

劳动争议《司法解释二》分析解读（第11-21条）

作者：刘宇翔、吴琼

引言

2025年7月31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）》（法释〔2025〕12号，以下简称“《**司法解释二**》”），并将于同年9月1日施行。作为劳动法领域的重要司法依据，《司法解释二》历经长期和广泛的征求意见过程后，终于正式落地。其中，对于竞业限制无效情形、混同用工的责任划分、劳动合同不能继续履行的情形、社保免缴约定的后果、二次固定期限合同认定等难点问题明确了裁审口径，也删除了《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“《**征求意见稿**》”）中关于股权激励案件定性、未休年休假补偿时效等争议性较大的条款。

作为全国层面的司法解释，《司法解释二》预期将会对各行业、各地区用人单位的劳动用工管理和合规实践起到深刻重要的指导作用。同时，对于其中具体规则的理解和适用，以及与各地区现行政策和司法口径的冲突处理，将需要进一步分析与应对。

海问律师事务所劳动法团队结合法律规定、司法实践以及实务经验，对《司法解释二》在条款解读、立法及司法沿革与渊源、引申问题与提示等角度进行了逐条分析，以供读者参考。

此为本系列文章的第二篇，涵盖《司法解释二》第十一条至第二十一条。

第十一条 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，劳动者请求用人单位以原条件续订劳动合同的，人民法院依法予以支持。

符合订立无固定期限劳动合同情形，劳动者请求用人单位以原条件订立无固定期限劳动合同的，人民法院依法予以支持。

用人单位解除劳动合同，劳动者请求用人单位依法承担解除劳动合同法律后果的，人民法院依法予以支持。

一、条款解读

本条是关于劳动合同期满后双方未及时续订但继续用工情形下的劳动关系处理的规定。在此情况下，用人单位在一个月内仍有权提出异议并主张终止原合同；但对于一个月异议期满后仍继续用工的，则用人单位难以单方终止合同，劳动者可以依法主张以原条件续订合同。此处的原条件一般包括但不限于工资待遇、工作职责、岗位级别、工时休假、合同期限等。但就其中的劳动合同期限，按照本条第二款的规定，如果符合“订立无固定期限劳动合同情形”，劳动者可以主张双方订立无固定期限劳动合同。本条相较于《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）》（法释〔2020〕26号，以下简称“《**司法解释一**》”）中的规定，对用人单位的终止权进行了限缩。按照《司法解释一》第三十四条第一款的规定[1]，在劳动合同到期未及时续签的情况下，只要尚未达到一年（即视为订立无固定期限劳动合同的情形）的，用人单位仍可提出终止劳动合同的请求，而按照《司法解释二》第十一条规定，该等提出异议的期限仅为一个月。可见，《司法解释二》督促用人单位进一步提高劳动合同续签的管理标准。

二、立法/司法沿革及渊源

就上述情形的趋严规范，并非《司法解释二》的“原创”。此前，已有多地存在类似地方性规范和司法口径，例如：

- 在北京市，按照《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件解答（一）》（京高法发〔2024〕534号，以下简称“《**北京市劳动争议案件解答（一）**》”）第40条第二款规定，一般认为，在劳动合同期满后继续实际用工的，只有在劳动者不同意续签书面劳动合同时，用人单位才能终止，且需要支付补偿金[2]。该规定甚至没有设置《司法解释二》给予用人单位的一个月异议期。当然，北京市的司法口径应该与北京市的地方性规定有关。《北京市劳动合同规定》规定在劳动合同期限届满前，用人单位应当提前30日将终止或者续

订劳动合同意向以书面形式通知劳动者。可见，在北京市，一个月的异议期限被安排在了劳动合同届满前。

- 在上海市，就此问题虽无明确的具体规定，但相关司法口径也没有放任用人单位的终止权。上海市司法口径认为，如用人单位已尽到诚实信用义务主动提出续签合同或协商合同条款，而劳动者不予签订的，用人单位可以终止劳动关系；如果用人单位未及时提出续签合同或未与劳动者协商续签合同，则一般不能以未续签合同为由终止劳动关系。参考案例：（2023）沪0106民初38162号，（2021）沪0115民初16395号。
- 在广州市，既有规定《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要》第31条[3]与《司法解释二》的规范内容类似，劳动合同期满后继续用工的，用人单位能够且只能在劳动合同期满后一个月内行使终止、解除权。

