



RIETI Discussion Paper Series 08-J-022

エイジ・フリーの法政策 —労働市場アプローチか、人権保障アプローチか—

森戸 英幸
上智大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

エイジ・フリーの法政策

——労働市場アプローチか、人権保障アプローチか——

森戸 英幸（上智大学）

（要旨）

本稿では、「年齢にかかわらず働ける社会」を目指すエイジ・フリーの法政策の問題点と今後の方向性について、比較法的考察をも交えつつ分析を行った。欧米諸国のエイジ・フリー立法、すなわちアメリカの「雇用における年齢差別禁止法（ADEA）」やヨーロッパの EC 指令及びそれに基づく各国の国内法では、「労働市場アプローチ」と「人権保障アプローチ」とをうまく組み合わせた政策が講じられている。しかし日本の雇用対策法（旧 7 条、現行 10 条による募集・採用時の年齢制限禁止）及び高年齢者雇用安定法（9 条による高年齢者雇用確保措置義務、18 条の 2 による年齢制限理由説明義務）によるエイジ・フリー法政策においては、このうちとくに人権保障アプローチを前提とする議論が不十分である。今後は、まず定年制に関しては、仮にそれを違法とするような立法を行う場合には、定年制の持つ雇用保障機能の消滅、解雇権濫用法理の変容などにより、「年齢にかかわらずクビになる社会」を覚悟しなければならないという認識が必要である。次に募集・採用時の年齢制限については、雇用対策法ではなく、高年齢者雇用安定法の定める「理由説明義務」を政策の中心に据えることにより、「なぜ年齢制限を課しているのか」という問いに対する答えを企業自身に見つけさせるような方向が検討されるべきである。いずれにせよエイジ・フリー社会はすでに世界的なトレンドになっている。来るべきエイジ・フリー社会に備えて、日本の労使も制度的かつ精神的な準備をしておくべきであろう。

I はじめに

少子高齢化の進展を背景に、近年の労働市場においては、「エイジ・フリー」の考え方に基づく様々な法政策が講じられるようになってきている。これを一言でいえば、要するに、高齢者の多い社会になるのだから、労働市場制度も年齢を基準としないものであるべきだ、ということである。1999年8月の「第9次雇用対策基本計画」が、「将来的には、高齢者が、意欲と能力がある限り年齢にかかわらず働き続けることができる社会を実現していくことが必要である」と述べて以来、エイジ・フリーはいわば国家的なスローガンとなっている。そして最近公表された政府の「雇用政策基本方針」をみるかぎり、そのスローガンはなお維持されているようである。

平 20.2.29 厚労告 40「雇用政策基本方針——すべての人々が能力を発揮し、安心して働き、安定した生活ができる社会の実現——」第 2-3(1)③（いくつになっても働ける社会の実現）¹

高い就業意欲を持つ高齢者は、長年の職業生涯で蓄積された職業能力を持つ貴重な人材であり、高齢化が今後ますます進行する中、特に2012年にはいわゆる団塊の世代が65歳に到達し始めることなどから、高齢者の能力を活かすための取組を早急に進めることが必要である。

こうした高齢者が当たり前働ける社会の実現に向けた取組を進めることは、高齢者本人にとって生きがい・自己実現や健康の維持増進につながり、社会全体としても、これまで社会に支えられる側であった高齢者が支える側に回ることにより、経済社会の活力維持につながるのと同時に、現役世代の社会保障負担増の緩和にも資することとなる。また、今後、人口減少が進む中で、特に若年労働者の大幅な減少が見込まれることから、これまで若者を活用してきた企業においては、豊富な技能や技術を有する高齢者が活躍できるような場を創出することが求められる。

このため、まずは、65歳までの雇用の確保を図ることが不可欠であり、高年齢者等の雇用の安定等に関する法律（昭和46年法律第68号）に基づく高年齢者雇用確保措置の導入を中小企業への重点的な指導等により着実に実施するとともに、これに加えて、継続雇用制度において希望者全員を対象とする企業の増加を図るなど、より充実した措置が講じられるように取組を進める。

¹ この基本方針は、厚生労働省職業安定局「雇用政策研究会」の検討結果とりまとめ（2007年12月）をベースとして作成されている。なお下線は筆者による（以下の資料においても同様）。

また、意欲と能力があれば 65 歳までに限らず、65 歳を超えても働ける社会の実現に向けて取組を進めていくことが必要であり、年齢にかかわらず働き続けることができる社会を目指す取組の一環として、「70 歳まで働ける企業」の普及・促進を図るなど、60 歳代半ば以降の高齢者が働ける職場を増やしていくとともに、雇用対策法に基づき、労働者の募集・採用における年齢制限禁止の義務化について事業主への周知を徹底し、応募の機会を拡大していく。

さらに、高齢期には、個々の労働者の意欲、体力等個人差が拡大し、その雇用・就業ニーズも多様化することから、これに併せて、多様な雇用・就業機会の確保を図るとともに、高齢者の再就職の促進の強化を図るほか、シルバー人材センターにおいて、地域の多様なニーズに応じた就業機会の確保・提供を通じた事業の活性化を図るなど、高齢者の雇用・就業機会を増大していく。あわせて、いわゆる団塊の世代の旺盛な活動意欲に応えるボランティアや、子育て支援や学習支援を行う NPO 等の雇用以外の就業・社会参加等、地域密着型の活動の環境整備を図っていく。

これらの取組を進めることによって、意欲と能力のある限り年齢にかかわらず働き続けることができる社会の実現を目指すとともに、こうした施策を進める中で、いくつになっても働ける社会に応じた必要な雇用のセーフティネットの適切な整備についての検討を行う。

福田総理の第 169 回国会における施政方針演説（平成 20 年 1 月 18 日）にも、エイジ・フリー政策に言及したとみられる箇所があった。

「・・・雇用拡大と生産性向上を同時に実現し、すべての人が成長を実感できるようにする「全員参加の経済戦略」の展開です。意欲ある人が皆働けるように、女性と 60 代の方の労働参加率の引上げやフリーターの減少について、少なくとも政労使の合意に基づく数値目標を達成しなければなりません。このため、定年制のあり方や 60 歳以降の継続雇用・再雇用のルールについて検討を進めるとともに・・・」

「意欲と能力があれば・・・年齢にかかわらず働き続けることができる社会」を否定するのはなかなか難しい。誰もが、年齢にかかわらず、いつまでもいきいきと働き続けたいと願い、それを可能とする社会が望ましいと考えているのだから。したがってエイジ・フリーの法政策は、国民全般、とりわけ中・高齢者層からの支持を集めることとなる。

経済学者からも、年功賃金や年功的処遇から能力主義的な人事制度への変更を促すために、エイジ・フリーの法政策を積極的に推し進めるべきであるという主張がなされている²。

また、国際的にみても、アメリカの著名な「雇用における年齢差別禁止法」はもちろん、かつては高齢者の早期引退を奨励していたヨーロッパにおいても、最近ではエイジ・フリー立法が相次いでいる。これらの動きは政策立案過程において「外圧」として機能し、日本のエイジ・フリー政策をさらに後押しすることとなる。

もはや逆らえないほど大きな流れとなったエイジ・フリーの法政策。それが本稿の検討対象である。現在講じられているエイジ・フリー政策に問題点はないのか。エイジ・フリー政策によって今後の労働市場にどのような影響がもたらされると考えられるか。そもそも、エイジ・フリー社会は本当にそれほど「バラ色」なのか——国際比較も交えつつ、雇用の終了と開始、すなわち定年制と募集・採用という2つの局面に分けて考察を行いたい。

なお以下では、「労働市場アプローチ」と「人権保障アプローチ」という2つの切り口を意識した分析を行う。ここで「労働市場アプローチ」とは、エイジ・フリー政策は労働市場に関連した一定の目的を達成するために、あるいは労働市場に現在生じている問題を解決するために講じられるものであるとする考え方である。たとえば高齢者の就業率を引き上げるため、中高年失業の問題を解決するため、あるいは雇用の流動化を推し進めるために、エイジ・フリーの労働市場を構築しようという立場といえる。このアプローチの特色は以下のようなものとなる。第1に、労働市場の外、すなわち雇用以外の分野におけるエイジ・フリーにはとくに関心が寄せられない。第2に、政策立案にあたっては、「労働市場に関連した目的」が正しく設定されているのか、「労働市場に生じている問題」は正確に把握されているのか、そもそもエイジ・フリー政策はその目的達成や問題解決の手段として適切なのか、などの点が重要な検討課題となってくる。

これに対し「人権保障アプローチ」とは、エイジ・フリー政策は「年齢差別」という人権侵害の問題を解決するため講じられるものであるとする考え方である。年齢差別は人種差別や男女差別などと同様社会的に許されない行為であり、だからこそエイジ・フリー立法によって禁止されるべきものとなる。このアプローチの下では、雇用の分野とそれ以外とを分ける必然性はあまりない。年齢差別は雇用の分野では人権侵害だがそれ以外ではそうではない、という説明は困難であろう。また立法の目的は一義的に明確であり、その手

