

労働時間に関わる基本的な問題 及び実務上のポイント



野口&パートナーズ法律事務所 弁護士・中小企業診断士 近藤 秀一氏

1 はじめに

近時、コンプライアンス遵守の要請が高まっており、コンプライアンス違反倒産も激増の傾向があります（帝国データバンク「コンプライアンス違反企業の倒産動向調査（2024年度）」によると、2024年度のコンプライアンス違反倒産は過去最多の388件とのことです）。

中小企業においては、労務関係のコンプライアンス違反が多く、労務問題による企業の倒産の実例も複数報告されており、労務コンプライアンス違反のリスクは高いです。中小企業における大きな労務上のリスクの問題としては、労働時間の問題が挙げられ、大きく、①労働基準監督署（以下、労基署）から違法残業と認定されるリスク、②労働者からの残業代請求という二つのリスクに分けられます。

近時、①については、「働き方改革」の名のもとに労基署における過重労働の取締りの傾向が強くなり、特に過重労働がある場合に違法残業と認定を受けることはリスクが大きく、注意が必要となります。また、②残業代請求についても、2023年4月1日より中小企業も大企業と同様に60時間超えの時間外労働割増率が50%となり、消滅時効期間も2020年4月1日改正による3年間の請求を丸々受けることとなっております。残業代請求のリスクが、中小企業経営に与える影響は今後ますます大きくなるものと予想されます。

当職は、使用者側に立ち、労働紛争等の職務に注力していますが、以下、本稿において、労働時間に関わる基本的な問題及び実務上のポイントを説明します。

2 違法残業になる場合とは

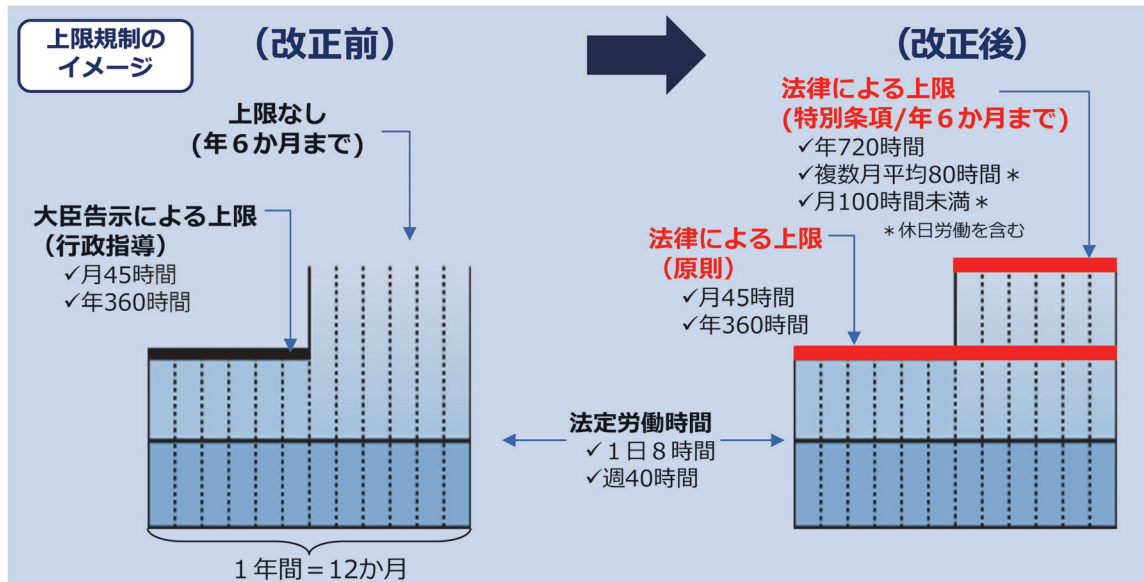
法律上、法定労働時間超の時間外労働をさせるためには、三六協定を締結し、所轄労基署に届け出ることが必要です（労働基準法（以下、労基法）36条1項参照）。したがって、①三六協定を締結していない場合、又は②三六協定の締結の方法に不備があった場合（三六協定を締結していないものと同視される）に、労働者に法定労働時間超の時間外労働を行わせると直ちに違法残業となります。

