



Title	労働法における公法上の義務
Author(s)	小嶋, 典明
Citation	阪大法学. 2008, 58(3,4), p. 35-64
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54921
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

労働法における公法上の義務

小 寫 典 明

一 はじめに

二 法令解釈をめぐる判例・通説への疑問

- 1 規定内容の違いを無視すべきではない
- 2 使用者の義務Ⅱ私法上の義務ではない

三 公法上の義務と労働判例

- 1 団体交渉義務と労働委員会の救済命令
- 2 除外認定と解雇予告手当の支払い義務

四 高齢者雇用安定法と公法上の義務

- 1 高齢者雇用確保措置とその履行確保
- 2 継続雇用制度導入義務とその法的性格

一 はじめに

「これは日本語ではない」。昭和六二年の法改正（同年九月二十六日法律第九九号、六三年四月一日施行）により、労働基準法がその附則二三四条（現行二二六条）で「使用者は、第二十九条第一項から第二項までの規定による有

給休暇を取得した労働者に対して、賃金の減額その他不利益な取扱いをしないようにしなければならない」と規定したとき、思わず頭に浮かんだのはこの一言であった。

たしかに、それまでも、事業附属寄宿舎規程二五条の二第二項のように、「汚水及び汚物は、寝室、食堂及び炊事場から隔離された一定の場所において露出しないようにしなければならない」（昭和三〇年二月五日労働省令第五号により追加）と定めた労働関係法令はあった。⁽¹⁾ また、権衡（均衡）を「失しないようにしなければならない」といったように、「い」とか、「競合しないようにしなければならない」「濫用しないようにしなければならない」といったように、これと同様の表現を用いた法令は、地方自治法（二条六項、一八〇条の五第四項、二八一条の二第三項）や、地方税法（一四七条五項、四四四条三項）、宗教法人法（一八条五項）をはじめとして、現在でも相当数存在する。そこに日本語としての違和感はあまり感じられない。

他方、右にみた労働基準法の規定の場合、「不利益な取扱いをしてはならない」とまでは強くいえないものの、「不利益な取扱いをしないように努めなければならない」では弱すぎると考えた立法者（法制官僚）が、禁止規定と努力義務規定の中間を狙って「不利益な取扱いをしないようにしなければならない」との表現をひねり出したことは容易に想像できる。⁽²⁾ しかし、日本語としてはどこかしつくりとこない。それが大方の感想であろう。

「労働基準法二三四条が、使用者は年次有給休暇を取得した労働者に対して賃金の減額その他不利益な取扱いをしないようにしなければならないと規定していることからすれば、使用者が、従業員の出勤率の低下を防止する等の観点から、年次有給休暇の取得を何らかの経済的不利益と結び付ける措置を採ることは、その経営上の合理性を是認できる場合であっても、できるだけ避けるべきであることはいうまでもないが、右の規定は、それ自体としては、使用者の努力義務を定めたものであって、労働者の年次有給休暇の取得を理由とする不利益取扱いの私法上の

効果を否定するまでの効力を有するものとは解されない。また、右のような措置は、年次有給休暇を保障した労働基準法三九条の精神に沿わない面を有することは否定できないものではあるが、その効力については、その趣旨、目的、労働者が失う経済的利益の程度、年次有給休暇の取得に対する事実上の抑止力の強弱等諸般の事情を総合して、年次有給休暇を取得する権利の行使を抑制し、ひいては同法が労働者に右権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められるものでない限り、公序に反して無効となるとすることはできないと解するのが相当である」。

最高裁は、このように述べる（沼津交通事件Ⅱ最一小判平成五・六・二五民集四七巻六号四五八五頁）が、努力義務規定であると判断した以上、これに私法上の効力まで認めることができないのは当然である。ただ、このことが使用者の行為（法律行為）をそれだけでは直ちに有効とするものではないのと同様、禁止規定という体裁を仮にとったとしても、当該規定に違反する使用者の行為が即無効になるといえるほど、コトは単純ではない。

法令を無視した解釈はもとより許されないとはいえ、義務規定か努力義務規定かといった法令の体裁がすべてを決めると即断することにも問題はあある。しかし、法令の内容が事実上無視されることもあれば、その体裁を過度に重視した短絡的な見方が勢いを得ることもある。以下にみるように、それが現実なのである。

二 法令解釈をめぐる判例・通説への疑問

1 規定内容の違いを無視すべきではない

最高裁は、出勤率が九〇％以上あることを賞与の支給要件として規定した就業規則条項の効力等が争われた最近のケース（東朋学園事件Ⅱ最一小判平成一五・一二・四判時一八四七号一八一頁）において、次のように述べる。

「本件九〇％条項は、労働基準法六五条で認められた産前産後休業を取る権利及び育児休業法一〇条を受けて育児

休職規程で定められた勤務時間の短縮措置を請求し得る法的利益に基づく不就労を含めて出勤率を算定するものであるが、……労働基準法六五条及び育児休業法一〇条の趣旨に照らすと、これにより上記権利等の行使を抑制し、ひいては労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合に限り、公序に反するものとして無効となると解するのが相当である」。

この判決においては、先にみた沼津交通事件を含む三件の判例が引用されており、法令による権利保障等の趣旨を実質的に失わせるかどうかを公序違反の成否（私法上の効力の有無）の判断基準とする判例の考え方は、もはや確立したものであるといえる。しかし、本件で問題となった産前産後休業の取得または育児休業に代わる勤務時間の短縮措置については、そのいずれに関しても、少なくとも事件当時（平成六年～七年）には、使用者による不利益取扱いを禁止した規定はおろか、そうした不利益取扱いをしないよう、使用者に努力義務を課した規定さえ存在していなかったという事実にも、やはり目を向ける必要がある。

現在の育児・介護休業法一〇条は「事業主は、労働者が育児休業申出をし、又は育児休業をしたことを理由として、当該労働者に対して解雇その他不利益な取扱いをしてはならない」と規定しているが、事件当時の育児休業法は「事業主は、労働者が休業申出をし、又は育児休業をしたことを理由として、当該労働者を解雇することができる」（旧七条）と定め、育児休業についても解雇のみを禁止するものとどまっていた。

これが不利益取扱い禁止規定に改められるのは、平成二三年の育児・介護休業法改正（同年一月一六日法律第一一八号、即日施行）以降のことであり、同様の事情は産前産後休業についてもみられる。つまり、産前産後休業の請求・取得を理由とする解雇に加え、その他の不利益取扱いが法律上禁止されるようになったのは、これよりもさらに遅く、平成一八年の男女雇用機会均等法の改正（同年六月二日法律第八二号、翌一九年四月一日施行）を

