

第36回 杜若オンラインサロン

拒否していいの？本採用 ～試用期間中に問題がみられた場合の対応～

杜若経営法律事務所 弁護士 樋口 陽亮
弁護士 釋 英導

目次

① 講義パート(担当:釋)

- 1 試用期間について
- 2 本採用拒否の有効性に関する裁判例
- 3 有期雇用における試用期間
- 4 試用期間の延長の可否
- 5 試用期間中に問題がみられた場合の実務的対応
- 6 まとめ

② 座談会パート(担当:樋口・釋)

ご質問方法について

ご質問がある場合には、画面下の「Q&A」からご入力ください。

いただいたご質問は、後半の座談会にて時間の許す限り回答させていただきます。

ご質問をお待ちしております。

※ご質問の際は、特定の企業名、人物名はご入力されないようお願いいたします。

※本日のセミナーは収録させていただいております（後日顧問先様限定で公開予定）。

1 試用期間について

試用期間について

- ・試用期間は、一般的に、新規採用した従業員について、本採用の前に従業員としての適性を判定するために設定されている。
- ・試用期間は、法的には、「解約権留保付雇用契約」であるとされる。すなわち、解約権を行使して雇用関係を解消すること(本採用拒否)が想定されている。
- ・本採用拒否の有効要件について、判例では次のように説かれている。

「解約権留保付雇用契約における解約権の行使は、解約権留保の趣旨・目的に照らして、客観的に合理的な理由があり社会通念上相当として是認される場合に許される」最判平成2年6月5日民集 44巻4号668頁(神戸弘陵学園事件)

→本採用拒否が有効となるためには、通常の解雇と同様に、

- ①客観的に合理的な理由
 - ②社会通念上の相当性
- が必要になる。

本採用拒否のハードル

Q.一般的な解雇(本採用後の解雇)と本採用拒否を比較した場合、本採用拒否の方が有効になりやすいか。

A.あまり変わらないと考えるべきである。

前記判例では、本採用拒否について、「通常の雇用契約における解雇の場合よりもより広い範囲における解雇の自由が認められてしかるべきである」との文言もある。これだけを見ると本採用拒否の方が有効になりやすいとも思える。

しかし、他の裁判例では、「留保解約権の行使は、実験・観察期間としての試用期間の趣旨・目的に照らして通常の解雇に比べ広く認められる余地があるにしても、**その範囲はそれほど広いものではなく…**」としたものもある(東京地判平成24年8月23日労判1061号28頁)。

実際、裁判例を俯瞰すると、実質的には本採用後の解雇と本採用拒否のハードルはあまり変わらない印象である。本採用拒否が無効と判断されたケースも多い。

2 本採用拒否の有効性に関する裁判例

無効例 東京地判H27.7.23労判1080号5頁(ファニメディック事件)

有効例① さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

有効例② 東京地判H27.10.9労経速 2270号17頁(キングスオート事件)

本採用拒否が無効となった事例

東京地判H27.7.23労判1080号5頁(ファニメディック事件)

【事案の概要】

- ・被告は動物病院やペットホテルを経営する会社であり、原告は獣医師。
 - ・原告は、(獣医の)外科医としての腕に期待され、被告に中途入社した。
 - ・しかし、原告は、薬の処方量を誤る、薬の金額を誤って請求する、薬の種類を誤る(猫に使用しない方が良い薬を猫に処方した)等、ミスが多かった。
 - ・また、社内試験の成績が悪い、診療数や再診率が低い(=回転が遅い、リピーターを獲得できていない)、社内勉強会をたびたび欠席するなど、能力や態度に疑問があった。
- 6か月の試用期間満了時、本採用拒否をしたところ、原告が出訴。

本採用拒否が無効となった事例

東京地判H27.7.23労判1080号5頁(ファニメディック事件)

