

ICTの活用にもなう労働者の兼業・副業をめぐる法的問題の研究

代表研究者
共同研究者

大内伸哉
河野尚子

神戸大学 大学院法学研究科 教授
世界人権問題研究センター 専任研究員

1 はじめに

近年、長期雇用制度の変容や会社の存続リスクに伴い、主体的に複数の仕事を掛け持ちするといった複線的な働き方（パラレルキャリア）を推進する議論がみられるようになった。また、パラレルキャリアの推進と同時に、創業・新事業創出の手段としても掲げられ、社外の新しい知識、資源を取り入れる「オープンイノベーション」の考え方が求められるようになってきている。特に、技術革新に伴い、テレワークやクラウドワークのように、ICT（情報通信技術）を活用した新たな働き方の導入の普及は、本業とは別に副業をもつ、パラレルキャリアとしての働き方を容易にする。現在も働き方改革をめぐる検討課題の一つとして、「テレワーク、副業・兼業といった柔軟な働き方」が検討されている。テレワークは、ICTを活用した働き方の中心的な役割を担うが、こうした働き方は、時間的拘束性や場所的拘束性が希薄であり、労働の遂行における裁量が大幅に広がるため、特有の法的課題が存在する。そこで、本稿では、テレワークを活用した副業・副業をめぐる特徴を踏まえた上で、ICTを活用した新たな働き方によって問題となりうる、雇用型および非雇用型の副業・副業をめぐる法的課題について検討を行う。

2 テレワークを活用した副業・副業の特徴

テレワークの活用は、場所的・時間的拘束に囚われず、自律的かつ柔軟な働き方を可能にすることから、副業・副業を行う手段としても有効的であることが特徴として挙げられる。

また、テレワークは、雇用型（在宅型・モバイル型・施設利用型）と非雇用型で大きく二つに区分することができる。まず、雇用型テレワークの場合、時間的・場所的拘束性が希薄で、労働の遂行に裁量が認められても、労働契約を締結していることを前提に、労働法（労働時間規制等）、労働保険（労災保険・雇用保険）や被用者保険（健康保険・厚生年金保険）の適用対象となる。テレワークの場合、時間的・場所的拘束性の希薄さや労働の裁量に関する特徴を踏まえ、副業・副業との関係では、それに応じた法のあり方を検討する必要がある。

一方、非雇用型のテレワークは、請負契約や委託契約といった契約を締結して就労する自営的な働き方を意味する。今後は、ICTを活用した働き方で、知的創造的な仕事に従事することが主流となることが指摘されている。加えて、仲介事業となるクラウドソーシングの拡大によって、事業者と労働契約を締結しない、自営的な副業・副業の増加も見込まれる。しかし、非雇用型のテレワークの場合、基本的には労働法や労働保険、被用者保険といった適用からは除外されることから、こうした働き方に対する法のあり方が検討課題とされている。特に、副業・副業普及の議論を背景に、雇用型・非雇用型のテレワークに関わらず、副業・副業という働き方を選択し、パラレルキャリアを展開させ、自らの職業能力の向上を図ることのできる法解釈・立法政策の構築が求められているものと考えられる。

3 テレワークを活用した副業・副業の特徴

3-1 副業・副業規制

企業においては、就業規則等により副業・副業の許可制または禁止条項を定め、労働者の副業を制限することが多い。特に、テレワークを活用する場合、時間的・場所的拘束性が希薄であり、労働の遂行における裁量があることを踏まえると、使用者は、副業・副業による職務遂行への影響や営業秘密の持ち出しによる漏洩のリスクを懸念し、副業・副業には消極的な立場をとる可能性もある。また、ICT技術の進歩により、労働者が職務に専念しているかどうか完全に把握することも可能になるような状況下では、労働に遂行における労働者の裁量の幅が狭まり、かえって、副業・副業を自由に行うことが難しくなる場合もあろう。

一方、副業・副業の増加に伴い、副業禁止条項の有効性判断における立法論に関する議論が展開され、さらに、近年では、複業推進の観点から、副業・副業解禁の動きがみられるようになる。例えば、「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」報告書（厚生労働省、2005）は、労働者には私生活の自由や職業選択の

