

家族にとっての労働法制のあり方

——介護と育児介護休業法の検討を中心に——

長谷川 淳 子

- 第1 はじめに
- 第2 問題の所在
 - 1 働く家族介護者の負担
 - (1) 負担の背景—要介護量の増加と家族の変化
 - ① 要介護量の増加
 - ② 家族の変化
 - (2) 働く家族介護者に関する問題
 - ① 介護離職
 - ② 介護と仕事の二重負担
 - 2 介護休業等の制度利用の実態
- 第3 介護をめぐる家族と労働のあり方
 - 1 介護とは何か
 - 2 高齢者介護の担い手は誰が望ましいか
 - 3 介護をめぐる家族と労働のあり方
- 第4 育児介護休業法の検討
 - 1 育児介護休業法の立法的充実及び解釈のポイント
 - 2 家族的責任及び権利の実現をめざす立法的充実
 - 3 「不利益取扱い」の適切な法解釈
 - (1) 抑制機能基準とノーワーク・ノーペイの原則
 - (2) 公正評価基準と均衡評価基準—成果給と職能給
 - (3) 昇格と降格
 - (4) 不利益取扱いの解消に向けて
- 第5 終わりに

第1 はじめに

家族
にとって
の労働
法制の
あり方

近年、ワーク・ライフ・バランス（仕事と生活の調和）は、労働法の重要課題の一つとなっており、その中の一つが、介護と仕事とのバランスである。介護の対象は高齢者に限られないが、少子高齢化の進む現代のわが国において、顕著な問題となっているのが高齢者介護である（以下、特に断らない限り、「介護」とは「高齢者介護」を指す。）。労働者の高齢の家族が要介護者となるケースは、非常に多く生じている。その場合、介護のために離職したり、介護と仕事の二重負担を抱えたりと、介護と仕事とをバランス良く行えない労働者は少なくない。

高齢化はこの先進んでいくことが人口学的に判っている一方、若年層は、少子化で減っているから、要介護者の家族を持つ労働者の割合は増えていくと考えられる。少子化は、食い止めるべく法整備や政策が講じられているが、それが功を奏したとしても、当面は、続くであろう。

こうした事態の改善のために、労働法に関しても議論を深める必要がある。しかし、ただ介護休業等の制度を充実させればよいというものでもない。介護休業等の制度は家族介護を前提とするものであるから、まず、家族は介護にどう関わるべきなのかが議論されねばならないし、それを踏まえた社会保障制度はどうあるべきかも重要である。それとの関係で、求められる労働関係制度の内容も変わってくるであろう。

そこで本稿は、介護における家族の関わり方について検討を試みることにし、その上で、介護をめぐる家族と仕事のあるべき方向性を論じ、最後に、働きながら介護をするための制度を定める育児介護休業法について検討することとする。

第2 問題の所在

家族の介護をする者（以下「家族介護者」という。）については、高齢の介護者には老老介護などの問題があるが、⁽¹⁾ 中年、若年の介護者には介護と仕事のバランスという問題がある。現状が、介護と仕事のバランスを取りにくいことは、介護による離職者が多いことから明らかである。離職しない場合も、介護と仕事の二重負担など、バランスが取れているとは言えないケースが多く存在する。介護と仕事のバランスの問題は、長寿化、高齢化によって要介護者が増える一方、家族の変化によって、労働者が家族介護者となる場合が増えていることで、増大化、顕在化している。以下、介護と労働のバランスに関して生じている問題を明らかにする。

1 働く家族介護者の負担

(1) 負担の背景—要介護量の増加と家族の変化

介護と仕事のバランスの問題の背景にある社会事情には、①要介護量の増加と②家族の変化がある。これらの背景事情は、介護と仕事を論ずるに当たって、抑えておく必要があるので、以下、簡単に説明する。

① 要介護量の増加

現在、わが国では、要介護者の総人数の増加と要介護度の重度化、介護期間の長期化とで、社会全体の要介護の総量は非常に増えている。

我が国の65歳以上人口は、2014年9月1日時点で3290.4万人である。10年前が2487.6万人、20年前が1758.5万人であったから、その増加は著しい。⁽²⁾ それに伴い、高齢の要介護者も増加している。2013年3月末時点で、介

(1) 75歳以上の介護者は26.5%もいる（厚労省 平成25年国民生活基礎調査）。

(2) 総務省統計局「人口推計」。

介護保険の要介護認定者のうち65歳以上は約410万人である。⁽³⁾さらに、要介護度⁽⁴⁾の重い者も増えている。上記の要介護認定者のうち要介護度3～5の者は198.6万人になる。介護保険制度が始まったばかりの2001年度では、65歳以上の要介護認定者が287.7万人、要介護度3～5の者は110.9万人であった。

要介護度が重くなるほど介護の時間は長くなる。要介護3の場合で、同居の主たる介護者の半数が半日以上介護しており、要介護5になると半数以上が「ほとんど終日」介護している。⁽⁵⁾要介護期間も長い。2007年の生命保険文化センター「生活保障に関する調査」によると、3年以上介護をする者が47.4%、1～3年未満が30%である。これは、医学の進歩によって、要介護状態になってから死亡するまでの期間が伸びているからである。

また、最近の特徴は、認知症高齢者の増加である。厚生労働省（以下「厚労省」という。）が発表したところによると、日常生活自立度Ⅱ以上の高齢者数は2002年（平成14年）で146万人であったが、2010年（平成22年）で280万人となり、2025年（平成37年）には470万人に達する推計である。日常生活自立度Ⅱとは、「日常生活に支障を来すような症状・行動や意思疎通の困難さが多少見られても、誰かが注意すれば自立できる状態」と規定されているが、つまり、誰かが注意しなければ自立できない状態である。

同時に、少子化で、わが国の高齢化率（総人口に占める65歳以上人口

(3) 厚労省 平成25年度介護保険事業状況報告。

(4) 要介護度とは、厚生労働省令（要介護認定等に係る介護認定審査会による審査及び判定の基準等に関する省令（平成十一年四月三十日厚生省令第五十八号）第1条）により、各要介護者が介護保険法による介護保険制度を利用する限度を、身体状況により7段階に区分したもの。要支援が1と2、要介護が1から5の段階に分かれており、一番軽いのが要支援1、一番重いのが要介護5である。

(5) 厚労省 平成25年国民生活基礎調査。

の割合)は、2013年10月1日で25.1%と非常に高くなっている。1970年(6)で7.1%、1995年で14.6%だから、その増加率は著しい。

② 家族の変化

もう一つの社会事情が、家族の構成、家族内の役割の変化である。この変化による視点から介護に関する状況を見たデータが表1、表2のとおり

表1 家族介護者の内訳 (単位%)

2013年 厚労省 国民生活基礎調査

要介護者	配偶者	息子	嫁	娘
男性	71.2	9.8	8.8	8.5
女性	21.9	21.4	24.9	27.2

1995年 厚労省 国民生活基礎調査「寝たきり者の介護者」

要介護者	子の配偶者	配偶者	子	男性	女性
男女	29.5%	28.3%	17.8%	16%	84%

1968年 全国社会福祉協議会「在宅寝たきり実態老人調査」

要介護者	配偶者	嫁	娘
男性	50.1%	34.4%	8.7%
女性	7.7%	60.6%	18.5%

表2 65歳以上の者のいる世帯

2013年	31.1% 夫婦のみ	25.6% 単独	19.8% 親と独身の子	13.2% 子夫婦と同居
1995年	33.3% 子夫婦と同居	24.2% 夫婦のみ	17.3% 単独	12.9% 親と独身の子
1975年	54.4% 子夫婦と同居	13.1% 夫婦のみ	9.6% 親と独身の子	8.6% 単独

(厚労省 国民生活基礎調査)

(6) 厚労省 平成25年国民生活基礎調査。

である。

以前の主な介護者は、妻と嫁、つまり要介護者の息子（主に長男）の妻であった。しかし、嫁が介護者であるケースが減っていることは、表1のとおりである。その理由としては、「親と子夫婦の不同居の増加（表2を参照）」⁽⁷⁾「40代、50代の独身者の増加」そして、少子化、嫁役割に対する意識の変化があると思われる。合計特殊出生率は、1950年から1960年の10年間に2%に急減した。現在の40代、50代の多くは、姉妹しかいない人が珍しくない。男の子が独身である場合も合わせて、嫁のいない高齢者が増えた。また、「平成24年度団塊の世代の意識に関する調査」（内閣府）によると、「要介護となった場合に希望する介護者」を「子どもの配偶者」と答えた者は0.4%しかいない。「子どもの配偶者」と性に中立な表現になっているが、娘婿に介護を期待する者はまれであろうから、つまり、嫁である。介護を嫁の役割と考える者が減っていることがわかる。⁽⁸⁾それには、1990年頃から、働く女性が増えたことも影響しているだろう。働く女性が増えたのは、女性の働く権利が確認されたことと、家計的に女性が（補助的な場合も含めて）働く必要が生じたケースが増えたことによる（もっとも、今も、子の配偶者が介護者である場合のほとんどは女性であり、⁽⁹⁾嫁の介護役割は残存してもいる）。替わりに増えている介護者が、実子と夫である。以前は男性の介護者はほとんどなかったのに対し、今では性別を問わなくなっている。

