The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	高年齢者雇用安定法の改正とその問題点 ： 希望者全員ルールへの疑問
Author(s)	小嶌, 典明
Citation	阪大法学. 2011, 61(3,4), p. 73-94
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55243
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

高年齢者雇用安定法の改正とその問題点

――希望者全員ルールへの疑問――

小嶌典明

一　はじめに――目前に迫った法改正
二　総論と各論が矛盾する研究会報告――意欲と能力を問題にできない希望者全員ルール
　1　意欲と能力を前提とした総論
　2　意欲も能力も要求しない各論
三　懸念される有期労働契約への影響――契約更新を事実上義務づける希望者全員ルール
　1　契約が更新されない場合のあることを前提とした現行ルール
　2　本人が希望する限り契約が更新される？　定年後の継続雇用
四　定年制への大きな誤解――定年制は、希望者全員の雇用が定年まで保障される制度か
　1　定年制とは何か――年齢のみを理由とする強制退職制度
　2　雇用保障の機能と雇用の義務づけとの違い

（阪大法学）61（3･4-73）685〔2011.11〕

一　はじめに――目前に迫った法改正

平成二四年の通常国会に厚生労働省が提出を予定している法案の一つに「高年齢者雇用対策関連法案」がある。[1] 抽象的な表現ではあるが、それが次のように定める「高年齢者等の雇用の安定等に関する法律」（昭和四六年法律第六八号、以下「高年齢者雇用安定法」という）の改正を意味していることはいうまでもない。

（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　当該定年の定めの廃止

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。

法改正をめぐる審議の場はすでに労働政策審議会に移っており、[2] そこでは、平成二三年六月二〇日に公表された厚生労働省「今後の高年齢者雇用に関する研究会」報告書（以下「研究会報告書」という）が議論のための叩き台を提供することになる。

研究会報告書は、「ただちに法定定年年齢を六五歳とすることは困難な側面が大きいと考えられるが、老齢厚生年金の報酬比例部分の支給開始年齢の六五歳への引上げが完了する［平成三七年度］までには定年年齢が六五歳に引き上げられるよう、引き続き議論を深めていくべきである」（Ⅱ・2（1）①）としつつ、「法定定年年齢の引上げを行わない場合において、雇用と年金との接続を確実なものとするためには、［継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る］基準制度は希望者全員の六五歳までの雇用確保を実現するための、いわば過渡的な措置であるものとして、廃止するべきである」（Ⅱ・2（1）②）と明言する。

つまり、高年齢者雇用安定法八条の改正は当面見送るものの、同法九条二項はこれを削除する。同条一項二号にいう継続雇用制度については、今後、その適用基準または適用除外基準を労使協定で定めることを一切認めない。研究会報告書は、こういっているのである。

老齢厚生年金の支給開始年齢の引上げ（六五歳への引上げは、定額部分については平成二五年度に完了し、報酬

比例部分についても同年度に六一歳に引き上げられた後、平成三七年度には完了する）に伴い、退職年齢も上昇していくのであれば、雇用と年金との間に断絶は生じない。右の引用からもわかるように、年金問題を所掌する厚生労働省の意図はきわめて明確といえる。

しかし、仮に継続雇用制度を採用したとしても、本人が希望する限り、希望者全員に継続雇用をオファーしなければならなくなるような制度変更には、やはり疑問符が付く。

こうした希望者全員ルールは、高年齢者雇用安定法の基本的理念とはたして合致するのか。また、有期労働契約の一般的ルールからみて、それが齟齬を来すことはないのか。そのような疑問を拭えないからである。

二　総論と各論が矛盾する研究会報告――意欲と能力を問題にできない希望者全員ルール

1　意欲と能力を前提とした総論

「急速に進展する我が国の少子高齢化に伴う労働力人口の減少を跳ね返し、経済の活力を維持するためには、若者、女性、高年齢者など全ての人が可能な限り社会の支え手となることが必要である。『新成長戦略』（平成二二（二〇一〇）年六月一八日閣議決定）においては、国民すべてが**意欲と能力に応じ**労働市場の様々な社会活動に参加できる社会（『出番』と『居場所』）を実現し、成長力を高めていくことを基本とし、国民各層の就業率向上のための政策を総動員するという方針が出されている。高年齢者については、長い職業人生で培ってきた職業知識や経験を経済社会において有効に活用することが重要であり、そのためには年齢にかかわりなく**意欲と能力に応じて**働くことができる環境を整備することが必要である」（はじめに）。

