

高年法の雇用確保措置をめぐる 新たな法的課題

柳澤 武

(名城大学准教授)

日本では、2004年に改正された高年法（高年齢者等の雇用の安定等に関する法律）によって、いくつかの新たな法的課題が生じている。本稿では、まずアメリカとEU諸国（イギリス・アイルランド・ドイツ・フランス）での労働者の引退過程に関わる労働法制を確認し、高年法の特徴を比較法的な観点から明らかにする。その上で、雇用確保措置の法的性格を争った3つの判決（NTT西日本事件）が示した、1)関連会社への転籍による継続雇用についても、「継続雇用制度」として認められる（＝雇用確保措置に該当する）、2)たとえ高年法違反であったとしても、労働者が損害賠償請求あるいは地位確認請求を行うことはできない、との論理を素材として、学説での議論を整理の上、新たな法的課題について検討する。私見では、事業主が雇用確保措置の義務履行を放棄した場合には、請求原因を特定できる選択肢に限り労働者側にイニシアチブを与えるような法改正が求められる。雇用確保措置を行わない事業主に対して、何らの私法的責任を追及することもできないのであれば、高年法9条は空文化してしまう。

目次

- I はじめに
- II 諸外国の状況
- III 日本における新たな法的課題
- IV 高年法の解釈をめぐる論争
- V 今後の法政策

I はじめに

2004年6月11日に「高年齢者等の雇用の安定等に関する法律の一部を改正する法律」¹⁾（以下、同法によって改正された法律を「高年法」と略す）によって、高年齢者の65歳までの安定した雇用を確保するため、事業主に「高年齢者雇用確保措置」を講じることが義務づけられた（高年法9条1項²⁾。この雇用確保措置をめぐる、制定当初にはあまり意識されていなかった問題が、近年になり顕在化してきている。また、高年法の施行後に提起された裁判の判決が、今年（2009年）の2月

と3月に出されたばかりである。高年法をめぐる法的課題は、いよいよ注目の論争になりつつある³⁾。

そこで、本稿では、諸外国における高年齢者の引退過程に関わる法政策を確認し、もって日本の高年法の特徴を把握する（II）。次に、高年法の制定意義に言及し、雇用確保措置の適法性を争った近年の裁判例を分析することで、近年の紛争実態で課題となった論点を補足する（III）。さらに、雇用確保措置をめぐる学説を整理・検討の上、高年法をめぐる学術論争の到達点を明らかにする（IV）。最後に、これまでの議論をふまえ、今後の高齢者雇用政策の方向性を示したい（V）。

II 諸外国の状況

諸外国では、高年法9条が対象とするような労働からの「引退過程」について、いかなる法規制が存在するのであろうか。ここでは、日本の高年

法との比較という観点に絞って、アメリカと EU 諸国（イギリス・アイルランド・ドイツ・フランス）の法制度を紹介する。

1 アメリカ

アメリカでは、連邦法である「雇用における年齢差別禁止法（The Age Discrimination in Employment Act of 1967）」（以下「ADEA」と略す）によって、40歳以上の労働者に対する年齢差別が禁じられている⁴⁾。ADEAによって禁止される類型は、採用や解雇はもとより、報酬、雇用期間、労働条件、雇用上の特典という雇用のあらゆる場面を含んでいる。いわゆる定年退職制度についても、極めて限られた例外を除き、全面的に禁止されている。もっとも、早期退職優遇制度によって労働者が「自発的に」引退することは禁じられていない。実際に、1980年代後半から、使用者が対価（退職金の上乗せ等）の支払いと引換えに、年齢差別訴訟を提起する権利を労働者に放棄させるという実態が横行した。これは、ともすれば ADEA の実効性を骨抜きにしてしまうことになりかねず、判例・学説とともに議論を巻き起こした⁵⁾。

その打開策として 1990 年 ADEA 改正（高齢労働者給付保護法（Older Workers Benefit Protection Act）の制定による）は、訴権放棄契約についての具体的な手続的要件を課した。その内容は、①通常の被用者 [= 労働者] が理解できるようにかかれた書面による契約であること、②この法で与える権利や請求権について明言していること、③その個人が、権利放棄が行われる日以降に生じ得る権利または請求権については放棄していないこと、④個人がすでに持っている権限を有している価値とは別に付加された約因と引き換えになされたものであること、⑤契約合意前に、弁護士との相談を書面で勧められていること、⑥契約考慮の時間が、最低 21 日与えられていること、⑦7 日間の解除可能期間を定めること、と多岐にわたる。かかる要件をすべて満たした場合にのみ、「知っていて自発的に（knowing and voluntary）」権利放棄したことになる。連邦最高裁は、同要件についての厳格な解釈を堅持しており⁶⁾、僅かでも手続

きに瑕疵がある場合には放棄契約を認めない傾向にある。

これらは、労働からの引退過程において、労働者の「意思」による引退を、客観的・具体的な「手続的規制」によって保障する法システムとみることができる。使用者にとっても、ADEA が求める手続きを満たすことにより、後になって労働者から訴訟を提起されるリスクを回避できるというメリットがある。

2 EU 諸国

2000 年に制定された EC 指令は、加盟国に雇用における年齢差別を禁止することを義務づけた⁷⁾。同指令の特徴は、直接的・間接的な年齢差別を包括的に禁止しつつ、定年退職については各国の裁量を認め「本指令は、国内法で定める退職年齢には及ばない」（前文 14 項）と規定したことである。また、「適法な雇用政策、労働市場および職業訓練の目的を含む適法な目的により、客観的かつ合理的に正当化され、かつその目的を達成する手段が適切かつ不可欠である場合には、年齢に基づく待遇の相違は差別を構成しない」（6 条）として、国内法による例外規定の設置が許容されている。