综上所述，《司法解释二》就此问题制定的趋严性规范，更像是对当前各地司法实践趋势的确认和全国层面规则的进一步统一。

三、引申与提示

需要额外提示的是，此条虽然赋予了用人单位在劳动合同期满后一个月内提出异议并终止劳动关系的权利，但并未提及在这一个月内存用人单位是否应当承担未续订书面劳动合同的二倍工资问题。笔者认为，现行各地司法实践中对这一问题的裁审尺度大概率仍将被沿用执行（例如：在北京，二倍工资自原劳动合同到期次日起算；而在上海，往往会提供一个月的宽限期，二倍工资一般自原劳动合同到期满一个月之日的次日起算）。

笔者建议用人单位建立劳动合同台账，密切动态监测员工劳动合同期满的情况，并尽可能在劳动合同期满提前30日决定并与员工沟通续订或终止劳动合同，避免劳动合同期满后未续订书面劳动合同但继续用工的风险。如因特殊原因未能在劳动合同期满时续订书面劳动合同，也应当至迟于期满之日起一个月内向员工提出，如员工不同意续订或双方无法就续签条件达成一致的，应当及时终止劳动关系。

注释：

[1] 《司法解释一》第三十四条第一款规定：“劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应予支持。根据劳动合同法第十四条规定，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的，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。”

[2] 《北京市劳动争议案件解答（一）》第40条第二款规定：“劳动合同期满后仍继续工作，经用人单位通知，劳动者不续签劳动合同的，用人单位可适用《劳动合同法实施条例》第六条终止劳动关系。”

[3] 《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要》第31条：“用人单位在劳动合同期满后一个月内，以劳动合同届满为由终止或解除劳动合同，可视为劳动关系终止。”

第十二条 除向劳动者支付正常劳动报酬外，用人单位与劳动者约定服务期限并提供特殊待遇，劳动者违反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的单方解除劳动合同情形时，用人单位请求劳动者承担赔偿责任的，人民法院可以综合考虑实际损失、当事人的过错程度、已经履行的年限等因素确定劳动者应当承担的赔偿责任。

一、条款解读

本条是关于用人单位向劳动者提供特殊待遇并约定服务期的规定。根据《劳动合同法》第二十二条、第二十五条的规定，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，可以与劳动者约定服务期；除劳动者违反竞业限制和前述服务期约定外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

然而，在用工实践中，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、签约奖金、留任奖金等特殊的福利待遇，并同步约定最低服务期的情况。该条借鉴广泛的司法裁判实践，基于意思自治和诚实信用的原则，对于提供了特殊福利待遇并约定对应的服务期的，若劳动者未满足服务期提前离职的，用人单位可以要求劳动者赔偿造成的损失。

值得注意的是，此条并未突破《劳动合同法》第二十五条中关于违约金情形限制的规定，没有支持用人单位主张约定的违约金，而是规定用人单位可以要求劳动者赔偿损失。而损失金额的认定，需由人民法院根据实际损失、当事人的过错程度、已经履行的年限等因素综合考虑酌定。不难看出，在上述情形下，用人单位的特殊福利待遇支出本身就可以是实际损失的合理组成部分。

二、引申与提示

1、关于用人单位与劳动者约定落户服务期的效力

实践中，部分一线城市的户口属于稀缺资源，一些用人单位为员工办理落户而绑定服务期，并且约定劳动者提前辞职应当承担违约责任的现象亦较为常见。对于该等约定的效力，司法实践中尚存在争议。目前司法实践中主流观点认为用人单位与员工约定的落户违约金因违反法律强制规定而当属无效，但劳动者违反诚实信用原则，给用人单位造成损失的应予赔偿。《司法解释二》第十二条中的“特殊待遇”是否包括“落户/户口名额”，也有待司法实践中的进一步解读和适用。

2、关于用人单位单方解除劳动合同情形下的损失赔偿责任

本条仅明确规定了劳动者主动辞职情形下的损失赔偿责任，没有规定用人单位单方解除劳动合同，尤其是用人单位因劳动者过错而依法解除劳动合同的情况。笔者认为，劳动者在服务期过程中存在过错，被用人单位依据《劳动合同法》第39条的规定单方解除劳动合同的情形，具有参照适用本条款的规定的合理性基础，具体亦有待司法实践中的进一步解读和适用。