自由（憲法 22 条 1 項）があること、兼業労働者数の増加等を考慮し、立法論として、労働者の兼業を禁止したり、許可制としたり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（不正な競業、営業秘密の不正な使用・開示を伴う場合、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、兼業の態様が使用者の社会的信用を傷つける場合等）がある場合を除き、無効とすることを提示している。さらに、最近では、厚生労働省において、「モデル就業規則」の遵守事項第 11 条⑥（「許可なく他の会社等の業務に従事しないこと」）等につき、「同業他社に企業秘密が漏洩する恐れがある」「長時間労働につながる」といった例外的な条件を追加的に設け、兼業・副業を原則として認める内容へ修正することの検討がなされている。特に、労働者の私生活の自由や職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）、キャリア形成の利益を重視すれば、ICT を活用した働き方においても、使用者の利益を侵害する、あるいは、侵害する恐れが高い場合を除いて、兼業・副業は原則として自由に行われるべきである。

3-2 労働時間規制と管理

平成 29 年「働き方改革実行計画」は、テレワークや兼業・副業の普及を推進する一方で、長時間労働を招いては本末転倒であるとして、労働時間管理をどのようにしていくかを検討課題としている。雇用型テレワークを活用する場合、労基法 32 条に基づく労働時間規制（原則：1 日 8 時間、1 週間 40 時間）が及ぶが、原則的な労働時間規制よりも柔軟な労働時間の配分が可能となる労働時間規制の適用が望ましい。この場合、事業場外労働みなし制（労基法 38 条の 2）、専門業務型裁量労働制（労基法 38 条の 3）、企画業務型裁量労働制（労基法 38 条の 4）の適用が考えられる。ただし、専門業務型・企画業務型裁量労働制の場合は、適用対象となる業務が限定されている。また、事業場外みなし労働制は、労働時間を算定し難い場合に認められるが、ICT の発達により、在宅勤務は企業のコントロールを容易なものとするところから、みなし労働時間制を適用しにくい状況が生じているとの指摘がある。そのため、テレワークには、こうした労働時間規制は馴染まず、新たな規制が必要とされるといった見解もみられる。

また、労働時間に関してはいずれにせよ、事業場を異にする場合、労働時間に関する規定の適用については、通算され（労基法 38 条 1 項）、そして、行政解釈は、複数の使用者の下で働く場合にも、労働者の生命・健康の保護を図るという観点から、労働時間を通算して計算するという立場を採用している（昭和 23・5・14 基収 769 号）。その結果、兼業・副業により、1 日 8 時間を超えた場合、労働者と時間的に後で契約した事業主が割増賃金を支払う義務を負うものと解されている。また、専門業務型・企画業務型裁量労働制や事業場外みなし労働制については、休日労働（労基法 36 条）、深夜労働についての割増賃金（労基法 37 条）などの規制はなお及ぶことになる。そのため、テレワークを活用した兼業・副業の場合にも、使用者はそれぞれ、割増賃金支払の観点から、兼業・副業先の労働時間の把握や管理を行わなければならない。加えて、就労時間と非就労時間が不明瞭になる場合には、使用者が作業報告を義務付けることがある。そこで、中断された私的時間に関する私的な事柄について申告することは、プライバシーの侵害を構成しうる。この点、使用者が労働者に対し、非就労時間になされる兼業・副業の労働時間を申告するよう報告することは、労働時間の管理・把握という観点からは、プライバシー侵害には該当しないものと考えられる。ただし、兼業・副業の労働時間まで使用者が管理・把握を行うことは実際には困難であり、仮に、管理・把握が可能であったとしても、長時間労働につながることを理由に使用者が兼業・副業を積極的に制約する恐れもあり、自律的かつ柔軟な働き方を実現できるかどうかは微妙となる。

