

## 全訂版の刊行にあたって

本書の初版が出版されたのは、平成23年のことです。高度な内容を平易な言葉でわかりやすく理解でき、かつ実務的ですぐに役立てることのできる書籍として極めて高い評価を得ることができ、執筆者としては大変嬉しいことでした。

労働法の分野は法改正も多く、重要な裁判例も次々と公刊されています。初版の出版から12年、この間、読者の皆様から「はやく改訂版を出してほしい」というお声を多数いただいていた。この声に応えたいと思いつつも、なかなかまとまった時間が取れずに遅々として執筆が進まなかったのですが、日本法令からの叱咤激励もあって、ようやく全訂版として本書を世に出すことができました。

本書の執筆にあたっては、細かい枝葉の議論やマニアックな議論をそぎ落として議論を単純化すること、専門家ではなくても理解できるようにわかりやすくまとめることに注力しました。このコンセプトは、初版とまったく変わっていません。ただ、より深く知りたいというニーズにも一定程度応えるため、細かい議論もある程度拾い、注釈として記載した点が全訂版の最大のポイントです。全体構造をわかりやすく理解したい方には本文だけを読んでいただき、細かい点も調べたいという方には注釈にも目を通していただくという使い方を想定しています。

また、本書は理論書ではなく実務書ですので、実務的な目線で論点を列挙し、それを目次にするという工夫を施しました。本書は、もちろん通読する方もいらっしゃるでしょうが、むしろ何か不明な点があり、その解決のヒントを求めて目を通す方のほうが多いのではないかと考えます。論点目次を活用すれば、疑問に対する回答にすばやくアプローチできるのではないかと、これにより実務書としての使い勝手が向上したのではないかと自

負しております。

初版同様、この全訂版が読者の皆様に有効に活用いただけること、そして本書が人事・労務トラブルから企業を守る一助となることを願ってやみません。

なお、本書の執筆にあたっては、野口&パートナーズ法律事務所所属の優秀な弁護士（大浦綾子弁護士、近藤秀一弁護士、加守田枝里弁護士）に多大なるご協力をいただきました。当法律事務所は企業側労務問題を得意分野としており、日々多くの企業に対して助言を行い、また年間を通じて企業向けのセミナーや研修を数多く行っています。そのため、裁判例や労働法、人事労務に関する情報を各弁護士が精力的に収集し、事務所内部でそれらを共有して頻繁に議論を行っています。本書はそのような日々の実務的な議論の成果であって、到底筆者1人では執筆できなかったものです。改めて3名の先生方に感謝したいと思います。

令和5年1月吉日

弁護士 野口 大

## 初版はしがき

～紛争予防のためにグレーゾーン対策を優先させよ！～

### 1 人事・労務トラブルは今後激増する

我が国の労働法は現在の経済実態に合致していない部分があり、企業としては特に悪意はなくても、知らないうちに「違法状態」が生じているというケースが多くみられます。旧来は、その「違法状態」を指摘する人自体が少なく、トラブルが表面化することは少なかったかもしれません。しかし、もはやそのような牧歌的な時代は終わりつつあります。現実には、ここ数年で人事・労務に関するトラブルは激増しています。「サービス残業分の賃金を払えと訴えられた」「労基署に摘発されて書類送検された」「解雇したら労働組合に駆け込まれて街宣車が来た」等のご相談は日常茶飯事です。人事・労務に関するトラブルが原因で社内の雰囲気が悪くなって生産性が落ちたり、従業員が大量に退職して倒産の危機に至った企業もあります。

したがって、今後の企業経営者は、人事・労務を企業活動のリスクのひとつと明確に意識したうえで、トラブルが発生しないように入念に対処しておくことが絶対に必要なのです。新商品の開発や営業に力を入れるのと同様、人事・労務の紛争予防にも同等に力を入れるのが責任ある企業経営者の務めと言えるでしょう。

### 2 グレーゾーン対策を優先させよ

では、どのようにすれば人事・労務の紛争を効果的に予防することができるのでしょうか。キーとなるのがグレーゾーンです。

人事・労務に関する法律は難解を極めます（弁護士の中でもこの分野

に精通する者はごく少数です)。しかも、細かな部分まで定められている分野もあれば、何も決まっていなかったり、抽象的なルールしか決まっていなかったり（これをグレーゾーンと言います）も多数あります。

グレーゾーンについては、何をすれば良いのかがわかりにくいだけではなく、考え方自体に大きな対立がある場合もあり（労働法という分野は経営側と労働側で根本的な考え方で大きな対立があります）、取扱いをめぐって深刻なトラブルが発生しやすいのです。その意味で、グレーゾーンこそがトラブルの温床であり地雷原であると言えるでしょう。

