

副業・兼業と労働時間規制

雨 夜 真規子

第1章 副業・兼業をめぐる現状

1. はじめに

近年、副業・兼業という働き方に注目が集まっている。このような現状に鑑み、本稿では副業・兼業をめぐる法的な課題のうち、労働基準法（以下、「労基法」という。）38条1項に係る課題について検討していきたい。

なお、副業・兼業ということばには法律上明文化された定義はなく、副業・兼業には様々な働き方が想定される。副業に対する本業というものを観念し、本業・副業いずれも雇用されて労働者として働く形態もあれば、本業では雇用され労働者として働いているが副業では雇用されずいわゆるフリーランスと呼ばれる働き方をする形態、あるいは本業と副業ともに雇用されない形態、さらには、そもそも複数の仕事を掛け持ちしどれが本業でどれが副業という区別をするのが困難な形態等、実に多様である。

本稿における副業・兼業に係る射程としては、労働者にとって主たる仕事となる本業と従たる仕事となる副業とを並行的に行っている形態、あるいは仕事のボリュームにより本業・副業の区別をすることが困難な形態という、いずれの就業先においても雇用され労働者として働く形態を念頭に置くものとする。従って、就業先のいずれかにおいて雇用されず労基法上の労働者として働くものではない形態については、さしあたり検討の対象とせず、今後改めて検討すべき課題としたい。

2. 副業・兼業増加の背景

副業・兼業労働者と、彼らを雇用する使用者の動向に注目が集まっている。自社の従業員の副業を認めることについて、ソフトバンクグループやインターネット広告大手のセプテーニ・ホールディングスなどIT企業に加え、2018年4月からは新生銀行やユニ・チャームも制度を導入したことで、裾野が広がってきた。企業だけでなく、神戸市や奈良県生駒市などの地方自治体も、公務員の副業を限定的にはあるが認め始めた。

このように使用者により奨励される流れにある副業の効果は様々である。副業として他業種の経験を積んで本業に生かすほか、副業で収入を補填することもできる。「人生100年時代」と言われる昨今、労働者の定年退職後の働き方を考える上でも、退職前から本業だけに頼らず、自律的にキャリア形成できる副業は重要となるという見方は強くなりつつある¹⁾。

では、このように副業・兼業が注目されるに至った背景を4つのポイントに絞って整理してみたい。

① 労働力不足

パーソル総合研究所と中央大学は、わが国における人手不足が2030年に644万人分となる調査結果を発表した。厚生労働省が発表した2017年7月時点の人手不足(121万人)から大幅に拡大する見通しである。これは国が調査した就業者数や完全失業率、国内総生産(GDP)の成長率などのデータをもとに試算したものである。調査結果によると、就業者数と未充足求人合わせた「労働需要」は2030年時点で7073万人であるのに対し、失業者を除く「労働供給」は6429万人となり、その差の644万人が人手不足となる²⁾。

労働力不足の解消に向けて、1人の者が複数の仕事に携わり副業が活発になることは、1つの有効な解決策といえそうである。

② 著しい長寿化——人生100年時代

2017年のわが国における平均寿命は、男性が81.09歳、女性は87.26歳であり、現在も上昇を続けている。なお、1955年は男性63.60歳、女性67.75歳であった。このように人生が短かった時代は、「教育→仕事→引退」という3ステージの生き方が一般的であったのだが、寿命が延びればこの3ステージのうち「仕事」のステージが長くなるため引退年齢は70~80歳になり、それに伴って長期間働くようになる。さらに、長くなった「仕事」のステージにおいて1種類の仕事・キャリアを続けるのではなく、一生涯のうちに多くのステージを経験するようになる「マルチステージ」の人生を送るようになることが想定される³⁾。なぜなら、1つの分野の専門技能を習得するだけでは、長い勤労人生を通してそのときどきに必要とされるレベルの生産性を維持できないため、労働市場における労働者の価値が相対的に低下してしまうからである。新しいテクノロジーが登場するペースを考えると、どのような専門技能も遅かれ早かれ陳腐化する可能性が高い。そうすると、勤労人生の途中で専門分野を変更しなくてはならないケースが増えることは容易に想像することができる⁴⁾。

従って、われわれは生涯に2つ、3つのキャリアをもたなければならなくなるであろう。そのような生き方をするためには、新しいキャリアを手に入れるための柔軟性をもち、新しい知識を獲得し、新しい思考様式を模索し、新しい人的ネットワークを築く必要が常にあるということになる。それに伴って雇用の機会は多様化し、専門性の高い職や柔軟な働き方が生まれることが予想される。その中で、1つのキャリアや専門分野にとらわれない能力を身に付けるために、副業・兼業の効果が注目される。副業・兼業によってスキルや人間関係の幅を広げる努力をすることは今後誰にとっても必要になりそうである⁵⁾。

③ 正社員年収の伸びの縮小

人材サービス会社のエンジャパンが実施した調査によると、副業に興味があると答えた者にその理由を尋ねると、83%が「収入を得るため」と答えた（ただし複数回答可）⁶⁾。多くの会社員にそう思わせるのに十分なほど、正社員世帯の経済状況は悪化しつつある。とくに若年から中年層にかけて悪化が顕著であるといえる。

「平成 27 年賃金構造基本統計調査」から、所定内給与を 15.1 倍した数字をみると（男性の年収における賞与等特別給与の割合は月収の 3.1 倍、つまり 3ヶ月分強であるから）、推定年収 600 万円以上が男性労働者の各年齢層に占める割合は、25～29 歳で 2.3%、30～34 歳で 8.1%、35～39 歳で 18.1%、40～44 歳で 30.1%にとどまるという。30 歳前半だと 1 割もおらず、30 歳代後半でも 2 割に満たない。専業主婦と子ども 2 人を養うとして一般的に必要と考えられるのは年収 600 万円程度と考えられるので、現実はかなり厳しいと言わざるを得ない。1960 年代生まれまでの大卒に比べ、70 年代生まれの年収アップ率は低下しており、大卒・大学院卒男性の賃金の伸びが急激にフラット化している。一方で、妻である女性が働きたくても、保育所の不足、家事・育児と仕事の両立の難しさ等を主な理由として、働くこと自体が困難あるいは短時間のパート労働等が関の山で、世帯収入を大きく増やすことが実際は相当困難である⁷⁾。

