

続・競願関係における 先願主義について

——ドイツ法を踏まえた考察——

長谷川 佳 彦

- I はじめに
- II ドイツにおける議論状況
- III 考察
- IV むすびにかえて

I は じ め に

1 本稿の課題

筆者は以前に、競願関係における先願主義（先に応募ないし申請をした⁽¹⁾者に財や地位を割り当てるという考え方）について、わが国の法令、判例及び行政実務から具体例を示した上で、若干の考察を行った⁽²⁾。そこでは、わが国の具体例の分析を通じて明らかになった問題を、ドイツ法を踏まえてより詳しく考察したい旨を述べた。本稿は、先願主義をめぐるドイツの

(1) 以下では、行政処分以外の形式で財や地位の割当てが行われる場合も含めて、割当てを求める行為を申請と呼ぶことにする。

(2) 拙稿「競願関係における先願主義について—わが国の状況」大橋洋一＝仲野武志編『法執行システムと行政訴訟〔高木光先生退職記念論文集〕』（弘文堂，2020年）289頁以下。

議論状況を検討し、それを基礎に、前稿で指摘した問題も含めて、先願主義のさらなる考察を行おうとするものである。

2 前稿のまとめ

最初に、本稿の前提として、前稿での考察から得られた知見をまとめておこう。

① 競願関係を処理するための実体的基準を分析する場合には、財や地位を付与するための資格要件（以下では、単に資格要件という）と、競願関係になったときに財や地位の割当てを受ける者を選択する基準（以下では、単に選択基準という）とを区別して考える必要があり、先願主義は選択基準に位置付けられるものである。

② 資格要件と選択基準の適用の順序に関しては、まず資格要件の充足の有無を審査し、それを満たす者が財や地位の割当て可能な量を上回ったことにより競願関係が発生した場合に、選択基準を用いて割当てを受ける者を決めるとするのが通例であると考えられる。しかし、先願主義が採られるときには、割当て可能な財や地位の上限に達するまで、先に申請をした者から順に資格要件の充足の有無を審査していくという方法もある。さらに、そのような順序での審査も可能であること、及び、申請されたものの比較対照を要しないことから、先願主義の場合には、申請期限の設定は必ずしも求められないと思われる。

③ 法令に選択基準に関する明示的な規定がない場合、わが国では、行政処分について行為裁量が認められないときには、先願主義が適用されると考える傾向が看取される。だが、法令によっては、行為裁量のない行政処分として想定されているのはもっぱら競願関係がないケースであり、競願関係が生じた場合については規律がなく、その限りで裁量が認められると解釈できる場合もありうる。他方で、行為裁量が肯定されるときでも、裁

量の行使として先願主義を採用する可能性がある。

④ 先願主義の機能としては、まずその形式性から、内容中立的な選択の確保を挙げることができる。申請について優劣を付けられない場合、又は、申請の内容に立ち入った審査を行うべきでない場合に、この機能が発揮されると考えられる。また、先に申請をすれば、資格要件を満たす限りで割当てを受けられるので、早く申請をしようとするインセンティブが働く。加えて、②で述べた順序での審査もできることから、行政にとっても申請を処理するコストが少なくなる可能性がある。もっとも、申請へのインセンティブが拙速な申請の増加をもたらし、処理コストの減少という効果が相殺されるおそれもある。

前稿の最後では、上記のような先願主義の機能があるからといって、直ちに先願主義の適用が正当化されるのかといった問題を指摘したが、IIにおいては、そうした点も意識しながら、先願主義をめぐるドイツの議論状況を見ていくことにする。

II ドイツにおける議論状況

1 先願主義の位置付けと具体例

ドイツにおいて、二度の世界大戦時及びその終結直後に、限られた物資の分配の問題が検討されていたことは想像できるだろうが、そうした時期を過ぎても国家による分配の問題が残ることが、早くから言われていた。⁽³⁾ 1970年代の石油危機の中でも、資源の分配の問題が議論され、資源や環境負荷に対する容量の限界を十分に明確にすることや、説得的な分配の基準を定立することが求められたという。⁽⁴⁾ 先願主義をめぐる議論の状況を見る

(3) Hermann Krause, Der verteilende Staat, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke (1958), S. 1 [10]. そこでは、国家による分配が社会秩序の形成に関わってくることも強調されている。

に先立ち、その位置付けと具体例に関して、次の点を指摘しておきたい。

続・競願関係における先願主義について

(1) 資格要件と選択基準の区別

第1に、先ほど、競願関係の処理に係る実体的基準を分析する場合には、資格要件と選択基準を区別して考える必要があると述べたが、ドイツにおいても同様のことが言われている。具体的には、競願関係を処理するための決定は二段階に分けて行われるものであり、第一段階の決定によって要件を満たした者に割当てを受ける可能性が開かれ、第二段階で割当ての決定が行われるといったことが説かれている⁽⁵⁾。資格要件の審査と選択基準による決定を区別することにより、競願関係の処理手続の透明性や合理性が高まるという見解もある⁽⁶⁾。

以下でも繰り返し取り上げるタクシー運行の許可に関しては、申請のあった順にそれを付与するために、いわゆる待機リストが作成されてきたのであるが、待機リストによる処理に対しては、許可の要件を欠いた上位の者が事後的に要件を満たした場合に、その者に許可が与えられるのは不当であるという批判があった⁽⁷⁾。しかし、許可の要件の充足を待機リストへの登録の条件とすれば、そうした問題は回避されることになる⁽⁸⁾。許可の要

(4) Peter J. Tettinger, *Rechtliche Grundlagen einer „Verwaltung des Mangels“ in den neuen Bundesländern*, DöV 1993, 236 [239].

(5) Nina Malaviya, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren* (2009), S. 51 ff., 131 f.

(6) Andreas Voßkuhle, *Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz* (2002), S. 277 [308].

(7) Karl-Josef Flatten, *Sind die von den Genehmigungsbehörden geführten Vormerk- oder Bewerberlisten mit § 13 Abs. 3 PBefG vereinbar?*, DVBl. 1963, 139 [141].

件は資格要件に当たると考えられ、この例は、資格要件と選択基準を区別する必要性を窺わせるものでもあるだろう。⁽⁹⁾

(2) 申請の到達順の処理と選択基準としての先願主義

第2に、申請を到達順に処理すべきという考え方が、先願主義として捉えられることがある。例えば、ミュンヘン高等行政裁判所1962年5月23日判決は、タクシー運行の許可をめぐる競願関係が発生した場合に、先願主義によって許可を与えることを是認したものであるが、その理由の中で、「通常の過程においては、申請者が提出した申請は、特段の事情によって早期又は後の処理が正当化されない限り、時間的な到達順に従って行政庁により処理・決定されることが前提とされるべきである」と述べる箇所がある。⁽¹⁰⁾ 申請の到達順の処理という要請は、平等原則から導かれるものと解されるようになったが、⁽¹¹⁾ 現在でもそれを先願主義と表現して、一般的な処理原則の役割が与えられていると説かれることがある。⁽¹²⁾

(8) さらに、連邦行政裁判所1963年6月28日判決は、当初許可の要件を欠いた者が、後に要件を充足する可能性は小さいと述べている。BVerwG, Urt. v. 28. 6. 1963, BVerwGE 16, 190 [192].

(9) ただし、Flatten (Anm. 7), S. 141 は、本文で述べたような対応に対しては、待機リストへの登録の時点で審査をする負担が行政庁に生じるとともに、待機リストに登録された者が後に申請を取り下げた場合には審査が無駄になるという反論があることも紹介している。

(10) VGH München, Urt. v. 23. 5. 1962, BayVBl. 1962, 322 [323].

(11) Vgl. z. B. Ferdinand Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht (1971), S. 174 f.; Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), § 22 Rn. 6; Thomas Mann/Christoph Sennekamp/Michael Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, 2. Aufl. (2019), § 22 Rn. 7.

