

## 補助金交付と法律の留保原則

——西独における議論を参考に——

### I はじめに

本稿は、補助金交付と法律の留保原則との関係について、西独における議論を参考に、考察することを目的とする。補助金交付は、大別して、行政行為形式による場合と行政契約形式による場合とがあるが、本稿では主として、行政行為形式に関して述べることにする。

我が国行政法学界では通常、補助金は、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（以下、補助金適正化法と称す）二条一項を参考に、例えば「国・地方公共団体が公共的・行政的見地から、特定の事業の促進・助成をはかる目的で、相当する反対給付をうけるこ

石 井 昇

となく、その事業主体等（地方公共団体もしくはこれに準ずるもの、および私人）に対して交付する現金的給付<sup>(1)</sup>と定義されている。こうした定義によると補助金は、金銭の無償給付だけを指し、交付対象としては私人と公的組織の双方を含むことになる。これに対して、本稿で主たる考察対象とする西独の行政法学界では、Subventionは、その定義につき完全な意見の一致はないが、一般的には、消費的補助金（verlorene Zuschüssen）、信用（Kredite）ないし消費貸借（Darlehen）、保証（Bürgschaften）又は危険負担（Garantien, Gewährleistungen）の形式で、経済嚮導その他の公の目的の達成のためになされる私的企業への助成措置であるとされ、租税の優遇

(Steuervergünstigungen)や、例えば特定の私人に有利な請負契約の締結のような事実上の助成 (Realförderung) は、本来の意味での Subventionen には含まれないと考えられている<sup>(3)</sup>。以上ことから明らかのように、我が国の補助金概念と西独の Subvention 概念との差異は、主に、第一に前者は金銭の給付に限定されるのに対し、後者は資金の貸与や債務の保証等をも含む点にあり、第二に交付対象の違いの点にある。

我が国と西独の補助金交付の実情について、ここで簡単に概観してみる。我が国では、一般会計補助のうち、八三%、約一二兆円が根拠法令に基づいて交付され、一七%、二兆五千億円が根拠法令なしに、予算措置だけに基<sup>(4)</sup>づいて交付されていると言われている。また西独では、Subventionierung の具体的根拠法律の数は非常にわずか<sup>(5)</sup>で、ほとんどの Subventionierung は、法律に基づかず、予算だけを根拠に、行政規則に従ってなされていると言われている<sup>(6)</sup>。こうした西独の実情は、Subventionierung と法律の留保原則との関係に関する連邦行政裁判所の一貫した判例により支えられていると考えられる。以下では、まずこうした判例の考え方を概観することとする。

## II Subventionierung と法律の留保原則

### 1 連邦行政裁判所の判例

連邦行政裁判所はまず、搾油所 (Ömühle) に対する価格調整措置に関する一九五八年三月二一日判決<sup>(7)</sup>で、Subventionierung と法律の留保原則との関係について、その基本的立場を明らかにした。

「こうした考慮(国は、公の任務の処理という法律で許された目的を追求することなしに、個人を授益することはできないとする考え方・筆者注)は、しかし、基本法二〇条三項の意味で法と法律に拘束される行政が私人への金銭の出捐について、如何なる事情であれ法律の根拠を要すると結論するものではない。……正式の (formell) 法律と並んで、その他のあらゆる議会の意思表示、特に例えば、Subventionierung に必要な資金の予算上の準備も、行政活動の十分な公認 (Legitimation) とみなされ得る。……しかし……負担の賦課と授益との間に不可分の相互関係があるときには、全体の規律につき一体的な法的評価が必要である。……こうした場合には、B G B 一三九条に含まれている基本思想を準用して、一方

の措置の非許容性は、他方の措置のそれをも導き出すことが前提とされねばならぬ。」

このように、負担の賦課と不可分の相互関係がない限り、Subventionierungには正式の法律の根拠は必ずしも必要でないとする考え方は、比較的最近の連邦行政裁判所の判決でも変更されていない。

連邦行政裁判所一九七七年三月一七日判決<sup>(8)</sup>

〔事案〕原告は、農地賃貸借のための補助金 (Prämie für die Verpachtung landwirtschaftlicher Grundstücke) を、W農業局の承認裁決 (Bewilligungsbescheid) により取得した。その後、会計検査院がこの補助金の承認に異議を唱えたので、W農業局はこの承認裁決を取消し、利息を含めて補助金の返還を請求する裁決をした。原告は、承認裁決取消の取消と返還請求裁決の取消を求めて出訴した。第一審、請求棄却。控訴審、原判決破棄、請求認容。

〔判旨〕上告棄却。(法律の留保原則に関する部分のみ引用)「―本件事案においてのように―法律ではなく、準則 (Richtlinien) に基づいてなされた Subventionen は、法治国原理がそれを妨げているが故に、行政行為形

