

<論 説>

## 需要充足原理の胎動(2) —— 社会法典第2編と住居費給付

鳴 田 佳 広

### 目 次

はじめに

#### 1. 制度の変遷

1.1. 前史～連邦社会扶助法時代の住居費給付

1.2. ハルツ第4法改革と社会法典第2編

1.3. 第2編における住居費給付

1.4. 住居費給付の論点

1.5. 裁判権の状況

#### 2. 住居費の適切性判例の展開

2.1. 住居費の抽象的適切性

2.1.1 2006年判決による立場表明

2.1.2 2008年判決による「論理的構想」の示唆

2.1.3 2009年判決による「論理的構想」の定義づけ

2.1.4 「論理的構想」の副産物

2.2. 住居費の具体的適切性

2.2.1 住居選択肢

2.2.2 転居による費用抑制

2.2.3 転居の主体(以上、第31巻1号)

#### 3. 制度のさらなる展開(以下、本号)

3.1. 連邦憲法裁判所基準額違憲判決と2011年改正

3.2. 住居費給付の新ルール：幾つかの新規定

3.2.1 適切性判断

3.2.2 転居の不経済性

3.2.3 確約規定の若干の修正

3.3. 住居費給付の新ルール：条例制定権の新設

- 3.3.1 背景および経緯
- 3.3.2 法規命令制定権限不行使への批判
- 3.3.3 2011年改正の内容
- 3.3.4 2011年改正の意義：条例による解決
- 3.3.5 2011年改正の意義：連邦憲法裁判所判決との関係
- 3.3.6 2011年改正の意義：各州の動向
- 3.3.7 2011年改正の意義：実務への波及
- 3.3.8 2011年改正の意義：司法による統制
- 3.4. 新制度の到達点
  - 3.4.1 制度の広がり？
  - 3.4.2 「条例による解決」の多面性
  - 3.4.3 法的論点の深化
  - 3.4.4 一つの立場表明
- 4. 結語
  - 4.1. 定型化への忌避感
  - 4.2. 需要充足原理の行方

### 3. 制度のさらなる展開

以上でおおむね2010年までの住居費給付に関わる典型論点の行方を見てきたが、結局は、基準額給付と根本的に異なる前提に立って制度が設計されていることが、一方では議論を深化させ、一方では結論を混迷させているとも評価できる。

住居費給付の建前は、住居費が個々に異なるかたちで現れることをそのまま給付面で受け止めることであり、しかしそれは単純な引き写しではなく、理論的にはあらゆる住居費需要が基礎保障法上の審査を経て(その限りで、単に主観的に充足されることが期待される需要ではなく、客観的に充足すべき需要として規範化されて)基礎保障給付の対象とされることになる。適切性審査も費用抑制可能性審査もこうした需要の規範化の重要な一過程である。制度上、これは不確定法概念の具体化として、行政裁量のもとにはおかれず、裁判所の全面的なコントロールに服している。換言すれば、充足してもよいし充足しなくてもよいような需要は原理的には存在せず、ある場面ある場面において法解釈を通じて必ず充

足すべき需要が明らかになると考えるからこそ、とりわけ費用の適切性にかかる議論は緻密化、精密化傾向をより強くするのである。

他方、適切性の基準作りは必然的に審査基準の一般化、類型化、あるいは外部化効果を有する。仮にこの効果が全面化した場合、住居費需要が個々に異なりうるという前提との摩擦がどうしても生じてくる(論理的構想の混迷も、需要充足原理や個別化原理を「どこで」効かせるかの判断のブレという側面があろう)。それに対応して、とりわけ費用の抑制可能性審査が、客観的事情のみならず主観的事情を可能な限りくみ上げることで、不適切に高額な住居費ですら保障の対象たらしめている。もちろん第2編ではこうした効果はかなりの程度相対化されており(6ヶ月ルール)、少なくとも要扶助者、受給者から見た場合、自らの住居費が不適切に高額でも個別に汲むべき事情があることを認めさせるのか、そもそも不適切に高額ではないことを認めさせるのかにおいて、連邦社会扶助法の時代と比べても後者に力点をおかざるを得ず、適切性審査基準の高度化(およびそれに付随する一定の固定化)との関係でアンビバレントを生んではいるが、その点を加味しても、住居費の需要審査は諸々の意味で個別審査(Einzelfallprüfung)であること自体に変化はない。個別審査を徹底させることのよさは、住居費に対する需要が例えば行政の判断で一方向的に切り捨てられたり(適切性審査が行政の裁量を許すものであればこれは現実となる)、あるいはその存否や程度がうやむやに終わったりせず、その限りで需要状況が個々に詳らかにされうることであるが、しかし逆に、予想される結論は常に不透明であり、予測可能性や法的安定性といった要請から離れ、事例判断以上の意味を持たない。訴えてみなければ分からない、では、最終的には原告、被告、裁判所すべての負担が増すだけである。

もちろん、これは第2編特有の話ではなく、司法による積極的な行政統制を前提とする多くの行政分野で多かれ少なかれ妥当するものであり、そもそも連邦社会扶助法自体が、不確定法概念や開放条項の多用により、個別審査を通じた司法による統制を呼び込む作り方をしていたこ

とを考えれば、驚くには値しない。ボリュームだけの問題といえ、身も蓋もないが、当たらずと雖も遠からずである。そしてそうこうしているうちに、第2編は2005年の制度開始後、とりわけ2008年から2009年にかけて大きな転機を迎えることとなった。ここには、住居費給付にとって内在的な要因もあれば外在的な要因もあるが、なかでも住居費給付と好対照をなしていた基準額給付において強烈的な司法統制があったことが見逃せない。項をあらためて検討してみる。

### 3.1. 連邦憲法裁判所基準額違憲判決と2011年改正

すでによく知られているように、2010年2月9日に連邦憲法裁判所は第2編に基づく基準額について違憲判決を下した<sup>\*99</sup>。判決の詳細に立ち入る余裕はないが<sup>\*100</sup>、結論として、第2編の基準額は「でたらめ」な見積もりによるものであって、透明性ある実態に即した手続で算出されていないとし、違憲状態の解消のため、2010年末を期限に需要調査および金額算定の見直しと新たな規定の創設を立法者に命じた。

その結果、改正法たる2011年3月の「基準需要の算出並びに社会法典第2編及び社会法典第12編の改正に関する法律」<sup>\*101</sup>により、基準需要の算出は、それまでの第12編に基づく法規命令ではなく、第12編の付属法として新たな連邦法(「社会法典第12編第28条に基づく基準需要の算出に関する法律(基準需要算出法)」<sup>\*102</sup>)によることとなり、第2編<sup>\*103</sup>

<sup>\*99</sup> BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175.

<sup>\*100</sup> 嶋田佳広「ドイツの保護基準における最低生活需要の充足——連邦憲法裁判所違憲判決を契機として」賃金と社会保障1539号(2011年6月)4頁以下参照。

<sup>\*101</sup> Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24. März 2011 (BGBl. I S. 453).

<sup>\*102</sup> Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz - RBEG) vom 24. März 2011 (BGBl. I S. 453).

<sup>\*103</sup> Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) - Grundsicherung für Arbeitsuchende -, Artikel 1 des Gesetzes vom 24. Dezember 2003, BGBl. I S. 2954, in der

および第12編<sup>\*104</sup>の基準額はともにこの算出法により算定される金額を用いるように規定された。そしてこれと同時に、住居費と暖房費に関する規定も改正されている<sup>\*105</sup>。

そもそも違憲判決の直接の対象は基準額給付であり、住居費給付や暖房費給付はひとまずは違憲性判断の枠外である。それにも関わらず、住居費および暖房費<sup>\*106</sup>に大幅な手加えられており<sup>\*107</sup>、その経緯や背景

---

Fassung der Bekanntmachung vom 13. Mai 2011 (BGBl. I S. 850, 2094), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 22. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2411).

<sup>\*104</sup> Sozialgesetzbuch (SGB) Zwölftes Buch (XII) - Sozialhilfe -, Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3022), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 14. Oktober 2014 (BGBl. I S. 1618).

<sup>\*105</sup> Übersicht dazu z. B. Andy Groth/Heiko Siebel-Huffmann, Das neue SGB II, NJW 2011, 1105.

<sup>\*106</sup> 本文では検討を省略しているが、2011年改正により、給湯にかかる費用が暖房費に追加して実費支給されることが法文上明確にされた(第2編第21条第7項、第12編第35条第4項)。従前は給湯費が経常費や暖房費とまとめて徴収されている場合、給湯はそもそも基準額給付で充足すべき需要であるとの理由から、給湯費に相当する部分を控除して住居費および暖房費を支給していたが、各戸で給湯の方式が異なることを背景に、その当否や控除すべき金額を巡る紛争が絶えず(Vgl. Björn Brehm/Stefan Schifferdecker, Die Warmwasserpauschale im Regelsatz des SGB II, SGB 2010, 331)、今般の改正で基準額からの分離を明確にした。基準額給付の需要充足性をより保障する方向での改正といえる(Björn Brehm/Stefan Schifferdecker, Der neue Warmwasserbedarf im SGB II, SGB 2011, 505)。しかし同時に、2005年の制度改革で経常的給付と一時的給付との概念的区別が消失し、基準額給付の定型性が著しく強まった反動として、経常費(家賃など)と一時的費用(転居費など)との区別が事実上残存している住居費給付において、諸々生ずる費用をとりわけ後者に位置づけて給付を求める圧力が全体として高まっていることにも注意が必要である。Vgl. Peter Mrozynski, Zum Bedeutungsverlust der Abgrenzung von Dauer und Einmaligkeit bei Bedarfen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende, ZfSH/SGB 2012, 75, 76 f.; Bernd Eckhardt, Zur Frage der Angemessenheit der Energiekosten zur Bereitung von Warmwasser im SGB II, info also 2012, 200 ff.

<sup>\*107</sup> Vgl. Uwe Berlit, Änderungen im SGB II zum 1. April 2011 mit Bezug auf die Bedarfe für Unterkunft und Heizung, info also 2011, 165 ff. なおベルリット自身は2008年の時点で、現行の住居費給付規定は十分に妥当かつフレキシブルな規定となっており、解釈問題は引き続き残るにせよ、追加的な法規制をおこなう必要性

は後述するとしても、2010年までの都合4回の改正が制定当初の条文を土台にしていたのと比べれば、今回の改正は全改に近い実質を有する改正である。2011年改正後の第2編および第12編の関連規定は以下の通りである。

## 第2編

### 第22条 住居暖房需要

- (1) 住居および暖房に対する需要は、それが適切な限りで、実際の出費額を承認する。不必要な転居によって適切な住居費および暖房費を増加させた場合、従前の需要のみを承認する。住居費および暖房費が個々の特殊性から見て適切な程度を超える場合、転居、転貸借その他の方法によって出費を抑制することが単身受給権者または需要共同体に不可能または期待できない限りで、その単身受給権者または需要共同体の需要として承認しなければならないが、ただし通常は最長6ヶ月とする。第1文による不適切な費用の抑制は、これが転居の際に支給すべき給付を考慮すると不経済になる場合、要求しなくてもよい。
- (2) 第12条第3項第1文第4号にいう自ら居住する住宅の維持および補修のための不可避的な支出も、引き続き向こう11ヶ月に発生する費用を考慮して全体として適切な限りで、住居需要として承認する。維持および補修のための不可避的な支出が第1文による住居需要を超える場合、自治体主体は、支出の当該部分の充足のため貸付をおこなうことができるが、これは実物として確保するものとする。
- (3) 住居暖房需要に充てられるべき払戻金および差引残高は、払い戻しまたは差し引き後の住居費および暖房費を低減するものとして扱う；世帯光熱費に関連する払戻金はこれを考慮しない。
- (4) 稼得可能な受給権者は、新たな住居に関する契約を締結する前に、新

---

はないとみなしている。Uwe Berlit, Die Neuregelung der Kosten für die Unterkunft: Erfahrungen und Auswirkungen, ArchsozArb 2008, 30, 43 f.

たな住居の費用の考慮について、それまで地域管轄にあった自治体主体の確約を得るものとする。自治体主体は、転居が必要であり、かつ新たな住居の費用が適切な場合、確約を付与する義務を負う；新しい住居地の地域管轄にあたる自治体主体は、これに関与することができる。

- (5) 25歳未満の者が転居をおこなう限りで、転居後の住居暖房需要は、25歳に達するまでの間、自治体主体が住居契約締結前にこれに確約を与えた場合に限って承認する。自治体主体は、以下の各号のいずれかの場合において、確約を付与する義務を負う。

1. 重大な社会的理由が存するために、両親または一方の親の住宅に住むよう当事者に指示できない場合
2. 住居移転が労働市場への統合に必要な場合
3. その他の類似の重大な理由が存する場合

重要な理由があつて確約を受けることが当事者に期待できなかった場合、第2文の要件が備わっていても、確約の必要性を考慮しないでおくことができる。25歳未満の者が、給付の支給要件を招来させる意図をもって給付申請前に住居に転居した場合、これらの者には、住居暖房需要を承認しない。

- (6) 住宅調達費用および転居費用は、転居前に地域管轄にあった自治体主体による事前の確約があつた場合、需要として承認することができる；保証金は、新しい住居地の地域管轄にあたる自治体主体による事前の確約がある場合、需要として承認することができる。この確約は、転居が自治体主体から促された場合またはその他の理由から必要な場合で、確約がなければ住居を適切な期間内に見つけることができない場合、付与するものとする。保証金は、貸付として支給するものとする。

- (7) 住居暖房需要に対して失業手当Ⅱが支給される限りで、受給権者による合目的な使用が確保されない場合、受給権者の申請により、賃貸人その他の受領権者にこれを支払うことができる。これはとりわけ以下の場合に適用する。

1. 賃貸借契約の即時解約を正当化できるような家賃滞納が存するとき
2. エネルギー供給の中止を正当化できるようなエネルギー費用の滞納が存するとき
3. 金員を合目的的に使用する能力が病気または依存症のために受給権者でない具体的なおそれがあるとき
4. 債務者名簿に登録された受給権者が金員を合目的的に使用しない具体的なおそれがあるとき

自治体主体は、貸與人その他の受領権者に対して住居暖房給付を支払うことを受給権者に書面で通知しなければならない。

- (8) 住居暖房需要に対して失業手当Ⅱが支給される限りで、債務の引き受けも、それが住居を確保しまたは同様の困窮状態を克服するうえで正当化される限りでおこなうことができる。引き受けは、それが正当かつ必要であり、それをしなければ住居喪失の危険に陥る場合、おこなうものとする。第12条第2項第1文第1号にいう資産は、これを優先的に活用しなければならない。金銭給付は、貸付として支給するものとする。

- (9) 民法典第569条第3項と関連する第543条第1項、第2項第1文第3号に基づく賃貸借契約解除の場合において住居明け渡し請求が裁判所に受理された場合、裁判所は、本編の管轄地域主体または第8項に定める任務実施を同主体から委託された機関に対して、遅滞なく以下の各号について通知する。

1. 訴えの到達日
2. 当事者の姓名、住所
3. 支払うべき家賃月額
4. 請求の対象となっている滞納家賃および損害
5. 決定している限りで、口頭弁論期日

訴訟係属の日についても通知することができる。家賃不払いが訴状の内容から明らかに借家人の支払い能力欠如に関係しない場合は、送



達はおこなわない。

#### 第22a条 条例制定権

- (1) 州は、郡および郡に属しない市に対して、法律により、各区域内で適切な住居費および暖房費について条例を定める権限を与え、またはこれを義務付けることができる。この条例は、州法がそれを予定する場合、州最上級行政庁またはその指定する機関の事前の同意を要する。ベルリン州およびハンブルク州は、第1文に規定される条例に代えて法設定形式でこれを定める。プレーメン州は第3文による規定をおこなうことができる。
- (2) 州は、郡および郡に属しない市に対して、第22条第1項第1文にかかわらず、地域住宅市場に適切な空き物件が十分存在し、経済性の原則に合致する場合、各区域内における住居暖房需要を毎月の定型額で考慮する権限を与えることができる。定型化が個別の場合には不適當な結果になるときの定めを条例におこななければならない。第1項第2文ないし第4文はこれを準用する。
- (3) 適切な住居費および暖房費の規定には、地域住宅市場における簡素な水準の状況を反映させるものとする。この規定は、以下の各号にかかる地域住宅市場への影響を考慮するものとする。
  1. 家賃上昇効果の回避
  2. 簡素な水準の住居の入居可能性
  3. 提供主体の多様性
  4. 社会的に調整された居住者構造の構築および維持

#### 第22b条 条例の内容

- (1) 条例には以下の各号を定めなければならない。
  1. 地域住宅市場の構造に応じた適切と承認される居住面積
  2. 適切と承認される住居費の額条例には、適切と承認される消費価格および適切と承認される暖房

費の額を定めることもできる。第2文の規定においては、第1文および第2文に掲げる値を考慮した一平米あたりの家賃および適切性の全体的上限を設けることができる。地域住宅市場の簡素な水準の状況を現実に即して反映させるために、郡および郡に属しない市は、その区域内で、複数の比較地域を設け、それぞれに独自の適切値を定めることができる。

- (2) 条例には制定理由を附しなければならない。そこでは、適切な住居費および暖房費の調査の方法を説明しなければならない。条例は制定理由とともに各地の方法で公開しなければならない。
- (3) 条例には、特殊な住居暖房需要を有する者について特別の規定を設けるものとする。これは、以下の各号の理由からより多くの空間的需要を有する者にとりわけ適用する。
  1. 障害
  2. 交流権の行使

#### 第22c条 データ収集、評価、再審査

- (1) 適切な住居費および暖房費を規定するにあたり、郡および郡に属しない市は、とりわけ、
  1. 家賃一覧表、認証家賃一覧表、家賃データバンク
  2. 適切な独自の統計的データ収集、データ評価または第三者による収集を個別にまたは組み合わせて考慮するものとする。住宅手当法第12条第1項による最高限度月額を補助的に考慮することができる。評価には、新規契約家賃および継続家賃を反映させるものとする。データ収集およびデータ評価の手法は、条例制定理由で説明しなければならない。
- (2) 郡および郡に属しない市は、条例で定めた住居にかかる値は少なくとも2年ごと、条例で定めた暖房にかかる値は少なくとも毎年、再審査し、場合によっては新たに確定しなければならない。

## 第12編

## 第4節 住居および暖房

## 第35条 住居および暖房

(1) 住居に対する給付は、実際の出費額で支給する。住居に対する給付は、受給権者の申請により、賃貸人その他の受領権者にこれを支払うことができる。住居に対する給付は、受給権者による合目的な使用が確保されない場合、賃貸人その他の受領権者に支払うものとする。これはとりわけ以下の場合に適用する。

1. 賃貸借契約の即時解約を正当化できるような家賃滞納が存するとき
2. エネルギー供給の中止を正当化できるようなエネルギー費用の滞納が存するとき
3. 金員を合目的に使用する能力が病気または依存症のために受給権者にない具体的なおそれがあるとき
4. 債務者名簿に登載された受給権者が金員を合目的に使用しない具体的なおそれがあるとき

賃貸人その他の受領権者に対して住居暖房給付が支払われる場合、自治体主体は、そのことを受給権者に書面で通知しなければならない。

(2) 住居に対する出費が個々の特殊性から見て適切な程度を超える場合、その限りで、収入および資産を第27条第2項に基づいて考慮しなければならない者の需要として承認しなければならない。第1文は、転居、転貸借その他の方法によって出費を抑制することがその者に不可能または期待できない限りで適用されるが、ただし通常は最長6ヶ月とする。受給権者は、新たな住居に関する契約を締結する前に、管轄社会扶助主体に対して、第1文および第2文にいう主たる諸事情を知らせなければならない。新しい住居に対する出費が不適切に高額な場合、社会扶助主体は適切な出費の引き受けのみを義務づけられるが、それを超える出費に事前に同意していればその限りでない。住宅調達費用、保証金および転居費用は、事前の同意があった場合に引き受け

ることができる；保証金は貸付として支給するものとする。同意は、転居が社会扶助主体から促された場合または他の理由から必要な場合で、同意がなければ住居を適切な期間内に見つけることができないときは、付与するものとする。

- (3) 社会扶助主体は、地域住宅市場に適切な空き物件が十分存在し、個別に定額化が期待不可能でない場合、住居に対する給付を毎月定額で支払うことができる。定額算定にあたっては、地域住宅市場の実際の状況、地域の家賃一覧表および受給権者の家族状況を考慮しなければならない。第2項第1文はこれを適用する。
- (4) 暖房および中央式給湯に対する給付は、それが適切な限り、実費で支給する。給付は、毎月定額で支払うこともできる。定額算定にあたっては、個人的家族的事情、住居の規模と状態、既存の暖房方法および地域的状況を考慮しなければならない。

#### 第35a条 条例

郡または郡に属しない市が第2編第22a条ないし第22c条による条例を有しているとき、特殊な住居暖房需要を有する者について特別の規定が第2編第22b条第3項に基づいておかれかつ高齢者の需要が追加的に考慮される限りで、管轄社会扶助主体による第35条第1項および第2項に定める住居給付に条例を準用する。第2編第22b条第1項第2文および第3文による定めが条例におかれている限りで、第35条第4項に定める暖房給付にもこれを適用する。第1文および第2文の場合にあって、第35条第3項、第4項第2文、第3文は適用しない。

#### 第36条 住居の確保のためのその他の扶助

- (1) 負債は、それが住居の確保または同様の困窮状態の除去のために正当化される場合にのみ、これを引き受けることができる。負債は、それが正当で必要かつきまなければ住宅喪失に陥るおそれがあるとき、引き受けるものとする。金銭給付は、補助または貸付としておこなう

ことができる。

- (2) 民法典第 569 条第 3 項と関連する第 543 条第 1 項、第 2 項第 1 文第 3 号に定める賃貸借関係の解約の場合で、住居明け渡し請求が裁判所に到達したときは、裁判所は管轄社会扶助主体または第 1 項の任務の実施を主体から委託された機関に対して、第 1 項に定める任務の履行のために、遅滞なく以下の各号を通知する。

1. 訴えの到達日
2. 当事者の氏名、住所
3. 月々支払われるべき家賃額
4. 主張にある家賃滞納額、主張にある損害賠償額
5. すでに決定している限りで、口頭弁論期日

このほか、訴訟係属の日も通知することができる。家賃滞納が訴状の内容から見て賃借人の支払能力を理由とするものでない場合は、転送はおこなわない。転送されたデータは、連邦援護法に定める戦争犠牲者援護による同様の目的のためにも利用することができる。

### 3.2. 住居費給付の新ルール：幾つかの新規定

第 2 編における新たな立法のうち、もっとも重要なものは第 22a 条以下における条例制定権の新設であるが、これはボリュームとの関係で後に検討を譲ることとし、それ以外の論点について<sup>\*108</sup>、最高裁判例が出ている場合はそれも含めてここで取り扱っておく<sup>\*109</sup>。

<sup>\*108</sup> Vgl. Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen zur Angemessenheit von Leistungen für Unterkunft und Heizung im SGB II, Lambertus 2. Aufl. 2014.

<sup>\*109</sup> Peter Becker, Grundsicherung für Arbeitsuchende 2.0 - Die Neuregelungen durch das RBEG vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage und Rechtsprechung, ZFSH/SGB 2011, 185, 193; Golo Wiemer, Die aktuelle Rechtsprechung zu den Kosten der Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II, NZS 2012, 9 (Teil 1) und NZS 2012, 55 (Teil 2).

### 3.2.1 適切性判断

住居費の典型論点である費用の適切性判断については、2011年改正でも特段の変更はなく、実施機関が論理的構想を構築すべきという判例法理の基本的な骨格も引き続きそのままである。すなわち論理的構想に対する司法の要求程度はなお高い。

連邦社会裁判所において、家賃一覧表が論理的構想の根拠となることが確認された<sup>\*110\*111</sup>ほか、高齢者用住宅の研究プロジェクトが収集したデータからはある特定地区の家賃の適切性が読み取れない<sup>\*112</sup>、実施機関の収集した地域住宅ストックの10パーセントに相当するデータの中身が実際には第2編受給者、第12編受給者および住宅手当受給者のみから構成されておりここから平均を出すと適切とみなされる値が低下してしまうという悪循環を生む<sup>\*113</sup>、特定の建築年の住宅を除外して上限値を算出する場合は除外前後の住居の状況を確認しなければ数値に信用をおくことができない<sup>\*114</sup>、適切性の比較対象区域が確定されていない<sup>\*115</sup>、などの理由から、論理的構想の成立に言及しないケースが大半である<sup>\*116</sup>。

<sup>\*110</sup> BSG, Urteil vom 13. April 2011 - B 14 AS 106/10 R, SGb 2012, 361 mit Anmerkung von Peter G. Winter.

<sup>\*111</sup> BSG, Urteil vom 10. September 2013 - B 4 AS 77/12 R, NZM 2014, 361.

<sup>\*112</sup> BSG, Urteil vom 26. Mai 2011 - B 14 AS 132/10 R, BeckRS 2011, 76377.

<sup>\*113</sup> BSG, Urteil vom 23. August 2011 - B 14 AS 91/10 R, BeckRS 2012, 66185; BSG, Urteil vom 6. Oktober 2011 - B 14 AS 131/10 R, BeckRS 2012, 66313.

<sup>\*114</sup> BSG, Urteil vom 20. Dezember 2011 - B 4 AS 19/11 R, BSGE 110, 52.

<sup>\*115</sup> BSG, Urteil vom 11. Dezember 2012 - B 4 AS 44/12 R, NZS 2013, 389; BSG, Urteil vom 14. Februar 2013 - B 14 AS 61/12 R, BeckRS 2013, 70605; BSG, Urteil vom 16. April 2013 - B 14 AS 28/12 R, NZS 2013, 751.

<sup>\*116</sup> 一方、下級審では少数ながら論理的構想の成立を認定したり、裁判所自らが職権で調査し証拠として採用したりすることがある。Beispiel: LSG Hessen, Urteil vom 15. Februar 2013 - L 7 AS 78/12, NZS 2013, 511 (Leitsatz und Gründe); LSG Bayern, Urteil vom 11. Juli 2012 - L 16 AS 127/10, NZS 2013, 73 (Leitsatz und Gründe). Siehe auch dazu Christian von Malottki, Schlüssiges Konzept und Statistik, info also 2014, 99.

近時の傾向としては、適切性の認識手段が使い尽くされ住宅手当法限度額表の値を援用する前提条件として、論理的構想の不成立ないし非存在の事実認定を求めて事実審に審理を差し戻すケースも増えている<sup>\*117</sup>。

論理的構想の旗自体が降ろされているわけではないが、その成立を認定する際のハードルは相変わらず高く、行政実務や裁判実務との事実上の乖離を生んできている<sup>\*118</sup>。この問題は、新設された条例制定権の論点とつながるところがあるので、あらためて言及することとする。

### 3.2.2 転居の不経済性

改正条文で新たに規定されるようになったルールの一つが、費用抑制指導の例外条項である(第2編第22条第1項第4文「第1文による不適切な費用の抑制は、これが転居の際に支給すべき給付を考慮すると不経済になる場合、要求しなくてもよい。」)。

すでに見たように、2005年以降の規定ぶりとの関係で、事情に応じた費用抑制指導の余地があるのかどうかは明らかでなく、結果、実施機関による転居要請は相当程度機械化していた。実施機関の側から転居を求

<sup>\*117</sup> BSG, Urteil vom 22. März 2012 - B 4 AS 16/11 R, SGB 2013, 246; BSG, Urteil vom 10. September 2013 - B 4 AS 4/13 R, FEVS 2014, 449.

<sup>\*118</sup> 現役の社会裁判所判事として住居費の論点に対して注目すべき発言を続けているグロート (Andy Groth) は、論理的構想の試みはすでに失敗している(例えば論理的構想の成立が認定されなければ、結果として住宅手当法限度額表の値が補助的に適用されることからしても、そもそも多くの非都市部の自治体では最初から限度額表が適切性基準として運用されていることをあわせれば、結論に違いは生まれないことになり、論理的構想の構築に積極的に取り組む財政的刺激(もし住居費が不適切であることを立証できない限りは実費全額を保障するというような仕組みでない限りは)が生じないし、実務に命じても効果がない)として連邦社会裁判所を批判し、実務や事実審に過大な要求をしてからでしか住宅手当法限度額表の数値の援用を許さない判例法理を改めること、少なくとも郡部では限度額表を根拠とすることを主張している(Anmerkung zur Entscheidung des BSG vom 22. März 2012 - B 4 AS 16/11 R, SGB 2013, 249 ff.)。

める以上、転居に直接起因する費用も基本的に実施機関が負担することになるため、たとえ少々の経常的住居費が浮いたところで、トータルで見るとむしろ費用負担が大きくなるケースもありうる。こうした事態を念頭に、新法では、保証金や転居費用を支給する場合との比較で、不適切に高額な費用の考慮をしてもより出費額が低くなる場合に、費用抑制指導の対象外とすることを明確に規定したのである。これは例えば、就労を開始するか年金の受給年齢に達するかによって、近い将来に受給が終了するような場合が典型だとされる<sup>\*119</sup>。

またこの条文では「費用の抑制を要求しなくてもよい」(muss nicht gefordert werden)と表現され、実施機関に費用抑制指導をするかしないかの選択肢が与えられている(つまり「要求してはならない」ではない)。ここから、少なくとも実務の機械的処理を立法者は問題視している様子が読み取れる。なおこれを裏返して、指導からの除外を求める請求権が受給者に帰属するかについて学説は分かれているが<sup>\*120</sup>、いずれにせよ生ずるであろう費用の比較対象を行政機関自らおこなわなければならないことには変わりはない。なお、指導の対象外となることの効果として、そもそも6ヶ月ルールが、実施機関から受給者に対して費用抑制指導がおこなわれてから日数がカウントされるため、指導が断念される以上、6ヶ月ルールは適用されず、不適切に高額な費用全額の引き受けがなされる。その限りで、需要充足原理に基づく住居費実費支給原則の回復をも意味している。

<sup>\*119</sup> BT-Drucksache 17/3404, S. 98.

