



## 会員からの相談事例

札幌市医師会顧問弁護士 佐々木 泉 顕  
 弁護士 山 田 敬 之

### 【事例】

- 1 新たに看護師や事務職員を雇用する際、どのような書面を作成すればよいのでしょうか。また、雇用条件を考えるにあたって留意すべき点があれば教えてください。
- 2 この度、退職した職員から、未払いの賃金があるとして請求を受けましたが、その理由の一つとして、夜勤に対する適切な賃金が支払われていないという趣旨の指摘が含まれていました。しかし、当院では、1回の夜勤に対し、所定の夜勤手当をきちんと支給しております。請求に応じなければならないのでしょうか。
- 3 即戦力と期待して中途採用した職員が、期待していた程の能力を有していませんでした。支払っている賃金に見合う仕事をしてもらっていませんので、辞めて頂きたいのですが、雇用関係を解消するには、どうしたらよいでしょうか。

### 【回答】

#### 1 について

契約期間や業務内容等、労働基準法所定の事項を明示した「雇用契約書」ないし「労働条件通知書」を作成して交付する必要があります。

ここに記載される労働条件は、法律で定められた基準や、就業規則で定められた基準を下回る場合には、その部分は無効になるため、法律の基準や就業規則に合致した条件とする必要があります。

#### 2 について

支給されていた夜勤手当が、深夜労働に対する割増賃金という趣旨で支給されており、かつ、割増賃金として計算して不足がない金額であったならば、請求に応じる義務はありません。他方、そもそも深夜労働に対する割増賃金という趣旨で支給されていなかった場合や、割増賃金として計算した場合に金額に不足がある場合には、この点に関する未払い賃金の支払い義務を負うことになります。

#### 3 について

中途採用した者が期待した程の能力を備えていなかった場合であったとしても、当然に解雇することはできませんので、能力不足の内容・程度並びにこれらを客観的に立証できる資料の存否・内容等を勘案の上、解雇すること、あるいは退職勧奨によって自主退職を促すことを検討することになります。中途採用の中でも、特に地位・職種が特定された中途採用者の場合は、当該地位ないし職種に相応しい能力や適格性がない場合には、解雇も十分にあり得ることになりますが、この場合でも、その者の能力不足、適格性欠如等の事由を客観的に証明するための準備が必要です。

### 【解説】

#### 1 について

使用者は、労働者を雇い入れる際、労働条件のうち一定の事項を明示しなければならず、特に、①労働契約の期間、②有期労働契約において更新する場合の基準、③就業の場所・従事する業務の内容、④労働時間（始業・終業時刻、所定労働時

間を超える労働の有無、休憩時間、休日、休暇等)に関する事項、⑤賃金(決定方法、計算、支払の方法、賃金の締切、支払時期等)に関する事項、⑥退職に関する事項(解雇事由を含む)は、書面の交付による明示が義務づけられています(労働基準法15条1項、同法施行規則5条)<sup>1</sup>。なお、上記6つの事項のほか、退職金制度、賞与制度、休職制度等の定めを置いている場合は、これらの事項も明示しなければなりません。

これらの事項を明示するための書面の形態は、労使双方が署名捺印する「雇用(労働)契約書」の形態のほか、使用者側が一方的に通知する「労働条件通知書」の形態が考えられ、そのいずれでも構いませんが、後に労働条件を巡ってトラブルが生じた場合に備えるという観点からは、労使双方が合意したことの証拠となる契約書の形態を取る方が望ましいといえます(「労働条件通知書」では、労働者が交付を受けた事実を争った場合に、間違いなく交付した事実を立証できない可能性があります)。

以上のような労働条件を取り決めるにあたって、労働基準法その他の関連法規における基準を下回る条件を定めた場合、その部分は無効になり、法律の基準が適用されることとなります。また、作成・届出済みの就業規則<sup>2</sup>に定めている基準を下回る条件を定めた場合についても、同様にその部分は無効になり、就業規則の基準が適用されることとなります。

## 2について

労働基準法上、午後10時から午前5時までの時間帯に労働することを「深夜労働」と言い、いわゆる「夜勤」は、この時間帯における勤務を指します。深夜労働に対しては、たとえ所定労働時間内の労働であっても、あるいは、法定時間外労働

に対する割増賃金が別途支払われている場合であっても、25%以上の割増賃金を支払う必要があります。

「夜勤手当」が、就業規則において、深夜労働に対する割増賃金として支給されていることが就業規則(ない場合は労働契約書)に明記され、かつ、実際に労働時間に照らして計算された割増賃金額を上回っている場合は、深夜労働に関する未払い賃金は存在しないこととなります。他方で、就業規則上、この点が明確になっておらず、単なる夜勤に対する特別加算手当のような記載しかない場合には、深夜労働に対する割増賃金が支払われていないこととなります。また、深夜労働に対する割増賃金として支給されていることが明記されていても、手当の支給金額が深夜労働としての割増賃金として計算した金額に満たない場合は、不足分の未払い賃金があることとなります。

