九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

社会福祉法人法制についての一考察

伊奈川，秀和
九州大学大学院法学研究院助教授

https://doi.org/10.15017/2234

出版情報：法政研究. 68 (1), pp.25-47, 2001-07-09. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

社会福祉法人法制についての一考察

伊奈川　秀　和

はじめに
一　公益法人としての社会福祉法人の意義
二　法人の権利能力から見た民間参入論
三　事業の永続性から見た民間参入論
おわりに

はじめに

社会福祉基礎構造改革、規制緩和等に関連して、社会福祉分野への民間営利企業の参入議論が高まりを見せている。(1) 記憶に新しいところでは、一九九六年に老人保健福祉審議会から出された高齢者介護保険制度の創設に関する報告でも、サービスの提供について多様な主体の参加の考え方が打ち出されている。実際、介護保険制度では、居宅介護支援事業

及び居宅サービス事業への営利法人の参入が進んでいる。[2]

民間参入論議に当たっては、それが社会福祉の実施主体に絡む問題である以上、法的側面を無視した議論は行い得ない。これまでも、社会保障法の研究者の間では、福祉サービス給付に関する公的責任、とりわけ公的責任の転嫁禁止の原則（社会福祉法六一条一項一号）との関係における民間社会福祉事業の位置付け等についての議論が積み重ねられてきた。[3]

現在の民間参入論議は、こうした社会保障内在的視点ではなく、政府の規制緩和の中で議論されている。それだけに、これまでの社会保障法の成果を踏まえつつも、法人法制、公的規制等に関する民法、商法、行政法等の関連分野も考慮したより広範な議論が不可避である。また、民間参入の問題は、単に理論上のみならず、異なる主体間の税法上の扱いのあり方にも波及する極めて実際的な問題であることも認識する必要があろう。

そこで、ここでは、あえて社会保障法内在的な議論を離れ、筆者の専門外の民法等にも踏み込みながら、法人法制の観点から社会福祉法人の議論を始めることとしたい。その上で、民間参入論議との関連で、社会福祉法人の在り方について何らかの示唆が得られないか検討することとしたい。

（1）政府の「規制緩和推進三か年計画」においても、企業による病院経営及び高齢者介護分野の社会福祉事業への民間参入が取り上げられている。二〇〇〇年度の再改定に際しては、これら民間企業参入については、引き続き検討を進めるとされている。

（2）営利法人の割合（二〇〇〇年七月）は、居宅介護支援事業者で二三％、居宅サービス事業者で二九％に達している。

（3）河野正輝「第7章　社会福祉」園部逸雄他編『社会保障行政法、社会保障と現代行政法〈有斐閣大学双書〉』（有斐閣、一九八〇年）六〇〇頁・河野正輝「第4章　社会　福祉サービスの行財政」佐藤進・河野正輝編『新現代社会福祉法入門』（法律文化社、二〇〇〇年）五九頁。

一　公益法人としての社会福祉法人の意義

社会福祉法人は、社会福祉事業の純粋性と公共性を確立するために民法の公益法人に対する特別法人として創設された制度である。[1] そこで、まず、公益法人としての社会福祉法人の意義を確認しておきたい。

(一)　公益性と非営利性

法人の類型からみた社会福祉法人は、学校法人及び宗教法人とともに、特別法上の公益法人としての「特別法型公益法人」に属する。[2] このため、民法上の公益法人より厳格な規制に服するものの、法人の本質としては、民法上の公益法人（社員を前提としない点で財団法人）と共通性を有する。そこで、民法上の公益法人を手掛かりに社会福祉法人の公益性と営利性を検討する。

民法（三四条）によれば、公益法人は次のように定義される。

公益法人＝
- 公益性（祭祀、宗教、慈善、学術、技芸その他公益を目的とする）
- ＝＼＋
- 非営利性（営利を目的としない）

この場合の公益とは、私益の反対概念であり、社会全般（一般）の利益（すなわち、不特定多数の者の利益）を意味すると解される。[3] 民法の公益の例示にも関わらず、この公益の概念は、必ずしも明確ではない。制度の運用を見る限り、公益性の判断は主務官庁の裁量が大きい。判例も、公益法人の設立の許可は主務官庁の広範な裁量に任されており、その判断過程に一応の合理性があれば、違法ではないという立場である（最判昭六三・七・一四判時一二九七・二九）。

一方、営利とは、構成員の経済的利益を追求し、終局的に収益が構成員に分配されること（専ら構成員の経済的利益

を図り、終局的には、法人の利益も利益配当その他何らかの方法で構成員個人に分配し経済的利益を図ること）を意味する。[4] この場合の収益と営利とは、一般的には類似した概念として捉えられる。

このように、民法の公益法人の定義では、「公益性」と「非営利性」という二つの要素が規定されている。このうちの公益を私益との対立概念と捉え、かつ、営利を私益と読み替えることができるとすれば、公益と非営利は同一次元でとらえるべきことになる。[5] そして、法人は大きく公益を目的とする「公益法人」と、私益を目的として利益を構成員に分配する「営利法人」に分かれることになる。[6]

実際、このように公益・私益と非営利・営利を同じ次元でとらえ、法人を公益法人と営利法人に二分する考え方が一般的である。[7] しかし、ここでいう公益と営利は単純に同一軸上の両極端に位置するのではなく、むしろ二つの異なる軸と解する考え方もある。[8] 公益性と非営利性を並列する民法の規定からすれば、両者が異次元のものととらえる方が法文に忠実である。

