動の中核を担ってきた団体であり、松原明はその事務局長として終始立法の成立にむけて献身的かつすぐれた能力を発揮したことが、ここで銘記されるべきである。そして上記ブックレットは公刊されているものではないが、NPO法立法過程の・1998年成立段階までの経緯、参考資料1ないし8、年表等、立法過程の初期の段階から一貫してかかわってきた人々たちによる、文字通り足と汗で得られた情報・資料集としても貴重である；なお、本項（1）＝本「論集」58巻3号541頁をも参照。

- ・松原〔1999〕：松原明「NPO法にいたる背景と立法過程」中村陽一＋日本NPOセンター『日本のNPO2000』日本評論社、1999、p58-61

——ここでは、まさに百家争鳴的論議の応酬のなかでの新立法の成立過程がコンパクトに活写されている；

- ・ 山岡〔1998〕：山岡義典「なぜいまNPO法案なのか」軍縮問題資料1998.2、p16以下

——山岡も（松原と並ぶ）市民団体側の有能なリーダーとして、法成立に尽力されたほか、とくに法成立後「日本NPOセンター」の理事長としてNPO活動の先頭に立って活躍されている方であり、多くの論稿・講演記録があるが、上記論考で山岡は、「市民活動促進法案」衆議院通過、四党合意で『特定』非営利活動促進法案に変更、等の事態展開の直後の同法案の特徴を6点にしぼって解説；とくに、主務官庁のもとでの許可制の廃止という点において「ジワリと日本社会全体を変えていく可能性を秘め」た法案であり、一般法ではなく特別法ゆえの一定の限界にもかかわらず、法人の認証や監督に関わる団体委任事務のはじめてのケース、情報公開の義務づけの点でも意義大であり、また選択肢の拡大（NPO法人もその一つという相対化）の視点の必要性を説き、最後にNPOをはじめとする市民活動こそが「日本型世間社会から地球型市民社会へ向けての大転換のはじまり」を告げるものであると高らかに総括する。

- ・ 明学〔1996〕：明治学院大学法学部・立法研究会編『市民活動支援法』信山社、1996（本書の入手は岡田信弘・北大大学院法学研究科教授の尽力に負うものである）

——本書は、1996同大での公開シンポの、NPO法成立前の（上記・松原、山岡らの）諸報告と討論記録＋（各党案、各種民間団体提案を含む）巻末参考資料からなる、貴重な資料；

- ・ 堀田・雨宮〔1999〕：堀田力・雨宮孝子『NPO法コンメンタール——特定非営利活動促進法の逐条解説』日本評論社、1999

——とくにp29以下「第二部 NPO法をどう活用するか（座談会）」は、上記・松原以外に、同法の成立にも市民団体側からコミットした雨宮や二名の弁護士をふくめ、立法過程の内側にいた者ならではの、貴重かつ鋭い指摘を含むという意味でも興味深いものがあり、また本コンメンタールの存在じたいが、従来、「立法に携わった官僚が行政や裁判所に向けて書く法律解説書＝立法者意思」的受け止めという憂うべき風潮にたいする「専門の一針」的批判の書という位置づけの点でも画期的である（堀田発言）（ただし「解釈論」については、その故のバイアスを免れていないことも注意）。

- ・ 堂本〔2000〕：堂本暁子「NPO法の立法過程——環境NPOの視点から」鳥越皓之『環境ボランティア・NPOの社会学——シリーズ環境社会学1』新曜社、2000、p146以下

——環境保護系議員としての堂本の同法成立をめぐる奮闘記録ドキュメントとして貴重であり、とくに、環境NPO/NGOにたいする行政・保守的政治家側からの政治的警戒感から、それを法人格付与対象からの除外しようとする動向すらあったという、今日的視点から振り返ると昔日の感あるエピソードも紹介されており、「これまで圧倒的に多かった内閣提出の法律でなく、議員立法としてNPO法を成立させるという大仕事を、議員と市民が一体となって成し遂げた意義は大きい。さらに上意下達から下意上達への逆転の可能性を秘めたNPO法は、明治以来の民法に大きな風穴をあけたともいえる」(p172) との総括的一文は本法の本質を抉って余りあるものがあるう。

- ・熊代〔1998〕：熊代昭彦『日本のNPO法』ぎょうせい、1998
  - とくに、「第二章 NPO法成立への道程——三年有余の苦闘」が、自民党議員として同法立法の中心的な立場にいた熊代議員の、その立場から見た立法過程の（「裏話」的情報もふくめた）情報という意義がある；
- ・谷（1）（2）〔1999〕：谷勝宏「議員立法の有効性の事例研究——NPO法の立法過程を通して」名城法学48巻4号59ページ以下、同5号55ページ以下（1999）
  - 副題のテーマについて、「政党・市民団体の協働・主導する議員立法としてのNPO法の成立」ないし「日本の国会における議員立法の成立可能性とそのための克復課題を示す初めての立法事例」との基本的把握のもと、その議題設定段階から法律成立にいたるまで時系列的な順序を追って、各党・議員—政府・関係省庁—議会法制局—各種市民団体等の「参加アクター」が政府・国会等の「公式アリーナー」を舞台として繰り広げた、各種法案等をめぐる論議・攻防を、標記の主題のような問題意識・視点から実証的かつ克明に整理分析したものであり、資料的価値も大きい労作であり、本稿でも随時利用させていただいた。
- ・政策提言書〔1999〕：公共政策研究会発足準備委員会・NPO法に関する政治・政策評価プロジェクト「政策提言書・NPO法に関する研究報告」1999年6月（未公開、なお本報告に目を通すことを得たのは、上記・小島廣光教授のご好意に負うものである）
  - 白石克考・龍谷大学法学部助教授をリーダーとして関西と東京の大学生十数名から成る上記プロジェクトによる、NPOの立法過程の（とくに数十名に亘る関係議員・市民団体リーダー等のインタビュー等を踏まえた）実証的検討、とその内容ないし税制等についての批判的考察、さらに

は、政策機能の充実強化のための国会機能・政府機能の充実、さらには「政策提言型シンクタンクの育成強化」等の提言をふくむもの——とくに最後の点は筆者のかねてより問題意識として抱き続けてきたものと一致する。そのような意味で、実証的資料として貴重であるのみならず、随所に鋭い指摘が見られる。上記参加学生の中には、その後研究者として、税法学・政治学分野において非営利組織関連の優れた論考を発表された方も散見され、学生を主要メンバーとするプロジェクトでもこれだけのレポートをまとめることができるという事例的な証左としても瞠目すべきものがある。

- ・ 初谷〔2001〕：初谷勇『NPO政策の理論と展開』大阪大学出版会、2001  
——大阪府の公務員として勤務の傍ら（当時）、大阪大学大学院国際公共政策研究科博士後期過程で博士論文として纏められた実証的労作といえる。戦後すぐの段階からのNPO政策の法制・税制についての歴史的変遷過程の実証的あとづけ、「特増法人」の分析、NPO法の立法政策過程の「唱道提携モデル」を使つての実証的分析、やや具体的にはとくにオウム事件を契機とする宗教法人法改正との関連（p279以下）、介護保険法成立過程との関連（p280以下）等についての分析が筆者の関心を惹いた。

- ・ 橘〔2002〕：橘幸信「NPO法の立法過程からみた「市民立法」の課題と展望」山本啓・雨宮孝子・新川達郎『NPOと法・行政』ミネルバ書房、2002  
——始めに末広厳太郎の先駆的提言をうけ立法学というアプローチの今日の重要性を、とくに93年総選挙による55年体制の崩壊後の議員立法の重要性の増大、地方分権推進一括法のもとの、自治体の条例制定能力強化の必要性等の状況変化を引証しつつ強調し、その意味で、とくに「従来官僚に独占されてきた法律案の立案・審議過程を、市民との協働（市民立法）によって議員主導（議員立法）にギアチェンジした」ものとしてのNPO法立法過程の画期的意義に着目し、そこでの正負両面の「教訓」を数点にわたって具体的に指摘する（なお、橘にはその他、自治体立法における市民参加のための実践的啓蒙書等もある——同書文献案内参照）。なお、同書p24以下の広瀬稔也「市民立法の動き」は、NPO法成立の同じ142回国会で「被災者生活再建支援法」が小田実らの市民立法運動の成果であり、また、99年に成立した情報公開法は、20年におよぶ市民立法運動の成果でもあったと指摘する。

- ・ 小島〔2003〕：小島広光『政策形成とNPO法——問題、政策、そして政治』有斐閣、2003

——（政策形成分析のための最も包括的な理論モデルたる）J.W. キングダンの「政策の窓モデル」を修正・導出して独自に理論化し、そのような意味で、上記・谷や初谷とは異なる視点・理論モデルを用いて、立法過程全体を、第一期：大震災まで、第二期：与党案第一次合意まで、第三期：第二次合意まで、第四期：衆議院通過まで、第五期：法成立まで、第六期：優遇税制成立までに、という6段階に分けて、それぞれにつきデータを駆使して詳細かつ実証的に分析した労作。筆者にとっては、とくに、本立法過程についての総括として、その評価すべき点と問題点の指摘、市民立法の動向とそれへの提言が関心を惹いた。

- ・市民立法機構〔2001〕：市民立法機構編『市民立法入門——市民議員のための立法講座』ぎょうせい、2001

——本書は（次の尾野論文と同様）直接NPO法制定過程論をあつかうものではないが、表題のように「市民立法」というキーワードのもと、その日本ないし外国における立法制度論的な状況・動向を俯瞰する総論部分ののち、各論的に、「市民＋議員立法」のわが国近時の具体例をケース・スタディ的に検証するものであり、具体的ケースとしては、NPO法（p208以下：山岡義典「立法過程への市民参加——NPO法」）、情報公開法（p232以下）、ダイオキシン法、フロン回収法（p274以下）、個別公共事業改革——河川法改正（吉野川河川堰）（p174以下）等がとりあげられる。なお、「市民立法」が市民権を得たのは、神戸震災復興をめぐる市民運動の一環として小田実氏を中心とした震災被害者支援立法活動展開の過程であった、との上記と同旨の指摘もある。

