

《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）》解读与建议（下篇）

作者：刘宇翔、吴琼

引言

2023年12月12日，最高人民法院发布了《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“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。海问律师事务所劳动法团队在上篇中对第一条至第十七条进行分析，本文将继续对《征求意见稿》第十八条至第二十七条逐条分析，以供读者参考。

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。

1、条款背景及解读

《劳动合同法》和《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（一）》中，[1]对于解除或者终止劳动合同后的竞业限制权利义务进行了明确规定，但并未对在职期间的竞业限制事项进行明确规定。此条对于在职期间的竞业限制条款效力进行了明确，并在指出未支付经济补偿不影响竞业限制条款效力，有利于统一裁判标准。

- 在裁判实践中，对于约定在职期间竞业限制条款的违约责任是否违反《劳动合同法》第二十五条不得约定违约金条款的问题存在一定争议。因高级管理人员高管对于公司应承担不与公司竞争的忠实义务，约定其承担在职期间的竞业限制义务在实践中基本没有争议。而对于高级技术人员和其他负有保密义务的人员，实践中则存在不同的观点。主流观点认为，竞业限制义务期限可以包含在职期间。[2]但是，也有少数观点认为在职期间约定劳动者的竞业限制违约责任违反法律法规的规定。[3]
- 在职期间承担竞业限制义务是否需要支付竞业限制经济补偿，根据各地的司法实践，对于劳动者在职期间的竞业限制义务，如果协议中未约定用人单位需支付补偿金，则用人单位通常无需支付补偿金。[4]我们理解，从劳动者的就业权利和义务的层面出发，在职期间由于劳动者的就业权利已得到保障，负有对用人单位的忠实义务，因此，约定在职期间的竞业限制义务，支付补偿金并非必需的观点具有合理性。

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

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。

1、条款背景及解读

此条明确了竞业限制范围、地域、期限等内容应当限制在必要的范围内，对审查竞业限制的范围、地域、期限等内容提出了更严格的要求。此条也在原有规定的基础上新增了法院应支持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的请求。

- 关于竞业限制范围、地域、期限等内容，目前《劳动合同法》第二十四条仅规定由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。[5]各地也暂无其他不同的要求。
- 关于劳动者违反竞业限制约定应承担的责任，《劳动合同法》第二十三条和《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（一）》第四十条规定，如果劳动者违反竞业限制约定，应向用人单位支付违约金，并且如果用人单位要求，劳动者应继续履行竞业限制义务。[6]《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第三十五条还明确了负有竞业限制义务的员工违反竞业限制协议，同时违反保密义务给企业造成损害的，受损害的企业有权在要求支付违约金之外提出赔偿损失的要求。[7]
- 实践中，大部分法院亦是从事用人单位所处行业特点、劳动者的岗位和工作内容等方面对劳动者是否属于竞业限制人员范围进行实质审查。通常情况下，即便用人单位与劳动者没有约定竞业限制义务的地域范围，也不会影响竞业限制约定的生效，在这种情况下，法院对于何种地域范围构成竞争有一定的自由裁量权。如果合同约定应返还补偿金，则公司提出返还已支付的经济补偿，法院普遍支持返还。

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

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。

1、条款背景及解读

此条明确对于调岗和调整工作地点，法院应实质审查其合法性和合理性，并且由用人单位承担证明责任。此条列举了会导致调整工作岗位和工作地点违法的几种情形，并明确如果用人单位违法调整工作岗位和工作地点，属于《劳

《劳动合同法》第三十八条第一项中规定的“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”。

- 各地现有的规则中，不少地区性的规则或裁审口径也规定了由用人单位对调岗的合理性承担证明责任。[8]实践中，通常也由用人单位对调岗的合法性和合理性承担证明责任。也有部分地区对于调岗的合理性应当考虑的因素作出了列举，与此条列举的要素具有一定的相似性。部分地区为区分了劳动合同或规章制度存在约定和不存在约定的情形下合理性的考虑因素[9]，部分地区则未做区分[10]。
- 实践中，违法调整工作岗位和工作地点通常被视为第三十八条第一项中规定的“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”。

