

## 講師紹介



杜若経営法律事務所

弁護士

# 友永隆太

Twitter



### 【経歴】

- ・ 慶應義塾大学法科大学院修了
- ・ 第一東京弁護士会弁護士登録、杜若経営法律事務所入所
- ・ 経営法曹会議会員
- ・ 団体交渉、残業代請求、労働災害や解雇事件等の労働問題について、**いずれも使用者側の代理人弁護士として対応にあたっている**

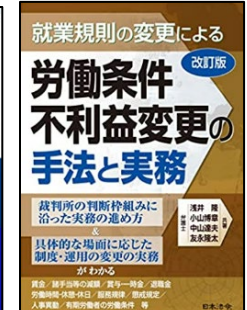
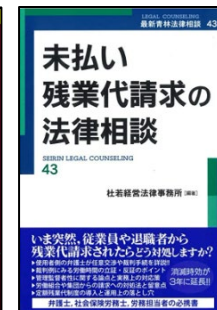
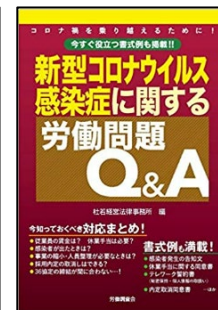
企業向け顧問サービス(月5万～) / 士業(社労士等)向け顧問サービス(月2万)展開中

### 【令和3年の主な講演実績】

- ・ 「解雇「有効」「無効」の分水嶺～令和時代の解雇裁判例と実務対応～」
- ・ 「介護現場におけるハラスメント・リアル対応策～令和3年介護報酬改定を踏まえて～」
- ・ 「残業代時効3年時代を見据えた企業防衛策」
- ・ 「職場のアウトティングをめぐる問題と対応策」「外国人雇用トラブルと紛争防止」
- ・ 「もめる退職勧奨、まとまる退職勧奨～退職合意類型別十連発、雛形付き～」
- ・ 「事例別・コロナ時代の従業員トラブルへの向き合い方」
- ・ 「コロナ禍における人員整理～正しい対応、誤った対応」
- ・ 「同一労働同一賃金判例解説
- ・ 「パワハラ調査」

等、年間合計40回以上

### 【主な著作】



**弁護士友永の  
「社労士の先生方からいただく頻出相談事例20選と戦略的対応」**

**杜若経営法律事務所  
弁護士 友永隆太**

**令和4年12月14日(水) 19:00～20:30**

## 顧問サービスのご案内

### 社労士様向け「士業顧問サービス」 月額2万円＋税

- ①先生からのご質問対応 質問回数制限なし(Chatwork、メール、お電話、zoom、ご来所)
- ②先生の顧客企業との法律相談1企業あたり初回60分無料(zoom又はご来所)
- ③杜若主催セミナーのレジュメ提供・過去動画アーカイブのご提供
- ④顧問先限定オンライン勉強会(ご質問可)ご招待

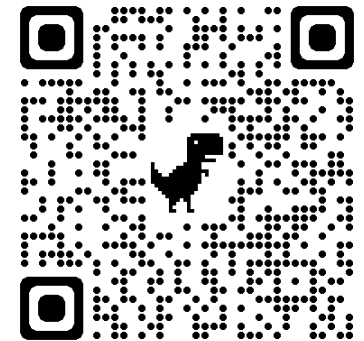
「この状況で顧客企業が解雇に踏み切って大丈夫か教えてほしい」

「就業規則にこんなルールを盛り込むのは有効ですか？」等

「顧客企業が弁護士の見解を聞きたがっているので直接相談に応じてもらいたい」

### 「顧問契約(企業・士業)の詳しい内容や活用方法を聞きたい」

- Zoom面談にて弁護士友永から直接内容をご案内いたします(所要15分程度)。
- お気軽に右のフォームより日程をご予約ください。
- Zoom面談いただいた方には、今回のレジュメ(顧問先限定配布)データをお送りいたします。
- 「すぐに契約するつもりはないが、とりあえず話だけは聞いてみたい」等でも大歓迎です。



顧問案内(Zoom)日程予約フォーム

## ご相談事例① 注意指導書等の受領欄

顧問先の規律違反を繰り返す従業員に対し、注意指導書を交付することを検討しています。

注意指導書には従業員の受領欄を設けたほうがよいですか？



## ご相談事例① 注意指導書等の受領欄

令和〇年〇月〇日

〇〇〇〇殿

## 私用外出についての注意指導書

〇〇株式会社  
人事部長〇〇〇〇

貴殿の下記行為は、就業規則第〇条に違反する行為であり、また労務提供義務の不履行にあたる非違行為です。今後同様の行為を行うことがないよう、本書面をもって注意を与えます。

今回は貴殿の反省に期待し懲戒処分を行うことは控えますが、今後同様の行為がみられる場合には懲戒処分等に処する場合がありますので十分に留意してください。

## 記

令和〇年〇月〇日、業務時間中であるにも拘らず、無断で業務から離れ、私用外出した行為

この欄必要？

## 【受領欄】

上記を受領し、内容につき承知いたしました。

日付（ ）署名（ ）

## ご相談事例① 注意指導書等の受領欄

### 当職がアドバイスしている結論と理由

- 結論：注意指導書等一方差入型書面に受領書欄は不要
- 理由① 本来交付すれば完結する注意指導なのに「サインしなければ従わなくていいんだな」などとの無用な誤解を生みかねない
- 理由② 受領の事実自体が争われることは、実務上ほぼない

