

「不払いの合意あり」、「残業代込み」は通用するのか

トンデモ理由  
と言うなかれ

## 残業代、不払い理由総まくり



(元)社員の依頼を受け、不払い残業代の請求を代行する業務が弁護士等の新たな収入源として注目を浴びている中、残業代を一切支給しないという会社も散見されます。そこには払わないだけの<理由>があるわけですが、それらのどこに誤解があり、如何なる問題を有しているのか。今月は実際の事件を設例に仮託して取りあげてみたい。

### ついに黒船が来た！

Y社はアパレル業界では著名な会社だが、いまだき珍しく？残業代というものを払ったことがない。はたして、ようやくというか今さらというか、退職した元社員氏から、未払いの残業代を払えとの通告が着信。総務部長の困惑をよそに、社長は相変わらず、強気なのだが…

「残業代を払うつもりはない！彼氏との雇用契約書を見たまえ。<残業代は支給しない>との約定がある。契約書に署名し、同意しているのに、後日になって払えというのは通らん」

「しかし、労働基準法(以下、労基法)37条は、法定労働時間を超えて働かせた場合に、割増賃金の支払いを義務付けてしますが…」

「そんなことを言っていたら、何のための契約書なのか、わからんじゃないか！」

#### - 事前同意があっても、何故ダメなのか-

社長の言い分にも一理あります。当事者間でどんな契約を結ぶかは自由であり(=契約自由の原則)、結んだ以上は誠実に遵守しなければならず(=信義誠実の原則)、当該契約行為について、第三者からとやかく言われる筋合いはない(=私的自治の原則)からです。

しかし、当事者が事前に合意していたとしても、目的が強行法規に違反する法律行為は「公の秩序」に反するものとして無効とされます(民法90条)。今般の割増賃金の支払いを義務付けた労基法37条は強行法規に他ならず。よって、残業代はなし、という約定は無効。自動的に労基法37条の定めが適用されます。

#### ・強行法規とは

契約の当事者の合意如何によらず、法令の定めが適用される規定をいう

#### ・任意法規とは(強行法規の対語)

契約の当事者の合意があるときは、法令の定めよりも合意が優先される規定をいう

対象となる契約行為を規制するのが強行法規なのか、それとも任意法規なのか？この点を押さえておかないと、100年掛けても理解は不可能。堂々巡りに陥ります。

## 残業代は放棄できるか？

「ということは、いやがる本人のポケットに紙幣をねじ込んででも、払えということか」

「いささか下品な表現ですが、そのとおりです。しかし、遺産相続人が相続財産を放棄できるのと同様、本人が放棄することまで法律は禁じてはいないと思います」

「なるほど、そうならば、本人に強く迫るか、あるいは甘言を弄してでも放棄させるんだ。全額チャラは無理でもいくらか減免してもらい、適当なところで折り合いをつけよう」

繰り返すと、＜残業代不要＞の合意が無効ということは、後日、他者から知恵を付けられる等によって、気が変わった本人が無効を訴えれば、こうした合意は反故になることを意味します。

その一方で、総務部長が言うとおり、事前はともかく、事後的に本人が放棄する権利は認められています。もっとも、放棄とは、(本質的には)債権者が一方的に行使するものであり、債務者が債権者に履行を迫るような性格のものではなし。そうはいっても、中には、当事者間で協議した結果、債権者が残業代の放棄を決断するケースもないとはいえません。

その場合、当該放棄が果たして有効なのか、無効なのか。

それは、債権者の自由意志によるものか否かに尽きるといっても過言ではありません。したがって、強迫するとか、甘言を弄してでも、というのは、後々自由意志でないことを理由に取消を主張され、無効となる危険は大ゆえ、まことに禁物です。

逆に言うと、客観的に見て、残業代の放棄が本人の自由意志であることが認められるだけの条件が備わっているかが成否の分かれ目といえます。

たとえば、極端な例ですが、会社側が代償条件として紹介した再就職先に就職し、一定の収入が得られ、金銭にはさほど困窮しないことが約束されるような場合は、本人の自由意志と判断するに値しましょう。

- 交渉の余地がある場合とは -

そうすると、一定の例外はあるものの、請求された残業代については、減額交渉を試みても、さほど期待できない?とみるべきか。

ひとくちに残業といっても、法定外残業と法内残業とがあります。

・法定外残業 ……法定労働時間数を超えた労働時間帯

・法内残業 ……規定上の所定労働時間数を超えたが、法定労働時間数以内の労働時間帯

法定労働時間数を超えたとは、原則1日当り8時間、週に40時間のいずれかを超えた部分

法内残業時間については、割増率ゼロ、つまり通常の時間単価の支給で足りります。

労基法37条が割増賃金の支払いを義務付けているのは、あくまでも前者のケース。前者については見解のとおりですが、後者は労基法37条という強行法規には拘束されません。

