

高年齢者雇用安定法九条をめぐる解釈論的諸問題（一）

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（以上本号）
- 三 継続雇用制度の対象者基準をめぐる問題点
- 四 高年齢者雇用安定法九条の立法論的課題
おわりに

はじめに

二〇〇四年に「高年齢者等の雇用の安定に関する法律」（以下、高年齢者雇用安定法と略す）が改正され、その九条一項により事業主に対して労働者の六五歳までの雇用確保措置を講ずるよう義務づけがなされた。具体的には、①定年の引上げ（六五歳定年）の実施、②六五歳までの継続雇用制度の導入、③定年の廃止のいずれかの措置を事業主が使用者が講じなければならないこととなった。改正法は二〇〇六年四月一日より施行されているが、これは従来^の六〇歳定年の義務付けと六五歳までの継続雇用に向けての努力義務を定める法律のスタンスを改め強化したものであって、本格的な高齢社会に対応し労働者の六五歳までの雇用保障（六五歳現役社会）の実現を目指すものとして大

いに注目されるものである。^①

周知の通り、わが国においては現在、史上類をみない急激な速さで高齢化が進行しており、これを踏まえ、^② ① 高齢者の労働権保障や生きがいの保障、② 将来予想される労働力不足に対する対処及びわが国経済の活性化の観点からの高齢者活用の必要性、③ 公的年金の六五歳支給への移行にともなう職業生活引退年齢と年金支給年齢のリンクの必要性といった観点から、六〇歳以上の高齢者の雇用確保の必要性がかねてより叫ばれてきたところであり、今回の法改正は一応これらの課題に対処するものであるといえることができる。しかし、実際には、今回の法改正にあたっては、その狙いとして、特に③の視点が強く打ち出されていることも事実であって、従って、二〇〇四年の改正は、まずとりあえずは年金問題との絡みで六五歳までの雇用確保へ向けてさしあたりワンステップ的な立法的手当を行ったものであるとの感も否めない。このことは、まさに、今回の法改正の基礎をなす二〇〇三年七月の厚生労働省の今後の高齢者対策に関する研究会報告書『今後の高齢者雇用対策について』^③、及び二〇〇四年一月の労働政策審議会建議『今後の高齢者雇用対策について（報告）』^④が端的に示すところである。それ故、一見シンプルにみえる改正内容であるが、①や②の視点からみて改正法は必ずしも満足ゆくものとなっていないとはいえず、しかも法内容にも不明確で十分な点が多々存しており、実際に高齢者雇用安定法九条の解釈や企業の労務管理にあたって大きな混乱や困難が生ずるおそれがある。

そこで、筆者としては、高齢者雇用安定法九条の包含する法的问题点の解明の必要性と緊急性を踏まえて、本稿において、問題解決のために適切かつ合理的な解釈論上の道しるべを提示するとともに、併せて今後のあるべき立法の方向性を示そうと試みるに至った次第である。^⑤ なお、雇用確保措置導入をめぐることは、企業においてそれにもなう人事制度・賃金制度全体の見直し、六〇歳以降の賃金額の引き下げなどの労働条件問題をはじめとして付随的に多

くの法的问题が生ずることになるが、あくまで高齢者雇用安定法九条の法的意味とその構造・限界、そしてそれをめぐる解釈論上の問題解決を探ることを主眼とする本稿の目的及び紙幅の関係から、以下では、あくまで高齢者雇用安定法九条が直接的に惹起する主要な法的问题にストレートに考察の焦点を絞ることとし、これに関連した賃金制度・役職制度・人事制度の見直しなどの労働条件変問題等のいわば付随的な諸問題の検討は割愛せざるを得なかったことを念のためお断りしておく。

- (1) 改正高齢者雇用安定法をめぐる文献は多数にのほろが、労働者の六五歳までの雇用確保措置との関係では、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)、笹島芳雄「新訂 65歳への雇用延長と人事・賃金制度」(二〇〇五年、労働法令協会)、櫻庭涼子「高齢者の雇用政策」日本労働研究雑誌五三四号(二〇〇四年)一七頁以下、大橋英雄「高齢者雇用の現状と課題」ジュリスト二二八二号(二〇〇五年)一〇五頁以下、柳澤武「新しい高齢雇用安定法制」ジュリスト二二八二号(二〇〇五年)一一二頁以下、菊池高志「高齢者雇用」法律時報七七巻五号(二〇〇五年)三八頁以下、岩村正彦「高齢者雇用安定法の改正をめぐる」ビジネス・レーバー・トレンド研究会「65歳継続雇用時代はどう備えるか?」(二〇〇五年、独立行政法人労働政策研究・研修機構)三頁以下、藤村博之「高齢社会における雇用のあり方と労使の対応」ビジネス・レーバー・トレンド研究会「65歳継続雇用時代はどう備えるか?」(二〇〇五年、独立行政法人労働政策研究・研修機構)一三頁以下、清正寛「高齢者雇用の法的課題」水野勝先生古稀記念論集「労働保護法の再生」(二〇〇五年、信山社)二八五頁以下、山田省三「雇用における高齢者処遇と年齢差別の法的構造」水野勝先生古稀記念論集「労働保護法の再生」(二〇〇五年、信山社)三〇五頁以下、山下昇「高齢者の雇用確保措置をめぐる法的諸問題」日本労働研究雑誌五五〇号(二〇〇六年)四三頁以下、原昌登「高齢者雇用」季刊労働法二二三号(二〇〇六年)二七頁以下などがある。
- (2) 高齢社会に関して学際的な観点から総合的検討を加えるものとして、渡辺満・小谷朋弘(編)「高齢社会論」(二〇〇〇年、成文堂)が注目される。また、少し古いが、社会法的観点から総合的に高齢者問題に対して検討を加えたものとして、菊池高志・清正寛(編)「高齢者の法」(一九九七年、有斐閣)がある。

- (3) この③の点につき論ずる基本的文献として、岩村正彦「変貌する引退過程」岩波講座「現代の法12 職業生活と法」(一九九八年、岩波書店 三〇一頁以下)。
- (4) 本文で述べたことに加えて、二〇〇七年以降団塊の世代が六〇歳に達しいつせいかつ大量に退職を迎える事態となるいわゆる二〇〇七年問題も高齢者の雇用確保・促進という政策課題にとって重要な意味を持つといえよう。
- (5) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2003/07/h0731-3.html>なお、この報告書に対して、検討を加えるものとして、山下昇「今後の高齢者雇用対策とその法的課題」労働法律旬報一五六七—一五六八号(二〇〇四年)五四頁以下がある。
- (6) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/01/h0120-3a.html>
- (7) 本項と同様の視点から検討を行う先行業績として、清正・前掲注(1)論文、及び山下・前掲注(1)論文がある。
- (8) 六五歳雇用確保措置導入をめぐる生じ得る多くの労働法的諸問題に対して、実務的な観点から総合的に細かな回答を示すものとして、外井・前掲注(1)書がある。

