

規制・財政改革が求める、 新たな「公益と営利」 「官と民」の定義

反町勝夫

株式会社東京リーガルマインド代表取締役



「民間にできることは民間に」というスローガンほど、今国民に膾炙している命題はない。そして、これに反対する声もほとんどない。問題は、この先にある。「民間は営利を追求するものであるから、会社等の民間に公益事業を任せれば、劣悪なサービスが提供される、儲かる仕事しかやらない、儲からないとすぐに撤退する」という命題は正しいのか。私は法理論的にも、実証的にも、間違っていると考え

1.公益と営利との異同

(1) 営利とは、国民の最大多数の最大利益を実現(これを社会正義という)することをいう。

「会社は営利を追求するから、公益事業を任すべきでない」という命題は、正当な問題提起ではない。企業経営者であれば誰でも知っていることだが、利益を出すために経費をカットし、もし粗悪品を消費者に提供すれば、マスコミとコンプライアンスの発達した今日、たちどころに倒産する。一年ともたないであろう。まともな企業経営者は、企業が赤字になり、資金繰りに追われる苦しみを知っている。この世に地獄があるとすれば、まさにこれこ

そ、この世の地獄だ。この地獄の苦しみを経験したことのない人は、「企業経営者は誰にも文句を言われず、やりたい放題。さらに利益を自分のものにして、会社を食物にする悪者だ」と考えてしまうものである。これが企業性悪説の根拠である。

企業経営者は、究極のところ、国民である消費者が満足する、市場で最も優れた商品・サービスを開発・提供すること、すなわち、国民の最大多数の最大利益を実現すること以外に生存の道はないことを、骨の髄まで叩き込まれている。これを思えば、利益を自分のものにし、私腹を肥やすなどという発想は出てこない。すなわち営利の追求は、現実の社会に正義を実現することを目的とするのである。

読者諸氏の中には、「世の中には悪い経営者がいて利益のつまみ食いをする例が多い」、「最近のマスコミにもその例に事欠かない」と考える人も多いと思う。しかしこれは、制度としての会社が悪いからとは限らない。どんなにより制度でも、最後はそれを運用する人間の倫理・道徳・人格が決め手になる。制度は国民に土俵とルールを提供するもので、それをどのように使うかは、国民の倫理観のレベルによって決まる。これは何も今に始まったことではない。「会社は営利を追求するか

ら、公益事業を任すべきでない」という命題は、制度論を議論している。換言すれば、「今の日本の会社制度では、公益事業は任せられない」ということがテーマになっているのである。そこでさらに、制度としての「営利」について論を進めよう。

(2)「営利」概念・定義は何か

営利とは何か。これを正確に定義したテキストは私の知る限り(浅学の小生なれば当然かもしれないが)、ない。そこで小生が、従来から考えてきたところをまとめてみたい。

法律・経済学における「営利」の3つの要件

法律・経済学における「営利」とは次の3つの要件を具備したものをいう。すなわち、(i)対外的活動によること、(ii)資本主義的計算方式によること、(iii)構成員に利潤を分配すること、である。かような意味の営利を目的とする社団が法律の規定に従って設立されるとき、会社となる(商法第52条2項・民法第35条1項)。この会社は株式会社・有限会社・合資会社・合名会社のいずれでもよい。以下個々の要件について、簡単に説明する。

要件の解説

要件 (i) 「対外的活動によること」

およそ団体は、その構成員をもって成立する。団体の成立要件は、(a) 一定の目的があること(これが団体の定款等にかかれる「目的」である)、(b) 目的の達成のために結集した人がいること(これを構成員という)、(c) そのための機関があること(団体は自然人ではないため)である。団体(本論との関係では社団と言ってもよい)の活動は、(イ) 構成員に共通する利益を図るために活動することによって、または(ロ) 構成員以外の人を対象とした、対外的活動をすることによって、その目的を達成するかに分けられる。(イ)の例は、労働組合・農業協同組合・消費生活協同組合・平成14年4月から施行された中間法人法に基づく中間法人である。これらの団体は、経済的利益に関して言えば、組合員の利益のために組合員との間において取引を行うものである。対外的に安い価格で仕入れたメリットは、組合員に安く販売することで組合員のためになっているが、これは配当として組合員に分配しているのではない点で、(ロ)と異なる。(ロ)の例が株式会社以下の会社である。

