

副業をめぐる法的規制と労働者の私生活の自由

——ドイツとの比較から考える

根本 到

(神戸大学助教授)

労働時間の削減やキャリア展開を求める労働者の増大を背景に、副業を積極的に活用しようとする傾向が強まっている。しかし、労働法は従来副業をあまり主要な対象として認めてこなかったため、許容される副業の範囲や規制のあり方など十分検討されていない労働法上の課題は多い。本稿では、こうした状況にかんがみ、日本における副業問題を、労働時間外の社員の就業活動に対する制約がどのような場合に正当化されるかという視点から分析したものである。日本とドイツの副業問題の状況を比較することで、副業禁止・制限規定に対する日本の裁判例の問題点や労基法の規制のあり方などを検討した。

目次

- I はじめに
- II 日本における副業をめぐる法的問題の諸相
- III ドイツにおける副業
- IV 副業問題の課題と法的規制のあり方

I はじめに

近年、兼業・副業¹⁾に大きな関心が集まりつつある。ある調査研究²⁾によると、副業者の数は農林業を除くと横ばい状態にあるとされているが、マスコミや著書³⁾などで取りあげられる機会は確実に増加している。週休二日制の普及など労働時間の短縮によって副業の機会が増大したこと、キャリア展開の機会を求める者が増加したこと、あるいは本業収入の補填の必要性が高まったことなど要因⁴⁾は複合的であろうが、副業に対するニーズは確実に高まりつつあるといえるだろう。

しかし、こうした動きとは裏腹に、副業を制約する法的な規制は依然として存している。労働者は、労働契約に基づいて、労働時間中に限って労務の提供を行うことを主たる義務として課されている。こうした契約的な発想からすれば、労働時

間外の私生活をどのように利用するかは労働者にとって原則的には自由なはずである。ところが、日本企業の多くは、業務に専念してもらいたいとの理由から、副業を禁止あるいは許可制とする就業規則条項を置き、労働時間外の就労のあり方を規制してきた。これは、後述するように誠実義務など付随義務を介して正当化されているとはいえ、企業への忠誠・奉仕を求める「企業共同体」の論理が色濃く反映してきたといえるだろう。しかも、前述の調査研究⁵⁾によれば、企業内の情報管理の強化を背景事情としていると推測されるが、副業を規制する企業は近年増加しているのである。

ところで、個別企業のこうした状況とは別に、近年は政策的な観点から副業の活用を推奨した提言が増えつつある。例えば、日本経団連は、「活力と魅力溢れる日本をめざして（日本経済団体連合会新ビジョン）」⁶⁾において「兼業禁止の解禁」を列挙しているように、副業の普及に積極的である⁷⁾。また、厚生労働省も「仕事と生活の調和に関する検討会議報告書」（2004年6月23日）⁸⁾や「労働契約法制の在り方に関する研究会報告」（2005年9月15日）⁹⁾などで副業に肯定的評価を下すべきことを示唆している。ただし、こうした提

言は、所得や職業キャリア形成機会の確保を目的として副業の推進を求めたもので、その土台となる法的枠組を変更することまで視野に入れたものは少ない。後にみるように、就業規則上の副業禁止・制限規定の司法審査に際しては、労働者の私生活の自由と、労務提供に支障がないことを求める使用者の利益との調整が求められるとの視点は確立しているものの、その具体的な審査基準はケースバイケースの対応がなされているに過ぎず、この調整の視点がどのような法理を形成するかについて十分な検討がなされているとは言い難い。こうした状況にかんがみ、本稿では、労働者の私生活を使用者はどのような場合に制約できるかという原理的な視点を意識しながら、副業をめぐる法的諸問題を検討するものである。考察の順序としては、日本における議論状況を概観し、そのうえでドイツと比較しながら、さいごに日本の課題を分析する。

II 日本における副業をめぐる法的問題の諸相

公務員については、副業（兼職）を規制（国公101条・103条、地公38条など）しているが、民間企業においては、これをとくに規制する法律は存しない。ただし、就業時間外の労働者生活は原則的に自由と考えられているものの、使用者がまったく規制を及ぼすことができないと考えられているのではない。また、副業も労働である限り、諸々の労働法に服するのは当然であるが、その適用が困難なケースも存する。そこで、下記では、副業がどのような点で法的に問題とされてきたのかを確認し、その論点を明瞭にしてみたい。

1 副業の禁止・制限規定の解釈・適用

日本では、まず、就業規則に「会社の承認を得ないで他の会社に雇い入れられることを禁ずる」といった条項がおかれ、副業が禁止、制限されることが多い。「承認」が届出や許可ということもある。こうした規定のもとで兼業がなされた場合、就業規則規定に反したという理由で解雇や懲戒手段あるいは、退職金の不払い¹⁰⁾といったかたちで

制裁が行われる。このため、裁判等では解雇等の処分の有効性が最終的に問題となるが、当該規定の効力、当該規定の該当性および解雇等の処分の相当性が主な争点¹¹⁾となっている。

(1) 副業禁止規定の効力

まず、就業規則等で労働者の副業を規制する規定がそもそも効力を有するかが問題とされることがある。この点について、裁判例の中には、労務の提供への準備、企業の経営秩序あるいは企業の対外的信用を考慮して、副業規定に特に限定を付さずに効力を認めたものや、労働者の私生活の自由をあまり重視しないものもある¹²⁾。しかしその一方で、「労働者は労働契約を通じて一日のうち一定の限られた時間のみ、労務に服するのを原則とし、就業時間外は本来労働者の自由な時間であることからして、就業規則で兼業を全面的に禁止することは特別な場合を除き、合理性を欠く」¹³⁾として、副業禁止・制限規定の限定解釈を行う裁判例が主流となっている。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。」¹⁴⁾との見解が代表的なものであるが、裁判例と同様、許可制等を伴う副業禁止・制限規定それ自体を無効と解するのではなく、労働者の自由を侵害しない程度で、使用者側の利益にも配慮した限定解釈を志向してきた。

