

労働契約法・改正男女雇用機会均等法・改正 パートタイム労働法・改正高年齢者雇用安定法に 関する情報収集・分析・対応に関する検討

明治大学教授 青野 覚

労働契約法・改正男女雇用機会均等法 改正パートタイム労働法・改正高年齢者 雇用安定法に関する情報収集・分析・対応 に関する検討

明治大学教授 青 野 覚

⊗全国社会保険労務士会連合会
社会保険労務士総合研究機構

「労働契約法・改正男女雇用機会均等法・改正パートタイム労働法・改正高年齢者雇用安定法に関する情報収集・分析・対応に関する検討」報告書

はじめに

本プロジェクトは、近時の規制緩和・構造改革論議を背景に制定された種々の労働法分野の法改正のうちで社会保険労務士業務に不可欠な意義をもつものについて、その立法の意義と内容を分析し、社労士業務に資することを主たる目的とするものとされています。

そこで、研究員全員での協議・検討の結果、数多くの法改正のうちから、本プロジェクトの研究対象を労働契約法・改正男女雇用機会均等法・改正パートタイム労働法・改正高年齢者雇用安定法の四つの法改正とすることとし、労働契約法は青野覚主任研究員、改正男女雇用機会均等法は新谷真人研究員、改正パートタイム労働法は村田毅之研究員、改正高年齢者雇用安定法は金綱孝研究員が執筆を担当することと決定しました。

労働契約法は、当初の立法構想との乖離は大きなものではありませんが、民法の特別法として個別的労働契約関係の基本的ルールを定めるものであって、戦後わが国の労働立法史上最も重要な立法の一つであり、実務上も大きな意義をもつ立法であることから、本プロジェクトの研究対象とすべきであると評価されました。また、男女雇用機会均等法2007年改正は、基本的には女性差別を禁止する片面的な差別禁止立法であった旧法を、男女労働者を対象に労働分野において性を理由とした差別的取扱いを全面的に禁止する両面的な性差別禁止立法とする重要な改正という本質をもち、立法論上わが国平等法制における差別禁止アプローチをさらに強化する意義を持つものであり、その改正内容にも禁止される差別の種類に従来の直接差別に加えて間接差別を導入した点など今後の展開に繋がる大きな意味を有することから、本プロジェクトの研究対象とすべきであると評価されました。パートタイム労働法2008年改正は、行政指導の根拠法として位置づけられていた同法の法的性格を、就労形態に応じた均等処遇の実現という政策的視点から、差別禁止規定を導入することなどにより、同一労働同一賃金原則を公序として規定した差別禁止立法に大きく転換したものと解され、今後、同法の諸規定は、単にフルタイムとパートタイマー間の処遇格差問題に限定されず、男女の正社員間、男性正社員と女性パートタイマー間にも準用されることが容易に予想されるなど実務的にも大きな意義を持つものであるとして、本プロジェクトの研究対象とされました。60歳定年制の強制と65歳までの雇用確保義務の創設を主たる内容とする高年齢者雇用安定法2006年改正の実務的重要性は明らかであり、さらに、定年制の法的本質についての論議を喚起するものであるとして、本プロジェクトの研究対象とされました。

そして、これら4つの立法を、立法過程でのさまざまな論議を客観的に踏まえて、各立法のわが国労働法上の位置づけと意義を明らかにし、さらに、同法に含まれる解釈論上の諸論点を網羅的に検討する方法で、研究を進めました。

以上の研究に基づいて、各立法の社会保険労務士の実務にとって不可欠な論点を分かりやすく記述することに意を用いて報告書にまとめました。

主任研究員 明治大学法学部教授 青野 覚

執筆担当者

	氏 名	所 属	執筆担当
主任研究員	青 野 覚	明治大学法学部 教授	はじめに 第1章
研 究 員	新 谷 眞 人	日本大学法学部 教授	第2章
	村 田 毅 之	松山大学法学部 教授	第3章
	金 網 孝	東京都社会保険労務士会 社会保険労務士	第4章

— 目 次 —

はじめに	3
第1章 労働契約法の規定内容と実務上の留意点	7
はじめに	
I 労働契約法の立法政策上の評価と実定法上の位置づけ	7
1 労働契約法の評価	
2 労働契約法の実定法上の位置づけと諸規定の法的性格	
II 労働契約法の内容と実務上の留意点	9
1章 総 則	
2章 労働契約の成立及び変更	
3章 労働契約の継続及び終了	
4章 期間の定めのある労働契約	
5章 雑 則	
第2章 均等法改正の意義と今後の課題	31
はじめに	
I 均等法の制定と改正の経緯	31
1 均等法の制定	
2 1997年改正	
3 2006年改正	
II 2006年改正の概要	36
1 「女性差別」から「性差別」へ	
2 直接差別禁止の対象範囲の拡大	
3 間接差別の導入	
4 婚姻・妊娠・出産を理由とする女性労働者に対する不利益取扱いの禁止	
5 セクシュアルハラスメント防止措置義務	
6 企業名の公表と過料の新設	
III 今後の課題	41
1 均等法の私法的効力	
2 間接差別の運用	
3 関連諸法規との調和	
第3章 改正パートタイム労働法の法的留意点	44
はじめに	
I 改正の背景と経緯	44
1 改正の背景	
2 改正の経緯	
3 改正内容の概要	

II 均衡のとれた待遇の確保の推進	46
1 パートタイム労働者と「通常の労働者」	
2 パートタイム労働者の4類型	
3 「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」への差別的取扱いの禁止（法8条）	
4 「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」以外への対応	
5 均衡の実現と通常の労働者の労働条件の一方的不利益変更の禁止	
III 通常の労働者への転換の推進	52
1 転換措置の具体例	
2 ①の措置に関する留意点	
3 ②の措置に関する留意点	
4 ③の措置に関する留意点	
5 ④の措置に関する留意点	
IV 労働条件の文書交付・明示義務、待遇の決定についての説明義務	55
1 労働条件の文書交付・明示義務（法6条）	
2 待遇の決定についての説明義務（法13条）	
V 苦情処理・紛争解決援助（法19条以下）	58
1 苦情の自主的解決の努力義務	
2 紛争の解決の援助	
VI 改正パートタイム労働法の施行1年目の状況	60
1 パートタイム労働に関する相談	
2 雇用均等室における行政指導	
3 紛争解決の援助	
まとめにかえて	62
第4章 高年齢者雇用安定法の解釈論上の問題点と実務上の留意点	63
はじめに	
I 高年齢者雇用に関する法律の立法過程と改正論議	63
1 定年制	
2 雇用対策法の立法経緯と改正論議	
3 高年法の立法経緯と改正論議	
4 改正高年法の内容	
5 企業の実施状況について	
II 法的効果に関する議論	69
1 学説、見解の整理	
2 改正高年法施行後の裁判例－N T T西日本事件を題材にした検討	
III 今後の立法政策論	76
1 現行法を運用する際に留意すべきポイント	
2 今後の立法政策での問題点	
おわりに	81

第1章 労働契約法の規定内容と実務上の留意点

明治大学法学部教授 青野 覚

はじめに

わが国で最初の労働契約に関する一般法としての労働契約法は、2007年12月5日に法律128号として公布され、2008年3月1日より施行された。

同法の立法の出発点は、解雇制限規定の創設などの重要な法改正であった2003年の労基法改正に伴う衆参両議院の厚生労働委員会での附帯決議で、「労働契約について包括的な法律を策定する」方向が示されたことにあった。そして、具体的立法作業は、2005年9月の「今後の労働契約法制のあり方研究会報告書」としてまとめられた労働契約法制研究会の労働契約法構想を示した労政審議会への最終報告から始まった。その後、労政審議会労働条件分科会での公労使各委員の見解の深刻な対立から同会報告案の白紙撤回及び審議の中断という異常事態を経て、再度召集された労働政策審議会労働条件部会による2006年12月の最終報告及び労政審議会答申「今後の労働契約法制及び労働時間法制の在り方について（報告）」でほぼ成案を得て、2007年3月に法案として国会に上程され、衆参両議院で修正が加えられて同年11月に可決成立したものである。

本稿は、現行労働法の“第四の基本法”である労働契約法の諸規定の内容を逐条的に概説しつつ、労働契約法上の最重要論点である就業規則規定と今日の主要な個別労働関係民事紛争事案である解雇紛争や労災民事訴訟の法的根拠となる解雇制限規定及び安全配慮義務規定についてはその基本的な枠組と内容を詳説し、社労士実務に不可欠な留意点を解説しようとするものである。

I 労働契約法の立法政策上の評価と実定法上の位置づけ

1 労働契約法の評価

上記のような本法の立法過程における混乱は、一つには、労働契約法案と同時に労基法改正法案が検討されていて、特に、労働時間規制の緩和の観点から、上層のホワイトカラーへの労基法の労働時間規制を適用除外にする「日本版ホワイトカラー・エグゼンプション」の導入が含まれていたことにもその要因があったと思われる。しかし、その最大の原因は、労働契約法に含まれる就業規則制度についての深刻な理論的な対立にあったといえる。労働法研究者有志による「禍根を残す就業規則変更法理の成文化—契約原理に反する労働条件変更法理の固定化は避けるべきである」（2007年12月）¹では、労働契約法案における就業規則変更規定は「労働法の柱のひとつになるべき労働契約法の発展を歪め、契約原理に死を宣告する契約法になりかねない」との危惧を表明している。

そもそも、就業規則という法制度は、資本制企業社会で分業と協働を効率化して使用者の指揮命令下に服させるための社会的制度として発生し、この社会制度を労働者保護の観点から修正して法制度化されたものであった²。典型的には、ヨーロッパ大陸の後発資本主義国であるドイツにおいて、1891年「労働者保護法」によって、「労働条件の明確化」及び行政監督と結びつけることによる「労働者保護法の補助的手段」という二つの制度趣旨から導入されたものであった。わが国では、大正15年工場法施行

1 季刊労働法216号110頁以下

2 蓼沼謙一「就業規則の法的性質と効力」『季労別冊 労働基準法』（1977年）275頁以下

令により導入され、昭和22年労基法により、ドイツ労働者保護法と同様の制度趣旨から導入され、基本的には労働者保護法の補助的手段と位置付けられてきた。しかし、英米諸国や北欧などの他の大陸諸国では法制度としては歴史的には一度も採用されず、それ故法律によって法的効力を付与するという労契法上の就業規則制度は比較法的には極めて特異な法制度であるといえる。

そもそも、法理論的には、平等な個人は意思の合致（＝契約）に基づいてのみ法的規制を受けうるとする近代市民法の基本原理である「契約の自由」の観点からすれば、人の権利と義務は「個人の自由意思」に基づいてのみ発生・変更・消滅することになるところ、労働力商品の交換に関する契約関係における一方当事者にすぎない使用者が、契約関係の相手方である労働者の合意をうることなしに、一方的意思表示によって決定した労働条件に一定の法的効果を付与する法制度は、大きな法論理的矛盾を包含することになると解されざるを得ない。ただ、労基法上は労働者保護の観点からの政策的制度として位置付けられていたことから、その機能と任務の限りで、法理的説得力を有すると理解されてきた。これに対して、労働者保護原理に基づく労基法とは別の法理念である合意原則を基本とし、それ故に、労基法の刑罰と行政監督による履行確保制度とは制度的に切り離されたところで構想された労働契約法において、就業規則に労働契約上の広範な法的効力を付与することには、さらに大きな疑問が生ずることになる。21世紀の労働法を構築すべき今日、19世紀当時の未成熟な労使関係を反映して創設された歴史的な性格をもち且つ近代法の基本理念と論理的に矛盾するような法制度である就業規則制度の機能を大幅に拡大する労契法の法案に労働法研究者の多くが危惧をもつことは、至極当然な結果といわざるをえなかった。さらに、労契法の立法過程での具体的な立法論議においても、労契法が基本理念とする合意原則により論理的に適合しかつ実務的妥当性をもつ他の制度を設計すべきであるという見解が表明されたのであった。

以上のような特に労働契約法の実務規定をめぐる見解の対立を反映して、労働契約法の立法政策的意義については、学説上大きな見解の相異が見られる。

まず、規制緩和の観点から数多く実施された近時の労働法の改正動向を背景に、労働立法政策全体の中では、労働契約法の制定を、雇用労働社会の安定・公正の観点からの規制緩和の補正的な法改正と捉え、現行労働法体系における労働契約関係に関する実定法の整備という観点からは、就業規則の法的効力を中心とした“小ぶり”の立法であるが、個別的紛争解決の基礎となる「労働契約法の出発点となる中核部分を確保した法」として評価し、今後の立法政策としては、「小さくとも、まずはしっかり生んで、その後は大きく育てる」べきであると、積極的に評価する見解がある³。同様の視点から、労働法体系の観点からは戦後労働法制の立法的欠陥を補充する新しい基本法と評価し、その内容は単なる判例法理の忠実な明文化ではなく、労働関係における適切なルールの設定という観点から取捨選択したものであって、労使当事者にこれからの労働関係は契約の時代であるというメッセージを法律全体で提示した実務上の意義を持つものと評価するものもある⁴。そして、労働契約法の成立により就業規則の法的性質論などをめぐる学説の対立は、論議の実質が失われたとして、一応の終止符が打たれたと評価されている⁵。

これに対して、労働契約法は合意原則に基づく契約法理を労働社会の構成原理として提示する法であり、交渉力格差のある当事者間に労働者の意思を反映させながら契約内容の適正さを確保すべき任務を持つ法であるとするならば、契約法理として異常な就業規則規定を含む労働契約法は、「基本的欠陥を

3 菅野和夫「雇用システムの変化と労働法の課題」ジュリスト1347号（2007年）5、6、8頁

4 荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説 労働契約法』（2008年）20、23、31頁

5 村中孝史「労働契約法制定の意義と課題」ジュリスト1351号（2008年）42頁、荒木ほか『詳説 労働契約法』106頁

抱えた」ものと評価する見解が主張されている⁶。さらに、労働契約法の内容に関しても、特に就業規則諸規定は労働契約法の基本原理である合意原則の尊重とは相容れないものであるとの評価を前提に、内容の面では総合性と体系性を欠く立法と評価して、合意原則に即した今後の立法作業の必要性を説く見解もある⁷。そして、就業規則の法的性格論などに関する議論は立法化により新たな局面に入ったとはいえるものの、いまだ終わりは見えていないと評する見解もある⁸。

2 労働契約法の実定法上の位置づけと諸規定の法的性格

実定法上、労働・雇用に関する個別的契約関係についての「民法の特別法」と位置づけ、労働条件決定の基本法としての労基法を「前提として」⁹労働契約に関する民事的ルールを明らかにしたものと解するのが、立法意思である¹⁰。労契法1条の法の目的において、合理原則の宣言と同時に労働者保護を目的とすることが宣言されていることから、労働契約法は広義の労働保護法に位置付けられ、その根拠は「勤労条件の基準」の定立を宣する憲法27条2項に求められることになる¹¹と解されよう。つまり、生存権・人格権・平等などの憲法上の価値実現と民法の基本原理の労働関係における具体化としての労働契約に関する基本的ルールの定立がともに目指された労働法における第四の基本法と位置付けられ、この意味で現行労働法における画期的な意義を持つものと評価すべきである。つまり、刑罰と行政監督を履行確保制度とする労働条件決定に関する“古い”基本法である労基法とは異なるという意味で、労働契約に関する純然たる民事法規としての性格を持った“新しい”基本法と理解されるものである。

本法の条文規定には、「するものとする」などの文言をもって労働契約内容の公正さを担保する強行規定と紛争防止のための任意規定・推定規定が存在し、さらに、実体法的規定に加えて、手続規定も含まれている。このような規定の法的性格の多様性は、労働契約法が、契約自由の原則に基づく民法の特別法であるという性格を超えて、労働保護法の観点からの裁判所の介入による労使利益の調整を前提とした個別的な契約関係のルールの創設したものであるところに由来する¹²と解される。

II 労働契約法の内容と実務上の留意点

1章 総 則

(1) 目 的 (1条)

本条は、労働契約法の目的を定めており、労働契約も「合意」原則を原点とするものであって、その内容である労働条件も合意によって決定されることつまり一方的決定は許されないことを宣言する意義をもつものである。

政府案では、「合意原則及び労働契約と就業規則との関係等を定める」とされていて、合意原則と労働契約・就業規則関係が並列に配置されていたが、法文上は後者が削除され、合意原則の宣言のみが明確化された。そして、参院厚生労働委員会での審議過程では、その立法趣旨は、「労働条件はあくまで

6 毛塚勝利「労働契約法の成立が与える労使関係法への影響と今後の課題」季刊労働法221号（2008年）27頁以下

7 三井正信『現代雇用社会と労働契約法』（2010年）45頁以下

8 米津孝司「労働契約法の成立と今後の課題」労旬1669号（2008年）11頁、唐津博「労働契約法における合意原則と就業規則法理の整序・試論」学会誌労働法115号（2010年）24頁

9 平20・1・23 基発0123004号 第1の2

10 労働契約法の立法手続においても、立法実務主管部署は、民法を管轄する法務省ではなく、厚生労働省労働基準局監督課であり、労契法は純粋な「契約法」とは位置づけられていなかった。

11 三井前掲15頁以下

12 村中 前掲46頁

も契約の当事者である労働者と使用者の合意で決定されるのが基本的であり、使用者が一方的に労働条件を変更できるのは例外であるという判例法理を足しも引きもしないで立法化する」ことにあるとされていた。さらに、論理的には、「契約自由の原則」からは労働契約内容の合理性に言及する必要はないにもかかわらず、本条は目的との関係で、「合理的な労働条件の決定又は変更」として、労働契約の契約内容の合理性を求めるものであることを明確にした点が特徴的である。

本法の目的が、「労働者の保護を図る」ことにあるとしたことは、本法は契約の一方当事者である労働者の保護を目的とするものであり、労働者保護理念のもとでの労働契約関係の形成を目指すものであることを宣言したものと解され、さらに、「個別労使関係の安定に資することを目的とする」をもその目的としたことは、当事者自治原則による単なる契約法ではなく、労働法分野の立法であることの宣言したものと評価される。

そして、本条の「自主的交渉下での合意による成立」という「合意原則」には、3条1項の「労使対等合意原則」と、6条・8条の労働契約の成立・変更は合意によるという「合意原則」を含む原則と捉えられ¹³、労使が対等な立場で合意してはじめてその労働契約の法的拘束力が生ずるとの考え方に基づくものと¹⁴解される。つまり、労使間の交渉力等の不均衡性を前提的認識として、その状況自体をも修正してゆくべきであるという政策判断を宣言したものであり、理念的には古い基本法である労基法と労組法に接合するものであると解すべきであろう。

なお、本条の法的性質は、原則を宣言した訓示規定であって、本条から直ちに法的効果は生じないと解されるが、本条が宣言した合意原則に反するルールや慣行を是正する方向での諸問題の法解釈の指針となる意味をもつものといえよう。

(2) 労働者・使用者の定義（2条）

「労働者」の概念については、2005年「今後の労働契約法制の在り方研究会報告」では、労基法上の労働者・使用者は当然に含まれ、それ以外の者でも、「個人で、請負・委任に類する契約に基づき役務を提供し、代替不能で、対償として金銭的利益をうけ、収入の大部分を特定のものとの継続的契約から得て生活する者」には、適用又は類推適用するとしていた。また、『民主党案43条』は、安全配慮義務及び解雇規制条項の「個人の継続的な役務提供契約への準用」を規定していた。

しかし、本規定は、立法過程での論議と、「使用され」「賃金を支払われる者」という本条規定の文言解釈から、基本的には労基法上の労働者と同一であると解される。ただ、労基法の定義にある「事業又は事業場に使用される者」の文言が削除されていることから、「事業に使用されていない者」も含み、さらに、民法623条の「労働に従事する者」も含むと解されよう¹⁵。そして、この労働者概念は労働契約法の趣旨から客観的に判定されるものであり、関係当事者が採用する主観的な契約形式にかかわらず、同法の基本ルールを適用すべきと解される契約関係にある契約当事者は本条の労働者と評価されることになる点でも労基法の労働者概念と同一の法的性格を持つものと解されることになる。

そして、「使用者」の概念は、以上の労働者の定義に応じて、労基法上より拡大されると解される。

13 平20・1・23 基発0123004号 第2、1、(2) (イ)

14 山本敬三「民法の現代化と労働契約法」学会誌労働法115号（2010年）66頁

15 野川忍『わかりやすい労働契約法』79頁（2007年）、

(3) 労働契約の諸原則の確認

① 労使対等決定原則（3条1項）

本規定は、労基法2条1項に対応し、同規定の趣旨を確認した条項であると解される。つまり、法的には平等とされる労使間には、實際上、情報と交渉力の点で大きな格差が存在し、それゆえに労働者が使用者に従属せざるを得ない状況にあることを正面から認識し、この現実を直視して立法によって労働契約当事者としての実質的対等性を実現しようとする理念を宣言したものである¹⁶。したがって、労働契約法が単なる民法の特別法ではなく、労基法等の保護法領域の立法であることを確認する意義を持つものといえる。

ただ、本規定は文理上も訓示規定であり、特に就業規則規定の限定解釈などの労働契約に関する法的問題の解釈において、解釈指針との意義を持つことになる¹⁷。

② 労働条件の均衡考慮義務（2項）

本規定は、国会における法案審議過程で民主党による修正によって加えられた。本規定における「均衡」は、均等・平等を意味するものではなく、「就業の実態に応じて」つまり就労実態を総合的に勘案して、比較したうえでの「バランス」をとることを意味するものである。理念においては、同一労働同一賃金原則の公序化を指向するパートタイム労働法と接合する意義を持つものである。

文理解釈上、本規定は基本的には訓示規定と解され、直ちに法的効果を生ずるものではない。しかし、特に疑似パートや有期契約労働者などの非正規労働者の労働条件格差訴訟において、使用者による均衡考慮の努力義務の履行状況が、公序良俗・権利濫用・信義則などの一般条項の解釈適用に関して、考慮される可能性が拡大したものといえよう¹⁸。

③ ワーク・ライフ・バランス配慮義務（3項）

本規定も、国会審議の過程で加えられたものであり、「生活と仕事の調和への配慮」を宣言したものである。

本規定の法的性格は、訓示規定であって、労働契約紛争における解釈指針となるものであり、実質的な努力義務と解される。近時の裁判例において権利濫用判断のレベルで特に重視される傾向にある育児介護休業法26条の労働者の私生活への配慮義務は人事異動事案に限定されているが、本規定は広く労働契約の締結・変更を対象とするものであり、各種の裁判事案において援用される可能性があるものといえよう。

④ 信義則と権利濫用原則（4，5項）

本規定は、基本的には、民法1条2項と1条3項の一般原則の確認ではある。しかし、労働契約法が、基本的には労働者保護原理に立つものであることから、本規定における信義則や権利濫用の禁止も、例外的な権利制限原則としてではなく、権利の存否のみならず、権利行使の当否のレベルでの労働契約関係における労使利益の柔軟な調整法理として機能することが積極的に期待されているものと解される。

16 三井 前掲19頁以下

17 岩出 誠『早わかり 労働契約法』（2008年）23頁、荒木ほか前掲72頁

18 三井 前掲21頁以下

(4) 労働契約内容の理解の促進と書面による確認（4条）

①労働契約内容理解の促進規定（1項）

本規定は、3条1項の労使対等決定原則を実質化するための前提として、使用者が契約内容についての情報を提供し説明をすることによって労働者の理解を深めるべきであることを明確化したものであり、同時に、労働契約内容に関する紛争防止をその趣旨とするものである。その趣旨においては、労基法15条と同一と解される。ただ、労基法15条が労働契約締結時点での労働条件明示義務であるのに対して、本規定は労働契約締結時点に限定されず、その後の変更の時点でも労働条件等の理解を深めることが求められている。

本規定は、文言解釈上明らかに訓示的規定であって、使用者の努力義務を定めるにとどまり、同条から直ちに情報開示義務・説明義務を発生させるものとは解されないが、重要な労働条件に関しては使用者の説明義務の根拠となりうる解釈上の可能性がある¹⁹。

②労働条件明示義務規定（2項）

本規定は、1項同様労使対等決定原則の補完と紛争予防の観点からのものであり、使用者に労働条件明示義務を定めた労基法15条と施行規則5条に規定された労働条件以外の条項についても、労働契約の締結および変更時にはその内容の「書面による確認義務」が「労使双方」にある旨を定めたものであり、通常の契約は書面作成義務がないことと比較するとその意義は大きいものと解される。そして、本条は、労働契約の締結時点のみならず、労働契約関係の展開過程における労働契約の変更時にも書面での確認が義務付けたものと解される。また、「期間の定めのある労働契約に関する事項を含む」との括弧書きは国会審議過程で挿入されたものであり、その趣旨は、「有期労働契約の内容をできる限り書面で確認する」ところにあった。

本規定の法的性格は訓示的規定であり、「できるかぎり」との文言からも、義務違反が法的効果を生ずるものとは解されるものではない。

(5) 安全配慮義務の根拠（5条）

①本規定の意義と法的性格

本規定は、最高裁によって確立された判例法理を法文化し、労働契約上使用者が追うべき労働者に対する安全配慮義務の法的根拠を明定したものであるとしての意義をもつ。

なお、法案審議過程で、「労働契約により」とした政府案を「労働契約に伴い」と修正されたものであり、その修正は、「労働契約により」では、明示の合意がない場合には安全配慮義務の発生がないと解されるおそれがあるとして、「労働契約に伴い」とされたことは判例法理の観点から妥当なものといえる。しかし、「労働契約に伴い」という文言から、労働法学説の多数説である本質的義務説ではなく、民法学説・最高裁判決の付随義務説に立つものと解すべきかが今後の解釈論の焦点となる。

本規定の法的性格は、その立法趣旨から強行規定であり、安全配慮義務を免除するいかなる特約も無効とするものである。

②安全配慮義務の内容についての判例法理の展開と到達点

わが国の現行労災補償制度は、労災保険法等の労災補償制度と民法に基づく損害賠償制度の並存を前

19 三井 前掲26頁、荒木ほか前掲79頁

提としている。そして、労災保険法による補償給付は定型的なものであって、被災労働者が蒙った実損害を網羅するものでないことから、労働者の実損害の全面的な填補手段としての民事訴訟による損害賠償請求は実務上重要な意義をもちつつけている。

昭和40年代後半以降の労災民事訴訟事案において、雇用・労働契約関係にある使用者に安全保証・保護義務を認める下級審判決例が現れており、この下級審判決の動向を是認し、新たな呼称を用いつつその法理的根拠を提供した最初の最高裁判決が陸上自衛隊事件最高裁第三小法廷判決（昭和59・2・25民集29巻2号143頁）であった。同判決は、典型的な労災民事訴訟による事後的救済事案において、使用者である国は、不法行為法上の注意義務とは別個に、その法律関係の信義則にもとづく付随義務としての安全配慮義務を負うと認定して、債務不履行構成によって労働者側の損害賠償請求を認容したものである。同判決以前の学説として、民法学の通説は雇用契約上の信義則を根拠に、使用者の付随義務として設備・勤務場所等から生ずる危険から労働者を守るべき保護義務を承認するものであり、一方、労働法学説では生存権理念に照射された労働者保護原理にたつ労働契約の本質的義務として使用者には安全保証義務が生ずると主張されていた²⁰。これに対して、同判決の安全配慮義務概念は、ドイツ民法618条とその判例法理に由来するものであり、理論的には保護義務の労働契約関係における発現と捉えたものと理解されている²¹。そして、同法理は、従来の下級審判決が諸施設の危険から労働者を保護する義務などかなり限定的に解する傾向にあったのに対して、同義務の内容を労務管理・健康管理までに拡大している点、および安全配慮義務の適用範囲を「ある法律関係」と設定する点を特徴とするものであった。

同判決の提示した安全配慮義務法理は、後続する多数の最高裁判決によって補充され、最高裁の判例として確定した。

「適用範囲」については、本判決が幅広く設定したことから、私企業における雇用契約関係における労務提供過程での使用者の配慮義務として存在することが確認され（川義事件—最三小判昭和五九・四・一〇民集三八巻六号五五七頁）、さらに、元請使用者と下請労働者の間に実質的な使用従属関係が認められる場合には「雇傭契約に準ずる法律関係」があったものとして当該使用者に安全配慮義務義務が認められる（大石塗装・鹿島建設事件最一小判昭和五五・一二・一八民集三四巻七号八八八頁など）など、拡大する傾向がみられた。そして、「義務の内容」について、履行補助者の注意義務違反事案では、履行補助者の法令に基づく注意義務違反は使用者の安全配慮義務の内容には含まれず、使用者の安全配慮義務は業務遂行管理に用いる物的施設・設備および人的組織の管理を十全に行う義務に限定するもの（陸自三三一会計大隊事件最二小判昭和五八・五・二七民集三七巻四号四七七頁）もあったが、第三者の加害事案では、当該加害に客観的予見・予測可能性がありかつ回避可能性がある場合には、それを防止するための諸条件を整えることも安全配慮義務の内容となるとして（前掲川義事件、陸自朝霞事件最三小判昭和六一・一二・一九労判四八七頁）、高度な義務を認める傾向があった。

一方、債務不履行構成が被災労働者にとって訴訟実務上相対的に有利と解されていた「立証責任」については、最高裁は、安全配慮義務義務の内容の特定と具体的義務違反の事実の主張・立証の責任は被災労働者側にある（空自芦屋分遣隊事件最二小判昭和五六・二・一六民集三五巻一号五六頁）として、制限的な解釈姿勢を見せることになる。さらに、「帰責事由としての結果回避可能性」については、チェーンソー職業性疾病事案において、当該機器を使用する社会的有用性がある場合には、その危険が顕在化

20 岡村親宣『労災裁判の展開と法理』（1982年）90頁

21 奥田昌道「安全配慮義務」『損害賠償法の課題と展望』（1988年）7頁

した後も、社会通念上相当な措置をすれば、使用禁止などの措置をとらなくても、結果回避義務に欠けるものはないと限定的に解する（高知管林局事件最二小判平成二・四・二〇労判五六一号六頁）など、縮小化現象も現れた²²。

以上のような最高裁判決判例法理の枠組みの下で、その後の多数の裁判例において安全配慮義務の適用範囲と内容の拡大・豊富化の傾向が顕著となる。

まず、「適用範囲」について、元請企業と下請け会社の社外工との間にも適用されることが再度確認され（三菱重工神戸造船所事件 最一小判平成三・四・一一労判五九〇号一四頁）、また、臨床研修という教育的側面が存在する研修医と研修病院の関係にも、労働契約関係と同様の指揮命令関係を認定しつつ、適用を認める判決（関西医科大学病院事件大阪地判平成一四・二・二五労判八二七号一三三頁）がある。さらに、労働契約関係に言及することなく、シルバー人材センターは高齢者会員に対して「健康保護義務」を負うとする裁判例（綾瀬市シルバー人材センター事件横浜地判平成一五・五・一三労判八五〇号一二頁）や、雇用契約関係は認められないと認定しつつも、専属的に運送業務に携わる備車運転手と運送会社との間にも、雇用契約に準じた使用従属関係があるとして、安全配慮義務の存在を認める裁判例（和歌の海運事件 和歌山地判 平成16・2・9 労判874号64頁）が現れる。特に、後者の判決は、最高裁が原則として備車運転手の労基法・労災保険法上の労働者性を否定した結果（横浜南労基署長事件最一小判平成八・一一・二八労判七一四号一四頁）、同法の無過失原則にもとづく補償の途が絶たれた備車運転手への補償の可能性を承認したものであって、労災補償実務はもとより今後の政策論議においても重要な意義をもつものである。

「義務の内容」については、当初の「災害」事案の多くの裁判例で、事故防止のための施設・用具・装備の整備や人員配置・安全教育・労務管理体制などの「物的・人的安全環境の整備」義務が挙げられていた。近年の過労死などの「疾病」事案においては、「適正かつ継続的な健康把握・管理」義務やその健康管理を前提に労働者の健康悪化を防止するための職務軽減措置など適正な措置をとるべき「増悪防止措置」義務も内容と解されている（システムコンサルタント事件東京地判平成一〇・三・一九労判七三六号五四頁など）。さらに、過労自殺・いじめ自殺事案において、加重労働が及ぼす精神面への影響をも把握し、いじめなどの発見・制止などの積極的な「メンタルヘルスケア」義務も義務内容と解されている（オタフクソース事件広島地判平成一二・五・一八労判七八三号一五頁、川崎水道局事件横浜地判平成一四・六・二七労判八三三号六一頁など）。