要件 (ii) 「資本主義的計算方式によること」

商法学者も「資本主義的計算方式」との記述をしているが、それ以上の説明はない。私は、この「資本主義的計算方式」の定義として、マルクスの『資本論』が述べている以下の公式を前提に、これを測定するモノサシとして、企業会計基準を採用する(資料1参照)。すなわち今日の日本で、企業会計基準が適用されている企業は、いずれもこの「資本主義的計算方式」を採用している、と解する。反対に企業会計基準

が適用されていない場合、法制度上は会社形態でも、この要件を欠く。営利か否かのメルクマールは、企業会計基準の適用の強制があるか、否かである。モノサシのなきところ「資本主義的計算方式」もない。

要件 (iii) 「構成員に利潤を分配すること」

商法は、企業活動に企業会計基準を適用し(商法第1編第5章商業帳簿・第2編第4章第4節会社の計算・商法施行規則参照)それにより算出した利益(配当可能利益)の配当を認めている(商法第290条等)。企業活動が健全であれば、余剰・利潤が得られる。これを配当しないときは、団体内に留保する。そして以後の活動の資金となすのである。公益法人は配当を認められていないが、解散時には、構成員に残余財産を分配することが認められているものがある。例えば医療法人は、公益法人であり、通常は余剰金の配当はできない(医療法第54条)が、解散したときは、残余財産について分配を認められている(医療法第56条)。中間法人は配当を禁止されているが、解散時は、やはり残余財産についての分配を認められている(中間法人法第86条・第113条は定款・社員総会の決議で分配を決めればよいとする)。このように、解散時に配当が認められる制度も、同じく、ここにいる「構成員に利潤を分配すること」の要件を具備するというのが通説である。

総括

(i)(ii)の要件は、およそ団体が健全に発展するために必要な要件である。まず、(i)「対外活動によること」についてであるが、営利法人も公益法人

も不特定または多数の人々に働きかける活動を行う点に相違はない。そして、その活動が、国民に支持されなければ長く存続できない。民主主義と自由主義が基本の国家では、公益活動も営利活動も、国民の支持なくしては、存続し得ない。ここが基本だ。その活動が国民に支持されるためには、消費者主権を認めることが必要である。その活動が、消費者に役立つかどうかを消費者に決定させることである。そうでなくては、国民の支持は得られないであろう。これを法人側からみれば、消費者のためになることを常に考えて、消費者に奉仕することにほかならない。今日、企業の社会的責任として一般に理解されているところのものであり、コーポレートガバナンスとして議論されているところでもある。次に、(ii)「資本主義的計算方式によること」についてだが、モノサシは異なるものの、国・自治体も動物・植物もその摂取量から消費量をマイナスしたとき、プラスでなければ生存できない。公法人は、消費量(経費)を賄うことができないため、補助金が投入されているのである。私は、国民に奉仕する活動であれば、原則として、企業会計基準をもってモノサシとすべきであると考え。

国・自治体の行政では、公会計に現金主義・単式簿記が採用されている。また、政府の特別会計には一部企業会計基準が導入されているが、ほとんど機能していない。他方、アメリカ・イギリス・カナダなどは公会計に発生主義・複式簿記が導入されている。今日の社会的活動体の尺度として、企業会計基準が最も適切であると解する。なお、広義の営利の定義に「収支適合(独立採算)」というものがある。これは、収入と支出が相償っていればよい、差し引きゼロでよいとする原則で

ある。配当を要件としない団体は、この広義の営利性で足りると説明されているが、この場合であっても、(i) (ii)の要件を満たすべきであると考ええる。公団・公社等の特殊法人がこれに該当する。民間でもできる事業を行う以上、特殊法人も企業会計基準を正確に適用して、内容を国民に公開すべきである。モノサシが民間と同じでなければ比較のしようがない。

