

# 経営法曹研究会報

## 第10回 経営法曹会議 労働法実務研究会

**テーマ：**  
**「労働法に関する告示(指針等)及び  
 通達等の問題点と実務的対応方法の検討」**

|  |                                |
|--|--------------------------------|
| I 基調講演「規制改革の現場からみた告示・通達等の問題点」  | 大阪大学大学院高等司法研究科 教授 小嶋典明 ..... 2 |
| II 解説 「憲法・行政法における告示・通達の位置づけ」   | 会員弁護士 榎本英紀 ..... 18            |
| III パネル討議  | 24                             |
| <パネリスト> 大阪大学大学院高等司法研究科 教授 小嶋典明<br>会員弁護士 和田一郎(第一東京)<br>会員弁護士 大澤英雄(第一東京)<br>会員弁護士 榎本英紀(第一東京) |                                |
| IV 資料(レジュメ・参考資料: 参照条文・参考文献)  | 41                             |

No.53

経営法曹会議

平成18年11月21日  
(労働法実務セミナー)

## ノペナーレ音寸議用

弁護士 和田一郎  
 弁護士 大澤英雄  
 弁護士 榎本英紀

## 第1 労働時間の把握義務を使用者に課す通達～所謂「46通達」について

## 1 問題の所在

(1) 管理監督者についても時間管理を要求している

「本基準に基づき使用者が労働時間の適正な把握を行うべき対象労働者は、いわゆる管理監督者・・・を除くすべての者とすること」としながら、「本基準の適用から除外する労働者についても、健康確保を図る必要があること」から、「適正な労働時間管理を行う責務がある」としている。

→ 法令には管理監督者の労働時間管理を行なうことを義務付ける規定は存在しない。逆に労基法施行規則54条5項は、「法第41条各号の一に該当する労働者」については、「第一項第五号(労働時間)及び第六号(時間外、休日、深夜労働等労働時間数)は、これを(注:賃金台帳に)記入することを要しない。」と規定している。

(2) 非管理監督者について、労働時間だけではなく始終業時刻の記載も要求している。

「使用者が始業、終業時刻を把握し、労働時間を管理することを同法が当然の前提としていることから・・・始業、終業時刻の把握に関して、事業主が講ずべき措置を明らかにした上で適切な指導を行う」として、始終業時刻を把握することを労働基準法は当然の前提としているとしている。

→ 労基法施行規則54条4項は、「④労働日数、⑤労働時間数、⑥法外残業時間数、休日労働時間数及び深夜労働時間数」の記載義務を課すだけで、始終業時刻の記録義務は課していない

(3) 始終業時刻把握の方法として、現認又はタイムカード等の客観的な記録の使用を要求している。

「始業・終業時刻の確認及び記録の原則的な方法  
 使用者が始業・終業時刻を確認し、記録する方法としては、原則として次のいずれかの方法によること。

ア 使用者が、自ら現認することにより確認し、記録すること

イ タイムカード、I Cカード等の客観的な記録を基礎として確認し、記録すること

→ そもそも始終業時刻の記録義務がないにも拘らず、その具体的把握方法まで特定して要求している。

労基法は、始終業時刻と労働時間とを明確に書き分けている（89条等）。

(4) タイムカード、残業命令書等を保存義務の対象としていること

同通達の「参考」である「考え方」中で、「労働基準法第109条において、『その他労働関係に関する重要な書類』について保存義務を課しており、始業・終業時刻など労働時間の記録に関する書類も・・・該当するものであること。これに該当する労働時間に関する書類としては、使用者が自ら始業・終業時刻を記録したもの、タイムカード等の記録、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あること。」

→ 刑罰法規（121条1号）の対象となる保管義務の対象物を、法律の委任のない通達で定めているが、これは罪刑法定主義に反しないか。

2 通達の法形式上の位置付けは

純然たる通知であり、法律の委任はない。

3 この通達に従わなかった場合の問題点

刑事上問題になるのは、恐らく1、(4)だけか。

行政上の問題は。

4 使用者側（代理人）としては、どのように対応するべきか。

(1) 個別事案が発生する前

(2) 個別事案が発生した後

## 第2 改善基準告示

### 1 問題の所在

(1) 法律の委任のない告示で、不合理に、厳格な規制をかけている部分がある。

労基法32条

改善基準告示（労基法に授權規定（厚労大臣の告示の作成を受権する規定）なし）

(2) 法律の委任のない告示に、通達が4つもぶら下がっている。

### 2 この告示の法形式上の位置づけは

### 3 この通達に従わなかった場合の問題点

(1) 行政上

(2) 刑事上

### 4 使用者側（代理人）としては、どのように対応するべきか

(1) 個別事案が発生する前

(2) 個別事案が発生した後

### 第3 事業場外労働に関するみなし労働時間制の通達

#### 1 問題の所在

- (1) 通達及び指導で、法が排除していない一体みなしについて、禁止している。

#### 労基法38条の2第1項

「労働者が労働時間の全部又は一部について、事業場外で業務に従事した場合において、労働時間を算定し難いときは、所定労働時間労働したものとみなす。」

#### 通達（昭和63年3月14日基発150号）

「みなし労働時間制による労働時間の算定の対象となるのは、事業場外で業務に従事した部分であり、労使協定についても、この部分について協定する。事業場内で労働した時間については別途把握しなければならない。そして、労働時間の一部を事業場内で労働した日の労働時間は、みなし労働時間制によって算定される事業場外で業務に従事した時間と、別途把握した事業場内における時間とを加えた時間となる。」

