

研 究
労働法・経済法

別冊
3

ドイツにおける社会法概念の展開

——その法思想史的意義——

松 本 和 彦



CALAMVS GLADIO FORTIOR

慶應義塾大学産業研究所

平成3年6月

ドイツにおける社会法概念の展開

——その法思想的意義——

- 1 はじめに
- 2 現代ドイツにおける社会法概念
 - (1) 諸学説の概観
 - (2) 広義の社会法概念
 - (3) 狭義の社会法概念
- 3 社会政策と社会法概念の形成
 - (1) 社会法概念に対する社会政策と法学の関係
 - (2) 社会法概念の二重性 (Dualität)
- 4 社会法と労働法の分離
 - (1) 労働法ないし社会法への統一化の試み
 - (2) 労働法の独自性 (Selbständigkeit)
- 5 むすびにかえて

1. はじめに

ドイツにおける社会法概念の展開については我が国ではかなり以前から研究されているが、それらはいずれも、おもにギールケ、ヤコビ、カスケル、ポットホフ、ラートブルフ、ジンツハイマー等の社会法概念について論じたものであった。⁽¹⁾つまり第一次世界大戦前、戦中及び戦後におけるドイツ法学界に現われた社会法についての法理ないし法思想とその後の発展を主要な学者の議論について叙述したものであったといえる。しかし現在のドイツにおいて社会法がどのように理解されているのか、つまりその概念規定については十分な研究がなされているとはいえない。

本稿の目的は現在ドイツにおいて社会法がどのように理解されているのか、その概念規定をめぐる議論を検討することである。そこで第2章では現代ドイツにおける代表的な学者による社会法概念の諸定義を考察し、第3章では社会政策と社会法概念形成との関連を、第4章では社会法と労働法の分離をとくに取り上げて概観してみたい。

- (1) たとえば加藤新平「社会法概念とその基本問題」(『法律文化』第3巻第10・11・12合併号 昭和23年13-21頁参照。) 峯村光郎「ドイツにおける社会法の発展」(『法律時報』30巻4号〈特集〉市民法と社会法 35-37頁参照。)

社会法概念について一般的に論じている代表的な文献として次のものがある。沼田稻次郎『市民法と社会法』(法学理論篇 116 日本評論社 昭和28年)、同『労働法論序説』(勤草書房 昭和25年) 宮川澄『市民法と社会法』(青木書店 昭和39年) 橋本文雄『社会法と市民法』(岩波書店 昭和9年)、同『社会法の研究』(岩波書店 昭和10年) 加古祐二郎『理論法学の諸問題』(日本科学社 昭和23年)、同『近代法の基礎構造』(日本評論社 昭和39年) 黒田了一「社会法概念について」(法学第5巻1・2号) 峯村光郎「労働法と経済法」(『労働法講座』第1巻 有斐閣 昭和31年) 渡辺洋三「市民法と社会法」(『法律時報』30巻4号) 菊池勇夫「社会法」(『法律学辞典』第2巻 岩波書店 昭和10年)、同『社会法の基本問題』(有斐閣 昭和43年) 丹宗昭信「社会法理論の発展」(『社会法綜説』(上) 所収 有斐閣 昭和34年) 片岡昇「社会法の展開と現代法」(『講座現代法』1 岩波書店 昭和40年)、同「社会法概念について」(『思想』553号)、同「労働法と社会法」(『演習労働法』所収 青林書院新社 昭和47年) 磯村哲『社会法学の展開と構造』(日本評論社 昭和50年)、同「社会法の性格」(『哲学研究』31巻9冊 弘文堂書店 昭和22年) 石井照久『労働法総論』(法律学全集 45 有斐閣 昭和32年) 宮本安美「社会法の解釈」(『演習法律学概論』所収 青林書院新社 昭和48年) 金子晃「社会法」(国民法律百科大辞典 4 ぎょうせい 昭和59年) 甲斐祥郎「社会法の論理と構造」(『社会法の現代的課題』林迪廣先生還暦祝賀論文集所収 法律文化社 昭和58年)

2. 現代ドイツにおける社会法概念

(1) 諸学説の概観

「社会法」(Sozialrecht od. soziales Recht) という概念のもとで何が理解されるのかをめぐる問題については今日でもなお学者の間に一致した見解が確立

されているわけではない。⁽¹⁾ 社会法という概念で何が理解されるかという、その不明確さと不安定性の中にまさにこの社会法概念の特徴があらわれているのである。⁽²⁾ 以下において社会法がどのように把握されているのか、代表的な学者によるその定義をいくつかみてみることにしよう。⁽³⁾

第一に、社会法は「その社会政策的意味内容の高められた強さ (Intensität) において際立つ」法領域の総体であるとするツァッハー (Zacher) の定義がある。⁽⁴⁾ この定義はツァッハーが第一段階において社会法概念を抽象化することによって導き出したもので、社会政策的 (sozialpolitisch) 社会法概念と名づけることができるとする。

第二に、「社会的諸矛盾の調整のために、特殊な方法で、実質的な保護、機会平等ならびに発展可能性によって個々のないし特定の人々の集団 (Bevölkerungsgruppen) の欠乏 (Defizite) を除去するための法の部分領域」である、とするヘンケ (Henke) とヴェルテンブルフ (Wertenbruch) の定義がある。⁽⁵⁾

第三に、「公的機関の担い手の他動的 (transiv) 給付 (Leistungen) によって個々人の財産の差違を阻止し除去する法」であるとするブレイ (Bley) の定義がある。⁽⁶⁾

第4の定義として挙げられるのは、社会法は「生活保障ならびに生活配慮 (Daseinsfür-und vorsorge) という特殊な課題を実現する、社会正義ならびに社会保障 (soziale Sicherung) に奉仕する法」である、⁽⁷⁾ とするものである (シュリン Schulin)。

最後に第5として、社会法は「国家 (Gemeinwesen) による経済的な、またサービス提供的な保障に関して、ならびに個々人の肉体的ないし経済的な生存のほぼ平等な発展に関して社会 (Gesellschaft) に存する諸期待の包括的な秩序、そしてこの諸期待の実現の包括的な秩序」である、とするツァッハーの定義が挙げられる。⁽⁸⁾ この定義はツァッハーがより高い段階において社会法概念を抽象化し同時に実体化することによって導き出したもので、所与の社会政策的諸観念に向けられているため、実証的 (positiv) 社会法概念と呼ばれるとする。

以上ツァッハー、ヴェルテンブルフ、ヘンケ、ブレイならびにシュリンの社会法概念についての諸定義をみてきたが、これらの類似した諸定義は実質的 (materiell), 社会政策的 (sozialpolitisch) ないし実証的 (positiv) 社会法概念として特徴づけられるものである。⁽⁹⁾ また、ある規範を社会法に組み入れるためにその機能ないしその社会政策的意味内容に焦点を合わせたものであるとみることができる。ところでこのような諸定義に対して批判がないわけではない。すなわちこれらの諸定義をみれば容易に判るように、これらの社会法概念の諸定義は、他の法領域から社会法を対象に関して明確に境界設定するためにはほとんど役に立たないという欠点がある、⁽¹⁰⁾ とする批判である。

またツァッハーに代表されるような社会政策的社会法概念、すなわちある法領域を社会法に組み入れるためにその社会政策的意味内容の高められた強さに焦点を合わせている社会法概念は次のような問題性を孕んでいる。つまりこの種の概念規定はその時々法素材 (Rechtsmaterie) の社会政策的意味内容の漸進的な相違に結びつかざるをえないという問題性である。そのためどうした場合に社会政策的意味内容の要求され高められた強さが提示されるのかは、ほとんど一義的に確定されることができないことになる。社会法の概念規定においてこの高められた社会政策的意味内容という観点に立つならば、多数の民法上の法素材、たとえば使用賃借人保護法 (Mieterschutzrecht) ないし割賦法 (Abzahlungsrecht) は社会法に組み入れられなければならないことになるだろう。しかし使用賃借人保護法や割賦法を社会法に算入する者は誰ひとりとしていないのである。⁽¹¹⁾

