

# 自宅残業の労働時間性

吉田美喜夫

- 一 はじめに
- 二 労働時間性の判断と場所的拘束性
- 三 自宅残業に関する学説と自宅労働の位置づけ
- 四 自宅残業の労働時間性の判断
- 五 おわりに

## 一 はじめに

所定の労働時間が終了した後、引き続いて事業所内で労務に従事する居残り残業とは別に、仕事を自宅に持ち帰って処理する場合がある。このような自宅持ち帰り残業（以下、自宅残業という）は、従来から「風呂敷残業」「フロッピー残業」などと呼ばれ、その存在は周知のところである<sup>1)</sup>。しかし、その法的扱いについては、これまで十分な検討がない。余りにもひどい事業所内での「サービス残業」問題の陰に隠れていたといえる。労働行政も自宅残業に対して明確な規制方針を持っていない。

このような現状でよいのかという問題意識を持つに至ったのは、次のような事例を知ったからである。被災当時31歳であったAさんは、K大学大学院を修了後、B社に入社し、被災当時、生産現場で技術職として勤務していた。そして、社長も出席する恒例の「グループ改善活動全社発表会」の場で発表中、くも膜下出血により倒れ、以後、寝たきり状態になった。この発表直前の1ヶ月には、Aさんは、上記発表のみならず、ほぼ同じ時期に開催される「専門職発表会」<sup>2)</sup>の準備が重なり、自宅において連日夜中の3時頃までパソコンに向かい仕事をしていた。そして、このような仕事

振りは休日もほぼ同様であった。このことは妻の証言やパソコンの記録から判断することができた。

そこで、この発症について、労災補償としての療養補償給付、休業補償給付および障害補償給付を請求したことに対して、労災に当たらないとの労基署長の決定を受けた。その後、審査請求をしたところ、労災保険審査官も請求棄却の判断を維持した<sup>3)</sup>。請求が棄却された理由は、発症前の労働時間の長さが過労死の認定基準に合致しないという点にある。しかし、少なくとも発表前日までの5日間における自宅での作業時間を加えれば、優に「特に過重な業務」といえるだけの時間外労働があったことを労災保険審査官も認めているのである。それにもかかわらず請求を棄却したのは、自宅での作業に対して使用者による特命がなく、賃金も支払われていないので、その時間は「作業」でしかなく、労働時間とはいえない、と判断したからである。

したがって、このような災害を労災といえるか否かは、自宅での「作業」の評価如何に拠ることになる。本稿では、それを労働時間<sup>4)</sup>といえるか否かを検討する。

## 二 労働時間性の判断と場所的拘束性

### (1) 労働時間概念と場所的要素

もとより、どこで労働しようが、そこで労働することが使用者の明示の指示に基づくのであれば、その時間は当然、労働時間である。しかし、労働の場所が自宅になると、とたんに判断が違ってくる。その是非を問うためには、改めて労働が行われる場所（以下、就労場所という）と労働時間の関係を検討しておく必要がある。

ところで、就労場所と労働時間を結び付けている労基法上の規制は、すでにいくつか存在する。たとえば、坑内労働の場合、入坑から出坑までが労働時間である（労基法38条2項）。事業場外労働もみなし労働として規

制されている（労基法38条の2）。さらに、複数の事業場で働く場合、それぞれの労働時間は通算される（労基法38条1項）。この場合、同一使用者でなくてもかまわず、しかも昼間に工場で働いた後、自宅で内職をする場合でも、当該内職が使用従属関係の下に置かれていれば、両時間は通算される<sup>5)</sup>。以上の規制は、いずれも労働時間と評価される時間の算定に関する規制であって、労働時間とは何かということと就労場所との関係を定めたものではない。

では、労基法上の労働時間とは何か。この点について、労基法上の労働時間とは「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、右の労働時間に該当するか否かは、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であって、労働契約、就業規則、労働協約等の定めいかんにより決定されるべきものではない」と解するのが判例<sup>6)</sup>である。この判例は、最高裁が労働時間概念の判断枠組みとして従来通説および行政解釈の立場である「指揮命令下説」をとり、労働時間の判断方法としては、いわゆる「二分説」を斥け、「客観説」を採用することを明らかにした点に意義がある<sup>7)</sup>。

もっとも、指揮命令下か否かという基準だけでは労働時間か否かの判断が困難な場合があるので、「業務性」を補充的基準として加える考え方<sup>8)</sup>や、これをさらに発展させ、「使用者の関与」と「職務性」の2要件に、それぞれの程度（いずれかがゼロであってはならない）を加味して労働時間性を判断する「相補的二要件説」という巧みな解釈論が提起されている<sup>9)</sup>。ここで「使用者の関与」という場合も、その中心的な内容は指揮命令であるから、「指揮命令下説」であれ、「相補的二要件説」であれ、指揮命令下に置かれていることは労働時間といえるための必須の要件である。

ところで、指揮命令下にあるといえるためには、指揮命令が及んでいればよいのであるから、どこで仕事をして、したがって、たとえ自宅での労働であっても問題はないはずである。しかし、指揮命令「下」ということの中に、すでに場所的要素が含まれていたといえる。すなわち、「指揮