3、准确把握“正常劳动报酬”的范围，避免条款的滥用

对本条款中“正常劳动报酬”的范围的界定，也可能成为后续司法实践中对本条款适用的焦点问题之一，应当避免对此任意扩大化的解释或约定。对于个别用人单位将本属于“正常劳动报酬”范围的奖金、福利待遇等套用本条款，强行约定服务期的，司法机构应做出无效认定。

第十三条 劳动者未知悉、接触用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，劳动者请求确认竞业限制条款不生效的，人民法院依法予以支持。

竞业限制条款约定的竞业限制范围、地域、期限等内容与劳动者知悉、接触的商业秘密和与知识产权相关的保密事项不相适应，劳动者请求确认竞业限制条款超过合理比例部分无效的，人民法院依法予以支持。

一、条款解读

本条是本次《司法解释二》的重点条款，也是备受关注的条款。首先，本条再次重申了竞业限制规则的适用范围，明确了不知悉、不接触用人单位的商业秘密和知识产权相关的保密事项的劳动者不承担竞业限制义务，这与《劳动合同法》第二十四条规定的竞业限制人员范围（即“用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员”）相一致。

同时，此条亦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，即应当与劳动者所知悉、接触到的商业秘密及知识产权相关的保密事项相适应，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。该等合理性审查有利于平衡用人单位商业秘密保护，维护有序竞争、打击恶性竞争，以及保障劳动者的正当自由择业权。

二、引申与提示

竞业限制约定滥用的问题由来已久，近年来也有不少学术届和实务中的质疑声音，部分用人单位几乎与所有员工入

职即订立竞业限制约定，这显然背离了竞业限制制度创设的初心。前文解读不难看出，实际上本条并无任何新设规范，仅仅是重申法律本身的应有之义。即便如此，最高人民法院仍对于本条款十分重视进而在发布会上着重强调，可见滥用之乱象需要加强整治。

除此之外，笔者认为，目前竞业限制制度的另一个问题是对恶意违反竞业限制义务的违约方打击力度不够，对于个别有意挖角的用人单位和有意隐瞒实际去向的违约方，即便原用人单位花费大量成本和精力调查取得员工违约的证据，受限于当前司法实践中认定的违约金额比较有限、且缺少行为保全制度的适用，难以对原用人单位起到有效保护；更有甚者，个别新雇主会承诺为员工承担这部分赔偿责任，进一步导致违约责任缺乏震慑力。之前存在这种情况，一定程度上也与实操中竞业限制约定的范围过宽，导致打击力度不宜过重有关。因此，笔者同时期待在《司法解释二》实施后，对于切实属于高级管理人员、高级技术人员、负有保密义务人员的违约方的打击力度适当加大，同时探索行为保全在此领域的适用，使得竞业限制制度能够精准、切实、有效地起到应有的作用。

第十四条 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，劳动者以不得约定在职期间竞业限制、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。

一、条款解读

本条是关于约定在职期间竞业限制条款及违约责任效力的规定。《劳动合同法》第二十四条规定的竞业限制义务仅限于“在解除或终止劳动合同后”，对于在职期间的竞业限制义务未予明确。本条在规则层面扩大了《劳动合同法》规定的竞业限制义务期限，明确了用人单位可以与高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员约定在职期间的竞业限制条款，且针对在职期间竞业限制并非必须支付补偿金。从劳动者的就业权利和义务层面出发，在职期间，由于劳动者的就业权利已得到保障，理应负有对用人单位的忠实义务。因此，允许约定在职期间的竞业限制义务且无需支付补偿金的观点具有合理性。

二、司法沿革及渊源

对于高级管理人员，根据《公司法》第一百四十八条的规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为……（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。”高级管理人员对于公司应承担法定的忠实义务，因此，用人单位与高级管理人员可以约定细化在职期间的竞业限制义务，在实践中基本没有争议。

然而，对于高级技术人员和其他负有保密义务的人员，是否可以约定在职期间的竞业限制义务，目前司法实践中则存在不同的观点。多数观点认为，可以约定在职期间的竞业限制义务，在职期间竞业限制义务的正当性来源于特定人员的保密义务和忠诚义务。如：（2020）京01民终6027号、（2019）京01民终923号、（2018）京03民终955号案例。但是，也有部分观点认为，竞业限制违约责任仅限于离职后承担，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。如：（2020）沪01民终5551号案例。以上不同的司法观点是基于对法律解读的差异而造成，《司法解释二》出台后，可以统一裁判尺度。

