

论作为半格式化政策性合同的高校毕业生就业协议

生沛文

〔摘要〕 高校毕业生就业协议的定性,不能局限于其形式外观或者套用其他相似合同规则,而应在深入分析法律关系的基础上加以判定。从主体上看,就业协议涉及毕业生、用人单位以及高校三方主体,主体之法律地位依次递减;从客体上看,就业协议旨在“稳定未来的劳动关系”以及落实国家就业政策;从内容上看,就业协议关涉毕业生与用人单位、高校与毕业生、高校与用人单位三组法律关系,后两组法律关系主要是为辅助第一组法律关系而存在的。基于就业协议法律关系之特点,进一步分析得出就业协议具有半格式化与政策性特点,属于半格式化的政策性合同。与之相适应,应逐渐弱化高校的地位,重视补充协议的作用,提升就业协议在促进就业、构建诚信机制上的效果。

〔关键词〕 高校毕业生就业协议;就业公平;半格式化合同

高校毕业生就业问题牵动社会脉搏。据麦可思研究2018年6月11日发布的《2018年中国大学生就业报告(就业蓝皮书)》显示,2017年全国高校毕业生总量达到795万,比2016年度又增加了30万,2017届大学毕业生半年后的就业率约为86%,比去年降低了5个百分点,大学生就业形势相当严峻。^①而且,从就业基数的角度来看,近年来,高校毕业生总数依然保持高速增长,2017年毕业人数达到795万,史上“更难就业季”由此形成。在供给远远大于需求的市场背景下,高校毕业生就业竞争愈发激烈,而在激烈竞争背后往往伴随着就业歧视、就业协议内容违法等有碍于就业公平的现象。如何恰如其分地解决好高校毕业生就业问题,是国家、社会以及高校毕业生群体所共同关心的问题,而高校毕业生就业协议是解决该问题法律核心所在,厘清高校毕业生就业协议法律性质显得尤其重要。本文拟对高校毕业生就业协议法律性质进行初探,以更好地发挥其在高校毕业生就业过程中应有功能。

一、高校毕业生就业协议法律性质的理论聚讼

在我国,毕业生就业协议原初于1997年3月24日国家教委发布的《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》(教学[1997]6号)。该文件对就业协议的签订时间、内容以及功能等作出较为细致的规定,涉及高校毕业生、用人单位以及高校三方主体,因而又称“三方协议”。但在就业协议发展的过程中,高校的地位被逐渐淡化,尤其是在《全国普通高等学校毕业生就业协议书管理办法》中,高校几乎充当联系纽带与纠纷调解的作用,就业协议也主要拘束用人单位与高校毕业生。一方面,对于高校毕业生而言,就业协议能够提供一种稳定的法律保障,要求用人单位严格依照就业协议的规定接纳毕业生。另

生沛文,东南大学教育立法研究基地研究员(南京 211189)。

①麦可思研究:《2018年中国大学生就业报告(就业蓝皮书)》。

一方面,就业协议具有唯一性(原则上遗失不补),签订后即具有法律拘束力,^①能够有效地防止毕业生肆意违约等不诚信的行为。最初的就业协议中涉及到三方主体,即高校、高校毕业生以及用人单位,但由于高校并非合同当事人,高校在就业协议中的地位也随着就业政策的变化而变动,因而当前的就业协议实际上是拘束用人单位和高校毕业生的。然而,由于就业协议内容具有格式化或者半格式化的特点,且就业协议实效性阙如的问题普遍存在现实中,故理论上有关就业协议性质问题始终聚讼不断。

(一)劳动合同说

就业协议具有劳动合同的特征,或者说就业协议是一种特殊的劳动合同。^②持这种观点的学者主要基于三点理由:第一,就业协议可以看成是劳动合同的一部分,拘束对象是用人单位和劳动者,协议的内容持续到劳动合同签订时。因此,在劳动合同签订之前,就业协议实际上发挥着劳动合同的作用,将之认定为正式劳动合同的前阶段,肯定其劳动合同的属性并无不妥。第二,就业协议中可以就工资、岗位以及其他权利义务等内容进行约定,这些内容属于劳动合同的构成部分。例如,2016年江苏省《普通高校毕业生就业协议书》中就涉及到岗位、劳动报酬、五险一金等方面的内容,这些内容也都在劳动合同中加以体现。第三,就业协议是一种附条件的劳动合同,其效力终止于劳动合同签订时。当然,在劳动合同签订之前,也存在就业协议解除的情况,如高校毕业生考研、考博或者其他特殊情况,但在解除协议时原则上需要支付违约金。

诚然,就业协议具有劳动合同的某些特征,其约定的内容也可以转化为劳动合同的内容。伴随着就业关系格局的转变,就业协议的内容也发生微妙而深刻的变化,愈发向劳动合同靠拢。总体来看,就业协议主要包含四个方面的内容:(1)劳动合同有关的条款,如对工资、岗位、保险等与劳动者有密切关系的内容;(2)高校体检条款;(3)违约条款,通常规定的是违约金;(4)协议生效条款。^③其中,劳动合同有关的条款内容在近年来就业协议中规定得越来越细化,具体到工资、岗位、保险甚至是工时,以至于就业协议在内容上与劳动合同极其类似,这些在就业协议中约定的内容,通常也会在后续的劳动合同中加以体现。由此观之,就业协议与劳动合同具有紧密的联系,就业协议签订时的约定,在劳动合同签订前都会严格执行,在劳动合同签订后也会予以转化,成为劳动合同内容的一部分。