² 代表的論者の手によるものとして、清家篤『生涯現役社会の条件』（1998年）178頁以下、同『定年破壊』（2000年）210頁以下。

段も自ずと限定される。したがって、政治的駆け引きと立法技術的な問題を除けば、政策立案にあたって検討されなければならない事項はさほど多くはないはずである。

II 欧米におけるエイジ・フリーの法政策

まず、アメリカを中心に、海外での状況をみてみよう。

1 アメリカ——雇用における年齢差別禁止法³

(1) 年齢差別と随意的雇用原則

米国の「雇用における年齢差別禁止法 (ADEA, Age Discrimination in Employment Act)」は、1967年に制定された⁴。同法は、年齢に基づく「雇用のあらゆる局面におけるあらゆる形態の差別」を原則的に禁止する⁵包括的な内容を持った法律である。ただしその保護の対象となるのは40歳以上の者のみである。立法当初はこの「保護対象年齢」に上限があり、65歳であった。しかしこの上限は、まず1978年の改正で70歳に引き上げられ、そしてさらに1986年の改正で完全に撤廃された。したがって現行法下では、募集・採用における年齢制限も定年制も、40歳以上の者を差別するかぎりにおいて⁶違法となる。

ただしここで注意しなければいけないのは、アメリカの雇用法制が、ADEA その他の立法により雇用のあらゆる局面（採用、配置・昇進、賃金、解雇・・・）におけるあらゆる差別（性差別、人種差別、出身国に基づく差別、障害者差別・・・そして年齢差別）を広範かつ厳しく禁止する一方、他方では「随意的雇用 (employment at will)」の原則を貫いているという事実である⁷。すなわち、ステレオタイプな差別はいけないが、あくまでも能力主義が前提であるため、職務遂行能力の欠如という理由で解雇することは理論上禁止されない。日本のような定年制は原則として実施できないが、とって高齢者を辞めさせる

³ アメリカ法についての基本文献として、柳澤武『雇用における年齢差別の法理』（2007年）。

⁴ ADEAは連邦法である。これ以外に、全米ほとんどの州が、ADEAと同様の、あるいはより厳しい、雇用における年齢差別を禁止する法律を実施している。

⁵ 年齢がその事業の正常な運営に欠かせない「真正な職業上の資格 (BFOQ = bona fide occupational qualification)」に該当する場合などは、例外的に年齢差別が成立しない。また上級管理職、連邦・州の公務員、パイロットについては一定の条件の下で例外的に定年制を実施することができる。

⁶ ADEAが禁止するのは、40歳以上の者を、年齢が高いことを理由に差別することである。Gen. Dynamics Land Sys. v. Cline, 540 U.S. 581 (2004)。40歳未満の者は保護されないし、また年長者に対する優遇措置が講じられた結果40歳以上の者が不利益を被ってもADEA違反は成立しない。

⁷ 随意的雇用原則については、中窪裕也「アメリカにおける解雇法理の展開」千葉大学法学論集6巻2号（1991年）81頁を参照。

ことが全くできないというわけではないのである。

(2) 立法趣旨とのその変遷

ADEA は確かに「差別」禁止法ではあるが、人種差別・性差別などを禁止する公民権法第 7 編とは異なり、市民の人権保護よりも、高齢者の長期失業を防ぎ、その雇用を促進することを立法趣旨とするものであったとされる⁸。ADEA が成立した 1967 年の時点ですでに包括的な差別禁止法を有していたアメリカにおいて、高齢者雇用促進という目的を達成する手段として年齢差別禁止が用いられたということであろう⁹。言い換えれば、人権保障アプローチの名の下で実際には労働市場アプローチがとられていたということである。また ADEA の立法過程をたどると、当時の主たる立法目的が採用時における年齢制限の撤廃であり、雇用終了の局面での年齢差別禁止はあまり意識されていなかったこともわかる¹⁰。法的保護の対象が 65 歳（公的年金（Social Security）の支給開始年齢）までの被用者とされていたのもその証左であろう。

もともと、その後の法改正により、ADEA は高齢者雇用促進のための法律から高齢者の人権保障のための法律へと徐々にシフトしているようにもみてとれる。すでに述べたように、1978 年及び 1986 年の改正により保護対象年齢の上限が撤廃されたし、その他の点でも立法時より法的規制は強化されている¹¹。全米退職者協会（AARP, American Association of Retired Persons）を初めとする高齢者の圧力団体、いわゆる「グレイ・ロビー」の活動の影響による社会的意識の高まりなどもあり、名目だけでなく実質的にも人権保障アプローチに比重が移ってきたということかもしれない¹²。

(3) ADEA の影響と評価

(ア) 募集・採用の局面

すでに述べたように、ADEA は主として募集・採用時の差別をなくすために制定された法律であった。しかし ADEA の立法時から現在までの状況をみるかぎり、その目的が達成された形跡はない。雇用機会均等委員会（EEOC, Equal Employment Opportunity

⁸ 詳細は中村（櫻庭）涼子「雇用における年齢差別の禁止—米国の法規制の基本趣旨—」本郷法政紀要第 9 号（2000 年）83 頁。

⁹ 森戸英幸「雇用政策としての『年齢差別禁止』——『雇用における年齢差別禁止法』の検討を基礎として」清家篤編著「生涯現役時代の雇用政策」〔第 3 章〕122 頁以下（日本評論社、2001 年 12 月）。

¹⁰ 森戸・前掲注 9 論文 99 頁以下。

¹¹ 詳細は、森戸・前掲注 9 論文 98 頁以下。

¹² 詳細は森戸・前掲注 9 論文 99 頁。

Commission)に持ち込まれる事件のうち募集・採用に関するものの数はさほど多くない¹³。また、以下のような採用差別特有の事情も存することも指摘されている。すなわち、募集・採用の段階、すなわち求職者と求人企業がまだ「他人どうし」に過ぎない段階では、たとえ明らかな年齢差別がなされたとしても、敢えて訴訟等で事を荒立てようとする者は少ない。そのような暇があるなら別の就職口を探すことに時間と労力を割いた方が得策だということであろう。またそもそも、通常は自分の代わりに誰が雇われたかを知る術もないので、年齢差別がなされた可能性にまでそもそも思いが至らない可能性も高い¹⁴。

中高年層の新規雇用機会の創出という観点からすれば、ADEA はむしろマイナスの結果をもたらしているという評価さえある。ADEA の存在により、企業は「中高年を雇うと解雇しづらい」と考え、それなら最初から雇わないことにしようと考えてしまう。その結果中高年齢者の雇用機会がかえって狭まっている、という見解である¹⁵。

(イ) 雇用終了の局面

これに対し、雇用終了の局面では、ADEA は労働市場に対して一定のインパクトをもたらしたという評価が一般的である。EEOC への申立件数でも、解雇事件が最も多くなっている¹⁶。また ADEA は、随意的雇用原則の下、実質的には中高齢労働者に対する恣意的な解雇を防ぐ機能を果たしているともいわれている¹⁷。高齢労働者が自らの年齢を立証するのは簡単なことだが、企業側が訴訟においてその労働者の能力の欠如を立証するのは困難である。仮に解雇の真の理由が能力欠如であったとしても、絶対に勝訴できるかどうかはわからない。したがってアメリカの企業も、ADEA で保護される 40 歳以上の労働者を解雇する場合にはより慎重にならざるを得ない。これが結果として中高年労働者の雇用保護機能を果たしているということである。

もともと、ADEA によって高齢者がより長く働くようになった、引退の時期が遅くなったというデータはどこにもない。むしろ米国の労働者の引退年齢は ADEA 成立後も一貫し

¹³ 新規・継続案件ともに、募集・採用に関する事件は全体の 1 割前後である。森戸・前掲注 9 論文 110 頁以下（2000 年に米国で実施したヒアリングで得た EEOC の内部資料による）。

¹⁴ 森戸・前掲注 9 論文 110 頁以下。

¹⁵ 主として「法と経済学 (law and economics)」の観点からの見解である。Richard A. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case against Employment Discrimination Laws* 441-71 (1992); Richard A. Posner, *Aging and Old Age* 319-51 (1995). など。なお法と経済学の観点から ADEA を肯定的に評価するものとして、Christine Jolls, *The Changing Workplace: Hands-Tying and the Age Discrimination in Employment Act*, 74 *Tex. L. Rev.* 1813, 1813 (1996). もある。

¹⁶ 新規・継続とも、全体の 4 割以上を占める（統計の出所については前掲注 13 参照）。

¹⁷ 森戸・前掲注 9 論文 123 頁。

て低下し続けている¹⁸。ADEA の制定及びその後の規制強化が被用者の引退行動を大きく変えることはなかった。実際、アメリカの経営者から「(定年制を実施できないため) 高齢者がいつまでも辞めてくれなくて困る」という不満を聞かされることはほとんどない¹⁹。ある程度の年齢になればほとんどの労働者が自主的に辞めていくということなのだろう。もちろんその背景には、随意的雇用原則の下、(前述のような訴訟リスクがあるとは言え) どうしても必要であれば高齢者をその職務遂行能力の低下を理由に解雇すればよいという考え方があり得る。また、日本ほど年功的な処遇・賃金制度が実施されていないため、高齢者を無理に辞めさせる必要もない、その働きに見合った賃金を払えばよいだけ、という事情もあるのだろう。

