保华月刊

Baohua Monthly

2021年3月刊
Mar.2021
第50期
NO.50

- 企业以“落户”为条件与员工约定服务期及违约金的效力
- 从法理情审视竞业限制法律规制

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：蒋素梅

保華律師事務所

目录 Catalogue

2 **劳动法新闻资讯**
Labor Law News

劳动新规详解
Close Look at New Labor Regulations

12 新法规：《深圳市防治性骚扰行为指南》
New Regulation: *Guide Manual for Preventing Sexual Harassment in Shenzhen*

热点追踪
Hot Issues

22 案例调研：企业以“落户”为条件与员工约定服务期及违约金的效力
Case Study: The Validity of the Service Period and Liquidated Damages Agreed between the Employer and the Employee on the Condition of “Household Registration”

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

29 从法理情审视竞业限制法律规制
On the legal regulation of non-competition from the perspective of law, principle and emotion

新闻总结

一、人社部专家回应延迟退休如何与现行退休政策衔接问题

来源：每日经济新闻

摘要：3 月 12 日，新华社授权发布的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》中提出，综合考虑人均预期寿命提高、人口老龄化趋势加快、受教育年限增加、劳动力结构变化等因素，按照小步调整、弹性实施、分类推进、统筹兼顾等原则，逐步延迟法定退休年龄，促进人力资源充分利用。

对此，人社部中国劳动和社会保障科学研究院院长金维刚在接受新华社采访时指出，小步调整，简单理解就是延迟退休改革不会“一步到位”，而是采取渐进式改革，用较小的幅度逐步实施到位，每年延迟几个月或每几个月延迟 1 个月，节奏总体平缓。

同时，对于退休年龄，金维刚强调，延迟退休不是“齐步走”，而是要与现行退休政策平稳衔接。实施延迟退休改革将区分不同群体，采取适当的节奏，稳步推进，逐步到位。

Abstract：On March 12th, *the 14th Five-Year Plan for National Economic and Social Development of the People's Republic of China and Outline of the Vision 2035*, which was authorized by Xinhua News Agency, comprehensively considers the factors such as the increase of life expectancy per capita, the acceleration of population aging trend, the increase of years of education, the change of labor force structure, etc., and gradually delays the statutory retirement age according to the principles of small-step adjustment, flexible implementation, so as to promote the full utilization of human resources.

In this regard, Jin Weigang, president of Chinese Academy of Labour and Social Security， Ministry of Human Resources and Social Security of the People‘s Republic of China, pointed out in an interview with Xinhua News Agency that the small-step adjustment simply means that the delayed retirement reform will not be happened overnight, but will be gradually implemented in a small scale, with a delay of several months every year or one month every few months, so as to maintain an overall gentle rhythm.

Regarding the retirement age, Jin Weigang emphasized that delaying retirement is not a "one size fits all", but should be smoothly linked with the current retirement policy. The implementation of the reform of delayed retirement will distinguish different groups, and adopt an appropriate rhythm to advance steadily until it is completed.

每年延迟几个月或每几个月延迟 1 个月

金维刚介绍，小步调整简单理解就是延迟退休改革不会“一步到位”，而是采取渐进式改革，用较小的幅度逐步实施到位，每年延迟几个月或每几个月延迟 1 个月，节奏总体平缓。也就是说，政策实施后，退休年龄线会往后慢慢推。比如说，原本满 50 岁退休的女性，政策实施后，第一年，变成 50 岁 1 个月或几个月退休。不同年龄段的人，退休年龄不同。以此类推，经过若干年过渡期完成改革。

金维刚指出，可以确定的是，改革前期，临近退休的人，只会延迟 1 个月或几个月，不会出现一下子晚退休几年的情况。对年轻人来说，延长的退休年龄幅度会大一些，但未来有很长的过渡期和适应期。
据了解，在国际上“渐进式”延退已有较成熟的经验，比较流行的做法有两种：一种是每年延迟三个月，四年延迟一岁；另一种是每年延迟四个月，需要三年时间延迟一岁。对此，中国社科院世界社保研究中心秘书长房连泉告诉《每日经济新闻》记者，从研究层面讲，绝大部分学术同行倾向于一年延迟三个月或四个月，这样既起到渐进的作用，又不会像一年延迟两个月、六年才能延迟一岁那样时间过长，各个群体能够普遍接受。如果按三年延迟一岁计算，女工退休从 50 岁延迟到 60 岁，就需要 30 年，如果延迟到 65 岁，就需要 45 年，达近半个世纪；如果按四年延迟一岁，需要 40 年时间才能延迟到目标法定退休年龄。“综合起来考虑，延退方案实施的节奏为：一是快速方案：2 年延长一岁；二是基准方案：3-4 年延长一岁；三是慢速方案：最长 6 年延长一岁。”房连泉说。

应允许个人选择提前退休的具体时间

金维刚介绍，延迟退休不会搞“一刀切”，不是规定每个人必须达到延迟后的法定退休年龄才能退休，而是要体现一定的弹性，增加个人自主选择提前退休的空间。这是延迟退休改革最大、最重要的特征。金维刚称，客观地讲，不论是从不同职业群体、不同岗位的就业稳定性和工作强度看，还是从个人身体状况、家庭需求和价值追求看，都存在较大的差异，由此产生的诉求各不相同，有的人希望多工作，有的人希望早退休。金维刚指出，延迟退休改革，应该充分考虑这些多元化需求。在统一实施的基础上，结合我国的现实国情、文化传统以及历史沿革等情况，增加弹性因素，允许个人根据自身情况和条件，选择提前退休的具体时间，充分体现改革的灵活性和包容性。

同时，针对退休年龄的规定，金维刚称，延迟退休不是“齐步走”，而是要与现行退休政策平稳衔接。我国现行法定退休年龄男职工 60 周岁、女干部 55 周岁、女工人 50 周岁，政策有所不同。实施延迟退休改革将区分不同群体，采取适当的节奏，稳步推进，逐步到位。对于现有不同职业、地区、岗位存在的一些政策差异，改革后也会保持政策延续性，确保政策调整前后有序衔接，平稳过渡。对此，上述专家认为，从国际上来看，男女同龄退休是一种趋势，如果暂时没有在改革中做相关规定的话，未来肯定也会逐步走向这一改革的方向。有社保领域的专家曾向记者介绍，建议在“十四五”期间内，同步实施男女延退计划，男性率先达到延退目标，之后女性退休年龄继续提高。

出台促进大龄劳动者就业创业等配套政策

金维刚强调，延迟退休不能“单兵突进”。延迟退休改革是一项系统工程，与之相关的配套政策和保障措施非常多，需要统筹谋划、协同推进。金维刚介绍，一方面，过去一些与退休年龄相关的政策，要随着延迟退休进行相应调整；另一方面，延迟退休改革也会带来一些新问题和新挑战，需要有相应的配套措施及时跟进。比如如何通过更有针对性的措施促进大龄劳动者就业创业？如何更大力度对就业困难人员、特别是灵活就业人员给予社保补贴，帮助其再就业？如何进一步

加大对大龄失业人员的保障力度，开发适合大龄劳动者的岗位？还有修订相关法律法规等等。金维刚指出，只有统筹兼顾，配套措施到位，才能确保延迟退休改革平稳落地、顺利实施。

二、我国基本医保参保覆盖面稳定在 95%以上

来源：人民网

摘要：国家医保局近日发布的《2020 年医疗保障事业发展统计快报》显示，截至 2020 年底，全口径基本医疗保险参保人数达 13.6 亿人，参保覆盖面稳定在 95%以上。

Abstract： According to the *Statistical Express on the Development of Medical Insurance in 2020* recently released by the National Healthcare Security Administration, by the end of 2020, the number of people participating in the full-scale basic medical insurance has reached 1.36 billion, and the coverage of the insurance is stable at over 95%.

其中参加职工基本医疗保险人数 3.4 亿人，比上年同期增加 1498 万人，增幅 4.6%。参加城乡居民基本医疗保险人数 10.17 亿人，比上年减少 806 万人，降幅 0.8%。全年生育保险参保人数 2.35 亿人，比上年底增加 2129 万人，增幅 9.9%。全年基本医疗保险基金(含生育保险)总收入、总支出分别为 2.46 万亿元、2.09 万亿元，年末基本医疗保险(含生育保险)累计结存 3.14 万亿元。

为减轻企业负担，支持复工复产，阶段性减半征收职工医保单位缴费，2—7 月份为 975 万家参保单位累计减征 1649 亿元，其中为企业减征超 1500 亿元。各地医保部门向新冠肺炎患者定点收治机构预拨专项资金 194 亿元，全年累计结算新冠肺炎患者医疗费用 28.4 亿元，其中，医保基金支付 16.3 亿元。

三、司法部发布 12 起法援惠民生典型案例

来源：司法部

摘要：近日，司法部发布 12 起法援惠民生典型案例，包含“江苏省昆山市法律援助中心对赵某某送餐受伤纠纷提供法律援助案”。该案是一起法律援助维护农民工权益的典型案例。该案中，法律援助承办律师从认定劳动关系的“三要素”着手，结合证据材料，帮助受援人成功确定与外卖站点之间的劳动关系，并积极促成双方达成调解协议，对今后处理同类案例具有参考意义。

Abstract：Recently, Ministry of Justice of the People’s Republic of China released 12 typical cases of legal aid benefiting people's livelihood, including " the legal aid case provided by Kunshan Legal Aid Center, Jiangsu Province for Zhao's injury dispute due to food delivery ". This case is a typical case of legal aid to safeguard the rights and interests of migrant workers. In this case, the legal aid contractor started from the identification of the "three elements" of labor relations, and combined with evidence materials, helped the injured to successfully determine the labor relationship with the take-away site, and actively promoted the two sides to reach a mediation agreement, which has reference significance for dealing with similar cases in the future.

