

「社会保障法における労働」とは何か —— 山田晋教授に答える

柳 澤 旭

<目 次>

- I はじめに—本稿の意図
- II 山田教授の問題提起と若干のコメント
- III 現行法と労働法における労働
- IV 社会保障法における労働
- V 結び—社会法における労働のポジとネガ

I はじめに—本稿の意図

社会保障法に「潜んでいる労働」, 「社会保障法における労働」とは何か。ともに「社会法」に属する「労働法」においては, 「労働の諸相」そのものが全面的に問われるのと違って, 「社会保障法」にとって「労働」(就労, 雇用, その可能性としての労働能力の有無など)とはどのように関連するのかどうか。このような問題について今日あらためて検討すべきであるとの問題提起がなされている。これは本誌(山口経済学雑誌58巻5号, 2010年3月)に掲載された山田晋(明治学院大学教授)「児童扶養手当法・批判—社会保障法の有期給付と『条件』をめぐる」において提起されたものである¹⁾。そして山田教授は, 筆者が30年以上も前に書いた論考において打ち出していた<労働力>視点からみて²⁾, 筆者は「社会保障法における労働」について, どのようにとらえているのかと問いかける。

山田教授が, 筆者も既に忘れていたような「古証文」のような論考を, 今日とりあげていただき, これを検討の素材としてくれたことに驚くとともに

感謝する次第である。山田教授の筆者に対する問いかけは簡単に応答できるような問題ではなく、今日において「社会法とはなにか」という大きな問題を基底にして何とか対応のできる問題のように思われる。

「社会保障法における労働」についてどのようにとらえることができるのか。この問題は、かつて、そして今も問題とされている「労働法における労働」という問題を想起させるものがある。「社会保障法」における労働と「労働法」における労働とについて、それぞれ明らかにされたときに、両法を含めた「社会法における労働」の問題が見えてくるものと思われる。この問題は、検討視角の設定それ自体を含めて、そう簡単に答えられない難問であるが、これまでの山田教授の学恩に対して筆者なりに応答してみたい³⁾。本稿はこのような山田教授の問いかけに対する筆者の応答としての意図を有するものである。

最初に、山田教授（以下、本文では山田と呼称する。）の論考について、その内容の問題提起と意味を確認した上で（Ⅱ）、「社会保障法と労働」（社会保障法と労働法）という問題とは理論レベルの異なる問題と思われる「社会保障法における労働」とはなにか、という問題について考察したい。検討に際しては、今日において「社会法」とはなにかという基本的問題⁴⁾を根底に置きながら、「社会法」の領域とされている「社会保障法」と「労働法」という二つの法領域における労働についてみた上で（Ⅲ）、「社会保障法における労働」についてみる（Ⅳ）ことにしたい。

註

- 1) 本誌（山口経済学雑誌58巻5号、2010年3月）は筆者の経済学部「退職記念号」として、かつての同僚による力作が掲載されており、山田教授の力作も記念号に寄稿いただいたものである。このことにまず筆者として、本誌に寄稿頂いた執筆者各位に感謝するとともに御礼申し上げたい。
- 2) 柳澤旭「労働法と社会保障法—政策論的アプローチによる同意性」『大憲論叢』17巻1号（1977年）55頁以下。

3) また山田教授には、以下のように筆者のいくつかの論考を紹介し、かつ詳細に検討いただいている。が、これらの学恩に対して筆者は、今日まで十分な応答をなし得ていない。本稿は、これまでの山田教授の筆者に関する論考について筆者なりに応えることも意図している。

山田晋「荒木理論にとって社会保障法とは何か—柳澤旭教授・三論文に学ぶ」明治学院大学「社会学・社会福祉学研究」127号（2007年）1頁以下、山田晋「福祉契約論についての社会的警見」明治学院大学「社会学・社会福祉学研究」117号（2004年）1以下、法律時報2007年月12月号「学界回顧＜社会保障法（山田晋執筆）＞206頁以下。

4) 労働法と社会保障法とが、それぞれ独自の法領域を構成しつつ、両法が表裏一体となって社会法の領域に含まれることについて共通の学問的理解は得られていると言ってよいであろう。今日、と言っても既に10年経つが、「社会法」なるものの学問的・理論的な意義について、社会法パラダイムの現状と転換の可能性を社会変動のうちにとらえるのは、荒木誠之「社会変動と社会法の変容」（1999年）、「社会法学におけるパラダイムの現状—労働条件保護から生活保障への展開—」（1998年）、ともに荒木『生活保障法理の展開』（1999年、法律文化社）所収（1章、2章）3頁以下である。

荒木博士は、社会法理論の内容として「社会保障法と労働法」という新たな視角で独自の社会保障法理論を構築してきたが、「社会法」論をそれ自体として論じることは殆んど無かったと言える。それは、師である菊池勇夫博士の社会法論を所与のものとして（ごく自然な「空気のようなもの」として自家菜籠中のものとしてきたことを意味するものである。）、荒木社会法論は、菊池社会法論をスプリングボードとして新たに独自の理論展開をなしたものである。なお、荒木博士の理論の独自性（理論構造と特質）について、柳澤旭「荒木『社会法』論の法的構造と特質—社会保障法から労働法へ—」山口経済学雑誌56巻2号（2007年）43頁以下、山田晋・前掲「荒木理論にとって社会保障法とは何か」明治学院大学『社会学・社会福祉学研究』127号（2007年）1頁以下参照。

II 山田教授の問題提起と若干のコメント

(1) 山田論文における問題提起

山田は、前掲「児童扶養手当法・批判—社会保障の有期化と『条件』をめぐって」(山口経済学雑誌58巻5号1頁以下)において、「児童扶養手当」制度を検討対象として、そこで「目的」とされている「自立の促進」に着目し、自立促進の具体的な内容である給付の「有期化」、一定の行為を給付の「条件」とすることを問題とする(1頁。以下は同様に、山田・前掲論文の頁である。)。そして、「給付期間を付す」とことと「就労活動を条件」とすることは、憲法25条を基礎におく社会保障制度とは「異質の要素」ではないか。とくになぜ一定の行為(就労活動)という「労働」にかかわることが問題となるのか。これが山田論文における主要な問題意識でありかつ問題の提起である。

