

兼职大学生劳动关系的法律论证

陈红梅

(南京大学法学院, 江苏 南京 210093)

摘 要:将兼职大学生与用人单位之间的法律关系界定为劳动关系更有利于维护他们的合法权益。劳动关系是雇佣关系的一种发展形式。雇佣关系与劳动关系在法律调整的不断变化中,其边界也在不断发生变化。它们之间的差异并不是本质上的,而是法律理念的差异。兼职大学生是社会制度性弱势群体,符合劳动者的从属性特征,学生身份并不能阻碍兼职大学生劳动者资格的认定。当前,应将兼职大学生作为“特殊劳动者”,切实维护他们的劳动权益。

关键词:雇佣关系;劳动关系;弱势群体;社会保障;劳动者

中图分类号:DF474

文献标识码:A

文章编号:1007-788X(2012)01-0114-07

一、问题的提出

目前,大学生走向社会,参与社会实践的形式是非常多样化的。具体来说,主要有以下几种形式:一是实习,二是勤工助学,三是利用课余时间或寒暑假的空闲时间到各类企业中进行各种兼职活动。^①在这三种形式中,实习一般被认为是高校教学工作的实践环节。组织学生在毕业前实习属于《教育法》第 28 条第二款“组织实施教育教学活动”的范围。^②而大学生参加勤工助学活动也是由学校统一组织和管理。^③在这两种形式中,大学生权益的维护通常是通过学校与用人单位和学生三方签订具有法律效力的协议书,来明确三方的权利和义务以及发生意外事故的处理办法。而第三种形式,目前我国几乎没有相关的法律进行规范。仅在原劳动部 1995 年 12 号下发的文件《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》(以下简称 12 号文件)中规定,“在校大学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。”这一规定使得在校大学生在兼职期间不具有劳动者的法律身份,不能受到劳动法的保护,只能由民法的雇佣关系来调整和规范。劳动部 2003 年《关于非全日制用工若干意见的规定》以及《劳动合同法》的颁布,又给大家带来了一些希望。于是,在此种情形下,在校大学生与用人单位之间的关系是属于劳动关系还是属于雇佣关系,学术界和实务界主要有三种认识:

一是“否定说”,即否认在校大学生兼职与用人单位之间的关系是劳动关系,在校大学生打工在我国只是雇佣关系意义上的劳动者。理由主要有三个:(1)基于 12 号文件的规定认为大学生的身份主要是学生,主要的任务是学习,应当服从学校的教学安排和管理,认为大学生的行为自由受到限制,因此不具有劳动行为能

收稿日期:2011-06-16

作者简介:陈红梅(1976-),女,江西新余人,南京大学博士,南京财经大学法学院副教授,主要研究方向为劳动法学,环境法学,民商法。

基金项目:本文系江苏省教育厅高校哲学社会科学基金项目《大学生劳动权益的法理研究与对策》(项目批准号:09SJD820012)的阶段性研究成果。

①大学生兼职的形式具有多样性,大致可以分为两类,一是类似提供家教服务等职业的,属于典型的雇佣关系;二是大学生在社会一般的公司企业或其他单位兼职,因为我国劳动法主要调整单位劳动关系,因此,本文主要是探讨第二类兼职方式。

②《教育部关于进一步深化中等职业教育教学改革的若干意见》要求加强学生职业技能培养,进一步完善学生到企业顶岗实习的制度,努力形成以学校为主体,企业和学校共同教育、管理和训练学生的教学模式。2010 年 6 月 23 日,教育部宣布启动“卓越工程师培养计划”,要求行业企业与高校应共同设计大学生培养目标,制定培养方案,全国逾千所高校约 400 万工科专业大学生今后应到企业去学习一年,完成毕业设计,而企业将挑选设立一批国家级“工程实践教育中心”。

③教育部、财政部颁布的《高等学校勤工助学管理办法》(2007 年 6 月 26 日)第 4 条规定:“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。”第 6 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的同意,不得聘用在校大学生打工,学生私自在校外打工的行为,不得在本办法规定之列。”

力^[1],不能与用人单位形成劳动关系,不受劳动法调整;(2)大学生的学籍、户籍等人身档案关系都在学校,兼职时并没有纳入单位的正式编制,用人单位不为学生承担社会保险义务等否定其属于非全日制用工主体;(3)以在校大学生兼职不需要到当地的劳动保障部门办理录用的备用手续、没有生存压力,不以谋生为目的。在校大学生兼职行为不是择业行为也不是就业行为,而我国劳动法只调整因就业而形成的劳动关系。^[2]

