

労働法学研究会報



最新労働
法解説

解釈通達を踏まえた新36協定の実務対応

弁護士：小山博章

- Point 1 特別条項の延長時間について、「これさえ守れば現場で上限規制を超えない」ルール作りが重要
- Point 2 特別条項を発動するための手続きを簡便にする
- Point 3 選出方法のポイント

CONTENTS

最新労働法解説

4

解釈通達を踏まえた新36協定の 実務対応

～36協定部分を中心とした解釈通達解説と過半数代表選出
方法の留意点～

弁護士：小山博章

6

第1 新36協定の概要と留意点

13

第2 従業員代表の選出をめぐる問題点・留意点

解釈通達を踏まえた新36協定の実務対応

～ 36 協定部分を中心とした解釈通達解説と過半数代表選出方法の留意点～

講師●第一芙蓉法律事務所 弁護士 小山博章 (こやま ひろあき)

Profile



平成19年 慶應義塾大学大学院法務研究科修了

平成20年 弁護士登録

第一東京弁護士会 労働法制委員会 基礎研究会 副部長

日本労働法学会会員、経営法曹会議会員

経営者側労働法専門弁護士で、労働審判・仮処分・労働訴訟の係争案件対応、団体交渉対応、人事労務に関する相談等を得意分野とする。また、ハラスメント研修、SNS研修などの管理職研修、従業員研修や、セミナーを数多く担当している。

【主な著作・論文など】

・「Q&A職場におけるマタニティハラスメント～マタハラにならないための対応実務～」労働開発研究会（平成29年）

・「変化する雇用社会における人事権」労働開発研究会（平成29年）

・「退職・解雇・雇止め-適正な対応と実務-」労務行政（平成29年）

・「労務専門弁護士が教える SNS・ITをめぐる雇用管理-Q&Aとポイント・書式例-」新日本法規出版（平成28年）

働き方改革や先日の広告代理店従業員の自殺事案などを受けて、労働時間規制が厳しくなるとともに、36協定の重要性が増し、さらには、労基署が過半数代表の選出方法等に目を光らせています。

また、労働組合が、過半数代表の選出方法が違法と主張して、法人や経営陣を刑事告発する事案も発生しています。

さらに、就業規則を作成する際に、従業員に無断で従業員代表の欄に記名及び押印した虚偽の内容が記載された過半数代表の意見書を提出したこと等をもって、社会保険労務士が懲戒処分されるケースなども発生しているところです。

今回は使用者側の弁護士として活躍されている小山博章先生を講師にお招きし、新しい36協定の留意点について、また、過半数代表を巡る法的問題点・留意点について、近時の留意すべき動向をふまえてご解説をいただきます。

本定例会のポイント

Point 1 特別条項の延長時間について、「これさえ守れば現場で上限規制を超えない」ルール作りが重要

時間外労働の上限規制として、① 時間外労働は原則月45時間、年360時間、② 月45時間を超える時間外労働は年6回まで、③ 時間外・休日労働は単月100時間未満、④ 時間外・休日労働は2～6ヶ月平均80時間以内、⑤ 時間外労働は年720時間以内、という5つの規制があるが、これらを全て満たさなければ、労基法32条違反となり、刑罰の対象となってしまう。注意しなければならないのは、現場が計算したり考えたりするようにしていると、上限規制①～⑤に抵触してしまう可能性が出てしまうという点である。そこで、会社としては、そのような事態を防ぐために、「これさえ守れば現場でどうしても上限規制を超えない」というルール作りが重要である。

Point 2 特別条項を発動するための手続きを簡便にする

特別条項を発動するための手続きの内容に制限はないが、「労使で協議をする」などといった煩雑な手続きを定めるのは得策ではない。できるだけ会社にとって簡便で使いやすいように、例えば「対象労働者への通知」、「過半数代表者への通知」などといった手続きにすべきである。また、手続きを履践した証拠を残すことが重要である。この証拠は、書面でも電子メールでも構わない。

Point 3 選出方法のポイント

過半数代表の選出手続きにおいて留意すべき基本的なポイントは、当該事業場の労働者に選任の機会が与えられていること、民主的な手続がとられていること の2点である。したがって、例えば、使用者が積極的に関与している場合には、民主的な手続とはいえず違法であると評価されることがある。この点については、労基則6条の2第1項2号で明記された。

第一芙蓉法律事務所の弁護士的小山博章と申します。

本日は、「解釈通達を踏まえた新36協定の実務対応」というテーマでお話させていただきます。

皆様もご存知のとおり、働き方改革関連法が成立し、2019年4月1日から、新36協定が導入されるなど様々な点が改正されます。

もっとも、厚労省から2018年12月28日に「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による改正後の労働基準法関係の解釈について」（平成30年12月28日基発1228第15号）、いわゆる解釈通達が出ましたけれども、細かいところはまだよく分かっていないのが現状です。このような現状で4月1日を迎えてしまうと混乱が生じる可能性が高いので、混乱を回避すべく少しでも皆様のお役に立てればと思い、本日お話しさせていただきます。