企業としては、どのような分野がグレーゾーンであるかを知り、グレーゾーンについて優先的に紛争予防していくことによって、トラブルを効果的に予防することができます。

### 3 本書の特長

#### ① 経営側・企業側の立場から記載しています

筆者は平成5年の弁護士登録より、人事・労務事案について一貫して経営側・企業側で活動しています。人事・労務分野は、経営側と労働側は常に考え方の対立・相違があり、同じ法律や裁判例を見るときも、立ち位置によって見え方が異なるのです。

本書は、経営側の弁護士による、経営者のための書籍です。

#### ② 各問題について、企業としての対処法を具体的に示しています

人事・労務分野に関する類書は多数存在しますが、裁判実務まで踏まえた法理論と実務的な視点の両方を兼ね備えるものはあまり存在しません。本書は、いろいろな裁判例や通達を、紛争処理のプロである弁護士という視点で詳細に紹介しつつ、「どのように改善すれば紛争が防げるのか」という具体的な解決方法まで提案しているという点で画期的であろうと思います。

本書は、人事・労務トラブルを効果的に予防したい企業向けに書かれ

た書籍であり、日々生々しい紛争に向き合っている弁護士ならではの紛争予防ノウハウがぎっしり詰まっています。

是非ご活用いただき、企業を人事・労務トラブルから守る一助にしていいただければと思います。

平成23年 5月

弁護士 野口 大

# CONTENTS

## 1 労働時間

【本章の内容】	020
【論点目次】	022
<b>1</b> 労働時間に関するトラブル	024
<b>2</b> 「うちはきちんと管理しているから大丈夫」？	025
1 労働時間管理の落とし穴	025
2 労働時間管理を行っていない状態で サービス残業代を請求されたらどうなる？	026
<b>3</b> 黙示の残業命令	027
1 黙示の命令があれば 自主的時間外労働も労働時間に当たる	027
2 問題を発生させないためには残業許可制が有効	028
3 残業許可制は運用が大切	028
4 上司の指示に従わない従業員がいたら？	030
<b>4</b> 周辺労働時間	031

## 2 管理監督者

【本章の内容】	046
【論点目次】	048
<b>1</b> 「管理職にすれば残業代不要」？	050
<b>2</b> 裁判所と行政（労基署）とで考え方が異なる	050
<b>3</b> 行政（労基署）の立場	051
1 判断の枠組み	051

2	金融機関における「管理監督者」の範囲	052
3	チェーン店における「管理監督者」の範囲	054
<b>4</b>	裁判例の傾向	<b>056</b>
<b>5</b>	実務的な対応	<b>061</b>
1	行政（労基署）の見解に従っておくのが原則	061
2	訴訟提起を見据えた、さらなる紛争予防策	061

### **3** 事業場外労働

	【本章の内容】	068
	【論点目次】	070
<b>1</b>	「外回りの従業員には残業代は不要」？	<b>072</b>
<b>2</b>	行政（労基署）の立場	<b>073</b>
<b>3</b>	裁判例の傾向	<b>074</b>
1	「労働時間を算定し難いとき」という要件を 厳しく判断する傾向にある	074
2	近時の動き	075
<b>4</b>	労使協定の必要性	<b>076</b>
1	事業場外労働を使うなら、 労使協定は作成したほうがよい	076
2	営業社員等に内勤業務がある場合の注意点	077
<b>5</b>	実務的な対応	<b>078</b>
1	営業社員等の実態をみて判断せよ	078
2	さらなる紛争予防措置	078
<b>6</b>	テレワークと事業場外労働	<b>080</b>
1	「テレワークは事業場外労働で運用できる」？	080
2	テレワークにおける労働時間管理	081

## 4 定額残業代

【本章の内容】	086
【論点目次】	088
<b>1</b> 定額残業代は「ブラック企業の手法」などではない！	090
<b>2</b> どのような定額残業代なら有効か？	091
1 行政の見解	091
2 裁判例の理解の必要性	092
<b>3</b> 裁判例から読み解く、 定額残業代を有効とするためのファクター	092
1 議論に終止符を打った日本ケミカル事件最高裁判決	092
2 定額残業代が有効となるファクター	093
3 まとめ	097
<b>4</b> 管理職手当の定額残業代化	098
1 管理職手当の定額残業代化へのニーズ	098
2 管理職手当を定額残業代化する方法	099
3 参考裁判例： 社会福祉法人恩賜財団母子愛育会事件	099
<b>5</b> 残業が発生しない従業員の定額残業代はカットできるか？	100
<b>6</b> 残業時間が少なくなった場合の定額残業代の廃止・ 減額の可否	101
<b>7</b> 特殊なケース	101

