

# 憲法上の結社の自由と団体・法人法制

名 島 利 喜

## 目 次

### I 本稿の目的

### II 「結社の自由」に関する憲法学の議論の状況とその考察

#### 1 結社の意義と内容

##### (1) 意義

##### (2) 内容

##### (3) 目的

#### 2 結社の目的に関する見解の対立

##### (1) 従来の通説

##### (2) 浦部説

##### (3) 芦部説

##### (4) 最近の通説

##### (5) 最近の有力説

#### 3 憲法学説の若干の検討

##### (1) 検討の視点

##### (2) 区別の基準

##### (3) 営利目的の有無

##### (4) 帰結の違い

##### (5) 法人格の付与

### III まとめ

## I 本稿の目的

本稿の目的は、憲法上の結社の自由との関係において、団体・法人法制について若干の考察を試みることである。

わが国の団体・法人法制は、近年、大きな変革を加えられた。まず2005（平成17）年に「会社法」が制定され、続いて2006（平成18）年には「一般社団法人及び一般財団

法人に関する法律」（一般法人法）が制定された。こうして、団体・法人法制の基本的体系は、会社法によって代表される営利法人と一般法人法によって代表される非営利法人という「法人二分体系」へと変容を遂げた。営利法人と非営利法人とは剰余金の分配の有無によって区分される<sup>(1)</sup>。

しかし他方、近年の規制緩和の流れの中で、構造改革特区では、教育・医療・農業といっ

た分野への株式会社の参入が認められた<sup>(2)</sup>。こうした社会的分野はどれも、株式会社形態には伝統的になじまないと考えられてきた分野である<sup>(3)</sup>。

以上のように、団体ないし法人に関する制度があり、わが国では営利法人と非営利法人とに区分された。両者を区別する明確な一線も引かれた。営利法人と非営利法人の境を決めた以上、わざわざこの区別をあって無きがごときものとするのは本当に望ましいのかという疑問が、筆者にはくすぶっていた<sup>(4)</sup>。

ところで、憲法はその21条において、「結社の自由」を保障している。が、憲法学においては、そこでの「結社」に営利法人である会社が含まれるか否かをめぐって、学説の対立がある。

そこで本稿は、憲法21条の定める「結社の自由」をめぐる議論を手がかりにして、先ほどの疑問に対する答えを探すことを目指すものである<sup>(5)</sup>。

以下においては、まず、「結社の自由」に関する憲法学の議論状況を確認し、その後で、若干の考察を加えてみたい。そして、最後に全体のまとめを行なう。

## Ⅱ 「結社の自由」に関する憲法学の議論の状況とその考察

### 1 結社の意義と内容

#### (1) 意義

憲法21条1項は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と規定している<sup>(6)</sup>。ここにいう「結社」とは、一般に、「特定の多数人が、任意に特定の共通目的のために継続的な結合をなし、

組織された意思形成に服する団体」と解されている<sup>(7)</sup>。

そして、通常、「集会」が特定または不特定の多数人の一定の場所における一時的な集合体であるのに対して、「結社」は必ずしも一定の場所を前提にしない特定の多数人の継続的な結合体である点において、両者の性質は異なるとされている<sup>(8)</sup>。

憲法学説は、ほぼ一致して結社の意義を以上のように捉えている<sup>(9)</sup>。

#### (2) 内容

それでは、「結社の自由」を保障するとはどういうことなのか。一般に学説によれば、「団体を結成しそれに加入する自由、その団体が団体として活動する自由はもとより、団体を結成しない、もしくはそれに加入しない、あるいは加入した団体から脱退する、という自由をも含む」とされる<sup>(10)</sup>。

結社の自由の内容についても、憲法学説は一致した理解を示している。

#### (3) 目的

ところが、結社の「目的」をめぐるのは、憲法学説の間に見解の対立がある。結社の目的として、通説は、「政治的・経済的・宗教的・学問的・芸術的・社交的などのいかんを問わない」とする<sup>(11)</sup>。結社の目的を問わない通説によれば、会社などの営利目的の団体も憲法21条1項の「結社の自由」の保障対象となる。これに対して、会社などの主として経済活動を目的とする団体は、21条1項にいう結社ではなく、憲法22条1項の「営業の自由」や憲法29条の「財産権」の保障対象であるとする見解も有力である<sup>(12)</sup>。

