

## 現行制度の課題の整理②（前回からの追加事項）

（第6回検討会 検討事項）

（1）副業・兼業を行う労働者の保護に当たっての留意事項

- 裁判例では、労働者が労働時間以外の時間をどのように利用するかは労働者の自由であり、各企業においてそれを制限することが許されるのは、労務提供上の支障がある場合等とされているが、就業規則で何らかの規制がされていることが多いことについてどう考えるか。

（前回の委員の主なご意見）

- ・ 裁判例を理解するときには、その事案との関係で判断が示されているというを理解することが重要。兼業・副業それ自体について就業規則である程度抽象的な形で、何らかの制限がされていること自体は、直ちにそれが公序に反して違法・無効だということまでは裁判例は言っていない。もちろん労働者の自由を制限していることで望ましくないとしても、それが直ちに裁判例に照らしても違法・無効になるということではないのではないか。
- ・ 就業規則で規制される理由、なぜそこで規制しているのかまで踏み込まないと、この判断はなかなかできないのではないか。
- ・ モデル就業規則だと副業・兼業は、条件付きの制限・禁止となっている。労務提供に支障がある、企業秘密が漏洩する、信頼関係が破壊される、競業等の条件に、具体的に社員がどういう行動をとった場合に該当するのかが、現場の運用の中ではっきりしないのではないか。この点が、副業・兼業の普及の阻害要因の一つになっているのではないか。しかし、それを例えば行政解釈やガイドラインで決められる話ではなく、現場の労使の話し合いの中で具体的にこういう行動がこの条件に該当するのだと考えてもらうしかないで、規定の面では政策的に手を出す余地があまり残されていないのではないか。
- ・ あくまでも副業は個人の自由領域に属するのだという前提で考えたときに、確かにイノベーションに資するものは認めるという企業もあるようだが、それが例えば裁判になったときにイノベーションに貢献しないような副業をやったことで労働者が負けるのかというと、必ずしもそうではなく、どちらにしてもやはり自由だということが大前提になるとすると、禁止も促進も両方とも限界はあるのではないか。

- 使用者に通算した労働時間の管理を厳格に求めることは、上記の裁判例に照らし、合理性がどこまで認められるか。

（前回の委員の主なご意見）

- ・ 本来、副業・兼業は、今契約を締結する使用者との関係からいろいろと制約されるべきではないという裁判例が出てきている。そういう中で、本人が副業・兼業をしたいときにどこまで規制をするのか。規制をするときの一つの根拠は、使用者は違っても長時間労働がその人の健康を破壊するのではないかという懸念があるという観点から、どこまでの規制が妥当なのかというあたりを議論していかなければいけないのではないか。
- ・ 厳格に求めれば求めるほど、労働者のほうは兼業の時間を自己申告しないと、あるいは兼業それ自体を申告せずに闇で働くといったようなこともふえてくる可能性があり、余り厳格に求め過ぎてしまうと、兼業の把握もできない。健康保護のためのいろいろな対応をとろうとしても、それもできないということで、かえって労働者の健

