

〈共同研究〉

「ポストフォーディズムと社会法理論—ディーセントワークのための労働市場規制に向けて—」

保険者による社会保険適用基準設定に関する一考察

川崎航史郎

一. はじめに

日本の医療給付や年金給付は、労働者等を対象とする健康保険や厚生年金保険と、健康保険・厚生年金保険適用者以外を対象とする国民健康保険、国民年金の並列による、国民皆年金・皆保険体制によって行われている。また、労働者のみを対象とする雇用保険、労災保険も存在する（以下、労働者を対象とする保険を「被用者保険」という）。そのため、いずれの保険に適用されるかという問題は、事業主・労働者の被用者保険料負担（労災は事業主のみ）の有無、被扶養者に対する給付の有無、住民保険料の負担の有無、失業時や業務災害時における給付の有無など、重大な権利義務に関係する。しかし、従来、社会保険の適用対象を決定する基準は、以上のような重大な影響を及ぼすにもかかわらず、法律によらずに、一部は、被用者保険の保険者（厚生労働省）が設定する基準や運用によって決定されてきた。保険者は、行政内部における文書である「内翰」や、通達、業務取扱要領等その法的性格も一概に判断しづらい形式によって、適用基準を設定している。本稿は、このような法的性格が不明確な形式によって社会保険適用基準を設定することが、被保険者等の権利義務にどのような影響を与えるかを考察する。

二. 社会保険の権利性と適用基準設定形式

いずれの保険に誰が、何を根拠にして適用され

るのか、という問題は、社会保険の権利を考えるにあたっては、最も重要かつ基本的な問題である。社会保険の権利性の強弱を考察する際、これまで、社会保険以外の他の制度の給付内容や給付形式と比べて検討する手法をとることが多く、比較対象として意識してきた他の社会保障制度は、税財源に基づく社会福祉サービスであった。現に存在する（した）社会福祉サービス法の法規定の実態は、福祉サービス提供責任者である市町村等の権限規定はあるが、市民側の明確な権利規定が存在しなかったり、そもそも給付に関する規定自体が不明確であったりする。それゆえに、給付提供者側に大幅な裁量が認められる部分が多く、そのために、市民側の権利性が弱いとされてきた。そのような社会福祉サービス法と比較して、社会保険は権利性が強い、ということがよく言及される。しかし、保険適用の基準が保険者によって設定され、保険者が自らの判断によって適用対象者と想定するか否かを決定できるのであれば、被保険者にとって社会保険の権利が強いとは到底いえない。

この点、法律規定の変更手続を経ずに保険者の解釈の変更によって、適用対象者を変更することへの批判を、かつて小山達次郎氏がしている。適用対象を法律によらずに変更することに対して、「健康保険法13条（当時、現3条。筆者注）の「…事業所二使用セラルル者…」という全く同一の法文が、戦前においては株式会社の社長など役員を含まずと解釈され、戦後においてはこれを含むと解釈されていることなどは、ことが強制適用

表1 加入基準及び理念経過表

年	加入保険名	根拠	適用対象	適用対象理念	効果	適用対象設定の効果 広(○)狭(×)
1941年 (戦前期)	労働者年金保 険法	法律制定	男性のみ	家計維持者＝男性	女性排除	×
1944年 (戦前期)	厚生年金保険 法(1944年、労 働者年金保険 法から名称改 正)	法律改正	女性含む	家計補助的労働者 も適用対象に新規 該当	男女適用	○
1947年		新憲法施行	両性	法の下の平等	男女適用	○
1947年	失業保険法	法律制定	両性	男女平等(立案過程 で、女性排除論あ り、GHQの反対に よって両性を対象 化)	男女適用	○
1949年	健康保険法・ 厚生年金保険 法	通達(1949年7月 28日保発74号)	法人の役員等労働 者の対象として報酬 を受けている者	経済的実態又はそ の労働状況は一般 の労働者と大差な いため	非労働者(委任契 約関係)への拡大	○
1950年	失業保険法	通達(1950年1月 17日職発第49号)	臨時内職的労働 者・家計補助的労働 者排除	家計維持者ゆえに 排除	家計補助的主 婦・昼間学生排 除	×
1956年	健康保険法・ 厚生年金保険 法	厚生省保険局照 会回答(1956年7 月10日保文発 5114号)	家計補助者たる短 時間労働者含む	短期雇用以外全て 適用	短時間労働者原 則適用	○
1969年	健康保険法・ 厚生年金保険 法・失業保険 法	女子パートタイ ム雇用に関する 専門家会議報告	短時間労働者も原 則的に適用対象に 含むべき	短時間労働者への 差別禁止	短時間労働者原 則適用	○
1971年	健康保険法・ 厚生年金保険 法	労働者婦人少年 局婦人労働課問 答	雇用期間による使 用関係判断・極端 な短時間は使用関 係自体否定	當時使用関係にあ る者	短時間労働者原 則適用	○
1978年	健康保険法・ 厚生年金保険 法	社会保険庁健康 保険課解釈	1971年適用対象維 持	當時使用関係にあ る者	短時間労働者原 則適用	○
1980年	健康保険法・ 厚生年金保険 法	厚生省保険課長 等による内輪	フルタイム労働者	個別事業所との常 用的使用関係	短時間労働者原 則排除	×
1993年	雇用(失業)保 険法	通達(存在不明)	就労資格期限付外 国人労働者への雇 用保険加入拡大	外国人技能実習制 度開始による「労 働者」としての明 確化	外国人労働者の 加入拡大	○(ただし、従 前は排除状態)
2005年	健康保険法・ 厚生年金保険 法	通達(2005年5月 19日社会庁保険 発第0519001号)	語学学校外国人労働 者への80年内輪 基準の硬直的適用	「外国人講師」差 別	外国人語学講師 の適用除外	×
2012年	健康保険法・ 厚生年金保険 法(2016年10月 から)	法律改正	一定以上の労働時 間、年週、雇用期 間を充たした者	80年内輪に基づく 原則適用除外の一 部緩和＋新要件付 加による新規適用 除外	短時間労働者の 一部加入拡大＋ 適用除外の拡大	○×