④ 非正規労働者の増加

③において比較的安定した身分である正社員でも経済状況は厳しいと述べたが、非正規労働者に関しては正社員以上に厳しい状況が浮かび上がってくる。

非正規労働者数は、平成元年には全雇用労働者の 19.1%と 5 分の 1 以下であったが、平成 29 年には 37.3%にまで急増している。雇用労働者の 64 歳までの平均賃金（時給ベース）は、正規労働者が 1,937 円、短時間勤務の非正規労働者は 1,081 円である⁸⁾。もともと、非正規雇用といっても様々な職業・形態があり、一概に待遇が低いものばかりとはいえないものの、基本的には低賃金であり、場合によっては雇用期間に定めがある等、長期的・安定的な雇用が見込まれないものも多いのが実態である。それゆえに、非正規雇用であるパート・アルバイトは収入が少ないため、複数の仕事を掛け持ちする労働者も多い。

下記のグラフをみると、図 1 においてはやはり本業の所得が低いほど副業をもっている者の割合は多くなることがわかる。しかし一方で、①でも述べたように、1,000 万円以上の高所得者でも低所得者と同じ程度に副業している者が多いことがわかる。つまり、副業・兼業をしている者は、本業の所得が高い層と低い層に二極化しているということになる。また、図 2 によると、副業をもっている者の本業としてはパート・アルバイト等の短時間労働者や派遣・契約社員等の非正規労働者が多いことがわかる。

ここから見てくることは、副業・兼業は、労働者にとってはスキルアップやキャリアを広げるため等、また、使用者にとってはイノベーションを起こすため等という理由が前面に出てくるのが最近が多いが、実際には、低所得であるがゆえにいわば「食べるために働かなければなら

ない」非正規・低所得労働者による副業・兼業が大半ということである。その一方で、年収が400万円から900万円台の労働者で副業・兼業している者は相対的に少ないことから、年収が高めに少なくなければ、副業・兼業をしてまで年収を増やそうという者は多くはないとみられる。

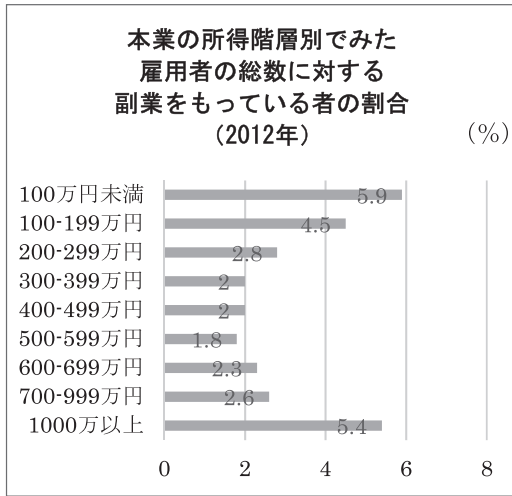


図 1

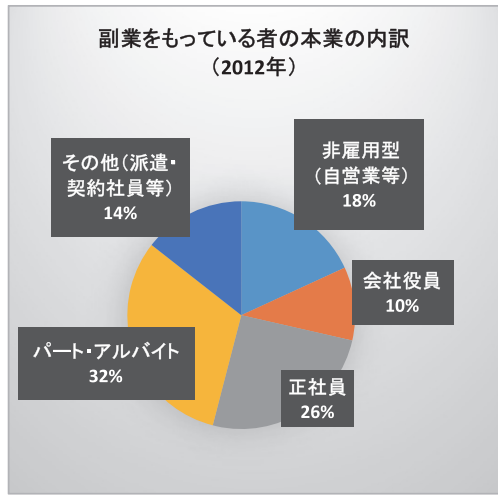


図 2

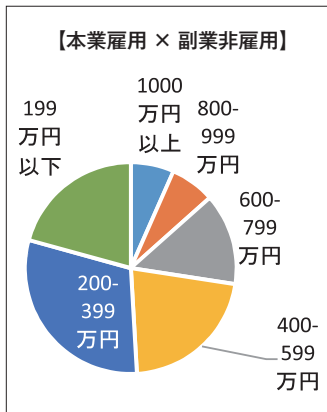


図 3

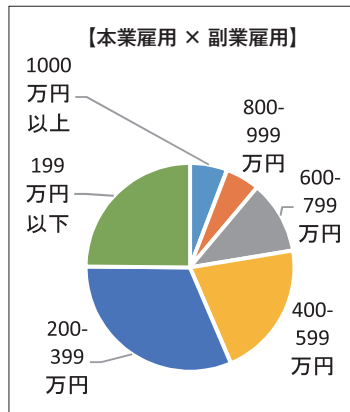


図 4

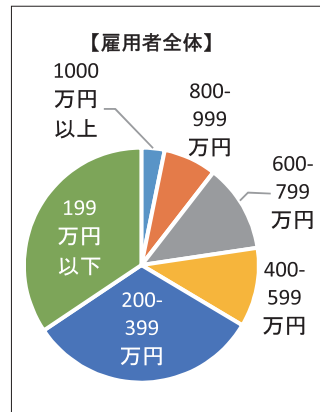


図 5

【年収による副業・兼業労働者の割合】

※図1～図5のグラフ：厚生労働省ホームページ「副業・兼業の現状と課題」より筆者作成⁹⁾

以上のように、副業・兼業が増加する背景には様々な要因があると考えられるが、いずれにしても、労働者が副業・兼業をする必要性はかつてない程度には高まっていることは間違いないといえよう。

3. 政府による副業・兼業の奨励

副業・兼業が注目されるに至った背景として、最も強力なインパクトを与えたのは厚生労働省の方針転換である。同省は2018年1月に「副業・兼業の促進に関するガイドライン」を作成・公表した。そのポイントは、①「許可なく他の会社等の業務に従事しないこと」という規定を削除し、副業・兼業を認める規定を新設した点、②「事前に会社に届け出を行うものとする」という条文を入れ「届け出制」で副業・兼業を原則認めることとした点、その一方で、③労働提供上の支障がある場合や企業秘密が漏洩する恐れがある場合等、会社が副業・兼業を禁じたり制限したりすることを可能にする規定も設けた点である。

これについて同省は「IT企業などから、副業を認めないと優秀な人材が集まらないという危機感を訴える声が聞かれた。企業にもう一度、労働者との関係を考え直してもらいたいと考えた」（労働基準局労働関係法課）と説明している。このように政府の方針は「原則的に副業を認めるべきである」と副業解禁を積極的に進める方向にある¹⁰⁾。