同指令の採択後、加盟国は 2006 年までに年齢差別禁止に関する立法を行ったが、指令に抵触しない限りにおいては、採択前からの法規制も残された。このため、高齢労働者の引退過程に関わる法規制は、従来からの法政策に、年齢差別禁止アプローチが部分的に導入されるという形で具体化された。Sargeant (2008) も指摘するように、EC 指令は年齢差別禁止へ向けた重要なステップとなったが、同指令の解釈をめぐる紛争などもあり、実現のための行程が終わっていないことも事実である。

(1) イギリス

イギリスでは、労働党のマニフェストが年齢差別の撤廃を掲げていたこともあり、1999 年の行為準則（Code of Practice）により、EC 指令の採択前から独自の年齢差別規制を開始していた。この準則は、募集・選考・昇進・職業訓練・剰員整理・退職における年齢の多様性に関する「望ましい慣習」を示したが、あまり使用者に認知される

ことなく⁸⁾、雇用慣行の変化を促進させるほど十分ではないとの厳しい評価もなされた。そこで、EC指令を国内法化する必要に迫られ、2006年に雇用平等（年齢）規則（Employment Equality (Age) Regulation 2006）⁹⁾が制定された。同規則によって、イギリスの引退過程に関する法規制は、大きく変容することになる¹⁰⁾。

まず、65歳未満の定年については、原則として——それを客観的に正当化（objectively justify）できないときは——雇用権利法（Employment Rights Act）に定める不公正解雇となる。次に、65歳以上の定年については、労働者に「使用者が退職させようと予定する日」と「継続雇用を要求する権利（the right to request to continue to work）」を通知する義務が課された¹¹⁾。この通知手続きは、1年前から6カ月前という特定期間内に行う必要があり、使用者が当該手続きを満了したことを証明しなければ、不公正解雇に該当する。労働者が、継続雇用を要求する権利を行使すると、使用者には継続雇用について考慮する義務が発生する。それでもなお、使用者が退職予定日に労働者を引退させたい場合には、合理的な期間内に、労働者との協議（meeting）を行わなければならない。この協議に際しては、同僚を同席させる権利が認められている。継続雇用を拒否された労働者は、さらに理由を付して異議を唱えること（appeal）ができ、使用者は当該異議を考慮するために再び協議を行う義務がある。かかる何段階もの手続的規制をクリアしなければ、定年年齢に達したことを理由とする強制的な引退は認められない。

(2) アイルランド

2000年のEC指令は、アイルランド1998年雇用均等法の第1次草案を参考に作成されたといわれており、こうした経緯から、アイルランド法を取り上げる必要性は高い¹²⁾。アイルランドでは、EC指令の国内法化のため、2004年に雇用均等法（The Employment Equality Act）が改正され、65歳という同法の適用上限年齢が撤廃された。また、「仮に差別が認められなければ、結果的にコストが明らかに増大するであろうという明確な……証拠が示されている状況」では違法な差別とはならないとしていた例外規定（旧§34(3)）も同時に撤

廃された。しかし、定年制度を年齢差別の例外とする規定は残され（§34(4)）、定年制の維持や廃止については労使自治に委ねられている¹³⁾。65歳から66歳に達するまでの退職した労働者には移行（Transition）年金が支給され、66歳からは就労の有無に関わりなく公的年金が支給される。こうした制度のため、アイルランドの定年年齢は65歳が主流となっているが、長期的には労働力不足となることから、今後は退職年齢の延長が求められることになるだろうとの見解もある¹⁴⁾。

早期退職制度において、一定年齢を境として大幅な退職金（severance gratuity）の減額がなされるような場合は、年齢差別が成立すると均等審査局の決定（Perry事件）がある¹⁵⁾。これは旧・雇用均等法34(3)条による例外が認められていた時期の事案で、60歳未満のモデル退職金IR£8000に対して、60歳以上では£2000に減額される制度が同法違反となるか争われ、例外として認められるコスト増大の証拠が示されていないことから、制度の見直しを求める決定が下された。例外規定が撤廃された現行法の下では、より厳格な——退職金の計算において年齢を基準としない——制度設計が求められることになり、定年前の早期退職にインセンティブを与えることは困難な状況にある。

(3) ドイツ

ドイツにおける労働からの引退過程では、年金との接続を強く意識した法政策が行われている¹⁶⁾。1972年に、職業生活からの引退の自由を労働者に与えるとともに、意に反した早期退職を迫ることがないようにとの観点から、新たな規定が設けられた。この規定は、満65歳到達前の老齢年金受給権取得を理由とする解約告知を無効とし、同じく定年の協定については65歳定年とみなすとともに、但書にて、年金受給開始可能時の直前3年以内による労働者の書面による追認によって、65歳未満の定年を認める旨を定めていた。その後、1992年改正を経て、1994年の最終改正によって、1972年時に近い状態に戻され、現在では、①当該定年の3年以内に締結された約定、あるいは②同期間内に労働者に追認された約定、でなければ65歳未満の定年は無効となり、65歳定年と

みなされると規定している(社会法典第6編41条)。

EU指令を国内法化するに際しては、定年制度を年齢差別として禁止すべきかについても議論がなされた。だが、2006年に制定された一般平等取扱法(AGG)は、年金と接合している限りにおいて年齢差別の例外として許容した(10条5号)。これは、ドイツでは個別契約のみならず労働協約においても、定年条項を規定することが一般的であったからとの説明がなされている¹⁷⁾。かかる経緯を経て、あくまで意に反した早期退職を禁じつつ、年金と接続する限りでは定年制度を許容するという枠組みが、EU指令の国内法化後も継続することになった。

