

# 高年齢者雇用安定法九条をめぐる 解釈論的諸問題（四・完）

三井正信

- 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（以上三〇卷四号）
  - 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) 継続雇用制度の選抜基準をめぐる問題
  - (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
  - (ア) 定年制の社会的相当性（以上三一卷四号）
  - (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（以上本号）

#### 四 高齢者雇用安定法九条の立法論的課題（承前）

(六) 高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（承前）

(2) 定年制の適法性（承前）

(イ) 定年制違法説の検討

以上(ア)でみたような定年制違法説に対しては、かつて、これに異を唱える定年制違法説も一部で有力に主張されていた。<sup>①</sup>すなわち、その代表的な見解によれば、定年制については、労働権（憲法二七条一項）を侵害して権利濫用（民法一条三項）であるとともに法の下の平等（憲法一四条）および労働基準法三条の趣旨に抵触する年齢差別であり公序良俗に反する（民法九〇条）ため違法・無効とされるのである。<sup>②</sup>たしかに、労働権を保障する憲法二七条一項は「すべて国民」は勤労の権利を有する旨を宣言するとともに、さらにそれにとどまらず併せて勤労の義務を負うことにまで言及している（これは、取りようによっては、「すべて」の国民に、したがって、年齢には関係なく、国民に、労働する、つまり労働権を行使することを促しているようにも解しうるところである）のであるが、この条文で問題ないし対象とされる勤労とは（他人の指揮命令下で労働する）雇用労働であることはいまでもない。<sup>③</sup>また、労働者個人ごとの能力や体力・健康状態のいかんを問わず、あるいは勤労の意思・意欲の有無にかかわらず、年齢のみで一律に労働生活（職業生活ないし労働市場）からの引退を強制的にはかることは年齢による差別であるとも考えられるところである。<sup>④</sup>

これらの点からすれば、定年制違法説は十分成り立ちうる議論であるのみならず、特に高齢化が急速・急激に進展する現在においては、また、比較法的にみて、たとえば一九六九年のアメリカの年齢差別禁止法が定年制を違法としていることからすれば、一定のリアリティーと説得力を有する考えであるともいえることができるであろう。<sup>⑤</sup>しかし、

定年制をめぐる最高裁の判旨（先に⑦でみた秋北バス事件・最大判）や事業主に六〇歳定年を義務づける（六〇歳を下回る定年を設けることを禁止する）高年齢者雇用安定法八条、事業主に六五歳までの高年齢者雇用確保措置を講ずることを義務づける（そして、その措置義務の履行の一環として六〇歳定年と組み合わされた六五歳までの継続雇用制度の導入を認める）同法九条はあくまで定年制適法説に立脚しており、これを覆すことは相当に困難であることも事実である。したがって、追求すべき現実的な理論的課題としては、一方で、いかに説得的に定年制適法説に理論的根拠のない正当化根拠を与えることができるのかを検討しつつ、他方で、その検討作業を行う際に定年制違法説の問題提起を受け止め、その趣旨や基本的考え方や問題意識をできるかぎり実質的に定年制適法説に反映させつつ理論構成を行う方向を探ることとなると考えられる。<sup>⑥</sup>

（ウ） 定年制の適法性をめぐる基本的考え方

さて、結局は、先に⑦でみた秋北バス事件・最大判の判旨からすれば、そして、（この判決よりも後に出されたものではあるが）企業の経済活動の自由（憲法二二条一項・二九条）を重視し採用の自由を導き出す三菱樹脂事件・最大判昭四八・一二・一二民集二七卷一一号一五三六頁の判旨を併せて考えてみれば、最高裁は定年制適法説を展開するにあたりこの企業の経済活動の自由に対しても（当然のこととして）一定の考慮を及ぼし配慮を示していると考えることができよう。つまり、最高裁は、採用後においては（憲法二七条の要請に基づき）労働者保護（雇用確保）の要請を踏まえつつも、一定の段階において労働者の労働権と企業が有する経済活動の自由との調整（権利調整）を行うことを認め、その調整をめぐる均衡点を定年制に求めていると解されるのである。<sup>⑦</sup>

いうまでもなく、秋北バス事件・最大判は定年制の適法性を肯定する代表的な判例であるのみならず、併せて約款説ないし定型契約説と呼ばれる独自の就業規則法理（法的性質論と不利益変更法理）を展開するリーディングケース

であるとも位置づけられている。<sup>(8)</sup> この就業規則法理は労働関係の継続性と柔軟性に配慮する労働契約法理の重要部分を構成するものであって、労働関係の柔軟性確保の役割の一端を担っており（つまり、柔軟性確保の要請に正面から応えるものであり）、それ故、労働契約法理において、秋北バス事件・最大判は、労働関係の継続性に配慮する解雇権濫用法理を提示する日本食塩製造事件・最二小判昭五〇・四・二五民集二九卷四号四五六頁と双壁ないし両極をなす重要な基本判例であると位置づけることができる。したがって、秋北バス事件・最大判は、一方で正面から労働条件の柔軟で弾力的な形成・展開・変更を認める就業規則法理を展開しつつも、他方で、併せて、労働関係の継続性の要請、換言すれば労働関係における労働者雇用安定化機能の確保を（その背景において当然の）前提としていると解してよいであろう。<sup>(9)</sup> しかし、そうはいつても、一方で企業の経済活動の自由を前提としつつ、他方で労働関係の継続性ないし労働者雇用安定化機能を永続的に承認し続けることも困難であることは否定できないであろう。そこで、労働者は、日本的雇用慣行の特徴をなす終身雇用制（長期雇用システム）のもと、法的には解雇権濫用法理（これは現在では労働契約法一六条で確認・法定化されるに至っている）に支えられて定年まで雇用保障（権利保障）を享受することができる反面、そのかわり今度は定年時点で企業の経済活動の自由を考慮して企業組織・運営の適正化・リフレッシュ化の要請に対し労働権を譲歩させなければならないということを経最高裁は承認するのである。<sup>(10)</sup> したがって、定年年齢は長期雇用システムによる雇用の安定・確保の要請を踏まえた権利調整をなすにふさわしい（労働者からすれば譲歩やむなしとして権利調整を正当化しうるだけの）合理的な年齢でなければならないといえる（したがって、「合理的」な年齢における調整であるため法の下の平等に反せず年齢差別に該当しないことにもなるといえよう）。そして、高年齢者雇用安定法八条も、基本的に、このような考え方に立って使用者に対し六〇歳定年の義務づけ（六〇歳を下回る定年の禁止）を行っていると考えられる。そうすると、問題は、ここで、労働権が経済活動の自由との関