式で承認されてはならないという見解……は、連邦法に違反する。当裁判所は繰り返し……法と法律に拘束される行政は私人への金銭の出捐について、如何なる事情であれ法律の根拠を要するというわけではないと判示してきた。正式の法律と並んで、その他のあらゆる議会の意思表明、特に Subvention のために必要な資金の予算上の準備も、行政活動の十分な公認とみなされ得る。……これらの要件の下で Subvention が交付されるときには、それは行政行為によってもなされ得る。というのは、Subvention の承認は、承認された金額の支払を求める公権を関係者に与えるが故に、関係者を授益するからである。」

以上のように、連邦行政裁判所は、Subventionierung が負担の賦課と不可分相互に関連するのでない限り、私人への Subventionierung においては、たとえそれが行政行為の形式でなされるとしても、それが単なる私人への授益であるが故に、正式の法律の根拠は必ずしも必要でなく、そのために必要な資金の予算上の準備だけで十分であるという見解を採用している。<sup>(9)</sup>

しかし、こうした連邦行政裁判所の考え方に対しては、

西独の学説上疑問が提起されている。その疑問は、次の三点に関わるものである。第一に、行政庁による私人への Subventionierung は、単なる授益的行為であるかという点であり、第二に、Subventionierung に関する判例で法律の留保原則に関して連邦行政裁判所が採用していると思われる侵害留保説の<sup>(10)</sup>妥当性であり、第三に、Subventionierung のための資金の予算上の準備は、正式の法律の根拠を代替し得るかという点である。以下において順次、これらの点について議論する。

## 2 Subventionierung の法的性質

Subventionierung の法的性質の第一として考えられるものは当然、Subvention の受領者に対する授益性である。<sup>(11)</sup>行政庁が私人に金銭を交付し、あるいは私人の金銭債務を保証するのであるから、Subventionierung の授益性は明らかである。

しかし、西独行政法学界では、一般に、Subventionierung には、授益性ととともに、受領者に対する負担も通常含まれていると考えられている。Subventionierung は、経済嚮導その他の公の目的達成のために受領者による一定の行為の実行を要件としてなされるのであり、そうした

要件は受領者に負担として作用するからである。<sup>(12)</sup>またそればかりでなしに、受領者は通常、行政庁による監督、帳簿検査等の統制措置に服さねばならず、その点でも、Subventionierung には受領者に対する負担が含まれていると考えられることもある。<sup>(13)</sup>

こうしたことに関して、Subventionierung は恩恵的行為であり、それに負担が付いていても、その恩恵が減少するだけであると説明されることがある（こうした考え方は、西独では差額説 Saldotheorie と呼ばれている<sup>(14)</sup>）が、こうした考え方には異論が提起されている。それによると、Subvention に付加される負担は、受領者に一定の目的での金銭の使用義務を課し、受領者の経済的活動その他の自由を抑制する措置の受忍義務を課するが故に、<sup>(15)</sup>恩恵的行為の減少であるとはいえないと考えられている。

さらに、Subventionierung のうち特に経済政策的目的でなされるもの（Wirtschaftssubvention）は、ある意味で市場における競争に意図的に介入するものであり、受領者の競争者の権利・利益を侵害する場合もあると考えられている。<sup>(16)</sup>この点に関して、連邦行政裁判所一九六

八年八月三〇日判決<sup>(17)</sup>が引用されることがある。本判決によると、個々のグループへの授益は、それが公共の福祉により命じられ、かつ第三者の保護に値する利益が恣意的に無視されない限りでのみ、行なうことが許されるので、Subvention 受領者の競業者が、その保護に値する利益が恣意的に無視されたときには、その競業者は (Subventionierung が行政行為形式でなされている限り)、取消を訴求する可能性を有しなければならぬとされている。本判決を引用して、連邦行政裁判所も、Subventionierung が競業者の保護に値する利益、即ち基本権で保護されている競争の自由を侵害する可能性のあることを認めていると考える論者も存在する<sup>(18)</sup>。また、下級審判決であるが、特定の新聞社への Subventionierung は、プレス<sup>(19)</sup>の自由の不可欠の構成要素として基本法五条により保護されている競業新聞社の競争の自由を侵害すると指摘する判決もある<sup>(19)</sup>。

以上のように、Subventionierung は通常、連邦行政裁判所が想定するように、単なる授益的行為ではなく、受領者にとって受益であると同時に負担の賦課であり、さらに受領者の競業者の権利・利益を侵害する場合もある