これに対し、兼業・副業の普及に伴い、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から、複数の使用者の下で就労する労働者については、健康に配慮しつつ、労働時間の通算制を見直す議論も多くみられる。特に、テレワークの場合、兼業・副業の労働時間の配分は、労働者の自らの裁量によって決められること、1 日の中で占める、兼業・副業に関する職務遂行の割合は、業務量に応じて変動するといった、自律的かつ柔軟な働き方を可能にすることが特徴である。こうした特徴からすると、通算制を採用したとしても、兼業・副業先を含めた労働時間管理は難しいこと、また、割増賃金支払義務を負うのは一方の使用者に過ぎないことから、長時間労働の抑制機能は果たせていない。むしろ、兼業・副業といった働き方は労働者が自主的に選択しているものと評価できるから、労働者の生命・健康の保持を図るための法規制として、安全衛生法上、健康保持・増進の観点から、複数就業者が自ら積極的に健康診断や面接指導といった措置を受けられる環境の整備が必要である。具体的に、兼業・副業に従事する者については、自発的に健康診断・面接指導を受け、その結果を事業者へ提出することで、事業主に事後措置等を講ずることを義務付ける手法が考えられる。

3-3 労働保険（労災保険法・雇用保険法）と兼業・副業

雇用型テレワークを活用した兼業・副業の場合、労災保険法や雇用保険法のような労働保険法との関連でも問題が生じる。まず、在宅勤務中の業務が原因である労働災害については、業務上の災害として労災保険法上の保険給付の対象となる（「情報通信機器を活用した在宅勤務の適切な導入及び実施のためのガイドラインの改定について」（平成20・7・28基発0728001号））が、兼業・副業との関係では、どちらの業務に起因して生じた災害なのかという点が不明確になりやすい。加えて、複数就業者が在宅勤務ないし通勤中に業務上の災害に遭った場合、給付基礎日額については、労災保険法8条の適用により、業務・通勤災害の発生した事業場から支払われる賃金のみが対象となる（王子労基署長（凸版城北印刷）事件・最判昭和61・12・16労働判例489号6頁、国・淀川労基署長（大代興行ほか1社）事件・大阪地判平成26・9・24労働判例1112号81頁）。しかし、給付基礎日額の算出方法の在り方をめぐっては、労働者が被災したことにより喪失した稼得能力を填補するという労災保険制度の目的を考慮し、二重就職者の給付基礎日額は、業務災害の場合と通勤災害の場合とを問わず、複数の事業場から支払われていた賃金を合算した額を基礎として定めることが適当であるとして、見直す議論がみられる（厚生労働省の労災保険制度の在り方に関する研究会「中間とりまとめ」（2004年7月）。そこでは、二重就職者の給付基礎日額の見直しを行う場合には、メリット収支率の算定に当たって、業務災害が発生した事業場がより重い負担を負うことのないようにするための措置を講ずることが必要であることも指摘されている）。また、雇用保険法は、適用事業に雇用される労働者を被保険者としているが、1週間の所定労働時間が20時間未満である者、同一の事業主に継続して31日以上雇用されることが見込まれない者については被保険者とならない（6条1号・2号）。兼業・副業の場合、異なる事業主のもとでの労働時間は合算されないため、どちらの事業主との労働関係についても、この要件を満たさない場合には、適用対象外となる。また、両方の事業主との関係で適用要件を満たす場合には、本業の労働関係が解消したとしても、副業との間で新たに保険関係が成立するため、本業との関係では、離職に当たらず、基本手当などの給付が行われない。こうして、離職した場合の生活保障への保護が不十分となる場面が生じることから、検討課題とされている（職業安定分科会雇用保険部会（第90回：平成25年7月30日）。なお実際に、全雇用者のうち副業（雇用者、自営業主、家族従業者を含む）をしている者の数（総務省統計局「24年就業構造基本調査」）を本業の所得階層別でみると、本業の年間所得が299万円以下の階層で全体の約7割を占めていること、本業の年間所得が199万円以下の階層と1000万円以上の階層で副業をしている者の割合が比較的高いことが指摘されている（第116回労働政策審議会職業安定分科会雇用保険部会資料3「雇用保険の適用、マルチジョブホルダーについて」参照）。