この変化が、要介護量総量の増加と相まって、介護と労働とのバランス

(7) 40～59歳の未婚率は約15.8%、離婚率は7.2%である（平成22年国勢調査）。

(8) もっとも、介護を嫁の役割としなくなった結果として、高齢の親と子夫婦との不同居、独身者が増えた面もあるだろう。

(9) 厚労省 平成25年国民生活基礎調査。

がとれないという問題を顕在化させている。女性は、専業主婦であるか、主婦業に差し障りの無い範囲で働くべきと考えられていた時代には、妻や嫁が介護者であることについて、労働とのバランスは、問題とされなかつた⁽¹⁰⁾。しかし、現在、介護者となっている者には、働いている者、働くことを望んでいる者が少なくない。

(2) 働く家族介護者に関する問題

多くの働く家族介護者の抱える問題として挙げられるのが、①介護による離職（以下「介護離職」という。）、②介護と仕事の二重負担である。以下、これらについて具体的に指摘する。

① 介護離職

2012年（平成24年）度就業構造基本調査結果（総務省統計局）によると、2007年10月～2012年9月に介護、看護のため前職を離職した者は、48万7000人に上っている。離職者の38.8%（22.1万人）は50代で、続いて多い順に60代23.4%、40代16.5%、30代10.1%である。また、離職者の8割が女性である。一方、介護をしている雇用者（転職者を含む）は、239万9000人で、男性102万7000人、女性137万2000人である（2012年9月時点）。介護をする雇用者には男性が少なくないが、離職するのは女性が圧倒的に多い。

離職の理由について、近年、公表されているいくつかの実態調査から考察してみる。

【(財)21世紀職業財団「介護を行う労働者の両立支援策に係る調査研究報告書」2011年発表】

(10) それ以前の多くの家庭が農家であった時代は、妻や嫁は農家の働き手であったが、全体的に寿命が短く、要介護期間が短い者が多かったので、介護のために農作業を休まねばならない期間は短かった。

この報告書（以下「21世紀職業財団報告書」という。）によると、介護期間中に仕事を辞めた経験がある者への「働き続けたかったか」という問いに対して、「そう思う」29.4%、「どちらかというと思う」39.2%という回答結果となっている。また、介護を行う労働者（離職者を含む）が「介護を行う中で困った点や直面した課題」についてのアンケートに対しては、在職者の17.8%が、困った点や直面した課題は「ない」と回答しているのに対し、離職者（再就職を含む。以下同じ。）は7.1%しか「ない」と回答する者がいない。介護離職者には、働き続けたかったが困難等があったために離職するケースが多いことが伺える。

そこで、同アンケートの項目に注目すると、離職者の方が在職者より10%以上多い項目は、

- I いつまで／どのくらい介護が必要となるかの見通しが立たない（離職者53.2%、在職者33.3%）
- II 家族からの協力が十分に得られない（離職者25.7%、在職者12.8%）
- III 介護保険サービスではフォローしきれないニーズがある（離職者23.4%、在職者12.2%）

である。

Iは、離職者在職者共に、最も回答の多い項目であり、介護の特徴と言えるだろう。ただ、離職者の方が多いことを考えると、介護（要介護）状況に合わせた働き方ができないため離職する者が多数いると思われる。IIについては、現代の高齢者は、子どもの数が少ないこと、子夫婦との同居が少ないことから、介護者がきょうだいや子と協力態勢を組むことが物理的に不可能なケースが少なくないと思われるが、一方で、複数の家族員はいても、介護は特定の人々の役割と考えているケースもあるだろう。後者の場合、介護離職者に女性が多いことから、妻や嫁の役割と考えられること

が多いのではないか。また、前者の場合、ニーズに対応した介護保険サービス等の制度（以下「介護制度」という。）を利用できないケースと、利用できるが家族介護の方がいいと考えているケースがあるだろうが、Ⅲと合わせて考えると、利用できないケースの方が多いと思われる。

【(独)労働政策研究・研修機構「仕事と介護に関する調査」2006年発表】

次に挙げるのは、同調査（以下「J I L P T調査」という。）からの池田心豪氏の指摘である。⁽¹¹⁾

ア 介護のために連続休暇の必要が生じた労働者ほど、非就業になる確率が高い。

イ 在宅介護サービスには連続休暇の必要性を低下させ、非就業になる確率を低くする効果がある。

ウ 連続休暇の必要性にかかわらず、要介護者の認知症が重い労働者や、同居家族の介護援助がない労働者は、非就業になる確率が高い。

エ 連続休暇の必要性にかかわらず、正規雇用の女性ほど、介護開始時の勤務先を退職して別の勤務先に移る確率が高い。転職した女性は、非正規労働に変わり、労働時間が短くなっているケースが少なくない。

これらのうち、21世紀職業財団報告書の結果と重なるのは、イとウである。イは21世紀職業財団報告書のⅢの裏返しであろう。介護制度は、離職を防ぐ（または再就職を促す）ことがわかるが、そうでであっても、介護制度がフォローできない範囲があれば、それを補う家族介護が必要となるといえる。また、ウの「認知症が重い」場合は、21世紀職業財団報告書のⅠに該当するケースが多いのではないか。重い認知症は、介護の見通しを立てるのが難しく、同時に、介護制度が重い認知症をフォローしきれて

(11) 池田心豪「介護期の退職と介護休業」日本労働研究雑誌No.597（2010年4月）99, 100頁。

いない現実もあるだろう。

残るアとエであるが、アについては、J I L P T調査で、約8割が「連続休暇を必要としない」と回答している。しかし、残り2割について、池田氏は、「休業の必要が生じた労働者、具体的には在宅介護サービスを利用できない労働者が休業できない」ことを指摘している⁽¹²⁾。エについては、働く女性が増え、介護をする男性も増えているが、主たる稼ぎ手は男性、補助的稼ぎ手は女性という役割分担をする家族はまだ多く、その結果、家族に要介護者が生じると、労働拘束性の高い正規労働に就く女性は離職することになるのであろう。介護が妻や嫁の役割となりやすいのは、こうした家族の稼ぎ手役割分担も影響している。

【(独)労働政策研究・研修機構「家族介護をする男性雇用者10名に対するヒヤリング調査」2012年10月～12月実施⁽¹³⁾】

同調査（以下「J I L P T男性ヒヤリング調査」という。）は、近年増えている男性の家族介護者を対象としたものであるが、介護離職をした理由の中に次のような回答がある。

A 仕事より要介護者との残りの時間を大切に考えた。

B 介護休業から復職した直後に、大規模な早期退職の募集があり、それに応じないで抵抗するだけの材料がなかった。

Aの回答者は2名いる。一人は、父母の介護をする独身者である。姉が二人いるが、既婚で、長姉は遠方に在住、次姉は義父母を介護している（ただ、長姉は介護費用を負担し、次姉は介護サービスに関する情報を提供している。）。職場は、平時は、介護時間を確保してくれていたが、繁忙時にはそうはいかない状態であった。介護と仕事の両立が軌道に乗った頃、

(12) 池田心豪（前掲書11）99頁。

(13) (独)労働政策研究・研修機構 資料シリーズNo118「男性の育児・介護と働き方—今後の研究のための論点整理—」平成25年5月。

仕事が急に「むなしく」なり、介護を選択して、退職している。もう一人は、妻の介護者である。既婚の娘には、当初は、「自分がみるから心配するな」と言い、一人で介護していたが、途中から娘が頻繁に来るようになっている。介護との両立を図る目的で退職し、いったん、嘱託職員になり、その後、要介護者がまったく動けなくなることが見込まれたため、介護を選択して、再度退職した。

二人とも、積極的に介護を選択した結果の離職である。しかし、労働者自身の心情として、休業取得ができる、介護をしながら働けるというだけでは介護と労働のバランスは不十分であることを示している面もある。介護離職者に一番多いのが50代であるという点を鑑みると、介護に直面する労働者は、年齢的にポストや仕事内容において重要な位置を占めていることが多く、そこから離脱することで働きがいを感じられなくなる者もいるのではないだろうか。また、それまでの長い仕事人生において、家族生活とのバランスを取りつつ働いた経験がないこと、それによって、介護を一人で抱え込んでしまいがちなことも伺えるケースである。

一方、Bは、介護休業取得による実質的な解雇を伺わせる。マタハラや育休切りなどという問題があることを考えると、介護をしている労働者を排除しようとする職場があることは想像に難くない。