二是“严格保护说”,认为在校大学生可以和用人单位形成劳动关系,理由主要包括:(1)他们与用人单位具有从属性,接受用人单位的指示命令,是实际意义上的劳动者;(2)在校大学生兼职与其他实践形式相比,与学生身份相对疏离,可以赋予其劳动者身份;(3)在校大学生在兼职中获得的保护与救济是最弱的,从强化对弱者救济的角度,且基于民法规范对大学生勤工助学保障不力,而认为立法上应把兼职大学生列入《劳动法》的保护范围。^[3]

三是“特殊劳动者说”,认为12号文件的规定与现在的客观实际严重不符,没有对已经成年的大学生个人的人格予以重视。从学生兼职的工作形式和其与企业之间的关系来看,它是具备劳动关系特征的,但应该看到他的特殊性,即作为学生,他们没有被纳入单位的正式编制,而且用人单位也不用按照法律法规和地方规章等为学生承担社会保险义务。因而主张承认兼职大学生劳动者的地位,将之纳入劳动法的调整范围之内。同时,考虑到他们的特殊性,需要劳动部门制定一些特别规定,来弥补某些法律的空缺,^[4]或是比照非全日制用工进行保护。^[5-6]

本文认为相对于民事雇佣的调整,适用劳动法的保护显然对维护兼职大学生的权益更加有利。但要认定兼职大学生劳动关系的性质,则首先要对雇佣关系与劳动关系作正确的界定,论证在校大学生兼职关系符合劳动法所调整的劳动关系的本质特征及劳动法的理念,有受劳动法保护的必要性;其次,对在校大学生的劳动者身份界定目前所存在的障碍进行分析,为确立其劳动者身份进行可行性论证;最后,在我国现行法律制度不完善的情况下,提出一些建议和对策,以更好的维护这一特殊群体的劳动权益。

二、雇佣关系与劳动关系界定及法律调整

(一)雇佣关系与劳动关系同一性

从劳动经济学的角度来看,雇佣关系是随着资本主义生产方式的产生而出现的一种社会关系。学界对雇佣关系与劳动关系的界定曾从意识形态的角度来讨论,即以用工主体的所有制性质界定雇佣关系。认为雇佣关系是“资本主义制度下资本家与雇佣劳动即出卖劳动力的工人之间的关系——雇佣关系一经确定,工人就处于雇主的权势之下,被榨取剩余价值,雇佣关系是强制性的劳动关系。”“私有制国家一切用工制度,都是雇佣制……。在我国现阶段,劳动用工制度的主体,仍是公有制体制下的社会主义劳动制度,工人、职员仍以企业、机关的主人身份参加劳动工作,不是雇佣制”。^[7]这种界定方法虽然与资本主义初期劳动交易关系的状况是一致的,但不能解释19世纪末以来现代劳动关系在资本主义国家的形成和发展,更不能解释传统雇佣与现代劳动关系的区别,因为二者都存在于资本主义制度下。抛开意识形态的角度,市场经济条件下,雇佣关系与劳动关系实质上都是社会生产过程中劳动者与生产资料结合的具体表现形式。劳动者以其符合管理方需要的工作能力从事劳动,获得报酬。同时劳动者作为一种特殊商品,具有人身和社会属性,在获取经济利益的同时,还要从工作中获得作为人所拥有的体面、尊严和满足。它受制于一定社会中的经济、技术、政策、法律制度和社会文化背景的影响。

从劳动关系的发展历史来看,“由雇佣契约到劳动契约乃是一种社会化的过程。”^[8]劳动关系和雇佣关系都是劳动在不同社会形态中的一种表现,它们具有历史联系性。劳动关系是雇佣关系的一种发展形式。雇佣关系强调的是受雇者与雇主的关系,主要是指以就业为中心的个别的劳动关系。而劳动关系则是包含个别劳动关系、集体劳动关系、社会劳动关系的一个层级系统。^[9]但是,雇佣关系仍是劳动关系最直接、最本质和最一般的构成形态。在市场经济条件下劳动关系的四个基本特点平等性、从属性、财产性、社会性中,从属性或人身性主要体现在个别劳动关系中,它是劳动关系系统的基础构成。首先,雇佣关系的双方主体为特定主体,即雇主和雇工;其次,雇佣关系是双方当事人对劳动力使用权自由出让与受让之协议关系具有平等性,但雇佣关系成立后,雇佣关系双方建立起一种指挥与服从的内部管理关系,双方又具有隶属性;第三,雇佣双方关系为一方出卖劳动力商品,一方对付劳动力价格的对价关系,故具有财产性,同时劳动行为的提供

