

高年齢者雇用安定法九条をめぐる解釈論的諸問題(二)

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(以上三〇卷三号)

三 継続雇用制度の対象者基準をめぐる問題点(以上本号)

四 高年齢者雇用安定法九条の立法論的課題
おわりに

三 継続雇用制度の対象者基準をめぐる問題点

(一) 高年齢者雇用安定法九条二項による基準設定の許容と九条一項の希望者全員継続雇用の原則の関係

高年齢者雇用安定法九条一項は、事業主に、「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」、雇用確保措置の三つの選択肢のうちの一つを義務づけており、同条同項二号は、「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き雇用する制度をいう。以下同じ。)の導入」を選択肢のうちの一つとして規定している。六五歳までの定年延長や定年の廃止のみならず、六〇歳定年を維持しつつ継続雇用制度が導入された場合においても希望者全員が六五歳までの雇用を確保されることが

原則とされているのである（希望者全員継続雇用の原則）。ところが、同条二項は、「事業主は、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、これと同条一項二号が述べる希望者全員継続雇用の原則との関係が問題となる。二項により基準さえ設ければ自由により労働者の選別を行うことができるとするならば、一項の原則が骨抜きとなり、ひいては改正高年齢者雇用安定法の趣旨ないし目的を没却してしまう帰結となろう。とするならば、あくまで希望者全員継続雇用の原則が基本であり、一定の例外的な場合（特段の事情が存する場合）においてはじめて基準設定を行って継続雇用の対象となる労働者の選別を行うことができることになると考えるべきであつて、特段の事情もなく安易に基準設定による選別を認めるべきではないだろう。では、例外的な場合ないしは特段の事情が存する場合とはいかなる場合をいうのであろうか。

(二) 基準設定許容の要件

(1) 問題の所在

改正法の通達である職高発第一一〇四〇〇一号「高年齢者等の雇用の安定に関する法律の一部を改正する法律施行について」は、「法改正の趣旨及び背景」の項において次のように述べ、希望者全員継続雇用の原則を確認している。

「少子高齢化の急速な進展や年金支給開始年齢の引上げ等を踏まえると、意欲と能力のある者が、少なくとも年金支給開始年齢となる六五歳までは、年齢を理由として働くことが阻害されることのないシステムを整備することが急務である。

こうした中、我が国の現状をみると、厳しい雇用失業情勢の中で、高年齢者は一旦離職すると再就職は困難な状況

にあることから、高年齢者のそれまでの豊富な職業経験や知識を最大限活かす上でも、本人が希望する限り、まずはできる限り現に雇用されている企業において、継続して意欲と能力に応じて働き続けることを可能とする環境を整備することが求められている。

このため、定額部分の年金支給開始年齢の引上げを踏まえ、定年の引上げ、継続雇用制度の導入等の高年齢者雇用確保措置を講ずることを事業主に求めることとしたところである。」

しかし、同通達は、高年齢者雇用安定法九条二項の継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準の設定については、「労使協定で基準を定めることを求めているのは、継続雇用の対象者の選定に当たっては、企業によって必要とする能力や経験等が様々であると考えられるため、労使間で十分に話し合い、その企業に最もふさわしい基準を労使納得の上で策定するという仕組みが適当であるとの理由によるものであること。」と述べるにすぎず、一見、いきなり労使協定で簡単に希望者全員継続雇用の原則をはずしてしまうことができるかのような説示を展開し、改正法の趣旨及び背景とは必ずしも相容れないかのようにも受け取られかねない論旨を示している。

要は、希望者全員継続雇用の原則と基準設定の許容との間に飛躍がみられるのであり、更に、両者をつなぐ説得的な論理の解明ないし説明が必要とされるものといえよう。

(2) 基準設定許容の理由

先に(1)でみた通達は、基準の設定につき、併せて、①「基準の策定に当たっては、労働組合等と事業主との間で十分に協議の上、各企業の実情に応じて定められることを想定しており、その内容については、原則として労使に委ねられるものであること。」、②「労使で十分に協議の上、定められたものであっても、事業主が恣意的に継続雇用を排除しようとするなど本改正の趣旨や、他の労働関連法規に反する又は公序良俗に反するものは認められないものであ

ること。」を述べて、結局は、基準が「意欲、能力等をできる限り具体的に測るものであること」、即ち、「労働者自ら基準に適合するか否かを一定程度予見することができ、到達していない労働者に対して能力開発等を促すことができるような具体性を有するものであること」という具体性と「必要とされる能力等が客観的に示されており、該当可能性を予見することができるものであること」、即ち「企業や上司等の主観的な選択ではなく、基準に該当するか否かを労働者が客観的に予見可能で、該当の有無について紛争を招くことのないよう配慮されたものであること」という客観性を備えていることを要求している。

確かに、通達は行政の内部基準にすぎず、また、この通達の内容は必ずしも明確ではないけれども、上記の①、②を手がかりにしつつ、基準の具体性・客観性をめぐる解釈論を展開することによって、(1)でみた希望者全員継続雇用の原則と基準設定による継続雇用対象労働者の選別の許容との間の飛躍ないし乖離を埋めることは可能であるように思われる。

まず、①の「基準の策定に当たっては、労働組合等と事業主との間で十分に協議の上、各企業の実情に応じて定められることを想定して」といると述べている部分が重要であるように思われる。要は、企業の実情に応じて原則をはずすことができるかとされているのである。では、問題となる企業の実情とは何か。少なくとも、希望者全員継続雇用の原則をとることができないため基準を設けて労働者の選抜を行い、その結果、基準を満たさなかった労働者については企業への所属をはずさざるを得ないということを正当化し得るだけの「実情」でなければならぬということがきよう。

さて、このような「実情」をめぐっては、「基準」を満たさない一定の労働者対して「企業への所属をはずすこと」という点(即ち、本来ならば六五歳まで雇用が継続し、従って、解雇権濫用法理によって保護されるはずであったの