待たなければならなかったのである（均等法の旧八条三項と現行九条三項を比較参照）。

他方、本件事件当時の育児休業法も、その一〇条で育児休業に代わる勤務時間の短縮等の措置を事業主の義務として規定していたが、その内容は「事業主は、その雇用する労働者（日々雇用される者を除く。以下この条及び次条において同じ。）のうち、その一歳に満たない子を養育する労働者で育児休業をしないものに関して、労働省令で定めるところにより、労働者の申出に基づく勤務時間の短縮その他の当該労働者が就業しつつその子を養育することを容易にするための措置を講じなければならない」と定めるものとどまり、事業主に対してこのような措置を講じるよう請求する権利を、労働者に直接認めたものではなかった。

こうした法令の規定内容は、現在の育児・介護休業法（二三条一項）においても基本的に維持されており、勤務時間の短縮等の措置については、当該措置の請求ないし利用を理由とする不利益取扱いに言及した規定を依然として欠いたまま、現在に至っている。

このように、産前産後休業や勤務時間の短縮措置については、不利益取扱いを禁止したり、事業主の努力義務としてこれを防止する規定を設けないことが過去または現在における立法者の意思であったと考えられるが、裁判所はこれまで、こうした法令に立法者の意思を考慮せずに、その判断を行ってきたといえる。

たしかに、権利保障等の趣旨を実質的に失わせるかどうかをもっぱらその判断基準とする判例の考え方は、一面でわかりやすいというものの、それでは不利益取扱いの禁止規定や努力義務規定を法令に置く意味がなくなってしまう。このような法令無視にも等しい姿勢を裁判所がとることは、国会が「国権の最高機関」であること（憲法四一条）を考えても、決して望ましいことではない。今日においても、不利益取扱いが明文を以て禁止されているか否かという点で、産前産後休業や育児・介護休業と勤務時間の短縮措置との間には明確な違いがある。そうした

違いにどこまで目を配るのか。このことが今、裁判所には問われているといえよう。

2 使用者の義務Ⅱ私法上の義務ではない

右にみた平成一八年の法改正により、男女雇用機会均等法は、その六条で以下のように定めることになる。

第六条 事業主は、次に掲げる事項について、労働者の性別を理由として、差別的取扱いをしてはならない。

- 一 労働者の配置（業務の配分及び権限の付与を含む）、昇進、降格及び教育訓練
- 二 住宅資金の貸付けその他これに準ずる福利厚生の措置であつて厚生労働省令で定めるもの
- 三 労働者の職種及び雇用形態の変更

四 退職の勧奨、定年及び解雇並びに労働契約の更新

本条については、これを強行規定（私法上の効力規定）と解するのが通説といえるが、⁽⁵⁾ 本条にそういえるのか、筆者には大いに疑問がある。差別的取扱いとして禁止される事項の範囲があまりにも広いからである。禁止事項の範囲が広くなればなるほど、法的にこれを強制することは困難になる。その好例といえるものが「使用者は、炭鉱災害による一酸化炭素中毒症にかかった労働者の労働条件について、その者が当該一酸化炭素中毒症にかかった者であることを理由として一切の差別的取扱いをしてはならない」と定める「炭鉱災害による一酸化炭素中毒症に関する特別措置法」四条の規定である。

「一切の差別的取扱いをしてはならない」との定めは、訓示規定としての意味は持ち得ても、それ以上の意味は持たない。⁽⁶⁾ 均等法六条の場合、ここまで極端な規定ではないものの、判例の蓄積を通じて公序違反との判断が確立している男女別定年制等を除き、そこに掲げられた禁止事項のすべてを性別を理由とするというだけで無効とする

ことには無理がある。たとえば、女性労働者については、原則として深夜にわたる業務には配置せず、遠隔地への配転を行わない、といった方針を労使で取り決める可能性は現在でも十分にある。そのような取決めまで、一号違反を理由に直ちに無効と考えるのは、行き過ぎというほかはない。

均等法には、独立した章として「紛争の解決」について規定した第三章が設けられており、都道府県労働局長による助言・指導・勧告のほか、紛争調整委員会による調停という行政型ADRが用意されている。同法六条に列挙された差別的取扱いについても、こうした紛争解決システムを通じて、禁止の実効を図ることが本来は望ましい。差別的取扱いとはいっても、法律行為ではなく、事実行為に該当する行為が少なくないことを考えれば、なおさらである。

差別的取扱いの事例を列挙した大臣告示である「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」（平成一八年一〇月一日厚生労働省告示第六一四号）を読んでも、その判断には現場を知る者の土地勘が必要ことがわかる。このような微妙な判断をあげて裁判所に委ねることは、およそ不可能という以外にないのである。

行政型ADRによる紛争解決システムは、平成二〇年四月一日に施行された改正パートタイム労働法においても均等法に倣う形でこれが採用されており（同法第四章を参照）、次のように規定する同法一二条一項についても、そこで事業主が「講じなければならない」とされた通常の労働者への転換を推進するための措置は、基本的には、この行政型ADRによる履行確保を前提としたものと考えてよい。

（通常の労働者への転換）

第十二条 事業主は、通常の労働者への転換を推進するため、その雇用する短時間労働者について、次の各号のい

ずれかの措置を講じなければならない。

一 通常の労働者の募集を行う場合において、当該募集に係る事業所に掲示すること等により、その者が従事すべき業務の内容、賃金、労働時間その他の当該募集に係る事項を当該事業所において雇用する短時間労働者に周知すること。

二 通常の労働者の配置を新たに行う場合において、当該配置の希望を申し出る機会を当該配置に係る事業所において雇用する短時間労働者に対して与えること。

三 一定の資格を有する短時間労働者を対象とした通常の労働者への転換のための試験制度を設けることその他の通常の労働者への転換を推進するための措置を講ずること。

2 略

たしかに、義務規定の体裁をとっているとはいうものの、それは私法上の義務まで事業主に課したものではない（したがって、短時間労働者が当該義務の履行を事業主に請求することはできない）。そこに規定された事業主の義務は、あくまでも公法上の義務にとどまる。こう考えるべきなのである。

三 公法上の義務と労働判例

権利は、通常、法令または契約をその根拠とする。労働法の世界もその例外ではない。仮に就業規則や労働協約に定めがあれば、労働契約の内容となるこれらの規則等に基づいて、労働者はその権利を主張できる。とはいえ、そうした定めがない場合、法令に使用者の義務規定が存在するというだけでは、労働者が権利を主張できるとは限らない。このような権利主張が認められるのは、法令が公法上の義務ではなく、私法上の義務まで使用者に課した