安全配慮義務違反を基礎づける「因果関係・帰責事由」については、過労死事案では業務の過重性が発症の共働原因であれば因果関係を是認する傾向にあり、自殺事案では労働者の自由意思による切断論をとらずに因果関係を是認する傾向があり、そして、被災労働者側の事情は損害賠償額の算定場面での過失相殺の問題として処理する裁判例が多数となっている²³。

今日の裁判例における安全配慮義務法理は理論的ルーツである保護義務を内容的に超え、判例における不法行為の注意義務の拡大傾向とあいまって、労災の事後的救済法理として機能している。加えて、将来の健康被害の防止という労災予防の観点からは、安全配慮義務の履行請求問題が検討されることになる。じん肺症事案では、じん肺法施行以後は使用者の負うべき作業環境・健康管理等の具体的義務が特定されているとして、労働者の履行請求権を肯定する判決がある（日鉄工業松尾採石所事件東京地判平成二・三・二七労判五六三九〇頁）。しかし、受動喫煙などの実定法が存在しない事案においては、原則として履行請求はなしえないとするが、健康への現実的な危険が存する場合には履行請求を認める

22 下森定「国の安全配慮義務」『安全配慮義務法理の形成と展開』（1988年）二三六頁

23 中嶋士元也「職業性疾患・作業関連疾患と安全配慮義務」『労働関係法の国際的潮流』（2000年）133頁以下

余地はあるとする裁判例がある（京都簡易保険事務センター事件京都地判平成一五・一・二一労働判例八五二号三八頁）。学説は、安全配慮義務の法的性格（保護義務か給付義務か）や安衛法規定の私法的効力を主要な論点として展開されている²⁴。今後は、本条によって安全配慮義務が使用者の義務と明記されたことから当然にその債務の履行が請求されであろうし、本条の立法過程で履行請求が主要な政策課題の一つとされていたこと²⁵などから、履行請求についてさらに具体的に論じられることと思われる。

2章 労働契約の成立及び変更

(1) 労働契約の成立と変更

①労働契約の成立（6条）

本規定は、労働契約は、雇用契約の成立を規定する民法623条を踏襲して、労基法の適用ある労働関係を基礎づける有償双務諾成契約であることを確認したものであるという意義を持つものである。

具体的には、労働者及び使用者が「労働者が使用されて労働すること」と「使用者がこれに対して賃金を支払うこと」について合意すれば労働契約は成立することになり、この二つの要素の合意が認定されれば、具体的詳細な労働条件についての合意がなされていない場合にも、労働契約は成立したものとされる²⁶。ここでの合意は、明示の合意に限られるものではなく、黙示の合意が認定されれば、労働契約の成立が認められると解されている。さらに、労働契約法は、労働契約が成立したと認定された場合に、具体的労働条件についての合意がないときには、就業規則により補充されることを予定したものと解されている²⁷。

そして、労働者概念が労基法上の労働者と基本的には同様のものとされることから、民法623条の雇用契約上の労働者に限られるものではなく、当事者間では形式的には民法上の他の役務提供契約(請負・委任)であるとされている場合でも、そこに使用従属性が認めれる場合にはその契約関係は労働契約と解されることになる。

②労働契約内容の変更の原則（8条）

本規定は、労働契約は「成立」だけでなく、契約内容である労働条件の「変更」も労使の「合意」を要件とするとの契約論的な合意原則を確認し宣言した意義を持つ。

ここでの「合意」には、明示の合意のみならず、黙示の合意も含まれるとかが問題となる。黙示の合意が含まれると解すると9条10条の就業規則による労働条件変更の合理性判断を経ることなく、黙示の合意の意思解釈で労働契約内容の変更の法的効力が判定されるおそれがあることから、基本的には明示の合意のみと解するべきである²⁸。これに対しては、民法の特別法という性格からしても合意の定義がない以上、明示の合意のみに限定する解釈を疑問視する見解もある²⁹。

さらに、明示の合意についても、「その都度合意」が必要か、事前の「包括的合意」でも足りるかも問題となりうるが、同様に厳格に解すべきであり、その都度の合意を必要とすると解すべきであろう。

24 鎌田耕一「安全配慮義務の履行請求」『労働保護法の再生』（2005年）365頁

25 連合「労働契約法案」24条2項

26 平20・1・23 基発0123004号 第3の2(1)イ(オ)

27 荒木ほか 前掲87頁

28 荒木ほか 前掲111頁以下

29 岩出 前掲50頁

(2) 就業規則による労働条件の決定と変更

①就業規則の労働契約内容決定に関する法的効力

(ア) 就業規則の契約拘束力の創設（7条）

(a) 7条の意義と法理

労基法旧93条は、労働者保護の観点から、使用者に一定の要件のもとで就業規則の作成を強制し、就業規則を事業場の最低労働条件基準を設定する「職場のミニ労基法」として位置づけたうえで、同基準に違反する労働契約条項を無効にする強行的効力とその部分を就業規則規定で置き換える直律的効力を付与するに留まっていた、労組法16条と異なり、労働契約に定めがない場合の補充的効力を就業規則に付与するものではなかった。協約が集团的合意という本質を持つものであり、就業規則があくまで使用者の一方的決定によるものであることからの相異と理解されていた。

これに対して、本規定は、労働条件の合理性と周知を要件に、就業規則で定められた労働条件が労働契約内容となるという補充的効力³⁰を、合意原則を基盤として就業規則に新たに付与するものである。

労基法旧93条の補充的効力の「欠缺」という事態に如何に対処するべきかという観点から学説は分裂していたが、秋北バス事件最高裁大法廷判決（昭和43・12・25民集22巻13号3459頁）以降の判例は、契約説と法規説を軸にした学説の対立構図とは大きく懸け離れた論理を媒介に、就業規則規定の合理性の吟味を経て労働契約内容となる効果を承認するものであった。

本規定は、確立した最高裁判例法理、特に就業規則の労働契約内容の法的拘束力に言及して、契約説的方向に舵を切ったと評価されている電電公社帯広局事件最高裁判決（1小判 昭和61. 3. 13 労判470号6頁）以降の最高裁判決論理の法文化と解され³¹、実体的要件である「労働条件の合理性」と手続的要件としての「周知」の二つを要件に、労使間の合意の要素を排除して、使用者が作成する就業規則に労働契約内容を法的に拘束する効力を承認したものである。そして、本条但書では、「就業規則内容と異なる労働条件を合意していた部分については、…この限りではない」として、就業規則とは異なる労使合意による特約が優先されることが確認された。本条は、合理性と周知の要件を充足した場合にのみ、就業規則に労働契約内容の補充を認めるとの「特則」を設定したものと理解される。

本規定の論理は、立法の経緯からは、最高裁判決論理を踏襲したものと解される。最高裁判決法理は民法92条の「事実たる慣習」を媒介論理として、就業規則の内容が合理性を欠く場合を除き、労働者と使用者の間に労働条件は就業規則の定めるところによるとの合意があったものと推定する趣旨と解する「合意の推定論」を論理的前提とするものと解されていた。これは、約款が法的拘束力を持つにはあくまでも当事者間の合意に根拠を求めなければならず、合意に「約款による意思の推定」をみて、約款によらないという意思表示がない限り、その契約は約款によるとの意思をもって締結されたと推定する約款の大審院判例以来の法的拘束力の根拠についての民法学説の論理に沿ったものであったと理解された。したがって、明らかに就業規則に規定された内容とは異なる労使当事者間の合意がなされたと認定することが適当である場合及び不合理な労働条件の場合には推定は働かないと考えることとなり、別異の合意ある場合には、この推定は反証を挙げて覆すことができるものであると解された³²。しかし、立法の経緯の事実としてはともかく、本条の制定後にも判例法理を説明するために学説が持ち込んだ約款法理を援用して本条の論理を説明することに対しては、約款と就業規則の制度本質と機能の相異などから疑問が呈されている³³。そこで、労働契約法の合意原則とのより整合的な理論構成をめざす観点から、本条

30 平20・1・23 基発0123004号 第3の2(2)イ(ア)

31 荒木ほか95頁

32 『あり方研報告書』24頁。なお、7条の法的拘束力の法的性格についての見解に関しては、三井前掲 74頁以下参照。

33 三井 前掲82頁以下

は、合意にかかわらず就業規則の契約拘束力を承認したものと解すべきではなく、合理性と周知を要件に合意の成立を認めることを前提に、あくまでも就業規則の内容で労働契約を締結したと見る解釈原理を定めたものであると理解すべきであると有力に主張されている³⁴。

(b) 7条の適用範囲

国会審議過程で「労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において」という文言が挿入された。これにより、判例法理とは異なり、本条の適用は「労働契約締結時点」に限定されることになり、労働契約成立時において存在した就業規則規定が労働契約の内容を拘束する効力が発生するものとされた。この結果、労働契約がすでに締結されていた事業場に就業規則を新設して労働条件を変更する場合は、実定法上は白紙の状態におかれることになる。

この問題については、従来の最高裁判決法理は就業規則の「新設」については就業規則「変更」の合理性法理を適用していることなどから、労働契約法10条が類推適用されるものと解する見解が多数である³⁵。その際には、11条の類推適用もありうると解すべきであろう³⁶。

(c) 7条の有効要件

本条の有効要件は、就業規則変更効力の要件とは異なり（11条）、規定内容の合理性と周知の二要件とされている。これに対して、立法過程の当初では、労働者が就業規則内容をいつでも知ることができることが重要であるとして、交付は必要でないものの「周知」が第1の要件とすべきとし、加えて、できる限り就業規則の作成に労働者が適切に関与することが必要であるとして、「意見聴取」を第2の要件とし、さらに、より厳格な手続が労働者保護に資すること、労基署による就業規則の変更命令による是正が期待できるから、就業規則内容の合理性が確保され、労働者の信頼感も高まるとして、第3の要件として「届出」が適当であるとしていた³⁷。その後の『労働契約法制及び労働時間法制の在り方について（案）』及び『労働契約法制及び労働時間法制の今後の検討について』でも、「労基法を遵守して定めた就業規則」がとされ、労基法上の就業規則の効力要件と同一のものでされていたが、『今後の労働契約法制について検討すべき具体的論点(1)（素案）』以後、「周知」のみとされて他の要件への言及はなくなった。だが、本規定のもとでは、10人未満事業場以外でも、労基法89条90条違反ということのみで就業規則の契約拘束力が直ちに否定されることはないと解される。

この規定に対しては、秋北バス事件最大判でも、就業規則内容の合理性を確保するために行政監督の必要性が重視されていたことから、例え、明文上の労基法上の届出・意見聴取が効力要件とはされていなくとも、労基法上の手続の遵守の有無は、実質的に就業規則のもう一つの要件である「労働条件の合理性」を判定する重要な考慮要素として考慮されるものと解すべきであるとする見解もある³⁸。

本規定は、第一の要件として就業規則規定の内容の「合理性」を要件とするが、同条における「合理性」はいかなる内容であるか、誰にとっての合理性かなど合理性概念自体の定めがなく、さらに、その判断要素はいかなるものであるかについて、就業規則の変更効に関する10条と異なって、明記されていないため、法文上は不明であり、理論的にも契約締結時点での合理性と変更時点での合理性は異なることと解されることから、解釈に委ねられることになる。公序違反は合理性を欠くものと解するのは当然であるが、それを超えていかなるものを設定しうるかは困難である。学説には、合理性の評価基準に関して

34 毛塚 前掲29頁

35 野川前掲109頁、岩出前掲47頁、村中前掲44頁、荒木ほか前掲96頁。反対説として三井前掲32、82頁

36 岩出 前掲54頁。参照 石川島播磨重工事件 東京地判 昭和52.8.10 労判281号28頁、日本ロール製造事件 東京地判 平成14・5・29 労判832号36頁

37 労政審議会『今後の労働契約法制の在り方研報告書』25頁

38 岩出44頁以下

は、本規定の合理性審査は公序違反を排除するのみの消極的要件としての機能が期待されていると解して、公序違反の場合など極めて例外的な場合に合理性が否定されるとする見解がある³⁹。これに対して、労働契約法上の就業規則と労基法上の就業規則制度はその基盤とする法原則において異なるものの、労働契約法上の就業規則制度の解釈に際しては労基法原則をふまえる必要があるという観点から、本条の合理性を検討し、手続的には労基法上の手続規定を履践した上で、内容的には協約に違反しないことが求められ、さらに各種の労働関係法令に違反していないばかりでなく、その趣旨・目的に反していない内容の労働条件であることが求められるとする見解もある⁴⁰。

第二の要件である「周知」は、周知手続が就業規則の法規範性の要件であると判示したフジ興産事件最高裁判決（最2小判 平成15・10・10）を法定したものであり、その趣旨は、労働条件は就業規則の定めるところによるという労使当事者間の合意を推定するための要件と理解されていた⁴¹。

そして、周知の方法は、労働者が就業規則内容を実際に知りうることが重要であるから、労基法106条の周知（掲示・備付け、交付、パソコン）に限定されず、労働者が知りうる状態しておくことで足りるとして、「実質的周知」と広く解すれば良いとの見解⁴²が多数である。具体的には、説明会での公表、採用時の説明・要旨の配布、社内報への掲載等が、周知と解されることになる。これに対して、労働契約法の合理原則の観点を重視して重要事項の十分な説明まで必要であるとの見解もある⁴³。

また、周知の対象労働者は、労働契約締結時点の就業規則の効力の要件である以上、就業規則が適用される事業場の全労働者のみならず当該労働契約を締結する労働者への個別的周知が必要とされる⁴⁴。

本条の法的性格は強行規定であり、二要件は効力発生の絶対的要件であり、その要件の充足は、当該就業規則規定が労働契約内容となっていることを主張する当事者が主張立証責任を負うと解される。

(イ) 就業規則の最低基準効力の確認（12条）

本規定は、改正労基法旧93条を移項して、就業規則には適用事業場の労働契約内容の最低基準を定める法的効力があることを確認したものであり、労基法93条には、「労働契約と就業規則との関係については、労働契約法…12条の定めるところによる。」とのインデックス規定が置かれた。なお、理論的には、労基法旧93条は、もっぱら労働保護法の観点から、就業規則に最低基準保障の法的効力を付与したものであるのに対して、本規定は、労基法の労働者保護原則を前提としつつ、労働契約法の合意原則の観点から、同様の法的効力を承認した点で、効力の淵源に差があると解されている。

本規定の法的性格は強行規定であり、この最低基準効力の発生には労基法上の手続である意見聴取及び届出は必要ないことになる。

②就業規則の契約内容変更効力の創設（9条、10条、11条）

(ア) 本規定の意義と法的性格

本法は、就業規則による労働契約内容の変更問題について、9条で原則命題を定め、10条で例外命題をさだめて、11条にその法的効力の手続要件を規定するという構造を採用して、これらの条項をふまえて変更された就業規則に労働契約内容を変更する法的効力を付与することとした。

これらの論理構造と内容は、最高裁判例法理の法文化であり、合意なくして使用者の就業規則による

39 村中 前掲45頁

40 唐津 前掲27頁以下

41 「あり方研報告書」24、5頁

42 岩出 前掲47頁、荒木ほか 前掲101頁、三井 前掲31頁

43 毛塚 前掲29頁

44 平20・1・23 基発0123004号第3の2(2)イ(カ)

労働契約内容変更権限の法的承認とその効力発生要件を法文化したものであり、強行規定であると解される。

この立法趣旨は、「最高裁判例で確立しております原則と例外の関係を言わば足しもせず、引きもせずにそのまま法律にする」ことにあったとされ、就業規則による労働条件変更事件についての判例法理は、秋北バス事件最高裁大法廷判決（昭和43年12月25日 民集22巻13号3459頁）以降の数多くの最高裁判決の主導によって形成されてきたものである。その判例法理は、①「新たな就業規則の作成又は変更によって、既得の権利を奪い、労働者に不利益な労働条件を一方的に課すことは、原則として、許されない」が、②「労働条件の集合的处理、特にその統一かつ画一的な決定を建前とする就業規則の性質からいって、当該規則条項が合理的なものであるかぎり、個々の労働者において、これに同意しないことを理由に、その適用を拒否することは許されない」という論理構造であって、この論理が法文に踏襲されたものである。

(イ) 実体的要件としての「変更の合理性」とその評価要素（10条）

法文上は、「労働者の受ける不利益の程度」「労働条件の変更の必要性」「変更後の就業規則の内容の相当性」「労働組合等との交渉の状況」「その他の就業規則の変更に係る事情」に照らして判定することになるが、「その他の就業規則の変更に係る事情」には後述する従来の判例法理の判断諸要素（代償措置その他関連する他の労働条件の改善状況、他の労働組合又は他の従業員の対応、同種事項に関する我が国社会における一般的状況等）が含まれる構成になっている。

しかし、判例法理だけでなく、本規定においても、「変更の合理性」の概念と性格は明らかにされず、合理性判断は列挙された諸判断要素の総合判断でなされると言うのみである。

判例法理における合理性判断の要素は、秋北バス事件最高裁判決以後の最高裁諸判決において、逐次合理性判断要素が補充され、確定したものであった。秋北バス事件最高裁判決が、合理性判断要素として挙げたのは、「企業の必要性の程度」「労働者の被る不利益性の程度」「産業界の実情」「個別的不利益の緩和措置」「不利益を被る従業員の意向」であった。その後、御國ハイヤー事件最高裁判決（最2小判 昭和58・7・15 労判425号75頁）が「代償措置」を加え、タケダシステム事件最高裁判決（最2小判 昭和58・11・25 労判418号21頁）が「組合との交渉の過程」と「他の従業員の対応」を付加した。そして、大曲市農協事件最高裁判決が、以上の諸判決の合理性判断要素を集大成して、合理性判断法理を定式化した。同判決は、さらに、従来の諸判決が指摘していた「変更の必要性」について、特に賃金・退職金など労働者にとって重要な権利・労働条件に関し実質的な不利益を及ぼす場合には、当該労働者にそのような不利益を法的に受忍させる許容できるだけ「高度な必要性」が必要とする。さらに、同判決は、下級審を含めたそれ以前の先行諸判決が、「代償措置」について不利益変更との直接性・対応性を要請していたのに対して、直接の代償でなくても、「変更と共通の基盤を有するもの」は合理性判断要素の代償措置として評価できるとし、「代償措置の包括性」を打ち出し、その後の判例法理を形成することになった。さらに、タケダシステム事件最高裁判決が組合との交渉経緯の手続的要素を合理性判断要素に加え、第一小型ハイヤー事件最高裁判決が「多数組合との団交決定が通常使用者と労働者の利益が調整された内容のものである」という推測が可能であると判示し、第四銀行事件最高裁判決従業員約90%を組織する労働組合との労働協約を締結した上で行なわれた就業規則の変更について、「変更後の就業規則の内容は労使間の利益調整がされた結果としての合理的なものである」と一応推測することができる」と判示したが、第一小型ハイヤー事件最高裁判決（最2小判 平成4・7・13 労判630号6頁）は、「使用者と別組合との団体交渉の経緯」を加え、第四銀行事件最高裁判決は、先行する最高裁諸判決で挙げられたすべての合理性判断要素を、網羅的に列挙したうえで、大きなインパクト

トを与えることになったが、みちのく銀行事件最高裁判決は第四銀行最高裁判決のこの部分を正面から否定し、合理性判断において手続的要素を「変更の必要性と不利益の程度」を中心とした実体的要素から独立させて評価するものではなく、手続的要素は実体的要素に従属する要素と位置付けられる判決の傾向を確認して、多数組合との合意も合理性評価の決め手とはならないとした。

このように、今日までのところ、最高裁の判例法理によって挙げられた合理性判断要素は、実体的要素では、「労働者が被る不利益の性格と程度」「使用者の変更の必要性の内容と程度」「変更後の内容の相当性」「同業他社・わが国社会一般における状況」「代償措置・経過措置」であり、手続的要素では、「組合との交渉の経緯」「他組合又は他従業員の対応」であった。今日の圧倒に多数の判決は、その事案に応じて、以上のそれぞれの要素を組合せて、変更の合理性を総合的に判断している。

そして、以上のような諸要素を総合判断するというのが、判例の合理性判断法理の特徴であり、本規定もそれを踏襲している。ただ、その要素間にいかなる関係にあるかを定式化して明言する最高裁判決はない。判旨における論理の進め方から、判例法理においては、合理性判断要素は、大枠として、「変更の必要性」と「労働者の被る不利益の程度」を中心とし、その他の諸要素はこの上にたって考慮される要素と位置付けられるという構造にあると解される。みちのく銀行事件判決以後の控訴審判決（八王子信用金庫事件 東京高判 平成13・12・11 労判821号9頁）のように、より明確に、合理性判断を「変更の必要性と個々の労働者が被る不利益との調整」という構造で捉える判決もある。このような要素の理解は、就業規則による労働条件変更紛争が、継続する労働関係において、新たな状況への対応の必要性から生じたものであり、そこで衝突するのは、既存の労働条件の継続を望む労働者の利益と新たな労働条件の設定をめざす使用者の利益であることから、理論的にも、妥当な構造と評価される。ただ、その他の諸要素が、ふたつの主要な要素とどのような関係にあり、合理性判断全体においてどのような位置付けになるのかは、未だ明確ではない。

以上の判例法理における合理性判断要素のうち特に実務上留意すべきと思われる点を指摘する。

まず、「高度な必要性」については、大曲市農協事件最高裁判決は「高度な必要性」要素を提示するものの、同判決自体も「高度さ」を具体的には評価しておらず、その後の最高裁判決ではまったく言及しないものもある。さらに、下級審判決でも「変更の必要性」は事実認定するものの、必要性の「高度さ」を具体的に判定したものはごく限られていた。このことから、判例法理における「高度な必要性」要素は、枕詞的又はリップサービスのものにすぎないと評価される傾向にあった。しかし、みちのく銀行最高裁判決では、変更の必要性を四段階に区分して、賃金の抑制を図る「必要」、銀行の競争進展等を考え合わせて認定される「高度の経営上の必要性」、「法的に受忍させることもやむを得ない程度の高度な必要性」、企業の存続自体が危ぶまれるなどの状況にあるときは、変更の「必要性が極度に高い」—この場合には、労働者が失職したときのことを思えばなお受忍すべきもの判断せざるをえない—場合、としている。そこから、当該事案は、「例外的なほどの高度な必要性」がある場合に該当しないと認定している。同判決のこの姿勢は、先に指摘した従来の判決の傾向とは正反対のものであり、今後の判決がこのようなより具体的な「必要性」評価に向かう契機となりうるものとして、注目されよう。

次いで、変更内容の相当性を問う要素として、「同業他社・わが国社会における一般的状況」と「変更内容自体の相当性」が挙げられている点が留意されなければならない。判例法理が「同業他社・わが国社会における一般的状況」を判断要素と位置付けるのは、就業規則による労働条件変更紛争が利益紛争的性格をもつものであり、そのために裁判所の判定も仲裁的機能を担うものであるから、第三者としての視点を合理性評価に取り込むための要素として不可欠であると判断したためのものであると思われる。さらに、このことは、労働条件の変更に際して労使当事者が「世間相場・業界相場・同業他社の水準」に

大きな配慮を払っているという労使関係の実態を反映したものと評価できよう。このような背景の故にか、従来の下級審判決では、変更内容が「同業他社・わが国社会における一般的状況」を上回っていることが認定された場合には、合理性判断の決手となり、あるいは、補完的な要素と評価され、結論的には変更の合理性の存在を肯定する傾向がみられた。「内容自体の相当性」については、みちのく銀行事件最高裁判決が、「特定の層の行員にのみ」負担を負わせる変更は、十分な経過措置がないかぎり、相当性は認められないとして、従業員間の不利益負担の公平さという比較・つりあいの視点を重視している点が留意されなければならない。

さらに留意すべき点は、みちのく銀行事件最高裁判決が、内容の相当性とは、「巨視的・長期的」ではなく、「短期的」あるいは「当該労働者」からみて判定すべきでもあると判示する。これは、判例法理のいう合理性は誰にとっての合理性なのかという問題に対して、従業員全体あるいは企業にとっての合理性ではなく、当該訴訟において変更の法的効力を争っている特定労働者にとっての合理性であると、最高裁として正面から初めて解答したものである。そして、その論理的帰結として、就業規則変更のうちの合理性が否定された部分は、当該労働者に法的拘束力を及ぼさないと結論する。まさに、近時学説上論議されていた相対的効力説⁴⁵を承認したものと評価される。

以上の判例法理の特徴は、本規定のもとでの就業規則紛争裁判においても当然に維持されるものである。

(ウ) 「不利益性」の評価

本規定は、不利益性の評価に言及するものではない。しかし、従来判例法理の前提要件である労働条件の「不利益性」の評価が、近時の成果主義的労務管理の進展に伴って、重要な論点となってきた。これについて、正面から論じた最高裁判決はいまだ存在しない。しかし、第一小型ハイパー事件最高裁判決以降みちのく銀行事件最高裁判決までの多くの判決は、不利益性を労働者の「単なる期待を超えた実質的な労働条件の不利益に等しいもの」も含む極めて緩やかな概念と解している。最高裁判決は、合理性判断テストの範囲は、極めて広いものと捉える傾向にあったといえよう。

下級審判決における嚆矢であるアーク証券事件東京地裁判決（東京地判 平成12・1・31 労判785号45頁）は、より早期に昇格する可能性が生じたと認定しながら、より長期的なサイクルの中で営業成績をあげるにより昇格することができるという「安定した地位を失い」降格・減額の危険があるという「不安定な状態におかれることになった」と認定して、合理性判断法理を適用している。続けて、実情をふまえて具体的な不利益性を判定し、本件では、昇格の可能性はいまだ抽象的可能性にとどまっていたと認定して、判旨を補強している。このような判定の仕方は、他の下級審判決⁴⁶にも見られるところであり、基本的には、最高裁判例に沿った判決であり、先例足るべきものと評価できる。また、そもそも、労働条件の安定性は、労働契約の継続的性格によって支えられた労働者にとっての法的価値と評価されるべきであるから、理論的にも妥当な判定と言えよう。

(エ) 「変更の合理性」の立証責任

本規定は、「合理的なものであること」が効力発生要件であるから、文理解釈上も、当該規定の適用を主張する側が、合理性の存在の立証責任を負うと解される。

(オ) 手続的要件としての周知（10条）及び届出・意見聴取（11条）

周知を手続的要件とすることは判例法理を踏襲するものであり、ここでの周知方法は実質的周知で足

45 拙稿「判例における合理性判断法理の到達点と課題」学会誌92号136頁以下

46 キョーイクソフト事件 東京地八王子支判 平成14・6・17 労判831号5頁、ノイズ研究所事件 横浜地川崎支部判 平16・2・26 労判875号65頁、東京高判平18・6・22 労判920号5頁

りとする点、及び個別労働者を周知対象とする点も、7条と同様と解すべきであろう。

11条が、労働条件「変更」就業規則のみの手続的要件として届出・意見聴取を定めたことは、労基法89条（労基署への届出）と90条（過半数代表者の意見聴取）の手続の履践が合理性を担保するために重要と解したことによるものと思われる。

本規定が、変更就業規則の法的拘束力の要件であることから、労基法上の義務のない使用者においても、就業規則変更の際には届出・意見聴取が必要になる。

なお、法文上の構成としては「就業規則の変更に係る手続」との見出しによることから、就業規則変更の一般的ルールと解されるものであり、不利益変更に限定されないことになる。そうすると、労基法上の手続要件は就業規則の制定には労働契約内容規律効の効力要件とされず、変更のみに手続要件が付加されることになる。ただ、近時の裁判例は変更就業規則の法的効力は実質的な周知のみで足りるとする傾向にあることからすると、11条の手続要件を欠く場合の法的効力の評価が問題となりうる。しかし、不利益労働条件を労働者の意に反して押し付けるためには、この要件の意義は重要なものと解され、要件を欠くことが直ちに効力否定に繋がらなくとも、合理性評価のレベルで考慮されうる重要な要素となると解される。

(カ) 10条但書の意味

10条但書は、就業規則による変更対象は、個別労働契約（特約）による労働条件には及ばないという原則を宣言したものである。

個別特約の優位性を宣言した本規定は、専ら法論理的整合性を維持するためには不可欠なものであった。つまり、最高裁の判例法理は、「当該就業規則による」との事実たる慣習を根拠にするからこそ、変更は原則として拘束力がないという原則命題が定立するものであり、事実たる慣習の内容を「就業規則による」と解するものではないのであって、契約締結時の就業規則の法的拘束力を認める根拠を民法92条に求める以上、当事者間に特約がある場合には当然その特約によることになる。そして、変更法理の場合においても、同論理を貫徹させ、就業規則を超える有利な労働条件を定める特約がある場合つまり「就業規則の変更によっては変更されない労働条件として合意していた部分」には、変更就業規則の効力は及ばないとしたものである⁴⁷。

(キ) 就業規則による労働契約内容変更権の法的性格

政府参考人は借地借家法32条の借賃増減請求権と同種のものであるとし、さらに参議院における質問主意書に対する政府答弁書では、「契約の一方当事者が法津上認められた形成権を行使することにより、契約内容が変更されることがあると承知しており、例えば借地借家法32条の建物の借賃増額請求権をこうした場合がこれに該当する」としている（内閣参質168第62号平成19年11月17日）。そして、国会答弁において政府参考人は、「労働契約法10条の就業規則変更による労働契約条件の変更権は請求権である」と明言しているが、これが同時に形成権でもあるという理解に立つのが政府見解である。

なお、借地借家法32条は、借賃増額請求権の行使は相手方に対する意思表示によってなされ、請求の意思表示が相手方に到達した時から増減の効果が生じるが、賃料の増額変更について借家人が異議を唱えて賃料の増額についての協議が調わない場合は、増額請求を受けた借家人は、増額を正当とする裁判が確定するものは、相当と認める賃料を払うことで足り、賃料支払債務の不履行を理由とする解除は認められないとする（32条Ⅱ項本文）。この権利は、相手方の承諾がない限り裁判外で変更の効果を発生させることができず、形成判決を求める請求権であると理解されていた。そして、民法学の通説的

47 村中 前掲47頁

見解は、この借地借家法の借賃増減請求権を、裁判という公権的な判断を媒介に、請求権（形成判決を求める権利）と形成権を折衷させた独自の法的性格を持つ「特殊な権利」として、立法的に解決されたものと理解していた⁴⁸。

③ 就業規則と法令・労働協約との関係（13条）

本規定は、労基法92条1項と同一趣旨のものであり、労働契約法は現行法の労働条件決定システムにおける各制度の規範構造を変更するものでないことを確認したものである。

つまり、たとえ7条及び10条・11条の要件を充たした就業規則であっても、その補充的効力も変更効力も、当該法令又は協約の適用を受ける労働者の労働契約については適用しないとして、直裁にそれらの効果が発生しないことを定めたものである。

3章 労働契約の継続及び終了

(1) 出 向（14条）

本規定は、国会での修正によって法案の同条2項に規定されていた出向の定義が削除され、出向命令権の権利濫用原則のみを確認したものである。

本規定は、出向問題で最大の論点である使用者の出向命令権の法的根拠については言及するものではなく、出向命令権の行使の権利濫用判断の要素を①出向の必要性、②対象労働者の選定に係る事情および③その他の事情と例示的に列挙するにとどまる。なお、この濫用判断は、出向に関する最初の最高裁判決である新日鐵（日鐵運輸第2）事件判決（二小判 平15・4・18 労判847号14）が、①経営判断の合理性と出向措置の必要性、②人選基準の合理性と具体的人選の相当性、③労働者の生活関係・労働条件における不利益の存否・程度、④発令手続の相当性の諸要素を検討し、総合判断すべきであると権利濫用要素を網羅的に定式化したものを前提に法文化したものと⁴⁹と解される。

(2) 懲 戒（15条）

本規定は、懲戒権の権利濫用原則を確認し、その判断要素として労働者の「行為の性質及び態様その他の事情」を挙げている点は従来の最高裁判例法理⁵⁰を法文化したものと解される。