四、社保将迎来 6 项新调整！政策出台时间表明确

来源：中国法院网

摘要：近日，国务院印发《关于落实〈政府工作报告〉重点工作分工的意见》，明确分工责任及完成时限。其中，在社保方面，有一些重大的政策调整和变化，相关政策出台时间表也明确了。

其中，2021 年政府工作报告提出，规范发展第三支柱养老保险。对于此项工作，《分工意见》明确，人社部、财政部、银保监会牵头，9 月底前出台相关政策，年内持续推进。同时，《分工意见》明确，对于“支持和规范发展新就业形态，加快推进职业伤害保障试点”，要求是人社部牵头，6 月底前出台相关政策，年内持续推进。

Abstract：Recently, the State Council issued the *Opinions on Implementing the Key Work Division of the Government Work Report*, which defines the division of responsibilities and the deadline for completion. Among them, in terms of social security, there are some major policy adjustments and changes, and the timetable for the introduction of relevant policies has also been clarified

Among them, the 2021 government work report proposes to standardize the development of the third pillar pension insurance. As for this work, the *Opinions* specify that the Ministry of Human Resources and Social Security of the People‘s Republic of China, the Ministry of Finance of the People‘s Republic of China, and the China Banking and Insurance Regulatory Commission should take the lead, issue relevant policies before the end of September, and continue to advance this year. At the same time, the *Opinions* clearly stated that the Ministry of Human Resources and Social Security of the People‘s Republic of China should take the lead in "supporting and standardizing the development of new employment patterns and speeding up the pilot of occupational injury protection", and relevant policies should be issued before the end of June, which will continue to be promoted during the year.

提高养老金 4 月底出台政策

2021 年政府工作报告提出，提高退休人员基本养老金。退休人员关心，什么时候能上涨？

对于此项工作，《分工意见》明确，人力资源社会保障部、财政部牵头，4 月底前出台相关政策，年内持续推进。今年退休人员的养老金继续上涨，这将是养老金连续 17 年上涨。从 2018 年到 2020 年，养老金已经连续 3 年均上涨 5%，2021 年养老金涨幅是多少，届时将会揭晓。

第三支柱养老保险 9 月底前出台政策

2021 年政府工作报告提出，规范发展第三支柱养老保险。对于此项工作，《分工意见》明确，人力资源社会保障部、财政部、银保监会牵头，9 月底前出台相关政策，年内持续推进。第三支柱养老保险，也就是个人养老金制度。根据人社部近期的表态，总的考虑是，建立以账户制为基础、个人自愿参加、国家财政从税收上给予支持，资金形成市场化投资运营的个人养老金制度。中国人保集团董事长罗熹指出，第三支柱的作用不太一样，有它显著的特点：一是给高收入阶层个人养老提供一个渠道、提供一种方式。二是给新兴业态，新的从业人员、多种方式从业人员提供一种养老保障，这是商业保障。三是通过长期的养老保障资金促进资本市场健康发展。

推进职业伤害保障试点 6 月底前出台政策

《分工意见》明确，对于“支持和规范发展新就业形态，加快推进职业伤害保障试点”，要求是人力资源社会保障部牵头，6 月底前出台相关政策，年内持续推进。当前，互联网经济催生大量新型就业岗位，但是外卖骑手等新业态从业者在社保外“裸奔”的问题也日益凸显。新就业形态人员与平台的关系有别于传统的“企业+雇员”模式，导致难以纳入现行的劳动法律法规保障范围。人社部此前在答复“加大外卖配送员权益保障，维护城市守护者合法权益”提案时指出，初步提出了职业伤害保障模式，拟在深入听取各方意见、凝聚更大共识基础上，按照先试行再完善的思路，稳步推进相关工作。

放开就业地参保户籍限制 9 月底出台政策

2021 年政府工作报告提出，推动放开在就业地参加社会保险的户籍限制。对于此项工作，《分工意见》明确，人力资源社会保障部、国家医保局、财政部牵头，9 月底前出台相关政策，年内持续推进。如今，灵活就业人员越来越多，人数已达 2 亿多人，但是因为户籍限制，异地就业的灵活就业人员却无法在就业地参加社保。未来随着户籍限制的放开，灵活就业人员个人也能在就业地参保享受待遇了。

5 月底前居民医保人均财政补助增加 30 元

2021 年政府工作报告提出，居民医保和基本公共卫生服务经费人均财政补助标准分别再增加 30 元和 5 元。根据《分工意见》，此项工作由财政部、国家卫生健康委、国家医保局牵头，5 月底前出台相关政策，年内持续推进。上调后，居民医保人均财政补助标准将达到每人每年 580 元；基本公共卫生服务经费人均财政补助标准达到每人每年 79 元。

门诊费用纳入统筹基金报销 5 月底前出政策

2021 年政府工作报告提出，建立健全门诊共济保障机制，逐步将门诊费用纳入统筹基金报销。根据《分工意见》，此项工作由国家医保局牵头，财政部等按职责分工负责，5 月底前出台相关政策，年内持续推进。2020 年 8 月，国家医保局曾发布《关于建立健全职工基本医疗保险门诊共济保障机制的指导意见(征求意见稿)》，建立完善普通门诊医疗费用统筹保障机制，从高血压、糖尿病等群众负担较重的门诊慢性病入手，逐步将多发病、常见病的普通门诊医疗费纳入统筹基金支付范围。普通门诊统筹覆盖全体职工医保参保人员，支付比例从 50%起步。

五、广州：继续实施失业补助金政策

来源：广州市人社局

摘要：3 月 29 日，广州市人社局公布《关于做好扩大失业保险保障范围有关工作的通知》，明确继续实施失业补助金政策。

《通知》明确，延长失业补助金政策实施期限暂至 2021 年 6 月 30 日，即 2020 年 3 月至 12 月期间符合条件但未申领过失业补助金的，以及 2021 年 1 月至 6 月新符合条件的，可申领失业补助金（2020 年 3 月至 12 月已申领过失业补助金的，不可再申请。相关指引见附件 1）。失业补助金的申领程序和具体要求保持不变，如国家出台政策对此项工作进行明确，按国家政策执行。

Abstract： On March 29th, Guangzhou Municipal Human Resources and Social Security Bureau announced the *Notice on Implementing the Work Related to Expanding the Scope of Unemployment Insurance*, and clearly continued to implement the unemployment subsidy policy.

The "*Notice*" clarifies that the implementation period of the unemployment subsidy policy will be extended to June 30, 2021, that is, those who meet the requirements but have not applied for unemployment subsidy from March to December 2020 and those who meet the new requirements from January to June 2021 can apply for unemployment subsidy (Those who have applied for unemployment benefits from March to December 2020 can no longer apply. See Annex 1 for relevant guidelines). The application procedures and specific requirements for unemployment benefits remain unchanged. If the national policy is issued to clarify this work, it shall be implemented according to the national policy.

（一）继续实施失业补助金政策

延长失业补助金政策实施期限暂至 2021 年 6 月 30 日，即 2020 年 3 月至 12 月期间符合条件但未申领过失业补助金的，以及 2021 年 1 月至 6 月新符合条件的，可申领失业补助金（2020 年 3 月至 12 月已申领过失业补助金的，不可再申请。相关指引见附件 1）。失业补助金的申领程序和具体要求保持不变，如国家出台政策对此项工作进行明确，按国家政策执行。

（二）领取失业保险金取消每月签到

根据国家和省的规定，全面取消领取失业保险金人员按月签到，现正在按月领取失业保险金的失业人员，今后不需要再办理每月签到手续。失业人员在领取失业保险金期间重新就业的，可通过广东省人力资源和社会保障厅网上服务平台或至各级社保经办机构办理失业待遇终止业务。

（三）失业保险金、失业补助金申领渠道及待遇发放时间

失业保险金、失业补助金可通过“粤省事”微信小程序、广东省人力资源和社会保障网上服务平台、广东人社 APP、国家社会保险公共服务平台等网办渠道线上“不见面”申领（失业保险金待遇简介见附件 2），也可通过区社保经办机构前台办理。按照相关政策精神，我市每月 10 日前（含 10 日，节假日顺延）发放上月的失业保险金、失业补助金待遇。

（四）继续实施失业保险降费政策

阶段性降低失业保险费率政策、失业保险浮动费率政策实施期限延长至 2022 年 4 月 30 日。

（五）继续实施参加失业保险满 1 年的企业职工申领失业保险技能提升补贴政策

对参加失业保险满 1 年的企业职工获得符合条件的职业资格证书或技能等级证书的，可以按规定申领失业保险技能提升补贴（相关指引见附件 3），具体按国

家、省政策规定执行。

六、江苏：拟修订企业职工基本养老保险规定
来源：江苏省人社厅
摘要：近日，江苏省人社厅公布《江苏省企业职工基本养老保险规定（修订草案）》（征求意见稿）公开征求意见至 2021 年 3 月 26 日。
《草案》拟规定，用人单位以本单位全部职工缴费工资基数之和作为缴费工资基数，按 16%缴费。参保人员（不含灵活就业人员）按照本人缴费工资基数的 8%缴费。灵活就业人员按本人缴费工资基数的 20%缴费。用人单位的缴费在税前列支；参保人员的个人缴费按照规定从个人所得税应纳税所得额中扣除。国家另有规定的，按国家规定执行。
Abstract： Recently, Department of Human Resources and Social Security of Jiangsu Province published the *Provisions on Basic Endowment Insurance for Enterprise Employees in Jiangsu Province (Revised Draft)* (Draft for Soliciting Opinions) for public consultation until March 26, 2021.

