

研究ノート

試用期間についての覚書

井村真己

はじめに

労働契約が労働者の主体的意思による活動である労務の提供を目的として使用者との間で締結される契約であることから、当該労務提供が契約条件として提示された内容に合致しているか否かについては、現実には労働者に労務を提供させないと判断しないことがある。そうすると、使用者としては、労働契約の締結に当たって労働者の職業能力の有無を判断するために一定の試験的雇用期間を設ける必要が生ずることになる。

このような必要性から、使用者は、新たに正社員として採用された労働者に対して、入社した後の一定期間を実験期間とし、その間に労働者の人物・能力を評価した上で正社員として本採用とするか否かを決定する、いわゆる試用制度を設けることが多い。こうした試用期間制度はわが国の多くの企業に採用されており、労働契約の実態について行われた2004年度の調査によれば、採用した従業員に対して試用期間を設置している企業は、従業員規模が50人以上の企業では85%を超えている¹。また、試用期間に関する規定は、ほとんどの企業で就業規則に規定されており、その期間は約71%が3ヶ月程度となっている²。

1 労働政策研究・研修機構『従業員関係の枠組みと採用・退職に関する実態調査－労働契約をめぐる実態に関する調査（I）』43頁以下（2005年）を参照。また、厚生労働省による2004年度の雇用管理調査結果では、試用期間を設置している企業は、新規学卒者については全体で63.0%、中途採用者については全体で78.4%となっている。なお、試用期間の設置割合については、新規学卒者については、企業規模が大きくなるほど設置割合が増加するのに対して、中途採用者については、企業規模が小さい方が試用期間の設置割合が高くなっている。

2 労働政策研究・研修機構・前掲注1）48頁以下を参照。なお、試用期間の期間については、従業員規模や新規採用であるか中途採用であるかによる相違はほとんどない。

ところで、試用期間制度は諸外国においても普通に見受けられるものであり、わが国固有の制度というわけではない³。しかし、多くの国における試用期間は、労務提供に関する実験を目的として設けられているのに対して、わが国における試用期間は、その独特の雇用慣行を色濃く反映しているように思われる。すなわち、わが国の一般的な雇用慣行としては、新規学卒者を具体的職種を定めずに採用し、企業内における配転等を通じて企業内でのキャリアを積み上げていく、いわゆる長期雇用慣行が主流である。このような慣行の下では、試用期間は、特定の職種に関する労働者の職業能力に対する実験・観察に基づく評価を下すための期間というよりは、むしろ職業能力的には白地である労働者に対する教育訓練を通じて、労働者自身の性格や業務遂行の態様が当該企業の風土に合致しているか、換言すれば当該企業で長期間雇用を継続するに値する人物であるか否かを評価する期間となってきた。こうしたわが国における試用期間の特徴から、試用期間満了後の本採用が拒否される事由として、仕事上の知識・能力の欠如と並んで労働者自身の素行不良などが挙げられることが多い⁴。このような現状は、試用期間が職業能力の評価という本来の目的のためではなく、使用者が意に沿わない労働者を企業外に排除する手段として利用されている可能性を否定できず、かかる場合においては、試用期間それ自体の合理性が問われなければならないであろう⁵。

本稿は、試用期間の合理性およびその法的性質について、これまでの議論を踏まえて改めて考察しようと試みるものである。

-
- 3 試用期間に関する比較法研究として、山口浩一郎「試用労働契約の研究」社会科学研究18巻1号89頁以下(1966年)を参照。この論文においては、ドイツ、フランス、イタリアを比較研究の対象としているが、アメリカ、イギリスなど英米法系の諸国においても、試用期間を問題なく経過することが本採用の条件となっている労働契約を締結することが多い。この場合、試用期間中はいわゆる解雇自由の原則(employment at will doctrine)がより強く作用するとみなされており、本採用後においては正当な理由がなければ解雇できないとされている場合であっても理由なしに労働者を解雇できるとされている。また、有給休暇などの付加給付(fringe benefit)は、試用期間満了後に初めて支給されるという扱が多い。See MARK A. ROTHSTEIN ET AL. EMPLOYMENT LAW 78 (2nd ed. 1999).
- 4 労働政策研究・研修機構・前掲注1)60頁。具体的には、「仕事上の知識・能力」が75.7%、「欠勤などの勤務状況」が81.2%、「健康状態」が63.1%、「素行」が69.0%となっている。
- 5 浅井清信「採用内定と試用をめぐる法律問題」龍谷法学第3巻4号257頁(1971年)。

