

西独逸の年次有給休暇制度(完)

NAKAJIMA, Tadashi / ナカジマ, タダシ / 中島, 正

(出版者 / Publisher)

法政大学社会学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

社会労働研究 / Society and Labour

(巻 / Volume)

11

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

51

(終了ページ / End Page)

81

(発行年 / Year)

1964-11-01

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00017647>

西独逸の年次有給休暇制度 (完)

中 島 正

三 連邦年次有給休暇法の内容

既に述べた通り、SPD議員団が一九五九年一月に連邦議会に提出した連邦年次有給休暇法案は結局廃案となつが、最低休暇日数の一八日への引上を期するSPD議員団は一九六二年一月に改めて前法案に極めて僅かな修正を加えて連邦年次有給休暇法案を再び連邦議会に提出した。ところが、今回は既に情勢が変化し、連邦法の制定それ自体に反対する主張は後退していたので、CDU及びCSUの議員団も連邦法の制定に踏み切ることとなり、SPD法案に対する対案として独自の法案を連邦議会に提出した。

両法案は労働委員会の審議に付託され (SPD法案は一九六二年一月二四日、CDU・CSU法案は同年二月二三日)、同委員会は両法案を一〇回に亘る会議において審議した。その間、年次休暇の最低限の引上の必要性については医学の専門家がその意見を聴取され、法律上の問題点については連邦労働裁判所の代表者の意見の聴取が行われた。なおその外、特に協約自治に及ぼす影響の問題については労使の代表にそれぞれの見解を表明する機会が与えられた。

両法案は、右の委員会における審議を経て、一九六二年一月一七日に開かれた連邦議会の第二読会及び第三読会において討議され、それぞれの条項についての採択、修正、削除の結果がまとめられて、一つの連邦年次有給休暇法として同議會を通過した。次いで、同月二一日連邦参議院がこれに同意を与えたので、ここに連邦年次有給休暇法の成立を見ることとなった。かくて、連邦年次有給休暇法は、SPDがその第一次法案を連邦議會に提出して以来三カ年を経過して漸く成立することとなった訳であるが、以下において、右の法律の主たる内容を概観するとともに、それと前記両法案の対立点との関連を明らかにし、併せて、問題になっている点につき若干の考察を試みることにしよう。

(一) 休暇日数 (Dauer des Urlaubs)

連邦年次有給休暇法も亦、それまでの各州法と同様に、休暇日数の最低限を定めているが、それは従来の州法が定めていたものよりも引き上げられている。この最低限の引上は、法の統一化とならんで、今次の連邦法制定の一つの主要な目的とされていたのであって、⁽¹⁾従来⁽¹⁾の州法が前述の通りすべて右の最低限を一二日と定めていたのに対し、連邦法はこれを引上げて年に一五週日 (Werktage) とするとともに、三五歳以上 (nach Vollendung des fünfunddreißigsten Lebensjahres) の被用者については更にこれを引上げて年に一八週日とする旨を定めた (同法第三条第一項)。ところで、既に述べた通り、一八歳未満の被用者は海員法及び年少者労働保護法の規定により原則として年に最低限二四週日 (鉱山の地下労働に従事する年少者の場合には二八週日) の休暇日数を保障されているから、右の年に最低限一五週日の休暇日数を保障する規定は、一八歳以上三四歳までの被用者に適用されることになる訳である。なお年齢は各暦年の頭初におけるそれによることになっており (同法第三条第一項)、又、週日とは

日曜日又は法定の祝祭日⁽²⁾でないすべての暦日をいうことになっている（同法第三条第二項）。

連邦法による休暇日数の最低限の引上は右に見た通りであるが、この引上問題についてはSPD法案とCDU・CSU法案との間に対立があった。即ち、SPD法案が、右の最低限を原則として年に一八週日とするとともに（同法案第一条）、生命及び健康に対する著しい危険の下に労働する被用者、特に、鉱山における地下労働に従事する被用者、著しい程度に寒冷、騒音、熱気、湿気、高圧、有毒物質、塵埃、レントゲン線、放射能線又は伝染性病原体の影響を受ける労働環境の下に労働する被用者、爆発物の製造又は使用に従事する被用者の場合には、それらの労働が一時的なものでない限り、更に六週日を追加する旨を定めていたのに対し（同法案第三条第一項）、CDU・CSU法案は、右の最低限を原則として年に一五週日とするとともに、三四歳になった後又は同一使用者の下における労働関係が五カ年に達した後（両者の場合とも各暦年の頭初が基準とされる。）には右の最低限を一八週日とする旨を定めていた（同法案第三条第一項）。

さて、年次有給休暇日数の原則的な最低限を一五週日とすることと一八週日とすることのいずれがより適切であるかの問題はこれを別として、年次有給休暇制度の本旨が労働による疲労の堆積から労働力の回復をはかり、これを正常に維持するために必要な休息を与えることにあるとすれば⁽³⁾、年齢による疲労度及び回復速度の差異を考慮して、年少者及び一定限界の年齢を超える被用者に所定の原則的な休暇日数の最低限よりも引上げられた休暇日数を保障することは合理性があるといつてよいであろう。この意味において、海員法及び年少者労働保護法が既に一八歳未満の被用者に休暇日数の最低限として二四週日を保障していることもこれを理解することができるし（年少者は未だ身心の発育が不充分であるから、労働による疲労度も大きいであろう）、又、CDU・CSU法案が三四歳

以上の被用者につき休暇日数を引上げることにして、これを理解することができる（体力の衰えは疲労度を大きくし、回復時間を長くするであろう）。

右の意味からすれば、C D U・C S U法案が同時に同一経営所属期間五年以上を休暇日数の引上事由にしている点は理解し難いところであるといわなければなるまい。それは、むしろ、年次有給休暇が使用者による恩恵的給付であるかの如き臭味をもたせるものとして、排斥されるべきであろう。固より、被用者としての勤務期間が長くなれば年齢が増加することになるのは当然であるが、その側面から強いてそこに意義を認めようとしたところで、同一経営に限定している以上、それも全く理由がない。更に又、一八歳から三四歳の終に至る一七年と五年の同一経営所属期間との間に、年次有給休暇日数の引上に関し同一の評価をなしうる相互的關係が存在しないのである以上、五年以上の同一経営所属期間を休暇日数の引上事由としたC D D・C S U法案の規定は全く合理性をもたないものという外はない。ノイマン (Neumann) によれば⁽⁴⁾、特に、年少者としての勤務期間も亦問題の同一経営所属期間に算入されることになる關係上一九歳の被用者が既に三五歳の被用者と同列におかれるという事態の生じうることも考慮されて、右の規定に合理性を見出し難いことが承認され、かくて、右の規定は削除されるに至ったのであるが、蓋し当然のことといわなければなるまい。この意味において、わが国の労働基準法第三九条第二項が継続勤務年数によって休暇日数を増加すべき旨を規定している⁽⁵⁾点は再考されなければならないと考える（その場合には、その前提として、第一項所定の六労働日が引上げられなければならないことは固よりいうまでもないであろう）。