(一)「児童扶養手当」は、子どもの父親が、離婚、死亡、障害状態、生死不明、家庭放棄、刑務所に収監されている等の状態にあることや、未婚の母(シングルマザー)に対して、児童一人について月に約4万円の金銭が支給される制度であり、その受給に際しては所得制限がある(2~3頁)。この点は、最近の政権交代後に支給された所得制限なしに「無差別平等」に支給される「子ども手当」とは異なる。そしてこの手当は、①受給期間について有期化(5年経過により支給額を減額される。)や支給停止となる場合があり、さらに、②「就労」または「求職活動」を行っていることという「条件」がついている。この二点は同法の法改正(2002年)により付加されたものである。山田は、法改正により新たに付加されたこの二点についての経緯や手当の性格を検討したうえで(2頁以下)、山田自身の評価ととらえ方(制度の性格)を提示し(14頁以下)、この二点の問題点を検討して(17頁以下)、今後の課題を提起する(22頁以下)。

「単身有子」世帯は、死別、生別、未婚によって発生するのであり、このうち「死別」(親・一家の稼ぎ手の死亡)は「遺族の生活保障」として社会保障の対象(「死亡」という生活危険・社会的事故による遺族の生活保障)とされてきた。しかし離婚等による「生別」、「未婚の出産」という「事実」から生活危険が生じるわけではなく、結果として「貧困」がもたらされているのである。ここで生別、未婚による「単身有子」世帯について「就労」に

よる「自立」を語ることは何を意味しているのか。児童の自立か（15歳以下の雇用労働の禁止・労基法56条）、母親の自立か、その中身は理論的に何を想定しているのか、と山田は問う。

（二）婚姻解消（離婚）や未婚女性の出産という「事実」は、市民社会における両当事者の意思あるいは「親」自身の「自己決定」（自由な選択）による結果であり、市民法（民法）の世界においては通常のことからである。これは「子ども」にとっては「単親有子世帯」という家庭・生活環境（事実・現実）を生じさせる。離婚による単親有子家庭となったという事実から、直ちに社会保障法の対象とする危険としてのニーズ（社会的事故）が生じるものではなく、「市民法」（民法）はその内部に財産分与や親の責任としての養育費支払義務等を法的に用意している（例えば、民法776条、820条、887条など）。しかし、実体としては貧困を引き起こすことが多いので、市民法ではカバーできない場合がある。そこに「社会保障法」による対応が必要となるニーズが生じることとなる（14～16頁）。

現行法（児童扶養手当法14条4号）は、児童扶養手当を「全額受給」するために受給者は「求職活動」（職業訓練を受けていること、その他職業能力の開発・向上を図る活動）をしなければならず、それゆえ受給者は「就労」による「自立」へ向けて誘導・強制される。このように社会保障給付に「条件」をつけ「一定の行為を要求する」のはまれであり一般的に望ましいことではない。かえってその条件を付すことが場合によっては「権力（法）による強制」となるおそれがあり、受給者の自己決定（子育てに専念するか保育所に預けて労働するかという個人の「自由な選択」）を侵害するおそれがある。なによりも「労働市場」の現状からしても、「母子」家庭の母親にとってのみならず、一般に求職活動や就労は「最も困難な条件」であるのが現実である（17頁）。

（三）児童扶養手当制度の「目的」は、生別、未婚による児童扶養のために「特別の支出を保障する」（要保障事故・ニーズ）ための「所得保障」にあり、給付の「条件」としての求職活動は制度目的の達成と無関係なものである。

離婚、未婚による母子家庭の児童扶養というニーズは、「労働市場」における雇用関係の有無（失業、引退、傷病、障害）とは関係なく生じるものであり、「所得保障給付」はニーズに対して支給すべきであることから、「就職活動の有無」とは、全く関係ない事柄である。

したがって、本来、「労働市場」とは異なる場面で対応すべき「社会保障法」の問題（ニーズに対する給付）について「求職・就労」を「条件」とすることには「慎重」でなければならない。労働市場の状況により就労・雇用可能性は不確実であり、この条件は労働市場に「命がけの飛躍」をして達成するという「最も困難な条件」なのであり、これを課すことに意味はない。もし社会保障給付になんらかの「条件」を課すとすれば、その付された条件の内容と基準が、法目的に照らして「合理的」でかつ費用的にも「効率的」なものでなければならない（18頁）。

（四）もう一つの問題すなわち児童扶養手当を「満額受給」するには、「条件付きの5年間の有期給付である」ことをどのようにみたらよいのか。社会保障給付は、要保障事故・ニーズが存在するかぎり存続するのが原則であり、有期給付（医療給付から障害給付への転換、失業給付、子のいない30歳未満・妻の遺族年金など）は「例外的なもの」であって、それ自体一応の「合理性」を持っている（20頁）。

児童扶養手当について有期化（期間を付ける）するまでの立法の経緯に照らしてみても、「5年間」という時の経過によって所得保障のニーズが減少するわけでは無く、政策的な観点からの「給付費用の削減」ということ以外に何ら理論的根拠のあるものではない。かりに児童扶養手当を「生活の激変緩和措置」として位置づけて有期化を正当化するとしても、そのためには先のような「条件」についての「合理的な根拠」が必要である。が、現行の児童扶養手当法にそれを見出すことはできない（22頁）。

（五）以上の児童扶養手当の法的検討をとおして山田は、「社会保障法における労働」という問題（課題）が根底にあると問題提起する。今日、問題とされている社会保障法における「自立」の問題は、社会保障における「就労・

