

- Staatsbürgerversicherung (Fn. 45), S. 233 u. 415ff.; Kingreen, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, S. 938, 945.
- 101 BVerfG Beschluß vom 16.5.1966 E 20, 52, 54f.; BVerfG Beschluß vom 6.12.1988 E 79, 223, 236ff.
- 102 Isensee, Die Rolle des Beitrags bei der rechtlichen Einordnung und Gewährleistung der sozialen Sicherung, in: Zacher (Hrsg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980, S. 461, 479ff.; Bieback, Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von Sozialversicherung, VSSR 2003, S. 1, 22.
- 103 Berne, Die Aufgaben der Arbeitslosenversicherung aus sozialverfassung-rechtlicher Sicht, 2000, S. 225ff. u. 276ff.; Bieback, Begriff (Fn. 102), S. 23; Bieback, Bürgerversicherung (Fn. 2), S. 60; Lenze, Staatsbürgerversicherung (Fn. 45), S. 429ff. Auch Hippel, Grundfragen der Sozialen Sicherheit, 1979, S. 31.
- 104 Butzer, Fremdlasten (Fn. 2), S. 425.
- 105 Bieback, Begriff (Fn. 102), S. 38ff.; Kranz, Die Bundeszuschüsse zur Sozialversicherung, 1998, S. 267.
- 106 BVerfGE 92, 53, 68ff.
- 107 BVerfG Beschluß vom 24.05.2000 E 102, 127, 141ff.
- 108 Jaeger, Die Reformen (Fn. 42), S. 228.
- 109 Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 271.
- 110 Rolfs, Versicherungsprinzip (Fn. 57), S. 213.
- 111 Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 464.
- 112 Kretschmer, Der versicherte Personenkreis in der gesetzlichen Krankenversicherung- Problematische Fragen, in: Boecken/ Hänlein/ Kruse/ Steinmeyer (Hrsg.), Öffentliche und private Sicherung gegen soziale Risiken, 2000, S. 13, 25.
- 113 Becker, Transferechtigkeit und Verfassung, 2001, S. 330f. Auch Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 266.
- 114 BVerfG Beschluß vom 29.5.1990 E 82, 60, 81.
- 115 BVerfGE 103, 242, 259.
- 116 BVerfG Beschluß vom 10.7.1984 E 67, 186, 195.
- 117 BVerfGE 103, 242, 257ff.
- 118 Jaeger, Die Reformen (Fn. 42), S. 228.
- 119 なお、こうした問題に対して、年金の分割を明文化することで対応してきた。当初は、被用者としてのキャリアをもたない女性に対して、遺族年金という形で高齢期の所得保障をしてきたにとどまったが、年金分割が独自の年金権を構築する方法の1つであった (Ruland, Das Rentensplitting zwischen Ehegatten, in: Boecken/ Ruland/ Steinmeyer (Hrsg.), Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa, Festschrift für von Maydell, 2002, S. 575, 576)。
- 120 BVerfGE 87, 1.
- 121 Becker, Transferechtigkeit (Fn. 113), S. 302.
- 122 BVerfGE 94, 241, 262ff.
- 123 Brauer, Das Verbot mittelbaren Diskriminierung und seine Anwendung auf die gesetzliche Rentenversicherung, 2004, S. 177.
- 124 Eichenhofer, Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten ?, Gutachten B für den 64. Deutschen Juristentag, 2002, S. B 21.
- 125 BVerfGE 94, 241; Becker, Transferechtigkeit (Fn. 113), S. 321.
- 126 Hase, Versicherungsprinzip (Fn. 2), S. 254ff.
- 127 Rolfs, Versicherungsprinzip (Fn. 57), S. 218.
- 128 BVerfGE 103, 242.
- 129 BVerfGE 103, 271, 292ff.
- 130 Vgl. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip (Fn. 27), S. 257.
- 131 BT-Drucks 15 / 4375, S. 4ff.
- 132 BVerfG Beschluß vom 23.11.1976 E 43, 108, 121; BVerfG Beschluß vom 22.6.1977 E 45, 376; BVerfG Beschluß vom 20.5.1987 E 75, 348, 360; BVerfG Beschluß vom 29.5.1990 E 82, 60, 81; BVerfG Ur. 7.7.1992 E 87, 1, 35; BVerfG Beschluß vom 10.3.1998 E 97, 332, 349.
- 133 Becker, Transferechtigkeit (Fn. 113), S. 309.
- 134 Schmitt-Kammler, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 5), Rn. 41 zu Art.

- 6.
- 135 Ruland, Gesellschaftliche Veränderungen und Rentenversicherung, in: Ruland, von Maydell, Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats* (Fn. 82), 850ff.; Becker, *Transferechtigkeit* (Fn. 113), S. 309; Butzer, *Fremdlasten* (Fn. 2), S. 450.
- 136 Ruland, *Der Sozialversicherungsbeitrag zwischen Versicherungsprinzip und sozialem Ausgleich*, SGB 1987, 133ff.; Krause, *Fremdlasten der Sozialversicherung*, VSSR 1980, 115; Hase, *Versicherungsprinzip* (Fn. 2), S. 302. Auch Schulin, *Empfiehl* (Fn. 27), S. E 88f. u. E 177f.
- 137 Eichenhofer, *Solidarität* (Fn. 124), S. B 40ff.; Bieback, *Begriff* (Fn. 102), S. 41.
- 138 Butzer, *Fremdlasten* (Fn. 2), S. 429ff. u. 436ff.
- 139 Rolfs, *Versicherungsprinzip* (Fn. 57), S. 550; *Deppenheuer, Solidritt im Verfassungsstaat*, typoskript, 1992, S. 227 und S. 401.
- 140 Stollies, *Industrielle Revolution und Sozialversicherung*, in: Ruland, von Maydell, Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats* (Fn. 82), S. 1096; ders., *Die große Aufgabe der Sozialpolitik*, NJW 1999, 699; Hase, *Versicherungsprinzip* (Fn. 2), S. 248ff.
- 141 Isesee, *Finanzverfassung und Sozialrecht*, in: *Sozialfinanzverfassung*, SDRV Bd. 35, 1992, S. 7ff.; Krause, *Instrumente risiko-, bedarfs- und systemgerechter Finanzierung von Sozialleistungen*, in: SDRV Bd. 35, 1992, S. 41, 49.
- 142 Frohn, *Die „versicherungsfremden“ Leistungen der gesetzlichen Sozial-, insbesondere Rentenversicherung als Verfassungsproblem*, SGB 2000, S. 1; Neumann, *Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot*, NZS 1998, 401, 406; Rolfs, *Versicherungsfremde Leistungen der Sozialversicherung*, NZS 1998, 551; Krause, *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, VSSR 1980, 115.
- 143 BT-Drucks 11/ 4124, S. 139.
- 144 Rolfs, *Versicherungsprinzip* (Fn. 57), S. 119; *Jährling- Rahnefeld, Verfassungsmäßigkeit* (Fn. 23), S. 146ff. u. S. 376.
- 145 Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz* (Fn. 141), S. 27ff.; *Jährling-*
- Rahnefeld, *Verfassungsmäßigkeit* (Fn. 23), S. 153; Werner, *Rentenniveau und Grundgesetz*, in: Wulffen und Krasney (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesozialgericht*, 2004, S. 625, 640f.; Bogs, *Art. 14 GG (Eigentum) als Vertrauensschutz - Basisnorm für Rentenversicherte?*, in: *Ruland/von Maydell/Papier, Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats* (Fn. 82), 71; Rolfs, *Versicherungsprinzip* (Fn. 57), S. 550.
- 146 *Jährling- Rahnefeld, Verfassungsmäßigkeit* (Fn. 23), S. 152.
- 147 Ruland, *Die Bedeutung des Rechts für die soziale Sicherheit*, in: *Söllner/Gitter/ Waltermann/Giesen/Ricken* (Hrsg.), *Gedachtnisschrift für Heinze*, 2004, S. 739, 740ff.
- 148 *Papier, Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 10.5.1983*, SGB 1984, 411, 412; Ruland, *Die Bedeutung des Rechts* (Fn. 154), S. 742.
- 149 *Welte, Generationengerechtigkeit* (Fn. 92), S. 269ff.
- 150 *Leisner, Sozialversicherung* (Fn. 2), S. 59ff. u. 181; *Wannagat, Lehrbuch* (Fn. 40), S. 110, 115ff.; *Rüfner, Einführung in das Sozialrecht*, 2. Aufl., 1991, S. 135f.; *Wallerath, Rentenversicherung und Verfassungsrecht*, in: *Ruland* (Hrsg.), *Handbuch* (Fn. 71), Abschnitt 11 Rn. 14.
- 151 *Rüfner, Sozialrecht* (Fn. 149), S. 136; *Leisner, Sozialversicherung* (Fn. 2), 181.
- 152 *Leisner, Sozialversicherung* (Fn. 2), S. 181.
- 153 *Lehner, Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht*, 1993, S. 346.
- 154 *Leibfried, Soziale Grundversicherung*, in: *Vobruba* (Hrsg.), *Strukturwandel der Sozialpolitik*, 1990, S. 182, 225ff.
- 155 *西谷敏「社会保険法における人間像」『法学雑誌』19巻2号(1972年)17頁、Rümlinger, *Welfare Policy and Industrialization in Europe, America, and Russia*, 1971, p. 137.*
- 156 *西谷敏、前掲論文*18頁。
- 157 *Rüfner, Sozialrecht* (Fn. 149), S. 136. *同旨を指摘するものとして、Janitz, Personalität, Subsidiarität und Solidarität* (Fn. 24), 129ff.
- 158 *Rüfner, Möglichkeiten und Grenzen einer Neuordnung der Finanzierung öffentlicher Sozialleistungssysteme*, in: *Die Finanzierung der Sozialleistungen in der Zukunft*, SDRV Bd. 45, 1999, S. 101, 106;

Neumann, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen (Fn. 142), 405ff.

