

副業・兼業に関する法的課題

森・濱田松本法律事務所
弁護士 荒井 太一

※このスライドは個人の見解をまとめたものであり、所属する組織の見解を代表するものではありません。

森・濱田松本法律事務所

MORI HAMADA & MATSUMOTO

1. 副業・兼業の現状

副業・兼業のメリット・留意点（労働者）

■ 【労働者のメリット】

- 離職せずとも別の仕事に就くことが可能となり、スキルや経験を得ることで、労働者が主体的にキャリアを形成することができる。
- 本業の所得を活かして、自分がやりたいことに挑戦でき、自己実現を追求することができる
- 所得が増加する
- 本業を続けつつ、よりリスクの小さい形で将来の起業・転職に向けた準備・試行ができる

■ 【労働者の留意点】

- 就業時間が長くなる可能性があるため、労働者自身による就業時間や健康の管理も一定程度必要
- 職務専念義務、秘密保持義務、競業避止義務を意識することが必要
- 1週間の所定労働時間が短い業務を複数行う場合には、雇用保険等の適用がない場合がある

副業・兼業のメリット・留意点（企業）

■ 【送り出し企業側のメリット】

- 労働者が社内では得られない知識・スキルを獲得することができる。
- 労働者の自律性・自主性を促すことができる。
- 優秀な人材の獲得・流出の防止ができ、競争力が向上する。
- 労働者が社外から新たな知識・情報や人脈を入れることで、事業機会の拡大につながる

■ 【受入れ企業側のメリット】

- 社内に存在しない専門性やノウハウを有する即戦力となる労働者を活用できる。
- 上記の結果、組織のスキルの底上げ、活性化が促進される。

■ 【企業側の留意点】

- 必要な就業時間の把握・管理や健康管理への対応、職務専念義務、秘密保持義務、競業避止義務をどう確保するかという懸念への対応

副業・兼業のインパクト（社会）

■ 社会的なインパクトも期待

- オープンイノベーションや起業の手段としても有効
 - 都市部の人材を地方でも活かすという観点から地方創生にも資する面
- 労働力のシェアリング
- 成長産業への雇用の流動化も促されるのではないか。

調査結果から見る副業・兼業のリスク

図表14：副業の仕事内容の本業との比較（単位：％）

		全体(n)	まったく同じ	ほとんど同じ	かなり異なる	まったく異なる	〔同じ〕計	〔異なる〕計
全体		10,803	2.3	22.2	29.9	45.7	24.5	75.6
本業の仕事内容	専門・技術的職業	3,565	3.8	32.5	29.9	33.9	36.2	63.8
	管理的職業	1,046	2.2	25.3	29.2	43.3	27.5	72.5
	事務的職業	2,341	1.0	12.8	29.1	57.1	13.8	86.2
	販売的職業	1,244	1.3	16.6	33.0	49.0	17.9	82.1
	生産工程・労務に関わる職業	494	1.0	11.1	26.5	61.3	12.1	87.9
	運輸・通信的職業	200	2.0	24.0	21.5	52.5	26.0	74.0
	保安的職業	24	0.0	4.2	25.0	70.8	4.2	95.8
	農・林・漁業に関わる職業	99	1.0	12.1	31.3	55.6	13.1	86.9
	サービスの職業	1,244	2.3	19.0	32.8	46.0	21.2	78.8
	その他	546	1.8	20.7	26.4	51.1	22.5	77.5
本業の役職	部長相当以上	552	4.2	31.2	28.8	35.9	35.3	64.7
	課長相当	401	4.2	28.9	28.9	37.9	33.2	66.8
	主任・係長相当	805	2.2	22.7	27.5	47.6	25.0	75.0
	役職には就いていない	5,061	2.3	18.2	28.9	50.6	20.5	79.5