(4) フランス

フランスでは、2001年11月制定の差別禁止法(差別防止に関する法律)によって、労働法典旧L.122-45条1項(現行L.1132-1条)に差別禁止事項として「性的指向」「容姿」「苗字」とともに、「年齢」が追加された¹⁸⁾。続いて2003年の年金改革法制定により、これまで認められていた年金支給開始年齢(60歳)において満額の年金を受給する労働者の定年退職を許容していた規定が、満額の年金受給の有無に関わらず、原則として65歳に達した労働者に対してのみ定年退職が許されるとの規定に変更された(旧L.122-14-13条3項、現行L.1237-5条)。また、一定年齢に達したことを理由とする解約する条項を労働協約などによって定めることは、従前より禁止され、それらの条項は無効とされていた(旧L.122-14-12条、現行L.1237-4条)。以降、65歳未満の定年は、L.122-45条1項(現行L.1132-1条)によって無効となり、労働者は原状回復のための地位確認を行うことができるようになった。2003年改正では、とりわけ「個人の選択の自由」の保障という理念が重視されており、このことを「労働の側面から見れば、いつまで働くのかについての個人の選択の自由を意味する」¹⁹⁾との見解がある。すなわち、使用者のイニシアチブによる退職を規制するため、従来からの労働協約等による定年制の禁止規制に加え、少なくとも65歳に達するまでは年齢を理由とした個別的契約の解除が禁止されたとみることできる。

さらに、断片的にはあるが、高齢者の継続雇用を奨励するような法制度も存在する。経済的解雇については、年齢差別が禁止される以前から、労働者の人選基準として「終身的利益」(年金受給資格など)を理由として優先的に解雇する基準を立ててはならず、さらには受給資格者を含む「高齢者」を特に考慮しなければならないとの法制が確立していた(旧L.321-1-1条1項2項、現行L.1233-5条・L.1233-6条)。また、2008年に廃止となったが、これまで50歳以上の労働者に対する解雇を行う使用者は、労働者の年齢と準拠賃金額に応じて、失業保険に対する補足的保険料(contribution Delalande)の拠出を求められていた(旧L.321-13)。

3 小括——比較法からの示唆

世界に先駆け1967年に連邦レベルで年齢差別禁止法を導入したアメリカでは、1990年改正によって労働者の「意思」を厳格な手続要件で担保することと引替えに、自発的な差別禁止法の訴権放棄が認められた。2000年EC指令を採択したEU諸国の法政策は様々であるが、労働からの引退過程について、何らかの形で労働者のイニシアチブを尊重するような法規制が存在する。イギリスでは、使用者に定年退職前の段階的な手続的規制を課し、労働者の継続雇用の要求を考慮することが義務づけられている。また、ドイツでは年金受給開始前の強制的な早期引退に歯止めをかける法規制が継続しており、フランスでも「個人の選択の自由」を保障するための法改正が2003年になされた。アイルランドは、定年制度の設計を労使自治に委ねている点で異質であるが、多くの企業は65歳定年を実現しており、早期退職に極端なインセンティブを与えることを禁じる決定が出されている。

これら諸外国と比較すると、65歳までの安定した雇用を確保するために事業主に3タイプの雇用確保措置を選択させつつ、同法違反に伴う制裁措置は緩やかで、しかも私法上の効果を伴わない(との裁判例・学説がある)日本の高年法は、ソフトロー的な政策であることが改めて浮き彫りとなった。すなわち、日本の高年法の下では、①労働者

が引退過程に主体的に関与できる余地は、ほとんど皆無であり²⁰⁾、②高年法を実効化するための強制力が極めて乏しいこと、が鮮明となったのである。

Ⅲ 日本における新たな法的課題

1 高年法の制定経緯と意義

(1) 雇用確保措置の理念と実態

高年法9条1項は、高年齢者の65歳までの安定した雇用を確保するため、「高年齢者雇用確保措置」として、①「当該定年の引上げ」(1号)、②「継続雇用制度」の導入(2号)、③「当該定年の定め廃止」(3号)の「いずれかを講じなければならない」と規定している。高年齢者雇用確保措置が求められる期間(下限年齢)については、特別支給の老齢厚生年金(定額部分)の支給開始年齢にあわせ、2013年度(平成25年度)にかけて段階的に引き上げられている最中である(本稿では、これを「法定年齢」とよぶ)。ここで注目すべきは、定年制の廃止(③)という選択肢が、初めて実定法上に明文で示されたことである。これは、定年制度の存在を前提として雇用延長や再雇用を促すという、従来の法政策からの大きな方向転換を示すものと位置づけることができる。その意味で、義務規定化された雇用確保措置には、部分的にはあるが、「年齢に関わりなく働き続けることができる」という理念が込められたといえよう。

とはいえ、大方の予想通り、事業主が③を選択する割合は低く、②の継続雇用制度を選択する企業が大多数である。各選択肢の比率は、制定当初から現在まで大きく変動していない。2008年6月時点では、雇用確保措置を実施した企業(9万351社)のうち、「定年の定め廃止」の措置を講じた企業は2.1%(1899社)、「定年の引上げ」の措置を講じた企業は12.5%(1万1262社)、「継続雇用制度の導入」の措置を講じた企業は85.4%(7万7190社)となっている²¹⁾。

(2) 継続雇用制度における「全員雇用の原則」

——例外としての選定基準

高年法という継続雇用制度とは、「現に雇用し

ている高年齢者が希望するときは、当該高年齢者をその定年後も引き続いて雇用する制度」(9条1項)であり、法文を字義どおりに解釈するならば、「希望者全員の雇用」という原則が導かれる²²⁾。ただし、同原則には例外が認められており、過半数組合・代表との書面協定により「継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準を定め、当該基準に基づく制度を導入したときは、[継続雇用制度]を講じたものとみな」される(9条2項)。さらに、猶予措置として、事業場協定をするための努力をしたにもかかわらず協議が調わないときは、就業規則によって使用者側が継続雇用制度の対象となる基準を定めることも認められている(附則5条)。

