

# 憲法89条後段「公の支配」の意味

前 田 徹 生

## 目 次

- はじめに
- 第1章 憲法89条後段の来歴と位置づけ
1. 憲法89条後段の来歴
  2. 憲法89条後段の憲法上の位置づけ
- 第2章 憲法89条後段の立法趣旨
1. 制憲議会での議論
  2. 学説の展開
    - (1) 自主性確保説
    - (2) 公費濫用防止説
    - (3) 中立性確保説
- 第3章 「公の支配」の意味
1. 厳 格 説
  2. 緩 和 説
  3. 新たな視点
  4. 検 討
- おわりに

## はじめに

憲法89条は、「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、又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」と定め、前段で、「宗教上の組織若しくは団体」（以下、「宗教組織等」と

いう)への公金支出の禁止、後段では、「公の支配」に属しない「慈善、教育若しくは博愛の事業」(以下、「教育事業等」という)への「公金その他の公の財産」を「支出、又はその利用に供してはならない」(以下、「公金支出等の禁止」という)と定める。前段の「宗教上の組織若しくは団体」への公金支出の禁止については、憲法20条で定められた政教分離の原則を財政面から規制したものという点では争いが無い。後段の「教育事業等」への公金支出等の禁止については、とりわけ私学助成の合憲性をめぐって、実務レベルでも学説においても、合憲・違憲の主張が激しく対立してきた<sup>(1)</sup>。その議論の焦点になっているのが、①憲法89条後段の立法趣旨は何か、②「公の支配」とは何を意味するか、という点である。その中で、私学助成を違憲とする論者からは、憲法89条後段は、「不必要な規定」あるいは「立法論的には疑問な規定」という指摘がなされてきた<sup>(2)</sup>。

さらに近年は、社会福祉の分野からも、社会保障の構造改革にあたって、憲法89条後段の存在意義に疑義が出されている。そこでは、憲法89条後段規定が本来必要である私的事業への公金支出を阻害している、との認識が根底にあるように思われる<sup>(3)</sup>。また、他方で私的事業への公金支出は企業、銀行、農業、商業等々広く行われている<sup>(4)</sup>。なぜ同じ公金でありながら、とりわけ公共性・公益性の強い「教育事業等」への公金支出を禁止ないし制限しようとするのか。これら以外の公金支出については、憲法第7章の定める財政に関する一般的規制のみに服し、憲法による格別な規制を不要とする趣旨なのか<sup>(5)</sup>。憲法89条後段はそもそも「不必要な」規定なのか。本稿では、憲法89条後段の意味を探ってみたい。

## 第1章 憲法89条後段の来歴と位置づけ

### 1. 憲法89条後段の来歴

ところで憲法89条後段は、どのような経過を経て憲法上に規定されることになったのか、その来歴を簡単に振り返ってみたい。

憲法89条は、総司令部案(マッカーサー草案)の段階では83条に位置し、

つぎのように規定する。

Article LXXXIII No public money or property shall be appropriated for the use, benefit or support of any system of religion, or religious institution or association, or for any charitable, educational or benevolent purposes not under the control of the state. (「公共ノ金銭又ハ財産ハ如何ナル宗教制度, 宗教団体若ハ社団ノ使用, 利益若ハ支持ノ為又ハ国家ノ管理ニ服サザル如何ナル慈善, 教育若ハ博愛ノ為ニモ充当セラルルコト無カルヘシ」) と規定されていた。その後, 総司令部案の受け入れを不本意ながら決定した日本政府が, 可能な限り日本側の考え方を採り入れて作成されたのが, いわゆる「3月2日案」である。この草案は, 「日本政府内部の明治憲法擁護派の主張が優勢を占めたもの」<sup>(6)</sup>であったと評されているだけに, 日本化を主張する日本側と総司令部側との激しいやりとりがなされ, かなりの部分は総司令部案を復活させる方向で「3月6日案」として結実した。

ところで, 総司令部案83条が日本化の方向で修正された3月2日案ではどのような変更がなされたのか。3月2日案では97条に移され, 「国又ハ地方公共団体ハ宗教ニ関スル団体ニ対シ金銭其ノ他ノ財産ヲ出捐スルコトヲ得ズ。国ノ管理ニ属セザル慈善, 教育其ノ他之二類スル事業ニ対シ亦同ジ」(下線は総司令部案からの変更点)とされ, 主な点だけでも, 主語の変更, 「公共ノ金銭又ハ財産」が「金銭其ノ他ノ財産」に, 「国家ノ管理ニ服サザル」が「国ノ管理ニ属セザル」に, 後段の「博愛」が削除されて「其ノ他之二類スル事業」にと, 相当大幅な変更がなされた。ところが, 総司令部側との協議を経て作成され, 1946年3月6日に日本政府により発表された帝国憲法草案要綱(3月6日案)では85条に移されて「公金其ノ他公ノ財産ハ宗教制度若ハ宗教団体ノ使用, 便益若ハ維持ノ為又ハ国ノ管理ニ属セザル如何ナル慈善, 教育若ハ博愛ノ事業ニ対シ之ヲ出捐スルコトヲ得ザルコト」(下線は総司令部案からの変更点)と, 再び総司令部案に近い形に改められたのである。とはいえ, 変更された85条は総司令部案の完全な復活ではなく, 相当な変更を加えられるとともに, いくつかの点で3月2日案の影響を残すこととなった。特に, 「国ノ管理ニ属セザル」が

そのまま残り、「事業」という言葉も残された点は注目に値しよう。改めて3月6日案を総司令部案と比較すると、前段では「公共ノ金銭又ハ財産」が「公金其ノ他公ノ財産」に、「利益若ハ支持」が「便益若ハ維持」に変更された上、「社団」が削除され、さらに後段規定が「国家ノ管理ニ服サザル」が「国ノ管理ニ属セザル」と変更され、「ノ為ニモ充当セラルルコト無カルヘシ」が、「事業ニ対シ之ヲ出捐スルコトヲ得ザルコト」に改められた。その後、ひらがな口語体に変更された4月17日案になると、同じく85条に規定され、「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、又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、「国」(state)が地方公共団体を含むものとして、「公」(public authority)に変更され、「国ノ管理」が「公の支配」に、「之ヲ出捐スルコトヲ得ザルコト」が「これを支出し、又はその利用に供してはならない」と、現行法の規定と同様となる。そして、最終的には、85条から89条に変更されて現行規定にいたっている。条文の推移を対比するために、主要な草案を一覧化すると以下ようになる。

#### 条文対比表

##### ① 【モデル州憲法 Bill of Rights Sec. 10】(1921~1933)

No public money or property shall **ever** be appropriated, applied, donated, or **used** directly or indirectly, for the use, benefit or support of any **sect**, church, denomination, **sectarian** institution or association, or system of religion, or for charitable, **industrial**, educational or benevolent purposes not under the control of the state.

「公金もしくは公の財産は、セクト、教会、宗派、セクト系施設・協会、もしくは宗教システムの使用、便益もしくは支援のため、又は州のコントロールの下にない慈善、産業、教育もしくは博愛に関する用途のために、直接であれ間接であれ、これを充当、割当、寄贈又は供用してはならない。」

② 【リゾー原案】（1946. 2）

No public money or property shall be appropriated, applied or donated, directly or indirectly for the use, benefit or support of any system of religion, church, sect, denomination, religious institution or association, or for any charitable, educational or benevolent purposes not under the control of the state.

③ 【総司令部案83条（マッカーサー草案）】（1946. 2）

No public money or property shall be appropriated for the use, benefit or support of any system of religion, or religious institution or association, or for any charitable, educational or benevolent purposes not under the control of the state.

「公共ノ金銭又ハ財産ハ如何ナル宗教制度，宗教団体若ハ社団ノ使用，利益若ハ支持ノ為又ハ国家ノ管理ニ服サザル如何ナル慈善，教育若ハ博愛ノ為ニモ充当セラルルコト無カルヘシ」（外務省訳）

④ 【帝国憲法改正草案要綱85条（1946年3月6日案）】

「公金其ノ他公ノ財産ハ宗教制度若ハ宗教団体ノ使用，便益若ハ維持ノ為又ハ国ノ管理ニ属セザル慈善，教育若ハ博愛ノ事業ニ対シ之ヲ出捐スルコトヲ得ザルコト」

⑤ 【現行憲法89条】（1946. 11）

「公金その他の公の財産は，宗教上の組織若しくは団体の使用，便益若しくは維持のため，又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。」

※順次前の条文からの変更点を網掛け・下線で示した。■（網掛け）は後に削除された部分，■（網掛け・下線）は後に削除の上，訂正がなされた部分，\_\_\_\_\_（下線のみ）は訂正された部分を表す。但し，主要な変更点のみで，実質的に意味に変更のないもの（例えば，ひらがなへの変更等）は無視した。

こうした経過を振り返ってみると，憲法89条後段規定は，いうまでもなく総司令部案に起源をもつ。総司令部案の起草に際して，本条項を含む

「財政の章」を担当したのがフランク・リゾー (Frank Rizzo) 陸軍大尉であることはつとに知られている。では、リゾーの起草したこの条文が何を参考に作られたのか、この点につき、従来はアメリカの各州憲法に由来するのではないかと、との指摘がなされていた。<sup>(7)</sup> もっとも、その後の研究では、89条前段は、アメリカの各州憲法に由来するといえても、「89条後段規定は必ずしもアメリカ各州憲法に普遍的に見出される規定ではない」との指摘がなされていた。<sup>(8)</sup> さらに、最近の有力な研究によると、アメリカの非政府組織 National Municipal League が州憲法の改正の手本となるべく作ったモデル州憲法第1版ないし第3版【1版が1924年、2版が1928年、3版が1933年】にはほぼ同じ規定がある。それによると、Bill of Rights Sec. 10 に “No public money or property shall ever be appropriated, applied, donated, or used directly or indirectly, for the use, benefit or support of any sect, church, denomination, sectarian institution or association, or system of religion, or for any charitable, industrial, educational or benevolent purposes not under the control of the state.” (公金もしくは公の財産は、セクト、教会、宗派、セクト系施設・協会、もしくは宗教システムの使用、便益もしくは支援のため、又は州のコントロールの下にない慈善、産業、教育もしくは博愛に関する使途のために、直接であれ間接であれ、これを充当、割当、寄贈又は供用してはならない) と規定され、総司令部案の元となったリゾー原案 (民政局第一次案)<sup>(10)</sup> は、上記条文対比表②のように、モデル州憲法の規定とほぼ同趣旨の規定で、その条文を参照した可能性が高いとの興味深い指摘がなされている。<sup>(11)</sup> モデル州憲法規定とリゾー原案を比較すると、主要部分では類似性が高く、リゾー原案のモデルとなった可能性は高いといえる。ただし、後段部分に限って見ると、両者の間には、以下のような相違があることも見逃せない。モデル州憲法からリゾー原案への過程で、「慈善、教育、博愛」事業と並んで規定されていた「産業」(industrial purpose) が削除されている点である。さらにモデル州憲法が、各州憲法のモデルとして提示されたように、アメリカ各州の憲法には、日本国憲法89条前段や後段の趣旨と同様の「宗教・宗派学校」への公金支出禁止規定

