

31 兼業・副業の場合の労働時間の通算と法的責任



我が社の従業員が兼業・副業をしています。この場合、兼業・副業先での労働時間も我が社で管理しないといけないのでしょうか？その場合、どのように労働時間を把握すればよいのですか？



厚生労働省の解釈通達に従えば、本業先での労働時間と兼業・副業先での労働時間は通算されることとなり、36協定の作成・届出義務や割増賃金の支払義務等の労働時間に関する規制の責任は、①所定労働時間については契約の先後、②所定外労働時間については労働の先後の順に労働時間を加算し、法定労働時間を超えて労働をさせた使用者が負うこととなるとされています。

もっとも、学説上は、兼業・副業先の労働時間は通算されないと解する見解が有力であり、この立場に立てば、兼業・副業先での労働時間の把握・管理は不要となります。

なお、自社の従業員が、請負契約、準委任契約等の労働契約以外の業務委託契約で兼業・副業をしている場合には、兼業・副業先での労働時間を把握する必要はありません。

解 説

1 兼業・副業のパターン（労働契約か業務委託契約か）

一言で「兼業・副業」といっても、①他社で労働契約を締結し、労働者として兼業・副業をしている場合と、②他社と労働契約ではなく業務委託契約を締結して兼業・副業している場合の2パターンがあり得ます。

そして、これらのいずれのパターンであるかによって、法的にも大きな差が生じることとなりますので、まず、これらのいずれの場合であるかを区別して考える必要があります。

2 兼業・副業先で労働契約を締結している場合

(1) 兼業・副業先での労働時間の通算の可否

従業員が兼業・副業先で雇用されている場合に、自社での労働時間と兼業・副業先での労働時間を通算する必要があるかという点については、労働基準法38条1項の「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。」との規定の解釈問題として、争いがあります（なお、歴史的な経緯については、後述のコラム参照）。

まず、ここにいう「事業場を異にする場合」には「事業主」を異にする場合をも含むと考え、兼業・副業先での労働時間も通算するという考え方があります（通算説）（水町勇一郎『詳解労働法』705頁（東京大学出版会、2019））。厚生労働省の解釈通達（昭23・5・14基発769）は、この見解に立っています。そして、改定副業・兼業ガイドラインにおいても、この点は維持されています。

他方で、ここにいう「事業場を異にする場合」は、同一事業主の異なる事業場の場合のみを指すと考え、「事業主を異にする場合」は含まれず、したがって、兼業・副業先での労働時間は通算されないという考え方があります（非通算説）。この見解は、学説上有力に主張されている見解です（菅野和夫『労働法』481頁（弘文堂、第12版、2019）、今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書第3 9(2)ア等）。

このように、兼業・副業先での労働時間を通算する必要があるか否かについては争いがあり最高裁判所の判断もなされていない状況です。

以下では、厚生労働省の解釈通達に従って兼業・副業先での労働時間を通算する場合の対応について解説しますが兼業・副業先での労働時間を通算しないという見解に立った場合には、これから述べるような問題は生じないこととなります。

(2) 労働基準法上の法的責任の有無

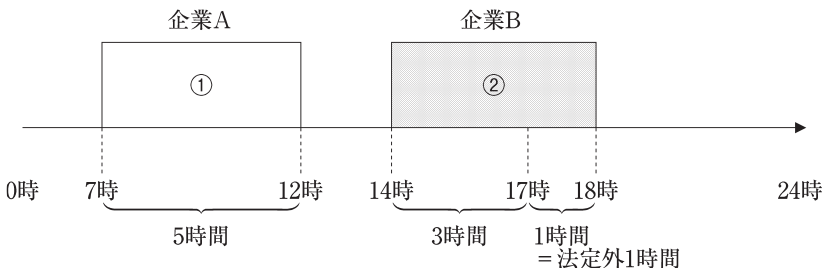
ア 全体的な考え方

厚生労働省の考え方に従って、兼業・副業先での労働時間を通算するとした場合には、通算した結果、労働時間が法定労働時間を超過した場合、割増賃金の支払義務や36協定の作成・届出義務、労働時間の上限規制違反等の労働基準法上の法的責任は、どちらの使用者が負うのかが問題となります。

この点についても様々な見解があるものの、改定副業・兼業ガイドラインでは、①まず、所定労働時間については、実際の労働の先後ではなく「契約の先後」で労働時間を加算し、②次に、所定外労働時間については、契約の先後ではなく「労働の先後」で労働時間を加算し、法定時間外に労働させた企業がその法的責任を負うとしています（改定副業・兼業ガイドライン3(2)ウ）。

