

企業形態選択の「自由」とその 「制限」に関する若干の考察

名 島 利 喜

目 次

- I 序——考察の対象
- II 原則としての選択の自由
 - 1 憲法学の状況
 - 2 商法学の状況
- III 例外としての自由の制限
 - 1 農業分野について
 - 2 医療分野について
 - 3 教育分野について
 - 4 保育分野について
- IV まとめと課題

I 序——考察の対象

「企業」を厳密に定義することは困難であるが⁽¹⁾、緩やかに捉えるならば、たとえば「継続的かつ計画的に同種の経済活動を行うために組織化された独立した主体」⁽²⁾というように定義することができるだろう。この定義には公企業と私企業とが含まれるが、分類すれば、公企業は国または地方公共団体が出資し、直接または間接に経営する企業であるのに対し、私企業は私人が出資して経営する企業である⁽³⁾。

私企業はまた、その存在目的によって、企業利潤を出資者に分配することを目的とする営利企業と分配することを目的としない非営利企業に分類される⁽⁴⁾。非営利企業としては、消費生活協同組合法に基づく消費生活協同組

合・農業協同組合法に基づく農業協同組合や保険業法に基づく相互会社などが挙げられる⁽⁵⁾。

営利企業はさらに、個人企業と共同企業に分類することができるが、共同企業には、民法上の組合（民667条以下）、商法上の匿名組合（商535条以下）・船舶共有（商693条以下）、会社法上の会社（会社2条1号）などがある。

このように、私企業に対しては、さまざまな法律によって、さまざまな企業形態が用意されている。そして、現在の法律が用意している各種の企業形態の中から、どれを選択するかは原則として企業当事者の自由に委ねられており、それは「企業形態選択の自由」と呼ばれている⁽⁶⁾。しかし、その根拠はいったいどこにあるのだろうか。一見すると自明な

ことのように思われるかも知れないが、この点がⅡにおける考察の対象となる。

ところで、いくつかの法律は、企業形態選択の自由を例外的に制限している。たとえば、銀行法は、銀行業を営むことができる企業形態を株式会社だけに限定している（銀4条の2）⁽⁷⁾。企業形態選択の自由を前提とするならば、特定の事業についてその自由が制限されている場合には、その根拠が問題となってくるだろう⁽⁸⁾。

Ⅲでは、農業・医療・教育・保育の分野に焦点を絞って、その問題点について多少の考察を加えてみることにしたい。それらの分野においては、近年の規制緩和の動向の中で、株式会社形態の導入が試みられたことはよく知られている通りである⁽⁹⁾。

そして、最後にⅣで、以上の考察をまとめた上で、今後の課題に触れておきたい。

Ⅱ 原則としての選択の自由

企業形態選択の自由を明示的に示した規定は、どこにも見当たらない。しかし、「企業」と類似の概念としては、「営業」が考えられる。営業概念は、商法学においては、主観的意味の営業（営業活動）と客観的意味の営業（営業組織）とに区別して理解されているが⁽¹⁰⁾、ここでは前者の主観的意味の営業に関係する。そこで、憲法の保障する「営業の自由」が手がかりとなる。

1 憲法学の状況

憲法22条1項は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定めている。そこには「営業

の自由」という言葉は書かれていないが、それは「職業選択の自由」と関連して論じられてきた。

従来に通説的見解の提唱者である宮沢俊義博士は、営業の自由について次のように説明している。「職業選択の自由とは、自分の従事すべき職業を決定する自由をいう。その職業を行なう自由（営業の自由）をも含む」⁽¹¹⁾。

この説明では、職業選択の自由の解釈として、「職業を行なう自由」と「営業の自由」とを同一視して、両者はともに「職業選択の自由」に含まれるという見解が唱えられている。しかし、なぜ「職業を行なう自由」と「営業の自由」を同一視できるのか⁽¹²⁾、また、なぜ「営業の自由」は「職業選択の自由」に含まれるのかについては、説明は与えられていない⁽¹³⁾。