労働」との関連を検討しなくては明らかにならないということである(23～24頁)。

社会保障法が「労働能力喪失者を対象とする」(労働力視点)ものであるならば、児童扶養手当の条件として想定する「就労」を通じての「自立」ということは、本来結びつくものではない。本来、結びつかないものを結びつけること自体が「愚行」なのである。「就労と自立」ということを「社会保障法の世界」で結びつけようとするれば、本人の意思を無視した「強制労働」にならないような「架橋」の論理が求められるであろう。この問題は「社会保障法における労働」の検討ぬきには解決できない問題である。筆者(柳澤1977年論文の内容)の「労働力視点」によると児童扶養手当制度の問題点(山田の提起する疑問・問題)について、筆者はどのように把握するのか、と山田は論考を結ぶ。

(2) 山田論文についての若干のコメント

以上、ややラフに山田論文を要約したが、そこで問題とされているのは、あくまで「児童扶養手当」と「就労・雇用」と、その根底にある「自立」という問題である¹⁾。もちろん他の社会保障給付(失業手当、妻の遺族年金、生活保護)との対比・関連で問題点が検討されているが、児童扶養手当の受給においてとくに「就職活動」、「就労・雇用労働」へ向けての誘導が行われていることの中に「社会保障法における労働」の問題が浮き彫りにされているということである。

問題は、児童扶養手当に典型的に現れている「給付と就労」という「条件」との関係の検討を通して、他の社会保障給付と「労働」とのかかわり(生活保護法における経済的自立、雇用保険法における就労への努力)という基本的な問題にその射程は及ぶものとなろう。ここでは山田の本論考についての筆者なりのコメントを行うことにする。とくに二点、①児童手当の社会保障法における位置づけと、②給付条件としての求職活動についてのとらえかたについてみておく。この両者は表裏の関係にあり、山田の本論考の主軸をな

すとみることができるからである。

(一) 児童扶養手当の性格と特質

(1) まず児童扶養手当の社会保障法(体系)における位置づけについてである。この手当は「所得保障」なのか「障害保障」なのか。当然、所得保障であろう。そうであるならばいかなるニーズについての所得保障なのか。それは、児童の「養育」にかかる特別な「費用、出費」が必要であるというニーズであろう。山田も指摘するように、児童扶養手当は制定経緯からして貧困の防止という観点が強いものであったが、法改正によって条件が付された理由は経済的自立ということと財源論にあった²⁾。児童手当は、児童の家庭・社会的関係における成長にとってとくに費用がかかることをカバーする「所得保障」を「目的」とした給付であるということにその給付の本質がある³⁾。

これを児童とそれを育てる親との関係でみると、子どものいる家庭における児童の養育にかかる費用を社会的事故(新たな出費・ニーズ)として捉えることを意味する。社会保障給付を必要とするニーズとして、例えば、日本における周知の「社会保障制度に関する勧告」(1952年)において、人が困窮する原因として疾病、負傷、廃失、死亡、老齢、と並んで「多子」を対象としていることの意味、また国際的な基準としてILOの国際的基準(最低基準についての102号条約・1952年)において、疾病、失業、老齢、業務災害、母性、障害、遺族についての各給付と並んで「家族」としてとらえるのも、これらの個人の遭遇する社会的事故(ニーズ)が本来、個人的なものであるにせよ、個人の自己責任の委ねるのみでなく「社会的に対応すべき危険」としてとらえることを意味する。子どもの誕生、養育ということに伴う所得の必要・出費(養育費の必然性)が必要となる。社会保障(所得保障)の対象となる「多子」、「家族」とは、この意味においてである。

(2) そして、法における権利主体でもある「児童」は、生活保障(児童の生存そのもの)において基本的に親による家庭生活の中でその成長と生活が保障される(養育される)ことを前提にしている。児童が成長し雇用され賃

金収入を得ることのできる年齢(満15歳になった3月31日以降。18歳未満の「年少者」については保護規定もある。労基法56条～64条)になり労働者として働くようになると、未成年ではあるが、家庭とは独立して生活を営むものとして独自に社会保障法の独立した対象(生活主体)となる(社会保険料と税金を納付する)。社会保障法の給付対象において、子どもの成長でもある年齢基準によって家族給付が無くなるのも、子ども本人の「労働年齢」(稼得能力)をもとにしている。

このように、社会保障給付において子どもの年齢と給付の有無という基準においても、社会保障法における「労働」の問題(山田のいう「社会保障法に潜んでいる労働」, 「社会保障法における労働」という問題)が社会保障給付事由の根底に置かれている一つの例をみるのである⁴⁾。

また「児童手当」の目的を児童の養育にかかる費用・出費(所得保障)を個人・家庭のレベルのみではなく社会、国家のレベルにおいて捉えるならば、将来における社会存続の基礎である「人間労働力」という不可欠な財産・人財⁵⁾であることから「将来の労働力」という視点からも「養育費用」(所得保障)を捉えることもできる。ただし労働力としての観点からのみ人をとらえることは、「労働力たりえない」(と見られる)人々の人権を省みない一面的な性格の理論すなわち、「生産力理論」, 「労働力還元主義」⁶⁾に陥る危険を常に孕むという市場社会の現実を看過すべきではないであろう。

この点は後にみるが、「労働法の世界」における徹底的な「労働力還元主義」(例えば、法の対象となる労働とは何か, 労働者, 労働時間, 労働者の労働意欲, 仕事能力, 仕事ぶり・態度, 労働行為・債務履行の態様・結果など多様な問題領域となる)の世界でもある「労働法」理論とは決定的に異なるものがある。

(二) 児童扶養手当給付の条件としての就職活動

(1) この問題は、社会保障法が積極的な自立(就労, 雇用労働による生活)を強調するという一方で、「労働法」の役割でもある就労促進の「雇用政策」に「従属」してその「独自性」を失うことになるのではないかという問題で