然而,仔细分析便不难发现,高校毕业生就业协议与劳动合同存在本质的区别。首先,《劳动合同法》第2条即规定,劳动合同所约束的用人单位与劳动者。毋庸置疑的是,高校毕业生在签订就业协议时并非劳动者,其与用人单位之间所形成的也并非劳动合同关系,不宜适用《劳动合同法》的规则。尽管就业协议修订之后,高校不再出现在就业协议中,但就实际运作情况而言,高校在就业协议中起着非常重要的保障作用,没有高校的牵头,用人单位可能不会录用毕业生,毕业生也可能不会信任用人单位。从这个层面来看,不能简单将就业协议定性为只有双方关系的劳动合同。其次,就业协议的核心并非薪酬、岗位等内容,而是表达毕业生就业与用人单位录用的意向。例如,依照2015年《南京师范大学中北学院毕业生就业协议书管理办法》中规定,就业协议的主要内容为“毕业生如实介绍自身情况,并表示愿意到用人单位就业,用人单位愿意接收毕业生,学院同意推荐毕业生并进行就业方案进行派遣。”^④这就表明,就业协议中完全可以不规定薪酬、岗位以及保险等内容,与劳动合同的内容未必重合,当事人就薪酬、岗位等劳动合同的内容进行规定,恰恰表明了就业协议具有预约的部分属性。最后,就业协议与劳动合同纠纷的处理方式迥异。在我国,劳动合同争议主要由劳动行政部门进行处理,有部分案件会最终进入到民事诉讼;但是,就业协议纠纷只属于一般的民事纠纷,不由劳动行政部门处理。在就业协议签订或者执行阶段产生纠纷之后,通常先由高校出面进行协调,协调不成

^①通常而言,毕业生签订就业协议后,只要用人单位或者学校任何一方签字,即可对毕业生产生法律拘束力。参见:教育部《关于〈全国普通高等学校毕业生就业协议书〉管理办法》第3-5条。

^②翟玉娟:《高校毕业生就业协议的法律性质分析》,《深圳大学学报》(人文社会科学版)2007年第2期。

^③王丽娟、王建富:《大学生就业创业法律问题研究》,南京:南京大学出版社,2012年,第30页。

^④南京师范大学中北学院:《南京师范大学中北学院毕业生〈就业协议书〉管理办法》, <http://zb.njnu.edu.cn/jingguan/ff80818151b0fde60151b54dfbf6004b.html>, 访问日期:2017年10月15日。

的,当事双方可以以就业协议为依据展开诉讼。换言之,预约合同依照其性质,可能成为当事人一方请求权规范基础,即“得支持一方当事人,向他方当事人,有所请求的法律依据”^①,此乃就业协议在救济阶段所发挥的主要作用。由此可见,某些就业协议虽然包含类似劳动合同的内容,但显然不能将就业协议与劳动合同等同,就业协议也并非特殊的劳动合同。

（二）民事合同说

有的学者认为,就业协议属于普通民事合同,是建立在双方自愿基础之上的,所适用的是《合同法》的规则。^②从签订流程来看,就业协议至少具有三重自主性:一是签约自主性。是否签订就业协议是由用人单位与高校毕业生双向自主选择的,高校在其中只扮演着见证人以及协调者的角色,签约的流程也不受他人的非法干涉。二是协议内容的自主性。除了必备的双向选择内容,用人单位与高校毕业生可以就薪资、岗位、保险等内容进行约定,只要不违反法律约定,新增的协议内容对双方均具有约束力。三是违约的自主性。就业协议签订后,毕业生与用人单位均可单方面解约,但解约后要承担相应的违约责任。当然,“在我们熟悉的法律制度中,合同当事人不必须在合同中就解决争议的方式……做出规定”,^③如果未约定违约责任,通常需要双方协商解决。

也有见解认为,就业协议具有强制属性,“属于毕业的必要手续和条件”,^④不适用意思自治原则。这实际上是对就业协议性质的误解。从诞生缘由来看,高校毕业生就业协议主要是为毕业生提供保护屏障,其在运行的过程中主要为保护毕业生的利益,是国家就业政策在毕业生群体就业保护中的具体落实。但这并不意味着所有的高校毕业生都要签订就业协议,高校毕业生完全可以放弃这种政策性“优惠”,作为一般的社会人士寻找工作机会,甚至是,即便高校毕业生没有拿到就业协议,其与用人单位签订的劳动合同依然有效。例如,2010年最高人民法院公布的“郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司(以下简称“益丰公司”)劳动争议案”中,郭懿属于在校生,与“益丰公司”签订劳动合同后,“益丰公司”以在校生不具有签订劳动合同的资格否定合同有效性。但人民法院认为,在校生只要意思表示真实、符合其他要件,其与用人单位所签订的劳动合同就是真实有效的。^⑤由此可见,就业协议并非强制的,毕业生与用人单位直接也可以绕过就业协议,直接签订劳动合同。