本稿の狙いとする営利法人の社会福祉への参入論議の分析のためには、公益・私益と非営利・営利を異次元でとらえる方が問題点が鮮明となる。そこで、ここでは、公益・私益と営利・非営利という二つの軸を手がかりに、社会福祉法人の位置付けを検討したい。

なお、各種法人を見ると公益・私益、営利・非営利のみで捉えられないものも多い。例えば、福祉に隣接する医療は、積極的に公益を図る事業とは捉えられていないが、公益性が皆無とも言い難い面があり、その点で半公益とも言うべき分野であろう。[9] 詰まるところ、公益性の判断は、法律の趣旨、目的によって異なってこざるを得ない。[10]

例えば、医療法人の公益性の問題については、相続税法六六条四項（一九六五年改正前）が規定する「公益を目的とする事業を行う法人」に医療法人が該当するかが問題となった事件がある（東京地判昭四六・七・一五行裁集二二・七・九六三、東京高判昭四九・一〇・一七行裁集二五・一〇・一二五四）。[11] 判決は、医療法人の業務は、事の性質上利益の追

法人の類型

<table>
<tr><td colspan="2" rowspan="2"></td><td colspan="2">公益性</td></tr>
<tr><td>有り</td><td>無し</td></tr>
<tr><td rowspan="3">営利性</td><td>有り</td><td>?</td><td>商事会社・民事会社
（ex．株式会社、有限会社）</td></tr>
<tr><td colspan="2">半公益半営利法人
（ex．公企業法人、医療法人）</td></tr>
<tr><td>無し</td><td>公益法人
（ex．社福法人、学校法人）</td><td>中間法人
（ex．労働組合、協同組合）</td></tr>
</table>

及を第一義とするものではなく、公益性をもつ事業というべきであるから、医療法人はいわゆる営利法人ではなく、さりとていわゆる公益法人そのものでもなく、いわば両者の中間に位置し、むしろ公益を目的とする事業を行う法人に該当すると判示している。

概念を巡る曖昧性は、営利の概念にも多少存在する。[12] 例えば、医療法人においては、剰余金配当は禁止されている（医療法五四条）ものの、残余財産は出資者に帰属させることが可能である。非営利の徴表を剰余金配当の禁止に求めれば医療法人は非営利であるが、残余財産の処分も考慮すれば、むしろ医療法人は半営利とも捉えられる。

このように医療法人は、積極的に営利を図るものでも、積極的に公益を図るものではない。このため、医療法人については、公益目的と営利目的との両面を兼ね備えるという意味で「公益半営利法人（公益収益目的融合法人）」として整理したい。[13]

これ以外の類型としては、非営利かつ公益性のない法人が存在する。例えば、労働組合、消費生活協同組合、農業協同組合等がその例である。このような公益も営利も目的としない法人は、一般に中間法人と言われる。[14] これらの中間法人も、農協のように付帯事業として社会福祉の分野に進出していることから、社会福祉の公益性・非営利性を考える上で重要である。

以上のような公益・私益及び営利・非営利の組み合わせから、法人は上記のようなマトリックスに分類できることになる。[15]

(1) 木村忠二郎『社会福祉事業法の解説』(時事通信社、改訂版、一九五五年) 一四五～一四七頁
(2) 林良平・前田達明編集『新版注釈民法(二)、総則(二)法人・物§§三三～八九』(有斐閣、一九九一年) 四八七頁：森泉章「公益法人における「公益性」と「収益性」」『ジュリスト、増刊、民法の争点』(有斐閣、一九七八年) 一六頁：林修三『公益法人研究入門』(公益法人協会、一九七八年) 四五頁
(3) 我妻榮『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、一九六五年) 一三六頁：林良平・前田達明編集・前掲(2)一八七頁
(4) 林良平・前田達明編集・前掲(2)一九一頁：鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法(新版)」(有斐閣、一九八七年) 一四頁：竹内昭夫他編集代表『新法律学辞典(第三版)』(有斐閣、一九八九年) 七七頁
(5) 倉沢康一郎「営利社団法人の意義」法学研究四四巻三号(一九七一年) 二〇〇～二〇一頁
(6) 我妻榮・前掲(3)一三六～一三九頁(「営利法人は、専ら構成員の私益を目的とし、従って、団体の利益を結局何等かの形式で構成員に分配するものである」と述べており、公益・私益と非営利・営利が同一次元でとらえられている。)
(7) 倉沢康一郎・前掲(5)二〇一頁
(8) 四宮和夫・能見善久『民法総則第五版』(弘文堂、一九九九年) 七七頁
(9) 公益を広義に解すれば、医療も公益性を有することになる。林修三・前掲(2)四六～四九頁は、公益の概念を広く捉え、「医療事業…は、公益性の点で欠けることがない」と述べている。
(10) 林修三・前掲(2)四七頁
(11) このほか類似の判決としては、東京地判昭四九・九・三〇訟月二〇・一二・一〇一〇、東京地判四九・九・三〇行裁集二五・八―九・一一四一がある。吉良実「財団法人と相続税及び贈与税」税法学一四〇号一四頁(一九六二)参照。
(12) 社福法人等の公益法人も収益事業が認められているが、これは付帯事業としてであり、これによる剰余金の配当等も予定されていないことから、法人総体としては非営利であるといえよう。
(13) 田代有嗣「法人の公益目的と営利目的」民事月報一七巻八号(一九六二年) 九～一二頁
(14) 四宮和夫・能見善久・前掲(8)七六頁
(15) 四宮和夫・能見善久・前掲(8)七七頁：田代有嗣・前掲(13)一頁以下(法人を公益法人と営利法人とに分類していることから、公益と営利を同じ次元でとらえていると考えられる。)