といえる場合に限られるからである。

ただ、法令に定める使用者の義務が、私法上または公法上の義務のいずれに属するかを見分けるのは、いうほどに簡単ではない。たとえば、全体としては強行法規であること疑いを容れない労働基準法にも「出来高払制その他の請負制で使用する労働者については、使用者は、労働時間に応じ一定額の賃金の保障をしなければならない」と定めた二七条のように、法律自体が保障給の額や計算方法を規定していないことから、就業規則等（労働契約）に保障給の定めがない場合には、労働者は「保障給を受給する権利を有しない」と解されているものもある。⁽⁷⁾

たしかに、法令規定の性格を考える場合、罰則の有無が決め手となる場合はある。たとえば、最高裁はある判例（医療法人新光会事件Ⅱ最三小判昭和四三・四・九民集二巻四号八四五頁）のなかで、次のように述べる。

「不当労働行為たる解雇については、旧労働組合法（昭和二〇年二月三日法律第五一号）においては、その一条によりこれを禁止し、三三条に右法条に違反した使用者に対する罰則を規定していたが、現行労働組合法（昭和二十四年六月一日法律第一七四号）においては、その七条一号によりこれを禁止し、禁止に違反しても直ちに処罰することなく、使用者に対する労働委員会の原状回復命令が裁判所の確定判決によって支持されてもなお使用者が右命令に従わない場合に初めて処罰の対象にしている（同法二八条）。しかし、不当労働行為禁止の規定は、憲法二八条に由来し、労働者の団結権・団体行動権を保障するための規定であるから、右法条の趣旨からいって、これに違反する法律行為は、旧法・現行法を通じて当然に無効と解すべきであって、現行法においては、該行為が直ちに処罰の対象とされず、労働委員会による救済命令の制度があるからといって、旧法と異なる解釈をするのは相当ではない」。

しかし、旧労働組合法が罰則を以て禁止していたのは、労働組合の正当な行為を理由とする不利益取扱いに限ら

れ（立法当初は、労働組合の組合員であることを理由とするものに限られていた）、使用者による団体交渉拒否や支配介入については、そもそもこれを禁止する規定が置かれていなかった。したがって、現行の不当労働行為禁止規定が憲法一八条に由来するものであったとしても、解雇に関する団交拒否や支配介入の事実が認められるというだけでは、当該解雇を直ちに無効とすることには無理がある。つまり、不当労働行為である解雇を無効ということができるのは、沿革的にも罰則を背景にこれが禁止された時代のあった不利益取扱いに該当する解雇に限られる。このように考えるのが妥当といえよう。

右の判決は、労働組合法七条一号が禁止する不利益取扱いについて、司法救済を認めず、労働委員会による行政救済を排他的な救済手段とする議論に終止符を打つものになったとはいえ、そうした議論がかつては有力なものとして存在したという事実も、やはり忘れてはならない。「労働組合法は第七条に掲げた使用者の行為につき、同法第二七条による労働委員会の行政処分としての救済を与えるべきことを規定しているのであって、第七条該当即無効という法律論をなし得ないものであること現行労働組合法制定当時から論ぜられて来ており、この点多言を要しない」。本件においても、上告理由はこのように述べる。

法律に定める禁止規定に違反する法律行為については、これを即無効と考える。そうした短絡的な見方に問題があることは、右の上告理由からも明らかというべきなのである。

1 団体交渉義務と労働委員会の救済命令

労働組合から組合員の労働条件について団体交渉の申入れがあれば、使用者はこれに応じる義務を負う。一般にこのことを指して団体交渉義務といい、正当な理由のない団体交渉拒否は、労働組合法（七条二号）もこれを不当

労働行為として禁止している。

憲法二八条が団体交渉権を明文の規定を以て保障していることもあって、かつてはこのような使用者の団体交渉義務に対応するものとして、「労働組合は使用者に対し団交に応ずべきことを請求する権利を有する」こと（団体交渉請求権）を端的に認めた判例（福井放送事件Ⅱ福井地決昭和四〇・六・二六労民集一六卷三三五五頁）もみられたが、こうした判例の流れを一変させたものに、次のように述べる東京高裁の決定（新聞之新聞社事件Ⅱ東京高決昭和五〇・九・二五労民集二六卷五号七二三頁）がある。

「労働組合法は、使用者が雇用する労働者の代表者と団体交渉をすることを正当な理由がなくて拒むことを不当労働行為として禁止し（七条二号）、この不当労働行為に対しては、労働委員会が使用者に対し団体交渉に応ずべきことを命ずることによりその救済が与えられ（二七条）、この救済命令を履行しない使用者に対しては刑罰又は過料の制裁が課せられる（二八条、三二条）ものとしているから同法七条二号の規定は、これより使用者は団体交渉を不当に拒否をしてはならないという公法上の義務を負うものとしているとわが国でできても抗告人が主張するような団体交渉権という私法上の権利を直接規定している実定法が存在しないのみならず、仮りにそのような権利を認め団体交渉の不当な拒否に対して、労働委員会による救済とは別途に、直接に裁判上の本案請求又は仮処分申請により団体交渉の拒否禁止又は応諾を求めうるものとしても、憲法上保障される私権としての団体交渉権の権利性を現行法上どう把握し、いわゆる団体交渉請求権なるものに対応すべき使用者の債務の給付内容をどのように特定するか、そして団体交渉の履行を法律上強制することの能否並びにその履行を裁判上強制してみたところではたして実効性を確保しうるかなど多くの困難な実践的解釈上の問題を生じ、到底憲法二八条ないし労働組合法七条が現行法上私法的な団体交渉請求権なるものを認めているとは解し難い。したがって、相手方が抗告人との団体

交渉を不当に拒否していると仮定してみても、そのことから労働組合法七条二号に基づく行政救済申立権が発生すること以上に、これにより使用者に対し交渉に誠意をもって応ずべき旨の作為を求める私法上の債権、すなわち具体的団体交渉請求権を取得したものととして直ちに相手方が抗告人に対して団体交渉に応ずべき私法上の義務が発生する筋合いではないといわなければならない」。

なるほど、本決定も「団体交渉権を不当に侵害する行為は、それ自体違法であり、損害賠償責任を生ぜしめるほか、法律行為においてはその効力を否定するにいたらしめるというべきである」とはいう。しかし、不当労働行為が直ちに不法行為となるものでないことはいうまでもなく、不当労働行為を構成する法律行為のすべてがそれだけの理由で無効と判断されるいわれもない。決定がこれに続けて「しかしたからといってこのことから直ちに憲法二八条の規定は、これによつて労使間の団体交渉に関する具体的な権利義務を設定したものであると解することはできない」と述べていること（先の引用部分はこの解釈を具体化したもの）からも明らかのように、右の判示部分は、むしろリップサービスに近い傍論というべきなのである。

