

14 外国人労働者の労働時間管理

Q 当社では、留学生アルバイトや総合職の正社員等様々な外国人労働者を雇用しています。外国人労働者の労働時間管理においてどのような点に気を付けるべきでしょうか。

A 原則として外国人労働者の労働時間管理に気を付けるべき点は日本人と同様です。ただし、留学生アルバイトが働いている場合は原則として1週28時間以内（在籍する教育機関の長期休業期間は1日につき8時間以内）という規制があるため、特に実労働時間の管理に注意が必要です。

解説

1 外国人労働者を雇用する場合の留意点

外国人労働者を雇用するに当たっては、使用者が求めている業務に就労できる在留資格をその外国人労働者が有していることが必要となります。在留資格とは、外国人が日本に滞在するための法的な地位のことをいいますが、外国人は原則として、その在留資格に属する活動の下で許容されている活動以外の就労活動を行うことはできません（入管19①）。

在留資格で認められている範囲を超えて働かせてしまった場合、不法就労活動に当たり、その外国人には資格外活動罪（入管70①四・73）が成立し、資格外活動を「専ら行っていると明らかに認められる者」及び入管法73条の罪により禁錮以上の刑に処せられた者は退去強制事由に当たります（入管24四イ・へ）。そして、外国人に不法就労をさせた者は、不法就労助長罪（入管73の2①）として、3年以下の懲役若しくは

300万円以下の罰金に処せられ、又は併科されるおそれがあります。なお、不法就労活動を行った外国人を雇用した使用者が不法就労に当たることを知らなかった場合でも「過失のない」場合以外は処罰を免れません（入管73の2②）。

事業主は、新たに外国人を雇い入れた場合にはその者の氏名、在留資格、在留期間等を確認して事業所を管轄する公共職業安定所に届け出る義務があり、その際には在留カード等の提示を求めるべきこととされています（労働施策総合推進28①、平19厚労告276）。在留カードには、表面に「在留資格」「就労制限の有無」、「在留期間（満了日）」の記載があり、裏面には「資格外活動許可欄」がありますので、在留カードを確認すれば不法就労活動に当たるか否かの判断をすることができます。「資格外活動許可欄」だけでは資格外活動許可の条件を確認できなかった場合、就労可能か否かを判断するため、資格外活動許可書を確認する必要があります。

2 外国人労働者の労働時間管理

外国人労働者にも労働基準法が適用されますので、使用者は、外国人労働者についても原則として日本人労働者と同様に労働時間の管理を行う必要があります。外国人労働者は、残業に対する意識が日本人労働者の場合と異なる場合がありますので、事前に十分に説明を行うておくべきでしょう。

3 留学生アルバイトの労働時間管理

外国人の留学生をアルバイトとして雇用する場合、労働時間管理において特別な注意が必要です。

「留学」（入管19①二・別表第1四）は原則として就労活動ができない在留資格のため、留学生が就労するに当たっては、資格外活動の許可を取得し、許可の際定められた条件の範囲内で就労することが必要です

(入管19②、入管則19⑤)。留学生が留学中の学費その他の必要経費を補う目的のアルバイト活動をするために資格活動許可の申請をした場合、原則として1週について28時間以内（在籍する教育機関が学則で定める長期休業期間においては1日につき8時間以内）という活動時間の制限（入管則19⑤一）を満たす限り、活動の内容や場所を特定することなく資格外活動を行うことができる包括的な許可を一律に受けられることになっています（審査要領）。なお、風俗関係の仕事をするとはできません（入管則19⑤一）。

留学生アルバイトを上記の制限時間を超えて働かせてしまった場合、留学生アルバイト本人には資格外活動罪（入管70④四・73）が成立し、資格外活動を「専ら行っていると明らかに認められる者」及び入管法73条の罪により禁錮以上の刑に処せられた者は退去強制事由にも当たること（入管24四イ・ヘ）、そして、使用者には、不法就労助長罪（入管73の2①）が成立し、免責される余地が極めて限られていることは前述したとおりです。特に1週28時間以内という規制はどの曜日から1週を起算した場合でも常に1週について28時間以内である必要がありますし、複数の場所でアルバイトをしていた場合はすべての事業所の労働時間を合計して28時間以内であることが必要ですので、特に労働時間の管理に留意することが必要です。

advice

○外国人留学生の雇用管理は慎重に

飲食店やコンビニでは、外国人留学生は貴重な戦力になっていますが、留学生が他のアルバイトと掛け持ちをしていれば1週について28時間を超えてしまうことは珍しいことではないと思います。さらには、アルバイトに精を出すあまり退学してしまうような場合もあり得ると思います。これらはいずれも不法就労活動に当たります。この場合、使用者が不法就労助長罪となるリスクがあることは前述したとおりです。このよ

