

経済的取引の自由も基本法2条1項の事由により保障され、賦課は2条1項の自由にかかわるが、しかし自己責任をもって経済的自由を展開できるような適切な余地が当事者に残されている場合には保護領域の介入ではないとした。比例原則にかんしては、目的が恣意的ではなく、労働の関連へ統合するものであること、負担を課すことがこの目的に適合的であること、芸術家社会保険の内容容形成は競争のひずみを避け、負担率を最大限に抑えるために必要な範囲であること、最後に、収入と保険料の均衡をみれば適切な余地が残されていて狭義の比例性にもかなうとして、比例原則にも合致する。

そして、基本権への介入の制約基準として連邦憲法裁判所は、基本法2条1項による一般的な行為の自由をあげている。社会保険法上の法的地位の侵害について判断基準を明らかにしたのは連邦憲法裁判所1998年2月18日決定<sup>12</sup>である。すなわち、被保険者に不利益に法的地位を変更する場合に、憲法上の基準となるのは信頼保護原則としての法治国家原則と基本法2条1項による行動の自由であるという。すなわち、第1小法廷は、本件の法的地位は2条1項による評価をうけること、2条1項の保護領域に抵触するのは、立法者が強制により公法上の保険者の構成員にすること及び保険料を徴収することの指示を通じて個人の一般的な活動の自由を経済条件の制約により大幅に狭めており、他方で、法律で確約した保険料財政による給付を根本的に減額させる場合である。しかし、一般的な行為の自由という基本権は、基本法2条1項1文の制約の範囲においてのみ認められる。立法者は原則として、社会保険の給付の構造に秩序に応じて侵害する権限を持っている。侵害規範が形式的にも実体的にも合憲であり、とくに比例原則にかなっており、信頼保護原則という法治国家原則にかなっている場合には、基本法2条1項に違反するものではないと判断している。本判決は、立法者が、一方で強制加入を規定し、公法上の保険料義務を課すことをつうじて個人の一般的な活動の自由を、その前提となる経済活動の自由を制約することを通じて狭め、他方で、法律で確約した、保険料に基づく給付を基本的に減額する場合には、基本法2条1項の保護領域への侵害可能性が

問題になると判示している。そして、社会保険法についても秩序をもって介入することは立法者の権限であり、2条1項に違反するとはいえないという。介入規範 (Eingriffsnormen) が形式的にも実体的にも合憲であり、とりわけ比例原則および信頼保護原理に要請される法治国家による要求が審査基準になるとした。

連邦憲法裁判所<sup>13</sup>は、社会国家の任務に言及しながら、社会国家は、目的に応じた国家の介入は個人の自由の制限を許容することを判示してきた。問題になるのは、どの範囲が比例原則に合致しているのかを画定することである<sup>14</sup>。連邦憲法裁判所は3つの論拠をあげて社会保険による自由の制約の合法性を帰結している。1つは、典型的には、社会保険は所得補填やサービスが必要になるような生活面のリスクをとらえるものであり (高齢、稼働減少、病気、要介護、労災、失業)、私的には十分な担保がなされないものである。2つには、連帯によるリスクの配分であって、所得により保険料を決定するので、任意のシステムではありえないこと、3つめに、社会保険を組織することは、これが必要れば社会扶助を請求することになり、その負担を回避するという「公共の福祉」にかなっているものであり、基本的には自己責任に基づき制度が設計されていることである。

連邦憲法裁判所は、社会保険法を国家が形成する正当化を次のように判示している。特別に保護を必要とする状態でも人間の尊厳がまもられることは国家に委託されている (基本法1条1項)。要介護により援助が必要になれば経済的な負担が生じる範囲で、それに必要な手段を、強制保険を基礎にして安定させることは、立法者の関与を正当化する<sup>15</sup>。

学説では、基本法2条は個人の行動の自由ないし自己決定を保障するが、社会保険法は上で述べたように任意で組織に加入するのではなく、強制に組織される集団である。そうすると、社会保険法は、個人が未来のリスクに備える自由 (Vorsorgefreiheit) を制約するものであり、個人の自由と社会国家の秩序形成との緊張関係を生じさせると<sup>16</sup>。ただし、この学説も、連邦憲法裁判所が

社会保険法には基本権を制約する面と基本権を内容形成する面があることを判示した点を<sup>17</sup>、肯定している<sup>18</sup>。すなわち、一方で、人格の自由な展開は社会保険の強制加入により保険料支払い義務が課され、制約される。年金は未来のリスクへの準備の安定した基盤になるとしても、確かに人格の自由な展開は制約されるが、他方で、現在の義務保険加入者に、将来に物質的に困窮することからの予防 (Sorge) を特別に有効な方法でおこない、労働が不能な時期に人格を展開するための物質的な基礎を保つのである。したがって、2条1項にも違反するものではないと。こうした内容を踏まえて、学説は、基本法2条1項は「一般的な行為の自由」を保障するものであり、個人が自ら正しいと考える「未来のリスクへの準備」方法の実現を決定し、実行する可能性は個人に認められなければならない<sup>19</sup>。問題は、基本法2条1項による「未来のリスクへの準備の自由」に被用者保険法が介入を許容される限界である。連邦憲法裁判所と同様に、Hase は<sup>20</sup>、被用者保険法は、被保険者として自由を制約される人の安定にかかわる事柄を促進であり、当該被保険者及び家族の人格を展開する自由に対して物質的な前提条件を確保するという以外の意味をもつことは許されない。

他の学説でも、Merten は、個人レベルでは計算不可能であるが、集団を形成することで生活リスクの計算可能性を高め、これを引き受けるのが社会保険である、と指摘した上で、「自由の原理 (Das Prinzip Freiheit)」と社会保険の基本権制約を論じている<sup>21</sup>。まず、かれは、自由の原理は基本法の前提として基本権カタログになっていて、個人と並んで独立性、自己決定、自己責任は基本権の関連から導き出され、市民は自己責任を持って生活形成をす能力をもつ人格者として社会のなかで位置づけられなければならないと。そして、自己責任をもって生活形成をすという内容には、自分の収入をどのように使うのか、とくに快適な退職後の生活に対して準備するか否か、または高齢期にはつつましく生活し、若いうちに費用をかけた生活をしたいのか否かを個人が決定することも含まれているという。強制保険としての社会保険<sup>22</sup>もまた、個人

の加入意思とは別に一定の法律要件を充足することで客観的に法的関係が成立するし、その内容をも決定される。その点で、私法上の義務保険関係とも相違しているわけである。誰と、どのような保険関係を成立させるのか、被保険者の自由な決定に委ねられなければならないのは、いかなる理由により正当化されるのか、という問題である。ここでは、基本法2条1項にかかわる一般的な行為自由という基本権の制約が合目的であり、目的達成の手段として適切なものであるのか、また必要な程度に限定されているのか、という比例原則にかかわるのか否かが審査されなければならない。

社会保険の内容形成をすることで立法者の介入は個人の人格展開の基礎になるという目的から正当化され、その社会保険の正当化として3点があげられる。第1に、個人の貯蓄だけでは不十分で社会的法治国家は、個人が社会のなかで人格を展開するために社会保障システムを構築しなければならない<sup>23</sup>。第2に、社会保険は、保険への加入時には自己決定の自由は制約されるが、リスクが生じた時点で自由を保障するものである<sup>24</sup>。とくにいったん職業生活を開始した人が、それを継続できなくなった場合でも、職業活動に従事していた時との継続性をもつことができ、経済的な社会保障が人格の自由に寄与すると。リスクが生じたときに、困窮者として国家に求めるのではなく、連帯共同体に請求権を有することに意味があると。ここではもはや自由を国家から離れることや防御権として捉えるのは適切ではなく、自由を整備する、保護するものとして配分参加 (Teilhabe) の観点からとらえるのである<sup>25</sup>。

Caluwe は、社会国家が社会的任務を履行するために権力の独占により保険義務を課すとし、次のように理由づけている。すなわち、近年では被用者保険法による自由の制約を問題にする場合に、市場の余地が拡大すればするほど自治が可能になり、自己責任を持った生活形成が可能になるという考え方もあるが、それはあまりにも短絡的すぎるとして、次のように社会国家の正当化を指摘している。すなわち、基本法上の国家の課題は人間に値する生活を、自己責任をもって形成する状態に影響を与えることであると<sup>26</sup>。ここでは、自由の基

本的条件は、自由権を平等に遂行できるように、生活の基礎が十分に社会的に保障されることであるという考え方が基礎になる<sup>27)</sup>。

学説で基本法上の根拠として基本法2条1項は一致してあげられるものの、強制加入の制約は2条1項だけにかかわる問題であるとす立場<sup>28)</sup>と、これに加えて12条1項による職業の自由もあげる立場<sup>29)</sup>がある。さらに、基本法9条1項は社会保険法のように公法上の社会保険集団への強制の問題ではなく、私法上の強制による集団に対する基本法上の保護の問題にすることも一致している<sup>30)</sup>。連邦憲法裁判所は、基本法12条の基準が問題になるのは職業を規律する場合であるが、強制加入などは職業の規律にかかわるものではないので12条1項への介入ではないという<sup>31)</sup>。

以上から確認できるように、1つは、長期保険であるがゆえに個人で備えることが可能である、というよりはむしろ、集団をつくることで予測可能性を高めることが正当化される。いま1つは、社会保険の違憲性を検討するさいに、社会保険の必要性は、立法者が最低生活保障としての要扶助性を整備することではなく、比例原則の審査基準としての過度の負担ではないか否かが論点になる。強制加入により、自らの事柄を自己責任に基づき準備する可能性を奪う場合には、過度の介入になる。たとえば、民間保険に加入して将来のリスクに備える自由がなく、個人が国家や集団に依存するしかない場合である。

## ② 連帯共同体の形成と個人

被用者保険は、一方で個人の生活リスクを保護するものであるが、そうした機能を果たすことができるように連帯共同体を形成しなければならぬ。つまり、被用者保険法は、個人の固有の価値（基本法1条、2条1項）と並んで、個人が構成する連帯共同体（基本法20条1項、28条1項1文による社会国家）により形成されるものである、と説明されてきた<sup>32)</sup>。もとより、社会国家は人間の尊厳を保障し、人格の自由を保障しているが、社会国家が形成する被用者保険法は個人の自由を制約する点で個人の利益と公共の福祉の緊張関係がある<sup>33)</sup>。なかでも被用者保険法の適用基準は被保険者が従属的労働という活動を