命令下」であるか否かを判断する場合、使用者の指示・命令の存否が判断要素となることはいうまでもないが、それだけでなく、「場所的拘束性」の存否も重要な判断要素とされてきたのである。なぜなら、指揮命令下での労働とは、就労場所が労働契約の内容になり、場所的に使用者の指揮命令の及ぶところで行われるということが前提となっていたといえるからである。このことがとくに意識されなかったのは、工場労働など特定の場所での労働であれば当然のことだからである。また、これまで労働時間性が問題となったのは、実作業の周辺で行われる体操や着替えなどの時間であったが、これらも場所的には就労場所で行われていたので、場所如何は問題とならなかったからである。

これらに対し、場所が意識されるのは、手待時間や出張中の車中時間、仮眠時間などの実作業に従事していない時間の場合であった。たとえば手待時間が労働時間であるという場合、いつでも業務の必要に対応できるように職場離脱ができないという場所的な拘束があることを根拠としていた。また、仮眠時間の労働時間性が問題となった大星ビル管理事件<sup>10)</sup>において、最高裁は、仮眠時間中も仮眠室における待機と警報や電話等に対して直ちに相当の対応をすることを義務づけられていたことから、労働からの解放がなく、役務の提供が義務づけられていたとし、労基法上の労働時間と判断した。ここでは、仮眠室での待機という場所的な拘束が、労働からの解放がなかったことの一徴表とされている。つまり、手待時間であれ、仮眠時間であれ、実作業そのものではないので、それらを労働からの解放と自由利用が保障されるべき休憩といえるか否かを判断するための自由度を測る要素として場所的拘束性が捉えられていたといえる<sup>11)</sup>。

たしかに、ベルトコンベアーなどでの現場作業の場合、使用者が時間決めて購入した労働力の使用と場所とが一致するので、使用者は購入した労働力を使用したことを容易に確認できるから、場所的要素は当然のこととして意識されないか、意識されても着替え時間などが問題となるときに限られていたと見ることができる。そして、工場労働は典型的な労働である

がゆえに、それに適合的な労働時間の判断要素が判断基準の中に取り入れられ定着したといえる。しかし、このような判断要素は、知識労働の場合、必ずしも適切ではない。知識労働は使用者の生産手段と結合して価値を生むというより、個別労働者の能力の組織化によって価値を生むから、労働力を使用するのに場所的な拘束を不可欠とするわけではない。また、サービス経済化が進展すれば、サービス需要の存在する場所で労務提供が必要になる。さらに、情報機器の発達により、どこでも労働ができるようになる。勤務形態も、出勤を伴わない完全フレックス制や在宅勤務などになれば、労働者の就労の場所は工場を典型とする事業所から拡散する。このような労働では、場所的拘束は問題にならないか、少なくともその意義は小さくなり、かえって、期間や期限などによる拘束が重要となる。

もとより、場所的拘束が明確であれば、従来どおり労働時間性の有力な判断要素となる。しかし、これがないからといって労働時間性を決定的に左右するものではない。今日では労働時間性の判断にとって場所の意義は後退しているのではないか。従来、労働時間性の判断要素のひとつとして、「時間的・場所的拘束性」を一括して指標にしてきた<sup>12)</sup>が、これを分離し、場所的拘束については柔軟に解する必要がある。

## (2) 労働法における自宅の意味

以上のことから、就労場所を工場などの事業所に限定する固定観念に基づき、自宅を労働時間と無関係な場所として検討の視野から排除することは妥当ではないと考える。しかし、自宅に特殊性が伴うことも確かである。行政解釈が自宅での労働に「特命」を求めるのも、自宅を特別視している結果である。しかし、自宅の何が特別かを明確化すべきである。私見によれば、それは、自宅が私的空間であるという事情だと考える。つまり、労働時間に引き付けていえば、自宅は使用者に売り払った労働時間から切断された時間が過ごされる場所であり、使用者が介入してはならない空間だということである。それゆえ、自宅での労働には拘束が弱いどころか、そ

もそも拘束自体を及ぼすべきではないし、法的規制自体が許されないとはいえるのである。

しかし、自宅が、本来、法規制からははずすべき対象であるからといって、労働法上問題にならないわけではない。たしかに、労働者がどこに住むかは自由であり、したがって、労働契約上の規制も許されない。このことは憲法22条1項の「居住・移転の自由」を持ち出すまでもなく、暗黙の前提となっているといつてよい。もっとも、事実上、自宅に対して規制が及ぶ場合はありうる。たとえば、通勤手当の支給対象を80キロ以内に住むものとする場合があるが、これは、事実上、ある一定の範囲内に労働者を住まわせることを意味する。しかし、通勤手当の支給義務は法律上、使用者にはなく、合理的な時間内に通勤できる範囲に居住している場合に通勤手当の支給対象を限定することも許されると考えられるから、通勤手当の支給対象の可否による自宅の場所に対する規制も労働者の居住・移転の自由を制約することにはならない。さらに、配転や出向でも転居を伴う場合がある。この場合、むしろ労働者の私生活の自由や職業生活と私生活の両立を可能にするように使用者には信義則上、配慮義務があるといふべきであり<sup>13)</sup>、むしろ配転や出向に対して適切な法規制こそが必要である。さらに近年、職業生活と家庭生活の両立が課題になっており、そのための法規制の発展も見られる。たとえば、育児や介護について、その責任を負うものに深夜業免除の請求権を認めるとともに、とくに育児の場合、所定外労働を免除する制度を設けることを求めている(育児介護休業法19条1項、同法施行規則34条など)。これは労働者の自宅での行動も視野の中に入れた法規制が職業生活と家庭生活の両立を企図して行われるようになってきていることの一例である。さらに、懲戒処分を発令する前の暫定措置として出勤禁止処分が行われるとか、業務上の必要性に基づき労務指揮権の行使として自宅待機命令が出される場合がある。このような場合には、ふつう、勤務時間帯に自宅にいることは明示の指示に基づくが、そのような処分ないし命令の是非については、権利濫用の法理により適切な規制が及ぼされて

