

# サービス産業化に伴う労働時間をめぐる問題と労働時間規制

浅野 高宏

(北海学園大学准教授)

今日の日本の経済社会は、経済のサービス化が進展するなど、大きく変化している。また携帯電話などの通信手段に加えて、インターネットやパソコン通信といった情報通信技術のめざましい進展により、個人の裁量を活かし、個々人の専門的能力や創造的アイデアを発揮することが求められる仕事も増加している。こうした変化を踏まえて現行労働時間法制の改革についても、労働時間規制に縛られない裁量的な働き方を認めるべきであるという提言がなされている。他方で、わが国の労働者の長時間労働による健康被害や過労死・過労自殺問題は深刻であり、裁量労働制が長時間労働を合法化する手段となっているとの批判もある。こうした問題への対応も急務となっている。本稿は、主に労働時間をテーマに、サービス産業化との関係において、近時問題となっている実務上の課題を概観しながら、サービス産業化に適した労働時間規制を検討するものであるが、同時に、労働者が名実共に自律的に働くことを可能とする基盤や支援のあり方に関する検討課題を提示するものである。

## 目次

- I はじめに
- II 労働時間規制の誕生と展開
- III サービス産業化と労働時間をめぐる実務上の問題
- IV サービス産業化とあるべき労働時間規制とは

## I はじめに

わが国のサービス産業の割合は、GDPベース、就業者ベースで共に約7割を占めるなど、サービス産業に従事する労働者の割合は高まっているといえる<sup>1)</sup>。

また電話（携帯電話）、ファクシミリなどの通信手段に加えて、インターネットやパソコン通信といった情報通信技術のめざましい進展により、特定の時間に特定の場所に集合して集団的・固定的に執務するという働き方ではなく、個人の裁量を活かし、個々人の専門的能力や創造的アイディ

アを発揮することが求められる仕事も増加している<sup>2)</sup>。

これに伴い労働者の働き方も労働時間の長さを基準とした集団的なものから労働の質を重視した裁量的・自律的な働き方へ移行する傾向が見られる。そのため様々な形態での就業が求められるサービス産業にあっては労働時間規制を一律に適用することが困難であるという指摘もある。たとえば、いわゆるサービス業や運輸業においては、ゴールデンウィークや年末年始といった長期休暇あるいは季節等によって、業務に大きな繁閑の差が生じやすく、1週間の中でも平日と週末とでは一般に購買・消費行動に大きな差があり、こうした顧客に対応するサービス業に適した労働時間規制の変更や緩和が必要とされる<sup>3)</sup>。

このような変化を踏まえて現行労働時間法制の改革についても集団的・画一的なものから、労働時間規制に縛られない裁量的な働き方を認めるべ

きであるという提言がなされている<sup>4)</sup>。

他方で、わが国の労働者の長時間労働による健康被害や過労死・過労自殺問題は深刻であり<sup>5)</sup>、裁量労働制が長時間労働を合法化する手段となっているとの批判もある<sup>6)</sup>。

加えてサービス産業では顧客満足度を上げるために、“おもてなし”の精神が重視され、顧客も便利で快適なサービスを受けられることを当然のことと期待しているため、きめ細やかなニーズの把握とこれに対応したサービスの提供のために長時間労働が恒常化してしまうという実態もあると言えよう。

さらにはグローバル競争の激化や景気低迷の長期化、企業内人員構成の高齢化といった環境変化の中で日本企業では人件費コストを削減しながら外的柔軟性を高めていこうとする動きが見られるが、こうした変化に伴って、パートなどの非正社員と正社員との公正処遇の問題（いわゆる「格差問題」）や派遣・業務委託など外部労働者の利用や保護のあり方が法的に重要な課題として再浮上しているとも指摘されている<sup>7)</sup>。

特に賃金格差の問題は生活賃金を得るべく長時間稼働するという状況を招くことにつながっており、生活保障に足る賃金額の保障は長時間労働の抑制の観点からも重要である。殊にパートタイマーの基幹化（飲食店や小売業でのパート店長など）といった傾向も見られ、雇用が不安定な中で、職責を果たすことが求められ、長時間労働を余儀なくされるといった問題を考えると、格差問題の是正は急務であろう。

このようにサービス産業化と労働時間規制をめぐる問題は、二極化した労働実態があることを踏まえる必要がある。すなわち、一方では時間や場所の枠に縛られず、主体的・自律的に働きたい労働者にとって現行の労働時間規制は適格的であるのかという問題が提起されているとともに、他方で、正規・非正規を問わず長時間労働が蔓延し、このような事態を是正する上で労働時間規制のあり方はどうあるべきかも問われている。

## II 労働時間規制の誕生と展開

### 1 立法当初の労働時間規制<sup>8)</sup>

1911（明治44）年に成立した工場法（1916（大正5）年施行）は、専ら年少者、女子労働者または坑内労働者を対象にしてその健康保護を目的として最長拘束時間を定めていたが、その上限を11時間とするような不十分なものであった。これに対して1947（昭和22）年に制定された労働基準法（以下、「労基法」という）は、それ以前の労働者保護立法と異なり、適用対象労働者を限定せず一般労働者まで広げた上で、労働時間規制との関係では次のような規定を設けた（以下、カッコ内の条文は特に明記しない限り労基法を指す）。

すなわち①規制の対象を拘束時間ではなく実労働時間とし、②最長労働時間の水準を1日8時間、週48時間とした。また③週1回の法定休日、④休憩時間の付与、⑤年次有給休暇制度の導入を定め、これらの遵守を罰則付きで強制する労働時間規制を採用した。

他方、次のような例外も設けられた。具体的には、法定労働時間を超過することが認められる場合として、災害等臨時の必要がある場合（33条）及び労使による書面協定を行政官庁に届け出た場合（36条）が定められた。もっとも有害業務について2時間の上限がもうけられたものの、それ以外上限時間規制は定められなかった。なお、最長時間の水準については、国際労働機関（ILO）が定める国際労働基準が参考にされたものの、その受け入れについては、立法過程において戦争により疲弊した国民生活を支えることはできないという理由から8時間労働制、週44時間の原案に対する批判がなされた。これに対して、25%の割増による時間外労働を認めるという前提で8時間労働が導入されたが週44時間労働制の導入は見送られた<sup>9)</sup>。

また法定外、休日及び深夜の割増賃金については2割5分増とされた（37条）。

さらに労働から解放される時間についての規制としては、法定休日については、毎週少なくとも1日の付与が使用者に義務付けられた（35条1

項)。ただし、4週間に4日以上 of 休日を与える場合には適用されず、変形休日制が容認された(同条2項)。休憩時間については6時間を超える場合は少なくとも45分、8時間を超える場合には少なくとも60分の付与が使用者に義務付けられた(34条1項)。もっとも一斉休憩の適用については「行政官庁の許可を受けた場合」はこの限りではないとされた(同2項)。さらに年次有給休暇についてもILO52号条約を範としつつ、西欧諸国の状況や当時の国内状況を踏まえて規定化され、「1年間の継続勤務」で全労働日の8割以上出勤すると「6日」付与するものとされた(39条1項)。

またその性質又は態様が法定労働時間や週休制を適用するに適しない事業又は業務に従事する労働者については、労基法上の労働時間、休憩及び休日に関する規定を適用しないこととした(41条)。このような取扱いは、諸外国の立法例やILO条約においても先例があり、わが国の戦前の立法にもその例があった<sup>10)</sup>。