I. 試用期間の合理性⁶

かつての学説においては、試用期間を設定すること自体に対しては一応の合理性を認めるものの、試用期間中は、労働者にとってはその職業上の地位が不安定なまま継続することを意味するとして、解雇権濫用法理の緩和が認められるべき合理的な試用について、その範囲を確立することが必要であると主張していた⁷。それによれば、試用期間の設定が客観的に合理性を認められるための要素としては、以下の点が挙げられている。第一に、契約当事者間において、試用（実験）目的であることが試用される労働者に対して適用される就業規則等を通じて明示されていなければならない。第二に、試用期間は、契約締結に際して労働者が提示した職業的能力・適性が現実にあるか否かを確認する制度であるから、問題となる職業的能力・適性は実験によって確認されうるものでなければならない。したがって、一般的職務や、現在の職業能力ではなく潜在的な職務遂行能力を実験の対象としようとするのであれば、実験の意義が認められないとして試用期間設定の合理性が否定される。第三に、試用労働者は、実験目的のための手段として就労するものとされるため、いかなる内容の実験を受けるのか、また業務内容が要求する合理性に基づいた採否決定の基準などが客観的に明らかにされていなければならない⁸。

上記の基準によれば、労働契約に際して試用期間を設定することが合理的とみなされるのは、特殊技能・熟練・経験などが前提となる職種に労働者を採用する場合にのみに限られることになる。なぜならば、単純作業の労働者を採用する場合には、実験によって確認する必要がある職務遂行能

6 試用期間に関する基本文献として、毛塚勝利「採用内定・試用期間」日本労働法学会編『現代労働法講座第10巻 労働契約・就業規則』84頁以下（総合労働研究所、1982年）、名古屋功「試用」本多淳亮還暦記念『労働契約の研究』103頁以下（法律文化社、1986年）、萬井隆令『労働契約締結の法理』294頁以下（有斐閣、1997年）等を参照。なお、三菱樹脂事件最高裁判決以前の試用期間に関する裁判例の状況を論じたものとして、北沢貞男・石塚章夫「試用労働者とその解雇基準」法時43巻5号64頁（1971年）がある。

7 毛塚・前掲注6）96頁。

8 北沢・石塚前掲注6）64頁。

力の存在が認められず、また新規学卒者の定期採用の場合については、実験の対象となる職務遂行能力が、将来的な能力、すなわち潜在的な一般的職務遂行能力であって、実験に付することは適切とはいえないためである⁹。学説は、上記のような試用期間設定が適切ではない契約類型に対して、あえて試用期間を設定することは、「従業員としての適格性という職業的能力を超えた全人格的要素、すなわち労働者の行為（容態）一般をも評価の俎上に載せることを企図している」ものというべきであると批判している¹⁰。このような労働者の行為を試用期間における実験の対象に付することは、その実験時に問題がなかったことが将来において問題が発生しないことを保証するものではないから、結局、新規学卒者に対する試用期間の設定には合理性が認められるべきではないとの結論に至ることになる¹¹。これに対して、判例においては、当該契約において試用期間が設定されているか否かについて、これを否定した事例は存在しているが¹²、設定された試用期間の合理性を完全に否定したものはほとんど存在していないといつてよい。その理由を推測すると以下になるだろう。まず試用期間を禁止ないし制限するような法規制が存在していない以上、かかる内容を含む契約を締結するか否かは、一応は当事者の合意に委ねられているから、それは労使間の私的自治の範囲内に含まれるものというべきであり、試用期間の設定に対して裁判所がその合理性を判断する必要性はさほど高くない。また、上述の通り、企業における試用期間の設定は、その多くが就業