- ・尾野〔2002〕：尾野嘉邦「NPOと政策過程——公共利益集団とイシューネットワーク」国家学会雑誌115－9＝10－132以下（2002）

——これは、「公共利益集団としてのNPOが、現在の政策過程において果たしている役割」として、それを通じて、従来の「鉄の三角形」的政策過程、ひいて、利益集団自由主義としての政治的多元主義の問題性を克服する可能性、とくに日本においては官僚主導型の立法過程に風穴を開ける可能性に着目し、具体的事例研究としては、「動物管理法」改正（1999年末）過程、及び「自然エネルギー促進法」（「電気事業者による新エネルギー等の利用に関する特別措置法」）の立案過程（従来「鉄の三角形」によって独占されてきたエネルギー政策に風穴を開けた）におけるNPOの果たした役割を分析検討し、その政治学的インプリケーションないし、日本政治過程へのインパクトを、総括的に命題化する。

- ・佐藤〔2006〕：佐藤岩夫「国家・社会関係——市民セクターの発展と民間非営利法制」東大社研『失われた10年』を超えてⅡ：小泉政権への時代』東大出版会、2006年

——これは、直接NPO立法過程を扱うものではなく、06新法＝公益法人改革との関連で、その先行作業としてのNPOとの不連続性を論証しようとするものである；つまり、本来「行政のスリム化効率化」という行政改革の政策論理と民間非営利活動の促進という政策論理との交錯する場であったにもかかわらず、後者の方向性は必ずしも十分には展開できず、結果NPO法を契機とする民間非営利活動の活性化という方向においては、税制優遇措置の足踏み状態、NPO法人の新・公益法人改革からの切り離しへの軌道修正等の点で、それを必ずしも継承するものではなかったこと、この、NPO法と公益法人改革との不連続性ということの背景的要因として「ポストNPOの法人制度改革が、行政改革としての公益法人改革の枠の中で進められ、民間非営利部門の促進という政策論理が必ずしも十分には実質化されていない」ことにあったと結論づける；総じてとくに、ポストNPO法の議論展開を批判的実証的かつ手際よく整理・論証する。

#### ロ）（時系列的ないしセクター毎）動向・概要：

##### ロ・1）胎動期（震災前）：

（a）（市民団体の立法要求運動を中心とする）民間側動向：

（a・1）ここではまずもってとくに、上記「シーズ」が1994年結成されたことが、なによりも特記されるべきであろう。

（a・2）しかしそのまえの1993年段階ですでに以下のような組織の結成・活動がすでにみられたことも、特記に値するであろう（この項、主としてシーズ・ブックレットによる）：

- ・「市民活動推進法研究会」；
- ・（社）自由人権協会内の研究会「NGOへの寄付金税制に関する研究会」；
- ・環境NGO「市民フォーラム2001」内「NGO活動推進委員会」；
- ・NPO研究フォーラム（本間正明阪大教授・主宰）
- ・NIRA助成「市民公益活動の促進にかんする法と制度のあり方——市民公益活動基盤整備にかんする調査研究」プロジェクトの立ち上げ。

（a・3）その具体的な公表アウトプットとしては、私見の限り以下のものが挙げられよう：

- ・1985（昭和60）（財）公益法人協会・公益活動研究会（林修三他）「公益法人および公益信託に関する基本法（公益活動基本法）要綱案」（公益法人15巻7号、1986年）；その経緯・コメントとして、橋本徹・古田精司・本間正明『公益法人の活動と税制——日本とアメリカの財団・社团』昭和61、精文社（とくに、同書 p321以下の、公益活動研究会「公益法人及び公益信託に関する基本法の必要性について」）；
  - ・本間正明編『フィランソロピーの社会経済学』東洋経済新報社、1994（とくに、p107以下）；
  - ・森泉「最終講義・公益法人制度の現況と課題」青山法学論集39巻1号（1997年）とくに、p47以下の提言；
  - ・（上記・N I R A助成プロジェクトの成果たる）N I R A研究報告書『市民公益活動基盤整備に関する調査研究』平成6年〔1994〕、総合研究開発機構（とくに、p155以下の「非営利法人制度に関する提案と民間公益活動基本法の考え方」）。
- cf) 以上以外に、N P O法の前段階での（戦後市民運動の系譜の簡単な概観からはじまる）N P O的運動ないしそれを担保する法人制度、ないし公益法人改革の諸動向・提言等の整理として、とくに松原〔1999〕・p51以下を参照。

（b）行政側等：

- ・とくに、経済企画庁は、1992—94年段階での、第13次及び14次国民生活審議会・部会報告で、N P O法人格・税制優遇等に言及、また、厚生・環境庁・外務省等でもその研究に着手する等、他省庁も「行政補完的資源」としてのN P Oに注目しはじめた；
- ・在日アメリカ大使館による、米国N P Oの・日本国内での法人格取得・税制優遇を求めるレポート作成等の要請（＝外圧？）。

ロ・2）本格展開期（震災以降）：

（a）政府・省庁内部：

- ・政府の指示により、95年に「18省庁ボランティア問題連絡会議」が結成され、その事務局たる経済企画庁としては、本格的N P O法制定と優遇税制を企図し、その旨の経企庁中間報告もだされたが、他省庁の抵抗、市民団体からの反対にあい、上記「連絡会議」は活動停止し、以後、立法論議は議員・政党と市民団体を主要アクターとする舞台に移り、官の介入はそれらアクターによって、むしろ一貫して忌避・拒絶された、といってよいようである（この間の経緯につき、詳しくは、谷（1）〔1999〕

p74以下参照）。

（b）市民団体等：

- ・ シーズ「市民活動推進法・試案」（法人制度）1995；
- ・ 日弁連「市民活動団体に関する法制度改革に関する提言」1995；
- ・ 神奈川ネットワーク運動「市民活動法人法案」1996；
- ・ N I R A研究報告書「市民公益活動の促進にかんする法と制度のあり方——市民公益活動基盤整備にかんする調査研究（第二期）」1996、総合研究開発機構；
- ・ 構想日本「公活動の基盤整備に関する法律案（公活動促進法案）」1997；
- ・ （社）日本青年会議所N P O推進政策委員会「地球市民活動推進法案・試案」1997；
- ・ 民間法制審議会（仮称）「同会・報告書」1999（とくに、p72以下の「諸提言」）。

（c）政党・議員：

- ・ 1995年連立与党「N P Oプロジェクトチーム」結成、種々の紆余曲折を経て、97年通常国会にて市民活動促進法案（「自社さ」による議員立法提案）審議開始；
- ・ なお、この間も上記・与党三党案以外に、新進党案・共産党案が提案され論議された；

cf) 以上の各党案の対比、その他、国会審議開始以後の、国会内外の詳細な動向・経緯等につき、シーズ [1998]、初谷 [2001]、小島 [2003] など参照。

## ハ）以上の諸過程の総括的批判的分析：

以上のN P O立法過程の主要な特徴点・問題点等を総括的に整理すれば、それは要するに、震災を一大契機として文字通り社会の・下からの、草の根的ボランティア活動の高まりのなかで、現行法制の（上記のような）限界・問題性を突き破るかたちで、国会議員＝各政党とN P Oリーダー達との・長期間にわたる積極的意見交換ないし対話をへての・両者間の緊張と協同の成果として出来上がった立法ということができる。その意味ではそれは、やや突き放した見方をすれば、震災という自然現象、ボランティア活動の全社会的な高まり、94年連立与党体制成立を始めとする戦後政治体制の地すべりの変化という政治動向等の諸要因（そしてそもそも、立法の主たる趣旨・目的・規律対象事項が、ほかならぬN P Oへの法人格付与立法であったという事情）が、幸運にも相乗的に

作用して為し得た（偶然的？）成功事例ということも言えなくはない——そうであるとしても、しかしまたそれは、長い目でみれば、わが国における、立法過程論の観点からも、市民公益活動の歴史、非営利・公益法人・組織法制的の歴史という観点からも、きわめて注目すべき画期的な歴史的事件であったことは、否定できないように思われる。06新法を直接の検討対象とする本稿でも、後述いくつかの関連箇所、このNPO法の制定過程を一つのモデルとし、それとの対比において、06新法ないしその他の関連立法（的）動向とその問題性を明らかにすることになるであろう。

而して、より具体的にこの立法過程の特徴（ないし問題）点をわれわれの視点から析出すれば、さしあたりそれは以下の数点に整理できよう：

ハ・１）「市民団体」と政党・議員の協同作品としてのNPO法、その意味でまた、官僚主導型立法の伝統に風穴を空けたNPO法、という特徴：

——この点についてはすでに多くの文献等が挙って指摘し、かつその過程等についての種々の観点等からする精細な理論的分析がすでになかなりの程度なされていることも上述の通りであり、本稿でもすでに何度も繰り返し強調してきたことであり、いまさらここで加えるべきものは何もないというほかないが、ただ敢えて以下の二点だけを、付け加えておきたい：

1. まず、少なくとも本NPO法制定過程では、上記本項冒頭にも要約したような諸要因や、法律の主たる対象（あるいはまた、当該法人制度を使って活動する主体）がまさに市民団体そのものであった、という要因、も作用して、「官 vs 市民団体」、ないし「官 vs 政党・個別議員」間の対立図式から、「市民団体+政党・議員」の協同関係の成立へと、力関係がシフトしたという特殊性を見落としてはならない（逆にそれは本成立過程の理論的射程をどこまで一般化できるか、むしろそれを限定的に見る必要があるのではないか、ということを示唆するものでもある）、と同時に、とくに、これら「協働」の各セクター内部でも、例えば、市民団体も一枚岩ではなく（シーズ「政策提言」p82－83参照）、例えば税制の位置づけ論等の論点をめぐっての意見対立が、とくに「国際的活動NGO vs 国内・地域レベルNPO」、「文化活動関連団体 vs その他の事業活動団体」という対抗軸等で見られた