同一経営所属期間の問題は右の如くして解決されたのであるが、より根本的な問題は両法案における休暇日数の最低限に関する相違点を如何に調整するかに存すること固よりいうまでもない。この問題の解決は、特に、ブレイ

メン州及びベルリン州がそれぞれの州年次有給休暇法を改正して休暇日数の最低限を一八日に引上げようとする企図のあることを明確にしてからは、これを急いで行うことが必要になった。蓋し、一九六三年一月一日に施行される予定の連邦法の制定が現に問題になっているにもかかわらず敢えて州法の改正を断行しようとするものが競合的立法権に関する前述の連邦共和国基本法の規定の趣旨から見て問題の存することはこれを別としても、問題の州法の改正は、たとえ短日月の間であるにしても、連邦法制定の重要な目的である法の統一化を破ることになるばかりでなく、年次有給休暇請求権をめぐる法律関係を徒に混乱（連邦法によって休暇日数の最低限が一五日に定められることになれば、州法の改正による一八日への引上は一九六二年一二月末までしか効力をもたない。）せしめることになるからである。つまり、連邦議会において休暇日数の最低限に関するSPD法案とCDU・CSU法案との間の相違点を早急に調整して連邦法における最低限を決定し、それによって州法改正の企図を断念させる必要があった訳である。

SPDとても問題の州法の改正に右に述べた如き問題点の存することを知らない筈はあるまい。それにもかかわらず、上述の如き州法の改正を企図した訳であるが、それについては、SPDが連邦議会においてはその勢力関係から見て如何に努力してもその主張の実現を期し難いものと考え、そのことの可能な州において最低限を一八日とする改正法を通過させて既成事実を作り、それによって連邦議会の審議に影響を与えようとする意図の下に敢えて行ったものであるとの見方もある。⁽⁶⁾それはいずれにせよ、そのような州法の改正が行われることになれば連邦にとって困った事態の生ずることになるのは明らかな訳であるが、自発的であるかは別としてブレメン州では、連邦法による統一的規制が目前に迫っていることを告げた連邦首相の書簡に基いて改正法案の審議が中止された。と

ところが、ベルリン州では改正法案の審議が継続せられ、休暇日数の最低限（従来は一二日）を一八日に引上げることを含む改正法案が一九六二年一月六日に州議会を通過し、同年一月一日に公布された。

右の如き州法改正の動きとともに、SPDは連邦議会においてもその主張を貫徹するため種々努力を払ったのであるが、一九六二年一月七日の第二読会においてなした提案も否決されて、結局、問題の休暇日数の最低限はこれを一五週日とすることに決定した（この連邦法が施行されるとも右のベルリン州の改正法も廃止された）。従って、休暇日数の原則的な最低限についてはCDU・CSU法案の規定が取入れられた訳であるが、ただ、その場合、筆者が理解できないのは、右の法案において三四歳になった被用者については右の最低限を一八週日に引上げる旨を定めていた規定が、通過した法律においては三五歳になった被用者についてと改められている点である。即ち、CDU・CSU法案では *Nach Erreichen des fünfunddreißigsten Lebensjahres*（出生第三五年目への到達後）と規定されていたのに、通過した法律では *Nach Vollendung des fünfunddreißigsten Lebensjahres*（出生第三五年目の満了後）と改められているのであって、これは休暇日数の最低限を一八日に引上げるについての年齢限界を丸一年だけ高めたことを意味する。SPD法案は原則的な最低限を一八日とするものであるから、それは三四歳以上の被用者についても一八日とすることを含んでいる訳であり、その点においてはCDU・CSU法案と一致していた訳である。従って、それを変更するとすれば、原則的な最低限に関してCDU・CSU法案に譲ったのであるから、最低限を一八日に引上げることについての年齢限界に関する妥協点は三四歳よりも引下げられたところに求められるべき筈であろう。それにもかかわらず、逆に三五歳以上に引上げられたのであるから、理解できない訳である。

右の如く一歳引上げられたにしても、三五歳以上の被用者はすべて最低限一八日の年次休暇をとり得ることになったのであるから、既に述べた実態調査に基き四〇歳と仮定して得られた推定値が四〇%及び二五%であったことを考慮するときは、それは相当の改善を意味するものといつてよいであろう。もつとも、右の推定値は法定の最低限が一二日であった当時において何割位の被用者が現実に一八日以上年次休暇をとり得ることになっていくかに関するものであるのに対し、右の三五歳以上の被用者に関する規定は原則的な法定の最低限が一五日に引上げられた上でのことであるから、改善といつてもその点を割引して考えねばならないこと固よりいうまでもない。

なお、SPD法案に規定されていた前述の危険作業に従事する被用者についての六週間の追加休暇は連邦法には取入れられなかった。右の如き被用者に対しては労働保護の観点から見て追加休暇の必要性は痛切である旨が明確に強調されたのであるが、各作業の実態に即した適切な追加休暇日数を法定することが困難であり、従つて、その規制はこれを協約当事者の決定にまかせるべきである、という理由で結局連邦法の中には規定をおかないことになった訳である。⁽⁷⁾しかし、従来の州法には、少数の事例（例えば一九五〇年五月一日のバイエルン州年次有給休暇法等）であるが、前述のSPD法案と同趣旨の追加休暇に関する規定を設けているものもあつたのである。

(二) 資格期間 (Wartezeit)

連邦年次有給休暇法第四条は Wartezeit と題しているが、それは年次有給休暇請求権の成立要件に関するものであつて、現に従来の判例においてもそれは成立要件の問題として取扱われている。⁽⁸⁾右の第四条によれば完全な年次休暇請求権——全休暇日数にわたる年次休暇請求権である——は六ヵ月にわたる労働関係の存続後に始めて取得される。この点については、CDU・CSU法案はその第四条において同じく Wartezeit と題して、完全な年次

休暇請求権は同一の使用者の下における労働関係の六ヵ月にわたる継続した存続の後始めて取得される旨を規定しており、又、SPD法案は第五条を年次休暇請求権の成立 (Entstehung des Urlaubsanspruchs) と題してその第一項において、完全な年次休暇請求権は労働関係の開始後六ヵ月を経過して始めてこれを主張することができる旨を規定していた。

右によって知られる通り、六ヵ月の資格期間で問題になっているのはある使用者の下における被用者としての地位の存在であるから、欠勤は、疾病によるものは固より、怠惰によるものであっても、右の六ヵ月の進行を妨げないばかりでなく、その欠勤期間も右の六ヵ月に算入される。わが国の労働基準法第三九条の場合でもいわゆる『継続勤務』は継続出勤を意味するものでなく、継続在籍を意味するものとされているから、その点に関する限り右と同一であるが、その継続勤務が六ヵ月でなく一年間である点において被用者に不利であるばかりでなく、八〇%以上の出勤が要求されているので被用者にとり一層不利であるといつてよい。