アメリカの被用者はなぜ法律上いつまでも働けるのに「自主的に」退職するのか。詳細は他稿に²⁰譲るが、公的年金が 62 歳から受給できる²¹こと、早々に引退して悠々自適の生活を送れる人こそが人生の成功者であるという社会意識 (いわゆる「ハッピー・リタイアメント」神話)、高齢者であっても特別扱いせず働かせる職場風土、そして企業年金制度等による企業側の「ソフトな」誘導などが影響しているものと思われる。

このうち最後の点について敷衍しておこう。アメリカの公的年金が低所得者層に手厚い設計になっていることもあり、被用者の老後における企業年金の役割は小さくない。企業は、ある年齢でやめるのが一番有利になるような給付設計をすることで、従業員の引退行動をある程度コントロールしているようである。一定の年齢に達したらそれ以降は給付が発生 (accrue) しないという制度設計は ADEA 違反となりうるし、企業年金に関する基本法である従業員退職所得保障法 (ERISA, Employee Retirement Income Security Act) 上も禁止されている。しかし、年齢ではなく一定の「勤続年数」もしくは「制度加入期間」を超えたらもはやそれ以降は給付が発生しないという仕組みであれば、ADEA 上もまた ERISA 上も合法である。

¹⁸ Murray Gendell, Trends in retirement age in four countries, 1965-95, Monthly Labor Review, August 1998, p.20; Retirement age declines again in 1990s, Monthly Labor Review, October 2001, p.14; Boomers' Retirement Wave Likely to Begin in Just 6 Years, Population Today, Vol.30, No.3 (2002)

¹⁹ ただし一部の有名大学のロースクールなどでは、高齢の教授が全く辞めないことで人事が滞り、問題となることもあるようである。しかしこれは一般には例外的なケースにとらえられている。

²⁰ 雇用における年齢差別禁止法研究会 (清家篤・森戸英幸)「アメリカ年齢差別禁止法下での退職管理に関する実態調査報告」(2000年)、森戸・前掲注 9 論文 100 頁以下。

²¹ 「標準的な」「満額の」給付を受け取れる年齢はかつて 65 歳であり、現在はそれを 67 歳にまで段階的に引き上げている最中である。しかし繰り上げ支給が可能な年齢はずっと 62 歳のままである。

また、いわゆる早期引退優遇制度²²による事実上の退職勧奨もよく利用されているようである。ERISAは長期勤続を過度に優遇するような給付建て制度（defined benefit plan）²³の給付設計（いわゆるバック・ローディング（backloading））を一定の範囲で制限する規制を行っている²⁴が、この規制は早期引退優遇制度には適用されない。したがって企業はこのような制度によって合法的にある特定年齢での退職を促すことができる。さらに、アメリカには（高齢者や貧困者対象の制度を除けば）公的な医療保険制度が存在しないため、早期引退優遇制度のパッケージの中に退職後の医療保険制度を含めることで従業員の退職を促すこともできる²⁵。要するに、定年制で辞めさせることができなくても、企業年金や早期引退優遇制度によって「ソフトに」「自発的に」退職してもらうことは十分可能だということである。

2 ヨーロッパ

(1) EU

2000年11月のEC指令78号は、他の態様の雇用上の差別とともに、年齢に基づく直接あるいは間接的な差別を原則として禁止する（1、2条）。しかし同時に、各国の国内法が、年齢を基準とする異別取扱いが、正統な雇用政策、労働市場及び職業訓練を含む正統な目的によって、客観的かつ合理的に正当化され、かつその目的を達成する手段が適切かつ必要である場合に、それを差別に該当しないと定めることも認められている（6条1項）。たとえば、そのポストの訓練条件、または退職までに合理的な雇用期間が必要であることを理由として、採用の年齢上限を設定することができる（同項(c)）。また同指令の本文は、引退年齢を定める国内法の規定を排除しないと述べており、これが年金支給開始年齢到達を理由とする強制退職制度を正当化するものであると解されているようである。

²² 早期退職制度を実施する場合、アメリカの企業は必ず応募者から「一筆取る」ことになっている。年齢差別禁止法に基づく訴えなどを提起しない、と約束させる、いわゆる訴権放棄契約（release/waiver agreement）である。このような契約に関しては、従業員の側がその内容をきちんと理解してからサインすることができるようにするために、年齢差別禁止法が一定の規制を行っている。詳細は、井村真己「高齢者の退職に伴う放棄契約の締結と雇用差別禁止法」季刊労働法182号（1997年）127頁。

²³ 給付建て制度については、森戸英幸『企業年金の法と政策』（2003年）43頁以下参照。

²⁴ 森戸・前掲注23書169頁以下。

²⁵ たとえば60歳の従業員に対し、「今辞めれば65歳（＝公的な高齢者医療保障制度（Medicare）の開始年齢）まで医療保険制度に加入させてあげるよ」というオファーがなされたとする。従業員の側として、「65歳まで絶対に雇用されるという保障もないし、また65歳到達前に解雇されたり退職したりした場合に65歳までの医療保険が保障されるかどうかもわからない、それなら今辞めた方が得だ」という判断をすることには十分な合理性があると言えよう。

EC 指令における年齢差別禁止のルールは、基本的権利の保護を意図した雇用差別禁止法制の一部をなすものである²⁶。しかし同時に、年齢差別禁止は高齢者の就業率の引き上げという雇用政策上の観点からも推進されている²⁷。アメリカの場合と同様に、人権保障アプローチと労働市場アプローチをうまく組み合わせた政策が講じられていると言ってよいだろう²⁸。

この指令により、EU 加盟国は雇用における年齢差別を禁止する国内法を整備する義務を負うこととなった。以下ではフランス、ドイツ、イギリスの対応状況をごく簡単に概観するが、いずれの国においても、①EC 指令に沿った内容の年齢差別禁止立法がなされ、②それはアメリカの ADEA とは異なり保護対象年齢に制限もなく、年齢のより高い者だけでなくより低い者に対する差別をも禁止し（＝両面性）、また直接差別だけでなく間接差別をも規制対象とするものであるが、③年金支給開始年齢と接合した定年制など一定の例外は許容されている。

（2）フランス²⁹

2001 年に、雇用における年齢差別を禁止する規定が新設された。これにより原則として募集・採用時の年齢制限は不可となったが、当該職務に一定の訓練期間が必要である場合、あるいは退職までに合理的な雇用期間が必要である場合など、「雇用政策上の目的」により正当化しうる年齢制限は許容されることになっている。EC 指令が許容する例外事由がほぼそのまま条文化されている。

年齢を理由とする解雇もこの規定に違反することになる。ただしフランスにおいては、その年齢が 65 歳（満額の年金受給資格を得られる年齢）以上であれば定年制を実施することができる。明確に言及されていないものの、この定年制は年齢差別禁止規定上もなお許容されると考えられている。

（3）ドイツ³⁰

²⁶ 詳細は櫻庭涼子『年齢差別禁止の法理』（2008 年）64 頁以下、同「EU の雇用平等法制の展開」法律時報 79 卷 3 号（2007 年）66 頁以下参照。

²⁷ 櫻庭・前掲注 26 論文 67 頁。

²⁸ 櫻庭・前掲注 26 論文 67 頁は、EU の差別禁止規制は「人権という御旗の下で、雇用政策的理由にも支えられて」漸次拡大されてきた、とする。

²⁹ 詳細は、櫻庭・前掲注 26 書 69 頁、嵩さやか「2003 年フランス年金改革と『個人の選択の自由』」法学 68 卷 3 号（2004 年）13 頁以下、川口美貴「人的理由による差別禁止法制の展開」労旬 1540 号（2002 年）32 頁を参照。

³⁰ 詳細は、山川和義「ドイツにおける年齢差別禁止の動向——一般平等取扱法の制定を契機に」労旬 1657 号（2007 年）43 頁、櫻庭・前掲注 26 書 241 頁以下参照。

2006年に、他の差別類型とともに雇用における年齢差別を禁止する一般平等取扱法（Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz(AGG)）が制定された。フランス同様、職業訓練や引退までの適切な就業期間に関する例外が許容されているほか、公的年金の支給に接合した定年制も例外として明記されている。

（４）イギリス³¹

やはり2006年に雇用平等（年齢）規則（Employment Equality (Age) Regulations）が制定された。募集・採用における年齢制限は原則として違法となるが、使用者の標準的引退年齢を超える者、あるいは使用者がこれを定めない場合には65歳以上の者についてはこの規制の適用がないと明文で定められている。

定年制に関しては、第1に、65歳未満の定年については、使用者はその年齢を正当化する理由を示す必要がある。これができない場合には不公正解雇の規制が及ぶ。第2に、65歳以上の定年制については、引退を理由とする退職であるので原則として年齢差別規制は及ばない。ただし労働者が雇用の延長を申し出た場合にはそれを考慮する義務が使用者に課されている。

Ⅲ 日本におけるエイジ・フリーの法政策

次に日本の状況をみてみよう。伝統的な日本の雇用システムは、エイジ・フリーとは全く逆の、年齢を基礎とした仕組みであったといえる。エイジ・フリーの法政策はそれをどのように変えたのか、あるいはこれから変えるのか。