「今後この提言を基に、労使を交えた活発な議論が行われ、平成二五（二〇一三）年度からの老齢厚生年金の報

酬比例部分の支給開始年齢の引上げに向けて、就業を希望する者全員の六五歳までの雇用確保策を実現するとともに、**意欲と能力のある限り**年齢にかかわりなく働くことができる環境整備を進めていくことについて合意形成がなされ、政労使一体となった施策の実現を期待する」（おわりに）。

研究会報告書の冒頭および末尾にある文章をそのまま引用すると、このようになる（文中の**ゴシック体**は筆者による。以下同じ）。

このほかにも、研究会報告書には「意欲と能力」あるいは「意欲及び能力」といった言葉が随所に（計六か所）登場する。[3] その意味で、これらの言葉は、研究会報告書のキーワードに位置するといっても誤りはない。

雇用対策法（昭和四一年法律第一三二号）四条一項七号は、「高年齢者の職業の安定を図るため、定年の引上げ、継続雇用制度の導入等の円滑な実施の促進、再就職の促進、多様な就業機会の確保その他の高年齢者がその年齢にかかわりなくその**意欲及び能力に応じて**就業することができるようにするために必要な施策を充実すること」を国の講じなければならない必要な施策として定めており、これを具体化したものの一つに、先にみた高年齢者雇用安定法八条および九条の規定がある。

また、高年齢者雇用安定法自体、同法の基本的理念や事業主の責務等について、次のように定めていることにも留意する必要がある。

（**基本的理念**）

第三条　高年齢者等は、その職業生活の全期間を通じて、その**意欲及び能力に応じ**、雇用の機会その他の多様な就業の機会が確保され、職業生活の充実が図られるように配慮されるものとする。

2　労働者は、高齢期における職業生活の充実のため、自ら進んで、高齢期における職業生活の設計を行い、その設計に基づき、その**能力の開発及び向上**並びにその**健康の保持及び増進**に努めるものとする。

（**事業主の責務**）

第四条　事業主は、その雇用する高年齢者について**職業能力の開発及び向上**並びに作業施設の改善その他の諸条件の整備を行い、並びにその雇用する高年齢者等について再就職の援助等を行うことにより、その**意欲及び能力に応じて**その者のための雇用の機会の確保等が図られるよう努めるものとする。

2　事業主は、その雇用する労働者が高齢期においてその**意欲及び能力に応じて**就業することにより職業生活の充実を図ることができるようにするため、その高齢期における職業生活の設計について必要な援助を行うよう努めるものとする。

（**国及び地方公共団体の責務**）

第五条　国及び地方公共団体は、事業主、労働者その他の関係者の自主的な努力を尊重しつつその実情に応じてこれらの者に対し必要な援助等を行うとともに、高年齢者等の再就職の促進のために必要な職業紹介、職業訓練等の体制の整備を行う等、高年齢者等の**意欲及び能力に応じた**雇用の機会その他の多様な就業の機会の確保等を図るために必要な施策を総合的かつ効果的に推進するように努めるものとする。

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」の一環として、事業主が継続雇用制度を導入するに当たっても、高年齢者自身に働く意欲と能力が備わっていることがあくまでも前提となる。それが同法の基本的理念であり、研究会報告書も――少なくとも総論部分においては――こうした考え方に忠実であった。このように

いっても、間違いはない。

2　意欲も能力も要求しない各論

他方、研究会報告書は、その各論部分において次のようにいう（Ⅰ・2（2））。

高年齢者雇用安定法では、「定年年齢は六〇歳を下回ることができないとするとともに、原則として希望者全員の六五歳までの雇用確保措置を講じることを義務づけているが、労使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ることができることとしており、必ずしも、六五歳まで希望者全員の雇用を確保する制度を設けることとなっていない」。

「このため、現行制度のままでは、［定額部分に加え、報酬比例部分についても、老齢厚生年金の支給開始年齢の引上げが始まる］平成二五（二〇一三）年度には、六〇歳定年以降、継続雇用を希望した場合に、雇用が継続されず、また年金も支給されないことにより無収入となる者が生じる可能性がある。

高年齢者の生活の安定を図るために、六〇歳以降年金支給開始前までの雇用を確保し、雇用と年金を確実に接続させることが課題であり、特に、定年制の対象となる者については、企業の社会的責務として、雇用と年金の接続を図るべきである」。

そのいわんとするところは、先にみたように、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準制度、つまり継続雇用制度の適用基準または適用除外基準を労使協定により定める制度を廃止することにある（Ⅱ・2（1）②）が、現状においても「継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準制度により離職した者が定年到達者全体に占める割合は二・〇％」（同上）にとどまっている。