## 2 1987(昭和62)年改正

わが国の労働者の1人当たり平均の年間総実労働時間は昭和35年度の2426時間をピークとして、以後、経済の高度成長の中で昭和50年度の2077時間にいたるまで減少の一途を辿った<sup>11)</sup>。しかし、第一次石油危機以降の低成長期における企業経営のなかで所定労働時間の短縮は緩慢となり、所定外労働時間もむしろ増加して、年間総実労働時間は2100時間台で横ばいとなった。これに対して西欧諸国では第二次世界大戦後の比較的早い時期から週休2日制と長期バカンスが普及し、ワーク・シェアリングの観点から大幅な労働時間短縮が進んでいた。そして、石油危機以降、わが国の工業製品が欧米企業との競争を凌駕して世界市場に浸透する中で、日本の長時間労働が不公正競争の象徴として国際的な批判を浴びるようになった。そこでわが国も国際社会の批判に対応して①週休2日法の普及、②時間外労働の削減、③年次有給休暇の完全取得を企業に奨励する労働時間短縮政策を展開することとした。加えてサービス産業の拡大等の社会経済情勢の変化に対応して、フレック

スタイル制、3カ月単位の変形労働時間制、1週間単位の非定型的変形労働時間制など労働時間についての法的規制を弾力化するという改正も行われることとなった。加えて従前は施行規則で規律されていた事業場外労働のみなし労働時間制(38条の2第1項)が法制化され、専門業務型の裁量労働制(38条の2第4項)も導入された。

## 3 1987(昭和62)年改正後の状況

週休2日制に対応する週40時間という法定労働時間が明文で掲げられたとはいえ、それは段階的に達成するよう努力するというものであった。また中小規模の事業場に関しては、猶予措置が設けられた。そして1993(平成5)年改正では週40時間労働制を1994(平成6)年4月1日から実施するとともに、中小規模事業場等一部の規模・業種の事業場については引き続き猶予し1997(平成9)年3月31日までは週44時間とされた(労基法附則131条)。そして、労基法附則131条1項は1997(平成9)年3月31日に失効したため、労基法40条1項に定める特例措置(労規則25条の2の小規模事業者の労働時間、休憩の特例など)を除き全面的に週40時間労働制が適用されることになった。

## 4 産業構造の変化に伴う労働者の就業形態の変化と法改正

これまで述べたとおり、労働時間規制のあり方が変化したことの大きな要因の一つは時短の要請であり、法定労働時間の上限が1週48時間から1週40時間に短縮するという形で実現されてきた。さらに時短の要請以外にも工場労働をモデルとした定型的な規制ではサービス産業化に十分対応できないという問題が生じ、変形労働時間制の拡大、フレックスタイル制・裁量労働制の導入といった、労働時間規制の柔軟化も図られてきた<sup>12)</sup>。具体的には次のような制度導入などの改正が行われた<sup>13)</sup>。

### ①変形労働時間制・フレックスタイル制

使用者に労働時間の配分に関する自由度を高めるべく変形労働時間制が整備された。4週間単位の変形労働時間制(旧32条2項)が1カ月単位に修



正され（32条の2）、導入時3カ月単位とされていた長期の変形制が1年単位の変形労働時間制（38条の4）と改められた（昭和62年改正、平成5年改正）。加えて前述のように昭和62年改正では労働者に始業終業時刻の柔軟性を付与するフレックスタイム制も導入された。

## ②みなし労働時間制

実労働時間管理の困難な業務について実労働時間の管理を要しない「みなし労働時間制」が拡大され、事業場外労働（38条の2）に加えて①専門業務型裁量労働制（38条の2）と②企画業務型裁量労働制（38条の4）が導入された（昭和62年改正、平成10年改正）。なお企画業務型裁量労働制では「労使委員会」制度を導入し、同委員会は企画業務型裁量労働制についての決議（全員一致の決議）のみならず、労働時間規制に関する労使協定に代えて委員会の決議をもってこれに充てることが認められた。なお2003（平成15）年改正では労働者の健康確保の観点から専門業務型裁量労働制における決議事項に、健康・福祉確保措置及び苦情処理措置が追加され（38条の3）、企画業務型裁量労働制においても、対象事業場を本社等に限定しないこととし、労使委員会の決議についても委員の5分の4以上の多数に要件が緩和された（38条の4）。

## 5 労働時間法制の弾力化とその特徴

上述した法改正の経緯から見てもわかるとおり、多様な働き方に対応するために労働時間規制を弾力化・柔軟化して変形労働時間制やみなし労働時間制が導入されてきているといえるが、その特徴については次のような指摘がある<sup>14)15)</sup>。

すなわち、労働時間規制の「弾力化」（法的規制の「多様化」と「再編」を意味するものとして使われている）<sup>16)</sup>は労使協定法制と不可分のものとして進められたものであり、労基法第4章の諸規定の「弾力化」に関連する労働時間制度で労使の協定（労使協定や労使委員会による決議）なしに実現できるものは1カ月単位の変形労働時間制と変形休日制、事業場外みなし労働時間制があるに過ぎない。したがって、1987（昭和62）年以降の一連の労基法改正により新設された弾力的労働時間

制度はその実施上労使協定の締結を免れないし、労使協定により最少限度の事項を定め、その枠の中で個々の事業運営の多様な実情に合わせて、一律の基準ではなく、労使が自治的に具体的な基準や運営方法を協議決定することを可能にする方向で改正がなされた<sup>17)</sup>。そして、こうした改正の方向性について有泉亨教授の言葉を引用し「労働者もしくは労働組合がしゃんとした態度」を示さなければ政府も監督のしようがないし、かえって適正な内容を確保しがたい労働条件の基準が飛躍的に増加したとも指摘されている<sup>18)</sup>。

## Ⅲ サービス産業化と労働時間をめぐる実務上の問題

次にサービス産業化に伴って時間的・場所的に拘束されずに働くという形態も増えつつあるが、これに伴い、どこからどこまでが労働時間であるのかという境界線が曖昧となり紛争化している事例もある。また裁量労働制の適用要件についても問題となっている。以下では、いくつかの労働時間をめぐる実務上の紛争とこれらの紛争が提起している課題について検討したい。

### 1 黙示の業務命令と労働時間

サービス産業化の進展によって、仕事の手順や進捗管理を一定程度労働者の裁量に委ね、使用者からの指揮命令関係が抽象的・一般的になりやすいという傾向が生じる。こうした場合に、時間外労働（ここでは事業場内における居残り残業を想定）の労働時間性の判別が問題となる。裁判所は、使用者の明示又は黙示の指示（黙認・許容）があれば、労働時間とする立場にある（京都銀行事件・大阪高判平成13年6月28日労判811号5頁）。

ヒロセ電機事件（東京地判平成25年5月22日労判1095号63頁）でも「一般論としては、労働者が事業場にいる時間は、特段の事情がない限り、労働に従事していたと推認すべきと考えられる。」と述べている。