もある。もちろん、この社会（資本制市場社会、社会主義市場社会）においては、個人にとって就労、雇用による生活が望ましい（というより社会的・経済的に強制される事態である）ことから、労働法と社会保障法は、独自性を保有しつつも連携して、生活主体の「生活保障」という共通の「目的」に向けて機能する必要はあるし、連携しなければならない。しかし、社会保障法と労働法との協働、連携という問題は後に触れるが、両法の縄張り争いではない法理論的問題であるが、この問題は「社会保障法と労働法」の問題であり「社会保障法における労働」の問題とは理論的性格がことなるものと思われる。

母子、求職者・失業者や障害などを持つ人たちのニーズの充足としての社会保障給付（所得保障、障害保障）は、基本的に「労働」から疎外（傷病、失業、高齢、育児、生まれながらの障害などを原因とする）されることによって生じる。ここでは既に「労働可能性」という問題を考慮することなく社会保障給付がなされる。これが社会保障法の論理であり原則なのである。

（2）生別あるいは未婚の母子（父子も含む）家庭を「労働力視点」でとらえると、子どもには労働能力は無い（法的には15歳まで）が母親にはある。このことをとらえて、母親に対して「労働能力がある」から自立するために働け、ということは何を意味するのであろうか。あなた（母あるいは父一人で）行っている子育ては「社会」が担うから安心して働きなさい、保育所も何時でも引き受けることができる、という現実基盤は現在整備されているわけではない。さらに雇用されようにも「労働市場」で労働契約を締結することの可能性は未知であるし、現実の雇用環境の厳しさからは困難であるのも現状（労働市場論、社会経済的現実）である。それでも本人が働く「意思」があれば、雇用に向けた努力をすればよい。そのためには国家・行政がサービスを提供する、これが今の雇用促進政策であろう（労働法の役割）。

さらにいかに困窮していても、子育てを家庭において自分で（単身でも夫婦であれ）することの選択（自由な意思）をも認めるのが自由な社会の基本であろう。本人の「意思」を無視して「労働能力があるから就労・雇用の努

力」をしなさいというのはあまりにも形式的・非現実的な「政策論理」にあり、生存権と自由をともに保障する「法の論理」とは異なるものと言えよう。

このように単親家庭の「子育て」をとらえるならば、母（父）子家庭における親は、労働能力はあっても子育てのために直ちには働けない状態（子どもの自立＝労働法の世界への移行可能性があるまで。15歳～18歳）にあるとみて、労働能力の「社会的喪失状態にある」とみなすのが社会保障法の論理である。このように社会保障法において母子家庭は、「失業者」（能力も就労意思もある）と違った意味での労働能力が「社会的喪失状態」（保育所の有無、家庭で育てるという自由）にあるものとみることもできるのである。

したがって、「児童扶養手当」は、単親に肉体的・精神的な「労働能力はある」けれどその実現が期待できないので、労働能力の「社会的喪失」状態とみて養育費の必要性（ニーズ）に対して支給（所得保障）するものである。あくまで子育て費用という客観的なニーズに対する所得給付とみることができるのである。この点は山田の論考の指摘のとおりであろう。

山田の指摘するように、児童扶養手当の支給に「就労条件」をつけるということは社会保障給付の法理からみると、やはり異例のものであり、法理論的にも説明困難なものというほかない。単親家庭において親の就労促進自体は、本人の意思に基づいて、安定した生活確保のためになんら問題はなく、むしろ積極的にすすめるべきであろう。ただし本人の具体的事情への考慮と自由な意思（給付の条件としない。つまり強制を不可避・必然的に伴うものではない就労促進や能力開発であること）を基本とする。しかしそれは「労働法」との機能的な連携の問題であり、社会保障法に固有な理論的問題ではないことを基本に据えた上での「社会保障法と労働法」という別の法理論レベルの問題である。

註

- 1) 社会保障法における「自立」という問題について、菊池馨美編著『自立支援と社会保障』（2008年、日本加除出版）があり、同書において所得保障との関連で自立の問題を検討した、

山田晋「低所得対策・最低生活保障と自立」同書173頁以下がある。障害者の自立という問題について、社会保障法学会誌25号『これからの障害者自立支援・高齢者福祉』（2010年、法律文化社）があり、障害者の自立と労働について検討するものに、大曾根寛「生活支援と職業支援」35頁以下がある。

- 2) 社会保障は財源論とセットで政治課題となる傾向にあるのが事実である。もとより膨大な費用のかかる社会保障にとって財源論は制度設計上、基本的な問題でありこれを社会保険料、税との関係で重視すべきは当然である。しかし、現役（いま）子育て中の親と次世代（将来の子ども達）の将来にわたる（社会保険料、税負担による）財源論が、政治の道具となるという社会保障制度設計の現実が今の日本にある。社会保障と租税との関係について、山田晋「社会保障と所得税～公的扶助を中心に」『日本台湾法律家協会雑誌』9号（2010年）107頁以下があり問題点を指摘している。
- 3) 山田教授の所得保障給付のとらえかたについての独自の新たな見解について、山田晋「所得保障法の体系と構造・試論」『社会保障法・福祉と労働法の新展開―』（2010年、信山社）79頁以下。なお、山田教授の社会保障法と労働についての論考として以下のものがある。同「解雇撤回と失業保険返還義務」『社会保障判例百選（4版）』（2008年、有斐閣）166頁、同「育児支援の社会保障法学的検討の視角」社会保障法学会誌23号『次世代育成を支える社会保障』（2008年、法律文化社）93頁以下
- 4) 遺族に関わる年金受給権（加給年金を含む）について子どもが「18歳」になるまで、あるいは受給者が年金年齢（55歳、60歳、65歳）に達するまでというように、一定「年齢」が労働活動による稼働能力、所得能力（可能性）によって区切られている。このように「年齢」と社会保障給付と労働（所得活動可能性）とは、常に「潜在的」に法理に組み込まれていること（この法状況が山田の言う「社会保障法に潜んでいる労働」という意味の一つの例である。）も現行社会保障法の法状況として存在する。例えば、遺族年金について、国民年金法37条の2（遺族基礎年金）、同52条（寡婦年金）、厚生年金法（遺族厚生年金の受給権の消滅）63条、65条、労災保険法（遺族補償年金）16条の2参照。
- 5) 一人ひとりの個人はその個人とともに、さらに社会にとってもかけがいの無い財産であり、したがって「人材」ではなく「人財」という用語を用いるべきであろうと考えて、あえて筆者は人財という用語を使用している。

