



人力资源 全流程

法律风险管理手册

实务操作 · 成本管理 · 案例分析

段海宇◎著

全新增订版

Human Resources Legal Risk Prevention

法律解读

SWOT分析

成本管理

疑难解析

实操案例

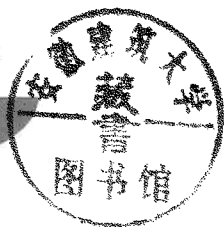
中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

人力资源 全流程 法律风险管理手册

实务操作 · 成本管理 · 案例分析

段海宇◎著

全新增订版



Human Resources
Legal Risk
Prevention

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源全流程法律风险管理手册: 实务操作·成本管理·案例分析: 全新增订版 / 段海宇著. —北京: 中国法制出版社, 2017. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8702 - 3

I. ①人… II. ①段… III. ①人力资源管理 - 劳动法 - 中国 - 手册 IV. ①D922.5 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 165616 号

策划编辑 朱丹颖

责任编辑 朱丹颖 欧丹

封面设计 李宁

人力资源全流程法律风险管理手册

RENLI ZIYUAN QUANLIUCHENG FALÜ FENGXIAN GUANLI SHOUCHE

著者/段海宇

经销/新华书店

印刷/北京海纳百川印刷有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 10 月第 1 版

印张/40.5 字数/599 千

2017 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8702 - 3

定价: 108.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66066621

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

前 言

一、为什么要三位一体？

1882年，美孚公司建立法律部。一百多年以来，处理具体法律事务经历了三个阶段，第一个阶段是事后救济，在这个阶段，法律仅仅起到消防员的作用，着眼点在于灭火，目的是如何降低纠纷导致的损失。第二个阶段是事前预防，在这个阶段，法律的作用提前，起到保险丝的作用，着眼点是预防纠纷的产生。第三个阶段是综合管理，这个阶段，不仅仅从法律角度预防风险，更需以大数据为依托，在风险测评的基础上，根据不同风险对企业的成本和收益综合施策，从多个角度预防法律风险和处理法律纠纷。

笔者的企业人力资源法律风险管理就是综合管理思维的产物，是以用工法律风险大数据为依托，在用工法律风险测评的基础上，从经济的角度描述和分析企业人力资源管理法律风险，从成本管控的角度来解决企业人力资源管理法律问题，以法律的方法优化企业人力资源管理的三位一体法律风险管理体系。

那么，为什么要三位一体来管理企业人力资源法律风险呢？

这是因为，企业人力资源法律风险尽管最终以劳动纠纷的形式表现出来，但是企业人力资源管理法律风险从来不仅仅是劳动法律意识和技能欠缺导致的，也不是仅仅依靠劳动法律思维和技能就能够完全预防和处理

的。

随着我国经济增速放缓，随着我国劳动密集型产业向中西部地区梯度转移，随着农民工在农业之外求职不用再“舍近求远”，随着农业本身吸引力的不断增强，随着我国区域经济发展逐步协调，随着我国人口变动与劳动力供求状况的转变，企业外部劳动力市场环境发生了很大的变化。同时，我国企业现在的用工模式日益多元化，在劳动关系用工模式之外，还存在多种非劳动关系的用工，前者包括全日制用工和非全日制用工，全日制用工又包括标准工时制、综合计算工时制、不定时工时制三种用工模式；后者出现了像劳务派遣、劳务外包、退休返聘、勤工助学、员工租赁、代理用工等多种形



式。除此之外，同一种用工模式下还出现了交叉用工、挂靠用工等复杂的用工方式。这些层出不穷的用工模式的出现导致企业与劳动者之间的关系日趋复杂，企业面临的人力资源法律风险类型、数量相应地急剧增加，法律风险导致的后果也越来越严重，传统企业人力资源法律风险管理模式往往疲于应付，顾此失彼。这使得人力资源管理法律成本对企业的影响越来越大。很多企业在这种情况下，要么选择破罐破摔，将一切交给“命运”（很多中国企业的选择），要么走上了欧美企业的法律管理之路——不断增加法务雇员。

