

# 高年齢者雇用安定法九条をめぐる解釈論的諸問題（三）

三井正信

はじめに

一 問題の所在

二 使用者が雇用確保措置を実施しない場合の問題点（以上三〇巻三号）

三 継続雇用制度の対象者基準をめぐる問題点（以上三〇巻四号）

四 高年齢者雇用安定法九条の立法論的課題

(一) 問題の所在

(二) 高年齢者雇用安定法九条の効力

(三) 継続雇用制度の選拔基準をめぐる問題

(四) 雇用確保措置後の労働条件・雇用形態をめぐる問題

(五) 高年齢者雇用安定法九条改正私案のまとめ

(六) 高年齢者雇用安定法九条の更なる改正の方向性とそれを支える憲法的理念

(1) 今後の方向性

(2) 定年制の適法性

(7) 定年制の社会的相当性（以上本号）

(イ) 定年制違法説の検討

(ウ) 定年制の適法性をめぐる基本的考え方

(3) 社会権理論の再検討

(七) 若干の補足―雇用政策・労働市場政策・社会保障政策との関連性について―  
おわりに

#### 四 高年齢者雇用安定法九条の立法論的課題

##### (一) 問題の所在

これまで、本稿においては、高年齢者雇用安定法九条をめぐる解釈論的諸問題の検討を行ってきた。この条文は、一方で、わが国の高齢社会の現状に雇用社会を適応させ、また職業生活からの引退と公的年金（老齢厚生年金）の支給開始を年齢的に接合させるよう試みたという点において大きな意義を有するといえるが、他方で、極めて多くの不明確な部分や不備な点を抱えており、大きな法的問題点も同時に併せもっている。そして、このような問題点故に、法実務上及び企業実務上、実際に雇用確保措置を導入するにあたって、多大の混乱と困難が生ずるおそれがあると考えられる。そこで、本稿においては、高年齢者雇用安定法九条の包含する不明確さや不備を補正し妥当な解決をはかるべく、この条文に可能な限り解釈論によって補充ないし補正を加えることによって問題の是正ないし解決はかることを試みた次第である。しかし、解釈論にも限界があり、現行法の抱える問題点をクリアするためには、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であり、これがなされない限り、問題に対して真に有効な解決をもたらすことは困難であろう。従って、以下では、高年齢者雇用安定法九条の解釈論的検討過程を通じて導き出された立法論的課題に焦点を当て、その解決の方向性を探ってみることとする。ちなみに、ひとこと付言しておく、本稿のタイトルとの関係でいえば、以下で行う考察は、立法論的とはいえず、「解釈論的検討の過程を通じて導き出された」問題を対象とするものであって、広い意味で「解釈論的諸問題」に含めることができるのではないかと考える次第である。

さて、具体的には、まず、解釈論を展開する過程で問題となつたいくつかの重要事項について、高年齢者雇用安定法の第二ステージ（法改正）へ向けてのさしあたりの制度設計を含めた問題解決のための立法論的検討・提言を行う。次いで、更なる将来のあるべき立法構想を示し、併せて、その基礎をなす（あるいはそれを領導する）法理論ないし法理念をめぐる考察を行う。そして、最後に、本稿で取り扱った問題をより広く雇用政策・労働市場政策・社会保障政策との関連性のなかに位置づけて今後の高年齢者雇用のあり方について総合的な検討を加えることとしたい。

## (二) 高年齢者雇用安定法九条の効力

### (1) 私法的効力欠如の問題点

既に縷述したように、高年齢者雇用安定法九条は国が事業主に労働者の六五歳までの雇用確保措置を導入すべき公法上の措置義務を課すにとどまつており、かかる措置義務の違反に対する私法上の効果については何ら規定していない。また、事業主の法違反に対しては、同法一〇条においてあくまで厚生労働大臣により助言・指導、勧告がなされることが予定されているにすぎない。

そこで、本稿では、就業規則論の力も借りながら、使用者が高年齢者雇用安定法九条に違反していかなる雇用確保措置をも設けない場合には、事業主は労働者が希望する場合においては六五歳まで勤務延長がなされる旨の継続雇用制度が導入されたとする解釈論的解決を示した。<sup>①</sup>しかし、これはあくまで筆者の提示する一解釈論にすぎず、現実には事業主が法違反を行い、これをめぐって実際に紛争が生じた場合において、労働者がどのような法的救済を受けることができるのかは法律上明らかではない。従つて、これをめぐっては法実務上大きな混乱が生ずることも予想されるのである。

確かに、従来は（二〇〇六年三月三十一日までは）、高年齢者雇用安定法が要求するのは六〇歳定年の義務化にとど

まり、六〇歳以降、六五歳までの労働者の継続雇用は事業主の努力義務にすぎなかった。企業の雇用状況や労務管理のあり方からすれば、一挙に労働者の六五歳までの雇用確保を具体的に実現することは困難であり、従って、努力義務というソフトな手法を用いて徐々に目標（政策目標）に達すべく誘導することにも一定の合理性が存していたといえよう。<sup>②</sup> また、六〇歳で公的年金（老齢厚生年金）を受給することができ、労働者の六〇歳以降の所得保障が具体的にはかられていたことも、継続雇用が努力義務にとどまることを許容する根拠となっていたのである。<sup>③</sup>

けれども、公的年金支給開始年齢の六五歳引上げの（段階的）実施がいよいよ現実のものとなるに至り、高年齢者の所得保障の観点からみて、このままでは職業生活からの引退年齢と公的年金の支給開始年齢にギャップが生じてしまうことになるため、これらが切れ目なくリンクすることが具体的に求められることになった。従って、この点を踏まえ、遂に、二〇〇四年の法改正によって労働者の六五歳までの雇用保障（雇用確保）に関して努力義務が措置義務へと強化され、法規制がバージョンアップされたのである。しかし、そうはいっても、そのような改正はいまだ十分な点を多々抱えるとともに法規定にも大きな問題点が存しているのであって、それを補正ないし是正し法の実効性を確保するためには、更に現行法を改正して、私法的効力に関する立法的手当を行うことが、現時点においてまずは緊急事となっていると解される。

また、事業主も、超高齢社会の到来、年金支給開始年齢の引き上げをめぐる問題、及びそれらに合わせて政府が示す労働者の六五歳までの雇用の継続・確保という政策方向とその重要性を、従来より熟知ないし認識していたはずである（特に、六〇歳定年が義務化され、同時に労働者の六五歳までの継続雇用が事業主の努力義務とされた一九九四年の法改正から雇用確保措置が義務化される法改正がなされた二〇〇四年までは一〇年という期間―ちなみに、具体的な法の施行による六〇歳定年の義務づけは一九九八年からであるが、これからしても六年という期間―が存し、加