- 副業の仕事内容が、本業の仕事内容と「異なる」（「かなり異なる」29.9%と「まったく異なる」45.7%の合計）との回答が全体の4分の3を占めた。**
 他方、「同じ」（「まったく同じ」2.3%、「ほとんど同じ」22.2%）は、24.5%。
- 別の質問において、「副業が本業にどの程度役立っているか」という問いに対しては、約半数が副業は本業に役立っていると回答している。
 （第1回兼業・副業を通じた創業・新事業創出に関する研究会 説明資料）

副業・兼業の現状

■ 企業のほとんどは副業を認めていない現状

- 中小企業庁によれば、85.3%は副業・兼業を認めていない。
- そもそもかつての厚労省の「モデル就業規則」においても禁止されていた。
(遵守事項)

第11条 労働者は、以下の事項を守らなければならない。

- ① 許可なく職務以外の目的で会社の施設、物品等を使用しないこと。
- ② 職務に関連して自己の利益を図り、又は他より不当に金品を借用し、若しくは贈与を受ける等不正な行為を行わないこと。
- ③ 勤務中は職務に専念し、正当な理由なく勤務場所を離れないこと。
- ④ 会社の名誉や信用を損なう行為をしないこと。
- ⑤ 在職中及び退職後においても、業務上知り得た会社、取引先等の機密を漏洩しないこと。
- ⑥ 許可なく他の会社等の業務に従事しないこと。
- ⑦ 酒気を帯びて就業しないこと。
- ⑧ その他労働者としてふさわしくない行為をしないこと。

副業・兼業の一律禁止は無効

- 他方、裁判例や学説においては、勤務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ることが繰り返し指摘されており、副業・兼業の禁止は原則として無効であると示されていた。
 - 「会社の職場秩序に影響せず、かつ会社に対する労務の提供に格別の支障を生ぜしめない程度・態様の副業・兼業は禁止の違反とはいえない」（菅野和夫「労働法（第12版）」）。
 - 「労働時間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、その時間に自己の労働力を利用する自由も職業選択の自由（憲法22条1項）によって保障されている。したがって、兼職は原則として労働者の自由である」（土田道夫「労働契約法（第2版）」）
- したがって、現在規定されている副業・兼業制限規定は多くの場合、無効又は一部無効であり、もし従業員が兼業をしても、原則としてこれを禁止したり懲戒を課したりすることは難しい。
- つまり、既にほとんどの副業・兼業は法的に認められている。

副業・兼業の促進への転換

- 「柔軟な働き方に関する検討会」報告書により、「副業・兼業の促進への転換」と変更され、原則として副業・兼業は自由であることが確認された

- 例外的に禁止できる副業・兼業とは？
 - 私生活上の行為であっても、業務に支障が生じる場合などは例外的に制限・禁止が可能。
 - 過去の裁判例を元に判断。
 - モデル就業規則においては以下の4点を掲げた。
 - ① 労務提供上の支障がある場合
 - ② 企業秘密が漏洩する場合
 - ③ 会社の名誉や信用を損なう行為や、信頼関係を破壊する行為がある場合
 - ④ 競業により、会社の利益を害する場合

副業・兼業に関する裁判例

■ マンナ運輸事件（京都地判平成24年7月13日）

運送会社が、準社員からのアルバイト許可申請を4度にわたって不許可にしたことについて、後2回については不許可の理由はなく、不法行為に基づく損害賠償請求が一部認容（慰謝料のみ）された事案。

■ 東京都私立大学教授事件（東京地判平成20年12月5日）

教授が無許可で語学学校講師などの業務に従事し、講義を休講したことを理由として行われた懲戒解雇について、副業は夜間や休日に行われており、本業への支障は認められず、解雇無効とした事案。

■ 十和田運輸事件（東京地判平成13年6月5日）

運送会社の運転手が年に1、2回の貨物運送のアルバイトをしたことを理由とする解雇に関して、職務専念義務の違反や信頼関係を破壊したとまでいうことはできないため、解雇無効とした事案。

