

休業手当の額の算定方法についての試論

稲谷 信行

- I はじめに
 - 1. 休業手当の算定に係る行政解釈とその問題点
 - 2. 裁判例の状況と本稿の目的
- II 労基法 26 条の趣旨と想定
 - 1. 労基法 26 条による「労働者の生活保障」の程度
 - 2. 中間収入控除についての判例法理
 - 3. 小括
- III 平均賃金方式について
 - 1. 平均賃金の制度趣旨
 - 2. 平均賃金方式が用いられる他の制度について
 - 3. 小括
- IV 労基法 26 条の文言の意義
 - 1. 「休業」の意義
 - 2. 「休業期間中」の解釈
- V 総日数説の難点と立法論
 - 1. 総日数説の難点
 - 2. 立法論について

I はじめに

1. 休業手当の算定に係る行政解釈とその問題点

労働基準法（以下「労基法」という。）26 条は、「使用者の責に帰すべき事由による休業の場合においては、使用者は、休業期間中当該労働者に、その平均賃金の百分の六十以上の手当を支払わなければならない。」と定め、使用者にいわゆる休業手当の支払いを義務付けている。休業手当については、その要件である「使用者の責に帰すべき事由」の意義ないし範囲や民法 536 条 2 項との関係をめぐって、多くの議論がなされてきた⁽¹⁾。他方で、使用者が支払うべき休業手当の額の算定方法については、その実際上の重要性にもか

かわらず、学説上は十分に議論がなされていない。本稿は、この休業手当の額の算定に係る問題について検討を行うものである。

行政解釈によれば、労働協約、就業規則又は労働契約により休日と定められている日については、休業手当を支給する義務は生じないとされる⁽²⁾。そのため、休業手当は、「平均賃金」（労基法 12 条）の 6 割に休業期間中の「所定労働日数」を乗じることによって算定されることになる。本稿では、この行政解釈の立場を「所定労働日数説」と呼ぶことにする。学説においても、休業期間中における「休日・休暇が除かれることはいうまでもない。」として、この立場を当然視する見解⁽³⁾がある。

しかし、この所定労働日数説によると、休業手当の額は、従前の賃金額に比し非常に低額なものとなる。すなわち、休業手当は平均賃金を基準に算定されるどころ、平均賃金は、算定すべき事由の発生した日以前 3 ヶ月間に労働者に支払われた賃金の総額を、その期間の「総日数」で除することにより算出される（労基法 12 条 1 項）。そのため、例えば、月の賃金支給額が 30 万円、事由の発生日以前 3 ヶ月間の総日数が 90 日、休業月の所定労働日数が 25 日⁽⁴⁾というケースを考えると、平均賃金は 1 万円（ $30 \text{ 万} \times 3 \div 90$ ）であり、休業手当の額は 15 万円（ $1 \text{ 万} \times 0.6 \times 25$ ）と、従前の賃金月額半

(1) 議論の状況については、厚生労働省労働基準局編『令和 3 年版 労働基準法 上』（労務行政 2022 年）375 頁以下、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 上巻』（有斐閣 2003 年）425 頁以下〔大内伸哉〕、西谷敏ほか編『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法〔第 2 版〕』（日本評論社 2020 年）106 頁以下〔川口美貴〕、荒木尚志ほか編『注釈労働基準法・労働契約法 第 1 巻』（有斐閣 2023 年）347 頁以下〔高橋奈々〕等参照。

(2) 昭和 24 年 3 月 23 日基収第 4077 号。

(3) 石井照久ほか『註解 労働基準法 I』（勁草書房 1964 年）386 頁。同様に、有泉亨『労働基準法』（有斐閣 1963 年）259 頁注（1）も、「休日に労働させないことはむしろ当然であり、休業手当支給の対象にならない」とする。

(4) これは労基法の要求する週休 1 日（労基法 35 条 1 項）の場合を想定したものであり、週休 2 日制で働く場合には月の所定労働日数は 20 ～ 22 日程度となる。

分の額になる。週休 2 日制のように所定労働日数がより少ないケースであれば、その額はさらに低くなる。つまり、所定労働日数説の下では、休業手当として、従前の賃金月額額の 5 割以下の額（多くの場合は 4 割程度）が保障されるにすぎないのである。これでは労働者の保護として十分ではないように思われる。この問題は、新型コロナウイルスの感染拡大により長期休業を行う事業所が増えたことで顕在化した⁽⁵⁾。

2. 裁判例の状況と本稿の目的

それでは、裁判例においては、どのように休業手当の額が算定されているだろうか。この点につき、裁判例の立場は必ずしも統一されていない。一方では、行政解釈と同様に、所定労働日数説の立場で算定を行う裁判例が見られる。例えば、「労働基準法 26 条は、使用者は「休業期間」につき休業手当として平均賃金の 6 割を支給しなければならないと規定し、この「休業期間」には、労働契約で定められた休日は含まないと解されている。」と判示するもの⁽⁶⁾や、「休業手当は使用者が労働者の労働義務を免除した日に支払うものであるから、平均賃金に乗すべき日数は所定労働日である……。……平均賃金に乗すべき日数を、休日を含めた暦日数とすべきとする原告の主張は休業手当の趣旨と整合せず採用できない。」と判示するもの⁽⁷⁾がある。他方で、裁判例の中には、特に理由を付すことなく、休日を含めた休業期間の総日数を乗じて休業手当を算定するもの⁽⁸⁾も存在する⁽⁹⁾。

本稿では、この後者の立場に注目したい。本稿では、この休業期間の総日

(5) 「「休業手当 6 割以上」なのに実際は 4 割 70 年前の政府通達が影響も〈コロナ禍 どう守る仕事 暮らし〉」東京新聞 2020 年 9 月 23 日 (<https://www.tokyo-np.co.jp/article/57079>、2023 年 9 月 29 日最終閲覧) 参照。また、この問題を指摘するものとして、和田肇「第 3 章 休業手当、雇用調整助成金、休業給付金」和田肇編著『コロナ禍に立ち向かう働き方と法』(日本評論社 2021 年) 63 頁。