えて更に二〇〇四年の法改正から改正法の施行まで二年弱の準備期間も存していたのであって、当然のこととして、企業としても将来を見据えて人事構想ないしは高齢者活用策を練っておくべきであった」のであって、このことからすれば、事業主の怠慢、即ち事業主の雇用確保措置を講ずべき義務の違反に対しては、専ら厚生労働大臣が助言・指導、勧告の対象となし得るとするのみでは法的制裁としては不十分であり、労働者が事業主に現実に具体的に実効性のある対処、即ち六五歳までの雇用確保措置を求めることが私法上も可能となるようにすべきといえよう。要は、労働基準法の私法的効力（特に、直律的効力）を定めた労働基準法一三条に該当するような規定を、あくまで高年齢者雇用安定法九条の内容・性格・特質に具体的に即した形で設けて同条に有機的に組み込む必要があるのである。

## (2) 継続雇用制度導入のみなし規定の創設による解決

さて、現在の高年齢者雇用安定法九条は、労働者の六五歳までの雇用確保措置として、①定年の引上げ、②継続雇用制度の導入、③定年の廃止という三つの選択肢のいずれかを事業主が講じなければならない旨を規定している。年齢差別の除去・廃止・撤廃という観点からは③が理想といえるが、現実的には企業がこれまでの六〇歳定年制から一挙に定年制の廃止にまで歩みを進めることは極めて困難であると考えられるのであり、従って、これはあくまで法の描く理念（あるいはいざれ将来のあるべき到達目標）という位置づけにおいて第三番目の選択肢とするという形で規定されていると解すべきであろう。とするならば、法は定年年齢の六五歳までの引上げを事業主が達成すべき具体的な基本目標と位置づけてこれを第一番目の選択肢に掲げたが、多様な企業の実情・経営状況や経済力などをも考慮してより現実的に一定無理のない形で労働者の六五歳までの職業生活の継続を雇用社会にまずは定着させるべく、第二番目の選択肢として、とりあえずの可能な方向性としてより柔軟な形において（場合によっては希望者全員を対象とするのではなく、労使協定による基準を設けて対象労働者の選抜を行うこともできる）継続雇用制度の導入という選

捫肢を設けたといえよう。

以上からすれば、確かに、柔軟な選択肢が用意されているにもかかわらず、敢えて事業主が何ら雇用確保措置を実施しない場合には、法違反を行ったことにもなう制裁的效果として、定年の定めがないものとするとか六五歳定年を実施したものともみなすというハードな私法的帰結（サンクシヨン）を事業主にもたらしすべきことも考えられよう。しかし、企業の経営状況や雇用状況の多様性も考慮するならば、そして、場合によっては、ハードな規制を加えることにより、かえって、企業に、能力主義を強化させ、その結果、能力主義に基づく解雇を行わせる方向に至らしめたり、あるいは余剰人員の出現による整理解雇や出向等を行わせ、場合によっては高年齢者雇用安定法の趣旨・理念に反して、高年齢者を企業から排出するおそれを生ぜしめる可能性が存するように思われる。そこで、法違反がみられる場合には、事後に、事業主が法違反の是正を行えば、労働条件・雇用形態の多様化と基準に基づく選抜も認め得るという柔軟な方向で法違反の瑕疵を治療できるという可能性ないし留保をとまないつつ、まずとりあえずは事業主は希望者全員を対象とする継続雇用制度を導入したものとみなす（従って、就業規則もこのような形で修正がなされたものとみなされる）という方向において法改正を行うことが妥当な立法政策といえよう（要は、事業主による法違反の是正がなされない限り六五歳までの継続雇用制度が導入されたものとみなされるという法改正を行うのである）。

しかし、改正により、このような効力を高年齢者雇用安定法九条に規定する場合、果たしてどのような継続雇用制度が導入されたとすべきかが問題となる。現在の法制度に関する通達（「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の施行について」（平成一六年一月四日職高発一一〇四〇〇一号））によれば、継続雇用制度には勤務延長型と再雇用型があり、またフルタイムのみならずパートタイムや隔日勤務等の形態も許容されていると解されており、ひとくちに継続雇用制度といっても多様性を有するのである。

そこで、さしあたりは、次のような趣旨の規定を現行の高年齢者雇用安定法九条二項の次に新たに第三項として置くことが現実的かつ妥当であると解される。「事業主が第一項に規定するいずれの高年齢者雇用確保措置（第二項のみなし規定によるものを含む。）も講じない場合には、第一項第二号の継続雇用制度（勤務延長型のもの。）を導入したものとみなす。この場合において、継続雇用を希望する高年齢者は、事業主に対し、従前の労働条件及び職種・雇用形態等を維持しつつ勤務延長を求めることができる。ただし、事業主が、第一項に規定するいずれの高年齢者雇用確保措置（第二項のみなし規定によるものを含む。）を講じた後は、当該高年齢者はそれに従うものとする。」

要は、事業主が、いずれかの雇用確保措置をとるまではとりあえずは（暫定的な形で）六〇歳時点での雇用が同じ形でそのまま継続し、その後において事業主が法違反を是正すべく、定年廃止や定年引上げ（六五歳定年）を実施した場合には特に問題はないが、仮に、再雇用型であれ、勤務延長型であれ、また選拔基準が存しようとしまいと、労働条件や雇用形態が変更されようとされまいと、当該企業の状況等に依じて合理性を有する具体的な継続雇用制度を導入した場合には、その時点でそれがみなし規定によって導入された継続雇用制度に置き換わり、以後は継続雇用中の労働者も含めて労働者はこの新たに具体的に導入された継続雇用制度に従うことになるというものである。つまり、労働者は、事業主がいずれかの雇用確保措置を導入することをいわば解除条件として、勤務延長型の継続雇用制度のもとに置かれることになるのであり、結論的にいえば、事業主によって九条違反の状態が是正されるまでは（ちなみに、是正されない場合には六五歳まで）、定年が延長されたのと事実上ないしは実質上同様の効果をもたらすことができるのである。かかる法規制は、法違反を行った事業主にできる限り早急に雇用確保措置を導入させ法違反を是正せしめる方向でのインセンティブを与えることにもなると考えられる。