- (2) 法令上は、労働時間の一部が事業場外である場合も想定した上で、「所定労働時間みなし」と規定しているように解釈するのが自然。→法は一体みなしを許容している？

#### 2 通達の法形式上の位置づけは

純然たる通達であり、もちろん法律の委任はない。法規性はなく、国民は拘束されないと解される。

#### 3 この通達に従わなかった場合の問題点

- (1) 行政上

従わない場合、行政から労働時間の把握方法および36協定未締結、賃金未払については正勧告や指導を受けるおそれあり。

- (2) 刑事上

(1) を拒否すると送検可能性もある。

#### 4 使用者側（代理人）としては、どのように対応するべきか。

- (1) 個別事案が発生する前

- (2) 個別事案が発生した後

### 第4 管理監督者の区分

労基法41条2号の「管理監督者」の範囲について、昭和22・9・13基発第27号、昭和63・3・14基発第150号が行政解釈を示しているが、この範囲は妥当か（資料4-1）

#### 第5 管理監督者の深夜労働（割増賃金・賃金台帳への記入）

管理監督者についても、深夜労働に関する労基法の規定の適用はあるというのが行政解釈であるが、前述の同法施行規則54条5項が、同法41条該当者については、時間外、休日、深夜のいかんを問わず、使用者にはその労働時間を賃金台帳に記入する義務がないと定めている（資料5-1）。

この規定は、管理監督者が深夜業に従事しても割増賃金の支払義務がないことを前提としたものではないのか。

管理監督者は労基法上深夜割増賃金を支払う義務はないとする裁判例（東京地裁昭和63.4.27判決。劳判517号18頁）

#### 第6 断続労働の許可基準該当性判断における指導 (医師、看護師等の宿日直勤務に関する)

#### 1 問題の所在

- (1) 通達が要求している許可基準について、指導が監督官や監督署により異なる。

#### 労基法41条3号

「監視又は断続的労働に従事する者で、使用者が行政官庁の許可を受けたもの」

#### 労基則23条

「使用者は、宿直又は日直の勤務で断続的な業務について、様式第十号によって、所轄労働基準監督署長の許可を受けた場合は、これに従事する労働者を、法第32条の規定にかかわらず、使用することができる」

#### 通達（昭和24年3月22日基発352号、平成11年3月31日 基発168号）

「宿直の許可が与えられた場合、宿直中に、突発的な事故による応急患者の診療又は入院、患者の死亡、出産等があり、或は医師が看護婦等に予め命じた処置を行わしめる等星間と同様の労働に従事することが稀にあっても、一般的にみて睡眠が十分にとりうるものである限り宿直の許可を取り消すことなく・・・」

#### 通達（平成15年12月26日基監発1226002号）

「1か月における宿日直勤務中に救急患者に医療行為を行った日数が16日以上である医

療機関の場合には、救急患者の対応等に要した時間が、宿日直勤務者一人についておおむね1時間を超えるもの」→上記通達における「稀」には該当しないとして取り扱うこと

「当該地域、診療科等において医師等が不足している等この期限内に改善を図ることが難しい特段の事情がある場合には、当該事情及び当該事情に応じた改善への取り組みの方針、方法等について、できるだけ具体的な記述をした報告書の提出を求めた上で事業ごとに適切に対処すること。」

指導A 「毎日夜間に患者さん1人でも受診するような場合は『稀』に該当しない。」

指導B 「医師不足の実情に合わせて、柔軟な対応をはかるようにしていく。」

(2) 法令上は、断続労働の許可基準は白紙委任されたものなのか。

法の趣旨からの合理的裁量に服するのではないか。

法を受けた通達内容が不明確であるため、監督官の解釈に差が生じているのではないか。

2 当該通達・指導に従わなかった場合の問題点

(1) 行政上

従わない場合、断続労働許可の取消ないし撤回処分を受けるおそれがある。

許可が取り消されると行政から遡って労働時間の把握方法、実働分の賃金未払いについて、是正勧告や指導を受ける可能性があるのか。

(2) (1)の勧告等を拒否すると、賃金未払いを理由に送検される可能性があるのではないか。

3 使用者側（代理人）としては、どのように対応するべきか。

(1) 個別事案が発生する前

(2) 個別事案が発生した後

## 第7 即時解雇の場合の除外認定

(1) 労基法19条の解雇予告除外認定事由に係る通達（資料7-1、昭和23.11.11基発1637号、昭和31.3.1基発111号）は、狭すぎるのではないか。

(2) 労基署に除外認定を申請しても、手続きに時間がかかり過ぎ即時解雇の趣旨を没却しかねないケースがある。

(3) 司法判断との関係（東京地裁平成16.12.7判決等）

「労基署長による解雇予告の除外認定は、行政による事実の確認手続にすぎず、解雇予告手当支給の要否は、客観的な解雇予告除外事由の存否によって決せられ、使用者は、除外認定を受けられなかつたとしても、有効に即時解雇することを妨げられない。」