本日のテーマ大きく分けて二つあります。

一つ目は、新36協定の概要と留意点です。二つ目は、従業員代表の選出をめぐる問題点・留意点です。いかに新36協定をしっかりと理解して締結したと思っても、その前提となる従業員代表の選出が適法になされていないと無効な36協定となってしまうため、従業員代表の選出方法を理解しておく必要があります。

第1 新36協定の概要と留意点

1 旧36協定の問題点

旧36協定の問題点としては、大きく2つありました。1つ目は、旧36協定に関する延長時間の限度基準には法的な拘束

力がなかったという点です。もともと、告示（平成10年12月28日労働省告示154号、最終改正 平成21年5月29日厚生労働省告示316号）による上限規制がありましたが、それはあくまで告示であって、法律ではありませんでした。この限度基準告示を上回る延長時間を定めた36協定を届け出ても、違法でも無効でもありません。それを今回の改正で、法律に格上げし、この問題を解決しました。

問題点の2つ目は、特別条項上の延長時間に上限規制がなかった点です。実際には過労死基準を超えるような延長時間を定める36協定も見受けられました。これが長時間労働の一因ではないかという批判がありましたが、今回の改正で、特別条項上の延長時間に上限を設定しました。

2 新36協定の概要・留意点

新様式の36協定（以下、新36協定ともいいます）になって様式が変更になりました。この様式については、本日配布した厚労省の資料をご覧くださいと思います。

これからは、新36協定の記載事項ごとに、留意点を見ていきたいと思います。

解釈通達等において色々な論点について説明されていますが、どの記載事項が問題になっているのか、どの文言が問題になっているのかを正確に把握しておくべきです。そこで、本日の研修会では、新36協定の記載事項（改正労基法36条2項、労基法施行規則17条）ごとに、何が問題になって、それについてどのように対応すればいいのかを見ていきたいと思っています。

①労働時間を延長し、又は休日に労働させることができることとされる労働者の範囲（改正労基法36条2項1号）

1個目の記載事項は、「労働時間を延長し、又は休日に労働させることができることとされる労働者の範囲」についてです。これは、旧様式（以下、旧36協定ともいいます）と同様に新様式でも「業種の種類」を記載することになっていますが、業種の種類を記載することにより、労働者の範囲を画すると言われていました。ここは従前のものと基本的には変わるところはないです。

なお、「労働基準法第36条第1項の協定定める労働時間の延長及び休日の労働について留意すべき事項等に関する指針」（平成30年9月7日厚生労働省告示第323号。以下、36協定指針といいます）の第4条では、「労使当事者は時間外休日労働協定におい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業務の種類について定める者に当たっては、業務の区分を細分化することにより当該業務の範囲を明確にしなければならない」と定められています。

②対象期間（改正労基法36条2項2号）

2個目の記載事項は、「対象期間」です。対象期間は1年と定められました。ここで混乱しがちなのが、「対象期間」と「有効期間」です。解釈通達第2の問1に「時間外・休日労働協定の対象期間と有効期間の違い如何。」という設問があります。これによれば、「対象期間」とは、法第36条の規定により労働時間を延長し、又は休日に労働させることができる期間を

いい、1年間に限るものです。これに対して「有効期間」とは、当該協定が効力を有する期間をいいます。対象期間が1年間に限られることから、有効期間は最も短い場合でも原則として1年間となります。なお、定期的に見直しを行う必要があると考えられることから、有効期間は1年間とすることが望ましいとされています。

このように、両者は全く別物ですので、対象期間と有効期間を混同しないようにしてください。新様式には、対象期間を記載する欄はないですが、「延長できる時間数」欄の下に「起算日」の記載がありますが、この日から1年となります。

なお、対象期間の途中で36協定を破棄・再締結し、対象期間の起算日を当初の時間外・休日労働協定から変更することはできるか、という問題もあります。これについては、解釈通達第2の問5に記載されています。

例えば2019年4月1日から1年間という協定を結びました。半年経った2019年9月末の時点で36協定を破棄し、10月1日から対象期間の起算日を同日とする新しい36協定を締結する、ということができるのか、ということです。

この点、解釈通達で、「時間外労働の上限規制の実効性を確保する観点から、法第36条第4項の1年についての限度時間及び同条第5項の月数は厳格に適用すべきものであり、設問のように対象期間の起算日を変更することは原則として認められない。」と明記されており、原則として上記のように起算日を変更することはできないとされています。ただし、例外として、「複数の事業場を有する企

業において、対象期間を全社的に統一する場合のように、やむを得ず対象期間の起算日を変更する場合は、時間外・休日労働協定を再締結した後の期間においても、再締結後の時間外・休日労働協定を遵守することに加えて、当初の時間外・休日労働協定の対象期間における1年の延長時間及び限度時間を超えて労働させることができる月数を引き続き遵守しなければならない。」とされています。

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（改正労基法36条2項3号）

3個目の記載事項は、「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」です。これは、旧様式と同じく、時間外労働又は休日労働させる必要のある具体的事由を記載しなければなりません。