の対象という基本的なことであるだけに、もしこの制度が法律家が興味を持つ分野のものであったならば、決して看過されることはなかったであろう。たとえ当面の問題の処理としては歓迎されることであっても、かかることの積み重ねが保険行

政の実際には法律よりも通達が優先するといわれ
る状態を招いたことは、十分反省されるべきであ
ろう¹⁾」(下線部筆者)。適用対象を決める基準は、
小山氏が言うように「基本的」に重要なことであ
るから、その部分はやはり法律によって定めるこ

とが、社会保険の権利を確立するうえで重要である。

また、法律改正を経ずに、保険者の解釈（通達）の発出や変更によって、社会保険法上の権利義務の変動をもたらす手法に対しては、以下のよう述べる。「被保険者の受給権の内容のうちかなり重要なものが、法律の改正によらずして変更されることになるが、これが—内容がレベルダウンになるからではない。このようなやり方がである—社会保険行政の進むべき途に逆行するものであることは認めらるべきであろう²⁾。」（下線部筆者）

まさにここで小山氏が指摘する「法律よりも通達が優先するやり方」という状況が現在まで一貫してなされてきている。後に触れるが、短時間労働者、法人の役員、外国人労働者といった者に対する適用基準は、法律改正を経ずに変更が行われてきており、彼らの権利は非常に不安定な状態に置かれてきた。

小山氏と同様の指摘は、最近では、清正寛氏が雇用保険における短時間労働者への適用拡大に関して行っている。清正氏は、短時間労働者への雇用保険の適用拡大という方針を雇用保険部会が示したことを評する論稿で、適用拡大を望ましい方向として評価したうえで、「さらに重要なこと」として、「適用基準をこれまで行政解釈である「業務取扱要領」で定めていたものを、「国民にとってわかりやすいものとする観点から、可能な限り法律に規定すべきである」とした点」であると指摘している。その理由は、「雇用保険の適用範囲は、被保険者という雇用保険の基礎的な概念そのものにかかわる論点であり、法律上明確にすべきもの」であったが、「その適用範囲をこれまで「業務取扱要領」という行政解釈で運用してきたことは」「本来、法律の根拠に基づいて運用基準を設定すべきものを、法解釈の枠を超えて規範設定を行ってきたという点で、法的安定性を欠き、法的に見て大きな問題を抱えてきた」とし、「これまで社会保険の分野においてははもとすると行政主導で運用基準が定められてきた³⁾」（下線分筆者）との批判を行っている。

保険適用対象者を保険者が設定することは、社

会保険の権利に非常に影響を与える。以下、短時間労働者、法人の役員、外国人労働者に対する保険者の適用実務を検討する。表1は以下の検討に関連する適用基準の変遷を示している。

三. 短時間労働者

(1)健康保険・厚生年金保険からの除外

短時間労働者に対する健康保険及び厚生年金保険（以下、「健保等」という）の適用基準を示したのは「80年内翰」であるが、その中身の検討は、別稿にて行っている⁴⁾。表1は、短時間労働者への健保等の適用基準の設定と変更、特に変更が法改正なしで行われていることを示している。短時間労働者については、80年内翰が重要なポイントである。既に検討したが、80年内翰自体は、1968年の失業保険法において保険者が短時間労働者を適用除外する意図に基づいて設定した基準を基に設定されている⁵⁾。1968年の基準設定がなぜ適用除外といえるかについては、設定された基準自体の検討を通じて既に論証したが⁶⁾、さらに旧労働省の遠藤政夫氏（労働省職業安定局長、当時）の1974年12月19日参議院社会労働委員会での答弁によっても、1968年基準の設定は、保険者が短時間労働者を除外する意図であったことがわかる。以下引用する。

「パートタイマーに失業保険を適用するのかわからないのか、こういう問題は実は七、八年前からたいへん大きな問題になっていた」「当時私も安定局の課長をやっております、パートタイマーといえども失業保険を適用すべきだということを主張したただ一人」「ところが、当時はパートタイマーといういわゆるアルバイト的に一日三時間とか四時間、主婦のいわゆるプラスアルファ的な、家計補助的な収入を得るために働くというのであって、いわゆる常用労働者的な、常態として働くというタイプの人は含まれてないという、そういう観念のしかた」「したがって、たとえそうであっても、そこで働く以上は当然失業保険の対象にすべきだということを私は主張しましたが、理論的には必ずしもそうではない。」「四十二年か四十三年か

に、失業保険課長通達で、パートタイマーと称する人たちの典型的な例を五、六項目あげまして、これに該当する人たちは失業保険の対象にしないという取り扱いが今日まで行なわれております。」

1968年基準を労働省が定めた意図は何か。遠藤氏の答弁からは、遠藤氏以外、当時、労働省内部では短時間労働者へ失業保険を適用する考えはなかったことがわかる。つまり、保険者たる労働省は、短時間労働者を1968年以降非適用にするとの扱いを法改正なしで行ったことを意味する。

では、1968年の保険者による短時間労働者の適用除外基準の設定は、適切なものであったか。当該基準が出された次の年の1969年は、女子パートタイム雇用専門家会議が、短時間労働者にも被用者保険を原則適用すべきであるとの報告書を出している⁷⁾。当該専門家会議は1967年に設置されていた。つまり、保険者たる労働省は、専門家会議の原則適用の方向が示される前に、先手を打って適用を除外する基準を自ら設定したことを意味する。つまり、労働省の1968年基準は、専門家会議の見解にも反する判断を保険者として示したことを意味する。

