

# メンタルヘルス休職者の職場復帰に関する法的検討

近畿大学准教授・弁護士 三柴 丈典

## 1 はじめに

うつ症状やうつ病を典型とするメンタルヘルス不調や精神障害はもはや珍しいものではない。そして、自殺者が毎年3万人を切らない状況は既に10年も続いている。他方、もはや国際用語となった過労死、そして過労自殺をめぐる裁判例は、目に見えにくい労働危険への実質的対応を使用者に迫る、すなわち人事労務管理の要諦に迫る補償法理を飛躍的に発展させて来た。

にもかかわらず、それに対応する効果的な処方箋が充分に開発されていない、または情報へのアクセスルートが分からない、または仮に処方箋が分かっても種々の理由で現実に適応できない、などの理由から、使用者としては、り患労働者への対応に苦慮しているのが実態であろう。そうこうしているうちに、中にはメンタルヘルスへの社会認識の拡大を逆手にとって、詐病を弄する労働者（組織）が出現したり、他方、メンタルヘルス不調者を安易に仕事ができない厄介者と決めつけて排除、放逐してしまう使用者が出現したり、と不幸な負の連鎖が拡がり、所期の目的を達せぬまま労使の対立が深まったり、労使双方で混迷の度合いを深めている例も目にする。

主観的物言いを一言お許し頂くと、法より倫理がずっと発達していた国（ないし個々の職場）で、法が充分に発展する前に倫理が崩壊するような文明（ないし環境）の変化が起きれば、人の心が荒（すさ）むのは当然というのが私の観察である。従って、法によるルールのみ文化は重要なが、そこに倫理の洞察と選択的吸収がないと、いくら法に拠っても、モグラ叩き状態は解消されないように思われてならない。そもそも法システム自体、それに携わる者の「倫理」や「良識」が基礎になれば崩壊しかねないものである。ここでの対立軸は、「労使」ではない。あえていえば、「目に見え易いもの（可視的なもの）」と「目に見え難いもの（不可視的なもの）」のどちらを重視するか、という更に根源的な価値観のようにも見える。

とはいえ、事業の効率化、規格化、スピード化、高度化、複雑化などが急速に進む一方、事実を正しく把握すると共に、ものごとの本質について根本に遡って考える、それに関わる人の心について多角的に深く洞察するなど、しんどいことに果敢かつ丹念に取り組むことが、以前にも増して忌み嫌われたり、許されなくなって来ている。そのような現代に、できる限りそうした作業を引き受けて、その成果を分かり易いルールとして示すことも、我々のような職にある者の務めの一つかもしれ

ない。

そう考え、筆者は現在、「職場の『メンタル』ヘルスにかかる『法理論』」という、本質的に相対立する概念を含んだテーマについて、継続的な検討を進めている。折しも、現在、人事実務が、メンタルヘルス休職者の職場復帰に関して多くの法的問題に遭遇している事実を知る複数の機会に恵まれたことなどから、以下では、焦点を、かかる問題のうち、特に実務上の関心が高い、復職判定にかかる法理、一般にリハビリ勤務と称されることの多い経過勤務にかかる法理の2点に絞り、その検討内容を先行的に公表することとした次第である。

## 2 検討

### 2.1 休職明けの復職措置にかかる法理

#### 2.1.1 現状と法原則

現在、大企業を中心として、休職者の復職に際して、産業医、同人の直属の上司、人事労務担当者などが参画する復職判定会等（復職判定委員会、復帰・復職判定会など名称は様々である）を設置し、復職の可否に関する一次的判断に加え、復職の直前または直後になされる経過勤務（：一般にリハビリ勤務と称される特殊勤務形態）中の労働条件（：勤務内容、労働時間等）の他、正式な復職後に必要な措置、労働条件などについて決定させる制度を設けているところが見受けられる\*1。

また、かような制度を設置していない場合にも、復職の可否をラインの管理者が決定し、復職後の労働条件を産業医の決定に委ねている企業や、復職の可否、復職後の経過勤務の労働条件、経過勤務から通常勤務への移行、のいずれについても、産業医、人事労務担当者、職場の上長らが復職希望者本人と協議して決定しつつ、通常勤務への移行の決定権を人事労務部門の責任者に付与している企業など、関係者の協議の下に復職にかかる判断を行っているところが多くみられる\*2。

いずれにしても、使用者側とすれば、復職判定の最終権限を自らの下に留保しつつ、臨床医学的観点、産業医学的観点、人事労務的観点その他を総合した判断を現に行っているか、行おうとしているのが実態と思われる。

しかし、このような実務の中には、違法性が疑われるものも少なくはない。

周知の通り、休職者が復職する場合に限らず、日本の判例法理では、労働契約等に特別の定めがある場合、または業務の性質上労働者が労務の提供について特別の合理的な利益を有する場合、例えば労働者が特別な技能を要する職種に雇われており、就業上の修練によってそうした技能が維持されるなど、就労を行うことに特別な合理的利益が認められる、といった特殊事情がない限り、たとえ労働者としての地位に応じた所定賃金を受領する権利は失われなくても、就労請求権は認められない、ということになっている（読売新聞社事件・東京高裁昭和33年8月2日決定

労民集 9 卷 5 号 8 3 1 頁、レストラン・スイス事件・名古屋地裁昭和 4 5 年 9 月 7 日決定)。

とはいえ、疾病休職者の休職明けの復帰は、前掲の就労請求権にかかる事案のように、何らかのトラブルが契機となって使用者が労働者の就労を拒否した場合などとは異なり(かような場合にもそのトラブルにかかる当事者の作為や不作為の適法性は改めて問われるが)、基本的には休職措置の理由となった疾病が快復または就労が可能な程度に軽減もしくは軽減状態で固定(以下、快復等という)すれば、当然になされることが原則となる。

むろん、就業規則等に定められる休職制度の趣旨が、解雇の猶予措置としての性格を持っている場合、就業規則等において休職者の復職を使用者の判断にかからしめている場合等には、復職の要件判断において、一定程度、使用者の裁量が認められる。また、復職希望者が提出する主治医等の医学所見に対し、その臨床医学的、産業医学的妥当性を検証するため別の医師の診断を仰がせることも、加工された情報提供など、希望者の健康情報保護の配慮がなされている限り、直ちに違法ないし不当とはいえないであろう\*3。しかし、そもそも就業規則規定の法的拘束力はそれに合理性が存する限りで認められるものであり(労働契約法 7 条)、また、それまでの取扱いから一定の快復等がみられた休職者の復職を認める慣行が成立している場合、かかる慣行が就業規則規定そのものを補充したり、規定の解釈を規定する場合もある。したがって、就業規則等の規定の形式にとらわれず、原則的には、産業医学、臨床医学の見地から快復等が認められ、その他職場復帰の障害となるべき客観的事実が存しない限り、復帰を認めることが法的に要請されることになる。このことは、休職理由となった疾病が業務上である場合にはなおさらといえよう。

実際に、従来判例も、このような事理、法原則を踏まえて判断を行ってきたといえる。

## 2.1.2 判例法理

### 2.1.2.1 職種非限定の場合

この点にかかる判例の代表格は、著明な片山組事件最高裁判決(片山組事件・最 1 小判平 1 0 年 4 月 9 日労働判例 7 3 6 号 1 5 頁)である。この事件の概略は以下のようなものである。

すなわち、もともと約 2 0 年間の長期にわたり建設現場の監督作業に従事していた X(原告、被控訴人、被上告人)は、推定業務外の事由でバセドウ病に罹患して後も、しばらくはその旨を伏せて Y(被告、控訴人、上告人)で就労を続けていたが、配転により一時的に事務作業に就いた後に、現場監督業務への就労を命じられた時点で、バセドウ病への罹患を理由に、時間と内容の両面にわたる業務の軽減を

申し出た。その際、Xは、Yの求めに応じ、バセドウ病へのり患と、その程度の業務であれば可能とする主治医の診断書を提出した。対してYは、現場監督作業が不可能ということで、Xに休職命令（自宅治療命令）を発令し、これによりXは、就業もできず、賃金も支給されない状態に陥った。そこでXは、その4カ月程後に、改めて、事務作業程度の作業への復帰を求め、それを可能とする旨の診断書を再提出したが、やはり受け容れられなかった。そこで、Xは、就労を求めたにもかかわらず拒否された期間の賃金につき、Yに訴求した。

かかる事案につき、下級審では判断が分かれた。

すなわち、一審（東京地判平成5年9月21日労働判例643号45頁）は、Yによる自宅治療命令を有効としつつも、会社が本人の就労を全面的に拒絶したことは、相当性を欠いた措置であるとして、賃金請求権を肯定した。他方、二審（東京高判平成7年3月16日労働判例684号92頁）は、次のように述べて、Xの賃金請求権を一切否定した。「労働者が、私病を理由に、労務の一部のみの提供が可能である場合に、右可能な部分の労務のみの提供は、債務本旨に従った履行の提供とはいえず、原則として、使用者は右労務の受領を拒否し、貸金支払債務を免れうるが、提供不能な労務の部分が量的にも質的にも僅かである場合や、当該労働者に提供可能な労務のみに従事させることが使用者にとって容易である場合には、使用者は、労務の受領をすべきである」。「本件では、Xが従事可能だったのは事務作業のみで、事務作業はY社にとって補足的なものに過ぎなかったから、信義則上の労務を受領するのが相当とは」いえない。

対して最高裁は、要約、以下のように判示した。

「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては」、

「現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても」、

「その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ」、

かつ、

「その提供を申し出ているならば」、

「なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である」。

「そのように解しないと、同一の企業における同様の労働契約を締結した労働者の提供し得る労務の範囲に同様の身体的原因による制約が生じた場合に、その能力、経験、地位等にかかわらず、現に就業を命じられている業務によって、労務の提供が債務の本旨に従ったものになるか否か、また、その結果、賃金請求権を取得するか否かが左右されることになり、不合理である」\*4。

すなわち、職種非限定の労働者が私傷病により休職した場合、たとえ休職前の配属職種に戻れる程の職能が快復しない場合にも、労働者側と企業側双方の事情等を考慮して、なお配置可能な職種がある場合には、労働者側からのそのような職種への職能快復の裏付けを伴う復職の申し出をもって、使用者側の賃金支払義務を生ぜしめる、ということである。この事案では労働者側の請求の趣旨が復職（雇用契約上の地位確認）ではなく、非労働期間の賃金請求であったため、このような判示となっている。従って、判決は当該労働者の復職の可否については判断していない。

しかし、この最高裁判例を後を受けた東海旅客鉄道（退職）事件大阪地判平11年10月4日労働判例771号25頁では、職種非限定の休職者の復職にかかる一般的な法理論として、「能力、経験、地位、使用者の規模や業種、その社員の配置や異動の実情、難易等を考慮して、配置換え等により現実に配置可能な業務の有無を検討し、これがある場合には、当該労働者に右配置可能な業務を指示すべき」、との極めて踏み込んだ判示がなされた。すなわち、本判決は、職種に限定のない休職者の復職については、やはり、医師の合理的な診断書等を付して労務の提供の申し出が有れば、たとえ休職前の配属職種に戻れる程の職能が快復しない場合にも、労働者側と企業側双方の事情等を考慮して、なお配置可能な職種がある場合には、そのような作業に従事させるべき「義務」を使用者に課しているのであって、その限りで労働者の就労請求権を認めているとも解される。

なお、これらの判例が示唆する「当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務」、または「配置換え等により現実に配置可能な業務」に、後に詳述する経過勤務（いわゆるリハビリ勤務と称される特殊な勤務形態）が想定されているかは明らかではない。他方、経過勤務を明らかに想定した示唆をなしている判例として、北産機構事件・札幌地判平成11年9月21日労働判例769号20頁が挙げられる。この判決は、営業部員として採用され、営業担当職への就業が予定されていた労働者が、業務外の傷病（帰宅途中の交通事故による脳挫傷等の傷害）を理由に休職し、休職期間6か月の経過後、会社が復職できる状態ではないとして復職命令を出すことなく退職させたことに対して、右退職措置を違法であるとして、労働契約上の地位確認及びその間の賃金を請求した事案について、次のように述べる。

すなわち、被告の定める就業規則上の「休職制度は、被告の従業員が業務外の傷病を理由に三か月以上欠勤する場合に、六か月を限度として休職期間とし、この期間中の従業員の労働契約関係を維持しながら、労務への従事を免除するものであり、業務外の傷病により労務提供できない従業員に対して六か月間にわたり退職を猶予してその間傷病の回復を待つことによって、労働者を退職から保護する制度である、と解される。したがって、六か月の休職期間の満了までに従業員の傷病が回復し従前の職務に復職することが可能となった場合には、当該従業員を休職期間の満了をもって退職させることは無効である、と解するのが相当である。そして、復職が可能か否かは、休職期間の満了時の当該従業員の客観的な傷病の回復状況をもって判断すべきである（客観的には復職可能な程度に傷病が回復していたにもかかわらず、会社が資料が不十分のために復職が不可能と判断して当該従業員を退職扱いにした場合には、当該従業員の退職の要件を欠いており、退職が無効になる、と解すべきである）」。

「これを本件についてみるに、原告の六か月の休職期間が満了した・・・時点において、原告には、左手にわずかな震えがあり、右足にはしびれが残り、軽度の複視の症状があり、月一、二回の通院が必要な状況であったが、日常の生活には問題がなく、事務能力、計算能力も回復し、車の運転もできるようになり、通常の仕事は可能な状況に回復していたのであるから、原告は、従前の見積書の作成や積算関係の仕事を担当し、営業として外回りの仕事を担当することが可能な状況になっていた、少なくとも、直ちに一〇〇パーセントの稼働ができなくとも、職務に従事しながら、二、三か月程度の期間を見ることによって完全に復職することが可能であった（被告において、右期間程度の猶予を認める余裕がなかった、あるいは、原告の月一、二回の通院を認めることによって業務遂行に支障が生じる、との事情は認められないから、信義則上、休職期間の満了後は一切の通院は認められない、とす