と西独行政法学界では一般に考えられているようである。このような考え方に従うとすると、たとえ法律の留保原則の妥当範囲について連邦行政裁判所と同様に考えるとしても、Subventionierung は通常、負担の賦課と不可分相互に関連しているということができるので、行政行為形式での Subventionierung には、原則として法律の留保原則が適用されることになるだろう<sup>(20)</sup>。

### 3 法律の留保原則の妥当範囲

連邦行政裁判所は、Subventionierung に関する判例で、法律の留保原則の妥当範囲に関して、侵害留保説を採用していると考えられる。侵害留保説に対しては、さまざまな批判がなされており、全部留保説その他さまざまな反対説が主張されているが、ここでは連邦憲法裁判所が法律の留保原則に関して、近年一貫して展開している重大事項留保判決 (Wesentlichkeitsrechtsprechung)<sup>(21)</sup> に基づいて、法律の留保原則の妥当範囲を考えてみることにする。

連邦憲法裁判所は、大学法に関する一九七二年七月一八日判決<sup>(22)</sup>をリーディングケースに、学校教育法、<sup>(24)</sup>在監関係<sup>(23)</sup>、原子力法、<sup>(26)</sup>放送法、<sup>(27)</sup>戦争犠牲者援護法等の分野で、

重大事項留保理論に基づいて判決を下している。連邦憲法裁判所はこれら一連の判決で、「法律は『自由と財産の侵害』が問題となっていて、この場合に限り必要であるという、一九世紀の立憲的・市民自由主義的國家観により形成された公式は、もはや今日の憲法理解に全く適合しない<sup>(29)</sup>」として、侵害留保説からの訣別を明示し、「その都度適用される規定の概観可能性 (Überschaubarkeit) と関係者の権利保護<sup>(30)</sup>」を要求する法治国原理と、「議会议定法律に単なる行政活動以上の直接的民主的正当性が帰属し、議会の手続が審議・決定調査 (Entscheidungssuche) の公開性と矛盾する諸利益の調整の可能性をより高度に保障する<sup>(31)</sup>」ところの議會制民主主義原理から、すべての重大な (wesentlich) 問題の決定は、立法者自身が法律により行なわねばならず、行政に委任してはならないとする (議會留保 Parliamentsvorbehalt 委任の禁止 Delegationsverbot)<sup>(32)</sup>。このように、連邦憲法裁判所は、侵害留保説に比較して、法律の留保原則の妥当範囲を拡大しているが、他方では、行政手続・行政管轄の規律すべてが詳細に至るまで法律に留保されている必要はないとし、また過度の法律化の危険にも配慮している<sup>(34)</sup>。

概ね以上のような内容を有する連邦憲法裁判所の重大事項留保判決は、確かに、本稿で扱っている Subvention に関してはまだ下されていない。しかし連邦憲法裁判所は、在監関係に関する一九七五年一〇月二八日決定で、「個人に給付と機会を認め提供する国家行為は、自由な生存にとってしばしば、『侵害』の不作為に劣らず重要である<sup>(35)</sup>」と指摘し、さらに、本稿で扱っている意味での Subvention には属さないが、広義の Subvention 概念には属するとされる授益 (租税法上のいわゆる免除補助金 Verschonungssubvention 戦争犠牲者援護 Kriegsoflerversorgung) に関して、「国民の自由・平等領域に関わる重大な基本決定」を立法者自身が行ない、行政の活動に委ねてはならないことを指摘して、重大事項留保判決を下している<sup>(37)</sup>。

以上のことから考えて、連邦憲法裁判所は、おそらく、重大事項留保理論を本稿で扱っている Subventionierung にも適用することになると思われ<sup>(38)</sup>、Subventionierung において国民の自由・平等領域に関わる重大な基本決定は立法者自身が法律の形式でなさねばならず、行政に委ねてはならないと結論することになるだろう。なお、こ

という国民の自由・平等領域に関わる重大な基本決定が何を意味するかについて、学説上、Subventionの目的及び交付条件・受領者の範囲・給付額を確定するための決定基礎 (Entscheidungsgrundlagen) がそれに含まれると主張されることがある。<sup>(39)</sup>

もちろん、以上論じてきた重大事項留保理論に対しては、とりわけ議会に留保されることになるか否かのメルクマールたる、wesentlich、概念の漠然性に関して、西独行政法学界の一部で強い批判がなされており、<sup>(40)</sup> 重大事項留保理論はいまだ通説とはいえないであろう。しかし、連邦憲法裁判所の判例理論たる重大事項留保理論は、Subventionierung に関して連邦行政裁判所が採用していると思われる侵害留保説の妥当性に対する重大な疑念を認識させ、法律の留保原則の妥当範囲を侵害留保説より拡大することの必要性を認識させるには、十分であるように思われる。