二　法人の権利能力から見た民間参入論

(一)　問題の所在

民間参入の問題とは、公益的かつ非営利を前提としてきた社会福祉分野に、営利かつ公益を目的とした営利法人[1]が参入できるかという問題である。そうは言っても、福祉の公益性・非営利性は、もともと絶対的な原則ではない。例えば、在宅福祉の分野には、既に営利企業が参入している。また、一定の条件の下で、非営利ではあるが非公益の中間法人である農協や医療法人が社会福祉分野に参入している。しかも、社会福祉法上は、営利法人を禁止しているわけではなく、第一種社会福祉事業について国、地方公共団体又は社会福祉法人による経営を原則としているのに止まる（六〇条）。また、第二種社会福祉事業については、主体に関する規制は存在しない。

ただ、施設福祉の分野を中心に福祉各法の規制により、営利企業の参入が認められていないのも事実である。それ故、営利企業の参入問題が現実的意義を失っていない。しかも、前述のように営利性・非営利性の概念は、公益性・非公益性の概念に比べて、より明確な対立概念である。また、社会福祉の歴史の中では、社会福祉事業の非営利性は当然のことと考えられてきた。[2]それだけに、非営利性を前提としてきた社会福祉において、営利性がなじむのか、公益・非公益の検討以上に慎重な検討が必要となる。

これらの論点の根底には、法人が法令に従いその定款又は寄附行為によって規定される目的の範囲で権利及び義務を有する（民法四三条）という法人の権利能力の問題がある。[3]そこで、法人の目的及び権利能力の限界の面から、営利法人の参入を検討する。

(二)　営利法人の権利能力の考察

自然人と異なり、法人の目的は、法人の権利能力を通じて、法人の行為の効力に関わってくる重要な問題である。この法人の能力がその目的の範囲内に限定されるという理解に立てば、法人の目的の範囲を逸脱する行為は無効になるはずである。社会福祉を例に取れば、社会福祉法人の目的が「社会福祉事業を行うこと」（社会福祉法二二条）にあり、その社会福祉事業にかかる行為であれば、法人としての権利能力を有することは問題がなかろう。ところが、営利法人の場合には、その目的の射程に社会福祉がなければ、営利法人が社会福祉を行ったところで、法的には無効ということになるかもしれない。

営利法人の目的は、①民法や商法の規定が予定する営利法人の目的と②個々の法人の定款が規定する法人毎の目的とに形式上分けることができる。ここから、営利法人の特徴として、差し当たり、次の二点が指摘できる。

① 営利法人においては、民法及び商法上、その事業内容を制約する規定はなく、営利という営利法人の一般的な目的を別とすれば、定款に規定すれば広範な活動が目的となりうる。[4] そのため、社会福祉が本質的に営利性に反するのであれば格別、そうでなければ、公益性を理由に営利法人の事業として社会福祉を除外する規定は私法上は存在しないことになる。

② 法人は目的の範囲内において存在するにも関わらず、営利法人については、目的の範囲の制限は形骸化・空文化している。[5] このため、営利法人の場合には、定款に記載された目的達成に必要又は有益な行為もその目的に包含されるのみならず、それ以外の行為も判例により有効と解されている。[6]

このように、営利法人の目的については、その目的に制限があるという法文の立前にも関わらず、実際には判例・解釈を通じて拡張され、形骸化・空文化している。営利法人の目的が弛緩する理由は、目的外であるとの理由で法人の行為が無効となれば取引の安全が害されることから、資本主義経済の担い手である営利法人については、定款に規定され

る当該法人の達成すべき目的よりも取引の安全の方が重視されるためである。[7]

要すれば、営利法人にあっては、そもそも法人の目的に関する法的な制約が弱いのに加え、取引の安全や取引秩序の維持という現実的要請が相まって、法人の目的は緩やかに解釈されている。

㈢　公益法人の権利能力の考察

営利法人の目的の範囲に関する議論は、公益・非営利を目的とする公益法人、その中でも社会福祉法人にもそのまま適用できるのであろうか。[8]

この問に対しては、営利法人が行うような営利事業（収益事業）から得た利益を公益事業に供用すること、すなわち、営利を手段として公益を目的とすることができるかという論点[9]が示唆を与えてくれる。営利事業は、通常、構成員への利益配当を目的とするという意味での営利概念に結びつくが、既に述べた公益・私益と非営利・営利という枠組みからすれば、営利事業の利益を公益に投入することは、公益の追求と利益の不配当という公益法人の要件と何ら矛盾するものではない。[10]

そうであれば、公益法人が営利事業を行うことに特段の制限はなく、営利事業を目的としてかまわないということになる。しかし、収益事業には、その法人としての本質や収益事業の規模の面からの限界と並んで、目的による限界があると言われる。[11]公益法人の事業が全て収益事業となるのは問題外であるとしても、具体的な限界点がどこかは微妙である。判例を見ると、この目的による限界を前提としつつも、公益法人の行為が目的の範囲内か否かの判断は、必ずしも統一的ではない。例えば、

