

労働法学研究会報



最新労働
法解説

企業再編と人事 合併・分割・事業 譲渡等における法的留意点

—組織や人が動く際に生じる労務リスクとトラブル対応の
実務—

弁護士：西頭英明

Point 1 組織再編においてなぜ人事労務が問題となるのか

Point 2 組織再編実行前に留意すべき事項

Point 3 会社分割のポイント

最新労働
法解説

36協定と労働時間管理の留意点

弁護士：町田悠生子

Point 1 新たな上限規制を見据えた労働時間管理体制の整備

Point 2 従業員代表の選出方法が不適法であった場合のリスク

Point 3 特別条項適用時の留意点

CONTENTS

最新労働法解説

4

企業再編と人事 合併・分割・ 事業譲渡等における法的留意点

—組織や人が動く際に生じる労務リスクとトラブル対応の
実務—

弁護士：西頭英明

- 6 1・組織再編と人事労務（総論）
- 6 2・組織再編実行前の留意事項
- 7 3・組織再編と人事労務（各論）

最新労働事情解説

20

36協定と労働時間管理の留意点

弁護士：町田悠生子

- 22 1・36協定の内容（上限時間等）の検討・確定
- 28 2・従業員代表の選出
- 32 3・36協定の締結
- 32 4・36協定の届出
- 33 5・36協定の周知
- 34 6・36協定の保存
- 35 7・36協定に従った運用
- 37 8・その他の留意点

企業再編と人事 合併・分割・事業譲渡等における法的留意点

—組織や人が動く際に生じる労務リスクとトラブル対応の実務—

講師●第一芙蓉法律事務所 弁護士（日本・NY州）／元東京国税不服審判所 国税審判官 西頭 英明（さいとう ひであき）

Profile



1982年熊本に生まれる。2004年慶應義塾大学法学部卒業。2006年東京大学法科大学院修了
2007年 弁護士登録（旧60期）。2016年 University of California, Berkeley, School of Law (LL.M. Traditional Track) 卒業
2017年 ニューヨーク州弁護士登録
現在 第一芙蓉法律事務所。
■略歴 2007年-2011年 西川シドリリーオースティン法律事務所・外国法共同事業勤務
2011年-2013年 東京国税不服審判所勤務（国税審判官）
2016年9月-12月 Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP (Los Angeles)にて研修
最近の主な著作「職場におけるマタニティ・ハラスメントQ&A」（共著 労働開発研究会 2018）

近時の企業においては、事業の見直しに伴う合併や分割、事業譲渡等で、組織や人員を動かすことも珍しいことではなくなりましたが、人事管理においては労務リスクを軽減し労使トラブルをできるだけ避けることが必要です。職務内容や勤務地の変更、出向や転籍、人員削減等、従業員の雇用や労働条件に影響が及ぶ事項は多岐にわたります。企業の事業計画を実現する上で円滑な人事管理は欠かせないことから、担当者においては企業再編時の雇用変動をめぐる人事管理上の法

的留意点や問題の起こりやすい実務のポイントを押さえておくことは大変重要となります。

そこで本例会ではこの問題に詳しい経営側弁護士の西頭先生を講師にお招きし、近時の裁判例や相談例等もふまえて具体的に解説していただきます。

本定例会のポイント

Point 1 組織再編においてなぜ人事労務が問題となるのか

企業は、「ヒト」と「モノ」の集合体で、組織再編を進める上でも、「ヒト」と「モノ」は車輪の両輪。組織再編には、モノに着目した組織再編、ヒトに着目した組織再編、その中間形態がある。従業員の同意・意向が影響を与える組織再編もある。企業文化が違う組織が一緒になる場合、企業理念が共有されないと、組織再編後の企業運営がうまくいかないことがある。

Point 2 組織再編実行前に留意すべき事項

組織再編では、事前の調査（デューディリジェンス（DD））が大切。DDにおいて、人事関連で把握すべき事項は、①潜在債務の有無—賃金不払（特に固定残業代）・労働紛争の有無、②法令順守の状況、③労務管理上の制約の有無—労働協約の有無・内容、④その他——の4点。

Point 3 会社分割のポイント

会社分割では、「手続（プロセス）」が特に重要（特に5条協議）。「手続（プロセス）」と「労働契約の承継（実体）」は、明確に区別する必要がある。「手続（プロセス）」が重要な理由は、5条協議違反があると、会社分割に伴う個別の労働契約の承継が無効となるからである。

（人事労務に関係する）会社分割に必要な手続には、7条措置、5条協議、2条通知がある。

弁護士の西頭と申します。

本日は「企業再編と人事～合併・分割・事業譲渡等における法的留意点～」というテーマでお話いたします。

以下の順で、お話しします。

1. 組織再編と人事労務（総論）
2. 組織再編実行前の留意事項（デューデューデリジェンス（DD））
3. 組織再編と人事労務（各論）
 - ① 株式譲渡
 - ② 合併
 - ③ 会社分割
 - ④ 事業譲渡
4. その他

1. 組織再編と人事労務（総論）

まず、組織再編において、なぜ人事労務が問題となるのかを検討します。企業は、「ヒト」と「モノ」の集合体です。モノだけ買っても、組織再編はうまくいきません。モノを動かすヒトも重要だから、人事労務も非常に重要なのです。「ヒト」と「モノ」は、いわば組織再編を進める上での車輪の両輪なので、人事労務は、組織再編が成就するかの命運を握っているともいえます。

組織再編には、モノに着目したもの、ヒトに着目したもの、その中間形態と色々あります。例えば、特別な技術を有する企業の知的財産権の獲得に着目するのか（モノに着目）、それを実施できる「ヒト」の獲得に着目するのか（ヒトに着目）、その両方なのか（中間形態）です。

組織再編には、従業員の同意・意向が影響を与えるものがあります（事業譲渡・

会社分割）。また、労働組合がある場合、組織再編に関する労働協約が存在すると、それとの関係も問題になります。

また、組織再編後に「ヒト」を上手に使うということも大切です。企業文化が違う組織が一緒になる場合、組織再編後に企業理念が共有されないと、組織再編後の企業運営がうまくいかないことがあります。

組織再編後に発覚する人事労務問題も結構多いです。潜在債務の発覚（未払残業代）がその一例です。特に、固定残業代については、最高裁判決（高知県観光事件）の基準によらない固定残業代制度を採用している会社が意外と多く、これが組織再編後に発覚し、問題となることがあります。

2. 組織再編実行前の留意事項

組織再編実行前に大切なのは、組織再編の対象会社・対象事業について、しっかり事前調査を行うことです。これは、一般的にデューデューデリジェンス（DD）と呼ばれるものです。DDで把握すべき、人事に関連する事項は、主に、以下の4点です。

- ① 潜在債務の有無—賃金不払・労働紛争の有無
- ② 法令順守の状況
- ③ 労務管理上の制約の有無—労働組合・労働協約
- ④ その他

②で注意すべきは、対象会社・対象事業における労働者の労働時間管理です。同じグループ会社であれば、同じシステ

ムを使って時間管理をしていることもあるかと思いますが、他の企業を買った場合、全然違う勤怠管理システムを導入していて、労働時間をどのように管理しているのか分からないことがあります。

③については、労働組合がある会社とない会社と一緒にする場合にどうしたらいいか、という問題もあります。

④「その他」と書きましたが、企業規模・人員配置等につき、組織図や人件費の配分に関する資料を入手して把握することも大切です。

3. 組織再編と人事労務（各論）

組織再編の方法は、大きく分けて、株式譲渡・会社分割・合併・事業譲渡の4つです。取得する会社から見た場合、取得するのが株であれば、株式譲渡です。財産や人、権利関係全てを取得する場合は合併で、その一部であれば、会社分割・事業譲渡です。

株式譲渡は、対象物が株式です。対象企業が組織再編後も存続するかは、潜在債務の有無と関連します。組織再編後も対象企業が存続すれば、何か問題があった時に、その企業に請求ができますが、消滅すると、そのような請求ができません。

株式譲渡の場合は、株式の取得なので、対象会社の中身は変わりません。

合併の場合、対象物は、権利義務全部（ヒト・モノ全部）です。合併後、対象企業は消滅するので、潜在債務の把握が特に重要となります。合併に伴い、労働契約は、消滅会社→存続会社に承継され

ますが、従業員の同意は不要です。これは、労働者が全員移るので保護が不要だろうと法律上考えられているからです。手続は、事業譲渡等指針（事業譲渡又は合併を行うに当たって会社等が留意すべき事項に関する指針。平成28年厚生労働省告示第318号）が規定しています。

会社分割の場合、対象物は、分割対象とした権利義務（ヒト・モノ）の一部です。対象企業は存続します。労働契約の承継は、分割対象となった労働契約のみ承継されます。ただ、後ほど詳しく説明しますが、一部の従業員に異議申立権があります。手続は、承継法、商法改正等附則5条、承継法指針（分割会社及び承継会社等が講ずべき当該分割会社が締結している労働契約及び労働協約の承継に関する措置の適切な実施を図るための指針（平成12年労働省告示第127号））に従う必要があります。

事業譲渡の場合、対象物は、事業譲渡の対象とした権利義務です。対象企業は存続します。労働契約の承継の有無は、対象となった労働契約のみ承継されません。労働契約承継について、従業員の同意は、必ず必要です。手続は、事業譲渡等指針に規定されています。

以下、各組織再編の形態ごとに、詳しく説明します。

①株式譲渡

株式譲渡は、端的に言うと、親会社の変更です。対象会社の中身は、何も変わりません。雇用関係に変化はないのです。

ただ、親会社に変更されても何もしなければ、「親会社の経営方針・理念」が、対象会社の従業員に伝わらない可能性が

あります。そのため、就業規則を変更し、労働条件の統一だけでなく、親会社（企業グループ）の理念を統一する必要があると思います。

②合併

i 合併とは？

合併は、2つ以上の会社が合体して1つの会社となることです。

合併により、消滅会社（解散会社）の権利義務は、存続会社（新設合併の場合には新設会社）に、法律上当然に包括承継されます。つまり、合併の場合、労働関係（労働契約・労働協約）を含めた全ての権利義務が承継されます（会社法750条、752条、754条、756条）。

合併を行う際の留意事項は、「事業譲渡等指針」に書いてあります。

ii 「合併（合併契約）」についての従業員の同意の要否

合併（合併契約）につき従業員の同意は必要か、ですが、従業員の同意は不要です。もっとも、労働協約がある場合は、労働協約に組織変更（合併）に関する規定がないか確認してください。労働協約に協議条項があれば、それに従う必要がありますし、それがなくても、最低限、合併が決まった時点で、労働組合にその旨を通知するのが望ましいと考えます。

iii 「労働契約承継」についての従業員の同意の要否

合併それ自体ではなく、合併に伴う「労働契約承継」について従業員の同意は必要か、ですが、従業員の同意は不要です。つまり、消滅会社の従業員は、合併に伴

い、存続会社に当然承継されます。労働契約を承継させない場合は、個別に労働契約を終了（合意退職・解雇）させる必要があります。この場合、紛争リスクを軽減させるため、可能な限り「合意退職」とすることが望ましいです。

iv 合併に伴う人員削減

合併に伴い余剰人員が生じる場合、個別の退職勧奨や希望退職の募集をし、それでも余剰人員が解消できない場合には、厳格な要件を充足した上で、整理解雇を行うことがあります。

人員削減は、消滅会社が実施する場合と存続会社が実施する場合の2通りあります。合併後に存続会社が人員削減を実施する場合は、通常の人員削減と同じです。

なお、人員削減に際し、上場会社では、適時開示が必要となる場合があります。また、整理解雇等により大量の雇用変動が生じる場合、職業安定所長への届出義務もあります（雇用対策法27条）。

労働組合がある場合は、希望退職の募集等につき、労働協約上、労働組合への事前通知・労働組合との事前協議・労働組合の事前同意の取得等の規定がないか、確認が必要です。また、規定の有無にかかわらず、誠実な対応が必要で、希望退職を募る場合は、労働組合へ通知をしておくことが望ましいといえます。