いる<sup>14)</sup>。

以上のような法規制ないし法理は、自宅の本来の機能を保障し、自由度を高めるためのものである。とくにこれが重要な意義を有するのは、日本では、労働者が職場での仕事振りだけでなく生活態度まで含めて評価される実情があるからである<sup>15)</sup>。

他方、自宅と労働との結合が強まる傾向も認められる。典型はSOHOなどの自宅就労の拡がりである。そして、狭義の労働法とはいえないが、すでに家内労働法に見られるように、自宅で行われる労働が法規制の対象になっていることも事実である。今後、類似の就業形態の普及・拡大が予想され、自宅型労働が問題となる可能性がある。理念としての「男女共同参画社会」では、職業生活と家庭生活の両立が政策の基本に据えられており、将来的には、自宅勤務が特異な勤務形態ではなく、職業生活と家庭生活との両立を図る方法のひとつになるとも考えられる<sup>16)</sup>。事業所から離れた場所で労働するテレワークには、在宅型、サテライトオフィス型、モバイル型の3つがあり、これらはさらに、出社の要否について区分すると、全部型、部分型があるといわれる<sup>17)</sup>。このように、自宅と就労との結合が始まっているのである。

いずれにせよ、自宅と労働を切断する発想だけでなく、自宅の特殊性を踏まえ、就労との適切な関係を構想することが必要である。

### 三 自宅残業に関する学説と自宅労働の位置づけ

#### (1) 自宅残業に関する学説

では、自宅残業はどのように評価したら良いか。まず、その労働時間性を真正面から否定する見解を検討したい。安西弁護士は、労働時間の判断基準を以下のように設定し、これに照らして自宅残業は労働時間に該当しないと判断されている<sup>18)</sup>。すなわち、労働時間といえるためには、一定の場所的拘束、一定の時間的拘束、一定の態度・行動上の拘束、一



定の労務指揮的立場からの支配・監督的拘束， 一定の業務内容・遂行方法上の拘束が認められる必要がある。しかし，この基準からすると，自宅残業の場合， については，自宅だけでなくもどこでもよく，出張とはちがって，場所・地域の指定もないこと， については，深夜・早朝でもいつでもよいこと， 寝ながらでも酒を飲みながらでもよいこと， については，このような拘束が許されない家庭生活上の行為であること， については，このような拘束はなく，労働の成果しかないから，要件を充足しない。したがって，労働時間とはいえない，と。

では，自宅残業はいかなる法的性格の行為であるのだが，この点，業務命令の外形をとり，労働者が従っていても，本来，従う義務がなく拒否できるものを，錯誤ないし不知から強制と理解していても，準委任でしかない(民法656条)。したがって，報酬は特約がなければ請求できず，このことは商法512条を適用した場合でも異なるところはない，と。

たしかに，この見解の場合，自宅での労働は労働時間とは評価されないから，使用者はそのような労働を命ずることはできないし，労働者もそのような労働をする義務もない，ということになる。したがって，結果的には，不当な労働を規制する考え方と見ることもできる。しかし，このような見解は現実の自宅残業を解消する考え方であるとはいえない。同じ実態の活動を所定労働時間を超えて事業所で行えば労働時間になるのに，場所が自宅になるだけで全く評価されないというのは常識に合致しない。また，明示の指示がある場合も準委任とし，労働契約上の労働と見ないのは問題である。さらに，当該活動の成果は使用者が取得するから，労使の利益において均衡を欠く議論である。

他方，石橋教授<sup>19)</sup>は，労基法上の労働時間といえるか否かの検討対象として3つの時間，すなわち， 実作業の周辺の時間， 手持時間などの実作業に従事していない時間， 持ち帰り残業などの所定労働時間外の活動に要する時間を挙げ，検討されている。そして， の中に含まれる自宅残業について，直接の説明はないものの，テレワークについて次のように説