このような理由から、社会政策的社会法概念は、社会法を他の法領域から明確に区別するには適していないことが明らかとなる。このことは結局、ツァッハーの次のような試みに対してもいいうることである。すなわち、ツァッハーは先に示したように、社会法は「国家による経済的な、またサービス提供的な保障に関して、ならびに個々人の肉体的ないし経済的な生存のほぼ平等な発展に関して社会に存する諸期待の包括的な秩序、そしてこの諸期待の実現の包括的な秩序」であるという仕方で、社会法概念を抽象化し、また同時に具体化す

ることによって、実証的社会法概念を獲得しようと試みたのであった。しかしながらこの種社会法概念はまず第一に、ツァッハーも容認しているように、法律の境界設定から離れているし、また法律上ならびに政治上の日常用語からも離れているといわなければならない。第二に、この種の概念は社会法を他の法領域からほぼ確実に区別することもできないのである。⁽¹²⁾

以上のことから明らかなようにこれらの社会政策的、実質的ならびに実証的社会法概念の諸定義は社会法を他の法領域から截然と区別するには適切ではないということが判る。それでは社会法を他の法領域から明確に区別するような概念規定はあるのであろうか。これが可能となるのは、法領域の対象に関する承認を行なうことを試みる形式的 (formell) ないし実用的 (pragmatisch) な社会法概念から出発する時だけであろう。⁽¹³⁾ このような承認は以前にたとえば次のような仕方で行なわれた。すなわち社会法概念のもとに主に社会保険 (Sozialversicherung) ならびに社会扶助 (Sozialhilfe)、戦争犠牲者援護法 (das Recht der Kriegsoferversorgung) ならびに労働促進法 (das Recht der Arbeitsförderung) といった法素材を総括することによってである。⁽¹⁴⁾ 社会法典の総則 (SGBI) が発効してからは、形式的に考察する場合には、社会法概念を次のように定義することができるようになった。すなわち社会法はこの社会法典の中に含まれている法素材である、と定義するわけである。しかしこのような実用的社会法概念の定義に対してもやはり批判が向けられている。すなわち SGBI の § 3 から § 10 までに挙げられている法素材に結びつけられているこの種社会法概念の実用的な定義に対して、この定義はこの法領域の動態に応じるものではないとか、学問的な体系構成にとっては役に立たないという批判である。⁽¹⁵⁾ また、そもそもいかなる基準によってある法律を社会法典に組み入れるかが問題であるにもかかわらず、社会法典に含まれている法律が社会法であるとするこのような定義は問題を回避しているように思われる。けれども利点もないわけではない。この定義は先に挙げた実質的、社会政策的ないし実証的社会法概念とは異って、社会法を法的対象に関して一義的に区別することを可能にするという利点である。⁽¹⁶⁾

この実用的社会法概念の定義に従えば、社会法に組み入れられるのは次のような法素材ということになる。すなわち、教育・労働促進 (Bildungs-und Arbeitsförderung), 社会保険 (Sozialversicherung, この中に疾病保険 Krankenversicherung, 災害保険 Unfallversicherung, 年金保険 Rentenversicherung が含まれる。), 健康上の損害における社会補償 (soziale Entschädigung bei Gesundheitsschäden), 家族費用の減少 (Minderung des Familienaufwandes, この中に子供養育補助金 Kindergeld, ならびに扶養前払い Unterhaltsvorschüsse が含まれる), 適切な住居のための手当 (Zuschuß für eine angemessene Wohnung, すなわち住居補助金 Wohngeld), 青少年福祉事業 (Jugendhilfe), 社会扶助 (Sozialhilfe) ならびに障害者の適応 (Eingliederung Behinderter すなわちリハビリテーション Rehabilitation) がそれである。

また伝統的な社会法素材の理解によれば、社会法は慣例どおり社会保険 (Sozialversicherung), 社会援護 (Sozialversorgung) ないし社会補償 (soziale Entschädigung) ならびに社会扶助 (Sozialhilfe) ないし社会保護 (Fürsorge) に細区分されることになる。⁽¹⁷⁾

以上のことから明かなように、現代ドイツにおいて社会法概念規定が問題となる場合には、労働法や経済法は除かれ、もっぱらいわゆる狭義の社会法、すなわち社会法典を中心とした社会政策的諸立法が考察の中心となっている。このことは Sozialrecht という表題がつけられている著書すべてにいいうるといってよいであろう。そしてこれらの諸法律を全て包括し、しかも他の法領域から截然と区別されるような概念規定が様々に試みられているのである。すなわち社会法についての社会政策的、実質的ないし実証的な概念規定が試みられたが、これらの諸定義はいずれも社会法を他の法領域から明確に区別するには適切であるとはいえず、社会法典発効後は社会法概念の形式的ないし実用的な定義が一般に受け入れられているといえよう。

とはいえ社会法概念にはこのようないわゆる狭義の概念だけではなく、また広義の概念も存在することが看過されてはならない。そこで、第二、第三節に

においてこの区別を検討してみよう。

(2) 広義の社会法概念

前節で検討したことから明らかなように、現代ドイツにおいては社会法という名称はいずれも特定の法領域を示すものとして一般に認められており、また定説ともなっている。しかしこの場合に根本において2つの異った社会法概念の理解が存することが注意されなければならない。すなわち広い意味での社会法概念と狭い意味での社会法概念の区別が存するということである。ただ、社会法概念を厳密に規定する必要がない場合には、一般に狭い意味での社会法概念が社会法の名称で理解されているのが普通である。⁽¹⁸⁾ それゆえ第一節において検討したような様々な学説が狭義の社会法概念について存するわけである。

以下において広義における社会法と狭義における社会法がいかなる法領域を包摂するものとして理解されているのかみてみることにする。

まず、広義における社会法 (Sozialrecht im weiteren Sinne) は社会政策的に決定された立法の広範囲な領域を包摂するものとして理解されている。この広義における社会法はその本質的な構成要素としての狭義における社会法とともに、全ての労働法ならびに私法に由来するさまざまな諸規定も含んでいる。その諸規定は個人の保護を特に考慮するという観点のもとで規定されているもので、たとえば住居法 (Wohnrecht) が挙げられる。また広義における社会法は明確に定義された狭義における社会法に組み入れるのが難しいような公法的諸領域も包摂している。この広義の社会法の領域に本来の開放性を維持するために、厳密な限定は承認されないし、また承認されるべきではないのである。そうすることによって開放的な社会法概念という名称が使用されるからである。⁽¹⁹⁾

ところでこの広義における社会法概念がひとつの統一的で学問的な法分科に対する呼称として理解されることはほとんどない。またこの広義の社会法が公法と私法との間の第三の法であるとする理論を信奉する学者はほとんど見い出すこともできないのである。それではこの広義の社会法概念の本質的機能はどこにあるのであろうか。それは、狭義における社会法概念と取り組む際に、そ

の社会政策的な形成による類似の補完的な諸規定を提示することにあるといえよう。そしてこの諸規定は当該の問題の全ての観点の完全な把握のためにともに考慮されなければならないのである。⁽²⁰⁾

(3) 狭義の社会法概念

次に狭義における社会法をみてみよう。

狭義における社会法 (Sozialrecht in engerem Sinne) の概念はときとして広義における社会法概念からの実用的な除外によってすくなくとも自律的に形成されるものである。最近ではこのように把握された社会法の領域はしばしば実定法のひとつの領域と同一視されるのが普通である。すなわちこの意味における社会法は、社会法典 (Sozialgesetzbuch) に規定されている法である、とするものである。社会法典以外にさらにこの狭義の社会法に加えられなければならないものとして、実用的な理由から除去された社会裁判権のための諸規範と戦争結果法 (Kriegsfolgerecht) を挙げることができよう。このことはその通常の下位区分によるこの狭義の社会法領域の説明と一致しているといえる。そういうわけで、狭義における社会法は社会保険 (Sozialversicherung)、社会扶助 (Sozialhilfe) ならびに生活保障 (Versorgung) といった部分領域のための上位概念として通用している。あるいはまた最近の三分類 (Trias) に従えば、⁽²¹⁾ 保障 (Vorsorge) の法、補償 (Entschädigung) の法ならびに調整 (Ausgleich) の法といった部分領域のための上位概念として通用しているということもできよう。⁽²²⁾