こと、また政党間の対立・協調・妥協関係は上記諸文献が詳細に報じるとおりであり、とくにそれとの関連で政局の時間的変化とともに中核議員の入れ替え等の流動化要因があったことも注意を惹く。これらの諸要因を更に、論点ごとの論議内容分析の次元に落として考察してみることも立法過程論的に興味深いことであろう。

2. 「市民立法」論が（NPO法以外でも一般に）目指そうとする立法過程改革の背景にある問題意識・状況認識、つまり、（地方自治体ではともかくも）国政レベルではとくに、省庁縦割り体制のもとでの官僚主導の立法体制という従来支配的な立法過程の問題性、他方で、また政策・立法論議への国民・住民の可及的参加という民主主義的意思決定としては当然のことが、なによりも制度・慣行・能力等のもろものの壁に阻まれて、十分に実現できていないという問題意識・状況認識等の点では、筆者も共有するものが多いし、それがめざそうとする方向性においても共鳴するものが多いが、しかし、単に運動論的スローガンとしてではなく、現実の問題としてそれを捉えたとき、「市民立法」の実践・実現は非常に多くの解決克服すべき課題を抱えていることを、当然のことながらあらためて強調しておきたいと思う（この点NPO法じたいの内容的欠陥についての立法関与者じしんの率直な感想として、後述（C-2）へ）参照。）。それはとくに、立法論なるものが本来（すくなくとも「百年の大計」的責任意識を十分にふまえた理想型としては）、まさに「知の総合」ともいうべき営為として、深い専門的知識と広い視野を必要とする、極めて困難な作業であることを、（わずかに二三の具体的課題との取り組みの中でも痛感した経験をもつ）筆者としては、「水を差す」ことになることを惧れつつも、あえて強調したいと考えるからである。

むしろ筆者としては、さしあたりセカンドベストの一般論的立法過程論としては、議員立法の制度的充実こそが、第一次的に追求されるべき方途であり、而してなによりもそのための（官僚機構に匹敵する能力をもったパーマネントな）政策提言型シンクタンクの整備・充実（ないし、それとあわせて、法の具体的執行過程と評価・フォローアップ過程とにおいても不可欠の官僚機構等との協働・ネットワーク化体制のそれ）、そして、それらをも基盤とする議員自身の立法能

力の充実拡大こそが、指向さるべきさし当たっての政策課題ではないか、と考える。そしてそれと平行して、その議員立法をサポートし、それに働きかける主体としての、市民・市民団体の主体的積極的立法・政策提言能力をたかめていく制度的な手当てを考えていくべきである（その意味で、国政レベルでの現在のいわゆるバブ・コメやタウンミーティング、住民レベルでの住民投票は、なお、受身のものであるという本質的限界を免れない。また前者の「シンクタンク」云々の点は、まさに数年前の「日本NPO学会」での・アメリカ・ワシントンDC所在のシンクタンクに勤務する上野真城子の講演に示唆されるところ大であると同時に、筆者自身、研究者として、一市民として、日頃痛感していることでもある。そしてまさにNPOは、政府系シンクタンクや企業のそれでは不十分な、市民の立場からの立法・政策提言をしていく「市民型シンクタンク」のための器として最適のものではないか、と考える）。※

※なお、本稿（2）部分提出後に生起し、校正の現段階（2007年10月中旬）においても現在進行形の、参院議員選挙における与野党の逆転とその下での第168臨時国会での審議状況にメディアを通じて接するにつけても、国会が真に実質的な意味において立法・政策論議の場として活性化しつつあることに大きな感慨を覚えるとともに、一層、本文で主張したことの重要性を再確認する次第である。

ハ・2）立法過程・内容面における行政側の介入、ないしその内容面での恣意的運用余地、の意識的排除：

- ・上述のように、本法の立法過程では、その比較的早期の段階で、中央省庁のプレゼンスはむしろ意識的に排除され、もっぱらそれは市民団体と国会議員・政党との協働の成果であることが、その最大の特徴であることは、くりかえし強調してきたところである。

のみならず、その内容面でも、官の支配を可及的に排除する方向が追求されたことが、上記「座談会」でも関係者（雨宮・松原）によって語られている（とくに、入り口段階での「認証」に「所轄庁」の裁量ができるだけ入り込まないように、「原則・認証」の方向のもと、例外としての「不認証」要件を細かに書き込む、また、政令にできる

だけおろさないようにして、基本的に必要なことはすべて法律に出来るだけ書き込む、税の優遇措置についての規定は、NPO法の成立に税務当局の介入を入れないために、法律本体ではなく、附則ないし附帯決議に委ねる、等の「立法戦略」が、市民団体側のそれとしてとられたとされる——ただし内容的にはなお、役所の監督権限等は比較的多く残されたこと、後述の通りであり、また、「市民」（1条）「公益」（2条）等、少なくとも私見では、その法律用語としての適切性につき疑問のある用語が使われたこと、また少なからず不確定概念が残ったこと等、その面での限界も否定できないように思われる）。

- ・われわれは、ここでも、（民法34条の・官益的恣意的濫用等の上記「病理」現象を見るにつけても）、残念ながら上記・立法過程のスタンスの根底にある（少なくとも、この局面での）「政府の失敗」という認識を共有するものであるが、他方同時にまた、（官の介入を可及的に排除するという、上記・基本方向のもと、いわば流れの赴くところ、というべきか）、第一線で認証事務を新たに担当する都道府県の意見はいうまでもなく、（介護・福祉、教育、環境保護、国際NGO等各種の分野での行政側の・NPO活動への期待・ニーズ、さらには各種行政サービスの委託ないし補助等、NPOとのパートナーシップが行政サイドからも要求されている中にあって）その・行政側からの個別的要請・意見は、本法成立過程での論議の中で、ほとんど聞かれなかったようであり、而してそれで果たして良かったのかは、バランス感覚という観点からはなお反省すべき点なきにしもあらずではないか、ということも同時に指摘しておく必要があるように思われる（この点は、NPO法見直し作業の段階ではとくに重要な視点であると考える）。

#### ハ・3）税制論議との関連：

- ・本法立法過程では、上述のように、市民団体の側には、「優遇税制スキの法人格付与立法では（現実問題として財政難に悩んでいるNPOの多い現状では）無意味であり、それとセットの立法要求をしていくべきだ」との意見を主張する団体もすくなくなく、一つの論争点となったといわれるが、結局、「法人格簡易取得立法実現」という当面の課題目標を優先させるための戦術としても税制論議は一時棚上げにする

という方針が大勢を占め（税制との一体での論議では、法人格のハードルが極めて高くなる惧れから、むしろ市民団体側は政策的にそれを拒否（山岡）、実際にも、少なくとも寄附優遇税制については、本・立法過程での論議の主要アジェンダとはならず、本法成立の2年後に「認定NPO制度」として実現をみることとなったわけである。（なおこの点については、本稿（1）＝本「論集」58巻3号523頁の指摘も参照。）

- ・而してこの点は、法人法制をめぐる「民事法的視点」と税制的視点との峻別・ランクづけという上記・原則的立場を主張する筆者としても、上記「立法運動論的ポリシー」は、いうまでもなく完全に支持できるものである。

しかし、同時にまた本法（46条）では、すくなくとも、法人税（等）に関し結果的には、法人格認証取得は、法人税法上「公益法人等」並み、部分的に「法人格なき社団」扱い（つまり、通常の「公益法人等」よりもワンランク下げた優遇）という限度においては、税制と直結していることも事実であって、しかしてこれが、（後述するような）NPO法の認証主義その他の入り口要件のバーの高さ、その他の行政的監督の多さにつながったとの指摘もある。この点の立法過程での論議はどうであったのかは、一個の問題であるが、少なくともここでもあらためてわれわれは、法人税レベルでも、「税と法人格との分離」という原則的立場が必ずしも一般的な観念として社会に定着しているわけではないことを認めざるをえない（そのことがまた、営利法人の場合とちがって、こと公益的団体に関しては、法人の問題が即・税の問題に直結ないし矮小化されて論議され、規制・監督の問題が持ち込まれ易いことの背景ともなっている。すくなくとも、関連文献等で「税制優遇」が云々するときのその「税制」とは主としてもっぱら寄附税制のみを指すもののごとくであり、法人税に関してはここでも、「公益的法人なら当然優遇」との前提があったように思われる）。そうであるだけにまた、すくなくとも原理的には、上記・分離原則を主張し続けることの重要性を再確認したいと考える（上述のようにそれはまた、戦後の「シャープ勧告」における法人税制のとり立場でもあった——つまり、公益法人全部についての課税当局による別途、法人税優遇適格審査をすべきこと（つまり法人格との切り離し）——ことを、

行政コストの問題はともかくも、原則的立場の問題として、ここであらためて想起しておきたい。

ハ・4）そこにおけるわが法律学の理論的プレゼンスないし指導性の点での限界と、その背景・根源にあるもの：

このNPO法制定過程で（実践的コミットメントはいうまでもなく、理論的寄与の点でも）わが（民事）法律学は（中央省庁主導型の立法過程の場合と比較して、且つ極く僅かの研究者の例外を除けば）十分その寄与ないしプレゼンスを示しえなかったということであり、このことは少なくとも法律学研究者としての筆者の観点からは（本法立法過程が内包する）無視しえないひとつの問題点と考える。