<sup>\*120</sup> 「少なくとも費用抑制指導の断念に関する裁量に誤りのない決定に対する請求権は存する。」(Berlit in LPK-SGB II § 22 Rn. 96)、「経済性および節約の原則に反する場合指導の対象としなくてよいのであるから請求権を肯定する必要はない。」(Luik in Eicher SGB II § 22 Rn. 133)



### 3.2.3 確約規定の若干の修正

主たる新ルールのもう一つが、確約付与に関する条項である(第2編第22条第4項第2文前段「自治体主体は、転居が必要であり、かつ新たな住居の費用が適切な場合、確約を付与する義務を負う」)。確約付与義務の要件が、改正前は「転居が必要であり、かつ新たな住居の費用が適切な場合にのみ」とあったところ、この限定を削除した。転居が不必要な場合、従前の規定では確約を付与することはできなかったが、改正により、転居が不必要であっても確約を付与できるようになり、実施機関の裁量がその分拡大したことになる。

住居費に対する請求権を「ゼロ」にはせず、しかし不適切に高額な費用の引き受けは極力例外化するという方向性は全体としては変わらないなかで、転居に対する実施機関の関与を呼び込む方策として、受給者からの事前の情報提供や実施機関による確約をより実効性あるものとするため、たとえ不適切に高額な費用を要する住居への転居であっても、これを放置せず給付のプロセスに位置づけ続けようという狙いが読み取れる。場合によっては転居を断念し不必要な費用の発生を抑えることで、結果として確約付与に対する広い意味でのインセンティブ向上につながる可能性がある。

### 3.3. 住居費給付の新ルール：条例制定権の新設

2011年改正の本丸、目玉ともいべきなのが、住居費の適切性および定型化に関する条例制定権の新設(第2編第22a条～第22c条)である\*<sup>121</sup>。以下に検討するように、2005年の制度切り替え後、最大のインパクトを有する改正であり、場合によっては制度全体の方向性にも関わる重要性をも指摘できる。

\*<sup>121</sup> Vgl. Uwe Klerks, Die neuen Regelungen zur Bestimmung der Angemessenheit von Unterkunftskosten - Stein der Weisen oder Stein des Anstoßes?, info also 2011, 195 ff.

### 3.3.1 背景および経緯

#### (1) 総説

ドイツ法における住居費の適切性に関する議論は、非常に多くの前提を有している。その最たるものは、住居費という需要が個々に異なりうることであり、それを制度でどのように受け止めるかに、ある意味で心血が注がれてきた。その最たる例として、連邦社会裁判所の時代は、需要充足原理や個別化原理といったドグマが全面的に妥当する領域として、費用が適切になりうる、あるいは費用抑制努力の限界を画する、といった場面を念頭に議論が展開されてきたといえる。対して第2編は、需要充足原理や個別化原理のようなドグマから意識的に距離をとりつつ、費用をできるだけ適切な枠内に収めることよりも、むしろ費用が不適切であることを前提として制度を組む点に特徴が見られる。ただし、支給すべき住居費の程度に関して不適切な費用部分をカットする限りで、公的な費用負担を抑えることには成功しているといえても、第2編が適切性判断そのものを放棄しているわけではない。

適切性という不確定法概念の具体化は、しかし、現実には混迷の度合いを深めている。ガラパゴス化してきたといえるかどうかはさておいても、とりわけ連邦社会裁判所における論理的構想の提示に見られるように、論理自体に相異なるベクトルが含まれており、コントロール密度自体のコントロールにもいまだ成功していない\*122。

これは換言すると、個別救済の限界をも意味している。実施機関による論理的構想の構築を一般論としていくら要請しても、そもそも訴訟にならない限りその存否自体を実際のケースに即して語ることはできないのであって、規範論以上の意味を持ち得ないでいるのが現状である。日々

\*122 傍証に過ぎないが、連邦社会裁判所自身、最初に論理的構想を示唆した2008年判決を、とりわけ以降に与えたその影響にもかかわらず、同裁判所の編集する公式判例集(Entscheidungen des Bundessozialgerichts, BSGE)に(おそらく意図的に)収載していない(2009年判決はBSGE 104, 192 ff.)。連邦社会裁判所の逡巡を示している。

の膨大な実務作業<sup>\*123</sup>は、地域ごとに大きく異なる住宅事情を前提とした独自の戦略や内部規則等に基づいて遂行されており<sup>\*124</sup>、判例で直接の援用が否定されている住宅手当法限度額表の値をそのまま住居費の適切性限度として堂々と公開している自治体すらある<sup>\*125</sup>。

よく考えれば、「住居費という需要が個々に異なりうる」という命題と、「適切性の判断基準が個々に異なりうる」という実態とは、自明の結びつきがあるわけではない。しかしこうした混乱を招く要因の一つが、判断基準が司法判断ではない法規のレベルで存在していないことである。そうであれば、これを設けようという努力がなされることに無理はないことになる。

あわせて、「住居費という需要が個々に異なりうる」という命題自体を(否定はしないが)前提としない究極の方策が模索されるようになる。これは端的には、(すでに基準額給付がそうであるように)支給される住居費を一律化(以下、定型化(Pauschalierung))してしまうことである。

もちろんこれら(特に後者)は、需要充足原理や個別化原理との関係で大きな緊張をはらむものであり、ゆえにそうすんなりと制度化されるわけでもない。2011年改正がその可能性をあらためて認めるまでには、以下のような試みが存していた。

## (2) 連邦社会扶助法における試み

第2編および第12編の前身である連邦社会扶助法においてすでに定

<sup>\*123</sup> ドイツ郡会議の開催した近年のワークショップで各郡の特色的な取り組みが詳しく紹介されている。Deutscher Landkreistag, Angemessenheit bei den Kosten der Unterkunft im SGB II - Dokumentation der DLT-Fachtagung vom 17.9.2013, Schriften Band 115, <http://www.landkreistag.de/images/stories/publikationen/Bd.%20115.pdf>

<sup>\*124</sup> そもそも適切性の判断対象である住居費の定義さえ、(解釈上は個々別々にすることが確定しているにもかかわらず)家賃付随費用や暖房費をひとくくりにして適切性を判断している自治体が少なくない。ISG, Kosten der Unterkunft und die Wohnungsmärkte, BBSR-Forschungen Heft 142, Bonn 2009, S. 45 ff.

<sup>\*125</sup> [http://www.lingen.de/wirtschaft/arbeitswelt/arbeitsvermittlung\\_hartz\\_iv/arbeitsvermittlung\\_hartz\\_nbsp\\_iv.html](http://www.lingen.de/wirtschaft/arbeitswelt/arbeitsvermittlung_hartz_iv/arbeitsvermittlung_hartz_nbsp_iv.html)

型化の試みが規定されていた。1999年の法改正で以下の規定が連邦社会扶助法に挿入されている。

## BSHG

### 第 101a 条 実験条項

社会扶助の継続的発展のため、本法に基づくより多くの給付の定型化を、次文から第 6 文の範囲において試みるものとする。この目的のために、州政府は社会扶助主体に対して法令により、本法によって額が既に決定されていない社会扶助給付または本法に基づいて額を定めることとなっていない社会扶助給付を、モデル計画において定型的に支給する権限を与えることができる。定型額は、特定の需要ごとに確定しなければならない。また、需要充足原則に適合したものでなければならない。モデル計画は、連邦レベルの判断が可能のように評価されなければならない；そのために、社会扶助主体、管轄の州最上級官庁、連邦労働社会相はお互い協働しなければならない。モデル計画は、それへの評価も含めて遅くとも 2005 年 6 月 30 日に終了する。モデル計画の期間と形式、個人ごとについてもしくは第 11 条第 1 項第 2 文の意味における世帯ごとについての定型額の算定、扶助受給権者の参加要件、モデル計画の評価についての詳細は、第 2 文に基づく法令において定めなければならない；法令は、第 88 条第 2 項第 8 号および同条と関連する法令に基づく資産制限を、モデル計画に参加する者ごとに 80 パーセントまで高めることもできる。

この実験条項の挿入以前には、一時給付の定型化を連邦政府が法規命令で定める旨の条文が 1993 年の法改正で連邦社会扶助法に加えられている (BSHG 第 21 条第 1b 項)。しかしながら、連邦政府による法規命令は結局発出されず、定型化の範囲をより広げる実験条項<sup>\*126</sup> が限定的に

<sup>\*126</sup> Ralf Rothkegel, Der rechtliche Rahmen für die Pauschalierung von Sozialhil-

設けられることになったという経緯がある。

実験条項に基づき、その名の通り実験という触れ込みのもと、幾つかの社会扶助主体で実際に一時給付（とりわけ被服費）や住居費、暖房費の定型化が取り組まれた<sup>\*127</sup>。この実験は、第5文にあるように連邦による評価を予定するものであったが、図らずも2005年1月1日に制度そのものが切り替わり、連邦レベルの評価報告自体はうやむやになったままである<sup>\*128</sup>。

このように給付の定型化への取り組みは連邦社会扶助法の下でも徐々に進められていたが、奇しくも第2編および第12編は、一時給付を原則的に廃止して基準額給付に統合するという給付改革を一度に成し遂げており、その限りで方向性の一致を見せている。ただしこの改革は必ずしも連邦社会扶助法による実験条項に対する連邦レベルの評価を踏まえたものではなく（そもそも評価自体がなされていない）<sup>\*129</sup>、あるいは一時給付だけを定型化することと、一時給付を定型化して基準額給付に合流させることは同義ではないことを踏まえると、両者が単純に連続しているとは思われない。しかしいずれにせよ、一時給付の改革が実際に済んだいま、残される主たる定型化可能な給付が住居費と暖房費になるのは間違いない。

---

leistungen - insbesondere zur Experimentierklausel des § 101a BSHG, ZfSH 2002, 585 und ZfSH 2002, 657.

\*127 詳細は、嶋田佳広「ドイツ社会扶助定型化の理論と現状」京都勤労者学園『Vita Futura』第10号（2004年2月）39頁以下。

\*128 BSHG第101a条そのものは、1999年に挿入された時点で時限立法という扱いであり、偶然にも2005年1月1日に失効する予定であった（Art. 2 des Siebten Gesetzes zur Änderung des Bundessozialhilfegesetzes vom 30. Juni 1999 (BGBl. I S. 1442)）が、これが2005年7月1日失効と変則的ながら改められた（Art. 68 Abs. 2 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3022)）ため、評価報告をおこなう任務まで制度切り替わりで消滅したわけではない。

\*129 Uwe Berlit, Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe, info also 1999, 195, 201 f.

### (3) 第2編および第12編の当初の規定

以上の経緯を前提として、第2編および第12編は、制定当初から以下のような定型化に関わる規定を有していた(いずれも2005年1月1日施行時点の条文)。

#### 第2編

##### 第27条 命令への授權

連邦経済労働省は、連邦財務省および連邦保健社会保障省の了承のもと、法規命令により、以下の各号について定める権限を有する。

1. 住居および暖房支出の適切性の基準、住居および暖房費用の定型化の要件
2. 転居費用を引き受ける上限額
3. 第23条第3項第1文第1号および第2号に定める給付の定型化の要件および方法

#### 第12編

##### 第29条 住居および暖房

###### (1) (省略)

(2) 社会扶助主体は、地域住宅市場に適切な空き物件が十分存在し、個別に定型化が期待不可能でない場合、住居に対する給付を毎月固定額で支払うことができる。固定額算定にあたっては、地域住宅市場の実際の状況、地域の家賃一覧表、受給権者の家族状況を考慮しなければならない。第1項第2文はこれを適用する。

(3) 暖房に対する給付は、それが適切な限り、実費で支給する。給付は、毎月固定額で支払うこともできる。固定額算定にあたっては、個人的家族的事情、住居の規模と状態、既存の暖房方法、地域的状況を考慮しなければならない。

第12編は地方行政のため、定型化給付による支給権限を実施主体に直

接与えるかたちをとっているが、第2編は自治体との混合行政を含む連邦行政であるから、所管の官庁による法規命令の制定権限を法律で認める点に違いがあるものの、いわんとしているところは両編で共通している。要は、住居費および暖房費を実費ではなく固定額で給付できるようにすることである。また、いずれも連邦社会扶助法のように実験的ではなく恒久的に定型化をおこなう可能性を開いていることが重要である<sup>\*130</sup>。

実際、第12編の領域において、連邦社会扶助法における実験条項に基づいていたのと同様に、自治体レベルで定型化に取り組む例が見られる。なかでもカッセル市（ヘッセン州）は社会扶助の定型化にかねてから熱心であって、それだけに幾つかの法的紛争も生じている。例えば、実際の家賃が283,05ユーロであるのに対して定型化された住居費として258ユーロのみを支給したケースについて、カッセル社会裁判所2009年10月28日決定は、この金額に対応するような物件が住宅市場に実際に存在するかどうかについての資料が欠けているなどとして、この定型化を違法と判断し、実費との差額を追加で支給するよう命じている<sup>\*131</sup>。

これに対して、第2編で設けられた法規命令制定権限はついで行使されなかった。そして行使されないまま、ついに2011年改正で条文自体が削除され、適切性基準の制定および定型化については新たな方式が採用されるに至るのである。

<sup>\*130</sup> Zur (verfassungsrechtlichen) Problematik siehe Reinhard Neubauer und Thomas Frantzen, § 27 SGB II - der Rettungsanker auf der Titanic?, NJ 2010, 57.

<sup>\*131</sup> SG Kassel, Beschluss vom 28. Oktober 2009 - S 12 SO 17/09 ER, BeckRS 2009, 73820. なお決定は第12編第29条第2項に直接言及していないものの、内容的には同項にある定型化の要件が未充足であることをいうものと思われる。ただし前年の決定で、第2編において被告（実質的にはカッセル市）が法的根拠が不明確なまま実費ではなく被告が適切とみなした定型額を支給しているケースを違法と判断した（SG Kassel, Urteil vom 15. Juli 2009 - S 7 AS 608/06, BeckRS 2009, 68942）流れを引き継いでいるため、第12編を独自に解釈しているとまでいえるかの問題はあ

### 3.3.2 法規命令制定権限不行使への批判

#### (1) 連邦政府の姿勢

連邦政府（正確には政府全体ではなく所管たる連邦省である。これはその後の連立組み替えの影響（省庁再編）で、制定時点の連邦経済労働省から連邦労働社会省に変更されている。連邦保健社会保障省による了承の規定も併せて削除されている）が自らに付与された権限をついに行使しなかったのは（行使しようともしていないのか、行使したくてもできなかったのかは別としても）、郡の反対で<sup>\*132</sup> 連邦参議院の同意を得られる見込みがなく断念せざるを得なかったことが大きいともいわれるが、内部でどのような検討を実際に進めたのかなどはよく分からない。

確かに、割合早くから、いつ権限を行使するかと並んで、権限を行使するかどうか自体が不透明視されていた<sup>\*133</sup>。その端的な理由として、規定すること自体の技術的困難性がある。住宅市場の状況が連邦全体で不統一であるばかりか、同じ連邦州、あるいは同じ自治体においてさえ異なる以上、とりわけ適切性を金額として示すことには困難が伴わざるを得ない<sup>\*134</sup>。こうした実態との関係の他にも、授權規定の簡素さからして、第2編第27条が憲法上のハードルをクリアできないのではないかという指摘も強かった。基本法は、法律によることで、連邦政府、連邦省および連邦州に法規命令制定権限を付与できることを規定するが、同時に、付与される権限の内容、目的、程度を法律で規定しなければならないとする（基本法 (Grundgesetz, GG) 第80条第1項）。「適切性の基準」や「定型化の要件」と書くだけで、どのような内容の基準や要件でもよ

<sup>\*132</sup> Gerd Goldmann, in: Sabine Knickrehm/Thomas Voelzke/Wolfgang Spellbrink, Kosten der Unterkunft nach § 22 SGB II, 2009, S. 51, 55.

<sup>\*133</sup> Andy Groth/Heiko Siebel-Huffmann, Die Leistungen für die Unterkunft nach § 22 SGB II, NZS 2007, 69, 70.

<sup>\*134</sup> Knickrehm in Eicher SGB II, 2. Aufl. 2008, § 27 Rn. 2 und 3; Volker Wahren-dorf, Wünschenswerte Gesetzgebungsinitiativen zum SGB II, SRa 2009, 1, 3 f. 「もし可能だとすれば、……住宅の規模と一定の住宅の水準（設備、備品の程度）を連邦統一的に確定することであろう。」



いとなるのであれば、これは白紙委任に等しく、憲法に違反する可能性があるというのである<sup>\*135</sup>。

こうした議論や懸念の背景には、住居費給付と暖房費給付が基準額給付と並ぶ最低生活保障を構成する重要な給付であること（とりわけ住居は最低生活の内容ないし対象として基本法上の重要性を有すること）、それ故に、適切性の基準確定や定型化が、需要充足原理や個別化原理とそもそも緊張関係にあることに対する認識が存在している<sup>\*136</sup>。

換言すれば、連邦政府には、こうした諸々の問題点を考慮しながらも、基準設定や定型化によるメリットを明示して制定手続を推し進めるだけの余力が対内的にも対外的にもなかったということであろう<sup>\*137</sup>。

## (2) 連邦社会裁判所の期待、注文

住居費の適切性は典型的な不確定法概念であって、これは法解釈を通じて具体化されていき、そしてその法解釈の最終的な担い手が裁判所であるというスジを逆手にとれば、第一次判断権を行使する行政は、いずれ司法がチェックしてくれるからと、住居費需要の具体化作業を熱心におこなわなくなる可能性も否定できない。ゆえに、連邦社会裁判所が論理的構想を通じて実務に（そのレベルはどうあれ）要求を突きつけているのは、行政府が司法府に住居費の具体化を丸投げしてはいけないという認識があつてのことである。

<sup>\*135</sup> Rothkegel in Gagel SGB II (Stand: Juni 2011) § 27 Rn. 8 ff.

<sup>\*136</sup> Berlit in: Uwe Berlit/Wolfgang Conradis/Ulrich Sartorius (Hrsg.), Existenzsicherungsrecht, Nomos 2. Aufl. 2012, S. 603 [Kapitel 28, Rn. 87 ff.].

<sup>\*137</sup> なお規定の生成史からいうと、当初法案（BT-Drucksache 15/1516）では「連邦参議院の同意を要せずに」法規命令を制定できるとなっていたところ、両院協議会による修正を経て、この同意不要部分の表現が削除されている（BT-Drucksache 15/2259, S. 3）。これを素直に読めば、同意は必要ということになるが、逆に、「連邦参議院の同意を得て」と明文で規定されていないことを重視すれば同意はやはり必要でないともいえる。実際に法規命令が制定過程に乗らなかったため、論点として顕在化することはなかったが、連邦政府が連邦参議院リスクを勘案した可能性は否定できない。

しかし同時に、裁判所によるコントロールには個別救済であるがゆえの限界があることも関連して、住居費という重要な需要について立法府が法の解釈適用を全面的に行政府や司法府に委ねている現状自体への問題意識が、実際、第2編において（かつての連邦社会扶助法とは異なり）適切性の基準確定やさらにそれを先へ進めた定型化の権限が行使されれば、多くの法的紛争が未然に防がれ、すなわち、社会裁判権全体の負担軽減に直結する以上、裁判所から素直に表現されるようになっていく。2009年の幾つかの判決で、連邦社会裁判所は以下のように期待ないし注文を表明した。

「第2編第27条を根拠とする、法の平等な適用という観点から緊急に望まれるところの、住宅の適切な面積に関する連邦統一的な規定が法令発出者自身によって法令でおこなわれるまでの間、以上の考慮〔筆者注：適切な居住面積の判断において連邦州ごとに基準が異なりうること〕にもかかわらず、法的安定性および実用性といった理由から、連邦社会裁判所の別の法廷におけるのと同様に行動する〔筆者注：そうした面積基準を適用する〕ことを、当法廷も現時点ではなお妥当であると考える。」<sup>\*138</sup>

「以上の関係でしかし当法廷は、第2編第27条を根拠とする、法の平等な適用という観点から緊急に望まれるところの連邦統一的な規定を自ら法令でおこなうよう、命令制定者に繰り返し要求するものである。」<sup>\*139</sup>

そもそも適切性という不確定法概念を具体化するうえで、連邦レベルの基準（とりわけ面積の基準）がないまま（基準が連邦州によってそもそも違っているまま）、しかし現実に生起する多くのケースに即して住居費の適切性をまずは行政実務において審査しなければならないし、訴え

<sup>\*138</sup> BSG, Urteil vom 19. Februar 2009 - B 4 AS 30/08 R, BSGE 102, 263 [Rn. 18].

<sup>\*139</sup> BSG, Urteil vom 22. September 2009 - B 4 AS 70/08 R, BeckRS 2010, 65498 [Rn. 16].

られれば、裁判所としては全面的に審査するしかない。しかしそのケース限りの救済になるため、非生産的といえれば非生産的である。連邦レベルの基準の不存在というはじめの条件を変えることで(そうでない限りは全面的に審査するという建前は残しつつ)、全体の回転がよくなるという狙いも看取されよう。

### (3) 連邦会計検査院の指摘

立法当時の経緯により、第2編の財政構造はかなり複雑なものとなっており、住居費給付については、給付を管轄する自治体がいったん全額を支弁しつつ、連邦州ごとに定められた補助率に従い連邦が部分的に負担するという仕組みがとられている。その限りで住居費にも連邦の財政負担が生じており、よって連邦会計検査院(Bundesrechnungshof)による検査がおこなわれることになる。

2007年12月19日の連邦会計検査院報告<sup>\*140</sup>において、住居費の適切性審査が実施機関ごとに異なる基準や手法で執行されており、法の適用において不統一かつ部分的に違法な状況を生み出しており、結果として連邦にも自治体にも無視できない範囲の超過負担をもたらしているとの批判がなされ、具体的には、法解釈において異なる基準に依拠しているため費用の上限も異なって定められている、費用抑制指導を適時におこなっていない、適切性の超過を見逃している、6ヶ月ルールを違法に引き延ばしている、基準額に含まれている需要を住居費において二重に計上している、ケースの事実認定が十分でない、規定が複雑で職員に多くの要求がなされているのに実施機関はこれを正当に評価していない、といった現状が指摘されている。そして「このように認定された行政執行における欠缺およびその理由からすると、適切な住居費および暖房費に

<sup>\*140</sup> Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO über die Durchführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende - Angemessenheit der Leistungen für Unterkunft und Heizung nach § 22 Abs. 1 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - vom 19. Dezember 2007, BT-Drucksache 16/7570.

ついでに法規命令が緊急に必要であることが明らかである。よって連邦会計検査院は連邦労働社会省に対し、適法、効果的かつ経済的な予算の使用を確保すべく、社会法典第2編第27条に基づく権限を早急に行使することを要求する。法規命令においては、とりわけ費用の適切性という不確定法概念にかかる最低基準を定めることが求められる。基礎保障主体はこれを根拠に地域の住宅市場の状況および個々の事例の特殊性を勘案することが可能となる。」として、明確な立場表明がおこなわれている。

この報告ではさらに、連邦労働社会省はすでに2006年に連邦社会裁判所の重要な判決が出されていること、ドイツ公私扶助協会(Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge)から発出予定の勧告<sup>\*141</sup>を精査する必要があることを挙げて、現時点では法規命令を制定する必要はないと(報告の内容は正しいと認めつつ)反駁しているが、連邦会計検査院は、判例には一般的拘束力はなく、勧告は連邦統一的な法執行を確保するには適当でないとして、この抗弁を拒否していることが触れられている。

なお、連邦会計検査院の主眼は、違法または不当な行政執行が無用な追加費用の根拠となっており、そうした非違を生むのは適切性の判断基準がない(付与された法規命令制定権限を行使しない)ためである、という点にあり、どちらかという適切性基準の設定を要求するものとなっており、定型化の必要性には及んでいない(むしろ事例調査において、法的根拠(=第2編で定型化を可能にする法規命令)がないにも関わらず、第12編のアナロジーで住居費を定型化しているカッセル市などヘッセン州における幾つかの行政運用を違法と断じている)。

<sup>\*141</sup> Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Erste Empfehlungen zu den Leistungen für Unterkunft und Heizung im SGB II (§ 22 SGB II) vom 8. Juli 2008, [http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/sgb-ii/unterkunft-und-wohnen/Erste\\_Empfehlungen\\_zu\\_den\\_Leistungen\\_fuer\\_Unterkunft\\_und\\_Heizung\\_im\\_SGB2/](http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/sgb-ii/unterkunft-und-wohnen/Erste_Empfehlungen_zu_den_Leistungen_fuer_Unterkunft_und_Heizung_im_SGB2/)

#### (4) 裁判官有志連合の提案

2009年5月20日に公表された、現役の(主としてドイツ北部の連邦州所在の)社会裁判所裁判官らからなる作業グループによる勧告\*142は、とりわけ第2編の領域における(仮処分の申請を含む)訴訟の申立ておよびそれに伴う未処理件数の激増が、手続の遅滞を招き、ひいては憲法上保護された効果的な法的保護の要請が問題視されるレベルに達しているとの認識から、多くの提案をおこなっている。

この勧告は、法改正を具体的に要求するものから、改善の方向性を例として指し示すもの、規定間の調整の必要性をいうものまで、バリエーションに富んでいるが、このうち法改正に関する提案の大半が、第2編の住居費に関する内容で占められている。とりわけ、住居費の適切性について法規命令を制定するよう要求しており、その理由を以下のようにいう。「立法者の用いる「適切」および「住居費」という不確定法概念は、社会裁判所における実務に多大の困難を強いている。これは社会裁判所の第一審に集中しているのであって、なぜならば社会法典第2編第22条第1項の適用に必要な給付主体による調査がまったくといっていいほどあるいは非常に不十分にしかおこなわれていないからである。このため社会裁判所が調査を追完しなければならない。この作業は、とりわけ「適切な住居費」の調査において不釣り合いなほど多くの労力に結びついており、主たる学説や連邦社会裁判所の判例に基づいて多段階的におこなわれるだけになおさら、これは著しい調査の労力をその都度招来している。」「その限りで、とりわけ法律よりも下位の規範が、住居費およびその適切性の決定のためには緊急に必要である。……法規命令はこれまで制定されていない。この遅れを取り戻すべきである。」

勧告はさらに、住宅手当法限度額表に沿った規定とし、同法に即した

\*142 Richterinnen und Richtern der Sozialgerichtsbarkeit der Länder Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt, Empfehlungen aus der Praxis zur Entlastung der Sozialgerichtsbarkeit vom 20. Mai 2009.

具体的金額を確定することを提案するなど、期待される法令の内容にも具体的に言及している点で特徴がある。

作業グループの認識の前提が、第2編に関わる訴訟の増大が社会裁判所の負担超過に直結している点にあり、ゆえに法的紛争回避のために法規命令の制定を訴える限りで、行政実務の混乱をとりわけ問題視し、給付の適正化や費用負担の軽減を視野に入れている連邦会計検査院の要求とは必ずしも同じではないが、結果として法規命令の必要性をいうところは一致しているのであり（ただし連邦社会裁判所による判決内での言及を含め、いずれにおいても給付の定型化にまでは踏み込んでいない）、以上でチェック機関としての立場表明が出そろったといえよう。

### 3.3.3 2011年改正の内容

#### (1) 連邦法の求めるもの

2011年改正により第2編に挿入された新たな条文（第2編第22a条～第22c条）は、内容的には連続しており、いずれも住居費実費支給を原則とする第2編第22条に対する例外を構成している。

第2編第22a条は、この新たな三つの条文のなかでは総則的な規定であり、まず第1項が、州が管内の自治体（郡、または、郡に属していない市；これは住居費給付の自治体管轄（第2編第6条第1項第1文第2号）に対応したものである）に対して、適切な住居費および暖房費について条例を定める権限を与えるか、あるいは条例の制定を義務づけること、関連して、条例の制定に対する州の機関による事前の同意の可否を定めることを規定する。続いて第2項が、州が管内の自治体に対して、住居費を定型化する権限を与えることができると定める。定型化する場合、いわゆる過酷条項を設けなければならない。第3項は、地域の住宅市場の状況および住宅市場への影響を規定において考慮することを求めるものである。

第2編第22b条は、より具体的に、条例に含まれるべき内容を規定している。これによると、適切性は居住面積と費用そのものによって表さ

れる(第1項)。条例には制定理由をつけ、費用の調査方法を説明しなければならない(第2項)。さらに過酷条項の必要性が再度規定されている(第3項)。こうした要求は、第2編第22c条によってさらに詳述される。すなわち、データの収集や評価は家賃一覧表等を考慮すべきこと、住宅手当法限度額表の値を補助的に用いることができることなどが規定される(第1項)、2年ごとの再調査が義務化されている(第2項)。このように、第2編第22b条および第22c条は、第22a条における基本的な規定を具体化するものであると位置づけることができる。

誰が何をどのようにするのがやや複雑なので整理しておく。まず、2011年改正をおこなった連邦の立法者は、州に権限を創設するのみであって、州がこの権限を行使するかしないか、行使するとしてどのように行使するのかについては基本的に中立である。よって州が第一の規定具体化主体である。その一つが、管轄の自治体に対して、適切な住居費に関する条例の制定を、その権限とするか、あるいは義務とするかを規定することである。もう一つが、住居費の定型化を自治体の権限として認めることである。

すなわち自治体は、州が何をどのように規定するかに大きく影響される、その意味で付随的に法律の規定を具体化する存在である。場合分けすると以下ようになる。

- ・州が州法による適切な住居費について条例制定権限の付与や義務化をそもそもおこなわない場合、自治体は条例を作ることができないし、作っても違法で無効である。
- ・州が州法による適切な住居費について条例制定権限を付与した場合、自治体は権限を行使して条例を制定してもよいし、そもそも権限を行使しなくてもよい。この際、条例制定に対する州の機関の同意が前提とされている場合、それに従わなければならない。
- ・州が州法による適切な住居費について条例制定を義務化した場合、自治体は条例を作らなければならない、作らなければその不作為自体が違法となる。義務に従って条例を作る際も、条例制定に対する州の機関

の同意が前提とされている場合、それに従わなければならない。

- ・州が住居費の定型化について自治体に権限を付与しない場合、自治体は住居費を定型化することはできず、もし定型化すれば第2編との関係で違法を構成する。
- ・州が住居費の定型化について自治体に権限を付与した場合、自治体は住居費を定型化してもよいし、定型化しなくてもよい。
- ・自治体が条例を制定する場合、適切な住居費の具体的な基準のほか、金額算出の根拠を含めた制定理由、さらに過酷条項等を含まなければならない。

## (2) 州法→条例という形式の意味

注意深く規定を見ると、住居費の適切性について予定されている方式と、住居費の定型化について予定されている方式とでは若干の相違が認められる。前者は、州法の制定が第一の形式的要件であり、第二が条例の制定である(第2編第22a条第1項)。対して後者は、明文上、州法という形式による授權が規定されておらず、かつ、実際に自治体が定型化をおこなう際、条例によることをやはり明文では求めている(第2編第22a条第2項)。この限りで、適切性基準の設定に対してはより民主的な手続が要求されているともいえるが、この違いの意味するところは今のところよく分からない。

もちろん、適切性についての条文に関する規定の準用が定型化においても予定されていることを裏返せば、立法者は定型化も条例でおこなわれることを予想しているとも考えられる。さらに州法による明示の授權が必要であるとの立場も表明されている<sup>\*143</sup>。

少なくとも定型化に関する限り、廃止された第2編旧第27条においても、法規命令で可能だったのは定型化の要件の規定までであって、定型化した金額そのものの設定ではなかったことを考えても、適切性基準と異なり、ある程度の技術的な困難さが想定されているがゆえに、こうし

<sup>\*143</sup> Berlitz in LPK-SGB II § 22a Rn. 14.