一 問題の所在

(一) 高齢者雇用安定法九条一項関係

二〇〇四年に改正され、二〇〇六年四月一日から施行されている高齢者雇用安定法九条一項は、「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。」と述べ、一号「当該定年の引上げ」、二号「継続雇用制度(現に雇用している高齢者が希望するときは、当該高齢者をその定年後も引き続き雇用する制度をいう。以下同じ。)」の導入」、三号「当該定年

の定め「廃止」という三つの選択肢を示している。これは従来、改正前の旧九条が事業主に労働者の六五歳までの継続雇用を行うべき「努力義務」を課していたのを「措置義務」に改めたものである（「努力義務」から「措置義務」へ）。もともと、同法八条は、改正前の旧法と同様、あくまで「事業主がその雇用する労働者の定年（以下単に「定年」という。）の定めをする場合には、当該定年は、六十歳を下回ることができない。」と規定するにとどまっております。従って高年齢者雇用安定法が正面から要求するのはあくまでも六〇歳定年の義務づけ（六〇歳を下回る定年の禁止）にすぎない点にも留意すべきである。確かに、事業主が九条一項の提示する三つの選択肢のうち一号と三号の措置をとる場合には、八条は正面から問題とはならなくなるのだが、事業主が九条一項二号の措置を選択する（継続雇用制度を導入する）場合には、通常はあくまで定年は六〇歳のままであって、定年の時点で、事業主は、希望する労働者を六五歳まで勤務延長するかあるいは労働者を六〇歳でいったん定年退職させたうえで改めて（多くの場合は、例えば一年の有期契約を反復継続すること）六五歳まで再雇用することになる（ちなみに、勤務延長がなされるのか再雇用がなされるのかは当該事業主の作成する就業規則がいずれの定めを置くかによることになる）。

問題は、事業主が上記の三つの雇用確保措置のいずれをも実施しない場合はどうなるのかである。高年齢者雇用安定法九条一項の措置義務はあくまでも国が事業主に対して課す公法上の義務にすぎず、事業主の措置義務違反に対しては罰則はなく同法一〇条が厚生労働大臣が事業主に対して助言・指導、勧告を行うことを予定する旨を規定するのみであつて、しかも同法には労働基準法一三条のような私法上の効力を規定した条文もなく、そのうえ先に触れたように同法八条はあくまで六〇歳定年を義務づける（六〇歳を下回る定年を禁止する）にとどまっている。従って、この事業主による措置義務違反の場合において、私法上は、労働者からすれば六〇歳以降の自分の雇用がどのようになるのか、言い換えれば六〇歳以降の自分の労働契約の存否ないし運命がどうなるのか、あるいは何らかの私法的救済

を受けることができるのかが必ずしも明確ではないといえ、従ってこれらの疑問を解明することが重要な課題となる。¹⁾

ちなみに、厚生年金の定額部分の六五歳支給への段階的移行にもなつて、改正法附則四条により、事業主に雇用確保措置が義務づけられる年齢は、経過措置として、二〇〇六年四月一日から二〇〇七年三月三十一日までは六二歳、二〇〇七年四月一日から二〇一〇年三月三十一日までは六三歳、二〇一〇年四月一日から二〇一三年三月三十一日までは六四歳、二〇一三年四月一日以降六五歳とされている。なお、便宜上、以下では、特に断る場合を除いて、法の最終段階である六五歳までの雇用確保措置を行うことを（理念型として）念頭において論を展開することとする。

(二) 高年齢者雇用安定法九条二項関係

(1) 九条一項の原則と同条二項の継続雇用制度の対象者の基準設定の許容との関係

高年齢者雇用安定法九条一項は、定年の引上げ（六五歳定年）、定年廃止の二措置をとる場合はいうまでもなく、事業主が六〇歳定年を維持しつつ継続雇用制度の導入を行った場合にも希望者全員を六五歳まで継続雇用することを前提（原則）としている（希望者全員継続雇用の原則）。しかし、同条二項は、「事業主は、当該事業所に、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。」と規定しており、労使協定により基準を設けた場合にはそれに基づいて選抜を行い継続雇用制度から一定の労働者を排除することができるとしている。この規定は、企業によっては（特に中小企業の場合などにおいては）一挙に一律に高齢者の雇用継続をはかることが困難な場合があることを考慮して設けられたものといえる。

では、過半数代表との協定で定めればいかなる基準でもよいのか、それによって六五歳までの継続雇用の原則が骨抜きとなってしまう結果とはならないのか、そもそも希望者全員継続雇用の原則と協定による「基準」設定とはどのような関係に立つのか。そして、「基準」が違法とされた場合、「基準」に従って継続雇用されなかった労働者にはいかなる救済が与えられるのか。法規定の不明確さの故もあって、高齢者雇用安定法九条二項をめぐっては以上のように重要な法的問題が生ずるのであり、このままでは基準設定と継続雇用制度に関する労働者の選抜をめぐって大きな混乱や法的トラブルが生ずるおそれがある。既に二〇〇六年四月より事業主に対し雇用確保措置の義務づけがなされているのであり、従って上記の問題点の一刻も早い説明が労働者や企業実務にとってまさに重要性和緊急性を帯びた課題となっているといえよう。

(2) 就業規則による基準設定をめぐる問題

事業主が継続雇用制度の導入を選択したが、高齢者雇用安定法九条二項の労使協定を締結することができなかった場合には、原則通りに希望者全員を継続雇用制度の対象としなければならない。しかし、改正法附則五条一項は事業主が継続雇用制度の基準設定の労使協定を締結することができなかった場合の特例として、つまり「事業主は、第九条第二項に規定する協定をするために努力したにもかかわらず協議が調わないときは」、高齢者雇用確保措置を講ずるために必要な準備期間として、その常時雇用する労働者数が三〇〇人を超える事業主にあつては三年間、その常時雇用する労働者数が三〇〇人以下の事業主にあつては五年間、事業主が就業規則で基準を設定して制度を導入することができる^③と規定している。

従つて、かかる就業規則による基準設定に関しては、「協定をするために努力したにもかかわらず協議が調わないとき」という要件が重要となってくるが、これがどのような場合をいうのかは法文上は必ずしも明らかではなく、こ

