

在宅勤務への政策対応
～労働法学の視点を中心に～

独立行政法人 労働政策研究・研修機構
副主任研究員 池添 弘邦

《 要 旨 》

在宅勤務は、仕事と家庭の両立など労働者の生活の質の向上の点からみて、多様な働き方の一つとして、これを普及・促進していく価値は一定程度あると思われ、すると、在宅勤務に係る労働関係法令等の適用・解釈は重要な問題である。この点、現行の在宅勤務に関するガイドラインは、政策的対応として重要な意義を有するが、企業が具体的な在宅勤務管理上の指針とするには、情報量をさらに豊富化する必要がある。本 DP は、その目的のため、在宅勤務に係る法的問題を検討したものである。現行法令に係る問題としては、特に、実務上適切で実行可能な労働時間管理の方法、労災認定について検討を深めるべき点がある。また、労使間の取決め、すなわち労働契約上の問題としては、在宅勤務について想定される、情報通信機器の使用と労働をめぐる諸種の問題（私用メール・モニタリング（監視）、秘密保持、人事考課・評価）に留意する必要がある。なお、在宅での勤務という使用者からの指揮命令が希薄化相対化した労働契約関係と通常の労働契約関係、あるいは他の労務供給契約関係（請負、委任）との政策的理論的な比較・整理・検討が、今後必要になるものと思われる。

（備考）本論文は、執筆者個人の責任で発表するものであり、独立行政法人 労働政策研究・研修機構としての見解を示すものではない。

も く じ

はじめに	4
本稿の執筆趣旨	
本稿の検討対象	
本稿の目的	
1. 「労働基準関係法令の適用」について	5
2. 「労働基準法上の注意点」について	6
(1) 「労働条件の明示」について	6
ア. 新規に在宅勤務者を雇用する場合	
(ア) 募集	
(イ) 採用(労働契約の締結)	
A. 申込及び承諾の効力	
B. 契約の不締結	
C. 労働条件の明示	
D. 有期労働契約の試用期間性	
イ. すでに労働契約関係にある労働者を在宅勤務させる場合	
(ア) 一般的に在宅勤務を導入するとして就業規則を変更し、本人の希望に したがって当該変更された就業規則を適用して在宅勤務をさせる場合	
(イ) ある従業員に在宅勤務をさせるために就業規則を変更する場合	
(2) 「労働時間」について	14
(3) 労働基準法に係るその他の問題について	18
ア. 休憩・休日	
イ. 年次有給休暇・休業等	
ウ. 賃金・休業手当・出来高払制の保障給	
エ. 就業規則の作成・適用・周知	
オ. 過半数代表者選出手続への関与の確保	
3. 「労働安全衛生法上の注意点」について	22
4. 「労働者災害補償保険法上の注意点」について	23
ア. 私的空間ではあるが在宅勤務中に事故に遭った場合の労災の適用について	
イ. 労災事故と私傷病との区別について	
ウ. 私的空間から労務を提供する空間への移動の際に負傷等した場合の通勤災害の 適用について	
エ. 安全配慮義務(注意義務)について	

オ．居室内の物的設備が原因で疾病に罹患等した場合の損害賠償責任の所在と 過失相殺について	
5．「その他在宅勤務を適切に導入及び実施するに当たっての注意点」について	29
(1) 在宅勤務中の問題	30
ア．費用負担等	
イ．メールの私用・モニタリング	
ウ．競業避止・副業	
エ．秘密保持	
オ．第三者への業務委託	
カ．業務命令	
キ．懲戒処分	
ク．在宅勤務者の損害賠償責任	
(2) 在宅勤務後の問題	39
ア．人事考課・評価	
イ．在宅勤務者の損害賠償責任	
ウ．労働契約の終了	
6．「社内教育等の取扱い」について	42
7．「在宅勤務を行う労働者の自律」について	43
8．紛争処理に係る問題	43
(1) 公的紛争解決手続の管轄	44
(2) 準拠法	45
おわりに	47
まとめ	
今後の課題	

【先行研究】

はじめに

本稿の執筆趣旨 本稿は、プロジェクト研究「多様な働き方における生活の質の向上に関する調査研究」の一環として執筆されるものである。

近年、労働者の生活の質の向上を考える視点として、「ワーク・ライフ・バランス」(以下、“WLB”という。)に大きな関心が寄せられている。WLBは、近時では、格差問題も含めて極めて多義的に用いられているが、広くは、従来から、仕事と育児・介護等家庭(あるいは家族)責任との両立を指すものとして用いられている。WLBをこのように捉えた場合、これを推し進める手段として、端的には、育児・介護休業法といった立法措置とその普及・促進があるが、他方で、新たな立法によらずして、すなわち現行法令の枠内でWLB促進に寄与する勤務形態の普及・促進、あるいは雇用管理等の改善によることも十分に考えられる。

特に後者の場合、一方では働く側のニーズ、他方では有能な人材の維持・確保等企業側のニーズから、通常就業することとされている就業場所及び時間から解放されたいいわゆる「テレワーク」の利用・活用が実態として見られる。

本稿では、ひとまず、“通常就業することとされている就業場所及び時間から解放された”働き方(以下、「テレワーク」という。)に着目し、これがWLBに寄与する可能性を秘めているものとして捉え、法的観点から論じることとする。(なお、実態的観点を踏まえた検討は、今後の課題である。)

本稿の検討対象 テレワークの契約形態は、その法的性質から大別して、労働契約に基づき正規の従業員として行う場合、業務委託など請負等の契約に基づいて行う場合、そして、物の製造や加工という限定が付された請負等契約による委託に基づいて家内労働として行う場合がある。なお、とは、が請負契約に基づいている場合はその点でと共通するが、は、「委託を受けて“物品の製造又は加工等に従事する”」ことから、家内労働法の適用対象になり¹、この点でとは異なる。

の形態は、多かれ少なかれ、「労働者」と対置される「事業者」であるうえ、契約形式上は対等な立場にある者同士の契約であり、何らかの政策的対応の必要の是非及び内容を議論する必要はあるせよ、WLBという働く側のニーズは自律的に解消されうるものの一応は考えられる。

他方、の形態は、基本的に使用者の指揮命令(従属)下にある労働であり、自律的な問題の解消は相対的に難しいうえ、仕事を重視すれば家庭に支障を来しかねず、また、その反対もありうるどころ、結果的に人材の流出といった事態を企業にもたらしうる一方で、働く側も仕事か家庭かの二者択一の選択を迫られてしまうことになりかねず、WLBの観点から

¹ 家内労働法2条2項 この法律で「家内労働者」とは、物品の製造、加工等若しくは販売又はこれらの請負を業とする者その他これらの行為に類似する行為を業とする者であって厚生労働省令で定めるものから、主として労働の対償を得るために、その業務の目的物たる物品(物品の半製品、部品、附属品又は原材料を含む。)について委託を受けて、物品の製造又は加工等に従事する者であって、その業務について同居の親族以外の者を使用しないことを常態とするものをいう。

は内包する問題の多いテレワーク形態であると考えられる。

したがって、現時点で検討すべき対象は、の雇用労働者が行うテレワークということになる。この点、雇用労働者が行うテレワークには、モバイルワークやセカンドオフィスがある²が、WLBにかんがみると、WLBと両立しうる可能性が高いと考えられる、雇用労働者が自宅で行うテレワークこそ検討すべき対象であることになる³(なお、前述のテレワーク形態及び雇用労働者が行う他のテレワーク形態との混同を避けるために、以下では、雇用労働者が自宅で行うテレワークを「在宅勤務」といい、これを行う者を「在宅勤務者」という。)

本稿の執筆目的 では、在宅勤務者について法的観点から議論する場合、その素材となる法令とは何であるか。現行法令において主として在宅勤務を規整するものは存在しない。通常の雇用労働者と同様に、既存の法令、(裁)判例によって規整されているということになる。しかしながら、在宅勤務が有する意義にかんがみて、現在、「情報通信機器を活用した在宅勤務の適切な導入及び実施のためのガイドライン」⁴(以下、「ガイドライン」という。)が策定されている。

もっとも、ガイドラインを見ると、ごく簡潔な内容のものであり、従業員規模が大きくかつ人事等関係部署の体制が整えられている大規模企業であればともかく、それと対照的な中規模以下の企業において首尾よく活用されうるものではないように思われる。また、大企業においてであっても、ある論点が法的にどのように解釈されるのか疑問が生じる余地があると推測され、場合によっては、企業側にとって在宅勤務を活用するうえで困難な問題を生じさせる論点もありうると思われる⁵。

そこで本稿は、ガイドラインの該当部分を引用(以下における囲み部分がこれに当たる。)しつつ検討すべき論点を提示し、在宅勤務を含むテレワークについて法的検討を行った先行研究(本稿末尾参照)における検討事項及び内容、現行法令、(裁)判例を踏まえて、現行ガイドラインがよりよく活用されうる内容のものとなるよう、労働法学を中心とした個別的労働関係の観点から、在宅勤務の遂行過程から想定されうる具体的問題を検討することとする。

1. 「労働基準関係法令の適用」について

² 小倉一哉・藤本隆史「雇用におけるテレワークに関する論点整理」JIPLT Discussion Paper Series 08-03(2008年)6頁参照。同論文のアドレスは、<http://www.jil.go.jp/institute/discussion/2008/08-03.htm>。

³ もっとも、本稿の以下における検討は、モバイルワークやセカンドオフィスといった雇用労働者が行う他のテレワーク形態にも流用ないし応用可能な部分もあると思われる(特に、自宅という就業特性を考慮して検討した部分以外の部分)。しかし、本稿の検討対象は、あくまで在宅勤務であることから、検討対象ではないモバイルワークやセカンドオフィスについて、とりたてて述べることはしない。

⁴ 「情報通信機器を活用した在宅勤務の適切な導入及び実施のためのガイドライン」(平成16年3月5日基発第0305003号)<http://www.mhlw.go.jp/topics/2004/03/tp0305-1.html>。

⁵ 例えば、ガイドラインを「実際のケースに落とし、具体的にどう詳細なルールにしていくかを考えるのは、結構大変な作業だ。」「さまざまな場面を想定し、答えを出しておかなければならない。」「(事例報告 日本ユニシスにおける在宅勤務の試行導入)独立行政法人 労働政策研究・研修機構『Business Labor Trend』February, 2008, 16-20頁)という企業側の懸念がある。

労働者が在宅勤務（労働者が、労働時間の全部又は一部について、自宅で情報通信機器を用いて行う勤務形態をいう。）を行う場合においても、労働基準法、最低賃金法、労働安全衛生法、労働者災害補償保険法等の労働基準関係法令が適用されることとなる。

在宅勤務者は、通常の労働者と同様に、使用者と労働契約を締結し、労務を遂行しており、労働者及び労働契約の中核要素としての“使用者の「指揮命令」下にある”ことから、当然に、労働基準法（以下、「労基法」という。）をはじめ関係法令の適用が及ぶこととなる。したがって、特に論ずべき問題はない。

しかしながら、在宅勤務者は、通常の労働者と異なり、使用者（以下、「企業」又は「事業主(者)」と表記する場合がある。）の目が行き届かない(場合が多い)在宅での労務遂行形態であることから、契約形式上“使用者の指揮命令下にある”とはいえ、実態的（個別具体的）な指揮命令は(個別ケースごとに程度の差はあれ)希薄化しているものと考えられる。すると、このことに伴って、在宅勤務者と通常の指揮命令下にある労働者を、法理論的及び法政策的に同列に論じてよいか議論の余地が生じる。この点は、末尾の今後の課題の項で改めて触れることにする。

2. 「労働基準法上の注意点」について

(1) 「労働条件の明示」について

使用者は、労働契約を締結する者に対し在宅勤務を行わせることとする場合においては、労働契約の締結に際し、就業の場所として、労働者の自宅を明示しなければならない（労働基準法施行規則第5条第2項）。

この事項については、採用時の労働条件明示以前に、新規に在宅勤務者を募集する場合が問題となりうる点で職業安定法上の規制に留意する必要がある。また、情報通信機器（パソコン。以下、“PC”という。）を通じて労働契約を締結する場合にも注意を払うべき問題がある。

ア．新規に在宅勤務者を雇用する場合

(ア) 募集

新規に在宅勤務者を募集して雇い入れようとする場合で、PCを通じてこれを行う場合には、例えば、ある企業がそのホーム・ページの作成と併せて又は別途、在宅勤務者の募集を外部の業者へ委託するとすれば、職業安定法（以下、「職安法」という。）36条の委託募集規

制⁶がかかりうる。

つまり、外部の受託業者が求職者の募集を行っている場合で、募集について当該企業から報酬を与えられている場合には、当該企業は、厚生労働大臣の許可を得(職安法 36 条 1 項)かつ、与える報酬の額についてあらかじめ厚生労働大臣の認可を受ける必要がある(職安法 36 条 2 項) また、受託業者が報酬を与えられない場合には、当該企業は厚生労働大臣に届け出なければならないこととなる(職安法 36 条 3 項)。

したがって、新規に在宅勤務者を雇い入れようとする際の募集について、企業は、募集のプロセスによっては職安法上の規制が及びうることに留意する必要がある。

(1) 採用(労働契約の締結)

次に採用だが、これは、法的には労働契約の締結段階での問題である。想定しうる幾つかの問題について検討する。

A. 申込及び承諾の効力 まず、PC やインターネットの不具合により確定的な契約締結の合意がなされなかった場合、契約の帰趨、特に職務機会を失うこととなる在宅勤務者への法的救済としてどのようなものが考えられるかが最終的な問題となりうる。そして、法的帰結としての救済以前に、確定的な合意がなされなかったことの法的責任が、求職者側にあるのか求人者側にあるのかが検討を要する論点である。

採用内定法理⁷によれば、企業側の募集広告が労働契約締結申込の“誘引”、募集広告に対する求職者側の応募が締結“申込”、申込に対する企業側の内定通知発出が締結への“承諾”である。当事者間に場所的隔たりがある企業と在宅勤務応募者間の契約締結に及ぶ法的規整は、後二者の、申込と承諾⁸である。以下では、申し込みと承諾とに分けて検討する。

まず、申込について。民法 97 条 1 項によれば、申込の意思表示は相手方である企業に到達した時点で効力を生じるのであるから、当該意思表示が PC 及びその環境上(ここでは、求職者が契約しているプロバイダーのサーバーも含めて考える。以下、この項においてその意味で「PC 等」という。)の理由によって企業側に到達していなければ、当該意思表示は効力を生じない。すると、相手方に契約締結の意思表示が到達しない場合に不利益を被るのは、職務機会を喪失しかねない在宅勤務応募者である。

ところで、意思表示の効力発生時期について、民法上は到達主義が採られ、到達とは相手方の了知しうるようにその勢力範囲に入ることであると解されており、意思表示の不着は表意者すなわち求職者側の不利になるのが基本原則である⁹と考えられる。したがって、求職者

⁶ 職安法 36 条 労働者を雇用しようとする者が、その被用者以外の者をして報酬を与えて労働者の募集に従事させようとするときは、厚生労働大臣の許可を受けなければならない。

同条 2 項 前項の報酬の額については、あらかじめ、厚生労働大臣の認可を受けなければならない。

同条 3 項 労働者を雇用しようとする者が、その被用者以外の者をして報酬を与えることなく労働者の募集に従事させようとするときは、その旨を厚生労働大臣に届け出なければならない。

⁷ 大日本印刷事件・最 2 小判昭 54・7・20 民集 33 卷 5 号 582 頁。

⁸ 民法 97 条 1 項 隔地者に対する意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる。

民法 526 条 1 項 隔地者間の契約は、承諾の通知を發したときに成立する。

⁹ 四宮和夫・能見善久『民法総則〔第 7 版〕』(弘文堂、2005 年) 224 頁。

側の PC 等の理由によって応募の意思表示が不着の場合は、求職者側が職務機会を喪失したとしても、法的には企業側に責めを負わせることは難しいものと考えられる。

しかし他方、これから在宅勤務者採用の応募を受け付けるというときに、企業側の PC 及びその環境（サーバーを含む。以下同じ。以下、この項においてその意味で「PC 等」という。）に不具合があり、求人応募の意思表示が不着となった場合（例えば、企業側のサーバーに、求職者の応募の意思表示たるその旨のメールが受信されていない、あるいはその記録すら残っていない場合）には、意思表示は効力を生ぜず、契約は成立する可能性を失うことになるが、たとえ到達主義が基本原則であったとしても、求職者側に不利益を被らせるのは酷というべき場合がありえると思われる。この場合、信義則¹⁰に基づく契約締結上の過失法理¹¹によって、職務機会喪失を逸失利益とし、これを損害賠償として一定程度認め、求職者を救済することが考えられる¹²。

この場合に、まず、損害の立証との関係で、求職者が確かに自己(使用)の PC から、プロバイダーを経由して応募の意思表示を企業側に発信していることが証明される必要がある（そうしなければ企業側は無限定な責任を負うことになる。）。また、自分は採用条件に適合しており、企業側 PC 等の不具合がなければ自分が在宅勤務者として採用されていたであろうことも立証する必要がある。後者については極めて困難で、かつ、多数の応募者の中の誰と契約を締結するかは企業側が有する採用の自由¹³とも関連して、求職者側の立証は容易ではないものと考えられる。

もっとも、以上のように考えるとしても、クリアすべき問題がある。それは、契約締結上の過失の法理が適用されるいくつかの場面のうち、ここで検討している在宅勤務応募者に即せば、契約締結の準備段階において一方当事者が契約の成立を信じたものの契約が締結されずに損害を被った場合に当たりうるところ、在宅勤務を希望する求職者が求人企業に対して応募（契約締結を申込む意思表示）をした段階が、“契約締結の準備段階”すなわち契約締結に向けた当事者間の交渉段階に当たるとされなければならないということである。この点は、在宅勤務が今後普及し、実際にこのような紛争が発現してきた時点で、事案に即して具体的に検討する必要があるが、現時点で同法理の適用可能性をまったく否定してしまうことにはやや躊躇を覚える。今後の検討課題の一つである。

