

働き方の多様化と休暇法理の再考

奥山 明 良

一 序

今日、大多数の人々にとっては、労働者としての生活、とりわけ雇用を通じての労働生活が日常生活の中心を占めるものとなっている。労働生活は、なにより我々の日々の生活にとって経済的基盤を形成するとともに、労働を通じて個々人が意欲や能力を発揮し、自己実現を図ることのできる重要な機会と場を提供しているのである。とはいえ、人は日常の生活時間のすべてを労働者としてのみ過ごしているわけではない。いうまでもなく、人はパンとバターのみを目的に日々を生きているわけでは決してないのである。すなわち、人々の日常生活には、労働者としての生活以外にも個人として私事に時間を費やしたり、また家族と一緒の時間を過ごしたりするプライベートな生活とともに、社会の構成員としてボランティア活動や公民権の行使など多様な社会活動に時間を費やすパブリックな生活も不可欠のものなのである。このように、人は、労働生活を生活関係の軸足に据えながらも、他方で個人として、あるいは家族の一員として、さらには社会人として様々な活動に関与しつつ、多面的で自立した経済的、文化的な生活を送っているのである。

ところで、こうした多様な活動を包摂した日々の生活関係の展開にとって重要なことは、労働生活と個人生活や家族生活さらには社会生活との有機的・合目的な調和を図ることである。そのために重要な意義と役割を担うのが、労働生活の展開過程において労働者に対して労働からの一時的な離脱を認めて自由な時間を確保させる、すなわち個別の必要に応じて労働者に適度の「休み」をとらせることであろう。こうした「休み」の確保は、使用者にとつては良質の労働力確保とそのうえで安定的な労働関係の構築といった企業・経営利益に資することにつながる、労働者にとつても労働意欲をさらに高めさせるとともに、その個人生活や社会生活における様々なニーズを満たすことになり、結果として労働生活と個人生活の双方に大きなゆとりと豊かなるおいをもたらすといえる。

とりわけ、今日では企業及び労働者を取り巻く社会経済環境の急速かつ大幅な変化を背景に、女性の職場進出が著しく、その働き方も結婚や出産までの一時的なものではなく、また単に補助的・周辺のな労働でもなく、男性と同様、生涯を通じてのものへと大きく変わりつつある。その結果、休暇や休業等の「休み」を通じて一定の適度な自由時間を確保することは、働く男女にとつて労働生活と個人・家庭生活さらには社会生活との調和に極めて重要な意味をもつことになる。かくして、休暇や休業等「休み」の制度は、従前のような労働者の肉体的・精神的疲労の回復や使用者の業務上の都合といった観点からの問題としてだけではなく、今日では男女を問わず労働生活と個人・家庭生活等との調和といった観点から、その意義と機能を問い直すとともに、制度の拡充も図られなければならない。⁽¹⁾

本稿では、こうした問題関心から労基法及びその他個別労働関係法規にみる各種の休暇・休業の制度を中心に、その今日的意義と課題を明らかにしつつ、改めて休暇・休業等「休み」の法理について再考してみたい。

(1) こうした問題意識を明確にして、労基法の休暇・休業等の法理の再検討を試みたのが、野田進「休暇・休業と労働契

約」季刊労働法一六七号八頁以下であり、これをさらに詳細にしたのが、同「**「休暇」労働法の研究**」(一九九九年・日本評論社)である。

二 休暇・休業の制度と生存権理念

ところで、労働生活はもちろんのこと、人々の生活全体にとって重要な意義を有する休暇・休業等「**休み**」の制度は、法的枠組みの観点からは、なによりも憲法二五条に保障された「**生存権**」理念に立脚して理解すべきことが改めて強調されなければならない。⁽²⁾ すなわち、憲法二五条一項は「**すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。**」旨を明記している。周知のとおり、本条は、単に労働者だけを対象とするのではなく、国民たるすべての個人に対して「**健康で文化的な最低限度の生活**」すなわち「**人間らしく生きる権利**」人たるに値する「**生活**」を保障しようとするものである。しかしながら、労働者としての生活関係、すなわち労働生活関係は、前述のとおり個人の日常生活にとって経済的な支えを提供するのみならず、その他の個人的生活や社会的な生活関係と密接な関係を持ち、そうした生活関係のスムーズな展開に大きな影響を及ぼすものである。そうした観点からすれば、それは憲法二五条にいうところの「**人間らしく生きる権利**」の実現・確保と密接不可分の関わりをもつものであるといつてよい。具体的には、以下のとおりである。

1 労働関係への生存権理念の関わり

周知のとおり、労働関係は、伝統的な市民法の基本原理からすると、互いに自由で対等かつ独立した個人(法的主体)としての立場から契約自由の原則に基づく個別合意により形成されることになる。しかし、現実の労働関係においては契約当事者である労働者と使用者との間には経済的、社会的対等性が必ずしも十分には確保されないことから、これまで労働者にとって契約自由の原則はなんら現実性をもたない抽象的・形式的な法理念でしかなかつ

た。その結果、こうした労使の非対等性(労使の従属的關係)とそれに起因する交渉力の不平等(取引力の不均衡)が、事実上、労働者に低賃金や長時間労働に代表される劣悪な労働条件と職場環境を強いてきたことは資本主義經濟の發展過程における企業・經濟社会での歴史的事実であったといえよう。

そのため、労働関係における生存権理念の具体化(実質化、換言すれば經濟的・社会的弱者としての労働者の「人間らしく生きる権利」の実現・確保という目的から、わが国の憲法は、その二五条で「生存権」理念を明記したうえ、二七条で「職業選択の自由」と「働く権利」労働権を保障(同条一項)しつつ、「賃金、労働時間、休息その他の勤務条件に関する基準は、法律でこれを定める」(同条二項)として、労働条件設定については当事者間での契約自由の原則に全面的に委ねることをせず、労働条件の最低基準の法定化の基本理念を明確にしたのである。同時に、憲法は、法定の最低基準以上の労働条件交渉に関しては、その二八条により「団結権(組合結成権・団体交渉権・団体行動権)」を労働者の基本的権利として保障することにより、労働条件交渉についての労使対等の立場の確保を図ることとしたのである。

そのうえで、これら憲法に保障された基本的人権保障の理念を労働基準法や労働組合法に代表される個別の労働関係法規に具体化し、これを再構築することにより、総じて労働関係における生存権理念の実質化を図ってきたと云ってよさう。

2 生存権理念の実質化と休暇・休業等「休み」の制度

こうした労働関係における生存権理念の実質化、すなわち労働者の「人間らしく生きる権利」の具体的保障という観点に立脚していえば、休暇や休業等「休み」の制度は、以下にみるとおり、これまで二つの重要な法政策目的を担ってきたといえる。⁽³⁾

(1) 健康・安全の確保

第一は、労働生活面での労働者の「健康・安全の確保」という政策目的である。周知のとおり、労働関係が前近代的な主従関係（支配従属関係）を色濃く残していた時代には、労働者は自身及び家族の日々の生活を維持するのにも困難なほどの低賃金（そこには現物支給や賃金からの控除も含まれた）をはじめ、一日一五〜一六時間にも及ぶ長時間の労働さらには安全衛生面でも極めて劣悪で過酷な職場環境の下での労働を余儀なくされていた。とりわけ、長時間労働は、今日のわが国企業社会であつてさえも、景気の大幅後退と経営合理化による人員の大幅削減や企業間競争の激化等を背景に労働者一人当たりの業務量が増重になっている結果としての時間外労働や深夜労働の常態化という形で存在していることは周知のところであろう。

加えて、現在の労働（仕事）には、その内容や性質として密度において労働者に過度の緊張を強いるものが少なくない。こうした長時間労働の拡大や緊張度の高い労働は、労働者にとっては肉体的疲労のみならず精神的ストレスを含む心身の疲労を蓄積かつ増大させ、これが労働者の健康や安全に重大な支障を与え、結果として病気や事故（そこには、過労死や自殺も含まれる）を招きかねない。こうした事態は労使双方にとって決して望むべきことではなく、なにより憲法二五条にいう「健康な・生活」享受の要請に背くものといえる。そのため、労働者にとっては、こうした疲労の増大・蓄積を解消して健康の維持増進や安全の確保を図るべく、適度な「休み」の確保が不可欠のものとなる。労基法に定める各種の「休み」のうちでも、元来、休憩や休日はいくつかの法政策的目的にあって特に重要な意義を有するものであつた。

（2） 文化的・社会的生活の確保

第二は、労働生活以外の生活関係との関わりが深い「文化的・社会的な生活」の享受、そのための余暇（自由時間）の確保といった政策目的である。既に述べたとおり、人は労働を通じてパンとバターのみを求める生活がすべてではなく、家族や友人・知人との親密な交わり、さらには地域その他社会との密接な関わりの中で多様な生活関