対象をこうした基準制度が現に設けられている企業に限定したとしても、当該企業の定年到達者に占める適用除外労働者の割合は、三・〇％にまで上昇するにすぎない。[4]「六〇歳定年以降、継続雇用を希望した場合に、雇用が継続されず、また年金も支給されないことにより無収入となる者が生じる可能性がある」とはいえ、基準制度そのものの廃止を必要とするまでに、現状が深刻なレベルにあるとは到底思えない。

労働政策研究・研修機構（ＪＩＬＰＴ）が平成二〇年に実施した「高齢者の雇用・採用に関する調査」によると、適用基準の内容（複数回答）は、「健康上支障がないこと」（九一・一％）、「働く意思・意欲があること」（九〇・二％）がともに九割を超えており、これに「出勤率、勤務態度」（六六・五％）、「会社が提示する職務内容に合意できること」（五三・二％）、および「一定の業績評価」（五〇・四％）が続くものとなっている。[5]

労働者に働く意思がない場合や、会社が提示する職務内容で労使が合意できなかった場合には、基準制度の有無にかかわらず、再雇用契約は締結されないとはいうものの、働く意欲はなくても、賃金だけはもらいたいと考える者は、年齢とはかかわりなく、少なからずいる。また、出勤率や勤務態度、一定の業績評価は、いずれも働く能力を測るための有力な尺度であり、健康でなければ、能力の発揮はそもそも期待できない。このように、適用基準の内容についても、現状をみる限り、ことさら問題視すべき状況にはない。[6]

定年を迎えた者が再雇用（継続雇用）を希望したときは、職務内容や労働条件について労使が合意できない場合を除き、――対象労働者の意欲や能力のいかんを問わず――希望者全員を事実上再雇用しなければならない。基準制度の廃止は、このような事態が事業主にとって現実のものとなることを意味している。

たしかに、高年齢者雇用安定法が事業主に課した義務は、継続雇用制度の導入義務（公法上の義務）であって、個々の労働者を継続雇用する義務（私法上の義務）ではない。[7] しかし、研究会報告書がその各論部分において説く

例外なき希望者全員ルールのもとでは、就業規則等により対象労働者を選択する自由を確保することが、不可能とはいわないまでも、著しく困難になる。[8]

こうした状況は、先にみた高年齢者雇用安定法の規定内容と正面からバッティングするものであり、契約の自由（再雇用契約の締結における相手方選択の自由）という観点からも、例外を認めない希望者全員ルールには大いに疑問がある。[9]

意欲や能力がなくても、希望しただけで再雇用の道が拓かれる。それが常識に反することは言を俟たない。意欲と能力がなければ、希望しただけでは再雇用の道は拓かれない。健全で活力のある雇用関係を維持するためには、むしろこのことを継続雇用のルールとすべきであろう。

三　懸念される有期労働契約への影響――契約更新を事実上義務づける希望者全員ルール

1　契約が更新されない場合のあることを前提とした現行ルール

平成一五年の法改正（法律第一〇四号、平成一六年一月一日施行）により、労働基準法（昭和二二年法律第四九号）一四条は、以下のように改められることになる。

（契約期間等）

第十四条（一項、略）

② 厚生労働大臣は、期間の定めのある労働契約の締結時及び当該労働契約の期間の満了時において労働者と使用者との間に紛争が生ずることを未然に防止するため、使用者が講ずべき労働契約の期間の満了に係る通知に関す

る事項その他必要な事項についての基準を定めることができる。

③　行政官庁は、前項の基準に関し、期間の定めのある労働契約を締結する使用者に対し、必要な助言及び指導を行うことができる。

その折に追加された同条二項の規定に基づき、制定をみたものが「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」（平成一五年厚生労働省告示第三五七号）であり、その一条は次のように規定する。更新の有無および更新する場合があるとしたときの更新または雇止めの判断基準の明示を使用者に義務づけた規定がそれである。(10)

（契約締結時の明示事項等）

第一条　使用者は、期間の定めのある労働契約（以下「有期労働契約」という。）の締結に際し、労働者に対して、当該契約の期間の満了後における当該契約に係る更新の有無を明示しなければならない。

2　前項の場合において、使用者が当該契約を更新する場合がある旨明示したときは、使用者は、労働者に対して当該契約を更新する場合又はしない場合の判断の基準を明示しなければならない。

3　使用者は、有期労働契約の締結後に前二項に規定する事項に関して変更する場合には、当該契約を締結した労働者に対して、速やかにその内容を明示しなければならない。

そして、この一条に定める「更新の有無」および「判断の基準」に関連して、改正法の施行通達「労働基準法の一部を改正する法律の施行について」（平成一五年一〇月二二日基発第一〇二二〇〇一号）は、次のように述べる（第1・2（2）雇止めに関する基準の内容　ア）。