のままではこの文言の解釈をめぐって実務上大きな混乱が生ずることも予想される。また、協議が調わなければ事業主が就業規則でどのような「基準」を設けてもよいのが問題となるが、少なくともこれは協議が調わず使用者が一方的に定めることになるので過半数代表が関与して労使合意に基づき労使協定で設定したもののよりは厳格な基準となるべきであると考えよう。^④しかし、どの程度基準を厳格にすべきかについてもこれまた必ずしも明確ではない状態にある。それ故、就業規則による基準設定のレベルないし厳格さがいかなるものとなるべきかを解明することが更に求められるといえ、かかる課題をクリアすることは労働者の雇用確保の観点からみて、そして実務上においても、極めて大きな重要性を有しているといえよう。

(三) 今後の六五歳までの雇用確保措置をめぐる法政策論的ないし立法論的問題

以上みたように、高齢者雇用安定法九条をめぐるのは労働者の雇用確保の観点から、そして実務上も、看過できない重要性を有する諸問題が生じてくるが、その根本的原因はその規定の仕方及び法構造にあるといえよう。そこで、以上(一)、(二)の問題の検討に加えて、①公的年金支給年齢とのリンクという法政策との妥当性、及び年金と雇用との関係如何、②憲法二七条一項や一四条に照らしてみても法の規定の仕方の妥当性、③改正高齢者雇用安定法九条の法技術上の妥当性、及び今後の改正に向けての課題といった問題に対しても回答する必要があるように思われる。そこで、まずは実務的にも大きな重要性を有する前記(一)、(二)でみた課題について解釈論上の検討を行ったうえで、最後に高齢者雇用政策・立法をめぐる法原理的・法政策論的考察を加えることとする。これによって、現行法の問題点とその対処策、及び今後のあるべき高齢者雇用立法の姿を総合的に検討し、来るべき超高齢社会においてわれわれが安心して働き生活することができるためのセーフティーネットのあり方を探ることができよう。

なお、高齢者雇用安定法九条一項に関連しては、(一)で述べた以外に、事業主が継続雇用制度を選択し導入した場

合に、継続雇用後の職種・勤務形態・賃金等については事業主が自由に決定することができるのか、即ち、継続雇用が確保されてさえいれればいかなるものでもよいのかという重要問題も存するのだが、これについては、論述の都合上、密接に関連する問題と思われる高年齢者雇用政策・立法をめぐる法原理的・法政策的考察を行うに際して、併せて検討を加えることとする点をあらかじめお断りしておく。

- (1) 櫻庭涼子「高年齢者の雇用対策—日本労働研究雑誌五三四号(二〇〇四年)一九頁、清正寛「高年齢者雇用の法的課題」水野勝先生古稀記念論集「労働保護法の再生」(二〇〇五年、信山社)二九六頁、岩村正彦「高年齢者雇用安定法の改正をめぐって」ビジネス・レーパー・トレンド研究会「65歳継続雇用時代にどう備えるか?」(二〇〇五年、独立行政法人労働政策研究・研修機構)五一—六頁、山下昇「高年齢者の雇用確保措置をめぐる法的諸問題」日本労働研究雑誌五五〇号(二〇〇六年)四四—四五頁。
- (2) この問題を考えるうえでは、野川忍「就業規則と労使協定(上)、(下)」ジュリスト一〇五一号(一九九四年)六九頁以下、一〇五二号(一九九四年)一四六頁以下が参考になる。
- (3) なお、改正法附則五条三項は、「厚生労働大臣は、第一項の政令で定める日までの間に、前項の中小企業における高年齢者の雇用に関する状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、当該政令について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」と規定しており、労働者数が三〇〇人を超える事業主の三年、三〇〇人以下の事業主の五年という猶予期間が更に延長される可能性が存することを示唆している。
- (4) 山下・前掲注(1)論文四六頁。もともと、原昌登「高年齢者雇用」季刊労働法、二二三号(二〇〇六年)三五頁は、労働者代表が関与することの実質的意義がどの程度か疑問であることからすると、基準の客観性が確保されさえすれば就業規則による基準設定を認めても大きな問題にはならないと考えられると述べ、労使協定による基準設定と就業規則による基準設定のレベルの違いを認めないかのような見解を示している。

二 使用者が雇用確保措置を実施しない場合の問題点

(一) 高年齢者雇用安定法の構造上の限界

高年齢者雇用安定法九条一項が示す六五歳までの雇用確保措置の三つの選択肢のいずれをも事業主が実施しない場合、つまり、事業主が、就業規則を改正することなく従来六〇歳定年のままの規定状態を放置して、いかなる再雇用制度に関する規定も雇用延長措置に関する規定も設けないという義務違反を行っている場合、果たして労働者はどのような法的救済を受けることができるのであろうか。既に一九九八年から事業主には六〇歳定年が義務づけられていた(六〇歳を下回る定年の定めが禁止されていた)が、現行法(改正法)の八条でも「事業主がその雇用する労働者の定年(以下単に「定年」という。)の定めをする場合には、当該定年は、六十歳を下回ることができない。」と規定するにとどまっている(ちなみに、この規定は一九九八年当時の六〇歳定年を義務つけた四条、及び二〇〇四年改正前の八条と同じ規制内容となっている)ため、事業主の義務違反の場合において労働者は果たして六〇歳以降の雇用の継続(雇用確保)を求めることができるのか、あるいは金銭的解決を求め得るにとどまるのか、それとも高年齢者雇用安定法九条はあくまで国と事業主との間の関係を規律するにすぎない、換言すれば国が事業主に公法上の義務を課すにすぎないので何ら法的救済を受けることができないのが問題となる。

かつて、一九九八年より事業主に六〇歳定年が義務づけられたときに、事業主が就業規則の六〇歳を下回る定年年齢の定めを放置しかかる義務を遵守しない(禁止に違反した)場合に、労働者の定年はどうなるのが法的に問題となった。六〇歳を下回る定年年齢を定める就業規則の定めが無効となると解する点では学説は一致したものの、定年