係を形成している。こうした多様な生活関係の下での幅広い活動は、労働者にとって心身のリフレッシュにつながる。と同時にその生活全体に大きなゆとりとうるおいをもたらす。とりわけ、今日では男女ともに労働生活を日々の生活関係の中心に据えるとともに、労働に対する意識（就業意識）も、従前の仕事中心の生活（会社中心の生活）に対する反省から個人重視の生活へと価値観の転換（個人生活重視の意識）が顕著になってきている。そうしたところでは、単に心身の健康・安全の確保という以上に個人生活・家庭生活等を充実させるべく、休暇や休業をはじめ、適度な「休み」を通じての余暇すなわち自由時間の確保が不可欠となる。それが、すなわち憲法二五条にいう「人間らしく生きる権利」の実現・確保にとつて最も基礎的な条件の一つとなるのである。⁽⁴⁾

そして、今日さらに今後の労働生活にあつては、次にみるような雇用・就業形態の急速な変化と労働者の就業意識の多様化を背景とした個人生活・家庭生活さらには社会生活の充実といった観点から、休暇・休業制度の拡充とともに、かかる制度の個別の意義・目的に即した法理の再構築が重要かつ必要となっているのである。

(2) 近時、こうした観点から労基法の休暇・休業の制度の現状と課題を再検討した有益な論文として、蓼沼謙一「休暇法の現状と課題」季刊労働法一九八号五五頁以下、西村健一郎「企業における多様な休暇制度」講座二一世紀の労働法七巻（健康・安全と家庭生活）一六九頁がある。

(3) 前注(2)掲記の蓼沼論文がこの点を明確に指摘され、強調されている。

(4) 休暇制度と労働者の健康・安全の確保さらには文化的生活（ゆとりある生活）の確保等との密接な関係については、これまで十分に認識されてきたところであるが、近時、蓼沼教授は前注(2)掲記の論文にてこれを特に憲法二五条の生存権理念に立脚して理解し、議論すべき必要のあることを確に強調されている（特に五八頁以下）。

三 企業における休暇・休業の種類とその拡充

1 企業及び労働者を取り巻く環境変化と休暇・休業制度の拡充

労働者が、いろいろな理由や事情からとる「休み」に包摂される休暇・休業等には労基法や育児介護休業法など強行法規により労働者に付与すべき旨定められた法定の休暇・休業に加えて就業規則や労働協約さらには個別労働契約の定めにより付与される法定外の特別休暇・休業がある。いずれの休暇・休業にせよ、従来はその目的や種類においてかなり限定された範囲での付与にとどまってきた。しかし、今日では多くの企業において、前述した労働者の個人生活・家庭生活そして社会生活の充実といった目的から多彩な種類の休暇・休業が制度化され、拡充されてきている。

思うに、こうした休暇・休業制度の拡充の背景には、今日の企業及び労働者を取り巻く社会経済環境の急速かつ大幅な変化があるといつてよい。すなわち、一九八〇年代半ばに至るまでのわが国の企業社会は年間二、〇〇〇時間を超えるほどの長時間労働を経験していた。当時、欧米諸国との貿易摩擦において日本の長時間労働が低賃金とならんで不公正な競争の主要原因として非難を浴びたことから、わが国政府は、一九八七年に労基法を改正して法定労働時間を週四八時間制から四〇時間制に改め、これを一九九三年ならびに一九九八年の三次にわたる改正を経て段階的に実施した。こうした法定労働時間短縮の主要な手立ては、完全週休二日制の実現に向けての休日の増加や年次有給休暇の取得率の引き上げ、さらには政府主導のゆとり休暇の普及など新たな休暇制度の推進であった。⁵⁾しかるに、その後一九九〇年代初頭の「バブル経済」の崩壊による景気の大幅後退と、その頃から急速に進展した情報通信技術の革新、企業の国際競争激化さらには少子高齢化の進行等企業を取り巻く急速かつ大幅な社会経済環境の変化は、結果として多くの企業そして労働者に雇用の減少や失業増大の不安、労働の性質や内容の変化(労働

密度と緊張度の高い知的・専門的業務の増大や人事処遇システムの見直し(年齢・勤続評価から能力・業績評価)の合理化による労働者一人当たりの業務量の増大(長時間労働と精神的・肉体的疲労の蓄積)等をもたらした。⁽⁶⁾

こうした急速かつ大幅な変化は、使用者にとつては専門的な知識や資格を持ち、また豊かな経験や視野を持った人材の確保等企業の人的資源の再開発の必要性を、そして労働者にとつては長時間の過重な労働や緊張度の高い労働による様々なプレッシャーやストレスからの解放とともに、雇用不安・失業の回避と労働生活における新たな展望とチャレンジへの迅速で効果的な対応の重要性を認識させることとなった。こうした労使双方の新たな課題に適切・効果的に対応すべく、改めて労働生活面での心身のリフレッシュ(ゆとりの確保)や新たな資格・経験の取得等能力開発(技能研修等)のための時間の確保が労使当事者のみならず国(政府)にとつても喫緊の重要な法政策課題となってきたのである。⁽⁷⁾

他方、労働者を取り巻く環境変化としても、今日、女性の職場進出が急速に進むと同時に、若い世代をはじめ多くの労働者の職業観・勤労観に大きな変化(すなわち、働くことは美德であるとか、元氣なうちは一生懸命働かなければならない等といった「仕事一筋」の意識の見直し)がみられ、あわせて個人を中心に企業組織やその他の社会組織への関与を考えていこうとする意識・価値観も高まってきている。しかも、こうした意識変化は、単に若い世代に限られたものではなく、現在では労働者の全体的な意識傾向として就業意識の多様化を促進させることとなり、結果として従前の仕事中心の生活(企業帰属意識・会社人間化)に反省を迫ると共に、改めて個人生活・生きがい重視の働き方への志向を強めてきている。その結果、今日の企業社会においては職業生活と個人生活そして社会生活との調和が可能な働き方への制度づくりや環境整備が重要な法政策課題となっており、その一環として休暇・休業制度の拡充が多くの企業において図られてきているといつてよい。

2 休暇・休業の種類とその拡充

上述した企業及び労働者を取り巻く様々な環境変化の下で、今日、わが国企業における休暇・休業の制度は実に多彩である。権利の発生・付与の根拠の違いによりこれを大別すると、前述のとおり実体法規に基づく法定の休暇・休業と就業規則や労働協約等に基づく法定外の特別の休暇・休業とがある。⁽⁸⁾

(1) 法定の休暇・休業

(1) 労基法に基づく休暇・休業

① 年次有給休暇

労基法に定める各種の休暇・休業の制度のうち、すべての労働者に対して共通に付与される休暇として「年次有給休暇」がある。すなわち、労基法三九条は、使用者に対して、六カ月間継続勤務し全労働日の八割以上を出勤した労働者に、継続し又は分割した一〇労働日の有給の休暇を与えること（同条一項）、さらに一年六カ月以上継続勤務した労働者には、前年度全労働日の八割以上の出勤を条件にその後の継続勤務年数一年につき一労働日を加算し、また三年六カ月以降は継続勤務期間が一年増すごとに二日づつ加算された、最高二〇日までの有給の休暇を与えること（同条二項）を義務づけている。周知のとおり、いわゆる年休制度は、国際的には第二次世界大戦以降に大きく普及したものであり、わが国では憲法二五条の生存権理念の下で憲法二七条二項が明記する労働者の休息権についての最低基準設定の一環をなすものである。しかし、この年次有給休暇の制度は、長時間労働により蓄積される心身の疲労を回復させ、よって労働者の健康・安全の確保を図ることを主眼とする休憩（労基法三四条）や休日（労基法三五条）の制度とは別に、長時間・長期間の労働からの心身のリフレッシュを図りつつも、特に上述した生存権理念の「人間らしく生きる権利」の内実をなす「文化的・社会的生活」の保障に不可欠な「余暇（自由時間）」の確保と、⁽⁹⁾いうことを主要な目的とするものといつてよい。

② 公民権行使のために必要な休暇・休職

労基法七条は、「使用者は、労働者が労働時間中に、選挙権その他公民としての権利を行使し、又は公の職務を執行するために必要な時間を請求した場合においては、拒んではならない。．．．」と定める。本条は、周知のとおり公民権保障に関連して、労働者が公民権行使のために必要な時間を確保すべく就労免除を認められたものである。公民権行使であつても、多くの場合、選挙権行使のような場合に代表されるように、その権利行使はごく短時間の時間確保（就労免除）で済む場合が多いであろう。その限りでは、この権利行使のための時間を休暇や休業の制度との関連で検討することの意義は少ないかのごとく考えられなくもない。しかし、選挙権行使ではなく、被選挙権行使の場合を考えると、その権利行使は単に立候補届出のための時間のみに限られるのではなく、当選のために必要な法定期間中の選挙活動の時間もここにいう公民権行使に「．．．必要な時間」に該当するものと解される。さらに、当選して公職（議員等）に就いた場合には就労免除の時間は相当長期ということになりがちとなり、こうした場合も本条にいう「公の職務の執行のために必要な時間」に含ませて考えるべきものであろう。そのうえで、こうした時間が一定期間以上に及びうる場合には、労使双方にとって休暇ないし休業との関わりが実際上も法律上も問題となりうる。