希望退職については、取扱いの公平性の観点から、退職条件を後で上げることができない点に、注意が必要です（これは合併に伴う希望退職に限らず、希望退職一般について言えることです）。

v 「労働条件の統一」

合併した場合、労働条件の統一をどうするかという問題があります。合併すると、消滅会社との労働契約は、そのまま新しい会社に移ります。そのため、何もしないと、合併後の存続会社には、存続会社にもともといた労働者の労働契約と、合併により移ってきた労働者の労働契約の2パターンの労働契約が存在することになります。場合によっては、2つ以上の労働契約が存続会社に存在することもあり、管理が複雑になります。労働者の統一的な管理の観点からも、労働条件の統一が必要になります。

この「労働条件の統一」ですが、就業規則の変更により行う場合や、後で説明する転籍合意方式により行う場合があります。

vi 合併に伴う労働組合の取扱い

合併に伴う労働組合の取扱いですが、消滅会社における労働協約が存続会社に承継される結果、労働組合と存続会社との間で調整等が行われないう限り、複数の労働協約が並存し、存続会社内に複数の労働組合が存在する事態が発生します。排他的交渉代表制を採用していない日本の労働組合法の下では、団体交渉・労働協約の相手方も複数になるということです。この点からも、DDの段階で、労働組合の有無、労働協約の有無・内容等を確認することが重要です。

vii その他（出向契約の取扱い）

レジュメには「その他（出向契約）」と書きました。これは細かい論点なので、本日は簡単に触れることにします。

出向元が合併により消滅するケースですが、原則、合併による影響はありません。すなわち、出向中の労働者の消滅会社における地位は、合併によりそのまま存続会社に承継されます。また、当該労働者の出向先（他社）における地位も、消滅会社と当該他社との間の出向契約が存続会社に包括承継される結果、合併により影響を受けません。

例外は、出向契約にChange of Control条項が定められている場合です。すなわち、出向契約に「本契約当事者の一方について、合併、事業譲渡、会社分割、主要な株主の変化、主要な取引関係の変化等により経営環境に重大な変化が生じ、相手方当事者が本契約を解約する旨を書面により通知した場合、本件出向は終了する。」等の規定があれば、合併により、出向契約が終了することになります。

出向先が合併により消滅するケースも、原則、合併による影響はありません。出向労働者の出向先における地位は、そのまま存続会社に承継されます。例外は、先ほどのとおり、出向契約にChange of Control条項が定められている場合です。

また、企業の出向命令権は、基本的に、密接な関連会社間における出向を前提として生じ得ると考えられています。そのため、合併により出向命令権の基礎が変更される場合もあるため、注意が必要です。

③会社分割

i 会社分割とは？

会社分割は、（組織再編を円滑に実施するため）事業の全部又は一部を「部分

的包括承継」という概念によって承継させるものです。

分割を行おうとする会社（分割会社）は、分割計画書（分割契約書）に「承継対象となる権利義務関係」を記載します。これを株主総会の特別決議で承認します。そして、承認された分割計画書（分割契約書）で承継対象とされた権利義務関係は、個別同意を得ることなく、包括的に承継会社に承継されます。

このように、「包括承継」の範囲が、合併とは異なり、分割計画書等で分割の対象とされた「部分」に限定されることから、会社分割に基づく権利義務関係の承継は、「部分的包括承継」とも呼ばれます。

会社分割を簡単に説明すると、以下のとおりです(図表1)。分割会社A社には、①、②という事業があります。この2つの事業を切り分け、会社を2つにするのが、新設分割です。分割計画書にどう分けるか書けば、分割会社A社には①の事業、設立会社B社には②の事業と分ける

ことができます。

また、分割会社A社には、①、②という事業があって、このうち②の事業だけ別の会社に移したいという場合は、吸収分割となります。分割契約書の中に、承継会社B社とA社との間で②の部分に移すと同意をすれば、②の権利義務関係の部分だけ新しい会社に移すことができます。

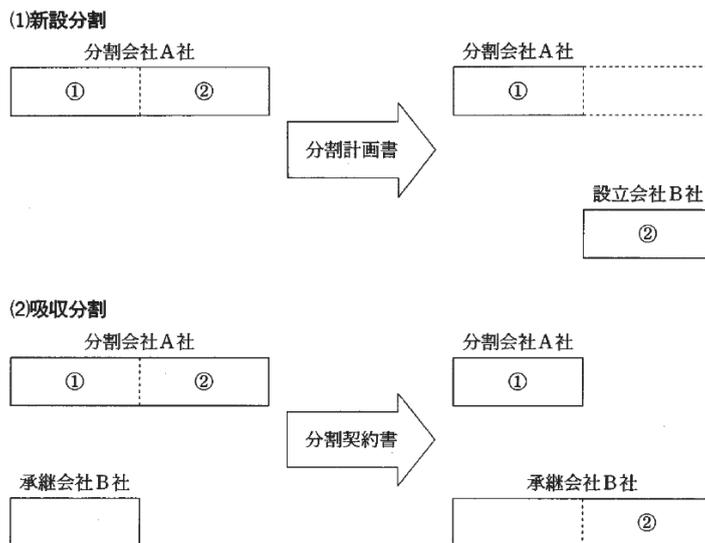
会社分割のポイントですが、とにかく「手続（プロセス）」が重要です。特に5条協議が重要です。

また、「手続（プロセス）」と「実体（労働契約の承継）」は区別してください。労働契約が承継されるか否か（実体）に関わらず、手続の実施が必要です。また、労働組合がある場合に取るべき手続は、別に存在します。

ii 会社分割に必要な手続（労働契約に関係するもの）

なぜ「手続（プロセス）」が重要かという点、「5条協議」（商法等改正附則5

図表1



荒木尚志「合併・営業譲渡・会社分割と労働関係」ジュリ1182号19頁より引用

条1項)違反があると、会社分割に伴う個別の労働契約の承継が無効となるからです。

日本アイ・ビー・エム事件最高裁判決(後掲)が出るまでは、会社分割の無効は、分割無効の訴えでしか争えないため、個別の労働契約の承継までは気にする必要はない、という考えがありました。

しかし、同最高裁判決は、5条協議を個別労働者の関係でもきちんとやらないと、個別の労働契約の承継が争われる(無効になる)と判示しました。

会社分割に必要な手続(労働契約に関係するもの)には、7条措置、5条協議、2条通知があります。7条措置から説明していきます。

<承継法7条(労働者の理解と協力)>

分割会社は、当該分割に当たり、厚生労働大臣の定めるところにより、その雇用する労働者の理解と協力を得るよう努めるものとする。

7条措置の法的性質は、努力義務です。「その雇用する労働者」とありますので、分割会社の全労働者が対象です。7条措置の対象となる労働者は、分割会社が雇用する全ての労働者です。ある事業部門だけ、会社分割により他の会社に移す場合、全然関係ない事業部門に対して説明は必要か?と聞かれることがあります。7条措置の実施は必要です。

具体的に何をやるかという、過半数組合や過半数代表者との協議その他これに準ずる方法で協議をするということですが、

努力義務の履行は、当事者の任意的・

自発的履行に期待されており、努力義務に違反する行為があっても、その行為は、違法・無効になりません。

協議の対象事項(労働契約承継法指針第2の4の(2)の口参照)は、以下の通りです。

- ①会社分割をする背景及び理由
- ②会社分割の効力発生日以後における分割会社及び承継会社等の債務の履行に関する事項
- ③承継対象事業に主として従事する労働者に該当するか否かの判断基準
- ④労働協約の承継に関する事項
- ⑤会社分割に当たり、労働者との間に生じた問題の解決手続

これ以外に、分割に至る経緯などを協議してもかまいません。

開始時期は、遅くとも5条協議の開始までに開始すべきとされています。その後も必要に応じて、適宜実施することとされています。

次に、5条協議について説明します。

<平成12年商法等改正附則5条1項>

「…会社分割に伴う労働契約の承継等に関しては、会社分割をする会社は、〔労働契約承継法〕第2条第1項の規定による通知をすべき日までに、労働者と協議をするものとする。」

5条協議の趣旨は、承継事業に従事する労働者の労働契約を承継会社等に承継させるか、分割会社に残すかについて、労働者に必要な説明を行い、労働者の希

望を聴取した上で、承継対象者を決する趣旨です。

5条協議の法的性質は、法的義務です。分割会社が労働者との間で5条協議を全く行わなかった場合又は実質的にこれと同視し得る場合、会社分割の無効原因になると考えられています。

個別の労働者に対する関係でのみ5条協議が行われなかった場合、会社分割それ自体が無効になるとは解し難いです。しかし、当該労働者は、5条協議義務の違反があったことを理由として、個々の労働契約承継の効力を争うことができます（日本アイ・ビー・エム事件・最判平22・7・12）。

協議の対象事項は、個々の労働契約の承継に関する事項です。

5条協議の対象となる労働者は、ある程度限定されています。対象となるのは、①承継される事業に従事している労働者、②承継される事業に従事していない

が、分割契約等にその労働契約を承継する定めのある労働者です（平成28年改正後指針）。

また、5条協議は、分割会社に協議義務を課すものの、協議の成立までを要求するものではありません。

具体的な内容（承継法8条参照）ですが、分割会社は、承継される事業に従事している労働者に対し、会社分割の効力発生日以後に当該労働者が勤務することとなる会社の概要や、当該労働者が分割される事業に主として従事する労働者に当たるか否かなどについて十分に説明し、本人の希望を聴取した上で、当該労働者に係る労働契約の承継の有無、承継するとした場合又は承継しないとした場合の当該労働者が従事することを予定する業務の内容、就業場所その他の就業形態等について、協議をするものとされています（労働契約承継法指針第2の4の（1）のイ参照）。

図表2

＜7条措置と5条協議の比較＞							
	根拠条文	義務の性質	相手方となる労働者	対象事項	会社分割の無効原因	無効原因事由	労働契約承継無効事由
7条措置	承継法7条	努力義務	分割会社の全労働者	前述①～⑤	×	—	—
5条協議	商法等改正附則5条1項	法的義務	分割により影響を受ける分割会社の労働者個人	個々の労働契約の承継に関する事項	○	5条協議が一切行われなかった場合 又は 5条協議が一切行われなかった場合 又は 実質的にこれと同視し得る場合	5条協議が全く行われなかった場合 又は (5条協議が行われた場合であっても)その際の分割会社からの説明が不十分で、法が5条協議を求めた趣旨に反することが明らかな場合

7条措置と5条協議の比較について、
図表を示しました（図表2）

日本アイ・ビー・エム事件につき、簡単に事案を説明します。Y社の会社分割に伴い、Xらが主として従事した営業と共に、同人らがY社との間で締結していた労働契約についても、Y社から会社分割により設立される会社（設立会社）に承継されることになったため、Xらが、

i 会社分割における労働契約の承継手続に瑕疵があるので、労働契約は設立会社に承継されない、

ii 本件会社分割は、Xらに対する不法行為に当たる

等と主張して、Y社に対し、労働契約上の地位確認及び損害賠償を請求した事件です。

判決のポイント1点目は、5条協議違反があった場合、個別の労働契約の承継について、労働者が争うことができる、という点です。

ポイント2点目は、7条措置は努力義務なので、7条措置の違反があっても、直ちに何らかのサンクションが課されるものではない、という点です。

ただ、7条措置がどのように行われたかは、個別の労働者にどの程度の説明があったのか（5条措置の違反があったか）に影響を与えます。つまり、5条措置との関係で、7条措置がどのようになされたかが考慮されます。

また、5条協議違反に関して、最近の裁判例があります。エイボン・プロダクツ事件（東京地判平29・3・28）ですが、これはかなり特殊な事案です、この裁判例は、過度に一般化すべきでないと考えます。事案の概要を説明します。

会社分割をする際の話し合いの中で、対象労働者が労働組合に入ります。労働組合に入った時に、会社（工場長）が「労働組合に入っても何もいいことはないよ。組合を辞めて、会社の言うことを聞いてくれば、あなたの雇用は守ります」等と言いました。会社分割に伴って、移りますか、移りたくないですか等といった労働契約承継に関する希望の聴取が、一切ない事案です。裁判所も、原告の労働契約の承継につき、原告の希望を聴取しなかった点を問題視しています。この事案では、「退職勧奨→労働組合を脱退すれば雇用を守る→労働組合脱退→原告の労働契約の承継が決定」という事実関係があり、承継法指針が示す5条協議が行われた事実がないとも言い得る事案でした。

