

分担研究報告書

企業等で雇用されている間における就労継続支援等の適正な実施プロセスについての研究において
兼業・二重就業に関する労働法上の問題

研究分担者 長谷川珠子 (福島大学)

【研究要旨】

本報告では厚生労働科学研究「企業等で雇用されている間における就労継続支援等の適正な実施プロセスについての研究」において、就業規則における兼業・二重就業規制に関する労働法上の問題について明らかにする事を目的とした。そして、特にA型で一時利用を行う場合、所属企業が就業規則によって兼業や二重就業を許可制としている場合には、たとえ休業期間中であってもA型を利用することの許可を得る必要がある可能性があること、企業およびA型で通算して1日8時間を超えて働く場合、A型において36協定を締結し少なくとも労基法上の要件を満たすということが求められること、労働時間の通算のルールについて、企業のみならず、A型事業所にも十分に周知する必要があること等を指摘した。

A.研究目的

本研究「企業等で雇用されている間における就労継続支援等の適正な実施プロセスについての研究」において就業規則における兼業・二重就業規制に関する労働法上の問題について法律の観点から考察し、研究者間での予備知識として共有することを目的とした。

B.調査方法

就業規則における兼業・二重就業規制について、就労継続支援A型事業所・B型事業所から見た問題について、文献、資料により現行の制度を調査した。

C.結果

I 就業規則における兼業・二重就業規制

【就業規則とは】

労働条件や職場のルールについて使用者が定める規則の総称が就業規則という。常時10人以上の労働者を使用する使用者は、就業規則の作成義務を負う(労働基準法89条)。また、就業規則

を作成または変更した場合には、当該事業場の過半数代表の意見を聴いたうえで(同法90条1号)、行政官庁に届け出なければならない(同法89条)。

就業規則の労働契約上の効力については、労働契約法7条に定めがあり、「労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において、使用者が、合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件による」こととなる。

つまり、就業規則の内容が合理的であるかつ、その内容が労働者に周知されていれば、その就業規則の内容が労働契約の内容になる。

したがって、原則として労働者は就業規則の内容に拘束されるが、労働契約法7条但し書きにあるように、「労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の内容と異なる労働条件を合意していた部分については、この限りではない」ため、就業規則の定める内容よりも、労働者にとって有利な条件で労働者と使用者との間で個別に合意があった場合には、当該個別合意が優先される(図表1)。

【就業規則とは】

- ・ **就業規則**：労働条件や職場のルールについて使用者が定める規則の総称。
- ・ 「労働契約法（労契法）7条 労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において、使用者が、①合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に②周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする。」
⇒①就業規則の内容が「合理的」であり、②労働者に周知されていれば、労働契約の内容となるため、原則として労働者は就業規則の内容に従わなければならない。
- ・ 「労働法 7条但し書き ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の内容と異なる労働条件を合意していた部分については、……この限りでない。」
⇒就業規則の内容よりも有利な条件を労働者と使用者とで合意した場合には、個別の合意の内容が優先される。

図表1 就業規則とは

【兼業・二重就業と懲戒処分】

本研究との関係では、兼業や二重就業（以下、「兼業」という）を禁止する就業規則の規定がある場合に、労働者は兼業することができるかどうか問題となる。

一般的に、労働者が本業として雇用されている会社とは別の会社で働く場合や、自ら事業を営む場合に、会社の利益を害するおそれがあることから、就業規則に、「会社の許可なく、他に雇用され、

または、自ら事業を営んではならない」と定め、その違反を懲戒事由として列挙する会社が多くみられている。

ただし、会社で働く時間以外の私生活において、労働者がどのように時間を使うかは、本来は労働者側の自由であり、私生活の尊重や職業選択の自由といった要請が働くため、兼業を全面的に禁止する内容の就業規則は合理性がないと判断される可能性が非常に高い（図表2）。