なお、このような立法的解決がはかられた場合には、法違反がみられた当初は、従来の労働条件や職種・雇用形態

を維持しつつ継続雇用されることになった労働者が、その後、事業主が法違反を是正すべく正式に雇用確保措置を導入した場合には、例えば期間一年の有期契約のもとに置かれたり、フルタイムであったものがパートタイムや隔日勤務となったり、選拔基準が設けられ継続雇用制度の対象とされなかったりするような事態も生じ得る。しかし、既に検討したように、また後に(四)でも若干触れるように、このような場合には、雇用確保措置を導入する就業規則に合理性が存すること（就業規則の合理性審査を経ること）が必要であり（そして、筆者は、(三)で述べるように継続雇用制度を導入する場合において基準を設けるためには整理解雇類似の一定の要件を設けることを併せて立法論的に提言することで安易な基準設定に歯止めをかけるという構想も有しているものであり）、対象となる労働者は新たに雇用確保措置が導入されたからといって必ずしも大きな不利益を被るとは限らないであろう。また、仮に、合理的な制度であれば、法違反がなければそもそも労働者はそれに従っていたはずであつたともいえる。従って、労働者は、法違反が是正されるまでは、一時的にとはいえ従来<sup>(三)</sup>の労働条件や職種・雇用形態を確保できたというメリットが存するのであって、このような立法論的方向には十分な妥当性が存するものと考えられる。

### (三) 継続雇用制度の選拔基準をめぐる問題

高年齢者雇用安定法九条二項は、事業主が三つの雇用確保措置の中から継続雇用制度の導入を選択した場合には、事業場の過半数代表と労使協定を締結し「基準」を設ければ、それに基づいて継続雇用制度の対象となる労働者を選抜することを許容している。これは企業の経営状況等を考慮したものではあるが、法律の条文自体はいかなる場合に基準を設けることができ、またどのような基準であれば法的に許容されるものであるのかについての規定はまったく存せず、あくまで通達（「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の施行について」（平成一六年十一月四日職高発一一〇四〇〇一号）が若干の言及を行っているにすぎない。しかも、通達の説示ももうひと

つ具体性と明確性を欠いているように思われる。このままであれば事業主はどのような場合にどのような基準を設けることができるのかはつきりとはせず、それ故に、企業実務上においては経営難等の特段の事情がなくなると（従つて、ある意味では安易に）選抜基準が設けられ、多くの労働者がかかる選抜基準に該当しないとして継続雇用制度の対象者からはずされてしまうおそれがあるといえよう。また、重要問題であるにもかかわらず、労使協定締結をめぐる手続的規制が明確には存しないことも問題である。そこで、本稿では三において、いかなる場合にいかなる基準を設定することができるのかということと基準設定手続はいかにあるべきかということ（手続的要件）を明確にすべく検討を試みたのだが、これとてあくまで筆者の解釈論にすぎない。やはり問題点は最終的には法改正によって解決をせざるを得ないように思われる。

そこで、本章(二)(2)で述べたように、あくまで六五歳までの定年引上げが改正高年齢者雇用安定法が念頭に置く基本目標であると考えられることに加えて、改正高年齢者雇用安定法の理念・目的、高年齢者雇用安定法九条一項二号が述べている希望者全員継続雇用の原則、及び既に三で検討したことを踏まえるならば、この問題（基準に基づく対象者の選抜）は整理解雇のケースに準じたものとして、そして手続的な規制を明確にしたうえで、取り扱われる必要がある。とするならば、現行の高年齢者雇用安定法九条二項を、整理解雇が有効と判断されるための四要件（四要素）を参考にしつつ、手続的規制も含めて次のように改正すべきであると考えられる。「事業主は、経営上もしくは労務管理上の必要性に基づく合理的な理由により、継続雇用を希望するすべての高年齢者を継続雇用するよう努力したにもかかわらず、これを行うことができない場合において、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者と誠実に協議を行い、これとの書面による協定により、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る客観的で合理的

であり、かつ明確で具体的な基準を定め、当該基準に基づく制度を導入したときは、前項第二号に掲げる措置を講じたものとみなす。なお、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者は、基準を定める書面による協定を締結するにあたって、十分に事業場の高年齢者を含む労働者の利益を汲み上げ調整したうえで意見集約を行い、これを踏まえて事業場の労働者を公正に代表しなければならない。」(傍線部が改正提案部分である)。

以上の改正により、基準に基づく選抜は、一定の手続的規制と三で検討した整理解雇類似の規制に服することになり、あたかも企業が自由に基準を設けることができるかの感を与えるところの現在の法状況を払拭することが可能となる。ただし、改正私案が示す傍線の部分については、実的要件・手続的要件の双方にわたって更なる具体化や明確化が必要となってくるが、これは諸般の事情を踏まえつつとりあえずは通達や指針によって行うことが妥当となる。なお、既に三で検討を加えたように、基準設定が許容されるためには、ことの性格上、整理解雇の場合ほど厳格な要件が要求されるものではないことはいうまでもない。<sup>7)</sup> ちなみに、なお書きの部分は、これまで過半数代表や労使協定をめぐる各種の労働立法においてはみられない種類の法規制となっており、一般的には実現可能性が薄いと受け取られる向きもあろう。しかし、これまでは重要問題であるにもかかわらず、過半数代表や労使協定をめぐる手続的な法整備はあまりにも不十分なままであったのであり、従って、これからはかかる不十分さを矯正し、過半数代表による労使協定の締結には、誠実な労使の協議と適切かつ公正な労働者の利益代表・利益調整のための手続的規制の整備が必要であることを強調することが重要となると思慮するものである。そこで、敢えて立法論としてこれを主張することとした次第である。<sup>8)</sup>

なお、基準設定は手続的規制を重視した労使協定によることを前提ないし基本とするならば、事業主に就業規則に

よる基準設定を認める現在の改正法附則五条は、三年ないし五年の特例期間が終了した後は完全に廃止されるべきであらう。

#### (四) 雇用確保措置導入後の労働条件・雇用形態をめぐる問題

##### (1) 六五歳定年及び定年廃止の場合の六〇歳以降の労働条件・雇用形態

改正高齢者雇用安定法の通達である「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」(平成一六年一月四日職高発第一一〇四〇〇一号)は、「高齢者雇用確保措置によって確保されるべき雇用の形態については、必ずしも労働者の希望に合致した職種・労働条件による雇用を求めるものではなく、本措置を講じることを求めることとした趣旨を踏まえたものであれば、常用雇用のみならず、短時間勤務や隔日勤務なども含めて多様な雇用形態を含むものであること。」と述べている。