其实,民事合同一词过于宽泛,甚少助益。几乎所有的基于自愿所达成的协议,都可以称之为民事合同,区分之实益也并不在于此。关键在于,在民事合同项下,有很多不同类别的合同细分,不同类别的合同在拘束的行为人类型、合同内容以及合同履行方式等方面可能存在很大差异。例如,同样是民事合同,买卖合同、租赁合同、劳动合同的适用规则存在本质性差异,这主要是由于,在不同的合同项下,当事人之间的法律关系及其法益保护的侧重点有所不同。因此,民事合同作为各类合同的上位概念,只是表明私法自治属性,并不能揭示不同合同之间性质、适用规则等差异,认为就业协议属于民事合同的见解,其本身并没有任何错误,但事实上等于什么也没有说。

（三）预约合同说

学界有力的观点认为,高校毕业生就业协议属于预约合同,签订就业协议的目的在于日后达成劳动合同,当劳动合同达成之后,就业协议的效力即告终止。^⑥在合同法领域,预约属于独立的合同,其在效果上具有排除签约主体合法地签订其他性质相同的合同(除了预约所指向的本约)。^⑦在就业关系中,

①王泽鉴:《民法总则》,北京:北京大学出版社,2009年,第35页。

②田思路、蒋萌萌:《论大学生就业协议的法律性质》,《中国劳动》2013年第9期。

③杨振山、[意]桑德罗·斯奇巴拟:《罗马法·中国法与民法法典化——物权和债权之研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第562页。

④王秋红:《高校毕业生就业协议发展趋势探讨——从高校就业协议的法律性质角度再思考》,《河北青年管理干部学院学报》2011年第1期。

⑤《最高人民法院公报》2010年第6期。

⑥陈东果:《大学生就业协议与劳动合同衔接中的问题与对策》,《学校党建与思想教育》2010年第23期。

⑦王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期。

毕业生与用人单位所签订的就业协议具有独立性,毕业生与用人单位可以就协议的内容、违约责任等进行约定,不受到劳动合同的约束;与此同时,签订就业协议的最终目的,就是要在随后签订劳动合同,是为了确保劳动合同能够有效签订而存在的。从这个角度看,就业协议与预约合同具有很大的相似性。

从法律效果来看,预约属于将来进行缔约磋商或者订立本约的依据,创设一种“磋商”或者“缔约”义务。然而,这种基于预约所创设的义务,与就业协议中的义务内容又存在差异。预约所创设的义务究竟是磋商还是缔约义务,目前理论上尚不统一,实践中将这种义务统一为缔约义务,旨在为预约确立相对更加严格的法律拘束力。例如,依照2012年3月31日最高人民法院出台《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条的规定,预约合同主要产生缔约义务,一方不履行此种缔约义务的,对方可以要求其承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿。但在预约合同中,就价款、履约方式等涉及到本约实体内容部分的约定,只是作为将来签订本约时磋商的参照,通常不会直接纳入到本约中。与之相对,就业协议中就可以就劳动合同签订后的薪资、岗位以及工时等进行约定,并且在签订合同时应当纳入其中。由此可见,就业协议的拘束力较之于预约合同更强,虽然在强制缔约义务上与预约合同类似,但在其他内容的效力上,就业协议与预约合同也存在本质的区别。况且,“订立预约在交易上系属意外,有疑义时,宜认定为本约。”^①因此,即便就业协议有部分预约的属性,但在立法尚未明确规定就业协议属于预约以及当事人之间的关系未完全展露其预约属性之前,也不宜直接将之认定为预约合同。

综上,尽管学理上就就业协议的性质问题分别从劳动合同说、民事合同说以及预约合同说的角度进行分析,但如前分析,前述见解大多只是套用成文民法中的规定,未对就业协议的特殊性展开分析,因而对该协议的定性自然不够准确。其实,民法中除了明文规定的有名合同之外,还有很多符合合同法基本原则的无名合同,而就业协议的特殊性,正是需要从合同法的基本理论着手,结合其特点来进行分析。

二、高校毕业生就业协议定性的核心问题

如前分析,不论是劳动合同说、民事合同说抑或是预约合同说,都只是从形式相似性上理解就业协议的,虽然都有一定的合理性,但却并未把握就业协议的核心内容,或者说没有体现出就业协议的特殊性。事实上,任何合同的定性,关键在于把握该合同所调整的法律关系,从法律关系的视角分别剖析主体、客体与内容,这也是准确理解就业协议性质的关键前提。

(一)主体地位的审查

就业协议主要涉及毕业生、高校、用人单位三方主体,这三方主体在就业协议中扮演着不同的角色。

首先,毕业生以求职者的身份进入到招聘活动中,在签订就业协议时,毕业生并非劳动者。就业协议是否能够得到有效签订,毕业生的选择起到十分关键的作用。然而,毕业生签订就业协议后,只是表达其求职意向,并不意味着签订了劳动合同,其法律效果主要在于防止毕业生肆意毁约造成就业关系的不稳定。实践中,有很多高校毕业生在签订就业协议后,由于考研等就业协议中特别规定而违约,在这些情况下高校毕业生并不需要承担责任。

