

# 高校毕业生就业协议书法律属性研究

尹晓东

(西南大学 教育学部、研究生院,重庆市 400715)

**摘要:**高校毕业生就业协议书因为其生成依据及本身的缺陷,存在着诸多不足,在规范就业秩序、促进大学生就业的工作中,难以充分发挥作用。因此,准确界定高校毕业生就业协议书的法律性质,并保障其有效地运行,可以规范、保护和促进高校毕业生的就业。

**关键词:**高校毕业生;就业协议书;法律属性;民事合同

**中图分类号:**D922.5 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2013)01-0044-05

高校毕业生通过就业协议书的形式实现初次就业的做法,我们已经走过了十多个年头。十余年来的实践证明,这种形式对维护高校毕业生在初次就业中的合法权益,规范用人单位劳动用工方面都产生了积极的影响。但是,随着时间的推移,这项带有浓重计划经济色彩的制度,在当前就业理念新颖化、就业途径多元化、就业形势复杂化的情况下,越来越暴露出它的不足之处。这张关系到每年数百万毕业生和众多用人单位的一纸协议存在着不少问题,在毕业生、用人单位和高校间产生了许多矛盾和纠纷,也给社会就业环境和就业秩序带来了一定的混乱。在以“市场为导向、政府调控、学校推荐、学生与用人单位双向选择”的大学生就业制度背景下,必须重新厘定高校毕业生就业协议书的法律属性,从而明确和维护当事人的合法权益,促进就业市场健康有序地发展。

## 一、高校毕业生就业协议书的缘起与当下困境

就业协议书的全称是《高校毕业生就业协议书》(以下简称就业协议),是高校毕业生、用人单位和学校三方签订的、明确三方在就业择业过程中权利义务关系的书面协议,即我们俗称的“三方协议”。20世纪90年代后期,高校毕业生就业工作逐步走向市场,实行在国家就业方针指导下的双向选择机制,使毕业生就业从传统的指令计划分配转型为现代的市场双向选择。由于市场对就业的调整机制并不健全,因此导致当时的大学生就业处在一种由计划向市场过渡的特殊状态中。原国家教委(1998年更名为教育部)于1997年3月24日制定了《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》(以下简称《暂行规定》),并实施至今。《暂行规定》第五章“供需见面和双向选择活动”第24条明确规定:“经供需见面和双向选择后,毕业生、用人单位和高等学校应当签订毕业生就业协议书,作为制定就业计划和派遣的依据。未经学校同意,毕业生擅自签订的协议无效。”根据该条规定,高校毕业生在与用人单位达成就业用工合意后,应与用人单位、高校共同签订就业协议。因此,就业协议是高校毕业生就业工作在形式上从国家包分配转向市场寻找进程中的选择。

与现实生活中的一般协议不同,就业协议有其特殊性:首先,就业协议的订立主体具有多方性、特

\* 收稿日期:2011-08-28

作者简介:尹晓东,西南大学教育学部,博士研究生;西南大学研究生院,副教授。

基金项目:重庆高等学校学生管理工作研究会重点课题“大学生就业协议书的法律地位”(2009004),项目负责人:尹晓东。

定性和特殊性,表现在它是三方合意的结果,并且这三方是特定的,只能是高校、高校毕业生、用人单位,其特殊性在于这三方有着紧密的内在联系:培养方、培养对象、使用方;其次,就业协议的格式是固定的,但这份格式固定的协议并不是由签订协议的任何一方当事人事先制定的,而是由另外的、间接的当事人,一般是教育行政主管部门或各省、直辖市、自治区就业主管部门统一制定,具有很强的行政管理色彩;第三,协议产生相应效力的前提并不是就业与用工的直接当事人——即高校毕业生和用人单位意思表达一致的结果,而是取决于处于行政管理地位的毕业生培养单位——高校的意愿。

按照法理学中法律渊源的一般理论,国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,以及省、自治区、直辖市人民政府和较大的市的人民政府所制定的规范性文件称规章。既然《暂行规定》是原国家教委制定的,它就属于部门行政规章,当然具有法律效力,其法律地位和法律效力,局限在部门行政规章的水平上。然而由于该规章制度颁布实施后,没有其他相关实施细则以及进一步的文件解释,就是说对于其中重要的就业协议制度的具体内容、法律属性、法律地位及责任承担没有立法上的明确规定,再加上就业协议本身的缺陷,致使学界对就业协议的法律属性莫衷一是。任何人都不可否认就业协议在本质上是一份协议。但问题是它是一份什么性质的协议书?应由什么部门法律调整?在实践中又应该依据什么法律来划分当事人的责任,明确各自的义务,追究违反协议的当事人的法律责任呢?这些问题难以回答,导致其法律效力难以发挥!