与受让为专属行为,所以又具有人身性。因此,雇佣关系与劳动关系从本质上来看是同一的,两者之间是一种包容与被包容的关系。

(二)雇佣关系与劳动关系法律调整的历史考察

在从雇佣关系到劳动关系的变化过程中,受西方各国社会经济的发展、法律思想的变化以及所采取的社会政策的不同,这两类社会关系发生了很大的变化,具有不同的法律性质^[10]。雇佣关系在资本主义早期是被纳入民法调整,将之作为一种债的法律关系,在这种债的法律关系中,雇主和雇工都是完全意义上的法律上独立的人。这一时期的雇佣关系在“私人自治”理念影响下,是一个很少受到国家干预的私人社会关系,以契约关系为纽带,实现劳动力与生产资料在不同主体之间的结合。这种调整在当时是有一定的进步意义的。这种平等法律关系的建立有助于极大的促进资本主义生产关系的建立。然而,正如劳动经济学所揭示的,资本主义市场经济中劳动雇佣关系最主要的特征就是平等性、从属性和财产性。而民法的调整只看到了它们的平等性,却忽视或默认了这种从属性。^①在这种民事雇佣劳动关系中,抽象的、形式性的平等、自愿抵制不了资本家的滥用,劳动者处于血汗工业和饥饿工资的悲惨境地在所难免。随着工人运动的不断高涨,社会危机的加重,劳动者为了生存团结起来不断的同资本家进行斗争。资本家为了其财产的安全,国家为了稳定和体现民主,开始对雇佣劳动关系进行立法干预,通过劳动立法,突出对劳动者利益的保护。从此,自产业中存在的雇佣关系中逐步衍生出了一类特定的社会关系——劳动关系。与民法不干预雇佣关系的思想相反,国家干预劳动关系正好是劳动法产生的法律基础。国家对劳资关系强行干预的结果,缓和了劳资对立,稳定了社会秩序,促进了生产力的发展。“随着劳动法成为一个独立的法律部门,雇佣关系便分裂为两块:一块是劳资雇佣关系(劳动关系),由劳动法调整;另一块是一般民事雇佣关系,仍然由传统民法调整。”^[11]一般认为,受劳动法调整的劳动关系主要是指产业发展中的雇佣关系,而农业社会中经营性行业的雇佣关系以及家庭消费雇佣等社会关系则由民法来调整。^[12]

(三)雇佣关系与劳动关系法律调整的理念及边界的发展变化

在对雇佣关系和劳动关系进行法律调整的过程中,各个国家基于对雇佣关系与劳动关系的不同定位而确定不同的法律调整模式:一是由民法统一调整雇佣关系和劳动关系,再制定特别法进一步规范劳动关系。这种模式以德国为代表;二是将劳动合同完全取代雇佣合同,仍然在民法典中规定。试图通过私法包容社会化因素的法律调整目的。代表者如瑞士;三是将劳动关系作为劳动法内容来规定,劳动关系脱离民法典,代表者法国。^[10]笔者无意去评析何种法律模式的优劣,因为每一种模式都与其背后的社会生活及经济发展状况相适应的,例如,“瑞士是七百年中立小国,产业关系平和,不存在激烈的劳资对抗,以平权观念之债法实现对劳动关系的调整仍然有效到位。”^[12]但是,无论是瑞士从私法包容社会化因素的方向作出的努力还是其他国家将公权力干预私域的劳动法从传统民法的私法自治领域分离,从雇佣契约到劳动合同的法律调整中,深刻的体现了传统私法向公法与私法交融性法律的历史跨越。我们看到了一种由个人主义到社会连带的法律理念的转变,民法上“人格平等”的抽象主体的平等保护到实践中处于弱势地位的“具体人”的倾斜保护的转变,由私法自治的调整手段向国家干预和协调的转变。