以上、背景事情を別にして、介護離職の原因として、次のとおりまとめることができる。

ア) 介護（要介護）状況に合わせた働き方ができない。

（連続休暇が取れない、休業取得等による実質的な解雇や不利益取扱いがある、働きがいを失う、など。）

イ) ニーズに対応した介護制度を利用できない。

ウ) 介護制度より家族介護の方が望ましいと考えている。

エ) 家族と介護協力態勢を組むことができない。

(他に家族がいない、介護を特定の人(主に女性)の役割と考えている、など)

② 介護と仕事の二重負担

離職せずに、介護をしながら仕事を続けている人もいる。だが、その場合には、介護と仕事の二重負担で支障を生じていることが少なくない。

目に見えて負担となるのが時間である。単純に考えて、介護者の1日24時間のうち、介護に要する時間は他のことはできない。正規労働者の場合、所定労働時間が1日8時間程度であるだけでなく、時間外労働や休日労働も珍しくない。これに通勤時間が加わる。その残りの時間で、介護と他の生活をするには限界がある。経済学者の黒田祥子氏の分析⁽¹⁴⁾によると、女性の正規労働者で家族の介護をしている人には、労働時間を減らしたいと考えている人が多いそうだが、現実に減らせない場合、家事の時間や余暇を削ることになる。男性には休日に介護する人が多いという指摘もあり、これは、労働時間を減らせない結果、休日にすることになっていると思われる。結局、介護者は、自分の時間を持ってない。

家族介護をする労働者の疲労を指摘しているのが、池田心豪氏である。池田氏は、事例研究から「勤務時間と介護時間のバッティングはなくても両立が難しいと思われる事例」として、「勤務時間外の介護の疲労が蓄積しているケース」を挙げている。深夜介護はその典型だという。仕事から帰った後、介護と家事などで時間を要すると、睡眠時間を削るしかないということになるが、介護は体力も要する労働であり、少ない睡眠時間では、疲労が取れない。池田氏は、「こうしたことが続くうちに、体調が悪化」するという。21世紀職業財団報告書でも「中高年層においては、若者に

(14) 黒田祥子「中間の年齢層の働き方」日本労働研究雑誌No653(2014年12月)72頁。

比べて体力や健康面にもともと何らかの問題があるという人も一般的に少なくない」ことが指摘され、これが介護疲労によって悪化するリスクを示唆している⁽¹⁵⁾。実際に、前記①のJ I L P T男性ヒヤリング調査では、痛風を持病としてもっており、(介護の)疲労とストレスでその発作が出たという回答がある。

時間や疲労の問題は、それによって、それまでのように仕事ができないことによる問題も生む。21世紀職業財団報告書の「介護を行う中で困った点や直面した課題」についてのアンケートで、「休暇を取得しなければならない」が在職者の25%（離職者28.2%）、「勤務時間や勤務日数を減らさなければならない」が在職者の16%（離職者21.1%）もいる。「休暇が取れる」「勤務時間や勤務日数を減らせる」のではなく、困った点、課題となっているのである。その理由の一つは、減収である。同アンケートで「働き方を変えることで収入が減少する」の項目が在職者の19.8%（離職者29.3%）いる。労働時間の減少による減収だけでなく、降格、低評価に伴う場合もあるであろう。21世紀職業財団報告書では、具体的な事例や意見として「休業取得に当たって特に気になったのは昇給につながる評価」との回答がある。また、「同僚に負担や迷惑をかけてしまう点、仕事が中途半端になる点が、ストレス」等も挙げられている。池田氏は「介護による体調の悪化が仕事の効率を悪くし、それによって、自分はきちんと仕事できていないと感じてしまう」と指摘している。同僚への気兼ねややりがいの喪失などから生じる精神的負担も、介護と仕事を重ねることで生じる負担といえよう。

これらの調査結果からは、離職しなくても、介護と仕事のバランスが取れているとは言えないケースが多々あることがわかる。負担が高じて、離

(15) 同居の介護者のうち、50歳代が21.4%、60～64歳が18.1%、49歳以下は10%である（厚労省 平成25年国民生活基礎調査）。

職してしまう労働者も少なくないだろう。介護と仕事の二重負担を負う者は、介護離職者の予備軍でもある。

2 介護休業等の制度利用の実態

以上のとおり、働く家族介護者は深刻な問題を抱えているが、介護と仕事の両立ために、育児介護休業法が制定されている。育児介護休業法は、働く家族介護者の負担を軽減していないのであろうか。

介護休業等は、企業が独自に設けている場合も少なくないが、最低の基準が育児介護休業法で定められている。つまり、同法により、就業規則等になくても、次の様な一定の休業等が労働者の権利として取得できる。

「介護休業」（2条2号、15条）要介護者（2週間以上の常時介護を必要とする者（2条3号、育児休規則1条）1人につき、要介護状態に至るごとに1回、通算93日限度。

「介護休暇」（16条の5）要介護者1人の場合、1年間に通算5日限度。要介護者2人以上の場合、1年間に通算10日限度。

「短時間勤務」（23条3項）連続する93日間以上の所定労働時間の短縮（又は「フレックスタイム」「始業・終業時刻の繰上げ・繰下げ」「介護サービス費の助成その他これに準ずる措置」のいずれかの制度の設置）

ところが、これらの利用者は非常に少ない。2012年（平成24年）度就業構造基本調査結果（総務省統計局）によると、介護をしている雇用者（転職者を含む）239万9000人中、介護休業7万6000人、介護休暇5万5000人、短時間勤務5万6000人である。

介護休業終了後については、厚労省「雇用均等基本調査」（平成20年（2008年））で、復職した者は82.1%、退職した者は17.9%となっている。離職者の多くが介護休業制度を利用せずに辞めていることがわかる。この

うち、少なくない離職者が介護休業制度を必要としていたことは、前出の池田氏の指摘アのとおり、連続休業を必要とする労働者の多くが非就業になっている事実から明かである。また、利用したにもかかわらず離職した者が17.9%もいることも問題である。

介護休暇については、21世紀職業財団報告書で「休暇を取らねばならない」ことを困った点や直面した課題として回答した者が離職者の28.2%、在職者の25%もいる。また、西本真弓氏が日本労働研究機構（現(独)労働政策研究・研修機構）の2003年実施の調査データ⁽¹⁶⁾を分析したところ、過去10年間に介護のために仕事を休んだ雇用者140人のうち、介護休業（2週間以上の連続休み）や休職の制度利用の他に、年次休暇取得が62人、欠勤が59人であった。1日単位の休暇を必要とする場合が多いことがわかる。

短時間勤務については、離職してパートタイム労働に就く女性が多いという調査結果、黒田祥子氏の正規労働者で家族の介護をしている人には労働時間を減らしたいと考えている人が多いという調査結果から、やはり必要性が明かである。

これらの制度が必要とされているにもかかわらず利用されていない理由は、制度自体が介護実態に合っていない面と、制度は良いが実効性の確保がなされていない面があるだろう。前者については、介護に関する法制度は、育児に関するそれほど制度が充実していないという指摘⁽¹⁷⁾、利用希望や利用の状況の把握が始まったばかりで制度が実情に合っていないという指

(16) 「育児や介護と仕事の両立に関する調査」過去10年間に2週間以上の家族介護をしたことのある雇用者266人。

(17) 大森真紀氏は、育児休法の改正について、「育児休業が優先され、介護休業はそのついでにやむをえず手直したとしかみえない」と指摘する（大森真紀『世紀転換期の女性労働1990年代～2000年代』（2014年3月 法律文化社）195、196頁。

(18) 摘がある。後者については、JILPT男性ヒヤリング調査で介護休業取得者が早期退職の募集に抵抗できなかったという回答が示すように、リストラの対象にされやすいという実態があるのではないか。また、離職まではいなくても、後で述べるように、賃金や評価等の面で不利益を被る実態もあるだろう。

第3 介護をめぐる家族と労働のあり方

労働法における介護関係の制度や運用を論じるには、まず、介護をめぐる家族と労働のあり方を検討する必要がある。労働法上の制度は、家族介護を前提とするものだからである。第一に、考えるべきは、介護の内容である。一口に介護といっても、様々な内容がある。次に、介護は誰が担うべきかを考える必要がある。家族にとって介護は負担である一方、家族介護を望む者もいる。全ての介護を全ての家族が担う必要はないが、家族が担う方が望ましい場合もある。これらの検討をした上で、介護をめぐる家族と労働のあり方を検討することとする。

1 介護とは何か

介護という場合、多くの人は、衣食住の世話や見守りなど、体等を使って介護労働を行うことを想定するであろう。本稿も、これまで、主に介護労働を指して、「介護」の語を使ってきた。しかし、介護の内容は、それだけではない。上野雅和氏は、介護の内容を、大きく分けて、介護方針の