先に、狭義における社会法概念が実定法のひとつの領域として理解されていると述べたが、このことはたとえばドイツにおいて定評のあるクライフェルトの『法律用語辞典』⁽²³⁾ の付録にある次のような図表をみるとよく判るだろう。

図1をみると、社会法が公法に属し、しかもひとつの法領域を形成していることが読み取れる。また図2をみれば、この社会法がいかなる法領域を含んでいるのが判る。すなわち連邦社会扶助法 (Bundessozialhilfegesetz)、少年福祉法 (Jugendwohlfahrtsgesetz)、連邦子供養育補助金法 (Bundeskindergeldgesetz)、社会法典 (Sozialgesetzbuch)、ライヒ保険法 (Reichs-

versicherungensordnung), 被用者保険法 (Angestelltenversicherungsgesetz), ライヒ鉱業従事者法 (Reichsknappschaftsgesetz) ならびに労働促進法 (Arbeitsförderungsgesetz) が社会法に包まれている。ただしこの図表における社会法は狭義の社会法として理解する必要がある。

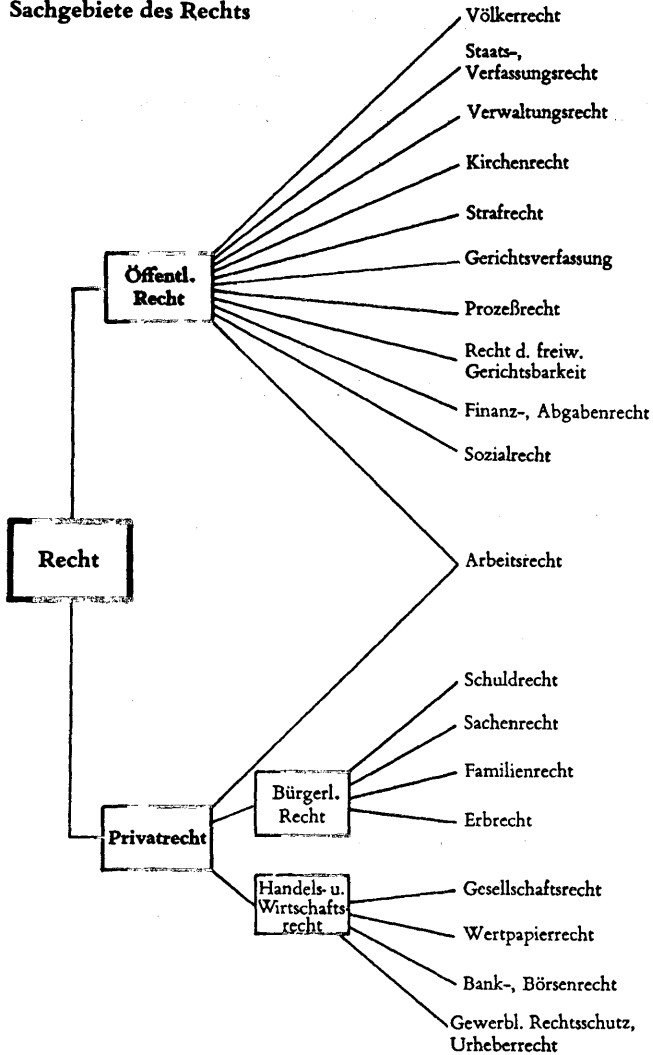
この狭義の社会法概念には別の名称が与えられることがあるので、それについて少し触れておきたい。

狭義における社会法と内容上広範囲に一致している 2 つの術語がある。すなわち社会行政法 (Sozialverwaltungsrecht) と社会保障 (soziale Sicherheit) という術語である。⁽²⁴⁾ これらの術語は狭義の社会法領域の 2 つの中心的な特徴を示しているものであるとみることができる。

まず社会行政法という名称はこの狭義の社会法が行政法 (Verwaltungsrecht) の一部を形成していることを明らかにしている。(ただしクライフェルトの図表 1 においては両者は一応区別されている。) この組み入れはほとんど矛盾に出会うことはない。というのは、行政法との成立している一致ならびに相違が説明されることがないかぎり、この組み入れは実質的言明によって変わる事がほとんどないからである。この組み入れがどこから生じるのかといえば、——これは広義の社会法概念との区別の基準である——それは、この狭義の社会法がもっぱら公法を含んでいるということからである。それゆえこの狭義の社会法を労働法に包摂させることは結局まだ行なわれていない。この狭義の社会法を行政法に組み入れることは、この狭義の社会法が公的担い手によって個人に対して直接給付を行なうということを中心に置いていることから生じるものである。これはたいてい、補償機能 (Entschädigungsfunktion) をもっており、また予防的な保護措置よりもさらに強くあらわれる現金、現物あるいはサービス給付でありうる。また社会保障法 (Sozialleistungsrecht)⁽²⁵⁾ というときどき使用される内容上一致している名称がこのことを示しているといえよう。

次に社会保障 (soziale Sicherheit) という術語だが、60 年代におけるこの術語の活発な使用は、社会法 (Sozialrecht) という概念の支配的な位置によっ

Sachgebiete des Rechts



Einzelne Rechtsgebiete gehören verschiedenen Bereichen an, insbes. das Arbeitsrecht, das öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente enthält. Das Kirchenrecht liegt außerhalb dieses Schemas, soweit es sich nicht um staatliches Recht, sondern um die eigene Rechtsordnung der Kirchen handelt.

Die wichtigsten Gesetzeswerke
der auf der Vorseite bezeichneten Rechtsgebiete sind:

I. Öffentliches Recht

Staats- und Verfassungsrecht

Grundgesetz und Verfassungen der Länder	Staatsangehörigkeitsgesetz
Bundeswahlgesetz	Parteiengesetz

Verwaltungsrecht

Verwaltungsverfahrensgesetz	Personenbeförderungsgesetz
Verwaltungszustellungsgesetz	Güterkraftverkehrsgesetz
Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz	Beamtenrechtsrahmengesetz
– Bund und Länder –	Deutsches Richtergesetz
Abfallgesetz	Bundesdisziplinarordnung
Atomgesetz	Beamten- und Richtergesetze des Bundes und der Länder
Bundesdatenschutzgesetz	Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder
Bundesjagdgesetz	Wehrpflichtgesetz
Vereinsgesetz	Soldatengesetz
Versammlungsgesetz	Zivildienstgesetz
Waffengesetz	Wehrbeschwerdeordnung
Wohngeldgesetz	Wehrdisziplinarordnung
Personenstandsgesetz (zum Teil)	Bundesleistungsgesetz
Ausländergesetz	Soldatenversorgungsgesetz
Ges. über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer	Bundesversorgungsgesetz
Bundesvertriebenengesetz	Jugendschutzgesetz
Baugesetzbuch	Ges. über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
Raumordnungsgesetz	Außenwirtschaftsgesetz
Wasserhaushaltsgesetz	Außenwirtschaftsverordnung
Bundeswasserstraßengesetz	Gewerbeordnung
Bundesfernstraßengesetz	Bundes – Immissionsschutzgesetz
Eisenbahn-Verkehrs-Ordnung	Handwerksordnung
Straßenverkehrsgesetz	Gaststättengesetz
Straßenverkehrs-Ordnung	Lebensmittel- u. Bedarfsgegenständengesetz
Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung	Energiewirtschaftsgesetz
Luftverkehrsgesetz	
Luftverkehrsordnung	
(Die Wasser-, Straßen- und Wegegesetze sind im wesentlichen Landesrecht)	

