

争议解决法律

快评《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》

作者：林则达 | 周庭吉 | 戴梦迪

2023年12月12日，最高人民法院就《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》（以下简称“《意见稿》”）向社会公开征求意见，虽然只是一份“征求意见稿”，但相较之前2021年1月1日施行的《解释（一）》更多是将之前的四个司法解释进行整合，本次《意见稿》中不少内容与目前司法实践的情况还是有明显的差异，并出现了不少新的观点，值得予以充分关注。我们将针对本次《意见稿》，逐条进行快评。

第一条【股权激励争议的受理】用人单位**基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬**，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理。

快评：股权激励的约定往往涉及的金额较大，时间跨度较长，一旦发生争议，案件都会较之一般的劳动争议更加复杂。而且涉股权激励的争议在案由种类、约定法律适用的有效性等多方面问题一直存在不同的观点。因此，越来越多的地方司法实践也已经充分关注到了股权激励争议处理规范的重要性。比如北京一中院就在今年5月发布了涉股权激励劳动争议典型案例，介绍不同类型股权激励争议的处理案例。而此次《意见稿》将其放在第一条，可见其重要性。

从本条规定来看，**明确如果股权激励是为实现一种形式的劳动报酬的，那么相关纠纷将基于劳动报酬的属性被认定属于劳动纠纷，在符合这种认定的情况下，用人单位即便有境外法律适用、境外管辖的约定都可能因此而无效，并且最终可能由用人单位承担给付义务，从而进一步保护劳动者获得应有报酬兑付的权益。**

第二条【诉讼中的仲裁时效抗辩之一】当事人未提出仲裁时效抗辩，人民法院不应对仲裁时效问题进行释明。

快评：此条可理解为明确了法院不应主动释明和审查仲裁时效，该规则实际与一般民商事诉讼规则一致。这也提醒了参加劳动争议的当事人，在劳动争议审理过程中，各方应独立承担时效抗辩的义务，否则，将不会因为相对方的时效问题而当然免除相应义务。

第三条【诉讼中的仲裁时效抗辩之二】当事人在仲裁期间未提出仲裁时效抗辩，在一审期间提出仲裁时效抗辩的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已超过仲裁时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出仲裁时效抗辩，以仲裁时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

快评：此条规定强化了“仲裁前置”的系统性概念。可以理解为不但对于“仲裁请求”必须前置，对于“时效抗辩”也应做到仲裁前置，否则，一审再提抗辩将不被支持，也不能以此作为“程序问题”申请再审或提出再审抗辩。关于“基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已超过仲裁时效期间”的救济途径，我们认为一般不容易实现，但结合《劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定，如果能够有证据证明“相对方知道或者应当知道其权利被侵害之日”比相对方主张的更早而导致仲裁超时效的，则仍有可能在仲裁之后的程序中收获时效抗辩的积极影响。

第四条【未订立书面劳动合同第二倍工资的仲裁时效】用人单位未依法与劳动者订立书面固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同之日起满一个月的次日起计算。

用人单位未依法与劳动者订立书面无固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立劳动合同第二倍工资的，仲裁时效期间适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，从用人单位应当订立劳动合同的次日起计算。

快评：实践中对于“未签劳动合同的第二倍工资”是否属于劳动报酬存在不同观点。而是否属于劳动报酬的认定将直接影响第二倍工资在主张时的时效问题。我们认为，此条规定进一步明确了“未签劳动合同的第二倍工资”并不属于“劳动报酬”性质，因此，主张“未签劳动合同的第二倍工资”适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的“一般时效”规定，即“从用人单位应当订立劳动合同之日起满一个月的次日起计算”，而非第四款的“特殊时效”规定“自劳动关系终止之日起一年内提出”。但这里的表述可能引起争议的是，按照“未签劳动合同的第二倍工资”理论上一份劳动合同的签订最多可以产生 11 个月的情况，那么是这 11 个月的时效都从“应当订立劳动合同之日起满一个月的次日起计算”，还是第二个月的第二倍工资分别根据其起始日期来计算时效？从此规定的字面意思似乎更符合前一种理解，即如果劳动关系是 2023 年 12 月 12 日建立，到 2024 年 1 月 11 日仍未签订劳动合同的，那么从 2024 年 1 月 12 日起就开始计算第二倍工资一年的仲裁时效，到了 2025 年 1 月 12 日，即便仍未签署劳动合同的，自 2024 年 1 月 12 日至 2024 年 12 月 11 日所有 11 个月第二倍工资的仲裁时效都将被视为超过一年的仲裁时效。如果确如这种理解，相较现在许多司法实践中的情况，“未签劳动合同的第二倍工资”的有效主张期限将被大大缩短。

