

実務に役立つ法律基礎講座(29)

# 兼業・副業

片山雅也 かたやま まさや 弁護士(弁護士法人ALG & Associates 代表執行役員)

2006年弁護士登録。東京弁護士会所属。企業側労務問題、企業法務一般およびM & A関連法務など企業側の紛争法務および予防法務に従事する。上場企業の社外取締役および厚生労働省・技術審査委員会での委員や委員長も務める。著書として『労働紛争解決のための民事訴訟法等の基礎知識』『65歳全員雇用時代の実務Q & A』および『トラブル防止のための就業規則』(いずれも労働調査会)があるほか、『労政時報』『労働基準広報』『先見労務管理』『労務事情』『月刊人事労務実務のQ & A』および『LDノート』等へ多数の論稿がある。

- Q1** 兼業（副業）禁止規定を設けることに法的な根拠はあるか … P 2
- Q2** 兼業（副業）禁止規定がない場合、会社として兼業（副業）をやめさせることはできるか … P 3
- Q3** 勤務時間終了後、株取引等の個人投資によって収入を得ることは、兼業（副業）に該当するとして禁止できるか … P 4
- Q4** 社員が家賃収入を得ている場合、兼業（副業）に該当するとして禁止することはできるか … P 5
- Q5** 社員がプライベートで運営しているブログで、アフィリエイト広告等を通じて利益を得る行為は、兼業（副業）に該当するとして禁止することはできるか … P 6
- Q6** 兼業（副業）を行っていた社員に対し、懲戒処分を科すことはできるか … P 7
- Q7** 育児休業中の社員が兼業（副業）禁止規定に違反しアルバイトしていた場合、懲戒処分できるか … P 8
- Q8** 年次有給休暇を取得した社員が、年休日に兼業（副業）禁止規定に違反しアルバイトしていた場合、懲戒処分できるか … P 9
- Q9** 他社の取締役役に就任した社員を兼業（副業）禁止規定違反で懲戒処分できるか … P 9
- Q10** 兼業（副業）禁止規定は設けておらず、実際に兼業を行っている社員もいるが、水商売など特定の場合のみを禁止することはできるか … P 11
- Q11** 兼業（副業）に対し、就労日数や労働時間を制限し、仕事内容・勤め先について届け出を義務づけることは可能か … P 12
- Q12** 他社と兼業（副業）している社員の労働時間管理や時間外労働規制の考え方 … P 13
- Q13** 兼業（副業）をしている社員の業務災害および通勤災害における労災保険はどのように適用されるか … P 14
- Q14** 本業では時間外労働がほぼない中、無許可で兼業（副業）をしていた社員が長時間労働を原因として過労死した場合、本業の会社は損害賠償責任を負うか … P 16

## Q 1

### 兼業（副業）禁止規定を設けることに法的な根拠はあるか

## A

労働基準法や労働契約法上、兼業（副業）禁止規定を設けることに一般的な規定は存在せず、各企業の就業規則等がその根拠となる

#### ①法律上の一般的な規定の有無

民間企業に勤務する一般社員については、公務員とは異なり、労働基準法や労働契約法上、社員の兼業（副業）を禁止・制限する一般的な規定は存在しない。なお、公務員については兼業（副業）を禁止・制限する法律上の一般的な規定が存在する（国家公務員法101、103、104条、地方公務員法38条）。

そのため、民間企業に勤務する一般社員の兼業（副業）の禁止・制限については、各企業における就業規則の規定等がその根拠規定ということになる。

#### ②就業規則の有効性

それでは、就業規則に兼業（副業）禁止規定を設けておけば、社員の兼業（副業）を全面的に禁止することができるのであろうか。回答は否であるが、実務上は、自社の業務のみに専念してもらいたいといった理由や秘密情報の漏洩防止の観点等から、社員の兼業（副業）を全面的に禁止していたり、許可制を採用していても現実には許可しない運用をしたりしている企業が散見されるのが現状である。

しかし、そもそも労働時間以外の時間をどのように利用するかは原則として社員の自由である以上、社員が労働時間以外の時間を兼業（副業）に利用することも原則として社員の自由に委ねられるべきものである（憲法22条1項「職業選択の自由」参照）。

そのため、この原則論からすると、就業規則上の社員の兼業（副業）禁止・許可規定は、企業秩序の維持や適切な労務提供の確保のためといったやむを得ない事由がある場合に限り適用されるべきものであり、その限りにおいて有効と解すべきであろう。

裁判例においても、社員の兼業（副業）原則禁止・許可規定の有効性については、次のように限定解釈を行う傾向にあるといえる。

マンナ運輸事件（京都地裁 平24. 7.13判決 労働判例1058号21ページ）

労働者の兼業については、「雇用契約及びこれに基づく労務の提供を離れて使用者の一般的な支配に服するものではなく、労働者は、勤務時間以外の時間については、事業場の外で自由に利用することができるのであり、使用者は、労働者が他の会社で就労（兼業）するために当該時間を利用することを、原則として許さなければならない。

もともと、労働者が兼業することによって、労働者の使用者に対する労務の提供が不能または不完全になるような事態が生じたり、使用者の企業秘密が漏洩するなど経営秩序を乱す事態が生じることもあり得るから、このような場合においてのみ、例外的に就業規則をもって兼業を禁止することが許されるものと解するのが相当である。