随着社会的不断发展和经济全球化背景下,传统的劳动关系及其法律调整面临着新的问题和挑战。除了各国劳动法大多将第三产业中的雇佣关系纳入其调整的范畴外,传统劳动合同理论中劳动关系的从属性的理念及传统的“劳资”界限正在弱化,劳动合同的功能也从单纯的维系就业关系、保护劳动权向适应劳动力市场变化、促进和增加就业的方向发展,非正规就业形式也越来越得到法律的认可,被纳入到劳动法的调整范围。雇佣关系与劳动关系这一本质相同的社会关系在法律调整的不断变化中,其边界也在不断的变化。它们之间的差异并不是本质上的,而是来自于“国家在综合考察两种社会关系各自具体情形(如双方力量对比、经济承受力等)的基础上所采用的调整手段、力度上的差异。”^[13]但是无论劳动关系与雇佣关系边界如何变化,劳动法律宗旨及理念始终是不变的,即出于社会公共利益的需要,界定劳动者的弱者地位对其

^① 早期工业化时代,为了维护资本主义的生产秩序,强迫被圈地之后的农民接受雇佣劳动,在普通法系国家,政府在表面上采取自由放任的态度,对于劳资纠纷采取不干预的方式,实际上,政府的立法和政策都倾向于雇主的一方。通过颁布劳工法规,维护资本家对工人的任意剥削,以强行法规范限制劳动者的劳动条件及其他权利。对于资本家对工人的剥削则采取自由放任的政策,实行所谓的契约自由。

进行倾斜保护。

三、兼职大学生弱势群体的法律论证

从法学的视角研究社会弱势群体,主要是从权利的角度来分析社会弱势群体的相关问题。因此,“权利贫困”是社会弱势群体的重要特征。“社会弱势群体的法学解释,即由于社会条件和个人能力等方面存在障碍而无法实现其基本权利,需要国家帮助和社会支持以实现其基本权利的群体。”弱势群体是一个相对的概念,从法学研究的角度来看,“弱势”表现为在权利享有、实现、救济方面存在着极大的障碍,且自身不具备维护自己权利的条件、手段和力量。“群体”则不具有社会学意义上的群体的组织化特征和聚拢性特征,他们是“社会生活中被边缘化、散落的人群,彼此之间没有组织认同也无联络”,是学者们为了某种需要,将这些散落的人放在一起进行研究,是一个虚拟的“群体”。^[14]社会弱势群体最主要的两种类型是自然性弱势群体和制度性弱势群体。制度性社会弱势群体是由于制度不公正引起的,它产生的根源主要表现为制度性根源、法律根源和公共政策根源^[15]。

当前,在校大学生利用在学校的课余时间到校外去兼职已经成为一种普遍现象。曾经有人通过对北京某高校随机抽取的400余名同学进行问卷调查,结果显示,存在兼职现象的人数占到了全部被调查者的86.8%。可见,在假期打工、课余兼职的大学生一族已经不是散兵游勇,他们逐渐成长壮大为一个部落。^[5]这种现象背后的主要原因在于我国目前正处于经济转型期,由于转型期的社会存在众多不确定因素,生活风险增大,外部环境的变化再加上高校扩招、高校收费制改革,“学费节节攀升,就业率节节败退”,众多大学生不得不提前进入社会,减轻高昂学费为其家庭带来的沉重负担,增加社会经验,增强实践能力。