159 水町勇一郎「パートタイム労働者と法」『現代の法』12巻(岩波書店、1998年) 245頁、250頁。一般的に、社会保険加入と保険料徴収について、最高裁昭和33年2月12日民集12巻2号190頁、最近では介護保険に関する違憲訴訟(旭川、最高裁平成18年3月28日、上告棄却)では低所得者に免除などの措置があるので、不合理な差別ではないとした。

2章 労働市場リスクに対する社会法規制

1 労働市場リスク規制

(1) 労働市場リスクと社会保障法

本章では、労働市場にかかわる自由の条件を整備する国家の責任を具体的に局面で検討する。労働者類似の者、自営業者、社会的有用労働などの「労働」と社会保障法の関係を解明し、従属労働の相対化に伴う「市民保険化」構想の背景を解明する。検討に先立ち、次の点を確認しておきたい。

第1に、個人が真の意味で自己責任をもって人生を過ごすのに個人の決定を尊重するべきであるが、同時に自己のみに課せられない責任についてはきちんと国家がリスクの配分を明確にする最終責任をおっているという立場から、労働市場リスクをめぐり、国家と個人の関係を考察することはすでに指摘した。ここで、労働市場リスクとは「個人の職業の履歴(キャリア)を侵害する可能性がある事象すべてを含み、キャリアの中断のみならず、労働市場へのアクセスの平等が関連している(序章2)。

第2に、労働市場リスクを規制する社会国家の機能を確認しておくこと、社会国家は、利害の対立を調整することで自由権を内容形成することを任務とし、法的な自由として形成する。社会国家は、基本的権利を実際に有効にする事を目的とし、市民の自由を支援し、安定するのに必要な範囲で介入する義務を負う。社会保障権を整備する国家は、自由権を有効に保障し、自由を実際に実現

できることを視野にいれなければならない。

第3に、国家が規制する対象としての労働市場リスクは、社会保険法では要保障事故として「社会的リスク」とよばれることがあるが¹⁾、職業生活の継続を妨げる事情(病气、障害、事故、高齢等)が多くの市民に生じる事態をとらえるものである。労働法も社会保障法も労使関係を法化することを課題とする領域である点で共通している²⁾。とはいえ、労働者問題として社会問題が産業化のなかで生じ、社会保障法は労使関係にかかわる事象を損害賠償法の私法解決してはなく、多くの市民に生じる社会的リスクを国家が規律することを前提としている。個人の職業の自由(12条1項)が人格を展開し、経済的な基盤を安定化させることを踏まえ、労働市場リスクと国家の関係を捉えることが課題になる。

このように労働者保険法の成立と展開に示されるように、国家は、労働生活の基礎に対する規制を、被用者保険を中心に内容形成をしてきた。ところが、近年、労働市場と家族にかかわる社会・経済状況の変化により、従来の被用者保険法の人的対象と要保障事故・ニーズだけではなく、新たな「社会的リスク」ととらえる視点が重要になってきている³⁾。ポスト産業社会への移行と結びついたリスクとして、たとえば次の4つの過程があげられている⁴⁾。1つに、女性労働者が増加してきたことであり、教育の機会が平等とともに職場での活動がふえるので、教育を十分に受けていない人は比較的リスクが高くなる。2つに、高齢者のケアを家族に代替し、私的な関係、市場、国家に求められるようになる。3つに、労働は工場での仕事にかわり、技術の向上とともに労働市場に変化が生じたこと、4つに、私的なサービスが拡大し、その質が有効に規律できない可能性が生じたことであると。このような「新しい社会的リスク」をとらえる視点は労働市場における新しいリスクの性格を理解するうえで有効である。労働市場での新しいリスク(労働市場リスク)は次の3つの領域でとらえることができるという⁵⁾。第1に、労働市場への参入時、第2に、安定した、責任のある、十分な賃金を得られ、社会保障給付の受給資格を獲得できる雇用

を維持できるのか、第3に、比較的弾力的な労働市場で適切な訓練を受けることにかかわる問題である。さらに続けて、「稼働年齢時に、失業や、育児・介護労働による稼働の一時中断、パートへの変更、職業・職場の移動に伴い、稼働年齢の就労履歴の不安定化といったリスクが高まっている。これは、従来産業社会の発展のなかで賃金を喪失して高齢期や病気に社会保険で備えるだけでは十分に対応できないことも示している。とくに、従来のシステムは中高年になって相対的に高いリスクをおうことを想定したものであるが、むしろポスト産業社会では若年層にリスクがより高まっているといえよう」という。社会国家が産業化のなかで賃金の喪失を中心とした社会保障制度を法的に整備してきたが、それだけでは「新しい社会的リスク」に、ニューズも対象者の的確に把握できないということであろう。というのも、これまでの古いリスクは退職や病気など一定の年齢に達したあとで生じるものと一般的には考えられたが、新しいリスクは、学校教育から職業への移行期でのリスクや、職場を保持するものが家族を形成した場合に家族内での育児やケアに対する支援が必要になるので、これまでよりも若い世代も国家による支援が必要になると。

以上のような「新しい社会的リスク」の現象に対して社会法が変容しなければならぬことは、社会法学でも指摘されてきた。たとえば、1つに、健康・生命は個人が職業生活を通じて所得を得る前提となるが、「リスク社会」⁶のなかで健康・生命への危害の可能性が高まっている。こうした現象への対応は社会法のみならず、刑法、行政法、民事法など多様な分野に関連するが、社会保障法では労災で捉えられない人身被害が発生した場合に、重大かつ一時的でない稼働能力の損害というリスクを、だれが、どのように負担するべきであるのだろうか⁷。

いま1つに、被用者保険法は集団の同質性を基準としていたが、自己の生涯設計や生活様式が個人化するなかで、従来の集団への所属を基礎にしたカテゴリリーの不十分さが指摘されている⁸。さらに、Lenzeは⁹、労働市場の変容か

ら、被用者保険法の適用対象を画定する基準として新しい「社会的保護の必要性」を指摘している。ここでは、被用者保険を新しい要保護性に適合するように内容形成することが求められることになる。

以上を踏まえ、労働市場リスクと国家の関係を次の局面にわけて検討する。まず、健康・生命の危害にかかわるリスク規制であり、基本法2条2項1文に基づき技術的な労働環境の整備（労災の予防と補償）である。さらに、労働の安定性または継続性に対する規制であり、就労の中断時には所得保障が問題になる。最後に、失業者の労働市場への編入である。以下、簡単に課題を示しておく。

まず、社会保障法は、工場労働者に対する健康・生命への危害を労使関係の私法関係から社会全体の問題として外部化したことを想起したい（1章1(2)）。そうすると、就労時に、ある状態が継続すれば、人格の展開の具体化としての職業の自由には損害が生じる可能性を規制しなければならぬ。とくに社会法のなかで健康・生命の危害にかかわる労働市場リスクをとらえてきたのは、労働保護法による労働技術にかかわる保護と労災保険法の予防である。より積極的には、安全な労働環境の整備という課題を社会国家が遂行しているが、なぜ社会国家が独占してこうした任務を遂行することが許されるのだろうか。EUI経済法は共同市場の競争を阻害する協定を禁止し、支配的地位の濫用を規制し、EU内での競争を阻害しない取引を可能にすることを目的としている。それに対して、市場法に従うのではなく、社会的目的に寄与し、連帯原則に基づき形成されている社会保険システムは、そうした競争規律の適用から除外されるといえるのか。

第2に、就労が中断するとか、生活の安定を確保できない低賃金労働はそれが主体が労働市場リスクである。被用者保険法では、従来、中高年の退職前に職を失った場合に再編入時の不利といった経済的リスクを把握し、中高年の引退過程に重なるリスクを対象としたが¹⁰、生涯において稼働年齢層が短時間労働とフルタイム労働、または自営業などの移動することをリスクとして新たにと

らえる必要がある¹¹。社会的リスクを移行期ないし移行時にかかわり規制するという、社会法の新たな対象を規制する必要性が認識される。さらに、被用者保険法が適用されない労働が拡大すれば、生活を脅かすリスクが生じた後に被用者保険法の保障が及ばないことにもなる。低賃金労働は、被用者保険法適用免除（社会法典4編（社会保険）8条1項1号）を拡大したことからドイツでも拡大が問題になる。社会法典では、有期雇用を除くと、非自立的就業者は、35時間以上のフルタイム労働者、収入が月額で400ユーロを超える被用者保険法加入義務のある短時間労働者、400ユーロまでの被用者保険法適用が免除された低所得就業者に分けられる。被用者保険法の免除された就業者の平等を立法者はどのように規制するのか。

第3に、労働市場への（再）編入時の不利な層への支援である。失業者の「期待可能な」就労を規制することが問題になる。

以上の課題を次の順序で検討する。まず、労働市場での新たな「保護の必要性」を、人的対象と物的対象・ニーズに分けて検討する。なかでも、「労働市場リスク」の対象のとらえ方について、G. Schmidtの労働市場リスク類型¹²を手がかりにししながら、社会的規制を明らかにする。