(2) 副業禁止・制限規定への該当性

副業禁止・制限規定を限定解釈する際、裁判例は、当該副業が使用者の利益にどう影響するかを考慮し、その適用範囲を限定してきた。これまで裁判例で考慮されることの多かった使用者の利益は、競業会社への就職を通じて企業が損失を受ける場合と本業の労務の提供に支障が生ずる場合である。このため、裁判例は、①副業の期間、時間の長短あるいは時間帯、②副業の内容が本業に悪い影響を及ぼさないか否か（競業性）、③副業の内容や態様あるいは④営利性などを総合勘案して、こうした利益への具体的影響を考察し、副業禁止・制限規定の該当性を判断している。例えば、①に

かかわっては、24時間の昼夜勤務および12時間の夜勤で勤務する保安要員がほぼ連日、日中に8時間以上雑役工の副業をした場合¹⁵⁾あるいは労働時間外に6時間ほど深夜にキャバレーで勤務していた場合¹⁶⁾に解雇が有効とされているが、従業員が年1、2回のアルバイトを行ったことに対する解雇については、業務に具体的な支障がなかったことなども考慮し、無効¹⁷⁾としている。また、本業に支障を来す危険が高い時間帯での副業の処分事由の該当性を肯定した例もある¹⁸⁾。②にかかわっては、競業会社への就職は本業に損失を与える蓋然性が高いため、処分が正当化されることが多い¹⁹⁾が、当該労働者が機密事項を扱う地位になかった場合には処分事由に該当しないとされたこと²⁰⁾もある。③については、他の継続的な雇用関係に入る場合に限って規制の対象となると述べる例²¹⁾がある。また、学説の中には、パートタイム労働者は原則として兼職を制限されないと解する見解も主張²²⁾されており、注目される。さらに④については、営利性が強ければ副業に費やす労力が大きいと推測されているのだと思われるが、副業先で相当の売上高をあげていたケースで規定該当性を認定した例や²³⁾、月収が低額だった時期に限って規定該当性を否定した例²⁴⁾がある。

なお、副業禁止規定の射程という意味では、労働ではなく、競業的な自営業への参加や会社設立が問題となったこともある²⁵⁾。ただし、こうした事例は、競業禁止義務あるいは秘密保持義務の観点の問題となったのであって、純粹の副業禁止問題として自営業が問題とされたのではない。私生活上の自営業活動は職業選択の自由が強く保障されていると考えられているのだと思われるが、これまでは副業禁止規定の対象は雇用労働に限定されることが多かった。

(3) 処分の相当性の考慮

副業規定への該当性が形式上認められる場合でも、その規定違反を根拠とする処分（解雇や懲戒処分）の相当性判断において、権利の濫用を認定する裁判例²⁶⁾がいくつかみられる。例えば、当該企業において副業が事実上黙認されていたという事情を、権利の濫用性判断のなかで考慮するといっ

たものがその代表的なものである。

(4) 裁判例の傾向と問題点

副業を問題とした事案の性質が多様であるため、副業規定の解釈・適用について判例は一義的な判断を示してきたわけではない。労働者の私生活の自由を考慮することで、副業規定が存在するにもかかわらず、処分を無効とする裁判例が比較的多いが、上述のように、使用者の利益侵害の程度を具体的に審査したうえで結論を出すものが多い。このため、その判断枠組は確立しておらず、労使の行為規範をそこから導き出すことは容易ではない。また、副業規定を事後的に司法審査によって是正するという状況にあるため、現実には、規定の許可制あるいは届出制が副業の制約要因になっているとも推測される。そもそも許可等を受けることを避けようとした結果、紛争になっているケースが多いといえるだろう。

2 労働時間制の適用

副業および本業がともに自営業ではなく「労働」に該当する場合、労働時間を通算した数字が労基法の規制対象となるのか否かが問題となる。この点、同法38条1項には、「事業場を異にする場合」の通算規定がある。通説²⁷⁾や行政解釈²⁸⁾は同一事業主の異なる事業場で労働する場合だけでなく、事業主を異にする場合（すなわち副業する場合）も含まれると解してきた。こうした立場から、副業で通算労働時間が8時間を超える場合には、割増賃金を支払わなければならないと解されている²⁹⁾。しかし、こうした解釈については、週40時間制移行後の解釈としては採用できないことや行政解釈のもとでも別使用者のもとでの労働を知らない場合には、労働時間の通算による法違反は故意がないため不成立になるとの有力な反論³⁰⁾が主張されている³¹⁾。また、最近では、行政サイド（2004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））³²⁾からも、通算したとしても労働時間規制を確保する実行措置がない状況の再検討の必要性が指摘されている。

このように、労働時間制と副業との関係は、ひとまず労基法38条1項の解釈という技術的な問

題が争点となっているが、副業した場合の労働時間規制の実効性をどう確保するかという実質的な問題と関係している。したがって、通算規定の適用を受けないとするならば、その正当化根拠が問われるし、通算規定の適用を認めるならば、副業を前提として、労働時間規制をどう確保するかを考えなければならない。

3 副業への移動の通勤災害性

副業の場合、ある事業場からある事業場への移動が行われるが、この移動は、従来、労災保険法上の「通勤」に該当しないため、通勤災害保護制度の適用を受けることができなかった³³⁾。しかし、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）³⁴⁾が、「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たことを受けて、近時、このような移動を保護の対象とする条文（7条2項2・3号）が追加された労災保険法改正（労働安全衛生法等の一部を改正する法律）が成立、施行（2006年4月）された。

