

# 劳动合同服务期之探讨

漆鲜萍

(南京审计学院 法学院, 江苏 南京 211815)

**摘要:**劳动合同服务期不同于一般的劳动合同期限,两者在适用前提以及违约后果等方面都存在一定区别。服务期规定的出台体现了《劳动合同法》平衡劳动关系双方当事人权利义务的立法理念,适应了不同人群的需要,但服务期条款也存在规定不甚具体、内容不甚明确的缺陷,因而需对其作进一步探讨,厘清相关问题,以发挥服务期条款的应有作用。

**关键词:**服务期;劳动合同期限;劳动合同;劳动合同法

**中图分类号:**D922.55 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-8750(2011)03-0080-05 **收稿日期:**2011-01-29

**作者简介:**漆鲜萍(1978—),女,江西宜春人,南京审计学院法学院讲师,上海财经大学法学院博士生,主要研究方向为劳动与社会保障法学、经济法学。

**基金项目:**江苏省法学会课题(SFX2009A11);上海财经大学研究生创新基金项目

## 一、引言

法律总是随着社会的发展不断前行,而法律的完善又必然推动社会的进一步发展。传统上,大陆法系把法律分为公法和私法两大部分,随着市民社会与政治国家的互相渗透,在公法和私法之外又渐渐分离出一种特殊的、不同于个人和国家的利益——社会利益。社会利益在法律层面逐渐独立出来,这就是法律的社会化。法律的社会化是近代以来法律发展进程中出现的一个重要现象,也成为现代法律发展的普遍趋势。

劳动法以社会为本位,是法律社会化进程的产物。近年来,劳动法受到越来越多的关注,各项法规也日益完善,体现在国家立法层面就是劳动法律法规的不断更新,如全国人大及其常委会2007年6月通过的《劳动合同法》、2007年12月通过的《劳动争议调解仲裁条例》以及2007年8月通过的《就业促进法》等等。随着劳动法的不断出台,劳动者的法律意识也日益增强,更多的劳动者通过签订劳动合同来确立劳动关系、保护自身权利。而随着社会的发展和技术的进步,用人单位对于人才的要求也越来越高,为了满足用人单位对于高层次人才的需要并使高层次人才的价值得到更好体现,《劳动合同

法》提出了服务期的概念并对此予以规范,弥补了《劳动法》的缺陷,适应了社会发展的需要。但是,目前我国关于服务期的立法太少,而社会上服务期的约定却日益普遍,因而法律有必要对服务期予以进一步明确。

## 二、劳动合同期限与服务期

劳动关系双方当事人签订劳动合同,约定权利义务,必然包括劳动合同期限。劳动合同期限是劳动关系双方当事人约定的劳动合同的有效期限,劳动关系只在劳动合同有效期限内存续,期限届满则劳动关系终止<sup>[1]132</sup>。《劳动法》第二十条规定:“劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。”无论哪种合同,《劳动合同法》第三十七条规定,“劳动者提前三十日以书面形式通知,可以解除劳动合同,劳动合同期限终止”。

所谓服务期,是劳动合同当事人通过协商约定的劳动者为用人单位必须服务的期限<sup>[2]</sup>。用人单位向特定的劳动者支付额外费用,给予其特殊待遇,因而要求其必须为企业完成一定期限的服务。从权利义务相对应的角度,当用人单位进行额外投资使劳动者享有特殊待遇时,应有约束

劳动者为其服务一定期限的权利,因此,《劳动合同法》第二十二条明确规定:“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议,约定服务期。”

劳动力的自由流动是劳动者实现就业权和择业权的前提,也有利于劳动力资源的合理利用,因而劳动法对于劳动者的辞职权予以严格保护,劳动者只要依法提前通知就可以解除劳动合同。然而,如果劳动法对劳动者的辞职权保护过于宽泛,就可能造成用人单位基于劳动合同期限所期待的正当利益在部分强势劳动者行使辞职权时完全得不到法律保护的情形出现<sup>[3]</sup>。为防止劳动者滥用辞职权,保障用人单位的合理利益,立法需要对此类劳动者予以一定的限制,服务期的规定正好契合这一要求。