注意点としては、「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」と、後に解説する「法第三十六条第三項の限度時間を超えて労働させることができる場合」、いわゆる特別条項の発動条件を同じにしないことです。稀に両者を同じ内容にしている会社がありますが、後者については特別な場合に限られるということになっていますので、両者に差異を設けなければなりません。つまり、後者の方を限定的な条件、事由にしなければなりません。

④対象期間における一日、一箇月及び一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又

は労働させることができる休日の日数（改正労基法36条2項4号）

4個目の記載事項は、「対象期間における一日、一箇月及び一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又は労働させることができる休日の日数」です。旧36協定は、「一日」「一日を超えて3箇月以内の期間」「一年間」の3つから選べるようになっていました。新36協定は、「一日」「一箇月」「一年」に変更になります。

この点について、解釈通達第2の問2では、「1日、1箇月及び1年に加えて、これ以外の期間について延長時間を定めることも可能である。この場合において、当該期間に係る延長時間を超えて労働させた場合は、法第32条違反となる。」と記載されています。仮に「3箇月」という期間について延長時間を定めた場合、それを守る必要があり、それを守れなかった場合には労基法32条違反になってしまいます。会社としては、規制、制約を少なくすべく、何か特別な事情でもない限り、「1日、1箇月及び1年」以外の期間について延長時間を定めない方が良いでしょう。

⑤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第三項の限度時間を超えて労働させる必要がある場合において、一箇月について労働時間を延長して労働させ、及び休日において労働させることができる時間並びに一年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（改正労基法36条5項）

5 個目の記載事項は、特別条項の延長時間です。解釈通達第2の間4では、「法第36条第4項に規定する限度時間又は同条第5項に規定する1箇月及び1年についての延長時間の上限（1箇月について休日労働を含んで100時間未満、1年について720時間）若しくは月数の上限（6箇月）を超えている時間外・休日労働協定は、上記上限はいずれも法律において定められた要件であり、これらの要件を満たしていないとなると協定は全体として無効である。」とされています。つまり、上限規制をクリアしていない36協定は全体として無効になってしまうので、必ず全ての上限規制をクリアした延長時間を定める必要があります。

ここで問題になるのが、延長可能時間をどのように設定するか、という点です。上限規制の内容として、従来は、① 時間外労働は原則月45時間、年360時間、② 月45時間を超える時間外労働は年6回まで、という規制がありました。改正労基法においては、さらに、③ 時間外・休日労働は単月100時間未満、④ 時間外・休日労働は2～6か月平均80時間以内、⑤ 時間外労働は年720時間以内、という3つ規制が加わりました。

言うまでもありませんが、上記①から⑤の上限規制は、全てを満たさなければなりません。そして、仮にこの上限規制を守れない場合には、労基法32条違反となり、刑罰の対象となってしまいます。特に注意しなければならないのは、現場が計算したり考えたりするようにしていると、上限規制①～⑤に抵触してしまう可能性が出てしまうという点です。会社としては、そのような事態を防ぐた

めに、「これさえ守れば現場でどうやっても上限規制を超えない」というルール作りが重要です。

どういった延長可能時間を設定すればいいのかは問題となりますが、一つの提案として、【月45時間（休日労働を含む）、特別条項75時間（休日労働含む）（年6回まで）】が挙げられます。この案であれば、上限規制①～⑤をすべてクリアできます。この案に限らず、上限規制①～⑤を満たすものを考えることも可能だと思いますが、その計算は非常に複雑だと思いますので、上記提案が分かりやすいのではないかと思います。

⑥法第三十六条第一項の協定（労働協約による場合を除く。）の有効期間の定め（施行規則17条1項1号）

6 個目の記載事項は、「有効期間」です。これについて制限はありませんが、前述したとおり、定期的に見直しを行う必要があると考えられることから、有効期間は1年間とすることが望ましいとされています（解釈通達第2の間1への回答）。

⑦法第三十六条第二項第四号の一年の起算日（同2号）

7 個目の記載事項は、「一年の起算日」です。1年間の上限時間を計算する際の起算日を記載する必要があります。その1年間においては、36協定の有効期間にかかわらず、起算日は同一の日であることが必要です。

⑧法第三十六条第六項第二号及び第三号に定める要件を満たすこと（同3号）

8 個目の記載事項は、「法第三十六条

第六項第二号及び第三号に定める要件を満たすこと」です。つまり、1か月100時間未満（休日労働含む）を満たすこと（法36条6項2号）、当該月を含めて2～6か月間の平均で1か月について延長80時間以内（休日労働を含む）を満たすこと（法36条6項2号）を記載しなければなりません。

特別条項の上限を例えば90時間としていけば、100時間を超えることはないはずですので、敢えて「1か月100時間未満」という要件を満たすことを記載する必要はないとも思われます。しかし、それでも形式的に、1か月100時間未満（休日労働含む）を満たすこと、及び、当該月を含めて2～6か月間の平均で1か月について延長80時間以内（休日労働を含む）を満たすことを記載しなければなりません。

これらの要件を満たすことについては、新様式にチェックボックスがありますので、そこにチェックを入れれば足りません。このチェックボックスにチェックを入れていないと、有効な協定届にはなりません。