4 副業収入の帰属先

副業であっても、その報酬の対価は本来本人に帰属するのが通常であると思われるが、副業収入の帰属先を本業会社に帰属させる扱いが多いことが指摘されている。日本労働研究機構『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』（1995年）³⁵⁾によれば、勤務時間外の業務に関連しないケースでさえ、報酬がすべて個人に帰属すると回答した企業はわずか16.4%であった。

しかし、副業収入に関する債権あるいは金銭の譲渡が理論的に可能であるのは事実であるとしても、業務に関連しないことが明白なケースまで会社が賃金債権を取得することについては実質的な正当化根拠はないように思われる。経緯や業務の内容によっては、債権譲渡特約を締結していたと

しても、公序良俗に反して無効となることもあるのではないだろうか。

5 年次有給休暇と副業

後述するドイツと異なり、日本では、有償労働などに年休を使用することについて特別な制約はなく、むしろ、「年次休暇の利用目的は労基法の関知しないところであり、休暇をどのように利用するかは、使用者の干渉を許さない労働者の自由である」³⁶⁾とされている。例外的に、年休の争議利用など業務ないし事業の正常な運営を妨げる目的が存する場合には、そもそも年休権行使の前提を欠くとの判断を最高裁³⁷⁾は展開しているが、副業についてはこの法理の適用が認められることはない。

6 小 括

副業をめぐる問題となりうる労働法上の論点としては、以上5つの問題がありうる。しかし、これまで実務上取りあげられてきた代表的な問題は、副業の禁止・制限規定の解釈・適用と労働時間制の適用である。そして、この2つの問題は、上述のように、まだ十分解決されていない論点を残している。

Ⅲ ドイツにおける副業

1 副業の状態

以上のような日本の状況と比較する素材として、つぎにドイツで副業がどのように扱われてきたかを明らかにする³⁸⁾。

2003年5月時点のドイツの労働市場状態を調査したある統計³⁹⁾によれば、全就業者（約4000万人）の約2.5%にあたる約89万人が何らかの副業を有しているとされている。ただし、この数字を比較する他の年度のデータは存しないため、その数字の意味するところは明らかにされていない。しかし、1985年ごろと比べると週平均労働時間が40時間から約35時間に短縮され、非労働時間の幅が拡大し、副業の余地が大きくなってきたため、ドイツでも副業問題に対する関心は高まりつ

つある。

2 法律による制約

ドイツでも副業を直接禁じた法律は存しないが、その態様によっては、下記のような法律上の規制に服するとされている。

(1) 労働時間法

① 異事業通算制

ドイツの労働時間法 2 条 3 項 2 文は、「労働者が 2 以上の職場で就労する場合、個々の就労の合計が労働時間の法定最長限度を超えてはならない」となっている。このため、本業や副業が労働関係に基づいて行われる場合、それらすべての労働時間を合算した時間が、労働時間法上の限度基準を超えてはならないとの規制となっている⁴⁰⁾。

② 限度基準

同法では、まず、労働者の週日の労働時間は 8 時間を超えてはならず、「6 暦月または 24 週の間の平均で週日の労働時間が 8 時間を超えないときのみ、これを 10 時間まで延長することができる」としている。日本の労働時間規制と異なり、1994 年に改正した際、特定の場合を除いて、時間外労働の観念を放棄し、8 時間を超えた労働時間を一定期間内に調整することを求めるような規制となっていることに大きな特徴がある。

また、同法 (5 条) には、日本にほとんどない規制であるが、労働時間の終了から次の日の開始までの間に最低 11 時間の休息時間 (Ruhezeit) を置くべきことを定めた規定がある。ただし、休息時間については、副業した場合にこの規定がどのように適用されるかを定めた規定は存しない。このため、それぞれの就業について休息時間が確保されることで足りるとの見解⁴¹⁾も主張されているが、非労働時間が 11 時間以上確保されることを求める見解が有力である。

③ 労働時間法違反の副業の無効性

同法は違反した場合の罰則を定めているが、私法的効力については、特別な定めをおいていない。このため、ドイツ民法 134 条 (公序規制) を介して、副業としての労働契約関係が無効となるかが問題となっている。判例⁴²⁾は、この点について古

くから「著しく (erheblich)」超過した場合に限って、労働契約が無効となると判断している。超過時間の程度が著しくない場合には、必ずしも兼業としての労働契約を無効としてこなかったのである。

しかし、このように「著しい」という不明瞭な基準を判例が使用していることについては、多くの学説から批判がなされている。学説の多く⁴³⁾は、「著しい」という基準を放棄する代わりに、法定労働時間を超えた段階で、契約を無効とせず、雇用禁止措置や労務拒絶権を労使に与えるといった方策で対応すべきだと主張している。

④ 責任の所在

副業によって法定労働時間を超過した場合、超過したことにつきいずれの使用者が責任を負い、雇用禁止措置を取りうるかという点も一つの論点となっている。学説、判例上、この点についてはこれまで 3 つの考え方が主張されている。

第一に、本業の労働関係の使用者が常に責任を負うべきだと主張する見解⁴⁴⁾がある。この見解は、労働時間にしろ、賃金にしろ、職業活動の重要部分の責務を担っているのが本業の使用者であるという点を強調している。連邦労働裁判所⁴⁵⁾もこの立場にたっている。

第二に、後発する就業の使用者が責任を負うという「優位原則 (Prioritätsprinzip)」も主張⁴⁶⁾されている。時間的に本業のほうが後に成立していた場合には、本業の使用者が責任を負い、それゆえ雇用制限を行うことも許される。なお、この説にたつと、同時に主たる労働関係が成立した場合には、両使用者が責任を負うこととなる。