次に、**承諾**について。承諾の場合、民法上は発信主義が採られており、承諾者、すなわち企業側が求職者の応募に対して承諾を発信した時点で契約が成立するとされている。すると、求職者側の PC 等の不具合から承諾通知が不着・延着の場合であっても、労働契約は成立し

¹⁰ 民法 1 条 2 項 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

¹¹ 契約締結(予定)当事者間において不利益を被った者に対する信頼利益の保護・賠償のこと。金子宏、新堂幸司、平井宜雄編『法律学小辞典 [第 4 版]』(有斐閣、2004 年) 285 頁。

¹² 民法上、「契約不成立となった場合の…利益調整は、「契約締結上の過失」を理由とする損害賠償の問題としておこなわれることになる」とされている。潮見佳男『民法総則講義』(有斐閣、2005 年) 64 頁。

¹³ 三菱樹脂事件・最大判昭 48・12・12 民集 27 卷 11 号 1536 頁。

ていることになる。このような場合、例えば、企業の承諾通知が不着であることを理由に、求職者側が別の職務機会を求めて現実に就労してしまっているとしても、求職者は、先に応募した企業との労働契約を解約することが求められよう¹⁴。関連して、すでに別企業で就労しており、先に応募した企業での就労が不可能な場合、求人企業は、当該求職者が行う予定としていた業務を処理できなくなったことと相当因果関係に立つ損害を当該求職者に対して求めるという対応を取ることが予想される。期間の定めのない労働契約を解約する場合、解約は自由である（民法 627 条 1 項¹⁵）から、在宅勤務者側に損害賠償責任の問題は生じない。一方、期間の定めのある労働契約を解約する場合は、「やむを得ない事由」のあることを要する（民法 628 条¹⁶）ところ、別企業への就職がやむを得ない事由に当たるかが問題となり、仮に、別企業への就職がやむを得ない事由に当たると解される場合であっても、在宅勤務求職者側の PC 等の不具合による企業からの承諾通知の不着・延着について求職者側に過失があると判断される場合には、在宅勤務者側は先に応募した企業に対して損害賠償責任を負うことになる。

他方、企業側の PC 等の不具合によって承諾の意思表示を発信することができない場合、当事者双方、特に企業側には不利益は生じない（承諾の意思表示の不到達によって契約不成立となるだけである。）むしろ、承諾の意思表示を発信したつもりで PC を操作したものの、実は発信できていなかった場合、つまり、承諾できず契約不成立となった場合をどのように考えるかが問題となる。

この場合、民法 526 条 1 項に従えば、求人企業からの承諾の意思表示は求職者に向けて発信されていないのであるから、求職者は、応募要項等により PC 以外のツールによって企業側の承諾の意思表示を確認することが事前に要求されている場合であれば別であろうが、そうでない場合は契約不成立となり、別の就労機会を求めて別企業に応募することとなる。すると、求職者側としては、応募が企業側の PC 環境等により不着となった前述の場合と同様に、契約締結過失法理を根拠に、別企業に就職する以前に当該企業と契約を締結していれば得られたであろう賃金を逸失利益として損害賠償を請求しうる場合がありうると考えられる。もっとも、この場合でも、求職者側は自分が当該企業に在宅勤務者として採用されていたであろうことを立証する必要がある。

以上のとおり検討してきたことからすると、PC を通じた労働契約の締結は対面型の契約締結とは異なり、申込及び承諾の各意思表示の効力発生の有無などに起因する法的問題を生

¹⁴ 法令上、複数の企業と労働契約を締結することは禁じられていないが、求職者は、すでに成立している労働契約の債務不履行により企業側から損害賠償責任を問われる可能性があり、また、すでに成立している労働契約に基づき、競業禁止義務及び服務規律の違反を問われるため、労働契約の解約をする必要が生じる。

¹⁵ 民法 627 条 1 項 当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する。

¹⁶ 民法 628 条 当事者が雇用の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償責任を負う。

じさせる可能性があることから、企業側においては、(損害の立証の問題はともかく、)契約締結時の不測の事態に備えて、その場合のルールを事前に整備し、応募者に事前に告知しておくなどの対応を行っておくのが妥当であろう。

B. 契約の不締結 次に、在宅勤務により処理されることが予定されていた職務自体が消失し、契約不締結(企業側が承諾の意思表示を發出しなかった)となった場合、及び、契約締結後在宅勤務開始前に在宅勤務職務が消失した場合(採用内定取消を含む。)を想定して、これらにかかる法的救済について検討する。

まず、**職務消失 - 契約不締結(企業側の承諾の意思表示不發出)**の場合について。

労働契約についても契約自由の原則が及ぶのであるから、在宅職務の消失を含め、企業側に生じた諸般の事情から契約不締結となったとしても、基本的には法的問題は生じない。しかし、例えば、求職者側において契約締結への合理的期待が高く、かつ、求職者においては前職を辞するか他での就労機会を放棄して在宅勤務にかかる労働契約を締結しようとしていたなどの場合においては、信義則に基づき、企業側は、当該職務が消失せず就労機会を確保するか、あるいは職務消失の経緯を求職者に説明したり、事後の対処について協議したりするなど、契約締結過程における配慮義務ないし注意義務を負うものと考えられる¹⁷。そしてこの場合、相当因果関係にある損害を企業に対して求めうる。

したがって、企業側としては、必ずしも職務消失による契約不締結を契約自由の原則によって処理することとせず、事前事後の対応についてルールを設定すると共に、これを求職者に事前に告知しておくようにするのが妥当であろう。

次に、**契約締結後在宅勤務開始前 - 職務消失(採用内定取消)**の場合について。

この場合には、採用内定が出されているような場合も含めて、労働契約は成立しているのであるから、労働契約の解約が法的に妥当であるかが検討されることになる。

一つは、採用内定法理における留保付解約権の行使には、客観的に合理的で社会的通念上相当な理由、すなわち正当な理由が必要とされる¹⁸ということである。正当な理由とは、例えば、採用内定発出後に新たに判明した業務不適格等確実な証拠に基づく事実による場合などである。

では、職務消失は正当な理由に当たると考えることができるか。この点、職務消失は在宅勤務者側には一切の責めはなく、むしろ企業側の経営上の都合によるものであるから、採用内定取消の有効性は、整理解雇法理¹⁹にしたがって判断されるのが妥当と思われる。すなわち、人員削減の必要性の存在、解雇回避努力義務の履践、被解雇者選定基準の合理性、労働

¹⁷ わいわいランド事件・大阪高判平 13・3・6 労判 818 号 73 頁、ユタカ精工事件・大阪地判平 17・9・9 労判 906 号 60 頁。

¹⁸ 前掲注 7 大日本印刷事件最高裁判決のほか、例えば、インフォミックス(採用内定取消)事件・東京地決平 9・10・31 労判 726 号 37 頁、オプトエレクトロニクス事件・東京地判平 16・6・23 労判 877 号 13 頁、宣伝会議事件・東京地判平 17・1・28 労判 890 号 5 頁。

¹⁹ 東洋酸素事件・東京高判昭 54・10・29 労民集 30 巻 5 号 1002 頁。

者または労働組合との協議という各判断要素に照らし、総合判断して決せられるとするのが適当であろう²⁰（なお、この点については、労働契約法 16 条〔解雇〕の規制がかかることに留意する必要がある。²¹）。労働契約の解約が同法理に照らして無効とされた場合、在宅勤務者の労働契約は存続していることが確認されると共に、在宅勤務者側は、存続している労働契約に基づいて逸失賃金の支払いを企業に求めることができる。

もう一つには、近時、違法な採用内定取消と判断された事案²²において、違法な採用内定取消がなければ得られたであろう賃金又は(当該企業で採用内定を得ていなければ)他で得られたであろう賃金相当額及び慰謝料を損害賠償として請求する方法がある。

いずれの方法によって在宅勤務者側を救済するにせよ、企業側としては、採用内定の取消が違法にわたらないように十分配慮する必要があると共に、事前事後の対応についてルールを設定し、これを求職者に事前に告知しておくようにするのが妥当であろう。

C. 労働条件の明示 労基法 15 条 1 項²³は、使用者に、労働契約の締結に際して、労働者に対して労働条件を明示することを義務づけていることから、使用者は、労働基準法施行規則（以下、「労基法施行規則」という。）5 条 3 項²⁴に基づき、賃金、労働時間等の主要な労働条件について、在宅勤務者に対して、書面の交付により労働条件を明示することが必要となる。この場合、「当該労働者に適用する部分を明確にして就業規則を労働契約の締結の際に交付することとしても差し支えない」(平 11・1・29 基発 45 号)とされている。なお、以上の点については、労働契約法 4 条〔労働契約の内容の理解の促進〕に留意する必要がある²⁵。

労働条件の明示については、在宅勤務者が使用者から相当遠隔な場所に居住している場合に、その方法が問題となろう。この場合、法令上、労働契約の締結に「際して」の労働条件の明示が必要とされることから、使用者としては、労働条件事項が明記された書面を契約締結前、事前に在宅勤務者宛郵送し、契約締結時には、その書面が在宅勤務者の手元に到達しており、在宅勤務者が書面に明記された労働条件事項を了知していることが必要であろう。また、使用者としては、労働契約の締結に際して、在宅勤務者が書面に明記された労働条件事項を了知していることを確認する必要がある。

なお、上記の労働条件の明示とは別の問題であるが、それに関連して、採用以前の求職者からの契約締結の申込段階での募集広告に記載された内容が労働契約の内容、すなわち労働条件になるかという問題がある。

²⁰ 前掲注 18・インフォミックス事件東京地裁決定。

²¹ 労働契約法 16 条〔解雇〕については、後掲注 103 を参照。

²² 前掲注 18・オプトエレクトロニクス事件及び宣伝会議事件東京地裁判決。

²³ **労基法 15 条** 使用者は、労働契約の締結に際し、労働者に対して賃金、労働時間その他の労働条件を明示しなければならない。この場合において、賃金及び労働時間に関する事項その他の厚生労働省令で定める事項については、厚生労働省令で定める方法により明示しなければならない。

²⁴ **労基法施行規則 5 条 3 項** 法第 15 条第 1 項後段の厚生労働省令で定める方法は、労働者に対する前項に規定する事項が明らかとなる書面の交付とする。

²⁵ 労働契約法 4 条〔労働契約の内容の理解の促進〕については、後掲注 103 を参照。

裁判例は、企業の利益動向と密接な関連がある賞与については、これの具体的な額までを労働条件内容とすることには消極的なようであり、かつ、記載の表現や契約締結時の状況によっては、企業側の支払義務（反面で労働者側の支払請求権）を認めることにも消極的な見解を採ったと考えられる事例が見られる²⁶。また、月々の賃金額が見込額とされている場合には、その額による支払請求も認めていない²⁷。

他方、職業安定所における求人票に「退職金有り」と記載されていた事案で、裁判所は、退職労働者の退職金請求を認容している²⁸。

いずれにしても、企業側としては、何が具体的契約内容で何が具体的契約内容の参考なのかを明確に区別して示したうえで、募集広告等を掲げる必要がある。

D. 有期労働契約の試用期間性 ある在宅勤務における契約が、期間の定めある労働契約（以下、「有期労働契約」という。）とされていて、当該在宅勤務が良好に遂行されれば期間満了後に期間の定めのない労働契約に移行するとされ、当該有期労働契約の期間に試用性が認められる場合、判例法²⁹上、当該有期労働契約は期間の定めのない労働契約とされる。そしてその帰結として、期間満了時に契約を終了させる（試用期間法理における留保付解約権を行使する）には、客観的に合理的な理由が存する社会通念上相当な理由が必要であるとされる。つまり、このような場合の契約終了は、通常の解雇と同様に、契約の解約には正当な理由が必要であることを意味する（なお、この点については、労働契約法 16 条〔解雇〕に留意する必要がある。³⁰）。

したがって、在宅勤務者と有期労働契約を締結する場合には、その契約における期間の定めがどういう意味を有するものであるかを慎重に検討したうえでこれを付し、契約を締結する必要があることになろう。

イ．すでに労働契約関係にある労働者を在宅勤務させる場合

では、すでに労働契約関係にある従業員を在宅勤務に就かせる場合、どのような法的問題が考えられるであろうか³¹。

一つには、勤務場所が事業所から労働者の自宅へと変更される、勤務場所の変更としての配置転換（以下、「配転」と表記することがある。）が考えられる。これは、単に勤務場所が変更になることを内容とする業務命令（いわば在宅勤務命令）であり、従来より議論されてきた配転と同様に考えることができる。したがって、使用者は、就業規則上の人事異動に係

²⁶ 小野病院事件・福岡地決昭 57・9・9 労判 402 号 62 頁、安部一級土木施工監理事務所事件・東京地判昭 62・3・27 労判 495 号 16 頁。

²⁷ 八洲測量事件・東京高判昭 58・12・19 判時 1102 号 24 頁。-

²⁸ 株式会社丸一商店事件・大阪地判平 10・10・30 労判 750 号 29 頁。

²⁹ 神戸弘陵学園事件・最 3 小判平 2・6・5 民集 44 巻 4 号 668 頁。

³⁰ 労働契約法 16 条〔解雇〕については、後掲注 103 を参照。

³¹ ここで検討する問題については、本稿の執筆過程で、雇用労働者が在宅勤務を命じられることで契約の性質の変容可能性の有無が検討される必要はないか（例えば、本稿冒頭で述べたテレワークの契約類型においてからないしへと変わること）との指摘を受け、筆者はこれを一つの論点であると認識するが、諸般の事情から今後の検討課題とする。

る一般条項あるいは包括的配転条項に基づき、労働者に対して在宅勤務を命じることができると考えられる。すると、使用者としては、とりたてて就業規則を改正するなどの対処を要せずに、労働者を在宅勤務に就かせることができることになる。

しかし、在宅勤務は、通常想定される人事異動とは異なる異動であるから、ガイドラインがその4(1)において述べているように、使用者としては、在宅勤務を制度化したうえで、労働者本人の個別同意を得るという取扱いが望ましいように思われる。また加えて、使用者は、労働契約法3条〔労働契約の原則〕、8条〔労働契約の内容の変更〕に留意する必要がある³²。

するともう一つには、労働条件すなわち就労場所及び在宅勤務にかかる新たな規定を就業規則などにおいて整備し、在宅勤務を命じることについて検討を要しよう。この場合は、在宅による勤務という勤務場所の変更に伴って従業員側に生じる不利益性が問題となりうると共に、人事権の一つとしての配転命令の合理性及び在宅勤務を可能とする就業規則規定導入の合理性が問題となりうる。また、さしあたり具体的に考えられるケースとして、従業員一般に対して在宅勤務を可能とする場合と、特定の従業員のみを在宅勤務に就かせる場合とを想定することができる。

(7) 一般的に在宅勤務を導入するとして就業規則を変更し、本人の希望にしたがって当該変更された就業規則を適用して在宅勤務をさせる場合

このような場合、就業規則法理³³、すなわち、就業規則変更の必要性、変更の合理性、変更の社会的相当性、そして労働組合との協議という枠組みに従えば、これら諸基準をクリアし、かつ、変更された内容が周知されて就業規則に法的規範性が認められれば、就業規則の不利益変更自体は特に法的には問題とならず（なお、そうでなければ変更された就業規則規定は無効となる。）当該在宅勤務者本人の同意（希望）が真正なものであるか否かのみが問題となりうる。そして、本人同意の真正性は、さしあたり、「自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在³⁴」したか否かにより判断されるとしておくのが妥当であろう。もっとも、本人からの申し出に基づいて会社が在宅勤務を命じるという通常想定される態様の場合には、特に問題を生じないものと考えられる。

他方、就業規則変更の合理性自体は問題とならないが、個別労働者への適用において、労働者本人は在宅勤務を望まないにもかかわらず使用者が在宅勤務を命じ、不承不承もこれに従い勤務しつつ当該配置転換の合理性を争うという場合には、配転法理³⁵である配置転換の

³² 労働契約法3条〔労働契約の原則〕、8条〔労働契約の内容の変更〕については、後掲注103を参照。

³³ 第四銀行事件・最2小判平9・2・28民集51巻2号705頁、フジ興産事件・最2小判平15・10・10労判861号5頁。詳細には、菅野和夫『労働法〔第7版補正2版〕』（弘文堂、2007年）105-114頁参照。

³⁴ 日新製鋼事件・最2小判平2・11・26判時1392号149頁。もっとも、この事案は、罰則付強行法規である労基法24条1項の解釈として、退職金債権を受動債権とする労働者の同意下での相殺の有効性が争われたものであり、本文記載のような事例に適切であるかは俄かに判断しかねるが、対策の一つの方向性を見出しうるものとして掲げた。

³⁵ 東亜ペイント事件・昭61・7・14判時1198号149頁。

合理性(権利濫用性)の枠組み、すなわち、配置転換の業務上の必要性和労働者が被る不利益との比較衡量によって、在宅(自宅)という配置を命じた業務命令の有効性が決せられることとなろう(後掲業務命令の項参照)。

(イ) ある従業員に在宅勤務をさせるために就業規則を変更する場合

では、特定の従業員を(例えば、通常の職場から排除しようとして)在宅勤務させるべく、就業規則を変更し、あるいは配置換えを命じた場合はどうか。

この場合、特定の従業員を職場から排除しようとする目的自体が不当であることから、おそらくは、就業規則を変更すること自体に必要性があるとは認められ難く、また、配転法理によっても、権利濫用に該当する³⁶ことから、在宅で勤務させるという配置転換は無効とされよう。したがって、労働者は、通常の職場で勤務する法的地位が確認されると共に、場合によっては、不法行為に基づく人格権侵害の損害賠償が認められうることになろう。

すでに労働契約関係にある労働者を在宅勤務させる場合については、特定の従業員を通常の職場から排除する等の不当な動機・目的をもってはなしえないということに留意する必要がある。

なお、上記(ア)(イ)の問題についても、労働契約法3条〔労働契約の原則〕、8条〔労働契約の内容の変更〕に留意する必要があることに加え、さらに、就業規則に関する労働契約法7条、9条〔就業規則による労働契約の内容の変更〕、10条、11条〔就業規則の変更に係る手続〕についても留意する必要がある³⁷。