【判旨】

- ・本採用拒否は無効と判断。
- ・各種ミスについては、不注意の域を出ないこと、繰り返されているわけではないこと、致命的なミスではない(猫に「使用しない方が良い」にとどまる)ことを理由に、重視されなかった。
→「原告が獣医師として能力不足であって改善の余地がないとまでいふことはできない」
- ・診療数や再診率については、原告が患者の多い土日に出勤していないこと、再診に訪れるかは動物の状況や飼主次第であることを理由に、やはり重視されなかった。
- ・勉強会については、出席せよという明確な業務指示が認められないので、勤務態度の評価に反映しがたいとされた。

本採用拒否が無効となった事例

東京地判H27.7.23労判1080号5頁(ファニメディック事件)

【ポイント①】

- ・単純ミス、単発のミス、致命的でないミスだけで本採用拒否をすることはできない(「絶対にやってはいけない」ことをしなければ致命的なミスとはいえない)。
- ・多くの従業員が参加している社内勉強会であっても、建前上は自主的参加となっている場合、参加しないことを本採用拒否の事由とすることはできない。
- ・本採用拒否が有効となるためには、能力不足であるだけでなく、改善の余地がないといえることが必要。
- ・裁判になった場合、改善の余地がないことについては、会社側が立証責任を負う。

本採用拒否が無効となった事例

東京地判H27.7.23労判1080号5頁(ファニメディック事件)

【ポイント②】

- ・改善の余地がないことを立証するためには、「改善の機会を与えたが、改善されなかつた」又は「改善の機会を与えたが、拒否された」という状況を作る必要がある。→本採用拒否の可能性がある場合、まずは改善の機会を与えることが必要。
- ・試用期間満了直前に注意指導を行った場合、改善するための時間がないことから、「改善の余地がない」と立証できない可能性がある。出来る限り早い段階で注意指導を始めることが望ましい。

本採用拒否が有効となった事例①

さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

【事案】

- ・被告は出版、販売を営む会社で、従業員は15名程度。
 - ・原告は、R1.11.5から1年間の有期雇用で、経験者として被告に入社。
 - ・しかし、電話での営業を怠る、上司からの指示違反をする、原告が作成した日報に対して上司がコメント(改善指導)を書き込んでも反省や改善がないという問題がみられた。
 - ・原告は、R2.1.23以降、体調不良を訴えて欠勤を繰り返した。
- 3か月間の試用期間満了時(R2.2.4付)本採用拒否をしたところ、原告が出訴。
- ・3か月間に、上司が行った指導の内容の例としては次の通り。

本採用拒否が有効となった事例①

さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

【改善指導の内容】(マーク部分が指導)

①帯替えについて

- ・営業部会において、原告が帯替え(既存の書籍の帯をリニューアルして販促を行うこと)を提案したものの却下され、中止が指示されたことがあった。
- ・しかし、原告が勝手に帯のデザインの発注を進めており、デザイナーに報酬を支払うことになってしまった。そのため、社長・取締役・課長から厳重注意をし、始末書を提出させた。
- ・原告から提出された始末書は、反省のポイントがずれていたため、社長・課長との面談を設定して始末書の再提出を命じた。
- ・しかし、原告が自分は悪くないと弁解したため、課長から再度問題点を説明した。

本採用拒否が有効となった事例①

さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

【改善指導の内容】(マーク部分が指導)

②コピー用紙での帯の作成について

- ・原告が営業部会においてコピー用紙での帯の作成を提案したが、却下されたことがあった。原告は、日報で「帯に関しては保留」と記載した。**社長は、その結論に至った理由と、何が悪かったのかを記載するようコメントした。**原告は、現実的ではないこと等を記載した。
- ・しかし、原告は、会社に無断で、コピー用紙で作成した帯を書店に送付していたことが発覚した。**取締役は、書店に対する説明と、翌月早々に売れ行き確認をするよう指示をした。**
- ・翌月14日、**取締役と課長から進捗が遅いことに注意**があり、原告は17日に当該書店を訪問。
- ・しかし、営業日報には売れ行きに関する記載がなかったため、**取締役が在庫と売れ行きを尋ねるコメントをつけた。**それでも「在庫は面でたくさん」など曖昧な表現をしたため、「営業は数字で把握すること。抽象的表現では状況を正確に伝えられません」と再コメントした。