(18) 21世紀職業財団報告書でも、「介護は育児と異なり周囲に相談しにくい面があること等から、企業は自社従業員の仕事と介護の両立の現状のみならずこれに係るニーズを把握することが困難であるため、仕事と介護の双方を行う従業員がこれを両立できるような支援（従業員が真に望む支援）を十分に整備できているかどうか確かではない。」と述べられている。

決定、介護労働の提供、介護費用の負担として⁽¹⁹⁾いる。加えてこれらが分業される場合、それぞれをつなぐ仲介や手続といった作業が必要になってくる。1997年に成立した（施行は2000年）介護保険法により、介護サービス等を行う事業所が多く設けられ、家族以外の者が介護に関わるケースが増えた。これら事業所は、介護福祉士や介護ヘルパー等により介護労働の提供を行い、その費用も、介護保険を利用することができる。介護方針の決定も、ケアマネージャーなどがケアプランを提供する体制が用意されている。ただ、そうした介護保険制度を利用するためには、窓口等に相談し、情報を収集し、事業所を選定し、契約する等の作業が必要である。この作業を要介護者本人が行っている限り介護ではない。しかし、要介護者には、認知症などでその作業ができない者が多い。その場合、誰かが、代わって行うことになり、相談や契約等も介護の一内容となる。つまり、介護が社会化するに伴って、介護制度利用のための手続等（以下「介護制度利用手続」という。）という介護の新たな内容が生じているのである。

2 高齢者介護の担い手は誰が望ましいか

介護は、社会化が進む以前は、家族が行うことが自明視されていた。⁽²⁰⁾今

(19) 上野雅和「介護と家族法」『介護と家族 [新装版]』（2005年12月 早稲田大学出版会）95頁。

(20) 上野千鶴子『ケアの社会学』（2011年8月 太田出版）100頁。もっとも、17世紀半ばまでは、階層や地域による差はあるが、家族とは親族や使用人も含む大規模なものが一般的であったし、江戸時代は、使用人が介護労働を提供することが少なくなかった。嫁を中心とする家族内の女性が介護を担うようになっていくのは、近代以降である。また、多くの庶民層では、嫁も生産労働に忙殺され、介護まで手が回らないのが実情であった（柳谷慶子「日本近世の高齢者介護と家族」『介護と家族 [新装版]』（2005年12月 早稲田大学出版会）172, 173, 195～197頁、春日井典子『介護ライフスタイルの社会学』（2014年10月 世界思想社）28～30頁）。

でも家族介護を当たり前と考える風潮はある。一方、介護保険法は、「国民の共同連帯の理念」を掲げ（第1条，第4条2項），国の責務として，保健医療サービス及び福祉サービスを提供する体制の確保に関する施策その他の必要な各般の措置を規定し（第5条1項），都道府県の責務として，介護保険事業の運営が健全かつ円滑に行われるための助言及び援助を規定している（同条2項）。政策的には，介護保険による事業のみならず，地域での取組の促進も挙げられている⁽²¹⁾。こうした方向性と第2の1(1)で述べた要介護量の増加，家族の変化を踏まえて，介護の何を誰が担うべきだろうか。

介護の担い手の問題がもっとも顕在化しているのは，介護労働の提供である。これについて，要介護者の立場からの意見として参考になるのは「平成24年度（2012年度）団塊の世代の意識に関する調査」（内閣府）である。この調査によると「要介護となった場合に希望する介護者」（ここでいう介護者とは，介護労働の提供者であろう。）として「子どもの配偶者」と答えた者は，前述のとおり，わずか0.4%であったが，他の回答結果は次のとおりである。

配偶者40.7%

施設や病院等の職員・看護師等18.7%

ホームヘルパーや訪問看護師15.5%

子ども9.4%

もっと上の70歳以上の高齢者がどう思っているかは定かでないが，少なくとも60代の多くは，まず，配偶者，次に専門家を希望していることがわかる。介護の担い手として誰が望ましいかは，要介護者本人の希望のみで決まるものではないが，当事者である要介護者の意見の尊重は重要で

(21) 森真弘，野村晋「介護保険制度と高齢者ケア」ジュリストNo.1389（2009年11月）20，30頁。

ある。

では、介護者の立場からはどうか。第2の1(2)で、働く家族介護者には、「自分の時間を持ってない」「介護疲労」といった負担があると述べたが、働いていなくても、要介護度が重くなれば、家族介護者の負担は大きくなる。その負担は、虐待にもつながる。2013年度に、市町村等により、家族・親類・同居者による高齢者虐待と認められた件数は15,731件である⁽²²⁾。家族が介護放棄をしてしまいそうな場面で最も多いのが、介護者の「不眠」「自分の時間がない」「体調不良」である⁽²³⁾。家族だからこそその感情もある。「要介護者への思い入れがあるからこそ、介護には不安や怒り、絶望などネガティブな感情も生まれやすい⁽²⁴⁾」という。家族介護の場合、介護方針の決定、介護労働の提供、介護費用の負担が一体となって、全てを家族が負ってしまうことも少なくないように思う。そうしたことから心理的な負担も大きくなるのではないか。

このように問題の多い家族介護ではあるが、要介護者と介護者の両者が家族介護を希望した場合、その意思は尊重されるべきであろう。山脇貞司氏は、要介護者が家族から介護（ここでいう介護も介護労働の提供であろう。）を受けたいという願望を「家族から介護を受ける権利」と呼び、これは、自然権的なもので、介護を通じて家族と交流を持つという意味で憲法13条の幸福追求権の一つとして位置づけることもできなくはないという（ただし、介護提供者との合意を前提とし、家族が要介護者に法律上当然に義務を負ってはいない、とする。）。この要介護者の権利を実現するた

(22) 厚労省「平成25年度高齢者虐待の防止、高齢者の養護者に対する支援等に関する法律に基づく対応状況等に関する調査結果」

(23) 加藤伸司、矢吹知之／編『家族が高齢者虐待をしてしまうとき』（2012年 ワールドプランニング）86頁。

(24) （独）労働政策研究・研修機構 資料シリーズNo.118「男性の育児・介護と働き方—今後の研究のための論点整理—」平成25年5月。

めに、家族には「介護をする権利」が認められるとする。これも、同様に自然権のようなもので、幸福追求権の一つとして位置づけることができなくもないとしている。そして、この二つの権利は「立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする（憲法13条）」と述べる⁽²⁵⁾。介護を受けること、介護をすることは、これまで、権利として語られてはこなかったように思う。しかし、これらを権利として捉え、できるだけ要介護者と介護者の意思が尊重された介護労働の提供がなされるべきである。

なお、民法の扶養義務規定（詳細は次頁参照）には、引取扶養という方法もある⁽²⁶⁾。しかし、要介護者の場合、引き取った後、自ら介護労働の提供をするだけではなく、介護制度利用手続をすることも含んでいるのではないだろうか。配偶者については、同居協力義務はあるが、その実効性については、介護する側が高齢者の場合、体力的な負担や介護能力の問題があり、また、介護労働は法的強制になじまないことなどから、限界があるとされる⁽²⁷⁾。

一方、家族介護を望まない場合の介護者として、また、家族と介護を分担する者として、介護福祉士や介護ヘルパーなどの専門家がいる。専門家としての介護者は、知識や経験で介護の負担を軽減できるだけでなく、有償労働として介護を行うので、負担に対しての報酬が支払われる⁽²⁸⁾。特に要介護期間の長期化や要介護度の重度化に伴い、専門家介護者が介護を行うことは望ましい形である。

次に、担い手の問題としてよく取り上げられるのが介護費用である。介

(25) 山脇貞司「家族介護問題と法政策」『介護と家族 [新装版]』（2005年12月 早稲田大学出版会）66, 67頁。

(26) 二宮周平『家族法第4版』（2013年11月 新世社）252頁。

(27) 上野雅和（前掲書19）91, 92頁。

(28) もっとも、現状の介護労働者の労働条件は悪い。

護保険制度により、介護費用を一定、社会で負担することが当たり前となりつつあるが、自己負担分や介護保険を利用できない範囲がある。それを家族が負担することについては、法に規定がある。民法には、夫婦の協力扶助義務（725条）、婚姻費用の分担（760条）、直系血族及び同居の親族の扶け合い義務（730条）、直系血族及び兄弟姉妹の扶養義務（877条1項）、家庭裁判所の審判による3親等内の親族の扶養義務（877条2項）が定められている。介護費用を支出することも扶養の一部である⁽²⁹⁾。扶養義務については、配偶者と未成熟の子の場合は、自己と同程度の水準まで扶養する義務（生活保持義務）があり、その他の場合は、扶養義務者に余力がある範囲で扶養する義務（生活扶助義務）があるとする見解が一般的である⁽³⁰⁾。もし、余力を超えて扶養義務があるとなると、それだけ働いて稼がねばならないことになる。だが、親や兄弟姉妹の介護費用のために労働（以下、単に「労働」という場合は、介護労働ではなく、有償を目的とした労働を指す。）する義務を負うとするのは負担が大きすぎるであろう。配偶者には、生活保持義務があるが配偶者が高齢者である場合、労働自体が負担である。介護費用はできるだけ社会保険を含めた公的負担によるべきである。