CDU・CSU法案においては、前述の通り、労働関係の六ヵ月にわたる継続した存続後 (nach eines sechsmonatigen ununterbrochenen Dauer des Arbeitsverhältnisses) と規定されていたが、成立した法律において『継続した』(ununterbrochenen) という文言は削除されている。もっとも、CDU・CSU法案も労働関係の中断が如何に短期間に過ぎないものでもそれによって問題の六ヵ月を改めて進行させることにしようとしていたのではないのであって、そのことは、同法案がその第六条において、労働関係の短期間の中断は年次休暇請求権の成立及び休暇日数に影響を及ぼさない旨を規定していたことから明白である。成立した法律は、前述の削除に併せて、右のCDU・CSU法案第六条をも削除しているのであるが、そのことは、労働関係の中断によって、六

カ月の資格期間が全く影響を受けないこと、その進行を停止されること、又は逆に、常に改めて進行を開始すること、のいずれをも明定しない趣旨に出でたものであることを示すものなのであり、立法者は前述の如き削除を行うことによって、労働関係の中断が何時及び如何なる範囲にわたって影響を及ぼすことになるかを判例に一任することにしたものであるとされている。⁽¹⁰⁾かくて、ノイマンによれば、比較的短期間の労働関係の中断は資格期間に算入され、比較的長期の労働関係の中断は資格期間の進行を停止することにされ（この場合には中断期間は資格期間に算入されない）、極めて長期間の労働関係の中断又は途中における他所での稼得活動の場合においてのみ労働関係の再開後改めて資格期間が進行を開始することにされるであろうといわれている。なお、わが国の労働基準法第三九条の場合には、明確に『継続勤務』と規定されているから問題があるが、しかし、『実質上労働関係が継続している』と認められる場合には、その間労働契約関係の形式的な些細な一時的断絶ないし新たな労働契約の締結があつても、その断絶期間をも算入して、あるいは両契約を通算して、「継続勤務」期間として取扱うべきである。⁽¹¹⁾と解されているから、大体右と同様になるであろう（『継続勤務』と明定されている以上、具体的には断絶期間の長さ西独逸の場合とは異って評価されることは固よりであろうが）。

年次有給休暇請求権の成立要件としての六ヵ月にわたる労働関係の存在は、同一経営に関する限り繰返して要求されるのではなく、一度右の要件が満足された以上、その翌年度からは毎年の基準日（休暇年度は暦年であるから毎年の一月一日）には既に年次休暇請求権は完全に成立していることになる。このことは既に判例上確立されているのであるが、⁽¹²⁾それはその要件の性質上当然であるといわなければならない。わが国の労働基準法第三九条に定められている今一つの要件たる八〇%以上の出勤は、ある年度に年次休暇請求権が成立するためにはその都度その前

年度においてそれが満足されたことを要するのであるが、六ヶ月にわたる労働関係の存在という要件はそのような要件とはその性質を異にするものである。

次に、成立要件につき重要なことは、問題の資格期間が満了しない以上年次休暇請求権は全く認められないことになっているのではなく、六ヶ月に満たない場合でも労働関係の存在期間に応じて部分的に有給休暇請求権が認められることになっている点である。即ち、連邦年次有給休暇法第五条によれば、被用者は、

- (1) 資格期間を満了しないが故に当該暦年において完全な年次有給休暇請求権を取得しない場合
- (2) 資格期間を満了する前に労働関係から離脱する場合
- (3) 資格期間を満了した後ある暦年の上半期に労働関係から離脱する場合

には丸一ヶ月の労働関係の存続毎に年次休暇の二分の一の請求権を有するのであり(第一項)、而して、その場合○・五日以上の端数は丸一日の休暇に切上げられる(第二項)。なお、右の(3)の場合に被用者がその認められる請求権の範囲を超えて年次休暇をとった場合には(退職の年の一月一日には一応完全な年次有給休暇請求権が成立しているからそのような事態も起り得る)、支払われた休暇報酬の返還請求はできないことになっている(第三項)。

右の部分年次休暇(Teilurlaub)に関する第五条の規定は、大作において、CDU・CSU法案第五条の規定を踏襲したものであるが、ただ、法案において一日未満の端数はすべてこれを丸一日の休暇に切上げることにして、いた点が○・五日以上の端数に限ってこれを切上げること修正され、又、右の法律第五条第三項の規定は、大体においてSPD法案第五条第五項の規定を取り入れたものであって、CDU・CSU法案にはそれに該当する規定は設けられていなかったのである。

資格期間の関係規定が右に述べた通りである以上、被用者が他の使用者の下に転じた場合には、そのままでは二重請求権を生ずる可能性がある。そこで、法律はそれを排除するため、その第六条において、被用者が当該暦年につき前の使用者から既に年次有給休暇を与えられた限度において年次休暇請求権が成立しない旨（第一項）、及び、使用者は労働関係の終了に際し当該暦年に与えた又は買上げた年次休暇に関する証明書を被用者に交付する義務を負う旨（第二項）を定めている。右の第一項に該当する規定はSPD法案及びCDU・CSU法案のいずれにも設けられていた。

（三） 年次休暇の時期、繰越及び買上

連邦年次有給休暇法によれば、休暇を与える時期は、被用者の希望を配慮してこれを決定しなければならないが、しかし、緊急の経営上の利害関係又は他の被用者の、社会的観点から優位を認められるべき休暇希望と両立し難いときは、この限りでないこととされている（同法第七条第一項）。この規定はCDU・CSU法案第八条第一項に従ったものであるが、大体においてわが国労働基準法第三九条第三項と同趣旨の規定であると見てよいであろう。右の点については、SPD法案はその第六条第一項において『年次休暇の時期は被用者の希望を配慮して使用者及び経営協議会が経営組織法第五六条第一項C号に従ってこれを決定しなければならない。』と規定していたが、これは法律にはならなかった訳である。しかし、連邦年次有給休暇法によって右の第五六条第一項C号の規定が削除された訳ではなく、而して、同号の規定は年次休暇計画の樹立につき経営協議会に共同決定をなすべき義務を負わせた規定であるから、実際上の措置としては、被用者の希望を確めて右の年次休暇計画を樹立し、そこに配置された時期に従って年次休暇がとられることになるのであろう。

年次休暇は原則としてこれを一括して与えなければならぬし（同法第七条第二項）、又、原則として当該暦年にこれを与え且つとらなければならぬ（同条第三項）。しかし、全く例外が許されない訳ではなく、緊急の経営上の理由又は被用者の一身上の理由が分割を必要とする場合にはそれも認められ（第二項）、又、右と同様の理由により正当であるとされる場合には習暦年への繰越も認められるが（第三項）、この繰越の場合には、その年次休暇は習暦年の最初の三ヵ月内にこれを与え且つとらなければならぬ（第三項）。この三ヵ月の期間は権利行使についての期間に過ぎないのであり、除斥期間ではないのであるから、例えば疾病等の例外的事例の場合には右の期間を越えての繰越も認められるのであって、この点は既に年少者労働保護法第十九条の類似規定につき解釈上一般に認められて来たところである。⁽¹³⁾ なお、資格期間を満了しないが故に当該暦年において完全な年次休暇請求権を取得しない場合の部分年次休暇については、被用者の要求があれば翌暦年に繰越さなければならぬ（第三項）。

右の年次休暇の分割禁止に関する規定及びその例外規定については、SPD法案第六条第二項もCDU・CSU法案第八条第二項も同様の規定を設けていたが、繰越に関する例外規定中、『最初の三ヵ月内に』と限定した点はSPD法案第四条第三項によつたものであり、部分年次休暇に関する規定はCDU・CSU法案第八条第三項に従つたものである。