作为约束普通劳动者的劳动合同期限,其在制度设计上给予劳动者倾斜保护,并在此前提下平衡双方的权利义务;而作为限制劳动者随意、恶意跳槽的服务期,则更侧重于保护用人单位的正当利益。劳动合同制度倾斜保护的,是作为弱势群体的劳动者;而服务期制度所约束的,乃是处于较强势地位甚至本身具有雇主特征的“劳动者”<sup>[3]</sup>。实践中,只有将服务期与劳动合同期限区分清楚,才能既保护劳动者的辞职权,同时又保护用人单位的合法用人权。

服务期是劳动合同期限的特殊情形,其特殊性在于服务期的约定须具备法定前提,而且,劳动者如违反服务期条款则须承担法律责任。因此,有学者认为,服务期与劳动合同期限是一般约定与特殊约定的关系<sup>[4]</sup>。依照《劳动合同法》的规定,服务期内劳动者不得擅自解除劳动合同,劳动者如违反服务期约定,应当向用人单位支付违约金,因而,服务期的约定实质上是对劳动者的择业权的限制,而普通劳动合同期限并无该约束力。服务期与普通劳动合同期限的区别具体体现在:

第一,适用的前提不同。劳动者与用人单位签订劳动合同,约定的是劳动合同期限。只有具备特定的条件,如用人单位为劳动者提供了专项培训费用等特殊待遇,双方才能约定服务期。服务期的约定,是对劳动者设定的特定的法律义务,用人单位不能随意与劳动者约定服务期,只有满足法律规定的适用前提时,用人单位才有权要求劳动者放弃一定期限内的辞职权和择业权,承担

特定的服务义务。若非满足法定的适用前提,双方约定的服务期就是无效的,只能作为普通劳动合同期限对待。

第二,违约的法律后果不同。用人单位与劳动者依法约定服务期后,如劳动者服务期未能履行期满就解除劳动合同,则须承担违约责任。对于普通劳动者合同期限,劳动者只要提前三十天书面通知,就可依法解除劳动合同,无需支付违约金。而一旦双方约定了服务期,劳动者就必须承担规定的法律义务,在服务期内履行劳动合同,不得在无法定理由的情形下解除劳动合同,否则,劳动者必须承担相应的法律责任,按照约定和法律规定向用人单位支付违约金。

### 三、关于服务期的立法理念

服务期的规定满足了新型劳动关系的需要,适应了现代社会发展的要求,其立法理念体现在三个方面。

第一,保护劳动者的劳动权。劳动权是劳动者的基本人权,是受到宪法保护的基本权利。我国《宪法》第四十二条规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”劳动者的劳动权包括就业权和择业权,其中,就业权是劳动者参加劳动、成立劳动关系的权利,国家依法保障劳动者的就业权,提高劳动就业率;择业权即劳动者自由选择职业而不受他人干预的权利,劳动者有选择职业从事劳动的自由,也有离开现有职业重新选择职业的自由。为保护劳动者的劳动权尤其是择业权,劳动法明确规定了劳动者的辞职权,同时为限制劳动者辞职权的滥用,《劳动合同法》又规定了服务期,而且对允许约定服务期的情形作出明确限制,使得用人单位只有在法律限定的情形下才能约定服务期来限制劳动者的辞职权。而对于普通劳动合同期限,劳动者仍然可以依法行使解除权。区别服务期与劳动合同期限,既保护了用人单位的合法用人权,也进一步明确了劳动者的辞职权,适应了劳动关系双方当事人的特殊需要,是对劳动者劳动权更深入、更全面的保护。

第二,体现市场经济规律。成本收益分析是一种量入为出的经济理念,它要求对未来行动有预期目标,并对预期目标的几率有所把握<sup>[5]</sup>。市场经济条件下,作为理性的经济人,经济主体在进行经济活动时都会考虑具体经济行为在经济价值

上的得失,以便对投入与产出关系有一个尽可能科学的估计。作为市场经济主体的用人单位和劳动者也不例外。劳动力作为生产要素,用人单位出资对其进行培训或者予以其特殊待遇,是用人单位的投资行为,用人单位投资于人力资源,目的是想要取得更好的产出,实现更高的经济效益。然而,由于劳动者培训后取得的劳动技能及资格具有人身属性,其所有权为劳动者所有,用人单位只能因其投资行为而对投资成果,即劳动者的技能,享有使用权及收益权<sup>[6]</sup>,因此,用人单位对劳动者服务期限的限制是其应有的权利,也是根据成本收益的经济规律取得的投资回报。而劳动者享受了免费的专业培训或其他特殊待遇,提高了自己的竞争力,获得了更多的利益,因而履行一定期限的服务也是符合经济规律的。服务期的规定体现了成本收益的基本经济规律,能够提高用人单位人力资本投入的积极性,更好地培养劳动者,提高社会劳动力的整体素质。