の定めがなくなると解する説¹⁾と高年齢者雇用安定法が定年の定めを補充し六〇歳定年となると説く説²⁾が対立していた。そして、裁判所は実際の事件において前者の説に与する判断を示した。具体的には、牛根漁業協同組合事件・鹿児島地判平一六・一〇・二一労判八八四号三〇頁は、「平成六年の高年齢者等の雇用の安定等に関する法律の改正により、平成一〇年四月一日以降、六〇歳以上の定年制が義務化されることとなった。そして、同日以降、同法律の定めるところよりも労働者に不利な定めをする就業規則等の当該条項は無効となる。」「被告においては、平成一二年に改正されるまで就業規則においては五八歳の定年が定められていたが、平成一〇年四月一日以降、五八歳の定年を定める就業規則の当該部分は無効となり、被告においては定年制の定めがない状態になっていたと解される。」と判示している。かかるケースにおいては、定年の定めがなくなるといふかという説の対立する問題をさておけば、事案の処理は比較的簡単なものであったといえよう。つまり、当時の高年齢者雇用安定法四条は、「当該定年は、六十歳を下回ることができなない」という規定の仕方からして禁止・強行規定と解され、これに違反する六〇歳を下回る定年の定めが無効となるのならばそのような無効な定年の定めに基づいて雇用は終了しないことになるのであって、従って少なくとも六〇歳までは雇用が継続していることを認め得るとの結論は容易に導くことができたのである。ちなみに、筆者は、高年齢者雇用安定法には労働基準法一三条のような法違反で無効となった契約内容を補充する直律的効力を定めた規定は存しない(ちなみに、これは現行法においても同じである)ことから、定年の定めがなくなるとする説(裁判例の立場)が妥当で素直な解釈であると考える次第である。

しかし、今回の改正高年齢者雇用安定法九条一項が課す事業主に対する六五歳までの労働者の雇用確保措置義務については条文の規定の仕方を含めて事情が異なっており、その義務違反につき六〇歳定年義務づけ条項とは同様の法的対処をすることはできないと考えられる。つまり、①改正高年齢者雇用安定法八条は従来と同様に相変わらず事業

主に六〇歳定年を義務づけるにすぎず、従つて既に就業規則において定められている六〇歳定年それ自体を直ちには無効となし得ないこと、②高年齢者雇用安定法九条一項は事業主に「措置：のいずれかを講じなければならない」との公法上の義務を課すにすぎないため事業主と労働者との間で問題となる私法上の効力を有せず（即ち、国、事業主、労働者の三者間の関係を視野に入れて規律するのではなく）、しかも禁止規定（強行規定）というスタイルをとるものではないこと、③九条が一号から三号において規定する雇用確保措置のいずれかを実現するためには事業主の選択に基づく意思表示が必要であること、という三つの理由により高年齢者雇用安定法それ自体を根拠にストレートに六〇歳以降の雇用確保を導き出すことは困難と解されるのである。

(二) 就業規則の合理的解釈を通じての私法的問題解決

(1) 問題解決の方向性

高年齢者雇用安定法それ自体から事業主による九条一項違反の場合の六〇歳以降の雇用確保の結論を導き出すことはできなくとも、一般論としては、労働者は法改正により六五歳（さしあたりは六二歳）までの雇用継続の期待を有していることを根拠として期待権侵害（あるいは信義則違反）を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求を事業主に對して行うことは理論上は可能であると解される。³⁾しかし、労働者にとっては生きがいや自己実現・人格展開、あるいはキャリア展開という側面からみて現実の雇用の維持・確保は金銭に換えがたい重要性を有するものといえよう。そうすると、法違反の場合に、かかる法違反の状態ないし瑕疵を治癒して何とか雇用確保をはかる方向での救済が与えられないかの道を探る必要性があろう。

確かに、(一)でみたように高年齢者雇用安定法それ自体を根拠にしてストレートに雇用確保の救済を求めることはできないといえよう。しかし、見方を変えれば、高年齢者雇用安定法はあくまで国と事業主の二者間の、いわば縦の公法

的關係を規律するにすぎず、まさに雇用確保が問題となる事業主と労働者の横の關係、即ち私法的關係（労働契約關係）には直接には（直ちに）關係しないものといふことができる。従つて、労働者の救済は、別途、事業主と労働者との契約關係を規律する法理を用いて解決すべきものとして措置されている（あるいは解決する可能性が存する）とも考えることができる。そこで、改正高年齢者雇用安定法の趣旨を踏まえつつ、雇用確保措置を包摂しそれを労働關係において具体化するものとして措置される私法上のツールを用いた、あるいはそれを媒介とした解決を志向すべきこととなる。

(2) 公法上の義務違反の問題と私法的解決の問題を峻別して考察することの必要性

高年齢者雇用安定法九条一項は事業主にそれが提示する三つの雇用確保措置のいずれかを導入することを義務づけているが、通常は、これを受けて事業主がいずれを導入するかを選択し、更にそれを労働關係において実現するためには、就業規則の変更を行うことが予定されている（期待されている）といえよう。実際、労働基準法八九条二号は退職を就業規則の絶対的必要記載事項としており、高年齢者雇用安定法九条一項の雇用確保措置はこれに該当ないし関連するのである。⁴⁾従つて、通常は、高年齢者雇用安定法九条一項を踏まえて就業規則が改正されることによつて合理的な雇用確保措置が企業に導入され個別労働使間の労働契約上の問題となる（即ち、労働契約内容となる）のである（就業規則の内容が合理的であれば労働契約内容となると判示する判例として、電電公社帯広局事件・最一小判昭六一・三・一三労働四七〇号六頁、日立製作所武蔵工場事件・最一小判平三・一一・二八民集四五卷八号一二七〇頁⁵⁾）。要は、公法上の義務を事業主に課すにすぎない（即ち、国と事業主の二者間の關係を規律するにすぎない）高年齢者雇用安定法の構造上の問題点は、就業規則制度とセットで考えることで軽減・緩和されることになる。あるいは、善意に解釈すれば、高年齢者雇用安定法は、既に労働基準法が使用者に作成を義務づける就業規則が存在すること（要す

るに、私法的規制は就業規則に委ねること)を前提にして、事業主に公法上の措置義務を課すにとどまった(即ち、役割分担を行うことにした)とも考えることができるのである。

そこで、事業主は、高齢者雇用安定法九条一項が規定する措置義務の履行にあたり、まず、①就業規則におけるこれまでの六〇歳定年の定めを維持するのか、それとも改めるのかの選択を迫られることになり、次いで、②前者の場合には就業規則を変更して新たに六五歳(さしあたりは六二歳)までの継続雇用制度を導入しなければならず、後者の場合には更に六五歳(さしあたりは六二歳)定年と定年廃止との間で定年制をめぐる就業規則変更の選択を行わなければならないことになる。とにかく、改正法の施行によりいずれの事業主も以上のどれかの法状態に合致すべきことが求められているといえるのであり、法律上はそれら以外の選択肢はあり得ないのである。とするならば、事業主が義務違反を行っている場合においても、それはあくまで国との関係における公法上の問題にとどまるのであって、従って、労働者との関係においては義務違反状態を放置するのではなく、それとは別個に私法上は就業規則の解釈を通じていずれかの法状態に適合するポジティブな方向での結論をもたらすことができるとするならば、労働契約上の問題の解決に資することになり妥当性を有する帰結となる。つまり、問題解決のためには公法上の問題と私法上の問題を区別して考察を加え解決をはかる必要が存するのである。⁶⁾このように考えてこそ、はじめて、高齢者雇用安定法一〇条が九条違反の場合の対応策として厚生労働大臣(国)が事業主に助言・指導、勧告を行うことを規定するのみにとどまっていることの意味がかるうじて理解できるようになるといえよう。