(6) 東京地判平成 15 年 5 月 26 日判例集未掲載 (判例秘書 L05832153)。

(7) 東京地判令和 3 年 5 月 28 日判例集未掲載 (判例秘書 L07630540)。

数で休業手当を算定する立場を「総日数説」と呼ぶことにする。前述の所定労働日数説の問題は、平均賃金が休日も含めた「総日数」で計算されるにもかかわらず、休業手当の支給対象が「所定労働日」に限定されるという齟齬から生じるものである。そうだとすると、休業手当の額についても、平均賃金の算出方法に揃えて、所定労働日数ではなく、休日も含めた休業期間の総日数によって算定することで、より妥当な結論を導くことができるものと考えられる⁽¹⁰⁾。

もっとも、上記裁判例では、休業手当の額を総日数で算定する根拠が示されていないため、総日数説を労基法 26 条の解釈として導くことが可能か否かにつき検討を加えることが必要となる。したがって、本稿の目的は、労基法 26 条の解釈論として、総日数説の正当化を試みることである。以下では、労基法 26 条の趣旨である「労働者の生活保障」との関係（Ⅱ）、平均賃金方式との関係（Ⅲ）、労基法 26 条の文言との関係（Ⅳ）、という観点から順に検討を行ったうえで、最後に、想定される総日数説の難点について検討する（Ⅴ）。

Ⅱ 労基法 26 条の趣旨と想定

1. 労基法 26 条による「労働者の生活保障」の程度

判例は、労基法 26 条につき、「労働者の労務給付が使用者の責に帰すべき事由によって不能となった場合に使用者の負担において労働者の最低生活を平均賃金の 6 割以上の限度で保障する趣旨に出たものとする⁽¹¹⁾。労基法 26

(8) 東京地判平成 15 年 6 月 13 日判例集未登載（判例秘書 L05832442）、東京地判平成 15 年 10 月 27 日判例集未登載（判例秘書 L05834397）。

(9) また、Ⅱ 2 (2) で見るように、労基法所定の方法によらずに休業手当の額を算定する裁判例も存在する。

(10) 上記のケースにおいて総日数説で計算した場合、月 30 日の月であれば、休業手当の額は 18 万となり、従来の賃金月額のおよそ 6 割となる。

(11) 米軍山田部隊事件・最二小判昭和 37 年 7 月 20 日民集 16 卷 8 号 1656 頁。また、ノース・ウエスト航空事件・最二小判昭和 62 年 7 月 17 日民集 41 卷 5 号 1283 頁も参照。

条が労働者の生活保障を趣旨とする規定であることは、学説上もとくに異論はないであろう⁽¹²⁾。もっとも、本稿の問題関心からは、労基法 26 条による「労働者の生活保障」として、具体的にどの程度の保障がなされることが想定されていたかを確認しておく必要がある。所定労働日数説の下での帰結（従前の賃金月額額の 5 割以下の保障）が、この「労働者の生活保障」という趣旨との関係で、十分なものといえるかが問題となるためである。

この点につき、労働基準法の立案者は、労基法 26 条の趣旨を「使用者の責に帰すべき事由によって休業した場合には、民法第 536 条 2 項の規定によって労働者は当然反対給付の全額について受領の権利を有する。然しか、る場合民法の一般原則が労働者の最低生活補償については不十分である事実に鑑み、本条はその内労働者の最低生活費として 6 割迄は強行法規としてのこの法律で保証することにした。」と説明する⁽¹³⁾。また、6 割という数字は、最低生活費を賃金の 6 割又は 3 分の 2 とする労働立法の先例によったものとする⁽¹⁴⁾。この説明からは、労働者が請求権を有する賃金額の 6 割が、最低生活費として、労基法 26 条によって強行的に保障されるということが想定されていたといえよう。

また、学説においても、労基法 26 条の趣旨につき、「本条において、とくに休業手当の支払につき規定したのは、休業中における労働者の生活保障のためであり、休業による企業経営の危険を労働者のみに負担させずに、労働者と使用者との間で 40 対 60 の割合で分担することとしたものである。」とす

(12) 東京大学労働法研究会編・前掲注 1) 425 頁〔大内伸哉〕、荒木ほか編・前掲注 1) 347 頁〔高橋奈々〕、浜村彰「第 2 章 労基法上の賃金規制」日本労働法学会編『講座労働法の再生 労働条件論の課題』（日本評論社 2017 年）40 頁、西谷敏『労働法 第 3 版』（日本評論社 2020 年）290 頁、川口美貴『労働法 第 7 版』（信山社 2023 年）266 頁等を参照。

(13) 厚生省労政局労働保護課「労働基準法案解説及び質疑応答」渡辺章編代『日本立法資料全集 53 労働基準法（昭和 22 年）(3) 上』（信山社 1997 年）148 頁。

(14) 厚生省労政局労働保護課・前掲注 13) 148 頁。

る見解がある⁽¹⁵⁾。この見解も、休業がなければ労働者が受領できたはずの賃金額の6割が労働者に保障されるということ、「労働者の生活保障」の内容として想定しているということができる⁽¹⁶⁾。

これらの見解に従えば、所定労働日数説の帰結は、労基法26条が本来想定していた「労働者の生活保障」に十分に応えるものとはいえない⁽¹⁷⁾。休業による危険の分担という観点からは、休業につき使用者に（広い意味での）帰責事由があるにもかかわらず、その危険の半分以上を労働者が負担することになり、むしろ労基法26条の趣旨に反する状況といえよう。

2. 中間収入控除についての判例法理

(1) 判例法理に見られる想定

労基法26条によって「労働者が受領できたはずの賃金額の6割が保障される」という想定は、中間収入控除に関する判例法理の中にも見られる。中間収入控除とは、使用者による解雇が無効と判断された場合において、労働者が解雇期間中に他の使用者の下で就労して得た賃金（中間収入）を、使用者が支払うべき解雇期間中の賃金から控除することができるかという問題である。この中間収入控除の問題は、以下で見るように、休業手当が実務上大きな意義を有する場面の1つといえる。

中間収入控除の問題につき、米軍山田部隊事件最高裁判決⁽¹⁸⁾は次のように判示する。

(15) 石井ほか・前掲注3) 384頁。

(16) また、吾妻光俊『新版 労働基準法』（日本評論社 1971年）148頁も、「経営上の障害に基づく休業については、その危険を60対40の割合で使用者と労働者とが負担するというのが本条の建前」であるとする。