ることはできない)、と推認することができるから、休職期間の満了を理由に原告を退職させる要件が具備していた、と認めることはできず、原告を休職期間満了として退職とした取扱いは無効である、と解するべきである」、と( 下線は筆者が添付)。

本判決では、復職希望者の快復が、いわゆるリハビリ勤務を経れば、休職前の職種に堪え得る程度に至っていた事情もあってか、職種限定の有無について明確な認定がない。しかし、認定事実をみる限り、職種限定が認められるほどの事情はないようにも思われる。

#### 2.1.2.2 職種限定の場合

では、職種限定労働者の場合はどうか。この点にかかるリーディングケースは、コントラ事件である。

以下、やや長文となるが、重要判例であるため、概要を記す。

<事案の概要\*5>

労働者( )は、貨物運送業を営む会社( Y )に大型貨物自動車の運転手としての職種限定で雇用され、貨物配送を行う職務等に従事していた。

Yの就業規則では、業務外の傷病による休職については、引き続き6か月間欠勤したときは休職としてその間賃金を支払わないものとし、休職期間は勤続年数に応じて最高2年まで加算され、休職期間が満了しても復帰できないときは、退職扱いとなる定めとなっていた。

Xは、平成(以下、元号を略)6年および8年に、Yで実施された健康診断において、腎機能障害のため要精密検査との判定を受けていたところ、8年9月21日に配送先で発病し、A医師の診察(診断書内容:慢性腎不全のため、約2か月間の安静加療を要する見込み)により慢性腎不全の治療のため欠勤することとした。Yは、Xの欠勤が6か月以上続いたため、9年3月26日からXを休職扱い(休職2年間)とした。Xは、その後もA医院に通院し、交付された診断書を8回にわたりYに提出しており、それには約2ないし3か月の安静治療を要する旨が記載されていた。

Xは、10年6月1日付けで、Yに対し「運転者の職務に復帰したい」旨を申し入れたところ、Yより、治療に専念すべきであるが経済面で問題があればアルバイトとして週に何回か勤務してはどうかと提案された。これを不服としたXは、10年6月13日に、改めて、「疲労の残らない仕事量から開始し、検査を行いながら、どの程度の仕事量までなら腎機能をこれ以上悪化させないかを検討しながら仕事量を考えていく必要がある」旨が記されたA医師の診断書(6月12日付け)を提出した。

そこでYは、Xに対し、Yの産業医であるB医師への受診を指示し、実際に受診したところ、B医師は、運転業務はXの病状を悪化させる可能性があるとして、診断書（6月25日付け）には「慢性腎不全、慢性肝障害により就業不可。要治療である」と記載した。これを不服としたXは、大学病院の専門医であるC医師の診察を受け、7月6日付け、「当分の間治療を要す。ただし、8時間を上限とした通常業務は可とする。可能な限り軽作業が望まれる。近距離の車両運転は可。過2日の休日が望まれる」、との診断書を得て、これをYに提出して再度就労を認めるよう申し出た。しかし、Yは、前記B医師の診断書と、労働安全衛生法68条（病者の就業禁止）、労働安全衛生規則61条（病者の就業禁止、禁止に際しての産業医への意見聴取）を理由として再度復帰を拒否した。

その後、11年1月20日になり、Xが再びB医師の診察を受けたところ、長距離運転や8時間以上の労働をせず、週2回以上の休日を取り、軽作業（デスクワーク）の就業ならば可、とする診断書を作成した。

この診断以降、XY間で組合を交えて交渉が行われたが妥結せず、X側より大阪地裁に休職期間中の賃金の支払いを求める仮処分申立が行われ、12年1月21日に、(1)YがXの復職を認めること、(2)復職後は短時間の運転業務を含めた軽減業務に就くこと、(3)この和解によっても、10年6月1日以降現実に就労するまでの賃金請求につきXが公正な審査（司法審査等を意味すると思われる）を受けることは妨げられないこと、などを内容とする和解が成立し、Xは、同年2月1日より、現実に就労に復帰した。

そこで、Xより10年6月1日から12年1月分までの賃金請求がなされたのが本件である。

1審（大阪地判平成13年11月9日労働判例824号70頁）は、まず、Xの雇用契約が職種限定であった点につき、そのような限定があった以上、当該職種に復帰できるだけの職能の回復がなければ、債務の本旨に従った履行があるとはいえず、従って、復帰させる必要はない、とした。しかし、労働者が休職直後に従前の業務に復帰できないとしても、「比較的短期で復帰することが可能である場合には、休職に至る事情、使用者の業務内容、労働者の配置等の実情から、短期間の復帰準備期間を提供したり、教育的措置をとることなどが信義則上求められるというべきで、このような信義則上の手段をとらずに限定業務に就けないことをもって直ちに復職の申し出を拒むことはできないというべきである。したがって、このような信義則上の手段をとらずに、労働者の復職の可否を判断し、また、休職期間満了をもって直ちに退職扱いすることはできない」、と述べ、本件では、「平成10年6月にXからの復職の申し出があった時点において、Xの復職の準備のための期間を提供したり、教育的措置をとるなどすべきであった」として、その時点からの賃金請

求を、運転者としての手当、残業手当、賞与等を除き、認容した。

なお、同判決は、かかるリハビリ勤務の期間、機会を提供してもなお従前の業務への復帰が不可能な場合については、「Xは債務の本旨にしたがった履行ができないことになるし、運転者の職務に復帰できると判断されれば、復帰させればよい」、とも述べている。

この判決につき、X Y双方が控訴し、下されたのが以下の2審判決（大阪高判平成14年6月19日労働判例839号47頁）である。

<判旨～Y側控訴一部認容、X側控訴棄却～>

Xは職種限定労働者と認められるが、「労働者がその職種を特定して雇用された場合において、その労働者が従前の業務を通常程度に遂行することができなくなった場合には、原則として、労働契約に基づく債務の本旨に従った履行の提供、すなわち特定された職種の職務に応じた労務の提供をすることはできない状況にあるものと解される（もっとも、他に現実に配置可能な部署ないし担当できる業務が存在し、会社の経営上もその業務を担当させることにそれほど問題がないときは、債務の本旨に従った履行の提供ができない状況にあるとはいえないものと考えられる。）」。

ところで、Yにおける運転者としての業務には、「肉体的疲労を多く伴う作業が含まれており、また、長距離運転の場合や交通事情などによっては、相当の肉体疲労を伴うことが予想される業務内容である。

したがって、少なくとも、ある程度の肉体労働に耐え得る体力ないし業務遂行力が必要であるから、これを欠いた状態では運転者としての業務をさせることはできないといわざるを得ない」。

認定事実「を総合してみると、Xは、遅くとも平成11年2月1日には、業務を加減した運転者としての業務を遂行できる状況になっていたと認めことができ、Xは、債務の本旨に従った履行の提供をしたものと認められる」。

「以上によれば、Yは、Xに対し、復職が可能となった平成11年2月1日から現実に復職した前日である平成12年1月末日までの賃金支払義務がある」。

他方、「平成11年2月以降の状況は・・・、運転者としての業務は一定程度しかできない状態であったというべきである。

そうすると、運行管理・委員手当、精勤手当、有給休暇手当、早出・時差手当、休出手当、残業手当、乗務残業手当、出来高手当、出来高残業手当、深夜手当、乗務深夜手当、出来高深夜手当、無事故手当、長距離手当の支給を受けられたとは認め難いというべきである。「乗務手当、大型運転者乗務手当、出来高手当については、断定することは困難であるものの、第1審原告の可能な就労状況に照らすと、一定額の支給を受けられたと考えられる。その金額の認定は困難であるが、欠勤前

3か月の平均の2分の1程度と認めるのが相当である」。

このように、2審は、職種限定労働者の休職後の復職について、1審の理論枠組みを変更したとまではいえないが、大型貨物自動車運転手としての職務の遂行に必要な資質の認定を変更するなどし、結論的に、1審が認めた期間のうち平成10年6月から平成11年1月までの期間につき、加減した業務すら遂行できなかったとして請求を否定する一方、乗務を前提とする手当について、その一部については請求を認めた。なお、2審による復職可能期間の縮減には、Yの産業医であるB医師の診断が重く見られた事情も影響している。

この判示、そして前項で示した複数の判例から分かる疾病休職者の復職にかかる判例法理は、次の通りである。すなわち、職種限定労働者の場合、原則的には、当該職種に求められる職能が回復しなければ、たとえ復職の申し出がなされても、債務の本旨に従った履行の提供があるとは認められず、それを認める必要はない。但し、労働時間や職務内容につき、一定の軽減がなされた経過勤務を経れば当該職種に復帰できる場合には、信義則上、復帰を認める義務が使用者に課せられる。他方、職種非限定労働者の場合、労使の双方にかかる様々な事情を考慮して、配置可能性のある職種があるのであれば、債務の本旨に従った履行の提供があるものとして、復帰を認めるべきこととなる。そしてこの場合にも、経過勤務が必要な場合には、それを認めるべきこととなる。

なお、経過勤務中に調子を崩したり、回復が見られないなどして職種限定労働者にかかる当該職種、職種非限定労働者にかかる配置可能職種への正式な復帰が困難と客観的に認められた場合で、経過勤務の継続も難しい場合、所定の休職期間満了までは、当該労働者を再び休職に戻す旨命じることができる。もっとも、経過勤務への移行により休職期間の計算が一から起算し直される定めとなっている場合は、それによることになる。

ところで、職種限定、非限定の別は、就業規則等の規定の形式のみから判断するものではない。規定上の形式は職種非限定とされていても、實際上、一定の特殊技能や資格等を要する職種であって、従前他職種に配転された事例が殆どない場合や、逆に、職種限定とされていても、實際上、他職種との配転交流が慣行化しているような場合等には、そのような就業規則規定の存在が擬制されるか、解釈運用をき束する場合があると解される。

## 2.2 復職条件設定のあり方

これまでに掲げた疾病休職者の復職にかかる判例は、いずれも当該事業所の就業規則規定の定めを前提としつつ、その内容の具体化レベルで客観的解釈を図ると共に、必要な場合には内容修正的な判断を下している。

従って、復職にかかる法理は、各事業所における就業規則規定のあり様に応じて相対的な面があり、その要点は、当該規則規定における休職制度の性格づけ、すなわち、解雇の猶予措置であるか、疾病が一定程度快復すれば復帰が予定された療養期間であるか、これらに関連し、復職条件がどのように設定されているか、などにある。

となると、使用者側とすれば、所定の休職期間を経ても疾病が快復しない場合を解雇事由に挙げたり、休職後の復帰についても主治医等の所見を提出させたうえで使用者の判断にかからしめる規定を設けるなどして、休職措置が猶予期間の付いた解雇の意思表示と一義的に解されるようにしておいた方が安全ということになる\*6。

但し、就業規則規定は、その形式のみならず、実際の運用によっても補充されたり、制限的解釈を受け得るものであるから、運用面でも規則条項どおりの取扱いを行うことが求められる。

また、いかなる就業規則条項も、その実体が不合理なものに法的拘束力が認められないことは、既に労働契約法の定めるところである（同法7条）。

そして、そもそも論とすれば、疾病休職というのは、疾病にり患したからこそとられる措置であるから、休職の原因となった疾病が、かかる状態であれば休職措置がとられなかったであろう程度に快癒したことが客観的に認められれば、当然に復帰できるものと考えなければならないこと、そしてかような考え方が、各判例におおよそ通底する原則となってきたと解し得ることも、前述した通りである。

したがって、ここまでに紹介してきた判例法理からあまり外れる内容を定める就業規則条項は、司法審査によってその効力を否定される可能性が高い。そして、司法による復職にかかる具体的判断は、おおよそ医師による診断の医学的妥当性を焦点に行われてきた、といえよう。となると、たとえ当該事業所の就業規則条項が復職判断を使用者の裁量に委ねる定めとなっていたとしても、本人の就労意欲、医師による復職可能の客観的診断、使用者側に復帰を拒み得る客観事情がないこと、といった条件が充たされる限り、復帰を拒むことはできないと解される。休職に至る事情が考慮されるべきことは、前掲コントラ事件1審大阪地判でも示されていた通りであるから、休職の原因となった傷病が業務上である場合にはなおさらといえる。

むろん、就業規則条項に復職判定にかかる使用者側の裁量が定められている場合に、かような裁量が一切認められないわけではない。そしてそれは、前掲した東海旅客鉄道事件大阪地判が言うように、当該労働者の「能力、経験、地位、使用者の規模や業種、その社員の配置や異動の実情、難易等」、また、コントラ事件1審大阪地判が言うように、「休職に至る事情、使用者の業務内容、労働者の配置等の実情」にわたるものである。ここでは、「使用者の規模」が問題とされているから、

考慮される範囲は、当該労働者の所属事業所のみでなく、企業規模でなされるべきこととなろうが、企業規模によって判断に一定の相違が出てくることは想定されていると考えられる。

となると、焦点は、やはり医師の所見の医学的妥当性いかに絞られてくる。そして、単に医学的妥当性といっても、産業医学的妥当性と臨床医学的妥当性とでは異なることが多いであろう。判例事案でも、産業医と主治医の診断に相違が生じたケースは多く、現実的にもこのようなことは日常茶飯事と考えられる。