第三,平衡双方的权利义务。服务期是对用人单位用人权利与义务和劳动者劳动权利与义务的平衡。对劳动者而言,接受用人单位的出资进行专项培训或获得用人单位给予的特殊待遇,必须完成一定的服务期限,自由择业权受到限制;用人单位因付出培训费用,给付特殊的待遇,因而有权利要求劳动者为其服务一定期限,为其创造财富。由此看来,劳动关系双方当事人的权利与义务是相对应的。而且,服务期的规定针对社会发展的趋势,在适应特定劳动关系当事人的特殊需要的基础上平衡双方的权利和义务,从而营造了一个劳资双方“双赢”的局面,实现了社会效益的更大化。

服务期的规定使劳动者的劳动权和用人单位的用人权得到更全面保护,劳动力资源得到更优配置,能够更好地发挥劳动力资源作为生产要素的重要作用,实现劳动力资源的价值,促使用人单位加大人力资源的投入,促进单位效益的提高和经济发展,提高劳动力素质,提升劳动力层次,改善劳动力结构,促进社会产业升级,避免劳动力生产要素的低级竞争,为社会创造更大的经济效益。

#### 四、完善服务期规定的法律思考

1995年1月开始施行的《劳动法》中并无服务期的相关规定,而此后相当长的一段时间内,国家层面的劳动立法寥寥无几,但一系列的地方立

法却相继出台,其中一部分地方立法,如2002年2月施行的《北京市劳动合同规定》和2004年5月施行的《安徽劳动合同条例》等,规定劳动者须支付一般离职违约金,并无服务期的规定;而另一部分地方立法,如2002年5月施行的《上海市劳动合同条例》、2002年12月施行的《江苏省劳动合同条例》和2003年1月施行的《浙江省劳动合同办法》等,开始提出服务期的概念并对其作出规定。如《上海市劳动合同条例》第十四条规定:“劳动合同当事人可以对由用人单位出资招用、培训或者提供其他特殊待遇的劳动者的服务期作出约定。”《江苏省劳动合同条例》第十五条规定:“用人单位与其出资招用、培训或者提供其他特殊待遇的劳动者,可以在劳动合同中约定或者事先另行协商约定服务期。……劳动者违反服务期约定的,应当承担违约责任。”地方立法为国家立法提供了一定的借鉴和一些有益的经验。2007年6月通过的《劳动合同法》第二十二条中规定:“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议,约定服务期。劳动者违反服务期约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的,不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。”

现有法规主要围绕服务期条款的适用前提以及违反服务期条款的后果两个方面来对服务期予以规范,本文也拟从这两个方面探讨服务期的有关问题。

##### (一) 服务期条款的适用前提

《劳动合同法》第二十二条明确规定:“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训,双方可以约定服务期。”毋庸置疑,劳动者享受免费的专业培训,需要为用人单位履行一定期限的劳动义务,为其创造一定的价值,对用人单位的投资予以相应的价值回报,但我们首先需明确的是,用人单位向劳动者提供的必须为专项培训,它不同于普通的职业技能培训或上岗培训。《劳动法》第六十八条规定:“用人单位应当建立职业培训制度,按照国家规定提取和使用职业培训经费,根据本单位实际,有计划地对劳动者进行职业培

训。从事技术工种的劳动者,上岗前必须经过培训。”《劳动合同法》第六十二条也规定用工单位应当履行“对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训”的义务。因而,为劳动者提供职业培训或进行上岗培训是用人单位的法定义务,不能作为服务期约定的前提。只有在普通的职业培训或上岗培训之外,用人单位为劳动者提供了特殊的专项培训费用,才能与劳动者约定服务期。