（ア）本条により明示しなければならないこととされる「更新の有無」及び「判断の基準」の内容は、有期労働契約を締結する労働者が、契約期間満了後の自らの雇用継続の可能性について一定程度予見することが可能となるものであることを要するものであること。

例えば、「更新の有無」については、

a　自動的に更新する

b　更新する場合があり得る

c　契約の更新はしない

等を明示することが考えられるものであること。

また、「判断の基準」については、

a　契約期間満了時の業務量により判断する

b　労働者の勤務成績、態度により判断する

c　労働者の能力により判断する

d　会社の経営状況により判断する

e　従事している業務の進捗状況により判断する

等を明示することが考えられるものであること。

（イ）なお、これらの事項については、トラブルを未然に防止する観点から、使用者から労働者に対して書面を交付することにより明示されることが望ましいものであること。

（ウ）本条第三項については、使用者が労働契約締結時に行った「更新の有無」及び「判断の基準」に係る意思表示の内容を変更する場合に、当該労働契約を締結した労働者に対して、速やかにその変更した意思表示の内容を明示しなければならないものであること。この場合、「更新の有無」及び「判断の基準」が当該労働契約の一部となっている場合には、その変更には当該労働者の同意を要するものであること。

期間の定めのある契約は、更新されなければ、期間の満了をもって自動的に終了する。これが期間の定めのある契約の原則であり、有期労働契約もその例外ではない。[11] 有期労働契約の場合、更新しない場合の判断基準が（可能な限り、書面で）明示されていれば、広範な理由に基づく雇止め＝更新拒否が可能になる。右の通達は、この理を一面で確認したものともいうことができる。

2　本人が希望する限り契約が更新される？　定年後の継続雇用

定年退職者を再雇用（継続雇用）する場合、企業は期間途中の解約リスクを考慮し、一年ごとに労働契約を更新するスタイルをとることが多い。[12] そのような再雇用契約も、期間の定めのある契約（有期労働契約）である以上、更新されなければ、契約期間の満了とともに終了する。労使協定によって継続雇用制度の対象者に係る基準（適用基準）が定められている場合には、再雇用の当初はその基準を満たしていた者であっても、更新時にこれを満たさなくなったものは、当然に雇止めの対象となる。[13]

しかし、現行の継続雇用制度は、六五歳（平成二五年三月三一日までは六四歳、以下同じ）までは、文字どおり雇用が継続することを前提とした制度であり、就業規則に雇止めの事由をどのように規定するのかといった問題を

含め、その制度設計はかなりの困難を伴う。[14] なかでも、人事担当者が頭をかかえる問題に、業務量の減少や業務の終了を理由とする雇止めは可能かという難問がある。

通常の有期労働契約の場合、契約を更新するか否かの判断に当たって、① 契約期間満了時の業務量、② 労働者の勤務成績、態度、③ 労働者の能力、④ 会社の経営状況、⑤ 従事している業務の進捗状況等を、その判断基準とすることは、先にみたように通達でも認められている。

継続雇用制度の対象となる労働者についても、再雇用契約の更新に当たって、労使協定の定めに合致するものであれば、「労働者の勤務成績、態度」（②）や「労働者の能力」（③）を判断基準とすることに現行法上何ら問題はない。「会社の経営状況」（④）に関しても、それが定年退職者の不補充（attrition）を必要とするまでに悪化しているような場合には、就業規則に規定する雇止め事由にもよるとはいうものの、継続雇用制度の対象労働者についても、その雇止めが許されると解すべきであろう。[15]

では、「契約期間満了時の業務量」（①）や「従事している業務の進捗状況」（⑤）については、どうか。

たしかに、継続雇用制度が六五歳までの雇用の継続を前提としていることをベースに考えると、他に従事可能な業務が存在する限り、現在従事している業務の終了や業務量の減少（たとえば、二人分の仕事が一人分に減少したような場合）は、雇止めの理由とはなり得ないとの考え方も成り立つ。[16]

ただ、定年後の再雇用者以外にも有期契約労働者が同じ会社にいる場合、双方の間にどの程度の差異を設けることが人事制度上可能かという問題も一方にはある。再雇用者には仕事がなくなっても別の仕事を提供し、一般の契約社員には仕事がなくなったことを理由に辞めてもらう。[17] 真っ当な人事担当者であれば、こんな人事制度が長続きするとはよもや考えないであろう。

とりあえず、定年後の再雇用者については、六五歳までの継続雇用が見込めるポストに就ける。一般の契約社員との「差別」が顕在化しないようにするためには、そのような手段をとることも考えられるが、いかに余裕のある大企業であっても、こうした非常手段を永続させることは難しい。