(3) 就業規則の合理的解釈による継続雇用制度の導出

さて、事業主が高齢者雇用安定法九条一項に違反している場合、就業規則上は六〇歳定年が定められたままにとどまっていることになる。とすると、先に(2)でみた①における選択の方向性に照らして考えるならば、事業主は、定

年引上げ（六五歳定年）や定年廃止ではなく、同法八条に従つて六〇歳定年を維持することを選択したものと評価されることになる。従つて、②からすれば、事業主は同法九条一項二号の六五歳（さしあたりは六一歳）までの継続雇用制度を選択しなければならぬ帰結となる。

そこで、以上を踏まえて、改正法九条が施行される二〇〇六年四月一日以降は、改正高年齢者雇用安定法の趣旨と同法一条の「この法律は、定年の引上げ、継続雇用制度の導入等による高年齢者の安定した雇用の確保の促進、高年齢者等の再就職の促進、定年退職者その他の高年齢退職者に対する就業の機会の確保等の措置を総合的に講じ、もつて高年齢者等の職業の安定その他福祉の増進を図るとともに、経済及び社会の発展に寄与することを目的とする。」との法目的とを踏まえて②②で示した方向において六〇歳定年を定めるにすぎない就業規則に合理的解釈を加える必要があるのではないか、また加えることができるのではないか。要は、公法上の義務を定めるにすぎない高年齢者雇用安定法を直接用いるのではなく、その趣旨を就業規則の解釈基準に組み入れて間接的に考慮するのである。

そうすると、就業規則上の六〇歳定年の規定の存在から、即ち、措置義務を事業主に課す法施行後も、かかる措置義務による義務づけを認識しながら（つまり、六〇歳定年を維持する場合においては②②で示した継続雇用制度の導入という帰結をもたらさず法状態こそが適法となるということ）を認識しながら、敢えて就業規則上は六〇歳定年を改めることなく放置し表示し続けたという事実から、六〇歳定年を選択することによつて高年齢者雇用安定法九条一項が提示する三つの選択肢のうちから継続雇用制度を導入するという選択を行ったという帰結を—消極的にせよ—甘受する意思（甘受することになつてもやむをえない、あるいは少なくとも一般的にそう受け取られても仕方ないとの意思）を事業主が有する旨を補充的に読み取り、事業主は就業規則において黙示的に継続雇用制度の導入を行った（事業主は—消極的にせよ—雇用継続制度の導入を行う（こともやむをえない、ないしは少なくとも一般的にそう受け取

られても仕方ない)との意思を有しており、これを就業規則上に黙示に表示した)との解釈を引き出すべきではないのか。つまり、六〇歳定年の定めのみから、事業主の義務違反を認定して、義務履行がない以上、雇用確保措置は設けられていないとして、いかなる継続雇用も不可能と理解するのではなく、私法上は法の趣旨を踏まえてポジティブに就業規則の規定から、六〇歳定年をめぐる表示の解釈を通じて事業主の合理的意思(労働基準法二条一項が示すように、事業主が対等の契約当事者として労働者保護の原則を踏まえて適法かつ合理的に行動していたならばいかなる決定をなしていたか)を探り、公法上の義務違反の瑕疵を治癒するという方向での解決を試みるのが妥当性を有するのである。

しかし、そうはいっても、具体的にいかなる継続雇用制度を導入するのかは就業規則上いまだ明らかではない。つまり、このように就業規則に合理的解釈を加えて考えることになると、今度は、就業規則上に具体的な継続雇用制度の形ないし姿が示されていないため、そのままであれば労働基準法八九条三号の観点からみて事業主(使用者)に就業規則作成義務違反が成立する、つまり退職をめぐる絶対的必要記載事項の記載上の不備が就業規則に存することになるように思われる。そこで、この点についていかに不備を補い解決をはかるべきかが次なる重要論点となるが、これについては項を改めて、以上で述べた私法的解決の基本線を踏まえつつ、もう一度上記の就業規則の合理的解釈の法的根拠の問題も含め労働基準法二条と絡めて理論的補強を行いながら総合的に検討を加えてみることにしよう。

(4) 具体的な解決の方向性

では、このような就業規則作成義務違反と評価されることになる場合のリスクを労働者に負わせるべきなのであるうか。

労働基準法二条一項は労働条件労使対等決定の原則を定めているが、これは、労働条件が人たるに値する生活を営

むための必要を充たすべきものであるとの労働条件の原則を規定する労働基準法一条一項と並んで、個別的労働関係法の基本法たる労基法の（従って、個別的労働関係法全般の）基本原則・原理を述べたものであって、具体的には實質的自由平等の原則（理念）を提示したものであるということが出来る。とすると、この条文から次のような解釈が導き出されるべきこととなる。⁸⁾

① 個別的労働関係法の基本法たる労働基準法は労働条件の最低基準を定めるのみならず、労働条件労使対等決定を実現するための支援・規制を行う法律としても位置づけられるべきである。従って、労基法の適用・解釈にあたっては、使用者の優越的地位（換言すれば、企業の社会的権力といってもよいであろう）の行使を対等決定の原則に合致する範囲に制限したり、あるいは対等決定の原則に反する優越的地位ないし社会的権力の行使の帰結にかかる原則に合致するように矯正ないし是正するという視点も重要となる。② 労基法二条一項は、労働条件は労使が対等の立場で労働契約を通じて決定されるべきであるとの理念を述べている。従って、この条文は労働契約のルールを定めた労働契約法（Arbeitsvertragsrecht）の性格を有するものと解されるのであって、これを受けて設けられた同条二項は文言からしても前項の理念・目的を実現するために労働関係において活用されるべき労働契約上の信義則を特に規定したものであると解すべきである。③ 労基法二条二項の示唆する労使各々の就業規則の誠実な遵守の要請もあくまで上記の①、②を踏まえてのことであつて、就業規則に対等決定の原則に反するような条項がみられる場合や就業規則の作成義務違反や不備がある場合においては、上記①、②を考慮に入れて矯正を加え誠実な遵守へ向けての対処をなすべきである。⁹⁾

以上からすれば、労働契約法上の信義則に照らして、労使対等決定性の確保という観点から社会的権力とでもいべき企業の運営をなす事業主Ⅱ使用者の権力制限を行いつつ、対等決定の原則に照らして就業規則を合理的に解釈したうで、あくまでそのように合理的に解釈された就業規則が労働契約内容となつているとして使用者を拘束すべき