年次休暇の買上については法律第七条第四項に規定があり、それによると、(1)年次休暇は労働関係の終了のためその全部又は一部が最早与えられ得なくなった場合には買上げられなければならないこと、(2)被用者がその責に帰せられるべき即時解雇の正当事由に基いて解雇せられ又は労働関係を権利なくして早期に解消し、且つ、それらの場合において労働関係上の誠実義務の重大な違反が存する場合にはこの限りでないこと、が定められている。この

点については、SPD法案第六条第三項は、その前段において右の(1)と同様の規定をなした上で、後段において右の(2)とは反対に、前段所定の買上請求権が労働関係終了事由の如何に関係なく存在する旨を定めていたのであるが、CDU・CSU法案第八条第四項が右の(2)の前半の要件の下に買上義務を認めないことにする規定を置いていたために、結局、法律では前記の如く誠実義務の重大な違反という要件を加えた上で、買上義務の存在しない場合の生じ得る余地を残すことになったのである。年次休暇は報酬(Entgelt)の一部であり、労働関係からの離脱前に稼得した報酬部分は制裁としてこれを喪失せしめ得ないのであるから、右の(2)の例外規定を全部削除すべきであると主張もあったが、それが通らなかったのは、西独逸では既に従来から、年次休暇請求権は使用者の保護義務(Fürsorgepflicht)から生ずるものであって報酬請求権ではないとする見解が通説となっていたからである⁽¹⁴⁾。しかし、年次休暇請求権は本来報酬請求権ではなく、又、それが使用者の保護義務(BGB第六一七条及び第六一八条)から生ずるものであるにしても、労働関係の解消の場合に原則的には買上請求権を認めることにしているのは年次休暇が有給休暇であることによるものと考えられるから、既に成立している年次休暇請求権につき制裁として買上請求権を喪失せしめることは問題であるといわねばならないと考える⁽¹⁵⁾。従って、SPD法案の前述の規定は妥当であると考えられるのであるが、それは前述の如く要件をしぼらせることに役立つに過ぎなかった訳である。

(四) 年次休暇の使途、年次休暇中の疾病、療養及び治療手続と年次休暇

わが国の労働基準法は年次休暇の使途については規定を設けていないから、どのように使用するかは被用者の自由とせられ、被用者が希望する場合には病欠勤の年次休暇への振替も許されることになっている⁽¹⁶⁾。これに反し、連邦年次有給休暇法は、年次休暇中被用者が年次休暇の目的に反する稼得活動をなすことを禁止し(第八条)(CD

U・CSU法案第九条)、又、被用者が年次休暇中に疾病にかかった場合には、医師により労働無能力の証明された日はこれを年次休暇に算入しないと規定しているから(第九条)(SPD法案第八条、CDU・CSU法案第一〇条)、右の如き振替は許されないことになる。ノイマンは、右の法律第八条及び第九条につき、それらが年次休暇の一般原則から生ずる帰結であるとして⁽¹⁷⁾いるが、わが国の実情ではそこまでいい得ない訳である。

右の趣旨からすれば、被用者が例えば社会保険の保険者から保険給付として療養施設への収容を支給されたような場合も、その期間を年次休暇に算入することが原則として許されないことになるのも亦当然であるといわなければならないまい。連邦年次有給休暇法も、このことを配慮して、被用者が社会保険の保険者、戦争犠牲者補償制度の管理行政庁又はその他の社会給付制度管理機関から療養手続又は治療手続(Kur-oder Heilverfahren)を支給される場合には、その期間はこれを年次休暇に算入してはならない旨を規定している(同法第一〇条第一段)。

ところが、同法は、右の療養手続又は治療手続の受給期間中であっても当該被用者の健康回復程度の如何によつては年次有給休暇に算入することにしても同制度の本旨に反しない期間のあり得ることを考慮したためか、第一〇条第二段及び第三段において、右の第一段の算入禁止規定に対する例外規定を設けたのである。即ち、右の療養ないし治療手続の場合でもそれが年次有給休暇の慣行的な利用形態(übliche Gestaltung)を著しく損うものでない場合には右の第一段の規定を適用しないこととし(第一〇条第二段)、又、独逸国保保険法(Reichsversicherungsordnung)第一、三〇五条、職員保険法(Angestelltenversicherungsgesetz)第八四条及び鉞山従業員共済組合保険法(Reichsknappschaftsgesetz)第九七条による療養の場合にも第一段の規定を適用しないことにした(同条第三段)のがそれである。因に、右の第一、三〇五条、第八四条及び第九七条は、順次に一般労働者の年金保険、

一般職員の年金保険及び鉱山従業員の年金保険においてそれぞれ同じ趣旨のことを定めた規定であつて、それぞれの年金保険の保険者が被保険者及びその家族の稼得能力の維持若しくは改善又は全被保険者の健康状態の向上を目的とする一般的又は個別的措置を助成し又は実施するためにその資金を支出し得ることを定めているのである。つまり、それらの規定による療養の給付は、疾病の治療のためではなく、稼得能力の維持改善又は健康状態の向上のために支給されるものであるから、その期間を年次有給休暇に算入することにしても、年次有給休暇制度の本旨に反しないという訳である。

ところで、SPD法案（第九条）及びCDU・CSU法案（第一一条）は共に、社会保険の保険者等による療養手続又は治療手続の支給期間中はこれを年次有給休暇に算入することを許さないとする禁止規定をおくにとどめ、前述の如き例外規定を設けていなかったのである。それにもかかわらず、連邦年次有給休暇法は前述の如く二つの例外規定をおいた訳であるが、ノイマン（Neumann）によれば、それは一九六二年三月一日の連邦労働裁判所の判決を考慮したことによるのである。この例外規定に関してはノイマンは今後多くの係争事件を生ぜしめることになるであろうと予想しているが、それは、右の例外規定が、前記の第一、三〇五条、第八四条及び第九七条による純然たる予防的療養（それは実質的には休養といつてよいであろう）の場合だけでなく、その範囲を超えて、年次有給休暇の慣行的な利用形態を著しく損うものでない療養（これは前記の判決からとられたフォーミュラである）の場合をも含んでいることによるのであつて、ノイマンのいう通り、療養のための滞在といつても實際上それに種々異なる態様のものがあり、且つ、慣行的な休養の内容についても種々異なる見解があるとするれば、右の例外規定をめぐって療養期間の年次有給休暇への算入、不算入に関する争いが起ることになるのは否定できないであろう。従つ

て、例外規定を設けるにしても、その例外の範囲を前記の第一、三〇五条、第八四条及び第九七条による純然たる予防的療養の場合に限定する方が適切であったと思われる。

(五) 休暇報酬 (Urlaubsentgelt)

