

「休暇」概念の法的意義と休暇政策

——「休暇として」休むということ

野田 進

(九州大学教授)

日本の労働法システムでは、年次有給休暇だけでなく、それ以外の休暇についても十分な保障がなされていない。特に、労働者の病気休暇について法制度が存在しないのは、日本法の著しい欠陥である。仕事と家庭の両立支援策や雇用政策の中でも、休暇は活用されていない。これらの点では、フランスなどの諸外国と著しい差違がある。一方、日本では、病気休暇やその他の休暇は、大企業を中心に企業の制度としてある程度普及している。しかし、中小企業の労働者や非正規労働者は、こうした利益を享受することができない。労働契約論からみると、休暇はかならずしも有給である必要はない。有給にするか、出勤扱いにするかは、各休暇制度に盛り込んだ政策的課題にすぎない。したがって、財政的コストは、休暇の普及を否定する根拠にはならない。休暇の法的意義を理論的に明確にしつつ、様々な休暇制度を、普遍的で一般的な制度に改革すべきである。

目次

- I はじめに——東日本大震災から考え始める
- II 休暇とその法制
- III 休暇を保障するとは何か
- IV むすびに代えて

I はじめに——東日本大震災から考え始める

東日本大震災は、その甚大で広汎な災害状況から、法の役割や課題という点でも様々な議論を引き起こした。労働法の領域でも例外ではないが、ここでは、休暇に焦点を当てることで本稿の問題を提起しよう。

被災地域に居住・勤務する者が、救援活動のために休暇申請をした場合、使用者はどのように対処すべきか。厚生労働省のQ&Aでは、労基法39条5項を援用したうえで、次のように回答している。「今回の震災に伴う復旧・復興の業務等への対応を行うに当たって、労働者が請求する時季に年次有給休暇を与えることが、事業の正常な

運営を妨げる状況にある場合には、他の時期に与えることができます」¹⁾

これをフランス法と比較してみたい。後述するように、フランスでは労働法典その他の法令を根拠に、実に多様な休暇制度が設けられている。そして、その休暇カタログの一つに、「大規模自然災害のための休暇 (congé pour catastrophe naturelle)」と称されるものが労働法典に定められている。比較的短い文章なので、労働法典の根拠条文を翻訳する。

「L3142-41条 大規模自然災害の発生した地域に居住しまたは通常勤務する労働者は、大規模自然災害の犠牲者に救援をもたらす組織的活動に参加するために、申請により1回または複数回にわたり、最長20日の無給の休暇を取得することができる。

緊急の場合には、この休暇は、24時間前の予告で取得することができる。

L3142-42条 この休暇の利用については、使用者は、生産や企業の正常な運営に損害をもたらす結

果となると判断したときには、拒否することができ

る。この拒否は、企業委員会またはそれがいないときには従業員代表委員への諮問を経た後に、行うものとする。また、拒否についてはその理由を明らかにしなければならない」

以上の両国の対応の違いは、興味深い。救援活動のための休暇は、日本では年次有給休暇の利用しか考えられないのに対して、フランスにはそれとは別枠の休暇の制度が設けられている。しかし、日本では有給休暇であるが、フランスでは大規模災害休暇は無給である一方、年次有給休暇の利用は考えられていない。

ただ、現実的な問題を考えるに、日本で救援活動のために、どこまで年休利用がなされたのかは疑問である。労働者の中には救援活動を継続できるほどの年休日数を十分に保有していない人も多いであろうし、会社側が多数の労働者の有給休暇請求を負担できるだけの財政状況であるかも問題であったろう。想像だが、東日本大震災では、現実には無給の欠勤状態で救援活動に力を尽くされた方が多かったのではないだろうか。

とすると、さらに次のように、考えが及ぶ。日本の労働者が、救援活動のために年休を使いづらく結局は欠勤で活動をしたことと、フランスの労働者が無給の法定休暇を取得することの間に、違いはあるのだろうか。すなわち、等しく無給で休んで救援活動をするとして、『「休暇として」休む』ことに、どのような積極的意味があるだろうか。

こうして、本稿の課題は、労働者が、有給・無給を問わず、「休暇として」仕事を「休む」ことの法的意義を明らかにした上で、その再検討の方向を見定めようとするものである。

II 休暇とその法制

1 用語法と法的意味

(1) 法令上の休暇・休業・休職

まず、本稿の起点として、議論の混乱を招かないようにするために、「休暇」の用語法を明ら

かにする必要がある。日本では、「休むこと」に関しては、休暇のほか、法令上または慣行上の用語として、休業および休職という用語があるから、それらを合わせて確認しておこう²⁾。

まず、日本の労働関係法令（本稿では公務員の勤務関係法令を除く）で、「休暇」の用語が用いられるのは、3つの場合に限られる。①年次有給休暇（労基法39条）、②生理日の就業が著しく困難な女性が請求する「休暇」（同68条）、ならびに、③子の看護休暇（育介法16条の3）および介護休暇（同16条の5）の3類型である。