It is proposed in the *Draft* that employers pay 16% of their wages based on the sum of the wage bases paid by all employees of the unit. Insured persons (excluding flexible employees) pay 8% according to of their salary base. Flexible employees pay 20% of their salary base. The employer's contribution is charged before tax; Individual contributions of insured persons shall be deducted from taxable income of individual income tax according to regulations. Unless otherwise provided by the state, it shall be implemented according to the state regulations.

七、湖北：出台保障农民工工资支付办法
来源：湖北高院
摘要：《湖北省保障农民工工资支付办法》经省政府常务会议审议通过，以政府令形式颁布，2021 年 3 月 1 日起施行。
其中，《办法》强化了信息预警。为了充分发挥我省农民工工资支付监控预警平台作用，《办法》在第十二条、第十六条，分别对施工总承包企业、相关金融机构通过平台实时上传劳动用工、工资放发相关数据提出明确要求，平台在汇总分析相关数据的基础上，及时发现欠薪隐患并发出预警，便于相关行业主管部门及时介入、消除隐患、化解矛盾。
Abstract： *Measures for the Payment of Wages for Migrant Workers in Hubei Province* was reviewed and approved by the executive meeting of the provincial government, and promulgated in the form of a government order, which will come into force on March 1, 2021.

Among them, the *Measures* strengthen information early warning. In order to give full play to the role of the monitoring and early warning platform for migrant workers' wage payment in our province, Article 12 and Article 16 of the *Measures* respectively put forward clear requirements for construction general contracting enterprises and related financial institutions to upload real-time data related to labor employment and wage payment through the platform. On the basis of

summarizing and analyzing relevant data, the platform timely discovers hidden dangers of wage arrears and issues early warnings, so as to facilitate the competent departments of relevant industries to intervene in time, eliminate hidden dangers and resolve conflicts.

八、重庆：调整工伤职工及工亡职工供养亲属定期待遇

来源：重庆市人社局

摘要：近日，重庆市人社局发布通知，自 2021 年 1 月 1 日起，调整重庆市工伤职工及工亡职工供养亲属定期待遇。

通知明确，调整标准为：

（一）伤残津贴：一至四级每人每月分别增加 300 元、280 元、260 元、240 元。

（二）工亡职工供养亲属抚恤金：配偶、孤寡老人和孤儿每人每月增加 120 元；其他亲属每人每月增加 100 元。

（三）用人单位未安排工作的五、六级工伤人员，用人单位应当为其增加伤残津贴，每人每月增加额不得低于 180 元。

Abstract： Recently, Chongqing Municipal Human Resources and Social Security Bureau issued a notice to adjust the regular treatment of dependent relatives of workers with work-related injuries and workers who died in Chongqing from January 1, 2021.

The notice clarifies that the adjustment criteria are:

(1) Disability allowance: CNY 300, CNY280, CNY260 and CNY240 will be increased for each person in Grade I to Grade IV every month.
(2) Pension for supporting relatives of employees who died of work-related injuries: increase CNY 120 per person per month for spouses, lonely elderly and orphans; Increase CNY 100 per person per month for other relatives.
(3) The employer shall increase the disability allowance for the workers who have not been assigned to work by the employer, and the monthly increase of each person shall not be less than CNY 180

关于调整我市工伤职工及工亡职工供养亲属定期待遇的通知

渝人社发〔2021〕11 号

各区县（自治县）人力社保局、财政局，两江新区社会保障局、财政局，重庆高新区政务服务和社会事务中心、财政局，万盛经开区人力社保局、财政局：

为切实保障工伤职工及工亡职工供养亲属待遇，根据《工伤保险条例》《人力资源社会保障部关于工伤保险待遇调整和确定机制的指导意见》（人社部发〔2017〕58 号）和我市工伤保险相关规定，经市政府同意，决定调整我市工伤职工及工亡职工供养亲属的定期待遇，现就有关问题通知如下：

一、调整时间

2021 年 1 月 1 日起。

二、调整范围

我市各类企业、机关、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织（单位）和有雇工的个体工商户的符合以下条件的工伤职工和工亡职工供养亲属：

（一）2020 年 12 月 31 日前应按规定领取伤残津贴，2021 年 1 月 1 日以后仍符合按月领取伤残津贴的工伤职工；

（二）2020 年 12 月 31 日前应按规定领取工亡职工供养亲属抚恤金，2021 年 1 月 1 日以后仍符合按月领取供养亲属抚恤金的工亡职工供养亲属。

三、调整标准

（一）伤残津贴：一至四级每人每月分别增加 300 元、280 元、260 元、240 元。

（二）工亡职工供养亲属抚恤金：配偶、孤寡老人和孤儿每人每月增加 120 元；其他亲属每人每月增加 100 元。

（三）用人单位未安排工作的五、六级工伤人员，用人单位应当为其增加伤残津贴，每人每月增加额不得低于 180 元。

四、经费渠道

调整后的伤残津贴和供养亲属抚恤金所需资金由工伤人员原领取相关待遇的资金渠道解决。

重庆市人力资源和社会保障局

重庆市财政局

2021 年 3 月 1 日

《深圳市防治性骚扰行为指南》

Guide Manual for Preventing Sexual Harassment in Shenzhen

近日，深圳市妇联、教育局、公安局、人力资源和社会保障局、国资委、市场监管局、中级法院、总工会、团市委等九个部门联合印发了《深圳市防治性骚扰行为指南》。该《指南》系我国首个指导机关、企业、学校等单位建立防治性骚扰工作机制的制度性文件。《指南》首次对性骚扰行为进行了详细界定，首创了机关、企业、学校等单位防治性骚扰工作机制，要求设立防治性骚扰责任部门、制定防治性骚扰制度、开展防治性骚扰的宣传培训以及受理性骚扰申诉、举报和处置。同时创设了咨询与投诉处理程序，规定咨询的专业内容，建立了约见、回应、调查、反馈、调解、处置、告知等具体流程规范。

Recently, Shenzhen Women's Federation, Shenzhen Education, Shenzhen Municipal Public Security Bureau, Shenzhen Human Resources and Social Security Bureau, State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the People's Government of Shenzhen Municipal, Shenzhen Administration For Market Regulation, Shenzhen Intermediate People's Court, Shenzhen Federation of Trade Unions, Shenzhen Municipal Committee and other 8 departments jointly issued the Guide Manual for Preventing Sexual Harassment in Shenzhen. This Guide is the first institutional document in China, which is established by guiding organs, enterprises, schools and other units to prevent and control sexual harassment. For the first time, the Guide defines sexual harassment in detail, and initiates the working mechanism of preventing and treating sexual harassment by institutions, enterprises, schools and other units. It requires the establishment of sexual harassment prevention departments, the formulation of sexual harassment prevention system, the publicity and training of sexual harassment prevention, and the acceptance, reporting and disposal of sexual harassment complaints. At the same time, it created consultation and complaint handling procedures, stipulated the professional content of consultation, and established specific process specifications such as appointment, response, investigation, feedback, mediation, disposal and notification.

一、《指南》对“性骚扰”概念予以详细界定

The *Guide* defines the concept of sexual harassment in detail

《指南》对性骚扰进行的定义、构成要件、主要类型以及具体表现形式予以详细规定。

The *Guide* stipulates in detail the definition, constitutive requirements, main types and specific manifestations of sexual harassment.

1、性骚扰的定义：指违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施具有性本质内容的、不受欢迎的侵权行为，该行为使当事人受到冒犯、胁迫、羞辱，导致了不良的心理感受或敌意、不友好的工作（学习）环境。

Definition of Sexual Harassment：It refers to an unwelcome infringing act with sexual essence against the will of others by means of words, images, physical behaviors, etc., which makes the parties offended, coerced and humiliated, and leads to bad psychological feelings or hostile and unfriendly working (learning) environment.

2、性骚扰的构成要件：行为具有性本质的内容；行为是违背受害人主观意愿、不受欢迎的；行为是对他人人格权的侵犯，给受害人造成了不良的心理感受或敌意、不友好的工作（学习）环境。Elements of sexual harassment：content with sexual nature in behavior；The behavior is against the subjective will of the victim and is unpopular；Behavior is a violation of the personality right of others, which has caused the victims bad psychological feelings or hostile and unfriendly working (learning) environment.

3、性骚扰的表现形式：《指南》列举了从言语、文字、肢体等方面列举了性骚扰的 10 余种形式，特别将“使用与工作相关的威胁或奖励要求性支持”作为性骚扰形式之一。将骚扰类型分为条件交换型和敌意环境型。Manifestations of sexual harassment：The *Guide* lists more than 10 forms of sexual harassment in terms of words, terms and limbs, especially "using job—related threats or rewards to request sexual support" as one of the forms of sexual harassment. Disturbance types are divided into conditional exchange type and hostile environment type.

这些较为具体的规定，对普通公众而言，对什么是性骚扰可以有具象的表现形式进行甄别；对企业等单位而言，在制定相关的规章制度有可以参照的标准，在接到员工的举报时可以有具体的判别标准。These more specific provisions are carried out for the general public to judge what sexual harassment is；For enterprises and other units, there are standards that can be referred to when formulating relevant rules and regulations, and there can be specific criteria when receiving reports from employees.

