

# 兼業・副業をめぐる労働法の問題点と今後の課題

紺屋 博昭

(熊本大学教授)

労働法学と司法判断は、正社員の兼業・副業への志向や行動を制約してきた。日本型雇用システムにマッチする大企業正社員の職務専念、残業強制、あるいは兼業禁止の法理を構築し、退職前後のスピンオフ活動等にも広く競業禁止の法理をあてはめてきたのである。大企業正社員はそもそも時間外を含めた労働時間が長く、また組織への従属貢献を含めて処遇評価がなされた結果、兼業・副業への進出意欲をそがれた。中堅規模の企業正社員らの統制も大企業のそれと同様であった。兼業・副業がそもそも制約されている以上、ダブル/トリプルのワークの労働時間通算規制や、労働者の通算労働時間の増大に起因する労働災害の責任範囲等はほとんど問題にならなかった。他方いわゆる非正規雇用の労働者らは、時間給で雇用される者ほど自主的に企業間でシフト調整を果たし、かつ自己開示を抑制してダブル/トリプルで就業先を増やして兼業実態を広げ、稼働所得を確保した。上記の各正社員ほど統制はなく、兼業・副業が可能だったのである。ただし通算労働時間が長くなることによる疲弊過労は自己責任問題となり、兼業・副業する労働者が職場へのコミットメントを通じて労働条件を向上させる余裕時分も機会設定もないゆえ、インディーセントな就労環境の固定化が生じかねない。今後継続する労働力不足の時代、あるいは日本型雇用システムの部分終焉にあって、正業に対する兼業・副業の従来の法理は、これまでのような機能を失うと予想される。労働市場への参加と労働力化に資する、正業と正業の調整の法理構築に向けた作業が必要であろう。年金機能強化法の効用とは別に、労働者保護と労働力確保策のための複数雇用間調整の労働市場法の構想が期待される。本稿ではそのための問題提起を試みる。

## 目次

- I 従来の兼業・副業の規制法理
- II 労働時間通算と安全管理
- III 〈正業〉間調整を果たす労働市場法の構築へ

### I 従来の兼業・副業の規制法理

#### 1 兼業・副業規制の出発点

会社と従業員、労働法学でいうところの使用者と労働者とが結ぶ労働契約の文書に、兼業・副業について規定が置かれるケースはほとんどないだろう<sup>1)</sup>。採用時に兼業・副業について労働契約の

書類に積極的に規定を求める生意気な応募者はいないと思われる。会社のほうも「あなた兼業・副業中でしょうか？」と応募者に面接し質問することは少なからう（そう質問したとして、応募者が本当のことを言うかは分からない）。

では規定や質問がないからといって、労働者は労働契約と無関係な労働時間以外の自由時間を兼業・副業に活用できるかということ、それほど自由ではない。勤め先の「就業規則」の規定内容が労働契約の代わりとなり（労働契約法7条）、たいていの就業規則で兼業・副業の規定が置かれている<sup>2)</sup>。会社の就業規則は兼業・副業を原則禁止とし、許可制にてこれらを認めるところがあるならば、先

取・先進の職場と言っている。

もちろん〈業〉とはいえない稼働ないし所得までを禁止制約する権限は使用者にない。だから私物をフリマで売って金銭に替えようと、休日にボランティア活動をして感謝の印として商品券をもらおうと、ネットのアフィリエイト収入を得ようと、季節毎に実家の農作業を手伝いに出かけようと、所有不動産の運用収益を得ようと、会社からみて会社とは別の〈業務〉やほかの〈仕事〉に労力を提供して汗している訳ではないから(?)お咎めはない。就業規則の規定を読み込んでいるとはとても思えない多くの労働者ら(この場合は企業の正社員らとすべきか)だとしても、その旨をなんとなく理解している筈だ。許可を求めるべく兼業・副業の手続きを実際取ろうとする労働者もわずかだろう<sup>3)</sup>。

\*

多くの会社が就業規則にて兼業・副業規制の規定を置くのは、労働契約の一方当事者たる労働者の地位・身分、あるいは労働者の提供する労務について、他方当事者たる使用者が規律できると考えるからである。労働契約に基づき労務提供を果たす労働者は、付随して会社秩序あるいは組織秩序の維持形成に加担し協力する義務を負うという発想に基づく<sup>4)</sup>。兼業・副業の統制は、組織秩序維持の一部分である(労働者の兼業・副業あれこれについて合意の有無を問わず、労働契約を結べば組織秩序に服すべき「誠実義務」を労働者は負わされる<sup>5)</sup>。

労働契約論に付き合う暇がない小さな会社であっても、労働者を雇えば(書面はなくとも)労働契約が当然に存在することになり、この契約の存在をベースに付随協力の義務付けが可能である。兼業はそもそも信義にもとるという見解がある<sup>6)</sup>。ただし、規定がなければ義務付けるエンフォースメントが滞る<sup>7)</sup>。

\*

もちろん労働者も心得たもので、秩序を乱そうという目的で兼業・副業に携わろうとはしない。生計の補助、友人知人からの強い参加依頼、個人の興味と関心、財産運用と投資のゲーム、近年ではキャリア(職務能力?)の向上のために、会社

に内緒でかつ勤務時間外にひっそり兼業・副業に勤しむ(兼業・副業への従事を理由に、年次有給休暇をあからさまに取得したりはしないのである)。

不幸にしてそれらが会社にバレてしまった場合、会社は契約違反、就業規則違反の責任を労働者に問う。その本質は服務規律違反であり、かつ組織秩序違反の行為責任を労働者に懲戒という形で問うことになる。会社が頂くべき労務を他者(社)に提供した咎を責めるのである。繰り返すが地位・身分上の責任問題であり、会社組織に支障が発生したことの責任追及である。他所でいくら稼いだのかの金額はさして重要ではない。