ことになる。通常のケースでは、力において優位する使用者が自己に有利なように設定した（あるいは自己の広範な権限や裁量を認める旨を記載した）就業規則条項の妥当性が問題となり、この場合には合理的限定解釈が行われ就業規則条項が合理的な内容と範囲に限定され絞りかけられることになる。これは作為による就業規則上の不当な企業の社会的権力の行使のケースに対する一対応であるといえる。しかし、これに対して、高年齢者雇用安定法九条一項違反のケースにおいては、そのまま対策を講じず放置すれば、措置義務の不履行により就業規則に雇用確保措置に関して何ら記載がなされていないことになり、その結果、事業主Ⅱ使用者の不作为による就業規則上の不当な社会的権力行使、即ち法の趣旨に反しての労働者の六〇歳以降の企業からの放逐がみられるという遺憾な結果を生ぜしめることになるといつてよい。とすると、かかる措置義務違反と就業規則作成義務違反のリスクは、労働者ではなく、力において労働者を遙かに凌駕しかつ義務違反を行った点において帰責事由を有する事業主Ⅱ使用者自身に負わせるべきことが対等決定の原則から導き出される公平の原則に合致するのではないか。⑩そうであるならば、六〇歳定年のままで何ら雇用確保措置が設けられていない就業規則についてはその欠缺を埋めるべく以下のような合理的補充解釈とでもいふべきものを加えることが妥当な結論となるといえよう。

(i) 理論的補強・補足も加えつつ、もう一度繰り返せば、既に述べたように、事業主は六〇歳定年を維持することを選択したのであるから、これを踏まえて対等な契約当事者である労働者が対等決定性の観点から合理的なものであると納得することができ、従つて労使が誠実に就業規則に拘束され得る帰結をもたらすためには、事業主は六〇歳定年を定めることによつて就業規則を通じて三つの雇用確保措置のうち六五歳（さしあたりは六二歳）までの継続雇用制度を導入するという意思を有していたものと補充的に解釈すべきことになる。つまり、労基法二条一項の理念及び同条二項の労働契約上の信義則を用いて就業規則に合理的補充解釈を加えることになるのだが、その解釈基準としては、

事業主は使用者が対等の契約当事者として（不当な権力行使を行うことなく）合理的に行動していたらばいかなる決定をなしていたかという観点が重要となるように思われるが、「合理的に行動」するという考慮要素の中には当然に法の趣旨を踏まえて「適法に行動」するということ及び対等の契約相手である労働者の合理的納得を得るといふことも含まれていると考えるべきといえよう。

(ii) 次に、事業主がいかなる継続雇用制度を設けたと解すべきなのかが問題となる。高年齢者雇用安定法九条一項は希望者全員継続雇用の原則を掲げており、しかも使用者は同法九条二項に従って過半数代表との協定による継続雇用制度の対象者の基準を設けることもしておらず、更に改正法附則五条が規定する就業規則による基準設定も行っていない。また、六〇歳定年であったん労働関係を中断して労働者を退職させ、再雇用するという形の継続雇用制度であれば、使用者の再雇用の意思表示（新たな労働契約締結の意思表示）が必要となる。確かに、就業規則に明確に希望者全員を再雇用するとの再雇用制度が規定されていれば、それをもって使用者の再雇用契約の申込がなされたのであり、労働者が承諾の意思表示をすれば再雇用契約が締結されたことになる。解することも可能といえようが、就業規則に何ら規定がない場合にまでこのような解釈を行うことは困難といえよう。そこで、労働者が希望すれば定年である六〇歳でいったん退職することなく六五歳（さしあたりは六二歳）まで勤務延長するという制度（このような制度の場合、労働者は勤務延長をめぐる形成権を有しており、勤務延長の希望の表明は勤務延長をめぐる形成権行使の意思表示であると解すべきであろう）であれば、使用者の再雇用の意思表示（新たな労働契約締結の意思表示）を要せず六五歳（さしあたりは六二歳）までの継続雇用が可能となるといえるので、就業規則の解釈としては事業主により後の勤務延長制度が選択されたものと解すべきである。ちなみに、労働者の利益を考えると、このような希望の表明（即ち、形成権行使の意思表示）は黙示のものでもよいと解すべきであり、労働者が定年年齢到達時点において明確

に六〇歳以降の継続雇用を望まない限り勤務延長の意思を有する（勤務延長の意思を「黙示的に」表明した）ものと考えざるべきであろう。

(iii) 改正高年齢者雇用安定法に関する厚生労働省の通達（平成一六年一月四日職高発第一一〇四〇〇一号「高年齢者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」）によれば、「高年齢者雇用確保措置によって確保す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と求め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」を容認する旨が示唆されている。しかし、事業主Ⅱ使用者は、就業規則を通じて六〇歳以降の職種・労働条件などについては規定整備を行ってはいない（要するに、職種・労働条件等に関する規定は存しない）。とするならば、対等決定の原則を踏まえた就業規則の合理的解釈（あるいは当事者の合理的意思）としては、就業規則上はことさら労働条件の引き下げや勤務形態・職種等の変更が予定されていないため、六〇歳以降の継続雇用（勤務延長）後の勤務形態・職種及び労働条件は六〇歳定年当時のものが維持される（あるいは六〇歳定年当時の勤務形態・職種や労働条件を規定する就業規則の規定が適用される）ことになるとの結論を導きだすことが妥当となろう。

以上を要約すれば、事業主Ⅱ使用者が高年齢者雇用安定法九条一項に違反していかなる雇用確保措置をも就業規則に導入しない場合でも、就業規則の合理的補充解釈により、希望する労働者を全員六〇歳定年時の勤務形態・職種と労働条件を維持しつつ六五歳（さしあたりは六二歳）まで勤務延長する旨の継続雇用制度が導入されたものと解することができ、労働者は自らが明確に雇用の継続を拒否する意思を表示しない限り六五歳（さしあたりは六二歳）までの雇用を確保することができる。従って、六〇歳で退職扱いとされた労働者は裁判において退職していなかったものとし