この点はともかくとして、この見解に従えば、「営業の自由」（おそらくは企業形態選択の自由）の実定法上の根拠は憲法22条1項に求めることになる⁽¹⁴⁾。

ところで、そうした通説的見解は、1970年代のいわゆる「営業の自由論争」において、経済史学者から批判が加えられた。批判のポイントは、「営業の自由」は、歴史的には国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも営業の「独占」と「制限」からの自由であって、人権として追及されたものではなく、いわゆる「公序」として追求された⁽¹⁵⁾、という点にあった。

こうした批判から始まった『『営業の自由』カテゴリーの歴史的・法理論的把握をめぐる論争』⁽¹⁶⁾は、しかし、経済学者と法律学者との間で、「必ずしも十分にかみ合わなかった」⁽¹⁷⁾。

とはいえ、この「営業の自由論争」を経て、憲法学においては、営業の自由の実定法上の根拠を、憲法22条1項の「職業選択の自由」と憲法29条の「財産権の保障」の両者に求める見解が有力となった⁽¹⁸⁾。

その主唱者である今村成和博士は、『営業の自由』が『職業選択の自由』に含まれるというのは、人の能力発揮の場としてそれを見るからである。いいかえれば、基本的人権としての『職業選択の自由』のもつ意味は、ここに見出されなくてはならないが、そうなるに、資本主義経済の下で急速な発達を遂げるに至った株式会社組織について、その『営業の自由』をどう解すべきかは、一つの問題と「いい」とした上で、「株式会社の自由は、資本の自由であって、個人の自由そのものではない。だから、明文をもって、法人ないし株式会社形態以外を認めていない金融関係の法律（銀行法3条〔現行4条の2——筆者注〕、……）は、資本の自由を認めるだけで、個人の職業選択の自由はこれには及ばないことになるのである」としている⁽¹⁹⁾。

ここには、株式会社の自由も考慮に入れるならば、個人の職業選択の自由という観点だけでは営業の自由は説明しきれないとの見解が示されている。この見解の当否については、なお立ち入った検討を要するところであるが、この見解によれば「営業の自由」（したがってまた企業形態選択の自由）の実定法上の根拠は憲法22条1項に加えて29条にも求めることになるだろう⁽²⁰⁾。

2 商法学の状況

憲法学においては、以上のように、「営業の自由論争」を契機として、新たな議論が自

覚的に展開されるようになったわけだが⁽²¹⁾、商法学の方はどうだろうか。

まず、従来の見解から見てみよう。たとえば、石井照久博士は、「企業活動としての営業の自由は、フランス革命以来近世の資本主義経済社会における一般原則となっており、わが国の新憲法第22条も、『何人も公共の福祉に反しない限り……職業選択の自由を有する』として、営業自由の原則を宣言している」とする⁽²²⁾。

また、大隅健一郎博士も、「営業の自由は近代経済社会における根本原則であって、何人も自由に欲するところの営業を営み、商人たる資格を取得することをうるのが本則である。憲法第22条第1項が、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有する旨を定めているのは、営業自由の原則を宣明するものにほかならない」としている⁽²³⁾。

さらに、服部栄三博士も、「営業の自由は、商法がそれを前提としていることはもちろんであるが、憲法においても職業選択の自由の一部として保障されている（憲法22条1項）」としている⁽²⁴⁾。

次に、最近の見解を見てみよう。代表的な教科書・体系書は、異口同音に、「憲法22条1項は、何人も公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有する旨を定めている。営業の自由がこれに含まれていることは明らかである」⁽²⁵⁾、「営業の自由は、憲法22条1項所定の職業選択の自由に含まれ、憲法によって保障されている」⁽²⁶⁾、「営業の自由は、憲法22条1項の職業選択の自由に含まれる」⁽²⁷⁾、「営業の自由は憲法22条1項が規定するところである」⁽²⁸⁾などと説いている。

以上の引用から明らかなように、最近の見

解は、従来の見解を祖述することで能事終われりとしている。これまで、商法学においては、「営業の自由」について論じられることはほとんどなかったと言っても過言ではないだろう⁽²⁹⁾。再検討する余地があるのではないかと思われる⁽³⁰⁾。