介護方針の決定は、家族だけで行くと、家族が担える範囲の介護労働や介護費用の範囲にとどまってしまう危険があるが、家族の意見を入れないのも、方針通りに進まないという問題を生じやすいだろう。家族と専門家が相談して決めるのが望ましい形と考える。ただ、その専門家に相談を持ち掛けるのは、次に述べる介護制度利用手続となる。介護方針の決定と介護制度利用手続とは密接に連携しており、一体化している場合もある。

介護制度利用手続については、先般、興味深い判例が出された。【JR東海事故事件】（名古屋高判平成26.4.24（原審：名古屋地判平成25.8.9））

(29) 二宮周平（前掲書26）251、252頁。

(30) 二宮周平（前掲書26）248頁。

である。この裁判は、徘徊癖のある高齢者が列車事故を起こしたことにつき、妻と子らにその責任が問われたものである。控訴審判決では、妻について民法752条を根拠に民法714条の責任無能力者の監督者責任が認められた。この判決のうち、本稿のテーマに照らして注目すべき点は、「在宅介護を続けるのであれば、介護保険福祉士として登録されていた（要介護者の）子の一人に要介護者宅を訪問する頻度を増やすよう依頼したり、民間のホームヘルパーを依頼したりするなど、在宅介護していく上で支障がないような対策を具体的にとることも考えられたのに、そのような措置も何ら講じられていない」と述べられた点である。この判決は、妻の介護義務として、妻自身の介護労働のみを認めたわけではなく、家族介護で対応できない部分は介護制度を利用すべく、その手続を行うべきとの見解を取っていると思われる。

介護制度利用手続は、法的義務としては、民法725条により配偶者についてのみ認められると考える。（もっとも、この義務が、法的強制になじまないのは、介護労働の提供と同様である。また、JR東海事故事件控訴審判決のように、民法714条の監督者責任まで認めるべきかについては、さらなる検討課題であろう。）だが、現実的に、これを行いやすい立場にあるのは家族であるから、配偶者以外の家族も行うのが望ましい内容である。

この事件で争われたのは、あくまでも、要介護者が第三者に与えた損害についての賠償義務である。介護義務と言うと要介護者に対する義務ばかりが考えられがちだが、このような義務も生じる可能性がある。

以上まとめると、介護労働は、要介護者と介護者双方が望む範囲は家族が行うべきであるが、それ以外は専門家が行うべき、介護費用については、要介護者又は介護者が望む場合は自ら負担してもよいが、それ以外は介護制度によるべき、介護方針の決定は、家族と専門家が相談して行うのが望

ましく、そして、介護制度利用手続は、義務により行うべきは配偶者であるが、それ以外の家族も行うのが望ましいものとなる。

3 介護をめぐる家族と労働のあり方

1970年代に政府が立ち上げた日本型福祉社会構想⁽³¹⁾では、介護を担うべき者は、家族であった。これは「家族」という性や家族内の立場を無視した言い方になっているが、想定されたのは、介護労働を行うのは妻や嫁であり、介護費用を稼ぐのは夫や息子であった。介護方針は、その家族内で負担できる介護労働と介護費用の限度によって決まっていたといえる。(さて、介護の内容のうち、介護費用の負担は労働を必要とするものであり、性質を異にするため、ここからは、介護費用の負担を除いた範囲で「介護」の語を使うことにする。)現在でも、主に、介護を女性、仕事を男性という分業体制をとる家族は珍しくなく、家族介護者には女性が多い。

しかし、こうした性別による分業があるべき姿でないことは、男女共同参画の理念から明らかである。また、介護費用のために、家族が働く義務⁽³²⁾はない。それでも、前項で述べたように家族には介護について権利義務となる範囲があり、家族が行うのが望ましい介護内容もある。介護制度は、介護労働を社会的に提供し、介護労働のための労働からの離脱を防ぐが、介護制度利用手続やその前提となる介護方針の決定という介護内容を生む。この介護制度利用手続等は、介護導入期だけでなく、要介護状態の変化に応じて行う必要がある。

また、現実問題として介護制度の人的物的設備が足りていない状況があ

(31) 厚生省昭和53年版(1978年版)厚生白書には「家族介護は社会福祉の含み資産」との文言がある。

(32) もちろん、制度の財源のために働く必要はあるが、それは、社会全体の要介護者のためであり、自らの家族のためではない。

る。介護保険サービスを実施する事業所の56.5%が従業員不足を感じており、従業員自体も45%が人手が足りない⁽³³⁾と述べている。特別養護老人ホームの入所待機者は、全国で約52万4000人に上る（厚労省2014年3月公表）。要介護量の増加に現実が追いついていない面もあるだろう。そして、今後、介護制度が、ニーズに追いつかない状況は予想できる。高齢化が進む中で、要介護状態になる高齢者の数は増加し続けることは想像に難くない。介護制度が整っていない場合、家族はその追いついていない部分を担わざるをえない。これは義務ではないと考えるが、多くの人は、要介護者の家族を放置してはおけないだろう。その理由は、家族としての愛情でもあれば、責任感でもあると思われる（どちらもという場合が一番多いのではないか。）。この家族が有する責任感や愛情は、働くうえでも、尊重され保護されるべきものである。

そこで必要となるのが、介護と仕事をバランスよく行うことである。そのためには、家族のひとりひとりが介護も仕事もやる、または、家族の誰かがある時期は介護に専念するがその後は仕事に戻るといような家族像、労働者像が求められる。誰もがいつか要介護者になり、その期間は長期にわたる可能性の高い時代である。家族生活のどこかで、そして、職業人生のどこかで家族の介護に直面するのは家族員として、また労働者として一般的な姿なのである。まず、労働者は、介護のために、一時的に、または、一部を仕事から離れることができるようにならなければならない。また、介護のために、仕事上の不利益を被らないようにならなければならない。誰もが、バランスよく介護をしながら働ける社会を目指すべきである。

(33) (公)介護労働安定センター「平成25年度 介護労働実態調査」。

第4 育児介護休業法の検討

現行法において、介護をしながら働ける制度を定めているのは、育児介護休業法（以下「育介休法」という。）である。労働者が、家族の介護について、権利を行使し、また、義務や責任を果たすためには、同法の立法的充実及び適切な解釈が不可欠である。そこで、以下、育介休法について立法的充実及び不利益取扱い（10条等）の法解釈を中心に論考する。なお、配転も大きな問題であるが、本稿では取り上げない。

1 育児介護休業法の立法的充実及び解釈のポイント

育介休法を検討する際に念頭に置くべきポイントとして重要なのは、まず、介護をしながら働く制度は、労働者の権利に基づいているということである。家族の義務や介護制度が不十分である場合の責任感や愛情に基づく介護は、労働法上の「家族的責任」に当たる。家族的責任は、ILO「家族的責任を有する男女労働者の機会及び待遇の均等に関する条約（156号条約）」で用いられている family responsibilities の日本語訳である。同条約にいう「家族的責任」の介護についての定義は、「介護又は援助が明らかに必要な他の近親の家族に対する責任」（1条の1、2）となっており、家族的責任を有する労働者が「差別を受けることなく、また、できる限り職業上の責任と家族的責任との間に抵触が生じることなく職業に従事する権利を行使すること」を加盟国の政策目的として定めている（3条）。わが国は、同条約の批准と合わせて、育児休業法を改正して、介護休業等を法制度化した。よってこれらの制度を利用することは、労働者の権利であり、その裏返しとして、使用者は、労働者が制度利用できるようにする義務を負う。特に配偶者には法的義務があり、家族的責任が重視されるべきである。

2つめのポイントは、育介休法の対象となる労働者は決して特定の労働者ではないということである。介護休業等の制度創設時は、対象として念頭に置かれていたのは、女性労働者であった。それは、介護休業等の制度の検討を、労働省の婦人少年問題審議会婦人部会に依頼していることからわかる。当時、現実に関護と仕事のバランスで困っていたのは女性労働者がほとんどであったから、介護の問題は女性の問題であった。だが、現在、男性の家族介護者も増えつつあり、親の介護の担い手は性を問わない実子へと変わっている。前述したように、家族の介護は、労働者として一般的な問題となりつつある。