年次休暇は有給休暇であるから、使用者は年次休暇をとる被用者にその休暇中の報酬として金銭給付をしなければならぬが、この場合被用者は労働の給付をしていないのであるから、休暇報酬の額を如何にして決定するかが問題になる。この点については、連邦年次有給休暇法は、当該の被用者が年次休暇開始直前の一三週間に受給した平均労働稼得によって (nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst) 休暇報酬を算定する旨の原則的規定を設けた上で、一方において、若し右の算定基準期間中又は年次休暇中に一時的性質のものでない賃金引上が行われた場合にはその引上げられた賃金を基礎にしなければならぬ旨を定めるとともに、他方において、算定基準期間中に操業短縮、休業又は被用者の責に帰せられない労務の不履行があった結果生じた稼得減少は休暇報酬の算定についてはこれを除外する旨を定めている (同法第二一条第一項)。

右の休暇報酬の算定方式に関する問題についても、SPD法案とCDU・CSU法案との間には原則的な対立があった。即ち、SPD法案は、その第七条において、休暇報酬は当該の被用者が年次休暇に入る直前の三ヵ月間に受給した労働稼得によってこれを算定する旨 (第一項) 及びこの労働稼得が休業指令、疾病、仕事の不足又はその他の、被用者の責に帰せられない事情の結果減少した場合においては休暇報酬は右の労務喪失がなかったとすれば被用者が右の算定基準期間中に受給した筈の労働稼得からこれを算定すべき旨 (第二項) を定めていたのであるが、これに対し、CDU・CSU法案は、その第一二条において、休暇報酬は被用者が年次休暇中に労務の給付をなし

たとすれば受給した筈の労働報酬によってこれを算定する旨及び右の算定基準期間中に労働時間の短縮があった結果生じた稼得の減少は休暇報酬の算定に当ってはこれを計算外におく旨(第一項)を定めていたのである。

右に述べたところから明らかな通り、休暇報酬の算定については、CDU・CSU法案が原則としていわゆる賃金喪失原則(Lohnausfallprinzip)を採用しているのに対し、SPD法案は原則としてこれを採用せず、又、連邦年次有給休暇法も原則としてこれを採用していない訳である。ガウル(Gaull)によれば、⁽¹⁹⁾いわゆる賃金喪失原則とは、被用者は休暇期間中には若しその者がこの期間中に労務の給付をなしたとすれば受給した筈の賃金を受給しなければならぬとする原則であるが、これに対し、休暇に入る直前の過去一定期間内に当該被用者の受給した賃金額を休暇報酬の算定基礎とするものはこれを平均賃金原則と呼んで差支えないであろう。ところで、従来の州法が休暇報酬の算定方式として右のいずれの原則を採用していたかであるが、筆者の調べたところでは、賃金喪失原則をとるものと平均賃金原則を採用するものが大体において相なればしいといつてよい。いずれの原則をとるにしても、すべてそれは、休暇報酬の支給によって年次休暇中被用者が従来の生計を維持することができるように配慮したものであることガウルの⁽²⁰⁾いう通りであろうし、又、原則上の相違はあるにしても、一方において、例えば、賃金喪失原則をとるものは通例休暇期間中通常の労働時間働いたとすれば受給すべき筈である賃金(従って、休暇期間中他の被用者が實際上超過労働又は短縮労働をしたとしてもそれによって影響を受けない。)を支給することにしてゐるし、他方において、例えば、平均賃金原則をとるものは算定基準期間内に賃金の減少を生ぜしめた事情があつたとしても休暇報酬を低下せしめないような配慮をしているのであるから、実際上はそれ程の差異を生じないであろうと考えられるのであるが(固より州法の規定に差異がないといつてゐるのではなく、現に、等しく

平均賃金原則をとるものであつても、バーデン州法の施行令第一条の如く、直前三ヵ月をとる普通の州法と異つて、直前六ヵ月をとっているものも存したのである。⁽²¹⁾、ボルト (Gerhard Boldt) によれば、司法の立場からすればSPD法案の方がすぐれているとされている。つまり、CDU・CSU法案の規定する賃金喪失原則よりもSPD法案の規定する平均賃金原則の方がまさるといふ訳である。賃金喪失原則は、休暇報酬の算定につき、平均賃金原則が賃金実績を基礎とするものであると異つて、若し労働の給付をしたとすればという仮定の上に立脚しているものであるが、ボルトによれば、正にその故に、従来、賃金喪失原則をとる州法の適用を受ける係争事件において休暇報酬の算定が裁判上著しい困難を生ぜしめことは周知のところであるとされている。それにもかかわらず、CDU・CSU法案は前述の通り賃金喪失原則を採用した訳であるが、その場合、その理由として、従来起つたときれる右の困難は過大に評価されるべきでないこと及び稼得喪失の調査は例えば損害賠償事件において民事裁判所の日常的な業務となつているもの一つに過ぎないものであることが挙げられているのである。しかし、ボルトは右の理由付けを説得力のないものとし、従来の労働事件についての裁判の実情を見れば賃金喪失原則を基礎とした場合如何に大きい困難を生じたかは明白な事実であつて、民事裁判所における損害賠償請求権の問題と比較することは当を得たものではないのであり、問題は裁判所の習熟と熟練の如何にあるのではなく、稼得喪失の計算が日常的業務になつていない被用者及び使用者の習熟と熟練の如何に存するのであると述べている。⁽²²⁾ 連邦年次有給休暇法は、前記の通り、いわゆる平均賃金原則を採用し(但し、SPD法案と全く同じではない)、CDU・CSU法案所定の賃金喪失原則を採用しなかつたのであるが、それは、一九六一年六月一五日の連邦議会の労働委員会の会議において専門家としての意見を聴取された連邦労働裁判所の代表者が休暇報酬の算定に関する問題についてはできるだ

け明確な法律規定が設けられるべきであると特に強調した事実⁽²³⁾及び従来の裁判において前述の如き困難が経験されていた事実を考慮するときは、関係裁判所側の意見が連邦議会において承認されたことによるものと見て差支えないであろう。

なお、年次休暇報酬は年次休暇に入る前にこれを支払わなければならないことになっている（第一条第二項）（S P D 法案第七条第三項、C D U・C S U 法案第一二条第三項）。

(1) Dirk Neumann, Das Bundesurlaubsgesetz (Recht der Arbeit 1963 S. 41—S. 44), S. 42.

(2) 西独逸における法定の祝祭日は、連邦法をもって直接に定めているもの（例えば、連邦法たる一九五三年八月四日の『独逸統一日に関する法律』Gesetz über den Tag der deutschen Einheit によれば、六月一七日を独逸統一日とし、これを法定の祝祭日とする旨が定められている。）の外は、州法によつて定められている。今、それらの祝祭日を一覽表にして示せば表1の通りである。

なお、連邦法である一九五一年八月二日の『祝祭日賃金支払規程法』(Gesetz zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen) によれば、法定の祝祭日の結果失われる労働時間については使用者は被用者に対しその者が右の労働の喪失がなかつたとすれば受給した筈の労働稼得を支払わなければならないこと、法定の祝祭日が日曜日と重つた場合には右の賃金支払に関する規定は適用されないこと、法定の祝祭日の直前又は直後の労働日にその者の責に帰すべき事由により労働の給付をしない被用者はその祝祭日についての賃金支払請求権を有しないこと等が定められている。

(3) デルシュによれば、年次有給休暇請求権の社会学的根拠は唯、今日一般の見解が、この年次休暇は将来給付すべき労働のために過去において給付した労働からの回復をはかり、その労働力の維持及び清新化をはかるための機会を被用者に与えようとするものである、となしている点にのみこれを求め得るのであり、而して、このことは旧独逸国労働裁判所も連邦労働裁判所もこれを認めているのである (Dersch, Die Entwicklung des Urlaubsrechts in der Rechtsprechung in grundsätzlichen Fragen, Recht der Arbeit 1959 S. 329.)