(12) Mario Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung (2008), S. 105; Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs

しかし、申請の到達順の処理は、運転免許のように、競願関係が問題にならないときにも求められるものである。⁽¹³⁾ 競願関係の場合においても、資格要件の審査までは申請の到達順に行うことが考えられるが、それは選択基準としての先願主義とは異なる。選択基準に関しては、先願主義以外のものを採用することも考えられるからである。もっとも、選択基準として先願主義を採用した上で、⁽¹⁴⁾ 申請の到達順に資格要件を審査して割当てをするか否かを決定する場合には、申請の到達順の処理と先願主義の適用が重なることになるだろう。他方で、競願関係の発生可能性を前提として申請期限が設定される場合には、申請の到達順に処理・決定をするのではなく、⁽¹⁵⁾ 申請期限の経過を待って統一的に決定をすべきと言われるところである。

(Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 9. Aufl. (2018), § 22 Rn. 60. Vgl. auch Hans Joachim Knack/Hans-Günter Henneke (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 11. Aufl. (2020), § 22 Rn. 67.

(13) Vgl. Malaviya (Anm. 5), S. 149.

(14) さらに、先願か否かを申請の到達時を基準に判断する場合とする。もっとも、先願か否かを申請の発信時を基準に判断する方法を採ることも考えられる。宇賀克也『行政法概説I〔第7版〕』（有斐閣，2020年）109頁を参照。

(15) Ulrich Ramsauer (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 21. Aufl. (2020), § 22 Rn. 34. Vgl. auch Mann/Sennekamp/Uechtritz (Anm. 11), § 22 Rn. 7. また、競願関係でない場合において、申請の処理が到達順に行われるとしても、後着の申請の方が早く決定できる段階に至ったならば、「それ〔行政手続〕は簡潔、合目的かつ迅速に実施されなければならない。」と定める行政手続法10条2文により、当該後着の申請から決定をすべきという見解がある。Olaf Reidt, *Die Konkurrenz im Anlagenzulassungsrecht – Gilt für Industrieanlagen das »Windhundprinzip«?*, DVBl. 2009, 274 [277]. この見解に対しては、注(96)を参照。

(3) 先願主義の具体例

第3に、ドイツにおいても、先願主義が法令で定められる例は散見される。その中でも、従来から学説・判例でしばしば取り上げられてきたのが、先に触れたタクシー運行の許可の場合である。旅客運送法13条5項1文は、タクシー運行の許可を与えるに当たっては、新規申請者と既存業者が適切に考慮されなければならないとしており、割当て可能な許可を、新規申請者の分と既存業者の分に分けることが想定されている。そして、同項2文によると、それぞれのグループの中で、申請はその到達順に従って考慮するものとされている⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾。

また、バイエルン水法68条は、流水の利用に関する許可や承認の申請が競合した場合の処理方法を定めている。それによれば、まずは予定されている利用が公益に対して有する意義を基準として、許可や承認を与える者が決定される。しかし、公益に対して有する意義が同等であるときは、水域について所有権を有する者が優先され、それでも決まらなければ先願主義に従って処理することとされている。同様の規定は、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン水法15条にも見られる⁽¹⁸⁾。

(16) ただし、同項3文では、タクシーの運行を本業として営むつもりのない者などの申請については、申請の時点に関わらず、後順位のものとして取り扱われる旨が規定されている。

(17) なお、3(1)(a)でも述べるが、旅客運送法13条5項は、連邦行政裁判所1981年11月27日判決(BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981, BVerwGE 64, 238)を受けて、1983年の同法改正(Bundesgesetzblatt Teil I, 1983, S. 196 ff.)により追加されたものである。

(18) 他に、Hans Christian Röhl, *Ausgewählte Verwaltungsverfahren*, in: Wolfgang-Hoffmann Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II*, 2. Aufl. (2012), S. 742 f. は、一定の輸入数量の枠内に限り関税を軽減する関税割当制度においても、EU関税法典施行令308 a条以下で先願主義が定められている

さらに、法令に先願主義の定めはないけれども、競願関係が生じたときにそれが用いられる場合もある。学説・判例において、たびたび議論の俎上に載せられてきたのは、行政主体が自身の管理する広場で催しを行う際に、広場の容量を上回る出店許可の申請があったような場合である。そこで適用される営業法70条3項は、「主催者は、実質的に正当な理由から、とりわけ利用可能な場所が足りない場合には、個々の出品者、提供者又は訪問者の参加を排除することができる。」という規定であり、競願関係が発生した場合の選択基準は示されていないが、実務上先願主義が用いられることがある。集会を目的とする公共施設の利用許可の申請が重なったときにも、各州の市町村法などに明示的な規定はないが、先願主義が適用⁽¹⁹⁾されている。

以上のことを念頭に置きつつ、先願主義を用いることの許容性をめぐる

ことを紹介する。

(19) Matthias Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. (2005), S. 422. その他の先願主義の具体例については、vgl. Christian Tomuschat, *Güterverteilung als rechtliches Problem*, *Der Staat* 12 (1973), S. 433 [444 f.]; Martini (Anm. 12), S. 103 ff. ただし、それらの文献で挙げられている先願主義の立法例の中には、現在は規定が廃止されていたり、別の選択基準に変わっているものもある。

ちなみに、1980年に制定された連邦鉱業法 (Bundesgesetzblatt Teil I, 1980, S. 1310 ff.) の審議において、当初連邦政府は、鉱物の探査・取得の許可・承認を求める申請が競合した場合には、原則として先願主義に従って処理するものとする旨の規定を提案していた (BT-Drs. 8/1315, S. 15 f., 89)。だが、連邦議会経済委員会は、それまでの実務での経験などから先願主義を定めることに異議を唱え、合理的かつ計画適的な探査・取得の要求をもっともよく考慮に入れた申請を行った者に許可・承認を与えるものとする規定にすべきことを提案し (BT-Drs. 8/3965, S. 14, 134)、それが現在の連邦鉱業法14条2項になっている。Vgl. auch Walter Frenz (Hrsg.), *Bundesberggesetz Kommentar* (2019), § 14 Rn. 15 f.

議論から見ていくことにしよう。

2 先願主義の許容性

(1) 先願主義の適用を容認する見解とその根拠

(a) 先願主義の許容性をめぐる議論を見る際にまず取り上げるべきは、すでに言及したタクシー運行の許可の場合である。現在の旅客運送法の先願主義に関する定めは、1983年の同法改正によって追加されたものであるが、それ以前もタクシー運行の許可は先願主義によって与えられていた。

そのような運用について、まずは下級審の裁判例で是認するものが見られた。例えば、ミュンヘン高等行政裁判所1962年2月14日判決は、先願主義が日常生活で慣行的に用いられていること、及び、実定法に規定例があることから、別段の定めがない限り、それに従って処理することは認められるとした。同判決はまた、先願主義の適用は平等原則に反するものでなく、他方で、信頼保護原則からもその妥当性が確認される旨も述べている。⁽²⁰⁾

そして、連邦行政裁判所も、先願主義によってタクシー運行の許可を割り当てることを容認した。連邦行政裁判所1963年6月28日判決は、以下のように判示している。

「場合によっては少数の免許を与えるために、1000名を超える候補者の利益を相互に衡量しなければならないとすれば、適切な行政活動ともはや相いれないだろう。その場合、結局のところ、最上位のグループに残っている申請者の中から、くじで決定しなければならないだろう。……それゆえ、客観的な状況を踏まえて、法的安定性の観念をより強調する仕組みは、少なくとも同じように法治国原理に合致する。先願主義を適用する仕組み

(20) VGH München, Urt. v. 14. 2. 1962, NJW 1962, 2219 [2220 f.]. 同旨の裁判例として、VGH München, Urt. v. 23. 5. 1962, BayVBl. 1962, 322.

の基本的な優先がそこに含まれる。⁽²¹⁾」

連邦行政裁判所はその後、1981年11月27日判決でも「当審は被告が運用する先願主義の仕組みを法治国に適合的なものと考えた⁽²²⁾」と述べて、上記の判断を受け継いだ。もっとも、前掲連邦行政裁判所1963年判決は、先願主義の適用を行政の申請処理の負担と法的安定性の考え方によって正当化するようであるが、前掲ミュンヘン高等行政裁判所1962年判決と違って、平等原則などに触れるところがない。しかし、連邦行政裁判所1988年4月15日判決は、1983年の旅客運送法改正で追加された先願主義の定めについて、平等原則に合致しうる割当ての方式である旨を述べている。⁽²³⁾

他方で、法的安定性の根拠については、選択基準として明確であるということのほか、申請状況が公にされる場合には、割当てを受けられるか否かに関する申請者の予測可能性が確保されるという意味もあると思われる。実際、下級審の裁判例の中には、旅客運送法における先願主義の規定は、秩序ある割当手続に関する公益のみならず、申請の適切かつ予測可能な考慮を求める申請者の利益にも資するとするものが見られる。⁽²⁴⁾この他、学説においても、連邦行政裁判所の判例を引きつつ、先願主義による許可の割当ては最も公正であり、すべての者に等しく機会を保障すると評価されることがあった。⁽²⁵⁾ただし、連邦行政裁判所の判例は、先願主義以外の選択基

(21) BVerwG, Urt. v. 28. 6. 1963, BVerwGE 16, 190 [191].