係で権利調整を余儀なくされることに對して、その代償として労働者に何らか一定の対処ないし措置を講ずることが必要となるのではないかという点を検討することにシフトすることになると解される。

国民は職業選択の自由（憲法二二条一項）を有するが、雇用労働を選択する場合には併せて労働権（憲法二七条一項）の問題ともなり、企業経営を行う使用者に依存して職業生活を送ることになる（職業的従属性）。つまり、個人の労働権行使のためには経済活動の自由を基礎に企業活動を行う他者の存在を継続的に不可欠の前提としなければならぬのである。そこで、ともに職業選択の自由を基礎とする両者の権利、つまり、労働者の労働権（労働権行使の要請）と企業の経済活動の自由（企業活動・組織の適正化・活発化・リフレッシュ化・展開・刷新の要請）との間で一定の調整が必要となる。まさにこのような調整の必要性が合理的な年齢での定年制を（年齢差別と評価されることなく）正当化する（適法化しうる）根拠となるといえよう。しかし、その結果、使用者は企業経営の継続性（自己の権利行使の継続性）を確保しうる反面、労働者は一定年齢以降（たとえ体力的・能力的には可能でも、また勤労の意欲を有していようと）、そして他の職業選択やその遂行の自由は有するままとしても）労働することができなくなる。特に、わが国におけるように、法律が一律の強行的な（最低）定年年齢を設定する場合（現在、六〇歳・高年齢者雇用安定法八条参照）には、労働者全体がその年齢以降において広く一般的に仕事（あるいは、これまで行ってきた「仕事」ないしキャリア展開してきた「仕事」）からのリタイア状態に置かれる（つまり、一般的に原則として労働市場から排除される）可能性（ないしはおそれ、リスク）が急激かつ一気に増大するといつてよいであろう（なお、現在では六五歳までの高年齢者雇用確保措置を講ずることが事業主に義務づけられているが、この点ないしその意義・趣旨との関係については後に詳しく検討を加えるので、ここでは論述の都合上、とりあえず理論的に定年に言及するにとどめておく）。そこで、このような調整により労働者が労働権を行使できなくなるおそれが生ず

る(リスクを負う)ことに對しては一定の「補償」が必要になると考えられる。とすると、まさにそのような「補償」に該当するのが被用者年金ということができないのではないか。

たしかに、年金法は社会保障法の一領域をなす所得保障法のうち生活危険給付法に分類され、年金法の中心部分をなす老齢年金は加齢にともなう体力や能力の衰えなどにより活動に困難をきたし所得が減少・喪失するおそれが一般的に生ずる(高まる)という生活危険のリスクに對処すべく所得保障を行うものであると一応は言うことができる。国民に共通する定額の(しかも低額の)基礎年金はまさに正面からこのような性格を有しているといえよう。しかし、報酬比例の形をとり従前生活保障の意味合い(色彩)をも一定程度有する被用者年金については、単に所得「保障」(security)としてこのようなリスク(加齢による体力・能力減退等で働けなくなるリスク)への對処と位置づけられることに加え、さらに労働者の労働権と使用者の経済活動の自由との調整の結果として労働者が職業生活から引退することを余儀なくされるリスクを抱えること(あるいは現実に引退を余儀なくされること)に對する「補償」(compensation)としての意味合いも同時に含まれると解すべきであろう。

このように考えると、厚生年金など報酬比例の被用者年金の存在意義や保険料の労使折半の意味もより明確になる。つまり、老齢厚生年金など老齢年金の報酬比例部分は、生活危険に對する所得保障としての位置づけに加え、労働者が一定年齢により職業生活を引退する(つまり、一定年齢以降、労働権を行使しないこととする、あるいはより一般的に労働市場から退出するか、労働市場での取引を大幅に制約される)ことに對する補償としての性格も有するのであり、かかる引退は単なる加齢にともなう体力・能力的リスクとばかりはいえず使用者の権利(経済活動の自由)との調整の結果(あるいは使用者との権利調整から生ずるリスク)でもあることから経済活動によって利益を挙げている使用者にも保険料を折半して負担させるのである。そうすると、定年年齢と年金支給開始年齢はリンク(一致)す

べき（しなければならぬ）ことの根本的な理由が正面から理解されうるであろう。<sup>11</sup>

ところが、（段階的に引上げられるとはいえ）年金支給開始が六五歳とされる一方で、高年齢者雇用安定法八条が使用者に義務づけるのは現時点では六〇歳定年にとどまっている。たしかに、同法は、併せて、九条で、これまで本稿で詳しく論じてきたように、使用者に労働者の六五歳までの雇用確保措置（定年の引上げ、継続雇用制度の導入、定年の定めの変更のいずれか）を講ずることを義務づけており、この点からすれば、一応、労働者の職業生活からの引退と年金支給をリンクさせる試みはなされているということが出来る（一応の「調整」）。しかし、多くの企業が採用しているのは雇用確保措置の三つの選択肢のうち（再雇用制度等の）継続雇用制度であり、この場合、①労使協定で設けられる基準により選抜されない可能性があり必ずしも希望者全員が六五歳まで継続雇用される仕組みとなっていない、②かりに継続雇用されてもこれまでと同様の仕事、あるいは経験やキャリアを活かせる仕事を行うことが保障されていない、といった問題点があった。①については労使協定による選抜を認めない方向をとる改正法が二〇一二年八月二十九日に成立し、二〇一三年四月一日から施行された（これは先に本節の(1)で検討したような法改革が一定の範囲で実現したとすることが出来るものの、経過措置により二〇二五年三月三十一日までは基準に基づく一定の選抜の余地が認められることになっており希望者全員継続雇用の原則が必ずしも直ちにストレートに貫徹するわけではなく依然として一定の問題点を抱えている（改正法附則三項））が、②についてはいまだ労働者の労働権行使を十分に保障するものとなっていないといわざるをえない。これは、継続雇用制度が、本格的な「調整」ではなく、あくまで、とにかく年金支給までのつなぎという形で、いわば年金支給（つまり、労働権に対する「補償」）の「補償」として設けられたからにはかならないといえよう。本来ならば本格的かつ正当な「調整」がなされるまでは労働者は労働権を行使できることが憲法上の原則となると考えられることからすれば、そもそもこのような「補償」の「補償」