#### ③今後の可能性

このように、社員の兼業（副業）については、理論上は、実務上の原則禁止の取り扱いとは異なり原則自由であって、具体的な支障がある場合に限り制限できるということになる。すなわち、社員の兼業（副業）は原則として認めるべきであり、禁止すべきやむを得ない事由がない限り、兼業（副業）は禁止できないという取り扱いが理論的な帰結であろう。

昨今、政府は「働き方改革」として社員の兼業（副業）を後押しし、社員の兼業（副業）を原則容認する方針を示しはじめているが、

このような政府の方針は、兼業（副業）は原則自由であるといった理論的な考え方に沿うものといえる。

本稿執筆時点では（平成29年3月10日）、厚生労働省のモデル就業規則において兼業（副業）原則禁止・許可規定が設けられているが、このような政府の方針からすると、モデル就業規則からも兼業（副業）原則禁止・許可規定は削除される可能性が予想される。付言すると、そもそも理論的にはこのような一般的・包括的な原則禁止・許可規定は望まし

くなかったといえよう。

企業においては、自社での労働に専念してもらいたいといったニーズや秘密情報の漏洩防止等の観点から、いまだ兼業（副業）を全面的に禁止しておきたい要望が強いと思われるが、労働力人口自体の減少やIT技術の発達によりさまざまな働き方が模索されていく中、理論どおり、兼業（副業）が原則容認されていく社会になっていく可能性があることにも留意しておく必要がある。

## Q2

### 兼業（副業）禁止規定がない場合、 会社として兼業（副業）をやめさせることはできるか

## A

### 企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合には、やめさせることができる

#### ①原則と例外

そもそも、労働時間以外の時間をどのように利用するかは原則として社員の自由であって、社員が労働時間以外の時間を兼業（副業）に利用することも社員の自由に委ねられるべきものである（憲法22条1項「職業選択の自由」参照）。

ただし、判例上、企業はその存立・運営に不可欠な企業秩序を定立し維持する当然の権限を有する一方、社員は労働契約の締結によって当然に企業秩序の遵守義務を負うものと解されている（富士重工業事件 最高裁三小 昭52.12.13判決 民集31巻7号1037ページ）。

すなわち、兼業（副業）は原則として社員の自由に委ねられるべきものではあるが、当該自由も絶対無制約ではなく、企業秩序維持の観点から一定の制約を受けることになる。

また、社員は労働契約の締結によって企業に対し適切な労務提供を行う義務を有している以上、兼業（副業）が労務提供に格別の支障を生じさせる場合にも一定の制約を受けることになると考えられる。

#### ②兼業（副業）禁止規定

そのため、就業規則等において兼業（副業）禁止規定が設けられている場合であっても、あらゆる場面で有効なものとして適用されるものではなく、企業秩序を維持する上で必要な限りにおいて、また、適切な労務提供を維持する上で必要な限りにおいて有効と考えるべきである。

一方、このような企業秩序の維持や適切な労務提供の維持は労働契約の本質から導かれるものである以上、たとえ就業規則等に兼業（副業）禁止規定が設けられていない場合であっても、社員の兼業（副業）が企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合は、企業としてその兼業（副業）をやめさせることができる。

#### ③やめさせることができる場合

それでは、企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合として、その兼業（副業）をやめさせることができるのは、どのような場合が考えられるか。

この問いについては、厚生労働省による「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」(平17. 9.15)における具体例が参考になるため、次に、その一部を抜粋して引用する。

■今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書(48ページ)

労働時間以外の時間をどのように利用するかは基本的には労働者の自由であり、労働者は職業選択の自由を有すること、近年、多様な働き方の一つとして兼業を行う労働者も増加していることにかんがみ、労働者の兼業を禁止したり許可制とする就業規則の規定や個別の合意については、やむを得ない事由がある場合を除き、無効とすることが適当である。ここで、やむを得ない事由としては、①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き

過ぎによって人の生命又は健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合等が含まれることとすべきである。

※①～④の番号は筆者による追記。

以上より、兼業(副業)をやめさせることができる場合の具体例としては、以下の場合を挙げることができる。

- ①兼業が不正な競業に当たる場合
- ②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合
- ③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合
- ④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合

加えて、⑤労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる場合を追加で挙げることもできよう。

## Q 3

### 勤務時間終了後、株取引等の個人投資によって収入を得ることは、兼業(副業)に該当するとして禁止できるか

## A

### 兼業(副業)に該当するとして禁止することはできない

#### ①兼業(副業)を禁止できる場合

前述したように、労働時間以外の時間をどのように利用するかは社員の自由であって、社員が労働時間以外の時間を兼業(副業)に利用することも社員の自由に委ねられるべきものである(憲法22条1項「職業選択の自由」参照)。

ただし、当該自由も絶対無制約ではない。労働契約の本質から導かれる企業秩序維持や適切な労務提供確保の必要性からやむを得ない場合、制約を受けることになる。

言い換えれば、社員の兼業(副業)が企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合、企業は社員に対してその兼業(副業)を禁止・制限することができるといえる。

具体的には、Q2で見たように①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合、⑤労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる場合等には、その兼業(副業)を禁止・制限することができると思われる。

①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合、⑤労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる場合等には、その兼業(副業)を禁止・制限することができると思われる。

#### ②設問の検討

勤務時間終了後における株取引等の個人投資が、上記①～⑤までの場合に該当することは通常考えられない。そもそも、株取引等の個人投資によって、企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせることも通常考えられない以上、勤務時間終了後に株取引等の個人投資によって収入を得る