(22) BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981, BVerwGE 64, 238 [244].

(23) BVerwG, Urt. v. 15. 4. 1988, BVerwGE 79, 208 [218].

(24) OVG Münster, Beschl. v. 11. 6. 1990, NVwZ-RR 1991, 147 [147].

(25) Werner Frotscher/Ernst Becht, Verfassungsrecht und Handel mit Taxikonzessionen, NVwZ 1986, 81 [85]. Vgl. auch Peter Badura, Verteilungsordnung und Zuteilungsverfahren bei der Bewirtschaftung knapper Güter durch die öffentliche Verwaltung, in: Rudolf Wendt u. a. (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag (1996), S. 529 [534].

準を用いて許可の割当てを行うことを否定しているわけではないだろう。⁽²⁶⁾

(b) また、1 (3) で述べたように、行政主体が自身の管理する広場で催しを行う際に、広場の容量を上回る出店許可の申請があったような場合にも、先願主義が用いられることがある。そこで適用される営業法70条3項は、1976年の同法改正⁽²⁷⁾によって現在の規定になったのであるが、その政府提案理由書においては、「例えば届出の順序に従ったスペースの配分は、経済的に合理的な手続であり、それゆえ〔70条〕3項に合致しうる」と述べられていた。⁽²⁸⁾ この政府提案理由書との関連では、例えば初めて催しを行う場合、先願主義によれば、行政はより少ないコストで申請を処理することができる⁽²⁹⁾といった指摘がされていた。申請相互の比較対照をすることなく、申請のあった順に許可を与えるかどうかを判断していけばよいからだろうが、政府提案理由書も、そうした申請処理の負担を意識していたのではないかと思われる。

他方で、改正法施行後の学説・裁判例の中でも、先願主義は恣意的でない適切な選択基準であると評価するものが見られた。⁽³⁰⁾ もっとも、そのような見解にあっても、先願主義のみが適切な選択基準ということではないと

(26) Vgl. Otto Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, 58 [59].

(27) Bundesgesetzblatt Teil I, 1976, S. 1773 ff. 1976年の営業法改正の背景と経過については、vgl. Lothar Müller, Neuordnung des Titels IV der Gewerbeordnung – Messen, Ausstellungen, Märkte –, GewArch 1976, 353 [353].

(28) BT-Drs. 7/3859, S. 16.

(29) Bernd Widera, Zur Bewerberauswahl der Gemeinden bei der Veranstaltung von Märkten und Volksfesten, VR 1986, 17 [20].

(30) Z. B. Werner G. Schmitz, Marktfreiheit bei Messen und Ausstellungen und ihre Grenzen, GewArch 1977, 76 [79]; VGH München, Beschl. v. 10. 12. 1981, BayVBl. 1982, 658 [658].

か、他の選択基準の適用も排除されていないなどと言われており、先願主義⁽³¹⁾の適用が積極的に是認されていたわけではないと考えられる。

(c) 以上の議論は、個別の事例における先願主義の適用に関わるものであったが、一般的な見地からは、先願主義の採用には一定の価値判断が含まれていると説かれることがある。具体的には、まず、先願主義は申請の内容に立ち入らない形式的な選択基準であるが、それが用いられるときには、申請内容の相違を平準化してもよいという判断があるとされる⁽³²⁾。また、先ほどのタクシー運行の許可に関する事例のように、待機リストが作成されることが前提になるだろうが、先願主義を用いるとの判断は、申請を行ってからの期間の長さに配慮すべきという評価を含んでいるとも言われる⁽³³⁾。

その一方で、他の者より早い申請が、割り当てられる財や地位への関心や申請者の資格・能力の徴憑になることもあるとされる⁽³⁴⁾。例えば、(2)(c)でも述べるように、路線交通の免許申請が競合したとき、免許を与える者を決定するに当たっては、まずは提供される交通サービスの内容やコストなどの比較が行われる。だが、その比較によっても同等と評価される申請者がなお複数存在する場合には、先願者に免許が付与されているが、そうした運用は、先願者は当該地域の交通需要を他の申請者よりも早く認識した者である、ということによって根拠付けられている⁽³⁵⁾。

(31) Schmitz (Anm. 30), S. 79; VGH Mannheim, Urt. v. 19. 7. 1978, GewArch 1979, 335 [337].

(32) Vgl. Klaas Kruhl, Die Versteigerung knapper Frequenzen (2003), S. 77.

(33) Winfried Berg, Die Verwaltung des Mangels, Der Staat 15 (1976), S. 1 [17].

(34) Vgl. Hans Fuchs-Wiessemann, Priorität und Recht, DRiZ 1982, 373 [373].

(35) Ferdinand Wollenschläger, Verteilungsverfahren (2010), S. 400 f.

(2) 先願主義に対する批判とその適用の限定

(a) しかし、上記の催しへの出店許可の場合に先願主義を適用することに対しては、それを非難する裁判例もあった。ミュンヘン高等行政裁判所1980年3月3日判決は、祭りにおける飲食部門の成功のためには、技術的・衛生的に問題のない営業を確保することのみならず、提供される飲食物の質の維持に配慮し、訪問者に祭りの伝統的なイメージを伝えることも重要であるが、そうした利益の確保は先願主義を適用すれば危険にさらされるだろうと判示している⁽³⁶⁾。学説の中でも、先願主義によると催しの目的が考慮されないことになる⁽³⁷⁾と、あるいは、先願主義は、営業法70条3項が認める質を基準とする選択に合致しないと主張する見解⁽³⁸⁾が存在した。

一般論としても、先願主義に対しては、申請が行われた順と割り当てられる財や地位の利用との間に実質的な関連性がないことが多い、割り当ての目的に沿って使用する者に財や地位が与えられるとは限らず、経済的な効率性を欠くといった批判が⁽³⁹⁾されている。もっとも、上述の通り、申請の迅速さが、割り当ての対象への関心や申請者の資格・能力の徴憑になる場合もある。だが、その点に関しても、申請の迅速さは人的・経済的リソースに

(36) VGH München, Urt. v. 3. 3. 1980, GewArch 1980, 299 [299].

(37) Hans-Achim Roth, Rechtliche Probleme der Zulassung von Schaustellern zu Volksfesten, Spezialmärkten und Jahrmärkten, WiVerw 1985, 46 [53]. Vgl. auch Günter Püttner/Stefan Lingemann, Aktuelle Probleme der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen (Teil 1), JA 1984, 121 [129].

(38) Schmidt-Preuß (Anm. 19), S. 409.

(39) Martini (Anm. 12), S. 108; Malaviya (Anm. 5), S. 150. Vgl. auch Susanne Bumke, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz (2006), S. 219. Martini, a. a. O. は、投機的な目的で申請が行われるおそれもあるという。

左右され、それらを備えた者が有利な立場に置かれることになる⁽⁴⁰⁾とされる。また、迅速な申請が求められることは、申請者にとって負担になるのみならず、行政にとっても困難を伴うとの指摘がある⁽⁴¹⁾。後者の行政の負担については、拙速に行われた不十分な申請を処理しなければならなくなる可能性が念頭に置かれていると思われる。

(b) さらに、先願主義の適用に対しては、従来から憲法上疑問が投げかけられることがあった。例えば、先願主義は秩序の外観を創り出しているが、隠れた恣意以外の何物でもない⁽⁴²⁾と批判する見解があった。また、生存に必要な財が不足しているところでは、先願主義の適用は憲法上排除される⁽⁴³⁾とも言われた。

先願主義の適用を憲法上疑問視する見解は、現在では学説の多数を占められていると考えられる。そこではまず、基本権から導かれる利益衡量の必要性が根拠とされる。基本権を制限するためには、対立する利益の比較衡量が必要であるところ、先願主義はその要求に反する⁽⁴⁴⁾というのである。先願主義の下では申請内容の比較対照が行われ⁽⁴⁴⁾ないということが、利益衡量の必要性に合致しないと評価されるのだろう。対立する利益の比較衡量が比

(40) Hans Rummer, Die Verteilung bei knappen Kontingenten, NJW 1988, 225 [230].

