

志霖法律

劳动法律评论



Part1: 实务研究

劳动者自愿放弃社会保险，用人单位能否免责？

Part2: 典型案例

案例一：执行不定时工作制的公司高管主张加班工资，是否应当支持？

案例二：负责管理订立劳动合同的公司经理未签订劳动合同，用人单位是否需要支付二倍工资？

Part3: 新法速递

1. 中华人民共和国人力资源和社会保障部《网络招聘服务管理规定》
2. 中华人民共和国人力资源和社会保障部《技能人才薪酬分配指引》

目录

Part1 实务研究

劳动者自愿放弃社会保险，用人单位能否免责？

Par2 典型案例

1. 案例一：执行不定时工作制的公司高管主张加班工资，是否应当支持？
2. 案例二：负责管理订立劳动合同的公司经理未签订劳动合同，用人单位是否需要支付二倍工资？

Par3 新法速递

1. 中华人民共和国人力资源和社会保障部《网络招聘服务管理规定》
2. 中华人民共和国人力资源和社会保障部《技能人才薪酬分配指引》

Part1: 实务研究

劳动者自愿放弃社会保险，用人单位能否免责？

作者：谢阳 高级合伙人 13911520431

李钦 实习律师 15542622513

用人单位与劳动者建立劳动关系后，根据《中华人民共和国社会保险法》第四条之规定，¹用人单位有为劳动者缴纳社会保险的义务。但是实践中存在部分劳动者为了多得工资而与用人单位协商，无需用人单位为其缴纳社会保险，并将此部分约定写入劳动合同或签订补充协议。而后在其解除劳动合同时，又以用人单位未为其缴纳社保，违反《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第三项²为由，要求用人单位支付经济补偿金。那么在此种情况下，具体应如何对待该问题，实践中存在如下两种观点。

第一种观点认为，虽然缴纳社会保险是用人单位的义务，但是也是劳动者的权利，双方协商一致，劳动者自愿放弃自身的权利，而后又反悔要求经济补偿金的，有违诚实信用原则，不应得到支持。

第二种观点认为，为劳动者缴纳社会保险是国家现行法律、行政法规的规定，属于用人单位的法定义务。用人单位与劳动者自愿放弃社会保险的协议违反了法律规定，因而该协议属于法定无效情形，并不能免除用人单位为劳动者缴纳社保的义务。

¹ 《中华人民共和国社会保险法》（2018.12.29生效）第四条：中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费，有权查询缴费记录、个人权益记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务。

² 《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

对于以上两种观点，各有相关案例支持。如：

- 支持第一种观点的案例：山东省滨州市中级人民法院（2018）鲁16民终2428号

简要案情：2013年5月28日至2017年7月17日张冉在山东魏桥铝电有限公司处工作，月平均工资为4900元。2014年5月5日，张冉向山东魏桥铝电有限公司提交申请，因个人的一些原因，不要求公司为其缴纳任何社会保险，并表明是其本人的真实意思表示，保证不向公司追究任何责任，由此产生的一切法律后果由其本人承担。后张冉以公司未为其缴纳社会保险为由将公司诉至仲裁委，并经历法院的一审和二审程序。

法院认为：本案争议的焦点问题为上诉人要求被上诉人支付经济补偿金能否得到支持。对于上诉人签署自愿放弃社会保险声明的效力，应当从两个方面分别理解：一方面，从民事义务和社会义务的角度，因社会保险系对公民基本权利的基础保障，缴纳社会保险也系用人单位的强制性义务，故无论劳动者是否声明放弃社会保险，用人单位该义务均不能得到豁免，劳动者也享有随时要求用人单位为其补缴社会保险的权利。另一方面，从民事责任的角度，未办理社会保险属于《劳动合同法》第四十六条第一项规定的应当支付经济补偿金的情形，即“劳动者依照本法第三十八条的规定解除劳动合同的”。而该法第三十八条规定的未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件、未及时足额支付劳动报酬、未依法为劳动者缴纳社会保险费、用人单位的规章制度违反法律法规的规定损害劳动者权益、因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效等，均以用人单位负有过错为基本特征。因此，《劳动合同法》第四十六条第一项所规定的经济补偿金的请求权基础，实际上是用人单位履行劳动合同中的过错。而本案中，上诉人自愿作出不办理社会保险声明，结合魏桥集团各公司已普遍为劳动者补缴社会保险的事实，应当认定上诉人未能办理社会保险的主要原因为其个人的意志，若仍支持其要求支付经济补偿金的请求，有违诚实信用原则。故原审判决未支持其