た相違ないし混乱を生んでいるのかもしれない。以下に見るように、実際の動向においても、連邦州によって州法に定型化を含めるかどうかの対応は異なっているようである。裁判所によるコントロールのあり方と関係している可能性もある。

### (3) 司法統制の特殊性

第2編第22a条第1項および州法に基づいて制定された条例に対する司法審査については\*144、特別の手続が規定されている\*145。2011年改正により、社会裁判所法(Sozialgerichtsgesetz, SGG)においても所要の改正がおこなわれた。すなわち、申立て(申し立てる資格があるのは自然人であって、条例等の法規によってその権利を侵害され、また侵害が予想されることを主張する者)があった場合に、条例の有効性が審査されることになる(SGG第55a条第1項、第2項)。手続を管轄するのは州社会裁判所である(SGG第57条第6項)。

この規範統制は、典型的には、申請拒否処分を受けた場合や住居費が一部カットされた場合、費用抑制を指導された場合(これは具体的に給付の引き下げなどの不利益が現に生じているわけではないが、遠くない将来(6ヶ月ルール)給付の引き下げが見込まれるため)などにおいて、取消訴訟や給付訴訟を起す際に、条例自体の違法性(無効性)をあわせて主張するときに付随的に審査される(「付随審査(Inzidentprüfung)」)\*146。

審査の角度は、条例はすでに第2編第22a条以下において内容に関する実体的規律が予定されていることから、そうした規律との適合性であ

\*144 本文の記述は条例の内容にかかる実体的審査に関するものである。条例としてそもそも地方自治法上有効に成立しているかなどの形式的審査については、Frank Bätge, Zur Rechtmäßigkeit von kommunalen Satzungen nach den §§ 22 a ff. SGB II und zum maßgeblichen Rechtsschutz, SRa 2011, 131.

\*145 Ausführlich dazu Steffen Luik, Das Normenkontrollverfahren nach § 55a SGG, ZFSH/SGB 2013, 683.

\*146 Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 30.

る。なおこの審査が州社会裁判所の管轄とされているのは、手続を州社会裁判所に集中させることで、自治体および当事者双方にとって可能な限り早期に法的安定性を得せしめるためである(「集中による効果(Konzentrationswirkung)」)<sup>\*147</sup>。また判断の統一を図ることで、結果的に訴訟経済に資することにもなる。第一審で条例の有効性が問題になった場合、社会裁判所は手続を中断することができ、州社会裁判所の判断を待つことになる。州社会裁判所は、条例に有効性がないとの確信を得た場合、その無効を判決または決定において宣言する。この無効判断には一般的拘束力が付与されている(SGG 第 55a 条第 5 項)<sup>\*148</sup>。

こうした新制度は、上級行政裁判所に一定の範囲で規範統制を管轄させる行政裁判所法(Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO) 第 47 条に範をとったものである。ドイツの社会保障法領域においては、法律よりも下位の規範に対する一般的な司法統制手続は整備されていなかったため、SGG 第 55a 条はその初の試みとなる。2011 年改正により、条例制定権の新設とあわせて導入されたため、平仄があっているように思われるが、必ずしも両者は必然的な関係にはないといわれる<sup>\*149</sup>。しかしいずれにせよ、州社会裁判所の条例無効判断に一般的拘束力を持たせることで、

<sup>\*147</sup> BT-Drucksache 17/3404, S. 131; Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 26.

<sup>\*148</sup> ただし一般的拘束力の付与対象は条例を無効と判断した場合のみであって、無効とは判断しなかった場合、厳密には第三者効はなく、ゆえに他の受給者が別途規範統制を申し立てることは法的には排除されない。典型的には行政行為と同様、無効と判断されるまでは条例は有効であるとの前提があり、無効でないとの判断があれば条例は引き続き適用され、よって再度裁判所による審理に晒すことは可能である。もっとも、同じ条例の無効性を(攻撃するポイントが同じかどうかの問題はあるが)争うわけであるから、無効でないつまり有効であるとの判断にも、いったん州社会裁判所が無効ではないとした条例をもう一度争うことは無意味かもしれないので判断に従っておこうと規範統制の申立てを諦めさせる心理的效果は付随する。Karen Krauß, Die Neuordnung der Kosten der Unterkunft und Heizung - eine erste Stellungnahme aus richterlicher Sicht, SRa 2011, 144, 148.

<sup>\*149</sup> Peter Axer, Sozialgerichtliche Kontrolle untergesetzlicher Normen, SGB 2013, 669, 670.

主観的権利の保護手続と客観的な審査手続を同時に担うことが可能となる。ただし主観的権利の保護を前提とする付随的審査であるため、不作為をとらえて条例そのものの制定を要求するとか、特定の内容に条例を変更することを求めることはできない。

SGG 第 55a 条は、こうした特殊な規範統制手続の対象を、第 2 編第 22a 条第 1 項に基づく条例、すなわち住居費の適切性に関する条例に限定している。すなわち文理上は同第 2 項は対象外となっているが、少なくとも住居費の定型化が条例でおこなわれる場合、同様の審査が可能であると解されている<sup>\*150</sup>。しかし条例の形式によらない場合の定型額に対する統制は SGG 第 55a 条からは導かれないため、取消訴訟等で違法を争うことになるだろう。

### 3.3.4 2011 年改正の意義：条例による解決

#### (1) なぜ条例なのか？

連邦政府（連邦労働社会省）が法律で付与された権限を行使して適切性基準および（または）定型化に関する法規命令を制定するかどうか（正確には行使しないこと）を巡って多くの議論や批判がおこなわれていたなかで、自治体レベルの規範設定によりこれを代替しようというのは、ある意味でアイデアである。これは「条例による解決(Satzungslösung)」と後に称されるようになるが、この提案は、現役の社会裁判所（シュレスヴィヒ社会裁判所、なお論文執筆時点では連邦社会裁判所調査官を務めていた）判事であるグロート（Andy Groth）の 2009 年の論文<sup>\*151</sup>にそもそも遡るものである。

グロートは同論文でまず、住居費の適切性に関する連邦社会裁判所の判例を整理しつつ、論理的構想などを念頭に、最高裁判例で可能なこと

<sup>\*150</sup> Hk-SGG/Castendiek § 55a Rn. 5.

<sup>\*151</sup> Andy Groth, Angemessene Unterkunftskosten nach dem SGB II - Satzungsermächtigung als Lösung der aktuellen Probleme?, SGB 2009, 644, insbes. 647 f.

は尽くされているのであって、これは最高裁自身が判決で法規命令の制定をアピールするという異例の事態によって証明されているとやや皮肉を交えながら現状把握を試みる。次にしかし、この法規命令によって住居費の複雑な問題が緩和するかどうかは疑問だとする。例えば旧東独地域の連邦州では土地に余裕があるためそもそも単身世帯向けの住居があまりなく、ゆえに50平米の住居でも単身者にとって適切と判断されうるのに対して、過密都市のミュンヘンでは少々稼ぎのある労働者であっても家賃が相当に高額なためより狭い住居に詰め込まれており、適切性判断では同じことにはならず、こうした地域的相違に法規命令が対応しようとするれば規定としての単一性を失うことになりかねず、これが新たな法的紛争を生みかねない、こうした地域的特殊性を連邦で統一的に適用される法規命令で十分考慮に入れることはできず、よしんば法規命令の草案を提出したところで、16ある連邦州で賛成は一つもない、などの理由を挙げるのである。

こうした考察に従い、彼は立法論として条例制定権を提唱する。その利点として、まず憲法との関係で、公的扶助に関する立法権限は連邦にあり(GG第74条第1項第7号)、明示の留保をもって実体法上の問題にかかる規制をおこなう権限を州の立法者に与えることは適法であること、連邦の立法によって自治体を直接規律しないので連邦州の権限(GG第84条第1項第2文)を侵すことにはならないこと、付与される権限の内容、目的、程度に対する明確性の要求(GG第80条第1項)との関係で疑義がもたれている第2編第27条に基づく法規命令と異なり、条例にはこのような問題は生じないことを挙げる。さらに、条例にはその制定に地方議会が関与するため民主的正統性があること、州法の枠組みで一般的に認められている条例制定権を用いるのではなく、住居費の適切性という具体的な責務に関連する権限授与とすることで、基本権の実現に関する重要な事項についての法律の留保という要請をクリアできることをあわせて指摘する。

こうした統治構造との関係のほか、実体法上のメリットとして、住宅

の規模、水準、比較対象区域の範囲など、住居費の適切性を決定する要素について、条例では各地域の特性を直接に考慮に入れることが可能であること、批判的に指摘されることの多い分権化傾向は、この条例制定権限によりむしろ強化されることになるが、これは積極的に評価すべきであって、ベルリンから下ろされてくる法規命令よりも、喧々諤々の議論により地方議会が制定する条例のほうがより受容度が高いこと、現在は行政内部の規則で適切性判断が運用されているのと比べて、条例には法的拘束力があること、連邦一律の規制により地域の特殊性がなおざりにされることへの抵抗感が強い自治体にとっても、条例ではこのような懸念は当たらず、よって実現の可能性も低くないことに言及する。

以上の論究が、後々影響力を持つことになる。

## (2) 条例案の採用

グロートはこの論文を「条例による解決は、基礎保障法における住居費の適切性に関する議論を、社会裁判所の法廷から直接かつ民主的に正統化された地方自治体に移し替える現実の機会であろう」と結んでいる。彼自身は現職の裁判官であり、しかしながら連邦社会裁判所の判例法理が問題を解決するどころか問題をより複雑にしているという認識、さらに連邦社会裁判所とは異なり法規命令の制定を（もはや）期待していない態度などから、オルタナティブとして条例による解決を主唱するのであるが、この引用からも看取されるように、その最終的な意図の一つが社会裁判所の負担軽減にあることは疑いない。実際、論文の別の箇所では、条例に対する社会裁判所によるコントロールは法規創設権限のもっとも大きな限界を踏み越えたかどうか限定されるべきであると述べており、事実上、住居費の適切性の具体化権限（判断余地）を行政側に認める姿勢を見せている（ただし誤解のないように付け加えておくと、個別のケースで恣意的な判断が許されるということではなく、条例の制定自体が規範的判断の行使であるから、すなわち条例制定権限付与の目的を逸脱しているかどうか裁判所の審査が限定されるということである）。

その限りで、典型的には連邦会計検査院のように、追加的な費用負担を避けるために連邦一律の基準の導入と実務への徹底を求める姿勢とは明らかに異なっている。また、この論文とほぼ同時期に公表された第2次メルケル政権(2009年10月~2013年12月)における与党間の連立合意書において、第2編の改革に関して住居費の定型化を進めることが確認されているが\*152、これは直接に表現しないだけで定型化による全体費用の削減を意図するを有しているのと比べても、出発点からして違っている。

そのような相違はありつつ、しかし政策レベルでグロートの提案は魅力的に映ったようである。条例制定権の導入について、立法理由書はかくのごとくいう。「もっとも、法規命令の公布に対して連邦労働社会省および各連邦州は一致して拒否してきた。地域ごとの住宅市場の相違を考慮すれば、適切な費用に関する連邦統一的な規定の公布は、目的に適合的でもなく、実態にも適しない。」「よって与党間の連立合意では、住居費および暖房費にかかる規定を透明性がありかつ法的により安定したかたちで形成することとした。地域の特殊性を勘案した定型化を既存の法規定に基づいておこなえるかどうかの調査もここで必要となる。「労働に対する刺激と住居費」という作業グループを連邦労働社会省に設置し、規定の問題を解決する諸原則をそこで議論した。作業グループは専門家からの意見聴取を勘案しつつ、いわゆる条例による解決を決定し、これにより、住宅市場の地域ごとの特殊性を透明性あるかたちで反映することをもっともよく確保できることとなる。」\*153

よく読むと、透明性や法的安定性という、どちらかという住居費の適切性に関する話題が中心であり、住居費の定型化は付随的にのみ意識されているように思われるが、これは費用節減効果などを前面に出さないことからくる表現の抑制であろう。しかしいずれにせよ、実際の立法

\*152 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, „WACHSTUM. BILDUNG. ZUSAMMENHALT.“ vom 26. Oktober 2009, S. 82 f.

\*153 BT-Drucksache 17/3404, S. 44.

では条例による適切性基準の設定および住居費の定型化が並列で定められた。つまり現実の動きは、連邦による法規命令の可能性はもはや過去のものとして、まさに条例による解決を模索する方向へ大きく舵を切ったわけである。

### (3) 条例による解決に対する賛否

こうした新しい枠組みは、グロート同様、社会裁判所の裁判官から積極的に評価されている。ドイツ裁判官連盟(Deutscher Richterbund)は、法案時点での態度表明として、条例制定権の導入に対する立法者の意図を歓迎すべきであると述べている(同時に条例を制定する際の抛るべき基準を法律に盛り込むこと、場合によっては第2編第27条に相当する規定を残し法規命令により勘案すべき諸原則を規律することを求めている)<sup>\*154</sup>。連邦社会裁判所判事であるムチュラー(Bernd Mutschler)も、費用が適切な限りで住居費の実費支給を定める第2編第22条を引き合いに、適切性という概念が法律では直接具体化されておらずかつその根拠も示されていないのに対して、第2編第22a条以下では条例に対する直接の実体的規律が用意されており、条例事態においてその制定理由を示すことまで義務づけられていることから、条例による解決は、透明性や追証可能性、説得力や妥当性という要求をよりよく満たすものであるなどとして、結論として、既存の論理的構想の代替となりうるものだとの評価を与えている<sup>\*155</sup>。

やはり社会裁判所(シュツットガルト社会裁判所)の判事であるリューク(Steffen Luik)も、コンメンタールにおいて、条例による解決により、ケースごとに逐一適切性を審査するのではなく、地域の特殊性を加味し

<sup>\*154</sup> Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 22.11.2010 zur Ermittlung der Regelsätze nach dem SGB II und zu den Kosten der Unterkunft, DRB Stellungnahme 46/10, November 2010, Nr. 4 und 7.

<sup>\*155</sup> Bernd Mutschler, Kosten der Unterkunft: Kommunale Satzung - eine Alternative zum „schlüssigen Konzept“?, NZS 2011, 481, 483 f.

つつ一般的な事案を体系的に調査し評価するという計画的営為に基づくことが可能になるとして、条例は地域に実態に応じた解決に資すること、条例には十分な正統化根拠があること、条例制定の過程で地方自治体と住民との対話が改善されるため規範の名宛て人における受容度が高まること、結果として民主主義の原理に近接し、行政過程の迅速化や裁判所による統制の削減にもつながりうること等を指摘しながら条例による解決の有利性を強調している<sup>\*156</sup>。

裁判官という出自を考慮すれば上述した各人の態度表明は確かに理解できるものであるが、しかし自身なお現役の連邦行政裁判所判事であり、2005年の管轄移行まで同第5法廷で実際に社会扶助の事案を担当してきたベルリット (Uwe Berlit) は、条例による解決に多くの懸念を示している。法案段階の見解表明として、2010年の論文<sup>\*157</sup>において彼は連邦社会裁判所の判例が実務に適合的でなく実態に即した運用に結びつけられないことは認めながらも、しかし論理的構想がそうした状況を生んでいるわけではないとの (多くの論者とは異なった) 意見を披瀝しながら、むしろ問題は不透明で不統一な実務自身にあり、それが住宅手当法限度額表の安易な適用 (いわゆる「惰性 (Beharrungsvermögen)») を生ぜしめており、判例のスタンダードを実務が守っていない現状を解決するよう裁判所も努力しなければならないのであって、住居という需要の憲法的重要性からすれば、判例の立てた基準は確かに細部までは無理としても全体としては勘案されなければならないとする。続けて、条例による解決が模索されている動向に関し、条例を経由することによってとりわけ財政的理由により需要充足に対する政治的な圧迫がおこる、地方が適用の責任を負うことが「いつの間にかこっそりと (unter der Hand)」地方が形成の責任を持つことになる、人間の尊厳に値する最低生活とい

<sup>\*156</sup> Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 13-15.

<sup>\*157</sup> Uwe Berlit, Sicherung einheitlicher Unterkunftskostengewährung durch Rechtsprechung (insb. des BSG) und kommunale Vielfalt?, info also 2010, 195.



う基本権の保障を形成する連邦の立法者の責任が州法を通じて地方自治体に渡ってしまう、地方自治体にはしかし民主的に正統性を有する連邦の立法者と同様の形成に対する権限はない、地域の特殊性を勘案できるという利点は裏を返せば裁判所による審査が狭められた判断余地を地方自治体に認めることであって、これはしかし最低生活に必要な給付を自ら決定するという連邦の立法者の任務からすれば失敗であり、またその責任に反するなどとして、条例案の欠点や危険性に言及する。また、受容度を高める方策は条例によらなくとも住宅市場の利害関係者の参加を保障することで達成可能であり、そもそも地方自治体の現状からして住宅市場の事情を調査したり適切な住居費を決定する際にそれを考慮したりできる状況にもなく、州社会裁判所に条例の適法性審査を集中させても住居費の適切性審査を付随的にせよおこなわなければならないことからすれば社会裁判所の負担軽減につながるかは見通せないし、違法が確定した場合に住居費を追加で支給する義務を導入しない以上、それを見越して「戦略的に」自治体が住居費を低めに設定するケースを招きかねず、そもそも大半の受給者は条例を信じて行動するだろうから州社会裁判所への異議によって救済される事例はごく少ないものになろう、として、結論的には、条例案の導入による「自治体化 (Kommunalisierung)」は「積極的な政治問題化 (positive Politisierung)」にも自治体レベルでの貧困政策形成にもつながらない、と結んでいる。

2011年改正そのものは、形式上州法を介した自治体の条例制定権を認めるにとどまるものであって、第2編第22a条以下に適切性基準を確定したり住居費を定型化したりする直接の効果はない。それを反映して、上記の議論もどちらかというとなりて条例による解決の直接的効果よりもその波及効果（裁判所の負担軽減や自治体レベルでの民主的正統性の実現いかん）に主眼がおかれている<sup>\*158</sup>。実際、実体法上の問題、すなわち適

<sup>\*158</sup> 同じく波及効果の一つとして、(条例による解決が提案される前の議論であるが) 最低生活保障行政を通じて得られたデータを住宅市場に関する行政と効果的に共

切性基準と定型化とでは、議論の様相もかなり異なってくるため、ひとまずここでは、条例による解決というアイデアそのものに対する（とりわけ裁判官出自の）識者の評価にもバラエティがありうることを指摘するにとどめておく。中身の議論は、第2編第22a条以下に定められた条例制定に対する手続的規制や実体的基準の意義や具体化、さらに現実の動きとして連邦州が州法においてどのようなかたちで権限を行使するかという意味での、自治体による条例制定の条件整備、あわせて司法統制の機能や役割の変化といった問題にいずれにせよ関連してくることとなるのである。

### 3.3.5 2011年改正の意義：連邦憲法裁判所判決との関係

#### (1) 連邦憲法裁判所2010年2月9日判決と住居、住居費

上述したように、2011年改正の直接のきっかけは、基準額の違憲性に関わる連邦憲法裁判所2010年2月9日判決である。その限りで、本来的には基準額（のみ）の違憲性が審理の対象であるが、しかし興味深いことに、連邦憲法裁判所による検討の過程からすると、その射程範囲には住居費も多かれ少なかれ含まれてくる<sup>\*159</sup>。

総論部分において判決は、「人間の尊厳ある最低生活の保障に対する基本権は、基本法第20条第1項と関連する基本法第1条第1項から生ずる。」(Rn. 133)、そして「基本法第1条第1項の給付請求権は、基本としては憲法上規定されたものである。しかし請求権の範囲は、需要の種類、それに必要な手段などを鑑みれば、直接憲法から導出できるものではない。それは、人間の尊厳ある生存に必要なものについての社会的見解、要扶助者の具体的生活状況、その都度の社会的技術的前提に左右され、

有するなど、自治体内部での相互作用の重要性を説く声もある。ISG, Kosten der Unterkunft und die Wohnungsmärkte, BBSR-Forschungen Heft 142, Bonn 2009, S. 86 ff.

<sup>\*159</sup> So etwa Holger Gautzsch, Kosten der Unterkunft gem. SGB II und SGB XII, NZM 2011, 497, 498.

またそれ故に立法者による具体的な決定を必要とする。」(Rn. 138)、ゆえに「請求権具体化のために、立法者は最低生活に必要な支出すべてを矛盾のないよう透明かつ適正な手続で実際の需要ごとにすなわち実態に即しながら算定しなければならない。」(Rn. 139)という。すなわち、判決における検討の前提は、人間の尊厳に値する最低生活の保障に必要な需要が基本権として保護されており、それを給付請求権として具体化するために、立法者は、最低生活に必要な支出すべてを透明かつ適正な手続で需要ごとに算出しなければならないとする点にある。

ここには、需要ごとの区別に対する言及は見られない。むしろ、「直接憲法に基づく人間の尊厳ある最低生活の保障に対する給付請求権は、人間の尊厳ある生存の保持のために無条件に必要な手段に対してのみ及ぶ。それが保障するのは、人間の肉体的生存すなわち食事、衣服、家具、住居、暖房、衛生、健康と、ならびに、一つ的人格として人は社会関係を必要とするものである以上、人間関係を営み社会的文化的政治的生活に最低限関与するための可能性の保障とを含むところの統一的な基本権保障による最低生活全体である。」(Rn. 135)というように、肉体的な意味での最低生活と社会的な意味での最低生活に大きく区分する以外、最低生活を全面的に把握している。なおこの区分は、「立法者は、給付請求権の要件と効果を具体化する責務がある。最低生活を金銭、現物、サービスのどの給付で確保するかは、基本的には立法者に委ねられている。ここには、最低生活保障給付の範囲を決定するうえでの形成余地も認められる。実際の状況の判断や必要な需要の価値判断もそこに含まれ、また広狭も異なる。立法者が人間の肉体的生存の保障に必要なものを具体化するときはそれは狭く、社会生活への参加手段の種類や範囲にかかるときはそれは広くなる。」(Rn. 138)という表現に見られるように、立法者の形成余地(裁量)の広狭と関連してくるが、直前の引用とあわせれば、基準額の主たる保障内容である食事や衣服と、住居とは、形成余地が狭い肉体的最低生活にいずれも含ましめられており、その意味でも、判決中、需要ごとの相違に大きな意味は見いだされていないことが分か

る。

判決が直接問題視したのは、345 ユーロ（2005 年当時、旧西ドイツ地域）という基準額の算出が「でたらめ」なものであって、最低生活に必要な需要がきちんと調査されていないことであった。ゆえに判決は、透明性がありかつ適正な手続で、実態に即した算定をおこない、基準額の算出をやり直すよう、立法者に命ずるのであるが、判決の前提となる論理構造からすると、「基準額に含まれている最低生活需要には憲法上の価値があるから基準額の算出がやり直される必要がある」といっているのではなく、「そもそも最低生活を保障する需要は憲法上基本権として保護されており、それを基準額というシステムで具体化するのであれば、基本権保障にふさわしい手続で算出がなされなければならない」といっていることになるわけである。

そうであれば、住居は（肉体的）最低生活に明らかに含まれており、しかし「たまたま」基準額給付による需要充足の対象になっていなかったため、住居費給付は違憲判決の具体的な検討対象から外れていたに過ぎない。換言すれば、もしもの話として、基準額が住居に対する需要を含むかたちで定型化されていたならば、平均的な住居費等の調査がやはり「でたらめ」であり、算出のやり直しが命ぜられていたかもしれない。

もちろん実際には、基準額の問題とは別に（正確には基準額給付と住居費給付は第 2 編においても拠って立つ原理がそもそも異なるため問題が「別に」なるのは当然なのであるが）、住居費は住居費で、適切性という不確定法概念の具体化を巡って 2005 年の制度開始後、2004 年までの連邦行政裁判所における諸々の議論を下敷きに、連邦社会裁判所においても多くの考慮が払われ、その過程で、論理的構想が提案されたり、それが問題をより複雑にしているとの批判から（連邦政府が自らに認められた法規命令制定権限をいっこうに行使しないことへの諦めも込めて）条例による解決が提案されたり、という展開を独自に歩んできたことは、すでに検討の示すところである。

しかし基準額給付により充足される需要と住居費給付による需要との

区別は、基準額違憲判決の総論を前提とする限り、もはや相対的なものにとどまるのであって、むしろ最低生活を保障するための需要という意味では同じレベルで存在しており、ゆえに、判決の指摘は住居という需要およびそれを現実具体的にしている住居費給付にも、直接ないし間接に及んでくることになる。すなわち、2011年改正で基準額の算出やり直しと住居費給付の新ルール導入が同時になされたのは、確かにそうする必然があったわけではないが、しかし「最低生活上の需要の憲法適合的な算定」という意味での一致を考えると、単なる偶然とまでは言い切れないところがあるのである。

## (2) 住居費給付の算定における原則

要は、基準額給付であれ住居費給付であれ、実態に即し(Sachgerechtigkeit)、透明性を持ちながら(Transparenz)、後からの検証に耐えられる(Nachvollziehbarkeit)ような手続で、需要は算出されるべきであることが憲法上の原則として確認された点が重要である。ただしロジックの違いは依然残る。基準額の場合、平均的な需要の程度の算出とその積み上げを通じて需要充足が定型化されているが、単に全体額が低額かそうでないかというより、個々の需要を透明性ある手続で実態に即して調査してこそ、定型化された基準額の憲法適合性が担保される。反対に住居費給付はそもそも定型化されておらず、個々の特殊性を考慮した実費支給であり、その都度の需要の具体化が要請されている。すなわち立法者は、基準額給付において、基準額というあらかじめ予定された金額で需要を充足するというルートで需要を具体化しているといえるが、住居費給付では、「適切性」という不確定法概念を用いるのみであって、実はこの(立法の)段階では住居費という需要を具体化していない。むしろこの具体化は、実際の行政過程およびそれに対する司法統制を通じておこなわれることが想定されているのである。

もちろん形成余地との関係でも、立法者が不確定法概念(や開放条項)を用いることは一般的には禁止されないのであるから(そしてその用いる頻度や程度は結局個々の規律対象の特殊性との関係で決まってくるの

であるから)\*<sup>160</sup>、結果として住居費給付においては、憲法上の要請は立法のレベルではなく行政および司法に対して働いてくることになる。

そうした視点で、例えば連邦社会裁判所の判例をもう一度眺めてみると、論理的構想は、後に連邦憲法裁判所が示す需要把握に対する憲法上の原則を、ある意味で先取りしていたともいえるところがある。すなわち、第一に、論理的構想は、手続に対する要求としてそもそも着想された。連邦社会裁判所は実施機関に対して、適切な住居費の具体化にあたり、住宅市場の現況を事前に調査、把握(例えば2008年判決では地域に存する借家の10パーセント程度という目安が示されている)したうえで、計画的営為として具体化作業にあたることを要請しており、かつ、少なくとも2008年判決の狙いは、こうした手続を行政が踏んでいるかどうか(のみ)を裁判所として審査しようという点にあった。その限りで論理的構想は、いったん実体的統制を弱めて手続面で行政をコントロールしようとしたのである。これとの関係で、連邦憲法裁判所も、具体的な需要の多寡や金額自体を(典型的にはそれが低すぎるなどの観点から)実体的に統制するというよりも、なぜそうした金額の算出に至ったのかを合理的に説明できるかどうかを問うているのであって、その意味では基準額違憲判決は手続的統制に位置づけられることになる\*<sup>161</sup>。

第二に、しかしながら連邦社会裁判所自身、2009年判決で論理的構想の成立に対する要求水準を一気に引き上げ、コントロール密度を(再び)上昇させている。2009年判決の示した要件(要素)を再確認すると以下の如くである。

- 1) データ収集は、正確に区切られた比較対象区域においてもつばらおこなうことが許され、また比較対象区域すべてについておこなわれなければならない(ゲッター形成の禁止)。

\*<sup>160</sup> Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, S. 151 ff.