それら違反と引責の法理はこのあと4以降で述べていくとして、会社は兼業・副業に労働者が誘惑されないようにする対応策をまず講じる必要がある。そもそも兼業・副業の余地を与えない手法がある。職務専念義務と時間外労働義務である。兼業・副業中の応募者を排除すべきかどうかの問題は、6の試論にて扱うことにする。

## 2 勤務中の職務専念義務

働いている間は、労働者に余計なことを考えて欲しくないし、考えさせるべきではない(ケガをするかもしれないしミスするかもしれない。仕事への不満を考えたりする労働者は組織秩序を揺るがしかねないし、転職や兼業・副業の志願予備軍になりかねない)。身分や地位に付随するような義務より先に労働契約の労務提供義務を絶対根拠にして、労働者を労務提供に専念させねばならない。これが会社の労働者統制の理屈である。

労働者にも独立した人格があり、仕事中にどのような発想や志向や妄想を抱こうと全く関係ないのではないかという、さにあらず。先述と同様、合理的に定められている会社の就業規則ならば、労働契約に基づく統制ができる。「従業員は、誠実に自己の職務に専念しなければならない」は抽象部分を含むも合理的な規定ぶりであり、「従業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」<sup>8)</sup>なる規定が合理的でないとはいえない(!)。このような規定を基礎根拠に、通常時には処遇の一環として職場の上司等は労働者に対して職務への向き合い方を指導し、組織への色

付けをすることになる。

規則に反して労働者が専念せず、誠実も全力も見られない場合は規則違反を指摘し、組織の必要に応じて処分の手続を進める。労働者は処分の無効を争う。裁判所はこの紛争ステージにて就業規則の職務専念義務解釈の一般論を示している。「『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』旨の規定は、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ものであり、右規定の違反が成立するためには現実には職務の遂行が阻害されるなど実害の発生を要件とするものではない<sup>9)</sup>。兼業・副業が直接の争点ではなく、職場にて政治的ワッペン等を制服に着けることに固執した労働者の紛争事案であるが、最高裁が一般論を示せば、それは労働者に職務専念を強制する使用者の統制のための規範となる。労働者は、勤務時間中は本業のみに専心する義務があり、それ以外は許されない。異論は出されているが、専念義務原則は曲げられていない<sup>10)</sup>。この法理は、先述の会社内における指導と色付けを補強し、言葉は悪いが労働者の社畜的処遇に親和する。

労働者において勤務中に着想を得た他業務への汎用応用を見据えた技術技法のたぐいは会社の歓迎するところだが、それは会社にとって本業にのみ回収されるべきものであって、労働者が転職や兼業・副業等の業務外の事象へ反映していいものではない。疲れた体と頭を休めるべき勤務時間終了後ならば労働者の自由だが、それは労働者の負担が大きい。そもそも兼業・副業のことを、正業の勤務時間中に考えてはいけないというのが、就業規則の職務専念義務規定の唱えるところであり、これが法の建前である。

### 3 時間外労働義務

勤務時間は仕事に専心専念させるかわりに、勤務時間外に会社処遇に反発心を抱かせる余地を残し、離転職や兼業・副業を志向させるのは従業員マネジメントの失敗である。専心専念の時間を可能な限り長く設定するのが会社による統制術の別の一つとなる。

1日8時間、週40時間以上労働させるには、協定を監督官庁に届出したうえで（労働基準法36条）、それら時間を超えて労働させることがある旨を就業規則に規定する必要がある。たいていの会社は怠りなくこの手続を採っている（と思う）。時間外に働いた分の通称残業代が支払われるかどうかは、会社や事業所の事情に拠る。払わないのは法律違反で、所定の割増が必要（同法37条）だが、会社の違反を咎めて支払いを実際得るには労力がかかることを労働者はよく知っている。その問題には踏み込まず、ここでは会社の指示する時間外労働に労働者が応じなければならない旨を確認しよう。

残業せよといわれてイヤですという自由は労働者にはない。イヤだと拒否すれば就業規則違反となり、社内処分の対象になる。長時間継続する労働を厭い、プライベート時間を重視したい労働者の自由と利益は制限される。裁判所の立てた一般論は「(いわゆる36協定を締結し、労基署に届け出た場合)使用者が当該事業場に適用される就業規則に当該36協定の範囲内で一定の業務上の事由があれば労働契約に定める労働時間を延長して労働者を労働させる旨定めているときは、当該就業規則の内容が合理的なものである限り、それが具体的労働契約の内容をなすから、就業規則の規定を受ける労働者は、その定めるところに従い労働契約に定める労働時間を超えて労働する義務を負うと解するのを相当とする」である<sup>11)</sup>。

届出した36協定の時間外労働をさせる具体的事由と会社が時間外労働を命じる就業規則の根拠規定がズレまくることはありえず、つまり就業規則の時間外労働を命ずる旨の規定の不合理性を労働者が争うことはできないと考えられる<sup>12)</sup>。時間外労働を命じた会社の権限濫用を争うとしても、争うのは職場においてではなく、事後の裁判所においてとなる。だから労働者は労働行政が示している「時間外労働の限度に関する基準」による制約を期待するほかない<sup>13)</sup>。

同基準は週に15時間の上限とはいえ、そして36協定届には1日についての延長できる労働時間記載欄があるとはいえ、労働者の或る日の自由時間を奪う正当な制度であり、上述の職務専念義