が、たとえ労働者に非がなくとも「基準」を満たさないことによりそのような状況ではなくなるといふ点)に着目するならば、注目すべきは、労働者に非がなくとも経営上の事由によつて客観的で合理的な「基準」により労働者を選別し解雇すること、即ち、労働者の「企業への所属をはずすこと」を認める整理解雇の場合と一定の類似性が存しているように思われる点である。ちなみに、解雇権濫用法理を確認した労働基準法一八条の二は、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」と規定しているが、整理解雇が権利濫用に該当するかどうかは、整理解雇の四要件に即して(四要素を考慮して)判断されるとするのが通説・裁判例の立場といえる。ちなみに、この整理解雇の有効性をめぐる判断基準は、裁判例によつて発展させられてきたものであり、具体的には、(i)人員削減の必要性、(ii)整理解雇回避努力、(iii)人選の客観性・合理性、(iv)労働者・労働組合との協議の四つからなっている¹⁾。

とするならば、事業主が基準設定を行つて労働者を選抜し、基準を満たさない一定の労働者を継続雇用制度の対象からはずすことができるためには、整理解雇に準じた、あるいはそれに類似した特段の事情が存することが必要であり、従つて、「実情」に関しては、整理解雇の四要件(四要素)を考慮・斟酌して、次のように考えるべきではないか。即ち、本来、高齢者雇用安定法九条一項が示すように、まさに、「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」、希望者全員を継続雇用すべきであるにもかかわらず、それ(六十五歳までの安定した雇用を確保すること)ができないため労働者を選抜しなければならぬ経営上の必要性が存しており、事業主が可能な限り基準による選抜を回避すべく努力したけれども希望者全員を継続雇用することが困難な実情がみられる場合において、労働組合等と十分に協議の上、具体性を備えた客観的で合理的な選抜基準を設けるならば、必ずしも改正法の趣旨に反することにはならず、また恣意的な労働者の排除にも該当せず、希望者全員継続雇用の原則

をはずすことができ、継続雇用制度の対象となる労働者を選抜することが可能となるというのが高年齢者雇用安定法九条二項の趣旨である(ちなみに、こう考えるならば、継続雇用制度の場合は、以上述べてきたことは「四要素」ではなく「四要件」と考えるべきことが妥当なように思われる)。要は、基準設定は、具体性を備えた客観的で合理的な理由に基礎付けられた六〇歳以降の労働者に対する一種の人員整理(ないしはそれに類似した雇用調整)のための一過程であると理解すべきであろう。なお、付言しておけば、整理解雇の場合には、企業への所属をはずされることになる整理解雇の対象者の基準が問題となるが、継続雇用制度の場合には、継続雇用制度の対象者の基準が問題となり、雇用継続制度の対象者の基準を満たさなかった労働者が企業への所属をはずされることになる点に差異がみられることに注意しておく必要がある。しかし、いずれも、結果として、「基準」に基づいて「企業への所属がはずされる」ことになるという意味においては結論的に大きな違いは存しないといえよう。

従って、①が基準の内容につき、「その内容については、原則として労使に委ねられる」とするのは、上記の整理解雇に準じた高年齢者全員を継続雇用することができない企業ごとの事情(基準設定による選抜の必要性)が存するため、希望者全員継続雇用へ向けての努力を行ったけれども基準設定を回避することができなかったという客観的状況を踏まえつつ、労使がこれらの企業の実情に合わせて基準を設けることになる点を示すものといえよう。②の部分は、選抜基準は労使が協定で定めたものであってもそれはあくまで具体的・客観的で合理的なものでなければならぬことを示すとともに、改正高年齢者雇用安定法の呈示する希望者全員継続雇用の原則があくまで基本であり、基準による選抜は何ら特段の事情もなく自由になし得るものではないことを示唆しているのである。

(3) 基準設定の具体的要件をめぐる検討

以上からすれば、いわば整理解雇のケースに準ずるような状況がみられることを前提に、事業主は過半数組合ない

し過半数代表者に基準設定の労使協定締結のための協議を持ちかけることができるものといえよう。そのような状況が存しなければ、あるいは整理解雇の有効性要件に準じる要件が満たされていないならば、たとえ基準を設定する労使協定が締結されたとしても、それはまさに高齢者雇用安定法一条が示す法目的もしくは改正法の趣旨に反して、あるいは整理解雇法理に準じて考えて労使の労使協定締結権の権利濫用に該当するとして、違法・無効と解さざるを得ないことになる。従って、(2)でみた整理解雇のケース（ないしは整理解雇の四要件（四要素））に準ずる基準設定のための要件を高齢者の継続雇用の問題に即して具体的に明らかにすることがここで重要な検討課題となる。

(7) 労働者選抜の必要性

整理解雇の四要件（四要素）における人員削減の必要性は、経営悪化や経営不振により人員整理をしなければ倒産必至という段階にまで至っている必要はなく、合理的な経営者であれば整理解雇やむなしと判断するであろう段階にあればよいと一般的に解されている。これとの対比で考えると、合理的な経営者であれば六〇歳以上の従業員全体を継続雇用の対象とすることは困難であると判断する状態に企業経営があればよいことになる。ただし、この場合、整理解雇ではなく、あくまで従来は六〇歳までであった雇用を六五歳までとしなければならぬという要請を満たすことが困難であるということであるから、必ずしも経営状態が一定程度まで悪化しているとか経営不振の状態が一定継続しているとかといったような厳しい要件を事業主に課すことは酷であり、客観的に当該企業において現在の経営状況では六〇歳以上の高齢者全員を活用する余力ないし余地、あるいは職場が存しないという状況がみられれば基準設定による労働者選抜の必要性の要件を満たすものと考えてよいであろう。

(イ) 基準設定による選抜を回避することへ向けての努力

高齢者雇用安定法が改正されたのは二〇〇四年であり、しかも、それ以前から法は六五歳までの継続雇用の努力

義務を事業主に課していたのであるから、一般的に事業主は高齢者の継続雇用へ向けて従来から一定の努力を行うよう要請されてきているものと考えられる。要は、勤務体制や人事制度、賃金制度などの見直しや職場の整備を含めた努力をあらかじめ行い、特に、二〇〇四年以降は、改正法の趣旨に應えるべくその施行へ向けて準備を行うことが、前もって事業主に求められてきていたのである。