(2) 保険者による適用基準設定と法改正動向との乖離

1968年失業保険基準と1980年内翰による「排除」の流れの根本には、1950年の失業保険通達の家計補助的労働者は適用除外とする考えがある⁸⁾。ここで確認する必要があるのは、戦前の労働者年金保険法（厚生年金保険法）が、女子は家計補助的労働者であるがために適用除外していたということであり、さらには、1944年にその女子をも適用対象にしたという改正法の歴史を踏まえることである。すなわち、戦前、女子は労働者年金保険法の除外対象として法定されていた。その理由は、女子は勤続年数が短いことに加えて、「家計の主たる担い手が男子である」ため、それゆえに女子は労働者年金保険法の対象から除外されていた⁹⁾。つまり、女子は家計補助的労働者であるために、除外されたのである。しかし、1944年6月1日には法律改正によって女子も適用対象となってい

る¹⁰⁾。戦前において、家計補助的労働者ではあったとしても、労働者年金保険の対象とするとした「法改正の動向」を押さえることが大事である。

短時間労働者に対する被用者保険の適用の流れは、表を見ると確認できるように、失業保険の50年基準→68年基準→80年内翰という「排除」方向と、1956年→1969年→1971年→1978年という「原則適用」の二つの流れが存在している。1978年基準までの厚生省の原則適用の考えこそが、家計補助的労働者をも対象としたという法律改正の動向を踏まえた考えであり、法律運用の扱いとして適切であったと言える。1968年及び1980年の適用除外の扱いは、立法動向に反する保険者の判断による適用除外であり、短時間労働者の権利侵害をもたらしている。

四. 外国人労働者

(1) 国籍要件撤廃の経過

外国人労働者は、外国人という性格と、労働者という性格を有する。社会保障適用上の問題について、前者に関しては、1981年の難民条約の批准を機に国内における社会保障法制上の国籍要件の撤廃が行われている¹¹⁾。後者については、被用者保険は適法に在留する外国人労働者に対しては、国籍による適用基準を現在は設けていないため、労働者たる外国人は法文上、適用の上での差は無い¹²⁾。しかし、戦前の労働者年金保険法の時代においては、日本国籍保持者にのみ労働者年金保険の被保険者資格を認める規定が存在した¹³⁾。当該規定は、戦後、GHQの指導の下、国籍要件が廃止されるという法改正の経緯をたどっている¹⁴⁾。つまり、立法動向は外国人労働者差別の撤廃という方向をとっている。以上のことを前提にすれば、被用者保険において、外国人労働者を適用対象から外す扱いを保険者がとることは、現在では法律規定上はとり得ないはずである。

(2) 雇用保険運用上の排除

しかし、雇用保険では、実務上、以下の者が1993年まで（いつからかは不明）、雇用保険の被保険者資格を認められてこなかった。1991年出版

の労働省職業安定局『外国人労働問題必携』（労働行政研究所1991年63頁）によると、外国人労働者のうち「雇用保険については、永住者、配偶者が日本人である者、定住者等は被保険者となるが、「短期滞在者」等わが国で就労できない在留資格のもとで就労している者はもとより、「技術」「人文知識・国際業務」等の在留資格で合法的に就労する外国人労働者についても、たとえ離職したとしても、国内における就労及び求職活動ができないか、又はその範囲及び期間は限られており、ひいては、受給資格を得ても失業給付を受けられないこととなりかねないため、被保険者としないうこととしている」とある。また、布施直春氏の『改正出入国管理法と外国人労働者雇用の実務』（労働基準調査会1990年50頁）でも、雇用保険は「在留資格が期間を限って就職・就労する場合には付与されるもの」「については適用されていない。その理由はこれらの者は在留資格の要件からして日本国内に失業状態で居住していることがないため、雇用保険に加入し、保険料を支払っても掛捨てになることによる」とある。

このような扱いは、国会においても議題に挙げられている。参議院労働委員会1992年4月7日の質疑で、笹野貞子氏の答弁を引用する。適宜省略している。

笹野貞子「(略) 外国人問題のことが出ておりましたけれども、雇用保険法の適用のときに、外国人労働者という特別な扱いはこれはしてないはずで、この定義の中で。すべて被保険者になるんだということですから、その取り扱いの中で、被保険者としないう在留資格の問題があるわけです。(略) 短期滞在、そしてこれは就労している者はもとより、というのは不法入国のことだと思うのですが、それともう一つ、技術、人文知識・国際業務等の在留資格で合法的に就労している外国人労働者についても、つまり読むと時間が長くなりますけれども、そういうのは被保険にしないんだというこというところがあります。(略)」「いかに外国人であろうとも、日本に現に入ってきて働いている人は、いろんな事情で失職するときに、失業するときがある (略) そういうときに憲法で保障してい

ます二十二条の職業選択の自由というのは、これは非常に大きな自由だと思うのです。外国人には職業選択の自由を認めないという方針でこれから労働行政をなさるのでしょうか。」

若林之矩（政府委員）「そういう技術とか人文知識・国際業務等々の在留資格を持って合法的に就労してこられる方につきましては、(略) まずその範囲がございますのと、それから期間も定められているわけがございます。(略) こういう方が仮に離職をいたしましても、そういった期間が限られておりますから、改めて再就職ができないというようなことも出てまいります。そうしますと、雇用保険は保険料をお掛けになったけれども、いざというときには今度は保険のその対象になってこないというケースも多く発生し得るわけがございますものですから、そういったことを考えますと、そういった方を強制的に適用していくということは、やはり取り扱い上問題があるんじゃないか。そういうことで、私もこの被保険者としての取り扱いとしないということにしているわけがございまして、ただいま先生おっしゃいましたような、何と申しましょうか、権利を剥奪するか、そういったような観点は全くない取り扱いでございます。」(下線筆者)