③ 女性労働者と休暇・休業

労基法は、女性の生理機能や母性機能と就業との関係に配慮して、いくつかの休暇・休業の制度を定めている。こうした休暇・休業は、既に適切に指摘されているように月経（生理）、妊娠、出産、哺育等女性の生理機能や母性機能に時として重大な支障をもたらすような危険や障害から女性を守ることにより、母性（母体）の保護を図るとともに胎児・乳児の健康を確保することを主要な目的として設けられたものである。¹⁰⁾

具体的には、まず「産前産後の休業」（労基法六五条）がある。すなわち、同条は六週間以内（多胎妊娠の場合には十四週間）に出産する予定の女性が休業を請求した場合には、その者を就業させてはならず、また産後八週間

を経過しない女性を就業させてはならないとする（同条一項）。産前の休業は、本人の請求により与えられる任意休業であるのに対して、産後の休業は本人の請求の有無を問わず与えられなければならない強制のそれである。いずれも無休の休業である。次に、労基法六七条は、「育児時間」の保障として、一歳未満の生児を育てる女性が請求したときは、法定の休憩時間のほか、一日二回各々少なくとも三〇分の育児時間を与えるべきことを使用者に義務づけている。これは女性に対してのみの権利付与となっている。さらに、労基法は、その六八条で「使用者は、生理日の就業が著しく困難な女性が休暇を請求したときは、その者を生理日に就業させてはならない」として、いわゆる「生理日の休暇」付与を定めている。周知のとおり、従前は「生理日の就業が著しく困難な女子」と「生理に有害な業務に従事する女子」とが「生理休暇」という特別の休暇を請求できる旨が規定されていた。しかし、生理休暇の医学的根拠に対する疑問が提起されたこともあり、均等法の制定に際して「生理に有害な業務に従事する女子」の文言が削除され、また「生理休暇」という文言を単なる「休暇」に改めたうえで、生理日の就業が著しく困難な場合において請求し得る休暇であることが改めて明確にされたところである。⁽¹⁾ なお、事柄の性質上、休暇の請求は必ずしも暦日単位で行われなければならないものではなく、半日あるいは時間単位で行うことも可能とされる。⁽¹²⁾

④ その他

以上のほか、労基法は、休業の一形態として「使用者の責に帰すべき事由による休業」の場合において、その休業期間中、使用者は当該労働者に対して平均賃金の百分の六〇以上の休業手当を支払うべきことを規定している（労基法二六条）。しかしながら、本条では、休業という文言が使用されているものの、その基本的な趣旨は、労働者の責に帰すべき事由によらず、使用者側の事情で結果的に労働義務を免れた場合の反対給付たる賃金の保護を図ろうとするところにあるものである。その意味で、本条における「休業」の法概念をここで検討しているような労

働者の「人たるに値する生活」の実質化としての労働者の健康・安全や文化的・社会的生活のための余暇（自由時間）の確保などを目的とした「休暇・休業」制度の法概念に含めて考えることは、実際上も法律上もいささか困難といえる。

さらに、労基法七六条にも業務上負傷や疾病に罹った場合の療養による休業補償に関する定めが置かれている。しかし、この「休業」についても、いわば労働災害における労働者の経済的な補償の枠組みの問題であり、やはりここで考察の対象としている意味における「休暇・休業」の法制度に直接的に関わるものではない。

(2) 均等法

均等法には、妊産婦の母体と胎児への悪影響の排除という目的から、妊娠中及び産後一年を経過しない女性労働者の健康管理に関して事業主がとるべき措置を定めている（二二条）。これによれば、事業主は、前述のような状況下にある女性労働者が母子保健法の規定による保健指導又は健康審査を受けるために必要な時間を確保するための措置をとることが求められる。付与すべき時間数は、健康診査の受診時間、保健指導を受ける時間、医療機関又は助産所等での待ち時間、医療機関等への往復時間をあわせた時間となる。また、事業主は、右の保健指導や健康審査に基づく指導事項を労働者が遵守できるようにするため、労働時間の変更、勤務の軽減等必要な措置を講じなければならないとされる（二三条）。

こうした措置は、当初は事業主の努力義務として設定されていたものであるが、妊娠・出産後も働き続ける女性が増加しているなかで、母性を保護し、女性が働きながら安心して出産することができる条件を整備するために、平成九年の均等法の改正に際して改めて妊娠中及び出産後の女性の健康管理に関する規定を努力義務から義務規定に引き上げたものである（平成一〇年四月一日より施行）。

(3) 育児介護休業法

企業を取り巻く今日の社会経済環境の急速かつ大幅な変化にあって、とりわけ少子高齢化の急速な進行は労働力全体の減少を基調に若年労働力の減少と高齢労働者の増加といった事態をもたらしている。他方では、高学歴化やそれに伴う意欲・能力の高まりから女性の職場進出も進み、女性の能力活用が単に男女雇用平等の観点からだけではなく企業社会と経済活動の活性化という観点からも重要な政策課題となっている。こうした状況の下で、男女労働者にとって職業生活と家庭生活そして社会生活の調和が重要な法政策課題となり、その一環として育児休業及び介護休業制度の法制化が喫緊の課題として浮上してきた。にもかかわらず、従前には民間企業の領域にあっては均等法中に女性だけを対象とした、しかも事業主の努力義務という形での付与にとどまっていた。

① 育児休業・介護休業の権利化

そこで、平成三年には「育児休業等に関する法律」⁽¹³⁾が制定され、さらに平成七年には同法を改正し、新たに介護休業制度を法制化した「育児休業、介護休業等育児又は介護を行う労働者の福祉に関する法律」⁽¹⁴⁾が制定されるにいたった。

同法によると、その基本目的は「・・・子の養育及び家族の介護を行う労働者に対する支援措置を講ずること等により、子の養育又は家族の介護を行う労働者等の雇用の継続及び再就職の促進を図り、もってこれらの者の職業生活と家庭生活との両立に寄与すること」を通じて、これらの者の福祉の増進を図り、あわせて経済及び社会の発展に資するところにある（一条）⁽¹⁵⁾。なお、育児及び介護の休業の権利とも、男女双方にとって共通の権利として設定されているところに新たな意義と特徴がある。そのうえで、育児休業については子が満一歳に達するまでの間に原則として一人の子につき一回の連続した休業をとる権利が認められる。また、介護休業については、要介護状態にある家族（配偶者、父母、子、配偶者の父母）のほか、同居し扶養している祖父母、兄弟姉妹、孫の介護のために三カ月を経過するまでの連続する休業の権利が認められている。ちなみに、現状ではいずれも無給の休業

として権利設定がなされているにとどまる。

② 勤務時間の短縮等の措置、深夜業の免除措置

(i) 勤務時間の短縮等の措置

以上の育児・介護の休業のような全面的休業のほか、育児介護休業法は、子の養育や家族の介護を容易にするために勤務時間の短縮等の措置を事業主に義務づけている。すなわち、事業主は、子の養育について労働者が希望する場合には、その者に対して短時間勤務、フレックスタイム制、時差出勤制度、所定外労働の免除、企業内託児施設等の措置のいずれかを講じなければならない（いわゆる措置義務。一三条一項、則三四条一項）。対象となる子の年齢については、従前、一歳未満の子であったが、平成一三年の法改正により子の年齢が一歳から三歳に引き上げられることとなった（平成一四年四月一日施行）。なお、三歳以上小学校就学の始期に達するまでの子については同様の措置についての努力義務が課されている（二四条一項）。また、介護についても、同様に介護休業をしない労働者が希望する場合には事業主は勤務時間の短縮をはじめ、フレックスタイム制、介護費用の一定割合の助成等就業しながら介護を容易にするための措置を講じなければならないとされる（二三条二項、則三四条二項）。

(ii) 深夜業の免除措置

さらに、同法は、小学校就学の始期に達するまでの子の養育や家族介護のために、男女労働者が請求した場合に、午後一〇時から午前五時までの深夜時間帯において労働させてはならないことを定めた（十九条一項、二〇条一項）。これらは、平成九年の均等法改正に伴い労基法の労働時間に関する女性保護規定の解消（時間外・休日労働、深夜業規制の撤廃）によって、深夜時間帯に子の養育や家族介護をする者、すなわち家族的責任を有する者がいなくなる場合が生じることから、このような責任を担う男女労働者について、その請求により深夜業を免除させる権利（深夜業免除請求権）を認めたものである。