そこで、従来からの人事制度等の見直しによる整備も含めたうえで更に努力を行っても、希望者全員の継続雇用を行うことにつき困難が生ずることになる場合にはじめて、継続雇用制度の対象となる労働者を選別するための基準設定を行うことが認められよう。従って、事業主の努力がなされたか否かの判断にあたっては、現時点での努力に加えて、従来からの（特に、改正法が成立した二〇〇四年六月以降の）人事制度見直し等の取り組みも含めて考えるべきであって、事業主が漫然とこれを怠ってきた場合においては、たとえ現時点で一定の努力を行おうとも、総合的かつ全体的にみれば結果として十分な努力を行わなかったものと評価ないし判断されることになる可能性も十分に存し得るということが重要となろう。

ただ、努力といっても、この場合には、あくまで六〇歳以上の労働者の雇用が問題となること上の性質上、整理雇用の場合とは異なり、事業主は、企業の人材リフレッシュの観点からして、新規採用の停止を行うことまでは要求されず、また、六〇歳以下の労働者の雇用に影響を及ぼすことになることとの従業員一般についての希望退職者の募集を行うことまでも要求されないと解すべきである。従って、事業主は、まずは、主として、特に、問題となる六〇歳以上の労働者についての出向、配転、転籍、派遣等の各種措置の可能性、及び能力開発・教育訓練等による活用可能性を人事制度等の見直しや職場の整備と併せて検討すべく努力を行うことが必要になると考えられる（ちなみに、可能であるならば、あるいは場合に依じては、事業主は、配転・出向や人事制度の見直しなどについては、それらに

よって高齢者の職場を新たに創出するという意味において、六〇歳以上の労働者を対象とするのみならず、従業員全体を考慮に入れて「努力」することも要請されることがあるものといえよう^③。また、(1)で揚げた通達が、「高年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のではなく、本措置を講じることが求められた」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。」と述べるように、六〇歳以上の労働者について従前と同様の雇用形態や労働条件で継続雇用を行うことができなくとも、「本措置を講じることが求められることとした趣旨を踏まえ」、基準設定による選抜を回避してできる限り希望者全員を継続雇用できるように、場合によってはワーク・シェアリングやジョブ・シェアリング的な視点も取り入れつつ、パートタイムや隔日勤務なども視野に入れながら、六〇歳以上の継続雇用の対象となる労働者の職種・労働条件・雇用形態のあり方を探るべきであるといえよう^④。従って、努力の結果導入されることになる雇用形態等は多様なものとなり得ることが考えられる。しかし、それがいかなるものであってもよいというわけではなく、従来の労働者の職種・役職や適性とあまりにもかけ離れた雇用形態等が準備された場合や労働者が希望しないことが見込まれるようないわば「劣悪な」労働条件・雇用形態等が準備された場合などにおいては、一定問題が生ずるように思われる。なお、この点については、詳細な検討を要することに加えて、論述の都合もあり、章を改めて、別途、四で詳しく考察を加えることとする。

(ウ) 具体性を具備した客観的で合理的な基準設定と従業員への説明・協議

さて、整理解雇の場合には、対象者の基準は、企業の実情に応じて企業ごとに経営判断を踏まえて決せられ、従って、多様なものとなり得るが、解雇権濫用の判断にあたっては、使用者の恣意的判断を排除するという観点から、用いられた基準が客観性・合理性を欠いていないかどうかのネガティブチェックがなされることになる^⑤。基本的には継

続雇用制度の基準についても、「企業によって必要とする能力や経験等が様々であると考えられるため」(1)で示した通達参照)、同様のことが当てはまるといえよう(ちなみに、改正高年齢者雇用安定法に関する厚生労働省のパンフレットが、基準の例として、①働く意思・意欲、②勤務態度、③健康、④技能・経験、⑤技能伝承その他を挙げ、更にその内容を詳しく示しつつも、これらは、厚生労働省が指針として示しているものではないと断っていることがまさにこのことを示すものといえよう)が、次の点に留意する必要がある。即ち、(1)で示した通達は、基準が具体性と客観性を備えていることを要求するが、また、以上で検討してきたように基準は客観的・合理的なものでなければならぬ(以下ではこれを単に合理的ないし合理性という言葉で表現することとする)が、それらの有無については、併せて、同通達が示すように、「実際に策定された基準の適否については、個々の基準のみを見て判断するのではなく、基準の全体構成や労使協議の過程など企業の個別の事情を踏まえて総合的に判断する必要がある」といえよう。

なお、かかる総合判断にあたっては、(7)でみた必要性はいうまでもなく、(1)で検討した基準設定による選抜を回避することへ向けての努力と関連づけて考えることが必要かつ重要であり、できる限り選抜を回避するという意味において、設定される基準はあくまで当該企業の経営事情が要請する限りで必要最小限の労働者を継続雇用制度の対象外とするものでなければならず、これを超えて必要以上に労働者を企業から放逐する結果を招くような基準には合理性が認められないといえよう。ちなみに、このことは、「前項第二号に掲げる措置を講じたものとみなす。」との高年齢者雇用安定法九条二項の文言からも導き出すことができるように思われる。即ち、前項第二号に掲げる措置とは、「現に雇用している高年齢者が希望するときは、当該高年齢者とその定年後も引き続いて雇用する制度」のことにほかならず、従って、基準は、当該企業の置かれた状況に即して、これを導入したとみなされる程度の実質を備えていなければならない、つまり、あくまでそのような状況のもとではあるが、可能な限り労働者に希望する継続雇用を

実現させることができるものでなければならぬと解されるのである。

また、過半数組合ないし過半数代表者との労使協定により基準設定がなされるのであるから、過半数組合ないし過半数代表者との労使協定締結をめぐる過程で、事業主は、希望者全員継続雇用の原則をとることができない事情を労働者側に説明したうえで、協議を行うことにならうが、これが整理解雇の第四の要件（要素）に相当するものになると考えられる。なお、この点については、論述の都合上、項を改めて次項(4)で詳しく論ずることにする。