しかし、本規定は、通常の民事的責任追及を超えて何故に使用者に労働者に対する懲戒権が認められるのかという問題意識から議論されてきた懲戒権の法的根拠については何ら言及するものではない。

(3) 解 雇（16条）

本規定は、労基法18条の2を移項したものであり、同条の解雇制限原則を再度宣言し確認した意義を持つものであり、実務上も重要な意義を持つ規定である。

①民法上の「解雇の自由」と解雇制限に関する学説の展開

解雇は、使用者の一方的意思表示によって将来に向かって労働契約を解約することである。その法的性格は、使用者による労働契約の解約という形成権の行使であり、使用者の単独行為である。

現行民法は、期間の定めのない雇用契約について、各当事者は何時でも解約の申入れができ、その場合雇用契約は申入れ後2週間を経過することによって終了すると規定する（627条1項）。本規定は、継

48 星野栄一『借地借家法』243頁（1969年有斐閣）

49 拙稿「業務委託先企業への出向命令と期間延長措置の法的効力」 労判856号5頁以下

50 ダイハツ工業事件 最二小判 昭58・9・16 判時1093号135号、ネスレ日本事件 最二小判 平18・10・6 労判925号11頁

続的契約関係における過度な拘束を防ぐために何時でも解約できる建前をとり、ただ相手方に不測の損害を回避するために一定の予告期間を設けたものと解される。同規定の「何時にても」は、民法学の通説⁵¹では、何ら特別の理由がなくとも解約の申入れをなしうることを意味すると解されていた。つまり、民法は、雇用契約の両当事者が、有期雇用契約ではなくて、無期雇用契約を選んだのは両当事者が何時でも事由の如何を問わず解消しうるものにしておきたい、それによって当該雇用契約による法的拘束から何時でも離脱できるようにしておきたいとの意思によるものであったと評価して、その当事者の合理的意思に即して「解約の自由」を認めたものであると解される。つまり「継続的契約関係における解約の自由」は契約当事者双方の「契約的拘束からの離脱の自由」の承認を法理的根拠とするものである。その意味で、「解約の自由」は「契約の自由」の一内容である「締約の自由」のコロラリーではなく、いわば「人身の自由」を媒介にした積極的な規範命題と解すべきであろう。この趣旨を法律上表明したものが民法627条であると解されている⁵²。そして、同規定が雇用契約当事者の労使双方に同様に適用されると規定されていることから、労働者の「退職の自由」の実定法上の根拠とされると同時に、後述するように使用者の「解雇の自由」の実定法上の根拠をなすものと解されている。

民法上、労使双方に平等に認められた雇用契約の「解約の自由」は、労使の実質的な非対等性という実態の故に、社会実態においては異なる意味を持っている。使用者の「解雇の自由」は、労働力の選択や労働条件の自由な決定の契機となるという意味で使用者にとっては利潤追求のための自由となるが、労働者にとっては雇用の喪失を意味しその生活の基盤を侵害するものとなる。「解雇の自由」が労働者に及ぼすこの重大な不利益の故に、解雇の規制が労働運動と労働法の大きな課題となってくる。

しかし、労基法には、制定当初から差別的解雇の禁止及び特定の期間における解雇の禁止などのごく限られた場面における解雇規制が定められていただけで、平成15年の改正まで一般的な解雇制限の明文規定は存在しなかった。この間、ヨーロッパの多くの国では1970年代に雇用保障を法政策的な価値として解雇を制限する解雇制限法が制定され、それらの法律においては解雇と退職は原理的に異なるものと位置づけられていた。このような国際的な立法動向を背景に、1982年に「使用者の発意による雇用の終了に関する条約」(158号)がILOで採択されるまでになっていた。

わが国では、当初、解雇の自由をめぐる学説として、解雇自由説、正当事由説、権利濫用説が鼎立していた⁵³。

解雇自由説は、解雇の自由は取引の自由という民法の基本原則に属する問題であると捉えて、解雇の自由は労働法によっては修正されていないと解することから、法令などによる制限がない限り解雇は自由であるとし、さらに権利濫用として解雇の自由を制限することは取引の強制となるとして否定した。なお、昭和30年代以降この解雇自由説を支持する学説・裁判例は存在していない。

正当事由説は、解雇の自由という市民法原理が生存権を法原理とする労働法によって修正されているとの認識から、解雇の自由の原則の貫徹が否定された労働法秩序のもとでは、憲法上の労働権・生存権への重大な脅威となる正当事由のない解雇は禁止されるべきであるなどとして、解雇権自体に内在的制約があり、正当事由がない限り解雇権は発生しないとした⁵⁴。この正当事由説の本来の議論の領域は解雇権の発生要件論の次元にあり、70年代以降の諸外国の解雇制限法及びILO158号条約の法理と共通するものであった。

51 我妻栄『債権各論(中巻二)』(1983年、岩波書店)590頁

52 蓼沼謙一「日本的雇用の変容」季刊労働法210号199頁

53 西村健一郎「解雇・退職」『労働法講義3』(1983年、有斐閣)363頁以下、米津孝司「解雇権論」『戦後労働法學説史』(1996年、労働法律旬報社)658頁以降

54 窪田隼人「解雇」新労働法講座8巻(1967年、有斐閣)193頁

権利濫用説は、民法627条を基礎とする現行法の解釈としては正当事由説には無理があるとし、解雇の自由を原則として認めた上で私権行使一般に通じる権利濫用法理を適用すべきとする見解であり、労働者を失業による生活危険から保護しようとする社会的配慮を前提に、労働者の生存に直接脅威を与える解雇は生存権理念に照射された信義則に基づいて大幅に制限されるなどと解して、権利濫用と評価される解雇は無効となるとするものである。そして、この解雇濫用説は、相異なる対抗的原理の調和をはかるといふ観点から、解雇権行使の効果の次元で解雇による不当な結果を排除しようとする立論であった。

ただ、正当事由説と解雇権濫用説は、法理的には必ずしも相互排他的な立論ではなく、具体的な適用においてはほぼ同様の結論を導きうるものとなっていたと評価されていた⁵⁵。

このような学説の動向に対して、裁判例においては、解雇権濫用法理が、昭和30年代に定着し昭和40年代には判例法理として確立して、後述するように最高裁の採用するところとなった。

近時、この解雇権濫用法理の法理的な脆弱性が、日本的雇用システムの変容に伴って発現した裁判例の動揺への危機感などを背景に、再度問題視されるようになる⁵⁶。近時の学説は、解雇権に内在した制約法理の確立をめざすという共通認識に立って、解雇権濫用法理の枠内で、解雇権制限の法的根拠を重畳的に提示し、その法的根拠を複合的なものとする傾向にある⁵⁷。これらの見解は、労働契約関係において維持継続を規範的に要請することの内在的根拠として労働契約の継続的特性を重視し、憲法上の労働権及び生存権や解雇によって脅かされる人格権の保障と労基法2条1項の労使対等決定原則を、解雇権制限の法的根拠としている。これらの見解の一つの特徴は、労働者が企業に組入れられるという実態を前提に使用者に労働契約関係上の信義則に基づく雇用維持義務があることを挙げる点である⁵⁸。

近代企業の内部では市場における取引コスト節約のため長期契約が本質的に選択され、その長期契約がもっとも重要となるのが労働の領域であるとされる⁵⁹。したがって、このような労働者の雇用維持の規範的要請を根拠とする解雇制限規範は、近代企業の組織実態に根ざしかつ現行法の人権保障諸規定を根拠とするものであることから、ときどきの雇用政策や雇用環境の変更に応じて安易に緩和される性質のものではない⁶⁰。

さらに、以上のような論議をふまえて、解雇権は民法上の「解約の自由」から直ちに導出されるものではないとの分析を前提にして、種々の解雇制限の規範的要請を実現する法理構成としては合理的理由がなければ解雇権は発生しないと構成すべきであるとして、新たな正当事由説が提唱されている⁶¹。

②判例法上の解雇権濫用法理の確立と内容

昭和20年代半ばに裁判所の判決に採用され始めた解雇権濫用説は、急速に裁判例の主流を形成し、昭和30年代には根拠付けの論理には差異を残しながらもほぼ定着し、昭和40年代に完全に判決法理の主流をなすに至った。そして、昭和50年代初頭の最高裁判決によって採用され、判例法理として確立することになる。その後、判例法上の解雇権濫用法理は、昭和50年代には整理解雇の法理を確立し、さらに、

55 野田進「解雇」『現代労働法講座10巻』（1982年、総合労働研究所）203頁

56 米津 前掲689頁以降

57 土田道夫「解雇権濫用法理の正当性」『解雇法制を考える』（2002年、勁草書房）106頁以下、藤原稔弘「整理解雇法理の再検討」『解雇法制を考える』152頁、（2002年、勁草書房）小宮文人「解雇の法的規制と救済」『新時代の労働契約法理論』（2003年、信山社）307頁以下

58 土田 前掲 106頁註12、小宮 前掲370頁

59 ロナルド・H・コース『企業・市場・法』（2001年、東洋経済新報社）44頁

60 土田 前掲106頁、規制緩和の可能性を認めるものとして、大内伸哉「解雇法制の“pro veritate”」『解雇法制を考える』（2002年、勁草書房）247頁など

61 本久洋一「解雇制限の規範的根拠」学会誌99号（2002年）20頁、野田進『注釈労働基準法 上』（2003年、有斐閣）326頁

昭和60年代から平成初頭には有期契約の雇止め解雇権濫用法理を類推適用する判例法理を確立するなどの展開をみせることになった⁶²。

判例法理として確立した解雇権濫用法理は、「使用者の解雇権行使も、それが客観的に合理的理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効となる」（日本食塩製造事件 最2小判 昭和50・4・25 民集29巻4号456頁）というものである。この論理は、「客観的に合理的理由および社会通念上相当がない」ことを要件に、「この要件を欠く解雇は権利濫用として無効となる」という効果を生ずるというものである。

この要件は、まず、解雇の理由として「客観的に合理的理由」の存在が必要とされ、次に当該解雇に客観的に合理的理由が存在したとしてもなお当該具体的事情のともにおいて解雇権を行使する際には「社会的相当性」が求められるという二重の構造にある。そして、「社会的相当性」の要件は、「…解雇をもってのぞむことは、いささか過酷に過ぎ、合理性を欠くうらみなしとせず、必ずしも社会的に相当なものとして是認することができないと考えられる余地がある」という最高裁の判決文（高知放送事件 最2小判 昭52・1・31 労判268号17頁）に典型的に現れるように、多くの裁判例において労働者に有利なあらゆる事情（解雇事由と解雇処分の均衡、労働者の情状、使用者の対応、取扱いの平等など）を考慮して判断する傾向が定着していった。

効果の点については、この判例法理は、以上の要件を欠く場合、権利濫用論の効果に関する一般論にしたがって、適法であれば本来与えられるべき形成権としての解除の効果が生じないという意味で無効となるとし、その結果従来の労働契約がいぜんとして存続するとする。解雇要件を欠く解雇について「無効」という効果を直ちに導く判例法理は、比較法的には特徴的であるが、権利濫用という評価は単に当該行為が権利行使として許されないことを導くものであり、この権利濫用の結果損害が生じたときに不法行為による救済を閉ざすものではないことは明らかである⁶³。

実務上判断を左右する証明責任と主張責任について、判例法上の解雇権濫用法理を採用する多くの裁判例では、解雇権濫用の証明責任は労働者側にあるとしつつも、裁判所が釈明権を行使して使用者に解雇の客観的に合理的理由や社会的相当性の証拠の提出を求め、使用者がこれを尽くさないときには使用者の敗訴となるという傾向にあった⁶⁴。この姿勢は、権利濫用の公益的性格が強いことから権利濫用の主張立証責任については私的自治に支えられた弁論主義は後退するという近時の民法学の通説⁶⁵を背景に、何ほどか実体法の論理が影響したものと解される。

以上のような内実を持つ判例法上の解雇権濫用法理は効果論においては権利濫用の枠組みを維持するものの、要件論や主張・立証責任については正当事由説に極めて近似する実態にあり、理論的には不明確であると批判された⁶⁶。この解雇権濫用法理は、権利濫用論が加害目的という主観的な私権制約の原理から社会的目的や公序などの客観的指標による客観的な利益調整原理として進展することによって可能となった立論ではあるが、解雇制限立法がなくかつ民法627条が存在する現行法秩序のもとで、わが国の企業社会に定着していた規範意識を一般条項によってすくい上げようとした苦心⁶⁷の立論であった⁶⁸。しかし、この判例上の解雇権濫用法理は、正当事由説への過渡的な法理構成と位置づけられ、解雇制限

62 野川忍「解雇の自由とその制限」『講座21世紀の労働法4巻』（2000年、有斐閣）159頁以下

63 安永正明『新版注釈民法(1)』（2002年、有斐閣）161頁、本久洋一「違法解雇の効果」『21世紀の労働法講座4巻』（2000年、有斐閣）210頁

64 古川景一「解雇権濫用法理と要件事実・証明責任及び解雇に関する正当事由必要説の再構成試論」季刊労働法194号（2000年）86頁

65 安永 前掲 162頁

66 野田進『労働契約の変更と解雇』（1997年、信山社）500、502頁

67 越山安久『最高裁判例解説民事篇 昭和50年度』（1976年）175頁

68 内田貴「雇用をめぐる法と政策」『解雇法制を考える』（2002年、勁草書房）212頁

立法制定への道床をなしたものといえる⁶⁹。

③労基法18条の2及び労契法16条の制定の意義と内容

平成15年の労基法改正によって、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当と認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効となる」とする18条の2が創設された。これは、一般的に解雇は制限される旨を制定法により宣言したわが国労働法上初めての規定である。

労基法18条の2の創設につながる一般的な解雇制限規定についての立法論議が、現実的な日程に上ってきたのは、規制改革論議を契機としていた点で、国際的な立法状況とは異なるものであった。具体的には、平成13年7月の構造規制改革会議の『重点6分野に関する中間とりまとめ』において、「解雇の基準やルールを立法によって明示することを検討する」ことが提案され、平成14年3月に閣議決定された『規制改革推進3カ年計画（改定）』において立法化が決定されたことによるものであった。そして、その構造規制改革論議における解雇ルールの立法化は、主に、予測可能性の高い制度の制定という視点からのものであった⁷⁰。その後、国会に提出された政府案では、「使用者は、この法律又は他の法律の規定によりその使用する労働者の解雇に関する権利が制限されている場合を除き、労働者を解雇することができる。ただし、…」とする文言が、先行するものであったため、国会内での論議の末、修正案により先行部分が削除されて、両議院を通過成立した。なお、両議院厚生労働委員会における重要な意味をもつ附帯決議が付されていた。

以上の立法過程での論議と附帯決議から、労基法18条の2は、昭和40年代に確立した判例法上の解雇権濫用法理を法律上明確にし、同法理に基づく民事訴訟実務の通例を確認した趣旨のものであると解される（平15年基発1022001号）。また、18条の2は、他の労基法上の規定と異なって、解雇に関する労使の私法上の権利義務関係の明らかにした条項であって、同条の管轄は主として権利義務関係を判定する裁判所にあるとされた（平15年基発10220001号）。

労基法18条の2は、まず、解雇の効力要件を「解雇が客観的に合理的理由を欠く」とことと「解雇が社会的相当性を欠く」とことの二要件であると規定する。これは、判例上の解雇権濫用法理の二要件主義をあらためて明確にしたものである。つまり、解雇理由が客観的に合理的なものであること求められ、さらに客観的に合理的要件が認められたとしても社会的にみて相当性が存在しなければならないこととなる。そして、この要件に該当する場合には、直ちに、その解雇は権利濫用となると評価されて、無効という法律効果が生じるとした。これは、解雇に関する濫用要件を明確して、民法1条3項の特則を法文化したものと位置づけられる。

立法論議の一つの焦点となった訴訟における証明責任・主張責任については、衆参両議院における附帯決議では、解雇権濫用法理は権利濫用法理一般と異なり、解雇権濫用評価の前提となる事実の圧倒的に多くの事実については使用者に主張責任を負わせるという裁判実務が確立していて、18条の2の制定はその裁判実務を何ら変更せずに踏襲するものであることが確認されたものとされる（平15年基発1022001号）。つまり、法制度上、労基法18条の2に関する解雇訴訟においては、評価基礎事実の主張責任は労働者側に負わされるものの、「客観的に合理的理由がある」とこと及び「社会的相当性がある」とことの権利濫用の評価障害事実の主張責任は使用者側に負わされることが法律上確認されたものと解され⁷¹、裁判実務ではもっぱら使用者に実質的な主張責任が負わされることとなったと解される。この結果、権利

69 窪田 前掲 195頁

70 山川隆一「労基法改正と解雇ルール」ジュリスト1255号（2003年）49頁

71 大江忠『要件事実民法（4）』423頁以下（2005年）

濫用の一般論に依拠して労働者側に極めて困難な主張責任を負わせる訴訟指揮とそれに基づく判定（角川文化振興財団事件 東京地決 平11・11・29 労判790号67頁、東京魚商協同組合事件 東京地決 平12. 1. 31 労判793号78頁など）は、18条の2のもとでは否定されることになる。この意味で、国会における附帯決議とそれを前提にした本条は、労使当事者の解雇に関する行為規範としての意義を持つとともに、裁判所における訴訟実務をも拘束する裁判規範として重要な意義を持つものと言える。

従来は民法の一般条項を介して形成されていた判例規範が、平成15年労基法改正の契機はともかく、法文上明確にされた意義は軽視すべきではない。そして、労基法18条の2は、権利濫用という枠組みを残して民法との連続性を維持してはいるが、その内容面において特に要件及び証明責任・主張責任については極めて正当事由説に近似する内容であって、民法627条1項の内容とは大きくかけ離れたものである。したがって、同法18条の2は、判例法上の解雇権濫用法理という過渡的な法理構成を経て、民法条項を根拠とした使用者の「解約の自由」を正面から排除する立法であると位置づけられ、労基法上の解雇は客観的合理的理由と社会的相当性の二要件一発生要件か行使要件かを明確に規定しないものの一を充たすときにのみその法的効力が承認されることを、強行法規によって闡明したものであると言える⁷²。つまり、同法18条の2は、民法上の法定解除権規定（627条）の特別法として、解雇制限原則を定めた強行規定であると捉えられる。

そして、労契法16条は、労基法18条の2が宣言した解雇制限原則を、労働契約関係の基本ルールを定めた労契法において継承し確認した点で大きな意義を持つものである。したがって、今後の解雇紛争事案においては、本条の解雇制限原則の観点により重視した裁判例の出現が容易に予想できる。ただ、以上のような学説・判例の動向をふまえると、立法論的には、本条が形式的にせよ権利濫用論の枠組を維持した点には大きな疑問が残るものである⁷³。

4章 期間の定めのある労働契約

(1) 有期契約における解約特約の効力（17条1項）

①民法628条の趣旨と裁判例の動向

近時、有期労働契約期間中の解約に関する特約の法的効力をめぐって、あらためて民法628条の法的性格が一つの論点となっていた⁷⁴。民法は、期間の定めのある雇用契約についても、「やむを得ない事由」があるときには直ちに雇用契約を解除することができる」と規定している（628条1項）。同条は、無期雇用契約でも「やむを得ない事由」がある場合には即時解約ができることを当然の前提としているが、有期雇用契約においては、その期間の設定の意思解釈から、期間の定めのある雇用契約においては、使用者はその期間中は原則として解約できず、ただ「やむを得ない事由」があるときにだけ解約できることを定めたものと解されている。そして、同規定の「やむを得ない事由」とは、相手方の強度な不誠実な行動などにより期間満了まで雇用契約関係を維持することが不当と認められるほどの重大な事由を意味するものと解されている。

そして、同条は、労働者に関しては主に人身の自由の観点から、「やむを得ない事由」がある場合は予め有効期間を明示的に定めた契約といえどもその拘束力は制限されるとするものであることから、本条による法定解除権を放棄する特約は同条に違反して無効と解すべきであり、この意味で同条は強行法

72 土田道夫『労働法概説Ⅰ』（2005年、弘文堂）231頁、中窪・野田・和田『労働法の世界(第6版)』（2005年、有斐閣）302頁

73 山本 前掲69頁

74 安川電機（仮処分）事件 福岡高決 平成14・9・18 労判840巻52頁、同（本訴）事件 福岡地小倉支判 平成16・5・11 労判879号71頁、モーブッサン・ジャパン事件 東京地判 平成16・4・28 労判854巻49頁、ネスレコンフェクショナリー事件 大阪地判 平成17・3・30 労判892号5頁

規と解される。他方、同条は、期間内は「やむを得ない事由」がないかぎり解雇されないという形で労働者に期間内の雇用を保障する意義をもつ。意思解釈の観点からも有期雇用契約において最も重要な合意内容である期間の設定の趣旨と矛盾するような特約に法的効力を認めるべきではないし、そもそも有期労働契約は相対的に長期の雇用保障という利益を契約当初から放棄している契約形態であり、これに加えて期間満了以前の解約権の設定を認めることは二重の雇用不安を労働者に強いる不当な契約形態と解されることから、一般的な解雇制限を定める現行法制のもとにあってはなおさら同特約に効力を認めるべきではないと解される。さらに、1年間経過後は労働者に退職の自由を認める労基法137条は民法628条の強行法規性を前提にしたものと解される⁷⁵ことから、同特約は同条に反して無効と解すべきである。

近時の裁判例には、以上の学説と同様に、同条の強行法規性を認めた上で、「やむを得ない事由」を厳格に解して、契約期間の中途出なければならぬほどの「やむを得ない事由があるとき」に限って、契約期間中の解約が認められるとする判決があった⁷⁶。これに対して、民法628条を任意規定と解して、民法628条の「やむをえない事由」存在しない場合にも、有期契約の期間内の解約を定めた就業規則規定を根拠に、契約期間中の解約を認める裁判例も現れていた⁷⁷。

② 労契法17条の意義と内容

以上の裁判例の動向を背景に、本条は、あらためて民法628条を踏襲し、特に使用者からの解約について確認した強行規定と解される。つまり、使用者からの契約期間中の解約のみを規制対象とし、「やむを得ない事由」が存在しない場合の使用者による解約を一切認めない趣旨を示したものであり、現在の裁判例の混乱に決着を付けたものとの意義をもつものといえよう。

さらに、主張立証責任の所在について、「やむを得ない事由がないとき」とした政府案が修正されて、「やむを得ない事由がある場合でなければ」とされたことから、「やむを得ない事由がある」ことを使用者が主張立証しなければならない構造になっている点（議事録）が、実務上重要となる。

(2) 契約期間についての配慮義務（17条2項）

諸外国には、労働者の雇用保障を最重要の法政策的価値として措定して解雇制限を原則とし、そこからまず解雇制限原則を形骸化させる脱法的な有期労働契約の効力を否定し、さらに進んで有期労働契約は労働者に雇用保障の利益の放棄を強いる不当な契約形態である解して労働契約においては無期契約を原則とすべきであるとして契約形態選択の自由を正面から制限し、有期労働契約を原則として禁止する解雇制限立法がある⁷⁸。しかし、労働契約法は、16条において解雇制限原則を採用するものの、有期労働契約の締結の自由は広範に承認する前提に立つものと解される。しかし、同条が強行規定であることから、その解雇制限原則を回避するための脱法的な有期労働契約の法的効力は否定的に解される論理的な可能性が生ずることになり、この点が解釈論上の課題とされていた。

本規定は、労基法14条2、3項と平成15年告示357号の趣旨の法文化という意義を持ち、雇止めに関する判例法理を前提とするものと解される。なお、本条は、「雇用継続への合理的な期待が認められる場合の契約更新は拒んではならない（民主答案42条）」とする労働者側の主張を受けて、妥協の産物と

75 根本到「有期契約期間途中の解雇と民法628条の強行法規性」労旬1601号（2005年）10頁以下

76 安川電機事件 福岡高判 平成14・9・18 労判840号52頁

77 ネスレ・コンフェクショナリー事件 大阪地判平17.3.30 労判892号5頁

78 拙稿「スウェーデンにおける「労働(市場)の柔軟化」論と労働法」松山大学論集7巻5号（1996年）163頁

して成立したものであった。

本規定の内容は、労働契約の有期形態は、合理的な理由がある場合にのみ、採用することができるというのが原則であり、この原則から、「有期形態を採用する理由」からみて「必要以上に短い期間」を設定して「反復更新」することは望ましくないとして、使用者にそのような対応を控えるよう求める訓示的規定である。しかし、本条は、有期契約を必要とする理由からみて反復更新をせざるを得ないような必要以上に短期の有期契約を控えるよう求めるものにとどまり、有期契約に合理的理由を求めるという原則的な論理を明文上採用するものではない。

本条が要請する使用者の配慮義務の具体的内容と配慮義務違反の法的効果としては、当該期間の設定に合理的理由が必要とされ、労働者から求められた場合には説明義務が生ずると解される。そして、短期契約の合理的必要性が主張できないことが、当該期間の満了にともなう雇止めの効力の評価要素とされるべきである⁷⁹。なお、パートタイム労働法13条には、明示すべき処遇の決定にあたって考慮した事実についての説明義務が課されていることも留意されるべきである。

5章 雑 則

労契法は、船員法の特例（18条）を認め、国家公務員・地方公務員への適用を除外している（19条1項）。労基法116条2項を踏襲して同居の親族のみを使用する労働契約への適用を除外している（19条2項）が、家事使用人については適用するものとしている。

（2010年7月 脱稿）

79 野川 前掲 154頁、荒木ほか 前掲157頁

第2章 均等法改正の意義と今後の課題

日本大学法学部教授 新谷 真人

はじめに

男女雇用機会均等法（雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律、以下「均等法」）の目的は「法の下での平等を保障する日本国憲法の理念」（憲法14条1項）にのっとり男女労働者の「均等な機会及び待遇の確保」を図るとともに、女性労働者の「妊娠中及び出産後の健康の確保を図る」ための措置を推進することにある（1条）。均等法は、憲法14条だけを明示しているが、私見によれば、人間の尊厳ないし個人の尊重（憲法13条）の理念も当然に含まれていると解される。

一方、少子高齢化が進展する中で「男女が、互いにその人権を尊重しつつ責任を分かち合い、性別にかかわらず、その個性と能力を十分に発揮することができる男女共同参画社会の実現」が「21世紀の我が国社会を決定する最重要課題」となっている（男女共同参画社会基本法前文。同法は1999年6月23日公布、施行）。換言すれば、21世紀に入ってすでに10年を経た現在における均等法の位置は、憲法13条及び14条を上位理念として、男女共同参画社会基本法と密接に関連を保ちつつ、わが国社会のあり方を規定する重要な法律の一つとなったといわなければならない。

なお、このほか、育児介護休業法の改正（2009年7月1日制定、2010年6月30日施行）¹、次世代育成支援対策推進法（2005年4月1日制定、施行）さらには労働契約法（2007年12月5日制定、2008年3月1日施行。特に、均衡待遇の原則の3条2項及び仕事と生活の調和の原則の3項）もあわせて考慮されなければならない。わが国は、均等法を取り巻くこれらの法律を総合的に考慮して、職場においても、男女共同参画社会基本法の理念の実現をいっそう促進する必要がある。

均等法は、1985年6月1日に公布され、翌1986年4月1日に施行された。その後数次の改正を経ているが、主要な改正は、1997年（同年6月18日制定、1999年4月1日施行、以下「1997年改正法」）と、直近の2006年（同年6月21日制定、2007年4月1日施行、以下「2006年改正法」または「現行法」）の二つである。均等法は、その制定から今日まで四半世紀の時代の変化を反映し、改正のつど「これからの日本の雇用社会をどう作っていききたいか」というイディアリティプスを示してきた法であるということができよう²。

I 均等法の制定と改正の経緯

1 均等法の制定

(1) 国際的背景

1985年に制定された均等法は、1970年代以降の国際的な女性運動の展開と切り離して論じることではできない。1975年に国連国際女性年が設定され、メキシコシティにおいて第1回世界女性会議が開催された。その後1985年までは「国連女性の10年」とされ、1979年には国連女性差別撤廃条約が採択された。わが国は、1980年の第2回世界女性会議（コペンハーゲン）において女性差別撤廃条約に署名し、1985年の批准に向けて国内法を整備した。均等法の制定はその一環であるが、そればかりでなく、国籍法の

1 育児介護休業法の改正により、いわゆるパパ・ママ育休プラス（両親が育児休業を取得した場合に休業期間を延長できる制度）、所定外労働の免除制度などが導入された。丸山亜子「2009年育児・介護休業法改正の概要とその検討」労旬1720号6頁（2010年）。

2 座談会「男女雇用機会均等法の論点—2006年改正を契機に」法時79巻3号6頁（2007年）における木下潮音発言。

改正、家庭科の男女共修等の法改正も同時に行われていることに留意する必要がある。このような国際女性運動の進展は、均等法だけではなく、男女共同参画社会基本法の制定に向けた動きの第1歩でもあった³。したがって、均等法と男女共同参画社会基本法は、車の両輪として理解されなければならない。

(2) 国内の状況

均等法の制定以前から、国内では女性の結婚退職制の違法性が訴訟で争われ、性別を理由とする合理性のない差別は公序良俗違反（民法90条）として、女性結婚退職制を無効とした裁判例が登場した⁴。また、5歳の年齢差を設けた男女別格差定年制も、公序良俗違反として無効とする最高裁判決が出された⁵。しかし、前述の国際女性運動の進展を背景として、わが国でも「公序良俗」という民法の一般規定を媒介とした法理ではなく、明確に女性差別を禁止する立法が必要であるとの気運が高まった。国連女性差別撤廃条約の批准の動きが、均等法制定を後押ししたといえよう。

(3) 均等法制定の意義と特徴

均等法は、勤労婦人福祉法の全面改正という形をとって制定された。勤労婦人福祉法は、1972年に制定されたものであるが「福祉」という用語からうかがえるように、女性が家庭責任を負うことを前提としたうえで、女性労働者に対する福祉政策を施すことを目的とした法であった。なぜ、このような既存の法の母屋を借りて均等法が誕生しなければならなかったのかについては、次のように説明されている。すなわち、当時は、女性の保護と平等という観点から、均等法と併せて労基法も改正する必要があり、2本の法案を提出するとどちらかが通過しなかった場合に保護と平等のバランスが崩れる危険性があるので、2つの法改正を1本にまとめた法案として提出する必要があったというのである⁶。

均等法は、福祉法から平等法へと性格を変えたが、罰則付きの差別禁止法とは程遠く、労使の妥協的な内容のものとなった。たとえば、第1に、教育訓練、福利厚生、定年・退職・解雇については禁止規定とされたが（罰則はなし）、募集・採用、配置・昇進に関しては使用者の努力義務にとどめられた。その結果、努力義務については法律行為を無効とする私法的効力はないと解された。また、均等法が努力義務規定にとどめたことを根拠にして、均等法制定前後は、募集・採用については、男女の平等取扱いが公序になっていたとまでは認められないとする判決も現れた⁷。第2に、均等法は、女性労働者に対する不利益な差別的取扱いのみを適用対象とすることにより、片面的性格からスタートした。その反面、当時は、女性のみを採用、女性の優遇措置は差別的取扱いではないと解されていた。第3に、当初の均等法には、ポジティブアクション、セクシュアルハラスメント、間接差別の規定はなかった。

2 1997年改正

(1) 背景

均等法は、制定後12年を経て、1997年に大改正が行われた（施行は1999年）。その背景としては、第1に、バブル経済崩壊後のいわゆる平成不況における「女子学生の就職氷河期」現象を指摘することができる。当時、企業は、狭い採用枠の中で、妊娠・出産・育児・介護の家庭責任を負う女性労働者の採

3 拙稿「男女共同参画社会の意義と課題—北見市の条例づくりに参加して」伊藤昭男・阿部秀明編著『地方都市圏の今日的課題と戦略』101頁（泉文堂2005年）。

4 住友セメント事件・東京地判昭41.12.20労民集17巻6号1407頁。

5 日産自動車事件・最三小判昭56.3.24労判360号23頁。

6 赤松良子『均等法を作る』118～119頁（勁草書房2003年）。

7 日本鉄鋼連盟事件・東京地判昭61.12.4判判486号28頁、住友電工事件・大阪地判平12.7.31判判792号48頁、野村証券事件・東京地判平14.2.20判判822号13頁。