①　育英事業を目的とする財団法人がその資金を利殖の目的で高利で他に貸し付ける行為がその目的達成に必要なものとは認められないとした判決[12]がある一方で、

② 育英事業を営む社会福祉法人がその事業の経営のため相当の賃料をもって自己所有の宅地建物を貸与する場合の宅地建物も社会福祉事業の用に供する固定資産として地方税の免税固定資産（地方税法三四八条二項一〇号）に該当するとした判決[13]

がある。

このうち①は、育英事業の資産の増殖を図ることは、目的達成のために必要な事項であるけれども、それは確実な方法によるべきものであって、高利によって利殖が可能な反面、元金も失う危険のある金銭の貸付が公益法人たる財団法人の目的達成に必要なものとはとうてい考えられないと判示している。これに対して、②は社会福祉法人の行為の効力自体はなく、地方税法の免税固定資産の適用が問題となった事案であるが、その判決の前提として、寄付行為に明示されていない生活困難者以外への不動産の賃貸が育英事業の資金になる点で社会福祉事業の目的の範囲か否かについても判断している。それによれば、原告が生活困難者の子弟に学資金を貸与するため本件財産を適法に賃貸したからといって設立認可の趣旨に反するもの、又は設立の目的以外の目的に使用するものと断ずることはとうてい無理であると判示している。

このように、同種の事業でありながら判決の結論が異なるのは、①が説示するように、金銭貸付が元金を失う危険性があるのに対して、不動産の賃貸の場合には、不動産そのものを失うおそれがないためであろう。そうであれば、公益法人の目的が当該法人の行為の効力を判定する際の道具概念になっていることは、営利法人の場合と異ならないが、その際の考量される要素は、取引の安全ではなく法人の財政基盤の安定や法人の健全な運営にある。その点で、公益法人にあっては、法人の目的の範囲は依然として有効性を失っていないと言える。

公益法人の目的が営利法人に比べて厳格に解釈されるのは、次のような事情によると考える。

第一に、公益法人が営利法人とは別の独自の法人格が認められるのは、予め法人が達成すべき目的を特定の公益に限

定した上でその公益の積極的追求が法人制度に内在されており、当該公益目的の特定と追求は公益法人の不可欠の要素であるからである。そうであれば、公益法人の活動において、公益という目的を犠牲にして取引の安全が優先されることになれば、公益法人としての前提を欠くことになる。もちろん、公益法人にあっても、取引の安全が重視されるべきであるが、その程度は営利法人よりは弱く、公益法人の取引の相手方としては、取引が営利法人でなく公益法人と行われていることは、その名称により公示されていることから、不測の損害を被ることはないはずである。

第二に、公益法人においても、営利事業の利益が公益目的以外に投入するといった制度の濫用の危険があるためである。法律が公益法人の設立を許可制にしているのは、公益を目的とする法人の濫用をおそれてこれに干渉を加えるためであるが[14]、制度の濫用の予防はあらゆる段階で必要であり、これが法人の目的の解釈にも反映されていると考える。

(四) まとめ

以上の営利法人及び公益法人の目的に関する考察は、次の点を示唆する。

① 営利法人については、目的の範囲は緩やかに解される傾向があり、その限りでは法人として公益の追求である公益事業ができないわけではない。

② このことは、逆に営利法人が公益を目的としながら、そこから逸脱する行為を行っても、更には行為がその目的に範囲内であっても、取引の安全等の要請から当該行為が無効になったり、有効になったりすることを意味する。つまり、取引の安全等のために公益追求が犠牲になる場合があるわけである。

③ しかも、営利法人の事業は、利益配当等による構成員への利益の帰属を目的としている以上、本質的に収益事業である。その点でも、公益の追求を担保する手段を欠くことになる。

④ 一方、公益法人については、目的の範囲は厳格に解される傾向があり、その目的は公益に限定される。そして、設

立の許認可、監督等の公益追求を担保する手段が用意されており、公益の美名にかくれて不当なことのなされるのを防止できることになる。

ここから指摘できるのは、営利法人が公益追求を目的とすることがアプリオリに排除されるわけではないが、法人法制上、公益追求を担保する手段を手当てしない限り、公益追求が形骸化・空文化する可能性があることである。

なお、一般的には、営利は私益の追求と結びつきやすく、公益と営利とは両立しにくい概念である。仮に営利法人が公益のみ追求し、構成員への利益還元がなされなければ、営利法人としての目的への違背となろう。公益と営利が両立するとすれば、その場合の公益は、専ら公益を追求する場合に比べて、減殺された公益と考えるべきである。従って、営利法人が公益目的の事業を営む場合には、専ら公益を目的とする非営利法人の場合より、より強い事業規制に服すか、利益配当に関する制約が必要である。

いずれにせよ、公益・私益、営利・非営利の区別は相対的で微妙な価値判断を要する面があることは否めないであろう。その点で、営利法人の参入問題は、解釈学的な検討に加え、より実質的な観点からの検討を必要とする。以下、その面から若干の考察を行うこととしたい。

(1) 営利法人とは、営利を目的とする法人であり、商事会社としての株式会社、有限会社、合名会社、合資会社が代表的である。

(2) 「社会事業」の用語は、既に井上友一『救済制度要義』(博文館、一九〇九年)四頁に見ることができる。その性格については、灘尾弘吉『社会事業叢書第二巻、社会事業行政』(常磐書房、一九四〇年)三頁は、「社会事業たる為にはそれに用ひられる名称が如何なるものであろうとも収益を目的とすることはその性質に反するものと謂うはねばならぬ」と述べている。社会福祉事業の概念の変遷については、新田秀樹『社会保障改革の視座』(新山社、二〇〇〇年)一六五頁以下に詳しい。