ことは社員の自由であって、兼業（副業）に該当するとして禁止することはできないだろう。

なお、証券会社等の金融機関においては社員がインサイダー情報に触れている可能性があったり、上場企業において自社株を購入する際は社員がインサイダー情報に触れている可能性がある場合もある。このような場合に

は、インサイダー取引を未然に防止するといった観点から、勤務時間終了後の株取引についても一定の制限を課すことは可能と考えられる。ただし、このような制限も兼業（副業）制限ではなく、インサイダー取引を未然に防止するといった別途の目的に基づき行われるべきものといえよう。

## Q 4

### 社員が家賃収入を得ている場合、兼業（副業）に該当するとして禁止することはできるか

## A

### 兼業（副業）に該当するとして禁止することはできない

#### ①兼業（副業）を禁止できる場合

原則として、社員が労働時間以外の時間を兼業（副業）に利用することは社員の自由に委ねられるべきであって、例外的に当該自由を制約できる場合は、社員の兼業（副業）が企業秩序維持に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合に限られるべきである。

具体的には、Q 2 で見たように①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合、⑤労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる場合等には、その兼業（副業）を禁止・制限することができると思われる。

#### ②具体的危険性

その上で、どのような場合に兼業（副業）に該当するとして禁止できるかについて筆者の考え方を示しておく。そもそも兼業（副業）禁止は、一定の危険性を前提にした事前規制であるため、抽象的な危険性を提示することによって、あらゆる兼業（副業）を禁止することが可能になるリスクを典型的に有している。

そこで、このようなリスクを可能な限り排

除すべく、兼業（副業）が前記①～⑤までのいずれかに該当するとして禁止することができる場合は、当該①～⑤までの場合が現実的に生じ得る具体的な危険性がある場合に限られるべきであろう。

#### ③設問の検討

以上を前提に設問を検討すると、社員が家賃収入を得ている場合が、前記①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合または⑤労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる場合に該当することは通常考えられず、具体的な危険性を見いだすことができない。

そもそも、社員が家賃収入を得ることによって企業秩序に不当な影響を及ぼす具体的な危険性や労務提供に格別の支障を生じさせる具体的な危険性も通常考えられない以上、社員が家賃収入を得ることは社員の自由であって、企業が兼業（副業）に該当するとして禁止することはできないであろう。

したがって、社員が家賃収入を得ている場合、兼業（副業）に該当するとして禁止することはできないと考えられる。

## Q 5

社員がプライベートで運営しているブログで、  
アフィリエイト広告等を通じて利益を得る行為は、  
兼業（副業）に該当するとして禁止することはできるか

## A

兼業（副業）に該当するとして禁止することはできない

### ①兼業（副業）として禁止すべきか

社員がプライベートで運営しているブログで、アフィリエイト広告等を通じて利益を得る行為は、そのブログの記載内容によっては、企業の営業秘密の不正な使用・開示を伴う危険性や企業の社会的信用を傷つける危険性がある以上、企業秩序に不当な影響を及ぼす可能性があるとして禁止すべきという見解もあろう。

しかし、兼業（副業）禁止といった一般的・包括的な規制によって設間の行為を禁止することは、兼業（副業）の自由規制として行き過ぎである。

言い換えれば、上記見解が指摘する危険性はいまだ抽象度が高く、具体化されていない危険性にすぎない。そもそも、社員が労働時間以外の時間をどのように利用するかは原則として社員の自由であって、兼業（副業）も原則として社員の自由に委ねられるべきものである以上（憲法22条1項「職業選択の自由」参照）、このような社員の兼業（副業）の自由を、いまだ抽象度が高く具体化されていない危険性を理由に制限することは抑制的であるべきである。

また、社員が深夜までブログ運営を行う危険性があり、寝不足等に伴って企業における労務提供に格別の支障が生じる危険性があるため、禁止すべきという見解もあろう。しかし、このような危険性もいまだ抽象度が高く具体化されていない危険性にすぎない。深夜まで何かに熱中する危険性は、単に遅くまでテレビを見たり、読書をしたり、インターネット上の動画を見たりすることによっても生じるのであって、企業における労務提供への支

障を問題にするのであれば、これらの従業員の私生活上の活動までも一律に禁止する必要が生じることになりかねない。

すなわち、社員がブログ運営を深夜まで行うかもしれないといった抽象度の高い危険性を取り上げて、その活動の禁止を許容することは、企業による社員個人の私生活への過度の介入・干渉を許容する帰結を招くことになりかねないのである。

そもそも、企業による社員個人の私生活への介入・干渉は抑制的であるべきといえる以上、このようないまだ抽象度の高い危険性をもって、社員の兼業（副業）の自由を制限することは否定的に解すべきであらう。

以上をまとめると、社員がプライベートで運営しているブログで、アフィリエイト広告等を通じて利益を得る行為について、企業秩序に不当な影響を及ぼす具体的危険性や労務提供に格別の支障を生じさせる具体的危険性を見いだすことができない。

したがって、社員がプライベートで運営しているブログで、アフィリエイト広告等を通じて利益を得る行為を兼業（副業）に該当するとして禁止することはできないと考えられる。

### ②企業秩序維持違反への対応

とはいえ、抽象的ではあってもブログの記載内容によっては、企業の営業秘密の不正な使用・開示を伴う危険性や企業の社会的信用を傷つける危険性があることも否定できない。そこで、このような企業秩序維持違反のリスクについては、服務規律規定等に別途の規定を設けておいたほうがよいであらう。

具体的には、ブログやSNS等において、企業の営業秘密を使用・開示するような内容や企業の社会的信用を傷つける内容を記載することを禁止する旨の規定を設けておくことが考えられる。

