

浜 口 金 一 郎

## 採用に関する法構造

——採用内定と試用期間をめぐって——

- 一、はじめに——労働契約の概念について
- 二、採用内定者の法的地位
- 三、試用期間中の労働者の法的地位
- 四、おわりに——労働法上の問題点について

### 一、はじめに——労働契約の概念について

労使関係を考察するに当っては、まづ企業に入ろうとする労働者と使用者との関係、つぎに企業の中における労働者と使用者との関係、さらには解雇をめぐっての労働者と使用者との関係、すなわち採用——就労——解雇の三つの面についての検討が必要である。

まづ第一の採用時における面については、その関係を直接的に規律する法律はなく、ただ間接的なものとして職業安定法があげられるに過ぎない。つぎに第二の就労中の面については、その関係を規律する法律として労働基準法、労働組合法、労働関係調整法などがあげられる。さらに第三の解雇をめぐる面については、これまた、その関係を直接的に規律する法律はなく、第一の採用時における面とともに労使関係の中で大きく問題を投げかけているところである。

これらの各関係面、すなわち現代における労使関係を考察し、検討を加える場合、その前提として、これらを規定する「労働契約」とは如何なるものか、労働契約の概念を規定する基本的なものは果して何か、ということを確認しておく必要がある。そのことは、現代の労働法の本質を正しく理解することと不可分にかかわりをもっており、それほどに労働法の基礎的な概念であるからである。

労働契約は、市民法から労働法への発展の過程の中で形成されてきた雇傭の変形であるが、いまなお前近代的な労使関係の温存されている現在、その前近代的雇傭の実態を明らかにし、労働法の形成過程の中で雇傭がどのように変形されて労働契約になるに至ったかを検討することによって、現行法秩序における労働契約の基本的概念を正しく理解しなければならない。

そうすることによって、はじめて、本稿の主題とする「採用に関する法構造」——採用内定者の法的地位ならびに試用期間中の労働者の法的地位——を明確に把握することが可能となる。

民法は、その第六二三条において、雇傭は雇主と労働の給付者という法的な人格者間で、労務に服することに対し報

酬を支払うことを約する債権契約と規定している。この雇傭は、法的には自由契約と考えられ、各当事者の自由意思に基いて、働く義務と報酬義務を生ぜしめる債権契約であるとされ、法制度上、雇傭は等価的交換契約の一種とされているのである。すなわち民法は、雇傭は労働と報酬との交換と規定し、この労働と報酬との交換を物の交換と同一視して、雇傭を売買、賃貸借と同じに位置づけている。

しかし労働の譲渡は、現実には労働力の使用目的達成に必要な限度に限り、労働者自身を譲渡することである。この意味において、雇傭は労働者の人格それ自体に直接関係をもつものである。したがって、人格と全く別個に存在する物を対象とする売買とは同一視しえないといわねばならない。ところが民法上の観念型態たる雇傭は、この労働力の売買の実態を無視して、これを労働提供契約の一種と観念し、雇傭の目的物は、「労働それ自体」であり、請負の目的物は、「労働の結果」であるとする。

しかし、労働者が報酬に対して譲渡する労働力の使用価値は、現実には、労働者の全人格の使用を媒介せずには利用することのできないものであり、同一物の継続使用を基礎とする物の賃貸借とは本質的に異なるものである。ところが民法上、雇傭は法的な人格者としての労働者の自由契約ではあるものの、その履行過程では機械と同じに位置づけられ、法的な人格を否定されているのである。

すなわち、民法上の雇傭においては、労働力を商品と観念し、法観念的には労働と報酬との交換契約として位置づけ、しかも、労働力商品の所有者は自由平等な法的な人格者として使用者と対置され、そうした自由平等な主体間の等価交換契約と観念されている。

しかし、実際的には、生産手段の所有からみはなされた労働者は、自由でもなく、また平等でもないにもかかわらず、ここでは取引の主体に比擬される。ところが、現実には、労働者は労働力を売らなければ生存を保つことのできないところから、雇傭の法形式と実体との間に矛盾が生じ、この法と現実との背離から労働法が生成され、このような労働法の形式過程の中で、雇傭が変形して構成されたものが労働契約である。したがって、等価型態たる民法上の雇傭の概念をもって、労働契約の本質を究めようとしても、その本質を把握することは困難といわねばならない。

労働契約は、労働者の生存保障を基本原理とする現行労働法上の概念であるから、労働契約概念は、基本的には労働法の原理によって規定される。しかし、労働法が資本制社会を基盤とする限りにおいて、労働法上の労働契約も法的には依然として自由契約といわねばならず、原理的には、労働契約は使用者と労働者との自由な意思によって締結され、その内容も労使双方の自由取引を媒介としての合意に基いて決定されるという建前がとられざるをえないのである。