(17) なお、石井ほか・前掲注3) 395頁は、所定労働日数説の立場を前提として、平均賃金方式を採用したことの当否につき、休業手当の場合は、「休業期間中の所定賃金の100分の60とするのが妥当と考えられる」とする。

(18) 前掲注11)。

「労働者は、労働日の全労働時間を通じ使用者に対する勤務に服すべき義務を負うものであるから、使用者の責に帰すべき事由によつて解雇された労働者が解雇期間内に他の職について利益を得たときは、右の利益が副業的なものであつて解雇がなくても当然取得しうる等特段の事情がない限り、民法 536 条 2 項但書に基づき、これを使用者に償還すべきものとするのを相当とする。

ところで、労働基準法 26 条が「使用者の責に帰すべき事由」による休業の場合使用者に対し平均賃金の 6 割以上の手当を労働者に支払うべき旨を規定し、その履行を強制する手段として附加金や罰金の制度が設けられている（同法 114 条、120 条 1 号参照）のは、労働者の労務給付が使用者の責に帰すべき事由によつて不能となつた場合に使用者の負担において労働者の最低生活を右の限度で保障せんとする趣旨に出たものであるから、右基準法 26 条の規定は、労働者が民法 536 条 2 項にいう「使用者ノ責ニ帰スヘキ事由」によつて解雇された場合にもその適用があるものというべきである。そして、前叙のごとく、労働者が使用者に対し解雇期間中の全額賃金請求権を有すると同時に解雇期間内に得た利益を償還すべき義務を負っている場合に、使用者が労働者に平均賃金の 6 割以上の賃金を支払わなければならないということは、右の決済手続を簡便ならしめるため償還利益の額を予め賃金額から控除しうることを前提として、その控除の限度を、特約なき限り平均賃金の 4 割まではなしうるが、それ以上は許さないとしたものと解するのを相当とする。」

これによれば、①労働者は、原則として、解雇されている期間中に他の職に就いて得た利益（中間収入）を使用者に償還する義務を負い（民法 536 条 2 項後段）、②使用者は労働者に支払うべき解雇期間中の賃金額から中間収入を控除することができるが、③その場合でも、使用者は、労基法 26 条に基づき、平均賃金の 6 割以上の賃金を支払わなければならない、控除の限度は特約

なき限り平均賃金の4割までとなる。そのため、中間収入控除の場面において、労基法26条の休業手当は、使用者が支払うべき最低基準額として機能することになる。

ここで注目すべきは、本判決が、労基法26条に基づき「平均賃金の6割以上の賃金を支払わなければならない」ということから、「平均賃金の4割まで」が控除の限度であるとの命題を導いている点である。これは、「民法536条2項に基づき使用者が支払うべき賃金額 - 平均賃金の6割 = 平均賃金の4割」となることを前提にしたものであり、所定労働日数説の下では成立しえない。ここでも、労基法26条が要求する「平均賃金の6割」とは「使用者が支払うべき賃金額の6割」であるとの想定が存在しているのである。

なお、平均賃金の4割までが控除の限度であるという命題は、その後、修正がなされている。あけぼのタクシー事件最高裁判決⁽¹⁹⁾は、「使用者が労働者に対して有する解雇期間中の賃金支払債務のうち平均賃金額の6割を超える部分から当該賃金の支給対象期間と時期的に対応する期間内に得た中間利益の額を控除することは許されるものと解すべきであり、右利益の額が平均賃金額の4割を超える場合には、更に平均賃金算定の基礎に算入されない賃金（労働基準法12条4項所定の賃金）の全額を対象として利益額を控除することが許されるものと解せられる。」と判示し、中間収入が平均賃金の4割を超える場合には、平均賃金算定の基礎に算入されない一時金の全額から控除することを認めた⁽²⁰⁾。

しかし、ここで修正が加えられたのは、平均賃金の算定基礎となっていない賃金からの控除は可能という点であり、平均賃金算定の基礎となる月例賃金からの控除について、「平均賃金の4割」が限度とされていることに変わりはない⁽²¹⁾。したがって、「平均賃金の6割 = 賃金月額額の6割」という想定は依

(19) 最一小判昭和62年4月2日労判506号20頁。

(20) いずみ福祉会事件・最一小判平成18年3月28日労判933号12頁も、上記2判決を参照した上で、期末手当の全額を対象とする控除を認めている。

然として維持されていることになる。

(2) 判例の事案における「平均賃金の 6 割」の算定方法

以上のように、判例は、少なくとも中間収入控除の場面においては所定労働日数説の立場を念頭にはおいていない。判例の想定により近い結論を導くことができるのは総日数説であろう。もっとも、判例が総日数説を採用しているというわけでもない。というのも、判例のケースにおいては、平均賃金及び休業手当の額の算定の際に、そもそも労基法所定の方法が用いられていないからである。

米軍山田部隊事件では、過去 1 年間における「平均賃金手取月額」を基準として控除の限度が算定されている⁽²²⁾。また、あけぼのタクシー事件では、解雇前 3 ヶ月の賃金の合計を 3 で除すことにより 1 ヶ月当たりの平均賃金を算出し、その額に 0.6 を乗じて休業手当の額が算定されている⁽²³⁾。さらに、いずみ福祉会事件⁽²⁴⁾では、就労期間における本俸及び特業手当等の合計額の 6 割に当たる額が、そこから控除することが禁止される額とされている。

本来、平均賃金は日額として算出され、その 6 割に一定の日数（所定労働日数または総日数）を乗じることにより休業手当の額が算定されるべきところ、これらのケースではそのような方法は採られていない。共通するのは、民法 536 条 2 項に基づき労働者が請求できる賃金額を算定した上で、その額の 6 割を休業手当として支払うべき金額としている点である。このような方法によって算定された「平均賃金の 6 割」が、労働者が請求できる「賃金月額の 6 割」

(21) このことは「右利益の額が平均賃金額の 4 割を超える場合には」との判示から読み取れる。

(22) 一審・福岡地判昭和 33 年 12 月 25 日訟月 5 卷 4 号 491 頁、控訴審・福岡高判昭和 35 年 11 月 18 日労民 11 卷 6 号 1317 頁。