裏返せば、このように、ブログやSNS等の内容が、企業秩序維持違反とならないよう禁

止する旨の服務規律等を設けるといったより制限的でない他の手段で、企業秩序維持違反の抽象的な危険性については対応できる以上、設間における社員の行為を兼業（副業）に該当するとして禁止することはできないと考えるべきであろう。

## Q 6

**兼業（副業）を行っていた社員に対し、懲戒処分を科すことはできるか**

## A

**就業規則に兼業（副業）禁止規定がない場合は、原則として懲戒処分はできない。  
規定がある場合も、懲戒処分できる場合は限定される**

### ①懲戒処分

懲戒処分の根拠については、さまざまな学説が存在するが、判例上は、労働契約の締結によって社員は企業秩序について遵守義務を負い、企業は社員の企業秩序違反行為に対して制裁罰として懲戒を科すことができるとされている（関西電力事件 最高裁一小 昭58.9.8判決 労働判例415号29ページ）。

ただし、判例上、社員に対する懲戒処分については「規則の定めるところに従い」懲戒処分ができるとされていることに注意が必要である（国鉄札幌運転区事件 最高裁三小 昭54.10.30判決 民集33巻6号647ページ）。

すなわち、判例は、懲戒権を労働契約の本質から導かれる企業秩序維持の一環として位置づけているものの、就業規則に規定することによって初めて行使できるものと捉えているといえる。言い換えれば、懲戒権を行使するためには、就業規則上の規定が必要不可欠ということになる。

### ②規定がある場合

そうすると、就業規則に兼業（副業）禁止規定があり、当該規定に違反した場合は、懲戒処分をすることができることになる。ただし、兼業（副業）禁止規定があらゆる場面に

おいて有効なものとして適用されるものではないことには注意が必要である。

そもそも労働時間以外の時間をどのように利用するかは社員の自由に委ねられるべきものである以上、兼業（副業）を禁止できる場合も、やむを得ない事由がある場合に限られるべきことになる。そうすると、たとえ就業規則に兼業（副業）禁止規定があったとしても、懲戒処分できる場合も限定されることになり、やむを得ない事由がある場合に限られることになる。

それは、企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合であって、具体的にはQ 2 で見たように①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合、⑤労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる場合が考えられる。

以上より、就業規則上に兼業（副業）禁止規定があり、当該禁止規定に違反した社員がいたとしても、懲戒処分ができる場合は、当該兼業（副業）によって上記①～⑤までの事由が生じるような場合に限られることになろう。

### ③規定がない場合

就業規則に兼業（副業）禁止規定がない場合、就業規則において懲戒権行使の根拠がない以上、兼業（副業）禁止違反として懲戒処分を行うことはできない。

ただし、社員の個別の行為が、例えば不正な競業に当たる場合や営業秘密の不正な使用・開示に当たる場合等、就業規則に別途規

定された服務規律規定に違反する場合であって、当該服務規律規定違反が懲戒処分の対象である旨が就業規則において明記されている場合が考えられる。

そこで、このような場合には、兼業（副業）禁止違反としてではなく、社員の行為が当該服務規律規定に個別具体的に違反したとして、懲戒処分を行うことができる。

## Q7 育児休業中の社員が兼業（副業）禁止規定に違反しアルバイトしていた場合、懲戒処分できるか

### A 原則として懲戒処分できない

#### ①育児休業の法的性質

育児休業は、社員がその養育する1歳に満たない子について、その事業主に申し出ることにより休業できるとするものである（育児・介護休業法5条）。この育児休業を取得できる権利は、その要件を満たす社員が申し出を行う場合、使用者は拒否できないとされていることから、一方的意思表示によって労働義務の消滅という法的効力を生ぜしめる形成権であるとするのが国会での政府見解である（第140回国会 1997年5月16日衆議院労働委員会 太田芳枝婦人局長答弁）。

このように育児休業を取得できる権利は、その要件を満たす社員が申し出を行えば、その一方的意思表示によって労働義務の消滅という法的効力を生ぜしめると考えられる以上、育児休業中の時間も労働時間以外の時間と捉えることができる。そうであれば、労働時間以外の時間である育児休業中の時間をどのように利用するかは社員の自由であって、社員が育児休業中の時間を兼業（副業）に利用することも社員の自由に委ねられるべきものと

いえよう。

また、育児休業は、育児を行う労働者の職業生活と家庭生活との両立が図られるよう支援することを目的とするものであって、育児・介護休業法においても育児休業中の社員の兼業（副業）を禁止する規定もない。

したがって、育児休業中の社員が兼業（副業）禁止に違反しアルバイトをしたとしても、懲戒処分を行うことはできないと考えられる。

#### ②兼業（副業）として禁止できるか

一方、兼業（副業）の自由も絶対無制約ではなく、兼業（副業）が企業秩序に不当な影響を及ぼすような場合には制限することも可能である。

そのため、育児休業中のアルバイトが不正な競業に当たる場合や営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、またはアルバイトの態様が企業の社会的信用を傷つける場合には禁止することができ、このような禁止に違反した場合には、懲戒処分を行うことも可能と考えられる。