や、「私人、私的団体、私企業」への公的信用供与の禁止と並んで公の支配に属さない「慈善・教育・博愛」目的への公金支出の禁止規定が存在し、「前者は18世紀後半から19世紀半ばにかけて、後者は19世紀から20世紀初めにかけて、多くの州憲法の中に、さまざまな規定の仕方<sup>(12)</sup>で規定された」とすると、アメリカ州憲法に共通の思想として、リゾーを中心とした同条項の立案者に影響を与えたであろうことは十分に考えられる。

以上のような立法経過を振り返って、注視すべき点は以下の3点にある。第一は、憲法89条後段規定の起源がアメリカのモデル州憲法や各州憲法にあるとすると、そもそもこの種の規定の立法趣旨はどこにあったのか。第二は、モデル州憲法やアメリカ諸州憲法とリゾー原案、さらに総司令部案にいたるまでの変更は何を意味するのか。第三は、総司令部案から現行憲法89条後段に至るまで、数度の変更がなされているが、これらの変更は当初の立法趣旨を変える意図の下でなされたのか、という点である。

第一の点に関し、笹川隆太郎教授が、モデル州憲法規定の後段の趣旨は、「州が慈善や教育のためにその事業主体に公金を支出した場合に、その使い途をコントロールできるかどうかを問題にしているのであって、慈善や教育の事業主体をコントロールできるかを問題にしているのではない」と、「使途統制原則」を規定したものとされ<sup>(13)</sup>、さらに運用面の実態と照らしてみると、民間事業者への公金支出を認める「私的組織主催事業援助容認原則」を含んだものとの指摘がなされている<sup>(14)</sup>。また、憲法89条の来歴の由来をアメリカ諸州の憲法の類似規定の文言や趣旨と比較しながら分析した北場氏によると、「憲法89条は、①政教分離に基づき宗派学校への財政的援助を禁止する規定と、②公費濫用防止の観点から私人・私的団体・慈善事業などへの公費支出を禁止する規定との2つの流れをくむものである」として、後段規定の趣旨は公費濫用防止にあったと結論づけている<sup>(15)</sup>。笹川説がいうところの「使途統制原則」は、公費支出のコントロールにあたって、その事業を行う主体をコントロールする意図の下にあったのではなくその事業への使途をコントロールする手続的な規制にあったとすると、その使途をどのような観点からコントロールするのかという実体的な基準が何な

のが当然問題となる。当然のことながら、北場説がいうように、究極的には「公費濫用の防止」の観点からの使途統制原則であったと推測される。したがって、リゾー原案のモデルとなったアメリカのモデル州憲法や各州憲法の立法趣旨は、「公費濫用の防止」にあったということができよう。

第二の点に関し、モデル州憲法からリゾー原案への過程の中で特徴的な変更としては、「慈善、教育、博愛」事業と並んで規定されていた「産業」(industrial,)が削除されている点である。リゾーはなぜ「産業」を削除したのか。さらに、そもそもリゾーはどのような意図の下に本規定を起草したのか。この点に関連して、昭和29年当時の国立国会図書館長であった金森徳次郎氏にリゾーが語った談話記録が紹介されている。その中でリゾーは、「本条については、公金である以上納税者すべての利益に適うものでなければならず、また、慈善・教育事業等への支出も排除されるものではなく、本条の目的は、公金が特定の利益 (special interest) のために用いられることを防ぐことにあり、それが目的のすべてであってこれ以外にはない (“That is the whole object and nothing else.”)<sup>(17)</sup>」と語っており、こうした意図の背後には、立法府による「多額の無駄な仕事 (expensive boondoggling)」や「利益誘導の事業計画 (pork-barrel projects)」といった公費の濫用を抑止するシステムをいかに作るかという点にリゾーの問題関心があったとの指摘がなされている。リゾーの意図がかようなものであったとすると、「慈善、教育、博愛」から「産業」が削除されたことも、公金支出の制限をこれらに限定することを意図したというより、「慈善、教育、博愛」事業に限らず公金支出一般の濫用防止を意図して作られた規定というべきであり、これら3つの分野は濫用の可能性が大きく、注意的な意味を込めて例示的に示されたものと理解することもできよう。また、リゾーが財政の専門家であったことから、産業面への公金支出の公的規制は高度に専門的な知識と技術が要求され、「産業」分野への画一的な公的規制はなじまないと考えていた可能性もある。いずれにしても、リゾー原案の段階までは、「公費濫用の防止」が意図されていたといえる。

第三は、総司令部案の外務省訳では、「国家ノ管理ニ服サザル」であっ



たのが、3月6日案にいたる段階で、「国ノ管理ニ属セザル」に変更された。それがなぜ「属する」とされたのか。さらに、日本国内での法文化作業のなかで、3月6日案の「国の管理」が4月17日案では「公の支配」に変更されたのか。これらの改正は、総司令部案の受け入れを決定した後、草案作成にあたって可能な限り総司令部案を換骨奪胎せんとする日本側と総司令部案の基本線を守ろうとするGHQ側とのやりとりの過程の中で修正されたものである<sup>(19)</sup>。

まず、「属する」への変更は、総司令部案83条が「公共ノ金銭又ハ財産ハ如何ナル宗教制度、宗教団体若ハ社団ノ使用、利益若ハ支持ノ為又ハ国家ノ管理ニ服サザル如何ナル慈善、教育若ハ博愛ノ為ニモ充当セラルルコト無カルヘシ」（外務省訳）であったのが3月2日案になると、97条で「国又ハ地方公共団体ハ宗教ニ関スル団体ニ対シ金銭其ノ他ノ財産ヲ出捐スルコトヲ得ズ。国ノ管理ニ属セザル慈善、教育、其ノ他ニニ類スル事業ニ対シ亦同ジ。」3月2日案は、「博愛」といった日本の社会になじみのない表現を削るなど、総司令部案を可能な限り日本化する（明治憲法原理に近づける）方向で作られただけあり、対立軸のないこの種の規定に関しては、総司令部案より簡にして要を得た案文といえよう。しかしながら、GHQ側の日本側憲法起草者への不信から、再び総司令部案に近い形に戻されることになる。それが3月6日案で、その85条は「公金其ノ他公ノ財産ハ宗教制度若ハ宗教団体ノ使用、便益若ハ維持ノ為又ハ国ノ管理ニ属セザル慈善、教育若ハ博愛ノ事業ニ対シ之ヲ出捐スルコトヲ得ザルコト」と「宗教制度」「使用、便益若ハ維持ノ為」「博愛」と言った言葉が復活するが、「服サザル」から「属サザル」への変更だけはそのまま残ることになる。この点は、後の「公の支配」の解釈をめぐって、「公の支配」であるなら「属する」ではなく「服する」とすべきではないのかとの指摘がなされるが、<sup>(21)</sup>「(国の)管理」についても、「属する」より「服する」とする方が自然であろう。それにもかかわらず、あえて「属する」としたのは、日本側の憲法立法者の頭の中には、日本の事情に合わせて暗黙のうちに制限枠を「緩めよう」とする意図が働いたのではないかと思われる。

つぎに「国の管理」が「公の支配」に変更された理由につき、枢密院審議における松本内務大臣の説明によれば、「要綱の『国の管理』が『公の支配』に変わったのは、『公金その他の財産』という字句に合わせたこと及び『管理』といえは、経営主体になる場合をさすようにとれるためにそれを広くした<sup>(22)</sup>」との説明がなされている。「公金」については「国のみならず、一切の公共団体が tax and rates によって得た収入を意味するから、むしろ最後の『国の管理』を the control of Public authority と修正する方が適当だ<sup>(23)</sup>」とする総司令部側の要請に同意する形で変更した旨の説明がなされている。

以上のような立法過程を振り返ってみると、総司令部案の「国家ノ管理ニ服サザル」から、現行の89条後段の「公の支配に属しない」に至る変更には、公金支出をめぐる日本の事情に合致させようとする「日本化」への努力がなされており、厳格に“under the control of the state”にある目的のみ公金支出を認めようとするアメリカのモデル州憲法や各州憲法さらには総司令部案における立法趣旨とは異なる方向に修正がなされたといつてよく、この点は後段の解釈にあたって十分考慮されてよい。

## 2. 憲法89条後段の憲法上の位置づけ

憲法89条は、第7章「財政」の章（第83条～91条）の中に置かれている。その基本規定ともいべき憲法83条は、「国の財政を処理する権限は、国会の議決に基づいて、これを行使しなければならない。」とし、財政を国民の代表機関である国会の統制下におくという原則（財政民主主義）を基本として定め、歳入、歳出双方にわたって財政への民主的コントロールを基本原則として定める。つぎに、歳入面での具体化として、憲法84条は「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」として、租税の新設および税制の変更は、法律の形式により、国会の議決を要するとする租税法律主義を規定する。支出面での具体化として、憲法85条は、「国費の支出」（債務の負担を含む）についても国会の議決を要すること、さらに「国費の支出」は通

常「予算」という形式をとることから、憲法86条は予算について国会の議決を経なければならない、と重ねて定めている。さらに「決算」についても、憲法90条による会計検査院による検査のほか、検査報告書とともに国会の審査を受けることになっている。こうした「公金」支出についての国会による厳正な管理・統制という一般的規制にとどまらず、憲法89条<sup>(25)</sup>では特に明文でもって特定の団体や事業への公金等の支出等を禁じている。これは、財政に対する国会による手続的な規制をこえて、「宗教的組織等」や「公の支配」に属しない教育事業等への公金支出の禁止という実体的基準により財政にかかわる立法や行政の権限そのものを制約するものとして特別な意味をもつ規定といえる。