また、労働組合が特定の事項について「団体交渉を求め得る地位にあることの確認を求める」訴えを提起した場合には、これに確認の利益を認めるのが、近年における最高裁の立場（国鉄「乗車証」事件Ⅱ最三小判平成三・四・二三労判五八九号六頁）となっているが、このことを以て、団体交渉義務が今日では私法上の義務として認められるに至っているといえ、それは明らかに言い過ぎであろう。

一口に使用者の義務といっても、その強弱や履行確保の手段には大きな違いがあり、法令が禁止規定や義務規定の体裁をとっているからといって、これを直ちに私法上の義務と解すべきではない。東京高裁の決定からもわかるように、団体交渉義務についても、それが公法上の義務として規定されたのは債務の特定が難しい等、司法判断に

はなじみにくい問題があったからであって、決して理由のないことではない。こうした事情にもきちんと目配りをする。その重要性を右の決定は教えてくれるのである。

なお、行政委員会である労働委員会が発する団交応諾命令等の救済命令は、文字どおり行政処分としての性格を有するものであり、このような「救済命令は使用者に国に対する公法上の義務を負担させるものであって、これに対応した使用者に対する請求権を労働組合に取得させるものではない」（ネスレ日本・日高乳業（第二）事件Ⅱ 一小判平成七・二・二三民集四九卷二号三九三頁）。判例上もこのように解されていることを、念のため付記しておきたい。

2 除外認定と解雇予告手当の支払い義務

労働基準法二〇条は、その一項で「使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少くとも三十日前にその予告をしなければならない。三十日前に予告をしない使用者は、三十日以上平均賃金を支払わなければならない。但し、天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合又は労働者の責に帰すべき事由に基いて解雇する場合においては、この限りでない」と定めるとともに、その三項で「前条第二項の規定は、第一項但書の場合にこれを準用する」として、但書所定の事由について行政官庁（所轄労働基準監督署長）の認定を受けなければならない旨を規定している。これを解雇予告の除外認定という。

また、これを受け、同趣旨の定めが就業規則等に設けられることも多いが、そのような場合であっても、労働基準監督署長の認定は解雇の効力要件をなすものではなく、「懲戒解雇が労働基準法第二〇条第一項ただし書に該当する場合に、使用者が労働基準監督署長の認定を受けることの公法上の義務を明らかにしたのにすぎないもの」

（八戸鋼業事件Ⅱ仙台高判昭和四〇・二・一一労民集一六卷一号九六頁）と一般には解されており、「同条第一項ただし書に該当する事由がある場合にはその解雇は有効」であって、「労働基準監督署長の認定を受けていないことの一事をもって、直ちにこれを無効と断定することはできない」（同上）ともされている。

ただ、除外認定を受けないことが解雇の効力に影響を与えないとしても、「懲戒解雇は、予告期間を設けることなく、即時解雇する。この場合において、所轄労働基準監督署長の認定を受けたときは、予告手当（平均給与の三〇日分）を支給しない」と定める就業規則の規定があり、かつ、現実にも除外認定を受けていなかったという場合においてまで、最近のある判例（豊中市不動産事業協同組合事件Ⅱ大阪地判平成一九・八・三〇労判九五七号六五頁）が述べるように「行政官庁の認定は、事実確認的な性質のものと解されるから、この認定を受けていなくとも解雇が『労働者の責めに帰すべき事由』に基づくものと認められる場合は、使用者は解雇予告手当の支払義務を負わない」とすることには、いさか疑問がある。

所轄労働基準監督署長の認定を受けることを予告手当不支給の要件として就業規則で定めた以上、使用者にはこれを私法上の義務とかどうかは別として、そうした約束（労働契約の内容）を守る義務がある。このことは労使関係のイロハであって、仮にそのような約束ができないのであれば、就業規則に定めなど置かないのが、使用者の本来とるべき姿勢というものであろう。⁽⁹⁾

なお、監督署長が解雇予告の除外を認めなかった場合（このような場合は、現実にもしばしばある⁽¹⁰⁾）、こうした不認定処分（除外認定拒否処分）を抗告訴訟の対象となる行政処分として争うことができるかどうかについては、判例の立場が分かれる。

たとえば、その肯定例としては「労働基準法」二〇条三項の除外の不認定は、即時解雇の効力の発生要件ではなく、

即時解雇の有効無効は、専ら解雇予告除外事由が客観的に存するか否かによって決せられるものと解されるから、右除外の不認定は、使用者と労働者との間の雇用契約上の権利義務に何らの影響も及ぼすものではない」としつつも、このことから「直ちに労働基準法二〇条三項の除外の不認定が、抗告訴訟の対象にならないというものではなく、右不認定が、これを受ける者（使用者）の法律上の地位に、具体的現実的な不利益を与える場合には、なお、抗告訴訟の対象となると解すべき」であるとして、「除外認定を受けずに即時解雇をすれば、たとえ客観的に即時解雇の要件が具備していて、その解雇が有効である場合でも、同法一九条一号によって、使用者は、六月以下の懲役又は五千元（現行三十万円——注）以下の罰金に処せられることとなる」ことを理由に「除外不認定があった場合、使用者は、処罰の危険を冒さなければ即時解雇ができない」という法的拘束を受けることになるから、右不認定処分は、使用者の法律上の地位に具体的現実的な不利益を与える行為といふべきである」として、不認定処分を抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるとしたもの（天王寺労基署長「日東玉飾」事件Ⅱ大阪地判昭和五七・一二・二〇労民集三三卷六号一一四九頁）がある。

とはいえ、一方では「抗告訴訟の対象となる公権力の行使に当たる行為とは、公権力の主体である国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいうのであるから（最高裁昭和三九年一〇月二九日判決・民集一八卷八号一八〇九頁参照）、そのような意味で国民の法律上の地位に直接の影響を及ぼすものとはいえない行為は、たとえ国又は公共団体が行う行為であっても抗告訴訟の対象とはならないものと解される」とした上で、次のように述べ、不認定処分が抗告訴訟の対象とならないとした、比較的最近の判例（上野労基署長「出雲商会」事件Ⅱ東京地判平成一四・一・三一訟務月報四九卷一一号三二八三頁）もある（なお、その控訴審決定に当たるとする東京高決平成一四・七・三〇訟務月報四