但是，在人力资源管理法律风险后果日趋严重的今天，破罐破摔无异于自杀，中国企业要想吸引人、用好人并留住人，构建健康的劳资关系就必须在人力资源法律风险管理上有所作为。但是如果走欧美企业的人力资源法律风险管理的老路，寄希望于通过增加法务雇员来预防法律风险，其速度就会远远赶不上用工法律风险增加的速度，这就是为什么欧美的传统用工法律风险管理模式尽管花费高出中国企业许多倍，但重大用工法律事故依然频频爆发的原因。

因此，现代企业人力资源法律风险管理必须调整思路，提出我们自己的风险管理模式：一是工作重心的转移，“事后救济”逐步向“事前防范”转移，二是必须在风险测评的基础上，根据风险发生的概率乘以损害即风险成本与风险不发生的概率乘以收入即风险收益的比较，作出科学决策，变胡子眉毛一把抓的平均用力为重点突破兼顾其他的不均衡用力。这种法律风险管理模式无疑具有我们中国自己鲜明的特色，与我们中医讲究的“上工治未病，不治已病”的深厚久远的传统相通，与我们“因人施策，因病施策”的方法论相相应。

这里简要介绍一下“三位一体的人力资源法律风险管理体系”，详细解释和案例见本书第一章。

所谓从经济的角度描述和分析人力资源法律风险，有成本效益和合理性判断两个角度。前者是指将人力资源作为成本，引入经济学中的成本效益分析，即通过对风险管理的成本和效益进行综合权衡，两害相权取其轻，两利相权取其重，然后以此为依据确定进行怎样的风险管理投入。后者是指不仅仅从法律文本角度分析法律风险，而是深入法律风险发生背后的经济规律，并以此作出合理性判断，在此基础上作出符合经济学规律的风险管理措施。

所谓从管理的角度解决人力资源法律问题，是指人力资源法律风险是在人力资源管理过程中发生的也必须在人力资源管理过程中解决，而不能法律是法律，管理是管理。套用一句网络流行的话，人力资源法律风险应当“从人力资源管理中来，到人力资源管理中去，一切依靠人力资源管理，一切为了人力资源管理”。这体现在两个方面：一是人力资源法律风险管理根据人力资源管理的六大模块展开，例如，本书就是按照人力资源战略、招聘管

理、培训开发、薪酬管理、绩效管理和员工关系的顺序展开的。二是广泛地使用各种风险管理工具如SWOT分析法、忽略法、回避法、风险自留法、控制法（包括预防、抑制、转移、分担、增加和转化等方法）和财务管理法等。通过这些工具的使用，使人力资源法律风险管理不再与企业经营管理脱节，不再是两张皮，而是血肉相连，丝丝入扣。

所谓以法律的方法优化人力资源管理，即通过对劳动法律法规的义务责任模型分析，对人力资源管理法律风险进行比较准确的定性和量化分析，然后得出相关人力资源法律风险的成本，为企业决策提供科学依据。