務も当然労働者に及ぶ。就業規則の規定文言である「業務上の必要により」時間外労働を課せられる労働者にとって、命じられた時間外労働の終業時刻を不明にされるのが多くの職場の実態であり、残業終了後の自由時間の活用よりも終電や夕餉の心配事が目先の重要事になる。

36 協定と就業規則に休日に労働させる旨があれば、労働者は休日出勤命令にも服さなくてはならない。こうした実情からは、労働者が兼業・副業をイメージし具体的に着手できるゆとり時間や自由時間を確保するのは非常に難しい<sup>14)</sup>。

#### 4 兼業・副業禁止規定の運用

統制に従わない労働者による兼業・副業への着手が露見すれば、これを制限禁止する就業規則違反を理由として、会社は労働者を処分する。先述1の通り、地位身分の義務責任違反を問うのであり、処分の方法は就業規則に規定された懲戒メニューによる。

この際、会社は労働者に「兼業・副業をやめよ」と直接迫りはしない<sup>15)</sup>。兼業・副業に加え、情報漏えいと企業秘密の守秘義務違反が確認できれば、やめさせる法的対応を講じるかもしれないが、特殊なケースだろう。これは後述5で扱うことにする。

露見後から始まる労働者の処分過程にて、兼業・副業状態が自発的ではなく継続もせず単発断片的なものならば、処分が一等減じられるよう会社は考慮するかもしれない。あるいは処分手続に先立つ事実確認過程にて、労働者が兼業・副業の制限禁止規定を理解し、兼業・副業への加担を反省して「もうやめました」と宣言すれば、懲戒メニューにはない嚴重注意程度の処理で済むかもしれない。いずれにせよ、これらはいまだ会社の労働者マネジメントであり処遇上の統制の一部であって、法理ではない。

では兼業・副業禁止の法理はどんな内容かという、下級審裁判例が示す法理は、先述の地位身分による責任義務であり、兼業の一部制限の適法性であり、同時に就業時間以外の休養確保と使用者の関心の三つである（最高裁による先例や統制は存在しない）。すなわち「法律で兼業が禁止されている公務員と異なり、私企業の労働者は一般的

には兼業は禁止されておらず、その制限禁止は就業規則等の具体的定めによることになるが、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、就業時間外は本来自由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。しかしながら、労働者がその自由なる時間を精神的肉体的疲労回復のため適度な休養に用いることは次の労働日における誠実な労働提供のための基礎的条件をなすものであるから、使用者としても関心を持たざるを得ず、また兼業の内容によっては企業の経営秩序を侵害し、または企業の対外的信用、体面が傷つけられる場合もありうるので、従業員の兼業の許否について、労務提供上の支障や企業秩序への影響を考慮したうえで会社の承諾にかからしめる旨の規定を就業規則に定めることは不当とはいいがた（い）」というのが、下級審裁判所の立てる一般論である<sup>16)</sup>。これによれば労働日の労働に支障をきたすようなプライベートの過ごし方は、使用者の管理の掌中に納まる。そして規定に違反する兼業・副業や二重就職は組織において懲戒解雇等の重い処分の対象となる。休日休養基礎的条件論は以降の下級審裁判所においても踏襲されている<sup>17)</sup>。自由時間に休息をしっかり確保すること＝他でお勤めしないことは、労働契約上の労働者の当然の義務となっているのである。学者は「就業規則の一般兼業禁止規定を制限的に解釈せよ」というが<sup>18)</sup>、素直に従う会社は現状乏しいだろうし、労働者には酷な結果がむしろ起きかねない。

ただ、就業規則に違反した兼業・副業を理由にする処分は、懲戒メニューに則して手順通り進められたとしても、解雇と懲戒のそれぞれの権利濫用の有無を司法審査で問われる（現在の労働契約法15条および16条）。これら処分の当否をめぐる裁判例から分かる法理もある。会社が労働者の兼業・副業を認知した後に放置し黙認している場合は、その後の処分の正当性を失う<sup>19)</sup>。兼業・副業によって秩序違反や労務提供に悪影響を及ぼす恐れではなく、格別すなわち使用者側の具体的な支障の発生という〈実害の存在〉を要件とすべきとする下級審裁判例もある<sup>20)</sup>。これによれば、

組織内の地位身分に応じた本業の労務提供に支障せず、組織秩序や対外的信用を損なわない程度の、つまり一般従業員の臨時アルバイトや内職は許される余地はある（職位が上がると地位身分に基づく義務責任が高まり、制約が強まるであろう）。兼業の許可を出さない使用者に対して許可を義務付けるよう請求できるかも今後の課題となろう<sup>21)</sup>。

早期退職の際の退職金割増制度を利用し、退職間際の二重就職状態になった労働者が、これを隠したので会社が割増退職金支払いを停止したことの是非が争われた事案にて、裁判所は「制度適用を認めない特段の事情は労働者に存在しない」と判断し、労働者の割増退職金の請求を認めていない<sup>22)</sup>。この会社には兼業禁止規定等は存在しなかったが、労働者に契約信義に基づく申告と誠実行動を求めるといふ事例判断であろうか。

会社の不当解雇を労働者が裁判で争う間（この間は出勤できず賃金は支払われない）、バイトや兼業に従事して生活資金を得ることは会社就業規則の兼業・副業禁止規定に抵触するものではない<sup>23)</sup>。裁判において会社側からの解雇理由の追加や予備的主張は許されないと解すべきだろう。会社を病気休職し一部給与を得ながらその間に兼業・副業に従事するのは、この限りではない<sup>24)</sup>。有給休暇の利用は労働者の自由ではあるけれども、その間に兼業・副業の準備行為をすることもまた許されない<sup>25)</sup>。