九卷一―号三二七六頁も、以下の判示部分についてはその全文を引用する。

「解雇予告除外事由の認定の制度は、解雇予告除外事由の存否に関する使用者の恣意的な判断を抑止するという、行政取締り上の見地から、使用者に対して解雇予告除外事由に該当する事実の存在についての行政官庁の認識の表示を受けるべきものとしたものであって、その認識の表示自体に直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することを認めているものではないと解される。したがって、解雇の効力は行政官庁による解雇予告除外事由に関する労働基準法二〇条三項、一九条二項の認定の有無・内容にかかわらず、専ら同法二〇条一項ただし書の定める客観的な解雇予告除外事由の存否によって決せられ、使用者は、不認定行為を受けた場合であっても有効に即時解雇することを妨げられず、反対に認定行為を受けた場合であっても、客観的に見て解雇予告除外事由が存在しないときは、即時解雇を有効なものとすることはできないこととなるものであり、そうとすれば、行政官庁による解雇予告除外事由の認定の有無・内容は、使用者の雇用契約上の地位に何らの影響を及ぼすものではないこととなる。

もっとも、使用者は、行政官庁による不認定行為にもかかわらず即時解雇を行えば、刑事手続に付されて刑罰に処せられる可能性の存することは、労働基準法一一九条一号の規定内容に照らして明らかであって、不認定行為があった場合、使用者は、労働基準法二〇条三項違反の罪により処罰を受ける危険を冒さなければ、即時解雇をすることができないという事実上の制約を受けることは否定できない。しかし、この場合においても、使用者が刑事手続に付されるか否かは何ら確定的なものではないし、仮に使用者が刑事手続に付された場合であっても、解雇予告除外事由の存在を主張して処罰を免れることが可能であって、不認定行為に従わないことのみをもって直ちに処罰を受けるものではないことからすれば、同法一一九条一号の規定内容との関係から見ても、不認定行為が使用者の

法律上の地位に直接の影響を及ぼすものとはいえないというべきである」。

罰則付きで半ば強制されても、その結果については裁判で争えない、という考え方には釈然としないものがあるが、監督署長から予告手当の支払いを指示された場合にも、それは勧告行為にすぎず、行政処分には当たらないという。「労働基準監督署長は行政処分を以て直接使用者及び労働者間の雇傭関係を消滅せしめ、又は使用者に対して賃金支払義務を負担せしめるような権限はこれを有しないのであって」、「被告のなした右指示は、被告が原告等と右訴外会社間の労働関係についての紛争を解決する為になした勧告行為にすぎないとみるべきもので、このような行為は何等直接国民の権利義務に影響を及ぼすような具体的法律効果を発生せしめるものではなく、本来行政処分としての性質を有しないのであるから、本件については抗告訴訟の対象となるべき行政処分は存在しないといわなければならない」(八代労働基準署長事件¹¹熊本地判昭和二六・五・七労民集二卷三三九頁)。かなり以前の判決ではあるが、このように述べる判例もある。

他方、今日の労働関係法令は、使用者の義務規定をこれに置く場合にも、罰則を伴うようなことはほとんどなく、その履行確保手段も行政官庁の助言や指導、勧告にとどめるのが通例となっている。勧告の実効を上げるために、勧告に従わなかった企業名を公表する規定が仮に加わることはあっても、それが限界となる¹¹。いわゆる雇用政策法の領域では、こうした傾向がとりわけ顕著にみられるといっても誤りではない。

勧告を受けた企業は多くの場合、将来を考えてこれに従うことになるが、監督署のからむは正勧告ですら、判例(敦賀労働基準署長「橋本商事」事件¹²福井地判昭和四五・九・二五訟務月報一七卷二七六頁)はその意義を次のように説く。「一般に是正勧告というのは、労働基準監督行政を実施した際に発見された法違反に対する行政指導上の措置であるに止まり、勧告をうけた者が自主的に是正することを、右是正勧告をした労働基準監督官として当

然期待するであろうが、たとえ勧告に従った是正をしないにせよ、何らの法的効果を生ずるものではない」。

実効確保のための勧告とはいっても、たかだかこの程度のものであり、使用者の義務が公法上の義務にとどまるというのも、このような世界を指しているのである。そうである以上、行政訴訟であろうと民事訴訟であろうと、いずれにせよ裁判にはなじまない。あるいは、こうもいうことができる。

四 高年齢者雇用安定法と公法上の義務

公法上の義務か、それとも私法上の義務か。前述したように、法令に定める使用者の義務がそのいずれに属するのを見分けるのは、それほど容易なことではない。決め手があるようで、決め手を欠く。それが現実でもある。しかし、雇用政策法の領域には、公法上の義務であることが明らかといえるものもある。たとえば、高年齢者等の雇用の安定等に関する法律（高年齢者雇用安定法）九条に規定する高年齢者雇用確保措置を講ずべき事業主の義務も、そうした例の一つに数えられる¹²⁾。

1 高年齢者雇用確保措置とその履行確保

高年齢者雇用安定法は、冒頭の一条において、同法の目的を次のように定める。「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、もっ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」。

高年齢者雇用確保措置について規定した同法九条は、この一条の前段に掲げられた「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」をそのまま章名として採用した同法第二章に、その定めが置かれており、前後の条文と併せてこれを引用すれば、次のようになる。

(定年を定める場合の年齢)

第八条 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。ただし、当該事業主が雇用する労働者のうち、高年齢者が従事することが困難であると認められる業務として厚生労働省令で定める業務に従事している労働者については、この限りでない。

(高年齢者雇用確保措置)

第九条 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

2 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。

(指導、助言及び勧告)

第十条 厚生労働大臣は、前条第一項の規定に違反している事業主に対し、必要な指導及び助言をすることができる。

2 厚生労働大臣は、前項の規定による指導又は助言をした場合において、その事業主がなお前条第一項の規定に違反していると認めるときは、当該事業主に対し、高年齢者雇用確保措置を講ずべきことを勧告することができる。

このうち、定年を定める場合の年齢が「六十歳を下回ることができない」と定めた八条については、これを強行規定と解することに異論はない。六〇歳定年制の定着に向け、定年の引上げに関する計画の作成を事業主に命じ、その変更勧告や適正実施勧告を行う権限を労働大臣（当時）に認め、これらの作成命令や勧告に従わなかった企業に対しては、企業名の公表をも辞さない¹³。六〇歳定年制の導入を事業主の努力義務として定めた時代にはあった、そうした「かなりの強力な行政措置」¹⁴も、その「義務化」と同時に役割を終えた。定年年齢が六〇歳を下回る場合には、これを端的に無効と解釈すればよい。高年齢者雇用安定法の改正経緯からは、そうした流れを読み取ることができるのである。