## Q 8

年次有給休暇を取得した社員が、  
年休日に兼業（副業）禁止規定に違反し  
アルバイトしていた場合、懲戒処分できるか

### A

原則として懲戒処分できない

#### ①年次有給休暇の法的性質

年次有給休暇（以下、年休）を取得した社員は、時季指定権の行使によって年休の効果である労働義務の消滅および賃金請求権の取得を発生させることができる。

このように社員が年休日を指定することによって、その日については労働義務が消滅するという法的効力が発生する以上、年休日の時間も労働時間以外の時間と捉えることができる。そうであれば、労働時間以外の時間である年休日の時間をどのように利用するかは社員の自由であって、社員が年休日の時間を兼業（副業）に利用することも社員の自由に委ねられるべきものといえよう。

また、判例上も「年次休暇の利用目的は労基法の関知しないところであり、休暇をどのように利用するかは、使用者の干渉を許さない労働者の自由である」とされている（全林野白石営林署事件 最高裁二小 昭48. 3. 2

判決 民集27巻2号191ページ）。

したがって、年休を取得した社員が年休日に兼業（副業）禁止規定に違反しアルバイトをしたとしても、懲戒処分を行うことができないのが原則である。

#### ②兼業（副業）として禁止できるか

一方、兼業（副業）の自由も絶対無制約ではなく、兼業（副業）が企業秩序に不当な影響を及ぼすような場合には制限することも可能である。

そのため、兼業（副業）となるアルバイト内容が、不正な競業に当たる場合や営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、またはアルバイトの態様が使用者の社会的信用を傷つける場合には禁止することができ、このような禁止に違反した場合には、懲戒処分を行うことも可能と考えられる。

## Q 9

他社の取締役就任した社員を  
兼業（副業）禁止規定違反で懲戒処分できるか

### A

原則として懲戒処分をすることは難しいと考えるべきであろう

#### ①職務専念義務との関係

これまでの設問では主として労働時間以外の時間における兼業（副業）が問題とされてきたが、他社の取締役就任するという本設問では、労働時間以外の時間における兼業（副

業）の可否だけでなく、労働時間内における兼業（副業）の可否も問題となる。

すなわち、社員が他社の取締役就任した場合、通常平日の勤務時間に開催される取締役会や株主総会に出席しなければならないこ

とになるため、労働時間内における兼業（副業）の可否も問題となる。

この点、社員は、勤務時間中は勤務時間外とは異なって、労働契約の基本的な義務としてその職務に専念しなければならないという職務専念義務を負っている（目黒電報電話局事件 最高裁三小 昭52.12.13判決 民集31巻7号974ページ）。そのため、社員は勤務時間中においては兼業（副業）の自由を原則として有していないと考えられる。

とはいえ、企業としても社員が職務専念義務に違反する場合でなければ、その行為を事前に禁止することも困難であろう。

## ②取締役への就任の問題点

### [1] 包括的(抽象的)専念義務

以上を前提に他社の取締役への就任を検討すると、現実的に問題となる活動は、取締役会や株主総会への出席である。しかし、このような出席も社員が年休によって対応することができる場合、年休日の活動は社員の自由となる以上、職務専念義務違反の具体的危険性があるとして禁止することは困難であろう。

そうすると、他社の取締役に就任することも禁止できないという結論になると思われるが、さらに問題となり得る事項として、社員が他社において取締役に就任することによって、取締役として善管注意義務<sup>\*</sup>（民法644条）、忠実義務<sup>\*</sup>（会社法355条）を負うことになるため、これらの義務を負うことが職務専念義務に違反しないかという問題が挙げられる。

<sup>\*</sup>「善管注意義務」は、取締役がその職務を行うことにつき、善良な管理者として負う注意義務、「忠実義務」は、善管注意義務を敷衍し、一層明確にしたにとどまる義務であり、両者は性質が異なる別個の義務ではないと判例、通説において考えられている。

この点、判例は、職務専念義務を包括的(抽象的)専念義務として捉えており、前記目黒電報電話局事件においても、「身体活動の面だけからみれば作業の遂行に特段の支障が生じなかったとしても、精神的活動の面からみれば注意力のすべてが職務の遂行に向けられなかったものと解されるから、職務上の注意力のすべてを職務遂行のために用い職務にのみ従事すべき義務に違反」と判示し、精神的活動の面まで着目して職務専念義務違反の有無を判断している。

そうすると、社員が他社において取締役の善管注意義務や忠実義務を負うことは包括的(抽象的)専念義務である職務専念義務に違反するとして、他社での取締役就任を禁止することができるという見解も成り立つであろう。

### [2] 具体的(実質的)専念義務

しかし、この見解を突き詰めていくと、社員がプライベートにおいて、例えば個人事業主として経済活動を行うことに伴い、何らかの義務を第三者との関係で負担することになった場合、たとえその経済活動が勤務時間外で行われるものであったとしても、何らかの義務負担することになる以上職務専念義務に違反するとして、兼業（副業）を容易に禁止できることになりかねない。

しかるに、今後、兼業（副業）が原則容認されていくであろう社会情勢の中で、このような帰結は回避すべきではないだろうか。

また、職務専念義務についても、具体的(実質的)専念義務と捉える見解も存在する。例えば、大成観光事件（最高裁三小 昭57.4.13判決 民集36巻4号659ページ）における伊東正己裁判官の補足意見では、「使用者の業務を具体的に阻害することのない行動は、必ずしも職務専念義務に違背するものではないと解する」とされ、菅野和夫『労働法 第11版補正版』[弘文堂] 924ページにおいても、「勤務時間中のある活動が職務専念義務の違反と

