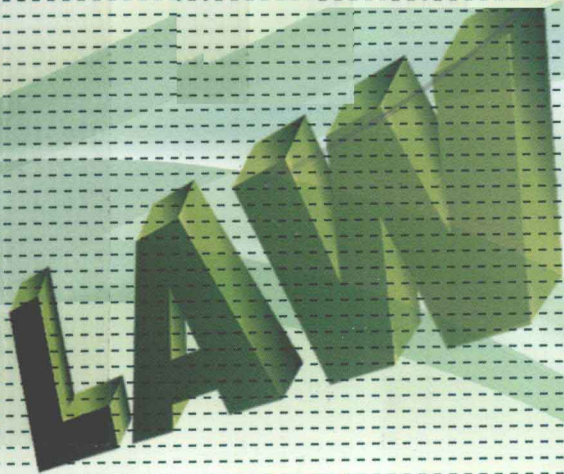


大学生就业创业法律问题研究

王丽娟 王建富 编著



南京大学出版社

大学生就业创业法律问题研究

王丽娟 王建富 编著



南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

大学生就业创业法律问题研究 / 王丽娟, 王建富著

. 一 南京: 南京大学出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-305-09614-3

I. ①大… II. ①王… ②王… III. ①大学生—就业—研究②劳动法—研究—中国 IV. ①G647.38
②D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 007957 号

出版发行 南京大学出版社

社 址 南京市汉口路 22 号 邮 编 210093

网 址 <http://www.NjupCo.com>

出 版 人 左 健

书 名 大学生就业创业法律问题研究

编 著 者 王丽娟 王建富

责任编辑 吕元明

照 排 南京南琳图文制作有限公司

印 刷 南京玉河印刷厂

开 本 635×965 1/16 印张 21.5 字数 260 千

版 次 2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-305-09614-3

定 价 42.00 元

发行热线 025-83594756 83686452

电子邮箱 Press@NjupCo.com

Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有, 侵权必究

* 凡购买南大版图书, 如有印装质量问题, 请与所购
图书销售部门联系调换

序 言

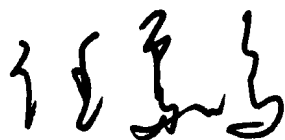
“择业困、就业难”是当下众多大学毕业生不得不面对的“一道坎”，指导大学生跨过这道坎，顺利走上工作岗位是广大高校就业创业工作者义不容辞的责任。影响大学生就业创业的因素很多，也十分复杂，已经引起各级党委、政府的高度重视。然而，大学生在就业创业过程中合法权益受到不法侵害已不是个例，大学生群体就业创业权益的保护问题，已经成为影响大学生就业创业的重要原因之一，对此，我们必须引起足够重视，加快推进对大学生就业创业合法权益的法律保护。基于法律从业者和高校就业指导教师的双重身份，作者通过编撰《大学生就业创业法律问题研究》一书，以论著的形式对这一问题作了深入系统的阐述和研究。

《大学生就业创业法律问题研究》一书，体例完整、重点突出，知识简明，主要包括导论、大学生就业过程中的法律问题、创业过程中的法律问题、就业创业中的争端解决机制以及就业创业法学实践教育等内容。此书以实用为原则，以理论为基础，系统阐述了大学生就业创业过程中应具备的法律基本知识与基本素质。本书以提升大学生

就业创业过程中的法律意识为切入点,旨在普及大学生就业创业的法律知识,增强其守法、维权的意识和能力。

本书作为大学生就业创业权益的法律保护研究体系的一部分,不仅有相当的理论高度而且具备较强的实践操作性,同时还对大学生就业创业的法律规程进行了综述,相信能够为广大大学生的就业创业提供指导和帮助,同时也能为高校的就业创业指导工作者带来有益的启示。