⑨法第三十六条第三項の限度時間を超えて労働させることができる場合（同4号）

9個目の記載事項は、「法第三十六条第三項の限度時間を超えて労働させることができる場合」、つまり、特別条項の発動条件です。これが一番、関心があるところだと思います。

現行では、「限度時間を超えて労働時間を延長しなければならない特別の事情（臨時的なものに限る。）」となっているものが、改正後は、「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限度時間を超えて労働させる必要がある場合」となります。ここで注目すべきは、「通常予見することができない」という部分です。従前の「限度時間を超えて労働時間を延長しなければならない特別の事情（臨時的なものに限る。）」の解釈については、以下のように考えられていました（平成11年1月29日基発45号）。

☑「臨時的なもの」とは、一時的または突発的に、時間外労働を行わせる必要のあるものであり、全体として1年の半分を超えないことが見込まれるものを指す。

☑限度時間を超えて時間外労働を行わせなければならない特別の事情は、限度時間以内の時間外労働をさせる必要のある具体的事由よりも限定的である必要がある。

その上で、「臨時的なもの」として認められる場合として、以下のようなものが挙げられていました。

- ・ 予算、決算業務
- ・ ボーナス商戦に伴う業務の繁忙
- ・ 納期のひっ迫
- ・ 大規模なクレームへの対応
- ・ 機械のトラブルへの対応

しかし、改正後は、「通常予見することができない」という文言が入っています。上記の「臨時的なもの」として認められていた「予算、決算」、「ボーナス商戦」などは、時期が決まっているので、「通

常予見することができない」とはいえず、特別条項を発動することができないのではないかが問題になります。この点に関しては、予見できる以上は特別条項の発動は認められない、と解釈する見解もありました。しかし、私が以前、厚労省に問い合わせたところ、基本的には従前と考え方は変わらないということで、特別条項を発動することができるの見解でした。同じような問い合わせが厚労省にあったのだと思います。この点は、その後、解釈通達でも明らかになりました。具体的には、解釈通達第2の間2で、以下の回答があります（下線部は講師）。

☑全体として1年の半分を超えない一定の限られた時期において一時的・突発的に業務量が増える状況等により限度時間を超えて労働させる必要がある場合をいうものであり、「通常予見することのできない業務量の増加」とは、こうした状況の一つの例として規定されたものである。

☑その上で、具体的にどのような場合を協定するかについては、労使当事者が事業又は業務の態様等に即して自主的に協議し、可能な限り具体的に定める必要があること。

☑なお、法第33条の非常災害時等の時間外労働に該当する場合はこれに含まれないこと。

以上のとおり、特別条項の発動条件は、従前の考え方と変わらない、とお考えい

ただければと思います。

⑩限度時間を超えて労働させる労働者に対する健康及び福祉を確保するための措置（同5号）

10個目の記載事項は、「限度時間を超えて労働させる労働者に対する健康及び福祉を確保するための措置」です。特別条項発動月については、健康確保措置を講ずることが要請されており（平成30年9月7日厚生労働省告示第323号第8条）、その健康確保措置の内容を記載しなければなりません。

具体的には、次のうちから協定することが望ましいとされています。

- ①医師による面接指導
 - ②深夜業の回数制限
 - ③勤務間インターバルの確保
 - ④代償休日・特別休暇の付与
 - ⑤健康診断の実施
 - ⑥年次有給休暇の取得促進（連続取得含む）
 - ⑦心とからだの健康問題についての相談窓口の設置
 - ⑧配置転換
 - ⑨産業医等による助言・指導・保健指導
- なお、健康確保措置の実施状況に関する記録は、保存期間が3年間とされています。

⑪限度時間を超えた労働に係る割増賃金の率（同6号）

11個目の記載事項は、「限度時間を超えた労働に係る割増賃金の率」です。

この点に関して、36協定指針第5条3

項では、「労使当事者は、時間外・休日労働協定において限度時間を超えて労働時間を延長して労働させることができる時間に係る割増賃金の率を定めるに当たっては、当該割増賃金の率を、法第三十六条第一項の規定により延長した労働時間の労働について法第三十七条第一項の政令で定める率を超える率とするように努めなければならない。」と記載されています。「努めなければならない」ということなので、あくまで努力義務に過ぎません。そのため、必ず法定の割増率を超えなければならない、ということではありません。実際に、法定の割増率にしている会社が多いです。

⑫限度時間を超えて労働させる場合における手続（同6号）

12個目、最後の記載事項は、「限度時間を超えて労働させる場合における手続」です。つまり、特別条項を発動するための手続です。この点は非常に重要です。

まず、手続の内容に制限はありません。

また、施行通達（平成30年9月7日基発0907第1号）では、以下のように記載されています。

☑「手続」は、1箇月ごとに限度時間を超えて労働させることができる具体的事由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、限度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、限度時間を

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。

ここでの留意点としては、手続きについては簡便な方法を定めておくべき、ということです。煩雑な手続き、例えば「労使の協議」は避けるべきだと考えます。

厚労省が作成した旧36協定の記載例などでは、この手続きについて「労使の協議」と記載されていました。しかし、この手続きを行わないと特別条項が発動できないので、「労使で協議をする」などと言った煩雑な手続きを定めるのは得策ではありません。できるだけ会社にとって簡便で使いやすいように、例えば「対象労働者への通知」、「過半数代表者への通知」などといった手続きにすべきです。

