

資料3

規制改革推進会議
第1回 人への投資WG
2022年10月14日

使用者側弁護士が考える 副業・兼業促進のための方策

第一芙蓉法律事務所
弁護士 小鍛冶 広道
(第一東京弁護士会/50期)

副業・兼業が進まない原因①

【副業・兼業の認否状況】

	規模計	1,000人以上	300～999人	300人未満
合計	(359) 100.0	(144) 100.0	(94) 100.0	(121) 100.0
就業規則で副業・兼業を認めている（許可制含む）	35.4	38.2	36.2	31.4
就業規則で副業・兼業を禁止している	49.3	49.3	54.3	45.5
就業規則に認否の記載がない	13.6	9.0	9.6	22.3
その他	1.7	3.5		0.8

「労政時報」第4017号（2021年7月9日）より抜粋

副業・兼業が進まない原因②

【副業・兼業を禁止している理由・複数回答】

	規模計	1,000人以上	300～999人	300人未満
合計	(173) 100.0	(69) 100.0	(49) 100.0	(55) 100.0
過重労働により本業での成果が落ちる可能性があるから	85.0	87.0	87.8	80.0
労働時間の管理が困難になるから	84.4	89.9	81.6	80.0
技術やノウハウ、機密情報が流出するリスクがあるから	51.4	63.8	46.9	40.0
他の従業員の負担が増える可能性があるから	25.4	24.6	28.6	23.6
組織としての統率力が低下する可能性があるから	20.2	17.4	26.5	18.2
人材の流出リスクがあるから	16.2	15.9	12.2	20.0

「労政時報」第4017号（2021年7月9日）より抜粋

副業・兼業が進まない原因③

 各企業において副業・兼業が進まない原因が
【A】 労働時間通算制度（労基法38条1項）
適用に伴うリスク（労基法違反リスク）回避のため
【B】 過重労働に伴う健康障害リスク
（安全配慮義務リスク）回避のため
であることは明白

 【B】 については事案ごとの裁判所の判断であり、即効性のある対策は難しいかもしれないが、【A】 については即効性のある対策を実施することが可能ではないか

労働時間通算制度（労基法38条1項） の何がいけないのか

【労働基準法38条1項】

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。



この労基法38条1項について、行政は古くから、「『事業場を異にする場合』とは事業主を異にする場合も含む」と解釈していることから（昭和23年5月14日基発769号）、副業・兼業の形態が「雇用」である場合には、各企業は、自らコントロールできない副業・兼業先の就業実態により、労基法32条・37条違反等の責任を問われる危険（リスク）に晒されることになるほか、各企業に労働時間の通算管理に伴う手続的負担が生じることになる。

（※）厚生労働省は、労働時間の通算管理に伴う手続的負担を軽減するため、「副業・兼業の促進に関するガイドライン」の改定（令和2年9月）に際し、「簡便な労働時間管理の方法＝管理モデル」を打ち出したが、この「管理モデル」については「労働者を通じて副業・兼業先である使用者との間で管理モデル導入に同意する」という導入手順の具体的なイメージが持てない等の理由により、導入は進んでいないのではないかと懸念されている。

どう改善すればよいのか

➡ 労基法38条1項の解釈として「事業主を異にする場合も労働時間を通算する」というのは、労働法研究者間においても確定的解釈ではない

➡ 例えば、わが国の代表的な労働法研究者である菅野和夫東京大学名誉教授は、従前より「非通算説」を妥当としているほか（菅野和夫「労働法（第12版）481頁、「非通算説」を妥当とする研究者は実は多い



「行政が労基法38条1項の解釈を『非通算説』に改めれば、副業・兼業は劇的に促進されるのではないか」ということは、多くの使用者側弁護士／各企業の人事労務担当者の共通認識ではないか

+ 労基法38条1項の解釈として「通算説」を採ることにより期待されている「過重労働による健康障害防止」の機能については、労働安全衛生法の改正等により（ある程度の）代替措置を講じることが可能なのではないか