副業・兼業に関する裁判例

■ 小川建設事件（東京地決昭和57年11月19日）

毎日6時間にわたるキャバレーでの無断就労を理由とする解雇について、兼業は深夜に及ぶものであって余暇利用のアルバイトの域を超えるものであり、社会通念上、会社への労務の誠実な提供に何らかの支障を来す蓋然性が高いことから、解雇有効とした事案。

■ 橋元運輸事件（名古屋地判昭和47年4月28日）

会社の管理職にある従業員が、直接経営には関与していないものの競業他社の取締役役に就任したことは、懲戒解雇事由に該当するため、解雇有効とした事案。

2. 副業・兼業を促進するために

労働時間通算の不合理性

労働時間通算の問題

■ 労働基準法第38条

「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」

■ 「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、とするのが労働行政の立場（労働基準局長通達（昭和23年5月14日基発第769号））

■ ただし、学説上はこの考え方について「通算性の適用を否定すべき」（土田道夫「労働契約法」（第二版）311頁）との有力な学説

■ この点に関する裁判例は存在せず、いずれの解釈が正しいかは定まっていない。

■ なお、健康管理については、労働時間の通算は不要

（根拠となる法律が異なるため）

副業・兼業と労働時間通算の適用

		副業・兼業			
		社員 アルバイト	管理監督者	会社役員	自営業 フリーランス
本業	社員 アルバイト	○	×	×	×
	管理監督者	×	×	×	×
	会社役員	×	×	×	×
	自営業 フリーランス	×	×	×	×

労働時間通算の複雑性

「副業・兼業の促進に関するガイドライン」 (<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkyouku/0000192844.pdf>) によれば、

- 法定労働時間（労基法第32条）について、その適用において自らの事業場における労働時間及び他の使用者の事業場における労働時間が通算される。

だが、その「通算」は様々な観点から複雑である。

- 通算される法律上の規定とそうでないものがある
- 所定労働時間を通算する順序（副業開始前・実働後）
- それぞれの事業場における労働時間制度の相違
- 割増賃金支払いの要否
- 副業・兼業の労働時間を確認する方法が乏しい
- 副業・兼業の労働時間を確認する法的義務がない

労働時間通算の複雑性（通算される規定）

■ 時間外労働（労基法第36条）のうち、

- 時間外労働と休日労働の合計で単月100時間未満、複数月平均80時間以内の要件については、労働時間が通算される。
- 36協定により延長できる時間の限度時間（月45時間・年360の上限）、36協定上の特別条項を設ける場合の1年についての延長時間の上限（特別条項を使用して年720時間）については、労働時間通算はしない。
- 休憩、休日、年次有給休暇については、通算しない。

労働時間通算の複雑性（時間の通算方法）

- 所定労働時間の通算については、本業と副業の所定労働時間とを通算して、自らの事業場の労働時間制度における法定労働時間を超える部分がある場合は、時間的に後から労働契約を締結した使用者（副業）における当該超える部分が時間外労働となり、副業先における 36 協定で定めるところによって行う
 - 本業の所定労働時間が8時間であった場合、副業先では始業とともに「法定外労働」となる。
- 所定労働時間の通算に加えて、自らの事業場における所定外労働時間と他の使用者の事業場における所定外労働時間とを当該所定外労働が行われる順に通算して、自らの事業場の労働時間制度における法定労働時間を超える部分がある場合は、当該超える部分が時間外労働となる
 - 本業の所定労働時間が4時間、副業の所定労働時間が4時間であった場合、本業が1時間の所定外残業を命じた場合、その1時間は本業において「法廷時間外労働」となる。

労働時間通算による割増賃金支払いの問題

■ 各々の使用者は、自らの事業場における労働時間制度を基に、他の使用者の事業場における所定労働時間・所定外労働時間についての労働者からの申告等により、

- まず労働契約の締結の先後の順に所定労働時間を通算し、
- 次に所定外労働の発生順に所定外労働時間を通算することによって、

それぞれの事業場での所定労働時間・所定外労働時間を通算した労働時間を把握し、その労働時間について、自らの事業場の労働時間制度における法定労働時間を超える部分のうち、自ら労働させた時間について、時間外労働の割増賃金（労基法第37条第1項）を支払う必要がある。