次に、休業については、周知のように、①産前休業³⁾（労基法65条1項）、②育児休業および介護休業（育介法2条1号、同11条）、ならびに、③休業手当の支給対象である「使用者の責めに帰すべき事由による休業」（労基法26条）がある。

さらに、休職については、法令上にはほとんど規定がなく、わずかに労基法施行規則5条1項11号に、使用者が「明示しなければならない労働条件」の一つとして、「休職に関する事項」の定めがある⁴⁾（船員法施行規則16条7号も参照）。

一方、企業の慣行としては、用語法は区々であるが、休暇・休業・休職は、各企業の就業規則で様々な規定が設けられており、法定のもの以外にも、後述のように、病気休職、起訴休職、ボランティア休暇といった制度が、ある程度普及している。

(2) 休暇・休業・休職の労働契約論上の意義

これらの休暇・休業・休職の意義は、労働契約論の観点からすれば、異なるところはない。すなわち、それらはいずれも、労働契約上、労働者が「本来は労働義務がある」のに、何らかの理由で「その義務が消滅した」、「一定の長さの期間」を意味する。

まず、「本来は労働義務がある」という点で、休暇・休業・休職は、休日（週休、あるいは休日扱いされる祝日）と区別される。後者は、法律または就業規則等に基づき、初めから労働義務が存在しない（出勤を要しない）日である。したがって、休暇・休業・休職には、有給・無給、出勤扱いの有無等を決定する必要があるが、休日にはそれらは初めから観念されない。

次に、「労働義務が消滅した」ことの法的意味については、債権法上の債権の消滅原因を考えるならば、労働義務の免除（民519条）を意味すると解するしかない⁵⁾。これに対して、フランスをはじめとする諸外国では、「労働契約の停止」という観念から、年休やそれ以外の休暇・休業を説明している⁶⁾。

さらに、休暇・休業・休職は、連続した「一定の長さの期間」である趣旨が、当然に包含されている。年次有給休暇についていえば、最初の国際基準であるILO52号条約（1936年）は、一般労働者は6労働日の年休権を有するとしうえて、この最低日数は連続付与されなければならないが、これを超える日数についてのみ国内法令で分割を許容するものとした。同年の47号勧告では、年休は2回を超えて分割できないものとされ、その一方は条約所定の原則6日の最低限度を下回ることができないとされた。ILO132号条約（1970年）は、最低付与日数を3労働週とし、分割方法は各国で定めうるが、分割された休暇部分の一つは連続する2週間以上でなければならないとした。諸外国の立法例を見ても、休暇にあたる各国の言葉には、ある程度の長期の日数であることが当然の前提である⁷⁾。なお、この点で、2011（平成23）年にわが国で導入された年休の時間付与の制度（労基法39条4項）が、いかに概念矛盾的なものであるかがわかる。また、休職や休業は、各制度の趣旨と上記の各法令の規定からして、「一定の期間」であることは当然である。

（3）用語法の統一

以上のとおり、休暇・休業・休職の意義は、労働契約の側面というならば共通である。また、上記の法令用語から分かるように、休暇・休業・休職という用語の使い分けは、決して根拠のあるものではなく、たぶんに慣用例によるものである。さらに、ドイツ語のUrlaubやフランス語のcongéはこれら3種の「休み」の意味を包含しているし、アメリカ合衆国のFMLA（家族医療休暇法）にいうleaveは、少なくとも休業と休職の意味を包含している。以上からすると、休暇・休業・休職について契約論の見地から理論的考察を行うに当たっては、3種の用語を区別する必要は

ない。以下では、これらをすべて休暇と称することにし、その契約論的な意義は、休暇・休業・休職の共通定義として先に示したとおりである。

2 フランスにおける多様な休暇

（1）休暇リストの拡大

概していえば、諸外国では、休暇の問題はもはや理論的・政策的関心を集める労働法上の問題ではない。各国ではその国・社会の経済的・文化的実情に応じて、制度の枠組みを完成させており、新たにこれを変革するような論議の必要はなくなった。動きがあるとすれば、すでに完成された制度の枠組みの中で、状況変化に応じた調整のための改良であろう。

フランスも例外ではなく、この国では1982年1月16日のオルドナンスで5週間を最低基準とする年次有給休暇の制度が定められた後は、休暇制度自体に大きな変化は加えられていない。ところが、年休以外の休暇については、従来からも種々の制度が設けられていたが、近年、法定休暇が更に拡充され、表1のように多様なリストが連なるものとなった⁸⁾。すなわち、大分類で見ると、年次有給休暇、母親・父親・家族関連休暇、病気休暇、職業教育を受けるための休暇、個人的便宜のための休暇、市民的任務を遂行し義務を果たすための休暇であるが、さらに下位分類を見ると、表1に見るように実に多様な制度が各根拠に基づき設けられている。