然而,由于法律调整的不确定和大学生们的社会保障在转型过程中的不健全以及缺乏相应的制度性支持和扶助资源,使得这一大学生群体在兼职过程中遭遇侵权的现象较为普遍。一方面,从社会保障制度来看,中国大学生作为一个特殊的群体,他们的生存权利在法制保障上是空白的。我国的社会保障制度忽略了这个群体。大学生的户籍一般迁离了原籍,离开了原来的城市或农村的社会保障体系,落在所读大学的城市,但他们却不能像城市人口那样纳入当地城市的社会保障体系。除了1989年《公费医疗管理办法》对其医疗纳入保障之外,他们既不能享有城市居民的最低生活保障、养老保险、劳动者的失业保险以及城市居民的社会福利,也不能享受农村的一系列社会保障,甚至连原有的土地保障也失去了。户籍的迁移使大学生社会保障权利游离在城市和农村之外。大学生除了选择向父母“要”钱之外,必然选择从学习时间之外自己去挣钱。另一方面,12号文件虽然对“大学生勤工助学的关系”做出了否定规定,但其出台的背景主要是由于当时的大学生由国家统一分配,为了避免有关单位和部门将这种打工视为就业而影响对大学生的分配工作,保护大学生的毕业分配而制定的。但是随着经济的发展和经济体制的转型,兼职大学生作为特殊劳动力,也满足了用人单位对劳动力的特殊需求,12号文件与现在的客观实际严重不符。同时,劳动部2003年《关于非全日制用工若干意见的规定》以及《劳动法》和《劳动合同法》对劳动者资格的内涵和外延均未作明确规定,由于12号文件的规定,导致劳动关系的混乱,引起司法部门对兼职大学生的保护出现了空白地带,也引起劳动监察部门的困扰。民法对大学生兼职所产生的雇佣关系的调整由于无法看到他们的弱势地位和权利困境因而显得“能力不足”。因此,无论是劳动权益保护方面权利的缺失、权利的实现还是权利的救济,兼职大学生都面临着困境,他们完全符合“权利贫困”的特征,而他们的“权利贫困”又是由于社会因素、社会条件的影响而造成的,成为一个制度性社会弱势群体。在这样的背景下,对在校大学生兼职关系明确定位为劳动关系,对他们实施倾斜保护,就显得非常必要。

四、兼职大学生劳动者身份的法律论证

各国对劳动者的界定采用不同学说,主要有英美法系国家的“控制说”和大陆法系国家的“从属说”。但这两种学说都随着现代劳动关系类型的发展而不断发展。英美法系的“控制说”主要借助判例法,其主要内容包括以下几个方面:(1)控制。即是否在他人的指导下工作,指导者控制雇员的工作内容和工作时间;(2)整体性。即所提供的工作是否为企业日常经营的一部分,并须与企业工作协调;(3)工作供给。即是否自己提供完成工作所需要的工具和材料;(4)损益。即是否承担损失风险和享有利益。但是由于“控制权”标准

有时无法适应社会经济发展的需要,法院在判定是否是雇员时还要综合考虑其它许多因素。^[16]

大陆法系对劳动者的界定受德国劳动法理论的影响,主要是依“人格从属说”来界定,即指劳动者在雇主的指挥命令下提供劳务,劳动者被纳入雇主组织之内,雇主对其拥有广泛的指示权,并可单方确定工作时间、地点、业务,而劳动者丧失其对劳务的处分的可能性,其提供劳务具有纯粹利他的特性。人格从属性的重要特征在于指示命令权和秩序上的惩戒权。^[8]由于“人格从属性”在实际生活中的局限性,又不可避免的需要辅助其他认定标准,因而,在“人格从属说”的基础上,又产生了“经济从属说”,“组织从属说”。关于“经济从属说”有几种看法,一种看法认为“经济从属性”是指劳动者为谋生必须受雇于人从事工作以谋取生活状态而言。德国采用这一种观点。第二种看法认为“经济从属性”是指受雇人完全被纳入雇主经济组织与生产结构之内,但与受雇人和雇主之间经济或财政状况无关。经济从属性的重点在于受雇人不是为自己之营业劳动,而是从属于他人,为该他人之目的而劳动。日本“经济从属性”的通说就是采用第二种看法。^①“组织从属性”就是指利用他人的劳动力,虽然没有指挥命令,或只是业务性质上的当然指示,但只要该劳动力的提供是企业运营必不可缺的,且该劳动力有机的组合到企业组织中,则应该承认其具有从属性^[17]。

从上述两大法系关于劳动者概念的界定来看,无论是英美法系的“控制说”还是大陆法系的“从属说”,两者的具体界定标准实质上是一致的。除此之外,为了确定一定非传统劳动关系中的劳动者身份,保护劳动者,两大法系对劳动者的认定标准都有了一定的发展,更加从事实上和保护劳动者目的的方面来加以认定。例如,英国在业余工作、偶然工作或非典型工作的情况下,法院倾向于调查是否存在“义务的相互性”,而美国的国家劳动关系委员会和法院在判断时还要从完成者、需要的技能、工人对工作的信念等因素进行考虑。大陆法系方面,法国最高法院则在不放弃法律隶属标准的情况下,放松其适用范围,提出了一个新的判断标准:隶属关系指为他人利益而在有组织的服务中进行的工作。这个指标甚至适用于因为很有能力而享有很高工作独立性、有很大行动空间的人员。^②可见,劳动者的界定已由形式意义上的劳动者扩展到实质意义上的劳动者。“现代各国劳动立法无不扩展保护劳工法律之适用范围,以符合劳动者从属地位保护之必要。”^[8]