(4) 即時解雇に関する規定違反については、労基法119条に罰則の定めがあることに注意。

## 第8 派遣と請負の区別

1 問題の所在

(1) 37号告示（資料8-1）

製造請負の現場では、派遣先が派遣労働者を指導することが必要な場合がある（資料8-5）。

(2) 厚労省・労働局・Q&A（資料8-2）

製造請負に対して若干の理解を示すが、不十分。

2 法形式上の位置づけ

(1) 37号告示 派遣法等に授權規定がない。 → 法規性はない。

(2) 1の(2)は告示でも通達でもなく、単なる広報資料にすぎない。もちろん、派遣法等に授權規定はない。 → 法規性はない。

3 従わない場合の問題～可能性として

(1) 松下電器のケース

① 松下の従業員が請負会社の労働者に指揮・命令していたことに対して、事実上派遣であつて違法であるとして是正を求めて行政指導

② ①の違法性を回避するための松下から請負会社への従業員の出向が、通常の出向に該当せず、「労働者供給事業」（職安法44条）に当たるとして是正を求めて行政指導

(2) コラボレートのケース

一般労働者派遣事業の許可を得た者が、違法な派遣等を行ったことに対して、労働者派遣事業停止命令（派遣法14条2項）及び労働者派遣事業改善命令（同法49条1

## 項) (資料 8-6)

## (3) 日野自動車のケース

人材会社から多数の労働者を出向によって受け入れていたことに対して、「労働者供給事業」に当たるとして是正を求めて行政指導

## 4 実務上の対処

## (1) 個別事案が発生する前

## (2) 個別事案が発生した後

## 第 9 派遣労働者の取扱いに関する「限界」

## (1) 派遣労働者に対し派遣先が出張旅費や通勤手当等を支払うことの可否 (資料 9-1)

## (2) 派遣先が派遣労働者の夜間・休日の緊急連絡先を聴取することの可否 (資料 9-1)

## 第 10 派遣労働者の特定

派遣労働者の特定回避は、努力義務に過ぎない (派遣法 26 条 7 項、資料 10-1) にも拘らず、告示には禁止規定であるかのように記載されている (資料 10-2 及び 10-3)。

## 第 11 派遣期間とプロジェクト業務

派遣法第 40 条の 2 第 2 号イは、「事業の開始、転換、拡大、縮小又は廃止のための業務であって一定の期間内に完了することが予定されているもの」について、その「一定期間」の派遣を許容しているが、派遣業務取扱要領 p.215 はこの「『一定の期間内』とは、3 年以内とする」としている (資料 11-1)。

## 第 12 派遣対象業務と複合業務～厚生労働省の Q&amp;A から (資料 12-1)

① 政令 26 業務の付随業務～政令 26 業務の一部であり期間制限なし。

② 政令 26 業務の付随的な業務～政令業務に伴って附隨的に行なわれる政令 26 業務以外の業務で、その割合が通常の場合の一日当たり又は一週間あたりの就業時間で一割以下の場合には、全体として派遣受入期間の制限を受けない業務として取

り扱われる。

## 第 13 履入勧告と雇用期間

派遣法は雇用申込み義務 (40 条の 4) については、期間の定めの有無を問題にしていないにも拘らず、派遣業務取扱要領では「期間の定めなき雇用によるよう指導又は助言、勧告する。」としている (p.237, p.239。資料 13-1)。

## 第 14 職安法とセンシティブ情報

## 1 問題の所在

通達で、不合理に、広汎な規制をかけている。

## 職安法 5 条の 4

告示 141 号 (法 48 条 [厚労大臣の指針の作成権限])  
労働者募集業務取扱要領

## 2 この通達に従わなかった場合の問題点

## (1) 行政上

- ① 法 48 条の 2 厚労大臣による指導及び助言
- ② 法 48 条の 3 厚労大臣による改善命令
- ③ 法 50 条 1 項 行政庁による報告の請求
- ④ 法 50 条 2 項 行政庁による検査

## (2) 刑事上

- ① 法 65 条 7 号 改善命令 (法 48 条の 3) 違反
- ② 法 66 条 7 号 報告 (法 50 条 1 項) の拒否・虚偽報告

## 3 使用者側 (代理人) としては、どのように対応するべきか。

## (1) 個別事案が発生する前

## (2) 個別事案が発生した後

以上