以下では、結社の目的に関する見解の対立をもう少し詳しく見てみよう。

## 2 結社の目的に関する見解の対立

### (1) 従来通説

従来、通説は、たとえば、「結社は、その目的の性質によって、政治結社・経済結社・学術結社（学会）・社交結社などに区別される」<sup>(13)</sup>とか、「結社には、その目的によって、政治的結社（政党その他の政治団体）・経済的結社（企業・経営者の団体のほか消費者の団体）・学術的結社（学会その他の研究団体）・社交的結社（いわゆる親睦団体）など、多くの種類がある」<sup>(14)</sup>と述べるだけで、なぜ経済活動を目的とする団体も結社に含まれるのかということは示してこなかった。

### (2) 浦部説

従来通説に対してはじめて異議を唱えたのは、おそらく浦部説だろう<sup>(15)</sup>。それによれば、「もっぱらまたは主として経済活動を目指す団体（会社・職業団体など）の結成は、人の精神活動の所産というより、むしろ、経済活動の所産というから、それらは、22条1項もしくは29条の問題として、必ずしも本条〔21条〕の保障対象に含めて考える必要はないように思われる（これらの団体の結成・活動に関しては、政策的観点からの制約を必要とする場合も少なくないところ、本条はそうした政策的制約を一切許容するものではない）」。

### (3) 芦部説

この浦部説に対しては、通説の立場に立つ芦部説から、「結社の目的を精神活動か経済

活動かによって区分する先の学説の趣旨は、具体的に結社の自由の限界を検討するうえで重要な一つの指標であり、営利的結社の活動の規制は主として実体的自由の保障規定たる営業の自由の問題となるが、そのことを理由に、憲法21条に言う『結社』の意味そのものを頭から限定することには、疑義がなお残る」という批判が加えられた<sup>(16)</sup>。が、その際の理由づけは、必ずしも明確ではないように思われる<sup>(17)</sup>。

### (4) 最近通説

その後、議論が交わされるということにはなかったものの、最近通説は、一定の理由づけをして浦部説に反対している。たとえば、「目的の違いは実際上相対的あるいは目的は重複的であることが多く（出版会社などはその典型例）、本条にいう『結社』はおおよそ人の共同的結合行為を包摂しているものと解すべきであろう」<sup>(18)</sup>とか、「結成された企業その他の団体の行う経済活動が、個人の行う経済活動とともに、憲法第22条や第29条の保障の対象となることは当然としても、かかる団体を結成する自由自体の憲法上の根拠は、やはりこれを第21条1項の『結社の自由』条項に求めるのが自然であるように思われる……。この点は、会社としてまたは会社を通じて表現活動することを主たる目的とする団体（典型的には新聞社や放送会社など）の結成の自由の根拠を『表現の自由』条項に求める必要がないのと同様であると言えよう。これらの結社については、具体的には会社法（平17法86号）等の法令によって規律されているが、憲法第21条1項の『結社の自由』条項がその根拠規定をなし、国民はこうした会社を起こ

し、これを維持し、営業活動を行い、あるいはこれを解散することについて、原則として自由を保障されている<sup>(19)</sup>といったものである。

#### (5) 最近の有力説

他方、最近では、浦部説が有力な憲法学者の支持を集めている<sup>(20)</sup>。有力説は、結社の自由を「表現の自由」の一つとして位置づけ、憲法21条の結社の自由の保障対象を広い意味での表現目的のものに限定しようとする。それゆえ、経済的利益の実現を目的とする結社は、21条の結社の自由の保護を受けないのである。