【兼業・二重就業と懲戒処分】

- 就業規則によって「兼業」が禁止されていた場合、労働者は兼業できないのか？
 - ・ 労働者が本業として雇用されている会社とは別の会社で就業したり自ら事業を営むことは、会社の利益を害するおそれがあるため、就業規則が、「会社の許可なく、他に雇用され、または、自ら事業を営むこと」を懲戒事由として定めていることが多い。
 - ・ もっとも、労働者の私生活の尊重や職業選択の自由の要請がはたらくため、二重就業や兼業を全面的に禁止する就業規則は合理性を欠くと判断される。
→労働法7条の「合理性」がないと解釈され、労働契約内容とはならない。
 - ・ 一方で、二重就業・兼業を「許可制」とする規定には合理性が認められると解釈されている（小川建設事件・東京地決昭和57・11・19 労判397号30頁等）。
- 就業規則の定めに関し、無許可で兼業した場合、常に懲戒事由に該当するのか？
 - ・ 無許可兼業が懲戒事由として定められている場合であっても、①深夜に及ぶ長時間の兼業等で労務提供に具体的に支障が生じる場合や、②競業関係にある会社に就職するなどして所属企業の利益を不当に侵害する等背信行為があると認められる場合に限り、懲戒事由に該当すると解釈されている。
 - ・ 厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」（2018（平成30）年1月、2020（令和2）年9月改定）は、各企業が労働者の副業・兼業の自由を制限することが許されるのは、例えば、①労務提供上の支障がある場合、②業務上の秘密が漏洩する場合、③競業により自社の利益が害される場合、④自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であるとしている。

図表2 兼業・二重就業と懲戒処分

一切の兼業を禁じる就業規則は、合理性がなく、労働者は当該就業規則に従う必要はないため、懲戒処分の対象ともならない。

一方で兼業を許可制とする規定には合理性が認められると解される。次に問題となるのは、そのような就業規則の定め反して、無許可で兼業した場合、常に懲戒事由に該当し、懲戒処分が有効となるかという点である。

この点について、無許可兼業が懲戒事由として定められている場合であっても、①その兼業が深夜に及ぶなど長時間であって、本来働くべき会社での労務提供に具体的に支障が生じるといった場合や、②兼業先が競業関係にある会社で、そこで働くことにより所属企業の利益を不当に侵害するなど背信行為があると認められる場合に限り、懲戒事由に該当すると解釈されており、許可を得ずに、二重就業、兼業したからといって、常に懲戒事由に該当するわけではない。

副業や兼業は、障害者雇用の場面だけではなく、多様な働き方や1億総活躍社会などが注目された時期に、「副業・兼業の促進に関するガイドライン」（以下、「ガイドライン」という）が、厚生労働省によって定められ、社会的に広く注目を集めている。ガイドラインは、自分の能力を生かしてキャリアを変えたり、副業ができる、そういった社会にしていこうという目的で作成されたものであり、副業や兼業を制限するルールをなるべく減らしていく方向で、議論が進められている。

ガイドラインでは、各企業が労働者の副業・兼業の自由を制限することが許される場合として、①労務提供上の支障がある場合、②業務上の秘密が漏えいされる場合、③競業により自社の利益が害される場合、④自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を挙げ、それ以外については、基本的には副業・兼業を制限すべきではないとされている。

【A型併用の場合の考え方】

以上の点を踏まえ、企業等での雇用と就労継続支援A型の利用を併用する場合に、どのような問題が生じるかを検討する。

自らが雇用されている企業が就業規則によって兼業を許可制としている場合には、たとえ休業期間中であってもA型を利用することの許可を会社から得る必要があると考える。

ただし、労働契約法7条但し書きにあるように、当該労働者と使用者との間で、兼業することについての個別の同意があれば、兼業の許可制ルール

は当該労働者に及ばないため、障害者が企業との間で、A型利用について個別に同意していた場合は、許可を得ることなくA型との併用ができる。

A型との併用は、所属企業での雇用の継続を目的とするものであり、所属企業がそれを許可しないことは、現実的にはあまり想定できないが、理論的には、整理しておく問題がある。

特に問題になりうると考えられるのが、A型の事業と所属企業の事業とが競業する場合、例えば、同じパン屋である、同じエリアでお弁当を売っているなどといった場合であり、その場合は、許可が得られない可能性もある。しかし、所属企業での仕事と類似の仕事をA型で行うことは、障害者が仕事に慣れたり、就労能力を高めたりするには、望ましいことといえる。就職する際や、復職する際に、企業での業務と異なる仕事をA型で行ったとしても、訓練にはなりにくい。障害者にとっては、似た仕事を行うことができるA型で働く方が望ましいといえる。