なるのは、それが労働契約上の誠実労働義務との関係で何らかの支障を生じさせる場合であると考えられる」という見解が示されている。

職務専念義務をこのように具体的（実質的）専念義務と捉えれば、たとえ社員が他社の取締役役に就任し、善管注意義務や忠実義務を負担することになったとしても、当該義務の負担だけでは職務専念義務を具体的に阻害することにならないと解することができよう。

そこで、今後、兼業（副業）が原則容認されていくであろう社会情勢の中においては、職務専念義務も具体的（実質的）専念義務として捉え、社員が他社の取締役役に就任することも職務専念義務に違反するものではなく、禁止することはできないと解すべきである。

また、たとえ職務専念義務を包括的（抽象的）専念義務と捉えた場合であっても、単に他社の取締役として善管注意義務や忠実義務

を負っているだけでは、身体的にも精神的にも自社の職務に専念することを阻害するものではないと捉えることも可能であり、職務専念義務に違反するものとして禁止することはできないと解することも可能であろう。

### ③こうした兼業(副業)を禁止できる場合

なお、他社への取締役就任については、企業秩序に不当な影響を及ぼす具体的危険性を確認する必要がある。具体的には、他社への取締役就任が不正な競争となる具体的危険性がある場合や営業秘密の不正な使用・開示を伴う具体的危険性がある場合、または企業の社会的信用を傷つける具体的危険性がある場合については、その兼業（副業）を禁止することができると思われる。

そのため、このような場合における兼業（副業）禁止違反については、懲戒処分を行うことも可能と考えられる。

## Q10

**兼業(副業)禁止規定は設けておらず、実際に兼業を行っている社員もいるが、水商売など特定の場合のみを禁止することはできるか**

## A

**できる場合がある。ただし、水商売など特定の場合を禁止する規定を早急に設けるべきである**

### ①禁止できる根拠

社員の兼業（副業）は原則として社員の自由に委ねられるべきものではあるが、当該自由も絶対無制約ではない。社員は労働契約の締結によって当然に企業秩序の遵守義務を負うと解されている以上、企業秩序維持の観点から一定の制約を受けることになる。また、社員は労働契約の締結によって企業に対し適切な労務提供を行う義務を有している以上、兼業（副業）が労務提供に格別の支障を生じさせる場合にも一定の制約を受けることになると考えられる。

このように、社員の兼業（副業）は原則として社員の自由に委ねられるべきものではあるが、一定の制約を受けることになる。その制約の根拠である企業秩序維持や適切な労務提供の確保は労働契約の本質から導かれるものである。

そのため、たとえ就業規則において兼業（副業）禁止規定が設けられていない場合であっても、労働契約の本質から導かれる企業秩序維持や適切な労務提供の確保の必要性に基づき、社員の兼業（副業）を禁止できると考えられる。すなわち、企業秩序に不

当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合は、その兼業（副業）を禁止することができよう。

## ②禁止できる場合

設問の水商売との関係では、本来的な勤務先企業の業種や社員の職種、業務内容等との関係において、水商売の内容が当該企業の社会的信用を傷つける具体的危険性がある場合（Q2の④）、その水商売の兼業（副業）を禁止することができると考えられる。

また、水商売により深夜遅くまで働くことによって、本来的な勤務先での業務において、人の生命または健康を害する具体的危険性がある場合（Q2の③）や労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働となる具体的危険性がある場合（Q2の⑤）には、その水商売の兼業（副業）を禁止することができよう。

## ④規定の整備

このように一定の場合において水商売など特定の兼業（副業）を禁止することはできるが、兼業（副業）禁止規定を設けていない中、このような禁止を命じた場合、当該社員からは、「そもそも就業規則上規定もなく、実際に兼業を行っている社員もいる以上、なぜ自分だけ兼業（副業）が禁止されるか納得できない」等と反論される可能性も十分あり得、紛争につながるリスクを否定できない。

加えて、水商売など特定の場合の兼業（副業）を禁止する旨の就業規則上の規定もない中、その兼業（副業）を一方向的に禁止したところで、その禁止に違反した場合であっても懲戒処分 of 根拠を欠く以上、懲戒処分を行うことすらできないということになりかねず、その禁止について実効性も担保できない可能性が高い。

そこで、水商売など特定の場合について兼業（副業）を禁止したいのであれば、その旨の就業規則の規定を早急に設けるべきである。

## Q11

**兼業（副業）に対し、就労日数や労働時間を制限し、仕事内容・勤め先について届け出を義務づけることは可能か**

## A

**兼業（副業）を実質的に禁止するような大幅な就労日数や労働時間の制限でなければ、可能である**

## ①禁止・制限できる場合

前述までのとおり、労働時間以外の時間をどのように利用するかは社員の自由であって、社員が労働時間以外の時間を兼業（副業）に利用することも社員の自由に委ねられるべきものである（憲法22条1項「職業選択の自由」参照）。

ただし、当該自由も絶対無制約ではなく、労働契約の本質から導かれる企業秩序維持や適切な労務提供確保の必要性からやむを得ない場合、制約を受けることになる。言い換え

れば、社員の兼業（副業）が企業秩序に不当な影響を及ぼす場合や労務提供に格別の支障を生じさせる場合、企業は社員に対してその兼業（副業）を禁止・制限することができるといえる。

具体的には、Q2で見たように①兼業が不正な競業に当たる場合、②営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、③労働者の働き過ぎによって人の生命または健康を害するおそれがある場合、④兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合、⑤労務提供に格別の支

