

[要点解説]

AtoZ 人事労務 Q&A

最近職場でよく問題となるリアルなあるある問答集

真山社会保険労務士事務所 特定社会保険労務士 真山 勝義

□ありがちなリスクに備えよう

新緑の色増す時節を迎え、年度替わりに人事部門に配属となった新任のスタッフに向けて、ここで労務の基礎知識を提供いたします。最近職場でよく起こりがちな人事労務の諸問題について、本誌連載『残業代リスクヘッジの実務』（'13.8月号～'14.1月号）にて好評を博した真山勝義氏に分かりやすく解説いただきました。Q&A形式のリアルな想定問答で、一通りAからZまで全26項目が簡潔にまとまっていますので、読者各位の実務上必要性の高い順に目を通していただければ幸いです。問題はいつも予告なく突然やってきますが、これらの項目を踏まえておくことで当たらずとも要らぬ動揺を防ぎ、結果的に早めの解決につながることは請け合いです。その意味では新任者に限らず人事担当セクションの問題解決能力向上のために、部門内での回覧活用もお勧めいたします。

(編集部)

目次

- [A] 入社時の健診の費用負担
- [B] インターンシップの給与・労災
- [C] 採用面接の質問禁句
- [D] 残業時間の上限
- [E] インフルエンザ社員の休業手当
- [F] 固定残業代の未達分の繰越し
- [G] 在宅勤務のみなし労働時間制
- [H] パートの有休付与日数
- [I] 自転車通勤への対応
- [J] 退職勧奨の注意点
- [K] 募集時条件と異なる雇用契約
- [L] 子供送迎時の通勤災害
- [M] うつ病社員の復職判断
- [N] 海外勤務中の労災
- [O] 携帯連絡の義務付け
- [P] 外国人社員の労保・社保
- [Q] 在籍出向者の労保・社保
- [R] 非常勤役員の社保
- [S] 育休中社員の臨時出勤
- [T] 問題社員の始末書拒否
- [U] 退職時の有休消化と引継ぎ
- [V] 退職時の誓約書拒否
- [W] 出向うつ病社員の賠償請求
- [X] パワハラ予防の注意点
- [Y] 派遣社員の時間外労働
- [Z] 有期契約の不更新



●真山 勝義 (まやま かつよし)

1977年東京都生まれ。明治学院大学経済学部卒業。一般企業で就業規則の改定、賃金・人事考課制度の設計・運用など人事業務全般に従事。2007年に社労士試験合格後、大手社労士法人およびコンサル系社労士事務所の2カ所に勤務し、大企業の顧客を中心に労務相談、就業規則改定、社会保険手続き業務など幅広く担当する。2011年1月、真山社会保険労務士事務所を開設。通達・判例をベースとした労務相談を主要業務とし、顧問先は独立行政法人など多岐にわたる。個別労働紛争にも積極的に取り組んで多くの解決実績あり。

<http://www.mayama-sr.com/>

[A] 入社時の健診の費用負担

Q 従業員が入社する際に健康診断書の提出を求めたところ「雇入れ時の健康診断の費用は会社が負担すべきではないのか」と聞かれました。本来は会社に費用を負担する義務があるのでしょうか？

A 企業は、労働安全衛生法第66条および労働安全衛生規則第43条の規定によって、労働者を雇い入れる際に健康診断を実施することが義務付けられている点は一般的によく知られています。そして、その費用について誰が負担すべきかといえば、その点は行政通達によって「当然会社が負担すべきもの」と明確に示されています。それではなぜ入社時に健康診断書を従業員に提出させる企業が少なからず存在するのでしょうか。その理由は法令において次の例外規定が存在するためです。

「事業者は、常時使用する労働者を雇い入れるときは、(中略)健康診断を行わなければならない。ただし、医師による健康診断を受けた後、三月を経過しない者を雇い入れる場合において、その者が当該健康診断の結果を証明する書面を提出したときは、(中略)この限りでない。」

つまり、労働者が入社時点においてたまたま3ヵ月以内に健康診断を受けたのであれば、その健康診断書を提出してもらうことにより例外的に会社は雇入れ時の健康診断を実施する義務を免れるということであり、決して上記規定を根拠にして労働者に対し健康診断を受診するよう命ずることができるわけではありません。雇入れ時点で労働者が健康診断書(3ヵ月以内のもの)を持っていない場合、企業は健康診断を実施し、当然にその費用も企業が負担すべきということになります。

[B] インターンシップの給与・労災

Q インターンシップや入社前研修を実施する際に、給与や労災などの取扱いについて注意すべき点はありますか？

A インターンシップと入社前研修の両者に共通する注意点は、その名目にかかわらず実習や研修の実態が労働基準法上の労働者に該当すれば、労働基準法その他労働関連諸法令が適用されるということです。

どのような場合に労基法上の労働者に該当するのかといえば、インターンシップに関しては、①実習生が企業から指揮命令を受けているなど使用従属関係が認められる場合、②実習生の行った作業による利益・効果が会社に帰属すると認められる場合、③会社の規則に違反したら制裁が課される場合、などが考えられます。

一方、入社前研修に関しては、①研修の内容が業務に関連する場合、②研修が実質的に強制参加といえる場合、そしてインターンシップと同様に、③企業の指揮命令下に置かれていると認められる場合、などに労働者性が肯定されるものと考えられます。