第2章 事業主を異にする場合における労働時間の通算

1. 現行法における問題点

このように副業・兼業は増えるべくして増えており、そうすると当然ながら副業・兼業によって労働時間は長くなる。このことを労働者の健康の確保という視点で考えたときに、果たして何らかの規制が必要ではないのだろうか。

労基法38条1項は「労働時間は、事業場を異にする場合においても、労働時間に関する規定の適用については通算する」と規定している。この規定については、行政通達（1948（昭和23）年5月14日基発第769号）において、「『事業場を異にする場合』とは事業主を異にする場合をも含む」とされる。

また、同じく行政通達において、所定労働時間8時間で事業主Aに雇われている者が、事業主Aのもとで同法32条2項所定の労働時間（8時間）労働したものを事業主Bが使用することは、同法33条または同法36条の規定に基づき、それぞれ時間外労働についての法定の手続きをとれば可能となる（平11.3.31基発168号）とされている。さらに、2以上の事業主に使用され、その通算労働時間が8時間を超える場合、法定時間外に使用した事業主は、同法37条に基づき、割増賃金を支払わなければならない（昭23.10.4基収217号）とされる¹¹⁾。つまり、例えば事業主Aと事業主Bという異なる事業主に係る事業場において仕事を掛け持ちする労働者の労働時間の算定については、両事業場に係る労働時間を通算した上で、同法32条の規定を適用するのが原則ということになる。

この点を見ると、「労働時間」の扱いについて、現行法においては副業・兼業を想定した一定のルールは存在するように思える。しかしながら、上記の原則どおりに労働時間を通算し、その労働時間数によっては同法37条の定め通りに割増賃金を労働者に支払っている使用者が、果

たしてどれほど存在するであろうか。各事業場において副業・兼業をしている労働者を漏れなく把握し、その各人について自らとは何の関係もない他の使用者のもとでの労働時間を把握し、それを自らの事業場における労働時間と通算して各人の労働時間管理をする、さらには労働時間数に応じて割増賃金を計算することは、労務管理実務上煩雑であるという認識が広く存在する。さらに、同法38条1項違反に対しては罰則が設けられていないため、このルールを遵守しなければならないという意識が概して希薄になっていると推察される。

2019年8月8日に政府より公表された「副業・兼業の場合の労働時間管理の在り方に関する検討会」報告書¹²⁾（以下、「本報告書」という。）によれば、現在、企業の多くは、①副業・兼業先に「雇用」を認めない、または②労働時間通算の問題が生じないように、本業、副業・兼業の通算した労働時間が法定労働時間内となるような副業・兼業しか認めない、という取扱いをしている。このような取扱いをする理由としては、労働者の健康確保などの観点から、副業・兼業労働者に係る労働時間通算が必要であることは考え方としては理解できるものの、労基法38条1項および行政通達を遵守した制度運営ができないため、コンプライアンスの観点から副業・兼業を容認または制度化できないというものである。具体的には、①日々の労働時間管理が実務上できない、②労働者に申告させることとした場合にもそれに信頼性がない、③裁量労働制、フレックスタイム制など、様々な労働時間制度がある中で労働時間管理の実務ができない、といったものである。

本報告書では労働現場における労働者・使用者双方にとっての様々な懸念や課題を指摘する声を取り上げつつ、副業・兼業を推進するため、これまで「複数職場の労働時間は通算する」としてきた労基法38条1項の規定を削除する案を盛り込んでいる¹³⁾。2019年4月より施行された単月100時間未満を上限とする残業規制について、事業主が健康確保に取り組むことを前提に、他の仕事の時間と通算せず「事業主ごとに上限規制を適用する」ことなどを示し、さらに、法定労働時間を超えた場合の割増賃金の支払い義務についても見直すというものである。現在は原則として副業に係る事業主が割増賃金を支払う必要があるが、本報告書では各事業主の下で法定労働時間を超えた場合のみ割増賃金の支払いを義務付けるとしている。

ただ、いずれの案も最後に「考えられる選択肢の例示」との文言を明記している。同省労働基準局監督課はこの課題に対する結論を出す時期について「労働政策審議会で議論を深めていただくので、いつまでにといいことは申し上げられない」と説明し、課題への対応についての決定には慎重な姿勢を示している¹⁴⁾。

しかし、仮にこれが実現すると、本業と副業を合わせて過労死ラインを超える長時間労働をさせることも可能になり、いわゆる働き方改革関連法に基づき2019年4月施行の残業の上限規制が形骸化するおそれがある。政府は同年6月に決定した規制改革実施計画で、副業・兼業を後押しするため「労働時間の把握・通算に関する現行制度の適切な見直し」を明記し、同検討会で議論し、労働政策審議会で早期に結論を出すよう求めていた¹⁵⁾。今後、労働政策審議会で議論が本格化する中で労働側の反発は必至で¹⁶⁾、労働時間管理を柔軟にしようとしている規制緩和は難航

しそうである。厚生労働省は2015年に、一定の要件を充たす労働者については労基法に定める労働時間管理の対象から外す「高度プロフェッショナル制度」と呼ばれる労基法改正案を国会に提出したが、野党や連合が「残業代ゼロ法案」等と呼んで反発し、18年のいわゆる働き方改革関連法成立で実現するまで約3年もかかったという経緯もある。

つまり、労基法38条1項を削除することにより、副業・兼業に係る労働時間に関し、本業と通算した労働時間管理を行わないというルールを策定したとすると、複数の職場で働くことで結果的に長時間労働が生じやすく残業規制が機能しないという深刻な懸念があるということになる。

2. 従来の議論および学説

これまでも厚生労働省で開催された検討会等において、労働時間通算について議論され、見直すべきとの指摘がなされたことがある。「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書¹⁷⁾（平成17年9月15日）」においては、「兼業の制限を原則無効とする場合には、他の企業において労働者が就業することについて使用者の管理が及ばなくなることとの関係から、労働基準法第38条第1項（事業場を異にする場合の労働時間の通算）については、使用者の命令による複数事業場での労働等の場合を除き、複数就業労働者の健康確保に配慮しつつ、これを適用しないこととすることが必要となると考えられる。これについては、労働時間の通算規定の適用を行わないこととすると労働者の過重労働を招き、結果として社会的なコストが増大するのではないかと指摘も考えられるが、個々の使用者に労働時間を通算することの責任を問うのではなく、国、使用者の集団が労働者の過重労働を招かないよう配慮し、労働者自身の健康に対する意識も涵養していくことがより妥当ではないかと考えられる。」との指摘があった。