かつての雇傭は、使用者の絶対的な支配地位からする一方的意思によってその内容が形成され、自由契約たる実質を失っていたのであるが、現在においては、国家は労働者の生存権保障を志向して労使関係に介入し、労働者の生活保障に必要な労働条件の最低基準を設定して、これを下廻る労働契約を規範的に規制する。その内容は、生存権理念と労働基本権原理に基いて各個人の自由意思によって形成される団体意思と国家意思により形成されるのである。この点において、労働契約を雇傭契約と同次元で考えることなく、むしろ労働契約を雇傭契約の発展的概念として捉え、雇傭に対立する法概念が労働契約であると解すべきものと考ええる。

近代的労使関係は、すべて当事者の合意にその基礎をおくという意味において労働契約を不可欠な要素としてはいるが、労使関係を法理論上、労働契約関係として構成するということは、この場合における契約当事者の合意が実質上対等であることを意味するものではないことに注意する必要がある。そのことは、労働契約の形成過程における交渉力の対等性の欠如があるために、その対等性の回復を計るべく労働法原理が要請されたということの認識と理解が必要であるということである。

合意とか、契約という本来、対等者間の関係を前提とした市民法上の概念を、基本的には不対等者間の関係である労使関係において、同等的に使用する「契約の擬制化」は、今日の契約関係に不可避免的に現われている現象であるが、契約をめぐる概念構成のうえで特に注意を払うべき重要なものの一つといえよう。

さて本稿は、これらの労使関係における諸問題の中で、第一の面、すなわち採用——就労——解雇の中の「採用時における労使関係」——採用内定と試用期間——に関する法構造について、前述の労働契約概念を前提として考察を試みるものである。

この面における労使関係を直接規律する法律はなく、ただ間接的なものとして職業安定法があげられるに過ぎない。もっとも、採用について職業安定法はその第三条前段で「何人も、人種、国籍、信条、性別、社会的身分、門地、従前の職業、労働組合の組合員であること等を理由として、職業紹介、職業補導等について、差別的取扱を受けることがない」と規定し、職業紹介機関に対して差別的取扱を禁止している趣旨からみて、労働基準法第三条の「労働条件」に含まれるとする説もある。



しかし採用の条件は、一般的には、使用者が雇い入れるか否かを決定するための条件であり、採用については就業規則、労働協約などで「採用基準」が規定されていない限り、この採用前の関係に監督機関が介入することは必ずしも妥当とはいえないが、一方、正式採用に至るまでの「採用内定者」ならびに「試用期間中の労働者」については、全く一方的に採用の権利が使用者にあり、採用、不採用は一方的に使用者が決定できるとすることもまた妥当とはいえない。

採用内定者は、いまだ企業の中に入らない未就労労働者であるとはいえ、一般的には、採用内定通知を受けて誓約書あるいは請書の提出を終えている労働者であり、また試用期間中の労働者は、一応、企業の中に入り、すでに雇傭関係の開始された就労労働者である。これら採用内定者と試用期間中の労働者とは、自らその法的地位を異にするので、以下それぞれに分けて検討を試みる。

## 二、採用内定者の法的地位

個別的労働関係は、原則として労働契約の締結によって成立するが、この労働契約の締結に当り、採用内定の通知を受けた、いわゆる「採用内定者」の法的地位については問題の多いところである。この採用内定者の法的地位を検討するに当って、まづ採用内定の実態から、実際的な問題点をひろってみる。

(1)まづ、採用内定の時期についてみるに、約六五％の会社が選考結果の判明と同時に内定通知を出しており、残り

の約三五％の会社は応募者の身元、思想信条調査の後、その結果をみた上で内定通知を出しているようである。この場合における通知の方法としては、まづ電報で知らせてから書面で通知するという形式が最も多く、次いで書面のみによる通知、さらに電話と書面による通知の順となっている。これからみると、多くの会社は、採用内定の旨を迅速に知らせるとともに、書面により確実に通知するという方法をとっているのが通例である。

(2)つぎに採用内定に当り、応募者から誓約書あるいは請書をとっているか否かについてみるに、約九七％の会社は何んらかの形で内定承諾の意思表示を求めており、応募者からの承諾の意思表示を求めない会社は約三％に過ぎない。このような承諾の意思表示は、多くの会社が七日から一〇日以内に求めているのが通例である。

(3)ついで採用内定から入社までの期間中における連絡についてみるに、約九五％の会社は何んらかの形で連絡をとっており、全く連絡をとっていない会社は約五％に過ぎない。この場合における連絡のとり方、連絡事項はさまざまであるが、社史、社内報、営業報告、内定者心得、就業規則等を送附したり、会社行事への招待、社内見学あるいは内定者座談会、内定者懇談会などを開催して、会社の概要を把握させているようである。また約四三％の会社では、内定者に対し、近況報告、生活記録、感想文等の提出を義務づけ、あるいは実習、業務見習、アルバイト等を義務づけているのが通例である。