康保護に資さない結果になるのではないか。

○ 副業・兼業には、

- ① 企業内だけでは身につけられない幅広い経験を身につけ、生産性の向上やイノベーションを進めるようなもの
- ② 収入面からのもの（例：バイトの掛け持ちなど）

があるが、使用者の労働時間管理や健康管理の観点から、両者は同一に取り扱うべきか。それとも、差を設けるべきか。

（前回の委員の主なご意見）

- ・ 生産性の向上やイノベーションにつながるかどうかは判断が難しく、外形的に把握できるものでないと、区分の基準にはなりにくいのではないか。一つのやり方としては、労働時間の上限規制の対応として、通算した労働時間の把握がある程度行えることを前提にすれば、通算した労働時間が長いか短いかで、分けることは可能ではないか。
- ・ 生産性向上やイノベーションを進めるような兼業についても収入目的で従事されている方もいる。また、主な動機は収入面であるが、それに従事することでいろいろなスキルの獲得などポジティブな効果を持つ兼業もあり、実務上、ここの区別は困難である。区別があり得るとすれば、副業・兼業が本当に労働者自身の意思に基づいて行われている兼業なのか、それとも使用者の一定の影響下のもとで行われている兼業なのかといった形での区別があり得るのではないか。
- ・ 生産性向上に資する兼業と収入面からの兼業とは属性が異なるところがあるので論点の提示は意味があるが、両者の兼業をどのように切り分けるかは、大変難しい問題であり、極端なことを言うと、一定以上の年収の生産性向上に資する兼業にはこうした規制をかけなくてよいというようなことも思うが、非常に難しいのではないか。両者を同一に取り扱わないことについて、理由はあると思うが、実際に差を設けるのはかなり困難ではないか。
- ・ ①と②は、いずれにしてもセルフインタレストでありあまり違いはないのではないか。
- ・ 両者を区分するのはなかなか難しいが、例えば①のような副業をイメージして規制を考えるのか、②のような副業をイメージして規制を考えるのかによって、規制の考え方は相当変わってくるのではないか。①と②の両面があって、むしろ圧倒的多数が②である実態を踏まえた上で、規制を検討していく必要があるのではないか。

○ 副業・兼業には、雇用のもの、非雇用のもがあるが、労働時間管理や健康管理の観点で、取扱いに差を設けるべきかどうか。

（前回の委員の主なご意見）

- ・ 非雇用での副業・兼業を労働法制で規制することは困難ではないか。あくまで雇用・雇用の場合について労働法制はどこまで規制するかということであって、非雇用については原則及ばないと考えることになるのではないか。そして雇用・雇用の場合に、副業・兼業をするかどうかは基本的には労働者の判断であり、同一使用者の場合とは相当状況が異なることも踏まえる必要があるのではないか。
- ・ 雇用と非雇用では差をつけざるを得ないのではないか。ただ、雇用の保護を図れば図るほど、非雇用化が進むことを懸念する。副業・兼業先には雇用のもので非雇用のももあることも踏まえた上で、どれだけ労働者を保護すべきなのか。雇用の非雇用化に進まないことも含めて検討が必要ではないか。

- ・ 例えば健康確保という観点から規制にグラデーションをつけるとすると、基準は通算した労働時間で区分するしかないのではないか、また非雇用の場合は労働時間管理がなされないので、そもそもそういう対象から外れてしまうことになる。それがいいのか悪いのかは別問題だが、今の制度のもとでは把握ができないという限界はあるのではないか。

## (2) 上限規制を遵守するに当たっての課題

- 上限規制を遵守するためには、少なくとも、通算した労働時間が上限規制を超えそうな労働者については、日々厳密に労働時間把握を行う必要性が生じるが、どう考えるか。

(前回の委員の主なご意見)