(4) 基準設定の手続的要件

(7) 概説

(1)でみた通達は、「基準の策定に当たっては、労働組合等と事業主との間で十分に協議の上、」なされるべきことを示唆している。また、改正法附則五条は、「事業主は、第九条第二項に規定する協定をするため努力したにもかかわらず協議が調わないときは、就業規則その他これに準ずるものにより、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することができる。」と規定している。以上からすれば、基準設定にあたっては、事業主は、少なくとも、労使協定Ⅱ合意の実現へ向けての努力を試み、過半数組合ないし過半数代表者と十分に協議を行わなければならないといえよう。要は、基準を定める労使協定が適法で有効なものとして許容されるためには一定の手続的要件を履践することも重要な条件となっていると解されるのである。

(イ) 基準設定への過半数代表関与の意味

さて、ここで、基準設定にあたり過半数代表との労使協定システムが用いられていることの意味を考えなければならぬ。労働基準法を代表例に取り上げて論じれば、過半数代表との労使協定システムの意義は次の点に求められるといえよう。労働基準法は、「労働者が人たるに値する生活を満たすものでなければならぬ」ところの労働条件の

最低基準を定めているが、この基準を一貫して厳格に貫徹することが常に妥当な結果をもたらすことになるとは限らず、労働基準法の最低基準を緩和する必要が生じてくる場合が存しよう。例えば、労働基準法三二条二項は一日八時間の法定労働時間（一日八時間労働の原則）を定めているが、一時的な繁忙等により使用者が労働者を一日八時間の法定労働時間を超えて働かせる必要が生じたような場合である。このような場合、一種の社会的権力たる企業¹¹使用者がかかる社会的権力を不当に行使して労働者の生命・身体・健康等に、あるいは労働者の私生活や自由時間に悪影響を与えることになるのか、そうではなく実際に客観的かつ合理的に一定の範囲で時間外労働が必要とされるため社会的権力の不当な行使にともなう悪影響のおそれが存しないのかを労働者（従業員）の集団的関与及びその集団的意思によってチェックさせようとするのが過半数代表システムならびに過半数代表と使用者との間で締結される労働協定の意義であるといえよう。^①

また、憲法二七条二項が定める労働条件法定の原則からすれば、労働条件の基準は法律によって定められるべきこととなるが、先に例で示したように、法律による一律の基準設定が必ずしも企業の実情に合致しないし適合せず、妥当性を欠く場合がある。そこで、労基法は、かかる労働条件法定の原則を踏まえつつ、一定の場合に各企業の実情に合致するように労働条件設定を行うことが可能となるべく、本来ならば立法で行うべき労働条件基準設定を労働協定の締結という形で過半数代表に委ねていることになる。いわば、過半数代表は、国家から立法によって労働条件基準設定をめぐる公的権能の一部の行使を委任されているといえるのである。^②

通常は、過半数代表システムならびに過半数代表と使用者の労働協定システムの意義は、以上でとどまるというべきであり、労働協定には、例えば三六協定を具体的に例にとって述べるならば、法定労働時間を超えて労働者を働かせても労基法違反とはならず、使用者には労基法が規定する刑罰が科せられないという免罰的効力と法定労働時間を

超えて労働することについての個別労働の合意ないし約定が無効とはならないという私法的強行性解除効力が認められるにすぎない。従つて、労働者に時間外労働義務を負わせるためには、労働協定のみではこれをなし得ず、別途、労働契約上の根拠が必要とされることになる。⁸⁾ 以上は、労基法一八条二項、二四条一項をはじめとする労基法上の労働協定一般について同様にはまるものといえよう(もつとも、計画年休を定める労働協定(労働基準法三九条五項)については事情が異なり、かかる労働協定は労働者に義務を負わせるのではなく権利行使を促すものであるという理由で、例外的にこれに労働者を拘束する私法的効力を認めるといふのが通説・裁判例の考えとなつてい⁹⁾る)。

ところが、高齢者雇用安定法九条二項が指定する労働協定は、以上で述べた労基法上の労働協定一般とは次の点において大きく事情を異にしている。^①確かに、労働協定により法の規制を緩和することができるのであるが、労基法にみられるような一般的な労働協定の場合には、雇用自体の存続は前提にあくまで労働条件の最低基準の緩和が問題になるのに対し、高齢者雇用安定法九条二項の場合には、労働者の労働の基盤である六〇歳以降の雇用そのものの運命を左右することになる。^②労基法の労働協定の場合には、労働者を拘束する(義務づける)私法的効力は存せず、労働者を拘束するためには、別途、労働契約上の根拠が必要であるが、高齢者雇用安定法九条二項の労働協定は、労働者の選抜基準をともなつた継続雇用制度の就業規則への導入の前提条件であつて、通常は、労働協定の締結と同時に制度を導入するための就業規則の変更がなされることになるため、かかる協定が締結され制度が導入されれば基準に該当しない労働者は実際に六〇歳に達すれば即企業から排除されるという重大な帰結が生じることになる。^⑩

とすれば、単なる労働条件基準緩和をめぐる社会的権力チェックにとどまらない重要な意義や役割・任務・権限が、高齢者雇用安定法九条二項が規定する過半数代表には負わされていることになる。そうであるならば、基準を設ける労働協定締結のためには、そのような意義や役割等に応じた厳格かつ適正な手続的要件を履踐することが法の趣旨か

ら要請されることになるといえよう。

(ウ) 具体的な手続的要件

縷述の通り、基準設定は、労働者の六〇歳以降の雇用の運命に重大な影響を及ぼす。とすると、高年齢者雇用安定法九条二項の規定する過半数代表は、単なる通常の過半数代表が担っている役割・任務とは異なり、社会的権力チェックと労働条件基準緩和をめぐる公的な全従業員のアドホックな代表というにとどまらず、まさに労働者の雇用をめぐる実質的利益ないし運命を左右するという点において、むしろ労働組合に類似した極めて重要な役割・任務も負うことになる。そうであるならば、ことと帰結の重要性から、基準設定をめぐる労使協定の締結プロセスないし手続をめぐっては、できる限り労働組合と使用者の団体交渉に準じて取り扱うべきであり、従って、従業員の中から個人が代表に選出されるところの過半数代表者よりもあくまで過半数代表たる過半数組合を基本に据えて（あるいは、これを基本形に想定して）、しかも、過半数代表が六〇歳以上の従業員の雇用に関する実質的な権限を有するということを十分に踏まえながら検討を行う必要がある。ちなみに、念のため、付言すれば、以上述べたことは、高年齢者雇用安定法九条二項の規定する過半数代表の役割ないし機能に着目しての立論であるから、過半数組合が過半数代表となる場合のみならず、過半数代表者が過半数代表となる場合においても同様に妥当すべきものであることはいうまでもない。