て労働契約上の地位確認請求を行うことができることになるといえよう。⁽¹⁾

なお、確かに、上記のような解決(解釈)が可能であるとしても、また本来ならば(法違反がなければ)労働者が雇用の継続を希望していたはずであろうとしても、法違反がなされたため労働者が自分を六〇歳で定年退職扱いとした事業主に対する不信感を示すなどして実際には当該企業での雇用の継続を具体的に希望しないという事態に至った場合には、損害賠償請求による解決が認められるべきものと考ええる。この場合、セクハラや不当な退職強要等に基づく労働者の不本意な退職の事例―準解雇の事例―に準じて、事業主⇨使用者が公法上の措置義務に違反することで併せて雇用の継続も含めた職場環境を整備し配慮する信義則上の義務ないし不法行為上の注意義務に反して労働者を退職扱いとし退職に至らしめるとともに労働者の事業主に対する雇用の継続に関する信頼を喪失せしめたとして慰謝料に加えて一定の逸失利益の請求が可能になるといえよう(京都セクシュアル・ハラスメント(呉服販売会社)事件・京都地判平九・四・一七労判七一六号四九頁、エフピコ事件・水戸地下妻支判平一一・六・一五労判七六三号七頁、岡山セクシュアル・ハラスメント(労働者派遣会社)事件・岡山地判平一四・五・一五労判八三二号五四頁などを参照)。ちなみに、京都セクハラ事件・京都地判が「被告会社は、雇用契約に付随して、原告がその意に反して退職することがないように職場の環境を整える義務があるというべきである。」と判示している点が本稿のテーマと関連しており重要と思われる⁽²⁾⁽³⁾。

(三) 補論

本章の最後に、補論として、事業主が雇用確保措置を講じたが、経過措置の期間を過ぎても雇用確保措置の対象年齢を引き上げない場合に、対象となる労働者の雇用はどうなるのかを検討しておこう。事業主が、定年の廃止を行った場合や、二〇〇六年四月一日段階で既に六五歳までの雇用確保措置を実施している場合には問題とはならないのだ

が、例えば二〇〇六年四月一日段階では改正法附則五条が定める経過措置に従って六二歳までの雇用確保措置を実施したが、二〇〇七年四月一日になってもこの年齢を六三歳に引き上げないようなケースが問題となるのである。

まず、六二歳定年を定めた就業規則が二〇〇七年四月一日以降も改正されず放置されたケースを考えてみよう。このようなケースの場合は、二つに分けて考える必要があるように思われる。まず第一に、事業主が経過措置期間が経過するにともなって定年年齢を引き上げる意思を有していたにもかかわらず改正手続を失念したことなどにより就業規則の改正を実施しなかった場合には、このような事業主の意思を踏まえて、就業規則の六二歳という年齢は経過措置期間中の雇用確保措置を講ずることが義務づけられる上限の年齢を意味するものであると解し、就業規則上は六三歳定年が定められていると解釈することができよう。¹⁴これに対し、事業主が定年年齢を引き上げる意思を有してはいなかった場合には、本章で述べてきた六〇歳定年のままで何ら雇用確保措置が導入されていない事例と同様に解して、六二歳定年制が選択されたため、労働者は六二歳から六三歳までは継続雇用制度の対象となり、従って、労働者が自分から雇用の継続を拒否しない限り、六二歳のときの職種と労働条件を維持しつつ六三歳まで勤務延長がなされることになる¹⁵と考えるべきであろう。

次に、六〇歳定年は維持しつつ六二歳までの継続雇用制度が導入されたが、二〇〇七年四月一日になってもこの年齢が六三歳に引き上げられないケースであるが、勤務延長の場合と再雇用の場合を分けて考える必要がある。勤務延長の場合には、法の趣旨を踏まえた就業規則の合理的解釈により、六二歳という年齢は経過措置期間中の雇用確保措置を講ずることが義務づけられる上限の年齢を意味するものであり、従って六三歳までの勤務延長がなされることになる¹⁶と解すべきであろう。これに対し、再雇用の場合は、一年の有期契約が更新されて六二歳になった場合と、二年の有期契約を締結している場合が考えられるが、ともに労働者の六三歳までの雇用継続の期待が大きいかつ合理性

を有するため、事業主が労働者を六二歳で退職させる場合にはこれを有期契約の更新拒絶と捉えて、反復更新されないなかつたにもかかわらず雇用継続の期待に合理性が存するとして有期契約の雇い止めに対して解雇権濫用法理の類推適用を認めた龍神タクシー事件・大阪高判平三・一・一六労判五八一号三六頁の例に準じて同様の処理を認めるべきであり、従つて六三歳までの一年間の有期労働契約が更新されているものと取り扱うべきであろう。¹⁵⁾

(1) 岸本武史「これからの高齢者雇用対策」季刊労働法一七一号(一九九四年)三九頁、菅野和夫「労働法 第五版」(一九九九年、弘文堂)六〇頁(ちなみに、菅野教授は、二〇〇四年改正を経た現在においても同様の見解をとり続けている(同「労働法 第七版補正版」(二〇〇六年、弘文堂)五七頁)。なお、行政解釈もこの立場である(平成七年三月三日職発三三三号)。

(2) 岩村正彦「変貌する引退過程」岩波講座「現代の法12 職業生活と法」(一九九八年、岩波書店)三五四頁、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)三四八頁(森戸英幸執筆)。

(3) もっとも、岩村正彦「高年齢者雇用安定法の改正をめぐって」ビジネス・レーパー・トレンド研究会「65歳継続雇用時代はどう備えるか?」(二〇〇五年、独立行政法人労働政策研究・研修機構)八頁は、「事業主の不作为による不法行為として損害賠償を請求できるか」という問題も起こるかもしれない」という慎重な言い回しをし、また、櫻庭涼子「高齢者の雇用政策」日本労働研究雑誌五三〇号(二〇〇四年)一九頁は、「この規定は、事業主が講じなければならない措置の枠組みを定めるにすぎず、三つの選択肢のうちいずれをとるのか、従来の定年年齢以上の処遇をどう設計するかといったことが事業主に委ねられているから」、損害賠償請求は「認められない可能性がある」と述べより慎重な態度を示している。

(4) 労働基準法八九条三号の退職に関する事項とは、「任意退職、解雇、定年制、休職期間満了による自然退職等」の「労働者がある身分を失うすべての場合に関する事項」(労働省労働基準局(編)「改訂新版 労働基準法 下」(二〇〇〇年、労務行政研究所)八五六頁)、あるいはそれらの「労働関係終了事由に関する定め」(菅野・前掲注(1)書第七版補正版九七頁)であり、「これに関する事由や手続等が記載されねばならない」(青木宗也・片岡昇(編)「労働基準法Ⅱ」(一九九五年、青林書院)二五六頁(名古屋功執筆))と解されるが、まさに雇用確保措置の導入はこれに関連ないし該当するものといふことができる。