（2）休暇制度と政策課題

フランスの法定休暇のリストは、それぞれの労働をめぐる諸政策が、その実現のために休暇の付与という方式に反映されたものである。

（a）まず、年次有給休暇についていうと、長期連続休暇（ヴァカンス休暇）をとることに對する、フランスの人たちの憧憬と執着心は、社会や文化に深く根付いている。もっとも、この国の年次有給休暇の政策については、筆者は過去に幾度も論じたことがあるので⁹⁾、ここでは再説しない。

（b）次に、母親・父親・家族関連休暇は、文字通り母性保護および育児・介護との両立支援の政策、および家族連帯の名で表される家族政策を、労働者の休暇として保障する諸制度である。

表 1 フランスの多様な法定休暇

休暇の種類	根拠となる法令条数*
年次有給休暇	L3141-1
母親・父親・家族関連休暇	
出産または養子休暇	L1225-16, L1225-37
父親休暇	L1225-35
育児休暇	L1225-47
障がいのある子等の付き添い (présence parentale) 休暇	L1225-62
子の看護欠勤	L1225-61
家族連帯休暇 (= 家族の最期を看取るための休暇)	L3142-16
家族支援休暇 (= 介護休暇)	L3142-22
家族冠婚葬祭休暇	L3142-1
病気休暇	L1266-7
職業教育を受けるための休暇	
個別教育休暇	L6322-1
能力診断休暇	L6322-42
既得職業経験認証休暇	L6422-1
25歳未満若年労働者職業教育休暇	L6322-59
経済的社会的労働組合教育休暇	L3142-7
若年者指導・活動員養成休暇	L3142-33
(企業委員会) 任務・役割の行使のための教育休暇	L2325-44
個人的便宜 (convenances personnelles) のための休暇	
サバティカル休暇	L3142-81
起業のための休暇またはパートタイム労働	L3142-68
イノベーション教育研究休暇	L6322-53
試験準備または受験休暇	L6322-3
市民的任務を遂行し義務を果たすための休暇	
労働者助言員の役割遂行のための欠勤	L1232-8
労働審判員の任務行使のための欠勤	L1442-6
社会保障事件審判所での参審員 (assesseurs) の欠勤	社会保障法典 L142-4
重罪裁判所の証人または陪審員欠勤	刑事訴訟法典 626
国会議員選挙立候補のための欠勤	L3142-56
国会議員当選者の欠勤	L3142-60
社会的機関活動のための欠勤	L3142-37
非営利社団および共済組合の代表活動休暇	L3142-51
ボランティア消防団活動のための欠勤	L5212-13
実戦配備の予備役の職務	L3142-65
自然的大災害のための休暇	L3142-41
国際連帯休暇	L3142-32

注：法令名がないのは労働法典の規定である。また、条数はすべてそれ以後に続く一連の条文の最初の条数を意味する。

労働法典では、前者は労働契約に関する第1章で規定され、後者は労働時間・休暇に関する第3章で定められているため、位置づけが異なるように見える。しかし、それは後者が比較的短いことから、労働契約の停止の章で扱うよりは、端的に休暇の項目で取り上げられたものであり、両休暇に込められた政策に本質的な違いはない。これらのリストを見ると、労働者が、生涯において仕事を継続しながら、家庭生活では子供を出産または養子で迎え、育児に専念し、特に病気の子供を看護し、障がいのある子に付き添い、一方で親を介護した後に、最期を看取り、そして、冠婚葬祭のと

きには、家族が一堂に会して喜び・悲しみを分かち合う、まるでフランス映画のシーンが想起されるようである。

(c) 病気休暇の普及と法制化は、複数の労働政策課題の成果である。すなわち、病気休暇制度は実は休暇として法的な裏付けを与えられる以前から、これを「労働契約の停止」ととらえられ¹⁰⁾、短期疾病を理由とする解雇は制限されていた。病気休暇の制度は、これに加えて、①病気を社会的危険ととらえて、社会保険で療養期間の所得保障を講じようとする社会保障の施策 (1945年)、②時間給・日給労働者に対して、病気休暇等の保障

を月給労働者と同レベルにするという「月給化 (mensualisation)」政策 (1978 年立法化), ③ 1990 年 7 月 12 日の立法において, 雇用差別の一般的禁止規定で, 禁止される差別の列挙事由の中に, 「その健康状態またはその障害を理由して」という文言を加えたことによる雇用差別禁止の政策 (L1132-1 条), さらに, ④ 1992 年 12 月 31 日の立法で, 病気明け労働者に対する使用者の再配置義務を定める雇用保障の政策 (L1226-2 条) などが, 総合されることにより確立されたものである。

(d) 教育関連休暇では, 雇用政策・企業政策との関連が前面に現れる。表のうち, 最初の 4 種は, 労働者に職業教育を受けさせて職業転換を図ることが目的であり, 中高年齢者向け, 若年者向け, 一般向けなど, 様々なメニューが用意されている。後の 3 種は, 組合幹部, 若者リーダー, 企業委員会の労働者委員向けに, それぞれ必要な教育を行うものである。

(e) 個人的便宜 (convenances personnelles) とは訳しにくい用語であるが, 項目から明らかなように, 職業教育を受けるというよりは, より積極的に, 起業準備, 資格試験等の準備, 研究専念などに用いられる休暇である。ここでは, 雇用対策より高次元での, 産業発展に貢献するための自己啓発的な休暇が予定されている。