有力説の中には、より詳しく論じるものも現れている。大石説は次のようにいう<sup>(21)</sup>。「株式会社のような資本団体の設立は、一般に結社の自由の保障に先行するかたちで経済活動の一環として確保されてきた歴史をふまえるとともに、結社の自由は精神的自由の一環をなすという人権体系上の位置や自由規制の深度に差異をもたらす『二重の基準』の枠組みなどを想うと、営利団体まで『結社』に含ませるのは適切でなく、〔営利団体を除外する〕消極説が妥当であろう」。営利団体も憲法21条にいう「結社」に含まれるかという問題については、「しばしば結社の目的に経済活動を含めて解することが妥当かという形で議論されるが、これは問題の立て方として適切でない。なぜなら、公益団体又は非営利団体であっても、経済的基盤を確保するために収益事業をおこなう例は多く、単にある団体が経済活動をおこなうことが問題となるわけではないからである。諸国の結社法制をみても、構成員に経済的利益を配分する目的の団体ではないかどうか、議論の要点とされている」。

また、小野説は、次の四つの理由から、浦部説を支持する<sup>(22)</sup>。①「憲法は、経済的な権利・自由に関する22条と29条においてのみ『公共の福祉』の言葉を置いていることからみて、経済的自由と精神的自由を区別していると考えられるが、『結社の自由』は『表現の自由』と同質の自由として規定されている」、②「いわゆる営業の自由が、憲法22条、29条から導き出されるのと同様に、営利的団体を結成する自由は、22条、29条から派生すると考える方がよい」、③「浦部氏が指摘するように、営利的結社の活動については、政策的制約の必要性が考えられるが、21条が、結社について政策的制約を許容すると解するのは妥当ではない」、④「会社などの営利的団体と（非営利的）結社は性質を異にするから、今後21条の結社の性質や権能などについて論議を深めるためには、21条の『結社』概念を限定する方がよい」。

小野説は、こうして、基本的には浦部説を支持しつつも、次のような提案を行なう<sup>(23)</sup>。「『もっぱらまたは主として経済活動を目的とする団体』は除外されるとする区別の基準は明確でない。また、職業団体が『結社』に入らないとする点には疑問を抱く。筆者は、結社に該当するか否かの基準として、私法の法人理論で言われている『営利』概念を用いるのがよいと考える。法人理論によれば、人的団体である社团は、営利社团と非営利社团に区別されるが、ここに営利というのは、『その構成員が社团の企業利益の分配にあづかること』を意味する、という。この基準によれば、営利社团である株式会社等は結社ではないが、職業団体や業界の連合会などは結社に入る」と。

### 3 憲法学説の若干の検討

#### (1) 検討の視点

以上に見てきたように、結社の「目的」の解釈をめぐる、憲法学説は二つに分かれている。しかしながら、活発な議論が展開されているわけではない。その原因の一つは、営利的な団体（会社）を結社の自由の保障対象から除外するための明確な基準を設定することが困難だからではないか。

いずれにしても、通説は、政治的・経済的・宗教的・学問的・芸術的・社交的など、目的のいかんを問わないと解する。したがって、通説によれば、あらゆる結社が結社の自由の保障対象となり、そこには、会社などの経済的結社も含まれる。その理由としては、団体を結成する自由それ自体の根拠は「結社の自由」条項に求めるのが自然であること、また、結社の目的の違いは実際には相対的であったり目的は重複的であることが多いことが挙げられている。

これに対して、有力説は、会社など専らまたは主として経済活動を目的とする団体は憲法21条1項の結社に含めるべきではないと解する。その理由としては、会社などの経済的結社は人の精神活動の所産というよりも、むしろ経済活動の所産といいうるので、それらは22条1項もしくは29条の問題と解すべきことなどが挙げられている。

こうした憲法学説の対立に決着をつけることは、ここでの目的ではない。以下では、団体・法人法制的あり方という視点から、憲法学説について検討してみたい。

#### (2) 区別の基準

結社の目的を問わない通説に対して、浦部

説は、会社や職業団体などを除外するために「もっぱらまたは主として経済活動を目的とする団体」という区別の基準を立てる<sup>(24)</sup>。しかしながら、この区別の基準は適切なものかどうか。