(23) 一審・福岡地判昭和 56 年 3 月 31 日労判 365 号 67 頁、差戻前控訴審・福岡高判昭和 58 年 10 月 31 日労民 34 卷 5・6 号 914 頁。

(24) 前掲注 20)。

と一致するのは当然である。中間収入控除に関する判例法理に対しては、「純理論的に考えると理解困難な面もあるが、複雑な法律問題について実際上の衡平性を有する簡明な処理基準を編み出したものであり、巧みな創造的解釈」⁽²⁵⁾との評価がなされているが、「簡明な処理基準」という点は、平均賃金ないし休業手当の算定方法にも妥当しているものといえる⁽²⁶⁾。

3. 小括

以上のとおり、労基法 26 条の休業手当は、「労働者が受領できたはずの賃金の 6 割が保障される」ということを想定したものである。これは労基法制定当初の想定というだけではなく、中間収入控除の場面の判例法理においても、（労基法所定の方法によってはいないものの）実現されている⁽²⁷⁾。中間収入控除が問題となる場面は、労働者に他の職による収入があったという点では、労働者の生活保障の必要性が比較的低い状況ということが出来る。それでも、中間収入とは別に、労働者が受領できたはずの賃金月額額の 6 割が労基法 26 条によって保障されるべきであるとするならば、それ以外の通常の休業の場面においても、上記のような労基法 26 条の想定が実現されるべきであろう。このことは総日数説の結論の妥当性を根拠づけるものとなる。

(25) 菅野和夫『労働法 第 12 版』（弘文堂 2019 年）804 頁以下。

(26) なお、中間収入控除の場面で、労基法 12 条所定の方法により平均賃金を算出した上で、控除の許されない休業手当の額を算定する裁判例として、日本郵便（北海道支社・本訴）事件・札幌高判令和 3 年 11 月 17 日労判 1267 号 74 頁、グッドパートナーズ事件・東京地判令和 4 年 6 月 22 日労判 1279 号 63 頁がある。グッドパートナーズ事件では、平均賃金の 6 割に労働日数を乗じることにより休業手当の額が算定されており、所定労働日数説が採られている。

(27) ただし、判例が一時金全額からの控除を認めていることから、賃金総額のなかで賞与等の一時金が占める比重が大きい場合には、結果として労基法 26 条により保障される休業手当は、年間賃金の 4、5 割ないしはそれ以下の額となる（盛誠吾「違法解雇と中間収入」一橋論叢 106 巻 1 号（1991 年）30 頁）。

Ⅲ 平均賃金方式について

1. 平均賃金の制度趣旨

次に休業手当の算定の基礎となる平均賃金の観点から検討する。労基法 12 条 1 項によれば、平均賃金とは、これを算定すべき事由が発生した日以前 3 か月間⁽²⁸⁾に支払われた賃金の総額をその期間中の総日数で除した金額をいう。つまり、平均賃金とは、当該労働者の最も近い時点における一生活日当たりの通常の賃金⁽²⁹⁾であり、一労働日当たりの賃金額よりも低額となる⁽³⁰⁾。平均賃金は、当該労働者の実収入を基礎にその生活水準に見合った生活の保障を目的とする手当や補償等を計算するための尺度⁽³¹⁾として、「労働者の通常の生活賃金をありのままに算定する⁽³²⁾」ということにその趣旨があるのである。

以上の平均賃金の趣旨からすると、手当等が労働日に対して支給されるだけでは、労働者の休日分の生活資金が不足することになる。それゆえ、平均賃金によって算定される手当や補償については、労働日か休日かを問わず支給されることに意味がある。それでは、平均賃金方式が用いられる休業手当以外の制度では、このような平均賃金の趣旨に即した取扱いがなされているだろうか。

2. 平均賃金方式が用いられる他の制度について

(1) 解雇予告手当 (労基法 20 条)

まず労基法 20 条 1 項は、使用者が労働者を解雇しようとする場合につき、使用者は、少なくとも 30 日前にその予告をするか、予告をしない場合には、

(28) 賃金の締切日がある場合には、直前の賃金締切日から起算される (同条 2 項)。

(29) 吾妻光俊編『註解 労働基準法』(青林書院 1960 年) 137 頁

(30) なお、時給制や日給制等により賃金が定められている場合には、賃金総額を期間中の「労働した日数」で除した金額の「6 割」が最低保障額とされている (同条 1 項ただし書 1 号)。

(31) 吾妻編・前掲注 29) 137 頁。

(32) 厚生労働省労働基準局編・前掲注 1) 176 頁参照。

その代わりとして、平均賃金の30日分以上の手当を支払わなければならないとする。これは、突然の解雇による労働者への生活上の打撃を緩和し、再就職に向けた時間的、精神的または金銭的余裕を与えることを趣旨とする⁽³³⁾ものである。平均賃金の「30日分」という数字は、当然「30日前」の予告に対応したものである⁽³⁴⁾。

使用者が30日前に解雇予告を行う場合、この「30日」は暦日を意味するため、「30日」の中には労働日だけではなく休日も含まれる。そうだとすると、予告に対応した予告手当の「30日分」も、労働日に対する手当だけではなく、休日に対する手当が含まれていることになる。すなわち、解雇予告手当については、労働日と休日とを問わずに、平均賃金の支払いが求められているわけである。これは上記の平均賃金の趣旨に即した取扱いといえることができる。

(2) 休業補償（労基法76条）・休業補償給付（労災保険法14条）

次に労基法76条は、労働者が業務上の負傷又は疾病による療養のために、労働をすることができず賃金の支払いを受けない場合につき、使用者は、労働者の療養中につき平均賃金の6割以上の休業補償を行わなければならないと定めている。業務上の災害による労働者の休業の場合に、労働者の生活を保障するための規定である。そして、この休業補償については、平均賃金の算定に休日も含まれていることから、療養期間中の休日に対しても支払う必要があるとされている⁽³⁵⁾。ここでも、労働日と休日とは区別されていない。