以上からすれば、労使協定締結のための具体的な手続的要件としては、次のようなものが必要とされることになる。

まず、労使協定締結にあたり、事業主は、労働組合に対するのと同様の、あるいはそれに類似した誠実交渉義務ないしは誠実協議義務を負うべきといえよう。¹¹⁾

通説・判例によれば、労働組合との団体交渉をめぐり、使用者には労働者の代表者と誠実に交渉すべき義務があり、そのような誠実な対応を通じて合意達成の可能性を模索する義務があるとされ、また、私見によれば、誠実交渉義務と呼ばれるものについては、「誠実」という主観性を強調するよりも、使用者が労働組合の要求に対して真摯かつフェアに、そして実質的に対応することが重要であることから、むしろ客観的に実質的公正交渉義務と捉えられるべきことになるが、いずれにせよ、その具体的内容として、①対案の提示と資料の提供、②根拠なく自己の主張に固執しないこと、③交渉権限を有する者の出席、④引き延ばし戦術をしないこと等を挙げるべきであろう。

以上を踏まえるならば、事業主は、情報提供義務を尽くして、過半数代表と公正な実質的交渉ないし協議を行うことが必要となると解されるのであるが、継続雇用制度を選択し提案するのは事業主であり、従って、まずは手続の第一段階として、労働者側ではなく、実質的公正交渉義務ないし実質的公正協議義務を踏まえつつ、事業主側が交渉ないし協議のプレーボール（交渉ないし協議の申込）を行うことになる点が一般の団体交渉とは異なるといえよう。

次に、これを受けて、従業員側の対応が問題となる。高年齢者雇用安定法九条二項の規定する過半数代表は、確かに全従業員の代表と位置づけられ、また従業員は全員がいずれは六〇歳を迎えることになるとはいえず、継続雇用制度の対象となる労働者の選抜のための基準設定は、当面は、特に、現に六〇歳を迎えるか、あるいは近い将来六〇歳を迎えることになる労働者に、実質的かつ切実に影響を与えるものといえる。そこで、過半数代表は、基準設定の労使協定を締結するにあたり、まず、これらの労働者に十分に情報提供を行って状況を説明したうえで、これらの労働者の利益を十分かつ合理的に調整してことにあたる必要があるといえよう。そして、そのうえで、全従業員の集会等を開催して十分な議論を経たうえで対象となる従業員の利益調整を踏まえつつ多数決により民主的に基準の内容ないし可否を決すべきことになる。

最後に、以上の内部手続を踏まえた決定に基づき、事業主は、実質的公正交渉義務ないし実質的公正協議義務を尽くして過半数代表と基準設定の交渉ないし協議を行い、過半数代表は、公正に従業員の利益を代表しつつ交渉ないし協議にあたるという公正代表義務を負うべきである。⁽¹⁵⁾

(5) 基準の就業規則への記載による制度導入

以上のような手続を経て基準を設定する労使協定が締結されることになるわけだが、先に引用したように、高年齢者雇用安定法九条二項は、事業主は過半数代表との「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、労使協定締結を踏まえ制度の導入を行うことが次に問題となる。

ここでいう制度の導入とは、通常は、就業規則への基準に基づく継続雇用制度の記載とそのような就業規則による有効な労働契約内容規律を意味しよう。とするならば、労使協定によつて設定された基準、ないしかかる基準に基づく制度は、就業規則を通じて労働契約内容となり労働者を拘束するための合理性を備えていなければならないことになる。⁽¹⁶⁾確かに、従来は、法が強制するのは六〇歳定年にすぎず、従つて、六〇歳以降の継続雇用制度における基準設定による一定の労働者の企業からの排除は、正確に言えば、就業規則の不利益変更の問題ではないのだが、二〇〇四年改正により高年齢者雇用安定法は明確に今後は六五歳まで労働者の雇用を確保すべきという目標ないし原則を掲げたのであり、基準設定はかかる目標ないし原則からはずれ、本来ならば六五歳まで雇用を確保できたはずであった一定の労働者に六五歳までの継続雇用を認めない(六〇歳以降雇用されず企業から排除される)という不利益を負わせるものであるから、むしろ就業規則の不利益変更の問題に類似した状況にあると捉えるべきである。そこで、この場合、求められるべき合理性は、単に就業規則が契約内容となるための合理性というよりもむしろ不利益変更された就業

規則に労働者が拘束されるための合理性に類似するものになると解されよう。

基準の合理性は、既に、労使協定の有効要件に絡めて(2)から(4)で論じたところであるが、就業規則への制度導入の合理性については、就業規則の不利益変更法理に準じて、更に、吟味を行う必要があるのである。最高裁が確立した不利益変更法理によれば、①就業規則の変更によって労働者が被る不利益の程度、②使用者側の変更の必要性の内容・程度、③変更後の就業規則の内容自体の相当性、④代償措置その他関連する他の労働条件の改善状況、⑤労働組合等との交渉の経緯、⑥他の労働組合または他の従業員の対応、⑦同種事項に関するわが国社会における一般的状況などを総合考慮して合理性の有無を判断することになる(かかる基準を集大成する最高裁判例として、第四銀行事件・最一小判平九・二・二八労判七一〇号一二頁、みちのく銀行事件・最一小判平一一・九・七労判七八七号五六頁)が、基準自体の合理性ないし労使協定の有効要件をめぐって④を除くこれらのほとんどの事項が既に実質的には検討済みとなっているといえる(なお、⑦の事項については、法が基準に基づく継続雇用制度を準備し、一定の企業がこれを利用することがそもそも想定されているといえるので、改正法施行後、当面はこれを取り立てて独自に検討する必要は存しないものと考えられる)。そこで、この段階においては、残る④が問題となり、従って、制度を記載した就業規則が労働者を拘束するためには、労使協定の有効要件をクリアすることに加えて、基準によって継続雇用制度の対象者に選抜されないことになる労働者に対して一定の代償措置が講じられているかどうか重要な論点となる。ここでは雇用が継続されないことの代償措置が問題となるのであるから、六〇歳定年後の生活補助ないし生活サポートの視点からの退職金の増額支給、再就職先のあっせん、人材ビジネスに対する委託等を含めた再就職援助ないし支援措置、再就職や新たな職業選択のための職業能力開発・職業訓練や技能習得のサポートなどの措置を設けておくべきといえよう。¹⁸⁾