その上で、労働市場リスクの次のような局面での検討をすすめる。第1に、従来からの伝統的な労働市場リスクである、健康危害に関する労働市場リスク規制を扱う。労災を中心に検討するが、労災はまさに従属労働者の生命及び健康への危害の防止と補償の権利として形成されている。こうした中で、まず労働者と自営業者の間で「労働者類似の者」に対する社会保険法の適用が課題となる¹³。さらに、労災は非営利活動や無償労働にも適用されるのだろうか。「非営利活動にも保障される権利」としてドイツで注目されるのは、1995年に施行された介護保険法の家族介護労働者（非営利介護労働）を年金や労災の人的適用対象として位置づけていることである（社会法典6編（年金）3条1文1a号、7編（労災）2条1項17号）。

第2に、新しい労働市場リスクにかかわり、被用者保険法を「労働形態いかんにかかわらず保障される普遍的権利」の方向に展開できるのかが問題になる。もっとも、最低生活保障の普遍性の前にまず検討しなければならぬのは、被用者保険法の適用免除就業が労働市場で拡大することをいかに規制するのか、という点である。この点で、2004年12月まで施行されていた連邦社会扶助法に代わり、2005年1月から施行されている社会法典2編及び12編が新しい論点をもたらしていることに注意しなければならない。2004年までは、自営業者は雇用保険法の対象者ではないので、失業者として雇用保険ではなく、社会扶助法による給付を受けることになっていた。しかし、社会法典2編は、「困窮している求職者」に対する公的扶助を規律しており、基礎的な生活保障と、これに結びついて、「稼働能力のある要扶助者」に特別な労働市場を形成しているのである。「困窮している求職者」には自営業者も従属労働者ともに含まれている。

第3に、失業者の就労権の内容形成にかかわっては、次章で「期待可能性」基準が市民の自由の制約を不可避なものに限定するという機能をもつのかどうかを個別に検討することにする（3章）。

(2) 新たな「社会的保護」の必要性

① 人的対象

労働市場での新たな「社会的保護」の必要性を、人的対象と物的対象・ニーズに分けて検討する。

まず、非自立的労働者を対象とした労働法や被用者保険法は、典型雇用を保護するが、他方で適用除外する労働の存在を前提としている。「労働者」として認定される場合と非労働者とされる場合には、大きな相違がある。非労働者とされる場合でも、社会法による保護をはかる必要があるのではないか、という議論がある。非自立的労働者に限らず「継続的な職業的地位」を社会法で位置づけることが可能なのだろうか。社会保障法では被用者保険法の拡大可能性は、

人的適用範囲の核である非自立的労働から新たな労働の再定義をするとともに、従来の従属的労働と社会保障法の結合関係を緩和していくことにもなるだろう。この点で注目される提案は、「社会法の『4つの同心円』』という Supiot¹⁴ の考えである。すなわち、社会法の中核には、非自立的労働者を位置づけ「従属労働に固有の権利」を構築し、その外側に「自営業を含む営利活動」者をとらえる。共通の権利として、労働安全衛生法制があげられている。さらに、その外側に、ボランティアなどの社会的有用な活動をとらえ、「非営利活動にも保障される権利」として労災保険法の適用や育児期間に対する年金上の利益保障などを、最後に、労働形態いかんにかかわらず保障される普遍的権利として医療保障、最低生活保障などを提案している。

ドイツ社会保障法は「従属労働に固有の権利」を核に形成してきた。被用者保険法は、成立時から困窮者ではなく、保険料を支払うことができる労働者を対象に「保護の必要性」を肯定することが前提になっていた。もともと、これを従属労働とこれに準じた者には適用を拡大したこと、非営利活動も年金法で児童養育期間の評価や、児童養育の介護保険法における保険料算定額への評価のように、社会保障法の各領域へも浸透してきたことはすでに検討したとおりである。加えて、ドイツでは医療保険法の被保険者の家族保険は、「労働形態いかんにかかわらず保障される普遍的権利」ではなく、被用者保険法の被扶養者にたいする医療保障として展開してきた。以上の対象の拡大は、確かに、伝統的な被用者保険法の原理と緊張関係をもちながらも、基本法3条1項に基づき一般平等原則の展開やこれと結びついた家族への配慮(6条1項)として定着してきた。社会保障法が非自立的労働以外にどのような対象に、どのような方法で拡大することができるのだろうか。

注

1 Hippel, Grundfragen der sozialen Sicherheit, 1979, S. 19, 24ff.; Fuchs, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung sozialen Risiken, in: Die

Finanzierung der Sozialleistungen in der Zukunft, SDRV Bd. 45, 1999, 79ff.

2 労働法での法化については、西谷敏『ドイツ労働法思想史論』(1987年、日本評論社)、15頁以下参照。さらに、Simitis, Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 73, 78.

3 Esping-Andersen, Social Foundations of Postindustrial Economics, 1999, 32ff.; Taylor-Gooby, New Risks and Social Change, in: Taylor-Gooby (ed.), New Risks, New Welfare, 2004, 1, 5-8.

4 Taylor-Gooby, New Risks (Fn. 3), p. 3.

5 Taylor-Gooby, New Risks (Fn. 3), p. 19.

6 Beck, Risikogesellschaft, 1986, S. 115ff.

7 リスク社会での障害年金(6編43条)と不真正事故保険について、Eichenhofer, Sozialrecht, 5. Aufl., 2005, Rn. 431. さらに、人身事故にかかわる社会保障法と不法行為法との関連は、Koetz/Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 48ff. 加藤雅信『損害賠償から社会保障法へ』(三省堂、1989年)。さらに、わが国で学生無年金障害というリスクをだれが負担すべきであるのかも問題になる(さしあたり、東京高裁平成17年3月25日判決(判例時報1899号46頁以下))。

8 Fuchs, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Unterhalts-, Pflichtteils-, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht neu zu gestalten?, JZ 2002, S. 785, 788.

9 Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 24.

10 これを労働市場リスクとする例として、Ernst, Zwischen Arbeitsmarktrisiko und Frührente, SF 1996, 234がある。

11 Günther Schmid [布川 日佐史訳]「労働の未来—工業社会から情報社会へ」『季刊労働法』194号(2000年)17頁以下。さらに、Günther Schmid and Klaus Schömann, Managing Social Risks Through Transitional Labour Markets: Towards a European Social Model, 2004, TLM. NET Report No. 2004-01も参照。

12 Günther Schmid, Transitional labour markets and the European social model: toward a new employment compact, in: ders/Gazier (eds.), The Dynamics of Full Employment, 2002, 394.

- 13 わが国でも、自営業者の要保護性が労災保険法の適用について争点となった例として、新宿労基署長（映画撮影技師）事件（東京高裁判決平成14年7月11日労働判例882号13頁）、横浜南労基署長事件（最高裁平成8年11月28日労働判例714号14頁）などがある。
- 14 Supiot, *Beyond employment*, 2001, pp. 54ff. 水町勇一郎『労働社会の変容と再生』228頁以下。さらに、Supiot, *Wandel der Arbeit und Zukunft des Arbeitsrechts in Europa*, in: Kocka und Offe (Hrsg.), *Geschichte und Zukunft der Arbeit*, 2000, S. 293ff. わが国でもこの提案に基づき、労働者性の検討の蓄積がなされている。たとえば、島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎他編集代表『下井隆史先生古希記念 新時代の労働契約理論』（信山社、2003年）61頁以下。さらに、鎌田耕一「契約労働の法的问题」鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版、2001年）120頁以下では、社会・労働保険の適用を主張されている。労働保護法のありかたについて、大内伸也「従属労働者と自営業者の均衡を求めて」中島士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）47頁以下）。

被用者保険法適用対象に対する国家規制 (4)

被用者保険法適用対象に対する国家規制 (4)

上 田 真 理

目 次

はじめに

序章 社会保障権の条件整備にかかわる課題

1 解決方法の「外部化 (Externalisierung)」という視角

2 社会国家の条件整備 (以上18巻2号)

1章 被用者保険法の法的基礎

1 労使関係と社会保険法

2 社会保険法による使用者の自由の制約 (以上18巻4号)

3 被用者保険法の適用対象の拡大と平等

2章 労働市場リスクに対する社会法規制

1 労働市場リスク規制

(1) 労働市場リスクと社会保険法

(2) 新たな「社会的保護」の必要性

① 人的対象 (以上19巻1号)

② 要保障対象・ニーズ

2 社会法典3編 (雇用保険) からみた失業規制の展開

3 社会法典3編 (雇用保険) 制定後の社会保険法再編 (以上本号)

3章 失業規制の新展開による労働権と生存権の交錯

4章 市民保険構想の法的意義

5章 日本法への示唆

おわりに

2章 労働市場リスクに対する社会法規制

1 労働市場リスク規制

(2) 新たな「社会的保護」の必要性

② 要保障対象・ニーズ

従来の社会保障法は、中高年になって失業、病気など相対的に高いリスクを負うことを想定していた。労働市場リスクを移行リスクとしてとらえる視点から、G. Schmid は、若年層に固有の不安定な局面として職業生活の開始への移行、そして、職業生活を開始した後の、労働世界の多様性に直面するリスクをとらえている。さらには、職業生活とその他の社会的有用な活動の両立または移行の支援、加えて、失業者の雇用への移行、最後に、職業生活や失業者から年金への移行があるという¹⁾。こうした移行を正面から承認した「移行労働市場」の観点から、移行の際の労働市場リスクを積極的にとらえようとしている。すなわち、次のような5つの労働市場リスクをあげている。

- ① 教育または訓練から雇用への移行時：所得の能力 (income capacity) を維持または高める
- ② 雇用関係の変動 (雇用形態の変化、自営と従属労働) 就労時所得の安定 (income security) を保障する
- ③ 社会的に有用な活動時の所得の支援 (インカムサポート)
- ④ 雇用から失業の移行時：所得の維持 (income maintenance) を保障する