することにあるので、非自立的労働者以外の市民へ適用をする際に問題になる。被用者保険法の改正により、個人を保護することよりも連帯共同体の財政の安定化という目的のために個人の自由を過度に制約することが問題になっている。連邦憲法裁判所は、立法者は「保護の必要性」という基準を形成する際に個人を保護するだけでなく、連帯共同体の経済的能力を安定化することも考慮にいれることができると判示している<sup>34)</sup>。

年金法では、医師に対する年金権について連邦憲法裁判所は医師やその家族が退職後の経済状況を安定化させるものであり、職業の遂行の自由（12条1項）を制約するものでもないし、一般的な行為の自由（2条1項）にも違反しないとした。これを継承して、2003年12月9日決定<sup>35)</sup>は、農業従事者の年金について、社会法典6編の特別法である農業従事者の高齢者保障についての法律（Gesetz über Alterssicherung der Landwirte [ALG]）の1995年改正（BGBl. I S. 1890）が、農業従事者の配偶者が独自に土地をもち、農業に従事していない限り強制加入の対象外であったが、同居している配偶者を農業従事者として強制加入の対象としたのを（ALG1条3項）、違憲ではないと結論づけている。連邦憲法裁判所は、次の2点を理由として基本法2条1項に違反するものではないという。第1に、法改正は、農業以外の就業で独自の高齢者保障をおこなうことができないう農業従事者の配偶者に、保険支払い義務を課すことにより固有の年金請求権を獲得することを可能にしているのであり、これは立法者が社会政策にかかる内容形成である（基本法20条1項、28条1項）。いま1つは、連帯共同体が経済的能力を有し、これを存続させることもまた立法者の責任であると。

## (2) 人的適用範囲と基本法3条

- ① 適用基準としての「保護の必要性」と一般的平等原理（基本法3条1項）

被用者保険法の人的範囲は、当事者の意思の問題ではなく、立法者が目的に

従って決定する事柄である。本項では、加入強制が比例原則に基づき違憲ではないとする場合でも問題になる論点として、次の3点を平等審査に関連して取り上げる。第1に、労働者を集団により社会的に保護する被用者保険法は、「同質的集団」を立法者が「保護の必要性」を基準に画定する。連邦憲法裁判所は、被用者保険法の適用対象となる条件を、特別な負担を課すことが基本法3条1項に照らして正当化されなければならないことを前提としている<sup>36</sup>。その基準としてあげられるのが「集団の同質性」である。第2に、労働ではない活動を社会保険法の保護と結びつける例として、家族の保護（基本法6条1項）がある。ただし、憲法裁判所は6条1項から具体的な結びつきが生じるとはいえないと判断し、基本法6条1項が3条1項の一般的な平等原理に結びついた場合だけに、立法者に対して被用者保険法のなかでの修正を要請していることである。第3に、租税に加えて保険料を支払う義務を負っているにもかかわらず、基礎水準を下回る程度の保障水準であることは違憲ではないのか、という保障水準を平等の観点から検討する。

「保護の必要性」と「同質的集団」としての連帯という2つの基準が画定基準として形成されてきた<sup>37</sup>。これらの2つの基準は基本法2条1項による自由を、一定の所得層の被用者を強制加入の対象にすることは平等原則（3条1項）に一致していると解されてきた<sup>38</sup>。

社会国家が保護の範囲について人的適用対象を拡大する場合に、連帯共同体を財政面でも安定化させるために、自分で生活予備をなす能力のある人々まで引き入れているのではないか、ということが問題になる。個人の連帯による調整は、強制加入による自由権の制約と同様に、一般的行為の自由（2条1項）に介入するものであり、特別な負担は基本法3条1項の一般的平等審査により評価されなければならない<sup>39</sup>。もっとも、たとえば保険料負担などで異なる扱いをすることも、それが社会国家としての事項にかかわるものであれば、正当化できる。「保護の必要性」は、基本法2条1項の自由が「社会的保護」を基準として制約が許容されてきたことを示している<sup>40</sup>。「保護の必要性」は、個

人の将来への準備に代えて強制によるそれを必要とするかが基準になり、「客観的保護の必要性」とよばれた<sup>41</sup>。したがって、個別事例における要保護性を問題にするのではないし、また本人の意思を別にして判断するものであるとされた。被用者保険の初期段階ではこの基準が支配的であった。「保護の必要性」を、労働者として同じようなリスクを負う同質的集団であるがゆえに肯定し、グループの同質性がなければ強制を持って社会保険へ包摂することはできない、と考えられてきた<sup>42</sup>。

人的適用対象の拡大とともに「保護の必要性」基準は、次の2点が問題になる。第1に、基準の不明確さである<sup>43</sup>。被用者保険法の成立以来、「保護の必要性」は従属的な労働者に認定されてきたし、現在でも社会法典4編（社会保険）でも従属労働となお結びつけているが、学生、芸術家、独立営業者に類似する労働者、そして家族保険の構成員など、人的適用範囲が拡大すればするほど、「保護の必要性」が労働者と同じであるといえないと<sup>44</sup>。「保護の必要性」を基準とすることは方向性が失われていて、むしろすべての市民に対する基礎保障（Grundsicherung）に改革されるべきであるという主張<sup>45</sup>すらある。あるいは、連邦憲法裁判所が被用者保険法の人的適用を拡大する際に、立法者が個人と並んで共同体を安定化させることも任務となるという判示をしていることはすでに示したが、こうした判断を基に、Lohmannは、被用者保険よりむしろ市民保険を「大連帯」に基づくものとして評価できる、と示唆している<sup>46</sup>。しかし、他方で、「保護の必要性」基準は、確かに社会的に相対化されているが、いままなお重要な基準であるという見解もある<sup>47</sup>。彼らは、市民連帯と異なり労働者連帯の相違は、個人が属している集団を職業、社会的、経済的観点からの区別する観点が重要であることを指摘している。

第2に、被用者保険法の人的対象が従来よりも拡大している現状で、従来の非自立的労働者としての「保護の必要性」基準がなお適しているのか否かである<sup>48</sup>。とりわけ、連邦憲法裁判所は、2001年4月3日判決で<sup>49</sup>、生存にかかわるリスクから保護する強制保険から市民を除外することが問題になり、すべて

の人に保護の必要性があるので Volksversicherung をめざすことが立法者の意図であり、適合性があると判示し、適用除外について基本法3条1項の一般平等原則を基準として審査している。そうすると、学生の疾病保険加入、芸術家、短時間労働の保険加入のみならず、介護保険の要保護性に鑑みれば、従来「同質性」基準では十分ではないことが論点になる。対象者の「同質性」は、労働時間の基準ではなく、営利活動に編入されることが前提になる<sup>50</sup>。とはいえ、被用者保険として連帯共同体を形成する際に、被保険者を市民一般と区別する基準は何なのか。

基本法3条1項を基準とする場合、多様化する被保険者集団のなかで社会的保護の必要性を理由として範囲を画定し、保険料を徴収するには、他の人と異なる取り扱いをすることが許されるものでなければならぬ。とくに被用者と被用者以外の制度間差別が一般的平等(基本法3条1項)に照らして審査される<sup>51</sup>。というのも、「保護の必要性」基準により画定することは、一方で、適用される被保険者からすれば過度の自由の制約ではないのかが問題になるだけではなく、他方で、営利活動をしているもの「労働者」ではないということ(社会法典4編(社会保険)8条)、「保護の必要性」がある営利活動者を適用免除することが基本法3条1項から制度間の不平等が問題になるからである。

連邦憲法裁判所1970年10月14日決定<sup>52</sup>は、個人の保護の必要性だけを考慮して適用するか否かを決める際に、被用者保険法を高所得である自由業の職員に適用し低所得の自営業者を加入させないのは有意義ではないとし、基本法3条1項による審査の対象を、社会保険システムが全体として見た場合に恣意的か否かに限定される、とした。その後、連邦憲法裁判所は異なる取り扱いが基本法上の保護された自由にとどの程度不利な影響を与えるのかを考慮することが重要であると判示したことはすでに前節でも示した<sup>53</sup>。異なる扱いが別の基本権の保護を侵害すればするほど、平等審査は厳格になさなければならぬのであり、社会保険で保険料納付が一般的行為の自由という基本法2条1項にかかわる場合が一例である<sup>54</sup>。したがって、保険料徴収にかかわっては、基本3

条1項の審査は単なる恣意取り扱ひの審査ではなく、比例審査(Verhältnismäßigkeitsprüfung)がなされなければならない<sup>55</sup>。連邦憲法裁判所1994年2月8日判決<sup>56</sup>では、疾病保険は、公法上の団体へ組織を強制することにより基本法2条1項の一般的行為の自由を制約するので、基本法3条1項の平等取扱ひの判断に関して、単に恣意禁止ではなく、より厳格な基準で審査されなければならないとした。学説も同じ立場に立っている<sup>57</sup>。

## ② 適用免除と基本法3条

### (a) 人的適用対象の上限設定

就業者すべてが被用者保険法の被保険者となるわけではない。それは、1つに、被用者保険法の適用対象となる労働者の核である非自立的労働者のうち、強制加入という方法をとらなくても自己の力だけで自らのリスクに対応できる免除基準が設定されている(適用の上限)。医療保険では、一定の所得をこえる層は、適用が免除され(5編6条)、民間の医療保険に加入することもできる。高所得者を適用から除外するのは過剰な介入禁止による。年金法は、高所得者に適用を除外する基準は設定されていない。いま1つは、被用者であっても保険料を支払う義務を履行できる能力ない状況にないと推測される者は免除される(適用の下限)。就業者は、労災を除き、すべてが適用対象になるのではなく、些少(geringfügig)であれば例外的に適用されない(社会法典3編(雇用)27条2項、5編(医療)7条、6編(年金)5条2項1号、11編(介護)20条1項1文)。ただし、年金法は一定の所得を下回る場合でも、1999年3月24日改正(BGBI. I S. 388)により、被保険者が保険免除を放棄する意思表示を可能としている(6編(年金)5条2項2文)。

このように各領域による違いはあるが、被用者保険法の対象を画定するのは、もはや政策の問題であるという見解<sup>58</sup>は妥当ではなく、私的な経済的手段に対して被用者保険がどの範囲で介入のできるのかはすぐれて基本法上の問題である<sup>59</sup>。以下では、人的対象の上限及び下限設定について順に検討する。まず、人的適用基準の上限を設定する医療保険法にかかわる争点をみる。

連邦憲法裁判所は、被用者保険法が非自立的労働者を対象として、一定の所得を超えるものを除いて強制加入の対象にしてきたことは、基本法で保護された一般的な行為の自由（基本法2条1項）に介入するものであるが、比例原則に適合していると判示してきた<sup>60</sup>。