うなリスクを回避するためには、留学生アルバイトを雇用する際に他のアルバイトとの掛け持ちの有無を確認したうえで制限時間を厳守すること、退学等の場合は速やかに使用者に報告すること等について誓約書等をとっておく必要があります。

書式

○誓約書（留学生の場合） **DL**

○○株式会社

代表取締役○○○○殿

誓約書

私は、貴社とパートタイム雇用契約（1週28時間以内、所属教育機関の長期休業中は1日8時間以内を限度とします。）を締結するに当たり、以下の事項を誓約いたします。

- 1 私は、在留カード記載の「留学」の在留資格及び原則28時間以内の資格外活動許可を取得していることを保証いたします。
- 2 私が貴社に提示した在留カード及びパスポート等は真正なものであり、本日現在有効であることを保証いたします。
- 3 私は、1週28時間以内、所属教育機関の長期休業中は1日8時間以内という就業時間の制限内（出入国管理及び難民認定法施行規則第19条第5項第1号）において勤務することを誓約いたします。
- 4 私は貴社以外においても就労していた場合、前項の就業時間の制限を超え、資格外活動罪（出入国管理及び難民認定法第70条第1項第4号、第73条）に当たるおそれが高くなることを理解しています。私は、貴社以外において就労活動は一切行って

いませんし、今後も行いません。

- 5 卒業又は退学等私の在留資格及び資格外活動許可に影響を及ぼす事項があった場合、速やかに貴社に報告いたします。

○年○月○日

住 所 ○○県○○市○○町○丁目○番○号

氏 名 △ △ △ △ 

〔説 明〕

留学生を採用するに当たり、制限時間を厳守すること、退学等の場合は速やかに使用者に報告すること等確認しておくべき事項についての誓約書の一例です。必要な事項を確認しておかないと不法就労助長罪といわれかねませんので、くれぐれもご留意ください。

〔片岡邦弘〕

50 主治医と産業医の意見の相違

Q 私傷病休職中の社員から、復職可の旨が記載された主治医の診断書が提出され、復職の申出がなされましたが、当社の産業医は復職を不可と判断しており、主治医と産業医の意見が対立しています。会社としては、産業医の意見に基づき復職不可と判断しようと思いますが、どのような点に留意すればよいでしょうか。

A 産業医の意見に基づいて復職不可と判断する場合には、産業医が復職可否判断の基礎となる具体的事情（心身の状況、投薬状況、業務内容、職場環境等）を把握した上で意見を述べていることが重要です。休職期間中の産業医面談の記録や産業医の判断を裏付ける医学文献等を準備しておくことも有益です。

解説

1 主治医と産業医の意見の相違

労働者から、復職可能である旨が記載された主治医の診断書を付して復職の申出があった場合には、診断書の内容を産業医に確認した上で、必要に応じて、産業医等を通じて主治医に対する診療情報提供等の依頼を行い、主治医から医療情報の提供を受け、病状に関する所見等を聴取したり、労働者との産業医面談等を実施し、産業医等から医学的な意見をもらい、復職可否の判断を行うこととなります（詳細は、Q48を参照してください）。

この場合に、質問のように、主治医は復職を可能と判断したものの、産業医が復職を不可と判断し、両者の意見が対立することがあります。このように意見が対立した場合に復職の可否をどのように判断すべき

かが問題となります。

2 主治医と産業医の立場の違い

主治医は、継続的に労働者本人の診療を行っているものの、使用者の具体的な業務内容等を把握していない立場にあることが多く、また、主治医の判断には、労働者本人やその家族の希望が含まれることも指摘されています。

他方、産業医は、主治医のように継続的に労働者本人の診療を行っていないものの、使用者の具体的な業務内容等を把握しており、当該業務内容等との関係で復職可能な状態にあるか否かを判断し得る立場にあります。

このように、主治医と産業医では立場が異なりますので、両者の意見に相違がある場合には、最終的にはいずれの意見を信用できるかという問題になります。その際のポイントは、復職可否判断の基礎となる具体的事情（心身の状況、投薬状況、業務内容、職場環境等）をいずれが的確に把握した上で意見を述べているかという点にあります。

