

第5章 副業をめぐる法律問題

はじめに

この課題に関しては、1995年調査に基づく研究報告書『マルチプルジョブホルダーの就業実態と労働法制上の課題』（以下、「前回報告書」）第3章「副業をめぐる法的諸問題」および第4章「労働者の兼業規制をめぐる裁判例の分析」において、総合的に詳細な検討がなされている。

「前回報告書」では、マルチプルジョブホルダーが今後増加するであろうという前提の下に、「現行の労働法制は、一部を除いて、雇用者が一つの使用者に雇用されていることを前提としているため、複数の使用者に雇用された労働者が増加することは、労働法制面に何らかの変更の必要をもたらすことを考えられる」（1頁）との問題意識から、副業をめぐる現行労働法制の問題点および兼業規制をめぐる裁判例が分析された。具体的には、兼業禁止の就業規則の効力や、労働時間の通算規定（労基法38条1項）、労働保険について検討された。

「前回報告書」以降、副業あるいは複数就業をめぐることは、様々な場面で検討の対象となっている。例えば、2004年6月に公表された厚生労働省の「仕事と生活の調和に関する検討会議報告書」（以下「仕事と生活報告書」）において、副業あるいは複数就業を肯定的に捉える見地から、「前回報告書」の指摘と同様の諸課題を提起している。このように、「前回報告書」の指摘した課題は、ほとんどがそのまま未解決な課題として残っている。わずかに複数就業者の通勤途上災害が、労災保険法の改正によって、問題の解決が図られようとしているにとどまっている。

そこで、この章の課題は、「前回報告書」の成果を前提に、それ以降の副業に関わる状況の変化および今回の2004調査を踏まえて、副業をめぐる法律問題の現況を再度整理することにある。なお、ここでは、本業が雇用である者を前提としている。

第1節 「前回報告書」以降の副業に関する立法等の動き

1. 「仕事と生活の調和に関する検討会議報告書」における副業（複数就業）の位置付け

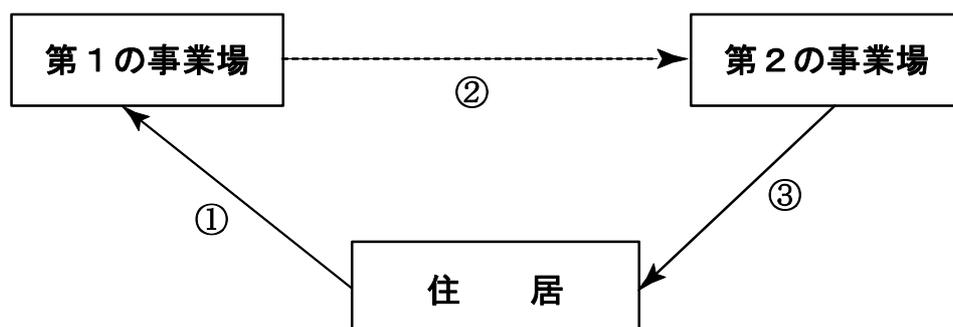
「仕事と生活報告書」は、「仕事と生活の調和」をキーワードとして今後の労働の在り方を検討しているが、そのなかで労働者がこの視点から労働時間や就業場所を自由に選択できる環境を整備するために、世帯としての生計確保のための手段として、「ダブルジョブ、マルチジョブなど自由度の高い働き方を過重労働の防止等に配慮しつつ組み合わせることによって収入水準を確保するといった対応」を一つの選択肢としている。すなわち、「多様な働き方の選択肢を整備する観点からは、複数の仕事を同時並行的に行う（複数の雇用契約を結び、一定の期間内に二以上の就業場所で働く）いわゆる複数就業についても、合理性を有する働き方のひとつとして認知していくことが考えられる」と指摘されているのである。そして、この報告書は、複数就業をめぐる問題点として過重労働および企業による雇用保障の弱化的

危険性を指摘し、また企業においては、「従業員に対する兼業禁止を含めて雇用管理の在り方を根本的に見直すという本質的な課題を内包している」と述べている。

「仕事と生活報告書」は、以上のような認識を前提に、複数就業に関する「公的な施策や制度についての中立性の確保が必要となる」と指摘する。具体的には、労働時間管理の在り方、労働者災害補償保険制度における複数就業者の保険給付の給付基礎日額の算定方法、通勤災害保護制度における通勤概念の見直し、社会保険制度などが検討課題とされた。