(2)「労働時間」について

在宅勤務については、事業主が労働者の私生活にむやみに介入すべきではない自宅で勤務が行われ、労働者の勤務時間帯と日常生活時間帯が混在せざるを得ない働き方であることから、一定の場合には、労働時間を算定し難い働き方として、労働基準法第38条の2で規定する事業場外労働のみなし労働時間制(以下「みなし労働時間制」という。)を適用することができる(平成16年3月5日付け基発第0305001号「情報通信機器を活用した在宅勤務に関する労働基準法第38条の2の適用について」)。

在宅勤務についてみなし労働時間制が適用される場合は、在宅勤務を行う労働者は就業規則等で定められた所定労働時間により勤務したものとみなされることとなる。業務を遂行するために通常所定労働時間を超えて労働することが必要となる場合には、当該必要とされる時間労働したものとみなされ、労使の書面による協定があるときには、協定で定め

³⁶ 例えば、退職勧奨拒否者に対する配置転換が無効とされた事案として、フジシール事件・大阪地判平12・8・28労判793号13頁。

³⁷ 労働契約法3条〔労働契約の原則〕、7条、8条〔労働契約の内容の変更〕、9条〔就業規則による労働契約の内容の変更〕、10条、11条〔就業規則の変更に係る手続〕については、後掲注103を参照。

る時間を通常必要とされる時間とし、当該協定を労働基準監督署長へ届け出ることが必要となる（労働基準法第 38 条の 2）。

在宅勤務についてみなし労働時間制を適用する場合であっても、労働したものとみなされる時間が法定労働時間を超える場合には、時間外労働に係る三六協定の締結、届出及び時間外労働に係る割増賃金の支払いが必要となり、また、現実に深夜に労働した場合には、深夜労働に係る割増賃金の支払いが必要となる（労働基準法第 36 条及び第 37 条）。

このようなことから、労働者は、業務に従事した時間を日報等において記録し、事業主はそれをもって在宅勤務を行う労働者に係る労働時間の状況の適切な把握に努め、必要に応じて所定労働時間や業務内容等について改善を行うことが望ましい。

労働時間については、ガイドラインが述べるように、事業場外労働のみなし制を活用する。この点、「情報通信機器を活用した在宅勤務に関する労働基準法第 38 条の 2 の適用について」（平 16・3・5 基発第 0305001 号）にあるように、「当該業務が、起居寝食等私生活を営む自宅で行われること」、「当該情報通信機器が、使用者の指示により常時通信可能な状態におくこととされていないこと」、「当該業務が、随時使用者の具体的な指示に基づいて行われていないこと」のいずれの要件をも満たすことが必要とされている。「ただし、例えば、労働契約において、午前中の 9 時から 12 時までを勤務時間とした上で、労働者が起居寝食等私生活を営む自宅内で仕事を専用とする個室を確保する等、勤務時間帯と日常生活時間帯が混在することのないような措置を講ずる旨の在宅勤務に関する取決めがなされ、当該措置の下で随時使用者の具体的な指示に基づいて業務が行われる場合については、労働時間を算定し難いとは言えず、事業場外労働に関するみなし労働時間制は適用されない」と解されている点には注意が必要である。

また、みなし時間が法定労働時間を超える場合、法定休日に労働させる場合の、36 協定の締結及び届出と割増賃金の支払、深夜時間帯に労働させた場合の割増賃金の支払いについても、ガイドラインが述べるとおりである。

加えて、労働時間のみなし制とは別個に、割増賃金支払義務に関しては、明示的な業務命令がないとしても、客観的に業務を行わざるを得ないのであれば、黙示的な指揮命令があったとされ、この場合、使用者としては、割増賃金の支払義務が生じる³⁸。すると、使用者としては、事前又は在宅勤務中において、時間外・休日・深夜労働を行わないよう明示的に指示（指揮命令）することにより、在宅勤務者の過重労働を避けることができると共に、割増賃金支払義務を免れる場合もあり得るであろう。

ところで、WLB の視点を踏まえると、事業場外の労働時間みなし制ではなく、フレック

³⁸ 京都銀行事件・大阪高判平 13・6・28 労判 811 号 5 頁。三菱重工業長崎造船所（一次訴訟・会社側上告）事件・最 1 小判平 12・3・9 労判民集 54 巻 3 号 801 頁。

スタイム制（労基法 32 条の 3³⁹）、専門業務型裁量労働制（労基法 38 条の 3⁴⁰）、企画業務型裁量労働制（労基法 38 条の 4⁴¹）の適用も、企業・事業部・部・課の実情に応じつつ、検討

³⁹ **労基法 32 条の 3** 使用者は、就業規則その他これに準ずるものにより、その労働者に係る始業及び終業の時刻をその労働者の決定にゆだねることとした労働者については、当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者との書面による協定により、次に掲げる事項を定めたときは、その協定で第二号の清算期間として定められた期間を平均し 1 週間当たりの労働時間が第 32 条第 1 項の労働時間を超えない範囲内において、同条の規定にかかわらず、1 週間において同項の労働時間又は 1 日において同条第 2 項の労働時間を超えて、労働させることができる。

- 一 この条の規定による労働時間により労働させることができることとされる労働者の範囲
- 二 清算期間（その期間を平均し 1 週間当たりの労働時間が第 32 条第 1 項の労働時間を超えない範囲内において労働させる期間をいい、1 箇月以内の期間に限るものとする。次号において同じ。）
- 三 清算期間における総労働時間
- 四 その他厚生労働省令で定める事項

以上について、簡潔には、<http://www2-bm.mhlw.go.jp/topics/seido/kijunkyoku/flexitime/index.htm> 参照。

⁴⁰ **労基法 38 条の 3** 使用者が、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定により、次に掲げる事項を定めた場合において、労働者を第一号に掲げる業務に就かせたときは、当該労働者は、厚生労働省令で定めるところにより、第二号に掲げる時間労働したものとみなす。

- 一 業務の性質上その遂行の方法を大幅に当該業務に従事する労働者の裁量にゆだねる必要があるため、当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し使用者が具体的な指示をすることが困難なものとして厚生労働省令で定める業務のうち、労働者に就かせることとする業務（以下この条において「対象業務」という。）
- 二 対象業務に従事する労働者の労働時間として算定される時間
- 三 対象業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し、当該対象業務に従事する労働者に対し使用者が具体的な指示をしないこと。
- 四 対象業務に従事する労働者の労働時間の状況に応じた当該労働者の健康及び福祉を確保するための措置を当該協定で定めるところにより使用者が講ずること。
- 五 対象業務に従事する労働者からの苦情の処理に関する措置を当該協定で定めるところにより使用者が講ずること。
- 六 前各号に掲げるもののほか、厚生労働省令で定める事項

同条の 3、2 項 前条第 3 項の規定は、前項の協定について準用する。

以上について、簡潔には、<http://www-bm.mhlw.go.jp/general/seido/roudou/senmon/index.html> 参照。

⁴¹ **労基法 38 条の 4** 賃金、労働時間その他の当該事業場における労働条件に関する事項を調査審議し、事業主に対し当該事項について意見を述べることを目的とする委員会（使用者及び当該事業場の労働者を代表する者を構成員とするものに限る。）が設置された事業場において、当該委員会がその委員の五分の四以上の多数による議決により次に掲げる事項に関する決議をし、かつ、使用者が、厚生労働省令で定めるところにより当該決議を行政官庁に届け出た場合において、第二号に掲げる労働者の範囲に属する労働者を当該事業場における第一号に掲げる業務に就かせたときは、当該労働者は、厚生労働省令で定めるところにより、第三号に掲げる時間労働したものとみなす。

- 一 事業の運営に関する事項についての企画、立案、調査及び分析の業務であって、当該業務の性質上これを適切に遂行するにはその遂行の方法を大幅に労働者の裁量にゆだねる必要があるため、当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し使用者が具体的な指示をしないこととする業務（以下この条において「対象業務」という。）
- 二 対象業務を適切に遂行するための知識、経験等を有する労働者であって、当該対象業務に就かせたときは当該決議で定める時間労働したものとみなされることとなるものの範囲
- 三 対象業務に従事する前号に掲げる労働者の範囲に属する労働者の労働時間として算定される時間
- 四 対象業務に従事する第二号に掲げる労働者の範囲に属する労働者の労働時間の状況に応じた当該労働者の健康及び福祉を確保するための措置を当該決議で定めるところにより使用者が講ずること。
- 五 対象業務に従事する第二号に掲げる労働者の範囲に属する労働者からの苦情の処理に関する措置を当該決議で定めるところにより使用者が講ずること。
- 六 使用者は、この項の規定により第二号に掲げる労働者の範囲に属する労働者を対象業務に就かせたときは第三号に掲げる時間労働したものとみなすことについて当該労働者の同意を得なければならないこと及び当該同意をしなかった当該労働者に対して解雇その他不利益な取扱いをしてはならないこと。
- 七 前各号に掲げるもののほか、厚生労働省令で定める事項

同条の 4、2 項 前項の委員会は、次の各号に適合するものでなければならない。

- 一 当該委員会の委員の半数については、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合にお

してもよいであろう。

以上とは反対に、みなし制を採用・適用していない場合に、労働契約上の賃金支払対象たる時間の管理をどのように行うかについて問題が生じる場合が想定されうる。

例えば、在宅勤務者が勤務時間中に、ごく短時間ではあるが家事を行った場合、使用者としては、第一次的には賃金支払対象時間を管理するために（第二次的には、後述するように、実労働時間の把握のために）、職務を離脱していた時間を厳密に把握する必要が生じる。この場合、実務上、WLBを考慮して、事前の約定又はその都度の請求により⁴²家事等を理由とする職務離脱を可能とすると、例えば随時の連絡又は終業時の日報報告により行うか、あるいは何ら問題にしないという取扱いも考えられる。

いずれにしても、在宅勤務者の実労働時間の把握・管理に関しては、使用者の目の届かない自宅での職務遂行であることから、実労働時間を報告・記載する方法をよく工夫する必要がある（例えば、職務離脱時間と職務復帰時間及び職務離脱の理由を詳細に報告させる等）。また、賃金の支払対象時間であるかに関しては、事前に就業規則等において詳細に取り決めておく必要がある。

労働時間管理については、使用者の側から見れば、在宅勤務者の実労働時間の適切な把握・管理が同者の健康管理、同者に対する安全衛生法上の諸措置、あるいは、労災認定、安全配慮義務等民事責任⁴³との関係で極めて重要な問題である⁴⁴から、実労働時間の適切な把握・管理を行うにどのような方法が考えられるか、今後、政策的にも、適宜、検討を深めていくのがなおよいと思われる⁴⁵。

いてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者に厚生労働省令で定めるところにより任期を定めて指名されていること。

二 当該委員会の議事について、厚生労働省令で定めるところにより、議事録が作成され、かつ、保存されるときも、当該事業場の労働者に対する周知が図られていること。

三 前二号に掲げるもののほか、厚生労働省令で定める要件

同の4、3項 厚生労働大臣は、対象業務に従事する労働者の適正な労働条件の確保を図るために、労働政策審議会の意見を聴いて、第一項各号に掲げる事項その他同項の委員会が決議する事項について指針を定め、これを公表するものとする。

同の4、4項 第一項の規定による届出をした使用者は、厚生労働省令で定めるところにより、定期的に、同項第四号に規定する措置の実施状況を行政官庁に報告しなければならない。

同の4、5項 略

以上について、簡潔には、<http://www-bm.mhlw.go.jp/general/seido/roudou/kikaku/index.html> 参照。

⁴² 事前の取り決めを想定するのは、労働契約法3条〔労働契約の原則〕3項が、労働契約は仕事と生活の調和に配慮しつつ締結すべきとしていること（条文は後掲注103を参照）また、請求については、例えば育児時間（労基法67条）や生理休暇（労基法68条）の取得は労働者の請求によるとされていることによる。

⁴³ この点については、後掲注103に掲げた労働契約法5条〔労働者の安全への配慮〕に留意する必要がある。

⁴⁴ このような認識は、聴き取り（2007年11月から12月）を行った企業にもあるが、実際のところ、的確な実労働時間の把握・管理は極めて難しいとのことである。

⁴⁵ 筆者個人は、多彩な労働時間管理手法のうち、こと在宅勤務に係る実労働時間の把握方法としては、自己申告制度以外にないのではないかと考えている。この点、行政施策としては、すでに、「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準について」（平13・4・6基発339号）が出されている（労判805号153頁参照）。これは、みなし労働時間制が適用される者は適用対象とはされていないが（もっとも、事業場外労働を行う者については、みなし労働時間制が適用される時間に限って適用対象から外されている。）、在宅勤務者の健康・安全管理という側面からの実労働時間の把握という意味で、実務上参考になりうるように思われるので、以下に掲げておく。ただ、適正に実労働時間を把握するための運用としてどのような方法があるのか

(3) 労働基準法に係るその他の問題について

以上のほか、ガイドラインが触れていないが重要であると思われる幾つかの点について述べておく。

ア．休憩・休日

労基法は、34条で休憩について⁴⁶、35条で休日について⁴⁷規制しているところ、在宅勤務は使用者の目の届かない自宅での労務提供であるがゆえに、これらが適切に確保・取得されるかが問題となりうる。家事・育児・介護等を重視するあまりに職務遂行状況が芳しくない場合、通常予定されている休憩及び休日を自主的に確保・取得しない場合もあると考えられるからである。

休憩・休日いずれについても、使用者は「与えなければならない」のであるから、実際に与えないこと、あるいは労働者の自発的意思又は希望によるものであったとしても法違反となる⁴⁸が、事前の指揮命令に基づいて明示的に与えることとしている場合（あるいは在宅勤務期間中において、休憩及び休日を確保・取得するよう明確に注意喚起している場合）には、

については工夫する必要がある。

(1) **始業・終業時刻の確認及び記録** 使用者は、労働時間を適正に管理するため、労働者の労働日ごとの始業・終業時刻を確認し、これを記録すること。

(2) **始業・終業時刻の確認及び記録の原則的な方法** 使用者が始業・終業時刻を確認し、記録する方法としては、原則として次のいずれかの方法によること。

ア 使用者が、自ら現認することにより確認し、記録すること。

イ タイムカード、ICカード等の客観的な記録を基礎として確認し、記録すること。

(3) **自己申告制により始業・終業時刻の確認及び記録を行う場合の措置** 上記(2)の方法によることなく、自己申告制によりこれを行わざるを得ない場合、使用者は次の措置を講ずること。

ア 自己申告制を導入する前に、その対象となる労働者に対して、労働時間の実態を正しく記録し、適正に自己申告を行うことなどについて十分な説明を行うこと。

イ 自己申告により把握した労働時間が実際の労働時間と合致しているか否かについて、必要に応じて実態調査を実施すること。

ウ 労働者の労働時間の適正な申告を阻害する目的で時間外労働時間数の上限を設定するなどの措置を講じないこと。また、時間外労働時間の削減のための社内通達や時間外労働手当の定額払等労働時間に係る事業場の措置が、労働者の労働時間の適正な申告を阻害する要因となっていないかについて確認するとともに、当該要因となっている場合においては、改善のための措置を講ずること。

(4) **労働時間の記録に関する書類の保存** 労働時間の記録に関する書類について、労働基準法第109条に基づき、3年間保存すること。

(5) **労働時間を管理する者の職務** 事業場において労務管理を行う部署の責任者は、当該事業場内における労働時間の適正な把握等労働時間管理の適正化に関する事項を管理し、労働時間管理上の問題点の把握及びその解消を図ること。

(6) **労働時間短縮推進委員会等の活用** 事業場の労働時間管理の状況を踏まえ、必要に応じ労働時間短縮推進委員会等の労使協議組織を活用し、労働時間管理の現状を把握の上、労働時間管理上の問題点及びその解消策等の検討を行うこと。

⁴⁶ **労基法 34条** 使用者は、労働時間が6時間を超える場合には少なくとも45分、8時間を超える場合には少なくとも1時間の休憩時間を労働時間の途中に与えなければならない。

同条 2項 前項の休憩時間は、一斉に与えなければならない。ただし、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合には労働者の過半数を代表する者との書面による協定があるときは、この限りでない。

同条 3項 使用者は、第一項の休憩時間を自由に利用させなければならない。

⁴⁷ **労基法 35条** 使用者は、労働者に対して、毎週少なくとも1回の休日を与えなければならない。

同条 2項 前項の規定は、4週間を通じ4日以上の日以上の休日を与える使用者については適用しない。

⁴⁸ 厚生労働省労働基準局編『改訂新版 労働基準法 上』（労務行政、2005年）463頁、397頁。

結果として在宅勤務者が休憩・休日を確保・取得しなかったとしても、法違反には当たらない場合もあり得ると考えられる。

他方、このような事態を想定して、また、在宅勤務者の健康管理・確保の観点から、使用者としては、在宅勤務に係る事前の教育・研修、あるいは労働者の自律性獲得・維持に係る教育・研修をよく計画し、施す必要がある。

なお、例えば、サーバーやホストコンピュータがダウンするなどして在宅での仕事の成果を送信したり進捗を報告したりなどを行うことができなくなった場合、当該労働日を休日とできるかという問題も想定されうる。この場合、在宅での労務の遂行（提供）それ自体は可能であるので、取り立てて休日とする必要もなく、また、すでに労務を遂行してしまっているので、労基法上も労働契約上も休日とすることはできない。もっとも、勤務開始前に諸般の事情から休日とする旨の通知が使用者からあれば、当該日は労働義務を負わない日として休日となる（厳密に考えれば、使用者からの当該通知の不着の場合をどのように考えるかが問題となりうるが、本稿では立ち入らない。）なお、この場合に、労働契約上別途特定されている休日を労働日とする場合には、労働契約（就業規則又は労働協約）上の根拠規定又は労働者の個別同意を要する（この点については、労働契約法 6 条〔労働契約の成立〕及び 7 条の規定に留意する必要がある。^{49）}

イ．年次有給休暇・休業等

まず、年次有給休暇（以下、「年休」という。）について。

例えば、勤務場所である自宅の PC から年休を申請した場合、年休の届出と承認に係る齟齬が生じる可能性があるが、その場合、労働者側は年休を取得できないこととなるか。