第三に、労働時間の先後にかかわらず、現実的に労働時間が違法に超過した場面の使用者が責任を負うと解する「予防原則 (Präventionsprinzip)」も主張⁴⁷⁾されている。過剰な労働から労働者を保護するという労働時間法の目的にかんがみると、この説が最も説得的だとする学説⁴⁸⁾もある。

なお、罰則が認定される前提条件として責任性が問題となるが、副業の場合、その事実が使用者が知らないことも多く、その前提となる故意、過失の認定は困難を伴う。こうした点から、同法違

反のサンクションが使用者にしかなく、労働者がないことを制度的に問題視する見解さえある⁴⁹⁾。

(2) 連邦休暇法

暦年で少なくとも24日以上の有給休暇を労働者あるいは労働者類似の者に保障した連邦休暇法では、保養等の休暇目的に反する利得活動を禁じている(8条)。もっとも、有給休暇中のすべての活動(副業)が同法に違反したと評価されるわけではない。あくまでも法の目的とされる保養等に反した活動だけが同法の規制を受ける。

これまでの判例や学説⁵⁰⁾によれば、休暇目的に反するか否かは、休暇中の利得活動の種類、範囲、期間あるいは困難さで判断される。例えば、本業と同様の職業を、時間的にフルタイムで活動している場合などは保養という休暇目的に反するが、フルタイムの就業であっても、精神的な労働を本業とする労働者にとって、身体的な活動を主たる内容とする副業は、心身をリフレッシュさせるので、同法に違反しない、と解されている。

同法の規制は、日本の労働基準法と異なり特に罰則を予定していないが、労働者の付随義務の内容を構成する、と解されている。このため、同法8条に労働者が違反した場合、使用者は付随義務違反に基づく損害賠償請求や不作為請求(ドイツ民法1004条)を提起することもできるし、再三の警告にもかかわらず活動を継続している場合には解雇の対象にもなる。

なお、ドイツでこの同法8条違反の効果にかかわって最も問題となってきたのは、不当利得返還請求(ドイツ民法812条)や休暇に伴って支払われる賃金請求の減額、没収が使用者ができるのであった。かつて、判例⁵¹⁾はこの不当利得返還請求等を認めていた。しかし、保養目的の設定は労働契約当事者がなしたものであるとして、1988年の連邦労働裁判所の判断⁵²⁾以来、これを否定する立場にたっている。

(3) 競業の禁止

ドイツ商法典60条は、商業用人について、競業する場合に使用者の承認を求める競業禁止義務を課している。このため、本業と競業するよう

な副業を使用者の承認なく行う場合は同法60条違反となる。

同条に違反した場合の効果は、同法61条に定められており、損害賠償請求か、あるいは行為の結果(例えば賃金債権)を譲渡するなど、競業事業者間の関係に介入する権利(Eintrittsrecht)を使用者に付与することになる。

(4) 不法労働

ドイツでは、不法労働規制法において、法所定の届出や許可を得ないなど、特定の協力義務を怠って行われた稼得目的の労働は罰則付きで規制されているが、公序規制(ドイツ民法134条)を介してその労働契約が無効となることがある。このため、副業が同法に違反し、かつ両契約当事者にとって法違反行為が存する場合には、その契約は無効となる。ただし、契約当事者の一方しか責めがない場合にも、契約が無効になるか否かについては争いがある⁵³⁾。また、契約が無効となるとしても、賃金請求が遡及的に無効となるのか否か、あるいは不当利得返還請求が成立するか否かについては学説、判例上議論⁵⁴⁾がある。

3 労働契約上の制約

(1) 労務提供義務あるいは付随義務による制約

副業は、労働時間外で生じる問題として、基本法12条1項1文の「職業(選択)の自由」、あるいは同2条1項の「人格の自由な発展」の保障を受けると解されている。このため、強行法規や労働契約の規制に反しない限りは原則的として自由である。

しかし、ドイツでも、労働者の主たる義務たる労務提供義務に反するような副業(履行不能あるいは不完全履行)は、違法となることは言うまでもない。また、信義則上(ドイツ民法242条)、労働者には、労働契約内在的に、使用者の正当な利益に配慮する付随義務が課されているため、副業がこの付随義務違反となる場合もある。

(2) 通告義務

労働契約などに明示的な規定が存しなくとも、労働者には使用者に副業していることを通告する

義務（Anzeigepflicht）が課されるのかが問題となることがある。学説は、使用者の利益を侵害する可能性が存する場合に限ってこれを認めるもの⁵⁵⁾と、労働者の私生活の自由を強調してこれを一律に否定するもの⁵⁶⁾に分かれる。判例⁵⁷⁾は、使用者の利益を侵害するおそれがある場合に限ってこれを課すと解している。

(3) 副業禁止・制限規定による制約

合意に基づいて副業の制限、禁止を明示的に定めることも許されている。しかし、副業は基本法上の保障を受けることからその合意の対象も自由ではなく、とりわけ、副業条項が個別労働契約⁵⁸⁾ではなく、契約のひな形に規定されたものを労働契約に採りいれる場合には、いわゆる約款規制（内容規制）を受ける。

このひな形に規定される副業規定は、下記のものに分類され、それぞれ次のような規制を受けると解されている⁵⁹⁾。

① 宣言的条項

第一に、宣言的条項と呼ばれるものである。例えば、「従業員は、労働時間法の法定労働時間を超えて副業をしてはならない」がこれに該当する。この条項は、上述の法律上の規制を確認したものであるもので、契約への採りいれは大きな問題にはならない。