## 二、高校毕业生就业协议书的法律属性争辩

正是由于《暂行规定》本身的缺憾,就业协议法律属性无立法上的明确规定,法律地位模糊不清,所以在实践中也存在不同的认识。

(一)“民事合同说” 这种观点认为,就业协议是民事合同或民事性质的合同,从就业协议签订的时间、内容及就业协议体现的当事人的法律地位来看,就业协议不是劳动合同,但却有民事合同的性质和相应的法律效力,用人单位不得擅自改变、解除和违约。如果毕业生违反了就业协议书的规定,用人单位可以根据合同法来追究毕业生的违约责任。<sup>[1]</sup>

(二)“预约合同说” 此观点认为,就业协议与劳动合同既有联系又有区别,它只是毕业生将来与用人单位签订劳动合同的依据,是一个预约合同,尤其是就业协议中就服务期、违约金等涉及劳动关系存续期间的权利义务进行约定的内容,在以后订立的劳动合同予以确认,这完全符合预约合同的特征,是典型的预约合同。当毕业生到用人单位正式就业时,毕业生与用人单位根据就业协议而订立的劳动合同是本约合同,就业协议作为预约合同的约束力就完成了,而劳动关系应当以劳动合同为准。<sup>[2]</sup>

(三)“劳动合同说” 持这种观点的学者较多,他们认为,就业协议应当适用劳动合同,因为就业协议是劳动合同的一种特殊形式,它们的性质一致。毕业生与用人单位签订了就业协议,毕业生就要到签约单位工作,用人单位就要为其安排相应工作岗位,从实际上说,这就是确定了劳动关系。二者主体意思表示一致;法律依据一致;就业协议应当遵循《劳动法》中劳动合同等有关规定,发生争议纠纷,应当按照《劳动法》的规定,依法处理。<sup>[3]</sup>

## 三、对高校毕业生就业协议法律属性观点的评析

应该说,上述观点都承认就业协议是一种合同,符合合同的表面要件。但其分歧主要集中在就业协议究竟是一种什么性质的合同?如果合同性质不能明确,那么在实践中就会找不到相应法律依据,难以处理纠纷、维护当事人合法权益。笔者认为,上述观点尚难诠释高校毕业生就业协议书的法律属性。

### (一)“民事合同说”有违就业协议的现实运行

“民事合同说”似乎有一定道理,表面看是用人单位和毕业生基于“双向选择”明确各自权利义

务的协议,是双方意思表示一致的产物,但这个观点无法解释就业协议中高校的作用和权力。众所周知,民事合同强调的是“当事人意思表示一致”!然而,就业协议是一个“三方协议”,当就业意向中的直接当事人——毕业生与用人单位的意思表示一致了,按照《暂行规定》的要求,就业协议并不能生效。如果它是民事合同,那么如何理解在此问题上学校对学生的管理行为?由于未经学校同意学生擅自签订的就业协议无效,所以协议是否生效需经学校的“审批”,这并非平等主体之间的法律关系,而是管理者与被管理者之间的行政法律关系,与涉及颁发毕业证和决定授予学位等事项一样,二者之间的关系并非平等主体之间的民事法律关系。<sup>[4]</sup>由于高校还负责毕业生的相关资格审查和就业推荐工作,因此将高校与毕业生和用人单位置于同一民事法律关系中的观点就不太恰当。

