

試用期間

一 試用期間の意義

わが国の長期雇用システムのもとでは、定期採用された新卒学生、あるいは中途採用の場合であっても、入社日に就労を開始するからといってただちに本採用と評価されるわけではない。多くの企業では正規従業員の採用について入社後三ヶ月程度の見習期間や試用期間が就業規則や労働協約等に定められているのが通常だからである。

たとえば、ある企業の社員見習就業規則では、「第二条社員見習の雇用期間（以下『試用期間』という）は、雇入れの日から二ヶ月以内とする。

第三条 ①試用期間が満了し、会社が社員として適格であると認めるときは、所定の手続きを経て本採用とする。

②試用期間中に、会社が社員として不適格で

あると認めるときは解約する。

③試用期間満了時において、会社が社員として不適格であると認めるときは解約する。

④第一項にいう所定の手続きは、社員契約の締結および社員採用辞令をもって完了する。」

と規定され、使用者の解約権が留保されている。わが国では前述した社員見習就業規則のように、従来、見習期間に試用期間としての機能をもたせたり、これとは逆に、試用期間に見習期間としての機能をもたせている例が多くみられた。こうした見習期間と試用期間の混在は、試用期間満了後に本採用を拒否されること（レアケースであり、とくに問題のないかぎりそのまま本採用されることが多かった実情を反映したものであったといえよう。

たしかに試用期間に見習期間としての機能をもたせることは可能であるとはいえ、将来の業務遂行のための基礎的教育訓練を行なう見習期間と既得の労働者の職務遂行能力や業務への適

熊本大学教授 石橋 洋

格性を判定する試用期間とは、その目的ないし趣旨が明らかに異なっており、法的取扱いは区別されるべきである。また、臨時雇いや契約社員などの有期労働契約も、本来は臨時の労働需要に対処し、あるいは人件費コストの削減のために用いられる雇用形態であるが、本採用のための試用期間としての機能をもつ場合がある。この点については、有期労働契約で雇用する場合にも、その期間の定めを設けた目的ないし趣旨が「労働者の適性を評価・判断するためのものであるときには」、期間の満了により契約が当然終了する旨の明確な合意が存在するなどの特別の事情が認められる場合を除き、「右期間は契約の存続期間ではなく、試用期間と解するのが相当である」とする神戸弘陵学園事件・最高裁第三小法廷判決（平二・六・五判例時報一三五五号一四八頁。これを踏襲した最近の裁判例として、愛徳姉妹会事件・大阪地判平一五・四・二五労働判例八五〇号二七頁がある）が出されており、有期契約の目的ないし趣旨を問うことによつて契約の存続期間か試用期間かを判断しようとしている点は重要である。

最近、若年者を対象として開始されたトライアル雇用は、神戸弘陵事件・最高裁判決の特別の事情が認められる場合に当たり、実際に働いたトライアル期間の後に改めて期間の定めのない労働契約が締結されることになる政策的制度である。

以上のように、わが国では、見習期間や有期労働契約も試用期間として機能している場合がみられることから、試用期間の法的取扱いに際しては、形式的にはなく現実的機能に即して当事者の合理的意思がどこにあるのかを見定める必要がある。

二 試用期間設定の合理性

労働契約が、「債務の本旨にしたがった労働の提供」と「賃金」との対価的交換契約である以上、労働者は「債務の本旨」にしたがった労働の提供を使用者から求められることはいうまでもない。何を「債務の本旨」とするかは当事者の約定によって定まることになるが、「債務の本旨」として具体的・顕在的労働能力、すなわち一定の労働能力の質・熟練や労働の成果が求められている場合には、労働者を実際に働かせてみないとその労働能力を判定しえない場合が往々にして生ずることとなる。そこで、使用者が一定の期間中に試みに働かせて労働者の職務遂行能力や業務への適格性を実験観察し、その適否によって労働契約継続の有無を決定するために設けられるのが試用期間または試用契約であるといえることができる。

こうした試用期間の目的ないし趣旨のほかに、試用期間の目的として人格面からみた従業員としての適格性が挙げられることがあるが、疑問

である。その理由は、労働契約の目的である労働の提供に直接かかわりのない事項であることであり、仮に労働者の勤務態度などが評価の対象になるといふのであれば、それは採用後の労働者についても問題となりうる事柄であつて、試用期間中の労働者に特有の評価事項とはいえないからである（青木宗也・片岡鋤編『注釈労働基準法Ⅰ』林和彦執筆、青林書院、一九九四年～一八六頁）。ましてや、労働者の思想・信条や労働者のプライバシーなどにかかわる事項であつてはならないことはいうまでもない。