他方、高年齢者雇用確保措置を講じることを事業主の義務として規定した九条については、その履行確保措置について定めた一〇条と文字どおり一体のものとして、これを理解するのが最も素直な解釈といえる。しかも、履行確保のために用意された行政措置は、あくまでも厚生労働大臣の指導・助言・勧告にとどまり、そこでは企業名の公表も予定されていない。これを私法上の義務規定と解することは、およそ不可能というほかないのである。

このように、努力義務であるからといって、履行確保のための行政措置が義務規定の場合よりも劣るというわけ

では必ずしもない。また、右にみた高年齢者雇用安定法の目的規定や同法第二章のタイトルについては、高年齢者雇用確保措置（定年の引上げ、継続雇用制度の導入又は改善その他の当該高年齢者の六五歳までの安定した雇用の確保を図るために必要な措置）を講じることが事業主の努力義務として規定された平成一二年の法改正（同年五月一二日法律第六〇号。同年十二月一日施行）以降、その内容が変更をみないまま現在に至っており、高年齢者雇用確保措置の「義務化」は、これらの目的規定等に表示された同法の性格までは変えなかったという事実にも、やはり留意する必要がある。つまり、努力義務規定と義務規定との違いを過度に強調することは、同法の全体像をかつて見失わせることにもなりかねないのである。¹⁵⁾

なお、こうした事業主の義務と履行確保措置の関係は、高年齢者雇用確保措置の「義務化」が図られた平成一六年の法改正（同年六月一日法律第一〇三号）により、同時に新設された次のような規定にも、これを等しくみることができ（ちなみに、これらの規定は、平成一八年四月一日の高年齢者雇用確保措置の「義務化」に先行して、平成一六年十二月一日に施行された）。

（求職活動支援書の作成等）

第十七条 事業主は、厚生労働省令で定めるところにより、解雇等により離職することとなっている高年齢者等が希望するときは、その円滑な再就職を促進するため、当該高年齢者等の職務の経歴、職業能力その他の当該高年齢者等の再就職に資する事項（解雇等の理由を除く。）として厚生労働省令で定める事項及び事業主が講ずる再就職援助措置を明らかにする書面（以下「求職活動支援書」という。）を作成し、当該高年齢者等に交付しなければならぬ。

2 前項の規定により求職活動支援書を作成した事業主は、その雇用する者のうちから再就職援助担当者を選任し、

その者に、当該求職活動支援書に基づいて、厚生労働省令で定めるところにより、公共職業安定所と協力して、当該求職活動支援書に係る高年齢者等の再就職の援助に関する業務を行わせるものとする。

(指導、助言及び勧告)

第十七条の二 厚生労働大臣は、前条第一項の規定に違反している事業主に対し、必要な指導及び助言をすることができる。

2 厚生労働大臣は、前項の規定による指導又は助言をした場合において、その事業主がなお前条第一項の規定に違反していると認めるときは、当該事業主に対し、求職活動支援書を作成し、当該求職活動支援書に係る高年齢者等に交付すべきことを勧告することができる。

(募集及び採用についての理由の提示等)

第十八条の二 事業主は、労働者の募集及び採用をする場合において、やむを得ない理由により一定の年齢（六十歳以下のものに限り。）を下回ることを条件とするときは、求職者に対し、厚生労働省令で定める方法により、当該理由を示さなければならない。

2 厚生労働大臣は、前項に規定する理由の有無又は当該理由の内容に関して必要があると認めるときは、事業主に対して、報告を求め、又は助言、指導若しくは勧告をすることができる。

求職活動支援書の作成・交付義務や、募集・採用年齢に上限を設ける場合における理由の提示義務については、これが公法上の義務であること、疑問を差しささむ余地はない。だとすれば、高年齢者雇用確保措置についても、これと同様に考えるのが最も自然な解釈とすべきであろう。

2 継続雇用制度導入義務とその法的性格

先にみたように、高年齢者雇用安定法九条に規定する高年齢者雇用確保措置は、定年の引上げや定年の定め廃止をもその選択肢に含む。しかし、継続雇用制度の導入がその中心に位置することはいうまでもない。ここに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、当該高年齢者とその定年後も引き続いて雇用する制度」を指す（同条一項二号）が、こうした定義も同法の目的規定等と同様、平成一二年の法改正以降、その内容に変更をみないものとなっている（旧九条を併せ参照）。

また、高年齢者雇用安定法が事業主の義務として規定しているのは、条文を読めば明らかのように、あくまでもそうした継続雇用制度を導入する義務にとどまるのであって、特定の労働者を継続雇用する義務まで事業主に負わせるものではない。つまり、同法は、継続雇用に係る請求権（事業主に対して自身の継続雇用を求める権利）を労働者に認めたものでは決してないのである。

したがって、このような「義務」の性格から、当面、六〇歳で定年退職する労働者がいない企業においても、定年延長等の措置を講じなかった事業主には継続雇用制度を導入する義務があり、この義務に違反した事業主は厚生労働大臣の指導や助言、勧告を受けることになる。

たとえば、厚生労働省の作成になる「改正高年齢者雇用安定法Q & A（高年齢者雇用確保措置関係）」は、継続雇用制度に関するQ & Aの冒頭で、このことを明らかにして次のようにいう。ここにも、継続雇用制度導入義務の公法上の義務としての性格がよく表れている、ということができよう。

Q 1 平成一八年四月一日以降当分の間、六〇歳に達する労働者がいない場合でも、継続雇用制度の導入等を行わなければならないのでしょうか。

A 改正高年齢者雇用安定法においては、事業主に定年の引上げ、継続雇用制度の導入等の制度導入を義務付けているものであるため、当分の間、六〇歳以上の労働者が生じない企業であっても、平成一八年四月一日以降、六五歳（男性の年金支給開始年齢に合わせ男女とも同一の年齢）までの定年の引上げ、継続雇用制度の導入等の措置を講じていなければなりません。⁽¹⁶⁾

他方、継続雇用制度には無数のバリエーションが考えられることから、どのような制度を導入すれば、事業主がその義務を履行したことになるのかが明確ではないという問題もある。⁽¹⁷⁾ それゆえ、継続雇用制度の導入義務を公法上の義務であることを超えて、私法上の義務としても理解することには、先にみた団体交渉義務と同様に、こうした債務の特定性（給付内容を特定できない）という点においても、大きな難があるということになる。

なお、仮に事業主が、高年齢者雇用安定法に定めるいずれの高年齢者雇用確保措置も講じなかったという場合においても、当該措置を講ずべき事業主の義務がどのように公法上の義務にとどまる以上、その選択権が労働者の側に移転する（民法四〇八条）といったことはあり得ない。⁽¹⁸⁾