Ⅲ 例外としての自由の制限

周知のように、近年の規制緩和の流れの中で、農業・医療・教育・保育の分野では、株式会社形態の導入が試みられたが、規制はなされている。「企業形態選択の自由」の前提に立つならば、それらの分野において株式会社形態を選択することができるということは、ある意味では望ましいのかも知れない。しかし、そこに、まったく問題はない（あるいはなかった）のだろうか。ここでは、農業の分野から順に考察を進めていく。

1 農業分野について

現行の農地法2条3項は、「この法律で『農業生産法人』とは、農事組合法人、株式会社（公開会社（会社法（平成17年法律第86号）第2条第5号に規定する公開会社をいう。）でないものに限る。以下同じ。）又は持分会社（同法第575条第1項に規定する持分会社をいう。以下同じ。）で、次に掲げる要件の全てを満たしているものをいう」と定めている。

農地法という法律によって、農業生産法人の企業形態が、農事組合法人、株式会社および持分会社に限定され、さらに株式会社の場合には、公開会社でないもの（＝非公開会社）に限定されている。株式会社形態の農業生産法人を非公開会社に限定する根拠は、いった

いどこにあるのだろうか。

この点について、農林水産省は、次のように説明していた。すなわち、「取締役会において株式の譲渡を審査し得るように措置することにより、農業関係者が議決権の4分の3以上を占める等の構成員要件を確保し、農業関係者以外の者による経営支配が排除できるよう、今回〔2000（平成12）年の改正で——筆者注〕追加する株式会社形態は定款に株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定め（以下『株式譲渡制限』という。）のあるものに限ることとした⁽³¹⁾。

その後、2005（平成17）年に「会社法」が制定され、公開会社と非公開会社の区分が導入されたのに伴い、同年に改正された農地法は、会社法との整合性を確保するために、株式譲渡制限会社から非公開会社へと条文上の表現を改めた。上記の説明によれば、株式譲渡制限会社に限定する根拠は、構成員要件を確保して農業関係者以外の者による経営支配を排除するためである、とされている。

その根拠は、非公開会社についても、はたしてそのまま承認できるだろうか。この点、現行2条3項2号は、農業生産法人の構成員・議決権要件を定めており、関連事業者等の有する議決権の合計は、原則として総株主の議決権の4分の1以下でなければならないとしている⁽³²⁾。非公開会社はその発行する全部の株式について定款による譲渡制限がなされている会社であるので、非公開会社に限定すれば、株式が譲渡されるに際して構成員・議決権要件への適合性を譲渡の承認機関（会社法139条1項参照）において審査することができるだろう⁽³³⁾。農地法という法律が農業生産法人の構成員・議決権要件を規定してい

る以上、株式会社を認める場合、非公開会社に限定する必要があるように思われる⁽³⁴⁾。

2 医療分野について

現行の医療法7条1項は、「病院を開設しようとするとき」は、「開設地の都道府県知事……の許可を受けなければならない」とし、同条4項は、「都道府県知事……は、前3項の許可の申請があつた場合において、その申請に係る施設の構造設備及びその有する人員が……厚生労働省令……の定める要件に適合するときは、……許可を与えなければならない」としている。ただし、同条6項は、「営利を目的として、病院……を開設しようとする者に対しては、第4項の規定にかかわらず、第1項の許可を与えないことができる」と定めている。

医療法においては、株式会社による病院の開設が直接に禁止されているわけではない。医療法7条6項によると、営利を目的として病院を開設しようとする者に対しては、開設の許可を与えないことが「できる」とされており、この規定については行政当局から通知が出されている。これによると、「開設者が実質的に医療機関の運営の責任主体たり得ること及び営利を目的とするものでないことを十分確認する」ことが求められている⁽³⁵⁾。こうしてみると、株式会社による病院の開設は、医療法7条6項と行政当局の通知を根拠に事実上禁止されているのである⁽³⁶⁾。

こうした規制が行われる基礎には、「これら〔病院、診療所または助産所——筆者注〕の施設が営利を目的として開設されるときは、とかく収益を得るということが重要視されて、その後の管理、業務の遂行の上におい