つまり「その由って来る背景・原因は奈辺に在りや」と自己省察的に問う時、さしあたり以下の（a）ないし（d）という四点の、わが法律学に支配的な体質的構造的問題性（いわばNPO法の成立過程があらためて気付かせてくれたともいえる、われわれの学問のスタンス・その方法論的枠組み等の内在的問題性）を、なによりも自戒を込めて、指摘せざるを得ないようにおもわれるのである（以下はあくまでも、本法の成立過程論がさし当たった問題意識としてあるが、しかし、それは、後述の06新法制定過程等における法律学内在的問題点として指摘する点とも部分的には通底するものであり、決して過去の一立法をめぐるエピソードに止まらぬ今日的意義をもつものとする——無論それらはいずれも、（民事）法律学の方法論・基礎理論等の根幹にふれる根本的大問題ばかりであり、その点についての筆者の具体的考え方につき、本稿はそれらを本格的に論じる場でもなく、それらをふくめて基本的には、上記「民事法理論体系」論の「序説」部分の論稿に委ねざるを得ないが）：

- （a）「国家・実定法中心法学」ともいうべき学問の体質への反省——つまり、日本社会の生きて動いている現実の問題（本稿の主題との関連でいえば、市民公益活動・NPO活動への動向・ニーズ等をめぐる社会的現実）から出発するのではなく、実定法規の地平（非営利組織法制についてはさしあたり民法・公益法人規定）にのみ局踏した法律学という伝統的思考枠組みに安住してはこなかったか、そのような意味でまた、われわれの法律学は果たして（「官僚法学」や「裁判法学」等の限界を突き抜けた）

真の意味での所謂「市民法学」足り得ているか？

——なお、この点につき本稿（１）＝本「論集」58巻3号541頁引用の松原明の指摘参照。

- (b) 「判例・訴訟中心法学」、(そしてそれと裏腹の)「立法・制度論的志向・蓄積の弱さ・欠如」、ともいうべき学問の体質への反省——つまり、裁判所における判例なり訴訟が、そのまま社会的現実における（法制的）問題全体であると考ええるものは、いうまでもなく誰もいない（「判例の部分体系性」としてかねて北川善太郎が指摘・克服しようとされた法学方法論的問題性）。とくに、公益法人をめぐる行政の上記・裁量の運用等の制度的要因等もあって、公益法人等をめぐる内部的ガバナンス等の問題が民事裁判として登場することじたい、きわめて稀である。そのような状況のもとで、「判例整理の学」のみをもって能事足れりとする事では、全く不十分であるこというまでもない。また、上掲・後者の「立法・制度論云々」の点については、既述のとおりである。

- (c) 「法典ごと縦割りの専門化」への反省——つまり、筆者の上記「理論体系」においてかねてから「民法」学ではなく「民事法」学というネーミングに拘る筆者の問題意識の一端も上述のようにこのことと関連があるのであるが、さしあたり法人・組織論分野に限定しても、たとえば「民法・法人論ないし公益法人—商法・会社法—特別法・公益法人—協同組合等特別法共益型法人」論等の分野横断的団体法・組織法制研究の欠落<sup>※</sup>と、それゆえの体系理論的指導性の不在、そして研究分野によるその極端な「跛行性」、つまり、会社法学を主体とする営利組織論の膨大な蓄積に對比して、公益法人・特別法上の法人・組織等にかんする研究蓄積の質量両面で乏しさは覆うべくもない、等の事情が、あらためて、とくにNPO法（ないし06新法等）の立法過程論における学問の側の限界・問題性の根源としてあるといえるのではないか？

※ちなみに、「法人」概念についてのいささか法教義学的概念法学的次元に限定された問題提起であるが、津田利治『横槍 民法総論（法人ノ部）』慶応義塾大学法学研究会、平成8年（なお本書についてのコメント：内池慶四郎「津田利治先生「横槍 民法総論（法人ノ部）」質問録——私の研究ノート」法学研究66巻12号（1993））は、その問題意識の出発点として「民法学者の説く法人法と、我々商法学者の説く会社法との間に、

理論の整合性が甚だしく欠けている」こと、その現状を克服し「民商法一貫した整合性ある法人学説を樹立し講述すること」（p 1）をあげ、具体的問題提起として「設問」17題を冒頭に掲げる：例、「民法第一篇第二章法人」の規定は、全ての法人に適用される総則的規定か？（p 3）。（あまり注目されることのない文献であるが、上記本文の問題意識からも、又「民－商法」二元体制批判という観点からも、筆者の注意を惹いたので、敢えて引用する次第である。）

- (d) 「足元の現実から出発した理論的営為という方法論的指向の弱さ」への反省——つまり、わが法律学（ないし総じて人文・社会系の学問・理論全体）の一般的傾向として、それが、若干の優れた例外<sup>※</sup>を除き、明治以来この方、われわれのこの社会的現実が抱え提起する問題からその理論的問題性を発見しそこでの問題意識・問題設定から出発させるのではなく、しばしばそれと切り離されたところで、特定の「先進」国のあれこれの理論が持ち込まれ雑然と接木がくりかえされるという（周知の）悪しき伝統、ないしそうした「研究」をもって学問と等値<sup>わけ</sup>理由もなく有難がる精神風土（筆者はそれをかねがね心ひそかに、この国（伝来かつ骨がらみ）の「精神的植民地主義のマンタリテ」と呼ぶ。そしてそれは、他の学問分野ならともかくも、まずもって、他ならぬこの国の法制度のありように対し責任を負うほかない実定法律学にとって、本質的欠陥というほかない。この点でもむしろ今や実務と社会の現実の方がリアルな認識をもっているとさえいえるように思われる。）、そうした伝統・風土からわれわれの法律学はどれだけ自由でありえたか（やや具体的には、少くとも民法学における法人法制研究についていえば、その基礎理論の面でも、かの法人本質論についても、抽象論レベルでの紹介の域を出ず、とくにわが実定法理論との接合という点では多くの課題を残したままである、というほかないのではないか）？

※上掲の田中実氏・雨宮孝子らの一連のお仕事はこの意味でも特筆に値するであろうし、近時ではとくに大村敦志『生活のための制度を創る—シビル・ロー・エンジニアリングにむけて』（2005年、有斐閣）が注目値する（同書には、NPO法や地域通貨についての啓蒙的概説もなされている）。

**C-2) その内容**（特徴・問題点等）——とくに（NPO法成立段階での）民法・公益法人規定との対比という視点を中心として、以下イからトまでの7点の内容的特徴・問題点を指摘できるように思われる。（なお本項では、NPO法の条文は、単に「法+数字」として引用）：

**イ) 体系的次元での特徴・問題性：**

イ・0) 序——NPO法の（法人）体系論の特徴・概観：本NPO法によって創出されることとなったNPO法人は、とくに法人の体系的類型論の観点からは、全体として以下の（a）ないし（c）という三つの特徴（ないし問題点）をもつものと総括できるであろう：

（a）民法34との関係での、いわば「対外的側面」においては、形式的には「民法＝一般法＝公益法人」vs「NPO法＝特別法＝特定非営利法人」というかたちで区別され、しかし実質的基本的には同一の目的（＝不特定多数者の利益のための活動組織）をもつ二つの法人体系の並立（特徴1——その経緯・問題性等につき、下記イ・1））；

（b）NPO法じたいの「内部的側面」においては、それは、一方において、「特定多数者の利益」にのみ奉仕する、いわゆる「共益」型法人を（定義ないし認証要件として）そこから排除し（特徴2——その問題性につき、さしあたり下記イ・2）、他方、

（c）NPO法人を社団法人に限定することによって財団法人をそこから排除する（特徴3——同様に、下記イ・3）。

——以下、これら三つの特徴のそれぞれにつき、とくにその問題点を分説・検討することとする：

イ・1) 民法・公益法人規定との関係＝「一般法としての民法・公益法人法 vs 特別法としてのNPO法」：

・上記のように、民法（公益法人規定）と新NPO法との関係は、法形式的体系上は、「一般法—特別法」の関係にあるものと位置づけられている。

しかし、此の点は、その立法過程・背景においては「妥協の産物」としてそのような形をとらざるをえなかったというのが事実であり、論理の必然としてではなく、むしろ政治的選択の結果であることを、この際明確にしておく必要があるであろう。すなわち、とくに市民団

体活動を推進し担ってきた多くの人々にとって、民法34条公益法人制度が大きな法制度的カベとして立ちはだかり、それに代わる非営利法人一般法制の制定という形で、その活動組織の法人化の必要性が痛感され、それが上記NPO法制定への・草の根からの立法要求として国会をも動かす一つのうねりとなっていったことすでに縷述の通りであるが、而してその立法論議が公式の立法アジェンダとして設定された当初の段階では、そもそも立法の形式として民法改正でいくのか、特別法でいくのか、等が論議され、さらには、その点もふくめ、非営利法人法制全体の体系的再構築にかんする諸モデル等の各種提言もあったのであるが、少なくとも民法改正の方向はその早期の実現可能性の低さという点で比較的早い段階で放棄され、さしあたっての「NPO法制定優先」という戦略の選択が大勢を占めるにいたり、その結果当然、次の問題として、現行の民法・公益法人との棲み分けをどうするかが、立法過程での論議の一つの重要な論点として浮上し、議会法制局の示唆（指示？）もあり結局、「民法＝一般法」vs「NPO法＝特別法」という基本枠組みのなかでの、後者の具体化という枠が設定されることとなったというわけである（それゆえまた民法の条文を多数準用する（8、30、40の各条でのそれ）という法形式がとられることとなる）；

それに関連して「最大の論争点」となったのは、「公益」要件を入れるかどうかという点であり、最終的には上記民法との関係で体系的整合性をはかるための、いわば「妥協策」という意味でも、特別法たるNPO法の側では、「公益」要件ではなく、上記「不特定多数利益」を中心とする「特定・非営利」要件<sup>※</sup>が入ったというわけである（松原〔1999〕p58）——そこでは、NPO成立をめぐる「保守派政党・議員 vs 市民派政党・団体」との、いわば政治的対立の象徴的概念としても「公益」か「不特定多数」かが論議されたといわれる（後者の立場から「公益性」概念の二つの問題点を指摘するものとして例えば、山岡@明学〔1996〕p109；また関係議員の発言として、「公益」の語を敢えて避け、「不特定多数のものの利益の増進」にした理由として、従来の「公益」の古いイメージ（＝官益、縦割りの行政システムの枠の中に収まるもの）を敢えて払拭する意図があった、とされる。ただし、