ちなみに、実際には、基準設定と就業規則への制度記載がほぼ連続して実質的には一体的に行われることになる。考えられるので、過半数代表は、基準設定に引き続き、制度導入をめぐる就業規則変更に対して意見聴取されるといふ任務も負うことになり、結局は、基準のみならず代償措置も含めた制度全体の合理性を総合的に視野に入れて行動すべきことになる¹⁹⁾といえよう。そのような視点から行動することを怠れば、労使協定は適法かつ有効であるが、制度を導入する就業規則は労働者に対して拘束力を有しないとといった事態にも生ずることが予想される。

(三) 就業規則による基準設定をめぐる問題点

改正法附則五条は、「事業主は、第九条第二項に規定する協定をするため努力したにもかかわらず協議が調わないときは、就業規則その他これに準ずるものにより、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することができる。」と規定している。

まず、このような場合に該当し、就業規則による基準設定が許容され得るためには、事業主は、誠実交渉義務ないし誠実協議義務、即ち、実質的公正交渉義務ないし実質的公正協議義務を尽くし努力したけれども、話し合いが平行線をたどり、行き詰まりに達したことが必要とされよう²⁰⁾。

そして、これまで検討してきたことからすれば、就業規則により基準を設け「制度を導入する」ことができるためには、即ち、換言すれば、そのようにして設けられた当該制度に従業員を拘束することができるためには、交渉ないし協議が行き詰まりに達したことだけにはとどまらず、更に就業規則に導入された制度に合理性が存することが要求されることになることもいうまでもない。かかる合理性の内容は基準設定も含め基本的には(二)で論じたところが妥当するということができようが、過半数代表との合意の結果に基づいて基準設定がなされているのではないため、この場合の就業規則の合理性判断においては、選抜基準をともなった継続雇用制度が合理的な従業員代表であればそれに

合意(同意)していたであろう内容となつてゐるか否かという視点に基づいて全体にチェックをかけることが必要であるように思われる。以下、この点を若干詳しく論じてみよう。

もしも、過半数代表との労使協定に基づいて制度導入がなされていたならば、制度導入をめぐる実質的公正交渉ないし協議がなされるとともに、従業員内部で利益調整とそれに基づく民主的意思決定が行われ、過半数代表も公正代表義務を尽くしていたはずであるため、合理性判断にあたつては、(二)で論じてきたことを基本としつつも、これらの手続ないしプロセスが考慮され、あくまで一定の範囲・程度ないし幅においてではあるが、当該企業の具体的状況を踏まえて形成されたと考えられる制度設計をめぐる過半数代表と事業主との合意²¹ 当事者意思が重視・尊重されることも許容されよう(当事者意思が重視・尊重される余地も存しよう)。これに対し、改正法附則五条が予定するようなケースでは、そのような当事者意思に基づく合意が存せず、使用者の一方的決定による基準に基づく制度導入となるのであるから、使用者²² 企業の社会的権力の不当な行使を抑制するという観点を踏まえてより厳格に合理性チェックを行う必要が生じてくると考えられる。従つて、使用者の一方的意思に基づいて設計された選抜基準をともなつた継続雇用制度に対しては、それが合理的な従業員代表であれば合意(同意)をしていたであろうところの制度内容を有しているかどうか、即ち、野川教授の適切な表現を借りるならば、「従業員一人一人の利益と、従業員総員との利益の双方を守ることを旨とし、その範囲で、使用者側の利益にも理解を示し得るという意味において最も合理的に行動するような従業員代表(理念型)の同意が得られるような場合」かどうかという観点から絞りをかけなければならぬのである。²³ その結果、具体的に諸般の事情を考慮してなされた過半数代表との合意²⁴ 労使協定が現実²⁵ に存していたならばそれを重視して就業規則に合理性が認められるようなケースであっても、仮定的な合理的従業員代表の想定される仮定的意思に照らせば合理性なしと判断される可能性が出てくる場合も存しよう。

要は、事業主は、過半数代表との協議が調わなければ、就業規則によって自由に基準設定を行って制度を導入することができることになるのではなく、あくまで非常に厳格な要件のもとで合理性を認められる場合においてしかこれをなし得ないのである。結局、実際には、過半数代表が基準設定に同意しなかったことに合理性が認められないとか、あるいは過半数代表が当該企業の状況を十分に理解し得なかったために同意に至らなかったといったような特段の事情の存する場合においてしか、事業主は改正法附則五条が規定する可能性を利用することができないというべきであろう。

(四) 違法に継続雇用がなされなかった労働者の法的救済

(1) 基準が合理的なものでないか労使協定が違法な場合の法的救済

設定された基準が合理的なものでないか労使協定が違法な場合の法的救済(二)でみた有効要件を欠くものである場合は、かかる基準を定める労使協定は高年齢者雇用安定法の趣旨に反して、あるいは労使協定締結権の濫用として、無効であつて、従つて、基準なしの継続雇用制度となり、希望者全員継続雇用の原則が妥当することとなる(ちなみに、継続雇用制度を導入する就業規則規定に合理性が認められず、労働者に対する拘束力を有しない場合も同様である)。