② 絶対的禁止条項

第二に、絶対的禁止条項と呼ばれるものがある。文言としては、対象の制限や手続的規制もなく、「従業員が副業をすることを禁ずる」といったかたちで一律に副業を禁止した規定である。絶対的禁止条項は、労働者の基本的自由をまったく考慮していないため、無効であると解されている。

③ 許可留保条項

第三に、日本と類似するが、会社の許可を条件として、副業を許すような条項である。ただし、この条項に該当する文言形式は大きく2つに分類される。

まず、「労働者は会社の事前の明示的な同意がある場合に限って副業を引き受けることができる」というものがある。これは、いわば絶対的禁止条項に許可要件を付加した方式（絶対的許可留保条

項）である。これに対し、「副業が職務に不利益な影響を与える場合に限って、労働者は、事前に会社の同意を得なければならない」と規定する方式（限定的許可留保条項）も存在する。これは、使用者の法益を犯さないことが明瞭であれば、副業が許されることが明瞭になっていて、労働者の私生活への侵害は限定的になっている。

学説の支配的見解⁶⁰⁾によれば、後者の規定は問題ないが、前者は同意（許諾）の基準が不明瞭なため、労働者の私生活への不当な侵害となっており、当該条項は無効となるとされている。

しかし、こうした学説の指摘は、一部の下級審裁判例⁶¹⁾には影響を与えているが、連邦労働裁判所⁶²⁾は、前者も有効だと解しているのが現状である。ただし、こうした判例も、使用者が副業を恣意的に規制できることを容認したわけではない。副業が使用者の正当な利益を侵害しない限り、労働者は（事前あるいは事後に）会社の許諾を請求する権限を有していると解している。

④ その他の条項

以上の3つの条項以外に、副業した場合に通告を義務づけた条項、許可の撤回留保をした条項あるいは副業規定に反した場合の制裁内容を明示した条項が存する。この中で大きな問題となっているのは、解雇や違約罰など労働者にとって相当な不利益な制裁が課されている場合である。ドイツでは、2002年以降、約款規制（ドイツ民法305条以下）が労働契約にも課されるようになった結果、こうした制裁規定は厳格な内容規制を受けると解されている。

(4) 義務違反の効果

まず、副業禁止・制限条項など、労働契約上の義務に反した副業がなされた場合、使用者は、不作為請求あるいは、使用者が受けた損害につき損害賠償請求（ドイツ民法280条以下）を求めることができる。また、是正警告を事前に行うことが前提となるが、解雇を正当化することもあると解されている。

また、前述の許可留保条項に関する判例の立場にたつと、使用者の正当な利益を侵害しない限り労働者は会社の許諾を請求する権利を得るとはい

え、いずれにしろ、許可を求める手続きは必要となる。このため、法理論的には、副業禁止・制限条項の許可手続きのみを怠ったことだけが問題とされることもある。この点、裁判例と学説の見解を参照すれば、手続違反に対する措置として是正警告が認められ、この是正警告への対応如何では解雇も正当化されると解されている⁶³⁾。

なお、労働契約内在的に課される通告義務が肯定される場合、通告義務を怠った場合の効果も問題となる。この通告義務違反の効果としては、是正警告が認められても、解雇を正当化するものではないとされている⁶⁴⁾。

IV 副業問題の課題と法的規制のあり方

以下では、以上紹介、検討してきたドイツの状況も参考にして、副業に関する労働法的な課題とされる、副業禁止・制限規定の当否と労働時間問題の解決策を考えてみたい。

1 副業禁止・制限規定の妥当性——とくに許可制の合理性

労働時間外の私的自由の領域に対しては、会社の規制は及ばないのが原則である。このため、日本の裁判例は、たとえ副業禁止・制限規定が存しても、労使の法益調整を考慮し、当該条項の解釈、適用を限定的に解してきた。しかし、事後的な司法審査による限定解釈で足りるとして、許可制の当否それ自体やこうした規定の無効性を主張する裁判例はほとんどない。抽象的な意味で職務専念義務等が労働者に課され、副業が規制される余地があることを誰も否定できないことがこれには影響しているのであろう。

もっとも、従来の裁判例の傾向から言えることは、副業規定に形式的に違反したことをもって、制裁処分が正当化されているのではないということである。労務の提供を受けるとか、会社に損害を与えないなど使用者の法益を侵害しているか否かを諸事情から個別具体的に検討し、それが認定された場合に限り当該規定違反が認定されることが多い。これは、副業が労働者の私的自由の領域に該当するため、それを覆すだけの具体的

な根拠が必要となっているのだと思われる⁶⁵⁾。また、具体的な法益侵害行為があったとしても、労働者はその行為を簡単に是正（例えば副業の退職）できるので、当該規定違反に対する制裁を正当化することに慎重なケースも多い。

このように考えていくと、副業規定の解釈、適用にかかわっては2つのことを問題にしていくことが課題となるように思われる。第一に、副業規定に含まれる許可制の当否である。ドイツでも、日本と同様に、判例は絶対的許可留保条項を限定解釈することで無効とは解してはいない。しかし、ドイツの学説は、先述のように、この条項は労働者の私生活の自由への侵害が大きいとして無効とみなし、限定的許可留保条項のみを有効と位置づけている。これは、日本に大きな示唆を与えているように思われる。

日本では、もともと、企業内組合活動にかかわって、組合活動の可否を使用者の許諾があれば正当と認める許諾説の当否が問題となった。一応、判例⁶⁶⁾はこれを承認しているが、学説からはさまざまな批判⁶⁷⁾を受けてきた。その点に関する議論がここでも参照できるように思われるが、原則的に使用者の管理権限が及ばないことが明白な領域の問題であれば、許可を一律に課するような規定それ自体が無効であると言うべきだろう。こうした法理によって、条項の文言に判例の内容が反映されることを志向すべきである⁶⁸⁾。