二、本书写作脉络和特点

本书的目的是为广大企业提供精细化的劳动法律服务产品，做中国4200万企业的贴心伙伴！

本书致力于以成本的视角描述和解释人力资源法律风险，以管理的方法解决人力资源管理中的法律问题，以法律的方法优化企业人力资源管理。

本书在阐述人力资源法律风险管理的基础理论后，以从入职到离职的人力资源管理流程为经线，以人力资源管理实践中的常见重点、难点问题为纬线进行展开，写作框架如下：

第一部分，法律解读，包括相关概念、特征等基础法律知识，以提升读者的法律知识为目的。

第二部分，SWOT分析，即从具体项目的内部优势和劣势、外部机会和威胁等角度多维度地分析项目，让读者对该项目的劳资风险有一个体系化的认识。

第三部分，风险成本，列举了可能造成企业管理成本增加的低效人力或无效成本种类、发生概率、给企业管理造成的困难等，可提高读者的风险成本和管理意识。

第四部分，风险管理，即根据前面的法律解读、SWOT分析和成本分析，制定法律风险管理方案。

第五部分，案例分析，法律的生命在于逻辑，更在于实践。因此，本部分特精选劳资法律风险管理实务中的真实生动案例，以加深读者对相关问题的感性认识和操作能力。

与同类图书相比，本书具有以下特征：

第一，跨界。本书相对同类书籍的显著特征是以“工具+法律+成本”三位一体地分析和管理法律风险。

第二，务实。本书没有“假大空”，内容涉及的全部是人力资源法律风险管理实践中常见和多发的问题。



第三，方便。本书按照从人力资源法律风险管理基础到入职到在职再到离职的逻辑顺序展开，分类逻辑清晰，方便查询。

第四，专业。本书是作者根据日常法律顾问经验制作的，是国内人力资源法律风险管理相关书籍中内容最详实、指导最全面的实务书籍之一。

限于笔者财务和经济学方面知识的欠缺，不免存在一些疏漏之处，在此仅作为抛砖之作，还请同行专家扫描下面的二维码后联系本人批评指正。

最后需要阐明的是，尽管本书已经尽可能地从成本、管理和法律三者的角度进行分析和建议，但在实际人力资源管理过程中，还是请读者灵活掌握，不一定非要按照本书的建议去操作，因为最好的人力资源法律风险管理必定是个性化的，还应当综合考虑当地的特殊规定（这一点非常重要，中国的劳动法地域性和政策性很强）、员工素质、年龄、性别、心态、与领导或政府之间的关系、影响范围等，特别是在现在的管理环境下。



劳动法吧（每天分享劳动法干货，微信公众号：cnhrlaw）

目 录

Contents

第一章 三位一体的人力资源法律风险管理

1

第一节 经济角度 / 1

第二节 管理角度 / 2

(一) SWOT 分析法 / 2

(二) 风险管理工具 / 6

第三节 法律角度 / 12

第二章 招聘管理

14

第一节 用人单位主体资格 / 14

◎ 法律解读

(一) 用人单位主体资格认定标准 / 14

(二) 我国劳动法上的用人单位有哪些类型 / 15

(三) 不具有用人单位主体资格的组织有哪些 / 17

◎ 风险成本

(一) 法律责任 / 19

(二) 发生概率 / 20

◎ 风险管理

(一) 设立中的公司 / 21

(二) 非法用工 / 21

◎ 案例分析

非法用工如何承担赔偿责任 / 21



第二节 劳动者主体资格 / 24

◎ 法律解读

- (一) 劳动者主体资格的认定标准 / 24
- (二) 外国人在中国就业能否与所在单位建立劳动关系 / 26
- (三) 港、澳、台居民在内地就业与所在单位是否成立劳动关系 / 27
- (四) 退休返聘人员与所在单位是否成立劳动关系 / 27
- (五) 停薪留职、内退、下岗待岗人员与新的用人单位是否成立劳动关系 / 28
- (六) 实习人员与其所在单位是否成立劳动关系 / 29
- (七) 外派劳务人员与外派劳务企业之间是否成立劳动关系 / 31
- (八) 出租车司机与出租车公司是否存在劳动关系 / 31
- (九) 股东、法定代表人、董事长、总经理、监事与所在单位是否成立劳动关系 / 32

◎ 风险成本

- (一) 雇用童工的风险成本 / 34
- (二) 非法雇用外国人的风险成本 / 36
- (三) 非法雇用港澳台居民的风险成本 / 37
- (四) 雇用勤工助学实习生的风险成本 / 38

◎ 风险管理

- (一) 禁用童工 / 38
- (二) 雇用退休返聘人员 / 38
- (三) 雇用外国人 / 38
- (四) 雇用港澳台居民 / 38
- (五) 雇用实习生 / 39

◎ 案例分析

- 退休人员再就业受伤算工伤吗 / 39
- 实习生可以不缴纳社会保险吗 / 41
- 实习生与用人单位间不可能形成劳动关系吗 / 43
- 出租车司机和出租车公司之间劳动关系的认定 / 44