笹野貞子氏が指摘するように、雇用保険法の規定上、国籍要件は一切存在しない中で、外国人労働者の一部を在留資格の関係上、給付の対象にならないから加入を認めないという扱いを、労働省はしていた。興味深いのは、その後、1993年に至り、法律規定の一切の改正なしに、外国人労働者を被保険者として加入を認めるという扱いに変更している点である。菅野和夫氏による¹⁵⁾と、雇用保険について、「不法就労外国人はもとより、適法な就労資格で働いている外国人についても、被保険者としないう取扱いがなされていたが、雇用関係の終了と同時に帰国することが明らかな者を除き、在留資格のいかに問わず原則として被保険者として取り扱うこととなった」としている。1993年から、上述した外国人労働者についても雇用保険の適用を認める扱いに労働省は変更しているようであり、厚生労働省の雇用保険業務取扱要

領¹⁶⁾ 20352(2) ホによれば、「日本国に在住する外国人は、外国公務員及び外国の失業補償制度の適用を受けていることが立証された者を除き、国籍（無国籍を含む。）のいかんを問わず被保険者となる」とある。

なぜ、1993年に就労資格期限付きの外国人労働者にも雇用保険が拡大されたのであろうか。1993年は、外国人研修・技能実習制度が開始された年である。導入に際して大きな議論になったのは、実習生と研修生の労働法上の身分の違いなどを含む、外国人労働者政策のあり方であった。

1991年には、総務庁による「外国人の就労に関する実態調査」（1991年3月1日から3月までの調査）が行われた。総務庁は、その報告書において、外国人労働者問題を次のような視点から分析する。「外国人をどのような形で受け入れていくかは」「国際的視野での検討が不可欠な問題であり、これらの検討に当っては、外国人の基本的な人権を保障し、国内の諸制度の下においては公正、平等を旨とするとの視点も欠かせない¹⁷⁾」とし、「わが国の国際化等の観点からは、在留する外国人が日常生活や就労等を行う上で日本人と同様に基本的な人権が保障され、必要な各種の行政サービス等を受けられることが重要¹⁸⁾」であるとする。人権保障の観点から、日本に在留する外国人労働者の就労状況を把握する姿勢が読み取れる。以下、雇用保険に係る箇所を確認する。

「雇用保険制度については、制度上、外国人は日本人同様強制適用となっているが、労働省は、永住者等就労に制限のない者について加入させることとしている。また、事業主が公共職業安定所に提出する「雇用保険被保険者資格取得届出」には国籍を記載することとされていないこと、外国人と日本人とを区別することとされていないことや外国人の基本的な人権の保護の観点から、労働省では、外国人の雇用保険の加入状況を日本人と区別して把握していない。今回、事業所における外国人の雇用保険への加入の状況について調査したところ、事業所の中には、被保険者となる者であるにもかかわらず未加入となっている例、被保険者とならない研修生を加入させている例等がみられる。就労が認められている在留資格であっても、

「技術」、「人文知識・国際業務」等就労に制限のある者については、仮に受給資格を得ても失業給付を受けられないこととなりかねないとの理由から、労働省は被保険者として取り扱わないこととしているが、就労に制限のある者についても、入管法上、在留期間及び在留資格の範囲内では転職ができ、在留期間の更新、在留資格の変更が認められる場合もある¹⁹⁾」（下線部筆者）として、上述した労働省による外国人労働者を適用除外とする理由である「給付の対象とならない」、という認識の誤りを指摘している。そして、労働省に対する勧告として「外国人労働者に対する労働関係施策の普及、適切な運用等を図る観点から、次の措置を講ずる必要がある」として、雇用保険に関しては、「外国人労働者に対する雇用保険制度の情報提供の充実を図るとともに適切な運用を図るよう都道府県を指導すること。また、運用上雇用保険の加入対象外とされている就労活動の範囲に制限のある外国人労働者に対する雇用保険の適用のあり方について検討すること²⁰⁾」とする。総務庁が当該勧告に至った理由は、「雇用保険制度については、制度上、外国人は日本人と同様強制適用となっているが、労働省は、業務取扱要領（雇用保険適用関係）20355により、永住者等や配偶者が日本人である者等就労に制限がない外国人であって、他の所要の要件を満たすものについて被保険者とすることとしている。また、合法的に就労する外国人であっても、在留資格が「技術」、「人文知識・国際業務」等就労に制限のある者については、たとえ離職したとしても国内における就労及び求職活動や在留期間に制約があり、仮に受給資格を得ても失業給付を受けられないこととなりかねないとの理由から、被保険者として取り扱わないこととしている²¹⁾」が、「就労資格を有する外国人は、入管法上、その活動範囲に制限がある場合でも在留期間及び在留資格の範囲内では転職が可能であり、また、在留資格の変更が認められる場合もある」ためである。

実際に雇用保険の適用対象に該当する事例として、「雇用保険の失業給付の要件は、労働の意思及び能力があるにもかかわらず職業に就けない状態にあること、原則として離職の日以前1年間に

表2 離職前の日以前1年間に被保険者期間が通算して6ヵ月以上ある者の例

国籍	在留資格	離職等状況	
中国(台湾)	4-1-13 (調理師)	平元. 8. 1	入国(在留期間平成2年8月16日まで)
		平元. 10. 1	有限会社B(C社)入社
		平 2. 3. 31	退職
		平 2. 5. 21	D株式会社への転職をE入管局に願い出
		平 2. 7. 16	「在留資格関係願出(転職)」承認(就職日は不明)
		平 2. 8. 1	在留期間更新(平成2年8月17日～平成3年8月16日)