(3) 法人の権利能力によって制限されるのが何かを巡っては、①権利能力制限説、②行為能力制限説、③権利能力・行為能力双方を制限するとする説、④代表権制限説、⑤内部的制限説等があるが、一般に権利能力と行為能力の双方を規定していると理解されている。(益井公司「法人の「目的の範囲」外の効力について」『21世紀の民法―小野幸二教授還暦記念論集―』(法学書院、一九

九六年）六〇頁；森泉章編『公益法人の法務Q＆A』（有斐閣、一九九四年）七八頁；河内宏「第五講、法人の目的の範囲」森泉章編『民法基本論集第Ⅰ巻―総則』（法学書院、一九九四年）五七頁）

（4）鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法［新版］』（有斐閣、一九八七年）一〇～一二頁

（5）森泉章編・前掲（3）七八頁；森泉章『法人法入門』（有斐閣、一九八六年）六五頁；田代有嗣「法人の公益目的と営利目的」民事月報一七巻八号（一九六二年）四～五頁

（6）森泉章編・前掲（3）七八頁；森泉章・前掲（5）六五頁；鈴木竹雄・竹内昭夫・前掲（4）一〇～一二頁；田代有嗣・前掲（5）四～五頁

（7）森泉章編・前掲（3）七八頁；森泉章・前掲（5）六五頁；鈴木竹雄・竹内昭夫・前掲（4）一〇～一二頁；田代有嗣・前掲（5）四～五頁

（8）公益法人の場合にも、法人の目的の制限の本質が何かという観点から、権利能力制限説、代表権制限説等との議論があり得る。

（9）松本烝治「営利法人ノ観念」法学協会雑誌二八巻三号五頁

（10）松本烝治・前掲（9）一八頁は、「営利ヲ目的トスル社団ハ公益法人タラサヘキノ理ナク之ニ反シテ営利ヲ手段トシテ私益ヲ目的トスル社団ハ其利益ヲ社員ニ分配スルコトヲ要スヘシ是即チ営利法人ノ観念タリ」と述べている。

（11）収益事業の限界として、①公益法人としての社会的信用をそこなうような収益事業は許されい（本質上の限界）、②収益事業の内容は、定款や寄付行為に盛られた目的事業達成におのずから寄与するような副業的ないし付随的な事業に限られる（目的による限界）、③収益事業の規模内容は、公益事業の実施規模との関連において相対的に判断されるべきであるが、収益事業が主たる目的事業であるかのように誤認されるほど過大なものは許されない（規模による限界）がある（森泉章「公益法人における「公益性」と「収益性」」『ジュリスト、増刊、民法の争点』（有斐閣、一九七八年）一九頁）。

（12）広島高岡山支判昭和三〇年九月一六日高民八巻六号四〇六頁

（13）仙台地判昭和三三年一一月二四日行集九巻一一号二四三二頁

（14）松本烝治・前掲（9）一九頁；我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）一四〇頁

三　事業の永続性から見た民間参入論

㈠　問題の所在（公益的・非営利法人における事業の永続性）

社会福祉法人制度の創設の狙いは、経緯的には、社会福祉事業の公共性と純粋性を確保することにあった。[1] しかし、いわゆる社会的弱者にサービスを提供する社会福祉にあっては、他の分野以上にサービスが安定的・継続的・計画的に供給されるという視点が重要である。こうした福祉サービスへの安定性・継続性・計画性をも括る概念として、ここでは永続性を用いて、以下検討を加えてみたい。

まず、この社会福祉法人の永続性の要請は、社会事業の創設期から、多くの論者によって意識されていた。[2] また、社会福祉事業の対象が実施期間が六月（連絡助成事業にあっては、三月）を超えるものに限定されていること（社会福祉法二条四項二号）も、そうした意識の傍証となろう。そうであれば、現行制度にも永続性の精神は継受されていると考えるのが自然である。

さらに、医療法人の制度創設の趣旨を想起すれば、社会福祉法人制度にも永続性の理念が組み込まれていると考えることが相当である。すなわち、医療法人制度は、医療事業の経営主体が医療の非営利性を損なうことなく法人格を取得する途を開くことにより、①資金の集積を容易にするとともに、②医療機関の経営に永続性を付与し、もって私人による医療機関の経営困難を緩和することに制度創設の趣旨があった。[3]

そもそも法人は、一定の永続性を前提にしている存在である。株式会社を例にとれば、「株式会社は個人の力または存在を超える大規模または永続的な企業を起こすための制度として好都合である。それは前述のように人々の投資意欲をそそって広く公衆の間に散財する資金を吸収して企業の形成を容易にし、また、会社の財産的および活動的基礎が社員個人の財産および活動から独立しているため、永い生命を保ちうるからである。」との指摘がある。[4]

しかも、社会福祉法人制度は財団的構成をとり、剰余金配当を前提としないことから、措置制度の下での現実可能性は別として、剰余金は事業のために投入されるしかなかったわけであり、その点では、明示的ではないものの事業の永続性が制度に内在していた。[5] もとより、株式会社等の営利法人にあっても、資金の蓄積により事業の永続性が否定されるわけではないが、法的な担保は弱い。事業の廃止を止める手段の欠如しており、むしろ株主利益の最大化の考え方からすれば、不採算事業は休廃止すべきことになる。要すれば、社会福祉法人においては、永続性の要請が、他の法人以上に強いということになる。