これらの実態から、採用内定の通知を出した後、応募者から誓約書あるいは読書を提出せしめる際に「内定の取消」について何んらかの取決めをしているか否かの点が問題となるが、この点についてみるに、

① 明年三月の卒業を条件とするもの、

- ②健康を条件とするもの、
- ③素行を条件とするもの、
- ④履歴書、身上調書の記載事項および面接時の申上事項を条件とするもの、
- ⑤思想および政治活動を条件とするもの、
- ⑥その後における新事実の判明を条件とするもの、
- ⑦犯罪行為を条件とするもの、

等にわたって、取消事由を明記しているのが通例である。これらの中で、特に問題となるのは思想信条を理由とする採用内定の取消しであるが、この点については、取消事由を明記していない会社を含めて過半数以上の会社が内定後、その調査を行なっていることがうかがわれる。

また、採用内定の取消の実例から、その取消の理由をみると、

- ①倒産のため、業績悪化のため、採用計画変更のため、というような会社側の事情変更によるもの、
- ②健康上の理由のため、停学処分あるいは退学処分を受けたため、というような労働力の提供に支障のある事情の発生によるもの、

③経歴詐称のため、素行上の理由のため、思想信条の理由のため、というような労働力評価についての変更によるもの、

等、その理由は多岐にわたっている。したがって、採用内定者の法的地位については、内定の具体的な方法、内容などにより、その法的評価を異にするので、これを一律には決定しえないものと解する。

さて、採用内定者として選ばれた者は、前述の如く、内定の通知とともに所定の書式による誓約書あるいは請書の提出を求められるのが通例であり、その内容もさまざまではあるが、何れにおいても卒業の上は採用内定者として会社の指示に従って入社すべきことを確約せしめられている点では一致しており、他方、会社からの通知書は卒業後正式採用をなす旨の確約を含んでいる点において一致しているのである。

そこで、このような誓約書あるいは請書を会社に提出した場合に、その誓約書あるいは請書は労使双方に対して、果して法的拘束力をもつか否かということが第一の問題点となる。

一般的には、採用内定に至るまでの経路や諸般の事情を調査した上で結論を見出さなければならないが、要するに応募者は会社に対して法的、道義的に拘束感をもっているか否かによって、その拘束力は異ってくるものと解する。しかし、現在のような社会情勢の中で、幾つかの会社を受験し、そのうちの最良の会社への入社を計るというようなことは到底のぞむべくもなく、むしろ現実是最初に内定した会社への入社を希望する意思が強く、法的、道義的に拘束力のあることをのぞんでいるのが実情である。

このように、誓約書あるいは請書の提出によって法的拘束関係が生ずるとみられるならば、これらの関係は、翌年三月に卒業したならば採用するという「条件附労働契約の締結」があったものと解すべきか、あるいは卒業後、あらためて労働契約をするというと「労働契約締結の予約」解すべきか、ということが第二の問題点である。

一般的には、特別の事情がない限り、労働契約の締結があったとみるのは困難であるが、内定時にすべての手続が



完了しており、ただ卒業を条件としたような場合には、条件付労働契約の締結があったものとみられ、条件が完全にみたされたときに労働契約は完全に効力を生じるものと解する。この場合、使用者が就労させないときは、就労拒否ないし休業となり、あるいは履行不能となって損害賠償の対象となるが、使用者から内定者に対して誓約書あるいは請書を理由に労働契約を請求しえないことは、労働契約の特質上、当然のことであるところから、労働者もまた請求しえないものと解する。

しかし、実際には、内定時すべての手続が完了している場合は殆んど例外である。会社は採用者選考に当って、労働条件の細部にわたっての説明をすることはなく、入社式において採用辞令を交付した上で、諸規則を遵守し業務に精励することを誓約させることを定式化しており、保証人もまた入社式後に立てさせるというのが通例の過程である。

さて、採用内定を労働契約の締結でないとすれば、労働契約締結の予約とみななければならないが、この予約は、翌年三月に卒業できなかった場合は採用の内定を取消すという「解除条件附予約」である。この場合、採用内定者について、企業に不適格と認めるものが客観的、合理的に判断される事情の発生、または発見されたときは、使用者は、この予約を解除することができるものと解する。この点、内定者からも、やむをえない事由による労働契約の拒否は当然に可能である。