6) かつての社会政策学における「労働力保全」の理論(大河内一男)と「生産力中心主義」, 「労働力還元主義」という問題につき, 柳澤・前掲「労働法と社会保障法」(1977年) 97頁以下, 80頁, 90頁。

Ⅲ 現行法と労働法における労働

我が国における実定法における「労働」の諸規定をみることによって, 「社会保障法における労働」と「社会保障法と労働」という問題とは, 異なるレベルの法論理となっていることをまずみておくことにしたい。

「社会保障法における労働」という問題は, 結論的に言えば, 社会保障法においては, 「労働法における労働」(労働法の世界)が「中断」あるいは「終了」したときに生じる問題(例えば, 労働者の解雇, 退職による失業という労働不能状態, 労災による労働不能, 障害状態における労働不能, 定年による労働生活からの引退など)であって, すでに労働(就労, 雇用)による生活が切断された状態における人の「生活保障」を対象とする(社会保障法の世界)。したがって, 基本的には「労働」が正面から問題となることはないのである。

これに対して, 「社会保障法における労働」とは, 上述のように社会保障法が基本的に就労や「労働関係」が切断された状態を対象としつつも, 労働能力や生活能力, 活動能力の回復を目的とする給付(医療, リハビリ給付や福祉・介護給付など)をその対象として含むことから, 「回復可能性のある能力」としての労働・活動・生活能力を正面から問題とするのではなく, これらの能力を「潜在的, 背景的に射程に入れていることを理論的に意味するのである。この問題こそが「社会保障法に潜む労働」あるいは「社会保障法における労働」ということの理論的な含意といえることができる。

この問題を雇用労働(労働法の世界)と関連させてみるならば, 「社会保障法と労働」という問題は「労働能力喪失」状態から能力回復への過渡的な領域として, 社会保障法と労働法との交錯する法理論的問題(失業者の生活保障, 労災補償と雇用保障)となるのである。これと異なる「社会保障法と

労働」という問題は、「社会保障法と労働法」との相互の関係の問題となるが¹⁾、この問題は、本稿において論じないこととする²⁾。

1 現行法における労働

政治・経済・社会と個人・人格に関する「基本法」としての日本国憲法は、社会保障と労働についての憲法上の権利を規定している。憲法は、一人ひとりの個人が生活することについて生存権保障（憲法25条）と労働権・労働基準保障（同27条1項、2項）、労働基本権（28条）を保障することの他に、強制労働の禁止（同18条）、強制労働の容認（同18条の例外として刑罰としての懲役の容認）、児童労働の禁止・児童の酷使を禁止（同27条3項）を規定しており基本権レベルでの「労働」ありかたを示している。

私法の基本法である「民法」は、労務提供・受領に関する契約として、「雇用」（民法623条～631条）、「請負」（同632条以下）、「委任」（同643条以下）という労務、労働について規定しているが、これは全ての人を対象とする「市民法としての民法」の思想と法理の枠内においてであり、わずかの規定しかない民法の「雇用」規定は、「社会法としての労働法」によって大きく修正されている。同じく「市民法としての刑法」においても「自由刑」としての「強制労働」（懲役刑）は多くの罪に対する刑罰としての主流をなしている。

2 労働法における労働

「労働法における労働」という問題はその内容が多義的であり、労働の問題は抽象的レベルから具体的レベルに及びさらに労働法体系の全領域において問題となる。そして「労働」のとらえ方は、理論的な問題から具体的な裁判における解釈論の帰結を左右するものとなっている。さきに述べたように端的に言えば、労働法においては、まさに「労働力・労働能力還元主義」の世界にならざるをえないといえることができる。

（一）労働法における「労働」、労働する人としての「労働者」とは何か、

という極めて抽象的・一般的な問題は、労働法の成立の論理と独自性の確立のために不可欠な学理的理論的な課題であった。法の対象となる労働が「従属労働」あるいは「労働の従属性」にあるとする議論（従属労働論）はその典型であり、今日では具体的裁判事例において、労働法（とくに労基法と労組法）の適用対象となる労働者をめぐって、使用従属関係のとらえかたの是非については、なお争いのある問題となっている。

「労働とは何か」という問題は労働者にとって労働とは何か、生活の手段か、さらに労働自体に意義があるのかといった哲学的な問いを含むが、法理論としては労働法領域における具体的な問題解決のために論じられるものである。例えば、「就労請求権」をめぐる理論は、労働者にとっての労働の意義という抽象的哲学的問いを含むが、しかし具体的には解雇され訴訟において解雇が無効とされても職場において「就労・労働させない」という事実に対する労働契約上の権利構成として就労強制実現が可能か、そのために訴訟上・執行上も履行強制（間接強制）は可能か、という具体的解決をせまる問題なのである³⁾。