裁判例では、産業医の意見を採用した例として、復職を可能と判断した主治医が労働者本人の希望どおりに診断書を作成したことを認めたことから主治医の意見が排斥された例（コンチネンタル・オートモーティブ事件＝横浜地決平27・1・14労経速2244・3）、休職期間中に面談等を定期的に行っていた産業医及び使用者のメンタル専門医がいずれも復職を不可とする意見書を提出したため、主治医の意見によることが相当でないとされた例（東京電力パワーグリッド事件＝東京地判平29・11・30労経速2337・3）等があります。

他方、産業医の意見の信用性が否定された例としては、神奈川SR経営労務センター事件（横浜地判平30・5・10労経速2352・29）等があります。

3 実務上の留意点

上記2を踏まえると、主治医と産業医の意見が異なる場合に、使用者として、産業医の意見に基づいて対応するのであれば、産業医の意見の信用性が争われる場合に備え、労働者本人の同意を得て主治医から診療情報の提供等を受け、さらに労働者本人との産業医面談を行うなどして、労働者の心身の状況、投薬状況、業務内容、職場環境等の具体的事情を把握した上で、産業医から意見を徴することが重要でしょう。

また、産業医には、復職可否の場面だけでなく、休職期間中から継続的に本人の健康状態を把握してもらうことも重要ですので、休職期間中、産業医が定期的に本人と面談を行っているのであれば、その際の実況も重要な事情となります。加えて、可能であれば後に証拠として提出することができるような医学文献等も準備しておくことが望ましいでしょう。

advice

○休職期間満了までに休職事由が消滅しない場合

休職期間満了までに休職事由が消滅しない場合、休職期間満了により雇用契約が終了することとなります。

この場合、実務では、解雇とする例と自動退職とする例があります。解雇の場合は、解雇の意思表示が必要である上、解雇予告手続（労基20）などの解雇規制の適用を受けることになります。他方、自動退職の場合は、その旨の意思表示は不要であり、原則として解雇規制の適用もないことになります。使用者としては、休職期間満了による雇用契約の終了について、就業規則上、解雇事由となっているのか、それとも退職事由となっているのかを確認して対応する必要があります。実務上は、意思表示が不要であり、原則として解雇規制にもかからない自動退職が望ま

しいでしょう。

なお、休職期間満了直前に復職可能である旨の診断書が提出されたもののその内容に疑義がある場合等、所定の休職期間満了日に復職の可否を判断することが難しい場合には、休職期間を延長して復職の可否を慎重に検討して対応することも多いです。

参考判例

- 使用者に名誉棄損ともいふべき手紙を多数送付していた事実を産業医は把握していたが、主治医は把握していなかったことなどを踏まえ、産業医の意見に相当の説得力があったとした事例（日本通運（休職命令・退職）事件＝東京地判平23・2・25労判1028・56）

書 式

○復職通知書 (DL)

△△△△殿

○年○月○日

○○株式会社

人事部長 ○○○○

復職通知書

貴殿に対し、○年○月○日付で、下記の内容にて復職を命じます。

記

- 1 所属部署 ○○
- 2 担当業務 ○○
- 3 賃金等 ○○
- 4 勤務時間 ○○

ただし、○年○月○日まで、原則として、時間外労働及び休日労働は命じない。

- 5 正常な労務提供に支障があると判断された場合、再び休職を命じる。

以 上

〔説 明〕

復職日を明示した上で、復職を命じるのがよいでしょう。また、勤務条件等についても明確にしておくのがよいです。

○退職通知書（休職期間満了の場合） **DL**

△△△△殿

○年○月○日

○○株式会社

人事部長 ○○○○

退職通知書

当社就業規則に基づく貴殿の休職期間の満了日は○年○月○日となっております。

当社は、貴殿から提出のあった○年○月○日付診断書（○○○〇医師）、同医師から診療情報の提供を受けた産業医の意見等を踏まえ、貴殿が休職期間満了日までに復職することができないと判断いたしました。

したがいまして、○年○月○日をもって貴殿の休職期間は満了となり、就業規則第○条により、貴殿は同日をもって会社を退職となりますので、本書によりその旨を通知いたします。

〔説明〕

休職期間満了による雇用契約の終了について、自動退職の取扱いとする例です。産業医が主治医から診療情報の提供を受けた上で意見を述べている旨を明記している点がポイントです。

〔池邊祐子〕