Strafrecht

Strafgesetzbuch	Deutsches Richtergesetz
Jugendgerichtsgesetz (soweit materielles Recht)	Rechtspflegergesetz
Wehrstrafgesetz	sowie die Prozeßordnungen

Gerichtsverfassung

Gerichtsverfassungsgesetz	Wirtschaftsstrafgesetz 1954
teilweise:	Ges. über Ordnungswidrigkeiten (soweit materielles Recht)
Ges. über das Bundesverfassungsgericht	

Prozeßrecht und ergänzende Gesetze

Zivilprozeßordnung
Strafprozeßordnung
Jugendgerichtsgesetz (soweit Verfahrensrecht)
Ges. über Ordnungswidrigkeiten (soweit Verfahrensrecht)
Ges. über das Bundesverfassungsgericht (II./III. Teil)

Konkursordnung
Vergleichsordnung
Zwangsversteigerungsgesetz
Anfechtungsgesetz
Arbeitsgerichtsgesetz
Verwaltungsgerichtsordnung
Finanzgerichtsordnung
Sozialgerichtsgesetz

Freiwillige Gerichtsbarkeit

Ges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Beurkundungsgesetz

Grundbuchordnung
Personenstandsgesetz (teilweise)

Finanz- und Abgabenrecht

Grundgesetz (Art. 104a–115)
Bundshaushaltsordnung
und Haushaltsgrundsatzgesetz
Abgabenordnung
Bewertungsgesetz

Steuergesetze, z. B. Einkommen-, Körperschaft-, Vermögen-, Erbschaft-, Gewerbe-, Umsatz-, Grunderwerb-, Kraftfahrzeugsteuergesetz usw.

Sozialrecht

Bundessozialhilfegesetz
Jugendwohlfahrtsgesetz
Bundeskindergeldgesetz
Sozialgesetzbuch

Reichsversicherungsordnung
Angestelltenversicherungsgesetz
Reichsknappschaftsgesetz
Arbeitsförderungsgesetz

II. Privatrecht

Bürgerliches Recht

Bürgerliches Gesetzbuch
Ehegesetz
Abzahlungsgesetz
Ges. zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Wohnungseigentumsgesetz

ErbbauerechtsVO
Miethöherregelungsgesetz
Verschollenheitsgesetz
Versicherungsvertragsgesetz
Pflichtversicherungsgesetze
Haftpflchtgesetz

Handels- und Wirtschaftsrecht (soweit nicht öffentliches Recht)

Handelsgesetzbuch
Aktiengesetz
GmbH-Gesetz
Genossenschaftsgesetz
Wechselgesetz
Scheckgesetz
Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb
Ges. gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
Rabattgesetz
ZugabeVO

Börsengesetz
Depotgesetz
Ges. über das Kreditwesen
Ges. über Kapitalanlagegesellschaften
Versicherungsaufsichtsgesetz
Urheberrechtsgesetz
Verlagsgesetz
Patentgesetz
Geschmacksmustergesetz
Gebrauchsmustergesetz
Warenzeichengesetz

Arbeitsrecht

(z. T. öffentliches Recht)

Betriebsverfassungsgesetz

Tarifvertragsgesetz

Seemannsgesetz

Heimarbeitsgesetz

Arbeitszeitordnung

Ladenschlußgesetz

Schwerbehindertengesetz

Jugendarbeitsschutzgesetz

Mutterschutzgesetz

Kündigungsschutzgesetz

Ges. über die Fristen für die Kündigung
von Angestellten

Bundesurlaubsgesetz

Lohnfortzahlungsgesetz

Arbeitsplatzschutzgesetz

Berufsbildungsgesetz

Arbeitsförderungsgesetz

Mitbestimmungsgesetze

て抑えられていた。この社会保障という概念が示すのは、通常の危険な場合 (Risikofällen) における個人の保護のための法律上規定されたさまざまな制度の総体である。狭義の社会法の規定領域の傾向上の拡張によって社会法と社会保障とを同一視する初期の通常のやり方はもはや十分には適切ではないように思われる。それゆえ、社会保障という概念は今では、たとえそれが社会法の中心的な部分を構成していようと、単にひとつの部分を示しているにすぎないのである。⁽²⁶⁾ また社会保障 (soziale Sicherung) という別の術語もあるが、この表現はあまり普及しているとはいえず、社会保障 (soziale Sicherheit) に対する根本的な相違点を含んではいない。この表現は正確な法律上の輪郭をもっておらず、たいてい意識的に、非技術的に使用されており、また社会保障 (soziale Sicherheit) という表現以上のどちらかといえばより広い領域を示すことがありうるといえよう。⁽²⁷⁾

以上、現在のドイツにおいて社会法は通常特定の法領域を示すものとして理解されていること、それには広義と狭義の概念の区別が存すること、狭義の社会法概念には社会行政法と社会保障といった別の名称が与えられることがあること、さらに広義と狭義の社会法がいかなる法領域を包括するものとして把握されているのかを概観してきた。次章以下において、社会法と社会政策との関係ならびに社会法と労働法の分離という問題に焦点をあてて社会法概念をめぐるさまざまな問題を検討してみることにしたい。

- (1) Vgl. Wolfgang Gitter, Sozialrecht 2. Auflage (Juristische Kurz-Lehrbücher) München 1986, S.1. Hans F. Zacher, Materialien zum Sozialgesetzbuch, A 19, insbesondere Anm. 45. Karlheinz Rode, "Was ist Sozialrecht? Versuch einer begrifflichen und systematischen Orientierung" in: Zeitschrift für Sozialreform 15. Jahrgang, Heft 11, 1969, S.641 und 724. Georg Wannagat, "Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat" in: Festschrift für Kurt Jantz, hrsg. von Horst Peters, 1960, S.55.
- (2) Vgl. Hans F. Zacher, "Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit" in: vierteljahresschrift für Sozialrecht Bd. 4, Heft 1, 1976, S.6.

- (3) 社会法概念に論及している著書及び論文は多数あるが、主要なものを次に挙げておく。

社会法概念の問題に関する諸論者によるこれまでのさまざまな把握についてはとくに、Zacher, *Materialien zum Sozialgesetzbuch*, A, S. 19 ff., insbesondere Anm. 45. を参照。一般的に社会法概念については次の文献を参照。

Wilhelm Wertenbruch, “Begriff und Bedeutung des Sozialrechts” in: *Zeitschrift für Sozialreform*, 14. Jahrgang, Heft 7, 1968, S. 385 ff. Hans Hermann Emmelius, Artikel “Sozialrecht” in: *Staatslexikon* 11. Band 3, *Ergänzungsband*, hrsg. von der Görres-Gesellschaft, 1970, S. 256 ff. Gerhard M. J. Veldkamp, “Zum Begriff des Sozialrechts” in: *Festschrift für Günter Küchenhoff*, hrsg. von Hans Halblitzel und Michael Wollenschäger, 1972, S. 401 ff. J. J. van der Ven, “Eins-zwei-drei? Bürgerliches, öffentliches, soziales Recht” in: *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, hrsg. von Klemens Pleyer, Dietrich Schulz, Erich Schwinge, 1972, S. 167 ff. Helmar Bley, “Das Recht der Sozialleistungsverwaltung als Teil des Systems öffentlich-rechtlicher Kompensationsleistungen” in: *Die Sozialgerichtbarkeit*, 20. Jhg, 1973, S. 479 ff. Von Maydell, “Die ‘sozialen Rechte’ im Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches” in: *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1976, S. 1. Bertram Schulin, *Sozialversicherungsrecht* 2 Auflage 1985. Georg Wannagat, “Das Sozialgesetzbuch” in: *Recht der Arbeit* 26, Jhg, Heft 4, 1973, S. 209 ff. Ders., “Rechtsprechung und soziale Sicherheit” in: *Sozialpolitik, Ziele und Wege*, *Festschrift für Walter Arendt*, hrsg. von Alfred Christmann, 1974, S. 365 ff. Ders., “Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat” in: *Sozialrecht und Sozialpolitik*, *Festschrift für Kurt Jantz*, hrsg. von Horst Peters, 1968, S. 55 ff. Zacher, “Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung” in: *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 23. Jhg, 1970, S. 3 ff. Ders., *Wahlfachexaminatorium, Sozialrecht (WEX)*, 2. Auflage 1981. Joachim Baltes/Alfons Rogowski, *Sozialrecht Ein Gesamtbild sozialer Sicherung in der Bundesrepublik* 1986.