ところで、本条で公金支出が禁じられるのは、前段の「宗教上の組織または団体」と後段の「公の支配に属しない」教育事業等である。憲法89条前段の規定は、憲法20条に定める政教分離の原則を財政面で徹底させる趣旨であるとする点では争いはない。しかし、憲法89条後段については、その立法趣旨をめぐって、「公の支配」に属する教育事業等とは何か、なにゆえ教育事業等に限って公金支出の禁止ないし制限規定を設けたのか。憲法89条後段の解釈にあたって、①本条項が財政の章に置かれているという意味をどのように捉えるか、②前段の「宗教上の組織または団体」への禁止規定との関係性をどのように捉えるのか、この2点の問題との論理的・体系的整合性が求められており、これらとの関係性を全く無視してよいということにはならない。仮にこれらの点との論理的連関性を無視するなら、何ゆえにそうであるのか明確な根拠づけが求められるといえる。

この点に関連して、第一の問題との関連では、公金支出は「公の支配」に属する教育事業等に限らず、民間企業等をはじめ広く行われている。これらの正に「公の支配」に服することのない、例えば民間企業、農業、漁業等への公金支出（以下では、「産業補助等」<sup>(26)</sup>という）は、憲法条文を形式的に見る限り、第7章「財政」に関わる一般的な規制にのみ服し、憲法89条後段の「公の支配」に属するか否かの要件に適合するか、という規制に服することはない。しかも、これらの事業は、中小企業や零細農業や漁

業保護といった憲法25条に基づく国家的施策もあるが、本来自由主義経済原則（憲法13条, 22条, 29条）のもとで自立と自己責任により運営されている事業である。これに対し、憲法89条後段の「慈善, 教育, 博愛」の事業は多くの場合憲法25条や26条等の社会国家的要請により国の積極的な施策が求められる事業である。「公共性・公益性」という点からみると、前者は後者に比べるとむしろ低い<sup>(27)</sup>。公共性・公益性の高い「教育事業等」への公金支出が「公の支配」要件により強く規制され、公共性・公益性の低い「産業補助等」が「財政」への一般的規制にのみ服し、実質的に憲法的規制からみると「野放し」の状態におかれているのはバランスを欠いた規制というべきでないだろうか。この点につき、憲法学の立場からは、立法上の欠陥であり、解釈論の域を超えた問題として突き放してしまうか、あるいは、「産業補助等」の領域は憲法規範であまりに硬直的な実体的基準を定めることは高度に専門的な知識と技術が要求されることから適切ではないという理由から、憲法自身が財政国会中心主義の一般的規制にとどめ、基本的には立法裁量に委ねていると見ることもできる。しかしながら、憲法が第7章で基本的には手続的規制を中心とする国会による財政統制に加えて、あえて憲法89条により、「宗教組織等」や「教育事業等」への公金支出に対し実体的基準により規制を加えている意味は、公金支出に関し立法権は必ずしも「善」をなさないという立法機関への不信が前提として存在する。そうであるとすると、公金支出への憲法的規制が「宗教組織等」や「教育事業等」にのみとどまり、それ以外の分野、とりわけ「産業補助等」の公金支出に限っては、立法者が公平で公益性を重んじた理性的な行動をとるという保証はどこにもない。むしろ「利益誘導」型の現実政治の実態をみれば、財政民主主義の要請からも、この領域での法的規制こそ必要であって、憲法学的にも「答え」が求められているといえよう。<sup>(29)</sup>

この問題に対する憲法解釈レベルからの解答として、2つの方向が考えられよう。ひとつは、憲法89条後段の「慈善, 教育若しくは博愛の事業」をこれら三つの事業に限定する従来の通説（限定説）<sup>(30)</sup>を放棄して「例示説」の立場をとり、憲法89条後段はとりわけ濫用の危険性の高い「慈善・教育

・博愛」を例示的に列挙したに過ぎず、「教育事業等」以外での公金支出についても本条の規制に服するとする立場である。もうひとつは、従来どおりの限定説の立場を堅持して、「教育事業等」以外の公金支出については、財政民主主義を強化する見地から財政支出に対する議会による統制を手続的次元にとどまらず実体的規制を含めて強化する方向である。<sup>(31)</sup>前者に関しては、「公の支配」の意味をどのように解するかが大きな意味をもってくる。後者については、国会による財政統制という手続規定中心の憲法規範を前にして、「財政民主主義」や「国民財政主義」といった原理的理念から果たして客観的な実体基準を導くことが可能なのか、という問題がある。これら2つの方向は二者択一のものではなく、同時的にも成り立ちうる。したがって、いずれの方向も探求されるべき課題であるが、憲法89条解釈をテーマとする本稿では、とりあえず、前者の可能性を後述の「公の支配」の意味の解釈とともに探ってみたい。

## 第2章 憲法89条後段の立法趣旨

### 1. 制憲議会での議論

はじめに憲法89条の立法趣旨が奈辺にあるのか、制憲議会での議論を振り返ってみたい。

第90回帝国議会（いわゆる制憲議会）において金森国務大臣は、憲法89条後段の趣旨および私立学校への補助の是非について、つぎのように答弁していた。憲法89条の前段と後段はその趣旨・目的を異にするとした上で、「この財政に関する憲法の規定は、国費が濫費せらるる、危険がないようにと云うことに非常に重点を置いて居るのであります。処が教育等と云うものは、その言葉が美しく、名前が華やかである為に、斯様な口実の下に、国費が濫費せられる虞が多いのであります。」<sup>(32)</sup>と述べて、後段の趣旨・目的を「濫費の防止」にあると捉えていた。また、「公の支配」については、「これは一般監督とは違って、特殊監督を加えると云うこと」で、「国が十分その博愛、教育、慈善等の事業に対して発言権と監督権とを持ってい

る」ことを意味する<sup>(34)</sup>。その上で、私立大学への補助の合憲性につき、「今日国家は私立大学に対しては一般公法人に対するよりも特殊なる監督をして居りまして、それがここに言う公の支配と云う言葉の内容に当る程度の監督になって居ると考えて居ります<sup>(35)</sup>」と、私学助成合憲の立場を宣明しているが、当時の私立大学は、大学令（1918）による厳しい統制の下に置かれており、それによれば、私立大学は、その設立廃止、教員採用、学部の種類、学則（授業料の額を含む）、位置、校地、定員、教員数の変更等について文部大臣の認可を要し、さらに文部大臣は、検閲を行いその他必要な監督命令を発することができたのであり<sup>(36)</sup>、今日の合憲論と同レベルで理解することはできない。

## 2. 学説の展開

憲法89条後段はいかなる趣旨・目的で規定されたのか。制憲議会における政府見解では、前段と後段とはその趣旨を異にすると捉えた上で、「濫費の防止」にあるとした。この点に関し、学説はどのような議論を展開しているのか、検討してみたい。

憲法89条後段の解釈をめぐる、学説は、前段・後段との関係を連続性をもって捉えるか否か、さらに、89条が第7章「財政」の章に置かれている意味をどのように評価するか、といった問題が絡んで複雑に分かれている。基本的には、以下の3説に大別することができよう。

### (1) 自主性確保説

第一は、自主性確保説である。この説は、憲法89条後段の趣旨を教育等の私的事業の自主性を確保するために公権力による干渉の危険を除くことにあるとする見解である。代表的論者の1人である宮澤説によると、「本条後段は、主として、私的な教育等の事業の自主性に対し、公権力による干渉の危険を除こうとするところにある」という。公金の支出について、国や地方公共団体は、納税者たる国民に重大な責任を負うのであるから、それらの事業に十分実質的な監督権を有しなければならない。「しかし、

もし国または地方公共団体に対し、実質的な支配権が与えられるとすれば、それによって慈善または教育の事業における自主性はそこなわれ、それらの事業の私的性格は失われ、多かれ少なかれ、公的性格をもたざるを得なくなる。こうなることは、本来国または地方公共団体から独立に自主性をもってなされなくてはならないはずのそれらの事業にとって、致命的な弊害を意味する。」「そこで、一方において、公金の使い道や、公の財産の利用方法を厳重にコントロールすることが、国または地方公共団体が国民に対して負う責任であること、しかも他方において、国または地方公共団体がそういう支配権をもつことは、慈善または教育の事業の私的自主性を失わせるものであることにかんがみ、本条は、「公の支配」に属しない慈善、または教育の事業に対し、公金その他の公の財産の支出または利用を禁ずることにしたのである<sup>(37)</sup>」。

しかしながら、この自主性確保説は、国会による財政コントロールを趣旨とする「財政」の章の中で89条を理解するには、余りに唐突の感がある。同じことは前段の政教分離原則との関係でもいえる。私的な教育事業等が私人の信ずる宗教的信念や世界観などに基づき、そうした主義、思想の発現として行なわれるのであるから、これらの事業の自主性・独立性はすでに憲法上の自由権、すなわち19条、20条、21条等により保障されているのであり、改めて89条後段にその根拠を求める必要はない。89条後段が人権の章ではなく、国家機関に向けられた財政の章に置かれていることもこの点を補強する根拠となりうる<sup>(38)</sup>。また、自主性を担保するために国家が援助を禁止するというのは論理が逆転しており、援助を受けて事業を遂行するか、自主性を守るために援助を拒否するかは事業主体が判断すべきことであり、国家が公金支出に絡めて決定すべき事柄ではないといえよう。自主性を守るのは（私的な）事業主体であり、公金の不支出という公権力によるパターンリスティックな（不）規制により私的事業の自主性・独立性を保障しようとする論理には無理がある<sup>(40)</sup>。教育事業等の私的事業への公金支出と事業主体の自主性・独立性との関係は、これらの事業主体が憲法19条、20条、21条等により自主性・独立性を保障されていることを前提に公金支

出に伴う公的なコントロールとの調整をいかに図るかの問題であり、自主性確保説は、89条後段の立法趣旨としては適切な解釈とはいえない。

ただ、宮澤教授自身は別の箇所、「公金を事業に支出し、または、その他の公の財産をある事業の利用に供する場合、国または地方公共団体は、その金の使い道または財産の利用方法について、納税者たる国民の重大な責任を負うのであるから、その責任を果たす必要上、それらの事業に対し、十分実質的な監督権を有しなくてはならない。もしそういう監督権をもたないとすれば、その公金の使い道または公の財産の利用方法について、国または地方公共団体は、十分な責任を負うことはできなくなるはずである<sup>(41)</sup>。」(傍点・前田)と述べており、公金の使途等につき「納税者たる国民」への責任としての「監督権」に言及している。このことから、宮澤教授も89条後段の趣旨として、つぎに述べる公金支出等の「濫費の防止」があることは当然のこととして認識していたものといえる。