## 5 メンタルヘルス

【本章の内容】	108
【論点目次】	110
<b>1</b> 怖いのは「素人判断が裏目に出た場合」	112



<b>2</b>	メンタルヘルス事案は 医師の意見を聴いて対応することが必要	113
<b>3</b>	対応困難事例は休職に入らせるのが最も安全	114
	1 「業務命令として受診命令を出せばよい」?	114
	2 「解雇すればよい」?	115
	3 休職させる際の留意点	116
<b>4</b>	「うつ病は労災」との主張がされても 安易に認めてはならない	116
	1 「労災との主張を認めても害はない」?	116
	2 労災か否かの見通し	117
<b>5</b>	復職に関するトラブルへの備えも必要	122
	1 「軽作業なら復職可」との診断書が提出された場合	123
	2 復職時点において十分に回復していない場合	124
	3 「テレワークなら復職できる」と主張された場合	124
	4 復職の可否について 主治医と産業医の意見が異なる場合	125
	5 従業員が復職に必要な診断書の提出等に 協力しない場合	126
	6 軽作業で復職させる場合、 賃金を下げることは可能か?	126

## **6** ハラスメント ～パワハラ

	【本章の内容】	134
	【論点目次】	136
<b>1</b>	パワハラとは	137
	1 法律上の定義	137
	2 パワハラの類型	137
	3 パワハラ指針をみる上での留意点	140

<b>2</b>	どこまでが注意指導？どこからがパワハラ？	141
1	部下を注意指導できない管理職が増えている	141
2	「注意指導」と「パワハラ」の線引きはどこに？	141
3	裁判例にみる 「パワハラとならない注意指導」のテクニック	142
4	最も重要なのは「人格を否定しないこと」	143
<b>3</b>	管理職の責務はパワハラの回避に留まらない	144
1	パワハラに該当しなければ問題ないのか？	144
2	管理職は結局、何に留意すればよいのか？	145
<b>4</b>	上司・管理職の負担感を軽減することも大切	146
1	「被害者救済」だけを想定しない	146
2	早急に結論を下せる体制を整える	147
3	濫用的な訴えをさせないための社員教育を実施する	147

## 7 ハラスメント ～セクハラ

	【本章の内容】	150
	【論点目次】	152
<b>1</b>	セクハラとは	153
1	法律上の定義	153
2	飲み会での事案が多い	153
3	「被害者は女性」とは限らない	154
<b>2</b>	セクハラか否かの判断基準	154
1	A市職員（セクハラ損害賠償）事件	154
2	セクハラか否かの判断にあたってのポイント	155
<b>3</b>	「性別役割分担意識に基づく言動」をなくすことが大切	157
<b>4</b>	相手がいやがっていなければセクハラではないのか？	157
<b>5</b>	業務上必要な注意等が セクハラに該当することもあるのか？	158

## 8 ハラスメント ～マタハラ

【本章の内容】	162
【論点目次】	164
<b>1</b> マタハラとは	166
<b>2</b> 不利益取扱いの禁止	166
1 妊娠・出産・育休等を理由とする不利益取扱いの禁止	166
2 「理由として」いるか否かの判断	168
3 不利益取扱いの例外	169
4 不利益取扱いの具体例	170
5 不利益取扱いの留意点	176
<b>3</b> ハラスメントの防止	177
1 制度等の利用への嫌がらせ型	177
2 状態への嫌がらせ型	179
3 ハラスメントについての裁判例	180
4 社員教育でハラスメントを防ぐ	181

## 9 ハラスメント ～カスハラほか

【本章の内容】	192
【論点目次】	194
<b>1</b> 外部からの／外部に対するハラスメント	195
1 ハラスメントの種類	195
2 措置義務の対象となっているのは 「外部者からのセクハラ」のみ	196
3 「外部者からのセクハラ」以外は 対応しなくても問題ないのか？	196
<b>2</b> トラブル事例	197

<b>3</b>	カスハラへの対応 .....	198
1	対応マニュアルは可能な限りシンプルに .....	198
2	積極的に外部対応（弁護士対応）に切り替える .....	199
3	対応はできれば業界横並びで .....	200

