

を確定した上で、これを制約する国家の介入を正当化できるのかが審査される³⁶。

もともと、基本権解釈の拡大に対しては論争があった³⁷。条件がみたされなければ基本権は「価値が無い」ということから、社会国家は自由の前提ないし契約の前提を保障しなければならないのか否か、という議論である。1971年の「給付国家における基本権」をテーマとした国法学者大会で、社会国家と法治国家の関係について、一方で、個人の領域を法治国家が保障することと社会国家理解は一致しないとする、伝統的なりべラルな法治国家の立場があった³⁸。他方で、基本権の配分参加権 (Teilhaberechte) を主張する立場があった³⁹。連邦憲法裁判所は⁴⁰、職業教育の自由について、基本的人権を実現する社会的経済的条件の規制が必要であることを判示した。

現在は、自由の条件として実際の平等を目的とすることでは一致しているが⁴¹、国家の介入を正当化できるのか否かについては次のように見解が分かれている。一方で、社会国家原理により基本権の実現のための条件を整備する義務を国家がおうという「基本権条件」を基本権解釈により導くことを次のように展開する立場がある⁴²。すなわち、従来の防御権とは異なり、国家に生活を保障すべき、または促進すべき積極的な行為を義務づけ、基本権を実現する十分な手段を準備する方向に、基本権保護義務または支援義務が位置づけられると。他方で、こうした基本権条件が、最低生活保障法に関する事案や、基本法7条4項の私立学校の助成に関しては認められてきたが、それ以外についても法的な自由の保障を、それを請求するための社会的条件にまでさかのぼることは、避けられないわけではないし、法治国家としては認められないのではないかという⁴³。そうでなければ、市民の自由には、その社会的条件が満たされることまで含まれるということになるからであると。このように現在の論点は、社会国家原理が平等原理と結びつくことで、すべての人に自由権を平等に遂行できる条件へのアクセスを保障できるのか否か、という点にある。社会保険についていえば、人格の展開の自由に対する介入行為が正当化できるのかが論点になる。さらに、本稿の労働市場リスクの規制という点からすれば、自ら選択した職業に必要な教育を求める権利、40歳を超えても労働市場で機会を得ることができるような環境があるのか、子のいるものが労働生活を継続できるように保育所などが整備されているのかなど、平等なアクセスの保障にも関連している⁴⁴。

(2) 権利主体のとらえかた：国民か、労働者か

ドイツ社会保険法も、社会保険法と労働法の統一的理解から離れ、社会保険法の適用対象が労働者以外にも拡大することで、労働関係にある人以外も考察の対象に含まれることになっている。しだいに労働法との関係が緩和され、私法である労働法と公法に位置づけられる社会保険法は区別されることにより社会保険法は独自の法領域として展開してきた⁴⁵。労働法が独立性をもつことでようやく社会扶助法と社会保険法を統合した (狭義の) 社会保険法がとらえられた⁴⁶。社会保険法は労働者の特別な法ではなく、住民全体に拡大されたわけである⁴⁷。もともと、社会保険法がしだいに労働法から独立し、すべての市民に対して構築され、そこには共通する部分もあるが、労働法と社会保険法を核とした法体系なのか、貧困者を名宛人とした法体系なのかはそれぞれの相違を根本的に示しているという⁴⁸。重要なのは、福祉国家の活動の主たる名宛人 (Hauptadressanten) が周辺の市民なのか、労働者なのか、全体としての市民なのか、という点である⁴⁹。さらに、主たる名宛人を労働者としてとらえるのか否かは、労働市場が特別に規制された市場であり、社会的な制度であるという考え方⁵⁰を前提に社会保険法を規制するのか否かにも関連している。政治経済学で次のような比較福祉国家論の分類が注目されている⁵¹。すなわち、労使関係により自由に決定する私的秩序形成に国家は原則として介入しないという「自由主義的福祉国家」、強制仲裁により最低賃金保障に限定した介入を容認する「賃金労働者福祉国家」、さらに労使による協定 (とくに労働協約) の一般的拘束力を法定し、労働者に普遍的に基礎的な生活を可能とする賃金を保障する国家介入を是認する「保守主義的福祉国家」などがある。労使関係の私的形成に国家が介入するのか否か、

その程度や方法は福祉国家のあり方を大きく規定する要素であると捉えることも可能であると思われる⁵²。

他方で、国家による家族に対する社会政策も、国家が自由を形式的に尊重することとどまるのか、家族の支援を包括的に行うのかは国家の関与がそれぞれ異なっている⁵³。アングロサクソン諸国は、家族の自由を主として国家の非介入の要請から導き、国家は家族を貧困からまもることにとどめるのに対して、ヨーロッパ大陸諸国はそれをこえた積極的な国家の積極的な家族支援の包括的な政策をするものと理解していると指摘している⁵⁴。ただし、家族は政策により政治的関心や政治勢力から影響を強くうけやすい領域であり、家族は支援を必要としているのは否めないものの、どのように援助されるべきかであるのかは困難な課題である。家族の生活形態を保障するのに必要な支援はなにかが問われなければならないと。

ドイツ社会保障法は、労働に従事する者を名宛人とした社会保険法を核とし、市民に対する普遍的な公的扶助法がこれを重層的に補完する体系としてとらえられる。市民という普遍的な地位に基づく社会法関係ではなく、主として労働関係を媒介にした「労働」に基礎をおいた社会法関係をとらえることができる。

もともと、労働者中心主義的福祉国家を形成してきたドイツでも社会保険をどのようにとらえ、その規範的根拠を何にもとめるべきであるのかは、高失業に直面して「公正な社会」を構築する際の争点の1つである⁵⁵。基礎におかれた私的な関係のなかで生じた多様な問題が、そうした私的な法関係をもって解決可能であれば、社会保障法の成立の余地はない。しかし、労働をおこなうことを通じて生活をする市民の生活関係の基礎に置かれた私的な関係（労働関係も含む）が創り出した社会的問題を民事法秩序では解決できない場合に、社会保障法による解決が必要になるという視角は、グローバル化と並んで個人化を背景とする現在の労働社会のおかれている状況に鑑みれば、きわめて重要になっている。

社会保障制度を普及させようとするなかで、社会手当は生活保護法と異なり定型的なニーズに対する給付を、社会保険のように拠出を条件としないで保障するものとされ、すべての市民に対する基礎保障を租税でおこなう社会手当型が生存権理念の理想であるかのような立場もあった⁵⁶。「市民に対する手当化」に共通しているのは、社会保険法の保険料拠出—給付関係から生じる、権利の障害事由をなくすこと、他方で、生活保護の個別性原則にかかわる運用の欠陥を克服することである。戦後、社会保障法の展開のなかで公的扶助と社会保険法の克服が課題になり、「社会保険から社会保障へ」というスローガンにみられるように社会保障制度を「公的扶助と社会保険の接近・融合」⁵⁷により説明しようとした。もともと、「公的扶助と社会保険の融合」は、「市民」に一元化されるというのではなく、一般的人格権を主たる基準としつつ、労働関係や家族関係が前提となる局面では、それぞれ職業の自由（基本法12条1項）や家族の保護（6条1項）に含まれる価値決定が補完するものと把握し⁵⁸、多元的な法体系が必要なのではないだろうか。社会保障法では多様な基本権を補完することが社会保障権を保護するためには不可欠である。権利主体を多元的に把握しなければ、被用者保険法は正当な位置づけが与えられないことが示唆されている。

（3）「労働」と社会保障法の関係

さらに、本稿の検討対象である「労働」は、ドイツでは「活発な (vital) 社会」またはアクティブな社会への転換期に、国家がどのように関与するのかを検討する上で適した素材を提供しており、国家関与の二面性が指摘できる。

一方で、「活発な社会」で市民が多様な活動（有償労働、無償労働）に従事できるように国家は条件を整備するという局面である。ここには、従属労働関係において典型労働と非典型労働間の移行に対応して社会保険法の適用対象の拡大⁵⁹、従属労働と独立的労働間の移行、さらには生計活動その他の無償活動と有償活動の移行、年金生活への移行など多様な活動が含まれる。加えて、市民活動や福祉などのボランティア活動のひろがりも積極的に評価しようとする社会思想ないし運動も無視できない⁶⁰。市民に参加 (Teilhabe) を保障する社会が目指され

ているといえよう⁶¹。他方で、稼働能力のある要扶助者に対して「労働者化」の要請が強まっていることはすでに指摘したとおりである。失業者が自らの意思で対等な雇用契約の締結にいたるように整備することは、基本法2条1項から導かれる国家の支援義務である⁶²。しかし、個別法をみれば、失業者が就労を受け入れる契約を締結しない場合に、給付が制約されるという（社会法典2編10条、31条）、間接的な基本権侵害の問題が指摘されている⁶³。

以上の2つの局面に鑑みれば、個人の人格展開の自由を、個人の活動に関連づけて、いまいちど労働市場リスクを社会法で検討する現代的意義があることが認識できるであろう⁶⁴。労働市場リスクは個人が負担すべきものではなく、失業や、健康状態の悪化など自己責任だけでは解決できないことは否定されないであろう。また、国家は個人が自由に生活を形成することを基本とするが、個人の責任だけでは解決できない事象については規制をすることを想定すれば、国家は個人が責任をもって生活設計をする能力を奪うような労働市場リスクを適切に規制する責任を負うものであると考えられる。社会保障法では、有償労働と無償労働を含む「労働」（ないし活動）に関して国家の関与は、具体的には次の点が問題になる。