明されている点が重要である。すなわち、テレワークが「労働者個人の裁量によって行われている場合には、業務に関連する労務の提供とはいいいえでも、それは指揮命令に服しての現実の労務提供義務の履行、かつそれによる時間的・場所的拘束があるとはいいがたく、使用者の黙認または許可のない持ち帰り残業と同様に、実労働時間性は否定されざるをえない<sup>20)</sup>とされている。つまり、黙認・許可のない持ち帰り残業は労働時間ではないとされているので、反対解釈すれば、黙認・許可がある場合には労働時間になるとの理解であると考えられる。結論を先取りしていえば、この見解は、許可を求めている点を除き、後述する私見と基本的に一致する。しかし、石橋教授は自宅残業について直接に言及されているわけではないので、この見解は自宅残業を積極的に労働時間と認める見解とまではいえない。

## (2) 自宅労働の位置づけの選択肢

自宅残業をどのように評価するかという問題を検討する前に、自宅での労働そのものの位置づけについて、さしあたり、3つの可能性を検討しておきたい。

第1は、自宅を直近上位の機構と一括して一つの「事業」に統合する位置づけの可能性である<sup>21)</sup>。この場合、あくまで自宅自体を職場と位置づけ、そこでの労働が契約されていることが必要である。しかし、自宅残業をこれと同視することはできない。自宅は職場としての法的性格を獲得していないし、本来の職場での労働を持ち帰ったことで、仕事の内容上の連続性が認められるにすぎないからである。また、この位置づけをする場合には、自宅への労働監督や使用者の干渉を認めることが可能となるが<sup>22)</sup>、このことは上記の自宅の自由確保の要請に照らし妥当ではない。

第2は、事業場外労働（労基法38条の2）とする可能性である。これは有力な解釈であり、これを自宅残業に適用すると見られる見解もある<sup>23)</sup>。しかし、協定による場合は、もとより協定が存在している必要があるが、そうでない場合でも、当該業務が指揮命令下の労働として労働時間性が明

確な労働時間が事業場外で使用され、そのため算定が困難であることが前提となっていること、原則は所定労働時間労働したものとみなされるものであり、さもなければ当該業務の遂行に通常必要とされる時間だけ労働したものとみなされること、対象業務は主としてモバイル型テレワークを予想していること、などから、自宅残業には就業形態上適格的ではないし、少なくとも、この適用のためには、前提として自宅残業の労働時間性が認められる必要がある。したがって、この選択肢は妥当ではない。ただし、時間計算上みなすという点は参考になる。

第3は、専門業務型裁量労働と見る可能性である<sup>24)</sup>。この形態は時間配分の裁量性がポイントであり、労働場所の裁量とは本質的な特徴ではない。なるほど、裁量が認められる対象である業務遂行の手段の中に場所も含むと考えられるかも知れないが、それが当該業務の性質に基づく必要があるもので、無理がある。また、自宅残業に時間外労働手当が支払われていないという実態には適格的だが、かりに過労死の認定基準を充たす労働時間を協定しても無効というべきであるから、それを下回る協定時間労働したとみなされても救済にならない。実際にどれだけ労働したかの評価は、結局、その時間の労働時間性の有無の問題となる。この形態は、あくまで法定の要件の充足を必要とするから、自宅残業の実態が裁量労働に近いからといって、同様の扱いをすることはできない。

以上のように、これらの可能性は自宅残業の問題の解決にならない。したがって、その他の可能性によるべきである。そこで、改めて自宅残業の特徴を確認し、それに適格な労働時間性の評価のあり方を考えてみることにする。

## 四 自宅残業の労働時間性の判断

### (1) 仕事を自宅に持ち帰る理由

自宅残業の労働時間性を検討するにあたり、そもそも、なぜ労働者は仕

事を自宅に持ち帰るかが問題となる。この点について、以下の諸点を考慮する必要がある。

第1は、いうまでもなく職場で処理し切れない仕事があるから自宅に持ち帰るということである。営業職のような単独性の強い労働であれ、工場の組み立てラインで働く集団性の強い労働であれ、強化された能力主義管理の下で、要員が削減された上、分担する仕事が拡大され、重いノルマも課される<sup>25)</sup>。このようなノルマは、とうてい所定の労働時間内では処理できず、その結果、所定労働時間からはみ出した時間での労働が常態化する。通常、このような労働は事業所での居残り残業によって行われるが、それでも収まらない場合、組み立てラインでの仕事はともかく、家でも可能なら持ち帰って処理することになる。

強調しておきたいことは、このような事情の下で仕事を家に持ち帰るのは、やってもやらなくてもよい仕事だからではなく、むしろ逆だということである。家に持ち帰ってまでやらざるを得ない仕事だということを看過してはならない。

第2は、やるべき仕事がある場合、そのまま事業所内で処理することは、実際には困難だということである。事業所内では十分な飲食や疲労の回復ができない場合が多い。また、一定時刻以降の居残りが禁止されている場合もある。いうまでもなく、労働すれば疲労するが、とくに所定の労働時間を終えた後の労働は追加的な労働であり、負担が大きい。法律上、時間外労働に割増賃金が義務づけられるのも、時間外労働に対する使用者の命令を抑制することに加え、体力の消耗が激しいので、そのダメージを補償することに狙いがある。したがって、追加的な労働は負担が大きい分だけリラックスできる環境や疲労を回復できる条件が必要である。安西弁護士がいわれるような、寝転んでもやれる環境が必要なのである。生命体としての存在である労働者は、肉体と不可分な労働力を守ろうとする。これは労働者としての防衛本能ともいいうる。したがって、追加的な労働をする場合、それが自宅で行われたとしても、その選択には、追加的な労働の負担