よほど心配であれば、メールや配達証明郵便等を用いる

### 一方差入型書面とは？

会社の意思表示で完結させるべき行為についての書面

- 注意指導書、懲戒処分通知書、解雇通知書、退職承諾通知書、休職命令書、ハラスメント調査結果報告書、配転命令書・・・等

### 逆に、従業員のサインが必要な書面は？

- 退職合意書、規定変更についての説明を理解した旨の書面、労働条件変更合意書、ハラスメント調査開始にあたっての調査事項確認書・・・等

従業員の同意が必要な事項についての書面

## ご相談事例① 注意指導書等の受領欄

令和〇年〇月〇日

〇〇〇〇殿

### 私用外出についての注意指導書

〇〇株式会社  
人事部長〇〇〇〇

貴殿の下記行為は、就業規則第〇条に違反する行為であり、また労務提供義務の不履行にあたる非違行為です。今後同様の行為を行うことがないよう、本書面をもって注意を与えます。

今回は貴殿の反省に期待し懲戒処分を行うことは控えますが、今後同様の行為がみられる場合には懲戒処分等に処する場合もありますので十分に留意してください。

記

令和〇年〇月〇日、業務時間中であるにも拘らず、無断で業務から離れ、私用外出した行為

以上

注意指導書に受領欄は設けない

## ご相談事例② リファラル制度(社員紹介制度)と法律上の規制

顧問先企業が、社員紹介制度(従業員が知り合いを会社で紹介し採用となった場合に一定の手当を与える制度)の導入を検討しています。

職安法上の職業紹介とならないよう気を付ける必要があると思いますが、具体的にどの点に留意すればいいですか？リファラル手当額の上限はありますか？





## ご相談事例② リファラル制度(社員紹介制度)と法律上の規制

### 職安法上の規制とは？(40条)

- 「労働者の募集を行う者は、その被用者で当該労働者の募集に従事するもの又は募集受託者に対し、賃金、給料その他これらに準ずるものを支払う場合又は第三十六条第二項の認可に係る報酬を与える場合を除き、報酬を与えてはならない。

### 「賃金、給料その他」に準じる支払いといえるために

- リファラル手当について、支給要件と額を賃金規程に明記する
- 支払いは、定めた賃金規程に従って運用する

### 金額に上限はある？(東京労働局需給調整二課問い合わせ結果)

- 基本的に上限はない
- よほど特殊な状況(年収よりもリファラル手当の方が高額等)により、実質的に業として紹介を行っているといえるような状況であればNG

かなり限定された場面

## ご相談事例③ 退職代行への対応

顧問先企業に、退職代行を名乗る団体を通じて従業員の退職の申し出がありました？

どのように対応すればよいですか？そのまま退職手続きを進めてしまってもいいのでしょうか？



## ご相談事例③ 退職代行への対応

### 退職代行の主体は大きく3種類

- 弁護士・・・委任を受けた依頼者の法律行為について代理可能
- 労働組合・・・組合員の労働条件について交渉可能
- その他(株式会社等)・・・法律行為について代理はNG(退職意思を伝達するだけの「使者」だから代理していないという建前で運営している様子)

### 退職を拒むことは可能？

- 従業員は、14日前に申し出をすれば退職可能
- 代理の方法はともかくとして、会社は肅々と退職処理をすべき
- 本人の意思に基づくものか不明な場合(特に弁護士以外が代理する場合)、委任状の提出を求めるという対応も可能

### 退職代行で、退職に付随してよく求められること

- 残有給休暇日数の照会又は退職日までの有給休暇取得
  - 残置物品、貸与物品の返還に関する照会
- いずれも肅々と処理すべき

### 「引継ぎもしないで辞めるなんておかしい！」と社長は言うが・・・

- 残有休の正当な行使がある以上、労務提供を指示することはできない
- 日頃の労務管理として、(限界はあるものの)特定の1名のみに基づ幹業務を任せきりにしないなど、いつ穴があいても会社として致命傷を負わないよう工夫しておくことが肝要

## ご相談事例④ 試用期間としての「有期雇用契約」

以前従業員とのトラブルがあった顧問先企業の社長が、人手は足りていないものの採用にとっても慎重になっています。

試用期間満了時の本採用拒否も、簡単にはできないことは理解しています。

そこで、**正社員として採用する前に1年の有期社員として入社してもらい、問題なければ正社員として入社してもらうという運用にすればよいのではと考えていますが、問題ありますか？**

かなり限定された場面

## ご相談事例④ 試用期間としての「有期雇用契約」

形式的には「有期」だが・・

### 試用目的での有期契約

- 労働者の適性を評価・判断するために設けられた雇用契約の期間は、「契約の存続期間」ではなく、「試用期間」と判断される（最高裁平成2年6月5日）
  - 要は、お試し目的で形式的に「有期」の形をとったとしても、実質的には当初から無期契約が開始しており、当該期間は試用期間にすぎないとされる
- 本採用拒否と同様に、正社員にしない場合には客観的合理的理由・社会通念上の相当性が必要