そうした極論（六五歳までの定年延長や定年制の廃止を事業主に事実上強制する議論）は、事業主に著しい無理を強いるばかりでなく、高年齢者の安定した雇用の確保をかえって危うくする。制度としての持続可能性をおよそ期待できないからである。思うに、高年齢者雇用確保措置（これを講ずべき事業主の義務）の履行確保に当たっては、このような政策的配慮こそ必要となる。こういった間違いではあるまい。

（一）なお、建設業附属寄宿舍規程七条の二（平成六年八月三十一日労働省令第三八号により追加）にも、同旨の規定が置かれている。

（二）平成二〇年の省令改正（同年二月二八日労働省令第四五号）により、労働基準法施行規則に六条の二が新設され、

過半数代表者に関する規定が整備されたとき、その第三項で「使用者は、労働者が過半数代表者であること若しくは過半数代表者になろうとしたこと又は過半数代表者として正当な行為をしたことを理由として不利益な取扱いをしないようにしなければならない」と定められたのも、同様の発想に立つものであったと考えられる。

(3) 沼津交通事件を除く引用判例は、エヌ・ピー・シー工業事件Ⅱ最三小判昭和六〇・七・一六民集三九卷五号一〇二三頁、および日本シェーリング事件Ⅱ最一小判平成元・一二・一四民集四三卷二一五号一八九五頁の二件であった。

(4) なお、育児・介護休業法二三条一項は、現在、次のように規定している。「事業主は、厚生労働省令で定めるところにより、その雇用する労働者のうち、その一歳（当該労働者が第五条第三項の申出をすることができる場合にあつては、一歳六か月。以下この項において同じ。）に満たない子を養育する労働者で育児休業をしないものにあつては労働者の申出に基づく勤務時間の短縮その他の当該労働者が就業しつつその子を養育することを容易にするための措置（以下この項及び次条第一項において「勤務時間の短縮等の措置」という。）を、その雇用する労働者のうち、その一歳から三歳に達するまでの子を養育する労働者にあつては育児休業の制度に準ずる措置又は勤務時間の短縮等の措置を講じなければならない」。このように、対象労働者や養育する子の範囲についてはその後拡大をみたものの、その性格は現在も変わっていないということができる。

(5) 菅野和夫『労働法・第八版』（弘文堂、平成二〇年）一五七頁のほか、下井隆史『労働基準法・第四版』（有斐閣、平成一九年）六四頁を参照。

(6) なお、「法文から受ける強い印象にもかかわらず、この規定には罰則が付いていない」（小寫「労働基準法制と規制のあり方」ジュリスト一〇六六号（平成七年五月）一七五頁以下、一七六頁）。構成要件がここまで広いと、罰則の付けようがなかったのであろう。

(7) 名古屋高判昭和三七・二・一四高民集一五卷一五五頁を参照。

(8) たとえば、「不法行為と不当労働行為の概念が異なり、両者はその趣旨目的及び成立要件を異にしているから、不当労働行為に該当したとしても不法行為になるものでないこと」は、判例も一般論としてはこれを認めている（『被告会社所論のとおりであるとする』。スカイマーク事件Ⅱ東京地判平成一九・三・一六判時二九六三号一四七頁）。また、この点に関連して、次のように述べる判例（JR東海事件Ⅱ東京高判平成一五・一一・六判時一八六一号一三二頁）もある。

「労働組合法は、労働者と使用者との実質的対等な労働力の取引交渉を集团的労働契約の締結を保障するために労働者の団体組織化の自由（団結権）と団交行動の自由（団体交渉権）を行政的手続の次元で保護するために、それらの自由を阻害する不当労働行為の排除、上記自由の回復等をするものである。

したがって、使用者による労働者の団結権の侵害があったとしても、不当労働行為として労働委員会等による行政的手続によって排除・回復の措置がとられるだけのことであって、民法上原則として取引の自由ないし取引交渉上の駆け引きの自由を認められている使用者が、それらの自由の下に行動し、そのために不当労働行為と評価されたとしても、直ちに不法行為が成立するものではない。

また、使用者が特定の労働者あるいは労働組合を嫌悪したり、労働力の取引交渉等において不平等扱いするとか他の労働組合を重視することは不当労働行為となっても、それが使用者の内部意思に止まっていて、外部的に差別等の現実結果を生じさせない限り、不法行為が成立するものではない。

ただ、使用者の不当労働行為が不当労働行為意思とは別の次元の民法上等の故意又は過失によって労働者の雇用契約上の財産的利益、名誉権等人格権、労働組合の財産的利益や信用など民法上等の法的利益を侵害し、賃金収入等の減少、組合員の名誉の毀損、組合費収入等の減少、組合の信用毀損による組合費の減少などの結果が生じたときに不法行為が成立するものと解すべきである。支配介入等の不当労働行為が、外形上のものに止まり、労働者や労働組合の抽象的な主観的な団結権を侵害しただけの場合は、そのみでは必ずしも損害が発生したとはいえず、不法行為は成立しないものと解すべきである」。

(9) たとえば、職員による「非違行為の程度が雇用関係を維持したいほどに重大であり、かつ、情状酌量の余地がない場合」に行う懲戒解雇について、大阪大学の就業規則が「予告期間を設けずに即時解雇する」とのみ規定しているのは、ここに理由がある（教職員就業規則三七条二項五号を参照）。

(10) 小寫「労働基準法の改正について」阪大法學五三卷三・四号（平成一五年一月）二二七頁以下、一四一一一四二頁を参照。なお、平成一四年から一八年までの五年間における解雇予告除外認定（労働者の責に帰すべき事由）の推移については、下表を参照。

年	申 請 件 数	認 定 件 数
平成一四年	二、三二〇件（二〇〇・〇）	一、八八九件（八一・八）
平成一五年	二、三八六件（二〇〇・〇）	一、九五四件（八一・九）
平成一六年	二、四二九件（二〇〇・〇）	二、〇二二件（八二・八）
平成一七年	二、五二九件（二〇〇・〇）	二、一三三件（八三・九）
平成一八年	二、五六八件（二〇〇・〇）	二、一一九件（八二・五）

（資料出所…『労働基準監督年報』各年版）

（11）労働者派遣法がその四九条の二第一項において、雇用契約の申込み義務（同法四〇条の四または四〇条の五）に違反した派遣先に対して、厚生労働大臣が「雇用契約の申込みをすべきことを勧告することができる」と定めるとともに、同条第三項において「その勧告を受けた者がこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる」と規定しているのは、そうした限界例の一つといつてよい。

ただ、この場合においても、雇用契約の申込み義務の履行を裁判で強制する（承諾の意思表示を以て、雇用契約が成立したとする）ことまでが認められているわけではない（これを認めると、雇用契約の締結を派遣先に事実上義務づけることになり、採用の自由と正面から抵触することになる）。