一般に、懲戒事由の該当性判断においては、どちらかという、使用者側に厳しい判断になるため、たとえ類似する業務のA型で許可なく働いたとしても、秘密の漏えいや自社の利益の侵害などが明らかな場合を除き、たとえ無許可で兼業したという事実があったとしても、懲戒処分自体は違法や無効になる可能性が高いのではないかと考える（図表3）。

次に、ガイドラインの①労務提供上の支障がある場合と、④自社の名誉や信用を損なう場合について検討する。一般就労へのスムーズな移行や休職からの復職支援のためにA型を利用する場合には、これらの問題は生じないため、所属企業がこれらの理由に兼業を制限することは許されないうことになる。

ただし、A型での勤務日数や勤務時間次第では（A型での労働時間が長時間に及ぶような場合等）、所属企業での労務提供に支障が及ぶことも考えられるため、障害者の負担という面だけでなく、懲戒処分や所属企業との関係においても、A型と所属企業での労働日数と労働時間は重要となる。

最後に、A型事業所側から見た場合、A型で働いている利用者が別の会社でも働くことになるため、A型事業所の就業規則にも、兼業や二重就業を制限する規定があるとするれば（A型事業所であっても常時10人以上の労働者を使用している場合には就業規則の作成義務を負う）、A型事業所との関係でも問題になることがある点にも注意が必要である。

【A型併用の場合の考え方】

- ・ 所属企業が就業規則によって兼業・二重就業を許可制としている場合には、A型を利用することの許可を得る必要がある。
 - ・ ただし、障害者が所属企業との間で、A型利用について個別に合意していた場合には、労契法7条ただし書きにより、許可を得ることなくA型の併用が可能。
- 所属企業の許可が得られない場合があるか？
- ・ A型の事業と所属企業の事業とが競業する場合（ガイドラインの②・③）→許可が得られない可能性がある。
※とはいえ、所属企業での業務と類似の業務をA型でも行うことは、障害者にとっては望ましい。懲戒事由に該当するかどうかは厳格に判断されるため、類似する事業のA型で許可なく働いたとしても、秘密漏洩や自社の利益の侵害になるとは考えにくく、懲戒処分は違法・無効になる可能性が高い（労契法15条）。
 - ・ A型の事業と所属企業の事業とが競業しない場合→ガイドラインの①や④が問題となるが、一般就労へのスムーズな移行や休職からの復職支援のためにA型を利用する場合、それらの問題は生じないため、所属企業は許可すると考えられる。
※「A型での勤務時間や労働日数」は、所属企業で労務提供をするうえで支障となることがあるため、障害者の負担という面だけでなく、懲戒との関係でも重要となる。

図表3 A型併用の場合の考え方

II 労働時間の通算

【労働基準法（労基法）上の労働時間の考え方】

労働基準法32条は、法定労働時間（週40時間、1日8時間）を超えて働かせてはならないと定める。しかし、日本では、週40時間以上や1日8時間を超えて働くことは珍しくないが、法定労働時間を超えて適法に働かせるためには、使用者は以下の手続等を尽くさなければならない。

法定労働時間を超えて働かせる（時間外労働をさせる）ためには、まず、使用者と労働者の過半

数を代表する者との間で「36協定」（労働基準法36条に定める労使協定）を締結し、それを労働基準監督署に届け出なければならない。次に、時間外労働をさせた場合には、使用者はその時間に対する割増賃金を支払わなければならない（図表4）。

1つの会社の中だけで働いている場合には、問題が複雑になることは少ないが、兼業を行っている場合には、次にみる「労働時間の通算の問題」が生じるため、さらに検討が必要となる。