また、上記の施行通達にも記載のとおり、手続きを履践した証拠を残すことが重要です。労基署が監督に来た際、手続きを履践した証拠の有無を問われることがあります。この際、何も証拠がない無いと手続きを履践してない、と判断されかねません。書面でも電子メールでも構いませんので、証拠を残すことが重要です。

3 中小企業の場合の留意点

中小企業の場合は、猶予措置が適用されるので、時間外労働の上限規制に関する改正法の施行時期は、2020年4月です。

ここで注意が必要なのが、大企業が中小企業の派遣会社から派遣労働者を受け入れている場合です。

猶予措置が適用される中小企業の派遣会社が、2019年4月から大企業に対して派遣する場合、中小企業の派遣会社が、大企業用に新様式の36協定を届け出なければならぬのでしょうか。

中小企業の派遣会社が、大企業に対して派遣労働者を派遣する場合には、解釈通達の第2の問18への回答から明らかなおお、2020年4月1日以前であっても、派遣元となる中小企業が、中小企業用の旧様式での36協定を届け出るとともに、大企業で派遣労働者が時間外労働等を行うために新様式での36協定も届け出ることが必要になります。この際に、派遣元において猶予措置が適用されるものと誤解して、大企業用の新様式での36協定の届出を失念していた場合、派遣先である大企業が派遣労働者に対して時間外労働を行わせると、派遣先である大企業が労働基準法32条違反になってしまいます。

派遣先となる大企業が、自社社員に関しては新様式の36協定を届け出ているとしても、中小企業の派遣元が派遣労働者のために新様式の36協定を届け出ているなかった場合には、派遣先である大企業の方が責任を負うリスクがあります。派遣労働者を受け入れている場合は、大企業用の新様式で出していますか、ということを確認したり、36協定の写しを提出してもらったりした方が良いでしょう。なお、36協定の写しを提出してもらうことにより、36協定の発動条件や健康確保措置の内容も確認することができます。

第2 従業員代表の選出をめぐる問題点・留意点

最近では、従業員代表の選出方法が非

常に注目を浴びています。労基署や外部ユニオンも従業員代表の選出方法が適正か否かについて厳格にチェックしていると思われます。

いくら36協定の内容をしっかりとしたものとしても、締結主体である従業員代表の選出が適法でなければ、その協定が無効になってしまいますので、注意が必要です。

1 従業員代表の意義

従業員代表とは、労働者を代表する過半数組合、過半数代表者です。従業員代表は、労働者の過半数で組織する労働組合（「過半数組合」）があれば、これが第一次的な締結当事者となります。過半数組合がない場合に、当該事業場の労働者の過半数を代表する者（「過半数代表」）が、第二次的な締結当事者となります。従業員代表には当該事業場の労働者の過半数の意思を反映する役割が求められますが、過半数代表が選挙等で選出された一時的なものであるのに対して、過半数組合は恒常的なものですから、労働者の保護を図るためには、後者のほうがふさわしいという考え方が背景となっています。

したがって、例えば、過半数組合と対立関係が生じ、36協定が締結できないという状態の中、過半数組合を無視して、過半数代表と36協定を更新してしまうと、第一次的な当事者である過半数組合がいるのに、第二次的な過半数代表と協約を締結してしまったということになりますから、その協定は、締結当事者を誤ったものとして無効となります。

2 要件の確認

従業員代表については、「当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者」（労働基準法36条1項本文等）と規定されています。問題となる要件は、①事業場、②労働者、③過半数で組織する労働組合、④労働者の過半数を代表する者、となります。

①「事業場」について

従業員代表を選出する単位が事業場ごととされている趣旨は、雇用の実情や労働者の意思は各事業場により異なることから、労働者の意思を反映させるための労使協定についても、事業場ごとにするのが妥当だと考えられている点にあります。

この「事業場」につき、裁判例では、「工場、事務所、店舗等のように一定の場所において、相関連する組織の基で業として継続的に行われる作業の一体が行われている場」（ダウンゴ事件・京都地判平18・5・29労判920号57頁。専門型裁量労働制に関する労使協定が問題となった事案）とされました。

また、通達においては、「事業場」は、「主として場所的観念によって決定すべきもので、同一場所にあるものは原則として分割することなく一個の事業とし、場所的に分散しているものは原則として別個の事業とするが、場所的に分散していても著しく小規模で独立性のないもの（出張所など）は、直近上位の機構と一括して一つの事業と解すべきである。」

とされています（昭22.9.13発基17、昭23.3.31基発551、昭33.2.13基発90等参照）。

②「労働者」について

「労働者の過半数」の分母となる従業員の範囲が問題となります。

この点については、「当該事業場において労働契約に基づき労働力を提供している者すべて」を意味するとされ、労働基準法36条に関する通達でも、同様に解されています（昭46.1.18基収6206、昭63.3.14基発150、平11.3.31基発168）。