- ・ 使用者が違う場合に労働時間を通算することが所与のものかについては、法律上は何も書いてない。昭和22年に労基法を施行したときに行政解釈が出て、使用者が違って通算するという行政としての解釈が示されただけである。非常に極端なことを言うと、その行政解釈が裁判に行くと誤っていると判断されることはあり得ないではなく、厚労省の通達なども、例えば労災関係で出しているものが最高裁で否定されて、それで行政解釈が覆ったことはたくさんあるわけで、あくまで行政としては通算するという解釈をこれまでしてきたということで、そのことも含めて恐らくここでは議論しているのではないか。
- ・ ヨーロッパの多くの国は、週労働時間は規制しているが、1日については規制していない国も少なくない。それを日本の場合は、週40時間のみならず1日8時間も規制しているので、毎日毎日1日8時間を超える法定時間外労働がなされたか否かを把握しなければいけなくなる。かつ、昭和22年に労基法ができて、その当時に通達が出されたときには変形労働時間制は1種類しかなかったが、今はフレックスタイムとか、日々労働時間が変わるようなさまざまな労働時間制度も許容するようになってきている。当時の通達は、そういうことを想定した通達ではない。現在の制度の下で一日一日時間外労働が生じているか否かを厳格に把握して、管理をすることは、およそ現実的ではなく、そのことも含めてどこまで通算するのかという問題があるのではないか。
- ・ 今回海外調査に行ったヨーロッパでは健康確保のための週労働時間規制などについて通算するという建前はある。実際はそれを取り締まてはいないが、本人が申告したり、別の要因からわかった場合にはそこに戻りけれども、現実には厳格に規制はしていない状況であった。一方、健康問題とは違う割増賃金規制については、今回3カ国に調査に行ったが、いずれの国でもそれは健康の問題ではなくて賃金の払い方の問題であるから、これは使用者単位であって、通算はしないということで共通をしていた。その点も、日本はこれまで長時間労働の規制と割増賃金規制をセットで考えてきたわけだが、少なくともヨーロッパでそうならないことも踏まえて、どうするかを考えるべき。
- ・ 労働者が兼業・副業を自由にするための妨げになるものを除いていく観点からすると、この上限規制を通算することは、必ずしも望ましい結果にならないのではないか。また、健康管理との関係でも、この上限規制の通算、適用をやっていくことが本当にいいのか考える必要があるのではないか。
- ・ 自己申告があった場合に、労働時間の上限規制をどうかけていくか、これはいろいろなシミュレーションをしてみないといけないが、なかなか難しいところはあるのではないか。そもそも最初の所定労働時間からして、一定の上限を超えるような働き方をしますと言ってきた場合には、それは法律上できませんというのが一番シンプル

なことになる。非雇用であればそれは規制しないが、雇用プラス雇用の場合には、そういう雇用での労働をやったらそれは健康を害するから、そういう雇用を私はやることにしましたと言ってきても、極端に言うと、国が把握した場合にはそれは許容されない働き方ですと言って規制をすることになると思われるが、そういうパターンリズムがいいかどうか1個の論点にはなる。

- 上限規制についての議論と割増賃金についての議論は、分ける必要があるのではないかと。少なくとも上限規制については、厳格な運用は普及を阻害しかねないという懸念はあるものの、健康確保という観点から設けられた上限規制の趣旨からすると、副業・兼業の労働時間を少なくとも雇用・雇用の関係で把握しないわけにはいかないのではないかと。そうすると、上限規制について、通算労働時間をどのように、なるべく負担のない形で把握していくかということが議論になってくるが、一つのやり方は、日々厳密にというのを副業・兼業との通算の場合にはもう少し長いタームで見ることができるようにするような特例的な運用を認めるとか、あるいは、あらかじめ副業・兼業をできる時間の上限を就業規則の中に定めておいて、やるのだったらその範囲でご本人の裁量でやってくださいというような形にするのが、副業をしたい、そんなに厳密に管理されたくないと思っている人にとっては、現実的に一番やりやすい方法なのかもしれない。
- 現行の状況では、就業規則にリミットよりも短い時間を設定することも、それは直ちに不合理だと判断されていない。つまり上限を超えるとだめだということではなくて、ある程度短めに設定することも、極端に短い場合はまた別かもしれないが、上限ぎりぎりではなく制限する形も就業規則上は許容されるのではないかと。そういった意味で、使用者が兼業抑制的に動くのはありうるのではないかと。
- 現在雇用している使用者によって、副業・兼業できる条件を定めておく場合の上限は二つあり、一つは労基法上の上限規制で、単月の時間外労働は100時間、複数月平均で80時間という過労死認定基準をもとにしたような絶対的な労働時間の上限を超えるような副業は許容できないとして上限が設定されるという考え方があり。もう一つは、これ以上ほかで働くと、自分の本業にさわるという形で、企業が独自に設定する上限もあり得る。そうすると、後者のような上限は本来、今、働いている使用者との契約がどこまで副業・兼業の自由を縛れるのかという問題になってきて、副業・兼業の働きのほうが自分の将来にとっては有望である人にとっては、むしろ上限も本業のほうを減らしていったら、もっと副業のほうを膨らませたいということがあるかもしれない。そうしたときに、本業の使用者が最初から副業の上限を設定してよいのかもあわせて考えないといけなのではないかと。
- 本業もしくは副業先の企業で条件つき就業規則を設けて、その条件として労働時間の上限を設けるとときには、副業先の労働時間というよりは、副業・兼業先と通算した労働時間の上限を設定することで、ある程度本業と副業の調整が本人の中ででき得る余地はあるのではないかと。
- 労使で合意した上限を設定するという考えについて、現在の前提が、使用者が就業規則で一方向的に上限を設定することも可能というのが現状だとすると、労使で合意しなければ上限を入れられないという新たな規制を設ける形になり、なかなか難しいのではないかと。裁判では兼業は原則自由とは言うものの、それは個々の事案の中で判断されているにすぎない状況があり、兼業をどれくらい認めるかという点に関する規制を新たに設けることになると、ハードルがやや高くなるのではないかと。また、通算した時間を制限する方法も、現状としては副業時間を制限しているケースのほうが多い気がするのと、そこをどうしていくかが考えどころではないかと。
- (現行法制とは別に) 36 協定の中に、例えば副業・兼業先と通算してここまでというものも含めて協定化できないのか。そういうことができれば、通算の上限規制に対する対応も就業規則上でできる余地があるのではないかと。