3. 労働時間の通算

【労働基準法（労基法）上の労働時間の考え方】

- ・ **法定労働時間**：週40時間・1日8時間（労基法32条）
- ・ **時間外労働**：法定労働時間を超える労働
→使用者が労働者に対し法的に有効に時間外労働をさせるためには、労使協定（36協定）の締結・届出という労基法上の要件を満たす必要があり（労基法36条）、時間外労働に対して割増賃金を支払わなければならない（労基法37条）。

図表4 労働時間の通算

【兼業の場合の労働時間の計算方法】

労働基準法38条1項によると、「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」と定められている。この「事業場を異にする場合」とは、1つの会社の使用者の下で、事業場を異にする場合（例えば、所属大学のAキャンパス、Bキャンパスがあり、Aで働いた時間とBで働いた時間を通算するというもの）だけでなく、異なる複数の使用者の下で、事業場を異にして働く場合も通算される（例えば、所属大学で働いた時間と、非常勤講師として別の大学で働いた時間を通算するというもの）という解釈が取られている。

例えば、同じ日に、Aという会社で5時間働き、さらにBという会社で5時間働いた場合、1日の総労働時間は10時間となり、8時間を超えることになるため、A会社とB会社は、時間外労働に関するルールに従う必要が生じる。このように労働時間が通算されるため、使用者は他企業で兼業している労働者について、労働時間を報告させて実態を把握し、違法な時間外労働を行わせることにならないよう注意しなければならない。

ただし、労働者が十分な報告を行わず、使用者が他企業での労働を認識できなかった場合、労働時間の通算による労働基準法違反の刑事罰を使用者が受けることはない。使用者には故意がないとされ、刑事罰は不成立となると理解されている。

時間外労働の労働者単位の上限規制は、通算された時間に対して適用されるため、この上限規制についても、各企業は注意が必要ということになる（図表5）。

以上のことから、兼業している場合、労働時間の通算ルールが使用者に適用されるため、労務管理等が複雑になるということをまず押さえておいていただきたい。

【兼業の場合の労働時間の計算方法】

- ・ 「労基法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。**」
- ・ 「事業場を異にする場合」とは、同一の使用者の下で事業場を異にする場合のみならず、異なる使用者の下で、事業場を異にして働く場合も含まれるものと解釈されている（昭和23・5・14基発769号、昭和61・6・6基発333号）。
- ・ 従って、使用者は、他企業で兼業している労働者について、労働時間を報告させてその実態を把握し、違法な時間外労働を行わせることにならないよう注意する必要がある。一方、労働者が十分な報告を行わず、使用者が他企業での労働を認識できなかった場合には、労働時間の通算による法違反の刑事罰は使用者の故意を欠くとして不成立。
- ・ 時間外労働の労働者単位の上限規制（休日労働も含め単月100時間未満、複数月平均80時間以内）は、通算された時間に対して適用される。

図表5 兼業の場合の労働時間の計算方法

【割増賃金の支払い義務】

1日の労働時間が8時間を超えた部分（これを、「時間外労働」という）に対し、使用者は割増賃金の支払い義務を負う。時間外労働に対する割増率の最低基準は25%である（時給が1000円の場合、割増賃金は1250円（以上）となる）。兼業の場合に生じる問題は、A会社で5時間、B

会社で5時間働いた場合に、どちらの会社が割増賃金を支払うのか、という点である（図表6）。

それぞれの企業が、労働者を5時間ずつ働かせること自体は違法ではないが、8時間を超える労働になるため、各企業が36協定を締結しておく必要がある。

【割増賃金の支払い義務】

- 労働契約の締結の先後の順に予定労働時間を通算し、次に所定外労働の発生順に所定労働時間を通算することによって、通算した労働時間全体を把握し、そのうち法定労働時間を超える部分で自ら労働させた時間について、時間外労働の割増賃金を支払う必要がある。

図表6 割増賃金の支払い義務

次に、誰が割増賃金の支払い義務を負うかについては、労働契約の締結の先後によって決せられる。ある労働者が、先にA社と労働契約を締結して1日5時間働く決めており、その後にB社との間で1日の労働時間を5時間とする労働契約

を締結した場合、後で契約を締結したB社が、8時間を超える2時間分の割増賃金（125%）を支払う義務を負う。労働契約の締結順序が逆だった場合には、A社が支払う義務を負うこととなる（図表7）。