另外,相比较地方立法,《劳动合同法》对服务期条款的适用前提的规定过于单一。对于服务期条款的适用前提,《上海市劳动合同条例》与《江苏省劳动合同条例》都规定为“用人单位出资招用、培训或者提供其他特殊待遇的劳动者”。当用人单位急需技术成熟的专业人才或特有人才时,用人单位不可能通过培训的方式来培养人才,而只能直接用给予特殊待遇的办法来吸引劳动者,如提供住房、安排子女入校、就业名额等。这些特殊待遇也是用人单位对劳动者的投资,是对劳动者自身价值的尊重和体现。根据上述服务期的立法理念,用人单位也应有权享有其投资带来的收益,实现双方利益平衡。因此,地方立法中将特殊待遇作为服务期约定的前提更能适应社会发展和社会生活多样化的现实。《劳动合同法》将服务期约定的前提只限定为提供专项培训费用、进行专业技术培训,不能适应现实中劳动者多样化的需要,不符合劳动立法的理念,因此笔者认为,《劳动合同法》中服务期规定的前提应作扩大解释,不能将其仅局限于提供专业培训,其他特殊待遇诸如住房、特殊补贴、出资招用、特别待遇(如安排配偶工作,安排子女上学,休假旅游等)也应作为双方约定服务期条款的前提,否则,以上诸多情形都将无法可依,必然会造成社会生活的不便和法律调整的欠缺。

当然,这种扩大解释也不能任意化,否则,容易为用人单位侵犯劳动者的自由择业权提供便利,因此,立法必须明确什么样的特殊待遇可以作为约定服务期条款的前提。对此,笔者认为,社会的多样性和变化性使得法律不可能以列举的方式来穷尽特殊待遇的种种情形,而是只能对其予以界定。具体说来,构成特殊待遇的“特殊”可体现为以下三个方面:

一是适用主体的特殊性。特殊待遇不适用于用人单位的所有人员,只适用于某些特定的人员。

若这种待遇在用人单位普遍适用,则不能称之为特殊待遇。比如一些驻边或驻外单位中家属随调为普通待遇,普通员工都可享受,因此,享受该待遇的劳动者无须与单位约定服务期。但对于普通单位而言,它们大多数并不能为所有的劳动者解决家属工作问题,则对于享受该待遇的特定劳动者,用人单位可以提出与之约定服务期。

二是待遇本身的特殊性。待遇之于劳动者,必然是作为一种利益而享受的,而且应为一个相对较大的利益,不是普通的小恩小惠,能使劳动者的福利有显著改进的,所以劳动者才愿意为此付出一定的代价——放弃辞职权。前面已提及,劳动者享受利益的价值大小决定其受用人单位约束期限的长短。

三是用人单位必须为此付出了一定的成本。用人单位给劳动者提供特殊待遇时要付出一定的费用,花费一定的成本,基于成本收益原则以及权利义务平衡原则,用人单位有权与劳动者约定服务期,要求劳动者为其服务一定期限,以此弥补用人单位所付出的成本,实现权利义务的平衡。

有学者认为,无须将服务期约定的前提条件(即“用人单位为劳动者提供专项培训”)予以扩大解释,因为有些特殊待遇,如提供住房等,不像专业培训那样具有人身性,用人单位可以在劳动者解除劳动合同时收回,从而避免损失。应该说,这种看法是片面的。所谓特定待遇,其形式多样,如安排配偶就业等,不能一言概之,由此认为其他特殊待遇都可以收回而避免损失无疑是以偏概全。还有学者认为,虽然《劳动合同法》第二十五条规定用人单位只有提供专项培训时才能约定服务期条款并适用违约金,但是《劳动合同法》还有关于赔偿损失的规定,当用人单位对劳动者予以特殊待遇的时候,可以通过在劳动者离职的时候对其要求损失赔偿的方式来弥补用人单位的损失。笔者认为,这种说法也不符合劳动法规定。一方面,只有劳动者的违法离职,用人单位才能要求损失赔偿;如果劳动者尽到了提前预告的义务,则劳动者为合法离职,不存在损失赔偿的问题<sup>①</sup>。另一方面,劳动法对于劳动者需承担损失赔偿责任

<sup>①</sup>也有人认为,辞职权与对用人单位的损失赔偿不矛盾,劳动者可以合法辞职,但是如果给单位造成损失,也应该予以赔偿。可参见蒋伟《劳动者提前解除劳动合同的责任探讨》一文,见文献[7]。