## (2) 公費濫用防止説

つぎは、公費濫用(濫費)防止説で、財政民主主義の立場から、公の利益に反する私的な教育事業等への公金等の支出による、不当な濫費・乱用の防止にあるとする説である。上述の制憲議会における金森説はこの立場に立っている。「これら三つの事業の場合は、特に教育等の事業への援助という美名の下に公費の不当な支出がなされることが多いものと解される<sup>(42)</sup>」ことが、その根拠として挙げられている。ただ、究極的には濫費防止を目的とするといっても、その目的達成のための具体的統制の方策は、事業主体への包括的支配から後述のような公金の使途統制に限定する考え方にいたるまで多様な結論を導くことが可能な説といえる。具体的には以下の説がある。濫費防止説が公金の不当な支出の防止を目的とすると、それを手続的側面から規制するのが「財政統制説」である。その代表的な論者として、小嶋説と橋本説がある。まず、小嶋説は、本規定がアメリカ州政治の経験に由来するものとの推察から、「私的自主性を尊重すべき私的事業に対しては、それほど具体的な執行統制をなしがたい。しかも、教育等



の事業の場合には、その目的の公共性の故に、「包括供与」がなされやすい。アメリカにおいては、それがなされて私的団体や議員の利権行為となったが、そのような統制離脱行為を防止するところに本規定の目的」があるという。<sup>(43)</sup>また、橋本説は、「公の財産が、教育等の私的事業に支出され利用に供された場合、完全に私的事業の自由にゆだねられるものとする、公共の利益に反する運営が行われる可能性がある。そこで、国は、財政的な援助をなす限度において、その援助が不当に利用されることのないように監督する」にあるとする。<sup>(44)</sup>財政統制説は、89条の前段と後段ではその趣旨を異にするとする立場（分離説）に立ちながら、同条項が「財政」の章におかれていることを重視し、財政民主主義の視点から後段趣旨を解するものといえよう。

この財政統制説に類する説として、近年、憲法89条後段の来歴を踏まえ<sup>(45)</sup>て、89条を「財政上の政教分離」原則と「公金支出等の際の使途統制」原則を公金支出等に関する可否要件として一本にまとめた規定である<sup>(46)</sup>とする見解（笹川説）が打ち出されている。笹川説によると、「第89条後段は、「公」すなわち国もしくは地方公共団体が何らかの事業に対し直接・間接に公金支出を行う場合には、その使途統制に必要な限度で当該事業が「公の支配」に服していれば支出等をなすことが可能だとする一般原則<sup>(47)</sup>が」規定されているという。そして、そこでいう「使途統制」とは、「慈善や教育のためにその事業主体に公金を支出した場合に、その使い途をコントロールできるかどうかを問題にしているのであって、慈善や教育の事業主体をコントロールできるかどうかを問題」にするものではないとし<sup>(48)</sup>、事業主体への統制を排し、私的事業の独立性・自主性を尊重した上で、「公金等が公共性の認められる事業に間違いなく充てられて」<sup>(49)</sup>いるかを規制するものと解するのである。

「使途統制説」が、事業主体への統制と公金の使途の統制を区別し、「公の支配」の意味を事業主体への統制を要するものと解すると、憲法89条後段は論理矛盾を引き起こすとの指摘は妥当である。「公の支配」の対象が「事業主体」ではなく、事業にあてられた「公金の使途統制」である

という。ただ、筆者自ら「有効かつ適切な財政統制の具体的なあり方が追求されるべき課題」<sup>(50)</sup>と述べているように、憲法89条後段は、単に手続的な「使途統制」ととどまらず、統制が認められるとするならばどのような見地からの統制を認めるのか、さらに踏み込んだ実体的な基準を定めた規定と解すべきではないのか。笹川説の立場に立っていえば、憲法89条後段の公金の支出が「公共性の認められる事業」か否かで規制の可否をきめるのか。濫費防止説にせよ、財政統制説にせよ、さらに使途統制説を含めて、いかなる事業が「公の支配」に服さない事業といえるのか、いずれにせよ憲法的観点からの実体的基準が示されなければならないのではないのか。「財政統制説」は、その実体的基準に何を盛り込むかによって「濫費防止説」ととどまらず、「自主性確保説」や後述の「中立性確保説」(政教分離説を含む)ともつながる余地を持っているといえる。

ただ、本来の公費濫用防止説は、財政民主主義との関係では連続性を維持した解釈をとっているが、憲法89条前段との関係では、それを切断するとの立場をとる説といえる。

### (3) 中立性確保説

第三は、中立性確保説である。この説は憲法89条の前段と後段とを連続性をもって捉える立場である。前段が政教分離を財政面から補強し、宗教に対する国家の中立性を保障しようとしたのに対し、後段は、さらに進んで宗教のみならず、宗教を含めてより広範囲の「思想信条」に対する国家の中立性を保障した意味をもつものと解する<sup>(51)</sup>。すなわち、「国家が特定の宗教的信念や思想信条に基づく教育等の事業に財政的援助によって荷担することは、政教分離の原則を含む国家の中立性の原則から問題が生じうることから、「公の支配」によって宗教的信念や思想信条の滲透の防止をはかったものである」<sup>(52)</sup>とする。

これに対して、はたして日本国憲法が思想信条に対する国家の中立性までも要求しているか疑問であるとして、<sup>(53)</sup>国家の中立性原則を宗教にしぼって、後段も前段とともに政教分離原則を補強することをねらいとした規定

と解する「政教分離説」がある。<sup>(54)</sup>

政教分離説によると、「前段と後段を通低する目的は、政教分離の徹底を期すことにあること、かかる観点から、後段が「公の支配」に属する事業にのみ国の援助を認めた趣旨は、教育等の事業が宗教活動の隠れ蓑に使われる危険性が強いことに鑑み、助成する事業の性格を厳格に規律・統制し、事業主体ではなく当該事業が宗教と関連をもたないことを保障することを要求したものと解すべき」であるという。<sup>(55)</sup>そして、宗教を除く思想信条につき、特定の思想信条を優遇したとしても憲法の禁止するところではない。さもなくば、芸術活動に対する援助も、科学的研究に対する援助も——これらは意識するとしなにかかわらず、一定の思想信条を基礎しているの——許されないことになってしまうと主張する。<sup>(56)</sup>

政教分離説によると、憲法89条前段の政教分離規定は、「宗教上の組織若しくは団体」という——その解釈としては狭義説の立場を前提に——「事業主体」を規制し、これに対して後段は、「教育事業等」を隠れ蓑に行われる宗教的「事業」を規制する。憲法89条前段が、「宗教上の組織若しくは団体」という事業主体を規制対象とすると、この事業主体に含まれない「事業」を規制することになる。仮に政教分離説を採らない立場に立つと、前段の「宗教上の組織若しくは団体」に包含されない形で宗教的な事業を行った場合、例えば、名目上学校法人として運営されている宗教系学校が教育機関を装いながら事業として宗教教育を行っているような場合に、いかなる憲法規定が適用されることになるのか。前段の「宗教上の組織若しくは団体」の解釈を「広義説」の立場に立ち、「宗教とかかわり合いのある行為を行っている組織ないし団体のすべて」と広く解したとしても、宗教的事业について前段規定でカバーすることも部分的には可能であるが、十全とはいえない。まして、箕面忠魂碑最高裁判決（最小平5.2.16民集47卷3号1687頁）の「狭義説」の立場に立てば、前段では捕捉不可能といえる。さらに、宗教的事业への公金支出にかかわる事例を憲法20条3項の宗教教育・宗教活動の禁止条項に求めたとすると、宗教的組織や事業への公金支出はすべて憲法20条3項でカバーできることとなり、

憲法89条前段は無用の規定ということになり、これも適切な解釈とはいえない。結局、「宗教上の組織若しくは団体」とまではいえない宗教的な教育事業等に対する公金支出については、憲法89条後段がカバーせざるえないことになる。この点に関し、政教分離説は、一つの答を出しているといえる。

ただ、憲法89条後段が政教分離の徹底を期すことにあると限定的に解することには、前段と後段を統一的に理解するという点では整合性を認めるものの、83条以下の財政民主主義との関連では疑問なしとしない。

つぎに、政教分離説から疑問がだされている点、すなわち国家の中立性原則という場合、宗教を含めたより広い「思想・信条」における国家の中立性原則まで含まれるのか、につき検討する。

「近代国家における自由の理念は、何よりも個人の人格の尊厳を基礎とし、国家はこの国民の内心に対しては、無干渉すなわち中立でなければならないとされる。第19条は、この「国家の中立性」の原理を明らかにした<sup>(57)</sup>もの」とされる。したがって、教育等の事業を行う私的な組織・団体に対しても国家は思想・信条等の精神的自由を保障し、特に教育事業については、憲法23条学問の自由ないし憲法26条教育の自由により公権力の行使を限界づけている、と言うのが憲法上の要請である。これは憲法19条等の消極的側面にかかわる。しかし、89条後段の場合、公金支出等を通じてある特定の思想や信条を助長・促進することにかかわる、いわば、憲法19条等の積極的側面である。特定のイデオロギーや信条を助長・促進する教育事業等に公金支出等を行うことが果たして許されるのか。この点で、憲法20条「宗教」と憲法19条等の「思想・信条」とでは、憲法89条との関係で両者はともに権利の積極的側面に関わるが、原理的には異なる。前者の「宗教」の場合、憲法学上、それは国家の与り知らない「私事」であり、そのため国家が宗教とかかわり合いをもつことを原則として厳格に禁じている。したがって、教育事業等に名を借りて行われるような宗教的事業への公金支出の是非をめぐる判断は、信教の自由の積極的側面に関わることから、「過度のかかわりあい」の要件を含めた厳格な『目的・効果』基準に則つ

て判断することが妥当であろう。これに対し、「思想・信条」の場合、それは民主主義社会に不可欠なもので「公的」な性格をもち、最大限尊重されなければならない、国家が特定の思想を選別して禁止すると言ったことは許されまい<sup>(58)</sup>。しかし、それは思想・信条の自由の消極的側面での次元の問題であり、公金支出といった積極的側面までも内心の自由の絶対的保障を貫くことは適切ではないと思われる。例えば、反社会的な思想・信条——テロや暴力、軍国主義やナチスの礼賛——を唱導するような教育事業等への公金支出等は「公の支配」に属さない事業として禁止されるといえる。また、仮にこのような事業に対する公金支出を停止したとしても、消極的側面での内心の自由そのものが侵されたことにはならない。こうした意味において、憲法89条後段は、宗教に対するほど厳格なものではないが、広く思想・信条を含めた国家の中立性原則を趣旨として包含しているものといえる。