後述するように、健康保険法上の傷病手当（同法99条）の支給要件となる労務不能の判断に際しては、産業医の判断を尊重すべきとする通達がある（昭和8年2月18日保規第35号<但し、当時は工場医と呼んでいた>）。したがって、手当の支給停止にかかる労務可能の判断に際しても、同様の解釈が可能と思われる。また、労働安全衛生規則61条は、病者の就業禁止に際して、事業者が産業医の意見を聴取することを義務づけている。しかし、産業医が事業者の履行補助者と位置づけられる現行法制度の下では、実質的に企業の医学的代弁者となる可能性を否定できず、彼が予防医学の専門家である以上、その臨床医学水準についても疑義が挟まれる余地がないとはいえない。そのこととの関係の有無は定かではないが、傷病手当の打ち切りの前提となる復職可否の判断に際しても、実際の運用上、医師の診断をいずれかに求めるよう促したり、いずれかの診断を特に重視する取扱いとはなっていないようである。

従って、事業者としては、就業規則等で復職条件を規定する場合にも、それらを運用する場合にも、休職措置の理由が解消した場合には、復帰直後の脆弱性等を考慮しつつも、職務限定契約の場合には原職に、非限定契約の場合には配置可能な職種に復帰させるべき原則を踏まえつつ、医学的な妥当性が担保される判断が行われるような措置を講じなければならない。むろん、この理は使用者の人事面での裁量を全否定する趣旨ではないが、これを行政裁量に喩えれば、効果裁量ではなく、限定的な要件裁量にとどまると解することが、判例の趣旨に沿うといえよう。すなわち、休職に至る事情、能力、経験、地位、使用者の規模や業種、その社員の配置や異動の実情、難易等に関する使用者の判断は認められるが、それ自体、事後的に司法審査に付され得るものとして、客観性を有する必要がある、また、それらが認められる以上、復帰を認める義務が発生することになる。

なお、この点に関連して実務上問題となることの1つに、休職者が従前の労働の何割をこなせるようになったら復職を認めるべきか、という点がある。これに最も直截な示唆を与えたのが、2.1.2.1で掲げた北産機構事件札幌地判であり、同判決は、被告企業にその余裕がない、または復職者が月に1、2度の通院をすることで業務遂行に支障が生じる、などの事情がない限り、「直ちに一〇〇パーセント

の稼働ができなくとも、職務に従事しながら、二、三か月程度の期間を見ることによって完全に復職することが可能」な状態となったのであれば、少なくとも休職期間満了による解雇は無効となる、と述べている。従って、復職判定は、休職前の労働の何割をこなせるかではなく、2、3か月程度の軽減業務によって従前の労働をこなせるようになるかを、当該企業の事情や復職希望者の職務に照らしてなすべきことになる。但し、判示のニュアンスからすれば、従前の労働の6、7割はこなせるようになっている必要があるとも考えられる。

また、ここでいう従前の労働に所定（：契約上の原則）外労働を含めるべきか、について明言した判例は見あたらないが、2.1.2.2で前掲したコントラ事件では、1、2審共に使用者の責に帰すべき不就業期間について、残業手当の遡及払いの義務を認めていない。このように、所定外労働はあくまで例外が原則であることからすれば、就業規則等で所定外労働応諾義務が定められ、従前、そのような運用がなされてきた慣行がある等の例外的事情がない限り含めないと解するのが妥当であろう。所定外労働が、労働基準法第36条第1項の協定で定める労働時間の延長の限度等に関する基準（平成10年12月28日号外労働省告示第154号）3条に定める特別協定等により、同基準の一般基準を上回る場合等にはなおさらといえる。

加えて、変形労働時間制や裁量労働制など、一定期間に長時間労働を許容する制度の適用者、労基法41条所定の適用除外制度の対象者等であって、従前の労働の基準が相当程度高い者については、軽減業務に就労させる期間を若干長めに設定するなどの配慮が必要となる。

### 2.3 復職条件充足の立証責任の所在

前述したように、現在のところ、多くの企業では、復職希望者からの主治医の診断書を添えた復職の申し出を受け、それを以て復職の可否を判断するか、大企業であれば、復職判定会を設置するなどして、産業医、直属の上司、人事部門等のメンバーで慎重に協議したうえで復職の可否を判断するなどの運用を行っているものと思われる。

従って、人事実務上、復職条件充足の立証責任が問題となることは殆どないと察せられるが、司法実務上は、この点も論点の一つとなることがある。

この点については、2006年10月に開催された日本労働法学会第112回大会で、岩出誠弁護士と川口美貴教授の間で交わされた論争が、講学上の論争としては最初のものと思われる\*7。

岩出弁護士の立論は、私傷病休職制度をあくまで解雇の猶予措置と捉え、かかる休職措置は、始期付・解除条件付の解雇の意思表示であるとする。従って、要件事

実論としては、労働者側で当該解除条件の成就につき再抗弁すべきこととなる、というものである。

対する川口教授の立論は、私傷病休職制度は解雇の猶予措置とは限らないとして、かかる休職措置は、停止条件付の解雇の意思表示であるとする。従って、要件事実論においては、使用者側で停止条件の成就につき主張立証すべきこととなる、という。

そして、岩出弁護士は、自らの立論を裏付ける判例として、片山組事件・東京高判平成7年3月16日労働判例684号92頁と、その他2つの判例（横浜市学校保健会（歯科衛生士解雇）事件・東京高判平成17年1月19日労働判例890号58頁、B学園事件・大阪地決平成17年4月8日）を挙げる。

うち片山組事件東京高判は、次のように述べる。すなわち、「使用者が、私病にり患した労働者の提供する労務を当該雇用契約上の債務の本旨に従ったものではないとして、その受領を適法に拒絶した場合においては、その後、右労働者が、当該私病が治癒又は軽快し、右債務の本旨に従った労務の提供ができる状況になったことを使用者に明らかにし、その受領を催告しない限り、右雇用契約に基づく賃金債権等を取得する余地はないというべきであり、使用者において自ら進んで、当該労働者の私病につき医学的調査をして、就労することができるような状況になったかどうか等を検討し、かかる状況になったときには、就労を命ずるべきであるとの義務を信義則上も負うとはいえない」、と。しかし、岩出弁護士自身が認めているように、この判示は、前掲した片山組事件最判において破棄されている。

また、岩出弁護士の挙示するその他2つの判例も、かような場合における一般的な立証責任原則を直接的に述べたものではなく、根拠薄弱といわざるを得ない。

他方、片山組事件最判は、この論点について明言していないが、少なくとも前掲の判示部分を含め、2審判決を破棄したことに間違いはない。また、2.1.2.1で前掲した北産機構事件札幌地判は、「客観的には復職可能な程度に傷病が回復していたにもかかわらず、会社が資料が不十分なために復職が不可能と判断して当該従業員を退職扱いにした場合には、当該従業員の退職の要件を欠いており、退職が無効になる、と解すべきである」、と明言している。

そして、わが国の企業における休職措置は、一般に解雇の意思表示を伴うと解し得るものではなく、だからこそ解雇にかかる種々の規制（労働契約法16条、労働基準法19～23条、89条1項3号、109条など）の対象とされていないこと、とりわけメンタルヘルス休職者の場合、障害の種類や疾病り患の理由等にもよるが、通常は一定期間、適切な休養、メンタルケアも含めた療養等がなされれば回復することも多いこと等に照らせば、やはり川口説に理があると解される。

なお、以上の論旨はあくまで私傷病に関するものであり、B学園事件大阪地決

が業務外疾病を前提に、一応の疎明責任を労働者側に課したことに照らしても、業務上疾病については、復職条件にかかる主張立証責任は当然に使用者側に存すると解される。

但し、たとえ以上のように解しても、使用者側が主張立証すべき条件は復職条件の非充足であり、その情報は労働者ないし同人の主治医等に存するのが通例である。そして、使用者側は、復職判定ないしそれに先立つ休職措置に際してかかる情報の提供を労働者側に求めるのも通例であり、かかる情報が、その後の経過観察や変調への対応、職務割当、配置、転勤等の人事措置に際して参考とされることはむしろ望ましいこと、企業には、必要な措置を怠れば安全配慮義務等の責任を負担するリスクがあることなどからも、そのこと自体否定さるべきことではない\*8。厚生労働省の公示した通称メンタルヘルズ指針（正式名称：労働者の心の健康の保持増進のための指針<平成18年3月31日>）でも、職場復帰支援に際しては、「労働者の個人情報保護に十分留意しながら、事業場内産業保健スタッフ等を中心に労働者、管理監督者がお互いに十分な理解と協力を行うとともに、労働者の主治医との連携を図りつつ取り組むこと」が定められている。また、いざ司法審査となれば、かかる情報を記した文書は、その存在が明らかとなる限り、文書送付嘱託（民事訴訟法226条）、文書提出命令（同221条）等を通じて審理に供されることとなる。

そして何より、長期に及ぶ休職期間の満了後、使用者が診断書の提出を求めたり、主治医への意見聴取につき本人の同意を求めるなどして、虚心坦懐に本人の健康情報を得ようとすることは、「労使間における信義ないし公平の観念に照らし」、「合理的かつ相当な措置である」、とする判例がある（大建工業事件・大阪地決平成15年4月16日労働判例849号35頁）。

従って、以上はやはり法講学上の議論といえなくもない。

## 2.4 本人の希望をどこまでしんしゃくすべきか

精神障害患者に限らず、疾病休職者の職場復帰に際して本人の意思を尊重すべきことは言うまでもない。しかし、特に精神障害については、「本人の意思」を真正なものとするため、以下のような点に留意する必要がある。

まず、周知のごとく、うつ病を典型とする精神障害は、快復等にある程度の期間を要することが多く、そもそも症例の特質や原因に応じた適切な治療法に遭遇しないと快復等が難しい場合もある。また、目に見えにくい障害であるため、周囲の理解や共感を得にくく、り患者の心が安らぐような良好な療養環境を得にくいなど、快復等を妨げる社会的条件が作用することもある。このようなことから、休職者の中には、休職期間中、「このまま容態が改善せず、退職ないし解雇に追い込まれるのではないか」、少なくとも、「休職が長びけば、キャリアに取り返しのつかない

悪影響が及ぶのではないか、職場に迷惑をかけるのではないか」など、様々な不安を抱え、戦々恐々とした日々を過ごす者も多い\*9。これらの事情に精神障害による視野狭窄などが作用して、たとえ十分な改善が見られない状態でも、自ら復職を焦ったり、そうでなくとも、上司等から復職を勧められたり、その可能性を示唆されれば、否応なく応じる者も多いと察せられる\*10。

また、多くの過労死・過労自殺裁判例で指摘されるように、うつなどの精神障害にり患する者の中には、そもそもメランコリー親和型性格などと呼ばれる病前性格を持つ者が多い。これは要するに、過剰な真面目さ、執着性、プライドの高さ、繊細さなどの言葉で形容することもできよう\*11。すると、一方では自身の障害に苦しみつつ、他方では自身の障害を認めたくない、という矛盾した心理状態に陥ることも多いと察せられる。場面は異なるが、うつ病患者が自殺直前まで「やせ我慢」をしていたことを指摘する判示として、三洋電機サービス事件2審（東京高判平成14年7月23日労働判例852号73頁）の次の説示が挙げられる。いわく、被災者は、自殺直前の約4か月間は状態が安定していたかに見えるが、事情に照らせば、「この間、被災者は理性的な行動を保ち外見上問題のない勤務態度をとるため自己統制のための非常な努力をしていたものと推測でき」る、と。かような性格傾向から、無理をして復職に走る例も少なくないであろう。

さらに、富士電機E&C事件（名古屋地判平成18年1月18日労働判例918号65頁）に顕著なように、たとえ裁判所が「本人の同意」と評していても、実際には使用者による圧力が働いているような場合もある（この事件では、復職自体は、上司の薦めに応じた本人の希望と認められるものの、復職後の転勤は、会社から現職場に残る余地のない二者択一を迫られてなした選択であり、これを同意とした地裁の判断には疑問が残る）。そして、例えばうつ病患者などの場合、心理的安定性を欠き、自身の意思の所在が分かり難くなり、他者の意見に流され易くなったりすることもあるから\*12、かような圧力は健常者に対する場合よりもはるかに強く作用することになる。

このように、うつ病など、職場内外のストレス要因などを原因として健常者でも容易にり患し得る精神障害は、そのり患者を意思無能力、行為無能力状態に陥らせるとまでは俄に言えなくても、り患者の視野を狭め、不安に陥れ、正常な判断能力を低下させる\*13。したがって、法的にも復職後の職務定着を図るためにも、使用者には、本人の意思確認と並行して、客観的な医学情報その他関係情報の収集が求められよう。

## 2.5 経過勤務中の雇用関係

現在、精神障害等へのり患による休職者が職務に復職する際、同人を、一般にり

ハビリ勤務と称される特殊勤務形態(経過勤務)へ従事させる制度を有する企業が、大企業を中心に増えてきている。しかし、そのような勤務形態についての精緻な法的分析、検討は未だなされておらず、一部には違法性が疑われるものを含め、実務が先行しているのが現状と思われる。

そこで以下では、労政時報誌に掲載されたモデル事例を参考に、この点にかかる法的な分析、検討を試みる。

### 2.5.1 モデル事例

労政時報(労務行政社)3702号3頁以下には、本来の就業に至るまでの経過勤務のモデル事例として、計4社の制度ないしその運用が紹介されている。これらを基礎に、さらに想定されるモデル事例を加え、分類すると、以下の5種類となる。