3つめのポイントは、2つめとも関連するが、介護と仕事のバランスの内容である。育介休法は、その「目的」(1条)のうちに「職業生活と家庭生活との両立に寄与することを通じて、これらの者の福祉の増進を図ることを挙げ、「基本的理念」(3条)として「(子の養育又は)家族の介護を行う労働者等の福祉の増進は、これらの者がそれぞれ職業生活の全期間を通じてその能力を有効に発揮して充実した職業生活を営むとともに、(育児又は)介護について家族の一員としての役割を円滑に果たすことができるようにすることをその本旨とする。」と謳っている。しかし、介護休業等の制度についてのこれまでの主な議論は、立法的な面では、池田心豪氏の言葉を借りれば「介護時間と仕事時間のバッティング」をいかに避けるかが中心であったし、法解釈的な面では、休業等の制度の利用を妨げる使用者の行為とは何かに主眼が置かれていたと思われる。しかし、介護と仕事のバランスは、単に休業、休暇が取れるとか短時間勤務が認められるというようなレベルで論じられるものではない。まさに法が理念として述べるように、年齢や経験等において様々な状況にある労働者が、いかに、介護と仕事をバランス良く行いつつ生きることができるか、という問題である。例えば、労働者の介護による疲労も考慮すべき問題であり、労働に

94(568) 法と政治 66巻3号 (2015年11月)

よる賃金や社会参加、生きがいなどとのバランスもまた、検討されねばならない課題である。特に、男女共同参画が目指され、家族介護の担い手として夫や実子が増えている現代では、これらは、顕著な問題である。

2 家族的責任及び権利の実現をめざす立法的充実

育介休法の立法的充実を検討する上で念頭におくべき「労働者が行う家族介護」とは、まず、家族的責任たる介護である。具体的には、介護方針の決定及び介護制度利用手続、介護制度が不十分な場合の介護労働である。特に配偶者は重視される。次に念頭におくべきは、権利としての介護である。現行法の制度においてこうした介護は実現可能であろうか。

まず、介護休業について検討する。介護休業は、要介護者1人につき、要介護状態に至るごとに1回、通算93日限度と定められている（2条2号項、15条）。同法に言う要介護者とは、2週間以上の常時介護を必要とする者である（2条3号、育介休規則1条）。この93日という日数は、介護休業が法制化された当初は、連続3か月であった。3か月という期間の理由については、次の3点であるとされている⁽³⁴⁾。

- ①法は最低基準の義務付けで、それ以上は企業の努力義務として労使の自主的な努力に委ねるものである⁽³⁵⁾。
- ②介護休業制度は、やむをえない場合の緊急的対応措置で、介護の長期的方針を決める期間であり、寝たきりになる最大の原因である脳卒中⁽³⁶⁾

(34) 関ふ佐子「介護休業法」日本労働法学会誌86号（1995年）155、156頁もともと、3か月では必要な介護ができず、結局離職する労働者が多いのではないかという意見も出ており、新進黨案は1年間であった。現に、当時の介護離職者は約8万1000人、そのうち7万3000人が女性であった。

(35) 第132回国会衆議院本会議1995（平成7）年3月24日浜本万三労働大臣発言。

(36) 第132回国会衆議院本会議1995（平成7）年3月24日浜本万三労働大臣と政治 66巻3号（2015年11月）95(569)

の発病から症状が安定するまでは、平均して3か月である。⁽³⁷⁾

③すでに介護休業制度が導入されている民間の事業所において、実際に介護休業を取得した者の77.7パーセントは、3か月以内に復帰している。⁽³⁸⁾

このうち、②の「介護の長期的方針を決める期間」という点は、介護制度利用の準備期間ともいえ、要介護状態が安定しているのであれば、現行の93日間は概ね適当である。制度創設時より現在の方が、介護保険法によって介護制度は充実している。しかし、別の変化もある。以前は、介護負担の重い状態の代表は、脳卒中等による寝たきりであった（第2の1(1)の表2でも、1995年国民生活基礎調査で項目とされたのは「寝たきり者の介護者」である。）のに対し、現在は、認知症による徘徊等である。認知症の介護の準備期間として93日間が妥当かは、検討する必要がある。また、介護制度が充実してきたとはいえ、現実に追いついていないのは、前述のとおりである。介護休業制度の創設時には、介護制度が少なかった反面、介護に関われる者が複数いる家族が多かった。1995年5月25日参議院労働委員会において松原亘子労働省婦人局長は「……一人の家族に長期や複数回の介護をゆだねるといことは、個人の肉体的精神的疲労の程度を考えると、私どもとしては、限界があるのではないかというふうに考えます。この場合、家族が交代して介護に当たるなど、特定の人だけに介護の負担がかからないようにする工夫が必要……」と発言している。また、労働者側の立場からも「子どもたちが性別に関係なく、男性も女性も利用

臣発言。

(37) 婦人少年協会 長寿社会における女子労働者等福祉に関する調査研究会「老親介護に関する労働者福祉施策のあり方について」中間報告（1989年）。

(38) 第132回国会衆議院本会議1995（平成7）年3月24日浜本万三労働大臣発言。

するようになれば、「一回」「三カ月」というのも、子どもの数の多い人には、症状によってはさほど悩みではなくなってきました。子どもたちが順番にとればいいのですから。この問題は、主として介護が一人に集中しているということから、起こっている悩みという側面もあります。」⁽³⁹⁾と述べられている。しかし、現在は家族の人数が減り、介護制度の利用待ちの間を、複数で分担して乗り切ることが難しくなっている。家族的責任を果たすのに93日間では足りない場合は少ないのではないか。

では、労働者が自ら介護労働を希望する場合、つまり、要介護者と介護者双方の希望により家族介護を選ぶ場合、93日間は妥当であろうか。労働者の意思を最大限尊重するのであれば、要介護期間の全期間の介護休業を認めることになろう。しかし、それは、見通しの立たない介護が多い状況で、使用者側の負担が大きすぎるし、他の労働者にも不安定な状況を強いる。長期の要介護状態に対しては、介護休業期間の延長ではなく、介護が終了した後の再就職支援等をもって対応すべきであろう。

以上により休業期間の基準としては、育児休業とのバランスで1年間までとすべきではないかと考える。1年間という期間は、介護制度が利用できない場合に、施設の順番待ちや対応を検討する期間としても妥当ではないだろうか。

次に、介護休暇及び短時間勤務について検討する。介護休暇は、要介護者1人の場合、1年間に通算5日限度、要介護者2人以上の場合、1年間に通算10日限度で取得できる1日単位の休暇である（16条の5）。2009年の法改正で新設された制度で、1日単位で取得でき、毎年取得できるところが特徴である。この制度は、介護と仕事を継続的に両立させやすく、労働者のニーズに合っているという点で、評価されている。⁽⁴⁰⁾また、短時間勤

(39) 沖藤典子『介護休業でいい仕事いい介護』（1999年9月 ミネルヴァ書房）155頁。

務は、フレックスタイム、始業・終業時刻の繰上げ・繰下げ、介護サービス費の助成その他これに準ずる措置と同様そのいずれかの設置を使用者に義務づけられている制度の一つである（23条3項）。これらの制度は、介護制度利用の準備や介護制度の足りない部分の介護には合致している。また、介護制度を利用しつつ家族介護をする場合や他の家族と介護を分担したりする場合にも適している。ただ、介護休暇が要介護者1人につき年間5日は、少ないのではないか。労働者自身の休息も必要である。池田心豪氏は、介護と労働の時間面でのバランスについて、「……勤務時間と介護時間をぎりぎりのところで調整するのではなく、少しゆとりを」⁽⁴¹⁾を述べている。1か月に1日、つまり年間で12日ぐらい介護のために休めるようにすれば、労働者自身のゆとりにもなるであろう。

以上のとおり現行法は、家族的責任や介護をする権利を実現できるだけの制度とはなっていないが、現行制度でも取得できない者が相当いることは、既に述べたとおりである。介護休業等の制度が、労働者の権利として機能していない実態がある。制度の充実と共に実効性の確保が重要である。実効性の確保は、次項で述べる法解釈に依るところもあるが、制度的な配慮も必要である。たとえば、厚労省指針では、事業主が講ずべき措置の適切かつ有効な実施を図るための指針として、制度利用申請に当たって「証明書類の提出を求める場合には事後の提出を可能とする等、労働者に過重な負担を求めることにならないよう配慮するものとする。こと。」、⁽⁴¹⁾「時間単位又は半日単位での休暇の取得を認めること等制度の弾力的な利用が可能

(40) 稲森公嘉「超高齢社会の日本における介護をめぐる法制度の現状と課題」日本労働研究雑誌No.658（2015年5月）12，13頁。

(41) 池田心豪「仕事と介護の両立支援の新たな課題」労働政策フォーラム：2013年5月31日 開催「仕事と介護の両立支援を考える」
http://www.jil.go.jp/event/ro_forum/20130531/houkoku/index.htm。