かつて多くの企業が採用していた「会社が認める者」といった曖昧かつ恣意的な基準が、高年法が定める継続雇用制度に該当しないことについては争いが無い²³⁾。問題となるのは、この二要件は満たしているものの、労働者が達成することが極めて困難な基準を課す場合である。この点、あくまで「例外」として選定基準を定めることが認められていることから、大多数の労働者が適合しないような基準による選定は、適法な継続雇用制度といえず、すなわち「雇用確保措置」を講じたものとみなすべきではない。

2 近年の裁判例

(1) 3つのNTT西日本事件

ごく最近、①NTT西日本(継続雇用制度・損害賠償請求)事件(徳島地判平21・2・13)²⁴⁾、②NTT西日本(継続雇用制度・損害賠償請求)事件(大阪地判平21・3・25)、③NTT西日本(継続雇用制度・地位確認等請求)事件(大阪地判平21・3・25)²⁵⁾という、雇用確保措置に関わる3判決が、立て続けに出された。これらに共通する事実の概要は、次のとおりである。

Yは、旧・NTTの西日本地域における地域通信事業等を承継した会社であり、XらはYの従業員であった者である。Yは、事業構造の変換を実施し、複数の会社を設立の上、これらに業務委託(アウトソーシング)することとした。

Yは、平成14年以降、平成15年3月31日の

時点で51歳以上である者などを対象として、(i-a) 子会社(地域会社)に転籍したうえで、20~30%の賃金低下については激変緩和措置を講じて60歳まで勤務し、61歳以降も1年契約で再雇用される、(i-b) 雇用形態としては同様だが、激変緩和措置がなく、転籍時に一時金として支給する、(ii) そのまま60歳まで勤務する、という3つ(大別すると2つ)の選択肢を示した。Xらは、いずれも選択しなかったところ、Yによって(ii)を選択したとみなされた。その後、(ii)の選択者(みなされた者を含む)に対して、再選択の機会が与えられたが、Xらはいずれも結果として(ii)を選択したことになった。

Xらは、平成19年あるいは20年の3月末に60歳に達しており、同時点でYを退職したものと扱われた。Yが、高年法9条1項1号、3号の措置を実施していないことは当事者間に争いがなく、上記の選択制度が同法同条2号(継続雇用制度)に合致するか否か、が主たる争点となった。

かかる事実関係において、①と②事件では債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を、③事件では労働契約上の権利を有する地位確認を、それぞれ求めた。次に、判決の示した論理を争点ごとに示す。

(2) 各判決の判旨

(a) 他社への転籍による継続雇用(争点1)

①事件は、高年法の立法過程で、「継続雇用として、同一企業での雇用の他に、同一企業グループ内での雇用も考えられていた」ことを挙げ、さらに「各事業主の実情に応じた柔軟な措置が許容されることから、別法人に再雇用される場合であっても当該別法人が従前の事業主と密接な関係にあって安定した雇用が確保されるのであれば、高年法9条1項2号の継続雇用制度として許容されると解するのが相当である」と判示した。そして、「再雇用先とされた地域会社は……Yが全額出資して設立した会社」などであり、「Yと密接な関係を有して」いるとして、Xらの請求を棄却した。

②事件は、「同一企業グループにおいて継続して雇用・就業の場の確保を図ることも高年雇用安定法の目的を達する方法・手段として想定していたことは明らかであり、同条1項2号で定める継続雇用制度に、転籍の方法による雇用継続がおよそ含まれ」としつつ、「少なくとも同一企業グ

ループの関係とともに転籍後も高年齢者の安定した雇用が確保されるような関係性」を求めた。そして本件の継続雇用について「再雇用に関する就業規則を制定して、一雇用期間における欠勤日数が一定数に達した者や更新時に健康上の問題があるものを除き、基本的に再雇用されることとし、現にそのように運用されているというのであるから、本件制度は、……かえって、同号で定める継続雇用制度に適合する制度であるといえる」として、むしろ該当性を積極的に認め、Xらの請求を棄却した。

③事件は、同じ裁判官らによる同日の判決であり、②事件と全く同様の理論により、やはりXらの請求を棄却した。

(b) 高年法違反の法的効果(争点2)

①事件は、本件制度は「継続雇用制度に該当する措置である」として、この争点についての判断は行わなかった。

②事件は、高年法9条は「私人たる労働者に、事業主に対して、公法上の措置義務や行政機関に対する関与を要求する以上に、事業主に対する継続雇用制度の導入請求権ないし継続雇用請求権を付与した規定(直截的に私法的効力を認めた規定)とまで解することはできない」と結論づけた。その理由は、「同条1項は、国が事業主に対して公法上の義務を課す形式をとっているほか、同項各号の措置に伴う労働契約の内容ないし労働条件についてまでは規定していない上、同項2号も……多様な制度を含みうる内容の規定となって」おり、さらには「労基法13条のような私法的効力を認める旨の明文規定も補充的効力に関する規定も存しない」からであるとした。また、給付内容の特定についても言及し、「仮に同条1項の義務を私法上の義務と解すると、同義務内容となる給付内容が特定できないといった解釈上困難な問題を惹起するのみならず、仮に個々の労働者に事業主に対して継続雇用制度の導入請求権があるとした場合、その給付内容をどのように特定するか、その義務の履行を法律上強制することが可能か否か、裁判上強制した場合に実効性を確保しうるか、定年延長ないし定年廃止を事実上強制することが包含する問題性がある……等、多くの困難な実践的

解釈上の問題を生じる」と判示した。

③事件は、この争点についても、②事件と同様の論理・文言を用いた上で、高年法「9条1項に基づいて私法上の義務として労働者に対して継続雇用義務ないし雇用を保障する義務を負っているとははいえない」として、Xらの地位確認請求を棄却した。

(3) 判決の位置づけと意義

これらの裁判例は、(争点1) 関連会社への転籍による継続雇用でも、「従前の事業主と密接な関係」にあること(①事件)、あるいはグループ会社・雇用継続の「関係性」(②, ③事件)、という要件を満たす場合、「継続雇用制度」として認められる(=雇用確保措置に該当する)、(争点2) 仮に高年法9条違反が認められたとしても、労働者に私法的権利は認められない(②, ③事件)、と結論づけた。