障を生じさせる程度の長時間労働となる場合等には、その兼業（副業）を禁止・制限することができると思えることができる。

## ②設問の検討

そうすると、例えば、兼業（副業）が社員の働き過ぎによって人の生命または健康を害する（前記③）ことがないよう、その就労日数や労働時間を制限することは可能と考えられる。また、労務提供に格別の支障を生じさせる程度の長時間労働にならないよう、就労日数や労働時間を制限することも可能であろう。

一方、仕事内容・勤め先についての届け出も、兼業が不正な競争に当たるか否かを確認

するため（前記①）、または兼業の態様が企業の社会的信用を傷つけるか否かを確認するため（前記④）義務づけることも可能と考えられる。

ただし、就労日数や労働時間を制限することは、あくまで働き過ぎにより人の生命または健康を害するおそれが生じないようにするといった目的や、労務提供に格別の支障を生じさせる長時間労働にならないようにするといった目的をもって行われるべきものである。

そのため、例えば、社員の兼業（副業）を実質的に禁止するかのよう大幅な就労日数や労働時間の制限は、社員の兼業（副業）の自由を不当に侵害することになると考えられるため、避けるべきであろう。

## Q12 他社と兼業（副業）している社員の労働時間管理や時間外労働規制の考え方

A

兼業（副業）先での労働時間を通算する。通算した結果、時間外労働に該当する場合、時間外労働をさせることになった使用者が、36協定等の手続きを行うとともに、割増賃金を負担しなければならない

### ①労働時間の通算

労働時間については、「事業場を異にする場合においても」、通算して計算するとされている（労働基準法38条1項）。通説・行政解釈は、この「事業場を異にする場合」について、同一の使用者の下で異なった事業場で労働する場合だけではなく、使用者を異にする事業場において労働する場合も含まれるとしている（昭23. 5.14 基発769）。

すなわち、他社と兼業（副業）している社員がいる場合、その社員の労働時間については、自社のみならず兼業（副業）する他社での労働時間も通算して取り扱わなければならないという解釈がなされている。

### ②36協定および割増賃金の負担

社員が他社において兼業（副業）する場合、労働時間を通算することになるが、通算した結果、時間外労働に該当する場合、36協定等の法所定の手続きを行うとともに割増賃金を負担しなければならないことになる。そこで、このような場合、いずれの企業が36協定等の法所定の手続きを行い、割増賃金を負担しなければならないのかが問題となる。

例えば、A企業で8時間労働した社員が、その後B企業で労働するような場合、どちらの企業が時間外割増の支払い等の義務を負うかが問題となる。通常は、当該社員と時間的に後で労働契約を締結した事業主、すなわちB企業が負担すべきと考えられている。その

理由については、後で契約を締結した事業主は、契約の締結に当たって、その社員が他の事業場で労働していることを確認した上で契約を締結すべきだからとされている（厚生労働省労働基準局編『平成22年版 労働基準法・上』労働法コンメンタール③ [労務行政] 530ページ）。

ただし、当該『平成22年版 労働基準法・上』では、A事業場で4時間、B事業場で4時間働いている者の場合、A事業場の使用者が、社員がこの後、B事業場で4時間働く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の手続きを要するものと考えられるといった見解が示されている。

すなわち、その社員を一定時間以上使用することにより、時間外労働をさせることとなった使用者がその負担を負うべきであり、必ずしも1日のうちの後の時刻の使用者でもないし、また後から雇い入れた使用者でもないといった見解が示されていることに併せて留意しておく必要がある。

### ③今後の可能性

以上が、本稿執筆時点（平成29年3月10日）での通説・行政解釈の考え方である。私見で

はあるが、実務家としての感想を述べると、企業が社員の他社での労働時間まで把握した上で、労働時間管理を正確に行うことは現実には困難な場合が多く、このような解釈はむしろ兼業（副業）を原則容認しない方向に働くといえる。

これまでは、兼業（副業）原則禁止が一般的であったため、このような解釈の実務上の対応にくさも、あまり着目されてこなかったが、今後、兼業（副業）が原則容認で一般化されることになれば、このような解釈も変更を求められる可能性がある。

現に、「事業場を異にする場合」の解釈について、「同一の使用者の下で事業場を異にする場合のことであって、労基法は事業場ごとに同法を適用しているために通算規定を設けたのである、と解してもよかったと思っている」とする見解もあり（菅野和夫『労働法 第11版補正版』[弘文堂] 464ページ）、兼業（副業）によって使用者を異にする場合、労働時間を通算しないという解釈も十分可能であろう。

今後、兼業（副業）が原則容認の方向に社会が動いていくのであれば、これまでの解釈を変更し、兼業（副業）がなされた場合、原則として労働時間は通算しないという解釈を採用すべきではなかろうか。

## Q13 兼業（副業）をしている社員の業務災害および通勤災害における労災保険はどのように適用されるか

### A それぞれの企業との雇用関係に基づいた適用がなされる

#### ①業務災害

まず業務災害を検討すると、A社で8時間勤務している社員がB社で兼業（副業）した場合における業務災害の労災保険は、次のような適用関係になる。

- ①A社での勤務時間中における業務災害は、A社での労災保険の対象となる
- ②B社での勤務時間中における業務災害は、B社における労災保険の対象となる  
すなわち、労災保険に係る給付額は、発生

した災害に関わる事業場から支払われていた平均賃金を基に算定されることになる。

それゆえ、①の場合であれば、A社において支払われていた平均賃金を基に労災保険上の給付がなされることになり（B社との関係では通常、私傷病休職扱いとなるであろう）、②の場合であれば、B社において支払われていた平均賃金を基に労災保険上の給付がなされることになり（A社との関係では通常、私傷病休職扱いとなるであろう）、A社およびB社の平均賃金が合算された計算がなされるものではない。