公益法人は、常に他から補助金や財政的援助を受けることを前提にしており、利潤・余剰を出さなくてもいい、否、むしろ利潤・余剰を出そうものならば、公益性に反し、罪悪ですらあると考えられているようだ。公益法人は赤字であることが、健全な活動をしていることの証であるかのような風潮がある。繰り返すが、利潤・余剰のない活動は次第に縮小してしまい、存続できない。公益法人も例外ではない。以上のように考えた場合、今日の社会で活動する団体が、その目的を達成して活動を続けていくためには、常にこの(i)(ii)の要件は満たしていなければならない。公益団体であれ、中間法人であれ、営利法人であれ、この点に違いはない。両者が異なるのは、汗水を流して獲得した利潤・余剰をどのように使うことができるものと考えるか、つまり(iii)の要件である。法律は、営利法人については、利潤の処分を出資者の判断にゆだねるとし、公益法人については、理事者の判断にゆだねるとする。営利法人の出資者は、利潤を常に自分のものにすることが義務づけられているわけではない。不思議なことに営利法人では、納税後の余剰利益を再投資するために企業に留保しておく、「留保金課税」(同族会社について法人税法第67条でこれを定める)といってさらに課税されるのである。つまり営利法人が、せめて

税金を払った後の留保金だけでも、公益法人に負けぬように再投資に回したいと考えても、「それはいけない、配当せよ、社内に残すなら税金をかける！」という「留保金課税」があるため、とても公益法人に勝つことはできない仕組みになっている。

このように、法律は実に営利法人を冷遇している。このような偏見を私は、「企業性悪説」あるいは「会社性悪説」と言っている。わが国は納税によって支えられている。わが国の基盤を支えている企業に、かくも過重に負担をかけていかなるメリットがあるというのか。もともと、資本主義社会の発端においては、納税者こそが主権者であり、国の主人公であったはずではないか。

営利法人は利潤の半分は税金の名目で、国家に納入している。ここが重要なポイントだ。公益法人は余剰があっても、税金を納めない。いやむしろ、補助金や財政援助を受けているのだ。その資金は無論、営利法人が納入した税金である。公益法人は、公益の名の下に税金を納めない。それは、自らの活動が公益目的であるからと言う。しかし繰り返すが、公益か営利かは、その対外的活動に違いがあるのではない。会社性悪説論者は、公益はその対外活動が公益であり、営利とは違うと言う。本当にそうであろうか。私は、本稿において、営利の定義から、その活動に違いがないことの論証を試みた。

(3)「営利目的」についての一考察

民法(第35条)も、商法(第52条)も、「営利を目的とする社団」について定めている。つまり「営利行為」ではなく、「営利を目的とする行為」を定める。そこで両者は違うのではない

か、が問題となる。すなわち、「営利行為」というものが存在するわけではなく、ある行為に、営利目的が加わってはじめて、営利と公益が区別し得るのではないかということである。

例えば、甲という者が乙という者を「死亡させた」としよう。甲の内心が、殺す目的であった場合、殺人罪にあたる。甲の内心が、殺すつもりは全くなかった、つまり過失であった場合、過失致死罪にあたる。しかし両者の外形的行為(客観面)は、全く同じなのである。そこには死んだ乙の体が横たわっている。他人(消費者)からみて「死体の乙」は同じだ。すなわち、殺人行為か、過失致死行為かを区別する拠り所となるのは、「殺す目的」という行為者の内心だけであり、外形的にみた行為は同じである。

これを企業の「営利目的」に応用すれば、例えば、自宅前に停まるバスがあるとしよう。このバスは、私営・公営どちらであっても、道路交通法を遵守しつつ、同様の車両で同様のサービスを提供する。すなわち、営利目的のバス運行であっても、外形的には公益目的のバス運行と全く同じ行為が行われている。利用者は、サービスが良くて使いやすい方のバスに乗る。不便で高額であれば、公益のバスを選んで乗らないであろう。消費者から見て、目的が営利であることは、選択の条件にはならない。要は、消費者が選択の余地(自由競争)を持っていればよいのである。このことから、公益事業と営利事業を消費者(外部)から区別し得ないと言うことができよう。