2．通勤災害保護制度における通勤概念の見直し

通勤災害の対象となる「通勤」は、労働者が「就業に関し、住居と就業の場所との間を、合理的な経路及び方法により往復すること」と定義されている（労災保険法7条2項）。この結果、下図のように、複数就業者の「住居」から第1の事業場への移動（①）および第2の事業所から住居への異動（③）は労災保険法上の「通勤」とされるのに対して、第1の事業場から第2の事業場への移動（②）については「通勤」にあたらないとされている。



この を労災保険法上の「通勤」とするというのが、2005年3月4日に閣議決定され、第162国会に提出された、労災保険法改正案（「労働安全衛生法等の一部を改正する法律案」）である。この改正の理由として、労働政策審議会の「労働者災害補償保険制度の改善について（建議）」（2004年12月）は、「複数就業者の事業場間の移動については、移動先の事業場における労務の提供に不可欠なものであること、通常一の事業場から他の事業場に直接移動する場合には私的行為が介在していないこと、事業場間の移動中の災害はある程度不可避免的に生ずる社会的な危険であると評価できること等から、通勤災害保護制度の対象とすること」が適当であると指摘している。

なお、上述の建議の前提となった厚生労働省の労災保険制度の在り方に関する研究会「中間とりまとめ」（2004年7月）は、この問題について就業規則等の兼業禁止がある場合について、「民事上の問題を公的保険である労災保険の保険給付に当たって考慮することには疑問があること、兼業禁止の効力についての裁判所による最終的な判断が確定するまでには相当な期間を要する場合があります、その判断を待っていたのでは、被災労働者や遺族の迅速な保

護に支障をきたすおそれがあることから、特段異なった取扱いを行うことは適当ではない」との見解を示している。

3. 複数就業者に係る給付基礎日額

複数就業者の通勤災害保護の検討のなかで浮上したのが、労災保険における複数就業者の給付基礎日額の問題であった。これは、通勤災害にとどまらず、労災保険全般に係る問題である。

現在、複数就業者が業務災害にあった場合、業務災害の発生した事業場から支払われていた賃金をもとに平均賃金が算定され、それが保険給付の額の基礎となる給付基礎日額となる。通勤災害の給付基礎日額も業務災害の場合と同様である。しかし、複数就業者の事業場間の移動を「通勤」とした場合、給付基礎日額の算定をどのようにするかが問題となる。一方の事業場から支払われる賃金を算定基礎としても、どちらを選択するかが困難であり、また、労災保険制度が労働者の被災より喪失した稼働能力を労働者に填補することを目的としていることを考えると、双方の賃金を合算した額を給付基礎日額の算定に用いるという考え方も浮上してくる。前述の「中間とりまとめ」は、基本的に後者の考え方を取っているが、これによると、通勤災害だけの問題にとどまらず、労働災害全般に関わる問題となる。このこともあって、前述の「建議」では、今回の改正で「今後検討を行う」とするにとどまった。

第2節 「前回報告書」以降の裁判例の動向

「前回報告書」は、複数就業に関わるおおよそ平成4年までの裁判例を分析して次のようにまとめている。就業規則の複数就業制限規定について「裁判例は一般に、労務提供への支障や企業秩序ないし利益への侵害の防止の必要性という観点から、その有効性を肯定しつつも、私生活の自由との調和を図るために、そのような弊害の生じない兼業は禁止されないなどとして規定の限定解釈を行い、あるいは、当該事案において問題となった行為は禁止規定に該当しないとの処理を行ってきた。また、禁止規定に一応該当する行為についても、情状的要素を考慮して、それを理由とする解雇や懲戒解雇は権利濫用となると判断するものがある」(60頁)。

「前回報告書」において裁判例数は多いとはいえなかったが、「前回報告書」以降の現在に至るまでの裁判例数も同様である。副業などの複数就業をめぐる裁判例は特に増加傾向にないといえる。今回調査によれば、過去10年の間に企業の副業に関する取り扱いは、厳格化してきているとされているが、そのことが副業をめぐる裁判紛争の増加とは結びついていないようである。また判示内容も、従来の裁判例の傾向と大きく矛盾するものはない。以下、数少ない裁判例を簡単に紹介しておく。