本採用拒否が有効となった事例①

さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

【判旨】

- ・本採用拒否は有効と判断。

「業務命令に違反し、注意や叱責を受けてもこれを不当と捉えて内省しなかったものであり
(中略)体調不良を理由に出社しなくなり、本件解雇の通知書を受けると、出社無用との指示
どおり、欠勤の連絡もしなくなった」

「原告の勤務態度、業務成績、勤怠等を踏まえれば、原告は、小規模出版社である被告の営業職としての適性を有するとは認め難いところ、かかる事情は、被告が原告について本採用を拒絶し、試用期間満了をもって契約を終了させることにつき、やむを得ない事由に該当する」

本採用拒否が有効となった事例①

さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

【ポイント①】

- ・このケースでは、本人のミスや指示違反に対して、上長が適切なコメント・注意指導を行っていたこと、本人が指導を受け入れなかつたことが事実として認定されたことから、本採用拒否が有効と判断された。
- ・指導の内容として、やや突飛と思われる内容(コピー用紙で帯を作成すること)に対しても頭ごなしに否定するのではなく、却下された理由を考えさせているなど、丁寧な指導方法であったことも有効性判断に影響していると考えられる。
- ・1つのミスに対して一度注意すれば足りるとは限らない。問題点の理解が足りていなければ再度注意指導を行うなど、重ねて指導をする必要がある。

本採用拒否が有効となった事例①

さいたま地判R4.4.19労経速 2494号24頁(柏書房事件)

【ポイント②】

・このケースを立証の観点からみると、日報上で本人の認識(営業部会の内容と齟齬がある)が記録されており、上長のコメント内容やそれに対する本人の反応も日報に残っていたため、正確な事実認定がなされたといえる。

→必ずしも日報による必要はないものの、注意指導を行う際は、形に残る(裁判になった場合に証拠として提出できる)形で行う必要がある。

・仮に口頭での指導のみを行っていた場合、客観的な資料が残らないため、法的紛争になつた場合に不利になつてしまう。

本採用拒否が有効となった事例②

東京地判H27.10.9労経速 2270号17頁(キングスオート事件)

【事案】

- ・被告は、自動車の輸出販売を行う従業員15名程度の会社。
- ・原告は、シニアマネージャーとして、年俸730万円の待遇で雇い入れられた。
- ・会社では、インプット作業(仕入れた中古車の車台番号、金額等を入力する作業)の業務があり、シニアマネージャーが自らインプット作業を行うことがあった。原告は、**インプット作業に通常の2~3倍程度の時間がかかる上にミスが多くかった。**また、原告がミスした内容を他のシニアマネージャーが手直ししている間に勝手に帰ろうとしたこともあった。
- ・原告は、業務時間中に仕事と関係のないサイトを閲覧していたことや、風俗店のサイトを閲覧して女性従業員から上長に苦情を申し入れられたこともあった。
- ・3か月間の試用期間満了時に本採用拒否をしたところ、原告が出訴。

本採用拒否が有効となった事例②

東京地判H27.10.9労経速 2270号17頁(キングスオート事件)

【判旨】

- ・本採用拒否は有効と判断。
- ・基本的な業務遂行能力が乏しいこと、管理職としての適格性に疑問を抱かせる態度があつたこと、インターネット閲覧について女性従業員から苦情が出されるなど被告の業務に支障が生じていたこと等が考慮された。
- ・インプット作業に関する注意指導について、「原告に求められていた能力の水準からすると、インプット作業のような基本的な作業の習得について、1ヶ月以上もの長期間にわたり指導し、改善を促すなどの対応が被告に求められていたとはいえない」とされた。
- ・他方、会社側が主張していた、タバコ休憩等で一時間に何度も長時間離席していたこと等は、裏付け証拠がないとして認定されなかった。