## ②通勤災害

次に通勤災害を検討すると、A社で8時間勤務している社員がB社で兼業（副業）した場合における通勤災害の労災保険は、次のような適用関係になる。

- ①自宅からA社までの通勤における災害は、A社での労災保険の対象となる
- ②A社からB社までの移動における災害は、B社での労災保険の対象となる
- ③B社から自宅までの帰宅における災害は、B社での労災保険の対象となる

すなわち、業務災害と同様に通勤災害の場合も、労災保険に係る給付額は、A社およびB社の平均賃金が合算されて計算されるのではなく、それぞれ対象となった企業における平均賃金によって算定されることになる。

それゆえ、①の場合であれば、A社において支払われていた平均賃金を基に労災保険上の給付がなされることになり（B社との関係では通常、私傷病休職扱いとなるであろう）、②の場合であれば、B社において支払われていた平均賃金を基に労災保険上の給付がなされることになり、③の場合であれば、B社において支払われていた平均賃金を基に労災保険上の給付がなされることになる。

## ③今後の可能性

以上が、本稿執筆時点（平成29年3月10日）での一般的な取り扱いであるが、このような労災保険上の取り扱いにも問題点がある。

例えば、本業先であるA社での勤務での賃金が高い一方、兼業（副業）先であるB社での賃金が高い場合において、B社での業務や通勤との関係で被災した場合、賃金が高いB社での平均賃金を基礎とした労災保険上の給付しかなされなくなる場合に顕著となる。この場合、その社員が喪失した稼働能力（A社+B社）と現実に支払われる労災保険上の給付（B社のみを基準）との乖離<sup>かいり</sup>が顕著なものとなるからである。

なお、A社からの何らかの補償を期待されるかもしれないが、このような場合、A社にとってみればA社とは無関係な災害に被災しているにすぎない以上、通常、私傷病休職として対応せざるを得ない。そのため、A社が私傷病休職について無給扱いとしていけば、A社から賃金が支払われることはない。

現状、兼業（副業）原則禁止が一般的であるため、このような問題が着目される機会が少なくあまり問題視されていないが、このような取り扱いには違和感を持つ方も多いのではないだろうか。

そもそも、労災保険制度の目的は、社員が被災したことによって喪失した稼働能力を<sup>てんば</sup>填補することにある以上、労災保険上の給付額の算定においても喪失した稼働能力を的確に反映させることが求められるべきであろう。

そうであれば、兼職（副業）している社員における労災保険上の給付額についても、業務災害および通勤災害の場合を問わず、それぞれの企業から支払われていた平均賃金を合算した額を基礎として算定すべきといえよう。

今後、兼業（副業）が原則容認されるようになった場合、このような労災保険上の問題点も着目される可能性があり、今までの取り扱いが変更される可能性もあろう。

## Q14

**本業では時間外労働がほぼない中、  
無許可で兼業(副業)をしていた社員が  
長時間労働を原因として過労死した場合、  
本業の会社は損害賠償責任を負うか**

## A

**損害賠償責任を負わない**

### ①損害賠償責任

社員が長時間労働を原因として過労死した場合、企業に対しては、安全配慮義務(労働契約法5条)違反や使用者責任(民法715条)に基づき損害賠償責任を追及することが考えられる。ただし、これらの責任は当然のことながら無過失責任ではなく、企業に損害賠償責任が認められるためには、故意または過失が必要となる。

すなわち、安全配慮義務違反に基づく損害賠償責任が発生するためには、企業が安全配慮義務に違反することについての故意または過失があったことが必要となる。また、使用者責任に基づく損害賠償責任が発生するためには、過労死した従業員の労働時間管理を行っていた社員等について故意または過失が最低限必要となろう。

このように損害賠償責任という法的責任が発生する場合、故意または過失が必要となる。過失については、予見義務に裏づけられた予見可能性があることを前提に、結果回避義務に違反した場合に過失が認められると考えられる。

### ②設問の検討

設問の会社では兼業(副業)が原則禁止され、許可制が採用されている。それゆえ、兼業(副業)を行っている社員から兼業(副業)の許可申請がなければ、会社として社員が兼

業(副業)を行っていること自体を把握することは極めて困難である。

さらに、設問の本業となる会社では時間外労働がほぼないとされている以上、会社や会社の労働時間管理の担当者に対し、社員が無許可で兼業(副業)を行っていただけではなく、過労死に至るくらいの長時間労働をしていたことまでの予見義務や予見可能性を要求することは極めて酷であり、不可能を強いることになりかねない。

そのため、本業となる会社や会社の労働時間管理の担当者に対し、そもそも予見義務に裏づけられた予見可能性を肯定することもできないし、結果回避義務を肯定することもできないだろう。

なお、当該社員の遅刻が多かった、いつも眠そうにしていたといった事情から長時間労働の可能性に気づくべきであったとする見解も予想されるが、私生活上での単なる夜更かし等も十分考えられる中、そもそも労働時間以外の時間は社員の自由に委ねられるべきものである以上、労働時間以外の時間における社員の兼業(副業)に伴う働き過ぎまで、本業である会社や労働時間管理の担当者に対し、予見義務に裏づけられた予見可能性や結果回避義務を要求すべきでないことも明らかであろう。

以上より、設問における本業の会社では損害賠償責任を負わないと考えられる。