<1>慣らし勤務：復職認定をしたうえで通常勤務前に短時間勤務等の軽減勤務を行わせる形態(例：東芝)

<2>試し作業：復職認定する前に復職の可否を判定するために職務以外の作業に従事させ、復職認定後は原則として通常勤務に従事させる形態(例：西部ガス)

<3>試し作業：復職認定する前に復職の可否を判定するために職務以外の作業に従事させ、復職認定後も短時間勤務等の軽減勤務を行わせる形態

<4>試し勤務：復職認定する前に復職の可否を判定するために職務自体(軽減勤務ないし通常勤務)に従事させ、復職認定後は原則として通常勤務に従事させる形態

<5>試し勤務：復職認定する前に復職の可否を判定するために職務自体に従事させ、復職認定後も短時間勤務等の軽減勤務を行わせる形態(例：旭化成、大日本印刷)

### 2.5.2 モデル事例の具体的内容

前項で挙げたモデル事例のうち、労政時報誌に掲載された4企業の制度内容を記す(以下、労政時報3702号4~5、6~52頁より抜粋)。

#### <旭化成>(タイプ<5>)

・制度導入の趣旨：病気の回復に合わせた柔軟な勤務設計、軽減勤務をした場合の経済的支援。

・休職期間：原則1年6カ月(復職後6カ月以内に再発した場合は、前後の休職

期間を通算する)。なお、所定休職期間満了時に復職できない場合は退職となる。

- ・休職期間中の所得保障：健康保険の傷病手当金（標準報酬月額75%）、福祉共済会の休業療養費補助（同20%）をあわせ、標準報酬月額の95%を保障（1年6カ月を超えた後は、会社と福祉共済会より合わせて85%を保障）。賞与は、全期間を通じ、査定分を除いた分の70%を支給。

- ・経過勤務制度の導入時期：2003年。名称は、「リハビリ勤務」制度。

- ・経過期間：欠勤・休職期間内であればいつでも利用可能で、その範囲内であれば期間制限なし。

- ・経過期間中の取扱い：長期欠勤および休職中の取扱いに準じる。職務自体に従事させ、就労分に応じた賃金を支給する。上記の通り、欠勤・休職期間中は、社会保険給付、その他の制度的給付により、1年6カ月まで基準月額（本給＋勤務地にかかる手当、居住にかかる手当、燃料にかかる手当、配置部署にかかる手当等）の95%、それ以降は同85%を保障されている。ここで経過勤務が行われた場合、1年6カ月までは、基準月額の85%、その後は基準月額の75%が労務対償性を持つ賃金として支払われ、そのそれぞれに福祉共済会給付金（同10%）が加算され、結果的に欠勤・休職期間内と同額の金員が支給されるようになっている。但し、休職期間のカウントは継続する。

- ・経過勤務への移行の判断：労働者から提出される就業可否伺書を踏まえ、産業医が問診し、経過勤務が必要と判断した場合、産業医、上司、人事の3者間で協議し、部長または工場長（：部場長）が可否を決定する。認定要件は、本人が完全な復職（経過勤務）を希望していること、主治医が、職場復帰可能と診断していること（必要に応じて診断書提出を求めるが、診断書の書式等は任意）、産業医が、職場復帰に際して、短時間勤務や隔日勤務などの勤務制限が必要と判断していること、部場長が、経過勤務制度の適用を認めていること、の4点。

- ・通常勤務への移行の判断：経過勤務中、1か月おき程度で問診を行い、それを踏まえて、産業医、上司、人事の3者間で協議し、完全復職の可否等を判断する。

- ・経過勤務中の就業場所：原則として休職前の所属部署。但し、職場不適應がメンタルヘルス不全の原因と考えられる場合、通勤の便宜を図る必要がある場合などには、適宜調整を図る。

- ・特記事項：この会社の経過勤務制度は、環境安全部門と人事部門が共働して主導する企業全体のレスポンスブル・ケア活動の一環に位置づけられており、基本的に各事業所の自主性を尊重する運用がなされている。中には独自にEAP（従業員支援プログラム）組織を設置し、外部の臨床心理士による定期的なカウンセリングを実施している事業所もある。なお、東京地区に精神科産業医が1名雇用されている。

全従業員数2万4000人弱のところ、年間平均30名程度の制度利用者があり、復職に至らず退職扱いとなったケースは稀である。しかし、経過勤務中は、上司からのきめ細やかな指示や配慮がないと、自身の判断で急激に多くの仕事をしてしまい、再度悪化してしまう例もある、という。

心の健康調査のため、社会経済生産性本部メンタル・ヘルス研究所の作成したJMI (Japan Mental Health Inventory) を用い、個人(労働者と家族)と組織の双方にかかる調査を継続的に実施している。

#### <大日本印刷> (タイプ<5>)

- ・制度導入の趣旨：職場復帰へのソフトランディングを図ること。
- ・休職期間：1年6カ月(復職後3カ月以内に再発した場合は、前後の休職期間を通算する)。休職期間前に6か月間まで欠勤期間が認められる。なお、所定休職期間満了時に復職できない場合は退職となる。
- ・休職期間中の所得保障：欠勤、休職期間共に、健保の傷病手当金のほか、傷病見舞金、疾病扶助料、賞与支給時見舞金等を支給。所定賃金に対する割合は不明。
- ・経過勤務制度の導入時期：2004年。名称は、「リハビリ休職制度」。
- ・経過期間：1回あたり最長2カ月間。
- ・経過期間中の取扱い：出勤扱いとし、一定割合の賃金を支給するが、休職期間が継続する。所定賃金に対する割合、欠勤、休職期間中の所得保障との関係も不明だが、「一定割合」の「賃金」を支給するとされていることからすると、欠勤、休職期間中の社会保険給付その他の制度的給付の支給は原則として停止され、就労分に応じた労務対償的な賃金に加え、生活保障的な趣旨を持つなんらかの補助的手当などの支給がなされているものと推察される。
- ・経過勤務への移行の判断：主治医の診断書を基に、産業医、総務部門、職場上長の3者が本人と面談して決定する。判断基準は、復職意欲が充分にあること、独力で安全な通勤ができること、所定労働日に所定時間の勤務が可能であること、所定の職務遂行が可能であること、生活・睡眠のリズムが整っていること、の4点。これらの基準に照らし、十全とはいえないが、経過勤務を経れば通常勤務への復帰が可能と考えられる場合、産業医、総務部門、職場上長、本人の4者が協議して、その可否、及びその勤務条件等を決定する。
- ・通常勤務への移行の判断：所定期間にわたる経過勤務の後、3者が本人と面談し、改めて前述の基準に照らした判断を行い、総務部長の最終決定を経てなされる。
- ・経過勤務中の就業場所：原則として休職前の所属部署。
- ・特記事項：この会社では、基本的には、1次予防(ストレス要因の排除やそれへの適切な対処)、2次予防(不調の早期発見、早期治療)に力を入れて来ている。

その実現のため、医師による診療、臨床心理士によるカウンセリング、外部専門機関による24時間電話相談等の体制整備を図って来た。また、メンタルヘルス問題専門の事務局を開設しているほか、東京と大阪にメンタルヘルス専門の産業医を配置し、職場復帰（3次予防：発症した疾患の再発防止）に際しては、その産業医の指導の下で、本人の主治医、各事業部門の総務部、健康保険組合の運営する診療所の医療スタッフ、外部専門機関等の連携関係の構築を図る、などの取り組みを行っている。

こうした取り組みには相当程度の経済的支出を要したが、メンタルヘルス問題についての事業者の理解があったため可能となった、という。

### <西部ガス>（タイプ<2>）

- ・制度導入の趣旨：メンタルヘルス不調者増加への対応の一環として、「あくまで本人の希望により、本人が会社に就業時間中いることに耐えられるかを試す場」として導入された。

- ・休職期間：2年（復職後1年以内に同一の疾病等が再発した場合は休職期間を通算。1年間再発しなかった場合も、休職期間の合計が5年に達すると退職となる）。なお、休職とは別に欠勤が100日まで認められる。

- ・休職期間中の所得保障：1年6カ月間まで、健保の傷病手当金（標準報酬月額6割）と共済会からの加算がある。両者を合わせた金額は、休職当初は休業直前の100%で、その後一定期間ごとに80%まで逡減する。

- ・経過勤務制度の導入時期：2004年。名称は、「リハビリ入社」制度。

- ・経過期間：明確な定めはないが、2週間から1カ月程度。

- ・経過期間中の取扱い：職場に出社するものの出勤扱いとはせず、会社側から一切指示は出さない。本人が自発的に仕事の「振り返り」をしたり、本を読んだりして過ごす。この期間も休業期間のカウントは継続し、労災や通災の適用対象とはならないものと捉えている。制度の就業規則への規定も行っていない。

- ・経過勤務への移行の判断：この段階で医学的判断などは介入させず、あくまで本人の希望によっているものと解される\*14。

- ・通常勤務への移行の判断：主治医の意見書（会社所定の書式「職場復帰に関する意見書」への記入を求められる）を踏まえ、産業医・保健師が本人と面談し、病状が回復していると認められれば、産業医、担当保健師、所属長、関係人事労務スタッフから成る「復帰・復職判定会」で検討を行い、最終的な決定は、復職後の労働条件に関する所属長の意見を尊重しつつ、医学知識のある産業医が行う。考慮要素は、職場復帰の意思、業務遂行に影響を及ぼす症状や薬の副作用の有無、復帰後も通院可能であること、睡眠、食事に問題がないこと、生活のリズムが

病前の入社時と同じで安定していること、職場の上司・同僚との関係や仕事に対して前向きな姿勢を持っていること、の6点。

- ・経過勤務中の就業場所：原則として休職前の所属部署。

- ・特記事項：上記の主治医へ向けた会社所定の書式「職場復帰に関する意見書」には、復職の可否は会社が判断する旨を明記し、本人や家族に誤解が生じないようにしている、という。

なお、この会社では、2004年には、傷病による休業者への対応にかかる統一的な社内ルールを策定し、1か月以上の長期休業者の職場復帰につき、復帰・復職判定会で判定する取扱いとし、本人と上司だけの判断で復帰させる従前の取扱いを正すと共に、リハビリ入社制度を導入した。その後、2005年に、メンタルヘルス不調者への対応に戸惑いがちな管理監督者向けの長期休業者対応マニュアルが策定された。

メンタルヘルス対策の推進は、本社人事労政部人事サービス室が担い、本社以外で不調者が生じた場合、その地区の労務（総務）担当者が対応する仕組みとなっている。2004年より嘱託産業医として精神科医師と契約を締結しているが、産業保健に詳しい精神科医が少なく、適任者を探すのに難渋した、という。

全従業員数1600人強のところ、メンタルヘルス不全による休職者は年平均10～15人程度。

### <東芝> (タイプ<1>)

- ・制度導入の趣旨：下記の通り、この会社では経過勤務制度を導入していないが、包括的な職場復帰プログラムを導入している。その導入の趣旨は、メンタルヘルス休職者の職場復帰に際しての判断基準や対応をグループ内で標準化することで、人材や環境に左右されることなく、円滑な復帰を可能ならしめることにあった、という。

- ・休職期間：勤務期間に応じて逡増。勤続3年未満の場合原則14カ月、勤続3年以上20年未満の場合原則14カ月以上34カ月未満、勤続20年以上の場合原則34カ月（復職後6カ月以内に再発した場合は、欠勤・休職期間を通算する）。なお、休職期間とは別に、欠勤が6カ月間まで認められる。

- ・休職期間中の所得保障：1年6カ月間まで、健保の傷病手当金と傷病手当付加金を合わせて標準報酬日額の8割を支給する。その後さらに1年6か月間、当初80%、その後6か月ごとに40%まで逡減する延長傷病手当付加金を支給する。

- ・経過勤務制度の導入時期：2003年。名称は「メンタルヘルス不調者の職場復帰プログラム」。

- ・経過期間：概ね3～6カ月間。

・経過期間中の取扱い：この会社の制度は、他社の経過勤務制度とは異なり、1日最大2時間までの勤務時間の短縮制度を活用するにとどめている。その理由には、休職者の疾病の再発リスクの回避のほか、経過勤務期間中の賃金、労災・通災等にかかる法的問題等を回避する意図もある、という\*15。

・経過勤務への移行の判断：この会社では、経過勤務も勤務時間の短縮にとどまるので、以下の通常勤務への移行の判断とほぼ重なることとなる。

・通常勤務への移行の判断：復職希望者から提出された主治医の診断書を踏まえ、復帰2週間前までに、上司、産業医（および保健師）、必要に応じて人事担当者が本人と第1次面談を行い、本人の職場復帰意思や体調、職場の受け入れ体制などの情報を総合考慮して、職場復帰の可否および就業制限の必要性等につき判断する。この際、本人の同意を得て、会社所定の書式に、病歴、治療経過、現在の病状、再発のリスクなどにつき、主治医の記載を求め、これらの情報を把握する。産業医は、これらの方法を通じ、復職希望者の臨床症状のみならず、睡眠の状態、中間の生活状況、就業に必要な機能などの情報を把握する。以上の一時面談のプロセスを経て、上司または/および人事担当者、産業医で、復帰日、復帰場所、就業制限、業務上の配慮事項等に関する職場復帰プランを作成する。その後、復帰1週間前までに第2次面談を行い、生活リズムが安定していることの確認、復帰プランの確認と修正などを行ったうえで、上司または/および人事担当者、産業医が、復職の最終決定を行う。この際、情報提供を受けた主治医に対し、会社側からの情報提供を行うことで、協力・連携関係を強化する。