となるように配慮するものとする。」と定めている。介護休業等制度は、介護をする必要のある労働者全てのためのものであるはずで、一定の枠組みに収まる労働者のみのものではない。利用者本位の制度運用がなされるべく、政策的な推進も必要である。

3 「不利益取扱い」の適切な法解釈

介護休業等の制度の利用は労働者の権利であるから、それがために離職を余儀なくされるのは許されない（介護休業等取得を理由とする解雇の禁止 育介休法10条・16条）が、それ以外の不利益も許されるものではない。これについて、育介休法では、介護休業等取得を理由とする不利益取扱いの禁止を定めている（10条・16条, 16条の4・16条の7・16条の9・18条の2・20条の2・23条の2）。不利益取扱いは、それ自体が労働者の権利を侵害するものであり、また、それによって、制度の実効性を妨げるという面もある。それと関連して問題となるのは、一見、制度利用を直接の根拠とはしない扱いの中に、制度利用者が不利になる扱いがあった場合、これらが育介休法の不利益取扱いに当たるか、その判断基準は何かである。実は介護については、これらを争った判例は、ほとんど見られないのであるが、介護以外のケースは、古くから判例に現れている。これらの判例を通じて法解釈的な面の充実も見られるようになってきている。そこで、それらの判例を基に、以下、検討することとする。

(1) 抑制機能基準とノーワーク・ノーペイの原則

法で認められた休暇や休業等の制度利用（以下「制度利用」という。）による不就業を賃金の不支給（又は減額）要件とする扱いの違法性につき、判例は、以前から、その不支給（又は減額）等の扱いが「法が保障した権利を抑制し、その権利の趣旨を実質的に失わせるか」を判断基準（この基準を「抑制機能基準」と呼ぶことにする。）としている。抑制機能基準が

明確に示されたのは、【日本シェーリング事件】（最一小平成元. 12. 14 民集43巻12号1895頁）である。同事件は、昇給の要件として前年の出勤率が80%以上であることを定める労働協約について、その算定方法として、年次休暇、生理休暇、育児時間、労災、ストライキ等、法で認められた休みを「出勤していない」として計上する扱いが労働基準法39条等に違反し、民法90条の公序良俗違反であるかを争ったものである。最高裁は、この扱いを、抑制機能基準に照らして「全体として公序に反し無効である。」と判断した。育介休法の制定以前の事件であるが、この抑制機能基準は、その後、育介休法10条の「不利益取扱い」の判断基準の基本的枠組みとなっている。

抑制機能基準は、制度利用の実効性の確保という面だけを見れば、適切な基準である。しかし、制度利用によって不利益取扱いを受けたと感じる労働者の多くが問題とするのは、その扱いが、自らの働きや立場に見合っていないのでないか、ということであろう。抑制機能規準はそうした当事者の問題意識と視点がズレている。

しかし、裁判所は、その後の判例において、休業等を取得した者の賃金等の算定方法等を示すようになってきている。初期のものは【東朋学園事件】（最一小平成15. 12. 4 労判862号14頁）である。こちらは、賞与の支給要件⁽⁴²⁾として支給対象期間内の出勤率90%以上を定める就業規則によって、産後休暇及び育児短時間勤務により90%を満たさなかった労働者に賞与が全く支給されなかった事案である。最高裁が示した基準は、「休業期間に

(42) 賞与制度は、ほとんどの企業でみられ、金額は、年間賃金の4分の1ほどにもなる。一般に、賃金後払的性格、生活補償金的性格、功勞報償的性格、収益分配的な性格、将来の労働意欲を向上させる勤勞奨励の性格があるとされている（藤原稔弘「賃金」『アクチュアル労働法』（2014年4月法律文化社）134頁）。

対応する金額で賞与が発生しないという限度にとどまる結果は（ノーワーク・ノーペイの原則により）「甘受すべき」というものである。最高裁は、これを抑制機能基準を基本としつつ示しているが、ノーワーク・ノーペイの原則なら制度利用を希望する労働者が納得して制度利用の抑制機能が働かないだろうと判断したというより、この原則による結果は甘受すべきと判断したように読める。抑制機能基準とは別に、労働者が制度利用した場合の賃金等がどうあるべきかという問題に踏み込んでいるとも取れるだろう。

なお、この判決を受けて、厚労省指針（平成21年厚労省告示第509号）でも「退職金や賞与の算定に当たり……休業した期間若しくは休暇を取得した日数又は所定労働時間の短縮措置等の適用により現に短縮された時間の総和に相当する日数を日割りで算定対象期間から控除する……ことは、不利益な取扱いには該当しない。（第2の11(3)ハ(イ)）」とした。つまり、不利益取扱いとなるのは、働かなかった日数や時間に比例した分の控除を超えた減額ということになる。

労働者が制度利用した場合の賃金等がどうあるべきかという問題の判断の視点として重要なのは、まず、制度の趣旨に照らして公正であるかであると考える。公正さの判断基準としては「不就労の限度を超えているか否か」が相当と考える。次に重要なのは、制度を利用しなかった場合や利用していない労働者と比べて均衡が取れているかである。賃金算定方法として、ノーワーク・ノーペイの原則により働かなかった日数や時間に比例した分の賃金を控除する方法は、この二つを満たしているといえる。

だが、抑制機能基準が示した視点は軽視してよいわけではない。制度利用によってノーペイとなるなら、やはり抑制機能は働くだろう。このノーペイの部分は、介護費用と同じく社会保障制度によってカバーすべきと考ええる。不就労の部分まで使用者が負う義務はないと考える。

(2) 公正評価基準と均衡評価基準—成果給と職能給

ところが、賃金算定方法に評価が加わると、そう簡単に、日数や時間に比例して算出というわけにはいかない。評価が賃金額に直接反映する賃金制度として成果給がある。成果給である年俸制について争われた事案が、【コナミデジタルエンタテインメント事件】（(控訴審)東京高判平23. 12. 27 労判1042号15頁）である。年俸制は、「前年度の業績や組織への貢献度を基準に1年単位で賃金を決定するやり方⁽⁴³⁾」である。労働者は、産休と育休を取得したところ、査定期間のうち働いていた3カ月に見るべき成果を上げておらず、繁忙期も産休により経験していないとの理由で成果報酬をゼロ査定された。これに対し、高裁は、「査定に当たっては、可能な限り不利益を回避する措置を取る義務がある。」との見解を示し、「不利益を回避する措置」の例として、前年度の評価を据え置く、当該労働者と同様の役割グレードの報酬の平均値を使用する、合理的な範囲内で仮の評価を行う等が示されている。

成果は期間が短いと結果を出しにくいという問題点がある。また、繁忙期の経験という要件は、労働者がたまたまその時期を休まざるを得ない場合、必然的に欠けることになる。このように本人の責めに帰すべきでない事由により、3カ月もの就業期間をゼロ査定することは、評価方法に問題がある。制度利用をした場合の評価方法として、最低限、満たすべきは、やはり制度の趣旨に照らして公正であるか、（これを「公正評価基準」とよぶことにする。）制度を利用しなかった場合や利用していない労働者と比べて均衡であるか、（これを「均衡評価基準」とよぶことにする。）を満たしたものであるべきである。高裁は、不利益回避措置例を提示している

(43) 奥林康司『入門 人的資源管理』（2003年5月 中央経済社）173頁。

(44) もっとも、「それはあくまで人事権濫用判断の一要素である。」と述べている。

が、これらの基準を満たした評価方法を設定すべきである。

評価が賃金額に反映する制度として、成果給よりもわが国で一般的なのは職能給である。職能給とは、「仕事を担当する労働者の能力に着目し、その職務遂行能力に応じて決まる賃金⁽⁴⁵⁾」である。職能給の昇給は、「経験年数に依存しており、定期的に（毎年）行われる⁽⁴⁶⁾」のが一般的である。働いた期間分だけ職務遂行能力は向上するはずであるから、経験年数に依存するのである。職能給について争われた事案としては、【医療法人稲門会事件】（控訴審）大阪高判平成26.7.25 労経速2224号3頁）がある。同事件は、3カ月間の育児休業を取得した看護師の職能給の昇給について、職業柄、能力向上についての評価は現場経験を重視するものであるところ、3カ月以上の休業の場合は能力向上を期待できないとの理由で昇給なしとされたものである（評価期間は1年間で、昇給は年に1回である。また、使用者である病院には「育児休業中は本人給のみの昇給とする」との規定がある。）。これに対し、高裁は「1年の4分の1にすぎない休業により評価対象から除外することは、休暇期間中の不就業の限度を超えて育児取得者に不利益を課すものであって、無視できない経済的不利益を与えるものである。」と判断した。使用者は、3カ月の不就業があれば「能力向上を期待できない」とみなす扱いをしているが、それはつまり、働いた期間が9カ月以下であれば、昇給に値するだけの能力向上は期待できないという見解によるのであろう。それに対し、高裁は、1年分の昇給を認めているので、不就業が評価期間の4分の1なら、評価はできるはず（昇給に値するだけの能力向上は期待できるはず）と判断したといえる。しかし、これが2分の1であった場合はどうか。また、4分の3が不就業であった場合はどうか。能力評価を経験年数（日数）に依存することが評価方法として