から労働力を保護する上で最適な環境を確保しようとする労働者の行為という意味が含まれている点を考慮すべきである。

なお、自宅だと寝転んででも仕事ができるという仕事の方法が問題となるが、これによって労働時間性は影響されないというべきである。通常でも、具体的な業務処理の方法・態様には労働者の自由に委ねられている余地が存在するからである。寝転んででも処理できる、というのは比喩であるとしても、仕事の処理方法如何は仕事の性質によって規定される問題である。

これ以外にも、とくに女性の場合、実際には家事・育児の負担があり、それとの調整の必要上、やむを得ず帰宅せざるを得ない場合がある。さらに、帰宅の交通手段が確保できなくなることを避けるため、一定の時刻で帰宅し、残りの仕事を自宅でする場合もある。

いずれにせよ、自宅残業を労働者の勝手な行動と見ることは、判断の前提を見誤ることになる。

## (2) 自宅残業の「自発性」と指揮命令下性

自宅残業は、普通、その活動の内容において本務そのものである。したがって、いわゆる中核的な労働時間の周辺において問題となる洗身や体操、小集団活動などの労働時間性とは違い、直ちに労働時間性を承認できそうである。また、通説・判例の労働時間性の判断基準からしても、自宅で仕事をするように明確な指揮命令があれば、当然、労働時間性は承認されるはずである。そこで、命令の有無をめぐる争いを回避するため、自宅に持ち帰る場合には上司の命令を受けるように運動することが労働者に対してアドバイスされることにもなる<sup>26)</sup>。

しかし、自宅残業は容易には労働時間と認められてこなかった。労働時間性を否定する理由として常に持ち出されるのが「自発性」である。つまり、自宅での労働は労働者が勝手にしたのであり、しかも、本当に労働したかどうかが明確ではないし、私事に従事することも可能ではないか、と

いうわけである。そして、行政判断では、自宅で労働する場合には上司の特命が要るとしているが、このような要件を求めるのも、「自発的」ではなかったとする必要があるためと考えられる。

たしかに、自宅での労働に拘束度の低い面があることは事実である。しかし、自宅での労働には明示の指示がないのが普通であって、それを求めることは実際的ではない。なぜなら、使用者が明示的に命令すれば、時間外労働になったり割増賃金の支払いにつながる可能性があるから、あえて命令しないのである。また、強制と自発がないまぜになった労働が日本の労働の特徴でもある<sup>27)</sup>。さらに、知識労働の場合、裁量の幅が大きく、指揮命令が希薄化していることも考慮すべきである<sup>28)</sup>。

とはいえ、全く使用者が知らない労働のための時間を労働時間と評価できないことも確かである。「指揮命令下」であることを要件とする以上、全く使用者の関知しない場合まで労働時間とすることは無理である。この点について、「ある労働者が所定労働時間外に自発的労働を行っていた場合、使用者がかかる労働を（最も軽微な関与である）黙認も許容もしていなかった場合、いかに労働者が本務たる活動を行ってもそれは労基法上の労働時間とは評価されない<sup>29)</sup>」との見解のとおりである。

しかし、仕事を家に持ち帰ったことを任意の選択であるといえるであろうか。もちろん、個別の事情を無視して、一般的に任意の選択でないとはいえないが、持ち帰りが、事実上、余儀なくされたものではないか<sup>30)</sup>という評価視点を持つべきであると考ええる。なぜなら、家に持ち帰ってまで処理しようとする仕事は、前記のように、むしろ重要度が高く、緊急の処理が必要な性質の仕事であるから、その分、拘束性は強度であると見るべきだからである。自宅の場合、場所的拘束が希薄であり、その結果、当該時間の拘束性が弱いとしても、このような仕事の処理への強度の拘束性は、全体として、この不足をカバーするのではないか。

さらに、自宅にまで仕事を持ち帰る場合の拘束性の程度を考える場合、指揮命令の及び方についても考慮すべきである。言い換えれば、働かせ方

のメカニズムに応じた指揮命令の及び方を把握する必要があるということである。自宅に持ち帰ってまでやらねばならない仕事は業務性が強いので、使用者の具体的な指示がなくても労働者は仕事を処理する。もともと「サービス残業」は「命令されないのに残業する」点に特徴がある<sup>31)</sup>。したがって、自宅残業の場合、特命(明示の命令)がなくても、それより軽度の黙示の指示ないし黙認があればよいというべきである。とくに、裁量性の高い労働の場合、期限の縛りが明確かつ厳格であれば労働者は労働せざるを得ない<sup>32)</sup>。このような労働の特徴に応じて指揮命令の程度も判断する必要がある。