○ 上限規制のために労働時間を把握する場合、自己申告を基本とすることについて、どう考えるか。

(前回の委員の主なご意見)

- ・ 労働者の自己申告によらざるを得ないのではないか。
- ・ 現状を前提にすると、労働時間の把握は自己申告が原則になるが、HR テックが進んで、複数事業所での労働時間管理が技術的にできるようになる可能性はあるので、状況に応じて検討・見直しを行うことも必要ではないか。現状を前提とした上限規制への対応としては、今モデル就業規則の中では4つ条件が入っているが、それに加えて通算した労働時間が少なくとも上限を超えない範囲で働いていることを追加するのも、一つの案としてあるのではないか。割増賃金については、長時間労働を抑制する意味の実効性の観点からはやや疑問を持っており、また、学説を含む法律的観点から、さらに言うと、時代の要請だとか社会的観点から検討し、今の取り扱いを見直す余地はあるのではないか。

○ 労働者からの自己申告を求める場合、その客観性について、どう考えるべきか。

(前回の委員の主なご意見)

- ・ 特に上限規制を労働時間を通算して厳しくやるのであれば、労働者からの自己申告の客観性をきっちり求めるものでなければならない。労働時間が決まっているのであれば、労働契約書の提示が考えられるし、決まっていないような場合は、まずは（客観性が担保されない）自己申告にならざるを得ないが、後から時間数がある程度把握できるような給与明細等の提示が必要になるのではないか。
- ・ もともと雇用されていない時間の使い方は自由だというのが大原則といったときに、その時間で何をしているのかに関する証明、給与明細などを求めることは、本来望ましくないが、通算をして上限規制を遵守する、徹底するということであれば労働者に求めざるを得ないのではないか。そのため、本当に通算をして上限規制をかけることが必要なのかという、その議論に立ち戻るのではないか。

○ 使用者が、労働者の副業・兼業の事実を知らない場合や、労働者からの適切な自己申告が得られない場合について、どう考えるか。

(前回の委員の主なご意見)

- ・ 通達の根本の問題についてどうするかという議論はあるが、労基法ができてから今日まで、一応 行政としては通算をする建前で来ている状況がある。そして雇用と雇用の場合に完全に何らの規制もしないのかということは、健康確保の問題の議論になり得る。雇用と雇用では、そこでまた指揮命令下に入って残業をせざるを得ないような状況があるのかもしれない。そういうさまざまな事情があることを考えると、ある意味ではソフトランディングかもしれないが、本人が雇用と雇用の副業を申告した場合には、その場合の対処を考えることは別の選択肢としてはあり得るところで、ここは政策的にとり得る一つのオプションと考えることができるのではないか。
- ・ 雇用・雇用の副業・兼業の場合に、本人が自分は副業を雇用としてやっていますと申告した場合、自分は完全に自分の判断で働くということだと、健康を害するかもしれないので、一定の保護のもとで副業・兼業をしたいということで、自らが申告した場合には、一定の規制を及ぼすのがよいかということが問題になっているのではないか。その場合には、個人情報の点についても、個人情報の保護について自分は放棄する形で、つまり一定の個人情報の保護について自分はもう主張しないけれど健康確保のための保護は望むということを本人