具体的には、例えば、労働時間に関する規定が適用されない管理監督者や時間外労働等が禁止されている年少者であっても、36協定において、「労働者」に含まれるものとして、分母にカウントされます。

また、パートタイマー、契約社員についても、当該事業場において労働契約に基づき労働力を提供している者ということで、分母に含まれます。

役員を兼任する従業員（いわゆる使用人兼務役員）については、労働者としての実態があれば（例えば、役職を与えられており、実際に賃金が支払われているなど）、分母に含まれると考えられています。

病欠、出張、休職期間中の者ですが、当該協定期間中に出勤が全く予想されない場合でも、当該事業場において労働契約に基づき労働力を提供している者ということで分母に含まれます。

請負・委任契約を締結している者については、当該事業場において労働契約に基づき労働力を提供しているわけではないので、原則として分母に含まれません。

ただし、実態として労働契約に基づき労働力を提供していると判断される場合には分母に含まれます（偽装請負の場合など）。

出向者については、出向元と出向先でダブルカウントされます。

派遣労働者は、派遣元事業主との間に労働契約関係があり、派遣先との間には労働契約関係がありませんので、原則として派遣先では分母に含まれません（ただし、労働基準法34条の休憩時間に関する協定を除きます（昭63.3.14基発150、平11.3.31基発168））。

③「過半数で組織する労働組合」について

「過半数で組織する労働組合」とは、文字通り、当該事業場の労働者の過半数が加入している組合を意味し、これが労使協定の第一次的な締結当事者となることは前述したとおりです。

過半数組合の他に、当該事業場に少数組合があったとしても、過半数組合が締結した労使協定の効力は、少数組合の組合員にも及びます。また、会社は、少数組合と労使協定を締結する必要はありません。

なお、事業場の過半数労働者を組織するに至らない二つの少数組合が存在し、両者の組合員をあわせれば過半数となる場合に、両組合が連名で締結した協定も適法であると解されています（昭28・1・30基収398）。しかし、両組合はあくまで別個のものであり、この協定は過半数代表が締結したものと理解されますから、複数組合の意思が一つに統一されている形式をとっていること、すなわち、両組

合の連署による一つの協定であることが必要と解されています。

また、少数組合の組合員と非組合員を合計すれば過半数となる場合に、少数組合の代表者と非組合員の代表者が連署した協定も、過半数代表が締結した一つの協定として適法と解されています（昭36・1・6基収6619）。

なお、協定締結後に過半数を割った場合、当該協定の効力を維持できるのか、すなわち、過半数がどの時点で要求されるのかという問題があります。この点については、協定締結後に過半数割れしたとしても、労使協定の効力に影響はないと解されています。つまり、協定締結時に過半数を組織することが求められているにすぎないということです（浜松郵便局事件・静岡地判浜松支部昭和48年1月6日決定）。条文上、協定締結後に過半数の維持が求められているというわけではありませんし、常に過半数の維持を問題にすると、締結した協定が不安定なものになってしまうからです。

もっとも、当該協定の有効期間中に、過半数組合が解散、消滅した場合には、契約当事者の一方が存在しないこととなりますので、協定の効力は失われると解されています。

④「労働者の過半数を代表する従業員」について

ア 「労働者の過半数を代表する従業員」について

前述した通り、当該事業場の過半数の労働者によって労働者の代表としての支持を受けた者（過半数代表）が、第二次的な締結当事者となります。

過半数代表の選出等については、労働基準法施行規則6条の2第1項に、以下の規定があります。

- ① 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。
- ② 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って、使用者の意向に基づき選出されたものでないこと。

このように、原則として、管理監督者は従業員代表になれません（分母には入りません）。管理監督者は、組合が結成された場合、使用者側の利益代表者として非組合員となる者であって、当該事業場の実情に即した協定を締結するには適していないと解されているからです。

イ 過半数代表の適格性

弁護士や社会保険労務士等の外部の第三者については、過半数代表の適格性がないと解されています。これは、労使協定の締結に当たっては、当該事業場の就業の実態を踏まえて、労働者の立場に立つ者が当事者になることが望ましく、当該事業場の就業実態を直接は知らない外部の第三者は適格性がないということが理由です。

また、当該会社に雇用される労働者ではあるものの、当該事業場に勤務していない労働者（他の事業場に勤務している者）についても、適格性がないと解されています。過半数代表が、当該事業場の

実態を踏まえて協定を締結する必要がある以上、当該事業場に所属していない者については、労働者の代表となることが相応しいといえないためです。

なお、使用者側の締結当事者は当該事業場の者でなくても構いません。例えば、本社の人事部長などが、当該事業場に関する労使協定の締結当事者になることも可能です。

ウ 過半数代表の適格性が要求される時点

過半数代表の適格性についても、過半数組合と同様、労使協定の締結時にあれば足りると解されています。

したがって、選任された従業員代表が転勤、退職、死亡した場合や、管理監督者となった場合であっても、労使協定の効力は否定されません。

なお、前述したとおり、過半数組合が消滅してしまった場合には、協定は失効しますが、過半数代表の場合には、当該代表が死亡したとしても、選出母体となる従業員が存在し続けますので、労使協定の効力が維持されます。