### 「試用目的」と指摘されがちなポイント

- 有期契約締結時に「勤務状態をみて正社員採用するかどうか決める」等と説明してしまっている
- 雇用契約書に「1年の有期契約を経たうえで正社員として登用する」と記載されている（実際にあった例）

## ご相談事例⑤ 取締役の解任と解雇規制

顧問先会社にて、問題行動が頻発している取締役がいます。  
社長は当該取締役には辞めてもらいたいと考えているようですが、取締役に辞めてもらうにはどうすればよいのでしょうか？

取締役解任には、解雇規制は及びますか？

## ご相談事例⑤ 取締役の解任と解雇規制

### 取締役の解任

- 株主総会決議によっていつでも解任可能
- 解任に「正当な理由」がない場合には、残任期期間分の報酬相当額の支払いが命ぜられる場合あり(会社法上の規制)

### 取締役解任と解雇規制

- 原則は、解雇規制は及ばない(取締役は雇用関係にはないのが通常)
- 例外的に、従業員的地位も併存しているといえる取締役の場合には、会社から排除する場合には解雇規制も及ぶ

### 従業員的地位も併存しているかの判断要素

- 法令・定款上の業務執行権限の有無
- 取締役としての業務遂行の有無
- 代表取締役からの指揮監督の有無
- 拘束性
- 提供した労務の内容
- 取締役に就任した経緯
- 報酬の性質や額
- 社会保険上の取り扱い
- 当事者の認識

業務執行権限がなく代表者の指揮に従って仕事をしている取締役等は、解雇権濫用法理も要注意！

## ご相談事例⑥ 退職勧奨に向けた準備

顧問先会社にて、ミスが多く反省もしない従業員Aについて、社長が「すぐにでも解雇したい」と意気込んでいます。

しかし、能力不足を客観的に証明する資料が乏しく、解雇をするのは危険なのでまずは退職勧奨をしてはどうかとアドバイスしようと思っています。

退職勧奨実施にあたりどのような準備を踏めばよいですか？



## ご相談事例⑥ 退職勧奨に向けた準備

### 「能力不足」の認識のギャップ

- 会社側から「明らかにできていない」と思っていたとしても、本人は無自覚ということが往々にして見られる
- 「まだ入社したばかりだから」、「たまたまこれまで顧客獲得機会に恵まれなかっただけ」、「この会社での営業スタイルを教えてもらっていないから自分で学んでいる最中なんだ」……等々、自分への言い訳は枚挙にいとまがない

### 認識のギャップを放置するとどうなるか？

- 本人が全く改善しない
- 突然退職勧奨をしても、退職合意を得られない(どころか、激しく反発する)
- 解雇紛争時に「会社として容認していた」(解雇の理由にならない)と認定されてしまいがち

### ではどうすればよいのか？

- 面談での改善指導
- 単に「できていない」ではなく、具体的に会社が求める点とどこに相違があるのかを指摘(対比表)
- さらに、「どのようにすればできるようになるのか」の方法論も併せて提示できるとよい

## ご相談事例⑥ 退職勧奨に向けた準備

### 改善指導書

貴殿は、●●職として当社に入社していただきました。しかし、率直に申し上げて、以下に例示するように、当社の●●職に必要な水準と、実際の貴殿の働きぶりの間には、大きな隔たりがあります。

●●職としての職務内容及び必要な水準を再認識のうえ、今後以下にあげるような初歩的な事項に関する指摘を受けることがないよう職務にあたってください。

今後改善がみられない場合、当社は貴殿との雇用契約を解除することもあり得ますので、念の為申し伝えておきます。

業務内容	必要な水準	貴殿の現状	備考
伝票入力、支払業務等日次業務	一般的な経理処理（仕訳における科目選択、債権債務管理等）について、問題なく処理を行えること	<ul style="list-style-type: none"> <li>日次処理を理解できていない対応が多く、任せることができない</li> <li>請求書からの伝票起票時に適正な科目で仕訳ができていないことが多い</li> <li>未払計上する理由が理解できていない</li> <li>店舗からの売上管理日報の流れが掴めていない</li> <li>店舗からの売上日報に証憑添付されていない時にどのようなものを証憑として求めるべきか、理解できていない</li> <li>●●●●について理解しない（できない？）まま処理を行っている傾向がみられる</li> </ul>	<p>■日次処理の内容</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●</li> <li>●</li> <li>●</li> <li>●</li> </ul> <p>■未払計上を行う理由</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●●●</li> </ul> <p>■店舗からの売上管理日報の流れ</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●</li> <li>●</li> </ul> <p>■売上日報に必要な証憑</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●</li> <li>●</li> </ul>

求められている水準と現状をなるべく具体的に書き出して示すことが重要

## ご相談事例⑥ 退職勧奨に向けた準備

### 退職勧奨とは？

- 退職勧奨は、雇用契約を合意で解消することのお誘い
- 合意が成立した場合には、退職の効力が生じるが解雇権濫用法理の適用はない  
→ 正しく退職勧奨を行えば、紛争リスク、無効リスク、レピュテーションリスクを回避しつつ雇用契約解消の結果を得られる

### 退職勧奨実施の留意点

- 退職勧奨を行う理由、退職勧奨に応じる条件(金銭等)を端的に伝える
- 無用な議論は展開しない
- 30分勝負(長くても1時間)でやりきる
- 会社側対応者は2名がベター
- 必ず録音をとる
- 締め切り効果を設ける
- 退職に応じる場合の合意書を交付する