このように法律の留保原則の妥当範囲を侵害留保説より拡大する必要があるとすると、前節2で論じたような法的性質を有する Subventionierung には、当然に法律の留保原則が適用されることになるだろう。

#### 4. 法律の根拠の内容

法律の根拠の内容に関して特に西独で議論されているのは、正式の法律の授權なしに、予算だけに基つき、行政規則に従ってなされる Subventionierung の問題である。

前述したように、西独の連邦行政裁判所は、Subventionierung は、たとえ行政行為形式でなされるとしても、予算だけを根拠になし得るとする考え方、換言すれば、<sup>(41)</sup> 予算が法律の根拠を代替し得るとする考え方に立っている。特に西独では、基本法一一〇条二項が、予算案は予算法律 (Haushaltsgesetz) により確定されると規定するので、こうした主張が成立する余地が十分に存在すると言えるかもしれない。

しかし、こうした考え方に対して、西独行政法学界は一般に批判的である。

その第一は、予算における資金の準備は、単に公の任務の履行の一段階の措置にすぎず、行政への授權ではないという批判である。<sup>(42)</sup> こうした考え方に従うとすれば、<sup>(43)</sup> 予算は当然に法律の根拠として機能しないことになる。しかし、こうした予算の把握の仕方は、イエッシュに

より、予算を純粹な行政事務とした立憲君主時代の二元論的法律論に基づくものであり、アナクロニズムであると批判されている。<sup>(43)</sup> イエッシェは、「予算法律はむしろ国法的意味での真の法律であり、Subventionierungenに關する法律あるいは警察への授權規範とそれとの相違は、議會と執行部との關係に關して確認できない」とし、従<sup>(44)</sup>って議會の授權において備えられるべき最低限の必要條件が満たされている限り、即ち「給付その他の授益の配分が外見上だけでなく、實質的に議會によりなされるといえる程十分に、授權の目的・内容が規定・限定されている場合に限り」、予算法律は法律の留保原則の意味での法律の根拠たり得るとする。<sup>(45)</sup>

予算は法律の根拠を代替し得るとする考え方に対する第二の批判は、予算法律は、確かに予算案で配分された資金の交付を政府へ授權するものではあるが、個々の国民には向けられておらず、個々の国民に権利・義務を生じさせるわけではないという意味で、国民への外部効果(Außenwirkung)を有していないが故に、予算法律は、法律の留保原則の意味での法律の根拠たり得ないとする批判である。<sup>(46)</sup>

第三の批判は、イエッシェの述べている授權に關する最低限の必要條件が、少なくとも現在の予算法律では存在していないという主張である。即ち、予算が Subventionierung に關する法律の根拠であるというためには、その Subvention に關する予算項目が少なくとも、Subventionierung の目的・金額・条件・受領者の範圍に關して、十分に明確に規定・限定せねばならないが、現在の Subventionia に關する予算項目は、これらの授權に關する最低限の必要條件を満たしていないとする批判である。<sup>(47)</sup> 換言すれば、予算項目が Subventionierung の目的・金額・条件・受領者の範圍に關して、十分に明確に規定・限定するならば、その予算項目は、法律の留保原則の意味での法律の根拠たり得ることになる。<sup>(48)</sup>

このように、西独行政法学界では、少なくとも現在の Subvention に關する予算項目は、法律の留保原則の意味での法律の根拠たり得ないとする考え方が一般的である。

以上2—4節の議論をまとめてみると、西独行政法学界では、一般に、行政行為形式での Subventionierung には原則として、法律の留保原則が適用され、少なくとも



も現在の形態での予算法律では法律の根拠として不十分であると考えられているということが出来る。そして、Subventionierung に関する法律の根拠であるためには、予算法律において、その目的・金額・条件・受領者の範囲が十分に明確に規定・限定されねばならないと主張されることもある。

#### 5 法律の留保原則の適用を緩和する視点

西独行政法理論には、行政活動への法律の留保原則の厳格な適用を緩和する視点も、幾つか存在する。そうした視点が、行政行為形式での Subventionierung への法律の留保原則の適用を制限し得るかが、ここでの問題である。

#### (1) 慣習法

慣習法は、長期間の慣行が法的確信を得ることにより成立し、法律による行政の原理の支配する行政法でも成立する余地が全くないわけではないという考え方が一般的であり、慣習法により法律の留保を代替しようとする試みが成立し得る余地がある<sup>(49)</sup>。

しかし、西独行政法学界では、行政行為形式での Subventionierung のための法律の根拠を代替する慣習法上

の授権が成立しているとはいえないと考えられているようである。確かに西独では、連邦行政裁判所が一九五〇年代末から今日まで、法律の根拠のない行政行為形式での Subventionierung を承認し、行政実務はそれ以前から、そうした Subventionierung を継続して行なってきたが、こうした判例・実務に対して多くの学説が批判的であるが故に、法的確信が欠落しているからである<sup>(50)</sup>。