なお、荒木教授は、前記の「相補的二要件説」に基づき、終業時刻以降の労働の継続について、「当該活動がまさに本務そのものであるがゆえに職務性は著しく高度であり、使用者が明示的に命じたものでなくても、黙認・許容という軽度の関与があれば労働時間となる<sup>33)</sup>とされる。そして、所定労働時間内であれば指揮命令によりある活動に職務性が与えられるが、所定外の指示による活動については、別に職務性の審査が必要であって、黙認・許容の場合は「職務性」の要件が高度に充足している必要がある<sup>34)</sup>とされる。これらに照らせば、自宅残業は、本務性の点でも、また余儀なくされたと見ることが可能なことから、職務性が高度であるから、「終業時刻以降の労働の継続」が自宅で行われる場合であっても、その労働時間性が認められることになるのではないか。

なるほど、自宅の場合、それが使用者の干渉を許さない空間であることから、指揮命令が及んでいるということは矛盾である。自宅での労働にまで労働時間性を認めると、労働から解放された自由な時間、とくに家庭生活の自由を保障するということに反することになる。しかし、これを労働時間と見たほうが、労働時間を規制し、労働者の自由を保障することにつながることも確かである。もとより、自宅に持ち帰る労働は本来的に容認できないし、私生活の自由は確保される必要がある。したがって、会社での所定労働時間の終了後に自宅で所定労働時間外の労働を義務づけるよう

な定めなし命令は無効であり、特命があっても従う義務はないというべきである。しかし、このことと実際に自宅残業が行われた場合の労働時間性の評価とは区別すべきである。つまり、自宅残業は労働者のする義務のない労働であり、違法な労働である。しかし、自宅だと命令が及ばなくなるとか命令が切断するというのではなく、当初の命令は生きていたと見た上で、それに事後的な救済を及ぼすべきである。

### （3）指揮命令の認定問題

自宅残業に対する指揮命令は、黙示の指示ないし黙認でよいとしても、そのような指揮命令が及んでいるということを、どのように認定するかが問題となる。この点に関し、たとえば喫茶店に勤務している労働者の事例で、使用者の業務に従事しても、使用者の関与なしに労働者の独自の判断で行えば労働時間とはいえないところ、営業成績を向上させるようにという指示があり、そのためには営業時間は長時間とならざるを得なかったこと、使用者は閉店時間の変更を了承していたことから、黙示の指示あるいは黙認があったとして労働時間性を認めた例がある<sup>35)</sup>。また、電通過労死事件<sup>36)</sup>では、「業務を所定の期限までに完了させるべきものとする一般的、包括的な業務上の指揮又は命令の下に当該業務の遂行に当たっていたため、……継続的に長時間にわたる残業を行わざるを得ない状態になっていた」と認定した。本件は、自宅残業の事例ではないが、所定の期限までに業務を済ませることが必要であったということを重視している点が重要である。また、千里山生活協同組合事件<sup>37)</sup>でも、使用者の指示による業務量が就業時間内に処理できないほどのものであり、時間外労働に従事せざるを得ない状況にあったから、時間外労働は黙示の業務命令によるものとした。さらに、教員の残業について、処理できないほどの仕事があった場合の残業の労働時間性、つまり命令が及んでいたことを認めた通達<sup>38)</sup>がある。すなわち、「使用者の具体的に指示した仕事は、客観的にみて正規の勤務時間内ではなされ得ないと認められる場合の如く、超過勤務の黙示の指示に



よって法定労働時間を超えて勤務した場合には、時間外労働とする」としている。

このような方法によれば、問題となっている仕事が所定労働時間内で処理できなかったことは認定できる。そして、日常的に業務を監督する立場のものであれば、当該の業務が所定の労働時間内で処理できるか否かは判断できるはずであって、その処理のために労働者が職場に残って業務を続けることになるか、それで収まり切らないかも知り得る立場にあるといわねばならない。そうだとすれば、本来使用者はこのような所定外の労働を自宅に持ち帰ることは禁止すべきであるから、使用者が持ち帰りを禁止し、労働時間と認めないことを明確にしない場合、言い換えれば、労働者を労働から解放し、私生活の自由を保障する意思を明確にしなければ、持ち帰った労働に対して、少なくとも黙示の指示ないし黙認があったと認定すべきである<sup>39)</sup>。

#### (4) 自宅残業時間の算定問題

指揮命令が及んでいるから労働時間であるとしたとき、その労働時間をどのように算定するかという問題が残っている。しかし、この問題は「サービス残業」など立証が困難な場合と同じである。たとえば金融機関の場合、労基署は警備記録や金庫開閉簿などによって、それを立証している<sup>40)</sup>。自宅残業の場合も、通常、家族の証明などに拠ることになるが、それで足りるというべきである。

むしろ、困難な問題は、使用者の労働時間を把握する義務との関係である。過重労働を回避する安全配慮義務との関係でも、使用者には働き過ぎにならないように労働時間を正確に把握する義務がある。しかし、自宅残業の場合、これを厳格に解すると私生活への使用者の介入を認めることになりかねない。また、實際上、直接的な場所的拘束下にないにもかかわらず正確な時間の把握を使用者に求めることは妥当ではない。しかし、労働時間の正確な把握が困難であることは「サービス残業」一般に共通した問