其次,用人单位以招聘者的身份组织招聘活动,在签订就业协议时,用人单位主要是将毕业生纳入到劳动合同签订计划中,但最终结果依然不确定。签订就业协议后,用人单位有义务依照诚实信用原则在未来接纳毕业生,为毕业生办理劳动合同相关事宜。用人单位不履行就业协议的,需要承担违约责任或者在解约后赔偿损失。因此,就业协议是具有法律效力的,尤其是约束着用人单位的行为。

最后,高校在就业协议中扮演着就业管理者的角色。一方面,高校有就业管理的内部行政任务,为毕业生提供就业指导,负责毕业生的资格审查,并向主管部门报送毕业生就业信息;另一方面,高校有具有免费中介的属性,为毕业生和用人单位提供就业相关信息,以便于双向选择的展开。因此,高

^①韩世远:《合同法总论》,北京:法律出版社,2011年,第67页。

校在就业协议签订的过程中主要起到协调者与监督者的角色,协调、促进用人单位与毕业生妥当签订就业协议,监督双方权利的实施和义务的履行情况。

事实上,从就业协议的内容来看,毕业生、用人单位、高校的地位是存在差异的,或者说就业协议在内容上有所偏向,即侧重于保护毕业生、弱化高校的地位,这也是现代高校毕业生就业协议发展的重要趋势。偏重于保护毕业生,或多或少会对用人单位有所不公,且在实践中,确实存在毕业生滥用就业协议规定的权利的情况,但若从国家就业政策以及平衡就业中双方利益关系的角度来看,是符合实质公平的。因为在绝大多数情况下,用人单位处于强势的地位,如果不通过就业协议约束用人单位的行为,则很容易形成用人单位利用优势压迫毕业生的情况,这显然是不利于我国在新时期针对大学生的就业政策的落实。至于高校,其在就业协议签订的过程中扮演着多重角色,但高校最关心的依然是就业率的问题,在审核就业协议的过程中,有意识地放宽审核的标准。难怪有人会认为,“高校在就业协议的签订及履行上,实际上发挥着可有可无的作用”。^①

（二）客体利益的归纳

有关就业协议法律关系究竟保护何种利益,现有研究尚付阙如,或者说没有专门的研究对就业协议所涉及的客体利益进行系统归纳。在法律关系中,客体具有限制法律关系延伸范围或者自我约束的功能,明确就业协议法律关系客体的意义也在于此。

第一,就业协议首要目的在于稳定未来的劳动关系。通常而言,毕业生在就业之前需要办理好离校手续,避免学业与就业相冲突;用人单位在录用毕业生时,也要做好相应的衔接工作,从就业协议签订到正式入职的期间,也有助于学生在面临紧急情况时做好缓冲和应对工作。例如,有的学生虽然签订就业协议,但最终由于论文答辩不过关等原因而没有取得学位,随后的劳动合同也可能无法签订。事实上,就业协议的签订使得高校毕业生与用人单位之间构建一重信用保障,以合同规范来约束彼此,提升双方违约的成本,减少不诚信行为的动机。但相对而言,就业协议的内容偏向于高校毕业生:一方面,当今就业形势异常严峻,如果没有就业协议加以保障,高校毕业生的就业压力必然会大幅度提升。另一方面,高校毕业生在求职过程中如果存在违反就业协议的情形,所承担的法律 responsibility 较轻,反之,如果用人单位违背就业协议签订时所作出的承诺,则需要承担更重的责任。可见,就业协议的主要目的之一在于通过保障高校毕业生的利益来实现就业关系的稳定化,包含着明显的利益选择倾向。

第二,就业协议蕴含着就业管理政策。在1995年《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》出台之前,高校毕业生就业并不需要签订就业协议,即便是在今天,就业协议的签订也并非必备的程序。就业协议的存在,在很大程度上是为了落实国家的就业政策,便于对高校毕业生的就业情况进行管理,这也是国家履行就业管理职能的体现。例如,国家根据就业协议的签订、履行以及违约等情况,可以统计高校毕业生的就业动向,了解高校毕业生的就业形势,以便于落实、调整宏观就业政策,保障高校毕业生就业的稳定。当然,对于毕业生而言,就业协议的重要性毋庸置疑,其往往会成为毕业生顺利就业的重要保障。

（三）法律关系内容的分析

就业协议主要是由毕业生、用人单位与高校共同参与的复杂关系,分析该法律关系的内容,需要将其细化为三组法律关系,分别是毕业生与用人单位、毕业生与高校、用人单位与高校。具体而言:

首先,毕业生与用人单位之间是一种双向选择关系,属于主法律关系。就业协议是“毕业生确定工作单位,用人单位接收毕业生”^②的双向选择的证明,在签订后对双方均有拘束力。在就业协议签订后,毕业生应按照协议约定准时报到,用人单位应依约接收毕业生。当然,如果双方在就业协议签订时就工资、岗位、保险等达成补充协议,这种补充协议也属于就业协议的构成部分,双方必须遵守。双