エイボン・プロダクツ事件からの実務への示唆は、全体・グループに対する説明（7条措置）と個別労働者に対する説明（5条協議）は、明確に分けて整理・実施するということです。分割後に当該労働者が勤務する会社の概要、当該労働者が上記事業に主として従事する労働者に該当するか否かを説明した上で、「あなたの希望を聞きます」と告げ、希望を聴取するプロセスを経ることが大切です。

また、記録の保存は法的義務ではないものの、7条措置・5条協議に関する資料・議事録等は、全て記録として残しておくことが大切です。エイボン・プロダクツ事件では、会社分割当時における被告の人事部担当者や、新設会社の人事労務手続の担当者等が全員退職し、当時のやり取りに関するメール等のデータが削除されていた等という事情があったよう

です。

なお、手続は手間がかかるため、これを省略できないか、と考える方もいらっしゃると思います。従業員の同意が得られれば、承継法に定める手続を省略できるかが問題となりますが、結論を申しますと、手続きは、省略できません。

阪神バス（勤務配慮・本訴）事件（神戸地判尼崎支部平26・4・22）は、会社分割の際に、分割会社が主従事労働者に対して、承継法に基づく通知等の手続を行わず、転籍合意方式によって転籍させ、その際、労働条件の不利益変更を行った事案ですが、判決は「転籍に係る同意が得られたからといって上記通知等の手続の省略が当然に許されるものとは解されない」と述べています。

その上で、裁判所は、会社が採った手続は、労働契約がそのまま承継され得ることについて一切説明せず、そのような承継の利益を意識させないまま、形式的に個別に転籍の合意を得て異議申出の前

提となる通知の手続を省略し、本来会社分割の際に承継法によって保障されているはずの労働契約がそのまま承継されるという労働者の利益を一方的に奪うものというべきであり、このような手続は「同法の趣旨を潜脱するもの」で、分割会社との労働契約の合意解約及び承継会社との労働契約は「いずれも公序良俗に反し無効と解するのが相当」と判断しました。

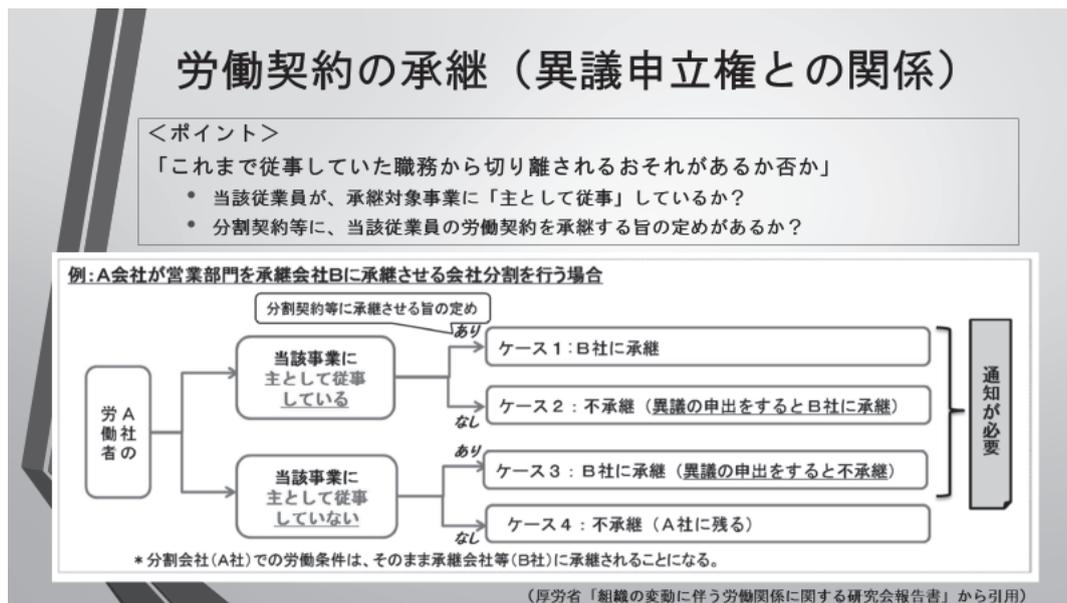
iii 会社分割についての従業員の同意の要否

次に、労働契約の承継という実体面について触れます。

従業員の同意の要否ですが、会社分割における権利義務の承継は、一般承継（部分的包括承継）と考えられており、会社分割（分割計画・分割契約）について、従業員の同意は不要です。

また、会社分割それ自体ではなく、会社分割に伴う「労働契約承継」についても、従業員の同意は不要です。ただ、一

図表3



部の労働者には、承継法上の異議申立権があります。異議申立権ある者が異議を申し出ると、異議申出のとおり、承継・非承継が決まります。

iv 「労働契約承継」に関する従業員の異議申立権

異議申立権については、図表3をご覧ください。

ポイントは、「これまで主として従事していた事業から切り離されるおそれがあるか否か」です。切り離さなければ、労働者に主として従事してきた事業から切り離される不利益はないので、異議申立権は発生しない、という整理です。ここでは、当該事業に主として従事しているかどうか、ポイントです。

図が示しているのは、会社Aが営業部門を承継会社Bに承継させる会社分割を行う場合です。A社の労働者で、当該事業に主として従事している者がB社に継承するというのが、ケース1です。この場合は、今まで主として従事している事業と一緒に移りますので、不利益は特にありません。そのため、この労働者には、異議権が発生しません。労働者の意思に関わらず、会社分割に伴い、労働契約と一緒に移ります。

次に、主として承継事業に従事しているけども、その人は移りませんという場合、その労働者には、異議権が付与されます。その労働者から異議申立てがあると、主として従事している事業と一緒に、その労働者も新しい会社に移ります。異議申立がなければ、もともといた会社(分割会社)に残ります(ケース2)。

当該事業に主として従事していないケ

ースはどうなるでしょうか。事業は移るけど、自分がメインでやっている仕事は今の会社にあり続け、自分も今の会社に残るとというのが、ケース4です。その場合は、何も不利益がないので、異議権がありません。逆に、自分の今までの仕事は、もともといた会社(分割会社)にあるのだけど、自分だけ他の会社(承継会社等)に行くという場合(ケース3)は、仕事と自分の労働契約が切り離されてしまうので、異議申立てができます。

主として従事しているかどうかの判断基準ですが、明確な基準はありません。新しい会社に移る権利義務関係を確定し、そこからどういった事業があるのかを見て、その事業に主として従事している労働者かどうかを検討するしかありません。部門ごとに事業が明確に分離していれば分かりやすいのですが、間接部門ではいろいろな仕事を掛け持ちしていると思います。そうした場合には、以下の諸事情を勘案して、総合的に判断するしかありません。

チェックするのは、それぞれの事業に従事する時間、それぞれの事業における当該労働者の果たしている役割等です。

厚労省のQ&Aでは、次の一応の目安が示されています。

- ・ 人事部門：「各事業における労働者数」
- ・ 経理部門：「各事業で扱う金銭額」
- ・ 資産運用部：「各事業から資産運用部に回す資産の額」
- ・ 庁舎管理部門：「各事業で占有する庁舎の面積」
- ・ 総合受付：「各事業への来客数」

主従事者か否かを判断する時期ですが、原則は、「分割契約等を締結し、又は作成する日」です。

例外は、原則によるのが適当でない場合です。分割契約等締結時点では、当該事業に従事していないが、分割契約等締結後に当該事業に従事することが明らかなる場合であれば、主従事者に該当します。逆に、分割契約等締結時点では、当該事業に従事しているが、分割契約等締結後に当該事業に従事しないことが明らかなる場合であれば、主従事者に該当しません。

また、分割会社が、合理的理由なく会社分割後に労働者を承継会社又は分割会社から排除することを目的として、分割前に配置転換等を意図的に行った場合は、当該労働者の過去の勤務実態に基づき判断します。

<承継法2条（労働者への通知）>

労働者への通知（2条通知）は、会社分割について対象労働者に情報を与えま

しょうという規定です。

2条通知の対象となる労働者は、①主従事労働者、②主従事労働者以外の労働者であって承継会社等に承継される労働者です。通知時期は、分割契約等を承認する株主総会の日の2週間前の日の前日までです。ただ、分割契約等の本店備置き日又は株主総会等を招集するための通知を発する日のうちいずれか早い日と同じ日に行われることが望ましいとされています。

2条通知の通知方法は、分割会社による書面交付です。つまり、電子メールではダメです。ファックスはOKですが、相手方のファックス機器の不備に伴う危険負担は、通知者（分割会社）が負うこととされています。

なお、労働組合がある場合、2条通知は、一定の労働組合に対しても行わなければならない労働組合の範囲は、分割会社との間で労働協約を締結している労働組

図表4

5条協議・2条通知・異議申立権の関係 (手続・実体)

	主従事労働者		従従事労働者		不従事労働者	
	承継の定め有	承継の定め無	承継の定め有	承継の定め無	承継の定め有	承継の定め無
5条協議	○	○	○	○	○	×
通知	○	○	○	×	○	×
異議申出	×	○	○	×	○	×

(注) 主従事労働者: 承継される事業に主として従事している労働者
 従従事労働者: 承継される事業に従として従事している労働者
 不従事労働者: 承継される事業に全く従事していない労働者

(厚労省「組織の変動に伴う労働関係に関する研究会報告書」から一部修正の上、引用)

合です。もっとも、労働協約を締結していない場合であっても、通知後の団体交渉の進展によって労働協約が締結される可能性もあること等から、分割会社は、労働組合に対し、承継法2条2項の規定の例により通知を行うことが望ましいとされています。通知時期は、労働者に対する通知と同じです。

2条通知の通知方法は、分割会社による書面交付です。分割契約等につき、事前協議等で労働組合の了承を得ている場合でも、改めて労働組合に対し、2条通知を行わなければなりません。

5条協議・2条通知・異議申立権の関係（手続・実体）は、図表4にまとめておきました。これを見ていただき、対象となる従業員を把握し、どういった場合に、何をすべきかをチェックしてください。

新設分割の手続きの流れを、以下に示しておきます。

- 1 7条措置の実施
- 2 5条協議の実施
- 3 会社は、株主総会開催日の2週間前までに、所定の労働者に対し、当該労働者に係る労働契約の承継の有無や、これに異議を申し出る場合の期限等を書面で通知する（承継法2条1項）
- 4 分割計画の作成（会社法762条、763条等）
- 5 分割計画の本店における備置き（事前開示）（会社法803条1項2号等）
- 6 株主総会における特別決議による承認（会社法804条、805条）
- 7 債権者への異議申述の公告・催

告、異議を述べた債権者への弁済・担保提供等の債権者保護手続（会社法806条等）

8 分割登記（会社法924条）分割事項を記載した書面等の事後の開示（会社法811条等）

v 「労働条件の統一」

会社分割により承継される労働契約は、そのままの内容で、承継会社に包括承継されます。従業員の合意がない限り、労働条件は変更されません。

そこで、会社分割後、存続会社には、存続会社に前からいた従業員、会社分割に伴い新たに存続会社の従業員となった者という2パターンの従業員（労働契約）が存在します。このままだと管理しにくいので、労働条件の統一が必要となります。会社分割では、「転籍合意方式」により労働条件の統一を行うことが多いです。

ただ、転籍合意をしても異議申出権は失われないので、注意が必要です（異議申出権は、事前放棄できません（厚労省「組織の変動に伴う労働関係に関する研究会報告書」20頁以下））。

転籍合意方式とは、分割会社からの退職につき、分割会社と従業員とで退職合意をし、承継会社への入社につき、承継者と当該従業員との間で入社合意をするというものです。勤続年数・有給の取扱い・退職金の条件等につき、入社合意の際に調整することが、実務上多いです。

その他の留意点として、会社分割における労使協定の取扱いですが、「事業場の同一性」の有無で判断します。すなわち、会社分割の前後で「事業場の同一性」

が認められる場合は、従前の労使協定が、引き続き有効です。「事業場の同一性」が失われた場合は、会社分割後に再度、必要な労使協定を締結・届出する必要があります。

「事業場の同一性」は、一般的に、労働者の構成、事業場の場所、事業の実態等が実質的に同一であることを意味します。会社分割の場合は、会社分割による使用者の地位の変更を除く、これらの部分が同一であれば、事業場の同一性があるものと考えられています（厚労省Q&A参照）。