この予約の特性ならびに効果は、結論的に次のようなものといえる。

①翌年三月に卒業できないことを解除条件とする。

②予約は労働契約の締結を内容とするが、破棄の場合には契約不履行を理由に損害賠償を請求することはできても、双方ともに労働契約の締結を訴求することはできない。

③内定者につき、企業に不適格と認められるものが客観的、合理的に判断される事情の発生、または発見されたときは、正式採用前であれば会社は予約の解除をすることができ、また正式採用の時期であれば労働契約の締結を拒むことができる。一方、内定者もやむをえない事情が生じたとき、その他正当の事由のあるときは労働契約を拒否することができる。

④正式採用の時期、すなわち労働契約締結の時期については、特別の事情のない限り、学校卒業後、当該会社において慣行となっている時期とすることについて暗黙の合意があるとみるべきである。したがって、この時期よりおくらせて労働契約を締結したときは、天災事変、その他やむをえない事由のない限り、その間の空費期間について損害賠償を請求することができる。

以上述べた如く、採用内定については、その方法、内容などの点において、さまざまなものがあり、必ずしもその形は一樣ではない。したがって、これを全面的に規定することはできないが、一般的に、採用内定には、法的拘束力をもたない場合と、法的拘束力をもつ場合の二つに大別されている。

(1)まづ、採用内定が法的拘束力をもたない場合、すなわち内定が心理的拘束しかもたない場合として、「採用内定を会社が一方的に通知しただけで、相手方に内定承諾の意思表示を求めている場合」がこれに当たるといわれているが、果して、この場合には事実上の効果しかもたないといえるか否かについては一考の余地がある。

ここで採用内定に至る経過を法律的に考えてみると、

- ① 会社の労働者募集行為は申込みの誘引であり、
- ② これに対する労働者の応募は契約の申込みである。
- ③ そして、採用者を決定し通知するのは契約の申込みに対する承諾に他ならない。

したがって、申込みに対する契約の承諾とみなされる限りにおいては、法的効果が発生するとみるべきであり、「採用内定は、内定に至るまでの経路や諸般の事情を見きわめた上で、その法的関係を判定しなければならない」とする一般論については、実際の現状は別として、法律論としては妥当とはいいたい点がある。

(2) つぎに、採用内定が法的拘束力をもつ場合であるか、内定が当事者間に法的拘束関係を生ぜしめると判断される場合に、その内定の法的性格を如何に捉えるかという点では学説は必ずしも一様ではない。

一般的には、「たとえ内定契約と表現しても、その実態が試用契約などに近似する場合には、すでに労働契約は一応成立しているものという前提で判断され、明年三月無事卒業すること等が条件とされ、または解除権の範囲が拡張されているといわれる余地もある」とされ、内定後、見習、実習、アルバイト等の形式で内定者に労働することを義務づけている場合には、「停止条件附労働契約」または「解約権留保附本契約」が成立していると判断されている。

このように採用内定の実態が、実質的に試用契約に近似している場合には、その理解の仕方に多少の違いはあるにしても、ともかく労働契約は成立しているとみる点では、ほぼ一致しており、あまり異論のないところである。

ところが、問題となるのは、見習、実習、アルバイト等の労働が義務づけられない採用の内定の場合である。この

場合に、採用内定の法的性格について学説は三つに分れ、

- ① 「労働契約の予約」とみる説、
  - ② 「労働契約締結の過程」とみる説、
  - ③ 「労働契約の成立」とみる説、
- が存在する。

まづ、第一の労働契約の予約説は、採用内定を「卒業後において、あらためて労働契約を締結すべき旨の予約である」と解し、この予約のもつ特性ならびに効果について指摘している。

つぎに、第二の労働契約締結の過程説は、採用内定を「将来順調に卒業することを条件として労働契約を締結したものとみるか、卒業後、あらためて労働契約を締結すべきことを予約したものとみるかは、それぞれの事情によって判断するほかはないが、——特別の事情がなければ、むしろ内定から本採用までの一連の手續全体が労働契約締結の過程である」と解し、不当な採用内定取消の場合に損害賠償責任を発生せしめている。

最後に、第三の労働契約の成立説は、「会社の内定通知が、労働契約の締結についての労働者の申込に対して、労働契約を完成せしめる使用者の承諾の意思表示としてなされたものであれば、この内定通知によって労働契約は有効に成立する——労働者が労働の提供をなし、使用者がこれに対し報酬を支払うことについての合意が成立したときに有効に成立し、必ずしも具体的に労務の提供がなされ、報酬の支払がなされることを必要としない」と解し、卒業後の所定日から効力を発生する「期限附労働契約」として捉え、この「始期附労働契約」に解除条件を認めている。