なるほど、その基準に従っても、経済的結社（会社）を通説の例示するさまざまな目的の結社から区別することはできるだろう。しかし、そのような基準は、一見して、およそ抽象的で明確さを欠いているように思われる。たとえば、出版会社について考えてみると、最近の通説も批判するように<sup>(25)</sup>、この団体（会社）は、経済活動を目的とすると同時に精神活動も目的としており、結社の目的は重複せざるを得ないのではないか。さらにいえば、大内説が指摘するように<sup>(26)</sup>、公益団体または非営利団体でさえも収益事業を行なう例が多いのであれば、結社の目的に経済活動を含めて解することは妥当なのかという形の議論が不適切であるというべきだろう。

そこで、大内説は、「団体構成員に経済的利益を配分することを目的とする営利団体」という基準を用いている<sup>(27)</sup>。最近の有力説もまた、「営利的な会社を設立し営業すること」<sup>(28)</sup>、「もっぱら構成員の経済的利益の実現を目指す結社（商法上の株式会社など）」<sup>(29)</sup>「会社など営利目的の団体」<sup>(30)</sup>といった基準を用いている。それぞれに表現は異なるが、それらは「営利」という共通の概念で捉えることができる。会社は営利団体であり、ここで営利（営利性）とは、対外的な事業活動で得た利益を構成員に分配することを目的とするという意味にほかならない<sup>(31)</sup>。

このように考えてくると、結社の目的を精神活動か経済活動かによって区分することは



必ずしも適切ではない。もしも有力説の立場に立つならば、小野説のように<sup>(32)</sup>、営利目的の有無を区別の基準とすべきであると考える。

### (3) 営利目的の有無

それでは、営利目的の有無は、営利的な団体（会社）を結社の自由の保障対象から除外するための明確な基準を提供してくれるだろうか。

本稿の冒頭で述べたように、2005（平成17）年には会社法、2006（平成18）年には一般法人法がそれぞれ制定されたことによって、わが国の団体・法人法制は大きな変革を加えられた。会社法が営利を目的とする法人（営利法人）について規律するのに対して、一般法人法は営利を目的としない法人（非営利法人）について規律する、ということになったのである。

2005（平成17）年改正前の商法は、会社とは営利を目的とする社团であるという規定を持っていたが（前商52条）、会社法のもとでは、その規定は姿を消した。しかし、会社法は、株式会社の株主に剰余金の配当を受ける権利および残余財産の分配を受ける権利の全部を与えない旨の定款の定めは効力を有しないとしている（会社105条2項）。また、持分会社の社員も、利益の配当を請求することができ（会社621条1項）、残余財産の分配も受けることができる（会社666条）。持分会社では、利益の配当や残余財産の分配について定款自治が認められているが（会社621条2項、666条）、持分会社も会社法上の会社であることに変わりはないから、利益配当請求権と残余財産分配請求権の双方を否定する定款の定めを置くことはできないと解すべきだ

ろう<sup>(33)</sup>。このようにして、会社は営利の目的で運営されることが制度として予定されている<sup>(34)</sup>。

他方、一般法人法は、一般的な非営利法人制度を定めているが、一般社団法人・一般財団法人における「非営利性」を正面から規定しているわけではない。しかし、定款の記載（記録）事項について、次のような定めが置かれている。すなわち、一般社団法人の場合には、「社員に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定めは、その効力を有しない」とされており（一般法人11条2項）、一般財団法人の場合には、「設立者に剰余金又は残余財産の分配を受ける権利を与える旨の定款の定め」は無効とされている（一般法人153条3項2号）。このことから、一般法人法における「非営利性」とは、定款において剰余金または残余財産を社員あるいは設立者に分配する定めがないことである、ということになる。それゆえ、一般社団法人と一般財団法人は制度的に営利を目的としないものであるといえる<sup>(35)</sup>。

以上のように、会社は営利を目的とするものであり、一般社団法人と一般財団法人は営利を目的としないものである。そして、営利目的の有無は、剰余金（利益）または残余財産の分配を目的とするか否かによって判断される。営利目的の有無という基準は、法制度上、営利法人と非営利法人とを分かつ判断基準として明確なものとなっている<sup>(36)</sup>。