## 5 競業統制と不正競争防止法

在職中の労働者は、兼業・副業の制約規定によって競業行為は当然制限される<sup>26)</sup>。会社組織の内部からあらわれる競業は、会社から見れば背信背任と理解される。許可制の下で会社が労働者の競業を程度に応じて許すとは考えられない。

在職中の労働者は、労働契約の付随義務によって、あるいはそれを明文化した就業規則の規定によって、業務上知りえた秘密や財産情報を会社外へ持ち出して会社経営の利益を損なわないよう義務付けられる。

これとは別に不正競争防止法は、在職中退職後を問わず労働者（元労働者を含む）に、企業から示された営業秘密を不正競争の目的で使用または

開示してはならない旨を定める（不正競争の定義、不正競争防止法2条1項7号）。ここでいう営業秘密には、労働者のおつむの中の営業先顧客名や、勤務時間中に着想を得てものにした技術ノウハウなどは含まれない（同法2条6項<sup>27)</sup>）。ただ、それだと会社はゆくゆく競業他者（社）となりうる予備軍を統制できなくなる。それゆえに職労働者の発明発想技術を会社側で集約し、労働者の側にある営業ノウハウや取引先情報等をすべて吐き出させて会社の側の管理秘密とする必要がある<sup>28)</sup>。これも兼業・副業の事実上の統制と言っているだろう。

営業秘密の持ち出しによる競業＝図利加害行為目的での使用または開示となれば、会社は同法によって差止請求にも取り掛かれる（同法3条）。在職中の労働者に対して規則違反を理由に各種懲戒メニューに沿った処分がありうるのは先述の通りである。もっとも会社側にも秘密をみすみす持ち出されるぬるい管理体制がまだまだ存在している。労働者に解雇等の重い処分を下して会社組織外へ放逐すると簡単に競業される可能性があり、つまり会社にとっては違反者へのサンクション設計と同じように秘密管理体制の設計再構築が重要となる<sup>29)</sup>。

\*

労働法学領域でいうところの競業禁止や秘密保持に関する契約は、相応の対価提供とともに会社が退職予定者と締結し、退職後に効果を及ぼすのが前提であろう。在職中の労働者とこれら特約を締結してのち、契約違反行為を咎める会社の対応が裁判になることは少ない（契約の失敗であり、会社の恥である）。不正競争防止法がそれらを見越して営業秘密侵害罪をすでに規定している（同法21条1項5号及び6号）。企業外への財産情報等の持ち出しとは別に、兼業・副業あるいは秘密取得に関連しない競業転職を勧誘する存在をどう統制するかが企業側の課題となろう。労働者にとっては、同種同業に相当する兼業・副業については、労働契約や就業規則による統制よりも同法の理解が重要となろう。

## 6 その他の問題、今後の課題

兼業・副業の統制に関する法理は、結局のところ

ろ、正業の労働者とそれを雇用する会社のためのものである。会社が転職やスピンオフ活動を認めず、その結果として労働者を兼業状態に陥らせるという現実さえある<sup>30)</sup>。兼業・副業に関する各種規定を限定解釈する動きはあるが、労働時間以外の労働者の自由を確認するにとどまり、兼業・副業先の営業従業やそこでの労働者雇用の利益保障を十分に考えるものではない（労働契約の存続と労働者の原職保障を尊重する既存の労働法学の限界かもしれない）。兼業・副業先となる会社や団体にも言いたいことや調整してほしいことはいろいろあるだろうが、現状は蚊帳の外で、当事者性は認められ難い。

会社は引き続き統制のために労働者情報を得るべく、身分地位を与えるのと引き換えに労働者に情報提供を求め、労働者に地位身分を与えたあとも必要な調査に協力するよう義務付けたいだろう<sup>31)</sup>。そこには会社が兼業・副業を許容し積極支援するために基盤情報を集め調査をするという発想はなく、それを支援するインセンティブも現在のところない。仕組みを作るにしても労働者が応じるべき義務範囲をどう設計するかの困難がある。勤め先の情報は保護されるべき労働者自己コントロールによるプライバシーなのか、それとも部分社会への所属ごときの瑣末事なのか共通理解はまだまだ乏しい。

労働者の市場参入や会社間移動（転職のみならず重複就業を含む）を積極支援する労働市場法を将来に向けて構想し、その構想に応じて各会社が兼業・副業の許容や支援を図るとするなら、労働者の兼業・副業の志向や従業事実、それに労働条件情報等は、その他の支援主体を含めて、当事者間で共有すべき基盤情報となる。会社は採用面接にて「兼業・副業の有無」を応募者に当然に質問し、有りとの回答を得つつ応募者を採用するにあたって、労働者のイニシアチブと判断決定の下に基盤情報と労務管理情報を兼業・副業先と分け合うことになろうか。たとえば兼業を許す通知は、労働者のみならず兼業・副業先の会社組織等にも必要になろうか。そこでは労働契約論をベースにした労働者の真実告知義務論や会社の身分地位統制策は後退し<sup>32)</sup>、現状では劣後する兼業・副業

先の会社や事業主体の側に、共有基盤情報を手がかりにした労働者の兼業・副業を調整する権限のようなものが与えられることになるだろう。蚊帳の外状態は多少解消され、正と兼・副の契約序列、雇用序列さえも見直しが進むことになろう。いまのところ構想と試論レベルの話であるが。