④事業譲渡

i 事業譲渡とは？

事業譲渡は、分かりやすく言うと、売り手が有する資産及び負債を個別に買い手に譲渡する方法です。

事業譲渡の法的性質は、個別承継（特定承継）です。譲渡会社と譲受会社の間で、承継される権利義務を個別に特定して合意します。また「債務の移転」については、債権者の同意が必要です。

ii 従業員の同意の要否

労働契約の承継も、従業員の同意が必要です。つまり、「労働契約の承継」につき、譲渡会社と譲受会社間の合意に加え、労働者の同意（民法625条）が必要です。

iii 事業譲渡に伴う労働契約の承継（いわゆる「転籍」）の方法

事業譲渡に伴う労働契約の承継は、いわゆる「転籍」です。転籍には、2つの方法があります。①「現労働契約の合意

解約」（退職合意）と「新労働契約の締結」（入社合意）をセットで行う方法と、②「労働契約上の地位の譲渡」という方法です。

実務では、転籍先と転籍元企業の労働契約の内容が一致するようなケースでは、②の方法が用いられることがありますが、通常は①の方法によることが多いです。

iv その他の問題

譲渡会社に発生する問題として、対象従業員につき（会社都合による）退職金請求権が発生する可能性がある、という問題があります。

対処法は、「譲受会社による引継＋退職金請求権の放棄」という手段です。従業員が譲受会社において勤続年数を通算することを条件に退職金請求権を放棄してもらおうという取り決めに検討する必要があります。

また、先ほど説明したとおり労働契約の承継については、従業員の同意が必要ですが、労働契約の不承継は、譲渡会社と譲受会社間で任意に決定できます。これから派生して、譲受会社に残された労働者の地位が問題になることがあります。特に、事業譲渡後に譲渡会社が解散するケースで問題が起きます。承継されず残された労働者が譲受会社に対し、雇用関係上の地位の確認等を求めるという形で、紛争が起こるのです。

関連する裁判例を見てみましょう。

労働条件の改訂に異議のある従業員を個別に排除する目的で、事業譲渡の当事会社が不承継特約（当該従業員の労働契約を承継しない合意）を締結したケースで、不承継特約は、公序良俗違反（民法

90条違反)として無効(承継合意のみを有効)と判断した裁判例(勝栄自動車学校(大船自動車興業)事件・東京高判平17・5・31)があります。

また、債権者に対する未払い賃金等の債務の逸脱を目的とし、労働契約を承継させず、事業譲渡を行ったケースで、債権者に対する未払い賃金等の債務の逸脱を目的とした会社制度の濫用であるとして、法人格否認の法理により雇用関係の承継を認めた裁判例(Aラーメン事件・仙台高判平20・7・25)や、法人格否認の法理により、労働契約上の責任を親会社に認めた裁判例(第一交通産業ほか(佐野第一交通)事件・大阪高判平19・10・26)等もあります。

最後に

組織再編に関する契約(合併契約・事業譲渡契約等)において、従前の労働条件を一定期間変更させない、という合意がなされるケースがあります。この場合、労基法違反や無効となる労働条件があっても、変更すると合意違反になるという問題が起こります。そのため、組織再編に関する契約を締結する場合、そのような問題が発生したら、同程度の労働条件を保ちながら法律違反については適宜修正できるという条項を入れる必要があります。

私からは以上です。ご清聴ありがとうございました。

(本稿は平成29年12月14日(木)に開催しました第2761回労働法学会研究会例会の講演録を加筆・整理したものです。文責・編集室)

36協定と労働時間管理の留意点

講師●五三・町田法律事務所 パートナー
弁護士：町田悠生子（まちだ ゆきこ）

Profile



平成18年3月 慶應義塾大学法学部法律学科卒業
平成20年3月 慶應義塾大学法科大学院修了
平成21年12月 弁護士登録（第二東京弁護士会）
平成24年6月 五三・町田法律事務所設立
日本労働法学会会員、経営法曹会議会員、第二東京弁護士会労働問題検討委員会副委員長
弁護士登録以来、専ら使用者側にて労働事件を多数取り扱うとともに、日々、顧問先等からの人事・労務関係の相談に対応。
【執筆】
「企業法務のための労働組合法25講」（共著 商事法務 平成27年）
「労務専門弁護士が教えるSNS・ITをめぐる雇用管理」（共著 新日本法規出版 平成28年）
「裁判例や通達から読み解くマタニティ・ハラスメント」（編共著 労働開発研究会 平成30年 等）

働き方改革への取り組みの中で長時間労働の是正は特に重視されています。また違法残業や残業代未払に対する社会的批判の眼は厳しく、労働時間の問題は企業と労働者だけの問題にとどまりません。

そのため時間外労働を行う上で必要な36協定の適正な締結手続きや、ルールに基づく日々の労務管理にも、ますます注意が必要となっています。

しかし36協定をめぐっては締結方法や労働時間管理の不備により書類送検となった

企業がたびたびニュースとなっています。また労働基準監督署の定期監督においても36協定の不備やルール違反による違法残業が指摘されることも少なくありません。さらに今後の法改正をみすれば、より厳格な管理を求められることも予想されます。

そこで本例会では企業側弁護士の町田先生を講師にお招きして、36協定と労働時間管理の留意点について、昨今の問題事例等もふまえて具体的に解説していただきます。

本定例会のポイント

Point 1 新たな上限規制を見据えた労働時間管理体制の整備

2019年4月1日より、改正労基法に基づく新たな時間外労働の上限規制が開始する予定である（中小事業主を除く）。この新たな規制では、まず、36協定で定めることができる時間の上限として①「1か月100時間未満（法定休日労働を含む）」と②「1年720時間以内（法定休日労働を含まない）」とがあり、さらに、現実に時間外労働をさせることができる上限として③「法定休日労働を含み、2か月ないし6か月平均で80時間以内」と④「法定休日労働を含み、単月で100時間未満」の4つがある。①③④は、法定休日労働時間を含めた（1週40時間を超える労働時間をすべて含めた上での）上限であるという点がポイント。特に遵守が難しいのは③であるので、2018年度は、③を必ず守ることができる労働時間管理体制の整備・試行期間と捉えて、万全の体制を整えて2019年4月1日を迎えるようにしたい。

Point 2 従業員代表の選出方法が不適法であった場合のリスク

36協定の内容（上限時間等）が固まったら、次は従業員代表を選出する。従業員代表の選出方法が不適法であった場合、36協定は全体として無効となる。その場合、1日8時間・1週40時間を超える時間外労働や休日労働をさせれば、直ちに労基法32条違反となる。複数の事業場における36協定の全てが無効となれば、一度に2以上の事業場で是正勧告を受けることになり、そうすると、より厳しい行政指導、すなわち、本社所轄の労基署長による企業幹部の呼出指導や全社的立入調査、労働局長による企業トップへの指導・企業名公表、ひいては書類送検（送検時公表）に早期に結びつくおそれが大である。

Point 3 特別条項適用時の留意点

特別条項適用時は36協定で定めた「手続」の履践を忘れてはいけない。特別条項適用時の「手続」は、労使の協議、通告、対象労働者に対する通知などがある。

厚労省の36協定例では「労使の協議」とされているが、実際に、特別条項を発動する場合に労使で協議するのは現実的ではなく、機動性もない。手続の内容には制限がないので、一方的な通知、通告など容易に実行できるものとすべきである。また、いつ、誰が、誰に対して、どのような形で手続を行ったのかを記録化しておくことも重要である。

弁護士 町田悠生子と申します。

本日は、36協定と労働時間管理の留意点というテーマでお話いたします。以下のとおり36協定の締結まで、そして、締結後の流れに沿って話を進める予定です。

1 36協定の内容（上限時間等）の検討・確定

- ・労働基準法等改正案の概要
- 2 従業員代表の選出
 - ・選出方法が不適切であった場合のリスク
 - ・選出方法・選出時の留意点
- 3 36協定の締結
 - ・締結時の留意点
- 4 36協定の届出
 - ・36協定を届け出ることの意義
 - ・届出時の留意点
- 5 36協定の周知
 - ・周知義務の内容・罰則
- 6 36協定の保存
 - ・保存義務の内容
- 7 36協定に従った運用
 - ・限度時間との関係で把握すべき「労働時間」とは何か

- ・特別条項適用時の留意点
- ・その他労働時間管理の留意点

1. 36協定の内容（上限時間等）の検討・確定

労働基準法等改正案の概要

働き方改革関連法案の一環として労基法が改正され、時間外労働に関する新しい上限規制が導入される見込みとなっています。

この改正法（上限規制部分）の施行予定日は、大企業は2019年4月1日、中小事業主は2020年4月1日とされています（本研究会開催日現在。以下の施行予定日も同じです）。中小事業主の範囲は下表のとおりです（従前どおりです）。

これを踏まえると、2018年度は、新しい上限規制を前提とした試行期間と捉え、自社の労働時間管理体制が新しい上限規制に対応できているかを確認する機会とすることが重要です。つまり、2018年度の36協定の内容も新しい上限規制を意識したものとし、それを踏まえて運用してみてください。その上で、上限規制

* 中小企業の範囲（働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律案要綱より）

	資本金額または出資総額		常時使用する労働者の数
小売業	5000 万円以下	または	50 人以下
サービス業	5000 万円以下		100 人以下
卸売業	1 億円以下		100 人以下
上記以外	3 億円以下		300 人以下

に抵触しかねない状況が見つかった場合には、その原因を探り問題点を解決した上で、2019年度を迎えていただきたいと思えます。

そこで、まずは、労働基準法等改正案の概要、特に、時間外労働に関する改正の内容についてご紹介したいと思います。なお、現時点では、改正法案の内容はまだ公表されていません。また、上限規制の詳細は、労基法施行規則や指針で定められることとなっていますが、それらの内容もまだ明らかではありません。よって、今日は、働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律案要綱(法律案の内容の大筋をまとめたもの。以下「法律案要綱」といいます。)と、そのベースとなった労働政策審議会(厚生労働大臣の諮問機関。以下「労政審」といいます。)の建議(平成29年6月5日付労審発第921号。以下の「建議」はこの建議を指します。)に基づいてお話ししていきます。

中小事業主に対する割増賃金率の適用除外の廃止

中小事業主に対しては、現在、60時間超の時間外労働に対する割増賃金率の適用が除外されています。

労基法37条1項ただし書は、1か月について60時間を超える時間外労働については、通常の労働時間の賃金の計算額の5割以上の率で計算した割増賃金を支払わなければならないとしています(2008年改正法により導入、2010年4月1日施行)。ただ、同時に、労基法138条により、中小事業主については当分の間、適用除外とされました。この「当分の間」がこ

れまでずっと続いていたのですが、今回の労基法改正により適用除外が廃止されることになりました。したがって、今後は、事業規模にかかわらず、1か月60時間を超える時間外労働に対しては5割以上の割増賃金が必要となるということになります。

この改正(適用除外の廃止)の施行予定日は、法律案要綱では2022年4月1日とされていますが、近時の報道(2018年2月8日)によれば、1年後ろ倒しとなり、2023年4月1日の予定だそうです。

時間外労働の上限規制の概要

では、次に、時間外労働の上限規制について紹介します。

まず始めに、新しい上限規制が盛り込まれた理由を確認しましょう。新しい上限規制は、現行法上の以下の問題点を克服しようとするものとなっています。

問題点その1は、36協定に基づく延長時間の限度基準には法的拘束力がないということです。36協定に基づく延長時間の限度基準は、告示(平成10年12月28日労働省告示154号、以下「限度基準告示」といいます。)で定められています。告示は、法律ではありませんから、もし仮に、限度基準告示を上回る延長時間を定めた36協定を届け出たとしても、そのような36協定は、法的には「違法」でも「無効」でもありません。労基法36条4項に基づく助言・指導の対象となるのみです。もちろん、厳しい行政指導を受けることにはなりますが。