医療保険法は、一定の所得を超える場合、非自立的労働者であっても、強制加入の対象としていない（5編6条1項1号、6条6項）。この免除基準を40500ユーロから2003年に45900ユーロに変更することを2002年の保険料安定化法（BGBl. I S. 4637）が規定した。これに対して、連邦憲法裁判所は2004年2月4日決定<sup>61</sup>で、保険料安定化法が適用にかかる上限設定を変更し、被保険者の適用対象を拡大したことについて、次の理由から合憲としている。すなわち、医療保険は市民の健康の配慮をするために社会保険を用いるので、社会保険の安定化は公共性のある事項であると。

さらに、医療保険法の適用免除は、職業生活だけでなく年金生活にも大きな影響を与える。それは、年金者は、職業生活の終了後に一律に高齢者医療保障制度に編入されるわけではなく、職業生活における医療保険の加入期間によるからである。ライヒ保険法は、1956年に、年金受給者が年金受給前の10年のうちに少なくとも52週間被保険者期間を有する場合には適用され、保険料を年金者が支払う必要はなかった。その後、いったん廃止された被保険者期間を1977年法改正（BGBl. I S. 1069）で年金申請前までの期間の半分以上の被保険者期間を必要とするというものに変更した（ライヒ保険法165条1項9号）。

医療保険料は就業者が使用者と被保険者が折半で負担するのと同様に、年金保険と被保険者が折半することになった。これに対する疑義がだされ、連邦憲法裁判所に提訴された。1985年7月16日決定は<sup>62</sup> 違憲ではないという結論を導いた。さらに、任意被保険者であった年金者に対して5編による医療保障のアクセスをより制限する要件を新たに規定した（1992年の健康構造改革法 [GSG]（BGBl. I S. 2266））。それらは、年金申請前までに半分の被保険者期間ではなく、稼働期間の後半のうち10分の9にあたる強制加入期間を有する者に年金

者の医療保険を制限した（社会法典5編（医療）5条1項11号）。連邦憲法裁判所2000年3月15日決定は<sup>63</sup>、医療保険が任意被保険者と強制加入対象者を異なる扱いをすることは基本法3条1項に違反しないとされた。医療保険が年金者に對しても一定の基準を面定するのは、個人の保護の必要性と連帯共同体の経済的能力の存続を考慮することによるものであると。年金者の医療必要性は年齢により高まるが、保険料の負担能力は低くなる。社会法典5編（医療）249 a 条により年金者と連邦が保険料を負担する。

医療保険法の適用除外にかわり介護保険でも次のような憲法上の問題が生じている。医療保険法の適用除外により一定の所得を超える人が民間の医療保険に加入している場合、介護保険法（社会法典11編）（1995年）が次のような規定をおいたことが問題となった。すなわち、介護保険法は、公的医療保険加入者を被保険者に行っているが、民間の医療保険加入者には、私的な介護保険契約を締結し、これを保持する義務を負わせている点である（11編23条1項）。民間の介護保険契約であっても、その内容を公的介護保険に応じたものであることも規定している（11編23条2項）。そこで、民間保険契約を締結することまでも義務づけることは、基本法2条1項の自由の介入であるが、比例原則に台致するのかが争点になった。連邦憲法裁判所は、契約の締結義務は、個人の一般的行為の自由への介入であるが、比例原則に台致する場合には、違憲ではないと判示している<sup>64</sup>。また、契約締結の義務について、多くの人に財政負担が不可能な結果になるような生活リスクに対して比例性による低い保険料で計算可能にし、かつ保険事故が生じた場合はこれをひきうけるのである。個人の独立性は、結果として、社会保険を通じて強められているとして、不適切な負担ではないという結論にいたっている。

連邦憲法裁判所が、1つは、社会保険の財政の安定化を理由とすることも公共の福祉にあたるということ<sup>65</sup>、いま1つは、社会保険法の必要性を、公的扶助の支出が増加すると公共の負担になり、これを回避するうえで社会保険法は公共性がある、という<sup>66</sup>。とりわけ財政が緊縮するなかで連帯に言及される場

合、現在の議論では連帯が再分配に結びつけられ、結局、集団のために個人が犠牲になる点が前面にでる傾向が否めない<sup>67</sup>。

(b) 人的対象の下限基準と社会扶助

次に、被用者保険法への加入義務の下限について検討する。被用者保険法の加入免除基準 (geringfügige Beschäftigung) にかかわり<sup>68</sup>、公的扶助水準を越える所得のある人にも適用するべきであるのか否かが論点になる。社会法典4編 (社会保険) は、7条で就業者が適用対象となることを規定するが、例外として、その就業が「些少 (geringfügig)」である場合には、被用者保険法適用が免除された雇用となることを規定している (8条)。有期雇用 (2ヶ月又は50日) を別にすれば (8条1項2号)、次のような低賃金雇用が免除基準となる。2002年12月23日第2次ハルツ法 (2003年4月施行) により社会法典4編 (社会保険) 8条1項1号は、月額400ユーロを超えない場合を被用者保険法加入義務のない低賃金雇用としている。月額400ユーロという基準は社会扶助水準より低いことから、被用者保険加入義務の設定基準の妥当性が問題になった<sup>69</sup>。元来、社会的保護の必要性は低所得層には否定されてきたのは、こうした働きをする者は、通常、配偶者の職業活動により社会的保障も所得も保障されていると説明されてきたことによる<sup>70</sup>。Rulandは、このように低所得層には被用者保険に代替する保障方法があるので必要性がなく (「より穏やかな手段」)、したがって些少就業の保険免除はそれ自体が比例原則の現れであるという<sup>71</sup>。短時間労働者もフルタイム労働者と同様に非自立的労働者であるものの、自らの生活を営む程度の所得をえるものではないことから、他の穏やかな手段があることから、被用者保険法による保護から除外する、という論理であった。

しかしながら、被用者保険法適用免除の低所得労働の基準をどのように設定するのかは、社会扶助基準との関連でも問題になる<sup>72</sup>。些少労働基準が社会扶助水準を下回って設定され、低い賃金しか得ていない労働者に被用者保険の保護を及ぼすことから、その負担は保険集団たる連帯共同体が負うことになる。

学説には、第1に、このような立場から社会扶助と社会保険の役割の違いを明確にし、些少労働基準が社会扶助水準を超えるように設定するべきである、という有力な批判がある<sup>72</sup>。社会法典4編 (社会保険) 8条1項の適用の免除基準と比べると、社会扶助水準の単身者は (当時) 700マルクを越える。しかし、社会保険法はこれを下回る賃金の労働者に対して国家は保険料が負担できるとして、義務を課しているが、連帯による保険の下限設定は、なお社会扶助を要する水準より高めなければならないのか、と指摘している。第2に、そもそも低所得の労働者を被用者保険法の適用から除外すること自体に批判がむけられ、被用者保険法適用免除自体の権限が主張された。SPDは職業生活における男女の平等に関する法案を1988年に提出した際、社会法典4編 (社会保険) 8条の削除を含めていた<sup>73</sup>。その理由は、社会法典4編 (社会保険) 8条を削除すれば些少就業という概念の定義を必要となくなるとし、すべての就業者を被用者保険法の適用対象にするべきであること。さらに、すべての就業者に、疾病、年金に適用を求める立場<sup>74</sup>や、失業保険についてのみ適用を求める立場<sup>75</sup>があった。

さらに、賃金を得て生活を営む者のなかで被用者保険の適用されない労働者をつくりだすことには、特別な正当化が必要であり、これは一般平等原則 (本法3条1項) による審査の対象になる。すなわち、Roflsは、年金や失業の金銭給付を疾病保険と介護保険の現物給付と区別し、前者の金銭給付については些少労働者が他の労働者に比較して所得が低いとしても、そのことは収入を喪失した場合に賃金補償給付の必要がないとはいえないとしている<sup>76</sup>。第2に、社会的保護の必要性がないと解されてきた労働につく人が増加してきており、労働関係がフルタイムの労働関係と、複数の超短時間労働関係に二極化しているのではないかとこの危惧が示されている。これは十分に保護されない労働者の増加につながり、結果として公共に負担となるのではないか、という指摘がある<sup>77</sup>。こうした理由から、被用者保険法の適用基準自体が一般平等原則 (本法3条1項) に違反している、という<sup>78</sup>。



これに対して、連邦憲法裁判所は、1999年4月20日<sup>79)</sup>は3条1項違反ではないと判断している。学説も、些少労働者のパート労働者にも被用者保険法を適用すべきであるという主張には合理性がなく、むしろ保護の必要性はフルタイム労働者と同じではないので、適用免除を維持すべきであるとしている<sup>80)</sup>。確かに、女性が児童養育により職業生活を中断すれば不利益が生じるもの、これは労働法や被用者保険法の問題ではなく、社会全体で解決すべき課題であるという。

このような論争のなかで、立法者は、いったん1999年改正で被用者保険法の加入強制の免除される就業を拡大させないように、630マルクを加入免除の限度として設定した(1999年4月から2003年3月)。しかし、労働市場法改革(2002年12月23日の法改正)により、被用者保険法の適用されない就労を増加する方向にすすみ、2003年4月1日以降、加入免除を325ユーロから400ユーロに引き上げた。2002年12月の第2次ヘルツ法は、新たな雇用関係として超短時間労働を創出したという意図の下で<sup>81)</sup>、2003年4月1日より実施されている(BGBI. I S. 4621)。

被用者保険法適用を免除する基準は、どのような機能をもつと解することができるだろうか。

被用者保険で十分な保護をうけることのできない労働者が増加しつつあるという現実を踏まえて、結局のところ、公共の負担になるという指摘<sup>82)</sup>がある。これは、一般的には、被用者保険法と公的扶助法がどのように所得にかかわるリスクを配分するのか、という問題である。被用者保険法は、これがなければ、公的扶助法により市民の生活が保障されることになるので、結局のところ、公的扶助の負担を回避する機能をもち、成立からしても被用者保険法により困難にかかわる費用を租税一般で市民に負担となるのを回避した。

短時間労働者を被用者保険法の適用対象とするのか否かという論点は、フルタイム労働者と比較した場合に「労働者」として保護の必要性に相違があるのか、さらに一般平等原則(3条1項)に照らして異なる扱いが正当化できるの

かなど、なお争点のままである。これに加えて、被用者保険法の適用から些少労働者を排除することは、女性に対する間接差別にあたるのではないか、というのが争点になった<sup>83)</sup>。ここで、間接差別は、ある規律が直接に性には結びついていないものの、主として一方の性に該当し客観的で性に中立的な理由では正当化できない不利益をうむような「中立的な」基準(たとえば、主たる生計維持者、世帯主、パート)を含む概念である<sup>84)</sup>。次に検討する。