1 定年制³²とエイジ・フリー

一定年齢に到達したらいやでも会社を退職しなければならない、という仕組みは、エイジ・フリーの思想の対極にあるといえる。

（１）定年制の合法性

最高裁は憲法の基本的人権に関する規定は私人の行為を直接禁止するものではないとす

³¹ 詳細は、櫻庭・前掲注26書259頁以下参照。

³² 定年制を除けば、企業の人事管理は年齢ではなく勤続年数を基礎として行われることが多いように思われる。特に若年の間はそうである。しかし定年年齢が近づいてくると勤続年数ではなく年齢による処遇が一般的になってくる。典型的なのは役職定年制であろう。役職定年制や、55歳以降賃金が一律に低下する制度、あるいは一定年齢を超えると関連会社への出向を命じる制度などは、どれもかつて定年延長と引き換えに導入されたものであり、その意味では定年制の一部をなすものといえよう。

る³³が、他方で憲法の定める法の下での平等（14条）が民法90条を媒介として私的契約関係における公序となりうることは否定していない³⁴。年齢を基準とする異別取扱いも、それが合理性を欠くものであれば憲法違反あるいは公序違反となる³⁵。しかし1968年の秋北バス事件最高裁判決³⁶は、次のように述べて当時一般的であった55歳定年制の合理性を認めた。すなわち「およそ定年制は、一般に、老年労働者にあつては当該業種又は職種に要求される労働の適格性が逡減するにかかわらず、給与が却つて逡増することから、人事の刷新・経営の改善等、企業の組織および運営の適正化のために行われるものであつて、一般的にいつて、不合理な制度ということとはでき」ない。

その後より直接的に定年制が公序違反かどうか争われた事件³⁷もあつたが、裁判所がその合理性を否定することはなかつた。そこで定年制が合理的である根拠として挙げられているのは、①年功賃金制の下では人事の刷新・経営の改善等、企業の組織及び運営の適正化を図るために定年制が必要である、②定年制は終身雇用制と深く関連しており、定年制が存するがゆえに使用者の解雇権の行使も制限されているのであつて、労働者にとつても身分保証が図られている、③若年労働者に雇用や昇進の機会を開くという面もある、などの点であつた。これは秋北バス判決の見解とほとんど同じ内容である³⁸。その後、後述する高年齢者雇用安定法の成立と改正により、60歳未満の定年制は原則として違法となつた。しかしその場合を除けば、秋北バス判決の示した考え方は現在もなお生きているのである³⁹。

（2）高年齢者雇用安定法の展開

³³ 三菱樹脂事件・最大判昭 48.12.12 民集 27 卷 11 号 1536 頁。

³⁴ 日産自動車事件・最 3 小判昭 56.3.2 判時 998 号 3 頁。

³⁵ 憲法 14 条 1 項が明示的に禁止するのは「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」に基づく差別であり、「年齢」差別はそこに含まれていない。もっとも判例・通説はこれを例示列举の規定であると解釈している（最大判昭 48.4.4 刑集 27 卷 3 号 265 頁など）ので、同項が列举していない事由による異別取扱いであつても合理的理由がなければ同条の禁止する差別に該当する。

³⁶ 最大判昭和 43・12・25 民集 22 卷 13 号 3459 頁。

³⁷ たとえば、アール・エフ・ラジオ日本事件・東京地判平成 6.9.29 労判 658 号 13 頁など。

³⁸ 定年制の存在意義が経済学の観点から論じられる際にも、長期雇用慣行、年功賃金・年功的処遇という日本的な雇用システムの重要な要素との関係が指摘されている（いわゆる「ラジアーの理論」）。清家・前掲注 2「定年破壊」59 頁以下。

³⁹ なお、多数説とは言い難いが、学説上には定年制を違法・無効なものとする見解もある（横井芳弘「定年制と労働契約（その 1）」労判 119 号（1971 年）15 頁、舟越耿一「定年制の現状と違法性」長崎大学教育学部社会科学論叢 27 号（1978 年）28 頁、橋詰洋三「定年制」季労別冊 1 号（1977 年）149 頁）。これらの見解の多くは、秋北バス事件最高裁判決が定年制を「不合理なものとはいえない」としたことに対する反発として登場したものである。また、定年制はその定年年齢が厚生年金の支給開始年齢に一致している場合には法的に有効と解しうるとする、いわゆる部分的違法説と呼ばれる見解も主張された（荒木誠之「定年制をめぐる法的問題」法政研究 38 卷 2-4 合併号（1972 年）377 頁以下）。

(ア) 2004 年改正以前

政府の雇用政策においても、定年制が合理的な制度であることを前提に、その延長を促すというスタンスが一貫して採られてきた。それが立法の形で具体化したのが、1986 年成立の高年齢者雇用安定法である。同法は、事業主に対し、定年を定める場合にはそれを 60 歳以上とするように努力する義務を課した。努力義務ではあったが、60 歳という具体的な年齢が初めて法文上に明記されたことになる。その後 1990 年の改正により 65 歳までの高年齢者についての雇用確保努力義務規定が新設され、1994 年には 60 歳定年努力義務規定が強行規定化された（現行 8 条。施行は 1998 年 4 月から）。規制は強化されたが、ここまでの一連の政策が前提とする考え方に大きな変化はなかった。要するに「60 歳までは雇用で、60 歳から 64 歳までは雇用と年金で、65 歳以降は年金で」という、まさに年齢を基準とした、つまり全くエイジ・フリーではない引退過程のモデルが前提となっているのである⁴⁰。

(イ) 2004 年改正後

しかし 2004 年の法改正は、部分的にはあるがエイジ・フリーの考え方が反映したものとなった。2006 年 4 月以降、企業は 65 歳（当初は 62 歳、その後 2013 年 4 月にかけて段階的に引き上げ）までの「高年齢者雇用確保措置」を講じる義務を負うこととなった。高年齢者雇用確保措置とは、定年年齢の引上げ、定年後の継続雇用制度導入、定年制の廃止、のいずれかの措置をいう（高年齢雇用安定 9 条 1 項）。継続雇用制度の適用対象者選定基準は労使協定によって定めることができる⁴¹（同 2 項）。事業主がこの義務を怠った場合（たとえば定年を 60 歳のままにして継続雇用制度も実施しないなど）には指導・助言・勧告の対象となりうる⁴²。

定年制の存在を前提に、その延長や定年後再雇用制度導入を促す。それがこれまでの雇用政策の基本的なスタンスであった。そのことからすると、たとえ選択肢の 1 つとしてであっても、まさにエイジ・フリーそのものである「定年制の廃止」が実定法上明文でうたわれたことは注目に値するといえよう。

2 募集・採用とエイジ・フリー

⁴⁰ 詳しくは森戸英幸「高齢者の引退過程に関する立法政策」ジュリスト 1066 号（1995 年）103 頁以下を参照。

⁴¹ 経過措置により、2009 年（中小企業は 2011 年）までは継続雇用制度の適用対象者を労使協定ではなく就業規則で定めることが可能である（高年齢雇用安定附則 5 条 1 項）。

⁴² 罰則は定められていない。また違反の私法上の効果がどうなるかも今のところ不明確である。

(1) 年齢基準と企業の「採用の自由」

かつては企業の大半が募集・採用時に求職者に対し年齢制限を課していた⁴³。「30歳までの経験者募集」「パート募集、35歳まで」などの求人広告はごく当たり前に存在していた。そしてこのような年齢制限は法的にも有効であると考えられていた。その理由は、一言でいえば、これを直接禁止する法令が存在しない以上、企業の「契約の自由」「採用の自由」が尊重されると考えるしかないからである⁴⁴。

(2) 雇用対策法旧7条

募集・採用におけるエイジ・フリーに向けての最初の一步となったのが、2001年10月に施行された雇用対策法旧7条であった。同条は「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」と規定していた。これは努力義務時代の男女雇用機会均等法と同じ言い回しである。年齢差別が男女差別や人種差別と同じ土俵の問題と位置づけられることを示したものだ、という評価もできる。

もっとも、均等法とは異なり「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」という限定がついていた。もって回った文言だが、要するに一定の場合には努力義務が免除されるということであった。厚生労働大臣による「労働者の募集及び採用について年齢にかかわらず均等な機会を与えることについて事業主が適切に対処するための指針」（いわゆる「年齢指針」）がこれを具体的に定めていた。

第3 年齢制限が認められる場合（労働者がその有する能力を有効に発揮するために必要

⁴³ 1999年11月に実施された日本労働研究機構の調査によれば、90パーセント以上の企業が採用時に年齢制限を課しており、平均上限年齢は41.1歳であった。2000年4月「求人者の年齢制限に関する実態調査結果」（労働省職業安定局委託調査）。

⁴⁴ 労働基準法3条は「国籍、信条又は社会的身分」を理由とする「賃金、労働時間その他の労働条件」に関する差別を禁止しているが、これを募集・採用時の年齢差別に適用するためのハードルは相当に高い。「国籍、信条又は社会的身分」は限定列举ではなく例示列举なので「年齢」をも含む、という立場を取り、かつ「労働条件」は「募集・採用における基準」も含むのだ、という相当無理な解釈が必要となる。しかし労働基準法が刑罰規定である以上、前者のような拡張（的）解釈は難しい（まさにこの拡張（的）解釈を行った裁判例として、日本貨物鉄道（定年時差別）事件・名古屋地判平成11.12.27 労判780号45頁）。また後者についても、最高裁（前掲注33 三菱樹脂事件）は企業の採用の自由を重視する立場からこれをはっきりと否定する。募集・採用時の年齢制限が公序に反するという見解も、少なくともこれまでは採用し得ない考え方であった。