### (4) 帰結の違い

小野説は、浦部説を支持する理由の一つとして、「会社などの営利的団体と（非営利的）結社は性質を異にするから、今後21条の結

社の性質や権能などについて論議を深めるためには、21条の『結社』概念を限定する方がよい」ことを挙げている<sup>(37)</sup>。営利的団体と非営利的結社とでは結社としての性質がどのように異なるのかは、残念ながら述べられていない。おそらく、そこには、「結社の自由」は「表現の自由」と同じ性質のものであるという基本的な理解があるのだろう<sup>(38)</sup>。

実は、小野説は、会社法・一般法人法の成立前に主張されていた。これら二つの法律の成立によって、団体・法人法制は、営利法人と非営利法人の2本立てになったのである。それ以前は、「公益に関する目的であれば公益法人」、「社員に共通する利益を図るときは中間法人」、「営利を目的とする場合には会社形態」というように、法人の目的に応じて3種類の法人形態が用意されていた<sup>(39)</sup>。が、営利目的の有無に従った2本立ての方が簡明である<sup>(40)</sup>。

すでに見たように、現在の団体・法人法制のもとでは、営利目的の有無に従って営利法人と非営利法人を峻別することができる。公益法人は、非営利法人のうち公益認定を受けたものという位置づけがなされた（公益認定4条）。こうして、図らずも、小野説の主張に沿うような改革となったのである。

ところで、わが国では、結社の存立・活動に法的根拠を与えるさまざまな法令が制定されている。その代表例が、民法・一般法人法・会社法・特定非営利活動促進法などである<sup>(41)</sup>。通説によると、会社法に基づいて設立される営利法人である会社も含めて、すべての法人（団体）を結成する憲法上の根拠は、憲法21条で保障されている「結社の自由」に求めることになる。それに対して、小野説ないし有

力説によると、会社などの営利（剰余金の分配）を目的とする法人（団体）は21条の「結社」概念から除外され、それらを結成する憲法上の根拠は、経済的自由として22条1項の「営業の自由」もしくは29条の「財産権の保障」に求めることになる。

こうして見ると、両説の対立は、憲法上の保障が及ぶという点においては、確かに決定的な違いをもたらした<sup>(42)</sup>。しかし、営利法人（団体）に関する政策的制約の必要性という点で差異が生じるだろう<sup>(43)</sup>。また、全法体系の頂点に立つ憲法典は、いうまでもなく、団体・法人法制の基礎であるべきである。そこで、あえていえば、現在の団体・法人法制は小野説ないし有力説と適合的なように思われる。

#### （5）法人格の付与

一般法人法上の非営利法人に関連して、最後に、法人格の付与という問題にも触れておきたい。

この問題は、従来、憲法学において、立法政策に属する問題だと考えられてきた。そこでは、法人格の付与は、「取引の安全などの見地からの規制であって、かつ法人格の否定即団体自体の否定を意味するものではない」<sup>(44)</sup>とか、「法人格が付与されなくても結社として活動できる」<sup>(45)</sup>と理解されていた。

しかし、近年は、そうした理解に疑問を呈する見解が増えてきている<sup>(46)</sup>。たとえば、大内説は、「日本国憲法の採用する自由主義原理は、必ず許可主義から認可主義又は準則主義へと法人設立の要件を緩和する方向に導くはずである。実際、明治憲法の下で許可制であった労働組合や宗教団体の設立が、現行憲

法の下で準則主義や認証主義に変更されたことに示されるように……、法人格の付与という問題は、憲法上の原理と密接に関係していることに留意する必要がある」と述べている<sup>(47)</sup>。

そして、現に従来の社団・財団法人制度は抜本的に改められて、非営利団体が準則主義によって容易に法人格を取得する途を開く「一般法人法」が制定されたわけである。このことは、大内説によれば、「憲法上の結社の自由を実質化するもの」とであると評価される<sup>(48)</sup>。