对于在职期间的竞业限制补偿金，各地的司法实践通常认为，如果协议中未约定用人单位需支付补偿金，则用人单位无需支付补偿金。如：（2020）京01民终4570号、（2019）京0105民初7874号、（2021）皖01民终386号。这一裁判口径也得到了《司法解释二》的确认。

三、引申与提示

用人单位需要注意的是，本条并不是支持竞业限制义务当然的扩展到劳动合同履行期限内，这要以“约定”为前提。因此，对于需要于在职期间内履行竞业限制义务的劳动者，用人单位应当在协议中明确约定该条款。

第十五条 劳动者违反有效的竞业限制约定，用人单位请求劳动者按照约定返还已经支付的经济补偿并支付违约金的，人民法院依法予以支持。

一、条款解读

本条是关于劳动者违反竞业限制约定的违约责任的规定。本条明确了劳动者违反竞业限制约定的，用人单位可以要求员工按约定返还已经支付的经济补偿、同时要求员工支付违约金。本条规定与目前司法实践中的主流观点基本一致。

二、引申问题及提示

按照本条规定，用人单位要求违约劳动者返还竞业限制补偿金以存在相关约定为前提。因此，用人单位在制订相关协议时，可以关注相关条款的约定。

此外，在劳动者先履行一段时间竞业限制义务后又产生违约行为的情形中，对于违约劳动者应当返还竞业限制经济补偿的范围存在不同观点。一种观点认为，竞业限制约定属于双务持续性合同，返还竞业限制经济补偿的法理依据为权利义务对等的公平原则，因此，用人单位可以要求返还违约期间的竞业限制经济补偿，而对于劳动者履约期间的部分，不应返还；另一种观点认为，竞业限制义务旨在维护用人单位商业秘密和避免恶性竞争，一旦违反，对原单位的风险随即不可控，因此竞业限制期应当被视为一个整体，不宜进行拆分，竞业限制经济补偿也应当全部返还。此问题亦有待于对审判实践的进一步观察。

第十六条 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，人民法院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订、续延劳动合同情形的；
- （二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- （三）用人单位被宣告破产的；
- （四）用人单位解散的，但因合并或者分立需要解散的除外；
- （五）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，不与其他用人单位解除劳动合同的；
- （六）存在劳动合同客观不能履行的其他情形的。

一、条款解读

本条首次在全国层面明确了《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”具体情形。此前的司法实践中，各地对于劳动合同已经不能继续履行的情形裁审口径有较大差异，本条在一定程度上统一了劳动合同不能继续履行的认定标准，同时第（六）项规定了“存在劳动合同客观不能履行的其他情形的”兜底条款，保留了一定的灵活性和自由裁量的空间。

特别值得关注的是，在此前大部分地区的司法实践中，在劳动者已入职新单位的情况下，通常会认定劳动合同无法继续履行，而本条第（五）项进一步添加了“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，不与其他用人单位解除劳动合同的”限制性条件，增加了用人单位举证责任，体现出从严认定劳动合同不能继续履行的情形和保护劳动者主张继续履行的权利的审理倾向。

二、立法/司法沿革及渊源

此前，在一些地方性裁审指导意见中，对于劳动合同不能继续履行的情形做了规定，例如《北京市劳动争议案件解答（一）》第76条。[4]

相较于北京市和其他大部分地区的规则和实践，《司法解释二》的规定采取了更为严格的口径，主要参考了《劳动合同法》第三十九条第（四）项、第四十四条规定的劳动合同解除和终止的情形，亦遵循了《劳动合同法》第四十

八条规定中以继续履行为原则的立法精神。

三、引申问题及提示

《司法解释二》正式生效后，各地规则和实践中列举和认定的劳动合同不能继续履行情形，是否仍可以纳入本条第（六）项“存在劳动合同客观不能履行的其他情形的”的兜底条款，有待于对审判实践的进一步观察。因劳动关系具有人身属性，如双方没有信赖基础，难以形成健康良好的劳动关系，甚至可能会进一步激化矛盾，因此，多地司法实践中会将“双方信赖利益丧失”纳入不能继续履行劳动合同的考量范围。