⑤ 高齢または障害による移行時：所得の代替を提供する。

このような移行リスクの捉え方には、より弾力的な労働市場を形成する意図もあるが、本稿でむしろ注目したいのは、被用者保険を中心とする社会的保障の範囲を拡大することを意図している点である。本稿では、こうした移行リスク全体をとりあげるのはなく、標準的なフルタイム労働を一生継続すると

いう職業生活のキャリア (Erwerbsbiographie) の中断を次のように労働市場リスクととらえる。すなわち、労働者はフルタイムを中心とした職業生活を営み、自己の生計を営むものの、長い職業生活においては、健康上の理由や家族形成権にかかわり、失業や労働時間の短縮をライフサイクルの中で経験する。

もっとも、従来のようにフルタイム労働を一時的に労働者が喪失するのは異なり、多様な労働者がこうした労働市場リスクに遭遇する場合に、失業リスクを柔軟にとらえ、法規制により欠陥を埋める必要が生じる。というのも、連邦憲法裁判所が判示したように、失業と闘うという目的は社会国家原理 (基本法20条1項) に基づくものであり、求職者が「尊重と自尊心 (Achtung und Selbstachtung)」²⁾ を失うことのないように規制することが労働社会の法的課題であるからである (「はじめに」参照)。

G. Schmid の労働市場リスクをライフサイクルの中でとらえなおすと、学校から労働市場への移行という若年期 (①) と、自らの労働力を用いて生活をすることが困難になる現役世代のリスク (②③④と⑤の障害)、最後に高齢期のリスク (⑤) に区別される。本章では、稼働年齢の現役世代で就労の中断が生じた時の生活保障自体のリスクを、G. Schmid の④を中心に、短時間労働者の社会的保障からとりあげる。もう1つの問題として、現役世代から労働市場リスクをとらえる場合にシュミットの②③④が密接に関連する、育児責任を負う労働者の生活保障がある。

この2点目は、近年の「新しいリスク」を、とくに若年者に対する職業生活の継続性をとらえるには、労働市場へのアクセスの平等を、労働市場の形成を家族形成の支援ないし家族政策のなかでも実現するべきである、という内容を示唆している。この局面では、社会法は労働市場リスクを家族法ないし家族政策によって、家族を形成できるように自由を不当に制約することなく、さらに積極的に支援をする義務を負う。基本権の自由または自立の援助を国家に義務づけることが、基本法6条1項を根拠として家族の支援として具体化される³⁾。

さらに、就業の中断の長期化や短時間労働による所得の減少は、被用者保険

法で高齢期の所得保障に期待権を構築できないという別のリスクにもつながる。家族生活と職業生活の両立も、社会保障法では長期的にも、職業生活の継続はその後にやってくる退職後の生活水準の観点から高齢期所得保障でも重要になる。その点で、貧困リスクにも関連する⁴。被用者保険法は、貧困に陥ることを事前に予防する機能を果たす。しかし、しだいに一生涯フルタイムで就労を安定して継続する労働者だけではなく、職業生活の経歴の中断が長期化する労働者や、安定した職業生活を開始することに困難を伴う若年層には、従来の被用者保険法だけではシステムの欠陥が生じる。被用者保険法が予防できず、実際に貧困に陥った後の社会的保障のあり方は、失業問題を契機として貧困政策と交錯していく。

2 社会法典3編（雇用保険）からみた失業規制の展開

(1) 社会法典3編（雇用保険）制定前

①継続的にフルタイムの職業生活の経歴をすべての労働者が形成していくことを前提にしている場合、標準の被保険者像なるものから離れた労働者がリスクを負うことになる。個人の多様化を前提とすれば、いかに多くの住民を排除することになるようなライフサイクルの履歴を標準とするべきではないという見解もある⁵。ここでは、短時間労働者を標準的被保険者とみるのではなく、フルタイム労働者を標準としつつも、短時間労働者に均等待遇を保障することを検討する。

パートタイム労働者の均等待遇は欧州裁判所の判例を通じて⁶、パートタイム労働を理由とする不利な取り扱いを禁じることが確立されている。

1976年2月9日の「雇用、職業訓練及び昇進へのアクセス並びに労働条件についての男女均等待遇原則の実施に関する指令」(76/207/EEC)の採択、そして1976年4月8日の第2次Defrenne判決⁷により、短時間労働者の報酬に関する不利な扱いは許されないものになった。狭義の報酬に関して、たとえば協約賃金をパート労働者が請求できるのか、については、EC条約旧119条（現

141条）（男女同一賃金原則）により賃金の平等の観点から、連邦労働裁判所は労働時間に応じた協約賃金の請求権を認めている⁸。短時間労働であることは労働関係における不平等取り扱いをみとめる合理的な理由にはならないとし、その考えは賃金を核としながらその他の経済的利益に関するものにも拡大している⁹。さらに、欧州裁判所は1995年12月14日の2つの事件で¹⁰、ドイツ社会法典4編（社会保険）の適用が免除されている短時間労働者の所得が本人の生活費をすべてカバーしなくても、そのことで就労としての性格が変わるわけではないと判示した。当該活動に対して最低生活水準に達していない賃金が支払われていること、または労働時間が週に18、12又は10時間ですら満たしていないことも、そうした活動をしている者をEC条約旧119条（現141条）、1978年12月19日に採択された「社会保障における男女均等待遇原則の実施の促進に関する指令」(79/7/EEC)の「労働者」とみなすことを妨げるものではないと。

従来の判例を確認して明文化したのが¹¹、2001年のパート・有期労働契約法である（2000年12月21日（BGBl. I S. 3002）。パート・有期労働契約法は、パート労働についてのEU指令（1997年12月15日97/81/EG）を国内法化した¹²、2001年1月1日から施行されている。パート・有期労働契約法では、「パート労働」を定義する規定のなかで、「社会法典4編（社会保険）8条1項1号の些少労働を行う者も、パート労働者である」（2条2項）として、同法の規律対象であることを明確にしている¹³。そして、パート・有期労働契約法の心髄とされる4条1項1文は、異なる扱いを正当化する合理的理由がない限り、パートであることを理由として、パート労働者を比較可能なフルタイム労働者より不利に扱うことを禁止している。1985年就業促進法のパートタイムとフルタイムの均等扱い規定（2条1項）を基本的に継承している。したがって、社会法典4編（社会保険）8条1項1号の低賃金のパート労働者もパート労働者である、という確認の規定によって、パートであること以外に、4条1項の「合理的理由」(たとえ、資格づけ、経験など)があるのか否かが問題になるわけである¹⁴。連邦労働裁判所は、企業年金が公的年金の補充機能を担うことから、

公的年金法が適用されない労働者を企業年金から排除することには理由があるという立場にたっていた¹⁵。しかし、パート・有期労働契約法2条2項が明示したことをもって、公的年金の適用を免除されていた些少労働者(社会法典4編(社会保険)8条1項1号)の排除は、合理的理由が存在する場合にしか許されなくなる。

しかしながら、すでに述べたように、社会法典4編(社会保険)8条が被用者保険法の適用免除基準を定め、パート労働者のなかで些少労働者に対して医療保険、失業、年金も適用を免除していること¹⁶が間接的差別的禁止といえるのか、が争点になった。欧州裁判所1995年12月14日判決が示したように、雇用政策や社会政策による立法者の裁量を認め、違憲ではないという結論をとっている(1章3(2)③参照)。欧州裁判所は男女平等原則(EG条約141条)に基づく「報酬の平等(Entgeltgleichheit)」に関する判断を、被用者保険法適用免除基準に関する判断と明確に区別しているわけである。

②以上のような短時間労働者の均等待遇は、1969年に成立したAFG(雇用促進法)(BGBl. I S. 582)が、社会法典3編(雇用保険)制定前(1997年)まで次のように失業を定義していたことにかかわり争点になる。すなわち、雇用促進法は、失業手当請求権の要件として失業者の職業紹介を受ける可能性(Verfügbarkeit)を規定し(100条)、労働市場リスクである失業規制に重要な概念として、「失業」と「職業紹介を受ける可能性」をあげている。雇用促進法は、「失業」を、労働者が一時的に就業関係にないか、または短時間就業(kurzzeitige Beschäftigung)しか行っていないことであると定義していた(101条1項1文)。問題は、「失業」の定義の「短時間就業しか行っていない」(101条)という基準である。すなわち、無業の労働者又は「週18時間労働未満の短時間労働」しか行っていない労働者である、と定めていた(102条1項)。週18時間未満という基準になったのは1988年からであり、「短時間就業」基準は標準的協約による労働時間に合わせて、20時間(1975年)、19時間(1986年)と変更されてきた。短時間就業の基準は、当該基準をもって立法者が労働者の

生存保障の水準を設定するという意味をもつ¹⁷。雇用促進法は、年金法とちがって、現役世代の労働者の生活保障を担う以上、労働協約を基準として、協約の時間の半分以上は労働する者を対象とすることを堅持してきた。

社会法典4編(社会保険)は8条で被用者保険法の適用免除基準として「些少労働」を規定しており、当時、「週15時間で610DM以下」としていた。些少労働基準を超える短時間の労働者は、社会法典5編(疾病)及び6編(年金)が適用され、自らが被保険者としての地位を有する(5編7条、6編5条2項1号)。しかし、雇用促進法は「短時間就業」(「週18時間労働」という免除基準を、「些少労働」以外に独自に規定していたことから、雇用促進法では社会法典4編(社会保険)8条1項の週15時間で一定の所得以下であることは意味がなかった。