### ③ 短時間女性労働者の間接差別か

基本法3条2項は、男女は平等な権利を有すること(1文)、国家は男女の平等な権利を事実上実現することを支援し、現にある不利益を除去することに影響を与えること(2文)を規定し、一般平等原則を定める3条1項の特別規定である<sup>85)</sup>。被用者保険の適用から些少労働者を排除することは、3条2項の男女の平等取り扱いに照らして、女性に対する間接差別にあたるのではないか、というのが争点になる<sup>86)</sup>。基本法3条2項は直接に性を理由として国家が差別して取り扱うことから保護する。これに加えて、国家の措置が、直接には性にはかわらないものの、一方の性に特に頻度が高いメルクマールに基づいていて、結果として一方の性に向けられている場合が考えられ、間接差別といわれて<sup>87)</sup>。ただし、3条2項の射程に間接差別を含むのか否かには争いがある。一方で、3条2項は間接差別を禁止するものであるという立場がある<sup>88)</sup>。他方で、3条2項は間接差別を禁止するものではないという見解が対立している<sup>89)</sup>。

連邦憲法裁判所は、2003年11月18日決定<sup>90)</sup>で、使用者が母性保護の補助金の支払い義務を負う場合には、この規律の結果生じる事実上の差別も可能な限り回避することを立法者に義務づけていると判断をしている。

被用者保険法の適用基準や適用免除については、どのように判断されるのだろうか。一定の労働時間や所得に満たない労働者は適用が免除されるが、これに該当する労働者の多くが女性であることにより、このような規律は間接差別といえるのではないのか問題になるからである。

超短時間労働関係を被用者保険法の適用を免除することは、79/7/EWGの



指令に反して間接差別になる、という判示は、例えばハノーファー社会裁判所<sup>91</sup>でなされた。原告の女性は稼働不能年金(2001年改正前)の申請をしたものの、当該保険事故の前に3年の保険義務の適用期間を満たさないことを理由に、認容されなかった。これに対してハノーファー社会裁判所は、これを間接差別であるとして、原告が保険期間を充足するかのように取り扱う旨を判示した。というのも、このような労働形態の多くが女性であるからと。さらに、雇用促進法の適用を短時間労働者に免除することは間接差別なのか否か、という論点については、連邦社会裁判所1993年10月26日判決<sup>92</sup>は、雇用促進法169 a 条が失業保険へのアクセスを妨げているとして、4編8条の些少基準 (geringfügigkeit) を上回る基準である場合には、間接差別であるという判示をした。その後も、さらに、ハノーファー社会裁判所<sup>93</sup>は、雇用促進法で週18時間労働に達しない労働者を適用免除することは間接差別であり、79/7/EWG に違反するとした。ハンブルグ社会裁判所1996年7月31日判決<sup>94</sup>もまた、18時間未満の短時間労働者を失業保険の適用免除とすることが間接差別か否かが争点になった。本件の原告は、2つの職場で就業しており、1つは16時間労働であり、いま1つは17時間労働であったので、合算すれば週労働時間が33時間であった。ハンブルグ社会裁判所は、このような週33時間労働で自らの生計をたてている労働者が、失業時の保護から除外される合理的理由 (sachliche Gründe) は存在しないと結論づけている。

こうしたなかで、EU裁判所は1995年12月14日判決<sup>95</sup>で、ドイツの疾病保険、年金保険、失業保険法が些少労働者を適用免除していることがヨーロッパ法と一致するの可否かを平等取り扱いの観点からとり組んだ。しかし、EU裁判所は、短時間労働者の適用免除は性差別ではなく、社会政策上の必要性を立法者が考慮にいれるものであり、合理的であると結論づけた。EU裁判所1995年12月14日判決は訴えを棄却したわけであるが、社会的保護の欠如は問題であるという認識はなされた<sup>96</sup>。

とはいえ、連邦労働裁判所1996年2月27日判決<sup>97</sup>はEU裁判所の判断を踏ま

えて次のような判断をしている。すなわち、もっぱら短時間労働のみに従事する労働者が公的年金保険法の適用を免除されている場合には、そもそも事業所年金は公的年金を補足する目的をもつものであるので、基礎となる公的年金の受給資格がない者を事業所年金の受給資格から除外することも、3条1項に違反するものではないとしている。

そうすると、パート・有期労働契約についての法律 [Gesetz über Teilzeit und befristete Arbeitsverträge] が、同法のパート労働者を「社会法典4編8条1項1号の些少労働を遂行する労働者も含む」(2条2項)と定義し、パート労働者の差別の禁止(4条1項)を規定していることと一致するのか、という新たな論点が生じる。社会法典4編(社会保険)8条1項1号の些少労働はもっぱら短時間労働に従事し、所得が400ユーロを超えない低所得者であるが、これを事業所年金から除外することに、なお合理的理由があるといえるのかが、論点になるからである。いずれにしても、もっぱら短時間労働に従事する労働者の被用者保険法適用免除は社会政策上必要な目的といえるのかは、なお未解決である<sup>98</sup>。そこで、憲法上の議論を踏まえつつ、社会保険法的規制について短時間労働者や自営業者を含め、労働市場でのリスクに対して一般平等原則を考慮に入れた、立法者の労働市場の「観察義務 (Beobachtungspflicht)<sup>99</sup>」を、2章で検討する。

#### ④ 被用者保険法における家族

社会保険では保険原理が支配しているので、原則として、保険料と給付の間に等価性が成立しなければならぬ<sup>100</sup>。社会保険法では基本法3条1項から、保険料と給付の間に等価性原則 (Äquivalenzprinzip) の成立が求められる。ただし、連帯原理 (Solidarprinzip) は保険原理から離れた処遇を正当化する理由があれば、許される<sup>101</sup>。

被用者保険法は一定の労働者に対してのみ負担を課すので、特別な賦課を求めるところを正当化できるのかが問題になる<sup>102</sup>。というのも、一般的な国家の任務であれば、それは社会保険料で負担することは正当化されず、租税によるべ

までであると考えられるからである。国家の任務を履行するのに、それを被用者保険法の適用対象である一定の集団に対して負担を求めるとは基本法3条1項によるすべての市民の「負担の平等」に合致しないというわけである<sup>108</sup>。

社会保険では保険料負担は個人のリスクによるのではなく経済的能力によるが、とくに家族保険として被扶養者から保険料負担なく社会的保障をすることも社会保険法の特徴である。社会保険法で保険料を負担しないものを保護することは社会的調整原理により一般平等原則(3条1項)に基づき正当化されるのか。一方で、ドイツ社会保険法は、連帯原理により被用者として給付を受給している場合でも被用者保険法の被保険者として地位を保護してきた。これは平等に照らして問題にならないが、保険料を支払う義務を負わない人を保護することはこれを正当化しない、とする立場がある<sup>104</sup>。他方で、社会保険法は保険料を負担できないグループにも保護をすることが社会調整原理または連帯原理で正当化できる、という立場がある<sup>105</sup>。社会保険法は保険料と給付の等価性を正当化するの否か、という論点は、基本法14条による財産権保護でも2条1項を基準とするのでもなく、基本法3条1項の問題である。すなわち、3条1項は法の前にすべてのものを等しく取り扱わなければならないことを規定している。基本法3条1項に違反するのは、立法者が規範の名宛人のグループを、別のグループと比べた場合に、両者に相違がない又は異なる扱いを正当化しえるほどの相違がないにもかかわらず、異なる扱いをしてきているときである。連邦憲法裁判所1995年1月11日決定<sup>106</sup>によると、同じ年収で同じ保険料負担をしている被保険者が、同じ請求権を保障されないのは、基本法3条1項違反である。同様に、立法者が保険料についての等価性原則を導入する場合には、同原則がすべての被保険者に対して同様に適用されることを配慮しなければならぬ<sup>107</sup>。ここから一般論として導けるのは、立法者は、基本法3条1項を基準として立法を制定する義務を負っており、それは被保険者共同体のグループ形成時に、同じものは同じに、異なるものは異なるように取り扱うことを義務づけられているにとどまり、保険料の等価性(Beitragsäquivalenz)までが憲法に

よって求められているわけではないと<sup>108</sup>。

疾病保険と年金保険を分けて家族負担にかかわる一般平等原則(基本法3条1項)を検討する。

(a)まず、疾病保険には、次の2つの観点からの等価性が欠如している<sup>109</sup>。1つは、保険料とリスクの間に等価性が欠如していることであり、保険料は、年齢や性とは別に、経済的能力(Leistungsfähigkeit)により決められる。いま1つは、被保険者に保障される給付内容は保険料額とは関係がないという意味で等価性が欠如している。これらの2つの等価性が明らかに欠如しているのは、疾病保険における家族保険である(社会法典5編(医療)10条)。

疾病保険は、年金や雇用保険と違って、たとえ本人が社会保険料の支払い義務を負わない場合でも、多くは配偶者をつうじて、保険料を納付する義務を負わずに医療保険の保護をうけている。この家族保険の保護の評価は問題になってきているが、社会的調整のあらわれであるという<sup>110</sup>。家族保険とは、被保険者の配偶者と子が社会法典5編(医療)10条1項1号ないし5号に所定の条件を満たす場合に社会保険の保護の射程が及ぶものであり、社会保険法としての疾病保険を私保険と区別する点である。家族保険は、連帯原理の重要な形成であるといわれている<sup>111</sup>。被扶養者は、保険料を負担しないが、一定の範囲で医療を必要とする場合に社会法典5編(医療)10条による家族としての保護を受ける。ここで、問題になるのは、保険料義務を負わない者を社会保険による保障を及ぼすことで負担を被保険者集団に課す事を基本法3条1項に照らしてどのように評価するのか、という点である。疾病保険で保険料を負担しないメンバーへの家族保険は、社会保険の連帯原理とその影響の問題が集約してあらわれている。

現在のように被扶養者が独自の法的地位をえたのは、医療保険が社会法典5編として再編された改正(Gesundheitsreformgesetz [GRG])による<sup>112</sup>。被扶養者は独自の請求権を持つが、保険料負担義務をおかない。被保険者は収入に応じて保険料を負担する。

被保険者メンバーではない人に対する保険料負担がなぜ正当化されるのか。家族保険といわれる被扶養者の医療保障は、あるグループがそもそも給付を受けるために、又はより高額な給付をうけるために、別のグループがより高い保険料をなぜ納付する義務を負うのか、という問題をつきつける。ここでは、所得の多い被保険者が低い被保険者の保険料を負うということではなく、被保険者が被保険者でない人に対する保障のために保険料を負担するのが問題になる。

被保険者の負担の平等は、世代間の平等の問題ではなく、むしろ同一世代の被保険者間での再分配をどのように社会保険法は評価するのかが論点になる<sup>113</sup>。