兼業・複数就業を規制する就業規則の規定については、裁判例は従来と同様に限定解釈し

ている。例えば、病院医師の兼業規制規定違反が解雇事由とされた健康保険組合連合会事件大阪地裁判決（平成15年11月7日労働経済判例速報1858号21頁）である。この事案においては、次のような就業規則規定があった。

「第一三条 職員は、在籍のまま当病院以外の機関あるいは組織において就業・就職してはならない。

但し、病院の命により病院の業務として他の職に従事するときはこの限りではない。

……

三、第一項但し書き以外の事由により就業時間外において他の業務に従事する場合は病院にその旨を届け出なければならない。」

この就業規則規定について、この判決は、「被告病院の業務に支障を来す場合にはその業務に従事することを禁止する旨定めており、この規定の定め方からすると、同規定は、被告病院では、就業時間外のアルバイトを届けさせ、被告病院の業務に支障を来す場合に限りアルバイトを禁止するものと解釈することができ、一方、届出のない限り一切のアルバイトを禁止する趣旨とは解釈し難（い）」と判示している。

この事案では、兼業規制規定の制定が最近のことであり、また、従前から医師はアルバイトを行っており、病院もそれを認識していたにもかかわらず、就業規則変更後、医師らからの届出は一件もないが、就業規則改正後も医師らのアルバイトは継続して行われていたことから、判決は、病院は、アルバイトの届出については、あまり厳しく対処してなかったと評価している。

そして、判決は、前述の兼業規制規定の内容、病院が医師のアルバイトを黙認していたこと、原告のアルバイトによって病院に不都合が生じていないことから、「放射線科の部長の地位にありながら、届出を無視していた原告の態度は、就業規則に反するといえる（就業規則五六条一三号）が、これをもって、病院の経営上やむを得ない事由がある場合に当たる（同一九条五号）ということとはできない」と判示した。

また、教員の兼業禁止規定について、「就業規則の兼業禁止等の規定の趣旨は、右該当行為によって、会社の秩序を維持し、又は、従業員の労務の提供が不能若しくは著しく困難になることを防止することにあると解される。また、右規定に該当すれば、解雇という効果が認められることから考えても、問題となる行為が、形式的に右規定に該当するだけでは足りず、会社の秩序を乱し、又は、従業員の労務の提供が不能若しくは著しく困難になる実質を備えたものに限られると解するのが相当である」と判示した裁判例もある（聖パウロ学園（懲戒・普通解雇）事件・大津地判平成11年3月29日労働判例794号12頁）。

解雇訴訟期間中の他への就業などが兼業規制規定に反すると主張された裁判例として、聖パウロ学園（懲戒・普通解雇）事件・大阪高判平成11年3月29日労働判例794号7頁、前掲同事件1審判決、アリアス（懲戒解雇）事件・東京地判平成12年8月25日労働判例794号51

頁、日本マーク事件・東京高判平成9年10月16日労働判例733号81頁、同事件・東京地判平成9年10月16日労働判例688号18頁がある。

これについては、兼業禁止規定は、労務給付義務の存在が前提であり、「被控訴人の控訴人に対する労務給付義務は控訴人の責に帰すべき事由により履行不能となり消滅していることから、被控訴人が喫茶店営業をしたとしても兼業禁止等を定めた就業規則に違反するとはいえない」(聖パウロ学園(懲戒・普通解雇)事件大阪高裁判決、日本マーク事件東京地裁判決、同高裁判決も同旨)として、解雇訴訟期間中の就業などが兼業禁止規定に違反しないと判断する裁判例があるほか、「被告が、原告が共立建設において就労したこと及びサークルリースの代表取締役となったことが二重就業に該当するとしてした第二の懲戒解雇についてみるに、本件就業規則上、二重就業は服務規律違反には該当するが、二重就業自体が懲戒事由として規定されているものではないこと、原告は第一次解雇撤回にもかかわらず被告が解雇期間中の過去分の賃金を支払わないため生活費が不足し、日給制の臨時雇いとして共立建設でアルバイト勤務したにとどまること、また、サークルリースについては貸金業を営む相当額の資金を原告が有していたとも認められず、原告がサークルリースから取締役報酬の支払を受けたこともないことからすれば、原告はサークルリースの代表者として名義を貸したにとどまると認められること等の事実関係に前記の第一次解雇撤回後の経緯を併せ考慮すれば、被告が原告に二重就業があるとしてした第二の懲戒解雇も解雇権の濫用にあたるものといわざるをえない」(アリアス(懲戒解雇)事件東京地裁判決)として、解雇訴訟期間中の二重就職を形式的に含む規律違反としながら、二重就職の経緯などから、当該二重就職を解雇事由とすることを解雇権濫用とした裁判例もある。