以上、簡単ながら採用内定に関する法的性格について検討し、採用内定者の法的地位を考察した。

### 三、試用期間中の労働者の法的地位

一般的に試用労働者とは、試用契約によって採用された労働者をいうのであるが、この試用契約は、本採用に先立って、使用者は労働者の適格性を、労働者は労働条件や職務内容について、それぞれの立場から判断し、その合意に達すれば本採用するという契約である。したがって、試用契約は一種の労働契約あるいはこれに付加された特約であるから、労働契約に基づく一般的な権利義務が発生するのであるが、試用契約そのものは独立した契約であるから、その内容は当然に「試用」という目的によって制限を受けることとならざるをえない。

その一は、本採用になるときは、試用契約とは別個に、改めて通常の労働契約を結ぶことを必要としている場合であり、

その二は、就業規則あるいは労働協約に「新たに採用した者には六〇日間の試用期間をおき、その期間中に本採用の可否を決定する」というような条項をおき、使用者が適格と認めれば本採用となるような場合であり、

その三は、就業規則あるいは労働協約に「採用希望者に対しては、選考の上、六〇日以内の試用期間を設け採用する。採用された者は、試用の日より従業員としての身分を認める」などの条項を定め、使用者が不適格と判断しなければ当然に本採用となるような場合である。

何れにせよ、試用契約は一種の労働契約ではあるが、その内容は試用という目的によって制限され、さらには、右の如き就業規則あるいは労働協約の条項によっても制限を受けるものである。

したがって、第一の場合は、試用期間が終了しても当然に本採用となるのではないが、使用者は試用期間中に労働者の適格性を判断しなければならず、その儘、これを引き続き使用しているような場合には、「試用」という名称にとらわれることなく本採用となる。

また、第二の場合において、就業規則あるいはその内規で、本採用の欠格事由が列举されているときは、使用者がその欠格事由に該当しないと判断すれば当然に本採用する義務が生ずる。

さらに、第三の場合のように、就業規則あるいは労働協約にその条項があるときは、これは始めから期間の定めのない一般的な労働契約であり、ただ試用期間中は就業規則あるいは労働協約によらずに解雇できるというに過ぎない。

このように試用労働者については、就業規則あるいは労働協約の条項により、その取扱は若干異ってはいるが、何れも試用契約による労働者という点においては同一である。また、試用契約が一種の労働契約であるところから、契約法一般の原則が適用されるので、その行為に瑕疵があった場合は当然に取消あるいは無効となる。しかし、労働基準法は、労働者保護の立場から、民法第四一五条による損害賠償、民法第五四一条の契約の催告解除のほかに、即時解除権（労基法一五条二項）、帰郷旅費請求権（労基法一五条三項）などを認めている。

さて、このような**試用労働契約の性格**については、通常「試用期間とは、確定的ないし継続的な雇傭関係の前提と



して実施される比較的短期間の労務供給契約であって、労働者の職業上の能力あるいは業務に対する適格性を評価することを目的とするもの」とされ、それは一般的な労働契約とどう相異なるか、という点については見解の分れているところである。この試用労働関係の法的性格をどう構成するかについては、「停止条件説」、「解除条件説」、「告知約款説」等があるが、これらは何れも「試用労働契約は、期間の定めのない労働契約に、なんらかの附款のついたものと解するから、その目的ないし対象も労働契約となら異なるものではない」と解し、この試用労働関係に、本契約たる労働契約と同等の法的保護を与えようとする点については同様である。

つぎに、この**試用労働契約の期間**であるが、試用労働関係は、期間の定めのある契約関係であるから、期限ことに終期が問題となる。そして、その問題の第一は、試用労働関係における試用の期間とは何についての期間の定めなのであるか、という点であり、問題の第二は、それを延長しうるか、という点である。第一の点については、試用労働関係とは通常の労働契約に条件がついたものであるから、期限らしくみえるものも法的には条件であり、論理的には試用労働契約における期限という概念にはあまりとらわれる必要のないものと解されている。第二の点については、本来の意味における延長と、更新を含んでいるが、この点については、「事実上の必要ある場合」に限定されるものと解されている。

最後に、この試用労働契約の法的性格に関する各説の見解を簡単にひろってみると、

①**停止条件説**は、試用労働契約を、試用について肯定的評価のあることを停止条件とする条件付労働契約であると構成する。そして、この説では、本契約たる労働契約は当初から成立し、ただ条件未成就の間は準備的、暫定的

な関係として特別の規制に服すると説く。

②**解除条件説**は、試用労働契約を、期間中に試用について否定的評価のあることを解除条件とする条件付労働契約であると構成する。そして、この説では、停止条件説とは逆に、試用労働契約を出来る限り通常の労働契約と同一に取扱おうとしている点に特徴がある。

③**告知約款説**は、試用労働契約を、試用契約と労働契約に概念上分解し、両者を並列的に結合させて、試用契約とは労働契約の解約告知に関する特別の約定であると構成する。そして、この説では、労働契約は当初より確定的に成立し、試用期間中の権利義務関係については、全く通常の労働契約そのものとされ、ただ解約についてのみ特殊な取扱いがなされることになる。