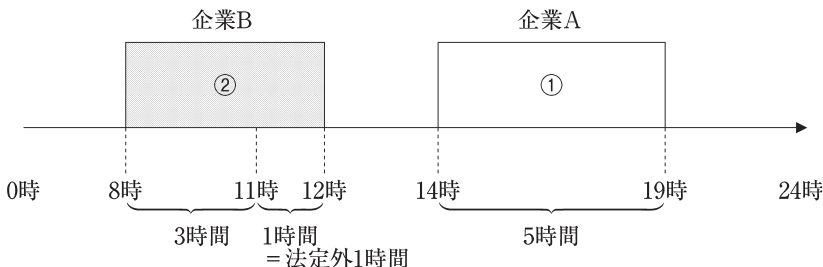
具体例を示すと、以下のようになります（厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン わかりやすい解説」を基に筆者作成（①～④は、労働時間の加算の順序））。

(例1) 企業Aが先に契約し、いずれも所定外なし（企業Aで先に労働）（企業A所定7時～12時、企業B所定14時～18時）



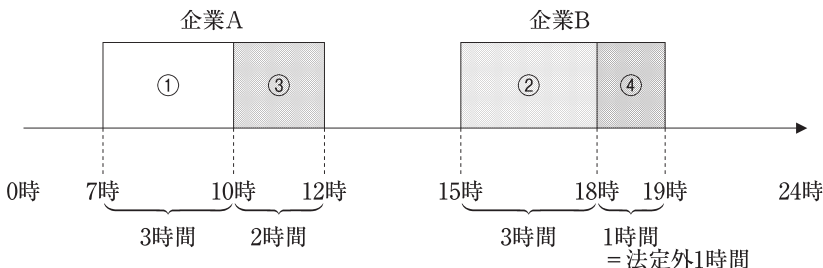
この場合、企業Bでの最後の1時間について、企業Bが時間外の法的責任を負います。

(例2) 企業Aが先に契約し、いずれも所定外なし（企業Bで先に労働）（企業A所定14時～19時、企業B所定8時～11時）



この場合、条件は例1と同じですが、労働の先後は異なります。しかし、上記のとおり所定労働時間は「契約の先後」で加算するため、この相違は問題とならず、上記例1と同じく企業Bが時間外の法的責任を負います。

(例3) 企業Aが先に契約し、企業A、企業Bのいずれでも所定時間外が発生した場合（企業A所定7時～10時、企業B所定15時～18時、企業Aで先に労働）



この場合、①まず所定労働時間について契約の先後で加算し（合計6時間）、②次に実際の労働の先後で所定外労働時間を加算するため、企業Bでの最後の1時間が法定外労働時間となり、企業Bがその法的責任を負います。

43 テレワーク中の労働時間管理と労働監視の注意点



テレワーク勤務中の労働時間は、働いている状況が見えないのですが、どのように把握、管理すればよいですか？PCカメラで勤務状況を監視したり、カーソルの動きを記録するツールがあるようですが、こうした監視行為は法的には問題ないのでしょうか？



テレワーク勤務中も「労働時間」であり、管理監督者や高度プロフェッショナル制度の適用者でない限り、労働基準法の労働時間規制が適用されるため、原則として従業員の労働時間の把握・管理が必要となります。

テレワークに特別な労働時間制度はありませんが、事業場外みなし労働時間制や裁量労働制を活用することで労働時間の把握・管理の負担を軽減することができます。またフレックスタイム制を活用することで、従業員の柔軟な働き方がしやすくなります。

テレワーク中の業務の進捗管理等のため労働の監視を行うツールを活用することも考えられますが、この場合には、従業員のプライバシーとの関係が問題となり、社会通念上相当な範囲において適法となります。

改定テレワークガイドラインでは、テレワーク中の労働時間の把握管理の在り方や使用者の責任等について考え方を明確にしています。

解 説

1 テレワーク勤務中の労働時間の把握・管理

(1) 労働時間規制の適用

テレワークを行っている場合であっても、労働基準法の「労働者」

に当たり、使用者の指揮命令の下で労働に従事している以上、管理監督者(労基41)や高度プロフェッショナル制度の対象者(労基41の2)を除き労働時間規制の適用があります。

この点、テレワーク中の労働時間の把握・管理については、「そもそも自宅でやる仕事であり、作業がない時間については『労働時間』に当たらないのでは」と考える人もおられるかと思われます。