また、月給者については必ずしも労働時間数に応じた賃金を支給する義務はないので、合意及び就業規則の内容如何では、法内残業については一切無給とする余地もあります。



平成 21.8.10.朝日新聞夕刊から  
今井ヨジ氏イラストを引用

## 時間管理不十分は、免罪符にならず

「素朴な疑問だが、残業代を払うにしろ、基になる残業時間数がわからないと金額を計算できまい。そもそもうちは時間管理をしていないはずだが？」

「一応、タイムカードに打刻してもらっていますが、それはあくまでも入場・退場時刻に過ぎず、実際に仕事に就いている時間数とは違いますからね」

「そのとおりだ。残業代を払えというならば、請求する側が残業時間数や残業代の請求根拠を出してもらうのがスジだと思うよ」

### - 労働者の申請を前提とせず -

残業代の支払い以前の問題として、労働時間の管理がなされていないというケースは少なからず見受けられます。労働時間を実際に把握し、記録する義務を負うのは、使用者側なのか、それとも労働者側なのか、は重要なポイントです。

普通に考えれば、賃金を受け取る労働者側と錯覚しがちです。それは無理からぬ話で、タクシー料金にせよ、寿司屋のお代にせよ、勘定するのは、おカネを受け取る売主側だからです。ところが、雇用契約という特殊な関係のもとでは、おカネを支払う買主側、つまり使用者側に義務があります(労基法 108 条、労働時間適正把握基準(平 13.4.6 基発 339 号))。それが誤解を招きやすくしているようです。裏を返すと、残業代は労働者側の申請を前提としていない、とも換言できます。

#### (一般社会のルール)

売り手(タクシーの運転手、寿司屋の主人)が料金や御代の勘定をする

#### (雇用における特殊なルール)

労働の売り手(労働者)ではなく、買い手(使用者)が賃金を計算する

タイムカードに任せっ放しだと、さらに困った問題が起きます。つまり、タイムカードの記録イコール実労働時間という推定が働きます。社員が私用等で残っていて労働しなかったということを使用者側が立証しない限り、当該打刻時刻まで働いていたとして取り扱わなければならないからです。

Q. なまじタイムカードを引用するよりは、いっそのこと一切なかったことにできないか？

A. 本人から請求があっても必ずしも開示する義務はないものの、本人からの申告を受けた労働基準監督署が踏査し、賃金台帳などの提出を求めることがあり、使用者が拒否した場合には10万円以下の罰金が課せられます(労基法120条)。また、裁判所の証拠保全手続きにより、記録に関する資料開示を求められることも想定でき、その結果、労働時間の管理がなされておらず、残業時間が把握できていない事実が発覚すると、却って裁判官の心証を悪くしかねません。

Q. 故意に証拠を隠滅したわけではなく、本当にタイムカード等の記録がない場合は？

A. 難しい問題ですが、本人の主張と推計し得る客観的状況を手掛りに、「解決金方式」とでも言うのか、おおまかな金額で示談せざるを得ないと考えます。

## 残業代の定額払いの勘所

### 残業代込みの基本給はありなのか？



当社も創業以来、残業代を払ったことはありません。基本給は、40時間相当分の残業代込みであるというのがその理由です。今のところ、特段社内から反論が上がったことはないものの、何時までこうした子供だましが通用するのか、大いに不安を感じますが、いかがでしょうか。

### 残業代込みの是非

月次給与の中に、一定の残業代を含めて支給すること自体は必ずしも違法ではありません。通達でも、「時間外労働等の割増賃金が含まれていること」が明らかに労働契約の内容になっており、

「割増賃金相当額部分(以下、割増見合い分)」と「通常の労働時間に対応する部分(以下、基本部分)」に明確に区分でき、かつ、労基法所定の計算方法による金額(以下、法定割増賃金)が残業見合い分を上回る場合は、その上回る分を支払われている場合----は労基法37条に違反しないとされています(平12.3.8基発78)

「明確に区分でき」というのは、給与明細を見れば、具体的にどの部分が割増見合い分に当るのかがわかり、賃金規程を読めば、単価や計算方法を把握できることを意味します。



### 好ましくない、時間数でのみなし表示

その意味では、「40時間相当の残業代込みの金額である」というのは、とおり、少なくとも以下のような3つの問題点を指摘できます。

40時間分ということは、42時間の残業に対して2時間分の残業代を支給するということになりますが、その場合の残業代はいくらなのか？基になる残業単価は如何にして算定するのか？当然、把握できていなければならぬはずですが、為されているかは大いに疑問です。

二番目に、「20時間の残業と20時間の休日勤務」が混在する場合は、後者については法定の割増賃金を免れる理由にはなりません。さらにこの中に深夜労働が含まれている場合は、それについても別途割増賃金の加算が必要となります。つまり割増賃金には無数の組み合わせがあるため、単に(普通)残業 時間込みという設定の仕方は、甚だつづしが効きません。

三番目に、総支給額が20万円前後で、40時間分の残業代を包含すると、基本部分が最低賃金(=東京都は時間単価791円)を下回る可能性があります。ところが、「残業 時間分込み」という設定の仕方だと、その見極めは容易ではありません。

割増見合い分は<時間>表示ではなく、<金額>表示をお勧めします。例えば、基本給26万円のうち6万円を「割増見合い分」と明記し、割増見合い分は「**残業、休日勤務及び深夜勤務の対価として支給すべき法定割増賃金の全部又は一部となす**」と周知された規定に定義することで、標記の3つの問題はすべてクリアできます。全部というのは、法定割増賃金が割増見合い分の金額内に収まった場合を指します。一部というのは、法定割増賃金が割増見合い分の金額を超過した場合、法定割増賃金の一部が割増見合い分で充当されることを指します。