「目的規定」たる第一条では、「公益増進寄与」という文言が入ったので、認証要件中の不確定概念の解釈適用にあたって、この目的規定との関係で、「公益」性がないということではじかれるボーダーライン的団体が出てくる可能性は否定できない。

此の点しかし、たしかに、「一般法＝公益一般」にたいする「特別法＝特定・非営利等」での縛りという形での「棲み分け」という意味では一応論理のスジは通るともいえるし、また民法34「公益」概念への立法者のこだわりとその背景にあったもの、それが齎した運用・解釈上の上記混乱・乱用・悪用等の上記「負の歴史」を見てきた現段階でのわれわれにとっては、少なくとも実定法的効果をともなう設立（認証）要件中に「公益」の語を入れなかったのは、結果的には賢明な選択判断であったとも評価しよう。

しかしまた、（後に詳しく見るように）本NPO法には「特別法＝特定・非営利等」という枠での縛りが課せられたために、（少なくとも筆者のみるところ）「別表」による活動内容の列举という形等による、ほとんど非生産的としか評しえないような法人化可能組織の「特定」＝限定化作業が必要となり、その他の設立要件面での縛りもふくめ、少なくとも筆者には本NPO法人には不必要に高いハードルが設定されることにつながったようにおもわれる。そしてまたより一般的には、「一般法－特別法」という法律学にとってはおなじみの操作概念が、このような「排除の論理」としても機能するというのを改めて示唆する事例を提供したという意味（！）でも、意味深いものがある。

そしてそもそも、（確かに、民法・公益法人とNPO法との間には、上記の点とか税制の点もふくめ、要件－効果の点で大きく異なり、その意味で法形式的には「棲み分け」の区別・規準は間然するところがないかのようにも見えるが）しかし、その実質的内容においては、（上記のように、「公益」要件を立法者自身、「不特定多数者利益」で置き換えて説明していたことから窺われるように）両者はむしろほとんど同種内容の二つの法律・制度の競合・並存」というべき関係、つまり、少なくともその目的規定においては、同じような種類の公益的法人が二種類、さしたる内在的理由もなく、ただ政治的背景・事情のもとで、並存することになったというのが、実体であって、而して本来

のスジとしては、このような屋上屋を架する方向ではなく、民法・公益法人をNPO法的内容に合わせる方向で全面改正していれば、少なくとも「同種並存」の故の（上記のような）種々の不要な混乱・歪み・ねじれ等は生じなかったのでは——と、すくなくとも理論的観点からは悔やまれるのである（それはまた、「民法＝一般法」という枠のなかでの改革の限界を意味するものでもある）。のみならず、そこに内包されている問題性は、単に「死んだ子の歳を数える」類の愚痴にとどまらず、06新法によって上記「公益法人」に代わって「二階法人」たる「認定公益法人」がもうけられたことにより、後に次項Ⅱで詳しく検討するように「後者とNPO法人との関係如何」という理論的体系的問題が新たに提起され、そしてさらに後者のNPO法人を、06新法成立・施行という新たな事態を受けて、どのように「リニューアル」していくかが、まさに目前の立法論議として提起されている現状のもとでは、リアルな現実問題としてのあらたな意義をもって、今日浮上してきているといつてよい。

※ちなみにまた、本法のネーミングも、当初「市民活動促進法（案）」として衆議院を通過したものが、参議院・委員会でのとくに自民党からの反対で「特定非営利活動促進法」へと変更して成立したのは、「市民活動」のイメージが反体制的なものとする観念からの反対のゆえであったこと筆者自身、本法の国会審議に関与した自民党議員にインタビューした折直接聞いたことがあるが、この点もふくめ、現在の「特定非営利」という、いささか無機質で、必ずしも体を現してもいない（というのは不特定多数者利益のためという、互酬性をも超えた、より利他的な活動という中核的意味が、この語からは伝わってこないから）ネーミングには、上記民法との関係でも、そこにこめられている上記のようなイデオロギー的意味合いという意味でも、問題があるように思われる（もっとも、NPO法人という用語の方が今日ほとんど完全に定着しているように思われるだけに、あまり拘る必要はない、ともいえるかもしれないが）。

イ・２）「共益」型非営利法人の排除：

・本法によって法人格を取得できるのは、上記のように、あくまでも「不

特定多数者の利益」のための活動組織であって、特定（＝クローズドな範囲）の者の利益を図る目的でのいわゆる共益型非営利組織は本法の対象外とされる<sup>※</sup>。この点もその立法趣旨は、現時点では筆者にはあきらかではないが、本法が当初から市民の公益的ボランティア的活動の法的支援を目指して論議されてきたことは明らかであるとしても、上記「共益」的なものと「公益」的なものとを明確に区別し、その差異をふまえて強いて前者を意図的に排除する意図であったのかは、疑問であるように思われる<sup>※※</sup>。そして現に、現在のNPO法見直しのための作業の一環として内閣府が行った調査でも、認証事務段階で、はたして「不特定多数者の利益」といえるかどうか疑問のある団体もすくなくならずNPO法人として認証されている例もあることから窺われるように、そもそも上記意味での公益と共益とを分ける基準じたい、しかく明確ではないこととか、すくなくとも、ボランティア的な社会貢献活動という観点からは、一定の地域限定の相互扶助的組織もNPO的なものとして括れるのではないか等、NPO法が形式的にはあえて共益的なものを排除したことの当否如何の再検討が必要であるように思われる。

- ・ただし、この点にかんする本法後の環境変化として、後述のように「中間法人法」が成立して、上記共益的な団体は、「中間法人」として法人化する可能性を与えられることとなったが、その後さらに数年を経ずして、06新法によって同法が廃止されると同時に、それをも取り込む形で「一階法人」法たる一般非営利法人法が成立したことにより、あらためて、後者のもとの「共益的組織—公益的組織」の両者間の法人法制上の体系的関係づけをどう考えるかという、基礎理論のない立法論的課題が提示されることとなり、それ故本稿でも次項（Ⅱ）でその点についても若干の考察をあらためてくわえることとする。と同時にまた、本NPO法の見直し作業との関係でもこの点の再検証が上記のようなあらたな状況のもとで求められており、本稿でもⅢでその点にも一応の検討を加えることとする（なお、此の点あらかじめ結論を先取りして抽象的にいえば、要するにミクロ的形式的観点からは「共益—公益」は区別されるべきだが、マクロ的実質的観点からは両者の境界は流動的である、ということではないか、と考えられる）。

※その他、「共益」型法人の否定は、以下のような点にも現れていると言っているであろう：

- 1) 解散による清算の際の残余財産帰属者の法定・限定（「シ・プレの法理」、つまり、国・地方自治体その他三つの所定・公益的法人のみで、それ以外への帰属を認めないという点で、定款自治は完全排除、とくに、会員・役員への帰属の余地完全否定——11③、32 cf. 民72①：定款による後者の余地あり）；その限りでまた、（NPO法人の・他の要件メルクマールたる）「非営利」原則が明確化されているといえるが、ただし収益の分配、ないし会員の・団体財産等にたいする持分権的なものがどうなるかは、不明。
- 2) 社員の資格の得喪に不当な条件を課さないこと（2②—号イ）

※※堀田・雨宮〔1999〕p81以下の、此の点についての説明もその間の事情を裏付けるもののように思われる（ただし、問題の困難さ複雑さを反映してか、説明はやや明快さを欠く、との印象がある）。

#### イ・3) 財団型NPO法人の排除：

- ・本法において認められるNPO法人は、もっぱら社団型のそれであって、財団法人型のものは、対象とはなっていない。後者ははじめからあまり話題にもならなかったかに見えるのはなぜなのか、その「立法趣旨」は現在のところ筆者にも推測の域を出ない。中間法人法の場合にも同様に財団法人型中間法人の道は閉ざされたのであるが、それらから窺われるものは、総じて、財団法人についての既成の一定の（否定的な）イメージなり評価がその背景にあるようにも思われる（例、従来民法・財団法人の設立許可の行政運用規準が高額の基本財産を要求していたこととの兼ね合い、社員が存在せず内部的ガバナンスにも實際上種々の問題が多いこと、租税回避・財産隠匿等に濫用されやすい実態等？）。
- ・いずれにせよ、NPO法が、財団型のその設立の道をみずから閉ざしたことは、寄附型のものであれ事業型のものであれ、財団法人もまた、少なくとも正常型のものは、とくに寄附財産の公益目的での活用の一形態として、とくに日本では従来は（公益信託が活用されなかった分）それなりの社会的貢献を果たしてきたという事実を鑑みるとき、いささか狭きに失したのではないか、との感もなくはない。しかも他

方、06新法「一階法人」は、財団型一般非営利法人を従来の民法・公益法人とは要件・内容等で一新した形でみとめ、(従ってまた)「二階法人」も財団型「認定公益法人」をあらたに創出し、さらに新・信託法は公益信託をより使い勝手のよいものにリニューアルする予定のようである。こうしたあらたな状況のもとで、財団法人法制の根本的理論的問題性と従来の運用実態を批判的に分析・検証することをつうじて、非営利法人法制全体の中での・財団法人の体系的位置づけ(とくに、一方では社団法人との関係・対比、他方では公益信託との関係)如何を明きらかにする、という作業課題が、今日あらためて提起されているように思われる。次項(Ⅱ)で06新法の批判的検討の一環としてその作業に取り組む予定であるが、それを踏まえてさらに、(上述のように)われわれのNPO法見直し提言を行う際に(V)、この点を再度振り返ってみたいと考える。