4 非雇用型テレワークと兼業・副業

4-1 在宅ワークの労働者性をめぐる問題

非雇用型のテレワークについて、在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン（2000年6月）は、「情報通信機器を活用して請負契約に基づきサービスの提供等（例えば、テープ起こし、データ入力、ホームページの作成、設計・製図等）を行う在宅形態での就労」と定義する。ただし、形式的には請負契約や委任契約であっても、実際には、労働保護法上の労働者として認められる場合があることから、その適用対象に該当するか否かが問題となる。この点については、労基法上の労働者性をめぐる判断基準に従うことになる。なお、労災保険法や雇用保険法は、労基法上の労働者と同様、使用従属関係の存否によって決定され、また、健康保険法や厚生年金保険法は、会社の代表取締役も適用対象とされることから、同一の概念ではないし、例えば、健保法は、労働生活に直接関係のない事項を災害補償の対象とし、国民の生活の安定と福祉の向上に寄与することを目的としていることから、労使間の実勢上の差異を考慮すべき必要はないものとして、労基法上の労働者とは一致しない場合がある（広島高岡山支判昭38・9・23行集14巻9号1684頁、大阪高判昭55・11・21労働判例357号52頁同旨）が、基本的には同様の基準を用いて判断される。

そこで、労働者性をめぐる一般的な判断基準は、使用従属関係の有無であるが、1985年労働省労働基準法研究会報告は、「使用従属性」に関する判断基準について、①指揮監督下の労働か否か（イ仕事の依頼への諾否の自由、ロ業務遂行上の指揮監督、ハ時間的・場所的拘束性、ニ代替性）、②報酬の労務対称性（報酬の算定・支払方法）を挙げ、「労働者性」の判断を補強する要素として、③事業者性の有無（機械・器具の負担、報酬の額等）、④専属性の程度等を挙げている。この基準によれば、時間的・場所的拘束性が希薄で、労働の遂行に裁量のあるテレワーカーについては、労働者性が否定される可能性が高くなる。一方、雇用型テレワークの場合には、前述のとおり裁量労働制を採用する場合もある。こうした裁量労働者の労働者性を基礎づけているのは、企業組織に組み入れられて、就業規則や企業秩序に服し、企業秩序違反等に対しては懲戒処分等もあり得るという点で使用者の指揮命令下で就労しているものと評価されている。

これに対し、学説の中には、テレワークを推進するという政策判断のもとで、業務遂行上の指揮監督、時間的・場所的拘束性が希薄となるテレワークについて、労基法上の労働時間規制の検討を行っていることから、適用対象であることを明確化するだけでなく、労働者の範囲を広げるものと捉えられると解するものがある。この見解は、仕事と生活時間等の配分を自律的に決定していることは、それ自体では労働者性を否定する要素とはならないとした上で、各労働法規制にテレワークに適用すべきかどうかを問い直すことを指摘している。このような視点は、労働保護法の適用拡大をめぐる議論へとつながる。

そこで、非雇用型テレワークのようにグレーゾーンに属する人々について、労働保護法の適用拡大を検討する議論がみられる。保護対象の拡大をめぐる議論では、労基法上の労働者性の判断基準について、人的従属性を緩やかに認め、経済的従属性を重視する方向で、労働者概念の拡張を図る立場と、個々の立法、制度ごとに、労働者の保護対象を相対的に拡張する立場、そして自営的就労者の保護として、個々の立法、制度ごとに要保護性の観点から適用を拡張するという立場がみられる。さらに、学説上ではこうした概念を設定せずとも、解雇権濫用法理や安全配慮義務といった民法の一般条項の解釈として確立された労働法上の法理は、類似の実態にある労務供給者の関係に類推適用されうると解されている。もっとも、非雇用型テレワークについては、労働契約類似の関係にある者だけでなく、純然たる自営的就労者に対しても、労働者保護対象を拡大し、一定の保護を図ることで初めて、テレワークとして安定的な働き方を選択することが可能になるものと解すべきである。

4-2 非雇用型テレワークに対する保護

(1) 自営的就労者に対する保護

非雇用型テレワークの場合、基本的には労働法や労働保険（労災保険・雇用保険）、被用者保険（健康保険、厚生年金保険）の適用はない。もっとも、こうした者に対しても、家内労働法、労災保険法の特別加入者、下請代金支払遅延等防止法、独占禁止法（優越的地位の濫用の規制、2条9項5号・6号）等の保護を受けられる場合はある。