江苏省高校招生就业指导服务中心主任



目 录

序言 / 1

导论 / 1

第一编 大学生就业中的法律问题 / 4

第一章 兼职、实习中的法律问题 / 4

第二章 就业协议签订中的法律问题 / 24

第三章 就业歧视中的法律问题 / 40

第四章 劳动合同签订中的法律问题 / 58

第五章 劳动待遇的法律问题 / 79

第六章 社会保险的法律问题 / 95

第二编 大学生创业中的法律问题 / 111

第一章 创业的法律形式 / 112

第二章 创业中的合同法律问题 / 137

第三章 创业中的物权法律问题 / 159

第四章 创业中的知识产权法律问题 / 175

第五章 创业政策优惠 / 228

第三编 大学生就业创业中的争端解决机制 / 245

第一章 就业创业中的争端解决机制概述 / 246

第二章 劳动争议解决机制 / 252

第三章 其他争议解决 / 287

第四编 大学生就业创业实践 / 300

第一章 职场精英 走进课堂 / 300

第二章 莘莘学子 走出校园 / 315

参考书目 / 325

后记 / 335

导 论

近年来,随着就业形势的日益严峻,大学生就业创业逐渐成为全社会关注的一个焦点问题。

大学生就业创业是一个系统性的工程,牵涉到诸多方面的问题,如经济问题、政策问题、法律问题等。其中,法律问题虽然不是大学生就业创业过程中的核心问题,但依然在其中起着举足轻重的作用,应当引起广大老师和同学们足够的注意。

一、大学生就业创业中的法律问题包括哪些方面的内容?

大学生就业创业中的法律问题涵盖了大学生就业和创业过程所可能遇到的所有法律问题,内容广泛而庞杂。大学生就业中的法律问题和创业中的法律问题相互联系而又具有相对的独立性,可以分别进行探讨。

大学生就业中的法律问题是指大学生在找工作和实际工作中所可能涉及的法律问题。以大学生就业的时间顺序为轴线,大学生就业中的法律问题包括兼职与实习中的法律问题、三方协议签订中的法律问题、就业歧视法律问题、劳动合同签订中的法律问题、劳动待遇法律问题、社会保险法律问题,具体来说:

兼职与实习中的法律问题一章涉及大学生兼职与实习的法律关系分析,兼职和实习过程中所可能面临的法律问题及其解

决路径等内容。

就业协议签订中的法律问题一章对就业协议书的法律性质、内容和变化趋势,以及大学生在签订就业协议过程中常见的法律问题及应对方法等内容进行了较为细致的分析。

就业歧视法律问题一章重点关注大学生在就业过程中所可能面对的就业歧视问题及其法律保护等相关内容。

劳动合同签订中的法律问题一章较为系统地分析了录用通知书的法律效力、劳动合同签订中的权利义务、试用期内的劳动者权利义务、劳动关系的解除等一系列法律问题。

劳动待遇法律问题一章系统介绍了我国目前的劳动报酬、工时、休息和休假、加班加点的相关法律制度。

社会保险法律问题一章主要涉及“五险一金”的相关法律制度,即养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险、住房公积金。

与大学生就业中的法律问题不同,大学生创业中的法律问题部分则涉及大学生在创业的过程中所可能面临的一些法律问题,包括创业法律形式的选择,合同签订,物权问题,知识产权问题,创业优惠政策问题等,具体来说:

创业所能采取的法律形式问题一章主要涉及创业法律形式选择的考量因素,以及个体工商户、个人独资企业、合伙企业、有限责任公司、股份有限公司等具体法律形式的特点、设立要件等内容。

创业中的合同法律问题一章讲述了合同成立、合同生效、合同效力、合同终止等有关合同的法律问题。

创业中的物权法律问题一章主要涉及所有权、用益物权(土地承包经营权、建设用地使用权)和担保物权(抵押权、质权、留置权)等法律制度的内容。

创业中的知识产权法律保护问题一章主要包括著作权、专

大学生投资创业优惠政策一章主要对大学生投资创业在
市场准入、设立条件放宽、经营场所支持、资金扶持、税费减免、创
业补贴、创业培训和信息服务、社保优惠等方面所可能享有的优
惠政策进行了简单介绍。