## II 労働時間通算と安全管理

### 1 複数事業場にまたがる労働者の労働時間

会社が就業規則の規定に基づいて、労働者からの兼業・副業の申し出に許しを与えたとしよう。労働者が会社所定の労働時間きっちり働いた後、兼業・副業に勤しむとする。その兼業・副業の中身が雇用関係であるなら（内職や自営でも発注元との間で使用従属関係があるなら）、労働基準法は労働時間を通算して計算する決まりだ（同法38条1項。事業場を異にする場合は事業主を異にする場合を含む。昭和23・5・14基発769号）。その効果は法定時間外に使用した使用者が所定の割増賃金を支払う義務を負うことになる（昭和23・10・14基収2117号）。兼業・副業の事業場にて通算1日8時間、週40時間を超えることが事前に分かっている場合、兼業・副業先の〈第二事業主〉が通算で時間外労働をさせることについて36協定等の用意を義務付けられる（同、昭和63・3・14基発150号、平成2・3・31基発168号）。兼業・副業に許可を出す会社は痛くない。だが兼業・副業と知って労働者を使用する〈第二事業主〉は、特殊な動機がなければ手続の準備をする気にも割増賃金を払う気にもならないだろう。〈第二事業主〉の下で兼業・副業を済ませた労働者が会社に出勤し、1日通算労働時間が8時間を超えてしまうような事態を、会社はそもそも許さないだろう。会社にて所定労働時間働かないことで兼業・副業先での就業時間を確保するよう調整するのは〈第二事業主〉にも労働者にも許可を出した会社にもやはり骨が折れるし現実的ではない（そうなると通算労働時間の調整は将来の〈兼業・副業推進法〉の重要な機能の一つになる）。

もっともこの通算を見直すべきとの見解は多数

ある<sup>33)</sup>。通算すると1日8時間、週40時間を超えるからなんとかしてくれと労働行政に救済と保護を求める兼業・副業に従事する労働者がいるとは考えづらい(兼業・副業を主従のない正業の一部と理解する労働者が将来求めてくる可能性があるかもしれない。先のカッコの法律名は修正してやはり〈複数正業推進法〉にしなくてはならない)。

時間給の曜日制シフト制で働く労働者らの中には(もちろんその手の事業場では、就業規則を用意して労働者に周知の手続を整えたりはしない)、実際空いた時間を別な時間給の仕事で上手に埋めている者がいる。もちろん兼業、副業、ダブル/トリプルのワークを申告するしなは本人のみの問題であり、雇用する側も兼業・副業しているのかと深く追及したりはしない。今のところ通算しても実益がないし、労働者の自己リスク管理の問題に回収すべきだという発想がここでは勝る。通算労働時間に対するそれぞれの事業場の時間管理責務、あるいは労働時間管理把握義務をどう構築し、義務内容を明確にしていくかは今後の課題へと押しやられる<sup>34)</sup>。

兼業・副業を許可した会社に、兼業・副業労働者からの真実申告制度を整えさせ、通算労働時間の把握や管理の義務を課すのはいまのところやや酷と言えよう。ただし、兼業・副業を許しながら、オーバーワークがたたって労働者が過労状態に陥った場合、労働者の自己責任と片付け、許した会社に負担軽減や労働時間調整の義務が全く発生しないのか、とても難しい問題である。従業員の地位身分責任論を脱して、会社が兼業・副業を許すことの具体的効果と帰責可能性を考える必要がある。

労働者のほうで団結や連帯を契機に問題解決せよというの、〈複数使用者〉を相手にする労働条件交渉となり、困難が予想される。先述の時間給の曜日制シフト制で働く労働者らが複数事業所にわたって隙間なく労働し(現行パート労働法はこの実態を統制できない)、かつやむなく休憩時間や休日を放棄している現在の一部の实態は、兼業インディーセントと評価してよいだろう。

## 2 複数事業場の行き来

オーバーワークに起因する労災の問題は<sup>35)</sup>、

本誌掲載の倉田稿に検討を委ね、本稿では正業と兼業・副業の各事業場の行き来の問題をわずかに取り扱うことにする。

複数事業場の労働者の行き来は会社の通勤費用補助額の算定と負担の問題のみならず、各事業主による安全管理の問題となりうる。端的に言えば、通勤経路上の一般的な安全確保でありかつ通勤災害の予防管理である。兼業・副業が許されている場合は、事業場間の行き来の経路把握に際して安全衛生に支障がないか、会社と〈第二事業主〉が双方にて確認し注意する信義則上の義務が存在すると考える(行き来の途中にPCで会社や〈第二事業主〉と業務連絡をしているケースなどにおいて事態はややこしいことになる。連絡時間や連絡重要度などの観点から判断し、場合により後述する通勤災害より業務上災害を構成する可能性が高くなるだろう)。許していない場合や、自営経済的活動と模される兼業・副業の場合は、会社の責任は軽減されると考えられる。

\*

いわゆる通勤災害に関して言えば、行き来の問題について条文規定がある。「就業の場所から他の就業の場所への移動」も業務の性質を有せずかつ合理的な経路方法であるならば、通勤災害の対象になる(労働者災害補償保険法7条2項2号)。会社が適用事業所にならないケースはほとんど考えられないが、兼業・副業先は先述した通りいろいろな事業組織形態や就労実態がありえよう。特別加入(同法施行規則6条2項)を奨励して災害補償を講じることによる社会保険カバーは当然、社会保障の総和としてもプラスとなろう。兼業・副業にともなうさまざまな危険負担等について、まずはすべての当事者らに周知、教育、奨励、そして誘導を講じる仕組みを設計する必要がある。