て、これら施設の本来の使命の達成に欠くることになり易い」という考え方がある⁽³⁷⁾。

そして、行政解釈によれば、「営利を目的とするか否かの判定はその申請に係る医療施設の開設主体、設立目的、運営方針及び資金計画等を総合的に勘案して行なうべきものと」され⁽³⁸⁾、「営利法人経営の医療施設は、職員等の厚生福利施設と認められるものを除き、許可しないこと」とされている⁽³⁹⁾。逆にいえば、厚生福利施設と認められるような場合であれば、営利法人による病院の開設が許可される可能性はある、ということになる⁽⁴⁰⁾。

このように見てくると、その是非はともかくとして、株式会社が病院を開設する余地は法律上も実際上もないわけではない、といえよう⁽⁴¹⁾。

3 教育分野について

現行の教育基本法6条1項は、「法律に定める学校は、公の性質を有するものであって、国、地方公共団体及び法律に定める法人のみが、これを設置することができる」とし、これを受けて、学校教育法2条1項は、「学校は、国(国立大学法人法(平成15年法律第112号)第2条第1項に規定する国立大学法人及び独立行政法人国立高等専門学校機構を含む。以下同じ。)、地方公共団体(地方独立行政法人法(平成15年法律第118号)第68条第1項に規定する公立大学法人を含む。次項において同じ。))及び私立学校法第3条に規定する学校法人(以下学校法人と称する。))のみが、これを設置することができる」と定めている。

教育基本法という法律によって、学校の設置主体が、国、地方公共団体および法律に定

める法人に限定され、さらに法律に定める法人としては、学校教育法という法律によって、学校法人に限定されている。教育基本法6条1項の趣旨としては、「公の性質」をもつ学校は、「国民の『教育を受ける権利』を具体化するに適するものとして設置されなければならない……。そのために法律上の一定の規制が加えられるべきであると考えられる。ことに、学校教育がその時々特定の政治的支配権力の意思によって支配されることがあってはならないし、個人の自由な設立によって『公の性質』が侵害されることがあってはならない。そこで、本条1項は、学校教育はすべて『法律』に定める学校のみによって行なわれるべきことを確認し、その設置主体を『国又は地方公共団体』および『法律に定める法人』にのみ限定したのである」と説かれている⁽⁴²⁾。

また、学校法人のみが私立学校を設置することができるのは、「公教育を担う学校教育法に基づく学校の設置主体に、内部組織の強化と学校経営に必要な資産の保有、解散時の手続（所轄庁の認可等）を求めるとともに、財産目録等の備付け及び閲覧を義務づけ、公共的で、安定的、継続的な学校運営を担保する趣旨である」と説明されている⁽⁴³⁾。

以上のような趣旨に鑑みると、法律上、営利法人である株式会社が学校の設置主体となる余地が残っているとは、どうてい考えられない。

4 保育分野について

現行の児童福祉法35条4項は、「国、都道府県及び市町村以外の者は、厚生労働省令の定めるところにより、都道府県知事の認可を

得て、児童福祉施設を設置することができる」としている。そして、社会福祉法2条3項は、保育所を経営する事業を「第二種社会福祉事業とする」と定めている。したがって、社会福祉法人以外の者でも保育所を設置できる（同法60条）。

このように、現行法上、保育所の設置者について特に限定はなされていない。実は、1947（昭和22）年の児童福祉法の制定当初からそうであった⁽⁴⁴⁾。にもかかわらず、長年にわたって保育所の設置者は社会福祉法人に限定されていた。というのは、1963（昭和38）年に、厚生省（現厚生労働省）から次のような通知が出されていたからである。すなわち、「私人の行なう保育所の設置経営は社会福祉法人の行なうものであることとし、保育事業の公共性、純粋性及び永続性を確保し事業の健全なる進展を図るものとする」と、「すでに当省の内議承認をうけた保育所で社会福祉法人とすべき旨の条件を付して承認されたものでいまだにこれが履行されていないもの、又は従来から認可されている社会福祉法人又は財団法人以外の私人の設置する保育所については、極力行政指導を行ない、社会福祉法人とするようにすること」⁽⁴⁵⁾。

