

## “似てるけど違う”

労務管理用語  
の基礎知識

対比2 ▼ ~どちらも本採用までの仮の地位だけど…

## 採用内定 と 試用期間

会社が、大学等の卒業予定者を雇用するとき、採用された従業員が、本採用となる前、仮の地位の期間があります。ご存知の通り、『採用内定期間』と『試用期間』です。

今回は、会社が従業員の採用を決定してから本採用するまでを追いながら、「採用内定者」「試用期間中の従業員」の会社における地位や法的性質についてみていきましょう。

## 1

## 採用を決定したら

会社が卒業予定者の採用を決定すると、内定の通知をしますが、この通知は、法律的に、どのような意味を持つのでしょうか？

入社前の『採用内定』の法律上の定義は、「始期付解約権留保付労働契約」といい、これは「入社を契約の開始とし、それまでは会社が解約する権利を持っている労働契約」ということです。ただ、一口に『採用内定』といっても、①法律上は、未だ労働契約の成立してない、単なる「採用の予定」と、②労働契約の成立を意味する「採用決定」とに分かれており、法律的な性質が異なります。

『採用内定』の通知後、別途、本通知の発送、内定者からの誓約書の提出等の手続きがある場合は、

内定通知だけでは「採用の予定」に留まり、各手続きを経て初めて労働契約が成立することになります。一方、入社まで内定通知以外の手続きがない、入社前にレポートの提出、研修への参加義務がある等の場合は、内定通知が「採用決定」となると考えられます。

また、採用内定者が、内定を受けたことにより、他社への就職の機会を放棄（就職活動を終了）しているか否かも重要な要素です。

上記は、一例であり、各事例によって、入社の手続き等を個別具体的に勘案して判断されるため、予定段階か決定かは、外形だけでは区別できません。

もとより、ほとんどの場合、この区別が表面化することはありませんが、会社が「内定取消し」をせざるを得なくなったときには、労働契約の有無で差があります。「採用予定者」の内定取消しは、民法上の契約の破棄にはなり得るものの、労働契約でないため解雇にはなりません。

仮に、契約の破棄に対して会社の不法行為があるとされれば、損害賠償責任は負いますが、採用の義務は負いません。しかし、「採用決定者」の内定取消しは、労働契約の一方的解約であり、解雇に相当しますので、取消しに合理的な理由がない場合は、採用内定

取消しが無効となることもあります。

## 2

## 入社後、本採用まで

さて、採用内定者が無事卒業すれば「採用」となりますが、長期雇用を前提とするならば、すぐ本採用とせずに『試用期間』を設けます。この『試用期間』の法的性質は『採用内定』期間とは異なるのでしょうか？

『試用期間』の法律上の定義は、「解約権留保付労働契約」といい、「始期は到来したが、期間中は会社に解約する権利が残っている労働契約」とされています。この解約する権利の行使は、一般に「本採用拒否」といわれており、こちらも解雇に当たります。

試用期間の長さに法的な定めはありませんが、従業員を会社の解約権が付いたままの不安定な契約上の地位に長く置くことは公序良俗に反するとされており、多くの会社は、3ヵ月から6ヵ月程度に設定しています。そして、試用期間を延長する場合も、従業員本人の同意・会社の規定・長年の慣行上の制度等が必要です。

なお、最近では、『試用期間』とせず、「契約社員」や「有期契約社員」と称して、期間を設けて雇用する会社があります。有期契約



■ 西尾 直子 (にしお なおこ) 社会保険労務士  
 法律事務所勤務を経て、パートナー事務所を開設。主に、企業や医療機関の労働相談に従事している。立命館大学・医療経営講座修了生(齋藤清一先生に師事)、医療経営コンサルタント(全国社会保険労務士会連合会認定)

■ 外山アソシエイツ 社労士事務所 (大阪市)  
 — 労務相談、労務監査、労務DD、人事制度 —  
<http://www.toyama-as.jp/>

- ▼ 対比1 「振替休日」と「代休」
- ▶ 対比2 「採用内定」と「試用期間」
- ▼ 対比3 「パートタイム労働者」と「短時間労働者」
- ▼ 対比4 「労使協定」と「労働協約」
- ▼ 対比5 「出向」と「転籍」
- ▼ 対比6 「退職届」と「退職願」

の期間が満了した時点で、よければ、正社員として労働契約を締結し直す、という方法で、「本採用拒否」を回避する目的であると思われる契約もあります。

しかし、万一紛争になった場合は、契約上はどうあれ、その有期契約期間が、「正社員として採用するために、本人の勤務態度・能力・知識・適格性・健康状態等を調査している期間」と判断されれば、その有期契約は試用期間であり、契約満了による退職が、解雇とみなされることもあるので注意が必要です。

### 3

#### 採用できないとき 「内定取消し」と「本採用拒否」

他方、何らかの理由で、会社が、採用内定者を、当初の予定通り雇用できないと考えた場合は、採用を撤回しなければなりません。 「内定取消し」も「本採用拒否」も、正社員の解雇に準ずる事由が必要です。採用試験段階では分からず、採用後、初めて判明し、会社がその事由を知っていれば採用しなかったであろう合理的な事由であり、それによる解雇が客観的に相当と判断された場合にのみ有効となります。

就労前の「内定取消し」は、概ね「卒業できなかった」「採用の条件となる必要資格が取得できな

かった」「健康を害して数ヵ月では回復しない」「逮捕された」等、現実に就業が不可となった場合に限られるでしょう。

すでに就労が開始している「本採用拒否」では、「勤怠不良や言動・協調性の不適格等、仕事や業務に対する基本的な姿勢や業務に対する適性」等も判断材料となりますが、『試用期間』には、教育の期間という一面もありますので、極端に平均を下回り改善の余地がないことが明らかな場合でない限り、単なる能力不足での「本採用拒否」は認められにくい傾向にあります。

『採用内定』の場合は、採用内定者の次の就職活動のためにも早めの「内定取消し」がよいといえますが、『試用期間』の早い時期での「本採用拒否」は、適正な教育・指導を行わず、従業員に改善の余地を与えていない、とみなされる可能性があるため、慎重に対応しなければなりません。

### 4

#### 『採用内定』『試用期間』と 労働基準法

さて、先ほど、『採用内定(採用決定)』も『試用期間』も、労働契約が成立していると述べましたが、労働基準法上の地位はどのようなになっているのでしょうか？

労働基準法では、「労働者とは、

職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われている者をいう」とされています。つまり、①会社や個人事業主に使用されていて、②賃金を支払われている者、ということになります。

この定義からすると、「採用内定者」は、身分としては学生等であり、会社に使用されているとはいえ、賃金はもちろん就労もしていないことから労働基準法上の労働者とはいえ、労働基準法や就業規則の適用はありませんが、「試用期間中の従業員」は、前記①②のいずれも満たしており、労働基準法上の労働者に該当します。残業代の支払いや社会保険への加入も必要ですし、年次有給休暇の継続勤務期間にも含まれます。

さらに、入社後14日を超えて就業している従業員に対する「本採用拒否」は、30日前の解雇予告か解雇予告手当支払いかの、いずれかの義務もあります。

一方、労働者である「試用期間中の従業員」には、就業規則の遵守義務があり、違反すれば懲戒処分を受けることもあります。

「採用内定者」と「試用期間中の従業員」を分ける法的性質は、労働者であるか否かという点なのです。