用を控えた。また、企業が均等法対策として導入したコース別雇用管理の結果、女性の採用は一般職に集中し、総合職へはわずかの女性しか就職できないという片寄った傾向がみられた。これは、均等法における募集・採用についての努力義務規定が、景気後退期においてはほとんど無力であることを示すものであり、より強力な禁止規定への改正が望まれていた。

第2に、1990年代における国際女性運動のさらなる発展を見逃すことはできない。平成不況のこの時期は「失われた10年」ともいわれるが、国際女性運動と男女共同参画政策にとっては「前進の10年」と位置づけることができる⁸。とりわけ、1995年の第4回世界女性会議（北京会議）で採択された「北京宣言及び行動綱領」の意義が大きかったといえよう。ここでは、初めてリプロダクティブヘルス・ライツ⁹の促進が示され、また、女性のエンパワーメントの強化が提唱されたのである。これを受けて、1996年に男女共同参画審議会及び政府は「男女共同参画ビジョン」「男女共同参画2000年プラン」を策定し、男女共同参画社会基本法の制定に向けて大きく動き始めた。1997年均等法改正が、これらの動きと連動していることは明らかであろう。

(2) 特徴

1997年改正により、第1に、事業主の募集・採用、配置・昇進についての努力義務が「女性に対し均等な機会を与えなければならない」との法的義務に改正された。これにより、女性の採用差別等は私法上の効力を有し、損害賠償請求の直接的根拠規定となるものと解されるようになった。しかし、均等法の片面的差別禁止という性格は残された。第2に「女性のみ、女性優遇」の措置もまた、差別として禁止されることとなった。その意味では、両面的差別禁止への萌芽がみられるということができよう。これに対応して、事業主が、女性労働者の機会均等を実現するための積極的是正措置を講ずることは妨げられないという、ポジティブアクションの規定が新設された。第3に、初めてセクシュアルハラスメントに対する使用者の配慮義務が規定された。

3 2006年改正

(1) 背景

均等法は、1997年改正後も、片面的性格や間接差別禁止規定を欠いていること等について批判の声が出ていた。男女差別は、パート差別、コース別雇用差別に姿を変えて存続し、実質的に拡大した。国連及びILOからも同様の問題を指摘され、再度の均等法改正は避けられない情勢となった。

片面的性格の解消に関しては、1999年の男女共同参画社会基本法制定の影響が大きいと思われる。同法は、先に引用した前文において「性別にかかわらず、その個性と能力を十分に発揮することができる」社会の実現を目指すとともに「男女が性別による差別的取扱いを受けないこと」を旨とすべきことを宣言している（3条）。同法は、均等法よりも一足早く、男女平等の両面的性格を備えたものと評価することができる。

厚労省は、2002年11月に男女雇用機会均等政策研究会を発足させ、同研究会は、2004年6月に報告書を発表した¹⁰。その主な内容は、①男女双方に対する差別の禁止、②妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの禁止、③間接差別の禁止、④ポジティブアクションの効果的推進方法の4点であった。この報

8 拙稿・前掲書103頁。

9 リプロダクティブヘルス・ライツ（reproductive health/rights）とは、女性は、妊娠・出産する性として、健康上の正しい情報を持ち、女性の判断を尊重して健康を保持する権利があるという思想である（井上輝子ほか編『岩波女性学事典』480頁〔原ひろ子執筆、岩波書店2002年〕）。

10 報告書を検討したものに、相澤美智子「男女雇用平等の新段階へー男女雇用機会均等政策研究会報告書」学会誌105号129頁（2005年）。

告書を受けて、厚労省労働政策審議会雇用均等分科会の検討を経て成立したのが、2006年改正法である。

(2) 特 徴

2006年改正法は、前記報告書の内容をおおむね引き継いでいる。具体的には、次のとおりである。①男女双方の両面的差別禁止が規定された。②差別禁止の対象を、配置における業務の配分及び権限の付与、降格、職種及び雇用形態の変更、退職の勧奨、労働契約の更新に拡大した。③間接差別禁止規定が新設された。④妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの禁止と解雇の無効が明文化された。⑤事業主のセクシュアルハラスメントへの配慮義務が措置義務へと強化された。⑦過料を新設し行政的制裁を強化した。

それぞれの内容は、次項以下で検討する。

図表 1985年均等法・1997年均等法・2006年均等法の内容の変遷

行政取締の対象事項	2006年均等法	1997年均等法	1985年均等法
募集・採用	性差別禁止	女性差別禁止	女性に対して均等な機会賦与の努力義務
配置・昇進	性差別禁止（配置に関して業務の配分や権限の付与を含むことを明記）	女性差別禁止	女性に対して均等な取扱いの努力義務
教育訓練	性差別禁止	女性差別禁止	女性差別一部禁止
福利厚生	性差別一部禁止	女性差別一部禁止	女性差別一部禁止
定年・解雇	性差別禁止	女性差別禁止	女性差別禁止
退職		女性差別禁止	女性差別禁止
退職勧奨	性差別禁止		
降格	性差別禁止		
職種変更	性差別禁止		
雇用形態の変更	性差別禁止		
労働契約の更新	性差別禁止		
間接差別	3つの事業主の措置についての間接差別禁止		
女性のみを対象とする取扱い・女性を優遇する取扱い	原則 禁止	原則 禁止	
ポジティブ・アクション	例外 女性に対するポジティブ・アクション可（国の援助の対象）	例外 女性に対するポジティブ・アクション可（国の援助の対象）	
セクシャル・ハラスメント	事業主の措置義務	事業主の配慮義務	
厚生労働省の行政取締の方法	行政指導（助言・指導・勧告）	行政指導（助言・指導・勧告）	行政指導（助言・指導・勧告）
行政的制裁	企業名公表・過料	企業名公表	
A D R	都道府県労働局長による援助、機会均会議の調停（募集・採用を除く）	都道府県労働局長による援助、機会均会議の調停（一方申請可）	都道府県労働局長による援助、機会均会議の調停（労使双方の同意必要）

出所：林和彦編著『労働法』77頁（神尾真知子作成、三和書籍2010年）。

注）：本稿に合わせて法令名を変更した。

II 2006年改正の概要

1 「女性差別」から「性差別」へ

2006年改正均等法第2章第1節のタイトルは「性別を理由とする差別の禁止等」となっている。これは、従前の「女性であることを理由とする差別的取扱いの禁止等」という文言を改めたものであり、女性であることのみならず男性であることを理由とする差別も均等法の対象とすることを明らかにしたものである。今や均等法は、女性への差別を禁止する片面的性格から、男性を含めた性差別禁止法へと転換を遂げた。その背景として、1999年の男女共同参画社会基本法の制定を無視することができないことはすでに述べた。

これにより、現行均等法は、理論的には男女の性別のみならず、性同一性障害をもつ労働者に対する差別をも視野に入れているものと解される。性同一性障害者は、社会的に男性か女性かのアイデンティティを問われざるを得ず、その限りで「性別を理由とする差別」を受ける可能性を否定できないからである。2006年改正法が、男女差別の片面性を払拭したことは、憲法14条の性差別禁止の理念が私人間において具体化されたことを意味し、名実ともに憲法の理念を反映したものとして高く評価されている¹¹。なお、女性労働者の待遇改善等を目的として、女性労働者に対し、いわゆるポジティブアクション（積極的是正措置）をとることは、性別を理由とした差別的取扱い（5条、6条）にあたらない（8条）ことはいままでもない¹²。

2 直接差別禁止の対象範囲の拡大

(1) 雇用管理区分

直接差別とは「性別を理由として」差別的取扱いをすることであり、事業主は、労働者の募集・採用について性別にかかわらず均等な機会を与えなければならないとされているほか（5条）、労働者の配置、昇進、降格、教育訓練、福利厚生、職種及び雇用形態の変更、退職勧奨、定年、解雇、労働契約の更新について「性別を理由として差別的取扱いをしてはならない」と定めている（6条）。

これらの直接差別の判定にあたっては、事業場全体ではなく同一の「雇用管理区分」の範囲内で判断されることになる（「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18.10.11厚労省告示614号、以下「差別指針」）。「雇用管理区分」とは、職種、資格、雇用形態、就業形態等の区分であって、区分に応じて異なる雇用管理を行うことを予定して設定しているものをいう。具体的には、正社員、パート労働者、総合職、一般職などの区分が考えられる。異なる雇用管理区分の間で性別を理由とする差別的取扱いがあったとしても、それは原則として均等法の対象とはならないとされる。

雇用管理区分という考え方は、すでに1997年改正の際に、当時の指針に取り入れられていた。1997年改正では、禁止規定が拡大されたが、雇用管理区分の導入により、逆に適用範囲が限定されるというマイナス面が生じるおそれがあった。この点は、2006年改正法についてもあてはまる。今後は、指針の考え方に固執するあまり、均等法の解釈をかえって限定してしまうなどの本末転倒が生じないよう留意する必要があると思われる¹³。

11 神尾真知子「均等法改正における『性差別禁止』の広がり と 深化－男女双方に対する性差別禁止と間接差別」季労214号107頁（2006年）。

12 ポジティブアクションに取り組んでいる企業の割合は、2006年調査と比べて9.5ポイント増の32.2%、今後取り組む予定がある企業の割合も4.0ポイント増の10.7%といずれも増えている（厚労省平成21年度雇用均等基本調査）。

13 雇用管理区分の問題点については、神尾・前掲論文・季労214号103頁。

(2) 直接差別の対象の拡大

2006年改正法以前においても、募集・採用、配置・昇進・教育訓練、福利厚生、定年・解雇についての差別的取扱いが禁止されていたが（ただし女性に対する片面的差別のみ）、現行法ではこれらに加えて、降格、職種変更、雇用形態の変更、退職勧奨、雇止めについての直接差別が禁止されることとなった。また、配置に関しては、業務の配分及び権限の付与を含むことが明確化された（6条1号）。この改正により、性差別禁止の対象が拡充され、男女共同参画社会にふさわしい内容を備えるものとなった。

3 間接差別の導入

(1) 間接差別の意義

間接差別の概念は、アメリカにおいて発達し、ヨーロッパで普及したものであり、一般的には「外見上は中立的な規定、基準、または慣行が、一方の性別に属する者に対して、実質的に相当程度高い割合で不利益を与える場合をいう」とされる（EU「性に基づく差別事件における立証責任に関する指令」2条2項）¹⁴。2006年改正法は「性別以外の事由を要件とする」措置であっても「実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置」であって「合理的理由がある場合でなければ、これを講じてはならない」として間接差別を禁止している（7条）。間接差別がわが国で立法化されたのは、本法が初めてである。

女性労働者は、職場において直接差別以外にも、いわゆるガラスの天井という見えない壁による差別に悩まされ続けてきた。今回の改正によって、このような現実に対する女性たちの抗議の声が、実定法に盛り込まれたことの意義は大きい。しかし、間接差別の概念はわが国においてなじみが薄く、1997年改正の際にも議論はなされたものの、経営側の抵抗が根強く立法化が見送られた経緯があった。2006年改正では、間接差別の概念を明確化するために、具体例を厚生労働省令（均等則）にゆだね、次の3つのケースに限定することとされた。

(2) 間接差別の内容

①労働者の募集又は採用に関する措置であって、労働者の身長、体重又は体力に関する事由を要件とするもの（均等則2条1号）

間接差別の第1類型は、募集・採用の際に労働者の「身長、体重又は体力に関する事由を要件」とすることである（「身長・体重・体力要件」とよばれる）。これに該当する例として、募集又は採用にあたって、身長・体重・体力要件を満たしている者のみを対象とすること、複数ある採用基準の中に身長・体重・体力要件が含まれていること、身長・体重・体力要件を満たしていない者について「特に優秀」という評価がなされている場合についてのみ採用対象とすることがあげられている（差別指針）。

合理的理由が認められない場合の例として、i) 荷物を運搬する業務を内容とする職務について、当該業務を行うために必要な筋力より強い筋力があることを要件とする場合、ii) 荷物を運搬する業務を内容とする職務ではあるが、運搬等するための設備、機械等が導入されており、通常の作業において筋力を要さない場合に、一定以上の筋力があることを要件とする場合、iii) 単なる受付、出入者のチェックのみを行う等防犯を本来の目的としていない警備員の職務について、身長又は体重が一定以上であることを要件とする場合があげられている（差別指針）。

②労働者の募集又は採用に関する措置（事業主が、その雇用する労働者について、労働者の職種、資格等に基づき複数のコースを設定し、コースごとに異なる雇用管理を行う場合において、当該複数のコー

14 EUの間接差別については、浅倉むつ子『労働法とジェンダー』136頁以下（勁草書房2004年）、櫻庭涼子「EUの雇用平等法性の展開」法時79巻3号64頁（2007年）、黒岩容子「EC法における間接差別禁止法理の展開」ジェンダー法学会誌4号68頁（2007年）参照。

スのうち当該事業主の事業の運営の基幹となる事項に関する企画立案、営業、研究開発を行う労働者が属するコースについて行うものに限る。)であって、労働者の住居の移転を伴う配置転換に応じることができることを要件とするもの(均等則2条2号)

間接差別の第2類型は、いわゆるコース別雇用管理における総合職の募集・採用にあたり、転居を伴う転勤に応じることができることを要件とすることである(「転勤要件」とよばれる)。これに該当する例として、総合職の募集または採用にあたって、転居を伴う転勤に応じることができる者のみを対象とすること、複数ある総合職の採用基準の中に、転勤要件が含まれていることがあげられている(差別指針)。

合理的理由がないと認められる例として、i) 広域にわたり展開する支店、支社等がなく、かつ、支店、支社等を広域にわたり展開する計画等もない場合、ii) 広域にわたり展開する支店、支社等はあるが、長期間にわたり、家庭の事情その他の特別な事情により本人が転勤を希望した場合を除き、転居を伴う転勤の実態がほとんどない場合、iii) 広域にわたり展開する支店、支社等はあるが、異なる地域の支店、支社等で管理者としての経験を積むこと、生産現場の業務を経験すること地域の特殊性を経験すること等が幹部としての能力の育成・確保に特に必要であるとは認められず、かつ、組織運営上、転居を伴う転勤を含む人事ローテーションを行うことが特に必要であるとは認められない場合が示されている(差別指針)。

③労働者の昇進に関する措置であって、労働者が勤務する事業場と異なる事業場に配置転換された経験があることを要件とするもの(3号)

間接差別の第3類型は、昇進の際に転勤の経験があることを要件とすることである(「転勤経験要件」とよばれる)。その具体例として、一定の役職への昇進にあたって、転勤の経験がある者のみを対象とすること、複数ある昇進の基準の中に、転勤経験要件が含まれていること、転勤の経験がある者については、一定の役職への昇進の選考において平均的な評価がなされている場合に昇進の対象とするが、転勤の経験がないものについては、特に優秀という評価がなされている場合にのみその対象とすること、転勤の経験があるものについてのみ、昇進のための試験を全部または一部免除することが例示されている(差別指針)。

合理的理由がないと認められる例として、次の2つの場合があげられている。第1に、広域にわたり展開する支店、支社がある企業において、本社の課長に昇進するにあたって、本社の課長の業務を遂行する上で、異なる地域の支店、支社における勤務経験が特に必要であるとは認められず、かつ、転居を伴う転勤を含む人事ローテーションを行うことが特に必要であるとは認められない場合に、転居を伴う転勤の経験があることを要件とする場合、第2に、特定の支店の管理職としての職務を遂行する上で、異なる支店での経験が特に必要とは認められない場合において、当該支店の管理職に昇進するに際し、異なる支店における勤務経験を要件とする場合である(差別指針)。

(3) 間接差別規定の問題点

2006年改正では、間接差別の概念を厳密に規定することに重点がおかれたことから、上記3つのケース(身長・体重・体力要件、転勤要件、転勤経験要件)を規定するにとどまった。しかし、間接差別はこれらに限られるものではない。たとえば、家族手当の世帯主支給要件などは、間接差別の一つとして従来から問題とされている¹⁵。間接差別は、男女労働者に対する人格権の侵害であり、これを下位法規

15 世帯主という性中立的な基準を用いながら、内実は男性たる夫を世帯主とみなすという取扱いにより、女性労働者に家族手当を支給しなかったことが労基法4条に違反し無効としたものに、岩手銀行事件・仙台高判平4.1.10労判605号98頁。

である均等則及び差別指針で限定することは、基本的人権の保障の観点から疑問がある¹⁶。わが国における間接差別の議論は、まだ緒についたばかりであり、男女共同参画社会の観点からも、今回の改正を契機として、いっそうの内容の充実が求められているといえよう。

4 婚姻・妊娠・出産を理由とする女性労働者に対する不利益取扱いの禁止

(1) 意義と内容

2006年改正法は、両面的な性差別禁止法に発展進化したが、女性に特有の事象に着目して、女性労働者に対する不利益取扱いを禁止する規定を置いている。それが、婚姻・妊娠・出産を理由とする不利益取扱いの禁止である（9条）。産前産後休業を取得したことを理由とする不利益取扱いも禁止される（3項）。妊娠・出産が、女性労働者のハンディキャップになってはならないという趣旨である¹⁷。

不利益取扱いの内容は、解雇が中心であるが「解雇その他の不利益取扱い」（同）には、降格、自宅待機、減給、低査定等が含まれる（差別指針）。なお、解雇のうち、妊娠中の女性労働者及び出産後1年を経過しない女性労働者に対する解雇は、無効とすることが明記された（4項）。これは、事業主の公法上の義務を定める均等法にあって、事業主の行為を無効とする私法的効力を承認する規定であり、注目に値する。

(2) 問題点

第1に、妊娠・出産に関してはたしかに女性に特有の事象といえるが、婚姻に関しては、男性にも生じる事柄であり、これを女性労働者に対する不利益取扱いの対象としたことは疑問であると指摘されている¹⁸。婚姻に関する差別的取扱いの有無に関しては、男女間で比較検討が可能な問題であるから、直接差別の禁止の一つとして規定すべきであろう。

第2に、減給や人事考課における低査定が不利益取扱いにあたるかどうかは「実際には労務の不提供や労働能率の低下が生じていないにもかかわらず」あえて不利益取扱いをしたかどうか及び「同じ期間休業した疾病等や同程度労働能率が低下した疾病等と比較して」それ以上の不利益取扱いをしたかどうかという判断基準が示されていることの可否である（差別指針）。これを反対解釈すれば、妊娠・出産により、実際に労務の不提供や労働能率の低下が生じている女性労働者に対しては、その限度で不利益な取扱いが許されることになる。また、他の疾病等で休業した労働者と同程度の減給・低査定も9条3項の不利益取扱いには該当しないことになりかねない。

結局、差別指針の立場では、妊娠・出産を抱えた女性労働者は、他の疾病等で休業した労働者と同等の扱いが許されるということになる。そうだとすれば、せっかくの女性労働者に対する不利益取扱い禁止規定も、運用しただけでは骨抜きにされる可能性が出てこよう。女性労働者は、妊娠・出産により、多かれ少なかれ「労務の不提供や労働能率の低下」を伴うことは避けられないと考えられる。しかし、それは一時的なものであって、疾病等による休業の場合と性格が異なり、両者は明確に区別されるべきものである¹⁹。妊娠・出産に伴う「労務の不提供や労働能率の低下」の場合こそ、女性労働者のハンディキャップにならないような積極的保護措置が必要であると解される。人間生活にとっては、妊娠・出産は当然の前提であり、このことをあらかじめ組み込んだうえでの企業社会形成が求められているといえ

16 黒岩容子「雇用機会均等法の改正」季刊・労働者の権利265号36頁（2006年）。

17 小畑史子「男女雇用機会均等法の改正と今後の課題」法時79巻3号34頁。

18 神尾・前掲論文・季労214号109頁、宮崎由佳「改正男女雇用機会均等法」学会誌109号128頁（2007年）

19 宮崎・前掲論文・学会誌109号127頁。なお、2009年度に都道府県労働局雇用均等室に寄せられた相談内容のうち、セクハラに関するものが最も多く51.1%、調停申請（81.7%）、是正指導（66.1%）も最多となっている（厚労省平成21年度男女雇用機会均等法の施行状況）。

よう。

5 セクシュアルハラスメント防止措置義務

(1) 意義

2006年改正法は、職場におけるセクシュアルハラスメント（以下「セクハラ」ともいう）に関し、事業主に対しその予防措置義務を課している（11条）。その意義は、二つある。

第1に、均等法全体の性差別禁止法への転換に伴い、セクシュアルハラスメントの概念も、男性から女性への片面的性格から、女性から男性へのセクハラを含む両面的な概念へと広げられたことである。この点は「雇用する労働者」「当該労働者」という男女を問わない法文上の文言に表れている（11条1項）。

第2に、事業主の法律上の義務が、改正前の職場環境配慮義務から環境整備措置義務へと強化されたことである。なお、セクシュアルハラスメントとは「職場において行われる性的な言動」により、労働者が不利益を受けたり就業環境が害されたりすることをいい、前者を「対価型セクハラ」後者を「環境型セクハラ」とよぶことは、従前と変わりがない。

以上の改正に伴い、従前の「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」（平10労働省告示20号）は廃止され、新たに「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置についての指針（平18.10.11厚労省告示615号、以下「セクハラ指針」）が策定された（下線は筆者）。なお、セクハラの対象には、男女のみならず性同一性障害者も含まれると解されることは、前述のとおりである。

(2) 事業主が講ずべき措置

2006年改正法により事業主が講ずべき措置義務の具体的内容は、次のとおりである（セクハラ指針）。

①事業主の方針の明確化及びその周知・啓発

具体例として、就業規則等において、セクシュアルハラスメントがあってはならないこと、セクハラに関する懲戒規定を定め、セクハラを行った者は懲戒処分の対象となることを明確化し、これを労働者に周知・啓発することがあげられる。

②相談・苦情に適切に対応するための体制の整備

これは、単に相談窓口や苦情機関を設けることだけでなく「適切に」対応することが求められている点が重要である。たとえば、相談を受けた際の人事部門との連携、マニュアルの作成とそれに基づく対応などが必要となる。

③事後の迅速かつ適切な対応

事業主は、相談者、行為者及び必要に応じて第三者から事情を聴取し、事実関係を迅速かつ正確に確認しなければならない。事後の適正な措置として、行為者に対する懲戒、被害者と行為者とを引き離すための配置転換、行為者の謝罪、個別労働関係紛争解決促進法の紛争調整委員会（均等法18条1項参照）の解決案に従うこと等が示されている。さらに、事業主は、セクハラに関する方針を改めて社内報等に掲載、配布するなどして再発防止に向けた措置を講じなければならない。

④あわせて講ずべき措置

事業主は、以上①～③のほか、次の二つの措置をあわせて講じなければならない。第1は、相談者及び行為者のプライバシーを保護するために必要な措置を講ずることである。第2に、労働者がセクハラ相談をしたことまたは事実関係の確認に協力したこと等を理由として不利益な取扱いを行ってはならないことを定め、これを労働者に周知・啓発することである。

(3) セクハラの法的課題

2006年改正により、セクハラは紛争調整委員会の調停の対象とされ（16条）、労働者と事業主の双方の同意があるときは、セクハラ加害者とされる労働者の出頭を求め、意見を聴くことが可能となった（20条2項）。また、被害労働者がセクハラにより精神障害等に罹患した場合には、業務上外の認定にあたり、出来事について総合的に検討して心理的負荷の強度を評価すべきであるとされている（「セクシュアルハラスメントによる精神障害等の業務上外の認定について」平17.12.1基労補発1201001号）。

このように、セクハラをめぐるのは、事業主の措置義務、調停制度及び労災制度等の点において、2006年改正法でいっそう法的な拡充整備が進んだものと評しうる。しかしながら、問題は、それらの制度を支え運用する労使関係当事者の意識にある。前記のように、セクハラ指針は、事業主によるセクハラ防止の周知・啓発措置を義務づけているが、それにもかかわらず、職場において一般的にセクハラに対する取組みが十分に行われているとは思われない。その原因の一つとして、わが国企業社会においては、なぜセクハラは違法評価を受けるのかという根本的な理由に対する理解が、依然として不十分であることを指摘できよう。

セクハラは、なによりも相手方に対する人権侵害である。相手を一人の人間と見ず、興味本位、ふざけ、からかい、侮辱、誹謗中傷等の要素を含む言動により、相手の人格的感情を損なう行為が、セクシュアルハラスメントである。企業においては、男女共同参画社会基本法の理念にのっとり、互いに個人として尊重しあい、性別にかかわらず個人としての個性と能力を発揮できるような職場環境の形成に努めるべきであろう²⁰。そうすれば、おのずからセクハラ問題も解消へと向かうであろう。

6 企業名の公表と過料の新設

厚生労働大臣は、直接差別及び間接差別（5～7条）、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い（9条）、セクハラ措置義務（11条1項）等の規定に違反している事業主が勧告（29条1項）に従わなかったときは、その旨を公表することができる（30条）。また、厚生労働大臣及び都道府県労働局長は、均等法施行に関し、事業主に対して報告を求めることができるが（29条1項）、事業主がこの報告をせず、または虚偽の報告をした場合、20万円以下の過料（行政罰）に処せられる（33条）。

Ⅲ 今後の課題

1 均等法の私法的効力

均等法は、1985年の制定当初から、行政指導の準拠規定としての性格を備えていた。この点は、2006年改正法にも基本的に受け継がれている。なるほど、1997年改正以後、募集・採用、配置・昇進が、努力義務から禁止規定に強化されたことにより、判例・学説も均等法の私法的効力を肯定するようになった。2006年改正では「妊娠中の女性労働者及び出産後1年を経過しない女性労働者に対してなされた解雇は、無効とする」（9条4項本文）というように、一部とはいえ私法的効力を明文で規定する条項が盛り込まれた。

しかし今後、均等法が、性差別禁止法として強化拡充を遂げるためには、これだけでは不十分である。たとえば、性別を理由とする不利益取扱いが労働契約の内容となっている場合は、その部分を無効とし、

²⁰ 男女共同参画社会基本法は、同条3条乃至7条までの基本理念にのっとり「職域」において男女共同参画社会の形成に寄与することを、国民の努力義務としている（10条）。

無効となった部分は、他の性の労働者と同一の労働条件となる旨の規定が求められる²¹。このことはまた、損害賠償請求だけでなく、性差別是正の根拠規定ともなりうるであろう。ここまで進んで初めて、均等法は真の性差別禁止法として、実効性を備えたものになるのではなかろうか²²。

2 間接差別の運用

(1) 転勤要件等の意義

均等法7条の間接差別については、前述のように、間接差別とは本来、均等則及び差別指針の示す3項目に限られるものではないこと、基本的人権にかかわるものを下位法規において限定するのは妥当ではないこと等の問題がある。このほか、転勤要件及び転勤経験要件（以下「転勤（経験）要件」）について、具体的な運用上の問題点を指摘しておきたい。

均等則及び差別指針によれば、コース別管理のうち総合職の募集・採用にあたって、転勤に応じることができることを要件とすることは間接差別に該当する。ということは、当該募集・採用にあたり、事業主が労働者に対し「転勤に応じられますか」と尋ねることは、間接差別を推測させる要素となりうる。したがって、事業主は、採用面接などの際に上記の質問をすることについて抑制的にならざるをえないであろう。特に、差別指針が、いわゆるローテーション人事が「特に必要であるとは認められない場合」に言及していることは、注目に値する。

間接差別における転勤（経験）要件は、転勤・単身赴任を当然の前提としてきたわが国企業社会の体質を転換させる契機を含んでいると考えられる。そうすると、近い将来、転勤・単身赴任を拒否した労働者に対する懲戒解雇を有効とした東亜ペイント事件最高裁判決²³の法理が、変更される可能性が出てきたのではないかと思われる。筆者のこの予測が当たっているとすれば、間接差別としての転勤（経験）要件は、もはや均等法の枠を超えて、労働法全体にとっても大きな意義があるというべきである。

(2) 運用上の問題

問題は「雇用管理上特に必要である場合その他の合理的な理由がある場合」には、間接差別に該当しないとされている点である（均等法7条）。つまり、合理的な理由がある場合には、転勤（経験）要件も許されることになる。たとえば、差別指針は、前述のように「合理性がないと認められる例」として、支店、支社がないのに転勤を要件とする場合等をあげる。しかし、現実には、そのような場合に該当するケースはまれであろう。経団連も、間接差別における転勤要件は「これまでの企業の人事政策を否定するものではない」と解している²⁴。そうすると、法の運用次第では、従来とあまり変わらないということになりかねない²⁵。しかし、間接差別の認定にあたっては「個別的具体的な事案ごとに、総合的に判断」（差別指針）されるのであり、2006年改正法の意義が失われないような解釈を定着させることが重要である。

3 関連諸法規との調和

均等法の理念の実現及び解釈・運用にあたっては、仕事生活の調和ないしワークライフバランスの視

21 神尾・前掲論文・季労214号110頁。

22 宮崎・前掲論文・学会誌109号130頁。

23 東亜ペイント事件事件・最二小判昭61.7.14労判477号6頁。

24 日本経団連労政第二本部編著『Q&A改正均等法早わかり』41頁（日本経団連出版2006年）。

25 法案段階の検討ではあるが、間接差別が成立することはまれであると指摘するものに、山田省三「2006年男女雇用機会均等法案の内容と問題点」労旬1624号8頁（2006年）。

点を導入すべきであるとの指摘がある²⁶。この点は、筆者も異論はない。ただ、均等法とワークライフバランスが、いかなる意味で関連性を有するのかについては、あまり論じられていないように思われる。

ワークライフバランスの思想は、すでに男女共同参画社会基本法において「家庭生活における活動と他の活動との両立支援」として基本理念の一つにあげられている（6条）。そして、職場においてはこの基本理念にのっとり、男女共同参画社会の形成に寄与するよう努めることが、国民の責務とされている（10条）。

同法は、ワークライフバランスだけでなく、ジェンダーの視点から、社会における制度・慣行を性中立的なものにすべきこと（4条）、積極的改善措置すなわちポジティブアクション（2条2号、8条）についても規定している。このような同法の性格は、均等法はもとより、育児介護休業法における「職業生活と家庭生活との両立」（1条）、パート労働法における差別的取り扱いの禁止と均衡賃金（8条、9条）、労働契約法における均衡の原則及び「仕事と生活の調和」（3条2号、3号）の諸規定にも影響を及ぼしていると解される。

したがって、男女共同参画社会基本法こそ、均等法、育児介護休業法、パート労働法及び労働契約法の上位規範として位置づけることが可能であるし、またそのようなものとして重視されるべきであろう。均等法の解釈にあたっては、男女共同参画社会基本法の基本理念（3条ないし7条）を踏まえて、上記諸法規との相互の調和と関連性に十分に留意しなければならない²⁷。

26 山田・前掲論文・労旬1624号6頁、黒岩・前掲論文・季刊・労働者の権利265号35頁、小島妙子「改正均等法の『実効性』—改正均等法は雇用における男女平等を推進できるのだろうか?」季労214号139頁（2006年）、宮崎・前掲論文・学会誌109号129頁。

27 第3次男女共同参画基本計画（2010.12.17閣議決定）では、男女共同参画の現状を「まだ道半ばの状況」ととらえ「実効性のあるアクション・プラン」をめざしている。そこでは「仕事と生活の調和（ワーク・ライフ・バランス）」のいっそうの取組みとともに、男女共同参画の理解の「男性に対する積極的な働きかけ」が強調されている点が注目される。

第3章 改正パートタイム労働法の法的留意点

松山大学法学部教授 村田毅之

はじめに

パートタイム労働者の労働条件を適正に確保すること等により、パートタイム労働者が、その能力を有効に発揮することを可能とし、もってパートタイム労働者の福祉の増進を図ることを目的として制定され、1993年12月1日に施行された「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律」（以下「パートタイム労働法」という。）に関して、法律自体の改正が初めて行われ、2008年4月1日に施行されている。