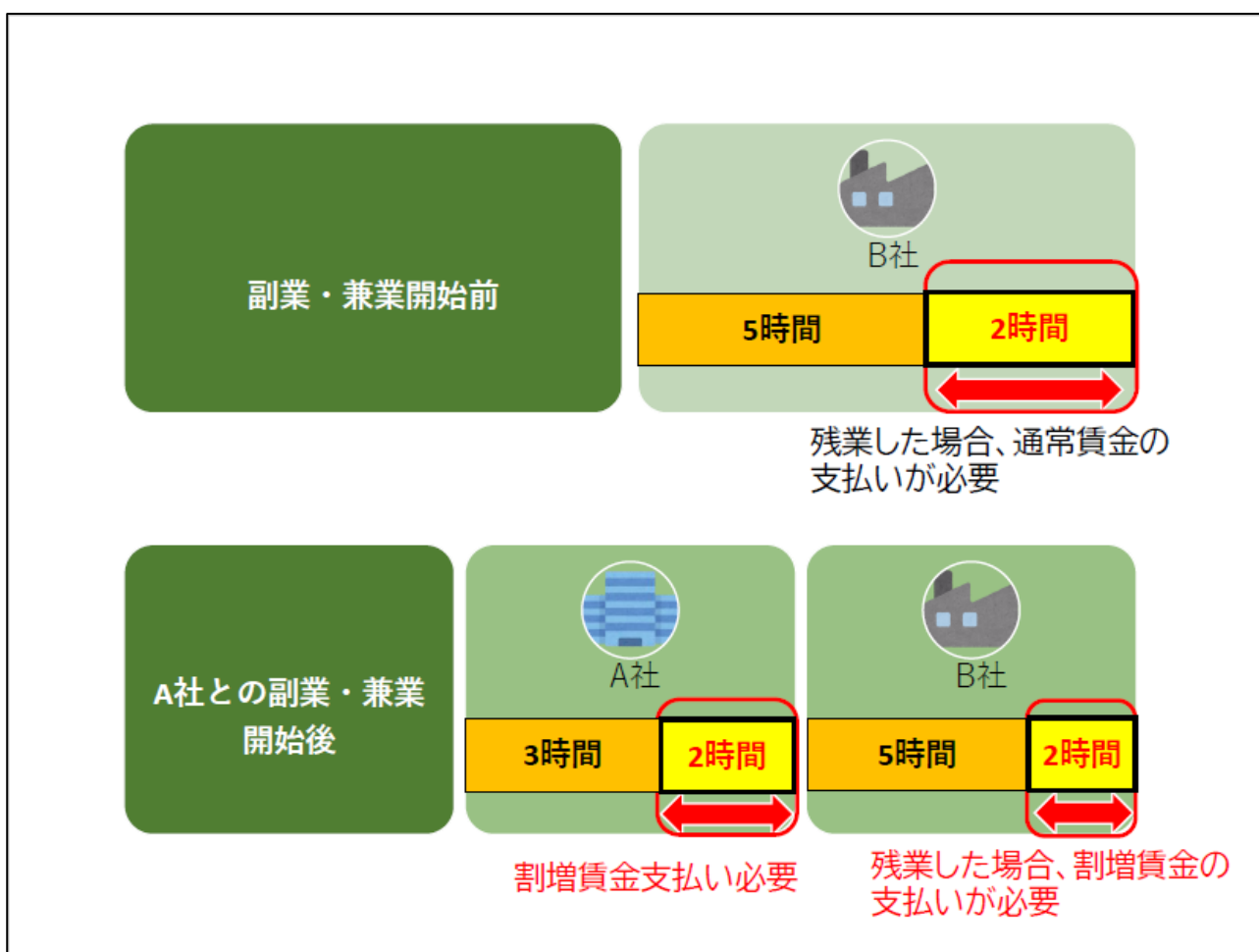


図表7 割増賃金支払いの基本ルール1

ここまで説明してきたような、1日の所定労働時間が5時間ずつで、残業を行わない場合であれば、比較的分かりやすいルールであるが、A社やB社が所定労働時間を超えて働かせた場合は、問題がさらに複雑になる。