③ 看護休暇の導入

育児介護休業法は、働く男女にとって職業生活と家庭生活（個人生活・社会生活等）との両立を支援する対策（両立支援対策）をより一層充実させるべく平成一三年に改正されたが、同改正により新たに「負傷し、又は疾病にかかった子の世話をを行う」ことを目的とした「看護休暇」の制度が導入された（施行は平成一四年四月一日）。すなわち、改正育児介護休業法二五条は、事業主に対して、小学校就学の始期に達するまでの子を養育する労働者に関して、労働者の申出に基づくその子の看護のための休暇を与えるための措置を講ずるように努めなければならない義務（努力義務）を設けた。従前、子が怪我をしたり、病気になったりしたような場合には、家族の責任を有する男女労働者、とりわけ母親である女性労働者は、やむなく欠勤したり年次有給休暇等を利用して、こうした緊急事態に対応せざるを得なかった。今次の改正は、労基法三九条の年次有給休暇とは別に、子の看病が必要な場合に男女労働者が安心して仕事を休むことを可能にすることにより、比較的長期に及びうる育児休業とともに、緊急の事態に対応する短期の休暇とあわせて子の養育や看護など働く男女の家族的責任負担に適切・効果的に対応できる制度づくりの一環をなすものといえよう。

(2) 法定外の休暇・休業―特別休暇とその拡充

前述してきた法定の休暇・休業以外にも、既に述べたように、今日、企業及び働く男女を取り巻く社会経済環境の大幅な変化に伴って、就業規則や労働協約等の定めにより付与される法定外休暇と呼ばれる多様な特別休暇・休業の制度が存在している。こうした特別休暇・休業に関しては、権利付与の要件をはじめ当該休暇・休業の期間、右期間中の処遇等その法的効果については、法定休暇・休業の場合とは違って、基本的には就業規則や労働協約等の定めるところによる。以下、代表的なものについて、便宜上、権利付与の事由（権利・利益の性質）に即してみると、いわゆる企業利益型の休暇（労働生活に関連して、使用者あるいは労働者の利益に関わる休暇）、個人利益

型の休暇（個人生活に関連して、労働者個人ないしはその家族の利益に関わる休暇）、さらには社会的利益型の休暇（地域の文化活動その他社会生活に関連して、労働者の社会参画・社会貢献の利益に関わる休暇）に大別できるかと思われる¹⁶。以下、それぞれにあつて、主要な休暇・休業の制度を概観する。

① 企業利益型の休暇

(i) 病気休暇（私傷病休暇）

まず、労働生活の展開過程において労働者自身が病気や事故による負傷等の私傷病により勤務できなくなった場合に、療養を目的に一定期間就労義務を免除させる病気休暇の制度がある。取得できる休暇日数は、たとえば「一か月以上三か月未満」、「三か月以上六か月未満」、「六か月以上一年未満」など企業により様々である。また、休暇中の賃金支給についても、「全額支給」とする企業がある一方で、「一部減額支給」あるいは「有給期間なし」とする企業も少なくない。なお、この休暇は、時として短期間を超えて一年以上の長期間に及ぶことがある。こうした場合には、企業によってはむしろ病気等に罹った労働者を使用者が勤務させない「休職処分」に付することが多く、「私傷病休暇」として制度化されることも少なくない。ちなみに、公務員については、起訴休職とらんで分限処分的一种として規定されているところである（国公法七九条、地公法二八条）。

(ii) リフレッシュ休暇・褒賞（表彰）休暇

労働者の労働生活が長期間に及び一定の年齢に達したような場合に、そうした長年の勤務により蓄積された精神的・肉体的疲労の回復を図るとともに、それ以上に永年勤続に対する褒賞の目的で付与される休暇がある。近時、リフレッシュ休暇と呼ばれて少なからぬ企業で制度化されることが多くなっている。この休暇は、通常、付与の要件（取得要件）として長期の勤続年数（たとえば、一〇年目、二〇年目、三〇年目等）を求めるなど、企業において褒賞（表彰）性の高い休暇である。従前から企業の多くにおいて存在した永年勤続表彰制度が、金員及び記念品

等の支給から時短政策推進の一環として休暇（永年勤続休暇）付与に形を変えたものといわれている。⁽¹⁷⁾その他、企業によつては基本的に同様の趣旨・目的をもつたサヴァティカル休暇と呼ばれる休暇や定年退職前に長年の勤続に報いるための休暇も制度化されるようになってきている。

(iii) 教育訓練（技能研修）休暇

いわゆる定年制度に代表されるわが国の長期雇用の制度・慣行の下では、企業が労働者を定期的に配置換えしたり、また各種の教育訓練（技能研修）を施したりすることを通じて労働者としての職業能力の開発・向上を図ってきた。そうしたなかで、教育訓練は、大別するとOJT（on-the-job training）と称される「仕事に就きながらの訓練」とOFF-JT（off-the-job training）と呼ばれる「仕事から離れての訓練機関等を通じての訓練」が利用されてきた。後者の教育訓練・技能研修については、仕事の専門化や高度化への迅速・適切な対応の必要から業務命令により行われることも多い。しかし、近時は企業の合理化、雇用・就業形態の多様化に伴う雇用の流動化さらには技術革新等を背景に、むしろ労働者自身が主体的に自己啓発（新技術・新業務等への適応）のための研修休暇を求め、他方、企業自身も労働者が新たな専門的知識や技術を身につけることを求めることから、使用者がこうした個人主導の職業能力要請のための休暇を積極的に認めるとした場合も少なくなく、こうした休暇付与の重要性が高まってきているといつてよい。⁽¹⁸⁾

(iv) 赴任休暇

前述したように、わが国企業社会では、これまで長期雇用の制度や慣行の下、人事異動の一環として労働者が業務命令により転勤を命じられることも少なくなかった。こうした場合、もちろん労働者本人だけが単身で勤務地に赴任するような場合も多いが、労働者のみならず家族全員で赴任先へ引越す場合も少なくない。そうした場合には、わが国の企業の多くでは、通常、赴任先への引越しの準備をはじめ、赴任先での仕事や生活の準備、さらに

は赴任後家族を呼び寄せたりする場合のために、一定期間の休暇、すなわち赴任休暇が認められることが多い。

(v) 再就職支援休暇・転職支援休暇

わが国企業では、従前、定年を控えた労働者に再就職の準備のために一定期間の休暇を有給で認める再就職支援休暇の制度が少なからず設けられてきた。また、いわゆるバブル崩壊後、わが国の企業は、コスト削減や収益性の改善、少数精鋭主義等の目的から人員削減や業務の外注化（アウトソーシング）を積極的に進め、その結果、多くの企業では正社員の割合が減少し、結果として失業者（失業率）が増加してきた。そのため、企業としては、いわゆるリストラとしての人員削減の実施のほか、転職を余儀なくさせられる労働者のために再就職や独立（起業）を勧め、これを積極的に支援するための休暇（再就職支援休暇・転職支援休暇）を制度化する例が多くみられるようになってきている。

(vi) その他さまざまな休暇の制度

以上のほか、労働生活の展開過程にあつて、概ね、労働者側の事情により、結果として一定期間就労を免除又は禁止されたりする場合の「休み」の形態として休暇の制度がある。そして、ここには代表的には私傷病を理由とする病気休暇、傷病以外の個人的事情による自己都合休暇（私事休暇）、「組合休暇（専従休暇）」、「出向休暇（出向休暇）」そして「起訴休暇」の制度などがある。

まず、病気休暇は労働災害以外の事情による病気等により相当期間にわたつて労務提供ができないような場合に行われる休暇であり、多くの場合、解雇猶予の機能があるといわれる。また、自己都合休暇（私事休暇）とは、社会貢献活動や外国留学など労働者自身の都合により一定期間就労を免れることをいう。次に、組合休暇（専従休暇）とは、一般に組合役員が企業の社員・従業員たる身分を保持したまま、一定期間、使用者に対する労務提供を免れもつばら組合業務に専念することをいう。この専従期間中の取扱いについては、通常、当該組合と企業との団

体交渉・労働協約により「休職期間」とされることが多く、これを、いわゆる組合休暇(専従休暇)と呼んでいる。

出向休暇(出向休職)とは、企業により業務上の必要に基づき出向を命じられた労働者は、出向期間中は出向元企業との労務提供関係は停止されるが、その期間中の当該労働者の処遇を休職扱いにすることをいう。

さらに、起訴休職とは、通常、労働者が刑事事件で起訴された場合に企業の社会的信用や職場秩序さらには当該労働者の職務遂行上の支障等を理由に当該労働者の就労を一定期間禁止するためになされる措置のことをいう。もつとも、起訴のみの事実から使用者がかかる措置を当然になしうるかについては判例及び学説とも見解の対立がみられるところである。

② 個人利益型の休暇

(i) 慶弔休暇

労働生活の展開過程において、労働者の個人及び家族との生活に関係する休暇の代表的制度として、冠婚葬祭等の家族行事のための慶弔休暇が挙げられる。この休暇には、文字どおり慶事の場合と忌引き・法要等の場合とが含まれる。前者には、労働者本人の結婚、子供の結婚、配偶者の出産等が多く、後者には、親族の死亡や法要等が含まれる。いずれの場合でも、通常は一週間前後の休暇が認められることが多く、あわせて有給とされることが多い。