という位置づけはおかしなもの、あるいは不適切なものといわざるをえず、かえって労働権保障の趣旨に反するおそれすら存するといえよう。<sup>12)</sup>

以上からすれば、本格的な「調整」として、今後の選択肢としては、①年金支給開始年齢を六〇歳とするか②使用者に六五歳定年を義務づけるかのいずれかしかないといえる。平均寿命が延び少子高齢化が急激に進展するとともに、一定の労働能力と労働意思・意欲を有する高年齢者が経験やキャリアを活かして生活の糧を得ながら人格展開や自己実現をはかることの重要性を考えると、そして厳しい年金財政からすれば、前者の選択肢はありえず、早急に後者が実現されるべきであろう。そして、少しあとで詳論するように、さらに、その後、社会的にみて機が熟せば、あるいは場合によっては条件の整った一定の早い段階で、高年齢者が自己決定により生涯現役を貫くことができる方策をとることも必要となろう。したがって、いずれ将来において法改正の最終段階として、定年を年齢差別と捉え（憲法一四条一項および二七条一項を参照）、アメリカのように定年を違法とする年齢差別禁止法を、わが国においても設ける必要が生ずるかもしれない（法改正に支えられた生涯現役社会の実現）。まさに、ようやくその段階において、これまで様々な問題を引き起こしてきた（そして、今後は多くの、かつ段階的な法改正を要するところの）高年齢者雇用安定法九条のような法規定の役割は完全に終わりを告げることになるのである。ただ、「生涯」といつてもすべての人が生を全うするまで「現役」でいるということも実際には困難であろうから、既に検討したような老齢年金の法的性格を踏まえつつ、労働者が自己決定に基づいて職業生活を引退（あるいは全面的ではなくとも徐々に、ないしは部分的に引退）するためのインセンティブとしての性格も適切に組み込んだ公的老年年金制度の設計も併せて検討課題となるといえよう。

さて、この問題を考える場合、(ア)でみたアール・エフ・ラジオ日本事件・東京地判が場合（状況）によっては定年



制が公序良俗違反となりうる可能性に言及している点が示唆的であり、これが問題対処の基本的な方向性を示していると考えられる。つまり、現在よりも上回る定年年齢を実現する（つまり、現在の最低定年年齢を六〇歳を超える一定年齢（たとえば、六五歳）に引き上げ、それを下回る定年を違法とする）、あるいはそもそも定年制それ自体を違法とするという政策を実現するためには、労働権と経済活動の自由との権利調整が前提問題となる以上、併せて雇用を提供する経済活動（経済的自由）の主体である使用者＝企業の「体力」を改善させ雇用制度改革を高齢社会に適合的な形で行わせるよう誘導することも求められ、結局は、(i)①公正な賃金制度、適正な賃金水準、柔軟かつ弾力的な労働時間制度、労働権行使にふさわしい職場環境、高齢者の労使対等性・交渉力の確保・強化や利益（権利）擁護などに関して労働条件や従業員代表制度等の整備を行う労働者保護法、②高齢者の状況や事情に合わせて柔軟な人事や雇用選択を可能としパートや隔日勤務など多様な雇用形態を保障・確保・整備する労働契約法、③職業紹介・就職情報提供サービス、労働市場、労働移動、職業能力開発制度、職業ないし技能資格制度、能力ないし技能評価制度、労働者・使用者への雇用促進や（広い意味での）キャリア展開のための給付・助成等を整備・調整する雇用政策法などといった労働法全般をめぐる総合的な改革（そして、労働法や雇用社会のあり方を支える基本的コンセプトや構成原理のリニューアル・再構築・転換）や、(ii)新たな産業分野の開拓・拡大など高齢者の雇用創出に向けた（あるいは、そのみならず高齢者の自立のための自立的なキャリア展開をサポートするための）経済・産業政策の推進を、(iii)高齢者雇用安定法や（年金や雇用保険法が規定する高齢者雇用継続給付などの高齢者の所得保障にとどまらず、加えて健康や住居・交通手段など広く高齢者の生活・雇用・キャリア展開、あるいは雇用労働とは異なる社会的参加（社会的労働への参加）・社会参入をサポートする）社会保障法の（基本的な見方・考え方・基本構造も含めた根本的かつ現代適的な）改革遂行と連携をとりつつ行う必要があるのである。このような改革の総合的な進展

(前提条件・環境の整備状況)の程度・度合いに応じて、定年年齢の延長(そして、それを下回る定年年齢を定めることを公序良俗違反や違法とすること)や生涯現役社会の実現が徐々にではあるが可能になるといえよう。そして、そのためのグランドデザインの提示も重要な作業となろう。<sup>13)</sup>

ちなみに、上述の経済政策・産業政策などは財産権をめぐるルールの一環をなすとも位置づけられるのであり(ちなみに、たとえば、雇用保険法をはじめとする雇用政策法による企業に対する雇用促進のための給付・助成等もこのような財産権をめぐるルールの性格を併せ有していると考えることができよう)、問題は憲法二九条二項にもかかわらずわたってくるのである。したがって、以上のような方向性を探るためには、憲法二五条・二七条のみならず二九条とも絡めて複合的な法的考察を行う必要が存することになる。

### (3) 社会権理論の再検討

ところで、先に(2)ウの最後で若干示唆した労働法と社会保障法の連携をめぐる問題に十全に対処しうるためには、労働法・社会保障法を含めた社会法の基礎をなすと考えられ、また年金法を含めた社会保障法の直接の制定根拠でもある憲法二五条の生存権に関する検討も併せて行っておく必要がある。また、その場合、問題は財産権の領域とも関連することになるため、それとの関係にも留意して理論展開しなければならぬように思われる。<sup>14)</sup>