基本法6条1項から直接何らかの請求権が導かれるわけではない<sup>114</sup>。しかし、基本法20条の社会国家原理を考慮しても基本法6条1項は家族を適切な措置を通じて促進しなければならぬ<sup>115</sup>。ただし、基本法6条1項は、どのような方法で社会的調整をしなければならないのかは明確にしていない。重要なのは、社会法典5編10条の家族保険は基本法6条と結びついた3条が基準となるということである<sup>116</sup>。

さらに、基本法6条1項による家族の支援を3条1項の一般的平等に関して問題になったのは、介護保険料の支払いに関する事件である。ここでは、子のいる被保険者と子のいない被保険者を比較して保険料額を確定する際に児童養育を考慮に入れないことが3条1項に違反するのかが争点になった。連邦憲法裁判所2001年4月3日判決は<sup>117</sup>、介護保険において保険料徴収を等価性原則によるのではなく、基本法3条1項の適用において国家は6条1項により家族の促進義務を負うことを考慮することを明確にした。連邦憲法裁判所は、介護保険の給付に関して、何が保障されなければならないのかは、当該被保険者がそれまでどれほどの保険料を負担してきたのかによるのではなく、介護の必要性によって、疾病保険と同じ現物給付の社会保険の特別性を明らかにした、と評価される<sup>118</sup>。

(b)公的年金における営利活動と育児について次に検討する。

医療保険ではわが国の被扶養者に対する医療保障に類似する機能が家族保険で担われているが、年金法ではわが国のいわゆる3号被保険者に該当する基礎年金はドイツには存在しない。したがって、被用者保険法が適用されない場合、年金法では独自の年金請求権を有さない。短時間労働者の多くが女性であり、被用者保険法が免除される雇用についている場合、多くの女性は、独自の年金がないということになる<sup>119</sup>。ここでは、社会保険法において後継世代の養育をどのように評価するのかが問題になる。社会法典6編(年金)は、営利活動以外の活動である育児(3条1号)や介護をする者も(3条1a号)、被保険者として(育児期間についての最初の判決であり、1986年年金法(BGBI. 決<sup>120</sup>)は、児童養育期間についての最初の判決)で導入された児童養育期間を必要とするか否かが争点になった。連邦憲法裁判所の判示によれば、現行の高齢者保障システムでは育児のみに携わった人は子のいない賃金労働者と比較すれば不利になる。そして、連邦憲法裁判所は次の2つの論拠を示して、1986年の児童養育期間が重大な不利益となるとした。1つは、児童養育は後継世代を養育することで年金の存続を保障する機能を持つにもかかわらず、失業と同じように保険料脱落期間の扱いになってしまふこと、いま1つは、年金は従前水準保障の機能をもち、賦課方式であることは家族を不利に扱ってよいという理由にはならないと。

社会法典6編(年金)56条により、児童養育期間にある被保険者は保険料を自ら支払うことなく、保険期間を充足することが認められる。これは児童を養育しない被保険者と養育をしている被保険者の間で保険料をつうじて再分配なされることになる<sup>121</sup>。連邦憲法裁判所1992年7月7日判決は、児童養育に携わってきた人は、賃金労働に一貫して関与してきた児童のいない人よりも不利な地位にあると。両親の一方は児童の養育のために労働ができなかったため、所得の損失のみならず、減少した所得を複数の人間で分けなければならぬ。しかし、保険原理と賃金補償機能にもとづき年金保険が形成されている

ことは家族を不利な地位におくことを正当化する理由ではないと。

これまで「児童養育者」と「養育をしない就業者」を比較して、前者の年金額を調整することが問題になった。ところが、連邦憲法裁判所1996年3月12日判決<sup>122</sup>は女性被保険者像ないし家族像を転換した。1992年7月7日判決では子の養育を女性が家族の中で担うことが事実上前提になっていたが、1996年判決では職業生活と家族生活を両立させるモデルに転換した、と評価される<sup>123</sup>。1996年事件の争点は、子を養育しながら就労し、保険料を支払う人と、子の養育だけを人を比べると、どちらも社会全体にとっても年金保険にとっても育児という活動をしている点で同じである。それにもかかわらず、旧70条2項の規定に基づき就労者でないゆえに強制加入の対象にならない人だけに對して育児期間を評価することは基本法3条1項に違反するという結論にいたった。そして、立法者に1998年6月30日までに児童養育期間の法的評価の改正を義務づけ、1999年改正で児童養育期間を平均所得の75%から100%として評価する改正がなされた。

もっとも、一方で児童養育期間の評価を1992年年金改革以降に高めたことは、収入の低い被保険者や就業者でない被保険者を優遇していることとなる<sup>124</sup>。そこで、基本法3条1項によりすべての被保険者を平等に扱うことに違反することになるのではないか、が問題になる。一般的平等に違反するという立場に對して<sup>125</sup>、措置は所得の少ない層への保護とみなされ、社会的調整の考え方で正当化されるという立場<sup>126</sup>、あるいは平等に合致するとする立場がある<sup>127</sup>。

連邦憲法裁判所1992年7月7日判決が提示した、児童養育という活動を社会保険システム存続にどのように評価するのか、という課題にあらためてとりくんだのは、連邦憲法裁判所2001年4月3日判決<sup>128</sup>である。すなわち、高齢者と現役世代、そして将来の世代という世代間契約のなかで児童養育をどのように評価するのかという問題である。連邦憲法裁判所2001年4月3日判決は介護保険をめぐるものであるが、介護保険がこうした家族負担の調整を課せられる旨を判示した。2001年4月3日にだされた別の判決は<sup>129</sup>、確かに児童養育を考慮

に入れないで介護保険料額を決定することは立法者の裁量を逸脱しているとしたものの、私的保険は公的介護保険と同じように次世代の保険料の支払いに拠っているわけではないので、目下のところ基本法6条1項と3条1項に違反しているとはいえないとしている。そして、2004年12月31日までに本判決と矛盾する立法はすべて改正することが義務づけられたのである。詳細に見れば、本判決は、基本法6条1項と3条1項から、新たな社会保険領域もまた世代間契約に基づき形成されているのであり、社会保険システムの存続は保険料を納付するだけではなく、保険料を支払う存在が必要であるとし、したがって社会保険では児童養育は、単に保険料納付義務を負わないで保険による保護をうけるだけではなく、保険料においてその額の算定時にも考慮されなければならないと判示した。つまり、一方で被保険者が保険料を支払っていても児童を養育しない場合は、児童を養育している被保険者と同等の保険料負担をすることは基本法3条1項に合致しないということである<sup>130</sup>。そして、2004年12月31日までに憲法裁判所の判示に合致するように法律改正をしなければならぬという判断をした。

連邦政府は、2004年11月4日に連邦憲法裁判所2001年4月3日判決に対する介護保険法及びその他の社会保険法での改正について、次のように報告している<sup>131</sup>。年金法では子のない被保険者と養育者の間で保険料法に関する改正は必要がないという結論にいたっている。それは、これまでも年金法では養育をする被保険者が、子のない被保険者に比べて不利にならないように基本法3条1項と6条1項により展開してきたことと並んで、介護保険と年金法の構造上の相違があることを理由としてあげている。すなわち、介護保険法による給付は、それまでに支払った保険料額によるのではなく、要介護度により支給されるのに対して、年金法は保険料等価性により保険料額に応じて年金支給額が決定される点である。

連邦憲法裁判所は、これまで基本法6条1項による家族の支援が社会国家の義務になることは一般的に判示してきたが、育児の社会的調整の方法と範囲に

については2001年4月3日判決でも決定されたわけではない。さらに、家族負担を考慮するという考え方があって、家族にかかわる負担をすべて調整する義務や、扶養義務から家族を解放するといった義務までが国家に存在するわけではない<sup>132</sup>。基本法6条1項と3条1項による平等原則は、決して包括的なものではない。年金法にかかわり家族形成の平等が考慮に入れられ、家族の児童養育にかかわる不利益を除去するという義務が立法者に課せられている。しかし、その射程は明らかでない不利益又は悪用からの保護に限定されているわけである。

こうした議論状況のなかで、児童養育の考慮を年金保険独自の課題とすることに強い疑義も示されている。第1に、自己で責任を持って児童を養育するのかがどうかは、被保険者にとっての自由にかかわる事項であり、国家が影響を与えることは憲法上許容されるのか、というものである<sup>133</sup>。高年齢保障は広く社会化されているが、将来の年金保険料を負担する子の養育は私的な事柄にとどまるべきなのだろうか<sup>134</sup>。第2に、家族の負担を調整し、家族を支援することは社会国家の課題であることに異論はないが、しかし児童養育の負担という課題を、社会の一部である年金保険被保険者の共同体に転化することはできないのであって、住民全体で負担しなければならないものではないのか、という点である<sup>135</sup>。社会保険は国家の一般的な家族の促進(6条)の適切な手段ではなく、連帯共同体として被保険者集団に児童養育の責任を負わせることは基本法3条1項に違反すると<sup>136</sup>。

児童養育がなければ社会保険を成立させる三世代の連帯は成立しないので、児童養育の社会的有用性は社会保険法で認容している。家族に受益をすることも負担を課すことも、公共の福祉であるが、同時に保険集団の利益でもある。それゆえに社会保険システムにそうした給付を受け入れることは合理的であるという<sup>137</sup>。

問題は、被用者保険法の被保険者を、保護の必要性ではなく給付能力にそって画定することはきわめて困難であるものの、他方で基本法3条1項の平等原

則にそって特別な負担を被保険者間に配分しなければならぬ。このようなディレクティブを認識すれば、被保険者のグループを広く租税により確保するしか道はないのではないのか<sup>138</sup>、という見解もだされている。

### (3) 保障水準

社会保険の保障水準が最低水準を越える場合には、過剰な介入となるのだろうか。国家は最低水準を保障するにとどまり、それを越える範囲については個人の裁量に委ねるべきであるのか。ドイツ法では、このような議論も比例性にならざるを得ない。所得比例年金が平等ではないのか否かは、比例原則にしたがった審査になるわけである。まず、社会保険の金銭給付水準と社会扶助水準の間の格差要請が重要な視点になる。保険原理が、社会保険の保障水準と租税方式による公的扶助の保障水準の格差を回復し、基本法3条1項の平等原理は次の内容を示しているという。すなわち、一般的な租税義務を超えた特別な負担としての社会保険料を憲法上正当化するものは、被保険者が単に市民として請求することができないほどの給付を受け取ることができるといっただけである。もし社会保険の給付水準が社会扶助と相違がない場合には、特別な負担と特別な利益との関連が標準化されるのである<sup>139</sup>。社会保険の保障水準が社会扶助を下回るものが許されないことは、強制保険により保険料を納付した者は、そうした保険料を納付しなかった者より多くのを受け取るものでなければならぬという、一般平等原則を定める基本法3条1項からも正当化される<sup>140</sup>。