3 従業員代表の選出方法の留意点

(1) 選出手続きに関する規定

過半数代表者の選出手続き等は、労働基準法施行規則6条の2に定められていますが、少し改正されました。条文を見ると、「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って、使用者の意向に基づき選出されたものでないこと。」と規定されています。この「使用者の意

向に基づき選出されたものでないこと。」という部分が今回の法改正で加わった部分です。社長などが従業員に対して「君、従業員代表をやってよ」と言い、指名された従業員が「はい、わかりました」という形で従業員代表を選出している会社は少なからずあります。このような選出方法は適正なものではないので、敢えて「使用者の意向に基づき選出されたものでないこと」という文言が加えられました。

上記のとおり、労基則6条の2第1項2号では、過半数代表の選出手続きについて、「…投票、挙手等の方法…」と定めており、通達において、「労働者の話し合い、持ち回り決議等労働者の過半数が当該者の選任を支持していることが明確になる民主的な手続きが該当する」と解釈されています（平11.3.31基発169号）。

これを踏まえると、過半数代表の選出手続きにおいて留意すべき基本的なポイントは、

- 当該事業場の労働者に選任の機会が与えられていること
- 民主的な手続きがとられていること

の2点であるということが出来ます。

したがって、例えば、使用者が積極的に関与している場合には、民主的な手続きとはいえ違法であると評価されることがあります。また、使用者が特定の労働者を代表とするため、あるいは、代表とさせないために、脅迫、利益誘導を行った場合も、手続きの民主性が欠けるので、選出手続きが違法となります。

(2) 選出方法の検討

具体的な選出方法として、実務上考え得る例を挙げて、順次検討したいと思います（下記①～⑮の例）。

ア まず、①投票による選挙、②挙手による選挙、③投票による信任、④挙手による信任、⑤回覧による信任については、前記通達（平11.3.31基発169号）からすれば、いずれも問題ありません。

ところで、朝礼等、他の従業員もいる場で従業員に挙手をさせて決を取ると、自分が誰に投票したか、信任、不信任としたかが周りの従業員に知られてしまうため、国政選挙等における秘密選挙の原則と同様に考えると、秘密選挙にならず違法ではないかとの疑問があり得ます。しかし、従業員代表を決める選挙では、秘密選挙が望ましいとされていますが、上記労基則6条の2第1項2号や、上記通達で許容される方法を見ても、必ずしも、秘密選挙の方法までは要請されていません。同様に、投票の際に記名式にしても構わないとされています。

イ ⑥電子メールによる信任については、労働者が一堂に会して意見の集約をする、というプロセスを経ていないという点で疑問が生じます。しかしながら、この信任方法でも問題ないと解されています。

ウ ⑦回覧等により異議ある者の意思表示を求める方法についてはどうでしょうか。上記①～⑥の方法は、賛成という積極的な意思表示となりますが、⑦は消極的な意思表示を求めるに過ぎないので問題となります。このような方法も、異議のない場合は賛成と扱うことをきちんと示すことによって、選任の支持を明確に

することができるため、違法な選出手続きではないという考え方も十分に成り立つと考えます。しかし、労働基準監督署によっては、適切な選任方法ではない、とするところもあるようですので、慎重を期すのであればこの方法は避ける方がよいという考えもあるようです。しかし、そうすると賛成が過半数にならない場合には、何度も選挙をやり直さなければならなくなってしまい、規模の大きい企業では従業員代表の選出が極めて困難になってしまいます。

エ ⑧話し合いにより、明確に票決が行われない場合もありますが、このような方法は望ましくないものの、問題ないと解されています。ただし、後日、民主的な方法によって投票が行われていないという疑義が指摘されてしまう可能性もありますので、そのような事態にならないように、議事録等の決定の過程に係る書面は残しておく必要があります。

オ ⑨職場ごとに職場の代表者を選出し、これらの者の過半数の賛成を得て過半数代表を選出する方法については、その基礎となる各課等の職場の代表者等の選出にあたって、その者が当該職場の従業員の過半数の信任を得ている場合には、適切な選出方法ということになります。このように、代議員方式に似た民主的な間接的な選任方法についても差支えありません（昭53.11.20基発642）。

カ ⑩会社が指名する方法は、違法な選出手続きの典型例です。前述したとおり、「使用者の意向に基づき選出されたものでないこと。」と定める労基則6条の2に反します。

キ ⑪会社が候補者を推薦する方法につ

いても、最初から会社のほうで候補者を推薦し、労働者側で一切候補者を募らないという方法であるならば、民主的な方法とはいえ、違法な選出手続きとなります。ただし、労働者側で候補者を募っても立候補者がいない場合に、やむなく会社が候補者を推薦し、当該事業場の労働者の信任を求めるという方法であれば、最終的に、当該事業場の労働者の意向によって従業員代表が選出されたといえるので差し支えないと解されています。

ク ⑫従業員親睦会等の代表を、自動的に従業員代表として選出する方法ですが、これは原則として、違法な選出手続きとなります。労使協定を締結することを目的として、これに相応しい者を選出するという民主的手続きを欠いているためです。