さて、憲法二五条は、生存権という権利を規定するのみならず、憲法の社会権規定(社会権条項)の総則でもある。したがって、かつて、通説は、生存権規定が憲法の社会権規定全体に対して、そしていうまでもなく社会権規定を構成する憲法二七条・二八条に対して、理念的基礎を提供するものであると理解してきた。しかし、近年、社会経済の変化により労働法の基本理念としての生存権という考えが大きく揺らいできているといつてよく、むしろ憲法一三条の自己決定の理念の重要性を強調する説も有力に主張されている。このような労働者の自己決定を重視する発想は現

代社会において極めて重要であり妥当性を有するといえるが、ワーキングプア、格差社会、ネットカフェ難民、失業者の増加、二〇〇七年の生活保護施策との整合性をうたった最低賃金法改正（同法九条三項参照）や二〇〇八年のリーマンショックに端を発する世界同時不況のもとで頻発した「派遣切り」、「有期切り」などが提示した問題などをみれば、自己決定の理念と並んで生存権的発想は労働法の理念的基礎として依然として考慮されなければならないであろう。実際、自己決定権説を展開する論者も、近年、自己決定の理念のみならず併せて生存権理念の重要性も力説するに至っているところである。

ただ、労働法において依然として生存権理念が一定の現代的重要性を有することは否定できない事実であるとしても、それは、もはや従来のままの最低生活保障に主眼をおいた生存権理念ではなく、新たな観点から再検討・再構成され、労働者の自己決定の理念を踏まえつつ十分に現代社会（あるいは現代雇用社会）にアピールし適合したものでなければならぬであろう。そのような方向性を追求するためには、労働に関する最低「生存」保障ではなく、労働（ワーキングライフ）も含めた健康で文化的な「生活」を自己決定に基づき自立的に送ることを保障するという発想（自己決定生活権の保障の理念）が重要となるように思われる。つまり、個人が自己決定に基づいて生活展開を送るなかでワーキングライフを行う（つまり、労働権を行使する）ことを選択したことを踏まえ、そのワーキングライフによって自立的に生活の糧を得て生活基盤を形成していくことを支えサポートし保障するという視点が要求されるのである。そのための法的装置が労働法であり、生存権の社会権規定としての理念的意義は憲法二七条・二八条と相まってこのような法律の制定を基本的にオーソライズするところにあるといえよう。

そこで、憲法二五条一項は自己決定生活の権利（自由）と理念を定めたものであり、したがって一方で同項の述べる「最低限度の生活」という部分は、各人の自己決定に基づき展開される国民の生活に対して健康で文化的な最低限

度を営むことができないような形で国が介入してはならないことを示しつつ、他方でこれを受けて、憲法二七条や二八条がこのような権利(自由)や理念をワーキングライフに即して具体的かつ実質的に保障すべく労働法的装置を設けるべきこと、そして、いうまでもなく、憲法二五条二項がわれわれの自己決定に基づく自立的な生活展開を支える社会保障法を生活保障の観点から整備することを国に命じたものと考えるべきであろう(そして、憲法二五条一項の理念を受けて、家族については憲法二四条、教育については憲法二六条、生活の基盤をなす財産と経済活動については憲法二九条がそれぞれ必要な法整備をなすこととされているといえよう)。要は、憲法一三条の自己決定の理念を踏まえて根本的に憲法二五条一項の生存権をめぐる捉え方・考え方を見直し転換するのである。

さて、以上につき若干敷衍しておけば、私見は、憲法の人権規定に関し条文の位置関係も考慮して、二九条も含めて二四条から二九条までを(憲法二五条一項の理念に基づいて)現代社会において国民が自己決定に基づき市民として「生活」を営んでいくことを保障する一連の規定と捉えようというものである。国民は家族を築き生活を営み自己のライフスタイルを追求するが、そのためには一定の教育と財産が必要である。そして、通常は、雇用されるか(憲法二二条一項・二七条一項参照)独立して働きあるいは事業を行って(憲法二二条一項・二九条参照)生活の糧を得ることで私生活・家族生活・社会生活・市民生活などを展開していく。そこで、憲法は二四条から二九条までの規定によつてそれらをトータルに支え保障していると解するのである。

このような私見からすれば、社会保障法の法的根拠は憲法一三条と憲法二五条一項の自己決定の理念を基礎とした憲法二五条二項ということになる。そして、これまで検討してきたことを踏まえれば、設けられるべき社会保障法体系について少なくともいえることは、時代や社会経済状況につれ変化するとはいえ、国にはある時点においてその時代に即した形で、国民が自己決定に基づき生活展開していくうえで重要となる基本的な社会的ニーズに応じて、社会

保障法の体系化や整備を行うことが要請されるということである。

そこで、実際に具体的に社会保障法の体系を考える場合、いまのわが国においては多くの国民が労働権行使に基づきワーキングライフを送っている（ないしはワーキングライフを送ることを希望する）労働者（もしくはかつて労働者としてワーキングライフを送っていた者）か、あるいはその家族である（したがって、ワーキングライフに関連した生活保障のニーズが高く、ワーキングライフにともなうリスクに対処する必要が大きくなっている）という点に留意しなければならないと思われる。つまり、現在では、社会保障ないし生活保障を論ずるにあたっては、国民のワーキングライフの成立・展開・終了をめぐるサポートの重要性の視点を踏まえることが極めて重要となるのである。したがって、社会保障法を構成する年金法を考える場合においても、国民の生活展開をめぐる権利調整の観点から労働権行使が制約される（ワーキングライフが終了する）ということを考慮に入れた理論展開が必要となるというよう。そして、今後、社会経済の構造変動等により状況が変化すれば、職業生活からの引退と年金支給開始をめぐる合理的な年齢のあり方も変化せざるをえないであろう。その場合、憲法二九条二項に基づく財産権行使のルール整備という観点から企業が雇用創出・促進をなしうる方向で経済政策・産業政策などを進めることも問題となるが、このようなルール整備については、同項が「公共の福祉に適合するやうに」と述べていることを踏まえ、そして、併せて憲法二四条から二九条までを一連のひとまとまりの関連性を有する規定と解すべきことからすれば、現代的ニーズに即しつつ労働者の労働権や生存権に対する配慮を示すことが同時に要請されるものと解される点に留意しなければならない。