このような理解の前提になっているのは、財政法上の基礎的な考え方であり、公的任務は租税を通じて運営されるが、社会保険料などの特別な賦課には特別な正当化理由が必要となり、租税と保険料拠出は原則と例外の関係にあるといふものである<sup>141</sup>。一般的な公的任務はすべての国民を対象とするものであるのに対して、被用者保険料は、すべての市民ではなく、市民の特定の集団にのみかかわる特定の任務である。この原則を踏まえると、一般的な国家の責任であ

る任務については被用者保険料ではなく、租税で遂行することしか許されないものであり、一般的な国家の任務を特定の集団に負担を課すことはすべての市民の「負担の平等」の観点からしても正当化されるものではないと考えられている<sup>142</sup>。

一般的には、年金保険法をはじめとした被用者保険は従前生活水準を目的としていると解されてきた<sup>143</sup>。年金保険法をはじめとした被用者保険法が従前生活水準を目的としているのは、労働者の平均賃金を基準として給付額が決定されることによるものである。しかし、従前生活保障義務を導く基本法上の根拠条文についてみれば、たとえば社会国家原理（基本法20条1項）が被用者保険に従前生活保障を国家に義務づけているのか否かは明確ではない。基本法20条1項による社会国家原理をもって従前所得水準は根拠づけられるとは必ずしもいえないと解する立場もある<sup>144</sup>。しかしながら、最低生活水準を越える義務が、一般的人格権（基本法2条1項・1条1項が、平等原則および社会国家原理とむすびついて）から導くことが可能であり、国家が最低生活保障を超えて「賃金補償」機能を守ることは憲法上の要請として確立している<sup>145</sup>。

もっとも、そもそも従前所得水準をなぜ国家が保障しなければならぬのか、あるいはそのような介入は過度なものと解されないのか否かという点は、これまで正面から議論されてこなかったように思われる。

社会保険法の年金水準と社会扶助水準の違いをどのように考えるのかということも関連して問題になる。たとえば、国民年金を社会保険料方式で運営しているにもかかわらず、保障される水準が市民に事前の納付を求めない、租税方式での公的扶助水準を上回らないのであれば、「強制」による自由の制約は狭義の比例性に反するのではないのかという疑念が生じる<sup>146</sup>。基本法3条1項の平等や比例原則が、水準にとっても重要な基準になる<sup>147</sup>。

そもそも加入強制や保険料義務が違憲であるとはいえないとしても、給付額が低下する程度によっては、狭義の比例性基準に照らして保険料と給付の均衡がとれているのか重要な論点になる。問題は、年金の賃金補償機能を果たせ

ないにもかかわらず、強制加入、賦課の対象にすることにあり、給付と保険料の均衡関係にある。この場合に、一般的自由（基本法2条1項）の違反が問題になるという<sup>148</sup>。

保険料支払い義務を負っているにもかかわらず、水準が最低水準にとどまることは、違憲ではないのだろうか。最低水準を上回るものでなければならぬという要請が、むしろ強制加入により自由が制約されていることを論拠として議論になるわけである<sup>149</sup>。

被用者保険法は基礎的な生活リスクに対応するものであるとしても、もはや社会的保護の必要性という基準により社会扶助水準にまで下げることが許されないという主張が説得力をもつ<sup>150</sup>。

最低生活水準を越えるという場合に、被用者年金法は、下回ることが許容されない水準を規定するよりは、むしろ標準の労働者の生活スタイルを離れるような水準までは達成するものではない、というように、上回らない水準を決めることにある<sup>151</sup>。社会保険法で水準を立法者が決定すれば、自己責任に基づき計画し、将来への準備をする領域も決定されるが、この線引きは容易ではない。もっとも、どのように相対的に高い社会保険水準を設定するとしても、そのことで自己責任を持って将来の準備をすることを排除するのであれば、それは違憲になる<sup>152</sup>。

他方で、被用者保険の水準の下限については、最低生活水準をこえる保障を求める権利は、社会国家原理がほかの基本権と結びつく場合にはじめて成立する。確かに、人間の尊厳の保障（基本法1条1項）を論拠とすると、国家に対して最低生活水準を越える保障を求めることはできない<sup>153</sup>。貧困政策と区別しつつ、年金をはじめとする被用者保険で、金銭給付を一定の基礎水準までを保障するという（Sockelung）視点をどのように具体化することができるのか<sup>154</sup>。

被用者保険の水準や均一性については、社会国家の正当化にかかわり、とくに具体的な年金制度の設計として論争になっていく。とくに1980年代には、一方で個人の自由をひろく保障し、国家の介入を最低限度の生活保障にとどめよ

うとする自由主義の立場から、「保守的な社会国家論」がCDUにより唱えられた。また、CDUの論客であるビーデンコックは、年金については、国民型の最低水準の年金法制度として基本年金構想を一貫して主張してきた。ここでは「国家に対する個人の自由」を保障するという理念から、公的年金を最低生活保障に限定し「基礎年金」の導入を一貫して主張しており、国家の活動領域を制限する傾向をもつ。他方で、国家の介入を積極的に肯定する介入主義は、「個人の自由を確保する国家」の立場にたつSPDである。ここでは、基礎年金に制限するのではなく、現在の従前所得保障の公的年金を維持しようとした。均一給付制は、国民の最低生活を保障しようとするNational minimumの思想に基づき、そこには「社会的平等主義」の流れがみられる<sup>155</sup>。もっとも、この考え方は、国家の社会保障を最低水準にとどめて、これを超える水準について個人の自由をできるだけ尊重するという自由主義的発想が基にあると考えられる<sup>156</sup>。

しかし、国家が最低水準以上のものを保障することは、過度な保護であって、許容されないのだろうか。Rüfnerは<sup>157</sup>、被用者保険法の目的は、貧困の予防ではなく、むしろ平均的な市民に対して生活が変化する事態に基礎的保障をすることであるという。そして、被用者保険は、市民に単に慣行的な最低生活保障だけでなく、社会的な地位を保持できる程度の水準を保障するものであるという。社会扶助水準を相当に上回ることが期待されうると。被用者保険は、社会的相違を無視するというよりはむしろ、これを維持するものだと。このような被用者保険の理解は、1992年年金改革(BGBl. I S. 2261)でも確認されたという。年金改革で多様な立場がだされたのは確かだが、年金がすべての人にとって平等な基礎年金という意味で単なる最低保障を超えるものであると認められる。社会扶助は個人の必要性を基礎に設計されるが、こうした個人の必要性とは独立して客観的要件を充足した場合に支給されるのが被用者保険であって、必要性を考慮するのは被用者保険になじまない考え方であるという。

強制保険は、一方で個人から自由を奪うほど保険料が高額なものは正当化さ

れないが、他方で保障水準が社会扶助水準ほど低下することも許されない<sup>158</sup>。つまり、強制保険という手段は、個別審査を経ないで社会扶助水準を越える生活の安定を目的とすることで正当化されるということである。

#### (4) 小 括

ここでは、本節の検討を簡潔にまとめておきたい。まず、社会保険法における比例原則に注目すれば、ドイツでは比例原則は法治国家原則から導かれる重要な原則であり、公法だけではなく社会法においても適用されてきたことが確認できた。

また、実質的には不平等な関係において個人が真に自由に人格を展開する基盤をもつには、国家が、労使関係や家族関係へ介入することで、社会の中で平等な交渉を可能とする基盤を形成する役割を積極的に担わないのであれば、自由も平等も個人にとっては現実のものにはならない。これを連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法2条1項に基づき個人の自由ないし自己決定の条件整備への社会国家の責任であると判示してきたのであり、そうした条件整備の1つとして、単に市民間の連帯ではなく労働社会の中での連帯を表現した被用者保険を位置づけたわけである。基本的人権を自由権または防御権としてのみとらえて、国家は最低保障だけを担うという理解は、現代社会では合致していない。防御権から配分参加権 (Teilhabe) へ基本権機能を転換した上で、すべての人に平等な自由権の遂行を国家が社会生活において安定させることを目的として被用者保険法を位置づけるわけである。個人の自由に対する国家の介入ではなく、規範を通じて自由権を形成するという観点から社会保険法をとらえれば、わが国でも社会保険法上の被保険者の法的地位を法治国家原則から導かれる比例原則から検討する視座がひらかれる。社会保障法において比例原則は、まず被保険者の自由の制約は保険料支払い義務に対する適合性と期待可能性という狭義の比例性が基準になる。

さらに、適用対象の画定は、上で検討したように平等原則にかかわる問題で



あり、その基準を実定化するべきである。被用者保険法の適用にかかわる「平等・中立規整」<sup>159</sup>は重要な論点であり、短時間労働者に対する使用者負担を社会的関連責任として課すことが論点になる。さらに、ドイツ法を参照すれば、短時間労働者のなかで被用者保険法の適用が免除される場合でも、免除の放棄を意思表示できる方法は示唆的である。

他方で、被用者保険は、市民の自由に介入するが、個別審査を経ないで一定の生活水準に安定することが自由を支援することにもなる。このように考えれば、被用者保険法を廃止して最低生活保障法だけが制度化されることは、多くの人に生じるリスクを社会全体での問題としてではなく、個人に任意に準備を委ねることになる。「所得比例年金の廃止」を含めて過少介入の禁止に違反しないのか否かが論点になる。わが国ではドイツとちがって基礎年金が導入されているので、最低生活保障よりも低い基礎年金の違憲性を含めて所得比例年金の正当化についても終章で検討する。

次章では、本章の検討対象である非自立的労働者のみならず、自営業、社会的有用労働、無償労働を含む「労働」に社会保障法の適用対象が拡大してきたことを労働市場リスクに対する社会国家の対応として分析する。

注

- 1 BVerfGE 10, 354, 363. Auch Weber, Rechtsfragen der Ausgestaltung einer Rechtsanwaltszwangsvorsorgung, Versicherungsrecht 1967, 329ff. 類似の見解として、W. Engels, Entmündigung durch Sozialstaatlichkeit, in: Albrecht und Werner (Hrsg.), Konsens und Konflikt, 35 Jahre Grundgesetz, 1986, S. 190, 191がある。
- 2 BVerfGE 10, 354, 363; Beschluß vom 14.10.1970 E 29, 221. 学説も同旨を指摘している (Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974, S. 22ff.; ders., Die verfassungsrechtliche Belastungsgrenze der Unternehmen: dargestellt am Beispiel der Personalsatzkosten, 1996, S. 59ff.; Bieback, Sozial- und verfassungsgerechte Aspekte der Bürgerversicherung,

2005, S. 66ff.; Eichenhofer, Sozialrecht, 5. Aufl., 2005, Rn. 127; Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 52ff.; Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Sozialversicherung, 2001, S. 336; Wannagat, Rechtsstaatliche und sozialstaatliche Aspekte der Sozialversicherung, in: Schneider und Götz (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für W. Weber zum 70. Geburtstag, 1974, S. 819, 827.