試用期間中の労使関係をめぐっては、さまざまな問題が生ずるのであるが、その多くは「解雇」をめぐって展開される。それらは、試用期間中になされたり、あるいは試用期間終了後の本採用拒否という形でなされた解雇処分に関するものである。これを見るに、この場合の多くは、使用者側が従業員としての不適格性を、その理由とするのに対し、労働者側が真の理由は被解雇者の思想信条あるいは組合活動にあると主張し、その解雇理由に異議を申立てるところから争いが生じているのである。

従業員の採用に際して、一般的慣行として多くの会社は、まづ「採用を内定」し、つぎに「正式採用」を行い、それから試用期間を経過した後、「本採用」をするという方法をとっている。この場合に、使用者は一般に、内定あるいは試用期間中は本採用に比べて、より自由に解雇できると考えているようである。すなわち、使用者は、内定――

試用——本採用と進むにつれて、解雇の自由が次第に強く制約されると解し、本採用後に比べれば試用期間中が、そしてさらには正式採用前の内定中が、より自由に解雇のできる時期であると考えているようである。

この点について労働基準法は、近代的労働関係を維持するための最低条件として、その第一五条で労働契約内容の明確化を命じ、第一四条、第一六条、第一七条、第一八条において労働者の人権を侵害する結果をもたらす行為を禁止してはいるが、採用に際して一般化しているところの「内定」や「試用」についての規定はおかれていない。ただわづかに試用期間中の労働者に対する解雇予告制度の通用関係を定めた第二一条但書四号があるに過ぎないのである。

そもそも労働関係に試用という制度がおかれていることについて、それは一体、どのような意味をもっているのだろうか、試用制度のもつ合理的な意味は、果して何か、ということを考えてみるに、結局のところ「労使双方が相手方についての価値判断をするための一定期間の必要」ということであると思われる。このことから、試用制度の特質を、その本来の趣旨、目的から考えてみると、

- ①試用期間中の労働の種類や態様は、本採用後とは異ったものでなければならぬし、
- ②試用の期間が長期にわたるものであってはならず、
- ③また、試用期間中の賃金も、当然に本採用後とは違う基準で決定されていなければならない、

ということが出来る。このように、試用制度が本来の「試用」の趣旨・目的にふさわしいものである場合には、「解雇権」が一応、使用者側に留保されているともいえようが、現在、実際に行なわれている試用の多くの実態は、この

本来のものとはかなりへだたった性格のものといえよう。

それぞれの会社によって、その方法は様ではないが、現在、もっとも一般的に行われている試用についてみるに、

- ①試用期間中と本採用後との労働には、基本的な相異がなく、
- ②試用の期間が、相当に長く、
- ③また、試用期間中の賃金についても、本採用の前後で基本的な相異は認められない、

のである。しかも、不適格と判断されて本採用を拒否される者は極めて例外的で、ほとんどの者は自動的に本採用に移行している。また、この場合に「試用」という名称が用いられても、実際には「見習」のための制度であることが少なくないし、またその逆に、「臨時」という名称で短期の雇傭期間が定められていても、実際には試用もしくは見習のための期間であり、大多数の者は期間経過後、本採用されるというものも少なくないのである。

ともかく、この試用制度については形式や名称によってではなく、その実質において捉えなければならないのであるが、現実存在する試用制度は、圧倒的に使用者のためにのみ存在するといえよう。したがって、この場合に、無条件に「解雇権」が使用者側に留保されているという点については検討の余地があるものと解する。

以上、簡単ながら試用期間中の労働者に関する法的性格について検討し、試用期間中の労働者の法的地位を考察した。



#### 四、おわりに——労働法上の問題点について

現代の労使関係を考察するに当っては、その前提として現行法秩序における「労働契約の基本的概念」の正しい理解のもとで、「採用——就労——解雇」という労使関係の三つの面にわたる検討が必要とされる。そのことは、現代における労働関係の実態を把握し検討する場合においては、市民法の理念に捉われることなく、「労働法原理」に基いての考究が必要であることを意味する。

本稿では、この労使関係の第一の面、すなわち「採用時における内定と試用」についての考察を試みたのであるが、この場合においても、第二、第三の面との関連が当然に生じてくる。したがって、現代の労使関係を考察するに当っては、この労使関係における三つの面を切りはなしては考えられず、相互連関的に検討を進めなければならないものである。

さて、本稿の最後にのぞみ、主題との関係で問題とされる現行労働法上における問題点について考察を加えることとする。まづ、「労働基準法における問題点」について検討し、つぎに、「労働組合法における問題点」について検討する。