### 第3章 「公の支配」の意味

憲法89条後段は、「公の支配に属しない」教育事業等への公金支出等を禁止している。言い換えれば、「公の支配」に属する教育事業等への財政的援助は認めている。ここでいう公金支出等を許容する要件としての「公の支配」の意味とは何か、この点が、憲法89条後段の解釈をめぐる中心的論点といえる。この点につき、従来から厳格説と緩和説の2つが対立している。そこでここではこの2説を中心に検討をすすめていきたい。

#### 1. 厳格説

第一は、厳格説の立場である。憲法89条後段の立法趣旨に関し自主性確保説の立場にたつ論者は、ここでいう「公の支配」とは、国または地方公共団体の特別の支配・統制を意味し、通常の規制・監督の程度をこえてその事業の予算を定め、その執行を監督し、さらに人事に関与するなど、その事業の根本的な方向に重大な影響をおよぼすことのできる権力を有する

ことをいうとし、「公の支配」の意味をきわめて厳格に「実質的支配権」を有すべきものと解する。<sup>(59)</sup>したがって、国または地方公共団体が自ら行なう事業のほか公社・公団などの行なう事業のみが「公の支配」に属する事業であるとする。<sup>(60)</sup>この説によれば、私人が行なう教育事業等はその者の主義・思想の発現として行なわれるものとみるべき場合が多いところから、それに対し公的な財政的援助を与えることによって、公権力が主義・思想そのものをコントロールし、その事業を政治的に利用するといった危険を避けるというところに本条の趣旨があるものととらえ、したがって、本条後段の規定は、教育事業等につき、公のものとして行なわれるそれらの事業と私的なそれとを、二つに割り切って明確に区別し、私的に行なわれるこの種の事業に対する財政的援助をいっさい禁止するものであるという。<sup>(61)</sup>こうした立論から、私立学校や社会福祉法人に対する現行法程度の微温的・名目的監督では「公の支配」に属するものといえず、違憲であるとする。<sup>(62)</sup>

こうした厳格説に対しては、本条の制約の外にあるとされた私的教育事業等が、「公の支配」についての厳格な解釈を通じて国による監督権限を強化する方向で作用し、現実には私的な教育事業等の自主性を制約するという正に本来ねらいとする自主性の確保という趣旨とまったく逆の作用を営むことにならないか、<sup>(63)</sup>といった批判がなされている。

また、憲法89条後段は、教育等の「事業」への規制であって「事業主体」への規制を定めるものではない。<sup>(64)</sup>厳格説は、この点での概念区分が意識されていないのではないか。したがって、この説では実質的な事業主体統制説となっている。さらに、憲法89条後段は、そもそも「私的に行なわれるこの種の事業に対する財政的援助をいっさい禁止するもの」といえるのか、むしろ私的に行われる「教育事業等」の中で「公の支配」に属する事業とそうでない事業を区別し、公金を支出すべきか否かを区分する指標としての規定というべきではないのか。なぜなら、国または地方公共団体が自ら行なう事業のほか公社・公団などの行なう事業に対して公金支出がなされることは当然のことであり、それらの事業を念頭においての規定とは到底

考えられないからである。<sup>(65)</sup>また、憲法89条後段が基本的には私的な事業を念頭においた規定と解されるとすれば、そこでの私的組織や団体は憲法上の他の規定、特に憲法19条、20条、21条、23条等により、自主性を保障されることは大前提であり、あえて事業主体の自主・独立性を89条に求める必要はない。前述したように、自主・独立性を有した事業主体を前提に、それが行う事業への公金支出に対する公権力に向けられた規制の問題と考えるべきである。

## 2. 緩和説

つぎに緩和説の立場にたつ論者は、国や地方公共団体が財政的援助をなす限度においてその援助が不当に利用されることのないよう監督することをもって、「公の支配」に属するものとみるべきであるとし、「公の支配」の意味を緩やかに捉える。「公の財産が、教育等の私的事業に支出され利用に供された場合、完全に私的事業の自由にゆだねられるものとする」と、公共の利益に反する運営が行われる可能性がある。そこで、国は、財政的な援助をなす限度において、その援助が不当に利用されることのないように監督する」ことにあるとする。<sup>(67)</sup>憲法89条後段規定は、民間の教育事業等を奨励するために、公金支出等をする場合のむしろあることを予想し、その場合には、財政民主主義の立場から、公の財産の濫費・乱用にならないように「公の支配」を要求したものと解すべきであると説く。緩和説は、厳格説が私学助成を違憲としながら憲法89条後段規定をむしろ「立法論としては問題である」<sup>(68)</sup>とするのに対し、私学助成を合憲とするための「現実的必要性」から後段の規範力を緩和するという多分に便宜的な解釈に頼ったため、当初、厳しい批判にさらされることとなる。

緩和説への批判としては、その解釈方法は「立法論と解釈論が混在」しているとか、<sup>(69)</sup>「本条程度の規制で「公の支配」があるとすれば、ほとんどすべての事業が「公の支配」に属することとなり、本条の規定は無意味となる」<sup>(70)</sup>といった批判がなされ、緩和説を他の要件で補強する方向での正がなされこととなる。それが以下の教育＝「公の性質」説<sup>(71)</sup>や体系的・総合

的解釈説として展開されることとなる。

### 3. 新たな視点

今日の「公の支配」をめぐる憲法解釈の多数説といえるのが体系的・総合的解釈説である。この説は、憲法14条、23条、25条、26条など他の憲法諸規定を総合的にみて——論者により補強要件の強調度合いを異にするが——「公の支配」を解釈し、現行法程度の監督の程度をもって合憲足りうるとすることをもって基本とする。また、この説の中には、さらに学校（事業主体）あるいは教育事業が「公の性質」を有することを付加的に強調するものもある。いずれも憲法26条を中心の根拠にしている点に共通性が見られる。この説に立つ代表的な見解は、大学付属病院設置をめぐる公金支出事件における千葉地裁判決（昭61・5・28行集37巻4・5号690頁）である。憲法89条後段の『「公の支配」の意味内容については……憲法19条、20条、23条の諸規定のほか、教育の権利義務を定めた憲法26条との関連、私立学校の地位・役割、公的助成の目的・効果等を総合勘案して決すべきものと解すべきとした上で、「公の支配」に属する事業とは、「国又は公共団体が人事、組織、予算等について根本的に支配していることまでを必要としている趣旨ではなく、それよりも軽度の法的規制を受けていることをもって足り、私立学校について言えば、教育基本法、学校教育法、私学法等の教育関係法規」により規制を受けていることから私学助成は憲法89条後段に違反しないという。

「公の支配」の解釈にあたって、その事柄に関係する憲法条規を援用すべきとする体系的・総合的解釈説の考え方自体は、憲法解釈の常道であり支持しうる。しかしながら、本説は、「憲法25条、26条からの私学助成の必要性を強調するあまり、私学助成の条件となるべき「公の支配」の具体的な内容をつめて議論しているわけではない」との指摘がなされているように、<sup>(74)</sup>「公の支配」の解釈とどのような論理的関連の中で意味をもつのかという点が必ずしも判然としない。しかも、26条等の補強条規の強調はさらにつぎのような『89条離脱説』ともいべき私学助成合憲論への展開へと



連なっていく。この説は、社会福祉法人や私立学校の行っている事業に対して国が補助を与えることは「公の支配」に属するかどうかにかかわりなく、憲法25条、26条により当然要請されており、この補助、助成は、89条とは無関係の問題であり、そもそも89条の制約のもとには置かれていないとする。<sup>(75)</sup>しかし、「私学助成が26条によって義務づけられているといっても、公費が支出されている以上、財政的援助が不当に利用されることのないように国が監督する必要がなくなるわけではなく<sup>(76)</sup>」、公金支出にかかわる以上、89条後段の規制を避けるわけにはいかず、その要諦である「公の支配」の解釈を避けて通るわけにはいかない。

憲法89条後段の解釈につき、最近、注目される見解の一つに笹川教授の説がある。笹川説は、前述の「厳格説」をもって「実質的事業支配説」、  
「緩和説」をもって「謙抑的事業統制説」と捉え、いずれの説も「事業そのものが「公の支配」のもとになれば公金支出等は認められない」とする点では同じ解釈枠組にあるとして、「事業一般ではなく、支出・供用された公金等の用途が「公の支配」のもとにある事業には公金支出等が認められる」とする「用途厳格統制説」<sup>(77)</sup>を主張する。この説によれば、「後段は、運営上の自主性が尊重されるべき私的事業であっても、それにルーズな財政監督態様で助成するようなことは許されぬ」として、笹川説が名づけるところの「限定的財政監督説」<sup>(78)</sup>を「実質的な用途チェックを伴わない包括的供与の正当化をはか」るものと批判し、「公金等が公共性の認められる事業に間違いなく充てられており当該事業関係者等の不当な利得などになっていないことが厳格にチェックされることを支出等の条件」<sup>(79)</sup>であるとして、事業主体や事業への公権的規制を避けながら、用途への厳格な財政的統制を求めるもの解している。<sup>(80)</sup>

こうした笹川説が、一方で、私的組織の自主性・独立性を保持しながら、他方で、公費の濫費を防止するために、ぎりぎり「用途」への公権的規制に留めようとする「意図」は分かりすぎるほど分かるのだが、89条後段がかような手続的な用途統制にすぎないとするなら83条をはじめとする公金支出に対する手続的規定で足りるのであって89条後段規定の存在意義が問

われることにならないか。さらに、同条項は、私的事業の中で公金を支出することが認められるものとそうでないものとを前もって区別する実体的基準を示すものとする、「使途厳格統制説」は、「使途」という事後のコントロールが主となっており、事前の実体的基準を提示する説にはなっていないと思われる。

#### 4. 検 討

89条後段は、さまざまな矛盾した要請の中にある。

まず、規制の対象となっている私立学校に代表される「教育等」の私的事業は、多分に画一・一律な公的組織とは異なって、民主主義社会の多元性を担保する不可欠な存在といってよい。個性的で多様な団体や組織の存在こそ民主的な社会の象徴といえよう。また、そうした個性的で自由な私的組織であるゆえに「創造的」な存在でもあり、その意味からも社会にとって不可欠な存在といえる。これらの事業は、——きわめてパラドキシカルな表現であるが——私的であるがゆえに公的な存在といえる<sup>(81)</sup>。こうした私的事業の自主性・独立性を保障すべしとする憲法上の要請が——89条後段を根拠とするのではなく、憲法19条をはじめとする自由権規定を根拠として——前提として存在する。