上記以外の観点も含め、社会福祉法人法制に内在する永続性の担保のための枠組みを整理すれば、次のようになる。

① 財政の安定性・中立性⇩剰余配当の禁止＋収益事業の許容

② 事業の安定性⇩収益事業の許容

③ 機関（理事、監事等）の安定性・中立性⇩同族支配の排除＋評議員会の設置

このような社会福祉サービス提供の永続性の要請がいわゆる社会的弱者に対する継続的なサービス提供という社会福祉の本質に由来するものであること、そして、それを担保するための社会福祉法人法制の枠組みが存在することに鑑みると、営利法人の場合にも、事業の永続性が担保できることが民間参入のための必要条件として浮かび上がる。そこで、次に営利法人の営利性と永続性の両立について考察を行う。

(二) 営利法人における営利性と永続性の両立

営利性を優先する場合には、収益が望めなければ事業を中止するのが自然である。しかし、営利法人であることのみで永続性を否定するのは、短兵急である。何故なら、営利法人のそもそもの意義に事業の永続性の確保があることは上述の通りであり、その限りでは、事業の永続性は社会福祉法人のみの特徴ではないからである。ただ、営利法人と社会

福祉法人とでは、その永続性の性格や程度に違いがある可能性はある。従って、営利法人の営利性と永続性との関係について、社会福祉法人との異同を念頭に置いた検討が必要となる。

この点に関しては、自然独占に分類される各種公益事業が示唆を与えてくれる。[6] 公益事業は、直接に社会公共の利益に仕えるという意味で公益性を有するにもかかわらず、営利法人（特許企業、公企業）により事業が実施されている。[7] この公企業及び特許企業の概念を歴史的に見れば、そこには国家独占的な思想があったとはいえ、現在では、一般的に経営の主体は営利法人であり、国家の関与は経営権付与のための特許を通じてにすぎない。[8] このように公益事業を見る限り、公益性のみに着目してアプリオリに営利法人を排除することは困難であろう。

ただし、公益事業の事業者は企業遂行の義務を負い、経営の内容について行政庁の積極的監督に服するなど、需給調整のための広範な事前規制に服する点に一つの特色がある。[9] このため、事業者は、事業の休止及び廃止に当たって大臣の認可が必要であり、公共の利害や利便が（著しく）阻害されるおそれがないと認められなければ認可されないなど、現行法は強力な監督権を主務大臣に与えている。[10] 公益事業において事業の休廃止について認可制をとるのは、公益事業が社会経済に不可欠のサービスであり、それが供給独占になっている以上、営業の自由がその限りで公共の福祉による制限を受けることを意味する。視点を変えれば、公益事業については、事業の永続性の要請があり、このため、永続性の担保手段として、制度設計上認可制がとられていることになる。

営利法人と事業の永続性との両立に関して、次の点が指摘できる。

① 営利法人であっても、事業に対して適切な公法規制を課せば、事業の永続性を担保することは必ずしも不可能ではない。

② 従って、公益性の観点のみから、営利法人を排除することはできず、むしろ、どのような主体及び規制が望ましいかという実態に即した判断が必要になる。

③　この結果、巨額の投下資本を要し、自然独占に該当する公企業の場合には、国営方式でなければ、むしろ営利法人による私益の追求に委ねたるという選択が行われている。

㈢　社会福祉事業への示唆

まず、現行の社会福祉法でも「社会福祉事業の主たる担い手」と規定（二四条）されていることに注目したい。社会福祉事業が措置委託により社会福祉法人により遂行されるのであれば、公的責任のいわば代行者として社会福祉法人が中心的役割を担うことには、違和感がなかった。しかし、利用者が自らサービスを選択するという利用制度の下での実施主体の規制は、営業規制としての性格がより顕在化する。しかも、福祉分野への多様な主体の参加が現実化しつつある。そうした中で、社会福祉事業の「主たる担い手」という文言が単なる理念の表明ではないとすれば、事業の永続性の面でも社会福祉法人を主たる担い手とする意味を再検証することが必要となる。

永続性を前提とする法人は、本来、その制度に資金調達、調達資金による事業の展開といった自律的な仕組みを内在しているのが自然である。株式会社であれば、株主からの大量の資金を調達し、それを原資に営利事業を展開し、これによる収益を株主へ配当するといった資金循環の中で自律性を備えた法人として機能することが想定されている。

そこで、社会福祉に目を移すと、社会福祉法人は「社会福祉事業を行うことを目的」（二二条）とする法人と規定されている。これと措置制度が一体となり、社会福祉法人は、実際上は、公私分離原則に従いつつも、公的責任の遂行のための措置委託による措置費を収入源として事業を行う法人であったといっても過言でない。いわば、官主導の社会福祉事業と民間篤志家による社会福祉事業が合体したものである。

社福祉法人が財団的性格を有するとすれば、本来、潤沢な資金を財源に社会福祉事業を展開すべき法人のはずである。このため、株式会社のような株式発行による資金調達の途が閉ざされている社会福祉法人にあっては、予め潤沢な資金

を備えるか、さもなければ収益事業により資金を調達することが必要となる。

しかし、現実には、潤沢な資金を予め備えた社会福祉法人を想定することは困難である。措置制度の下では、極端な言い方をすれば、措置費を財源に事業を行うのが社会福祉法人であった。このため、営利法人以上に永続性が要請されながら、措置費抜きには永続性が保障されないという点では、社会福祉法人は本質的な困難を抱える法人であった。社会福祉の太宗が措置から利用制度に移行するとき、社会福祉法人が措置費を消化するだけでの法人としては存続し得なくなる。ここに、改めて、社会福祉法人の制度の自律性が問われることになる。