9 毛塚・前掲注6) 97頁以下。

10 毛塚・前掲注6) 98頁。

11 毛塚・前掲注6) 99頁、萬井・前掲注6) 296頁も参照。これに対して、わが国の雇用慣行を前提として、对人的または組織的適応能力や潜在的職務能力こそが試用期間において試されてきたものであり、これらは採用時の筆記試験や面接等によって十分に評価できるとはいえないし、また使用者が試用期間中の研修や就労の間接等を通じて評価できないのもであるともいえないとして、このような試用期間の合理性を否定する学説を批判するものとして、小宮文人「試用期間」『労働法の争点（新版）』171頁（1990年）を参照。

12 大阪進学スクール事件・大阪地決平6・9・22労判674号96頁。本件は、学習塾の教務部長として中途採用された者に対して3ヵ月間の試用期間を設ける旨の合意があったとの主張について、契約締結以前の合意の状況が不明であること、同時期に採用された労働者に対する試用期間満了後の本採用に関する雇用契約書が後日に日付を遡らせて作成された疑いがあるとして、かかる合意の存在が否定された。同趣旨の判例として、ケイ・エイ・ピー事件・東京地判平11・9・29労経速1715号12頁も参照。

規則において定められている¹³。就業規則に関する判例法理に依拠するならば、その内容が合理的な労働条件を定めているものである限り、労働者の労働条件は就業規則によって定まるものとなり、そこでは一定の合意の存在が推認されている¹⁴。合法的な試用期間設定の範囲を画定しようとする学説の立場においては、試用期間が就業規則に置かれているだけでその合理性が肯定されず、さらなる合理性判断が必要となるが¹⁵、上述の通り、学説は、試用期間を設定すること自体は基本的には肯定しており、ただすべての試用期間が常に合理的であるとはいえないと主張しているにすぎない。そうすると、就業規則上の試用期間の定めに対してあえてその合理性を問うよりは、試用期間の存在を前提として、それが妥当な方法で用いられているか否かについて審査するという方向へと裁判所が向かうのも理由があるものと思われる。

もっとも、試用期間の合理性が否定されたとしても、そのことによる直接的な効果は、試用期間中の契約解除や本採用の拒否に対する判断基準が、本採用の労働者と同様の解雇基準によるべきとされるにすぎない。後述するように留保解約権と通常の解雇権との相違が実質的にはほとんどないことからすれば、現代において試用期間の合理性の有無を判断する実益はあまりないものといえるかもしれない¹⁶。

13 ただし、労働政策研究・研修機構・前掲注1) 44頁以下によれば、「慣行であり特に文書の規定等はない」とする企業も19.6%となっていることから、こうした企業においては試用期間の設定に関する当事者の合意の存在が問題となる場合がありうる。この点について、2008年4月より施行されている労働契約法6条は、合意による労働契約の成立を定めているが、ここでいう「合意」は、当事者間の明示の合意を原則としており、黙示の合意については、当事者の意思の合致を明確に認定できる特段の事情が必要とされる。労働契約法については、荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』84頁以下（弘文堂、2008年）を参照。

14 秋北バス事件・最大判昭43・12・25民集22巻13号3459頁。なお、労働契約法7条は、就業規則の法的効果について、「使用者が合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする」と規定しており、同判決の理論を法制化している。

15 このように主張するものとして、名古・前掲注6) 108頁以下を参照。ここでは、合理性がない場合の試用期間の設定は、使用者の利益を偏重し、労働者の地位をいたずらに不安定にするから、憲法27条、民法90条により無効と解すべきではないか、と主張されている。

16 実際に、現代における労働法の標準的教科書というべき菅野和夫『労働法 第8版』（弘文堂、2008年）165頁以下における試用期間に関する記述では、試用期間の合理性に関する議論については触れていない。このことは、試用期間の合理性判断を行う意義が、現代においてはさほど大きくないことの一つの証拠といえよう。

II. 試用期間の法的性質¹⁷

試用期間については、まず試用契約と通常の労働契約との関係をどのように把握すべきかが問題となる。また、労働者が試用期間満了後に本採用を拒否された場合に、当該本採用拒否が法的にどのように構成されるべきか、さらに、本採用拒否が使用者による解雇とみなされる場合、当該解雇事由について、通常の労働契約における労働者の解雇事由とその範囲に差異があるか否かについても問題となる¹⁸。