■ 具体的な計算方法についてQ&Aも公表されているが、かなり複雑であり、実務上これをおこなうことは現実的ではないと言わざるを得ない。

<https://www.mhlw.go.jp/content/11200000/000964082.pdf>

労働時間通算の不合理性

- そもそも副業は、本業の関与しない事象であるにもかかわらず、副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使用者に労基法違反の責任を課すことはあまりに不合理である。

かかる不合理性に苦慮し、

- 学説上「兼職の事実を知らない場合は、38条違反の故意がないため法違反が成立せず、支障はない」とする。
- 裁判例においても、労働者が副業・兼業をおこなっており、かつ、労働時間を通算すると労基法32条所定の労働時間を超えることを当該事業主が知らなかった時には、同事業主の下における労働に関し割増賃金の支払い義務を負わないと考えられている。（横浜地判平成30年3月28日・同控訴審東京高判）

副業・兼業の労働時間の把握義務がないこと

- 上記の通り、副業・兼業の労働時間について認識がなければ通算しなくても責任を負うことはない、という帰結が学説・裁判例のスタンスである。
- 他方、そもそも、労働基準法においては、
副業・兼業先の労働時間を確認するよう義務づける規定は存在しない。
(ガイドライン上は「必要がある」という表現にとどめている。)
- すなわち、法的には「知らなければ払わなくてよい」ことになっており、これも奇異な結論となる。
(逆に言えば、「知ろうとして管理すれば責任を負う」ことになる。)
- **端的に労働時間通算を否定すべき。**

安全配慮義務の範囲

安全配慮義務

- 基本的には、副業・兼業は、本業にとってみれば、労働者のプライベートの時間の使い方のひとつなる。
- したがって、副業・兼業をおこなっているからといって、本業の労働者に対する安全配慮義務が特段重くなるわけではない。
- 労働者が健康を害する蓋然性が高い、というような特別な場合にのみ、業務の軽減措置などをする義務が生じると解すべき。

副業・兼業の実務的課題

副業の実務的な課題

- 副業に関する規制をめぐる複雑性から、現実には、「労働＋労働」の副業は行われず、ほとんどは「労働＋業務委託」によってなされている。
- この場合、労働基準法における制約は受けず、働き手は自由に副業・兼業を行うことが可能となる。
- 本業にとっての「副業・兼業」のリスクはより本質的なものとなる。
 - 秘密保持の範囲
 - 競業避止の範囲

副業と情報管理

■ 情報流失のリスク

- 秘密情報の重要性についての周知
- 情報管理体制の整備
- 一般的なノウハウ・ビジネススキルの保護の要否

■ 社内への情報の流入（コンタミネーション）

- 受入れた従業員が、本業において取得した秘密情報を会社で使用し、又は会社に持ち込むことの防止といった面についても注意が必要となる
- 受入れた従業員の持ち込んだ情報が他社の不正競争防止法上の「営業秘密」に該当する場合、会社において当該情報が他社の営業秘密であると知らなかったとしても、知らなかったことに「重大な過失」がある場合には、不正競争防止法に基づく損害賠償請求や差止請求の対象となり得る

不正競争防止法における「営業秘密」

■ 不正競争防止法第2条第6項は、

営業秘密を

- 秘密として管理されている [秘密管理性]
- 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 [有用性] であって、
- 公然と知られていないもの [非公知性]

と定義しており、これらに該当する場合は、刑事上・民事上の保護が与えられる。

■ 不正競争防止法上の「営業秘密」に該当しない情報であっても、当該情報の取扱いについて私人間の契約において別途の規律を設けた場合には、当該契約に基づく差止め等の措置を請求することが可能であり、その際、不正競争防止法における営業秘密に該当するか否かは基本的には関係がない。

(経済産業省「営業秘密管理指針」)