問題は、法律を根拠とせずに、一片の通知によって企業形態を限定することが許されるかどうかである。この問題については田村和之教授の次のような見解が示されている。すなわち、同教授は、「私人による保育所設置を社会福祉法人に限定することは、保育所の公共的性格からみて理解できないわけではない。しかし、保育所のようなさほど大きな規模と言えぬ施設を必ず社会福祉法人でなければならぬと言い切るのが適切かどうかは、

なお検討の余地が残るところであり、また、かりにこれを認めるとしても、本来、このような限定は、法律の根拠に基づいて行うべき事柄であり、一片の通達でできることではない」と説き、「保育所設置者を社会福祉法人に限定することを通達で行うことは違法である」というのである⁽⁴⁶⁾。

この問題は慎重な検討を要する問題ではあるが、企業形態選択の自由から出発して、厚生省が2000（平成12）年の通知によって上記1963（昭和38）年の通知を廃止し、社会福祉法人以外の者による設置認可申請を認めるようになった⁽⁴⁷⁾という事実を見ると、田村教授の見解は正当なものを含んでいるように思うのである⁽⁴⁸⁾。

IV まとめと課題

まずは、これまでの考察をまとめてみよう。

現在の法律においては、私企業に対して、さまざまな企業形態が用意されている。その中から、どれを選択するかは原則として企業当事者の自由であり、それは「企業形態選択の自由」と呼ばれる。けれども、その根拠は必ずしも自明とはいえない。

そこで、憲法の保障する「営業の自由」に手がかりを求めた。憲法学においては、長年にわたり、営業の自由は憲法22条1項の「職業選択の自由」の中に含まれるとするのが通説的見解であった。しかし、「営業の自由論争」を経ることによって、憲法学界では営業の自由についての検討が加えられ、営業の自由の根拠を憲法22条1項の「職業選択の自由」と憲法29条の「財産権の保障」の両者に求める見解が登場し、有力化した。この見解に従

えば、営業の自由、したがってまた企業形態選択の自由の実定法上の根拠は憲法22条1項に加えて29条にも求めることになるだろう。

商法学に目を転ずると、憲法学の従来からの通説的見解に従っている。というよりも、商法学においては、これまで、営業の自由について論じられることはほとんどなかったとも言える。

ところで、規制緩和の潮流の中で、農業・医療・教育・保育の分野では、株式会社形態の導入が試みられた。企業形態選択の自由を前提とすれば、そうした方向は望ましいとも言えるが、現行法上も規制は行われている。

農地法は、農業生産法人の構成員要件への適合性を確保するために、株式会社の場合には非公開会社に限定している。非公開会社であれば、株式の譲渡に際して構成員要件への適合性を承認機関で審査することができるので、農地法が構成員要件を定めている以上、非公開会社への限定は必要なことである。

医療法においては、株式会社による病院の開設は直接に禁止されているわけではなく、医療法の規定と行政当局の通知を根拠として事実上禁止されている。ということは、厚生福利施設と認められるような例外的な場合に限られるが、法律上も実際上も、株式会社が病院を開設する余地は残されているだろう。

他方、教育基本法が「公の性質」をもつ学校の設置主体を国、地方公共団体および法律に定める法人に限定し、それを受けた学校教育法が学校法人のみに私立学校の設置を認めるのは、公共的で安定的かつ継続的な学校運営を担保する趣旨に基づくものである。そのような趣旨に鑑みるならば、法律上、営利法人である株式会社が学校の設置主体となる余

地が残っているなどおおよそ考えられない。

以上に対して、社会福祉法や児童福祉法は、保育所の設置者について特に限定していたわけではない。それにもかかわらず、一片の通知によって、保育所の設置者は長らく社会福祉法人に限定されていた。そのように、法律上の根拠がないのに、企業形態に限定を加えることができるかどうかは、企業形態選択の自由の観点からすると疑わしい。