であると認められる場合以外の場合)

事業主が労働者の募集及び採用に当たって、当該募集が次の1から10までのいずれかに該当する場合であって、当該事業主がその旨を職業紹介機関、求職者等に対して説明したときには、年齢制限することが認められるものとする。

1 長期勤続によるキャリア形成を図る観点から、新規学卒者等である特定の年齢層の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

2 企業の事業活動の継続、技能やノウハウ等の継承の観点から、労働者数が最も少ない年齢層の労働者を補充する必要がある状態等当該企業における労働者の年齢構成を維持・回復させるために特に必要があると認められる状態において、特定の年齢層の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

3 定年年齢又は継続雇用の最高雇用年齢と、労働者がその有する能力を有効に発揮するために必要とされる期間又は当該業務に係る職業能力を形成するために必要とされる期間とを考慮して、特定の年齢以下の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

4 事業主が募集及び採用に当たり条件として提示する賃金額を採用した者の年齢にかかわらず支払うこととするためには、年齢を主要な要素として賃金額を定めている就業規則との関係から、既に働いている労働者の賃金額に変更を生じさせることとなる就業規則の変更が必要となる状態において、特定の年齢以下の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

5 特定の年齢層を対象とした商品の販売やサービスの提供等を行う業務について、当該年齢層の顧客等との関係で当該業務の円滑な遂行を図る要請から、特定の年齢層の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

6 芸術・芸能の分野における表現の真実性等の要請から、特定の年齢層の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

7 労働災害の発生状況等から、労働災害の防止や安全性の確保について特に考慮する必要があるとされる業務について、特定の年齢層の労働者を対象として募集及び採用を行う場合

8 体力、視力等加齢に伴いその機能が低下するものであって、採用後の勤務期間等の関係からその機能が一定水準以上であることが業務の円滑な遂行に不可欠であるとされる当該業務について、特定の年齢以下の労働者について募集及び採用を行う場合

9 行政の指導、勸奨等に応じる等行政の施策を踏まえて中高年齢者に限定して募集及び

採用を行う場合

10 労働基準法等の法令の規定により、特定の年齢層の労働者の就業等が禁止又は制御されている業務について、当該禁止又は制限されている年齢層の労働者を除いて募集及び採用を行う場合

要するに、新卒採用だから、この年齢層が不足しているから、定年に近すぎるから、年功賃金だから、顧客が「若いのがイイ」というから、年寄りだと危ないから・・・などの理由があれば、年齢基準を用いないように努力する必要はない、ということであった。

(3) 改正雇用対策法 10 条

(ア) 改正の概要

年長フリーターの「門前払い」をなくすという意図の下で（やや唐突に）行われた 2007 年改正後の雇用対策法 10 条⁴⁵は、「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として厚生労働省令で定めるときは、労働者の募集及び採用について、厚生労働省令で定めるところにより、その年齢にかかわらず均等な機会を与えなければならない」と定める。文言から明らかなように、改正前の「努力義務規定」が「義務規定」となった⁴⁶。

ただし、改正前と同様、年齢制限が禁止されるのは「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」のみである。改正前の「年齢指針」に相当するのは雇用対策法施行規則 1 条の 3 である。指針が施行規則に「格上げ」され、「努力義務」が「義務」になっただけではなく、内容的にも見直しが施された。

雇用対策法施行規則 1 条の 3 第 1 項

法第 10 条 の厚生労働省令で定めるときは、次の各号に掲げるとき以外のときとする。

1 事業主が、その雇用する労働者の定年（以下単に「定年」という。）の定めをしている場合において当該定年の年齢を下回ることを条件として労働者の募集及び採用を行うとき

⁴⁵ エン・ジャパン「改正雇用対策法に対する企業の意識調査」（2007 年 12 月）によれば、募集・採用時の年齢制限の原則禁止について、企業の人事担当者対象の約半数が「対応に困る」と回答している。今後の対応策については「年齢が変わる応募資格を厳格にする」（33%）、「本当に必要な資格要件を見直す」（31%）などの回答が多かったが、「まだわからない」も 27%にのぼった（<http://corp.en-japan.com/newsrelease/detail.php?id=380>）。

⁴⁶ この「義務規定」の私法上の効力いかにについては議論がある。なお義務規定化による実務上の最も大きな変化は、職業安定所が年齢制限の付された求人を受理しなくなったことである。

(期間の定めのない労働契約を締結することを目的とする場合に限る。)

2 事業主が、労働基準法（昭和 22 年法律第 49 号）その他の法令の規定により特定の年齢の範囲に属する労働者の就業等が禁止又は制限されている業務について当該年齢の範囲に属する労働者以外の労働者の募集及び採用を行うとき。

3 事業主の募集及び採用における年齢による制限を必要最小限のものとする観点から見て合理的な制限である場合として次のいずれかに該当するとき。

イ 長期間の継続勤務による職務に必要な能力の開発及び向上を図ることを目的として、青少年その他特定の年齢を下回る労働者の募集及び採用を行うとき（期間の定めのない労働契約を締結することを目的とする場合に限り、かつ、当該労働者が職業に従事した経験があることを求人条件としない場合であつて学校（小学校及び幼稚園を除く。）、専修学校、職業能力開発促進法（昭和 44 年法律第 64 号）第 15 条の 6 第 1 項各号に掲げる施設又は同法第 27 条第 1 項 に規定する職業能力開発総合大学校を新たに卒業しようとする者として又は当該者と同等の処遇で募集及び採用を行うときに限る。)

ロ 当該事業主が雇用する特定の年齢の範囲に属する特定の職種の労働者（以下この項において「特定労働者」という。）の数が相当程度少ないものとして厚生労働大臣が定める条件に適合する場合において、当該職種の業務の遂行に必要な技能及びこれに関する知識の継承を図ることを目的として、特定労働者の募集及び採用を行うとき（期間の定めのない労働契約を締結することを目的とする場合に限る。)

ハ 芸術又は芸能の分野における表現の真実性等を確保するために特定の年齢の範囲に属する労働者の募集及び採用を行うとき。

ニ 高年齢者の雇用の促進を目的として、特定の年齢以上の高年齢者（60 歳以上の者に限る。）である労働者の募集及び採用を行うとき、又は特定の年齢の範囲に属する労働者の雇用の促進するため、当該特定の年齢の範囲に属する労働者の募集及び採用を行うとき（当該特定の年齢の範囲に属する労働者の雇用の促進に係る国の施策を活用しようとする場合に限る。)

このうち 1 号は、要するに「定年が 60 歳なのだから募集対象も 60 歳未満でやむを得ない」ということである。もっともな話ではあるが、定年制を維持しつつ募集・採用の局面だけをエイジ・フリーにしたことから生じたチグハグな結果ともいえよう。2 号はたとえば労基法の規制により 18 歳未満の者を従事させられない危険有害業務（労基 62 条）につ

いて 18 歳以上限定で募集をかけるようなケースが想定されている。法令上の規制がある以上当然に必要な例外である。3 号イは、長期雇用を前提に職業経験不問で新卒者等を募集する場合には年齢制限をつけてよいということである。

同号ロは、たとえば「営業職に 30 代がほとんどいない」というような場合に、技能やノウハウの継承を途絶えさせないために 30 代に絞って募集をかけることを認めようとするものである。告示によれば、「特定の年齢の範囲」とは 30 歳から 49 歳の間の特定の 5 歳から 10 歳の幅であり、「相当程度少ない」とは、同じ年齢幅の上下の年齢層と比較して労働者の数 2 分の 1 以下である場合をいう（雇用対策法施行規則 1 条の 3 第 1 項 3 号ロの規定に基づき厚生労働大臣が定める条件を定める告示）。つまり、営業職の 20 代は 100 人で 40 代は 80 人だが 30 代は 30 人しかいない、という場合であれば上記の 30 代限定募集が可能になるということである。

3 号ハは、たとえば老人の役を演じる俳優が必要なので 60 歳以上に限定して募集をかけるようなケースを想定している。男女雇用機会均等法上も同様の例外が認められている（平成 18 年厚労告 614 号 2-14(2)イ①）。もっとも「表現の真実性」の意味するところが性別と年齢とで本当に同じなのかは議論の必要があるだろう。そして同号ニは、60 歳以上の高齢者を募集する場合、あるいは特定求職者雇用開発助成金など高齢者雇用促進を目的とする国の制度を利用するために特定の年齢層に限定した募集を行う場合についての例外である。高齢者雇用促進の観点からの措置といえる。

（イ）改正の影響と意義

「ティーン向けの服の販売の仕事なので、せいぜい 25 歳まででない」と「結構力仕事なので 50 歳以上では無理」——これらの理由から募集・採用時に年齢制限を課すことは、雇用対策法旧 7 条の努力義務規定の下では許容されていた（「年齢指針」3-5 及び 3-8 参照）。しかし 2007 年改正により、もはやこのような理由では年齢制限を設けることはできなくなった。とくに「年齢指針」3-8 の「体力、視力等・・・が一定水準以上であることが業務の円滑な遂行に不可欠」は、求人企業が募集・採用時に年齢制限を課す理由としてもっとも頻繁に援用されていた⁴⁷。これが使えなくなったのであるから、改正が実務与えた影響は大きかったと