(ii) 連続休暇

わが国社会の生活慣習やそれに基づく行動様式と個人生活が密接に結びついた形態の休暇制度として、いわゆる連続休暇の制度がある。こうした休暇にあつて代表的なものとしては「年末年始の休暇」をはじめ、「ゴールデンウィーク期間中の休暇」さらには「お盆期間中の夏期休暇」が挙げられる。これらの休暇については、休暇期間は一週間から一〇日前後と比較的長く認められることが多い。

(iii) 出産付添休暇(配偶者出産の場合)

上述のとおり、女性労働者の出産の場合には、自身は労基法所定の出産休暇（産前産後休業）を取得することができる。それに加えて、近時、夫たる男性労働者が配偶者の出産に付き添うための休暇（出産付添休暇）を認める企業が多くなってきた。休暇日数は、総じて数日であることが多い。また、休暇中の賃金は全額支給する例が多くみられる。

(iv) 失効年休（年休積立保存休暇）

近年、大企業を中心に普及してきた休暇の制度で、毎年度の年休のうち未消化分の年休（残余年休）のうち一定日数を積み立て、自身や家族の病気（子供の病気等）等の療養や看護のための期間として利用することを認める、いわゆる失効年休（年休積立保存休暇）の制度がある。通常、利用目的が限定され、また取得の上限日数も制限されている場合が多い。

③ 社会的利益型の休暇

社会の一員としての労働者の多様な社会活動すなわち社会貢献等、社会的利益の実現のための時間（期間）の確保を目的とした休暇の重要性・必要性（休暇の社会化）⁽¹⁹⁾が高まるなかで、近年、多くの企業で労働者が個人としての自発的意思に基づいて他人や社会のために貢献するための活動を目的とした休暇付与の制度を認めることが多くなっている。

(i) ボランティア休暇

こうした労働者の自発的な希望や個々人のニーズを活かそうとする休暇にあつて代表的なものとして、ボランティア休暇がある。この種の休暇は、わが国では、特に阪神・淡路大震災の際の被災者救援・復興活動を目的としたボランティア活動を機に、労働者が社会貢献の二環として各種のボランティア活動を行う場合に企業が支援すべく一定の範囲で休暇を認める制度として導入が進みはじめている。最近の中労委事務局調査⁽²⁰⁾によると、短期のボラン

ティア休暇（最高限度が三〇日以内の日単位）の導入率は回答企業の一九％で、長期のそれ（最高限度期間が一月を超え、原則として月または年単位）の導入率が回答企業の二二・五％となっている。給与支払いは、「全額支給」が制度をもつ企業の二八・六％、「減額支給」が同様に四一・九％、「支給なし」が同三九・五％となっている。

(ii) ドナー休暇

以上のほか、最近ではドナー休暇と呼ばれる休暇の付与も認められるようになってきている。白血病や心臓病等の難病患者を臓器移植手術により救済すべく、当該手術に必要な臓器を提供する者をドナーと呼ぶ。こうした臓器提供に際しては、当該臓器の摘出やその後の療養のために一定の期間がかかるため、それに必要な期間を与えるべくドナー休暇が制度化されてきつつある。²¹⁾

(5) 法定労働時間の短縮の道筋をはじめ、わが国の労働時間に関わる法規制の進展と検討課題については、渡辺章「賃金・労働時間」(平成一三年日本労働研究機構・日本労使関係研究会)一〇七頁以下を参照。

(6) 菅野和夫「新雇用社会の法」(平成一四年・有斐閣)一二頁以下を参照。

(7) 西村・前注(2) 掲記論文二六九頁。

(8) もつとも、法定休暇と法定外休暇といつても、その区別は必ずしも一義的かつ客観的に明確なものではない。たとえば、労基法に基づく休暇であっても、その発生の根拠は実定法規であるが、そこに定められた基準以上の内容の休暇を付与する場合、当該部分については法定外の休暇であり、それを付与するかどうかは就業規則や労働協約等の個別合意による。なお、公務員、特に一般職の国家公務員については「一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律」や「職員の勤務時間、休日及び休暇」(人事院規則一五―一四第三二条)等により定められている。これらの休暇は、古くは明治憲法下の太政官布告や閣令を根拠として今日にまで引き継がれているものもあり、その権利付与や請求の手続等については、民間労働者を対象とする休暇制度のそれと同じ根拠や基準で議論することは困難であり、また適当でもない。したがって、ここでは公務員の休暇制度については考察の対象外とする。

(9) 藤沼・前注(2) 掲記論文(五九頁)は、この側面を強調する。その他、労働省労働基準局編「改訂新版労働基準法

- ・上」五二七頁以下も参照。
- (10) 西村・前注(2) 掲記論文一七頁。
- (11) 菅野和夫「労働法(第五版)」三四五頁。
- (12) 昭六一・三・二〇基発第一五号・婦発第六九号。
- (13) 法律第七六号(平成四年四月一日から施行)。ちなみに、育児のための一定期間の休業は、従前には昭和四七年制定の「勤労婦人福祉法」(第二一条)や昭和六〇年制定の均等法(第二八条)により事業主の努力義務として規定されていたところである。また、公務員については、昭和五〇年制定の「義務教育諸学校等の女子教育職員及び医療施設、社会福祉施設等の看護婦、保母等の育児休業に関する法律」により育児休業が権利化されていた。しかし、いずれの法律も、その対象は女性のみ限定されていたのである。
- (14) 法律第一〇七号。但し、介護休業制度の義務化については平成一一年度からの施行とされた。
- (15) 育児介護休業法の内容及び同法の下での解釈問題については、さしあたり菅野淑子「育児・介護をめぐる法的問題と今後の展望」(講座二世紀の労働法第七巻・健康・安全と家庭生活) 第二三章二四一頁以下参照。
- (16) こうした分類については、基本的に野田・前注(1) 掲記書一六頁以下に負うところが大きい。その他、西村・前注(2) 掲記論文一八一頁以下、中労委事務局調査「平成二二年度賃金事情等総合調査―労働時間、休日・休暇調査」(中央労働時報九八一号) 一一頁以下を参照。
- (17) 野田・前注(1) 掲記書一〇頁、宮本光男・中町誠・中山滋夫編「労働法ハンドブック」(平成6年・中央経済社) 三五頁。
- (18) この点に関しては、さしあたり両角道代「職業能力開発と労働法」日本労働学会編・二二世紀の労働法・第二巻労働市場の機構とルール(一五四頁以下)を参照されたい。
- (19) 野田・前注(1) 掲記書一六頁以下がこうした用語(表現)を使ってこの種の休暇付与の重要性と必要性を強調する。
- (20) 前注(16) 掲記の中労委事務局調査二二頁。
- (21) 西村・前注(2) 掲記論文一八三頁。

四 休暇・休業の法概念―いわゆる休暇法理の再考

1 問題の所在

労働生活の展開過程において、労働者が様々な理由や事情からとる「休み」は、これまで法制上は広く短時間の「休憩」をはじめ、一日単位の「休日」そして一定期間の「休暇」さらには比較的長期間に及ぶ「休業」や「休職」など多様な労働中断の時間ないし期間を含めてトータルに理解されてきた（なお、こうした「休み」の時間や期間は、憲法二七条二項にいう「休息」の文言に立脚して、全体として「休息（権）」と称されたりもしてきた）。しかも、既にみたところから明らかなように、こうした「休み」は、現在では単に実体法規に基づき付与されるもの以外に、就業規則や労働協約等に基づき付与されるものを含め、実に多彩な「休み」が制度化されているところである。

ところで、こうした多種多様な「休み」にあつて、その名称（呼称）の違いからも推測しうるように、もともと休憩、休日をはじめとして、休暇や休業さらには休職の制度は、実体法規上（法制上）は、それぞれに異なる意義や機能を担わされてきたといつてよい。しかし、既に適切に指摘されているように、⁽²²⁾ 実定法規上、たとえば制度の意義や機能が基本的に異なりうる（そのため、それぞれ、章も規定も異なっている）にもかかわらず、年次有給休暇（労基法三九条）といわゆる生理日の休暇（労基法六八条）は、規定の文言上は共に「休暇」という用語が使用されている。他方、制度としての意義や機能を同じくすると理解されうる女性の母性保護を定める章（労基法第六章の二）では、生理日の「休暇」以外にも産前産後の「休業」（労基法六五条）が規定されており、さらに法規を異にするも育児介護休業法でも育児・介護の「休業」といったように、ここでは「休業」という用語が用いられているのである。こうした実体法規上の混乱に加えて、企業実務では、たとえば病気休暇や育児・介護休業の制度に

代表的にみられるように、同じ意義や機能、目的をもった「休み」の制度について、「休業」という用語以外にも「休暇」あるいは「休職」といった用語が混在的に使われる場合も少なくない。

こうした実定法規ならびに企業実務の現状をみると、多様な「休み」にあつて、特に休暇と休業さらには休職については単に用語使用上の混乱だけでなく、各制度の意義と機能の区別が曖昧になっているのである。その直接の原因は、実体法規上、こうした休暇・休業等「休み」の各制度について整合的で明確な法理（法概念）上の区別が確立されていないところにあると思われるのである。²³⁾