たとえば、最近のある判例（松下プラズマディスプレイ「バスコ」事件Ⅱ大阪地判平成一九・四・二六労判九四一号五頁）も、次のようにいう。労働者派遣法は雇用契約の申込義務を課してはいるものの、これが「直ちに、雇用契約の申込があったのと同じ効果までを生じさせるものとは考えられず（したがって、原告が承諾の意思表示をすることにより、直接の雇用契約が締結されるわけではない）、被告に直接雇用契約の申込の義務が課せられ、これを履行しない場合に、労働者派遣法に定める指導、助言、是正勧告、公表などの措置が加えられることはあっても、直接雇用契約の申込が実際にない以上、直接の雇用契約が締結されると解することはできない」。派遣法の解釈としては、こう考える以外にないであろう。

なお、同事件の控訴審判決（大阪高判平成二〇・四・二五労判九六〇号五頁）は、派遣法四〇条の四の「趣旨は、派遣受入可能期間の制限に抵触する前に、派遣先に雇用契約の申込をすることを義務づけることにより期間制限に違反した労働者派遣が行われることを防止し、労働者派遣から派遣先の直接雇用へと移行させることにあるから、派遣先が派遣受入可能期間を超えてなお同条に基づく申込をしないまま、派遣労働者の労務提供を受け続けている場合には、同条の趣旨及び信義則により、直接雇用契約の締結義務が生じると解しうる」として、かなり無理な解釈を行っているが、そうであるとしても、契約期間の定め方を含む労働条件は当事者間の交渉、合意によって決せられるべき事柄であって、派遣先において同条に基づき当然に期間の定めのない契約の締結義務が生じるとまでは解されない。このことは、信義則に基づく直接雇用の契約締結義務が認められる場合も同様といえる」として、結局のところ、労働者派遣法に基づく雇用契約の成立については、これを認めていない。

(12) 以下にみる観点のほか、高年齢者雇用安定法が憲法二七条一項に定める国の政策義務を実施するための法律の一つであることを強調することにより、同法九条の私法的効力を否定する代表的な見解として、櫻庭涼子「高年齢者の雇用確保措置——二〇〇四年法改正後の課題」労働一六四一号（平成一九年二月）四六頁以下を参照。なお、同『年齢差別禁止の法理』（信山社、平成二〇年）三〇頁以下を併せ参照のこと。

(13) 高年齢者雇用安定法の平成六年改正（同年六月一七日法律第三四号、一〇年四月一日施行）以前の旧規定（四条の二から四条の四まで）を参照。

(14) 引用は、厚生労働省職業安定局編『高年齢者雇用対策の推進』（労務行政、平成二五年）三五九頁による。

(15) なお、現行の高年齢者雇用安定法は、その附則四条一項において、高年齢者雇用確保措置に関する特例（段階的な実施）を規定するものとなっているが、平成一七年四月一日に厚生労働省告示第二〇五号として策定された「高年齢者等職業安定対策基本方針」（同法第六条を根拠とする、平成一七年度から二四年度までが対象期間）が、当該措置について以下のように述べていることも同様に注目に値する。つまり、事業主の義務とはいうものの、それは限りなく努力義務に近いものとしてイメージされているといっても、太過はないのである（傍線部を参照）。

第三 事業主が行うべき諸条件の整備等に関して指針となるべき事項

2 高年齢者雇用確保措置に関する指針

六五歳未満定年の定めをしている事業主は、高年齢者雇用確保措置に関して、その適切かつ有効な実施を図るため、労使間で十分な協議を行い、つづ、次に示すような事項の推進に努めるものとする。

(1) 高年齢者雇用確保措置の実施

高年齢者が、その意欲と能力に応じて六五歳まで働くことができる環境の整備を図るため、法に基づき、平成一八年三月末までに六二歳までの、平成一九年三月末までに六三歳までの、平成二二年三月末までに六四歳までの、そして平成二五年三月末までに六五歳までの高年齢者雇用確保措置のいずれかを講ずる。その際、継続雇用制度の導入を選択し、その対象となる労働者に係る基準を定める場合には、具体的かつ客観的な基準を労使協定で定める。

また、法の趣旨を踏まえ、可能な限り早い時期に六五歳までの安定した雇用の確保が図られるよう必要な措置を講ずるよう努める。

(2) 以下、略

(16) なお、これに続けて、Q & Aは次のようにいう。

Q 2 継続雇用制度を導入していなければ、平成一八年四月一日以降の六〇歳定年による退職は無効となるのですか。

A 改正高年齢者雇用安定法においては、事業主に定年の引上げ、継続雇用制度の導入等の制度導入を義務付けているものであり、個別の労働者の六五歳までの雇用義務を課すものではありません。

したがって、継続雇用制度を導入していない六〇歳定年制の企業において、平成一八年四月一日以降に定年を理由として六〇歳で退職させたとしても、それが直ちに無効となるものではないと考えられますが、適切な継続雇用制度の導入等がなされていない事実を把握した場合には、改正高年齢者雇用安定法違反となりますので、公共職業安定所を通じて実態を調査し、必要に応じて、助言、指導、勧告を行うこととなります。

Q 2と若い番号がそこに振られていることから、このような誤解が少なくなかったことがわかる。回答内容は慎重な書きぶりとなっているが、これは違法・無効を論じることが行政の役割ではないことによる（ただ、「それが直ちに無効となるものではない」との表現は「そのことだけで無効となるものではない」と言い換えた方がより正確といえる）。

継続雇用制度の導入は、それ自体としては、定年後の再雇用等の権利を個別の労働者に保障するものではなく、事業主が提示した労働条件に労働者が同意しなければ、雇用契約（再雇用契約等）そのものが成立しない。最低賃金法に違反す

るといったことでもない限り、行政がその労働条件の内容に介入することもない。どのような継続雇用制度を導入するかは、事業主の幅広い裁量に委ねられている、というほかないのである。

(17) 継続雇用制度に関するQ & Aにも幾つかのバリエーションが示されているが、それが文字どおり例示にとどまることはいうまでもない。

(18) ただし、高齢者雇用確保措置を講ずべき事業主の義務には、私法的効力も認められるとして、このような考え方を事実上採用する学説は存在する。西谷敏「労働法規の私法的効力——高齢者雇用安定法の解釈をめぐって」法時九九八号(平成二〇年七月)八〇頁以下を参照。具体的には、高齢者雇用確保措置が講じられない場合には、少なくとも継続雇用制度が導入されるまでの間、六五歳未満の定年を定める定年制は相対的に無効となり、「未だ定年年齢に達していないものとして、雇用契約上の地位の確認を求めることができる」(八五頁)と説く。