第一に、有償労働についてみれば、被用者保険法の拠出を根拠づける労働関係が公正に形成されているのか、つまり、社会保険の権利を検討する際に、被用者保険法の適用の条件となる労働関係が平等原理に適合して整備されているのかが問題になる。どの範囲の非自立的労働者を被用者保険法適用雇用として定義するのか、という問題は重要である。労働市場関係の非典型化を題材にしなが、労働関係の国家による枠組み規制こそが、個人の自由を実現するためにも不可欠であることを検証したい⁶⁵。

第二に、被用者保険法は、自営業者と従属的労働者を別立てにした体系を構築してきた⁶⁶。労働者を独立労働者として「偽装」し社会保険法の適用から免れるという問題も含め、社会保険法は労働社会の急変する現状に適応しているとはいえないと指摘されている⁶⁷。将来の被保険者像を考えるにあたり、一方において、非独立労働と独立労働を区別しない市民を措定し、社会保障制度を構築すべきなのだろうか（「市民」型）。他方において、権利の普遍的拡大という方向を目指すにしても、労働関係において均等待遇保障を構築することで、適用範囲を拡大し、被用者保険法の目的に照らして保護が必要な労働者に広く拡大するという方法もあるのではないかと（労働者型）。

他方で、「労働」のうち市場労働以外の活動について国家はどのように関与すべきなのだろうか。「労働」を市場労働に限定して社会保障法の人間像をえがくことをも、再検討が必要となる⁶⁸。本来、有償労働も無償労働も個人は担うものであり、家族形成権をもつならば、有償労働と育児という無償労働の両立を社会が支援することも、労働者権として形成されなければならない。社会保障法では、「貧困」状況に関連づけて権利義務関係が展開する傾向があるが、家族の支援や家族形成権の制度的条件整備を具体化する場合には、対象を「貧困」に制限する思考は適していないように思われる。ドイツでも「貧困」という視点からすれば、社会国家原理と結びついた基本法1条1項と2条で十分保障されるのであり、垂直的な配分的公正の次元に歪曲化されるので、基本法6条1項の論点として設定する必要はなくなってしまう、という指摘がある⁶⁹。むしろ、基本法6条1項の問題は、家族と、子のいない人たちとの水平的公正さの問題であると。家族が貧困になってはじめて社会国家は垂直的なパースペクティブ（*vertikale perspektive*）をむけるのではなく、家族の支援はすべての所得層の課題であると。

育児を社会保険という方法でとらえる立場から、「育児保険」「家族保険」という構想もだされているが、個人の負う家庭責任を国家が社会保険法においてどのように位置づけるのかについて、吟味が必要である⁷⁰。

無償労働に対する社会保険法適用は、家族による介護や家庭内での事故に対する公的責任をどのように履行するのかなどの新たな論点もみだすであろう。さらに、失業者が求職活動をする際に、家族と離れ

て居住せざるをえない職場であっても、失業者に期待可能な自由の制約といえるのか、という問題も基本法6条1項の家族支援に照らした検討が必要になる。

(4) 給付水準と均一的最低保障中心型の評価

わが国でも、すでに高藤教授は、社会保障が最低生活原則をとるべきことを理由に所得比例拠出、均一給付の制度を主張された⁷¹。しかし、果たして、均一給付が平等にかなうものなのだろうか。あるいは、年金の報酬比例部分について強制加入を廃止するべきであるとする立場があるが⁷²、報酬比例の根拠が人格的自由の条件整備の観点から果たして本当に見出せないのだろうか。ドイツでは所得比例年金法を核として最低生活保障法が補完する点に特徴があるが、年金の保障水準が基本法との関連で論じられている。

労使関係の存否や労働者の被扶養者か否かといった私法上の関係を基礎とする被用者保険法は、「特別な関係」ないし接触を前提とした国家による連帯組織であるとドイツでは捉えられてきた⁷³。社会の現実を前提とした帰属感情に基づくものであり、労働者保険として成立した社会保険法制定時からしだいに被保険者の拡大にいたったのは、労働の世界の変化により多くの人が労働者階級の生活状況やリスクに脅かされる結果である⁷⁴。他方で、被保険者の集団の同質性が保持できなくなり、市民保険構想などが提案されてきたことはすでに指摘したとおりである。

ドイツでも社会保険法を最低ないし基礎生活保障を中心とした市民保険構想が論じられてきたが⁷⁵（詳細は、2章で検討する予定である）、被保険者の範囲を拡大することで、しだいに被保険者の集団が市民一般の連帯とあまり違いがなくなり、特別な、市民を超えた小さな範囲で連帯の関係を形成する同質性がなくなり、正当化できなくなると考えられるわけである⁷⁶。社会保険の組織の仕方は、保障水準にも密接に関連している。市民としての連帯、市民としての同質性に近づけば、水準も社会国家として保障するミニマムに制限されてしまうことが指摘されている⁷⁷。「社会保険法の対象の同質性が国家のそれに近似すればするほど、連帯でさええられたより高額な給付水準の正当性は一層危機におちいる」。

ドイツでも、国家の機能ないし責任を最小にすべきであり、稼働可能な年齢時の所得と年金額の分離を主張する見解もあるが⁷⁸、年金額が稼働時の所得に結びつくことにより、所得の相違や職業の地位を反映するので、基本法14条の財産権による保護の対象として意義を有している⁷⁹。国家が最低生活保障を超えて「貸金補償」機能を守ることは憲法上の要請として確立している⁸⁰。

それにもかかわらず、ドイツで2001年に年金法が改正された背景には、高齢化と高失業により、将来的には年金額が男性ですら社会扶助水準をごくわずかに上回る程度にすぎなくなる、といった認識があった⁸¹。年金の水準は、個人が「未来に生じるリスクに備える自由」の制約を、平等を基準としていかに画定するのが集約して問題になる。

(紙幅の都合上、注記の内容は省略した。)

被用者保険法適用対象に対する国家規制(2)

上田真理

(『福島大学行政社会論集』18巻4号、P.1-53、2006年掲載予定)

1章 被用者保険法の法的基礎

1 労使関係と社会保険法

(1) 労働法分野としての「労働者保険」の成立

本節では、社会保険法が、労働者保険法として成立したものの、その後、労働法と分離することで独自性を形成したことを示し、どのように労使関係に関連して展開するのかを、順に分析する。

被用者保険法は、被用者を対象とし、使用者に保険料支払い義務を課している。まず、被用者保険法の適用対象の捉え方を、社会法概念の変遷から分析する。

労働者保険としての社会保険法の成立は、19世紀に労働者問題としての「社会問題」が広まり¹、工場労働者が病気や事故による被災、高齢、障害などの理由から困窮したことが契機となった。第1次大戦前には労働時間を制限するなどの労働者保護の規制があったものの、国家は労使関係に介入しないことが原則であった。事業主の間で競争は激化し、労働者は生活を支えられない程の低賃金で働き、病気や労災により困窮と貧困が蔓延した。このような「困窮する労働者」を対象とした「労働者配慮 (Arbeiterfürsorge)」の法制度を整備するという社会問題への対応は、民法典(BGB)草案段階では中心のテーマにならず、主として次の2つの領域で国家法が制定されていく²。1つは、制約のない使用者の自由の領域を規制することであり、いま1つは、労働関係から離脱する場合に労働者に適切な生活を確保することであった。前者は、労働関係から生じる危険や損害から労働者を保護する労働保護法制である。後者が社会保険であり、1883年の疾病保険法、1884年(7月6日)の労災保険法、1889年(6月22日)の老齢廃はい疾保険という3部作を1880年代に完成させる³。1911年にはこれらの社会保険法がライヒ保険法として統一されるにいたったわけである。労働者保護法は、労使関係において使用者の自由を制約し、労働者を災害や病気から保護するように、「純粋な契約法」から特別な法へ展開していく。他方で、社会保険法は労働者への配慮を次の2点で新たに形成するものであった。1つは、社会保険法は、使用者による労働者への配慮としてではなく、むしろそこから離れる方法であった⁴。いま1つは、国家が貧困者に対して援助をするという「純粋な国家の配慮 (Fürsorge)」ではなく、生活に必要な賃金を障害や高齢により喪失した場合でも伝統的な貧民扶助にいたらないことを目指すというものであった。同時に、そのことで貧困者救済のための財政負担を軽減することにもなるわけである⁵。社会保険は、労働者を国家による貧民救済から解放し、遠ざけることが目的とされ、少なくとも労働者自らの力で生活手段を確保するものでなければならなかった。「労働者配慮」に国家が関与するにしても、「労働者配慮」を「貧民救済 (Armenunterstützung)」と区別するべきであると考えられたからである。この点は、まず労働者配慮の法制度を、労働者を困窮者全体のなかから区別し、当初から請求権を有する、必要性の審査を伴わない給付として予定されたことに示されている⁶。困窮者が増加する中で、国家が困窮者に生活を一般的に保障するのではなく、困窮者のなかから労働者を区別して、救貧法の性格をもたない労働者配慮を労働者保護と並ぶものとして位置づけようとした。他方で、国家が関与しないで、労働者と使用者の自主的な解決にだけ委ねることは、労働者が特別な理由で困窮した場合に、救済という目的を実効的に達成できない可能性があることも危惧された。そこで、労働者の困窮に適時に準備するような法制度を、

社会国家は、たとえ労働者の意思に反するとしても作り出し、強制保険としての社会保険法が成立した。

社会保険法をはじめとする社会保障法と労働法の関連は、時代とともに変遷しており、ドイツの「社会法」概念の変容からも示される。以下では、簡単に跡づけよう。

まず、労働法自体が労働者に関連する統一的規制として現在の労働法よりも広くとらえられており、社会保険は狭義の労働法と並んで広義の労働法に含められていた⁷。労働法の下位領域として労働契約法、労働者保護法、集団法と並んで労働者保険法が位置づけられていた⁸。1910年ころから1913年には「労働者保険と労働者保護」が法学の対象として捉えられ、社会法(Sozialrecht)という概念が用いられた⁹。労働法は、「労働者の特別な法」として理解され、国家との法律関係が生じる社会保険や失業手当も含む領域としてとらえられる傾向にあった¹⁰。