また、「柔軟な働き方に関する検討会報告¹⁸⁾（平成29年12月25日）」においては、「労働時間通算の在り方については、通達（昭和23年5月14日基発第769号）発出時と社会の状況や労働時間法制が異なっているという社会の変化を踏まえて、見直すべきである（略）」という意見があり、今後、（略）別途検討を行うことが必要である。なお、ヒアリングにおいては、労働時間通

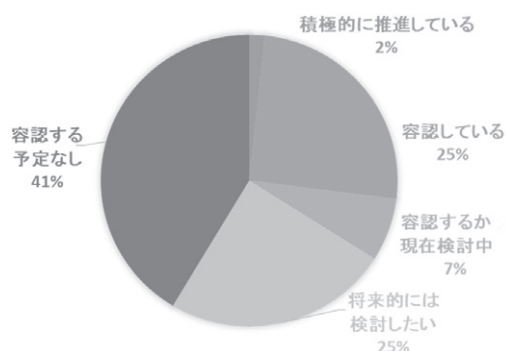


図6 【正社員の副業・兼業に関する状況について】

日本商工会議所 商工会議所 LOBO（早期景気観測）調査（2019年7月分）より著者作成

算規定等の現行の労働時間ルールを遵守すべきである、副業・兼業と企業の安全配慮義務との関係に留意することが必要であるという意見もある」との指摘があった¹⁹⁾。

次に、学説として、紺屋教授は、通算に反対する見解が多数ある²⁰⁾ことを挙げ、この通算には実益がなく、結局は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勝るとした上で、副業・兼業を許可した会社に副業・兼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やや酷だと述べている²¹⁾。また、土田教授は、労働者の兼職の自由は保障されるべきであるとしつつ、兼職による長時間労働のリスクは労働者自身が負うべきであるし、使用者が自社には関係のない他の使用者の下での副業・兼業の事実を知らないまま法定労働時間を超えて労働させた場合には、労基法違反の責任を課すことは不公平であるため、このような副業・兼業のケースには労働時間の通算は適用されないと考えるべきであるとする²²⁾。

3. 労使の懸念と今後の見通し

では、使用者と労働者は副業・兼業についてどのように捉えているのだろうか。まず使用者側では、経済界を中心に副業への慎重論は根強い。経団連は副業・兼業の動向について「自社の社員が副業・兼業先において雇用された場合に発生する問題が多々ある」とし、総労働時間が長くなることによる業務効率の低下や、本業で得た情報の漏洩リスクなどにも懸念を示した²³⁾。

他方、労働者側では、下記のグラフからも明らかのように、副業・兼業に関心のある労働者は多い。しかしながら、会社が副業を禁止していることを理由に副業・兼業を思いとどまっている労働者も多い。35歳以上の労働者の68%が副業をしたいと考えていることが、エンジャパンの調査²⁴⁾では明らかになっている一方、実際に副業をしている人は24%にとどまっている。同社の担当者は「年功序列や終身雇用が崩壊し、将来に金銭的な不安を感じて副業を希望する者が多いのに、企業側の体制が整わず、導入が進んでいない」と分析している。

ただ、副業・兼業を断念する理由には心理的な障壁もあるようである。ある大手企業に勤める50代のエンジニアは副業を周囲に秘密にしていると言う。「本業の取引相手に知られれば、副業に携わる時間を製品開発に使ってほしいと言われる」というのがその理由である。様々な理由で副業を明らかにしていない者は多いとの指摘もある²⁵⁾。

このように、副業・兼業に関しては、労使ともに様々な不安をもっているのが現状である。労基法38条1項およびそれに関する行政通達がある以上は、使用者側からすると自社の労務管理が法令違反状態になるのではないかという懸念が大きい。

すなわち、事業主Aと事業主Bのもとで兼業する労働者がいる場合、事業主Bが兼業について知らずに法定労働時間を超えて残業させてしまう、つまり、事業主Aという主たる就業先で既に8時間働いている、その労働者をさらに事業主Bが雇うと当該労働者に対し割増賃金を支払わなければいけないが、副業・兼業の事実自体を確認できていなかったというケースが考えられる。このケースにおいて、労働者が虚偽の申告をした、あるいは副業・兼業の事実を隠していたことにより、割増賃金を支払わなかった事業主Bは罰せられることになるのだろうか。もし

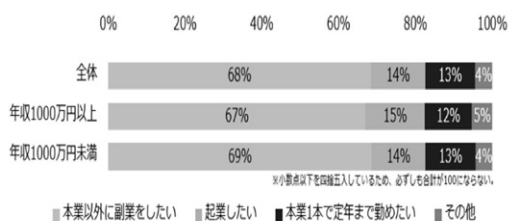


図7 【今後どのような働き方をしたいか】
※ 35歳以上の労働者対象

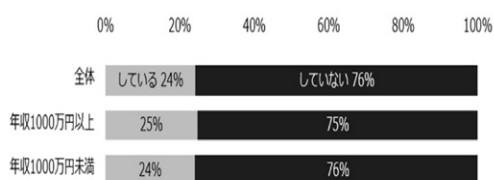


図8 【本業以外に副業をしているか】
※ 35歳以上の労働者対象

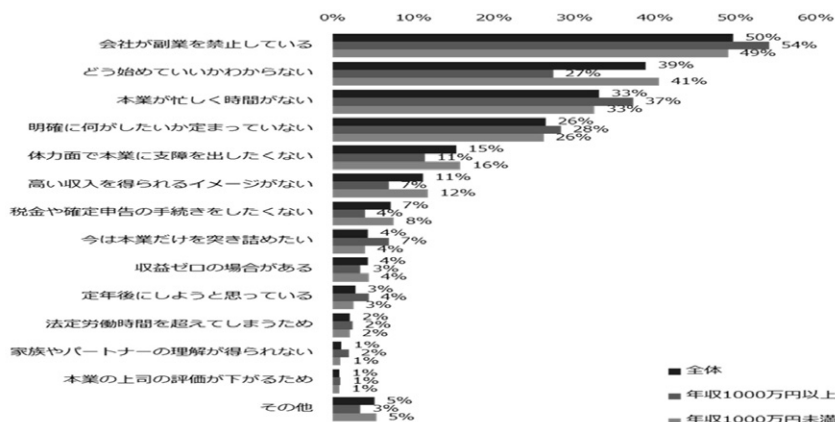


図9 【副業をしていない理由は何か】

※エンジャパン「ミドルに聞く『副業（パラレルキャリア）』実態調査
—『ミドルの転職』ユーザーアンケート—」より
<https://corp.en-japan.com/newsrelease/2019/18281.html>