我国《劳动法》和《劳动合同法》均没有对劳动者的内涵和外延给出明确的界定,这导致了概念的模糊和保护的不周。学者们多从劳动关系的角度去探讨。在我国当代劳动法学界,关于劳动关系的基本特征是两个“兼容性”: (1)劳动关系兼有平等关系与隶属关系的特征; (2)劳动关系兼有人身关系与财产关系的性质。劳动部2005年《关于确立劳动关系有关事项的通知》提到“一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)用人单位提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”可见,我国对劳动关系中的劳动者的认定,主要采用大陆法系的“人格从属性”标准,同时兼采“经济从属性”和“组织从属性”标准。具体到大学生兼职的工作形式和其与企业的关系来看,其也是具备劳动关系这些从属性特征的。这些兼职大学生具有劳动行为,并且这种劳动是在企业的监督管理下进行的,他们接受企业的管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动,和用人单位之间具有从属关系,他们之间建立的关系不是一种平等的关系。

持否定说的学者认为兼职大学生符合这劳动者资格的最主要理由是因为兼职大学生所具备的学生身份。然而,学生身份真的能阻却兼职大学生的劳动者身份吗?事实上,由于人类社会生活的复杂性,个人存在不同领域的身份关系之中,可以在诸多的身份体系中确定自己的位置。^[18]相对于高校,兼职大学生是学生身份,承担学生的权利与义务;相对于用人单位,兼职大学生又是劳动者,承受着劳动者的权利与义务。现实生活中,也存在既具有劳动者资格又具有学生身份的典型事例,如脱产学习的研究生,即是两种身份兼而有之。另外,从学生身份阻碍兼职大学生劳动者资格的理由来看,笔者认为上述理由是值得商榷的。大学生兼职主要在课余期间及寒暑假进行,课余期间相对于全日制劳动关系而言行为自由的确会受到一定的限制,但

^① 参见田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版,第77—78页。认为劳动者的经济社会地位以及签订契约时契约内容的被决定性。其指标有三个1.生产材料、生产方式是否被使用者所有;2.有无对他人劳动力的利用;3.是否由使用者单方决定劳动条件。

^② 参见法国巴黎第一大学教授,法国劳动法学会会长 Francois Gaudu 在“全球化下的个人劳动关系调整:劳动合同法国际研讨会”上关于《法国劳动合同的界定》的发言。

是对于非全日制劳动关系而言,大学生还是可以自由支配自己的时间的。而寒暑假期间,这种行为自由就更不会受到限制了。大学生的人身档案关系归属及社会保险关系的承担更不能作为否定兼职大学生的劳动关系,随着劳动立法对双重劳动关系的认可,人身档案关系并不是劳动关系存在的必备要素。用人单位不为学生承担社会保险义务,一方面说明我国社会保障制度在这一领域的缺失和不健全,它同样也不能作为否认劳动关系的依据。另外,这两个因素只是表明兼职大学生与用人单位的普通员工在形式上的差别,但不能否认其与用人单位建立劳动关系的实质,进而否认其应该受到劳动法的保护和救济。对于第三个理由,笔者认为正如本文第二部分所阐述的一样,随着经济全球化和各国就业压力的增大,劳动合同的功能开始从维系就业关系、保护劳动权向适应劳动力市场变化、促进和增加就业的方向发展,非正规就业形式也越来越得到法律的认可,劳动者参加劳动是否为了谋生与保护的必要性没有太大关系。例如,德国虽在判断劳动者标准时,把“人的从属性”与“经济从属性”分开,认为“对劳动义务者的社会保护的必要性也是无关紧要的,收入可观的经理也是雇员,劳动法的保护是因为雇员放弃对自己劳动力的处置而获得的一种补偿,而不依赖于他的社会保护的必要性。与此相适应,劳动者经济上的依赖性对于雇员身份的确定既不充分,也不必要。”^[19]日本虽然将“人格从属性”与“经济从属性”相结合作为判断劳动者的标准,但正如前面所阐述的那样,日本的“经济从属性”采用的是第二种看法,即重点在于受雇人不是为自己之营业劳动,而是从属于他人,为该他人之目的而劳动。在校大学生兼职,部分的确是出于家庭经济困难进行兼职,存在一定的生存压力,还有很大一部分是出于锻炼的目的,如果仅因此而不对他们进行保护,忽视他们的权利困境,是不利于社会公平秩序的形成。综上所述,学生身份并不能阻碍兼职大学生的劳动者身份。