## Ⅲ 〈正業〉間調整を果たす労働市場法の構築へ

2016年3月に政府の第3回経済財政諮問会議が開催された席にて、兼業・副業がトピックの一つになった。低高両所得者層に兼業・副業への就業ニーズが確認できる一方、企業は労働者の兼業・

副業に否定的だ。そこで技能を生かした生産性の高い労働者の働き方と稼働保障のために、特に後者について労働時間通算の監督規制は残しつつ、週20時間の主就業の会社にて雇用保険の適用関係を認め、マイナメンバー等を活用しつつ労働時間や失業状態の把握を図り、兼業・副業を推進しようというものだ<sup>36)</sup>。政府の目論見は、非正規掛け持ち労働の推進を通じた所得確保の労働者自己責任化だろうか。あるいは、兼業・副業先紹介ビジネスの今後に向けた展開支援だろうか。

それらはともかく、将来に向けて労働力人口は減少が予期されており、現に労働市場では労働者確保の困難が共通認識となっている。会社は現有する正社員労働力を手放したくないだろうから兼業・副業の統制を継続し、あまつさえ現有の非正規労働力さえをも囲い込みかねない。だが、その統制とそれを支える従来法理は旧来の日本型雇用システムを前提にした身分地位と労働契約付随義務論を根拠にしたもので、各種の労働者がいまや遵守しても得るものはごく僅かである（兼業・副業を許容する昨今の一部企業の動向は、労働者の職務能力向上のための教育・研修の〈外部化〉及び再労働力化と評価可能であろう）。もちろん労働契約論から得られるキャリア権保障は重要な課題であり、労働力不足を解決するためだからといって兼業・副業を奨励して馬車馬のように働かせる事態を想定したい訳ではない<sup>37)</sup>。

\*

繰り返しになるが、兼業・副業と称される就労就業の実態は、正規雇用する会社から見ればそうであるとしても、兼業・副業先からすると労働者の就労についての各種条件に関して参画関与の余地なく従位劣後の立場を余儀無くされる。統制が弱いゆえ兼業・副業状態を自由に重ねている非正規の労働者にとっても、自力で事業所間の就労調整を果たすのはいいとして、事業所間にまたがる就労上の困難については事業所使用者に理解を得て解決を図る保障がない。そして兼業・副業の各方面におよぶ条件調整は、本稿の随所で指摘したように、会社基点の従来の労働契約解釈論にて解決できる見通しは乏しい。

非正規の上記の実態は、兼業・副業というより

正業の複数化・複線化を体現しているのかも知れず、これら各当事者に関して〈正業〉調整技法の構築と提供を、労働市場法/雇用政策法制の喫緊の課題と受け止めるべきであろう（兼業とか副業とか言わず、マルチジョブホルダーなどと称したのにも理由があったのだ）。それらが可能になれば、労働力の供給調整と同時に複数雇用の継続安定の効用も得られる。

前者については、労働者の兼業・副業への志向や参入契機は労働力供給への貢献であり、政策利益として保護したいところである。それゆえ適正・公平な兼業・副業の奨励や誘導、そして兼業・副業のさまざまな利益配分と効果等を含め、労働市場法/雇用政策法制にて同様に規定してゆくのがよいだろう。働き先を増やし労働時間を自己判断で増やそうという事態に対しては安全衛生確保と労働市場統制の観点から制約を設けるのが妥当だが、労働基準法の労働時間規制に調整の詳細を委ねたい（法定労働時間を複数事業主で分け合うことになるだろう）。基本の構想として〈正業〉間調整に不可欠な労働者の就労等情報を各当事者間で共有し、各当事者間にて雇用保障と労働力確保に取り組むのが、本稿6等で言及したアイデアである。

諸外国の先進事例等の調査比較を踏まえた労働市場法/雇用政策法制の具体化すなわち〈複数正業推進法〉設計の詳細化具体化とネガティブ機能の予測等の総合は次稿の検討内容としたい<sup>38)</sup>。

- 1) 公務員が労働契約に基づくのか、特別な任用関係なのかさておき、公務労働については職務専念と兼業禁止の規定がある（国家公務員法101条、103条、地方公務員法35条、38条）。他方、いわゆる労働法には兼業・副業の法律上の定義さえない。
- 2) 就業規則の記載例としては「第n条（服務事項）  
従業員は、次の事項を遵守しなければならない。  
(m) 会社の許可なくして他に就職し、またはみずから事業を営まないこと。」  
となるだろう。菅野監修、土田＝大内ほか編著『ケースブック労働法（第8版）』（弘文堂、2014年）598頁による。
- 3) 会社の兼業不許可を争う事案として、兼業許可請求（株式会社瀬里奈）事件・東京地判昭和49・11・7判時765号107頁。兼業を許可する旨の書面を会社に求める労働者の請求が認容されている。同じく兼業不許可の不法行為を争う事案として、マンナ運輸事件・京都地判平24・7・13判時1058号21頁。不許可に理由がないとして慰謝料相当額30万円の請求が認められたが、同事件は不当労働行為事件の色が濃い。
- 4) 菅野和夫『労働法（第11版）』（弘文堂、2016年）649頁



以下。労働者の企業秩序遵守義務をどう説明するかについて、最高裁は「労働者は、労働契約を締結して企業に雇用されることによって、企業に対し、労務提供義務を負うとともに、これに付随して、企業秩序遵守義務を負う」との一般論を定立している。その嚆矢は富士重工事件・最三小判昭和52・12・13民集31巻7号1037頁。使用者から企業という組織体に当事者表現がスライドして、企業組織に対する労働者の秩序遵守義務が語られている点に注意したい。