#### (2) 過渡期

西独では、全部留保説を展開するイエッシュが、法律による行政の原理の厳格な実現（全部留保説の貫徹）の弊害を緩和するために、過渡期 (Übergangszeit) という<sup>(51)</sup>法律で、法律の根拠のない行政実務の正当化を試みてい

る。確かに現代のように、社会が目まぐるしく変化しているときには、立法者たる議会が生起するすべての事件を予見し、それに対して十分に明確な規範をあらかじめ定立することを期待するのは無理である。議会による立法がなされていないときに、議会による立法を待てない程の緊急性ある事件が生起した場合、急激に変転する社会に第一線に対応する行政が拱手傍観せざるを得ないとす

ると、行政の柔軟性が失なわれ、国民の権利・利益がかえって侵害されることにもなりかねない。こうした認識は、西独行政法学界の別の論者によっても承認されており、<sup>(53)</sup>行政活動は緊急性を要件として、過渡期間、法律の留保原則の適用を免れ得ることは、一般論としては承認されているようである。<sup>(54)</sup>しかし同時に、こうしたことは例外であることが強調されている。つまり、こうした法律の留保原則の適用免除は短期の過渡期間でしか認められず、結局、Subvention 法領域ではこうした過渡期は、はるか以前に経過したと考えられている。<sup>(55)</sup>

### (3) 議会の負担過重ないし法律の洪水

法律の留保の拡大により過度に法律が制定されると、議会から重大な政治的問題を議論する可能性が奪われ、<sup>(56)</sup>あるいは行政の固定化の危険が増大すると批判されることがある。確かに、一定の行政分野ではこうした法律の洪水 (Gesetzesflut) 現象が存在しているようである (例、建築許可領域)<sup>(58)</sup>が、少なくとも Subvention 法はそれとは全く逆に、明白な法律の欠缺のある規律領域に属すると考えられており、こうした批判は Subvention 法では妥当しないとされている。<sup>(59)</sup>

以上のように、行政活動への法律の留保原則の厳格な適用を緩和する機能を果たす幾つかの視点も、行政行為形式での Subventionierung への法律の留保原則の適用を制限することはできないと考えられているようである。

### 6 行政契約形式での Subventionierung と法律の留保原則

これまでの議論は、行政行為形式での Subventionierung に関するものであったが、Subventionierung は行政行為形式でだけなされるわけではなく、行政契約 (公法契約) 形式でなされることもある。<sup>(60)</sup>ここでは、行政契約形式での Subventionierung と法律の留保原則との関係について、西独における議論の状況を、簡単に展望してみることとする。

西独の判例・学説上、行政契約、特に従属法的契約の締結につき一般的に、法律の授權を要するかに関して、争いがあった。即ち、法律の授權を要するとする規範授權説 (normative Ermächtigungstheorie)<sup>(61)</sup>と法律の授權を放棄し、個々の場合に強行法ないし法原則に反しない限り、行政契約は有効に締結され得るとする許容説 (Zulassungstheorie)<sup>(62)</sup>との対立である。この点に関して、行

政手続法五四条は、「法規定に反しない限り soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen」行政契約は有効に締結され得ると規定し、後者の考え方に従った<sup>(64)</sup>。

ところが、今日でも、行政手続法五四条が、行政契約への法律の留保原則の適用を排除しているかどうかについて、西独行政法学界では争いがある。第一の考え方は、行政庁・国民間の協調・合意が法律の根拠を代替するという考え方に基づく行政手続法五四条以下での行政契約の承認は、従属的契約一般への法律の留保原則の適用を排除<sup>(65)</sup>し、従って行政契約形式での Subventionierung には、行政行為形式でのそれと相違して、法律の留保原則の適用はないとする考え方である<sup>(66)</sup>。これに対して、第二の考え方は、契約形式 (Vertragsform) の許容性と契約内容 (Vertragsinhalt) の許容性は区別されるべきであるとして、行政手続法が法律の授権のない行政契約の許容性を肯定したのは、行政契約という行為形式を法律の授権なしに使用することを許容したにすぎず、契約内容に関しては、法律の優位原則はもちろん、内容によっては法律の留保原則も適用されるとする見解である<sup>(67)</sup>。この見解に従うとすれば、Subventionierung の法的性質

から考えて、行政契約形式での Subventionierung にも、行政行為形式でのそれと同様に、法律の留保原則が適用されることになると思われる<sup>(68)</sup>。