五、完善兼职大学生劳动权利保护相关法律制度的建议

通过以上论证,我们可以得出结论,兼职大学生在兼职过程中与用人单位建立的关系是劳动关系,其劳动权益应当受到法律保护。但由于法律的空白及相关法律制度的滞后,使得兼职大学生劳动权益的保护还存在一定的制度障碍。虽然司法实践中也出现了不少承认大学生劳动者资格的判决,认为“大学生在工作时年满16周岁,符合劳动法规定的就业年龄,其在校大学生的身份也非劳动法规定排除适用的对象,法律并没有禁止临毕业大学生就业的规定”而认定双方之间存在劳动关系。^①同时,也有一些地方性法规对大学生的部分劳动权益做出了相应的规定,例如最低工资制度的保障,发生工伤时比照职工工伤保险标准补偿,享受工伤待遇等等。但是,由于程序较为复杂,需要多方面审核,其适用程度仍值得商榷。由于制度性弱势群体可以通过权利的合理分配而尽量避免这类社会弱势群体的出现,因此,对兼职大学生劳动权益的保护,笔者赞同“特殊劳动者说”,主张现阶段承认兼职大学生劳动者的地位,将之纳入劳动法律的调整范围之内,同时,考虑到他们的特殊性,需要劳动部门制定一些特别规定,来弥补某些法律的空缺,或是比照非全日制用工进行保护。当然,仅有这些是不够的,我们还需要从以下几个方面着手,完善我国相关的法律制度。这样,才能使兼职大学生这一类游离于法律之外的实质劳动者切实得到法律的保护和救济。

(一)完善现有的劳动法律制度,维护兼职大学生的基本劳动权益

1. 顺应国际发展的趋势,在立法上明确界定劳动者资格在以人格从属性作为界定标准时,辅之于经济从属标准和组织从属标准,“综合构建劳动者的判断体系,并提出具体的构成要素”^[17],同时在司法实践中注重实际上权利与义务的存在,加强对实质劳动者的保护。

2. 进一步完善非全日制用工制度和劳务派遣等非标准用工法律制度,对非标准用工制度中的劳动者的劳动报酬、劳动条件、社会保险、职业安全、职业培训及集体谈判等方面的权益做出进一步的法律规定。使得兼职大学生能够在兼职过程中受到最低工资制度、职业培训及劳动条件等方面权益的保障。

3. 完善我国固定期限劳动合同制度,在将无固定期限劳动合同作为劳动合同的正常形式之外,将固定期限劳动合同作为例外形式,满足用人单位对灵活性的需求,并加强对这类员工的保障,强化其社会层面的目的,例如帮助困难人群进行就业,帮助青年人就业培训等。这样,在校大学生也可以通过固定期限劳动合同

^① 详见中国劳动和社会保障法律网,北京法院审判认定:在读大学生亦可就业。http://www.cnsslaw.com/list.asp?unid=5922/访问日期:2010-11-24。

解决其短期就业问题。

(二)完善我国的社会保障制度,建立大学生社会保障制度

目前,我国法律对社会保险制度的规范,都是按照标准就业的特点设计和运作的,包括计费年限、缴费办法和待遇标准。这种模式的社会保障制度以就业的稳定性和缴费的连续性为基础,并不适合非全日制用工、劳务派遣、双重劳动关系等非标准劳动关系的特点。应当扩大社会保险覆盖面,以灵活的方式将非全日制用工等一些非标准用工的劳动者纳入社会保障。使得大学生在兼职过程中能够获得相应的保障。在当前社会保障制度不完善的情况下,大学生在工伤保险、医疗保险及养老保险方面的权益应该获得相应的保障,应由劳动部门作出特别的规定。同时,建立大学生的社会保障制度,包括医疗保障、就业保障、基本生活保障等,使其与现有的社会保障制度相衔接,切实维护兼职大学生的合法权益。

当然,除了完善上述两个制度外,劳动力市场的不完善和我国现有户籍制度也是兼职大学生劳动权益保护的制度障碍。因此,培育和发展劳动力市场,完善劳动力市场机制和通过户籍制度改革,逐步打破城乡之间、所有制之间、部门之间的壁垒,使劳动力真正的自由流动,这些都有益于对兼职大学生劳动权益的保障。