いまここで、そうした見方に立てば、まさに憲法の要求に依って、わが国の団体・法人法制はようやく営利目的の有無で区分される営利法人と非営利法人という「法人二分体系」へとたどり着くことができた。そうだとすると、営利法人と非営利法人の境を決めた以上、憲法上、この区別をあって無きがごときものとするのは望ましくないというべきだろう。

### Ⅲ まとめ

これまでの考察をまとめてみよう。

近年、わが国の団体・法人法制は、営利（剰余金の分配）の有無を基準にして営利法人と非営利法人に二分された。が、他方では、この区別をあって無きがごときものとするような動向も存在する。本稿は、そうした動向は本当に望ましいのかという疑問から出発した。そうして、この疑問を解くため、憲法21条1項の定める「結社の自由」をめぐる議論に手がかりを求めた。

憲法学において、通説は、政治的・経済的・宗教的・学問的・芸術的・社交的など、どの

ような目的のものでも「結社」に当たるとする。それに対して、有力説は、会社などの主として経済活動を目的とする団体は、21条1項にいう結社ではなく、憲法22条1項の「営業の自由」ないし憲法29条の「財産権」の保障対象であるとする。とはいえ、活発な議論がなされているわけではない。

そこで、団体・法人法制のあり方という視点から、憲法学説を検討してみた。有力説の根底には、結社の自由を広い意味での表現目的のものに限定すべきだという考え方がある。それゆえ、有力説は、経済的結社（会社）を結社の自由の保障対象から除外するための明確な基準を設定する必要がある。

その場合には、営利目的の有無を区別の基準とすべきである。営利目的の有無は、剰余金または残余財産の分配を目的とするか否かによって判断されるが、その基準は、法制度上、営利法人と非営利法人とを分かつ判断基準として明確なものとなっているからである。

確かに、両説の対立は、憲法上の保障が及ぶという点では決定的な違いをもたらさない。が、しかし、営利法人（団体）に関する政策的制約の必要性という点では違ってくるだろう。また、現在の団体・法人法制は有力説と適合的であると思う。

そしてさらに、近時、非営利団体が準則主義によって容易に法人格を取得する途を開く「一般法人法」が制定されたことは、憲法上の要求に依って結社の自由を実質化するものであるという見方も現れている。こうして見えてくると、憲法上、営利法人と非営利法人との区別を無きがごときものとするのは望ましくないと思える。