以上のように、行政契約形式での Subventionierung と法律の留保原則との関係に関して、西独行政法学界における考え方は、対立している。

### III むすび

ここでは、以上のような西独における議論の概観に基づいて、我が国における補助金交付と法律の留保原則との関係について、若干考えてみることにする。

我が国でいう補助金と Subvention とでは、はじめに述べたような相違がある。しかし、私人に交付される補助金に限定して考えてみると、我が国でいう補助金の交付行為にも、特定の事業の促進・助成をはかる目的で条件が附せられ（参照、補助金適正化法七条）、そうした条件は通常、受領者にとって負担として作用するものであると思われるので、両者の法的性質はきわめて類似しているといえるだろう。即ち、私人への補助金交付も、Subventionierung も、通常単なる授益的行為ではなく、

受領者にとって受益であると同時に負担の賦課であり、さらに受領者の競争者の権利・利益を侵害する場合もあると考えられる。

また、法律の留保原則の妥当範囲に関して、我が国行政法学界では近年、権力行政留保説<sup>(69)</sup>が有力に主張されており、自由と財産の侵害に限定されることなく、法律の根拠を要する行政活動の範囲を拡大するのが、学界の一般的傾向であるといえるだろう。

こうした一般的傾向に従い、私人への補助金交付の性質を前述のように考えてみると、少なくとも行政行為形式での私人への補助金交付には、原則として法律の留保原則が適用されるという結論になると思われる。

また、法律の留保原則で要求される法律の根拠の内容に関して、我が国行政法学界では、一般に、それは目的規範・組織規範・手続規範ないし規制規範ではならず、根拠規範でなければならないと言われてきた。<sup>(70)</sup>ところが最近、こうした法律の根拠の内容の伝統的・一般的理解に対して、異論が提起されている。即ち、藤田教授は、法律の留保原則を支える基本的理念たる「行政の民主的コントロール」という要請について、それを「民主的チ

ェック」と「民主的根拠付け」に理論的に区別し、「民主的チェック」という場合、それは、その行政活動について国会による特別の議決や予算の承認があればもちろん、そうしたものをまたずとも、法律による何らかのチェックが既に存在する限り、つまり目的規範・組織規範・手続規範等によるチェックがある限り、(チェックの程度の問題はともかく、理論的には)既に一応の充足を見ており、また「民主的根拠付け」という場合、議院内閣制の下、政府が成立せしめられること、即ち行政権の成立自体にこの要請の充足を見ることが何故できないかという疑問を提起されている。<sup>(71)</sup>

しかし、西独で議論されているように、予算等が補助金交付に関する法律の根拠となりうるためには、補助金交付の目的・金額・条件・受領者の範囲を十分に明確に規定・限定する必要があるという立場に立つとすると、例えば、通商産業省所管の民間輸送機関発費補助金、二三五万円、交付対象民間団体というような規定の仕方をして現在の我が国の補助金に関する予算項目や、目的規範・組織規範・手続規範ないし規制規範では、法律の留保原則の意味での法律の根拠には、一般的に不十分

であるといふことができるだろう。<sup>(73)</sup>

以上のことから、少なくとも行政行為形式での私人への補助金交付には、原則として、補助金交付の目的・金額・条件・受領者の範囲を十分に明確に規定・限定する法律又は予算の根拠が必要であり、現在の形態での予算項目や目的規範・組織規範・手続規範ないし規制規範では、不十分であると考えられる。

(1) 和田英夫「補助金と公益性」シヨリスト『行政法の争点』(昭和五五年)三三六頁。

(2) 消費的補助金とは、行政主体が私人に返還義務のない金銭を給付する場合を指し、保証とは、行政主体が Subvention 受領者たる私人の債権者に対する受領者の債務を保証する場合を指し、危険負担とは、行政主体が公の目的にとって有用な私人の事業遂行により私人に生じる金銭的損失の危険を引き受けることを約束する場合を指す。Vgl. M. Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen (1965), S. 19 ff.

(3) Vgl. Creifelds Rechtswörterbuch, 7. Aufl. (1983), S. 1068.

(4) 参照、碓井光明「補助金」(雄川・塩野・園部編『現代行政法大系(10)』所収、昭和五九年)二二六頁。

(5) 参照、『昭和五九年度補助金総覧』七頁。

(5) Vgl. C.—F. Menger, Problem der Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen——mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag? in: Westermann/Menger, Raumplanung und Eigentumsordnung, Festschrift für Werner Ernst (1980), S. 301 (305); W. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht (1979), S. 60 ff.; H.—D. Grosser, Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von staatlichen Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand (1983), S. 59.

(7) BVerwGE 6, S. 282.

(8) NJW 1977, S. 1838.