これに対して居残りの必要性がなく滞留し会社からも早く帰ったらどうかと退社を促されていたという事情のもとでは居残り時間は労働時間に該

当しないとした株式会社乙山事件（東京地判平成24年3月23日労判1054号47頁）や会社の想定していない深夜の時間帯に業務を行っても労働時間とはいえないとした十象舎事件（東京地判平成23年9月9日労判1038号53頁）がある。もっとも、会社が想定していない時間に出退社している場合でも、実際には恒常的に業務を行っているような場合には、居残り時間は労働時間に該当すると判断する裁判例が多いといえよう。たとえば、労働者が規定と異なる出退勤を行って時間外労働に従事し、使用者が異議を述べていない場合や業務量が所定労働時間内に処理できないほど多く、時間外労働が常態化している場合には、黙示の指揮命令に基づく時間外労働と認められるし（ほるぶ事件・東京地判平成9年8月1日労判722号62頁、ピーエムコンサルタント事件・大阪地判平成17年10月6日労判907号5頁、三栄珈琲事件・大阪地判平成3年2月26日労判586号80頁など）、黙示の指示が認められれば、時間外労働への従事を事前の所属長の承認にかからしめる就業規則規定があっても労働時間該当性は否定されない（昭和観光事件・大阪地判平成18年10月6日労判930号43頁）。

同様に、会社の残業禁止の方針をもって、所定始終業時刻外の労務提供がすべて会社の明示の残業禁止の業務指示に反したのとは言えず、かえって恒常的に時間外労働等が行われているのを認識・予見しつつ勤務実態の改善や残業を禁止する具体的な措置をとっていない場合には少なくとも黙示の業務命令があったとされる（丙川商会事件・東京地判平成26年1月8日労判1095号81頁ダイジェスト、ワールドビジョン事件・東京地判平成24年10月30日労判1090号87頁ダイジェスト）。

使用者は労働者の労働時間を適切に把握し管理する義務を負っていることから、現に労働者が勤務場所で時間外に業務を業務上の必要性に基づいて行っている以上、会社の残業許可ルールの運用にかかわらず、業務を止め退出するように指導したにもかかわらず、あえてそれに反して労働者が労働を継続したという事情がない限り、該当時間の労働は使用者の指揮命令下に置かれていると見るべきであるとしたものもある（アールエフ事件・長野地判平成24年12月21日労判1071号26頁）。

他方、会社の時間管理が比較的厳格になされていた会社において、会社が把握している労働時間よりもICカード・タイムカードに記録されていた在社時間が長い場合にいずれの記録をもとに労働時間を認定すべきかという点をめぐって争われた事例では時間外休日労働が会社の指示書によって実施されることになっている点を認定した上で、ICカードは施設管理のためのものであって、会社構内に滞留していた時間を示すものでしかないことから、滞留時間に労働者が時間外労働をしていたかを具体的に検討している（オリエンタル・モーター（割増賃金）事件・東京高判平成25年11月21日労判1086号52頁）。そして、会社構内で業務（らしきこと）に従事しても、それがどの程度必要であり、上司等から明確に命じられていたかを問題にしている。また労働時間管理を厳格に行い、時間外労働を禁止していた場合には使用者の明示の指示に反する残業は指揮命令下の労働の要素を欠き労働時間該当性は否定されるとした裁判例もある（神代学園ミュージック音楽院事件・東京高判平成17年3月30日労判905号72頁）。

さらに自発的な時間外労働やいわゆる持ち帰り残業についても使用者の黙認・許容といった事情が認められれば労働時間となる（三栄珈琲事件・大阪地判平成3年2月26日労判586号80頁、自発的な休日出勤につき、ほるぶ事件・東京地判平成9年8月1日労判722号62頁）と考えられるが、使用者から持ち帰り残業の業務命令があっても労働者はこれに応ずる義務はないから、持ち帰り残業が労働時間と認められるのは、使用者からの業務の遂行を指示されてこれを承諾し、私生活上の行為と峻別して労務を提供して当該業務を処理したような例外的な場合に限られるという考え方も示されている<sup>19)</sup>。

また、会社の独身寮に住み込みで管理・調理業務に従事していた労働者が、未払時間外割増賃金を請求した事案で、会社としては雇用契約の当初から実働8時間の範囲で職務を行うべきことを指示していたと認定され、労働者自身の判断で指示された実労働及び業務委託の範囲をはるかに超えて業務に従事した結果、実労働時間が増加しても時間外労働とは認められないとした例もある

(ニッコトラスト事件・東京地判平成18年11月17日労経速1965号3頁)。労働時間は使用者の指揮命令下におかれている時間を言い、その該当性は客観的に判断するというのが判例の確立した立場であるが(三菱重工業長崎造船所事件・最一小判平成12年3月9日民集54巻3号801頁)、労働条件の明示・説明(15条1項、労契法4条)と業務命令の範囲の明確化により「使用者の指揮命令下」におかれているか否かの判断に影響が生じる。

このようにサービス産業に従事する労働者に対する労働時間管理の在り方が問題とされている。すなわち、まずは労働時間規制の前提として、何時間労働したかの把握は重要となる。裁判例では「労働時間」か否かが明確となるように使用者の業務指示についてのルール化の必要性を示唆しているし、不要不急の業務や必要のない社内滞留については使用者による労働者への帰宅指示や業務実態の改善などの必要性も問題としていることがわかる。これらは、実労働時間の管理にかえて、「拘束時間や在社時間」の管理という新たな労働時間規制手段の必要性<sup>20)</sup>を意識させると言えよう。

加えて使用者が労働者に対して、就労を命じる範囲を明確にしておく必要があり、就労範囲の明確化と業務命令の適切な行使のルールが確立されているならば、労働者は明示された範囲で就労すれば足りる反面、使用者が明示した以上の仕事を自発的に行ったとしても、その時間は労働時間とは認められない。このことは持ち帰り残業の労働時間該当性についても同様に当てはまると言えよう。

## 2 自己研さん・研修時間の労働時間

裁判例では新入社員、技能職・専門職(調理人、美容師、臨床検査技師、理学療法士など)の自己啓発・自己研さんや新人研修等の時間が労働時間になるかも問題となっている<sup>21)</sup>。労働者が自主的に参加するいわゆる小集団活動が労働時間になるのか否かについて行政解釈は「労働者が使用者の実施する教育に参加することについて、就業規則上の制裁等の不利益取扱による出席の強制がなく自由参加のものであれば、時間外労働にはならな

い」(昭和26年1月20日基収2875号)としている<sup>22)</sup>。

この点については小集団活動のように強制とは言えないような場合でも業務関連性が著しい場合は職務関連性に着目し労働時間性を肯定すべき場合も少なくないとの指摘もある<sup>23)</sup>。

一般的には業務との関連性が認められる企業外研修・講習や小集団活動は使用者の明示または黙示の指示があり事実上参加を拒否できないことが多いであろうから自由参加が保障されているという特段の事情がなければ労働時間性は肯定され、業務との関連が薄い研修会等への参加については使用者による強制の程度が問題となる<sup>24)</sup>。

自己研さんや研修時間の労働時間性は、賃金時間としての労働時間該当性の問題として争われることはもとより、自己研さんや研修時間を含めた長時間労働により使用者の労働者に対する安全(健康)配慮義務違反があったかといった観点からも問題となっている。仮に、使用者からの強制がなく、業務性が必ずしも強いとは言いがたい場合であっても、賃金時間としての労働時間把握とは違った観点で総労働時間を把握する必要があることを認識しておく必要がある。したがって、労災の業務上外認定や安全(健康)配慮義務違反の有無を検討する場合には、賃金時間としての労働時間とは言い難い時間も含めて長時間労働となっていたかが問題とされる。すなわち、使用者が、労働者に対して有する安全配慮義務に基づく労働時間の管理責任は免れず、仕事量を適正に管理する仕組みの創設が必要とされている<sup>25)</sup>。