勤務延長制度がとられている場合には、二で詳しくみたように、労働者に勤務延長に関する形成権が存していると考えられるので、労働者が明確に勤務延長を拒否するのではない限り、勤務延長を希望しており、従つて、黙示の形成権行使がなされたものとして、六五歳(さしあたりは六二歳)まで勤務延長が認められることになると解される。そこで、違法な(あるいは合理性を欠く)基準に基づいて継続雇用制度の対象に選抜されず、六〇歳で定年退職扱いされた労働者は労働契約上の地位確認請求(そして賃金バックペイの請求)をなし得ることになる。

再雇用制度の場合には、就業規則上の再雇用制度のうち、基準部分が存しないものとして扱われることになるため、就業規則への再雇用制度の記載をもって全従業員に対する事業主の再雇用の申込がなされたものと捉えることができ、従って、労働者の承諾の意思表示によって再雇用契約が締結されたことになるので、違法な（あるいは合理性を欠く）基準に基づいて六〇歳で定年退職扱いされた労働者は、再雇用契約に基づく従業員としての地位確認請求（そして賃金バックペイの請求）をなし得ることになる。

なお、これまた二で述べたように（従って、詳しくはここでは繰り返さないが）、違法な（あるいは合理性を欠く）基準に基づいて定年退職扱いとされたけれども、地位確認請求を欲しない労働者は、金銭的解決を求めることが可能といえよう。

(2) 基準は合理的であり適法だが、その適切ではない適用により定年退職扱いされた労働者の法的救済

基準自体は合理的で適法である（継続雇用制度を定める就業規則は労働者に対する拘束力を有する）が、その基準の適切ではない適用ないし運用により、本来は継続雇用制度の対象とされるべきであったにもかかわらず、継続雇用制度の対象外と判定され、六〇歳で定年退職扱いとされた労働者についても、実際には基準に適合していることを踏まえて考えれば、法的救済として、基本的に、(1)で述べたこと（六五歳までの勤務延長ないし再雇用、あるいは金銭的解決）が同様に当てはまると考えられる。

(1) 整理解雇の四要件（四要素）については、「四要件から四要素へ」の流れないし傾向も含めて、土田道夫「整理解雇」菅野和夫

西谷敏Ⅱ荒木尚志（編）『労働判例百選』第七版（二〇〇二年、有斐閣）一七〇頁以下、同『労働法概説Ⅰ』（二〇〇四年、弘文堂）二二九頁以下、中村和夫「整理解雇」角田邦重Ⅱ毛塚勝利Ⅱ浅倉むつ子（編）『労働法の争点』第3版（二〇〇四年、有斐閣）一

六四頁以下、三井正信「リストラ規制の新動向」高橋弘ほか(編)『現代民事法改革の動向Ⅱ』(二〇〇五年、成文堂)二〇二頁以下、菅野和夫「労働法 第七版補正版」(二〇〇六年、弘文堂)四二八頁以下、荒木尚志「新労働法講義 第2章 雇用保障と雇用・労働関係システム②」法学教室号三〇九号(二〇〇六年)八四頁以下などを参照。

(2) この点について、詳しくは、注(1)で揚げた文献に加えて、桑原昌宏「整理解雇」本多淳亮先生還暦記念『労働契約の研究』(一九八六年、法律文化社)二八八―二八九頁を参照。

(3) 整理解雇の場合の解雇回避努力としては、経費削減、新規採用の停止、配転、出向、転籍、一時帰休、希望退職者の募集などを使用者が行うことが求められるといえよう。この点について、詳しくは、注(1)に揚げた文献を参照。なお、基準による選抜をともなう継続雇用制度については、そもそも最初から選抜の対象が六〇歳以上の労働者であるから、基準による選抜を回避する努力を試みる対象も、まず基本的には、六〇歳以上の労働者についてということになるが、客観的かつ合理的な観点からみて六〇歳以上の労働者の職場を整備ないし準備するために必要であれば、事情に応じてそれ以外の従業員を対象とした努力を試みる事が事業主に要請される場合も存しよう。

(4) 野田進「労働条件切り下げの「条件」」菊池高志Ⅱ清正寛(編)『高齢者の法』(一九九七年、有斐閣)四七頁以下は、高齢者雇用に関し、「雇用」と「労働条件」がトレッド・オフの関係にあり、従って、労働条件の切り下げと雇用の維持が一定バランスのとれたものとならねばならず、労働条件を犠牲にする場合には雇用が維持されるべきことを示唆しているが、本文で述べた問題を考察するうえで基本的にはこのような示唆が妥当し重要となろう。

(5) 荒木・前掲注(1)解説八六頁。

(6) この点については、山川隆一「雇用関係法 第3版」(二〇〇三年、新世社)一五頁も参照。

(7) 以上の点については、三井正信「労働契約法としての労働基準法(一)」広島法学二八巻二号(二〇〇四年)一一九頁、同「公正評価義務論の意義・射程と限界(二)」広島法学二六巻三号(二〇〇三年)一八八―一九〇頁、同「組織強制の法理(3・完)」広島法科大学院論集三号(二〇〇七年、近日刊行予定)などを参照。

(8) この点については、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)四八―五〇頁〔川田琢之執筆〕、山川・前掲注(6)書一六頁、土田・前掲注(1)書六八頁などを参照。

(9) 学説としては、下井隆史「労働基準法〔第3版〕」(二〇〇一年、有斐閣)二七七頁、東京大学労働法研究会(編)『注釈労働基準

法 下巻】(二〇〇三年、有斐閣) 七三六—七三七頁(川田琢之執筆)、山川・前掲注(6) 書一八六一—一八七頁、土田・前掲注(1) 書一四五—一四六頁、浅倉むつ子Ⅱ島田陽一Ⅱ盛誠吾「労働法 第2版】(二〇〇五年、有斐閣) 一三〇頁、菅野・前掲注(1) 書二九二—二九三頁などを参照。裁判例としては、三菱重工長崎造船所事件・福岡高判平六・三・二四(労民集四五卷一)二二二—二二三頁。なお、行政解釈(昭六三・三・一四(基発一五〇号)もこの立場である。