就業規則に兼業制限規定がなかった事例としては、十和田運輸事件・東京地判平成13年6月5日労働経済判例速報1779号3頁がある。この事案は、運送会社のトラック運転手が年に1～2回運送業務のアルバイトを行ったとして懲戒解雇されたものである。判決は、アルバイトの頻度、アルバイトにより業務に具体的に支障を来したことはなかったこと、本人がアルバイトについて許可、あるいは少なくとも黙認しているとの認識を有していたことから、原告らが職務専念義務に違反し、あるいは、被告との間の信頼関係を破壊したとまでいうことはできないとして、解雇を無効とした。

以上の裁判例以外に、早期割増退職金の支給請求が、二重就職を理由に拒否された事案としてソニー(早期割増退職金)事件・東京地判平成14年4月9日労働判例829号56頁がある。原告は、退職して他社に就職することが決まっていたが、この制度の適用を受けるために、他社への就業が開始された以降も退職せず、有給休暇をとるなどしたため、二重就職状態となっていた。なお、この会社には、二重就職自体を禁止する規定はなかった。

判決は、早期割増退職金制度に基づく特別加算金の支払いについて、この「制度の適用には被告の承認を要するが、その恣意的な運用が許容されるべきではないから、その運用を申請した者に本件制度の適用を認めないことが信義に反する特段の事情がある場合には、被告

は、信義則上、その承認を拒否できない」という判断枠組みを示した。そして、当該二重就職の「期間は被告を退職する直前の約1か月間と短期間であり、ジェットロへの就業の大部分は、有給休暇中の行為であるから、二重就業によって被告に対する労務の提供に支障を生じた、またはそのおそれがあったとまではいえない」が「原告は、二重に正社員として就業することが一般の雇用慣行上許されず、被告もこれを許容していないことを認識しながら、同年12月8日の面談において被告からこの事実を指摘するまでこの事実を明らかにせず、それまでの間、ジェットロでの勤務はアルバイト程度のものである、土曜日と日曜日に手伝う程度である、引継ぎや研修をしている程度であるなどと事実と異なる説明をしていた」ことなどから、この制度の適用を申請した者に本件制度の適用を認めないことが信義に反する特段の事情がある場合にはあたらないと判示した。

事案としては特殊であるが、明示の兼業規制規定を欠く場合に、正社員としての二重就業が一般の雇用慣行上許されないとしたことは興味深いともいえる。

「前回報告書」の分析も踏まえて、複数就業に関する裁判例の動向をまとめるならば、就業規則の兼業禁止規定は、その効力が限定的に解釈されているということが出来る。すなわち、当該規定の趣旨目的を勘案し、同規定に実質的に反する兼業だけが禁止の対象となるとされている。また、兼業禁止規定違反を理由とする解雇・懲戒処分等の効力においては、当該規定の限定解釈に加えて、兼業の経緯などの諸事情が権利濫用の有無の判断において重視されている。

第3節 副業をめぐる法的諸課題

ここでは、今回調査を踏まえて、「前回報告書」で提起された副業をめぐる法的諸課題について再度検討しておく。

1. 副業を制限する就業規則規定の効力

今回の調査において、副業を「禁止していない」との回答は、16%（前回18%）に対し、「禁止している」との回答は、50.4%（前回38.6%）と前回調査に比べ大幅に増加した。兼業許可制が28.5%（前回37.1%）であり、そのうち、許可基準があるのは、わずか2.3%（前回3.3%）である。このように企業の副業に関する取り扱いは、全体として厳格である。そして、前回調査と比較すると、より厳格化していると評価できる。

