

学校编码: 10384

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_

学号: 13020091150370

UDC \_\_\_\_\_

廈門大學

碩 士 學 位 論 文

服 務 期 制 度 研 究

Research on the Term of Service

吳 曉 東

指導教師姓名: 蔣 月 教 授

專 業 名 稱: 法 律 碩 士

論 文 提 交 日 期: 2012 年 4 月

論 文 答 辯 時 間: 2012 年 月

學 位 授 予 日 期: 2012 年 月

答 辯 委 員 會 主 席: \_\_\_\_\_

評 閱 人: \_\_\_\_\_

2012 年 月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内容摘要

服务期是用人单位和劳动者在劳动合同之外通过平等协商而达成的协议，是对劳动关系双方权利义务的调整和重新安排，涉及到用人单位和劳动者之间的博弈，即是用人单位限制劳动者择业自由权的体现，也是劳动者合法权益得到尊重和保护的体现。因此，科学、合理的服务期制度不仅可以鼓励用人单位对劳动者进行人力资本投资，也有利于劳动关系的和谐稳定。在《劳动合同法》制定之前，地方立法对服务期制度进行了广泛的尝试，且设置多有不同，取得了一些效果，也产生了较多问题。《劳动合同法》首次作为全国性立法对服务期制度进行了明确和规范。但受到传统社会法理念的限制，《劳动合同法》既想发挥服务期制度的功能和优势，又想充分保护劳动者的择业自由权，结果导致立法存在缺陷，影响了服务期制度功能的发挥和立法初衷的实现。如何对服务期制度进行调整和完善以使其效用得到最大发挥，是本文讨论的主要问题。

除引言和结语外，本文正文分为三章：

第一章先讨论了服务期的定义、特征，结合学界的几种主要观点，对服务期的性质进行了探析；随后，总结了服务期的几大功能，肯定了服务期制度存在的积极意义。

第二章先对与服务期制度相关的国内主要学说进行了评析；随后，回顾了《劳动合同法》制定之前与服务期制度相关的中央、地方立法，对域外的有关立法例作了较为简单的介绍，对《劳动合同法》的几次草案进行了对比，并在以上基础上分析探讨了该法的立法选择。

第三章先对现行服务期制度进行评述，指出现行服务期制度存在的适用条件狭窄、约定形式规定不明、服务期限无最长限制、违约金设置不合理等几个主要立法缺陷；随后提出现行立法应该从适当增加适用条件、区分不同层次劳动者、明确“专项技术培训”的概念、完善约定形式、设立服务期最长期限、设置合理的违约金等几个方面对服务期制度进行完善。

**关键词：**服务期；立法模式；立法缺陷；完善路径

## **ABSTRACT**

Although not included in an employment contract, the term of service, reached by an employer and an employee through equal consultation, is new arrangements and adjustments of rights and obligations in employment relationship. A term of service is a game between an employer and an employee where the former wants to limit the career liberty of employee and the latter wants to protect his legal benefits. Thus, a scientific and reasonable system of the term of service can not only encourage an employer's human resource investment on an employee, but also be good for the stability of employment relationship. Prior to Law of the People's Republic of China on Employment Contracts, some provincial legislatures have done many different attempts on the term of service, which obtained some results and also caused many problems. For the first time in the form of national legislation, the Law provides explicit regulation on the term of service. However, limited and influenced by ideas of traditional social law, the Law intends to make use of functions and advantages of the system of the term of service while wants to protect the career liberty of employees. This dilemma leads to defects in the Law, which influences the performance of the system of the term of service and deviate from original purpose of the Law. It is the main issue for this dissertation to attempt to discuss and answer that how to regulate and perfect the system of the term of service and make best use of it.

Besides preface and conclusion, this dissertation is divided into 3 chapters as following:

Chapter 1 discusses the conception and features of the term of service and analyzes the nature of the term of service in accordance with several main points in academia, then summarizes key functions of the term of service, and affirms the positive significance of the term of service.

Chapter 2 makes comment on several related main theories, then reviews national legislations and local legislations regarding the system of the term of service, introduces some foreign legislations briefly, compares drafts of the Law with each other and analyzes legislative selection of the Law.

Chapter 3 makes comment on the existing system of the term of service and points out the main defects of it at the beginning, such as limited applicable conditions, uncertainty of agreed form, lack of upper limitation of the term of service, unreasonable liquidated damages. Next this chapter puts forward its suggestions about how to better the system of the term of service as follows, increasing applicable conditions, distinguishing different levels of employees, clearing the conception of professional technical training, improving agreed form, setting upper limitation of the term of service and setting reasonable liquidated damages.