また、三六協定において、上限の時間外労働の時間数等を明示して届け出ることとなりますが、③三六協定の上限時間を超える時間外労働を行わせた場合も違法残業となります。

上限時間については、長らく法律上の限度時間の上限はありませんでしたが、働き方改革関係の法改正の際に上限が設けられ、現行法の上限規制としては以下のようになっています（イメージ図としては、【図表1】参照。なお、一部の業種等については上限規制の例外があります）。

- ア 上限は原則として月45時間・年360時間
- イ 特別条項（年6カ月まで可）を合意した場合、以下の上限
 - i 時間外労働の上限は年720時間
 - ii 時間外労働と休日労働の合計が月100時間未満
 - iii 時間外労働と休日労働の合計について、「2カ月平均」「3カ月平均」「4カ月平均」「5カ月平均」「6カ月平均」が全て1月当たり80時間以内

【図表 1】



（厚生労働省リーフレット「時間外労働の上限規制 わかりやすい解説」より）

3 違法残業が摘発された場合の罰則・ペナルティ等

（1）刑事罰の存在

労基署が違法残業を摘発した場合、是正勧告という形で摘発先に是正を求めることが通例です。是正勧告は、いわゆる「行政指導」であり、直接不利益な法的効果があるものではなく、刑事罰でもありません。

もっとも、違法残業には刑事罰（6カ月以下の懲役又は30万円以下の罰金）があり、違法残業をさせたものだけではなく事業主自体も処罰の対象（両罰規定）となります（労基法119条1項、同法121条）。

労基署が、検察官に刑事処罰を求めて手続を行うことを「送検」といいますが、労基署に送検をされ刑事処罰を受けると、①前科となってしまいますし、②厚生労働省において送検事例は公表されており、実務上何らかの形で報道される可能性が高く、会社において多大なレピュテーションリスクとなります、③加えて、許認可事業において

は、労働基準法違反により刑事罰を受けることが許認可の取消し事由となる場合もあり、事業の存続を揺るがしかねない影響を与える場合があります。また、④労働基準法違反で送検されると、技能実習生や特定技能外国人の受入れが一定期間（5年間）法令上不可能になってしまい、外国人に労働力を依存している場合、深刻な事態に発生する可能性もあります。

労基署が、送検手続を行う基準自体は明示的なものではなく各労基署の判断によるものの、㊦過労死や過労自殺等の重大な結果が生じて違法残業となっている場合や、㊧何度も（一応の目安として3回程度）同種事象で是正勧告を行っているが改善が見られない場合等に、書類送検がなされることが多いです。

（2）ハローワーク等の求人不受理

労働関係法令に違反した場合、ハローワークの運用として一定期間、事業主からの求人が不受理とされております（【図表2】参照）。違法残業がある場合、労働基準法違反となりますが、送検を

【図表 2】

以下に該当する場合には、求人の申込みが受理されません

対象となる主なケース		基本となる不受理期間
労働基準法及び 最低賃金法に関する規定	1年間に2回以上、同一の対象条項違反により是正指導を受けた場合	法違反の是正後6か月経過するまで
	対象条項違反により送検され、公表された場合	送検された日から1年経過するまで
職業安定法、男女雇用機会均等法及び育児・介護休業法に関する規定	対象条項に違反し、法違反の是正を求める勧告に従わず、公表された場合	法違反の是正後6か月経過するまで

（厚生労働省リーフレット「改正職業安定法（求人不受理）について」より）

された場合は送検日から1年間、是正勧告を1年に2度受けた場合は法違反是正後6か月間ハローワークの求人を利用できません。

また、ハローワークだけではなく、職業紹介事業者も自身の判断で上記法違反がある場合は同様に求人を不受理とすることができるとされており、違法残業がある場合、採用活動に大きな支障が生じる可能性があります。

（3）サービス残業代の一括支払いの是正勧告

上限を超える違法残業があったとしても、適法な時間外労働割増手当を支払っている場合は、残業代未払いとはなりません。

しかし、実務上、違法残業が摘発される場合に、残業代の未払いが労基署に発見されるケースも散見され、是正勧告により、対象期間（最長で時効期間の3年間）の一括の支払いが命じられることも多いです。

（4）定期的な監督の対象となりやすい

労基署は、是正勧告等を行った場合は、全国共通のデータベースで記録をしており、以前に是正勧告した内容について、本当に改善をしているかどうかチェックするため、定期的に調査（臨検）を行う傾向があります。