・経過期間中の就業場所：不明だが、原則として休職前の所属部署であると考えられる。

### 2.5.3 論点の抽出と法的考察

以上に示したモデル事例を念頭に、以下、特に問題となり得る論点を抽出し、法的考察を行う。

#### 2.5.3.1 労働者性と賃金

##### 2.5.3.1.1 賃金を減額する場合

従前の雇用契約関係を維持したまま賃金のみを減額する場合

[労働者性]

労働者性とは、ある就労者が労働基準法、労働組合法などの法規に定める労働者に該当し、それらの保護を受ける対象となることを示す法概念であるが、経過勤務との関係で特に問題となるのは、労働基準法上の労働者性である（本年3月に施行された労働契約法（平成19年法律第128号）上の労働者性（2条1項）もこれ

と同様に判断される（労働契約法の施行について（平成20年1月23日付け基発0123004号）第2・2（2）イ））。

この点に関する明文規定は労基法9条にあるが、ここからは、その主な判断基準が「使用」性（使用者の指揮命令を受けて働いていること）と賃金性（労働の対償として報酬を得ていること）であることまでは分かるものの\*16、個々の事案に適した具体的判断はし難いので、司法、行政等による具体的な法解釈がなされてきた。

1985年、労働省の労働基準法研究会が、それまでの学説や裁判例の傾向などを踏まえた報告書（労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向性』（日本労働協会、1986年）52頁以下等に掲載）を公表した。ここでは、指揮監督下の労働に関する判断基準として、仕事の依頼等への諾否の自由の有無（下記に類するもの）、業務遂行上の指揮監督関係の有無（下記に類するもの）、勤務時間・勤務場所の拘束性の有無（下記に類するもの）、他人による代替性の有無（下記に類するもの）、賃金性に関する判断基準として、報酬の労務対償性（下記に類するもの）、これらのみでは労働者性の判断が困難な場合、事業者性の有無（下記に類するもの）、専属性の程度（下記に類するもの）、公租公課の負担（下記に類するもの）を判断の補強要素とし、これらの諸要素を勘案して、総合的に労働者性を判断する必要性があると提言した。

他方、この点に関する判例は数多くあるが、比較的最近の主要な判例として、新宿労基署長（映画撮影技師）事件・東京高判平14年7月11日労働判例832号13頁を挙げることができる。同判決は、業務遂行について裁量性の高い映画撮影技師への労災保険法の適用が問題となった事案について、労災保険法上の労働者と労基法上の労働者が同一であることを指摘したうえ、以下のように述べている。

すなわち、ある者が労基法上の「『労働者』」に当たるか否かは、雇用、請負等の法形式にかかわらず、その実態が使用従属関係の下における労務の提供と評価するにふさわしいものであるかどうかによって判断すべきもの」である。そして、実際の指揮従属関係の有無は、以下のような要素を総合的に考慮して決定するのが相当である、と。

業務遂行上の指揮監督関係の存否・内容

支払われる報酬の性格・額

使用者とされる者と労働者とされる者との間の具体的な仕事の依頼、業務

指示等に対する諾否の自由の有無

時間的及び場所的拘束性の有無・程度

労務提供の代替性の有無

業務用機材等機械・器具の負担関係

専属性の程度

使用者の服務規律の適用の有無

公租などの公的負担関係

その他諸般の事情

かかる基準に照らし、改めて経過勤務についてみると、まず、従前の雇用契約関係を維持したまま賃金のみを減額する場合、従前の雇用契約関係を維持している点からしても、就労の実態としても、これらの基準から外れることは考え難いので、労基法上の労働者性が認められることに疑いはない。

[賃金]

他方、賃金処遇については、一筋縄ではいかない。通常、無期限雇用労働者の賃金の計算方法や支給金額は、労働協約、就業規則、または個別の労働契約（以下、就業規則等という）において定められており、特に生活給的性格を強く持つ基本給部分については、各労働者の従前のキャリアを反映した職能資格等級、いわば社内的な資格等に応じ、一定額の保障があるのが通例である。基本給部分に限らず、労働者に支給される所定の金額のうち、交通費などを除いた労働の対価として支払われる部分、すなわち所定賃金は、年4回未満の賞与を除き、手当を含め、健康保険法、厚生年金保険法上の標準報酬月額計算の基礎となることなどもあり、通常、それほど大きな上下動をさせない取扱いとなっていると考えられる。

そこで、経過勤務中、短時間労働により業務の軽減が図られているような場合の取扱いが問題となる。就業規則等で予めこのような制度の適用中の減額支給を規定しているのであれば、職務と直接連動していない部分（年功給、生活手当など）の減額や、生活に支障を来すほどの著しい減額にわたらない限り問題はない。しかし、就業規則等にそのような定めのない場合、かかる規則等の（法的）拘束力のほか、先述した所定賃金性格からも、原則的には、従前と同じ所定賃金を支払うべきこととなる。

ただし、就業規則等には、欠勤控除について定められているのが通常であり、かかる規定を不合理とする理由は考えにくいから、短縮時間に応じた減額支給を行うことは可能であろう。他方、欠勤控除が就業規則等に明文化されていない場合の取扱いはその客観的解釈によることとなる。すなわち、そもそも労基法上の労働者とは、「事業に使用され」ることの対価として、「賃金を支払われる」者であり、

欠勤控除や超勤手当等が支払われることも労働者性の判断要素とする判例がある（大塚印刷所事件・東京地判昭和48年2月6日労働判例179号74頁）。したがって、原理的にノーワークノーペイの原則が妥当だが（その他、解雇にかかる事案ではあるが、欠勤控除を正当化する最近の判例として、駿々堂事件・大阪高判平成10年7月22日労働判例748号98頁などがある）、完全月給制（：労働時間との対応関係を切断する月給保障制）が採られている場合には控除できないし、基本給の中の生活給的部分、生活手当など、労働者としての地位に対応する部分、少なくとも労働自体との対償性をもたない部分があれば、その部分について控除することはできない。

他方、労働時間は従前のままで、業務内容の軽減が計られる場合はどうか。まず、民法415条に照らせば、労働者が所定の業務をこなせていないのであれば、それは債務の本旨に従った労務の提供ができていない、すなわち不完全履行ともいえ、所定の業務との関係で軽減されている分だけ減額支給がなされても違法とはいえない（2.1.2で前掲した片山組事件最判は、「債務の本旨に従った履行」を幅広く解釈しているが、あくまで履行の提供の有無との関係での判断にとどまるとも解し得る）。これは、就業規則等でそのような減額支給が定められない場合であっても同様と解されるが、逆に、積極的に減額支給を予定しない定めとなっている場合には、かかる就業規則規定の効力が優先すると考えられる。

但し、いずれの場合にも、退職者や経過勤務中の者（ないしその家族）の生活を脅かすまでの減額を行うことは妥当ではない。それは、労働基準法が、賃金の毎月1回以上一定期日払原則、全額払原則等を定め、出来高払制の下での一定額の保障義務の定めなど、一定額の賃金が労働者の生活保障にとって不可欠であるとの認識に基づいた定めを置いていること、従って、使用者の支払う賃金が、実質的には労働者としての地位に対するものとして、単純に労働対償的な決定方法が採られておらず\*17、部分的には社会保障的な性格を有している面があることから、裏付けられよう。

また、ほんらい使用者による人事権の行使として許される降職措置についてさえ、労働者の能力欠如についての帰責性の有無が要素として問われるのであるから（東京厚生会大森記念病院事件・東京地判平成9年11月18日労働判例728号36頁）、当初に論じた業務上外の区分に応じた取扱いの区分は設けられて然るべきと考えられる。

なお、労働者の精神障害り患に基づく降格減給処分等については、別稿を期す予定である。

従前の無期限の雇用契約（：本契約）とは別に新たな有期の雇用契約（：別契

約)を締結し、本契約の所定賃金額より低い賃金額を支給する場合

[労働者性]

この場合にも、休職状態ながら本契約が維持され、別契約も雇用契約であって、就労の実態も雇用と認められる場合、労基法上の労働者性を否定すべき理由はない。なお、従来の判例法理上、仮に別契約が形式上雇用契約とされていない場合にも、就労の実態が雇用と認められる場合には、雇用契約とみなされることになる。

但し、休職制度は、通常、その期間の賃金、労働能力の維持・向上、職場への社会参加等における不利益を甘受しても、あえてそれを必要とする者に適用されるものであり、特にメンタルヘルス不調による制度利用者の場合、制度趣旨からしても、原則的に就労を行わせるべきではないと解される。それを押して就労させる場合には、負担が極力かからないような配慮の下で就労できる制度設計がなされ、それらが就業規則等に具体的に規定される必要があるといえよう。

[賃金]

別契約が締結される以上、契約の内容形成は当事者の自由に委ねられるのが原則であるから、最低賃金法などの強行法規のほか、労働協約を含め、既存の自主的規制(就業規則等)に反しない限り、賃金の額や支払方法などは、当事者自治に委ねられることになる。

ただし、既存の雇用契約がある者との関係で、その締結を拒めば事実上復職が困難となるという威嚇の下に、賃金額を減額する等の目的で、通常は交渉の余地なく附合契約として別契約の締結を迫る、というのは、脱法的な手段といわざるを得ない。従って、本来は、就業規則の改定により、本契約の中で、経過勤務に対応した労働条件規定の整備を行うべきであろう。

また、かかる別契約の一般化に対応する将来的課題としては、その適正化のため、別途立法措置が必要と考えられる。

### 2.5.3.1.2 ボランティアとして扱う場合

[労働者性]

この場合の労働者性の判断は、前項 に記した労働者性の判断基準に照らし、厳格に行うべきこととなる。うち、新宿労基署長事件・東京高判の判断要素にの照らせば、以下のように言える。

業務遂行上の指揮監督関係の存否・内容

この点では、十分な注意を払っている企業が多いであろうが、労働者が労働者として法的に保護される所以の一つは、企業の組織体制に組み込まれ、自身の意のままに行動できなくなることにある。従って、上司の具体的指示に基づいて作業を行うような分かり易い形態でなくても、会社に来て、一定の課題を与えられれば、実

際上指揮監督を受けたのと同じように作業を行わざるを得なくなることは十分に考えられる。そして、指揮命令（監督）関係労働者性の判断は、実態に照らし、総合的に行われるのであるから、実態のあり様によっては、黙示の指揮命令関係が類推される場合もあると考えられる。

筆者自身、実態を観察したことはないが、現実問題として、使用者ないし産業医と主治医が相談して、または企業側のイニシアティブにより経過勤務中の作業計画などが練られ、それに基づいた就労が行われる場合、黙示の指揮命令関係がより推認され易くなると考えられる。

#### 支払われる報酬の性格・額

ボランティアであれば、無給が原則であるから、通常、この点では問題は生じ難い。ただし、経過勤務中でも労働者としての地位に対応する所得保障がなされる場合、それらが実質的に労働との対償性を持たないような整理がされている必要がある。

使用者とされる者と労働者とされる者との間の具体的な仕事の依頼、業務指示等に対する諾否の自由の有無

この点の判断には、と重複する面がある。いずれにせよ、そもそも使用者と雇用関係下にある労働者が、職場にやって来て、全く自由な行動をとることは困難である。その制約が、事業者の施設管理権に基づく企業秩序定立、維持の権限に基づくものであれば、合理性があるといえよう。しかし、特に日本のチームワーク重視の労働慣行を考えれば、「隣のデスクの電話が鳴っても取る」者こそが職場の一員、と考えられるのが実態であろう。従って、経過勤務中、職場の一員となるならば、上司の暗黙の要求や周囲に合わせた作業を行うこととなろうし、逆に職場の一員とならないなら、疎まれるだけだから、却って出社が憚られる、ということになるのではなかろうか。

してみると、この判断要素も形式的に判断するわけにはいかない。上記のような構造的な矛盾がある中で、作業者がどのような実態に置かれているか、を実質的観点から精査する必要があると考えられる。

#### 時間的及び場所的拘束性の有無・程度

経過期間中のボランティア作業といえども、一定の計画に沿ってなされる限り、このような意味での拘束性は働くのが通常であろう。なお、形式的に帰宅が自由とされている場合にも、作業状況が一定の監視を受け、所定の作業をこなしていなければ復職が認められない、という条件下に置かれる場合には、実質的に拘束性があると考えざるを得ない。

#### 労務提供の代替性の有無

経過勤務中のボランティア作業であっても、否、経過勤務中であればこそ、代わ

りの者に作業させることが認められるはずはない。したがって、代替性は無いことが原則と考えられる。

#### 業務用機材等機械・器具の負担関係

経過勤務者も、事業所の施設、設備等を使用して作業を行うことが殆どであろう。

#### 専属性の程度

経過勤務中だからといって、他者（他社）で就労することが認められるはずはなく、従って、専属性はあり、と判断されよう。

#### 使用者の服務規律の適用の有無

職場で作業を行う以上、服務規律の適用はあることが殆どであろう。また、述べたように、これが事業者の企業秩序定立、維持権限に基づく限りは、労働者性の判断に際しても、さほど重視すべき要素とはならないと解される。ただし、経過勤務は、メンタルヘルス不調者の職場適応を主な目的としてのために実施されるものだから、精神障害等の本質を見極めたうえで、少々の規律違反が生じたとしても、その制度趣旨から考えても、寛容な態度で臨むことが求められよう。すなわち、かかる者による企業秩序違反について、懲戒処分をもって臨む場合、刑事法でいう違法性阻却事由がある、あるいは懲戒権の濫用と判断される場合があると解される。