第五条【特殊劳动报酬的仲裁时效】劳动者主张用人单位支付未休年假工资报酬、加班费的仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第四款规定的，人民法院应予支持。

快评：一直以来“加班费”都是被视为劳动报酬而适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的“特殊时效”规定，只是在举证时，一些地方的司法实践对于超过两年以上部分的加班事实由劳动者承担举证责任。因此，此条规定可能对于加班费的仲裁时效适用影响不大。但对于未休年休假工资的报酬将产生实质性的影响。目前普遍的实践观点都认为，虽然名为“未休年休假工资的报酬”，但其本身并不属于“劳动报酬”，因此不适用“特殊时效”规定，也即，2021年的未休年休假工资报酬到了2023年主张，就可能因为相对对方作出“超过仲裁时效”的抗辩而无法被支持。但此条规定将改变这一认定规则，使得劳动者可以在离职后的一年内主张所有劳动关系存续期间的未休年休假工资报酬。这就提醒用人单位更应注意每年年休假的使用和安排。

第六条【达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者的权益保护】达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者为用人单位提供劳动，**劳动者请求参照适用劳动法律法规处理劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动保护、职业危害防护以及工伤保险待遇等争议的，人民法院应予支持。**

快评：在用人单位本身不存在社保缴纳过错的情况下，劳动者到达法定退休年龄，即便未享受基本养老保险待遇的，普遍的实践观点认为，用人单位可以根据《劳动合同法实施条例》第二十一条规定终止双方劳动关系。而在这之后，除非特别约定，双方建立的是通常说的“劳务关系”，双方的权利义务可以自由约定，不受劳动法律法规的约束。而此条规定毫无疑问加强了对到达法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇人员的保护，如果用人单位考虑招用这类劳动者的，需要考虑这些参照劳动关系保护的内容。特别是“工伤保险待遇”的参照适用，必然是用人单位重点关注的内容。就在上个月的2023年11月，上海市人社局等四部门就联合发布《关于本市超过法定退休年龄就业人员和实习生参加工伤保险的试行意见》（沪人社规【2023】30号，以下简称“30号文”），就是对包括退休人员、实习生在内的非劳动关系人员发生伤害事故后合法权益保护的完善，同时也分散了用人单位的风险。可以想见，如果《意见稿》的这条内容最终落实，将会对用人单位招用达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者的安排产生实质性影响，各地也可能出台类似上海的政策，来寻求用人单位与这类劳动者双方利益保护的平衡。

第七条【转包或者分包的劳动关系】具备用工主体资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求确认承包人为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。

快评：此条虽未将在转包或分包情况下，对于不具备用工主体资格的组织或个人招用的劳动者可以直接“穿透”至与承包人认定劳动关系，但是也明确承包人需承担包括工资支付、给与工伤保险待遇等用工主体的责任。我们认为，这样的规定，将进一步促进承包人对于转包方、分包方资质的审查及合规管理的考量，以降低承包方无限穿透的风险。

第八条【被挂靠单位的劳动关系】不具备用工主体资格的组织或者个人挂靠其他单位对外经营，该组织或者个人招用的劳动者请求确认被挂靠单位为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。