2、问题及不足

- 从条款的文义上看，发生法律规定可以调整的情形（例如按照《劳动合同法》第四十条的“不胜任”或“客观情况变化”的）进而对劳动者进行工作岗位和工作地点调整的情况，可能落入第二款第一项“不符合劳动合同的约定或者用人单位规章制度规定的”（如果劳动合同未约定或规章制度未规定上述法定情形）和第二项“非出于用人单位生产经营客观需要”规定的违法情形里，因而仅根据文义判断可能会产生依法调整工作岗位和工作地点的情况可能属于违法的误解和歧义。
- 此条第二款第四项中规定的“劳动者客观上不能胜任调整后的工作岗位的”，我们理解条文原意是指调整后的工作岗位不符合劳动者的工作技能、身体状况等导致劳动者不能胜任调整后的工作岗位，但此项容易和《劳动合同法》第四十条第二项所述的“劳动者不能胜任工作”产生混淆。

3、完善建议

原文	建议修订
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。	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且出于用人单位生产经营客观需要的；也不符合劳动法律法规规定的调整工作岗位、工作地点情形的； （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）调整后的工作岗位因不符合劳动者的工作技能、身体状况等导致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）其他违反法律、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。

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。

1、条款背景及解读

此条明确了哪些情形属于《劳动合同法》第四十八条规定的用人单位违反法律规定解除或终止劳动合同，劳动合同不能继续履行的情况，在一定程度上统一了各地对于无法继续履行情形的裁审标准。虽此条的第七项保留了一定的灵活性和自由裁量的空间，各地法院可以根据不同的情形进行灵活处理，但是整体口径更趋向于紧缩，排除了“丧失信赖基础”等较为主观的情形。

- 北京市对于什么情形下属于《劳动合同法》第四十八条规定的不能继续履行劳动合同有地方性的裁审口径^[11]，与此条存在较高的相似性。
- 实践中，其他地区对于不能继续履行劳动合同的情形存在不同的理解。例如，上海市认定的劳动合同不能继续履行的情形包括原岗位撤销/不存在、原岗位已另聘他人、员工另谋他职、劳动合同已到期、信用关系已破裂以及其他情形；广州市认定的劳动合同不能继续履行的情形包括用人单位无继续履行意愿、丧失信任基础、劳动者原岗位已被替代、劳动者已入职新单位及其他情形。

此外，此条第六项与《征求意见稿》第二十五条明确的仲裁或诉讼期间的工资存在一定的关联性，倾向于给予在被用人单位违法解除或终止劳动合同后与其他用人单位建立劳动关系的劳动者选择的机会，也有意鼓励劳动者在争议期间去寻找新的工作机会。

2、问题及不足

无。

3、完善建议

无。

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。

1、条款背景及解读

此条在《劳动合同法》及《职业病防治法》规定的从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查的，用人单位不得依据《劳动合同法》第四十条、第四十一条解除劳动合同的基础上，进一步明确如果劳动者请求

继续履行，则用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同的行为无效。但此条存在两项除外情形，我们理解，其中情形一劳动者的职业健康检查结果也应在一审辩论终结前出具；情形二中用人单位组织劳动者进行职业健康检查时点应在解除合同之前。

- 《职业病防治法》中规定用人单位应组织从事接触职业病危害的作业的劳动者进行离岗时的职业健康检查。[13]
- 实践中，最高人民法院公报案例也明确了从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查的，用人单位与其协商一致解除劳动合同应认定无效。[14]

2、问题与不足

根据本条的文义，如果一审辩论终结前，用人单位组织从事接触职业病危害的作业的劳动者进行离岗时的职业健康检查，劳动者如果无正当理由拒绝，是否符合此条第二项规定的“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”可能存在不同的理解。我们理解组织劳动者进行离岗时的职业健康检查是用人单位的义务，如果该义务可以在一审辩论前补正，会导致所有用人单位不再履行离岗前的职业健康检查义务。因此，除外情形第二项的规定不包括在一审辩论终结前劳动者无正当理由拒绝检查的情况。

3、完善建议

原文	建议修订
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。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。	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）在劳动合同解除之前，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。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。

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。

1、条款背景及解读

实践中，部分劳动者为了获得更多的月工资，主动向用人单位提出不缴纳社会保险，并要求用人单位将本应该扣除的社保费用通过补偿的形式支付给劳动者。但因缴纳社会保险是我国劳动法规定的用人单位的法定义务，若双方自愿签署了不缴纳社保的协议，该约定是否会因为违反强制性规定而无效，全国各地观点不一，目前各地主要存在以