ワイマール時代も「社会法」のなかに労働法も社会保険法も含まれるものとして理解され¹¹、労働法と社会保障法は基本的に重なっていた。労働者が使用者の指揮命令に拘束されるという人的従属性(「指揮命令への被拘束性」)を基準とし、「従属労働」に基づくものと解されたのである。「扶助と保護の個人的対象」としてとらえられた労働者を、国家は社会保険法と労働者保護法の対象として制度化していく。

確かに、第1次大戦後には、労働者に対して包括的な社会政策の必要性が認識され、労働条件の最低基準の保障をはじめとして新しい労働法が生成していった¹²。もっとも、名称は必ずしも統一されておらず、一方で、社会保険法を労働法と対立する領域として捉え、労働契約に関わる法のみを狭義の労働法と把握する立場があった。この立場からすれば、社会保険法は狭義の労働法には含まれないので、社会保険法と狭義の労働法は「社会的法(soziales Recht)」とよばれた¹³。他方で、第1次大戦直後に次のような立場を明確に主張する者もいた¹⁴。すなわち、工場労働者だけではなく、非独立的労働を義務づけられた職業グループにも保護の必要性が拡大していること、広義の社会法の特別な権利は、個人の保護の必要性ではなく、社会的グループ全体の保護の必要性によることである。そして、この立場は(広義の)社会法を、社会保険、社会的保護、社会的契約法、社会的集団法の4つの領域を含むものとして捉えていた。

ところが、社会保険法と労働法を含めた領域を「労働者法」としてとらえることは、次の点から動揺していく。1つは、労働者保険法としての社会保険法は、広義の労働者を労働者(Arbeiter)と職員(Angestellte)にわけて、労働者階級の困窮化に対応するために労働者だけを適用対象としていた。しかし、労働者保険法ではなく「社会保険(Sozialversicherung)」という名称に第1次大戦後の1906年頃から変更され¹⁵、1911年には職員を適用対象とする職員保険法が成立したことである。いま1つは、労働法では、労働者の健康被害の予防を目的として労使関係に国家法が介入しているのに対して、社会保障法では、労働者が労災をはじめとして労働による生活の危険が生じた場合に包括的に保障する。具体的には、労働関係に起因することによる窮乏化現象(疾病、高齢、失業、災害)を対象とするものである。労働法は、直接労働関係を対象とするものであり、労働条件の内容になるものを規制する法的領域であるので、こうした窮乏化現象は労働法にとりこめないことである。そこで、社会保険が「拡大された規模における労働保護」¹⁶として成立する。このような変化とともに労働者法という名称は社会保険を含む法領域全体を包含するものとしては適していないとされ、むしろ労働者の法を社会政策立法により形成された「社会法(Sozialrecht)」と区別することが有力に主張されていた¹⁷。

(2) 労働法と社会保険法の分離

①本項では、ドイツ社会保障法が戦後に展開するなかで示された特徴を確認した上で、

労働法から分離した社会保障法が社会保険法と公的扶助法にどのような課題を突きつけられたのかを順に検討する。

1920年代後半には、狭義の労働法と社会保険法は分離する方向へすすむ。これは、公法と私法の2つの分野に法学の対象を分離することに強く影響をうけ、労働法は私法の考え方も公法のそれらも必要とするのに対して、社会保険法はむしろ強く公法によっていることによる¹⁸。労働関係は労働契約に基礎があり、労働法は労使間での自由な合意形成を規律する私法関係である。労働関係は非独立的労働だけではなく、契約当事者の権利義務関係を規律するものである。他方で、社会保険は、雇用契約当事者の合意に委ねるのではなく、国家の任務である。

労働法学の創始者として名をあげられるジンツハイマー (Sinzheimer) も、狭義の労働法と社会保険を区別した上で、双方を含む領域をSoziales Rechtという用語をもちいてとらえ、これを市民法 (民法) とはちがって、抽象的な自由ではなく、現実の矛盾の中でとらえることを指摘している¹⁹。

第二次大戦後は、ワイマール時代と異なり、労働法と社会保険法は統一的にとらえられなくなる。労働裁判所法と別に1954年に社会裁判所法が施行されたことによって、二つの領域は相互に分離する傾向を明確に示すことになる²⁰。裁判管轄の違いは、実体法にも大きな影響を与え、労働法と狭義の社会法 (社会保障法) はそれぞれの独立した法領域を形成するようになる。とくに1950年代には、現在の労働法の根幹部分が形成されていく²¹。労働法が独立性をもつことでようやく社会保障法がとらえられることになる²²。このようなとらえ方は戦後数年の国際的傾向だとも解された。というのも、それは、社会保険法は労働者の特別な法ではなく、市民全体に拡大するものとされたからである²³。国際的には、第2次大戦後、英米型の社会保障概念 ("social Security", "soziale Sicherheit") が、すべての市民に対する最低生活保障というコンセプトの下で具体化され、定着していく²⁴。1952年のILO102号条約である「社会保障の最低基準に関する条約」は、医師による療養、疾病手当、母性保護、障害、高齢、遺族、労災や職業病、失業といった事態に際しての給付、家族給付を社会保障としてあげている。つまり、ここでの最低生活保障は、公的扶助以外の社会保険や社会手当に位置づけられる給付をもって、すべての市民に対して貧困の克服を目指すことを内容とするものである²⁵。これに対応して、イギリスではビヴァリッジ型²⁶とよばれるFlat-rate (Pauschalierung) による市民への基礎保障 (Staatsbürgerversorgung) が目標とされた。

他方、ドイツは、社会保障法全体の形成は、戦争や戦争犠牲者に対する諸問題への対応をおえた1953年ごろようやく開始し、それは「社会改革」という名の下でおこなわれた²⁷。社会保険法の労働法からの分離は、社会保障法として社会保険をいかに確立するのかという課題をつきつける。労働法から分離された社会保険法をどのように機能させていくのか、新たな領域としてどのように構築していくのか。この問題の中心となったのは、労働者保険法として成立した基盤を継承して社会保険法を展開させるのか、それとも外国の例にみられるような、すべての市民をカバーするようなシステムを形成すべきであるのか、という点であった。結論を先取りすれば、社会扶助以外の社会保障法制度が最低生活保障を目的とする法体系はドイツでは形成されず、市民の基礎保障 (Staatsbürgerversorgung) の導入にはいたっていない。第2次大戦後も、すべての市民に生活配慮原則 (Versorgungsprinzip) に基づく給付を実現すべきである、と提案する立場もあったが、受け入れられず²⁸、後にみるように1957年年金改革にいたる。また、労働者ではない職人や農家といった市民層も社会保険法のしだいに適用対象に含まれていくが、それでも社会保険法の核には、社会保険義務のある労働がなおおかれている。もともと、市民に対して定型的リスクに一律に基礎水準での保障をするという考え方は、この時点で消滅したわけではない。むしろ、その後も常に繰り返し主張され、1980年代の議論を経て、「高齢期及び稼働能力減少時における需要に即した基礎保障に関する法律」 (2003年)、社会法典2編と12編の再編 (2005年) という特別な基

礎保障法制の導入に大きな影響を与えていく（後述）。

②社会保険法は、労働者の特別な法に含まれて捉えられたのとは異なり、雇用契約に基づく労働関係の存在を前提とするものではなく、社会国家が社会保険主体と市民の間に成立させる公法上の社会保障請求権を規律するものである。

労働法も、労働契約の基礎に瑕疵がある場合でも、労働関係自体が有効に成立しているものとして扱うことで法的に対応をしてきた²⁹。雇用契約が有効でない場合でも、労働者として保護を必要とする者に社会保険法を適用することが可能であるという立場から、雇用契約の存否を別にして、事実上労働者のように就労しているものは労働者として認定するという考え方が、事実上の労働関係である。これに重なるのが社会保険法での「社会法上の就業関係説（Lehre vom sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis）」である³⁰。連邦社会裁判所も、契約当事者が契約をどのように形成したのかは社会保険法にとっては重要ではなく、事実上の形成が基準となる、と繰り返し判示してきたところである³¹。雇用契約が社会保険法にとって意味があるのは、契約内容に事実上合致した事情が反映されている範囲だけである³²。連邦社会裁判所は、社会保険法の適用対象を、労働者が処理の可能性を喪失する労働関係であるとし、これを「人的従属性」とよび、使用者の処分権限の有無、さらに労働者の労務提供の準備（Dienstbereitschaft）の有無という基準を形成してきた。連邦社会裁判所は、賃金に対する給付として労務を提供する労働者が、人的従属性ゆえに社会保険義務のある労働者の範囲に含まれるのかは、労務の提供に際して事業主の指揮命令に従わなければならないのか否かにより判断されるものである。通常、これが肯定されるのは、事業主の事業所に編入される場合であり、したがって指揮命令下にある場合であると³³。

社会保険法上の就業概念は、労働契約に基礎をおく関係と異なり、当事者の処分権のない義務保険を対象とするものであり、元来は独自の法制度である³⁴。しかし、労働者性と就業者性の認定基準が重なることから、事実上労働者も就業者も重複するグループを形成してきた³⁵。社会法典4編（社会保険）7条は1項で「就業」を、とりわけ労働関係にある「非独立労働」であり、指揮命令による活動及び指揮命令権者の労働組織への編入がその根拠になるとしている。現在でも連邦社会裁判所は、2000年8月10日判決³⁵で、就業というには、労働者が使用者に人的従属関係にあることが前提になり、有効な雇用契約が締結されていて、かつ就業がなされていることが条件になること、ただし、契約が無効であっても事実上の労働関係が存在すれば社会法典4編（社会保険）7条のいう就業関係の存在が認定されることを判示している。