再度の臨検の結果、同種の違法残業が発見され

た場合、改善の意思なしとして送検の対象になることもあります。

4 労働時間とは

（1）労働時間の定義

一般的に労働時間は、判例上、労働者が「使用者の指揮命令下に置かれている時間」をいい、この時間に該当するか否かは、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、客観的に定まるものであるとされています（最高裁平成12年3月9日判決・民集54巻3号801頁・三菱重工業長崎造船所事件）。

すなわち、例えば、就業規則等の定めの内容において、所定労働時間外の残業は一切認めないという記載がある場合や、残業が会社の許可制になっており会社が残業の許可を与えていないような場合でも、客観的に見て、所定労働時間外に労働者が残業を行い会社が認めているような場合は、労働時間（時間外労働）と評価されることとなります。

裁判例においても、例えば大阪地裁平成18年10月6日判決・労判930号43頁・昭和観光事件においては、時間外労働への従事は所属長の承認

が必要であるという就業規則の規定があっても、当該就業規則の規定は不当な労働時間外手当の支払いがされないようにするための工夫を定めるものに過ぎず、業務命令に基づいて実際に時間外労働がされている以上、時間外労働に当たり労働時間制は否定されないと判示されています。

（２）自主的な残業

では、労働者が自主的に残業を行う場合、労働時間性は肯定されるのでしょうか。

一見すると、労働者が、使用者の命令によらず勝手に残業を行っている以上、使用者の指揮命令下に置かれているとは評価できず、労働時間にも当たらないように思われます。

行政通達においても、「自主的時間外労働の場合は、労働時間ではないが、黙示の命令があると判断されるような場合は労働時間にあたる」とされており（昭和 23 年 7 月 13 日基発 1018・1019 号）、原則的には自主的な残業については労働時間には当たらないものとされています。

しかし、上記通達の後半部分、すなわち「黙示の命令があると判断されるような場合は労働時間にあたる」という部分には注意が必要です。

すなわち、実務上は、「黙示の命令」がある場合の範囲は非常に広範であり、例えば、①部下が残業をしていることを上司が黙認しているような場合、②部下からのメールの CC に上司が入っていてその時間に部下が仕事をしていることを確認できる場合、③部下のパソコンのログ記録やタイムカードを見れば部下が残業をしている可能性があることを確認できるような場合でも、「黙示の命令」があるとして、自主的な労働時間が時間外労働であると認定されることとなります。

また、注意が必要なのは、始業時間前の自主的労働についても時間外労働時間と認定されること

もあることです。例えば、大阪高裁平成 13 年 6 月 28 日判決・労判 811 号 5 頁・京都銀行事件においては、始業時刻は午前 8 時 35 分とされているが、男性行員のほとんどが自主的に、午前 8 時過ぎころまでに出勤し、午前 8 時 15 分までには金庫扉を開けてキャビネットを出す等通常業務の準備を行っていた事案ですが、午前 8 時 15 分から 35 分までの金庫の開扉等を行う勤務は、銀行の黙示の指示による労働時間と評価されております。

以上のとおり、「黙示の命令」の範囲は非常に広範であり、労働者が勝手に自主的に残業をしている場合において、会社は何らかの形であることが可能であれば、黙示の命令ありとして実務上は基本的には時間外労働に該当します。

（３）通勤時間

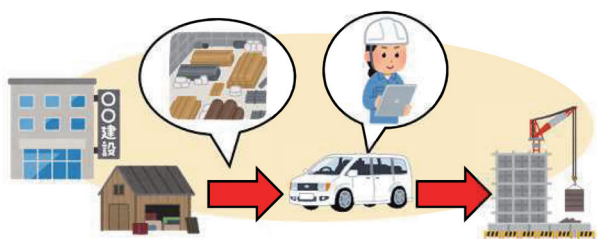
通勤時間は、労働時間に該当しません。労働契約は、会社が指定する就業場所で労務を提供する合意であり、通勤時間（就業場所までの移動時間）については、労働者の自由が保障され、使用者の支配下に置かれていないものと評価されるからです。