二、《指南》对“性骚扰”的预防予以明确

The *Guide* clarifies the prevention of "sexual harassment"

明确通过“宣传教育”、“建立预防性骚扰机制”、“营造防范性骚扰环境”、“定期开展培训”、“增强性骚扰防范意识”等多个角度对性骚扰进行预防与教育。

It is clear that sexual harassment prevention and education are carried out from various angles, such as "publicity and education", "establishment of sexual harassment prevention mechanism", "creation of sexual harassment prevention environment", "regular training" and "enhancement of sexual harassment prevention awareness".

在以上每一种预防与教育的形式中，企业都扮演着重要角色，《指南》赋予了企业加强防治性骚扰的宣传教育、设立防治性骚扰责任部门，制定防治性骚扰制度、营造良好的工作环境、定期开展培训的不可推卸的责任，且该些预防工作的落实与否也将是企业将来面对性骚扰发生能否适当免责的重要表现形式。

In each of the above forms of prevention and education, enterprises play an important role. The *Guide* endows enterprises with the unshakable responsibility of strengthening publicity and education on prevention and control of sexual harassment, setting up a sexual harassment responsibility department, formulating a sexual harassment prevention system, creating a good working environment, and conducting regular training, and the implementation of such prevention work will also be an important manifestation of whether enterprises can be properly exempted from sexual harassment in the future.

三、《指南》对“性骚扰”的投诉、处理方式予以规定

The *Guide* stipulates the complaints and handling methods of "sexual harassment"

除日常的咨询外，在接到性骚扰的投诉后，应该通过“约见投诉人”、“提供回应机会”、“调查”、“反馈调查情况”、“调解”、“作出处理”以及“告知权利”等方式进行处理。

In addition to daily consultation, after receiving complaints of sexual harassment, they should be dealt with by means of "meeting the complainant", "providing response opportunities", "investigating", "giving feedback to the investigation", "mediating", "handling" and "informing the right".

四、《指南》对有关职能部门的职责进行明确

The *Guide* clarifies the responsibilities of relevant functional departments

公安部门、人民法院、人力资源和社会保障局、国资委、市场监督管理局、教育部门、工会、

共青团、妇联、市性别平等促进办应该根据其各自的职责各司其职。

Shenzhen Municipal Public Security Bureau, People's Court, Shenzhen Human Resources and Social Security Bureau, State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the People's Government of Shenzhen Municipal, Shenzhen Administration For Market Regulation, Education departments, Shenzhen Federation of Trade Unions, Shenzhen Communist Youth League, Shenzhen Women's Federation and Municipal Gender Equality Promotion Office should perform their duties according to their respective duties.

五、《指南》对机关、企业、学校等单位免责的情形进行界定

The *Guide* defines the exemption of institutions, enterprises, schools and other units

《指南》规定采取必要的预防和处置措施，避免性骚扰的发生是机关、企业、学校等单位的责任，故如机关、企业、学校等单位未能采取合理的预防和处置措施，将受到相应的责罚。

The *Guide* stipulates that necessary preventive and disposal measures must be taken, and it is the responsibility of institutions, enterprises, schools and other units to avoid sexual harassment. Therefore, if institutions, enterprises, schools and other units fail to take reasonable preventive and disposal measures, they will be punished accordingly.

《指南》也对免责的情形进行界定,企业对性骚扰已经采取了合理的预防措施和出资措施的,可以免于承担法律责任。

The *Guide* also defines the circumstances of exemption. Any enterprise that has taken reasonable preventive measures and capital contribution measures against sexual harassment can be exempted from legal liability.

链接：

《深圳市防治性骚扰行为指南》

近年来，发生在职场、学校和公共交通等场所的性骚扰事件不断被媒体曝光，引发社会的广泛关注。性骚扰事件不仅对个人身心健康产生伤害，而且还对两性关系、工作环境乃至社会和谐都会产生不良的社会影响。为贯彻落实习近平总书记关于让性别平等落到实处的重要讲话精神，根据《民法典》和《深圳经济特区性别平等促进条例》，我们借鉴国内外先进经验，率先在全国编制《深圳市防治性骚扰行为指南》（以下简称《指南》），指导机关、企业、学校等单位建立防治性骚扰工作机制，为深圳建设先行示范区作出有益探索。

一、概述

（一）法律依据

本《指南》主要依据《民法典》和《深圳经济特区性别平等促进条例》编制。《民法典》明确规定："机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰"；《深圳经济特区性别平等促进条例》第二十二条规定："市性别平等促进工作机构应当定期发布反性骚扰行为指南"，第二十三条规定："用人单位应当采取措施预防、制止性骚扰"。

（二）编写目的

1.促进公众转变观念。通过宣传和实施本《指南》，引导和促进公众改变对性骚扰的认识和态度，提升性别平等认识，提高全社会防范性骚扰的能力。

2.推动机关、企业、学校等单位构建防治性骚扰的机制。本《指南》重点是指导机关、企业、学校等单位建立规范和可操作的预防、受理投诉、调查处置等措施，切实履行《民法典》和《深圳经济特区性别平等促进条例》预防和制止性骚扰的责任，从而避免或减少性骚扰的发生。

3.为进一步完善防治性骚扰法律法规进行探索。虽然我国相关法律对性骚扰防治有原则性规定，但有待进一步完善，增强可操作性。本《指南》在这些方面进行了探索，为完善相关法规提供借鉴。

（三）适用范围

本《指南》的主要适用范围是机关、企业、学校等单位，公交、地铁、商场、影院等公共场所的性骚扰防治参照执行。

二、性骚扰的概念

（一）定义

性骚扰是指违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施具有性本质内容的、不受欢迎的侵权行为，该行为使当事人受到冒犯、胁迫、羞辱，导致了不良的心理感受或敌意、不友好的工作（学习）环境。其构成要件：

一是行为具有性本质的内容；

二是行为是违背受害人主观意愿、不受欢迎的；

三是该行为是对他人人格权的侵犯，给受害人造成了不良的心理感受或敌意、不友好的工作（学习）环境。

（二）主要表现形式

性骚扰主要包括言语、文字、图像、肢体等形式：

1.言语形式的性骚扰：（1）当面评论一个人身体的敏感部位；（2）不受欢迎的性挑逗；（3）与性有关的下流的笑话；（4）其他不受欢迎与性有关的言语。

2.文字形式的性骚扰：多次发送带有淫秽、污辱内容的信件、手机短信、微信、电子邮件、传真等。

3.图像形式的性骚扰：多次通过电子邮件、微博、微信等形式发送或展示色情图片和物品。

4.肢体形式的性骚扰：（1）不受欢迎的肢体接触——包括拍、捏、抚摸、亲吻、搂抱、爱抚或者不恰当的触摸敏感部位；（2）要求发生不正当的性关系；（3）使用与工作相关的威胁或奖励要求性支持；（4）对他人做出猥亵动作，甚至暴露其性器官等。

（三）主要类型

1.条件交换型性骚扰。在机关、企业、学校等单位，实施者利用权力、地位和优势实施与性有关的行为。

2.敌意环境型性骚扰。骚扰者出于性方面的原因将受害人置于敌意、不友好或无礼的工作和学习环境中的行为。

（四）不构成性骚扰的情形

1.基于双方自愿的交往、约会；

2.不经意地偶然身体接触；

3.偶然或孤立的性语言；

4.其他社会和文化上可接受的言语或行为。

三、预防与教育

（一）宣传教育

机关、企业和学校等单位应当加强防治性骚扰的宣传教育工作，利用广场、公园、车站、机场等公共活动场所，使用户外广告牌、电子显示屏、触摸屏、移动电视屏等新型载体，运用互联网、移动终端等现代信息技术，开展防治性骚扰知识宣传教育；地铁、公交等公共场所应在明显的地方张贴“禁止性骚扰”标识，公布性骚扰投诉处理热线电话。

各类媒体应当在相关频道、版面、互联网平台发布防治性骚扰公益广告，针对社会热点和典型案例开展防治性骚扰宣传，强化对性骚扰的舆论监督。

（二）建立预防性骚扰机制

机关、企业、学校等单位有责任设立防治性骚扰责任部门，制定防治性骚扰制度，开展防治性骚扰的宣传和培训，受理性骚扰申诉、举报和处置。

防治性骚扰责任部门可以设在人力资源部、纪检部门、工会等。其组成人员性别比例可依据单位实际男女比例设置，避免投诉或举报人对异性难以启齿的情形。为便于员工（学生）投诉和举报，应设置热线电话、专用信箱，电子邮箱等，并告知所有相关人员。

防治性骚扰制度应包含的主要内容：

1.公开承诺。公开表示防治性骚扰的明确态度；

2.明确性骚扰定义。界定性骚扰的范围、构成、主要情形，以确保所有员工和学生都能了解和预防性骚扰；

3.清晰的内部投诉程序。所有员工（学生）知道向谁投诉、如何投诉；

4.相应的惩戒措施。包括赔礼道歉、调职、降职、警告、开除、列入性骚扰黑名单等；

5.禁止报复措施。不因善意投诉、提供证据、举报性骚扰事件而受制裁和报复等。

（三）营造防范性骚扰环境

机关、企业、学校等单位应当注重营造良好的工作（学习）环境，保障员工（师生）的工作（学习）正常进行。

机关、企业、学校等单位在工作和学习场所布置上应尽量公开透明，除非必要的部门，应当减少封闭隐私性办公和学习环境的设计与装修，以确保员工（师生）在工作和学习场所不受性骚扰的困扰。