#### 公租などの公的負担関係

ボランティア作業は、休職期間中に行われるのが通常であろうから、作業者は労働者としての基本的な（契約上の）地位を失うわけではなく、私傷病休職の場合には健康保険法上の傷病手当等の支給を受ける一方で、公租公課は、事業主により負担されるか、彼らの負担分も事業主を通じて支払われる点で、通常の労働者と変わりないと考えられる。

#### その他諸般の事情

ここでは、当該作業の性格、その作業を行わないことによる有形無形の不利益の有無、などが改めて問われることとなる。

なお、ボランティア作業が休職期間中に行われる場合、休職制度の趣旨との関係上、そもそもそれが許されるか、という問題が生じ得ることは、前項と同様である。

このように、ボランティア作業を行う者についても、その作業の実態に応じて労基法上の労働者性が認められる場合があり、実務上は、かような点に細心の注意を払うことが求められる。

#### [賃金]

ボランティア作業は、通常は休職期間中に行われ、作業の対価としての賃金の支

払は行われぬ扱いとなる。

しかし、上述したように、もともと雇用関係のある中で、本来の就労に向けた準備行為として、企業施設内で、使用者が策定したか、使用者との相談の下に策定された計画に基づき、企業の職場秩序の遵守を求められる状態で作業する、という条件が認められる限り、これをボランティアとして扱うことは、少なくとも最低賃金法、すなわち労働基準法の最低賃金規定（28条）の他、雇用契約等にも違反する場合が多いと解される。

法的に、賃金が支払われる時間（賃金時間）と労働基準法上の労働時間は異なるが（例えば、労基法上休憩時間、休日等にあたる時間についても賃金が支払われる約定となっていれば、賃金時間ということになる）、労基法上の労働時間について賃金が支払われなければ、原則として、すなわち所定の支払期間内の別の労働時間に対応する賃金の支給により、その支払期間内の支給額が法所定の最低賃金額を上回る、などの条件がない限り、違法となる。また、労働契約上、労働時間に対応した賃金の支払が定められている場合にも、客観的に労働時間と認められる時間に対応した賃金が支払われなければ、契約違反となる。さらに、法定労働時間外労働が行われた場合には、労基法上の労働時間に対応した賃金額が計算され、同法所定の割増賃金が支払われなければならない。従って、こうした点に関わって、労基法上の労働時間概念が改めて問われることになる。

労基法上の労働時間の判断基準については様々な議論があるが、通説判例は、指揮命令下説に立っている。これは、労基法上の労働時間を、明示、黙示の指揮命令下にあるか、より具体的には、それをすることが就業規則等により義務づけられていて、それをしないことにより不利益な取扱いを受けることとなるか、などの要素により客観的に判断する、という立場である。また、本務外活動については本作業にとって不可欠の準備行為であるか、仮眠時間などについては、例えば2人体制などになっていて、一人は完全に解放された状態にあるかなど、個々の状況に応じた様々な基準が述べられてきているが、あらゆる問題状況に対応する統一的、整合的な判断基準があるとまではいえない。

学説レベルでは、東京大学大学院の荒木教授が提唱している、(1)使用者の関与、(2)職務性、の2要件相補説（荒木尚志『労働時間の法的構造』（有斐閣、1991年））が、多くの判例法理を救い上げており、現実的な妥当性に照らしても、現段階では最も説得的な説であるように思われる。

メンタルヘルス休職者のリハビリ目的のボランティア作業にかかる労働者性、賃金等の労働条件については、これまで判例や行政解釈はなかった。私見としては、前述した～のような条件が認められる場合、就労に向けた事実上の圧力が働くことは避けられないので、いかに医療行為としての位置づけがあっても、原則とし

て指揮命令関係を認めるべき、と考える。

なお、当該作業が医師の作成にかかる診断書や計画書に基づく医療行為として行われる場合であっても、そのみで決定的な判断基準となるわけではない。ここでいう医師が産業医の場合、事業主の履行補助者となるからいうに及ばないが、主治医である場合にも、使用者からの明示、黙示の指揮命令の有無、それを行わないことにより受ける雇用関係上の不利益の有無、程度、作業の種類、性格、職場秩序遵守義務の有無、程度等から総合的に判断されるべきであろう。

但し、作業が企業施設内で行われる場合、それに伴う職場秩序の遵守が求められることは、企業の施設管理権との関係からも当然といえるので、この要素は、その限りではあまり重視すべきではないと解される。

### 2.5.3.2 健康保険法との関係

#### 2.5.3.2.1 傷病手当の支給ないし支給停止条件～労務不能の判断基準～

傷病手当制度は、労働者が業務外の負傷、疾病などのために労務の提供ができず、そのために喪失した賃金を一定範囲で保障して療養に専念できる状態を与え、もって労働力の早期回復を図ることを目的とする制度であるから\*18、労働者が本来の就労が可能な状態まで快復し、その対価としての所定賃金を支給される状態となれば、当然のことながら、支給を打ち切られる（健保99条1項の反対解釈、108条）。その他、法の定める支給開始時から起算して1年6カ月が経過した場合にも、支給は打ち切られる（健保99条2項）。復職可否の判断は、医師により行われなければならないが、産業医、主治医（臨床医）のいずれでなければならない、との定めはなく、運用上も、一応はそのような区分なく取扱われているようである（2008年7月15日厚生労働省保険局保険課より確認）。

しかし、前掲<2>～<5>のような場合の取扱いについては、法に直接の規定はなく、詳細の解釈に困難が生じる。そこで行政解釈を見ると、以下のような示唆がなされている。

そもそも、健康保険法99条に定める労務不能の基準は、「必ずしも医学的基準によらず、その被保険者の従事する業務の種別を考え、その本来の業務に堪えうるか否かを標準として社会通念に基づき認定」される（昭和31年1月19日保文発第340号）。したがって、「本来の職場における労務に対する代替的性格をもたない副業ないし内職等の労務に従事したり、あるいは傷病手当金の支給があるまでの間、一時的に軽微な他の労務に服することにより、賃金を得るような場合その他これらに準ずる場合には、通常なお労務不能に該当するもの」と解され、「被保険者がその提供する労務に対する報酬を得ている場合に、そのことを理由に直ちに労務不能でない旨の認定をすることなく、労務内容、労務内容との関連におけるその

報酬額等を十分検討のうえ労務不能に該当するかどうかの判断を」すべきである（平成15年2月25日保保発第0225007号・庁保険発第4号）\*19。

そして、ここでなされるのは「労務」不能の判断であるから、産業医と保険医（\*保険医とは、健康保険法64条所定の厚生労働大臣の登録を受けた者であるが、通常は主治医<臨床医>を示すと考えられる）の判断が分かれた場合、基本的には産業医の判断が尊重される（昭和8年2月18日保規第35号<但し、当時は工場医と呼んでいた>）。むろん、これはあくまで傷病手当の支給認定にかかる行政解釈であるから、各企業における休職後の職場復帰の可否の判断一般にそのまま援用することはできない。制度上、産業医の方が臨床医よりも職場ないし仕事を知っているはず、とはいえようが、実態がそうになっているとは限らず、そこでは、日本における産業医の雇用主、契約先からの独立性、予防医学の専門家である産業医の臨床医学水準などの事情も考慮しなければならないからである（ところで、保険課によれば、うつ病患者に関する医師による職場復帰の可否の判断についてはよく苦情が寄せられる、という。というのは、傷病手当の支給期間（1年6カ月間）がリセットされるためには、いったん医師による「完治」の診断が下される必要があるが、これがなかなか下りないためである、という<2008年7月15日厚生労働省保険局保険課より確認>）。

その他、例えば、病気の静養と療養の関係について、「病後の静養のために労務不能と認められる期間は支給する」旨を述べた昭和6年3月6日保規第22号、昭和32年8月13日保文発第6905号もある。

しかし、「医師の指示又は許可のもとに半日出勤し、従前の業務に服する場合は支給されない。また、就業時間を短縮せず配置転換により同一事業所内で従前に比しやや軽い労働に服する場合は支給されない」（昭和29年12月9日保文発第14236号）、とする通達や、「午前中のみ出勤し従前の業務に服する場合は通常支給されない」（昭和32年1月19日保文発第340号）、とする通達もあり、ここでは医師による指示または医学的な意味での許可を前提として、就業時間の長さが第一、就業する職種が第二の基準とされている。しかし、就労すれば賃金を受けることは当然と考えられたためか、賃金の受給は基準に加えられていない。

#### 2.5.3.2.2 傷病手当と労災保険法上の休業手当の関係

周知のように、健康保険法上の給付は業務外の事由による傷病（私傷病）に対して支給されるものであり、労災保険法上の給付は業務上の事由による傷病（以下、業務上傷病という）に対して支給されるものである。

そこで先ず問題となるのが、業務上傷病により休業補償給付を受けている健康保険の被保険者が、その受給期間中に、私傷病により、傷病手当の受給資格を得た場

合、いわゆる業務上外の併給問題の取扱いのいかんであるが、これについては、既に昭和33年の通達（昭和33年7月8日保険発第95号）によって、休業補償費が傷病手当金の額に達しない部分を除き、傷病手当金が支給されない扱いとなることが示されている。

他方、現在、モデル事例のように、傷病手当金が法定給付額を超えて支給される場合はどうなるか。33年通達の趣旨にのっとれば、その額に達しない部分については併給が認められることになると考えられる。

#### 2.5.3.2.3 復帰後再度休職状態に陥った場合

支給期間（1年6カ月）内にいったん就労可能となって復職したものの、同じ症状が再発ないし悪化して労務不能となった場合にも、その支給期間の満了に至るまで、傷病手当は支給される。この旨は、昭和32年3月の法改正で、それまで「一年六月二至ル迄継続シテ」とされていた支給期間の規定が、「一年六月二至ル迄」に改められたことで明確化された（厚生省保険局健康保険課長通知「健康保険法の一部を改正する法律の疑義について」昭和32年9月2日保険発第123号）。

#### 2.5.3.2.4 法108条1項との関係が問題となる場合

健康保険法上の傷病手当金の支給額は、1日につき標準報酬日額（：標準報酬月額 $\div$ 30分の1）の60%が原則であるが、前掲の4企業全てがそうであるように、傷病手当金名目の内外で実質的な上積み保障を行っている企業もある。このような場合、健康保険法108条1項、とりわけその但書に定める調整との関係が問題となり得る。なぜならば、健康保険法108条1項は、傷病による休職期間に報酬を受領する被保険者には傷病手当金を支給しないことを前提としつつ、その但書において、傷病手当金の金額に達しない報酬を受領する場合、その差額を支給する、と定めているからである。

支給されている金員が傷病手当金との調整の対象となるか否かは、健康保険法3条5項の定めにも照らし、それが労働の対価としての性格を有するか、逆に、(1)任意的・恩恵的なものか、(2)福利厚生的なものか、(3)実費弁償的なものかを、就業規則の定めなど「種々の要素」に基づいて総合的に判断される\*20。すると、例えば旭化成で支給されている、傷病手当金の上積みとしての所定賃金の15%、福祉共済会の休業療養費補助としての所定賃金の20%は、少なくともその名称（：形式）に徴する限りは労働の対価としての報酬には当たらないものと考えられ、従って調整の問題は生じないと考えられる。

そもそも健康保険法上の傷病手当金の支給額（割合）は、被保険者やその家族の生活必需費を基礎に決定された経緯があることからすれば\*21、この点はあくまで実

質的に判断されることが原則ではあろうが、この問題の本質が、メンタルヘルス休職者に対する行政または健康保険組合と企業本体の負担割合の調整にあることを考えると、あまり教条的な解釈運用を行うべきではないとも言い得るからである。

実際問題として、現在、経過勤務が実施されているのは、一定規模以上の大企業が殆どであろうが、そのような大企業の多くでは、健康保険組合が任意設立されていると考えられる。かような健康保険組合は、政府（厚生労働大臣）の監督を受ける公法人である（健保8条）とはいえ、実質的には当該企業との一体性を有するのが通常であろうから（そうでなければ、そもそも傷病手当の上積み保障を企業の福利厚生の一環とすることはできないであろう）、なおさらといえよう。

なお、仮に事業主が保険料の法定負担割合を超えて、被用者負担部分の全部または一部を負担する場合、その部分は賃金の増額として報酬に含まれると考えられている（東京高判昭和58年4月20日労民集34巻2号250頁）。

## 2.5.4 労災保険制度及び通災保護制度の適用

### 2.5.4.1 労災保険制度の適用

労災保険給付は、災害が、使用者の支配下にある行為、すなわち業務上の原因による場合に支給されるもので、業務遂行性（：使用者との労働契約に基づく支配従属関係）および/または業務起因性（業務と死傷病・障害との相当因果関係）が支給要件となる。なお、業務遂行性は、業務起因性の第一次的判断基準であるから、業務遂行性が認められる限り、業務起因性が推定される\*22。

この点は、通常勤務の場合と変わらないが、経過勤務との関係で特に問題となるのは、ここでいう「業務」の定義であり、これは従来、主に業務遂行性（場合によっては業務起因性）の問題の一環として論じられてきた。西村健一郎教授の分類では、次の3つの類型で業務遂行性が認められるとされている\*23。

事業主の支配下で、かつ、管理下にあり、業務に従事している場合。ここには業務に付随する必要行為（作業の準備、後始末など）、一時的な業務離脱中の行為（小用・用便など生理的必要行為）も含まれる。

