



I はじめに

本誌から与えられた課題は、法律学から見た「能力」についてのべよということであった。隣接学問分野間において、たとえ概念理解が異なっても、はたして議論が成り立つのか。問題への接近方法や視点が違うこともあろうし、また異なってしかるべきであろう。しかし当該対象に関する概念理解は共有するのではないのか。そうであるからこそ、労働に関わる学問はたがいに、自己以外の学問領域の業績に教えられ、相互に問いかけ、議論することができるのではないか——。このような思いを抱きながらも、法的に「能力」とは何か、これをいかに捉えるべきかという問題を考えてみたい。なお、これについては自ずと法的人間観、つまり現実の人ではなく、法が人間をいかに捉えるのかという課題とも密接に結びついていることに留意したい。

II 近代市民法における「能力」とは何か

まず手始めに、私の机上にある法律学辞典の記述から見てみよう。我妻栄〔編集代表〕『新版・新法律学辞典』（有斐閣・1967）971頁は「能力〔英〕capacity〔独〕Fähigkeit〔仏〕capacité」について「法律上、一定の事柄についての人の資格。たとえば権利の主体となることができる資格……違法な行為による責任を負うことができる資格……犯罪をし刑罰を受けることができる資格……」をいうとする。また、法令用語研究会〔編〕『法律用語辞典』第2版（同・2000）1128頁「のうりよく【能力】」では、「① 通常、法令で用いられる場合には、ある事柄に関し、法律上必要とされる一般的な資格を意味する。例えば、権利の主体となることができる一般的資格を権利能力、有効に法律行為を行うことができる一般的資格を行為能力……という」とのべている。すなわち、いずれも「能力」とは、人が一定のことをする際に、もつべき「資格」というと説明している。そこで、このような記述を手掛かりに、もう少し考えてみよう。

われわれが社会のなかで生きていくには、他者となんらかの関係を取り結ぶことにより可能となる。ただしそれは、身分的な強制により形成されることはな

い。人はそれぞれ自由な意思の合致を媒介にした、他者との（経済的）取引を通じて自ら必要とするものを入手する。われわれが生きているのは、封建制社会を打倒した近代市民社会の延長線上に位置付けられる社会である。人びとは、いわばインターネットと同様に、その自由な意思に基づく他人との契約による「取引」の、網の目のごとき無限の連鎖のなかで生活している。民法3条はそのような取引主体としての「資格」について、「私権の享有は出生に始まる」という短い文章で表現している。すなわち同条は「私権」、つまり他人との取引を通じて実現される権利と義務の主体となるべき「資格」、換言すれば、他者との財産取引主体としての法的地位が、人は生まれながらに、貧富の差や社会的地位・身分に関係なく、だれにでも等しく承認されると宣言している。民法は1000条を超える大きな法典であるが、これが施行された1898（明治31）年当初、現行第3条は、巻頭第1条に位置付けられていた。そして人びとがその自由な意思に基づき経済活動を行なうことに対し、国の干渉は原則的に受けない（私的自治の原則）。

こうして市民社会において人びとは、だれもが他者との自由な関係を形成することができる資格を付与された。イエーリング Rudolf von Jhering (1818～1892) は、シェークスピア作『ベニスの商人』（初演は1605年）のなかで、従来虐げられ、蔑まれていたユダヤ人の金貸し、シャイロックが、他の人びとと同じく、ベニスの法に基づく証文をもって、自らの権利の実現——貿易船が難破して借金を返済できなくなった貿易商アントニオの胸の肉1ポンドをえること——を主張していたと指摘している（村上淳一〔訳〕『権利のための闘争』〔岩波文庫・1982〕16-24頁、93-97頁。原著は1872年刊）。人が他人の権利や利益を侵害したときに負うべき賠償責任（民法415条、709条）も、そのような結果が生じたことについて故意＝あえて不法ないし違法行為を実行したか、もしくは過失＝注意を怠ったがゆえに、そのような結果を招来したからである。また行為者が法の禁止する罪を犯し、その刑事責任を追究される「資格」があるかどうか問われるのも、同じ発想である。こうしてラートブルフ Gustav Radbruch (1878～1949) は、市民法における人間について、中

世の協同体的拘束から解放された利潤追求と打算に終始する商人像として描いている（桑田三郎・常盤忠允〔訳〕「法における人間」同著作集第5巻〔東京大学出版会・1962〕5-7頁。原型は1926年11月発表〔ハイデルベルグ大学教授就任演説〕）。しかし、すべての人がそのような取引主体としての「資格」を有するということが、それを現実に実現することができるかどうかということとは、自ずと別である。