⁴⁷ ハローワークにおける 2007 年 4 月新規求人で年齢制限が付されていたものの中では、「体力、視力等・・・」をその理由とするものが 20.8 パーセントで最も多かった（第 30 回労働政策審議会職業安定分科会雇用対策基本問題部会（2007 年 6 月 22 日）資料 5「ハローワークにおける求人年齢制限の状況」）。また、1999 年に行われた前掲注 43 の労働省職業安定局委託調査においても、企業が上限年齢を設定している理由としてもっとも多かったのが、「年輩者は体力的に

いえるだろう。

他方で、2007年改正後も1号及び3号イ・ロの例外がなお「生き残った」背景には、長期雇用を前提とする日本の伝統的な雇用システムには手を触れないという配慮が働いていたと考えられる。すなわち、定年制が違法とされていない以上、募集・採用においても定年年齢を上限として設定することを許容せざるを得ない（1号）。長期雇用を前提とする以上、若年者の採用を禁止することはできない（3号イ）。年功賃金・年功処遇である以上、従業員の年齢構成はある程度均一でなければならず、したがって特定の年齢層が不足している場合にはその年齢層のみを募集することを認めざるを得ない（3号ロ）。定年制という年齢基準の仕組みを軸とする長期雇用制の下で、年齢にこだわらない社会を目指すエイジ・フリー政策を推し進める。2007年改正は、現在の法政策が抱えるこの矛盾がそのままの形で立法化されたという意味で、非常に興味深いものとなったといえる。

（4）高年齢者雇用安定法

2004年改正により、高年齢者雇用安定法18条の2が新設された（同年12月施行）。この規定は、高年齢者の再就職促進のために労働者の募集・採用における「年齢制限の是正に向けた取組を一層促進」するための措置であり、雇用対策法旧7条を補足するものと位置づけられた。

事業主は、労働者の募集・採用にあたり、やむを得ない理由により求職者に対し65歳未満の年齢上限を課す場合には、その理由を示さなければならない（高年齢者雇用安定18条の1第1項）。理由の提示は、募集・採用時に用いる求人票などの書面、または電子メール、ウェブサイト、FAX、CD-ROMなどの電磁的記録においてあらかじめ行う（同法施行規則6条の5第1項・2項）か、あるいは求職者の求めに応じて遅滞なく書面や電子メール等を交付するという方式で行わなければならない（同則3項）。

「やむを得ない理由」とは、前掲の雇用対策法施行規則が列举する6項目に該当するものをいうとされている。したがって、雇用対策法10条と高年齢者雇用安定法18条の2の関係は次のように整理できる。すなわち企業は、①やむを得ない理由（＝雇用対策法施行規則の6項目に該当する理由）がない場合には、年齢制限を課すことができない。②やむを得ない理由がある場合も、65歳未満の年齢上限を定める際はその理由を示さなければならない。

「理由説明義務」を課すことで、「なぜ年齢制限を課しているのか」を企業自身にもう一度対応できないから」（33.8パーセント）であった。

度よく考えてもらう。その結果、他の会社に右にならえでなんとなく年齢制限を課していたが、よく考えてみたらウチではそんなの必要ない、ということが明らかになるかもしれない。そんな効果を期待した規制であるともいえる。ただ、雇用対策法が年齢制限をつけられる場合を限定してしまっている状況において、果たしてこの「理由説明義務」規定にどれほどの意味があるのか、疑問の残るところではある。

3 公務員とエイジ・フリー

公務分野におけるエイジ・フリーも近年議論になった。最初にこの問題に言及したのは、2003年の人事院勧告（別紙3「公務員制度改革の具体化に向けて」）であった。そこでは、「採用試験の受験資格として設けられている年齢制限については、年齢にかかわらず均等な受験の機会を確保するという観点から、関係者、有識者等の意見を聴取しつつ、撤廃する方向で検討を進める」と述べられていた。翌2004年の同勧告（別紙3「新たな公務員人事管理の実現に向けて」）でも、「採用試験の受験資格として設けられている年齢制限については、『規制改革・民間開放推進3か年計画』・・・において、『存続すべき理由があるものを除き撤廃する方向で検討を行い、結論を得る。』とあることを踏まえ、関係者等の意見を聴取しつつ、検討を進めている」とされており、公務員採用試験のエイジ・フリー化が推進されるのではないかと期待する向きもあった。

しかし、2005年の同勧告（別紙3「公務員人事管理に関する報告」）は、以下のように明らかにトーンダウンした。「今後、年齢にかかわらず民間人材の採用を推進していくためには、現行採用試験の受験年齢制限の撤廃によるよりも、各府省が人材確保の必要に応じで行う選考採用の活用を図ることが適切であると考え。そのため、求める能力・経歴等を明らかにして積極的に公募を行うとともに、応募者の能力・経歴を適切に評価し、ふさわしい職務付与を行う新たな仕組みを早急に整備する」——エイジ・フリーの問題がいつの間にか中途採用の問題にすり替わってしまったようである。

その後2006年の勧告ではとくにこの問題に言及がなかったが、2007年の勧告（別紙3「公務員人事管理に関する報告」）では、以下のようにまたこの問題に関する記述が——それほど強いトーンではないが——復活した。「再チャレンジ」政策との関係である程度の言及が必要であったのだと推測される。

「(採用試験の)年齢要件については、関係者等の意見も聴取しながら検討を行い、年齢にかかわらず外部の人材の採用を推進していくため、昨年度、公募や能力実証の一部を本院

が担う経験者採用システムを導入し、6省庁7種類の選考試験を実施したところである。さらに、職業経験の有無にかかわらず、30～40歳程度の者にも就職機会を提供する仕組みとして、閣議決定を踏まえ、国家公務員中途採用者選考試験（再チャレンジ試験）を本年秋に実施するべく準備を進めている。

本年6月、閣議決定において、本院に対して、再チャレンジを支援する観点から、国家公務員採用試験の受験年齢の上限に関する検討の要請が行われた。本院としては、今般改正された雇用対策法に基づく取扱いや、民間企業における実態等を適切に調査・把握しつつ、有識者及び各府省からの意見聴取を行いながら、必要な検討を行うこととしたい。」

IV 今後の法政策のあり方

1 現行法政策の位置づけ

日本のエイジ・フリー法政策は、これまでは内部労働市場における雇用維持を優先する政策の背後に隠れていたが、21世紀に入る頃から徐々にクローズアップされてきた⁴⁸。しかし雇用の終了場面、すなわち定年制に関しては、その廃止が高年齢者雇用安定法上1つの選択肢と位置づけられてはいるが、全体としてみればなお内部労働市場における雇用保障の重視、長期雇用システムの維持というスタンスが優勢である。これに対し募集・採用時のエイジ・フリーについては、年長フリーター問題という突然の「神風」により、十分な議論もなく募集・採用時の年齢制限が原則禁止となった。その結果、すでに述べたように、募集・採用時の年齢制限は原則禁止として門戸はできるだけ広げ、しかし定年制を軸とする長期雇用システムはそのまま維持する、という、若干ちぐはぐな印象の政策がとられることとなった。

もっともこの「ちぐはぐさ」は、人権保障アプローチを前提として考えるがゆえに生じるものとも言える。労働市場アプローチを追求した結果、募集・採用時はエイジ・フリーだが定年制は維持、というのがベストな政策枠組みである、それが労働市場をもっとも効率的に機能させる、という高度な判断がなされたのかもしれない——残念ながら、雇用対策法や高年齢者雇用安定法の立法・改正過程からはそのような緻密な議論は浮かび上がって来ないのであるが。

ただ、これまでの日本の法政策が基本的には労働市場アプローチであったことは間違いない。このことは、まさに人権保障のために準備されたに違いない人権擁護法案（2002年

⁴⁸ 詳細は濱口桂一郎「年齢差別」法律時報 79 卷 3 号（2007 年）53 頁。

国会提出、2003年廃案)が、「人種等を理由としてする不当な差別的取扱い」を広範に禁止しつつ(法案3条1項1号)、そこでの「人種等」を「人種、民族、信条、性別、社会的身分、門地、障害、疾病又は性的指向」と定義し(法案2条5項)、「年齢」明示的に除外したことからも明かである。少なくとも人権擁護法案の立法者は、「年齢差別」を人権保障施策の対象とは考えなかったということであろう⁴⁹。

中高年フリーターの雇用対策として募集・採用時の年齢制限を禁止。高齢者雇用確保のため、(定年廃止という選択肢は設けたが)定年制の存在を前提にその延長や定年以降の雇用延長を促す。その局面ごとに切り取ってみれば、一定の目的に沿って労働市場アプローチの下で政策が講じられているともいえる。しかし、それぞれの「局地的な」政策が相互にどのように影響し合うのか、労働市場「全体」をどう動かしていくのか、という観点からの考慮はあまりなされていないようである。結局現行の法政策は、一言でいえば「アドホックな労働市場アプローチ」ということになりそうである。

2 解雇規制との関係

労働市場全体を見渡した場合、エイジ・フリー政策と解雇規制との関係を無視することはできない。「年齢にかかわらず働ける社会」とは、裏を返せば「年齢にかかわらずクビになる社会」でもあるのかもしれないのだ。