## 注

- (1) 参照、後藤元伸「非営利法人制度」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣, 2007年) 56頁。
- (2) 参照、龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』(有斐閣, 2017年) 52頁。
- (3) たとえば、神田秀樹『会社法入門〔新版〕』(岩波新書, 2015年) 3頁。
- (4) 拙稿「株式会社による病院経営——営利と非営利の間」法経論叢27巻2号(2010年) 27頁。なお、営利法人と非営利法人の区別に関する問題を検討するものとして、松元暢子「営利法人による公益活動と非営利法人による収益活動」NBL1104号(2017年) 13頁以下がある。
- (5) 本稿の着想は、小島康裕『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) 68頁の「憲法の教科書では、結社の自由との関係で株式会社を始めとする経済に関する団体や法人に言及されていないものが多い。株式会社設立準則主義は結社の自由の会社法的表現であるのに、これは不思議なことである」という記述から得た。
- (6) この「結社の自由」の規定は、次のような経緯をたどって設けられた。マッカーサー草案においては、結社の自由は「一般の福祉に反しない限り」という条件の下に、居住・移転の自由とともに定められていた。が、それを日本側が3月2日案で、明治憲法29条にならって、「言論、著作、出版、集会及結社ノ自由」という形でまとめて保障するように改めたのである。もっとも、3月2日案には、ワイマール憲法を参考にして、これらの自由を「安寧秩序ヲ妨ゲザル限ニ於テ」という条件を課す規定が設けられていた。そのため、総司令部は、「基本的な自由については、憲法上に除外例を設けることなく、無条件で保障する規定としなければならない」という立場から、日本側の提案を拒けたのであった。こうして、結社の自由は、除外例を設けることなく無条件に保障されることになった(高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説——連合国総司令部側の記録による——』(有斐閣, 1972年) 163頁以下、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』(有斐閣, 2000年) 235頁以下)。
- (7) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年) 292頁。大隅教授によれば、「今日の憲法学はその到達点として」、そのように捉えているという(大隈義和『「公益性」概念と結社の自由——『公益法人』制度改革を素材として——(2・完)』京女法学5号(2013年) 2頁)。ちなみに、ごく初期においては、「共同の目的をもつ……継続的な多数自然人の集団」(法学協会編『註解日本国憲法(上巻)』(有斐閣, 1951年) 206頁)と捉えられていた。
- (8) 芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』(有斐閣, 1978年) 602頁〔佐藤幸治〕、樋口陽一ほか『注解法律学全集2憲法Ⅱ』(青林書院, 1997年) 25頁〔浦部法穂〕などを参照。ただし、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2017年) 459頁は、「2人以上の人が共通の目的で一時的または継続的に団体を形成することを結社という」として、一時的な団体も結社に含めている。
- (9) ただし、学説の中には、「結社」を「(1) 継続的な同一方向の目的を志向する任意的集団意思を基礎とし、(2) 構成員の変動にかかわらず同一性を保ち、(3) 独自の内部組織と内部規範を備えている人的組織体」と厳密に定義する見解もある(佐藤幸治編『憲法Ⅱ基本的人権』(成文堂, 1988年) 232頁〔阪本昌成〕)。
- (10) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第6版〕』(岩波書店, 2015年) 219頁。
- (11) 佐藤幸・前出注(7) 292頁。そのほかに、宮沢俊義＝芦部信喜『全訂日本国憲法〔第2版(全訂版)〕』(日本評論社, 1978年) 245頁、佐藤功『ポケット註釈全書憲法(上)〔新版〕』(有斐閣, 1983年) 324頁、橋本公巨『日本国憲法』(有斐閣, 1980年) 259頁以下、伊藤正己『憲法〔第3版〕』(弘文堂, 1995年) 303頁、初宿正典『憲法2基本権〔第3版〕』(成文堂, 2010年) 319頁以下、赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社, 2011年) 95頁など。
- (12) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法(上巻)』(青林書院新社, 1984年) 456頁〔浦部法穂〕など。
- (13) 宮沢＝芦部・前出注(11) 245頁。
- (14) 佐藤功・前出注(11) 324頁。