(二) 労働法における労働の問題は、なによりも労働者の労務の提供・受領関係が中心となるものであり、その中身は労働者が自己の人格と一身をもって行う労働という行為についての「労働能力の評価」の問題となる。これは使用者・企業活動にとっての利益となる労働能力、労働力の提供という評価に関するものであり、その評価をめぐって対立が生じるものとなる。例えば、労働時間論における「労働させる」ことの意味と労働時間の概念、「組合活動」としてのリボン、ワッペン着用した就労、鉢巻就労の正当性と債務の本旨など、抽象的かつ具体的な問題であるが実際には裁判において問われるところの「労働」論でもある⁴⁾。また、労働災害における障害等級表と労働能力、逸失利益と労働可能性、定年制・年齢差別と労働能力との関係など、具体的な労働能力のみならず労働可能性、潜在的能力というレベルにおいても労働の問題は問われ問題となるのが労働法の世界である。

(三) このように労働法における「労働」論、あるいは「労働者」論という

ものは、労働法の学としての生成・展開そして既存の法学分野からの自立・独立性の基点であったといえるが、さらに、今日においてもなお激変しつつあり、当然に将来も変化する雇用・就労・就業構造の変容と多様化の原因と結果でもある。そして、企業の論理による「非労働者」政策と国家の関与せざるをえない「労働・社会政策」にともなう「労働のありかた」、「労働者」論としてホットな今日的・現代的問題でもある。

このように労働法における労働論というべきものは、労働法の生成期から今日に至るまで、さらに将来においても、労働法理論の中身、内容を問い続ける基本的問題であることに変りはない。労働法における労働、労働者という基本的な問題について、現実の解釈論において共通の理論的理解が得られているわけではなく混迷しているのが現状でもある。これは社会経済、雇用社会の激変による労働者問題が、実定労働法という法技術を用いて裁判所、あるいは行政機関で解決が求められる以上、常に新たに生起する問題でもある。いずれにせよ、「労働法における労働」とは、抽象的かつ具体的な問題にせよ「労働能力還元主義」の世界であることに変りはない。まさに「労働能力者」である労働者の行為である労働の諸相が正面から問題になる領域が、労働法の世界なのである。

註

1) 社会保障法の骨格を構成している「社会保険」法理という視角から、社会保障法の現状の問題点と将来像とを全般的に検討した、河野正輝・良永彌太郎・阿部和光・石橋敏郎編『社会保険改革の法理と将来像』（2010年、法律文化社）がある。同書において、社会保障法と「労働」との関連について随所で取り上げられて検討がなされており示唆するところが大きい。その視点は、ベーシックインカム論の言及を除くと、本稿でいう「社会保障法と労働法」あるいは「社会保障法と労働」という観点からのものといえよう。社会保障法（菊池馨美）、労働法（野田進）、社会労働政策（駒村康平）、社会福祉（岩田正美）の領域から現下の「貧困・格差をめぐる諸問題と社会法」という座談会（季刊労働法226号2009年、4頁以下。）は、法理的に知的刺激を与える内容であるが、ここでの論

じる視角も前著と同じく「社会保障法と労働法」という観点からのものといえる。

- 2) 人の一生というスパンでみると、「労働法の世界」は労働年齢(15歳)に達してから就職(18歳, 22歳)して雇用労働関係が継続しながら定年(65歳)までの「労働者」を対象とするのに対して、「社会保障法の世界」は、人が生まれてから死亡するまで(正確に言えば、「ゆりかご(cradle)から墓場(grave)まで」というより「母胎(womb)から墓場(tomb)まで」)の一生を対象とする。この点においても、両法のカバーする範囲は重なりつつも異なっているのである。
- 3) 柳澤旭「労働法理にみる労働論—就労請求権論をめぐって—」林還暦記念『社会法の現代的課題』(1983年, 法律文化社)230頁以下, 同「労働法理にみる『労働力』概念の一考察」九州大学産業労働研究所報72号(1978年)頁以下。
- 4) 判例集や判例解説にみるように, 労働判例において労働のありかたは具体的な紛争として争われるところである。なお民法学者による争議行為(一部スト)と不完全履行についての問題提起は労働債務の履行という問題について法解釈論の在り方を考えさせるものである。原島重義『法的判断とは何か—民法の基礎理論』(2002年, 創文社)52頁以下。183頁。

IV 社会保障法における労働

1 労働法との交錯領域・接点における労働

さきにも「社会保障法と労働」と「社会保障法における労働」の交錯領域にあるものとしての問題をみてみよう。

(一) 労働能力喪失としての失業と労働災害

「労働災害」による傷病を原因とする労働不能と「失業」とは、ともに労働力の喪失であり、社会保障法における生活保障の給付対象となる。「失業」は労働能力の「社会的」喪失であり、「労働災害」による傷病死は精神的・肉体的な(部分的・全面的)労働能力の喪失である。

失業は、労働能力が精神的・身体的に備わっており、「労働の意思」と「能力」を有するものである(雇用保険法4条3項)にもかかわらず、社会とりわけ「採

用の自由」をもつ「企業」から疎外され必要とされていないという意味で活用されていない労働力(労働能力の社会的喪失)である。この点は、未だ就職、職業経験を継続的にしたことのない「学卒未就職者」についても同様である。

「労働災害」による傷病は、一時的(回復可能)に、あるいは長期的・永久的な身心の障害状態としての労働能力の喪失をもたらす。労働災害による労働者の「死亡」は、まさに当人にとって永久的な労働能力喪失であることはいうまでもないが、労働者の「死亡」が社会保障の対象とされるのは死亡した労働者の所得(賃金)によって生活していた遺族(家族)の生活保障を目的とするものである。

「失業」は雇用労働からの疎外による生活困難に対して1年間の限定(雇用保険法20条1項、給付日数は、90日から最大330日である。同22条)で所得保障(基本手当の支給)を行う社会保障給付であり、労働災害は傷病死による労働の中断(回復可能な傷病であるかどうかによる)、あるいは永久的な労働不能(身心障害、死亡)による生活困難に対して「所得保障」(休業補償、障害補償、遺族補償)あるいは「障害保障」(医療、リハビリ、介護・ケア)という社会保障給付を行うものである。