## 3 事業場外労働(主に出張)と労働時間の算定

サービス産業化は労働者が一つの勤務場所に集合して決まった時間働くという就労形態から場所的・時間的拘束性がゆるい働き方への変容をもたらしている。これに伴い移動時間や出先での滞在時間が労働時間となるのか、また労働時間の把握をどのように行うのかが問題とされている。典型的なものとして出張に伴う移動時間や出張先での滞在時間の労働時間性、さらに出張中の労働時間についての事業場外みなし制度の適用の問題が挙げられるだろう<sup>26)</sup>。なお、在宅勤務、サテライ



トオフィス勤務、モバイル勤務といった新たなワークスタイル（テレワーク）の労働時間算定のあり方にも関連する問題である<sup>27)28)29)30)</sup>。

出張に伴う移動時間が単純に通勤時間と同じであると見ると、たとえば遠隔地への直行直帰の出張で往復の移動に長時間を要して出張先でわずかな時間作業に従事したという場合に所定労働時間労働したと扱われず、賃金を差し引かれる事態も生じるのではないかという疑問も生じる。従前は出張であれば事業場外労働のみなし労働制を適用して所定労働時間は労働したものとみなすことで上記のような不都合を回避していたものと思われるが、近年は携帯電話などの通信機器が普及し、立法当時と比べて、格段に事業場外で就労する労働者と連絡が取りやすくなっており、使用者の具体的な指揮命令が及び易い就労環境と言えし、業務報告もその都度徴求されることが少なくない<sup>31)32)</sup>。そして、使用者の労働者に対する具体的な指揮監督が及んでいる場合には、労働時間の算定が可能であるので、事業場外みなし労働時間制が適用されないことについては判例、通説及び行政解釈（昭和63年1月1日基発1号）とも一致している<sup>33)</sup>。そうすると、出張の場合にも「労働時間を算定し難い」（38条の2第1項本文）とは言えず、実労働時間把握の原則に立ち返ると出張に伴う移動時間が長ければ長いほど実労働時間が所定労働時間に満たないという事態が生じる可能性がある。

労働時間該当性についてのいわゆるグレーゾーンの問題であるが、労働時間であることは肯定した上で、当該時間の対価の設定について労働組合と使用者との合意により、一定の限度で労基法上の時間外割増賃金規制や最低賃金規制の適用除外を認めて、労働密度に見合った対価を柔軟に定めることを可能とするような制度の創設についても議論する必要がある。ただし、議論の前提として総労働時間規制や十分な生活賃金の確保ができていなければならないだろう<sup>34)</sup>。

また事業場外みなし制度は、実労働時間の算定困難性を理由として、使用者による実労働時間の把握算定義務を免除するものではあるが、みなし労働時間は、できるだけ実労働時間に近づくこと

が要請される<sup>35)</sup>。

したがって、使用者は、労働時間のみなしを適正に行う義務を負い、労働者がある業務を遂行するためには通常、所定労働時間を超える時間を必要とする場合は、「通常必要時間」（「当該業務の遂行に通常必要とされる時間」）のみなしの適用（38条の2第1項但書）を主張し、その場合の賃金または割増賃金の支払を請求できると解すべきであるし、「通常必要時間」が実労働時間に照らして適正でない場合も、労働者は適正なみなしの履行義務を求め、賃金・割増賃金を請求することが可能であるという見解も示されている<sup>36)</sup>。

このように事業場外みなし労働時間制の適用がある場合であっても、使用者には労働実態を把握して実労働時間に近似する適正なみなし労働時間の設定義務があると考えられる。「通常必要時間」とは、「通常の状態での業務を遂行するために客観的に必要とされる時間」を指し（昭和63年1月1日基発1号）、理論上は「経験的平均値」を指すと考えられているが<sup>37)</sup>、裁判実務においては実労働時間の概括的認定に近い作業を求められる場合も多いと指摘されており<sup>38)</sup>、同業種における経験的平均値というよりは個々の職場ごとの当該職務の日常的な遂行状況をもとに「通常必要時間」が認定されていると言える。こうした裁判実務を前提とすると、日々の労働時間が何時間であるかということの把握義務が免除されている事業場外みなし労働時間制においても、みなし時間を所定労働時間とするのか、あるいは「通常必要時間」とするとして、その時間を何時間と考えるのかという局面では、使用者にはそれぞれの職場や職務内容ごとの労働実態の把握を含めた広い意味での労働時間把握義務があると思われる。これは同時に、業務遂行に必要な労働時間がみなし時間として設定された労働時間内におさまるように業務命令権を行使すべしという、業務命令権行使の適正化の要請として機能すると言えよう。

#### 4 固定残業代の有効要件

また能力主義・成果主義的な働き方の進展に伴い、時間外労働等に対応する手当の支払方法にも

変化が見られ、厳密に実労働時間を算定せず、所定ないし一定の労働時間勤務したものとみなして定額の賃金（固定残業手当）を支払うという手法が非常に多く用いられるようになってきた<sup>39)</sup>。基本給に一定の時間外労働等に対応する割増賃金を組み込んで支払う手法と合わせて「固定残業代」（定額手当制、定額給制）と呼ばれて、その有効要件が議論されている<sup>40)</sup>。なぜなら「固定残業代」は時間外労働等の対価支払の頭打ちとして機能し、サービス残業の温床になっているという面もあるからである<sup>41)</sup>。

労働基準法所定以外の計算方法による割増賃金の支払方法の合意も、実際に行われた時間労働等に対して法所定の計算方法で算出した場合に支払われるべき割増賃金額を下回らない限り、それ自体が違法であるとはいえないとされている（昭和24年1月28日基収3947号参照）。最高裁も定額給制の有効要件について、定額給のうち割増賃金に相当する部分とそれ以外の部分が明確に区別されていれば（「明確区分性の要件」と言う）、使用者は、当該割増賃金に相当する部分の支払義務を免れるとしている<sup>42)</sup>。

もっとも、近時、「固定残業代」制度の有効性をめぐる紛争は増加しており、裁判所は明確区分性の要件について厳格に捉える傾向にある<sup>43)</sup>。特にテックジャパン事件最判（最一小判平成24年3月8日労判1060号）以降、その傾向が顕著に現れている<sup>44)45)</sup>。

使用者には、労働時間の適正把握・管理義務があることからすると<sup>46)47)</sup>、労働者において実際の労働実績に応じて過不足なく時間外労働等の対価が支払われているか否かを検証できるように、何時間分の時間外労働等の対価が、いくら支給されているかを明確に区分して説明し、使用者においても精算未了がないようチェックしておくことが要請される。加えて固定残業代の機能を適法に活かそうとするのであれば、使用者は業務命令権を行使するにあたり、手当や基本給に組み込まれた割増賃金額に対応する時間外労働等の時間数の枠内におさまるよう日々注意を払うことが求められる。したがって、使用者は、労働時間の適正把握・管理義務の履行を通じて、労働者の賃金請求権確