## **10** 労働条件の不利益変更

	【本章の内容】 .....	204
	【論点目次】 .....	206
<b>1</b>	「労働条件の不利益変更」の典型例 .....	208
<b>2</b>	労働条件の不利益変更の手順 .....	209
1	企業に労働組合がある場合 .....	209
2	企業に労働組合がない場合等 .....	210
<b>3</b>	労働条件の不利益変更の合理性 .....	212
1	争いの多い「不利益変更の合理性」 .....	212
2	「賃金の切下げ」において考慮されるファクター .....	212
<b>4</b>	なぜ従業員の同意が重要になってくるのか？ .....	213
<b>5</b>	同意しない従業員がいる場合 .....	216
<b>6</b>	従業員の同意を取得する場合の留意点 .....	217
1	明確な同意書を取得する .....	217
2	就業規則や賃金規定をきちんと変更しておく .....	217
3	留意すべき裁判例 .....	217

## **11** 問題社員

	【本章の内容】 .....	222
	【論点目次】 .....	225
<b>1</b>	問題社員は絶対に放置してはならない！ .....	228

<b>2</b>	<b>解雇は最終手段</b> .....	<b>228</b>
1	安易な解雇が深刻な紛争を引き起こす .....	228
2	企業には解雇前の努力が求められている .....	229
<b>3</b>	<b>問題点を改めさせるための努力（イエローカード）</b> .....	<b>230</b>
1	注意指導 .....	231
2	人事考課面談 .....	231
3	配 転 .....	232
4	教 育 .....	233
5	降 職 .....	234
6	解雇以外の懲戒処分 .....	234
7	賞与減額等 .....	236
<b>4</b>	<b>最も基本的で重要な「注意指導」について</b> .....	<b>237</b>
1	問題社員対応における、注意指導の重要性 .....	237
2	書面等証拠を残しておく必要性 .....	238
3	注意指導の中身 .....	238
4	警告付き注意指導 .....	240
5	観察期間の設定＋定期面談方式 .....	241
6	本当に重要な問題点に絞り込んで 注意指導を行うことの重要性 .....	241
7	どの程度丁寧に注意指導すべきか .....	242
8	注意指導に対して反抗的な態度を示す場合 .....	243
<b>5</b>	<b>努力しても問題点が改善しなければ解雇・退職勧奨を</b> .....	<b>243</b>
1	退職勧奨 .....	244
2	解 雇 .....	244
3	普通解雇とするのか懲戒解雇とするのか .....	245
<b>6</b>	<b>問題社員に関するその他の問題</b> .....	<b>246</b>
1	試用期間中に問題社員であることが判明した場合 .....	246
2	有期契約社員が問題社員である場合 .....	247
<b>7</b>	<b>メリハリの効いた対応が大切</b> .....	<b>247</b>

## 12 配 転

【本章の内容】	256
【論点目次】	258
<b>1</b> 難色を示す従業員を配転できるのか？	260
<b>2</b> 原則として配転命令は可能	260
<b>3</b> 職場限定特約・職種限定特約	262
1 就業規則や労働契約書の定めと 職場限定特約・職種限定特約	262
2 専門職や特殊技能を要する職種に就いている場合、 長期間同じ業務に従事している場合	262
3 勤務場所や業務内容の記載	263
<b>4</b> 業務上の必要性について	263
1 「業務上の必要性」の考え方	263
2 問題社員の配転	264
3 不当な動機や目的での配転	265
<b>5</b> 従業員の不利益	265
1 家庭生活上の不利益	265
2 職業上の不利益	267
<b>6</b> 人事労務の観点	268

## 13 人事考課

【本章の内容】	274
【論点目次】	276
<b>1</b> 人事考課に不満を持っている従業員は多い	277
<b>2</b> 評価に関する裁判例	277
1 東日本電信電話事件	277

2	三井住友海上火災保険（エリア総合職考課）事件	278
<b>3</b>	<b>評価制度についての注意点</b>	<b>279</b>
1	考課者の主観が入りにくいような制度にする	279
2	本人と面談する	279
3	評価の根拠を記録する	279
<b>4</b>	<b>意味のある評価制度とするために</b>	<b>280</b>

## 14 退職勧奨

	<b>【本章の内容】</b>	<b>282</b>
	<b>【論点目次】</b>	<b>284</b>
<b>1</b>	<b>退職勧奨自体は何ら違法ではない！</b>	<b>286</b>
<b>2</b>	<b>「酷い方法での退職勧奨」と判断されるパターン</b>	<b>286</b>
1	発言内容等が行き過ぎるパターン	286
2	事実ではない「不利益」をチラつかせるパターン	288
3	あまりにも執拗なパターン	290
<b>3</b>	<b>退職勧奨に関するその他の問題</b>	<b>291</b>
1	退職の撤回	291
2	退職勧奨とメンタル疾患	293
3	退職させるための配転等	293
4	問題社員に対して退職勧奨するタイミング	294