労基法上の労働者に該当し、インターンシップの実習時間や入社前研修の研修時間が労働時間に該当するといえる場合には、賃金について最低賃金以上の金額を支払う義務が生じ、また、労災保険の適用も必要になります(※ただし、入社前研修については労災の適用を厳密に判断される傾向にあり、業務と関連性の薄いマナー研修や経済講演のような一般研修の場合には、労災が認められない可能性も考えられます)。

なお、労災の適用の可否にかかわらず、インターンシップ、入社前研修いずれについても企業に安全配慮義務が求められる点にも注意が必要です。実習生・研修生のケガや病気、死亡事故、その他セクハラ・パワハラ等に関して企業側の過失が認められた場合には、損害賠償責任が発生するリスクがあるということを忘れてはいけません。

[C] 採用面接の質問禁句

Q 採用面接の際に応募者に聞いてはいけない質問はありますか？

A 厳選採用の傾向が続く昨今、採用面接において有用な人材かどうかを判断するために企業から応募者に対し様々なバリエーションの質問がなされることも多いですが、しかし、選考のための必要性があればどんな質問をしても許されるわけではありません。法令によれば、応募者への質問は「業務の目的の達成に必要な範囲内」において行われなければならないとされており（職業安定法第5条の4、平成11年労働省告示第141号）、企業は、①「人種、民族、社会的身分、門地、本籍、出生地その他社会的差別の原因となるおそれのある事項」、②「思想および信条」、③「労働組合への加入状況」、といった個人情報収集してはならないとされています。

具体例を挙げていくと、「本籍に関する質問」「住居環境に関する質問」「家族の職業や地位・収入、家族構成に関する質問」「思想、信条、人生観、宗教、尊敬する人物、支持政党に関する質問」「購読新聞、購読雑誌、愛読書に関する質問」「社会運動に関する質問」「スリーサイズ等の男女雇用機会均等法に抵触する質問」などがあります（※ただし、会社が労務管理を行ううえで必要となる情報を収集することは問題ありません）。

なぜこれらの質問が禁止されるのかといえば、就職差別につながるおそれがあったり、能力・適性・職務などと関係がなく本人の努力では解決できない事項が含まれていたり、あるいは憲法で保障されている基本的人権が侵害されるおそれが考えられるためです。面接担当者は十分に配慮することが求められます。

[D] 残業時間の上限

Q 従業員に残業をさせるには36協定の締結が必要ですが、協定さえ整っていれば何時間でも上限なく残業をさせてよいのでしょうか？

A まず大前提として、企業は法定労働時間である1日8時間、週40時間を超えて労働者を働かせることは原則として認められません。ただし、質問でも触れられたように、時間外労働に関する協定（※通称「36協定」）を締結し労基署に届け出ることによって、あらかじめ労使で合意した時間数を限度として残業が認められることとなります。それでは、この36協定で合意さえすれば、企業は何時間でも労働者に残業をさせることができるのかといえば、そうではありません。

第一に、厚労省の指針（「労働時間の延長の限度等に関する基準」）において36協定による延長の限度時間が定められており（※例えば1ヵ月45時間）、限度時間を超える労働をさせる場合には36協定において特別条項を設けていなければ違法となります。

第二に、長時間労働を原因とする過労死やうつ病による自殺等の発生に係る企業の賠償責任リスクを考慮する必要があります。例えば、過労死の労災認定基準（正しくは「過労死及び過労による脳血管疾患・虚血性心疾患の労災認定基準」）によれば、長時間労働と疾病の因果関係は、残業が月45時間を超えるとだんだん高まり、発症前2ヵ月～6ヵ月の平均が80時間（または発症直前1ヵ月に100時間）を超えると「非常に高い」という判断がなされることとなります。労災認定が下りれば、過労死・過労自殺等に係る企業の安全配慮義務違反を問われ、多額の損害賠償へと結びつく傾向は否定できません。それらを考慮すれば、月々の残業は最大でも80時間以内に止めることが重要といえます。

【E】インフルエンザ社員の休業手当

Q インフルエンザで会社を休んでいる従業員に対し、休業手当などの補償を支払う必要はありますか？

A インフルエンザ感染時の賃金の取扱いについては、年次有給休暇を利用してもらうのが最も現実的な運用ですが、従業員が取得できる有休を持っていないケースでは、休業手当等の賃金の支払い義務の有無が問題となります。

まず、インフルエンザに感染した従業員が発熱で動くことができないという自己判断によって自主的に休みを申し出た場合は、通常の病欠の場合と同じ取り扱いになり、休んだ分の賃金控除を行って問題はありません。

次に、本人の判断ではなく医師の指導に基づいて従業員を休ませる結果となった場合も、労基法第26条（休業手当）の定める「使用者の責に帰すべき事由による休業」には該当しませんので、休業手当の支払い義務は生じません。

問題となるのは、例えば熱が下がった後に、まだ感染の危険性がある段階で本人が「働ける」という自己判断をして出勤してくるケースです。これを会社側の判断によって自宅療養させた場合は、休業手当の支払いが必要になると考えたほうがよいでしょう。もちろん従業員が通常通り労務の提供が完全に行えないような体調であれば、債務の本旨に従った履行がなされないとして会社は労務の受領を拒否しても賃金の支払いは必要ないと解されますが、そうした判断を会社が独自に行うのはなかなか難しく、やはり医師の指導に基づいた判断を行うのが現実的だといえます。

なお、インフルエンザは感染症法における指定感染症とされていますが、今後、流行状況等に応じて、同法に基づき都道府県知事が入院あるいは外出自粛等を要請し、保健所が協力要請等を行う可能性もありますので、これに従って休業をさせた場合には「使用者の責に帰すべき事由による休業」には該当せず、休業手当を支払う必要はないものと考えられます。