「労働時間」とは、「労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間」をいい、「労働者の行為が使用者の指揮命令下に置かれたものと評価することができるか否かにより客観的に定まるもの」とされており(三菱重工工業長崎造船所事件=最判平12・3・9労判778・11等)、手待ち時間、待機時間のように具体的に作業を行っている時間でなくても、労働からの解放が保障されていない限りは、労働時間に当たると解されています。

テレワークは、就業の場所がオフィスから自宅等が変わるものではありますが、そのことのみをもって、「労働からの解放が保障されている」わけではありません。

したがって、テレワークによる勤務時間も、労働基準法上の「労働時間」として扱う必要があります。

(2) 労働時間の適正な把握・管理

上記を前提とすると、使用者は、「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関するガイドライン」(平29・1・20基発0120第3)

(以下「適正把握ガイドライン」といいます。)に従い、テレワークを行っている従業員の労働時間についても、労働時間を記録する原則的な方法として、PCの使用時間の記録等の客観的な記録、やむを得ない場合の例外として、自己申告によって労働時間を把握し適切に管理する必要があります。

もっとも、当該ガイドラインで挙げられている原則的な把握方法で

あるタイムカードや現認という方法はテレワークではとり得ないので、原則的な把握方法としては、PCのログということとなろうかと思われます。また、私用PCでの勤務を認める場合や、既に入退館記録での時間管理を行っておりPCログでの時間管理のシステムを利用していない場合等、PCログによる時間管理のシステムが活用できない場合には、自己申告によらざるを得ないものと思われます。

改定テレワークガイドラインでは、このようなテレワークにおける特性を考慮し、労働時間の把握方法について、基本的には適正把握ガイドラインの枠組みに拠りつつも、申告された時間以外の時間にメールが送信されている、申告された始業・終業時刻の外で長時間PCが起動していた記録がある等の事実により、申告された労働時間が実際の労働時間と異なることを使用者が認識していない場合には、当該申告された労働時間に基づいて労務管理をしていれば足りるという考え方を示しており、自己申告による場合の使用者の責任の有無について考え方を示しています（改定テレワークガイドライン7(2)イ）。

もっとも、二社以上に雇用される場合の兼業・副業における自己申告の位置付けとは異なり、一社の関係のみのテレワークの場合は、上記のような事実は、民事上の割増賃金請求との関係では、指揮監督下での労働であるか否かの「労働時間」の該当性の認定の一事情となるものと思われます（兼業・副業の場合の自己申告の位置付けについては、Q32参照）。

2 中抜け時間への対応

テレワーク勤務中の労働時間管理について問題となり得るのが、「中抜け時間」の把握・管理です。中抜け自体は、通常のオフィス勤務の場合にも喫煙やコンビニへの立ち寄り等で生じる場合があるものですが、テレワーク勤務、特に在宅勤務は、育児・家事との両立を可能と

するフレキシブルな働き方を認めるものであることから、その一方で、労働者が業務から離れる「中抜け時間」が生じやすいといえます。

そもそも中抜けを認めないとする場合もありますが、これを認める場合には、中抜け時間について、以下のような対応が考えられます。

① 休憩時間として扱う

まず、中抜け時間を、その開始と終了時間を報告させ、休憩時間として扱うことが考えられます。その場合、通常の休憩時間と同様に、使用者が業務の指示をしないこととし、労働からの解放が保障されていることが必要です。

② 始業時刻の繰上げ又は終業時刻の繰下げ

次に、労働者の状況に応じて、始業時刻の繰上げや終業時刻を繰り下げることが考えられます。その場合、始業時刻と終業時刻は、就業規則の必要的記載事項であるので、現在の規定を確認し、変更の必要がある場合には、就業規則変更の手続をとる必要があります。

③ 時間単位の年次有給休暇として扱う

さらに、中抜け時間を、時間単位の年次有給休暇を与える場合として扱うことが考えられます。時間単位の年次有給休暇については、労使協定の締結が必要であることに加え（労基39④）、通常の年次有給休暇取得の手続を経ることが必要です。

中抜け時間の把握・管理について、改定テレワークガイドラインでは、「労働基準法上、使用者は把握することとしても、把握せずに始業及び終業の時刻のみを把握することとしても、いずれでもよい。」としています（改定テレワークガイドライン7(4)ア）。ただ、把握しない場合には、「始業及び終業の時刻の間の時間について、休憩時間を除き労働時間として取り扱うことなどが考えられる。」としていることには注意が必要です。