(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―

さて、これまで本稿で行ってきた議論は、主として高年齢者雇用安定法九条に関する法解釈論および立法論の双方

を対象とするものであって、定年とか雇用継続とかいったあくまで企業内の雇用をめぐる問題、すなわち内部労働市場を前提としたものであった。しかし、高年齢者雇用の問題を考える場合、このような視点からのみの検討では不十分であつて、労働市場一般（外部労働市場）の問題も念頭に置きつつ論ずることが必要となると考えられる<sup>15)</sup>。たしかに、一社でキャリア展開を終える労働者にとっては、継続雇用、定年延長、あるいは定年廃止といった措置のみでよいかもしれないが、生涯現役で経験を生かして多様な企業や職場で（あるいは場合よつては独立して）キャリア展開をはかることを望む労働者にとってはそれでは不十分であろう（実際、将来においては後者のような労働者が増加することも十分に予想されるのである）。また、今後、経済のグローバル化の進展、経済競争の激化、経済構造・産業構造の変化により労働力の流動化が大きく進展したり、あるいは企業一社で一人の労働者の長期にわたるキャリア展開全般を支えることが困難となる時代がいずれ到来するともかぎらない。したがつて、今後は、高年齢者の雇用の安定（維持・継続）の重要性を踏まえつつ、併せて（外部）労働市場（転職市場）における高年齢者のキャリア展開ないし移動の促進をはかつていかなければならないであろう。具体的には、①高年齢者に関する、職業紹介・相談・アドバイス・カウンセリングシステム、雇用・就職情報提供システム、職業能力開発・職業教育訓練システム、転職・再就職支援給付・サポートシステムなどの確立・整備、②高年齢労働者の雇用・就業形態、労働条件、権利擁護・利益代表をめぐる法整備、③国家による高年齢者雇用を行う事業主に対する補助金や就労施設整備サポート、④産業構造改革なども含めた高年齢者にふさわしい雇用の開拓・拡大・創出などが必要となつてくるであろう。

また、雇用労働だけに限られず、それ以外にも高年齢者ももてる能力を発揮できるような形でキャリア転換ないしキャリア展開を行うことができるようなサポートや保護・助成のシステムを設けることも考慮すべきであろう。これはすでに(六)(3)で示した社会権理論をめぐる私見からすれば、自己決定生活権の理念に基づき労働者が自立的に独立し

て働きあるいは事業を行って生活の糧を得ることをサポートするためのルール整備ということで、憲法二五条一項の理念を踏まえて憲法二九条二項に基づき国家が法律を制定することを意味することになる。要は、このような法律ないし法ルールは憲法二五条一項の理念に基づく国民の自立的な生活展開サポートの一環をなすのであって、広い意味で社会法の一部を構成するものと解することができる。ちなみに、この場合、独立的とはいえ小規模ないし個人で活動ないし事業を行う高年齢者を労働者類似の者として一定の労働法的保護を及ぼすことを（政策的に）検討することも必要となってくると考えられる。

なお、これもすでに若干述べたことの繰り返しになるが、高年齢者雇用をめぐっては、ひとり労働法制や労働市場をめぐる改革のみならず、所得保障や生活保障の観点から年金や福祉も含めた社会保障システムないし社会保障法の改革、そして雇用の受け皿となる企業や労働者が独立して行う事業などをめぐる支援策も含めた経済政策・産業政策の高齢社会を見据えた展開も必要となってくるように思われる。したがって、今後は、広いビジョンからそれらを有機的に結びつけた総合的・体系的な政策が策定され、それに基づく適切かつ合理的な施策が講じられることが期待される場所である。そして、このような方向性をトータルに支え追求するという観点からも、自己決定に基づく自立的な生活展開のサポートという新たな視点に基づいて生存権を含めた社会権理論について総合的な形で根本的再検討・再構築を行うことが必要不可欠の作業となるのである。

ちなみに、以上での検討を踏まえるならば、労働法の一領域をなすとされる雇用保障法ないし労働市場法は、国家によるサービスや給付の提供という側面・特色を考えると、そのかなりの程度ないし範囲において社会保障法の定義ないしは概念に合致し、それと重畳・重複することになるといえよう。これは、たとえば、職業能力開発の提供・実施や各種の職業紹介・情報提供サービス、あるいは求職者支援制度などをみれば明らかであろう。つまり、雇用保障

法は労働権保障を具体化するのみならず、ワーキングライフのサポートという観点から生活保障を実現すべく国家がサービスや金銭の給付を行うという意味において社会保障法の一環をなすといつてもよいと考えられるのである。また、そもそも社会保険の一種を構成する雇用保険については従来から雇用保障法のみならず社会保険法として社会保障法の性格を併せもつとされてきたし、各種の職業紹介サービスを提供する職業紹介システムとも密接に結びついていくことはいうまでもないであろう。したがって、今後は、このような観点から、労働権行使や労働市場をめぐる労働法と社会保障法の関係を見直し、それらの協働、融合、連携を理論的のみならず具体的かつ実践的に追求すべきことが大きな課題の一つとなるであろうことも最後にここで補足的に述べておく。

### おわりに

以上で、二〇〇四年に改正され、二〇〇六年四月から施行されている高年齢者雇用安定法九条をめぐる解釈論的諸問題を総合的に論じてきた。この規定は急激に進展する高齢社会を背景に高年齢者雇用をめぐる問題に対処すべく設けられたものであり大きな意義と重要性を有するものであるが、同時に現実的にみて様々な問題や不十分な点を抱えており、必ずしも適切な法的装置となっていないとはいえない。そこで、本稿では、妥当性をもった方向でできるかぎりその瑕疵と欠陥と不十分さを治癒し埋めるべく詳細に解釈論を展開し、加えて将来を展望して立法論や政策論を提示した次第である。