**ロ)「入り口」(＝法人格取得・法人設立)要件における、(民法・公益法人と比較しての)一方における大幅な緩和と、なお残った少なくないハードル：**

**ロ・1) 一方における、大幅な緩和：**

- ・この点はすでに随所で触れた点であるが、要するに、(主務官庁による)「許可」主義から(9条所定「所轄庁」、つまり各都道府県知事ないし旧・経済企画庁長官＝現・内閣府・総理大臣による)「認証」主義(ただし、12①所定要件の形式的充足の場合には、所轄庁による認証の義務付け、つまり「原則・認証主義」)へ、という転換である；
- ・この「認証」主義は、概念的には許可と準則との中間にあるものと位置づけられるが、類似概念としての「認可」ではなく、より準則主義に近い(宗教法人設立における書類・形式審査で採用されている方式に近いもの?)という意味でこの「認証」概念が採用されたものようである。そして「認証主義」といっても、「原則・認証」であり、下記の具体的な実体的ないし形式的要件に適合しない申請に関してのみ(例外的に)「不認証」とされるというものであり、またその際の所轄庁の裁量の余地は、上記・民法の場合とは異なり、意識的に排除されるよう立法された等の点で、すくなくとも民法・公益法人制度との対比では格段にその設立が「自由化」されたということとは否定でき

ない；

ロ・2）他方における少なくないハードルの残存——これは具体的には、以下のような（a）ないし（f）の諸点に現れていると思われる：

（a）（上記）「認証」が要件とされ、「準則主義」はとられなかった点：

- ・（上記「自由化」の方向をとった）このNPO法のもとでもしかし、少なくとも法形式的には、（営利法人等にみられるような）準則主義は採用されなかったわけで、しかも既述のように、適格団体の認定（とくに「不認証」処分）にあたり行政庁の裁量の余地（従って又それに伴う行政責任を問われる可能性）は不可避なわけであるから、その意味でも完全な準則主義とはいいがたく、この点多くの先進諸国の立法例が概して非営利民間法人につき準則主義を採用していることと比較しても、保守的というほかない（但し、自治体の審査能力の制約から「限りなく準則主義に近い運用」が予想されてはいたが——。ちなみに、特別法上の公益法人の設立主義における多様性がこの点では参照に値するであろう：例、「認可地縁団体」の届出主義的運用；「区分所有管理組合」の準則主義）。
- ・また、法律じたいの内容からみても、下記（bないしf）の諸点に窺われるとおり、そのハードルは全体として相当高く、とくに、後者は小規模団体の多いNPOにあっては負担となっていることは、現に、近時の内閣府・調査でも現行法に対する・その点のクレームを回答するNPOが最も多いことから、その間の事情が窺われるところである（また、全国レベルでの統計での「不認証」決定の数も決して少なくない）。
- ・そもそも、営利法人とは異なり、（公益型）非営利法人となると、なぜ、わが国では、「準則主義」の余地がなくなるのか、この入り口段階での縛りや下記・設立後の種々の行政的取締・管理主義的対応傾向は、なお本法が民法・公益法人の、民間公益活動・団体にたいする国家主義的取締的発想を完全には払拭できていないのではないか、等の疑問を禁じえない。むろん、その背景には、何よりも、本法の国会審議過程で発生したオウム真理教問題に対処するために急遽なされた宗教法人法改正動向が影を落としていることは否定できないように思われ

るが、それ以外にも（上記のような・法人）税法との意識・無意識の連動、本法と同時に成立した公的介護保険制度の事業実施主体等をにらんでの対応等も（推測の域を出ないとはいえ）考えられようが、いずれにせよ、民間非営利活動の自由闊達な展開を以て原則的に志向すべき方向とし、その社会的ガバナンスは可能なかぎり情報開示と市民の「寄附市場」的アリーナでの評価に委ね、また紛争・問題事例はできるだけ裁判所の事後的司法的判断に委ねるという基本的視点からは、なお再考の余地が残るのではないか。

- ・むろん、法人制度の濫用・悪用の問題とそれへの対処方法如何の問題は、すでにそのような問題事例も報ぜられている通り、別途取組むべき課題としており、下記の諸点もふくめ、なお、本稿最後の「補遺」部分（V）で、NPO法改正提言として総括的に考えてみたい。

（b）「法人化適格対象団体・限定列举＝選別主義」

今日ひろく見られるボランティアないしNPOが現に実現しようとしている社会的文化的価値領域・活動領域は、空間的広がりにおいては、町づくりや地域環境保護・保全というローカルなものから、NGOのようなボウダーレスな活動を目的とする国際性豊かな団体まで、またその実現しようとする目的・価値ないしその社会的意義・機能という観点からは、福祉・介護のような公共的サービスの供給をはじめとして、価値多元化社会下での生きがい・自己実現の場・雇用の創出、文化・芸術活動、さらには政府・自治体権力・企業活動の監視・モニタリング・政治的アドボカシー活動にいたるまで、きわめて多種多様かつ広範である。

しかしNPO法によって法人格を与えられ得る可能性を有するのは、決して上記のような事実として存在する広範なボランティア活動すべてにつき無限定にというわけではなく、あくまでも以下のようなかなり厳格な要件（（b・1）および（b・2））によって限定された範囲の団体についてのみである、ということは注意を要する：

- （b・1）団体の活動目的ないし内容からの限定：本法により法人格を付与されるのは「特定非営利活動」を目的とする団体に限られる。それはやや具体的には「ボランティア活動をはじめとする市民が行う自由な社会貢献活動」（1）というふうに置き換えられて説明されているが、これはより厳密にはさらに次のような積極的側面（い）と消

極的側面（ろ）から限定がくわえられている——

（い）積極的限定：

（い・1）「不特定かつ多数のものの利益」を目的とすること（2①——  
なおこのことはさらに3①において「特定の個人または法人その他の団体の利益」を目的としてはならないと、消極的方面からも規定されている。ちなみにまた、民34の公益法人の許可要件として「公益ニ関スル」社団・財団であることが「非営利目的」とならんで明示されていたが、本法では「公益」に代わり上記の要件が掲げられたこと上述の通りである。——ただし、1の目的規定には「公益増進」をもって本法の最終目的とする旨述べられてもいることからすれば、私益でも共益でもないという意味での「公益」と同義であるということにはなりそうである。

（い・2）非営利の目的（2②一）

（い・3）（以上二つの抽象的限定とならんで、さらにやや具体的限定として）別表列举12項目<sup>※</sup>のいずれかへの目的該当性（なお、この列举は例示ではなく、限定列举と解すべきことは、本法全体の趣旨、特に第2条の定義規定からみて明らか）；

※ただし、平成14年改正により、この「特定非営利活動」の種類に五つ追加（12分野から17分野へ）；

（い・3'）なお、この「項目」には、平成10年立法段階でも、上記平成14年改正でも、いわゆる「バスケットクローズ」は設けられていない。

（ろ）消極的限定：下記三団体は適用外——

（ろ・1）宗教団体（2②二・イ）

（ろ・2）政治的活動団体（その具体的内容は同上・ロとハにやや具体的に明示）

（ろ・3）「暴力団」ないしその関連団体（12①三）<sup>※</sup>

※平成14年改正：暴力団を排除するための措置の強化として、下記要件が付加：

- ・設立および合併の認証基準の強化：12①三号関係
- ・役員の欠格事由の追加：20五号関係
- ・（上記二点について暴力団関連の疑いある場合の、所轄庁による）警察の意見聴取：12の2、43の2関係

（b・2）組織構成員をめぐる要件上の限定：

- ・社員の数：10名以上（10①二号）
- ・社員資格の得喪につき「不当な条件をつけない」こと（2②一・イ）
- ・有給役員の数の限定（役員総数の三分の一）（同・ロ）

（c）ところで上記の諸設立認証要件はいわば「法人化適格対象団体・限定  
列挙主義」とも称すべきであるが、而してこのような要件限定には差し  
当たり以下二点の問題点を指摘できるように思われる：

（c・1）限定列挙の切り口ないし限定された外延的範囲をめぐる問題性  
——ボランティアないしNPOの活動内容をめぐる実態的多様性は既  
述の通りであるが、このような枠をはめることがそもそも不可能な  
し妥当なものか疑問なしとしないのみならず、具体的にも例えば、  
本法によれば「政治上の主義」を主目的とする団体が適用外とされ  
る（2②二・ロ）結果、「政治」の語義の解釈、「主として一従とし  
て」の区別の仕方如何によっては、議論の余地のある運用の可能性  
も考えられなくはなく、立法論的に再考の余地があるように思われ  
る（——ちなみに上記のように、衆議院通過の段階では本法は「市  
民活動促進法案」とされていたのが、現行法の法律名称に改訂され  
たという経緯は、我が国において「市民運動」がなお、少なくとも  
10年近く前には、いかなる受け止められ方をされているかを示す一  
事として象徴的な事柄といえよう）。

（c・2）認証要件としての具体性——上記限定要件にかんする文言から  
もうかがわれるように、なお解釈の余地をおおに残す点が少なく  
ない（例：「非営利」「多数の利益」等の文言以外にも別表所定各号  
の解釈）。これは（既述のような）本法がその規整対象とする社会  
活動の多様性多面性からいって不可避の限界であって、立法技術一  
般論としてもやむを得ないものがあるとはいえ、所轄庁による設立

認証適格性審査の段階での裁量の必要性・可能性は避けがたいところであると思われる（ただしその裁量の幅は、民法・公益法人許可における裁量とは量的にも質的にも法規の要件・趣旨等にもとづく、より限定された裁量でなければならないことは、本法が許可主義ではなく認証主義を採ったことからいっても、あきらかであろう）。

（d）設立認証段階での詳細かつ多岐にわたる申請書類提出義務（10①）（コメント省略—ただし、平成14年改正で、その簡素化への方向での一定の改善は図られたが、それでもなお、小規模団体にとっては負担となっていることは、上述の通り。）