しかし、このような説示には問題があり、六五歳定年や定年の廃止の場合においては、六〇歳以降についても合理的な人事制度を設け公正な処遇を行う必要がある。たとえば、役職定年制や給与の頭打ちなどは、企業の実況や必要性を踏まえつつ従業員全体を含む労務管理・人事制度全般の見直しのなかで考慮されるべきであって、六〇歳以上の労働者だけの問題にとどまるものではない。要は、ことは企業の人事制度の変更を行う就業規則の合理性の問題に帰着し、企業全体における制度としての合理性が要求されよう。従って、基本的には、六〇歳以降の雇用形態や労働条件が、単に年齢のみを理由として六〇歳を境に突如として大きく低下したり労働者に極めて大きな不利益等をもたらすものとなる場合には、合理性なしと判断されることになる。

また、公的年金(老齢厚生年金)の支給開始年齢が六五歳に引き上げられたということは、単に高齢化の進展による年金財政的な問題に起因する消極的判断からだけでなく、高齢化の進展と労働者の体力、健康状態、労働能力や

労働意欲を踏まえて、通常、原則として労働者は六五歳までは雇用を継続する（雇用を継続することができる）ことが前提とされたということであり、従って労働者が所得減少の生活危険に陥るのは六五歳からであると考えることがふさわしいとの積極的政策判断（六五歳現役社会のビジョン）に基づいているといえよう。とするならば、六五歳までは労働者が憲法二七条一項の労働権を行使し十全にその労働能力を発揮できるような方向での立法及び法解釈が要請されることになるのであって、このことから、できるかぎり企業は労働者の六〇歳時点での雇用形態や労働条件を維持しつつ労働者の労働能力活用に努めるべきであるといえよう。要は、企業は、労働者の入社から六五歳までのトータルな雇用の展開（ないしキャリア展開）を視野に入れた合理的かつ公正な人事・処遇をめぐる総合的な制度設計を行っておくことが求められているのである。

ただし、そうはいつても、高年齢労働者の意欲、健康状態、体力等は人によって大きく異なる可能性もあるので、労働者本人が（真意で）希望すれば、パートタイムや隔日勤務、より責任や負担の軽い職務への転換を認める制度を就業規則上使用者が設けておくことは一定望ましいしとはいえることができ、合理性も認められるといえよう。

## (2) 継続雇用制度の場合の六〇歳以降の労働条件・雇用形態

これに対して、(二)(2)でも述べたように、継続雇用制度の場合には事情が異なり得るといえよう。再雇用型にしろ勤務延長型にせよ、継続雇用制度が、六〇歳が過ぎても従来の雇用がそのまま続いていくことを前提とする定年引上げ（六五歳定年）や定年廃止と区別されて雇用確保措置の選択肢のひとつとして規定されているのは、多様な企業の実情・経営状況や経済力などをも考慮して、まずは一定無理のない形で労働者の六五歳までの職業生活の継続を社会において実現ないし定着させるためであると考えることができる。

法が選択肢のひとつとして認めた以上、これを選択するために特段の条件を課すことは不適切といえよう。もつと

も、(三)で検討したように、継続雇用制度を選択し、併せて基準による選抜が認められるのは、整理解雇が法的に許容されるのと類似した状況が存しなければならないと解されるため、あくまで特段の条件なしにストリートに導入することが可能なのは希望者全員を継続雇用の対象とする制度の場合に限られるといえよう。

問題は、継続雇用後の労働条件や勤務形態については、先の通達が述べるように「必ずしも労働者の希望に合致した職種・労働条件による雇用を求めるものではなく」てもよいのである。

六〇歳定年を義務づけるのみで六五歳までの継続雇用は努力義務にすぎないとしていた従来の法政策から何らかの形での六五歳までの雇用確保措置の導入を義務づける法政策へ一挙に転換・移行することは、確かに、使用者に対して大きな経営上・経済上の負担と準備を強いるものであるということができ、このことを考慮すれば、労働者の六五歳までの労働権(憲法二七条一項)行使の確保の要請は、企業の経済的自由(憲法二二条一項・二九条)との関係で一定の調整を行うことが必要となろう。<sup>(10)</sup>

しかし、ここで問題となるのはあくまで両者の合理的な調整であり、一方で企業の経営状況や人事・労務管理の状況等をも考慮しつつも、他方で労働者の労働権行使の要請にも十分に配慮しなければならないのである。とするならば、まずは、労働者にとって、継続雇用後の労働条件や勤務形態が従来のもものと必ずしも同一ではないとしてもある程度の均衡を保っていることが必要となろう。特に、憲法二七条一項の労働権が労働者の適職選択権を含んでいると解する場合には、本人が希望したものとは大きく異なるような職種・労働条件での継続雇用は認められるべきではないといえよう。また、本人が希望したものとは大きく異なるような職種・労働条件での継続雇用ということになれば、労働者の能力やキャリアが十分に展開できる職場環境とはいいい難く、労働者の希望を無視することによって不本意な<sup>(11)</sup>

就労を強いることになり、ひいては（極端なケースであろうが）無意味労働、いじめ・いやがらせ労働、ないしは苦痛労働と等しい事態を招き、場合によってはかえって労働者を退職に追い込む可能性すら生じさせるに至ることもなきにしもあらずと考えられる。まさにこのような事態に立ち至れば、準解雇ないしみなし解雇・擬制解雇をめぐる問題に類似した状況にあることになり、使用者による信義則違反（あるいは不法行為）を構成することになると解される<sup>(13)</sup>。従って、以上を総合的に勘案すれば、企業側の事情も踏まえつつ、可能な限り労働者がキャリアや経験を活かすことができる形において継続雇用をはかるべきことが原則となろう。

次に、既に三や本章の(三)で検討したように、継続雇用制度の場合には、企業が整理解雇類似の状況にある場合（ちなみに、これも既に述べたところであるが、ここで問題とするのはあくまで「類似」の状況であって、必ずしも現実の整理解雇と同様な厳格な事情（必要性）まで要求すべきものではないことを念のため確認しておく）には労使協定により対象者の基準を設け選抜を行うことができることになるが、そのためには、整理解雇の四要件（四要素）との対比からして、基準設定を行う前段階として、基準を設けて選抜を行うことを回避すべく、できる限り希望者全員を継続雇用の対象とするよう努力を行うことが事業主に要請されるものといえよう。従って、この場合においては、かかる努力の一環としてなされたものと位置づけられるならば、「必ずしも労働者の希望に合致した職種・労働条件による雇用を求めるものではなく」ても許容されることになると考えられる。具体的には、従来の労働条件や職種・雇用形態を踏まえた労働者（高年齢者）の希望に応えられない企業側の事情・状況に応じて、あくまでそのような事情・状況のもとにおいて希望者全員を継続雇用するためにいかなるものであれば可能であるかの見地から、継続雇用後の労働条件や職種・雇用形態のあり方を決定することが認められよう。その結果、継続雇用されることになる高年齢労働者は、パートタイム雇用になったり隔日勤務になったり（二種のワークシェアリング的な視点）、あるいは