下三种观点。

- 观点一：因劳动者自己原因导致用人单位未能为其缴纳社保或者足缴纳社保，劳动者不得以此为由要求用人单位支付经济补偿，代表地区：江苏省、浙江省。[15]
- 观点二：依法缴纳社会保险是用人单位的法定义务，即便是劳动者自身原因，只要用人单位未缴纳社保，劳动者就可以辞职并要求支付经济补偿，代表地区：北京市。[16]
- 观点三：用人单位未给劳动者缴纳社会保险的，限制用人单位在一定期限内缴纳，如果到期未缴纳的，劳动者可以辞职并要求支付经济补偿，代表地区：广东省。[17]

本条意在统一全国的观点，强调用人单位缴纳社会保险的法定义务，明确用人单位与劳动者签署的不缴纳社保协议无效，且一旦签署的，劳动者可以以此为由要求支付经济补偿。本条还强调，只有用人单位补缴完社会保险后，才可以要求劳动者返还已经支付的补偿费用，进一步增加了用人单位不依法缴纳社会保险的违法成本。

2、问题与不足

目前本条仅强调了“不缴纳社会保险费的约定”无效，但是并未提及“部分缴纳/少缴纳”社会保险费用的约定是否有效，这可能会导致各地对于“部分缴纳/少缴纳”社保的情形规定不一的情况继续持续。但是考虑到实践中，“部分缴纳/少缴纳”社保的情形，尤其是社保缴费基数不足的问题较为常见，如果也对上述情形进行统一规定，可能会对目前的企业经营环境带来较为不利的影响，反而会适得其反。

3、完善建议

随着社会保险缴纳进一步规范，建议在未来对“部分缴纳/少缴纳”社保的情形也进行明确的规定。

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。

1、条款背景及解读

关于劳动合同期满后继续用工的问题，此前《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（一）》已有明确的规定。本条为用人单位设置了一个月的异议期，超过异议期则不再享有终止劳动合同的权利，需以原条件续订劳动合同，否则需要承担相应的法律后果。

- 《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（一）》第三十四条，在劳动合同期满后继续用工的情况下，赋予了用人单位可以随时终止劳动合同的权利。[18]
- 广东省与本条的意思相近，在劳动合同期满后一个月内，用人单位可以终止劳动合同。[19]
- 北京市则采用了较为严格的口径，只有在劳动者不续签书面劳动合同时，用人单位才能终止，并支付补偿金。[20]

2、问题及不足

- 本条仅约定“未表示异议超过一个月的”情形下，用人单位需按照原条件与劳动者履行劳动合同，如未超过一个月，用人单位是否可以依据《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（一）》规定终止劳动合同，存在一定歧义。

- 按照原条件继续履行劳动合同后，是否需要支付未签订“书面劳动合同的双倍工资”，支付双倍工资的期限是否包括本条中的一个月的“异议期”，存在一定歧义。

3、完善建议

原文	建议修订
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。	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，用人单位在一个月内，以劳动合同届满为由终止劳动合同，可视为劳动关系终止；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。

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。

1、条款背景及解读

本条主要规定了违法解除劳动合同后继续履行劳动合同的工资问题，主要明确了以下两点：一是明确了工资的支付期间，即“决定作出后至仲裁或者诉讼期间”；二是明确了工资的支付标准，即“提供正常劳动时的工资标准”，而且规定了影响工资标准的因素，即“双方过错程度”。

关于继续履行劳动合同期间的工资问题，目前各地之间的规定存在一定的差异：

- 北京市：工资期间为“处理决定作出后至仲裁或诉讼期间”，工资标准为“最低工资标准”（违法解除仅程序违法）和“正常劳动时的工资标准”（违法解除是因为实体违法）。[21]
- 上海市：工资支付期间为“调解、仲裁、诉讼期间”，工资标准为“工资”。[22]
- 广东省：工资支付期间为“被违法解除劳动关系期间”，工资标准为“前十二个月的平均正常工作时间工资”。[23]
- 浙江省：工资支付期间为“停发工资日以后的工资”，工资标准为“停发工资前十二个月的平均工资”。[24]

本条款有可能让解雇类争议进入到一个全新的阶段，仲裁员和法官的裁量权进入到“定量”的领域。即便解雇行为违法且被支持继续履行合同，所被支持的金额可能大相径庭。

2、问题及不足

此前司法实践中，对于劳动者要求继续履行劳动合同的请求，只要用人单位能够证明诉讼、仲裁期间劳动者与其他单位建立劳动关系，则裁判机构会倾向于认定无法继续履行劳动合同。在此情况下，如果劳动者决定主张继续履行劳动合同，则不会也不能去找新的用人单位，一旦与其他单位建立劳动关系，那么继续履行劳动合同的请求大概率