\*<sup>161</sup> 「連邦憲法裁判所は基本法第20条第1項と関連する第1条第1項から「手続における体系的ー貫性(prozeduale Systemkonsistenz)」の要請を導き出した」(Renze in LPK-SGB II § 20 Rn. 11)。

- 2) 観察対象の定義（住宅の種類、住宅の水準ごとの区分、暖房込み家賃か暖房抜き家賃か（比較対象性）、住宅の大きさごとの区分など）は追体験可能でなければならない。
- 3) 観察期間の明示
- 4) データ収集の種類および方法の確定（家賃一覧表などの認識根拠）
- 5) 用いられるデータの範囲に全体を代表する性格があること
- 6) データ収集の妥当性
- 7) データ評価における適切な数学的統計的原則の採用
- 8) 得られた結論の明示（上限に幅をもたせるか、キャップとしての上限とするかなど）

住居費の議論の枠内でこれを見れば、ある意味で実施機関に対する過度の要求であり実現困難であるとの批判につながるところがあるが、連邦憲法裁判所が基準額の違憲性を、所得消費抽出調査への依拠そのものではなく、具体的なデータ評価における誤りから導出したことに鑑みれば、住居費の適切性を判断するためのデータの収集、選択、範囲、評価等において十分な「論理性 (Schlüssigkeit)」を求める連邦社会裁判所の立場は、むしろ連邦憲法裁判所の要求する給付算定における合理性 (Rationalität) や透明性 (Transparenz)、首尾一貫性 (Folgerichtigkeit) と基本的に一致するといえるのである<sup>\*162</sup>。

もちろん順序としては連邦社会裁判所の判決が半年ほど先行しており、その後の連邦憲法裁判所による判決を予想していたわけでもないだろうが、逆にいえば、正面からの実体的統制が必ずしも容易でない場面において手続的なコントロールを強めて合理性の有無を判断しようという流れを看取することができるように思われるのである。

---

<sup>\*162</sup> 論理的構想は直接的には行政に対する要求であり、連邦憲法裁判所の立てた原則は基本的には立法者に向けられたものではあるが、両者の一致にはコンメンタールでも基本的に異論がない。Berlit in LPK-SGB II § 22 Rn. 61; Luik in Eicher SGB II § 22 Rn. 84, aber juris PK-SGB II/Piepenstock, § 22a Rn. 24.

### (3) 2011年改正における原則の具体化

こうした司法判断の潮流は、換言すると、最低生活上の需要を「実態に即して (sachgerecht, realitätsgerecht)」算出なり確定なりせよという要求において、需要充足原理とも接点を有することになる。需要充足原理の出発点は、社会扶助（基礎保障）法上の需要がきちんと把握されることにあるからである。

2011年改正により設けられた第2編第22a条以下は、条例制定権の導入にとどまらず、実際の条例制定にあたって拠るべき原則を多く規定している。

例えば適切性の決定において、簡素な水準の住宅に照準を合わせるの（第2編第22a条第3項第1文）、連邦社会裁判所のみならず、従前の連邦行政裁判所における判例で確定していた適切性判断基準を明示したものである。同時に地域住宅市場への影響の考慮を要求しているのは（第2編第22a条第3項第2文）、どちらかというと政策的観点からのものが多い。すなわちある一定地域において基礎保障給付における住居費の適切性が確定されることで、家主がそれに価格を合わせて上げてくるようなケースが予想されるため、それに対抗すべく（第2文第1号）、入居可能な簡素な水準の住宅の量（同第2号）、多様な供給主体（同第3号）、貧困な世帯が特定地域に集住することの排除（同第4号）を、条例の制定において考慮することを求める。実際にどう「考慮」するかや、これらの要素の取捨選択や重要度のランク付けなどは不明な点が多いが、地方自治体による住宅市場の継続的モニタリングと捉えれば<sup>\*163</sup>、論理的

<sup>\*163</sup> 2005年の制度切り替え移行、住居費が基本的に公的資金で支えられる第2編受給者が爆発的に増えたことを背景に、公的扶助制度における住居費給付の住宅市場に対する経済的効果の研究がドイツで進行中である（z. B. Marc Steiner, Die Auswirkungen von Hartz IV auf den Wohnungsmarkt, Grin Verlag GmbH 2013）。住宅制度を所管する連邦省（2005年以降は連邦交通建設都市発展省、2013年以降は連邦交通デジタルインフラ省）による委託調査研究もその一つで、2009年の報告書では、「自治体による住居費マネジメント（KdU-Management）」や「住居費モニタリング（KdU-Monitoring）」という表題のもと、社会政策、住宅政策、都市



構想で連邦社会裁判所が要求している適切性判断における計画性の一側面と考えることができる。個別の点でも、簡素な水準の住宅の実際の入居可能性(第2号)はとりわけ具体的適切性の判断において重要な位置を占めており、貧困世帯の集住防止(第4号)はゲットー形成の禁止として論理的構想の成立要件(要素)である。

さらに、条例の具体的内容として、居住面積と住居費の額が掲げられているのも(第2編第22b条第1項第1文第1号、第2号)、連邦社会裁判所判例の到達点を確認したものである。ここでは、本来は住居費と暖房費はそれぞれ別に適切性が判断され、また居住面積と一平米当たりの家賃の積からのみ具体的な金額の適切性を判断する(つまり個々の要素それぞれの適切性は問題とならない)という判例のスタンダード(積算理論)から逸脱する規定が設けられている(第2編第22b条第1項第2文、同第3文)のが特徴である。家賃は安い暖房費は非常に高額な住居に住んでいる場合や、都市部の狭隘だが家賃の非常に高い住居に住んでいる場合などを念頭においており<sup>\*164</sup>、実際の需要充足を優先させたものである<sup>\*165</sup>。比較対象区域の複数化(同第4文)も判例の一般的な傾向に沿った内容である。

条例に制定理由を付けること(第2編第22b条第2項)は、透明性を高めるという手続的統制のもっとも基本的な要請であり、いわゆる過酷条項を設けて例外への対応可能性を事前に規定しておく(第2編第22b条第3項)のは、連邦憲法裁判所が第2編における逸脱の需要への対応規定がないことをも違憲と判断した点に沿うものである。

依拠可能なデータにかかる規定(第2編第22c条第1項第1文)は、家賃一覧表が明示されるなど、従前の判例で連邦社会裁判所が住居費の

---

政策を自治体において総合的に位置づけることの重要性や、連邦レベルでの住宅市場の監視システムの構築が言及されている。ISG, Kosten der Unterkunft und die Wohnungsmärkte, BBSR-Forschungen Heft 142, Bonn 2009, S. 108 ff.

\*164 BT-Drucksache 17/3404, S. 101.

\*165 Luik in Eicher SGB II § 22b Rn. 6.

適切性判断における適法な基準としてきた認識根拠が基本的にそのまま取り入れられている。住宅手当法限度額表の値を補助的に利用可能とするのは(第2編第22c条第1項第2文)、抑制的な姿勢も含めて判例のスタンダードを取り入れたものである(ただし値に対する10パーセントの加算<sup>\*166</sup>は引き継がれていない<sup>\*167</sup>)。2年ごとのデータの検証(第2編第22c条第2項)は、連邦憲法裁判所が、「得られた結果は、さらに継続的に再審査され、また発展させていく必要がある」、「立法者は……物価上昇や消費増税など経済的枠組み条件の変化に適宜対応し、それぞれの時点で実際の需要の充足が保障されるようにしなければならない。」(Rn. 140)と違憲判決で指摘したことに対応した規定である。

なお、住居費の定型化については、適切性の決定と比べるとそこまで多く規定されているわけではないが(そもそも適切性基準は条例によることが必須であるのに対して、定型化は条例の形式を用いるかどうか自体、新法ではオープンにされている)、地域住宅市場に適切な空き物件が十分存在すること、および、経済性の原則に合致することが、定型化の前提条件とされている(第2編第22a条第2項)。前者は適切性判断のうち具体的適切性に関する連邦社会裁判所判例の判断基準(ある一定区域内に入居可能な住宅ストックが現に存在すること)と関連があるが、対して後者は判例ではこれまで特に言及されていない点であり、例えば住

<sup>\*166</sup> Peter Nippen, Der Sicherheitszuschlag im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Kosten der Unterkunft nach dem SGB II, ZFSH/SGB 2012, 444.

<sup>\*167</sup> 誤解のないように付言しておく、2011年改正以降、なおも条例で適切性を確定させない場合(つまり本則である第2編第22条の枠組みで適切性を判断する場合は、適切性認識基準が使い尽くされた後、従前の判例法理であるところの住宅手当法限度額表に対する確実性のための加算(Sicherheitszuschlag)は(そのパーセンテージについてはなお下級審を中心に議論が続いているものの)引き続き適用される。BSG, Urteil vom 22. März 2012 - B 4 AS 16/11 R, SGB 2013, 246; BSG, Urteil vom 11. Dezember 2012 - B 4 AS 44/12 R, NZS 2013, 389 (Kurzwiedergabe); BSG, Urteil vom 10. September 2013 - B 4 AS 4/13 R, SGB 2013, 639 (Kurzwiedergabe); BSG, Urteil vom 12. Dezember 2013 - B 4 AS 87/12 R, SGB 2014, 84 (Kurzwiedergabe).

居費を定型化すると適切性審査が不要になるためその限りで労力の削減になるものの、他方で定型化された住居費は現実に住居費負担を(あまり、ほとんど、まったく)要しない要扶助者にも自動的に給付されるため、全体としてコストがどうなるかを判断したうえで定型化の要否を決めるよう求めるものであり、その意味では政策的観点からの規定である。

#### (4) 検討

以上を要すると、2011年改正により盛り込まれた規定は、おおむね、従前の社会裁判所の判例法理を整理したもの、連邦憲法裁判所による基準額違憲判決の指摘を受けたもの、システムチェンジによる影響を見極めるための政策的観点からのものに大別することができ、同時に、手続的な定めにとどまらず実体的規律に関わる定めもそこに含まれている。

改正の契機が基準額給付に関する違憲判断であるにも関わらず住居費に多くの新ルールが導入されたのは、一つは個別審査の徹底による関係機関の負担増大を背景とする制度のイノベーションを目指す動きが表面化し、しかしもう一つとして、連邦社会裁判所による論理的構想の提案と連邦憲法裁判所による基準額に対する違憲審査とで、需要把握における透明性や算出の合理性に対する説明責任を求めるという方向性が(偶然にも)一致しており<sup>\*168</sup>、これらがある意味で合流したことによるものといえる。その結果、条例による適切性の確定も、住居費の定型化も、連邦憲法裁判所の判断基準に照射されながらなされることになり、変わらず残る第2編第22条による適切性の個別審査が需要充足原理や個別化原理が基本的に妥当する範囲内でおこなわれ続けるのとはまた違

<sup>\*168</sup> ただこうした一致が垣間見えることと、需要の性質が大きく異なる基準額と住居費とがまったく同じ基準で憲法上審査されるかどうかとは別問題である。むしろ住居費が相対的に他の需要と区別可能であるがゆえ、基準額(の審査)におけるような需要間の相互流用の可能性を住居費にあてはめることはできず、すなわち住居費(の適切性)はそれ自体が独立して(すなわち一定のデコボコの発生を前提とせず)最低生活保障需要の充足に必要なかつ十分かが、とりわけ手続的視角から審査されることになる。Sabine Knickrehm, Schlüssiges Konzept, »Satzungslösung« und Anforderungen des BVerfG vom 9.2.2010, SRa 2011, 125, 126, 130.

う意味で、第2編第22a条以下による場合も、とりわけ需要充足原理に基づく需要把握という観点が当てはまるとの指摘が、少なくとも規定の枠組みからは可能なのである。

その限りでしかし、住居費の適切性というドイツ法における最重要問題の決定版はいまだ生まれず、従前の行政に対する司法コントロールに加えて、法律よりも下位の規範設定いかんという現実の動きになおも左右されていくことになる。項をあらためて、条例制定権導入後の最新動向を追ってみることとする。

### 3.3.6 2011年改正の意義：各州の動向

#### (1) 州法の必要性

第2編第22a条は、自治体に直接条例制定権を付与するのではなく<sup>\*169</sup>、州法を介する形式を採用しているため、その属する連邦州が対応する法的根拠を創設しない限り、そもそも自治体は条例制定権を行使しえない。すなわち条例制定権行使の前提となる州法が果たしてどの程度制定されるかが第2編第22a条以下による新ルールのいわば首根っこを握っていることになる。2014年5月時点で、条例制定権に関する規定を州法（またはそれに準ずる法形式）に備えているのは、把握している限りで、全16州のうち4つの連邦州である。

<sup>\*169</sup> なお連邦が（州を飛び越えて）直接自治体に業務を委譲することは現在基本法で禁止されている（GG第84条第1項第7文）こととの関係では、自治体が住居費給付を管轄すること（第2編第6条第1項第1文第2号）はこの委譲禁止ルール（いわゆる第一次連邦制度改革によるもの）の成立前に決定されており、かつ、第2編第22a条以下に基づいて条例を制定するとして、条例を制定すること自体は新たな業務になる可能性があるがこれは連邦法ではなく州法に基づくという形態をとるため憲法違反の問題は生ぜず、また制定した条例に基づいて住居費を給付することは、本則の第2編第22条に基づく執行形態における場合と（すでにその管轄とされている）業務の性質自体に変化はないため、やはり違憲性は回避される。州を介することは、求職者基礎保障の分野において連邦と州の協働を定めたGG第91e条の趣旨にも沿うものである。

(2) ヘッセン州

新ルールにもっとも機敏に反応したのがヘッセン州であり、同州における第2編の施行法<sup>\*170</sup>に新たに以下の第4a条が挿入されている。

第4a条〔住居および暖房に対する適切な費用の額の決定に対する条例制定権限〕

自治体主体は、社会法典第2編第22a条第2項、第3項、第22b条および第22c条の基準に従い、条例により以下の各号をおこなう権限が付与される。

1. 各領域における住居および暖房に対する適切な費用の額を決定すること
2. 各領域における住居および暖房に対する需要を毎月の定型額により考慮すること

このヘッセン州における条文追加は、2013年6月10日の施行法改正<sup>\*171</sup>によるものであるが、もともこの改正法は第2編における給付主体改革に連動して準備されたものであり<sup>\*172</sup>、条例制定権に関する規定の挿入は、連邦における2011年改正を受けて急遽提案された<sup>\*173</sup>という経緯がある。そもそも連邦における2011年改正自体は、2011年3月24日制定の改正法によるものであり、連邦憲法裁判所違憲判決による期限

<sup>\*170</sup> Hessisches OFFENSIV-Gesetz vom 20. Dezember 2004 (GVBl. I S. 488), zuletzt geändert durch Art. 22 Zweites Dienstrechtsmodernisierungsgesetz vom 27. Mai 2013 (GVBl. S. 218).

<sup>\*171</sup> Gesetz zur Änderung des Hessischen OFFENSIV-Gesetzes und anderer Rechtsvorschriften vom 10. Juni 2011 (GVBl. I S. 302).

<sup>\*172</sup> Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen OFFENSIV-Gesetzes und zur Änderung der Verordnung über die Schiedsstelle nach § 80 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 16. Februar 2011 (Hessischer Landtag Drucksache 18/3725).

<sup>\*173</sup> Änderungsantrag der Fraktionen der CDU und der FDP vom 4. Mai 2011 (Hessischer Landtag Drucksache 18/3992, S. 4).

設定との関係で基準額給付に関わる改正法の主要部分は2011年1月1日に遡って適用が開始されたが、基準額給付とは関係のない住居費給付にかかる第2編第22a条以下等は、2011年4月1日からの施行とされた。しかしヘッセン州はこれに気づかず同州の施行法の改正適用時点を2011年1月1日に遡らせたため、連邦法レベルでは第2編第22a条以下がはまだ効力を発していないのに、同州の施行法第4a条だけが有効となるという一種の立法ミスを犯している。逆にいえば、ヘッセン州は機敏すぎるほどに2011年改正を待ち構えていたということである。

なおこの修正法案における第4a条追加の趣旨として、立法理由書では、「これにより自治体の行動の余地が拡大する。住居費の適切な額を個別の場合に応じて定めることはなおも可能であり」、これと条例制定とで「どちらの道を選ぶかは、各地域それぞれの事情によるものであって、ゆえに自己責任に基づく各自治体の決定に委ねられる」点に触れており、この限りでは州として積極的に条例制定を勧奨するのではなく、あくまで選択肢の増加という狙いを強調している。

### (3) ベルリン州

同じくトップランナーに属するのがベルリン州である。同州は、いわゆる都市州(Stadtstaat)の一つであり、連邦州であると同時に一つの自治体でもあるという、特殊な形式を有している(他にはハンブルク州、なおブレーメン州はブレーメンおよびブレーマーハーフェンという二つの市から構成される)。基礎保障の管轄に関連して、第2編は、「ベルリン、ブレーメン、ハンブルクの各州政府には、行政庁の求職者基礎保障管轄に関する本法の規定を、州独自の行政機構に適合させる権限を付与する。」(第2編第6条第3項)という定めをおいているが(2005年1月1日の法施行前に、いわゆるオプション自治体の仕組みを導入する法改正<sup>\*174</sup>がなされた際に追加された条項)、これに対応してベルリン州は第

<sup>\*174</sup> Gesetz zur optionalen Trägerschaft von Kommunen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (Kommunales Optionsgesetz) durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 2014).

2編の施行法<sup>\*175</sup>の第1条で、「社会法典第2編第6条第1項第1文第2号の意味にいう求職者基礎保障における自治体主体は、ベルリン州とする。」との規定をおいている。ここで条例制定権を定める第2編第22a条は、「ベルリン州およびハンブルク州は、第1文に規定される条例に代えて法設定形式でこれを定める。プレーメン州は第3文による規定をおこなうことができる。」(同第1項第3文、第4文)としており、すなわちベルリン州およびハンブルク州は、条例(Satzung)ではない法設定(Rechtsetzung)の形式によることとしている。よって形式上の州法(Landesgesetz)によるか、あるいは州法より下位の法規定(Rechtsvorschriften)によるか、どちらかを選択することとなるのである<sup>\*176</sup>(プレーメン州はさらに特殊で、都市州としてもその他の連邦州(Flächenland)としても行動できる)。なお前者の場合はもちろん、後者の場合も、第2編第22b条や第22c条の基準は準用され、また、州法による場合も、条例に対する特殊な統制手続(SGG第55a条)が適法におこなわれる<sup>\*177</sup>。

ベルリン州は、2011年1月1日にあらためて施行法を施行し(いわゆるジョブセンター改革に適合させたもの)<sup>\*178</sup>、引き続く同年7月13日の改正法<sup>\*179</sup>により、以下の第8条を追加した。

#### 第8条〔住居および暖房に対する適切な費用〕

市政府は、社会法典第2編第22a条第1項第3文に基づいて、社会法

<sup>\*175</sup> Gesetz zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (AG-SGB II) vom 7. September 2005 (GVBl. S. 467) (außerkräfttreten).

<sup>\*176</sup> BT-Druscksache 17/3404 S. 100.

<sup>\*177</sup> Berlitz in LPK-SGB II § 22a Rn. 13; Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 15.

<sup>\*178</sup> Gesetz zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (AG-SGB II) vom 15. Dezember 2010 (GVBl. S. 557), zuletzt geändert durch Artikel IV des Gesetzes zur Änderung des Schulgesetzes, des Kindertagesförderungsgesetzes und weiterer Gesetze vom 13. Juli 2011 (GVBl. S. 344).

<sup>\*179</sup> Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes, des Kindertagesförderungsgesetzes und weiterer Gesetze vom 13. Juli 2011 (GVBl. S. 344).

典第2編第22a条ないし第22c条に基づく法規定により、ベルリン州における住居および暖房に対する費用が適切になる額を定める権限が付与される。

立法理由書<sup>\*180</sup>は以下のようにいう。「この規定には、紛争や訴訟の数を著しく減少させようという狙いがある。従前の行政規則による規律(AV Wohnen)には、行政内部に対する効果しかなく、とりわけ社会裁判所を拘束するものではない。……社会法典の規定を実施するため、社会保障を管轄する州の専門行政部に対して、法令による法設定をおこなう権限を授与するものである。」としている。州でもあり基礎自治体でもあるベルリンの特殊性との関係で、この段階では行政府としての州政府に法令(Rechtsverordnung)制定権限を与えるという選択をしたことになる。このための法令は実際に制定されるが、司法統制の対象となっているため、以下であらためて検討する。

#### (4) シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州

2012年に入り、シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州が州法上の根拠を新たに定めた。第2編の施行法<sup>\*181</sup>に以下の第2a条が追加されている(2012年4月27日改正法<sup>\*182</sup>)。

#### 第2a条〔条例制定権〕

<sup>\*180</sup> Vorlage - zur Beschlussfassung - Gesetz zur Änderung des Schulgesetzes, des Kindertagesförderungsgesetzes und weiterer Gesetze vom 3. Mai 2011 (Parlament Berlin Drucksache 16/4093).

<sup>\*181</sup> Gesetz zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6 b Bundeskindergeldgesetz vom 27. Mai 2011 (GVOBl. S. 146), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6 b Bundeskindergeldgesetz vom 13. Dezember 2013 (GVOBl. S. 516).

<sup>\*182</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6 b Bundeskindergeldgesetz vom 27. April 2012 (GVOBl. S. 509).



郡および郡に属しない市は、SGB 第 2 編第 22a 条第 1 項第 1 文の基準に従い、住居および暖房に対する費用が適切になる額を条例により定める権限が付与される。

この第 2a 条追加に関する立法理由書<sup>\*183</sup>には、「シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州内の郡および郡に属しない市から、適切性条例のための権限付与に対する関心が寄せられたところである。彼らは、自治体における自治行政および自治体議会の強化に条例制定権がつながるとして支持している。住居費および暖房費の適切性の決定過程を条例によって透明化するうえで、自治体条例の制定手続がそれに適しているとも主張しているのである。」とあり、自治体側からの働きかけがあったことが示されている。

#### (5) ザクセン州

把握されている限りでもっとも新しいのがザクセン州である。同州における施行法<sup>\*184</sup>に以下の第 9a 条が挿入された(2014 年 4 月 2 日改正法<sup>\*185</sup>)

第 9a 条〔住居および暖房に対する適切な費用の額の決定に対する条例制定権限〕

(1) SGB 第 2 編第 6 条第 1 項第 1 文第 2 号に基づく自治体主体として

<sup>\*183</sup> Gesetzentwurf der Landesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6b Bundeskindergeldgesetz vom 9. Januar 2012 (Schleswig-Holsteinischer Landtag Drucksache 17/2159, S. 2).

<sup>\*184</sup> Sächsisches Gesetz zur Ausführung des Sozialgesetzbuches vom 6. Juni 2002 (GVBl. S. 169), zuletzt geändert durch das dritte Gesetz zur Änderung des Sächsischen Gesetzes zur Ausführung des Sozialgesetzbuches vom 2. April 2014 (GVBl. S. 230).

<sup>\*185</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Sächsischen Gesetzes zur Ausführung des Sozialgesetzbuches vom 2. April 2014 (GVBl. S. 230).

の郡および郡に属しない市は、SGB 第 2 編第 22a 条第 1 項第 1 文、第 2 項第 1 文、同第 2 文、第 3 項、第 22b 条および第 22c 条の基準に従い、条例により以下の各号をおこなう権限が付与される。

1. 各領域における住居および暖房に対する適切な費用の額を決定すること
  2. 各領域における住居および暖房に対する需要を毎月の定型額により考慮すること
- (2) (省略)

立法理由書<sup>\*186</sup>では、条例の制定が法の簡素化につながりうることを指摘する以外は、他州と同様の利点に触れられているだけである。むしろザクセンの特徴は、当初の提案（2012 年 7 月）から法案の可決まで約 2 年を要している点である。同州は他の連邦州と異なり、施行法は第 2 編以外の社会法典も対象にしているため（このようなパターンは他にはバイエルン州のみ）、改正内容が他の編に関する部分にも及ぶことから審議に時間がかかるという一般的な背景があるので、必ずしも条例制定権の規定が火種になっているわけではない。第 9a 条に関する法案は修正協議を経ても原案通りである<sup>\*187</sup>。

#### (6) 特徴

条例制定権の制度化から丸 3 年を経て、全体の 4 分の 1 の州で対応する州法が成立していることを、少ないと見るか、徐々にではあるが伸びてきていると見るかは、単純に評価の問題であるが、導入に至っていない連邦州では、自治体の側から州法制定に対する要望が上がっていない

<sup>\*186</sup> Gesetzentwurf der Staatsregierung: Drittes Gesetz zur Änderung des Sächsischen Gesetzes zur Ausführung des Sozialgesetzbuches vom 26. Juli 2012 (Sächsischer Landtag Drucksache 5/9812, S. 12).

<sup>\*187</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Soziales und Verbraucherschutz zu Drs 5/9812 vom 3. März 2014 (Sächsischer Landtag Drucksache 5/13799).

ことが主因だといわれている<sup>\*188</sup>。今後の方向性はいまだ不明であるが、いずれにせよ、現時点で立法化された4つの例からは、次の特徴を看取することができる。

第一に、州法における立法内容は大きく二つのパターンに分かれている。ヘッセン州およびザクセン州は、条例制定権限を適切性の確定および住居費の定型化を両方含むものであり、対して、ベルリン州およびシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州は、適切性の確定にのみ権限を絞っている。例えばシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州で住居費の定型化が外れた理由は、「定型化条例は、自治体において予想される人員およびコストを鑑みると、経済的には意義が乏しいように思われる。加えて住居費および暖房費の定型化には憲法上の観点から大いなる懸念がもたれている。よって権限は適切性にかかる条例に限定することとする。」<sup>\*189</sup>とされ、定型化を可能とする際の前提条件の一つである経済性の原則(第2編第22a条第2項第1文)を考慮したこと、さらに定型化に対する憲法上の疑念の存在に鑑みたことが分かる。

第二に、とりわけ適切性の確定について、法では自治体に条例制定の権限を付与するだけでなく、条例制定を義務づけることも認められているが、このような例は4つの州いずれにも見られない。義務づけまでいくと自治体行政に対する過度の侵害になるとして憲法上の疑義すら示されている<sup>\*190</sup>ことに配慮したものであろう。同じく法では、条例制定に関して事前に州の同意を得るような仕組みを導入することも可能であるとされるが、やはり同意をシステム化した州はない。

そもそも全連邦州のうち4分の3が州法を制定しておらず、また実際

<sup>\*188</sup> Arno Wettlaufer, SGB II-Satzungslösung: Landesgesetz, KdUH-Normsetzung und Zwischenbilanz, VSSR 4/2013, 221, 224 ff.

<sup>\*189</sup> Gesetzentwurf der Landesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6b Bundeskindergeldgesetz vom 9. Januar 2012 (Schleswig-Holsteinischer Landtag Drucksache 17/2159, S. 6).

<sup>\*190</sup> Berlit in LPK-SGB II § 22a Rn. 5.

の立法例を見ても、半分は定型化を対象から外しており、かつ条例の制定自体に対して州はかなり控えめなポジションをとり、自治体の意向や意欲を尊重しようとしていると考えられる。その限りで、連邦全体としては住居費に関する条例の制定という新システムに抑制的に対応しているということができよう。

### 3.3.7 2011年改正の意義：実務への波及

#### (1) 導入の実例（その一）

形式上の条例ではなく、都市州としての特殊性に鑑みた法令という形式であるが、連邦ではじめて実質的な意味での住居費に関する法規定を定めたのがベルリン州である<sup>\*191</sup>。ベルリン州では立法府としての州議会 (Parlament) が行政府としての州政府 (Senat) に法令 (Rechtsverordnung) の制定権限を与えるという方式が選択されており、州政府がこの権限を行使して、2012年4月3日に「社会法典第2編および第12編に基づく住居および暖房に対する適切な費用に関する法令」<sup>\*192</sup>を制定している。

ベルリン州は連邦の首都であり、人口約340万人というドイツ随一の都市である。人口密度も4000人/平方キロメートルに迫るが、公園や緑地が多く、数字ほどの過密さは感じさせない。ベルリンは連邦州でもあり基礎自治体でもある。現在、市域は12の区 (Bezirk) に区分されているが<sup>\*193</sup>、これらは日本でいうところの行政区であり、自治体としての地

<sup>\*191</sup> Ausführlich dazu Nicole Stürmann, Wohnen und Hartz IV, Grundeigentum 2012, 1002.

<sup>\*192</sup> Verordnung zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (Wohnaufwendungenverordnung - WAV) vom 3. April 2012 (GVBl. S. 99), zuletzt geändert durch Art. 1 WAV-Fortschreibungsverordnung 2014 vom 11. Februar 2014 (GVBl. S. 63).