しかし、繰り返し指摘してきたように、今日、多くの企業で諸種の休暇・休業等「休み」の制度が拡充され、加えて労働生活と個人生活・家庭生活等の両立支援が労使双方にとって不可逆の流れとなっている観点からは、なによりも労働者の「余暇（自由な時間）確保の権利」という観点から休暇・休業等「休み」の制度を位置づけることが重要な法政策課題になってくると思われる。そのためには、なによりも休暇をはじめ休業や休職等について法理（法制度）上の違いを踏まえて、これらの「休み」を適切に区別し、理解することが法律上も企業実務上も重要で必要なことのように思われる。以下では、主として「休暇」の法概念との比較でその他の「休み」、特に休業や休職との違い（区別の重要性と必要性）について整理しておこう。

2 休暇の法概念―休暇とその他の「休み」との違いは何か

まず、上述した諸種の「休み」には、基本的に雇用関係すなわち労働契約関係を維持させながら、一定の理由ないし事情により、結果として労働者の労務義務の免除（就労免除）の効果を発生させるところに共通の意義と機能があるといつてよい。

(1) 休憩との違い

こうしたなかにあつて、「休憩」については、実体法規（労基法三四条一項）上、一日（労働日）の労働時間の

途中で付与されるという点で、原則として一日または複数日（一定の期間）を付与の単位とする休日や休暇あるいは休業等とは基本的にその法的意義・機能を異にするものといつてよく、これを「休み」あるいは「休息」の制度という観点からだけで「休暇」の法概念に含ませることは適当ではないであろう。

(2) 休日との違い

次に休日との関係についてみると、法概念上、「休日」とは、労働者が労働契約において労働義務を負わない日を意味する。換言すれば、それは当初から労働日を労働日でなくすることにより、労働者の労働義務が免除されるものである。ちなみに、法定休日については実定法規（労基法三五条）により、法定外休日については就業規則や労働協約等により就労免除が根拠づけられることになる。休日については、労基法上は、週休制のみが原則化されるにとどまり、休日の特定は要求されていない。しかし、企業実務では實際上、就業規則等により週休日を特定の曜日に指定していることが一般的である。

これに対して、休暇や休業さらには休職は、いずれも労働日において、結果として労働者の労働義務を免れさせるものといえる。別言すれば、休暇や休業等は、そもそも労働者が労働義務を負っている労働日についてのみ問題になりうるものである。こうした観点からいえば、たとえば年末年始の休暇（正月休暇）をはじめ、ゴールデンウィーク中の休暇や夏期休暇（お盆の休暇）等の連続休暇は、就業規則等で仮に休暇という用語が使用されているとしても、実務上は本来「非労働日」とされていることが多く、そうした取扱いとの違いでは、それは法的には「休暇」ではなく「休日」に含めて考えるべきものといえる。²⁴⁾

(3) 休業との違い

以上とは違って、休業との関係でみる休暇との法概念上の区別は、実体法規上も企業実務上も必ずしも厳密で明確なものではなく、問題が多い。すなわち、実体法規にみる休業の法概念には、労基法二六条の「使用者の責に帰

すべき事由による休業」にみられるように、一定の事由の発生により使用者が自らの権限により労働者を休ませる、換言すれば労働者の意思に関わりなく「休ませる」場合(使用者による積極的な労務受領拒否の場合)のみならず、労基法六五条一項の産前休業のように労働者の請求(申出)により「休ませなければならない」場合、さらには同条二項の産後休業のように労働者の請求(申出)の有無に関わりなく「休ませなければならない」場合が含まれている。ちなみに、育児介護休業法による育児・介護の休業については、産前休業の場合と同様、労働者の請求(申出)により「休ませなければならない」場合にも関わらず、用語的には「休暇」ではなく「休業」とされている。

しかし、本来、法概念としての「休業」は、労働日を労働日としたまま就労させないことを意味するものとして理解することが可能であり、またそこに法的意義や機能を見い出すことが適切であろう。しかるに、法概念としての「休暇」は、一定の事由の発生による労働義務の消滅(就労免除)によることの結果として労働日を労働日でなくする、すなわち労働日が非労働日に転換されるものである。

両者の違いを以上のように理解するならば、労基法に定める休業の概念は、本来、休暇の概念に含ませるべき「休み」をも包摂した、いささか広義といつかあいまいに過ぎるものといえる。また、育児介護休業法における育児・介護の休業についても休暇の法概念との区別が曖昧にすぎるといえることができる。

(4) 休職との違い

さらに、休職の法概念との違いについてであるが、記述のとおり休暇も休職も雇用関係すなわち労働契約関係の継続中に一定期間労働義務が免除(就労免除)される点では共通の法的枠組みのなかにある。しかし、休職は、一般に労働者について労務に服させることが不可能または適当でないような事由が生じた場合に、使用者が一定期間当該労働者を就労させないでおく使用者の措置すなわち処分として行われるところに、その基本的な法的意義と機能を見い出すことが可能である。休職は、民間企業における場合、実体法規によってではなく、就業規則や労働協

約等による使用者の一方的意思表示によって行われるが、時として労働者の要請（申出）に基づき行われることもある（但し、これをもつて直ちに労働者の権利の行使、逆にいえばそうした権利行使に対し使用者にはこれを受け入れる義務があるとまでいうことは困難であろう）。

また、休職の種類も、既に述べたように私傷病を理由とする病気休職（傷病休職）、傷病以外の事故等による事故欠勤休職、刑事事件に関連しての起訴休職さらには労働組合の専従となつた場合の組合休職（専従休職）等その意義や目的を異にする様々な休職の制度がある。休職の成立、休職期間中の労働関係（処遇問題）、休職期間の満了とその法的効果等については、基本的にその旨を定めた就業規則や労働協約の定め解釈に委ねられることになろう。⁽²⁵⁾ いずれにせよ、労働者の権利行使として、その意思（請求）に基づき労働義務が免除されることになる休職、換言すれば労働者側の権利行使に対して使用者がその付与を義務づけられる場合とは基本的にその意義と機能を異にする「休み」の制度といつてよい。

3 休暇と休業そして休職の法概念の明確化

以上、様々な「休み」の制度、とりわけ休暇と休業そして休職との間には、それぞれ、法的な意義と機能の違いがあることが理解されたであろう。そして、実体法規上も企業実務上も重要なことは、こうした違いに立脚してそれぞれの「休み」の法概念に立脚した制度の確立を図ることである。

こうした観点から、近時、学説においては「休暇」と「休業」さらには「休職」について、その意義と機能に留意しつつ法概念としての区別を適切・効果的に説明しようとする試みがなされている。そうした試みの一つが、蓼沼教授のそれである。

（一） 蓼沼説

その主張によると、一般に「休暇」とは、労働者が何らかの権限（実体法規に基づく場合と就業規則や労働協約

等に基づく場合とがある)に基づいて、その主体的な意思により権利として休みをとり、その法的効果として労働日の非労働日への転換が生じること(使用者の側からいえば、法律上の義務ないし労働契約上の義務として休ませなければならぬこと)として理解され、他方、「休業」とは、使用者が自らの権限とイニシアチブにより労働者を休ませること(換言すれば、労働者の意思に関わりなく使用者自身により労務の受領を拒否すること、すなわち使用者による就業の禁止)を意味するものとして理解すべきとされる。⁽²⁶⁾このような理解に立脚したうえで、労基法その他の法規定における「休み」に関する各規定の文言解釈を通じて、法概念としての「休暇」には、実定法規(法定休暇)上は労基法三九条の年次有給休暇、同六五条二項の産前休業、同六八条の生理日の休暇、育児介護休業法にいう育児及び介護の休業が含まれるとし、他方、労基法六五条二項の産後休業は労働者の権利請求に基づかせるべきものではないから、厳密には休暇ではなく休業の範疇に含まれるべきものと指摘される。⁽²⁷⁾法定外の特別の休業・休業についても、基本的には同様の観点から、「休暇」あるいは「休業」の法概念上の区別をすることが可能とされ、また実務上も「休み」の制度としての統一性・整合性をもたせることにもなつて、適切ということになるとされる。

(2) 野田説

他方、蓼沼説のように労働者からの請求(申出)を基準にするのとはいささか異なり、原則として労働者がどのような目的から休みをとるかの観点から「休暇」と「休業」そしてその他の「休み」との区別化を試みようとするのが野田教授である。すなわち、その立場は、蓼沼説のように実体法規の文言に即した個別解釈を重視した厳密な概念区別というよりは、基本的には労働者の個人生活上の事情、換言すれば職業生活と家庭生活の両立に寄与するための「休み」を全般的に「休暇」の概念で統括しようとする。⁽²⁸⁾ いうなれば、政策目的的な観点からの概念設定といつてよい。こうした考え方の背後には、フランスやドイツの法制度における休暇概念の影響があるようである