副業を規制する理由を見てみると、「業務に専念してもらいたいから」が前回調査も今回調査も一番多いが、今回調査では、「業務上の秘密を保持したいから」、「企業秩序を乱すから」、「業務に悪影響を及ぼすから」という理由が大幅に増加したとされている。

このように企業においては、就業規則における副業制限規定が一般化しているが、学説・判例は、一貫してその効力を限定的に捉えている。学説・判例が副業制限規定の効力を限定的に解するのは、労働者が勤務時間外に何をするかは、労働者の私生活の領域の問題として、

原則的に自由であるという認識があるからに他ならない。代表的な労働法学説も「二重就職も基本的には使用者の労働契約上の権限の及ばない労働者の私生活における行為であるので、その許可制の規定を……限定解釈することは正当である」(菅野和夫『労働法第7版』弘文堂、2005年、377頁)としている。

副業の規制理由としてもっとも多いのが「業務に専念してもらいたいから」であるが、規範的に考えたとき、この理由が業務時間外の副業を一般的に一律禁止する根拠にはならないであろう。労働関係において労働者は、信義則上職務専念義務を負うが、それはあくまでも勤務時間中に限定されるからである。「業務に悪影響を及ぼすから」という理由も、副業制限の根拠としては適切ではない。副業による長時間労働が本業に影響する可能性は否定できないが、私生活において、例えば、趣味・スポーツや資格試験準備などが本業に影響する可能性があるからといって、それらを規制できないのであるから、副業だけを特別に規制する根拠とはなり得ないからである。前述の「仕事と生活報告書」が指摘するように、確かに副業者が過重労働となる危険性があることは事実である。しかし、副業の一般的規制によってその対策とするのは適切ではないだろう。「業務上の秘密を保持したいから」という理由は、秘密保持義務および競業避止義務の根拠としては適当であるが、副業の一般的規制の理由にはならないであろう。「企業秩序を乱すから」という理由にしても、裁判例の多くがいうように、副業が直ちに企業秩序を乱すとは到底いえない。

このように見ていくと、規範的には副業を全面的に事前規制する根拠は見当たらず、就業規則の副業規制規定は、限定解釈によってその有効性が認められるにとどまると考えるのが適切といえる。

2. 労働時間の通算規定をめぐって

副業をめぐる問題では、労基法の労働時間の通算規定(38条)の実効性が問題とされてきた。「前回報告書」において、この規定は、そのルーツに遡って綿密に検討されているが、一貫して使用者の異なる事業場の労働時間も通算する趣旨と解されてきているが、その規制について現実性が乏しいからである。今回調査では、この規定の認知状況は、46.3%(規模1,000人では75.9%)であり、そのうち90.1%が労働時間の通算の結果として割増賃金を支払う義務があることを認知している。しかし、副業者の把握については、「とくに把握していない」が84.0%であることを考えると、労基法38条の認知は、実務と結びついたものではないと考えられる。行政解釈によれば、使用者は、労働者が複数就業をしている事実を知らなければ、故意を欠くため38条違反が成立しないとされているが、使用者が労働者の副業を把握していないのはこのことが背景にあるわけではないだろう。

この通算規定については、「仕事と生活の調和」に関する検討会議」でも検討の対象となり、そのなかで行政サイドからも、この規定の解釈を確保する実行措置がないことから、再検討の余地がある旨の発言がなされている(平成16年5月14日第10回「仕事と生活の調

和」に関する検討会議（議事録）参照）。

労働法学説では、最近、「週40時間制移行後の解釈としては、この規定は、同一使用者の二以上の事業場で労働する場合のことであって、労基法は事業場ごとに同法を適用しているために通算規定を設けたのである、と解釈すべき」（菅野・前掲書255頁）と主張されていることが注目される。そもそもこの通算規定によって、複数就業による過重労働が回避できる可能性は大きくない。そもそも副業が雇用ではないときには、過重労働に対する配慮は機能しない。副業がもたらす過重労働の危険性については、労働者個人を対象にした別途の方策が検討されるべきである。

このように考えると、この通算規定については、その解釈のあり方を再検討するのが妥当であると思われる。