また社会法概念の形成についてのすぐれた比較法的研究として Felix Schmid, *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit Die Begriffsbildung in Deutschland, Frankreich und der Schweiz* Berlin 1981 が挙げられる。本稿のとくに第三章ならびに第四章の論述はこの著書から多大の示唆を得たことをお断りしておく。

- (4) Vgl. Zacher, “Grundfragen theoretischer und praktischer sozialrechtlicher Arbeit” S. 7.

ツァッハーは社会法概念について3つの概念規定を与えている。すなわち本文

に述べている社会政策的社会法概念ならびに実証的社会法概念とならんで実用的 (pragmatisch) 社会法概念について論じている。この実用的社会法概念に含まれるものは、たとえば、その視点・慣例ならびに目的に従って、社会保険法 (Sozialversicherungsrecht), 社会扶助 (Sozialhilfe), 戦争犠牲者援護法 (Kriegsopferversorgung), 労働促進 (Arbeitsförderung) 等であるとする。この意味において次のような要請が現在普及している。すなわち社会法とは、社会法典 (Sozialgesetzbuch) に含まれている法であるとする要請である。(S. 6.)

- (5) Vgl. Wertenbruch, Sozialverwaltungsrecht, S. 346. Henke, Grundzüge des Sozialrechts, 1977, S. VI.
- (6) Vgl. Bley, Sozialrecht, 5. überarbeitete Auflage (Juristische Lernbücher: Bd. 7) Frankfurt am Main 1986, S. 24.

ブレイは社会法についての現在の定義として2つの社会法概念を挙げている。すなわち形式的 (formell) ないし実証主義的 (positivistisch) 社会法概念と実質的 (materiell) ないし実体的 (substantiell) 社会法概念である。形式的ないし実証主義的社会法概念に従えば、社会法とは立法者が社会法と特徴づける法、ないし立法者が認識できる形でこの法領域に組み入れる法であるとする。この定義はツァッハーの実用的社会法概念の定義と類似していることが判る。このブレイの定義の利点は何かといえ、それは社会法典というもっとも狭い意味におけるこの概念理解が高度の明確性 (規定性) を有しているということである。

次に実質的ないし実体的社会法概念に従えば、社会法は社会福祉国家の要請に応じて社会保障法 (Sozialleistungsrecht) によって社会保障 (soziale Sicherheit) ならびに社会正義を個々において実現するという課題をもっている法である、とする。とりわけ次のことによって実現される。

1. 人間に値する生存の保障
2. 人格の自由な発展に対する平等な諸前提の創設
3. 家族の保護ならびに助成
4. 自由に選択された活動によってその生計を獲得する可能性の保証
5. 生活の特殊な負担の防止ないし調整

によってである。

この定義はツァッハーの実証的社会法概念に類似しているといえよう。(Vgl. S. 23.)

- (7) Vgl. Schulín, Sozialversicherungsrecht Ein Studienbuch, Düsseldorf 1976, S. 1.

1976年1月1日に発効した社会法典の総則から社会法概念を知ることにはできないが、社会法典の第一章第一条第一項からこの概念の本質的なものを引き出すことができるとしてこのような定義を導き出している。

- (8) Vgl. Zacher, VSSR, 1976, S. 7.
- (9) Vgl. Wertenbruch, Sozialverwaltungsrecht, S. 343. Gitter, Sozialrecht, S. 2.
- (10) Vgl. Gitter, Sozialrecht, S. 2.
- (11) Ebenda. S. 2.
- (12) Ebenda. S. 2 f.
- (13) Ebenda. S. 3.
- (14) Vgl. Wannagat, "Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat" S. 55.
- (15) Vgl. Zacher, USSR 1976, S. 1 und 6 f.
- (16) Vgl. Gitter, Sozialrecht, S. 3.
- (17) Vgl. Wertenbruch, Sozialverwaltungsrecht, S. 341.
- (18) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S. 52 und 156.

シュミットによれば、今日、厳密化することなく社会法が論じられる場合には通常狭義の社会法が意味されるという。しかし社会法概念の分析においてはまず第一に広義の社会法概念が取り扱われなければならない。というのはその把握が狭義の社会法概念の把握に論理的に先立つからである。そういうわけで各々の論者は狭義の社会法の概念類型を広義の社会法の概念類型から導き出すのである。(S. 156.)

オーストリア、スイス、フランス、ベルギー、イタリアならびにイギリスにおける社会法概念の概観については S. 54-62 を参照。これらの国々の社会法概念の展開については稿を改めて検討するつもりである。

- (19) Vgl. ebenda, S. 52.
- (20) Vgl. ebenda, S. 52 f.
- (21) Vgl. Zacher, DÖV 1970, S. 3 ff., ders. WEX S. 16 ff.

ツァッハーは社会法を援助体系(Vorsorgesysteme)、補償体系(Entschädigungssysteme)、ならびに調整体系 (Ausgleichssysteme) に3分類している。

またブレイトも損害調整体系 (schadenausgleichende Systeme)、不利益調整体系 (nachteilenausgleichende Systeme) に2分類している。この分類に従えば、損害調整体系にはツァッハーの意味における援護体系と補償体系が対応し、不利益調整体系にはツァッハーの意味における調整体系が対応することになる。(Vgl. Gitter, Sozialrecht, S. 5.)

- (22) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S. 53.
- (23) Creifelds Rechtswörterbuch, 9. Auflage, München 1988.

『ドイツ法律用語辞典』(山田晟 大学書林 昭和55年)には Sozialrecht の項目はないが、539頁で「Sozialgesetzbuch 社会法典。社会保険、社会扶助(→Sozialhilfe)等をふくむ社会権の実現を目的とする法律で、従来「総則」(Allgemeiner Teil vom 11. Dezember 1975),「社会保険に関する通則」(Gemein-

same Vorschriften für die Sozialversicherung vom 23. Dezember 1976) および「行政手続」(Verwaltungsverfahren vom 18. August 1980) に関する規定が公布されている」として Sozialgesetzbuch を社会法典を訳しているが、これに対して『ドイツ法入門』(村上淳一／ハンス・ペーター・マルチュケ 有斐閣 平成3年) ではその内容を考慮して Sozialrecht を社会保障法, Sozialgesetzbuch を社会保障法典と訳している。

- (24) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S. 53 und 122.
- (25) Vgl. ebenda, S. 53 und 126.
- (26) Vgl. ebenda, S. 53 und 127 ff.
- (27) Vgl. ebenda, S. 53 f. und 139 ff.