(4) Dirk Neumann aO S. 42.

表 1

	一月一日	一月六日	受 キ リ ス ト 日	翌 活 祭 の 日	五月一日	昇 天 祭	聖 靈 降 臨 祭 の 月 曜 日	聖 体 祭	六月二七日	聖 母 昇 天 祭 (八月一五日)	万 聖 節 (二月一日)	懺 悔 日	第 一 ス ト ス 日	第 二 ス ト ス 日
バーデン・ヴェルテンベルク州	●	●	●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●
バイエルン州	●	●	●	●	●	●	●	×	●	×	×	×	●	●
バルリントン州	●		●	●	●	●	●		●			●	●	●
ゾレームン州	●		●	●	●	●	●		●			●	●	●
ハンゾルク州	●		●	●	●	●	●		●			●	●	●
ヘッセン州	●		●	●	●	●	●	●	●			●	●	●
エーデルザックセン州	●		●	●	●	●	●		●			●	●	●
ノルトライン・ヴェストファーレン州	●		●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●
ラインラント・プファルツ州	●		●	●	●	●	●	●	●		●	●	●	●
ザールラント州	●		●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州	●		●	●	●	●	●		●			●	●	●

●印は当該州の全域における祝祭日。

×印は圧倒的に新教又は旧教の信者たる住民の多い市町村においてのみ認められる祝祭日。

(H. C. Nipperdey, Arbeitsrecht Stand vom 1. Januar 1961, Nr. 250 S. 1)

(5) わが国の労働基準法の場合には、継続勤務とは『労働者が同一使用者の下で被用者たる地位を継続して保有すること』(有泉享教授、労働基準法三四七頁)を意味する。同教授は、立法論として休暇クレジット制の採用が望ましいとされつつも、『年功型の賃金体系が一般であるわが労働関係においてこれを採用することには強い抵抗があるであろう。』(前掲書、三五二頁註(三))とされている。なお、年次休暇に関するILOの勧告第四七号及び第九八号も使用者を異にする場合における継続勤務期間の通算を勧告しているが(吾妻光俊教授編、註解労働基準法四六七頁参照)、年次有給休暇請求権の発生要件としての継続勤務の場合これを別として、筆者は、勤務年数によって休暇日数を増加すること(ILOの年次有給休暇に関する条約第五二号もその旨を定めている。)には合理性を認め得ない。むしろ、年齢を基準として休暇日数を定める方が合理的であると考えるのであるが、それは、わが国の場合には、中高年齢者の雇用をますます困難にするから、到底実現され得ないと思われる。

(6) ブレーメン州議会のSPD議員団は、年次有給休暇の最低限の一八労働日への引上及び危険有害作業の場合における最低限六労働日の追加休暇を含む州法の改正法案を一九六二年六月二〇日に提出したが、これに対しては、全連邦使用者団体連盟(Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände)が、一九六二年七月二三日付の連邦法務大臣宛の書簡において、憲法上の疑念を明らかにした反対意見を表明しており、その中で、同連盟は、『SPDがこの州法の改正によって狙っている明確な目標は、純粹に州政上の問題に存するのではなく、連邦の立法者に影響と先決例を与えようとするにある。』と述べている。なお、ブレーメン州使用者団体連盟も亦右の改正法案に対して意見書を公にし、憲法上の疑念に言及している(Recht der Arbeit 1962 S. 419—S. 421.)

(7) Dirk Neumann aao S. 42.

(8) Dersch aao S. 330.

(9) 吾妻・前掲四六五頁、有泉・前掲三四六頁。

(10) Dirk Neumann aao S. 42—S. 43.

(11) 吾妻・前掲四六六頁。なお、有泉・前掲三四七頁参照。

(12) Dersch aao S. 331.

(13) Dirk Neumann aao S. 43.

- (14) Dirk Neumann aao S. 43.
- (15) 神戸大学外国法研究会、独逸民法〔II〕、五五七頁—五五八頁によれば、旧独逸国労働裁判所の判例では、告知の原因如何は問題にされなかつたとされている。
- (16) 有泉・前掲三五五頁及び三六一頁、吾妻・前掲五〇五頁—五〇六頁。
- (17) Dirk Neumann aao S. 43.
- (18) Dirk Neumann aao S. 43.
- (19) Dieter Gaul, Urlaubsentgelt bei der Fünf-Tage-Woche (Recht der Arbeit 1960 S. 419—S. 422), S. 419.
- (20) Dieter Gaul aao S. 419.
- (21) Gerhart Boldt, Die Entwürfe eines Bundesurlaubsgesetzes vom Standpunkt der Rechtsprechung aus (Recht der Arbeit 1962 S. 129—S. 132), S. 132.
- (22) Gerhart Bortd aao S. 132.
- (23) Gerhart Bortd aao S. 131.

四 年次有給休暇日数と週五日労働制

最後に、なお取上げなければならない重要な問題として、年次有給休暇日数と週五日労働制との関係に関する問題がある。それは、週五日労働制の採用により労働日でなくなった週日（一般に土曜日）を年次有給休暇日数の計算上如何に取扱うかの問題である。

ところで、その問題を考えるためには、先ず西独逸における週五日労働制の普及度を知っておく必要があるが、その点に関する具体的な資料は、『Recht der Arbeit』の一九六一年一〇月号所載の『連邦共和国における週五日労働制』(Die Fünf-Tage-Woche in der Bundesrepublik)によれば、従来使用者団体の側からも労働組合の側か

からも提供されていないのであって、その理由は、協約当事者間の従来の労働時間協定の殆んどすべてが週労働時間を定めるにとどまり、その所定週労働時間の配分については、極めて少数の例外を除き、これを経営協定にまかせることになっている点にあるとされている。

従って、週五日労働制の普及度を正確に把握することはできないのであるが、しかし、石炭鉱業、保険業、煙草工業及び私営銀行業の四産業部門においては週五日労働制の採用が一〇〇%に及んでいることが明らかになっている外、連邦統計庁が一九五九年の一〇月に行った調査により週五日労働制の普及度に関する概観は与えられている。今、それを示すことにすれば表2の通りである。

表2によれば、週五日労働制の普及度は、産業部門別に可成りの差異のあることが知られるとともに、鉱工業においてはその普及度が既に相当進んでいることが知られる。なお、一九六〇年一〇月にも調査が行われたが、それから見ると一九六一年一〇月当時には既に一千万ないし一千五十万の被用者が週五日労働制の下に就業しているものと推定して差支えないとされているから、現在では更にその普及度が高まっていること固よりいうまでもない。