(二) いずれにせよ失業も業務上災害による傷病や死亡も共に、労働能力の一部又は全部喪失であることを給付事由として、「生活保障」を目的とした「社会保障給付」が行われる点で共通する。ここでも社会保障法が「労働能力喪失」を原因(社会的事故・社会保障法のカバーする危険)としているのである。この点は失業と類似しているが、雇用・公務労働における「定年」による所得保障(年金給付)は本人の意思に関係なく、企業・公務からの「年齢」(60歳~65歳)による「労働能力喪失」という「労使自治」を基盤にした「社会的暗黙合意」として存在している¹⁾。しかし、定年制は年金支給年齢との関係で65歳まで段階的に行政指導を背景に強行的に引き上げ又は再雇用をせざるを得なくなる。定年制を認めるにせよその「年齢」基準はもはや労使自治の問題ではなく、「社会法的公序」の問題として立法規制の問題となったのである。定年も失業と同じく労働能力と労働の意思をもつ者にとっては、労

働能力の「社会的喪失」という共通の性格をもつととらえることができる。

(三)「失業」と「定年制」は、ともに労働の意思と能力があるにも関わらず、労働能力の「社会的喪失」であることを理由に生活保障給付（所得保障）を行うのに対して、労災補償給付は「身体的・精神的労働能力喪失」状態にある者を対象とする。このことは「本人の意思」による「雇用労働への復帰」については、より困難な問題を有する。傷病という事故（労働能力喪失による労働不能）の性格からして、労働可能かどうかについて医学的判断が介在するからである。この点について法は、一定期間（3年間）を経過して傷病が治癒・回復しない場合は「障害」状態にあるとみて、もはや労働契約関係・雇用労働（労働法の世界）から切断・排除することを法的に認めることにしている。「労基法」（81条）の打切補償の制度である。そして、傷病が治癒しないまま「1年半経過」して障害状態になってからは「労災保険法」（社会保障法）の対象として生活保障を行うことになる（傷病補償年金。労災保険法12条の8③項）。このような法的状況をどのような理論的に説明できるのであろうか。

「労働災害」による傷病については、傷病の治癒しない期間の「労働不能」や「障害」状態について社会保障給付（所得保障給付と障害保障給付）を行う（社会保障法の世界①）が、労働能力が回復したら雇用労働に復帰すること（労働法の世界へ戻す）をも目的としているのである²⁾。そして1年半経過して、もはや治癒・回復不能の状態にあることを認定して、更に社会保障給付（所得補償、障害保障）を行う（社会保障法の世界②）という法的構造になっている。

このように労働災害による労働不能・労働能力喪失（傷病）と社会保障法と労働法との関係をとらえると、社会保障法は労働法との関係において、「労働法の世界へ移行」させることの可能な労働者を、生活主体として社会保障法の対象としつつも（社会保障法①）、労働能力を長期的（1年半から3年間経過）あるいは永久的に喪失して労働法の世界に移行できない生活主体それ自体を対象として生活保障給付を行う（社会保障法②）ものにと目的的に区

別できる。が、社会保障法は労働不能状態（労働能力喪失）にある「労働者」を「生活主体」としてとらえて、その労働能力喪失自体を社会的事故として生活保障を行うことに变りは無い。

（四）「失業」という労働能力の社会的喪失状態についても、1年間という期限付きでの所得保障を経て、なお生活困難・生活不能が解消されない場合、生活困難が継続する期間は雇用保険から生活保護法に移行させて所得保障を行うことになる。生活保護制度は労働能力の有無を問うことなく保護の対象とするが、ワーキングプア問題があるにせよ、実際は労働能力喪失者（傷病者、高齢者）がほとんどをしめる。失業者は生活保護の対象となる場合は、労働能力も労働の意思を有するにもかかわらず、「社会的労働能力喪失者」たる「生活人」と行政的に認定されて生活保護の対象となるのである。

以上のように、「失業」と「労働災害」については、「労働者」でありつつも「労働能力喪失」という事実（社会保障の対象とする社会的事故・危険）をもって、社会保障法の対象である「生活主体」となるのである。社会保障法における社会保険、その中でも実定法上（労働保険徴収法）も「労働保険」³⁾として捉えられている雇用保険法と労災保険法とが、「労働法」としても「社会保障法」としても理論的に把握されて、それぞれの分野におけるテキストや判例集において取り上げられるのは、この二つの領域が両法の「交錯領域」や重なる分野（接触面）として位置づけられていることにある。しかし「失業」と、「業務上災害」による傷病や死をとらえる視点は、両法においては異なる。労働法は、失業者、労災被災者を「労働者」としてとらえ、社会保障法では「生活主体」としてとらえることになるが、両法の基底にあるのは「労働能力喪失」という共通の社会的事故である。

註

- 1) 日本において定年制が「年齢差別」になるかどうかの問題が本格的に論じられるのも最近になってである。定年も含めた雇用社会における年齢差別の法的問題について、桜庭諒子『年齢差別禁止の法理』（2008年、信山社）、柳澤武『雇用における年齢差別の法理』