3. 社会政策と社会法概念の形成

社会政策が社会法概念の形成にいかなる影響を及ぼしたのか、その連関について次に検討してみよう。

(1) 社会法概念に対する社会政策と法学の関係

社会法概念を形成する試みはすべて、そのさまざまな時代的定着化とは無関係に、社会政策との直接的連関の中で成立してきた。⁽¹⁾ しかし概念構成的法学はこの社会政策に対して多くの場合よそよそしい、また批判的な態度をとってきた。このことは社会法概念の形成に影響を与えたであろうことは容易に推測されうることである。たとえ社会法概念が社会政策との直接的連関の中で定立されるとしても、このことは概念構成的法学が社会法にとって重要である社会政策的諸論拠をこの社会法概念の形成に組み込むということを意味するわけではない。

このことは第一次世界大戦以前に社会政策的法 (sozialpolitisches Recht) を創設するという、当時いっそう強く要請されていた必要性に対し法学がとった攻撃姿勢 (Frontstellung) の中に明白にあらわれているといえよう。つまりこの徐々に増大している新しい社会政策的法が新しい法学上の統一体として受け入れられることはなかったのである。この社会政策的に形成された法領域を統一するためのアプローチはめったに見い出されることはなかったし、またこ

これらの法的諸規定を社会政策的法ないし社会法として特徴づけるという提言はよりいっそうまれであった。⁽²⁾ しかし、ヘルマン・レスラー⁽³⁾とオットー・フォン・ギールケ⁽⁴⁾の2つの卓越したアプローチについて触れておかなければならない。そのアプローチとは、社会法という名称と結びついた理念によって法における社会政策的要求 (*Herausforderung*) に答えようとするものである。しかしこの2つのアプローチそのものが社会政策との慎重に形成された関係にあるにもかかわらず、それ以外の法学はこれをほとんど考慮することがなかった。たしかにレスラーとギールケは、その社会法が社会政策的動向に対するひとつの直接的な答えである、ということを指摘している。しかし、その社会法概念は直接その諸要求を受け入れるのではなく、その諸要求から法における革新によってその基礎づけを取り出そうと試みたのであった。つまり部分的に法律史的論証を用いることによってレスラーとギールケは自由主義によって形成された法における人間像を変えることを要求したのである。とくに社会における個々の人間の地位、その権利ならびに義務を新しく整序することを要求したのである。このような考え方から説明されることは、社会的 (*sozial*) ということばの彼らの使用がその古い意義をより強く引っ張り出しているということである。この意義は社会的ということばの中に、社会に結びついた諸関係への価値中立的な指示をまったく一般的なものとしてみているのである。

それに対してワイマール時代のはじめに若干の論者が妥協することなく試みたことは、社会政策を完全に社会法の概念形成に受け入れることであり、また社会法を最終的に社会政策的法として定義づけようとするのであった。⁽⁵⁾ このことは労働法と社会保険法のまだしっかりと継ぎ合わされていなかった法領域を社会法の概念によって統一することを当時意味したのである。しかし、たとえこのような提言が厳然たる反論にぶつからないとしても、この提言は長い期間浸透することはできなかった。このことはとくに、社会政策と社会法の直接的結びつきの政治的編み合せによって条件づけられていたのである。しかしながら、新しい政治的配置関係、ドイツの民主化、またこれと結びついて、法的領域における社会政策的に関与している諸人格の重さの一時的な強化によ

てようやくこの概念提言は可能となるに至ったのである。これに対応する諸法領域はワイマル憲法によって比較的詳細に取り扱われており、これによって全法秩序の完全に正当な一部として正当化されるに至るのである。それにもかかわらずほとんど気づかれることなく、このように広い統一的な社会政策的法領域への偏愛は衰えてゆくことになる。ただ、この社会法のひとつの部分領域だけが、すなわち労働法だけが、社会政策的決定との緊密な関連の放棄と結びついて、法的統一体として、すなわちひとつの法分科として徐々に固定化されたのである。

労働法が社会政策的に形成されているということは否定することができない。しかしこの社会政策的形成は労働法という法分科の構成的要素としてはもはやあらわれることができない。この法分科は従属労働という基礎となっている統一的な事実からより中立的に (*indifferent*) またより合意可能なものとして (*konsensfähiger*) 定義されるのである。⁽⁶⁾

(2) 社会法概念の二重性 (Dualität)

労働法の独自性は戦後西ドイツにおいて受け入れられることになった。とはいえまたひとつのより大きな社会政策的統一体を社会法として定着させようとする試みも 50 年代にあるにはあったが、この試みはわずかで浸透することはできなかった。たとえときとして、この社会法と労働法の分離に対する批判が、社会法から労働法を分離することはより広義の社会法概念によって部分的に取り消される、ということの中に見い出されるとしても、もはやこのような議論が言及されることはなかったのである。⁽⁷⁾

ところでこの分離が西ドイツにおいて社会法概念のさらなる発展にとってもっとも重要な枠制限を形成したということが注目されなければならない。しばしば社会政策ということが指摘されるけれども、社会政策はすくなくともより狭義の社会法概念においてはもはや重要な、概念を決定する要素としてはみなされなくなったのである。すなわち社会政策は説明的な、法律外的な関連としてときどきあらわれるにすぎなくなったわけである。⁽⁸⁾ たしかに社会法はその後も社会政策的に形成された法とみなされてはいるが、しかし労働法は簡単に

社会法に加えられるべきではないので、社会政策的法と社会法を同一視することはできないといわなければならない。このことから、第2章で述べたように、社会法概念の現在の二重性 (Dualität) が発展することになった。すなわち狭義における社会法と広義における社会法の区別である。⁽⁹⁾ 傾向的に全ての社会政策的法を包括するこの広義の社会法概念はその意義において狭義の社会法概念よりもかなり劣っているといえる。狭義の社会法概念は実用的に社会政策的に形成された法の全体の中の一部のみを受け入れ、ひとつの法分科として統一されているものである。

狭義の社会法概念の把握よりもより強く社会政策と関連しうる広義における社会法において、その間に生じた社会政策そのものの変化が明らかとなる。この社会政策は領域的には拡張され、もはや従属労働者の諸問題だけにかかわるものではなくなった。というわけで広義の社会法の現在の概念はワイマル時代のはじめになされた定義づけの試みの限界を超えていったのである。それでは広義の社会法に包摂される法領域は何であろうか。それ自体社会保険を超えて大きくなっており、社会扶助へと変化した一般援護を今では問題なく包括する社会保険法とともに、広義の社会法に属するものは、まずはじめに、労働法である。また多くの他の諸法領域、たとえば使用賃貸借法 (Mietrecht) とか消費者保護 (Verbraucherschutz) といったような私法的源泉をもつ法領域、また本来の社会保障を超えて国家が個々人に支援や助成を提供する公法上の源泉をもつ法領域などが挙げられるだろう。⁽¹⁰⁾ それゆえもちろん、このように広く理解された社会法は、傾向的に一般的な社会政策 (Gesellschaftspolitik) として理解されている現代の社会政策に特有である明確な輪郭をもたない範囲を含んでいるといえる⁽¹¹⁾。この拡張と結びついた、もはやある特定の階級利益と同一視することのできない社会政策の理解の変化によって、次のことが可能となった。すなわち社会政策と社会法が社会法概念形成の枠内において相互に自由に行き来するということである。また、広義の社会法の中に表わされている、社会政策についての一定の基準が必要であるということは政治的にもほとんど議論の余地がない。この有和的な関係にときとして次のような見解が

結びついている。つまり、西ドイツの国家は社会政策的法について満足すべき要件を提示することに成功しているという見解である。この社会政策的法の立法の法的正当性は基本法の福祉国家性（Sozialstaatlichkeit）の原理から導き出される。この原理に結びつけられていることは、実定法が必然的に個々人の保護のための諸措置、すなわち社会政策的法についての特定の要件を提示しなければならないということである。しかし社会法と社会政策とのこのような宥和化、すなわち両者の傾向的な同一視は広義の社会法概念において生じるものである。それに対して、70年代に一般に認められ普通になった狭義の社会法概念の考え方は社会政策とのそれほどの直接的関連をものでは示していない。社会政策は、その内部においてこの狭義の社会法が動く枠のみを提示することができるだけである。社会政策的法を満たすことから狭義の社会法に属するものは、他の諸規準によって、すなわち公法ならびに社会保障法として社会法を類型化することによって本質的に規定される。⁽¹²⁾ 規定されるべき実体的問題ではなく、法的諸規定そのものに向けられているこのような社会法概念の把握は、社会政策的に形成されたアプローチとは異って、ひとつの定義を作り出すことを成し遂げた。そしてこの定義は広く一般に承認され、また大学の理論に受け入れられたのである。さらに、社会法典の法典化がこの概念理解を受け入れたということもひとつの特別な正当化として挙げられなければならない。