保と健康確保（予定された時間の枠内に労働時間をおさめる）に向けた配慮が要請されていると言える。もちろん、予め組み込まれた割増賃金が長時間労働を助長するような内容であってはならず、労働者の健康を害するような長時間労働を助長しかねない固定残業代に関する合意の効力は公序良俗に反して無効とされたり<sup>48)</sup>、合理的な範囲に限定して解釈されることもある<sup>49)</sup>。

## 5 専門業務型裁量労働制の適用要件（38条の3）

専門業務型裁量労働制の導入要件として、労働者の同意が必要であるか、また専門業務型裁量労働制の協定<sup>50)</sup>は「事業場」ごとに締結すべきか、企業全体を対象とすることは可能かといった問題が議論されている<sup>51)</sup>。

同制度の適用について労働者本人の同意が必要かという点については、適用対象者である労働者個人の同意は必要とはされていないものの、裁量労働従事者は、その業務の性質上、創造性が要求される仕事に従事する者が多く、このため労働時間に非常に個人差が生じやすいという特徴もある。そこで主体的な働き方を可能としてその能力発揮を促進しようとの趣旨に照らすと、労働者本人の同意は制度の円滑な実施のための実際上の要件となると指摘されており<sup>52)</sup>、実務的にも同意を得た上で適用しているようである<sup>53)</sup>。

また同制度の導入要件である協定締結単位を事業場ごとに考えるべきか、企業全体を対象とできるかという点について、ダウンゴ事件（京都地判平成18年5月29日労判920号57頁）は本社の労働者の過半数の代表者とで締結された協定を以って本社以外の別事業場の協定と見ることはできず、事業場ごとでの締結を必要としているようである。同判決は労基法が事業場ごとの締結を念頭においていることを意識していると思われる。もっとも、この問題は実質的には、専門業務型裁量労働制で予定されている対象業務の内容やみなし時間について適切な運用がなされるように労働者の意見を集約・反映するにはどのような単位で、どのような手続を採用することが適当であるかという点に本質があると言えよう。そうすると、公法上の義務違反の有無はしばらくおくとしても、



民事上の効力を考える場合には、むしろ、かかる実質的な要請が満たされているか否かが重視されるべきである。つまり、事例によっては企業全体で労働者の意見の集約・反映が適切かつ効果的に実施できているならば民事上の効力が認められると解釈される余地はあろう。

自律的な働き方を可能とする制度の適用にあたって、労働者個人の意向を尊重する必要性や職場における集団的なコントロールのあり方が問われている。

#### IV サービス産業化とあるべき労働時間規制とは

以上で見てきたとおり、従来の労働時間規制は労働していることが明確な工場労働や定型的な事務労働には適格的ではあったが、サービス労働のように顧客のニーズに対応することが求められる就労形態との関係では柔軟性に欠けていたと言える。また裁量性のある働き方や就労の場所的時間的拘束が緩い就労形態との関係では労働時間の把握・算定についてのみなし制度のような特別なルールが必要とされているということが出来る。こうした実態からいわゆるホワイトカラー・エグゼンプション制度の導入が議論されており、高度プロフェッショナル制度の創設という形で導入の提言もなされている<sup>54)</sup>。

確かに、労働時間にかかわる労働条件の具体的基準の形成は個々人の能力・成果に着目する人事制度や就労形態は労働時間規制にはなじまないし、仕事内容の専門性が高まるほどその傾向は強くなる。そこで労働時間規制の法改正の変遷にも現れていたとおり、直接的な規制から、基本的には労使自治に委ねて、労使の協定により集団的に決定されるようになっていく。また歯止めとして、その基準の個々の労働者への適用に際しては、適用を受けようとする「労働者の同意」も必要とする制度が構想されている<sup>55)</sup>。

しかし、ここで重要なのは個々の労働者において、主体的な働き方を支える「権利主張」ができるのかという点である。「権利主張」を担保するため、労働者の同意が実質的に見て自由に行われ

るための法的基盤整備（企業内苦情処理システムの整備、迅速・簡易・公正・無償原則の個別的雇用紛争の解決システムの構築）の必要性があると指摘されているが<sup>56)</sup>、労働者にとって効果的で迅速・簡易な紛争処理手続の整備は容易ではなく議論が必要な状況にある<sup>57)</sup>。

加えて、主体的であればあるほど長時間労働を余儀なくされ、高いストレスに直面する傾向にあり<sup>58)</sup>、精神や健康を害する危険も高い。そうした事態を回避するためには、労働者本人がエグゼンプト制度から離脱する決断をする必要があるし、集団的決定を通して、適正なルール設定を行うことも前提となる。しかし労働者に対する労働法教育（ワークルール教育）は十分とは言えず、知識を有するだけでは行動に移すことができないという実態もある。こうした状況を踏まえて、労働者に対するワークルール教育と納得性のある決断ができる基盤をどう整備すべきかが問題であるが、この点は議論の緒についたばかりである<sup>59)</sup>。

また労使が適正な枠を設定するための協議のあり方や労働者代表（過半数組合又は事業場の労働者の過半数代表）が労働者の意見をどのように集約していくのかなど、職場の実情を踏まえた公正な意見の集約・形成・反映のあり方についての問題も提起されている。もっとも、現状では集団的なルール設定も、適正な職場集団が結成されているケースも少なく<sup>60)</sup>、主体的な働き方をする上で必要とされる「社会的能力」（使用者に対して自らの利益・権利を的確に主張する能力）をどのように醸成していくのが課題となっている<sup>61)</sup>。

さらに個々の労働者がその制度の適用を受けるかどうかを自由に決めることのできるための基盤整備の必要性も意識されている。具体的には、労働者が不本意ながら同意させられるといった事態を防止する観点から第三者の助言や支援を受けながら納得性のある選択ができるようなシステム作りの重要性も意識する必要があるし、制度の適用を望まない場合でも有形無形の不利益（降格などの明らかな不利益措置のみならず、キャリア形成の道を事実上断念せざるを得ないといった不利益）をおそれて選択の自由が事実上奪われるという事態を防止するにはどうしたらよいかという点も議

論する必要がある。

加えて公正かつ合理的な同意形成のあり方についてのガイドラインを作成するなどして社会的な共通認識を形成する必要があると言えるだろう。

また裁判例で問題となっていた労働時間の適正把握・管理義務との関係では実労働時間管理に加えて在社時間や拘束時間の規制に加え、仕事量の適正な管理を可能にする仕組み作りが求められている。その一つの方途としては長時間労働抑止（労働者の健康確保）や労働者の賃金請求権確保に無関心であったり、あえてこうした労働者の権利を侵害しようとする使用者が訴訟等の場面で有利となることを防ぐ法理の形成や立証責任の転換を図る法制度の新設も求められていると言えよう<sup>62)</sup>。

このように労働者が主体的・自律的な働き方をするためには、労働時間規制をどのように緩和するかという制度論とともに（あるいは前提として）、労働者自身が自らの権利利益が適切に保障されるようにするための決断や行動を支える基盤の整備が重要であることがわかる。そのような労働時間法理の実現には、①上述したワークルール教育の問題に加えて、労働契約上の労働条件（労働時間）の理解・把握を促進するため、労働条件の明示義務や周知義務（労基法15条、労契法4条）について労働者の理解・納得（内容的にも手続き的にも合理性があることがわかるようにする）という観点から内容を深化する必要がある。労働条件の説明・周知を業務命令権の制約法理として機能させる必要がある<sup>63)</sup>。