（e）定款記載事項——必要的記載事項の多さ（11① cf. 民37）

（f）登記が（対抗要件であると同時に）成立要件でもあるとされたこと（7、13 cf. 民45）——此の点はやや細かなことになるが、本法における法人登記は成立要件（ただし、それは対抗要件としての効力をもつ）として位置づけられている（その法人登記の準拠法規は、他の特別法上の非営利法人と同様「組合等登記令」（昭39政令29）であるが、これは大巾に商業登記法（昭38法125）を準用している（同令25））。この点民法・公益法人が対抗要件主義（45②、46②）（それは、少なくとも法政策的には設立における許可主義と親和的といえそうである）をとっていることと対照的であり、むしろこの点では本法は、若干の特別法上の公益法人や商法（旧規定）上の会社（57、188等——ただし、商業登記一般の効力としては対抗要件主義が採用されている（12；19、20等））と同一の主義を採用したことになる。たしかに法律関係の明確化、とくに対第三者・公示機能ないし予告機能、の点では成立要件主義が勝ることはあきらかであるが、現行・法人登記制度における実質審査的扱いに鑑みると、新法のとった認証（＝準・準則）主義にもかかわらず、（上記のように）設立登記＝法務局レベルでの実質チェックの可能性は残る。なお、成立要件主義ともからんで「認証」済みの団体がこの法人登記を履行しないままという事例が少くないことが報告されている（登記の不履行は、理事の過料事項とされるが（49①）認証じたいの効力とは無関係である）。この場合には法的には当該法人格はないものとして扱わざるをえないであろうが、一考の余地ある問題である。以上のことと関連し

てまた、その情報開示手段としての有効性等についても、(総務省「公益法人データベース」に対応するような日本NPOセンター「NPO法人データベース」等の)電子データベースの整備とも絡んで今後の検討課題として残されているようにも思われる。なおまた、(立法段階で提言としてあった)法人成りし(え)ないNPOのための公示手段(例:簡易登録制度)は採用されなかったが、この点改善の余地なしとしない。

ロ') 一方において(法人格取得・法人設立後の)中央官庁による行政的関与・規制ないし裁量権限の、弱化・減少(ロ'・1)と、他方においてなお少なからざる(上記「所轄庁」による)監督・規制権限等の残存(ロ'・2):  
ロ'・1) 弱化・減少:

この点は、とくに民法・公益法人法制との対比では、以下の(a)(b)二点に窺われるところである:

(a)「主務官庁」制から「所轄庁」制への転換:

なお、この「所轄庁」制については、以下のような積極的意義と克服すべき問題点を指摘する必要がある:

(a・1) 従来の中央省庁—地方・機関委任事務という中央集権的一元的な非営利組織・法人認可監督行政体制が原則的には都道府県(団体委任(自治)事務として、したがって、中央官庁と対等で、法律の枠内で自主的に処理)に降ろされたことの意義は、NPOが今後「第三の分権」(＝地域的公益管理システム)の実現・構築のための一つの重要な担い手とされていることからみても、特記すべきことと考えられる。

と同時にまた、認証規準・運用等の統一性、またその監督コストと実効性等の点での行政の側から見た課題、地域に根差したNPOという観点からは、都道府県単位というのはやや粗きに失し、政令指定都市等のより狭いローカルな単位を考えるべきではないか、等なお克服すべき課題は残るように思われる。

(a・2) 複数都道府県にまたがるNPOの「所轄庁」は旧・経済企画庁(現・内閣府)ということになる。この点に関連してとくに、内閣府・国民生活局の果たしている機能は、NPO法の所管官庁として、経済企画庁以来の蓄積を活かしたわが国NPO全体の情報

収集・提供、企画立案ないしNPO活動のための基盤・環境整備等、大きいものがあるが、この点はとくに、行政—NPO間パートナーシップの促進等が不可避・必須であるとすれば、内閣府に一元化したNPO政策だけではなく、政府・行政全体の他省庁（例、環境・厚生・教育等担当省庁ごとの）の政策方向・行政ニーズ等を反映させた総合的NPO政策が必要ではないかと考えられ、この点でも、省庁縦割りの弊害を排除した総合的政策が求められるように思われる。

（b）上記「所轄庁」における認証・監督事務処理における自由裁量余地の可及的排除：

- ・立法形式的にも、裁量の余地を少なくし委任立法を可及的に減らすため、法律規定自体の比較的詳細・明確化の方向が志向された（上記）こと；
- ・認証決定期間が原則2ヶ月以内とされたこと（民法公益法人制度運用にたいし寄せられていた批判の一である非・迅速性の克服）；
- ・不認証処分の際の理由開示の義務づけ（12②／③——cf. 民法・公益法人の場合はなし）

ロ'・2）行政的裁量の監督・権限等の残存：

- ・所轄庁による強力かつ詳細にわたる監督権限（41：検査等による強権的情報収集、42：改善命令 等。cf. 民67：業務監督・命令・検査権限付与の抽象的規定）；要するに全体として、公証人、会計士等の第三者機関をかませる方法でのガバナンス方法や、裁判所の事後的司法的救済の方向というよりは、むしろどちらかといえば基本的には行政規制・監督依存型といえる。
- ・法人格否定・剥奪等におけるやや強権的な管理体制（43：設立認証取消）。

ハ）情報開示体制の強化・充実とその問題点：

- ・当該法人の事業内容・財務内容・組織構成等の情報開示のための、「申請段階での関係書類縦覧＋登記」＋「設立後の関係情報の・所轄庁への提出・備付」等、情報公開体制の義務付けとそれを媒介とする、ステイクホル

ダー・会員等による自律的ガバナンス体制への前進を意味する諸規定(28、29；44 cf. 民51：財産目録・社員名簿の備付義務のみ)

- ・「行政的監督—報告型会計」から「情報開示型会計」への方向での会計規範：会計原則のやや具体的内容にわたる明示的規定(27 cf. 対応する民法規定なし)、収益事業別会計原則(5② cf. 同上)
- ・ただし、とくにそのコスト面での問題点として、下記(ホ)に述べるような点の指摘も存することに注意すべきである。

## 二) 内部的ガバナンス体制の強化・充実とその限界・問題性：

- ・上記「強化・充実」の方向としては、例えば、役員の親族的構成の排除(21 cf. 民法規定なし)、監事が必置機関とされたこと(15 cf. 民58)、監事の利益相反的兼職禁止(19)等；
- ・他方その面での本法の「限界・問題性」としては、すでに、立法過程にコミットした法律実務家によっても、以下のような指摘がなされている：行政庁が監督すれば適正な行為が行われるとの前提のもと、私人間の争いを予想した民事司法的規律とは十分になっていない；また具体的規律について基本的には民法と定款自治にゆだねているが、そのこと自体限界があり問題も多い；定款自治と強行法的縛りの線引きの不明確性(例、絶対的定款記載事項の不明確性)；団体内部の民主主義ないし構成員の権利・義務の最低限の明確化、機関の権限・責任、意思決定機構・ルールの公正性の担保等の制度的手当て等についての一層の明確化・具体化、の必要性等。  
(現に、上記・内閣府調査でも、理事の専横事例等、内部的ガバナンス体制上少なからざるNPOが問題をかかえていることも事実のようである)。

## ホ) 画一的規制：

上記に屢述したように、本法は(入口—途中—出口の)全段階にわたる、法人格付与とそれに関連しての行政的取締立法的性格が濃厚な立法という側面は否定しがたく、行政とNPOとの「対等で緊張関係あるパートナーシップ」は、本法のもとで可能か、むしろ行政によるNPO支配・管理・差別等の可能性への危惧は完全には払拭しきれないものがあり、現に既存のNPO団体のなかには、上記のような法的行政的規整・統制をきらって、法人格取得をあきらめ又は忌避する団体も少なくないと聞く。そもそもまた、本法に

よって法人格取得のために要求されるコスト（申請段階でのそれと、取得後の組織・会計等の整備・情報開示等の負担）は、団体の人的・資産的規模によってはそのメリットと比較して引き合わない団体も少なくない（要するに新法による法人格取得は団体によっては要件・効果ともにやや重装備に過ぎてバーが高い）ことなど、の事情もすでに指摘されている通りである。

近時の内閣府調査からも明らかなように、少なくとも現時点でのわが国NPOの現状としては、会員数・常勤有給スタッフ数・予算規模等の諸点で圧倒的に小規模のNPOが多いという事情からすれば、上記諸側面での法的規律は、むしろ原則として、徹底的に「軽量化」の方向を追及し、例外的に、一定の大規模NPOについてののみ、上記の、官による規制、内部ガバナンス、情報開示等の諸側面で（とくに後二者についてはより明確かつ具体的な）規律の方向を追求すべきではないか、そのような意味での類型別法制化が志向されるべきとかがえる（ただし、これらの点についても、とくに06新法との関係でのNPO法との棲み分け問題との関連もあり、次項ⅡないしⅢの検討もふまえ、最後（V）のNPO法の見直し提言で再検討する機会をもちたい）。

#### へ）その他の内容的な不十分性・不整合性等の欠陥：

此の点に関しては、上記・堀田＝雨宮〔1999〕座談会中で、本NPO立法にコミットした上記市民団体リーダーも率直な感想として語っているところでもあり、さらにまた出来上がったNPO法じたいについての参加者＝執筆者の感想として、「内容的な不十分性」、「諸関連法律の寄せ集め的内容・用語」、「第二条の部分に議論が集中して他は十分に詰めきっていない」「全体の整合性での問題」、「用語の定義の不明確性」等が交々語られ（堀田、濱口、松原等各発言）、それゆえ本法は「あくまでも過渡的な法律」であり「今後に残された諸検討課題は多い」（浅野）とされる。

——尤もこれらの「欠陥」は、上記のような立法過程、とくに（実質的に初めてといってよい）「市民団体＋政党・議員」間の試行錯誤的協同合作としてのNPO法にとっては、免れがたい欠陥として寛容に受けとめ、今後の改正作業において補完していくべきものであろう。