さらに、連邦社会裁判所第7小法廷³⁷は、より明確に個別事例における事情を考慮し、従来の非自立性基準を確認した上で、次のように判示している。すなわち、社会保険法の適用は、契約当事者がどのような契約類型を選択したのかによるのではなく、個別事例を考慮に入れると当該法律関係は実際にはどのような性格をもつのか、という基準によるものである。社会保険が適用される非独立労働関係の有無が争点になる場合、労使関係で締結された雇用契約の存否及びその内容から非独立労働関係であるのかを実質的に判断することになる。

③社会保険法の労働法からの分離は、労働者の「困窮化」のなかで国家が困窮や窮乏という問題にどのように対応するのかという課題を国家につきつけた。社会保険法の成立前には救貧法では、国家と臣民の関係において要扶助者は権利主体として位置づけられていなかった。公的扶助法は、その前史である救貧法時代には、権利主体としてではなく、秩序維持を担う行政とその客体の関係を規律することにとどまっていたからである³⁸。社会保険は、窮乏化する労働者をすでに権利主体とし

て位置づけていることから、「労働者としての市民」の統合を推し進める方法であったととらえることができる³⁹。労働者は、救貧法の対象となる要扶助状態 (bedürftig) にある貧困者とは区別された。社会保険は、「新しい発見」であった⁴⁰。

労働法から社会保険法を分離する考え方は、社会保険法の発展状況だけによるわけではない。むしろ、この考え方は、1957年年金改革と1961年連邦社会扶助法の成立をもって、従来のように公的扶助法の対象にならない「労働者」のための生活保障として社会保険に独自の位置づけを与えたことで完成する⁴¹。というのも、ビスマルク社会保険法として成立した1880年代には、連邦が1年間50DMのライヒ補助金 (Reichzuschuß) と各人の保険料により年金額が決められたが、救貧保護を必要とするほど低いものであり⁴²、1940年代ころも救貧保護と社会保険は重なっていて、年金者のなかには救貧保護の受給者が20%から30%と高かったという。これを、1957年年金改革は労働者に生じる病気や高齢といった私的な生活リスクに対して多くの労働者が「賃金補償給付」として代替給付を確保できるように国家により制度化した。1957年改革法で、労働者は従前の稼働時の生活水準を、リスクの顕在化した際にも保持するものでなければならない⁴³。労働者政策として展開した社会保険法は、貧しい者を労働者と貧民に分離し、私的関係に起因する疾病などの要保障状態を、賃金労働や家族といった私的な生活領域の問題から社会問題として捉え直し、それに法的に対応することになる (前述の「外部化」)。さらに、社会保険法は生活リスクを保障する責任主体が中央政府なのか、それとも自治体なのか、という管轄権を規定していく⁴⁴。それでも1950年代まで、中高年の労働者はまだ困窮者でもあったので⁴⁵、社会保険は貧しい労働者に対する保障方法であった。「高齢と困窮の循環」⁴⁶を切断することを意図したのは、1957年年金保険法であった。こうして、労働者に対する社会保険法をもって最低生活水準を越える従前生活水準を保障することが、労働者の貧困化を予防する方法であると位置づけられた。

他方の公的扶助法の変化をもたらしたのは1961年に成立した連邦社会扶助法であり、これは社会保険では欠如する範囲を補完することを目指した⁴⁷。連邦行政裁判所1954年6月24日判決⁴⁸は、困窮している市民が国家に対して請求権を有し、異議を申し立てることができる真の権利主体として明確に位置づけた。これを踏まえて、連邦社会扶助法は4条で社会扶助請求権をすべての困窮者が有することを明文化し、飛躍的な進歩を果たした⁴⁹。権利としての公的扶助法の成立により⁵⁰、一方で、社会保険法と公的扶助法は、公法上の請求権を有する社会保障給付の総称としての社会保障法に統一された。他方で、社会保障法のなかで保険原理にもとづく社会保険を、すべての市民に対する扶助を担う任務から独立させていく。1957年年金改革法と1961年連邦社会扶助法がこうした機能を発揮するのは1970年代であった。それまでは、なお高齢者のなかでの困窮率は低くはなかった。連邦社会扶助法も、社会保険法により保護されないものすべてに対する基礎保障システムとしての機能をようやく果たしていく。

以上から示されたように、19世紀の「社会問題」の解決策としての労働者保険法は「働く市民」を標準化し、労働者政策を社会国家の基礎におくものであったが、1957年年金改革法及び1961年連邦社会扶助法は労働者と貧困者に区別した。したがって、戦後、社会保険法は、市民に対する法体系として形成されたのではなく、市民を労働者と貧困者に分離・断絶した上で権利主体として捉えることを法体系に内在したままである。

被用者保険法を、労働者法として狭義の労働法に付随したのではなく、独自の社会保障法制度として位置づけたのは、「貧困な」稼働能力のある者に対して最低生活保障を超えた保障をするという機能であり、包括的な保障に対する連邦社会扶助法の責任が明確化されたことであった。私法である労働法と、公法に位置づけられる社会保障法は、独自の法領域として展開していく⁵¹。そのなかで社会保障法は、社会保障給付の受給権を対象とするものとして解されることになる⁵²。

ドイツ基本法は、わが国のような生存権規定をもたないなかで、自由を享受する平等な機会を社会国家が整備する、という考え方にに基づき、社会保障法が展開していくことを次項で検討する。

(3) 社会的平等 (soziale Gleichheit) と社会保障法

①労働者問題を中心として、社会政策は、労働者保護、協約政策、集団的労働法、共同決定並びに各種の社会保険を含むものを核としながらも、しだいに住宅政策、戦争結果負担の規律、財産政策、公的扶助政策といった領域が、労働者保護政策と結びついて広まっていく。これは、労使関係を中心とした労働者政策から、国家による社会政策の名宛人ないし政策対象者として「社会的弱者」とよばれるグループが拡大されることにもなる。すなわち、中産階級、家族、若年、障害者、女性、外国人、高齢者というグループの存在が「明らかになっていく (entdecken)」⁵³。

これを印象的に社会政策の領域でとらえたのは、ガイスラーの「新しい社会問題」であった。ガイスラーは、19世紀の労働者問題としての「社会問題」に対して、1970年代半ばに次のように指摘するにいたる。約600万人が社会扶助の水準以下で生活をしているが、そのなかで高齢者や子の多い家族が、なかでも都市では世帯主が女性の世帯がそれに該当していると。19世紀のように貧困と結びつくのが通常は賃金労働者であったが、「今日では、労働者であるというだけで貧しいのではなく、たとえば労働者で複数の子がいるとか、高齢であり、または低賃金層であるといった場合に貧困になる。これが新しい社会問題である」⁵⁴。

②19世紀の「社会問題」に対して、20世紀の「新しい社会問題」に社会国家はどのような課題をひきうけるのだろうか。連邦憲法裁判所は、社会国家原理が立法者に、対立する利益を調整し、すべての者が相当の生活条件を回復できるように努めることを義務づけていることを示した⁵⁵。さらに、連邦憲法裁判所は、社会国家原理は人々の間の社会的不平等を調整することを目指し、人間としての尊厳を保持し安定させることに寄与するものであるとしている⁵⁶。こうして、社会国家原理は、1970年代以降、自由権の平等な享受を目指して、一般的平等原則（基本法3条1項）と結びついて展開していく⁵⁷。たとえば、機会の平等の回復により、一般の法的平等を超えた実際の機会の実現が含まれ、社会国家の平等志向が拡大していく⁵⁸。連邦憲法裁判所は、戦争犠牲者、障害者など、特別に保護を必要とする集団に有利になるように国家に義務を課していく⁵⁹。とはいえ、平等原則から国家が平等を支援する保護義務というものが導かれるわけではないものの、このことは構造として否定されるわけでもなく、とくに基本法3条は2項及び3項で法的平等を回復するための保護義務を導いている⁶⁰。これは、私法関係での差別禁止の観点であり、社会法典9編（障害者法）でも重度障害者の不利益の禁止を明文化している（81条2項）。そして、特別な平等原則を定めた基本法3条2項、3項、さらには基本法6条による家族の支援をもって、平等な機会の拡大が社会国家の任務になっていく。

こうした社会的保護の思考は、次のような国家観の変化をともなって基本権の機能が拡大することでもあった。リベラルな考え方から国家をとらえると、国家は社会に介入しないで、労働や家族による自助によるものとした場合に、国家はそこから自らの力では生活ができない要保障状態ないし「貧困」に対してようやく対応することになり、国家の後退が正当化される。他方で、国家は社会全体の中で活動しなければならないという考え方にたてば、立法者は積極的な内容形成を課題とすることになる⁶¹。社会国家は基本権としての自由を実現する社会的条件を保障することを目的とするという立場⁶²を継承して、Suhrは、「平等な自由」という考えを提唱し、自由を他者との交流をつうじた相互関係のなかでとらえている⁶³。自由の平等を相互に尊重することを前提にすれば、社会的国家は、人間相互の現実の問題に対応をしなければならないものとして把握され、社会の構成員すべてが自由を実際に享受できる枠組みをつくらなければならない⁶⁴。現在も、