<sup>\*193</sup> 1990年の再統一後、ベルリンは東西の行政区 (計23区) をそのまま存置したが、2001年の行政改革により12区に再編し、行政区の権限を強化すると同時に、区間の

位、資格や権能はベルリン州がベルリン市として保持している。なお第2編との関係では、ベルリン州は雇用エージェンシーと共同で制度を運営しており、そのための共同機関（gemeinsame Einrichtung）（いわゆるジョブセンター改革後）もこの12の行政区ごとに設置されている。

この法令は8箇条で構成され(第1条〔適用範囲〕、第2条〔定義規定〕、第3条〔データ根拠〕、第4条〔適切性の全体的上限〕、第5条〔一平米当たり家賃〕、第6条〔個別的適切性の確定に関する住居および暖房に対する特別の需要〕、第7条〔検査および新規確定〕、第8条〔発効〕)、さらに、第3条および第4条に限度額表が付けられ、最後に理由ないし根拠が規定されている。

具体的な数値に関わる限度額表は、詳しくは、住居費、暖房費、住居費と暖房費の合算、各戸式給湯でない場合の加算額の計4つが示されている。以下、主要部分を抜き出してみる。

附則第1（第3条第4項関係）

別表A（第3条第4項第1文および第5条第2項関係）

1	2	3	4	5	6
需要共同体の人数	抽象的に適切な住宅の規模	2011年家賃一覧表に基づく付随費用を含まない暖房抜き家賃（需要共同体の規模ごとの簡素な居住水準からの加重平均）	2011年家賃一覧表付表に基づく暖房費を含まない経常費	暖房抜き構成要素の基準値（欄3たす欄4）	暖房抜き構成要素の基準値（欄2かける欄5）
	平米	ユーロ/平米	ユーロ/平米	ユーロ/平米	ユーロ月額
1人	50	4,91	1,44	6,35	317,50
2人	60	4,91	1,44	6,35	381,00

人口アンバランスを可能な限り解消した。2012年末時点で、人口最大はパンコウ（Pankow）で36万4794人、最小はシュパンダウ（Spandau）で21万8935人である。

3人	75	4,86	1,44	6,30	472,50
4人	85	4,86	1,44	6,30	535,50
5人	97	4,93	1,44	6,37	617,89
1人増えるごとに	+12	4,93	1,44	6,37	76,44

別表B (第3条第4項第2文関係)

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
ガス供給主体	建物面積	価格(平米/年)	価格(平米/月)(欄3わる12)	需要共同体1人の上限値(欄4かける別表2.1.の欄2)	需要共同体2人の上限値(欄4かける別表2.1.の欄2)	需要共同体3人の上限値(欄4かける別表2.1.の欄2)	需要共同体4人の上限値(欄4かける別表2.1.の欄2)	需要共同体5人の上限値(欄4かける別表2.1.の欄2)	需要共同体1人増すごとの上限値(欄4かける別表2.1.の欄2)
	平米	ユーロ	ユーロ月額	ユーロ月額	ユーロ月額	ユーロ月額	ユーロ月額	ユーロ月額	ユーロ月額
石油暖房	100- 250	19,20	1,60	80,00	96,00	120,00	136,00	155,20	19,20
	251- 500	18,20	1,52	76,00	91,20	114,00	129,20	147,44	18,24
	501-1000	17,30	1,44	72,00	86,40	108,00	122,40	139,68	17,28
	>1000	16,70	1,39	69,50	83,40	104,25	118,15	134,83	16,68
天然ガス	100- 250	17,00	1,42	71,00	85,20	106,50	120,70	137,74	17,04
	251- 500	16,10	1,34	67,00	80,40	100,50	113,90	129,98	16,08
	501-1000	15,40	1,28	64,00	76,80	96,00	108,80	124,16	15,36
	>1000	14,90	1,24	62,00	74,40	93,00	105,40	120,28	14,88
遠隔暖房	100-250	21,60	1,80	90,00	108,00	135,00	153,00	174,60	21,60
	251- 500	20,50	1,71	85,50	102,60	128,25	145,35	165,87	20,52
	501-1000	19,40	1,62	81,00	97,20	121,50	137,70	157,14	19,44
	>1000	18,70	1,56	78,00	93,60	117,00	132,60	151,32	18,72

附則第2 (第4条関係)

別表A (第4条第2文ないし第4文関係)

需要共同体の人数	建物面積	石油暖房	天然ガス	遠隔暖房
	平米	暖房込みの基準値	暖房込みの基準値	暖房込みの基準値
		ユーロ月額	ユーロ月額	ユーロ月額

1	100- 250	398,-	389,-	408,-
	251- 500	394,-	385,-	403,-
	501-1000	390,-	382,-	399,-
	>1000	387,-	380,-	396,-
2	100- 250	477,-	467,-	489,-
	251- 500	473,-	462,-	484,-
	501-1000	468,-	458,-	479,-
	>1000	465,-	456,-	475,-
3	100- 250	593,-	579,-	608,-
	251- 500	587,-	573,-	601,-
	501-1000	581,-	569,-	594,-
	>1000	577,-	566,-	590,-
4	100- 250	672,-	657,-	689,-
	251- 500	665,-	650,-	681,-
	501-1000	658,-	645,-	674,-
	>1000	654,-	641,-	669,-
5	100- 250	774,-	756,-	793,-
	251- 500	766,-	748,-	784,-
	501-1000	758,-	743,-	776,-
	>1000	753,-	739,-	770,-
1人増えるごとに	100- 250	96,-	94,-	99,-
	251- 500	95,-	93,-	97,-
	501-1000	94,-	92,-	96,-
	>1000	94,-	92,-	96,-

後述する二例との関係で、ベルリン州の特徴は、暖房費の適切性にも踏み込んでいること、および住居費と暖房費の合算で適切性を判断することである。第2編第22条の本則では、これらは別々に適切性を判断することになるが、新ルールではオプションとして全体額に対する適切性の確定が許されており(第2編第22a条第1項第3文)、これに沿ったものである。なお附則第1別表Bの欄5ないし欄10の説明部分で、積算根拠にかかる「別表2.1.」は、「附則第1別表A」の間違いである。法令の理由書における叙述の順序で示された表をそのまま張り付けた一種の立法ミスである。

## (2) 導入の実例 (その二)

州法における条例制定権に基づき、条例形式では連邦で最初に条例を制定したのが、フォーゲルスベルク郡 (Vogelsbergkreis) である。2012年12月7日に郡議会で条例案が可決され、2013年1月1日に施行された (「SGB 第2編および SGB 第12編の領域における住居に対する費用の適切性に関するフォーゲルスベルク郡条例」<sup>\*194</sup>)。

フォーゲルスベルク郡は、ヘッセン州中部 (ギーセン行政管区)、フランクフルトとカッセルのちょうど間に位置する。2011年末現在で、人口10万8538人、10の市と9の町村があり、すべて郡に属している。郡内で人口が最大の市町村はアルスフェルト (Stadt Alsfeld) で16222人、最小はアントリフトタール (Gemeinde Antrifttal) で1983人であり、郡全体の人口密度は73人/平方キロメートルとなっている。いわゆる田舎という意味での地方的な郡である。

条例は全部で5箇条からなり (第1条 [適用範囲]、第2条 [データの収集、評価および審査]、第3条 [住居費の適切性]、第4条 [住居に対する特別の需要]、第5条 [発効])、附則として条文の内容に関する理由ないし根拠が規定されている。

ヘッセン州は州法で住居費の定型化も付与する権限に含めているが、同郡ではこの点の定めはおいておらず (つまり適切な費用の確定のみ)、その他の点では、特殊な需要を有する場合の規定や制定理由などと併せて、第2編第22a条以下で求められている内容にほぼ沿ったものとなっている。

この条例では、郡内を二つの領域に区分している (これも第2編第22b条で認められている) ので、比較的人口の多い「地域 I」に適用される

---

<sup>\*194</sup> Satzung des Vogelsbergkreises zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und im SGB XII-Bereich, [https://www.vogelsbergkreis.de/index.php?eID=tx\\_nawsecured1&u=0&g=0&t=1401210606&hash=302f5997a7486eabd0ef6ad66690bd232973659d&file=fileadmin/user\\_upload/Hauptamt/Recht/UK-Satzung1.pdf](https://www.vogelsbergkreis.de/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&g=0&t=1401210606&hash=302f5997a7486eabd0ef6ad66690bd232973659d&file=fileadmin/user_upload/Hauptamt/Recht/UK-Satzung1.pdf)



適切住居費の値を見てみると以下のごとくである(同条例第3条第2項)。なお「地域Ⅱ」はこれよりも1割弱低めに設定されている。

地域Ⅰ					
1	2	3	4	5	6
需要共同体の人数	抽象的に適切な住宅の規模	付随費用を含まない暖房抜き家賃(一平米当たり)	暖房費を含まない経常費(付随費用)	付随費用を含まない暖房抜き家賃および暖房費を含まない経常費への加算額	付随費用を含む暖房抜き家賃(欄2かける欄5)
1人	50 m <sup>2</sup>	4,65 €	1,50 €	6,15 €	307,50 €
2人	62 m <sup>2</sup>	4,33 €	1,69 €	6,02 €	373,24 €
3人	74 m <sup>2</sup>	4,51 €	1,50 €	6,01 €	444,74 €
4人	86 m <sup>2</sup>	4,35 €	1,38 €	5,73 €	492,78 €
5人	98 m <sup>2</sup>	3,82 €	1,31 €	5,13 €	502,74 €
1人増えるごとに	+12 m <sup>2</sup>	3,75 €	1,31 €	5,06 €	+60,72 €

なおフォークルスベルク郡は2005年の制度開始以来、自治体単独管轄(かつてのオプション自治体)である。

### (3) 導入の実例(その三)

続いて、シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州の郡に属しないいわゆる独立市であるノイミュンスター市(kreisfreie Stadt Neumünster)が条例を制定している(「SGB第2編およびSGB第12編の領域における住居に対する費用の適切性に関するノイミュンスター市条例」、2013年11月28日制定、2013年12月1日より施行<sup>\*195</sup>)。2014年5月時点で、ドイツで最新の事例だと思われる。

ノイミュンスター市は同州のほぼ中央に位置し、州都キールから南へ

<sup>\*195</sup> Satzung der Stadt Neumünster zur Angemessenheit der Aufwendungen für die Unterkunft im SGB II- und im SGB XII-Bereich vom 28.11.2013 (KdU-Satzung), [http://www.neumuenster.de/cms/files/4.3\\_kdu-satzung.pdf](http://www.neumuenster.de/cms/files/4.3_kdu-satzung.pdf)

電車で20分程度の距離にある。州内では4番目の人口(約7万8800人)を擁し、人口密度は1000人/平方キロメートルあるなど、フォーゲルスベルク郡とは異なり、いわゆる都市部を形成している。ノイミュンスター市は第2編の実施に関しては雇用エージェンシーとの間で共同機関を設立する方式を選択している(ただしいずれもジョブセンター(Jobcenter)と称する)。

条例は、第1条〔適用範囲〕、第2条〔データの収集、評価および審査〕、第3条〔住居費の適切性〕、第4条〔住居に対する特別の需要〕、第5条〔暖房費〕、第6条〔省エネ住宅における特例〕、第7条〔発効〕の計7箇条からなっている。いわゆるエコ住宅についての特例を入れる(ドイツでもかなりの北部に位置することが関係していると思われる)ところに特徴が見られるが(なお暖房費に関する第5条は、条例内で暖房費の適切性を定めるものではなく、連邦全体にかかる値<sup>\*196</sup>に従う旨を規定している)、その他の条文は、その並びも含めて先行事例に基本的に範をとったものと思われる。制定理由ないしデータ上の根拠も附則として規定されている。

住居費の適切性について、同市は市全域を対象とする値を以下のように定めている(同条例第3条第2項)。なおエコ住宅については若干高めの金額となっている。需要共同体の人数が7人以上の場合、適切性審査は個別事例ごとにおこなわれるとされる。

1	2	3	4	5	6
需要共同体の人数	抽象的に適切な住宅の規模	付随費用を含まない暖房抜き家賃(一平米当たり)	暖房費を含まない経常費(付随費用)	付随費用を含まない暖房抜き家賃および暖房費を含まない経常費への加算額	付随費用を含む暖房抜き家賃(欄2かける欄5)

<sup>\*196</sup> BSG, Urteil vom 2. Juli 2009 - B 14 AS 36/08 R, BSGE 104, 41.

1人	45 m <sup>2</sup>	4,86 €	1,48 €	6,34 €	286,00 €
2人	55 m <sup>2</sup>	4,65 €	1,43 €	6,08 €	335,00 €
3人	70 m <sup>2</sup>	4,70 €	1,36 €	6,06 €	425,00 €
4人	80 m <sup>2</sup>	4,71 €	1,29 €	6,00 €	480,00 €
5人	90 m <sup>2</sup>	4,60 €	1,37 €	5,97 €	538,00 €
6人	100 m <sup>2</sup>	4,64 €	1,19 €	5,83 €	583,00 €

#### (4) 整理

フォーゲルスベルク郡の場合、ヘッセン州で州法が成立したのが2011年6月であるから、条例の可決成立(2012年12月)までちょうど一年半かかっている。ノイミュンスター市では、シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州の州法改正(2012年4月)から数えて、1年と7ヶ月(2013年11月条例制定)を要している。対してベルリン州は、2011年7月の州法改正から2012年4月の法令制定まで9ヶ月と、他の二例より格段に早い。普通の連邦州は州の立法機関と各地の自治体とにいろいろな意味で距離がある(つまり両者は別の存在である)が、ベルリン州ではこれは当てはまらない。州の立法機関と執行機関の近さ、あるいは州法における条文追加を提案するのが州政府そのものであるという事情によるものであろう(なおこの点を敷衍すると、条例制定権の利点としてよく挙げられる地方における民主的正統性の議論はベルリン州には当てはまらない。都市州がそもそも例外的存在であり、第2編の住居費の適切性を340万人で議論できるかという問題もあるが、他の2事例と比べれば受給者にとっての受容度が低いことは否めない)。

規定の内容では、適切性の対象に暖房費を含むかどうかで方向性の違いが出ている。住居費の適切性は、いずれの例も、判例で承認されてきた社会住宅建設における面積の基準と一平米当たり家賃との掛け合わせ(「積算理論」)により算出されており、その限りでもオーソドックスな内容であるといえる。また、三つの事例すべてで、条例ないし法令は、第2編のみならず第12編の領域でも適用されることが、すでにその名称からして予定されている。第12編は、第2編第22a条以下に基づく条例が

存在する場合、一定の要件のもと(「特殊な住居暖房需要を有する者について特別の規定が第2編第22b条第3項に基づいておかれかつ高齢者の需要が追加的に考慮される限りで」)、その準用を規定している(第12編第35a条)ことに対応したものである(論理的には、第2編の領域のみを適用対象としていてもこうした要件を満たす限り第12編の領域に準用されるため、確認的な意味合いが強い)<sup>\*197</sup>。

### 3.3.8 2011年改正の意義：司法による統制

#### (1) 二郡市の場合

フォーゲルスベルク郡の条例に対して、先述した特殊な司法手続(SGG第55a条)が進んでいるとの情報には接していない。反対にノイミュンスター市の条例については、州社会裁判所に対して規範統制訴訟が申し立てられたことが報じられているが<sup>\*198</sup>、係属中のようであり(L11 AS 24/14 NK)、審理の動向は現時点で不明である。

#### (2) ベルリン州の場合(ベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所)

これに対して、ベルリン州は司法統制がもっとも進んでいる。前述したように第2編第22a条以下の領域では規範統制が州社会裁判所に集中させられているので、案件の係属はベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所となる。この問題に関する初の判断が、同裁判所2012年8月7日判決である<sup>\*199</sup>。

<sup>\*197</sup> なお、連邦で最初の例がベルリン州(2012年4月法令制定)であるため、条例制定の例はいまだにないとするあるコンメンタール(第4版)の記述(Grube in Grube/Wahrendorf SGB XII, 4. Aufl. 2012, § 35a Rn. 2)は「はじめに」の日付(2012年3月)を見る限り誤りではないが、第5版でも当該記述は更新されておらず(Grube in Grube/Wahrendorf SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 35a Rn. 2)、その点では(第12編第35a条の要件充足を確認しなければならないとはいえ)不正確である。

<sup>\*198</sup> Holsteinischer Courier, „Gericht soll Sozialmieten überprüfen“ vom 12. März 2014.

<sup>\*199</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 7. August 2012 - L 36 AS 1162/12 NK, BeckRS 2012, 73090.

事案は以下の通りである。当初は第2編を受給していたが障害年金を受けるようになったことに伴い第12編受給に転じた申立人は、2011年3月に大家から家賃の値上げを告げられ、これに対応して区役所は2011年4月から2011年9月までについて値上げされた家賃全額を考慮する決定(2011年3月28日付け)をおこなった。この決定に対する異議について、区役所は2012年3月まで家賃全額を承認する内容に変更した(住居費抑制期間の延長)。2011年12月7日に区役所は、2012年1月1日から2012年12月31日までの期間について、2012年4月1日以降の住居費および暖房費の引き下げを予定した給付をおこなうことを決定した(ただし2012年4月に、同月分については2012年5月1日に施行される法令に鑑みて引き下げをおこなわないことが告げられている)。2012年5月9日、区役所は2011年12月7日の決定を変更し、住居費と暖房費の実費を2012年10月まで引き受けることとした。これに対する異議が退けられたため、ベルリン社会裁判所に出訴した。このなかで、法令における適切な費用の算出に問題があるとして、規範統制を申し立てた。

これに対してベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所は、不適法却下の判断を下した。「申立て適格は審査の対象となる規範が適用される者のみに帰属する」が、ベルリン州の法令である「WAVは、SGB第12編第35条に基づく住居および暖房に対する給付には適用されない」。すなわち、第12編の枠組みにおける「住居費がWAVに基づいて決定されるための要件は、WAVが、特殊な住居暖房需要を有する者に対してSGB第2編第22b条第3項の意味にいう規定を有し、かつ、高齢者の需要を追加的に考慮することである。これらの要件は同時に満たされる必要がある。いずれにせよWAVには後者の要請を満たす規定が欠けている。」「WAN第6条第2項いわく：特別の理由のある個別事例については、第4条に基づく基準値は、社会的理由に基づき、および過酷事例にあって、100分の10までこれを超えることができ、それはとりわけ……居住年数が比較的長期であること(少なくとも15年)、重要な社会的つながりがあること(子どもの通学、ケア施設、児童全日保育施設など)、扶助受給

者が60歳を超えること……である。WAV第6条第3項いわく：第4条に基づく基準値の超過は、個別に高額な暖房需要を有する者（健康上の理由、加齢に伴う理由など）についても、基準値の超過がそれのみを理由とする場合、適法である。WAV第6条第4項いわく：通所型の居住形態の場合（ケア付き個室、ケア付き共同住宅、治療型共同住宅、共同での通所型介護を確保するための共同住宅（認知症など）等）、第2項を準用する。」「これらの規定にはしかし、SGB第12編第35a条で前提とされているような「高齢者の需要の追加的な考慮」が含まれていない。」WAV第6条の規定は「その内容、由来、理由付けからして、……一般的に根拠とされるべき需要状況に応じて適切性の確定の修正をおこなうところの（抽象的な）規定ではなく、過酷を回避するという結果から出てきた規定である。」「高齢者に特別の住居需要を考慮するための抽象的な規定はWAVには見られないのであって、とりわけWAV第6条第2項における過酷事例の規定は……、SGB第12編第35a条第1文の要請を満たすものではない。なぜならこれらの過酷事例規定は、高齢者の特別の需要を考慮に入れたものではないからである。」(Rn. 19 f., 23 ff., 46, 50)

以上の判旨から明らかのように、結果が却下なので実体判断を避けたいと考えるべきではなく、むしろ、第2編と第12編の特殊な関係を前提に、第2編第22a条以下の枠組みに基づいて制定された法令が、第12編にその有効性を延長するための条件を成就しないという判断を前提に、規範統制の申立人が第12編給付の受給者であることから、法令の適用が及ばない申立人はその適格を欠く、という論理構成である。法令では確かに、年齢等の場合を挙げて、基準値のオーバーを一律10パーセントまで認めることが定められているが、ベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所はこれを、一般的抽象的に高齢者に特有の住居需要を認めたものでもなく、また、10パーセントオーバーはあくまでそれが許されるだけであり、その高齢者に実際にどれだけの追加的な住居需要があるのかは調査も判断もされないとし、第12編の領域においては当該法令は適用されないとしたのである。

さらにベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所は 2013 年 4 月 25 日判決\*<sup>200</sup> で、実体的観点から法令の無効を宣言した。

事案は以下の通りである。申立人兩名は、第 2 編給付の受給者であり、いわゆる父子世帯を構成している(1966 年生まれの父、2007 年生まれの息子)。彼らは 3 部屋ある約 83,91 平米の住居に住んでおり、家賃は経常費と暖房費込みで月 578,26 ユーロである(2012 年 1 月 1 日以降、家賃本体が 406,96 ユーロ、経常費および暖房費はいずれも月 85,65 ユーロの前払い)。2009 年 12 月 29 日の決定で管轄基礎保障主体は申立人に対し、2010 年 6 月 30 日までに適切とみなされる総額月 444 ユーロに抑制するよう指導した(これは当時のベルリンの行政規則 (AV Wohnen) に基づき 2 人世帯にとって適切とされた額である)。期限徒過後、管轄主体は住居費および暖房費を総額月 488,40 ユーロでのみ承認した(当時の行政規則にある单身養育者に対する 10 パーセントの加算を適用した額)。法令の施行に伴い、住居費および暖房費は月 534,60 ユーロとなった(経常費と暖房費込みの 2 人世帯に適用される 475 + 各戸給湯でない場合の追加額 11 = 486 ユーロから、单身養育者に対する 10 パーセントを加算した額)。この金額では住居費および暖房費の実費をカバーでないため、規範統制を申し立てたものである。

判決では、先行事例に対してこのケースでは申立て適格を問題なく肯定し(第 2 編給付受給者であるため)、実体部分について以下のように判断した。すなわち、ベルリン州の法令における授權規定がいちおう妥当な内容であり、法令中の規定も授權の内容に適合しているとしつつ、「WAV は基本的に SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文で要請される方法に従って適切な暖房抜き家賃および経常費を決定している。……〔ここでとられている算出の〕モデルは論理的構想の成立に必要な要請を満たすに十分なものである。」「しかし暖房抜き家賃および経常費において必

\*<sup>200</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25. April 2013 - L 36 AS 2095/12 NK, juris.

要でありかつその通りにおこなわれたような、論理的構想にかかる努力は、抽象的に適切な暖房費の確定については同じ方法ではなされなかった。これは、影響のある要素における流動性や不均一性が高いがゆえ、その確定には非常に多くの困難が伴うことによるものかもしれない。……〔エネルギー価格、冬の厳しさ、建物の構造、暖房の種類、暖房期間、室内温度などにより〕暖房の適切な程度としての請求権の根拠はこれまで未確定のままである。こうした事情から、適切な暖房需要の決定は、現在、一般的かつ実態に即した適切性の限度の形成というモデルに基づくのではなく、SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文の枠内において、それを超過すると非経済的な暖房行為を推定させるところの限界値までは実際の費用を引き受けるということが引き出される。その限界値とは、「連邦レベルの暖房一覧表」の値である。」WAV は暖房費を含めた適切性の全体的上限を定めているが、これは住居費と暖房費との間で一種の融通を利かせられる一方、暖房費が連邦レベルの暖房一覧表という非経済性の考えに立脚した数値によって構成されている、すなわち抽象的な需要を代表するものではない以上、両者を混合することは、適切性上限としておこなわれる給付が法律で基準となる需要にもはや対応しなくなるという点で結果に混乱をもたらすのであり、「よって、適法に形成されるところの適切性の全体的上限は、方法上受け入れられるかたちで調査した抽象的に適切な暖房需要の値を用いなければならないのである。」(Rn. 61 ff.)、「適切性の全体的上限がその存立を欠くことから、これは WAV 全体の無効性をもたらす。」一部分の規定を無効としても、他の規定が無意味にならないのであれば、一部のみ無効とすることができるが、「WAV の規定する適切性の全体的上限の無効がもし明らかになったならば、法令制定者が少なくとも暖房費抜き家賃を参照家賃として定めていたであろうようなことは認定できない。暖房抜き家賃の確定が……そのまま自動的に支給すべき金額になるのであればそういうこともいえるだろうが、こうしたことは〔法令の理由書では〕述べられていない。」(Rn. 72 f.)

すなわち、暖房費の適切性を、実際の需要の多寡ではなく非経済性と



いう観点からキャップをはめる実務があり\*<sup>201</sup>、現実に適切な金額を設定することは技術的に困難であることから、これ自体は違法ではないが、連邦社会裁判所の判例では、いずれにせよ住居費の適切性と暖房費の適切性は分けて判断しなければならないことになっており、第2編第22a条以下では条例で両者を合計した適切性の全体的上限を定めることが許されているものの、ベルリン州のようなやり方(平均的ないし類型的な需要をもととした住居費の適切性上限と、極端に使いすぎると適切性審査が入るような非経済性の考えに基づく上限を単純に合計する方式)では、結果としての金額は理論的に混乱したものにならざるを得ず、適切性の上限としてふさわしくない、さらにベルリン州の法令はそうした(不適切な)上限を示すことに主眼があるため、それ自体は適法な住居費の適切性上限を有効としたまま一部のみを無効とすることはできない、と判示したのである。

なおベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所は、2013年9月4日の二つの判決\*<sup>202</sup>でも、2013年4月の判決の内容を確認している。

2012年8月の判決が、第12編の領域に法令(条例)の適用が及ぶか、そしてこの2013年4月の判決が、暖房費にかかる適切性基準が違法になるかどうか、違法の場合に全体の効力はどうなるか、というように、第2編に基づく住居費の適切性というテーマのちょうど外縁部分について判断がなされたといえる。

### (3) 連邦社会裁判所の判断

上記の州社会裁判所判決はいずれも控訴され、上訴審である連邦社会裁判所で審理されているが(B 14 AS 70/12 R, B 4 AS 34/13 R, B 4 AS 52/13 R, B 14 AS 53/13 R)、申立て適格を否定した2012年8月7日判

\*<sup>201</sup> Vgl. Wolfgang Söhner, Heikos 2.0 - das Heilbronner Modell zur Berechnung angemessener Heizkosten, ArchsozArb 2010, 72 ff; BSG, Urteil vom 2. Juli 2009 - B 14 AS 36/08 R, BSGE 104, 41 [Rn. 21 f.]

\*<sup>202</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 4. September 2013 - L 36 AS 1414/12 NK und L 36 AS 1987/13 NK, juris.

決について判断が示されている。

連邦社会裁判所は 2013 年 10 月 17 日判決<sup>\*203</sup> で、まず州社会裁判所が否定した申立て適格につき、「SGG 第 55a 条に基づく申立て手続においても、申立ての資格が欠けるのは、申し立てる根拠との関係で申立人の権利がどのような考慮をおこなっても明白かつ一義的に毀損されえないような場合のみである。」「従って、申立人による住居や場合によっては暖房に対する出費が現在すでにおこなわれまたはおこなわれようとしており、審査の対象となる規範に関する認定がそうした出費よりも遅れてなされ、ゆえに申立人の最低生活給付に対する請求権を決定する効果が問題となることが申立てから少なくともその可能性があるように思われる場合、SGG 第 55a 条に基づく申立て手続は常に開かれることになる。このことは、SGB 第 12 編第 35a 条第 1 項および第 2 項に基づく請求権が問題となる限りでも当てはまる。」「確かに、SGB 第 12 編第 35a 条第 1 項に基づく効力波及要件が問題となる規範の内容から見て存在せずよって SGB 第 12 編の受給者に効力が及ばなくなることは否定されない。しかしながら、申立て適格において、規範にその問題となる効果がありそれ故に申立人に規範統制手続における保護が必要かどうかは、無意味である。SGG 第 55a 条に基づく申立て手続は、単に個人の権利保護を目的とするのみならず、同時に客観的な法の統制をもその狙いとするのである。」(Rn. 21 ff.)とし、州社会裁判所の判断を覆して第 12 編受給者の申立て適格を肯定した。

他方、第 12 編第 35a 条に基づく効力波及要件の未充足は、以下のように判示し、州社会裁判所と同様にこれを否定している。WAV が特定のケースを挙げて 10 パーセントオーバーを容認するのは「抽象的に適切な数値の超過の上限が 10 パーセントに固定されているように映り、その他の非典型的なケースにとっての余地がないがゆえ、連邦法の基準に違反している。」特定の需要状況にある者に対して特別規定を条例に設けるこ

<sup>\*203</sup> BSG, Urteil vom 17. Oktober 2013 - B 14 AS 70/12 R, BeckRS 2014, 67850.