【F】固定残業代の未達分の繰越し

Q 当社では固定残業代を運用していますが、ある月の残業時間が固定残業代相当分に達しなかったときに、その差額分を翌月へ繰り越したいと考えています。そのような運用は可能でしょうか？

A 時間外・休日等の勤務に伴って発生する割増賃金を、実際に働いた時間数にかかわらず毎月一定額で支払うこととする、いわゆる「固定残業代」の適法性については、現在裁判所によって一定の見解が示されており、①割増賃金相当部分とそれ以外の賃金部分とが明確に区別され、②労基法によって計算した割増賃金の額が固定残業代を上回るときにはその差額を支払うことが合意されている場合に限り、認められるものとされています。

さて、それではこの毎月一定額支給されている固定残業代について、ある月の残業時間が固定残業代相当分に達しなかったときに、その差額を翌月へ繰り越すことは果たして可能なのでしょうか。

繰越しの適法性については確定的な結論は出ていませんが、現時点では地裁レベルで一定の判断が下されており「違法とまではいえない」とされている状況です。具体的には、固定残業代の未消化時間部分の翌月への繰越しに関して、①就業規則や賃金規程に規定され、②労働条件通知書などによって従業員に通知され同意を得ていた場合には、繰越しは一応可能と認められることとなります。

ただし、今後裁判において違った判決が出る可能性も考えられますし、また、上記の判例に対する行政のスタンスは示されていないので、労基署が臨検監督に入った際には是正勧告や指導を行う可能性も十分に考えられるため、基本的には固定残業代の翌月への繰越しはお勧めできる制度ではありません。

【G】在宅勤務のみなし労働時間制

Q 在宅勤務制度（テレワーク）の導入を考えていますが、この場合、勤務時間の管理はのみなし労働時間制を利用して問題ないでしょうか？

A 近年、多くの企業において普及している在宅勤務ですが、従業員の労働時間の管理に関しては難しいケースもあり、運用に問題のある企業も見受けられます。

労働時間管理の選択肢の1つとして「事業場外のみなし労働時間制」の運用が考えられますが、ただし、在宅勤務に係る当該制度の適用には、「労働時間を算定し難い」という基本的な要件のほかに、行政通達によって一定の要件が求められており、単に在宅勤務であれば事業場外のみなし労働時間制が無条件に適用されるということではありません。

行政により示されている要件は3つあり、①業務が、起居寝食など私生活を営む自宅で行われること、②業務に用いる情報通信機器が、使用者の指示により常時通信可能な状態に置くこととされていないこと、③業務が、随時使用者の具体的な指示に基づいて行われていないこと、以上のいずれも満たす場合に限り事業場外のみなし労働時間制の適用が可能とされています。②に関しては、単に回線が接続されているだけで労働者が情報通信機器から離れることが自由である場合は「通信可能な状態」には該当しません。また、③に関しては、業務の目的・目標・期限などの基本的事項を指示したり、またはそれらの変更の指示をすることは含まれません。

事業場外のみなし労働時間制を適用した場合は、原則として所定労働時間働いたものとみなされますが、在宅勤務者が深夜や休日に働いた場合には、通常の労働時間制と同様に割増賃金の支払いが必要な点にも注意が必要です。

【H】パートの有休付与日数

Q 年次有給休暇はパートタイマーに対しても出勤日数に応じて比例的に与えなければならないとされていますが、出勤日数が月によって大きく変動し付与日数がはっきり決められない場合にはどうしたらよいでしょうか？

A 年次有給休暇は、所定の労働日数や時間数の少ないパートタイマーに対しても、その所定日数に応じて比例的に付与する義務があり、これを比例付与といいます。具体的には、1週間の所定労働時間が30時間未満であって、かつ、1週間の所定労働日数が4日以下（※週以外の期間によって日数が定められている場合は、1年間で216日以下）の労働者が比例付与の対象となります。

そして、比例付与の場合に付与する日数は、基準日における契約の内容によって決まります。つまり、基準日の時点において今後1年間に予定される所定労働日数および所定労働時間に基づいて年休がいったん付与されたら、その後会社もしくは本人の都合によって時間や日数が大幅に変更になったとしても付与された日数が変更になることはありません。

しかしながら、一般的にパートタイマーは雇用契約がきちんと締結されず所定労働日数や時間が曖昧なケースも少なくありません。季節や会社の繁忙期に応じてその都度日数や時間を調整している例もあります。このような場合に、基準日時点の予定だけで付与日数を決めることが合理的とはいえません。

さて、このような場合に有用な行政通達（平成16年8月27日基発第0827001）があります。当該通達によれば、「予定されている所定労働日数が算出しがたい場合には、基準日直前の実績を考慮して所定労働日数を算出しても差し支えない」とされています。具体的には、過去1年間の出勤日を月ごとに集計し、合計日数を労働基準法施行規則第24条の3で定める「1年間の所定労働日数」の区分に当てはめることとなります。なお、雇入れ後の最初の有休付与に関しては、過去6ヵ月の労働日数の実績を2倍にしたものを1年間の所定労働日数とみなして判断することとなります。

[I] 自転車通勤への対応

Q 自転車通勤を認めるにあたって何か注意することはありますか？

A 自転車通勤は通常の電車通勤に比べて法的な問題点が多いといえるため、相応の対策をとっておくべきだと考えられます。自転車通勤に伴うリスクや問題点として、①自転車による交通事故への対処、②駐輪場の問題、③通勤手当の問題、などが考えられます。