年休権は一定の客観的要件を満たした労働者に権利として労基法が与えるものであるから、手続的には少なくとも、取得の意思が使用者に対して表示（時季指定）されていればよく、したがって、意思表示の原則である到達主義により、当該表示された意思が使用者の支配圏内に到達していれば、在宅勤務者は有効に年休を取得しうると考えられる。ただ、実務上は、PC に加えて、口頭で人事等に確認を取るなどルールを設定しておくのが望ましいように思われる。また、先のような齟齬が生じうることを考えると、余裕を持った事前届出を事前に明確にしておく必要があるのではないかと考えられる。なお、事前の届出を取得予定日の一定日数前までに行うと就業規則で定めることは、法違反ではない^{50）}。

次に、産前産後（労基法 65 条 1 項 2 項、66 条^{51）}、育児時間（労基法 67 条^{52）}、生理休暇

^{49）} 労働契約法 6 条〔労働契約の成立〕及び 7 条については、後掲注 103 を参照。

^{50）} 電電公社此花電報電話局事件・最 1 小判昭 57・3・18 民集 36 卷 3 号 366 頁。

^{51）} **労基法 65 条** 使用者は、6 週間（多胎妊娠の場合にあつては、14 週間）以内に出産する予定の女性が休業を請求した場合においては、その者を就業させてはならない。

同条 2 項 使用者は、産後八週間を経過しない女性を就業させてはならない。ただし、産後 6 週間を経過した女性が請求した場合において、その者について医師が支障がないと認めた業務に就かせることは、差し支えない。

同条 3 項 略

同法 66 条 使用者は、妊産婦が請求した場合においては、第 32 条の 2 第 1 項、第 32 条の 4 第 1 項及び第 32

(労基法 68 条⁵³) について。

例えば、妊産婦、使用者、共に、通勤の時間・負担軽減のために在宅勤務を選択・導入したような場合で、労働者側が責任を持って仕事をしようと、深夜に在宅勤務した場合、あるいは変形労働時間制に従って在宅勤務した場合、さらに、在宅勤務期間中に育児時間を取得しようとしたが取得できなかった場合、生理休暇を取得しようとしたところ取得できなかった場合、各条違反、すなわち「就業（労働、深夜業を）させて（使用して）はならない」との規定に反するか。

このような場合、使用者としては、各条該当事由があれば就業を厳に慎むよう、事前に明確に、在宅勤務者に指揮命令として、あるいは在宅勤務の遂行方法として告知しておくことで（さらには、在宅勤務期間中において、明確に、就業を厳に慎むよう注意喚起しておくことで）法違反を回避できるのではないかと考えられる。そうでなければ、就業を黙認するものとして、「就業（労働、深夜業を）させて（使用して）はならない」との文言に抵触するものと考えられる。併せて、使用者としては、在宅勤務者に対して法令順守の啓発・研修を計画的に施すことも必要であろう。

なお、妊産婦の労働時間制限規制（労基法 66 条） 育児時間（労基法 67 条） 生理休暇（労基法 68 条）は、要件に該当する労働者が使用者に対して請求することによって、「就業（労働、深夜業を）させて（使用して）はならない」との義務が使用者に課せられるので、以上の立論は、労働者が使用者に対して請求したことを前提としている。関連して、請求の時期について、労使間において、このような請求をその都度行うとの取り扱いもあり得るが、在宅勤務に就く前に事前に、該当事由が生じた場合は在宅勤務者においてその都度使用者に対して請求することなく取得できるとしておく取扱いも考えられる。

ウ．賃金・休業手当・出来高払制の保障給

例えば、サーバーやホストコンピュータがダウンするなどして在宅での仕事の成果を送信したり進捗を報告したりなどを行うことができなかった場合、当該労働日が休日とされ、在宅勤務者は当該日に係る賃金を失うか。

このような場合、賃金の帰趨に関して、民法上は、債権者（使用者）負担として債務者（労働者）は賃金請求権を失わず（民法 536 条 2 項⁵⁴）、労基法上は、使用者側の理由による休業

条の 5 第 1 項の規定にかかわらず、1 週間について第 32 条第 1 項の労働時間、1 日について同条第 2 項の労働時間を超えて労働させてはならない。

同条 2 項 使用者は、妊産婦が請求した場合においては、第 33 条第 1 項及び第 3 項並びに第 36 条第 1 項の規定にかかわらず、時間外労働をさせてはならず、又は休日に労働させてはならない。

同条 3 項 使用者は、妊産婦が請求した場合においては、深夜業をさせてはならない。

⁵² **労基法 67 条** 生後満 1 年に達しない生児を育てる女性は、第 34 条の休憩時間のほか、1 日 2 回各々少なくとも 30 分、その生児を育てるための時間を請求することができる。

同条 2 項 使用者は、前項の育児時間中は、その女性を使用してはならない。

⁵³ **労基法 68 条** 使用者は、生理日の就業が著しく困難な女性が休暇を請求したときは、その者を生理日に就業させてはならない。

⁵⁴ **民法 536 条 2 項本文** 債権者の責に帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。

時には平均賃金の6割以上の休業手当が補償される(労基法26条⁵⁵)。しかし、休日の問題に即せば、上の例でいうとすでに労務を遂行してしまっているため休日とはされず、また、在宅での労務遂行自体は可能であるので、勤務開始前に使用者から上述の例にあるような理由で休業を言い渡された場合であれば格別(この場合、上にいう賃金の帰趨の問題となる。)そうでなければ通常どおり勤務し通常どおり賃金債権が発生することになる。

ところで、雇用労働者たる在宅勤務者が出来高払制や請負制で労務を提供することは多くはないと思われるが、仮にそのような場合があるとすると、在宅勤務者は、労働時間に応じた一定の保障給を受けることができる(労基法27条⁵⁶)。

エ．就業規則の作成・適用・周知

「常時10人以上の労働者を使用する使用者」は就業規則の作成・届出義務を負うが(労基法89条)、「当該事業場の労働者のすべてに適用される定めをする場合においては、これに関する事項」(同条10号)を定める必要がある。

したがって、在宅勤務に即すと、在宅勤務を含めすべての労働者の共通の事項については就業規則を作成することで対処(ルール化)できる。しかしその場合でも、(共通の事項ではないが、)在宅勤務に特有の事情から、通常の労働条件事項あるいは当該事項の特定部分については適用しないこととした場合、就業規則においてその旨定めておくのが妥当であろう。また、そのことと関連して、在宅勤務に特有の労働条件事項認められる場合、それを在宅勤務者にのみ適用される就業規則あるいは通常就業規則に付属させる形の特別規定を定めておく方法も考えられる。

これらのことは、職務遂行及び事前事後の手續・紛争予防・解決にとって有益であると考えられよう。

また、就業規則の作成、適用、周知の要件及びその方法について、勤務場所たる自宅の「事業場」該当性とも関連して難しい問題を生じさせるが、この点はガイドラインの本旨から離れるのでひとまず脇へ置くとして、在宅勤務者に対する就業規則及び在宅勤務ルールの適用、周知の方法としては、PCを通じ電子ファイルを送信あるいは関連のイントラサイトへ掲示することでよいであろう⁵⁷。なお、それに当たっては、在宅勤務者に対して重々留意するよう注意喚起する必要がある。

オ．過半数代表者選出手続への関与の確保

⁵⁵ 労基法26条 使用者の責に帰すべき事由による休業の場合において、使用者は、休業期間中当該労働者に、その平均賃金の100分の60以上の手当を支払わなければならない。

⁵⁶ 労基法27条 出来高払制その他の請負制で使用する労働者については、使用者は、労働時間に応じ一定額の賃金を保障しなければならない。

⁵⁷ 労基法施行規則52条の2 法第106条〔法令等の周知義務：筆者注〕第1項の厚生労働省令で定める方法は、次に掲げる方法とする。

- 一 常時各事業場の見やすい場所へ掲示し、又は備えること。
- 二 書面を労働者に交付すること。
- 三 磁気テープ、磁気ディスクその他これらに準ずる物に記録し、かつ、各作業場に労働者が当該記録の内容を常時確認できる機器を設置すること。

労基法は、幾つもの規定において、過半数代表者が使用者と労使協定を締結することを認め、これにより、労基法の効果を免れさせたり（免罰効果）労使間において柔軟な労働時間管理の設定を可能としたりするなどしている⁵⁸。すると、過半数労働組合が存する場合は格別、そうでなければ過半数代表者が労働条件規制について重要な役割を果たすことになる。過半数代表者の選出に当たっては、「投票、挙手等の方法による手続」が用いられるが、「労働者の過半数が当該者の選任を支持していることが明確になる民主的な手続が該当する」と解されている（平 11・3・31 基発 169 号）。

したがって、使用者は、在宅勤務者についても、過半数代表者選出手続に関与させることを確保する必要があると共に、PC を通じた民主的選任手続を設けておく必要がある。なお、現行法令上は、無記名秘密投票が例示されておらず、ましてやそれに限定されてもいないことから、送信者が明確になるメールを通じた手続でも構わないと考えられる。

なお、ガイドラインの本旨から離れるが、在宅勤務者を「労働者」として労働関係法令の適用があるとすると、勤務する空間と私的空間が（渾然）一体となっている場所について、「事業場」概念とも関連して、法令の履行確保が問題となりうる旨の指摘⁵⁹があることを付言しておく。

3. 「労働安全衛生法上の注意点」について

事業者は、通常の労働者と同様に、在宅勤務を行う労働者についても、その健康保持を確保する必要があり、必要な健康診断を行うとともに（労働安全衛生法第 66 条第 1 項）、在宅勤務を行う労働者を雇い入れたときは、必要な安全衛生教育を行う必要がある（労働安全衛生法第 59 条第 1 項）。

また、事業者は在宅勤務を行う労働者の健康保持に努めるに当たって、労働者自身の健康を確保する観点から、「VDT 作業における労働衛生管理のためのガイドライン」（平成 14

⁵⁸ 過半数代表にかかる労基法上の規制については、以下を参照。

労基法施行規則 6 条の 2、1 項 法第 18 条第 2 項、法第 24 条第 1 項ただし書、法第 32 条の 2 第 1 項、法第 32 条の 3、法第 32 条の 4 第 1 項及び第 2 項、法第 32 条の 5 第 1 項、法第 34 条第 2 項ただし書、法第 36 条第 1 項、第 3 項及び第 4 項、法第 38 条の 2 第 2 項、法第 38 条の 3 第 1 項、法第 38 条の 4 第 2 項第 1 号、法第 39 条第 5 項及び第 6 項ただし書並びに法第 90 条第 1 項に規定する労働者の過半数を代表する者（以下この条において「過半数代表者」という。）は、次の各号のいずれにも該当する者とする。

一 法第 41 条第 2 号に規定する監督又は管理の地位にある者でないこと。

二 法に規定する協定等をする者を選出することを明らかにして実施される投票、挙手等の方法による手続により選出された者であること。

同条の 2、2 項 前項第一号に該当する者がいない事業場にあつては、法第 18 条第 2 項、法第 24 条第 1 項ただし書、法第 39 条第 5 項及び第 6 項ただし書並びに法第 90 条第 1 項に規定する労働者の過半数を代表する者は、前項第二号に該当する者とする。

同条の 2、3 項 使用者は、労働者が過半数代表者であること若しくは過半数代表者になろうとしたこと又は過半数代表者として正当な行為をしたことを理由として不利益な取扱いをしないようにしなければならない。

⁵⁹ 森戸英幸「テレワーク・家内労働・在宅ワークの法政策」『法律時報』75 巻 5 号（2003 年）26 頁。

年 4 月 5 日基発第 0405001 号)等に留意する必要がある、労働者に対しその内容を周知し、必要な助言を行うことが望ましい。

在宅勤務者の安全衛生管理については、ガイドラインが述べるとおり、使用者は労働安全衛生法に従った措置を施す必要がある。また、在宅勤務者は PC を用いて労務を提供することから、これに関連しては、「VDT 作業における労働衛生管理のためのガイドライン⁶⁰」(平成 14 年 4 月 5 日基発 0405001 号)(以下、「VDT ガイドライン」という。)が定められていることに留意する必要がある。

VDT ガイドラインは、「事務所以外の場所において行われる VDT 作業、在宅ワーカーが自宅等において行う VDT 作業及び VDT 作業に類似する作業についても、できる限り本ガイドラインに準じて労働衛生管理を行うことが望ましい」として、自宅で PC を用いた労務提供についても、事務所での VDT 作業に準じた取扱いを想定している。そして、心身の負担を軽減し、VDT 作業を支障なく行うことができるよう支援するために事業主等が講ずべき措置等について詳細に示している。また、視力、ドライアイ、腰痛、肩凝り、腱鞘炎といった PC 作業に伴う健康上の問題に目を向け、詳細に説示している。在宅勤務ガイドラインには、上記囲み内のように簡潔に書かれているが、使用者としては、労働安全衛生法の諸規定をよく理解し実施すると共に、在宅勤務者に対して、VDT ガイドラインの内容に沿ってよく教育を施す必要があろう。

なお、労働安全衛生法の規定のうち、59 条の安全衛生教育に関しては、事業場に通勤不可能なほどの遠隔地に居住する新規雇入れの在宅勤務者に対して、どのように効率的にそれを施したらよいか問題となりうるであろう。この場合、適宜、(労働安全衛生法に従ってどのように呼称すべきかはともかく)企業内の安全衛生担当者を在宅勤務者の元へ派遣するか、あるいは PC を通じて安全衛生教育を施すことで対応可能と思われる。

ところで、以上のように、使用者は、労働安全衛生法令等に従った措置を施しているとしても、労働契約に係る信義則に基づき、労働者に対して、その生命・身体を危険から保護する義務、安全配慮義務を負っていると解されることから⁶¹、労務遂行のために設置された場所・設備・器具等を使用し又は使用者の指示の下に労務を提供する過程について同義務を履行することが求められることに留意する必要がある。

4. 「労働者災害補償保険法上の注意点」について

労働者災害補償保険においては、業務が原因である災害については、業務上の災害とし

⁶⁰ <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2002/04/h0405-4.html>.

⁶¹ 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件・最 3 小判昭 50・2・25 民集 29 卷 2 号 143 頁、川義事件・最 3 小判昭 59・4・10 民集 38 卷 6 号 557 頁。なお、後掲注 103 に掲げた労働契約法 5 条〔労働者の安全への配慮〕も参照。

て保険給付の対象となる。したがって、自宅における私的行為が原因であるものは、業務上の災害とはならない。

この論点については、法令の適用の問題の他、いわゆる労働災害民事(損害賠償)訴訟上問題となりうる、使用者の労働者に対する安全配慮義務の存否及び内容が問題となりうるので、併せて検討する⁶²。

ア．私的空間ではあるが在宅勤務中に事故に遭った場合の労災の適用について

労働者災害補償保険法(以下、「労災保法」という。)は、「労働者の業務上の負傷、疾病、障害又は死亡」を「業務災害」として保険給付の対象としている(労災保法7条1項1号)。そして、「業務上」とは、「業務起因性」をいい、さらにこれの第一次的判断要件は、「業務遂行性」であるとされる。詳細には、「労働者が事業主の支配ないし管理下にあるなかで」(業務遂行性)、「業務又は業務行為を含めて「労働者が労働契約に基づき事業主の支配下にあること」に伴う危険が現実化したものと経験則上認められること」(業務起因性)が、「業務上」の意味するところである⁶³。

在宅勤務に即すと、労務の提供場所は、私的な空間である自宅ではある(使用者の施設管理下にはない)が、在宅勤務時間中、在宅勤務者は、使用者の指揮命令下(支配下)にあることから、業務遂行性が認められる。そして、就労場所としての自宅という点に着目すると、例えば、自宅あるいは隣接家屋の火災⁶⁴による負傷等、さらに、原則として業務起因性が認められないような大地震等自然現象及び外部の力⁶⁵(天災地変。例えば、大雨により自宅裏のがけが崩壊して自宅が破壊された)により負傷等した場合でも、在宅勤務に伴う危険が現実化したものと経験則上認められる事由として、業務起因性が認められる場合があると考えられる⁶⁶。

他方、在宅勤務時間中であって、生理現象等による職務離脱といった通常の職場勤務においても業務起因性が認められる事由は別として、家事・育児・介護等により積極的私的に職務を離脱する行為は、業務起因性を欠くと判断されよう。

イ．労災事故と私傷病との区別について

例えば、私用のため階段を下りているとき等に呼び鈴が鳴り玄関口に出ようとしたところ

⁶² 労災補償については、聴き取り(2007年11月から12月)を行った企業において、私的空間におけるどのような場合に補償の対象となるのか又はならないのかというように、非常に強い関心を寄せており、かつ、憂慮しているようであったことを付言しておく。

⁶³ 厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編『五訂新版 労働者災害補償保険法』(労務行政研究所、2001年)156-157頁、前掲注33・菅野書335頁。

⁶⁴ 前掲注63・厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編書181頁。

⁶⁵ 前掲注63・厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編書176頁。

⁶⁶ なお、天災地変に関しては、「天災地変による被災の危険性の高い業務上の事情があっても、天災地変の規模が特に大きい場合には」、「危険な業務上の事情がなかったとしても同じように天災地変によって被災したであろうと認められ」れば、「業務起因性が問題とならないことがある。」前掲注63・厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編書176頁。

転倒した場合で、結果として会社支給の在宅勤務に係る荷物が届けられた場合に、労働者は保険給付を受けうるか。

上記アで述べたように、上の例にいう私用のために階段を下りる行為が、積極的私的職務離脱（家事・育児・介護等）であれば、結果として就労に係る物品を受け取ろうとしていたとしても、労災事故が起きた時点では就労に係る物品を受け取ることとなるとは判断できないため、業務起因性がないと考えられる。（もっとも、このように考えるのが適切であるのかは、なお議論の余地があろう。）他方、当初から就労に係る物品を受け取ろうとしていたのであれば、そもそも当該行為は職務離脱ではなく、また、通常の職場におけると同様に生理現象等により職務を離脱する行為の場合にはなお、業務起因性があると考えられる。