Ⅲ 労働法における「能力」とは何か

民法が人間を「人」として、一般的・抽象的な「権利能力」の主体という資格を付与したのに対し、労働法を含む社会法における人間類型は、民法とは異なり、生活に密着した類型である。ラートブルフはこれを「孤立した個体」ではなく「社会の中なる人間」「集合人」（同前稿11-12頁）とし、さらにジンツハイマーHugo Sinzheimer（1875～1945）は「階級的存在としての人間」と呼んでいる（清正寛〔訳〕「法における人間の問題」九州工業大学研究報告人文・社会科学15号〔1967〕36頁。原文は1933年公刊）。すなわち労働法における人間とは、より現実的・具体的に「労働者」であり、「使用者」である（労基法9、10条、労組法3条、労契法2条参照）。労働法は、労働力を使用者の処分に委ね、その対価をえて、自らおよび家族の生活を実現し、また労働条件や待遇改善のために、労働組合を結成して使用者との広義の団体交渉をし、ときには公権力に抗議の声をあげる「集団としての人間」に着目したことに特徴がある。換言すれば、民法が人間に、その意思に基づく経済活動の自由のみを保障したのに対し、労働法では、人が「労働者」としての具体的な社会生活を実現すべき手立てにも関心を向けた（「労働者」に該当するかどうかは契約形式＝労働契約〔労契法6条以下〕・請負〔民法632条以下〕・委任〔同643条以下〕ではなく、その役務提供の現実に即して判断しなければならないとされながらも、今日ではその判断が困難な場合も多い）。では労働法において問われる「能力」とは、いかなるものであろうか。

この点について、先に引用した『法律用語辞典』同前所は「能力」の第2の法的意義として、「② 物事を成し遂げることのできる力といった意味でも法令上用いられることがある」とのべている（具体例として憲法26条1項をあげる）。労働法では制定法上、わが国労働市場政策に関する基本法としての雇用対策法（1条1項）をはじめ、関連する青少年雇用促進法、障害者雇用促進法および高齢者雇用安定法、そして「失業の予防、雇用状態の是正及び雇用機会の増大……を

図ることを目的とする」（1条）雇用保険法などで、労働者の「能力」「職業能力」という文言が頻出する。そこでいわれる「能力」「職業能力」とは何か。雇用保険法の場合、それは「労働（雇用労働）に従事し、その対価を得て自己の生活に資し得る精神的、肉体的並びに環境上の能力」（労働省職業安定局雇用保険課〔編者〕『三訂新版・雇用保険法』〔労務行政研究所・1991〕159頁）、すなわち労働者の「稼得」能力をさす。職業能力開発促進法（昭和44年）2条2項は「『職業能力』とは、職業に必要な労働者の能力をいう」とする。しかし、これでは単なる同義反復で、意味をなさない。善解すれば、同条3項「職業に必要な労働者の技能及びこれに関する知識」に「態度」を加えた3つの要素を指すということになるのであろうか（菅野和夫『労働法』第11版〔弘文堂・2016〕72頁）。より詳しくは「業務の遂行に必要な労働者の能力であり、その職業における課題を処理する能力」を意味し、それは①情報処理、②対人処理および③対物処理の3つの機能からなる（厚生労働省職業能力開発局〔編〕『新訂職業能力開発促進法』〔労務行政・2002〕112頁）と説明されている。上記の関連立法にいう場合も、その意義は同じであろう。いずれも、通常の語義である「～することができる」という意味で用いられている。このような労働政策を実現すべき立法上の「能力」「職業能力」の意義について、法律学と他の隣接する学問分野のあいだに、概念理解が異なるということとはなからう。

Ⅳ 最近の労働法学上の「能力」をめぐる課題

しかし労働法学上の「能力」をこのように理解したとしても、従来法解釈論次元で労働者の「能力」や「職業能力」そのものを取り上げて具体的に議論されることは、ほとんどなかった。日本では、労働者とくに新卒者の採用に際し、具体的な職業能力の有無や程度は問われず、むしろ当該人物の潜在的可能性が重視され、当該企業で求められる職業的な知識や技能は、入社後の日常的な業務遂行の経験を通じて獲得される（OJT）べきものとされてきた。それゆえに使用者が労働者の職業「能力」をいかに活用するのかということに関心がもたれ、使用者には、幅広い人事権限が肯定されてきた（たとえば配転命令権の法的根拠とその限界が問われた東亜ペイント事件・最2小判昭61・7・14 労判477号6頁は、配置転換が「企業の合理的運営に寄与すべき役割の一つとして「労働者の能力開発」をあげていた）。そのような発想の背景には、長期的な雇用関係の継続が実現し、維持されることが労使双方にとって有益であるとの理解があったのであろう（両角道代