まず、通説・判例とも、試用期間においては、すでに使用者の指揮命令に従った労務の提供が行われているため、労働契約が成立していると解する点で一致している¹⁹。この点に関して、試用契約とは労働契約そのものではなく、「実験を目的とする期間の定めのある特別の労務供給契約」であり、当事者の基本的な義務は、使用者の実験実施義務（実験を行い、労働者が本来の能力を発揮できるようにした上で、評価を下す義務）と労働者の実験義務（職業的能力・適格性に関する使用者の評価に協力する義務）であるとして実験的側面を強調した無名契約と把握する説がある（特別契約説）²⁰。ここでは、労働契約における当事者の本来的な義務である労働義務や賃金支払義務は、付随的な義務にすぎないとされるが、試用期間中の労働者の実態は、通常の労働関係に組み込まれ、ほかの労働者と同様の業務をさせることを通じて「実験」を行っているものと解すべきであり、労働契約本来の労務提供義務や賃金支払義務を付随的義務とするほど実験を強調した特別な制度の下での労務の提供であるとはいいがたいとの批判

17 試用期間の法的性質に関する学説・判例の歴史的展開は、山口浩一郎「試用期間と採用内定」労働法文献研究会編『文献研究労働法学』2頁以下（総合労働研究所、1978年）を参照。

18 北沢・石塚前掲注6）61頁。

19 毛塚・前掲注6）100頁以下、名古屋・前掲注6）109頁以下、萬井・前掲注6）301頁以下など。

20 山口・前掲注6）98頁以下を参照。また、この説では、労基法21条4号但書（14日以内の試用期間中の者に対する解雇予告制度の適用除外）を境として、14日以内の解約は理由も予告も必要とせず可能とされるが、14日が経過した以後は、「解約については通常の期間の定めのない労働契約と同等に扱われる」として、労基法との整合性を重視している。ただし、かかる主張に対しては、労務の実態等が変化するわけではないにもかかわらず、14日を境として解約の扱いが異なることは、技巧的にすぎるとはいえないかとの批判がある。なお、同趣旨の判例として、ソニー事件・東京高判昭43・3・27判タ225号106頁がある。

を受けている²¹。

以上のように、通説・判例とも試用期間について労働契約の成立を肯定するが、労働者の職業的能力や適格性に関して付款がついているという点で本採用後の通常の労働契約とは異なると解している。この付款をいかに把握するかについて、学説・判例上、停止条件付労働契約成立説²²や解除条件付労働契約成立説²³、解約権留保付労働契約成立説などが存在していた。このうち、停止条件付労働契約成立説は、試用期間中にも労働契約が成立しているとするのにもかかわらず、停止条件が成就するまでは本来の労働契約の効力が発生しないこととされるため、試用期間中と本採用後の法律関係を統一的に把握できないという難点があり、また解除条件付労働契約成立説においては、使用者の明示的な解雇の意思表示がなくても業務に不適格との評価（解除条件）の成立のみで本採用が拒否されることになるため、本採用拒否について通常は使用者から明示的な意思表示がなされている現状に合致していないとの問題点が指摘された。したがって、現在の通説・判例は、解約権留保付労働契約成立説となっている²⁴。この説によれば、試用期間中においては、使用者に対して労働者の不適格性を理由とする解約権が大幅に留保されており、本採用の拒否は、かかる留保された解約権の行使として、通常の労働契約における解雇よりも広い範囲でその相当性を認められるものとされている²⁵。

ただし、多くの判例において指摘されているように、試用期間の法的性

21 名古屋・前掲注6) 110頁。

22 山武ハネウエル事件・東京地決昭32・7・20労民集8巻4号390頁。本判決では、「会社の本採用を妨げるような合理的根拠のない限り本採用の決定がなされることを停止条件とする期間の定めのない雇用契約を締結したものとすべき」であるとされた。

23 ソニー事件・東京高判昭43・3・27判タ225号106頁。

24 三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。本判決は、試用期間の法的性質についての最初の最高裁判決であるのみならず、使用者が「特定の思想、信条を有するものをそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」として、使用者に対して思想信条を理由とする大幅な採用の自由を認めた判決としても著名である。よって、本件に関する評釈は数多くあるが、試用期間に関する部分を中心とした評釈として、萬井隆令「判批」『労働判例百選（第5版）』22頁（1989年）、石橋主税「判批」『労働判例百選（第6版）』24頁（1995年）、家田愛子「判批」『労働判例百選（第7版）』24頁（2002年）などを参照。