配転・職種換え・出向・転籍等の対象となったりするような事態が生じ得ることになるが、この場合であっても、できる限り労働者の労働権（あるいは適職選択権）の保障ないし尊重を考慮すべきであるという観点からは、このような措置は基準設定による選抜を回避するために必要とされるものでなければならず、また（精神的なものやキャリア展開上のものも含めて）必要以上に労働者に不利益を及ぼすものであってはならない。

### (3) 高年齢者雇用安定法九条一項の改正の方向性

以上の検討の結果、高年齢者雇用安定法九条一項に次のような修正を加えるべきであると考えられる。即ち、現行法の九条一項の条文に次の文言を付け加える方向での改正を行うのである。「なお、第二号の継続雇用制度の導入を選択した事業主は、高年齢者のこれまでの労働条件及び職種、並びに当該高年齢者の希望に配慮したうえで、従来の雇用と均衡を保ちつつ当該高年齢者を継続雇用しなければならない。ただし、経営上もしくは労務管理上の合理的な理由がある場合は、この限りでない。」

このような改正を行った場合、事業主が従来の雇用と均衡を失した継続雇用制度を設けた場合、あるいは経営上もしくは労務管理上の合理的な理由は存するけれども労働者に必要以上に不利益を及ぼす形の継続雇用制度が導入された場合、法の趣旨（ないしは法規定）に反するが故に、そのような制度の導入をはかる就業規則の労働条件等に関する部分の規定には合理性は認められない（ないしはそのような規定は違法である）と解されるので、労働者は当該就業規則の労働条件・職種部分に拘束されることなく（要するに、従来の労働条件・職種で）継続雇用されたことになる。<sup>(15)</sup>

### (五) 高年齢者雇用安定法九条改正私案のまとめ

#### (1) 新たな高年齢者雇用安定法九条の全体像

以上の本章における検討を踏まえて、まとめの意味で、重複をいとわず、総合的に、筆者が改正すべき方向として考える高年齢者雇用安定法九条の全体像を示してみよう。

○ 一項 「定年（六十五歳未満のものに限る。以下この条において同じ。）の定めをしている事業主は、その雇用する高年齢者の六十五歳までの安定した雇用を確保するため、次の各号に掲げる措置（以下「高年齢者雇用確保措置」という。）のいずれかを講じなければならない。

一 当該定年の引上げ

二 継続雇用制度（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をいう。以下同じ。）の導入

三 当該定年の定め廃止

なお、第二号の継続雇用制度の導入を選択した事業主は、高年齢者のこれまでの労働条件及び職種、並びに当該高年齢者の希望に配慮したうえで、従来の雇用と均衡を保ちつつ当該高年齢者を継続雇用しなければならない。ただし、経営上もしくは労務管理上の合理的な理由がある場合は、この限りでない。」

○ 二項 「事業主は、経営上もしくは労務管理上の必要性に基づく合理的な理由により、継続雇用を希望するすべての高年齢者を継続雇用するよう努力したにもかかわらず、これを行うことができない場合において、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者と誠実に協議を行い、これとの書面による協定により、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る客観的で合理的であり、かつ明確で具体的な基準を定め、当該基準に基づく制度を導

入したときは、前項第二号に掲げる措置を講じたものとみなす。なお、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においては、その労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者は、基準を定める書面による協定を締結するにあたって、十分に事業場の高年齢者を含む労働者の利益を汲み上げ調整したうえで意見集約を行い、これを踏まえて事業場の労働者を公正に代表しなければならない。」

○ 三項 「事業主が第一項に規定するいずれの高年齢者雇用確保措置（第二項のみなし規定によるものを含む。）も講じない場合には、第一項第二号の継続雇用制度（勤務延長型のもの。）を導入したものとみなす。この場合において、継続雇用を希望する高年齢者は、事業主に対し、従前の労働条件及び職種・雇用形態等を維持しつつ勤務延長を求めることができる。ただし、事業主が、第一項に規定するいずれかの高年齢者雇用確保措置（第二項のみなし規定によるものを含む。）を講じた後は、当該高年齢者はそれに従うものとする。」

## (2) 補論—私法的規定整備が実現しない場合における刑罰規定の導入の必要性—

なお、筆者の示すような方向での改正が実現せず、事業主に公法上の義務を課するという現行法のスタイルのままである（要するに、私法的効力が規定されない）場合において、いかに対処すべきかを補論として述べておく。

そのままでの法規制では必ずしも実効性をもって高年齢者の雇用確保措置が実現されるとは限らないので、高年齢者雇用安定法九条の実効性を確保するためには、ことの重要性を考えて、高年齢者雇用安定法一〇条二項の厚生労働大臣による勧告にもかかわらず、依然として、事業主が、同法九条一項に違反している場合には、少なくとも刑罰（これも、公法的規制の一種である）を科すとの法改正の方向を（いわば次善の策として）探るべきであろう。具体的には、同法五五条の刑罰の対象として一〇条二項違反を付け加えたうえで、一〇条二項違反に対しては罰金刑のみならず懲役刑の導入も視野に入れるべきであろう。この場合、違反が行われるのは企業 of 全社レベルであり、結局は、取

締役等の役員クラスが責任を負うべきであると解されるから、現在は行為者と法人企業に対する両罰規定となっている同法五六条を、事業主が法人である場合においては事業主の範囲をその代表者にまで広げる労働基準法一二一条のような規定の体裁とすることが考えられる。以上のような法改正であれば、これまで本章で検討してきたような改正よりもずっと簡単に行うことができる（従って、実現可能性も高い）ように思われ、私法的効力をめぐる法改正が困難ならば、せめて罰則の導入をめぐる法改正を早急に（あるいは直ちに）行うべきであろう。

ちなみに、(1)でみた改正が実現するのならば、法違反に対して私法的な手当がなされ高年齢労働者が現実的な救済を求め得ることになるため、刑罰法規の導入までは検討する必要はないといえよう。要は、高年齢者雇用安定法の実効性が確保されて、実際に労働者が六五歳まで働き続けることができるようになることが重要なのであり、刑罰法規はあくまで私法的規制の代替手段として位置づけられることになるのである。