(41) Markus Faber, Die Verteilung knapper öffentlicher Güter durch Höchstgebot, GewArch 2002, 264 [264].

(42) Tomuschat (Anm. 19), S. 455.

(43) Berg (Anm. 33), S. 24. さらに, Silke Vollmer, Inhalt und Umfang des Zulassungsanspruchs politischer Parteien zu den kommunalen öffentlichen Einrichtungen, DVBl. 1989, 1087 [1089] は, 割当てに関する決定が申請者の基本権に関わるほど, 先願主義の単純な適用は疑わしいものになるとしていた。

(44) Christian Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung (1994), S. 224. Vgl. auch Bumke (Anm. 39), S. 224.

例原則によって要請されるものであるとすると、先願主義は比例原則に適合しないとも言える。⁽⁴⁵⁾

さらに、(1) (a) において、先願主義は平等原則に適合するとした判例・学説を紹介したが、現在ではむしろ、先願主義は機会の均等を確保するものではないと言われる。⁽⁴⁶⁾ その背景としては、平等原則審査の変化があるように思われる。⁽⁴⁷⁾ すなわち、連邦憲法裁判所の判例によれば、かつての平等原則審査は、異なる取扱いが恣意的に行われたものであるかどうかを問題とするに止まっていた。しかし、現在の平等原則審査は比例原則審査を取り込んだものとなり、その審査密度は、性別や人種などドイツ連邦共和国基本法（以下では基本法という）3条3項が挙げる事項との近似性、異なる取扱いのメルクマールに対して本人が影響を及ぼすことのできる可能性、及び、他の基本権との関連性を手がかりにして決定されるようになったのである。⁽⁴⁸⁾

(45) Vgl. Reidt (Anm. 15), S. 278. ドイツの比例原則に関しては、高木光「比例原則の実定化—『警察法』と憲法の関係についての覚書—」樋口陽一＝高橋和之編『現代立憲主義の展開 下 [芦部信喜先生古稀祝賀]』（有斐閣，1993年）215頁以下，柴田憲司「憲法上の比例原則について（1）（2・完）—ドイツにおけるその法的根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に—」法学新報116巻9・10号183頁以下，11・12号185頁以下（2010年），須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社，2010年）14頁以下，オリヴァ・レプシウス（横内恵訳）「比例原則の可能性と限界」自治研究89巻11号（2013年）58頁以下，小山剛「比例原則と衡量」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 下 [高橋和之先生古稀記念]』（有斐閣，2013年）115頁以下などを参照。

(46) Z. B. Bumke (Anm. 39), S. 224; Josef Ruthig/Stefan Storr, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl. (2020), S. 217.

(47) Vgl. Andreas Voßkuhle, „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!“ – Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 21 [35 f.].

(c) 以上のように先願主義に対して懐疑的な立場からすると、先願主義は、申請内容を問う実質的な選択基準との関係では、補完的ないし補完的に用いられるものとして位置付けられることになる。⁽⁴⁹⁾より具体的には、先願主義の適用が認められる場合として、実質的な選択基準による割当てが①不可能な場合、②許されない場合、及び③不相当なコストを伴う場合が挙げられている。⁽⁵⁰⁾

そのうち、①に関しては、実質的な選択基準がおよそ考えられない場合のほか、実質的な選択基準では複数の申請が同等と評価され、もはやそれらを区別できない場合がある。1 (3) では、バイエルン水法68条が、流水の利用に関する許可や承認を与える者を、まずは予定されている利用が公益に対して有する意義を基準に判断し、それが同等であるときは水域について所有権を有する者を優先し、それでも決まらなければ先願主義によって処理する旨を定めていることを紹介した。判例においても、例えば連邦行政裁判所1980年11月10日決定は、路線交通の免許申請が競合したとき、まずはどの申請者がより良い交通サービスを提供するかといったことが免許付与の基準になるが、同等の申請者がなお複数存在する場合に先願者に⁽⁵¹⁾免許を与えることは、行政庁の裁量の枠内であるとしている。

(48) ドイツにおける平等原則審査の展開については、井上典之「平等保障の裁判的実現 (2) (3) 一平等審査の方法とその権利保護」神戸法学雑誌46巻1号(1996年)143頁以下、4号(1997年)693頁以下、西原博史『平等取扱の権利』(成文堂、2003年)183頁以下、宮地基「ドイツ連邦憲法裁判所における平等審査の新傾向」明治学院大学法学研究101号中巻(2016年)161頁以下、玉蟲由樹「平等取扱原則と比例性」日本法学85巻2号(2019年)618頁以下、辛嶋了憲「連邦憲法裁判所における一般的平等原則審査の変遷」一橋法学18巻3号(2019年)1193頁以下などを参照。

(49) Dominik Kupfer, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht (2005), S. 355, 423; Ruthig/Storr (Anm. 46), S. 218.

(50) Wollenschläger (Anm. 35), S. 559.

②は申請内容を評価してはならないような場合であり、政党による公共施設の利用申請が競合した場合がその例である。⁽⁵²⁾連邦憲法裁判所2005年5月6日決定も、第2次世界大戦の終結に関連する行進の進路を制限する負担が争われた事例の中で、「最初に届出を行った者について時間的優先を原則として認めることは、確かに、集会目的の内容に対する国家の中立性という、集会法を形成する原則に適合する。それはとりわけ、国家の側で集会の内容が重要か否かを評価し、その評価を法的帰結の根拠とする⁽⁵³⁾ことの禁止を考慮するものである」と判示している。ただしこの決定は、先願主義のみによることは、特定の時間・場所での集会を早期に届け出て、他の集会をできなくすることを助長する場合がある旨も指摘している。さらに、集会が競合する場合は基本権の行使の調整がなされなければならない、その際、十分な理由があれば、上記の中立性の原則を厳格に考慮しつつ、先願主義から逸脱することも許される⁽⁵⁴⁾とも述べている。

③については、申請内容の審査や比較対照に過大なコストを要する場合のほか、大量の申請があった場合が考えられる。緊急に割当てを行うこと

(51) BVerwG, Beschl. v. 10. 11. 1980, GewArch 1981, 175 [175]. Vgl. auch Günter Fromm, Zur Konkurrentenklage im Personenbeförderungs- und Güterkraftverkehrsrecht, WiVerw 1989, 26 [27]. ただし、路線交通の免許の場合には、(1) (c) で述べたように、先に申請を行ったのは当該地域の交通需要を早く認識したことの現れであるということによって、先願主義の適用がより積極的に根拠付けられるとともに、実質的な要素とも結び付けられているように思われる。

(52) Schmidt-Preuß (Anm. 19), S. 422.

(53) BVerfG, Beschl. v. 6. 5. 2005, NVwZ 2005, 1055 [1056].

(54) BVerfG, Beschl. v. 6. 5. 2005, NVwZ 2005, 1055 [1056 f.]. もっとも、先願主義からの逸脱が許されるとしても、中立性の原則からすれば、集会の内容の評価に立ち入らない形式的な選択基準によらなければならないだろう (IVも参照)。なお、行進が競合する場合には、進路を調整して両立を図ることも考えられる。

が必要な場合もここに整理できるだろう。もっとも、先願主義を適用する方が行政にとって効率的というだけでは、不十分であると言われる。⁽⁵⁵⁾

この他、先願主義の適用が認められる場合として、申請が行われた順から実質的な選択基準への推論が可能である場合を挙げる見解もある。⁽⁵⁶⁾ もっとも、個別のケースを見た場合、先願主義を用いることが許されるどうかの評価が、論者の間で必ずしも一致しているわけではないように思われる。⁽⁵⁷⁾ ただ、いずれにせよ、先願主義を採用する場合、それを正当化する論証責任は国家の側が負うとする指摘が見られるところである。⁽⁵⁸⁾

3 先願主義を適用する場合の要請

以上の通り、先願主義によることが許される場合を限定的に捉える立場を見てきたが、それを用いるに当たっては、なおいくつかの要請を満たす必要があると考えられる。

(1) 法律による本質的事項の規律

(a) まず、先願主義が用いられる場合に限ったことではないが、財や地位の割当てを行うための基準や手続に関する本質的事項については、法律で定めることが求められている。この点は、本質的決定は立法者が自ら行わなければならないとする、本質性理論の現れである。⁽⁵⁹⁾

(55) Bumke (Anm. 39), S. 225; Malaviya (Anm. 5), S. 154 f.