とを求める第2編第22b条第3項に対する違反として、「第一に、WAV第4条に基づく一般的基準値の加増要件の輪郭がはっきりせず、個別事例ごとの対応となっている(「特別の理由のある個別事例については」)。60歳を超える受給者がみな住居費暖房費の増加した給付請求権を持つことが肯定されないのなら、この規定はその要件からしてもSGB第2編第22b条第3項の意味にいう特別規定ではなく、個別ケースにおける行政の判断にこれを委ねるものとなる。」「第二に、承認されるべき特別の需要という無条件の法的効果も規範自体では規律されておらず、個別ケースにおける決定は行政の裁量に任されている(「基準値を超えることができる」)。」「10パーセント条項は、「典型的に特別の住居需要を有する人的集団の構成員を抽象的一般的な効果のある類型化によってSGB第2編第22条第1項第3文の要請〔住居費を抑制する責務〕から解放するというSGB第2編第22b条第3項の保護責務に反している。」「WAV第6条第2項の「特別規定」は、……ベルリンの住宅市場の状況に応じて特別の需要を時代や実態に即して典型的に把握するのとは違う方法に拠って立っている。……〔10パーセントの超過可能性の一つである〕「遠くない時期に費用を充足する収入が見込まれる者」(WAV第6条第2項f)は、その他のグループにも適用される。この値が(法律より下位の規範でおこなえば不適法であるが)政治的な決定に基づくものでないとしても、いずれにせよこれはせいぜいのところ「でたらめ」なものに過ぎないであろう。これはSGB第2編第22条第1項に基づく抽象的な適切性限度の具体化にはまったくもって不十分であり、法律より下位の規範設定の枠内においても不適法である。」(Rn. 39 ff.)

法令の効力波及を否定する結論は州社会裁判所と変わらないが、その理由付けにおいて(「でたらめ」さの指摘など)連邦憲法裁判所の基準額違憲判決をかなり意識している様子がかがわれる。またその内容も、第12編に効力を及ぼすのに不相当だというよりも、法令としてのあるべき水準にそもそも問題があるというようにも受け取れることからして、このベルリン州の法令に対する連邦社会裁判所の厳しい姿勢がかがえ

るといえよう。いずれにせよ連邦社会裁判所は判決の締めくくりとして、「第一に、WAV は SGB 第 12 編の受給者には適用されないことが確認され、第二にこのことは、WAV の名において「第 12 編」の文言を無効と宣言することによってこれを明確にする。」(Rn. 46) としている。

さらに連邦社会裁判所は 2014 年 6 月 4 日判決<sup>\*204</sup> において、ベルリン＝ブランデンブルク州社会裁判所による 2013 年 9 月 4 日判決(二つあるうちのひとつ (L 36 AS 1987/13)) にかかるベルリン州の控訴を棄却し、その違法性を確定させている。

#### (4) ベルリン州のその後の展開

ベルリン州はもともと条例制定権の導入以前より、第 2 編および第 12 編の住居費給付について独自の施行規則 (AV Wohnen)<sup>\*205</sup> を有していた。裁判所がこのような厳しいチェックをする伏線として、実は過去に司法で AV Wohnen の有効性が何度も問題になり、効果が否定される例が少なくなかったことが挙げられる<sup>\*206</sup>。AV Wohnen 自体は、2012 年 4 月の法令制定後は、適切性基準にかかる主要部分を引き継いだ法令と相まって住居費給付の実施についての定めをおこなっているが、それ故にこそ、新たな法令に向ける司法の目が鋭くなっているともいえる。

ベルリン州の法令は、制定後 2 度改正されている。最初の改正<sup>\*207</sup> は 2013 年 8 月、次の改正<sup>\*208</sup> は 2014 年 2 月であり、それぞれ適用される数値の更新が主たる内容である。なお上記連邦社会裁判所の判決 (これ以

<sup>\*204</sup> BSG, Urteil vom 4. Juni 2014 - B 14 AS 53/13 R, <http://juris.bundessozialgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bsg&Art=en&sid=4ad1ee2b12223260848e2a9d9a2de5b&nr=13511&pos=0&anz=1>

<sup>\*205</sup> Ausführungsvorschriften zur Gewährung von Leistungen gemäß § 22 SGB II und §§ 35 und 36 SGB XII (AV-Wohnen) vom 6. August 2013 (ABl. S. 1768).

<sup>\*206</sup> So BSG, Urteile vom 19. Oktober 2010 - B 14 AS 2/10 R, BeckRS 2011, 69030, B 14 AS 50/10 R, NZS 2011, 712 sowie B 14 AS 65/09 R, BeckRS 2011, 69395.

<sup>\*207</sup> Erste Verordnung zur Fortschreibung der Wohnaufwendungsverordnung (WAV-Fortschreibungsverordnung 2013) vom 16. Juli 2013 (GVBl. S. 348).

<sup>\*208</sup> Zweite Verordnung zur Fortschreibung der Wohnaufwendungsverordnung (WAV-Fortschreibungsverordnung 2014) vom 11. Februar 2014 (GVBl. S. 63).

上の上訴は不可能のため確定)により、法令の名称における「第12編」は(そのまま残されてはいるものの)無効となっている。

### 3.4. 新制度の到達点

#### 3.4.1 制度の広がり?

ベルリン州法令の第2編領域にかかる有効性に対する審理はなおも続行中であり、つまり2013年4月の州社会裁判所判決が確定していない以上、実務は同法令に基づいておこなわれている。もし連邦社会裁判所で法令が無効だと宣言されれば、確かに実務上の混乱が引き起こされるが、おそらくその場合、判決の趣旨に従った新たな法令を州政府が制定することになり(議会の議決を要しないのでスピード感はあろう)、そうでなくとも最悪はかつての行政規則(AV Wohnen)を緊急に復活させることで一定の対応は可能であろう。

それにしても、ベルリン州以外は郡部の自治体と都市部の自治体が一つずつ条例制定権を行使しているのみであり、もしベルリン州の法令や\*209、同じく規範統制の対象となっているノイミュンスター市条例\*210の有効性が確定的に否定されるとすると、フォーゲルスベルク郡の労は多とするも、ドイツ全体から見れば、住居費条例はほとんどあっ

\*209 ベルリン州法令は、一平米当たりの家賃の上限を定めることもできるという法律上のオプション(第2編第22b条第1項第3文)を実際に活用した規定(WAV第5条)を設けているが、同条第2項において、実際に居住する住居の一平米当たり家賃が附則第1別表Aの欄3に定める値を50パーセントを超えて上回る場合、暖房費込み家賃(つまり全体額)がたとえ附則第2別表Aの数値内に収まってもそれを適切とはみなさない旨を定めており、連邦社会裁判所が発達させてきた住居費の適切性に関するいわゆる積算理論(適切性に関する個々の要素ではなく全体額の適切性を考慮する理論)との整合性が問われる可能性がある。

\*210 おそらくノイミュンスター市条例の場合、居住空間助成法(Wohnraumförderungsgesetz)に関連する州の行政規則で認められている適切な居住面積の上限(3.2.2 zur Verwaltungsbestimmungen zum Schleswig-Holsteinischen Wohnraumförderungsgesetz (VB-SHWoFG) vom 22. August 2012)よりも5平米狭い基準を条例で定めていることの妥当性が問われることになる。

てないような存在感にとどまることになる。条例制定の前提である州法上の根拠創出も含め、いまだ広がりを見せない理由、換言すれば行政当局を慎重にさせる理由ないし背景を若干検討しておく。

### 3.4.2 「条例による解決」の多面性

#### (1) 推奨の方向性

連邦社会裁判所の時代から公的扶助分野において調査分析を積み重ね、貴重な提言や重要な勧告をおこなってきたドイツ公私扶助協会は、第2編第22a条以下の挿入後、条例制定権の問題について2011年6月に勧告を発している(DV勧告)<sup>\*211</sup>。そこでは、巷間いわれる利点に対して、条例が民主的手続を前提にするため実態や法的状況の変化への対応がむしろ遅れかねないこと、政治的な決定について司法の納得を得られず違法になりうること、手続上の過誤に対する治癒可能性がないこと、本則である第2編第22条に基づく司法の判断基準との関係が明らかでないことが難点として挙げられ、条例による解決を選択する際にはメリットとデメリット、あるいは法的リスクを十分に吟味しなければならないと述べられており、いわば安易に条例制定に向かうことを戒める内容となっている(DV, S. 4 ff.)<sup>\*212</sup>。

連邦交通建設都市発展省(現連邦交通デジタルインフラ省)が連邦労働社会省の協力のもと2013年1月に公表した冊子<sup>\*213</sup>は、自治体による

<sup>\*211</sup> Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen zur Ausführung einer Satzungsermächtigung bei den Kosten der Unterkunft und Heizung im SGB II und XII vom 21. Juni 2011, [http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen\\_archiv/2010/pdf/DV%2013-11.pdf](http://www.deutscher-verein.de/05-empfehlungen/empfehlungen_archiv/2010/pdf/DV%2013-11.pdf)

<sup>\*212</sup> Siehe auch Matthias Köpp, Kosten der Unterkunft und Heizung - Die Satzung nach §§ 22a ff. SGB II, Der Landkreis 2012, 47.

<sup>\*213</sup> Broschüre „Arbeitshilfe zur Bestimmung der angemessenen Aufwendungen der Unterkunft im Rahmen kommunaler Satzungen“, Stand Januar 2011, [http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/BauenUndWohnen/arbeitshilfe-kosten-der-unterkunft-kdu.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/BauenUndWohnen/arbeitshilfe-kosten-der-unterkunft-kdu.pdf?__blob=publicationFile)

条例制定を援助するために、住宅市場の構造や条例制定の効果を主要なポイントごとにまとめておりいろいろな意味で参考になるが、他方、網羅的な記述を全体として頭に入れて条例の原案につなげるには相当の専門知識が必要であり、これを欠く自治体には冊子自体の意義が乏しいともいえ、いわばかゆいところに手が届く程度に問題がもみほぐされていない状況を示唆している。

とりわけ自治体にとっては、多くのデメリットや数々の難解さを「頑張れば乗り越えられる」といわれても、その意欲を「どう」喚起し、「どう」頑張らせるかが具体的に明らかにされない以上<sup>\*214</sup>、人手と労力をあえて割いてまで法的リスクを抱え込む選択をおこなうづらいと思われる<sup>\*215</sup>。

## (2) 当事者の利害関係の多様性

連邦レベルで見ると、かつて連邦政府は自らに与えられた法規命令制定権限をついに行使せず、新法により州にほぼすべての下駄を預けたわけであり、以降は各地でどのような動向になるかをせいぜい観察するだけになった。確かに、立法時の経緯により、第2編で支給される住居費には連邦からの負担金が予定されていることとの関係で、条例で適切性を具体化し、さらにその先の定型化までが広くおこなわれるようになっていけば、前面に出すかどうかは別として、住居費に対する連邦負担を適正化するという政策的意図が中長期的に実現する可能性があるため、そうした点では連邦自体に条例制定の活発化の旗を振るメリットはありそうである。しかし現実には(省レベルで冊子作りをする以外は)様子見に徹している。

その下駄を預けられた連邦州も、該当する州法を実際に規定している

<sup>\*214</sup> なお冊子では、制定手続について「データの精査には3ヶ月程度を見越ししましょう。」「専門的な条例ができるまでは4ヶ月から6ヶ月が現実的です。」というような記述が見られるが(S. 54)、こういう意味での具体性ではない。

<sup>\*215</sup> Uwe Berlit, Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den Kosten der Unterkunft (Teil 1), info also 2014, 243, 246.

のはまだ少数派であり、かつ、法律では許されている条例制定の義務化に踏み切る例は皆無である。その意味では州も管内の自治体に最終決定を委ねている構造である。すでに連邦による法規命令制定権限不行使のころから常々指摘されている、社会裁判所の負担超過との関係では、ドイツでは連邦州が裁判所を設置運営するのが基本的形態であるため、裁判所の負担軽減は州にとって無視できない話題であるものの、全体としての動きはまだ鈍い。連邦と異なり住居費給付に対する負担は一切なく、その意味で住居費の適切性や定型化にニュートラルであることも大きい。もちろんヘッセン州のように第2編の「適正な」実施に熱心な州では、管内の自治体における条例制定を促進していると想定されるので、州の姿勢も大きな要素である。

同時にしかし、すでに存在するケースを見る限り、州法上の規定を創設しない大きな要因は、自治体の側からの要望や突き上げがないことにあるようである。自治体は自らが被告として裁判に関与するだけに、司法リスクの軽減には、本来もっとも敏感なはずである。住居費の適切性審査は、よくケースごとの個別審査 (Fall-zu-Fall, Einzelfallprüfung) だといわれるが、本当に一件一件についていちから審査基準を作ってその当てはめをおこなっているわけではなく、むしろどの自治体にも、適切性を審査するための内部準則が定められており、これに基本的に従いながらケースごとに判断をしている。これはいわゆる行政規則に該当するものであり、行政内部に対する拘束力しかない。条例制定権の意味するところが、こうした内部の規則を条例というかたちで外部化する点にのみあるならば、自治体や自治体連合から州に対して要望を出し、州法の制定を求めることになろう。しかしながら、以下でもあらためて検討するように、すでに存在する行政規則と制定されるべき条例との距離感は決して近くない。実際には、内部準則を作成する以上のコストをかけて無効になるかもしれない条例の制定に本腰を入れようという状況がないのが本音であろう。適切性の規範的確定をもっとも欲している現場自治体において、条例という規範の策定に対するハードルを強く感じさせ



るアンビバレントが新ルールには潜んでいるともいえる。

その自治体と裁判で争う立場になる受給者からすると、本来の関心は自らの実際の住居費が実費で全額支給されるかどうかであり、もしこれが一部カットや全額引き受け拒否の対象になった場合、その判断の根拠であるはずの適切性基準が行政規則によるのか条例によるのかはさして重要ではない。なお条例には確かに民意が反映されているが、ある特定ケースについて住居費をカットしてよい論拠とはなりえない。いずれにせよ行政の決定に対する抗告訴訟が提起されるが（係属するのは第一審社会裁判所）、もし適切性基準が行政規則であれば、当該規則の違法を主張することになり、反対に条例に根拠があれば、新たに導入された特殊な司法手続に則り、条例無効宣言を求めて州社会裁判所に規範統制を申し立てることになる（SGG 第 55a 条）。

この規範統制には一般的拘束力が付与されているため、最終的に条例が無効であれば、別の審理でも条例の無効を前提に判断がおこなわれるので、こうしたシステム上の影響は受給者にとっても小さくはない。もし行政規則で適切性が判断されていれば、他の事案における裁判所の判断とは無関係に自身の主観的権利を追求できるだけに、条例による解決が広がっていけば、連邦領域内での受給者のおかれる立場にズレが出てくることになる。その意味では条例による解決は大きくは受給者にも関連してくるといえる。他方で、住居の賃貸人にとっては、彼自体は制度とは間接的な当事者に過ぎないものの、条例で適切性基準が「目に見える」ようになることで、取りはぐれがない以上その基準に合わせて家賃を値上げする可能性があり、この場合は結果的に自治体の負担としてつけ回されることになり、逆に店子を安定的に埋めようと基準に合わせて家賃を値下げしてくる可能性もあり、こうなれば各方面にとって好影響となる。とりわけ後者にあつて、家主にそうしたフレキシブルさがなく、彼からみてそういう低い家賃では家を貸したくないと映れば、結果として要扶助者が住宅市場から排除される危険性も増す。地域住宅市場の逼迫状況にもよるが、こうした間接的な（悪）影響も一定程度考慮される

必要であろう\*<sup>216</sup>。

以上の当事者と比べて、実際の裁判を管轄する社会裁判所は、条例制定権の行使それ自体に積極的な影響を与えることはできず（だからこそ連邦による法規命令の制定をアピールしたり、裁判官から条例による解決のアイデアが出されたりしてきた）、現実の動向を前提としていまだ数多ある住居費の訴訟に関わっていかざるを得ない。新ルールにより、立場上裁判所がカギを握ることになる法的論点が生起しているが、これについては別途検討する。

### (3) 実態との整合性

不確定法概念としての住居費の適切性を「誰が」具体化するのかという点で、その最前線に立つのは常に自治体である。しかし徒手空拳で適切性を判断できるわけではない。ゆえに各自治体では適切性の判断手法がそれぞれ独自に発達していった。そしてひとたび争いになった場合、そうした実務自体が審査対象になるという流れが定着してきた。内部準則などの行政規則には裁判所を拘束する力はない。さりとてこれを無視して法律本文を見れば適切性が判断できるかということ、少なくとも第2編はそのための明確な基準を提供してない。連邦社会裁判所判例法理として確定している「論理的構想(schlüssiges Konzept)」は、こうした隘路を整序する一つの方向性として示されたものである。そもそもドイツ語の schlüssiges Konzept は、「ベストプラクティス (best practice)」という意味も有しているように\*<sup>217</sup>(本文ではこのようには訳していないが)、連邦社会裁判所は自治体における適切性判断をブラッシュアップさせ、そのなかから最善慣行を引き出していこうという発想に基本的に立っている。

しかしそのさじ加減は難しく、連邦社会裁判所自身、判決では構想成立をほとんど認定していない。同時に興味深いことに、とりわけ連邦社会裁判所が論理的構想の成立にかかる8つの要素を提示し、そのなかに

\*<sup>216</sup> BeckOK SozR/Breitkreuz SGB II § 22a Rn. 5.

\*<sup>217</sup> Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 12.

は自治体単独の力量では難しいことが予想される内容が多く含まれていることに対応して、地域住宅市場の監視やデータの収集ないし分析を扱う自治体向けの専門サービス会社が生まれており、その限りで論理的構想の立案を巡る「市場」ができてきている\*218。

こうした状況をどうみるかは難しい問題であるが、住宅市場に関する自治体自体の専門的能力に限界があることを前提とする限り、ベストプラクティスは外部化されたかたちで追求されることになり、逆にいえば、こうした外部の専門的サービス提供主体の存在や利用可能性、さらにはクオリティが、内部準則の規定にせよ条例制定権の行使にせよ、結果的にその前提条件を形成するようになってきているということもできる。自治体において州への働きかけや実際の条例制定がいまいち盛り上がっていないというのも、こうした住宅市場監視における実態面の動向を考えれば、ポイントを外した指摘なのかもしれない。

### 3.4.3 法的論点の深化

#### (1) 本質性理論

新ルールが条例の制定というかたちで定着するにはなお多くの時間が必要のようであるが、他方で、法的なレベルでは興味深い進展が芽生えている。

その典型が、最低限度の生活の保障が「重要なこと (das Wesentliche)」に含まれ、ゆえにそれは「立法者が」「法律で」内容を定めなければならないとする原理 (いわゆる「本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie)»\*219) との関係である (より大きくは「議会への留保 (Parlamentsvorbehalt)」。連邦憲法裁判所基準額違憲判決\*220 でも、「人間の尊厳ある最低

\*218 Arno Wettlaufer, SGB II-Satzungslösung: Landesgesetz, KdUH-Normsetzung und Zwischenbilanz, VSSR 4/2013, 221, 261 f.

\*219 もともとは行政法理論における法律の留保との関係で登場してきた概念である。

\*220 BVerfG, Urteil vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175.

生活の保障は、法律上の請求権を通じて確保されなければならない。このことは、基本法第1条第1項の保護義務から直接要請されるものである。……人間の尊厳ある最低生活の憲法上の保障は、管轄給付主体に向けられる市民の具体的給付請求権を含む議会の立法によって遂行される必要がある。このことは、他の憲法上の諸原則においてもその根拠を見いだすことができる。法治国家原理や民主主義原理からもすでに、基本権の実現に必要な規定を自ら設けるとい立法者の義務が導かれる。」(Rn. 139)と指摘されており、住居という需要が肉体的な意味での最低生活に含まれることに争いが無い以上、この理は理屈のうえでは第2編(および第12編)における住居費給付にも及ぶこととなる。

実際、連邦憲法裁判所は当初の第2編における基準額給付に関して、透明性や論理一貫性などとりわけ手続的な側面からのコントロールをおこない、こうした要請が満たされていないとしてその違憲性を導き、かつこれに対応して2011年改正ではまさに立法者が自ら1セント単位の需要算出をおこなって新たな基準額を決定したのである。このように基準額の決定に高度の水準を要求する一方で、住居費や暖房費の決定をその射程から外すことはそれ自体首尾一貫していない。

確かに住居費給付の場合、法律で「適切」という請求権の上限を表す言葉が用いられている。しかし何が適切かは法律ではそれ以上示されておらず、行政による具体化と司法によるそのチェックによって最終的に明らかにされるという構図になっている。すなわち本質性理論からすると、住居費給付の本則にあたる第2編第22条を定めた立法者は、自らは重要なこと(主観的請求権の対象となる住居費の具体的内容)を定めず、民主的正統性では立法府に明らかに劣る行政府および司法府という他の機関にそっくり委ねていることとなるのであって、このこと自体にすでに、法治主義に加えて民主主義上の問題があるということにもなる。

その限りで、第2編第22条そのものの憲法適合性が今後より問われていく可能性がある(ただし適切性を基準とするのは連邦社会扶助法以来の伝統であり、違憲性とは別次元で議論が繰り広げられてきたため、議

論の軸が憲法問題に完全に移行するわけではない。ただし以下で紹介するマインツ社会裁判所がこの扉を叩いている)<sup>\*221</sup>。また同時に、条例制定権にかかる第2編第22a条以下も、最低生活保障領域におけるこうした憲法上の原理の進展と無縁ではられない。なぜなら、固有の意味での連邦の立法者でない自治体が適切性を直接に決定するからである。もし第2編第22a条以下の定めが重要な(本質的な)内容を含んでおらず、ただ単に自治体に丸投げするかたちになっているとすると、本質性理論との関係では重大な問題をはらむことになるのである<sup>\*222</sup>。

この点で、法的のみならず政治的な意味でも連邦の責任放棄である<sup>\*223</sup>との声も上がっている。他方、連邦が自ら適切な住居費の決定をおこなうことは放棄しつつ、自治体による条例制定に関して、条例の含むべき内容や考慮すべき事項について第2編第22a条以下が基準を与えていることから、現行の枠組みは憲法違反ではないとの評価も存在する<sup>\*224</sup>。

確かに実態論からすると、個別審査であれ条例によってであれ結局は地域の実情を勘案せざるを得ず、むしろ連邦統一的な規定は(地域的)「実態に即すべし」という連邦憲法裁判所の基準にも合わないため、連邦ではなく自治体が適切性を地域ごとに決めたいほうがよく、あわせて、条例は裁判所の審査も民主的統制も受けない行政の内部準則よりも「マシ」な存在であり、裁判所だけでなく給付主体、受給者にとっても指針ができることになるので好ましいという立場<sup>\*225</sup>も理解できないわけではな

<sup>\*221</sup> 第2編第22条の規定自体がこうした憲法上の要請を満たしていないとの見解も表明されている。Carsten Stöltzing, Anmerkung zur Entscheidung des BSG vom 22. August 2012 - B 14 AS 13/12 R, SGB 2013, 539, 545 f.

<sup>\*222</sup> 適切性基準および定型化いずれについても憲法上の問題を指摘するものとして、Friedrich Putz, Pauschalierung und Angemessenheit von Wohnkosten bei Hartz IV: Ist die neue Satzungsermächtigung in § 22 a SGB II verfassungswidrig?, Soziale Sicherheit 2011, 232.

<sup>\*223</sup> Stefan Kofner, Unterkunft und Heizung im SGB II: Unangemessene Leistungen für angemessene Bedarfe?, WuM 2011, 71, 78.

<sup>\*224</sup> Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 8.

<sup>\*225</sup> Bernd Mutschler, Kosten der Unterkunft: Kommunale Satzung - eine Alter-

い。

しかしいずれにせよ、連邦がもはや直接にも間接にも介入することなく住居費の適切性が自治体ごとに定まっていく可能性が現に開かれている以上、少なくとも法的にはそうした枠組みの持つ意味が探求されなければならない。違憲性の問題も、次に検討する形成余地の論点と実質的には関係してくることとなる。

## (2) 形成余地

いわゆる形成余地 (Gestaltungsspielraum) は、立法者において語られることがよくある。連邦憲法裁判所も基準額違憲判決で、最低生活保障を具体化する立法者の責任を指摘すると同時に、形成にかかる余地を承認している。立法者はこの余地の範囲内であれば、価値判断を含めて最低生活の範囲を決定することができるのであって、例えば第2編第22a条で条例による解決を制度として導入することがこの形成余地の範囲内にあると考えるなら、少なくとも立法者の判断と憲法上の諸基準との間で摩擦は生じないことになる。

しかし条例による解決は、連邦の立法者自らではなく、自治体によって適切な住居費が決定される仕組みであるため、このような構造を通じて結果的に自治体に形成余地が認められるかどうかの問題が生じてくる。

形成余地を認めるということは、素直に考えれば、ある場合にAという選択をしてもBという選択をしてもよく、もしAを選択した場合に、Bを選択しなかったことについて法的に責任や義務違反を問われないことを意味する。またその限りで裁判所は審査しないし、審査できない。

住居費の適切性判断において論理的構想が提唱された当初の狙いが、手続的な審査に司法統制を限定しようという点にあったことは上述の通りである。連邦社会裁判所によるその後のコントロール密度の引き上げはあったが、それを別とすれば、条例制定権も、第一次判断の段階で行

---

native zum „schlüssigen Konzept“?, NZS 2011, 481, 483 ff.

政が住居費の適切性を論理的かつ他から見て納得のいくかたちで判断をおこなう体制の構築という点で共通するところがある。実際、条例による解決を最初に主唱した社会裁判所判事のグロートは、「すでに現実の議論となっている、給付主体に一定の判断余地を承認しようという努力は、法律上の明確な権限付与に基づく条例によって正統化されうるのであって、なぜならば条例の制定は規範的裁量の行使を意味しているからである。しかしこれは、問題となる決定が権限付与の目的に照らして著しく不当であったり比例性を欠いていたりする場合にはじめて、その踰越ということになる。その関係で、社会裁判所のコントロールは、法設定権限におけるこうしたもっとも外側の限界を毀損したかどうかに限定されなければならない。」<sup>\*226</sup> とし、条例が制定されることがすなわち裁量行使であって、その踰越にあたらぬ限りは少なくとも違法の問題は生じない旨を述べており、すなわち行政に判断余地が存在すべきであることを前提とした議論をおこなっているのである<sup>\*227</sup>。

しかしながら、こうした立場は全体としては共有されていない。その大きな要因は、次に検討する適切性の法的意味に関する認識の問題にある。端的には、第2編第22条のレベルでいうと、不確定法概念である適切性は行政がまず具体化し、しかしてその判断は司法による全面的コントロールに服することは、連邦社会裁判所の確立した判例である。こう

<sup>\*226</sup> Andy Groth, Angemessene Unterkunftskosten nach dem SGB II - Satzungsermächtigung als Lösung der aktuellen Probleme?, SGB 2009, 644, 648.

<sup>\*227</sup> なお彼は以下のようにも述べる。「条例による解決は論理的構想というテーゼをより法的に安定したかたちで実現するチャンスを与える。条例の制定は規範的な裁量の行使を意味するのであり、これは裁判上制限的にしか審査されない。もっとも適切性の上限という基本権上の重要性からすれば、条例制定者の裁量は無制限であるわけでもない。条例は少なくとも妥当性の面におけるコントロールに服する。また条例による解決は、その都度の適切性上限に対する受容度の改善に寄与する。直接民主主義的な正統性を帯びた自律的行政の審議によって取り込まれるということは、もっぱら役所による運営で構想が立案されていた従前と比べると著しい透明性をもたらすものである。」(Andy Groth in: Andy Groth/Steffen Luik/Heiko Siebel-Huffmann, Das neue Grundsicherungsrecht, Nomos 2011, S. 115 f.)

した構図で最終的に確定される適切性と、第2編第22a条以下の枠組みで先行的に確定される適切性にもし違いがないのであれば、条例に基づく適切性もやはり司法審査に全面的に服すべきことになる。この点でコンメンタールの理解も一致しており(「自治体に裁判所の審査から解放された、決定、決断、確定、判断の余地を開くものではない」<sup>\*228</sup>、「自治体主体は……実態に即した調査をおこなわなければならないのであって、その限りで裁判所から離れた判断余地を有するわけではない」<sup>\*229</sup>、「自治体への権限付与は……随意に行使できるところの裁判所の審査から離れた形成余地を開くものではない」<sup>\*230</sup>)、事実上はともかく、法律上は裁判所の審査から自由であるという意味での裁量は自治体には帰属しないと考えられている。法治国家原理により忠実な態度であるといえよう。連邦社会裁判所もベルリン州の法令に対する違法性判断のなかで同趣旨を述べている<sup>\*231</sup>。

またこう考えることによって、本質性理論との摩擦も回避できる。すなわち、もし決定権が完全に自治体に移行しているならば、連邦の立法者は「重要なこと (das Wesentliche)」を自ら決定していないという批判がそのまま当てはまるが、自治体に与えられた責務は適切性の設定 (Feststellung) やその規律 (Regelung) についてであって<sup>\*232</sup>、具体化 (Konkretisierung) や形成 (Gestaltung) は責務の対象外だとするならば、まさにどのように形成するかも含めて重要なことはやはり立法者に留保されており、かつそれが第2編第22a条以下で法律上具体化されているということになる。

見方を変えると、自治体からすれば、内部準則で適切性を判断する場

<sup>\*228</sup> Berlit in LPK-SGB II § 22a Rn. 6.

<sup>\*229</sup> Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 9.

<sup>\*230</sup> juris PK-SGB II/Piepenstock, § 22a Rn. 24.

<sup>\*231</sup> BSG, Urteil vom 17. Oktober 2013 - B 14 AS 70/12 R, BeckRS 2014, 67850 [Rn. 31 ff.].

<sup>\*232</sup> Berlit in LPK-SGB II § 22a Rn. 6.