実を言うと、当初の予定では、企業形態選択の「自由」の憲法的な基礎づけを行った上で、憲法を出発点としながら、その延長線上に自由の「制限」の問題を位置づけることを考えていたが、中途半端なものになってしまった。本格的な検討は、今後の課題として他日を期したい。

注

- (1) この点をやや詳しく述べるものとして、中村一彦=志村治美編『企業・現代社会・法——現代企業法・法学入門——』（三嶺書房、1985年）3頁以下〔中村一彦〕を参照。
- (2) 後藤紀一『新会社法』（晃洋書房、2008年）41頁。
- (3) 後藤・前出注(2)41頁、泉田栄一『会社法論』（信山社出版、2009年）7頁以下など。
- (4) 森本滋『会社法・商行為法手形法講義』（成文堂、2010年）15頁以下。ほかに、最近の教科書で企業のカテゴリを示すものとして、吉本健一『会社法〔第2版〕』（中央経済社、2015年）4頁、宮島司『新会社法エッセンス〔第4版補正版〕』（弘文堂、2015年）3頁などがある。以下の叙述は、主としてこれらによる。
- (5) この点に関連して、森本滋『会社法〔第2版〕』（有信堂高文社、1995年）4頁の注(1)は、「会社法の教科書において、企業は一般に営利企業として理解されているが……、企業組織法的観点からは、商法総則とは異なり、協同組合や相互会社を含めて広く企業をとらえることが妥当である」として

いるが、本稿もこのような見方に立つ。

- (6) 竹内昭夫(弥永真生補訂)『株式会社法講義』（有斐閣、2001年）7頁、浅木慎一『商法学通論Ⅰ』（信山社出版、2010年）231頁などを参照。
- (7) そのほか、企業形態に限定を加えるものとして、信託業法5条2項1号・10条1項1号、保険業法5条の2など参照。
- (8) ちなみに、小山嘉昭『詳解銀行法〔全訂版〕』（金融財政事情研究会、2012年）83頁以下は、銀行法4条の2について、次のように説明する。「一般に会社の形態としては株式会社のほかに合資会社、合名会社、合同会社、協同組合などいろいろありうるわけである。そのなかにあって銀行法が株式会社に限定する考え方を打ち出したのは、株式会社の組織は特定の資金力に依存しないで幅広く資金を集めることができ、また資金の調達面から、規模の大きな事業を行うのに適していること、社員などの構成員の人的条件が経営に影響を与える度合いが小さいこと、そして株式会社であれば情報の公開（ディスクロージャー）の原則が最も徹底しているし、株主総会、取締役会、監査役会など内部組織が整然と区分けされているなどの理由によるものである」と。
- (9) これについては、さしあたり、八代尚宏『規制改革「法と経済学」からの提言』（有斐閣、2003年）49頁以下を参照。なお、神田秀樹『会社法入門〔新版〕』（岩波新書、2015年）3頁も参照。
- (10) たとえば、鴻常夫『商法総則〔新訂第5版〕』（弘文堂、1999年）121頁以下。
- (11) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1974年）391頁。今日でも、宮沢説を踏襲するものとして、長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社、2014年）236頁、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）224頁など。なお、最高裁も、小売商業調整特別措置法事件判決において、「憲法22条1項は、国民の基本的的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含〔ママ〕しているものと解すべきであ」として、宮沢説と同じ立場を採っている（最大判昭和47・11・