支付经济补偿金的诉求符合立法本义，上诉人的上诉不能成立。无论该声明是否为被上诉人预先制作，上诉人作为完全民事行为能力人，在未提供证据证实被上诉人存在欺诈、胁迫、乘人之危等行为时，应当对其签字的行为承担相应法律后果。

● 支持第二种观点的案例：

(1) 北京市第一中级人民法院 (2017) 京 01 民终 7101 号

法院认为：关于解除劳动合同经济补偿金一节，马摆平称净山湖公司未为其缴纳社保、拖欠工资，要求解除合同，支付经济补偿金，净山湖公司存在未为劳动者缴纳社会保险的行为，其虽称马摆平自愿放弃社会保险，但“不缴纳社会保险的协议”不符合法律规定，属于无效条款。

(2) 北京市第一中级人民法院 (2016) 京 01 民终 3915 号

法院认为：依据相关法律规定，用人单位负有为员工缴纳包含医疗保险在内的社会保险的法定义务。本案中，军事科学院招待所未为李海霞缴纳 2014 年 9 月后的医疗保险，虽军事科学院招待所主张，李海霞自愿放弃社保一节，但缴纳社会保险是法律赋予用人单位的法定义务，其目的是为确保公民在疾病的情况下享有依法获得物质帮助的权利，故社会保险缴纳义务并不因双方约定而免除。鉴此，军事科学院招待所以李海霞自愿放弃社保为抗辩，缺乏必要法律依据，本院不予支持。

(3) 北京市第三中级人民法院 (2019) 京 03 民终 13588 号

法院认为：用人单位向当地社会保险经办机构办理社会保险登记、参加社会保险是其法定义务，不得以劳动者放弃意愿而免除。现亚梦娜公司未为牛小雷缴纳社会保险，牛小雷以此为由提出解除劳动关系，亚梦娜公司应向其支付解除劳动合同的经济补偿金，计算年限应以双方劳动关系存续时间为准。

相较以上两种观点，可见虽然是同一问题，但实践中不同地区的裁判口径并不一致，存在“类案不同判”的问题。仅就北京地区而言，笔者认为无疑是更倾向于第二种观点。

首先，国家现行法律、行政法规均规定用人单位应当为劳动者缴纳社会保险。《中华人民共和国劳动法》第七十条规定“国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿”；《中华人民共和国社会保险法》第四条规定“中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费，有权查询缴费记录、个人权益记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务”；《社会保险费征缴暂行条例》第七条规定“缴费单位必须向当地社会保险经办机构办理社会保险登记，参加社会保险”。可见，社会保险类的法律法规对用人单位缴纳社会保险的义务进行了强制性规定，用人单位向当地社会保险经办机构办理社会保险登记、参加社会保险是其法定的义务，不得以劳动者放弃的意愿而免除。

其次，劳动关系不同于普通的民事法律关系，其调整的是资强劳弱的不平等关系。一方面因为双方的不平等，另一方面因为劳动关系亦属于公私兼容的社会法律关系，既有公法性关系，也有私法性关系，同时还具有社会管理的性质，所以用人单位作出的行为不仅仅只受到意思自治的约束，其行为还要受到国家公权力和社会公共利益的制约。受到公权力的制约体现在用人单位的行为不得违反国家法律、行政法规的强制性规定；受到社会公共利益的制约，恰巧体现在本文的问题中，社保类法律法规属于社会法性质，其站在国家宏观的角度，旨在保障全民的基本生活需要并不断提升人民的福利水平，其制度应把所有劳动者都纳入保护范围，所有用人单位和劳动者均有缴纳社会保险的义务和享受社会保险的权利。