第三节 招聘启事 / 46

◎ 法律解读

- (一) 法律性质 / 46
- (二) 招聘启事的内容 / 47
- (三) 招聘启事不得包含的内容 / 47

◎ 风险成本

- (一) 风险因素 / 47

(二) 风险成本 / 48

◎ 风险管理

(一) 科学设计岗位录用条件 / 49

(二) 不违法招聘 / 49

(三) 不含歧视性要求 / 49

◎ 案例分析

招聘启事中应当明确录用条件 / 49

招聘广告中的承诺是否有效 / 51

第四节 就业歧视 / 52

◎ 法律解读

(一) 什么是就业歧视 / 52

(二) 就业歧视常见情形 / 54

◎ 风险成本 / 55

◎ 风险管理 / 55

◎ 案例分析

刘某诉中国市政工程西北设计研究院有限公司劳动争议案 / 56

第五节 应聘登记 / 57

◎ 法律解读

(一) 法律性质 / 57

(二) 作用 / 57

◎ 风险成本 / 57

◎ 风险管理

(一) 如何设置应聘登记表 / 58

(二) 应聘登记表设计范例 / 58

◎ 案例分析

虚构工作经历的劳动合同是否有效 / 60

第六节 录用前审查 / 62

◎ 法律解读 / 62

◎ 风险成本

(一) 被应聘者欺诈 / 64

(二) 浪费招聘成本 / 64

(三) 赔偿原工作单位损失 / 65

◎ 风险管理 / 65

◎ 案例分析

劳动者借用身份证或假冒他人身份入职, 能否享受工伤待遇 / 66



第七节 履行告知义务 / 67

◎ 法律解读

- (一) 用人单位须告知员工的内容 / 67
- (二) 用人单位和劳动者告知义务的区别 / 67
- (三) 员工必须告知自己的婚姻状况吗 / 68
- (四) 劳动者是否必须向单位披露自己曾受到刑事处罚的事实 / 69

◎ SWOT 分析

- (一) S 分析 / 69
- (二) W 分析 / 69
- (三) O 分析 / 70
- (四) T 分析 / 70

◎ 风险管理 / 70

◎ 案例分析

入职时隐瞒已婚事实，能否解除劳动合同 / 71

第八节 录用通知书 / 72

◎ 法律解读

- (一) 法律性质 / 72
- (二) 通知内容 / 72
- (三) 录用通知书和劳动合同的关系 / 73
- (四) 录用通知书与劳动合同成立的关系 / 73
- (五) 录用通知书与劳动关系成立时间 / 73
- (六) 录用通知书是否可以撤销 / 74