第二に、副業に対する制約は、個別具体的な使用者の法益の侵害状況によって変わるものであるし、また、法益侵害行為を労働者は是正警告を受ければ辞めることができる場合も多いのであるから、その義務違反の制裁手段は「段階的」なものでなければならないということである⁶⁹⁾。裁判例の中には、規定に形式的に違反したという事情や抽象的な意味での経営秩序を犯したという事実を重視するものもある。しかし、副業の是正は労働者が退職することで簡単に是正できることにかんがみれば、副業規定に対する制裁は矯正的なものから段階的に行っていくことが妥当であると考えべきである。

2 労働時間問題と副業

副業の自由を推奨するあまり、副業も「労働」であり、強行的な労働者保護の対象となるという点を看過することがあるとすれば、本末転倒のそしりを免れない。したがって、労働時間規制も、私生活の確保という側面だけでなく、労働者の健康等に配慮して規定されていることからすれば、副業もそれが労働としてなされている限り規制の対象となることは言うまでもない。

このような観点にたてば、まず労基法 38 条 1 項の通算規定は副業の場合にも適用があると考えべきである。そのうえで、労基法 32 条の違反者が誰となり、三六協定などを締結すべき主体が誰となるかが問題となるが、労基法 32 条違反の状態を生ぜしめた使用者（つまりこの違法状態を解消できる使用者）が原則的に該当する（ドイツにおける「予防原則」）と解するのが妥当であろう。このように解することがこの趣旨を最も徹底できるからである⁷⁰⁾。

ただし、副業の場合、当該使用者が本業や副業の存在を知らないまま、客観的には違法行為を続けているケースも考えられる。この場合、故意を認定できないため、労基法違反の罪を該当する使用者に課することはできないことも多いだろう。たしかに、こうした問題は、使用者の責任を列挙し、その規定を通じて、労働者保護を図ろうとしてきた労働法システムに大きな問題を投げかけているのは事実かもしれない。しかし、本業の使用者も副業の使用者も、安全配慮義務とのかかわりでは労働時間管理の責任を負っている。したがって、先述した時間外労働問題の責任主体の問題とは別に、労働者から通告を受けるなどして、副業状態にあることを認識しうる使用者には厳格な安全配慮義務が課される。この安全配慮義務の根拠や内容に大きく関係しているのが労基法上の労働時間規制なのであるから、同法の意義は依然として大きなものがあると言えるであろう。

1) 副業に類似する言葉として、兼業、兼職あるいは二重就職などさまざまな概念が使用されているが、意味内容は大きく異ならないので、本稿では、原則的に使用する概念を副業としている。

- 2) 2002 年までの「就業構造基本調査」をもとに労働政策研究・研修機構が行った調査である。『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）77 頁参照。副業が話題になり始めた 2002 年までのデータをもとにした分析であるが、農林業を兼業している人の減少の影響が大きく、副業は全体として減少傾向にあることが指摘されている。
- 3) 例えば、「特集：副業時代がやってきた」2003 年 9 月 6 日日本経済新聞、高石洋「副業するサラリーマン」佐藤博樹編著『変わる働き方とキャリア・デザイン』（勁草書房、2004 年）156 頁以下あるいは、玉田樹『兼業・兼居のすすめ』（東洋経済新報社、2006 年）を参照。
- 4) 前述の労働政策研究・研修機構が行った調査注 2) によれば、本文であげた以外の副業ニーズを高めている要因として、会社への帰属意識の低下や短時間勤務に従事している者が追加収入を確保する必要性が高まったことが指摘されている。
- 5) 注 2) 報告書 1 頁あるいは 25 頁以下参照。
- 6) 『活力と魅力溢れる日本をめざして（日本経済団体連合会新ビジョン）』（2003 年、日本経団連出版）71 頁。
- 7) ただし、2005 年 4 月に出版された厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会 中間取りまとめ」に対して、日本経団連は、兼業禁止を制限する実定規定を設けることには反対するとの「意見（2005 年 6 月 20 日）」を公表している。
- 8) 報告書の中では「多様な働き方の選択肢を整備する視点からは、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」と述べられている。この報告書の内容は下記参照。http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/06/s0623-7.html
- 9) http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/s0915-4.html
- 10) ソニー（早期割増退職金）事件・東京地判（平成 14・4・9 労判 829 号 56 頁）。本件は、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である。
- 11) 副業、兼業に関する判例の分類については、さまざまな分析がなされてきたが、ここでは、日本労働研究機構『マルチブルジョアホルダーの就業実態と労働法制上の課題（日本労働研究機構資料シリーズ No.55）』（1995 年）（山川隆一教授執筆箇所）54 頁以下を参照させていただいた。なお、この研究以外に裁判例の傾向を分析したものとして、小西國友「兼業・アルバイトの制限・禁止」季刊労働法 124 号（1982 年）86 頁、岩村正彦「兼業禁止と競業避止義務」『ジュリスト増刊 労働法の争点（新版）』（有斐閣、1990 年）186 頁あるいは道幸哲也『職場における自立とプライバシー』（日本評論社、1995 年）111 頁以下などがある。
- 12) 広栄工業事件・鳥取地決（昭和 43・7・27 労民集 19 巻 4 号 846 頁）など。
- 13) 小川建設事件・東京地判（昭和 57・11・19 労判 397 号 30 頁）。
- 14) 菅野和夫『労働法 第 7 版』（2004 年、弘文堂）377 頁。
- 15) 永大産業事件・大阪地判（昭和 32・11・13 労民集 8 巻 6 号 807 頁）。
- 16) 小川建設事件・東京地判（昭和 57・11・19 労判 397 号 30 頁）。
- 17) 十和田運輸事件・東京地判（平成 13・6・5 労経速 1779 号 3 頁）。
- 18) 日通名古屋製鉄作業事件・名古屋地判（平成 3・7・22 判