此外,本书还对就业创业中的争端解决机制进行较为详细的阐释,系统讲解了协商、调解、仲裁等争端解决机制。

大学生就业创业中的法律问题研究具有重要的理论价值和实践价值。

更为重要的是,大学生就业创业中的法律问题的研究对于学校、大学生、用人单位都存在极强的实践价值。目前,各高校对于大学生就业创业教育中的法律问题关注度还不太高,广大学生法律意识不强,自身合法权益受到损害的事件屡屡发生。系统的大学生就业创业法律问题教育对于提升大学生法律意识,促使其依法就业创业,运用法律手段维护自身的合法权益,意义重大。

第一编 大学生就业中的法律问题

第一章 兼职、实习中的法律问题

第一节 大学生兼职中的法律问题

【案例导入】

大二学生林××就读于一家职业技术学院,为了减轻家里负担,他在一家公司找到了一份兼职工作,从事机床操作。没想到工作了几天后,林××就出了事故,他的左手手指被锯床夹断。

林××找到单位,希望单位能为他支付医疗费和后续治疗的费用,但单位说他是违规操作,单位没有责任。后来他听工友说这种情况可以直接去劳动部门认定工伤,享受工伤保险待遇。但他从劳动部门得到的答复却是:他还没有毕业,属于在校学生,与单位不属于劳动关系,无法认定为工伤。

林××作为在校大学生,是否属于劳动法中所规定的“劳动者”,应否受到相关劳动法律法规的保护?在本案中林××的手指被夹断是否属于工伤,能否享受工伤保险待遇?这些问题就是本节内容所要解决的问题。

近年来,随着高校扩招和高校收费体制的改革,越来越多的在校大学生利用课余时间进行兼职。在校大学生进行兼职的原因也是多种多样的。如有的是出于家庭经济状况的原因,参加兼职可以赚取学费,补贴生活费,减轻家庭负担,以便能够顺利完成学业;有的是想通过兼职来锻炼自己的社会实践能力,为以后踏上工作岗位积累经验,同时也是对自身能力的一种提升。大学生兼职一方面是实现自我价值提升的途径之一,另一方面也在一定程度上促进了企业经济的发展,但与此同时,大学生兼职也存在诸如上述案例中所涉及的许多问题,亟待解决。

一、大学生兼职的现状分析

根据相关调查结果显示,被调查的大学生中有 89% 的在大学期间从事过兼职工作,其中分别有 83% 和 11% 的在大一、大二时就开始兼职,6% 的大三以后开始兼职。^① 每个大学生参加兼职的目的也是不同的。根据南京师范大学教育科学学院 2005 年对南京地区相关高校大学生兼职所作的调查报告显示,兼职大学生中有 72.1% 的选择做兼职是为了“锻炼、提高自身能力”,有 51% 的是出于“体验,增加社会阅历”,还有 43.6% 的选择兼职是为了解决经济困难。据该调查显示,大学生寻找兼职主要通过中介(52.9%)、校园海报(42.4%)、媒体信息(36.0%)和熟人介绍(33.7%)四种途径,且大学生在选择兼职行业时,多数是与所学专业不相关的行业,其百分比高达 59.3%。^② 同时据一份以陕西兼职大学生为调查对象的调查报告显示,在兼职过程中,被调查的大学生中有 67.26% 的认为在兼职过程中权益偶尔受到过侵害,有 13.97% 的认为在兼职中