## 15 雇止め

	<b>【本章の内容】</b>	<b>302</b>
	<b>【論点目次】</b>	<b>304</b>
<b>1</b>	<b>契約管理に問題があれば契約終了できないことも！</b>	<b>306</b>
1	非常に紛争の多い「雇止め」問題	306

2	「解雇」と「雇止め」の違い	306
3	雇止めが有効か否かはどうやって判断するのか？	307
<b>2</b>	<b>「契約管理の厳格さ」をクリアするための留意点</b>	<b>308</b>
1	契約管理が「厳格」と判断されるためのファクター	308
2	最も重要なものは「通算契約期間」	309
3	特定の業務に専従させる場合の留意点	310
4	契約書に「更新は今回限り」と記載することについて	310
<b>3</b>	<b>「雇止めの合理的理由」をクリアするための留意点</b>	<b>312</b>
1	どのような場合に 「雇止めをする合理的理由がある」と判断されるのか？	312
2	問題社員の雇止め	312
3	整理解雇的な雇止め	313
<b>4</b>	<b>厳格な契約管理と優秀な契約社員等獲得の両立</b>	<b>314</b>
<b>5</b>	<b>試用期間的に有期雇用契約を使うことはできるのか？</b>	<b>315</b>

## 16 同一労働同一賃金

【本章の内容】	322
【論点目次】	324
<b>1</b> 「同一労働同一賃金」への誤解	326
<b>2</b> 2種類の法規制	326
1 均等待遇	326
2 均衡待遇	327
3 均等待遇・均衡待遇の法規制	327
<b>3</b> 実務上の留意点	331
1 職務内容や人材活用の仕組みや運用は 明確に相違させておくべき	331
2 待遇の格差を洗い出し、 格差の理由が説明できるかを検討するべき	332



3	格差の合理的理由を説明できない場合	333
4	現在の賃金体系等を維持するか変更するか、 判断に迷った場合	334
5	再雇用者と同一労働同一賃金	335

## 17 定年後再雇用

	【本章の内容】	354
	【論点目次】	357
<b>1</b>	高年齢者雇用安定法の概要	360
1	改正前の法規制	360
2	改正後の法規制	361
3	実務的な制度設計	362
<b>2</b>	定年後再雇用に関するトラブル	363
1	再雇用等拒否に関するトラブル	363
2	再雇用等の労働条件等に関するトラブル	364
3	同一労働同一賃金に関するトラブル	364
4	再雇用後の雇止めに関するトラブル	364
5	定年延長等に伴う 給与体系の不利益変更に関するトラブル	364
6	労働者性に関するトラブル	365
7	安全・健康問題	365
<b>3</b>	再雇用等拒否に関するトラブル	366
1	対象者基準の要件	366
2	具体的トラブル事例	367
3	再雇用等拒否を行う場合の留意事項	369
4	再雇用等拒否が不当と判断されるリスクに備えた対応	369
<b>4</b>	再雇用等の労働条件等に関するトラブル	371
1	法律の原則	371

2	トラブルの実例	371
3	実務的なポイント	374
<b>5</b>	<b>同一労働同一賃金に関するトラブル</b>	<b>375</b>
1	定年後再雇用において 同一労働同一賃金が問題となる理由	375
2	トラブルの実例	376
3	実務的なポイント	379
<b>6</b>	<b>再雇用後の雇止めに関するトラブル</b>	<b>381</b>
1	「65歳までは雇止めは一切できない」?	381
2	雇止めが有効か否かの判断方法	381
3	定年後の再雇用における雇止め特有の事情	382
4	裁判例	383
5	裁判例から読み解くトラブル回避のポイント	386
6	「合理的な理由」の精査の必要性	388
<b>7</b>	<b>定年延長等に伴う給与体系の不利益変更に関するトラブル</b>	<b>389</b>
1	給与体系の不利益変更	389
2	裁判例	389
3	裁判例にみる対応のポイント	391

## 18 労働者性

	【本章の内容】	402
	【論点目次】	404
<b>1</b>	<b>雇用によらない働き方とリスク</b>	<b>405</b>
<b>2</b>	<b>労働基準法上の労働者性の判断ファクター</b>	<b>406</b>
1	労働基準法上の労働者か否かの判断ファクター	406
2	各ファクターの詳細について	406
<b>3</b>	<b>裁判例</b>	<b>407</b>
<b>4</b>	<b>実務上の対応方法</b>	<b>413</b>