被保険者期間が通算して6ヵ月以上あること（当時、現在は、原則、離職以前2年間に被保険者期間が12ヵ月以上。筆者注）等とされている。地方入管局における外国人労働者の転職状況（入管法改正前に、地方入管局に対し「在留資格関係願出(転職)」を提出していて者）を調査したところ、「労働省が被保険者として取り扱わない事としている就労に制限のある者で、離職前の日以前1年間に被保険者期間が通算して6ヵ月以上ある者の例がみられる」として、「平成2年1月から5月までにE入管局における「在留資格関係願出(転職)」122件のうち、転職に係るもの14件（在留期間の更新の許可を得ているもの）についてみると」「I県雇用保険課が、受給資格を満たしており、仮に失業していたとする場合には失業給付を受けることができたであろうと認められるものが1件みられる」とする。

また、「就職後、事業所が倒産し失業状態となっているもの等、生活の不安定な例もみられる」として、「平成2年5月のC入管局における転職等願書受理件数40件のうち、承認件数38件についてみると、就労していた証券会社が倒産し、1990年5月10日に転職の承認を得、銀行に転職している在留期間3年（1993年1月17日まで）の外国人労働者（アメリカ人、在留資格「4-1-5商用」）の例がある」とする。

以上のように、労働省は、就労期限付き外国人労働者が、給付の対象とならないとの認識を示し、そのことを理由として、保険適用対象としない運用を行ってきた。一方、総務庁は、外国人労働者の人権保障という観点から、失業時の生活保障の必要性が外国人労働者にも当然にあり、かつ、受給要件も満たすために、労働省の適用除外の是正を促している。総務庁の調査によって、適用除外

を正当化する前提が崩れたため、労働省は1993年に適用除外から適用へ方針を転換したものと推測する。

労働省は、外国人労働者は給付対象者ではないと想定し、そこから、被保険者資格を与えないという適用排除の運用を導く。その結果、被保険者資格を与えられない外国人労働者は、本来は受給資格があり、且つ、受給する権利があっても、被保険者資格がないために保険者によって給付が否定される不利益を被る。労働省は給付対象者となりうる者の想定から、適用対象者（被保険者）を限定する方法をとっているが、ここには大きな問題が存在する。社会保険は、様々な生活保障のための給付を行う。給付を受給できるようになるためには、あらかじめ保険に加入し、被保険者資格を有していなければならない。この構造を前提とすると、給付に関する要件や条件の点で、給付を受給できない者は、保険に加入しても意味がなく、それゆえに被保険者資格を付与しない、という扱いは社会保険上正当の行為のように見える。しかし、問題は、保険者が、ある者を給付の対象者ではない（今回は短期滞在外国人労働者）、もしくは、給付を行う必要性のない者であると「想定」し、そのことから被保険者資格を付与させないというのは、それが法律の規定に基づかないものであるため、重大な権利侵害をもたらすことである。今回は、それが総務庁の調査によって露呈したが、適用対象者の想定から、法律規定に基づかず被保険者資格の取得を制限することは、保険者による恣意的な判断であり、許されない。同様のことは、短時間就労者は、健康保険・厚生年金保険の給付を必要としない「家計補助的労働者」であるから、給付をする必要がなく、それゆえに法律の根拠なく適用除外を行う事を正当化する扱い（先

述三、参照)にも見ることができる。適用・不適用の問題は、保険者の勝手な判断で行う事はしてはならない。法定された適用除外基準に基づかない排除を認めないことが権利保障の観点から重要である。

なお、外国人技能実習生に対しても、雇用保険法は適用となっており、公益財団法人国際研修協力機構 JITCO²²⁾によると「技能実習生に対しての給付事例は、件数は少ないのですが、実習実施機関の事業閉鎖後、他の同一職種の実習実施機関へ移転するまでの間についての技能実習生への失業給付の事例があります。」とあり、在留期限があっても失業給付の受給は可能である。

(3)健康保険・厚生年金保険

健保等においては、長期滞在する外国人労働者の一部に関しても、適用を除外する扱いを厚労省は行っている。社会庁保険発第0519001号平成17(2005)年5月19日地方社会保険事務局長宛て社会保険庁運営部医療保険課長通知「語学学校に雇用される外国人講師に係る健康保険・厚生年金保険の適用について」(以下、「課長通知」という)がある²³⁾。課長通知は、語学学校に勤務する外国人語学講師の健康保険・厚生年金保険加入にあたって、80年内翰という常用的使用関係にあるか否かを判断するに当たり、常勤として雇用される外国人講師がいる場合には、その者の所定労働時間労働日数のおおむね4分の3以上であることを求める。第二に、当該語学学校に雇用されている講師が全員非常勤外国人講師である場合、当該語学学校において常勤として雇用されている一般的な従業員の労働時間・労働日数と比較して常用的使用関係が認められる場合に、健康保険・厚生年金保険への加入を認めるという扱いを示している。課長通知は、語学学校講師がコマ制で働いていることから、短時間労働者であるとし、80年内翰の適用を前提としたうえで、「語学学校の外国人講師」という対象に対して、特別な適用判断基準を設定したことにその特徴がある。課長通知を批判する見解は既に出されており、奥貫妃文氏によれば「語学学校の多くが、教員は外国人、事務スタッフは日本人にしており、全く異なる労働条件を

設定して」おり、「事務スタッフは始業から終業時間までほぼ学校のなかに貼り付いて仕事をしている」が、「他方、教員の場合には、基本は授業時間とそのための準備や授業後の記録やフォロー等が労働時間ということになるが、終日職場に貼り付いている事務スタッフに比べれば、所定労働時間が短くなる」ために、「本通知は、出来る限り外国人教員を社会保険加入から除外したいという事業主の思惑が透けて見えてくるような内容である」とする²⁴⁾。