(すなわち、ここでは休暇は、わが国の休業や病気休職の制度を取り込んだ広い概念が用意されている)。それはともかく、こうした観点からは、実体法規上の文言にかかわらず、また企業実務上「休み」が様々な用語で呼ばれていたとしても、それが個人生活上の必要によるものであるならば、全体として「休暇」概念に含ませることが適当とされる。

(3) 小括

思うに、上記の両教授の主張の背景にあるのは、現在ないし今後のわが国では企業及び労働者を取り巻く社会経済環境の急速かつ大幅さらには多様な変化の下で、基本的には「休み」の諸制度を、労働生活の側面からだけではなく個人生活や家族生活さらには社会生活との深い関わりの中で、換言すれば労働生活をはじめその他の生活関係全般に大きなうらおいと豊かさを實現し確保すべく制度の設定そしてその拡充といった観点からとらえ、法制度としての意義と機能を再構築しようとの試みであろう。そうした観点の下では、実体法規や就業規則・労働協約等に基づく「休み」の取得を、蓼沼説のように実体法規の各規定に則しての権利請求(申出)に基づかせて考える場合と野田説のように個人生活上の事情(必要?)に基づかせて考える場合とは、そのいずれにあっても、各種の「休み」の法概念の設定について、それほどの違いは生じないように思われる。なぜなら、後者の観点にたつても、個人的事情に基づく「休み」は、一般にその取得の方法や手続きとの関係では基本的に労働者の権利請求(申出)によって實現されるであらうからである。

しかしながら、両者の立場には基本的な理解と認識の違いが生じないわけでもない。たとえば労基法六五条二項の「産後休業」について考えてみると、蓼沼説の立場からは、規定の文言上、労働者の請求いかんにかかわらず就業が禁止されているところに則して、本来の「休業」と理解されるのに対して、野田説の立場からは、むしろ産前・それと同様に「休暇」概念のなかに取り込んで理解されるべきもののように思われる。また、こうした理解の違

いは、いわゆる労働者の病気や負傷による「休み（私傷病休暇・休職）」についても具体的にあらわれる。すなわち、野田説の立場では、主として「病気」といった事情を重視することにより、これを個人生活との関わりのみで「休暇」概念に含ませるのに対して、蓼沼説の立場では、病気による療養が長期に及ぶような場合、単に労働者の個人的な生活上の事情だけではなく、企業の業務運営への支障といった使用者の事情としても考慮すべき状況が現れうる。こうした観点から、蓼沼説は、いわゆる病気休暇については「休暇」の法概念のみならず「休職」の法概念をも肯定するなかで、使用者による処分性が強い「休職」については、「長期の療養を要する」傷病についてのみ容認されている。⁽²⁹⁾

思うに、いわゆる病気休暇については、休暇あるいは休業さらには休職のいずれの概念に含ませて理解すべきか、そのいずれとも区別しにくいものがあることは確かである。すなわち、病気休暇については、その性質上（意義ないし機能上）、病気に罹った労働者を労働者の意思いかんに関わらず業務上の事情から就労させない（休業）という側面と病気の治療のために労働者が権利として休みうる（休暇）という側面もある。さらに、傷病の療養が長期に及び得る場合には、解雇の猶予「処分」として行われる側面もないわけではないであろう。結局、そのいずれに含ませて理解すべきかは、それぞれの企業・職場で当該「休み」がどのような意義ないし目的から制度化され、規則化されているかといった観点から、合目的な判断に委ねられべきものといえる。⁽³⁰⁾ そうした意味合いからすれば、わが国における休暇や休業等各種の「休み」に対する法制度の理解については、原則的にそれぞれの「休み」につき異なる意義と機能を前提にしている実体法規や就業規則・労働協約等の個別解釈を通じて、いわゆる休暇法理の再構成を試みるものが適切ではないかと思われる。

五 休暇・休業等と労働契約関係

上述したように、法制度としての意義や機能さらには労働者の権利性に着目して休暇と休業その他の「休み」の区別を明確にする観点からは、実定法規上そして企業実務上、休業あるいは休職とされる「休み」であっても、本的に休暇概念の枠組みのなかで理解することが適切な場合があることになる。しかしながら、休暇にせよ休業その他の「休み」にせよ、基本的には労働契約関係を継続させながら、一定の事由の発生に基づき労働者の労働義務を一定期間にわたって免除することを基本的な内容とするものである点では異ならない。したがって、休暇中（休み期間中）も労働契約は存在し、従業員たる地位は失われるものではないから、休暇期間中の当該労働者の義務をはじめ、その他の処遇関係、別言すれば休暇中の労働関係をどのように解すべきかが重要な法律問題となりうる。以下、比較的議論の多い重要な論点を中心に検討することとする。

1 休暇期間中の労働者の義務

まず、法定の休暇であるか法定外の休暇であるかを問わず、基本的には所定の休暇事由が発生すれば、所定の手続に該当がい労働者は一定期間の休暇を法律上あるいは契約上の権利として請求することができる。その結果、当該休暇期間中は労働義務は免除されるから、勤務を休んだとしても債務不履行などの責任を問われることはない。また、使用者としてもこの期間中は労働者に出勤を命じることはできない。とはいえ、労働契約関係は維持されていることから、労働義務以外の義務、たとえば競業禁止義務、兼職の禁止、秘密保持義務その他労働契約に基づく信義則上の義務は存続⁽³¹⁾する。

2 休暇期間中の賃金

休暇期間中の賃金については、法定休暇にあつては労基法に基づく年次有給休暇のみが有給とされ、その他の休暇・休業についてはいずれも無給とされている。したがって、使用者としては、いわゆる年休以外の休暇・休業について賃金を支払う法律上の義務はない⁽³²⁾。法定外のいわゆる特別休暇については、それぞれ、就業規則や労働協約

等の定めるところに任される。すなわち、休暇規定等に「有給」とする旨の特段の定めがない場合には、民法五三六条一項・二項の本則にしたがつて労働者は反対給付たる賃金支払いを請求できない。ちなみに、こうした点の関連して、筆者は、従前、育児休業中の賃金支払いに関連してではあるが、「・・・労働契約上の労働義務が消滅するのに対応して、賃金支払い義務も消える」と述べ、これを「ノーワーク・ノーペイの原則」で説明したことがある⁽³³⁾。この説明に言及されて、野田教授は、「労務給付義務の消滅が、・・・当然に労働者の賃金請求権も消滅せしめると解することはできない」として反論されている⁽³⁴⁾。思うに、筆者がそこで指摘したことは、労働者の労務給付義務が消滅する限りにおいてそれと同時に履行の關係に立っている使用者の賃金支払い義務も消滅するということ、そしてそのような休業による労働者の不労は民法五三六条一項・二項という債権者（使用者）の責に帰すべき事由によるものとはいえないから、結果として使用者は賃金支払い義務を免れることになるという法解釈上の帰結についてであった。したがって、労務給付がないにもかかわらず（したがって、実体法規や就業規則・労働協約等に直接的な根拠がみあたらないにもかかわらず）、使用者が賃金支払い義務を負うことは原則としてないというにとどまり、実体法規上や、また教授が指摘されるような契約上の特別の規定（合意）があるような場合にまで、一貫して労務給付がないから当然に反対給付も受けられないということまで言おうとしたものではない。これを、ノーワーク・ノーペイの原則の概念を用いて説明したことに誤解の要因があったように思われ、その限りにおいては説明不足の感があったことは否めない。ただ、強いて付言すると、このノーワーク・ノーペイの原則についていえば、教授はストライキの場合における賃金債権の消長についてはノーワーク・ノーペイの原則が当てはまるかの指摘をされているが、⁽³⁵⁾こうした場合においても理論的には特別の事情（就業規則や労働協約による賃金支給の合意）がある場合には、やはりノーワーク・ノーペイの原則は制限されることはありうるのではないかと解される（もちろん、そうした場合に使用者の行為が、別途、利益供与を介しての支配介入行為として不当労働行為を構

成するかどうか判断されることはありうるが、それは別の法律問題である)。

3 休暇中の出勤扱い・在職期間の算定

休暇・休業中の期間を他の制度の適用関係で出勤扱いとするかどうかについても問題となる。労基法の年次有給休暇の取得要件との関係では、業務上負傷または疾病による休業のほか、産前産後の休業、育児・介護休業については、出勤扱いとされる(労基法三九条七項)。年休を取った日も同様に解すべしとの行政通達が出されている(昭二二・九・一三発基一七号)。他方、生理日の休暇については出勤とみなさないとしている(昭二三・七・三一基取二六七五号)。しかし、この取扱いは大いに問題なしとしない。また、退職金制度との関係では、通常、退職金は算定基礎賃金に勤続年数別の支給率を乗じて算定されることから、しばしば退職金支給の算定基礎として勤続期間(在職期間)に休暇・休業の期間を算入すべきかどうか問題となり得る。思うに、退職金の支給制度は法律上義務づけられた制度ではなく、各企業の任意の制度であることからすれば、そうした期間を退職金支給の算定基礎に算入するか否か、算入する場合でも期間の全部あるいは一部に止めるかなどは就業規則上の退職金規程や労働協約等の個々に定めるところにしたがうことになろう。