25 名古屋・前掲注6) 111頁。

質については、試用期間中の労働者に対する処遇の実情や試用期間満了時の本採用手続の実態等に照らして判断されるべきものであって、すべての試用期間の定めが当然に解約権が留保された労働契約が締結されたものと解されるわけではない。解約権留保付労働契約成立説と解される試用期間とは、「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、使用者の取扱いにも格段変わったところはなく、また、試用期間満了時に再雇用（すなわち本採用）に関する契約書作成の手続が採られていないような場合」に限られるというべきであろう²⁶。

Ⅲ. 留保解約権行使の適法性

上述のとおり、現在の通説・判例は、試用期間の法的性質について、解約権留保付労働契約成立説を採っており、本採用の拒否は留保された解約権が行使されたものと解されているが、どのような場合における留保された解約権の行使が可能となるのだろうか。

三菱樹脂事件最高裁判決は、この点について以下のように述べている。まず、解約権が留保されるのは、「採否決定の当初においては、十分に収集することのできない労働者の「資質、性格、能力その他・・・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、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」であるから、「留保解約権に基づく解雇は、これを通常の解雇と全く同一に論ずることはできず、前者については、後者の場合よりも広い範囲における解雇の自由が認められてしかるべきものといわなければならない」とする。そして、裁判所は「企業者が、採用決定後における調査の結果により、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

26 ケイズ事件・大阪地判平16・3・11労経速1870号24頁。その意味では、特に中途採用で試験期間が本来的な用いられ方をしている場合には、これを特別契約説と解する余地はあるものと思われる。

企業に雇傭しておくのが適当でないとは判断することが、上記解約権留保の趣旨、目的に徴して、客観的に相当であると認められる場合」には、留保された解約権の行使が合理性を有すると判断している²⁷。

このような最高裁による留保解約権の行使基準は、解約権が「後日における調査や観察」のために留保されるとする部分について学説上批判を受けている。すなわち、三菱樹脂事件における本採用拒否は、試用期間中の労働者の労務提供やあるいは職場での協調性といったその実際の行動に関連して行われたものではなく、大学在学時に行っていたとされる学生運動等に関して、採用時の面接において秘匿していたことがその事由となっていたものである。そうすると、当該「調査」は、労働者の現実の労務提供とは無関係であり、採用内定の段階で済ませておくべき労働者の思想信条等に関する身元調査に等しいものというべきであろう。このような身元調査を試用期間にまで持ち込むことは労働者の地位を不安定なものとし、また採用内定と試用期間との実質的な違いを無視することになるから、かかる調査に基づく解約権の行使はそもそも認められるべきではないと学説は指摘している²⁸。しかし、その後の判例では、調査自体が問題となった事例はないとはいえ、基本的にはこの基準に沿って留保解約権行使の適法性を判断してきている。

ところで、解約権留保付労働契約成立説によれば、使用者に留保された解約権は、通常の解雇よりも広い範囲で認められるとするが、このことは試用期間が設定されていることにより初めて認められる解約事由の存在を示唆するものである。判例において本採用拒否の正当性が認められた典型

27 三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。

28 菅野・前掲注16) 167頁以下を参照。ただし、三菱樹脂事件における評価として、採用内定時における適法な質問に対して、事実を秘匿するあるいは虚偽の申告をするという場合には、かかる行為が従業員としての適格性や労使間の信頼関係を喪失させる可能性があるとして、留保解約権行使の理由となりうると評価している。また、同判決が結論として、こうした秘匿等が、「同人の入社後における行動、態度の予測やその人物評価に及ぼす影響を検討し、それが企業の採否決定に有する意義と重要性を勘案し」た上で合理的理由の有無を判断すべきとしていたことから、労基法3条の規定にもかかわらず、思想信条を理由とする差別的取扱が合法とされる可能性が否定できないとの批判もある。この点に関しては、萬井・前掲注24) 23頁、同「『判例』についての一私論——三菱樹脂事件最高裁判決・採用の自由論は『判例』なのか」龍法40巻1号72頁、86頁以下(2007年)を参照。