（四）定期开展培训

机关、企业、学校等单位应定期开展培训，提高所有员工（师生）对性骚扰的认识，了解本单位防治性骚扰制度的内容，知晓本人在单位防治性骚扰的权利和义务，提高收集和保存性骚扰证据的意识和能力。对管理人员和防治性骚扰部门的员工还要进行专门知识培训，提高判断性骚扰行为的认识水平，增强防治性骚扰事件的能力。

（五）增强性骚扰防范意识

每个公民应当提高性骚扰防范意识和能力，提防潜在的性骚扰行为。当遭受性骚扰侵害时，应向骚扰者直接表达拒绝的态度及立场，要求或呵斥骚扰者立即停止骚扰行为。同时，注意收集证据，采取录音、录像、截屏等方式保留相关资料。必要时向有关单位或部门投诉、举报，或向人民法院提起诉讼。

四、咨询与投诉处理

（一）咨询

机关、企业、学校等单位的防治性骚扰责任部门应以良好的态度接受员工（学生）关于性骚扰的咨询，提供专业意见。告知来访者当遭遇性骚扰时应当以口头或书面的形式直接表示拒绝的态度是非常重要的，此为判断是否构成性骚扰重要因素，不要让行为人误认为其行为是受欢迎和默许的，必要时可以陪同来访者向性骚扰可能实施者表明态度。

（二）投诉与处理

遭受性骚扰的员工（学生）可以通过口头或书面的方式向单位的防治性骚扰责任部门进行投诉。防治性骚扰责任部门接到投诉后要遵循迅速、客观、全面的原则开展调查，在程序上做到公平、公正。保护当事人的隐私，防止受害人受到再次伤害。具体处理方式如下：

1.约见投诉人。应及时约见投诉人，了解事情经过。约见可以采用个别、分别的保密形式进行，并制作书面记录，由约见人和被约见人签字确认。被约见人为未成年人的，应由其监护人陪同。

2.提供回应机会。应当为被投诉人提供回应机会，解释和回应其行为。

3.调查。对于初步判定涉嫌性骚扰的投诉，应当成立调查组，开展调查工作。调查组成员应与当事人无亲属关系或与当事人和本案无利害关系。调查组完成调查后，应向单位提出处理建议，并提交调查报告。

4.反馈调查情况。调查结束后，应向当事人反馈调查情况。

5.调解。双方当事人有调解意愿的，可以进行调解。但是，性骚扰当事人为上下级或师生等从属关系的，不适用调解。

6.作出处理。机关、企业、学校等单位对调查报告审议后，根据情节轻重进行处理。对确认的性骚扰事件采取及时、有效的行动：可以对受害者给予补偿，并防止此事件的再度发生；对加害人依情节轻重给予不同程度的惩戒处分。包括：赔礼道歉、调职、降职、警告、开除、上报列入黑名单等。如果性骚扰加害人是党员或担当党内职务的应按《中国共产党纪律处分条例》及相关法律法规进行处理。

7.告知权利。应告知当事人调查认定的事实、处理结果及依据；如对处理结果不满意，可以向其上级主管部门申请复议，也可以向人民法院提起诉讼。

（三）不予受理的情形

冒充他人举报、未提供投诉的事实内容及证据，之前未被受理且未提出新证据重新投诉举报的不予受理。

（四）行政和司法救济

性骚扰当事人可以书面形式向公安部门、市性别平等促进办投诉；也可以向人民法院提起诉讼。相关行政和司法部门按我国现行法律法规进行处置。

五、有关职能部门的职责

（一）公安部门的职责

1.受理性骚扰的举报；

2.对有证据证明、情节严重且违反《中华人民共和国治安管理处罚法》或《中华人民共和国刑法》的性骚扰行为依法予以处理；

3.对防治性骚扰相关法律法规进行宣传教育；

4.其他依据法律法规应承担的责任。

（二）人民法院的职责

1.根据最高人民法院的规定将性骚扰设置独立案由；

2.开展防治性骚扰宣传教育；

3.依法加强对受害人的司法保护；

4.其他依据法律法规应承担的责任。

（三）人力资源和社会保障局、国资委、市场监督管理局的职责

1.指导各机关、企业建立防治性骚扰工作机制；

2.开展防治性骚扰的宣传和教育；

3.其他防治性骚扰工作。

（四）教育部门的职责

1.指导各类学校和培训机构建立防治性骚扰工作机制；

2.开展防治性骚扰的宣传和教育，将性教育纳入中小学课程；

3.将与学生发生不正当关系、有任何形式猥亵、性骚扰行为，纳入师德“负面清单”；

4.受理所管理学校性骚扰的投诉、调查、调解和处置；

5.其他防治性骚扰工作。

（五）工会、共青团、妇联的职责

1.开展防治性骚扰的宣传教育；

2.推动和指导本服务群体防治性骚扰工作机制的建立；

3.负责本服务群体性骚扰数据统计分析和总结；

4.其他防治性骚扰工作。

（六）市性别平等促进办的职责

1.研究制定防治性骚扰制度；

2.协调、督促相关责任单位防治性骚扰工作；

3.开展性骚扰防治宣传及教育工作；

4.开展性骚扰事件的调查统计、分析和总结；

5.收集性骚扰典型案例；

6.推动各行业协会建立“性骚扰黑名单”制度；

7.其他防治性骚扰工作。

六、保密规定

性骚扰案件的投诉、调查、调解程序属不公开程序。经办人员不得对外公开调解事件，除已公开的事项外，应对双方当事人的信息、事项和办理过程进行保密。

七、免责情形

机关、企业、学校等单位有责任采取必要的预防和处置措施，避免性骚扰的发生。如果有效采取以下措施防治性骚扰，视情况可以适当免责：

（1）已经采取了合理的预防措施，如制定了防治性骚扰制度、作出了反性骚扰提示等，预防性骚扰的发生；

（2）已经采取了合理处置措施，如迅速对任何性骚扰指控作出回应，采取适当的补救措施及时制止事件的恶化。

附件：

1.深圳市防治性骚扰行为指南

2.防治性骚扰制度（样本）

企业以“落户”为条件与员工约定服务期及违约金的效力

The Validity of the Service Period and Liquidated Damages Agreed between the Employer and the Employee on the Condition of “Household Registration”

上海保华律师事务所 雷蕾
Baohua Law Firm Lynn Lei

引文：一直以来“北上广”的户口作为一种隐性的稀缺资源，常常被企业用作引进人才的重要指标，然而由于大城市户口配额有限，每年数百万的毕业生面临着“二三线”还是“北上广”的残酷选择。近年来，北上广很多企业在招录员工时均反映落户申报工作费时、费力、成本高，以上种种导致企业不得不与劳动者就“落户”单独签署就业服务协议，为此约定明确的服务期及违约金。然而约定的效力，却一直困扰着很多企业人事、法务以及落户员工。尤其是对北京、上海等落户要求较高的一线城市，这类纠纷频频出现，且就现有的审判实践来看，不仅各地口径不同，而且同一地区裁判亦无法统一。

Introduction: As a hidden scarce resource, household registration of “Beijing, Shanghai, and Guangzhou” has always been used by companies as an important factor for attracting talents. However, due to the limited quota in large cities, millions of graduates each year are facing the cruel choice of “second-and third-tier cities” or “Beijing, Shanghai and Guangzhou”. In recent years, many companies in Beijing, Shanghai and Guangzhou have reflected the time-consuming, laborious, and cost-intensive work of household registration declaration when recruiting employees. All of the above have resulted in companies having to sign separate employment service agreements with workers for “household registration” and a clear service period and liquidated damages has been agreed upon for this purpose. However, the effectiveness of the agreement has always plagued many corporate personnel department, legal counsel, and employees. Especially in first-tier cities such as Beijing and Shanghai, which have higher requirements for household registration, such disputes frequently occur, and judging from the existing trial practice, not only are the standards different in different regions, but the judicial precedents in the same region cannot be unified.

一、总述

劳动关系中的服务期，是指用人单位和劳动者双方约定劳动者因获得用人单位给予的特殊待遇而应当与用人单位维持劳动关系的期限。基于服务期的约定，用人单位向劳动者提供除正常劳动报酬和福利之外的特殊待遇；劳动者从中获益后，自愿让渡服务期限的辞职权，向用人单位承诺服务期限，使得用人单位付出对价的期待利益不致落空。

2008 年之前《劳动法》允许在劳动合同中约定违反劳动合同的责任，上海等地地方性法规也允许就特殊待遇约定服务期和违约金。单位协助员工落户在司法实践中一般认为属于给予员工的一项重大福利，视为一般劳动报酬之外的特殊待遇。为了获得特定城市的户籍，一些劳动者主动签约享有特殊加分项目的远郊地区教育、卫生、农业等社会公益事业单位，另一些劳动者主动要求与单位签订就业服务协议或服务期承诺书。此种做法被视为一种“双赢”方案。

2008 年 1 月 1 日《中华人民共和国劳动合同法》开始施行，第二十二条规定：“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。” 第二十五条规定：“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。”根据劳动合同法的规定，除了因培训约定的服务期（即 22 条）”和“保密与竞业限制”（即 23 条）两种情形外，用人单位不得与劳动者约定违约金。笔者理解劳动合同法鼓励开发型人才竞争方式，即鼓励用人单位通过对劳动者进行专项技术培训的方式提升人才的数量和质量，从而增加全社会人力资源的总供给，实现人力资源的良性竞争以及人力资源市场秩序的稳定。而特殊待遇服务期对应的争夺型人才竞争方式，属于人才存量的竞争，争夺的是现有的人力资源，对于增加人力资源供给的积极作用小于开发型人才竞争方式，因此劳动合同法予以严格限制。