注释：

[4] 《北京市劳动争议案件解答（一）》第76条规定：“用人单位违法解除或终止劳动合同后，劳动者要求继续履行劳动合同，哪些情形可以认定为‘劳动合同确实无法继续履行’？”

劳动合同确实无法继续履行主要有以下情形：（1）用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者用人单位决定提前解散的；（2）劳动者在仲裁或者诉讼过程中达到法定退休年龄的；（3）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在《劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；（4）劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性（如总经理、财务负责人等），且劳动者原岗位已被他人替代，双方不能就新岗位达成一致意见的；（5）劳动者已入职新单位的；（6）仲裁或诉讼过程中，用人单位向劳动者送达复工通知，要求劳动者继续工作，但劳动者拒绝的；（7）其他明显不具备继续履行劳动合同条件的。

劳动者原岗位已被他人替代的，用人单位仅以此为由进行抗辩，不宜认定为“劳动合同确实无法继续履行的”情形。”

第十七条 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，劳动者在双方解除劳动合同后请求继续履行劳动合同的，人民法院依法予以支持，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）一审法庭辩论终结前，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。

条款解读

《劳动合同法》第四十二条[5]及《职业病防治法》第三十五条[6]均规定了对于从事接触职业病危害作业的劳动者，用人单位对未进行离岗时职业健康检查的，不得解除或者终止与其订立的劳动合同。最高人民法院在“张传杰诉上海敬豪劳务服务有限公司等劳动合同纠纷案”公报案例中也明确，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。

本条明确了离岗前职业健康检查的范围覆盖全部的解除类型，将《劳动合同法》与《职业病防治法》的相关规定进行了协调统一，并明确了未进行离岗前的职业健康检查的法律后果（即劳动者有权主张继续履行劳动合同），加强了对于从事接触职业病危害作业的劳动者的权益保护。同时，一审法庭辩论终结前组织劳动者进行职业健康检查但劳动者经检查劳动者未患职业病或无正当理由拒绝检查的两项例外情形，给予了用人单位补正程序的机会，体现了用人单位和劳动者利益的平衡。

值得关注的是，在用人单位依据《劳动合同法》第三十九条解除劳动合同的情形下，也适用本条规定，但可能适用本《司法解释二》第十八条“用人单位、劳动者对于劳动合同解除、终止都有过错的，应当各自承担相应的责任”的规则。因此，相关劳动者将要离岗的，建议用人单位严格落实职业健康检查要求，提前与该等劳动者进行沟通，组织其进行职业健康检查，并注意留存相关证据。

注释：

[5] 《劳动合同法》第四十二条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（一）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，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；……”

[6]《职业病防治法》第三十五条规定：“对从事接触职业病危害的作业的劳动者，用人单位应当按照国务院卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果书面告知劳动者。职业健康检查费用由用人单位承担。

用人单位不得安排未经上岗前职业健康检查的劳动者从事接触职业病危害的作业；不得安排有职业禁忌的劳动者从事其所禁忌的作业；对在职业健康检查中发现有与所从事的职业相关的健康损害的劳动者，应当调离原工作岗位，并妥善安置；对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同。

职业健康检查应当由取得《医疗机构执业许可证》的医疗卫生机构承担。卫生行政部门应当加强对职业健康检查工作的规范管理，具体管理办法由国务院卫生行政部门制定。”

第十八条 用人单位违法解除、终止可以继续履行的劳动合同，劳动者请求用人单位支付违法解除、终止决定作出后至劳动合同继续履行前一日工资的，用人单位应当按照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。
用人单位、劳动者对于劳动合同解除、终止都有过错的，应当各自承担相应的责任。

一、条款解读

本条规定了用人单位违法解除、终止可以继续履行的劳动合同后，劳动者主张在被违法解除、终止劳动关系期间的工资如何处理的问题。具体而言：

1、工资支付的具体期间

此前各地的地方性规则和实践，对于违法解除、终止劳动关系后支持的工资期间口径存在差异。例如，北京市倾向于认定为解除、终止决定作出后至仲裁或诉讼期间的工资[7]；上海市则倾向于认定为调解、仲裁、诉讼期间的工资[8]。本条明确劳动者可主张支付的工资周期为“违法解除决定作出日至劳动合同实际恢复履行日”，采取了对劳动者更为有利的期间范围。