社会福祉法は、社会福祉法人が「自主的にその経営基盤の強化を図る」（二四条）を規定する。二〇〇〇年二月には、新しい社会福祉法人会計基準が出され、①施設単位の会計から法人単位の会計への転換、②損益計算の考え方、減価償却制度の導入が図られることになった。これは、法人の自主的な運営を会計の側面から後押しする効果があると考えられる。これにより、措置費等の消化による施設単位での委託事業の執行から「法人単位での経営」に転換が図られることが期待される。さらに、社会福祉法人の資産要件の緩和、経営の透明化のための第三者評価、情報提供等も社会福祉基礎構造改革の一環として実施される。

このような一連の改革については、多様な捉え方が可能であるが、法人に内在する永続性の要請の面からは、次のように捉えることができよう。すなわち、

・措置制度の下では、委託事業を的確に執行することが法人の永続性を確保する条件であり、このため様々な規制が存在していたが、

・利用制度の下では、法人の創意工夫による法人運営の自律性を確保することが法人の永続性を確保する条件であり、

このため、法人の公益性の確保と調和させながら一定の規制緩和が必要となった

と理解できる。この点で、同じ永続性と言っても、措置制度と利用制度では、その担保の仕方が異なることになる。な

お、社会福祉法人の自律性を強化する方向での改革は、それが社会福祉法人の公益性と調和する形で展開される限りでは、社会福祉法人の公益性を損なうものではなく、むしろ社会福祉の向上にも資すると捉えるべきであろう。

（1）木村忠二郎『社会福祉事業法の解説』（時事通信社、改訂版、一九五五年）一四六頁：社会保障制度審議会の一九五〇年勧告でも、「特別法人制度の確立等によりその組織的発展を図り、公共性を高めることによって」と述べられている。

（2）灘尾弘吉『社会事業叢書第二巻、社会事業行政』（常磐書房、一九四〇年）四頁（「社会事業は或る程度継続的組織的のものでなければならぬ」）：山口正『社会事業研究』（日本評論社、一九三四年）四三頁（「社会事業は組織的計画的の保護事業である」）：林寿二『公益法人論』（湘南堂書店、一九八一年）二四一頁（「公益事業は永久継続的に行われる。従って事業に安定性、継続性及び計画性を与えるため法人の財産殊に基本財産からの安定的果実収入は最もこの要求を充たす」）

（3）厚生省健康政策局『医療法・医師法（歯科医師法）解［第一六版］』（医学通信社、一九九四年）七四頁：林良平・前田達明編集『新版注釈民法（二）、総則（二）法人・物§§三三～八九』（有斐閣、一九九一年）五〇〇頁

（4）鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法（新版）」（有斐閣、一九八七年）二九頁

（5）従来、事業費は原則として流用は認められておらず、入所者の処遇が適切な場合に人件費・管理費に流用が可能であった。また、運用収入も一定の範囲でのみ、本部会計への繰り入れが認められるなど、厳しい管理が行われてきた。

（6）公企業は、本来作用法上の概念であって、組織法上の概念ではない。また、公企業概念の有用性には疑問があり、従来の学説が通説的地位を維持することは困難であることが以前から指摘されている（今村成和「公企業及び公企業の特許」『行政法講座第六巻、行政作用』（有斐閣、一九六六年）一六五頁：磯部力「公企業」『岩波講座基本法学7―企業』（岩波書店、一九八三年）二九九頁）。しかし、本稿のように営利法人による社会福祉の遂行の可否を検討する上では、依然として有用と考える。

（7）山田幸男『法律学全集13、公企業法』（有斐閣、一九五七年）八九頁によれば、公企業とは、「国または地方公共団体が直接社会公共の利益を目的として経営する企業」と定義されている。さらに、認可により社会福祉事業を行う社会福祉法人も特許企業とされている（同八七頁）。また、社会福祉事業は土地収用法の土地収用の対象となる「公共の利益となる事業」（三条）であり、この面でも公益事業と共通性を有する。

（8）塩野宏『行政法Ⅰ［第二版］』（有斐閣、一九九四年）九六頁：同『行政法Ⅲ』（有斐閣、一九九五年）七二頁

（9）山田幸男・前掲（7）五九頁

（10）電気事業法一四条、ガス事業法一三条、鉄道事業法二八条、電気通信事業法一八条。

おわりに

措置から利用制度に制度が大きく転換する中で、社会福祉法人制度及び社会事業の意義も再検討を迫られることになっている。既に、木村忠二郎は社会福祉事業法の解説の中で、社会事業が「慈恵的な施与とは根本的に異なるものであ」り、また、同法が社会事業から「慈善事業の性格を払拭」するものであると述べている。[1] 実際、社会福祉は、低所得層を対象としたものから、所得階層にかかわりなく児童、身体障害者、知的障害者、老人等を広く対象とするものに発展してきた。[2]

その点では、社会福祉事業は慈善博愛の事業ではなく、むしろ生存権保障のための公的責任（任務）を遂行するための事業としての側面が強くなっている。[3] 逆に言えば、社会福祉事業の全てが慈善博愛の事業と位置づけられるのではなく、事業に当たっての公益性・非営利性・永続性等を考慮して、社会福祉法人も含め公的責任が担保されている供給主体のみが慈善博愛の事業となる。