**Key words:** Service Period Agreements; Legislative Model; Legislative Defects; the Approach of Perfection.

# 目 录

引 言 .....	1
<b>第一章 服务期的定义、性质、功能 .....</b>	<b>4</b>
<b>第一节 服务期的定义和性质 .....</b>	<b>4</b>
一、服务期的定义 .....	4
二、服务期的性质 .....	7
<b>第二节 服务期的法律功能 .....</b>	<b>8</b>
一、服务期制度是我国劳动力市场现状的客观需要 .....	8
二、服务期制度有利于我国劳动关系的稳定 .....	9
三、服务期制度完善了劳动争议的解决机制 .....	11
<b>第二章 服务期制度的立法模式论争 .....</b>	<b>13</b>
<b>第一节 《劳动合同法》制定前后的学术争辩 .....</b>	<b>13</b>
一、“禁止违约金说” .....	13
二、“限制违约金说” .....	14
<b>第二节、《劳动合同法》的立法选择 .....</b>	<b>15</b>
一、《劳动合同法》之前的立法 .....	15
二、域外的相关立法例 .....	18
三、《劳动合同法》几次草案中的相关规定 .....	19
四、《劳动合同法》的立法选择 .....	20
<b>第三章 服务期制度的立法缺陷与完善路径 .....</b>	<b>22</b>
<b>第一节 现行服务期制度评述 .....</b>	<b>22</b>
一、服务期制度的内容 .....	22
二、服务期制度的立法缺陷 .....	22

<b>第二节、服务期制度的完善路径</b> .....	<b>25</b>
一、适当增加适用条件.....	25
二、区分不同层次劳动者适用.....	25
三、明确“专项技术培训”的概念.....	26
四、约定形式应该书面、独立、直接.....	27
五、设立服务期的最长期限.....	27
六、设置合理的违约金.....	28
<b>结 语</b> .....	<b>29</b>
<b>参考文献</b> .....	<b>30</b>
<b>致谢</b> .....	<b>32</b>

厦门大学博硕士论文摘要库

# CONTENTS

<b>Preface</b> .....	<b>1</b>
<b>Chapter 1 The Conception,Natures and Functions of the Term of Service</b> .....	<b>4</b>
<b>Subchapter 1 The Conception and Features of the Term of Service</b> .....	<b>4</b>
Section 1 The Conception of the Term of Service.....	4
Section 2 The Nature of the Term of Service .....	7
<b>Subchapter 2 The Legal Functions of the Term of Service</b> .....	<b>8</b>
Section 1 The System of the Term of Service is the Objective Need of Our Country .....	8
Section 2 The System of the Term of Service Is Good for the Stability of Employment Relation in Our Country .....	9
Section 3 The System of the Term of Service Improves the Settlement Mechanism of Employment Disputes .....	11
<b>Chapter 2 The Debate of Legislative Model of the System of the Term of Service</b> .....	<b>13</b>
<b>Subchapter 1 The Academic Debate before and after Law of The People’s Republic China on Employment Contracts</b> .....	<b>13</b>
Section 1 Theory of Forbidding Liquidated Damages.....	13
Section 2 Theory of Limitating Liquidated Damages.....	14
<b>Subchapter 2 Legislative Selection of Law of The People’s Republic China on Employment Contracts</b> .....	<b>15</b>
Section 1 Legislations before Law of the People’s Republic China on	

Employment Contracts.....	15
Section 2 Foreign Legislations.....	18
Section 3 Related Regulations in Drafts of Law of the People’s Republic China on Employment Contracts .....	19
Section 4 Legislative Selection of Law of the People’s Republic China on Employment Contracts.....	20
<b>Chapter 3 The Legislative Defects and The Approach of Perfection for the System of the Term of Service .....</b>	<b>22</b>
<b>Subchapter 1 Comments on the Existing System of the Term of Service.....</b>	<b>22</b>
Section 1 The Contents of the System of the Term of Service.....	22
Section 2 The Legislative Defects of the System of the Term of Service .....	22
<b>Subchapter 2 The Approach of Perfection for the System of the Term of Service .....</b>	<b>25</b>
Section 1 Increasing Applicable Conditions.....	25
Section 2 Distinguishing Different Levels of Employees.....	25
Section 3 Clearing the Conception of Professional Technical Training.....	26
Section 4 Agreed form Should Be in Writing, Independent, Direct.....	27
Section 5 Setting Upper Limitation of the Term of Service .....	27
Section 6 Setting Reasonable Liquidated Damages.....	28
<b>Conclusion .....</b>	<b>29</b>
<b>Bibliography .....</b>	<b>30</b>
<b>Acknowledgements .....</b>	<b>32</b>