題である。このような困難を理由に、実際に労働した時間を労働時間ではないということはできない。

そこで、以下のように考える。家族の証言などに基づき、ある業務を処理するために自宅で労働したと労働者が主張する時間が、経験的に見て、当該の業務処理のために事業所で通常必要とされる時間数と相当な関係があれば、その時間だけ労働したものとみなすという処理である。このような処理の参考になるのは東久商事事件判決<sup>41)</sup>である。本判決では、正確な労働時間数が不明であるのは、出退勤を管理していなかった会社の責任であるから、正確な残業時間が不明だからといって時間外割増賃金の請求を棄却するのは相当ではなく、これらの事情から、労働者によって記載された時間残業したのものとして割増賃金額を算定するのが相当という論理を採用した。これと同様に処理してよいと考える。

もうひとつの問題は、使用者の刑事責任との関係である<sup>42)</sup>。時間外労働の場合、時間に対応した割増賃金の支払いが罰則付きで使用者に強制される。労基署が自宅残業の労働時間性について厳格に解しているのは、労基法が刑罰法規だからだと推測できる。刑罰の対象となれば、自ずと労働時間性の判断を厳格化せざるを得ない。しかし、これでは労働者保護にとって妥当な結論が得られない。他方、自宅残業は、上記のように、みなす処理をせざるを得ないこと、私生活の自由との関係で指揮命令の及び方に制約があること、自宅への労働監督は避けるべきこと、などの特徴を帯びた時間である。そのため、これを通常の労基法上の労働時間と全く同じ時間と評価してよいか問題となる。そこで、これを労基法上の労働時間としつつも、刑罰の対象としないという扱いが考えられる。このような解釈は労基法の基本的な性格と対立するが、自宅残業の特殊性に合致した問題解決を図るため、このような「二分法」を採用すべきであると考えられる。すでに、西谷教授は、労基法上の労働時間を広義と狭義に分け、公法的規制を受け、罰則の対象になる狭義の労働時間は限定的かつ客観的に判断されるが、広義の労働時間は約定もしくは命令により労働者が事実上拘束される

時間を含み、私法的規制を受ける、とされている<sup>43)</sup>。このような解釈によるべきであると考え。

## 五 おわりに

最後に、以上の検討を簡単にまとめて、結びとしたい。

ところで、労働時間が否かはあくまで指揮命令下の労働であるか否かで判断しなければならない。この考え方によれば、自宅に仕事を持ち帰った場合でも、それは、指揮命令された仕事が会社の中で消化できなかっただけのことであるから、当然、その労働時間性が承認されるはずである。しかし、自宅は使用者が介入してはならない空間であるし、労働監督も及ぼすべきではない。また、使用者の目の届かないところでの労働でもある。このような理由から、明示の指示(特命)のある場合のみ、労働時間と認めるのが行政解釈である。

しかし、自宅にまで仕事を持ち帰るのは、重要度が高く、緊急に処理せざるを得ないからである。しかも、近年の労務管理は、ノルマなどを通じて指揮命令を及ぼしているから、具体的な指揮命令が行われなくても、労働者は「自発的」に労働する。このような人事管理が行われているとき、工場労働の場合と同じ指揮命令の存在を求めることは妥当ではない。仕事を持ち帰ってまで処理するという事実の中に当該仕事を余儀なくされたという拘束性が認められ、それだけ業務性が強いといわねばならない。とはいえ、全く使用者の知らない場合にまで労働時間性を認めることはできないから、特命まではなくても黙示の指示ないし黙認は必要であって、それは、所定労働時間内で処理できないほどの仕事を使用者が命じておきながら、自宅に仕事を持ち帰ることを禁止しなかった場合に存在するというべきである。

自宅での労働に労働時間性を認める場合、どれだけ長時間労働したかは証明の問題であり、「サービス残業」の場合と同様に、自宅残業に適合的

な方法、たとえば家族の証言などに拠るべきである。もっとも、労基法上の労働時間となれば、割増賃金の支払いをせざるを得ず、また、そのことを罰則を以って労基法が定めているため、労働時間性の判断が厳格に行われる理由ともなる。自宅での労働時間に特殊性があることは事実であるが、かといってその労働時間性を全く否定するのも妥当性を欠く。そこで、この厳格性と特殊性を調整するため、この時間を刑罰の対象にしない時間と評価する解釈方法をとるべきである。