^①王丽娟、王建富:《大学生就业创业法律问题研究》,第32页。

^②姜新纳:《大学生就业指导》,北京:中国传媒大学出版社,2006年,第24页。

向选择是坚持意思自治的表现,表明毕业生能自主选择就业单位,用人单位可以自主制定就业计划。但双向选择的自治性是有限制的。一方面,对于毕业生而言,选择就业单位并签订就业协议后,除了特殊情形以外,必须要严格遵守就业协议的内容,这是由就业协议的法律拘束力所决定的。另一方面,用人单位除了在签订就业协议时需要遵守就业协议的内容外,还要在制定就业计划、签订就业协议前恪守考虑相关因素原则。所谓考虑相关因素,并非要求用人单位要考虑所有和就业有关的因素,而更多的是对用人单位作出的反向要求,即禁止用人单位考虑不相关因素。例如,禁止用人单位在招聘时存在身高歧视、年龄歧视、性别歧视、颜值歧视等,当然,特定行业有特殊的身高、年龄、性别要求除外。就业歧视问题,很大程度上由于毕业生与用人单位之间双向选择关系的不对等性,尤其是在劳动力供求关系明显偏向于用人单位的背景下,用人单位的选择愈发广泛,这就潜藏了某种道德危机,不惜在选择劳动者的过程中滥用其市场地位优势,附加诸多隐性的条件。因此,在调控毕业生与用人单位双向选择关系的过程中,关键在于制约用人单位的行为,防止其滥用选择权,禁止用人单位设置不相关的就业因素。

其次,高校与毕业生之间是指导与被指导、服务与被服务的关系。在就业协议签订前,高校负责与用人单位进行沟通,在了解相关信息之后,为学生提供就业咨询、就业指导服务,让学生能够尽快地了解就业信息,帮助学生办理相关就业手续,并按照有关规定记录、报送学生的就业信息。如果说就业协议的重点在于保障高校毕业生的利益,那么高校在这个过程中起着非常重要的协调作用,至少从目前来看,高校毕业生就业的管理问题离不开高校的亲力亲为。但这种做法也存在问题,即在毕业生就业的过程中,高校所扮演的角色非常多,很多毕业生几乎事无巨细都询问高校的就业管理部门,这实际上导致了学生自主就业能力的弱化。因此,一方面高校在就业中扮演的作用异常重要,但另一方面,有的时候高校几乎包办了毕业生就业过程中的大部分事项,这对毕业生的就业能力培养可能也是不利的。

最后,高校与用人单位之间存在监督与被监督的关系。高校有义务审查用人单位的基本信息,防止非法用人单位进入高校宣讲而损害毕业生的就业权益。与此同时,在签订就业协议时,高校也扮演着担保者的角色,担保毕业生的基本信息真实、能够依约履行后续入职手续等。其实,学校与用人单位之间也存在双向关系:从高校的角度来看,为了履行其就业保障的职能,必须要允许用人单位进入高校进行招聘,为学生提供更多优质的就业选择,保障学生的就业权利。而从用人单位的角度来看,通过与高校签订协议,能够优先从高校选择优质的人才,为其人才战略的实施提供保障。这种双向关系直接决定了二者之间的监督与被监督关系,即高校虽然允许用人单位进行招聘,但用人单位必须遵守高校的规定,与学生签订就业协议,同时禁止选择的过程中存在就业歧视。一旦违背了协议的内容,高校就有权利责令其改正乃至禁止其在本校招聘。

综上,毕业生与用人单位、高校与毕业生、高校与用人单位之间的关系隐藏于就业协议的签订过程中,是以就业协议为中轴线而展开的三组基础法律关系。不难发现,在这三组关系中,毕业生的利益处于核心的地位,高校处于利益协调者和保障者的地位,用人单位处于被监督者和被规范者的地位。

三、高校毕业生就业协议的法律定性及衍生效果

从就业协议的法律关系分析着手,可以初步明确就业协议所具有的特征,沿着这些特征轨迹,能够清晰地勾勒出就业协议的法律性质。结合前文分析我们不难看出,就业协议具有两个基本特征:一是半格式化;二是政策性,因而我们可以将就业协议理解为半格式化的政策性合同。

(一)就业协议的半格式化

格式合同是为提升协议效率,而由当事人一方预先拟定的,订立时不需要协商的由不特定的第三人接受的合同。^①就价值立场而言,格式合同偏重于效率与秩序,而在公平与正义上有所妥协,免除了

^①晏芳:《以实质公平理念规制契约自由——以格式合同为例证》,《西南政法大学学报》2014年第4期

当事人自由协商的环节。格式合同并不违反私法自治原则,相反,其核心价值与私法自治的形式规范性相一致,“形式主义把私法当作合理性所在,在特定争议的语境下,该合理性设计出行为和遭受之间的规范相关性”^①。格式合同的形式规范性在于,合同的内容必须要体现相对的公平性,且合同效用的发挥以对方真实接受为前提,当合同内容存在异议时,需要作出不利于格式合同提供方的解释。这种形式规范性可以从三点进行理解:其一,以形式主义为根基。格式合同表现为高度的格式化,其所承载的内容大部分都是预先拟定的,供反复使用。高度格式化的合同能够实现形式的公平,至少能够保证每个毕业生与用人单位签订的就业协议内容是相对一致的。其二,限制意思表示。格式合同具有限制意思表示的作用,即当事人签订就业协议时少了很多磋商的成分。其三,法律效力的确定性。就业协议经过长期实践,用人单位和高校都明确知悉协议的法律效力,毕业生经就业指导后,也知晓就业协议的性质及其法律效力,确定的法律效力是其能够长期使用的保障。