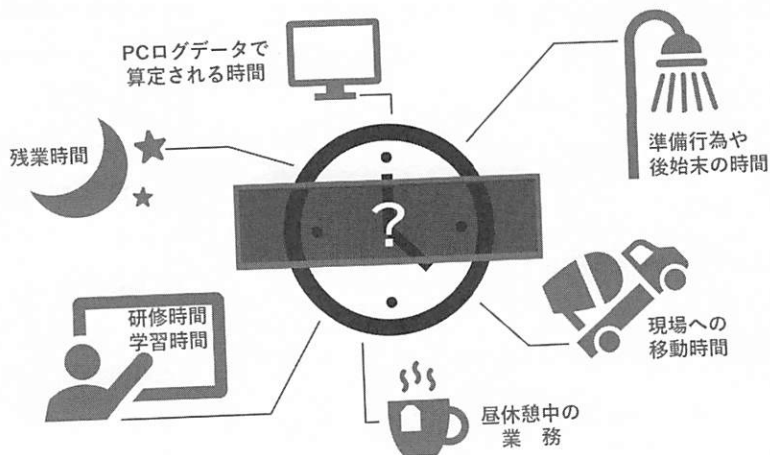
## 凡 例

本書においては、法令につき以下のように省略しています。

育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律	育児介護休業法
高齢者等の雇用の安定等に関する法律	高齢者雇用安定法
個人情報の保護に関する法律	個人情報保護法
雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律	男女雇用機会均等法
短時間労働者及び有期雇用労働者の雇用管理の改善等に関する法律	パート有期法
専門的知識等を有する有期雇用労働者等に関する特別措置法	有期雇用特別措置法
労働基準法	労基法
労働施策の総合的な推進並びに労働者の雇用の安定及び職業生活の充実等に関する法律	労働施策総合推進法

# 【 労働時間 】

コレって労働時間？



労働時間に関するトラブルといえば、サービス残業や違法残業等が挙げられます。トラブルを防ぐためには、残業代を払って、労働時間を管理すればよいのですが、そもそも何が労働時間なのかという点があいまいであり、思わぬ時間が労働時間としてカウントされてしまうことが多々あります。知らないうちにサービス残業となっている、知らないうちに違法残業となっている、そんなケースは数多くあるのです。

本章では、正しい労働時間の管理方法について明らかにするとともに、どのような時間が労働時間となるか、整理していきたいと思います。

## 本章の内容

- 1 労働時間に関するトラブル
- 2 「うちはきちんと管理しているから大丈夫」？
  - 1 労働時間管理の落とし穴
  - 2 労働時間管理を行っていない状態でサービス残業代を請求されたらどうなる？
- 3 黙示の残業命令
  - 1 黙示の命令があれば自主的時間外労働も労働時間に当たる
  - 2 問題を発生させないためには残業許可制が有効
  - 3 残業許可制は運用が大切
  - 4 上司の指示に従わない従業員がいたら？
- 4 周辺労働時間

## 【「労働時間」をめぐる論点】

### (総論)

- 労働時間の管理が杜撰だとサービス残業・違法残業トラブルが発生する  
⇨ ❶
- サービス残業代の消滅時効期間 ⇨ ❶
- 労働時間の管理に関するガイドラインの要点 ⇨ ❷ 1
- \* 工事日報やPCログデータで算定される時間は常にそのまま労働時間となるのか ⇨ 注釈 3
- \* 従業員側が水増し請求してくる例 ⇨ 注釈 4

### (黙示の残業命令)

- 始業時刻前に仕事を始めるのが慣例となっている場合のリスク ⇨ ❸ 1
- 「従業員が申告していないから労働時間ではない」「労働者がタイムカードを打刻していないので労働時間ではない」という主張は通るのか ⇨ ❸ 1
- 休日にタイムカードを打刻せずに仕事をしていることを上司が知っていた場合 ⇨ ❸ 1
- \* メール送信ログで算定される時間が常にそのまま労働時間となるのか  
⇨ 注釈 6
- 就業規則に「申告のない残業は認めない」と書いておけばよいのか ⇨ ❸ 3
- 残業許可制の杜撰な運用の例 ⇨ ❸ 3
- 残業許可制の適正な運用の例 ⇨ ❸ 3
- \* 残業許可制でもタイムカード打刻をしたほうがよいのか ⇨ 注釈 7
- 上司が残業不要と指示しても従わない従業員がいる場合 ⇨ ❸ 4