1つ目の交通事故に関するリスクですが、まず、従業員が負傷した場合と、従業員が加害者になった場合に大きく分けられます。従業員が負傷した場合には労災の適用可否の問題になりますが、「合理的な経路」を通っていたのであれば原則として労災は適用されます。ただし、通勤以外の目的で少しでも経路を外れば、それ以降の道のはらひは労災が適用されなくなるため、その点を従業員に対し十分に周知しておくことが重要といえるでしょう。

一方、従業員が加害者となって他人を負傷または死亡させた場合には、従業員本人に損害賠償責任が発生することはいうまでもありませんが、本人が賠償できないときは雇用主である会社にまで責任が及ぶ可能性があります。従って自転車通勤を認める際は、従業員に損害保険の加入を義務付けると同時に、その補償内容まで確認したうえで許可を出すようなルールを就業規則によって定める必要があります。

2つ目の駐輪場は、近隣で迷惑駐車があれば会社にクレームが及ぶ可能性もあるため、会社で駐輪場を用意するか、あるいは従業員が駐輪場を確保していることを証明させること、3つ目の通勤手当は、優遇措置をとるか無支給とするのかを決めて、不正受給の場合の返還義務と懲戒処分を定め、雨の日には1日単位で電車通勤の費用を支給するなどの規定も検討するとよいでしょう。

[J] 退職勧奨の注意点

Q 業績不振により現在リストラを検討しています。面談で従業員に対し退職勧奨を行う際の注意点を教えてください？

A 退職勧奨は、使用者から労働者に対してなされる労働契約の合意解約の申込みのことであり、その申込みに応じるかどうかは労働者の自由です。従って労働者の自由な意思決定が保障されている限りにおいて、会社が退職勧奨を行うこと自体は何ら違法な行為ではなく、いつでも誰に対しても退職勧奨を行うことが可能です。しかしながら、退職勧奨の進め方次第では、労働者から違法な退職強要であると主張され、紛争に発展するケースも少なくありません。

紛争類型の1つに、退職勧奨により労働者に損害が発生したとして損害賠償を求められるケースがあります。労働者が退職しない意思をはっきりと表明しているにもかかわらず、新たな条件提示などもなく会社側が執拗に勧奨を継続すれば、労働者の不安感を煽って不当に退職を強要するおそれがあるとして、違法と判断され慰謝料を請求される可能性があるため注意が必要です。勧奨の期間や頻度、時間についてはケースバイケースになりますが、面談が毎日のように何時間も行われるのは問題があり、1回30分から1時間を3回程度にとどめ、面談に臨む人数は2人くらいを基本として威圧感を与えないよう意識すべきです。

もう1つの類型は、従業員の示した意思表示に瑕疵が認められ、退職が無効または取り消しになるケースです。例えば「退職しないなら解雇せざるをえない」「会社に君の居場所はない」「合意するまで勧奨を続ける」などの言動は労働者の自由意思を妨げたり誤解を与える可能性があり、いったんなされた合意が強迫などを理由に取り消される可能性があります。退職勧奨の際には、なぜ退職してもらいたいと会社が考えているのかその理由を丁寧に説明することが何よりも重要といえます。

【K】 募集時条件と異なる雇用契約

Q 求人広告の募集要項とは異なる条件で雇用契約を締結することになりましたが、法的に問題はありますか？

A 求人に係る労働条件と採用後の労働条件が異なる点だけをもって直ちに違法とはいえません。ハローワークの求人票や求人広告などを利用して企業が労働者を募集する行為は、法的に「労働契約の申込みの誘引」という性格のものであり、そこに列挙された労働条件はあくまで見込みの条件ということになります。従って、応募者が当該求人の労働条件を見て応募してきたのだとしても、必ずその条件で企業が雇い入れるとは限らず、お互いの別段の合意があれば、求人内容とは異なる別の条件で労働契約が成立する可能性もゼロではないのです。

ただし、注意が必要なのは、最初から求人内容と異なる条件で雇い入れることを意図して求人募集を行った場合は、「虚偽の広告」あるいは「虚偽の条件」を提示したことになり、そのような行為は違法なものとして職業安定法によって罰則が設けられています。

他方、企業が応募者との間で合意を得て、結果的に求人とは異なる労働条件で労働契約を結んだ場合には、必ず契約書を取り交わし、労使双方が書面を保管することが重要となります。なぜなら、後に労働条件が異なるというトラブルが発生した際に、当該契約書が「求人内容とは異なる条件で採用した」という別段の合意があったことの証拠になるためです。この書面がなければ、当時の求人票または求人広告に記載された条件をもって雇い入れたとみなされる可能性が高くなる点に注意が必要です。

【L】 子供送迎時の通勤災害

Q 通勤途中に子供を保育園に送迎している最中に交通事故を起こした場合、通勤災害として取り扱ってもらえますか？ また、同様に通勤途中で要介護状態にある親の家に寄って介護する場合はどうなるのでしょうか？

A そもそも通勤に係る労災（通勤災害）の適用を受けるには、通勤が合理的な経路によって行われていることが前提になりますが、保育所への子供の送迎に関しては行政通達において「子供を監護する者がいない共稼労働者が託児所、親せき等に子供をあずけるためにとる経路などは、そのような立場にある労働者であれば、当然、就業のためにとらざるを得ない経路であるので、合理的な経路となるものと認められる」と示されています。つまり、子供を送迎する行為は、通勤経路の逸脱・中断に該当するものではなく、子供を監護する労働者にとっての経路として十分に合理性を有しているため、労災の適用を受けられるというわけです。