(f) 市民的任務を遂行し義務を果たすための休暇は, 文字通り, 労働者が国民, 市民としての側面から果たすべき任務を遂行するために保障される休暇である。日本では, これらの一部は, 労基法 7 条「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」として保障されているものであるが, これを休暇として保障するのがフランスの特色である。加えて, 日本であれば, 一部の民間企業でボランティア休暇として認められているものが, この国では法定休暇として保障されていることに注目しておきたい。

ともあれ, これらの豊富な休暇リストは, この国の労働者の多様な職業外の生活を表現しているといえよう。人々は, 職業生活だけでなく, 家庭, 職業教育や組合活動・企業委員会の運営, 社会貢献などの活動に従事することが, 休暇として保障される。労働者は, 仕事して収入を得る活動

だけでなく, 人生における「もう一つの生き方」が, 休暇の名の下で保障されていることが理解される。

(3) 「停止」法理と無給休暇の原則

一方で, フランスにおけるこれらの休暇のうち, 使用者から休暇中の報酬が支払われるのは, 年次有給休暇と病気休暇 (部分支給) のみである。年次有給休暇は, 労働者の出勤状況に応じた選択により「10 分の 1 方式」または「賃金維持方式」により算定された休暇手当が支払われる。また, 病気休暇については, 疾病保険により基礎稼得日額の 50 % を原則とする支給を受けるが, さらに一定の要件のもので, 使用者はこれに上乘せして, 労働者の在職年数に応じて同日額の 90 % または 3 分の 2 に相当する額まで, 補足手当の支払いが義務づけられる¹¹⁾。

しかし, これら 2 種の休暇を除くと, 上記の多彩な休暇はすべて無給である。家族関連休暇の多くは社会保障法の給付対象となり, 一部は労働協約により上乘せの補足手当が使用者により支払われることがあるが, それ以外の休暇は賃金の支払いはない。すなわち, フランス法は, きわめて多様な休暇制度を用意しつつも, 基本的にはこれを無給休暇としてのみ保障しているのである。

そもそも, 休暇の契約法上の説明である, 労働契約の停止の理論においては, 労働者の労働義務は一時的に消滅しているのであるから, それと対抗関係にある賃金請求権は消滅するのが原則である。これに対して賃金を支払うのは, 法律や労働協約等に基づき特別の義務設定がなされるからにすぎない。有給休暇という制度の方が, 特有の政策目的による例外的な制度と解されるのである¹²⁾。そして, こうした無給休暇の原則こそが, その反面の効果として, 無給休暇の広い範囲の普及に役立っているものと思われる。使用者としては, 無給休暇であるならば, 各政策課題に基づき新設される数多くの休暇制度に, コスト面で強く反対する必要もないからである。この点が, 日本と対比すべき論点となる。

3 日本の法定休暇と特別休暇

(1) 乏しい法定休暇リスト

フランス法に倣って、日本の法的休暇のリストを作ると、次のようになる。

表2 日本の法定休暇

年次有給休暇	労基法 39 条
母性・女性保護のための休暇	
生理日の休暇	労基法 68 条
産前休業	労基法 65 条 1 項
家族関連休暇	
育児休業	育介法 2 条 1 号
子の看護休暇	育介法 16 条の 3
介護休業	育介法 11 条
介護休暇	育介法 16 条の 5
使用者の責めに帰すべき事由による休業	労基法 26 条

このように、日本で法定休暇のカタログは貧弱である。そこに込められた政策も、労基法による最低基準の労働条件の保障と、育介法による両立支援のための最低限の施策にとどまり、それ以上に、積極的な立法政策が盛り込まれるとは解しがたい。また、ワークライフバランスや次世代育成の切り札と目される育児介護休業法による両立支

援といっても、結局は、育児と介護に関する4種の休暇を保障するだけであり、フランスのようなきめ細やかな休暇の制度がない。日本では大震災後にマスコミで語られる「家族の絆」の用語は、フランスの「家族連帯」の用語と類似しているが、具体的制度の実現には結び付いていない。

さらに、法定休暇では、病気休暇の保障がないことが、日本の制度の大きな欠如点である。以前にも指摘したことがあるが、ドイツの有給の病気休暇制度やアメリカ合衆国のFMLA（家族医療休暇法）と比較しても、法定制度としてあまりに見劣りがするといわざるをえない。

その他、職業教育や研究活動のための求職活動関連の休暇などは、日本にはそうした必要が認められないのか、議論の俎上にすら上らない。また、日本では、一部の公民権行使については、「請求した場合において、拒んではならない」制度としては保障されているが（公民権行使の保障、労基法7条）、休暇制度としての確立はない。

(2) 非法定休暇（「特別休暇」）の普及

乏しい法定休暇の実情の中で、多くの企業では就業規則等にもとづく当該企業固有の休暇制度を

表3 特別休暇制度の有無、特別休暇の種類別企業数割合

(単位：%)