加えて②労働時間の適正把握・管理義務を実効性のあるものとするために、実際の労働時間を知るための文書の作成・確保が不可欠である<sup>64)</sup>。文書による労働時間の適正把握・管理義務の考え方は労働者による労働契約展開過程の労働時間管理文書へのアクセス権につながるものであり、使用者に対して誠実で迅速な説明義務を課すことになり、労働時間に関する労使協議の実効性確保に大いに資するものと言える。

さらに、非正規社員との関係では雇用の不安定さと低賃金の問題が相まって長時間労働を招いており、これらの問題状況を解決するために実効性

のある労働時間規制の構築は喫緊の課題であるし、特にブラックバイト問題のように労働時間規制が無視されているものの、個々のアルバイト労働者の多くは、時間と費用をかけて訴訟を提起しようとはしないことから違法状態が放置されるという問題もある。そこで③こうした事態に対して実効性のある労働時間規制を行うにはどうしたらよいかという問題も検討していく必要がある<sup>65)</sup>。

たとえば規制の在り方として、現行労基法のように違反に対して刑罰法規をもって臨む（119条等）という手法もさることながら、努力義務に基づく改善指導や企業名公表といった別の観点からの行政指導により是正を図る方策を推し進める必要がある<sup>66)</sup>。なぜなら、労働条件の説明・明示の不徹底や労働時間管理資料の不存在といったルーズな使用者との関係では、いわゆるグレーゾーンが広がり、法違反を明確に認定できず、刑法の謙抑性の観点と相まって、労働基準監督行政による是正指導が消極的となり、ルーズな使用者ほど行政取締規制が十分機能しないという事態も少なからず見受けられるからである。

このようにサービス産業化に適合した労働時間規制の構想には、法制度の新設のみならず労働者が名実共に自律して働くことを可能とする「社会的能力」の涵養や基盤整備と支援が必要となる<sup>67)</sup>。また、労働者の労働条件の理解促進のために労働条件の説明・明示、労働時間の適正な把握・管理を徹底し、合意された業務命令の範囲を明らかにするとともに、業務命令権の行使がその範囲内においてなされているかをチェックする法理の確立が要請されている。

1) 統計局ホームページ・サービス産業動向調査の概要 (<http://www.stat.go.jp/data/mssi/gaiyo.html>)。

2) 水町勇一郎『労働法第5版』（有斐閣、2014年）44頁。なおホワイトカラー労働の特質については、島田陽一「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」（日本労働研究雑誌519号、2003年）、荒木尚志「裁量労働制の展開とホワイトカラーの法規制」（社会科学研究50巻3号、1990年）を参照。

3) 道幸哲也・開本英幸・浅野高宏編『変貌する労働時間法理』（法律文化社、2009年）44頁以下（戸谷義治執筆部分）。

4) 平成27年2月13日付厚生労働省労働条件分科会「今後の労働時間法制等の在り方について（報告）」、鶴光太郎＝樋口美雄＝水町勇一郎編『労働時間改革』（日本評論社、2010年）など。

5) 平成27年7月24日付「過労死等の防止のための対策に関

する大綱」。

- 6) 西谷敏＝田端博邦＝萬井隆令＝野田進＝深谷信夫＝脇田滋＝和田肇「特集 安倍政権下における雇用政策批判」(労働法律旬報 1807＋08号) 46頁(脇田滋執筆部分)。
- 7) 前掲注2) 水町 52頁。
- 8) 「労働時間の上限規制及び休憩・休日・休暇について 平成22年版労基局労働基準法(上)」392頁以下、東京大学労働法研究会編『注釈労働時間法』(有斐閣、1990年) 53頁以下、西谷敏・野田進・和田肇編『新基本法コンメンタール労働基準法・労働契約法』(日本評論社、2012年) 104頁(鎌田耕一執筆部分)、土田道夫・山川隆一編『労働法の争点』(有斐閣、2014年) 100頁(島田陽一執筆部分)、前掲注3)『変貌する労働時間法理』24頁以下(山田哲執筆部分)及び173頁以下(國武英生執筆部分)。
- 9) 野田進「労働時間規制立法の誕生」日本労働法学会誌 95号(2000) 90頁以下。
- 10) 前掲注8) 労基局労働基準法(上) 621頁、前掲注8)『注釈労働時間法』727頁。
- 11) 菅野和夫『労働法第4版』(弘文堂、1995年) 207頁以下。
- 12) 前掲注3)『変貌する労働時間法理』(山田哲執筆部分) 30頁「基本法コンメンタール」(鎌田耕一執筆部分) 104-105頁参照。男女の機会均等も労働時間規制の転換の要因であり、その例としては従前の「女子」全般の時間外、休日、深夜の規制から、育児・介護等を担う労働者を対象とする規制へと規制対象がシフトしてきたことが挙げられる。
- 13) 前掲注8)『労働法の争点』(島田陽一執筆部分) 100頁。
- 14) 渡辺章・山川隆一編・筑波大学労働判例研究会著『労働時間の法理と実務』(信山社、2000年) 24-28頁。
- 15) 労働時間法制の弾力化はホワイトカラーの労働時間制度の改革と深く結びついている。ホワイトカラーの労働時間制度改革に関するこれまでの議論状況については、前掲注2) 島田「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」(11頁以下)参照。
- 16) 前掲注14) 書14-24頁参照。
- 17) 前掲注14) 書では、こうした労働時間法制の基本的方向を「手続的規定化」と呼んでいる。
- 18) 前掲注14) 書で渡辺教授は、こうした労働時間法制の状況に照らして、労働者の過半数代表法制の整備はもはや現状のままにしておくことはできず、21世紀の日本の労働法の最重要課題のひとつであるとして、その重要性を強調している。
- 19) 白石哲編著『労働関係訴訟の実務』(商事法務、2012年) 63頁(藤井聖悟執筆部分)。
- 20) 盛誠吾「年俸制・裁量労働制の法的問題」(日本労働法学会誌 89号(1997) 77頁)。
- 21) 臨床検査技師(雄心会事件・札幌高判平成25年11月21日労判1086号22頁)、理学療法士(医療法人社団明芳会(R病院)事件(東京地判平成26年3月26日労判1095号5頁))、調理人(大庄ほか事件・大阪高判平成23年5月25日労判1033号24頁)。
- 22) 新人の発表会の準備時間が労働時間が争われたオリエンタル・モーター(割増賃金)事件・東京高判平成25年11月21日労判1086号52頁では、発表会が強制であったかどうかを重視している。
- 23) 前掲注8)『注釈労働時間法』136頁。
- 24) 裁判例については前掲注19) 書64頁を参照されたい。
- 25) 前掲注2) 島田「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」12頁。
- 26) 出張時の列車等交通機関乗車時間が労働時間に該当するかについては、見解は分かれている。労働時間とする裁判例は労働者が「東京方面で職業開拓の仕事に従事するためには絶対に必要な時間であり、いわば職業開拓の職務に当然付随する職務というべきところ、前記のとおり右出張計画表記載の旅行時間に旅行することについては校長の明示の命令があった」として旅行時間は労働時間に当たるとした(鳥根県教組事件・松江地判昭和46年4月10日労判127号35頁)。これに対して労働時間ではないとする裁判例は出張の際の往復に要する時間は、労働者が日常の出勤に費やす時間と同一性質であると考え、これに要する時間は労働時間に該当しないとしている(日本工業検査事件・横浜地川崎支決昭和49年1月26日労民集25巻1・2号12頁、京葉産業事件・東京地判平成元年11月20日労判551号6頁、横河電機事件・東京地判平成6年9月27日労判660号35頁など)。
- 27) これらの問題と事業場外労働のみならず労働制度の適用の可否については前掲注14) 書130-133頁を参照されたい。
- 28) 在宅勤務に事業場外労働のみならず適用されるか否かの留意点については厚生労働省「在宅勤務での適正な労働時間管理の手引き」(平成24年)参照。
- 29) 行政解釈は「出張中の休日は、その日に旅行する等の場合であっても、旅行中における物品の監視等別段の指示がある場合の外は休日労働として取り扱わなくても差支えない」(昭和23年3月17日基発461号、昭和33年2月13日基発90号)としている。
- 30) 出張の目的が運搬であり旅行中その物品の監視をしなければならない等出張の移動そのものが業務性を有する場合には、移動そのものが業務性を有するため労働時間性が認められるとする前掲注19) 書63頁(村田一広執筆部分)参照。
- 31) 前掲注8)『労働法の争点』112頁。なお出張については、場所的拘束性が乏しく、業務の実施方法、時間配分等について直接的かつ具体的指示等を欠いていたという事情のもとでは「労働時間を算定し難いとき」(労基法38条の2)に該当するとした裁判例もあるが(ロア・アドバイザーズ事件・東京地判平成24年7月27日労判1059号26頁、出張を伴う移動時間につき事業場外のみならず労働時間制の適用を肯定したロフテム事件・東京地判平成23年2月23日労経速2103号28頁もある)、多くは否定されている(後掲注32)参照)。
- 32) 事業場外のみならず労働時間制の適用が否定された裁判例としては、展覧会での絵画の展示販売が業務に従事する場所及び時間が限定され、会社の支店長等も業務場所に赴いていた事案(ほるぶ事件・東京地判平成9年8月1日労判722号62頁)、朝出社して朝礼に出席し、外勤終了後帰社して終業となる勤務時間の定めのある営業社員について行動予定表を提出させることにより、行動予定を把握し携帯電話を持たせていた事案(光和商事事件・大阪地判平成14年7月19日労判833号22頁)、出退勤においてタイムカードを打刻していたこと、営業活動についても訪問先や帰社予定時刻等を報告し、営業活動中もその状況を携帯電話等によって報告していた事案(レイズ事件・東京地判平成22年10月27日労判1021号39頁)、タイムカードや職員執務日報による勤怠管理を受けていた事案(日会計事務所事件・東京高判平成23年12月20日労判1044号84頁)などがある。
- 33) 同みなし制度については、近時、阪急トラベルサポート事件(第1事件・東京高判平成23年9月14日労判1036号14頁、第2事件・東京高判平成24年3月7日労判1048号6頁、第3事件・東京高判平成24年3月7日労判1048号26頁)の3つの東京高裁判決が出され、旅行会社の派遣添乗員に対する事業場外のみならず労働時間制の適用を否定した。最高裁(平成26年1月24日)は、上記のうち第2事件について、海外旅行の派遣添乗員に対する事業場外のみならず労働時間制の適用を否定し、東京高裁の判断を支持した。
- 34) 以下のような裁判例で争われている仮眠時間や手待ち時間の労働時間性とこれに対して支払う賃金の決定のあり方につ