快评：同上一条的分析，此条规定也将进一步约束“挂靠”性质的用工，有利于规范劳动关系合法、明确的建立和履行。

第九条【混同用工】被多个用人单位交替或者同时进行用工的劳动者请求确认劳动关系的，按照下列情形分别处理：

（一）已订立书面劳动合同，劳动者请求按照劳动合同确认劳动关系的，人民法院应予支持；

（二）未订立书面劳动合同，劳动者请求确认劳动关系的，人民法院可以根据用工管理行为、工作时间、工作内容、工资报酬发放、社会保险缴纳等因素予以确认。

劳动者请求用人单位共同承担责任的，人民法院应予支持，但用人单位之间依法对劳动者的工资报酬、福利待遇等作出约定且经劳动者同意的除外。

快评：在实践中，存在一些企业主，通过多个关联公司轮流与劳动者建立劳动关系，或者多个关联公司分别承担劳动合同签订、劳动报酬支付、社保缴纳、实际工作安排等事项，这往往使得在发生劳动争议时，劳动者在主张无固定期限劳动合同的建立、工作年限、甚至确定承担用人单位责任的劳动关系主体时无法获得有效的关联性证据，无法确认仲裁、诉讼的相对方主体，严重损害了劳动者的合法权益。此条规定的内容，除了进一步细化了劳动关系认定的参照标准，更是突破性地提出了“连带责任”的认定，使得法院通过审理认定多主体混同用工侵犯劳动者权益的情况下，可以作出所有关联的主体承担连带责任的判决。那么，那些试图通过多个关联公司轮流用工或者分散劳动关系认定参考标准进而模糊劳动关系认定的“设计”将完全失去意义，将更有利于促进用人单位的规范用工和劳动者利益的合法保护。

第十条【外国企业及常驻代表机构主体资格】依法设立的外国企业常驻代表机构可以作为劳动争议案件的当事人。

当事人依法申请追加外国企业为当事人的，人民法院应予支持。

快评：目前外国企业及常驻代表机构原则上都是通过劳务派遣单位的用工来实现我国劳动法律法规规定下的劳动用工，不满足以用人单位主体资格的身份作为当事人参与劳动争议案件。此条规定的内容将这两类主体明确为当事人。但仍需进一步明确的是，他们的仲裁/诉讼主体地位是替代“劳务派遣单位”成为“用人单位”还是在“劳务派遣单位”之外成为承担连带责任的主体？如果是后者，那么将进一步扩大对劳动者利益的保护。但反之，如果是替代了原有的“劳务派遣单位”作为用人单位主体身份成为当事人的，那么这样的变化可能反而会增加劳动者胜诉后执行取得的风险，仍是需要进一步思考和探究。

第十一条【外国人、无国籍人的劳动关系】有下列情形之一，外国人、无国籍人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持：

（一）未依法取得就业证件的；

（二）超过就业证件使用期限继续在用人单位工作的；

（三）因违反中国法律被中国公安机关取消居留资格的；

（四）变更工作单位、就业区域、职业后，未依法变更或者重新办理就业证件的；

（五）法律、行政法规规定的其他情形。

前款第一项、第二项、第四项规定的情形，已取得永久居留资格的外国人以及符合可免办就业许可

和就业证情形的除外。

快评：此条规定进一步细化了外国人、无国籍人员在劳动关系建立过程中“人证合一”的要求，将有利于进一步规范外国人、无国籍人员劳动用工的合法化及认定的明确标准。

第十二条【港澳台居民在内地就业纠纷】香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民 2018 年 7 月 28 日之前未依法取得就业证件即与内地用人单位订立劳动合同，劳动者请求确认 2018 年 7 月 28 日之前与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持；劳动者请求确认 2018 年 7 月 28 日之后与用人单位存在劳动关系，且双方法律关系符合劳动关系构成要件的，人民法院应予支持。

快评：此条规定可以理解为是对《人力资源社会保障部关于香港澳门台湾居民在内地（大陆）就业有关事项的通知》（人社部发〔2018〕53 号，以下简称“53 号文”）的进一步明确。在 53 号文颁布实施之前，台港澳人员要在内地（大陆）求职、建立劳动关系的，需以获得就业许可为前提，但 53 号文颁布实施之后，取消了该就业许可的前置条件，台港澳人员与内地（大陆）员工一样，不再需要任何前置或特别的就业许可。