たしかに試用期間は即戦力となることが期待される中途採用者、そして一定の専門的知識・能力や熟練が求められる専門的技術者などの場合には、その目的ないし趣旨がよく妥当することになるといえよう。

では、新卒学生の場合はどうであろうか。新卒学生の場合にも試用期間が設けられているのが通常であるが、採用内定のプロセスにおいて、筆記試験や数回にわたる面接が行なわれ、学生の学歴や人柄などからその潜在的な職務遂行能力や業務への適格性が評価され、採用が決定されるとしても、具体的・顕在的な職務遂行能力や業務への適格性は使用者にとつては未知数であることは疑いない。しかし、潜在的な職務遂行能力や業務への適格性は、そもそも実験観察になじまないように思われる。残されるのは、人格面からみた従業員としての適格性であるが、

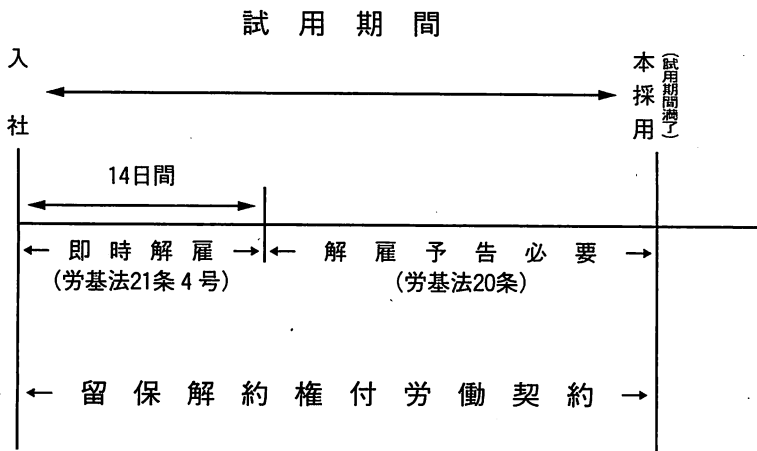
これを実験観察の対象とすることが疑問であることは前述したとおりである。その意味では、新卒学生の試用期間は、文字通りの試用期間というよりも見習期間としての性格が強く、その合理性が肯定される場合は少ないであろう。

こうして、試用期間はその本来の目的ないし趣旨に即して適用されるかぎりにおいて合理性を肯定され、たとえば就業規則に試用期間が規定された場合には、契約内容となつて契約当事者を拘束することとなる。

三 試用期間の法的性質

試用期間をどのような形式で設けるかは、採用内定と同様に、企業ごとに異なっており、前述した社員見習就業規則のように明確な制度となつていない場合もある。したがつて、試用期間の法的性質をめぐる学説・裁判例は、試用期間の運用の実情を考慮しながら、試みに働かせて実験観察し、その適否によって労働契約継続の有無を決する点を当事者意思に照らしてどう法的に評価するかによつて分かれることとなつた。大別して、試用契約から本採用の労働契約へという二段階のプロセスを想定する見解（後述その一）と、労働契約は当初の雇入れのときから成立しているとする見解（後述その二、三、四）に分けられる。

すなわち、その一は、試用は労働者の職業上



の能力判定を実験目的とする一種の無名契約であるとする「無名契約説」である（山口浩一郎「試用労働契約の法的構成について」社会科学研究一八巻一七二頁以下）。労働者が職業上の適格性を有すると判断されれば、あらかじめ労働契約が締結され、不適格とされれば試用契約は消滅することとなる。この見解によれば、試用は労働契約に付随する別の契約であり、二