営業先や出張先への直行・直帰に要した時間も同様に、特別な事情がなければ労働時間ではないとされています。

（４）会社と現場の移動時間

では、一度、会社の指示で会社事務所に集合し、資材を積んで、その後出張先の現場に移動をしたような場合は、移動時間は労働時間に当たのでしょうか。このような場合は、一度会社事務所に会社の指示で集合した以上、会社の支配下に置かれ、移動時間も自由利用することが認められないとして、原則として移動時間も労働時間として評価されることとなります（【図表 3】参照）。

【図表 3】＜移動時間が労働時間に当たるケース＞



会社の指示でいったん事務所に集合し、
資材を積んで、車中で打ち合わせをしながら移動



事務所に集合後、誰がどの現場に行くかは、当日の
天候・作業現場の進捗状況に応じて会社代表が指示
をしていた

(奈良労働局リーフレット「事務所と現場の移動時間を見直してみませんか？」より)

5 労働時間の管理

(1) 在社時間と労働時間

労働者の労働時間管理の方法として、タイムカード等の機器を用いているケースも多いかと思われま

す。しかし、例えばタイムカード等が設置されている場所と自席とが離れているケースや、タイムカードを押してから同僚と談笑をするケースもままあることを考えるとイメージしやすいとおり、必ずしもタイムカードに記載されている時間と、実際業務に従事している労働時間とが一致しているわけではありません。

そのため、タイムカード等を導入しつつも、労働時間の管理については労働者の自

己申告制を採用しているケースも多いです。

(2) 行政基準

使用者は、労働時間の管理を義務づけられており、具体的な労働時間管理の内容について、厚生労働省は平成 29 年 1 月 20 日付「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」において策定しています（主な内容を記した資料として【図表 4】）。

労基署の実務上は、同ガイドラインを遵守する労働時間の管理を行っているか否か、定期監督等の際にチェックされることとなります。

同ガイドラインによると、使用者が自ら現認するか、タイムカード等の客観的な記録媒体で労働時間を管理することが原則的な方法とされています。一方で、例外的に労働者の自己申告制を採用する場合、使用者は、タイムカードやパソコンのログ記録等から在社時間を確認して、在社時間と自主申告時間との間に著しい乖離（実務上の目安として 30 分）があるかどうか調査し、労働者が過少申告等をしている等修正が必要な場合は、労働時間を修正することが義務付けられております。

【図表 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】

- 使用者は、労働者の労働日ごとの始業・終業時刻を確認し、適正に記録すること
- (1) 原則的な方法
 - ・使用者が、自ら現認することにより確認すること
 - ・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
- (2) やむを得ず自己申告制で労働時間を把握する場合
 - ① 自己申告を行う労働者や、労働時間を管理する者に対しても自己申告制の適正な運用等ガイドラインに基づく措置等について、十分な説明を行うこと
 - ② 自己申告により把握した労働時間と、入退場記録やパソコンの使用時間等から把握した在社時間との間に著しい乖離がある場合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
 - ③ 使用者は労働者が自己申告できる時間数の上限を設ける等適正な自己申告を阻害する措置を設けてはならないこと。さらに36協定の延長することができる時間数を超過し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、労働者等において慣習的に行われていないか確認すること
- 賃金台帳の適正な調製
 - 使用者は、労働者ごとに、労働日数、労働時間数、休日労働時間数、時間外労働時間数、深夜労働時間数といった事項を適正に記入しなければならないこと

(厚生労働省リーフレット「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」の主なポイントより)

すなわち、自己申告制自体は例外として認められているものの、自己申告制の名のもとに使用者がタイムカードやパソコンのログ記録等の客観的な記録媒体を利用せずに、労働時間の過少申告等の可能性がないかどうか調査をしないことは認めない運用となっているのです。

したがって、労働時間の自己申告制を採用する場合でも、タイムカード等を併用して労働者の在社時間を確認する必要がある、この点は留意すべき点となります。

6 残業代請求訴訟の特徴等について

(1) 裁判実務上の労働時間の認定方法

裁判実務上は、タイムカード、ＩＣカード等による客観的記録媒体により労働者の「在社時間」が確認できる場合、使用者が在社時間中の不就労の事情を証明する等特段の事情が無い限り、在社＝使用者の支配（労務指揮）が及んでいるとして、当該タイムカードやＩＣカード等の打刻時間（在社時間）により労働時間が認定されます。