第十三条【未订立书面劳动合同第二倍工资的计算方式】用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同的，应当支付劳动者的第二倍工资按月计算。不满一个月的，按该月计薪日计算。

快评：此条规定是对未签劳动合同第二倍工资计算标准的明确，更便于产生争议之后的计算标准的确定。

第十四条【不予支付未订立书面劳动合同第二倍工资情形】因下列情形未订立书面劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同第二倍工资的，人民法院**不予支持**：

- （一）因不可抗力导致未订立的；
- （二）因劳动者自身原因未订立的；
- （三）因存在劳动合同法第四十五条、劳动合同法实施条例第十七条、工会法第十九条规定的情形，在劳动合同期满续延期内未订立的；
- （四）法律、行政法规规定的其他情形。

快评：“未签劳动合同的第二倍工资”的立法本意，就是在于对劳动者订立劳动合同权利的保护，是对那些具有主观故意或放任的，企图通过不订立劳动合同而规避用人单位义务的用工主体的一种“惩罚性赔偿”。因此，该“赔偿”存在的前提应当以用人单位存在主观故意或放任为前提。但对于用人单位已经履行了告知义务，而由于不可抗力、劳动者自身原因等情况未签订的，不应归责于用人单位，更不应要求用人单位来承担具有“惩罚性赔偿”意义的第二倍工资。实际上，多地的司法实践，包括一些地方的规定、政策（如《上海市高级人民法院关于适用《劳动合同法》若干问题的意见》（沪高法[2009]73 号，以下简称“73 号文”）中的第二条“劳动关系双方当事人未订立书面合同的处理”）也已经落实了该等裁审标准。此条规定的明确，也更有利于统一该等认定标准的适用。

第十五条【视同订立无固定期限劳动合同期间不支付第二倍工资】存在劳动合同法第十四条第三款

规定情形，劳动者以用人单位未及时补订书面劳动合同为由，要求用人单位支付视为已与劳动者订立无固定期限劳动合同期间第二倍工资的，人民法院不予支持。

快评：“未签劳动合同的第二倍工资”对应的是用人单位在“没有订立”合同情况下的责任。而当存在《劳动合同法》第十四条第三款规定情形时，已经“视为”订立了无固定期限合同，可以理解为“即便没有实体订立也被认定已经订立”，那么这种情况下就不存在“没有订立”的概念，再主张对应的“第二倍工资”也即不予支持。

第十六条【符合订立无固定期限劳动合同但订立固定期限劳动合同不支付第二倍工资】符合订立无固定期限劳动合同条件的劳动者与用人单位协商一致订立固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立无固定期限劳动合同第二倍工资的，人民法院不予支持。

快评：此条规定也与目前普遍的司法实践一致，即，在订立无固定期限劳动合同的问题上，既有法律强制性规定对订立无固定期限劳动合同条件的保护，也尊重双方的意思自治的结果。而且从此条规定的表述来看，双方订立固定期限劳动合同的有效性也并未强调必须是要由“劳动者”提出。因此，目前仍存在的认为要该等“固定期限劳动合同有效”的前提是要由“用人单位举证是由劳动者提出”的观点，在此条规定落实后可能也将被统一调整。

第十七条【劳动合同的续订】符合下列情形之一，劳动者主张已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同的，人民法院应予支持：

（一）用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上，延长期限届满的；

（二）用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延，续延期限届满的；

（三）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同，期限届满的；

（四）以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同，期限届满的。

快评：此条规定的重点在于第（三）、第（四）项，对于“连续订立二次固定期限劳动合同”中的用人单位主体的要求不再局限于同一用人单位，而是更通过立法本意的出发点来作为认定的标准。同前述第九条的内容类似，对于包括劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称等违反诚信原则再次订立劳动合同，旨在规避订立无固定期限劳动合同义务形成条件的行为加以严格约束，从根本上强化了劳动者依法订立无固定期限劳动合同的权利。