つの契約が連結していることとなる。裁判例でこの見解に与するものはみあたらない。その二は、試用契約を締結すると同時に、従業員としての適格性がないと判断されないことを停止条件とする期間の定めのない労働契約を締結しているとする「停止条件付労働契約説」（山武ハネウエル事件・東京地決昭三二・七・二〇労民集八巻三三九〇頁等）である。その三は、試用期間中に従業員としての適格性を有しないと判定され、本採用を拒否されることを解除条件とする期間の定めのない労働契約であるとする解除条件付労働契約説（常盤生コン事件・福島地裁判決等）である。その四は、試用期間中に従業員としての適格性を有しないと判定された場合の解約権を使用者が留保している労働契約であるとする「解約権留保付労働契約説」（三菱樹脂事件・東京地判昭四二・七・一七労民集一八巻七号七六六頁等）である。裁判例の多くはこの見解に与し、通説もこれを支持していた。

以上のような試用期間の法的性質をめぐる学説・裁判例の対立は、三菱樹脂事件・最高裁大法廷判決（昭四八・一二・一二民集二七巻一一号一五三六頁）が裁判例の流れを追認し、解約権留保付労働契約説を採用することで決着がつけられることとなった。その際、最高裁は、試用契約の法的性質をどう判断するかは、「①就業規則の規定の文言のみならず、②当該企業内において試用契約の下に雇傭された者に対する

処遇の実情、③とくに本採用との関係における取扱についての事実上の慣行のいかんをも重視すべきものである」としたうえで、③について、新卒学生について試用期間後本採用されなかった事例がなく、雇入れについて別段契約書を作成することもなく、本採用にあたり当人の氏名、職名、配属部所を記載した辞令を交付することとどめていたこと等の慣行的事実の存在から、試用契約を解約権留保付労働契約としている。その後、最高裁は、前掲神戸弘陵学園事件判決においても、前掲②と③の実情から判断するほかにないとして、(1)試用期間中の労働者が試用期間の付いていない労働者と同じ職場で同じ職務に従事していること、(2)使用者の取扱いに格段変わったところがないこと、(3)試用期間終了後の再雇用（本採用）に関する契約書作成の手續が採られていないこと、の事情がある場合には、雇用契約に期間設定がなされているとしても、その目的ないし趣旨が「労働者の適性を評価、判断するものであるとき」は、これを解約権留保付雇用契約と理解している。

四 留保解約権行使の有効性

通説・判例である解約権留保付労働契約説によれば、試みに働かせて労働者の職務遂行能力や業務への適格性を実験観察し、従業員として不適格であるときは試用採用の当初から成立し

ている労働契約を特約上の解約権によって一方的に解消する本採用拒否は解雇ということになる。この点は、解雇予告制度の例外とされる一四日を超えて使用されていない試用期間中の労働者の場合（労基法二二条四号参照）も同様である。そこで、問題は、どのような場合に留保解約権の行使が有効とされるかであるが、この点について三菱樹脂事件・最高裁判決は次のような理論的な枠組みを組み立てている。

(1) 留保解約権の設定は、「大学卒業者の新規採用にあたり、採否決定の当初においては、その者の資質、性格、能力、その他上告人のいわゆる管理職要員としての適格性の有無に関連する事項について必要な調査を行ない、適切な判定資料を十分に蒐集することができないため、後日における調査や観察に基づく最終的決定を留保する趣旨」でなされるものであり、「一定の合理的期間の限定の下に」合理性を持つている。

(2) 留保解約権にもとづく解雇は、通常の解雇よりも広い範囲の解雇の自由が認められる。

(3) 留保解約権の行使は、(1)に述べた「留保解約権の趣旨、目的に照らして客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認される場合にのみ許されるものと解するのが相当である」。

(4) 企業者が、採用決定後の調査の結果により、または試用中の勤務状態等により、当初知

ることができず、または知ることが期待できないような事実を知るに至った場合において、そのような事実を照らしその者を引き続き当該企業に雇い続けるのが適当でないと判断するところが、(1)の解約権留保の趣旨、目的に徴して、客観的に相当である場合には、留保解約権を行使することができる。

以上の四点について、若干のコメントを加えておくこととする。

まず、(1)についてであるが、留保解約権が試用期間の目的ないし趣旨に即し、一定の合理的期間内に設定されるならば、留保解約権の設定が合理的であるとすることは妥当である。しかし、最高裁判決が、試用期間の目的ないし趣旨に従業員（管理職要員）としての適格性を判定するための実験観察期間であることに加えて、「後日における調査」を含めている点は、試用期間を身元調査補充期間と解するものであり、妥当ではない（菅野和夫『労働法（第六版）』弘文堂、二〇〇三年〈一七九頁〉。また、本件は就業規則の付属規定たる見習試用取扱規則が試用期間として機能するとともに、業務見習としての機能をも併せもっていた事例であるが、最高裁判決は管理職要員としての適格性の有無に関する判断をしているのであって業務見習の機能にはまったくふれられておらず、業務見習については留保解約権の設定が合理的とされていると解することはできないし（渡邊絹子・労働判例研