日本の労働法における重要なルールの一つが、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恣意的な解雇を禁止する、いわゆる解雇権濫用法理である。元々は裁判例の積み重ねによって形成された判例法理であったが、現在は明文化されている(労契16条)。これまで日本の労働者、とくに長期雇用を前提に正社員として新卒で雇用された労働者は、この法理の下で非常に強力な雇用保障を享受してきた——定年年齢到達までは。

定年までは雇用保障があるが、その代わり定年になったら有無を言わず退職しなければならない。これまでの日本の雇用においては、このようなトレード・オフ関係が成り立っていたのである。定年制によって毎年定期的に一定数の退職者が出て、その分新しく人を雇える。それで人事の停滞を防ぐことができた。年功賃金・年功処遇であっても定年制によっていずれは「上が空く」ので問題が生じなかった。

⁴⁹ 同法案のベースとなった法務省・人権擁護推進委員会「人権救済制度の在り方について(答申)」(2001年5月)は、「一定の年齢以上であることを理由とする差別の問題については、雇用の場面では定年制等の年齢を基準とする雇用慣行が存在し、許されない差別の範囲が必ずしも明確でないことから、これを積極的救済の対象とすることは困難である」とした。

年齢を基準とする仕組みである定年制は、本来エイジ・フリーの考え方とは相容れないものであるといえる。しかし定年制をやめるということは、これまでの日本的な雇用のスタイルもやめるということである。定年制がなくなれば、労働者が一定年齢到達だけを理由に退職を強制されることはなくなる。しかしその代わり、企業は解雇、あるいは実質的には解雇の意味を持つ退職勧奨という手段に訴えざるを得なくなる——報酬に見合う働きをしてくれない労働者を永久に雇っているわけにはいかないのだから。解雇をしなければ新しい労働者を雇えない。年功賃金・年功処遇も維持することはできないだろう。

能力の高い労働者は、60歳を過ぎてもずっと雇われ続けることになるかもしれない。しかしその一方で、60歳到達よりずっと前に解雇される労働者も増える。退職を余儀なくされるか否か、その分かれ目は、労働者の年齢ではなく、能力や成果。まさにそれがエイジ・フリーの世界だ。エイジ・フリー社会を目指すということは、この状況を受け入れるということなのである。雇用の安定という、ある意味日本社会を支えてきた基盤を捨てるということなのである。

そしてもちろん、定年のないエイジ・フリーの世界では、解雇権濫用法理の中身も変わらざるを得ない。アメリカにおいて随意的雇用原則と ADEA による定年制の禁止がいわばセットで存在しているように、日本でも定年制が禁止されればその分能力不足や業績低下を理由とする解雇が認められやすくならざるを得ないだろう。

3 労働市場アプローチか、人権保障アプローチか

(1) 労働市場アプローチの論点

労働市場アプローチの場合、まず労働市場におけるどのような問題をターゲットにするのかを確定しなければならない。高齢者の就業率引き上げなのか、雇用の流動化促進なのか。その目的達成のために、具体的にどの局面でどの程度までエイジ・フリー政策を講じればよいのか。そもそもその目的はエイジ・フリー政策で達成するのがもっとも効率的なのか——これらの点についての検討が必要である。

また、人権保障アプローチに比べると、労働市場アプローチでは問題の切り分けが比較的容易であるので、雇用の分野に話を限定して考えることができる。現行法のような、募集・採用と退職の局面とを区別した政策を講じる——たとえば、募集・採用における年齢基準は禁止するが、定年制は維持する——ことも一応可能であろう。

いずれにせよこのアプローチの下では、長期雇用制の下での、内部労働市場における雇用維持という現在の雇用政策の基本的な枠組みをどうするかについての検討が不可避であ

る。前述したように、解雇権濫用法理による定年到達までの雇用保障と、定年到達時における強制退職とはトレード・オフ関係にある。エイジ・フリー政策の下でこれを捨て去り、定年制をなくせば、労働者が一定年齢到達だけを理由に退職を強制されることはなくなる。しかしその代わり、企業は解雇、あるいは実質的には解雇の意味を持つ退職勧奨という手段に訴えざるを得なくなる。解雇権濫用法理の中身も変質するであろう。

(2) 人権保障アプローチの論点

これに対し、人権保障アプローチをとるのであれば、ある意味話は単純である。日本の長期雇用制への影響いかに気にする必要はない。人権に優越する価値が存在しない以上、とにかく（高齢）労働者の人権保障のために早急に雇用における年齢差別を禁止する法律を制定すべきである。いや雇用の分野だけでなく、あらゆる分野において同様の立法が必要であろう。また、定年制や退職の局面と募集採用の局面を分けて考える必要もない。募集・採用時か退職時かで年齢差別に関する人権保障の度合いが異なるというのも奇妙な話である。

他方で、人権保障アプローチの場合には、日本社会に根付いた「長幼の序」「先輩・後輩」「目上・目下」といった考え方の折り合いをどうつけるかが焦点となりうる。「年上を敬う」ことは見方を変えれば年齢を基準とする特別扱いにはかならない。兄も弟も姉も妹もまとめて brother/sister と呼び、年齢の上下に関係なくファースト・ネームで呼び合う社会ならともかく、年齢が1つでも上なら基本的に「さん」付け、宴会でも上座、という社会において、果たして年齢差別を人権侵害と位置づけることができるのか。

また、なにが人権侵害の年齢差別なのか、その限界も確定しなければならない。年齢に基づく基準はすべていけない、と考えれば、極端な話たとえば飲酒や喫煙などについても年齢で線を引くことが妥当なのかどうかという議論もしなければならない。

(3) 欧米との比較

アメリカの ADEA は、紛れもなく差別禁止法であるが、実質的には労働市場アプローチの下でスタートし、現在でもその枠組みが基本的には維持されている。もっとも、その後の改正を経て人権保障アプローチの色が徐々に濃くなってきているのもまた事実である。EU はある意味アメリカとは逆に、EC 指令の立法当初から、人権保障アプローチを大義名分として前面に押し出してきた。しかしその体裁を取りつつ、実際には労働市場アプローチの下で雇用政策上の一定の目的をも政策ターゲットとしている。要するにアメリカも EU も、その具体的な形は異なるが、人権保障という社会的にみて比較的受け入れやすい（あ

るいは、受け入れざるを得ない) 枠組みの中で、労働市場政策を講じてきたのである。言い換えれば、人権保障アプローチを「錦の御旗」として上手に利用しながら、実際には労働市場アプローチを講じてきた。

これと比較して日本の場合に問題なのは、「年齢差別」を人権問題として受容する素地のない年功的な社会体制になっており、人権保障アプローチは受容どころか下手をすれば反発を呼ぶ可能性があるという点である。だとすれば労働市場アプローチを前面に出すしかないが、その場合は解雇権濫用法理や内部労働市場における雇用維持という仕組みにどこまで手をつけるのかを検討しなければならなくなる。

4 今後に向けて、いくつかの提言

(1) 人権保障アプローチからの議論を

年功的な社会体制なのだから人権保障的アプローチは念頭におく必要はない、労働市場アプローチに徹すればよい、という考え方もありえよう。しかし、「年齢差別は人権侵害」という意識は、今後徐々に社会に浸透していくのではないだろうか。わずか十数年前まで、雇用・労働における男女の差別、いや「区別」はあって当然という考え方が支配的であった。しかし判例が男女平等取扱い法理⁵⁰を発展させ、ついには男女雇用機会均等法が雇用のあらゆる局面における男女差別を強行的に禁止するに至った。最近では欧米の立法にならっていわゆる「間接差別」を禁止する規定も制定された(均等法 7 条)。前述したように、人権擁護法案は「年齢差別」には懐疑的であるが、障害や性的指向など、これまでは法規制の枠外にあった差別事由にも言及していた。「人権」の範囲は、今後広がりこそすれ狭まりはしない。そのことは、以上述べたような現在に至るまでの差別禁止関連立法の展開過程が、いやもっと言えば世界の歴史が、証明しているのではないだろうか。

また、少子・高齢社会がこれらの流れをさらに加速させる可能性もある。元来高齢者は若年世代よりも政治への関心が高いが、高齢者人口が増えればその政治的なパワーはさらに増大することになる。エイジ・フリーはまさに自分たちの利益擁護のための社会運動となる。前述のように、アメリカでも高齢者ロビー団体である全米退職者協会(AARP)がADEAの規制強化に大きく関与したといわれている⁵¹。

本稿でこれまでみてきたように、アメリカにおいてもヨーロッパにおいても、エイジ・フリー政策はその人権保障施策としての側面を無視して語ることはできない。実質はどう

⁵⁰ 前掲注 34 日産自動車事件で確立したとされる。

⁵¹ 森戸・前掲注 9 論文 100 頁。

あれ、人権保障という視点はエイジ・フリー政策に「理念」として、あるいは「建前」として大きくかぶさっているのである。しかし日本においては、その点についての議論がまだ十分になされていないように思われる。たとえエイジ・フリー政策の目的が労働市場制度の改革のみであったとしても、それを人権保障アプローチから完全に切り離すことができないこと、切り離さない方が政策を効率的に実施できる場合があるであろうことは、欧米の経験からも明らかである。エイジ・フリー政策の人権保障施策としての側面をどの程度考慮するか、他の人権保障施策との整合性をどのように考えるか、などについての検討を行っておくべきであろう。