4 不利益取扱いの禁止

法定あるいは法定外のいずれにせよ休暇が権利として認められたものである以上、その申出や取得を理由に労働者に不利益を取扱いをすることは、いずれの休暇であっても基本的に許されない。法定の休暇のうち、育児介護休業法に基づく育児・介護の休業については、明文の規定によりその申出又は取得を理由とした解雇その他の不利益取扱いを禁じている(第一〇条、第一六条)。ちなみに、解雇以外の不利益取扱いの禁止については、平成一三年の同法改正により追加されたものである。そして、右改正に伴い策定された「指針(子の養育又は家族の介護を行う、又は行うこととなる労働者の職業生活と家庭生活の両立が図られるようにするために事業主が講ずべき措置に

関する指針)では、育児・介護休業の申出又は取得との間に因果関係のある「解雇その他不利益取扱」の内容が例示されている(第二の三)。それによると、(1)解雇のほか、(2)退職強要、正社員から非正規社員への契約変更の強要、(3)自宅待機命令、(4)降格、(5)減給・賞与等での不利益な算定、(6)不利益な配置変更、(7)就業環境を害することが挙げられている。

しかし、解雇はともかく、実際に行われた不利益取扱の結果として違法・無効とされるかについては一律の客観的な基準があるわけではなく、個々の事案ごとに個別・具体的に判断するほかはない。ちなみに、裁判例では生理日の休暇につき、精皆勤手当を減給・不支給にすることが許されるかどうかが争われた事案につき、生理休暇制度の趣旨を失わせるものでない限り欠勤扱いも必ずしも違法ではないと判断されたものがある(エヌ・ビー・シー工業事件・最高三小判昭六〇・七・一六民集三九・五・一〇二三)。また、公民権行使の保障との関係では、会社の承認を得ないで公職に立候補し、就任した労働者を懲戒解雇した事案につき、公職選挙への立候補につき会社の承認を得ることを求める就業規則条項は、公民権保障規定の趣旨に反し無効であるとし、右条項違反を理由になされた懲戒解雇を無効としたものがある(十和田観光電鉄事件・最高二小判昭三八・六・二一民集一七・五・七五四)。他方、公職に就任した結果会社業務の遂行を著しく阻害するおそれのある場合には普通解雇は許されうると判断した例もある(社会保険新報社事件・東京高判昭五八・四・二六労民三四・二・二六三)。さらに、産前産後の休業に関連しても、古くは産前産後の休業をとったこと自体を昇給・昇格・賞与支給上の不利な判断資料とすることは、同休業の権利保障の趣旨に反し私法上無効となると判断した裁判例(日本シェーリング事件・最高一小判平元・一二・一四民集四三・一二・一八九五)があり、また比較的新しくは、産前産後の休業や育児時間をとったことを賞与支給の出勤率算定につき欠勤扱いとしたことの適否が問題になった事案では、公序良俗違反を理由に当該欠勤扱いを無効とし、各期の賞与の全額支払いが命じられている(学校法人東朋学園・高宮学園事件・東京地判

平一〇・三・二五労判七三五・一三三。しかし、他方で休暇・休業したことの結果により生じた技能や経験の不足に対する使用者の人事考課を通じての評価により昇格等が遅れることについては、必ずしもこれを違法ということは困難であろう。

5 原職復帰

法定あるいは法定外を問わず、休暇や休業は当該期間中の労働義務を労働者に免除するものであり、労働契約関係は基本的に存続しているものであるから、その終了後には労働者は職場復帰をはたすことになる。問題は、当然に原職に復帰する権利が労働者にあるかどうかである。この点につき、厳密に言えば原職復帰はわが国の育児介護休業法の下では事業主の法的義務としては設定されていない⁽³⁶⁾。したがって、その限りでは、事の是非はともかく、法解釈上の観点からは休暇後の原職復帰を労働者の当然の法的権利とすることは、現状では困難であろう。もちろん、たとえば採用時の労働契約やその後において休業前の仕事が特定されて契約内容となっていたような場合、また特定されていなくとも就業規則や労働協約等により原職復帰を契約上の権利として設定することは可能である。

上記の点について考えるに、既に指摘されているように育児・介護休業など休暇の権利行使は労働契約関係を当然に変えるものではないから、基本的には復帰後の職場や地位に変更がないのが原則となることはいままでもない。そうした観点から、育児介護休業法も、育児・介護休業中や休業後の賃金や配置、昇進・昇格等の待遇について周知する措置をとる旨の努力義務を設定(第二条、同施行規則第三条)している。また、指針でも「原則として原職又は原職相当職に復帰させることが多く行われているものであることに配慮すること」とされているのも同趣旨からである。それ故、育児・介護休業した労働者をなんら合理的理由なく原職に復帰させずに他の部署に配置換えするようなことは、前述した育児・介護休業の取得を理由とした違法な不利益取扱いと解されることとなる。

6 雇用保険・社会保険制度との関係

雇用保険や社会保険の制度との関係では、育児介護休業法に基づく育児・介護の休業の場合、右休業期間中の労働者の雇用保険や社会保険については、当該労働者は休業期間中といえども労働契約の存在を前提に従業員たる地位を維持することから、雇用保険、健康保険および厚生年金保険の被保険者資格は休業期間中も継続するものとして取り扱われている。なお、雇用保険料については、休業期間中給与の支給を受けない場合には保険料はないことになる。また、健康保険料及び厚生年金保険料については、現状では育児休業期間中は事業主を通じて社会保険事務所に申し出ると、労働者負担分は免除されることとなっている。他方、介護休業期間中の健康保険料及び厚生年金保険料については、現在までのところ免除はない。これについては、早急にしかるべき対応が検討されるべきものと思われる。

(22) 野田・前注(1) 掲記書三頁以下。

(23) たとえば、労働基準調査会編「わかりやすい育児休業制度の実務―育児休業法と制度導入の実際」では、「とくに休業、休暇及び休職については、相対的な違いにすぎず、その違いについて概念が確立したものはなく・・・」との説明がなされている(一九頁)。

(24) 西村・前注(2) 掲記論文一八五頁。

(25) 休職処分の意義や機能をはじめ、休暇との異同等、その法律問題に関しては西村・前注(2) 掲記論文一七五頁以下を参照されたい。

(26) 野田進「休暇・休業と労働契約」季刊労働法一六七号八頁以下、同・前注(1) 掲記書三頁

以下。蓼沼・前注(2) 掲記論文六八頁以下参照。

(27) 蓼沼・前注(2) 掲記論文六六頁。

(28) 但し、野田・前注(1) 掲記書は、こうした実体法規上の文言に照らしての厳密な意味での「休暇」「休業」を区別することはせず、基本的には労働者の個人生活上の必要に基づき労働者が権利として当該「休み」を請求しうるものを

「休暇」概念を含めて考えている。

(29) 蓼沼・前注(2) 掲記論文六二頁。

(30) 但し、野田・前注(1) 掲記書(五頁)は、起訴休職や出向休職と疾病休職とは、自ずからその意義や機能が異なり得ることから、休職処分とは切り離して疾病休職を議論すべきとする。

(31) 野田・前注(1) 掲記書五一頁以下、同じく西村・前注(2) 掲記論文一八五頁以下。

(32) もっとも、休暇期間中の「所得」保障といった観点からは、育児介護休業法の育児・介護の休業については、雇用保険の被保険者である労働者に対しては育児休業給付金(休業した一ヶ月につき休業前賃金の三〇%)と職場復帰給付金(職場復帰後六ヶ月雇用保険の被保険者として勤務した場合、休業した一ヶ月につき休業前賃金の一〇%)が支給され、また介護休業についても、同様に合計として休業前賃金の四〇%が介護休業の給付金として支給される(雇用保険法第六一条の四、同六一条の五、同六一条の七)。さらに、産前産後の休業についても、当該女性労働者が健康保険の被保険者の場合、出産手当金(標準報酬日額の六〇%)が支給され、加えて出産一時金として三〇万円が支給される(健康保険法第五〇条二項)。

(33) 桑原昌宏・奥山明良「対談・育児休業法の法的解明」季刊労働法一六三号八頁。

(34) 野田・前注(1) 掲記書五一頁。

(35) 野田・前注(1) 掲記書五一頁。

(36) もちろん、これを法律上の義務として規定することは可能であるし、またそれが望ましいことはいうまでもない。たとえば、田口のいわゆる「育児及び家族的責任休暇に関する指令」(一九九六年)やアメリカ合衆国の一九九三年の「家族及び医療休暇法」さらにはイギリスの一九九九年の「出産及び両親休暇に関する規則」には、明文の規定により休業後の原職復帰の権利を保障している。しかし、このことは、逆に言えば労働契約上当然には現職復帰が権利ではないからこそ、実定法規によりこれを改めて権利設定しようとすることを意味するものである。

(おくやま・あきら) 本学教授