合も条例制定権を行使する場合も、その判断が裁判所による審査から逃れられないという意味では違いはない。確かに、内部準則などの行政規則はそれを作成するにおいて自治体の自由度は高い。その裏返しとして、裁判所を含む外部に対しては拘束力がない。よって社会裁判所は、住居費の適切性判断に関する内部準則の存在を前提にせず（実際にはその内容上の不備を根拠に）行政による適切性判断の違法性を審査するのである。しかしこれを逆から見れば、外部（裁判所や要扶助者）に対して拘束力のある条例には、そこまでの自由度を認める実質的根拠が欠けている。というのも、立法における判断余地が承認されている連邦の立法者ですら、連邦憲法裁判所基準額違憲判決の論理では、透明性ある手続に基づき、実態に即しながら、追証可能なように、最低生活に必要な支出を調査して、請求権の程度を明らかにしなければならないのであって、すなわち、もし条例の制定が行政の行為形式の一種だとすれば、第一次判断に対する司法の全面的コントロールの問題として、そうではなく条例制定を一種の立法類似のものとするならば、連邦の立法者に対して要求されている程度におけるのと同様のとりわけ手続的審査の問題として<sup>\*233</sup>、それぞれ考えることが可能だからである（「条例は裁判所によるコントロールの基準ではなく、コントロールの対象である」<sup>\*234</sup>）。条例制定権の導入後、社会裁判所を法的に拘束するために行政規則をそのまま条例にしてしまおうという安易な選択が現実にとられていないのは、制定された実例を見ると確かに個々の特性が表れてはいるものの、内容や手続に対する法的ハードルが全体として一定のレベルに達している（そうでなくても肉体的最低生活に属する住居においては立法上の判断余地は相当に狭くなる）ことが関係しているように思われる。

<sup>\*233</sup> BSG, Urteil vom 17. Oktober 2013 - B 14 AS 70/12 R, BeckRS 2014, 67850 [Rn. 34 ff.].

<sup>\*234</sup> Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 10.

### (3) 適切性の意味

条例による解決が法案として上程されてからにわかに議論の対象になったのが、適切性の法的な意味である。住宅問題に詳しいコフナー (Stefan Kofner) は、法案段階での評価として、「法案の第2編第22a条では、それぞれの領域においてどの程度の金額が適切であるかを自治体が「決定 (bestimmen)」できると規定されているが、これは概念を二分し、自治体の判断を優先させることができるという立場からのものである。これによって、人間の尊厳に値する居住状況を定義することに最終的に関わるこうした判断は、管轄の裁判所による法的審査を取り上げることにならないか疑問である。」\*<sup>235</sup> との見解を表明した。適切性の意味は常に一体であって、自治体が自由に適切性を決定してよいのではなく、あくまで第2編第22条における意味に拘束される (よって第2編第22条における場合と同様の司法審査に服すべきである) ということである。

こうした懸念とは正反対に、連邦社会裁判所判事のムチュラーは、「住居費と暖房費にかかる需要の算出に関するこれらの規定は、いまや二つのモデルが選択可能になったのであり、すなわち一つは個別ケースごとの適切な費用の確定、もう一つは自治体条例による適切性の決定である。「論理的構想」の基準は、第2編第22条第1項第1文に基づく費用の適切性の審査に用いられるものである。これは条例の審査には適用されない。自治体条例の審査は、とりわけ第2編第22a条から第22c条までの連邦法および各州の施行法を手がかりにおこなわれる。過酷事例については、自治体条例は必要な条項を設けておかなければならない。自治体条例を基準とする費用の審査はしかし、論理的構想に基づく個別審査によって追加的に補足されないのである。」\*<sup>236</sup> というように、条例が成立した場合、その条例に対する審査はあくまで直接の根拠規定にのみ基づ

\*<sup>235</sup> Stefan Kofner, *Unterkunft und Heizung im SGB II: Unangemessene Leistungen für angemessene Bedarfe?*, WuM 2011, 71, 72.

\*<sup>236</sup> Bernd Mutschler, *Kosten der Unterkunft: Kommunale Satzung - eine Alternative zum „schlüssigen Konzept“?*, NZS 2011, 481, 483 f.

いてなされ、論理的構想に基づく審査から完全に切り離されるべきであることを主張した。

ムチュラーの問題意識は、いったん立てたはいいものの、論理的構想にかかる要求水準の高さから現場がついてこられず実現困難になっており、新ルールはそうした状況とは明確に区別される必要があるという点にあり、どちらかといえば法的観点からするコフナーの危惧とは十分にはかみ合っていない(ムチュラーも司法審査が条例に及ばないといっているのではなく、及ぼされる司法審査に違いがあるという主張である)。それでも、一定の対立軸が明らかになったことは間違いない。

確かに、上述の分析からすれば、第2編第22a条以下の規定内容に、すべてではないにせよ論理的構想の考え方が反映されているので、第2編第22a条以下を直接の基準に条例の適法性を審査しても、あらためて論理的構想を照射して判断をおこなっても、結果にそこまでの違いがあるかという実益に関わる問題がある。同時に、論理的構想にかかる個々の要素が実際にはその成立をほとんど否定する方向でしか働いていない現状を前提とすると、条例についてはそこから切り離してしまいたいという意図もよく理解できる。

しかし現時点で法的にはそうした立場はとられていない。連邦社会裁判所も、バルリン州の法令の審査において、「SGB第2編第22a条第1項に基づく法律の下位規範の対象は、SGB第2編第11条第1項第1文で規定される住居需要および暖房需要の「適切性」概念の具体化である。……ここで必要なのは、地域住宅市場の現状を反映することが十分に保障されているところの、個別に審査可能なデータの収集とその評価である(いわゆる論理的構想)。……こうした基準は、SGB第2編第22a条から第22c条に基づく法律の下位規範についても同じことが当てはまる。」<sup>\*237</sup>としており、適切性の意味が同一であることを前提としてい

<sup>\*237</sup> BSG, Urteil vom 17. Oktober 2013 - B 14 AS 70/12 R, BeckRS 2014, 67850 [Rn. 30 f.].

る\*238。

条文をよく読むと、条例における定型化を可能にする場面では、「第22条第1項第1文にかかわらず」という文言が挟まれているが(第2編第22a条第2項)、適切性の確定においてはそうした本則からの逸脱を明言する表現は用いられていない。すなわち論理的には、適切性を条例で確定するにとどまる限り、本則の第2編第22条における適切性が(それが全面的に司法審査の対象になることとあわせて)第2編第22a条第1項でも同じ意味内容で使用されていると考えることができる\*239。

ムチュラーの議論は、定型化した場合には確かにもはや論理的構想を及ぼす意味がなくなることをやや飛躍させたものであると位置づけられる。それでもなお、形成余地の有無や広狭を論ずるためにも、条例による解決が現実に広がりを見せ、自治体間の状況にも大きく違いが出てきたときに、現実に即した条例のコントロールという点で、要求水準が依然として高い論理的構想によるのとは異なる審査視角が求められる可能性は否定できない。

#### (4) 最低生活保障の地域化

仮定の話として、全連邦州において州法に条例制定権に関する根拠規定が設けられ、同時に、条例制定を義務づける(憲法違反になる可能性はひとまずおく)例が現れてくると、自治体ベースでは飛躍的に条例の制定率が高まることになる。ドイツゆえ訴訟が頻発するであろうが、特殊な司法手続との関係で、なかには条例の有効性(正確には無効ではないこと)が司法から承認されるところも少なくなく生じてくるだろう(ただし条例は2年ごとの見直しが法律で義務づけられており、「平安」は長続きはしない)。この段階にもし至り、かつ、自治体ごとに適切性の中身や定型額があまりに異なってくると、平等取り扱いという憲法上の問題が他方で出てくることも予想される。

\*238 Auch Luik in Eicher SGB II § 22a Rn. 9.

\*239 Lauterbach in Gagel/Lauterbach SGB II § 22a Rn. 1. 「第2編第22条に基づく適切性の決定と条例による解決は、平行しているのではなく補完関係にある。」

もちろん、平等や公平の問題は一筋縄ではいかない。地域ごとに住宅市場の特性が異なるにもかかわらず連邦一律の基準をあてはめることのほうがむしろ平等や公平の理念に反しており(第2編旧第27条の法令制定権限の行使が躊躇された背景にはこうした疑念もあった)、たとえ結果としての適切性基準に格差が生ずるとしても、地域の事情をよく知る自治体に基準確定の権限を与えたほうが、それこそ実態に即した透明性のある住居という最低生活需要の確定にとって近道であり、結果的に平等や公平に資するということもできる。

いずれにせよ、連邦制をとるドイツで、内政に関して州や自治体に多くの権限が認められそれが行使されること自体に問題はないとしても、住居費という最低生活保障の中核的給付において、無視できない相違が自治体ごとに生ずるならば(典型的には、条例を制定する自治体が自らの懐具合と相談して、かなり低めの金額を適切な費用として確定するならば)、連邦社会扶助法の時代から定着してきた個々人にとっての適切な最低生活保障というよりも、むしろ自治体ごとに個別化された最低生活保障に事実上転化する可能性も否定できない(そもそも要扶助者は絶対的に少数派のため、条例の民主的正統性を過度に信頼することは危険である)。貧困者救済が市町村に全面的に委ねられていた中世への逆戻りとまではいわないものの、一般的には国家的責務であると理解される人間の尊厳の保障および最低生活の確保と自治体による自治との関係があらためて問われることになる可能性を、条例による解決は内包しているように思われる。

このように様々な危惧が思い浮かぶ一方で、最低生活保障における住居費という側面からする費用の適切性の具体化だけでなく、住居そのものの憲法的価値をあらためて確立し、それを保障するための金銭給付というような位置づけで公的扶助を相対化し、場合によっては現物給付による住居の直接利用まで視野に入れる提案<sup>\*240</sup>も見られるように、地域

<sup>\*240</sup> Peter Derleder, Die Notwendigkeit eines Grundrechts auf Wohnen, WuM

化への対抗軸がないわけでもない。

また、論理的構想との関係で社会裁判所から各個撃破され続け、しかし条例制定に踏み出すには人的能力の限界等もあって道半ば、結果的に住居費の財政的圧力に直面する、負担加重な自治体、というのも一面的な見方であろう。連邦政府が連邦統一的な基準作りを諦めた（その背景には統一的な基準を押しつけられたくない自治体の声があったといわれる）末の代替策として、条例による解決が開かれた以上、これを積極的に利用する責任はある意味で自治体にあるのである<sup>\*241</sup>。加えて、現在は政治的妥協の結果として、自治体の管轄する住居費給付に対する連邦負担が定率で予定されているが（この割合も毎年の見直しの対象である）、もう一つのスジとして、自治体によって住居費給付の総額に大きな違いが出る（そしてそのことには自治体は一義的な責任を有しない）ことを前提に、水平的調整の仕組みを連邦法や州法により導入することも、負担のならしとしては意味があるのであって、そうしたイニシアチブを地方から意欲的に発揮する余地も、自治のなかには含まれているはずである。

いずれにせよ、条例による解決を悲観的にのみ評価する必要はない（楽観的な見方でよいという意味ではない）。そもそも、この条例による解決でいうところの条例が対象とするのは、適切性の基準確定と定型化であり、それ以上ではない。たとえ条例で適切性を固めても、金額を定型化しない限りは、適切性オーバー時の6ヶ月ルールや、それと関連する費

---

2009, 615.

<sup>\*241</sup> 本文でもすでに述べたように、しかし、自治体単独で条例作りに挑むのはいろいろな意味でリスクが高い（siehe auch Löns/Herold-Tews/Boerner, § 22a Rn. 4 f.）。自治体連合（kommunale Spitzenverbände）などが積極的に関与し、州レベルでマスター条例（Mustersatzung）を作成するなど、サポート体制を充実する必要性も指摘されている。Steffen Luik, Kosten der Unterkunft nach dem Satzungsmodell, in: Ralf Thomas Baus/Günter Krings (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen im Sozial- und Arbeitsrecht, Konrad-Adenauer-Stiftung 2012, S. 109, 119.

用抑制の期待可能性判断、転居の取り扱いなどについては、現行の内部準則を残して対応せざるを得ないのであって、すなわち条例が行政規則を完全に代替するわけでもないし、またすべてが透明化されるわけでもない。要は役割分担をどう図るかの問題であって、よりいえば活用の意志の問題である。

そもそも立法者が法律においてどの程度詳細に規律をおこなわなければならないかは一律に明らかになるのではなく、あくまで個々の規律対象の特殊性による。そのアナロジーとして、条例制定においても抽象的に形成余地を語るのはあまり適当ではなく、そういった価値判断の余地が現実の規律対象との関係で真に生じてくるかどうかによって左右されるはずである。実際、条例は地域住宅市場への影響を考慮して策定するものとされている(第2編第22a条第3項第2文)。具体的には、家賃上昇効果の回避(同第1号)、簡素な水準の住居の入居可能性(同第2号)、提供主体の多様性(同第3号)、社会的に調整された居住者構造の構築および維持性(同第4号)の4点であるが、これらはいずれも地域住宅市場「への」影響として挙げられていることに鑑みると、法は、条例が地域住宅市場の現状を正しく反映すると同時に、地域住宅市場に対する一種のコントロールをも求めていることになる。つまり住宅市場という相手のある話のなかで、可能な限り双方向性を条例のなかで実現しようということである。この過程では、確かに、価値判断が要請される場面が出てくるだろう。ゆえにこそ、何における価値判断なのかは、住宅市場の継続的監視(と対話)があってはじめて明らかになってくるのである。

そうであればなおさら、自治体は論理的構想にかかる裁判所の要求(住宅市場の観察とデータ収集はその大きな柱である)に応えるように努力し、行政運営を地域の特殊性に適合させていかななければならない。その過程で適切な金額等が明らかになるのであれば、条例という形式を採用すればよいのである。行政規則と異なり、条例は無効でない限り拘束力がある。この利点を活かす姿勢がない限りは、しかし、従前の行政規則による適切性判断と、それに反発する受給者との対話、そして訴訟の場

における司法との対話が続くことになろう\*242。

このように住宅市場との接合という側面からは、最低生活保障の地域化というよりも、地域における最低生活保障の具体化という課題が見えてくるのである。

### 3.4.4 一つの立場表明

#### (1) マインツ行政裁判所のチャレンジ

以上で示した法的論点の幾つかについて、近年、下級審から大きな問いかけがなされた。論理的構想の少なくとも一部が連邦憲法裁判所基準額違憲判決の要点と結びつきながら第2編第22a条以下で取り入れられていったことはすでに述べた通りである。これに対して、論理的構想と基準額違憲判決との連結を否定し、論理的構想を全面的に論難する見解が登場したのである。

マインツ行政裁判所2012年6月8日判決\*243で争われた事案は以下のようなものである。

第2編受給者である原告兩名（夫婦）は、62平米で暖房抜き家賃が月額358,13ユーロの住宅に居住している。このほか、付随費用が136,87ユーロ、暖房費が55ユーロ、それぞれこれに加えて発生している。原告は2007年3月から第2編給付の受給を開始し、同年3月1日から8月31日までについては住居費は全額支給されたが、2007年9月1日以降については被告が当時適切とみなした家賃277,20ユーロのみが基礎とされ、すなわち住居費が一部カットされた（ただしこの頃は原告にある程

\*242 迅速と拙速は紙一重のところもあるが、対話には一定の時間が必要であるものの、裁判所における審理があまりに長引くことは、実効的な権利救済との関係で多くの問題をはらむ。裁判官の交代が重なるなどもあり、提訴から3年以上経過しても第一審判決が出されなかったケース（実質的な争点は住居費の適切性）について、権利保障に対する侵害が認められるとして原告からの憲法異議を容れたものとして、BVerfG, Beschluss vom 27. September 2011 - 1 BvR 232/11, info also 2012, 28.

\*243 SG Mainz, Urteil vom 8. Juni 2012 - S 17 AS 1452/09, juris.



度の収入があったようで、収入認定の結果支給される総額は241,93ユーロにとどまっている。カット分はおそらく稼得収入に対する控除等から捻出していたものと思われる)。その後2年経過し、2009年9月1日から2010年2月28日の期間についての支給額の内容が更新され、結果として1130,07ユーロが原告に承認された(内訳は、原告両名の基準額給付323ユーロ+323ユーロ、被告が当時適切とみなした住居費292,20ユーロ、付随費用136,87ユーロ、暖房費55ユーロである。認定された収入はない)。これに対して、期間中の認定された住居費と家賃実費の差額65,93ユーロの追加支給を求めて原告が異議を経て提訴した。

なお被告が原告(2人世帯)にとって適切な住居費の上限を292,20ユーロとしたのは以下の順序による。まず市にはBGB上の適格家賃一覧表が存在しており、かつ、この家賃一覧表は、一平米当たり家賃を、中央値のほかに、全体を三分位し、このうち第1三分位と第2三分位についても、上限値と下限値を示す目的で(おそらく単純平均か加重平均かで)値を公表している。家賃一覧表は大きく二つのカテゴリー(中程度の様式と良好な様式、いずれも風呂および中央暖房がついている;後者がより平均的な水準である)に分かれ、後者については築年数ごとにさらに5つにカテゴライズされている。この良好な様式について、5つのカテゴリーそれぞれで示される幅のある値のうち下限(つまり第1三分位)から単純平均を割り出すと、原告の住居が該当する居住面積50平米以上70平米未満では、一平米当たり4,87ユーロとなり、すなわち4,87ユーロかける60平米で292,20ユーロが算出される。被告はこれが2人世帯の適切な家賃の上限値であると主張するのである。これに対して原告は、実際に居住している住宅の家賃(358,13ユーロ)を同じ60平米で除すれば一平米当たり5,96ユーロとなり、(事実認定がないため原告の居住する住宅の築年数は不明であるが)少なくとも5つに区分された築年数のうちもっとも新しい1990年以降に建設された住宅においては居住面積50平米以上70平米未満の場合の中央値が6,11ユーロであり、自らにおいてはこれを下回っているため、結果として下位のカテゴ

リーに属することになる、と反論している。

## (2) 判旨（住居費給付の違憲性について）

マインツ行政裁判所は、住居費の適切性にかかる連邦社会裁判所の論理的構想を詳細に跡付けたうえで、一転、以下の言及から実質的な検討を開始する。

「2010年2月9日判決で連邦憲法裁判所は、GG第20条第1項（社会国家原理）と関連するGG第1条第1項に基づく、最低生活を保障する国家の義務を主観的権利として基礎づけ、厳格な制定法上の請求権という立ち位置における議会の立法による具体化に対する権利を構築した。連邦憲法裁判所は、人間の尊厳に値する最低生活の決定に対する任意の（国家的）当事者に向けられる手続的な要請のみならず、具体的な名宛て人であるところの（連邦の）立法者に対して請求権の内容の決定を割り当てた。それにより連邦の立法者は、社会国家原理を自ら法律によって十分に具体化し、かつ人間の尊厳に値する最低生活の保障に必要な給付に対して適切な法的請求権が存在することを確保するという責任を負うことになった。」(Rn. 62) ことをまず指摘し、連邦憲法裁判所基準額違憲判決の要旨を確認しながら、「以上の説示は、基準給付ないし基準需要でまとめて把握される生計保障給付にのみ関係するのではなく、住居暖房需要にも関わってくる。連邦憲法裁判所が明確に認定するように、これは人間の尊厳に値する最低生活の保障に含まれる。これに対応して住居暖房給付ないし需要の決定は、基準給付の構成要素である需要と同様、最低生活に必要な支出を実態に即して追証可能なように透明性がありかつ現実に即した手続で算出することが確保されるような手法でおこなわれなければならない。「でたらめ」な評価や控除がおこなわれてはならず、基準となる値を自由に見積もることは許されないのであって、経験的に算出されたデータに基づかなければならない。根拠付けに対する特別の要請は、住居暖房需要に関連してくる法律においても、法律より下位の規範においても設定されなければならない。」(Rn. 67)として、連邦憲法裁判所の立てた要請が住居費給付においても当然に妥当することを総論

的に確認する。

続いて、「SGB 第2編第22条第1項第1文で用いられている「適切性」という「不確定法概念」は、SGB 第2編第22条第1項第1文の意味にいう住居費の引き受けを制限するための唯一の法文上の根拠であるが、2010年2月9日の判決で立てられた連邦憲法裁判所の要求を満たすものではない。連邦社会裁判所は社会扶助法に関する連邦行政裁判所判例に倣って、簡素で基本的な、下位区分に属する居住水準から出発して、一般的に使用される家賃上限の意味で適切性概念を具体化していることから、連邦社会裁判所は、人間の尊厳に値する最低生活の保障に必要な給付の範囲を基本的には自ら決定するか、ないしはそのための枠組み条件を行政に対して与えている。このことは、最低生活に含まれる住居需要に直接関連し、また(住居費のすべてが引き受けられない場合は)基準給付ないし基準需要定型額によって充足される費用にも間接的に関連してくる。ここでもって連邦社会裁判所は適切性概念を、法文上の出発点および住居に関する最低生活の決定を正当化する根拠として用いている。しかしながら SGB 第2編第22条第1項第1文の適切性概念は、その生成史およびその不確定さからすると、憲法上の要請に鑑みてふさわしくない。」(Rn. 68)、あるいは、第2編の立法理由書では従前の社会扶助の実務に合わせることにしか触れられておらず、「これは、立法者はすべての最低生活に必要な支出を透明性がありかつ妥当な手続で実態に即しながら後の検証に耐えられるよう信頼できる数値と合理的な算定過程に基づいて調査し、その社会国家的な形成責務を果たさなければならないという連邦憲法裁判所の要請に反している。」(Rn. 69)、また「法文で規定されているところの、SGB 第2編第22条第1項第1文に基づいて支給ないし認定される住居費の「適切」な程度への制限も、住居に関する人間の尊厳に値する最低生活の形成に関わる価値判断を見極めるためには十分な具体性が欠けている。」(Rn. 70)などと述べ、そもそも法律の規定が憲法上の要請を満たしていないことを指摘する。

さらにその補強として、「すなわち連邦の立法者の明確な義務は、審査

対象となる基準給付が形式上の連邦法によって「偶然」規定されていることのみに基づくのではなく、民主主義や法治国家原理に依拠する立法における形成義務にその根拠があるのである。ここではとりわけ、基本権行使にとって重大な問題は、もっぱら選挙によって直接民主的に正統化されているがゆえに、立法者自ら規律しなければならないとするところの、民主主義原理に基づく本質性理論が関係してくる。承認されるべき住居費需要は経済的意義ゆえに受給者にとって保障に対する請求権の中核に位置し、よって立法者が基本的に規律しなければならない領域に属する。住居に関する最低生活の確定を行政および司法実務の領域へ移行させても、民主主義における議会の公的な議論から最低生活の主要な構成部分の形成が取り去られることはない。このことは、基準給付の調査ならびに SGB 第 2 編および SGB 第 12 編の改正に関する法律に関する審議の過程で、基準需要確定にかかる多くの詳細な事柄（所得消費抽出調査からのアルコールの除外など）が公的に（議会においても）議論されたこととの関係でとりわけよく理解できる。これに対して、住居に関する適切性の限度の確定にかかる連邦政策上および地方政策上のレベルにおける同様の議論は、多くの受給者にとってその量的な意義は計り知れないにもかかわらず、ほとんど目に見えてこない。「議会の立法者における形成に対する義務は、住居に関する最低生活の確定が公的な議会における議論によることを必須とする。これによってとりわけ、最低生活を確保する給付の支給に関する行政の具体的な決定のため主たる基礎的データについて、民主的に直接選ばれた判断主体によってその責任が担われることが確保されるのである。最低生活の確定にとって基準となる「人間の尊厳ある生存に必要なものについての社会的見解」は、代議的民主制において、議会によってのみ、明らかにされうるのである。従って、判断する責任が間接的にしか民主的に正統化されない行政および司法に対して「不作為」や「過剰な判断控え」によって事実上委譲されることは、人間の尊厳に値する最低生活の保障に対する基本権というかたちで立法者における形成の責務として具体化するところの GG 第

20条第1項による民主主義原理に違反する。」(Rn. 74)ことを指し示す。

また手続的コントロールの意義については、「統治機構における基本法上の決定においてそうしたことが予定されていないのに、(立法過程のコントロールという意味で)手続を通じて裁判所が基本権保護を強めたり、立法者の理由説明義務を構築したりすることについての連邦憲法裁判所判決に対する批判に、当法廷は与しない。憲法上のコントロールの主たる観点を立法過程に移すことによって、純粋な結果に対するコントロールによるのと比べてもよりよく、法治国家上の透明性の原則に明らかに対応することになる。手続的コントロールは、憲法上の審査可能性および効果的な法的保護を危うくさせることなく、民主主義原理に基づいて要請される立法者の形成余地を承認することの必然的結果である。人間の尊厳に値する最低生活の保障に対する基本権は立法者による具体化を指示するのであるから、それは手続的に強く裏付けられなければならない。」(Rn. 76)との見解を披瀝している。

### (3) 判旨(論理的構想の合理性について)

次に、連邦社会裁判所の判例法理である論理的構想に関連して、連邦社会裁判所が連邦憲法裁判所基準額違憲判決後に同判決を引用したり同判決に言及したりすることが滅多にないことから「連邦社会裁判所は、自身の判例によって人間の尊厳に値する最低生活の保障に対する請求権が具体化されることを明示的には強調していない」(Rn. 79)こと、学説においても「連邦憲法裁判所の実体的要請は、もっぱら条例制定権限の可能性および定型化に関してのみ議論されている」程度であることを確認したうえで、「しかし、「個別ケースにおける妥当性の原理」〔連邦社会裁判所の基本的な立場である住居費審査の個別性のこと〕を志向することは、憲法上の基準からの逸脱を意味しない。ここでは単に、立法者が需要充足原理という伝統のなかで定型化を諦め、実際に発生した住居費の原則的な保障を指示していることが明らかになったに過ぎない。しかし、適切性の限度が、人間の尊厳に値する生存に必要なものに対する給付を制限する機能を有する限りで、連邦憲法裁判所の要求から逸脱する

きっかけは存在しない。(地域によって異なる)適切性限度を通じて住居に対する給付の限界を画することは、定型化によるのと同様に制限的であり、また場合によっては最低生活を具体化するものとなる。受給者が承認される以上の住居費を負担しなければならない場合、当人が基準需要では支払えず追加の支出をおこなうのと同様の効果が生ずることとなる。違いがあるとすれば単に、受給者が(賃貸借契約上の義務に違背してのみ)住居需要を圧縮して他の需要領域における追加的支出によってこれを補うことができないことである。」(Rn. 81)、「住宅市場の地域的特殊性をよりよく考慮できることを理由としても、適切性という「不確定法概念」を住居に関する最低生活の確定において引き合いに出すことはできない。なぜなら、そうした特殊性を立法者が法律それ自体や、または法律を根拠として十分に定められた基準の枠内で自治体に権限を付与することなどで規定できないことを肯定する根拠がないからである。例えば連邦社会裁判所は、立法者および法令制定者に対して、適切と承認しうる住宅の大きさおよび比較対象区域の確定にかかる連邦レベルの規定の創設を要求している。」(Rn. 82)、「立法者による詳細な規定の(憲法的)必要性は、さらに、住居費が基準給付ないし基準需要と相互に関連していることから生ずる。収入認定対象外の収入および保護資産のない受給者においては、住居費の不完全な引き受けは実際には基準需要を減少させる効果を有しているのであって、なぜなら超過分の住居費は基準給付ないし基準需要からまかなわざるを得ないからである。立法者による基準需要の形成がもし連邦憲法裁判所の基準を満足していても、住居需要の算定が不十分ならば、反対の効果が生まれ、無価値になってしまうであろう。住居費に対する需要は、すなわち、立法者自身によって、少なくとも最低生活全体に対する請求権を考慮して首尾一貫性が担保されるよう正確に算定されなければならないのである。」(Rn. 83)などの検討から、「住居に関する最低生活を限定し形成する意味での SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文の適切性概念の上述の原則に基づく具体化は、GG 第 20 条第 1 項の社会国家原理と関連する GG 第 1 条第 1 項の人間の尊

蔽に値する最低生活の保障に対する基本権に違反する。」(Rn. 84)との結論を導く。

#### (4) 判旨(憲法適合的解釈について)

以上のように違憲性を確認しつつ、しかし同時に以下のように憲法適合的解釈に取り組む。「当法廷は適切性概念を、憲法適合的解釈の原則に従い、地理上の比較対象区域において比較可能な世帯から見てその規模および構造が通常の住居を明らかに超えているような住居費のみが SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文の意味にいう不適切であるとの方法で具体化する。」(Rn. 84)、「適切性概念の憲法適合的な具体化は、SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文の文言および体系と一致することが前提となる。そのためには、住居に関する最低生活に対する請求権の範囲の決定に対して立法者の形成義務が入り込まないようにすることが考慮されなければならない。……意味上ないし体系上の文脈において、SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文の適切性概念は「上に向けた」限定機能を有している。この限定は、住居に関する最低生活についての立法者の形成余地(の上方という意味で)の向こう側に位置していなければならない。肉体的最低生活を超える領域において立法者には広い形成余地が(とりわけ生活関係における平等にどのような基準で取り組むかといった問題について)帰属しているのであるから、適切性概念は機能的には濫用の防止という意味でのみ理解されうることになる。扶助請求権を有しない者との関係で扶助受給者を体系的継続的によりよい立場に立たせることは、いずれにせよ平等法上の問題はあるかもしれない。よって適切性概念の有意義でかつ憲法上異議の唱えられない機能は、受給者がその住居に関して(地域に)通常の関係から明らかに上回っているような個別事例においてのみ、国家の給付義務を制限することたりうるのである。」(Rn. 87)、「こうした解釈が法文の意味や体系と一致することは、連邦社会裁判所が同じ意味の条文で暖房費の適切性をまったく同様に定義していることから明らかである(BSG Urt. v. 2.7.2009 - B 14 AS 36/08 R「暖房費が不適切に高額であるというきっかけは、とりわけ、実際に発生した費用