その法的性格については、法制定当初から行政指導の根拠法としての域に止まるものであり、実効性に乏しいとの評価が一般的であったが、今回の改正法においては、就労実態に応じた均衡処遇の実現という政策視点が明確に出され、それが正社員とパートタイム労働者の間の労働条件格差の問題に止まらず、同一労働同一賃金原則の公序形成にも積極的な影響を及ぼすものと解されている。事業主においては、まずはパートタイム労働者の労働条件の再点検が求められる。総労働コストが限られていることからすると、大方の企業では正社員の労働条件の見直しを必然的に伴うことにもなるが、パートタイム労働者の組織化も進んでおり、厚生労働省が2009年12月10日に発表した「平成21年労働組合基礎調査結果」によると、2009年6月30日現在のパートタイム労働者の組合員数は前年比8万4千人（13.7%）増の70万人となっており、全労働組合員数に占める割合は7.0%、推定組織率は5.3%と、いずれも年々増加傾向にある。全体の組織率が前年比0.4%増の18.5%と34年ぶりに増加に転じた背景には、パートタイム労働者を中心とする非正規雇用労働者の組織化の進展がある¹。集团的労使関係の視点からも、パートタイム労働者の活用について、長期的視点に立った検討が必要となっている。

本稿は、改正過程やその際に行われた議論を踏まえた上で、改正された規定の規範内容を確認するとともに、紛争の予防に検討の重点を置きながら、労使関係実務において重要となる点を明らかにしようとするものである。

I 改正の背景と経緯

1 改正の背景

就労形態の多様化の中で、非正規労働者が増大し続け、雇用労働者全体の4割に達しようとしている²。その中心を占めるパートタイム労働者については、量的増加のみならず、その労働の質の変化にも著しいものがあることが確認されている。今もなお、その多くの部分を女性が占めているが、若年者や高齢者を中心として男性のパートタイム労働者も増加してきており、また、基幹労働者として活用する企業も例外的なものではなくなり、中には、役職に就く者も現れるようになってきて、日本の経済社会を支える重要な労働力の供給源となっている。にもかかわらず、大勢として見るならば、その提供する労働に見合った処遇が行われず、また、あたかも固定した身分のように、パートタイム労働者から正

1 中央労働時報1111号（2010年1月）34頁。なお、パートタイム労働者の組織化については、橋本和秀「非正規労働者（パートタイム労働者）の組織化について」国際経済労働研究982号（2008年8月）11頁。

2 日本の非正規労働者の現状については、権丈英子「日本における非正規労働の現状と課題」世界の労働2009年2月号2頁及び厚生労働省政策統括官付労働政策担当参事官室「就業形態の多様化と労働者の意識の変遷」ジュリスト1377号（2009年4月）18頁参照。

社員に転換する道は、その能力の如何にかかわらず、ほとんど閉ざされたままであり、不公正極まりない状況となっている。また、そのままでは、生産性の持続的向上を期待できる良質の労働者が先細りとなり、日本社会において進行する少子・高齢化に伴う労働力人口の減少に対応することは非常に困難となる。不公正な状況を改善し、パートタイム労働を、良好なものとして、労働者が自発的に選択できる就労形態に転換するための積極的な取り組みがなければ、日本の経済社会の維持・発展が望めない時代になっている。

2 改正の経緯

パートタイム労働法は、パートタイム労働者の雇用管理の改善に関する使用者の措置を定めるものであり、その内容を適切かつ有効に機能させるために、法に併せて、「事業主が講ずべき短時間労働者の雇用管理の改善等のための措置に関する指針」（以下「パート指針」という。）も制定されていたが、それらはいずれも努力義務規定であった。パート指針については、1999年2月に、事業主が講ずべき措置を一層明確にするための一部改正が行われていた。

正社員とパートタイム労働者との均衡処遇については、法制定当初より事業主の努力義務規定が置かれていたが、それでは実効性が期待できず、また、1996年の丸子警報器事件・長野地裁上田支部判決³が、同一労働に従事する正社員と臨時社員との賃金格差について、その一部を公序に反するものとして、不法行為に基づく損害賠償請求を認める判断を示したことが多くの注目を集めたこともあった⁴。さらには、ILOにおいても、1994年にパートタイム労働に関する国際的な最低基準である175号条約と182号勧告が採択され、1998年から発効している⁵。

そのような状況の中で、格差是正のための均衡処遇ないし均等待遇の義務付け等に関して、3つの研究会と1つの審議会が開催された。これらを受けて、2002年9月から2003年3月まで労働政策審議会雇用均等分科会において検討が行われたが、その建議において、「当面は、通常の労働者との均衡を考慮した処遇の考え方を指針に示すことによって社会的な浸透・定着を図っていくことが必要である」としたこと等から、法自体の改正にまでは至らず、この時点では、2003年10月施行のパートタイム労働指針の改正に止まることになった。しかし、パートタイム労働指針に、事業主が講ずべき措置として、就業の実態からパートタイム労働者と正社員との間の「均衡」を考慮した処遇の具体的考え方や、通常の労働者への転換に関する条件の整備等が新たに盛り込まれるところとなり、今回の法自体の改正内容を事業主に予告する効果を持っていたとみることができる。

そして、小泉政権末期の2006年頃から、様々な格差の問題が浮上したが、正規・非正規労働者の格差問題の中で、パートタイム労働者の占める割合の大きさからパートタイム労働者に対する均衡処遇の問題がクローズ・アップされ、雇用機会均等法の2006年改正の際の附帯決議や、「経済財政運営と構造改革に関する基本方針（骨太の方針）2006（閣議決定）」等にも、政策課題として盛り込まれるところとなっていた。そして、2006年7月から労働政策審議会雇用均等分科会において、パートタイム労働法自

3 平成8・3・15労働判例690号（1996年5月）32頁。

4 丸子警報器事件の概要、地裁判決及び控訴審和解内容等に関しては、今野久子「パート社員に対する均衡処遇法理について」労働法学研究会報2441号（2008年11月）4頁以下参照。

5 日本は未批准であるが、175号条約は、フルタイム労働者と比較して、パートタイム労働者が、「団結権、団体交渉権、労働者代表として行動する権利」、「職業上の安全及び健康」、「雇用及び職業の差別」について同一の保護を受ける保障措置をとること（4条）、単にパートタイムで働いているという理由から、低い比例的基本賃金を受け取ることをしないようにするための保障措置をとること（5条）、同等の条件を享受するよう社会保障制度を修正すること（6条）、「母性保護」、「雇用の終了」、「年次有給休暇及び有給休日」、「病気休暇」において、同等の条件を受けるよう保障するための措置をとること（7条）、フルタイム労働からパートタイム労働へ、又はその逆の転換が自発的になされることを保障するための措置をとること（10条）等、を定めている。詳しくは、斉藤周「ILOパートタイム労働条約の採択」日本労働法学会誌85号（1995年5月）152頁以下。

体に関する議論が始まり、同年12月にとりまとめられた建議において、均衡処遇の確保を含む、これまでの対策を更に一步進める必要があるとの認識から、法的整備を行うことが適当である、との考えが示されたことにより、今回の法改正が具体化するところとなった。法案審議においては、差別的取扱い禁止規定の適用対象者が議論の焦点になり、政府案のほか、衆議院においては、すべてのパートタイム労働者を差別禁止の対象とする民主党案や、日本共産党からの修正案、参議院においては、日本共産党及び社会民主党・護憲連合による修正案も出されていたが、参議院において附帯決議が行われたものの、2007年5月に、政府案通りの改正パートタイム労働法が成立した。改正パートタイム労働法に合わせて、細則である「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律施行規則」（平成19年厚生労働省令第121号、以下「施規」という。）及びパート指針（平成19年厚生労働省告示第326号）も改正され、また長文にわたる施行通達（「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律の一部を改正する法律の施行について」、以下「通達」という。）⁶ も出されている。

3 改正内容の概要

上述した背景、経緯により、今回の改正において新たに規定された重要事項は、均衡のとれた待遇の確保の推進（法9条）、通常の労働者への転換の推進（法12条）、労働条件の文書交付・明示義務（法6条）及び待遇決定についての説明義務（法13条）、苦情処理・紛争解決援助（法19～24条）の4点からなるが、以下で順次検討することにする。なお、高年齢者雇用安定法9条に基づいて、高年齢者雇用確保措置として、「定年の引き上げ」、「継続雇用制度の導入」、「定年の定め廃止」のいずれの措置を講じた場合においても、その措置を受けた労働者が短時間労働者であるときには、パートタイム労働法の適用を受けることになるということに注意が必要である。例えば、定年後、継続雇用制度の適用を受けて、短時間勤務の形態で就労する場合に、後述するパートタイム労働法8条に規定する3つの条件を満たすと判断される労働者については、差別的取扱いが禁止され、定年から再雇用に変わる際に行われることのある極端な賃金単価の引き下げ等は認められないことになる。

II 均衡のとれた待遇の確保の推進

改正パートタイム労働法は、まず、パートタイム労働者に対して、その就業の実態に応じて、通常の労働者との均衡がとれた公正な処遇を求めている。

1 パートタイム労働者と「通常の労働者」

パートタイム労働法の対象である「短時間労働者」（以下、「パートタイム労働者」という。）は、「1週間の所定労働時間が同一の事業所に雇用される通常の労働者の1週間の所定労働時間に比べて短い労働者」とされている（法2条）。「パートタイマー」、「アルバイト」、「嘱託」、「契約社員」等、その名称の如何に関わりなく、この条件に当てはまる労働者は、「パートタイム労働者」として、パートタイム労働法の対象となる。

「通常の労働者」とは、同一の事業所において、社会通念にしたがい「通常」とみられる労働者をいう。この「通常」の判断は、法が業務の種類ごとにパートタイム労働者を定義している⁷ので、業務の種類ごとに行なわれる⁷。同種の業務に従事する「正社員」、「正職員」などの、正規型の労働者がいると

⁶ 平成19年10月1日基発第1001016号・職発第1001002・能発第1001001・雇発第1001002号。

⁷ 業務の種類は、『労働省編職業分類』の細分類の区分等を参考に、個別の実態に即して判断される。

きは、その労働者が通常の労働者となる。正規型か否かは、契約期間の定めの有無、賃金体系（主たる部分の支給形態、賞与・退職金、定期的昇給又は昇格の有無）等を総合的に勘案して判断される。正規型がない場合には、同種の業務に基幹的に従事するフルタイムの労働者がいれば、その者が通常の労働者となる。同種の業務を行う者のなかに、正規型の労働者もフルタイムの基幹型労働者もない場合には、事業所における1週間の所定労働時間が最長の労働者が通常の労働者となる⁸。

なお、通常の労働者と同一の所定労働時間で働く、いわゆる疑似パートないしフルタイムパートのような労働者は、パートタイム労働法の適用対象ではないが、パートタイム労働法の趣旨をより一層強く反映した対応が求められなければならない労働者であり、事業主は、そのような労働者に対しても、パートタイム労働法の趣旨を考慮した対応をすべきことになり⁹、均等待遇の適用の可否が争われた場合には、次の2で述べる(1)～(3)の3つの要件が判断基準として大きな役割を果たすものと解される¹⁰。

2 パートタイム労働者の4類型

就業の実態を、(1)「職務の内容」、(2)「職務の内容及び配置の変更の範囲」、(3)「労働契約期間の定めの有無」の3点から判断して、(1)～(3)のすべての点において、通常の労働者と同じパートタイム労働者については、「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」と称され、通常の労働者と同じ処遇を義務付けている。

就業の実態が通常の労働者と異なるそれ以外のパートタイム労働者については、その違いの程度に応じて、一定の期間においてのみ(1)と(2)が通常の労働者と同じパートタイム労働者、(1)だけが通常の労働者と同じパートタイム労働者、(1)も通常の労働者と異なる労働者、の3態様に分類し、それぞれの就業の実態に応じた均衡のとれた処遇を求めている。

このようにパートタイム労働法の適用を受ける労働者は、4つの類型に分類されている。

(1) 「職務の内容」の同一性判断

「職務の内容」の意味するところは、「業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度」である。「業務の内容」が「実質的に同一」で、「業務に伴う責任の程度」が「著しくは異なる」とときには、「職務の内容」は同一と判断される。

まず、「業務」とは、職業上継続して行う仕事であり、例えば、営業職、販売職、管理職、事務職、製造工、印刷工等、従事する業務の種類が同一かどうかの判断が行われる。同一とされた場合には、従事している業務について、業務分担表等により細分化した業務の中から、パートタイム労働者と通常の労働者が従事している「中核的業務」、すなわち、「その労働者に与えられた職務に不可欠な業務」、「業務の成果が事業所の業績や評価に大きな影響を与える業務」、「労働者の職務全体に占める時間、頻度において、割合が大きい業務」を抽出し、それが同一の場合には、「業務の内容」は実質的に同じとされる。「中核的業務」が一見異なる場合においても、当該業務に必要な知識や技術の水準などの観点から、そのレベルが同等のものであれば、実質的に同じと判断される場合もあることに注意が必要である。

次に、パートタイム労働者と通常の労働者の業務に伴う責任の程度が判断される。責任の程度は、「授權されている権限の範囲（単独で契約締結可能な金額の範囲、管理する部下の数、決裁権限の範囲等）」、「業務の成果について求められる役割」、「トラブル発生時や臨時・緊急時に求められる対応の程度」、「ノルマ等の成果への期待の程度」等を主たる指標とし、「所定外労働の有無及び頻度」を補助的

8 通達 第1の3(3)。

9 パート指針第2の3後段。

10 山田省三「改正パートタイム労働法における均等待遇原則の理論的課題」労働法律旬報1678号（2008年8月）13頁。

指標として、実態を踏まえて総合的に考慮して判断される。責任の程度が著しくは異ならないと判断されると、「職務の内容」は同一であると結論付けられ、「職務内容同一短時間労働者」と称される¹¹。

(2) 「職務の内容及び配置の変更の範囲」の同一性判断

「職務の内容及び配置の変更の範囲」という視点は、人材活用の仕組や運用等に応じて待遇に違いが生じることは合理的であると考えられることから、パートタイム労働者の均衡待遇の在り方を判断する上での重要な指標としたものであり、人事異動の有無やその範囲が問題となる。「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」は、その「職務の内容」が通常の労働者と同一となって以降の雇用期間のすべてにおいて、「職務の内容及び配置の変更の範囲」が通常の労働者と同一と見込まれると判断されるパートタイム労働者である（法8条1項）。

① 「転勤の有無、その範囲」の判断

具体的には、まず、パートタイム労働者と通常の労働者において、「転勤の有無」が同じかどうかを実態に基づいて判断する。その際には、実際に行われたかどうかだけではなく、将来にわたって転勤の見込みがあるかどうかについて、事業所の就業規則や慣行などをもとに判断する。

一方のみが転勤するときには、同一性なしと判断される。いずれも転勤するときには、その範囲を比較し、一方は全国転勤で他方はエリア限定の転勤というように、それが異なる場合には、同一性なしと判断される。

② 「職務内容・配置の変更の有無、その範囲」の判断

いずれも転勤なしの場合、あるいはいずれも転勤があるが、その範囲が同一の場合には、職務内容・配置の変更の有無が比較される。職務内容・配置について、いずれも変更がない場合には、「職務の内容及び配置の変更の範囲」は同一と判断される。一方のみに変更がある場合には、同一性なしと判断される。いずれも変更がある場合には、その範囲が比較され、それが同じときには同一と判断され、異なるときには同一性なしと判断される¹²。

(3) 「労働契約期間の定めの有無」の判断

通常の労働者の待遇は長期雇用を前提とするものとされることから、「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」と判断するために、「期間の定めのない労働契約を締結しているもの」という条件を求めた（法8条1項）。この「期間の定め」は、契約形式のみならず、その実態により判断され、「反復して更新されることによって期間の定めのない労働契約と同視することが社会通念上相当と認められる期間の定めのある労働契約」も、この条件を満たすものとされている（法8条2項）。法の文言だけみると、「反復して更新」だけがポイントのように読めるが、通達によれば、この問題に関するこれまでの裁判例を踏まえて、主に次のような事項等を考慮して判断するとされている¹³。

- ① 従事する業務の客観的内容（業務内容の恒常性・臨時性、業務内容について通常の労働者との同一性の有無等）
- ② 契約上の地位の性格（地位の基幹性・臨時性等）
- ③ 当事者の主観的態様（継続雇用を期待させる事業主の言動等）
- ④ 更新の手続・実態（更新の有無・回数、更新の手続の厳格性の程度等）
- ⑤ 他の労働者の更新状況（同様の地位にある労働者の雇止めの有無等）

この通達からするならば、日立メディコ事件最高裁判決¹⁴のような、雇用継続の合理的期待を保護す

11 通達 第1の4 (2) ロ。

12 通達 第3の3 (8)、第1の4 (2) ハ。

13 通達 第3の3 (6)。

14 最一小判昭61・12・4判例時報1221号（1987年4月）134頁。

るために解雇権濫用法理が類推適用されるような場合も含まれると解されるが、「雇用継続の合理的な期待を有することが、ただちに均等処遇に対する期待をもたらすものとは評価できない」として、異論が唱えられている¹⁵。

なお、有期労働契約については、厚生労働省に設置の有期労働契約研究会において、締結事由や更新回数を制限する方向での検討が加えられており¹⁶、それが実現すると、この第3の要件を欠く労働者の割合は大いに減少することになる。

3 「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」への差別的取扱いの禁止（法8条）

(1) すべての待遇に関する差別的取扱いの禁止

上述した2の(1)「職務の内容」、(2)「職務の内容及び配置の変更の範囲」、(3)「労働契約期間の定めの有無」の3点から、「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」と判断されたパートタイム労働者については、通常の労働者と就業の実態が同じであることにより、その待遇に格差があることに合理性が認められないものとなり、賃金の決定をはじめ教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他のすべての待遇について、パートタイム労働者であることを理由とする差別的取扱いが禁止されている。そこで、たとえば、通常の労働者が週40時間勤務で月給が40万円であれば、週30時間勤務の「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」の月給は30万円となる¹⁷。また、整理解雇を行う際に、正社員に先立って「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」を解雇することの合理性は認められないことになる¹⁸。

法がその趣旨とするように、パートタイム労働者であれ、その就業の実態からみて、通常の社員並みの働きをしている者については、それに応じた処遇をすべきことは当然のことである。質の高い労働、より高い生産性を求めるのであれば、それ相応の賃金等の待遇を確保しなければならない。名目の時間単価を低く抑えても、その生産性が低ければ、実質的な時間単価は割高なものとなり、サービス業では顧客を失い、製造業では製品の質の低下を招き、ときにはリコールのような大きな損害を発生させる要因ともなる。

(2) 法的効果

法8条違反については、パートタイム労働法が基本権保護型法令ではなく政策実現型法令であること等を根拠として、公序（民法90条）違反とはならないとの有力説も展開されているが¹⁹、同法の強行性を否定する論拠を見出すことはできず、同法8条違反の差別的賃金等は無効となり、それにより生じた損害については、不法行為（民法709条）として賠償する責任が生じるものと解される²⁰。Iの2で述べた丸子警報器事件の原告はフルタイムパートなので、パートタイム労働法の直接適用はないが、適用があるものとして争われると、長野地裁上田支部判決のような80%ではなく、100%の賃金を支払うことを命じる判決が下されることになるかと解される²¹ことに注意が必要である。

なお、過去の差別的取扱いとなる待遇に関して、法8条違反として補償を要するものとされるのは、改正法施行日である2008年4月1日以降の分についてのみである²²。

15 林和宏「パートタイム労働法の勘どころを押さえた実務対応」ビジネス法務2008年10月号131頁。

16 労働新聞2010年3月15日号1面。

17 石原房子・茅野考人「東京労働局雇用均等室における紛争解決援助制度の実際」労働法学研究会報2442号（2008年12月）18頁。

18 通達 第3の3（10）。

19 安西愈『トップ・ミドルのための採用から退職までの法律知識〔十二訂〕』（中央経済社、2009年3月）921頁。

20 土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年8月）690頁。

21 今野・前掲注（4）論文19頁。

22 高崎真一『コンメンタールパートタイム労働法』（労働調査会、2008年3月）229頁。

4 「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」以外への対応

(1) 賃金（基本給、賞与、役付手当等）の決定方法（法9条）

賃金に関しては、基本給、賞与、役付手当等、職務の内容に密接に関連する賃金（「職務関連賃金」という。）の決定方法について、その就業の実態に応じて、努力義務が定められている。対象は「職務関連賃金」のみであるが、とくに各種手当等がこれに該当するか否かは、その名称のみならず支給条件等の実態で判断する必要がある、例えば家族の有無にかかわらず一律に支給される「家族手当」や、通勤距離に関わらず一定額で支給される「通勤手当」等は、「職務関連賃金」の一部とみられることもあろう（施規3条）。長期雇用を前提に支給される退職手当は該当しない²³。

努力義務ではあるものの法9条に関しても、後述するように、法13条により説明義務が課せられているので、説明を求められた事業主は、当該パートタイム労働者が属する労働者集団の賃金決定に当たって勘案している要素が何で、当該パートタイム労働者をいかに評価し、当該要素をいかに勘案したか、について説明する必要がある²⁴。努力義務ということから法9条に対応していない事業所においても、法13条による説明義務は免れることはできず、労働者が求めた場合には、事業主は、対応していない理由を説明する必要がある²⁵。また、努力義務であることから何の効果も生じないかということ、必ずしもそうではなく、3条の定める「均衡の理念」と相まって、公序（民法90条）が構成され、努力義務の不履行により著しい格差が生じている場合には不法行為（民法709条）となるとする説得力のある有力な見解もあることに注意を要する²⁶。ただし、改正パートタイム労働法施行前のものではあるが京都市女性協会嘱託職員賃金差別事件において、大阪高裁判決は、正規雇用労働者と非正規雇用労働者の労働が、同一（価値）労働であるとまではいえない場合には、法9条が努力義務規定であることを根拠に、「契約自由の原則を排除して、賃金に格差があれば、ただちに賃上げを認める権利については、実体法上の根拠を認めがたい」と判示している²⁷。

① 一定の期間のみ「職務の内容」と「職務の内容及び配置の変更の範囲」が通常の労働者と同じパートタイム労働者

まず、一定の期間においてのみ、上述の2の(1)と(2)が通常の労働者と同じパートタイム労働者については、事業主は、その期間においては、賃金は通常の労働者と同じ方法で決定することが努力義務とされる（法9条2項）。パートタイム労働者が一定の地位に昇進するまでの一定期間に配置転換が予定されているようなものが、その例とされている²⁸。

その職務の内容と人材活用の仕組みや運用などが同じであれば、その単位当たりの仕事の対価（時間比例賃金）も同じであるという理念を表したものである²⁹。そのようなパートタイム労働者には通常の労働者と同じ賃金表を適用することがもっとも望ましいが、通常の労働者が職能給であればパートタイム労働者も職能給にするなど、同じ評価基準を適用して賃金を決定すれば、「同一の方法で決定」したことにはなる。期間限定の賃金同一方法決定努力義務であるが、賃金体系における、その期間の前と後における賃金との整合性も考慮して決定する必要がある。

23 厚生労働省雇用均等・児童家庭局短時間・在宅労働課「改正パートタイム労働法の概要について」ジュリスト1351号（2008年3月）69頁。

24 通達 第3条の9。

25 高崎・前掲注（22）書241頁。

26 土田・前掲注（20）書690頁。

27 大阪高判平21・7・16労働法律旬報1713号（2010年2月）40頁。

28 通達 第3の4（4）。

29 高崎・前掲注（22）書240頁。

② その他のパートタイム労働者

次に、その他のパートタイム労働者、具体的には、通常の労働者と職務が異なるパートタイム労働者と、職務は同じであるが人材活用の仕組み、運用等が異なるパートタイム労働者については、通常の労働者との均衡を考慮し、パートタイム労働者の職務の内容、職務の成果、意欲、能力又は経験等を勘案して賃金を決定することが、事業主の努力義務とされている（法9条2項）。

「通常の労働者との均衡を考慮」とは、通常の労働者の賃金決定方法との均衡を考慮しながら、パートタイム労働者の賃金を決定する際に勘案する要素を決定するように求めるものである。その要素の例として、「職務の内容、職務の成果、意欲、能力又は経験等」が示されている。「等」の例としては、「勤続年数」が考えられる。「均衡」という見地から見て矛盾することが無ければ、いかなる要素を勘案することも事業主の判断が尊重されるべきではあるが、法13条に基づく求めがあった場合に、どの要素に基づいて、いかに勘案したのかについて、合理的と言えるだけの説明ができるようなものであることが必要である³⁰。「均衡」が焦点となることからするならば、まずは通常の労働者の賃金決定方法を再確認し、パートタイム労働者についても、それに準じた方法で決定する方向で検討するのが、長期的展望では望ましいものとなる。なお、職務の内容が同じ通常の労働者がいない場合でも、通常の労働者の賃金決定に当たって勘案している要素を踏まえ、「均衡」を考慮した上で、パートタイム労働者の賃金決定に当たっていかなる要素を勘案するかを決定すべきことになる。

求められているのは、パートタイム労働者の職務の内容や職務の成果等を適切に賃金に反映するように努めることであり、これまでよくみられた客観的な基準に基づかない事業主の主観による決定や、「パートのこの地域での相場は〇〇円」とか「パートタイム労働者だから」という理由での一律の決定に歯止めをかけようというものである。

(2) 教育訓練（法10条）

教育訓練については、そのキャリアアップに資する側面を考慮して、その内容に応じて、その実施義務ないし実施努力義務を定めている。

① 教育訓練実施義務

パートタイム労働者と通常の労働者の職務の内容が同じ場合、その職務を遂行するに当たって必要な知識や技術を身につけるために通常の労働者に実施している教育訓練については、当該パートタイム労働者が既に必要な能力を身につけている場合を除いて、通常の労働者と同様に実施することが、事業主の義務となっている（法10条1項）。ここにいう教育訓練には、事業主が直接実施するもののほか、外部の教育訓練機関等に委託して行う講習や通信教育の受講といったものも含まれるが、職務の遂行過程で行われる計画性のないOJTは該当しないものと解される³¹。また、幹部社員養成のための長期研修や海外留学等も該当しない³²。パートタイム労働者の中には時間的制約のある者も多く、所定労働時間外で行われるものについては受講が困難となる者も出てくると考えられるが、そのような者が合理的に努力することにより受講可能な教育訓練を提供することが、事業主の義務であると解される。

この義務違反に関しては、当該教育訓練の実施を請求する権利までは認められないにしても、損害賠償請求の可能性を肯定する立場もある³³。

30 通達 第3の4 (2)。

31 高崎・前掲注 (22) 書242～243頁。

32 林・前掲注 (15) 論文128頁。

33 山田・前掲注 (10) 論文9頁。

② 教育訓練実施努力義務

①の教育訓練以外のものについては、その職務の内容の違いの如何にかかわらず、通常の労働者との均衡を考慮して、パートタイム労働者の職務の内容、職務の成果、意欲、能力及び経験等に応じて実施することが、事業主の努力義務とされている（法10条1項）。

(3) 福利厚生施設の利用－配慮義務（法11条）

法定外の福利厚生について、いかなるものを提供するかは事業主の自由裁量に任せられるべきものであるが、その内容によっては、正社員のみを対象とすることに合理性がなく、パートタイム労働者を排除することに社会的正当性が認められない場合もありうる。そのようなものとして、通常の労働者に利用の機会を与えているもので、健康の保持又は業務の円滑な遂行に資するものとして厚生労働省令（施規5条）が定める福利厚生施設、すなわち給食施設、休憩室、更衣室については、その利用の機会をパートタイム労働者に対しても与えるよう配慮する義務が、事業主に課せられている。

配慮義務とは、パートタイム労働者に対して、福利厚生施設の利用機会を、通常の労働者とまったく同一に与えることまでは求めるものではない。例えば、給食施設のスペースが狭く労働者全員が一度に利用できない事業所に、増築などをして均一の利用機会を提供することまで求めるものではなく、給食施設の利用対象を正社員に限定しているところでは、昼食時間帯をずらすなど工夫をして、パートタイム労働者も利用できるようにするといった配慮を求めるものである。なお、例えば、その業務の特殊性から必要であるとして更衣室が提供されている場合には、そのような業務に従事していないパートタイム労働者に対しても更衣室を提供することを求めるものではない³⁴。

5 均衡の実現と通常の労働者の労働条件の一方的不利益変更の禁止

均衡を実現するためであっても、パートタイム労働者の労働条件に近づける形で、通常の労働者の労働条件を一方的に引き下げることは法的に認められず、合理的な理由の有無が検討されることになる³⁵。

Ⅲ 通常の労働者への転換の推進

労働意欲の維持・向上や社会的公正の視点から見て問題のあるパートタイム労働者としての立場の固定化を解消することを促進するために、パートタイム労働者が通常の労働者に転換する措置を講じることが事業主の義務とされている。これは、小泉政権を受けて発足した安倍政権の「再チャレンジ支援」の考え方に基づくものである³⁶。通常の労働者への転換を多くのパートタイム労働者が望んでいるという現実も確認されている³⁷。

当然のことながら、企業には、憲法29条に基づく「採用の自由」が保障されているので、転換措置の結果として、パートタイム労働者を通常の労働者に転換することまでを事業主の義務としているわけではないが、雇用しているパートタイム労働者に対して、通常の労働者になる機会が公正に付与されるような制度を設けることが求められている。転換措置の存在は、優秀なパートタイム労働者の採用を可能とするものともなる。転換措置を何も講じない場合には、それを根拠に慰謝料請求ができるとする立場

34 通達 第3の6(2)。

35 パート指針 第2の3前段。

36 高崎真一「パートタイム労働法の改正について」経営法曹研究会報57号（2008年5月）16頁。

37 2008年に連合が実施した「連合パート・派遣等労働者生活アンケート調査」では、職場生活への不平や不満は、という問いかけに対し、「正社員になれない」が2割強と、「賃金・一時金が低い」に次いで多く寄せられている。水谷雄二「パートタイム労働者の生活実態と課題」労働調査2009年2月号26頁。

もある³⁸。ワーク・ライフ・バランスの視点を入れるならば、フルタイムからパートタイムへの転換措置も備えて、家庭責任の負担が重くなった優秀なフルタイム労働者をパートタイム労働者として活用することを可能とすべきである。

1 転換措置の具体例

転換を推進するための方策はいろいろ考えられるが、法が具体的に示すのは、次のような措置であり、いずれかを講じなければならない。

- ① 企業外から通常の労働者を募集する場合、既に雇っているパートタイム労働者に対して、その募集に係る事項を周知すること。
- ② 通常の労働者のポストを社内公募する場合、それに応募する機会を、既に雇っているパートタイム労働者にも与えること。
- ③ パートタイマーが通常の労働者へ転換するための試験制度を設けるなど、転換制度を導入すること。
- ④ その他の通常の労働者への転換を推進するための措置。

事業所によっては、「通常の労働者」として、「いわゆる正規型の労働者」と「フルタイムの基幹的な働き方をしている労働者」の両方が存在する場合もあるが、そのようなところでは、「いわゆる正規型の労働者」への転換を推進するための措置を講じることが義務となる³⁹。

①は、その措置自体が周知であるが、②～④の措置を講じる場合にも、転換へのチャレンジを可能とするために、その内容がパートタイム労働者に認識されるように周知される必要がある。①と②のように、一定の時期が来たときに初めて措置を講じるものについては、そのような措置を講じる予定であることをあらかじめ周知する必要がある。加えて、その措置が、「制度化されて公正な運用が確保されていること」が、事業主がこの措置義務を果たす条件となる。この条件を最も的確に満たす措置は、③の転換制度の創設である⁴⁰。

2 ①の措置に関する留意点

事業主が、この措置を講じるものとした場合には、企業外から通常の労働者を募集するときには、既に雇われているパートタイム労働者の中に、その募集条件に合致する者がいないことが明らかな場合を除いて、常に周知する必要がある。例えば、通常の労働者として新規学卒者を募集する場合に、パートタイム労働者の中に新規学卒者という募集要件に該当する者がいないことが明らかであれば、周知は不要である。また、A事業所で生じた通常の労働者の欠員について、数個の事業所を統括するエリア本部で一括して募集し、当該エリア内で転勤の可能性のある者として採用し、まずはA事業所に配置する場合に、A事業所においては、当該欠員の募集要件に該当するパートタイム労働者がいないことが明らかでない限り、周知が必要であるが、当該エリア内の他の事業所においては、周知の必要性はないとされている⁴¹。さらに、ヘッドハンティングの場合のように、個人的資質に着目して特定の個人を通常の社員として採用する場合は、通常の労働者の「募集」に該当せず、周知は不要である⁴²。周知の必要のな