2、工资支付的标准

此前，各地关于违法解除、终止劳动关系期间内的工资支付标准及责任承担的规则和实践亦存在差异，部分地区区分解除、终止被认定为违法的原因适用不同的标准，部分地区适用违法解除劳动合同之日前劳动者十二个月的平均工资，亦有地区规定适用当地平均工资和本人工资的孰高者[9]。《司法解释二》就该期间的工资支付标准和责任的承担进行规定，明确了“按照劳动者提供正常劳动时的工资标准”支付，旨在统一在这一问题上的司法口径。

3、引入均有过错的考量因素确定双方责任

此外，本条借鉴了部分地区的地方性规则和实践，在用人单位和劳动者对于劳动合同解除、终止均有过错的情形下，将这一因素作为裁判补发违法解除、终止劳动关系期间工资的考量，并明确双方应各自承担相应的责任，体现了用人单位与劳动者利益的平衡。例如，若劳动者确实存在违纪行为，但用人单位单方解除劳动合同存在程序违法，那么可以适用本条规则，相应调整用人单位应支付的违法解除、终止劳动关系期间的工资金额。

二、引申问题及提示

《司法解释二》正式生效后，对于如何判断劳动者和用人单位双方是否对于劳动合同解除、终止都有过错，如何确定各自的过错比例和应承担的责任范围，各地法院仍有较大的自由裁量权，也有待于司法实践进一步的检验和回应。

结合第十六条和第十八条的规定，《司法解释二》对于用人单位违法解除、终止劳动的情形下继续履行的责任采取了较为严格的立场。建议用人单位在做出解除和终止劳动合同的决定前，充分评估潜在风险和可能提出的抗辩，并审慎做出相关决定。

注释：

[7]《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》（2009.08.17）（已失效）第二十四条规定：“用人单位作出的与劳动者解除劳动合同的处理决定被劳动仲裁委或人民法院依法撤销后，劳动者主张用人单位给付上述处理决定作出后至仲裁或诉讼期间的工资，应按以下原则把握：（1）用人单位作出的处理决定仅因程序方面存在瑕疵而被依法撤销的，用人单位应按最低工资标准向劳动者支付上述期间的工资；（2）用人单位作出的处理决定因在实体方面存在问题而被依法撤销的，用人单位应按劳动者正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。”

[8]《上海市企业工资支付办法》第二十三条规定：“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销企业原决定，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。……”

[9]《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》（2009.08.17）（已失效）第二十四条规定：“用人单位作出的与劳动者解除劳动合同的处理决定被劳动仲裁委或人民法院依法撤销后，劳动者主张用人单位给付上述处理决定作出后至仲裁或诉讼期间的工资，应按以下原则把握：（1）用人单位作出的处理决定仅因程序方面存在瑕疵而被依法撤销的，用人单位应按最低工资标准向劳动者支付上述期间的工资；（2）用人单位作出的处理决定因在实体方面存在问题而被依法撤销的，用人单位应按劳动者正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。”

天津市高级人民法院关于印发《天津法院劳动争议案件审理指南》的通知（津高法【2017】246号）第28条规定：【用人单位违法解除劳动合同的赔偿金与继续履行竞合问题的处理】用人单位违法解除劳动合同，劳动者要求继续履行合同并主张用人单位支付赔偿金及因违法解除劳动合同而导致的工资损失的，应当区分以下情况分别处理：（1）劳动合同具备继续履行条件的，应当判决双方继续履行劳动合同，同时还应当判决用人单位向劳动者支付自违法解除劳动合同之日起至判决生效之日止的工资损失；（3）劳动合同虽然具备继续履行条件，但已在劳动仲裁或者法院审理期间届满的，不应当再判决继续履行劳动合同，而应当判决用人单位向劳动者支付自违法解除劳动合同之日起至劳动合同届满之日止的工资损失。同时，还应当判令用人单位向劳动者支付合同到期终止的经济补偿金，不宜再判决用人单位向劳动者支付赔偿金。

本条规定的工资损失，是指用人单位违法解除劳动合同之日前劳动者十二个月的月平均应得工资，劳动者在该用人单位工作不满十二个月的，按照实际工作月数计算月平均工资。该工资数额高于本市公布的上年度职工月平均工资三倍的，应当按照职工月平均工资三倍的数额确定。上述工资数额无法查明的，以劳动者所在行业平均工资为准。