## (二)“预约合同说”混淆了两者的界限

预约合同,本质上也属于民事合同,是一种债权合同。这样界定就业协议,当然也很牵强,不过我们可以单纯从预约合同的角度来分析思考。预约合同的概念,在我国合同实务中虽屡有应用,但我国立法包括《民法通则》、《合同法》、《劳动法》等都没有明确的规定。学者们一般将其定义为“约定将来订立一定合同之合同”<sup>[5]</sup>,其将来应订立的合同称为本约合同。预约合同成立的要件,与一般合同的成立要件相同。在英国合同法理论中,预约被称为“产生法律关系的意向”。如果没有产生法律后果的意向,任何一个协议将不是一个有拘束力的合同。<sup>[6]</sup>就业协议不是预约合同的理由在于:首先,预约合同与本约合同的订立目的不同。就业协议订立的目的确是确立用人单位与毕业生的劳动用工关系,而不是以将来订立劳动合同为目的,因为国家机关、事业单位、部队等部门并不是依赖劳动合同来明确双方的劳动工作关系的;其次,预约合同与本约合同的性质是相同的,比如都属于民事合同,而就业协议与劳动合同的性质并不一样。预约合同本质上属于民事合同,如果认为就业协议是预约合同,那就属于民事合同的范畴,这和劳动合同的性质是不同的,劳动合同与民事合同、经济合同、行政合同等是不同性质的法律合同,它们适用的法律法规也是不一样的;第三,预约合同与本约合同的依据和所适用的规则是一致的,而就业协议与劳动合同的依据和所适用的规则是不相同的;第四,预约合同和本约合同的主体是一致的,而就业协议和劳动合同的主体却不一致,就业协议的主体是毕业生、用人单位和毕业生三方,劳动合同的主体只有毕业生和用人单位;第五,预约合同充分体现了合同自由原则,是当事人之间自愿签订的;而就业协议本身涉及第三方,必须获得高校的同意,带有强制性。所以,就业协议不属于预约合同。

## (三)“劳动合同说”缺乏法律依据

对于“就业协议就是劳动合同”的观点,笔者认为,虽然就业协议是对将来双方可能订立劳动合同的约定,是毕业生与就业单位约定学生毕业后与就业单位可能订立劳动合同的一个凭证,但其本身并不是劳动合同。两者之间存在着明显的不同,差别很大:首先,两者适用的法律依据不同。劳动合同的依据是1995年颁布实施的《劳动法》和2007年颁布实施的《劳动合同法》,属于国家的基本法律。而就业协议的依据是1997年原国家教委制定的《暂行规定》,属于部门规章,其法律效力远低于国家劳动基本法律;其次,主体不同。劳动合同是适用于有劳动能力的、符合劳动法律规定的所有劳动者与用人单位之间确立劳动关系的协议,只需双方协商一致,符合国家的法律、法规,无欺诈、威胁等情形,则双方签字、盖章后即发生法律效力,毕业生的培养单位(高校)不可能是劳动合同主体。而就业协议的签订须三方在就业协议上签字、盖章才能生效。毕业生、用人单位、高校缺少其中任何一方签字盖章,就业协议都是不可能发生法律效力的。换句话说,就是签订就业协议的主体是毕业生、用人单位、高校;第三,目的不同。就业协议是一种对工作意向、意愿的认可,而劳动合同更多的是体现具体劳动权利与义务的关系。就业协议是高校制订就业计划的重要依据,它体现国家的计划,体现毕业生的流向是否符合国家经济建设和社会发展的需要,符合的高校才会批准,其行政性很强。劳动合同的成立不体现国家对人力资源的计划和宏观管理,只体现用人单位招工用工和劳动者择业就业的状态,突出了就业自主性;第四,内容不同。根据相关法律的规定,劳动

合同除应具备双方当事人的基本信息外,还必须具备劳动合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动保护(劳动条件)和职业危害防护等条款。而就业协议主要明确的是毕业生同意去某用人单位就业和该用人单位同意接收该毕业生的意见,没有其他法律法规规定的条款;第五,签订时间不同。就业协议签订于学生毕业前后,一经签订便具有法律约束力(尽管目前这种约束力怎样体现,我们尚不清楚),一旦毕业生到单位报到,协议自动失效。而劳动合同签订于学生毕业到用人单位报到后正式确立劳动关系之时;第六,处理纠纷的法律适用不同。劳动者和用人单位因为劳动合同的签订、履行、变更、解除所产生的纠纷属于典型的劳动争议,适用劳动法律法规。而学生和用人单位因为就业协议产生纠纷,则不能适用劳动法的相关规定,只能适用《暂行规定》;第七,处理纠纷的部门不同。毕业生与用人单位因就业协议发生纠纷后,一般先由毕业生和用人单位协商,取得一致意见后报送高校就业主管部门,由其审查认可后,报上级主管部门批准进行调整,行政性很强。但如果协商不成,则会因为就业协议法律属性不明而无法找到其他明确的救济渠道。而因劳动合同发生纠纷,除当事人可以协商和解外,还可以请劳动争议调解委员会进行调解,或者依法申请劳动争议仲裁委员会仲裁,对仲裁不服的,可以向人民法院起诉。上述几个方面充分说明,就业协议根本就不是劳动合同,不能作为确定毕业生和用人单位建立劳动关系的依据。