(56) Voßkuhle (Anm. 47), S. 37; Bumke (Anm. 39), S. 225. この見解に対しては、注(103)を参照。

(57) 例えば、Voßkuhle (Anm. 47), S. 38 は、タクシー運行の許可の場合にも先願主義の適用は許されないと解するが、先願主義に批判的な論者であっても、そのような厳格な立場を必ずしも採っていないように思われる。

(58) Voßkuhle (Anm. 47), S. 37 f.; Martini (Anm. 12), S. 110.

(59) 本質性理論については、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題—本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie) を中心として—」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂, 1993年) 1頁以下, 村西良太『執政機関としての議会

本質性理論は連邦憲法裁判所の判例によって示された考え方であり、そこから若干の例を挙げると、まず連邦憲法裁判所1972年7月18日判決がある。この判決は、定数制〔*numerus clausus*〕のために医学部への入学を許可されなかった者らにより、入学不許可が違法であったことの確認などを求めて2件の訴訟が提起された事例に関するものである。訴訟を提起されたハンブルク行政裁判所とミュンヘン行政裁判所はそれぞれ、ハンブルク大学法及びバイエルン大学入学法に規定された定数制が、基本法に違反しないかどうかの判断を求めて、事件を連邦憲法裁判所に移送したのであるが、同裁判所は、「選択に関する規律の重大な意義からして、規律権限を委任する場合においても、適用されるべき選択基準の態様とその適用順序の関係を最低限自ら定めることは、責任ある立法者の義務である」と述べている。⁽⁶⁰⁾

また、連邦憲法裁判所1981年6月16日判決も、放送免許の義務付け訴訟を提起されたザールラント行政裁判所が、ザールラント放送法の規定が基本法に違反しないかどうかの判断を得るために、連邦憲法裁判所に事件を移送した事例の中で、「……事業者に与えるのは総合的な放送番組〔*Vollprogramm*〕の免許のみとする仕組みを採用する旨を立法者が決定した場合、立法者は、申請者に均等な機会を保障する選択の原則を定めなければならない」と判示した。⁽⁶¹⁾

一権力分立論の日独比較研究』(有斐閣, 2011年) 91頁以下, 169頁以下。
さらに、原田大樹「議会留保理論の発展可能性」法学論叢176巻2・3号(2014年) 328頁以下も参照。

(60) BVerfG, Urt. v. 18. 7. 1972, BVerfGE 33, 303 [345 f.]. 戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権一定数制判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』(信山社, 2003年) 283頁以下も参照。

(61) BVerfG, Urt. v. 16. 6. 1981, BVerfGE 57, 295 [327]. 鈴木秀美「放送の自由と民間放送の参入—第3次放送判決(FRAG判決)—」ドイツ憲法判

同様の見解は連邦行政裁判所の判例でも述べられている。例えば、連邦行政裁判所1976年11月3日判決は、自動車遠距離貨物運送の許可を与えることの義務付けなどが求められた事例において、「上限数の設定による自動車遠距離貨物運送の許可の制限は、基本法12条で保護された職業の自由の重大な侵害である」と述べた上で、次のように判示している。

「それゆえ、〔許可の〕配分の規律は、立法者又は一相応の授権に基づき一命令制定者に留保されている。そうした規律の中には、上限数の枠内で自由になる自動車遠距離貨物運送の許可を、申請者に配分する際によるべき選択手続も含まれる。⁽⁶²⁾」

なお、自動車遠距離貨物運送の許可の根拠法である自動車貨物運送法は⁽⁶³⁾1979年に改正され、当時の10条3項以下に許可付与の基準と手続に関する規定が設けられたが、その改正は、前掲連邦行政裁判所1976年判決などを⁽⁶⁴⁾受けて行われたものである。

さらに、連邦行政裁判所1981年11月27日判決も、従来の判例と同じく(2)(1)(a)を参照)、先願主義を用いてタクシー運行の許可を与えることを法治国原理に適合するものと評価しながらも、「個々の申請者との関係で選択に関する規律が持つ重大な意義からすれば、立法者は、選択基準の態様と適用方法自体を少なくとも基本的な点で定める義務から解放されない」と判示した。⁽⁶⁵⁾そして、この判決を受けて1983年に旅客運送法が改正され、現在の13条5項の規定が設けられたのである。⁽⁶⁶⁾

例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』（信山社、2003年）172頁以下も参照。

(62) BVerwG, Urt. v. 3. 11. 1976, BVerwGE 51, 235 [238 f.].

(63) Bundesgesetzblatt Teil I, 1979, S. 960 ff.

(64) BT-Drs. 8/2058, S. 7. Vgl. auch Michael Quaas, Rechtsfragen der Kontingentgenehmigung im Güterfernverkehr, DöV 1982, 434 [439].

(65) BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981, BVerwGE 64, 238 [244 f.].

学説においても、割当ての基準や手続に関する本質的事項は、法律により、十分な明確性をもって定めなければならないなどと説かれている。⁽⁶⁷⁾とりわけ、1 (3) で引用した営業法70条3項に対しては、その基本権関連性に鑑みて、現在の規定よりも詳しい基準を定めるべきと言われることが⁽⁶⁸⁾ある。

もっとも、以上の見解によっても、割当ての基準や手続の詳細まで法律で定めることは求められていない。⁽⁶⁹⁾前掲連邦行政裁判所1976年判決も、「適用されるべき選択基準の態様や順序について、立法者が細部まで定めなければならないということを、基本法は要求していない」と述べてい⁽⁷⁰⁾る。

(66) 1983年の旅客運送法改正の経過については、vgl. Klaus Haselau, Fünftes Gesetz zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes, GewArch 1983, 113 [113 f.].

(67) Z. B. Badura (Anm. 25), S. 543. Röhl (Anm. 18), S. 745 は、生存に不可欠な財の配分が問題になる場合には、法律の留保に対する要求が高くなるという。

(68) Koenig (Anm. 44), S. 149; Voßkuhle (Anm. 6), S. 293. ただし、それに対しては、営業法70条3項は職業の選択ではなく職業の遂行を制限するに止まること、及び、催しの多様性からあらかじめ基準を設けるのは困難であることを指摘して、規定の明確性を欠くとまでは言えないとする見解もある。Christian Heitsch, Der gewerberechtliche Zulassungsanspruch zu Volksfesten, GewArch 2004, 225 [226]; Kupfer (Anm. 49), S. 426 f. Vgl. auch Curt Lutz Lässig, Die Vergabe von Standplätzen auf kommunalen Volksfesten, NVwZ 1983, 18 [20]. なお、ドイツにおいては、職業規制の態様を職業遂行の自由の規制、主観的参入要件による職業選択の自由の規制、及び客観的参入要件による職業選択の自由の規制の三段階に分けた上で、それぞれの規制で合憲性審査の密度を区別する三段階理論〔Drei-Stufen-Lehre〕が用いられている。さしあたり参照、赤坂正浩「ドイツ法上の職業と営業の概念」季刊・企業と法創造 8巻3号(2012年) 91頁以下。

(69) Vgl. auch Christian Starck, Rechtliche Konsequenzen einer Niederlassungsbeschränkung für Apotheken, VerwArch 71 (1980), S. 1 [30].