《上海市企业工资支付办法》第二十三条规定：“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销企业原决定，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。其标准为企业解除劳动合同前12个月劳动者本人的月平均工资乘以停发月数。”

《辽宁省工资支付规定》第三十六条规定：“用人单位解除劳动关系的决定被劳动争议仲裁委员会或者人民法院依法裁决撤销或者判决无效的，应当支付劳动者被违法解除劳动关系期间的工资，其工资标准为本市同期在岗职工的平均工资；劳动者本人工资高于本市同期在岗职工平均工资的，按照劳动者本人前12个月的平均正常工作时间工资计算。”

第十九条 用人单位与劳动者约定或者劳动者向用人单位承诺无需缴纳社会保险费的，人民法院应当认定该约定或者承诺无效。用人单位未依法缴纳社会保险费，劳动者根据劳动合同法第三十八条第三项规定请求解除劳动合同、由用人单位支付经济补偿的，人民法院依法予以支持。有前款规定情形，用人单位依法补缴社会保险费后，请求劳动者返还已支付的社会保险费补偿的，人民法院依法予以支持。

一、条款解读

实践中不乏用人单位与劳动者约定或劳动者承诺用人单位无需为其缴纳社会保险费的情况。本条强调和重申了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订立的不缴纳社保的约定或劳动者的该等承诺无效。一旦订立相关约定或签署相关承诺，且用人单位未依法缴纳社保，劳动者可以以此为由解除劳动合同，并要求用人单位向其支付经济补偿。本条还强调，在且仅在补缴完社会保险后，用人单位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。

最高人民法院发布的《为构建和谐稳定劳动关系提供》一文中表示：“社保制度承载着‘对人口老龄化’、‘分散用人单位用工风险’的国家治理功能，个别用人单位通过现金置换规避缴费，不仅侵害劳动者长远利益，更侵蚀社会保障体系根基。”同时，最高人民法院同期发布的本条相关的典型案例六，再次对本条适用的具体情形提供了示例。由此，本条彰显了对于用人单位通过与劳动者订立约定或承诺的方式规避缴纳社会保险费行为的否定和打击。

二、立法/司法沿革及渊源

在《司法解释二》出台前，对于用人单位与劳动者双方关于无需缴纳社保的约定应属无效的观点是相对一致的，但在这种情况下，劳动者按照《劳动合同法》第三十八条第三项的规定，向用人单位提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿是否能够得到支持，各地的司法口径不一，主要存在以下三种不同的实践观点：

- 观点一：因劳动者自身也存在过错导致用人单位未能为其缴纳社保或者足额缴纳社保，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[10]、浙江省[11]。
- 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，劳动者就可以解除劳动合同并要求支付经济补偿，代表地区：北京市[12]。
- 观点三：劳动者反悔并提出补缴诉求的，用人单位应当在合理期限内缴纳，否则劳动者可以解除劳动合同并要求支

付经济补偿，代表地区：广东省[13]。

以上可见，《司法解释二》采纳了对用人单位相对最为严格的口径，本条的出台有助于统一全国层面的裁审口径，明确此类约定和承诺的效力及相应的处理方式，也有助于整体提高社保的缴纳比例。

三、引申问题及提示

本条仅强调了用人单位和劳动者对于“无需缴纳社会保险费”的约定和承诺无效，但是对于“部分缴纳/少缴纳”社会保险费用的约定和承诺是否有效，以及劳动者能否按照《劳动合同法》第三十八条第三项规定请求解除劳动合同、由用人单位支付经济补偿仍缺乏规定，实践中仍可能存在争议和不同的裁审观点。

注释：

[10]《江苏省高级人民法院 江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（已失效，可供参考）第十六条规定：“因劳动者自身不愿缴纳等不可归责于用人单位的原因，导致用人单位未为其缴纳或未足额缴纳社会保险费，或者未参加某项社会保险险种，劳动者请求解除劳动合同并主张用人单位支付经济补偿的，不予支持。”

[11]《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答》（2012年12月颁布执行）第十一条规定：“劳动者不愿意缴纳社会保险费，并书面承诺放弃参加社会保险的，该书面承诺无效。劳动者可以此为由解除劳动合同，但要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。”