日本人の事務職の正規職員はフルタイムで働くが、外国人の講師は、コマ制の講義であるため、いくらコマを積み重ねても、事務職員ほどの労働時間は稼げない。外国人講師の「講義時間」と、事務職員の「出勤時間から退勤時間まで」を比較しても、そもそも職種が異なるから、外国人講師にとって事務職員と比較しての常用的使用関係性(労働時間及び労働日数が4分の3以上)を達成するのは、かなり無理がある。80年内翰は、常用的使用関係性を判断する比較対象として「同種の職種に従事する通常の就労者」を挙げていた。この点、課長通知は、外国人をターゲットに、異なる職種、しかも、フルタイムの事務職員を比較対象として挙げており、80年内翰基準よりも、加入を認めない扱いを示したものである。

上述したように、健康保険法は当初より、国籍による適用除外規定は存在しない。厚生年金保険法は、戦前は国籍条項が存在したが、戦後、撤廃されている。さらには、1981年、日本は難民条約を批准し、それに伴う国内法の国籍要件規程を撤廃している。法改正の流れは、外国人を適用除外する扱いから、適用対象、そして差別禁止へと進んでいる。雇用保険の運用も含めて、このような法改正動向に真っ向から反する外国人差別は到底容認できず、課長通知と、それに基づく適用除外は違法である。

五. 法人の役員等の健康保険・厚生年金保険

健保等においては、「適用事業所に使用される者」(健康保険法3条1項、厚生年金保険法9条)

には、労働契約関係²⁵⁾にある労働者だけではなく、委任契約関係にある法人の役員等も含まれるという扱いを保険者は行っている。昭和24（1949）年7月28日保発74号は、「法人の代表者又は業務執行者であっても、法人から、労務の対象として報酬を受けている者は、法人に使用される者として被保険者」として扱うとする。この通達に基づく適用は、現在は裁判所もその合法性を認めている（岡山製パン事件）²⁶⁾。

法人の役員等に対する健保等適用の扱いには、学説上も特に異論はない。本稿においては、1949年の段階で、保険者が法改正を経ずに、委任契約関係にある法人の役員等を加入対象とした事の「手続き」が妥当であったかを検討する。健保等は、本通達以降、法人の役員等を被保険者として扱うことになったが、戦前は、健康保険法第13条（当時）の規定内容は変わらないにもかかわらず、法人の役員等は「使用される者」に含まれない扱いをしていた。これまでの検討は、法改正を経ないでの「排除」を素材にしてきたが、法人の役員等に関しては、法改正を経ない「加入拡大」である。その結果の良し悪しはここでは論ずることはしない。役員等を含めるとする変更は、法改正を経る必要がなかったのであろうか。また、法改正を経ずに被用者保険加入を役員に認めたことが、各法制上の整合性を崩しはしないか。

法人の役員等を法改正なしで加入者に入れたことには、上述（二、参照）したように小山進次郎氏からその手法に対する批判がなされている。適用事業所に使用される者の対象を、保険者が重大な変更（行政解釈の変更）を加えることは、被保険者等の重大な権利義務に関係するため、厳格に規整すべきである。やはり手続きとして問題はあった。

法人の役員等を被用者保険に加入させることによって具体的に生じている課題として、業務上の怪我病気等には、役員等は「労働者」ではないために労災保険給付はなされず、また、健康保険は「業務外」の傷病等を対象にしていないために²⁷⁾、結果的に無医療状態に陥ることになる²⁸⁾。

2013年、健康保険法が改正²⁹⁾され、2013年10月1日から、健康保険の給付範囲を見直し、健康保

険及び労災保険のいずれの給付も受けられない事態が生じないよう、労災保険の給付が受けられない場合には、健康保険の対象とする改正法が施行された。ただし、役員の業務上の負傷については、改正前の取扱いと同様に、小規模な適用事業所に所属する法人の代表者等（被保険者が5人未満である適用事業所に所属する法人の代表者等）であって、一般の従業員と著しく異ならないような労務に従事している者を除き、健康保険からの給付は行わない（健康保険法53条の2³⁰⁾）。本改正の直接の経緯は、シルバー人材センターにおいて行う活動が、「業務上」の活動とされ、当該シルバー人材での就労者が健康保険法被保険者の被扶養者の地位にある場合、健康保険の給付対象にならず、また、労働者とも認められない場合には、労災保険給付も行われなかったために、無医療状態に置かれていた事への批判をうけてのものである。それゆえ、法人の役員等においては、法改正前の取扱いが維持されている³¹⁾（上記、下線部が従前から扱い）。ここでいう従前の取扱いは、2003年7月1日保険発0701001号・庁発0701001号通達「法人の代表者等に対する健康保険の保険給付について」（2004年3月30日保発0330001強盗によって一部改正）によってなされてきた扱いである。当該通達は、「被保険者が5人未満である適用事業所に所属する法人の代表者等であって、一般の従業員と著しく異ならないような労務に従事している者については、その者の業務遂行の過程において業務に起因して生じた傷病に関しても、健康保険による保険給付の対象とする」というものである。それゆえ、被保険者5人以上の法人の適用事業所（中小企業主等）については、労災保険の特別加入制度に任意加入しなければ、業務上の傷病時には、医療給付が行われない。但し、特別加入をしても、給付の対象となる業務は、限定されている。

現在でも、法人の役員等が法人の役員としての業務に起因する不詳等については、健康保険給付を受けられず、労災保険も支給されない。そのような場合を回避するために、労災保険の特別加入が可能であるが、その対象は金融業、保険業、不動産業、小売業で従業員50人以下の法人、卸売業、