□は基礎的な論点、\*は発展的な論点

1

労働時間

**(周辺労働時間)**

□以下の時間が労働時間とならないための工夫 ⇨**4**、図1-1

- 準備行為や後始末／手待ち時間／研修・学習時間／通勤時間・直行直帰時間／健康診断／会社から現場作業場所までの移動時間／移動時間／持帰り残業／昼休憩中の業務（電話取次等）／行事・接待

\* 医師の研鑽活動は労働時間か ⇨注釈42

## 1 労働時間に関するトラブル

「労働時間に関するトラブル」といわれて真っ先に思い浮かぶのは、サービス残業や違法残業等をめぐるものではないでしょうか。サービス残業というのは、要するに払われなければならない残業代が払われていないことで、あとから残業代が請求されるというトラブルが生じ得ます。令和2年4月1日以降に発生する賃金については消滅時効期間が3年（将来は5年<sup>1)</sup>）ですので（労基法115条、143条2項）、金額的にも大きな紛争となります。他方の違法残業というのは、自社の36協定（残業させるためには、必ず法律の範囲内で最大となる残業時間数を記入して労基署に届け出るという手続きをとる必要があります）に反する残業を行わせること<sup>2)</sup>で、労基署が悪質と判断した場合には、労働基準法違反として刑事立件されることもあります。

これらのトラブルを避けるためには、各従業員の労働時間を管理して残業時間を正確に把握し、それが自社の36協定に記載されている残業時間数を超えないように管理し、さらに残業時間数に見合う残業代を適正に支払うことが必要となります。一見簡単なようにみえますが、中小企業を中心として、そもそも労働時間の管理がないがしろにされている会社は多数ありますし、きちんと管理しているつもりでもそれが甘い（各従業員の本当の残業時間を正確に把握できていない）会社も多々あります。筆者の経験からも、会社の担当者は「当社の平均残業時間は月30時間」と言っていたのにもかかわらず、現場に入って精査してみると実際の残業時間はその2倍・3倍に及んでいた——そんなケースは決してめずらしくありません。このような状態を放置しておれば、いずれサービス残業・違法残業のトラブルに巻き込まれてしまうでしょう。

トラブルを予防するためには、どのような時間が労働時間となるのかを正確に理解し、労働時間を適正に管理することが必要です。以下では、まず労働時間は本来どのように管理する必要があるのかという一般論を簡単



に説明したうえで、①労働時間の管理が甘いと会社の把握していない労働時間がどんどん増えてしまうという問題（黙示の残業命令の問題）、②着替えの時間や移動時間等、労働本体とはいえ時間労働時間となる可能性があるという問題（周辺労働時間の問題）について検討することとします。

## 2 「うちはきちんと管理しているから大丈夫」？

### 1 労働時間管理の落とし穴

労働時間の管理については、厚生労働省のガイドラインで、①原則として、使用者が自ら現認するか、タイムカード、ICカード、パソコンの使用時間等の客観的な記録を基礎として確認を行うこととし、②例外的に従業員の自主申告方式でもよい、とされています（「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関するガイドライン」（平成29年1月20日）。本章では以下、単に「ガイドライン」といいます）。

しかし、うちはこれに則った管理を行っているよ、という会社でも、安心はできません。自主申告の場合には、過少申告（たとえば、残業1時間と申請しているが、実際には3時間残業しているなど）が行われていることが多々ありますし、タイムカードで管理している場合でも、終業打刻をしてから働く、休日にタイムカードを押さずに働くといったことが散見されるところであり、注意を要します。このようなケースについて、多くの会社は、「従業員が申告していない／タイムカードを押していないのであれば、自主的に（勝手に）働いているということであるから、その時間を労働時間としてカウントする必要はない」と考えていますが、実際に労働しているのであれば、申告がなくてもタイムカードを打っていないくても、労働時間とされるリスクがあるのです〔→この点については③で解説します〕。

## 2 労働時間管理を行っていない状態で サービス残業代を請求されたらどうなる？

なお、特に小規模な会社で多いのですが、そもそも労働時間管理などまったく行っていない、というところもあります。このような会社がサービス残業代の請求をされたら、どうなるのでしょうか。

この場合、従業員がパソコンの使用履歴やメール送信ログ、入退館記録、業務日誌、交通系ICカード・ETCカードの利用履歴、各種SNSの履歴等の周辺証拠をもとに「この程度残業していた」と主張し、会社側が有効な反証ができなければ、これらの資料を基礎としてサービス残業代の請求が認められることとなります<sup>5</sup>。筆者の実務経験からいえば、会社側に労働時間に関する資料がなければ、従業員が残業時間を水増ししてサービス残業代を過剰請求しても、適正に反論することは困難です<sup>6</sup>。不当なサービス残業代請求に対する自衛という意味でも、会社は労働時間管理をきっちり行う必要があると思います。