ところで、以上のような夜勤の場合とは異なり、断続的な勤務である宿日直勤務として労働基準監督署長の許可を受けた場合は、労働基準法で定める労働時間、休日、休憩等の規定が除外されます(労働基準法41条3号、同法施行規則23条、34条)。但し、ここにいう宿日直勤務とは、業務の終了から翌日の仕事の開始までの時間や休日について、原則として通常の労働は行わず、構内巡視、文書・電話等の收受又は非常事態に備えて事業場に待機させる等、常態としてほとんど労働する必要がない場合を指し、医療機関の場合においては、病室の定時巡回、少数の要注意患者の定時検脈など、軽度又は短時間の業務のみが行われている場合を指します。ところが、実際には、この点に誤解があるために、労働基準監督署長の許可がないのに宿日直勤務として取り扱っているケースや、深夜労働の実態があるにもかかわらず、低額の宿日直手当のみを支給しているというケース

<sup>1</sup> 労働契約締結時の労働条件明示義務違反については、30万円以下の罰金が定められています(労基法120条1項)。

<sup>2</sup> 常時10人以上の労働者を使用する使用者は、労働時間や賃金等の労働条件について就業規則を作成し、労働基準監督署に届け出る義務があります(労基法89条)。

が存在します。<sup>3</sup> なお、たとえ宿日直の許可を得ている場合であっても、宿日直勤務中に通常の労働が行われた場合には、割増賃金を支払う必要があります。このように、宿直と夜勤については、似て非なるものであることを理解の上、適切に処理する必要があります。

### 3 について

新卒採用の場合とは異なり、過去の職歴や経験を見込んだ上で行う中途採用については、現場における即戦力として期待して採用するケースが多いといえます。たとえば、看護師のような専門職を中途採用する場合は、当然に経験年数に応じた技術・知識を備えていることを前提に採用するでしょうし、また、事務長職につき他の医療機関での管理職経験者を中途採用する場合も、管理職に求められる能力・経験を備えていることを前提に採用するでしょう。ところが、実際にいざ勤務を開始してみると、期待していたようなレベルの知識、経験、技量等を有していなかったことが、徐々に明らかになってくる（さらに、これに伴い、他の職員との軋轢が生じる。）というケースはしばしば起こり得ることであると思われます。

一般に、採用した職員が能力不足であったという場合であっても、そのことを理由として解雇するためには、解雇の有効性を争われた場合に備えて、当該職員の能力不足を改善するための注意や指導を十分に施したにもかかわらず、それでもなお改善の見込みがないという事実を、使用者の側において客観的に証明できるだけの準備をしておく必要があります（例：人事評価書、上級職からの指導の記録、事故があった場合の内部報告書等）。このことは、基本的には中途採用の場合であっても同様です。

他方で、地位や職種を限定して中途採用した場

合であり、かつ、地位や職種が限定されていることを理由として十分な処遇（高賃金等）を受けている場合については、そもそも、使用者からそのような注意や指導が重ねられること自体が当該労働契約において想定されていないものとして、通常の場合に比して、解雇の合理性に関する立証のハードルは低くなるものと考えられます。但し、立証のハードルが低くなるとはいえ、能力不足の内容・程度等を客観的に証明するための準備が必要であることに変わりはありません。また、使用者からの注意や指導が重ねられることが当該労働契約において想定されていないと主張するためには、労働契約を取り交わす時点において、当該職種・地位に期待される（求められる）内容が労使双方の共通認識であることを証明できるように、提出を受けた職務経歴書はもとより、面接時の会話内容についても、記録として残しておくことが望ましいといえます（事例1で言及した労働契約書や労働条件通知書に期待される内容を明記することも考えられます。）。

さて、このように、能力不足等を理由とする解雇については、必ずしも容易に立証できるものではないことから、実務的には、たとえ専門職や管理職に中途採用された職員について、能力不足や適格性の欠如が客観的に十分明らかな場合であっても、直ちに解雇に踏み切るのではなく、業務遂行状況の改善に向けた指導や話し合いの機会を何度か設けた上で（その内容は記録として残す必要があります。）、それでもなお改善が見られない場合に、労働契約の解消に向けた措置を講じることが望ましいといえます。また、これは解雇事案一般に共通することですが、最終的には解雇やむなしのケースであっても、解雇の有効性を争われた場合の労力・コストや敗訴するリスクの程度等を考慮した上で、解雇に先立って本人に対し退職を

<sup>3</sup> 「医療機関における休日及び夜間勤務の適正化について」（平成14年3月19日基発第0319007号）

勧奨し、自主退職（辞職）あるいは合意退職という形で退職してもらえるように協議を試みることも実務上よく採られる選択肢です（対象者が勧奨に応じる意向を示した場合は、自主退職の場合は退職願を提出してもらい、合意退職の場合は退職合意書を取り交わすこととなります）。具体的にどのようなステップを踏むべきであるかは、個別事案の事情に応じた検討が必要になりますので、弁護士等の専門家にご相談されると宜しいでしょう。

なお、労働基準法第20条1項は、「使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも30日前にその予告をしなければならない。30日前に予告をしない使用者は、30日以上平均賃金を支払わなければならない。（以下省略）」と規定しているため、30日分の解雇予告手当を支

払えば自由に解雇できると誤解している方が時々おられます。しかし、最高裁判所は「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になると判示しており（最高裁第二小法廷昭和50年4月25日判決）、平成19年に制定された労働契約法16条は、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」と規定して判例法理をそのまま条文化し、最高裁判所が示した見解を法律上明確化しております。たとえ、解雇予告手当を支払ったとしても、それだけで解雇が有効となるものではないことにご留意願います。