第十八条【竞业限制条款的效力】用人单位与高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员约定在职期间竞业限制条款，劳动者以在职期间不得约定竞业限制、未支付经济补偿为由请求确认竞业限制条款无效的，人民法院不予支持。

快评：《劳动合同法》第二十三、第二十四条所明确的“竞业限制期限”均是指向“解除或终止劳动合同后”，并未包括“在职期间”。实践中，虽也有认定在职期间竞业限制约定效力的案例，但也是相对少数的观点。因此，如果此条规定最终落实，可以理解为对“竞业限制期限”的重新定义。我们认为，从劳动合同

订立的最基本的诚实信用原则的角度出发，按照“举轻以明重”的原则，在约定竞业限制的情况下，离职后如果要遵守，那么在职期间的劳动者就更应基于最基本的忠诚义务做到竞业限制，如果违反竞业限制，除了用人单位的规章制度管理，也应当因为违反竞业限制约定来承担违约责任。

第十九条【劳动者违反竞业限制约定应承担的责任】竞业限制条款约定的竞业限制范围、地域、期限等内容应当与劳动者知悉、接触的商业秘密和与知识产权相关的保密事项、具有的商业价值和形成的竞争优势相适应。劳动者违反竞业限制约定，用人单位按照约定依法要求劳动者返还违反竞业限制约定期间已经支付的经济补偿、支付违约金的，人民法院应予支持。

快评：此条强调了返还已经支付的经济补偿约定的有效性。另外还值得关注的是，此条对“支付违约金约定的支持”的表述是否会对司法实践中普遍存在的“违约金过多自由裁量调整”的问题产生实质性影响，而更倾向于尊重双方意思自治约定的违约金的数额，有待司法实践在此条规定得以落实后的理解和运用。但结合此条第一句规定的内容，我们倾向性认为，“违约金”包含在“等内容”中，其具体金额的合理性，仍可能由法院结合与劳动者知悉、接触的商业秘密和与知识产权相关的保密事项、具有的商业价值和形成的竞争优势、违反竞业限制义务的主观恶意等因素综合考量。

第二十条【用人单位单方调整工作岗位、工作地点的审查标准】劳动者因用人单位单方调整工作岗位、工作地点发生的劳动争议，用人单位对调整工作岗位、工作地点的合法性负举证证明责任。

劳动者主张调整工作岗位、工作地点违法，有下列情形之一的，人民法院应予认定：

- （一）不符合劳动合同的约定或者用人单位规章制度规定的；
- （二）非出于用人单位生产经营客观需要的；
- （三）劳动者的工资及其他劳动条件存在不利变更且未提供必要协助或者补偿措施的；
- （四）劳动者客观上不能胜任调整后的工作岗位的；
- （五）存在歧视性、侮辱性等情形的；
- （六）违反法律、行政法规等规定的。

用人单位违法调整工作岗位、工作地点，劳动者以用人单位不提供劳动条件为由，要求解除劳动合同并支付经济补偿的，人民法院应予支持。

快评：此条规定虽然主要表述的方向是对“违法地单方面调整岗位、工作地点”的规定，但从另一个角度看，也一定程度上开放了有约定的情况下，出于用人单位生产经营客观需要的，不影响劳动者根本利益地、不具有歧视性、侮辱性地、合理的岗位、工作地点调整的可能性，授予用人单位更多的合理的用工自主权，同样注重用人单位经营发展与员工合法权益的平衡保护。

第二十一条【无法继续履行劳动合同的情形】用人单位违法解除或者终止劳动合同后，有下列情形之一的，可以认定为劳动合同法第四十八条规定的“劳动合同已经不能继续履行”：

- （一）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中期满且不存在应当依法续签、续延劳动合同情形的；

- (二) 劳动者达到法定退休年龄的；
- (三) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- (四) 用人单位被宣告破产的；
- (五) 用人单位解散的，但因合并或者分立需要解散的除外；
- (六) 劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系，对完成用人单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不与其他用人单位解除劳动合同的；
- (七) 存在劳动合同客观不能履行的其他情形的。