(b) また、割当てに関する法律の規定が不十分なものであっても、当該規定を単純に違憲無効としてよいのかという問題もある。規定が無効とされた結果、割当てが行われなくなると、割当てを受けるはずだった者の活動が制限されうる一方で、上限なく割当てがなされれば、公益などが損なわれるおそれがあるからである。

こうした問題に関して、前掲連邦憲法裁判所1972年判決は、定数制を定めたハンプルク大学法17条については、(a)で引用した要求を満たしていないとの理由で基本法に反すると判断したものの、同条を無効にすると、「現在よりも憲法適合的な秩序から離れた状態が生じることになるだろう」⁽⁷¹⁾とした。新たな規定が設けられるまでとはいえ、法律の根拠なしに入学許可を与えることを認めてしまうと、違憲状態がより深刻になるが、かといって入学許可を全く与えないことも、入学希望者の基本権を侵害することになるというわけだろう。そこで同判決は、「それゆえ、立法者が相当の期間内に憲法違反の状態を除去できるようにすれば、必要かつ十分であるように思われる。ただし、経過期間は限定されなければならない」と判示している。⁽⁷²⁾この判決は、法律の規定の違憲を確認するに止めて、その後の対応を期限を区切って立法者に委ねるとともに、それまでの間、より深刻な違憲状態を避けるために、違憲とされた法律の規定の適用を容認したのである。⁽⁷³⁾

また、前掲連邦行政裁判所1976年判決も、前掲連邦憲法裁判所1972年判

(70) BVerwG, Urt. v. 3. 11. 1976, BVerwGE 51, 235 [242].

(71) BVerfG, Urt. v. 18. 7. 1972, BVerfGE 33, 303 [347].

(72) BVerfG, Urt. v. 18. 7. 1972, BVerfGE 33, 303 [348].

(73) 連邦憲法裁判所の違憲確認判決については、宍戸常寿『憲法裁判権の動態〔増補版〕』（弘文堂、2021年）266頁以下、有澤知子「判決の手法」畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第2版〕』（中央大学出版部、2013年）235頁以下などを参照。

決を引用しつつ、次のように判示している。

「必要な行政活動に関して、さもないと生じるであろう機能不全をこの方法〔従来の割当手続〕でしか回避することができず、かつ、問題になっている個別の侵害が一形式的な法律の欠如にもかわらず一実質的には是認されうるものである場合、基本法とりわけ同法12条1項2文から明らかになった法律の規律の欠缺について、経過期間中は甘受する必要性がここでは認められる。⁽⁷⁴⁾」

その上で同判決は、自動車遠距離貨物運送の許可をすべての申請者に与えることはできないという事実には照らすと、法律が沈黙している場合でも、行政庁による選択手続は不可欠である旨を述べ⁽⁷⁵⁾て、結論的には原告の請求を退けている。そこでは、公益保護のためには、上限なく許可を付与することはできないという判断があったのだろう。前掲連邦行政裁判所1981年判決でも上記引用と同様の判示が見られるが、それらは前掲連邦憲法裁判所1972年判決と同じく、法律の規定の不十分さを指摘して、立法者に一定期間内にそれを改めるよう求めたものと考えられる。⁽⁷⁶⁾

(2) 手続的要請及び新規申請者・後願者の立場

(a) 上述の通り、割当手続の本質的事項は法律で定めるべきとされているが、手続の必要性自体は、個々の基本権のほか、平等原則によっても根拠付けられている。⁽⁷⁷⁾ 割当手続においては、行政と申請者の関係のみなら

(74) BVerwG, Urt. v. 3. 11. 1976, BVerwGE 51, 235 [242 f.].

(75) BVerwG, Urt. v. 3. 11. 1976, BVerwGE 51, 235 [243].

(76) BVerwG, Urt. v. 27. 11. 1981, BVerwGE 64, 238 [245 f.].

(77) Georg Hermes, Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, 909 [913]; Voßkuhle (Anm. 47), S. 36. Vgl. auch Peter-Michael Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht (1991), S. 542 f.

ず、申請者相互の関係も問題になるからだろう。⁽⁷⁸⁾そして、手続の内容に関しては、申請者が自己の権利を適切に主張することができ、申請者の中から最も割当ての基準に合致する者を選び出せることを保障するものでなければならぬと説かれたり⁽⁷⁹⁾、あるいは、割当ての目的によって影響を受けると言われたりするが、⁽⁸⁰⁾より具体的には、例えば以下のようなことが求められている。⁽⁸¹⁾

まず、割当ての基準を明確に定めて、いつ、どのように割当ての決定を行うのかについての情報を、潜在的な申請者に適切に提供しなければならない。⁽⁸²⁾また、除外の規定を設けるなどして、割当てに関する決定の中立性を保障するとともに、申請相互の比較可能性を確保することも必要とされる。さらに、割当てを受けられなかった者が救済を求めることができるように、決定とその十分な理由を適時に通知することも要求されている。⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾

こうした手続に関する要請のうち、先願主義が採られる場合には、とりわけ申請の受付開始日を明確に定めることが重要になる。⁽⁸⁵⁾先願主義の下で

(78) Vgl. Bumke (Anm. 39), S. 214.

(79) Badura (Anm. 25), S. 532.

(80) Vgl. Kupfer (Anm. 49), S. 295 ff.

(81) 注(82)・(83)で引用する学説・裁判例のほか、Hermes (Anm. 77), S. 913 f.; Voßkuhle (Anm. 6), S. 306 ff.; Röhl (Anm. 18), S. 745 ff.; Ruthig/Storr (Anm. 46), S. 218 f. さらに、詳細な考察として、太田匡彦「行政による分配の構造と手続」法律時報87巻1号(2015年)22頁以下を参照。

(82) 割当ての基準の作成と公表につき、vgl. auch Wollenschläger (Anm. 35), S. 553; OVG Lüneburg, Urt. v. 16. 6. 2005, NVwZ-RR 2006, 177 [178].

(83) Koenig (Anm. 44), S. 223 は、理由の提示義務は、割当てのあり方を見直すきっかけにもなると見ている。

(84) ちなみに、EU サービス指令12条1項は、特定のサービス活動に関して与えることのできる許可の数が限られている場合において、加盟国に対し、申請者を選ぶための中立的かつ透明な手続を実施すること、並びに、手続の開始、経過及び結果を申請者に適切に知らせることを求めている。

は、申請のあった順が、割当てを受けられるか否かにとって決定的な意味を持つからである。さらに、すべての潜在的な申請者に割当てを受ける可能性を保障すべく、申請の受付開始日を等しく知らせることも、先願主義⁽⁸⁶⁾を適用する際には求められる。もちろん、申請のあった順が意図的に操作されてはならない。

(b) もっとも、先願主義の適用は、新たに申請を行おうとする者を不利な立場に置くおそれがあると言われることがある。⁽⁸⁷⁾申請の受付開始日に関する情報が等しく与えられたとしても、同じ割当ての対象に対して以前に申請を行ったことがある者は、その経験やノウハウを活かすことができるからだろう。

また、タクシー運行の許可に係る前掲連邦行政裁判所1963年判決（2（1）（a）を参照）は、「個々の申請者が多数の許可申請を行うことにより、他の後願者を長期間にわたって許可の付与から排除できるとすれば、先願主義の仕組みの適用に対して疑念が存するだろう」と述べていた。⁽⁸⁸⁾そのうち、1人の者が多くの申請を行う点に関しては、現在は、旅客運送法13条5項4文が、申請者の数が割当て可能な許可の数を上回る場合には、1人の申請者に1つの許可しか与えてはならない旨を規定している。だが、上記の判決は、後願者が長期間にわたって許可を受けられないことも問題視していたように思われる。学説の中にも、同等の申請者が割当てを受ける現実的な機会を有する場合にのみ、先願主義の適用が容認されるように思われると述べた上で、後願者が長期間割当てから排除されることは、そ

(85) Widera (Anm. 29), S. 20.

(86) Vgl. Malaviya (Anm. 5), S. 152 f.; Röhl (Anm. 18), S. 746.

(87) Malaviya (Anm. 5), S. 153.

(88) BVerwG, Urt. v. 28. 6. 1963, BVerwGE 16, 190 [192]. Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 25. 2. 1966, BVerwGE 23, 314 [318].

のような機会を否定するものであると説く見解がある。⁽⁸⁹⁾

こうした問題を緩和する方法としては、先願者が財や地位を保持できる期間を限定し、その経過後に改めて割当手続を実施するということが挙げられている。⁽⁹⁰⁾ 実際、タクシー運行の許可に関しては、旅客運送法13条5項5文・16条4項で有効期間が定められている。さらに、可能であれば、割当て分を新たに追加することも考えられるだろう。⁽⁹¹⁾

III 考 察

以上、ドイツにおける議論状況を見てきたが、Ⅲではそれを踏まえて、先願主義について改めて考察を加えることにしたい。

1 隠れた先願主義の存在

(1) 第1に、タクシー運行の許可や催しへの出店許可など、これまで本稿で取り上げたドイツの具体例はいずれも、競願関係が発生することが想定された上で、先願主義が法令で定められたり、あるいは実務上それが用いられていたと考えられるものである。鉱業権の設定や公有水面の埋立免許など、前稿で紹介したわが国の先願主義の具体例についても、おおむね競願関係の発生可能性を前提にしたものだろう。公衆浴場の経営許可に関しても、競願の場合の取扱いを定めた通達（「公衆浴場競願の取扱いについて」〔昭和27年12月10日衛環第111号〕等）の存在からすると、競願関係が生じうることが実務上予想されていたと思われる。

(89) Voßkuhle (Anm. 47), S. 39.