あくまでも解雇紛争を避けるための手切れ金  
(功労に対する報償ではない)

「解雇と言われた」等思わぬトラブルが生じることがある

「本条件に応じられる場合は●月●日までにご返答ください。同日以降はこの条件は維持できなくなりますのであらかじめご了承ください。」

## ご相談事例⑥ 退職勧奨に向けた準備

### 退職勧奨の録音はとるべき？

- とるべき
- 秘密録音も証拠にはなるが、同意を得たうえでの録音が穏当

### 「解雇の形にしてくれたら辞めます」と言われたら？

- 応じてはいけない
- 失業保険給付の受給を気にしているのであれば、「解雇」であっても「合意退職」であっても同様であると説明

### 「持ち帰って検討したい」と言われたら？

- 持ち帰らせる
- 回答の締め切りは必ず設ける
- 「応じるがハンコがない」という場合には、ハンコは不要 自署があればOK

### 会社は何人で対応にあたるべき？

- おすすめは2名
- 大人数で長時間にわたると、違法な退職勧奨となる危険

## ご相談事例⑦ 退職勧奨と助成金

【相談事例⑥】の事例にて、社長は「Aにはすぐにでも辞めてもらいたいが、会社都合退職者が出るとキャリアアップ助成金に影響が及ぶので自己都合退職で処理できるようすすめたい」と述べています。

Aに自己都合退職で辞めてもらうにはどうすればよいですか？

**助成金**

## ご相談事例⑦ 退職勧奨と助成金

実態が「会社都合」であるにも拘わらず「自己都合」とすることは、失業保険給付の不正受給への加担ともなりかねない

### 会社都合か否か

- 「会社都合」「自己都合」はあくまでも離職票上のカテゴリ
- 退職勧奨による離職も、解雇も「会社都合」
- つまり、会社からの働きかけを直接のきっかけとして退職する場合には「自己都合」にはなり得ない

### ではどうすればいいのか？

元も子もないといわれるが、まずここをおさえるべき

- キャリアアップ助成金等は、問題従業員が出現しても職種変更や異動、改善指導等により「自社内で使い切る」覚悟がある会社が初めて申請・受給すべき
- 「それでも辞めてもらいたい従業員がいる」場合には、原則助成金はあきらめる

### 他に「裏技」はないのか？

- 指導等を重ねる中で、従業員が自らの意思で退職届を提出し退職するのであれば「自己都合」
- しかし、「退職届を出させる目的」ありきで指導を重ねると、パワハラ問題等が生じるリスクが高まるためおすすめできない

## ご相談事例⑧ 身元保証人の極度額

先の民法改正に伴い、身元保証契約にも極度額(上限額)を定める必要があることは承知しています。

しかし、実際いくらの中極度額を定めるようアドバイスすればよいのかいまいちわかりません。

身元保証契約の中極度額はいくらで設定すればよいのでしょうか？

## ご相談事例⑧ 身元保証人の極度額

### 身元保証契約と極度額

- 現行民法においては、極度額(上限額)の定めがない身元保証契約は無効となる
- 万が一に備えて高額を設定したい一方、あまり高額な金額を記載すると萎縮して身元保証人になろうとする者がサインしてくれないという悩ましい問題

### 当職からアドバイスしている金額目安

- 色々な可能性を加味して1000万円程度は記載したい
- 難色を示される可能性が特に高そうであれば、100万～300万程度で進める場合も

### 金額設定の考慮要素

- 銀行、証券会社、不動産営業等、多額の金銭を取り扱う業種は横領の危険も大きく、高額設定も検討すべき
- 過去に従業員や身元保証人に損害賠償請求をしたことがある場合、その際の損害額も目安として設定



## ご相談事例⑨ 退職願と退職届

頻繁に問題行動をとる従業員から退職届が提出されました。  
会社としては、今回のタイミングで退職してもらわれるのであれば御の字だと考えているようです。

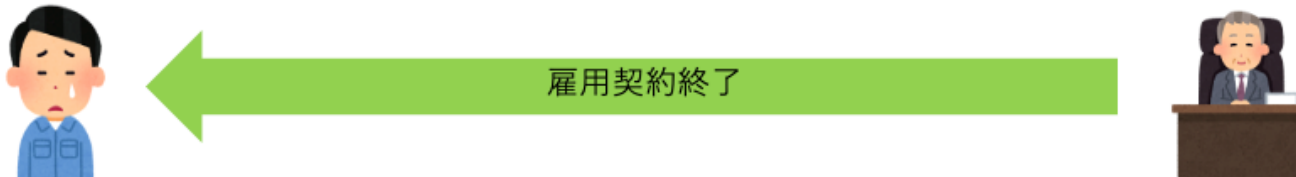
「退職願」であれば会社からの承諾が必要と聞いたことがありますが、**退職届**であれば会社からの対応は特になくとも退職の効力が確定すると考えて問題ないですか？