一方、もう1つの質問である介護については、子供の送迎とは取扱いが異なりますので注意が必要です。通勤災害の判定においては、通勤経路の逸脱・中断があった場合、「日常生活上必要な行為（労災則第8条）」である場合に限り、経路に復した後は再び通勤として認められ、労災を受けることが可能になります。そして、要介護状態にある家族の介護は「日常生活上必要な行為」として近年労災則に加えられました。つまり、通勤途中の介護は、その行為中については合理的な経路とはいえ、経路に復す前に交通事故に遭った場合は労災の適用が受けられないという点にくれぐれも注意が必要です。

[M] うつ病社員の復職判断

Q うつ病で休職中の社員から職場復帰可能を証明する主治医の診断書を提出された場合、会社が復職は難しいと判断できる状況であっても復職させる必要があるのでしょうか？ また、診断書には、職場復帰にあたっては業務の軽減や変更などの配慮が必要と記載されていますが、従わなければならないのでしょうか？

A 主治医の診断書は通常、病状の回復程度から復帰の可能性を判断されているものですが、それが必ずしもその職場において求められる能力まで回復しているかどうかの判断になっているとは限りません。職場復帰の最終判断は、あくまで会社が主治医の診断書や産業医の意見などを参考にしながら行うものであり、もし労働者が十分な労務の提供を行えないと合理的に判断できるのであれば、職場復帰を認めないこととして、回復の見込みによっては休職の延長措置なども検討するのがよいと考えられます。

また、業務軽減や変更などの配慮の問題ですが、一般的に主治医の診断書は、本人の希望に沿った内容になる傾向にあります。しかしながら、会社としても、本人の職務や職責、企業規模などによっては業務の軽減や変更が困難な場合もあります。従って、復職者への配慮の必要性和、会社としてどこまでの配慮が現実的に可能なかとのバランスの問題になってきますが、前述の職場復帰の判断と同様に、復職者に対しどのような配慮を行うのかは、あくまで会社が最終的に決定する事項になります。

会社が独自に判断するのが不安であるという場合には、本人の了解をとったうえで主治医と面談を行い、会社として可能な配慮の範囲を説明したうえで勤務が可能であるかどうかを主治医に確認し、あわせて産業医の意見も聴くのが有効だと考えられます。

[N] 海外勤務中の労災

Q 海外出張中の社員が転んでケガをして現地の病院で治療を受けましたが、治療費を労災に請求することは可能ですか？ また、当社の関連の現地法人に海外出向中の社員が今後もしケガをした場合は、労災の適用を受けることができるのでしょうか？

A 海外で業務に従事する労働者の労災については、海外での業務が「海外出張」に該当するのか、それとも「海外派遣」に該当するのかで取扱いが異なってきます。

海外での業務が「海外出張」に当たる場合には、現地の病院で治療費をいったん立替払いし、後で療養の費用の請求を行うことによって労災の補償を受けることが可能です。

一方、「海外派遣」とみなされる場合には、日本国内の労災の対象外となりますので、あらかじめ海外派遣者として特別加入の手続きをとっていない限り、労災から給付を受けることができません。

さて、それでは海外出張と海外派遣の区別をどう判断するのかについてですが、海外出張は「国内の事業場に所属し、その事業場の使用者の指揮に従って勤務する」ことをいい、海外派遣は「海外の事業場に所属して、その事業場の使用者の指揮に従って勤務する」ことをいいます。この場合において注意すべきは、期間の長短によって判断されるのではなく、当該労働者の海外における労働関係や勤務実態によって判断されるということです。従って、海外での勤務や滞在が長期にわたる場合であっても、国内の事業所の指揮命令を受けて業務に従事していれば海外出張に該当し、逆に短期であっても海外の事業所の指揮命令によって業務を行う場合は、海外派遣とみなされる可能性が高くなります。

【O】携帯連絡の義務付け

Q 当社では営業担当の社員に携帯電話を貸与し通話料等を会社で負担していますが、業務上の必要性から帰宅後や休日にも連絡が取れるように義務付けることは可能でしょうか？

A 緊急時の連絡手段の確保を目的として従業員に携帯電話を貸与し、就業時間外や休日に電源を入れておくとともに会社が連絡をした際には通話に応じるように義務付けること（いわゆる「スイッチオン命令」）については、従業員に対し心身の負担を強いることにつながりますので、必要な要件を満たしたうえでの最低限の範囲内において認められるものと認識したほうがよいでしょう。

具体的には、就業規則にて上記のような義務を規定することにより、あらかじめ労使で合意しておくことはもちろんですが、連絡に対応する時間が無制限とならないように時間帯などを限定してルール化することが必要です。また、私的な時間において実際に電話で応答した時間は労働時間に該当すると考えられるため、賃金の支払いが必要になることから、通話時間分も含めて代償措置として相応の定額手当を毎月支給することも検討しなくてはなりません。

なお、あまり連絡や応答の頻度が高くなると、実際に通話していない時間についても「手待ち時間」として労働時間とみなされる可能性も出てくるので注意が必要です。

【P】外国人社員の労保・社保

Q 外国人の従業員を採用することになりましたが、雇用保険や社会保険、税金などの取り扱いをどうすればよいか教えてください？

A (1) 労災保険
国籍や在留資格の区分や有無を問わず、当然にすべての労働者に適用されます。

(2) 雇用保険

日本人と同様に、1週間の所定労働時間が20時間以上、かつ31日以上雇用が見込まれる者は、すべて被保険者となります。ただし、外国公務員や、外国の失業補償制度の適用を受けることが立証された者は被保険者とはならず、また、外国において雇用関係が成立した後に日本の事業所に勤務する者については加入しなくてよいとされています。なお、外国人労働者については、雇用保険の加入の有無にかかわらず、雇入れおよび離職の際に在留資格・在留期間などを確認し、ハローワークへ届け出る必要があります。