快评：恢复劳动关系，继续履行劳动合同是劳动者在认为劳动合同被违法解除情况下具有明确法律依据的请求内容。然而，劳动关系由于存在管理和被管理的关系，具有较强的人身属性，因此，是否适合恢复劳动关系继续履行劳动合同并非能简单地一概而论。司法实践中，仲裁委、法院在认定“劳动合同已经不能继续履行”的标准上大都以“岗位是否被替代”和“双方已经失去了相互的信任基础”作为原则来认定，此条规定将更有利于裁判人员对细化的具体标准进行适用，来作出是否能继续履行劳动合同的认定。

第二十二条 【职业病健康检查对解除劳动合同效力的影响】用人单位未按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织从事接触职业病危害作业的劳动者进行离岗前的职业健康检查，双方协商一致解除劳动合同后，劳动者请求继续履行劳动合同的，人民法院应予支持，但有下列情形之一的除外：

- (一) 一审法庭辩论终结前用人单位已经组织劳动者进行职业健康检查且经检查劳动者未患职业病的；
- (二) 用人单位组织劳动者进行职业健康检查，劳动者无正当理由拒绝检查的。

快评：协商一致解除劳动合同基于其意思自治，双方协商一致确认的基础，一直被认为是受到特殊因素影响最小的解除方式，一旦双方达成一致，被推翻的可能性很小。但此条规定的表述，则更体现出法律对特殊劳动者的保护，可以理解为劳动者如果在未经过职业病危害的职业健康检查的前提下，对于身体情况的判断可能存在重大偏差，因而作出协商解除的意思表述可能存在重大误解。此条规定也提醒用人单位与劳动者双方，对于从事接触职业病危害作业的劳动者，应加强离职前职业病危害的职业健康检查的意识，更全面、公平地保障该类特殊劳动者的合法权益。

第二十三条 【未依法缴纳社会保险费的责任】用人单位与劳动者有关不缴纳社会保险费的约定无效。

劳动者与用人单位约定不缴纳社会保险费，劳动者以用人单位未依法缴纳社会保险费为由请求支付经济补偿的，人民法院应予支持。

用人单位补缴社会保险费后，请求劳动者返还已给付的社会保险补偿的，人民法院应予支持。

快评：用人单位和个人依法缴纳社会保险费是《社会保险法》明确规定的法律义务，用人单位和个人不得通过自由约定不缴纳来免除法律强制性规定的义务。因此，即便事先有劳动者的“同意”或“申请”，用

人单位仍有义务拒绝该等违法“约定”，履行缴纳义务。否则，一旦劳动者按照《劳动合同法》第三十八条解除劳动合同并主张经济补偿的，用人单位仍应当支付经济补偿，并还应补缴相应的社会保险费用。另外，需要提醒的是，虽然此条规定只写了“不缴纳”的约定无效，没有明确“约定缴纳但少缴纳”对于用人单位是否会有相同的风险。我们认为，《劳动合同法》规定的支付经济补偿的条件是“未依法为劳动者缴纳社会保险费的”，所以“少缴”也是未依法履行，仍很可能被认定符合支付经济补偿的条件。因此，从用人单位角度出发，建议应充分注意到此条规定对于“约定无效”的认定规则，严格依法缴纳社会保险。

第二十四条 【劳动合同期满后继续用工责任】劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，**用人单位未表示异议超过一个月的，人民法院可以视为双方以原条件续订劳动合同**，用人单位应当与劳动者补订书面劳动合同。

符合订立无固定期限劳动合同的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系。

用人单位解除劳动合同，劳动者请求用人单位依法承受解除劳动合同法律后果的，人民法院应予支持。

快评：此条规定是对用人单位及时“续订”劳动合同的一个重要提醒。在目前的司法实践中，存在一种观点认为，劳动合同到期继续履行但未续签的，在未续签且未达到被视为订立无固定期限劳动合同之前，用人单位可以在支付经济补偿的情况下合法终止劳动合同。而如果此条规定最终落实，到期后未续签一旦超过一个月，不但有可能被追究支付第二倍工资的责任，还将被视为应以原条件续订劳动合同，如用人单位届时行使单方解除权的，则可能承担违法解除的法律责任。因此，用人单位务必应对劳动合同的“及时”续签或终止的通知引起充分的重视。