(4)公益とは「社会的責任を果たす」という程度の多義的概念

「公益」について学者の言うところを、もう一度検討してみよう。

公益とは何か

民法第 34 条は「祭祀、宗教、慈善、学術、技芸其他公益二関スル社団又八財団」について定めている。「其他」とあるときの解決は次の通りである。第一に、その前の「祭祀、宗教、慈善、学術、技芸」が公益の事業であることを意味する。第二に、これ以外の種類の事業(つまり前出の事業とは別個独立の事業)にも公益の事業は存在することを認め、民法はこれについても、第一の事業と同価値の公益事業と位置づけて、「公益性」を認める。このような条文の組み立てになっているのが、民法第 34 条なのである。つまり、公益性のある事業は多数存在することを、民法は予想しているのである。それでは、「公益」とは何か。我妻栄博士は、「社会全般の利益すなわち、不特定多数の者の利益」と定義する(『民法講義 1』136 ページ)。

「社会全般の利益になる事業」とは何か

問題は、今日「社会全般の利益になる事業」とは何かである。消費者の豊かな生活に資する商品・サービスを提供している企業、特に大企業の事業は、ほとんどがこれに該当すると言えよう。消費者からみれば、自分が使う商品・サービスが自分にとって役に立つか否かこそが重要である。たまたま企業に余剰があり、その余剰を、リスクを負担する投資家に配当するか否かは消費者の利害とは関係ない。消費者からみて、害ある不便な商品・サービスを買わされるようであれば、公益法人が提供するものであっても、「公益」とは言いたくないであろう。国民主権を基本原理とする日本国においては、「社会全般の利益」であるか否かは、消費者たる国民が判断する。国民の民度(国民の政治的意見形成の度合い)

がどうであれ、現にここにいる日本国民の意見が、最終的な意見である。これを否定したら、現代の国民主権の価値観は根底から崩れてしまう。

今日の企業で、違法行為を目的としているものはない。たまたま違法行為が発生することは、これと矛盾しない。国家といえども、ときには違法行為をしてしまうことは法律も予想しており、「国家賠償法」を用意している。一般企業もこの点同様で、民法をはじめ民事責任を定めた法律は多々ある。

「公益」の現代的定義

このようにみえてくると、「社会全般の利益になる事業」すなわち「公益」とは、世の中の人に喜ばれて利用されているもの、つまりよく売れているもの、多くの国民に支持されている商品・サービスを提供する事業を言うことと定義するほかない。この「公益」の主体としては、公益団体に限るものではなく、会社等の営利法人も同様に該当することは、すでに述べた通りである。

(5) 公益事業に資本主義原理(自由競争・企業会計基準)を適用すべし

今日、日本にある事業について、それが公益か営利かをその事業の内実(内包定義)を基準に判断することは、法理論上も実証的にも不可能である、もしくは意味がないと言うべきであろう。否、意味がないばかりか、弊害がある。その事業が特殊法人・公益法人で営まれているのか、株式会社で行われているのかということは、単なる経緯にすぎない。設立の時、官庁の許可を得られた事業は公益事業と言われているが、それは事業の内容が公益であるからではない。官庁に顔の利く人は、当局の許可を得やすかったという程度のことだ。郵政が行なう「保険」、

公庫が行なう「住宅資金の融通」は、民法の明文にないが、「公益」とされている。また、逆に、「学術、技芸」は民法第 34 条で公益事業として明示されているが、学術や技芸を事業とする株式会社は、多数ある。もちろん、学校法人による学術、技芸の事業も多数ある。その事業の中身にどのような違いがあるというのか。消費者が、学校法人であれば、質の悪い教育でも我慢して受けるという時代ではない。最も重要なことは、消費者からみてどちらが自分にとってよいものか、それを選択できるということである。それが自由競争市場の理論である。そのため団体の活動は、企業会計基準を導入してその活動状況をディスクロージャーして、パブリック・アカウンタビリティ(公共説明責任)を果たすべきである。

2. 官と民との異同

官とは何か。これも多義的概念である。わが国において官とは、立法・行政・司法をいう。本題との関係では立法・司法を除く行政についてみればよい。

(1) 法律上の官と民の区別

行政法の分野において「行政」は、「法の下に法の規制を受けながら、現実具体的に国家目的の積極的実現をめざして行われる全体として統一性を持った継続的な形成的国家活動」(積極説・田中二郎博士)と定義される。これに対して「民」を定義すれば、「私的自治・契約自由の原則が適用される生活関係、つまり自由な意思を持つ人格主体が自律的に法律関係を形成する、端的には相互に約束して商品・サービスを交換し合う関係」を言う。しかし、この講学上の定義は、本論に関