#### ト）「唯・法人格付与立法」としての限界——上記諸特徴の総括に代えて：

最後にここで、強いていささか突き放した見方を敢えてとれば、既述のように本法の主たる目的は簡易法人格付与立法たるところにあり、そのような意味で「唯・法人格付与立法」とも言い換えることのできるものであるところ、しかしいうまでもなく全体としてのボランテアないしNPO活動がこれまでもかかえ、今後もかかえるであろう現実的問題全体（とくに、カネ・ヒト、マネージメント、制度濫用規制、等の実際的問題）のなかでは、法人格の問題なるものは質量ともに部分的な問題であることは否定できないように思われるし、法律論的論点全体のなかですら、「入り口」要件の問題は大きな問題であるとはいえ、いうまでもなく、そのみに尽きない、他の多くの法的論点が課題が残されている、ということである（とくに、構成員相互の権利義務関係、構成員ないし役員の対外的責任、意思決定・執行機関とその構成・権限等の内部的ガバナンスをめぐる制度設計 等）。

のみならずまた、本法の制定過程における論議・報道を見ていて改めていささか気になったことは、そこでは「法人格」付与がNPO活動にとってあたたかも「万能の救世主」であるかのような過剰な期待、それが言い過ぎであるとしても、いわば事後的「法人格」概念の肥大化・実体化・一人歩きとでも称さざるを得ないような言説が少なくなかったことであって、この点はむしろ突き放した形で厳密な法律論的立場から、「法人格」のもつ極く限られた意義・機能を強調しておく必要を感じる。むしろマスコミ報道等で喧伝されている「法人格」取得の意義なるものはしばしば、いわばそれによる社会的事実的次元でのメリット（例：社会的・取引的・国際的信用の増大、事実的便宜；公的補助・事業委託・企業寄付等における事実上の・公的オーナーライズ＝“お墨付き”故の有利性<sup>※</sup> 等）にすぎないことが多いことも否定できない（このような日本的「法人」観念の特徴・問題点等については既述のとおりであるが、なお、06新法との関連でも、あらためて、「民事法」的視点から組織法制全体のなかでの「法人格」概念・制度を、どのように位置づけるべきか、については、後述Ⅲで、とくに有限責任―無限責任との関連等で、ややたちいって批判的検討をくわえる予定である。逆にまた、法人化しないままでの・組合契約的非営利活動等、に関する規律は、本法の対象からは完全にはずされている点も、このこととの関連での一個の問題点としてあげることができよう）。

※最後の事例としては、「内閣総理大臣認証・NPO法人×××」という名称を利用する法人悪用事例も報告されている。

### C・3）NPO法（成立）のもった意義・イムパクト、「反省期」の問題状況：

以上の検討から、NPO法の成立過程とその内容は、それぞれ一定の積極的意義及び克服すべき問題点をもつものであることが、一応明らかになったと思われるが、ここでは最後にそれらをふまえ、その総括に代えるかたちで、そのNPO法の成立・施行が、非営利市民活動をめぐる、現実（イ）ないしその理論（ロ）または法制度（ハ）等の各方面に及ぼしたインパクト※を、簡単に整理概観し、さらに、施行後8年余の経験を踏まえた「反省期」たる現段階での問題状況を瞥見して（二）、（06新法・前史としての）NPOに関するこの項をさしあたり閉じることとする：

※佐藤 [2006] p116以下は、そのインパクトを、1. 法人格取得の容易化、2. 民間非営利組織の国家的正統性（＝法人格付与のシンボリックな意義）の獲得とそれによる拡大発展の可能性、3. NPOの社会的認知度の増大、4. 行政とのパートナーシップの拡大、の四点に整理するが、本稿では、それらをも参酌しつつ、なお独自の視点で以下の（イ）ないし（ハ）の三点に再整理した。

#### イ）民間非営利組織活動全体へのインパクト：

イ・1）NPO法（人）は（上記批判的検討から明らかなような種々の問題点・限界にもかかわらず）、その制定後現在にいたるまで、日本社会によって積極的肯定的に受容され、いまや完全に定着したということとは否定できないところであり、それを契機としての各種市民公益活動の高まりは日常のメディア報道からも十分窺われるところである。そのような意味でもそれが提起した、市民公益活動の社会的政治的等の諸側面での拡大発展に果たした意義はきわめて大きいものがあったといえよう（佐藤・上掲は、NPO法（人）の社会的政治的認知・受容、正統性確保として総括する。；ちなみに、内閣府 HP のNPO法人認証統計、各種NPOサポートセンター等から窺われる中間支援組織の活発な活動・定着はその一証左）。

イ・2)しかし現時点ではNPO法(人)をめぐる状況は(上記「認知」「受容」のようなやや受身的な「市民権」付与の段階から)さらにすすんで、より積極的に、中央政府・地方自治体等による、行政側からの行政サービスへの制度的取り込み、行政との積極的パートナーシップの構築、さらには、行政以外の各種法制度への、法主体としての積極的役割付与・位置づけ等、公式的ビルトインが各方面ですすみつつあるように思われる(とくに、上記認証統計からも窺われるように、福祉・教育・まちづくり・環境保護・消費者保護等の分野。なお、佐藤・上記p108のあげる例、及び本稿次項D-1も参照。なおまた、政治的にも、NPOは無視できないプレゼンスをもちつつあることも周知の通り)。

## ロ) 理論的インパクト

またそれは理論的にも、非営利組織・法人ないしその活動・経営等をめぐる関連研究領域にたいし多大のインパクトを与えてきていることも事実である(日本NPO学会をはじめとする各種関連学会等の立ち上げ、またいくつかの大学での関連専門研究・教育の制度的展開、等はその証左。また個々の学問分野としてはとくに、経営学・会計学・経済学・社会学・政治学等につき、本稿・冒頭部分で若干ふれたとおりであるが、法学へのインパクトに関しては、税法以外は、私見によればなお一部にとどまるように思われる——しかし、小生自身にとってはすくなくとも、上述のように、本稿副題に掲げられるような組織法制論に多少なりとも本格的に取り組むきっかけは、本NPO法制定のインパクトなしには考えられない)。

## ハ) 民法・公益法人制度ないし非営利法人・組織法制(ないし関連制度・システム)へのインパクト:

ハ・1) NPO法は、既存の公益法人ないし非営利法人法制が市民非営利活動にとってのカベとして立ちだかっている現状の打破・その克服(特別法による修正)という立法動機から出発し、内容的にも(下記のような)簡易迅速な法人格取得を中心とする・既存の公益法人と並ぶ別個の非営利法人類型を創出し、そしてまたそれを通じて結果的にも、従前からの公益法人法制に風穴をあけ、(すでに指摘されてきた上記制度的病理現象の克服もふくめ)改めてその制度論的な根本的見直しを迫り、06新法制

定につながる、少なくともひとつの源流にはなった、といえよう。（また、特別法上の各種、非営利法人とNPO法人間の競合する活動分野（例：福祉・医療）での事実上の競争・緊張関係という事態も、今後の特別法・非営利法人改革へのあらたな実際上のイムパクトとして作用する可能性も無視しえない問題である。）

ハ・2）と同時に、法人・組織法制そのものではなく、その周辺・基礎に位置する会計制度・税制にも、NPO法は、一定の無視し得ないインプリケーションをもつものといえよう——それは、専門外ゆえの誤解を懼れつつも、しかし紙面の制約等から結論だけを簡潔に摘記すれば：

- ・非営利組織会計システムの基本的構築原理につき（上述のとおり）、既存のそれが、「官の監督—それに対応する官への報告的会計システム」であったのに対し、NPO法のもとでの会計システムは「情報公開＝社会的説明責任型会計システム」に質的転換の方向を指向するものであること；
- ・公益的団体にたいする寄附優遇税制につき、従来の（民法ないし特別法）公益法人のそれが、かの「特増法人」方式であったのに対し、NPO法のもとでは、新たに「認定NPO」方式が採用され、後者のハードルの高さは今後なお再検討の余地・大であるとはいえ、少なくとも、その基準の明確性・透明性という手続き的公平性という点では格段の進歩というべきものであり、ひいてそれは、06新法のもとでの非営利法人優遇税制にも積極的インパクトをあたえつつあること、上記・政府税調ワーキンググループ中間報告の基本方向からも看取できるところである（税法理論的にはなお詰めるべき問題は山積しているらしいことは、既述（本稿（1）＝本「論集」58巻3号530頁）引用文献の指摘する通りであるとしても）。

## 二)「反省期」の問題状況：

本項冒頭でも指摘したように、本稿執筆時点でNPO法は施行後すでに8年余り後を経過し、内閣府・事務局による全国レベルのNPO調査からも窺われるように、行政側での「認証」等の実務経験、またNPO側ではその設立—活動等の過程で実際にぶつかった法制的問題点とそれらをめぐる「現場」の意見、さらには、認証取り消し、刑事問題化、休眠法人、未登記法人等の

ネガティブ事例も報告され、これらの実際の社会的経験からみえてくる、同法の問題点等についての、一種の反省期にあるように思われる。そして折しも、06新法の成立・施行という新たな事態をむかえ、それとの棲み分け・共存（もしくは組織間選択競争にさらされる立場？）が不可避となった現在の体制下での、あらたな、法制見直しという立法論的課題にも直面している。同時にまた、税制にかんしての新たな動向も上記のとおりである。

以上のような意味で、NPO法とその関連制度・実務も今日なお進化・変化の過程にあるというべく、今後の社会的動向が注目されるところである。

而してまた、それらについての理論的深化のための諸課題も山積しており、本稿は06新法の検討を通じてその探求（ひいてまたNPO法改正提言）のための一翼を担おうとするものでもあり、それがまた06新法を主題とする本稿が（いささか仔細に亘りすぎるくらいに）NPO法の検討に紙幅を割いたひとつの趣旨でもある。