雇用促進法上の重要な概念であった「短時間就業」の基準は協約の労働時間に対応して、雇用促進法102条1項1文の変更に応じて、週労働時間24時間から18時間にまで一貫して下げられてきた¹⁸。むしろ社会法典4編(社会保険)8条では1977年以降に些少労働概念が用いられたことから、雇用促進法では「短時間就業」基準を用いて労働協約による労働時間の平均時間の半分を志向し、就業の喪失を独自に規定してきた。この基準は、1つに、被用者保険法適用限度内のパート労働関係の成立を回避するという法制策上の考慮が基にあるが、いま1つに、何よりも失業者が生活基盤とはならない副業にいたとしても失業手当をさらに受給できることを保障しようとしたものであった¹⁹。雇用促進法が被用者保険法のなかでも独自の「短時間就業」基準を形成していたことにより、雇用促進法適用労働に就いていた者が15時間程度の短時間就業を副業とした場合でも、失業手当を受給することで生活を保障することになったわけである。他方で、些少労働を超える短時間労働者(15時間から18時間未満)は社会法典5編(疾病)及び6編(年金)では「被保険者」であるにもかかわらず、雇用促進法では被保険者ではなく、「失業」の保護範囲からは排除されることが生じていた。

こうしたなかで、社会法典4編(社会保険)が15時間労働未滿を被用者保険法適用除外の1つの基準にし、年金保険法も週15時間を基準として適用者を規定しているのだから、雇用保険法も年金保険法の適用基準と一致させればよいのではないか、という提案がだされていた²⁰。これに対して、雇用促進法は現役の労働者を保護するものである²¹。短時間就業の基準は、立法者が労働者の生活を保障するという機能をもつ²²。雇用促進法は、平均的な協約の週労働時間を基準にした短時間労働限度により、被用者の生活の基礎を築けない就業を保障による保護から排除する一方で、失業者が副業で短時間労働限度内の就労をしていても失業者の受給を可能にするというわけである。いわば、雇用促進法は協約の労働時間の半分を超えて就業してきた労働者が失業した期間に所得保障をするという機能を重視するのか、短時間労働者を被用者保険で平等に保護する機能を重視するのか、が対立することになった。雇用促進法における短時間労働者の取り扱いの変更は、疾病時の賃金継続支払改正法が大きな影響を与えている。次に、検討する。

③労働者がけがや病気のために就労ができない場合、基本的にはその間の生活保障は疾病保険がなう。被保険者である労働者は賃金の80%相当額を疾病手当として受給する。もともと、最初の6週間は、使用者が賃金の継続支払いという形で労働者の生活保障責任を負う(社会法典5編49条1号)。つまり、労働者の疾病時の生活保障の責任は、基本的には労働関係から生じる使用者の責任が優位する。ここでは、一般的に疾病時の生活保障責任をとりあげるのはなく、賃金継続支払法の適用対象(適用除外)に着目したい。

まず、1980年代から争点になったのは短時間労働者が疾病時に賃金継続支払法の適用対象から除外されていたことであった。病気で労働者が就労できない場合、最初の6週間については使用者が賃金を継続して支払う。これは、旧賃金継続支払法(Lohnfortzahlungsgesetz [LFZG] (BGBl. 1969 I S. 946) によるものである。同法は、労働者に適用対象者を限定し、さらに労働関係が

試用期間を除き最長4週間しか継続しない場合(短時間労働者)、週所定労働時間が10時間以下もしくは月所定労働時間が45時間以下の労働者(geringfügige Beschäftigung)への適用を除外していた(1条3項2号)。問題になったのは、旧賃金継続支払法が週10時間労働以下の短時間労働者を適用除外する規定が平等原則に違反するか否か、であった。欧州裁判所1989年7月31日判決²³は、週10時間労働以下の短時間労働者の多くが女性労働者であることに鑑みれば、同法における適用除外は間接差別にあたり、一般平等原則を定める基本法3条1項及び男女の賃金の平等を規定するE.C.条約旧指令119条1項(現在の141条)に違反すると判示した。適用除外を客観的に正当化することができるとの争点になるが、裁判所は、使用者が疾病時に賃金を支払う義務を負うほど短時間労働者が事業所に統合されていない、といった理由をもって適用除外を正当化することはできないとしている。連邦労働裁判所²⁴も同様に、短時間労働者の排除を正当化する理由は認められないとしている。こうして、1994年にすべての被用者を適用対象とする法律に改正され、賃金継続支払法(Entgeltfortzahlungsgesetz) [EFZG]に変更された(BGBl. I 1994 S. 1014)。すでに述べたように、E.U.レベルですでに1976年以降、短時間労働者の賃金に関する不利な扱いの禁止を確立していたが、最後まで残されていた旧賃金継続支払法での不平等取り扱い(LFZG 1条3項2号)が、欧州裁判所1989年7月31日の判示に基づき、1994年6月1日以降、廃止されたわけである²⁵。ただし、賃金継続支払法後も、社会法典4編(社会保険)の被用者保険法適用除外基準、年金、雇用保険についても、被用者保険法の適用除外を設定すること自体を連意とする方向には進んでいない。短時間労働者の労働法での均等待遇の確立は、雇用保険法固有の「短時間就業」基準の見直しを求めていく。

(2) 労働市場リスク(失業)の第1段階:雇用促進法から社会法典3編(雇用保険)²⁶へ

E.U.法における短時間労働者の均等政策に基づき、ドイツで1994年に賃金継

統支払法が制定された後に、いよいよ雇用促進法も差別取り扱いに終止符を打とうとした²⁷。雇用促進法から社会法典3編(1998年施行)への再編の最も重要な変更の1つは、雇用促進法上の「短時間就業」という独自の基準を廃止し、社会法典4編(社会保険)8条の被用者保険法適用基準に適合させたことであった²⁸。もともと、社会法典4編(社会保険)8条自体は、2002年12月23日法(BGBL I S.4621)をもって2003年4月1日以降、労働時間を基準とするのではなく、月収を基準として定期的に400ユーロをこえないもの(1号)に変更されている。しかし、失業規制にとっては、月収ではなく労働時間(「週15時間労働」の可能性)が基準になり、「週15時間以上で週30時間労働未満」はフルに就労する労働者と対比する基準となっている。週30時間労働と15時間労働という2つの基準は、2000年以降の社会保障法体系全体を再編する鍵となっている。

パート労働者を被用者保険法においても保護の範囲を拡大するべきであるという要請²⁹は、他の被用者保険法と異なる基準を用いている雇用促進法で、せめて被用者保険法統一基準を用いるべきではないのか、という点にむかう。そこで、パート労働者の社会的保護を高めるという目的を明確にするために、1997年4月1日以降、雇用促進法改正法は「短時間就業」基準を削除するにいたった。雇用促進法で短時間就業基準が削除された結果、些少労働が統一的基準となった。1997年12月16日改正法で変更され、雇用促進法は社会法典3編に編入され(1998年1月施行)、社会法典3編(雇用保険)27条は、雇用促進法169a条による「週18時間」という短時間就業基準に代えて、社会法典4編(社会保険)8条の「週15時間労働」をパート労働者の保護を強めるために規定した。これをもって、雇用保険法の免除される就業者を社会法典4編の基準である些少労働とし、週15時間以上就労しているが短時間労働の18時間には達しないパート労働者にも拡大した³⁰。

社会法典3編(雇用保険)が「短時間就業」の基準を廃止したことは、失業の定義を雇用促進法上のものから変更したことにもなる。失業規制に重要な概

念である「失業」と「職業紹介を受ける可能性」は、1997年の社会法典3編(雇用保険)でも用いられているが、失業の定義の中に「職業紹介を受ける可能性」を統合している³¹。すなわち、新たに「求職(Beschäftigungssuch)」という用語を導入し(旧118条1項2号)³²、「職業紹介を受ける可能性」という用語に含まれる1要素となり(旧119条1項2号)、雇用促進法と同様に「労働能力」と「労働の準備」から構成されている。社会法典3編(雇用保険)が「短時間就業」の基準を廃止したことで、4編(社会保険)8条の週15時間就業が基準となり、客観的な「職業紹介を受ける可能性」は「労働能力」が週15時間を下回る場合には認められないことになっている(旧119条3項)。

従来の雇用促進法の失業の定義によると、18時間未満の労働者は確かに保険義務を負わないもの(雇用促進法169a条)、労働により雇用保険法上の期待権を満すことができないうので、当該労働を喪失したとしても「失業」時の補償給付を請求する権利はないことになる、という問題点があった³³。このように週15時間以上18時間未満の就業をする者には、失業時の所得保障について雇用促進法では失業保険の保護が及ばなかったのに対して、社会法典3編(雇用保険)では失業時の保護範囲をパート労働者にも拡大し、失業手当の請求権を有することになった。他方で、従来は週16時間から18時間未満の労働者は、「失業者」とされたが、社会法典3編(雇用保険)の週15時間労働が基準になると、もはや「失業者」ではなくなり、失業手当の請求権を失うことになった。

社会法典4編(社会保険)による被用者保険法の適用基準である「些少労働」は、一方で、適用される限界の基準を下げれば、当該基準を超える「就業者」ないし社会保険法上の就業はその分増加することになり、したがって社会保険料関係が成立する範囲が拡大し、保険料により財政が安定する。他方で、給付法の面では、低下した些少労働限度を超える労働者は、基準の改正前は失業者として失業給付を受給できたのに対して、社会法典3編(雇用保険)ではもはや失業者としては認定されず、失業給付を受給できないことになる。もともと、些少労働基準を超える労働をすることを通じて、当該労働関係の終了後の取得

可能な被用者保険上の期待権を獲得できるのはいうまでもない。しかし、被用者保険法の適用限界を下げることは、短時間労働を喪失した者にも社会的保護を拡大するが、短時間労働関係が成立している場合には社会的保護が制限されることになる³⁴。