また、現在では、労基法上の災害補償制度に代わり、労働者災害補償保険法（以下「労災保険法」という。）に基づく労災保険制度が労災補償の大部分

(33) 東京大学労働法研究会編・前掲注1) 425頁〔森戸英幸〕。

(34) 予告手当を支払った日数に応じて、予告の日数も短縮される（同条2項）。

(35) 寺本廣作『改正労働基準法の解説』（時事通信社 1952年）389頁、吾妻編・前掲注29) 743頁、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 下巻』（有斐閣 2003年）908頁〔小西康之〕。

の機能を担うに至っている⁽³⁶⁾ところ、労災保険法では、業務災害による労働者の休業の場合、休業補償給付として、給付基礎日額の 6 割を支給するものとされている (労災保険法 14 条 1 項本文)。給付基礎日額とは、原則として、労基法 12 条の平均賃金に相当する額であり (労災保険法 8 条)、休業補償給付による補償の内容は労基法上の休業補償と基本的には同じといえる⁽³⁷⁾。そして、この休業補償給付の支給につき、判例は、「休業補償給付は、労働者が業務上の傷病により療養のため労働不能の状態にあつて賃金を受けることができない場合に支給されるものであり、右の条件を具備する限り、その者が休日又は出勤停止の懲戒処分を受けた等の理由で雇用契約上賃金請求権を有しない日についても、休業補償給付の支給がされると解するのが相当である。」とする⁽³⁸⁾。休業補償給付についても、休業補償と同様、休日がその支給対象に含まれているのである。

(3) 年休手当 (労基法 39 条)

年次有給休暇について、労基法 39 条 9 項は、「使用者は、……有給休暇の期間又は……有給休暇の時間については、就業規則その他これに準ずるもので定めるところにより、それぞれ、平均賃金若しくは所定労働時間労働した場合に支払われる通常の賃金又はこれらの額を基準として厚生労働省令で定めるところにより算定した額の賃金を支払わなければならない。」と定める。これは、労働者が年次有給休暇を取得した場合に、その日又は時間につき、使用者に、年休手当の支払いを義務づけたものであり、この年休手当の算定においても平均賃金方式が用いられている。年休手当は、労働者が取得した

(36) 菅野・前掲注 25) 645 頁。

(37) ただし、休業補償給付の支給は、療養のための休業の 4 日目から支給される (労災保険法 14 条 1 項本文) ため、最初の 3 日間は労基法上の休業補償によることになる。

(38) 浜松労基署長 (雪島鉄工所) 事件・最一小判昭和 58 年 10 月 13 日民集 37 卷 8 号 1108 頁。

有給休暇日又は時間に対して支払われるものであり、ここでは労働者が取得した休暇日の間に挟まれる休日については支給の対象とならないものと考えられる。そのため、平均賃金方式の下でも、所定労働日のみを支給対象とする制度が存在するということはできよう。

もっとも、年休手当の算定は、平均賃金方式に限定されるわけではない。所定労働時間に支払われる通常の賃金や、健康保険法上の標準報酬月額の30分の1に相当する額（同項ただし書）から選択することが可能となっている⁽³⁹⁾。この点で、年休手当は、休業手当や休業補償、解雇予告手当とは大きく異なっている。

労基法制定当初は、年休手当についても、平均賃金による算定に限定されていたが、昭和27年の労基法改正⁽⁴⁰⁾（昭和27年7月31日法律第287号）により、現在の選択制に改められた。これは、平均賃金の計算方法が複雑であり、毎年ほぼ全ての労働者につき計算が必要となる年休手当については、平均賃金の計算事務がかなり複雑になってしまうため、事務簡素化の見地⁽⁴¹⁾から改正されたものである。

また、行政解釈⁽⁴²⁾では、日給者、月給者等につき、「通常の賃金を支払う場合には、通常の出勤をしたものとして取り扱えば足り、規則第25条の2に定める計算をその都度行う必要はない」とされており、この点でも事務の簡素化が図られている。

したがって、使用者が年休手当を平均賃金により支払う場合には、休業手当における所定労働日数説と同様の問題が生じる可能性はある⁽⁴³⁾ものの、年

(39) ただし、労働者各人について使用者のその都度の恣意的な選択を認めるものではない（昭和27年9月20日基発第675号）。あらかじめ就業規則その他によって定めておく必要がある。また、健康保険法上の標準報酬月額を用いる場合には、過半数代表との労使協定の締結も必要となる。

(40) 昭和27年7月31日法律第287号。

(41) 寺本・前掲注35）313頁。

(42) 昭和27年9月20日基発第675号。

休手当については、他により簡便かつ妥当な算定方法が認められており、それにより平均賃金方式の問題点が実際には回避されているといえることができる。そうだとすれば、年休手当につき、平均賃金方式が採用され、かつ、休暇を取得した労働日に支給が限定されているということは、休業手当についても同様に労働日に支給を限定することの根拠とはならないと考えられる。むしろ、年休手当は、平均賃金方式を採用した制度の中でもイレギュラーなものとして位置づけたほうが適切であろう。

3. 小括

以上見たように、解雇予告手当や休業補償については、平均賃金の趣旨に即して、労働日と休日とが区別されることなく、支給の対象とされている。これに対して、年休手当については、労働日のみが支給対象とされているが、平均賃金以外のより簡便な算定方法が用意されているという特徴があった。

これを踏まえると、平均賃金方式のみが規定されている休業手当につき、所定労働日数説を採用することは、平均賃金方式の趣旨に反するものであり、また、他の制度との平仄も合わないものと言うべきである。とりわけ、休業手当と休業補償とは、「平均賃金の 6 割」という生活保障の内容が同一であり、休業の理由によって適用場面の棲み分けがなされているものと考えられる⁽⁴⁴⁾。そのため、休業補償につき休日を支給対象としながら、休業手当については支給対象から除外するということが妥当ではない。したがって、平均賃金方

(43) 吾妻編・前掲注 29) 137 頁は、休業手当及び年休手当について、「平均賃金方式を採用していることは、立法論として問題である。」とする。

(44) アイフル(旧ライフ)事件・大阪高判平成 24 年 12 月 13 日労判 1072 号 55 頁では、「労基法は、業務上の疾病による休業の場合には、労基法 76 条により、使用者に休業補償を義務付けており、しかも、その支払額も労基法 26 条の場合と同様に「平均賃金の 100 分の 60」と規定している。このような労基法の規定の仕方からすると、労基法は、業務上の疾病による休業の場合には、労基法 76 条が適用され、同法 26 条の適用を想定していないと解するのが相当である。」と判示する。