厦门大学博硕士学位论文摘要库

## 引 言

一直以来，在传统社会法“强资本、弱劳工”观念的影响下，我国劳动立法都强调对劳动者进行倾斜性保护，以期实现劳动关系的真正平等。而市场经济的发展需要劳动者自由流动的观点进一步加大了立法对劳动者的保护。多次劳动立法都对劳动者的预告辞职权进行了确认，而对用人单位则规定了相对较重的法律责任。为了适应当前劳动关系的实际，《劳动合同法》首次作为全国性立法对服务期制度进行了明确。但受传统社会法理念的束缚，《劳动合同法》规定的服务期制度与实践严重相脱节，仅将“专项技术培训”作为约定服务期的条件，给付其他特殊待遇被排除在外。这种单一的、固化的一刀切调整方式难以满足实际劳动关系建立的需要。上海的实务当中就有这样一则十分典型的案例。

沈某于2003年7月23日进入上海某公司工作，担任总裁助理一职。2006年2月24日，沈某与公司签订《住房补贴合同》一份，约定由公司支付沈某住房补贴费10万元，沈某必须为公司服务八年，即自2006年2月24日起至2014年2月23日止，并且沈某应遵守公司各项规章制度，为公司发展作出应有的贡献。该合同还约定：如果八年服务期未满，沈某提出离职或因重大违纪、违法被公司单位除名、辞退的，将构成违约，沈某应全额赔偿公司出资的住房补贴费。2008年7月28日，双方又另行签订《购车补贴合同》一份，约定由公司支付沈某购车补贴费15万元，而沈某必须为公司服务五年，即自2008年7月28日起至2013年7月27日止；若五年服务期未满，沈某提出离职或因重大违纪、违法被公司单位除名、辞退的构成违约，沈某应全额赔偿公司出资的购车补贴费。2010年9月27日，沈某因个人原因向公司提出辞职，同年9月30日，双方劳动关系解除。2010年10月26日，公司向上海市某区劳动人事争议仲裁委员会

提起申诉，要求沈某退赔补贴费用 25 万元。<sup>①</sup>

本案在经过劳动仲裁及一审审理后，法院支持了公司主张要求沈某退赔全额补贴款的请求。法院的判决主要基于以下两点：第一，公司在正常劳动合同之外，另行给予沈某一种特别劳动待遇，而作为对价沈某承诺向公司服务一定的期限，双方由此形成书面补贴协议，并不违反法律规定，且系当事人真实意思之表示，故应为有效。第二，劳动合同法作为劳动者受益法，调整的是强势单位与弱势劳动者之间的关系，其通过倾斜立法的方式赋予弱势劳动者一定的利益、适度限制雇主的权利，目的是促使个别劳动关系实现相对平等。但本案沈某系高级管理人员，已非一般意义上的弱势劳动者，因此，劳动法律规范对其进行调整不应再过多给予倾斜，而应更强调双方当事人之间的平等协商和诚实信用。

法院的判决值得思考。作为成文法国家，对案件的裁判应该严格按照既有法律进行，本案的裁判显然超出了现有法律的规定。《劳动合同法》对服务期作出了明确的规范，特殊待遇并不是约定服务期的条件。因此，按照成文法的逻辑，用人单位通过给劳动者提供特殊待遇而与其约定服务期的做法不应该得到法律的保护。到底是法院抛开法律任意裁判，还是现行法律本身存在问题不符合实际需要呢？实践当中，像前文案例一样的情形比比皆是，但作出案例中法院类似判决的情形则相对较少，原因在于现行服务期制度并未对给付特殊待遇的用人单位给予保护，这对用人单位明显不公。劳动立法对劳动者进行倾斜性保护的目的是为了实现在劳动关系双方的真正平等，但如果过分保护劳动者，可能导致劳动关系双方的新的不平等，即用人单位的合法权益得不到保护。可见，现有的服务期制度并不符合我国劳动关系的实际情况。服务期制度的缺陷还不止于此，在一些立法细节上的处理不当，使得这项制度没有发挥它原本可以发挥的作用。因此，对服务期制度进行研究和分析，并回顾相关立法和学术讨论，结合劳动关系建立的实际情况，对现行服务期制度进行完善，实为必要。

<sup>①</sup>崔碧. 特殊待遇约定服务期是否有效,应当如何返还  
[EB/OL]. <http://lawyer.110.com/191941/article/show/type/2/aid/239430/>,2011-9-30.