罰せられるとするとすべからく労働者を使用する者には大きなリスクがあることになる。

この懸念に対し、厚生労働省の課長は、使用者がそもそも副業・兼業の事実を知らないという場合には、実際に罰せられるということはなかなか難しいのではないかと述べつつ、ケースバイケースであるので何とも言えないという曖昧な内容にとどまっている²⁶⁾。この点につき、菅野名誉教授は、行政解釈において、使用者が当該労働者の別使用者の事業場における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となるとしている²⁷⁾。

一方で、労基法は一定の条文につき違反者には罰則を設けていることから、副業・兼業の事実につき労働者の自己申告に全面的に依存しているのは使用者にとってリスクの大きい状況であるため、副業・兼業をする労働者はもとより、真実を申告しない労働者がいることを恐れて労働者を使用すること自体が抑制されるという効果が生じることも考えられる。従って、労働者の自己申告以外にどのような要件を満たせば、副業・兼業労働者を適法に使用できるかということを確認にしなければ、今後も事業主による副業・兼業容認が進まない可能性も考えられる²⁸⁾。

4. 諸外国の状況

使用者の異なる事業場における労働時間の通算について、日本で今後どのように取り扱うべきかを検討する上で、諸外国の取組みについてその概要を確認したい。

(1) フランス

最長労働時間規制（1日10時間、週48時間、12週平均週44時間）違反の副業は許されない。労働者が副業を行うときは、使用者に対して届出を義務付けることがあり得る。情報提供を求められた労働者は、副業に関する情報を報告する義務を負う。この情報提供により労働時間の超過が確認された場合には、労働者に、どちらの労働契約を打ち切るかを選ばせ、その際に労働者が選択しない場合等には労働者に帰責性があると判断して使用者がその労働者の解雇を行うことが可能となる。副業による長時間労働の問題が発生していると疑われる場合、監督署は、使用者に対し、労働時間規制を遵守していることを証明する書類を提出させることになっているが、監督署がこうした働きかけをするのは稀であり、実務上、労働監督官は点検できていない。労働時間管理簿に副業先の労働時間まで記録する法律上の義務はない。副業・兼業に係る複数の使用者がいる場合、理論的には両使用者に労働者から情報提供されているという前提で労働時間規制を遵守しなければならないことになっているが、実務上でできているかは別問題であるという。

なお、割増賃金の計算に当たっては、労働時間は通算しない取扱いをしている²⁹⁾。

(2) ドイツ

最長労働時間規制（1日10時間、週48時間、6か月平均1日8時間）を超える副業はできない。使用者は労働者に対し、副業・兼業の有無を聞くことができ、労働者は真実を伝える義務を負うため、それにより労働時間を把握可能となる。使用者に労働時間の調整を義務付ける明文の規定はないが、副業先の労働により労働時間法違反とならないよう調整するべきとされる（例えば副業を承認しない等）。最長労働時間規制に対する監督については、監督署の人手不足の影響もあり、あまり監督等はされていないという。

なお、割増賃金については、法律上の規制はなく協約により設定され、その際、労働時間は通算しない取扱いをしている³⁰⁾。

(3) オランダ

最長労働時間規制（1日12時間、週60時間、16週平均48時間）は、複数就業の場合には労働時間を通算して適用されるため、労働者は使用者に自分の労働時間を伝える義務を負う。複数就業を知った使用者は、使用者間で調整するためにコンタクトを取らなければならない。ただし、法律上それに関する問題・紛争を解決するための手続はなく、理論的には双方が調整せずに放置した場合、双方の使用者が法違反に問われる。監督については、副業は個人の問題で労働者本人の意思によって行っているものなので、労働者が違法を申告しない限り副業の発見は困難であり、

監督は事実上されていない。

なお、割増賃金について法律上の規制はなく、協約により設定される。また、割増賃金でなく、労働からの解放時間（代替休暇または自由時間）の付与によって調整するケースが多い³¹⁾。

このように、上記3か国では割増賃金の支払いに係る労働時間については異なる使用者間で通算しない扱いとされているが、労働時間管理自体については制度上は通算した労働時間に基づいて規制をかけていることが明らかになった。この点、次章以下の私見に通じるところである。

第3章 労働時間規制による労働時間通算の必要性

1. 労働時間規制の価値基準

では、この労基法38条1項をめぐる課題をどのように解決すべきであろうか。

従来、この課題に関しては行政通達においても「事業主を異にする場合」と明記されており、識者による解釈の違いはあれ、基本的には副業・兼業により複数の事業主のもとで雇用されるケースがこの規定に抵触することは広く認識されてきた。にもかかわらず、昨今副業・兼業が目されるまで長年にわたり棚上げされてきた問題と言えるだろう。しかし、現に副業・兼業やマルチジョブホルダーとよばれる複数の仕事を掛け持ちする働き方をする人が相当数おり、また今後さらに増加する見込みがある以上、これ以上この問題を放置すべきではない。

そこで、この解決策を探るべく、労働時間規制を考える上で何を最大の価値とするかを定めることが先決であろうと考える。これまでみてきたように、使用者にとっては労務管理が煩雑になること、労働者にとっては副業・兼業という、業務時間外のいわばプライベートの時間における自身の行動について勤務先に知られること等、労使双方にとって一定の負担感のある取組みが想定される。そこで、そもそも労基法において労働時間規制が設けられているのはなぜか、その理念にまで立ち返って考えてみる必要がある。

労基法が労働条件の最低基準を包括的に定めた個別的労働関係の基本法として1947（昭和22）年に制定されたことをはじめ、わが国では国家が個別労働者と使用者の関係に介入し、強行的な最低基準を設定したり、使用者に対して一定の行為を禁止または義務付けたりすることで、経済的弱者たる労働者に特別な保護を及ぼしてきた³²⁾。この点に鑑み、やはりわれわれは、労基法に定める労働時間規制のあるべき姿を考える上で、労働者の健康を保護するという観点を中心に据えなければならない。これを、労働時間規制を検討する上での価値基準としたい。もっとも、労働時間規制を考える際に、労働者の健康や安全と並んで労働生産性の点から議論すべしとする意見も多い。例えば、山本教授³³⁾は時間外労働に上限を設けたいいわゆる働き方改革関連法による長時間労働の是正という点では、働き方そのものの見直しが必要とした上で、働き方改革関連法には長時間労働是正や生産性向上の効果が期待できるとしている。また、和田教授³⁴⁾は、労働時間規制は、何よりもまずもって労働者の健康保護の観点からなされるべきであるが、労働生産性