#### 四、高校毕业生就业协议书法律属性的厘定与确认

就业协议使得当事人一旦出现违约并对簿公堂的话,在实务上极有可能遇到如下尴尬局面:劳动仲裁部门会因就业协议所发生的纠纷不属于劳动争议,不予受理;人民法院面对这样的纠纷同样也会以当事人之纠纷不属于劳动纠纷不予受理,退一步说就算法院认定该纠纷属于劳动争议也必须先进行仲裁。如依据《合同法》立案,姑且不说这种纠纷是否属于民事合同纠纷,即便法院同意受理该类案件,但在具体审理中法院究竟依据什么法律条款来处理这种“三方”协议上的争议也将是一个难以解决现实难题。总之,面对这样的纠纷要想依据现有的法律规范来解决,并不现实。这个典型的“四不像”,产生在我国大学生就业体制从计划经济向市场经济转型过程之中,属于中国特色就业市场转型期的产物<sup>[7]</sup>,具有浓厚的计划经济的特点,影响、制约了大学生就业市场的有序发展和社会整体就业环境的优化,应该加以修改和完善!

##### (一)厘定就业协议法律属性的根本前提:主体的明确和高校的退出

根据《宪法》和《劳动法》的相关规定,就业是劳动者和用人单位的自主、自愿行为,在符合法律规定的情况下,两者在双向选择的基础上达成合意就可以签约。其他任何个人和单位都不应该进行干涉、限制。而根据《暂行规定》第24条之规定,毕业生和用人单位签订协议能不能生效,取决于学校的态度。这与宪法赋予公民的就业权和劳动权是背道而驰的,有违宪之嫌。同时,将大学生这一特殊身份主体的就业与社会上其他就业主体进行区别对待,也有“身份歧视”之嫌,与《劳动法》、《就业促进法》等劳动法律的立法宗旨也是背道而驰的。那么高校在就业协议中究竟如何定位?高校在毕业生就业协议签订和履行上的权利和义务究竟如何确定?笔者认为,高校应退出就业协议的主体资格,将现行不合理的“三方协议”回归为毕业生与用人单位之间的双方协议,使就业协议真正成为“协议”而不是行政文件。就业协议的签订、生效、履行和违约等事宜都只能取决于用人单位和毕业生的主观意愿,高校不应该进行干涉、限制。作为培养单位,高校对于就业协议的签订和履行只应起到建议、指导和督促的作用,并为维护学生的权益提供必要的帮助。一些省市已进行了有益的尝试,如广东省<sup>[8]</sup>、天津市<sup>[9]</sup>和四川省<sup>[10]</sup>等。上述省市明确规定,毕业生就业协议书由用人单位和学生直接签订,高校作为培养单位不再作为签约方,学生在就业协议履行过程中,与用人单位发生纠纷,高校将不再承担法律责任。国家有关部门应在总结成功经验的基础上,对现行规章进行修改,明确规定高校作为培养单位不再作为就业协议的签约方,也不再承担相应的法律责任。

## (二)就业协议法律属性的回归:高校毕业生与用人单位之间的合同

主体角色理顺后,就业协议必须明确其适用的法律法规,才能真正保障其法律效力的实施。由于我国用工单位性质的多样化,存在着国家机关、事业单位、国有企业、民营企业、外资企业、民办非企业单位、社会团体等不同的用工形式,毕业生还可以去部队所属的单位,而按现行法律的规定,不是所有的劳动者与用人单位的关系都归劳动法律法规调整,就算是毕业生的工作岗位按照就业协议实现了,最终的结果并不一定是签订劳动合同,换言之,劳动合同并不是适用全部就业协议者!因此,把就业协议与劳动合同接轨的想法是不科学的。