## ご相談事例⑨ 退職願と退職届

### 解雇、合意退職、辞職の違い

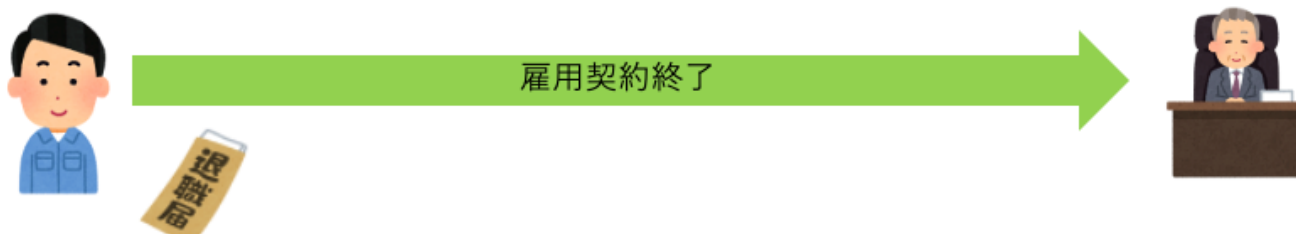
- 解雇＝使用者からの一方的意思表示による雇用契約終了



- 合意退職＝双方の合意による雇用契約終了



- 辞職＝労働者からの一方的意思表示による雇用契約終了



## ご相談事例⑨ 退職願と退職届

### 「合意退職の申し出」か「辞職の意思表示」か

- 合意退職の申込み・・・使用者からの承諾までは自由に撤回可能
- 辞職の意思表示・・・申し出た時点で退職の効力が確定する

### 両者の区別

- 確定的意思を有していたかどうか、使用者の判断にかからせる意図があったかという点から総合的に判断される
- 退職「願」か退職「届」かという形式論だけで結論が出るわけではない
- いずれが提出された場合でも、早急に退職承諾通知書を交付し退職の効力を確定させるべき

## ご相談事例⑨ 退職願と退職届

令和○年○月○日

○○○○殿

### 退職承諾通知書

○○株式会社  
人事部長○○○○

貴殿から提出された令和○年○月○日付「退職願」（同年○月○日を退職日とするもの）について、  
当社はこれを承諾します。

以 上

## ご相談事例⑩ 給与減額の可否

関与先会社の社長が「働きに見合わない従業員がいるので給与を下げたい」と言っています。

「ローパフォーマンスであることの証拠があれば10%程度であれば減額してもかまわない」とアドバイスして問題ないですか？この会社の賃金規程には以下の規定があります。

### 第●条（賃金の改定）

基本給その他手当等の賃金の昇給及び降給については、原則として毎年4月1日に行う。改定額については、会社の業績及び従業員の勤務成績等を勘案して各人ごとに決定する。

## ご相談事例⑩ 給与減額の可否

### 特定の従業員の賃金減額が可能な場合とは

- ①役職の降格に伴う賃金減額
- ②職能資格制度上の資格・等級の引き下げに伴う賃金減額
- ③労働者との合意(真意に基づく合意)がある場合

#### ①役職の降格に伴う賃金減額

- ・「部長手当 月額●円」「課長手当 月額●円」等と定められている場合に可能
- ・権利濫用の制限あり

#### ②職能資格制度上の資格・等級の引き下げに伴う賃金減額

- ・職能資格・等級の内容、これに対応する賃金額、資格・等級を引き下げることがあること、引下げの事由が明確に就業規則上に定められている必要あり(東京地裁H8.12.11判決等)
- ・前頁の規定では減額の根拠とはならない

実務上非常に多く見られる誤り！

#### ③労働者との合意(真意に基づく合意)がある場合

- ・「当該変更を受け入れる旨の労働者の行為の有無だけでなく、当該変更により労働者にもたらされる不利益の内容及び程度、労働者により当該行為がされるに至った経緯及びその態様、当該行為に先立つ労働者への情報提供又は説明の内容等に照らして、当該行為が労働者の自由な意思に基づいてされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか否かという観点から判断」
- ・単に書面1枚の同意があればOKというわけではない

## ご相談事例⑪ テレワークの取り扱いの人ごとの差異

コロナ禍以降テレワークを実施している関与先会社がありますが、一部きちんと働いているのかどうかよくわからない従業員がいるようです。

確固たる「さぼり」の証拠があるわけではないのですが、そのような従業員のみ出社させることはできますか？



## ご相談事例⑪ テレワークの取り扱いの人ごとの差異

テレワークは「権利」ではない

### テレワークの原則

- 雇用契約上テレワークに限定した内容になっている場合を除き、労務提供をどこで行うかの指示は会社の裁量事項
- 人ごとの個別の事情に応じて、その一部又は全部について出社を求めることも会社の裁量
- 規定化するには、会社の裁量を残す形で整備すべき

### テレワークの規定例

#### (在宅勤務)

第〇条 在宅勤務は、次のいずれか場合に限り行うことができる。

- (1) 在宅勤務の希望申請を行い、会社から許可を受けた場合（許可を受けた労働日）
  - (2) 会社から在宅勤務を命じられた場合（命じられた労働日）
- 2 在宅勤務を希望する者は、在宅勤務を希望する業務日を特定のうえ、前日までに所属長から許可を受けなければならない。
- 3 会社は、業務上その他の事由により、前項による在宅勤務の許可を取り消すことがある。