企業規模 (人)	全企業	右記の特別休暇制度のある企業	(複数回答)						左記の特別休暇制度のない企業
			夏季休暇	病気休暇	リフレッシュ休暇	ボランティア休暇	教育訓練休暇	その他1週間以上の休暇	
計	100.0	63.5	48.7	22.8	12.4	2.8	5.2	14.9	36.5
1000 以上	100.0	80.2	45.2	40.7	49.2	17.7	7.5	27.0	19.8
300 ~ 999	100.0	73.8	48.1	30.2	32.6	6.6	3.7	23.0	26.2
100 ~ 299	100.0	64.1	46.0	22.7	18.0	3.3	4.5	17.0	35.9
30 ~ 99	100.0	61.7	49.7	21.5	7.4	1.8	5.4	13.0	38.3

注：「その他1週間以上の休暇」には産前・産後休暇、育児休業、介護休業、子の看護のための休暇は含まない。

表4 特別休暇制度の種類、賃金の支給状況別企業数割合及び1企業平均1回あたり最高付与日数

(単位：%)

特別休暇の種類	特別休暇制度がある企業		賃金の支給状況				1企業平均1回あたり最高付与日数
			全額	一部	無給	不明	
夏季休暇	[48.7]	100.0	83.9	3.7	12.0	0.4	4.8
病気休暇	[22.8]	100.0	47.4	21.5	31.1	0.0	155.2
リフレッシュ休暇	[12.4]	100.0	96.5	1.8	1.6	-	7.4
ボランティア休暇	[2.8]	100.0	69.4	7.7	22.9	-	62.6
教育訓練休暇	[5.2]	100.0	89.5	3.9	6.6	-	19.2

注：1) 各企業の休暇制度で定められている最高付与日数。

2) [] 内の数値は全企業に対する割合である。

設置しており、この非法定休暇が、法定休暇の代替をなすものとして機能している。ところが、厚生省調査（『就労条件総合調査』）では、平成19（2007）年までは、毎年これら非法定休暇が「特別調査」の名称で集計されていたが、この年度を最後に掲載されなくなった（平成24年『就労条件総合調査』には掲載予定であり、同調査は本年10月に公表されるとのことである）。やむを得ないので、本稿では少し古い平成19年『就労条件総合調査』をもとに、非法定休暇の実態を確認しておこう。

(a) 普及割合 まず、表3に見られるように、特別休暇制度がある企業数割合は63.5%であり、これをその種類別（複数回答）にみると、「夏季休暇」48.7%、「病気休暇」22.8%、「リフレッシュ休暇」12.4%、「ボランティア休暇」2.8%、「教育訓練休暇」5.2%、「その他1週間以上の休暇」14.9%となっている。また、「夏季休暇」を除くと、その他の休暇の普及は、企業規模が大きいほど保有比率が高いことが窺われる。

(b) 日数と有給保障の程度 次に、表4で保障日数を見ると、休暇の目的からして、「病気休暇」が最も長く、「夏季休暇」は短い。同表でさらに注目されるのは、有給保障の比率であり、「夏季休暇」は8割以上、「リフレッシュ休暇」は9割以上の企業が賃金全額を支払っており、一部支給も含めると、多数が有給保障である。このように、特別休暇をできるだけ有給で保障すべきであると考えるのが、フランスと明確に対比される日本の特質である。

(3) 小括

以上、簡単にフランスとの比較の中で、日本の休暇制度を概観してきた。その特徴は、次のようにまとめることができよう。

(a) 日本は、法定休暇の種類が極度に少なく、特に、多くの諸国で存在する病気休暇の制度が存在しないことが、重要な立法欠缺といえる。

(b) 雇用対策や能力開発政策にも休暇制度はまったく利用されず、さらに両立支援政策としての休暇制度の利用は不十分な程度にすぎない。

(c) 法定休暇が貧弱であること背景には、民間企業における「特別休暇」の普及が考えられる

が、制度の普及はなお限定的なものにとどまる。

(d) しかし、保障されている企業の「特別休暇」制度には、全部または一部有給で保障されるものが多く、日本の休暇制度は全部もしくは一部の賃金支払いまたは社会保障からの手当支給が前提とされているものが多い。

Ⅲ 休暇を保障するとは何か

1 「休暇として休む」とは何か

以上の日本の休暇制度の特質をもとに、本稿の「はじめに」で掲げた問題提起に戻りたい。すなわち、労働者が例えば大震災の救援活動など、何らかの必要のために仕事を休むときに、これを「休暇として休む」とことと事実上の欠勤として休むこととはどのように異なるのか。言い換えると、休むことを休暇として保障することとは何か。この点である。