事实上,如果作为第三方的高校退出就业协议后,就业协议真正成为毕业生与用人单位间以平等的身份签订的确立双方权利与义务的协议,就是典型的民事合同。理由如下:首先,它是双方在平等互利、诚实可信的基础上签订的。目前就业机制实行的是“双向选择”,毕业生可以在就业市场上挑选适合自己的用人单位,而用人单位也可制定用人标准,根据自身需要挑选合适的毕业生到自己的单位工作,双方的意思表示是在平等和协商一致的基础上达成的。其次,就业协议是用人单位和毕业生双方的意思表示行为,只有双方的意愿表示一致,该协议才能成立。第三,签订就业协议是设定双方当事人权利与义务的民事法律行为。在协议书的备注栏里,双方可以就工作岗位、正式录用的条件、违反就业协议的责任等内容做出不违反法律的约定。既然就业协议属于民事合同,那么协议的签订和履行就自然应遵循民法的具体规定。因此,把就业协议归于民事合同范畴中,具体适用《民法通则》、《合同法》来进行调整,就是顺理成章的事情了。

## (三)就业协议法律属性的保障:国家通过立法在高阶位法律中予以明确

高校毕业生是一个特殊的就业群体,他们接受了高等教育,具有较高水平的文化知识,整体素质较强,是国家最宝贵的人力资源,代表着国家和民族的未来和希望,其就业工作事关社会稳定和经济发展,必须妥善解决他们的就业问题,让他们人尽其才,发挥他们应有的作用。对这个特殊的就业群体,国家相关法律应在就业特殊政策保护上有所体现,就业协议是目前保障应届大学毕业生就业权益的主要法律形式,要充分发挥它的作用,必须提高现行规范就业协议法律文件的位阶,提高其法律效力层次。笔者建议,可以通过修改完善《就业促进法》来实现这一目标。具体来讲,可在该法第三章“公平就业”中对大学生就业协议的概念、一般内容和要求进行明确规定,从而提升其法律地位,强化其法律效力。同时国家立法部门也可以授权国务院制定《大中专毕业生就业条例》,对就业协议的主体、内容、权利、义务、生效、解除、终止、法律责任、高等学校及相关主管部门在就业协议签订和履行中的职责等进行具体的规定。明晰各方主体责任义务,真正做到有法可依,有据可查,既有利就业协议制度的完善,又能促进就业市场的有序发展,乃至从另外一个角度推动我国法治社会的建设。

### 参考文献:

- [1] 黎建飞. 高校毕业生就业中的法律问题[J]. 河南政法管理干部学院学报, 2007(2):100-107.
- [2] 秦文献. 大学生就业协议:典型的预约合同[J]. 中国劳动, 2005(1):40-41.
- [3] 赵兴宏. 就业协议适用劳动合同的思考[J]. 东北大学学报:社会科学版, 1999(1):35-37.
- [4] 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报, 1999(4).
- [5] 马俊驹, 余延满. 民法原论[M]. 北京:法律出版社, 2005:10.
- [6] P. S. 阿狄亚. 合同法导论[M]. 赵旭东, 何帅领, 邓晓霞, 译. 北京:法律出版社, 2002.
- [7] 郑尚元. 劳动合同签订前当事人之权利义务分析——兼谈就业协议书的法律性质[J]. 当代法学, 2007(5):63-70.
- [8] 邱瑞贤. 广东:学生就业高校不再是当事人[EB/OL]. [http://big5.ce.cn/xwzx/kjwh/jy/t20031128\\_227633.shtml](http://big5.ce.cn/xwzx/kjwh/jy/t20031128_227633.shtml), 2003-11-28/2011-02-23.
- [9] 邓晶龙. 本市部分高校将采用新版协议书 就业签协议三方变两方[EB/OL]. <http://news.sohu.com/20041206/n223343523.shtml>, 2004-12-06/2011-03-21.
- [10] 吴晓颖, 党文伯. 四川启用新版高校毕业生“就业协议书”[EB/OL]. <http://www.wtjob.cn/news/7926.html>, 2010/08-02/2011-05-25.