(90) Wollenschläger (Anm. 35), S. 561.

(91) この他、先願者が自身に割り当てられた財や地位を利用しなかった場合への対応の問題も指摘されている。Vgl. Wollenschläger (Anm. 35), S. 561.

(92) 拙稿・前掲注(2)292頁以下。

しかし、ドイツの学説の中では、競願関係を前提として財や地位の割当てを受ける者が決定されるという状況とは別に、競願関係の発生は想定されていないけれども、財や地位が有限である結果、その割当てを受けられる者が限られてしまうという状況もあることが指摘されている。⁽⁹³⁾ 後者の例として挙げられているのは、イミシオン保護法上の許可の場合である。⁽⁹⁴⁾ ここでは、一定地域における環境負荷の容量の上限が設定されると考えられるからである。

(2) 以上の2つの状況のうち、競願関係の発生が想定されている場合においては、行政は、競願として扱うか否かに関する恣意的な判断を排除する必要性などから、申請期限を設定・公表し、期限内に行われた申請を競願として扱うことが原則的に求められ⁽⁹⁵⁾ (ただし、後述 (3))、実際そのような対応がされていることが多いと思われる。だが、競願関係の発生が想定されていないときには、申請期限の設定は行われまいだろう。その場合、II 1 (2) で述べたように、申請は到達順に処理されるべきであり、その中で要件を満たしたのから順に財や地位が与えられることになる⁽⁹⁶⁾と考えられる。つまり、財や地位は有限であるが、競願関係の発生が想定されていない場合には、先願主義を用いることが明確にされていなくても、事実上それと同様の結果が生じることになるのである。

もちろん、上記の点に関しては、競願関係の発生を想定しないことが、

(93) Röhl (Anm. 18), S. 739.

(94) Voßkuhle (Anm. 47), S. 26.

(95) 詳しくは、拙稿・前掲注(2)304頁を参照。

(96) Vgl. auch Martini (Anm. 12), S. 105 f. 注(15)では、競願関係でない場合において、後着の申請の方が早く決定できる段階に至ったときは、当該後着の申請から決定をすべきという見解を紹介したが、それが確実に妥当するのは、運転免許のように財や地位が有限でない場合ではないかと思われる。

財や地位の合理的な配分の見地からして妥当なのかという問題がありうる。しかし、そうした問題に対して、さしあたり指摘できるのは、競願関係の発生可能性を前提に、申請期限を設定してその経過後に割当てに関する決定を統一的行うことにした場合、申請期限の定め方によっては、決定まで割当てを受けられない不利益が重大になるおそれがあるということである。先ほどのイミシオン保護法上の許可の例に即して言えば、要件を充足する許可申請を行った者が、施設の稼働まで長い期間待たされかねないことになる。長期的に見れば有限の財や地位の配分が問題になっていても、短期的には申請が競合することが予想しがたい場合もある⁽⁹⁷⁾。また、財や地位の合理的な配分の問題には、要件の設定の仕方などによって対処する余地もあるだろう。

(3) 他方で、競願関係の発生可能性が前提とされている場合でも、選択基準として先願主義を単独で用いるときには、12で述べた通り、申請期限の設定は必ずしも要求されない。むしろ、競願関係の発生が想定されていても、申請期限が設定されていなければ、先願主義によらざるを得なくなるとも考えられる。最判昭和47年5月19日民集26巻4号698頁に関しては、公衆浴場の経営許可が羈束処分であることから、申請が競合した場合の先願主義の適用が導かれたと説明されているが、申請期限の設定がな⁽⁹⁸⁾

(97) さらに、Wolfgang Durner, Umweltrechtliche Genehmigungen als Vergabeentscheidungen?, DVBl. 2020, 149 [152] は、流水の利用に関する許可について、たとえ現時点では申請が競合していなくても、環境負荷の容量を適切に配分しなければならないとすれば、国家は、流水のあらゆる利用可能性を想定した上で、すべての利害関係人の関与の下で許可の割当手続を実施しなければならない旨を指摘する。

(98) 富澤達 [判解] 法曹時報25巻10号 (1973年) 156頁以下、菅野由喜子 [判批] 民事研修186号 (1972年) 44頁、秋山義昭 [判批] 判例評論167号 (1973年) 25頁以下。

かったことも判断に影響しているのではないかと思われる。

2 先願主義の適用が許される場合

(1) 第2に、選択基準としての先願主義について、ドイツでは、財や地位の割当ての目的と関連性がないとか、割当てに関する経済的な効率性を損なうといった批判がされるとともに、憲法の見地からも、平等原則審査の変化もあって、その無限定な適用が問題視されるようになっていた。II2 (1) (a) で触れたように、先願主義の適用を正当化する根拠として信頼保護原則が持ち出されることがあったが、法令などですでに先願主義以外の選択基準が定められている場合にそれを適用することは、信頼保護原則によっても当然妨げられない。また、仮に選択基準が白紙の状態であっても、信頼保護原則に基づいて先願主義の適用を求めることはできないだろう。⁽⁹⁹⁾ 選択基準を先願主義から別のものに改めることも、十分な周知期間を設けるなどの対応を行っていけば許されると考えられる。⁽¹⁰⁰⁾

(2) ところで、I2で述べた通り、前稿において先願主義の機能として、内容中立的な選択の確保、申請の促進及び行政による処理コストの減少の可能性⁽¹⁰¹⁾があることを指摘した。他方で、II2 (2) (c) では、ドイツにおいて先願主義の適用が許される場合として挙げられているものを紹介したが、⁽¹⁰²⁾⁽¹⁰³⁾ 両者を比べたとき、おおむね重なり合うことが分かる。このことか

(99) Reidt (Anm. 15), S. 278 は、信頼保護原則を適用するためには信頼を基礎付ける行政の活動が必要であるところ、申請を受領したというだけではそれは認められないという。

(100) 行政手続法5条の審査基準の不利益変更に関する記述であるが、宇賀・前掲注(14)455頁以下を参照。

(101) 拙稿・前掲注(2)307頁以下。

(102) 申請の促進の機能に関しても、Durner (Anm. 97), S. 158は、再生可能エネルギーの拡充の場合を例に挙げて、政策や事業の目的の達成を促進

らすると、先願主義の適用が認められるのは、その機能が必要とされる場合であると考えられることができるように思われる。逆に言えば、先願主義の機能が必要とされないところでそれをを用いることは、ドイツのように憲法上問題があるとまでは言わないとしても、財や地位の割当ての目的と矛盾する⁽¹⁰⁴⁾か、それにそぐわないのではないかというわけである。

さらに、先願主義の機能のうち、内容中立的な選択の確保が必要な場合とは、実質的な選択基準を用いることができないか、あるいはそれが許されないときである。それに対して、申請の促進や行政による処理コストの減少が必要とされる場合に関しては、理論上は実質的な選択基準を用いることも可能である。そうすると、後者の場合には、実質的な選択基準では申請が促進されなくなるかどうか、あるいは行政に不相当な処理コストが生じるかどうかという点を、厳格に判断することが求められるように思われる。申請の促進の機能が拙速な申請の増加をもたらし、かえって申請処理の負担が大きくなる可能性があることにも注意すべきである⁽¹⁰⁵⁾。また、一

するために先願主義を用いることは適切のように思われるという。

(103) その一方で、ドイツにおいて先願主義の適用が認められる場合として、申請が行われた順から実質的な選択基準への推論が可能である場合を挙げる見解もあったが、それに対しては、直截に実質的な選択基準を用いれば足りるのではないかという疑問がある。