他方、企業組織が何を根拠に独自の企業秩序を定立できるのかについては、職場内の労働組合活動が問題になった事案にて最高裁は「企業は、その存立を維持し目的たる事業の円滑な運営を図るため、それを構成する人的要素及びその所有し管理する物的施設の両者を総合し合理的・合目的に配備組織して企業秩序を定立（する）」と述べる。秩序の形成維持に関する権利は組織側の固有の権利と解すべきなのだろう。国鉄札幌運転区事件・最三小判昭和54・10・30判例329号12頁。

- 5) 労働契約上の付随義務たる誠実義務の内容が、兼業・副業統制の根拠になると述べるのは、協立物産事件・東京地判平成11・5・28判例1727号108頁。
- 6) 労働者の原則自由を尊重しながらも、労働契約法3条4項違反を出発点とする立論は、土田道夫「労働契約法」(有斐閣、2008年)103頁。もちろん信義則違反を肯定しつつ、兼職自由を不当に制限しないという調整へと進行する。
- 7) 十和田運輸事件・東京地判平成13・6・5労経速1779号3頁。同事件ではアルバイト行為を禁止制限する就業規則の存在も周知もなかったとして、同行為を理由とする普通解雇を無効と判断した。
- 8) 前掲菅野・注4)923頁以下の記載例による。
- 9) 目黒電報電話局事件・最三小判昭和52・12・13判例287号26頁。もっとも判旨は公務員の職務専念義務規定に接近しただけで、特別な論旨展開があった訳ではない。
- 10) 上記裁判例の職務専念義務を踏襲する大成観光事件・最三小判昭和57・4・13民集36巻4号659頁には「職務専念義務は労働契約上の職務を誠実に履行しなければならないという義務であり、労務提供に支障なく両立する行動は同義務違反にあたらない」との補足意見がある。社内の私用メールで上司に誹謗中傷を加えた事例にて、職務遂行に支障を来たとして、会社が過度の負担を掛けたとは認められないとして、職務専念義務違反を否定する下級審裁判例がある。グレイワールドワイド事件・東京地判平成15・9・22判例870号83頁。
- 11) 日立製作所武蔵工場事件・最一小判平成3・11・28民集45巻8号1270頁。
- 12) 労働者が時間外労働義務に反したゆえに出勤停止ののち懲戒解雇処分された前掲日立製作所武蔵工場事件においては、時間外労働義務が肯定されたことにより、懲戒解雇も有効と結論された。原審の事実認定における裁判所の訴訟進行については、田中=道幸=川口「座談会 日立武蔵残業拒否事件をたどる」法学セミナー480号(1994年)37頁以下参照。
- 13) 使用者は労働基準法36条3項に従い、36協定で定める時間外労働の限度時間については、厚生労働省の基準内に納めるようにする必要がある。現在のところ1週間に15時間、1カ月に45時間、1年間で360時間が限度時間とされている(平成10年労働省告示154号)。
- 14) 特定の労働者に対する使用者の労働時間配慮義務はあるが(例えば男女雇用機会均等法12条および13条「妊娠中および出産後の健康管理に関する措置」、育児介護休業法17条から18条の2「時間外労働の制限」等)、労働者の一般的な自由時間の確保に法の強制と使用者の義務付けはない。
- 15) もちろん兼業を許可しないという対応はありうる。NHK事

件・東京地判昭和56・12・24判例1036号109頁では、本業の勤め先では製作が難しいと判断したNHK職員らが、別の映画製作会社にて番組制作を進めるべく休暇届を出したものの、NHKがこれを許可しなかったため長期の無断欠勤扱いとなり、これを理由とする懲戒解雇処分は有効と判断された。兼業を許可しない使用者の判断について、裁判所は「(NHK所定の規則の兼業の)許可・不許可を判断するについては、労務を提供すべき義務が履行不能ないし不完全になるおそれの有無やその程度、企業秩序を乱すおそれの有無やその程度、事業または業務の内容や性格、特にNHKの社会的評価に与える影響等の諸般の事情を総合して判断すべき」という一般論を提示している。

- 16) 小川建設事件・東京地決昭和57・11・19労民集33巻6号1028頁。同事件にて原告労働者は、時を隔てずして二重就職状態となり、小川建設の勤務終了後は別会社でお勤めをしていたが、その別会社を退職後、小川建設からも兼業規定違反で解雇された事案である。事前に承諾を採らなかった労働者の背反性と、兼業が毎日6時間深夜に及ぶものであったことから、これを不問に付すことはできないというのが裁判所の判断であった。
- これより古く、永大産業事件・大阪地決昭和32・11・13労民集8巻6号807頁の一般論本体部分に、身分地位責任と企業秩序維持の言及はなく(したがって「従業員は低賃金による家計の苦しさを補助するためにその自由なる時間を利用して家庭内である程度内職仕事に携わることもできるであろう」と決定文は述べる)、代わって安全衛生と事故防止のため基礎条件として、労働者の休日が位置づけられている。同事件は、主に夜シフトの工具が別会社で日中の工務に従事したことについて、兼業規定違反を理由とする懲戒解雇は有効と判断されている。
- 17) 日通名古屋製鉄作業事件・名古屋地判平成3・7・22判例608号59頁。
- 18) 西谷敏「労働法」(日本評論社、2008年)191頁、前掲土田・注6)103頁以下。
- 19) 国際タクシー事件・福岡地判昭和59・1・20労旬1093号82頁、都タクシー事件・広島地決昭和59・12・18労民集35巻6号644頁、定森紙業事件・大阪地決平成元・6・28判例545号12頁。
- 20) 前掲国際タクシー事件。同事件ではさらに当てはめ部分で出勤前の実家の新聞配達業の手伝いはそもそも会社が禁ずる兼業には該当しないと判断し、36協定締結以降勤務時間となりえた時間に新聞配達に従事したことは兼業規定に抵触すると慎重に事実認定し、後者について使用者の具体的な業務支障への悪影響の疎明がないとして懲戒権の濫用を結論している。近時の同旨の裁判例として上智学院(懲戒解雇)事件・東京地判平成20・12・5判例981号179頁。
- 21) これを首肯するのは兼業許可請求(株式会社瀬里奈)事件・前掲注3)である。兼業不許可の不法行為責任を認めたマンナ運輸事件・同)に対しては、会社の許可(あるいは不許可)権の濫用判断枠組みの構築が提唱されている。道幸哲也=和田肇「ディアルログ労働判例この1年の争点」日本労働研究雑誌640号(2013年)22頁以下(道幸哲也発言部分)。
- 22) ソニー(早期割増退職金)事件・東京地判平成14・4・9判例829号56頁。
- 23) 聖パウロ学園(懲戒・普通解雇)事件(上告不受理)・最三小決平成12・9・28判例794号5頁、同事件・大阪高判平成12・1・25同号7頁。解雇の効力を争う労働者とその間喫茶店経営をしていたことを就業規則違反だとして非難された事案である。
- 24) ジャムコ立川工場事件・東京地八王子支判平17・3・16判例893号65頁。休職期間中に休業補償給付等を得ながら自