事業主の支配下で、かつ、管理下にはあるが、業務に従事していない場合。事業場のなかでの休憩中あるいは作業終了後の自由行動中などが該当する。

事業主の支配下にはあるが、その管理を離れて業務に従事している場合。

そして、これらの原則には、次のような注釈を付すことができる\*24。

<就業時間中の行為について>

業務について使用者の具体的指揮命令が欠ける場合、または使用者の指示に反する作業が行われた場合にも、「労働者が使用者のために行うことが社会通念上予想される作業」については業務遂行性を認められる（東京地判昭和35年1月27日判例時報214号31頁、東京地判昭和32年5月6日判例時報118号17頁など）。

小用・用便等のため、作業を一時的に中断する場合も、業務に付随する行為、すなわち当該状況下で要請される必要最小限度の範囲内の行為と認められる限り、業務遂行性を認められる（昭和26年9月6日基災収2455号、昭和24年11月22日基収3759号など）。

坑内巡視員が現場状況調査中に禁柵内に落ちていたピックたがねを回収しようとして禁柵内に入り、ガス中毒で卒倒負傷した場合のように、作業に伴う必要行為・合理的行為も業務上と認められるが（昭和34年11月30日裁決・労働保険審査会裁決集昭和34年度（下）39頁など）、トラックの車体検査のため検査場へ行き同所のストーブの煙突を取り外す作業を手伝うために木に登っていて転落死亡した場合のように、その行為に合理性、必要性が認められない場合、「私的な善意行為」として業務外とされる（昭和32年9月17日基収4722号）。

労働者の就労には、本来作業のための準備ないし後始末が付随するのが通常であるから、始業前のたき火中の災害（昭和23年6月1日基発1485号）、作業終了後に当日の作業状況を報告するため現場から事務所に戻る途中の災害（昭和33年2月28日裁決・労働保険審査会裁決集昭和32年度（下）83頁）のような場合、労働者の積極的な私的行為・恣意的行為がなく、通常発生しうるような災害であれば、業務上と認められる。なお、始業前のたき火中の災害（火傷）の業務上認定に際しては、事業場「設置の暖房設備が不完全であったこと」及び「労務管理上の不注意」が理由として指摘されていることに留意する必要がある。

#### <就業時間外の行為について>

休憩時間等、所定労働時間外、すなわち通常業務ないしその付随作業等を行っていない時間に生じた災害であっても、使用者の支配下にあることに起因する災害は、業務上と認められる。ここでの実質的な判断基準は、「危険な作業環境ないし事業場施設の不備・欠陥によるか否か」に求められる（昭和27年10月13日基災収3552号など）。

所定労働時間外に会社のイニシアティブの下に実施される小集団活動などは、それが企業の職制などの事実上のコントロールなどを通して企業の生産組織に実質的に組み入れられているような場合には、業務に密接に関連する行為ないし業務付随行為として、業務上と認められる（佐賀地判昭和57年11月5日労働判例397号10頁など）。但し、休憩中に行われた健康づくり運動の一環としてのドッジボール中の災害につき業務外と判断した裁判例もある（神戸地判昭和63年3月24日労働判例515号38頁）。この際判決は、「会社は従業員の体力の維持及び増進が災害防止及び疾病による休業日数の減少にもつながることから『健康づくり運動』を積極的に推進し、本件競技もその一環として対象者の全員参加を目標にして計画実施されたものであるが、他方、本件競技は就業時間外に行われ、不参加によって不利益な取扱いを受けるようなこともなく、また、参加人数、参加呼び掛けの態様及び競技を途中で打ち切らざるをえなかった状況からみても、対象者に参加を強制したものとはいえない」、と判示している。

会社の電気風呂への入浴中の感電死など、事業場施設や付属施設を利用し、それらの状況に起因する災害が生じた場合は、業務上と認められる（昭和23年1月7日基災発29号、昭和33年9月8日基収3264号、昭和41年5月23日基収3520号など）。事業場での給食による中毒についても、給食の経営が事業主であるかを問わず業務上と認められる（昭和26年2月16日基収111号）。

休日等を実施される運動競技会について、行政解釈は、それへの出場・参加が事業の営業政策ないし業務管理のために「社会通念上必要と認められる場合」、そこで生じた災害を業務上と認める立場をとっている（昭和33年3月18日基収68号）。経過勤務との関係で興味深いのは、対外的な運動競技会に出場するための練習も、事業主が予め定めた練習計画に従って行われる場合、業務上と認められていることである（平成12年5月18日基発366号）。

以上の趣旨を踏まえると、経過勤務については、以下のいずれかに該当する場合、業務上災害として、労災保険の適用があるというべきであろう。

作業時間の長短、作業や行為の性質を問わず、事業主の支配下（ ）でかつ管理下にある場合。

作業時間の長短を問わず、作業の性質が業務にあたり、事業主の支配下にある場合。

作業の性質が本来業務ではなくても、本来業務へ向けた準備作業としての性格を持ち、事業主による計画の下に遂行されるなど、その支配下にあると認められる場合。作業時間の長短は問われない。

作業の性質が本来業務ではなくても、事業主が創設した作業環境の危険性、事業場施設の不備・欠陥に触れる場合。この際、基本的に、事業主の支配下にあるか否か、作業に従事していたか否か、は問われない。ただし、作業と全く関連のない行為（例えば休日中に単に会社の見学に来た場合など）による災害についてどう考えるか、については議論の余地がある。

なお、事業主の「支配下」という文言は一定程度広く解釈されなければならない。例えば、自宅への持ち帰り作業（：いわゆる風呂敷残業）など、事業場外での作業であっても、使用者の明示または黙示の指示（：使用者の関与）がある場合には支配下と認められる。これは、それを行わないことにより、何らかの不利益を受ける、といった「事実上の」義務強制性により第一次的な判断が可能と思われる。また、労働法学説の中には、比較法分析、判例分析、学説分析などを踏まえたうえで、使用者による指揮命令の有無にかかわらず、作業の性質が業務と認められる場合、これを労働基準法所定の労働時間に当たる、と解する説がある（例えば、荒木前掲書）。労基法上の労働時間概念と労災保険法上の業務（遂行）性概念とは必ずしも一致するわけではないが、業務性が使用者による指揮命

令との関係で解釈され「得る」点は共通するから、労災保険法の適用に際しても、かような学説は有力な基準を提供しているものと考えられる。

#### 2.5.4.2 通災保護制度の適用

通勤途上災害（：通災）は、業務上災害ではないものの（正確には、業務上外の講学論争はさておき、というべきであろう）、労働者個人の私生活上の損失とも異質なものであるため、何らかの社会的保護制度の創設が必要として、特に労災保険法上の保険事故として救済されることとなったものである。したがって、その原則的な判断基準は、労災保険法7条2項に定める「通勤」の定義（「労働者が、就業に関連し、住居と就業の場所との間を、合理的な経路及び方法により往復することをいい、業務の性質を有するものを除く」）に該当する事実があること、生じた災害が「通勤による」ものと認められること、の2点となる。

そして、経過勤務との関係で特に問題となるのは、「就業」、すなわち「業務に就くこと」における「業務」の定義であり、これは従来、就業関連性の問題の一環として論じられてきた。ここで就業関連性とは、「住居と就業の場所との間の往復行為が、業務に就くために（出勤）、または業務が終了したことによって（退勤）行われること」であり\*25、その具体的判断に際して参考になるのは、通災制度が創設された際に発せられた労働省労働基準局長名通達「労働者災害補償保険法の一部を改正する法律等の施行について」（昭和48年11月22日基発644号）である。これには、以下のように記されている。

就業関連性を判断するに当たっては、「まず、労働者が、被災当日において業務に従事することになつていたか否か、又は現実に業務に従事したか否かが、問題となる。

この場合に所定の就業日に所定の就業場所で所定の作業を行なうことが業務であることはいうまでもない。また、事業主の命によつて物品を届けに行く場合にも、これが業務となる。また、このような本来の業務でなくとも、全職員について参加が命じられ、これに参加すると出勤扱いとされるような会社主催の行事に参加する場合等は業務と認められる。さらに、事業主の命をうけて得意先を接待し、あるいは、得意先との打合せに出席するような場合も、業務となる。逆に、このような事情のない場合、たとえば、休日に会社の運動施設を利用しに行く場合はもとより会社主催ではあるが参加するか否かが労働者の任意とされているような行事に参加するような場合には、業務とならない。ただし、そのような会社のレクリエーション行事であつても、厚生課員が仕事としてその行事の運営にあたる場合には当然業務となる。また、事業主の命によつて労働者が拘束されないような同僚との懇親会、同僚の送別会への参加等も、業務とはならない。

さらに、労働者が労働組合大会に出席するような場合は、労働組合に雇用されていると認められる専従役職員については就業との関連性が認められるのは当然であるが、一般の組合員については就業との関連性は認められない」。

従って、経過勤務にかかる通災保護制度適用の判断基準は、以下のようなものと考えられる。

作業時間の長短を問わず、所定の場所で所定の作業に従事する予定または現実の従事があったか。

所定の作業ないしその関連作業を行うについては、作業時間の長短、賃金の支給、不支給を問わず、事業主による出社の指示があったか。

所定外の作業（自習、書類の整理、会社行事への参加等）を行うについては、作業時間の長短、賃金の支給、不支給を問わず、事業主によるイニシアティブ及びそれに従わない場合の有形無形の不利益（が課される予定）があったか。

#### 2.5.4.3 労災保険制度と通災保護制度の適用関係

以上に論じてきた、経過勤務にかかる労災保険制度及び通災保護制度の適用条件は、いずれの場合にも「業務」の定義が問題となることに変わりなく、同じ労災保険法上の制度として、その文言解釈にも原則として変わりはない。とりわけ、業務性の判断に際して、事業主によるイニシアティブの有無、それに従わない場合の有形無形の不利益の有無、等が実質的基準となることも共通している。

但し、通災保護制度の場合、主に就業関連性の観点から、労災保険制度の場合、主に業務遂行性の観点から、その適用の可否が判断される。たとえば、就業関連性の場合、実際の業務がなくても、業務の予定がある往復行為には認められるから、この点で、実際の業務が前提となる業務遂行性とは異なる。

#### 2.5.5 安全配慮義務等の民事責任

安全配慮義務は、本来は契約上の附随義務であるが、最高裁のリーディングケースにおいて、特別な社会的接触関係があれば認められる、とされているので、雇用の場面では、重層的下請関係における元請業者と下請業者の被用者の関係（三菱難聴事件最1小判平成3年4月11日判例時報1391号3頁など）や、派遣における派遣先と派遣労働者の関係（アテスト（ニコン熊谷製作所）事件東京地判平成17年3月31日労働判例894号21頁など）を典型例として、指揮命令関係があれば認められる。そして、最近では、かような理解を更に進めて、労働安全衛生法

の趣旨、既存の判例の示唆等を踏まえ、指揮命令関係のみではなく、作業従事者が就労する労働条件ないし労働環境の設定者が誰か、によっても判断される、とする有力な学説が提唱されている（松本克美「安全配慮義務概念の拡張可能性～合意なき労働関係及び工事発注者の安全配慮義務論～」日本労働法学会誌 104号（2004年）117～133頁）。

#### 2.5.6 整理

以上で論じたところを踏まえ、更に通勤費の支払義務にかかる項目を加え、以下の5項目につき、経過勤務にかかる雇用関係について法的な整理を行う。但し、以下の整理はあくまで原則であり、実態に応じた調整が必要なことを付言しておく。

- |                |
|----------------|
| A 賃金           |
| B 労災及び通災の適用    |
| C 安全配慮義務等の民事責任 |
| D 通勤費の支払義務     |
| E 傷病手当         |

##### （1）通常の労働をさせる時間

- A 所定賃金（賞与・手当含め）満額支給。
- B あり。
- C 負う。
- D 就業規則、個別契約等に定めのある限り、あり。
- E 不支給。

##### （2）時間または/および内容的に軽減された業務を行う時間（休職明け）

- A 原則として所定賃金（：社内資格に対応した基本給部分等）満額支給。但し、就業規則等で減給の定めを置けば減額支給も可能。また、就業規則等の定めの有無にかかわらず、欠勤控除として減額支給を行うことは可能。なお、従前そのような規定のなかった就業規則に新たに減給規定を盛り込む改訂については、所定の手続を踏む限り、合理性を認められる可能性が高いと考えられる（労働契約法10条）。
- B あり。
- C 負う。
- D 就業規則、個別契約等に定めのある限り、あり。

E ケースバイケース：基本的には、就労の可否に関する医師の判断を前提として、第1に、フルタイム労働との比較での労働時間の長さ、第2に、就労している職種（原職か否か）、などを基準として判断される。

（3）時間または/および内容的に軽減された業務を行う時間（休職中・別契約の締結なし）

2.5.3.1.1 で論じたように、この場合には、そもそも休職期間中に就労させること自体の可否が問われる。

「休職」制度については、労働基準法上、就業規則の相対的記載事項（：当該制度があれば記載を必要とする事項）となると解されるものの、細かな制度設計は各事業者の他、労使自治（協約等）、個別交渉（契約等）などに委ねられているため、一様ではない。

したがって、個別の事業所において、所定賃金を支払い、軽減業務等に就労させること自体は不可能ではない。

ただし、休職制度は、通常、その期間の賃金、労働能力の維持・向上、職場への社会参加等における不利益を甘受しても、あえてそれを必要とする者に適用されるものであり、特にメンタルヘルス不調による制度利用者の場合、制度趣旨からも、原則的に就労を行わせるべきではないと解される。それを押して就労させる場合には、負担が極力かからないような配慮の下で就労できる制度設計がなされ、それらが就業規則等に具体的に規定される必要があるといえよう。