的な例としては、特定の職業能力・資格が必要とされる業務に採用した労働者の能力不足や通常業務上の単純なミスが多発などが挙げられる。前者については、雑誌の編集・発行や英語に関する能力が必要とされた広報業務に採用された労働者について、使用者が「編集、発行に関する申請人の能力は、被申請人の期待に応えるものではなかつたばかりでなく、申請人の英語の能力も、被申請人が採用時において予想した程度に達していなかつた」として解約権の行使を適法と認めた事例や²⁹、採用時にパソコンの使用に精通している旨述べたにもかかわらず満足に試用できなかつたこと等が、会社の期待に沿う業務を遂行する可能性が低いとして、本採用拒否が認められた事例³⁰などがある³¹。また、後者については、試用期間を延長した上で教育指導を行ってきたにもかかわらず、単純なミスが多発していた労働者に対する本採用拒否について、「今後の改善の見込みも期待できないし、一般論としても不慣れ、誤解による過誤は改善の可能性があるが、他方ケアレスミスや仕事に対する興味が持てない事によるミスは本採用になって仕事に慣れれば余計に多くなる恐れがある」とされた事例がある³²。

しかし、いずれの事由による本採用拒否についても、通常の労働契約における普通解雇事由として相当であるということができ、試用期間が設定されているがゆえに認められる解雇事由であるとはいえないのではないだろうか。すなわち、職務上の適格性を欠く場合については、試用期間が設定されていれば本採用拒否ができるのに対して、試用期間が設定されていなければ能力不足の労働者を解雇できないと解するのは妥当ではない。こ

29 EC 駐日代表部事件・東京地判昭57・5・31判時1024号67頁、労判388号42頁。本判決の評釈として、坂本重雄「判批」判評289号197頁（1983年）、花見忠「判批」ジュリ796号111頁（1983年）などを参照。

30 ブレーンベース事件・東京地判平13・12・25労経速1789号22頁。

31 逆に、能力が不足しているわけではないとして本採用拒否の正当性が否定された事例として、オープンタイムジャパン事件・東京地判平14・8・9 労判836号94頁がある。本判決の評釈として、原俊之「判批」労旬1552号66頁（2003年）、渡邊絹子「判批」ジュリ1256号199頁（2003年）を参照。

32 三井倉庫事件・東京地判平13・7・2 労経速1784号3頁。同趣旨の事例として、ダイヤモンドコミュニティ事件・東京地判平11・3・12 労経速1712号9頁も参照。逆に、「極度の精神的緊張による一時的現象であり、仕事に慣れることにより二度と起こりえないような性質の過誤であつた」として本採用拒否の正当性を否定した事例として、小太郎漢方製薬事件・大阪地決昭52・6・27判タ349号150頁がある。

の点につき、学説は契約目的となっている具体的職務遂行能力が欠如していれば、ほかの職務をなし得るか否かを問うことなく解雇の正当性が認められるとするが、これは解雇に対する手続上の配慮義務というべきものであって、解雇事由自体の相当性を否定するものではない。また、業務上の単純なミスが多発については、本採用後の普通解雇事由としても相当として是認しうるものであり、試用期間についてのみ認められるとはいえないことはいうまでもなからう。むしろ、判例は試用期間における留保解約権の存在を前提とはしているものの、実際の判断に当たっては解雇権濫用法理と同様に使用者の本採用拒否事由を厳格に判断する傾向にあり、このことは、留保解約権が本来の機能を果たしておらず、実質的には解雇権濫用法理と同一の基準で裁判所が判断していることを示唆するものである³³。

このように考えていくと、本採用拒否事由について、試用期間という特別な関係に基づいた特別な解約事由があるとはいえないし、留保解約権の意義が使用者の解雇の自由を拡大するというものであるにもかかわらず、その機能が果たされていないのであれば、あえて試用期間について留保解約権という概念を承認するだけの必要性がないものといわねばならないであろう³⁴。むしろ通常の解雇権濫用法理に基づいて試用期間中の解雇や本採用拒否の効力を判断することで十分なのではないだろうか。