就业协议的特殊性在于,双方当事人有权决定是否签订格式合同,也可以在签订就业协议时达成补充协议:

从内容上看,就业协议符合格式合同的某些特征。首先,就业协议的主要内容是在事前拟定的,约定供需双方经双向选择之后,供给方(毕业生)需按时报到,需求方(用人单位)要依约接纳,学校作为监督人监督双方权利的行使和义务的履行。其次,就业协议的某些内容具有定型化的特点,是严格依照《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》的有关内容所拟定的,即便是在表述上有所区别,但所表达的意思并无二致。最后,就业协议可以重复使用,缔约双方也不能变更格式化的内容。由此可见,从就业协议的签订到履行的一系列过程,都严格按照格式化的流程操作,这种特点与格式合同的运作高度一致。

然而,就业协议也并非格式合同,只是具有半格式化的特点。一方面,毕业生与用人单位签订就业协议时,可以就工资、岗位等进行约定或者达成补充协议,这些新约定的内容构成就业协议的内容。签订格式合同的双方虽然也能够达成补充协议,但补充协议独立于格式合同之外,并非格式合同的组成部分。换言之,就业协议的内容不是完全确定或者格式化的,当事人另行约定或者补充约定的部分,依然构成就业协议的内容。另一方面,格式合同的拟定往往具有不平等性,昭示着一方在合同关系中处于优势的地位;但是,就业协议的拟定不存在这种问题,协议本身是高校依据有关规范拟定的,有关供需双向选择的部分尊重当事人的自由意志,而有关薪资、岗位、工时等内容,依然由双方协商确定,具有平等性。

这种半格式化的特点决定着就业协议具有格式合同的某些特性,这主要表现在,毕业生与用人单位可以选择签或不签就业协议,但不能排除适用就业协议中的固定条款,这些固定条款是就业协议与劳动合同对接的关键,也是就业协议发挥其效用的核心所在。这也就回答了之前的问题,即就业协议既非劳动合同也非预约合同,而是具有自身独立属性的特殊的半格式化合同。

(二)就业协议的政策性

就业协议是国家在高校就业政策的具象化,就业协议的签订过程亦是国家就业政策的落实过程。在市场化就业环境下,求职者与用人单位处于相互博弈的状态,各方总是致力于维护自己的利益,而在这个过程中,彼此之间的信任关系也在不断弱化直至瓦解,最终只能导致就业市场愈发混乱。国家实施各种调控就业的政策,重点在于稳定就业市场、平衡求职者与用人单位之间的利益关系,表现在高校领域,就是通过就业协议在高校毕业生与用人单位之间构建一道相对稳定的屏障,使得彼此的失范行为能够在一定程度上得到遏制。就业协议就是国家落实毕业生就业政策的媒介,通过就业协议的签订和落实,国家能够把握毕业生就业的动向,制定和调整就业政策,不断解决好高校毕业生就业的相关问题。

首先,按照1995年《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》第24条、第30条的规定,就业协议所反馈的信息应“作为制定就业计划和派遣的依据”,而就业计划下达之后,“各部位、地方、高等学校和用人单位必须严格执行”。高校会根据就业协议的签订情况,将有关信息反馈给就业行政主管部门,作为就业

^① [加]欧内斯特·J温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京:北京大学出版社,2007年,第219-220页。

政策制定、调整 and 执行的参照依据。由此可见,就业协议是国家就业政策循环的一部分,没有就业协议所反馈的合理信息,国家就不可能精确地掌握高校毕业生的就业动向,也就难以制定科学的就业政策。

其次,以就业协议调整毕业生与用人单位之间的关系,是就业政策法治化的体现。就业政策毕竟只是一种临时性的调整方案,且不同地区由于现实情况的差异,采用的就业政策也存在很大区别。国家制定就业政策,归根究底是为了制定成熟的就业保障方案,让高校毕业生与用人单位之间能够形成良性的就业循环。从之前的“三方协议”到如今的“就业协议”,都是国家尝试将以往的就业政策经验固化为可循环利用的法治成果,从而减少就业政策所带来的不确定性。不可否认,各种政策性优惠对高校毕业生就业确实起到非常大的促进作用,但政策的临时性和不确定性也决定了,国家不可能将就业政策作为解决就业问题的长久之计。作为就业政策的重要环节,就业协议的拟定、签订和履行,都是国家就业政策落实的关键环节,如果没有就业协议的保障,国家就很难跳出各种零碎化的就业政策,难以为高校毕业生就业提供长久的保障。国家就业政策通过就业协议的方式落实,实际上是就业政策与法律规范相结合,主动延长法律的红线。在就业协议出现之前,毕业生与用人单位基本上都是通过劳动合同建立联系的,就业协议的出现,使得毕业生与用人单位能够更早的建立联系,明显有利于毕业生就业选择。况且,从内容上看,就业协议中仅对就业意向作出格式化的规定,就业后的薪资待遇、社会保险以及工时制度等内容,完全由双方协商解决,充分尊重当事人私法自治这种“静的利益”。^①从现实来看,将就业政策与法律规则相结合,所生成的就业协议,其落实阻力比纯粹抽象的就业政策小得多,效果也有明显的改善。