◎ 风险成本 / 74

◎ 风险管理

- (一) 操作指南 / 74
- (二) 设计范例 / 75

◎ 案例分析

用人单位违法撤销录用通知书遭索赔 / 76
单位通知录用后又反悔，该怎样 / 77
劳动合同与录用通知书区别 / 80

第三章 用工模式

第一节 多样化用工模式 / 83

第二节 劳动关系的嬗变 / 85

- 一、交易成本和管理成本 / 85
- 二、交易成本类型 / 86

三、管理成本类型 / 87

第三节 人力成本构成 / 88

一、什么是人力成本 / 88

二、人力成本的构成 / 88

(一) 从人力资源管理模块角度而言 / 88

(二) 从支付对象角度而言 / 89

(三) 从使用效度而言 / 89

第四节 劳动关系之于人力交易成本 / 90

一、劳动关系如何降低人力交易成本 / 90

二、互联网平台降低交易成本 / 93

三、劳动关系增加人力管理成本 / 94

四、劳动关系的位移 / 96

第五节 劳动关系的证据 / 98

◎ 法律解读

(一) 认定劳动关系的证据 / 98

(二) 劳动关系与劳务关系的区别 / 98

(三) 疑难问题解答 / 100

◎ 风险成本 / 110

◎ 风险管理 / 110

◎ 案例分析

关联公司之间混同用工引起争议 / 111

非法用工单位能否成为劳动关系主体 / 111

承包人约定免除自己劳动保护责任要求确认与劳动者无事实劳动关系被
驳回 / 112

快递员与快递公司之间是否存在劳动关系 / 113

发包单位与实际施工人招用的劳动者之间是否存在劳动关系 / 114

保险代理人与保险公司是否存在劳动关系 / 115

护工与医院之间存在劳动关系吗 / 116

20 多年没有上班, 还存在劳动关系吗 / 117

第六节 标准工时制 / 119

◎ 法律解读

(一) 什么是标准工时制 / 119

(二) 标准工时制的特点 / 119

(三) 标准工时制等于每日工作 8 小时、每周工作 40 小时吗 / 119

(四) 每周工作超出 40 小时但不足 44 小时, 是否作为延长工作时间处 理 / 120



◎ 适用条件 / 120

◎ SWOT 分析

(一) S 分析 / 120

(二) W 分析 / 121

(三) O 分析 / 121

(四) T 分析 / 121

◎ 风险管理 / 122

◎ 案例分析

5 天 8 小时标准工时制下，每天必须工作 8 小时吗 / 123

第七节 不定时工作制 / 123

◎ 法律解读

(一) 什么是不定时工作制 / 123

(二) 不定时工作制的特点 / 124

◎ SWOT 分析

(一) S 分析 / 124

(二) W 分析 / 125

(三) O 分析 / 125

(四) T 分析 / 125

◎ 困惑和误区 / 126

◎ 风险管理 / 127

◎ 案例分析

门卫主张加班工资，“睡班”时间可予折算 / 128

第八节 综合计算工时制 / 129

◎ 法律解读

(一) 什么是综合计算工时制 / 129

(二) 综合计算工时制的特点 / 129

◎ 适用范围 / 129

◎ SWOT 分析

(一) S 分析 / 130

(二) W 分析 / 130

(三) O 分析 / 131

(四) T 分析 / 131

◎ 风险管理 / 131

◎ 案例分析

岗位作息制度已与标准工时制无异，经过批准实行综合计算工时制仍需

支付加班工资 / 132

第九节 非全日制用工 / 133

◎ 法律解读

- (一) 什么是非全日制用工 / 133
- (二) 非全日制用工的特点 / 133
- (三) 非全日制用工下的工资 / 134
- (四) 非全日制用工的社会保险 / 134
- (五) 非全日制用工下, 单位拖欠工资, 员工能否以此为由解除劳动合同并要求经济补偿 / 134

◎ SWOT 分析

- (一) S 分析 / 135
- (二) W 分析 / 135
- (三) O 分析 / 136
- (四) T 分析 / 136

◎ 风险管理 / 136

◎ 案例分析

约定非全日制用工, 双休日上班不用支付加班费 / 137

第十节 劳务派遣 / 138

◎ 法律解读

- (一) 什么是劳务派遣 / 138
- (二) 劳务派遣的特点 / 138
- (三) 劳务派遣经营许可 / 138
- (四) 适用的工作岗位 / 139
- (五) 劳动合同内容 / 140
- (六) 劳务派遣协议内容 / 140
- (七) 劳务派遣单位对被派遣劳动者的义务 / 140
- (八) 劳务派遣工是否需同时满足临时性、辅助性或替代性 / 141
- (九) 劳务派遣用工比例 / 141
- (十) 用工单位能否随意将劳动者退回至劳务派遣单位 / 142
- (十一) 劳务派遣机构、用工单位和被派遣劳动者三方能否约定被派遣劳动者退回条件 / 143
- (十二) 劳务派遣机构能否主动撤回被派遣劳动者 / 144
- (十三) 劳动合同解除 / 144
- (十四) 劳动合同终止 / 145
- (十五) 被派遣劳动者“转正”, 派遣期间是否计入工龄 / 145
- (十六) 如何处理用工单位和劳务派遣单位之间的规章制度方面的冲突 / 146



- (十七) 用工单位有权与被派遣劳动者签订竞业限制协议吗 / 146
- (十八) 被派遣劳动者符合规定的情形, 能否要求签订无固定期限劳动合同 / 147
- (十九) 被派遣劳动者的劳动报酬 / 149
- (二十) 用工单位和劳务派遣单位的工伤认定、保险待遇支付责任分工 / 149