(5) 仮に、就業規則の法的性質と労働契約との関係に関する判例法理(この点については、三井正信「就業規則」法学セミナー二〇〇五年二月号二二頁以下を参照)に与しなくとも、契約説では労使の合意により就業規則が契約内容となり(例えば、代表的な見解として土田道夫「労働法概説I」(二〇〇四年、弘文堂)五六頁以下参照)、また、法規説でも近年有力な立場は、通常は就業規則は合意により契約内容になるとともに、就業規則が法規範として作用する場合であっても体化説に立ち就業規則が労働契約に体化し契約内容となると解する(西谷敏「就業規則」片岡昇ほか「新労働基準法論」(一九八二年、法律文化社)四五〇頁以下参照)のであるから、同様の結論となすといえよう。なお、就業規則の法的性質をめぐっての全般的な理論状況については、さしあたり、片岡昇「前田達男(編)『労働法』(一九九五年、青林書院)二七七頁以下(三井正信執筆)を、また、就業規則の法的性質と労働契約の関係についての現代的議論状況については、三井正信「就業規則と労働条件の変更」角田邦重「毛塚勝利」脇田滋(編)「新現代労働法入門(第3版)」(二〇〇五年、法律文化社)二四九―二五一頁以下を参照。

(6) このような観点を示すものとして、清正寛「高齢者雇用の法的課題」水野勝先生古稀記念論集「労働保護法の再生」(二〇〇五年、信山社)二九七―二九八頁、及び山下昇「高齢者の雇用確保措置をめぐる法的諸問題」日本労働研究雑誌五五〇号(二〇〇六年)四四―四五頁以下があるが、これらはいずれも以下で示す就業規則の合理的解釈を採る本稿の見解とは異なり、そもそも高年齢者雇用安定法九条一項に反し六〇歳定年を定める就業規則条項は合理性が存しないと見做し、最高裁の就業規則法理を踏まえてこれが契約内容となることを認めない立場に立ち、定年の定めがなくなると解している。

(7) 就業規則の合理的解釈については、本文で後述するように、その法的根拠として労働基準法二条一項を用いることを含めて、詳しくは、西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六卷二号(一九九四年)五頁、土田道夫「労務指揮権の現代的展開」(一九九九年、信山社)三四八頁以下を参照。ちなみに、従来、就業規則の合理的解釈は、合理的限定解釈を行うことに主眼が置かれていたが、以下、本稿で展開するのは合理的補充解釈とでも呼ぶべき解釈方法である点に注意する必要がある。なお、補充的解釈に関しては、山本敬三「補充的契約解釈(一)―(五・完)」法学論叢一一九卷二号(一九八六年)一頁以下、四号(一九八七年)一頁以下、一二〇卷一号(一九八七年)一頁以下、二号(一九八七年)一頁以下、三号(一九八七年)一頁以下、同「補充的契約解釈」私法五〇号(一九九〇年)一四三頁以下、同「民法講義I」(第2版)「(二〇〇五年、有斐閣)二二三頁以下、四宮和夫「能見善久「民法総則 第七版」(二〇〇五年、弘文堂)一五八頁以下などを参照。

(8) 西谷・前掲注(5) 論文四六三―四六四頁。

- (9) 以上については、三井正信「労働契約法としての労働基準法(二)―(四)」広島法学二八巻二号(二〇〇四年)九七頁以下、三号(二〇〇五年)三七頁以下、四号(二〇〇五年)二三頁以下、二九巻三号(二〇〇五年)一九五頁以下、同「企業の社会的権力コントロールと労働契約法」日本労働法学会誌一〇七号(二〇〇六年)三四頁以下参照。
- (10) 就業規則作成義務違反をめぐるリスクを労使のいずれが負うべきかの問題については、さしあたり、三井正信「使用者の裁量的賃金決定にもとづく男女間の賃金格差と労働基準法四条」労働法律旬報一三九四号(一九九六年)一四頁以下を参照。
- (11) 裁判による地位確認判決までの労働者の不就業は使用者の責に帰すべきものであるため、労働者は民法五三六条二項に基づき不就業期間中の賃金のバックペイを地位確認と併せて請求することができることはいうまでもない。
- (12) この点については、さしあたり、三井正信「準解雇の法理(四)」広島法学二七巻四号(二〇〇四年)三一頁以下参照。
- (13) なお、勤務延長であれば六〇歳以降も雇用が継続するのであるから、使用者が労働者を六〇歳をもって定年退職扱いしたことを解雇と解して、あるいはこれと同視して対処する可能性も存するように思われる(これに近い考えを示すものとして、山下・前掲注(6)論文四五頁・ちなみに、山下説は、事業主が措置義務違反を行って就業規則が六〇歳定年を定めるにすぎない場合には、このような就業規則は合理性を欠き契約内容とはならないため、労働契約上は定年の定めがないことになり、従って、事業主が六〇歳で労働者を退職扱いすることは解雇と同視し得ると解している)が、本文で述べたように、勤務延長による継続雇用のためには(黙示的にせよ)労働者による形成権の行使(勤務延長を希望する意思の表明)が必要であることに加えて、解雇であれば、現在の判例法理を前提とするならば、その救済は地位確認が原則となつて、金銭解決が認められないことになるので、むしろ労働者が継続雇用を望まない(要するに、形成権を行使しない)場合には、使用者の不当な圧力や退職誘導による退職(辞職あるいは合意解約)と同視して、労働契約上の付随義務であれ、不法行為上の義務であれ、職場環境配慮義務違反を採用して金銭解決の方向で対処することが妥当ではないかと考えられる。もつとも、かりに解雇と解して処理するとしても、労働審判において金銭解決に持ち込むことは可能であるといえよう。
- (14) この場合、労働基準法が九三条でその最低基準保障的効力を規定する「事業上の小労働基準法」としての就業規則(これを事業場の最低基準としての就業規則ないし労働基準法上の就業規則と呼ぶことができよう)としては、つまり、労基法九三条との関係においては、あくまで六二歳定年が定められているままであると解ざるを得ない。これに対し、本文で問題とするのは、労働契約内容となる就業規則(これを労働契約条件としての就業規則ないし労働契約論上の就業規則と呼ぶことができよう)のことであり、従っ

て、いわば契約条項の解釈として、定年年齢が六二歳となっているのは六三歳のことであるのと解釈が可能となるのである。なお、二種類の就業規則をめぐる区別及びその必要性、そして、両者が同一の文書にまとめられている場合のそれぞれの解釈のあり方については、三井正信「就業規則法理の再検討」修道法学三三卷二号(二〇〇一年)七一頁以下(特に、八七頁以下、及び一〇四頁)を参照。

(15) 有期契約の更新拒絶に対する解雇権濫用法理の類推適用の法理について詳しくは、さしあたり、菅野・前掲注(1)書第七版補正版一七〇頁以下を参照。