サービス業で100人以下、その他業種で300人以下の法人に制限されている。

つまり、1949年以来、法人の役員等には、医療保障が欠如する場合がありますのであり、その原因は、1949年通達にある。本来は、国民皆保険達成時（1959年）に、住民保険（国民健康保険）との関係を法律上整備すべきであったが、法人の役員等の被用者保険加入が通達によってなされていたために、課題として認識されなかった。

この点につき、社会保険労務士の島部忠志氏は、社長であっても、障害と死亡の場合には厚生年金保険が適用されるが、「負傷・疾病の場合には」健康保険の「適用がないというのは明らかに法律の不備である。この法律の不備という状況は、憲法第25条の趣旨を強調する」上記岡山製パン事件判決と「明らかに矛盾する」とする³²⁾。岡山製パン事件判決は、憲法25条の規定から、法人の役員等に対して健康保険・厚生年金保険を適用させることこそ、25条の趣旨にかなうとするが、健康保険を適用させた結果、無医療状態となるのは当該判決の意図したものと矛盾するというのである。

本来は、適用対象の労働者以外への変更を行う際には、他の社会保険法（健康保険法と労災保険法）との整合性を図るべきであり、給付上不備が出ないように図ることは、立法機関の役割である。医療無保障という重大な人権侵害が、保険者の適用対象の設定によって生じており、その責任は非常に重い。

六. 検 討

以上みてきたように、保険者によって法改正を経ずに適用の対象を設定・変更すると、社会保険の権利は非常に弱く不安定になる。社会保障法において、権利を論じる際、権利者、権利内容、権利の実現手続き、権利侵害時の救済手法を論じることが重要だが、最も基本である「権利者」に関する内容が、保険者によって恣意的に設定されているのでは、その後の権利も無きに等しく、およそ現状の社会保険に対して権利性は強い、といった評価をすることはできない。保険者による加入対象者の設定行為（拡大にしる縮小にしる）は、

今後とも起こりうる問題であり、その正当化の手法は、給付対象となるか否かという観点から、被保険者を設定し、適用除外を正当化するというものである。しかし、給付対象となるか否かを保険者が法規定の根拠もなしに想定し、それによって排除が可能であれば、社会保険の権利はいくらでも侵害される。適用除外は、権利義務への重大な影響を与えるために、確固たる根拠が必要と考えるべきである。

この観点からすると、健康保険の日雇特例被保険者に係る適用除外を定めた健康保険法3条2項但書規定が参考になる。健康保険法3条2項但書では、日雇特例被保険者の適用除外に関して、3条2項の1号から3号のいずれかに該当する者として、厚生労働大臣の「承認」を受けた者を挙げている。1号は、引き続き二か月間に通算して26日以上使用される見込みがないことが明らかであること、2号は二に継続被保険者であること、3号はその他特別の理由があるときに挙げられている。そして、健康保険法施行規則113条は、日雇特例被保険者に関して、日雇労働者による適用除外の申請と大臣による承認の手続きが規定されている。適用除外の申請には、「適用除外の理由」を記載した申請書を大臣に提出する必要がある（規則113条1項3号）。大臣は、申請に対して承認する場合には、文書で当該日雇労働者に通知し、承認しない場合には、その旨を日雇労働者に通知する必要がある。特別の理由としては、社会保険各法の被扶養者である昼間学生のアルバイト、内職的な日雇労働者に従事する家事専業者が該当すると行政解釈によって示されている（昭和35年8月18日保発59号）。ここで示された適用除外者が適切か否かは議論があるが、当該通達は、健康保険法の委任を受けて保険者が定めたものである。

健康保険法3条2項の法構造は、列举事由以外に適用除外をする場合の手続きと、その基準設定を保険者に委任しているために、保険者による法律に基づかない恣意的な排除であることは免れ、法律上の根拠があると言える。逆にいえば、健康保険法3条2項のような規定がないような場合、保険者の適用除外基準の設定は、法的根拠のない違法な運用である。

七. おわりに

社会保険への加入基準の設定は、当事者の権利義務に非常に大きな影響を及ぼすにもかかわらず、これまでその形式が適切であったのかを検討する機会はありませんでした。むしろ、保険給付の対象者像から、給付対象となり得ない者や、給付対象としない者（外国人労働者や、家計補助的労働者）、給付対象とすべき者（法人の役員等）を保険者が想定し、それから遡って被保険者像を想定し、それに合うように適用基準を設定する、という手法を法学研究者は受け入れてきた感がある。しかし、それでは、法定の要件を満たした者は、全て保険に加入させるという「強制加入」保険としての性格は失われてしまうし、被保険者となり得る者の権利も侵害する。厳格に法律による適用基準の設定が必要である。