[12]《北京市劳动争议案件解答（一）》第72条规定：“依法缴纳社会保险是《劳动法》规定的用人单位与劳动者的法定义务，即便是因劳动者要求用人单位不为其缴纳社会保险，劳动者按照《劳动合同法》第三十八条的规定主张经济补偿的，仍应予支持。”

[13]《广东省高级人民法院 广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（已失效，供参考）第二十五条规定：“用人单位与劳动者约定无须办理社会保险手续或将社会保险费直接支付给劳动者，劳动者事后反悔并明确要求用人单位为其办理社会保险手续及缴纳社会保险费的，如用人单位在合理期限内拒不办理，劳动者以此为由解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿，应予支持。”

第二十条 当事人在仲裁期间因自身原因未提出仲裁时效抗辩，在一审或者二审诉讼期间提出仲裁时效抗辩的，人民法院不予支持。当事人基于新的证据能够证明对方当事人请求权的仲裁时效期间届满的，人民法院应予支持。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。

条款解读

本条是关于仲裁时效抗辩的规定，对于裁审衔接有重要意义。本条明确了仲裁时效的提出时点（仲裁期间）以及未在仲裁期间提出的处理方式，与《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定（2020修正）》规定[14]的精神基本一致。

相较于《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第二十七条[15]关于仲裁时效抗辩的相关规定，本条新增了“当事人基于新的证据能够证明对方当事人请求权的仲裁时效期间届满的，人民法院应予支持”。本条中“新的证据”可以参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百八十六条[16]中的相关规定理解，主要包括以下三种情形：（一）在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的；（二）在原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的；（三）在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的。

注释：

[14]《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定（2020修正）》第三条规定：“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，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过诉讼时效期间的情形除外。当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼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。”

[15]《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第二十七条规定：“当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动人事仲裁机构作出实体裁决后，当事人在诉讼阶段又以超过仲裁时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。当事人未按照规定提出仲裁时效抗辩，又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。”

[16]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百八十六条规定：“再审申请人证明其提交的新的证据符合下列情形之一的，可以认定逾期提供证据的理由成立：

（一）在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的；

（二）在原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的；

（三）在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的。

再审申请人提交的证据在原审中已经提供，原审人民法院未组织质证且未作为裁判根据的，视为逾期提供证据的理由成立，但原审人民法院依照民事诉讼法第六十八条规定不予采纳的除外。”

第二十一条 本解释自2025年9月1日起施行。《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）》（法释〔2020〕26号）第三十二条第一款同时废止。最高人民法院此前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

一、条款解读

本条明确了《司法解释二》的适用问题，包括施行时间以及当存在与解释不一致的情况下适用何者的规则。同时，本条还规定了将废止《司法解释一》第三十二条第一款，即“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理”。

二、立法渊源及引申问题

关于废止《司法解释一》第三十二条第一款的原因，最高人民法院在相关的答记者问、案例及文章中并未详细解释。笔者理解，该条废止可能与国家对于超龄劳动者的权益保障的立法有关。《超龄劳动者基本权益保障暂行规定（公开征求意见稿）》已于2025年7月31日发布，向社会公开征求意见[17]。关于超过法定退休年龄的劳动者的招用及权益保护的相关问题，将在后续将发布的暂行规定中确定；《超龄劳动者基本权益保障暂行规定（公开征求意见稿）》中并未区分超龄劳动者是否享受养老保险待遇，且也未明确超龄劳动者与用人单位的关系具体是劳动关系还是劳务关系，或者探索新的折中法律关系。因此，废止《司法解释一》该条款可能是为了避免与即将颁布的暂行规定发生冲突，同时也给了“用人单位招用已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员”的争议灵活处理的空间。

此外，对比《征求意见稿》，本条还删除了“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”的适用规则。该条款的删除使《司法解释二》的条款是否可以溯及既往存在讨论空间，也将过渡期内更多的裁量权留给了司法机构。

注释：

[17]《超龄劳动者基本权益保障暂行规定（公开征求意见稿）》第二条规定：“【适用范围】中华人民共和国境内的用人单位招用超过法定退休年龄的劳动者（以下简称超龄劳动者），超龄劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动，适用本规定。

符合规定已提前退休的劳动者，退休后被用人单位招用的，依照本规定执行。”

*王旭颖、吴瑕、陈青青、乔林林、杨眉、庄晓怡、李涵、徐怡欣对本文亦有贡献。