このように、現状でも問題が少なくないというのに、法改正が実現すると、「勤務成績、態度」（②）や「能力」（③）に「×」が付く者であっても、これを労使協定により継続雇用制度の適用対象者から排除することができなくなる。

「本人が希望さえすれば、契約は更新される」。この例外なき希望者全員ルールが現実のものとなれば、現行の有期労働契約の更新ルールとの間で調整を図ることは、もはや不可能に近い[18]。年金と雇用とを接続するためとはいえ、なぜこのような極論に走るのか。筆者には、その理由が理解できない。

四　定年制への大きな誤解——定年制は、希望者全員の雇用が定年まで保障される制度か

1　定年制とは何か——年齢のみを理由とする強制退職制度

——意欲と能力の有無にかかわらず——、一定年齢に到達すれば、そのことのみを理由として、退職したものとして取り扱う。このような年齢のみを理由とする強制退職（compulsory retirement）を可能にする制度として、定年制は存在する。

企業にとって、定年制には、意欲と能力を備えた従業員を失うというデメリットもあるが、意欲や能力に欠ける従業員を排除できるというメリットもある。「やっと定年で辞めてくれた」。企業がそう考える問題社員も相当数いるのが社会の現実であり、トラブルに発展することを怖れずに、そのような問題社員を強制的に辞めさせることの

できる定年制のメリットは、依然として大きい。

その背景には、能力不足（poor performance）を理由とする解雇を容易には認めない、主に判例によって形成されたわが国固有の法環境がある。

「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる」。民法は、五四一条でこのように契約法の大原則を定めているとはいえ、雇用契約（労働契約）だけは、その埒外にあるらしい。能力不足＝債務の不完全履行（債務不履行）という認識がそもそもない。それがわが国の現実なのである。[19]

このような現実のもとでは、定年制の廃止はもとより、定年延長（法定定年年齢の引上げ）も受け入れがたい。人事労務の現場にいれば、まずは例外なくそう考えるであろう。

2　雇用保障の機能と雇用の義務づけとの違い

よほどのことがなければ、定年まではクビにならない。わが国の場合、右にみたように、そうした現実はたしかに存在する。このことを受け、研究会報告書も、定年制が「定年までの雇用保障という利益を伴うものとして企業や労働者に受け入れられている」こと（Ⅱ・1、Ⅱ・2（1）①）や、「定年までの雇用保障の機能を有していること」（Ⅱ・2（2）④）を繰り返し強調している。

しかし、定年までの「雇用保障という利益」あるいは「雇用保障の機能」といっても、それはあくまでも事実上の利益または機能にすぎず、そうした利益等を享受する権利が法律上労働者に認められているわけではない。いかに厳格な雇用保障を求められるわが国においても、定年までの雇用を事業主に対してフラットに義務づけるような

法令は、さすがに存在しない。

にもかかわらず、研究会報告書は「希望者全員の六五歳までの雇用確保」とタイトルを付した節（Ⅱ・2（1））の冒頭で「六五歳までの雇用確保措置がほぼ定着している現状の下、希望者全員の六五歳までの雇用確保のための方策としては、①現行六〇歳である法定定年年齢を六五歳まで引き上げる方法、あるいは、②法定定年年齢を六〇歳としたままで希望者全員の六五歳までの継続雇用を確保する方法を考えるべきである」と述べた後、そうした雇用確保措置の筆頭に「法定定年年齢の引上げ」を挙げる。定年が延長されれば、延長後の定年まで希望者全員の雇用が保障される。これでは、そんな誤ったイメージさえ与えかねない。

定年延長という場合、一律の定年延長しかないと思いがちであるが、特に会社が必要と認めた者について定年の特例を認めるようなことは、現在でもしばしば行われている[20]。仮に「特に能力がある者」についてのみ適用される定年延長が認められるのであれば、「著しく能力に欠ける者」については定年延長の適用を除外することも同様に認められてよい[21]。後者は前者の裏返し、原則と例外を逆転させたにすぎないからである。

わが国の定年制が「雇用保障の機能」をこれまで担ってきたことは否定しないし、能力不足を理由とする解雇を直ちに広く認めるべきであるとも思わない[22]。ただ、物事にはやはり限度がある。「過ぎたるは及ばざるがごとし」ともいう。

意欲や能力に欠ける高年齢者は、意欲や能力にあふれた後進＝若年層に道を譲る。定年延長は、少なくともそのような機会を提供するものでなければならない。現行の継続雇用制度と同様、労使協定さえ締結すれば、定年延長に関する基準の設定も可能にする[23]。研究会報告書の逆をいくものとはなるが、そうした制度設計の見直し、発想の転換こそが今、求められているといえよう。