最后，用人单位没有为劳动者依法缴纳社保，需要承担相应法律责任。《社会保险法》第八十四条规定“用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正；逾期不改正的，对用人单位处应缴社会保险费数额一倍以上

三倍以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五百元以上三千元以下的罚款”；《社会保险费征缴暂行条例》第二十三条规定“缴费单位未按照规定办理社会保险登记、变更登记或者注销登记，或者未按照规定申报应缴纳的社会保险费数额的，由劳动保障行政部门责令限期改正；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处 1000 元以上 5000 元以下的罚款；情节特别严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处 5000 元以上 10000 元以下的罚款”。

综上，劳动者自愿放弃社保对于用人单位来说并无益处，在处理相关问题时，用人单位需注意其中存在的法律风险，如未按规定为劳动者缴纳社会保险，则构成违反国家法律规定的强制性义务的情形，劳动者以此为由解除劳动合同，用人单位应向劳动者支付经济补偿金。

Part2:典型案例

案例一：执行不定时工作制的公司高管主张加班工资，是否应当支持？

【简要案情】

葛某于 2015 年 7 月 1 日入职某软件公司任总经理，双方签订了期限自 2015 年 7 月 1 日至 2018 年 6 月 30 日的劳动合同，约定工资为 15000 元。2016 年 3 月 15 日，双方解除劳动关系，后葛某以要求某软件公司支付 2016 年 1 月-3 月期间加班工资为由诉至法院。

【法院观点】

关于休息日加班费及 25% 的经济补偿金。参照《北京市企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制办法》（京劳社资发【2003】157 号）第十一条之规定，企业的高级管理人员适用不定时工作制。葛某系软件公司总经理，属于公司法意义上的高级管理人员，故即使其在周六日工作情况，也不能当然视为加班。综合上述情况，葛某要求休息日加班费及 25% 经济补偿金的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，不予支持。

【裁判要旨】

公司高管负责企业日常经营管理事务，由于随时处理各种突发事务和管理之需，工作时间具有不确定性和灵活性。对于公司高管要求支付加班工资的，应当在尊重双方当事人约定的基础上，参考工时制度、工资明细等内容合理确认加班工资的支付。如果用人单位与公司高管约定实行不定时工作制，公司高管要求用人单位支付加班工资的，不应予以支持。

案例二：负责管理订立劳动合同的公司经理未签订劳动合同，用人单位是否需要支付二倍工资？

【简要案情】

温某于 2010 年 8 月 1 日入职某公司任副总经理。2011 年 10 月 15 日，双方签订无固定期限劳动合同。2012 年 1 月 11 日，某公司作出《人事变动通知》，双方解除劳动关系。后温某诉至法院要求某公司支付 2010 年至 2011 年未订立书面劳动合同二倍工资。某公司提交了面试成绩评定表、保险办理申请表、员工离职申请表及员工离职交接表等证据用于证明温某作为副总经理主管人事工作，与员工签订劳动合同是其工作职责。

【法院观点】

从公司提交、温某签字的面试成绩评定表、保险办理申请表、员工离职申请表及员工离职交接表来看，面试录用新员工、办理员工社保及离职均需要温某的签字审批，这足以证明人事管理工作是温某作为副总经理的工作内容之一，故与包括其在内的员工订立劳动合同属于其职责范围，其应当知道不签订劳动合同的不利后果。而温某也未提交其他证据证明曾提出与公司签订劳动合同而被拒绝。因此，温某要求公司支付 2010 年 9 月 1 日至 2011 年 7 月 31 日期间未签订劳动合同的二倍工资差额，法院不予支持。