最高裁も、労働者の親睦団体の代表（親睦団体内の選挙で選出）を自動的に従業員代表として締結した協定を不適法・無効と判断しています（トーコロ事件・最二小判平13・6・22）。

ただし、親睦会の代表を選ぶ際に、労使協定の締結等を行う者を選出することを明らかにして、投票、挙手等の民主的な手続きによる方法で選出（信任）すれば、その被選出者が親睦会の代表であっても、労使協定の締結等を行うにつき、労働者の意思を反映して民主的に選出されたといえますので、適法な選出手続きといえます。

ケ ⑬一定の役職者を、自動的に従業員代表として選出する方法は、民主的な方法とは言えず、違法な選出手続きということになります（昭53.6.23基発355）。

サ 最後に、⑭従業員代表の任期を1年

とする方法はどうでしょうか。

学説では否定説もありますが、実務上は、事業場に過半数組合のない会社において、任期を定めて従業員代表を選出し、その任期中はあらためて選出手続きを経ることなく、その者が従業員代表として活動すること（任期制）を実施しているところが多いと思われます。条文上、1度の選出行為で複数の労使協定（例えば、三六協定と賃金控除協定）の従業員代表を選出することを禁止していないため、1度の選出行為で、一定期間に予想される複数の労使協定に関する従業員代表を選ぶことは、違法とはいえないと考えられます。もっとも、従業員代表は、各労使協定について選出する必要がありますので、一定の合理的期間に予想される労使協定等（労使協定であれば協定の種類、就業規則の意見聴取であれば就業規則の種類）を具体的に明示すべきであり、そのようにして1度の選出行為で従業員代表を選出することは許容されると解されます。

上記の一定の合理的期間について、どの程度の期間を考えるのかが問題となります。任期を3年にしたい、5年にしたいなどという相談を受けることがありますが、上記のとおり例外的に任期制を採用するということなのであまりに長いものは避けるべきであること、実際に、多くの会社が1年としていることを踏まえると、最長でも1年間と考えます。

最後に

本日の研究会の後、会社に戻られたら、自社の36協定や従業員代表の選出方法を確認してみてください。意外なところに

落とし穴があるかもしれず、協定が無効になってしまうと刑事罰が科せられてしまう恐れがあることは前述した通りです。その確認の際に、本日の研究会の内容がお役に立てれば幸いです。

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31年3月7日（木）に開催しました第2796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）

オンライン・オンデマンド受講

東京発！最先端の研究会・セミナーが
日本全国どこからでも受講可能！

※オンライン・オンデマンド配信は対象回に限ります。

会場の様子が…



そのまま
伝わる！



自席PCでも
見たい時に！

移動の間でも
見られる！

遠方で
来られない方も！

PC
タブレット
スマホ
完全対応

オンライン受講

- ① リアルタイムでLIVE配信
- ② 研究会会員は無料で視聴可能！

オンデマンド受講 (別途有料)

- ① 配信期間内なら好きな時間に視聴可能
- ② 一度中断しても続きから見られる！

※会場のみでの開催(オンライン&オンデマンド非対応)となる回や、会場&オンラインのみ開催(オンデマンド非対応)の回もございますのでご了承ください。

- ✓ インターネット環境があれば全国どこからでも受講可能！*
- ✓ 会場までの移動時間が無くなり時間を効率化！
- ✓ PC、タブレット、スマートフォンで視聴可能！

※講演会場での配布資料も閲覧可能
※PCでのご利用に限り、配布資料をダウンロード可能(PDF)

タブレット・
スマホの場合

V-CUBE
セミナーモバイル アプリ

*事前にインストールをお願いします。
*iPad・iPhone・Androidのタブレット・スマホでご利用いただけます。

視聴までの流れ

STEP 1

PCの場合

サイトで
視聴環境を
チェック



タブレット・スマホの場合

専用アプリを
インストール



STEP 2

研究会・セミナーの申込フォームで
チェックを入れるだけ！



オンライン
または
オンデマンドにチェック

STEP 3

参加URLを
メールでご案内



STEP 4

セミナー
受講



労働開発研究会

〒162-0812
東京都新宿区西五軒町 8-10
日井ビル 4F

03-3235-1861

03-3235-1865

労働開発研究会



【事業内容】
人事・労務に関する情報の収集・提供
及び出版事業

労働開発研究会

ご購入者はぜひ EX+ をご利用ください(無料で利用可)。

サービスのご案内

EX+

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
- 労働事件裁判例
- 通知・ガイドライン
- 審議会情報

連携

「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…

月々で計算
するとたった
2,000円!

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
- 労働事件裁判例
- 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
裁判例を網羅的に掲載
した月刊誌。誌面の文
献番号を「労働法EX+」
で入力すると、判決文
全文を読むこともでき
ます。

LEX/DB 文献番号: 25545272

労働判例ジャーナル

文献番号検索
25545272 検索

- PLUS
- ✓ 労働法学会研究会の会員、労働判例ジャーナル購読者は無料で利用可!
 - ✓ 多数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