まず、(図表8)上図の、労働者がB社とだけ労働契約を締結している場合を説明する。労働者が、所定労働時間の5時間を超えて、2時間の残業(8時間の法定労働時間を超えない範囲で行われる残業のことを「法内超勤」と呼ぶ)を行った場合、B社は、その2時間分に対して、「通常の賃金」(100%)の支払いをしなければならない。

これに対し、(図表8)下図のように、労働者がA社で兼業を開始した場合には、問題が複雑となる。1日の所定労働時間はA社5時間、B社5時間であるとして、8時間を超える2時間分の割増賃金を支払うのは、後から労働契約を締結したA社であることは、先ほど説明した通りである。このような状況において、B社が、2時間の残業をさせた場合、この2時間分については、割増賃金の支払いが必要となる。つまり、労働者がA社での兼業を始める前は、100%の支払いで足りていたところ、兼業開始後は、125%の割増賃金の支払いが必要となる。



図表8 割増賃金支払いの基本ルール2

【A型併用の場合の考え方】

以上の基本的な労働法上のルールを前提に、A型併用の場合を考えてみると、企業での労働時間とA型での労働時間は通算されることを、まずは確認しなければならない。現状の利用の仕方であれば、通算をした場合であっても、1日8時間、週40時間を超えることは、実態としてほとんどないと考えられるが、今後、A型の利用と企業での雇用という併用を広げていくと、労働時間に関する問題が生じる可能性がある（図表9）。

そのことから、併用を行う場合には、企業とA型事業所に対し、労働時間の通算のルールを十分に周知していく必要がある。

A型を利用している人が、一般就労の移行に向けて企業就労を始めるという入り口での併用の場合、労働契約を先に締結しているのはA型であるため、割増賃金を払う可能性が生じたとしても、それは企業の方ということになる。しかし、A型で所定外労働が行われれば、割増賃金支払い義務が生じる可能性はゼロではない。

一方で、企業で働いている者が、途中でA型を併用するといった場合には、A型との労働契約の締結が後になるので、A型事業所のほうに割増賃金の支払い義務が生じる可能性が出てくる。

休職中にA型を利用する場合には、休職期間中、企業での労働はないため、労働時間通算の問題は出てこないと考える。

以上のような問題がA型との併用では出てくると考えられる。いずれにせよ、併用を行うといった場合には、A型において36協定を締結して、8時間を超えて働かせることができるように、少なくとも労働基準法上の要件を満たすということが求められるのではないだろうか。

A型だけを利用しているときは、8時間を超えて働かせることはないため、ルールを定めていないところが多いのではないかと予想されるため、その点をまずは考えなければならない。また、A型事業所の人たちに、労働法上のルールについて十分知ってもらうことが必要になることだろう。

【A型併用の場合の考え方】

- ・ 企業とA型との併用の場合でも、労働時間の通算が行われる。
- ・ 現状の利用の仕方であれば、1日8時間・週40時間を超えることはあまり考えられないが、併用が広がっていけば、労働時間に関する問題も生じる可能性があるため、労働時間の通算については、企業とA型の双方に十分に周知する必要がある。
- ・ A型を利用している者が一般就労の移行に向けて企業就労を始める場合、労働契約を先に締結したのはA型のため、基本的に割増賃金を支払うのは企業ということになる。ただし、A型で所定外労働が行われれば割増賃金の支払い義務が生じる可能性はある。
- ・ 企業で働いている者が休職中にA型を利用する場合は、A型は労働契約を後から締結しているが、休職期間中は企業での労働時間がないため、A型に割増賃金の支払い義務は生じない。
- ・ 企業で働いている者が途中でA型を併用する場合、A型に割増賃金の支払い義務が生じる可能性がある。

※いずれによせ、併用が行われる場合、A型は36協定を締結しておくことが求められるのではないか。

図表9 A型併用の場合の考え方

D. 健康危険情報

なし

E. 研究発表

1. 論文発表

なし

2. 学会発表

なし

F. 知的財産権の出願・登録状況

1. 特許取得

なし

2. 実用新案登録

なし

3. その他

なし