究ジュリスト一二五六号二〇二頁）、仮に業務見習機能に着目しているのであるとするならば、留保解約権の設定は合理性をもたないものと考えられよう。

次に、(2)において留保解約権にもとづく解雇は通常の解雇よりも広い範囲の自由が認められるとしている点であるが、明確さに欠けている。仮に解雇の範囲が広いとはいえ、思想・信条(労基法三条)、性別(男女雇用機会均等法八条)、正当な組合活動(労組法七条)などを理由とする解雇が緩和されることを意味するものでないこととはいうまでもない。したがって、最高裁判決の意味は、通常の解雇事由に加えて、試用期間の目的ないし趣旨に即した留保解約権の行使が可能であると理解されることとなる(三愛作業事件・名古屋地判昭五五・八・六労働判例三五〇号二八頁、三洋海運事件・福島地いわき支判昭五九・三・三一労働判例四二九号二二頁)。さらに裁判例のなかには、能力主義を採用し、ランク別に地位、給与などに格差をつける雇用形態をとっている場合には、「高いランクの職員の採用に際して、適格性の審査を十分に行うため試用期間を設けて解約権を留保するのは、このような雇用形態を採らない場合に比し、より強い合理性を有するものということができ、……留保された解約権の行使は、ある程度広くこれを認めることができる(欧州共同体委員会事件・東京地判昭五七・五・三一労民集三三三巻

三号四七二頁、同控訴審・東京高判昭五八・一・二・一四労民集三四巻五・六号九二二頁)としたものがある。今後、専門的知識・能力が問われる中途採用の事例が増えると、同様の判断が予想される(最近の中途採用管理職の裁判例として、オープンタイドジャパン事件・東京地判平一四・八・九労働判例八三六号九四頁があるが、本採用拒否を客観的合理的理由がないと判示している)が、「より強い合理性」や「ある程度広く」というのも前述したところと同じ意味に理解されるべきである。

最後に、(3)は留保解約権の行使にも解雇権濫用法理が援用されることを指摘していることである。この部分は、前掲神戸弘陵学園事件・最高裁判決においても踏襲されている。今後は、二〇〇四年から施行されている労基法一八条の二が適用されることとなるが、三菱樹脂事件・最高裁大法廷判決、およびそれ以降の裁判例で示された留保解約権行使の濫用評価に関する判例法理が事実上引き継がれていくことになると思われる。たとえば、三菱樹脂事件・最高裁大法廷判決以降の裁判例に比較的多くみられる採用時の履歴書の虚偽記載や面接時の虚偽申告と留保解約権行使の有効性の存否が争われた事案にあつては、(4)の一般論を具体化し、従業員としての適格性を否定するためには、秘匿等にかかる事実の内容、秘匿等の程度およびその動機、理由に照らして、秘匿等の所為がその者

の人物評価に及ぼす程度を参酌したうえ、それが客観的にみて従業員としての適格性を否定する合理的理由たりうるか、という観点からの判断がなされている(前掲三愛作業事件、前掲三洋海運事件、小太郎漢方製薬事件・大阪地判昭五二・六・二七判例タイムズ三四九号一五〇頁等)が、こうした判断手法が変化することはないものと思われる。いずれにしても、試用期間の留保解約権の行使に関する合理的理由と社会通念上の相当性の存否は試用期間の目的ないし趣旨に即して判断されることとなる。

五 試用期間の長さとの延長

試用期間の長さについての法令上の制限は存在しないが、留保解約権の存在により労働者は不安定な地位におかれることになるから、労働者の職務遂行能力や業務への適格性を実験観察するのに必要な合理的範囲を超える長期の試用期間の設定は公序良俗に反して無効と考えられる(ブラザー工業事件・名古屋地判昭五九・三・二三労働判例四三三九号六四頁)。

また、試用期間の延長または更新は原則として認められないが、就業規則などに試用期間の延長または更新についての規定があり、しかも合理的な事由がある場合には許容されることがある。