##### (1)労働基準法における問題点

労働基準法は、企業の中における労働者、すなわち採用後における就労中の労働者に適用されることを原則としているので、労働基準法と関連をもつのは、主として試用期間中の労働者であり、採用内定者は原則としてその適用をうけない。したがって、ここでは主として試用期間中の労働者との関連について検討を加える。

「試用契約」は一種の労働契約として、契約本来の性質から、期間の満了によって終了するのであるが、それが一般的な労働契約に移行する場合については、三つに分けて前述した。また、試用契約について、その「更新」が認められるか否かについては、有効説もあるが、更新を認めるとすると、いたづらに試用期間が延長される恐れがあり、契約当時に予想もしえなかったような特殊事情のない限りは、試用期間の更新は許されないものと解すべきであろう。

労働基準法との関係で、特に問題となるのは「解雇予告」についてである。期間の定めのない雇傭契約により雇傭された者は、一般には二週間の予告つきで解雇できるとされているが（民法六二七条二項）、労働基準法第二〇条は、「使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少くとも三十日前に予告をしなければならない。三十日前に予告をしない使用者は、三十日分の平均賃金を支払わなければならない」として、これを三〇日に延長しているのである。

しかし、前述のように試用期間の態様は多種多様であり、その解釈については具体的に判断するよりほかはないが、本採用決定前に一定の期間を定めて、その期間中に労働者の勤務態度、能力、性格などを判断し、正式に採用するか否かを留保されている労働者については、その期間中、かかる労働者は一般に他の労働者と違った労働条件のもとにおかれ、就業規則の適用についても使用者が広範囲にその権利を留保している場合が多い。したがって、これら

試用期間中の労働者に解雇予告の規定を適用することが妥当でないとの考えから、労働基準法第二十一条は、かかる労働者について同法第二〇条の適用を除外しているのである。

しかし、試用期間中の労働関係は、本質的に不安定なものであり、期間に制限なく解雇の予告を要しないということとは、労働者にとって不利益となる場合が多いので、一四日を超えて引続き使用されるに至ったときは、労働基準法第二〇条の適用があるとしている（労基法二一条但書）。

労働基準法第二十一条のこの規定は、試用期間について一四日を限度としているが、労働基準法は試用期間を一四日に制限したものではなく、就業規則あるいは労働協約などにより、試用期間をこれより長期に定めることも可能である。ただ労働基準法は、これとは関係なく一四日を超えた場合は、たとえ試用期間中であっても、解雇について予告するか、解雇予告手当の支払をしなければならないとしているのである。

また試用期間の場合は、一四日以上引続いて使用すると解雇の予告が必要となるところから、実際上において、臨時雇傭契約の形式をとる場合があるが、この場合に二ヶ月以内の期間を定めて臨時雇傭契約を締結したとしても、その形式的名称にかかわらず、この期間が実質的に試用期間であることが明らかなきは、二ヶ月の経過によってではなく一四日を超えて引続き使用されるに至ったとき、労働基準法第二〇条による解雇予告が必要とされる。

つぎに、採用内定と解雇予告については、採用の内定を**労働契約の成立**とみるか否かによって、当然にその理論は異ってくる。

採用通知によって、労働契約が成立したものと認められる場合は、現実に就労の開始がなくとも、その取消は解雇となるので、採用取消に当っては労働基準法第二〇条による解雇予告が必要とされる。

これに反して、採用通知が**労働契約の予約**と認められる場合は、採用取消は解雇とならないので解雇予告の必要はない。この場合には、損害賠償、その民事責任の問題は別として、労働基準法第二〇条の適用はないものと解する。

## (2)労働組合法における問題点

現代社会機構のもとにおいては、一般的には「契約自由の原則」に基いて、使用者は「採用の自由」をもっているとされているが、これらの自由も無制限に認めると、採用に際して、労働者は常に不利益な条件を強制されることとなり、あるいは強制労働となる恐れも生ずるところから、法律上いろいろな制限が加えられているのである。

例えば、季節的労働に従事している労働者が、解雇——再採用——解雇——再採用と繰返し行われている慣行のある場合に、その労働者が組合活動を行ったことを理由に再採用を拒否された場合、あるいは他の会社において組合活動を行ったことが判明したために採用を拒否された場合などについては、正当な組合活動を行ったことを理由とする差別待遇として、労働組合法第七条一号違反の不当労働行為とされる。

また、その労働者が韓国人であるとか、共産党員であるとか、あるいは部落出身者であるというような国籍、信条、社会的身分を理由にして採用を拒否した場合などについては、労働基準法第三条違反として罰則の適用をうけるものと解する。

ところが、採用に際しては実際上において、採用拒否の理由を明確にすることは極めて困難である。使用者が真の理由をかくし、他の理由によったときは、採用拒否の真の理由を探し出して立証することは不可能に近いといわねば