- いても同様の制度が必要と思われる。ビル管理人の仮眠時間（大星ビル管理事件・最一小判平成14年2月28日民集56巻2号361頁、ジェイアール総研サービス事件・東京高判平成23年8月2日労判1034号5頁）、住込みマンション管理員夫婦の労働時間（大林ファシリティーズ（オークビルサービス）事件・最二小判平成19年10月19日民集61巻7号2555頁、差戻審東京高判平成20年9月9日労判970号17頁）、タクシーの待ち時間（中央タクシー（未払賃金）事件・大分地判平成23年11月30日労判1043号54頁）、観光バスの駐停車などの非走行時間（大阪淡路交通事件・大阪地判昭和57年3月29日労判386号16頁）、医師の宿日直・宅直勤務の労働時間該当性について奈良県（医師・割増賃金）事件・大阪高判平成22年11月16日労判1026号144頁、ガス漏出修理業務従事者の待機時間について大道工業事件・東京地判平成20年3月27日労判964号25頁等。
- 35) 土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年）326頁、『注釈労働時間法』536頁、556頁、前掲注19）書『労働関係訴訟の実務』91頁（村田一広執筆部分）など。
- また阪急トラベルサポート（派遣添乗員・第2）事件・東京地判平成22年7月2日労判1011号5頁は「事業場外での労働は労働時間の算定が難しいから、できるだけ実際の労働時間に近い線で便宜的な算定を許容しようという趣旨である」とし、阪急トラベルサポート（派遣添乗員・第3）事件・平成22年9月29日労判1015号5頁は「当該業務から通常想定される労働時間が、現実の労働時間に近似するという前提に立った上で便宜上の算定方法を許容したものであるから、みなし労働時間の判定に当たっては、現実の労働時間と大きく乖離しないように留意する必要がある」と判示している。
- 36) 前掲注33) 土田『労働契約法』326頁。
- 37) 東京大学労働判例研究会編『労働基準法（下）』659頁、渡辺章『事業場外労働の労働時間算定』ジュリスト917号95頁など。
- 38) 前掲注19）書『労働関係訴訟の実務』92頁（村田一広執筆部分）。
- 39) 菅野和夫先生古稀記念論集『労働法学の展望』（有斐閣、2013年）338-340頁（岩出誠執筆部分）。
- 40) 前掲注37）岩出342頁以降、前掲注19）書・107頁以下（白石哲執筆部分）など。
- 41) 佐々木亮・渡辺輝人・川村遼平・森崎嶺・ブラック企業対策プロジェクト in 京都「固定残業代の実態とその問題」（労働法律旬報1824号6頁以下）。
- 42) 小里機材事件（最一小判昭和63年7月14日労判523号6頁）、高知県観光事件（最二小判平成6年6月13日労判653号12頁）、テックジャパン事件（最一小判平成24年3月8日労判1060号5頁）。
- 43) たとえば「営業手当」が時間外労働等の対価とみることができかねる争われたDIPS（旧アクティリンク）事件（東京地判平成26年4月4日労判1094号5頁）。同事件では、賃金規程において「営業手当」は、月30時間分に相当する時間外労働割増賃金として支給するとされていたところ、裁判所は「『出勤欄日数』、『出勤時刻欄』の記載が、原告の実労働時間等の実態を反映したものでないことは明白であって、被告において、月30時間を超える時間外労働の有無及びその時間数を把握し管理する意思も、原告が月30時間を超える時間外労働をした場合に営業手当に加えて本件賃金規程に定められた時間外勤務割増賃金等を支払う意思もなかったことは容易に推認できる」などとして、営業手当を月30時間分の時間外労働に対する手当として支給し、受給する旨の合意が成立したとは言えないとした。
- 44) テックジャパン事件最判の櫻井龍子裁判官が補足意見において、時間外労働の時間数およびそれに対して支払われた残業手当の額が明確に示されていることを法が要請していることを強調したうえで、「近年、雇用形態・就業形態の多様化あるいは産業経済の国際化等が進む中で、労働時間規制の多様化、柔軟化の要請が強くなってきていることは事実であるが、このような要請に対しては、長時間残業がまだまだ多くの事業場で見られ、いわゆるサービス残業、不払残業の問題への対処など、残業をめぐる種々の状況も踏まえ、今後立法政策として議論され、対応されていくべきものと思われる。」と指摘している。これは、固定時間外手当（ただしテックジャパン事件は基本給に組み込む定額給制の事案）の有効性を安易に肯定すると長時間労働やサービス残業を助長することになりかねないという懸念の表明であると理解できる。
- 45) また行政も固定時間外手当の定め方については、「求人票における固定残業代等の適切な記入の徹底について」（平成26年4月14日厚生労働省職業安定局首席職業指導官室中央職業指導官）と題する事務連絡を發出して、不適切な固定時間外手当の記載例を例示し、その適正化を図っている。
- 46) 藤井聖悟「第4講 実労働時間の認定・評価・判断に関する諸問題」・前掲注19）書52-53頁、なお筆者は使用者の労働時間管理義務を前提に、文書による管理義務を肯定すべきとの立場である（道幸哲也・開本英幸・浅野高宏編著「変貌する労働時間法理」92頁）。
- 47) 使用者の労働時間の把握・管理義務については、使用者が適正な労働時間の把握・管理をしないことの問題点を直視して、労働契約上の付随義務として、信義則上使用者は労働者に対してタイムカード等の打刻を適正に行わせる義務を負うと判示するものがある（医療法人大生会事件・大阪地判平成22年7月15日労判1014号35頁）。
- 48) マーケティングインフォメーションコミュニティ事件（東京高判平成26年11月26日労判1110号46頁）は、固定残業手当（営業手当）がおおむね100時間の時間外労働に対する割増賃金の額に相当するという点に着目し、100時間という長時間の時間外労働を恒常的に行わせることが労働時間規制の趣旨に反するものであることは明らかであるから、法令の趣旨に反する恒常的な長時間労働を是認する趣旨で、営業手当の支払についての合意を認めることは困難であるとした。
- 49) 定額手当に組み込まれた時間外労働等の時間数を問題視して、これが長時間労働を助長するような合意の効力を制限的に解釈しようとする裁判例としては、ザ・ウィンザー・ホテルズインターナショナル事件（札幌高判平成24年10月19日労判1064号37頁）があり、手当に95時間分の時間外労働等の対価が含まれていたとの使用者の主張を排斥し、いわゆる時間外労働の限度基準（昭和57年労働省告示第69号・平成4年労働省告示第72号により示されたもの）を考慮して、45時間分の限度で割増賃金が支給されていたとした。
- 50) 38条の3は「使用者が、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ときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定」（同条1項本文）により導入すると定めている。
- 51) 菅野和夫・安西愈・野川忍『論点体系 判例労働法2 賃金・労働時間・休暇』（第一法規、2014年）193-194頁、196-197頁参照。
- 52) 菅野和夫『労働法第10版』（弘文堂、2012年）382頁。
- 53) 前掲注8）『労働法の争点』115頁（池添弘邦執筆部分）。
- 54) 労働政策審議会宛て平成27年2月13日付「今後の労働時間法制等の在り方について」（報告）労働条件分科会。
- 55) 前掲注54）、なお、主体的・自律的働き方についての労働時間規制の特徴と問題意識については道幸哲也・開本英幸・