つまり、中抜け時間を把握しない場合に、その時間も働いたことと

47 従業員の募集と職業安定法上の個人情報保護の要請



最近、就活学生の内定辞退率予測情報の提供が問題となりました。企業が従業員を募集する場合の個人情報の取扱いには、特別な規制があるのですか？



労働者の募集を行うに当たっては、職業安定法上の規制があり、その対象は広く労働者の募集を行う企業一般が対象となります。

職業安定法及び同法の指針では、個人情報の収集、保管、使用について、業務の目的の範囲内で求職者の個人情報を収集等しなければならないとし、①人種、民族、社会的身分等の差別の原因となるおそれのある事項や、②思想及び信条、③労働組合への加入状況については、原則として、収集してはならないとしています。

また、個人情報の収集に関し、職業安定法指針は、個人情報を本人から直接収集するか、本人の同意の下で本人以外の者から収集する等「適法かつ公正な手段」によって収集することを求めている。個人情報の収集方法に注意する必要があります。

解 説

1 「労働者の募集を行う者」への規制

Q46は個人情報保護法という個人情報に関する一般的な規定についてでしたが、雇用の関係では、職業安定法において特別に個人情報保護に関する規定が設けられています（その他にも、本Q & Aでは触れませんが、派遣法についても個人情報に関する規定があります（派遣24の3））。

(1) 職業安定法上の規定

職業安定法5条の4第1項では、職業紹介事業者、求人者、労働者の募集を行う者等は、その業務の目的に必要な範囲内で求職者等の個人情報を収集し、当該収集の目的の範囲内でこれを保管、使用しなければならないとし、例外として、「本人の同意がある場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない」としています。

この条項は、「労働者の募集を行う者」も規制の対象としています。「労働者の募集」とは、「労働者を雇用しようとする者が、自ら又は他人に委託して、労働者となろうとする者に対し、その被用者となることを勧誘することをいう」（職安4⑤）とされていますので、職業紹介事業者のような人材ビジネスを営む企業だけでなく、およそ労働者の募集を行う企業一般がその規制対象となります。

(2) 職業安定法指針

上記の職業安定法の定めは、抽象的な定めにとどまっており、具体的な考え方は職業安定法指針に記載されています。

まず、職業紹介事業者等は、個人情報の収集、保管及び使用については、業務の目的の範囲内で求職者の個人情報を収集しなければならないとし、さらに、①人種、民族、社会的身分、門地、本籍、出生地その他社会的差別の原因となるおそれのある事項、②思想及び信条、③労働組合への加入状況については、原則として、収集してはならないとしています（職安指針第四 一(一)）（ここでいう「職業紹介事業者等」には、「労働者の募集を行う者」も含まれています（職安指針第一））。

例外的に、これらの情報を収集することができるのは、特別な職業上の必要性があることその他業務の目的の達成に必要な不可欠であって、本人から収集する場合とされており、高度な必要性が要求され、さらに情報の収集方法についても制限がされています。

また、個人情報の収集に関し、職業安定法指針では、「職業紹介事業

者等は、個人情報を収集する際には、本人から直接収集し、又は本人の同意の下で本人以外の者から収集する等適法かつ公正な手段によらなければならない」としています（職安指針第四 一(二)）。

ここでは、「適法性」を超えて、さらに「公正性」まで求められており、その内容も必ずしも判然としません。「適法性」の文言から、少なくとも個人情報保護法の遵守は必要となると思われます。「公正性」については、解釈に裁量の余地のある文言ではありますが、「労働者の個人情報の保護に関する行動指針の解説」では、個人情報の収集についての箇所での解説で、「使用者の自由裁量ではなく、社会通念等により客観的に判断して必要性及び合理性がある場合」がこれに当たるものと考えられます。この解説は、平成12年2月に厚生労働省が研究会報告書を踏まえ作成した「労働者の個人情報保護に関する行動指針」の解説で、個人情報保護法の制定前のもではありますが考え方は参考となります。

その他、個人情報の適正な管理として、情報の削除や、苦情処理等の内容を記載した管理規程の作成が必要である旨が定められています（職安指針第四 二）。

2 学生等の求職者の個人情報への配慮

令和元年8月に、ある求人広告企業が、契約企業に対して、応募学生の内定辞退率を予測したデータを提供していたという事実が発覚し、問題となりました。

その後、個人情報保護委員会は、当該求人広告企業と提供を受けていた企業に対し指導等を行い、また厚生労働省の職業安定局も当該求人広告企業に対して指導等を行いました。

この問題は、本質的には、「新卒一括採用」という慣行による企業の負担というものがあるように思いますが、「学生」という企業に比して

弱い立場にある者の情報が不適法、不適切に取り扱われていたことも象徴的であったということが出来ます。こうした動向から、学生等の求職者も、自らの個人情報がどのように扱われているかに関心を持つものと思われ、求職者の個人情報の適法（かつ、公正）な管理は、人材獲得のためにも重要となると考えられます。