週五日制の普及度は大略以上の如くであるから、既に一千万を超える被用者にとっては特定の週日（それは一般に土曜日である。）が労働日でないことになっている訳である。ところで、休暇は本来存在する筈の労働義務から被用者を解放するところに意義が存するのであるから、労働日でなくなった週日を年次有給休暇日数に算入することが許され得ないことは疑問の余地がない筈であろう。ところが、連邦年次有給休暇法は、その第三条第一項において前述の通り年次有給休暇が最低限年に一五（三五歳以上の被用者の場合には一八）週日（*Werktage*）である旨を規定した上で、同条第二項において特に、週日とは日曜日又は法定の祝祭日でない一切の暦日（*Kalendertage*）

表 2

産 業 部 門	週5日労働制下の従業員数	全従業員数に対する割合
農 林 業	111,000	17%
鉱業, 土石採取業, エネルギー産業	688,000	60 "
鉄及び金属の製造及び加工業	2,726,000	63 "
鉄及び金属以外の加工業	2,410,000	57 "
建設工業及び建設補助工業	1,302,000	62 "
商業, 金融及び保険業	509,000	19.1 "
サービス業	285,000	21 "
交 通 業	188,000	14.2 "
公務及び公共事業	606,000	25 "
全 産 業	8,727,000	43.4 "

西独逸年次有給休暇制度

Recht der Arbeit 1961 S. 400.

(合計のところは合っていないが概算のためと思われる。)

をいうとの規定をおいたのである。従って、週五日労働制の採用により土曜日が休日になったとしても一五週日の年次休暇を一括してとり(前述の通り同法第七条第二項によれば年次休暇は原則としてこれを一括して与えなければならぬことになっていゝる。)、しかも、その中の土曜日が法定の祝祭日でない限り、その年次休曜日数の中に土曜日が二日又は三日算入されることになる訳であり、年次休暇によって労働日でないことになった日数は、週六日労働制の場合と異って、一三日又は一二日に過ぎないことになる訳である。

前述の通り、休暇は本来存在する筈の労働義務から被用者を解放するところにその意義が存するのであり、従って、本来労働義務のない日を休暇日に算入することはできない筈であるにもかかわらず、前述の如く、連邦年次有給休暇法は週五日労働制の採用により休日となった週日を年次休暇に算入するこ

ととする規定をおいたのであるが、これは如何なる理由に基くものであろうか。

思うに、それは、一つには、従来の連邦労働裁判所の見解に影響されたものであろう。連邦労働裁判所は、一九六三年二月七日の二つの判決において、労働義務のない土曜日 (der arbeitsfreie Samstag) は、被用者がそれに先行する五日間に通例よりもより長く労働し、それによって毎日失われた休息時間を一括して土曜日に持越したところによって生じたものであるから、『真の』休日 („echter“ Ruhetag) ではないとする見解をとったのである。つまり、同裁判所は、土曜日が休日になったことを労働時間の配分変更に戻している訳であって、例えば等しく週四五時間労働制の場合において、月曜日から金曜日までの毎日の労働時間を八時間、土曜日の労働時間を五時間とする労働時間の配分から、月曜日から金曜日までの毎日の労働時間を九時間とする労働時間の配分に変更したような場合と同じことであると考えている訳であろう。しかし、ニキッシュ (Nikisch) もいう通り、⁽¹⁾ そのような見解は、労働時間の短縮により週四五時間労働制を週四〇時間労働制に変更し、従来の土曜日における五時間の労働を廃止したような場合には、全く理由のないものになるばかりでなく、労働時間の配分変更と見られる上例の場合でも、土曜日に配分されていた労働が現実に前もって給付されたのである以上、土曜日は労働日 (Arbeitstag) でなく、⁽²⁾ 土曜日に配分されてきた労働が現実に行われた労働日 („ein vorgearbeiteter Arbeitstag“) であるとする見解は全然意味がないといわなければなるまい。

ニキッシュをまつまでもなく、右の連邦労働裁判所の理論構成が著しい虚構ないしこじつけであることは誰の目にも明らかであり、まさか連邦労働裁判所がそのことを知らない筈はあるまい。正にそれは窮余の所産なのであって、一方において、休暇は労働日における被用者の労働義務からの解放であるとする原則と、他方において、週五

日労働制における土曜日を年次休暇に算入すべきであるとする主張とを、両立させようとして考案された擬制に外ならないのである。

それにもかかわらず、連邦労働裁判所は右の如き奇異な理論構成をして、週五日制の採用により休日になった筈の土曜日を年次休暇日数に算入すべきであると判示した訳であるが、それは、前述の理論構成の点はこれを別として、結論において通説に歩調を合せようとしたことによるのである。西独逸においては、圧倒的に多数の論者が、週五日制の採用により新に休日になった週日は労働時間の短縮によって休日になった場合にせよ、はたまた、労働時間の配分変更によって休日になった場合にせよ、それが法定の祝祭日と重なる場合でない限り、これを年次休暇日数に算入すべきであるとする見解をとっているのであって、連邦労働裁判所もまた同一の見解をとったのであるが、ただ、問題の週日を通常の休日と同一視すれば右の見解の理論的根拠が失われることにならざるを得ないので、敢えて前述の如き無理な擬制をなした訳である。従って、連邦年次有給休暇法が前述の如くその第三条第二項において週日とは日曜日又は法定の祝祭日でない一切の暦日をいうと規定したのは、前述の連邦労働裁判所の判決の影響によることもさることながら、より根本的には西独逸における圧倒的多数の論者が前述の如き見解をとっていることによるものと見るべきであろう。

それでは一体、休暇は本来ならば存在する筈の労働義務から被用者を解放するものであるとする原則を認めながら、何故に圧倒的多数の論者が週五日労働制の採用により労働日でなくなった週日を年次有給休暇日数に算入すべきであるとする見解を支持するのであるか。その理由が問題であるが、それは、前述の連邦労働裁判所の判決におけるそれと異って、一般に次の点に存するようである。すなわち、西独逸においては現在なお労働時間の配分が

個々の経営により種々異なるにもかかわらず、法律及び労働協約における年次有給休暇日数に関する規定は一般に週六日労働制の経営と週五日労働制の経営との間に区別を設けていないのであるから、週五日労働制の採用により新に休日になった週日を年次有給休暇日数に算入しないこととし、週五日労働制の経営における被用者を週六日労働制の経営における被用者よりもより多くの時間に亘って労働から解放することにするのは、何ら合理的な根拠を有しない不平等な取扱を是認することになるといふのがそれである。しかし、筆者は、右の不算入が何故に何らの合理的根拠を有しない不平等な取扱になるかを充分に理解することができない。