しかも、公金支出等の制限ないし禁止の対象となっている「慈善、教育若しくは博愛の事業」といった「教育」や「福祉」にかかわる事業は、誰もが利用する可能性のある公的性質の強い事業であり、憲法的にも社会国家的要請から国家の責務として施策の充実が望まれる事業でもある。仮に私的に運営される場合であっても本来的に公的・社会的な助成が積極的に求められる事業でもある。89条後段は、他の一般の事業に対する場合と区別して、公益性・公共性の高い「教育等」の事業に限って、「公の支配」に属する事業の場合のみ公金支出等を認めるとしている。国民の負担によってなされる公金支出等は公益性・公共性の高い事業ほど優先的になされるべきであるにもかかわらず、「公の支配に属する」か否かによって公金支出等を規制しようとする意図はどこにあるのか。他方で、「慈善・教育

・博愛」以外の必ずしも公益性・公共性が高くない事業については、83条以下の一般的な手続的な財政統制のみに服するというのは論理の逆転ではないのか。

加えて、89条は公金の支出等の仕方について立法による財政統制権や行政の執行権限を実体的に規制する。本規定の置かれている位置からも、それは公金支出等につき立法者、執行者を規制するものであって、私的団体・組織を公権的に規制する意図をもった規定と解することには無理がある。にもかかわらず、「公の支配に属する」をめぐる憲法学説は、厳格説はもちろん緩和説を含めて事業主体ないし事業に対する「公権的規制」と解することにより、本来の趣旨とは異なって、89条後段を私的団体・組織に対する公権的な規制のための規定に変質させてきた。その結果、89条をめぐる憲法学説は、公的画一的な規制により、私立学校をはじめとする私的団体・組織の自主性・独立性を減退させ、その社会的効用としての「創造性」を衰退させる役割を果たしてきたのではないか。憲法解釈論的にいえば、「公の支配」=公権的規制と捉えることにより、私的組織・団体の自主・独立性、その結果としての多様性の保障という憲法的価値を余りに無視した解釈に終始してきたといえる。

確かに、国民の負担によってなされる公金支出等は、不正に使用されたり、濫費・濫用がなされたりすることがあってはならず、そのことは私的組織・団体たると公的組織・団体を問わないが、私的組織・団体の場合には、とりわけその組織・団体の自主性・独立性を侵してはならないという憲法的価値と、公金支出等の不正・濫用の防止という対抗のなかで、公権的規制が考慮されなければならない。この両者への考量という点では、厳格説も緩和説も、前者への配慮を欠いた説といえる。この点で、前述の「使途統制説」は、私的組織・団体の自主性・独立性の保障と財政民主主義の立場からの公金支出等の公権的規制という相反する両者をぎりぎりのところで両立させんとする、あるいはさせるべきとする立論としては優れているといえる。しかしながら、この「使途統制説」は、89条後段の解釈として立法権や行政権に向けられた公金支出等についての事前の実体的基

準を提示することに成功したといえるのだろうか。「使途統制説」は、手続的規制を提示したにとどまり、どのような基準でコントロールすればよいのか、その基準を明らかにしたとはいえない。さらに、公金支出の有様によっては私的組織・団体の自主性・独立性の保障と公金支出等の公権的規制は二律背反の関係に立たざるを得ない場合もでてくる。例えば、私学助成における経常費への包括的供与は、事業そのものを事業全体から分離することができない以上、事業主体への公権的規制に入り込まざるを得ず、「使途」だけを分離して統制するというわけには行かない。結局、「使途統制説」も、「公の支配」の意味を私的組織・団体に向けられた「公権的規制」と捉える枠組みから抜け出しはしないとされる。

## お わ り に

私見の結論から述べると、89条後段の「公の支配に属する」を「公権的規制」という観点から捉えることはもはや放棄すべきで、当該事業が「公の性質」を有するか否か、立法権に向けられた「公共性・公益性原則」を定めたものと解すべきである（以下、「公の性質」説という<sup>(82)</sup>）。しかも、後段列挙の「慈善、教育、博愛」の事業は、特に濫用の危険性が高いために例示的に列挙されたにすぎず、「公共性・公益性原則」は、これら以外のその他の事業、たとえば産業補助等、学術、スポーツ等にも及ぶと考える。したがって、89条後段規定は公金支出等について一般的に「公共性・公益性原則」を定めたもの解する。誤解なきように付言しておく、そのことは公金支出の濫用や不正使用に対する公権的規制を放棄せよと主張するのではなく、89条後段をその根拠とすることは放棄せよとの主張である。その理由は、以下に述べる通りである。

第一に、「公の支配」をめぐる学説の展開は、「厳格説」にはじまり、私学助成の合憲性を論証するための「現実的必要性」から「緩和説」へと移行し<sup>(84)</sup>、さらに89条後段の実質的空文化ともいうべき89条離脱説へと展開している<sup>(85)</sup>。しかしながら、89条離脱説は、本条項の規範的意味を明らかにせ

ず、同条を空文化しかねないことから、それに実質的な規範的意味を与えるべく、近年、再び有力に唱えられるようになったのが「財政統制説」(使途厳格統制説)である。しかし、財政統制説は、私的組織・団体によって行われる事業の自主性・独立性の保障と財政民主主義の立場からの公金支出等の公権的規制をぎりぎりのところで両立させるものの、89条後段の規範的性格としては私的組織・団体への「公権的規制」規定としての枠をぬけだすものではなかった。こうした「公権的規制説」は、私的組織・団体への規制規定と捉えることにより、これら組織・団体の自主性・独立性・多様性を阻害し、その結果、私的組織・団体の本来の社会的効用としての「創造性」を弱める役割を担ってきたのではないのか。さらに、今日、「官から民へ」と私的組織の効用が評価されるなかでは、公権的規制説はなお一層89条後段規定を空文化する方向に働くことになる。また、89条後段は、その規定の置かれている趣旨からも、私的組織・団体への規制規定と捉えるのではなく、国会の財政統制権や行政の執行権限を実体的に規制する公権力に向けられた規定と捉えるべきである。

第二に、憲法89条後段「公の支配」が「公共性・公益性原則」を定めたものとする、「公の支配に属しない」=「公共性・公益性」を有する事業に属しないものとは何か？ まず、「憲法上禁止されている宗教的事業や、思想、良心及び学問にたいする国家の中立性原則に抵触する公金支出は「公共性・公益性」がない故に許されないことになる。さらに、公金が国民の租税によってまかなわれるとすると、明らかに濫費・濫用とみなされる事業への支出は制限ないし禁止されることとなる。

逆に、「公の支配に属しない」=「公共性・公益性」を有する事業に属するものとは、憲法25条、憲法26条等、憲法上の社会国家原則からの要請のもとづく福祉・教育事業は、国家にその施策の実現を責務として方向づけられており、公金支出の必要性の高い事業として位置づけられる。

憲法89条後段が、あえて「公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛」の事業に限って支出の制限ないし禁止を定めたのは、これらの事業が本来「公共性・公益性」が高く、特定の宗教や偏狭な思想・信条と結びつき、

濫用される危険性がとりわけ高いことから注意的に羅列したものであって、立法者等による濫用の危険性は「慈善・教育・博愛」の3つの事業に限られるものではない。産業補助等、学術、スポーツ等これら以外の事業への支出にあっても公金である以上、「公の支配」（「公共性・公益性」）に属することが求められるのであって、憲法89条後段規定は、公金支出にあたって立法者の財政統制権、行政権の執行権限に向けての実体的な「公共性・公益性」基準を定めたものと解すべきである。

第三に、憲法89条後段を「公権的規制」と捉えることの問題性については記述のとおりであるが、公金が支出される以上「公共性・公益性」のある事業として認定された目的に則して利用・支出されているか、濫用の危険はないか、コントロールする必要のあることはいうまでもない。この点につき、従来の学説は、「慈善・教育・博愛」の事業という支出の必要性の高い事業に限って実体的規制を求め、これら以外の事業への公金支出に対しては憲法的には「野放し」の状態に置くといった、「ものの道理」からすると逆転した役割を果たしてきた。「公の性質」説に立てば、「慈善・教育・博愛」の事業以外の事業についても憲法的規制に服すると同時に、すべての事業につき、89条後段を根拠とすることなく、公金支出の濫用については一般的財政統制に服することになる。

第四に、「公の支配に属しない」教育事業等を、「公共性・公益性を有しない」教育事業等と解するのは、文理解釈として確かに無理がある。とりわけ「支配」の意味をないがしろにしているとの批判が容易になされよう。しかしながら、「支配」というと（権力と私的事業との）「公権力的関係」とか、国家と私的団体といった主体相互の統治的関係を想起させるが、本規定の原案である総司令部案の“not under the control of the state”は、“purposes”を修飾しており、それは州が公金等を支出する「目的」、つまり、公金等の「用途」、「使途」であるとの指摘がなされている<sup>(86)</sup>。国家のコントロールの下にない“purposes”とは、少なくとも主体相互の統治的関係の意味で「コントロール」が使われているのでもなければ、「コントロール」が“purposes”の動詞としてではなく、修飾詞の一部として使われ

ている。ということは、国が“purposes”をコントロールするのではなく、国がコントロールしうる“purposes”であるかが問われており、そのことは“purposes”の「事の性質」が問われていると読めなくもない。さらに、日本政府を中心として憲法草案の起草段階では、「国家ノ管理ニ服サザル」（総司令部案）が「国ノ管理ニ属セザル」（3月6日案）となり、「公の支配に属しない」（現行憲法89条）へと変遷してきた立法過程を振り返ってみると、「国の管理に服する」教育事業等を日本的文化風土に適合させるべく拮げようとする立法者の意図が感じられることから、「公の性質説」によって、さらに憲法89条後段を日本社会に適合的に再解釈することも、憲法解釈として必ずしも誤った解釈とはいえない。

※本稿は、本年（2006年）3月に本学を退職された鈴木博信名誉教授、林錫璋名誉教授の退職記念号のために準備された草稿であったが、学内行政に追われ無念にも果たせなかった。ここに改めてご恩顧をいただいた両先生に拙稿を捧げることをお許しいただきたい。

〔注〕

- (1) 実務レベルでも、戦後の本格的な私学助成は、1949年の私立学校法の制定にはじまるが、その法案制定をめぐる、厳格な統制に置かなければ違憲となるとする法務庁の見解と、緩やかな統制で足りるとする文部省の見解が対立し、私学側の猛烈な反対およびGHQの勧告により後者の方向を採用することで決着をみた。拙稿「憲法89条と私学助成」財政法講座第1巻（勁草書房、2005）303頁以下参照。
- (2) 宮澤教授は、「本条後段が日本の現実にはたして適合するかどうか、はなはだ疑問である。……本条は、立法論的には、大いに検討を要する規定である」とする（宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978）751頁）。同旨・東京大学憲法研究会「憲法改正の諸問題」法学協会雑誌67巻1号（1949）75頁（鈴木竹雄執筆）、清宮四郎『憲法I〔新版〕』（有斐閣、1971）261頁。また最近の論稿でも、戸波教授は、「慈善・教育・博愛の事業への公金の支出を制限する憲法89条が現代社会国家の要請に適合しない」（戸波江二「私立大学病院の誘