問題点その2は、36協定に特別条項を設けることにより、年6回まで、限度基準告示に基づく原則的な限度時間をさら

に延長できることとされていますが、特別条項上の延長時間には上限規制がありません。延長時間は、あくまで労使当事者の自主的な協議に委ねられています。これが、超長時間労働を招く要因と見られています。

こうした問題意識をふまえて、新しい上限規制が導入されることとなりました。

まず、問題点その1への対応として、限度基準告示を法律に格上げすることになりました。労基法施行規則（厚生労働省令）に盛り込まれる予定です。

法律への格上げ後の原則的上限時間（特別条項を適用しない場合の上限時間という意味です。以下同じです。）は、1か月45時間、1年360時間（1年単位の変形労働時間制の場合は、1か月42時間、1年320時間）です。そして、この原則的上限時間には、法定休日労働時間は含みません。このように、原則的上限時間は、限度基準告示の内容がほぼそのまま引き継がれる予定です。

若干の変更点としては、限度基準告示では、36協定上に記載する上限時間を「1日」「1日を超えて3か月以内の期間」「1年間」の3つから選べることになっていますが、今後は、「1日を超えて3か月以内の期間」は選択できなくなり、「1日」「1か月」「1年」の3種類の上限時間を36協定に記載することになります。また、「1年」の上限を適用する期間の起算点を36協定上明示することが義務付けられます。

このように、原則的限度時間に関しては、告示が法律に格上げになるだけで、規制の大枠自体には、さほど変更はあり

ません。ただ、限度時間が法律で定められることによって、その限度時間を上回る限度時間を定める36協定は違法・無効となります。

では次に、問題点その2についてはどうでしょうか。36協定に特別条項（当該事業場における通常予見することのできない業務量の大幅な増加等に伴い臨時的に原則的限度時間を超えて労働させる必要がある場合に適用する例外的限度時間）を設け、それを1年について6回まで適用できる、ということ自体には変更がありませんが、特別条項として定める上限時間は、①1か月100時間未満（法定休日労働を含む）であり、かつ、②1年720時間以内（法定休日労働を含まない）としなければならないことが法定化されます。

さらに、特別条項を適用する場合であっても、別の言い方をすれば、特別条項を適用するかどうかにかかわらず、対象期間の初日から1か月ごとに区分した各期間に、当該各期間の直前の1か月、2か月、3か月、4か月及び5か月の期間を加えたそれぞれの期間における時間外及び法定休日労働時間の1か月あたりの平均が、80時間以内となるようにしなければならないことも法定化されます。つまり、「休日労働を含み、2か月ないし6か月平均で80時間以内」と「休日労働を含み、単月で100時間未満」は、特別条項を適用しない月においても遵守しなければならないなりません。

前者の「1か月100時間未満（法定休日労働を含む）」かつ「1年720時間以内（法定休日労働を含まない）」は36協定上の記載の話です。これに対して、後者の

「2か月ないし6か月平均で80時間以内」と「単月で100時間未満」（いずれも法定休日労働を含む）は、現実には時間外労働させることができる時間の話です。

この新しい上限規制を理解するにあたって重要なのは、これらの上限時間に法定休日労働時間が含まれるのかどうかを意識するという点です。労基法は、時間外労働、休日労働、深夜労働と3つに分け、それぞれに規制をかけています。そのため、限度基準告示が定める限度時間は、時間外労働の上限時間を示すものですので、法定休日に働いた場合の労働時間を含みません。しかしながら、新しい上限規制では、法定休日における労働時間も含めて労働時間管理をすべきものとされました。これはなぜでしょうか。

上記の「2か月ないし6か月平均で80時間以内」と「単月で100時間未満」（いずれも法定休日労働を含む）という上限時間の設定は、脳・心臓疾患の労災認定基準（平成13年12月12日基発1063号）が背景となっています。脳・心臓疾患の労災認定基準において、「1か月100時間以上」又は「2～6か月平均で月80時間以上」に達しているかどうかは、1週40時間を超える全ての実労働時間について判断する、すなわち、法定休日労働があった場合には、その時間も含めて判断することとされています。長時間労働が体に与える影響を考慮するにあたっては、法定休日労働であるか、深夜労働であるか、時間外労働であるかを区別する有用性はありません。ですので、労災認定の場面では、法定休日労働も深夜労働も「1週40時間を超える実労働時間」として一括りにして長時間労働による負荷の程度を

捉えることとしています。今回の新たな上限規制は、これとの平仄を合わせようとするものです。

よって、これまで、法定休日における労働時間を「残業時間」とは別に管理していた会社においては、今後は、法定休日における労働時間、すなわち1週40時間を超える実労働時間を全て「残業時間」として捉え、必ず、「2か月ないし6か月平均で80時間以内」と「単月で100時間未満」を超えないように管理をしていく体制を整える必要があります。

「2か月ないし6か月平均で80時間以内」はどのようなイメージとなるか、次頁の図表1でご説明したいと思います。

一番下の欄、×は違法、△は実態によっては違法、○は適法です。

まず、一番左の列（総合計810時間）では、9月と10月がいずれも90時間となっていますので、「2か月平均で80時間以内」をクリアできていないので×です。また、総合計で810時間というのも、特別条項として定めた上限時間に違反している可能性が高いでしょう。特別条項を定める場合であっても、上限時間は「1年720時間以内」としなければなりません（ただし、この時間には法定休日労働時間は含みません）。

次に、左から2番目の列（総合計750時間）も年6回フルに特別条項を使った場合です。これはどの月をとっても、80時間以内になっていますので、その点はOKです。単月で100時間も超えていません。問題は、合計で750時間になっている点ですが、ここから法定休日労働時間を除けば720時間以内に収まるのであれば（法定休日労働時間が年30時間以上で

あれば) ○になります。なお、ここで、△を○にするには法定休日労働時間が多い方がよいということは、なるべく法定休日に出勤させればよいのではないか、と思うかもしれませんが、そのようには考えないでください。改正法に基づく指針の中に、休日労働を可能な限り抑制すべきという内容が盛り込まれる予定です。指針は行政指導の根拠となります。

次に、中央の列は問題ありません。これも特別条項をフルに使った場合です。

右から2番目の列は、特別条項を4回だけ使った例です。これも特に問題ありません。

一番右の列は、特別条項を4回しか使っておらず、また、合計時間も年720時間に収まっていますが、一番左の列と同じく、9月と10月の2か月平均が80時間を超えているので、×です。

このように、特に注意すべき上限は、

「2か月ないし6か月平均で80時間以内」(法定休日労働を含む)だということがおわかりいただけるかと思います。これは、「直近2か月間の平均も、直近3か月間の平均も、直近4か月間の平均も、直近5か月間の平均も、直近6か月間の平均も、どこをとっても、1週40時間を超えた労働時間が80時間以内である」ということです。安易に「単月で100時間に達していなければ良い」とはお考えにならないでいただきたいと思います。

新しい上限規制の下での36協定の記載事項

新しい上限規制の施行とともに、36協定の必要記載事項や届出様式も変わる予定です。法律案要綱の内容に基づき、簡単に解説します。

必要記載事項のうち、まず、「①36協定により労働時間を延長し、又は休日

図表1

	1週40時間超の実労働時間				
4月1日～4月30日	90	80	75	45	45
5月1日～5月31日	45	45	45	45	45
6月1日～6月30日	90	80	75	90	45
7月1日～7月31日	45	45	45	45	45
8月1日～8月31日	45	45	45	45	45
9月1日～9月30日	90	80	75	90	90
10月1日～10月31日	90	80	75	45	90
11月1日～11月30日	45	45	45	45	45
12月1日～12月31日	90	80	75	90	90
1月1日～1月31日	45	45	45	45	45
2月1日～2月28日	45	45	45	45	45
3月1日～3月31日	90	80	75	90	90
合計	810	750	720	720	720
	×	△	○	○	×

労働させることができることとされる労働者の範囲」と「③労働時間を延長し、又は休日に労働させることができる場合」については今と同じです。

「②対象期間」もおおむね今と同じですが、対象期間を1年以内に限ることが法律上明記される予定です。

「④対象期間における1日、1か月及び1年のそれぞれの期間について、労働時間を延長して労働させることができる時間（上限は上記のとおり）又は労働させることができる休日の日数」については、先ほども触れましたが、1日、1か月、1年という3つに限定されます。

大きく変わるのは、「⑤労働時間の延長及び休日の労働を適正なものとするために必要な事項として厚生労働省令（労基法施行規則）で定める事項」です。ここには、

i) 特別条項を適用した場合の健康確保措置

ii) 特別条項を適用した場合の原則的限度時間を超える労働に係る割増賃金率

iii) 特別条項を適用する際の手続

iv) 特別条項を適用する場合も2か月～6か月平均で80時間以内とすることが含まれる予定です。

特に新しいのは「i) 特別条項を適用した場合の健康確保措置」です。詳細は指針で定められる予定ですが、企画業務型裁量労働制対象者に講ずる健康確保措置（代償休日又は特別な休暇の付与、健康診断の実施、連続した年次有給休暇の取得促進、心とからだの相談窓口の設置、配置転換、産業医の助言指導に基づく保健指導）を基本として、面接指導、深夜業の回数の制限、勤務間インターバル等

が選択肢となる見込みです。この中から選んで36協定に明記することになります。

「ii) 特別条項を適用した場合の原則的限度時間を超える労働に係る割増賃金率」と「iii) 特別条項を適用する際の手続」は、現在36協定に記載しているものと同じです。

新しい上限規制に違反した場合の効果

法に格上げされた限度時間を超える時間を定めた36協定（特別条項を含む）は違法・無効となります。違法・無効ですから、36協定がなかったのと同じ状態です。1日8時間・1週40時間を超えて働かせたり、法定休日に働かせたりすれば、直ちに労基法32条違反となります。

また、36協定は有効であっても、36協定に定めた上限時間を超えて時間外労働・休日労働をさせた場合も、労基法32条違反となります。労基法32条違反に対する罰則は、6か月以下の懲役又は30万円以下の罰金です（労基法119条1号）。なお、今回の労基法改正で新たな罰則が設けられるわけではありません。36協定違反は「違法」との位置づけを明確化し、労基法32条違反について定める罰則が適用されることとなります。

罰則は、会社だけでなく、労働時間管理を行うべき上司個人（管理職者）にも適用される可能性があります。労基法上の「使用者」という概念には、会社だけでなく、会社の命を受けて会社のために労務管理を行う者も含まれるからです（労基法10条）。

2・従業員代表の選出

従業員代表の選出方法が不適切であった場合のリスク

36協定の内容が固まったら、次に、過半数組合がない場合には、従業員代表を選出することになります。

従業員代表の選出方法が不適切であった場合のリスクを最初に確認しておきましょう。

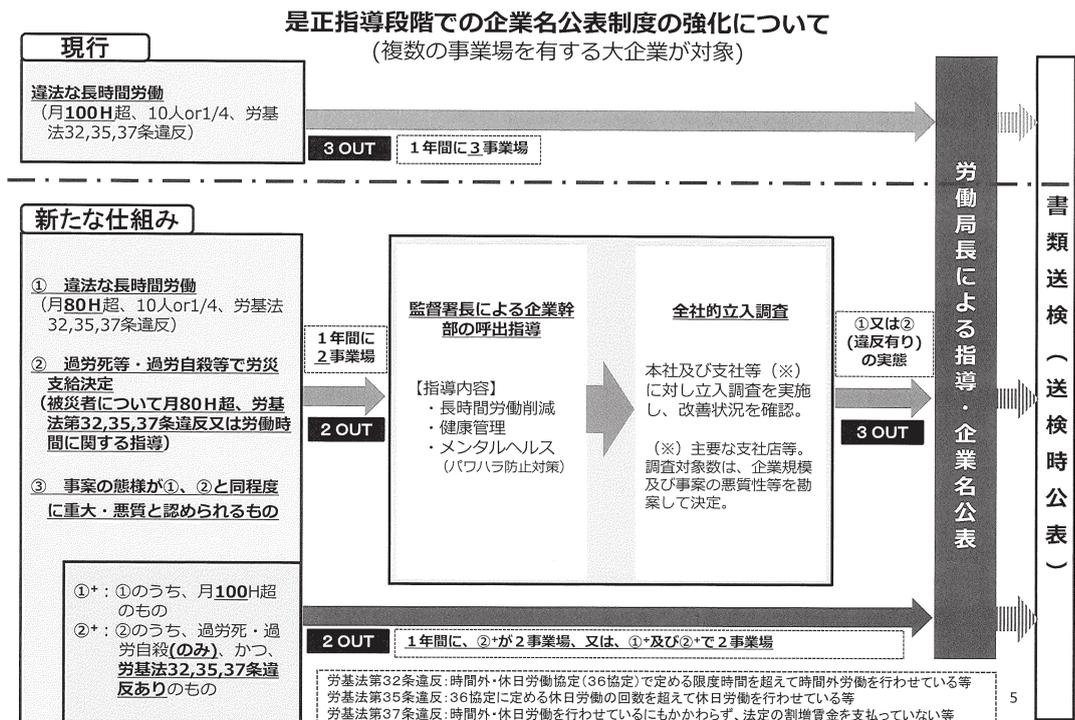
まず、36協定は全体として無効となります。これは非常に大きな効果です。1日8時間・1週40時間を超える時間外労働や休日労働をさせれば、直ちに労基法32条違反となります。