社会政策と社会法概念との関係は今日まで圧倒的に次のような問いとの関連で論じられてきた。すなわちどの程度社会法は社会政策的法の全体を包摂するのか、あるいはその部分を包摂するのかという問いである。しかし、この種の分科上の枠を根本的にぶち壊すような概念アプローチが繰り返しあらわれてきたことも見逃せない事実である。このようなアプローチを試みた者として先に述べたレスラーとギールケがまず挙げられなければならないだろう。彼らのアプローチはより高い平面において社会政策的要求をその理念によって解決しようとするものであった。また根本的に類似のことがフーゴー・ジンツハイマーとグスターフ・ラートブルフによって用いられた社会法（soziales Recht）の概念に対してもあてはまるといえる。彼らは現存する社会政策的立法、とく

に労働法を全ての法のより包括的できたるべき社会的な新しい形態の部分的先取りとして強調したのである。⁽¹³⁾ さらに J. J. M. ファン・デア・ヴェン (J. J. M. van der Ven) とヴァルター・ヴォルフ (Walter Wolf) によって試みられた戦後のアプローチはあまり影響力がなかったとはいえ、具体的な社会政策的法とのより緊密な関連のもとに成立していた。⁽¹⁴⁾ 彼らの原理的アプローチは、社会法の中に法秩序のひとつの新しい根本理念を見い出そうとするものであったが、あまり際立ったものではなかった。彼らのアプローチはひとつの領域に関する把握の方向へと強く傾いていたのである。

以上述べてきたことから次のことが明らかになったと思う。すなわち、一般的にひとつの社会法概念を形成するという契機は、その時々さまざまな仕方で行なわれているものの、つねに法の社会政策的影響から出発しているという事実である。言い換えればその本来の社会法の概念形成はつねに、社会政策すなわち、実際の法発展とそれについての法学的反省との複雑な緊張関係から生じているということである。社会法と社会政策との間の定義上の、また領域に関する一致は長い間認められることがなかった。ただ社会法に関する現在の広義の概念だけが根本的にこの緊張関係を含んでいるといえよう。しかし、それは社会政策の現在的に緩和化された理解によってはじめて可能となったのである。このような理由から、社会政策は制限する要素 (bedingendes Element) として全ての社会法概念を惹き起こし、これに影響を与えたのであるが、しかし支配的概念把握の窮極的に規定的な要素 (endgültig bestimmendes Element einer vorherrschenden Begriffsfassung) としては認められることがなかったのである。⁽¹⁵⁾

(1) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S. 178., 32 ff., und 150 ff.

(2) Vgl. ebenda, S. 178 und 73 ff.

(3) Vgl. ebenda, S. 178 und 67 ff.

(4) Vgl. ebenda, S. 178 und 70 ff.

(5) Vgl. ebenda, S. 179 und 77 ff.

(6) Vgl. ebenda, S. 179 und 77 ff.

- (7) Vgl. ebenda, S. 179 und 156 ff.
- (8) Vgl. ebenda, S. 179 f. und 165 ff.
- (9) Vgl. ebenda, S. 180 und 150 ff.
- (10) Vgl. ebenda, S. 180 und 161 ff.
- (11) Vgl. ebenda, S. 180 und 32 ff.
- (12) Vgl. ebenda, S. 181 und 165 ff.
- (13) Vgl. ebenda, S. 181 und 81 ff.
- (14) Vgl. ebenda, S. 181 und 90 ff.
- (15) Vgl. ebenda, S. 182.

4. 社会法と労働法の分離

元来社会法という言葉は、実定法の特定の領域を提示するものとしては、ドイツにおける労働法発展のある段階において学問上労働法に与えられたものであった。しかし後にこの同一視は解消され狭義の社会法と労働法が分離されることになるのだが、そうなるに至った経緯について次に検討してみよう。

(1) 労働法ないし社会法への統一化の試み

ワイマール時代のはじめに次のような試みがなされた。すなわち狭義の社会法と労働法の今日では分離されている2つの法分科の法的諸規定をひとつの統一的で広範な労働法ないし社会法の中に包括しようとする試みである。⁽¹⁾ なぜこのような試みがなされたのであろうか。それは、これら2つの法領域の内的連関として社会政策が前景に出てきたからである。しかし統一的な見解が普及するには至らなかった。その理由として3つ挙げることができるだろう。第1に、社会政策という結合的要素 (*das verbindende Element*) が概念構成的要因として認められようとはしなかったためである。それに加えて第2の理由として、狭義の労働法の法分科上の定着化が法学の当時の関心重点によって促進されたという事情がある。その関心重点は労働関係の諸規定に集中しており、社会保障法 (*Sozialleistungsrecht*) をいく分排除したのである。さらに第3の理由として次のような見解ももたれていたかもしれない。すなわち社会政策の影響が社会保険法とは異った仕方では狭義の労働法に作用したというこ

とである。社会保険法がその成立そのものを社会政策に負っているのに対して労働関係の規定において社会的諸傾向はすでに以前に成立していた私法上の雇用契約の隙間に押し入り、これを修正したのであった。また、部分的にさまざまに異なる概念形成が行なわれたにもかかわらず、ひとつの広義の社会法ないし労働法の包括的な叙述は当時いかなる場所においても見出されないのである。このことは当時の多数の労働法教科書がつねに狭義における労働法のみを取り扱っていることからまはっきりと知りうることである。

(2) 労働法の独自性 (Selbständigkeit)

実用的に発展させられた労働法の独自性は第2次世界大戦後最終的に受け入れられることになった。きわめてわずかな学者だけが新たに労働法を広義の社会法に引き入れようとしたにすぎないのである。⁽²⁾ しかしこのようなアプローチは、労働法の独自性について議論しないということによって徐々に後景に押しやられていった。このことは一般に行なわれている方法であるように思われる。というのは、政治的な議論や立法が社会保障の領域とは異なった仕方では労働法の領域で本質的に叙述されるからである。⁽³⁾ 後になってようやく、今日では一般に認められている狭義の社会法と労働法の分離に対する論証的な基礎づけが繰り返し行なわれることになった。この意味において社会保障 (soziale Sicherheit) という名称と結びついた次のような国際的傾向が挙げられなければならない。すなわち社会法を労働者の特別法として理解するのではなく、むしろ社会法をすべての人々にまで拡張するという傾向である。⁽⁴⁾ 法的平面においていっそう強く際立つ狭義の社会法の公法的諸規定への制限づけは狭義の社会法と労働法の分離の決定的な要因として示されることになる。というのは、狭義の労働法は、広く一般に認められているように、公法的諸要素と私法的諸要素をともに含んでいるからである。このことは第二章におけるクライフェルトの図表1をみればはっきりと判るであろう。労働法は公法と私法の間領域として図示されている。(ただし図表2によれば私法に分類されている。)

社会法と労働法の分離は現在、ワイマール共和国の末頃よりもより強く定着化している。この定着化に寄与したのはいったい何であろうか。それは、立法

の中でこの分離が明確に行なわれたということである。いく分不明解な議論のあと、裁判官轄権の組織において労働裁判所と社会裁判所の分離が認められることになった。⁽⁶⁾ 社会法と労働法を分離するというこの傾向は一方で労働法典と他方で社会法典の別々の法典化計画において全く問題のないものとなったのである。労働法典と社会法典を別々に法典化するという計画によって社会法を狭く把握することにより強い重点が置かれることになったわけである。すなわち現在では社会法を狭く理解することが定説になっているといえよう。

通常労働法もともに包摂している広義の社会法概念が社会法を狭く理解することに対するひとつの制限的補正案である。⁽⁶⁾ しかしただ付随的に労働法上の側面からこのことは議論されているにすぎず、むしろこのような見解はワイマール時代のそれに対応する傾向への参照として示されているにすぎない。⁽⁷⁾ それに対して社会法的側面に立ち入る議論された広義の社会法概念は新しいアスペクトを含んでいる。労働法だけでなく他の規定諸領域も広義の社会法の中に受け入れているのである。このことがこの広義の社会法概念の把握の根本的な変化なしに可能であるということは、社会政策の変化した理解の中に存する。このことは、その明確な整理によって示されているのである。以前は社会政策的法は従属労働者の特別法として特徴づけられていた。しかし今では特定的人格団体 (Personkreis) とは無関係に諸法規範の機能的な方向づけが前景に出ている。そういうわけで、歴史上どこで社会政策が認識できるほど、また因果関係的に法における個人の保護傾向の強化へと至ったのか、そのことはもはや問われないのである。個々の法領域において社会政策的諸傾向があらわれるところではどこでも、社会法が直接的な社会政策的介入に起因するかどうかを考慮することなく、社会法という言葉が使用されるのである。たとえば日常的なことに對する国家的な保障の領域が指摘されうるだろう。この領域は実用的に発展したものであり、後になってようやくその特徴において法学によって適切に認められる結果となったのである。⁽⁸⁾