また、併せて、若干とはいえ問題を社会保障法や労働市場改革と関連付けながら憲法論も含め論を展開できたことも一定の成果ではないかと思われる。これにより今後は職業生活からの引退をめぐる労働法と社会保障法の交錯について理論的かつ政策論・立法論的検討を行うことの重要性も明らかとなった。したがって、超高齢社会の現実を踏ま



え、これからも引き続きこの交錯問題につき、労働法・社会保障法の基礎をなす憲法規定の解釈論的再検討と歩調を合わせつつより妥当な方向性を探るべく総合的に研究を進めていきたいと考える。

さて、本稿の構想を練り始めたのが二〇〇五年、執筆を開始したのが二〇〇六年、本誌に「本稿の（一）」を掲載したのが二〇〇七年の一月であり、その後「本稿の（三）」までを連載したところ（二〇〇八年三月）で、新たに制定された労働契約法に対する解釈論的検討・対応、新たな労働法的諸問題の検討、そして生存権理念や社会保障法の再検討・再構築への取り組みに追われるなどの諸般の事情が存したことと、何にも増してもよりの筆者の怠惰により、五年半以上もの長きにわたって本稿の執筆作業を中断することとなった。誠に赤面の至りである。また、これまでもお読みいただいた方に対してご迷惑をおかけしたこともお詫び申し上げねばならない。ただ、そうはいっても、二〇〇八年に本稿全体の基本構想を全体的にコンパクトにまとめた別稿「65歳現役社会と高齢者雇用安定法」（小谷朋弘Ⅱ江頭大蔵（編）『高齢社会を生きる』（成文堂）所収<sup>16</sup>）を執筆しており、それと「本稿の（三）」までを併せ読めば筆者の全体構想と主張を一応はトータルな形で提示しているといえることができる。しかし、問題の重要性から、バラバラのまま別稿を継ぎ足すのではなく、とにかく全体的に一貫した形でひとまず本稿を完成させておくことの重要性を近年改めて痛感した。また、残された本稿部分は定年制の法的検討と今後の立法論的対応の方向性を示すものであってそれ自体ある程度の独立性が存するとともに現在においてもなお検討・考察を加えるべき意義を有しており、長期のプランクを経たいまでもテーマ的に一定のリアリティーを有するものであるといえる。また、完結編で展開すべき考えについても、複数の別稿において生存権や労働権の再検討、社会保障法・労働法体系の再構築などの作業を行うことを通じて、この間に筆者のなかでさらに大きな理論的展開・進展をみた。これらのことから、恥ずかしながら、（構想開始から実に八年余りを経ることとなつてしまったのだが）ここで遅ればせながらあえて完結編の執

筆作業を再開することとした次第である。

ただ、(最後に「本稿の(三二)」を公表してから)五年半以上にわたるブランクの影響は思った以上に大きく、その中断の間に、高齢者雇用安定法九条をめぐるのは、①激しく議論がなされて多くの優れた論稿が公にされることで目覚ましい理論的展開・進展をみた結果、理論状況が一新されて精緻化・高度化する<sup>17)</sup>とともに、②様々な形で紛争が生じ、それに関して多くの裁判例が出され新たに重要な論点提示がなされることとなった。そのうえ、③二〇一二年八月には労使協定に基づく基準により継続雇用制度の対象から労働者を排除することができなくなる方向で高齢者雇用安定法九条をめぐる法改正がなされるに至った。たしかに、五、六年前に「本稿の(一)から(三)まで」で筆者が主張したところはいまだ現状においてもなお基本的に一定妥当する可能性を有すると考えるところではあるが、いまからみれば、それらの部分はあくまで議論の初期の段階における問題提起ないし荒削りの試論・エスキースの域を出ていないといわざるをえず、しかも、新たな理論展開の状況を反映したものでも、また多様な重要論点すべてに適切に対応したものでもなく、若干色あせ、かつ古臭いものとなってしまっている(特に、次なるステップに向けての法改正のあり方を論ずる立法論的部分についてそれがストレートにあてはまるといえることができる)ことも事実である(加えて、この間―特に、「本稿の(二)」が出た二〇〇七年一月以降―に、高齢者雇用安定法とも一定の関連性を有すると思われる、労働契約法の制定・改正、労働者派遣法の改正、パート労働法の改正、最低賃金法の改正などがみられ労働法に関する制定法の状況・環境にも大きな変化が生じている)。しかも、論述および全体的な構成の都合上、きわめて残念ながら、この「本稿の(四・完)」においては以上①から③の大きな状況の変化に正面から言及し検討を加えることはできなかった。もつとも、上記のうち③については「本稿の(四・完)」において注で言及することで何とか補い(注(12)を参照)、②については判例研究「継続雇用制度の基準を満たす定年労働

者に対する再雇用拒否とその法的救済」(津田電機計器事件・最一小判平二四・一一・二九労判一〇六四号一三頁の検討)という形で別稿においてその概略と法的論点をできるかぎり①とも関連させつつコンパクトな形で網羅的にフォローしておいた。また、①、②、③につき、二〇一二年に刊行した拙著『基本労働法Ⅰ』(成文堂)で簡潔な形ではあるがトータルな形で触れておいた<sup>20)</sup>(ただし、③については同書刊行の時期的な関係からその方向性のみ指摘となっている)。言い訳めくが、これにより五年半以上にわたる中断による問題状況分析の欠落・ブランクを極めて不十分かつ不完全にはあるもののほんのわずかなりでも補い繕うことができたことは幸いである。ご面倒でも併せてこれらについてもご一読をお願いする次第である。なお、特に①については、「本稿の(一)から(三)まで」の公刊後にかなり大きく重要な理論展開がなされてきており、しかも「本稿の(一)から(三)まで」で論じたことと密接に関連するため、本稿での筆者のスタンスや問題意識を踏まえて最初から本格的かつ根本的により妥当性を有する形で検討・考察を加え直すことが必要かつ急務となっている。したがって、筆者としては、とにかく今回このような形で何とか一応完成にこぎつけることができた本稿を基礎としつつ、今後、新たな理論状況を総合的かつ丹念に分析・検討して全面的に見直しを行い、いずれ本格的な形で再構成の作業に取りかかりたいと考えている。