する限り無力だ。

(2) 納税者の観点からの官と民の区別

そもそもこの議論も、何のためにするのかという視点から考えなくてはならない。今日問われているのは、行政改革・財政改革の観点からである。つまり国に税金(広義)を払っているか否か、である。前述のごとく、事業の性質から公益性が判断できない以上、その事業主体が自己の事業の成果について、国や自治体に税金を払っているかどうかで判断するのがわかりやすい。俗に日本には、「税金を食べる人」、「税金で食べる人」そして、これらの人を養うために「税金を払う人」という3種類の国民がいると言われている。なるほど公務員も所得税を払っている。しかし公務員は、本体たる給与全体が納税者の税金によるのである。特殊法人は、補助金を受けている上に、税制上も優遇されている。民間は、官と同じく社会的責任・公益的事業を担っているにもかかわらず、税金を払っている。

現在、公共法人(道路4公団・国民生活金融公庫等約59団体)は法人税を納める義務がない。公益法人(学校法人・宗教法人・民法第34条の公益法人・社会福祉法人・労働組合等全国で何万とある)は、本体事業について法人税を課されない(ただし法人税法が掲げる33の収益事業を行うときは軽減された法人税を払う)。その分の法人税に対応する都道府県民税・市町村民税も課されない。また事業税、固定資産税、不動産取得税等の地方税について、非課税もしくは多くの特典がある。

これらの団体が行う事業は、民間企業が行える事業であり、現に民間企業が行っているものが多い(だから民業圧

迫と批判されている)。民間企業に任せれば多額の税収が国の財政を潤す。その上民間企業ならば、補助金は不要である。民間活力は二重の意味で国の台所を潤す。

3.日本の景気回復・財政健全化政策

日本は、デフレ・不況とは言え、有史以来最も豊かな社会を実現している。もちろん、環境やモラル、国益、国防など課題は山積みである。しかし他国と比べても、国民の政治意識は十分に成熟している。これから「日本のかたち」をどのように創造するかについて、もっぱら国民にその判断を委ねても何ら問題はない(国民主権のわが国において全く当たり前のことである)。知的創造立国を目指すわが国においては、外交・国防・治安・防災・インフラ形成を除いたほとんどすべての事業を、民間が行うべきであると考えられる。アメリカはこれに近い。日本は、日中戦争・太平洋戦争遂行の国策として、国家統制のため官業を増やし、さらに、戦後の経済復興のため官業を増加させた。そして、冷戦構造が、日本の「社会主義的産業構造」化に拍車をかけた。

今こそ、この構造を全廃し、21世紀の知財国家・環境整備国家へと前進しなければならない。これにより日本では、「税を食べる人」「税で食べる人」が減少し、誰もがタックス・ペイヤーになる。つまりすべての国民が、納税を通して日本国家の意思形成に参画することになる。そのとき初めてわが国は、国家の形成に責任を持つ納税者主権の国家となるのである。

4.公共サービスの民間開放に対する批判

巷間、散見される批判について、そのいくつかを挙げ、反論する。

(批判1)株式会社は利益追求をするから質が低下する

「株式会社等の営利企業は、利益追求が最優先であり、利潤を図るためにサービスの質を落とす恐れがある」と批判される。これまで述べてきたように、株式会社の行動原理は、消費者主権に奉仕する活動であり、利益追求ではない。消費者に支持された結果が、利潤の発生であるにすぎない。消費者主権は、現代の憲法原則であると言える。企業活動が、真に消費者に認められているかどうかの判定は、今や利潤が出るかどうかによって判断される。かつて、マックス・ウェーバーは、「資本主義の精神」において、「利潤の獲得は、神の聖意にかなう隣人愛の実践」であるとした。そして、そうした「隣人愛」が実践されているかどうかは、「利潤の獲得の如何によって、事後的に判明する」「かような利潤追求の仕事こそ、倫理的な義務だ」と分析したことを想起すべきである。