- タ 773 号 165 頁)。
- 19) 橋元運輸事件・名古屋地判 (昭和 47・4・28 判時 680 号 88 頁), 東葉産業事件・東京地判 (平成 1・11・20 労判 551 号 6 頁), ナショナルシューズ事件・東京地判 (平成 2・3・23 労判 559 号 15 頁)。
 - 20) 東版事件・東京地判 (昭和 59・2・28 労経速 1184 号 17 頁)。
 - 21) 京急横浜自動車事件・東京高判 (昭和 44・12・24 労民集 20 卷 6 号 1750 頁)。
 - 22) 小西國友・渡辺章・中嶋士元也『労働関係法 第 4 版』(2004 年, 有斐閣) 159 頁参照。
 - 23) 辰巴タクシー事件・仙台地判 (平成 1・2・16 判タ 696 号 108 頁)。
 - 24) 国際タクシー (仮処分異議) 事件・福岡地判 (昭和 59・1・20 労判 429 号 64 頁)。
 - 25) 橋元運輸事件・名古屋地判 (昭和 47・4・28 判時 680 号 88 頁), 東葉産業事件・東京地判 (平成 1・11・20 労判 551 号 6 頁), ナショナルシューズ事件・東京地判 (平成 2・3・23 労判 559 号 15 頁), 東京貨物社事件・浦和地決 (平成 9・1・27 労経速 1680 号 3 頁)。
 - 26) 例えば, 国際タクシー (仮処分異議) 事件・福岡地判 (昭和 59・1・20 労判 429 号 64 頁), 都タクシー事件・広島地決 (昭和 59・12・18 労民集 35 卷 6 号 644 頁), 健康保険組合連合会事件・大阪地判 (平成 15・11・7 労経速 1858 号 21 頁) がある。
 - 27) 有泉亨『労働基準法』(有斐閣, 1963 年) 283 頁。
 - 28) 昭和 23・5・14 基発 769 号。なお, こうした解釈は, 労基法制定時の厚生省労働保護課長であった寺本廣作氏の著作『労働基準法解説』(時事通信社, 1948 年) 244 頁に指摘があり, それを踏襲するものであった。なお, こうした寺本氏の指摘を含めて, 労基法 38 条の制定過程の分析は, 日本労働研究機構・注 11) 47 頁 (小島典明教授執筆箇所) に詳細になされている。
 - 29) 昭和 23・10・14 基収 2117 号。
 - 30) 菅野・注 14) 前掲書 254 頁参照。また, 三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(1)」広島法学 24 卷 2 号 45 頁以下 (2000 年) は, 労働者の私生活・職業生活に関する自己決定権を侵害するとして事業主が異なる場合を含めることに反対している。
 - 31) こうした反論に対しては, 「32 条の定める労働条件は, 依然として労働者の健康保護のための最低基準としての性格を有しており, それに反する労働者の自己決定を制限する点に意義があるので, 通説のように解すべき」との再批判がある一方 (東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 下巻』(有斐閣, 2003 年) 653 頁 (和田肇教授執筆箇所)), 「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」とこの見解を肯定的に評価する主張もなされている (注 2) 報告書 126 頁 (島田陽一教授執筆箇所)。また, 同様に解釈の見直しを指摘する見解として, 大内伸哉『労働法実務講義 第二版』(日本法令, 2005 年) 560 頁も参照。
 - 32) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/06/s0623-7.html>
 - 33) この問題については, 注 2) 報告書 120 頁以下 (島田陽一教授執筆箇所) に詳細な分析があり, ここでの情報を参考にさせていただいた。
 - 34) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/12/h1221-1.html>
 - 35) 日本労働研究機構・注 11) 44 頁 (小島典明教授執筆箇所)。
 - 36) 白石営林署事件・最二小判 (昭和 48・3・2 民集 27 卷 2 号 191 頁), 国鉄郡山工場事件・最二小判 (昭和 48・3・2 民集 27 卷 2 号 210 頁)。
 - 37) 津田沼電車区事件・最三小判 (平成 3・11・19 民集 45 卷 8 号 1236 頁)。
 - 38) ドイツの副業問題の状況を紹介した日本語文献としては, 日本労働研究機構『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Ⅱ (日本労働研究機構資料シリーズ No. 67)』(1996 年) 181 頁以下 (柳屋孝安教授執筆箇所) と小西國友「労働者の兼職と労働契約の終了」『解雇と労働契約の終了』(有斐閣, 1995 年) 395 頁以下がある。
 - 39) Vgl. Doreen, Nebentätigkeiten von Arbeitnehmern, 2005, S. 1.
 - 40) ドイツの労働時間法制については, 荒木尚志『労働時間の法的構造』(有斐閣, 1991 年) 26 頁以下や和田肇『ドイツの労働時間と法』(日本評論社, 1998 年) 115 頁以下参照。
 - 41) Vgl. Bock, Das Doppelarbeitsverhältnis, 1998, S. 53.
 - 42) Vgl. BAG v. 19.6.1959, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis.
 - 43) Vgl. Franke, Arbeits und sozialrechtliche Probleme des Zweitarbeitsverhältnisses, 2003, S. 91.
 - 44) Vgl. Franke, a. a. O. (43), S. 90; Oligmüller, Nebentätigkeitsproblematik im Individualarbeitsrecht, 1979, S. 37.
 - 45) Vgl. BAG v. 14.12.1967, AP Nr. 2 zu § 1 AZO.
 - 46) Vgl. Meisel/ Hiersemann, Arbeitszeitordnung, Kommentar, 2. Aufl., 1977, § 2, Rn. 94-96.
 - 47) Vgl. Baeck/ Deutsch, Arbeitszeitgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 2, Rn. 24.
 - 48) Doreen, a. a. O. (39), S. 59.
 - 49) Vgl. Stebut, Rechtsfolgen von Arbeitszeitüberschreitungen, NZA 1987, S. 257; Hunold, Nebentätigkeit und Arbeitszeitgesetz, NZA 1995, S. 558.
 - 50) 連邦休暇法と副業との関係については下記の文献を参照。Vgl. Wank, Nebentätigkeit, 1995, S. 35ff.
 - 51) Vgl. BAG v. 19.7.1973, AP Nr. 1 zu § 8 BUrlG.
 - 52) BAG v. 25.2.1988, NZA 1988, S. 607.
 - 53) ただし, 無効性を肯定することが多いようである。Vgl. Köhler, Schwarzarbeitsverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz, JZ 1990, S. 466.
 - 54) Vgl. Wank, a. a. O. (50), S. 51ff.
 - 55) Vgl. Säcker/ Oetker, Das Dienstordnungsrecht der Sozialversicherungsangestellten im Spannungsfeld zwischen Arbeits und Beamtenrecht, ZfA 1987, S. 123.
 - 56) Vgl. Rewolle, Die Nebenbeschäftigung im Arbeitsrecht, BB 1959, S. 670; LAG Frankfurt, v. 22.8.1967, DB 1968, S. 2178.
 - 57) Vgl. BAG v. 18.1.1996, NZA 1997, S. 41.
 - 58) ひな形の採りいれではなく, 個別合意 (特約) の場合には, 約款規制を受けないが, 一般条項を通じて, 労働者の基本権が考慮され, その効力が否定されることもある。例えば, 本文中で紹介した絶対的禁止条項は個別合意で規定されても有効でないと解されている。
 - 59) ここでの議論は次の文献を参照した。Vgl. Preis, Der Arbeitsvertrag, 2002, S. 982ff.
 - 60) Ebenda.
 - 61) ArbG Passau v. 16.1.1992, BB 1992, S. 567.
 - 62) Vgl. BAG v. 3.12.1970, AP Nr. 60 zu § 626 BGB; BAG v.