そうであれば、社会福祉事業イコール慈善博愛の事業とするのではなく、社会福祉事業を慈善博愛の事業とそうでないものとに分け、実施主体の非営利性・公益性・永続性に応じて、事業者に対して、公法上の権利義務（一種の公役務）を課すと同時に、税制及び補助金等の面で優遇措置に差を設けることも考えられる。[4]

この関係で参考になるのがフランスの病院制度である。フランスでは、病院の設置形態として、公立病院及び非営利の私立病院のみならず、営利の私立病院も認められている。ただし、全ての病院は、疾病保険の医療費支払いや施設整

備の関係で同じ優遇措置を受けるわけではなく、病院公役務（service public hospitalier）に参加する病院のみが一定の義務を負うと同時に優遇措置も受けることになっている。[5] 病院公役務への参加は、公立病院及び非営利私立病院は格別、営利私立病院にも公役務の特許（concession de service public）の形で参加を認めている。[6]

もちろん、我が国に公役務概念をそのまま導入することはできないとしても、そのような発想の応用は可能かもしれない。実際、公役務的な発想の萌芽は、介護保険の低所得者対策に既に見られる。低所得者の利用料負担の軽減対策として、社会福祉法人が利用者の状況に応じて利用者負担を軽減する措置が講じられているが、これは社会福祉法人の公的責任の発現と捉えることができよう。

仮に我が国の医療・福祉に公役務概念を応用した場合を想定してみよう。まず、従来は、医療は非公益、福祉は公益と一律に捉える傾向があったが、あらかじめ設定された公的責任に根差した任務（公役務）を遂行する場合に公益性を認め、それが非営利で実施されるか否かで、さらに差を設ける。これにより、福祉・医療の事業は、大きく公益を追及するもの（公益）とそうでないもの（非公益）に分かれる。そして、公益を追及するものでも、更に営利と非営利（公益・営利と公益・非営利）とに分かれることになる。ただし、医療の場合の医療法人のように非営利であるが、非営利性の程度により、一般の医療法人と特別医療法人とで差を設けることはあり得よう。また、株式会社等の営利法人は、その目的は制限されておらず、公益を追及するものとそうでないものに分かれるが、社会福祉法人は予め公益の追及のため設けられた法人制度であることから、非公益の社会福祉法人は実際上あり得ないことになる。

なお、社会福祉法人の剰余金配当の禁止に代表されるように、社会福祉の場合、利用者保護はある程度法人法制に内在されている。しかし、営利法人には、そのような法人法制上の歯止めはない。また、事業の永続性の担保も、営利法人においては弱いと言える。そのため、契約化された社会福祉制度の下で、そのまま営利法人の参入を認めれば、利用者である高齢者、障害者等とサービスの提供者との間に情報の非対称性、バーゲニング・パワーの不均衡がある以上、

野放しの市場原理が蔓延る危険がある。このことは、届出等（老人福祉法二九条）を別とすれば、規制がほとんどない有料老人ホームを巡って、利用者の権利侵害が発生していることを見れば明らかであろう。[7]

従って、営利企業の参入問題については、既に行われているよう在宅と入所と分けるなど、実態に即した判断が必要である。営利法人が参入する場合には、これまでの措置制度を前提とした公法上の規制とは異なるが、利用者の保護の観点からの公法上又は私法上の担保措置が必要となろう。そして、利用者保護を事業規制的な手法で担保する場合には、参入規制的な手法に比べて、果たして行政として効果的・効率的かという視点からの検証が必要となろう。仮に事業規制的な手法が参入規制より行政の肥大化をもたらすならば、理論上はともかく立法政策としては問題が多いことになる。

以上述べたことは、可能性の検討の一環であり、必ずしもそのような制度が望ましいという提言ではない。要は社会保障の設計は立法政策に依存する度合いが大きいことから、その際の材料になればという願いから、あえて拙い私見を披瀝したものである。

（1）　木村忠二郎『社会福祉事業法の解説』（時事通信社、改訂版、一九五五年）二六頁、四七頁等

（2）　河野正輝『社会福祉の権利構造』（有斐閣、一九九一年）一〇頁によれば、社会福祉法は所得階層のいかんにかかわりなく、固有の生活障害（発達障害）を対象とする。

（3）　堀勝洋『社会保障法総論』（東京大学出版会、一九九四年）一八〇頁・江口隆裕『社会保障の基本原理を考える』（有斐閣、一九九六年）三二頁

（4）　フランスの病院制度の根幹をなす病院公役務（service public hospitalier）は行政的公役務（service public administratif）であるが、特別な公役務概念が一九七〇年の病院改革で導入された理由は、単一の公役務概念の下で、公立病院のみならず一定の民間病院にもその任務を担わせる点にあった（J. Moreau et D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2000, p.120）。

（5）　病院公役務に参加する病院は、患者の検査や治療、健康教育・予防に関する活動、弱者への医療のアクセスの保障を行うほか、医療従事者養成、医師等の研修等にも協力する義務を負う一方、疾病保険との関係では優遇されることになる。

（6） M. Dupont et al., *Droit hospitalier*, Dalloz, 1997, pp.104-108

（7） 厚生省の有料老人ホーム等の在り方に関する検討会の報告書（一九九八年）は、最低限担保すべき事項については法的規制の導入が適当であるとの方向を出している。