(2006年, 成文堂) 参照。

- 2) 人の身体を労働能力で徹底的に解剖したような「障害等級表」は、必ずしも「医学的」なものだけではなく、「社会的」なものをも含むが(男女の外貌への損傷, 生殖への影響), それが性差別的な基準であれば問題となり, 平等法理に照らして判断される。障害等級改正の契機となった注目すべき判例として, 「国・園部労基署(障害等級男女差別)事件」京都地判平22年5月27日(判労1010・11)がある。なお, 「障害者」(障がいをもつ人)の就労, 雇用の問題は, 社会保障法と労働法とにおける問題(「社会保障法と労働」の問題)であるが, ここではとりあげるには問題が大きすぎるので別に論じる必要がある。障害者における就労・雇用について, 前掲・大曾根「生活支援と職業支援」社会保障法学会誌25号(2010年), 季刊労働法225号(2009年)特集<障害者雇用の方向性を探る>所収論文参照。
- 3) 労働保険が社会保障法においても理論的意義について, 荒木誠之「労働保険論」窪田還暦記念『労働災害補償法論』(1985年, 法律文化社)151頁以下。労働者を対象とする社会保険の中で労災保険と雇用保険は「労働関係」を基盤とすることから他の社会保険(例えば, 健康保険, 厚生年金, 国民年金などは「社会保険審査官及び社会保険審査会法」昭和28年法206号による不服申立制度である)とは区別されているのである。「労働保険審査官及び労働保険審査会法」(昭和28年法206号), 「労働保険の保険料の徴収等に関する法律」(昭和44年法84号)は, 労災保険と雇用保険とを労働保険として一括している。荒木・前掲論文154頁, 西村健一郎『社会保障法』(2003年, 有斐閣)334頁。

V 結び—社会法における労働把握のポジ(顕在)とネガ(潜在)

伝統的な法領域(大分類)としての「公法」と「私法」と並ぶ「社会法」¹⁾²⁾として独自の領域をなす「労働法」と「社会保障法」とを, 「労働」(労働力, 労働能力, 就労・独立自営業, 雇用労働, 人口・生産力)という視点でとらえることの意味は, 政策論, 法理論としても多様かつ多義的なものがある。それは, 「労働」というものの持つ意義というものが, 個人一人ひとりにとっても, さらに, 社会, 国家, 国際社会においても多様・多義的であることから生起する必然的なものでもある。

しかしながら、「社会法の理論」にとって意味のある労働のとらえかたは、社会法の性格によって自ずと規定あるいは限定されたものとなる。この社会における人の生活は、自己の所得、あるいは所有する財産によって維持することが基本（生活自己責任原則）であることから、所得を得て生活することの大半は「雇用労働」によるものとなる。「労働能力を有している」ものは、「労働契約」を締結し雇用労働関係において「賃金」所得を得ること、あるいは自営業により収入・所得を得ることによって生活することがこの社会の基本的あり方となっている。これらの労働力人口の約9割近くが雇用労働にあるのが日本の現実であり、「雇用社会」といわれるのはこの意味においてである³⁾。この意味での雇用社会という現実は、日本に限らないものであり、いわゆる「自由市場社会」（資本制社会、商品交換社会）に普遍的な事実でもある。

このような現実社会を前提にして、一人ひとりの「生活保障」について国家の法的・政策的な対応が存在する。生存権保障を直接的に行うことを目的とする「社会保障法」の立法化と、労働権 労働基本権を保障することによって生存権の実現を目的とする法的権利の具体化を目的とする「労働法」の立法化である。このように労働（労働主体、労働者）に関する人権とそれを具体的権利として保障する法としての「労働法」と、労働（能力）の有無に関わらず、しかし労働することのできない状態のときに、所得（保障）と人格的生存そのもの（障害保障、サービス給付）を確保する（目的）ために作動するシステムとしての生活保障システム、これを具体的に法制度化（法治主義国家）した「社会保障法」とは、ともに「生存権」に基礎を置く「社会法」として現実に存在しているのである⁴⁾。

労働能力の無い人（労働能力喪失状態にある生活主体）を基本に作動するシステムとしての社会保障法において、「労働」というものもつ法理論的かつ政策的な意味は、あくまで「潜在的」、「二義的」なものであり、表面には出て来ないし、前面に出てくるものではない。ここに「労働」という問題について、労働を「潜在的」ととらえる社会保障法の労働法に対する「独自

性」と存在意義があるといえるのである。

註

- 1) 社会法について法思想、実定法としての法分化、裁判規範性という全法秩序・体系的視点でとらえる、菊池勇夫「社会法と全法律」孫田・米寿記念論集『経営と労働の法理』（1975年、専修大学出版局）3頁以下参照。この論考は「社会法」というものの法理論的な意味を考えるうえで、今日においても多くの示唆を与えてくれる古典的文献の一つである。そして今日の社会法をとりまく社会・経済的環境の変化の中で「社会的なもの」を如何に現代的に把握すべきかを論じたのが、前掲・荒木誠之「社会変動と社会法の変容」（1999年）、「社会法学におけるパラダイムの現状—労働条件保護から生活保障への展開—」（1998年）、同『生活保障法理の展開』（1999年、法律文化社）3頁以下、19頁以下所収の論考である。また社会法は、「20世紀法学が公法と私法との境界線上に産み落とした麒麟児である」（W. カスケル）との観点から社会法（労働法）をとらえる、孫田秀春『労働法の起点—労働法の開拓者たち—』（1970年、高文堂出版社）124頁以下（同書とびらにも掲載している。）の見方も公法・私法では把握できないものとして社会法をとらえようとするものである。
- 2) 日本における人口（1億2700万人）、労働力人口（6600万人）、就労者（6400万人）、労働者（5400万人、失業者300万人）という統計数値の持つ意味である。
- 3) 社会保障法は、労働法とともに「社会法」として存在し、現在生活している人の生活保障を目的とするが、社会保障法は労働法とは異なる意味において、その法理論の中でギブ&テイクの「商品交換」社会の論理では説明ができない贈与、互酬、あるいはギブ&ギブ、テイク&テイクという論理や連帯という理念でとらえざるを得ないものを含むのである。この点で、人類史・世界史を「交換様式」という視点から原理的にとらえ、国家、資本と賃労働の交換様式をふまえつつ互酬、贈与という観点から思索するものとして、柄谷行人『世界史の構造』（2010年、岩波書店）は、現代における社会法を考える上で示唆するところが大きいものがある。民法を「債務の理論」と基本的にとらえて雇用・労働契約を再検討すべきであるとするユニークなものとして、牧瀬義博『人間の尊厳と労働』（2010年、丸善プラネット）がある。