- 浅野高宏編『変貌する労働時間法理』200-201頁（道幸哲也執筆部分）参照。
- 56) 前掲注14) 書24-28頁。
- 57) 浅野高宏「労働紛争処理・解決と労働者に対するワークルール教育」日本労働法学会誌126号（2015年）85頁
- 58) 三柴丈典「労働時間の立法的規制と自主的規制」日本労働法学会誌106号（2005年）132頁。
- 59) 道幸哲也・國武英生・浅野高宏・開本英幸「ワークルール教育の意義と課題」日本労働法学会誌126号（2015年）59-97頁。
- 60) たとえば、36協定などの労働者代表の選出手続が法の理念（労基則6条の2、平成10年法改正。トーコロ事件・東京高判平成9年11月17日判例729号44頁）に反して民主的な手続を経ず労働者の意見を反映するという機能を果たしていないことが多い。鴨田哲朗「民主主義を支えるための労働時間規制」（2015年労働法律旬報1831+32号）59頁参照。
- 61) 前掲注55) 201頁。また、長時間労働抑止の観点から労働者側でも36協定締結の場面で使用者の業務命令権を制約することができたはずであるが、労働者側においてもそうした行動に出ることに消極的な意識があったという点を指摘するものとして、鴨田哲郎「適用除外は時間主権の問題である」（労働法律旬報1823号）20頁以下。
- 62) 浅野高宏「労働時間管理義務に関する実務上の諸問題」小宮ほか『社会法の再構築』（2011年）121頁以下、前掲注8)『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法』（日本評論社、2012年）110頁。
- 63) 前掲注59) 論文、特に82-89頁。固定残業代の明確区分性についての要件を厳格に捉え、固定残業代に含まれる労働時間数について長時間労働抑止の観点から一定の限度を設けようという裁判例も、適正な労働時間の枠内で無限定無定量

の業務命令が発せられないことがないよう合意内容の明確な説明を求めるものと理解することが可能である。

- 64) 前掲注59) 書、特に198頁、92-105頁。
- 65) ブラックバイトの実態や問題については、佐々木亮・川村雅則・今野晴貴・青木克也+北村諒・宮田賢・森崎巖・中村和雄「ブラック企業問題における負の連鎖——ブラックバイト現場の実態を中心に」（労働法律旬報1841号6頁以下）。
- 66) 努力義務規定の行政取締における意義については、中嶋士元也先生還暦記念論集『労働関係法の現代的展開』（信山社、2004年）41-43頁以下（荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能——日本型ソフトロー・アプローチ？」）。
- 67) 日本労働法学会編集「講座 21世紀の労働法 第5巻 賃金と労働時間」（有斐閣、2000年）180-182頁（浜村彰執筆部分）参照。浜村は「労基法が、今後ますます拡大していく労働時間の弾力化や多様化に関わる局面で、これらの労働者代表に対して法規定の具体化と運用の適正化をゆだねる政策的スタンスをとっている以上、早急に労働者を民主的に代表して使用者と対等な立場で交渉、協議するに足りるだけの地位と手段が法的に保障されることが望まれる」と指摘しており、筆者も賛成である。こうした地位と手段の保障の前提として労働者個々人の「社会的能力の涵養、基盤整備と支援が必要とされていると言えよう。

あさの・たかひろ ユナイテッド・コモンズ法律事務所代表弁護士。北海学園大学法学部准教授。北海道労働局紛争調整委員、NPO法人職場の権利教育ネットワーク理事等。最近の著作に「個別合意による労働条件変更」『労働法の争点』土田道夫・山川隆一編（有斐閣、2014年）。労働法専攻。