彼が言う「隣人愛」は、今日的には「日本国への納税義務の実践」と解すべきである。要するに会社の第一の目的は、優れた高品質の商品・サービスの提供である。株式会社は、他社に負けない質の向上とCS活動により、継続企業体(ゴーイングコンサーン)たり得る。利潤は悪ではなく、かつては「神の召命」であった。

今日では、国家と国民の幸福を支える原資である。企業の国家への義務は、国家に対する納税義務の実践により果たされる。その後の利益の配当は、何ら恥ずべきものではない。かつては、神により祝福されこそすれ、弾劾を受

けるはずもないものであった。現代的に解すれば、国家から表彰されることがあっても、不利益に扱われるはずのないことである。多くの経営者は、本当に配当しても大丈夫なときに初めて、配当をしている。それは、消費者に迷惑をかけない状況が生まれた後のことにすぎない。さらに言えば、企業にプライバシーがあるならば(もちろん存在する)、株主配当こそ、プライバシーそのものである。

(批判2) 公共サービスは公益法人にしか委託できない

公共サービスは、民間が供給することを望まない、また供給できない等その性質上公益法人にしか委託できないと言われる。しかし、既述したごとく、公共サービスは、先験的に確定している概念ではない。ある事業について官の「認可」が下りれば「公益」事業というレッテルが付加されるにすぎない。もちろん国防・治安・外交・防災・インフラ整備など、性質上純粋の公共サービスや外部不経済は別である。それ以外は、民間にできるか否かは、民間自身および国民が決めることである。時代の発展と国力・民力の程度により、その境界線は決まる。むしろ重要なことは、同種のサービスであっても、公益法人が行えば非課税であり、かつ公的補助があるのに対し、民間活力による「公益事業」には公的補助がなく、かつ収益に課税できるという点である。民間開放は GDP の増加と税収の増加という二重の意味において、国家に貢献するのである。

(批判3) 民間委託によって公務員の雇用が縮小する

公共サービスを民間に委託すれば、公

務員の仕事が減り、その雇用が縮小すると言われる。ミクロにみればその通りである。しかし、まず制度改革としてどのように解し、かつ構築すべきかを論じるべきである(これを「大前提」の問題という)。あるべき理論と制度改革が是認された後、その実行の際、既得権益や廃止される分野の不都合は、解決すべき問題である(これを「小前提」の問題という)。制度改革の構築の時点で持ち出す問題ではない。大局的に見れば、今後公務員の仕事は、増えることはあれ、減ることはない。すなわち、今後社会の高度化・多様化により住民サービスは量的・質的にますます拡大していく。これに応じて、企画・開発を行う公務員の需要は増す。加えて、民間開放により社会全体の雇用の総人口も増加する。その過程で、この問題も解決される。

(批判4) 民間福祉サービスへの補助金支出は憲法第 89 条に違反する

民間福祉サービスへ補助金を支出することは、憲法第 89 条の「公金その他の財産は、……公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない」という文言に違反すると言われる。しかし、この命題は古い一学説の立場にすぎない。福祉・保育事業は、現在ほとんど公益法人(社会福祉法人)か、自治体自らが行っている。その根拠は、第 89 条である。すなわち慈善・博愛(福祉・保育ももちろん含まれる概念であり、ここでは以下、福祉・保育と言い換える)に、公による財政援助を行うには、国家の管理が要求されるというものである。他方、憲法は第 25 条で「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を

営む権利を有する」と定めている。今日の日本において、福祉・保育は、国民が健康で文化的な生活をするには、当然必要な事業である。もしこれが国家や自治体の仕事でないとしたら、どんな公務があるというのか。

第 89 条と第 25 条は、一見矛盾するようにみえるかもしれないが、矛盾はない。つまり、次のように憲法は定めているのだ。

まず、問題になっている福祉・保育が、一般的平均的生活を営むのに必要な福祉・保育なのかを考える。現代日本では、一定レベルの福祉・保育がなければ、平均的生活は営めない時代になりつつある。特に児童の保育につき、21 世紀においては、高度な知識が重要視され、頭脳の生み出す知的財産が国のランクを決定するという点を軽視してはならない。そのような日本に生まれた国民にとって、ここで問題になっているレベルの福祉・保育は、当然第 25 条の保障の下にある、という解釈が正しいことがわかる。