式という観点からは、所定労働日数説ではなく、総日数説が支持される。

IV 労基法 26 条の文言の意義

1. 「休業」の意義

それでは総日数説の立場は、労基法 26 条の文言解釈として導出することが可能だろうか。労基法 26 条に基づき休業手当の支払いが使用者に義務付けられるのは、使用者の責に帰すべき事由による「休業」の場合である。そこでまず、この「休業」の意義について確認しておきたい。

有泉⁽⁴⁵⁾によれば、「休業という現象は、使用者についてみれば廃業に対する概念で、一時的に全部または一部の操業を停止することである。労働者との関係でいえば、従業員としての地位は保有させながら労働日に就業させないこと」であるとされる。また、菅野⁽⁴⁶⁾は、「「休業」とは、労働契約上労働義務ある時間について労働をなしえなくなること」と定義する。両者は、「休業」を使用者の視点から説明する⁽⁴⁷⁾か、労働者の視点から説明する⁽⁴⁸⁾かという点に違いがあるものの、いずれも労働日ないしは労働義務を基準に「休業」を理解するものであり、本質的な内容に差異はないと思われる。石井ほかでは、「休業とは、労働契約を存続せしめつつ、企業の全部または一部を休止することであり、各個の労働者に対する就業拒否をも含む。これを労働者の側からいえば、労働契約上労働者が労務を提供すべき日に、労働者が労働契約にしたがって労務の提供の意思があるにもかかわらず、その履行を拒否され、または履行をなし得なくなった場合をいう。」として、双方の視点から説明さ

(45) 有泉・前掲注 3) 257 頁。

(46) 菅野・前掲注 25) 457 頁。

(47) 使用者の視点から「休業」を説明するものとしてほかに、吾妻編・前掲注 29) 244 頁、荒木ほか編・前掲注 1) 355 頁〔高橋奈々〕等。

(48) 労働者の視点から「休業」を説明するものとしてほかに、厚生労働省労働基準局編・前掲注 1) 385 頁、安枝英紳・西村健一郎『労働基準法（労働法Ⅱ）』（青林書院 1996 年）200 頁等。

れている⁽⁴⁹⁾。

つまり、労基法 26 条の「休業」とは、労働者の労働義務の存在を前提に、それが履行できないことと解されている。労働義務の履行不能の場面において、民法 536 条 2 項を超えて労働者を保護しようとするのが労基法 26 条の趣旨であること⁽⁵⁰⁾に鑑みれば、その適用場面である「休業」についても労働義務の履行不能の場合と解することは適切であろう。

所定労働日数説は、以上のような「休業」の理解を前提に、「休業が所定労働日についてのみ問題となる以上、休業手当の支給対象も所定労働日のみである」との思考過程によって導き出されているものと考えられる。上述の所定労働日説を採る裁判例においても、「休業手当は使用者が労働者の労働義務を免除した日に支払うものであるから、平均賃金に乗すべき日数は所定労働日である」と判示されている⁽⁵¹⁾。

2. 「休業期間中」の解釈

(1) 「休業」と「休業期間中」の峻別

もっとも、上記の「休業」理解と休業手当の支給対象日とは当然に結びつくわけではない。なぜなら、労基法 26 条は、「休業日」ではなく「休業期間中」につき、休業手当の支払いを使用者に義務付けているからである。ここでは、休業手当支払義務の発生要件たる「休業」とは別に、休業がなされた場合に手当を支払うべき「休業期間中」の解釈が問われる必要がある。

「休業期間中」という文言自体の意味としては、休業の始期から終期までの時間をいう⁽⁵²⁾ものと理解できる。その時間の中には、休日が含まれることもありうるだろう。休業理由が解消されていないにもかかわらず、休日のたび

(49) 石井ほか・前掲注 3) 386 頁。

(50) 厚生省労政局労働保護課・前掲注 13) 148 頁。

(51) 前掲注 7)。

(52) 石井ほか・前掲注 3) 386 頁。

に休業期間がいったん終了すると解することは不自然だからである。そのため、文言上は、休日も「休業期間中」から除外されていない。そうだとすれば、休業となった所定労働日の間に存在する休日も含めて、「休業期間中」全体について休業手当を支払うべきであると理解することも、文言解釈としては可能であろう。つまり、「休業期間中」という文言それ自体の解釈としては、「休業」概念に合わせて「休業期間」のうちの所定労働日に限定して解する⁽⁵³⁾こと（所定労働日説）も、休業期間全体を指すと解すること（総日数説）も、どちらも考えられるわけである。

(2) 他の条文における類似の文言の意味

そこで次に、労基法他の条文との整合性という観点から、文言解釈としての妥当性を検討する。すなわち、労基法において、「休業期間中」という文言が用いられた条文は26条以外には存在しないものの、「休業した期間」や「休業する期間」といった類似の文言が用いられた条文が複数存在する。そのため、それらの文言がどのような意味で用いられているか（休日を含むものと解されるか否か）を確認したい。

① 労基法12条3項

まず、労基法12条3項には「休業した期間」という文言が登場する。これは、平均賃金の算出にあたり、業務上の傷病による休業（1号）、産前産後休業（2号）、使用者の責めに帰すべき事由による休業（3号）、育児・介護休業（4号）の期間を、「総日数」から控除すべきことを定めた規定である。この総日数から控除される「休業した期間」の中に、休業期間中の休日は含まれるだろうか。

(53) 石井ほか・前掲注3) 386頁は、「休業期間中」の解釈として所定労働日数説を採っている。

同条 3 項各号の趣旨は、上記の休業により賃金の総額が極端に少なくなった場合に、平均賃金の額が不当に低くなることを防ぐことにある。それにもかかわらず、休業期間中の休日は控除の対象に含まれないとすると、その趣旨が没却されてしまう。平均賃金が、労働日と休日を区別せず、総日数により計算されることからすれば、控除対象となる「休業した期間」も総日数であると解するのが妥当である。行政解釈においても、使用者の責めに帰すべき事由によって休業した場合（3号）について、休業の開始日から終了日までの間に、労働協約等により休日と定められている日が含まれている場合には、当該休日の日数は、休業した期間の日数に含むものとされている⁽⁵⁴⁾。