成程、州法の年次有給休暇日数に関する規定は、あるいは一二週日 (Werktage) と規定し、あるいは一二労働日 (Arbeitstage) と規定するものがあつたにしても、週五日労働制と週六日労働制の区別を意識したものでないであらう。しかし、右の一二日はいうまでもなく法定の最低限に過ぎないのであり、労使間の協定によって被用者により有利な年次有給休暇日数を定め得ることは当然のこととして認められているのである。そのことは、年次有給休暇日数の場合だけでなく、およそ労働条件の最低限を法定する場合にはすべて認められていることなのであつて、従つて、現に、既に述べた実態調査の結果からも明らかな通り、現実の年次有給休暇日数には相当の差異を生ずることになつていゝるにもかかわらず、それが何らの合理的根拠を有しない不平等な取扱であるとの主張はなされていゝないのである。して見れば、労使間の協定によつて週五日労働制が採用されたことにより、週六日労働制の場合よりも週に一日、年に五二日 (法定の祝祭日と重ならない限り) 労働日が少なくなるのは当然のことであり、それが何らの合理的根拠を有しない不平等な取扱といわれ得ないことは明らかである。その場合、週五日労働制の採用により新に休日となつた週日を年次有給休暇日数に算入しないことにすれば、労働義務から解放される日数が

週六日労働制の場合に比して多くなるのは事実であるが、それは週五日労働制を採用したことの当然の結果であつて、年次有給休暇日数について特に有利に取扱つてゐることを意味するものではないのである。否、むしろ、新に休日となつた週日を年次有給休暇日数に算入することこそ、その休暇日数の点において、週五日労働制下の被用者を不当に不利益に取扱うことになるのであつて、筆者にいわせれば、前述の不算入が何ら合理的根拠のない不平等な取扱であるとする主張こそ正に何ら合理的根拠のない不平等な取扱を是認するものである。一二労働日と規定してゐた州法の場合には固より、一二週日と規定してゐた州法の場合においても、それは未だ週六日労働制が一般であり、週日と労働日とが一致することを一般としてゐた当時の規定なのであるから、いづれにせよ、それは、休暇は本来ならば存在する筈の労働義務から被用者を解放するものであるとする原則を否認するものではない筈である。従つて、その後週五日労働制の採用により特定の週日が休日になつたのである以上、その休日となつた週日はこれを年次有給休暇日数に算入しないことにするのが当然であるにもかかわらず、西独逸における圧倒的多数の論者は、筆者とは反対の意味において一二労働日を一二週日と同視し、右の休日を年次有給休暇日数に算入すべきことを主張し、その根拠として、前述の如くいわゆる不平等な取扱を挙げるのである。しかし、それが正当な根拠と認め難いものであり、事がむしろ反対の関係にあることは、既に筆者が述べた通りであつて、連邦労働裁判所が、結論的には通説に従いながらも、その理由付けの点において前述の如き余りにも擬制的な理論的操作を弄せざるを得なかつたのもその辺に問題が存するからであると考えられる。

次に、労働協約において年次有給休暇日数が定められている場合であるが、この場合には若干事情の異なるものがあることはこれを認めなければなるまい。といつても、それは、労働協約における年次有給休暇に関する規定が一

船に週六日労働制の経営と週五日労働制の経営との間に区別を設けていないことを問題にしているのではないのであって、その点は既に見た通り州法の規定の場合でも同じなのであるから、そこに事情の異なるものはない訳である。それでは、何故に若干事情の異なるものがあるといったかといえば、それは、西独逸における協約当事者間の従来の労働時間協定の殆んど全部が週労働時間を定めるにとどまり、その所定時間の配分については、極めて少数の例外を除き、これを経営協定にまかせることにしている事情を考慮したからにはかならない。つまり、このような事情の下においては、法定の労働条件基準を前提として労使間に締結された労働協約相互間に存する内容の差異によって労働条件に差異を生ずる場合と異って、同一の労働協約の適用を受け、従ってまた、所定の週労働時間が同一であるにもかかわらず、経営協定の如何（週五日労働制を採用するか、週六日労働制を採用するか）によって年間における労働日の日数に相当の差異を生ずることが起り得るのであり、従って、更にそれに加えて、既に述べたような年次有給休暇日数への不算入を認めることにすれば、いやが上にも、週五日労働制の経営における被用者を有利に取扱うことになるような印象を与えることとなる訳であって、事が同一の労働協約の適用を受ける経営相互間の問題であるだけに、右の不算入を何ら合理的根拠のない不平等な取扱であるとする見解が受け入れられ易いことになる訳である。しかし、筆者は、右の場合においても、週五日労働制の採用によって新に休日となった週日はこれを年次有給休暇日数に算入すべきでないかと解するのであり、その不算入は決して不平等な取扱を意味するものではないと考えるのである。蓋し、既に筆者が述べた通り、年間における労働日の日数が相当減少することになるのは週五日労働制を採用したことの当然の結果なのであって、右の不算入によるものではないのであり、この不算入は年次有給休暇日数の点において週五日労働制の経営における被用者を特に有利に取扱うものではなく、算入するこ

とこそ却つて右の被用者に不当に不利益な取扱を与えることになるからである。連邦労働裁判所の前述の如き理論構成は、同一の労働協約の適用を受け、従つて、所定の週労働時間が同一である経営相互間の場合には一応理由があるように見えるが、しかし、経営協定による労働時間の配分変更によつてであるとはいへ、週五日労働制が採用された以上、特定の週日が新に休日に加えられたことは明白であり、これを『前もつて労働の給付が行われた労働日』であるとする見解は理由がないといわなければならない。

それにもかかわらず、連邦年次有給休暇法は、前述の通り、週五日労働制の採用により新に休日となった週日も年次有給休暇の関係ではこれを労働日と同一に取扱う趣旨の規定を設けることによつて問題の立法的解決を図つた。しかし、たとえそのような規定を設けたところで、本来合理性を有しないことが合理的になる訳ではない。

ところで、ニキッシュも亦右の法律の関係規定が合理的でないことを認める一人であるが、しかし、ニキッシュは、週五日労働制の採用により休日となった週日を實質上年次有給休暇日数に算入することに反対しているのではなく、そのことにはむしろ賛成なのであつて、ニキッシュによれば、法律が、一方において、年次有給休暇期間を日を基準として定め、他方において、週五日労働制の採用により休日となった週日を右の休暇期間に算入することとしたことに問題が存するのである。かくて、ニキッシュは、年次有給休暇期間を週を基準として定めることとし、例えば、一五週日と定める代りに二週間半と定め、一八週日と定める代りに三週間と定めれば、問題が解消することになると主張するのである。⁽²⁾

しかし、筆者には、そうしたところで問題が解消することになるとは考えられない。蓋し、年次有給期間を二週間半ないし三週間と定めたところで、その中に、週五日労働制の採用により新に休日となった週日が含ましめられ

るのである以上、それが、休暇は本来労働義務のある筈の労働日にその労働義務から被用者を解放するものであるとする原則を破り、週五日労働制の経営における被用者に年次休暇の点において不当に不利益な取扱を与えようとするものであることには変りがないからである。問題の中心は、年次有給休暇期間を日を基準として定めるか週を基準として定めるかに存するのではないのであり、一方において、休暇と労働日との関係に関する右の原則を認めるとともに、他方において、週五日労働制の採用により新に休日になった週日も正に『真の』休日であり、労働日ではないことを認めるのでなければ、事の合理的な解決は図られ得ないと考える。

(1) Arthur Nikisch, Urlaub und Fünftagewoche (Recht der Arbeit 1963 S. 289—S. 292), S. 289.

(2) Arthur Nikisch, aaO S. 191—S. 192.