- 22刑集26巻9号586頁)。
- (12) 尾吹善人『基礎憲法』(東京法経学院出版部, 1978年)143頁は、職業遂行の自由=営業の自由という言葉づかいについて、「それは誤りである。警察官の職務の遂行も工場労働者の労働も『営業』とはいわないからである。『営業』とは、職業のうち、継続的な、営利を目的とする自主的な活動をいう」とする。渋谷秀樹=赤坂正浩『憲法1人権〔第5版〕』(有斐閣, 2013年)89頁〔赤坂正浩〕も、「日本語の語感にそぐわない」と指摘する。まったく同感である。
- (13) 清水陸「職業選択の自由」ジュリスト638号(1977年)316頁は、「一般的に憲法学者の書物には、たんに、職業選択の自由は営業の自由を含むとするのみで、その理由を明らかにしない傾向があったといってよい」と明言する。
- (14) 矢島基美「『営業の自由』についての覚書」上智法學論集38巻3号(1995年)227頁がこの点に言及している。
- (15) 岡田与好「独占と営業の自由——ひとつの論争的研究——」(木鐸社, 1975年)32頁。
- (16) 中島茂樹「『営業の自由』論争」法律時報49巻7号(1977年)334頁。
- (17) 浦部法穂「営業の自由」ジュリスト1089号(1996年)251頁。
- (18) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法上巻』(青林書院新社, 1984年)514頁〔中村睦夫〕。なお、浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』(日本評論社, 2006年)220頁は、憲法22条・29条説が今日では「支配的である」と述べているが、野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』(有斐閣, 2012年)471頁以下〔高見勝利〕は、憲法22条説が「通説的見解である」としている。
- (19) 今村成和『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣, 1972年)91頁以下。
- (20) この点に関して、長谷部・前出注(11)236頁は、「いずれの条文の下に保障されるかは、具体的な問題の解決にさして影響を与えない」とするが、芦部・前出注(11)224頁は、「営業の自由そのものは、財産権を行使する自由を含むので、29条とも密接にかかわる」と説く。
- (21) もっとも、現在のところ、憲法学においても、営業の自由の定義およびその憲法上の位置づけは、必ずしも明確ではないと言わなければならない(石川健治「営業の自由とその規制」大石真=石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年)148頁)。
- (22) 石井照久『新版商法総則』(弘文堂, 1966年)54頁。
- (23) 大隅健一郎『商法総則〔新版〕』(有斐閣, 1978年)132頁。
- (24) 服部栄三『商法総則〔第3版〕』(青林書院新社, 1983年)497頁。
- (25) 田邊光政『商法総則・商行為法〔第3版〕』(新世社, 2006年)81頁。
- (26) 森本滋編『商法総則講義〔第3版〕』(成文堂, 2007年)49頁〔川瀆昇〕。
- (27) 落合誠一ほか『商法I—総則・商行為〔第5版〕』(有斐閣, 2013年)44頁〔大塚龍児〕。
- (28) 近藤光男『商法総則・商行為法〔第6版〕』(有斐閣, 2013年)105頁。
- (29) ただ、商法学説として、小島康裕『大企業社会の法秩序』(勤草書房, 1981年)2頁以下、同『市場経済の企業法——自由主義経済法の国際展開の理論と実践——』(成文堂, 1994年)13頁以下、久保欣也「競争的株式会社法への展望——私的権力に答責性を結合する課題を解決するために——」西原追悼『企業と法・上』(有斐閣, 1977年)120頁以下、田中誠二ほか『会社法学の新傾向とその評価』(千倉書房, 1978年)277頁以下〔久保欣也〕は、「営業の自由論争」において展開された岡田教授の見解を支持していた。
- (30) このことに関連して、高橋英治『会社法概説〔第2版〕』(中央経済社, 2014年)9頁は、「会社は営業の自由を前提として成り立つ制度であり、会社法は、憲法上の財産権(憲29条1項)、営業の自由ならびに職業選択の自由(憲22条1項)等の各種基本権の適切な調整を行わなければならない」と的確に指摘する。なお、商法学の側から、「営業の自由論争」を振り返り、「営業の自由概念」の再検討を行うものとして、鷹巣信孝「職業選択の自由・営業の自由・財産権の自由の区別・連関