また、複数の事業場における36協定の

全てが無効となれば、一度に2以上の事業場が違法状態となり、そのような状態で行政指導が入れば、本社所轄の労基署長による指導や全社的な立入調査、労働局長による企業トップへの指導・企業名公表、ひいては書類送検（送検時公表）に早期に結びつくおそれが大です。

ここで、平成28年12月26日に厚労省が公表した「過労死等ゼロ緊急対策」に盛り込まれた新しい行政指導の在り方をご紹介します（図表2参照）。この「過労死等ゼロ緊急対策」は、先日の電通事件に基づいて策定されたもので、違法な長時間労働を許さない取組の強化のため、①新ガイドラインによる労働時間の適正把握の徹底、②長時間労働等に係る企業本社に対する指導、③是正指導段階での企業名公表制度の強化、④

図表2



36協定未締結事業場に対する監督指導の徹底——の4項目が挙げられています。

③の企業名公表については、これまで、違法な長時間労働（月100時間超、10人以上または4分の1以上、労基法32条等違反）が1年間に3事業場認められた場合とされていましたが、月80時間超に引き下げ、また、「3事業場」ではなく「2事業場」とするとしています（図表2参照）。

ここで注目すべきは、単なる長時間労働ではなく、「違法な」長時間労働が指導の対象となるという点です（図表2「新たな仕組み」参照）。

「違法」とは、具体的には、労基法32条、35条又は37条に違反しているということです。36協定が無効な状況下で80時間以上残業させれば、直ちに労基法32条違反となり、その人数も事業場全体に及びますから、図表2「新たな仕組み」の①の「月80時間超」「事業場の4分の1」「労基法32条違反」をすぐに満たし、また、複数事業場で同様の状況であれば「1年間に2事業場」との要件もすぐに満たします。となると、労基署長は企業幹部を呼び出して直接指導し、さらには全社的立入調査を行います。それでもなお、違反状態が続けば、局長による指導、そして、企業名公表、さらに、書類送検とすぐにつながっていきます。

また、36協定が全体として無効となると、「ちょっと限度時間を超えてしまった」という場合よりも違法性は重大です。よって、民事訴訟で残業代が請求されれば、未払分と同額の付加金（労基法114条）の支払も必至となるでしょう。

従業員代表の選出方法・選出時の留意点

以上をふまえて、従業員代表の選出方法・選出時の留意点をしっかりと確認しておきたいと思います。

まず、社内に労働組合がある場合、その組合が「過半数労働組合」であるかどうかについて、組合の組織率は、全社ではなく事業場ごとに算出します。よって、同一の労働組合であっても、ある事業場では過半数労働組合に該当するが、他の事業場では該当しない、ということもあります。また、労働組合があっても、その事業場において組織率が過半数に達しなければ、別途、過半数代表者を選出する必要があります。なお、過半数労働組合となる労働組合は、社内組合に限られません。

過半数労働組合がない場合、従業員代表を選びます。「過半数」の分母に含まれる従業員は、当該事業場の使用者に直接雇用されている従業員全員です。休職中の者、休業中の者、出張中の者、管理監督者、出向者も広く含み、有期・無期も問いません。つまり、派遣労働者以外全員です。

代表者になることができる者は、管理監督者以外、全員です。有期・無期を問いません。

労基法施行規則6条の2では、過半数代表者について、「1…法第36条第1項…に規定する労働者の過半数を代表する者…は、次の各号のいずれにも該当する者とする。」「一 法第41条第2号に規定する監督又は管理の地位にある者でないこと」としています。

選出方法について、同条は、「二 法に規定する協定等をする者を選出することを明らかにして実施される投票、挙手等の方法による手続により選出された者であること。」と定めています。

民主的方法であれば、投票でも挙手でも互選でも何でも良いですが、過半数の支持を得たことを記録として残すことが大切です。

裁判例上、選出手続が違法とされた例として、トーコロ事件（東京高判平成9年11月17日労判729号44頁）があります。裁判所は、「適法な選出といえるためには、当該事業場の労働者にとって、選出される者が労働者の過半数を代表して三六協定を締結することの適否を判断する機会が与えられ、かつ、当該事業場の過半数の労働者がその候補者を支持していると認められる民主的な手続がとられていることが必要というべきである（昭和63年1月1日基発第1号参照）。…Kが『友の会』の代表者として自動的に本件三六協定を締結したにすぎないときには、Kは労働組合の代表者でもなく、『労働者の過半数を代表する者』でもないから、本件三六協定は無効というべきである。」としました。この事件では、「友の会」という従業員の親睦団体の代表者を自動的に従業員代表とする慣行がありましたが、そのような方法により算出は違法だとされました。なお、この事件は、残業代請求ではなく、残業命令の有効性が争われたものです。残業を命じたところ、その命令に従わず残業を拒否したので、それを理由に会社は解雇をしました。その解雇の有効性が争われる中で、そもそも会社が残業を命じるにはその前提と

して36協定が必要である、しかし、従業員代表の選出方法が違法だから36協定は無効、となると、そもそも会社は残業を命じられる状態にないので残業命令も無効となり、無効な残業命令に基づく解雇もまた無効とされました。

次に、同じく従業員代表の選出手続の適法性が争点となった裁判例として、乙山彩色工房事件（京都地判平成29年4月27日労判1168号80頁）があります。この事件は、残業代請求事案ではありますが、36協定ではなく専門業務型裁量労働制の導入時に必要な労使協定の締結時における従業員代表の選出方法の適法性が問題となりました。36協定であっても、裁量労働制の導入に関する労使協定であっても、さらには、就業規則変更の意見聴取時に選出する従業員代表であっても、正しい選出方法はすべて同じです。ですから、この事件も参考になります。

この事件で裁判所は、「被告の平成22年秋頃の従業員数は合計19名、専門業務型裁量労働制の採用に当たり対象となる従業員は11名であるところ、Bが労働者の過半数を代表する者とされた際の選出の手段、方法は不明であり、協定書上『推薦』とあるが、B本人及び原告らを含む被告の従業員合計6名はいずれもBを従業員として選出するための会合や選挙を行ったことはない」と述べており、これらの従業員は、また、同様に、平成23年の就業規則改定に際して労働者代表を選出するための会合や選挙を行った事実もないと述べている。これに対し、被告は、従業員代表の選出は、社会保険労務士の指示に従い、従業員のうちの事務を担当していたDに任せていたと述べるのみで

あり、その具体的な選出方法について何ら説明することができず、結局のところ、当該事業所に属する従業員の過半数の意思に基づいて労働者代表が適法に選出されたことをうかがわせる事情は何ら認められない。」との判断を示しました。そして、労使協定を無効と判断しましたので、その結果、専門業務型裁量労働制は導入されていないのと同じ状態となったため、1日8時間、1週40時間を超える労働はすべて残業代の対象となります。結論として、この事件で会社は、1人あたり900万円の残業代の支払を命じられ、さらに、付加金は500万円とされました。従業員代表の杜撰な選出が非常に重大な結果を招いた事案といえます。

この事件からは、労使協定の締結手続の適法性が裁判で争われる場合には、従業員代表として選出された人が証人となり、どのようにして選ばれたのか、何票獲得して選ばれたのか、会社からはどのような説明を受けたのか、などが直接検証されることになることがわかります。従業員代表が「どうやって選ばれたのか、はっきりしたことは覚えていません」などと証言すれば、選出手続の正当性に重大な疑いが生じます。そのような事態に備え、会社としても適正に選出を行うことともに、その選出過程を記録化しておくことが重要です。

従業員代表の選出に関しても、労基法施行規則の改正が予定されています。具体的には、「使用者の意向による選出」は手続違反に当たることや、従業員代表がその業務を円滑に遂行できるよう使用者は必要な配慮を行わなければならないことが労基法施行規則に盛り込まれる見

込みです（労政審建議より）。このような流れからすると、今後は、従業員代表の選出手続についても、より厳しい行政指導・監督が行われることが予想されます。

最後に、任期制は許されるのかについても触れておきたいと思います。

年度初めに1人、従業員代表を選んでおいて、その年度中に労使協定を締結することになった場合には、すべてその人に従業員代表になってもらうという取扱いは認められるか、よく質問されます。こうした任期制は違法であると法律や通達等に明確に書かれているわけではありません。

しかし、労基法施行規則6条の2には「法に規定する協定等をする者を選出することを明らかにして」という規定されています。これに抵触しないかが問題になります。年度初めに「今年度中の労使協定の締結は、今般選出する従業員代表に一任する」として選んだ場合、選んだ時点では、何について従業員を代表するのが全く不明です。「法に規定する協定等」が何を示すのかが特定されていないわけです。また、前掲トコロコ事件判決でも、適法な選出といえるためには、当該事業場の労働者にとって、選出された者が「労働者の過半数を代表して36協定を締結することの適否」を判断する機会が与えられていなければならない、との判断が示されています。ここには、36協定だったらこの人がいい、育児介護休業法関係の労使協定だったらこの人がいい、というような選択が労働者側に可能となるように、という背景があると思うのです。とにかく任期制で「この年度中

は一任」としてしまうと、何についての代表者を選ぶのかがわからず、ひいては、労働者が適正な代表者を選ぶことができなくなってしまいます。そのため、私は、任期制には労基法施行規則6条の2違反となる可能性が高いので極力避けるべきだと思います。

従業員代表の選出は、面倒で手間のかかるものですが、行政指導の強化が見込まれる状況下では、手間をかけても、適正に丁寧な選出をしていただきたいと思います。

3・36協定の締結

締結時の留意点

従業員代表として選出された者には、やみくもに署名させるのではなく、協定内容を説明するなどして、よく理解してもらった上で36協定を締結することが必要です。「とりあえずサインして」という態度は絶対に避けてください。労基署の立入調査時には、監督官は必ず、従業員代表となった者から直接ヒアリングをし、内容を理解してサインしたのか、代表としてどのように選ばれたのかを確認します。

また、36協定は締結して当然という雰囲気がありますが、会社としては、締結を拒否される可能性も、可能性としては一応あるということも想定しておくべきです。つまり、従業員代表者は、36協定全体の締結を拒否することもできますし、会社が設定している上限時間は長すぎる、もっと短くすべきだ、特別条項の内容が不適切だ、などと主張して会社が

示した36協定の締結を拒否することもできるのです。ですから、会社としても、なぜその上限時間にするのかを含め36協定の内容が適正であることについて従業員代表が納得させられる説明をし、その上で36協定を締結するようにしてください。このような丁寧なプロセスを常に踏んでおくことも、行政指導に備える対策の一つとなります。

4・36協定の届出

協定を届け出ることの意義

36協定は、届け出て初めて効力が発生します。労使協定は、締結しさえすればよいものと、届け出て初めて効力（免罰的効力）が発生するものがあります。

労使協定の中で、届出が必要なものはそれほど多くありません。届出が必要かどうかは条文を見ればわかります。労基法36条1項は「使用者は、…書面による協定をし、これを行政官庁に届け出た場合においては、…その協定で定めるところによって労働時間を延長し、又は休日に労働させることができる。」としていますので、届出が必要であることがわかります。締結だけで足りる場合には、「届け出た場合」という文言は条文には登場しません。