これについて、以下では上記日本の特質に鑑み、第1に、「休暇として休む」ことの保障と、第2に、「法定休暇として休む」ことの保障とを、分けて考えたい。

2 休暇として休む

上述のように、休暇は労働義務の免除という点に労働契約上の本質があるが、さらに「休むこと」が「休暇」であるには、いくつかの前提が必要である。

第1に、休暇は、一定の長さの期間、労働義務を免除するものであるから、復職を約束することなく休むこと・休ませることは、休暇ではなく労働契約そのものが消滅していることが多い。また、休みの期間や期限（終期）のない場合も、「休む」とはいえないから、やはり労働契約が解雇または辞職により消滅したと解すべき場合が多いであろう。例えば、使用者が、労働者に対して、期間や期限を明らかにすることなく休暇を命じた場合（「明日から、休んでおけ」）は、休暇ではなく解雇の意思表示を婉曲に表現したと解すべきであろう。同様に、労働者が期間を明らかにすることなく、一方的に「休む」と意思表示する

(「明日から、お休みをいただきたい」)ことは、これも辞職の意思表示の婉曲的表現と解すべきであろう。

第2に、就業規則等で定めた休暇について、申請者が付与条件を満たし、かつ欠格条件を満たしていない場合には、使用者は原則としてこれを付与する義務が生じる。たとえば、ボランティア休暇について、在職年数や付与日数その他の条件を満たし、かつ職場の繁忙等による欠格条件に該当しない労働者が申請したときには、使用者はこれを原則として付与しなければならず、就業規則等の規定に反する不利益な取扱いは無効である(労契法12条参照)。同場合に、使用者が休暇付与を拒否して、無断欠勤として懲戒処分をしたならば、同処分は無効となる。

第3に、休暇制度を設けると、「休んだこと」または「休むことを申し出たこと」を理由として、不利益取扱いをしてはならないという、規範的要請が働く。ただ、その判断は必ずしも容易ではない。かかる不利益取扱いのうち、解雇、契約更新拒否、雇用の非正規への切り替え、降格のように、明らかに不利益である場合については、それぞれの措置につき、権利濫用法理等で効力を否定することが可能である¹³⁾。これに対して、使用者の裁量的行為、例えば、休暇明け労働者に対する勤務地変更、人事考課による降格、考課による一時金減額などについては、しばしば微妙な判断が必要となる。しかし、判例では、法定休暇に関してではあるが、そうした措置が休暇を取得する権利の行使を抑制し、労働者に休暇制度を保障した趣旨を実質的に失わせるか否かで判断する考え方が定着している¹⁴⁾。また、育児休業明け労働者の「成果報酬の査定に当たり」、使用者は、「育休等を取得した者の不利益を合理的な範囲及び方法等において可能な限り回避するための措置をとるべき義務があるというべきであり」、「成果報酬を合理的に査定する代替的な方法を検討することなく、機械的にゼロと査定」することは、「人事権の濫用として違法であるというべきである」とする裁判例¹⁵⁾がある。法定外休暇も、権利保障されている点では、法定休暇と同一であるから、これらの法定休暇に関する判例法理は、就

業規則に基づき保障された法定外休暇にも類推すべきである。

第4に、以上の規範的な意味に加えて、休暇を制度として保障することは、一定の事由により休暇を取得することを、制度的に勧奨する効果をもたらす。休暇制度がなく、労働者が個別に使用者に申し入れて個別判断で休ませる場合と、休暇制度に基づき休暇を保障する場合とでは、同じく「休む」にしても社会的な意味に絶大な違いがある。休暇制度は、各々の休暇利用を勧奨し、その休暇に込められた休暇政策を実現させようとする意欲の実現を意味する。このことが、無給休暇であっても、国の積極的休暇政策を表現しようとするフランスの特色であったのである。

最後に、以上の要件に対して、有給休暇であるか・無給休暇であるか、また、出勤扱いにするか欠勤扱いにするかは、休暇の保障において必然ではない事柄とみるべきである。年次有給休暇のように、有給・出勤扱いは、むしろ休暇において例外的な取扱いであり、「休暇として休む」ことの必然的な要請ではない。年休は長期連続休暇をヴァカンスとして保障するため、また病気休暇は上記のような雇用政策・平等取扱い政策を実現するために、一定の範囲で認められたものであり、むしろ無給休暇こそが原則である。有給にできない財政事情は休暇の保障をためらうことの原因にはならないのである。この点、日本の法定休暇や「特別休暇」は、若干の誤解があるのかもしれない。

3 法定休暇として休む

(1) 法定休暇と法定外休暇

以上のように、「休暇として休む」ことと、休暇制度によらないで休むこととの間には、本質的な差違がみられる。それでは、さらに「法定休暇」として休むことと、単に企業等で制度とされた「法定外休暇」として休むことには、どのような違いがあるだろうか。上記のように日本の休暇制度では、法定休暇制度は極めて乏しいものであったが、それを補うものとして企業独自の「特別休暇」が、ある程度普及している。このことは、規範的意味で、また政策的観点からどのよう

に評価されるか。

第1に、休暇が法律上の定めとなるとき、それは労働条件保護法の通常の方式として、強行法として規定されることになる。とすれば法定休暇は公序として、強行法の枠内に位置づけられるから、労働契約の当事者が合意によりその適用を排除することはできない。その意味で、法定休暇は、特別の取得要件や特別の排除条項があるとしても¹⁶⁾、原則としてすべての労働契約において適用されることになる。