38 「ディアログ労働判例この1年の争点」日本労働研究雑誌592号（2009年11月）22頁（土田道夫発言）。

39 高崎・前掲注（22）書250頁。

40 高崎・前掲注（22）書252頁。

41 高崎・前掲注（22）書252頁。

42 通達 第3の8（4）。

い募集のみをする場合には、法12条1項の選択的措置義務を果たしていないことになるので、他の措置を講じる必要がある。

周知が必要とされる「募集に係る事項」には、労働者が応募するに際して考慮することになる、業務の内容、賃金、労働時間や就業の場所等が該当する。

周知は、応募機会を実際に付与するためのものであるから、応募期間を徒過することなくパートタイム労働者の目に容易に入る方法を講じる必要がある。当然のことながら、実際に応募があっても、それを実質的に受け付けない対応をすることは、法12条1項の措置義務違反となる。

3 ②の措置に関する留意点

②の措置に関する法律規定の文言は、①の「募集」ではなく、「配置」ということなので、社内公募する場合を意味するものと解される。具体的には、事業所内に、通常の労働者を当てる新たなポストを作るときや、通常の労働者の退職等により空きポストができたときに、同じ事業所内のパートタイム労働者に対しても、それに応募する機会を与えることを意味する。応募の機会は、同じ事業所内の通常の労働者と同等に保障されるものであればよく、パートタイム労働者に対してのみ優先的に与えなければならないというものではない。

4 ③の措置に関する留意点

転換の要件や転換のための試験を受ける要件として、勤続年数や職務に必要とされる資格などを課すことは、事業所の実態に応じた必要かつ合理的なものであれば問題はないが、該当者がほとんどいないような必要以上に厳しい要件を課すものについては、法12条1項の選択的措置義務を果たしていないと評価されることになる⁴³。なお、要件として年齢の上限を付すことは、雇用対策法10条が禁止する募集における年齢制限には該当しないと解されているが、能力や経験のように本人の意欲や努力等で満たすことのできるものではなく、上限を超えるパートタイム労働者に対する転換措置が存在しないということになるので、別個の措置を講じることが必要となることに注意が必要である⁴⁴。

転換制度は、パートタイム労働者から直ちに通常の労働者へ変わるものには限定されない。徒に多くのハードルを設けて応募を断念させるようなものであってはならないが、まずは、短時間正社員やフルタイムの契約社員に転換した後に、さらに、短時間正社員やフルタイムの契約社員から通常の労働者へと転換するという、複数の段階を経るものであっても、通常の労働者へ転換する道が合理的に確保されている場合には、法12条1項の求める措置とみることができる⁴⁵。

事業主が、特に評価するパートタイム労働者に対してのみ、通常の労働者へ転換するように個別に打診するという「一本釣り」方式は、法の禁止するものではないが、法12条1項が求めている事業所内のすべてのパートタイム労働者を対象とする制度的措置とみることができない⁴⁶。

5 ④の措置に関する留意点

法12条1項3号の後半において、「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」と規定しているので、①～③の措置以外の通常の労働者への転換を推進する措置を講じること、

43 通達 第3の8 (7)。

44 高崎・前掲注 (22) 書254頁。

45 通達 第3の8 (9)。

46 通達 第3の8 (10)。

法12条1項の義務の履行となると解される。具体的には、通常の労働者として必要な能力を取得するための教育訓練を受ける機会を確保するための必要な援助を行うことが該当し、この「必要な援助」には、事業主が、自ら教育訓練を行うことのほか、他で行われる教育訓練の経済的な援助や当該訓練参加のための時間的な配慮を行うこと等も含まれるとされている⁴⁷。しかし、どのような措置がこれに該当するのかの明確な基準は示されていないので、事業主としては、具体的に示されている3つの措置のいずれかを選択して講じておくことが得策である。

IV 労働条件の文書交付・明示義務、待遇の決定についての説明義務

パートタイム労働者の労働条件に対する納得性の向上を目的として、労働条件の明示に関する規制を強化するとともに、パートタイム労働者の待遇の決定に関する事業主の説明義務を創設している。

1 労働条件の文書交付・明示義務（法6条）

パートタイム労働者は、短時間勤務であることから就労形態が多様で、個々の労働条件が不明確になることも多く、それが紛争発生種の種となることも少なくないことから⁴⁸、より広範な事項に関して明示が求められている。

(1) 特定事項（昇給・退職手当・賞与の有無）についての文書による明示

労働者を「雇い入れる際」には、労働基準法15条により、①「労働契約の期間」、②「就業の場所、従事すべき業務」、③「始業・終業の時刻や所定時間外労働の有無、休憩・休日・休暇等」、④「賃金の決定、計算および支払いの方法、賃金の締切りおよび支払いの時期」、⑤「退職（解雇の事由を含む）」について、文書による明示が義務とされている（労基法施行規則5条）。

これらの事項に加えて、パートタイム労働法6条1項（施規2条1項）では、パートタイム労働者を「雇い入れたときは、速やかに」、とくに労使間でトラブルが起きやすい特定事項と呼ばれる、①「昇給の有無」及び②「退職手当の有無」、③「賞与の有無」の3つの事項についても、文書の交付等により、パートタイム労働者に明示することを義務付けている。上述した丸子警報器事件においては、賞与（金一封）の支払場所が正社員と違っていたことが人格差別のように感じられたことが、提訴のきっかけとなっている⁴⁹。また、以上の労働基準法及びパートタイム労働法に基づいて文書による明示が義務付けられている事項以外のもの、すなわち、①「所定労働日以外の労働の有無」、②「所定労働時間を超えて、又は所定労働日以外の日に労働させる程度」、③「安全及び衛生」、④「教育訓練」、⑤「休職」についても、パートタイム労働法6条2項により、文書の交付等による明示が努力義務とされている。厚生労働省は、今回のパートタイム労働法の改正を契機に、口約束で契約をするという雇用慣行を一掃し、「労働条件の主要な項目については、『残る形』で交付するということ」を、雇用管理の大前提として確立する意向である⁵⁰。

なお、さらに、有期契約で雇用されるパートタイム労働者に関しては、典型的な紛争類型である契約

47 高崎・前掲注（22）書254～255頁。

48 個別労働紛争解決促進法に基づく「紛争調整委員会によるあっせん」の申請事案の中には、退職手当の有無等のように、文書による明示があれば、紛争が発生することがないであろうと思われるものも多くみられる。また、文書による明示がないことにより、解雇の有効性といったメインの紛争事項に、退職金や賃金の計算方法等に関する紛争事項が付随して申立てられることも多い。

49 「鼎談改正パートタイム労働法及び改正雇用対策法の実務への影響」季刊労働法220号（2008年3月）96頁における今野久子弁護士の発言。

50 高崎・前掲注（36）論文9頁。

更新を巡る紛争を防止する趣旨で、労働基準法14条2項により、契約締結に際して、①「期間満了後における更新の有無」、②「更新することがある場合には、その判断基準」についても明示が義務付けられており⁵¹、これらについても文書の交付によることが望ましいとされている⁵²。

紛争予防という消極的視点のみならず、労使間の信頼関係構築という積極的側面を考慮するならば⁵³、労使の利害に大きく関わる事項については、誤解の虞のないように明確に記載する必要があり、文書の交付等による明示が努力義務に止まっている事項についても、文書の交付等による明示を心がけることが望ましいと言える。

明示は、「雇い入れたとき」に必要とされるので、有期契約の場合には契約更新も「雇い入れ」に該当し、更新のつど明示を要することに注意が必要である⁵⁴。

明示が求められるのは、昇給や賞与、退職手当の「有無」であるから、詳細な支給基準の明示は不要である。しかし、昇給や賞与の支給の有無が業績やパートタイム労働者の勤務成績により左右される場合や、退職手当の支給が一定年数の勤続を条件とする場合には、その旨を明確に示さなければ「『有無』の明示」を行っていないと解釈されることになる⁵⁵。また、具体性のない期待から生じる紛争を回避する意味からも、可能な限り明確に示すように努める必要がある。

(2) 特定事項（昇給・退職手当・賞与の有無）に関する明示方法

パートタイム労働法6条に基づく特定事項の明示に限っては、雇入通知書や就業規則等のような文書の交付のほか、パートタイム労働者が希望する場合には、電子メールやファクスによる明示も認められている。電子メールの場合には、送信内容が文書化できる場合に限定されている（施規2条2項）。しかし、明示義務違反には過料の制裁が予定され、また電子メールやファクスによる明示は、それを希望する者にのみ利用が限定されパートタイム労働者全員に強制できないこと、さらには文書の交付による明示の場合よりも、その有無や内容を巡って紛争が生じる可能性が高まるものと想定される。違反の場合には30万円以下の罰金を予定する労働基準法15条が文書の交付によることを必要としており、この点に変更がない現状では、とくに特定事項についての明示時期を遅らせることに格別のメリットもないことからするならば、「雇い入れる際」に、一括して、文書により明示するのが妥当であると解される⁵⁶。

明示すべき事項をすべて含む契約書を2通作成し、内容を説明した上で、労使双方が署名捺印し、双方が1通ずつ保持するものとするのが最も望ましい方法である⁵⁷。なお、電子メールやファクスによる明示の方法による場合においても、明示の有無を巡る紛争を回避するために、発信後、すみやかに受信の確認を、後々の証明のために、明示した事項を含んだ文書の形でとっておく必要がある。

(3) 違反の場合の制裁（法47条）

パートタイム労働法6条に基づく義務に違反した場合には、10万円以下の過料が予定されている。違反の場合、まずはパートタイム労働法16条に基づく行政指導による改善要請が行われ、直ちに過料の処分ということは想定されない。しかし、過料の処分は、パートタイム労働者との契約ごとに科されるものであり、「1人につき過料10万円以下」ということになることから、実態に応じた明示のための文書を作っておくことが得策となる。

51 「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」平成20年2月23日厚生労働省告示第12号。

52 安西・前掲注（19）書89頁。

53 石寄信憲・宮本美智子『労働ビッグバン下における非正規社員の有効活用』（労働新聞社、2008年3月）121頁。

54 男澤才樹「パート社員の労務管理における法的留意点と均等待遇の考え方」労働経済判例速報2010号（2008年8月）15頁。

55 高崎・前掲注（22）書217頁。

56 林・前掲注（15）論文126頁。

57 関西経営者協会・愛知県経営者協会『改正パートタイム労働法への対応』（2007年9月）5頁。

2 待遇の決定についての説明義務（法13条）

パートタイム労働者が、その能力を有効に発揮するためには、待遇について通常の労働者との間に格差があったとしても、その理由を認識し、納得して働くことが必要となる。そこで、事業主は、パートタイム労働者を雇い入れた後、その待遇の決定に当たって考慮した事項の説明を求められた場合には、それに応じなければならないとされている。事業主としては、説明義務を意識して待遇を決定する必要があることになる⁵⁸。説明が行われることにより、労働者の苦情の発生を事前に抑える効果を期待することができ⁵⁹、説明義務を果たすことは紛争を予防する水際対策となり、また雇用管理を公正なものとする契機にもなる⁶⁰。

説明義務は、個々の労働者と使用者との対話を法的義務によって促す、興味深い制度であり、義務違反に対する罰則は予定されてはいないが、事業主も積極的に対応し、生産性の向上に繋げる必要がある。当然のことながら、説明を求めたことを理由としての不利益取扱いといった後ろ向きの対応は、紛争発生のを蒔くようなものであり、その禁止がパートタイム指針に明示されている。逆に、説明を求めやすい環境を作ることが望ましいと言える⁶¹。

(1) 説明義務の対象事項

説明義務が課せられている具体的な内容は、パートタイム労働法において事業主が措置を講じることとされている次の事項であり、法的義務が課せられている事項のみならず、努力義務の事項にも及んでいる。

- ① 労働条件の文書交付等
- ② 就業規則の作成手続
- ③ 待遇の差別的取扱い禁止
- ④ 賃金の決定方法
- ⑤ 教育訓練
- ⑥ 福利厚生施設
- ⑦ 通常の労働者への転換を推進するための措置

(2) 説明義務の程度

説明は、求められた事項について誠実に応じていると合理的に認められるものであることを必要とするが、パートタイム労働者が納得するまでの説明をすることまでをも求めているものではない。通常の労働者と格差があったとしても、それが単に「パートタイム労働者だから」ということでは説明にはならないが、通常の労働者との均衡を考慮した結果として、そのような待遇になったという説明を行えば足りることになる。詳細な人事情報まで開示して、説明しろというものではない⁶²。

当然のことながら、上述した均衡のとれた待遇の確保が行われていることが前提となる。その場逃れの裏付けのない説明を行うと、後に紛争として顕在化した時点で、使用者側は、大きなハンデを背負うことになる。説明を求められた場合の対応の仕方を、当然に求めがあるという前提で定めておく必要がある。労働組合が、説明義務を足掛かりに、パートタイム労働者の待遇向上戦略に出ることも容易に予

58 林・前掲注（15）論文126頁。

59 厚生労働省雇用均等・児童家庭局短時間・在宅労働課「改正パートタイム労働法の概要について」ジュリスト1351号（2008年3月）67頁。

60 石原・茅野・前掲注（17）論文22～23頁。

61 高崎・前掲注（36）論文10頁。

62 高崎・前掲注（36）論文10頁。

想される⁶³。また、説明の不十分さや不合理さが、従業員が労働組合を結成し、集団的解決の方法をとるきっかけになる可能性を指摘する弁護士もいる⁶⁴。現場の管理者が説明を拒否したり、勝手な説明を行うことのないように、周知、徹底する必要がある⁶⁵。

合理的と思われる説明を受けた後においても納得のいかない個々の労働者に関しては、事業所内の苦情処理制度や紛争解決援助制度により解決が目指されることになる。

(3) 説明義務が課せられている時期

説明義務は、雇い入れ後から退職まで続くことになる。パートタイム労働者は、その間、いつでも説明を求めることができる⁶⁶。事業主は、同じ事項については1回の合理的な説明をすれば足りるが、新たな事項や、過去に説明を求めたものでも事情の変更があった事項について説明を求められた場合には、改めて説明する必要がある。

V 苦情処理・紛争解決援助（法19条以下）

改正パートタイム労働法では、その実効性確保のために、罰則が盛り込まれているが、それに加えて、パートタイム労働者の苦情やパートタイム労働者と使用者との紛争の自主的解決を促進するために、苦情の自主的解決の努力義務と、紛争解決の援助制度を定めている。

1 苦情の自主的解決の努力義務

労使間で発生する苦情や紛争は、本来、当事者であるパートタイム労働者と使用者との間で自主的に解決されることが望ましいことから、事業主は、パートタイム労働者から苦情の申出を受けたときには、事業所内の苦情処理機関に苦情の処理をゆだねる等することによって、自主的な解決を図るように努めるものとされている（法19条）。この苦情の自主的解決努力義務の対象となるのは、事業主が措置を講じることを義務付けされているものであり、①労働条件の文書交付等、②待遇決定についての説明、③待遇の差別的取扱い禁止、④職務の遂行に必要な教育訓練、⑤福利厚生施設、⑥通常の労働者への転換推進措置、に関する事項である。

「苦情処理機関」は、「事業主を代表する者及び当該事業所の労働者を代表する者を構成員とする当該事務所の労働者の苦情を処理するための機関」を指している（法19条）。もともと努力義務であるが、法19条の文言では、「苦情処理機関に苦情の処理をゆだねる」の次に「等」の1字も入っていることから、そのような苦情処理機関を設けることなく、人事担当者や短時間雇用管理者⁶⁷が対応し、苦情の解消、紛争の解決に努める体制を整えておくことで、法の要請は満たすことになる。ただし、その体制は、苦情があれば、それが具体的に申出までに至り、それに迅速に対応できるように、苦情の出し方や解決方法等、その仕組みについて、利用する側のパートタイム労働者に、利用に際して不明の点がないように十分な周知を図るとともに、人事担当者や短時間雇用管理者は、苦情の申出があるという前提で、申出があった場合の対応の仕方を具体的に準備しておく必要がある。形だけの体制を整えておくだけでは、実際に苦情が申出られたときに機能しないことがあり、それが大きな紛争に発展することにもなりかね

63 林・前掲注（15）論文126頁。

64 前掲注（49）「鼎談改正パートタイム労働法及び改正雇用対策法の実務への影響」103頁における木下潮音弁護士の発言。

65 関西経営者協会・愛知県経営者協会・前掲注（57）書7頁。

66 高崎・前掲注（36）論文9頁。

67 法第15条により、パートタイム労働者を10人以上雇用する事業所ごとにパートタイム労働者の雇用管理改善等を担当する短時間雇用管理者を選任するように努める義務がある。

ないので、予行演習のようなことをやっておくのが望ましい。

潜在する苦情の存在は生産性を低下させる要因である。1人の苦情が、他のパートタイム労働者の生産性低下へと繋がることも多い。苦情を顕在化させ、それに適切に対処することは、生産性の低下を向上に転じる前向きの方策として非常に有効なものとなる。

2 紛争の解決の援助

事業所内の苦情処理で苦情の解消や紛争の解決ができない場合や、パートタイム労働者がそれを望まない場合に備えて、改正パートタイム労働法は、都道府県労働局長による紛争解決援助（法21条1項）と調停（法22条1項）からなる、雇用機会均等法が定める制度と同様の紛争解決援助制度を導入した。調停を利用するのに、紛争解決援助を経ること（前置）は、要件とはされていない。

(1) 紛争解決援助（法21条1項）

事業主が措置を講じることを義務付けられており、上述した苦情の自主的解決努力義務の対象となる6つの事項に関して、パートタイム労働者と事業主の双方、または一方から紛争の解決のための援助を求められた場合には、都道府県労働局長が、助言、指導又は勧告を行うことにより、紛争の解決の援助を行おうという制度が設けられている。実際の対応は、労働局長ではなく、雇用均等室の室長補佐が中心となって行われる。援助を求めることができるのは、現に紛争状態にあるパートタイム労働者と事業主を指し、労働組合等の第三者が直接の関係当事者にはなることはない。

「助言、指導または勧告」は、紛争の当事者に対して具体的な解決策を提示し、それを自発的に受け入れることを促し、解決を導く手段として定められたものであり、当事者に対する法的強制力はない。「助言」は口頭で、「指導」や「勧告」は文書で行われることが予定されているが、ほとんどが口頭による助言であり、非常に迅速に行われている。助言で解決できない場合は指導、また、明確な法違反があれば勧告ということになる⁶⁸。

当然のことながら、パートタイム労働者がこの援助を申し出たことを理由として、事業主が、解雇、配置転換、降格、減給、昇給停止、出勤停止、雇用契約の打ち切りなどの不利益な取扱いをすることは禁止されている（法21条2項）。事業主としては、このような形でその苦情を公的機関に乗せた労働者を問題児として、後ろ向きに対応するのは得策ではない。不利益変更ともとれる労働条件の変更を行う場合には、慎重に判断する必要がある。不利益な取扱いに該当するか否か判断が難しいのが配置転換であるが、配置転換の前後で、賃金や労働時間等の労働条件、職務内容、職制上の地位、通勤の負担等においていかなる変化があり、それが当人のキャリアにいかなる影響を及ぼすかといったこと等を総合的に判断する必要がある。事業主としては、自らに非がないのであれば、雇用均等室の担当者に丁寧に説明を行い、まさにその援助を受けて、労働者の苦情を解消するように努めるべきものである。次に述べる調停に関しても不利益取扱いの禁止が定められており、以上のことは、調停に関しても同様である。

(2) 調停（法22条1項）

上述の紛争解決援助の対象となる事項と同様の事項に関しては、第三者機関が行う調停という、より積極的な紛争解決の制度が設けられている。これは、パートタイム労働者、事業主の双方または一方から申請があったときに、都道府県労働局長がその紛争の解決に調停が必要と認めた場合には、弁護士や大学教員、社会保険労務士といった専門家である学識経験者で構成される、「均衡待遇調停会議」に調停を行わせるというものである。

68 通達 第3の3(8)、第1の4(2)ハ。

調停は、裁判のように、対象となった事業主の行為がパートタイム労働法に抵触するか否か等を判断して命令を下すというものではなく、当該行為によりパートタイム労働者の側に損害が生じているのであれば、その回復について現実的な解決条件を模索し、最終的にはそれを調停案として提示して、当事者の歩み寄りを求めて、紛争を民事上の和解により解決しようとするものである。

調停は、3名の委員からなる会議体あるいは1名の担当委員で行われる。当事者から事情や解決に向けての意向等を聴いて、調停案を作成する。必要があれば、会社の同僚などの参考人からも事情や意見を聴いた上で、調停案を作成する。調停案については、一定の期間を付して、当事者に対して受諾するか否かの勧告を行い、双方が受諾すれば、民法上の和解による解決ということになる。いずれか一方でも受諾を拒否すれば、打切りにより、未解決のまま終了ということになる。

上述の紛争解決援助と同様に、パートタイム労働者が調停の申請をしたことを理由として、事業主が不利益な取扱いをすることも禁止されている（法22条2項）。

VI 改正パートタイム労働法の施行1年目の状況

厚生労働省の雇用均等・児童家庭局短時間・在宅労働課均衡待遇推進室から、改正パートタイム労働法が施行された初年度である2008年度の施行状況として、パートタイム労働に関する相談件数、全国の雇用均等室における行政指導件数、紛争解決の援助の状況が発表されている⁶⁹。

1 パートタイム労働に関する相談

全体で1万3,467件となっているが、改正法施行後1年間のものであり、事業主側の関心の高さを反映して、事業主から寄せられた相談が全体の61.8%も占めている。労働者からの相談が20.6%、その他からの相談が17.6%となっている。

相談の内容は、法6条関係、法7条関係、法8条関係、法9条関係、法10条関係、法11条関係、法12条関係、法13条関係、法14条関係、法15条関係、その他（年休、解雇、社会保険等）の11の事項に分類されている。事業主からの相談では、法6条関係（労働条件の文書交付等）が18.5%、法12条関係（転換推進措置）が12.7%、法8条関係（差別的取扱いの禁止）が10.8%、法9条関係（賃金の均衡処遇）が9.2%と上位を占めている。労働者からの相談では、法6条関係（労働条件の文書交付等）が10.7%、法8条関係（差別的取扱いの禁止）が同10.7%、法9条関係（賃金の均衡処遇）が10.4%、法13条関係（説明義務）が10.4%と上位を占めている。

事業主側の関心は、まずは違反の場合の制裁が予定されている法6条関係と、義務とされた措置の有無の判断が容易で雇用均等室から対応を迫られやすいものと予想される法12条関係に集まったものとみられる。

2 雇用均等室における行政指導

この行政指導とは、パートタイム労働法16条に基づいて、厚生労働大臣や都道府県労働局長が、その権限に基づいて行うものである。行政指導の対象は、法6条関係、法7条関係、法8条関係、法9条関係、法10条関係、法11条関係、法12条関係、法13条関係、法15条関係、その他（指針）の10の事項に分

69 厚生労働省雇用均等・児童家庭局短時間・在宅労働課均衡待遇推進室発表（2009年7月15日、<http://www.mhlw.go.jp/topics/2009/07/tp0714-2.html>）。

類されている。2008年度の総数は8,900件となっているが、これは「助言」を行った件数である。そのほとんどは口頭により行われている。法16条1項は、さらに「指導」や「勧告」も規定しているが、雇用均等室が行う行政指導は、まずは「助言」から入るということで、その件数のみが公表されている。

8,900件のうち、改正前まではその大半を占めていた法15条関係（短時間雇用管理者）は16.5%と減少し、法12条関係（転換推進措置）が33.2%、法6条関係（労働条件の文書交付等）が24.1%、法9条関係（賃金の均衡処遇）が11.7%となり、4つの事項が、そのほとんどを占めている。最も注目された法8条関係（差別的取扱いの禁止）は、適用を受けるパートタイム労働者の少なさからか、全国で7件と、ごく少数にとどまっている。努力義務規定にもかかわらず法9条関係（賃金の均衡処遇）についても積極的に行政指導を行っていることに留意が必要である⁷⁰。

この結果からは、事業主による改正法への対応としては、労働条件の文書による明示の徹底、同一労働同一賃金時代の賃金体系の構築、転換推進措置の積極的活用が、大きな課題となっていることを読み取ることができる。これらの課題は、さらなるパートタイム労働法の改正や他の法による規制強化により、大きくなることはあっても、縮小ないしは消滅することは考えられず⁷¹、長期的視点に立った真剣な取り組みの継続が求められる。

3 紛争解決の援助

運用開始1年目であり、制度の周知が進んでいないせいか、処理実績は非常に少ない。雇用均等室が所管する紛争解決援助制度は、2010年4月1日の改正育児・介護休業法の施行により、3本の柱から構成されることになる。2010年1月には、雇用均等室が所管する3つの法に基づく紛争解決援助制度についての全32頁の充実したパンフレット「男女雇用機会均等法 育児・介護休業法 パートタイム労働法に基づく紛争解決援助制度について」が作成、発行されている。いずれもが本格稼働し、さらに規制の強化が進むことになれば、雇用均等室は、労使紛争処理機関としての性格が強まり、日本の労使紛争処理制度の様相は一変する。事業主にとっては、労働基準監督署と同様に、気になる存在となるであろう。

(1) 労働局長による紛争解決の援助

紛争解決援助の申立受理件数は5件であり、いずれも労働者からの申立である。その内容は、法8条関係（差別的取扱いの禁止）の事案が4件、法6条関係（労働条件の文書交付等）の事案が1件であった。

(2) 均衡待遇調停会議による調停

均衡待遇調停会議による調停の申請受理件数は3件であり、いずれも労働者から申請である。その内容は、すべて法8条関係（差別的取扱いの禁止）の事案であった。

上述のパンフレット「男女雇用機会均等法 育児・介護休業法 パートタイム労働法に基づく紛争解決援助制度について」の27頁に、事例であるか否かは不明であるが、調停の解決事例が紹介されている。その事例は差別的取扱いに関する紛争であり、パートタイム労働者が、通常の労働者と同視すべき状態であるにもかかわらず、賃金に著しい差があるとして、1年分の差額を請求したものである。事業主は、職務の内容が異なること等を主張した。調停委員は、申請人のパートタイム労働者について通常の労働者と同視すべき状態であると判断したが、その状態の始期は1年前ではなく、半年前であるとして、半

70 雇用機会均等法やパートタイム労働法を所管する雇用均等室の担当官は、刑事罰の裏付けのある労働基準法等を所管し司法警察職員としての顔も持つ労働基準監督官とは異なり、確たる強制的権限を持つものではないが、事業主に対する粘り強い行政指導により、法の趣旨に沿った雇用管理の実現を図ってきているとみることができる。

71 和田肇「パート労働法改正の意義と今後の課題」季刊労働法220号（2008年3月）75頁。

年分の賃金差額を支払う旨の調停案の受諾を勧告し、双方が受諾して、調停は終了した。このように、差別的取扱いに関する事案では、「通常の労働者と同視すべき状態」になった時点の確定も焦点となる⁷²。

まとめにかえて

事業主として一番の関心事である均衡待遇に関して言うならば、改正パートタイム労働法により、パートタイム労働者であれ、通常の労働者と同様の仕事を期待するならば、賃金等の労働条件を通常の労働者と同等のものにすることが求められるようになった。とくに同法8条は、「同一労働同一賃金原則」を実定法上初めて規定したものとみられており、パートタイム労働法の守備範囲を大きく超えて、年齢による差別、正社員と派遣労働者や有期契約労働者との差別等、様々な形態での差別問題に関して、裁判等において、一般原則として援用される可能性を秘めたものである。残念なことに、適用、援用の鍵となる概念の不明確さや分類の複雑さ等から、非常に難解なものとなっており⁷³、必ずしも意図せずして法の趣旨にそぐわない状態にあるところもあると思われる。今回の改正点の定着にも多くの時間を要するものと解されるので、近い時期の規制強化は予想できないが、附則の7条に改正法施行から3年後の法律見直し規定が定められており、法8条を中心に、その適用の有無を明確にするための指針等の改正が待たれるところである。立法よりも強力な労働組合運動が展開されると、均等待遇が一気に深化する可能性もある。期せずしてパートタイム労働をめぐる紛争が顕在化したときには、それを雇用管理改善の好機ととらえて、真剣に取り組み、ときには雇用均等室の援助も得ながら、あるべき制度の構築に努力すべきである。

以上

72 石原・茅野・前掲注(17)論文26頁。

73 和田・前掲注(71)論文73頁。

第4章 高年齢者雇用安定法の解釈論上の問題点と実務上の留意点

社会保険労務士 金 綱 孝

はじめに

2006年4月に改正高年齢者雇用安定法（正式名称は、「高年齢者等の雇用の安定等に関する法律」。以下、「高年法」という）が施行され、改正法に対する企業の取組み実態も見えてきた。いわゆる「団塊の世代」の大量退職が懸念された2007年問題¹は、大きな混乱はないようであるが、改正法を争点とする裁判事例も発生している。

高年法は、60歳定年制の強制（8条）と65歳までの雇用確保措置の導入義務（9条）を2つの大きな柱としているが、解釈論上の問題点が多く残されている。この改正法は、今後の高年齢労働者にとっての個別的あるいは集団的な労使関係の基本的なルールを定める上で、特に重要な規定である。

高年齢者の雇用問題を考える際に、定年制の問題がある。また、高年齢者の雇用政策上の法律として、雇用対策法と高年法の2つの法律がある。本稿では、まず、定年制に関する学説等の整理を行うとともに、雇用対策法および高年法の立法過程と改正論議を確認したい。そして、立法過程を踏まえたうえで、実定法規定の規範内容を確認するとともに、実務的な問題点を指摘していく。また、改正法の問題点と今後の解釈の方向を提示し、今後の立法動向を予測し、あるべき方向を提起したい。

さらに裁判事例を考察することを通して、実務上重要な留意点を浮き彫りにし、労使関係上のポイントを明らかにすることを目指す。また、各種労働法令が多様化し改正を重ねる中で、高年齢者の雇用問題を雇用対策法、高年法のみで考えることは困難な時代になってきているため、他の労働諸法との関連について検討し、推察される問題点を指摘したい。

I 高年齢者雇用に関する法律の立法過程と改正論議

高年齢者の雇用に関して、政策的な規定を定めている法律は、雇用対策法²と高年法³である。両法律は憲法27条1項の勤労の権利「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ」を基に、立法化され、また、改正を重ねてきた。勤労の権利は、国の政策の基本方針とも言え、雇用対策法も高年法も国の政策立法としての性格を持っている。

我が国の高年齢者雇用を考えると、労務管理の一つである退職に関する事項の定年制度は、年金の支給開始年齢の引上げと大きな関係を持っている。そこで最初に、定年制が一般化してきた経緯を確認し、雇用対策法と高年法の立法過程および改正に関する議論の推移を整理する。

1 「団塊の世代」という言葉は、作家の堺屋太一が著書の中で名付けたとされており、第一次ベビーブーム（1947～1949年）で生まれた世代のことをさしている。この世代が続々と60歳に到達し、大量退職によって、職場における技能承継に問題が生じるのではないかと懸念されたのが、2007年問題である。

2 雇用対策法は、その目的として、「この法律は、国が、少子高齢化による人口構造の変化等の経済社会情勢の変化に対応して、雇用に関し、その政策全般にわたり、必要な施策を総合的に講ずることにより、労働市場の機能が適切に発揮され労働力の需給が質量両面にわたり均衡することを促進して、労働者がその有する能力を有効に発揮することができるようにし、これを通じて、労働者の職業の安定と経済的社会的地位の向上とを図るとともに、経済及び社会の発展並びに完全雇用の達成に資することを目的とする」（同法1条1項）と定められており、対象となる労働者は高年齢者に限定されているわけではない。

3 高年法は、その目的として、「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」（同法1条）と定められている。

1 定年制

(1) 定年制の普及から55歳定年制の一般化までの経緯

定年制とは、一般に、労働者が一定の年齢に達した場合に自動的に退職する制度であるが、法定されている制度ではない⁴。各企業で決定すべき事項であるが、ほとんどの企業で定めている制度である。

「わが国の近代産業の中で初めて退職年齢を定めたのは、海軍が設立した海軍火薬製造所であると考えられ⁵、同製造所は、明治20（1887）年3月、「職工規程」を制定し、職工の定年⁶を年齢満55年とし、「此期ニ至ル者ハ服役ヲ解ク」と規程している。