届出時の留意点

36協定は、届け出て初めて効力が発生しますから、有効期間が開始する前に届け出なければなりません。

4月1日以降を有効期間としている場合については、必ず3月31日までに届け

出て、受理してもらう必要があります。有効期間を超えて届け出た場合、受理を拒絶されることはありませんが、「届出後有効」と記載された受理印が押されることとなります。従業員代表の適正な選出、丁寧な説明を経ると、届出までそれなりに時間がかかります。余裕をもって、協定の締結と届出を完了してください。

5・36協定の周知

周知義務の内容・罰則

届出が終わったら、次は周知義務の履行です。

周知義務は、周知するだけですから、履行は簡単なのですが、簡単だけに軽視されがちで、意外と漏れがあるので要注意です。

労基法106条は、法令等の周知義務について「使用者は、…就業規則、…第36条第1項…に規定する協定…を、常時各作業場の見やすい場所へ掲示し、又は備え付けること、書面を交付することその他の厚生労働省令で定める方法によって、労働者に周知させなければならない。」と規定しています。

「その他の厚生労働省令で定める方法によって」については、労基法施行規則52条の2が、

- 一 常時各作業場の見やすい場所へ掲示し、又は備え付けること。
- 二 書面を労働者に交付すること。
- 三 磁気テープ、磁気ディスクその他これらに準ずる物に記録し、かつ、各作業場に労働者が当該記録の内容を常時確認できる機器を設置すること。

と定めています。

労働契約上の周知（労契法7条、10条等）とは異なり、労基法上の周知は、法が定める上記のいずれかの方法で行わなければならないとされています。周知方法が限定されているというのが労基法上の周知の特徴であり、労契法上の周知との違いです。

では、周知とはどのような状態を指すのかについて、行政通達では「従業員の請求があった場合に見せる方法でも、当該事業場に備え付けているものと解してよい。就業規則等を労働者が必要なときに容易に確認できる状態にあることが『周知させる』ための要件である。」と述べられています（平成11年3月31日基発169号）。

労基法改正に関する労政審の建議では、「使用者は、36協定等を労働者に周知させなければならないとしている法の規定を踏まえて対応するよう、徹底を図ることが適当である。」とされています。

周知義務の趣旨は、労働者が法令等の内容を知らないことに乗じて、使用者が不正・不当な取扱いを行うことを防止するとともに、労働者が使用者の行為を監視する環境を整備するという点にあります。これは、労基法104条1項が「事業場に、この法律又はこの法律に基いて発する命令に違反する事実がある場合においては、労働者は、その事実を行政官庁又は労働基準監督官に申告することができる。」と規定していることと関連します。周知があってはじめて、労働者は会社が定めた就業規則や労使協定の内容と実態とに齟齬がないか検証し、齟齬があれば、使用者に問い合わせたり、さらには申告権を行使したりすることができ

るのです。このように、労働者による監視の出発点となるという意味において、周知は重要なのです。だからこそ、周知義務違反については30万円以下の罰金刑が定められています(労基法120条1号)。労基法は、特に重要な義務について、その重要度に応じた罰則を科しています。

上記の労政審の建議もふまえると、周知についても、今後一層行政が厳しい監督をすることが予想されます。抜かりない周知を行うようにしましょう。

6.36協定の保存

保存義務の内容

周知をしたら、次は保存です。労基法109条は「使用者は、労働者名簿、賃金台帳及び雇入、解雇、災害補償、賃金その他労働関係に関する重要な書類を3年間保存しなければならない。」とされています。

この中の「その他労働関係に関する重要な書類」について、労働基準局編『平成22年版労働基準法(下)』は、「例えば、出勤簿、タイムカード等の記録、本法の規定に基づく労使協定の協定書及び各種許認可書等がこれに該当しよう。また、始業・終業時刻など労働時間の記録に関する書類も該当するものであり、これらについては、使用者が自ら始業・終業時刻を記録したもの、残業命令書及びその報告書並びに労働者が自ら労働時間を記録した報告書などが該当しよう(平成13・4・6基発第339号)。」としていますので、これによれば、36協定についても3年間保存することが必要となります。

3年間の起算日については、労基法施行規則56条で、「五 賃金その他労働関係に関する重要な書類については、その完結の日」と定められています。ですので、有効期間の終了日から3年間、保存する必要があります。

保存義務違反に対する罰則は、30万円以下の罰金と定められています(労基法120条1号)。

民法(債権法)改正による影響

この3年間の保存期間は、民法(債権法)改正(2017年5月成立、同年6月2日公布、2020年4月1日施行)の影響を受けて延びることになるかもしれません。

この改正により、短期消滅時効は廃止され、すべての債権の消滅時効が5年に統一されました。そこで、これと労基法上の債権の消滅時効期間を2年と定める労基法115条との関係性等を検討するべく、現在、厚労省で「賃金等請求権の消滅時効の在り方に関する検討会」が開かれています。

現在、賃金債権の消滅時効期間は2年、書類の保存義務は3年となっています。これであれば保存義務期間のほうが長いので問題はないのですが、仮に賃金債権の消滅時効期間が5年となると、賃金債権の発生時期や金額を把握できる書類が3年で破棄されてしまうのは不都合ですので、賃金の消滅時効期間を5年にするなら、保存義務も5年に延ばすべきという議論がなされています。

なお、賃金債権の消滅時効期間が5年となれば、残業代請求に重大な影響が生じます。現在は未払残業代があっても2

年で時効消滅するわけですから、単純計算で2.5倍です。付加金も加えたら、最大で10年分ということもあり得ます。このような動きも踏まえて、未払残業代が発生しないように、また、労働時間該当性について争いが生じないように、早め早めに十分な労働時間管理体制を整えていただきたいと思います。

7・36協定に従った運用

限度時間との関係で把握すべき「労働時間」とは何か

36協定の締結、届出、周知が終了したら、36協定に反しないよう労働時間管理をしていくことになります。

ここで、管理すべき労働時間と何かについて整理しておきましょう。労働時間の適正把握義務については、昨年（2017年）1月20日に厚労省より新たに「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」が発表されました（以下「新ガイドライン」といいます）。

新ガイドラインでは、「労働時間とは、使用者の指揮命令下に置かれている時間のことをいい、使用者の明示又は黙示の指示によって労働者が業務に従事する時間」であり、「労働時間に該当するか否かは、労働契約、就業規則、労働協約等の定めいかんによらず、労働者の行為が使用者の指揮命令下に置かれたものと評価することができるか否かにより客観的に定まる」と解説されています。

新ガイドラインは、従来の通称「46通達」（平成13年4月6日基発339号「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基準」）を修正したものです。新ガイドラインの発表により46通達は廃止されました。

46通達と新ガイドラインの相違点については、図表3の比較表をご覧ください。さほど大きな変更はありませんが、46通達も新ガイドラインも、特に自己申告制で労働時間管理する場合の適正運用の確保が一番の目的ですから、自己申告制を導入している場合には、自己申告時間が実態と乖離していないか、必要に応じて調査するなどの確認把握義務が新ガイドラインでは加重されています。

2019年4月1日の改正労基法施行（時間外労働の新たな上限規制の施行）に向けて、労働時間の把握漏れをどのように防ぐか（体制整備や記録と実態の差異の解消）、そして、36協定（特別条項）の上限を絶対に超えないようにするにはどのような体制とすべきかは喫緊の課題です。

その際には、そもそも残業の取扱い（時間外労働命令と運用）をどのようにするか、また、会社全体として労働時間を減らす取り組みをどうするかも検討課題です。労働時間が短いということが多方面で最大のリスクヘッジとなります。さらに、先述の民法改正（過去10年分相当の未払残業代の支払いを命じられるおそれ）も視野に入れば、いかにして労働時間の把握漏れを防ぎ、残業代の未払を回避するか、会社ごとの実態に即した体制の整備の重要性は自ずと明らかでしょう。

なお、これに関連して、36協定に定めた上限時間を超えてしまいそうなときに

図表3

新ガイドラインと46通達の比較表(講師作成)

項目		新ガイドラインでの変更点
新ガイドライン	46通達	
1 趣旨	前文	内容には概ね変更なし(46通達が、H12.11.30付中央労働基準審議会の建議に基づき作成されたことに関する記述の削除が主な変更点)。
2 適用の範囲	1 適用の範囲	変更なし。
3 労働時間の考え方	—	全文を追加。
4 労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置	2 労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置	
(1) 始業・終業時刻の確認及び記録	(1) 始業・終業時刻の確認及び記録	変更なし。ただし、「労働時間」(長さ)ではなく、労働日ごとに「時刻」を確認・記録すべき、とされている点に注意。
(2) 始業・終業時刻の確認及び記録の原則的な方法	(2) 始業・就業時刻の確認及び記録の原則的な方法	下線部分を追加(以下は新ガイドラインの内容) ア 使用者が、自ら現認することにより確認し、適正に記録すること。 イ タイムカード、ICカード、パソコンの使用時間の記録等の客観的な記録を基礎として確認し、適正に記録すること。
(3) 自己申告制により始業・終業時刻の確認及び記録を行う場合の措置	(3) 自己申告制により始業・終業時刻の確認及び記録を行う場合の措置	下線部分を追加・修正(以下は新ガイドラインの内容) ア 自己申告制の対象となる労働者に対して、本ガイドラインを踏まえ、労働時間の実態を正しく記録し、適正に自己申告を行うことなどについて十分な説明を行うこと。 イ 実際に労働時間を管理する者に対して、自己申告制の適正な運用を含め、本ガイドラインに従い講ずべき措置について十分な説明を行うこと。 ウ 自己申告により把握した労働時間が実際の労働時間と合致しているか否かについて、必要に応じて実態調査を実施し、所要の労働時間の補正をすること。 特に、入退場記録やパソコンの使用時間の記録など、事業場内にいた時間の分かるデータを有している場合に、労働者からの自己申告により把握した労働時間と当該データで分かった事業場内にいた時間との間に著しい乖離が生じているときには、実態調査を実施し、所要の労働時間の補正をすること。 エ 自己申告した労働時間を超えて事業場内にいる時間について、その理由等を労働者に報告させる場合には、当該報告が適正に行われているかについて確認すること。(次頁に続く)

1

項目		新ガイドラインでの変更点
新ガイドライン	46通達	
同上	同上	(前頁に続く) その際、休憩や自主的な研修、教育訓練、学習等であるため労働時間ではないと報告されていても、実際には、使用者の指示により業務に従事しているなど使用者の指揮命令下に置かれていたと認められる時間については、労働時間として扱わなければならないこと。 オ 自己申告制は、労働者による適正な申告を前提として成り立つものである。このため、使用者は、労働者が自己申告できる時間が労働の時間数に上限を設け、上限を超える申告を認めない等、労働者による労働時間の適正な申告を阻害する措置を講じてはならないこと。 また、時間外労働時間の削減のための社内通達や時間外労働手当の定額払等労働時間に係る事業場の措置が、労働者の労働時間の適正な申告を誘外する要因となっていないかについて確認するとともに、当該要因となっている場合には、改善のための措置を講ずること。 さらに、労働基準法の定める法定労働時間や時間外労働に関する労使協定(いわゆる36協定)により延長することができる時間数を遵守することは当然であるが、実際には延長することができる時間数を超えて労働しているにもかかわらず、記録上これを守っているようにすることが、実際に労働時間を管理する者や労働者等において、慣習的に行われていないかについても確認すること。
(4) 賃金台帳の適正な調製	—	新ガイドラインにて全文が新たに追加。
(5) 労働時間の記録に関する書類の保存	(4) 労働時間の記録に関する書類の保存	「労働時間の記録に関する書類について」(46通達) ↓ 「労働者名簿、賃金台帳のみならず、出勤簿やタイムカード等の労働時間の記録に関する書類について」(新ガイドライン)
(6) 労働時間を管理する者の職務	(5) 労働時間を管理する者の職務	変更なし。
(7) 労働時間等設定改善委員会等の活用	(6) 労働時間等設定改善委員会等の活用	文頭に「使用者は」が加わった点のみ変更。