(9) 同趣旨の判決、BVerwG, U. v. 19. 6. 1963 (DVBl 1963, S. 859); U. v. 12. 6. 1964 (BVerwGE 18, S. 352); U. v. 26. 4. 1979 (DVBl 1979, S. 881.); VGH Kassel, U. v. 29. 11. 1962 (DVBl 1963, S. 443).

(10) 連邦行政裁判所が、法律の留保原則の妥当範囲に於て、侵害留保説を採用すると明言しているわけではないが、授益であるが故に法律の根拠は不要であると結論しているところから考えて、侵害留保説に立っていると推定できるだろう。なお参照、塩野宏「資金交付行政の法律問題(二)——資金交付行政と法律の根拠(完)——」国家学会雑誌七八巻五・六号(昭和三九年)二六七頁。

- (11) Vgl. Menger, aao. S. 306.
- (12) Vgl. Menger, aao. S. 306; A. Bleckmann, Subventionsrecht (1978), S. 54; Grosser, aao. S. 87 f.; C. Bellstedt, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage? DÖV 1961, S. 161 ff.; K. Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 1960, S. 518 (524 f.).
- (13) Vgl. Menger, aao. S. 306; Stern, JZ 1960, S. 524.
- (14) Vgl. Bleckmann, aao. S. 100.
- (15) Vgl. Grosser, aao. S. 88; Menger, aao. S. 306.
- (16) Vgl. C.—F. Menger, Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Subventionen, VerwArch Bd. 69 (1978), S. 93 (96); H. Bauer, Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht, DÖV 1983, S. 53 (55 f.); H. D. Jaraas, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, S. 473 (477); Grosser, aao. S. 89 ff.; D. Ehlers, Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen, VerwArch Bd. 74 (1983), S. 112 (126); Bleckmann, aao. S. 54; V. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen (1966), S. 289 ff.; Stern, JZ 1960, S. 524 ff.; Bellstedt, DÖV 1961, S. 165.
- (17) DÖV 1969, S. 392.
- (18) Vgl. W.—R. Schenke, Gesetzesvorbehalt und Pressesubventionen, Der Staat 15 (1976), S. 553.
- (19) Vgl. VG Berlin, U. v. 15. 5. 1974 (DVBl 1975, S. 268). 本号は本邦の行政監督手続 (OVG Berlin, U. v. 25. 4. 1975=DVBl 1975, S. 905) に示す如く、特定の機關及びその Subventionierung については、本邦の法律の制定に際しては、
- (20) Vgl. Menger, VerwArch 1978, S.96; ders., Festschrift für Ernst, S. 306; Grosser, aao. S. 88; Bleckmann, aao. S. 54.
- (21) Vgl. z. B. D. Jesch, Gesetz und Verwaltung (1961), S. 171 ff.; H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (1965), S. 113 ff.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. (1982), S. 77 ff.; W. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165 ff.
- (22) この点については、大塚新一「法律の歴史と現代の課題—本質的理論 (Wesentlichkeitstheorie) を中心として—」国家学会雑誌九八巻三・四号 (昭和六〇年) 五三頁以下に詳しい紹介がある。
- (23) BVerfGE 33, S. 303.
- (24) BVerfG, U. v. 6. 12. 1972 (BVerfGE 34, S. 165); B. v. 27. 1. 1976 (E 41, S. 251); B. v. 22. 6. 1977 (E 45, S. 400); B. v. 21. 12. 1977 (E 47, S. 46); B. v. 13. 6. 1979 (E 51, S. 268); B. v. 20. 10. 1981 (E 58, S. 257).

- (23) BVerfG, B. v. 28. 10. 1975 (BVerfGE 40, S. 237).  
 (24) BVerfG, B. v. 8. 8. 1978 (BVerfGE 49, S. 89).  
 (25) BVerfG, U. v. 16. 6. 1981 (BVerfGE 57, S. 295).  
 (26) BVerfG, B. v. 8. 1. 1981 (BVerfGE 56, S. 1).  
 (27) BVerfGE 40, S. 249.  
 (28) BVerfGE 41, S. 259 f.  
 (29) BVerfGE 40, S. 249.  
 (30) Vgl. M. Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685 (690 f.); C—E. Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, S. 483.  
 (31) BVerfGE 40, S. 250.  
 (32) BVerfGE 47, S. 79.  
 (33) BVerfGE 40, S. 249.  
 (34) Vgl. Bauer, DÖV 1983, S. 55.  
 (35) Vgl. BVerfG, B. v. 19. 4. 1978 (BVerfGE 48, S. 210 (221)); BVerfGE 56, S. 13.  
 (36) Vgl. Bauer, DÖV 1983, S. 55.  
 (37) Vgl. Bauer, DÖV 1983, S. 59.  
 (38) Vgl. E. Pleske, Der Weg des deutschen Schuttrechts nach dem 51. Deutschen Juristentag in Stuttgart im September 1976, DVBl 1977, S. 673; G. Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, S. 1313; G. Roellecke, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung, NJW 1978, S. 1776; H.—U. Erichsen, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 69 (1978), S. 387.  
 (39) Vgl. BVerfGE 6, S. 282 (287); DVBl 1963, S. 859; NJW 1977, S. 1838 (1839); DVBl 1979, S. 881. 衆議院の法律の執行に妨げを及ぼすこと H. P. Ipsen, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 257 (291 f.).  
 (40) Vgl. C—F. Menger, Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 196 f.; H. P. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl 1956, S. 498 (500).  
 (41) Jesch, aO. S. 185.  
 (42) Jesch, aO. S. 172.  
 (43) Jesch, aO. S. 226 f.  
 (44) Vgl. C. Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit (1982), S. 168; Kisker, NJW 1977, S. 1313; F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz (1968), S. 219.  
 (45) Vgl. Schimpf, aO. S. 168; Grosser, aO. S. 133; Maurer, aO. S. 80 f.; Götz, aO. S. 301; P. Selmer,