## ご相談事例⑫ 定年後再雇用従業員の仕事内容

同一労働同一賃金の観点から、定年後再雇用社員の仕事内容は変えたほうがいいように顧問先にアドバイスをしてきました。

すると、顧問先は今まで営業部長を担っていた定年者Aについて、「定年後はフロア清掃専従になってもらう」と言い出しましたが、このまま定年後の職務をフロア清掃にしてもよいものでしょうか？

また、この定年者は「定年後は人事部で仕事をさせてもらいたい」と述べていますが、このような希望はどの程度まで応じなければなりませんか？



## ご相談事例⑫ 定年後再雇用従業員の仕事内容

### 原則、定年後どのような仕事を与えるかは使用者の自由

- 現役時代に「サウンド設計部」に従事していた定年者が再雇用の労働条件として「人事総務部」での業務への就労に固執し訴訟となった事例（東京地裁令和元年5月21日・アルパイン事件）での判示
- 「高年法は、継続雇用を希望する労働者の定年後も引き続き雇用する旨求めるにとどまり、同法中に、労働者が希望する労働条件での継続雇用をも使用者に義務付ける定めはない。」
- 「継続雇用後の労働条件は、飽くまで、労使間の合意により定まるべきものであって、労働者が使用者に対して希望すれば直ちにその希望するがままに勤務部署や職務内容が定年前と同じ雇用契約が定年後も継続するというかのような原告の主張には、法律上の根拠がない。」

### ただし、極端な例（いやがらせ目的が顕著等）はNG

- 現役時代事務職だった定年者に対し、シュレッダーゴミ交換や清掃業務などを提示した例につき、違法と判断された例（名古屋高裁平成28年9月28日・トヨタ自動車事件）

## ご相談事例⑬ 同一労働同一賃金

数年前に同一労働同一賃金の最高裁が出たことは知っていますが、いまいち内容が理解できていません。

結局、退職金や賞与は非正規労働者に払わなくてもOKと理解していて大丈夫ですか？

また、どのような手当・待遇に差異があると危険ですか？



## ご相談事例⑬ 同一労働同一賃金

「どの事案でも賞与・退職金なら違いがあってもOK」ではない

### 賞与・退職金の相違が不合理とされなかったのは

- 賞与・退職金について不合理な相違とされなかった(大阪医科薬科大学事件、メトロコマース事件)のは、あくまで当該事例において「正社員人材確保」の目的が認定され広い企業裁量が与えられたから

### 最高裁の判示から読み取れる、賞与・退職金の不合理性減殺事情

- 正職員について、勤続年数に伴う職務遂行能力に応じた職能給制度である
- 正職員の賞与・退職金の算定基礎には、当該職能給を用いている
- 正社員の賞与について、固定的な金額ではなく、勤続年数や業績、考課によって毎回変動する
- 正職員について、人材育成・活用を目的とした人事異動を行っている
- 正職員と有期・パート職員の職務内容、責任に具体的な違いを設ける
- 有期・パート職員について、正職員と同様の範囲での配置転換・人事異動を行わない
- 有期・パート職員の正社員登用制度を設け、運用している(cf.パート有期法13条3号)

## ご相談事例⑬ 同一労働同一賃金

特に、継続的長期間に渡り更新されている有期社員がいる場合  
Cf. 日本郵便東京事件最高裁

### 狙われやすいその他の待遇

- 長期継続勤務の期待と確保を目的とする待遇

例：病気休暇、扶養手当

- 手当ごとに個別に目的を認定できる待遇

例：皆勤手当、無事故手当、作業手当、給食手当、通勤手当、年末年始勤務手当、年始祝日給、夏期冬期休暇

長澤運輸最高裁でも、皆勤手当(精勤手当)については唯一会社が負けている

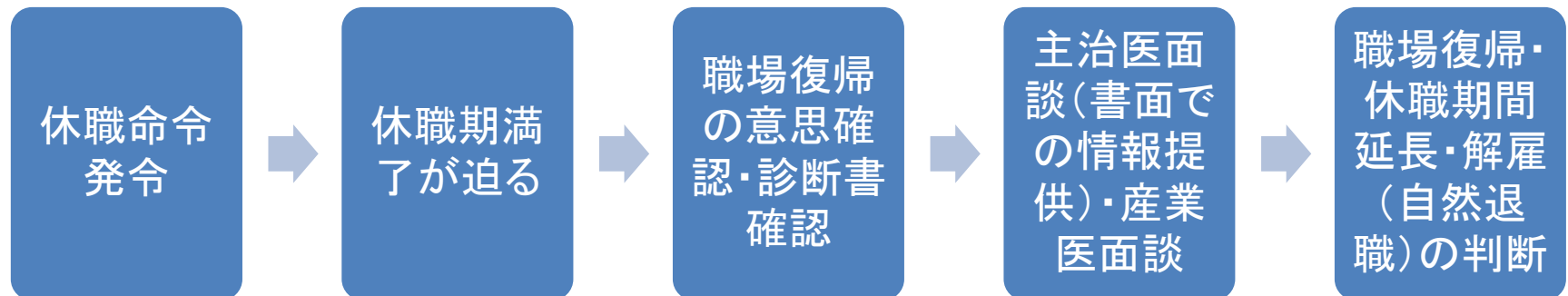
## ご相談事例⑭ 休職と自然退職・復職

関与先会社でうつ病の診断を受けて休職している従業員がいます。  
もう時期休職期間が満了するのですが、特に従業員から連絡がなければそのまま自然退職処理してよいですか？