任的赔偿范围也是有明确规定的,劳动部 1995 年颁布的《关于违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第四条规定,劳动者应当赔偿用人单位的下列损失:“(一)用人单位招收录用其所支付的费用;(二)用人单位为其支付的培训费用,双方另有约定的按约定办理;(三)对生产、经营和工作造成的直接经济损失;(四)劳动合同约定的其他赔偿费用。”因而,除非有约定,否则,劳动者对获得的特殊待遇无需赔偿。据此,只要劳动关系双方未约定服务期,则劳动者依法解除劳动合同无需承担赔偿责任,用人单位以给予劳动者特殊待遇而要求劳动者在离职时赔偿该损失也于法无据。

另外,从法律公正的严格意义上来说,用人单位与劳动者约定服务期的前提应该与该服务期的长短成比例,这类似于行政法中的比例原则。也就是说,服务期的约定应与其前提成比例:用人单位给予劳动者的待遇价值越高,它与劳动者所约定的服务期可以越长;而劳动者为用人单位作出的贡献越大,服务期就应该越短。目前,立法对服务期的规定还未涉及服务期的长短,大多数学者认为,应设定一定的期限,如五年的最长期限,在期限范围内,服务期的长短由劳动关系双方当事人协商<sup>[1,8-9]</sup>。

#### (二) 违反服务期条款的法律后果

《劳动合同法》第二十二条规定:“劳动者违反服务期条款约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用,用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”因而,劳动者违反服务期条款的法律后果是劳动者应对用人单位提供的培训费用进行赔偿,但对于用人单位付出的培训期间的其他费用,如工资、福利等是否需要劳动者予以返还,学界向来存在争议。有学者认为,用人单位为劳动者提供特殊待遇,如果劳动者违反服务期条款的约定,不再服务于用人单位的,就应对用人单位的付出全部予以赔偿,包括培训期间支付的工资福利等<sup>[10]</sup>。但也有人认为,培训期间用人单位所支付的工资是维持劳动者基本生活之用,是劳动者的合法所得,不需要返还这一项费用。因为一般情况下,劳动者都是工作一段时间后才有机会去参

与培训,因而,劳动者对用人单位已经做出一定的贡献,获取工资应是其基本权利<sup>[11]</sup>。

笔者认为,《劳动合同法》明确规定,劳动者违反服务期约定应返还的是培训费用,至于培训期间用人单位所支付的工资应无需返还。根据上述《赔偿办法》,法律对培训费用的赔偿也不包括此项,则应作不予赔偿的判定。而且,工资作为劳动报酬,是基于法律规定和劳动合同约定产生的,而不是基于培训产生的,作为劳动者的合法所得,劳动者所领取的工资符合国家相关法律法规规定,也与劳动法偏重保护作为弱势群体的劳动者利益的基本原则一致。

因用人单位给予劳动者特殊待遇而约定服务期的,那么违反服务期条款的违约金的确定一般也较为简单:有约定的按照约定,约定不清的一般以劳动者所享受的特殊待遇为准,能返还的予以返还,其他的则以估值计价来确定违约金的数额。至于有学者谈到,在处理劳动者违反服务期约定的违约行为时,应当要秉承劳动法讲求实质正义的基本理念,侧重考察劳动者违约时是否存在严重违反行业规则、职业道德、做人的基本道义和一般社会道德准则等,并以此作为判定劳动者承担违约赔偿责任大小的依据<sup>[12]</sup>,笔者认为,这种观点看上去很美,但实际操作非常困难,且以自由裁量来判断是否可以违反服务期约定,是否承担违约赔偿责任,将使服务期规定沦为强势者的棋子。

#### 参考文献:

- [1]王全兴. 劳动法[M]. 北京:法律出版社,2008:132-141.
- [2]石先广. 劳动合同法深度释解与企业应对[M]. 北京:中国法制出版社,2007:79.
- [3]郭文龙. 服务期制度是对现行劳动合同制度的合法校正[J]. 中国劳动,2006(12):33-34.
- [4]聂辉. 谈服务期协议争议处理的几个问题[J]. 中国劳动,2008(12)63-64.
- [5]刘双舟. 拍卖经济学的常见分析工具[EB/OL]. [2007-10-20]. [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_4c9d230f01000ap7.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_4c9d230f01000ap7.html).
- [6]张妮. 劳动合同法下的新平衡[J]. 法治与社会,2007(10):146-147.

(下转第 102 页)