ともあれ、紆余曲折の末、恥ずかしながら以上をもつてなんとか一応本稿は完結した。

- (1) 定年制をめぐる議論状況をコンパクトにまとめるものとして、西村健一郎ほか『労働法講義3 労働者保護法』[新版](一九九〇年、有斐閣)三八二頁以下(今野順夫執筆)、矢野昌浩「定年制」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)一七一―一七二頁。併せて、蓼沼謙一「定年」石井照久Ⅱ有泉亨(編)『労働法大系 第5巻 労働契約・就業規則』(一九六三年、有斐閣)二〇二頁以下、横井芳弘「定年制と労働契約(1)」、「労働判例一九九号(一九七一年)一〇頁以下、同誌二二〇号(一九七一年)一〇頁以下、今野順夫「休職・退職・定年」日本労働法学会(編)『現代労働法講義 10 労働契約・

就業規則」(一九八二年、総合労働研究所)一九〇頁以下も参照。また、日本労働法学会誌五六号(一九八〇年)のシンポジウム特集「定年制の法理」が公務員の定年制や雇用政策、社会保障法との関係も含めて総合的に定年制を検討している。ちなみに、以下本文での検討は、定年制のうち、主として特に民間企業で広く普及しているところの、一定の年齢到達をもって自動的に雇用関係が終了する定年退職制を念頭に置いていることを念のためここで確認しておく。なお、定年年齢到達を解雇事由とする定年解雇制については、解雇権濫用法理が法定化された現在においては、労働契約法一六条に即して合理性のテストと相当性のテストを踏まえその有効性が一定厳格に判断されることになるのではないかと考えられるが、これをめぐる検討は他日を期すこととしたい。

(2) 代表的なものとして、木村五郎「定年制をめぐる法的問題」日本労働法学会誌五六号(一九八〇年)二〇頁以下。

(3) 三井正信「労働権の再検討と労働法システム」根本到ほか(編)『西谷敏教授古稀記念論文集(仮題)』(二〇一三年一月刊行予定、日本評論社)参照。

(4) 年齢差別については、さしあたり、清家篤『生涯現役社会の条件』(一九九八年、中央公論社)、同『エイジフリー社会を生きる』(二〇〇六年、NTT出版)、森戸英幸『いつでもクビ切り社会 「エイジフリー」の罫』(二〇〇九年、文芸春秋)、柳澤武「雇用における年齢差別の法理」(二〇〇六年、成文堂)、同「年齢差別」森戸英幸・水町勇一郎(編著)『差別禁止法の新展開』(二〇〇八年、日本評論社)一三二頁以下、山川和義「年齢差別禁止の特徴と規制の方向性」日本労働法学会誌一一七号(二〇一一年)四九頁以下などを参照。ちなみに、これらの文献は、定年が年齢差別に該当するとしても、労働者が年金支給と引き換えに自己決定に基づき一定年齢で職業生活を引退するという方向を併せて追及すべきことを示唆しており、この点については、本文でも後に若干言及することとする。なお、以上については、後掲注(12)・注(13)で挙げた文献も併せて参照のこと。

(5) 木村五郎「民間企業における定年制の存在理由を疑うべき絶好のチャンスについての考察」平成法学三三(一九九八年)二〇〇九、有斐閣。

(6) 以下の記述は、基本的に、三井正信「定年制と被用者年金の関係について」労働法律旬法一一七八号(二〇一二年)四一五頁を基礎としつつ、その論旨を一定詳細に敷衍するものである。

(7) 三菱樹脂事件・最大判については、さしあたり、中窪裕也「採用の自由」村中孝史・荒木尚志(編)『労働判例百選[第8版]』二四一―二五頁、井村真己「試用期間」同書二八―二九頁を参照。なお、同判決の基礎およびその問題点について、詳しくは、三井正信『基本労働法Ⅰ』(二〇一二年、成文堂)八九頁以下。

- (8) 秋バス事件・最大判の就業規則法理に関して根本的な検討を加える近年の業績として、三井正信「労働契約法九条についての一考察」広島法学三六巻四号(二〇一三年)一頁以下。なお、同判決については、併せて、三井正信「就業規則」法学セミナー六〇二号(二〇〇五年)一二頁以下、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4版)』(二〇〇九年、法律文化社)一三六九頁以下、同「労働条件の変更(1)」石田眞ほか(編)『ロースクール演習 労働法(第2版)』(二〇〇九年、法学書院)一四四頁以下も参照。
- (9) 日本の雇用慣行を基礎とした判例の労働契約法理の基本的特徴については、三井正信『現代雇用社会と労働契約法』(二〇一〇年、成文堂)五頁以下、同・前掲注(7)書二二―一三頁、二二―一六頁。
- (10) 三井・前掲注(7)書二七〇―二七二頁。
- (11) 定年年齢が公的年金の支給開始年齢と一致していることを条件に定年制を有効とするものとして、荒木誠之「定年制をめぐる法的問題」法政研究三八巻二―三―四号(一九七二年)三八一頁以下がある。定年により保護が労働権から生存権へ移動するという視点も含めて本稿および注(6)の拙稿で展開した私見の先駆をなすものとして注目される。
- (12) 二〇一二年になされた高齢者雇用安定法改正の概要は以下の通りである。
- 改正の中心は、①継続雇用制度につき、対象となる高齢者につき事業主が労使協定により定める基準により限定できる仕組み(これまでの高齢者雇用安定法九条二項)を廃止するというものであり、希望者全員継続雇用の原則をストレートに貫徹させようとの狙いがある。ただ、法改正後においても継続雇用制度の対象から一部の者はずすことができることにし、その対象となる者に關し「心身の故障のため業務の遂行に堪えない者等の継続雇用制度における取扱い」を厚生労働大臣の指針という形で定めるといものとなっている(高齢者雇用安定法九条三項)。これに基づき、二〇一二年一月九日に「高齢者雇用確保措置の実施及び運用に関する指針」(平成二四・一・九厚労告五六〇号)が公表され、「心身の故障のため業務に堪えられないと認められること、勤務状況が著しく不良で引き続き従業員としての職責を果たし得ないこと等就業規則に定める解雇事由又は退職事由(年齢に係るものを除く。以下同じ)に該当する場合には、継続雇用しないことができる。」「就業規則に定める解雇事由又は退職事由と同一の事由を、継続雇用しないことができる事由として、解雇や退職の規定とは別に、就業規則に定めることもできる。また、当該同一の事由について、継続雇用の円滑な実施のため、労使が協定を締結することができる。なお、解雇事由又は退職事由と異なる運営基準を設けることは、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(平成二四年法律第七八号。以下「改正法」という。)