2

は、新たに36協定を締結し直せばよい、という話を聞いたことがありますがお勧めはしません。確かに、新たに36協定を締結して届け出れば、新たな有効期間がリスタートすることになりますので、限度時間超えを回避することはできます。しかし、それ自体、脱法的な方法ですし、先述の通り、36協定は会社が一方的に締結できるものではなく、あくまで労働者側の了解があつてのものです。何度も締結しなおしていたら、いつかは従業員代表に36協定の締結を拒否されかねませんし、労基署からも厳しい指導・監督を受けることになるでしょう。ですから、このような小手先の脱法的方法に頼ることなく、絶対に限度時間を超えない仕組みを作っていただきたいと思えます。

8. その他の留意点

特別条項適用時の留意点

特別条項を定める場合は、特別条項を適用する際の「手続」も定めることになっています。ここに定め手続も必ず履践するようにしてください。

「手続」の内容に制限はありません。労使の協議、通告、対象労働者に対する通知などいろいろな方法があります。

通達（平成11年1月29日基発45号）では以下のように書かれています。

・労使当事者間において定める「手続」については特に制約はないが、時間外労働協定の締結当事者間の手続として労使当事者が合意した協議、通告その他の手続であること。

・「手続」は、一定期間についての延長時間を定めた当該一定期間ごとに当該特別の事情が生じたときに必ず行わなければならない、所定の手続を経ることなく、原則となる延長時間を超えて労働時間を延長した場合は、法違反となるものであること。

・所定の手続がとられ、原則となる延長時間を超えて労働時間を延長する際には、その旨を届け出る必要はないが、労使当事者間においてとられた所定の手続の時期、内容、相手方等を書面等で明らかにしておく必要があること。

このように、手続は自由に定めることができますので、十分履践可能な（履践が容易な）手続を定めておくことが重要です。厚労省の36協定に関するパンフレット（記載例）では、「労使の協議」とされていますが、実際問題、特別条項を発動する場合に労使間で協議するというのはあまり現実的ではありませんし、機動性もありません。一方的な通知、通告でもよいわけですから、理由もなく「労使の協議」といった煩雑な方法を定めることは避けるべきです。

そして、上記通達では、「所定の手続の時期、内容、相手方等を書面等で明らかにしておく必要がある」とされていますので、通知・通告なり、労使の協議なり、手続を履践した記録を残すことも重要です。労基署による調査では、特別条項の上限時間を上回っていないかという点だけでなく、特別条項の手続をきちんと行っているかも必ずチェックされます。いつ、誰が、誰に対して、どのような形で手続を行ったかについても必ず記録化しておいてください。

その他労働時間管理の留意点

働き方改革関連法案の中には、労働安全衛生法の改正案も含まれており、長時間労働に対する健康確保措置が拡充される予定になっています（法律案要綱参照）。

産業医面談による面接指導（労働安全衛生法66条の8）について、現行法では、1か月あたり100時間（1週40時間を超えた実労働時間を指します）を超える時間外・休日労働をした従業員から申出があった場合に実施義務があるとされていますが、今後は、1か月あたり80時間に引下げられる予定です。

加えて、医師による面接指導の適切な実施を図るため、管理監督者を含むすべての労働者を対象として、使用者は、「客観的な方法その他適切な方法」により労働時間を把握しなければいけないことが労働安全衛生規則で明確化される予定です。この「客観的な方法その他適切な方法」の具体的内容は、新ガイドラインを参考に、通達で定めることとされています（労政審の建議より）。このようにして行政の通達である新ガイドラインと法律が結びつくこととなり、新ガイドラインを意識した実務対応が一層重要となるのです。先述の通り、新ガイドラインは、主に自己申告制の問題点を回避しようとするものですから、まずは、自己申告制を採用している場合には、自己申告制をやめられないかを検討し、どうしてもやめることができない場合は、その理由を説得的に説明できるかどうか検討してください。

自己申告制を採用せざるを得ない場合

は、新ガイドライン上、行わなければならない措置（自己申告があった時間と実労働時間が合致しているかどうかの実態調査、労働時間外と扱われている在社時間の理由の確認等）をどのように行うかを検討し、ルールを作ることが必要となります。

また、自己申告制を採用していない場合であっても、現在の労働時間の把握方法が適切であるか（実態を反映しているか）再確認をしてください。

タイムカードを導入している場合、タイムカードに記録された時間と、メールの送信やパソコンのログオン・ログオフの時間など（労働していたと判断されるような他の客観的な記録）との間に不自然な乖離がないか等のチェックが必要です。

そして、労働時間の捉え方（在社時間、「自己啓発」時間等）についても、誤りがないか再確認してください。

何よりも、労働時間を管理し、把握すべきは使用者であるという自覚を再確認し、企業トップを含む経営層及び管理職の共通理解を醸成していただきたいと思います。使用者による主体的・積極的労働時間管理の有用性を意識することが大事です。

最後に、勤務間インターバル（終業時刻から始業時刻までに必ず一定時間を空けるものとする制度）についても触れておきたいと思います。勤務間インターバルを義務付けるべきかは、今回の労基法改正の中で議論されましたが、労働時間等の設定の改善に関する特別措置法2条（事業主等の責務）に「健康及び福祉を確保するために必要な終業から始業まで

の時間の設定を講ずるように努めなければならぬ」旨の規定が追加されるに留まる予定です（法律案要綱参照）。この法律は、日頃あまり意識していないかもしれませんが、それは、すべての規定が努力義務となっているからです。強制力はありませんが、行政指導の根拠にはなりますし、努力義務であっても、法律上、勤務間インターバルの考え方が導入されたということは、将来的な法的義務化に向けた足がかりともいえます。従業員の健康確保のため、法律に先駆けて、導入を検討されてみてもよいと思います。

私からは以上です。ご清聴ありがとうございました。

（本稿は平成30年2月15日（木）に開催しました第2765回労働法学会研究会例会の講演録を加筆・整理したものです。文責・編集室）

裁判例や通達から読み解く マタニティ・ハラスメント 引き起こさないための対応実務

決定版

平成 30 年 2 月 発売



定 価 本体 2,500 円 + 税
編 者 小山博章 編著者 町田悠生子
A 5 判 503 ページ
ISBN 978-4-903613-20-8

■実際の相談事例をもとに徹底解説！
■Q&A 方式でどのような行為がマタハラになるのか、適法・違法の線引きが必ずしも明瞭ではないマタハラ問題を、可能な限りわかりやすく解説。
また、マタハラ事例集として職場環境の整備にも役立つ一冊。

第 1 章 マタハラとは	第 4 章 育児休業等からの復帰に関するマタハラ
第 2 章 妊娠に関するマタハラ	Ⅰ 復帰時の配置・職位
Ⅰ 採用・試用期間	Ⅱ 雇用の終了
Ⅱ 配置の決定・変更	第 5 章 育児短時間勤務等の制度利用に関するマタハラ
Ⅲ 契約内容の変更	Ⅰ 育児短時間勤務（時短）
Ⅳ 降格	Ⅱ 子の看護休暇
Ⅴ 人事評価	Ⅲ 所定外労働の免除
Ⅵ 賃金・賞与の取扱い	第 6 章 育児・子育てと仕事の両立
Ⅶ その他的人事上の措置・処遇	第 7 章 マタハラ防止措置体制等の構築
Ⅷ 解雇・退職	Ⅰ マタハラ防止措置義務
第 3 章 産前産後休業・育児休業	Ⅱ 妊娠・出産・育児等に関する制度設計
の取得に関するマタハラ	第 8 章 出産・育児休業等まつわる社会保険・助成金
Ⅰ 休業制度の利用	◆巻末資料
Ⅱ 配置の決定・変更	
Ⅲ 降格	
Ⅳ 賃金の取扱い（賞与を除く）	
Ⅴ 賞与の取扱い	
Ⅵ その他的人事上の措置・処遇	

労働開発研究会

ご注文は書店、HP、お電話にてお願いします。

〒162-0812 東京都新宿区西五軒町 8-10
TEL 03-3235-1861 FAX 03-3235-1865
info@roudou-kk.co.jp

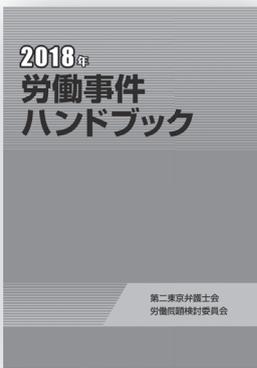
<http://www.roudou-kk.co.jp/>

労働開発研究会

検索

労働事件ハンドブック 2018

平成 30 年 3 月 発売



定 価 本体 3,500 円 + 税
著 者 第二東京弁護士会労働問題検討委員会
A 5 判 892 ページ
ISBN 978-4-903613-21-5

■労働事件について、裁判になった場合に何を主張すべきか。
■労働事件を専門とする裁判官がどのような思考をするのか、その判断材料を豊富に掲載。
また、主流の判決とは異なる判断を示した下級審裁判例も多数掲載し、その事例を詳解する。
■労働事件を取り扱う弁護士はもとより、労働事件の現状と実務に関心を持つ多くの方におすすめの一冊。

第 1 部 労働事件の法律相談と事件処理の留意点	
第 2 部 テーマ別・実務対応の諸問題	
第 1 章 採用と労働契約の成立	第 11 章 職場におけるハラスメント
第 2 章 賃金・労働時間等に関する問題	第 12 章 障害者の労働問題
第 3 章 労働条件の変更	第 13 章 公務員の労働問題
第 4 章 配転・出向・転籍に関する問題	第 14 章 国際的労働関係
第 5 章 服務規律と懲戒	第 15 章 雇用保険・医療保険（健康保険）
第 6 章 休職に関する問題	第 16 章 労災に関する問題
第 7 章 退職に関する問題	第 17 章 企業再編と労働契約の承継
第 8 章 解雇に関する問題	第 18 章 企業倒産と労働債権の回収
第 9 章 非正規雇用に関する問題	第 19 章 集团的労使関係
第 10 章 職場における両性の平等など	
第 3 部 資料編	

労働開発研究会

ご注文は書店、HP、お電話にてお願いします。

〒162-0812 東京都新宿区西五軒町 8-10
TEL 03-3235-1861 FAX 03-3235-1865
info@roudou-kk.co.jp

<http://www.roudou-kk.co.jp/>

労働開発研究会

検索

労働開発研究会

ご購入様はぜひ EX+ をご利用ください(無料で利用可)。

サービスのご案内



労働分野の情報を
総合的に発信する
ポータルサイト

労働法EX+

労働法 EX+ とは、労働分野の法律・判例・労働委員会命令・通知・ガイドライン・審議会情報をはじめ、労働分野の最新ニュースなどの情報を集約したポータルサイトです。

PC
タブレット
スマホ
完全対応

労働法EX+

- 最新ニュース
- 労働分野の法律
- 労働委員会命令
- 労働事件
- 通知・ガイドライン
- 審議会情報

連携

労働判例ジャーナル

「労働判例ジャーナル」がお手元に届きます!

労働法EX+ 4つのメリット

スピーディーな情報更新

最新の判例をスピーディに全文掲載!

最新の判決がすぐに見たい!

労働判例ジャーナルの内容も完全網羅!

リーズナブルな利用料金

最新の判決やニュースが読めて…

年額 **24,000円**+税

※契約は年単位となります。
※複数名での契約は割引があります。詳しくはホームページをご覧ください。

充実の情報量

- 最新ニュース
- 労働分野の法律
- 労働委員会命令
- 労働事件
- 通知・ガイドライン
- 審議会情報

別途オプションでさらにボリュームUP!

労働判例ジャーナル(冊子)が毎月届く

タイムリーな労働事件を網羅的に掲載した月刊誌。誌面の文献番号を「労働法EX+」で入力すると、判決全文を読むこともできます。

PLUS ✓ 労働法学会の会員、労働判例ジャーナル購読者は無料で利用可!
 ✓ 多人数の一括ご契約で割引!
 開発：株式会社 TKC / 販売：株式会社労働開発研究会

お申し込みはパソコン・スマートフォンから ➡ <https://ex.roudou-kk.co.jp/> 労働法 EX 検索