が言ってきた場合には、それに対応することは一つのオプションとしてはあるのではないか。

- ・ 労基法の刑罰規定との関係では、使用者が認識していない場合については、故意がないことになるので、責任は問えないと思うが、上限を超える時間外労働命令をできるか、あるいは労働者の側から言えば上限を超えるような就労命令を拒否できるかという私法上の効力との関係で言うと、使用者が知らなかったとしても、現実に上限を超えている場合には命令できない、あるいは労働者が拒否できるという帰結もあり得るのではないか。使用者としては、ある日突然労働者に残業命令しようとしたらできなくなっている。兼業のせいで労働時間が超過してしまって、残業を命じられない状況になってしまっているということも起こり得るところであり、逆にそれを避けたいと思えば、日々厳密に管理をすとか、あるいはあらかじめ兼業・副業できる時間を就業規則で制限していくような対応をとらざるを得ないのではないか。つまり、そのような制限をかけて上限を超えて働いた労働者については、そもそも兼業制限違反なので、それに対してサンクションを科すといったようなことになってくるのではないか。
- ・ 労働者がうそをついた場合に法的にどうなるかという、恐らくそれは懲戒の対象になるのかとか、そういう話につながってくるのではないか。仮に上限規制を通算することを前提に考えると、上限規制を本来は使用者が管理してそれを遵守しないといけないことは刑事罰で担保されており、それに違反するような状況を労働者が作り出したとなると、そこは労働者が企業秩序を乱したことになるのではないか。それで解雇まで認められるべきなのかはまた議論があるかもしれない。いずれにしても、そういった契約上のサンクションの対象にはなり得るのではないか。

## ○ その他

### (健康管理)

(前回の委員の主なご意見)

- ・ 雇用・雇用の場合に自己申告によって、ある場合によって通算するなり健康確保とつなげることだと思うが、健康確保の観点からすると、基本的には助言というベースで本人にフィードバックすることはできたとしても、事業者を超えて勧告ということが現行上難しいのではないか。そうすると、何のための申告か、そこに実効性があるのかを考えると、パターンリスティックに時間の管理をやることにどういう整合性があるのかは考え方を少し整理したほうがいいのではないか。健康確保の中に産業医側が何かを判断して、それに基づいて、本人の副業や兼業を止めさせるのはできない。もしそれをやるのであれば、完全に時間の範囲の中で、ある程度明確なやり方で規制をしていかないと、そんなに簡単ではないのではないか。
- ・ 契約関係が2つ走っている場合に、一方の産業医が他方の労働をもっと制限したほうがいいのかなどということについて実際にできるかという、大変難しいのではないか。もし規制を及ぼすとしたときも、それをどうやって労働時間の上限内におさめるかというときに、本人の意思をどこまで尊重するかという問題も生じてくるので、それはまた実際どこまで可能なのかも難しい問題として残るかもしれない。

### (36 協定)

(前回の委員の主なご意見)

- ・ 契約を締結して働いている過程で、あるときには法定時間外労働が発生し得る、通常の所定労働時間だけでは法定時間外労働はないのだけれども、フレックスタイムであったり、あるいは変形制をとったりと、そのたびにどちらで 36 協定を結ぶのかということになりそうだが、これまではともかく通算することになっているという行政

解釈であった。

そのところを具体的に行政としても、こういう場合にはこちらで 36 協定を結ばないと労基法違反になるという整理までは恐らくなされていないように思っているがどうか。すなわちフレックスタイムときはどうか。変形制のときはどうか。変形制もいろいろなタイプがあるが、そのたびにこういう場合にはこちらで 36 協定を結びなさいというのは整理できているのか。