(104) もっとも、先願主義の機能が必要とされる場合でも、その適用が義務付けられるわけではないだろう。さらに、注(105)及びIVも参照。

(105) さらに、例えば催しへの出店許可のケースにおいて、選択基準として地元業者を優先するという基準が設定された場合、申請者のうち地元業者をピックアップして資格要件の審査をすることにより、すべての申請者について資格要件を審査するときと比べて申請処理の負担を減らせる可能性がある。また、地元業者に申請をしようとするインセンティブが働くことも想定できる。このように、先願主義以外の選択基準でも、申請の促進や処理コストの減少を図ることができる場合があると思われる。先願主義を用いるかどうかを判断するに当たっては、そうした点も考慮に入れる必要

且先願主義を採用した場合でも、状況の変化により、申請の促進や処理コストの減少という機能が不要になることもありうる。さらに、それらの機能が必要であるとして先願主義を用いるときでも、目的により適合した財や地位の割当てを可能にすべく、⁽¹⁰⁶⁾ 資格要件のあり方の検討が要請されることもあるだろう。

(3) 以上のことを踏まえて、前稿で挙げたわが国の先願主義の具体例について若干のコメントをしておく、まず、2011年の鉱業法改正により、同法6条の2が定める特定鉱物の鉱業権の設定に関しては、もはや先願主義は採られていない(同法40条1項から3項を参照)。その改正は、先願主義の下で拙速な出願が多数見られるようになったことを背景とするものであり、⁽¹⁰⁷⁾ 申請の促進という機能が適切に発揮されなくなったことによると評価できる。

また、最判昭和47年5月19日民集26巻4号698頁に関しては、1(3)で申請期限の設定がなかったことも判断に影響しているのではないかと述べたが、学説の中には、「結果的に先願者に實際上一定地域内での独占的経営が保障されることになるので、むしろ、申請を時間的ではなく、内容的な優劣の見地から審査すべきだという考え方もなりたつであろう」とする見解もある。⁽¹⁰⁸⁾ そうした見解は、公衆浴場の経営許可の場合、先願主義の機能が必要とされる状況は考えにくいということからも、根拠付けられるよ

があるだろう。

(106) 拙稿・前掲注(2)303頁において、個人タクシー事業の免許に関する最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁を素材として示唆したように、資格要件の設定の仕方次第では競願関係が発生しないことも考えられる。

(107) 矢島康徳「国内資源を適正に維持・管理し、適切な主体による合理的な資源開発を行う体系を構築」時の法令1903号(2012年)44頁。

(108) 塩野宏「公衆浴場の許可の性質—許可と特許—」室井力=塩野宏編『行政法を学ぶ1』(有斐閣, 1978年)118頁。

うに思われる。ただし、申請内容の優劣によって経営許可を与える者を決定するときには、申請期限を設けることが求められる。たばこ事業法22条が定める製造たばこの小売販売業の許可についても、申請が競合した場合は先願主義に従った処理が行われているが、以上のことが同じように当てはまるだろう。

3 手続的要請と再割当ての可能性

(1) 第3に、選択基準として先願主義を用いる場合でも、一定の手続的要請を満たさなければならない。先願主義との関係で重要と思われるものを例示すると、まず、先願主義が法令で規定されていないときでも、先願主義を適用する旨を内部基準で定めて、それを公にすることが必要である。財や地位の割当てが行政処分の形式で行われる場合、割当てに関する決定は行政手続法上の申請に対する処分に当たるので、先願主義を基準として設定し公にすることは、同法5条によって義務付けられると解される。しかし、割当てが契約の形式で行われる場合でも、同様の要求を充足しなければならないだろう。

また、先願主義の下では申請のあった順が決定的な意味を持つ以上、財や地位の割当て時期が定められる場合には、割当てを受ける可能性をできる限り等しく保障するために、申請の受付開始日を明確に設定した上で、それを公にすることも求められる⁽¹⁰⁹⁾。さらに、これから申請をしようとする者が、割当てを受けられるかどうかを予測できるようにすべく、割当て可能な財や地位の量と申請のあった数を公にしていくことも、場合によっては望まれる。むろん、申請のあった順も、明確な基準に基づき恣意的でな

(109) もっとも、鉱業権の設定など、財や地位の割当て時期を定めることが困難と考えられるものもあり、その場合は申請の受付開始日の設定と公にすることも要求されないだろう。

い形で確定されなければならない。⁽¹¹⁰⁾

(2) この他、先願主義を適用した結果、割当てを受けられなかった後願者にも配慮すべき場合がある。ドイツにおいては、資格や能力の点で先願者と同等の後願者が、長期間割当てから排除されることを問題視する見解があった。そこでは、申請の迅速さという、通常は資格や能力と関係のない要素が、長期にわたって割当ての基準になることは妥当でないという考えもあると思われる。

後願者に配慮する方法としては、II3 (2) (b) で紹介した通り、一定期間経過後に改めて割当手続を行うことが考えられる。その場合、後願者に対しては、当初の割当てを受けられなかった時点で、再割当ての可能性⁽¹¹¹⁾があることを指摘すべきである。また、後願者の間でも早くから申請を行った者を優遇すべきであるとすれば、待機リストを用いて再度の割当手続を実施することが求められるだろう。

もっとも、再度の割当手続までの期間の設定に当たっては、行った投資の回収など、先願者の利益も考慮する必要がある。⁽¹¹²⁾ 場合によっては、先願者の保護の見地から、再割当てが排除されることもありうる。また、公有水面の埋立免許のように、反復して割り当てることのできない財や地位については、再度の割当手続は考えられないところである。

IV むすびにかえて

以上で本稿の考察を終えるが、むすびにかえて、なお積み残した課題を若干指摘しておきたい。II2 (2) (c) 及びIII2 (2) において、先願主義の

(110) 太田・前掲注(81)25頁。

(111) Vgl. Christoph Gusy, Der Antrag im Verwaltungsverfahren, BayVBl. 1985, 484 [488].

(112) Vgl. Martini (Anm. 12), S. 121 f.

適用が認められる場合として、実質的な選択基準を用いることが不可能な場合と許されない場合を挙げた。しかし、それらの場合には、申請の内容に立ち入らない形式的な選択基準として、くじ引きなどを使うこともできる。一般的に言えば、内容中立的な選択の確保という先願主義の機能は、他の形式的な選択基準を用いる場合にも発揮されるのである。そのことからすると、先願主義に関しては、様々な形式的な選択基準の中で、それがどのように位置付けられるのかという問題も考えられる⁽¹¹³⁾。

こうした問題との関連で関心を引くのが、本稿でも取り上げた催しへの出店許可のケースである。本稿では専ら先願主義の許容性の問題に絞ったが、実は、広場の容量を上回る申請があった場合には、くじ引きなど他の選択基準を使った許可の割当ても行われており、それらの選択基準を用いることの許容性や妥当性も議論されている。催しへの出店許可の事例は複数の選択基準を比較分析するのに適した素材であると考えられ、機会があれば上記の問題も意識しながら考察を加えたいと思う。

(113) なお、くじ引きの法的性質を考察した論文として、大西楠・テア『『くじ引き』の合理性』論究ジュリスト31号（2019年）148頁以下、馬場健一『『くじ引き』を統治制度の現実から考える』論究ジュリスト31号（2019年）155頁以下、瀧川裕英「なぜくじで決めないのか？」論究ジュリスト32号（2020年）168頁以下がある。くじ引きの問題と先願主義の問題は、相互に重なり合うところがあると思われる。

Das Prioritätsprinzip im Konkurrenzverhältnis
— eine rechtsvergleichende Betrachtung —

論

Yoshihiko HASEGAWA

説

- I Einleitung
 - 1. Aufgabe dieses Aufsatzes
 - 2. Fazit des vorhergehenden Aufsatzes
- II Das Prioritätsprinzip im deutschen öffentlichen Recht
 - 1. Stellung und Beispiele des Prioritätsprinzips
 - 2. Zulässigkeit des Prioritätsprinzips
 - 3. Erfordernisse bei der Anwendung des Prioritätsprinzips
- III Betrachtung unter Berücksichtigung des deutschen öffentlichen Rechts
 - 1. Das „versteckte“ Prioritätsprinzip
 - 2. Zulässigkeit des Prioritätsprinzips
 - 3. Verfahrensrechtliche Erfordernisse und Möglichkeit der Umverteilung
- IV Schlusswort