(1) 厚生労働省が関係五大臣（厚生労働大臣、総務大臣、財務大臣、官房長官、社会保障・税一体改革担当大臣）の確認事項として、平成二三年八月一二日に公表した「『社会保障・税一体改革の当面の作業スケジュール』について」を参照。なお、他に提出が予定されている労働関連法案には、「有期労働契約関連法案」および「パートタイム労働関連法案」がある。

(2) 職業安定分科会の雇用対策基本問題部会が審議の場となっており、平成二三年九月一二日に開催された第四三回部会において審議はスタートした。

(3) 前後の文脈が明らかになるように、該当箇所を段落ごとに引用すると、次のようになる。

「平成一六（二〇〇四）年に改正された高年齢者等の雇用の安定等に関する法律（昭和四六年法律第六八号。以下「高齢法」という。）が、平成一八（二〇〇六）年に施行され、事業主に対し、① 定年の引上げ、② 継続雇用制度の導入、③ 定年の定めの廃止のいずれかの措置（雇用確保措置）を講ずることが義務化された（①及び②は、平成二五（二〇一三）年度までに段階的に実施）。これを受け、労使が協議を重ね解決策を見いだす中で、企業において、少なくとも六五歳までは**意欲と能力のある限り**働き続ける環境の整備が着実に進展した」（Ⅰ・1（2））。

「今後の労働力人口の大幅減少を跳ね返し、経済及び社会を発展させるため、若者、女性、高年齢者等の就業の促進が重要な課題となっている。労働力需給の観点からみると、少なくとも**働く意欲と能力を有する高年齢者**が働くことができないという環境は改善する必要があり、また、高年齢者が長い職業人生で培ってきた職業知識や経験を経済社会において有効に活用していくための方策を検討していく必要がある」（Ⅰ・2（1））。

「また、労働力人口の減少が見込まれている中、将来的には、特に若年者の労働力供給が減少し、必要な人材の確保が難しくなると見込まれることから、長期的な視野をもち、年齢にかかわりなく**意欲と能力のある労働者**を適切に活用することが重要な課題となっている」（Ⅰ・2（3））。

「急速に少子高齢化が進展し、労働力人口の減少が見込まれている中、経済社会の活力を維持するとともに、より多くの人々が社会保障制度などの支え手となりその持続可能性を高めることができるようにするためには、企業と労働者の双方の工夫と努力により、**意欲と能力のある高年齢者**の知識や経験を経済社会において有効に活用できるようにしていくことが必要である。また、我が国の高年齢者は諸外国と比べて就業意欲が高く、その能力や経験が十分に発揮できるように

する必要がある」（Ⅱ・1）。

「継続雇用制度は、企業にとっては、その置かれている状況が様々であり、労働者の六五歳までの雇用確保に向けた取組を円滑に進めるために、各企業の実情に応じた対応が可能となるとともに、労働者にとっては、**意欲と能力がある場合**には、定年後も六五歳まで働くことができることから、広く活用されている。改正高齢法の施行から五年が経過した現在、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準制度により離職した者が定年到達者全体に占める割合は二・〇％である」（Ⅱ・2（1）②）。

「定年の引上げ、基準制度の廃止のいずれの方策をとる場合でも、六〇歳代以前の期間も含めた賃金制度や昇進・昇格などの人事管理について、長期化する職業生活に対応し各企業の実情に応じて**高年齢者の意欲及び能力**を活かせるよう、労使の話し合いにより適切な見直しを行う必要がある」（Ⅱ・2（1）③）。

（4）　厚生労働省「高年齢者雇用状況報告」（平成二二年六月一日現在）による。なお、第四三回雇用対策基本問題部会（注（2））資料3「参考資料」の図表22を併せ参照。ちなみに、平成二三年一〇月一二日に公表された「高年齢者雇用状況報告」（同年六月一日現在）によると、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準制度による離職者は、同制度が現に設けられている企業における定年到達者の二・五％（定年到達者全体の一・八％）と、前年をさらに下回るものとなっている。

（5）　前掲・資料3（注（4））の図表24を参照。なお、同調査によれば、回答企業が一割を超える基準には、以上のほか「熟練や経験による技能・技術をもっていること」（三〇・九％）、「現職を継続できること」（三〇・二％）、「他の社員を指導・教育できること」（一六・〇％）、「専門的な資格をもっていること」（一五・二％）がある。