の点からも議論すべき必要があるとした上で、ヨーロッパにおける生産性の高さを指摘して、長時間労働により経済力を維持する仕組みは変更すべき段階に来ており、そのためには強力な労働時間規制を行うしかなく、企業による「働かせ方」を改革することがカギになると述べている。これらの主張はいずれも個々の事業主の下での労働者の働かせ方に焦点を当てており、本稿のテーマである複数の事業主の下で雇用される労働者に係る労働時間通算を考慮した議論とはなっていない。個々の事業主の下での働かせ方を改革したとしても、複数の職場における労働時間を通算するか否か、またそれを通算するとしてどのように管理するかという点には言及するものではない。従って、副業・兼業による長時間労働の発生が懸念されることを踏まえ、副業・兼業による長時間労働に起因する疾病・負傷の防止を、労働時間通算に係る規定を置く目的としたい。

2. 副業・兼業禁止の不合理性

長時間労働の原因となり得る副業・兼業をそもそも労働者は自由に行ってよいのかという点については、複数の裁判例³⁵⁾にもみられるように、労働者に対し画一的に副業・兼業を禁止することはできないと考えるべきである。また、学説においても、労働時間以外の時間をどのように過ごすかは基本的に労働者の自由であり、使用者は当然には兼業規制をなし得ないと解すべきで、例外的に副業・兼業の禁止が可能となるのは、競業に当たる場合や本務に支障を生じさせるような態様に当たる場合等その規制に客観的合理的理由がある場合に限定されるべきであるという見解が有力である³⁶⁾。

改めて考えてみるに、個々の仕事に差し障るような副業・兼業はともかく、個人の能力と裁量により並行して複数の仕事に従事することは十分可能であるし、あるいは、金銭面での事情等により複数の仕事に従事しなければならないことは誰にでも生じうるだろう。そのような私的領域にまで法が過度に介入するのは法の理念にもそぐわないことである。

3. 労働時間管理と健康管理

前述のように、労働時間通算の問題が生じることを未然に防ぐために副業・兼業自体を禁止するという事は難しく、そのため副業・兼業に係る労働時間管理のルール策定は喫緊の課題になる。そこで参考になるのが、厚生労働省が公表している「副業・兼業の促進に関するガイドライン」である。それによると、労務提供上の支障や企業秘密の漏洩等がないか、また、長時間労働を招くものとなっていないか確認する観点から、副業・兼業の内容等を労働者に申請・届出させることを挙げている。たしかに、労働者が副業としてどこで、いかなる仕事に従事しているかについては、労働者が自ら真実を申告しない限り、そもそも各使用者が当該労働者に係る正確な労働時間と就業場所を把握することは困難である。そうすると、労働時間の通算に係るルール策定にあたり、労働者による自己申告は不可欠と言わざるを得ない。また、この通算規定に抵触しないために必要なものが労働者の自己申告のみとすると、その申告の信憑性までは担保できないことから、使用者にとって法令違反のリスクが高くなってしまふ。労基法は条文によっては使

用者に対し罰則付きで規制をかけることから、労働者を使用するにあたり、副業・兼業の有無の申告について入社時および入社後の定期的な調査や誓約書交付を実施する等一定の要件を設け、それを満たせば使用者の責任が問われないようにするしくみが必要であろう。

また、裁量労働制³⁷⁾、フレックスタイム制³⁸⁾、変形労働時間制等、原則の労働時間制以外の労働時間制度の下で働く労働者についても、労働時間管理は使用者の義務なのであるから、1週間乃至1ヶ月ごとに各労働者の労働時間を使用者がチェックして、過労を防止することは実務上も可能であるし、そのように対応すべきである。どのような方策をとるにしても、副業・兼業に関して、使用者と労働者の間でコミュニケーションを緊密にとることが求められる。

それは労働者の健康管理の点でも効果を発揮する。副業・兼業を合わせると長時間労働となる労働者に対しては、副業・兼業に係る労働時間も通算した労働時間に基づき、複数職場のいずれかにおいて労働安全衛生法に定める健康診断（労働安全衛生法 66 条および 66 条の 2）、いわゆるストレスチェック（同法 66 条の 10 第 1・2 項）、さらには長時間労働に関する面接指導（同法 66 条の 8）およびストレスチェックに基づく面接指導を受けることができるようなしくみが求められる。また、通算され適切に管理された労働時間と労働者の体調の如何によっては、副業・兼業も考慮した業務量の調整を実施する等して、副業・兼業をする労働者を使用する使用者としての健康管理責任を全うすることも必要であろう。

このように、労働時間管理については、副業・兼業に係る労働時間も通算して管理し、その通算した時間をもとに労働時間の上限規制をかけることが必要と考える。その上限は、フルタイムで働く社員が副業をすることを念頭に置くと 1 日 10 時間、週 48~50 時間程度が妥当である。

4. 割増賃金

一方、割増賃金については、複数の使用者の下での労働時間を通算することなく、各使用者に係る労働時間に基づく労働時間により算定するべきだと考える。割増賃金は長時間労働を抑制するための仕掛けであり、個別の使用者の下で長時間労働をさせた当該使用者に対するペナルティの性質をもつところ、通算した労働時間に基づき長時間労働をさせていない使用者にまで割増賃金という経済的負担を負わせるのは合理的とは言い難い。

また、例えば A 事業場で 5 時間、その後 B 事業場で 4 時間働くという契約内容で働く場合³⁹⁾（A・B 双方に係る使用者が相互に当該労働者の労働時間を把握しているものとする。）、基本的には B 事業場に係る使用者が 1 時間に相当する割増賃金を支払う義務を負う⁴⁰⁾。しかし、日によっては事情が変わり A 事業場で 6 時間、B 事業場で 4 時間働くということも考えられる。原則に則れば時間的に後で労働契約を締結した B 事業場の使用者が、8 時間を越えた 2 時間について割増賃金を支払うことになる。しかし、そのうち 1 時間については B 事業場の使用者の関知しない A 事業場に係る事情による時間外労働であるので、A 事業場の使用者が当該 1 時間分の割増賃金を支払うことになる。このように考えると、わずかな働き方の変化により割増賃金の負担者が異なったり給与計算事務が著しく煩雑になったりする可能性が高い。