また、例えば、私的空間である自宅居室内で休憩時間中に負傷等した場合はどうか。

この場合、休憩時間中であるゆえに使用者の支配下にはなく、また、私的空間である自宅居室内であるゆえに使用者の管理下にもないため、業務起因性がないと考えられる。他方、使用者が在宅勤務者に対して貸与している PC 及び業務遂行関連（使用者の管理下にある）物品に起因して負傷等した場合には、業務起因性があると考えられる。

さらに、例えば、業務遂行にかかわる物品等を在宅勤務者の立替払いで調達しようと、勤務時間中・外（休憩時間中を含む。）に就業場所たる自宅から外出した場合で、外出後、ついでに食料品等の買い物をしようと思いつきこれを行い、事故に巻き込まれるなどした場合は、どのように考えればよいか。

一つは、業務災害ととらえることが考えられる。この場合、勤務時間中・外を問わず、立替払いの物品等の調達が、使用者との間で業務遂行上必要な物品は在宅勤務者の立替払いとすることとされているのであれば、在宅勤務者において調達することが当然予定されており、したがって、業務に必要なあるいは付随する行為として業務起因性が認められると考えられる。しかし、私的買い物のついでに業務遂行上必要な物品を購入した場合、そして、私的買い物と業務遂行上必要な物品を購入する行為が混然一体となって判別・区別不能の場合については、俄かに判断しがたい。この点はおそらく、具体的事案が関係機関に係属した時点で判断されることとなるだろうが、一方で、在宅勤務に係るこのようなケースを想定して法的観点から検討しておくことも必要であろう。

もう一つは、通勤災害ととらえる場合である。この場合、労災保法 7 条 2 項にいう「通勤」の定義⁶⁷に照らすと、「就業に関し」との文言について見ると、当該業務遂行上必要な物品の購入に係る往復行為は業務と密接な関連をもって行われているので、これに該当する。「住居」は在宅勤務者の自宅であり、問題は生じない。「就業の場所」についても、業務遂行上必要な物品を購入する店等と解すれば、問題は生じない（「物品を得意先に届けて、その届け先から直接帰宅する場合の物品の届け先」が「就業の場所」とされている⁶⁸ことからすれば、この

⁶⁷ 後掲注 70 参照。

⁶⁸ 前掲注 63・厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編書 190 頁。

ように解せよう。)。そして、「合理的な経路及び方法」についても、近隣に外出する場合に通常考えられる手段と道程で往復する限り、定義に当てはまる可能性が高い。問題は、7条3項にいう「逸脱・中断」である。私的買い物中と経路復帰後は、原則として通勤には当たらないが、「日常生活上必要な行為」による逸脱・中断の間を除いて通勤に当たるとされている(7条3項但書)。そして、「日常生活上必要な行為」には、「日用品の購入その他これに準ずる行為」が含まれる⁶⁹。したがって、先に想定し掲げた例については、私的買い物による逸脱・中断の間を除いて、通勤災害となると考えられる。

ウ．私的空間から労務を提供する空間への移動の際に負傷等した場合の通勤災害の適用について

労災保法は、「労働者の通勤による負傷、疾病、障害又は死亡」を「通勤災害」(以下、「通災」という。)として保険給付の対象としている(労災保法7条1項2号)⁷⁰。私的空間たる自宅と労務提供場所が一体となっている在宅勤務について、通災は観念できるであろうか。

法令における「通勤」が、(厳密ではないが、例えば、)“場所的空間的に相当程度離れていて、何らかの移動手段又は徒歩により、住居又は就業場所と他の就業場所との間を、幅のある時間を要して往復又は移動すること”というように、通常の会社勤めを想定しているとする、在宅勤務における私的空間と労務提供空間との間の移動は「通勤」には当たらない。

しかし、仮に在宅勤務について「通勤」を認めることができるとすれば、おそらく問題は、合理的な経路及び方法と、移動経路の逸脱又は中断をどのように考えるかに集約されるように思われる。ただ、前者については、自宅内であることを考えれば空間的に広くはなく、あまり問題にならないように思われる。後者については、「労働者が通勤途中で行うようなささいな行為を行う場合には、逸脱、中断として取扱う必要はない」(昭48・11・22基発644号、平3・2・1基発75号)と解されていることから、例えば、勤務前に朝の支度を整えてPCの前に就く前に洗濯物を戸外に干したりするような行為は、逸脱・中断には当たらないと解してよいように思われる。(しかしそもそも、このように想定する行為は通勤ではないか

⁶⁹ 労災保法施行規則8条 法第7条第3項の厚生労働省令で定める行為は、次のとおりとする。

- 一 日用品の購入その他これに準ずる行為
- 二 職業訓練、学校教育法第1条に規定する学校において行われる教育その他これらに準ずる教育訓練であって職業能力の開発向上に資するものを受ける行為
- 三 選挙権の行使その他これに準ずる行為
- 四 病院又は診療所において診察又は治療を受けることその他これに準ずる行為

⁷⁰ 通災に関する続く条文は、以下のとおりである。

労災保法7条2項 前項第二号の通勤とは、労働者が、就業に関し、次に掲げる移動を、合理的な経路及び方法により行うことをいい、業務の性質を有するものを除くものとする。

- 一 住居と就業の場所との間の往復
- 二 厚生労働省令で定める就業の場所から他の就業の場所への移動
- 三 第一号に掲げる往復に先行し、又は後続する住居間の移動(厚生労働省令で定める要件に該当するものに限る。)

同条3項 労働者が、前項各号に掲げる移動の経路を逸脱し、又は同項各号に掲げる移動を中断した場合においては、当該逸脱又は中断の間及びその後の同項各号に掲げる移動は、第一項第二号の通勤としない。ただし、当該逸脱又は中断が、日常生活上必要な行為であって厚生労働省令で定めるものやむを得ない事由により行うための最小限度のものである場合は、当該逸脱又は中断の間を除き、この限りでない。

もしれない。)

いずれにしても、現行法では在宅勤務の通災について明確に理解することは難しく、今後事案が(照会を含め)関係機関にかかった時点で対応することが求められることとなろう。その場合、通災の適用の有無で、在宅勤務者に対する補償が事業場に勤務する労働者と大きく異なる点をどのように考えるか、議論していくことが必要となろう。

以下は、労働契約及び民法を根拠とする労働災害民事損害賠償の問題である。

エ．安全配慮義務(注意義務)について

先の安全衛生について述べたところで触れたが、使用者は労働契約に係る信義則に基づいて、労働者が労務を遂行する過程においてその生命・身体を危険から保護する義務を負っている⁷¹。加えて、在宅勤務によって過労が生じた場合も同様である。過労に係る問題として、過労死、そして過労自殺⁷²がある。

過労死については、過労による高血圧症のため死亡した労働者の遺族が使用者に対して損害賠償を請求した事件において、東京高等裁判所は、使用者は「雇用契約上の信義則に基づいて、使用者として労働者の生命、身体及び健康を危険から保護するように配慮すべき義務(安全配慮義務)を負い、その具体的内容としては、労働時間、休憩時間、休日、休憩場所等について適正な労働条件を確保し、さらに、健康診断を実施した上、労働者の年齢、健康状態等に応じて従事する作業時間及び内容の軽減、就労場所の変更等適切な措置を採るべき義務を負うというべきである」との一般論を述べ、過労死に対する使用者の安全配慮義務を肯定している⁷³。

さらに、過労のためうつ病に罹患し自殺した労働者の遺族が使用者に対して損害賠償を請求した事案において、最高裁判所は、「使用者は、その雇用する労働者に従事させる業務を定めてこれを管理するに際し、業務の遂行に伴う疲労や心理的負荷等が過度に蓄積して労働者の心身の健康を損なうことがないように注意する義務を負うと解するのが相当であり、使用者に代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う権限を有する者は、使用者の右注意義務の内容に従って、その権限を行使すべきである」と述べて、民法 715 条 1 項本文⁷⁴に基づく不

⁷¹ この点については、後掲注 103 に掲げた労働契約法 5 条〔労働者の安全への配慮〕を参照。

⁷² なお、過労自殺については、**労災保法**による給付を受けうる場合がある。同法 **12 条の 2 の 2** は、「故意」による死亡について給付制限を設けているが、「業務上の精神障害によって、正常の認識、行為選択能力が著しく阻害され又は自殺行為を思いとどまる精神的な抑制力が著しく阻害されている状態で自殺が行われたと認められる場合には結果の発生を意図した故意には該当しない」との取扱いがなされ(平 11・9・14 基発 545 号)。その結果、過重な業務による心理的負荷と相当因果関係に立つ精神障害(そしてこれに起因する自殺)は、「その他業務に起因することの明らかな疾病」(**労基法施行規則 35 条**、別表第一の二、九)として、保険給付の対象とされる。

⁷³ システムコンサルタント事件・東京高判平 11・7・28 労判 770 号 58 頁。なお、後に本件は、最高裁判所で上告が棄却されている(最 2 小決平 12・10・13 労判 791 号 6 頁)。

⁷⁴ **民法 715 条 1 項** ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。

法行為の使用者責任を一般論として肯定している⁷⁵。なお、この事件は、不法行為による損害賠償請求訴訟であったため、請求の根拠として民法 715 条が用いられており、これに呼応して、裁判所は、配慮義務ではなく注意義務と述べている。

なお、以上過労に起因する二つの労働災害に係る民事訴訟においては、労働者の過労と当該災害との間に相当因果関係が認められることが必要である。

いずれにしても、働き過ぎに起因して身体的精神的不利益を被った労働者は、民事訴訟においてそれを補填する損害賠償を使用者に対して請求しうするため、企業側としては、この点に十分留意する必要がある⁷⁶。このことから、実労働時間の適切な把握・管理が極めて重要であると言える。

オ．居室内の物的設備が原因で疾病に罹患等した場合の損害賠償責任の所在と過失相殺について

労務を遂行する空間において在宅勤務者の私的所有物が原因となってその者が被災したとしても、自己責任として使用者は法的責任を負うことはない。しかし、労務を遂行する空間において労務遂行のために使用者から貸与等提供を受けた物品が原因となって在宅勤務者が被災した場合、先に安全衛生に係る項で述べた安全配慮義務法理に基づいて、使用者は在宅勤務者に対して損害賠償責任を負うと考えられる（その反面、PC や物品が自己の物である場合には、使用者は責任を負わないと考えられる。）

しかしながら、当該物品は勤務者側に貸与等提供され、その自宅という私的空間の設置・保管されているのであるから、むしろ勤務者の管理下にあると解され、完全に使用者の支配管理下にあるとして使用者に責任を負わせるのは酷な場合も考えられよう。

したがって、このような場合、在宅勤務者側に被災の予見可能性があったか否かを検討することを通じて、被災者側の過失の有無を判断し、過失があれば、過失相殺⁷⁷を適用して損害の公平な分担を図るべき場合があると考えられる。

以上のように、労働災害の補償については、労災保法上及び労災民事訴訟上いずれにおいても、従来想定しえなかったような問題を生じさせかねない。今後、これらについて、実態を踏まえて議論すると共に、実務上、企業側としてはさしあたり、私的空間としての自宅で労務を遂行する在宅勤務についても、通常の労働者と同様に、また、在宅勤務特有の事態を想定して事前事後の対処について検討しておくことが求められよう。

同条 2 項 使用者に代わって事業を監督する者も、前項の責任を負う。

⁷⁵ 電通事件・最 2 小判平 12・3・24 民集 54 卷 3 号 1155 頁。

⁷⁶ なお、行政施策としての労働者のメンタルヘルス・過重労働対策としては、<http://www-bm.mhlw.go.jp/bunya/roudoukijun/anzeneisei12/index.html> を参照。

⁷⁷ **民法 418 条** 債務の不履行に関して債権者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の責任及びその額を定める。

同法 722 条 2 項 被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。

5. 「その他在宅勤務を適切に導入及び実施するに当たっての注意点」について

(1) 労使双方の共通の認識

在宅勤務の制度を適切に導入するに当たっては、労使で認識に齟齬のないように、あらかじめ導入の目的、対象となる業務、労働者の範囲、在宅勤務の方法等について、労使委員会等の場で十分に納得のいくまで協議し、文書にし保存する等の手続きを踏むことが望ましい。

新たに在宅勤務の制度を導入する際、個々の労働者が在宅勤務の対象となり得る場合であっても、実際に在宅勤務をするかどうかは本人の意思によることとすべきである。

(2) 業務の円滑な遂行

在宅勤務を行う労働者が業務を円滑かつ効率的に遂行するためには、業務内容や業務遂行方法等を文書にして交付するなど明確にして行わせることが望ましい。また、あらかじめ通常又は緊急時の連絡方法について、労使間で取り決めておくことが望ましい。

(3) 業績評価等の取扱い

在宅勤務は労働者が職場に出勤しないことなどから、業績評価等について懸念を抱くことのないように、評価制度、賃金制度を構築することが望ましい。また、業績評価や人事管理に関して、在宅勤務を行う労働者について通常の労働者と異なる取扱いを行う場合には、あらかじめ在宅勤務を選択しようとする労働者に対して当該取扱いの内容を説明することが望ましい。

なお、在宅勤務を行う労働者について、通常の労働者と異なる賃金制度等を定める場合には、当該事項について就業規則を作成・変更し、届け出なければならないこととされている（労働基準法第89条第2号）。

(4) 通信費及び情報通信機器等の費用負担の取扱い

在宅勤務に係る通信費や情報通信機器等の費用負担については、通常の勤務と異なり、在宅勤務を行う労働者がその負担を負うことがあり得ることから、労使のどちらが行うか、また、事業主が負担する場合における限度額、さらに労働者が請求する場合の請求方法等については、あらかじめ労使で十分に話し合い、就業規則等において定めておくことが望ましい。

特に、労働者に情報通信機器等、作業用品その他の負担をさせる定めをする場合には、当該事項について就業規則に規定しなければならないこととされている（労働基準法第89条第5号）。

この問題は労使間の話し合い、すなわち法的には、労働契約上どのような合意が当事者間でなされたかという、事後の紛争を予防あるいは解決（法的解決としては不法行為に基づく

損害賠償請求という方法もありうる。)しうるルールを設定するという意味で、重要な論点である⁷⁸。以下では、在宅勤務中の問題と在宅勤務後（在宅勤務自体を終えて使用者の事業場等で実際に就労する場合のみならず、当該在宅勤務として行っていた一定職務が終了した場合を含む。）とに分けて論点を挙げ、検討する。

（１）在宅勤務中の問題

ア．費用負担等

費用負担に関しては、ガイドラインが述べるとおり、PC 機器及びその環境設定・利用について、負担割合や上限額、さらに立替払による事後請求の方法をあらかじめ定め、合意しておくことが望ましいであろう。加えて、例えば、比較的長期に継続して在宅勤務を行う場合には、在宅勤務を行うスペースの整備にかかる費用や、事務用品、諸物品の郵送料についても、あらかじめ定めておく必要がある場合も考えられ、また、断続的・短期の在宅勤務の場合でも、業務上利用する携帯電話の貸与などや、自己所有の携帯電話を利用することとした場合の費用の清算方法についても、事前に取り決めておくことが望ましいであろう⁷⁹。

イ．メールの私用・モニタリング

この問題は、例えば、自己所有の PC を利用して在宅勤務を行う場合、会社は、PC が在宅勤務者所有であるにもかかわらず勤務時間中の私用メールを制約できるか（なお、会社が貸与した PC であれば、所有権行使の一環として、利用・貸与規定において私用メールの禁止を明示的に禁じることができると考えられる。）できるとした場合に会社としてはどのような対処が可能かという問題、使用中の PC（電子メールやネットワーク利用状況を含む。以下、この項においてその意味で「PC 等」という）あるいは監視カメラを通じて、勤務状況にかかるモニタリング（監視）をできるかという問題が考えられる。

まず、の問題について。

PC は自己所有ではあるが、在宅勤務時間中、労働者は使用者の指揮命令下で労務に服するためのツールとしてその PC を利用して労務を提供するのであるから、PC の所有権行使の問題とは別個に、在宅勤務時間中の労務遂行の方法の一つとして、私用メールを制約することができると考えられる。すなわち、労働者は、勤務時間中、労働契約に基づいて職務に専念する義務を負っていると解されることから、原則として私用メールを差し控えるべきで

⁷⁸ なお、**労基法 89 条**は、**10 号**で、「前各号に掲げるもののほか、当該事業場の労働者のすべてに適用される定めをする場合においては、これに関する事項」について、就業規則を作成し、行政官庁に届け出なければならないとしているが、在宅勤務に特有の問題については、在宅勤務者のみに適用され、「事業場の労働者のすべてに適用される」のではないことから、在宅勤務にかかる就業規則を別途作成する法的義務はないと解してよいように思われる。もっとも、通常、事業場で就労する労働者に対して適用される企業内の制度と同じ制度が在宅勤務者にも適用される取扱いをする場合には、「事業場の労働者のすべてに適用される」事項と同一の取り扱いを在宅勤務者に対しても行うのであるから、作成・届出義務があるものと解され、また、該当する事項において同一取扱をする旨記載する必要がある。

⁷⁹ 以上の点については、後掲注 103 に掲げた労働契約法 3 条〔労働契約の原則〕1 項、4 条〔労働契約の内容の理解の促進〕に留意する必要がある。

あると共に、使用者は私用メールを制約しうる。ただし、職務専念義務は厳格なものではなく⁸⁰、「この義務と何ら支障なく両立し、使用者の業務を具体的に阻害することのない行動は、必ずしも職務専念義務に違背するものではない」⁸¹と理解するのが現実的かつ妥当であると考えられる⁸²ことから、「社会通念上相当と認められる限度」⁸³であれば、職務専念義務には反しないと考えられる。

では、社会通念上相当と認められる限度を超えた私用メールが認められた場合（なお、この場合、使用者としてはどのようにこの事実を把握できるのかも問題となるが、この点は後述する。）業務に支障を来したとして懲戒処分を行うことは可能であろうか。

労働者は、労働契約に基づいて企業秩序を維持する義務を負うと解されており⁸⁴、また、労働契約上、具体的には就業規則上の根拠規定に基づいて使用者の懲戒権限に服するとされていることから⁸⁵、在宅勤務に対しても、通常の労働者と同様に、使用者は懲戒処分を行うことができる。しかし、その判断に際しては、在宅勤務業務の内容や性質（例えば、特に高度に職務に専念することが必要な職務であったかどうか。）事業場で労務を遂行している他の労働者及び上司等との連絡・相談への支障の程度などを考慮し、業務への具体的支障を判断する必要がある。