- 3 ドイツ公法学での比例原則の成立については、高木光「比例原則の実定化—「警察法」と憲法の関係についての覚書—」樋口陽一他編 芦部信喜先生古稀祝賀「現代立憲主義の展開 (下)」有斐閣, 1993年, 215頁以下。
- 4 BVerfG Beschluß vom 12.5.1987 E 76, 1, 51; BVerfG Beschluß vom 10.5.1988 E 78, 155, 162; BVerfG Urt. vom 23.1.1990 E 81, 156, 188ff.; BVerfG Beschluß vom 11.2.1992 E 85, 248, 259; BVerfG Beschluß vom 15.12.1999 E 101, 331, 350.
- 5 Sachs, in: ders (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2002, Rn. 145 zu Art. 20; Heintzen, Die einzelgrundrechtlichen Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, DVBl 2004, 721ff. わが国の生活保護法の不利益変更に関して、福岡地裁平成10年5月26日判決 (判例時報1678号72頁) も参照。
- 6 さしあたり、Peters-Lange, Zumutbarkeit von Arbeit, 1992, S. 34ff. 期待可能な就労につかない場合の失業保険の停止について、連邦社会裁判所も基本法20条3項に基づく比例原則と過剰介入の禁止 (Übermaßverbot) を適用する (BSG Urt. 9.2.1995 E 76, 12, 15; BSG Urt. vom 15.11.1995 E 77, 61, 64)。
- 7 Ossenbühl, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, Festgabe zum 10 jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, in: Rühers und Stern (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsrecht, 1984, S. 315, 326f.; Albrecht, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab, 1995, S. 104ff. und S. 218ff.
- 8 BVerfG Urt. vom 29.7.1959 E 10, 89, 102, 104.
- 9 BVerfG Beschluß vom 14.10.1970 E 29, 221, 235f.; BVerfG Beschluß vom 14.10.1970 E 29, 245, 253ff.

- 10 BVerfG Beschluß vom 14.10.1970 E 29, 221, 237.  
 11 BVerfGE 75, 108, 154.  
 12 BVerfGE 97, 271, 283ff.  
 13 BVerfG Beschluß vom 22.6.1977 E 45, 376, 387; Caluwe, Gewährleistung öffentlich-rechtlicher Organisation sozialer Sicherheit, in: Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht, SDRV, Bd. 51, 2004, S. 39.  
 14 Caluwe, Gewährleistung (Fn. 13), S. 39.  
 15 BVerfG Beschluß vom 26.4.1978 E 48, 227, 234; BVerfG Urt. vom 3.4.2001 E 103, 271, 286ff.  
 16 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 46ff. u. 49ff.  
 17 BVerfG Beschluß vom 17.10.1970 E 29, 221, 235, 237.  
 18 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 54.  
 19 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 50. 社会保険はリスクから保護するが、他方で、個人が責任を持って自由を行使するのを制約すると。社会保険の自由の制約を強調する立場として、Heinze, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der Sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, Gutachten E zum 55. Deutschen Juristentag 1984, S. E 80; Arnim, Leistungsstaat contra Rechtsstaat, in: Albrecht und Werner (Hrsg.), Konsens (Fn. 1), S. 120; Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht: Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft, 1992, S. 113ff. がある。  
 20 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 54.  
 21 Merten, Die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht und die Grenzen der Verfassungs, NZS 1998, 545, 547.  
 22 BVerfGE 76, 256, 308f.  
 23 Rohwer-Kahlmann, Zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, SGB 1975, 161, 166; Dengenhardt, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. Art 1 I GG, JuS 1992, 366ff. Auch Jährling- Rahnefeld, Verfassungsmäßigkeit der Grundrente, 2002, S. 157ff.  
 24 Jantz, Personalität, Subsidiarität und Solidarität in der sozialen Sicherheit, Festschrift für Achinger, 1969, 121, 186ff.  
 25 Scheuner, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine
- Verwaltungsrecht, Diskussionsbeitrag, VVDStRL, 1970, Bd. 28, S. 232.  
 26 Caluwe, Gewährleistung (Fn. 13), S. 38ff.; Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 5), Rn. 43 zu Art. 1.  
 27 Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 258ff. 269ff. 同様に、社会保障は、個人の人格の自由を安定化に必要な経済的に保障する事を目的とするという考えがある (Schulin/Igl, Sozialrecht, 6. Aufl., 1999, Rn. 77; Schulin, Empfiehlt es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen?, Gutachten E für den 59. Deutschen Juristentag, 1992, S. E 35ff.). Auch Butzer, Fremdlasten (Fn. 2), S. 481; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverband, 2003, S. 64 u. 122; Ruland, Alterssicherung als Teil der Lebensplanung, DRV 1/2006, S. 1.  
 28 Isensee, Sozialversicherung über Privatversicherer, in: Heinze/Scmitt (Hrsg.), Festschrift für Gitter, 1995, S. 411; Leisner, Sozialversicherung (Fn. 2), S. 266ff. u. 104ff.; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 261ff.; Waltermann, Sozialrecht, 5. Aufl., 2005, Rn. 13.  
 29 基本法上の基準は、一般的自由 (基本法 2 条 1 項) と、職業活動の自由 (12 条) であり、これらは一般的な法律の留保の下におかれるから、立法による介入は過剰禁止の制限に従うものであり、また関係者に期待不能な過度の負担を課すものであってはならない (Köbl, Soziale Sicherheit und Selbstbestimmung der Bürger, S. 20 (ケブル [西谷敏訳]「社会保障と市民の自己決定」松本博之、西谷敏編著『現代社会と自己決定権』(信山社、1997年) 301頁)。ただし、基本法 14 条の財産権は、強制加入の限界を課すものではないと指摘している。というのも、14 条の保護範囲は、財産そのものに関係するにすぎない公法的な租税負担にまで拡張されないからである。  
 30 Papier / Möller, Verfassungsrechtliche Fragen der Festsetzung der Beiträge in der Unfallversicherung, SGB 1998, 337, 340; Waltermann, Sozialrecht (Fn. 28), Rn. 15.  
 31 BVerfGE Beschluß vom 8.4.1987 E 75, 108, 154.  
 32 Schulin / Igl, Sozialrecht (Fn. 27), 6. Aufl., 1999, Rn. 78.  
 33 Auerbach, Mut zur sozialen Sicherheit: die drei Möglichkeiten einer Sozialreform, 1955, S. 12ff. u. 18f.; Caluwe, Gewährleistung (Fn. 13), S. 29,

- 37; Schuln, Empfiehl (Fn. 27), S. E 43ff.
- 34 BVerfG Beschluf vom 14.10.1970 E 29, 221, 241; BVerfG Beschluf vom 9.2.1977 E 44, 70, 90; BVerfG Beschluf vom 15.3.2000 E 102, 68, 89.
- 35 BVerfG Beschluf vom 9.12.2003 E 109, 96.
- 36 BVerfG Beschluf vom 31.5.1990 E 82, 159, 180.
- 37 Fuchs, M3glichkeiten und Grenzen der Privatisierung sozialen Risiken, in: Die Finanzierung der Sozialleistungen in der Zukunft, SDSRV Bd. 45, 1999, 79, 84; Fuchs, Zivilrecht (Fn. 19), S. 114; Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 51; J3hrling- Rahnefeld, Verfassungsm33igkeit (Fn. 23), S. 47ff.
- 38 BVerfG Beschluf vom 31.5.1990 E 82, 159, 180
- 39 Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 261ff; BVerfG Urt. vom 8.4.1987 E 75, 108, 157f; Wernsmann, Die Finanzierung der Sozialversicherung durch Beitr3ge und Steuern aus Sicht der deutschen Verfassung DRV 2001, 67, 68.
- 40 Merten, Die Ausweitung (Fn. 21), S. 547; Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 43ff. u 60ff. vgl. Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrecht, Bd 1, 1965, S. 40; Gitter/ Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., § 2 Rn. 6ff.
- 41 Jantz, Die neueren Ausweitung des Personenkreises und des Leistungsrechts der Sozialversicherung und ihre Bedeutung f3r das Verh3ltnis der Sozialversicherung zur Privatversicherung, Zeitschrift f3r die gesamte Versicherungswissenschaft 1973, 213ff.
- 42 「同質性」について、Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 262; Leisner, Sozialversicherung (Fn. 2), S. 88; Kloepfer, Sozialversicherungsbeitr3ge und Gruppensolidarit3t, VSSR 1974, 156, 157.
- 43 Leisner, Sozialversicherung (Fn. 2), S. 55ff.; Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 60ff; Reuther, Verfassungsrechtliche Determinanten f3r die Beitragsbemessung in der sozialen Kranken- und Pflegeversicherung, in: von Otto Depenheuer (Hrsg.), Nomos und Ethos: Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Sch3lern, Festschrift f3r Isensee, S. 435, 447.
- 44 Butzer, Fremdlasten (Fn. 2), S. 337.
- 45 医療保険について、Hase, Verfassungsrechtliche Anforderung an die staatliche Gew3hrleistung sozialer Sicherheit, in: Soziale Sicherheit durch 3ffentliches und Privatrecht, in: SDSRV, Bd. 51, 2004, S. 7, 25がある。基礎年金について Lenze, Staatsb3rgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 226ff.
- 46 Lohmann, Die "Gro3e Solidarit3t"- verfassungsgrehtlich m3glich ?, Zeitschrift f3r ausl3ndisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht [ZIAS] 2003, 247ff.
- 47 Butzer, Fremdlasten (Fn. 2), S. 414 und S. 451; Kingreen Das Sozialstaatsprinzip, (Fn. 27), S. 264は、社会保険法の適用対象を社会的保護の必要性という基準で画定することは、補足性思考 (Subsidiarit3tsgedanke) の具体化であるという。
- 48 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 43ff., 65ff.; Leisner, Grundgesetz und gesetzliche Krankenversicherung, in: Sodan (Hrsg.), Markt und Regulierung, 2003, 43, 51; Sodan, Die B3rgerversicherung als „B3rgerversicherung“, Bitburger Gespr3che, Jahrbuch 2004 /2, 2005, S. 25, 35; Reuther, Determinanten (Fn. 84), S. 465.
- 49 BVerfG E 103, 225, 236.
- 50 Butzer, Fremdlasten (Fn. 2), S. 449ff. フルタイムとパートタイムは、要保護性が「同質」であるといえるのか問題になるともいう (S. 447)。
- 51 Welti, Rechtliche Aspekte von Generationengerechtigkeit, Kritische Justiz [KJ] 2005, S. 255, 269; Butzer, Fremdlasten (Fn. 2), S. 333ff.
- 52 BVerfGE 29, 221, 243.
- 53 BVerfG Beschluf vom 30.5.1990 E 82, 126, 146; BVerfG Urt. vom 2.3.1999 E 99, 367, 388; BVerfG Beschluf vom 4.12.2002 E 107, 27, 46.
- 54 BVerfG Beschluf vom 11.1.1995 E 92, 53, 69f; BVerfG Beschluf vom 18.2.1998 E 97, 271, 291.
- 55 BVerfG Beschluf vom 30.5.1990 E 82, 126, 146; BVerfG Beschluf vom 11.2.1992 E 85, 238, 245. BSG Urt. v. 16.2.1989 E 64, 296, 30も、立法者は同じものを恣意的に異なる扱いをし、基本的に異なるものを恣意的に同じように扱うことは許されるものではないとしている。しかし、恣意的である、というには、複数の解決方法がある場合に、立法者が裁量の枠内で最も合理的なまたは最も合理的、最も公正なものを選択しなかったというだけで認められる