最后,政策属性也意味着就业协议具有一定的开放性。毋庸置疑,良性的就业政策是随着就业形势的变动而不断调整的,不存在普适的、一成不变的完美就业政策。从“三方协议”到“就业协议”,其核心内容基本没有变化,但其政策动因却有明显的改变。在当下,就业协议虽然更加偏向于保障毕业生的利益,但也同时允许双方约定违约责任,适度保障用人单位的利益。这是因为,现实中存在很多毕业生滥用就业协议权利,在毕业生无故违约之后,依然有高校愿意为毕业生开具新的就业协议的情况,这种做法明显不利于保障用人单位的合法权益。在这种情况下,允许双方约定违约责任,实际上也是对用人单位合法权益的保障。况且,即便就业协议的内容没有根本性变化,但在不同政策压力之下,就业协议内容的落实情况也存在差异。由此可见,就业协议也在吸收就业政策的内容,落实就业政策,是就业协议的一项特殊功能。

四、基于就业协议半格式化与政策属性的衍生思考

就业协议的半格式化与政策属性,表明就业协议有别于劳动合同、预约合同以及格式合同,故而在适用规则上也有所区别。从规范目的来看,就业协议是在坚持私法自治的基础上,重构毕业生与用人单位之间的诚信机制。就业协议的性质也决定了其发展方向:一方面,基于就业协议半格式化的属性,要适度弱化高校在就业协议中的作用,提升其就业教育职能;另一方面,要强化补充协议的作用,尊重当事人的意思自治。

(一) 高校在就业协议签订过程中的职能定位

从“三方协议”到“就业协议”的称谓变化,从形式上表明高校在就业关系中地位的弱化。但仅仅如此,还不能够充分克服高校在就业协议签订中的问题。在就业协议签订、变更、履行的过程中,高校扮演着多重角色,监督者、审查者、服务者等都是高校角色的具体体现,这种多角色的互换,使得高校本身可能处于非常尴尬的地位。例如,高校要为毕业生提供就业指导,在工作中应当偏向于毕业生;可是高校又要在毕业生与用人单位签订就业协议的过程中扮演着监督者的角色,难免受到“既是运动

^①黄茂荣:《法学方法与现代民法》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第484页。

员又是裁判者”的抨击。从实际效果来看,将高校写入到就业协议并要求高校履行行政审批(毕业生违约时)的职能,往往造成就业效率的低下。因此,有必要在就业协议中剔除高校的主体地位,从市场与民事规范中寻找发挥就业协议效用的路径。当然,消解高校在就业协议中的作用,并非要涤除就业协议的政策属性,高校依然可以收集就业信息,并反馈给有关主管部门,二者并不矛盾。

高校在毕业生就业的过程中主要具有三种职能:一是教育职能(指导职能),帮助学生了解就业的流程,告知其就业的注意点等;二是行政职能,即对毕业生的违约情况进行审批和管理,并反馈给就业行政部门;三是辅助职能,即在毕业生面临就业问题时,为毕业生提供帮助。在这三种职能中,毫无疑问的是,高校应当强化其教育职能,弱化其行政职能和辅助职能。这是因为,首先,高校介入主法律关系的方式是指导毕业生就业,让毕业生了解就业的内容,进行合理的就业选择。侧重就业教育职能并非要否定其他职能,而是为了更好地发挥高校在就业协议签订过程中的作用,避免高校过度强调行政职能或者辅助职能而误解其定位。其次,随着就业管理的规范化、法治化,高校应当主动弱化其行政职能。如前所述,就业协议具有政策属性,落实就业政策是就业协议签订、履行过程中的重要功能,但就业协议作为以法治形式支撑的特殊协议,不可能过多地吸收政策性的内容。而且,基于职能分工的需要,高校也不宜过多地参与到行政职能领域,弱化高校的行政职能能使其将更多的资源集中在其教育职能上。最后,部分高校有意识扩张其辅助职能,其内在动因或许是为了让毕业生快速就业,提升其就业率。但是,从毕业生职业发展的角度来看,如果不让毕业生亲历就业的过程,高校就业教育职能的作用就很难发挥,对毕业生就业的可持续发展也是不利的。其实,只有做好前期的教育工作,让毕业生充分了解就业知识,才是一劳永逸解决问题的妥当办法,也是帮助毕业生解决就业难题的最优策略。