高失業率が続くなかで失業の定義を、週所定労働時間を下げる方向に変更させ、結果として失業が統計上も雇用保険財政上も減少するのも確かである。短時間労働者の増加は失業を隠す、という評価もできる³⁵。とはいえ、被用者保険法適用免除雇用にあわせて失業を定義することで、雇用保険法は社会法典3編(雇用保険)で1997年から短時間労働者の雇用保険の保護対象者を拡大したわけである³⁶。

3 社会法典3編(雇用保険)制定後の社会保障法再編

(1) 労働市場リスク規制の第2段階：労働市場年金と年金法改正
 些少労働の基準が雇用保険も含めた統一基準になったことは、1990年代後半から2003年労働市場の現代化に向けて社会保障法を再編していく最初の局面であった。第2段階は、現役世代の労働者、典型的には中高年失業者が健康上の理由でフルタイムの就労ができないリスクを失業と画定する局面である。まず、中高年労働者が病気などで短時間労働が可能だがフルタイム労働は困難な状態が継続する場合、「短時間労働市場の閉鎖性」のために、再就職は容易ではない。軽労働は可能だとされる場合であっても、とくに中高年失業者がいったん就労を中断すると就労の機会が少なく失業が継続する、という労働市場のリスクを誰が負うべきなのか、という問題である。そこで、週15時間という基準を用いて、短時間労働が可能で失業者と継続的にもはや短時間労働ができない年金者を区別していくことになる。週15時間就労という基準は、障害というリスクを年金保険と雇用保険で配分するメルクマールになる³⁷。

労働市場での就労に支障がある「障害」リスクを、社会法典3編(雇用保険)での失業の定義(16条、118条、119条3項)にあわせる形で、社会法典6編

(年金)は、「稼働能力の減少(Erwerbsminderung)」と「失業」という2つのリスクの間を画定する基準を導入している。それは、社会法典6編(年金)43条の労働市場での就労可能時間の設定である³⁸。

中高年失業者が病気などの健康上の理由によりフルタイムで就労ができない場合に、失業者とみるのか、障害年金による保障の問題とみるのかに関して、2000年12月20日の「稼働能力の減少を理由とする年金改正法」(Gesetz zur Reform der Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit)(BGBl. I S. 1827)(以下、2001年年金改正法とする)が大きな変更をもたらした。2001年年金改正法による「労働市場の状況による稼働減少を理由とする年金(Arbeitsmarktbedingte Erwerbsminderungsrente)」(以下、「労働市場年金」とする)が注目される。2001年年金改正法により、社会法典6編(年金)43条の稼働能力の減少を理由とする年金が、従来の就業不能年金と稼働能力年金という2つの異なる年金から、1つの稼働減少年金に転換した。この年金は、被用者保険法の適用基準となる、「一般労働市場での週15時間労働」(つまり、1日3時間労働)に合わせて、1日3時間以上6時間未満の労働(週15時間から30時間)が可能で「部分的稼働減少」とそれが不可能な「完全な稼働減少(週15時間未満)」という2つの段階にわけられた。この一日3時間という基準は、社会法典3編の失業者に対する給付の要件と一致している³⁹。社会法典4編(社会保険)による些少労働の「週15時間労働」は、「一般労働市場での稼働能力」をもつか否かの基準となり、年金保険法においては「3時間以上就労が可能で状態」(「部分的稼働能力の減少」と同じである⁴⁰。

社会法典6編(年金)は、「失業」の認定に適合させて、週15時間の就労ができない場合に稼働能力がないので(3編(雇用保険)118条、119条5項1号)、年金受給者になる。健康上の理由から一日6時間以上の就労が可能で年金には(週30時間以上の就労可能)、当該被保険者は稼働減少ではなく、いずれの稼働減少年金の受給対象でもなくなる。そして、労働市場の考慮の排除を6時間以上の就労が可能で者に制限した43条3項の反対解釈により、6時間未満の就労

が可能な人については労働市場の状況考慮に入れ、「労働市場年金」が受給可能になるわけである。つまり、1日3時間以上6時間未満の就労が可能な人は、健康上の理由からすると「部分的稼得減少年金」の受給は可能であるが、具体的な労働市場の状況を考慮に入れることで「完全な稼得減少年金」の受給可能性が開かれることになる⁴¹。1日3時間以上6時間未満（週15時間以上30時間未満）の就労が可能な労働者は、年金者としてだけではなく、短時間労働者としてパート労働の可能性をもつわけである。実際に短時間労働市場の状況が職場を提供することができない場合には、労働市場の閉鎖性を理由として完全な稼得能力の減少年金受給者になる。このような「労働市場年金」は、1日3時間以上6時間未満（週15時間以上30時間未満）の軽労働が可能だとされる場合に、パート労働者としてまず位置づけることになる⁴²。

以上から、とくに中高年失業者がいったん就労を中断すると就労の機会が少なく失業が継続する、という労働市場のリスクを年金保険が負うことを苦渋の選択として復活したといえる。失業リスクは、年金保険法との配分関係が政策的にも緊張関係をもたらしてきた⁴³。

とはいえ、「労働市場年金」は、草案理由によれば⁴⁴、連邦社会裁判所1996年12月19日大法廷決定 (BSG Beschluß vom 19.12.1996 E80, 24) でも確認されたように、中高年失業者の就労機会の少なさをまず認識することが出発点になっている。そして、「稼得能力の減少」の判断で、1999年年金改正法のように被保険者が稼得能力の活用により具体的に労働市場で稼得が可能か否かを考慮に入れなければ、失業手当の受給期間の終了後は失業者はミーンズテストに基づく失業扶助ないし社会扶助の受給にいたることになる。これを回避する方法として、労働市場による年金の必要性が確認されている。重要なのは、被保険者に失業状態が続く限り何らかの生活保障施策がとられることが前提になっていることと、稼得減少年金受給者の3分の1の多数の人たち、とくに軽労働が可能中高年失業者に公的扶助を回避する一方途が創設されたということである。

(2) 労働市場リスク規制の第3段階：ハルツ4法

①社会法典3編(雇用保険)は、2003年12月23日のハルツ3法(drittes Gesetz für moderner Dienstleistungen am Arbeitsmarkt BGBI. I S. 2848)により失業の要素である「職業紹介を受ける可能性」を変更している。そして何より重要な転換はハルツ4法(viertes Gesetz für moderner Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 BGBI. I 2954)(2005年1月1日施行)が、従来の失業手当の請求権を充足しない者や支給期間を満了した求職者に対して、社会法典3編(雇用保険)に代わる規程をし、失業手当IIを導入したことである。

まず、ハルツ3法は、失業の定義に重要な「短時間就業」を、労働者が自立的営業者かの区別をなくし、週15時間以上の営利活動を受け入れることを、統一的に規定した点が大きな変更である(119条3項)。とはいえ、失業を定義する「職業紹介を受ける可能性」の規定(3編(雇用保険)119条)の内容は基本的に同じである。「職業紹介を受ける可能性」は、これを充足するためには4つのメルクマールがすべて必要であり、失業の範囲を狭める機能をもつ。119条5項によると、1つに、週15時間以上の期待可能な就労を考慮にいれられる一般労働市場の通常の条件で遂行できること(1号)、統合の措置をうける場所に近いこと(2号)、労働の準備があること(3号)、統合の準備があること(4号)である。とくに、1号の労働の遂行能力と、3号の労働の準備の条件充足が不明確である場合や条件が充足していない場合、常に失業という認定はされないのだろうか。

まず、健康上の理由により客観的な「職業紹介を受ける可能性」(119条5項1号)を充足しないのか否かが不明確な場合がある。もちろん、雇用保険で失業者と認定されるには、週15時間以上の就労が可能な状態でなければならぬのが原則である。失業者がもはや週15時間労働を病気などの健康上の理由で遂行できない場合、雇用保険法では失業手当の構成要件を満たさないことになる。週15時間労働が困難な失業者に対して、年金保険主体から半年以上にわたり継

続して稼働能力減少の状態にあることが認定されれば、稼働能力の減少による障害年金の受給者となる。つまり、1日3時間のパートができないほどの稼働能力の減少というリスクが失業者に継続して生じていることを年金行政により認定されれば、年金保険が労働市場リスクを引き受けける。問題は、労働行政がある失業者に対してはもはや稼働能力の減少が生じていると判断しても、年金行政がそうした認定をしない場合には、失業者が労働行政からも年金行政からも放逐されてしまう危険が生じることである。

わが国では、「失業」の基準自体が存在しないので、基本手当の受給者でない失業者は、障害年金や老齢年金にいたらない限りは、不安定就労者として市場になげざれることになる。加えて、生活保護法による適用がなされない、という違法な状況が標準になっている。しかし、ドイツでは「失業」者を社会保障法の対象でとらえる場合に、注目すべきルールとして「一体的保障規制」(Nahtlosigkeitregelung)が規定されている。3編(雇用保険)125条は、失業手当の特別規定として給付能力の減少した者について、1項1文で、2000年12月20日の改正により、給付能力の6ヶ月以上の減少を理由として保険義務のある15時間以上の就業を通常の労働条件下でおこなえないために失業者でないときれる者についても、年金法の稼働能力の減少(verminderte Erwerbsfähigkeit)として認定されない場合には、失業手当請求権を認める。続いて2文によると、稼働能力の減少の認定は年金保険がおこなう。つまり、社会法典3編(雇用保険)125条1項1文は、年金保険が労働行政と同じ判断をしない場合、失業手当の請求権を有することを明文化している。125条は、3編の制定前に雇用促進法(1986年)105a条として導入された規定をほぼ⁴⁵継承したものである。3編(雇用保険)125条は、稼働能力の減少した失業者を保護する機能を果たしている。というのも、一方で「失業者」としては稼働能力が減少し「職業紹介を受ける可能性」が欠けることを理由として、失業手当請求権がない、という結論になる。他方で、年金保険が稼働能力を理由とする年金について受給を決定するまでは、「年金受給者」にもなれない、という不安定な状況