- (15) 浦部・前出注(12) 456頁。
- (16) 芦部・前出注(6) 526頁。
- (17) 芦部・前出注(6) 524頁以下を参照。
- (18) 佐藤幸・前出注(7) 292頁。
- (19) 初宿・前出注(11) 321頁。
- (20) 体系書としては、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2007年) 488頁, 長谷部恭男『憲法〔第6版〕』(新世社, 2014年) 226頁, 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣, 2017年) 252頁など。ほかに、田近肇「結社の自由」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年) 140頁, 井上武史『結社の自由の法理』(信山社, 2014年) 329頁以下, 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣, 2017年) 451頁〔阪口正二郎〕などがある。
- (21) 大石眞『権利保障の諸相』(三省堂, 2014年) 259頁(初出は「結社の自由」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 1999年))。
- (22) 小野善康「結社の憲法上の権利の享有について——『法人の人権』論の再検討——」アルテス・リベラレス72号(2003年) 91頁。
- (23) 小野・前出注(22) 91頁以下。
- (24) 浦部・前出注(12) 456頁。
- (25) 佐藤幸・前出注(7) 292頁。
- (26) 大石・前出注(21) 259頁。
- (27) 大石・前出注(21) 259頁。
- (28) 松井・前出注(20) 488頁。
- (29) 長谷部・前出注(20) 226頁。
- (30) 高橋・前出注(20) 252頁。
- (31) これは、伝統的な通説, つまり松本烝治博士の見解である(落合誠一「会社の営利性について」黒沼悦郎＝藤田友敬編『企業法の理論(上巻)』(商事法務, 2007年) 5頁以下)。
- (32) 小野・前出注(22) 92頁。この小野説に対しては、「私法における法人論の基準からは『営利社団である株式会社等は結社ではないが、職業団体や業界の連合会などは結社に入る』ことを参考にして、職業団体や業界の連合会などは『結社』に入るとするが、このような分離の仕方はあまりにも技巧的な処理にとどまるのではないだろうか」という批判が加えられている(大隅・前出注(7) 8頁)。
- しかし、この批判は、必ずしも当たらないのではないだろうか。というのは、構成員が利益の分配にあずかる団体と、そうではない団体とでは、単純に考えてみても、それぞれの結社の目的が大きく異なると思われるからである。もしそうだとしたら、それぞれの団体の性格にふさわしい憲法上の保障と制約を受けるべきである。
- (33) 神作裕之「会社法総則・擬似外国会社」ジュリスト1295号(2005年) 138頁以下, 黒沼悦郎『会社法』(商事法務, 2017年) 28頁。
- (34) 田中亘『会社法』(東京大学出版会, 2016年) 36頁。ちなみに、協同組合であっても、剰余金の分配が可能なのは、営利法人として位置づけるべきだろう(同旨, 後藤元伸「一般社団・財団法人法および会社法の成立と団体法体系の変容」法律時報80巻4号(2008年) 133頁)。
- (35) この点について、立法関係者は、「このような定め〔11条2項〕は、剰余金の分配を目的としない法人であるという一般社団法人の基本的性格に反するものであるし、また、定款の定めによっても社員が法人の資産に対する持分を有する仕組みを採用することができない点を明らかにし、営利法人との区別を明確にするためである(会社法105条2項参照)」と説明している(新公益法人制度研究会編著『一問一答公益法人関連三法』(商事法務, 2006年) 31頁)。なお、「財団」も「結社」に含まれるかという問題について、憲法学説は賛否両論に分かれている(賛成するものとして、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂, 1995年) 148頁, 反対するものとして、渋谷・前出注(8) 459頁)。
- (36) 落合教授の言葉を借りれば、「松本博士の見解以来、一般的に理解されてきた団体の営利性の意義は、実定法上のものとしても認められた」わけである(落合・前出注(31) 23頁)。
- (37) 小野・前出注(22) 91頁。
- (38) 小野・前出注(22) 91頁, 97頁。
- (39) 神作裕之「非営利法人と営利法人」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣, 2007年) 59頁。
- (40) 後藤・前出注(34) 130頁。従前は、公益・私益, 営利・非営利という二つの基準が錯綜していた(能見善久「公益的団体における公益性と非営利性」

ジュリスト1105号(1997年)50頁以下)。それだから、我妻榮『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店, 1965年)139頁は、「民法・商法上の法人の目的による区別を、公益と営利とにせず、営利と非営利(中間的なものを含む)とにすべきであろうと思われる」としていた。

(41) 赤坂・前出注(11) 97頁, 348頁。

(42) 大石・前出注(21) 259頁。もちろん、だからといって、議論をする必要はないというわけではない。

(43) この点を指摘するものとして、杉原泰雄編集代表『新版体系憲法事典』(青林書院, 2008年)539頁〔北川善英〕を参照。さらに、浦部・前出注(12) 456頁も参照。

(44) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院, 1995年)

550頁。ただし、その後、同教授は、「法人格付与のあり方も、『結社の自由』の保障と無関係ではない」と述べるに至っている(佐藤幸・前出注(7) 293頁)。

(45) 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社, 2011年)185頁〔市川正人〕。

(46) 樋口陽一『憲法〔第3版〕』(創文社, 2007年)236頁, 松井・前出注(20) 490頁, 渋谷・前出注(8) 459頁など。

(47) 大石眞『憲法講義Ⅱ〔第2版〕』(有斐閣, 2012年)208頁。なお、井上・前出注(20) 324頁は、さらに進んで、「結社の法人格取得権」という構想を主張している。

(48) 大石・前出注(47) 209頁。