「職業能力開発と労働法」『講座 21 世紀の労働法』〔有斐閣・2000〕165 頁参照）。

しかし高度経済成長が終焉し「新卒一括採用」「終身雇用」「年功賃金」に代表される日本的雇用慣行が大きく揺らぐなかで、労働者の職業的「能力」に関わる議論への関心が次第に寄せられるようになった。たとえば、労働法学において近時議論になったものに、人事考課制度における労働者の「職業能力」評価と賃金制度をめぐる問題がある。すなわち、前世紀末から今世紀の初めにかけて、賃金制度の変容として「成果主義」ないし「能力主義」ということが盛んに議論された。ただし従来の賃金制度においても、勤続年数や家族構成等の属人的要素を考慮し、労働者の「潜在的な」能力を考慮することでは、能力主義であったといわれた。これに対し近時のそれは、長期的な観点から労働者の「潜在的な」能力を考慮するのではなく、短期間に発揮された「顕在的な」能力の程度を賃金決定の重要な要素としようとしたものである。そのような成果主義賃金制度が普及するなかで、労働法上の課題として提起されたのは、能力発揮の程度をいったい「誰」が「どのような基準や方法」によって、「いかに」衡平・公正かつ適切な測定・評価を実現するのかということであった。またそこでは、労働者の能力「評価」の法的性質をいかに理解するのか——それは、使用者の裁量権行使か、それとも評価義務の履行か——が論じられた（詳しくは、拙稿「成果主義賃金制度と労働法（学）の 10 年」日本労働研究雑誌 554 号（2006）5-17 頁を参照）。

ところで近時の雇用対策立法の指導理念として「キャリア権」という主張がなされている（諏訪康雄『雇用政策とキャリア権——キャリア法学への模索』〔弘文堂・2017〕。詳しくは、本号掲載の関連論稿参照）。それは労働市場が流動化し、わが国の従来の雇用システムが大きく変容しているとの認識を踏まえたものなのであろう。そこでは、画一的・取締的・強行的な規制をくわえるべき「集団としての労働者」ではなく、当事者の意思を尊重しつつ、個別的で、補完的な方法で任意的な規制を行なうほうが適切である（菅野和夫・諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題——新たなサポート・システムを求めて」日本労働研究雑誌 418 号〔1994〕2 頁）との理解が根底にはあるのかもしれない。同稿で

いう「個人としての労働者」とは、かつて 19 世紀中ごろ「鉄鎖以外に失うべきものは何もない」といわれたのと異なるのはもちろん、20 世紀的生存権（憲法 25 条）に着目するのではなく、自ら使用者との取引・交渉を通じて労働条件の改善を実現することができる「労働者」像を想定しているのだろうか（ただし、同前論文が刊行されたのは、バブル経済崩壊直後の時期であり、その後の「失われた四半世紀」をへた今日、その状況認識も変化しているのかもしれない）。「キャリア権」とは、そのような労働者の「能力」を育成する手立てということであろうか。

さて最近、外資系企業等を中心に、職種や地位を特定して採用した専門職や中途採用者の能力発揮が、当初想定したものに及ばないとした解雇紛争に関する裁判例も多く目に付くようになってきている（詳しくは、山下昇「低成果労働者の解雇に関する最近の裁判例の動向」季刊労働法 255 号〔2016〕15-26 頁を参照）。そして先述した近時の賃金制度の変化における人事評価制度の法的理解をめぐる議論のなかで、潜在的であれ、顕在的であれ、労働とは労働者の有する職業能力が発揮されたものと捉えることができるのであれば、法的に使用者には、これを尊重すべき（配慮）義務があるのではないかとの議論が示された（毛塚勝利「賃金処遇制度の変化と労働法学の課題」労働法学会誌 89 号〔1997〕18-22 頁）。このような理解によれば、使用者には人事評価（考課）において労働者の職業能力を公正かつ適正に評価する義務があるにとどまらず、その発展に寄与しない配転命令は無効とされるべきであるし、労働者が自らの労働能力を発揮した労務提供に対し、賃金を支払うだけでなく、それを積極的に受け取るべき義務がある（就労請求権の肯定）とする。このような観点に立てば、賃金処遇や解雇問題にとどまらず、男女の均等待遇のあり方や労働契約の法的把握など広く議論も展開されることになろう。それは、労働法学における「能力」や「職業能力」をめぐる議論が新たな段階を迎えるということを意味するのかもしれない。

いしい・やすお 獨協大学法学部教授。最近の主な著作に「戦前・戦中期における後藤清の社会法学——時代の伴走者の記録」『獨協法学』99 号（2016 年）。労働法専攻。