(3) 社会保険（健康保険・厚生年金保険）

原則として、日本人と同様に、1日もしくは1週間の労働時間、および1ヵ月の所定労働日数が通常の労働者の概ね4分の3以上の者を被保険者として加入させなければなりません。ただし、海外の事業所から一時的に日本に派遣される外国人（いわゆる「エキスパッツ」）は、社会保障制度の二重加入が問題となっていたことから、社会保障協定を締結する相手国であれば、原則は日本の社会保障制度のみに加入しますが、例外として5年を超えない見込みで日本に派遣される場合に限り、引き続き自国の社会保障制度のみに加入し、日本の社会保険の加入が免除されます。この場合、本人より適用証明書を提出してもらうだけで、特に年金事務所への手続きは必要ありません。なお、日本の厚生年金に6ヵ月以上加入した外国人が帰国する場合は脱退一時金を請求することも可能です。

(4) 所得税

外国人労働者が「居住者」に該当する場合は日本人と同様の取扱いとなり、非居住者の場合には20%の源泉徴収を行います。ただし、租税条約の適用を受ける場合は、その税率を超えて課税されることはありません。

[Q] 在籍出向者の労保・社保

Q 当社に在籍のまま、2～3年程度の期間限定で関連会社に出向する予定の社員がいますが、雇用保険や社会保険の手続きはどうしたらよいですか？

A 出向元に籍を残したまま出向先において就労するタイプのいわゆる「在籍出向」の場合、出向元・出向先の双方が労基法上の使用者としての責任を負うこととなりますが、労働保険（労災保険、雇用保険）・社会保険（健康保険、厚生年金保険）についてはそれぞれの法令に基づいて適用関係を判断することになります。

(1) 労災保険

事業場単位で保険関係が成立しますが、実際に出向労働者を指揮命令し労務の提供を受けている出向先において適用されます。労働保険料の申告時には、出向先のみでなく出向元から支払われている賃金も合算して出向先が申告を行うこととなります。

(2) 雇用保険

労働者個人ごとに保険関係が成立します。出向者に係る雇用関係は2つ存在しますが、主たる賃金を受け取る一方（※つまり金額の多い方）の雇用関係についてのみ適用されます。また、労災保険とは異なり、出向元・出向先の双方から賃金が支給されたとしても合算されることはありません。

(3) 社会保険（健康保険・厚生年金保険）

報酬（賃金）を支払い、かつ労務管理を行っている一方において加入させることとなります。この場合、報酬をどちらが実際に負担しているかは考慮しません。問題となるのは双方から報酬が支払われているケースですが、この場合、双方に常用的使用関係が認められる可能性が高く、そうならば「二以上事業所勤務」の対象となります。本人がどちらかを選択して届出を行い、報酬は両者を合算して保険料を決定したうえで、報酬額による按分でどちらかの企業が保険料を納付することとなります。

[R] 非常勤役員の社保

Q 非常勤役員は社会保険に加入させなくてもよいとされていますが、常勤と非常勤は何を基準にして判断すべきでしょうか？ また、代表取締役を非常勤扱いとすることは可能でしょうか？

A 社会保険の加入の要否は、事業所との間の常用的な使用関係があるのかどうかによって決まります。常用的使用関係が認められれば、労働者と役員とを問わず、社会保険の加入義務が生じます。使用関係の有無の判断は、労働者の場合にはよく知られている「通常の労働者の4分の3以上」という労働時間・労働日数の基準を目安に行われることとなりますが、役員は雇用契約ではなく委任契約によるため、労働時間という概念がありません。

従って別の概念、つまり常勤なのか非常勤なのかという基準によって判断されるものと一般的には考えられています。しかしながら、厳密には常勤・非常勤という名目的な区別ではなく、使用関係がどうであるのかという点から個々の勤務実態に即して判断されることとなります。この判断に関しては曖昧な部分がありますが、次のような基準によって判断されているのが現状です。①経営に携わっているか、②役員としての業務執行権を有しているか、③役員会議へ定期的に出席しているか、以上の観点から勤務実態を総合的に勘案して判断されることとなります。

なお、2つ目の質問である代表取締役の取扱いについてですが、代表取締役は明らかに業務執行権を有していると考えられますので、非常勤扱いとして社会保険を未加入とすることは原則として認められず、報酬がゼロでない限り社会保険に加入することとなります。

【S】育休中社員の臨時出勤

Q 育児休業を取得中の従業員に少しだけ出勤してもらうことになりました。この場合、育児休業給付金の受給や、育児休業に係る社会保険料の免除は継続できるのでしょうか？

A まず、雇用保険における育児休業給付金については、支給単位期間において、①就業している日が10日以下であって、②支給される賃金が休業開始前の1ヵ月当たりの賃金の8割未満、という2つの条件を満たしていれば、たとえ育休中に出勤があったとしても給付は継続して受けることが可能です。ただし、この取扱いはあくまで育児休業中に臨時的に出勤することが前提となり、恒常的な勤務が続くのであればそもそも育児休業は終了しているという考え方が出てきますので注意が必要です。