② 労基法 19 条 1 項

次に、労基法 19 条 1 項本文は、「使用者は、労働者が業務上負傷し、又は疾病にかかり療養のために休業する期間及びその後三十日間並びに産前産後の女性が第 65 条の規定によって休業する期間及びその後三十日間は、解雇してはならない。」と定め、業務上の傷病による休業や産前産後休業の期間につき使用者による解雇を禁止している。ここでは「休業する期間」という文言が用いられている。この「休業する期間」には、当然のことながら、所定労働日だけでなく休日も含まれる。なぜなら、使用者による解雇が行われるのが所定労働日か休日かによって区別する理由はなく、休日であれば解雇可能であるとすればこの期間における解雇を禁止した意味がなくなるからである。

③ 労基法 39 条 10 項

また、労基法 39 条 10 項は、年次有給休暇の権利の発生要件である「全労働日の 8 割以上出勤」（同条 1 項）の判定つき、「労働者が業務上負傷し、又は疾病にかかり療養のために休業した期間及び育児休業、介護休業等育児又

(54) 厚生労働省労働基準局編・前掲注 1) 186 頁参照。

は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律第2条第1号に規定する育児休業又は同条第2号に規定する介護休業をした期間並びに産前産後の女性が第65条の規定によって休業した期間は、第1項及び第2項の規定の適用については、これを出勤したものとみなす。」と規定する。ここでは「休業した期間」という文言が登場するが、労働日における出勤のカウントが問題となる以上、出勤とみなされる対象は、「休業した期間」のうちの所定労働日のみである。休日までもが出勤としてカウントされるとすると、休業を取得していない場合よりも労働者に有利となるためである。

なお、10項の問題ではないが、無効な解雇により使用者から就労を拒否されていた期間の取扱いにつき、八千代交通事件最高裁判決⁽⁵⁵⁾では、「前年度の総暦日の中で、就業規則や労働協約等に定められた休日以外の不就労日のうち、労働者の責めに帰すべき事由によるとはいえないものは、……、上記出勤率の算定に当たっては、出勤日数に算入すべきものとして全労働日に含まれるものと解するのが相当である。」と判示されており、休日以外の就労日が対象であることが明確にされている。

以上のように、労基法には、「休業した（する）期間」について、休日を含めた休業期間全体を対象とする場合と、休業期間のうちの所定労働日だけを対象とする場合のいずれもが存在する。とりわけ、労基法12条3項3号では、「使用者の責めに帰すべき事由によって休業した期間」という、労基法26条と同様の場面が規定されており、その期間に休日が含まれているという点は注目すべきである。このことは、改めて、文言自体の解釈としては、所定労働日数説と総日数説のいずれもが成立しうることを示しているものと思われる。

その上で、休業期間の中に休日が含まれるか否かは、結局のところ、条文の趣旨や目的から、労働日に着目する必要があるといえるか否かによって決

(55) 最一小判平成25年6月6日民集67巻5号1187頁

されるものと考えられる。労働日に着目する必要がある場合には、休業期間のうち所定労働日のみが対象であると解されることになる。

(3) 民法 536 条 2 項との相違

民法 536 条 2 項との関係や上記の「休業」概念を踏まえると、労基法 26 条についても所定労働日に着目する必要があるとの理解も考えられる。しかし、ここでは民法 536 条 2 項と労基法 26 条の違いについても考慮する必要がある。

民法 536 条 2 項は、双務契約において、一方の債務が履行不能となった場合における、反対給付の帰趨についての規定である⁽⁵⁶⁾。ここでは、履行不能となった労働義務（労働日や労働時間）に対応する賃金請求権の存否が問われており、労働義務の履行不能と労働者の賃金請求権とが密接な対応関係にある。

これに対して、労基法 26 条は、労働者の生活保障の観点から保護を拡充したものであり、保護の方法として、平均賃金という、労働契約上の賃金とは別の尺度が採用されている。そのため、労働義務の履行不能と労働者への給付とが労働契約上の対応関係にあるわけではなく、両者は切り離して考えることが可能である。実際、一労働日の一部を休業した場合について、行政解釈⁽⁵⁷⁾では、休業した一部の時間ではなく、その日について平均賃金の 6 割に相当する額を支払わなければならないとされており、労働義務と労働者への給付との間の厳密な対応関係は求められていない。

すなわち、労基法 26 条は、労働法上の観点から特別な保護（効果）を規定したものであり、そうである以上、その効果の面では民法 536 条 2 項に合わせて解釈する必然性はない。それゆえ、「休業期間中」という法的効果に係る問題の解釈については、民法 536 条 2 項のように履行不能となった所定労働

(56) 潮見佳男『基本講義 債権各論 I 第 4 版』（新世社 2022 年）64 頁以下参照。

(57) 昭和 27 年 8 月 7 日基収第 3445 号。

日に着目する必要はなく、むしろ、平均賃金方式という効果の趣旨に沿った解釈が妥当であると考えられる。したがって、総日数説は、労基法 26 条の文言解釈としても成立するものといえる。

V 総日数説の難点と立法論

1. 総日数説の難点

以上のとおり、労基法 26 条の趣旨や平均賃金方式の趣旨からは、所定労働日数説よりも総日数説の方が妥当であるということが出来る。また、労基法 26 条の文言解釈としても、総日数説を導くことが可能である。これが本稿の一応の結論である。もっとも、総日数説に対しては、いくつかの難点も考えられるため、最後にそれらの点についても言及しておきたい。

(1) 休業が短期の場合（休日を挟まない場合）

第 1 に、休業が短期間であり、休業期間の中に休日が含まれない場合の問題が考えられる。この場合、休業手当は所定労働日に対してのみ支給されるため、休業手当の額が少額となるという問題は総日数説によっても解消されない。総日数説は、1 日当たりの支給額の少なさを、支給対象日を広げることによってカバーするものであり、そもそもの休業期間の日数が少ない場合には、そのようなカバーができないからである。