また、本件に特有の事実として、各労働者が退職年齢に達する相当前の時期に転籍を伴う継続雇用を希望するかどうかを判断させており、かかる早期の「雇用形態選択制度」自体に合理性が認められるかという問題も孕んでいる。この点について②事件は、同制度が「51歳以上の労働者をことさらに排除する目的を有していたとまで認めることはできない」として、Xらの訴えを退けた。

ここで争われた二大論点は、学説上も注目の論争となっており、本判決が与える理論的・実務的な影響力は無視できない。とりわけ、高年法違反の法的効果(争点2)については、激しい議論の対立が生じていたところである。また、厚生労働省による「改正高年齢者雇用安定法 Q&A」(以下、「Q&A」と略す)においても、明らかに本件訴訟を意識したと思われる問答(例えば、わざわざ後から付け加えられた Q5-2)が掲載されている²⁶⁾。そこで、転籍による継続雇用の該当性という論点(争点1)も含め、さらに詳しく検討したい。

IV 高年法の解釈をめぐる論争

1 法所定年齢に満たない定年制度の効力

現在のところまで裁判例は見当たらないが、仮

に法所定年齢に満たない定年制度を定めた場合には、いかなる帰結が導かれるであろうか²⁷⁾。理論的には、①定年の定め自体は有効、②法所定年齢までの継続雇用となる、③定年が無効になる、という3つのパターンが考えられる。

櫻庭(2007)は、高年法は公法上の義務を課すに過ぎないことから「60歳定年等の定めはただちには無効にならない」(50頁)と結論づける。Q&Aも「事業主に……個別の労働者の65歳までの雇用義務を課すものではなく、直ちに無効となるものではない」(Q2)として、同様の見解を示している。

次に、法所定年齢までの継続雇用を認める説として三井(2007a)があり、私法上の効力を有しないとしながらも、就業規則の合理的補充解釈により法所定年齢までの継続雇用制度が導入されると解している。

定年制が無効になるとの説は、やや多岐に分かれる。清正(2005)と山下(2006)の見解によれば²⁸⁾、高年法の私法的な効果としてではなく、あくまで就業規則(あるいは労働協約)の解釈により、結果として定年制が無効となると解している。これらに対し、いわば私法的な効力を認める見解として、根本(2008)は、同法8条に関する判例が参照されるべきであるとして、法所定年齢に満たない定年を無効と解する。同じく西谷(2008)は、事業主には、高年法9条1項の趣旨より、本来は定年制の廃止もしくは65歳以上への引き上げを求めるべきであるが、それが困難な場合に継続雇用制度の選択を認めたものであり、「こうした緩やかな措置 [=継続雇用制度] もとらないままに、65歳未満の定年制を維持している場合には、その定年制は無効になると解するほかない」との見解を示す。

2 いかなる継続雇用制度が適法なのか?

(1) 関連会社での雇用継続

NTT西日本事件では、一定の要件の下で、関連会社での雇用継続についても、継続雇用制度に該当すると判示した。また、Q&Aにおいても、「会社との間に密接な関係があること(緊密性)」と「子会社において継続雇用を行うことが担保さ

れていること（明確性）」を要件として、認められるとの回答が示されている（Q4-1）。

しかし、根本（2008）も主張しているように、高年法の文言を素直に読めば、定年年齢に到達した労働者を子会社等に転籍させることは「引き続いて雇用する制度」（9条1項2号）に該当しない、との解釈が妥当であろう。さらに付言すると、上記の裁判例が論拠として採用している高年法改正時の議論は、2000年改正時のものであり、2004年改正に至る背景あるいは現行法の理念とは異なる。

（2）継続雇用時の労働条件

再雇用後の労働条件については、新たな労働契約を結びなおすことになるため、基本的には「契約自由の原則」が適用される。しかし、例えば、従前と同じ職務でありながら大幅な賃金減額がなされるような場合は、「均等待遇の理念」に反し公序良俗違反となる可能性はあろう²⁹⁾。

さらに、2004年高年法改正後の状況変化として、以下の3つを指摘することができる：①2007年改正の短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律（パート労働法）9条1項が、事業主に短時間労働者と通常の労働者との均衡を考慮した賃金を決定するように努めるものとしていること、②同2項が、職務内容が同一の短時間労働者について、通常の労働者と同一の方法により賃金を決定するように努めるものとしていること、③2008年制定の労働契約法3条2項が、労働契約を締結・変更する際、「労働者及び使用者が、就業の実態に応じて、均衡を考慮」するものとしていること。これらの法改正によって、継続雇用時の労働条件を決定する際に考慮すべき要素が、高年法の制定時よりも増えたことは明らかである。

（3）法所定年齢前の契約更新拒絶

満60歳以上の労働者については、特例として最長5年まで期間の定めのある労働契約が可能とされており（労基法14条1項2号）、当初から法所定年齢までの契約期間とすることが、紛争を避けるためには望ましい。必要以上に短い契約期間を定め、細切れの契約更新を繰り返すことは、労働契約法17条2項が求める配慮義務にも反する。これを原則としつつ、期間の定めのある労働契約と

して継続雇用を行い、法所定年齢に達する前に更新拒絶となった場合について検討したい。

有期契約の回復・更新については解雇権濫用法理が類推されるとの判例法理が確立しているが³⁰⁾、たとえ一度も更新がない場合でも、「信義則」あるいは雇用継続についての「期待権」によって、雇用継続が認められるとの裁判例がある³¹⁾。これらのことから、高年法の下における継続雇用については、より強力に契約更新が推定され、法所定年齢までの地位確認請求が認められるケースがありうると解すべきである。あるいは、少なくとも期待権侵害による損害賠償請求（不法行為）については、これを積極的に認めるべきであろう³²⁾。