ならない。

なお、労働者の国籍、信条、社会的身分を記載したリストや、組合活動を活発に行っている者を列挙し、その就業を妨げるようなリストなどを回覧して労働者を差別的取扱いすることも、労働基準法は罰則をもって禁止している（労基法二二条三項）。

しかし、ある労働者を新たに採用しようとする場合に、その労働者の元の勤務先に個々に照会することについては、労働基準法は禁止していないが、結果的に、労働者の国籍、信条、社会的身分、あるいは組合活動の有無などを採用拒否の理由とすれば前記の違反となることは当然である。

このように、採用についての自由は、法律上いろいろの面からの制約をうけてはいるが、これらの制約に違反しない限りにおいては、原則的には使用者の本来の権能として存在するといわざるをえない。

採用の場合と異り、試用期間が終了して本採用となる段階で本採用が拒否された場合は、その拒否の理由を立証することは比較的容易である。この場合においても、労働基準法第三条は適用されるので、その労働者の国籍、信条、社会的身分を理由に本採用を拒否することは許されず、また組合活動の前歴を理由に本採用を拒否することも許されないのである。

さて最後に、この試用期間についての判例をみるに、「試用期間」というのは、労働者としての適格性を調整、判断する期間であって、この期間中は、使用者のもつ解雇の自由は保留されている（東京地裁、昭和三九・四・二七）といわれているが、その反面において、使用者は試用期間内に労働者を本採用するか否かを決定しなければならない義

務を負い、本採用を妨げるような合理的な理由がない限り、その労働者を本採用しなければならない（東京地裁、昭和三一・七・二〇——大阪地裁、昭和三五・五・一四）と考えられているのである。

しかも、本採用を妨げる合理的な理由というのは、試用という本質に基いて判断されなければならないのであり、勤務成績の不良とか、技能が劣るとか、身体虚弱で作業に従事しえないというような労働能力に重大な関係のある欠陥を指すもので、国籍、信条、社会的身分や、組合活動などのような労働能力と直接関係のない事柄を理由として、本採用を拒否することは合理的な理由とはならず、このような本採用の拒否、すなわち解雇は、労働基準法の均等待遇の原則に違反するか、労働組合法の不当労働行為になるので、その解雇は無効となる。

また一年の期間を定めた肩傭契約の場合、これは本工採用のための一過程としての試用上の性格はもっているが、これだけで直ちに、その期間は試用期間であるということはできない。解雇されない限り期間が経過するとともに当然に本工になるという意味の就業規則あるいは労働協約があるか否かによって判断されなければならないのであって、雇傭契約の性格上、試用期間的要素を含むという理由で、その期間を試用期間ということとはできない（神戸地裁、昭和三七・七・二〇）とされている。

このように試用期間中の労働者は、合理的な特別の理由のない限り、その期間の経過によって、原則的には本採用となるのであり、試用期間の終了後も本採用にするか否かを決定せず放置した労働者については、本採用の労働者についての解雇規定（具体的には就業規則）が適用されなければならない（長崎地裁、昭和二九・三・二二——東京地裁、昭和三一・九・二二）とされ、判例も大体においてこのような結論を認めている。

戦後における経済成長の急激な促進は、必然的に労働力の需要を高め、**金のたまご**の呼声は、人間の**青田**がいの現象を生み、その中から「採用内定」に関するさまざまな問題が生じた。採用内定の時期が早いだけに、正式採用に至るまでの間に予想外のことが起り、内定者を不安と失望の状態に追いやったのである。

また、現在における**企業合理化**の呼声は、好むと好まざるとにかかわらず、すべての労働者、あるいは使用者のうえにもものしかかっている。その合理化の態様はさまざまであり、一面では技術革新、自動化、生産性向上方式などのいろいろな特徴をもっているが、労働者にとっては配置転換、人員整理、採用中止などの不利益条件が生じている。

現行法秩序のもとにおいては、本来的には使用者がもっているとされる**採用の自由**あるいは**解雇の自由**という問題については、社会的実態をふまえての究明の中で、その本質、法理、運用等についての検討は、現在における急務の一つといえよう。

「団結の法認」にともなう集団労働法理の展開は、労働者の**人間性の回復と複権**を自主的な運動によって確立することにあった。市民法原理の修正としての労働法が、この集団労働の法理の展開において形成されてきたのには、それなりの歴史的意味と役割があったことについてはいうまでもないが、その反面、個別労働法理、なかんづく「労働契約法理」の退潮は見逃すことのできない事実である。集団の権利が個々の労働者の権利を確定することについては疑うべくもないが、ただ、そのような方向性からのみでは、この労働契約の位置づけはえられないものと解する。

以上