次に、社会保険料の免除に関してですが、育休に係る保険料免除はもともと育児・介護休業法に基づいて定められており、同法上における「実働」に該当すれば保険料免除は終了しないとされています。具体的には、育休の取得について労使が合意している状態において、当該従業員でなければ対処が難しいような業務の都合によってどうしても出勤せざるをえない場合は、出勤してもなお育休は継続していると解釈でき、従って保険料免除は継続することになります。ただし、育児休業給付の場合と同様に、あくまでイレギュラー出勤が前提となりますので、例えば「毎週月曜日に出勤」というような継続的な出勤状況が見られた場合、育休は終了していると判断される可能性は高くなるものと考えられます。

【T】問題社員の始末書拒否

Q 問題を起こした従業員に対し始末書の提出を命じたところ、「事実の一部は認めるものの責任はない」として始末書の提出を拒否しました。このような場合、会社としてどのような行動がとれるのでしょうか？

A 従業員が問題行動や不祥事、重大なミス等を起こした際には、始末書を提出させることが法的な観点から非常に重要といえます。なぜなら始末書を提出させるという行為は、本人に反省を促すことの他に、不祥事について「本人直筆による書面の証拠を確保する」という重要な意味を持っているからです。

一般的に始末書の様式は、事の顛末を記載し、それに関する本人の謝罪の意や、「二度としない」旨の誓約的文言が記載されますが、法的に重要なのは顛末の部分です。

もしも従業員が始末書の提出命令に従わなかった場合には、顛末の部分のみについて記載した文書を提出するよう改めて命じ、当該命令に従わない場合には、業務命令違反として懲戒処分を科すことも検討すべきであると考えられます。

ここで注意すべきは、謝罪文・誓約文の記載を命じてはならないということです。本人の自由意思に反してこれらの記載を会社が強要すれば、日本国憲法第19条が保障する「思想・良心の自由」に反するおそれがあるためです。

なお、従業員が提出してきた始末書の顛末部分が会社の認識する事実と異なる場合には、書き直しを命ずることも有効です。そして、従業員の発言を含めて提出に係るすべての経緯を記録し、提出させた始末書と一緒に保管することにより、今後、当該労働者を解雇せざるをえなくなった場面において、それらが解雇権濫用法理を充足させるための重要な証拠となりうるのです。

[U] 退職時の有休消化と引継ぎ

Q 今月いっぱいまで退職したいと願い出てきた社員から「有休がたまっているはずなので、それらをすべて消化したい」と言われました。有休の消化を認めた場合、その社員は退職日まで1日も出勤しなくてもよいことになり、業務の引継ぎが行えません。会社としてどう対応したらよいのでしょうか？

A 退職することが決まった労働者から年次有給休暇を請求された場合、原則として会社はそれを拒否することはできません。有休に関しては「事業の正常な運営を妨げる場合」に限り、会社に時季変更権が認められていますが、これは変更できる労働日が存在することが前提であって、退職日を越えての時季変更はできず、従って時季変更権を行使することもできません。

現実的に会社を取りうる手段としては、退職する際の業務の引継ぎ義務を就業規則にあらかじめ明記しておき、その規定を根拠に労働者に対し協力を求めると同時に、結果的に退職日までに消化できなかった有休について会社が買い取る旨の提案をすることです。

それでも労働者が有休を取得するとして、どうしても引継ぎの協力を得られない状況であれば、休日出勤したうえ引継ぎを行うよう命ずるほかありません。休日はもともと労働義務のない日であり、有休を取得することができないためです。もちろん休日労働に係る割増賃金の支払いが必要になること、36協定が必要であることはいうまでもありません。

また、これらの事態を防ぐために、計画的付与などを利用して普段から有休の消化を進めていくことも重要といえます。

[V] 退職時の誓約書拒否

Q 従業員が退職する際に守秘義務や競業避止義務について誓約書を書かせようとしたのですが、拒否されました。この場合、強制的に誓約書を書かせることは可能でしょうか？

A 労働者は、在職中においては、労働契約に付随して当然に守秘義務、および競業避止義務を負うものとされています。さらに守秘義務に関しては、労働契約が終了した後も一定期間、労働者を拘束するものと考えられます。

それでは労働者の退職時において、誓約書で守秘義務や競業避止義務を改めて誓約させる目的とは何でしょうか。守秘義務に関していえば、企業の情報管理が重要性を増す昨今、単に守秘義務を課しているというだけでは足りず、企業の指定する秘密情報の定義や細かい取扱い等について退職前に補完的に合意するというのです。そして、競業避止義務に関しては、労働契約とは別途で合意が必要とされる退職後の競業避止義務について合意するという目的があります。

これらを目的として労働者の退職時に誓約書への署名を求めた結果、労働者から拒否された場合、残念ながら強制的に命ずることはできません。なぜなら退職時点において求める義務は、採用時に事前に合意している「労働条件」とは根本的に異なる性質のものだからです。従って、企業は、守秘義務や競業避止など「退職後も引き続き労働者を拘束する義務」をどうしても課したいという場合は、入社時あるいは重要職位・職務への昇格時・配転時にあらかじめ合意をとっておくか、もしくは代償措置として慰労金などの金銭を支給することで引き替えに誓約書に署名を得ることが有効と考えられます。

[W] 出向うつ病社員の賠償請求

Q 社員が当社に在籍のまま関連会社に出向し、出向先で業務が原因でうつ病になったということで、関連会社のみならず当社にまで安全配慮義務違反を主張し、損害賠償を請求してきました。出向元の当社まで法的に責任を負うのでしょうか？

A 出向中の業務に起因して労働者がうつ病等を発症した場合には、基本的には労務の提供先である出向先が安全配慮義務違反の責任を問われることとなりますが、事案によっては出向元も賠償責任を負う可能性が考えられます。