50 HRテクノロジー活用の法的留意点



我が社でも採用や人事評価・管理においてHRテクノロジーを活用していきたいです。HRテクノロジーの活用に当たり、法的に留意すべき点がありますか？



HRテクノロジーを採用や人事評価等に活用する場合には、個人情報やプライバシーの保護を図る必要があります。社内の情報管理部門とも連携を図ることが適切

と考えられます。

また、HRテクノロジーを、人事権の行使、人事評価等で活用する場合には、恣意的な判断を排除し、客観的な根拠に基づいて判断することができることから、人事評価や人事権の行使が権利の濫用となる場合は少ないと考えられます。ただし、判断の基礎となった過去のデータによっては、差別的な判断結果がなされることがあり、最終的な判断は人間が行うことで、こうした差別的な判断を排除する必要があります。

HRテクノロジーの導入に当たっては、HRテクノロジーの導入目的やその効果、従業員への影響等十分に従業員に説明をした上で、行いましょう。

解 説

1 HRテクノロジー活用の法的留意点

HRテクノロジーを活用する場合には、個人情報保護法、職業安定法による個人情報の保護や、労働法的な観点からの法的論点が問題となりますが、現行法上、特別の規制が存在しているわけではなく、本書でこれまで述べてきたのと同様に考えていくこととなります。

(1) 個人情報の保護

HRテクノロジーには、例えば、採用に関するものとして、応募者のエントリーシートやSNS上で公開されている文章のデータを収集し、応募者の特性を分析し、自社の組織とのマッチングの度合いを測定するもの等があります。また、採用後の人事・労務管理、健康管理等の観点から、従業員のメールへのレスポンスや内容等のデータを活用し配置転換等の意思決定に利用するものや、ウェアラブルデバイスを用いて行動履歴や脈拍・血圧等の生体情報等のデータを収集し、個人の健康や活性度、組織単位での活性度を分析したりするものがあります。

ア 個人情報保護法との関係

HRテクノロジーを活用して、こうしたデータを収集し、利用する場合には、それが個人情報に当たる場合には、個人情報保護法上の遵守が必要となることから、その取得に当たっては原則として利用目的の公表・明示を要することとなります。

上記のように、採用に当たりSNS上に公開されている情報を、個人を特定することができる状態で取得する場合には、個人情報の取得に当たることとなりますが、この場合であっても、個人情報保護法上は、本人からの同意は不要です。また、収集するSNS上に公開されている情報に要配慮個人情報が含まれている場合であっても、本人により公開されている場合には、同意は不要とされています（個人情報17②五）。したがって、結果的に、これらの個人情報等の情報については、利用目的の公表・明示がされていれば適法に取得することが可能ということになります（ただし、職業安定法との関係では問題があります）。

また、個人情報の利用は、公表・明示された利用目的の範囲内に限られるのが原則となります。そのため、HRテクノロジーを用いて、採否の決定や人事評価、人事権の行使等を行う場合には、その旨の利用

目的を公表・明示しておくことが必要となります。

また、健康情報等、要配慮個人情報に該当する情報を取得する場合や、個人情報で構成される個人データを第三者に提供する場合には、当該従業員の同意を取得する必要があることにも注意しましょう。

イ 職業安定法との関係

Q47でも述べたとおり、労働者の募集に当たっては、特に職業安定法上規制が課されており（職安5の4）、職業安定法指針において、人種、民族、社会的身分等の差別の原因となる事項を収集することは、原則として禁止されていることには注意が必要です。

ここで問題となるのは、SNS上での公開情報の取得です。上記アで述べたとおり、SNS上に公表されている個人情報を取得することは、個人情報保護法上は、基本的に適法とされている一方で、職業安定法指針においては、個人情報の収集は、本人から直接収集するか、又は本人の同意の下で本人以外の者から収集する等適法かつ公正な手段によって収集することとされており、職業安定法指針の方が、個人情報保護法よりも厳格な規制を課しています。

したがって、仮にSNS上に本人により公開されている情報を収集した場合であっても、「適法かつ公正な手段」によって収集されたといえるかについては、疑義が生じる可能性があり、少なくとも採用ホームページ等において、こうしたSNS上の情報についても収集し、これらを分析し採否の判断に使用する旨を公表しておくことが適切であると考えられます。

(2) 採用・人事管理等への活用

ア 採用の自由とHRテクノロジー

まず、採用に関しては、企業に広く採用の自由が認められており、どのような人をどのような基準で採用するか（選択の自由）については、広く自由が認められています。また、採用に当たり、応募者に関