【裁判要旨】

公司高管未与用人单位订立书面劳动合同，依据劳动合同法第八十二条向用人单位主张二倍工资的，可予支持，用人单位能够证明高管的职责范围包括管理订立劳动合同的除外，但对有证据证明公司高管曾向用人单位提出订立劳动合同而被拒绝的，仍可支持该公司高管未订立书面劳动合同二倍工资的请求。

Part3:新法速递

1、 中华人民共和国人力资源和社会保障部《网络招聘服务管理规定》

2020年12月18日，人力资源社会保障部发布了《网络招聘服务管理规定》（以下简称《管理规定》，人社部令第44号），该《管理规定》自2021年3月1日起实施。

(http://www.mohrss.gov.cn//xxgk2020/fdzdgknr/zcfg/bmgz/202012/t20201223_406512.html)

《管理规定》是我国网络招聘服务领域第一部部门规章，对网络招聘服务的基本问题、基本内容、基本规范等作了规定，为人力资源服务机构从事网络招聘服务提供了基本遵循。《管理规定》制定的基本思路是：一是坚持问题导向。针对当前网络招聘服务存在的突出问题，《管理规定》围绕招聘信息的真实性、合法性和安全性，明确了招聘信息审核、网络安全、信息保护、收费管理等规范。二是坚持以上位法为依据。《管理规定》细化了就业促进法和人力资源市场暂行条例有关规定，明确了网络安全、信息保护等法律法规在网络招聘服务领域的适用，进一步增强网络招聘服务规范的可操作性。三是坚持规范与发展并重。《管理规定》在规范网络招聘服务的同时，也对支持鼓励网络招聘服务作了规定，以保障网络招聘服务规范有序健康发展。四是坚持与现实需要紧密结合。针对实践中出现的通过平台方式提供网络招聘服务现实情况，《管理规定》对网络招聘服务平台作了规范，及时反映现实需要。

点评：近年来，随着互联网技术与人力资源服务深度融合，网络招聘市场发展迅猛，网络招聘已经成为劳动者求职和用人单位招聘的主渠道。但同时，网络招聘服务也出现了一些问题，如未经许可擅自从事网络招聘服务、对用人单位资质和招聘信息真实性与合法性审核把关不严、非法使用个人信息、违规收取费用、监管方式不足等，亟须通过立法规范管理网络招聘服务活动。《管理规定》明确了网络招聘求职信息提供、网络招聘信息审查、网络安全、信息保护、收费管理

等服务规范，进一步规范了网络招聘服务的开展，更有助于市场新型活动形式的合规发展。

2、中华人民共和国人力资源和社会保障部《技能人才薪酬分配指引》

近日，人社部发布了《技能人才薪酬分配指引》（以下简称《分配指引》）（http://www.mohrss.gov.cn//xxgk2020/fdzdgknr/zcfg/gfxwj/ldgx/202102/t20210204_409131.html?keywords=）。

其内容分为总则、技能人才职业发展通道设计、技能人才薪酬分配制度设计、高技能领军人才薪酬待遇制度设计和附则五个章节。总则部分强调本文件的适用范围和技能人才的定义；第二章强调企业应如何设计和如何考评技能人才职业发展通道；第三章强调企业的工资结构设计、岗位工资单元设计、绩效工资单元设计、专项津贴单元设计、技能人才与其他人才工资分配关系设计等内容；第四章强调高技能领军人才的定义和年薪制的分配方式；第五章强调各地人力资源根据本规定并结合实际，加强宣传培训，推动各企业建立健全技能人才薪酬分配体系。

点评：《分配指引》健全技能人才培养、使用、评价、激励制度，推动企业建立多职级的技能人才职业发展通道，建立以体现技能价值为导向的技能人才薪酬分配制度，大力提高技能人才职业荣誉感和经济待遇，不断发展壮大技能人才队伍，为中国制造和中国创造提供重要人才支撑。《分配指引》为企业提供技能人才薪酬分配可供参考的方式方法。企业可结合实际，借鉴本指引，不断建立健全适应本企业发展需要的技能人才薪酬分配体系，对于吸引人才来说是一项利好。