(二)规范补充协议的使用

半格式化的就业协议,有较大的私法自治空间,补充协议是就业协议签订过程中私法自治的重要体现。建立在就业协议的基础上,毕业生与用人单位所签订的补充协议效力与就业协议的效力相似,即在签订劳动合同时,用人单位应当将补充协议的内容纳入到劳动合同中。强调补充协议的作用,是为了更好地发挥就业协议所蕴含的功能,有助于毕业生与用人单位提前就薪资、保险、工时等实体性内容进行明确,防止日后由于这方面的问题而产生新的纠纷。当然,双方所约定的补充协议的内容不得违反有关法律的规定,如不得约定过高的违约金,也应当做到合理、公正。

高校要提示学生注意补充协议,防止学生落入“法律陷阱”。如前所述,就业协议具有半格式合同的属性,当事人有权作出补充协议,该协议同样具有法律拘束力。严格来说,补充协议虽然是对就业协议的补充,但只是相对附属于就业协议,依然具有独立的价值。换言之,如果就业协议无效,补充协议自然无效,但如果就业协议有效,那么补充协议的内容双方都要严格遵守。补充协议可能成为求职过程中的“法律陷阱”,如有的用人单位为了防止毕业生毁约,在补充协议中附加很多限制性条款,如从业禁止、高额违约金。尽管这些规定都是违规甚至违法的,但依然有用人单位这样操作,原因在于用人单位的违规违法成本极低。但对于毕业生而言,如果之前的就业协议不能作废,就意味着其无法从高校获得新的就业协议,就业过程必然受阻。也许有人认为,毕业生可以通过高校、劳动行政部门帮助或者诉讼的方式使之前签订的就业协议和补充协议作废,但由于操作周期较长,可能会让毕业生丧失就业的最佳时机。因此,要注意补充协议的作用,使之成为高校就业指导的重要问题点。

提升用人单位滥用补充协议的违规、违法成本。补充协议是尊重毕业生和用人单位意思自治的体现,毕竟就业协议只有简单的几个条款,不可能完全表达双方的真实意思。但同样的问题是,由于用人单位处于供求关系的优势方,依然可能利用补充协议谋取不当的利益。由于我国长期以来重视就业协议本身,补充协议的内容几乎没有重视,高校毕业生就业指导也是如此。虽然补充协议并非劳动合同,无法向劳动合同一样有规范的标准,但事实上,补充协议所涉及到的依然是一种可期待的劳动关系,这种特殊利益值得特别保护。因为只有保障毕业生就业前阶段的合理利益,才能够让就业协议阶段所产生的关系顺利过渡到劳动关系,切实保障好毕业生的合法权益。用人单位作为就业市场的优势方,不

应将这种优势转化为不正当的利益,不应以损害就业者的利益或者潜在利益为前提。劳动行政部门应当要求用人单位承担相应的社会责任,规范用人单位的不当行为,提升用人单位违规、违法行为的成本。例如,对于签订就业协议时违规、违法的用人单位,可以通过高校联合平台禁止其进入校园招聘,同时由劳动行政部门给予用人单位一定的罚款处分。对于多次严重违法的用人单位,甚至可以吊销其营业执照。也许有人认为,提升用人单位违规、违法行为的处罚力度,只是治标不治本的做法。但是,历来社会问题治理的经验表明,只要先做好治标工作,创造良好的社会环境,才能够为治本工作的展开奠定基础。

结 语

在社会转型的关键时期,解决好各行各业各领域的就业问题,是化解社会主要矛盾的重要举措。我国历来重视高校毕业生的就业问题,从早期的包分配到现在的就业保证政策无不是以解决高校毕业生就业问题为核心的。放眼当下,就业协议是高校毕业生就业政策的核心环节之一,是毕业生就业的重要法律保障。然而,要想利用好就业协议,就必须要对其性质有准确的认识。学理上关于就业协议性质的研究大多局限于有名合同的立法规定,没有认识到就业合同所具有的半格式化以及政策属性,对其性质的误解也导致了所提出的建议大多偏离了就业协议和相关就业政策的要求。基于就业协议半格式化以及政策属性,要想利用好就业协议,就必须要强化高校的就业指导或教育职能,让毕业生提升利用就业协议维护合法权益能力,同时要提示毕业生注意补充协议的作用,提升学生就业过程中的法治意识。

(责任编辑:程天君 石亚兵)

An Analysis of the Employment Agreement for University Graduates as a Semi-formatted Policy Contract

SHENG Peiwen

Abstract: The determination of the nature of employment agreements between university graduates, their employers and universities cannot be restricted to its form or principles governing other similar contracts, but should be determined on the basis of a deep analysis of the legal relations involved. In terms of the subject, the agreement involves the three parties of graduates, employers and universities, with the legal status of each party decreasing in this order. In terms of the object, it aims at stabilizing future employment relations and the implementation of the national employment policy. In terms of the content, it concerns the legal relationships between graduates and employers; between universities and graduates; and between universities and employers: the last two types of relationship are supplementary to the first one. According to the analysis of legal relation within, employment agreements can be seen as a type of semi-formatted policy contract. Therefore, it is essential to weaken university status, focus on the function of supplement agreements and improve the effect of the agreement in promoting employment and building a credibility mechanism.

Key words: employment agreement for university graduates; employment fairness; semi-formatted contract

About the author: SHENG Peiwen, is Researcher at Research Center for Education Law Legislation, Southeast University (Nanjing 211189).