然而劳动合同法的规定和用人单位的常规操作产生了冲突，尤其是在北京、上海两地产生了大量争议。笔者对北京、上海两地以“落户”为条件约定服务期和违约金的案例进行了检索，检索发现司法部门对用人单位与劳动者以“落户”为条件约定违约金和服务期的效力裁判，大致可以归为以下三种情形：

第一种情形：裁判依据严格遵守《劳动合同法》第二十二条、二十五条的规定，仅专业技术培训可以约定服务期。就“落户”约定的服务期、违约金因违反法律规定被归于无效；

第二种情形，虽依据《劳动合同法》认定就落户约定服务期和违约金无效，但是考虑到

现实的社会效果以及户口的隐性价值，将此认定为一种特殊待遇，劳动者不履行服务期将给用人单位造成损失，根据诚实信用原则并结合给用人单位造成的损失，酌定要求劳动者赔偿损失；

第三种情形：司法裁判突破法条的规定，基于意思自治、平等协商的原则，认定就落户约定服务期和违约金的双方系真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，应属有效。

二、北京和上海地区司法案例分析

总体看来，北京地区司法部门虽然对以落户为条件约定服务期和违约金一般认定为无效约定，但倾向于认为确因劳动者**违反了诚实信用原则，劳动者提前离职的行为给用人单位确实造成损失，应当赔偿损失。**上海地区司法部门则严格遵循劳动合同法的规定，劳动者无需承担违约责任，即使劳动者依约已向用人单位支付违约金的，劳动者若起诉要求返还，法院亦倾向予以支持；但近年来上海也出现个别案例持不同观点，两地甚至出现极个别的案例承认以落户为条件约定的违约金和服务期，当属有效。。

（一）北京地区以“落户”为条件约定的服务期和违约金的效力问题

1、主流观点：认定以落户为条件约定的服务期和违约金无效，但是基于诚实信用原则，劳动者应当赔偿损失。

北京对此问题有明确的司法口径，根据《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第三十二条规定：“用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位以双方约定为依据要求劳动者支付违约金的，不应予以支持。确因劳动者违反了诚实信用原则，给用人单位造成损失的，劳动者应当予以赔偿”。

北京司法实践中也存在大量案例，如北京市第二中级人民法院（2016）京 02 民终 2857 号案，法官认为”进京户口指标属稀缺资源，周勇禄在占用银河公司户口指标，解决北京户口后，其辞职行为确实会给用人单位在人才引进及招录同岗位人员方面带来隐性损失。基于诚实信用原则，银河公司在周勇禄提出辞职时依据承诺书中约定的损失数额要求周勇禄支付离职赔偿金 60000 元，并无不当”。

2、变相的认可以落户为条件约定的服务期和违约金有效，且基于诚信原则，劳动者依约已向单位支付了违约金，之后又起诉要求返还，法院不予支持。——认为劳动合同法第二十二条为授权性规范，只要属于双方之间的特殊待遇约定，均可参考第二十二条约定服

务期，对双方约定的违约金若与劳动者给用人单位造成的损失相当的情况下，可予支持。

北京部分案件中，法官倾向认为：劳动合同法第二十二条第一款规定："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"，该条款属于授权性规范，即授予用人单位可以自行抉择是否通过对劳动者进行专业技术培训的方式约定服务期，但无法据此推出对劳动者进行专业技术培训是实现约定服务期的唯一方式。虽然劳动合同法第二十五条规定："除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金"，但并未规定其法律后果。据此若双方约定的违约金与用人单位受到的损害相当的情况下，可予支持违约金金额。

例如北京市第二中级人民法院（2019）京 02 民终 15162 号案中，法院认为"在用人单位为劳动者提供足以与专业技术培训相对等的特殊待遇时，例如用人单位通过提供住房、汽车、现金补贴、落户等特殊待遇的方式与劳动者约定服务期的，应当参考适用劳动合同法第二十二条之规定，以避免造成用人单位和劳动者之间的劳动关系不稳定，以及因相关约定无效导致劳动者需要承担全额返还特殊待遇的后果。北京市户口属于稀缺资源，本案中博奇电力公司根据北京市人才引进政策，为潘晓洁解决了北京市户口的行为属于用人单位为劳动者提供特殊待遇的范畴，潘晓洁与博奇电力公司签订《人才引进服务期协议》的行为，亦能表明潘晓洁接受了博奇电力公司为其提供的特殊待遇。双方基于上述事实，经过协商一致签订了上述《人才引进服务期协议》，双方均应当诚信守约。现潘晓洁在明知自身的北京市户口已经通过博奇电力公司办理完毕，双方存在服务年期约定的情形下，仍然提前向博奇电力公司提交辞职信并从该公司离职，且并未将其户口迁回原籍，其行为已经违悖了诚实信用原则，理应向博奇电力公司依约支付赔偿金。一审法院根据双方赔偿协议的签约状况以及劳动关系的履行情况，酌情认定潘晓洁应当向博奇电力公司赔偿 10 万元并无不当，本院对此予以确认"。该案例将《劳动合同法》第二十二条认定为授权性法律规范，认为双方约定应当遵循公平原则、诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。2019 年以来，北京法院的司法判例多依此规则进行裁判。有些案例中一审判决依据《劳动合同法》第二十二条认定违约金无效，二审亦根据上述案例的裁判规则撤销一审审判，例如北京市第一中级人民法院（2019）京 01 民终 4317 号、北京市第二中级人民法院（2019）京 02 民终 295 号。

（二）上海地区以"落户"为条件约定的服务期和违约金的效力问题

1、上海多数案例严格按照法律规定认为超出《劳动合同法》第二十二条的规定约定服务期和违约金均属无效。

与北京相比，上海在法律适用上较为严格，超出法定情形约定服务期和违约金的约定基本认定无效。法院对于该类诉请显示出规范的刚性适用，此类诉求多数因违反法律规定而被驳回起诉。甚至在有些案例中，即使劳动者以已经依约履行了违约金，向用人单位起诉返还，亦得到法院的支持（参考（2011）黄浦民一（民）初字第 1060 号）。

案号：上海市闵行区人民法院（2017）沪 0112 民初 36678 号

案例要旨：本院认为，2008 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定，“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。……”即法律对于用人单位及劳动者可约定服务期的范围及情形作了明确规定。本案原告以为被告办理落户手续作为约定服务期的事由，并不符合上述法定可约定服务期的情形，原告现以被告违反服务期约定为由主张违约金，缺乏法律依据，本院对此难予支持。驳回原告上海黄浦区东方教育进修学校的诉讼请求。

2、近年来，上海出现少数案例观点与北京观点类似的判例，虽认为以落户为条件约定的服务期和违约金无效，但客观上劳动者违反了承诺，有违诚实信用原则，劳动者因过错而承担赔偿责任。

如上海市浦东新区人民法院（2019）沪 0115 民初 35927 号案，法官认为双方基于被告为原告办理本市落户手续而签订的补充协议，虽其中有关服务期及违约金条款的约定违反了劳动合同法规定，然原告在被告为其办理本市户籍后于 2018 年 4 月 5 日离职，并未遵守约定，客观上确系违反了承诺，有违诚实信用原则，原告该行为不可避免地对公司管理等带来不良影响，给被告造成了损害，原告存在过错，应当承担赔偿责任。“关于损失的数额，鉴于原告的行为给被告所造成的损害后果难以以具体数字来衡量，故本院参考双方的约定，酌情确认原告应赔偿被告损失 10 万元”。

3、**个别案例突破法律规定，认可以落户为条件约定服务期违约金合法有效，同时根据双方签署的协议，按比例折算违约金。**

如上海市静安区人民法院(2018)沪 0106 民初 42555 号案，法官认为“虽然上海市户籍本身而言只是一个身份及居住地证明，没有可直接确定的经济利益。但依据现行的政策，上海市户籍在诸多方面与非沪籍人员所享有的条件、待遇均有所不同，其内含的隐性价值是客观存在的。在此情况下，被告为办理上海市户籍而向原告出具承诺书，对服务期以及违约金进行承诺，原告予以认可和接受，该约定系双方真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，且服务期的期限及违约金的标准亦无明显不当，应属有效。现被告在约定的服务期

尚未届满时即主动离职，违反了双方的约定，应承担相应的违约责任。故原告要求被告支付违约金的诉讼请求，于法有据，本院予以支持。现被告在约定的服务期尚未届满时即主动离职，违反了双方的约定，应承担相应的违约责任。故原告要求被告支付违约金的诉讼请求，于法有据，本院予以支持。鉴于离职时被告履行服务期已近一年，故本院酌情确定违约金为80,000 元”。