### 3 黙示の残業命令

#### 1 黙示の命令があれば 自主的時間外労働も労働時間に当たる

従業員が労働時間を過少申告していた、あるいはタイムカードを押さずに働いていたケースにおいて、会社が、「従業員が自主的に（勝手に）やっているのであって、労働時間ではない」と主張することがあります。この点、「自主的時間外労働の場合は、労働時間ではない」とする行政通達（昭和23年7月13日基発1018号・1019号）があり、正当な主張のようにも思えます。しかし、この通達には続きがあり、「黙示の命令があると判断されるような場合は労働時間に当たる」とされていることに注意が必要です。

「黙示の命令」とは、平たくいえば、「黙認」です。従業員が勝手に残業しているのを黙認していれば、「残業しろ」と命じたのと同じこととなるのです。

たとえば、銀行の事案で、始業時間は午前8時35分だが男性行員のほとんどが8時過ぎ頃までに出勤し、8時15分までには金庫の扉を開けてキャビネットを出すなどして業務の準備をしていた、ということがあります。この事案において、裁判所は、午前8時15分から35分までの金庫の開扉等を行う勤務は銀行が黙認しているのだから残業（早出残業）であって、残業代を払う必要があると判断しました。男性行員のほとんどが午前8時15分から仕事をしていた、銀行は当然それを知っていた——しかしそれを止めることはなかったのですから、法的には黙認していたこととなります。そして黙認していた以上、それは命じているのと同じであり、労働時間として賃金が発生すると判断されたのです<sup>5</sup>。

同じような理屈で、タイムカードで労働時間を管理して、残業代を1分単位できっちり払っていても、サービス残業が発生することがありま

す。終業打刻をした後に働く、休日にタイムカードを押さずに働くといったことが行われていたことについて、それを上司が知っていた（「知っていた」というのは、メールや業務日報等を見れば、タイムカードに反映されていない労働時間の存在を知ることが可能であった、という場合も含みます）のであれば黙認していたこととなり、つまりは黙示の残業命令があったものとして、すべて労働時間となる危険があるのです<sup>4</sup>。

## 2 問題を発生させないためには残業許可制が有効

このような問題を発生させないためには、会社の許可なく残業を行っている従業員を黙認しないことが最重要となります。タイムカードの打刻は在社時間の把握等のために残すという方針でもかまいませんが<sup>5</sup>、残業時間の把握は自主申告で行うこととし、それを厳格に運用するというイメージです。

具体的には、まず原則として残業は禁止とします。効率よく仕事をして、所定の終業時刻で仕事を切り上げていただくのを本則とし、それでもどうしても残業が必要となった場合に限って、なぜ残業が必要なのか、どの程度の時間の残業が必要なのかを明らかにして許可申請をさせ、上司が当該業務を処理するのに適正な労働時間を過不足なく許可してから残業をさせることとするのです。このような制度を「残業許可制」といいます。

## 3 残業許可制は運用が大切

残業許可制を導入するには、まず次のような就業規則を作成します。

### 第〇条

- 1 従業員は、所定労働時間外労働・休日労働の必要がある場合には、必ず所定の方法をもって事前に所属長の許可を得なければな

---

## 執筆者紹介

---



### 野口 大 (のぐち だい)

弁護士（大阪弁護士会所属）

野口&パートナーズ法律事務所代表

野口&パートナーズ・コンサルティング(株)代表取締役

平成2年司法試験合格、平成3年京都大学法学部卒業、平成14年ニューヨーク州コーネル大学ロースクール卒業（人事労務管理理論を履修）。企業法務、特に労使紛争に精通し、数多くの団体交渉や労基署調査、労働裁判を専ら会社側の立場で手がける経営者側弁護士として全国的に著名。法律的アドバイスにとどまらず、人事制度や社員の評価方法まで事細かにアドバイスできる我が国有数のコンサル型弁護士であり、全国の企業から労務顧問・紛争予防コンサルティング等の依頼が絶えない。商工会議所・経営者協会・監査役協会、大手都市銀行系シンクタンク、社会保険労務士会等での講演・セミナー実績も多数あり、超人気講師としても著名である。

#### 事務所ホームページ

<http://www.noguchi-p.jp/>



#### セミナー・講演情報

<http://www.noguchi-p.jp/media/>