① 唐斯宇:《大学生兼职权益受侵害现象及其成因调查报告——兼谈大学生兼职权益的保障措施》,载《福建警察学院学报》,2008(1):85 页。

② 经素、吴亚子、赵燕:《大学生兼职情况调查报告——以南京地区高校为例》,载《青年研究》,2005(10):21 页。

权益经常受到侵害,而认为没有受到侵害的仅有 18.77%。兼职大学生对待权利救济的态度也不相同,其中有 42.27% 的选择主动与对方交涉,双方协商解决,21.22% 的不采取任何措施忍气吞声,9.09% 的求助政府相关部门,有 11.72% 的采取其他途径解决,只有 3.03% 的提起仲裁或通过司法途径解决。^① 可见,在兼职过程中,大学生权益受侵害的现象十分严重,兼职大学生通过法律途径保护权利的意识十分薄弱,有待增强。

二、大学生兼职的概念

所谓兼职,区别于全职,是指职工在本职工作之外兼任其他工作职务。其前提是职工与原用人单位之间通过签订劳动合同确立合法的劳动关系,兼职工作只是其在正式工作之余所从事的其他劳动,包括与个人之间达成的劳务协议,同时也包括与其他用人单位达成的用工协议。我国《劳动合同法》第五章第三节规定了非全日制用工,根据《劳动合同法》第六十八条的规定:“非全日制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时,每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。”第六十九条第二款规定:“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同;但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”可见兼职并不等同于劳动法所规定的非全日制用工,但在一定情况下应当属于非全日制用工的一种表现形式。兼职并非法律术语,只是我们在日常生活中的一种俗称。大学生兼职是指在校大学生在学校学习期间,利用课余时间为他人或者单位

^① 张祖庆、李铁梅:《大学生兼职期间权益法律保障探析——以陕西大学生兼职调查报告分析》,载《西北农林科技大学学报(社会科学版)》,2009(9):101~102页。

提供脑力劳动或体力劳动。^①在此期间大学生充当着双重角色——学生和劳动者,其中学生并非一种职业,而是一种身份,其在校期间的主要任务还是学习,因此大学生兼职自然也就不同于我们所说的一般社会意义上的兼职。

大学生兼职同时也应当区别于大学生勤工助学。2007年6月26日教育部和财政部联合下发《高等学校学生勤工助学管理办法》第四条明确规定:“本办法所称勤工助学活动是指学生在校的组织下利用课余时间,通过劳动取得合法报酬,用于改善学习和生活条件的社会实践活动。”同时该办法第六条规定:“勤工助学活动由学校统一组织和管理。任何单位或个人未经学校学生资助管理机构同意,不得聘用在校学生打工。学生私自在校外打工的行为,不在本办法规定之列。”可见勤工助学必须由学校统一组织和管理。如今,各个高校基本上都会为在校学生提供勤工助学的岗位,如办公室助理岗位、图书馆助学岗位等。但是大学生兼职基本上是发生在校外,而且一般都是通过中介机构、熟人介绍或者自己寻找的途径来进行兼职的,不在学校管理范围之内。可见大学生兼职同样不属于勤工助学。

那么大学生在兼职过程中的主体身份应该如何界定?其与雇主之间究竟属于什么关系?大学生兼职过程中发生的侵权行为又应当得到怎样的法律保护?这些都是大学生兼职过程中需要解决的法律问题。

三、兼职大学生的法律主体地位

作为中华人民共和国公民,大学生也应当享有劳动权以及相关基本权利。大学生进行兼职也是其行使劳动权的体现,应当受到法律的保护。为了准确寻求法律保护,应当进一步厘清

^① “大学生兼职”并非法律术语,虽然并不是十分规范,但现实生活中将在校大学生利用业余时间打工的行为称之为“兼职”已成为一种习惯,所以本书中对大学生的这种行为也采用了“大学生兼职”的说法。