注

- 1) 小山進次郎「社会保険行政の問題点」有泉亭編『社会保険事典』（社会保険新報社、1968年）368頁。
- 2) 小山前掲369頁。
- 3) 清正寛「巻頭言 雇用社会と法の支配の確立」季刊労働法228号2010年2頁。清正寛「被用者保険法における被保険者概念の一考察」法学志林102巻2号2005年5頁でも「行政解釈による被保険者の範囲の設定方法の法的な妥当性が問われる」として、法人の役員等に対する健康保険・厚生年金保険の適用と、80年内勤に基づく短時間労働者の適用除外を行政解釈によって行うことの適法性を検討している。
- 4) 川崎航史郎「短時間労働者の健康保険・厚生年金保険へ加入する権利」労働法律旬報1833号8頁。
- 5) 川崎前掲注4）19頁。
- 6) 川崎前掲注4）24頁。
- 7) 川崎前掲注2）第1編第1章第3節参照。
- 8) 川崎航史郎「被用者保険による労働者生活皆保障の法的課題」第1編第1章参照。龍谷大学機関リポジトリ <http://repo.lib.ryukoku.ac.jp/jspui/handle/10519/5527>。また 濱口桂一郎「労働政策レポート7 労働市場のセーフティネット」（労働政策研究・研修機構、2010年）34頁では、「法文上に根拠があるわけでもありませんし、なぜ家計補助的であれば失業保険の対象となる労働者と認められないのか、法制的に言えば大変疑問のある扱いであった」とする。そして、「どうしても家計補助的な労働者に適用したくないのであれば、法律上明確に要件を定めて適用除外するしかなかったはず」と述べる。
- 9) 『詳解労働者年金保険法』（産業厚生時報社編、1942年）9頁。
- 10) 『改正厚生年金保険法解説』（社会保険法規研究会、1948年）11頁では、女子について、1944年6月1日より強制被保険者となるとある（11頁）。
- 11) 生活保護法等若干の法律に国籍要件が維持されている。
- 12) 不法滞在の問題については、岩村正彦「外国人労働者と公的医療・公的年金」季刊社会保障研究第43巻2号2007年107頁。
- 13) 『詳解・労働者年金保険法』1942年産業厚生時報社編8頁。「帝国臣民に非ざる者」は適用除外。同法16条が除外根拠規定（70頁）、国籍喪失時における被保険者資格喪失規定は20条（71頁）。
- 14) 田中伸尚・田中宏・波田永美著『遺族と戦後』（岩波新書、1995年）123頁が、GHQ「雇用政策に関する覚書SCAPIN360」を引用し、「いかなる労働者に対しても、国籍・信条又は社会的地位を理由として賃金、労働時間又は労働条件について、有利にも不利にも差別待遇を行わず、又はこれを許さないことを保障しなければならない」としている。これを受けて、46年1月の厚生年金保険法改正（勅令542）によって、撤廃されている、との記述。矢野聡「日本の年金政策史」（ミネルヴァ、2012年）52頁では、ポツダム勅令の下（勅令542）、1946年1月25日、厚生年金保険の国籍差別撤廃（矢野本では、GHQ「職業政策二関スル覚書、昭和20年11月とあり）がなされるが、これは国会によらずに改正されたもの（同74頁注9「厚生年金保険法等中改正ノ件」昭和21年1月26日勅令第43号、公布・施行）とある。厚生省保険局厚生年金保険課編『改正厚生年金保険法解説』（社会保険法規研究会、1948年）11頁では、強制被保険者について、「国籍」に関係なくとなる。
- 15) 菅野和夫「労働法第10版」（弘文堂、2012年）108頁には、1993年に雇用保険を外国人労働者に適用をしたとする通達「平5・1・12-4労経保監881号」が示されている。厚労省に問い合わせたが、存在は確認できず、なぜ適用対象としたのかは、通達内容がわからず不明である。
- 16) http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyou/koyouhoken/data/toriatsukai_youryou.html
- 17) 総務庁行政監察局『外国人をめぐる行政の現状と課題』（大蔵省印刷局、1992年）1頁。
- 18) 同上7頁。
- 19) 同上155頁
- 20) 156頁。
- 21) 166頁。
- 22) 「外国人技能実習生と労働・社会保険Q&A改訂第7版」8頁。www.jitco.or.jp/download/data/roudou_hoken.pdf
- 23) 課長通知は、労働法律旬報1833号75頁に掲載。
- 24) 奥貫紀文「外国人労働者の雇用形態と社会保険加入をめぐる労働法的考察」労働法律旬報1833号23頁。

朝日新聞2005年6月26日「外国人講師「労働」に新基準 社会保険加入の壁に」は、課長通知によって多くの外国人講師が加入基準に達しない実状を伝えている。社会保険庁医療保険課は「当初は大幅に加入者が増えると思ったが、新基準が出てもしようはならなかった」とし、「基準が明確になったという点で前進」という。つまり、課長通知の前提となっている80年内翰自体の不明確さを自身で認めつつ、且つ、新基準が適用拡大の効果が無いことをも認めている。

25) 実態から判断される。

26) 広島高裁岡山支部昭和38年9月23日判決判例時報362号70頁。

27) 国民健康保険は業務上外の区別をせず給付対象とする。

28) 島部忠志「労災保険未加入の中小事業主等の「業務上」災害とその補償の方法～独立自営型の「労働者」も視野において」賃金と社会保障1224号61頁。

29) 健康保険法等の一部を改正する法律（平成25年法律第26号）

30) 法人の役員である被保険者又はその被扶養者に係る保険給付の特例。第53条の2「被保険者又はその被扶養者が法人の役員（業務を執行する社員、取締役、執行役又はこれらに準ずる者をいい、相談役、顧問その他いかなる名称を有する者であるかを問わず、法人に対し業務を執行する社員、取締役、執行

役又はこれらに準ずる者と同等以上の支配力を有するものと認められる者を含む。以下この条において同じ。）であるときは、当該被保険者又はその被扶養者のその法人の役員としての業務（被保険者の数が5人未満である適用事業所に使用される法人の役員としての業務であって厚生労働省令で定めるものを除く。）に起因する疾病、負傷又は死亡に関して保険給付は、行わない。

31) 2013年改正によって健康保険法第53の2が新設され「被保険者又はその被扶養者が法人の役員（業務を執行する社員、取締役、執行役又はこれらに準ずる者をいい、相談役、顧問その他いかなる名称を有する者であるかを問わず、法人に対し業務を執行する社員、取締役、執行役又はこれらに準ずる者と同等以上の支配力を有するものと認められる者を含む。以下この条において同じ。）であるときは、当該被保険者又はその被扶養者のその法人の役員としての業務（被保険者の数が5人未満である適用事業所に使用される法人の役員としての業務であって厚生労働省令で定めるものを除く。）に起因する疾病、負傷又は死亡に関して保険給付は、行わない」とする規定が入った。

32) 島部忠志「中小事業主の「業務上」災害と労災保険適用問題」龍谷法学30巻3号1997年134頁。