第2に、このような公序性・強行性のゆえに、いったん法定休暇制度が設定されると、その普及は普遍的なものとして適用されることになる。

例えば、日本の特別休暇としての病気休暇を例にとると、上記のように同制度がある企業は、1000人以上の企業では40.7%であるが、30～99人の企業では21.5%にすぎない。また、統計には出てこないが、病気休暇は非正規雇用には適用されないのが一般である。とすると、中小企業の正社員や大企業であっても非正規雇用の労働者の多くは、同制度の適用を受けない。病気休暇制度の存在しないこれらの人たちは、少し長引く病気にかかったときでも、年休でやり過ごすしかない。

これに対して、フランスの法定の病気休暇制度は、労働者の企業内の地位、在職期間の長さ、企業の規模や業種のいかに関わらず認められる、普遍性の高い休暇である。ただ、有期労働契約の契約期間中に病気休暇を取得してそれが終了したとき、契約の期間停止中であっても契約は予定する旨の調整が図られている(L243-6条)。派遣労働者の場合も、派遣期間の満了との関係で同様の処理が図られている(L251-27条)。

このように、休暇が法定休暇として保障されることは、その強行性と普遍性の故に、休暇の一般的利用に絶大な効果を及ぼす。これとは反対に、病気休暇をはじめとする日本企業の特別休暇制度は、その任意性と企業限りの限定性の故に、いまだに企業福祉の域を脱していないように思われる。その結果として、たとえばボランティア休暇の普及が上記のように2.8%にすぎない現状では、種々の政策役割を担う「休暇の社会化」は望むべくもないのである。

(2) 法定休暇と法定外休暇の競合

多くの法定休暇を保障するフランスでは、複数の法定休暇の競合取得の問題が、実務上の重要な論点である。すなわち、多様な法定休暇を保障する制度のもとでは、例えば、年次有給休暇の取得中に私傷病に罹患した場合(年休と病休の競合)、育児休業の取得中に私傷病に罹患した場合(育休と病休の競合)、年休を取得中にボランティア休暇の必要が生じた場合(年休とボランティア休暇の競合)など、法定休暇の競合の問題が無数に生じるのであり、その調整が難問となっている¹⁷⁾。

一方、日本の場合、法定休暇の種類が乏しいだけに、そうした問題は生じにくい¹⁸⁾。しかし、法的な紛争には至っていないものの、実務上では、例えば、長期休暇を取得中に疾病に罹患した労働者が、病気休暇を申請してきた場合、あるいは育児休業を取得中に病気入院し「子を養育するための」休暇利用ができなくなった場合などに、やはり休暇の選択の問題が生じうる。

しかし、法定休暇と法定外休暇(特別休暇)が競合したときには、ここでも法定休暇の強行法としての性質が作用する。すなわち、法定休暇が付与要件を備えて請求されたときには、使用者は時季変更権を行使しうる場合を除き、法律上の強行的な義務として必ずこれを付与しなければならない。したがって、法定休暇の期間中に就業規則に基づく特別休暇の申請があったとしても、それにより法定休暇の付与を排除しうることはない。

上記の例でいえば、休暇期間中の病気休暇申請は、原則として認められない。一方、病気休暇の期間中に全従業員がいっせいに年休を取得する計画年休が到来した場合には、その期間は年休扱いになり、病気休暇の方が中断することになる。同様に、法定休暇である育児休業の取得中に病気休暇の事由が生じたとしても、すでに要件を満たした育児休業が中断することはないと見るべきである。また、例えば、病気休暇の取得中の女性労働者が産前休業の要件が満たされたとして休業を請求したとき、使用者は法定休暇である産前休業を優先しなければならず、病気休暇が中断して産前休業に切り替わるといえる。

IV むすびに代えて

日本における休暇の諸問題を論じる場合、年次有給休暇に焦点が当てられることが多く、筆者もこれまで年休の問題を中心に検討を行ってきた。しかし、本稿では、年休以外の休暇を検討対象とすることで、日本の休暇問題を描き出すことにした。

しかし、ここでもまた、日本で仕事を休むに当たって、「休暇として休むこと」および「法定休暇として休むこと」が、あまりに貧弱であることが確認された。そのことが、日本の労働者が、働きながら様々な活動をする「もう一つの生き方」を萎縮させ、生きることの自由を閉塞させる。しかし、これまで確認したように、「休暇として」または「法定休暇として」休むこととは、決して有給休暇の保障を意味するものではない。したがって、経済的コストが休暇の普及を阻止する理由にはならないはずである。

第一次的には、多様な労働政策の課題について法定休暇の充実を図る解決を模索すべきであり、そうでないとしても、企業ではそれを補う多様な無給休暇を普及させることが望まれる。そのため条件整備の議論こそが、われわれの今後の課題であろう。

