

しかし、神戸弘陵学園事件最高裁第三小法廷判決（平成2年6月5日）において、試用的な雇用の期間について、期間の満了により労働契約が当然に終了する旨の明確な合意が当事者間に成立しているなどの特段の事情が認められる場合を除き、期間の定めのない契約における試用期間であるとの判断が示されたことから、有期労働契約によって試用の機能を果たさせることがやりにくくなっているという問題が指摘されている。

これについては、試行雇用契約と試用期間との区別を明確にするため、有期労働契約が試用の目的を有する場合には、契約期間満了後に本採用としての期間の定めのない契約の締結がない限り、契約期間の満了によって労働契約が終了することを明示するなど、一定の要件を満たしていなければ試用期間とみなすことが適当である。

また、試行雇用契約については、これ以外の有期労働契約に関する手続（2（2）参照）との均衡から、試行雇用契約である旨及び本採用の判断基準を併せて明示させることとし、差別的な理由や有期契約労働者が正当な権利を行使したことを理由とする本採用の拒否はできないこととすることが適当である。

これに対しては、試行雇用契約が法制化されれば、企業が適性を見極めにくい若年労働者に対して一斉に利用することが容易に予想できるため、試行雇用契約の新設はすべきではないとの指摘がある。しかし、現在、有期労働契約をどのような目的で利用するかには制限はない中で、試行雇用契約は常用雇用につながる契機となって労使双方に利益をもたらすものとしてすでに活用されており、上記の提案は、上記神戸弘陵学園事件最高裁判決を踏まえて試行雇用契約を法律上位置付けるものにすぎず、決して試行雇用契約を「新設」するものではない。そしてその上で、試行雇用契約で雇用された労働者について、通常の有期契約労働者と同様に、差別的な理由や正当な権利を行使したことを理由とする本採用拒否から保護する規定を設けることを提案しているものである。

また、「本採用の拒否はできない」こととするものの法的効果について、本採用をしなければならないとすることは、これまで締結されていた契約と全く違う種類の契約の締結を強制することになり、その労働条件等も明らかでないため困難であり、労働者が使用者に対して、差別的な取扱いや正当な権利の行使により不利益を受けたことに対する損害賠償を求めることができることとすることが適当である。

このほか、上記第2の2で述べたとおり期間の定めのない労働契約における試用期間に上限を定めることとした場合には、これとの均衡から試行雇用契約においても期間の上限を定めることが問題となり得るとの指摘があつ