らオートバイ販売店を経営していた労働者が会社の兼業禁止規定に抵触することを理由に懲戒解雇有効と判断されている。

- 25) ビアス事件・大阪地判平成21・3・30 労判987号60頁。
- 26) 競業を就業規則の規定違反ではなく、労働契約の誠実義務違反として首肯する事例として、東葉産業事件・東京地判平成元・11・20 労判551号6頁、競業会社経営が就業規則規定違反だとする事例として、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。
- 27) 同項は営業秘密を「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」と定義する。企業側に秘密管理がなく、労働者のうちにある情報は秘密の要件を欠くことになる。
- 28) 労働契約上の守秘義務は、不正競争防止法の営業秘密の守秘義務より当然広い。会社が情報管理をせずとも、会社が示したものでない＝労働者自身が開発したノウハウ等まで義務範囲に含まれるとするのは、前掲土田・注6) 110頁。
- 29) 営業秘密の保護強化の名目で民刑罰則強化等を盛り込んだ不正競争防止法が平成27年に改正された。不正競争防止法の一部を改正する法律（平成27年法律第54号）。
- 30) 新宿労基署長事件・東京地判平成24・1・19 労経速2142号21頁。
- 31) 会社による採用段階の申告・表明の強要と問題を立て、労働者の採用後は会社によるソフトな情報収集に問題がスライドするという指摘がなされている。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）37頁以下参照。会社の調査に対する協力義務は必要合理性の認められる範囲でしか労働者に及ばないと解するのは、富士重工業事件・前掲注4）。
- 32) 道幸＝和田・前掲注21）で提唱される許可権の議論は後退するかもしれない。
- 33) 前掲菅野・注4）464頁、前掲土田・注6）277頁、荒木尚志『労働法（第2版）』（有斐閣、2013年）171頁。
- 34) 使用者による労働時間の把握と管理は責務のレベルにとどまっており、労働行政による労働基準法遵守のための使用者の措置規定についても、雇用する労働者の始終業時刻の確認

に力点を置いた内容にとどまっており、複数事業主にまたがる労働者の労働時間把握と管理には言及がない。「労働時間の適正な把握のために使用者が構すべき措置に関する基準について」（平成13・4・6 基発339号）。

- 35) 新宿労基署長事件・前掲注30)。同事件評釈と関連付けて、特定の使用者の責任ではなく、複数就労先の使用による過重労働に対して労災保険制度を積極適用すべきだとするのは、笠木映里「兼業労働者の過労自殺にかかる労災保険給付の給付基礎日額——新宿労働基準監督署長事件」ジュリスト1455号（2013年）124頁。
- 36) 伊藤元重ほか「平成28年第3回経済財政諮問会議資料600兆円経済の実現に向けて～好循環の強化・拡大に向けた分配面の強化～」（平成28年3月11日）10頁（available at [http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/minutes/2016/0311/shiryu\\_02.pdf](http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/minutes/2016/0311/shiryu_02.pdf)）。
- 37) 前掲土田・注6）105頁にて、企業によるキャリア管理から労働者のイニシアチブによるキャリア形成への推移が指摘されている。
- 38) 本稿をインスパイアしてくれた兼業・副業の研究として以下を掲げたい。根本到「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」日本労働研究雑誌552号（2006年）15頁、労働政策研究・研修機構『副業者の就労に関する調査』（2009年）。石橋はるか「副業/兼業に関する総合的考察——副業に関する多角的視座と本業保護の法整備への提言を込めて」ニューズレター（青森雇用・社会問題研究所）34号（2010年）23頁。また、野田進「人手不足と労働立法——非正規雇用と労働契約終了問題を中心に」日本労働研究雑誌673号（2016年）53頁。同野田稿で兼業・副業の活用が言及されないのは残念だが、現況の人手不足に対する労働法の機能役割分析に関する先駆的研究であろう。

こんや・ひろあき 熊本大学大学院法曹養成研究科（法科大学院）教授。最近の著作は「大学生の在学中の就労における法的課題」季刊労働法253号（2016年）。労働法、労働市場法、雇用構築学専攻。