(2) 定年制について

年齢差別禁止法を実施する欧米諸国においても、定年制その他雇用終了の局面での措置については様々な「特別扱い」がなされている。アメリカでは定年制は原則違法であるが、企業が高齢労働者の引退を促すための定年制以外の「ソフトな」手段（早期引退優遇制度など）は適法に実施できる。またヨーロッパでは、国によって微妙な違いはあるものの、定年制が年金の支給開始年齢と接合しているかぎり基本的には年齢差別禁止規制の適用範囲外と扱われる。このようにみえてくると、日本においてもエイジ・フリー社会だからといって当然に定年制を排除する必要はないともいえそうである。現在の法政策がそうであるように、募集・採用と定年制それぞれについて違う規制のあり方を考えてもよいだろう。もっとも、ヨーロッパで定年制が許容されるのは、その年齢が年金支給開始年齢と接合している場合である。日本においても雇用法制と年金法制の連携がもっと意識されるべきであろう⁵²。

仮に定年制が違法とされたらなにが起きるか、と考えると、少なくとも現時点では定年制がなくなることによるマイナスの方が大きいように思われる⁵³。すでに述べたように、米国では随意的雇用原則を前提としてADEAが存在している。日本で定年制が禁止されれば、企業はおそらくこれまでより頻繁に解雇という手段に訴えるようになるであろう。それが

⁵² 現在の高齢者雇用安定法による規制は、複数の選択肢を示してはいるが、実質的には「60歳定年の後、65歳までは期間雇用の更新という形で再雇用、再雇用後の年収は大幅ダウン」という仕組みを許容するルールである。この枠組みが、公的年金その他の引退後所得保障制度とどのような関係に立つのか、という観点からの検討が必要であろう。

⁵³ 定年制を（たとえ形骸化した形であっても）残すことによって、定年制のメリット、特に労使が一応定年までの雇用保障を前提にすることによる心理的な安心感が保たれるという側面もあるだろう。

社会を混乱させることになるのか、あるいは結果として労働市場の流動化を促進し経済の活性化につながるようになるのかはわからない。ただ米国のADEAは、採用差別の是正にはあまり効果がなく、むしろすでに職に就いている労働者の雇用を維持する機能を果たしたといわれている。そうであるとすれば、日本でも解雇だけ増えて社会が混乱し、しかし中高年齢者の新規雇用は思ったほど進まない、ということが起こる可能性もあるのではないだろうか。

定年制が存在するのは、高齢者に対する偏見からではなく、人事管理上の要請からであるといえる。したがって、前述したように、「定年制は人権侵害か」という観点からの考察も忘れてはならないが、定年制をめぐる問題はまずやはり労働市場アプローチの下で議論していくべきであろう。

(3) 募集・採用時の年齢制限について

募集・採用時の年齢制限は、定年制やそれを前提とした人事管理制度とは異なる背景をも持っているように思われる。「新卒採用・長期雇用だから」「30代後半層が少ないから」などの理由による年齢制限は、長期雇用を前提とした人事管理上の必要性を背景とするものである。しかし、改正雇用対策法成立以前——そしておそらくは現在もおそらくは、契約社員やパートタイマー、アルバイトの募集など、定年制や長期雇用的人事管理との関連が薄そうな職種の求人の際にも、年齢上限が設定されることが少なくなかった。つまり、高齢者に対するステレオタイプで根拠のない偏見に基づく決定がなされている可能性もあるということになる。そうであるとすれば、この問題は労働市場アプローチだけではなく、人権保障アプローチの観点からも捉えるべきであるといえる。

「再チャレンジ政策」のドタバタの中、2007年の雇用対策法改正は、募集・採用時の年齢制限禁止規定を義務規定化した。これぞまさに人権保障アプローチによる法政策の実現だ、という評価もできるだろう。しかし前述したように、人権保障アプローチについては本来もっと深くかつ慎重な議論が必要であったのではないだろうか。

筆者個人としては、義務規定化に一気に進むのではなく、高齢者雇用安定法18条の2が定める「年齢制限に関する理由説明義務」を中心とした政策が講じられるべきであったと考えている。さらに言えば、雇用対策法10条はもちろん、旧7条の努力義務規定も本来はまだ必要なかったと考えている。政治的なプロセスを全く無視して敢えて言えば、もっとも理想的な姿は、今後の法改正で雇用対策法10条を廃止し、高齢者雇用安定法18条の2のみが存在する状態にすることである。

すでに指摘したように、高年齢者雇用安定法18条の2は、「なぜ年齢制限を課しているのか」を企業自身に考えさせることができる点に意義がある。真剣に考えた結果、「やはりこういう理由でウチには年齢制限が必要だ」という結論が出るならばとりあえずはそれでよい。しかし、仮に「他がやっているのだからウチもやっていたが、よく考えてみたら年齢制限など不要だということがわかった」ということになれば、その企業はもはや無駄な年齢制限などせずに本当に欲しい人材を年齢にかかわらず採用しようとするだろう。まさにエイジ・フリーが、軋轢の大きそうな人権保障アプローチを正面から振りかざさずとも、「ソフトな」誘導によって実現することになる。「説明義務」により、企業が自社内の問題を自ら発見し、その解決方法を自発的に考えることを促されることになる⁵⁴。

しかし残念なことに、「理由説明義務」というこの優れた法的アプローチ⁵⁵は、現行法下では全くの「死に体」になってしまっている。なぜなら、雇用対策法10条により、そもそも年齢制限をつけられる場合自体が限定されてしまっているのである。それでは「理由説明義務」規定にはなんの意味もない。企業がどんなに「真剣に考えた」ところで、その理由が雇用対策法施行規則の認める6つの場合に該当しなければどっちみち年齢制限をつけることはできないのである。他方で、それほど「真剣に考え」なくても、形式的に6つの場合のうちいずれかを年齢制限が必要な理由にしておけば法的な問題はクリアされてしまう。要は解答をみせた上で問題集を解けと言っているのと同じ状況である。法規制として意味がないと言わざるを得ないだろう。

V おわりに

⁵⁴ 近年労働法学の世界で注目を浴びている「構造的アプローチ」に通ずる考え方ともいえる。水町勇一郎『集団の再生』(2005年)、及び森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』(2008年公刊予定、日本評論社)所収の各論文を参照。

⁵⁵ 募集・採用時の年齢制限について「理由明示義務」を課するという手法を最初に提案したのは、総合規制改革会議「重点6分野に関する中間とりまとめ」(2001年7月)(当時筆者は人材(労働)ワーキンググループ専門委員)、森戸英幸『『年齢制限』には説明義務を』東京財団 Intellectual Cabinet (2001年)55号4頁、同前掲注9論文126頁である。ちなみに当時配布されていた厚生労働省作成の『『年齢』についてもう一度考えてみませんか?』と題された事業主向けのパンフレットには「・・・年齢制限を行う事業主の皆様は、その具体的な理由を明らかにしていただく過程で、その年齢制限が真に必要なか否か、ひいては中高年齢者をその職務に活用することが真に困難か否かについて改めて考えていただくためです。これを機会に、もう一度、『年齢』について考えていただき・・・」と記載されているが、前掲の Intellectual Cabinet には「・・・このやり方であれば、『なぜ年齢制限を課しているのか』を企業自身にもう一度考えさせることができる。その結果・・・『他がやっているのだからウチもやっていたが、よく考えてみたら年齢制限など不要だということがわかった』という声が上がってくるに違いない・・・」と記載されている。

いずれにせよ、遅かれ早かれ、どういう形かはわからないが、エイジ・フリー社会がやってくるだろう。国際的なトレンドは覆しようがない。アメリカもヨーロッパも、大きな流れとしてエイジ・フリーの方向に動いている。日本は伝統的に「外国ではこうだ」と言われると弱い国である。かつての「時短」関連立法も男女雇用機会均等法も、かなりの部分「外圧」の影響を受けて制定された。エイジ・フリーに関しても、アメリカでもヨーロッパでもこうです、という論理が——良し悪しは別にして——通ってしまう可能性がある。

本稿では十分に検討しきれなかったが、エイジ・フリーが本当に望ましい方向なのかどうか、立法的な措置を講じてそれをさらに後押しすべきなのかどうかは今後十分に議論する必要がある。しかしとにかく、時代の流れは確実にエイジ・フリーに向かっている。今後向かっていくのは確かであろう。したがって、企業も労働者も、来るべきエイジ・フリー社会のために物理的にも精神的にも準備をしておいた方がよいだろう。募集・採用時年齢制限に関する理由説明義務の有効性についてはすでに言及したが、それにとどまらず、人事制度全体を、エイジ・フリーという観点から見直してみるという作業も必要なのではないだろうか。

実はこれまで、年齢を基準とした雇用管理を所与のもの、当然のものと思いきみ、それにこだわりすぎて、いい人材を失ったり、育て損ねたりしていたのかもしれない。エイジ・フリーという視点に立つことで、それが浮き彫りになるかもしれない。要するに、(経営側の物言いになってしまうが) 効率的な経営・人事管理ができているのか、それを考える視点の1つがエイジ・フリーなのである。