本採用拒否が有効となった事例②

東京地判H27.10.9労経速 2270号17頁(キングスオート事件)

【ポイント】

- ・管理職として採用された場合でも、基本的な作業ができないことが直ちに本採用拒否の事由となるわけではない。ただし、新卒者等の場合と異なり、**基本的な作業について長期間にわたり注意指導を行うことまでは必要ではない。**
- ・離席・休憩が多い等、業務態度に問題がある場合であっても、日報等の本人が作成した記録には表れてこない。そのため、指導してその記録を残しておく必要がある。記録がなければ、裁判で事実として認定されることが困難になってしまう。
- ・口頭での指導内容をメールにも記載して送つておくだけでも効果はある。

3 有期雇用における試用期間

有期雇用における試用期間

Q. 有期雇用において試用期間を設定することは可能か。

A. 可能である。できる限り試用期間の設定をすべきである。

(柏書房事件も、有期雇用に試用期間が設定されていた事例)

ただし、以下の2点に注意する必要がある。

①雇用契約書及び就業規則上の記載が必要であること。

雇用契約書に規定があっても、就業規則に試用期間の規定がない場合、就業規則より低い労働条件として無効になる。

②試用期間が長すぎると、無効と判断される可能性があること。

さいたま地判平成25年1月31日労経速 2180号3頁(リーディング証券事件)は、1年間の有期雇用で6か月間の試用期間が設定されていたケースで、3ヶ月を限度に有効と判断された。

→3ヶ月程度を上限とみるべき。

4 試用期間の延長の可否

有効例 東京地判R2.3.24労経速2426号29頁(AIG損保事件)

試用期間の延長の可否

東京地判R2.3.24労経速2426号29頁(AIG損害保険事件)

【事案】

- ・原告は、損害保険業界は未経験で被告に入社した。
- ・雇用契約書では試用期間は3か月間とされ、「ただし、被告は、自己の裁量により、通算で6か月を超えない範囲で試用期間を延長することがある」との記載があり、就業規則にも同旨の定めがあった。
- ・原告は、代理店宛てのメールの誤送信、代理店から依頼のあった業務の10日間以上の放置など、ミスや業務の遅滞が目立った。
- ・会社は、原告が「まだ頑張ってみたい」と述べていたことから、3か月間の試用期間を6か月間まで延長することに決定し、本人に通知した。
- ・しかし、同様のミスがなくならず、6か月経過時点で本採用を拒否したところ、原告が出訴。

試用期間の延長の可否

AIG損保事件 東京地判R2.3.24労経速2426号29頁

【判旨】

- ・試用期間の延長、本採用拒否ともに有効。

「本件労働契約において、平成30年12月31日まで3か月間の試用期間は、同契約中の約定及び被告の就業規則中の定めに基づき、被告が本採用の有無、すなわち上記解約留保権を行使するか否かの決定をすることが適当でないと判断した場合、その裁量により、通算で6か月を超えない範囲(最長で平成31年3月31日まで)で延長することができる」

「被告がその裁量によりした本件試用期間延長については、このように失敗を繰り返していた原告につき、業務を習得するための能力の優劣や、被告の従業員として業務を遂行する適格性の有無をさらに見極めて、試用期間中の解雇事由(前提事実④)の有無を判断する期限を先送りするためという、合理的な理由があった」

試用期間の延長の可否

AIG損保事件 東京地判R2.3.24労経速2426号29頁

【ポイント】

- ・試用期間を延長するためには、雇用契約書(労働条件通知書)・就業規則上の根拠が必要。
(これらがなければ、本人が合意したとしても延長が無効とされる可能性がある)
- ・また、当該従業員の能力や適格的に課題がみられるなど、「合理的な理由」が必要。
→試用期間中に問題がみられたが、改善の機会を十分に設けられなかつた場合などに、**ラストチャンスを与えるようなイメージ**で用いるべき。