基本権の第一の機能は、国家からの自由という防御権にあり、個人の自由の領域を公権力の介入から保護することにあるが⁶⁵、これにとどまるものではなく、国家の保護機能が形成され、リベラルな法治国家理解ではなく、社会国家原理へ転換している⁶⁶。社会国家は、個人の自由を強制により単に制約するだけでなく、介入することにより社会的な機能を高めるといった任務を有している。自由権は、社会国家原理と平等原理により実現されるものと解されるわけである。社会的な自由 (soziale Freiheit) を、平等権を保障することで目指し⁶⁷、自由を社会的環境の中で実現するという考えに基づき、リベラルな自由を社会的事項と結びつけてとらえられている。社会国家が「自由を実際に享受できる条件」を創り、安定させなければならないことは、すでに指摘した⁶⁸。ここで確認しておきたいのは、社会の現実の問題から国家を解放するのは自由な社会国家のコンセプトとは一致しないのであり、国家は、「平等な自由」を基本権の前提条件を整備することで担うものであるという点である⁶⁹。もっとも、すべての者に「自由を享受できるための平等な機会」という社会国家が整備する責任の対象は、基本権そのものとは区別され、立法者が具体化する基本権の前提条件である⁷⁰。社会保障法の形成や発展は、ドイツ基本法の社会国家原理により立法者が社会的に内容を形成する義務を負うことを表している⁷¹。社会的公正さを回復するために国家が社会政策を行うが、社会的公正さは、自由権の平等な行使から生じる。基本権の享有主体が責任をもって生活関係を形成することは社会国家の基礎におかれ、機会の平等又は機会の公正は社会国家の関与する自由の1局面である。この意味で社会国家原理により立法者が「平等な自由」を具体化しなければならないのであり⁷²、自由権が個人にとって意味のないものになるならば、個人の自立的な人格権の前提が存在していないことになる⁷³。

③私法でも社会的安定 (soziale Sicherheit) を形成することは法の任務であり、そのような社会的な法領域は「社会的私法 (soziales Privatrecht)」とよばれてきた⁷⁴。社会保障法と労働法は分離した法領域として確立しているものの、社会国家であることは公法だけではなく私法でも形成される。

社会的法として労働法が展開することは、労働法だけではなく、社会保障法にとっても有意義である。それは、1つに、労働法が創り出す公正な交換関係という基盤は、社会保険では個人が自らの生存基盤に対する責任を負うことを示すものであり、ここに被用者保険法はたちもどることになるからである。2つに、労働者に生じるリスクを、労働法でとらえるのか、被用者保険法でとらえるのか、あるいは双方の領域が補完関係にたつのかなど、労働法と社会保障法は労働市場での危険を分担する関係にたつからである。

それゆえに、基本権の平等な遂行は、国家の権力によるだけではなく、社会的経済的権力によっても困難になるので、憲法の規制枠組みのなかで立法者は社会関係を形成する義務があると考えられるわけである。このように基本権機能の拡大は、現在のように複雑な雇用社会でも「平等な自由権」の実現を支援する上で不可欠になっている。もっとも、社会国家は社会的弱者を保護することを委託されているとはいえ、平等な生活条件を回復する上で労働者に必要な最低生活保障を、国家法は直接に制定しているわけではない。国家は、最低生活保障を超えた、社会秩序を形成する義務を負うからである⁷⁵。社会保険法は、労働関係の存在を前提にしないものの、なお就業者を中心としたシステムであり、労働する市民に「最低生活」を保障するシステムではないし、いわゆる基礎年金も規定していない。さらに、基本法は国家が労働市場に介入する範囲に重要な制約を設けている (基本法9条3項)。賃金やその他の実質的な労働条件の決定は集団の決定事項であり⁷⁶、賃金などは利害が対立している当事者こそが国家よりも適切に調整できるのであり、国家法が最低労働条件を法的にも事実上も規律することは例外である。私的自治原則及び協約自治の意義は、協約当事者が自己責任をもって国家による影響を受けずに自らの事柄を規律する領域である点にある⁷⁷。国家法により最低

賃金水準を規定することは、賃金も契約に基づく交換関係の交渉事項であるがゆえに、例外的なものにとどまっていた。もっとも、「私的自治の原則の優先」は、実質的な契約の対等性を内容とするだけでなく、自由な自己決定の条件が実際に存在することが前提になる。リベラルな自由権理解では、雇用契約の一方当事者が職業の自由により、契約内容の労働条件が他方当事者にとって経済的に生活が可能なのか、万が一労働ができなくなった場合に備えて保険をかけられうる程度なのかは、考慮の外におかれ、自由権の遂行は制約されない。しかし、社会的法治国家は、労働者が組織に編入されている現実を考慮に入れて、自由権の平等な享受を保障する義務を負うものである⁷⁸。労働法上の私的自治の制約は、社会国家原理（20条1項、28条1項）から、社会的対立を調整し、公正な社会秩序や労働秩序を創設する場合には、合憲である⁷⁹。社会国家原理により具体化される労働関係はその開始や形成時に、立法者が基本法12条1項により労働者保護法上の最低水準を設定し、労働の自由権の機能を喪失することから保護する義務を負う⁸⁰。

このように理解された私的自治を基盤にした上で、ドイツでは国家法が最低水準を確定するというよりは、平等取り扱い原則の具体化をもって公正な賃金が目指されてきた。

労働市場に関していえば、直接的に私人に基本法が適用されるのかという議論だけではなく、むしろ間接的な第三者効力論が展開されていく⁸¹。すべての市民に、自らの利益を追求し実現する平等な機会を有することを社会国家が形成する機能を果たさなければならない。こうした平等な自由権の遂行の思考は、雇用契約における基本権の形成として展開する。社会的自由の保障が社会国家の課題になることは労使関係の私的自治に基づく労働条件形成にも大きな意味をもっている。労働関係は社会国家の基礎関係とみることができる。もっとも、労使関係における私的自治の規律そのものに関する限り、本稿の射程を超えるので、ここでは深く立ち入らない。しかし、労使関係を社会国家の基礎関係として捉えることは、労使関係を労働法の対象としてだけでなく、労働法及び社会保障法を含む社会法という法領域の中に位置づけることになる。具体的にいえば、社会保障の水準を労働市場での配分結果としての賃金を基準に規定する被用者保険法は、個々の労使関係を交換関係としてだけでなく、社会国家の枠組みを前提にしているということである⁸²。連邦憲法裁判所は、私的自治の枠組みの条件整備について次のような判断を示した。すなわち、契約当事者の力関係に均衡が失われ、私的自治が規律すべき力を発揮できず、それゆえに契約内容が一方的に規定されてしまう可能性がある場合には、立法者は基本権保護として形成された価値決定を確かなものにするように調整し、介入しなければならないと⁸³。事実上の機会の平等を目的として、積極的な社会関係の形成に関して平等原理が展開している⁸⁴。BGB138条は、1項で良俗に違反する法律行為を無効とし、2項で、強制状況を利用して不均衡な財産的利益を約するような法律行為を無効としている。BGB138条は強制的状況での合意を拒否するというものである。これを超えて、連邦憲法裁判所は私的自治の考え方を進展させていく⁸⁵。すなわち、私的自治には双方の契約当事者の自由な自己決定が前提にされなければならない⁸⁶。自己で準備する能力をもつ一人の人格として（mündig）市民をとらえ、その自己実現の法形式として契約の自由をとらえるならば、それは社会的な保護規範と重なると。

もっとも、労働者のなかでもとくに低賃金層に対する保護のありかたは、近年、大きな問題になっている。法律により最低賃金規制をおこなうべきか否か、と並んで裁判所による賃金の合意形成の審査が論点としてあげられる⁸⁷。前者は、すでに述べたように、協約当事者の権限と国家法の抵触が問題になるが、協約当事者には規範設定権限の独占権はないという立場から最低賃金法制定を提案する立場も有力である⁸⁸。後者については、不当に低い賃金による使用者の利得（Lohnwucher）の規制（BGB138条）、あるいは報酬の合意の欠如に際して通常の報酬を確定することが争点になる（BGB626条）⁸⁹。とはいえ、たとえば低い賃金であっても、給付と反対給付の不均衡が認定されるのは極めて困難であり、裁判所は賃金規制については控えめな態度をとっている⁹⁰。こうして、最低所得を保障す

る社会法という考え方は、ドイツでは、社会保険での最低保障も労働者の最低賃金も国家法として直接には制度化していないのであり、最低所得保障は、労働者にかかわる労働法や社会保険法と分離した貧困政策や社会扶助法しかないということになる。連邦社会扶助法以外での「最低所得保障システムの欠如」というドイツ社会法の特徴は、社会法典2編（2005年）による労働市場へ編入される求職者にとって「期待可能な労働」の条件に大きな問題をもたらすことになっていく（3章）。

④労働法は、契約関係を社会的に内容形成する機能を発揮すればその分、使用者に対して弱者と位置づけられる労働者になれない、つまり契約当事者ではない人たちを、同時に労働市場から排除していく。こうした社会的に保護される労働者になれない人を排除しないことは私法関係の課題としては引き受けられない。そもそも契約の自由な形成は私法関係の出発点である。そうした私法関係から排除される人たちの自由権を保障すること、社会関係や労働関係に参加できる機会を保障することは、社会国家が社会保障法による給付により担うものである⁹¹。

労働法領域では、国家は、契約当事者の強者の利益を、弱者を保護するために調整し、契約当事者の平等な自由を確保するために国家による介入が正当化される⁹²。非独立労働に携わる者に生じるリスクの保障形態として、被用者保険法は労使関係の規制を前提とするものであるが、労働法のように保護を生じさせるのに雇用契約が前提になるわけではない。社会国家は社会保険法上の課題を履行する上でも、自由権の平等に遂行する社会的条件が担保されているのかをどのように審査できるのだろうか。