仮に、会社においてタイムカードやＩＣカード等による在社時間管理が行われていなかったとしても、パソコンのログ記録、メール送信ログ、入退館記録、業務日報、ＳＮＳの履歴、ＥＴＣカードの利用履歴等の周辺証拠をもとに、労働者が「この程度残業をした」という主張を行い、使用者が有効な反論ができない場合は、基本的には労働者が主張する基礎資料に基づく労働時間（残業時間）が認められることとなります。

例えば、月複数回の頻度で、退勤前に１時間ぐらいスマホゲームで遊んだ後に、タイムカードを打刻する労働者がいたとしても、この事実を使用者が具体的に立証できなければ、遊んでいる時間

も労働時間と認定されてしまいます。

当職の経験上も、使用者側の反証のハードルは高く、日々の時間管理や、注意指導等を怠っていると立証が困難なことが多いです。

上記事案でも、退勤前のスマホゲームの禁止を指導し、適正に打刻を行うことを徹底していればそもそも問題は生じず、不当な残業代請求を防止するという観点からも、日々の的確な労働時間管理は有用です。

(2) 残業代請求の特徴

実務上の視点による残業代請求訴訟の特徴をまとめると、【図表５】のとおりです。

補足しますと、前述のとおり、タイムカード等の在社時間を示す客観証拠があれば、特段の事情が無い限り、労働時間とされてしまいますが（①）、実務上は、一定の情報や、始業時間、終業時間等を入力するだけで、自動的に残業代が計算される「きょうとソフト」と呼ばれるエクセルファイルを利用して、審理されます（③）。タイムカード等については、使用者側が管理をしているものの提出を拒むことが困難です（文書提出命令という制度があり、提出が法的に義務付けられます）。実務上、残業代請求を行う労働者側にとっては、大量・定型処理が可能となり、残業代請求のハードルは極めて低いです。

加えてリスクが大きいのは、消滅時効期間（３年間）すべてが請求の対象となり（②）、付加金や退職後の遅延利息（１４．６％）等のペナルティもある点です。消滅時効期間３年間分が一括して請求されることとなり、一度に多額の金額の支払いが命じられることとなり、しかも複数人がまとまって集団で訴訟をしてくるケースも多いので（④）、場合によっては経営への影響が甚大です（当職経験上も、最初１人の請求だったものが、追加で続々

と残業代請求が行われ、結果的に退職者5、6人に払わざるを得なくなったケースもあります。

さらに、実務上の問題点として指摘せざるを得ないのが、固定残業代等の制度を導入して残業代請求のリスクを軽減しているつもりでも、規程上の不備があり、固定残業代が無効であるケースもままあるという点です（⑤）。この場合に被害が深刻なのは、固定残業代が無効となる場合は、固定残業代の金額を残業代から控除できないばかりか、固定残業代として支給された金額も割増基礎賃金に組み入れる必要が生じ、残業代が非常に高額となる点です（実務上、「ダブルショック」等と称されます）。固定残業代が無効となる場合、固定残業代が有効なら残業代支払いが不要であるのに、無効であるために数百万円の残業代を支払わなければならないようなケースも少なくありません。

【図表5】＜残業代請求訴訟の特徴＞

①	タイムカード等の在社時間を示す客観証拠があれば、実際に労働者が仕事をしていなくとも、不就労の具体的証拠がなければ弾劾は難しく、労働時間とされてしまう
②	消滅時効期間（3年間）すべてが請求の対象となり、付加金や退職後の遅延利息（14.6%）等のペナルティもある
③	「きょうとソフト」と呼ばれるエクセルファイルを使って訴訟審理が進められる
④	労働者の横の連携が強く、集団で請求してくる場合が多い
⑤	固定残業代等の制度自体が無効となるとダメージが非常に大きい

7 実務的な対応について

以上を踏まえ、労働時間管理等について、実務的に使用者が対応すべきポイント等について、ご説明いたします。

（1）労働時間管理の徹底による実態の洗い出し

まず、図表4の厚労省ガイドラインに従った労働時間管理等を行うことが必要です。

注意を要するのは、自己申告制の場合です。労働者が申告していない以上、労働時間とはならないと考えて残業時間としてカウントしていないケースも散見されますが、前述のとおり、黙示の命令の範囲は広く、実務上は自主的な労働は申告がなくとも基本的には労働時間となります。また、使用者が気づかない間にタイムカードを押して仕事をしている場合もありますので、隠れ残業がないかどうか等、定期的にチェックをする必要があります。