もっとも、これは所定労働日数説の問題が総日数説でも解消されないというケースであり、所定労働日数説の方が優れているというケースではない。平均賃金方式が採用されている現行法の下では、やむを得ない事態といえよう。また、休業期間が短いということは、月単位でみれば、それだけ本来の賃金を得ることができるため、労働者の生活保障という観点からは、比較的その影響が少ないと考えられる。

(2) 時給制・日給制労働者で所定労働日が少ない場合

次に、時給制や日給制の労働者で、そもそもの所定労働日が少ない場合の問題が考えられる。労基法 12 条 1 項ただし書 1 号は、時給制や日給制労働者の場合につき、平均賃金の最低保障額を規定する。これは、時給制や日給制等の場合において、平均賃金の算定期間における欠勤日数が異常に多いときに、その労働者の平均賃金額も異常に低額となることを防ぐための規定である⁽⁵⁸⁾。しかし、この平均賃金の最低保障額があるために、そもそもの所定労働日が少ない場合には、総日数説で休業手当を計算すると、通常の勤務をした場合の賃金よりも休業手当の方が多くなるという逆転現象が生じる可能性がある。

もっとも、このような逆転現象は、休業手当についてのみ生じるものではない。休日も支給対象となる解雇予告手当や休業補償についても、同様の問題が生じる可能性はある。その意味では、労基法において、このような逆転現象はさほど問題視されていないといえることができる。

(3) 休業が断続的な場合

また、休業の間に短期の勤務が挟まるなど、休業が断続的に行われる場合について、「休業期間」をどのように把握するかという問題もある。勤務のたびに休業期間が終了すると解すると、休業期間が短くなり、(1)と同様に、総日数説によっても問題が解消されないことになる。

この点についての 1 つの対応策としては、休業の原因ごとに 1 つの休業期間として把握するということが考えられる。新型コロナウイルスの感染拡大を受けた休業における休業手当の支払義務が争われたホテルステーショングループ事件⁽⁵⁹⁾では、「これらの日における休業は、連続しない複数の日に及んでいるものであるが、新型コロナウイルス感染拡大による売上減少に対応

(58) 厚生労働省労働基準局編・前掲注 1) 183 頁。

(59) 東京地判令和 3 年 11 月 29 日労判 1263 号 5 頁。

するため令和3年3月29日から講じられた一連の措置と解釈すべきであるから、一連の休業と捉えて休業手当の支払義務やその額を検討するのが相当である」と判示されており、参考になる。

(4) 休業期間の不明確性

これまで述べてきた点とも関連するが、総日数説の最大の難点は、支給対象となる「休業期間」がいつからいつまでかが不明確になりうるという点にある。具体的には、例えば、月曜から金曜までが週の所定労働日のケースで、月曜から1週間の休業となった場合、休日である土日は「休業期間」に含まれるのかという問題である。平均賃金方式が採用される他の制度においては、解雇予告手当（労基法20条）であれば、30日分という具体的な数値によって規定されており、また、休業補償（労基法76条）については、医師による診断が介在し一定の客観性が担保されているのに対して、休業手当における休業期間についてはそのような客観性が乏しい。

この点については、最初の休業日（履行不能となった労働日）から最後の休業日までを休業期間として把握し、その間に存在する休日について休業手当の支給対象になると考えることになる。もっとも、その場合には、最初の休業日直前の休日と最後の休業日直後の休日が支給対象から除外されることになるため、総日数説のメリットはその分減殺されることになる。

2. 立法論について

本稿では、労基法26条の解釈として、行政解釈の採る所定労働日数説を批判し、総日数説を正当化することを試みた。現行法の下で総日数説を採用する裁判例も存在する中で、その理論的基礎を提供することがその狙いであった。もっとも、上記のとおり、総日数説には運用面においていくつかの難点が考えられるところであり、より直裁的、根本的な問題解決のためには、法改正によって平均賃金方式を改めることが必要である。学説では、従前から

休業手当における平均賃金方式の不当性が主張されていた⁽⁶⁰⁾ ところである。

立法論としては、平均賃金方式の代わりに、割増賃金（労基法 37 条）や年休手当（労基法 39 条）と同様、所定労働時間に対応する通常の賃金を算定基礎とすることが考えられる。石井ほかでは、「災害補償などについては、その労働者の通常の収入状態を基準とする意味で平均賃金方式がすぐれているといえようが、休業手当の場合は、休業による危険の分担に関するものと解されるのであるから、むしろ休業期間中の所定賃金の 100 分の 60 とするのが妥当」と主張されている⁽⁶¹⁾。あるいは、直近 3 か月間の賃金総額を、「総日数」ではなく「労働日数」で除することにより算出した額を算定基礎とすることも考えられよう⁽⁶²⁾。両者は、休業手当の算定基礎に、時間外労働等に対する割増賃金が含まれるか否かという点で違いが生じることになる。

また、立法論として労基法 26 条を見直す場合には、「6 割」という保障水準自体の妥当性についても検討を行う必要がある⁽⁶³⁾。その際、労災保険法の下では、6 割の休業補償給付に加えて、2 割の休業特別支給金が支給される⁽⁶⁴⁾ことや、新型コロナウイルス感染症対応休業支援金・給付金の支給水準が当初 8 割とされていた⁽⁶⁵⁾ ことが参考となる。ただし、それらとは異なり、労基法 26 条の休業手当は、直接使用者に支払いを義務づける（負担させる）ものであるという点に留意する必要がある。

立法論についての詳細な検討は今後の課題としたい。

(60) 吾妻編・前掲注 29) 137 頁、石井ほか・前掲注 3) 395 頁。

(61) 石井ほか・前掲注 3) 395 頁。

(62) 首都圏青年ユニオン・首都圏青年ユニオン顧問弁護士「シフト制労働黒書」（2021 年）17 頁。

(63) 首都圏青年ユニオン・首都圏青年ユニオン顧問弁護士・前掲注 62) 17 頁参照。

(64) 労働者災害補償保険特別支給規則 3 条。

(65) 厚生労働省「新型コロナウイルス感染症対策休業支援金・給付金 支給要領（230531 改訂版）」5 頁（<https://www.mhlw.go.jp/content/11600000/000811801.pdf> 2023 年 9 月 29 日最終閲覧）。

25 - 休業手当の額の算定方法についての試論（稲谷）

※本稿は、JSPS 科研費（21K13199）による成果の一部である。