その後、明治時代の後期にかけて、一部の大規模な金属機械工業の工場に導入された定年制は、大正時代に入ると徐々に普及していくことになる。そして、昭和初期の金融恐慌に端を発した不況は、産業界に大きな影響を与え、「産業合理化のなかで、人員整理と雇用調整の必要性から中高年労働者を強制的に排除するために定年制を新たに導入する企業が全産業にわたって拡大⁷」した。

第2次大戦後、復員、外地からの引揚げなどによって、労働力過剰の状況となったため、人員整理の手段として定年制が導入され始め、1950年代半ばには、相当多くの企業で定年制が実施されることになった。こうしたなか、1954年には厚生年金保険法⁸が改正され、1974年までの20年間をかけて、男性の年金支給開始年齢が55歳から60歳に段階的に引き上げられた。1960年代には55歳定年制が一般化した⁹が、年金支給開始年齢の引き上げにつれて、労働組合が定年延長を要求し始めるようになった。この頃、政府の雇用政策においても定年延長は取り上げられるようになってきたものの、政府は当初、「定年という企業の雇用管理自体に手を突っ込むことには慎重で、中高年齢者の雇用促進という外部労働市場政策の形で徐々に始動し⁹」た。

(2) 定年延長政策の進展（60歳定年制への移行）

1970年代になると、政府は定年延長を政策課題として取り上げ始め、高年齢者の雇用確保の観点から定年延長が進められた。1973年の雇用対策法の改正（後述）で、国の援助等が法律の上で明確化され、これに併せて、定年年齢を56歳以上に引き上げた事業主に対して「定年延長奨励金¹⁰」を支給することとされた。以後、定年延長は奨励金や助成金などの予算措置を伴いながら、行政指導ベースで進められていくことになり、1970年代は、民間大企業を中心に55歳定年制から60歳定年制に移行し、60歳定年制が主流となり始めることとなった¹¹。民間企業の定年制度の普及に対して、政府は、定年制が合理的・合法的であることを「前提として」高年法制定等の雇用政策を取るようになり、立法化へと進んでいった。

4 ただし、公務員については、その身分保障との関係で、一定範囲の者（一般職の国家公務員、裁判官、検察官、自衛官等）に法定されている。

5 萩原勝『定年制の歴史』（日本労働協会、1984年）1頁

6 戦前から1960年代にかけての書物、裁判例、就業規則等を調べてみると、「停年」と標記していることが多いが、現在では一般的に「定年」を使っているため、本稿においては、使い分けをせずに「定年」で統一する。

7 萩原勝・前掲（注5）102頁

8 厚生年金保険法の施行は1944年で、当時の年金支給開始年齢は55歳。

9 浜口桂一郎 「定年・退職・年金の法政策」季労215号185頁

10 雇用保険法第62条1項3号に基づくものである。

11 労働省（当時）の雇用管理調査によると、55歳定年は、1968年に約63%であったものが1980年には約40%へ減少した。その一方で、60歳以上定年は、同じ間に約22%から約40%に増加し、55歳定年と60歳以上定年は、ほぼ同程度となった。

2 雇用対策法の立法経緯と改正論議

(1) 雇用対策法の成立（1966年制定）

厚生年金の支給開始年齢が引上げられるなか、労働組合が定年延長を求めるようになってきた。この頃、我が国は、1960年の所得倍増計画を契機として、1960年代から70年代初めまで、高度経済成長期にあった。労働市場の状況は求人超過となり、技術労働者を中心とした若年労働者の不足が一般化した。その一方で、中高年齢者の就職難や地域間の労働力需給の不均衡が目立つようになった。こうしたなか、労働力の需給調整を目標とした「積極的労働力政策の基本」¹²ともいべき雇用対策法が1966年に制定された。制定されたばかりの雇用対策法では、中高年齢者の雇用率¹³が設定された。また、翌1967年には、同法に基づく第一次雇用対策基本計画が閣議決定された。

(2) 高度経済成長期における国の援助等の明確化（1973年改正）

1973年には、雇用対策法の改正で、「定年の引上げの促進とそれに対する国の援助、事業所に対する定年到達者再就職援助計画の作成要請などが法律の上で明確化され」¹⁴た。

その後、オイルショックなどにより、景気が長期低迷し、雇用問題がますます深刻化するなかで、1979年には第四次雇用対策基本計画¹⁵が策定された。この頃あたりから定年延長の立法化問題が政治課題として提起され、国会においても、60歳未満の定年を禁止する「定年制及び中高年齢の雇入れの拒否の制限等に関する法律案」が提出された。この法律案は、60歳未満の定年を禁止するほか、60歳未満で年齢を理由として退職させること、年齢を理由とする中高年齢の雇入れ拒否、職業紹介拒否、中高年齢を除外する募集広告等を包括的に禁止するもので、「年齢差別禁止法案と呼ぶにふさわしい内容」¹⁶であった。

(3) 不況の長期化対策としての法改正（2001年改正）

1992年以降の我が国は、バブル崩壊後の不況が長期化した。政府は、労働力需給のミスマッチが拡大するなか、失業者吸収策など労働移動の支援政策に乗り出した。

こうしたなか、2000年の高年法の改正（後述）を受けた形で、2001年に雇用対策法が改正され、事業主の責務として、「事業主は、労働者がその有する能力を有効に発揮するために必要であると認められるときは、労働者の募集及び採用について、その年齢にかかわらず均等な機会を与えるように努めなければならない」という規定が盛り込まれ、「労働者の職業生活の適切な設計と、その設計に即した能力開発・転職の支援が労働市場政策の基本理念」¹⁷として謳われた。

(4) 少子高齢化対策としての法改正（2007年改正）

2007年には、募集・採用において、年齢にかかわらず均等な機会を付与するべき責務を努力義務か

12 菅野和夫 『労働法（第8版）』（弘文堂、2008年）31頁

13 当初は、国その他の政府機関に中高年齢者の雇入れが課されたが、1971年になると中高年齢者雇用促進特別措置法により、民間企業にも努力義務として適用されるようになった。

14 萩原勝・前掲（注5）218頁

15 同計画では、高齢者の雇用の安定をはかるため、次のような対策を重点的に進めるとされた。

① 高齢者雇用に関する社会的気運の醸成、モデル的な雇用・賃金管理制度の策定などにより、企業の定年延長、再雇用制度の促進に努める。

② 高齢者向けの適職の開発及び就業援助体制の充実を図るとともに、雇用開発のための施策を推進する。

③ 高齢者雇用率制度について未達成企業に対する計画の作成指導や適正な実施の勧告等により、実効ある運用の強化を図る。

④ 高齢者の雇用機会を拡大するため、高齢者向けの訓練科目の整備、有給教育訓練休暇援助制度の充実を努める。

また、同計画では、企業の定年延長については、計画期間中に60歳定年が一般化することを目標に掲げた。

16 浜口桂一郎 「高齢化社会と法」東京大学法学部連続講演会資料（<http://homepage3.nifty.com/hamachan/todaikoen.html>）（最終アクセス：2010年6月21日）

17 菅野和夫・前掲（注12）34頁

ら義務規定¹⁸に強化する改正が行われた¹⁹。

改正の趣旨としては、「人口減少下において、働く希望を持つすべての青少年、女性、高齢者、障害者等の就業参加の実現を図ることを明確化するとともに、青少年の応募機会の拡大、募集・採用に係る年齢制限の禁止の義務化、外国人労働者の適正な雇用管理の推進等のために必要な措置を講じ、あわせて雇用情勢の特に厳しい地域及び雇用創造に向けた市町村等の意欲が高い地域に支援を重点化する等の改正を行う」となっている。

なお、同規定は、雇用対策法32条により、都道府県労働局長による助言・指導がなされるが、罰則はない。同規定には、「私法上の効力も想定されない」²⁰と解する学説がある。

3 高年法の立法経緯と改正論議

(1) 立法経緯（1986年成立）

数次に渡る我が国の定年延長制度の導入や、高年法の制改定は、行政の力が大きかったと言える。定年延長は、1979年の第87回国会で、「定年制及び中高年齢者の雇入れの拒否の制限等に関する法律案」が提出され、立法化問題が政治課題として審議されてきた。しかし、その後、政府は、雇用審議会に定年延長の立法化問題について諮問したものの、労使の意見対立が大きく、なかなか決着には至らなかった。労使の激しい対立の中、労働省当局は7年間にわたり雇用審議会における審議を断続的にかさねることとなった。1985年によろやく労使の合意を取り付けるに至り、従前の「中高年齢者の雇用の促進に関する特別措置法」が抜本的に大改正されて、翌1986年に高年法の成立にこぎつけた。

1986年に成立した高年法は、「事業主は、定年を定める場合には、60歳を下回らないように努める」こととされ、「これを実効たらしめるための行政措置規定として、定年引上げの要請、定年引上げ計画の作成命令、その適正実施勧告、さらには従わない場合の公表の規定が盛り込まれ」²¹た。

こうして、60歳定年制の普及と、その後の60歳から65歳の高年齢者のための雇用・就業の場の確保とをはかる施策が立法化されたが、この段階では、「定年を定める場合には」とされており、60歳定年制の義務化を拒む使用者側の意向も取り入れられたと言える。同時に、強制的規定を求める労働者の意向にも配慮したものとなったと言える。また、高年法成立にともない、高年齢者の雇用率制度は廃止され、助成金制度に代えられた。

(2) 60歳定年制の義務化（1994年改正）

高年法の成立後、60歳以上定年を採用する企業は増加の一途をたどり²²、1993年には80%に達した。このような状況のなか、同法は1994年の改正により60歳未満定年は禁止され、60歳定年制を強行基準とした（施行は1998年）。こうして、60歳定年制が義務化された1990年代の施策は、その焦点を65歳までの継続雇用の法制化へと移していくが、背景にあったのは、年金制度改革、なかでも厚生年金の支給開始年齢を60歳から65歳に引き上げていく必要性であった。

厚生年金保険法は1985年に大改正され、現在の基礎年金制度が導入された²³が、1980年代は年金法政

18 雇用対策法10条

19 ただし、この義務規定は、①期間の定めのない労働者を定年年齢を下回ることを条件に募集・採用する場合、②新規学卒者を長期雇用のために募集・採用する場合、③特定職種において特定年齢層の少ない場合にその年齢層を補うための募集・採用である場合、などには適用されない（雇用対策法施行規則1条の3第1項）。

20 菅野和夫・前掲（注12）38頁

21 浜口桂一郎・前掲（注9）186頁

22 55歳以下定年は、1985年に27%、1990年に20%、1995年に8%、2000年に0.6%と着実に減少した一方、60歳以上定年は、1985年に55%、1990年に64%、1995年に86%、2000年に99%と着実に増加した。

23 施行は、1986年4月1日より。

策と雇用法政策の連携は必ずしも密ではなかった。これを踏まえて、1994年の高年法改正では、年金法政策と雇用法政策が歩調を合わせることとなり、年金法政策では、被用者の厚生年金の基礎部分（定額部分）の支給開始年齢を2001年から2013年まで²⁴段階的に65歳まで引上げることとされた。

(3) 65歳までの雇用継続に関する雇用法政策（2000年改正）

年金の支給開始年齢が引き上げられる一方、2000年に高年法では65歳までの継続雇用努力義務の履行を促進するための規定を新設し、継続雇用制度の導入の努力義務および計画作成指示などの行政措置が設けられた。また同時に、雇用保険制度において、60歳以降の賃金が低下した高齢者にその一部を補償する高年齢雇用継続給付²⁵も創設された。

さらに、2000年には、厚生年金の報酬比例部分についても、2013年から2025年まで²⁶段階的に65歳まで引上げられることとされた。一方、高年法では65歳定年や定年制の廃止も含む65歳までの雇用確保措置の努力義務という形となった。2000年の高年法の改正では、「定年制の廃止」という選択肢がはじめて政策議題にあがってきた。この頃から、年齢差別禁止政策の研究会²⁷も年齢差別禁止を求める意見の高まりを見せている。

(4) 65歳までの定年延長も含めた継続雇用制度措置の義務化（2004年改正）

法改正の契機は、厚生労働省が設置した研究会が2003年7月にまとめた報告書「今後の高齢者雇用対策について」²⁸である。この報告書によると、年金（定額部分）の支給開始年齢の引上げに合わせて高年齢者の所得を確保するために、「65歳までは、その雇用する労働者を年齢を理由としては離職させないというルール」作りが急務であるとしている。翌2004年1月には、厚生労働省案に対し労働政策審議会の建議²⁹がなされたが、同案は、「おおむね妥当と認める」と報告され、改正法の立法へと進んだ。

厚生年金の定額部分の支給開始年齢の引上げは2001年から始まったが、継続雇用制度の導入の努力義務から法的義務への格上げは、2004年の法改正でなされた。

4 改正高年法の内容

高年法では、特に8条と9条が重要となるが、条文の内容を項ごとに確認する。

(1) 高年法8条（定年を定める場合の年齢）

8条は何も改定されず、『『定年を定める場合には』、当該年齢は、60歳を下回ることはできない』と、同条は強行規定となっている。今回の高年法の改正によって、定年年齢の引上げを義務付けるものでもない。

(2) 高年法9条（高年齢者雇用確保措置）

① 1項（雇用確保措置の内容）

少子高齢化の急速な進展の中で、高い就労意欲を有する高年齢者が長年培った知識と経験を活かし、社会の支え手として意欲と能力のある限り活躍し続ける社会が求められている。こうしたなか、急速な高齢化の進行等に対応し高年齢者が少なくとも年金支給開始年齢までは、65歳未満の定年の定めをしている事業主は、高年齢者の65歳³⁰までの安定した雇用を確保するため、「定年の引上げ」（1号）、「継続

24 女性は5年遅れの2006年から2018年まで

25 創設当時は、支払賃金の最大25%が支給されたが、現在では最大15%に縮小されている。

26 女性は5年遅れの2018年から2030年まで

27 経済企画庁（当時）に設置された「雇用における年齢差別禁止に関する研究会」

28 <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2003/07/h0731-3b.html>（最終アクセス：2010年6月21日）

29 <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/01/s0123-7.html>（最終アクセス：2010年6月21日）

30 この年齢は、男性の厚生年金（定額部分）の支給開始年齢の引上げスケジュールにあわせ、男女同一に、平成25年4月1日までに段階的に引上げられる。そのスケジュールは、平成18年4月1日～平成19年3月31日までは62歳、平成19年4月1日～平成22年3月31日までは63歳、平成22年4月1日～平成25年3月31日までは64歳、平成25年4月1日以降は65歳、となっている。

雇用制度の導入」(2号)、「定年の定め廃止」(3号)のいずれかの措置(高齢者雇用確保措置、以下、単に「雇用確保措置」という)を講じなければならないとされた。

「継続雇用制度」とは、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いて雇用する制度のことをいう。また、継続雇用制度には、「勤務延長制度」(退職させることなく引き続き雇用する制度)と、「再雇用制度」(いったん退職させた後、再び雇用する制度)の2種類があげられている。厚生労働省が公表した「改正高齢者雇用安定法Q&A」³¹によれば、これらの制度の雇用条件については、高齢者の安定した雇用が図られたものであれば、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でなくてもよいとされ、また、最低賃金法にさえ抵触しなければよいことになっている。さらに、常用雇用に限られず、短時間勤務や隔日勤務なども含むものとされ、企業の実情にあった制度導入でよいとされている。

② 2項(対象者選定にあたっての基準)

1項2号の「継続雇用制度」については、原則として希望者全員を対象とする制度導入が求められるが、各企業の実情に応じ、労使の工夫による柔軟な対応が取れるよう、事業主が労使協定により、継続雇用制度の対象となる高齢者にかかる基準を定め、当該基準に基づく制度を導入したときは、「継続雇用制度」を講じたものとみなされている。

継続雇用制度について労使協議で基準を定めることにしたのは、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を作ることが適当であるとの理由からである。したがって、基準の策定に当たっては、労使間で十分協議の上、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ている³²。「継続雇用制度の対象となる高齢者に係る基準」を定めるにあたって、通達³³では、意欲、能力等を具体的に測れるものであること(具体性)、「必要とされる能力等が客観的に示されており、該当可能性を予測することができるものであること(客観性)」の2つの観点に留意して策定された基準が望ましいとされている。

5 企業の実施状況について

2008年10月に公表された厚生労働省の「平成20年就労条件総合調査結果の概況」によると、30人以上規模企業のうち一律定年制を定めている企業は、全体の98.4%となっており、そのうち継続雇用制度(勤務延長制度または再雇用制度)を実施しているのは、90.0%に及んでいる。しかも、その上限年齢は法の義務化スケジュールよりも前倒しし、65歳以上としている企業が約8割以上となっている。

雇用確保措置の内容の選択については、「定年の引上げ」「継続雇用制度の導入」「定年の定め廃止」があるが、このなかで圧倒的に「継続雇用制度の導入」が実施されている。その状況としては、賃金制度や退職金との関係で、いったんゼロベースに戻したいという企業側の意向の現れといえる。対象者の選別については、「原則として希望者全員の再雇用を認める」という企業が勤務延長制度で58.7%、再雇用制度で43.3%とかなり多く³⁴、表面上は65歳定年制に近い措置を採用している。

31 <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/anteikyoku/kourei2/qa/index.html> (最終アクセス:2010年6月21日)

32 ただし、労使で協議の上、定められたものであっても、事業主が恣意的に特定の対象者の継続雇用を排除しようとするなど、高年法の改正の趣旨や他の労働関連法規に反するまたは公序良俗に反するものは認められないことになっている。

33 平成16年11月4日「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の施行について」(職高発第1104001号)

34 ただし、企業規模別にはバラつきがある。原則として希望者全員の勤務延長を認める制度を導入しているのは、1,000人以上で22.3%、300~999人で32.4%、100~299人で48.9%、30~99人で62.5%となっており、また、原則として希望者全員の再雇用を認める制度を導入しているのは、1,000人以上で23.5%、300~999人で27.5%、100~299人で38.9%、30~99人で47.7%と、いずれも規模が小さい企業ほど割合が高くなっている。

II 法的効果に関する議論

1 学説、見解の整理

国は、法改正の審議においても、高年法8条において「定年制を定める場合には」という前提的な立場をとってきており、そもそも定年の法的な定義はない。今回の法改正で、定年制の定義をすることなく9条において「定年の引上げ」を盛り込んだが、学説においては定年制を無効とする見解もある。

(1) 定年制に関する見解

① 定年制を無効とする見解

定年制を無効とする見解では、公序良俗違反とするものが多い。また、無効とするものの中には、個別的に労働能力や適格性を判定することなく、一定の年齢に達しただけで労働契約を終了させる定年制は「年齢を理由とする差別」であり、憲法の保障する労働権（27条）、生存権（25条）、自己決定権（13条）などを侵害するとして、公序良俗（民法90条）に反して無効とする見解³⁵もある。また、定年制に法的評価を与えない有力な見解も主張されている。これらの見解によれば、「判例および学説の多くが承認する定年制の合理性というのは、もっぱら企業サイドのみの一方的必要性にすぎず、一般に社会的・客観的に定年制自体が合理性をもつ制度ということではないから、公序良俗に反し法的にも効力を生じない」³⁶ということになる。

一方、より具体的に、定年制に法的効果を認める条件は、「①その年齢が一般的に労働能力及び労働意思喪失の時期と一致していること、②労働生活からの引退によって、生活保障給付（公的高齢給付もしくは私的高齢年金）が受けられること」³⁷との主張もある。また、この主張を修正したものに、「第一に年金保障と接続しない一律定年制は、労働権侵害、及び年金保障の欠如による休息権侵害として一般的に違法と推定する。ただし整理解雇の四要件がすべて充足されていれば定年を理由とする解雇も有効となりうる。第二に、年金保障が接続していても、憲法13条の自己決定権が労働権とともに侵害されるのでやはり違法性が推定されることになる。ただしこの場合は使用者が労働者に労働能力及び職務適格性のないことを証明できれば解雇できる。そして立証責任は年金保障がある分かなり緩やかでよく、当該企業における他の労働者との比較における相対的な立証でもよい」³⁸との見解もある。しかし、定年制を無効とする学説は支配的な見解となっていないようである。それは、「定年制があるからこそ解雇を避けることができ人事刷新も可能になるという、長期雇用や年功的処遇との関係が大きかったから」³⁹であると考えられる。

② 定年制を認める見解

裁判例⁴⁰と同様に定年制の有効性・合理性を主張する学説もあるが、積極的に定年制を認めるものは少ないようである。法的根拠としては、「契約の自由の原則」ということであろうし、また、既に定年制が、「一定年齢に達したら後進に道をゆずる」といった日本的雇用慣行の柱となっているからと思われる。また、退職金の面でも、定年の場合は優遇されており、「あえて違法視するほどのことではない」⁴¹

35 島田信義「定年制『合理化』論の法的批判」季労86号68頁

36 青木宗也『労働関係法』（日本評論社、1990年）317頁。ただし、同著では続けて、「傾聴すべき見解であるが、定年年齢の延長等 実際界における動向を反映してか必ずしも多くの賛同を得ているわけではない」と述べている。また、同趣旨で、横井芳弘も、「定年制は企業にとっては合理性があっても社会的には合理性がなく、民法90条違反となる」（労判119号10頁）と述べている。

37 荒木誠之「定年制をめぐる法的問題」（法政研究38巻214合併号）378頁

38 松林和夫「高齢者の雇用保障」労旬1245号12頁

39 櫻庭涼子「高齢者の雇用対策」日本労働研究雑誌534号18頁

40 裁判例では、定年制そのものを無効とするものはない。

41 蓼沼謙一「定年」労働法大系5巻（有斐閣、1963年）201頁

からであろう。

(2) 高年法8条の法的効果

定年制そのものは法定されているものでなく、高年法8条においても「定年の定めをする場合」には、「当該年齢は、60歳を下回ることはできない」とその下限年齢を定めているのである。60歳未満の定年を定める就業規則や労働協約の規定は、その部分について無効となり、定年の定めがないものとされる⁴²こととなり、高年法8条の私法上の効果は一般に肯定されている。

今回の改正法が施行される前の事件であるが、高年法8条（当時は4条）に関する裁判に、牛根漁業共同組合事件⁴³がある。同事件は、就業規則において、60歳未満の旧定年年齢を延長し、その後の賃金を減額した制度の相当性を争ったものであるが、高裁判決において、「60歳未満の定年制を定める就業規則等の規定は…私法上も当然に無効となり、その結果、当該企業においては定年制の定めのない状態が生じたものと解するのが相当である」と、高年法8条は強行規定であり、私法的効果があることを判示した。

(3) 高年法9条の法的効果

① 高年法9条1項に関する問題点

厚生労働省は、前述のQ&Aの中で、「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しているものであり、個別の労働者の65歳までの雇用義務を課すものではありません」としている。また、企業が法の規定に違反し、継続雇用制度を導入していない場合においても、同Q&Aで、「継続雇用制度を導入していない60歳定年制の企業において…定年を理由として60歳で退職させたとしても、それが直ちに無効になるものではないと考えられます」としている。その一方で、同Q&Aでは続けて、「適切な継続雇用制度の導入などがなされていない事実を把握した場合には、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」としている⁴⁴。

しかし、高年法9条1項に違反し雇用確保措置の取られていない企業の労働者にとって、どのような救済がなされるのかが不明である。高年法は、義務内容が一律ではなく、むしろ、企業の実情に対応するための規定であるとも言える。事業主が雇用確保措置の実施義務に反した結果、労働者が不利益を被った場合、法律上は厚生労働大臣の助言・指導・勧告の対象となるが、罰則や事業主名公表といった制裁はなく、どのような法的効果が認められるかが問題となる。こうした背景には、高齢者の場合、健康等の個人差が拡大している点や就業ニーズが多様化している点が、義務内容を一律に定めることを困難にさせていると思われる。とは言うものの、企業にとっては、「定年の引上げ」、「継続雇用制度の導入」、「定年の定め廃止」のいずれかの措置（雇用確保措置）を採ればよいのに、これを怠った場合、「事業主の義務懈怠は社会的相当性を疑わせる事実」⁴⁵として受け止められよう。

9条1項の措置をとらなかった場合の法的効果としては、概ね、i) 定年退職有効、ii) 65歳（法所定年齢）定年とみなす、iii) 定年制の定めなし（定年無効）、の3つに分類される。それぞれの説に対し、検討を加えたい。

42 岸本武史 「これからの高齢者雇用対策」季労171号29頁（1994年）

43 鹿児島地判平16.10.21（労判884号30頁）、福岡高宮崎支部判平17.11.30（労判953号71頁）、最二小決平19.11.30 なお、同事件は上告されたが、最高裁において棄却・不受理となっている。

44 また、雇用確保措置をめぐる紛争が生じるときは、当事者が援助を求めれば、個別労働紛争解決促進法に基づき、都道府県労働局長の助言または指導が行われる。

45 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550号44頁

i) 定年退職有効とする説

就業規則で定めた定年退職が有効と解くのは、高年法が公法上の義務を課したものに過ぎないとする立場にたち、8条に違反しない「60歳定年等の定めはただちには無効にならない」⁴⁶とする。

公序良俗については、少なくとも高年法8条（定年を定める場合の60歳未満定年禁止）に違反しているわけではないが、事業主が雇用確保措置の実施義務に違反した場合、事業主の義務違反を理由として労働者に不利益を負わすことは認めるべきでない。一方で、現状においては65歳までは年齢を理由として離職させないルール作りをしている段階であり、公序として形成・定着しているとも言い難い⁴⁷。したがって、雇用確保措置を実施しなかった場合の高年法9条1項において定められた年齢（2013年4月までに段階的に65歳に引上げられる。以下、法所定年齢という）未満の定年の定め効力について、直ちに公序違反として無効ということは困難であるとも思われる。

ii) 65歳（法所定年齢）定年とみなす説

この説には、私法上の効力を有しないとしつつも、就業規則の補充的解釈によって、法所定年齢までの継続雇用制度が導入されると解する説⁴⁸がある。

法所定年齢未満の一定年齢に達したことを理由に自動的に退職させることは、労働契約の内容として、直ちに合理性・妥当性は認められるべきではない。したがって、事業主が法所定年齢未満の年齢で定年の定めを適用して、定年退職を望まない労働者に対して退職扱いとすることは、当然には認められない。現行の労働慣行において、労働者の能力や健康状態などを適切に評価した上で、職務不適格等を理由とする解雇は認められないわけではない。雇用確保措置をとらずに法所定年齢前になされた定年退職扱いは、労働契約法16条⁴⁹に照らすと、一定年齢到達または高年齢のみを理由とする解雇として、客観的合理的理由とは認められず、解雇権の濫用にあたると思われる。

解雇無効の場合の労働条件は、労働者の同意なく一方的に変更することはできず、少なくとも法所定年齢までは高年法の趣旨等からの保護を受けると考えられる。したがって、法所定年齢の雇用確保措置がとられていない場合の労働条件は、実質的に法所定年齢を定年年齢とするのと同様の取扱いを受けるのではないかと思われる。

iii) 定年制の定めなし（定年無効）とする説

定年制の定めなし（定年無効）とする説は、細部で見解がわかれる。就業規則の解釈によって、定年制が無効となると解する説⁵⁰がある一方で、高年法に私法的効力を認め、法所定年齢に満たない定年を無効とし、定年制の定めなしと解する説⁵¹もある。

しかし、就業規則に高年法8条に違反しない定年条項が存在しているのに、定年制を無効とし、定年の定めなしとした場合、企業は従業員にどのように退職してもらうかが問題となる。定年の定めなしとした場合、その労働契約は、雇用を終了させる定年年齢が消失することになるので、当該契約を終了させるには、労使どちらかから契約解除の申出をすることになる。この場合、労働者側からの申し入れは、

46 櫻庭涼子「高年齢者の雇用確保措置—2004年法改正後の課題」労旬1641号50頁

47 アール・エフ・ラジオ日本事件（東京地判平6.9.29 労判658号13頁）で下された判決では、60歳定年制を事業主の負う社会的責務であるとし、「特段の事情のない限り、社会的責務を履行せずにこれを達成しないことは社会通念上違法無効である」と述べたが、平成2年（退職時）の段階ではまだ55歳定年制も違法ではなかったとし、公序形成機能を持つとまでは考えていなかったようである。

48 三井正信「高年齢者雇用安定法9条をめぐる解釈的諸問題」広島法学30巻3号1頁

49 「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。」同規定は、平成20年3月1日に労基法18条の2より移行された。

50 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550号43頁

51 根本到「高年齢者雇用安定法9条の意義と同条違反の私法的効果」労旬1674号6頁

自己都合退職ということが多くなるだろうが、使用者側からの契約解除となると、不当な契約解除・終了は許されないことになり、実際の運用で混乱をきたすのではないか。

② 高年法9条2項に関する問題点

i) 「対象者選定の基準」に関する問題

「継続雇用制度の対象者となる高年齢者に係る基準」を定めるにあたって、高年法附則5条1項および2項で、労使協定をするために努力をしたにもかかわらず協議が調わないときは、雇用確保措置を講ずるための準備期間として、施行後3年間（常時雇用の労働者が300人以下の中小企業は5年間）について、就業規則によって事業主が継続雇用制度の対象となる基準を定めることを認めている。

これにより、就業規則で定められた高年齢者に係る基準に該当しない高年齢者は、継続雇用を希望しても継続雇用制度の適用から排除されることになる。適切な基準により排除された労働者に対して、事業主は再就職援助措置の努力義務や求職活動支援書の作成等の義務を負うものの、当該労働者の退職自体は有効であろう。そうすると、当該基準に該当するか否かは、高年齢者の定年後の職業生活を左右する重要なポイントとなるので、就業規則に安易な基準が盛り込まれないよう注視する必要がある。

ii) 「就業規則のない職場」の問題

労基法89条に基づき、就業規則の作成義務があるのは、従業員10人以上の事業所とされている。10人未満の事業所には、就業規則がないケースも多く、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準をいかにするのか問題となる。前述のQ&Aでは、「従業員10人未満の事業所においては、就業規則が存在しないこともあるのでそのような場合には、就業規則に準ずるもの、具体的には、様式は問いませんが、就業規則のように何らかの方法で周知されているものにより、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準を定め」るよう求めている。今回の制度趣旨に基づき、企業規模にかかわらず制度導入を進めていきたい行政の取組姿勢はわかるが、職場のルールブックである就業規則そのものが存在しない事業所にとっては、実際に雇用確保措置を明文化することは煩雑であり困難なため、改正法の制度趣旨徹底について疑問が残る。

2 改正高年法施行後の裁判例－NTT西日本事件を題材にした検討

改正高年法が施行された2006年4月1日以降に、同法を争点とした裁判例⁵²がいくつかある。そのなかで、NTT西日本事件（大阪地判平21.3.25）は、同法の趣旨を多岐にわたって検討すべき事件であり、以下、詳細を確認したい。

(1) 事案の概要と主な争点

平成15年3月31日時点において、51歳以上の社員に対して、今後の雇用形態として給与は減額となるものの関連会社にて65歳までの雇用が確保される「繰延型」「一時金型」か、Y社の就業規則に基づき60歳まで勤務する「60歳満了型」のいずれかを選択するよう迫った。原告Xらは、平成18年1月16日～2月10日にかけての再選択の機会においても、いずれの雇用形態も選択しなかったところ、「60歳満了型」を選択したとみなされ、それぞれの60歳到達後の最初の3月31日に、Y社を定年退職したものと扱われた。これに対し、①「高年法9条1項の義務違反の効力」、②「Yが高年法9条1項2号で定める措置を採っているといえるか」等が争点となった。

52 日通岐阜運輸事件（岐阜地判平20.9.8、労経速2016号26頁）、NTT西日本事件（徳島地判平21.2.13）、NTT西日本事件（大阪地判平21.3.25、労経速2037号12頁）、NTT東日本事件（東京地判平21.11.16、労経速2059号3頁）

(2) 裁判所の判断

① 高年法9条は、私法上の効力を有するか

裁判所は、高年法9条の私法的効力について、「事業主に対する継続雇用請求権を付与するのと同様の効果をもたらす規定（直接的に私法的効力を認めた規定）とまで解することはできない」と判示した。