一般的に、職務中に私用メールを行うことは好ましいものとはいえず、したがって、使用者としては、上述の点を踏まえ、就業規則や在宅勤務に関するルールにおいて、在宅勤務時間中の私用メール利用について労働者に注意を促すと共に、目に余る行動を起こす者への対処方法として、あらかじめ、服務規律ないし懲戒規定において、過度の私用メール利用は企業秩序を乱すとして懲戒の対象になりうる旨及び科されうる処分について定めておくことが必要となろう。

次に、 の問題について。

⁸⁰ この点については、反対に、電電公社目黒電報電話局事件・最3小判昭52・12・13民集31巻7号974頁のように、「職員は、全力を挙げてその職務の遂行に専念しなければならない」と定めた電電公社法34条2項の規定を、「職員がその勤務時間及び職務上の注意力のすべてをその職務遂行のために用い職務にのみ従事しなければならないことを意味する」と極めて広範に職務専念義務を解したうえで（包括的職務専念義務）「右規定の違反が成立するためには現実に職務の遂行が阻害されるなど実害の発生を必ずしも要件とするものではないと解すべきである」（抽象的危険説）ととらえる立場があり、これに従う判断もある（国鉄鹿児島自動車営業所事件・最2小判平5・6・11労判632号10頁、JR東海（新幹線支部）事件・最2小判平10・7・17労判744号15頁）。

⁸¹ 大成観光事件・最3小判昭57・4・13民集36巻4号659頁（伊藤正己裁判官の補足意見）。

⁸² 前掲注33・菅野書564頁、中窪裕也・野田進・和田肇『労働法の世界（第7版）』（有斐閣、2007年）74頁、土田道夫『労働法概説』（有斐閣、2004年）44頁。もっとも、職務に専念すべき義務をどの程度のものとしてとらえるかは、労働契約の債務の本旨としてどのような態様の労働が求められているかという個別労働契約の解釈の問題である（水町勇一郎『労働法』（有斐閣、2007年）112頁）点に留意する必要がある。

⁸³ グレイワールドワイド事件・東京地判平15・9・22労判870号83頁。なお、この事件は、会社所有のPCを通じての1日2通程度の私用メールにかかる事案であったが（在宅勤務者の事案ではない）、使用者の施設管理権限下にはない自宅で、しかも、会社から貸与されたPCを用いて労務を遂行している場合と比べれば、自宅で自己所有のPCを用いている場合にはなおさら、職務専念義務に反しない場合が多いのではないかと思われる。

⁸⁴ 国鉄中国支社事件・最1小判昭49・2・28民集28巻1号66頁。

⁸⁵ 国鉄札幌運転区事件・最3小判昭54・10・30民集33巻6号647頁、前掲注33フジ興産事件最高裁判決。なお、併せて、後掲注103に掲げた労働契約法7条、15条〔懲戒〕にも留意を要しよう。

この問題については、先に述べた労働者に労働契約上課せられている職務専念義務が必ずしも厳格なものではないこと、そして、在宅勤務者の勤務状況を過度に監視すると在宅勤務者の日常的行動にまで制約が及びかねず、仮にそのような事態となった場合、人格的利益あるいはプライバシー侵害の不法行為責任が企業側に生じかねないという意味で、(程度問題ではあるが)慎重な対応が必要となろう。裁判例では、セクシュアル・ハラスメントや誹謗・中傷に係る苦情を調査する過程で労働者の私用メールを閲覧・調査した行為につき、その目的、必要性に照らして、手段、態様が相当である場合には違法ではないとされている⁸⁶。

ところで、厚生労働省「労働者の個人情報保護に関する行動指針」(平成12年12月20日)⁸⁷(以下、「行動指針」という。)第2 個人情報の処理に関する原則、6 特定の収集方法(4)及び(6)では、次のように定められている。

(4) 使用者は、職場において、労働者に関しビデオカメラ、コンピュータ等によりモニタリング(以下「ビデオ等によるモニタリング」という。)を行う場合には、労働者に対し、実施理由、実施時間帯、収集される情報内容等を事前に通知するとともに、個人情報の保護に関する権利を侵害しないよう配慮するものとする。ただし、次に掲げる場合にはこの限りでない。

(イ) 法令に定めがある場合

(ロ) 犯罪その他の重要な不正行為があるとするに足りる相当の理由があると認められる場合

(5) 職場において、労働者に対して常時ビデオ等によるモニタリングを行うことは、労働者の健康及び安全の確保又は業務上の財産の保全に必要な場合に限り認められるものとする。

(6) 使用者は、原則として、個人情報のコンピュータ等による自動処理又はビデオ等によるモニタリングの結果のみに基づいて労働者に対する評価又は雇用上の決定を行ってはならない。

勤務場所が自宅である在宅勤務の場合、行動指針にいう「職場」に自宅が含まれるかについては議論を要するが、ひとまずは使用者から指定された勤務遂行場所として自宅を含めて考えることにする。

⁸⁶ F社Z事業部(電子メール)事件・東京地判平13・12・3 労判826号76頁、日経クイック情報(電子メール)事件・東京地判平14・2・26 労判825号50頁。なお、前者の事件で、裁判所は、本文中に掲げた考慮要素と、「監視される側に生じた不利益との比較衡量の上、社会通念上相当な範囲を逸脱した監視がなされた場合に限り、プライバシー権の侵害となると解するのが相当である」と述べている。

⁸⁷ <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/10/s1014-9h.html>.

すると、企業がPC等及び/又は監視カメラを用いて在宅勤務者をモニタリングする場合、企業は在宅勤務者に対して、「実施理由、実施時間帯、収集される情報内容等を事前に通知」し、「個人情報の保護に関する権利を侵害しないよう配慮する」ことが求められていることになる。一方で、先に述べた労働時間管理の困難さ及び健康への配慮という観点からは、「労働者の健康及び安全の確保・・・に必要な場合に限り認められる」こととされている。

なお、PC等のうち、電子メールやネットワーク接続状況からモニタリングを行う場合について、行動指針の解説は、「電子メール等の利用規則にその旨を明示すること等により、あらかじめその概要を労働者に知らせた上で行うことが適当」としたうえで、「具体的な運用に当たっては、例えば、電子メールのモニタリングでは原則として送受信記録あるいはこれにメールの件名を加えた範囲について行うこととし、必要やむを得ない場合を除いてはメールの内容にまでは立ち入らないようにするなど、あくまでも目的の達成に必要不可欠な範囲内で行い労働者等の権利利益を侵害しないよう十分配慮することが望ましい。」と述べて、具体的な対応法について言及している。

行動指針に法的拘束力はないが、在宅勤務者の雇用管理を策定する上での参考の一つになると考えられることから、企業の個別具体的実情に合わせて、上記行動指針の内容を具体化していくのが妥当であろう。そうすることによって、併せて、裁判例が述べるような違法性判断基準もクリアできるものと考えられる。

ウ．競業避止・副業

競業避止とは、同業他社、つまり競業会社での就労をしないことをいうが、労働者は在職期間中にあるは労働契約に基づいて、退職後にあるは特約に基づいて、同業他社で就労しない義務を使用者に対して負う。

本稿の問題意識は“在職”している“労働者”が自宅で労務を遂行することに向けられているから、前者、すなわち労働契約に基づき、在宅勤務者は使用者に対して労働契約の付随義務として競業避止義務を負うこととなる。この根拠は、労働契約に内在する信義則（民法1条2項）である（継続的契約関係に基づく信頼関係の維持・尊重。誠実配慮義務）⁸⁸。したがって、在宅勤務者は、例えば時間の有効活用として同業他社に対して労務提供を行うことは契約違反となる。

なお、競業避止義務に反した場合、在宅勤務者にも適用される就業規則に、会社に対する利益相反行為を禁じた規定があり、これに対して懲戒処分が予定されていれば、懲戒処分が科されうる。しかし、懲戒権法理に従えば、形式的に利益相反行為に該当するだけでは懲戒処分はなしえず（限定解釈）、同程度の罪科が受けた処分と同等の処分が科され、処分が相当なものであり、かつ、弁明機会の付与など適正手続に則って行われなければ無効とされうる⁸⁹。

⁸⁸ 前掲注33・菅野書67-69頁。併せて、後掲注103に掲げた労働契約法3条〔労働契約の原則〕4項に留意する必要がある。

⁸⁹ 前掲注33・菅野書378-380頁。併せて、後掲注103に掲げた労働契約法15条〔懲戒〕に留意する必要がある。

副業（あるいは兼業とも呼ばれる。）とは、本務としての使用者に対する労務の提供を行う傍ら、別の使用者に対して労務を提供することをいう。

企業側としては、本務に専念する、本務に悪影響を及ぼす、企業秩序を乱す、といった理由から、就業規則において副業を制限・禁止し、懲戒条項と関連付けているのが実情のようである。事業場で労務を提供している労働者の場合で考えると、労働者が使用者に対して職務専念義務を負うのは当該本務を遂行している時間中についてであるところ、副業を行っている時間は本務遂行中ではない労働者が自由に利用できる時間であるし、本務への悪影響や企業秩序紊乱も実質的にみてそれらに該当するかが問題となることから、形式的に副業制限・禁止規定に該当している場合でも、実質的限定的にみて真に該当している場合にのみ、使用者は懲戒処分を発動しうると解される⁹⁰。

これについて在宅勤務者について考えると、在宅勤務時間外については上述の通常の労働者と同じ取扱いがなされ则认为一方、在宅勤務時間中に副業行為を行うことは、企業秩序紊乱の点は当たらないとしても、先に見た職務専念義務に抵触する可能性があり、また、本務を行っていないとすれば職務懈怠であり労務遂行状況が芳しくない者として、懲戒処分の適否が問題となる。

前述のとおり、職務専念義務は厳格なものではなく、何ら支障なく両立する行為は同義務に違反しないと考えられていることからすると、使用者としては、限定的な範囲でのモニタリングや労務遂行状況をチェックする過程で、職務専念義務に違反していそうか職務懈怠が認められる場合に、個別に本人に事実を確認する方法を採るしかないであろう。また、副業行為の事実が認められた場合であっても、懲戒規定に照らして実質的限定的に判断することが必要であろう。なお、いずれの場合についても、ルールの設定又は再確認が必要であろう。

エ．秘密保持⁹¹

労働者は、先の競業避止義務と同様に、労働契約における付随義務の一つとして、使用者の営業上の秘密を保持する義務、秘密保持義務を負っていると解されている⁹²。したがって、在宅勤務者が、在宅勤務中、使用している PC を通じて使用者の営業秘密を漏洩した（あるいは、迂闊にもしてしまった）場合には、同義務違反として、労働契約上の債務不履行や不法行為に基づき損害賠償責任を負うことがある。また、使用者は、差止請求を行いうる場合もある。さらに、在宅勤務者は、使用者が秘密保持義務を就業規則において定め、同義務違反を懲戒処分の対象としている場合には、懲戒処分を受けうることとなる⁹³。

⁹⁰ 以上については、島田陽一「副業をめぐる法律問題」労働政策研究・研修機構『雇用者の副業に関する調査研究（労働政策研究報告書 No.41）』（2005年）119頁以下を参照した。なお、懲戒処分の発動に関しては、後掲注 103 に掲げた労働契約法 15 条〔懲戒〕に留意する必要がある。

⁹¹ 企業秘密が漏洩される事態は、特に製造・開発を行っている企業や事業部門の在宅勤務（あるいは持ち帰り残業や通常の事業場外労働の場合も同様）について、強く懸念しているようであった。その分、実務上、適切な対応策を模索していることの表れでもあるようである。

⁹² 前掲注 33・菅野書 67-68 頁。なお、併せて、後掲注 103 に掲げた労働契約法 3 条〔労働契約の原則〕4 項に留意する必要がある。

⁹³ この点については、後掲注 103 に掲げた労働契約法 7 条、15 条〔懲戒〕に留意する必要がある。

なお、秘密保持については、近年、不正競争防止法が規制するに至っている⁹⁴。在宅勤務のルールを設定するに当たっては、同法の規制をも考慮に入れるのが妥当であろう。

ところで、先の行動指針では、電子メールやネットワーク接続状況のモニタリングは秘密保持に資するとの認識もあって、これを許容する姿勢を示しているが、前記5(1)イで述べたように、行動指針解説は、「目的達成のために必要不可欠な範囲内で行い労働者等の権利利益を侵害しないよう十分配慮することが望ましい」としている。使用者が秘密保持の観点から在宅勤務者のメールやネットワーク接続状況をモニタリングする際には、この点を十分に踏まえる必要がある。

オ．第三者への業務委託

在宅勤務者は、使用者の承諾があれば格別（もっとも、通常はないと推測される。）ない場合に、使用者の指揮命令が対面的に及ばないことを奇貨として、たとえ無償であっても、在宅での業務を別の第三者に委ねることはできない。民法625条2項によれば、第三者を労働に従事させることができないのが雇用（労働）契約の原則だからである⁹⁵。これは、“労働の一身専属性”と呼ばれる。したがって、在宅勤務者はこの点に留意すると共に、使用者としては注意喚起をしておくのが妥当ではないかと思われる。

カ．業務命令

在宅勤務に係る業務命令として考えられるのは、就業場所が変更になり在宅勤務が不可能となる配転、出向・転籍の業務命令は出せるか、反対に会社での就業が不能となる在宅勤務を業務命令として出せるか、会社側の急な都合による会議への出席、出社を命じることができると、の三つが問題となりうるのではないかと思われる。

まず、の問題について。

⁹⁴ 例えば、現行不正競争防止法は、次のように定めている。

2条6項 この法律において「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう。

2条1項 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

同条同項4号 窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により営業秘密を取得する行為（以下「不正取得行為」という。）又は不正取得行為により取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為（秘密を保持しつつ特定の者に示すことを含む。以下同じ。）

同条同項7号 営業秘密を保有する事業者（以下「保有者」という。）からその営業秘密を示された場合において、不正の競争その他の不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、その営業秘密を使用し、又は開示する行為

3条1項 不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

4条 故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。ただし、第15条の規定により同条に規定する権利が消滅した後にその営業秘密を使用する行為によって生じた損害については、この限りでない。

21条1項 次の各号のいずれかに該当する者は、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

同条同項4号 営業秘密を保有者から示されたその役員（理事、取締役、執行役、業務を執行する社員、監事若しくは監査役又はこれらに準ずる者をいう。次号において同じ。）又は従業者であって、不正の競争の目的で、その営業秘密の管理に係る任務に背き、その営業秘密を使用し、又は開示した者

⁹⁵ **民法625条2項** 労働者は、使用者の承諾を得なければ、自己に代わって第三者を労働に従事させることができない。

いずれも、人事異動を業務命令として行いうるかという問題であり、判例・学説によれば、究極的には当事者間で合意（配転と出向については事前の包括合意、転籍については個別合意。）があったか否か⁹⁶、そして、使用者側の業務上の必要性和労働者側が被る不利益との比較衡量（権利濫用性判断）に収斂される。在宅勤務に即すと、使用者側の業務上の必要性要素に加えて、在宅勤務者が契約内容としての在宅勤務資格要件に適合しているか否か、また、労働者が被る不利益要素については、WLB を可能とする働き方である在宅勤務から享受する利益の低減⁹⁷が加味される必要があるように思われる（なお、不当な動機・目的が認められれば、当該命令は権利濫用として無効とされる。）。実務上、法的にそのように考えるかはともかく、在宅勤務を中止・終了させる場合の要件や、それに至るまでに認める猶予期間などについて、事前にルールを検討、設定しておくのがよいのではないと思われる。

次に、 の問題について。

この場合は、在宅勤務が本人の申出ではなく、業務命令として在宅勤務が命じられる場合に特に問題が生じるであろう。例えば、労働者を退職に追い込むために行われる、あるいは、仲間はずし等いじめ・嫌がらせとして行われる場合が考えられる。このような場合、当該命令は権利濫用として無効とされると共に、精神的損害の賠償も認められうると思われる。

より重要なのは、そのような不当な動機・目的がない場合であっても、業務の専門性が高いとか、事業所での日々の業務に従事していなければ知識、経験、職務遂行能力が陳腐化するといった、労働者の職業能力開発機会の喪失という不利益をどのようにとらえるかという問題が考えられる。このような場合も、先に述べた従来の判例・学説の判断枠組に従って検討しうると思われるところ、労働者が受ける不利益としての職業能力開発機会喪失の程度（反面で使用者がそれを補う試みをどの程度行っているか）を個別事案に即して検討する必要がある。このように考えると、後述するように、在宅勤務者に対する能力開発機会の付与が重要であると考えられ、使用者としては、この点を整備・ルール化しておくのがよいであろう。

そして、 の問題について。

一定期間継続して在宅勤務を行っている場合であっても、業務遂行上の必要性から、やむなく出社しなければならないことは十分考えられる。使用者は労働契約に基づき労働者に対して労務遂行に係る指揮命令権限を有しているのであるから、当該指揮命令が合理的なものであれば、労働者はこれに従う義務がある。

しかし、ここで、在宅勤務が WLB の観点から設定・利用されている場合、使用者としてはこの点に配慮することが求められていると考えることもできる（法的には、使用者は在宅勤務について配慮する義務を自らに課したものと解しうるのである。）⁹⁸。したがって、在宅

⁹⁶ これら人事異動に係る合意については、後掲注 103 に掲げた労働契約法 3 条〔労働契約の原則〕、7 条、8 条〔労働契約の内容の変更〕、そして特に出向については、労働契約法 14 条〔出向〕に留意する必要がある。

⁹⁷ この点については、後掲注 103 に掲げた労働契約法 3 条〔労働契約の原則〕3 項の規定に留意する必要がある。

⁹⁸ 前掲注 97 に同じ。

勤務管理の実務上は、そのような場合がある旨、事前に明示するか告知するのが妥当な取扱いであろう。なお、急な出社を命じられた場合で何らかの損害を被った場合、労働者は、当該命令を権利濫用として無効とし、また、WLB を含め在宅で勤務する法的地位を被侵害利益として、不法行為に基づく損害賠償を請求しうると考えられる。