致と憲法89条」法学セミナー397号(1988)99頁)と疑問を呈している。

- (3) 「市民社会」において「慈善」「博愛」事業に携わる多様な事業主体を公権力が支援しようとするとき、公金支出等を禁止するかに見える憲法89条後段は「多様な主体の参入促進」を阻むものとの認識が示されている(堀勝洋『福祉改革の戦略的課題』(中央法規出版, 1987)134頁)。また、2000年の社会福祉法の改正に伴う市場主義の導入により、福祉分野への株式会社の参入が認められたが、憲法89条後段が株式会社に対する財政援助を阻害しており、これを改めるべきとの主張がなされている(江口隆裕「支援費制度と憲法89条」ジュリスト1252号(2003)3頁)。あるいは、「89条後段の規定がそもそも我が国の実情に適合していないこと、今後ますます多様化する社会福祉事業分野に助成面からもきめ細かな対応をする必要性が増えてくる中でこうした不合理と思われる制約はできる限り制限的に解釈すべきと考えること等から、89条の禁止をできるだけ緩める方向での解釈を検討していくべきと考える」(新田秀樹『社会保障改革の視座』(信山社, 2000)220頁)といった批判や要請がなされている。
- (4) わが国では、企業を含め広く産業への公的な補助は、補助金・利子補給、融資、債務保証、課税免除などの形で、「公益事業政策、技術政策、産業育成政策、産業調整援助政策、中小企業政策などの産業(保護)政策など」として広く行われており、これらの産業補助は、「立法機関や行政機関の事実上の自由な裁量に委ねられ、憲法上の問題や法律上の問題になることもほとんどなかった」(根岸哲「産業補助金・融資と法」岩波講座『現代の法8』(岩波書店, 1997)127~128頁)との指摘がなされている。
- (5) 「民間企業に対する支援措置に関する「憲法上の限界」という問題は、租税特別措置を除いては、あまり意識されてこなかった」との指摘がなされている。確井光明「自治体による民間企業の財政的支援」日本財政法学会『現代財政法の基本課題』(学陽書房, 1995)266頁。
- (6) 竹前栄治・岡部史信『第一巻 憲法制定史』(小学館, 2000)207頁。
- (7) 注解日本国憲法は、「アラバマ、コロラド、モンタナ等の各州憲法には、現在でも〔日本国憲法89条後段と〕略々同趣旨の規定が見受けられる」と指摘する(法学協会『注解日本国憲法』(有斐閣, 1954)1332~1333頁)。
- (8) 木下毅「私立学校振興助成法の合憲性について」ジュリスト603号(1976)145頁。



- (9) この組織は、1894年に設立され、自治体の制度と運営の改善のための教導役を務めることを目的として、それまで各地で個別に活動していた組織や個人を集めて結成された全国規模の非政府組織であるとの説明がなされている（笹川隆太郎「憲法89条の来歴再考」石巻専修大学研究紀要14号（2003）63頁）。
- (10) 同前・73頁。
- (11) 同前・69～72頁。
- (12) 北場勉『戦後社会保障の形成』（中央法規，2000）254頁。
- (13) 笹川・前掲注（9）68頁。
- (14) ここでいう「私的組織主催事業援助容認原則」とは、私的組織による慈善、教育等の事業への公金支出を容認することを意味するもので、それには使い途をコントロールすることが問題であって、事業主体をコントロールできるかを問題にするものではないとする趣旨を含意している（笹川・前掲注（9）68～69頁）。
- (15) 北場・前掲注（12）253頁。
- (16) この点につき、笹川教授は、リゾーが“industrial purpose”を外したのは、本規定の焦点が「宗教関係組織への公金支出等の可否問題にあることをより明確にするためであった」との指摘がなされている（笹川・前掲注（9）75頁）。
- (17) 尾形健「『公の支配』の意義と射程——憲法八九条後段の今日的意義をめぐって」甲南法学45巻1・2号（2004）113頁。
- (18) 同前・112頁。
- (19) 形の上では総司令部案を下地にしながら、内容においては、「明治憲法擁護派の主張が優勢を占めた」（竹前栄治・岡部史信・前掲注（6）207頁）のが日本政府による3月2日案で、これを土台にGHQとの激しいやりとりの後、かなりの部分は総司令部案が復活する形で、3月6日案に至っている。
- (20) 3月6日案は、「憲法改正草案要綱」として発表されたもので、その前に、3月5日案が作られているが、本条に関わる「会計」の章については変更がない（佐藤達夫著・佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第三巻』（有斐閣 1994）187頁参照）。
- (21) 小嶋教授は、「『公の支配』なら『服する』であるべく、「属する」ではありえない。「属する」なら「公の支配」ではありえない」（小嶋和司『憲法概説』（良書普及会 1987）515頁）として、条文の不自然さを指摘している。

- (22) 佐藤達夫・前掲注(20)413頁。
- (23) 同前・297～298頁。
- (24) 新憲法草案の枢密院審議のなかで、本条文の立法趣旨をめぐって関谷議員が「外国には有力な助成団体が多いから、その力で事業ができる。日本では事情が異なる」と述べている(同前・412頁)が、アメリカでは、例え公金支出がなされなくとも宗教団体や移民団体のような強力な私的団体・組織により慈善・教育・博愛の事業の遂行が十分可能であるが、そのような文化的背景のない日本では事情が異なるという認識は、当時の立法者には共有されていたのではないかと思われる。
- (25) 新井教授は、「一般の法治行政とは別に、財政に関して、これらの諸原則を定めている理由は、財政が一般の行政の運営とは異なって処理されるべき性質を有するものと認識されているところにある」という(新井隆一「3 財政民主主義」日本財政法学会編『財政民主主義』(1994)51頁)。
- (26) わが国では、企業を含め広く産業への公的な補助は、補助金・利子補給、融資、債務保証、課税免除などの形で、「公益事業政策、技術政策、産業育成政策、産業調整援助政策、中小企業政策などの産業(保護)政策など」として広く行われており、これらの産業補助は、「立法機関や行政機関の事実上の自由な裁量に委ねられ、憲法上の問題や法律上の問題になることもほとんどなかった」(根岸哲「産業補助金・融資と法」岩波講座『現代の法8』(岩波書店・1997)127～128頁)との指摘がなされているが、憲法89条の解釈とも関わって、憲法上の興味深い論点の一つといえるのではないか。
- (27) 「産業補助等」と「教育事業等」、いずれの事業への助成が「公共性・公益性」が高いかという議論には無論異論も多いことと思われる。個別にみれば、前者への助成も弱者保護や国家的緊急性の要請といった「公益性」の高い次元で補助が行われる場合も少なくないからである。しかし、総体としてみれば、「教育事業等」の「教育」や「福祉」は、より直接的に人間生存の根源にかかわることから、「公共性・公益性」が高いといえよう。
- (28) この点に関して、碓井教授は「財政を規律する実体規範は、憲法89条を除いては、「財政」の章には見当たらず、問題のある財政運営であっても、立法政策の当否の問題とされ憲法的統制の下におくことができないという一種の「むなしさ」を感じざるをえない」(碓井光明「憲法と財政」法学教室233号(2000)83頁)と述べている。

- (29) この点に関して、「利益誘導型の現実の政治過程を目のあたりにすれば、国民の代表機関たる国会がもっぱら公益のために行為するはずだと見ることはかなり困難」（石森久広「第2章 財政民主主義」日本財政法学会編『財政法の基本課題』（勁草書房、2005）25頁）であることから、手続的規制にとどまらず、「公平」「能率」や「節約と公正」といった実体的基準が学説の上では提言されている。
- (30) 佐藤功『ポケット註釈全書憲法(下)』（有斐閣、1955）1162頁。
- (31) 「財政運営について硬直的な規律は好ましくないにしても、実体規範がないとして放置することに甘んじてよいかどうかは、再検討が必要である。財政に関する「実体的憲法規範」を発見することが、憲法学や財政法学に課せられている課題である」（碓井・前掲注(28)83頁）との指摘がなされているが、傾聴に値しよう。
- (32) 同前・86頁。
- (33) 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録第3巻』（有斐閣、1976）669頁。  
本条に関わる枢密院審議の際にも、松本国務大臣も、「とかく美名の下に経費が分捕りされて濫費になることを防止するためである。素性のわかっているもの、明瞭に支配のできるものでないと困る。わが国には例は少いが、外国ではそのような心配がなされている」と答えている（佐藤(達)／佐藤(功)・前掲注(20)412頁）。
- (34) 清水・前掲注(33)669頁。
- (35) 同前・670頁。
- (36) 『わが国の高等教育』（文部省、1964）120頁。
- (37) 宮澤・前掲注(2)746～7頁。新井教授は、「教育事業等」への「国の不介入を維持するもの」で、これらの事業が「公の支配」に属しては、その本来の趣旨を達しえないもの」となる、と指摘する（新井・前掲注(25)48～49頁）。
- (38) 高橋教授は、「自主性が重要な意味を持つのは、私人の自由な活動を保障するというコンテクストにおいてである。しかし、それは各種自由権によりカバーされるべき問題であり、公金支出の制限により保障すべき問題ではな」い、また、「自主性の保障を必要とするのは、これらの事業（慈善・教育・博愛＝前田）を行う私人にかざられない」とするが（高橋和之「公金支出制限と「公の支配」の意味」杉原泰雄教授古稀記念『21世紀の立憲主義』（有斐閣、2000）476～7頁）、正当な指摘といえる。
- (39) 尾形・前掲注(17)144頁。