5 試用期間中に問題がみられた場合の実務的対応

問題がみられた場合の実務的対応

ここまでの中を踏まえると、以下の手段が考えられる。

①注意指導を行う

- ・会社での振る舞い方や求められるスキルが理解されていない可能性もある。まずは注意指導を行い、自分に何が足りていないのか、何が求められているのかを理解してもらうべき。
- ・本採用拒否を行う場合には、単に本人の能力が低い、やる気がない、協調性がないというだけでは足りず、改善の見込みがないことが必要になる。注意指導を行うことで改善の見込みの有無についても明らかになってくるため、その意味でも注意指導を行うことは重要である。
- ・同じ内容であっても、何回も注意指導を行うことが必要な場合もある。

問題がみられた場合の実務的対応

ここまで内容を踏まえると、以下の手段が考えられる。

②客観的な資料を残す

- ・本人や会社が後々見返すことができるような客観的な記録を残すことが望ましい。
- ・日報は、毎日記録を残すことができ、本人の考え方や理解度も含めて記載として残るため、後々見返した際に豊富に情報を残すことができる。
- ・本採用拒否の可能性がある場合は、本人のミスの記録だけではなく、上長からの指導内容の記録も残すことが必要。指導に対する本人の反応も残っていればなお良い。
- ・仮に裁判になった場合には、録音も重要な証拠になる。怒鳴り散らす場合やハラスメント発言等がみられる場合には録音も検討する。

問題がみられた場合の実務的対応

ここまで内容を踏まえると、以下の手段が考えられる。

③試用期間の延長を検討する

- ・本人にミスがあるものの能力改善に向けて意欲を見せている場合や、会社側で客観的な記録を残しきれなかった場合には、試用期間の延長も視野に入ってくる。
- ・延長することに合理的な理由があれば、事後的に裁判になった場合にも、会社側が本人に最大限配慮していたことを理解してもらいやすいと考えられる。
- ・試用期間を延長した場合は、その間も注意指導は継続的に行っていく必要がある。
- ・雇用契約書、就業規則上の根拠が必要である点に注意が必要。

問題がみられた場合の実務的対応

ここまで内容を踏まえると、以下の手段が考えられる。

④本採用拒否を告げる前に、まずは退職勧奨をする

- ・仮に裁判で本採用拒否が無効と判断された場合、判決確定日までの賃金相当額(在職していれば得られるはずだった賃金相当額)の支払いを命じられ、しかも本人が会社に復帰するという重大なリスクがある。
- ・本採用拒否ではなく退職合意をする方法で退職した場合には、労働者が事後的に争うことは(不可能ではないものの)難しく、訴訟リスクを低くすることができる。
- ・本人に重大な問題があり、会社として注意指導を重ねたが改善しないというケースであっても、まずは退職勧奨を行って合意退職を目指すべき。
- ・本採用拒否が無効になる可能性がある場合に、「このままだと本採用拒否になるから、その前に自主的に退職してくれないか」と告げた場合、退職合意が無効になる可能性がある。

6 まとめ

まとめ

- ・試用期間満了時の本採用拒否のハードルは、本採用後の解雇のハードルと大きくは変わらない。本採用拒否を行う可能性がある場合には、出来る限り早期の段階から対応を始め、証拠を残していくことが必要になる。
- ・試用期間の従業員に問題がみられた場合には、下記の対応を行なうべき。
 - ①注意指導を行う
 - ②客観的な資料を残す
 - ③試用期間の延長を検討する
 - ④本採用拒否を告げる前に、まずは退職勧奨をする
- ・可能であれば、就業規則上、有期雇用の場合にも対応した試用期間の規定及び試用期間の延長に関する規定も盛り込むことが望ましい。