#### (六) 高年齢者雇用安定法九条の更なる改正の方向性とそれを支える憲法的理念

##### (1) 今後の方向性

既に述べたように、以上の改正案（ただし、(五)(2)の補論で述べたところは除く）は「さしあたり」のものであって、労働者の六五歳までの雇用確保が社会に定着し、一般に広く認識されるに至った後は、更なる第三段階に進む必要がある。その段階においては、高年齢者雇用安定法九条は、労働者の六五歳までの雇用を例外なく保障するという観点から次のように改正されるべきものと考ええる。

○ 一項 「定年（六十五歳未満のものに限る。以下この条において同じ。）の定めをしている事業主は、その雇用する高年齢者の六十五歳までの安定した雇用を確保するため、次の各号に掲げる措置（以下「高年齢者雇用確保措

置」という。)のいずれかを講じなければならない。

一 当該定年の引上げ

二 当該定年の定めの際止

三 継続雇用制度(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をいう。)の導入(ただし、経営上もしくは労務管理上の合理的な理由がある場合に限る。)

なお、第三号の継続雇用制度の導入を選択した事業主は、高年齢者のこれまでの労働条件及び職種、並びに当該高年齢者の希望に配慮したうえで、従来の雇用と均衡を保ちつつ継続雇用を行わなければならない。」

○ 二項 「事業主が、前項に規定するいずれの高年齢者雇用確保措置も講じない場合には、定年年齢を六五歳に引き上げたものとみなす。」

要は、継続雇用制度の導入という選択肢を残しつつも、基準による選抜を認めず、しかも、これは事業主に経営上もしくは労務管理上の合理的な理由がある場合に許容される例外であつて、あくまで原則は六五歳定年であるとするのである。

そして、更にその後、機が熟せば、第四段階として、厳格な六五歳定年の義務化の段階へ進むべきことになる(要は、具体的には、高年齢者雇用安定法八条の事業主への定年義務づけ最低年齢を六五歳に引き上げるとともに、同法九条を削除することになる)。

(2) 定年制の適法性

(7) 定年制の社会的相当性

問題は、定年制（あるいは定年）は年齢差別であり、将来は、これを無効として、第五段階として生涯現役社会へ向けて法政策の駒を進めるべきかである。このような検討を行ううえでは、まず、これまでの定年制の適法性をめぐる判例・学説の状況について吟味しておく必要があるように思われる。<sup>(15)</sup>

定年制が公序良俗違反に当たるかどうかにについて問題となった秋北バス事件・最大判昭四三・一二・二四民集二二卷一三三三四五九頁は、「およそ停年制は、一般に、老年労働者にあつては当該業種又は職種に要求される労働の適格性が通減するにかわらず、給与が却つて通増するところから、人事の刷新・経営の改善等、企業の組織および運営の適正化のために行なわれるものであつて、一般的にいつて、不合理な制度ということとはできず、本件就業規則についても、新たに設けられた五五歳という停年は、わが国産業界の実情に照らし、かつ、被上告会社の一般職種の労働者の停年が五〇歳と定められているのとの比較権衡からいつても、低きに失するものとはいえない。」と判示している。

学説も、終身雇用制のもとにおいては定年制は定年年齢までは労働者の雇用を保障するという雇用保障の意味合いを有すること、定年制は先輩が後輩に席を譲るという点及び企業の人員リフレッシュという点において意義が認められること、終身雇用制とセットになった年功賃金制においては定年制は賃金の収支合わせという意味合いを有することなどから、合理的な定年年齢であればということで、定年制の適法性を認めるこの最高裁判決の判旨にはば賛同の方向性を示しているといつてよかつた。<sup>(17)</sup>

これに対し、平成に入つてからの事件であり、高年齢者雇用安定法が六〇歳定年へ向けての努力義務を事業主に課している時期における五五歳定年の有効性が争われたアル・エフ・ラジオ日本事件・東京地判平六・九・二九労判六五八号一三頁は、まずは、「およそ定年退職制は、一般に、老年労働者にあつては当該業種又は職種に要求される

労働の適格性が逡減するにもかかわらず、給与が却って逡増するところから、人事の刷新・経営の改善等、企業の組織及び運営の適正化のために行われるものであつて、一般的にいつて、不合理な制度ということはできない（最高裁判所昭和四三・一二・二五大法廷判決・民集二二卷一三号三四五九頁）。と述べて、先の秋北バス事件・最高裁大法廷判決を確認した後、続けて、「しかしながら、雇用契約における定年制度の合理性は、定年年齢と社会における労働力人口との関連において、企業における限られた雇用可能人員の中で、人件費負担増の防止、労働能力が減退した労働者の交替、若年労働者の雇用の必要性、人事の停滞回避、企業活力の維持等のために企業経営上必要とされる限度においては社会的に許容されるものであるから、それは、当該定年年齢、社会における労働力人口、企業経営をとりまく諸事情を総合考慮して判断すべきものと考えられる。しかも、定年制度の改革は、賃金制度、人事管理制度、能力維持開発訓練制度と密接に関連するものであり、これらは労使の合意の上に成り立つものであり、その自主的努力の集積によって普遍化するものであるから、本件五五歳定年制を原告に適用することが公序良俗違反、権利濫用、信義則違反に該当し無効であるといえるためには、本件五五歳定年制についての被告会社におけるこれらの対応等が社会的相当性を欠くものであることを要するものといわなければならない。」と判示した（ちなみに、この判決は控訴審（東京高判平八・八・二六労判七〇一号一二頁）によって支持されている）。

注目すべきは、この後者の東京地裁判決の後段部分である。即ち、一定年齢の定年制が公序良俗違反となるかどうかは諸事情の総合考慮に基づくのであり、特に企業における対応も考慮して定年制が社会的妥当性を欠くか否かが判断され、場合によっては一定年齢の定年制（この事件では五五歳定年制）が公序良俗違反とされ得る可能性が示唆されているところに秋北バス事件・最高裁判決を一步踏み出した論理の展開を見て取ることができるのである。このよ

度定着した段階においては、六五歳を下回る定年年齢は社会的相当性を欠き公序良俗に反すると判断される社会環境ないし条件が整ったものといえ、六五歳定年を法律で事業主に義務づけることが社会的コンセンサスを得ることができるといえよう。<sup>(19)</sup>これが本節の(1)の最後で触れた法改正の第四段階である六五歳定年義務づけの段階である。問題は、このような理屈を更に進展させ、いずれは定年制それ自体を公序良俗違反となし得る(従って、定年制を禁止する、ないしは違法とする年齢差別禁止法を制定すべきとする)のかである。この点については、次項で定年制違法説を検討した後に論を展開してみよう。<sup>(20)</sup>