- (40) 小嶋教授は、財政援助の「受給は常に私的団体の自主的意思にもとづいてなされるもので、支援制度が常に私的自主性を侵すとはなしがたい」(小嶋和司・前掲注(21)514~515頁)という。
- (41) 宮澤・前掲注(2)746~747頁。
- (42) 佐藤功『憲法(下)【新版】』(有斐閣, 1984) 1162頁。同旨、長尾一紘『日本国憲法【第3版】』(世界思想社, 1999) 501頁等。
- (43) 小嶋・前掲注(21)514頁。
- (44) 橋本公巨『憲法【改訂版】』(青林書院新社, 1976) 506頁。
- (45) 笹川・前掲注(9)69~72頁。
- (46) 同前・75頁。
- (47) 同前・75頁。
- (48) 同前・68頁。
- (49) 笹川隆太郎「公金支出の制限」『憲法の争点<第3版>(ジュリスト増刊 法律学の争点シリーズ2)』所収273頁(1999)。
- (50) 同前・273頁。
- (51) 『註解』・前掲注(7)1331頁。
- (52) 中村睦男「私学助成の合憲性」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣, 1985) 447頁。
- (53) 戸波教授は、「思想的中立性」については、その内容・範囲は不明確ではないか、また、政党政治の下で国家と思想との結びつきが不可避である以上、思想的中立性を一般的憲法原則とみるのは不適當ではないか、という疑問がある」(戸波・前掲注(2)99頁)という。
- (54) 高橋・前掲注(38)478頁。
- (55) 同前・486頁。
- (56) 同前・478頁。昭和24年2月11日の憲法89条の解釈に関する法務調査意見書も、公金の濫費の防止のほかに、教育等の事業が「ややもすれば特定の宗教や社会思想に左右され易い傾向がある」ことから、政教分離の原則の擁護および教育等の事業の中立性の要請をあげているのが注目される(『法務総裁意見年報』第一巻143~146頁)。
- (57) 佐藤功『日本国憲法概説【全訂第五版】』(学陽書房, 1996) 193頁。
- (58) 戸波教授は、憲法89条に「思想的中立性」を読み込んだ判決への批判の中で、「政党政治の下で国家と思想との結びつきが不可避である以上、思想的中立性を一般的憲法原則とみるのは不適當ではないか」「国家の思想選別の禁止は他の憲法条項によって根拠づけられるのではないか」(戸波江二「私立大学病院の誘致と憲法89条」法学セミナー増刊『最新

- 判例演習室1989』（日本評論社，1989）21頁）との疑問を提示している。
- (59) 宮澤・前掲注(2)742頁、『註解』・前掲注(7)1335～1336頁，伊藤正己『憲法』（弘文堂，1982）467頁他。前述の法務庁見解（昭和24年2月2日）もこの立場をとっていた。
- (60) 『註解』・前掲注(7)1335～1336頁，佐藤(功)・前掲注(42)1165～1166頁。
- (61) 『註解』・前掲注(7)1335～6頁
- (62) 宮澤・前掲注(2)参照，『註解』・前掲注(7)1336頁，佐藤(功)・前掲注(42)1174～1176頁。
- (63) 樋口・佐藤・中村・浦部『注釈日本国憲法下巻』（浦部法穂執筆）（青林書院，1988）1358～9頁。
- (64) 高橋・前掲注(38)481頁以下参照。
- (65) 同前・482頁
- (66) 鶴飼信成『憲法』（岩波書店，1956）249頁，田畑忍『憲法学講義』（憲法研究所出版会，1964）323頁，橋本公巨『日本国憲法【改訂版】』（有斐閣，1988）546～547頁。昭和24年12月に提出された文部省による私立学校法案の提案理由もこの立場にたっていた。
- (67) 橋本・前掲注(44)506頁。
- (68) 清宮・前掲注(2)261頁。
- (69) 粕谷友介『憲法の解釈と憲法変動』（有斐閣，1988）53頁。
- (70) 杉原泰雄『憲法Ⅱ』（有斐閣，1989）440頁，宮澤・前掲注(2)746頁，新井隆一『財政における憲法問題』（中央経済社，1965）69頁他。
- (71) 教育基本法6条1項が「私立学校を含める意味において学校の『公の性質』，つまり私立学校の公共性を宣明している」ことを理由に，私立学校も「憲法89条の『公の支配』に属するものと解釈してさしつかえない」（田中耕太郎『教育基本法の理論』（有斐閣，1961）659～60頁，同旨・佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣，1952）332頁。
- (72) この説に立つ代表的論者として，小林直樹『憲法講義 下』（東京大学出版会，1981）401頁は，「本条の適用に当たっては，憲法14条（平等）・25条（生存権）・憲法26条（教育義務）等をあわせて，体系的・総合的に解釈してゆくべきであろう」と述べる。同旨，和田英夫『新版憲法体系』（勁草書房，1982）296頁，橋本・前掲注(44)548頁，矢留文磨「日本国憲法第89条における「公の支配」についての一考察」同朋大学論叢58号（1988）33～34頁，戸波江二『憲法（新版）』（ぎょうせい，1998）477頁，辻村みよ子『憲法（第2版）』（日本評論社，2004）534頁，

野中・中村・高橋・高見『憲法Ⅱ』【第4版】(中村睦男執筆)(有斐閣, 2006) 333頁, 他多数。

- (73) 緩和説に立ちながらも, 監督要件をどの程度をもって合憲とするかをめぐっては, さらに厳しくすべき要素もあるとする説(中村・前掲注(52)・450頁)や, 「是正しうる途が確保され, 公の財産が濫費されることを防止しうる」措置が講じられていさえすれば, その規制が「法律によるものであること」を要しないとするとする最緩和説(東京高判平2・1・29高裁民集43巻1号1頁)まで, 様々である。
- (74) 中村・前掲注(52)450頁。
- (75) 浦部法穂『全訂憲法学教室』(日本評論社, 2000) 551頁, 同旨・野上修一「私学助成の憲法理論」法律論叢61巻4・5号合併号(1989) 241頁。こうした考え方は, 古くは佐藤功教授によって主張されていた。佐藤教授によれば, 「私立学校に対する補助を, 25条の生存権の保障および26条の「ひとしく教育を受ける権利」の保障に努めるべき国の責務である」と解し, これは憲法89条後段の「慈善・教育・博愛」事業とは無関係とする(佐藤(功)・前掲注(42)1177~1178頁)。
- (76) 佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』(中村睦男執筆)(三省堂, 1991) 351頁。阪本教授も, 「89条は, (26条等により) 国家に対して義務づけている支出であっても, 財政統制を及ぼすことを求めているのであるから, この見解は早計といわざるをえない」(カッコ内・前田)という。阪本昌成『憲法理論Ⅰ(補訂第3版)』(成文堂, 2000) 322~323頁, 青柳幸一「憲法89条後段と「協働」社会」ホセ・ヨンパルト他『法の理論18』(成文堂, 1999) 123頁。
- (77) 笹川隆太郎「公金支出の制限」『憲法の争点<第3版>(ジュリスト増刊 法律学の争点シリーズ2)』(有斐閣, 1999) 272~273頁。
- (78) 「限定的財政監督説」とは, 甲斐素直教授の説で, 経常費補助に代表される包括供与が避けられない事業では, その用途に対する個別具体的な事後的財政監督を行おうとすれば, それは必然的に事業全般にわたる監督とならざるを得ず, 国等が当該事業に「過度の支配」を及ぼすことになる。しかし, 公金を支出する以上, 何らかの財政監督は必要であることから「個々の事業の主体性を奪わない範囲で実施される公的な一般的財政監督」があれば包括供与は許されるとする説である。(甲斐素直「憲法89条後半における「公の支配」の意義」日本大学法学部法学研究所・法学紀要35巻(1993) 301~306頁以下)。
- (79) 笹川・前掲注(77)273頁。

- (80) この「財政統制説」は、小嶋教授（小嶋・前掲注(21)514頁）に始まり、今日、次第に有力となっている。青柳教授は「「公の支配に属しない」事業という言葉は、「公の監督のもとにない」事業を意味するものと解される。そしてその「監督」は、89条後段の趣旨・目的からして財政上の監督であって、事業を行う団体の人事や事業の執行に対する監督ではない。」（青柳・前掲注(76)124頁）。同旨、尾形・前掲注(17)167頁。
- (81) 田中耕太郎博士は、「私学制度は大いなる教育的意義をもって」いる。私立学校は国公立よりも自由な立場にあるから、そこで新しい教育上の原理が発見されたり実験されたりする可能性が一層大である。多くの教育的改革は……私学においてはじまったものである。しかし最も重要なのは、私学制度の存在自体を容認するのが民主主義の原則に適合することである。元来教育は一面普遍的方面をもっているとともに他面、教育者の自由な個人的活動、個人の創意の発揮であり、官僚的精神とはおよそ相容れないものである。従ってそれは高度の公共性をもっているにもかかわらず、本質において私学的なものである。……私立学校制度はある程度において国家内における自由な思想圏、文化圏の存在を承認することである。これは民主的な多元的国家観（pluralism）を前提としている。従って私学の存在は民主主義の存否を測定する1つの尺度となり得るのである。」田中・前掲注(71)662頁。
- (82) この種の隘路を克服する具体的方途は、例えば、「教育への補助は学校に対してではなく、個々の国民に対して行う」（松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣、2002年）184～185頁、内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』（日本評論者、2005）183頁）方法がある。こうした方式は、既に社会福祉の分野で導入されている。社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律（平12法111）により、社会福祉サービス等について、従来の措置制度を原則廃止し、利用者本人に公的助成をする支援費制度が新たに導入された。こうした個人に対する支出は、89条後段規制にも触れず、私的組織の自主性・独自性が生かされるばかりでなく、私的機関を利用する者と公的機関を利用する者と、同じ納税者間の利益の還元における「公平性」という点でも、合理的な支援制度といえる。
- (83) 阪本教授は、「緩和説」に立った上での「公の性質」説に対して、「ここでいわれる「公的」とは、等しくあまねくという意味での「公共的」というほどの意味であって、89条の予定する「公的」すなわち「公権力関係的」という用法との混同がみられる」と批判する（阪本・前掲注

(76)322頁)。同じく青柳教授も、『公の性質』説は、「89条後段の「公の支配」の意味内容をすり替えてしまっている」。「89条後段の「公の支配」で問われているのは、公金支出の対象となる事業自体の性質ではなく、公権力と私的事業との「公権力的関係」、すなわち、監督とか規制という関係である」と批判する（青柳・前掲注(76)121頁）。しかしながら、既に述べたように、89条後段は公権力、とりわけ立法の財政統制権を実体的に規制する規定と捉えるべきであって、「公権力と私的事業との「公権力的関係」と私的組織・団体への規制規定と捉えることこそ、「すり替え」ということにならないのか。

- (84) 甲斐教授は、「厳格説」に立つ「違憲説」も、「緩和説」に立つ「合憲説」も、89条後段を「実質的に削除したのと同じ効果を招来」するものであって、両者の相違は、「空文化するための法的テクニックの相違にあるに過ぎない」という、興味深い指摘をしている（甲斐・前掲注(78)307頁）。
- (85) 前掲注(75)参照。
- (86) 笹川・前掲注(9)68頁。