のではなく、法律の規定に対して合理的な理由が発見できない場合だけであるという。

- 56 BVerfGE 94, 365, 375ff.
- 57 Rofls, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 177; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 262; Lenze, Staatsbürgerversicherung (Fn. 45), S. 237.
- 58 Wertebrech, Pflichtversicherung und Alternativen im Recht der sozialen Sicherheit, in Freiheit und Bindung im Recht der sozialen Sicherheit, SDRV Bd. 9, 1972, S. 44, 48.
- 59 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 58; Leisner, Verfassungsrechtliche Belastungsgrenzen (Fn. 2), S. 118ff.; Leisner, Sozialversicherung (Fn. 2), S. 27ff. u. 32ff.; Fuchs, Zivilrecht (Fn. 19), S. 115ff.; Schmidt, Die Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze in der Rentenversicherung der Angestellten aus verfassungsrechtlicher Sicht, BB 1968, 305, 306.
- 60 BVerfG Beschluß vom 25.2.1960 E 10, 354, 368; BVerfG Beschluß vom 2.5.1961 E 12, 319, 323; BVerfG Beschluß vom 26.11.1964 E 18, 257, 267; BVerfG Beschluß vom 14.10.1970 E 29, 221, 225; BVerfG Beschluß vom 9.2.1977 E 44, 70, 89; auch Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 43ff.; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 262ff. 基本法2条1項について Lenze, Staatsbürgerversicherung (Fn. 45), S. 58ff.; Ruland, Die Alterssicherung (Fn. 27), S. 2; ders, Grundprinzipien des Rentenversicherungrecht, Abschnitt 19, Rn. 11, in: ders (Hrsg.), Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung, 1990.
- 61 BVerfG 1 BvR 1103/03 vom 4.2.2004, Absatz-Nr. (1-41), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040204\\_1bvr110303.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040204_1bvr110303.html).
- 62 BVerfGE 69, 272, 274ff. 連邦社会裁判所は訴えを棄却している (BSG Urte vom 16.2.1983 E 54, 293, 295f.).
- 63 BVerfGE 102, 68, 89.
- 64 BVerfGE 103, 197, 215, 221ff. Auch Jaeger, Die Reformen in der gesetzlichen Sozialversicherung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NZS 2003, 225, 227, 229; Jaeger, Welches System der gesetzlichen Krankenversicherung wird durch das

- Grundgesetz geschützt?, in: Sodan (Hrsg.), Markt und Regulierung, S. 15, 25ff. これに対する疑義として、Isensee, Sozialversicherung (Fn. 28), S. 401ff. がある。
- 65 BVerfG Urte vom 28.2.1980 E 53, 257, 293; BVerfG Beschluß vom 8.4.1987 E 75, 78, 98.
- 66 BVerfG Beschluß vom 15.3.2000 E 102, 68. Auch Schuln /Igl, Sozialrecht (Fn. 27), Rn. 77; Rofls, Das Versicherungsprinzip (Fn. 57), S. 110ff. Schuln に対する批判として、公的扶助の負担の軽減は歓迎される影響であるものの、保険義務の原因ではないと (Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 60ff.).
- 67 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 51ff.
- 68 緒方桂子「ドイツにおける社会保険の新動向 社会保険非適用限度内就業と社会保険財政の問題—いわゆる630マルクジョブに関するドイツ社会法典の改正とその意義(1) (2完)」『賃金と社会保障』1275号 (2000年) 52頁以下、1276号 (2000年) 44頁以下。
- 69 Rofls, Versicherungsprinzip (Fn. 57), S. 546.; ders, Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung und „Gleitzone“ nach dem zweiten Hartz-Gesetz, NZA 2003, 65ff.; 基本法3条1項から疑義を示す立場もある (Sodan, Freie Berufe, 1997, S. 328ff.).
- 70 Schuln/Igl, Sozialrecht (Fn. 27), Rn. 110; Waltermann, Sozialrecht (Fn. 28), Rn. 122.
- 71 Ruland, Grundprinzipien (Fn. 60), Rn. 12. Auch vgl. Gitter, Sozialrecht (Fn. 40), S. 63; Wannagat, Lehrbuch (Fn. 40), S. 343, 352f.
- 72 日本では、課税基準との関連で議論がある。倉田聡「労働形態の多様化と社会保険の将来像」『法律時報』75巻5号 (2003年) 頁以下。
- 73 Isensee, Sozialversicherungsfreiheit bei geringfügiger Beschäftigung, Zeitschrift für Rechtspolitik 1982, S. 142; Schuln, Empfiehl (Fn. 27), S. E 62; Hanau, Welche arbeits- und -ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit? Gutachten C für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, S. C77; Rofls, Welche sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, NZS 2000, 429, 434.

- 74 Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann im Berufsleben (Gleichstellungsgesetz), BT-Drucks. 11/3728, S. 10.
- 75 Bertelsmann/Rust, Arbeits- und sozialrechtliche Nachteile bei Teilzeitarbeit, RdA 1985, 146, 151ff. vgl. auch Wank, Arbeiter und Angestellte, 1992, S. 232.
- 76 Rofls, Versicherungsprinzip (Fn. 57), S. 240 u. S. 250ff.
- 77 Waltermann, Sozialrecht (Fn. 28), Rn. 122; Reineck, Modifizierung oder Abschaffung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse, DRV 1992, 175ff.
- 78 Rofls, in: Dietrich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2006, Rn. 7ff. zu § 8, 8a SGB IV. Auch Rofls und Buerefisch, Der Ausschluß geringfügig Beschäftigter aus der Sozialversicherung im Lichte der Richtlinie 79/7/EWG, VSSR 1998, 1ff. Sozialversicherung vom 20.4.1999 NJW 1999, 2107; BVerfG 28.7.1999 NJW 1999, 3036.
- 80 Sowka, Die geringfügige Beschäftigung, NZA 1993, 108ff.
- 81 Gesetzentwurf eines Zweiten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, 2002, BT-Drucks 15/26, S. 2.
- 82 Waltermann, Sozialrecht (Fn. 28), Rn. 122; Schulim/Igl, Sozialrecht (Fn. 27), Rn. 77ff; Schulim, Empfiehlt (Fn. 27), S. E 35ff.; ders, Die soziale Pflegeversicherung des SGB XI, NZS 1994, 433, 435; ders, Grundstrukturen der sozialen Pflegeversicherung, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Zacher, 1998, 1029, 1032; Rofls, Versicherungsprinzip (Fn. 57), S. 255.
- 83 NZS 1993, S. 367.
- 84 Osterloch, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 5), Rn. 255 zu Art. 3.
- 85 BVerfG Urt. vom 28.1.1992 E 85, 191, 206.
- 86 Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts Diskriminierung, 1997, S. 144; Scheiwe, Soziale Sicherungsmodelle zwischen Individualisierung und Abhängigkeiten, KJ 2005, 127, 137.
- 87 Scheiwe, Sicherungsmodelle (Fn. 86), S. 137.
- 88 Osterloch, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 5), Rn. 255 zu Art. 3.

- 89 Isensee, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 1992, 126, Rn. 88. Auch vgl. Wege zur Gleichstellung, 1993, S. 76ff; Osterloch in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 5), Rn. 260 zu Art. 3.
- 90 BVerfGE 109, 64, 90.
- 91 NZS 1993, 367ff.
- 92 Arbeit und Recht 1994, 36.これらの判決について、Bieback, Diskriminierung (Fn. 86), S. 144.
- 93 SG Hannover 10.10.1995, info also 1996, 17ff.
- 94 Arbeit und Recht 1997, 127ff.
- 95 EuGH, Urteile vom 14.12.1995, Rs. C-317/93 (Nolte), Slg. 1995 I, S. 4650; NJW 1996, 445, 446; NZA 1996, 129, 131; BB 1996, 593ff. vgl. Bieback, Diskriminierung (Fn. 86), S. 140; Reinecke, Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung?, Zeitschrift für Wirtschaftrecht 1998, 584.
- 96 Toparkus, Die wichtigsten neuerungen des reformierten AFG (SGB III), ZfSH/SGB 1997, 397, 405.
- 97 AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 28.
- 98 Rofls und Buerefisch, Der Ausschluß geringfügig Beschäftigter (Fn. 78), 1ff; Fuchsloch, geringfügige Beschäftigung als Mittel für ein notwendiges Ziel der Sozialpolitik, NZS 1996, 607ff; Waltermann, Sozialrecht (Fn. 28), Rn. 122.
- 99 BVerfG Beschluß vom 18.2.1998 E 97, 271, 294; BVerfG Beschluß vom 15.3.2000 E 102, 68, 92. なお、わが国でも厚生年金法の2004年改正の議論のなかで、短時間労働者に対する適用拡大が争点になったが、使用者側の強い反対にたい、見送られた。2004年改正法附則3条3項による検討の必要性が指摘される(岩村正彦「社会保障と民法」中島元也先生還暦記念論集『労働関係法の現代的展開』(信山社、2004年) 380頁)。一般的にも、労働市場での短時間労働者の要保護性に関する立法者の「観察義務」の観点からも議論になると考えられる(後述)。

- 100 BVerfG Beschluß vom 9.11.1988 E 79, 87, 99ff.; BVerfG Beschluß vom 23.3.1994 E 90, 226, 240; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., 2004, Rn 55 zu Art. 3 GG. Auch Lenze,