これは、その企業（事業所）の就業規則の定めのあるあり方のほか、従前、当該企業が休職期間中に自社（場合によっては他社）で無許可で就労した労働者をどのように扱ってきたか（例えば、制裁を科してきたか）、などにも照らして合理的に解釈運用されるべきものと考えられる。

以上を踏まえ、かかる制度ないしその運用が合法と認められる場合を前提に整理を行えば、以下の通り。

A 原則として就業規則等における制度設計のあり方、その客観的解釈による。就業規則等に該当条項がない場合には、（2）Aと同じ。

B 制度上就労が予定されているか否かにかかわらず、それを行わないことにより労働者（休職者）に実質的な不利益が生じるか、使用者によるイニシアティブなどの関与がみられるか、などにより判断される。

C 負う。

D 就業規則、個別契約等に定めのある限り、あり。

E ケースバイケース：基本的には、就労の可否に関する医師の判断を前提として、

第1に、フルタイム労働との比較での労働時間の長さ、第2に、就労している職種（原職か否か）、などを基準として判断される。

なお、労働者が客観的に就業可能な状態にあり、自身も就労の意思を示しているにもかかわらず、会社の不合理な判断、命令により、強制的に休職させられた場合には、その間は休職（労働者側都合）ではなく休業（会社側都合）と解される余地もあろう。

（4）時間または/および内容的に軽減された業務を行う時間（休職中・別契約の締結あり）

2.5.3.1.1 で論じたところ等から、かかる制度及びその運用が合法と認められる場合を前提に整理を行えば、以下の通り。

A 別契約所定賃金（賞与・手当含め）については、当該別契約が経過勤務を前提とした趣旨であることからしても、原則として満額支給となろう。この場合、本契約所定賃金（賞与・手当含め）は、原則として（6）に準じることとなろう。

B あり。

C 負う。

D 就業規則、個別契約等に定めのある限り、あり。

E ケースバイケース：基本的には、就労の可否に関する医師の判断を前提として、第1に、フルタイム労働との比較での労働時間の長さ、第2に、就労している職種（原職か否か）、などを基準として判断される。

（5）ボランティアで作業を行う時間

2.5.3.1.2 で論じたところ等から、A～Eの整理項目については、作業の実態につき労働基準法上の労働時間性が認められない場合、原則として（6）と同じ扱いながら、C（安全配慮義務等の民事責任）の責任を負う他、（3）Bの要件を充たす場合には、B（労災保険及び通災保護制度）の制度適用も受けることとなる。また、Dも当該事業所における就業規則、個別契約等の定めによることになる。他方、労働時間性が認められる場合には、原則として（3）と同じ扱いとなると解される。

（6）純粋に休職している時間

A 支払なし。但し、2.5.2に示したように、特に大企業などでは、労働者の生活保障等のため、労働者としての地位に対応する何らかの金員の支給が約定ないし

制度化され、現に支給されることが多い。

- B 原則としてなし。
- C 原則として負わない。
- D なし。
- E 支給。

但し、BCについては、例えば上司との電話中のハラスメント等により過剰なストレスがかかった等の特別な条件があれば別の扱いとなる。また、東加古川幼稚園事件（1審：神戸地判平成9年5月26日労働判例744号22頁、2審：大阪高判平成10年8月27日労働判例744号17頁、上告審：最3小決平成12年6月27日労働判例795号13頁）におけるように、職務期間中のストレスへのばく露が原因で後に発症（顕在化）する場合もあるので、業務遂行性ないし職業上の危険へのばく露と災害発生の時間的な接近性だけで一律的な判断ができない場合もあることに留意が必要。

### 3. おわりに

以上に論じたところから明らかなように、メンタルヘルス休職者の職場復帰については、法理と実務の間に少なからぬ乖離がある。その乖離は、実務が先行し、法理や法制度が追いついていないが故に生じているものと、実務が法理を知尽せず、あるいはあえて無視するところから生じているものがあると考えられる。そして、それらは、メンタルヘルス休職者の安全、職業上の利益、希望（但し真意）などを慮って生じている場合と、そうでない場合がある。

法理というのは、深刻な利害対立状況の中で、またはそうした状況を想定して形成されることが多く、従って、生じ得る場面を精一杯想像してはいるものの、倫理や良心が前提となるような条件の取扱いは、あまり得意ではない。

しかし、法的紛争が生じるような限界事例でこそ浮かび上がる事柄の本質があり、ことメンタルヘルス不全については、かかる現象が蔓延した背景に何があるか、を考えると、法や法理の形式的なあり様だけでなく、その趣旨を踏まえることは、極めて重要なことといわなければならない。

そこで以下、やや突飛の感は拭えないが、本稿の主題と極めて関連が深いので、筆者が賃金制度に関する講義でよく学生に論じる譬え話をもって、修辞としたい。これをもって、メンタルヘルス問題の本質に関する一つの検討材料として頂ければ幸いである。

~~~~~  
~

インターネット上の主なサーチ・エンジンで、競争というキーワードを検索にかけると、「スポーツ」と「企業」関係のサイトが多くヒットする。ことほどさように両者には重要な共通点があるため、企業の経営関係誌等でも、効を成したスポーツ監督らの特集記事が掲載されることは多い。

そこで、試みに、自身があるプロ・サッカー・チームのオーナーであって、選手に配分する報酬の原資として1億5000万円を持っていたと仮定する。そして、出場11名、控え4名、計15名の選手達に、どのような基準で配分するかを考えて頂く。

まずは、サッカー・フィールドの画(え)を想起されたい。

そして、マラドーナのようなエース・ストライカーAが格好良くシュートを決めたとする。そこで、原資のうち、約半分の7000万円を彼に支払い、その余は出場選手で均等割り、ということにしたらどうだろう。

当然異論が出てくる。一番は、「俺がいい球を送ったからこそシュートが決まったんだ」、というアシスト役Bの声だ。アシストについては、たしかここ四半世紀ほどの間にポイント表示されるようになり、貢献が「目に見え易く」なっている。

そこで、オーナーは言う。「分かった。では、シュートを決めたAに5000万円、アシスト役のBに3000万円、後は出場選手で均等割り。これでどうだろう?」、と。

したところ、別の選手Cが吠えた。「BのパスがAに渡ったのは、その横で俺が敵の目を引きつける陽動作戦を採っていたからだ」、と。

そこで試合のビデオを見直したら、なるほど彼の働きも無視できない。そこで、オーナーは言う。「分かった。では、ちょっと分かりにくい活躍だけど、君にも2000万円ほどやろう。後は、残った5000万円を出場選手に均等割り。これでどうだろう?」、と。

そうしたら、出てくる、出てくる。いろんな主張が次から次へと。

出場選手D:「俺は、チーム全体の動きを見ながら、Bにパスが渡るまで球を運び、シュートまでの流れを作った」。

出場選手E(キーパー):「俺は、一見後ろにいるだけのように見えるかもしれないけれど、チーム全体の動きを見ながら適宜指示を与えて試合の流れを作っていた。それに、難しいボールをよくキャッチして、チームに安心感を与えていた」。

出場選手F:「俺は、シュートが放たれるまで、敵の強者を徹底的にマークして、邪魔させないようにしていた」。

更に、出場選手Gがこんな発言をした。

「控え選手のLのことだけど、彼はプレイでこそ貢献はしなかったけど、チームの大切なムードメーカーだったんだ。彼がいなければ今のチームはない。そのくせ

控えめだから肝心な時に自己主張しないんだよ」。

「それから、控え選手のM。彼は不器用で怪我也よくするし、そのくせ妙に自己主張が強く、全然チームの役に立って見えないかもしれない。けど、彼のポテンシャルはバカにできない。それに、たとえ今は調子が悪くても、彼がチームから、そしてチームのオーナーから守られている姿を見ているからこそ、チームのみんなが、いつ自分が怪我をしても大丈夫って思え、果敢に戦えるんだ」。

さて、オーナーはどのように賃金決定をするのか。

目立つところに直ちに傾斜配分し、加えて控え選手のMらのクビを早々に切るような方法を探れば、アメリカ型に近づくであろう。他方、チーム参加時には、随分と多角的な審査をしたことも踏まえ、報酬もとりあえずは均等配分することにして、時間の経過を経て、皆の納得が得られるようになった頃に差を付けて、長期的な計算では割合に大きな差が付くようする、といった方法をとれば、(従来の)日本型に近づくであろう。

多様な人事評価尺度がある中で、どのような尺度を重視するかは、経営環境などを踏まえつつ選択される経営理念、経営哲学の問題ともいえよう。また、どんな尺度から、どんなに長期的にみても、低評価しか受け得ない者を、「同じチーム」に置き続けることが難しい場合があることも言うまでもない。

しかし、その尺度が短期志向、表面志向に偏れば、チーム全体の活力を削ぎかねない。そして、多くの企業にとって、組織への帰属意識が、企業競争力の重要な基盤であることにも変わりはないであろう。

<脚注>

\*1労政時報3702号(2007年)3頁。

\*2同上。

\*3逆に、本人が医師の診断書を示さずに復職を希望した場合等には、復職が当該労働者に過剰な負担となって病状が再度悪化する等の事態に至らないよう、使用者側で医師への受診を命じる必要が生じる場合もある(日本メール・オーダー事件・東京地判平成16年7月29日労働判例882号75頁、学説として、三柴文典「うつ病患者の職場復帰後の自殺と安全配慮義務」民商法雑誌136巻1号127頁)。趣旨は異なるが、復職に際しての医学的証明はあくまで労働者側が行うべきとの立場をとるものとして、片山組事件・東京高判平成7年3月16日労働判例684号92頁がある。

\*4くくり内の判示の整理は、岩出誠「健康配慮義務を踏まえた労働者の処遇・休職・解雇」日本労働法学会誌109号(2007年)53頁による。

\*5事案の概要の整理にあたり、一部、野田進「職種を特定されたとされる労働者の

私傷病の治癒判断および賃金請求権の回復の時期 カントラ事件（平成14.6.19大阪高判）」ジュリスト1254号（2003年）257～261頁を参照した。

\*6なお、会社の就業規則上、休職制度が解雇の猶予措置と認められるとした上で、そのような休職制度であれば、休職制度を経ても疾病が治癒しない客観的事情（このケースの場合、脳梗塞へのり患）があれば、休職に付さずに解雇しても無効とはならない旨を述べた判例として、岡田運送事件・東京地判平成14年4月24日労働判例828号22頁がある。

\*7以下の内容は、岩出前掲論文67頁、「シンポジウム・労働者の健康と補償・賠償」日本労働法学会誌109号（2007年）111頁に掲載されている。

\*8但し、人事実務では、企業側が情報提供フォーマットを作成し、本人同意の存在を理由として相当量の情報を主治医に求めているところがある。本人同意が復職認定、またはそれに先立つ休職措置の条件とされる限り、かかる同意は実質的に半強制となることからすれば、事前包括同意ではなく、提供される情報ごとに個別的になされるべきであろう。また、かかるルール形成が成るまでの間は、主治医の側で、提供する情報の選択や、本人への確認を行うべきであろう。

\*9三柴丈典「労働判例解説・メンタルヘルス休職者の職場復帰後の自殺と安全配慮義務～富士電機E&C事件（名古屋地判平成18.1.18）～」労働法学会報2423号（2008年）6～10頁などを参照されたい。

\*10以上につき、特に渡辺昌祐『うつ病は治る』（保健同人社、2006年）16～17頁、48～55頁などを参照されたい。

\*11三柴丈典「<資料>いわゆる過労死・過労自殺裁判例の動向に関する覚書」近畿大学法学54巻1号（2006年）120～122頁。

\*12渡辺前掲書（2006年）17、51頁ほか。

\*13この点に関連して、うつ病り患者の自殺事案にかかる以下の判示を指摘しておきたい。すなわち、「うつ病時の自殺は事の是非に関する冷静な判断力の働かない状況下で行われる病的自殺であって、本人に事理弁別を求めることはまず不可能であることなどの各医学的知見が認められる」と（大町労基署長（サンコー）事件・長野地判平成11年3月12日労働判例764号59～60頁）。

\*14後述するように、実際にかような取扱いがなされているとすれば、少なくとも安全・衛生配慮義務との関係で問題が多いといわざるを得ない。

\*15労政時報3702号（2007年）45頁。

\*16水町勇一郎『労働法（第2版）』（有斐閣、2008年）69頁以下。なお、この論点内外にかかる近年の優れた業績として、大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて」『労働関係法の現代的展開』（信山社、2004年）47頁以

下などがある。

\*17この点につき、特に水町前掲書（2008年）232頁脚注111、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（上）』168頁以下[水町勇一郎]（有斐閣、2003年）などを参照されたい。なお、労働契約は請負契約ではないのだから、純粹に成果に応じた報酬額の決定がなされ得ないことはいうまでもない。

\*18最1小判昭和49年5月30日民集28巻4号551頁、西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003年）177頁、解釈と運用743～744頁。

\*19この通達の発令は、従前、短時間勤務でも就労に復帰すれば傷病手当金の支給を停止する健康保険組合の運用が一般化していたこと（労政時報3702号9頁所掲の旭化成の例などを参照されたい）等に対応したものと察せられる。

\*20ここでいう「種々の要素」については、西村前掲書（2003年）168頁を参照されたい。

\*21解釈と運用（2005年）744頁。

\*22西村前掲書（2003年）345頁。

\*23西村前掲書（2003年）344頁。

\*24以下の整理は、西村前掲書（2003年）345～349頁を参照しつつ、適宜原典に当たって作成した。

\*25西村前掲書（2003年）366頁。