◎ SWOT 分析

- (一) S 分析 / 150
- (二) W 分析 / 150
- (三) O 分析 / 151
- (四) T 分析 / 151

◎ 风险管理

- (一) 对派遣单位而言 / 152
- (二) 对用工单位而言 / 153
- (三) 用工单位劳务派遣用工调整方案 / 154

◎ 案例分析

- 逆向劳务派遣, 工作年限须连续计算 / 155
- 劳务派遣中用工单位应支付劳动者加班工资 / 157

第十一节 劳务外包 / 158

◎ 法律解读

- (一) 什么是劳务外包 / 158
- (二) 劳务外包的特点 / 158
- (三) 适用范围 / 158
- (四) 劳务派遣和劳务外包的区别 / 158

◎ SWOT 分析

- (一) S 分析 / 159
- (二) W 分析 / 160
- (三) O 分析 / 160
- (四) T 分析 / 161

◎ 风险管理 / 161

◎ 案例分析

- 如何区分劳务外包和劳务派遣 / 162

第十二节 退休返聘 / 164

◎ 法律解读

- (一) 什么是退休返聘 / 164
- (二) 退休返聘的特点 / 164

◎ SWOT 分析

(一) S 分析 / 164

(二) W 分析 / 165

(三) O 分析 / 165

(四) T 分析 / 165

◎ 风险管理 / 166

◎ 案例分析

退休返聘人员也可认定工伤 / 167

第十三节 勤工助学 / 169

◎ 法律解读

(一) 什么是勤工助学 / 169

(二) 勤工助学的特点 / 169

(三) 勤工助学的适用范围 / 170

◎ SWOT 分析

(一) S 分析 / 170

(二) W 分析 / 170

(三) O 分析 / 171

(四) T 分析 / 171

◎ 风险管理 / 171

◎ 案例分析

应届毕业生签订劳动合同非实习 / 171

第十四节 用工模式的选择 / 172

第四章 入职管理

173

第一节 制作入职登记表 / 173

◎ 法律解读

(一) 入职登记表对用人单位的巨大作用 / 173

(二) 入职登记表能否确认为双方签订过劳动合同 / 174

◎ 风险成本 / 174

◎ 风险管理

(一) 如何设计入职登记表 / 174

(二) 入职登记表设计范例 / 175

◎ 案例分析

不可小看入职登记等用工管理台账 / 177

不具备法定条款内容的登记表不能替代劳动合同 / 179



第二节 公示劳动规章制度 / 180

◎ 法律解读

- (一) 什么是劳动规章制度 / 180
- (二) 必须经过民主程序通过并公示的劳动规章制度 / 180
- (三) 规章制度对企业用工管理的四大作用 / 180
- (四) 劳动规章制度是否需要备案 / 182
- (五) 没有经过民主程序通过的劳动规章制度是否都无效 / 182
- (六) 子公司是否可以执行母公司的规章制度 / 182
- (七) 劳动规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致时, 如何处理 / 183
- (八) 劳动者要求对用人单位的规章制度予以纠正的, 是否作为劳动争议处理 / 183
- (九) 劳动者造成经济损失, 用人单位能根据规章制度对劳动者施行经济处罚吗 / 183
- (十) 规章制度制定时如何履行民主程序? 其表现形式如何 / 185
- (十一) 员工违纪行为在规章制度中未规定或规定模糊时, 单位可否单方解除劳动合同 / 186
- (十二) 公司能否以规章制度约束员工工作外不当行为 / 187

◎ 常见八大错误

- (一) 拿来主义 / 187
- (二) 闭门造车 / 187
- (三) 残缺不全 / 188
- (四) 各自为政 / 188
- (五) 违法违规 / 189
- (六) 程序缺失 / 189
- (七) 模糊不清 / 190
- (八) 内控缺失 / 190

◎ SWOT 分析

- (一) S 分析 / 192
- (二) W 分析 / 194
- (三) O 分析 / 194
- (四) T 分析 / 194

◎ 风险成本 / 194

◎ 风险管理

- (一) 合法制定规章制度 / 195
- (二) 细化、具体化规章制度 / 198