まず、労使関係を労働者が責任を持って形成できる条件が整備されている場合には、個人の選択や決定に基づき設定された法的地位は、社会保障法において基礎におかれ、尊重されることになる。たとえば、ある人が労働者になるのか、自営業者になるのか、あるいは労働者と法律婚をして「配偶者」という地位を取得するのか、といった私法上の地位により、社会保障法はその法的効果が異なる⁹³。社会保障法により設定された法的地位や権利は、個人が真に決定する枠組みが整備された私法関係によっている。このように社会法上の請求権や社会的保護の条件が労働法上の地位や家族法上の地位によることから、社会的保護は私的自治を基に社会的に契約関係を形成することを条件とする⁹⁴。だから、契約当事者が独立的な労働形態である請負を選択している場合に、当該関係が使用者の指揮命令権を予定するものではなく、成果にしたがって報酬が約束されていれば、それは社会保険法の適用されない関係であると。被用者保険法は非独立的労働者に適用されるが、独立営業者には適用されないし、被用者と婚姻関係がある場合には、家族が独自に被保険者の地位を持たない限り、医療保険法では家族保険の保護をうけることができる。社会的権利は私的な自己決定にもとづく個人の選択・処分権(Disposition)を前提にしたものであると⁹⁵。

確かに、非独立的労働関係が労使間で形成されているのか否かが重要になるので、どのような私法上の合意がすでに形成されていたのかにより社会保険法の適用が決定される。その意味では社会保険法は私法上の合意内容を前提とした関係である。しかし、労働関係の有無は形式的に判断されるのではなく、実質的に判断され、場合により国家が修正するという介入が予定されている。これに対しては、連邦社会裁判所は判断基準を次のように蓄積してきた。たとえば、連邦社会裁判所は⁹⁶、契約条項を手がかりとしながら、労働者と同様に使用者の指揮命令に従わなければならなかったことから、いわば保険会社の虚偽の「代表者」でも社会保険法が適用される旨を判示している。虚偽の法律行為ではなく、そこに隠された法律行為がBGB117条2項により適用されるのと同じ結論が導かれてきた⁹⁷。他方で、当事者が社会保険関係の効果のみを生じさせ、非独立的労働関係により生じるその他の法律効果を生じさせないことを意図している場合には、虚偽の契約締結であると捉えられる⁹⁸。

社会法典総則（1976年）は、32条で、強行法規に違反した私法上の合意を無効とする内

容を規定していることから同様の結論が導かれる。社会法典総則32条の適用によっても、労使間の合意が社会保障権に不利益をもたらす場合に、労使間の合意が修正される⁹⁹。

近年の大きな争点は、私的自治の手段によって社会保険法による保護が空洞化される状態をいかに規律するべきであるのか、という点である。「外見上の自営業者」といわれる労働者である。すなわち、社会法上の保護効果を生じさせない契約関係が少なくとも表見的には存するところ、個別事例において事実上の労働条件を見れば、社会法典4編（社会保険）7条の労働関係が存する法律関係である¹⁰⁰。実態は非独立的労働であるにもかかわらず外見的にのみ「独立」営業である。連邦社会裁判所はすでに1972年にラジオ局の就労者が短期の契約を独立的営業者として締結していた事例（連鎖契約）について次のように判断している。一般論として、被用者保険法の対象について、使用者の事業所へ編入され、かつ使用者の指揮命令件に拘束されているという基準を示した。そして本件については、短期契約を更新しながら労働者が主たる職業として遂行し、自らの生計をたてていたこと、実態としては事業主のリスクを労働者がひきうけていないことを考慮に入れて、労働者として認定した¹⁰¹。

2 使用者負担の正当化

(1) 自由の制約の正当化：使用者の配慮義務（Fürsorgepflicht）

①本節では、使用者の社会保険法への関与の正当化を検討する。被用者保険法は、連邦の助成の責任に裏付けられたものであるが（基本法120条1項、社会法典6編（年金）287条）、使用者が社会保険料に関する法関係に関与することが重要な特徴となる。まず、基本法上の使用者の自由権を制約する正当化について検討する。

被用者保険の保険料は、労災を除いて、社会保険料総額（Gesamtsozialversicherungsbeitrags）（SGB4編（社会保険）28d条）を労働者と使用者が負担する。これは、社会保険が非独立労働者に強制的に将来への準備をするように国家が組織することにより、私法上の性格ではなく、行政法の任務に位置づけられたことによる¹⁰²。もっとも、使用者が社会保険に関与し保険料を負担する義務は、社会保険の保護の対象となる労働者と使用者の間に成立する雇用関係という特別な関係から導かれるものであり、配慮義務として説明されてきた¹⁰³。配慮義務は労働者も使用者もともに労働契約により負うものであるが、使用者の配慮義務は「労働者に保護と配慮をあたえるように努力し、労働者の福利を害するすべての事を避ける義務」と定義される¹⁰⁴。雇用契約は労働者に対する使用者の人格的支配関係を理由づける。すなわち、使用者は労働者を自らの目的のために使用すると同時に、労働者を経営のための集団的關係に編入する、と労働関係を捉えるわけである。こうした労働関係の理解は、社会保険法に使用者を関与せしめることを根拠づけている。

ドイツでの組織的従属性の考え方は、弊害もあるとはいえ、BGBに労働者保護法的規定を挿入させる原動力になったという¹⁰⁵。今日も、雇用契約が労働力を使用者が自らの利益のために使用し、労働者を組織に編入させるという人格的な支配関係をもつことから、従属的な労働関係にはいることで独立した労働の可能性を失うので、使用者が保護することを正当化するという考え方が有力である¹⁰⁶。このような保護原理（Schutzprinzip）から労働関係の配慮義務が具体化される。配慮義務は、公法上あるいは社会保障法上の労働者保護規定を労働契約の内容に取り込む機能をもつと解されるわけである。

BGB618条3項は、同条1項による使用者の配慮義務違反の場合に、損害賠償請求権を労働者が有することを規定している¹⁰⁷。労働契約当事者間に基本法2条2項による健康の保障を、形式的には対等な交渉力をもたない労働者のために使用者に義務を課し、自由を制約して、労働者の保護を規定している。もっとも、使用者が義務に違反した場合に生じる損害賠償義務は、労災保険法に移転していく。労働者保険の出発点である労災保険法が、本来、雇用契約関係から生じる使用者の配慮義務を、国家法が外部化したものであるという経緯が確認できる。実質的には、BGB618条3項に基づく使用者の損害賠償義務違反は1884年に成立した労災保険に代替されているものの、次の点でBGB618条による使用者の配慮義務は今日でもなお社

会保険の正当化に影響を与えている。すなわち、社会保険の基礎を築いた労災が使用者の配慮義務に起因するものであることから、使用者の社会保険法上の関与する義務や支払い義務が労働契約から生じる配慮義務であると解されていることである¹⁰⁸。

確かに、社会保険法の導入は、労働者が障害や病気などの定型的な事故時に金銭を支給する義務から国家も使用者も解放することを目指したものの、具体的な社会保険法の形成方法をみれば、使用者の保険料支払い義務は使用者の配慮という伝統を継承しているといえる¹⁰⁹。

社会保険法での法関係は、つぎのようになる。使用者が社会保険法の任務を引き受け、保険料を支払う義務が、使用者と保険主体の間に成立する。そうすると、使用者が義務に違反した場合には、BGB823条2項の保護法規に違反したことを理由として、使用者は労働者に損害賠償義務を負う¹¹⁰。使用者が保険料に関する公法上の義務を履行しない場合、労働者に生じる不利益の損害賠償義務を使用者は労働者に負うことになる。さらに、使用者は、労働契約上の配慮義務として、労働者に社会保険の保護をつくりだし、取得させなければならない¹¹¹。

(2) 使用者の保険料支払い義務

①社会保険に関与する使用者には、保険料支払い義務と並んで労働者にかかわる社会保険法の事項について保険者に届け出をする義務も課されている。使用者が自らの社会保険法上の義務に違反した場合、そのことで結果として労働者の社会保険法上の請求権が具体化しないということがある¹¹²。

社会保険の実施にあたり、私人である使用者は行政の任務の履行者として位置づけられ、社会保険法は使用者の財産権に抵触する。しかし、使用者の配慮義務は、被用者保険法による保護の論拠になると同時に、保険料の支払い義務も正当化してきた。連邦憲法裁判所は、使用者の保険料負担を、使用者と労働者の間に特別な責任関係がある場合に許容されると判示している¹¹³。たとえば、連邦憲法裁判所は¹¹⁴、「保険料支払い義務は、個別の労働関係や、そこから生じる当該労働者に対する契約義務に起因する」と強調している。さらに、学説でも、使用者の保険料支払い義務は労働関係による配慮義務として使用者に課されるものであるという見解が支配的である¹¹⁵。

問題は、使用者の保険料支払い義務の不履行が被保険者の社会保障の請求権にどのような影響を与えるのかである。被保険者の保険者に対する請求権は、保険料支払い義務の額によるのではなく、保険の適用対象である活動から得られた所得による。たとえば、失業保険の場合は、給付の事故が生じた一定の期間以内に得た所得（3編（雇用促進）130条）により支給額が決定される。