参考文献:

- [1]王全兴,管斌.劳动法学[M].北京:高等教育出版社,2008:100.
- [2]董保华.十大热点事件透视劳动合同法[M].北京:法律出版社,2007:534-543.
- [3]林嘉.劳动合同法热点问题讲座[M].北京:中国法制出版社,2007:19.
- [4]陈寒.论在校生活作为职场劳动者的法律保护[J].教育政策与法律,2008(6):9-10.
- [5]安琪.从劳动法视角探究兼职大学生遭遇侵权之原因及解决模式[J].巢湖学院学报,2009(2):32-35.
- [6]钟咏民.大学生劳动权利的法律保护[J].文山师范高等专科学校学报,2007(12):86-90.
- [7]薛少峰.程序规定的实体法思考:试论雇佣关系的界定和雇主替代责任[J].前沿,2004(7):145-148.
- [8]黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:94-96.
- [9]常凯.劳动关系学[M].北京:中国劳动社会保障出版社,2005:11.
- [10]林嘉.劳动合同若干法律问题研究[J].法学家,2003(6):65-71.
- [11]卢修敏.重塑劳动关系民事雇佣关系法律调整之架构[J].求索,2005(6):58-62.
- [12]郑尚元.雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念[J].中国法学,2005(3):80-89.
- [13]许建宇.雇佣关系的定位及其法律调整模式[J].浙江大学学报:人文社科版,2002(2):40-46.
- [14]余少祥.弱者的权利——社会弱势群体保护的法理研究[M].北京:社会科学文献出版社,2008:16-17.
- [15]吴宁.社会弱势群体权利保护的法理[M].北京:科学出版社,2008:34-38.
- [16]侯玲玲,王全兴.劳动法上劳动者概念之研究[J].云南大学学报法学版,2006(1):67-74.
- [17]田思路,贾秀芬.契约劳动的研究——日本理论与实践[M].北京:法律出版社,2007:102.
- [18]马俊驹,童列春.私法中身份的再发现[J].法学研究,2008(5):74-85.
- [19][德]W·杜茨.劳动法[M].张国文,译.北京:法律出版社,2005:18.

兼职大学生劳动关系的法律论证

作者: 陈红梅
作者单位: 南京大学法学院, 江苏南京, 210093
刊名: 甘肃政法学院学报 CSSCI
英文刊名: Journal of Gansu Political Science and Law Institute
年, 卷(期): 2012(1)

参考文献(19条)

1. 王全兴;管斌 劳动法学 2008
2. 董保华 十大热点事件透视劳动合同法 2007
3. 林嘉 劳动合同法热点问题讲座 2007
4. 陈寒 论在校生成职场劳动者的法律保护 2008(06)
5. 安琪 从劳动法视角探究兼职大学生遭遇侵权之原因及解决模式[期刊论文]-巢湖学院学报 2009(02)
6. 钟咏民 大学生劳动权利的法律保护 2007(12)
7. 薛少峰 程序规定的实体法思考:试论雇佣关系的界定和雇主替代责任[期刊论文]-前沿 2004(07)
8. 黄越钦 劳动法新论 2003
9. 常凯 劳动关系学 2005
10. 林嘉 劳动合同若干法律问题研究[期刊论文]-法学家 2003(06)
11. 卢修敏 重塑劳动关系民事雇佣关系法律调整之架构[期刊论文]-求索 2005(06)
12. 郑尚元 雇佣关系调整的法律分界--民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念[期刊论文]-中国法学 2005(03)
13. 许建宇 雇佣关系的定位及其法律调整模式[期刊论文]-浙江大学学报(人文社会科学版) 2002(02)
14. 余少祥 弱者的权利--社会弱势群体保护的法理研究 2008
15. 吴宁 社会弱势群体权利保护的法理 2008
16. 侯玲玲;王全兴 劳动法上劳动者概念之研究[期刊论文]-云南大学学报(法学版) 2006(01)
17. 田思路;贾秀芬 契约劳动的研究--日本的理论与实践 2007
18. 马俊驹;童列春 私法中身份的再发现[期刊论文]-法学研究 2008(05)
19. W·杜茨;张国文 劳动法 2005

本文链接: http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_gszfxyxb201201016.aspx