また、当該従業員から別の業務で復職したいと申し出があった場合には  
どう対応すればよいですか？



## ご相談事例⑭ 休職と自然退職・復職



## ご相談事例⑭ 休職と自然退職・復職

### 休職期間満了を迎えるということは？

- 復職か、退職（自然退職or解雇）のいずれかを判断
- 判断の分かれ目は、「治癒」したといえるかどうか
- 「治癒」したかどうかの判断を行うのは、使用者（紛争時には裁判所）
- 本人から治癒の申し出がない場合にも、休職期間満了が迫る旨、復職を希望するのであればまずは診断書提出されたい旨連絡を入れておくべき

### 「治癒した」とは？別の業務も検討しなければならない？

- 原則・・・「休職前の業務」を遂行できるかどうか
- 例外・・・当該労働者が現実的に配置される可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつその提供を申し出ているのであれば、当該業務において復職の有無を判断する必要あり

### 使用者はどのように「治癒」を判断するか

- 復職可能との記載がなされた主治医診断書の確認は必須
- メンタル疾患の場合、主治医面談の実施も欠かすべきではない
- 今後予定している業務に耐えられるか確認するため産業医面談も重要



## ご相談事例⑮ 休職と医師の意見の食い違い

関与先会社でうつ病の診断を受けて休職している従業員がいます。もう時期休職期間が満了するのですが、主治医は診断書で「復職可能」としつつも、産業医は「この症状であれば復職は難しいのでは」と述べています。

会社としてはできれば健康リスクがある当該従業員を復職させたくないのですが、医師の意見が食い違っている本件では、それぞれの医師にどのような点を追加確認・依頼するべきですか？



## ご相談事例⑮ 休職と医師の意見の食い違い

### 主治医意見の位置づけ

- 復職可否を判断するための中心となる判断資料
- 使用者は主治医面談を避けたがる傾向が強いが、特に解雇・退職扱いをする場合は主治医面談を避ける事はできない
- 復職可能との判断が診断書で示されていても、「本人が職場復帰できるというので職場復帰と書きました」「私は職場復帰できるか微妙だと思う」などとの見解が示されれば、復職不可の有力な証拠となる
- 後に解雇・退職扱いをして法的紛争になった場合、解雇・退職扱いの判断の決め手になった情報が問題となる → 使用者はより多くの情報を入手することが重要

### 産業医意見の位置づけ

- 「復職可能か」、「復職の際何を気をつけるべきか?」「何をさせてはいけないか?」安全配慮義務を特定する趣旨
  - 会社の業務内容を理解しているのが産業医の強み
  - 産業医の意見は重要だが、できればメンタルヘルス不調の従業員と直接面談してもらう。裁判所は、信用性を判断する上で、直接面談しているかを重視しているところがある
- 試し出社等復職判定に産業医の関与も依頼するのが好ましい

## ご相談事例①⑥ 固定残業代制度の点検

関与先会社に残業代請求がなされ、そこそこの額を払わされることになりました。会社は定額残業代として支払っているつもりだった手当が、裁判所では残業代として認めてもらえなかったとのことでした。

今後に向けた制度改定にあたり、**定額残業代制度のどのような点に着目して**すすめていくべきでしょうか？

## ご相談事例①⑥ 固定残業代制度の点検

### 定額残業代チェックポイント

チェック対象	好ましい要素	危険要素
賃金規程	<ul style="list-style-type: none"> <li>当該手当が割増賃金として支払う趣旨が明記されている</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>当該手当に他の趣旨も含まれるかのような記載がある(「責任に対する対価として」等)</li> <li>賃金規程が従業員に周知されていない</li> <li>賃金規程が存在しない</li> </ul>
雇用契約書	<ul style="list-style-type: none"> <li>当該手当が割増賃金として支払う趣旨が明記されている</li> <li>当該手当の金額が明記されている</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>当該手当の性質が書かれていない</li> <li>雇用契約書の取り交わしがなされていない</li> </ul>
給与明細	<ul style="list-style-type: none"> <li>当該手当の金額が明記されている</li> <li>超過分の金額が明記されている</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>当該手当の名称どおりの記載がない</li> </ul>
相当時間数	<ul style="list-style-type: none"> <li>30～45時間以内分に収まっている</li> <li>実際の勤務状況と整合している</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>80時間分を超える定額残業代である</li> <li>実際の勤務状況との乖離が大きい</li> </ul>
手当の名称	<ul style="list-style-type: none"> <li>手当の名称が「定額残業代」等、明確な内容</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>手当の名称が、他の性質を含むかのような名称になっている(「無事故手当」等)</li> </ul>

## ご相談事例⑰ 有期契約社員の5年上限の導入

関与先会社では、不用意に無期転換者が出ないように有期契約社員の更新上限5年のルールを新設しようとしています。

そのような規定を定めることはできるのでしょうか？  
また、規定新設にあたって留意すべきポイントはありますか？

## ご相談事例⑰ 有期契約社員の5年上限の導入

### 既に更新への期待が生じている者との関係

- 一度生じた更新への期待は「自由な意思で承諾したとみるべき事情」がない限り、5年更新上限条項を就業規則で設けても5年上限での不更新ができない(A学園事件・徳島地裁令和3年10月25日判決等)
  - 規定制定時の丁寧な説明、個別同意を取得
  - 直近の更新時での丁寧な説明、個別同意取得