- 1) 本多淳亮・森岡孝二編『脱「サービス残業」社会』（労働旬報社・1993年）163頁の全労働省労働組合による実態調査結果参照。
- 2) これは発表者が個人的に取り組んでいるテーマについての発表であり、昇進試験としての意味があったものであるが、その準備には業務の一環として時間保障されていた。
- 3) 2002年12月段階では、労働保険審査会の再審査は継続中である。
- 4) 本稿では、労災補償との関係で労働時間を問題とするので、「労基法上の労働時間」を前提としている。「労災補償法上の労働時間」を独自に考える可能性もありうるが、労災保険法が労基法上の使用者の労災責任を担保する制度であるので、両者の労働時間概念は同一であると考えられる。
- 5) 昭和23年5月14日基収769号、外尾健一「基準内労働・基準外労働」労働法大系5（有斐閣・1963年）120頁参照。
- 6) 三菱重工業長崎造船所事件・最高裁1小判決平成12年3月9日労働判例778号11頁。
- 7) 土田道夫「作業服の着脱、移動、洗身等の時間と労基法上の労働時間」労働判例786号（2000年）6頁以下参照。
- 8) たとえば、菅野和夫『労働法』（第5版補正2版）（弘文堂・2001年）258頁。
- 9) 荒木尚志『労働時間の法的構造』（有斐閣・1991年）258頁以下参照。
- 10) 最高裁1小判決平成14年2月28日労働判例822号5頁。
- 11) 荒木・前掲書239 240頁参照。
- 12) たとえば、最近の労働時間概念について検討した石橋洋「労基法上の労働時間の概念と判断基準」講座21世紀の労働法5巻（有斐閣・2000年）219頁では、指揮命令下説を支持しつつ、指揮命令下性の判断要素として、業務に必要かつ関連する労務提供または行為、労働契約上の義務づけ、義務づけに伴う場所的・時間的拘束性を挙げており、ここでも場所的拘束性が判断要素となっている。
- 13) たとえば、帝国臓器製薬事件・東京地裁判決平成5年9月29日労働判例636号19頁では、単身赴任をしなければならない場合、労働者が蒙る経済的・社会的・精神的不利益を軽減、回避するために社会通念上求められる措置をとる配慮義務が使用者にあるとした。ただし、本件では、この義務に違反しないとした。
- 14) 詳しくは、香山忠志「自宅待機命令に関する法的考察」季刊労働法173号（1994年）90頁以下参照。

- 15) 熊沢誠「日本の能力主義の情力」甲南経済学論集36巻4号(1996年)137頁以下参照。
- 16) ただし、「非雇用」型が先行して普及する可能性が高い。長坂俊成「情報化に伴うテレワーク・在宅勤務の現状と可能性」日本労働研究雑誌467号(1999年)62頁参照。
- 17) 以上は「雇用」型に限定している。詳しくは、長坂・前掲論文57頁および山口浩一郎『労災補償の諸問題』(有斐閣・2002年)75頁以下参照。
- 18) 安西愈『労働時間・休日・休暇の法律実務』〔全訂2版〕(中央経済社・1997年),同「ホワイトカラーの日本的雇用慣行と労働時間の矛盾」季刊労働法131号(1984年)46頁参照。後者の論文では、「『業務遂行』イコール『労働時間』ではないという一例」として自宅残業を検討しているので、その業務性は承認されている。
- 19) 石橋・前掲論文208頁。
- 20) 石橋・前掲論文222頁。
- 21) その判断基準として昭和22年9月13日発基17号がある。
- 22) 森戸英幸「わが家が一番?」日本労働研究雑誌467号(1999年)47頁。
- 23) 森戸・前掲論文48頁参照。
- 24) 企画業務型裁量労働制は、要件が厳格で適用が困難と思われるので、検討を省略する。なお、裁量労働制については、拙稿「裁量労働制」講座21世紀の労働法5巻(有斐閣・2000年)262頁以下参照。
- 25) 熊沢誠『能力主義と企業社会』(岩波新書・1997年)89頁以下参照。
- 26) 本多・森岡編・前掲書211頁参照。
- 27) 熊沢誠「日本の経営における働かせ方の論理」基礎経済科学研究所編『日本型企業社会の構造』(労働旬報社・1992年)220頁参照。
- 28) このような労働で労働時間の決定や労働遂行に関する労務指揮権の後退が認められる点について、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』(信山社・1999年)507頁以下参照。
- 29) 荒木・前掲書259頁。
- 30) この「余儀なくされた」というのは、前記の三菱重工長崎造船所事件・最高裁判決が示した指揮命令下性の判断基準でもある。これは、明示・黙示の指示があるとはいえないが、諸般の事情から見て、当該行為をせざるを得ない場合を意味するといえよう。西川知一郎「時の判例・本件判例評釈」ジュリスト1190号(2000年)126頁参照。
- 31) 本多・森岡編・前掲書183頁参照。
- 32) 「はじめに」で紹介した事例の場合、発表日が決まっており、それは動かしようがなかった。社長も来ることが予定され、後のない期限であった。
- 33) 荒木・前掲書261頁。
- 34) 荒木・前掲書264頁参照。
- 35) 三栄珈琲事件・大阪地裁判決平成3年2月26日労働判例586号80頁。
- 36) 最高裁2小判決平成12年3月24日労働判例779号13頁。
- 37) 大阪地裁判決平成11年5月31日労働判例772号60頁。
- 38) 昭和25年9月14日基収2983号。
- 39) この認定の論理について、大内伸哉『労働法実務講義』(日本法令・2002年)174頁参照。
- 40) 鹿嶋敬『男の座標軸』(岩波新書・1993年)8頁参照。

自宅残業の労働時間性（吉田）

- 41) 大阪地裁判決平成10年12月25日労働経済判例速報1702号 6 頁。
- 42) 荒木教授は、この点を強く意識されている。荒木・前掲書 3 頁注 1 , 221頁参照。
- 43) 西谷敏「労働基準法の二面性と解釈の方法」外尾健一先生古稀記念『労働保護法の研究』（有斐閣・1994年）10頁以下参照。