の趣旨を没却するおそれがあることに留意する。」と規定している。なお、この法改正が行われた背景の一つに、二〇一三年から老齢厚生年金の報酬比例部分の支給開始年齢が順次段階的に六〇歳から六五歳に引き上げられることにもない職もなく無年金となる者を出さないという配慮があり、したがって、この段階的引き上げに連動した経過措置が設けられている(改正法附則三項)。具体的には、法施行までに労使協定で基準を設けている事業主については、二〇一五年三月三十一日までは改正前の旧九条二項(過半数代表との労使協定により基準を設けて継続雇用制度の対象者を選抜することができる)の規定が効力を有するものとされるが、選抜の対象年齢が次のように段階的に引き上げられる。すなわち、二〇一六年三月三十一日までは六一歳以上、二〇一九年三月三十一日までは六二歳以上、二〇二二年三月三十一日までは六三歳以上、二〇二五年三月三十一日までは六四歳以上の労働者を基準に基づく選抜の対象とすることができることとされる。

そして、法改正には、それ以外にも、②継続雇用制度の対象となる高年齢者が雇用される企業の範囲をグループ企業(当該事業主の雇用する高年齢者であつてその定年後に雇用されることを希望するものをその定年後に当該特殊関係事業主が引き続いて雇用する契約を締結し)た特殊関係事業主(当該事業主の経営を実質的に支配することが可能となる関係にある事業主その他の当該事業主と特殊の関係にある事業主として厚生労働省令で定める事業主)・・具体的には、当該事業主の子法人等、当該事業主を子法人等とする親法人等、当該事業主を子法人等とする親法人等の親法人等、当該事業主を子法人等とする親法人等の親法人等、当該事業主を子法人等とする親法人等の親法人等、当該事業主を子法人等とする親法人等の親連法人等)にまで拡大する仕組みを設けること(高年齢者雇用安定法新九条二項)・なお、以上につき、詳しくは、併せて、高年齢者雇用安定法施行規則四条の三も参照)、③義務違反の企業に対する公表規定(企業名公表制度)の導入(高年齢者雇用安定法一〇条三項)、④「高年齢者等職業安定対策基本方針」の見直し等として、雇用機会の増大の目標の対象となる高年齢者を六五歳以上の者にまで拡大するとともに所要の整備を行うことなどが盛り込まれている。

ちなみに、二〇一二年改正高年齢者雇用安定法について、より詳しくは、さしあたり、山川和義「高年齢者雇用安定法の解説」法学教室三八八号(二〇一三年)四八頁以下、新谷真人「六五歳雇用の意義を考える」労働法律旬報一七八八号(二〇一三年)四一五頁、柳澤武「新しい継続雇用制度」労働法律旬報一七八八号(二〇一三年)六頁以下、特集「高齢者雇用の時代と実務の対応」高年齢者雇用安定法の改正」ジュリスト一四五四号(二〇一三年)所収の座談会や諸論稿などを参照。また、二〇一二年になされた雇用関係法改革という位置づけのもと、労働者派遣法改正、労働契約法改正と併せて高年齢者雇用安定法の改正をその背景や経緯も含めて総合的かつコンパクトに解説・検討するものとして、三井正信「雇用関係法改革のいま」鳥谷部茂Ⅱ片木晴彦Ⅱ三井正信ほか

- (編)『現代民法改革の動向Ⅳ』(二〇一三年、成文堂)二二七頁以下。
- (13) 高齢者雇用の法政策を検討し今後の総合的展望を述べるものとして、濱口桂一郎「高齢社会と労働法政策」岩村正彦(編)『高齢化社会と法』(二〇〇八年、有斐閣)一六五頁以下、同「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、同「定年・退職・年金の法政策」季刊労働法二二五号(二〇〇六年)一七五頁以下、同「高齢者雇用法政策の現段階」季刊労働法二二六号(二〇一二年)一八八頁以下。なお、新たな観点から再検討した労働権保障の意義を踏まえて、この問題をめぐる今後の法的課題に簡潔に触れるものとして、三井・前掲注(3)論文参照。
- (14) 以下の記述は、基本的に、三井正信「生存権理念の再検討と社会法の新体系」労働法律旬報一七三四号(二〇一〇年)四一五頁、同「生存権理念の再検討と社会保障法体系の再構築」修道法学三四卷一号(二〇一一年)一頁以下で示した理論展開を本稿のテーマに即して具体的に敷衍するものである。この点については、三井・前掲注(3)論文でも労働法全般に関して検討を加えている。
- (15) 以下の記述は、基本的に、三井正信「65歳現役社会と高齢者雇用安定法」小谷朋弘・江頭大蔵(編)『高齢社会を生きる』(二〇〇八年、成文堂)一六五頁以下で行った検討を本稿のテーマに即して敷衍するものである。
- (16) 三井・前掲注(15)論文一四五頁以下。
- (17) その到達点として、さしあたり、日本労働法学会誌一一四号(二〇〇九年)のシンポジウム特集「高齢者雇用安定法をめぐる法的問題」所収の諸論稿を参照。
- (18) この点について、さしあたり、原昌登「高年法に基づく継続雇用制度をめぐる判例の整理とその課題」季刊労働法二二六号(二〇一二年)一一三頁以下。併せて、三井・後掲注(19)評釈も参照。
- (19) 三井正信「継続雇用制度の基準を満たす定年労働者に対する再雇用拒否とその法的救済」『新・判例解説 Watch』(速報判例解説)vol.13(二〇一三年、日本評論社)所収。
- (20) 三井・前掲注(7)書二七三―二七五頁。