大学生在兼职过程中的法律主体地位以及所属法律关系的范畴。

针对兼职大学生的法律主体地位的认定,可谓仁者见仁,智者见智。主要有以下几种观点:第一种认为兼职大学生与雇主之间的关系应当属于劳动关系,其中有人认为在大学生兼职期间双方的关系属于事实劳动关系^①,也有人认为应当将这种关系认定为劳动合同法中所规定的非全日制用工关系^②,但二者都认为该法律关系应受相关劳动法律法规的调整。第二种观点认为兼职大学生在兼职过程中与雇主所形成的关系应当属于民法上的雇佣关系。^③第三种观点认为不能一概而论,如果兼职大学生与用人单位之间是管理与被管理、支配与被支配的关系时,就应当认定为劳动关系,可以适用劳动法的相关规定;反之,则认为二者之间的关系不属于劳动关系,而属于一般的劳务关系,不受劳动法的调整。^④笔者比较认同第二种观点,一般情况下,兼职大学生与雇主之间所形成的法律关系很难认定为劳动法调整范围内的劳动关系。

根据《劳动法》第二条以及《劳动合同法》第二条的规定,我国《劳动法》所调整的对象是劳动关系。所谓劳动关系,就是指劳动力所有者(劳动者)与劳动力使用者(用人单位)之间,为实现劳动过程而发生的一方有偿提供劳动力由另一方用于其生产资料相结合的社会关系。^⑤可见劳动关系只能发生在劳动者和用人单位之间。显然,大学生为他人或者家庭打工的行为(如家

① 钱小敏:《论“兼职大学生”的法律身份》,载《时代经贸》,2008(6):197~200页。

② 雷芳、王杰兵:《论兼职大学生的劳动法保护》,载《知识经济》,2008(9):25页。

③ 董保华、陆胤:《企业雇佣在校大学生相关法律问题探讨》,载《中国劳动》,2007(6):24~25页。

④ 唐其宝:《大学生校外兼职若干法律问题》,载《经济与社会发展》2008(6):101页。

⑤ 王全兴主编:《劳动法》,修订3版,法律出版社,2008:29页。

庭教师)属于民事上的雇佣关系,应受相关民事法律的调整。那么兼职大学生与用人单位之间的法律关系是否属于劳动法律关系呢?首先,我们应界定一下劳动者的概念。究竟何为劳动者,相关劳动法律法规并未给出一个明确的定义。从广义上来讲,任何公民都可以成为劳动者;从一般意义上讲,劳动者是指年满16周岁的具有劳动能力的公民。单从此定义来看,在校大学生完全符合劳动者的构成要件,应当属于一般意义上的劳动者,但问题的关键是其应否属于劳动法意义上的劳动者。1995年原劳动部颁布的《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》规定:“在校生利用业余时间勤工助学,不视为就业,未建立劳动关系,可以不签订劳动合同。”可见,在校学生的主要职责是学习知识,而非就业。无论是参加勤工助学还是做兼职,都不应视为就业,在这个意义上,勤工助学和兼职的性质在本质上有一定程度的重合。既然不认为是就业,就不属于劳动关系的范畴,不能受到劳动法的相关保护。虽然该意见是1995年颁布的,但就目前来看并未失效,而且同一部门法的立法精神是不会改变的。新的《劳动合同法》的颁布,从其立法精神和相关内容来看,调整的依旧是用人单位和职工之间的劳动法律关系,同时要求劳动者和用人单位之间应当签订劳动合同,可见,在校大学生依然未被纳入《劳动合同法》的调整保护范围。大学生只有在就业之后,与用人单位形成的劳动关系才能受到劳动合同法的调整。其次,劳动关系区别于其他法律关系的一个最为重要的属性即劳动关系的从属性——包括人格上的从属性和经济上的从属性。^①劳动关系的这一特征要求劳动者付出劳动时,自身必须接受用人单位的支配和指挥,服从安排。^②一般情况下大学生兼职时间