それゆえ、狭義の社会法とひとつの広範な社会法的領域における労働法との同属性 (Zusammengehörigkeit) に対する問題設定は、歴史的にみるならば、

なるほど理由のあるものとして示されるが、しかし現在ではもはや十分に適切なものとしては示されないといわなければならない。従ってこの古い問題設定に対しては、この分離は今日一般に認められているというように答えられなければならない。この断絶箇所 (Bruchstelle) はもちろんあまり重要ではない広義の社会法の理解によってカバーされるのであるが、しかしこれはこの広義の社会法概念の唯一の機能ではないことはいうまでもないだろう。⁽⁹⁾

- (1) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S. 192 und 77 ff.
- (2) たとえばゼルマン (Sellmann), トイチュ (Teutsch), ヴァイドゥナー (Weidner) ならびにローデ (Rode) が挙げられる。
- (3) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S. 192 und 90 ff.
- (4) Vgl. ebenda, S. 192 und 43 ff.
- (5) Vgl. ebenda, S. 193.
- (6) Vgl. ebenda, S. 193 und 156 ff.
- (7) Vgl. ebenda, S. 193 und 96 ff.
- (8) Vgl. ebenda, S. 193 und 121 ff.
- (9) Vgl. ebenda, S. 193 f.

5. むすびにかえて

第二章においては代表的な学者による社会法概念についての様々な定義を検討した。すなわちツァッハー、ヴェルテンブルフ、ヘンケ、ブレイならびにシュリンの定義である。かれらの社会法概念についての定義は社会政策的、実質的ないし実証的と特徴づけられるものであった。そしてこれらの定義はいわゆる狭義の社会法、すなわち社会法典を中心とした社会政策的諸立法を全て包括し、しかも他の法領域から社会法を截然と区別することを試みるものであった。しかしこれらの定義はいずれも社会法を他の法領域から明確に区別するにはあまり適していないということが明らかとなった。そこでこれらの定義にかわって画然と区別することができるような形式的ないし実用的社会法概念の定義づけがあらわれたのである。この定義に従えば、社会法とは社会法典に規定されている法ということになる。しかしながらやはりこのような定義に対して

も批判がないわけではなかった。すなわちこの定義は社会法領域の動態に応じていないとか、あるいは学問的な体系構成にとっては役に立たないといった批判である。

いずれにしても社会法概念が問題となる場合には現代ドイツではもっぱら狭義の社会法概念が意味され前景に出ているといえよう。この意味で社会法について「広義では所有権の絶対・契約の自由の原則などを基本原理とするいわゆる市民法を修正する意味をもつ法を広く社会法というが、定説はない。ただ、労働法や経済法が独立の分科として発達した今日では社会保障に関する法が社会法の中心と考えられてきている。西ドイツでも *Sozialrecht* という用語は、労働法と区別された実体法としての社会保障法を指す言葉として用いられている。」と説明されているのはドイツでの状況を踏まえているのであろうが、⁽¹⁾しかし、広義と狭義の社会法概念の区別が存在することが看過されてはならない。そしてこの広義の社会法は労働法をも包摂しているのである。ただし経済法は含まれていない。

第三章では社会法と社会政策との関係について検討した。社会法概念の形成はつねに社会政策との直接的連関の中で成立してきた。ワイマール時代のはじめに若干の論者によって社会政策を完全に社会法概念形成に受け入れようとする試みがなされ、社会法を最終的に社会政策的法として定義づけようとする試みさえあらわれたのであった。しかしながら結論的にいえば、なるほど社会政策は制限的要素として全ての社会法概念を惹起し、これに影響を及ぼしたが、しかし社会法概念把握のための窮極的に規定的な要素としては認められることがなかったのである。

第四章においては社会法と労働法の分離について考察した。ワイマール時代のはじめのように狭義の社会法と労働法をひとつの統一的で広範な労働法ないし社会法に包括しようと試みられた時期もあったが、結局両者が統一されることはなかった。そして実用的に発展させられた労働法の独自性は第二次世界大戦後最終的に受け入れられることとなったのである。労働法と社会法の分離が強化されるのは、労働法典と社会法典の別々の法典化計画によるところが大きい。

いといえる。狭義の社会法と労働法を同一視することは、歴史的にみるならばたしかに理由のあることではあるが、現在ではこの分離は一般に認められているのである。このことは第二章におけるクライフェルトの図表1をみれば容易に判る。

社会政策と社会法概念の関係ならびに社会法と労働法の分離に関してはきわめて概略的な素描を与えたにすぎない。この問題については稿を改めて詳しく論究するつもりである。なお、社会法概念の発展の問題を考察するうえで、立法と社会法概念の形成との関係、公法・私法の区別と社会法との関係、社会法とその代用概念 (Ersatzbegriff) との関係など重要な問題が残されている。⁽²⁾ これらの問題については続稿で検討するつもりである。またラートブルフの法体系によれば、労働法と経済法は私法でもなく公法でもない第3の領域すなわち社会法として把握されている。⁽³⁾ それに対してクライフェルトの図表1によれば、(狭義の) 社会法は公法に、経済法は私法に、労働法は公法と私法の間領域に分類されている。ラートブルフのこのような法体系ないし法分類の法思想的意義はいったいどこにあるのだろうか。またなぜクライフェルトの図表1におけるような分類が今日ドイツで行なわれるようになったのであろうか。この問題についても稿を改めて検討したいと思う。

(1) 『新法律学辞典』 第3版 (有斐閣 平成元年) 「社会法」の項目参照。また前掲片岡昇「労働法と社会法」11頁参照。第2次大戦後の社会法概念をめぐる状況の概要として、片岡教授は次のように述べている。「ドイツにおいて構想された経済規制法や、戦時中のわが国の経済統制立法を対象としたような経済法が現実性を失って後退するのに照応して、経済法は社会法から切りはなされ、独自の領域として扱われるようになった。また労働法についても、これを社会法から独立・分離させ、新たに発展してきた社会保障法の領域に社会法を限定する傾向が、世界的に強まってきている。」

(2) Vgl. Schmid, Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit, S.182-191., S.194-196.

シュミットはこれらの問題について概観しているが、これについては稿を改めて詳しく論じるつもりである。

(3) Vgl. Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9.

durchgearbeitete Auflage, Stuttgart 1952, S. 115. (邦訳ラートブルフ著作集 3 『法学入門』 碧海純一訳 東京大学出版会 昭和 39 年 128 頁参照.) ラートブルフは次のように述べている.

「今日、我々の眼前におこりつつある生活上および思想上の大変革を法のことばで表現するならば、こう言えるであろう. 「社会法」 (soziales Recht) の登場によって、従来峻別されていた私法と公法、民法と行政法の区別、ひいてはさらに契約と法規との間の区別さえも、動揺するようになり、この 2 つの型の法が処々で不可分に滲透し合い、その結果、私法でも公法でもない全く新しい第 3 の型に属する法の新領域、すなわち経済法と労働法、が生じた。」

《研究 労働法・経済法》は慶應義塾大学産業研究所
の不定期刊行物です。



ドイツにおける社会法概念の展開

——その法思想的意義——

1991年6月20日発行

筆者 松 本 和 彦

発行所 慶應義塾大学産業研究所

〒108 東京都港区三田 2-15-45

印刷・(株)国際文献印刷社