（6）　なお、社団法人日本経済団体連合会（日本経団連）も、平成二三年七月一九日に公表した意見書「今後の高齢者雇用のあり方について」のなかで、「基準の内容そのものについても……必要以上に選別的な機能を有している実態にはない。むしろ、基準の果たす役割として、労使がこの基準を一定の目標として共有することで、六〇歳までのモチベーションを維持し、さらに六〇歳以降もいきいきと働けるよう、若年期や中年期の各段階から様々な取り組みを行う基盤となっている」として、「基準を廃止することによって、このような労使双方の努力や取り組み姿勢が失われることが懸念される」とする。現場の声を反映した、リアリティのある指摘といえよう。

(7) 小嶌「労働法における公法上の義務」『阪大法学』五八巻三・四号（平成二〇年一一月）三五頁以下、五七頁を参照。

(8) 継続雇用制度の導入があくまでも公法上の義務にとどまるとすると、労使協定による基準制度が廃止されたとしても、就業規則に定める同制度の適用基準または適用除外基準（なお、当該基準は労働基準法八九条三号にいう「退職に関する事項」に該当する）までが直ちに無効となるというわけではない。ただ、継続雇用制度については、当初認められていた就業規則による基準の設定が、大企業については平成二一年四月一日以降、中小企業についても平成二三年四月一日以降認められなくなった（高年齢者雇用安定法附則五条を参照）という経緯があり、事はそう簡単ではない。

(9) 日本経団連の前掲・意見書（注(6)）も、「双務契約たる労働契約において、健康面などを含め真に就労が可能かどうかとは無関係に、一方当事者のみの希望により雇用が確保されることは、いかに政策的な対応の必要性からとは言え、労働契約法三条一項の原則から逸脱したものと言わざるを得ない」とする。

(10) 当該義務に違反したとしても、使用者は法違反に問われることはないが、行政官庁（監督署）による指導の対象とはなる。労働基準法一四条三項を参照。

(11) 小嶌『職場の法律は小説より奇なり』（講談社、平成二一年）一三三頁を参照。

(12) 高年齢者の再雇用を含め、契約期間が一年を超える労働契約の締結に企業が消極的にならざるを得ない理由については、小嶌「労働市場改革――規制強化論への反論」伊藤隆敏・八代尚宏［編］『日本経済の活性化――市場の役割・政府の役割』（日本経済新聞出版社、平成二一年）九一頁以下、一一九頁を参照。

(13) たとえば、厚生労働省が作成した事業主向けリーフレット「六五歳までの定年の引上げ等の速やかな実施を!!」では、労使協定に定める継続雇用制度の対象となる高齢者に係る基準例として、「過去〇年間の出勤率〇％以上の者」や「直近の健康診断の結果、業務遂行に問題がない［著］」等が例示されているが、これらの基準に該当するか否かが少なくとも契約の更新ごとに問題となるのはいうまでもない。

(14) 解雇事由とは異なり、就業規則に雇止め事由を定めなければならない義務は使用者にはない（労働基準法八九条三号の反対解釈）。期間の定めのある契約は、期間の満了によって自動的に終了するとの原則から考えても、法制度上はこのようになる。しかし、大臣告示（「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」三条）は、雇止めについても、労働者がその理由について証明書の交付を請求したときは、これを交付しなければならない旨を定めており、就業規則に

前もってその理由を列挙する使用者は少なくない。また、継続雇用制度の適用を受ける高年齢者については、六五歳までの雇用の継続に合理的期待を有すると考えざるを得ないことから、解雇権濫用法理の類推適用を前提として、就業規則に雇止め事由に関する定めを置かざるを得ないという事情もある。

その場合、継続雇用制度の適用基準に該当する者（適用除外基準に該当しない者）であっても、就業規則の雇止め事由に該当するものについては、なお雇止めが可能（契約期間中の解雇が可能である以上、期間の満了を待って解雇することも可能といわざるを得ず、雇止め事由が解雇事由と同一の事由として就業規則に定められている場合には、雇止めと解雇を区別する実益もない）と考えられるが、雇用の継続を前提とする者の雇止め事由と、それ以外の者の雇止め事由を同じものとして規定してよいかという問題は依然として残る。

(15) 継続雇用制度の適用を受ける高年齢者は、整理解雇に相当する雇止めの対象としてはならないという考え方にはそもそも無理がある。また、企業が人員整理を行うに当たって、一定年齢以上の者をその対象とすることは十分あり得ることであり、こうした場合には、継続雇用制度の実施を一時的に中断することも許されるということになろう。