むすびにかえて

現在の通説・判例では、試用期間においては解約権留保付労働契約が成

33 前掲・小太郎漢方製薬事件においては、問題とされた業務上のミスは、通常の従業員であれば、「注意力・集中力等生来の資質の欠缺、仕事に対する真摯な熱意の欠如を疑わしめるもの」であるといえるものの、一時的なミスにより従業員としての適格性を疑わせるほどの重大な過誤ではないとされた。また、「教育によってたやすく矯正し得る言動、性癖等の欠陥を何ら矯正することなく放置」したままで解約権を行使することは信義則に反し許されないとする事例として、日本軽金属事件・東京地判昭44・1・28判時548号32頁がある。

34 下井隆史『雇用関係法』99頁以下（有斐閣、1988年）。下井教授は、「従業員としての適格性の欠如を理由とする解雇は、本採用後といえども合理性あるものとして認められるはずである」として、「留保解約権」という概念を用いることに疑問を呈している。また、同『労働基準法（第4版）』63頁以下（有斐閣、2008年）も参照。

立していると解されているため、留保解約権の行使は、客観的に合理的な理由があり、社会通念上相当と認められる場合に限り許されるとされている。その後の判例は、基本的にこの枠組を踏襲して留保解約権行使の限界について判断してきているが、解約権行使が正当と認められた判例でも、より広い事由で解約権が行使されたといえる事例はほとんど存在していない。この点は、試用期間と同様に解約権留保付の労働契約が成立していると解されている採用内定の場合には、就労を前提としていない契約であるがゆえに、留保された解約権行使について、解雇権濫用法理よりも確実に広い範囲で解約が認められているといえるのとは対照的である³⁵。

こうした点を踏まえて、試用期間の方向性を考えるならば、2つの方向性があり得るように思われる。1つは、試用期間においては通常の労働契約が成立するとしつつ、本採用の拒否については通常の解雇権濫用法理を適用するものである。試用期間は、適格性の判断基準のために契約上定められた期間とされ、適格性が不足していると判断されれば本採用拒否となるが、その正当性は解雇権濫用法理によって判断される。わが国では、本採用拒否は例外的に行われることが多いことからすれば、このように解することによって、多種多様な試用期間の現状にかかわらず統一的に試用期間を把握することが可能となるばかりでなく、試用期間中の労働者の地位の不安定さの解消も可能となろう。

もう1つの方向性としては、試用期間の「試用」としての本来的機能を回復させることを目的として、採用後一定期間については、解雇規制の適用を除外するという法改正を行うものである³⁶。解雇権濫用法理により制

35 菅野・前掲注16) 130頁以下を参照。採用内定の場合においても、留保解約権行使の適法性は、採用内定通知書や誓約書などに記載された「取消事由」を参考として判断されるが、就労を前提としてないがゆえに、履歴書等への虚偽記載や健康状態の悪化等を理由として採用内定の取消が認められることがある。なお、この場合であっても、留保解約権の行使は、客観的に合理的と認められ社会通念上相当と是認しうるものに限られるとされ、裁判所は使用者の内定取消に対して、概して厳しい態度を取る傾向にある（大日本印刷事件・最二小判昭54・7・20民集33巻5号582頁、電電公社近畿電通局事件・最二小判昭55・5・30判時968号114頁）。

36 小島典明「試用期間の現状と将来」下井隆史古希記念『新時代の労働契約理論』133頁以下（信山社、2003年）を参照。具体的には、労働契約法16条の解雇権濫用法理について、試用期間中の労働者に対しては適用除外条項を挿入するという法改正が必要となろう。

限された使用者の「解約の自由」を確保しようとするのが解約権留保の意義であるとするならば、試用期間中の労働契約の解約について合理的理由に基づく限界を設けようとする事は論理的矛盾といわざるをえないから³⁷、こうした矛盾を解消し、試用期間の本来の役割を取り戻すためには、解雇権濫用法理の適用を除外するのが最も妥当な方向性ということになるものと思われる。しかし、このような法改正は労働者の契約上の地位を不安定にするものとなるから、試用期間の長さやその延長についても何らかの法的制限を設けることが必要となろう。こうした論点を含めて、上記2つの方向性のいずれが妥当であるかについては、今後の検討課題としたい。

37 毛塚・前掲注6) 102頁以下を参照。