- Der Vorbehalt des Gesetzes, Jus 1968, S. 489 (495);  
 Ossenbühl, aao. S. 219; Belstedt, DÖV 1961, S. 170.  
 (84) Vgl. Belstedt, DÖV 1961, S. 170.  
 (84) Vgl. Maurer, aao. S. 39, 48.  
 (85) Vgl. Schimpf, aao. S. 167; Grosser, aao. S. 138.  
 (85) Vgl. Grosser, aao. S. 140.  
 (85) Jesch, aao. S. 234 ff.  
 (85) Vgl. Grosser, aao. S. 143; Rupp, aao. S. 127.  
 (85) 過渡期(間)の法秩序は、聯邦憲法裁判所と諸邦行政裁判所の事例に承認せらるゝ。Vgl. z. B. BVerfGE 41, S. 251 (266 f.); BVerwGE 41, 261 (266).  
 (85) Vgl. Grosser, aao. S. 145 f.  
 (85) Vgl. Kisker, NJW 1977, S. 1316.  
 (85) Vgl. Baumer, DÖV 1983, S. 59.  
 (85) Baumer, DÖV 1983, S. 59. *「一九〇以上の法律と法規命令が考慮されねばならぬ。」*  
 (85) Vgl. Baumer, DÖV 1983, S. 59.  
 (89) Vgl. H. D. Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. Aufl. (1984), S. 197 ff.  
 (91) 従属法的契約とは、契約当事者が契約外において具体的契約対象に関して優越・従属の関係にある行政契約であり、典型的には、行政庁・国民間の行政契約である。行政契約形式での Subventionierung では、これが問題となる。
- (82) Vgl. BVerwG, U. v. 24. 10. 1956 (BVerwGE 4, S. 111); U. v. 26. 6. 1957 (E 5, S. 128); F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. (1928 [Neudruck 1960]), S. 209.  
 (82) Vgl. OVG Münster, U. v. 21. 6. 1960 (DÖV 1960, S. 798); BVerwG, U. v. 6. 7. 1973 (BVerwGE 42, S. 331); W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag* (1920), S. 48 f., 50.  
 (84) Vgl. anml. Begründung zu § 50 EVwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 77 ff.  
 (89) Vgl. J. Pietzcker, *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, Jus 1979, S. 710 (713).  
 (89) Vgl. Henke, aao. S. 56; Menger, *Festschrift für Ernst*, S. 312; ders., *VerwArch Bd. 69* (1978), S. 97.  
 (89) Vgl. H. J. Wolf/O. Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl. (1974), § 44 II C 3, S. 346.  
 (89) 同様の授権に類するものは、*「H—U. Erichsen · W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1979), S. 241, Schimpf, aao. S. 169 ff.; Grosser, aao. S. 115 ff.*  
 (89) 国民の権利自由を侵害するものであると、国民に権利を与え義務を免するものとを問わず、行政庁が権力的な行為形式によって活動するには、常に法律の授権が必要であると見る見解。参照：原田尚彦『行政法要論(全訂



版』(昭和五九年)七七頁、兼子仁『行政法総論』(昭和五八年)六七頁以下。

(70) 参照、藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』(昭和五五年)四九頁以下。

(71) 藤田・前掲書七三・七四頁。

(72) 参照、碓井・前掲論文二三二頁。

(73) 補助金適正化法は、ここでいう手続規範ないし規制規範であり、根拠規範ではないと一般に考えられている。参照、塩野・前掲論文二五六頁、藤田・前掲書五一頁、碓井・前掲論文二三五頁。

(一橋大学大学院博士課程)