その理由として、

- i) 同法は、事業主のみならず国や地方公共団体も名宛人として、種々の施策を要求しており、社会政策立法ないし政策実現型立法として、公法的性格を有している。
- ii) 同法の改正経緯をみると、事業主側の事情等も考慮すべきとするなど、多様な制度を含みうる内容の規定となっている。作為内容が未だ抽象的で、直ちに私法的強行法ないし私法上の効力を発生させる程の具体性を備えているとまでは認めがたい。
- iii) 各事業主がその実情に応じて柔軟な措置を講ずることを許容しているものと解される。
- iv) 義務規定違反に反した場合の実効確保措置について、厚生労働大臣による助言・指導・勧告というより緩やかな措置に止まり、罰則や企業名公表制度等の制裁までは予定されていない。
- v) 高年法8条は、定年年齢を65歳まで引き上げることなく、60歳を下回らないと義務付けたままである。

等とし、また、私法的効力を認める明文規定も補充的効力に関する規定も存在せず、給付内容も特定できないとし、これらの理由から、「高年法9条1項に基づいて私法上の義務として労働者に対して継続雇用義務ないし雇用を保障する義務を負っているとまではいえない」と判示した。

② 本件制度が高年法9条1項2号の継続雇用制度に合致するか否か

本事案の「繰延型」「一時金型」は、関連会社に転籍し、65歳までの雇用が確保される一方で、賃金等の労働条件が低下するものとなっていた。これに対し、裁判所は、継続雇用制度の許容する制度の枠組みとして、「各事業主がその実情に応じて多様かつ柔軟な措置を講ずることを許容している」「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であることを要せず」「多様な雇用形態を含むものと解するのが相当である」としている。

また、高年法9条では、継続雇用制度を「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」としており、関連会社での再雇用（転籍）についても判断している。すなわち、裁判所は、高年法9条について、「同一企業のみならず同一企業グループにおいて継続して雇用・就業の場の確保を図ることも高年法の目的を達する方法・手段として想定していたことは明らか」で、「9条1項2号で定める継続雇用制度に、転籍という方法による雇用継続が含まれないと解することはできない」と判示した。

さらに、高年法9条では、「安定した雇用の確保」が目的とされているが、この安定に関しては、「期間の安定」と「質の安定」の両者、すなわち「生活の安定」を図ることを目的としていると解される⁵³が、関連会社における1年契約の契約社員制度について、「継続雇用制度は…各事業主が実情に応じて柔軟な措置をとることが許容されているところ、労働者が希望した場合に無条件で年金支給開始年齢までの雇用が保障されていないことをもって直ちに…継続雇用制度に該当しないということとはできない」と判示した。さらに、本事件は転籍後の給与水準が減額となるものであったが、本件制度の合理性については、「労働条件が低下することをもって直ちに…継続雇用制度に該当しないとはできない」とした。その理由としては、立法段階において、①賃金減額や労働時間の短縮を検討することも必要との

53 山下昇「継続雇用制度とその対象となる高年齢者に係る基準をめぐる法的問題」日本労働法学会誌114号22頁

認識があった、②退職金等において一定の措置が採られていること、③勤務地も限定的なもの、④公的給付や企業年金の支給との組合せ等により、多様な生活スタイルに応えるものになっている、ことが挙げられている。そして、結論として、「総所得が低下する場合があるとしても、そのことのみをもって直ちに…継続雇用制度に反するとまではいえない」とした。

加えて、本件においては、Yの労働者の99%近い従業員が加入するN T T労組の合意が得られており、現に、労働者によって雇用形態等の選択がされて、それが機能していると解されるとしている。

ただし、雇用形態等の選択時期の問題については、裁判所も懸念を示している。すなわち、「継続雇用に関する希望を聴取する時期や方法は高年法に明定されておらず、基本的には事業主の裁量に任されている」とした上で、本件に関しては、「労働者に対し…説明した上で…選択の機会を設けており…意向聴取もして…原告らに特定の選択をし、あるいはしないように脅迫ないし強制をした事情もない」としつつも、「50歳の時点で処遇形態等の選択をさせ、その後の機会を与えないとすることについては、当否の問題がなくはない」としている。この指摘は、おそらく、高年法で定める高年齢者は55歳以上の者を指している⁵⁴からであると思われる。

そして、最終的な結論として、「仮に高年法9条1項2号に反したとしても、被告の60歳定年制が無効となって、定年の定めのないものになるわけではなく…直ちに私法上の債務不履行責任ないし不法行為責任を基礎付けるものではない」と判示した。

(3) 本事案を通して高年法を解釈するにあたってポイント

裁判所は本事案を手続き面及びその有効性に関して検討しているが、内容としては行政解釈に近い部分も多かった。本事案を通して、高年法を解釈するにあたり、また、実務に携わる上でも、以下の点を考慮する必要がある。

① 転籍

本事案の判断にもあったように、資金的関係に緊密性のある同一企業グループへの転籍、再雇用の場合は、高年齢者の安定した雇用（「引き続いて」の雇用）が確保される措置をとっていると言えようが、資金的・人的に関係性が密でない企業への転籍の場合は、通常の転籍と同様に当該労働者の希望を十分に聞く措置が必要となろう。

② 有期契約の問題

定年後の再雇用は、基本的には契約の問題とも言える。本事案のように、1年ごとの契約更新であっても、契約更新の基準や予見性が明確であれば、有期契約であっても特に問題ないだろう。ただし、契約条件が大幅に低下する場合は、合理性が必要となってくる。

③ 労働条件の合理性

本事案の場合は、賃金が20～30%減額となるものの、補填措置等も図られていたものであった。また、基本的に転居を伴わず、現住所からの通勤可能範囲での勤務とされていた点で、企業側の配慮も含まれていたものであった。

60歳以降65歳未満の労働者の収入を考えると、概ね、「給与+雇用保険からの高年齢雇用継続基本給付金+（公的年金－在職老齢年金支給停止－雇用保険からの給付の併給調整）」の計算式で算出される。この式では、定年後の給与を60歳時点給与の60%程度に設定すると手取りが有利になることが多く、現実にも、60歳時点給与の60%程度に設定されることが多い⁵⁵。現行法では、給与は最低賃金⁵⁶に抵触しな

54 高年法2条1項、同施行規則1条

55 東京都経営者協会の調査（労政時報3672号116頁）によると、53.2%の企業が月例賃金が40%以上下がると答えている。また、賃金の決定に際して、80%超の企業が、公的給付を考慮に入れている。

56 都道府県・産業別に定められている。東京都の最低賃金は、平成21年10月1日より時給791円に改定された。

ければよいことになっているが、実際、何十年も勤務してきた労働者に定年年齢に到達したという理由だけで、最低賃金での労働条件を提示したのであれば、労働者のプライドもあり、継続雇用を希望しないケースも出てこよう。いくら、各事業主の実情に応じた柔軟な措置が許容されると言っても、勤務する意思を削がせ、現実には多数の者が退職する等、高年齢者の雇用の確保と促進という高年法の目的に反するものであってはならない。

④ 継続雇用制度の選択

本事案の場合は、50歳以上の従業員を対象として、本人に継続雇用制度を選択させる措置となっていた。継続雇用制度に選択肢がない場合や、労働者に継続雇用制度の内容が十分に理解されていなかったり、継続雇用制度の対象者にかかる基準の内容が曖昧である場合には、労働者がその基準に該当しているか否かについての判断が出来ない等から、紛争を招くおそれもある。こうしたトラブルを防止するため、「制度の内容の理解促進のための措置を講じる」、「基準の該当の有無についての判断手続きを透明化する」等の工夫をすることも必要である。対象者選定にあたっての基準設定については、組合との合意の下に策定されなければならない。また、組合のない企業の場合は、労使協定で定めるとされている。組合がない場合や少数組合への対応も十分配慮する必要がある。

⑤ 希望聴取の時期および再選択の機会

高年法9条1項2号で、継続雇用制度を、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としているが、労働者が継続雇用を希望する前提として、労働者が労働条件や継続雇用の予見性を高められるように、経営状況の公開など、十分な情報提供が求められる。

高年法は、高年齢者を55歳以上の者としている⁵⁷。そうすると、本事案のように、50歳でその後の10数年の雇用形態を選択させるのは、時期尚早のようにも思われる。仮に、55歳未満で希望聴取をするのであれば、生涯賃金を考慮した一時金給付等も考慮する必要もあろう。さらに、労働者が一旦、継続雇用制度を選択した後も、その後の情勢変化に応じて、再選択の機会を付与することも柔軟な対応といえ、必要な措置であろう。

(4) 高年法9条の解釈の方向

高年法は、その立法経緯を検討すると、事業主に対する継続雇用制度の「制度導入」を義務付けている。柔軟な対応を認めているものの、これに反した場合の罰則はない。事業主の高年法9条1項の義務違反に対して、同条には私法的効力はなく⁵⁸、労働者側に継続雇用制度制定請求権があるとは認めがたい。

現時点では、65歳までの雇用確保のルール作りの段階といえる上に、現行の9条の規定では、給付内容の特定が困難であり、私法的効力があるとは言いがたい。しかし今後、ほとんどの労働者が、年金支給開始年齢まで働く状況となった場合には、継続雇用制度の作為内容が具体性を増し、私法的効力を帯びてくる可能性もあろう。今後は労働力人口に占める高年齢者の比率が高くなっていく。その時の状況を見極める必要が出てこよう。

57 高年法2条1項、同施行規則1条

58 前掲・N T T東日本事件（東京地裁平21.11.16）も、同様に判示している。

Ⅲ 今後の立法政策論

1 現行法を運用する際に留意すべきポイント

(1) 継続雇用の希望を聴取する時期

労働者が高年齢期の職業生活を設計するにあたっては、自身の生活設計とも密接に関連してくる。また、今後の職業生活の設計を十分考えることができるようにするためには、時間的余裕をもって、定年後の希望を聴取することが有効である。50歳以上の者には、「ねんきん定期便」で年金受給見込み額も通知されるようになっている。企業によっては、退職直前の59歳の段階で退職後の希望を聴取し判断するだけでなく、55歳の段階で希望を聴取し、判断する企業もある⁵⁹。高年齢期の働き方も多様化してくる中で、労働者も様々な希望を持っている。すなわち、職業生活から、セミ・リタイアもしくはリタイアメントプランへの生活設計のアウトラインを描くことが重要になってくる。さらには、働き方の問題として、ワークライフバランスにも考慮した労働時間の設定も有効であろう。

(2) 諸条件の整備

労働力人口に占める高年齢者の割合が上昇してくると、様々な条件整備が必要となる。

① 処遇面（人事、賃金）

業種や職種によっては、定年年齢到達というだけでは企業への貢献度が著しく低下することのない分野もある。定年後は役職を解くという施策はよくあるが、重要ポストからはずれ、また、報酬も低下した者に、意欲を持って働かせるのは困難となり、企業内のモラルの低下にもつながり、一緒に働く若年従業員への影響も考慮せざるをえなくなる。

また、賃金面に関しては、各種公的給付の組合せ等によって、多様な生活スタイルに対応するよう設定すべきである。

② 高年齢者の職業能力開発や職域の拡大

労働力人口に占める高年齢者の割合が増加してくると、貴重な戦力として、高年齢者の職業能力の開発および向上をはかる必要も出てくる⁶⁰。例えば、パソコンを使った業務等、これまで高年齢であったことを理由に比較的取り組まないでこれた業務であっても、必然的にこなさなければならなくなる。この点については、継続雇用の条件・基準の一つになる可能性もあるだろうし、高年齢者自らも努力をしなければならない点である。また、有能な高年齢者が活躍の場を広げるために、職域拡大を如何に進めるかも今後の課題となる。

③ 不況下における高齢者雇用問題への対応

雇用問題は、その時の経済情勢にも大きく左右される。最近では、不況のため新卒採用が削減される等、若年労働者の雇用問題も深刻な状況にある。「若年者の失業率増加の要因は、新卒採用を抑制しながら中高年齢者の雇用を守るという企業の方策にもある」という分析⁶¹がある。しかし、若年者の雇用確保を現状の我が国で強行法規にするのは違和感があり、現在のところ、トライアル雇用などの助成金制度は存在するものの、強行法規はない。今後は、高年齢者雇用と若年労働者問題とを別々に考えるのではなく、高年齢者の雇用を維持しつつ、同時にそれが若年労働者の雇用に及ぼす影響を考慮しながら、労働

59 日本労働政策研究機構の調査によると、58～60歳時点で希望聴取する企業が90%以上、55歳時点で希望聴取する企業が3.2%、54歳以下で希望聴取は1.8%となっている。

60 ドイツ（高齢者向けの職業継続訓練の促進）やフランス（「被用者の職業人生にわたる訓練機会」に関する全国業種横断的協約）など、在職中の高齢労働者に対する職業訓練参加支援を実施している国もある。

61 櫻庭涼子・前掲（注39）18頁

力人口全体を見据えた施策が必要となってくる。その一つとして、世代間をまたがったワーク・シェアリングやジョブ・シェアリングの導入等も一策と思われる。

また、不況になってくると、地域ごとの格差も出てくる。最低賃金法が各都道府県の状態を考慮した規定であるのと同様に、60歳以降の労働者を抱える企業負担も地域によってバラツキが生じる。全国展開の大企業の場合は、人員配置の見直しで凌げる場合もあるだろうが、立法政策上は、地場産業への配慮も必要となる。

④ 安全配慮義務の視点（作業施設の改善等）

体力等の低下した高齢者にとって働きやすい環境を整備したり、施設の安全管理を整備するなど、作業施設の改善等にも留意する必要がある。

⑤ 就業規則改定時の諸問題

我が国の雇用確保措置および定年延長への施策への発展は、「行政からの定年延長の要請」→「助成制度の導入」→「努力義務」→「強行法規に移行」→「さらに上の段階への年齢延長の要請」というサイクルをたどっているが、一部の就業規則には、助成金を受けんがために定年規定を改定し、実態がともなっていない就業規則も存在するようである。

就業規則改定にあたっては、改正法の趣旨および労使の考えを十分に汲み、労使双方にとって納得性の高い内容を制定するよう注力すべきである。

2 今後の立法政策での問題点

(1) 年齢差別禁止立法の観点

諸外国の対応について大別すると、年齢差別禁止政策を採用し定年制を撤廃することで対応しているアメリカと、定年制を年金支給開始年齢に接合していれば有効とするEU諸国とに分かれるが、その状況を整理し、我が国の対応も確認したい。

① アメリカ

アメリカにおける年齢に関する法制度は、1967年「雇用における年齢差別禁止法 Age Discrimination in Employment Act」（以下、ADEA）として世界に先駆けて制定された。ADEAは、使用者が年齢を理由として採用を拒否すること、解雇すること、賃金その他の労働条件について差別することを禁止している。

当初、ADEAは定年制を禁止しておらず、募集・採用時の年齢制限を禁止し、中高年齢者の失業問題を解消することが立法の主たる目的であり、「40歳以上65歳までの中高年齢に対する年齢を理由とする恣意的な雇用差別を禁止」⁶²した。その後、年齢差別は人種の問題と意識されるようになり、「ADEAは数次の法改正が行われ、対象年齢上限を70歳に引き上げ、1986年にはさらに上限年齢を完全に撤廃」⁶³した。ADEAによる差別禁止は、労働者の採用、解雇、雇用期間、雇用上の報酬その他の条件、待遇など如何なる雇用上の決定あるいは事実についても、不利益な取扱いが「年齢を理由として行われること、および労働者の地位に不利益を与えるような年齢による区分を禁止」⁶⁴した。

アメリカでは、一般労働者の解雇規制が少なく、解雇自由の原則の下で、各国に先駆けて年齢差別禁止政策を採用し、定年制を原則禁止にしている⁶⁵など、高齢者に対する保護を手厚くしている点で興

62 菊池高志 『高齢者の法』（有斐閣、1997年）23頁

63 菊池高志・前掲（注62）

64 菊池高志・前掲（注62）

65 例外として、次のものがあげられている。

① 特定の業務（パイロットなど）の正常な遂行のために合理的に必要とされる定年制
② 高級管理職で一定額以上の退職給付（年金）を受給できる者に対する65歳以上定年制

味深いものと言える。しかし、我が国でアメリカと同様の制度を導入すると、労働者個人の能力に応じて評価を行うことになるが、そうすると「能力が低下したから解雇」という代替手段を奨励することにもなる。これは現段階では使用者の恣意の介入を招くし、また労働者にとってもメリットになるとは思われない。こうした使用者の恣意介入について考慮すると、我が国においては不要な労使紛争を未然に防ぐためにも、ある程度の目安があったほうがよいと思われ、日本的雇用システムにおける定年制の役割は大きいと言えよう。

② EU

人口の高齢化、年金財源不足による年金支給開始年齢の引上げ等の社会状況を背景に、2000年11月の Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation 「雇用および職業における平等取扱いに関する一般枠組み指令」(2000/78EC指令)によって、年齢に関する差別禁止は法制化された。本指令によって、「雇用における、人種もしくは民族的出身、宗教もしくは信条、障害、年齢、または性的志向に基づく差別を禁じ」⁶⁶ られることとなった⁶⁷。EU加盟各国は、本指令が求める内容を定めた法令の策定に取り組み、法制化期限となっていた2006年末までに国内法令を施行している⁶⁸。EUでは、1960年代から性差別禁止・均等待遇原則の法理の定着が進んできたが、その後、年齢差別の禁止は人種の問題として位置づけられることになった。

また、EUは加盟国に対し、「活力ある高齢化（アクティブエイジング）」⁶⁹ という高齢者雇用政策の実施を求めており、2010年までは55～64歳の高齢者の就業率を50%に引上げ、平均引退年齢を約65歳に引上げる目標を示している⁷⁰。なお、イギリス、ドイツ、フランスでは65歳以上の定年制は例外として認められている⁷¹。

EC指令の解釈論としては、「前文では、国内法で一定の年齢を定めることが求められており」⁷²、退職年齢について国内法による具体的な正当事由があれば、各国の幅広い裁量が認められていると解される。具体的には老齢年金の受給可能年齢や高齢労働者の就労意欲の変化など各国の様々な要素を考慮の上で具体的な退職年齢を定めることになる。

③ 日本

1999年頃から、雇用における年齢差別の問題は、当時の労働省を超えて他の官庁でも取り上げられるようになった。2000年6月、経済企画庁（当時）に設置された「雇用における年齢差別禁止に関する研究会」は、中間報告において、社会全体で雇用を保障していく必要があるとした上で、定年制の存在に

66 家田愛子「EUにおける新たな雇用差別禁止指令および人種差別禁止指令の提案」労旬1492号25頁

67 濱口桂一郎 「超高齢社会の高齢者雇用政策」<http://homepage3.nifty.com/hamachan/lrl.html>（最終アクセス：2010年6月21日）

「ただし、年齢を理由とする異なった取扱いについては、特定の便益について年齢や勤続年数を条件としたり、採用について退職までに一定の雇用期間が必要であることを理由として上限を設定することなどかなりの例外が認められている。定年の設定も指令違反ではない。」

68 イギリスでは2006年に「雇用均等（年齢）規則」が、ドイツでは2006年に「一般雇用機会均等法」が、フランスでは2002年に「差別防止に関する法律」が、それぞれ施行されている。

69 主な内容としては、①継続的な訓練機会の提供、②職場の安全衛生条件の改善、③弾力的な作業編成による多様な働き方の実現、④早期引退促進制度の廃止、⑤積極的労働市場施策の活用、があげられている。

70 厚生労働省国際課海外情報室の調査報告（「厚生労働」2007年5月号44頁）によれば、1999～2004年の男性の平均引退年齢（40歳以上の者が継続就労の意思なく退職した年齢の平均値）は、イギリスが63.0歳、ドイツが61.3歳、フランスが59.3歳となっている。これに対し、アメリカは64.2歳、日本は69.3歳となっている。

71 65歳未満の定年制も一定条件下では認められている。例えば、フランスでは、年金の満額受給権があり、労働協約等に定めがある場合は60歳以上65歳未満の定年制も認められている。なお、年金の支給開始年齢は、イギリスは65歳（女性は60歳）、ドイツは65歳（重度障害者は63歳）、フランスは60歳となっている。

72 柳澤武『雇用における年齢差別の法理』（成文堂、2006年）214頁

よって意欲と能力にかかわらず一律に雇用がそこで終了してしまう点、労働移動面では中途採用の年齢制限のため中高年労働者の再就職が困難となっている点を指摘した。その上で年齢による一律の取扱いを改め、年齢による差別の禁止という手段を真剣に検討していく必要があると述べた。さらに、賃金処遇制度を成果主義に変えることや新卒一括採用に代わる採用方法、さらには定年制以外の雇用調整手段として雇用保障の緩和方法も検討すべきと述べている⁷³。このように我が国においても、高年齢者雇用の問題を年齢制限緩和の必要性和有効性を人的資源の有効活用という視点から論じ、「年齢制限撤廃をめぐる政策的課題」⁷⁴が論じられ始めた。年齢差別禁止法に関しては、「わが国がこれまで消極的であったより根本的な理由は、憲法あるいは労働法に年齢差別についての明示の規定を欠いているから」⁷⁵ではないかという指摘⁷⁶もある。

2001年には雇用対策法が改正され、事業主の責務として「…労働者の募集及び採用について、その年齢にかかわらず均等な機会を与えるように努めなければならない」という努力義務規定が盛り込まれ、これまでの定年延長を中心とする法政策とは異なり、採用時の年齢制限に対して「年齢差別禁止アプローチに近い規制」⁷⁷が取り入れられた。

2007年10月の雇用対策法の改正で、労働者の募集・採用に係る年齢制限の禁止については、これまで事業主の努力義務となっていたが、一部の例外を除いて義務化された。しかし、募集・採用の年齢制限は禁止されても、そもそも面接を実施するしないのほか採用の裁量権は企業側にあるので、実効性の調査は困難であると思われる。また、年齢を理由とする差別が行われたことを立証するのも困難と思われる。

このように、年齢差別禁止法を議論するにあたり、まずは雇用の入口である「募集・採用」という場合に年齢制限の禁止が義務化されたわけであるが、例外も多く、いかなる場合に年齢制限禁止に抵触するのかあいまいな点も多く残っている。しかし、方向性としては年齢差別禁止に向かっているとも言える。今後、雇用対策法の実効性が明らかになり、年齢差別の判断基準が明確になってくれば、労働市場を取り巻く経済状況によっては、雇用の出口である「定年制」についても、定年制撤廃も含め、規制の議論の必要性が高まってくると思われる。

(2) 勤労権と年金受給権の関係

我が国では憲法27条で勤労権が認められているが、EU諸国の場合は、その終了事由として「年金支給開始年齢との接合」を挙げている。生活の糧として有していた勤労権が年金受給権に転嫁したと考えれば、幾分、労働者の納得性も高まるだろう。

高年法では、継続雇用制度を労使の柔軟な対応で締結できるとしているが、使用者と労働者の間で、労働条件が合わない場合も出てくる。例えば、60歳到達後は余暇を楽しみたいという理由等から労働時間を抑制したいと思っても、企業の側で短時間勤務は非効率であるなどの理由⁷⁸で、高年齢者の短時間勤務制度導入⁷⁹のニーズがなく労働者の希望を認めなかった場合は、労働契約は合意に至るのが困

73 2003年7月の厚生労働省「今後の高齢者雇用対策に関する研究会 報告書」では、結論として、「…現時点において、全般的な年齢差別禁止によって対処することは、我が国の実情に即した対応としては適当ではない」と述べている。

74 「特集・高年齢者雇用と年齢差別」日本労働研究雑誌521号3頁

75 家田愛子 「高齢者雇用とシルバー人材センター：労働法の争点（第3版）」（有斐閣、2004年）261頁

76 憲法14条は「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」、労基法3条は「使用者は、労働者の国籍、信条又は社会的身分を理由として、賃金、労働時間その他の労働条件について、差別的取扱いをしてはならない」と定めており、たしかに、年齢による差別禁止を文言に含んでいない。

77 柳澤武・前掲（注72）272頁

78 欧州諸国では、短時間勤務等により、ワークシェアを行い、多くの労働者の雇用を図ることも見受けられるが、日本の場合、通勤交通費の問題や有給休暇の管理の問題等から、従業員数を抑制したいという事業主は多い。

79 育児介護休業法では、2010年6月30日より、短時間勤務制度の設定が義務化された。

難となる。

また、一定時間以上の勤務形態をとると、「在職老齢年金制度」の対象となり、厚生年金が一部または全部支給停止となる。そのため、年金を満額受給したいという高年齢者にとっては、在職老齢年金制度が、かえって就労意欲を削ぐことにもなる。

(3) 役職定年制の問題

いわゆる役職定年に関して争いとなった裁判がある。みちのく銀行事件⁸⁰では、すでに制定されていた60歳定年制下において就業規則の変更による役職定年制の新設と賃金引下げの効力が争われた。同事件は地裁において、「高齢であることを理由として賃金を削減することは…労基法3条に規定する均等取扱いの原則に抵触するおそれがある」と年齢差別という重要な論点⁸¹を提起し、また、最高裁においても、「高年層の行員に対して」のみ「賃金減額の効果を有する部分は…その効力を及ぼすことはできない」と判示し、就業規則による労働条件の条件変更に対して、年齢差別的取り扱いの側面を指摘している。一方、相模ハム事件⁸²のように、定年延長と引き換えに導入された役職定年制度は、何ら不合理な制度ではないとし、役職定年制自体は直ちに違法とはいえないとした裁判例もある。

(4) 雇用保険法との関係

65歳までの雇用が確保されると、厚生年金の支給開始年齢の引上げ議論と同じように、次は、70歳までの雇用確保措置の議論が出てくる。その際、雇用保険法との関係をどのようにとらえるか。現在、65歳以上の労働者からは雇用保険料は徴収されていないし、65歳を超えて新たに労働者となる場合には雇用保険の被保険者にもならない状況との兼ね合いも考慮すると、雇用保険政策との連携も必要となってくる。2006年12月にまとめられた政府の再チャレンジ支援総合プランの個別行動計画によると、「2010年度までに65歳定年企業を50%、70歳まで働ける企業を20%」に引上げることが目標になっている。しかし、70歳までの雇用を考えた場合、ホワイトカラーとブルーカラーとでは業務内容や必要な能力・体力等の違いから、両者を同じ視点で考えるのは困難であろう。そうすると、今後は、職種による定年制度の違いについて合理性を争う紛争が増加するかもしれない。

(5) パートタイム労働法との関係

「正規労働者と同視しうるパート労働者」と「高年齢労働者」の処遇関係をいかにとるかについて考えてみる。パートタイム労働法は8条で、「責任の程度が…同一であって…期間の定めのない労働契約を締結しているもののうち…待遇について、差別的取扱いをしてはならない」としている。この条文を形式的に捉えると、定年退職後の継続雇用制度の適用を受けている高年齢労働者の場合、ほとんどが、「責任の程度は軽減され」「期間の定めがあるもの」である場合が多く、実務上は、「均等待遇の理念」が適用されるケースは少ないと解される。

また、労働市場における弱者である非正規労働者の均衡処遇の理念を謳ったパートタイム労働法と、長年正社員として働いてきた高年齢労働者を排除しようとする企業に対して雇用保障を求める高年法とを、同一視点で論じるのは、若干、無理が出てこよう。

(6) 事業承継の問題

高年法によって継続雇用された団塊の世代が、2012年には続々と65歳に到達する。2007年問題と同様に「2012年問題」も騒がれることになれば、対策の必要性が高まってくる。

労働者は、法規制がいかにしようとも、できるだけ早い段階から生涯生活設計目標や老後資金準備も

80 青森地判平5.3.30（労判631号49頁）、仙台高判平8.4.24（労判693号22頁）、最一小判平12.9.7（労判787号6頁）

81 青野寛「60歳定年制下における就業規則による役職定年制の新設と賃金引下げの効力」（季労180号174頁）

82 大阪地決平9.6.5（労判720号67頁）

含めて、自らの人生設計を考えることが望まれる。

おわりに

雇用対策法は働く希望を持つすべての青少年、女性、高齢者、障害者等の就業参加の実現を図るといふ外部労働市場に着目した法律であり、高年法は年金支給開始年齢までは現に雇用されている企業での雇用をできるだけ確保するという内部労働市場に着目した法律だといふことが言えるだろう。改正高年法によって、65歳までの雇用確保措置が義務付けされた後の高齢者雇用政策は、「在職者をできるだけその企業内で長く雇用」⁸³することを目指したものといふことができるだろう。この政策は、我が国の高齢者雇用政策の主流であったといふことができる。改正高年法の雇用確保措置の義務化によって、失業の予防と企業内部での雇用維持に貢献したといふことができ、内部労働市場政策の重要性が一層増したといふことができる。

しかし、改正されたばかりの法律には、実際面での問題点はつきもので、高年法9条1項違反の法的効果については、学説は意見がわかれ、現行法のみによる判断では最終的な結論を導き出せていない状況である。その理由は、同法は、給付内容を特定できないという不明確な部分があり、加えて、罰則もなく、指導・助言にとどまるという不備な点があるからである。今後、労働市場に占める高齢者が増加し、65歳までの雇用が公序として形成されてくれば、給付内容の明確性・具体性・現実的妥当性も現れ、法改正も必要になってこよう。

高齢者の雇用政策を立案する際には、一定年齢以上の労働力のみを対象とすることにより、新たな年齢差別が生じないように配慮すべきである。すなわち、高齢者の雇用を何らかの立法で義務付けるのは、若年労働者の雇用情勢が悪化している現在の状況においては、その影響を熟考すべきである。定年年齢と年金支給開始年齢の関係は、社会保障政策の観点からも重要な意味を持っているが、今回の改正高年法の実効性と高齢者以外の労働者層への影響を注視する必要がある。今後は、内部労働市場および外部労働市場の総合的な施策や、高齢者および若年者をも含めた労働力人口全体を考慮した施策が求められる。すなわち、新法によって弊害が生じないかを十分に配慮すべきである。

世の中が多様化し、法律も改正を重ねると、企業内における定年の意義は、時代や社会情勢とともに変化する。大企業では、定年前に子会社に転籍するケースも多く、定年制の意義が薄れるかもしれない。また、助成金の導入等によって70歳までの雇用をめざす動きもあり、さらには年齢差別禁止の議論により、定年制廃止の声が高まってくる可能性もある。だが、高齢者は、健康や体力の面で個人差が拡大するため、事業主に対して、65歳までの雇用を一律に求めることは困難である。そのため、事業主の自主的努力をさらに促進するためには、一律ではなく、計画的かつ段階的に進めていくことが重要となろう。ただし、労使のニーズも多様化しており、定年後の再雇用に関して行政が介入できる範囲は慎重に検討すべきであると思われる。なぜなら、定年後の再雇用は新たな労働契約の締結であり、労使双方の合意が必要であるからである。

83 濱口桂一郎・前掲（注67）

(補 遺)

本稿の脱稿（2010年6月）後に公表された統計数値等を以下に附言する。

2010年10月に公表された厚生労働省の「平成22年就労条件総合調査結果の概況」によると、30人以上規模企業のうち一律定年制を定めている企業は、全体の98.7%となっており、そのうち継続雇用制度（勤務延長制度または再雇用制度）を実施しているのは、91.3%に及んでいる。しかも、その上限年齢は法の義務化スケジュールよりも前倒しし、65歳以上としている企業が約9割以上となっている。

継続雇用制度の対象者の選別については、「原則として希望者全員の再雇用を認める」という企業が勤務延長制度で57.5%、再雇用制度で42.3%となっているが、企業規模別にはバラつきがある。原則として希望者全員の勤務延長を認める制度を導入しているのは、1,000人以上で25.5%、300～999人で44.5%、100～299人で55.1%、30～99人で58.7%となっており、また、原則として希望者全員の再雇用を認める制度を導入しているのは、1,000人以上で19.0%、300～999人で25.1%、100～299人で37.2%、30～99人で46.8%と、いずれも規模が小さい企業ほど割合が高くなっている。

また、東京都の最低賃金は、平成22年10月24日より時給821円に改定された。

社労士総研 研究プロジェクト報告書

労働契約法・改正男女雇用機会均等法・改正パートタイム労働法・改正高年齢者雇用安定法に関する情報収集・分析・対応に関する検討

発行年月日 2011年12月1日発行

編集・発行 社会保険労務士総合研究機構

〒103-8346 東京都中央区日本橋本石町3-2-12

社会保険労務士会館

TEL：03-6225-5013 FAX：03-6225-4915