三、违约金之外其他违约责任约定的效力

由于劳动合同法对违约金适用情形做了严格限制，部分用人单位也尝试与劳动者约定除违约金之外的其他违约责任承担形式，以防范劳动者违约。

如北京市第二中级人民法院（2017）京 02 行终 1543 号案中，陈某于 2014 年 7 月入职甲公司，双方签订协议书约定：如甲方成功为乙方办理落户北京的手续，双方一致同意：如乙未按双方约定，在合同期内提出辞职申请，乙方同意甲方将其户口迁至宜昌集体户，以腾出甲方在北京户口指标。陈某亦亲笔书写申请书，如违反承诺，愿意放弃北京户口，将户口迁回原籍。本申请是是本人就办理落户北京事宜所做做出的唯一有效意思表示。之后陈某签署了授权委托书。陈某于 2016 年 8 月 5 日办理离职手续，甲公司于 2016 年 8 月 16 日持相关手续到派出所为陈某办理了户口迁移手续。陈某不服户口迁移行为，向法院提起行政诉讼法官认为，本案中，甲公司在申报陈某户口迁移事项时提供的授权委托书为办理户口迁移相关事宜，应理解为包含户口的迁入和迁出两部分事项，在规定的受托时限内，应视为委托人陈某的授权并应对此承担相应的法律责任。派出所经对授权委托书进行形式审查，符合授权委托的一般条件，对此认可并无不当。此外，法院认为，陈某亲自写的申请书，为用人单位与劳动者签订协议约定履职相关事宜，是双方真实意思表示的民事自愿行为，应基于合同自治原则及契约精神予以共同遵守并积极履行各自的合同义务。

四、落户争议解决途径的律师建议

1、基于前文对于北京、上海两地司法裁判的分析，可知目前的劳动立法已经无法满足现实的需求，虽然《劳动合同法》明确规定服务期及违约金的法定情形，然而在劳动合同实际履行过程中，用人单位通过提供户口、住房、汽车等方式与劳动者约定服务期的情况屡见不鲜。从社会效果上看，如果一概认定专项技术培训之外的服务期约定无效，不仅会造成与此相关联的劳动关系的不稳定性，而且会导致劳动者无法获得特殊待遇的后果，反而不利于劳动者权益的保护，也不符合劳动合同法第三条所规定的公平原则。因此，笔者认为相关法律亟待修改以适应现实的需求。

2、对于劳动者而言，应遵守诚信原则，诚实信用既是《劳动合同法》的基本原则之一，也是社会基本道德之一。用人单位与劳动者订立劳动合同时都必须遵循诚实信用原则，建立合法、诚信、和谐的劳动关系。劳动关系具有人身、财产关系的双重属性，双方不仅仅是一方提供劳动，一方支付报酬的价值简单交换，更重要的是在劳动关系整个周期内，双方要多一些真诚，这不仅是劳动者和用人单位合作共赢的应有之义，更是对社会主义核心价值观的弘扬与实践。

3、对于用人单位来说，要做好离职效益分析。首先要有完备的书面约定，明确违约的后果。建议用人单位将办理落户与劳动者承担损害赔偿责任相挂钩，其中明确用人单位为劳动者办理落户可能支出的费用，劳动者提前离职给用人单位在招录同等岗位人员方面带来的隐形损失，明确劳动者提前离职需要支付的损失赔偿金额。其次，用人单位亦可参考北京地区的一种做法，在违约金或损失赔偿之外，约定其他违约责任的承担形式如将劳动者的户口迁回原籍。当用人单位采取此种处理方式时，要事先注意以下问题：（1）准备办理户口迁出用人单位需要提供的资料：申请户口迁移函、单位介绍信、员工本人户籍卡、员工的授权委托书、迁入地公安局户口准予迁入的证明、员工身份证复印件等资料；（2）了解户口迁入地所需具备的条件：目前各地户籍迁入政策差异较大，一般均需要一定的准入条件，因此用人单位应根据户籍迁入地的要求，提前准备好材料让劳动者签署备存，以备不时之需；（3）注意授权委托书的时效，用人单位在办理户口外迁时，需持有劳动者预先签字的授权委托书办理。根据民法典的规定，委托人可随时撤销委托，因此需要用人单位在办理户口外迁时要注意时效，在劳动者未撤销前及时办理。

从法理情审视
竞业限制法律规制

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）（征求意见稿）》（以下简称《征求意见.合法性视角之审视稿》）第八条至十一条集中对领域的竞业限制进行了规制。本文将从法、理、情三重视角对《征求意见稿》中有关竞业限制的规定进行思考，找出制度设计中存在的缺陷及其症结根源，为竞业限制的法律规制理清思路。

合法性视角之审视

通过观察，我们可以发现，《征求意见稿》第八条至十一条之规定均是现有法律、行政法规所不曾涉及的，即《征求意见稿》对竞业限制的规制是一种立法尝试，而非对现有法律的解释。就《征求意见稿》第八条至十一条的内容而言，笔者认为，这些创新规定不仅没有法律依据，有些规定还与《劳动合同法》直接抵触。

“经济补偿条款”并非竞业限制的生效要件

《征求意见稿》第八条第一款规定：“用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定了竞业限制条款，但未约定解除或者终止劳动合同后给予经济补偿的，用人单位要求劳动者履行竞业限制条款约定的义务的，人民法院不予支持。”可见，《征求意见稿》的规定将用人单位与劳动者约定“经济补偿条款”作为竞业限制的生效要件。

但本文认为，这样的理解混淆了“经济补偿”与“经济补偿条款”的界限。

《劳动合同法》规定：“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款”，“并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿”。立法在这里用了“可以”而非“应当”，并未将“经济补偿条款”作为生效要件。

《劳动合同法》强调了经济补偿金按月支付，已经将支付经济补偿作为劳动者承担竞业限制的对价。当事人合同中没有约定经济补偿金的，只要他们签订了竞业限制协议，就应当理解为双方愿意按照法律或法规的标准执行，即劳动者遵守竞业限制的义务，用人单位则向该劳动者支付经济补偿。法定内容本身不需要通过约定来取得效力。如同劳动合同在谈到工资时，自然是以高于或等于最低工

董保华，论文转载自《中国劳动》2012 年第 9 期。

资为前提，无需特别强调。

总之，“经济补偿”是法定的、强制性的，而“经济补偿条款”是约定的、非强制性的。所以，用人单位与劳动者虽未约定“经济补偿条款”，用人单位仍应依法支付经济补偿；与此相对应，未约定“经济补偿条款”并不必然影响双方竞业限制的效力，劳动者需遵守竞业限制义务与用人单位支付的经济补偿形成对价，不能直接以未约定“经济补偿条款”主张摆脱竞业限制的约束，而应该以用人单位违约为由另行主张自己的权利救济。

确定经济补偿为原工资待遇于法有悖

依据《劳动合同法》的规定，“经济补偿条款”并非竞业限制的法定生效要件，未约定“经济补偿条款”双方当事人并不应承担法律责任。从司法救济的角度看，应当去明确一个法定的经济补偿标准。《征求意见稿》第八条第二款将劳动者的原工资待遇作为经济补偿的法定标准，这一规定实际上将法定义务转化为法律责任。

《征求意见稿》第八条第二款规定：“劳动者履行了竞业限制条款约定的义务后，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资为标准支付经济补偿的，人民法院应予支持。”“解除或者终止前十二个月的平均工资”在一般情况下，已经是劳动者在职期间的原工资待遇，在某些情况下甚至可能比原工资还高。

世界各国的制度设计中，很少有竞业限制经济补偿超过原工资 50%的规定，《征求意见稿》等于在此基础上翻了一番，劳动者只拿钱，不干活，这种制度设计只有在加重责任的前提下才说得通。法律责任是义务不履行而采取的一种措施，在具有较大的社会危害性的情况下，才可以越过补偿性的界限而采取惩罚性措施。《征求意见稿》第八条第二款规定的前提是将“未履行与劳动者约定经济补偿条款”作为“法定义务”，并认为未遵守这一法定义务有较大的社会危害性。这一前提于法有悖。

最高人民法院将原工资待遇作为用人单位承担法律责任的标准，源于《劳动合同法》立法过程中曾被立法者否定的一项内容。《劳动合同法》草案（一审稿）曾规定，竞业限制经济补偿的数额“不得少于劳动者在该用人单位的年工资收入”。而这一规定遭到了当时人大代表近乎一致的反对。正如人大常委厉无畏委员指出

的，虽然大多数劳动者在就业中处于弱势地位，但也有一些人处于强势地位。当时《劳动合同法》草案为保护劳动者，规定劳动合同有竞业限制条款的，在两年限制期内用人单位要给劳动者经济补偿，补偿标准不低于该用人单位的年工资。他表示，据说法国的补偿标准是最高的，但也仅为年工资的 50%，没有高到 100%。竞业限制是对劳动能力进行限制，而不会导致劳动能力丧失，按年工资的 100%加以补偿没有依据，企业也难以承受。建议就这一补偿标准作进一步研究。[1]所以，在《劳动合同法》公布的实施稿中，最终删去了有关竞业限制经济补偿数额的这一规定。我们认为，这是《劳动合同法》在立法过程中回归理性的重要一步。从这一视角看，最高人民法院的司法解释与国家最高权力机关的立法目标及价值追求发生了直接的冲突。

劳动合同的解除形式不应影响竞业限制的效力

《征求意见稿》第九条规定："劳动关系存续期间，用人单位与劳动者约定了竞业限制条款和经济补偿，用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同的，该竞业限制条款对双方当事人仍然具有约束力，但双方另有约定的除外。劳动者依照劳动合同法第三十八条规定解除劳动合同，或者用人单位违法解除劳动合同的，除劳动者同意履行的外，用人单位要求劳动者履行竞业限制条款约定义务的，人民法院不予支持。用人单位依照劳动合同法第三十九条规定解除劳动合同，或者劳动者违法解除劳动合同的，用人单位要求劳动者履行竞业限制条款约定义务的，人民法院应予支持。"这一规定是参考了《劳动合同法实施条例》（下文简称《实施条例》）第二十六条有关服务期的规定。《实施条例》第二十六条规定，若劳动者依照《劳动合同法》第三十八条规定解除劳动合同，即劳动合同的解除源于用人单位的过错，服务期协议归于无效；若用人单位以劳动者存在过错依法解除劳动合同，服务期协议仍有效，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金。