3 雇用確保措置義務（9条1項）違反の法的効果

高年法10条は、厚生労働大臣による9条1項に違反している事業主に対する指導・助言・勧告を定めるが³³⁾、それ以外の法的効果が認められるかが争いとなる。

公法上の義務に留まるとする説として、櫻庭（2007）は、施策の実施主体が事業主に限定されていないこと、努力義務規定が含まれること、私法的効力について記されていないこと、憲法27条1項に依拠して制定されたことなどを挙げ、「公法的法規であると把握するのが適切」として、「ソフトな手法によって履行を確保しようとした」ものであるとする。清正（2005）は、「措置義務は公法上の義務であるといえる」としながらも、9条1項に違反する定年制を定める就業規則は合理性がないため、労働者に対して拘束力を持たないと解する³⁴⁾。これとは若干異なる観点から、山下（2006）は、「公法上の義務違反を理由として、労働者に不利益を負わすことを認めるべきではない」として、解雇権濫用法理の適用を主張し、雇用確保措置をとらずになされた定年退職扱いは、客観的合理的理由が認められないため、「解雇権の濫用にあたると思われる」と結論づける。

これに対して、法所定年齢までの雇用を認めるとの結論を導く説は、大きく二つの立論に分かれる。一つは、使用者による申込みを擬制する法律構成で、根本（2008）は、継続雇用制度を示したことが申込みにあたり、「労働者が希望する限り

は再雇用契約が成立する」とし、あるいは西谷(2008)は、使用者が申込みをしたものとみなし「継続雇用の労働契約が締結されたことになる」との見解を示す。いま一つは、三井(2007b)による、黙示の形成権行使を認める構成で、「明確に勤務延長を拒否するのではない限り、……黙示の形成権行使がなされたものとして」法所定年齢まで勤務延長が認められると解する。

V 今後の法政策

新たな裁判例や錯綜する各学説を検討するなかで、現行法の解釈のみによる問題解決は、もはや限界に達しつつあることが明らかとなってきた³⁵⁾。既にみたように、諸外国では年齢差別の禁止が実現しているが、日本では時期尚早との見解も根強い。そこで、以下では(1)現行の高年法を前提とする改正、(2)差別禁止アプローチによる解決、という二段階の解決方法を提示したい。

1 現行法の枠組みを前提とする法改正

まずは、現行法の大枠を維持したままで行うことが可能な改正案を提示する。裁判例も指摘するように、高年法違反の効果として私法上の義務を認めるとしても、「[私法上の]義務内容となる給付内容が特定できない」ことが大きな課題である。確かに「継続雇用制度」を導入しようとししない事業主——むろん他の二つの選択肢も含めて全く雇用確保措置を行っていない——に対して、継続雇用制度の履行を強制することは困難であろう。また、他の二つの選択肢である「定年延長」と「定年廃止」のいずれかを強制することを、解釈論のみから導きだすことは難しい³⁶⁾。

そこで、事業主が雇用確保措置の義務履行を放棄した場合には、「当該定年の引上げ」あるいは「当該定年の定め廃止」のいずれを求めるか、労働者が選択できるような法制度へ修正(法改正)することが考えられる。このような考え方は、労基法20条(予告手当)違反における通説(選択[権]説)あるいは同説に立つ近年の裁判例³⁷⁾とパラレルな論理構成であり、実務的にも受け入れられやすいものと思われる³⁸⁾。

2 差別禁止アプローチの導入

最後に、長期的な視点から、高齢者雇用政策の方向性を示しておきたい。森戸(2009)の、年齢差別禁止政策を進めていくと年齢に関わりなく解雇される社会が到来するという見解があるように、差別禁止アプローチの導入による事実上の弊害(雇用保障機能の喪失など)が発生する懸念は確かに存在する³⁹⁾。また、櫻庭(2008)のように、包括的な年齢差別禁止法を新たに制定する必要はなく、既存の政策を強化すべきか否かを論じれば足りるとの見解もありうる。これらは、いわばソフトローによる手法といえ、その前提条件として、法政策における行政指導に対する積極的な評価——たとえば労使の価値観の転換に寄与してきたことなど——が存在しているように思われる。

しかしながら、筆者はソフトローによる法政策に対しては懐疑的である⁴⁰⁾。生産年齢人口の減少が急激に進む日本では、あらゆる年齢層の就労を促進することが求められるが、それが労働者の自由意思による引退を妨げるような施策(強制的な労働市場への参加)となってはならない。あくまで、就労への意欲を持つ労働者が、自らの主体的な意思によって、年齢に関わりなく働くことを実現すべきであり、そのためには差別禁止法によるアプローチ——すなわちハードローによる法政策——が適格的であると考えられる⁴¹⁾。むろん、憲法14条が禁じている性差別や人種差別といった差別類型とは異なり、「雇用」における「年齢」差別の場合は労働慣行やコンセンサスを強く反映した法政策とならざるを得ない。年齢による人事労務管理が定着している日本の雇用社会において、こうした「意見の合致」を実現するには時間を要するであろうが、それでも年齢基準の排除を目指した年齢差別禁止アプローチの漸進的な導入が求められる。

*本稿は、科研費(課題番号21730056)の助成による研究成果の一部である。

1) 平成16年法律第103号。

2) 高年法の制定経緯については、柳澤(2005)、菊池(2005)、原(2006)など。

3) 本号の特集のほか、2007-2008年に限っても、三井(2007a, 2007b, 2008)、櫻庭(2007)、根本(2008)、西谷(2008)