(1) 広島法学三〇巻三号(二〇〇七年)一頁以下。

(2) 労働法における努力義務規定というソフトローの意義については、荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能」中嶋士元也先生還暦記念論集『労働関係法の現代的展開』(二〇〇四年、信山社)一九頁以下参照。なお、併せて、努力義務による政策実現という観点からは、法の役割としてトラブル解決機能に加えて政策目的実現機能に注目し、後者の役割を有する法律を政策立法と呼んで、最近では後者が重要視される傾向にあることを指摘する安枝英紳「労働の法と政策(第2版)」(一九九八年、有斐閣)三頁及び二八頁以下も参照。

(3) なお、荒木誠之「定年制をめぐる法的問題」法政研究三八巻二一四号(一九七二年)二四七頁以下は、定年退職の条件として年金の老齢給付の受給を考えるのが本来の姿であるとして、労働権から生存権への円滑な移行の必要性を説き、「一定の年齢への到達を理由として、無条件に労働契約を終了させようとするいわゆる定年制は、特定の条件がそなわってはじめて、その本来の趣旨における法的効果を認めることができる。その条件とは、その年齢が一般的に労働能力および労働意思喪失の時期と一致していること、さらに、労働生活からの引退によって、生活保障給付―公的老齢給付もしくは私的高齢年金―がうけられること、である」と論じ、定年制が公序良俗違反とならないためのひとつの条件として定年年齢と年金支給開始年齢がリンクしていることを挙げている。本稿の視点からみて注目すべき説示といえよう。

(4) ただし、高年齢者雇用安定法に私法的効力を組み込むとすると、ことは九条の改正のみにとどまらず、高年齢者雇用安定法全体の

性格変化(そして、労働法システムないし体系全体における高年齢者雇用安定法の位置づけの変化)という問題を生じさせることになり、より広い視点からの総合的検討が必要となるように思われる。とにかく、現在の、国と事業主との関係を公法的な側面から規律するにとどまるという法のスタイルは労働者の現実の六五歳までの雇用の継続という重要問題にかかわるだけに大きな問題点と不十分さをはらむものといえよう。とはいえ、本稿の主題と筆者の能力不足から、とりあえずここでは九条の問題のみを検討対象として取り上げる次第であり、高年齢者雇用安定法全体の改革の方向性についての本格的な検討はいずれ別稿を期したいと考える。なお、立法学的見地ないし雇用政策的見地から高年齢者雇用問題を考察する文献として、濱口桂一郎「高齢者雇用政策における内部労働市場と外部労働市場」季刊労働法二〇四号(二〇〇四年)一七二頁以下、阿部和光「高齢者就労社会の雇用政策」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第2巻 労働市場の機構とルール』(二〇〇〇年、有斐閣)一七六頁以下。

(5) 二〇〇七年一月二八日に国会で労働契約法が成立したが、その一〇条は、「使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする。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変更によつては変更されない労働条件として合意していた部分については、第十二条に該当する場合を除き、この限りでない。」と規定しており、本文で述べたような事例はまさに実質的に不利益変更にあたり、今後は労働契約法一〇条に即して合理性が判断されることになろう。

(6) 広島法学三〇巻四号(二〇〇七年)一頁以下。

(7) 広島法学三〇巻四号(二〇〇七年)七頁。

(8) 労働基準法をはじめとする現行労働法制における過半数代表制の問題点については、さしあたり、東京大学労働法研究会(編)『注釈労働基準法 上巻』(二〇〇三年、有斐閣)三三頁以下(川田琢之執筆)、金子征史「西谷敏(編)『基本法コンメンタール(第五版)労働基準法』(二〇〇六年、日本評論社)一〇頁(西谷執筆)」。ちなみに、仮に、本文で述べたような改正が実現しても、いまだ過半数代表をめぐるはその選出手続を整備しなければならないという大きな問題点が存していることには変わりはなく、本稿で検討したテーマを超えて過半数代表制一般をめぐるより広い総合的視点から労働基準法をはじめとして過半数代表制を採用している各種労働法をめぐる法改正ないしは法整備(あるいは過半数代表に関する諸々の基本事項を定める新法の制定)を行うことが必要

であることはいうまでもない。

- (9) この点において注目されるのが、従来から六〇歳定年制が採られていた地方銀行において就業規則を（不利益）変更して五五歳役職定年制を新設するとともにそれにともなう五五歳以降の給与水準の引き下げをほかったことの有効性が争われたみちのく銀行事件・最一小判平一二・九・七労判七八七号六頁である。この最高裁判決は、そのような人事制度・給与の変更は制度全体としてみれば合理性が存するが、賃金引き下げは不利益の大きい五五歳以上の高齢者に対しては合理性を欠くと判示しており、本文で述べたような問題を考えるにあたって大いに参考になろう。なお、みちのく銀行事件・最高裁判決を含む就業規則による労働条件変更問題については、さしあたり、三井正信「就業規則」法学セミナー二〇〇五年二月号二頁以下、角田邦重「毛塚勝利」脇田滋（編）『現代労働法入門（第3版）』（二〇〇五年、法律文化社）二五三頁以下（三井正信執筆）を参照。また、事例演習という形をとるものではあるが、この問題に高齢者雇用安定法九条の雇用確保措置導入を絡ませて論ずるものとして、三井正信「労働条件の変更(1)―就業規則による労働条件の不利益変更」石田眞「豊川義明」浜村彰「山田省三」（編）『ロースクール演習 労働法』（二〇〇七年、法学書院）一三七頁以下。

- (10) 労働者の人権（思想・信条の自由・憲法一四条・一九条）と企業の経済的自由（憲法二三条一項・二九条）との関係で一定の調整を行う最高裁判決として、三菱樹脂事件・最大判昭四八・一二・二民集二七巻一〇号一五三六頁があるが、同判決には、二重の基準論に逆行するかの判断を示した点、具体的に憲法の人権規定の私人間における間接適用を否定するに等しい判断を示した点、個人の人権に法人の人権を優越させた点など多くの問題点が含まれている。むしろ、本文で述べた労働者と企業の人権の調整にあたっては、あくまで企業は労働者を遙かに凌駕する社会的権力であり、かかる社会的権力から個人の人権をいかに擁護するかという三菱樹脂事件・最高裁判決に欠けている視点こそが重要となろう。憲法学からの三菱樹脂事件・最高裁大法廷判決に対する重要な批判として、樋口陽一「憲法 第三版」（二〇〇七年、創文社）一九六―一九七頁、二二頁、同「三訂 憲法入門 補訂版」（二〇〇五年、勁草書房）六七頁以下。