社会保険法上は、保険者と被保険者の法関係と、保険者と使用者の法関係に区別される。まず、前者の関係をみれば、使用者が強行法規に違反したとしても、使用者が被保険者の事実について届け出義務を履行すれば（社会法典4編（社会保険）28a条）、当該雇用期間において届け出られた賃金の支払い関係が被用者保険法適用の就業関係として成立し、保険料の支払いが有効になされたことが法律上推定される（社会法典6編（年金）199条1文）。被保険者は、このような被用者保険法適用の雇用関係の存在を確認請求ができる（社会法典6編（年金）199条2文）。仮に使用者が届け出義務を履行しなかった場合でも、被用者保険法適用雇用関係が成立したことが推定されれば、被保険者の年金請求権に不利益な影響を与えない。たとえば、社会法典6編（年金）によれば、次の2点を被保険者が疎明する場合には、被用者保険適用の雇用期間を保険料納付済み期間として認定しなければならない（55条）。1つは、被保険者が被用者保険法適用の雇用を遂行したこと、いま1つは、

当該期間に対して保険料が支払われていることである（203条1項）。なお、被保険者がすでに保険料を負担していることを疎明すれば、保険料は支払われたものと擬制している（203条2項）。このように使用者の保険料支払い負担の有無は、原則として保険者と被保険者の関係には影響を与えるものではないことが確認できる。

問題として残るのは、後者の保険者と使用者の関係である。社会保険の保険者が使用者に対して保険料の支払いを請求することが論点になる。時効により消滅しない限り、保険者は使用者に保険料を請求することができる。社会保険という国家の任務を使用者に課している場合に、使用者が保険料支払い義務を履行しないことは、労使関係での事柄ではなく、公法上処理されなければならない。すなわち、被保険者が非独立的労働者であれば、自らの保険料を負担すれば、使用者の保険料が保険者に支払われていなくても、被保険者の請求権に責任をもっているのは社会国家である¹¹⁶。使用者の保険料義務の不履行は被保険者の保険者に対する請求権に影響を与えるものではない。使用者が私人としておこなう任務であっても、行政機関が履行するのと同じように基本権に拘束される¹¹⁷。

②使用者が保険関係の形成上の義務を履行しない場合には、民事法上の争いにもなる。契約上の配慮義務としてこうした社会保険法上の義務を認めるのであれば、義務に違反したことを理由として損害賠償請求を労働者が使用者におこなうことができる。他方で、配慮義務が認められないのであれば、社会保険法上の規定がBGB823条2項の保護法規として認められる場合には、賠償請求を履行できるとどまるということになる。社会保険法上の規定がBGB823条2項の保護法規に該当するの可否かについて、連邦労働裁判所は、使用者が一般的に労働者の配慮義務を負う場合には、それが契約上の義務となり、社会保険の請求権を労働者が取得するように配慮をする義務を使用者が負うと判示している¹¹⁸。学説でも、多数説にいたっている¹¹⁹。

社会保険法上の保険料支払い義務が雇用契約から生じる労働者に対する使用者の配慮義務であるという立場から、使用者の義務違反により、待機期間を充足しないとか年金額が低くなる場合に、BGB823条2項に違反することを理由として、損害賠償請求権を生じることになるという¹²⁰。社会保険法上の届け出義務や保険料規定は、BGB823条2項の「保護法規」に該当し、被保険者の保護に寄与すると¹²¹。

③労働者は、労働法と社会保険法という2つの法制度で保護される対象であり、次のような定式化にいたっている。すなわち、労働関係の存在と労働契約にかかわるリスクの間には「機能的代償の等価性（Äquivalenz）」¹²²が成立していて、労働契約の当事者になれば、たとえば労働不能になるという高齢のリスクに備える「保護の必要性」がある。社会保険法でも被用者保険法の対象となる労働者を「保護の必要性」をメルクマールとしてきた¹²³。

労働者は使用者と交換関係に入ることにより失う可能性があるにしても、自由な交換関係であるという性格からすれば、この関係から離れる自由もあるし、やむを得ず交換関係から離れることも多いにありうる。そのような交換関係の継続性が将来的に担保できなくなるリスクに使用者と労働者が備える装置として社会保険法がつくりだされた。交換関係としての労働関係の成立と同時に、それを理由として、社会保険の法関係は、交換関係の障害又は代償関係となる。使用者が労働者の生活保障をする義務、ドイツでは生活配慮

（Daseinvorsorge）というが、これが労働者と使用者の交換関係から理由づけられる、と説明されている。Wiedemann は労働力の処理可能性の代償として、使用者が労働者のために生活に配慮しなければならないと指摘しており、保護の必要性が、事業所に組織されていることだけではなく、自由な経済的な処分可能性を喪失することと関連しているとみななければならないということを示している¹²⁴。

以上を踏まえると、雇用関係は、成立と同時に、それが継続できない場合に代替する法的関係を必要とするものの、労働契約に起因しない多様な生活リスクが生じた結果をすべて雇用関係に帰すことはできない。そこで、労働関係に代替する制度化により、労働関係を有したものに対する公法上の装置として被用者保険をとらえることができる。すでに指摘したように、労働法と社会保障法は、労働契約を出発点とした私法関係とそれに帰すことのできない保障関係を規律する公法に分離されたことは、現在でも確認できる。ただし、被用者保険法は、市民と国家の関係ではなく、雇用関係の成立した関係に代替する法関係である点でなお労働法と密接なかかわりを有しているわけである。

(3) 配慮義務による正当化への疑義

①使用者の配慮義務として社会保険法上の負担は、すでに長らく学説でも判決でも正当化されてきたことはすでに指摘したが、近年、次の点で批判をうけている。

第1に、社会法典による法構造と合致しないという点である。たとえば、使用者が社会保険法上の支払い義務を履行しなければ労働者に財産上の不利益が生じると解されていることに対して、社会法典ではそうした不利益は被保険者に生じないように規定されていることが指摘されている¹²⁵。とくに、社会法典では、使用者が仮に保険料の支払いが不能になった場合でも、支払不能リスクを引き受けるのは保険者であると。使用者の保険料支払い義務は、年金保険主体に対して負うものであり、年金保険主体が支払い請求権者であることから、もし使用者が保険料支払い義務を履行できないまたは履行しない場合には、こうした負担を負うのは債権者である年金保険主体である¹²⁶。このように被保険者には財産にかかわる不利益が生じないのであるから、保険料の支払いがなされないことは配慮義務に違反するものではないと¹²⁷。そして、社会保険による保護は労働関係から解放されており、とくに保険による保護は使用者の保険料支払いの有効性とは独立して生じる、と帰結している。

第2に、社会保険法上の義務を使用者の配慮義務をもって正当化すること自体に説得力がないというものである¹²⁸。まず、使用者と労働者の関係に基づく使用者の保険料支払い義務を、労働者に支払う「隠れた賃金」または「社会的賃金」などと、賃金としての性格¹²⁹をもつという捉え方に疑義を示している¹³⁰。社会保険料は使用者の賃金にあたると説明されるが、法的性格を考えれば、配慮義務は付随義務であるのに対して、賃金支払い義務は主たる義務であると¹³¹。さらに、労働法上の関係と社会保険関係は独立した法的関係であるにもかかわらず、社会保険法上の権利義務がなぜ労働関係から生じるのか説明がつかないと指摘している¹³²。とくに労働法上の配慮義務は、労働者保護法の規定すべてが使用者の契約上の配慮義務として捉えられるわけではなく、個々の労働者との契約の対象として適しているものに限定される。社会保険法もまた使用者に対して公法上の配慮義務を規定しているとはいえ、配慮義務の内容が不明確であるだけでなく、仮に明確になったとしても、労働法上の保護義務から社会法上の保護原理を導くものではない¹³³。Leisnerも、労使関係が関連しているとしても、立法者が私人に負担を課す侵害がなぜ正当化されるのかを問題にしなければならないと指摘している¹³⁴。

②配慮義務という形式的な理由で使用者の自由を制約することを正当化することに疑義が唱えられているとはいえ、使用者の自由権の制約根拠という基本法上の議論が展開され、配慮義務による正当化に疑義を唱えた学説も使用者の保険料への関与を違憲と判断しているわけではない。

まず、社会保険主体は、被保険者に対してだけでなく、一定の要件を充足することにより使用者に対しても保険料徴収請求権をもつ。しかし、ここでなお不明確であるのは、

被保険者と異なり、使用者は受給権を有さないものであるから等価性原則や平等原則にてらして保険料を給付との関係では説明することができない。それにもかかわらず、なぜ使用者に保険料支払いを義務づけることが平等取り扱い原則に適合するのか、という点である。使用者は労働者すべてに対して雇用関係から生じる責任を負うわけではないので、使用者に社会保険料負担を求めるには、基本法3条による平等取り扱い原則に関して特別な正当化が必要であるという¹³⁵。

そして、使用者がなぜ社会保険に関与しなければならないのかは、使用者の基本権である行為の自由（基本法2条1項）や平等（3条1項）から正当化されなければならないという見解がある。たとえば、Haseは、つぎのような理由から、社会保険への関与は、使用者の基本権を不当に制約するものではない、という結論を導いている¹³⁶。すなわち、配慮義務は指標としての意味をもつことは否定できないとして、賃金労働が組織および法的関連の中で提供され、契約当事者である使用者は労働者が頼っている準備（Vorsorge）に対して共同責任をもつ方法で処分可能であることを示しているからであると。経済様式は、労務提供がなければ報酬はえられないことが原則であるが、このような労働による生活様式が存続するのは、労働者が労務の提供ができなくなる生活の局面でもその生活が保障される場合だけであると。さらに続けて、社会保険という法制度がなければ、労使関係はそもそも継続的に成立し得ないのであり、社会保険は被保険者である労働者だけではなく、使用者も利益を得ている、と指摘している。社会保険は、使用者が組織し、その成果を利用する経済的制度であるので、使用者がその雇用する労働者の保険の準備に関与することは基本法2条1項、3条1項に照らしても正当化可能である、と帰結している。