- などがある。いずれもNTT西日本事件判決が出される前のものであるが、係争中の同事件を意識して書かれた論考もある。また、2009年5月17日に開催予定だった日本労働法学会第117回大会で「高齢者雇用安定法をめぐる法的問題」というテーマのミニ・シンポジウムが企画されていた（インフルエンザの影響で中止）。報告（予定であった）内容については、日本労働法学会誌114号（2009）に論説として掲載される見込みである。
- 4) 同法について詳しくは、柳澤（2006）28頁、櫻庭（2008）93頁、Eglit（1994）、§2.01-2.05、Ruzicho and Jacobs（1999）、Lindemann and Kadue（2003）、pp. 3-26など。
 - 5) 日本での先行研究としては、井村（1997）がある。そのほか、当時の議論を示すものとして、Wax（1987）、O'Meara（1989）、pp. 202-214がある。
 - 6) Oubre v. Entergy Operations Inc., 522 U.S. 422（1998）.
 - 7) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. 2000 O.J. (L 303) 16.
 - 8) 年齢に関する使用者評議会（The Employers Forum on Age）の調査によれば、準則の存在を知っている使用者は25%で、そのうち「完全に知っている」使用者は4%であった。柳澤（2006）223頁。
 - 9) SI 2006/1031.
 - 10) 詳しくは、Cheetham and White（2006）pp. 45-64、小宮（2006）186頁、Davies（2007）pp. 361-407、櫻庭（2008）259頁など。
 - 11) 継続雇用や協議の実務について、Sprack（2006）pp. 89-91、Kapoor（2006）pp. 66-77.
 - 12) アイルランドの状況について、労働政策研究・研修機構（2004）87頁、Sargeant（2008）、pp. 81-109、柳澤（2006）201頁など。
 - 13) 櫻庭（2008）70頁によれば、「定年制の問題は雇用平等の分野にとどまらない、社会経済・労使関係上の影響があり、定年制は労使の交渉により設けられてきたゆえ、定年制を撤廃するかどうかはまず労使が議論する事項である」との指摘が、法改正時に議会の委員会でなされたとのこと。
 - 14) John Cradden, *An age-old question*, THE IRISH TIMES, September 5, 2008, at 12. もっとも、経済危機の影響を受けて、失業率が急速に悪化していることから（2009年5月：11.8%、直近10年間で最悪の数値）、現時点で労働力は供給過剰気味である。
 - 15) *Perry v. Garda Commissioner*, DEC-E2001-029. この決定は、Sargeant（2008）、pp. 107-108でも取り上げられている。日本での紹介として、牧野（2003）35頁。
 - 16) ドイツの状況について、山川（2007）、櫻庭（2008）169頁など。
 - 17) Sargeant（2008）、pp. 45-47.
 - 18) フランスの状況について、労働政策研究・研修機構（2004）60頁、Sargeant（2008）、pp. 55-79、櫻庭（2008）68頁、矢野（2008）など。
 - 19) 嵩（2004）9頁。
 - 20) 比較法のほか、高年法9条1項2号が「もっぱら事業主の設定する継続雇用制度を前提とし、高齢者側の選択の余地を考慮していない点は改善の余地がある」とする、清正（2005）299頁からも示唆を得た。
 - 21) 「平成20年6月1日現在の高齢者の雇用状況」（厚生労働省：平成20年10月7日発表）<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2008/10/h1007-1.html>（最終アクセス2009年5月26日）。
 - 22) 柳澤（2005）115頁でも述べたが、改めて強調しておきたい。
 - 23) 通達である「高齢者等の雇用の安定等に関する法律の一部を改正する法律の施行について」平成16年11月4日職高発第1104001号のほか、櫻庭（2007）53頁、根本（2008）17頁など。
 - 24) 脱稿時において、判例集未掲載。他の2事件も同様。
 - 25) ②事件と同日・同裁判官による判決。
 - 26) 「改正高齢者雇用安定法Q&A」（厚生労働省）
<http://www.mhlw.go.jp/general/seido/anteikyoku/kourei2/qa/index.html>
（最終アクセス2009年6月1日）。そもそも、この文書の法的効力が不明であるという問題もあるが、それは割愛する。
 - 27) 定年年齢が60歳未満であれば高年法8条違反によって処理されるが、ここでは議論の対象としない。あくまで8条の要件を満たした上で、9条が求める法定定年年齢には及ばない定年制度を定めた場合である。
 - 28) 両者の見解は厳密には異なるのだが、ここでは他説との論理の違いを浮き彫りにするため、あえて併記した。
 - 29) このことは、柳澤（2005）117頁でも指摘した。
 - 30) 東芝柳町工場事件（最一小判昭49・7・22民集28巻5号927頁）、日立メデコ事件（最一小判昭61・12・4労判486号6頁）。
 - 31) 龍神タクシー事件（大阪高判平3・1・16労判581号36頁）は、契約更新拒絶が信義則に照らして許されないとした。また、結論は労働者敗訴であるものの、期待権侵害の可能性を認めた事例として、太平ビルサービス大阪事件（大阪地判平11・2・12労判764号86頁）があり、「更新拒絶の事由がない限り、雇用契約は更新されるものと期待するのが当然であり、……かかる期待は法的にも保護されなければならない」と判示した。
 - 32) 櫻庭（2007）は、使用者が「雇用継続を期待させる言動をしていた」にもかかわらず継続雇用制度を導入しなかった場合には期待権侵害として不法行為となる（民法709条）と、やや限定的に解している。
 - 33) 西谷（2008）は、この10条を、「誤解を生むおそれのある拙劣な規定というべきであろう」（84頁）と批判する。
 - 34) 労働協約に定める措置義務を履践していない定年制については、規範的効力を有しないと解している。清正（2005）298頁。
 - 35) 三井（2008）による「〔高年法9条は〕極めて多く不明確な部分や不備な点を抱えており……最終的には明確性・具体性と現実的妥当性をもった法改正が必要」との見解も同旨であろう。
 - 36) もとより、解釈論が成り立たないわけではない。高年法の制定経緯によれば、2004年改正で初めて示された「定年制の廃止」の実現こそが法目的であるとして、「定年制の無効」という効果を導くことも可能であるように思われる。ただ、本文で述べているように、あくまで立法によって実現することが望ましい。
 - 37) セキレイ事件（東京地判平4・1・21労判605号91頁）、丸善住研事件（東京地判平6・2・25労判656号84頁）など。細谷服装店事件（最二小判昭35・3・11民集14巻3号403頁）にて、「使用者が即時解雇を固執する趣旨でない限り……30日の期間を経過するか、または…予告手当の支払をしたときは、そのいずれかのときから解雇の効力を生ずる」（相対的無効説）と最高裁は判示したのだが、多くの下級審はこれにしたがっていない。