(16) このような事情もあって、大阪大学では、継続雇用制度の適用を受ける職員の就業規則においては、他の契約期間に定めのある職員の就業規則とは違い、「その業務を必要としなくなったときは、労働契約を更新しない」旨を明文の規定をもって定めるようなことはしていない。ただ、この場合においても、期間に限定のある特定の業務に就くことに労働者が同意していた場合には、当該業務を必要としなくなったことを理由とする雇止めは可能と考える余地は十分にあろう。

(17) なお、更新回数や雇用可能期間に上限が設けられている場合にも、双方の取扱いに差異が生じる可能性があることに注意。

(18) 本人の希望さえあれば、――意欲や能力に欠ける者であっても――契約を更新せよ、というのであれば、現行通達の認める更新に当たっての判断基準は、まったく意味をなさなくなる。

(19) なお、このことに関連して、筆者はかつて次のように述べたことある。「第二次大戦後、憲法二八条によって勤労者の団体行動権が保障されたことにより、労働者が団体として行う雇用契約上の義務不履行（争議行為）は、一転して労働者の侵すべからざる権利となる。だが、その結果、労働者個人による契約上の義務不履行（不誠実、怠慢、無能等）についてまで、これを理由とする雇用契約の解除（解雇）が著しく困難になった。より正確にいえば、これが雇用契約の解除

を可能とする労働者の『債務不履行』に当たるという認識がそもそもなくなった」（小嶌「労働法とその周辺（四）」『阪大法学』六一巻一号（平成二三年五月）二九頁以下、四八頁）。ただ、第二次大戦前は、もとよりその事情は大きく異なっていた（同三一―四八頁を参照）。

(20) いわゆる勤務延長制度の多くは、これに当たる。たとえば、国家公務員法も、定年による退職の特例（勤務延長）について、次のように定めている。

（定年による退職の特例）

第八十一条の三 任命権者は、定年に達した職員が前条第一項の規定により退職すべきこととなる場合において、その職員の職務の特殊性又はその職員の職務の遂行上の特別の事情からみてその退職により公務の運営に著しい支障が生ずると認められる十分な理由があるときは、同項の規定にかかわらず、その職員に係る定年退職日の翌日から起算して一年を超えない範囲内で期限を定め、その職員を当該職務に従事させるため引き続いて勤務させることができる。

② 任命権者は、前項の期限又はこの項の規定により延長された期限が到来する場合において、前項の事由が引き続き存すると認められる十分な理由があるときは、人事院の承認を得て、一年を超えない範囲内で期限を延長することができる。ただし、その期限は、その職員に係る定年退職日の翌日から起算して三年を超えることができない。

(21) 大阪大学教職員就業規則が定年について次のように定めているのも、このことを念頭に置いたもの（二項は両面規定であり、特定の教職員については、一項に規定する定年を上回る定年と、これを下回る定年のいずれを定めることも可能。定年延長時にこうした措置を講じれば、不利益変更の問題も生じない）といってよい。

（定年）

第十九条 教職員の定年は、次の各号に定めるとおりとする。

一 教職員のうち、教員以外のもの 満六〇歳

二 歯学部附属歯科技工士学校の教員 満六〇歳

三 前号の教員を除く教員 満六五歳

2 前項の規定にかかわらず、大学が特に必要と認めた教職員については、これと異なる定めをすることができる。

(22) このようにいうのは、ナマの実力主義には、平等指向がきわめて強い現在の日本人は到底耐えられないと考えるから

であるが、能力や勤務成績に対する評価そのものは、より厳格なものに改める必要がある。たとえば、人事評価において最低評価となるD評価の分布を概ね五％としたうえで、このD評価が二回連続すると分限免職とする、大阪維新の会が府議会に提出した「職員基本条例案」を直ちに実行に移すことは困難とはいうものの、D評価が「〇・〇五％にとどまる」（平成二三年九月一七日付け『日本経済新聞』朝刊）という現状は、やはり異常という以外にない。一％であっても、条例の体をなさない。普通の府民であれば、こう考えるのではないか。

(23) なお、その場合にも、現行法にはない労使協定の周知義務を、継続雇用制度と定年延長のいずれとかかわるケースにおいても、事業主に課すといった工夫は検討されてよい。ただ、労使協定には、過半数組合または過半数代表者が「拒否権」を行使し、労使協定の締結を拒み、あるいはいったん締結された協定についても、これを破棄する自由を持つという当事者にとっては無視できない大きな問題がある。小嶌・前掲『職場の法律は小説より奇なり』（注(11)）五九―六一頁を参照。裁判所による合理性のチェックが働くことを考慮すれば、就業規則による基準制度の復活（継続雇用制度）と新設（定年延長）という選択肢も、将来的には十分検討されてしかるべきであろう。