キ．懲戒処分

懲戒処分については、先に検討した私用メール、競業避止、秘密保持といった事項について問題になると共に、在宅勤務に即すと、次のようなことも問題となるのではないかと考えられる。職務専念義務の射程、例えば、WLB の観点を考慮すると、在宅勤務時間中にとどの程度の家事・育児・介護による職務離脱は許容されるのか、職場規律保持義務の適用、つまり通常労務を遂行する事業場ではない自宅において労務を遂行している在宅勤務の場合、職場の規律を保持する義務はどの程度において課されるのか、という問題である。

の問題について。

先に述べたように、職務専念義務は厳格なものではなく、同義務と支障なく両立する活動を行うことは同義務に反しないと解される。そもそも、ある在宅勤務が、WLB の観点から実施されているとすれば、当該在宅勤務はその時間中、家事・育児・介護を必要に応じて行うことが予定されている勤務形態であると考えることができる。したがって、上記のような諸活動を在宅勤務時間中に行うことは、同義務に反しないと考えられる。

しかし一方で、在宅勤務は、企業としてその労働者の WLB に配慮できるよう通勤時間を省き、業務の効率・生産性を高めることも企図して行われている実情からすれば、自宅において効率的に業務を行うことが目指されているとも考えられるので、必要に応じてとはいつでも、過度に家事等を行うことは慎まれるべきであろう（もっとも、使用者の目が行き届かないために、結果として業務の遂行が遅滞している場合も十分に推測されるが）。すると、在宅勤務により処理する業務の分量を考慮しつつ、使用者として労働者の WLB に配慮し勤務から逸脱することを認める事項及びその程度又は時間について、想定される活動（例えば、急な降雨の時に洗濯物や布団を取り込む場合）を網羅的に掲げ、事前に目安を例として設定しておくことが望ましいように思われる。なお、この場合、厳密詳細なルール化は個別事例に対応しにくくなると思われるので、避けておくのが妥当であろうが、少なくとも労働契約上、家事等を理由とする職務離脱を可能とするように約定するのが望ましいと思われる⁹⁹。

の問題について。

使用者は、多くの場合、就業規則において、懲戒処分と関連付けて服務規律の一つとして職場規律保持を労働者の義務として定めているであろう。在宅勤務の場合、労務の提供場所は事業場でなく私的な空間である自宅のため、一般的な職場規律保持義務は適用されないものと考えてよいように思われる。最低限、業務を遂行する PC やその周辺、必要な書類やフ

⁹⁹ 後掲注 103 の労働契約法 3 条〔労働契約の原則〕3 項を参照。

ファイルを整理整頓しておくことについて注意喚起を促している程度ではないかと推測される（もちろん、その程度であればそれすら行っていないとも考えられるが。）。このような場合、一般的な職場規律の保持に反したとして懲戒を受ける程度の態様ではなく、せいぜい職務遂行遅滞について口頭注意を受ける程度と思われる。

むしろ、在宅勤務中に事業場において労務を提供している同僚や上司との連絡・調整に関して問題を見ることができるとであろう。上述の例でいうと、在宅勤務者がある業務の処理について、事業場にいる複数の関係者と連絡等する必要があり、その複数の関係者も在宅勤務者の業務処理を待って自らの業務を次の段階に進めることができるような場合、在宅勤務者の職務遂行遅滞によって関係者の業務全体の遂行が遅滞し、ある取引等に具体的支障を生じさせたとすれば、労務遂行に係る職場の規律を乱したとして、懲戒処分の対象となるように思われる。

また、所属企業の従業員としての地位にふさわしくない行為を行った場合、さらに、PC等を会社から貸与されているとすれば、それを注意して取扱うことが求められているにもかかわらず不注意にも破損等させてしまい企業に損害を与えた場合にも、服務規律に反する行為として懲戒処分の対象となりうると考えられる。

したがって、実際に事業場で就労する場合に適用される職場規律事項は、在宅勤務であるがゆえに適用されないと考えられる一方で、在宅での労務遂行にかかわりがある限度での通常の事業場における規律、貸与を受けている企業財産の一部であるPC等の管理保全に係る規律、従業員の身分に係る規律は、依然適用を受けると考えられ、在宅勤務者としては、この点に留意すると共に、使用者としては、この点について在宅勤務者に対して注意喚起するのがよいのではないかと考えられる。

ク．在宅勤務者の損害賠償責任

在宅勤務者が在宅勤務中に使用者に対して損害、例えば職務の遂行を懈怠してある取引について具体的損害を与えた場合や、競業避止義務や秘密保持義務に背いて損害を与えた場合は、債務不履行又は不法行為として損害賠償責任を負うというのが民法上の原則的取扱いである。また、例えば、使用者から貸与等された設備・機器を破損した場合にも損害賠償責任を負いうる。

しかし、過度な損害賠償責任を労働者側に認めることは、相対的に資力に乏しい労働者の生活を困窮させかねないこととなる。そこで(裁)判例は、「損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において」使用者は労働者に損害賠償を請求しうるとしている¹⁰⁰。

したがって、労働者側に故意・重過失がある場合は格別、そうでなければ相応の限度での

¹⁰⁰ 茨城石炭商事事件・最1小判昭51・7・8民集30巻7号689頁。なお、この事件では、「使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし」という考慮要素を示しており、参考になると思われる。

み、労働者は使用者に対して損害賠償責任を負うことになる。

すると、使用者としては、このような法的判断内容を考慮したうえで、在宅勤務者の損害賠償責任について考えておくのがよいであろう。なお、その場合、労基法上、損害賠償額を予定する契約をすることは禁じられている（労基法 16 条¹⁰¹）点に留意する必要がある。

（２）在宅勤務後の問題

ア．人事考課・評価

使用者、具体的には上司の目の届かない在宅での勤務について、適正な人事考課・評価が可能であるかという点、必ずしもそうではないであろう。在宅勤務の管理方法にはさまざまなものがあると考えられるが、時間決め又は適宜の連絡・報告が義務付けられている在宅勤務においては、使用者の指揮命令が相対的に厚いと考えられ、このような場合であれば、人事考課・評価も相当程度通常の事業場での就労に近似して行われうると思われる。他方、与えられた業務を行いさえすればよいとされている在宅勤務においては、使用者の指揮命令が相対的に（場合によっては限りなくゼロに近く）薄くなると考えられ、すると、通常の事業場で就労する場合よりも人事考課・評価は困難になるものと考えられる。またこの場合、対価である賃金は業務の遂行に対して支払われるというよりも、在宅勤務中に行った業務の成果に対して支払われている様相を呈し、請負就業者の働き方と何がどう異なるのか判別が難しくなる事態も予測される。この点については、極めて難解な問題を惹起するがそれはひとまず脇へ置き、少なくとも、在宅勤務に係る人事考課・評価の手続を整備する必要性を認識させる。

参考となりうる裁判例では、降給が可能な人事制度において実際にこれが可能となる条件について、一般論として、降給が決定される過程に合理性があり、その過程が労働者に告知されて反論を聞く等公正な手続が存することが必要である、と述べられている¹⁰²。実務上は、このような評価制度自体の合理性とともに、評価の手順についても合理性を確保できるように注意を払いながら、ルールを設定することが必要であるといえよう。

ところで、在宅勤務の評価をモニタリングによって行うことは可能であろうか。この点、先の行動指針の解説では、「労働者の総合的な評価を誤ってしまうおそれがあり」「労働者の予想外の不利益を与える場合」があるとの懸念から、使用者は「モニタリングの結果のみに基づいて労働者に対する評価又は雇用上の決定を行ってはならない」とされている。むしろ、

¹⁰¹ 労基法 16 条 使用者は、労働契約の不履行について違約金を定め、又は損害賠償額を予定する契約をしてはならない。

¹⁰² エーシーニールセン・コーポレーション事件・東京地判平 16・3・31 労判 873 号 33 頁。本件について、裁判所は、目標設定は労働者と上司が面談して行い、評価は自己評価をして上司や人事に報告されると共に、上司の評価は労働者に告知され、労働者は意見を述べる機会が与えられていること、高給者に厳しくそうでない者には有利な仕組みが取られ、降給者がいる一方で多くの者が昇給する仕組みになっていることから、そのような人事制度は不合理であるとするのは困難であり、かつ、手続に一定の公正さが保たれている旨、述べている。

「労働者本人からの意見聴取の機会を設けるなど、総合的にその評価、判断ができる仕組みが工夫されることが望ましい」としている。

したがって、やはり、(通常の事業場で労務を遂行する労働者と同じ評価制度により対処するかはともかく、)合理的な評価制度の下、公正な手続を通じて総合的な評価が可能となる評価の仕組みを策定する必要がある。

イ．在宅勤務者の損害賠償責任

先に在宅勤務中における在宅勤務者の損害賠償責任について検討したが、それに加えて、在宅勤務終了後(労働契約終了後ではない。)についても問題を見出せそうである。

例えば、与えられた在宅での職務を完遂できず使用者に具体的損害が生じた場合である。このような場合、労働義務の不履行として使用者に対して損害賠償責任を負うとするのが民法上の本則であろう。

しかし、前述のとおり、労働者の使用者に対する損害賠償責任は信義則によって制約されており(なお、損害賠償額を予定する契約を締結しえないとの労基法 16 条の規制がかかる点も同様である。)ましてや、労務提供場所が自宅であるということだけで通常の事業場における労務遂行と変わらず、かつ、WLB に配慮すべく実施している在宅勤務において与えられた業務を完遂できなかったことをもって、在宅(請負)就業者のように契約責任を問うかということ、基本的に問えないと考えるべきであろう。

ただし、注意すべきは、労務を完遂できなかった理由が何にあるのかの事実の見極めと判断である。すなわち、労働者の故意・重過失と思しき理由が認められるならば被った損害と相当因果関係に立つ賠償責任を認めてもよいと考えられる反面で、家事・育児・介護といった家庭(家族)責任を理由として損害賠償責任を問うことはできないと考えられよう。

実務上は、在宅勤務中及びその後について留意すべき事項として、与えられた業務の完遂が基本である一方、完遂できない場合の取扱い、完遂できない理由、その都度の上司や同僚への連絡及び調整、といった事柄について標準的な取り扱いを定めておくのがよいように思われる。

ウ．労働契約の終了

労働契約の終了のうち、やはり特に、使用者が労働者に対して一方的に行う解雇が問題となるであろう。すでに述べてきたように、在宅勤務において懲戒処分該当行為が判明すれば、もっとも重たい処分である懲戒解雇でも在宅勤務者に課されうる。また、一般的な職務遂行能力に欠如は通常の解雇事由とされうる。懲戒解雇を除けば、在宅勤務に特有の解雇理由はさして見当たらないように思われる。それが仮にあると考えられるのであればそれを、加えて、在宅勤務時に想定される懲戒事由及び処分の内容としての懲戒解雇について、就業規則に明記する必要がある。

なお、以上の当事者間の合意、つまり労働契約に係る問題については、新たに制定された

労働契約法（平 19・12・5 法 128 号）¹⁰³による規制についても、留意しておく必要がある

¹⁰³ <http://www.mhlw.go.jp/bunya/roudoukijun/roudoukeiyaku01/index.html> 参照。なお、以下に労働契約法の条文を掲げておく。

- (目的) 第 1 条** この法律は、労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるという合意の原則その他労働契約に関する基本的事項を定めることにより、合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資することを目的とする。
- (定義) 第 2 条** この法律において「労働者」とは、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいう。
同 2 項 この法律において「使用者」とは、その使用する労働者に対して賃金を支払う者をいう。
- (労働契約の原則) 第 3 条** 労働契約は、労働者及び使用者が対等の立場における合意に基づいて締結し、又は変更すべきものとする。
- 同条 2 項** 労働契約は、労働者及び使用者が、就業の実態に応じて、均衡を考慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする。
- 同条 3 項** 労働契約は、労働者及び使用者が仕事と生活の調和にも配慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする。
- 同条 4 項** 労働者及び使用者は、労働契約を順守するとともに、信義に従い誠実に、権利を行使し、及び義務を履行しなければならない。
- 同条 5 項** 労働者及び使用者は、労働契約に基づく権利の行使に当たっては、それを濫用することがあってはならない。
- (労働契約の内容の理解の促進) 第 4 条** 使用者は、労働者に提示する労働条件及び労働契約の内容について、労働者の理解を深めるようにするものとする。
- 同条 2 項** 労働者及び使用者は、労働契約の内容（期間の定めのある労働契約に関する事項を含む。）について、できる限り書面により確認するものとする。
- (労働者の安全への配慮) 第 5 条** 使用者は、労働契約に伴い、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。
- (労働契約の成立) 第 6 条** 労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する。
- 第 7 条** 労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において、使用者が合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする。ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の内容と異なる労働条件を合意していた部分については、第 12 条に該当する場合を除き、この限りでない。
- (労働契約の内容の変更) 第 8 条** 労働者及び使用者は、その合意により、労働契約の内容である労働条件を変更することができる。
- (就業規則による労働契約の内容の変更) 第 9 条** 使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできない。ただし、次条の場合は、この限りでない。
- 第 10 条** 使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則の定めるところによるものとする。ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の変更によっては変更されない労働条件として合意していた部分については、第 12 条に該当する場合を除き、この限りでない。
- (就業規則の変更に係る手続) 第 11 条** 就業規則の変更の手続に関しては、労働基準法（昭和 20 年法律第 49 号）第 89 条及び第 90 条の定めるところによる。
- (就業規則違反の労働契約) 第 12 条** 就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については、無効とする。この場合において、無効となった部分は、就業規則で定める基準による。
- (法令及び労働協約と就業規則との関係) 第 13 条** 就業規則が法令又は労働協約に反する場合には、当該反する部分については、第 7 条、第 10 条及び前条の規定は、当該法令又は労働協約の適用を受ける労働者との労働契約については、適用しない。
- (出向) 第 14 条** 使用者が労働者に出向を命ずることができる場合において、当該出向の命令が、その必要性、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして、その権利を濫用したものと認められる場合には、当該出向命令は、無効とする。
- (懲戒) 第 15 条** 使用者が労働者を懲戒することができる場合において、当該懲戒が、当該懲戒に係る労働者の行為の性質及び態様その他の事情に照らして、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認められ、当該懲戒は、無効とする。
- (解雇) 第 16 条** 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

ことを付言しておく。

6. 「社内教育等の取扱い」について

在宅勤務を行う労働者については、OJTによる教育の機会が得がたい面もあることから、労働者が能力開発等において不安に感じることをないよう、社内教育等の充実を図ることが望ましい。

なお、在宅勤務を行う労働者について、社内教育や研修制度に関する定めをする場合には、当該事項について就業規則に規定しなければならないこととされている（労働基準法第89条第7号）。

この問題はガイドラインが述べるとおりであろう。ただ、企業において施策を講じる場合、実態の一断面¹⁰⁴から見るに、長期の継続した期間において勤務時間のすべてを在宅により労務を遂行する完全在宅勤務はあまり行われていないことから、このような勤務形態に焦点を当てた社内教育を充実させるよりもむしろ、一定期間内の数日又は特定の曜日において勤務時間のすべてを在宅で就労するか、あるいは、任意に一日の勤務時間の一部を在宅で就労する部分在宅勤務の場合の(各社、各事業部、各部、各課の業務内容等の実情に応じた)労務遂行の方法や人事管理の手続などをルール化し、これの習熟を企図した研修及び後述する自律的働き方の講習を行うことを充実させる方がより現実的な対応ではないかと思われる。したがって、施策としては、これに応じたものを行う必要があるであろう。

なお、就業規則に定められ、労働契約上、使用者が、在宅勤務者を含め、労働者に対して能力開発機会を付与すべき義務があると解される場合は格別、そのような定めがない場合に、労働契約の一般的解釈として、労働者が使用者に対して能力開発機会を付与すべきであると主張しうるかについては、消極的に解されているようである。他方、能力開発を阻害するような人事権の行使等については、権利濫用判断に服するとの説が唱えられつつある¹⁰⁵。

在宅勤務に即せば、能力開発の機会を逃したために在宅勤務をうち切られた場合、WLBなど労働者側の利益の侵害に対してどのような法的救済が可能なのか、勤労者の能力開発施策という大局的見地も含め、検討される必要があるように思われる。また、この問題を個別

権利を濫用したものとして、無効とする。

第17条 使用者は、期間の定めのある労働契約について、やむを得ない事由がある場合でなければ、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することができない。

同条2項 使用者は、期間の定めのある労働契約について、その労働契約により労働者を使用する目的に照らして、必要以上に短い期間を定めることにより、その労働契約を反復して更新することのないよう配慮しなければならない。

雑則、附則 略

¹⁰⁴ 2007年11月から12月にかけて行った民間企業3社における聴き取り調査。

¹⁰⁵ 以上については、前掲注33・菅野書382-383頁、両角道代「雇用政策法と職業能力開発」日本労働法学会編『日本労働法学会誌103号 雇用政策法の基本原理』（法律文化社、2004年）19頁以下参照。

企業の具体的取り組みにおいてどのように落とし込んでいくことができるのか、検討する必要がある。

7. 「在宅勤務を行う労働者の自律」について

在宅勤務を行う労働者においても、勤務する時間帯や自らの健康に十分に注意を払いつつ、作業能率を勘案して自律的に業務を遂行することが求められる。

この問題もガイドラインが述べるとおりであろう。在宅勤務者には労働契約に基づく指揮命令関係が認められるとはいえ、実態上それが希薄化している(場合が多い)関係においては自律性を要する。ただ、事業場での労務遂行が、ある一時点以降、在宅での労務遂行に変わったことをもって、労働者に自律性を求めるのは非常に難しい¹⁰⁶。したがって、例えば、在宅勤務に際しては労働者の自律性を高めるような研修を前記6の社内教育と併せて事前に実施するなど、企業において何らかの工夫が求められるものと考えられる。一方で、労働者の自律性を高める施策としてどのような内容・手法のものが考えられるか、別途検討を要するようにも思われる。