しからば、第 89 条の定めはどう解するのか。この規定にいう福祉・保育は、日本国民の一般レベルの福祉・保育(これは第 25 条が定めている)ではなく、もっと趣味的あるいは、個人の自由な思想から出た福祉事業や保育事業について定めているのである。このような個人の自由な思想の発露としての福祉・保育は、まさに精神的自由の発現たる行動だからこそ、国は介入してはならないと定めたのだ。この点は、第 21 条ですでに国家に禁止しているのだが、この第 7 章「財政」において再度、財政支出の乱費を防止するために置いた規定にすぎない。にもかかわらず、現在の実務は、第 89 条を根拠に、「公の支配に属する事業」であれば、財政援助を与えることができる(第 89 条の反対解釈)。

自治体や社団法人にのみ福祉・保育事業の援助を行っている。しかし、民間が参入する事業は、第 89 条ではなく、

第 25 条の方の福祉・保育なのである。これに対し財政的援助を行うことは、もちろん憲法に違反していない。むしろ、

財政援助をするのは国家・自治体の義務であると、憲法は明言しているのだ（資料 3 参照）。

資料1 マルクスの公式

$$G = W \left\{ \begin{array}{l} P_m \\ \dots P \dots W' \\ A \end{array} \right. G'$$

G : 当初の貨幣額 W : 当初の投下生産物 P_m : 生産手段
 A : 労働力 P : 生産過程 W' : 新たな生産物
 G' 当初の貨幣 G を上回る貨幣額 (= G + G) * G は利潤額を示す

資料2 国・自治体と民間との役割分担モデル

	固有領域	民間活力利用分野
国レベル	純粹公共サービス 国防、外交、治安、防災	特殊法人・公団・公社・ 公益法人の事業
自治体レベル	地方自治の「本旨」 自治事務サービス、治安、防災	教育、福祉、保育、雇用、 第 3 セクターの事業

資料3

	文言	法的性質	国家との関係	財政との関係
第 89 条	慈善・博愛	自由権	国家の不介入	財政支出の禁止
第 25 条	福祉	社会権	国家の積極的な援助義務	財政支出義務あり

第 89 条の慈善
自由権に基づく

第 89 条は、慈善の自由を定める。
精神的・宗教的関心から行う慈善
事業など

第 25 条の福祉
社会権に基づく

第 25 条は、国・自治体の福祉の義務
を定める。国・自治体は積極的に援助
する義務を負う。

参考

営利と商行為は異なる概念である。誤解しやすいので、一言説明する。営利は既述のように、その内包定義を与えることができる。しかし、商行為は、商法に定める行為のみをいう。商法は、商法第 501 条と第 502 条で商行為となすべき法律行為を限定列挙して定めている。これを基本的商行為という。商行為は、営利行為とほとんど重なるが、同一ではない。商行為の中には営利行為でないものも含まれている。何のために営利行為とは別に商行為を定めたかは、商人を定義するためである（商法第 4 条・第 52 条参照）。近世は、商人であることはそれだけで、特典が付与されていたため、商人か否かの区別に意味のある時代であったのである。商法はそのために、まず商行為を定め、この商行為をなす人を商人としたのである。『C-Book 商法（手形法・小切手法・商法総則・商行為法）』（LEC 東京リーガルマインド編著）

公共法人については法人税法別表第 1、公益法人については法人税法別表第 2 を、非課税については法人税法第 4 条を参照。国・自治体の租税は法人税以外に多数ある。それぞれについて無数と言っていいほどの適用除外規定がある。現実には、「公平・中立・簡素」の原則とは程遠い。

郵政関連法（日本郵政公社法と信書便法が柱）が平成 14 年 7 月 24 日に成立し、平成 15 年 4 月に日本郵政公社が発足するが、税法上の公共法人とされ、各種税金（国庫納付金等）が免除されるものと予想される。今後、道路 4 公団が民営化される場合、各種の税金が課されるかどうかの観点から判断し、非課税なら「公団」とみなすべきである。