労基署の臨検等の結果、申告外の労働時間が発見されたために、三六協定の上限時間を超える違法残業があるとして是正勧告を受けるケースも散見され、予期せぬリスクを回避するためにも、労働時間管理の徹底を行い、時間外労働の実態を把握することがまず必要となります。

（2）不要な残業の削減等

労働時間の実態を洗い出した結果、労働者が不要な残業等を行っていたり、非効率的な業務を行っていること等が確認されるケースも多々あります。

業務面においては、業務改善や業務の効率化で不要な残業等を削減することとなりますが、労働時間管理上のポイントとしては、自由な残業は認めず、残業をする場合には上司の承認を必要とする残業許可制度を導入することが有用です。具体的な残業承認制の運用の一例としては、朝礼等で

【図表 6】

(よくある無効な固定残業代の例)	(有効と考えられる固定残業代)
☐ 基本給 40 万円 (残業代を含む) ☐ 営業手当 10 万円 (残業代を含む)	☐ 固定残業代 10 万円 (時間外労働●時間分) * 基本給等と明確に区分して、別の手当とする * 固定残業代に相当する時間数の明記が無くても法的には有効

業務の内容を確認し、①その日の残業の可否をチェックし (明日でも良い場合は残業を認めない)、②終業時刻間際のダラダラ残業を防止するという方法があります。

効率よく仕事をして所定労働時間内で仕事を切り上げることを本則として、残業が必要な場合は何故残業が必要であるのかを明らかにさせて、申請をさせるという運用を徹底することが、不要な残業を防止する上で肝要です。

なお、残業禁止の指示をしても、労働者が当該指示に従わないケースも散見されます。業務指示に违背する理由が、好きなように働きたい等の勝手な理由であれば、労働時間管理を徹底する必要がある趣旨を丁寧に説明して粘り強く説得する、それでも同意いただけない場合は明確に残業禁止命令等を出すという対応になります。

一方で、業務量が過重であり、どうしても残業をせざるを得ないという事情であれば、そもそも業務量が過重になっている点を是正する必要がありますので、全社的に労働時間が過重になる理由を洗い出し、無駄な業務を削減したり、外注できる箇所を外注して業務を効率化する等の措置が必要となります。

(3) 違法残業とならない三六協定の締結等

労働時間の管理等を徹底した上で、残業時間が三六協定の上限時間を超えて違法残業とならないように三六協定を締結し、労基署に届出を行う必要があります。

(4) 規程の確認等

前述のとおり、法的に無効な固定残業代制度や1カ月変形労働時間制度で運用をされているケースもよく見受けられます。固定残業代制度等が無効となる場合の被害は非常に大きく、同制度等の運用がある場合は、顧問社労士や顧問弁護士等に制度が有効であるかどうか、再確認いただくことをお勧めします。

本紙においては、紙面の関係上この論点の詳細は割愛させていただきますが、【図表 6】のとおり、固定残業代とそれ以外の賃金・手当が区分されておらず、固定残業代は無効となるケースが後を絶ちませんので、ご紹介します。

《プロフィール》

近藤 秀一 (こんどう しゅういち)

2006 年東京大学法学部卒業、2009 年神戸大学法科大学院卒業、2010 年弁護士登録 (大阪)。弁護士として3年間執務を行った後、2014 年国内メーカー (東証一部) 法務部でインハウスロイヤーとして執務、2015 年より現事務所にて執務し、現在に至る。2022 年中小企業診断士登録。

企業法務や労務問題等を熟知し、労働事件等は専ら会社側の立場で手掛けている。企業内勤務経験を活かし、部下の注意指導の方法や内容等という実践的な内容を含むリーガルサービスを迅速に提供する「コンサル型弁護士」であり、クライアント企業等からも好評を得ている。

野口 & パートナース法律事務所

〒530-0047 大阪市北区西天満 1-2-5
大阪 JA ビル 12 階

TEL 06-6316-1600

FAX 06-6316-1601

URL <https://www.noguchi-p.jp/>