しかし、テレワークの場合、家内労働法は、物品の製造または加工等に従事する者に保護対象を限定していることから、適用対象外とされる者も多く、その立法趣旨や地域性の委託者責任のあり方を考慮して、別の法的アプローチで臨むべきとする指摘がみられる。また、下請代金支払遅延等防止法は、物品の製造や修理、ソフトウェア等の情報成果物の作成または役務の提供を委託した場合を適用対象とするが、親事業者の資本金要件もあり、非雇用型テレワークとして兼業・副業に従事する者を全てカバーすることはできない。加えて、同法は、下請事業者の利益を保護し、取引の適正化を推進する観点からのルールであるため、発注書面の作成、交付義務や、不当に著しい額での買ったたきや下請代金の減額の禁止といった親事業者の義務が存在する一方、健康確保といった視点での保護は図られない。さらに、在宅ワークの適正な実施のためのガイドラインは、契約条件の文書明示、報酬納期、継続的な注文打切りの場合の事前予告、労働条件の変更時の手続き、個人情報保護、健康確保措置、能力開発に関する支援等を定めているが、遵守事項にとどまる。そのため、ガイドラインに違反したとしても、家内労働法や下請代金支払遅延等防止法等に該当しない限り、違反の効果が直接生じるわけではない。

その他、平成29年「働き方改革実行計画」においても、非雇用型のテレワークについては、仕事内容の一方的な変更やそれに伴う加重労働、不当に低い報酬やその支払い遅延、提案形式で仮納品した著作物の無断転用など、発注者や仲介事業者との間での問題が生じていることが指摘されている（なお、発注者による支払遅延や減額、受領拒否、やり直し等の不利益な取引条件の設定は、独占禁止法上の優越的地位の濫用規制（2条9項5号・6号）に該当する場合がある）。これに対し、学説では、非雇用型テレワークだけでなく、全ての自営的就労者に対する政策的関与として、自営的就労の契約は、民法上の雇用契約、請負契約、準委任契約などにまたがりうる特別な役務提供契約の一種とみて、契約の適正化のために、特別な立法で処理することが望ましいとして、契約締結過程における情報開示ルールと、契約内容に関する法的ルールを提示する見解があり、今後の検討課題となる。

(2) 兼業・副業との関係

兼業・副業との関係でも、非雇用型テレワークの場合は、労働法の保護規制が及ばない。例えば、労基法上の労働時間規制も対象外となるため、労働時間の通算制（労基法38条1項）自体が適用されない。しかし、兼業・副業の結果、就業時間が長時間となる可能性はあり、また、発注者から依頼された仕事量が多くなれば、就労者の過重労働を招きかねない。この点については、労務供給者の生命・身体の安全の確保という観点から、自営業者でも自己責任にのみ委ねることは社会的にみて妥当とはいえないとして、就業者の契約形

式を問わず、就業場所という単位での健康・安全に関する管理責任を問うこと、労務供給者の従事する時間の長さについて必要な制約を課すること等を提示する見解がある。兼業・副業といった働き方は、就労者が自立的に選択したものであるから、発注者が兼業・副業先の就労時間まで把握し、制約する必要はなくても、過重労働を防止するという観点から、健康確保措置を設けることには一定の意義がある。

また、非雇用型のテレワークの場合、労災保険や失業保険の適用対象外となるため、就労が不可能となる期間に対する補償や失業に対する所得保障等が得られない。さらに、こうした兼業・副業就労者は、国民健康保険の適用対象とされるが、健康保険法上の被保険者には、病気や怪我で仕事を休んだ場合の傷病手当金や出産のために会社を休んだ際の出産手当金があるのに対し、国民健康保険法にはそうした規定がない（その他、雇用型の被用者が加入する厚生年金保険法については、国民年金保険法と異なり、保険料負担が労使折半である点、基礎年金に加え厚生年金を受領できる点等があげられる。もっとも、自営業者については、私的年金として、国民年金基金や個人型確定拠出年金（iDeCo）に任意加入が可能とされている）。このような環境の下では、自営的就労者として、非雇用型テレワークを活用した兼業・副業という働き方を選択し、生計を維持していくための安定的な基盤は備わっていないといえる。特に、長期雇用制度の変容や雇用の流動化の中で、複数の仕事を掛け持ち、自己実現を図ることは、生計手段を確保しつつ、自らの職業能力の向上を図ることを可能にする働き方として意義を有する。そこで、兼業・副業といった働き方を選択し、パラレルキャリアを展開していくための基盤の整備は、労働者だけではなく自営的就労者にも求められるべきである。