(45) 奥林康司（前掲書43）166頁。

(46) 奥林康司（前掲書43）168頁。

妥当であるかは後述するように問題もあるが、経験年数は客観的で、多くの人が納得しやすい面も有している。よって、制度利用をした場合は、1年分の昇給額から評価期間のうちの不就業期間の割合分を控除する、または、昇給時期を当該労働者のみ復帰日を起算日として1年目とする等の方法が公正評価基準及び均衡評価基準に照らして適正であろう。

なお、昇給については、こうした方法でも解決できない問題がある。ここで控除された金額分は、その後、同期の職員の賃金額との差（または昇給期の差）として残り続けるということである。休業復帰後、いつまでたっても他の職員に賃金額が追いつかないとなれば、それこそ、制度利用に抑制効果が働くのではないだろうか。育休法による制度利用は、家族的責任等に基づく労働者の権利であるから、不就業の中でも、別に扱うべきであり、昇給についてのマイナス差を、休業復帰後、妥当な期間内に解消する措置を設けるべきと考える。

(3) 昇格と降格

労働者が自らの力で昇給についてのマイナス差を解消する方法の一つは、昇格することである。昇格すれば、それに伴って昇給するのが一般的である。しかし、制度利用に伴う不利益の問題は、昇格についても起こる。先の【医療法人稲門会事件】は、昇格についても争った事案である。同事件における昇格試験の受験要件は、一定の評価を、定められた年数（標準年数）取得することであるところ、当該労働者は、育休取得によって標準年数に3カ月足りないことを理由に受験を拒否されたからである。判決では、職場の評価規定の文言に不備があったことを理由に判断されたが、このような受験要件の設定自体に問題はないだろうか。試験の実施が年1回であることや標準年数を要件とすることには一定の合理性があると考えが、標準年数の設定方法には、検討の余地があるだろう。本件のように、標準

年数に数カ月足りないために、1年間受験機会が先になることは、不就労の限度を超えている。受験要件の問題は機会の平等の問題であり、意欲のある者が制度利用によって機会を与えられないことは、公正評価基準を満たさない。この点、制度利用をした者のみ標準年数が少なくとも受験できるとすると優遇措置になるという意見もあるだろうが、これも労働者の権利に基づく制度利用であるから、これが機会を奪うことの方を問題視すべきである。そもそも、試験制度を導入しているのであるから、昇格の適否は試験結果で判断できるのであり、受験要件という入口部分で門を狭くすることは妥当ではない。

また、制度利用によって降格となった事例もある。【広島中央保健生活協同組合事件】（最一小平成26.10.23 労判1100号5頁）は、労働基準法65条3項により妊娠のため軽易な業務への転換がなされた労働者が、これに伴って副主任から降格され、産休育休を経て職務復帰した後も、副主任への復帰がなされなかった事案である。最高裁は、男女雇用機会均等法（以下「均等法」という。）9条3項は、妊娠、出産、産前産後休業等を理由とする解雇その他不利益な取扱いを禁止しており、妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる措置は原則として同項の禁止する取扱いに当たるとした上で、労働者自身が自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在する等の場合には、同項の禁止する取扱いに当たらないものと解するのが相当とした。この件は、均等法違反が問題になったので、マタハラ（マタニティハラスメント）事件とマスコミ等で取り上げられ、女性の問題と考えられがちだが、性を問わず役職に付いている場合に起こる問題であり、年齢が高い労働者、つまり、介護休業等を要する可能性の高い年齢の労働者に起こりやすい問題ともいえる。均等法9条3項は強行規定であり、降格は同項に該当するとの最高裁の解釈は、育児休業法10条についても同様に解されるべきであり、介護

休業等の制度利用を理由とする降格も原則として禁止されるべきである（櫻井龍子裁判官は補足意見でそのように述べている。）。

この事案で注目された争点の1つは、例外として労働者の承諾があれば、同法の不利益取扱いにならないかという点である。降格は、減給ややりがいの喪失等のマイナス面があるが職責が軽くなるという利点もある。よって、これを一概に不利益取扱いとすべきか否かは、検討の余地がある⁽⁴⁷⁾。介護と役職つきの仕事の二重負担の回避策として、また、介護をする権利を重視して、降格を選択する労働者もいるであろう。ただ、使用者は介護とバランスがとれるよう、役職つきの業務についても検討する配慮が求められるべきである。また、この場合の降格は、介護と仕事のバランスを目的とするものであり、職務能力等の評価の結果ではないから、介護等を行っている間のみの一時的なものでなければならない。なお、この判決を受け、厚労省は、平成27年1月に改正・発出した均等法等の解釈通達に関連する参考情報（Q&A等）として、原則として妊娠・出産、育休等の事由の終了から「1年以内」に不利益取扱いがなされた場合等は、これを契機としていると判断され、法違反に当たることなどを示して、注意喚起している。これについても、介護休業等も同様に考えるべきであり、介護休業終了から1年以内に行われた不利益取扱いは、介護休業を契機としていると判断すべきである。

(4) 不利益取扱いの解消に向けて

ここで取り上げた事案を見ると、問題となった賃金制度や昇格制度は、

(47) 長谷川珠子「妊娠中の軽易業務への転換を契機とした降格の違法性」法学教室413号（2014年）38頁、富永晃一「妊娠中の軽易業務転換を契機とする降格の均等法9条3項（不利益取扱い禁止）違反該当性」季刊労働法248号（2015年）178頁も同様の問題を挙げている。

中長期の休みを取らないような労働者が基本となっている。そのため、制度利用者が出ると問題が起こる。また、育児休業取得者は増えつつあるが、多くの職場で、中長期の休業者や短時間勤務者は特別な存在であり、少数者である。それゆえ、不利益取扱いの判断基準やその回避措置策に、当事者である労働者の視点がどれだけ入っているか疑問である。賃金算定や評価等における抑制機能基準、ノーワーク・ノーペイの原則、公正評価基準、均衡評価基準といった基準等は、制度利用による不利益をできるだけなくそうとするものであるが、介護休業等の取得が、多くの労働者にとって「明日は我が身」と考えるような一般的なことになれば、さらに別の視点からの基準も発見され、制度利用者とその他の労働者との差は減っていくであろう。そのためにも、制度利用を希望する労働者が、躊躇なく利用できる環境を整える必要がある。

第5 終わりに

介護休業等は、要介護量の増加と家族の変化の中で、より重要な制度となっているといえる。しかし、労働法のテーマとしては、産前産後休業、育児休業や年次休暇に比べ、検討がなされていない。休業、休暇、短時間勤務といった制度は、同じような制度が他にもあるが、利用する労働者の抱える問題は、介護には介護ならではのものがあるだろう。そうした問題を捉え、分析し、労働法としての解決を探ることが、介護と仕事のバランスのために必要である。

介護休業等の制度には、労働法とは別の側面もある。例えば、社会全体で介護を負担する社会保障的側面がある。休業中の所得保障はその典型である。企業や他の従業員の立場から考えると、休み中の労働力不足の負担を通して、当事者である介護者と介護の負担を分担しているともいえる。また、休業や短時間労働は、労働力のマイナスであるが、全てがマイナス

かは、捉え方による。新たな人材を採用育成するコスト、ダイバーシティ、時間当たり生産性の向上等を考えると、労働力が数量的にマイナスになるからといって、必ずしも経営面でマイナスになるとは限らない。特に介護を事業目的とする企業では、質の高い介護労働者が必要であり、その際、家族介護の経験のある介護労働者は貴重である。このような労働法以外の分野での研究は、介護休業等について、最近増えてきている。こうした研究の成果も取り入れ、介護休業制度の充実と適切な運用が進むことを期待したい。

The Way of Labor Legislation to the Family: mainly care of the elderly

論

Junko HASEGAWA

説

In recent years, work-life balance has become one of the important issues of labor law, one of them is a balance between care of the elderly and work. Against the background of changes in the care the amount of increase and family, case workers becomes the family caregivers, it has occurred very much. Along with it, it has increased turnover caused by long-term care and the double burden of work.

The contents of the care is divided into, the determination of long-term care policy, the provision of care workers, the burden of care costs and long-term care system use procedure. Among them, is desirable for families do, it is the determination of care policies and (collaboration with experts) care system use procedures. These are intended to be referred to as family responsibilities in labor law. In addition, the family has the right to care. Therefore, the system of care leave etc. by Family and Medical Leave Act is a workers' rights. It as a basic, there is a need for legislative enhancement and appropriate legal interpretation.