8. 紛争処理に係る問題

ガイドラインは、在宅勤務期間中生じた紛争をどのような公的手続あるいは手順をもって解決するのかについて触れていない。しかし、先に検討したように、在宅勤務者を新規に雇い入れる場合も想定され、また、WLBの観点から自宅で就労する労務供給形態であるため、通常の事業場からかなりの程度離れた遠隔地に自宅が所在している場合も想定しうる。すると、いざ、在宅勤務者と使用者との間に法的紛争が生じた場合、企業外のどのような公的手続を利用して紛争を解決するかは、当事者双方にとって予期せぬ事態を生じかねない。したがって、可能であれば、あらかじめ、紛争が生じた場合にどのようなどこに所在する公的機関を活用して紛争を解決するのか、取り決め、合意しておく必要があると思われる。

また、PCによる通信は国境を越えて行うことが可能であり、実際上の可能性は低いと推測されるが、国外に居住する邦人と在宅勤務の労働契約を締結する場合もあり得るものと思われ、すると、日本の法律を適用して紛争を解決するのか、それとも当該邦人の居住する国の法律を適用して紛争を解決するのかという問題も生じうると考えられる。

そこで、具体的検討を行うこの最後の項では、この二つの問題、前者は公的紛争解決手続の管轄の問題、後者は準拠法の問題を取り上げ、検討することにする。

¹⁰⁶ この点、2007年11月から12月にかけて行った民間企業3社における聴き取り調査において、各企業側人事等担当者から、共通して、在宅勤務における大きな問題点の一つとして挙げられていたことを付言しておく。

(1) 公的紛争解決手続の管轄

紛争解決に係る公的手続として、労働審判法に基づく労働審判制度(司法制度)、個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律(以下、「個別労働関係紛争解決促進法」という。)に基づく行政制度の二種がある。

まず、労働審判制度について。

労働審判法2条¹⁰⁷によると、労働審判に係る事件は、在宅勤務者が所属する会社や事業所の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する¹⁰⁸(ただし、申立は、地方裁判所本庁に行うこととされている。)。また、当事者間の合意により管轄の地方裁判所を定めることができるが、この場合の合意は書面による必要がある¹⁰⁹。

当事者間に相当な距離的隔たりが想定されうる在宅勤務の場合、在宅勤務者が使用者の所在地を管轄する地方裁判所に出向くことは、在宅勤務者に過大な負担を強いかねないことから、企業側としては、この点に配慮しつつ、管轄の地方裁判所を定める事前の書面合意を行っておくのが妥当な対処法であろう。

次に、個別労働関係紛争解決促進法に基づく制度について。

同法の法文上には管轄に係る規定は置かれていない。しかし、同法施行規則4条が、あっせん(同法5条)の申請は、紛争当事者である労働者の所属する事業場の所在地を管轄する都道府県労働局長の長宛て提出しなければならないと定めている¹¹⁰ことから、都道府県労働局長に対して助言・指導の紛争解決援助(同法4条1項)を求める場合も、労働者の所属する事業場の所在地を管轄する都道府県労働局長の長宛てに行うとの取り扱いがなされているものと思われる。したがって、在宅勤務期間中に労使間に紛争が生じた場合、当事者は、当該在宅勤務者が所属する事業場の所在地を管轄する都道府県労働局長の長宛てに紛争解決の援助を求めることになる¹¹¹。企業側としては、その旨を事前に在宅勤務者に告知しておくことが望まれよう。

¹⁰⁷ **労働審判法2条** 労働審判手続に係る事件(以下「労働審判事件」という。)は、相手方の住所、居所、営業所若しくは事務所の所在地を管轄する地方裁判所、個別労働関係民事紛争が生じた労働者と事業主との間の労働関係に基づいて当該労働者が現に就業し若しくは最後に就業した当該事業主の事業所の所在地を管轄する地方裁判所又は当事者が合意で定める地方裁判所の管轄とする。

¹⁰⁸ なお、同条にいう「事業所」とは、「事業がおこなわれる拠点となる場所をい」い、「主たるものであるか否かを問わ」ず、「「営業所」や「事務所」に該当する程度の独立性までは必要とされない」とされている(菅野和夫、山川隆一、齊藤友嘉、定塚誠、男澤聡子『労働審判法〔第2版〕』(有斐閣、2007年)64頁)ことから、在宅勤務者の自宅を「事業所」と解する余地があるのではないかと思われる。

¹⁰⁹ **労働審判規則2条** 法第2条の合意は、書面でしなければならない。

¹¹⁰ **個別労働関係紛争解決促進法施行規則4条** 個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律(...略...)第5条第1項のあっせん(...略...)の申請をしようとする者は、あっせん申請書(...略...)を当該あっせんに係る個別労働関係紛争の当事者(...略...)である労働者に係る事業場の所在地を管轄する都道府県労働局長に提出しなければならない。

¹¹¹ なお、紛争解決に当たって行政制度を利用することに関しては、在宅勤務者の自宅を「事業場」と解するか、つまり、在宅勤務者の自宅所在地を管轄する都道府県労働局長の長に宛てて紛争解決の援助を求めうるかという問題が考えられることを付言しておく。

(2) 準拠法

国境を越える在宅勤務の場合、当事者の一方が日本国外にいる場合、いずれの国の法律が適用されて紛争が解決されるかという、準拠法が問題となりうる¹¹²。

この問題は、従来、法例の解釈適用をめぐって議論されていたが、現在では、「法の適用に関する通則法」(平成18・6・21法78号)(以下、「通則法」という。)が制定され、一定の法政策的対応がなされている¹¹³。

¹¹² 準拠法については、さしあたり、米津孝司「グローバル化と国際労働法の課題」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法 第1巻 21世紀労働法の展望』(有斐閣、2000年)268頁、陳一「国際的労働関係と労働法規の適用」菅野和夫、西谷敏、荒木尚志編『別冊ジュリストNo.165 労働判例百選[第七版]』(有斐閣、2002年)272頁、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 上巻』(有斐閣、2003年)161頁以下〔山川隆一執筆部分〕を参照。また、国際労働裁判管轄については、尾崎正利「国際労働紛争処理」角田邦重、毛塚勝利、浅倉むつ子編『ジュリスト増刊 労働法の争点[第3版]』(有斐閣、2004年)293頁を参照。

¹¹³ 雇用労働に関連がある(又はありうる)法の適用に関する通則法の条文を以下に掲げる。なお、同法については、神前禎『解説 法の適用に関する通則法』(弘文堂、2006年)、特に、102頁以下(労働契約の特例)参照。

- (当事者による準拠法の選択)7条 法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。
- (当事者による準拠法の選択がない場合)8条 前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時ににおいて当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。
- 同条2項 前項の場合において、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法(その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては当該事業所の所在地の法、その当事者が当該法律行為に関係する二以上の事業所で法を異にする地に所在するものを有する場合にあってはその主たる事業所の所在地の法)を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。〔3項 略〕
- (当事者による準拠法の変更)9条 当事者は、法律行為の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない。
- (労働契約の特例)12条 労働契約の成立及び効力について第7条又は第9条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。
- 同条2項 前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法(その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ。)を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。
- 同条3項 労働契約の成立及び効力について第7条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第8条第2項の規定にかかわらず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。
- (不法行為)17条 不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。
- (名誉又は信用の毀損の特例)19条 第17条の規定にかかわらず、他人の名誉又は信用を毀損する不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、被害者の常居所地法(被害者が法人その他の社団又は財団である場合にあっては、その主たる事業所の所在地の法)による。
- (明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外)20条 前三条の規定にかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時ににおいて当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。
- (当事者による準拠法の変更)21条 不法行為の当事者は、不法行為の後において、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない。
- (不法行為についての公序による制限)22条 不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法

雇用労働関係に係る準拠法を考える場合、二つの側面からの検討を要する。一つは、契約自由の原則が及ぶ労働契約の成立・効力について、もう一つは、国家的政策としての強行法規たる労働保護法規の適用についてである。

まず、労働契約についてだが、当事者自治の原則により、当事者が法を選択することができる（通則法 7 条）。当事者により選択がなされないときは、「当該法律行為の当時において当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による」（通則法 8 条 1 項）のが原則であるが、労働契約の場合、「労務を提供すべき地の法」が「労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定」される（通則法 12 条 3 項）。

例えば、アメリカ在住の日本人が日本に所在する企業に在宅勤務者として雇入れられた場合、当事者が日本民法及び労働契約法を選択すればそれが適用法規とされるが、選択がなされなければ、労務提供地であるアメリカの日本民法類似の法（州法たるコモン・ロー）が適用されるということになる。

また、当事者が労働契約に最も密接した法以外の法を選択した場合でも、労働者が、労働契約に最も密接な関係がある地の法について特定の強行規定を適用すべきとの意思表示を使用者に対して行った場合には、「その強行規定をも」適用されることになる（通則法 12 条 1 項）。なお、この場合、「労務を提供すべき地の法」が「労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定」される（通則法 12 条 2 項）。

先の例でいうと、当事者が日本法を選択した場合でも、労働者がアメリカの例えば公正労働基準法（FLSA）のある規定の適用を日本の使用者に対して行った場合、選択した日本法と並んで、公正労働基準法の当該規定をも（累積的に）適用されるということになる。

次に、労働保護法規について。労基法等労働保護法規は、「行政取締法規として、日本国内にある事業にのみ適用がある（属地主義）」¹¹⁴が、在宅勤務者が国外に在住している場合、在宅勤務者の自宅を「事業」の一部とみなして労基法が適用されるか、という問題がある。「事業」とは、「一定の場所において関連する組織のもとに業として継続的に行われる作業の一体をいう」が、「一の事業であるか否かは主として場所的観念によって決定」される。しかし、「規模が小さく組織的関連ないし事務能力を勘案して一の事業という程度の独立性のないもの」は、「直近上位の機構と一括して一の事業として取り扱」われる¹¹⁵。すると、日本国外に所在する者が労務を提供する自宅は、日本に所在する使用者の事業と理解されそうである。しかし、恒常的に日本国外で在宅勤務をしているのであるから、一時的な国外での労

を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない。

同条 2 項 不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が当該外国法及び日本法により不法となるときであっても、被害者は、日本法により認められる損害賠償その他の処分でなければ請求することができない。

（公序）42 条 外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない。

¹¹⁴ 厚生労働省労働基準局編『改訂新版 労働基準法 下』（労務行政、2005 年）1018 頁。

¹¹⁵ 以上については、厚生労働省労働基準局編『改訂新版 労働基準法 上』（労務行政、2005 年）108-109 頁。

務の提供には労基法の適用が及ぶと理解される¹¹⁶ことの反対解釈として、労基法の適用は及ばないとも考えられる。この点の判断は俄かに下し難いが、以上の議論は、労基法の行政取締・刑罰法規としての性質に係るものであり、少なくとも労基法の民事的効力については、先の労働契約準拠法選択において当事者が日本法を選択した場合には、民事的効力に限り労基法が適用されると解されよう¹¹⁷。

なお、以上に加えて、雇用労働事件において請求根拠として頻繁に用いられる不法行為法については、加害行為の結果が発生した地か、その地における結果の発生に予見可能性がなければ、加害行為地とされる(通則法 17 条)。不法行為のうち、名誉・信用棄損については、被害者の常居所地法によるとされている(通則法 19 条)。なお、不法行為準拠法についても、当事者による変更が認められ(通則法 21 条)また、公序による制限がある(通則法 22 条)。

実務上は、国外在住者との在宅勤務労働契約に際して、あらかじめ準拠法を選択し、また、企業側としては、在宅勤務者の住所地における関係法規について検討し備えておくことが求められる場合がある。

おわりに

まとめ 冒頭述べたとおり、現行ガイドラインは在宅勤務の政策的対応について一定程度寄与するとは思われるが、在宅勤務にかかわる法的情報量、特に、在宅勤務の具体的状況を想定したそれが少ないように思われる。また、在宅勤務にかかわる法的問題については、全体として見れば、多くの場合、現行法令及び労働契約法理により対応が可能であると考えられるため、新たな立法措置による対応は必要ないものと考えられる。したがって、在宅勤務の政策的対応としては、現行のガイドラインをフルに活用するのが妥当であろうと思われる。

このように考えると、本稿で諸種検討を試みたように、在宅勤務にかかわるさまざまな場面・事態を想定して、ガイドラインにおいて、法的情報を豊富化する必要がある。

そのうえで、企業における在宅勤務管理の実務においては、網羅的かつ詳細な事前ルールの設定が求められるように思われる。それは、在宅での勤務は、通常想定されている事業場での勤務の形態と比べて、場的空間的に私的なスペースでの、かつ、通常の実業場から遠隔な場所での勤務遂行形態であり、通常想定されるのではない事態をめぐって、法的トラブルが生じかねないからである。しかしその場合でも、膨大な分量の細微なルール化は、労使双方にとって、在宅勤務の活用を妨げる要因になりうるので、適切な程度にとどめるか、ルールの開示方法を工夫するのがよいのではないと思われる。

今後の課題 最後に、今後の課題として考えられる点について、簡潔な私見を述べておくこととする。

¹¹⁶ 前掲注 112・東京大学労働法研究会編書 163 頁〔山川隆一執筆部分〕。

¹¹⁷ 前掲注 114・厚生労働省労働基準局編書 1018 頁。

まず、政策的課題としては、一つ目に、在宅勤務と、勤務場所が多様である他の労務供給形態（例えば、業務委託など請負等契約に基づくテレワーク、家内労働）との異同を実態的に把握し、それぞれの位置づけを行う必要がある。

二つ目に、先の位置付け作業を踏まえ、雇用労働法政策という大局的観点から考えて、在宅勤務をめぐって特に重要と考えられる個別論点については、在宅勤務という就業形態をも視野に入れた議論を行うことを考える必要がある。それは、現行法令及び労働契約法理が在宅勤務に対して多くの場合対応が可能であるとしても、それらが必ずしも、在宅勤務を多様な就業形態の一つであると法的に認知している形跡は読み取れないからである。

そして三つ目に、在宅勤務のように、通常の事業場において使用者の指揮命令の下に労務を提供するのは異なって、指揮命令が相対化希薄化した各労務供給形態に対する現行規整事項の内容を、具体的に吟味する必要がある。なおその際、(労働)市場においてうまく機能するかという点に目を配りつつ、諸種の労務供給形態間の保護的規整あるいは規整内容についてどのようにバランスを取るか、また、法の実効性を確保するための手法をどのようなものにするか¹¹⁸という雇用労働法規整に係る根本的な議論も必要となるであろう。

次に、理論的課題としては、労働契約・雇用契約と、他の労務供給形態契約（請負、委任）の整理が必要となる。それは、在宅勤務のように、使用者からの指揮命令が希薄化相対化した労務供給形態と、いわゆる雇用的自営業者（請負業事業者）のように、そもそも契約上は使用者からの指揮命令は予定されていないが、労務供給の過程において実態上、指揮命令に類する指示を使用者から受けている労務供給形態との差異が、限りなく無いに等しい状態となるとすれば、このことは、そもそも雇用契約・労働契約とは何なのかという根本的な問いかけ¹¹⁹を必要とするからである。すると、労働契約概念と同義に解されている「労働者」概念をどのような要素によりどのように構成していくかという問題と連結されるので、併せて、労働者概念を再構成する必要性も生じてくる¹²⁰。さらに、雇用契約・労働契約に限らず、指揮命令が希薄化相対化した契約関係も含め、諸種の労務供給契約相互間における権利義務関係の具体的内容を探究していく作業も必要となってこよう。

¹¹⁸ 例えば、労働保護規制の再検討を試みる近時の興味深い論稿として、大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて 労働保護法の再構成のための一つの試み」中嶋士元也先生還暦記念論集刊行委員会編『労働関係法の現代的展開 中嶋士元也先生還暦記念論集』（信山社、2004年）47頁がある。なお、近年の雇用政策立法に係る実効性確保に着目した論稿として、荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能 日本型ソフトロー・アプローチ？」中嶋士元也先生還暦記念論集刊行委員会編『労働関係法の現代的展開 中嶋士元也先生還暦記念論集』（信山社、2004年）19頁がある。

¹¹⁹ 近年の論稿として、例えば、村中孝司「労働契約概念について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』（有斐閣、1999年）485頁、鎌田耕一「雇用・請負・委任と労働契約」横井芳弘、篠原敏雄、辻村昌昭編『市民社会の変容と法』（信山社、2005年）151頁、和田肇「民法の雇用に関する規定の意義」季労 215号（2006年）111頁がある。

¹²⁰ 例えば、拙稿「労働保護法の「労働者」概念をめぐる解釈論と立法論」『日本労働研究雑誌』No.566号（2007年）48頁及びそこで引用・検討した諸先行研究を参照。また、比較法を中心とした研究に、労働政策研究・研修機構『「労働者」の法的概念に関する比較法研究（労働政策研究報告書 No.67）』（2006年）がある。

* 本稿執筆の過程で頂戴した関係各位からの貴重なご指摘に心より感謝申し上げます。しかし、本稿におけるありうべき誤りはすべて筆者に帰す。

【先行研究】

桑原昌宏「在宅勤務・テレワークと比較労働法」『季刊労働法』146号(1988年)143頁

諏訪康雄「テレワークの実現と労働法の課題」『ジュリスト』No.1117(1997年)81頁

長坂俊成「テレワークの法的性質と法的保護のあり方」『季刊労働法』193号(2000年)151-188頁

馬渡淳一郎「ネットワーク化と雇用の多様化」『季刊労働法』187号(1998年)8頁

森戸英幸「我が家が一番？」『日本労働研究雑誌』No.467(1999年)46頁

森戸英幸「What is IT?」『日本労働研究雑誌』No.498(2001)41頁

森戸英幸「テレワーク・家内労働・在宅ワークの法政策」『法律時報』75巻5号(2003年)25頁

山口浩一郎「在宅勤務の法律問題」読売新聞婦人部編『ホームオフィス』(財)日本生産性本部、1974年)171頁

(財)労働問題リサーチセンター、(社)日本労使関係研究協会『テレワークの法と政策 - 比較法的考察を中心に - (主査：森戸英幸 上智大学教授)』(2007年)

*なお、外国法・比較法研究については、参考までに掲げたものである。