- 24.6. 1999, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Nebentätigkeit; BAG v. 21.9. 1999, DB 2000, S. 1336; BAG v. 11.12.2001, NZA 2002, S. 965.
- 63) Vgl. BAG v.30.5.1996, DB 1997, S. 233.
- 64) Vgl. Löwisch/Röder, Anm. zu BAG v. 26.8. 1976, AP Nr.68 zu § 626 BGB; BAG v. 18.1. 1996, NZA 1997, S. 41.
- 65) 私生活活動であっても、趣味や自営業活動の多くは、それが本業に影響したとしても、それは直接的に規制できるものではない。実は、副業規制の根拠づけを論理的に説明することは難しいといえよう。
- 66) 目黒電報電話局事件・最三小判（昭和 52・12・13 民集 31 卷 7 号 974 頁）参照。
- 67) 例えば、西谷教授は、組合活動にかかわって次のように論じられている。「一般的禁止条項が有効であることを前提としたうえで、個別事情によってその適用を制限して制裁としての懲戒処分の効力を否定しようとする手法は、……労働者の権利行使を甚だしく制約し、労働者の地位をあまりに不安定にする。労働者・労働組合にとって、いかなる範囲の無許可ビラ配布が結果的に正当と認められるのか、事前に予測することが困難だからである。ビラ配布許可制あるいは無許可ビラ配布禁止規定は、労働者の表現の自由ないし団結権を不当に制限するもので無効と解すべきである」。西谷敏『労働組合法』（有斐閣、1998 年）229 頁参照。
- 68) 注 9) 「労働契約法制の在り方に関する研究会報告」48 頁も、兼業を許可制とする規定は、やむを得ない事由がある場合を除き、無効とすることが適当だとしている。ただし、報告書では、労基法の適用も限定することが示唆されており、この点には賛成できない。
- 69) こうした「段階的」な発想の重要性を指摘した見解として、盛誠吾「労働者の兼業制限の合理性とその違反を理由とする解雇」労判 406 号（1983 年）10 頁や道幸・前掲書注 11）112 頁参照。
- 70) こうした見解は、すでに吾妻光俊編『注解労働基準法』（青林書院新社、1960 年）449 頁（蓼沼謙一先生執筆箇所）で主張されている。しかし、この見解に対しては、「労働者が、まず使用者乙と午後 5 時間働く契約を締結した後に、使用者甲と午前中に 4 時間働くという契約を締結した場合、最初に法定労働時間以下で労働契約を締結した乙が労働法上の責任を負うことになり、問題」との指摘がなされている（金子征史・西谷敏編『基本法コンメンタール 労働基準法第 5 版』（日本評論社、2006 年）204 頁（三井正信教授執筆箇所））。もっとも予防原則にたっても、実際に 8 時間を超えて労働させたのは、この場合甲と解せるように思われる。

ねもと・いたる 神戸大学海事科学部助教授。最近の主な論文に「合意解約の有効性判断と情報提供義務・威迫等不作為義務——労働法における『合意の瑕疵』論を考える素材として」『水野勝先生古稀記念論集 労働保護法の再生』（信山社、2005 年）57 頁以下。労働法専攻。