- 性——いわゆる『営業の自由論争』を参考にし
て——(1)～(4・完) 佐賀大学経済論集32巻2号
(1999年)73頁以下・32巻3号(1999年)111頁
以下・32巻4号(1999年)121頁以下・32巻5号(2000
年)55頁以下がある。
- (31) 平成13年3月1日・12経営第1153号農林水産
事務次官依命通達。
- (32) 関連事業者等とは、農地法2条3項2号チで定
められている者を指す。議決権保有の制限につい
て詳しくは、高木賢＝内藤恵久『[逐条解説]農
地法』(大成出版社,2011年)45頁以下を参照。
- (33) 宮崎直己『農地法読本〔改訂版〕』(大成出版社,
2014年)25頁以下は、非公開会社への限定に疑
問を呈している。なお、同『農地法講義〔補訂版〕』
(大成出版社,2014年)32頁にも同旨の叙述がある。
- (34) 農地法は2015(平成27)年8月28日に改正さ
れた(2016(平成28)年4月1日から施行)。農
業関係者以外の者の総議決権が従来の4分の1以
下から2分の1未満に緩和され、農業関係者以外
の者の構成員要件も撤廃される。また、「農業生
産法人」の呼称も「農地所有適格法人」に変更さ
れる。とはいえ、議決権要件は依然として残って
いる。改正法の内容については、農林水産省のホー
ムページで見ることができる。
- (35) 平成5年2月3日総5号・指9号厚生省健康政策
局総務・指導課長連名通知。
- (36) たとえば、新田秀樹「医療の非営利性の要請の
根拠」名古屋大学法政論集175号(1998年)18頁、
川口恭弘「医療法人と株式会社」同志社法学60
巻7号(2009年)870頁など。
- (37) 磯崎辰五郎＝高島學司『医事・衛生法〔新版〕』
(有斐閣,1986年)230頁。
- (38) 昭和45年6月15日医発693号厚生省医務局長回
答。
- (39) 昭和48年6月14日総32号厚生省医務局総務課
長通知。
- (40) この点を指摘するものとして、磯崎＝高島・前
出注³⁷⁾230頁、新田・前出注³⁶⁾20頁を参照。
- (41) この点に関連して、新田・前出注³⁵⁾68頁は、「営
利法人による医療機関の開設を認めると営利法人
の取締役乃至従業員たる医師が応招義務と利潤最
大化義務という本質的に相容れない義務の二重拘
束を受けてしまう」と指摘する。
- (42) 有倉遼吉編『基本法コンメンタール新版教育法
(別冊法学セミナー 33号)』(日本評論社,1977年)
67頁〔青木宗也〕。
- (43) 鈴木勲編著『逐条学校教育法〔第7次改訂版〕』
(学陽書房,2009年)29頁。
- (44) この点を指摘するものとして、石田慎二『保育
所経営への営利法人の参入——実態の検証と展
望』(法律文化社,2015年)26頁。なお、西村健
一郎＝品田充儀編著『よくわかる社会福祉と法』
(ミネルヴァ書房,2009年)131頁〔衣笠葉子〕
も参照。
- (45) 昭和38年3月19日児発第271号厚生省児童局長
通知。社会福祉法人に限定した理由について、植
山つる「保育所行政」厚生省児童局企画課編『児
童福祉行政講義録』(日本児童福祉協会,1963年)
195頁以下は、個人立の小規模な資産で設置され
た施設は財政的に不安定であり、個人的事情に
よって経営が左右されるので、「デパートで簡単
に物を買うような気持ちで保育所を経営していたの
か」といいたくなるものです。そのような関係から、
社会福祉法人であることを条件として、私財を投
げ出してでも保育所を設置しようという気運を
持っていたかなければならないのではないかと
思っております」と述べている。
- (46) 田村和之『保育所行政の法律問題〔新版〕』(勤
草書房,1992年)61頁。
- (47) 平成12年3月30日児発第295号厚生省児童家庭
局長通知。
- (48) この点に関して、田村和之『保育所の民営化』
(信山社出版,2004年)58頁以下では、次の二点
が指摘されている。第一に、「この規制撤廃により、
これまで厚生省が重視していた『保育事業の公共
性、純粹性及び永続性』の確保の要請はどの
のかである。この点、厚生労働省からは何も説明
されていない。例えば株式会社の保育所設置経営
は、明らかにこの要請に抵触すると思えるが、同
省はどのように考えているのだろうか。第二に、
「本来法律で行うべき規制を通達で行ってきたこ
との『もろさ』である。通達という行政レベルの

施策・制度の不安定性といってもよい。このことは、制度を法律に基づいたものにすることの重要性を示している」。