最高人民法院此举把原本是服务期的调整规则直接移植到竞业限制上，既于法无据，也欠缺妥当性。服务期与竞业限制是性质完全不同的两套制度规则。服务期涉及劳动者与用人单位的继续合作，且服务期本身会成为劳动关系存续依据。因此，劳动合同解除形式的不同会对服务期的效力产生不同的影响，当用人单位

[1] 厉无畏建议，"竞业限制补偿标准作进一步研究"，来源：每日经济新闻，2006 年 3 月 24 日访问，载 http：//tech..163. com/06/0324/13/2D01B8N000091 KTO.html。

出现根本违约的情况，双方就难以继续履行劳动关系。而在竞业限制中，劳动者承担的是不作为义务。这一制度的设计初衷是为了保护用人单位的商业秘密，劳动者掌握商业秘密，并不因劳动者解除合同的形式而改变。竞业限制所涉及的是劳动者与用人单位劳动关系结束后的权利义务关系，劳动者与用人单位不再有继续合作的基础，劳动者承担的只是不去当竞争对手的义务。因此，竞业限制的效力不应受到劳动合同解除形式的影响。

合理性视角之审视

《征求意见稿》第十条规定："用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定了竞业限制条款和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，用人单位未按约定支付经济补偿超过一个月的，除劳动者同意继续履行的外，用人单位要求劳动者继续履行竞业限制条款约定义务的，人民法院不予支持。"为什么"不予支持"呢？可能只有一种解释，就是这一合同丧失效力，一些地方性规定也有如此表述。最高人民法院在法理依据上出现了较为明显的偏差，合同无效是合同订立过程存在瑕疵所可能导致的后果，而用人单位未如约支付经济补偿究其实质是竞业限制履行过程中的瑕疵。合同无效与合同履行是完全不同的两套规则，合同履行的瑕疵直接导致的是违约责任，而非合同的失效。

《劳动合同法》规定："劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。"既然劳动者违约承担的是违约责任，从合同对应性的原理考虑，用人单位违约承担的也应当是违约责任。无论是用人单位与劳动者同时履行，还是用人单位或劳动者享有后履行义务，用人单位履行的是支付经济补偿的义务，当用人单位没有履行这一义务，法律显然应当要求违约方承担相应的责任，也就是支付经济补偿，如果要加重这种义务，也应当是惩罚性赔偿或支付违约金，而不应是直接赋予劳动者免除自己义务或要求赔偿的选择权。直接由劳动者来选择合同是否有效，不仅有违法理，也从根本上违反了设置竞业限制义务是为了保护用人单位的商业秘密的初衷。只有用人单位客观上丧失了补偿能力或主观上拒绝支付经济补偿，劳动者才应当被许可选择通过单方解约的方式免除自己义务。

笔者认为，有一种观点是恰当的，即"应将合同条款的有效性与合同的具体履行区分开，只要雇用双方的竞业限制约定是双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，只要符合一般合同的生效条件即生效。至于用人单位不

按约支付经济补偿金，则只能将其归入违约行为，不能构成对竞业限制条款效力的否定性因素，否则，会混淆合同效力与合同履行的概念，破坏了严密的法律结构体系。在用人单位违约的情形下，劳动者可以利用仲裁、诉讼等途径保护自己的权利，请求其支付补偿金、违约金。”[2]而《征求意见稿》的这一规定是明显混淆了“合同效力”与“合同履行”的概念。

合理性视角之审视

值得注意的是，《征求意见稿》体现出了一种单方保护的思维。这集中体现在《征求意见稿》第八条第一款与第十条所设置的“单方无效”与“单方选择无效”的规则。

《征求意见稿》第八条第一款、第十条，对于竞业限制的效力均采取免除劳动者竞业限制义务的表述，即用人单位要求劳动者履行或继续履行约定的竞业限制义务的，人民法院不予支持。《征求意见稿》第十条规定，若用人单位未如约支付经济补偿超过一个月的，原则上将直接导致竞业限制对劳动者失去效力，除非劳动者自愿受竞业限制的约束。即竞业限制是否依然有效完全取决于劳动者一方的选择。我们认为，这样的规则设计，存在着法理与情理上的双重悖论。

《征求意见稿》采取“单方无效”以及“单方选择无效”的处理办法，其出发点可能基于降低劳动者维权成本，并使劳动者尽早摆脱竞业限制的约束，以更好地维护劳动者的权利。但是，这一规则的实际执行效果未必会如设计者所愿，最终很可能是保护了有恶意的劳动者或用人单位。对于一开始就有违反竞业限制打算的劳动者而言，在合同订立与履行的每一步上，法律均为他们提供了违约而不受追究的方式，比如：

第一，在劳动合同或竞业限制合同订立时，一旦竞业限制条款或竞业限制协议未约定“经济补偿条款”，用人单位便无权要求劳动者履行竞业限制义务，劳动者就可轻松进人与其有竞争关系的单位。

第二，在劳动合同履行时，只要找到推定解雇的理由，劳动者也找到了不履行竞业限制义务的理由。我国的推定解雇涉及的范围极其广泛，用人单位稍有不慎，劳动者便可免除竞业限制义务。

第三，在劳动合同结束、竞业限制合同开始履行时，还可因“用人单位未按

[2] 张心全：《<劳动合同法>竞业限制条款法外解读》，载《中国劳动》2007 年第 1 期。

约定支付经济补偿超过一个月”而无效，其不再受合同的约束，也不用承担违约责任，又不担心工作问题，违约成本减少为零。不诚信的劳动者很可能会恶意地利用这一模式，如果其希望违约去竞争对手处工作，只需让用人单位无法在一个月内及时付款，便可轻松地免除竞业限制义务。经济补偿金无法提前支付的性质以及工资转账的支付方式，为这种操作提供了便利。

反之，对于原本就不需要进行竞业限制约定的劳动者，一旦用人单位做出了错误约定，劳动者则有多种途径来利用这一失误，让用人单位承受极高的成本。比如：

第一，在劳动合同或竞业限制合同订立时，一旦竞业限制条款或竞业限制协议未约定“经济补偿条款”，按《劳动合同法》的规定要按月支付经济补偿，“劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资”，作为劳动者可主张的替代性标准，几乎没有单位承受得起。

第二，用人单位可否通过解除竞业限制义务来减少损失呢？如果想要解除这样的竞业限制，应当协商一致，否则仍应支付。

设置竞业限制的初衷本是为了防止劳动者滥用自由择业权侵害用人单位的商业秘密，因而通过设置竞业限制适度地限制劳动者的自由择业权，从而保护用人单位的正当权益。然而，《征求意见稿》中“单方无效”甚至“单方选择无效”的规则设计，过分夸大了对劳动者自由择业权的保护，在一定程度上忽略了用人单位的正当利益，这完全背离了竞业限制产生的初衷。这样的规则设计使用人单位与劳动者之间的权利义务关系处在人为的失衡状态，而这种失衡的制度设计真的能保护竞业限制关系中的善意当事人吗？实际效果常常适得其反。

原本以保护商业秘密为初衷的竞业限制，在《征求意见稿》“单方无效”及“单方选择无效”的规则之下，异化为保护恶意不诚信的违约者与侵权者的工具。如今，我国正处于经济转型的重要时期，国家自上而下都在强调产业升级，社会各界也自下而上地予以积极响应。产业升级更多的是要靠创新，需要企业对人才培养及技术研发进行投入。然而，如此“单方无效”甚至“单方选择无效”的竞业限制规则，只会挫伤这种创新的积极性。

“法”、“理”、“情”的综合思考

综上我们发现，《征求意见稿》中有关竞业限制的规则在“法”、“理”、“情”

上均存在着缺陷。究其症结，主要是混淆了以下三组概念：

一是“经济补偿”与“经济补偿条款”。两者存在法定与约定、强制性与非强制性的区别。即便用人单位与劳动者未约定“经济补偿条款”，并非意味着竞业限制的失效，更不意味着用人单位或劳动者即可跳出竞业限制的约束。在这种情况下，劳动者需继续履行竞业限制义务，而用人单位则可按事后补充约定的标准或法定的标准（当事后不存在或双方事后无法通过协商达成一个支付标准时）支付经济补偿。

二是合同履行与合同效力。用人单位未如约支付经济补偿是履行上的瑕疵，构成违约行为，而违约建立在既存有效契约的基础之上。用人单位的违约并不直接对竞业限制的效力产生影响，劳动者可以此要求用人单位承担相应的违约责任。合同效力是合同成立上的问题，合同成立过程中的瑕疵可能导致合同无效，无效的合同自然不产生履行的问题，更不用说履行上的瑕疵。

三是倾斜保护与权利义务的失衡。劳动法属于社会法，秉持倾斜保护劳动者的原则。《征求意见稿》的种种制度设计可谓体现了倾斜保护（例如《征求意见稿》中模糊不清的“单方无效”以及赋予劳动者对竞业限制的单方决定权），只是这样的倾斜保护悖离了法理，是以劳动关系双方当事人权利义务失衡为代价的倾斜。这样的倾斜，即便出发点是好的、善的，但其实施的效果时常会适得其反。

地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室
Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050
Postcode: 200050

www.baohualaw.com