(10) この点に留意を促すものとして、道幸哲也「労働契約法制と労働組合」労働法律旬報一六三〇号(二〇〇六年)一〇頁、一四頁注(3)、同「揺れ動く「労使委員会」構想」民商法雑誌一三四卷六号(二〇〇六年)一一頁、一五—一六頁注(28)。もつとも、労基法上の労使協定に関し、これに労働者を拘束するための労働契約上の根拠としては、就業規則への記載でよいという考え方が強く、この点からすれば、実際には、高年齢者雇用安定法九条二項の労使協定の場合とあまり違いはないとも考えられるが、法的にみれば、前者の場合には労使協定と就業規則の間に直接的な結びつきないし関連性は一応は存しないといえるが、後者の場合には労使協定による基準設定と就業規則における制度導入が直結している(ストリートに結びついている)点にやはり依然として大きな違いが存するといえよう。

(11) 誠実交渉義務について、詳しくは、道幸哲也「労使関係法における誠実と公正】(二〇〇六年、旬報社) 一七頁以下を参照。ちなみに、本稿の本文で問題とするところの誠実交渉義務ないし誠実協議義務は、憲法二八条や労働組合法七条一号から導き出されるものとは異なり、あるいは厳密な意味における「義務」というよりも、あくまでさしあたりは締結された労使協定が有効とされるための要件にとどまるものにすぎないと解すべき点に留意する必要がある。なお、同様の局面における私法的な義務論の解明ないし構築は、今後の検討課題として考える。

(12) 誠実交渉義務をこのように定義する代表的学説として、菅野・前掲注(1) 書三〇三頁、代表的裁判例として、カールツァイス事件・東京地判平元・九・二二(労判五四八号六四頁)。なお、誠実交渉義務をこのように捉えることが狭すぎることを含めて、これが指定する団体交渉概念を批判的に考察するものとして、三井正信「団体交渉と労使協議制」横井芳弘Ⅱ角田邦重Ⅱ脇田滋(編)「新現代労働法入門【第2版】(二〇〇三年、法律文化社) 二九三頁、三一〇—三一三頁、三一四—三一五頁。

(13) 三井・前掲注(12) 解説三一四—三一五頁。

(14) 道幸・前掲注(11) 書八二頁以下、九六頁以下、三井・前掲注(12) 解説三二六頁、山口浩一郎「労働組合法【第2版】(一九九六年、有斐閣) 一四四—一四六頁。

(15) 公正代表義務については、道幸哲也「労働組合の公正代表義務」日本労働法学会誌六九号（一九八七年）五頁以下、同・前掲注（11）書二一九頁以下。なお、野川忍「就業規則による労働条件不利益変更の限界」ジュリスト一一九六号（二〇〇一年）一四三頁は、六〇歳定年の銀行において就業規則変更により五五歳役職定年制と五五歳以降の行員の給与を大幅に減額する給与体系が導入されたことの有効性が争われたみちのく銀行事件・最高裁判決につき、事案及び最高裁の法理を、就業規則変更に同意した多数組合の、五五歳以上の行員を多く抱える少数組合の組合員に対する公正代表義務違反の観点から把握することの可能性に触れており、事案は異なるものの、かかる見解は、本稿で論ずる問題を考察するうえでもアナロジーとして示唆に富むといえよう。ちなみに、ここで問題とする「義務」も注（11）で述べたところと同様に、あくまでさしあたりは労使協定の有効要件として問題となる義務にすぎないと解すべき点に留意すべきである。

(16) 秋北バス事件・最大判昭四三・一一・二五民集二二卷一三三三・三四五九頁、及び電電公社帯広局事件・最一小判昭六一・三・一三判四七〇号六頁、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を参照。

(17) これら二判例については、荒木尚志「就業規則の不利益変更と労働条件」菅野和夫・西谷敏・荒木尚志（編）『労働判例百選（第七版）』（二〇〇二年、有斐閣）五八頁以下などを参照。なお、併せて、三井正信「就業規則」法学セミナ一〇〇五年二月号二二頁以下、同「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）二五三頁以下も参照。

(18) 整理解雇の場合においては、これらのような措置を使用者の解雇回避努力のなかに含めて理解しようとする説（例えば、荒木・前掲注（1）解説八六頁、山川・前掲注（6）書二五六頁など）も存するが、継続雇用制度に関しては、継続雇用が原則であるため、あくまで整理解雇に準じて考えられる基準設定に合理性が認められた次の段階である（不利益変更に準じて解すべき）就業規則の拘束力レベルの合理性判断における代償措置の問題と捉えるべきであろう。

(19) 実際問題としては本文のようになっていることができて、法的には過半数代表は選出目的を明らかにして問題となる法規定ことに選出されるアドホックな代表にすぎないので、高齢者雇用安定法九条二項の労使協定をめぐる過半数代表と労働基準法九〇条の意見聴取をめぐる過半数代表は法的には別物であり、それぞれ別個に選出手続を行って従業員の意味確認を行い、その都度過半数代表を選出すべきことになる点はいうまでもない。それが、実際には、対象事項が共通しており、時期的にも接着しているので事実上引き続き同じ代表が選出され、従って、事実上連続して活動することになるものと考えられるのである。なお、本文で述べたような視点か

らこの問題を考えるにあたっては、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。

(20) 使用者には要求をのんだり合意を行ったりする義務までは存しないので、団体交渉において、使用者が誠実交渉義務(実質的公正交渉義務)を尽くしたけれども、話し合いが行き詰まりに達した場合には、交渉を打ち切ることができる。判例も含めこの点については、さしあたり、三井・前掲注(12)解説三二五頁、西谷敏「労働組合法 第2版」(二〇〇六年、有斐閣)三二五頁を参照。

(21) 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に違いを認めないかのような見解を示しているが、疑問といわざるを得ない。

(22) 野川忍「就業規則と労働条件」東京学芸大学紀要・第三部門・社会科学四四集(一九九三年)一八頁。なお、この点については、併せて、野川忍「労働契約内容の特定と変更の法理」日本労働法学会誌一〇七号(二〇〇六年)七二頁以下も参照。