こうした考え方は、職業キャリアを形成し展開する権利としてのキャリア権構想とも共通する視点である。学説の中にも、自営的就労者について、キャリア権の観点から、自営的な働き方のなかに適職をみつけ、その職業人生が充実したものとなるよう、政府が適切なサポートをすることを提唱する見解がある。これによると、職業人としての基礎的な能力の養成を重視すると同時に、セーフティネットとして、雇用就労者に対する手厚い社会保障と比べ、自営的就労者に対する社会保障との格差を指摘し、国民一人ひとりが直面する重要な所得喪失リスクに対して包括的かつ総合的な所得保障を構想していくような制度設計も必要であるとされる。こうした視点を踏まえると、非雇用型テレワークを活用した兼業・副業によって、パラレルキャリアを展開し、自らの職業能力の向上を図ることのできるよう、サポートする法のあり方を今後模索していくことが望まれる。

【参考文献】

- 大内伸哉『AI時代の働き方と法 2035年の労働法を考える』（弘文堂、2017）
諏訪康雄「テレワークの実現と労働法の課題」ジュリスト1117号（1997）
馬渡淳一郎「ネットワーク化と雇用の多様化」季刊労働法187号（1998）
長坂俊成「テレワークの法的性質と法的保護のあり方—労働法理を中心として—」季刊労働法193号（2000）
森戸英幸「わが家が一番？—情報化に伴いテレワーク・在宅就労の法的諸問題」日本労働研究雑誌467号（1999）
岩永昌晃「テレワークと労働時間規制・労働者性」村中孝史・水島郁子・高島淳子・稲盛公嘉編『労働者増の多様化と労働法・社会保障法』（有斐閣、2015）
西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、2003）
吉田肇「個人請負型就業と労働者性」村中孝史・水島郁子・高島淳子・稲盛公嘉編『労働者増の多様化と労働法・社会保障法』（有斐閣、2015）
大内伸哉「第5章 今後の労働保護法制のあり方についての一考察—自営的在宅ワークをめぐる法律問題の分析を通して—」『在宅ワーカーの労働者性と事業者性—在宅ワーカーに対する社会的な保護・援助』調査研究報告書No.159（2003）
竹内（奥野）寿「労働者の概念」『労働法の争点』4頁（有斐閣、2014）
川口美貴『労働者概念の再構成』（2012）
橋本陽子「『労働者』の概念形成」菅野和夫古稀記念『労働法学の展望』（2013）
鎌田耕一『契約労働の研究』（2001）
島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」下井隆史先生古稀記念『新時代の労働契約法理論』（2003）27頁

大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて」中嶋士元也先生還暦記念『労働関係法の現代的展開』(2004) 47 頁。西谷敏『労働法の基礎構造』(法律文化社、2016)

柳屋孝安『現在労働法と労働者概念』(信山社、2005)

諏訪康雄「キャリア権の構想をめぐる一試論」日本労働研究雑誌 468 号 54 頁

諏訪康雄「キャリア権をどう育てていくか？」季刊労働法 207 号 40 頁 (2004)

諏訪康雄「労働市場と法—新しい流れ」季刊労働法 211 号 (2005)

諏訪康雄「キャリア権を問い直す」季刊労働法 238 号 (2012)

唐津博「労働法パラダイム論の現況と労働法規制の多元性」労働法律旬報 1700 号 (2009)

野川忍「労働法制から見た雇用保障政策—活力ある労働力移動の在り方」日本労働研究雑誌 647 号 73 頁

大内伸哉「IT からの挑戦—技術革新に労働法はどう立ち向かうべきか—」日本労働研究雑誌 663 号

〈 発 表 資 料 〉

題 名	掲載誌・学会名等	発表年月
自営的就労者の法的課題をめぐる比較法シンポジウム「なぜいま自営的就労か—日本の問題状況—」	神戸労働法研究会	2018 年 2 月 3 日