におかれる。社会国家による保障を受けられない場合、労働市場でのヤミ労働に携わることを防止するには、社会保障が不安定な状況にある失業者を保護する責任があると考えられる(基本法20条、28条)。しかし、だからといって、稼働能力のある要扶助者をすべて公的扶助の受給対象にすれば、自治体と連邦の財政負担の緊張関係が生じる。そこで、稼働能力の減少した失業者を特別な「失業者」とみて、被用者保険法の2つの領域を一体的に運用して被用者の生活を保障する方法が、雇用保険と年金保険の一体的保障規制といわれるルールである。これは、年金保険の決定が確定するまで、雇用保険法が失業手当を支給することを確保し、いわば年金保険の補充機能を雇用保険が担うものである。社会保障給付主体が異なる判断をすることで被保険者がいずれの保障からも排除される事態が生じないことを目的としている⁴⁶。このように失業者の保護だけではなく、職業紹介の困難な者に就労を労働行政が援助することを免除するのめたしかであるが、失業者の負担を回避することも重要な目的になっている⁴⁷。

他方で3編(雇用保険)の主観的「職業紹介を受ける可能性」といわれる労働の準備がない場合でも、失業者として特別に「職業紹介を受ける可能性」を認定することがある。それは、2006年1月までに58歳に達し、すでに請求権を有する人が、労働しようとする準備がないという理由だけで失業手当請求権を喪失させないことを規定している(3編428条、いわゆる「58歳ルール」)。

社会法典2編(求職者基礎保障)は、社会法典3編(雇用保険)と異なり、「職業紹介を受ける可能性」は稼働能力の有無の基準になっていない⁴⁸。とはいえ、社会法典2編(求職者基礎保障)65条4項は、社会法典3編(雇用保険)を継承している。すなわち、稼働能力のある要扶助者が58歳に達した場合、労働の準備がなく、かつ労働により困窮状態を終了させさせるためあらゆる可能性をつくさないか、つくす意思がないという理由だけで請求権を喪失することなく、失業手当IIの請求ができる。もともと、2文によれば、2008年1月からは、2008年1月までに58歳に達して、さらに請求権が成立している人に適用が

制限される⁴⁹。

②次に、ハルツ4法による社会法典2編(求職者基礎保障)と12編(社会扶助)の適用を区別する基準は、年金法に由来している。まず、公的扶助法に対する労働市場リスク規制の大きな再編の波は年金法によるものであった。稼働年齢で被用者保険法の年金権を十分に形成できない場合、年金が最低生活水準に達しないなどの、労働市場の第2次リスクにとっても重要な改正が年金改正法で施行された。すなわち、2001年6月26日の高齢者財産法(BGBI. I S. 1310)の枠内で「高齢期及び稼働減少時における需要にそった基礎生活保障についての法律 (Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung)」(以下、高齢期及び稼働減少時における基礎生活保障法とする)が成立した(2003年1月施行)。稼働時に諸事情で就労を中断することで高齢期に年金額が社会扶助水準に近づく可能性が将来的に高まることを考慮に入れて、成立をみたものであるが、加えて同法は、高齢者のみならず、労働市場の状況を別にして稼働能力が減少している障害者の最低生活を保障するものである。

高齢期及び稼働減少時における基礎生活保障法は、1条で、次のように支給対象を規定していた。すなわち、65歳に達した者(1号)、又は18歳以上で、その時点で労働市場の状況を別にして社会法典6編(年金)43条2項の「完全な」稼働能力の減少に該当し、当該状態が除去される蓋然性がない者(1条2号)である。基礎生活保障法は、老齢年金又は完全な稼働減少を理由とする年金の受給資格者が、年金やその他の収入によっても生活が確保できない場合に、最低生活水準までの付加給付を基礎生活給付として請求する権利を明文化したものであった。その後、2003年にハルツ4法により、社会法典12編(社会扶助)(BGBI. I S. 3023)は、従来の公的扶助法である連邦社会扶助法と2003年から施行された「高齢期及び稼働減少時における基礎生活保障法」を、稼働能力のない人に対する基礎保障として統合している(41条ないし46条)。

他方で、従来の連邦社会扶助法と社会法典3編(雇用保険)の失業扶助

(Arbeitslosenhilfe) [Alhi] という2つの給付を失業手当Ⅱという給付に統一し、社会法典2編(求職者基礎保障)(BGBI. 2003 I S. 2954)が成立した(2005年1月施行)。

労働市場リスク規制によって大きな転換点として、失業扶助の廃止をあげなければならぬ。そもそも社会法典3編(雇用保険)制定時に、失業リスクを困窮という一般的な生活リスクと区別することが争点になっていた。雇用促進法は、わが国の雇用保険法の基本手当に該当する失業手当以外に、困窮する失業者に租税による保険給付として失業扶助をもうけていた。失業扶助には、保険期間が充足できず失業手当が支給されない人に対する「オリジナル失業扶助(Originäre-Alhi)」と失業手当受給期間が満了した後になお支給され、支給期間に制限のない「連結失業扶助(Anschluss-Alhi)」があった。失業扶助は、被保険者に受給資格期間が不足している場合などに失業手当請求権が成立しない、多くの失業者が公的扶助法である社会扶助の対象になってしまう。一時的に就業していない労働者は、公的扶助の対象として社会福祉事務所ではなく、労働者として労働事務所による援助をうける存在にとどまらざるべきである、という考えを雇用促進法草案では保持することを明確にしていた⁵⁰。労働者を最低生活保障法ではなく、被用者保険法の対象として貧困から予防するという、労働者政策と貧困政策の分離の考え方が堅持されていたといえる。社会法典3編(雇用保険)の制定過程において、財政負担が大きいため「オリジナル失業扶助」を廃止したいという意図が示されていたもの、これは実現されなかった⁵¹。失業扶助は、困窮する失業者に提供されるものであるが、公的扶助ではなく、あくまでも「失業に基づいて」困窮する者を対象とし、労働市場に直接に関連するものであった⁵²。失業扶助は、困窮という一般的な生活リスクではなく失業をとらえる目的をもつことは明らかであった⁵³。

しかし、その後、数年をかけて失業扶助が全廃されることになる。その第1段階は「オリジナル失業扶助」を、2000年1月1日から廃止するように社会法典3編(雇用保険)が変更された(BGBI. 1999 I S. 2624)。そして、いよいよ

よ2005年1月1日からハルツ4法で失業扶助は廃止されるにいたった。労働者は公的扶助の対象ではなく被用者としての援助をうける存在にとどまらざるべきであるという考え方は、もはや持続できなくなった。これは、失業という規制対象にとつては、社会国家が、労働者の事情ではなく、労働市場の状況によりもはや労働者が自らの労働力を活用して生活することができなくなるといふ労働市場リスクを、失業として被用者保険法でとらえるというよりは、むしろ、稼働能力のある困窮者として公的扶助法に重点を移動したことを意味している。

こうした求職者の生活保障と雇用保障という課題を公的扶助法も担うことにより、従来の連邦社会扶助法が適用対象を稼働能力の有無で制限することなく包括的に適用していた点は大きな変更を迫られた。社会法典2編(求職者基礎保障)は、15歳以上65歳未満の困窮した「稼働能力を有する(Erwerbsfähig)」人に適用される(7条1項)。ここで「稼働能力を有する」というのは、病気や障害を理由として一般労働市場の通常条件で「毎日3時間以上就労可能性」がない状態ではない、ことをさす(2編(求職者基礎保障)8条1項)。年法上の稼働能力の基準を用いて、社会法典2編(求職者基礎生活保障)はその適用範囲を少なくとも毎日3時間は就労できるか否かで画定する。包括的な最低生活保障法として具体化された公的扶助法は、こうして労働市場での就労可能な労働時間によるカテゴリー化がなされ、稼働能力の基準に基づき2編(求職者基礎保障)か12編(社会扶助)かが決まる。2編か、12編かの適用範囲を画定する段階では、病気や障害などの健康上の理由のみで判断するので、たとえば、子の養育を理由として就労が困難であるか否かは、2編(求職者基礎保障)が適用される求職者の労働権の内容の問題になる。稼働能力がある求職者にどのような労働が「期待可能」(2編10条)であるのかは個別事例において判断される(3章)。

以上のように稼働能力の有無を基準として社会扶助受給者を、社会法典2編(求職者基礎保障)と12編(社会扶助)の2つの公的扶助法に振り分ける布石を敷いたのは、2001年年金法改正であった。そして、現在、この基準により、

障害年金受給者が困窮した場合に、年金を補完する特別な公的扶助が次のように画定される。まず、社会法典6編(年金)43条1項2文による部分的な稼働能力がある者も、社会法典2編(求職者基礎保障)での稼働能力を有することになり、年金だけでは困窮する場合には社会法典2編(求職者基礎保障)により失業手当Ⅱが補完することになる。さらに、完全に稼働能力がない場合には(6編43条)、社会法典2編(求職者基礎保障)ではなく12編(社会扶助)による基礎保障給付が年金の補完機能を果たすことになる。最後に、健康上の理由からは毎日3時間以上就労が可能であるが、労働市場の閉鎖性により労働市場年金を受給している者は、社会法典2編(求職者基礎保障)が適用される⁵⁴。