まず前提として、出向元は労働者が出向中といえども雇用契約が継続している以上、労働者の心身の健康に関して安全配慮義務を負っていることとなります。そして、どのような場合に義務違反として責任を問われることになるのかは事案ごとに個別に判断していくこととなりますが、ポイントは労働者の出向先における長時間労働等の問題や肉体的・精神的負担などを把握する状況にありながら、適切な措置を講じていなかった場合などが考えられます。

具体的には、人事考課等の資料や労働者からの申告によって過酷な長時間労働や心理的負荷などを認識できた場合や、出向元に対し「帰社させてほしい」旨を訴えてきた場合、あるいは出向先での仕事に困難が生じたなどの相談をしてきたような場合には、当該労働者の出向先での勤務状況や業務遂行の状況・健康状態等を確認したうえで、業務の軽減、休暇取得、医師の受診の勧奨などの援助を行い、場合によっては出向を中止し帰社させるなどの対応が求められるものと考えられます。

[X] パワハラ予防の注意点

Q 最近、職場のパワハラが裁判などで問題となっている事例をよく聞きますが、パワハラにならないような適切な注意や指導を行っていくにはどのような点に注意したらよいのでしょうか？

A 現在、パワー・ハラスメントは、セクシュアルハラスメントとは異なり、まだ法律において定義付けがなされていませんが、厚生労働省の円卓会議において「同じ職場で働く者に対して、職務上の地位や人間関係などの職場内の優位性を背景に、業務の適正な範囲を超えて、精神的・身体的苦痛を与える又は職場環境を悪化させる行為」と示されています。上司から部下への指導がパワハラに該当するかどうかを判断するうえで特に重要なのが、「業務の適正な範囲を超えて」という部分になります。

具体的には、指導や注意、叱責などの上司の行った行為について、①「そもそも業務上必要なものなのか」、②「業務上必要であったとしても一般的に必要とされる範疇を逸脱していないのか」、という順番で検証を行っていきます。この場合、「指導をするときの声の大きさ」「指導をする時間の長さ」「指導をした回数」、そして「指導が他の従業員が大勢見ている前で行われたのか」等、誰が見ても容易に判断できる客観的な基準を使って「必要とされる範疇を逸脱していないか」を判断するのがよいでしょう。

さらに、業務指導における言動が、労働者自身の人格・尊厳・キャリアなどを対象にしているのか、それとも労働者が行った業務そのものについて言及しているのか、という点も裁判において重視される傾向にあり、発言の内容にも十分な注意が必要です。

[Y] 派遣社員の時間外労働

Q 最近、労基署の指導により36協定を締結しました。当社では自社の社員の他に派遣社員を受け入れていますが、派遣社員に対しても当社で締結した36協定に基づいて時間外労働を命じて問題ないでしょうか？

A 労基法第32条（労働時間）の定める規制は、労基法上の使用者である派遣元が本来守らなければならない義務です。しかしながら、現実に派遣労働者に対して指揮命令を行うのは派遣元ではなく派遣先です。そのため、労働者派遣法第44条第2項（労働基準法の適用に関する特例）において、派遣中の労働者の派遣就業に関しては、派遣先の事業のみが派遣中の労働者を使用する事業とみなされるとされており、派遣先は、派遣労働者の法定労働時間について遵守する義務を負うことになります。

ところが、同条文（労働者派遣法第44条第2項）において、36協定に関しては派遣元で締結することとされています。これらを総合すると、派遣先は、派遣先において締結された36協定ではなく、派遣元において締結された36協定の定める限度時間の範囲内において、派遣労働者に対し時間外労働や休日労働を命ずる必要があります。これに違反すれば労基法第32条違反として指導や罰則を受ける可能性があります。つまり、派遣元が労働時間の枠組みを設定し、派遣先がその枠組みに従って労働時間を管理することになるわけです。

[Z] 有期契約の不更新

Q 1年間の有期契約を数回更新してきた契約社員に対し、今回で更新は最後とし次回は更新しないことを伝え、その旨を盛り込んだ雇用契約書を取り交わす予定ですが、何か留意すべき点がありますか？

A 有期労働契約を反復更新した後、更新を拒否する雇止めについては、実質解雇に相当する不当な雇止めであると主張される紛争のリスクを常に孕んでいるものと考えられますが、そうしたリスクを回避する手段として「今回の更新をもって最後とし、次回の契約更新は行わない」旨を合意する、いわゆる「不更新条項」を契約書に挿入することが有効と考えられています。不更新条項についてあらかじめ合意を得ることにより、労働者が更新への合理的な期待を抱くことなく、有効に労働契約が終了するものと考えられます。

ただし、不更新条項が明記されていたとしても、ただ形式的に署名・押印がなされただけで実態として有効な合意が認められなかったり、あるいは意思表示に詐欺・強迫・錯誤等があったとして、その後の雇止めが無効と判断される可能性もありうるので注意が必要です。これらの対策として、不更新条項を付した理由や必要性等について、会社が当該労働者に対し、面談や説明会などによって誠実に説明を行うことが重要になります。また、労働者の自由意思によって合意がなされたことを根拠付けるための重要な要素として、期間満了までの間に有休の残日数を消化させもしくは買取りの合意をしたり、または退職一時金等の支払いを行うことによって、労働者が次回不更新という事態をよく理解したうえで任意に意思決定をしていたことが推測されることになります。なお、不更新条項の後に再度更新するなどの矛盾した運用も望ましくありません。