- 38) もっとも、選択「権」説と同様の理論構成であるが故に、「労働者はいつまでに選択権を行使しなければならないか」という新たな問題も発生するが、さしあたり「合理的な期間」といった文言に留めておく。この問題と関連して、60歳以降の継続雇用制度への応募について10年近く前から労働者に選択を迫るような場合（NTT西日本事件は、これに近い）は、かかる時点での意思決定は選択権の行使ではないとみなすような手続規制も求められる。
- 39) 森戸（2009）は、高年法18条の2による説明義務を中心とした施策を行うべく、採用時の年齢制限を原則禁止する雇用対策法10条の義務規定化が少し早すぎたのではないかととして、同条の廃止を主張する。
- 40) 和田（2009）の見解と同旨。柳澤（2006）272頁も参照。
- 41) 労働者個人の権利の実現という観点からも、ソフトロー的な手法には賛同できない。かつて雇用機会均等法の条文の多くが努力義務規定であった時期について、いわゆる「時代制約論」が用いられることで、司法救済が退けられたことを想起すべきであろう。

参考文献

Cheetham, Simon and White, Esther (2006) *Age Discrimination: The New Law*, Jordans.

Davies, James (2007) *Age Discrimination*, Tottel.

Eglit, Howard C. (1994) *Age Discrimination*, WEST.

Kalet, Joseph E. (1990) *Age Discrimination in Employment Act*, BNA.

Kapoor, Shaman (2006) *Age Discrimination: A Guide to the New Law*, The Law Society.

Lindemann, Barbara T. and Kadue, David D. (2003) *Age Discrimination in Employment Law*, BNA.

O'Meara, Daniel P. (1989) *Protecting the Growing Number of Older Workers: The Age Discrimination in Employment Act*, IRU.

Ruzicho, Andrew J. and Jacobs, Louis A. (1999) *Litigating Age Discrimination Cases*, WEST.

Sargeant, Malcolm (2008) *The Law on Age Discrimination in the EU*, Kluwer Law.

Sprack, John (2006) *Guide to the Age Discrimination Regulations 2006*, Tottel.

Wax, Amy (1987) "Waiver of Rights under the Age Discrimination in Employment Act of 1967", *Columbia Law Review*, 86, 1067-1092.

井村真己（1997）「高齢者の退職に伴う放棄契約の締結と雇用差別禁止法——アメリカにおけるADEAの改正を契機として」季刊労働法182号127頁。

菊池高志（2005）「高年齢者雇用——政策の到達点」法律時報

77巻5号38頁。

小宮文人（2006）『現代イギリス雇用法』信山社。

櫻庭涼子（2007）「高年齢者の雇用確保措置——2004年法改正後の課題」労働法律旬報1641号46頁。

——（2008）『年齢差別禁止の法理』信山社。

清正寛（2005）「高齢者雇用の法的課題——高年齢者等雇用安定法2004年改正をめぐって」水野勝先生古稀記念論集編集委員会『労働保護法の再生』285頁，信山社。

高さやか（2004）「2003年フランス年金改革と『個人の選択の自由』」法学68巻3号1頁。

西谷敏（2008）「労働法規の私法的効力——高年齢者雇用安定法の解釈をめぐって」法律時報80巻8号80頁。

根本到（2008）「高年齢者雇用安定法9条の意義と同条違反の私法的効果」労働法律旬報1674号6頁。

原昌登（2006）「高齢者雇用——継続雇用制度にみる政策理念」季刊労働法213号27頁。

牧野利香（2003）『アイルランドの雇用における年齢差別禁止法制』DPS-03-002，日本労働研究機構。

三井正信（2007a, 2007b, 2008）「高年齢者雇用安定法9条をめぐる解釈論的諸問題（一）（二）（三）」広島法学30巻3号1頁，30巻4号1頁，31巻4号97頁。

森戸英幸（2009）『いつでもクビ切り社会「エイジフリー」の罫』文藝春秋。

柳澤武（2005）「新しい高年齢雇用安定法制」ジュリスト1282号112頁。

——（2006）『雇用における年齢差別の法理』成文堂。

矢野昌浩（2008）「フランスにおける労働市場政策と法——失業保険制度を中心として」琉大法学80号230頁。

山川和義（2007）「ドイツにおける定年制の法理——定年と年金の連動（二）」法政論集218号139頁。

山下昇（2006）「高年齢者の雇用確保措置をめぐる法的諸問題」日本労働研究雑誌No. 550, pp. 43-50.

労働政策研究・研修機構（2004）『欧州における高齢者雇用対策と日本——年齢障壁是正に向けた取り組みを中心として』労働政策研究報告書No. 13.

和田肇（2009）「労働法におけるソフトロー・アプローチについて」戒能通厚・原田純孝・広渡清吾編『日本社会と法律学——歴史・現状・展望』723頁，日本評論社。

やなぎさわ・たけし 名城大学法学部准教授。最近の主な著作に、「最低賃金法の再検討——安全網としての機能」日本労働法学会誌111号11頁（2008）、「新しい雇用対策法制——人口減少社会における年齢差別の禁止」季刊労働法218号110頁（2007）。労働法専攻。