1990年代の動態的貧困研究あるいはライフサイクル貧困研究によると、貧困は一時的なものであり、個人化していて、かなりの範囲で社会的に排除されているが、受給者の大部分にとって社会扶助が「架橋」の機能を果たしている⁵⁵。この中に含まれる多くの困窮した失業者を、毎日3時間以上就労が可能か、完全に就労能力がないかどうかという基準をもって、社会法典12編(社会扶助)か2編(求職者基礎保障)の適用かを区別する再編がされた。完全な稼働能力の要件が存しないことが、公的扶助法の対象者になるかどうかをコントロールする機能をもつにいたった⁵⁶。

以上のように、社会法典に3編として雇用保険法が再編されたのを契機として、些少労働規制の統一により被用者保険法適用免除を明確にした。その後、雇用保険法の労働市場規制に合わせた基準を年金法が導入し、この年金法の基準を用いたのがハルツ4法である。社会法典3編(雇用保険)の「短時間就業」基準と調和するように社会法典6編(年金)が「稼働能力の減少」概念を形成したが、まさにこの基準が公的扶助法である社会法典2編(求職者基礎保障)8条の「稼働能力」の基準となり、年金法適用対象か求職者基礎保障法の対象なのか争点になっている。ドイツでは、一方で、1990年代に早期年金化が問題になり、年金財政に負担になったことから、立法者は失業を理由とする年金やパート労働後の年金については受給要件を厳しくしてきた(6編237条)。こ

の結果、確かに、老齢年金の受給年齢は近年では63歳くらいまで高まってきたが、他方で、労働市場改革法により成立した社会法典2編（求職者基礎保障）は「障害」年金の早期受給を促進してしまうのではないかと、という危惧も指摘されている⁵⁷。というのも、従来は、失業手当以外に雇用保険法は失業扶助と保険給付を規定していたが、これが廃止された結果、社会法典2編（求職者基礎保障）の失業手当Ⅱの対象になる。とくに中高年の失業者が労働市場統合に障害がある場合、本人だけではなく労働エージェントが年金申請をおこなう権限を有している（2編（求職者基礎保障）5条3項1文）。社会法典2編（求職者基礎保障）は、失業者の労働市場統合を促進しようとする一方で、労働エージェントと年金保険主体という従来の失業リスク負担をめぐる対立関係が「障害」年金受給を促進する可能性がある。

以上に示したように、失業の社会保障法規制は、中高年労働者が労働市場で労働力を利用して生活を営むリスクを負う場合に、どのような論理で、失業者を障害者や困窮する求職者と画定するのかが大きな争点になった。他方で、短時間労働者家族の支援が1990年代後半から展開する。労働市場政策がむしろ家族政策のなかで展開されていくことを検討する。

- (3) 労働市場リスクと家族政策の結びつき：もう一つの労働市場リスク規制
- ①従来は、一定期間すでに就労した労働者が失業を一時的に経験することがモデルとされてきたが、家族生活と職業生活の橋渡しがうまくいかない場合に、移行リスクとなり、労働者によって職業生活だけではなく、高年齢の生活水準にも影響をあたえる。こうした移行リスクは、家族労働の評価として問題になっている⁵⁸。というのも、伝統的に「主婦婚」をモデルとした生活保障法は、男性労働者が一定期間フルタイムで就労した後で失業、中断を経験することを労働市場リスクとしてとらえてきた。子を養育しながら職業生活を継続する場合には、子の養育は養育自体の保障と並んで職業生活との両立可能性とそのリスクを意味する。家族政策の領域の中で、職業生活との両立が強調されていく⁵⁹。

短時間労働者の労働法上の均等政策が実現されるとしても、短時間労働者の生活保障の観点からは、短時間労働者は家族構成や生活状況により最低生活保障にもみたくないこともある。そうすると、短時間労働者の均等待遇政策は、短時間労働者の生活保障をどのように家族政策として展開するのかという具合に、労働市場リスクを家族政策へ⁶⁰重点をおくのは、むしろ労働市場政策として家族政策を展開し、そのなかで短時間労働ゆえに低所得の世帯の生活保障、児童の貧困ないし最低生活保障が社会保障法で新たに問題になるからである。

児童養育は私的な事柄であるので、それに対する国家の介入は「中立性」が求められるという議論がある⁶¹。ドイツでは、伝統的には、保守的福祉国家と分類されるように、女性は主として労働者としてではなく家族構成員としての活動をおこない、したがって保育所も充実していなかった。しかしながら、職業生活と家族生活の両立を望む若い労働者も増加するなかで、児童養育が私的な事柄であるとされ女性に主として委ねられれば、女性の労働市場への参加が構造的ハンディーとなる、とされてきた⁶²。

もし家族をまったくの私的な事柄であると考えるならば、自由な法秩序においては、自ら選択した結果に対して、その負担を公共により支援をもとめることはありえない。しかし、家族は私的な事柄であると同時に、家族が機能することは公益にもなるので、基本法6条1項は、家族の特別性を無視することを禁じるとともに（不利益の禁止）、部分的に調整するというかたちで（支援要請）具体化される。国家は、家族による養育の任務を履行することが職業上の不利益にならないように条件を創設し、両親が職業活動へ復帰することや職業活動と両立させることなどを可能にする条件を創設する義務がある⁶³。児童の養育を認知し、そのことにより就労できないことから所得の調整をするといった「狭義の家族給付調整」が、たとえば育児休業手当や保育サービスとして展開していく⁶⁴。

育児責任を負う労働者が家族生活と職業生活の両立可能性または移行リスク

を考えた場合に、社会国家は家族に対する社会支援をすることが労働者の平等にかなうことになる。

基本法3条2項は、1文で、男女の平等を明確にし、2文で「国家は男女の平等の実質的表現を支援し、現存する不利益を排除するように影響をあたえる」ことを規定している。連邦憲法裁判所は、基本法3条2項2文は立法者に育児と職業生活を両立することができ、家族の課題を引き受けることが職業生活において養育者に不利益を及ぼさないような条件を造ることを義務づけていると判示している⁶⁵。

②育児責任を負う労働者を対象とした労働市場政策の観点からの家族政策のなかで注目されるのは、1985年12月6日連邦育児手当法 (Bundeseerziehungsgeldgesetz) (1986年施行) (BGBl. I S. 2154) である。同法は、育児休暇と育児手当の2つを柱とし、前者は育児休暇を請求する場合の要件や効果はパート労働請求権と結びつき、労働法に含まれる。後者の育児手当は、社会保障法の1つとなっている。

労働者は、病気や障害、あるいは社会的有用な活動としての育児のために、職業生活に生活時間の多くを費やすことができないことがある。この場合、労働者はフルタイムではなく、短時間労働を選択することが考えられるが、育児手当受給者の範囲は雇用促進法に関連して規制されてきた。

1986年に施行された連邦育児手当法は、1条1項で育児手当の受給資格要件を「子を自分で世話し養育している」(3号)ことと並んで「全くまたはフルに就業しない」(4号)とし、2条で「フルに就業しない」基準を、雇用促進法102条でいう「短時間就業」の限度内の週労働時間を越えないこととしていた(1項1号)。受給者の範囲を画定する鍵になるのは「フルに就業しない (keine volle Erwerbstätigkeit)」(1条、2条)という要件である。連邦育児手当法は、育児により従来の就労が全くできない又は「フルに就業しない」場合に、労働者は労働時間短縮の請求権を有するのみならず、育児手当の受給請求権を有することを規定している。つまり、1986年施行時には20時間労働未満の短時

間労働を「フルに就業しない」状態であり、就労しているが育児を優先している労働者であることとみただけである⁶⁶。反対に言えば、育児手当の受給と両立できるのは最長でも19時間程度のパート労働だけであった。この点で、単身で子を養育する労働者の生活が保障されないことと並んで、育児休暇取得者の多くが20時間から30時間程度の労働を希望していること⁶⁷が問題とされてきた。

そうしたなかで、2000年12月1日改正法で連邦育児手当法 (BGBl. I S. 1645) (2001年施行) は、育児休暇中の就労を30時間まで延長した(2条1文)。「フルに就業しない」基準を、2条1項で、育児手当を受給する場合でも、30時間までの就労と両立可能にした。育児手当と両立可能な短時間労働の上限がなぜ週30時間であるのかは必ずしも明確ではないが、2001年年金法でも「毎日6時間就労」が可能な労働者は賃金補償給付の対象ではなく、自らの労働で生活を営むことのできる存在であると考えられていることと合致している。他方の下限は2000年当時の社会法典4編(社会保険)8条の些少労働基準である⁶⁸。したがって、いづれにしても育児手当の請求権を有する労働者は、被用者保険法の適用される就労者であり、被用者保険法から排除されることはないことになる。

連邦育児手当法改正により、労働者は週15時間以上30時間の短時間就労をすれば、完全に労務を免除されるのかを決定し、短時間労働請求権は、使用者と労働者の同意により具体化されなければならない(15条5項)。短時間労働に従事する場合には被用者保険法での保障範囲に含まれている。また、30時間という上限により「親休暇」⁶⁹と両立可能な短時間就労を拡大したことは重要である。育児を「親休暇」として、子を養育する労働者がキャリアを中断することなく生活を保障するものとなった。かつての育児手当は、両親のうちの方が19時間までの短時間労働と育児を両立することがモデルとされていたのに対して、2001年からは両親で親休暇を分割することも可能となり、しかも30時間までの就労と両立できるものとなった。これをもって、「ダブルインカム家族」ないし「パートナーと形成する家族」をモデルとして労働者の職業生活の