不会得到支持，相当于变相令劳动者“躺平”，不去寻找新的工作机会。

但《征求意见稿》第二十一条（六）项规定，“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”才能视为劳动合同不能继续履行。我们理解该条的初衷，意在鼓励劳动者在诉讼、仲裁期间能够积极主动的去寻找新的工作机会，解除诉讼、仲裁期间，劳动者也必须与用人单位绑定的束缚。如基于上述考量，本条在规定继续履行劳动合同期间的工资问题时，可能会存在以下问题：

- 关于过错情形，目前法条中仅列举了“申请仲裁及提起诉讼、劳动者在争议期间”存在过错的情形，未规定用人单位在作出处理决定前的过错情形，比如：劳动者实体上确实存在过错，用人单位违法解除仅是因为程序瑕疵。
- 既然立法初衷有意鼓励劳动者在争议期间另行寻找新的工作机会，关于本条第二款罗列的“劳动者在争议期间向其他用人单位提供劳动”则不宜表述为“过错”，而仅应作为用人单位应支付多少工资的考虑因素。劳动者在仲裁、诉讼期间积极工作并获得报酬而非“躺平”，而是在履行一种类似“不真正义务”，让社会资源更充分的分配，应当肯定劳动者积极工作的价值，劳动者不应因此遭受损失。

3、完善建议

原文	建议修订
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急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。	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。 人民法院可以根据用人单位作出解除、终止劳动合同决定被认定违法的原因、劳动者急于申请仲裁及提起诉讼等因素综合确定用人单位、劳动者的过错程度；也可以适当考虑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仲裁或者诉讼期间的工资标准用人单位、劳动者的过错程度。

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按约定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的，人民法院可以判令劳动者承担相应责任。

1、条款背景及解读

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由劳动者承担的违约金。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。但实践中用人单位为了吸引、保留人才，也存在为劳动者提供住房、汽车、额外奖金等特殊的福利待遇，将特殊福利待遇与服务期绑定。而且不少地方法院从公平合理、预付等角度也支持了用人单位要求返还相应福利待遇或赔偿损失的请求。

基于上述司法实践，本条明确了提供特殊待遇的情形，可以约定服务期限，并且用人单位可以就劳动者提前解除劳动合同的行为，要求其承担“尚未履行部分应分摊费用”或者“损失”。

2、问题及不足

- 此条未界定“住房”的含义。提供租房是否属于“住房”，如果属于，那么租房也就属于“特殊待遇”，一方面会扩大“特殊待遇”的范围，另一方面如果租房是即租即停，那么用人单位一般也不会存在相关损失或者分担费用。
- 此条未界定“特殊待遇”的含义。如果不对“特殊待遇”的范围进行限定，可能会导致开口过大，存在用人单位滥用本条，约定服务期加重劳动者义务的情况。
- 此条仅规定了“劳动者违反劳动合同约定提前解除劳动合同”的情形，用人单位因为“严重违纪”等非归咎于用人单位的原因解除劳动合同时，可能无法适用本条。
- 此条未明确“折价补偿服务期限尚未履行部分应分摊费用”应当按照约定处理，可能会造成“无约定的情况下也应当补偿分摊费用”的误解。

3、完善建议

原文	建议修订
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。	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，因劳动者违反劳动合同服务期约定提前解除导致劳动合同解除，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按约定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。 本条中的特殊待遇是指用人单位向非一般劳动者提供的具有一次性支付特点的非常规待遇。

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。
--

1、条款背景及解读

此条明确了解释施行以后案件的适用问题，即施行后尚未终审的案件适用，但“尚未终审”不包括终审后申请再审或决定再审的情况。此条强调了如果本解释有内容与此前发布的司法解释不一致，则以本解释为准。

- 由于《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（一）》融合了此前发布的几个司法解释，因而未规定司法解释的适用问题。
- 已经失效的《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（二）/（四）》都有关于司法解释适用性的规定，[25]与本解释基本一致。也有部分其他司法解释的结尾存在类似的规定。[26]

2、问题与不足

无。

3、完善建议

无。