さらに、Schnappは、使用者の保険料支払い義務を、連帯原理により使用者に義務づけられており、使用者の自由を制約することを正当化するという立場にたっている¹³⁷。そして、労働者が就労できなくなる事象への対応などの「社会問題」の負担を、雇用契約当事者は被用者保険法があることにより免れている。このような負担の免除が、使用者の所有権（14条1項）を制約することを正当化するという。

③労働法も社会保障法も非独立的労働者を社会的に保護することが目的である¹³⁸。これらの法領域は適用対象を「保護」の対象ととらえて、国家法の規律を正当化してきた。労働法も被用者保険法もその適用対象を「保護の必要性」の有無で画定している¹³⁹。労働者は、使用者の指揮命令権にしたがわなければならないだけでなく、とくに経済的従属性、個人の生活の基盤として達成することが重要であり、社会保険は、労働力を回復するとか、労働力の喪失ないし職場の喪失を予防、保護することを目指すものであると。社会保険は、労働者が所得源として自らの労働力に拠っているが、生存を脅かすような困窮に陥らないことを目的としている¹⁴⁰。このように労働者に対して使用者が配慮義務を負っていることは、労働力の制約や、それにかかわる財産的利益への配慮を保護することになり、労働者が自らの労働力を制約される事象（病気、災害、労働力の減少、高齢、要介護及び労働関係の終了、解雇）に対して事前に備えて保護することは、使用者の自由権を制約することを正当化できる、と解されている¹⁴¹。

原則として、被用者保険法の適用対象は立法者が、社会的保護の必要性という基準にしたがって連帯共同体（Solidargemeinschaft）に所属するグループを画定してきた¹⁴²。ドイツ社会法典は、社会保険の総則を定める4編で、「保護の必要性」を、「非独立的労働」に措定し、指揮命令権者の指揮にしたがう労働であり、指揮命令権者の労働組織に編入されていることを基準としている（7条1項）。人的従属性の基準は、社会法典上は「非自立性Unselbständigkeit」（4編（社会保険）7条1項）とされた上で、各法制度で被保険者適用対象者が具体化されている（3編（雇用促進）25条、5編（疾病）5条1項1号、6編（年金）1条1号、7編（労災）2条1

項1号、11編（介護）20条1項1号）。

使用者は、労働者の社会的リスクに対する人的な関連ないし責任を有している場合には、労働関係と直接の関連がない場合にも制約が許容される¹⁴³。こうして、「責任原理

(Verantwortungsprinzip)」により使用者の負担が正当化される¹⁴⁴。私的な法主体が他方の法主体を社会的に保障するために財政面で関与することを正当化できるのは責任関係だけであり、こうした責任関係は負担をする者と被保険者として保護されるべき者との間の法的関係から生じる。したがって、使用者の負担を確かに根拠づけるのは、保険料を負担する使用者が労務提供を請求できる労働者を思いやることにしかない。

伝統的な社会保険法において保険料の負担は、就業関係の存在により生じるものであり、租税のように使用者の給付能力が基準となるのではなく、労働者の「社会的保護の必要性」と並んで労働者と使用者の交換関係が使用者の保険料負担を正当化する内在的な要因である。確かに、労災では使用者には保険料支払い義務だけが課され、それに対する反対給付が予定されていないので社会保険での相互性が成立していないように見える。しかし、使用者は、労災保険法により民事賠償責任を免除されるだけではなく（社会法典7編（労災）104条以下）、保険料支払い義務に対して労働関係における労務提供義務が満たされているので労務給付という形での反対給付を保持しているという考え方に基づいている¹⁴⁵。被用者保険法の使用者の保険料全体に対しても同じことが妥当するのであり、使用者の保険料は労働者により提供される労務に対する使用者の反対給付を構成するものである¹⁴⁶。

こうして、社会保険の権利性は、被保険者本人の保険料義務によるものか否かとは関係なく肯定されるのであり、保険料支払い義務が第三者である使用者の負担であっても、問題にならないと¹⁴⁷。

（4）労働者に対する使用者の社会的責任と「準労働関係」への拡大

すでに述べたように、労働関係を媒介として社会保険を機能させる仕組みにとって、受給者でない第三者である使用者に保険料支払い義務を課することがポイントになる。労働者と労働契約を締結している一当事者である使用者には、保険料と給付の相互性が成立しないにもかかわらず、保険料の支払い義務が法律により生じる（社会法典4編（社会保険）28e条1項1文）。年金保険法でも使用者の保険料支払い義務を規定し（社会法典6編（年金）173条以下）、保険料支払請求権が年金保険主体にある。

等価関係にある反対給付が欠如している場合について、特別な負担をする場合には、保険料の支払い義務者と被保険者の間に特別な連帯関係または責任関係（Solidaritäts- oder Verantwortlichkeitsbeziehungen）から生じうるような、特別な正当性が必要である旨を、連邦憲法裁判所1987年4月8日判決が判示している¹⁴⁸。すなわち、連邦憲法裁判所は、使用者の関与の正当化を、使用者が従属的な労働をしている者に対して責任をおっているということから、労使関係の存在が社会保険への関与義務と保険料支払い義務を正当化すると。給付権者でない者が受給者と「特別な連帯関係または責任関係にある」場合又は保険料義務者に対する競争の不利益が回避できない場合には、給付を受けない者に対しても保険料支払い義務を課することが正当化されるという。契約当事者が継続的な従属雇用関係ではない合意をしている場合であっても、請負契約から社会保険法上の責任を導きだしたのである。

そもそも、1981年7月27日芸術家社会保険法により芸術家及びジャーナリストが年金と疾病保険の強制加入の対象になった。個々の労使関係ではなく、作品のプロモーター（Vermarkter）というグループが芸術家などのグループに対して特定の負担を引き受けなければならないのか、という点が大きな問題になった。というのも、従来は、労働者の同質的グループによる連帯であることと、使用者が労働者に対する生活配慮（Versorgung）責任を有することが、社会保険を正当化してきたから、芸術家に関する社会保険は、いずれの点でも異なっていたからである。とくに社会的グループ間に社会保険の関係が成立させることに

批判がつけられた¹⁴⁹。

しかし、連邦憲法裁判所1987年4月8日判決は、従来の労使関係の成立と結びついた「保護の必要性」を相対化した上で、次のように労働者と使用者の責任関係に類似した関係があれば、使用者に準じた立場にあるプロモーターが保険料の負担を課せられることも基本法2条1項及び3条1項に違反するものではないとした。すなわち、1つは、現実の生活において存する、芸術家およびジャーナリストとそのプロモーターとの相互的依存関係があること、いま1つは、双方に確認できる統合された労働関係ないし責任関係が、労働関係に匹敵する結合点であると¹⁵⁰。連邦憲法裁判所はすでに使用者の保険料支払い義務を自らの労働者のために援用されるとし¹⁵¹、と社会保険の目的を達成する上で「関与者 (Beteiligten)」に対する保険料が正当化されることを判示していた。労働関係や準労働関係という結節点が必要であるという点に変更はない。

Butzerは、この連邦憲法裁判所1987年判決をもとに、使用者と労働者の標準的な労働関係に匹敵するような、継続的に形成された統合的労働関係がある場合には、保険料負担などの負担は、標準的な労働関係で使用者に課せられる配慮義務に準じて、いわば「配慮義務 (Obsorgepflicht)」が準使用者 (Quasi-Arbeitgeber) に課せられるという論理を展開している¹⁵²。そして、準労働関係の理論は、社会法典6編 (年金) 172条によるものや、短時間労働、障害者の低所得での雇用などは、被保険者本人は保険料支払い義務を負わない雇用でも、使用者が保険料の負担をする義務を負うことは基本法2条1項、3条1項に違反しないとも指摘している。

他方で、社会保険料負担の対象をこうした芸術家にまで拡大することを批判する学説もある¹⁵³。しかしながら、使用者の保険料義務負担や芸術家保険のプロモーター保険料義務を、密接な労働関連が存する場合に認容する論理は否定されているわけではない¹⁵⁴。さらに、労働関係の多様化のなかで、むしろ被用者保険法の適用対象になる雇用に準じた関係がひろまるのであれば、むしろ「準労働関係」が継続的に密接な労働関連がある場合には、労働市場での不正な競争を防止する点でも、準使用者に保険料負担を課すことは負担の平等に反せず、合理的であろう¹⁵⁵。

非独立的労働者のみならず、特別な関係から生じる責任関係を基準として、連邦憲法裁判所は保険法上の適用対象の設定権限を立法者に認めたことを契機として、「準労働関係」に対しても公正な事業主間の競争のために使用者に対する保険料を課すことは、それが比例原則に合致する限り、負担の平等に反するものではないといえる。

以上から示されたように、確かに、使用者の保険料支払い義務を雇用関係から生じる配慮義務を理由として正当化できるのか否かについては、学説からの疑義が強まっている。しかし、雇用関係の成立により、一方で労働者は自ら将来の生活のリスクに備えることが制約され、他方で使用者は利益を得るので、労働にかかわるリスクを労使関係だけで解決するのではなく、社会的課題を担う国家に外部化している。したがって、使用者の自由の制約は、いわば非独立的労働関係の成立とともに、交換関係、つまり事業所に組織されることだけではなく自由な経済的な処分可能性を喪失する関係が成立するという社会的な合意が形成されると解され、基本法2条1項及び3条1項にも違反するものではないと帰結される。

(5) 使用者の保険料支払い義務と平等原則

①被用者保険法における使用者の関与のなかで、規制内容の違憲性が使用者の平等な負担 (基本法3条1項) の観点から争点になったものとして、次の2点があげられる。1つは、被用者保険法の適用除外者を雇用する使用者に対して被用者保険法が保険料負担を課すことは合憲か否か、ということである。いま1つは、被用者保険法の対象となる要保障事