このように、割増賃金に関してはその本来的な趣旨に鑑み、個別の使用者ごとによる計算で支払うべきものとするのが妥当であると考えられる。

5. 効果

労働時間を通算して管理するにあたり、労働者が自身のすべての就業先での労働時間を自己申告することが不可欠であると本章3において述べた。それを前提に、本章3および4で述べた取扱いの効果として、労働者による労働時間の過大申告は防止することが可能になることが挙げられる。過大申告のインセンティブは割増賃金にあると考えられるところ、割増賃金の計算に際しては労働時間を通算しないという取扱いにすると過大申告するメリットは失われるからである。一方、過少申告については、副業・兼業でより多くの時間働きたいと考える労働者は、上限規制にかからないように実際の労働時間より少なく申告する可能性は否めない。それについては、自己申告に加え、各就業先に係る労働条件通知書や雇用契約書等の一定の書面により原則的な労働時間を確認することをもって使用者の義務の履行を担保するという解決策が考えられる。

6. 適用除外

ここまで、副業・兼業による複数職場に係る労働時間は通算して管理した上で上限規制を設けること、そのように管理された労働時間に基づき労働者の健康にも配慮した取組みをすること、他方で割増賃金については個別の使用者ごとの計算によるべきこと等を主張してきた。ここでさらに労働者の私的事業への配慮の観点から、このような労働時間の上限規制の適用を除外するケースを定めておくことも検討しなければならない。なぜなら、本来、労働時間以外の時間は労働者が自由に過ごしてよいのであるから、一定のケースでは労働者の希望に基づき労働時間の上限規制の対象外とする代わりに、その限度において使用者の労働者に対する労働法上の責任を免除するというオプションも備えておくことは必要だと考えられるからである。

では、どのような場合に適用除外を認めるべきかという点については、一定期間内に仕事を掛け持ちして働き、給与所得を得なければならないような切実な事情がある場合（近いうちにまとまったお金が必要な事情があり、短期間に集中的に稼がなければならない場合）等が想定される。ただし、その際は労働者が本心から適用除外を希望している、つまり使用者が自らの利益のために労働者に対し適用除外の申請を強制するようなことのないこと、その限度において労働者は労働者としての法的な保護を享受できないことを了承していることを適用除外の要件とする。

なお、イギリスにおいては、労働者が適用除外に合意した場合には週当たりの上限（原則として48時間）を超えた就労が認められている⁴¹⁾。ただし、オプトアウト（適用除外）の合意の強制や合意しないに基づく不利益取扱いは違法であり、解雇の場合は不公正解雇と判断される。労働者は7日前までの事前通告によりオプトアウトへの合意を撤回することもできる⁴²⁾。

第4章 終わりに

本年4月よりいわゆる働き方改革関連法に関連し新たな法規制が実施されている。とくにこれまで36協定の特別条項により実質的に無制限であった時間外労働に罰則付きの上限規制が課されたことは、労基法施行70年の歴史でみれば画期的なことであると言える⁴³⁾。

このような上限規制の実現には、これまで過労死・過労自殺した多くの労働者の無念とその遺族らの強い思いが反映されている。この上限規制の重みを今一度考え、この規制を骨抜きにしないための方策を検討しなければならない。その際には副業・兼業という働き方を考慮し、仕事を掛け持ちした場合であっても労働者の健康に最大の価値を置き、これを守るためにあえて規制を設けて労働者の健康の確保を最優先に考えたい。

そのためには、副業・兼業の場合における労働時間通算と、その労働時間を考慮した健康管理を使用者の義務とし、同時に労働者もこの規制に対する意識を涵養し、自らの健康を自ら守ることを重視していくことが必要であろう。

注

- 1) 日本経済新聞 2018年5月6日(電子版)
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO30136960V00C18A5000000/> (最終閲覧日 2019/10/29)
- 2) 日本経済新聞 2018年10月23日(電子版)
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO3681001023102018TJ2000/com/article/DGXMZO3681001023102018TJ2000/> (最終閲覧日 2019/10/29)
- 3) リンダ・グラットン＝アンドリュース・スコット『LIFE SHIFT 100年時代の人生戦略』(東洋経済新報社、2016年) 25-26頁
- 4) グラットン＝スコット、前掲注3書、134頁
- 5) グラットン＝スコット、前掲注3書、95-95頁
- 6) エンジャパン「『副業』実態調査——『エン転職』ユーザーアンケート——」
<https://corp.en-japan.com/newsrelease/2019/18965.html> (最終閲覧日 2019/10/28)
- 7) 久本憲夫「新・正社員論——共稼ぎ正社員モデルの提言——」(中央経済社、2018年) 41-49頁
- 8) 厚生労働省ホームページ「『非正規雇用』の現状と課題」
<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11650000-Shokugyouanteikyokuhakenyukiroudoutaisakubu/0000120286.pdf#search=%27E5%B9%B3%E5%9D%87%E8%B3%83%E9%87%91++E6%AD%A3%E8%A6%8F%E5%8A%B4%E5%83%8D%E8%80%85%E3%81%8C1%2C937%E5%86%86++E7%9F%AD%E6%99%82%E9%96%93%E5%8B%A4%E5%8B%99%E3%81%AE%E9%9D%9E%E6%AD%A3%E8%A6%8F%E5%8A%B4%E5%83%8D%E8%80%85%E3%81%AF1%2C081%E5%86%86%27>
(最終閲覧日 2019/10/28)
- 9) 厚生労働省ホームページ「副業・兼業の現状と課題」
<https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11201000-Roudoukijunkyo-Soumuka/0000179562.pdf#search=%27E5%89%AF%E6%A5%AD+%E5%85%BC%E6%A5%AD+%E5%AE%9F%E6%85%8B+%E5%8E%9A%E7%94%9F%E5%8A%B4%E5%83%8D%E7%9C%81%27> (最終閲覧日 2019/10/30)