が抽象的な適切性基準に相当する大きさの住宅においてすべての消費者が平均的に用いる費用を明確に上回っていることから導かれうる。)」。(Rn. 88)として、濫用的なレベルで住居費が不適切に高額である場合にのみ、給付が制限されるべきであるとの立場を表明する。

あわせて、「連邦社会裁判所による適切性概念の憲法違反の具体化は方法上必然のものではない。連邦社会裁判所は、適切性概念を簡素で基本的な居住水準に合わせることで、さしあたり BSHG 第 12 条にかかる連邦行政裁判所の従前の判例を引用している。」(Rn. 89)が、これは政府の立法理由書でそう述べられていることを受けただけであって、これを必然とする根拠とはならないとし、むしろ、「連邦行政裁判所はその判例においてさらに、BSHG 第 12 条第 1 項第 1 文に基づいてもっぱら「必要な」生計が給付されなければならず、そこには住居も明確に含まれることを指摘している。すなわち連邦社会扶助法の生計保障のための扶助は、法文で明示されている必要性の留保のもとに全体としておかれていたが、これは SGB 第 2 編の規定には含まれていない。SGB 第 2 編の導入によって、連邦社会扶助法と比較して明確なその他の変更もおこなわれている。個別化原則から大きく乖離した給付の強力な定型化は、個別ケース給付による需要充足の埋め合わせを事実上不可能にし、またとりわけ雇用促進の観点がより明確に付け加えられた。これとの関係で保護資産および収入認定に関しておおような規定がおこなわれている。もし換価をした場合に最低生活を危うくさせることなく著しい節約がたとえ可能であったとしても、とりわけ自ら利用する適切な家屋用の土地または同様の自家住宅は資産として考慮されない (SGB 第 2 編第 12 条第 3 項第 1 文第 4 号)。保護資産の規定は、SGB 第 2 編の給付が立法者の考えに従えば一時的にしか支給されず、失業状態が早々に克服されるべきであるということを背景にしても理解できる。従って、例えばこの間原則として 12ヶ月に制限された失業手当受給期間が過ぎたのち即座に不動産所有権を換価した場合に、これが過酷だと認識されたのかもしれない。もっとも長年居住した借家の喪失は過酷同様に理解されうるものである。



よってこうした体系的文脈においても、費用の有利な選択肢とも無関係に費用を基本的に全額考慮することで、給付の受給開始時点で居住している住宅を維持することに高い優先性を認めるのは妥当である (vgl. auch BSG Urt. v. 18.6.2008 - B 14/11b AS 67/06 R 「立法者は、それが賃借されているか要扶助者の所有かにかかわらず、住宅の維持に一般的に高い位置を承認している。)。濫用からの一定の保護や最大効率化は、SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 2 文の適用によって達成できる。当法廷のおこなう適切性概念の具体化は、すなわち、SGB 第 2 編の体系および論理と一致していることになる。」(Rn. 90)との考慮により、憲法適合的解釈の内容的な妥当性を強調する。

結論として、「よって適切性概念は、地域および世帯員数を手がかりに額を確定するという常に審査されるべき単に基本的な需要を志向した適切性限度の意味においてではなく、明らかに釣り合いがとれていないケースについて給付請求権を制限することを給付主体に(再度全面的な裁判所のコントロールのもとで)可能にさせるという適切性の留保として具体化しなければならない。これは個々の特殊性(SGB 第 2 編旧第 22 条第 1 項第 2 文; SGB 第 2 編新第 22 条第 1 項第 3 文)を手がかりにおこなわれることになる。よって、その規模と構造から見て地理的比較対象区域における比較可能な世帯について通常の住居費を費用が明らかに上回っている場合にはじめて、支出が SGB 第 2 編第 22 条第 1 項第 1 文の意味にいう不適切となるのである。」(Rn. 91)とするのである。

#### (5) 整理

すでに何度も確認しているように、住居費の適切性はまず行政が具体化し、それを裁判所が事後的に全面的な審査をおこなうのが基本的な骨格であって、その際に論理的構想を通じてとりわけ手続的なコントロール(のみ)を強化するのが連邦行政裁判所の判例法理である。この枠組みを前提として、司法とりわけ事実審レベルの実際の審理では、被告となる行政に適切性判断の根拠を説明させ、場合によっては論理的構想の存否を認定し、すなわち前提となる実務が適当かどうかをまず裁判所自

身が確認したうえで、原告の主張の可否を判断するのがスタンダードな流れとなっている。

マインツ社会裁判所は、こうしたシステムの最重要の前提である第2編第22条を、連邦憲法裁判所基準額違憲判決と照らし合わせて、立法者が憲法に従った手続および憲法上求められる内容に沿った規定をしておらず、すなわち違憲であるとして、枠組みの前提を否定する。詳細は判旨に譲るが、要するに、立法者は「適切」と書くだけで、住居費需要を法律でまったく具体化していないという批判である。ここでは明らかに本質性理論が意識されている。そしてその意識がゆえに、住居費給付における形成余地を基本的には認めず、立法者における不確定法概念の使用を論難する。基準額給付では違憲判決後立法者自らアルコールを飲むべきかどうかまで決定しており、しかもこれは直接の民主的正統性を唯一有する議会であるからこそ可能なことでありまた果たさなければならぬ責務であって、これと同じことがなぜ住居費給付ではいまだおこなわれていないのかを批判するのである。

マインツ社会裁判所にとって、住居費給付に関して立法者に（不確定法概念を用いることも含めて）広い形成余地があるのではなく、むしろ具体的に内容を形成する義務があるということである。この発想の裏側には、連邦憲法裁判所基準額違憲判決を、単に手続的コントロールの要請としてのみ捉えるのではなく、さらに踏み込んで、そうした手続を実際に履踐する立法者自身による実体的請求権の内容の具体化それ自体が求められているという理解がある。マインツ社会裁判所には、立法者が法律で「適切」と書くだけで以降はその具体化を行政および司法に丸投げしているとしか映らないのであり、しかしこれによって立法者の法治国家上の責任が減ずるわけではないということである。

少なくともマインツ社会裁判所からすれば違憲である第2編第22条を、いくら連邦社会裁判所が論理的構想を通じて具体化しようと、そもそもの立法者の責任が当初から果たされていない以上、手続的側面では透明性や追証可能性という点で違憲判決の要請と軌を一にするもので

あったとしても、規定の違憲性を回避することにはならない。むしろ論理的構想によって住居費の引き受けに上限がはめられており、こうした意味での具体化は人間の尊厳に値する最低生活の保障に対する基本権の存在と相容れないことになる。

しかし同時に、規定が違憲であれば無効となって住居費の支給根拠そのものが消失することになってしまう。そこでマインツ社会裁判所は、憲法適合的解釈として、第2編第22条の適切性を(連邦社会裁判所の論理的構想を度外視して)自ら解き明かそうとする。そのいうところは、端的には、実際の家賃が非常に高額であって給付の濫用的利用にしか思われなないケースのみを「不適切」と位置づけ、そしてそれで足りるという点にある。その際、実際に連邦社会裁判所でも認められている暖房費の適切性判断(濫用的ケースのみ給付をカットする)や、資産保有とのアナロジー、雇用促進の法としての第2編の体系的位罫から自らの解釈を正当化している。

なお事案との関係では、原告の住宅の居住面積や一平米当たり家賃の点で、関連する州法上の規定や家賃一覧表と比べても、超過がほんのわずかであるとか、一定の範囲内に収まっているとかの理由で、地域に通常の家賃を明らかに上回っているとは認められないとし、給付のカット分について被告に追加の支給を命じている。

#### (6) 検討

連邦憲法裁判所基準額違憲判決が住居費給付にとってどのような意味を有する(と考える)のかは、2010年2月9日以降、様々に論ぜられてきたところである。そのなかで主流といえるのは、(偶然にも違憲判決以前に提示されていた)連邦社会裁判所による論理的構想が、手続的コントロールの意味で、結果として違憲判決の要請を住居費給付において具体化したものであるという立場である。しかしマインツ社会裁判所は、違憲判決から約2年、2011年改正から約1年を経て、そうした立場とは真正面から異なる違憲論を展開した。

住居費は一般の生計費と異なり需要の個別性が著しく高く、ゆえに両

者を別扱いにし、住居費には一般的な支給基準（適切性基準）や支給上限を設けず、実際の行政過程（とそれを統制する司法過程）において個々に具体化していかざるを得ない、という「大前提」で、連邦社会扶助法も第2編も第12編も作られてきたし、作られている。この大前提に、マインツ社会裁判所はおそらくはじめて挑戦した。基準額違憲判決の要請をストレートに住居費に適用し、立法者は住居費という最低生活上の重要な需要に対する給付について、法律上の請求権を自ら具体化しなければならないにも関わらず、その責務を果たしていない、用いられている不確定法概念である適切性は結局何も具体化していないというのである。適切性を個々の過程で具体化するというかたちで法律で内容を決定しているという標準的な理解には従わないのである。

確かに、いわれてみればその通りである。これまで、しかしそうせざるを得ない住宅市場の実態が少なくとも住居費（と暖房費）にはある、だからこそ実務できちんと具体化できるように、判例法理が指し示され、また、選択肢として条例による解決が目指されてきたのであった。

マインツ社会裁判所がここまで踏み込んだ理由はいったい何だったのか、判決を見る限りその「怒り」の原因はよく分からない。ケースの特異性という点で、この裁判では、被告が原告に適用した適切性上限292,20ユーロで最後まで「頑張った」ことが一つ挙げられる。原告には、疾病や障害、家族関係や職場など、一般的に適切性判断が緩和される個別事情がほとんどどうかがい知れない。家賃実費との差が60ユーロ程度であり、原告両名が稼働していれば何とか吸収できる範囲であり（実際、就労収入が途絶したのちに裁判に及んでいる）<sup>\*244</sup>、事実認定では費用抑制指導の顛末が触れられていないが、原告被告双方でもしかすると感情

<sup>\*244</sup> 2006年の連邦雇用エージェンシー調査では、実際の住居費と適切だと承認された住居費の差額は、平均で20ユーロ（暖房費、付随費用を含む）程度であった。計算上は実費の約95パーセントがカバーされていることにはなる。Bundesagentur für Arbeit, Grundsicherung für Arbeitsuchende: Wohnsituation und Wohnkosten, Oktober 2006, S. 17.

的な対立があり、それも被告が適切性基準をびた一文譲らなかった背景なのかもしれない。実際、下級審レベルの判決を見ていると、特に違憲性判断とは無関係に、まさに個別救済という点で、今回のケースに当てはめれば、実際の居住面積(わずか2平米の超過である)を算定の基礎にするとか、市の家賃一覧表(これはこれで論理的構想に従えば問題なく構想の成立を認定するための基準となる\*245)ともう少し睨めっこして原告の平米単価の収まりを柔軟に解釈するとかで(家賃一覧表が論理的構想成立の柱になることと、家賃一覧表のどの値を用いるかとは別問題であり、今回のケースではそのうちもっとも低い値の利用に被告がこだわったことが紛争の直接の原因である)、現実的解決が目指されることが少なくない(マインツ社会裁判所自身、事例へのあてはめでその趣旨に触れている)。しかしマインツ社会裁判所はそうした道を選ばず、違憲性という制度の根幹にあえて挑んだのである。

同じく2011年改正後の第2編について、ベルリン社会裁判所が、新たな基準額がやはり連邦憲法裁判所違憲判決の要請を満たしていないとして、違憲の確信を表明して連邦憲法裁判所に案件を移送している(2012年4月25日移送決定\*246)。マインツ社会裁判所は憲法適合的解釈をおこなうことで違憲の確信までは表明しなかったが(実際、ベルリン社会裁判所の移送決定が移送後2年を経過しても棚晒し状態であったが、マインツ社会裁判所はそうしたリスクを回避した可能性がある)、両者はある意味で方向性を同じくする判断だといえる。すなわち、連邦憲法裁判

\*245 ただし家賃一覧表が論理的構想を代替するわけではない。家賃一覧表に反映されるデータの質と第2編における住居費の適切性ととのズレの可能性および一致の方向性について、Holger Gautzsch, Mietspiegel und modernisierungsbedingte Mieterhöhungen - Relevanz für die Bestimmung der Kosten der Unterkunft gemäß SGB II und SGB XII?, SRa 2011, 137, 140 f.

\*246 SG Berlin, Vorlagebeschlüsse vom 25. April 2012 - S 55 AS 9238/12, NZS 2012, 797 und S 55 AS 29349/11, BeckRS 2012, 69312, zurückgewiesen durch BVerfG, Beschluss vom 23. Juli 2014 - 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis20140723\\_1bvl001012](http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis20140723_1bvl001012).

所基準額違憲判決の実体法上の基準とも密接に関連する主たる手続的要請を、2011年改正においてもストレートに制度に当てはめているのである。もちろん、こうしたある意味で愚直な法解釈が定着していくのかどうかは何ともいえない。(控訴が許可されている)控訴審であるラインラント＝プファルツ州社会裁判所や、場合によっては連邦社会裁判所の立場表明を踏まえた検討も必要であろう。

いずれにせよマインツ社会裁判所が従前の議論の枠をある意味で突き破ったことは事実である。この判決は、何かと注目を浴びる基準額に関する違憲判断とは異なりそこまでの耳目を集めてはいないが<sup>\*247</sup>、テーマに即したかたちでは、他の社会裁判所でも若干の論及がなされている。マインツ社会裁判所と同様、第2編第22条や連邦社会裁判所の論理的構想の違憲性に言及するものは、しかし、確認した範囲内では、同じマインツ社会裁判所第17法廷<sup>\*248</sup>のほかは、ドレスデン社会裁判所第20法廷<sup>\*249</sup>とライプツィヒ社会裁判所第20法廷<sup>\*250</sup>程度であり、すべて第一審レベルである。第一審でもドレスデン社会裁判所第49法廷<sup>\*251</sup>は反対(合憲)の立場であり、第二審に上がると、バーデン＝ヴュルテンベルク州社会裁判所<sup>\*252</sup>やザクセン州社会裁判所<sup>\*253</sup>が、マインツ社会裁判所

<sup>\*247</sup> マインツ社会裁判所判決はある法律専門誌に主文のみが掲載されただけである(NZS 2012, 874)。対してベルリン社会裁判所移送決定は複数の媒体で紹介されている。

<sup>\*248</sup> SG Mainz, Urteile vom 19. April 2013 - S 17 AS 518/12, BeckRS 2013, 69126 und vom 10. Mai 2013 - S 17 AS 751/12, NZS 2013, 794; SG Mainz, Urteil vom 22. Oktober 2012 - S 17 SO 145/11, BeckRS 2013, 66104.

<sup>\*249</sup> SG Dresden, Urteil vom 20. Januar 2013 - S 20 AS 4915/11, BeckRS 2013, 68020.

<sup>\*250</sup> SG Leipzig, Urteil vom 15. Februar 2013 - S 20 AS 2707/12, BeckRS 2013, 71862.

<sup>\*251</sup> SG Dresden, Urteil vom 10. September 2013 - S 49 AS 8234/10, BeckRS 2013, 73719.

<sup>\*252</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Juni 2013 - L 1 AS 19/13, NZS 2013, 911; Urteil vom 26. März 2014 - L 2 AS 3878/11, BeckRS 2014, 69116; Urteil vom 25. Februar 2014 - L 13 AS 3088/12 ZVW (unveröffentlicht); auch Beschluss

判決を取り上げて明確に反対を表明している。住居費給付の規定は立法者の形成余地の範囲内であるという判断が大半である。そうした限りで、マインツ社会裁判所の影響力の広がりとは不明である。

他方、憲法適合的解釈でなければそう主張できないかは別として、その内容であるところの、濫用的ケースにおいてのみ適切性判断をおこなうというのは、確かに現実的であるかもしれない。もしもの話として、マインツ社会裁判所の案件で市に家賃一覧表が存在せず、適切性にかかる被告の内部準則から論理的構想の成立が認定されなかったと仮定すると、適切性の認識手段が枯渇したとみなされ、現在の判例法理では補助的に住宅手当法限度額表に現実性のための加算をした額を上限として住居費の引き受けがおこなわれる。原告の居住する市(すなわち被告)は2009年に再公布された住宅手当法の枠組みにおいて家賃水準はIIIに設定されており、2人世帯の場合、住宅手当法上の最高限度額家賃は402ユーロとなる。これは、加算をせずとも十分に原告の実際の家賃をカバーする水準である。言い方を変えれば、被告はこの金額での引き受けをしないで済むように、家賃一覧表をたぐって適切性の上限を作成していたわけである。そして被告が原告にある意味で機械的に家賃上限を適用した結果、原告において月額約60ユーロの「はみ出し」が生じた。これ以外の事例でも、このカットが100ユーロや200ユーロになることはあまり多くなく、50ユーロあるいはそれよりも低い金額になることは珍しくない。すなわち、そうした小幅なカットをするかしないかで、延々と争いが続いているともいえるのである。

そうであれば発想を切り替えて、それこそ何百ユーロも超過する事例まで適切とみなすのは難しいという観点から、濫用でキャップをはめるのもアイデアとしてはありえよう。ただし(これは住居費に限らずドイツ公的扶助法において常に問題となることであるが)濫用かどうかは、

vom 28. Oktober 2013 - L 2 SO 1510/13 NZB, NZS 2014, 155.

\*253 LSG Sachsen, Urteil vom 19. Dezember 2013 - L 7 AS 637/12, juris.

過酷条項の適用以上に極めて認定(線引き)が難しい。また判断主体(自治体)によっても相当の差が生ずる。連邦レベルであれ地域レベルであれ、もしある程度の基準が引かれれば、それこそ住宅市場における家賃上昇効果を生ぜしめるおそれもある。アイデアとしては興味深いところであるが、結局は、かつての法令制定権限で連邦政府が躊躇し、あるいは権限行使に投げかけられた疑問(現実性や地域的妥当性)、ないしは現在の条例による解決でなされている議論との違いはあまり出なくなるかもしれない。とはいえ、一石を投じたという点でマイנטツ社会裁判所の主張は無意味なものではない。今後の議論の進展が注視される。

## 4. 結語

### 4.1. 定型化への忌避感

条例による解決の、到達点ならぬ未到達点の典型が、住居費の定型化である。州法に根拠規定をおいている4つの例のうち、定型化の権限も付与しているのは半分の2州にとどまっている(ヘッセン州、ザクセン州)。実際に条例を制定したヘッセン州のフォーゲルスバルク郡は、しかし、その内容に定型化を含んでいない。すなわち、少なくとも第2編の領域に関する限り、ドイツで適法に住居費を定型化している例はないということである。

第2編の旧第27条に基づく連邦政府による法規命令制定権限や、第12編の規定を見る限り、住居費の適切性基準およびその定型化は、基本的にはワンセットで捉えられている。確かに両者の発想には似通ったところがある。適切性基準でいうと、個々のケースにおいてそれぞれ適切性を審査していくのではなく、逆に、基準を先に作っておいて、それに個々のケースを当てはめていくのであり、定型化はさらにこれを進めて、そもそも個々のケースにおける費用の適切性を最初から度外視して、定型額をそのまま支給する。その限りで両者はいずれも新たなモデルの導入を意味している。

しかしながら、適切性基準と異なり定型化の実例がいまだに存在しな



い背景には、ドイツ法における定型化に対する一種の忌避感が垣間見えるのである。

定型化そのものは、すでに基準額給付で導入されている（そして連邦憲法裁判所も基準額における定型化自体は適法とみなしている）し、仕組みは至極単純である。ある自治体において例えば単身世帯の住居費定型額が月 300 ユーロと決まっていれば、実際の家賃が 200 ユーロであれ 400 ユーロであれ、極端な場合は家賃が一切発生していなくても、300 ユーロが機械的に支給される（正確には、実際の需要額ではなく定型額が最低生活費として積み上げられ、要否判定を経て現実の必要額が支給される）。

しかしこの仕組みに対しては、端的にはシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州が州法の改正において定型化を断念した理由<sup>\*254</sup>に現れているように、（基準額給付とは対照的に）憲法上の問題すら指摘されている。

例えば先に挙げたドイツ公私扶助協会は、2011 年 6 月の（つまり新ルール施行後の）勧告では法律に基づく定型化の要件を基本的に説明するにとどめているが、それに先立つ 2010 年 3 月の立場表明<sup>\*255</sup>において、まず需要充足原理との関係について、すでに定型化されている基準額給付においてすら、非典型的な需要を充足できないという憲法上の問題が連邦憲法裁判所から指摘されており、また、住居や暖房における需要の未充足は実際には受け入れがたいものであること、次に、実際上の

<sup>\*254</sup> 「定型化条例は、自治体において予想される人員およびコストを鑑みると、経済的には意義が乏しいように思われる。加えて住居費および暖房費の定型化には憲法上の観点から大いなる懸念がもたれている。」(Gesetzentwurf der Landesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und des § 6b Bundeskindergeldgesetz vom 9. Januar 2012 (Schleswig-Holsteinischer Landtag Drucksache 17/2159, S. 6)).

<sup>\*255</sup> Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Stellungnahme des Deutschen Vereins zur Diskussion über eine Pauschalierung der Leistungen für Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 10. März 2010, NDV 2010, 163.

問題について、需要充足性を持たせるために定型額の金額を一定程度高めることと、本来の狙いであるコスト削減とは両立せず、よって定型化の目的を達しえないこと、低所得者向けの低価格帯住居など地域住宅市場に対して定型化が悪影響を及ぼしかねないこと等を理由に、住居費および暖房費の定型化に明確に反対している。

また法案段階での労働組合側（ドイツ労働総同盟）の意見表明も、需要充足原理からすると個々の事例に照準を合わせなければならない以上、定型化ををするとしても従前の適切性基準を上回るところに金額を設定しない限りは法的には正当とはいえず、もし定型額が既存の基準を下回ることになれば、憲法上保障された最低生活を危殆に瀕せしめるとし、条例による解決を法案から削除するよう要求している<sup>\*256</sup>。

こうした声に押されてか、前出の条例制定に関する自治体向け手引きである現現連邦交通デジタルインフラ省作成の冊子からは、条例における定型化の項目が完全に落とされている。

確かに、定型化がすでにおこなわれている基準額において、連邦憲法裁判所は、とりわけ手続的観点からする様々な要求をおこなっている。もし住居費を基準額のように定型化するのであれば、こうした基準額に対する要求は定型化された住居費にもストレートに当てはまることになる。定型額がなぜその金額なのかを、条例制定者である自治体は、透明な手続で、実態に即しつつ、後からの検証が可能なように説明しなければならない。

そもそも定型化には、憲法上の要請やそれと結びつく需要充足原理との間で本来的に緊張関係があり<sup>\*257</sup>、また、憲法的側面以外にも、当事者の利害関係や地域住宅市場との相互作用についてなお未解明の部分が多く、これらを背景にすれば自治体が及び腰になっているのはある意味で

<sup>\*256</sup> Ingo Kolf, Pauschalierung von Unterkunftskosten bei Hartz IV: Einfallstor für Kürzungen des Existenzminimums, Soziale Sicherheit 2011, 4.

<sup>\*257</sup> Berlit in: Uwe Berlit/Wolfgang Conradis/Ulrich Sartorius (Hrsg.), Existenzsicherungsrecht, Nomos 2. Aufl. 2012, S. 597 f. [Kapitel 28, Rn. 87].

無理のない話であり、言い換えれば、住居費の安易な定型化に需要充足原理から法的ブレーキが今のところかかっている状況にある。

しかし同時に、暖房費以上に給付総額の多い住居費において法的に定型化の可能性が現に開かれていることは明確な事実であって、事例としての州法や条例の動向が注目されるとともに、基準額、住居費、暖房費すべてを一度に定型化すると、すでに需要の区別をおこなう必要すらなくなることからしても、定型化がドイツ法の根幹システムに与える影響を可能性の段階から検討していく必要が認められるといえる。

#### 4.2. 需要充足原理の行方

ドイツの公的扶助を長らく支えてきた需要充足原理にとって、ハルツ第4法改革は紛うことなき向かい風であった。一時的需要への対応を取りやめて給付を定型化し、例外事例への対応可能性を予定しなくなることで、需要充足原理の空気穴が次々と塞がれてきた。もちろん、こうした硬直的なシステムでも、一般的なレベルでは需要が充足されなくなるわけではない。しかし誰が需要充足に責任を持つのかという点で、渡しきり型の給付は決定的にその責任を受給者に移し替えてしまう。個別対応を基本とするシステムでは、充足すべき需要があるのかないのかを、給付主体と要扶助者との（場合によっては裁判所を交えた）対話のなかから「発見」していくことが基本となるが、ハルツ第4法では、いろいろな意味で受給者の自己責任や自己決定が重視されるようになり、すなわち、支給された金額の範囲内で受給者はやりくりをするし、やりくりをしなければならない、同時に、彼や彼女にどのような需要があるのかは特に明らかにならなくてもかまわない。支給額が現実に足りなくても、支給額をちょうど使い切っても、支給額を余らせても、それは制度の関知するところではないのである。

このように伝統的なスタイルでの需要充足原理の活躍する場が著しく減少するなか、最後に残ったステージが、住居費給付と暖房費給付である。これらは適切性の具体化という必須の過程を経ることで、少なくと

も理論的には、充足すべき需要の内容や範囲、程度が明らかになる。ただし実際の具体化作業は、受給者の有する個々の特殊性、住宅市場の特性、自治体の実務能力等が複雑にもつれ合い、それを法的に整理する裁判所においても、難解かつ実用性に疑問のあるテーゼが出されるばかりで、一挙解決の状況にはほど遠く、ますます混迷の度を深めることとなっていた。需要充足原理が最後に残ったフィールドは、住居面での最低生活需要を完全に充足するというスジと、しかし実際の住居費は適切でなければならぬというもう一つのスジとが螺旋状に絡み合い、結果的に当事者それぞれにストレスを抱え込ませることにつながった。

しかしここで需要充足原理に思わぬ追い風が吹き始める。当然のように定型化されていた（そのこと自体長らく疑われなかった）基準額が憲法違反だというのである。需要充足原理との関係から連邦憲法裁判所の説示で重視すべきは、基準額の算定がでたらめだという点のみならず、現行システムが非典型的な需要を充足できる仕組みになっていないことに対する違憲判断である。やはり新システムにあっても、隠れた需要は発見される必要があるということである。最低生活需要の未充足はドイツ公的扶助における一種の禁忌であったが、第2編においても（第2編においてすら）需要は無視されてはならないことが限定的にせよ明らかになったわけである。

連邦憲法裁判所は同時に、基準額に対する司法審査の角度を、手続的観点から整序した。この直前まで、連邦社会裁判所は論理的構想における逡巡を深めていたが、偶然か必然か、論理的構想は手続的審査（に司法統制を限定しようとしたこと）にその主眼があったため、両者は結果的に「合流」することとなる。すなわち住居費給付は、実体面でも手続面でも、あらためて需要充足原理の照射を浴びるようになった。

しかしてそのような需要充足原理の盛り返しのなかで、システムはさらに次の動きを示し始めている。条例による解決である。受給者にとっての適切性判断の見通しにくさ、実務にとっての適切性判断の実際上の困難さ、紛争の増加と社会裁判所の負担加重、費用の全体的高騰と公的

負担からくる圧迫感（連邦にとっても自治体にとっても）等、住居費給付に固有の論点が折り重なるなかで登場した一個のアイデアは、もしかすると様相を一変させる破壊力を有しているかもしれない。

条例で適切に適切性が規定される限り、それは適切な住居（費）需要を示すものである以上、需要充足原理の前提を構成するはずである。しかしハルツ第4法改革以前より住居費の一部支給が法定され、適切性の意味における給付の上限的性格が著しく強まっていることに鑑みれば、すでに当初の制度から、需要充足原理の出口である需要の完全充足は実質的には放棄されていることになる。ここに加えて、条例における適切性の基準が制定主体の価値判断を（事実上）許すものであれば、決して恣意的でないにせよ、少なくとも不当というレベルでは基準が低めに設定されることが否定されないのであって、そうなると実際の給付からこぼれ落ちる未充足の需要がボリューム面で増えることになる。

こうした場合のもう一つのスジとして、例えば相当数の借家においてある適切性基準からのオーバーが実際に見られる場合、要扶助者の居住する住宅が不適切に高額すぎるのではなく、むしろ当該自治体で設定されている適切性基準が低額すぎるのであり、ゆえに頭打ち支給の強化で家賃を引っ込めるのではなく、逆に適切性基準を実態に適合させて引き上げていくべきだという主張も成り立ちうる。最低生活保障の具体化における実態適合性の要請は連邦憲法裁判所も指摘するところであり、また需要充足原理を現実化するもう一つの方向だといえる。条例による解決はいずれにせよある時点での住居費の適切性を確定しつつこれをオープンにするものであることからしても、基準と現実との相互作用がどのようなベクトルで顕現してくるのが注目される。

さらにその先にある定型化は、需要充足原理から見るともっとも距離感のある仕組みである。実際の需要をまったく無視するからである。とりわけ実費支給を原則としてきた住居費給付が定型化されることは、それ自体がドイツにおける公的扶助の激変を意味しよう。

連邦社会扶助法以来、互いをもって自らを証し立ててきた需要充足原

理と住居費給付であるが、ハルツ第4法改革以降窒息寸前だった需要充足原理が基準額違憲判決で息を吹き返し、住居費給付で再び深呼吸を始めた結果、少なくとも定型化は一息入れた状態となっている。両者はやはり切っても切れない運命にあるのか、それとも切れれば離れてしまうドライな存在なのか、はたまた別れても好きな人なのか、原理という観念と給付という現実との何ともいえない関係がもう少し続いていきそうである。