第二十五条 【仲裁或者诉讼期间的工资】用人单位作出解除、终止劳动合同决定被确认违法且劳动合同可以继续履行，劳动者请求用人单位支付上述决定作出后至仲裁或者诉讼期间工资的，用人单位应当按劳动者提供正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

人民法院可以根据**劳动者怠于申请仲裁及提起诉讼**、劳动者在争议期间向其他用人单位提供劳动等因素综合确定用人单位、劳动者的过错程度。

快评：此条的重点在于规定了认定“劳动者存在过错”的一些参考标准，特别是关于将“劳动者怠于申请仲裁及提起诉讼”作为劳动者存在过错的认定标准之一。事实上，一些地方性的规定和司法实践也存在这样的观点。比如，《上海市企业工资支付办法》第二十三条就规定，企业解除劳动者的劳动合同，引起劳动争议，劳动人事争议仲裁部门或人民法院裁决撤消企业原决定，并且双方恢复劳动关系的，企业应当支付劳动者**在调解、仲裁、诉讼期间的工资**。按照这个规定，如果劳动者在劳动合同被解除后，怠于申请调解、仲裁、诉讼的，即便最后生效判决认定恢复劳动关系继续履行劳动合同的，恢复期间的工资待遇，也可能只是从劳动者主张权利之日起计算，而从解除之日起至权利主张之前的工资将不会被支持。因此，如果此条规定最终落实，将提醒劳动者对于权利主张要及时行使，如果怠于行使的，也并不会由此获得更多的工资支付。

第二十六条 【特殊待遇问题】用人单位除向劳动者支付正常劳动报酬外，与劳动者约定服务期限并提供住房等特殊待遇，劳动者违反劳动合同约定提前解除劳动合同且不符合劳动合同法第三十八条规

定情形时，用人单位请求劳动者折价补偿服务期限尚未履行部分应分摊费用或者赔偿造成的损失，人民法院可以判令劳动者承担相应责任。

快评：根据《劳动合同法》第二十五条的规定，除违反服务期和竞业限制义务外，用人单位不得与劳动者约定违约金。虽然《劳动合同法》第二十二条规定的“服务期”仅提到了“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”可以约定服务期。但同样在不少地方，从合理性角度出发，认为用人单位除向劳动者支付正常劳动报酬外向劳动者提供住房等特殊待遇的，也可以参照专项培训费用的规则与劳动者约定服务期，并约定相应的违约责任。比如，前述提到的上海市高级人民法院 2009 年 73 号文中就有类似的规定。因此，如果此条规定最终落实，可以认为用人单位给予劳动者价值较高的财物，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，劳动者未按照约定期限付出劳动的，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求劳动者按照相应比例返还。但用人单位需注意的，此规定的返还是“折价补偿服务期限尚未履行部分应分摊费用”，如果用人单位与劳动者是进行“全有全无”的约定的，则可能被认为无效。另外，此条还可以引起关注的是提到了“可以就服务期限尚未履行部分赔偿造成的损失”，那么在司法实践中一直存在争议的“落户”是否也会被评估入内，并结合劳动者违约情况要求赔偿，也有待司法实践在此条规定得以落实后的理解和运用。

第二十七条 【实施时间】本解释自 XXXX 年 X 月 X 日起施行。

本解释施行后尚未终审的案件适用本解释。

本解释施行前已经终审，本解释施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

快评：从法律适用时间的规定来看，该《解释（二）》一旦颁布，将会对已经进入争议阶段但未生效的案件产生约束力，很可能对涉及相关条款的案件结果产生较大的影响。因此，无论是劳动者还是用人单位都建议密切关注该《解释（二）》的后续公布及施行。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

林则达

电话： +86 21 6080 0266

Email: zeda.lin@hankunlaw.com