### 未だ更新への期待が生じていない者や入社前の者との関係

- 雇用契約時又は初回(二回目)の契約更新時に、更新は5年上限である旨を明記したうえで取り交わしを行う

5年の更新上限自体は「悪いもの」ではない  
Cf.同一労働同一賃金での活用方法の違い

## ご相談事例⑱ 所定労働日数が「シフトによる」

関与先会社では、パート従業員の雇用契約書には「週●日」等の具体的所定労働日数の記載がなく、「シフトによる」とのみ記載されています。

このような雇用契約においては、パート従業員のシフトをこれまで入っていたシフトから大幅に削減することも、使用者の裁量の範囲と考えて問題ありませんか？



## ご相談事例⑱ 所定労働日数が「シフトによる」

厚労省令和4年1月7日・「いわゆる「シフト制」により就業する労働者の適切な雇用管理を行うための留意事項」

- ・「労働条件通知書等には、単に「シフトによる」と記載するのでは足りず、労働日ごとの始業及び終業時刻を明記するか、原則的な始業及び終業時刻を記載した上で労働契約の締結と同時に定める一定期間分のシフト表等をあわせて労働者に交付するなどの対応が必要です。」
- ・「具体的な曜日等が確定していない場合は、休日の設定にかかる基本的な考え方などを明示しなければなりません。」

### 「シフトによる」で契約してしまっている従業員のシフト減は？

- ・「シフトによる」契約で月15日程度出勤していた従業員につき、月5日に削減したことはシフト決定権限の濫用に渡るとして賃金差額の損害賠償請求を認めた裁判例あり（有限会社シルバーハート事件・東京地裁令和2年11月25日判決）
- シフト減する場合には、「シフトによる」型契約だからといって無制限に削減できるものではない
- 削減の理由・期間の説明等を丁寧に行い、また極端な削減になることを避ける等の工夫が必要



## ご相談事例⑱ 懲戒処分実施に向けた手続き

関与先会社で、上司からの業務指示に対し「お前の言うことなんて聞いてたまるか」と反発して指示に従わなかった従業員がいます。

さすがにこれを放置するわけにはいかないということで、懲戒処分としてのけん責処分を発令することを検討しています。

懲戒処分実施にあたってどのような手順を踏めばよいですか？  
「弁明の機会が大事」と聞きますが、本人に発言をしたことの有無について聞けばよいですか？



## ご相談事例⑱ 懲戒処分実施に向けた手続き

### ①事実関係の調査

- どのような非違行為があったのか、「いつ、どこで、だれが、誰に対し、何をしたのか」を具体的に把握する必要あり
- 資料やEメール等客観資料の収集
- ヒアリング（ヒアリング時の証拠化は必須）

### ②事実認定

- 調査内容から事実を認定

### ③弁明の機会の付与

忘れがちだけれど重要

- 手続きの相当性を担保するために、懲戒予定の対象行為について「言い分を述べる機会」（弁明の機会）を付与
- 事実確認と混同しない

### ④懲戒処分の選択

- 事実認定結果、行為者の弁明内容を踏まえて懲戒処分を決定
- 就業規則上懲戒委員会の規定がある場合には意思決定手続きに留意

### ⑤懲戒処分の通知

- 懲戒処分を通告
- 口頭のみはNG、書面で通知

注意指導書、懲戒処分通知書を「有力な武器」にするためには

## 弁明の機会付与通知書

「弁明があれば」提出するよう指示（弁明が提出されなくとも懲戒処分を実施する前提）

当社は、貴殿の下記行為について懲戒処分を行う予定です。弁明があれば、令和○年○月○日正午までに、弁明を記載した書面を人事部宛に提出してください。

評価ではなく事実を記載

## 記

●月●日午前中に実施された企画会議の席上で、上司である●からの指示に対し、「お前の言うことなんて聞いてたまるか」と反発して指示に従わなかった事実

## ご相談事例②⑩ 実態が乏しい「管理監督者」

関与先会社管理監督者扱いがなされている従業員の多くは、一応「役職手当」の支給を受けているものの、管理監督者といえるような決定権限や待遇を得ていないようです。管理監督者の人数割合を見直すこともすぐには難しそうです。

未払残業代請求リスクを少しでも下げていければと思うのですが、どのような対応が考えられますか？

## ご相談事例②⑩ 実態が乏しい「管理監督者」

### 役職手当回収の可能性を残しておく

- 管理監督者に該当しない者に払われていた役職手当について、原告は受給権がないとして、被告による反訴請求が認められた例あり(東京地裁平成31年2月8日判決、控訴審につき東京高裁令和元年12月24日判決)
- このような返還請求の余地を残しておくべく、役職手当は労基法41条2号に該当する者に支払われる旨を明記しておくことが重要
- 例)役職手当は、労基法第41条2号所定の監督若しくは管理の地位にある者に対して支払う。

### 役職手当を残業代に充当できる可能性を残しておく

- 例)役職手当は、労基法第41条2号所定の監督若しくは管理の地位にある者に対しては、その地位にあることの対価として支払う。
- 2 前項の地位にない者に対しては、役職手当は、第●条に定める時間外割増賃金として支払う。