国内目前对服务期制度的研究还较为零散，且多为基于服务期实务问题的分析。在《劳动合同法》制定之前，对服务期制度的研究主要涉及服务期的性质、设置条件、法律责任等问题，且基本遵循着对各个地方立法模式进行评析和选择的路径，如王全兴等人所做的研究。王全兴认为，可以赋予服务期与劳动合同期限同样的属性；也可以在原劳动合同期限届满而服务期尚未届满时规定劳动者有义务在剩余服务期内与用人单位续订劳动合同，而新劳动合同所约定的权利义务与原劳动合同的约定可以一致，也可以不一致。他还认为，服务期最长期限以5年为宜，违约金应该只具有赔偿性不能具有惩罚性，违约金数额应受到剩余服务期与约定服务期比例的制约，违约金应当与劳动者劳动报酬挂钩。在《劳动合同法》制定之后，对服务期制度的研究主要涉及服务期的期限设定、设置条件、违约金性质定位等问题，基本遵循的是针对实践当中出现的问题提出完善对策的路径，如董保华、郑尚元等人做的研究。董保华认为，应该扩大服务期的适用条件，特殊待遇等应该纳入到服务期的适用条件之内。他还认为，违约金应该兼顾赔偿性和惩罚性。郑尚元认为，服务期长短与培训期间、培训费用肯定存在一定联系，但服务期长短不能任意由当事人双方意思自治，强行法规范必须在此领域有所作为，即服务期应该有最长法定期限。关于对服务期制度进行的系统性研究，还并不多见。

本文以现实劳动关系的实际需要为出发点，综合运用比较分析法、定性分析法、案例分析法等方法，通过对服务期的概念、性质、功能进行分析，回顾国内立法和借鉴国外立法，在此基础上指出现行服务期制度设计存在的缺陷并进一步提出可操作的完善建议，以期充分发挥服务期的制度功能和优势，提高劳动者整体素质，促进劳动关系的长期和谐稳定，最终促进整个经济社会的发展。

# 第一章 服务期的定义、性质、功能

## 第一节 服务期的定义和性质

### 一、服务期的定义

#### (一) 服务期的定义

关于劳动合同中服务期的定义，目前学界尚未形成统一认识。在中国台湾地区，邱骏彦认为，“所谓的约定服务年限，一般之理解系指不定期劳动契约履行中，雇主与劳工约定于一定期限内继续提供劳务之契约条款”；黄程贯教授也持类似观点。在台湾地区，劳动契约分为定期和不定期两类，定期劳动契约本身可以约定违约责任，而不定期劳动契约只可以就“约定服务期限”设定违约金。<sup>①</sup>在中国大陆地区，王全兴等认为，所谓劳动关系中的服务期，是指劳动者与用人单位约定的劳动者因享受用人单位给予的特殊待遇而应当为用人单位工作的期限；<sup>②</sup>邱婕认为，所谓服务期是指劳动者基于和单位的特殊约定而必须为单位服务的期限；<sup>③</sup>董保华认为，服务期是用人单位与获得出资培训的劳动者以合同形式约定的劳动者应当履行为用人单位工作义务的期限。<sup>④</sup>董保华把服务期的约定条件仅仅限制在“出资培训”，与当时正在进行的《劳动合同法》立法有关，在其参与的上海市地方立法中，他其实也主张设置服务期的条件可以有多种情况。以上学者的观点，基本都强调了“特殊待遇（培训）”与“服务期限”之间的对应关系。1995年生效的《劳动法》对服务期制度规定的空白，导致了各地的广泛立法尝试和巨大的地方立法差别。2008年生效的《劳动合同法》第22条首次明确规定了服务期制度：用人单位为劳动者提供专业培训费用，对其进行专项技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约

<sup>①</sup>邱骏彦.约定服务年限与违约金之法律问题探讨[J].辅仁法学,2000,(20):141-176.

<sup>②</sup>成曼丽,王全兴.服务期的法律定性和法律后果[J].中国劳动,2006,(2):34-37.

<sup>③</sup>邱婕.培训协议服务期的管理[J].中国劳动,2005,(5):55-56.

<sup>④</sup>董保华.十大热点事件透视劳动合同法[M].北京:法律出版社,2007.271.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库