① 王林清:《劳动争议热点问题司法实务指引》,人民法院出版社,2010:42页。

② 王林清:《劳动争议热点问题司法实务指引》,人民法院出版社,2010:19页。

集中在寒暑假等较长假期,其与用人单位之间建立起来的劳动关系缺乏稳定性和固定性,同时相对于正式员工,其受用人单位规章制度的限制较少,受到的管制较松。因此兼职大学生与用人单位之间所形成的关系的从属性较弱,而且双方可按照协议约定解除合同的时间,在无合同约束的情况下,甚至可以随时辞掉兼职,大学生在兼职过程中具有人身独立属性。再次,为了达到社会稳定发展的效果,法律在进行法益保护时应当考虑利益衡量原则,平衡各方法律主体之间的利益关系。劳动法是调整劳动者和用人单位之间权利义务的法律规范的总和。相较于用人单位,劳动者往往处于弱势地位,因此我们更倾向于保护劳动者的权利,但我们却不可顾此失彼,忽视用人单位的利益。从用人单位的角度出发,其之所以愿意接受大学生兼职是因为可以减少用工成本,增加经济利润,而且兼职大学生很少与用人单位签订用工协议,相较于正式员工,在工时、工资等方面都具有灵活性。最重要的是用人单位不用帮兼职大学生缴纳各种保险金以及提供住房等福利待遇,允许大学生兼职减轻了企业负担,不仅可以帮助企业提高经济效益,最终也会促进中国市场经济的发展。最后,从司法实践上来讲,还未出现过将兼职大学生与用人单位所形成的法律关系认定为劳动关系的判例。综上所述,很难将兼职大学生在兼职过程中与用人单位所形成的法律关系认定为劳动法调整范围内的劳动关系。

大学生兼职不能受劳动合同法的调整,但并不意味着其不受法律保护。兼职大学生与雇主所形成的法律关系应当认定为民法意义上的雇佣关系。首先,我们应当区分雇佣关系与劳动关系的异同之处。学界一般有两种观点^①:第一种观点认为雇

^① 王林清:《劳动争议热点问题司法实务指引》,人民法院出版社,2010:21~23页。

佣关系和劳动关系有着本质的区别。从属性是劳动关系与雇佣关系的最重要的区别之一。劳动合同是一种在契约自由原则基础上渗透了国家公权力必要干预的、以社会利益为本位的合同。与雇佣合同不同,劳动合同的公权力干预色彩比较浓厚,虽然法律也要求劳动者与用人单位双方应当在自愿平等的基础上签订劳动合同,但是双方所签订的劳动合同往往只能达到形式上的平等,而且意思自治成分低于雇佣合同。劳动关系一旦确立,就会形成各种各样的权利义务,包括工作时间、工资、社会保险、工伤保险等各种内容,而雇佣合同则没有这种权利义务的内容。另一种观点认为雇佣关系和劳动关系在本质上是相同的。有的认为二者并无实质差别,以史尚宽先生为代表,认为劳动合同是“特种之雇佣契约”,“今日大部分之雇佣契约,均属于劳动法意义之劳动关系”;也有的认为雇佣关系是与劳动关系同质的社会关系,认为雇佣关系只是劳动关系的一种特殊形态。笔者比较赞同第一种观点。雇佣关系是不同于劳动关系的,除了上述区别之外,从法律规范层面来讲,二者所适用的法律以及所形成的法律关系都存在区别。而且实践中有很多情况是无法纳入劳动法律规范的评价体系之内,如家庭雇佣保姆、私人聘请保镖等情况,在劳动法无法对此进行规范时,就有赖于民事法律对雇佣关系的调整规则来进行规制。大学生在兼职过程中与雇主(包括个人和用人单位)之间形成的法律关系应当属于雇佣关系,应受《民法通则》、《合同法》等相关民事法律的调整。《民法通则》第一百零六条规定了违反合同以及不履行合同义务应承担民事责任,同时也规定了承担民事责任的过错要件。《合同法》第八条也规定了合同的法律约束力以及合同受法律保护的地位。

四、大学生兼职中的法律侵权及解决路径

大学生兼职不仅为大学生提供了经济上的支撑和就业方面的经验和技巧,同时也解决了用人单位用工困难的问题,为用人