- 10) 日本経済新聞 2018年5月6日(電子版)
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO30136960V00C18A5000000/> (最終閲覧日 2019/10/29)
- 11) なお、この場合に時間外労働について法所定の手続きをとり、割増賃金を負担しなければならない事業主は、通常は、当該労働者と時間的に後で労働契約を締結した事業主と解されている。ただし、A事業場で4時間、B事業場で4時間労働する者の場合、A事業場の使用者が、労働者がA事業場で労働したあとさらにB事業場で4時間労働することを知りながら労働時間を延長するときは、A事業場の使用者が時間外労働について法所定の手続きをとり、割増賃金を負担すべきものと考えられる。
- 12) 厚生労働省ホームページ「副業・兼業の場合の労働時間管理の在り方に関する検討会」報告書
<https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000536311.pdf> (最終閲覧日 2019/10/30)
- 13) 東京新聞 2019年7月25日
<https://www.tokyo-np.co.jp/article/economics/list/201907/CK2019072502000143.html>
 (最終閲覧日 2019/10/28)
- 14) 日本経済新聞(電子版) 2019年8月8日
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO48376660Y9A800C1EE8000/> (最終閲覧日 2019/10/28)
- 15) 日本経済新聞(電子版) 2019年8月8日
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO48376660Y9A800C1EE8000/> (最終閲覧日 2019/10/28)
- 16) 東京新聞 2019年7月25日
<https://www.tokyo-np.co.jp/article/economics/list/201907/CK2019072502000143.html>
 (最終閲覧日 2019/10/28)
- 17) 厚生労働省ホームページ「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」報告書
<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/dl/s0915-4d.pdf> (最終閲覧日 2019/10/28)
- 18) 厚生労働省ホームページ「柔軟な働き方に関する検討会」報告書
<https://www.mhlw.go.jp/file/05-Shingikai-11201000-Roudoukijunkyouku-Soumuka/0000189524.pdf>
 (最終閲覧日 2019/10/28)
- 19) 厚生労働省ホームページ「副業・兼業の場合の労働時間管理の在り方に関する検討会」報告書
<https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000536311.pdf> (最終閲覧日 2019/10/28)
- 20) 菅野和夫『労働法(第11版補正版)』(弘文堂、2018年) 464頁、荒木尚志『労働法(第3版)』(有斐閣、2016年) 187頁、土田道夫『労働契約法』(有斐閣、2008年) 277頁
- 21) 紺屋博昭「兼業・副業をめぐる労働法の問題点と今後の課題」日本労働研究雑誌 676号(2016年) 64-65頁
- 22) 土田道夫『労働法概説(第4版)』(弘文堂、2019) 123頁
- 23) 日本経済新聞 2018年5月6日(電子版)
<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO30136960V00C18A5000000/> (最終閲覧日 2019/10/28)
- 24) エンジャパン「ミドルに聞く『副業(パラレルキャリア)』実態調査——『ミドルの転職』ユーザーアンケート——」
<https://corp.en-japan.com/newsrelease/2019/18281.h>
- 25) リクルートワークス研究所の萩原牧子主任研究員による。
- 26) 規制改革推進会議「第3回働き方の多様化に資するルール整備に関するタスクフォース」議事概要
<https://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/suishin/meeting/wg/tf/20190405/gijiroku0405.pdf>
 (最終閲覧日 2019/10/28)
- 27) 前掲菅野注 20書 464頁
- 28) 前掲注 26 議事概要

- 29) 厚生労働省ホームページ「副業・兼業の場合の労働時間管理の在り方に関する検討会」報告書 13-14 頁 <https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000536311.pdf> (最終閲覧日 2019/10/30)
- 30) 前掲注 29 報告書 14-15 頁
- 31) 前掲注 29 報告書 15 頁
- 32) 桑村裕美子『労働者保護法の基礎と構造』(有斐閣、2017 年) 2-3 頁
- 33) 山本勲「働き方改革関連法による長時間労働是正の効果」日本労働研究雑誌 702 号 (2019 年) 29-39 頁
- 34) 和田肇「労働時間規制改革の法的分析」日本労働研究雑誌 702 号 (2019 年) 6-16 頁
- 35) マンナ運輸事件(京都地判平成 24 年 7 月 13 日 労判 1058 号 21 頁)、小川建設事件(東京地決昭和 57 年 11 月 19 日 労判 397 号 30 頁)、十和田運輸事件(東京地判平成 13 年 6 月 5 日 労経速 1779 号 3 頁)等
- 36) 前掲荒木注 19 書 463 頁、前掲菅野注 19 書 671-672 頁、前掲土田注 19 書 55-56 頁
- 37) みなし労働時間制に関する規定が適用される場合であっても、休憩、休日、深夜業に関する規定の適用は排除されない。従って、使用者は労働時間の管理を行わなければならない、休日労働・深夜業に関する割増賃金を支払わなければならない(昭 63.1.1 基発 1 号、平 12.1.1 基発 1 号)。
- 38) フレックスタイム制を採用した場合についても、使用者には労働時間の把握義務がある(昭 63.3.14 基発 150 号)。
- 39) 労働時間を通算した結果、労基法 32 条または 40 条に定める法定労働時間を超えて労働させる場合には、使用者は、自社で発生した法定外労働時間について、同法 36 条に定める時間外および休日の労働に関する協定(36 協定)を締結して初めて時間外労働をさせることができる。
- 40) 「副業・兼業の促進に関するガイドライン」Q & A
<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkyou/0000193040.pdf#search=%E5%89%AF%E6%A5%AD+%E5%89%B2%E5%A2%97%E8%B3%83%E9%87%91+%E5%8E%9A%E7%94%9F%E5%8A%B4%E5%83%8D%E7%9C%81> (最終閲覧日 2019/10/29)
- 41) 一部の職業(航空会社のスタッフ、陸上輸送業の労働者等)は適用除外不可である。
- 42) 労働政策研究・研修機構「諸外国における副業・兼業の実態調査 — イギリス、ドイツ、フランス、アメリカ —」JILPT 資料シリーズ No.201 (2018 年 4 月)
<https://www.jil.go.jp/institute/siryu/2018/documents/201.pdf#search=%27%E8%AB%B8%E5%A4%96%E5%9B%BD%E3%81%AB%E3%81%8A%E3%81%91%E3%82%8B%E5%89%AF%E6%A5%AD%E3%83%BB%E5%85%BC%E6%A5%AD%E3%81%AE%E5%AE%9F%E6%85%8B%E8%AA%BF%E6%9F%BB%27>
- 43) 小倉一哉「労働時間の規制改革と企業の対応」日本労働研究雑誌 702 号 (2019 年) 40-50 頁