- (11) このような見解を示すものとして、片岡昇「現代労働法の展開」（一九八三年、岩波書店）一五二頁以下、同「労働権の保障と雇用保障法の理論体系」日本労働法学会（編）『現代労働法講座13 雇用保障』（一九八四年、総合労働研究所）二頁以下、同「労働法（第4版）」（二〇〇七年、有斐閣・村中孝史補訂）二八頁以下、松林和夫「労働権と雇用保障」（一九九一年、日本評論社）などがある。

(12) 労働者の労働権行使と信義則に基づく使用者の職場環境配慮義務の関係について論ずるものとして、三井正信「労働者の能力を公正に評価する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か」日本労働研究雑誌五〇一号(二〇〇二年)八八頁、同「公正評価義務論の意義・射程と限界(三・完)」広島法学二六巻四号(二〇〇三年)一九九頁以下、同「準解雇の法理(五・完)」広島法学二八巻一号(二〇〇四年)八七頁以下。

(13) 準解雇ないしみなし解雇・擬制解雇と呼ばれる問題については、さしあたり、三井正信「準解雇の法理(一)——(五・完)」広島法学二七巻一号(二〇〇三年)五三頁以下、二号(二〇〇三年)一一一頁以下、三号(二〇〇四年)一頁以下、四号(二〇〇四年)三三頁以下、二八巻一号(二〇〇四年)七三頁以下を参照。なお、この点については、併せて、小宮文人「退職と擬制解雇」角田邦重・毛塚勝利・浅倉むつ子(編)『労働法の争点【第3版】】(二〇〇四年、有斐閣)一六七—二六八頁も参照。

(14) 広島法学三〇巻四号(二〇〇七年)一頁以下。

(15) 既に三で述べたように(広島法学三〇巻四号(二〇〇七年)一六頁以下)、この問題は就業規則の不利変更基準に準じて考えられるべきであろう。なお、二〇〇七年一月二八日に労働契約法が成立したことにともしない、今後は、具体的に、労働契約法一〇条に即して(あるいはこの条文の類推適用により)合理性判断がなされるべきものといえよう。

(16) 定年制の適法性をめぐる議論状況については、加藤俊平「定年制」蓼沼謙一・横井芳弘(編)『労働法の争点』(一九七九年、有斐閣)二二六—二二七頁、今野順夫「休職・退職・定年」日本労働法学会(編)『現代労働法講座10 労働契約・就業規則』(一九八二年、総合労働研究所)一九〇頁以下、坂本重雄「定年制」蓼沼謙一・横井芳弘・角田邦重(編)『労働法の争点(新版)』(一九九〇年、有斐閣)二二〇—二二二頁、西村健一郎・高木紘一・安枝英紳・長淵満男・林弘子・今野順夫「労働法講義(3) 労働者保護法【新版】」(一九九〇年、有斐閣)三八一頁以下(今野執筆)、矢野昌浩「定年制」角田邦重・毛塚勝利・浅倉むつ子(編)『労働法の争点【第3版】】(二〇〇四年、有斐閣)一七一—一二二頁、西谷敏・萬井隆令(編)『労働法2【第5版】】(2006年、法律文化社)一六六頁以下(佐藤敬二執筆)。

(17) 定年制適法説に立つ近年の代表的な見解として、例えば、菅野和夫「労働法 第七版補正二版」(二〇〇七年、弘文堂)四〇七頁。ちなみに、この判決は、本文中引用した一般論に引き続き、事案に即した具体的判断に関連させて、「高齢化社会に進展したわが国において、雇用慣行の長所を生かしながら、高年齢者の雇用を確保し、その経験や能力を活用していくことにより活力ある社会を維持していくことは、事業主に課せられた重要な社会的要請であり、六〇歳定年制は事業主の負う基本的な社会的責務であるという

べきであるが、このような社会的責務は事業主の経営、雇用管理上の条件整備を労働者の協力も得て進めることにより達成することが可能となるのであるから、産業社会においてこれが普及して普遍化した段階にあっては、特段の事情のない限り、右社会的責務を履行せずにこれを達成しないことは社会通念上違法・無効であるというべきである」とも判示している（もつとも、本件では、最終的には、使用者であるラジオ局の五五歳定年制が「公序良俗に反し、あるいは権利濫用、信義則違反に該当する」ということはできないというべきである」と判断されている）。

(19)

ちなみに、外井浩志『Q&A 65歳雇用延長の法律実務』（二〇〇五年、税務研究会出版局）三三頁以下は、「以上の事情を総合考慮すれば、原告らの五五歳到達時である平成四年及び五年の時点においては、六〇歳定年制が既に放送業界を含む産業社会で主流となっていて、被告が本件五五歳定年制の改正を行っていなかったことは高年齢者雇用安定法上の努力義務を怠ったものであるとの指摘を免れないとしても、本件五五歳定年制をとらえて、公序良俗に反する違法・無効なものであるとか、原告主張の違法の各規定の趣旨に反するものであるとかの評価を与えることは、いまだ困難であるといわざるを得ない」とのオール・エフ・ラジオ日本・東京地判平一二・七・一三労判七九〇号一五頁の判示を引用しつつ、六五歳定年制が社会一般に普及した場合には高年齢者雇用安定法八条が事業主に定年の最低限として義務づける六〇歳定年が公序良俗違反となる可能性も出来することに言及しているが、このような事態が更に進展すれば、事業主が六五歳を下回る定年制を設けている場合には、公序良俗違反となり得ることも十分に想定することができよう。

(20)

ちなみに、定年制適法説を支持する菅野・前掲注（17）書四〇七頁は、続けて、将来において、「企業の従業員に対する雇用尊重の基本方針が放棄され、かつ年功的処遇が能力主義・成果主義によって置き換えられた場合には、定年は従業員にとっては格別のメリットのない制度と化し、合理性を失うことになる」との将来の予想的見解を述べている。なお、この点については、併せて、菅野和夫『新・雇用社会の法（補訂版）』（二〇〇四年、有斐閣）九七―九八頁も参照。また、下井隆史教授は、従来から一応は定年制適法説をとってきたのだが、最近刊行された著書である『労働基準法（第4版）』（二〇〇七年、有斐閣）一九五頁において、この見解を前提としつつも、「少子高齢化社会が急速に進行し雇用関係において『長期雇用』と『年功賃金』の比重が低下している現在、定年制に疑問を投ずる考え方が説得力を増しつつあることは確かである。労働関係における年齢を理由とする差別的取扱いを禁止する立法も決して考えられないものではない」、「もとより慎重を要する問題ではあるが、定年制の法的禁止を議論すべき時代が到来していることを疑う余地はないと思われる」と述べている（これは旧版の叙述をより定年廃止を推進する方向に向けて改めたものである）。