- 1) 「東日本大震災に伴う労働基準法等に関するQ&A(第3版)」平成23年4月27日版。もっとも、厚生労働省は救済活動につき年休申請だけを考えているわけではなく、厚労省労働基準局長名義で、「東日本大震災の被災地におけるボランティア活動に係るボランティア休暇制度の整備及び活用の促進等に関する要請書」という文書を、日経連等の経済3団体宛に発信している(平成23年6月10日付)。これに応じた民間企業の例も報じられているが、なお限定的である。なお、ボランティア休暇を特別休暇として採用している企業の割合は、後述の表4に示すように、2.8%にすぎない(平成19年『就労条件総合調査』)。
- 2) この問題については、筆者は、野田進『「休暇」労働法の研究』(日本評論社、1999)3頁以下で論じたところであるが、ここではその後の法制の変化もふまえて再論する。
- 3) 「産前産後休業」と称されることがあるが、正確には産後の場合は休業ではない。産後8週間(原則)は労働させることが強行法的に禁止されるのであり、休暇取得の任意性に適合しない。現に、法文上も休業の用語が規定されているのは、同条1項の産前休業の場合だけである。
- 4) 同条の「休職」が何を意味するのかが不明であるが、就業規則等で一般に定められる病気休職、専任休職、起訴休職等

をいうものと解されよう。なお、労基則5条1項11号の「休職に関する事項」旨の規定は、成立当初の労働基準法施行規則には定められておらず(渡辺章編『日本立法資料全集55労働基準法(4)上』(信山社、2011)24頁、442頁)、その後昭和29(1954)年の改正で加えられたものである。この事情については、窪田隼人「労働契約の締結」新労働法講座7巻(有斐閣、1966)100頁を参照。

- 5) 免除という理解から、ストライキの期間は休暇・休業・休職と区別される。正当なストライキの期間は労働義務は免除されていないが、義務違反を理由とする責任追及ができないにすぎない(労組法7条1号、8条)。
- 6) 休暇を労働契約の停止と捉える法理については、野田・注2)書28頁以下を参照。
- 7) 各国の連続休暇の保障方式については、野田進「諸外国の休暇制度と日本——休暇制度のグローバルスタンダードを探る(上)(下)」世界の労働50巻6号2頁、7号28頁を参照。
- 8) 表については、休暇に関する代表的な実務書である、次の書物に基づき作成した。なお、根拠条文については筆者(野田)が補った。Ministère du travail, de l'emploi et de la santé, Les congés du salarié, 4e édition (2011), la documentation française.
- 9) 野田進・和田肇『休み方の知恵』(有斐閣、1991年)。野田・前掲注2)書。
- 10) 実は、フランスでは法令上では、現在でも「病気休暇」という用語は存在しない。それは病気による「労働契約の停止」と規定されている。ただ、一般的には実態をふまえて病気休暇という用語を採用しているので、本稿もこれに倣っている。
- 11) 年次有給休暇の手当の算定方法については、前掲注2)書206頁以下を、また、病気休暇の期間中の疾病保険および補足手当のシステムについては、同書106頁以下を参照。
- 12) このことを明らかに述べる記述として、Jean Pélissier, Gille Auzelo, et Emmanuel Dockès, Droit du travail, 25e éd. (2010), p.450.
- 13) これについては、法定休暇である育児介護関係の休暇取得等を理由とする不利益取扱いの判断基準として、平成21年12月28日厚労省告示第509号(第2の11(2))の掲げる基準が有益である。
- 14) 最高裁では、表現に多少の異同があるものの、ほぼこの基準による判断が蓄積されている。生理日の休暇に関して、エヌ・ビ・シー工業事件・第三小判昭60・7・26民集39巻5号1023頁、各種休暇取得を昇給のための出勤率に算入する措置に関して、日本シェーリング事件・第一小判平元・12・14民集43巻12号1895頁、タクシー会社の交番表確定後の年次有給休暇取得を欠勤として扱うことについて、沼津交通事件・第二小判平5・6・25民集47巻6号4585頁、産後休業および育児休業法に基づく時間短縮措置を一時金支給の出勤率に算入することに関して、東朋学園事件・第一小判平15・12・4労判862号14頁。
- 15) コナミデジタルエンタテインメント事件・東京高判平23・12・27労判1042号15頁。
- 16) 例えば、育児休業を例にとると、日々雇用される者が適用対象とされず(育児法2条1号)、在職期間1年未満の者その他が一定の条件の下で排除される(同6条1項)。
- 17) より詳細には、野田進・前掲注2)書74頁以下、211頁以下を参照。
- 18) 休暇相互の競合ではなく、年間に有給休暇とストライキ参加との競合の問題が、かつて重要な論点とされることがあった。例えば、年休の指定日に、たまたま予定を繰り上げてストライキが実施されることになり、労働者がこれに参加した

場合には年休は成立しないとする裁判例がある（国鉄津田沼駅電車区事件・最三小判平3・11・19民集45巻8号1236頁）。

のだ・すすむ 九州大学法学研究院教授。最近の主な著作に『労働紛争解決ファイル——実践から理論へ』（労働開発研究会，2011年）など。労働法専攻。