企業秘密の範囲

- 使用者は、労働者に対し、業務上の必要に基づき、就業規則又は個別合意等により業務上知り得た秘密の不正な利用を禁ずることができるものと解される。他方で、労働者が退職した後においても秘密保持義務を負わせることは、労働者の自由を無限定に制約しかねないものであり、特にその対象とされる業務上の秘密の範囲が不明確な場合には、当該情報が秘密保持義務の範囲内の情報に該当し、それを他に伝達したり、利用したりしてよいか容易に判断がつきかねず、退職後の労働者の行動を萎縮させるなどその正当な行為まで不当に制約するおそれがある。

そこで、労働者の契約上の秘密保持義務については、少なくとも当該就業規則、個別合意の規定や情報の体裁、内容及び管理態様等に照らし、当該情報が秘密保持義務の範囲内にあることが客観的に明確にされており、労働者の予測可能性を害する不当な制約にならない限りで、使用者はそうした義務を負わせることができるものと解するのが相当である。

(東京地判平成28年12月28日)

競業避止の範囲

- 退職後の競業避止義務契約の有効性を判断する際に裁判例においてポイントは、
 - ① 守るべき企業の利益があるかどうか、そして、①を踏まえつつ、競業避止義務契約の内容が目的に照らして合理的な範囲に留まっているかという観点から、
 - ② 従業員の状態、
 - ③ 地域的な限定があるか、
 - ④ 競業避止義務の存続期間
 - ⑤ 禁止される競業行為の範囲について必要な制限が掛けられているか、
 - ⑥ 代償措置が講じられているかといった要素である
- 在職中の競業避止においても、①、②、③、⑤は判断要素となると考えられる。

競業を避ける

■ 競業禁止の範囲を明確にする必要

- 競業の範囲は多義的
 - あえて抽象的に記載しておく例もあるが、実効性は疑問
- 競業相手を特定・例示しておくことも考えられる
- コングロマリットだと、ほぼすべての事業が「競業」になってしまう可能性
 - 本人が関与した業務との競業に限ることは考えられる
- 明確な基準設定の重要性

■ 契約するフリーランスに対しても確認することが考えられる

- ビジネスコンフリクトをどこまで気にするかは議論の余地あり
 - 多数のクライアントを抱えるコンサルタントにおいて、そのクライアントの一社が当社と競業することもあり得るが、これを忌避するかどうかは必ずしも一義的ではない

Lawyer profile



荒井 太一

Taichi Arai

パートナー

東京弁護士会所属

米国ニューヨーク州弁護士

TEL: 03-5220-1853

taichi.arai@mhm-global.com

■ 主要な取扱分野

- 日本企業間及びクロスボーダー間の企業買収、合併、会社分割、事業提携その他のM&A案件
- ベンチャー企業も含む様々な規模・業界の依頼者に対する日常的な法律相談
- 厚生労働省労働基準局への出向経験を有するなど、労働法に関する知見も豊富に有しています

■ 著作・論文

- 『企業訴訟実務問題シリーズ
労働訴訟—解雇・残業代請求』
(中央経済社 2017年2月刊 (共著))
- 『M&A法大系』
(有斐閣 2015年12月刊 (共著))
- 『実践 就業規則見直しマニュアル』
(労務行政 2014年3月刊 (編著))

その他、著書・論文多数

■ 経歴

- 2002年 慶應義塾大学法学部卒業
- 2009年 バージニア大学ロースクール卒業
- 2009年 米国三井物産株式会社、三井物産株式会社にて執務 (～2011年)
- 2015年 厚生労働省労働基準局にて執務 (～2016年)
- 2017年 厚生労働省 柔軟な働き方に関する検討会委員就任

■ 受賞歴等

- Chambers Asia Pacific 2021において、Employment分野の Band3に選出
- The Legal 500 Asia Pacific 2021においてLeading individualsのLabour and employment分野に選出
- 日本経済新聞社第15回「企業法務・弁護士調査」弁護士ランキング労務部門にて4位にランクイン