



# 七方法研

2026年

3期

总第39期

公司治理 | 债权人“刺破公司面纱”追偿债务法律分析——张春球

罪与罚 | “请托型”诈骗的司法认定和控告实务分析——张佰乐

聚焦劳动法 | 上海地区外籍就业人员劳动权益保护实务分析——朱伟锋

## 民商纵横

债务人放弃继承，债权人如何破局？——代位析产与放弃继承的博弈-----	01
-------------------------------------	----

## 罪与罚

“请托型”诈骗的司法认定和控告实务分析-----	07
--------------------------	----

《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第八条解析-----	14
----------------------------------------	----

## 公司治理

大股东阻却小股东回购股权之解散决议效力探析-----	19
----------------------------	----

未实缴出资股东责任追究路径之变：

从“执行追加”到“另行诉讼”的实务转向与策略选择-----	25
-------------------------------	----

债权人“刺破公司面纱”追偿债务法律分析-----	31
--------------------------	----

## 聚焦劳动法

劳动合同解除纠纷案件，诉讼阶段变更请求实务分析-----	36
------------------------------	----

试用期解除劳动合同的合规分析-----	41
---------------------	----

上海地区外籍就业人员劳动权益保护实务分析-----	45
---------------------------	----



## 债务人放弃继承，债权人如何破局？

### ——代位析产与放弃继承的博弈

作者：吕连连

在民间借贷纠纷的执行程序中，债权人最怕遇到的莫过于：官司赢了，钱却拿不回来。当债务人名下唯一可供执行的财产是与家人共有的房产，而债务人又巧妙地放弃了对该房产的继承份额时，债权人是否只能束手无策？

本人代理的一起债权人代位析产纠纷案，就生动地演绎了这场债权人与债务人之间的法律博弈。本文结合实务案例，进一步剖析债务人既不清偿债务，又放弃继承房产份额，债权人究竟该提起代位析产之诉，还是转向撤销权或确认无效之诉？

## 案件背景

赵某与杨某民间借贷纠纷（2017）沪 0113 民初 15294 号，经法院判决，杨某需向赵某归还借款本金及利息 257 万。判决生效后，杨某并未履行，赵某遂向法院申请强制执行。执行过程中，赵某发现郭某与杨某民间借贷纠纷（2020）沪 0113 民初 8872 号，郭某也已向法院申请强制执行，并对杨某名下与父亲、母亲（已故）共同共有的房屋进行了首封，赵某只能对该房进行轮候查封。但是，杨某母亲去世后，杨某与父亲并未对该共有房产进行分割。赵某于是提起债权人代位析产诉讼，请求法院确认杨某对该房屋享有二分之一的产权份额，以便后续执行。但在诉讼中，杨某明确出具《申明书》，表示自愿放弃对母亲名下遗产份额的继承权。

### 一、代位析产之诉的适用条件

这类诉讼应仅适用于债务人既不明确放弃继承，又不积极办理继承手续，使遗产处于悬置状态之情形，且通常发生在被执行人无其他财产可供执行的情况下。

《民法典》第 535 条第 1 款规定：“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。”《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 12 条第 3 款规定，共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的，人民法院应当准许。诉讼期间中止对该财产的执行。

债权人提起代位析产诉讼，初衷是为了解决执行难的问题——明明知道债务人有财产，却因为财产登记在多人名下（比如家庭成员共有），导致法院无法直接执行。与执行异议之诉不同，申请执行债权人发起目的是请求法院确认：债务人在共有财产中到底有没有份额？如果有，能不能分出来用于还债？法院审理时，核心就看两点：一是债务人是不是这项财产的共有人；二是债权人能不能“代替”

债务人，向其他共有人主张分割属于债务人的那部分财产。

本案中，赵某提起代位权之诉的前提：一是对被执行人享有到期债权；二是在执行中对被执行人已穷尽了执行措施而无

法清偿债权；三是被执行人对债权人负有债务而不能履行，且又怠于与其他共有人进行析产以偿还债务；四是被执行人既是共有产权人之一，又存在可继承份额。

## 二、赵某作为轮候查封债权人，是否有权提起代位析产诉讼

根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 26 条，有权提起代位析产诉讼的申请执行人应为有执行处分实施权的申请执行人。轮候查封对执行标的物的查封效力待定，只有在先查封解除或者失效后，轮候查封才生效。换言之，轮候查封尚不具备执行行为的生效要件，对共有物没有执行处分权益，并无通过代位析产推进对该

共有财产处分分配的资格，故，轮候查封申请人不是上述规定所谓的申请执行人，不具备提起代位析产诉讼的主体资格。

本案中，轮后查封债权人赵某首先与首封债权人郭某签订了债权转让协议，约定郭某将名下债权转让给赵某，同意变更赵某为郭某案的申请执行人，法院据此出具了《执行裁定书》。于是，赵某就具备了提起代位析产诉讼的资格。

## 三、代为析产能否越过“放弃继承”的障碍

争议一：杨某放弃继承的行为是否有效？

赵某认为，杨某在身负巨额债务的情况下放弃继承，具有明显的恶意逃债目的，非真实意思表示，应属无效。杨某则辩称，

放弃继承是继承人的法定权利，具有人身专属性，其已依法定形式作出，合法有效。

争议二：债权人能否通过代位析产之诉，直接分割债务人已放弃继承的遗产份

额？房屋为共同共有，杨某作为共有人之一，在未分割前至少应享有三分之一的原始份额。杨母并未留下遗嘱，杨某按照法定继承加上其可继承的母亲份额，总计应享有二分之一。杨某则坚持，本人已放弃继承，不享有母亲名下的任何继承份额。法院最终判决，确认杨某对案涉房屋享有三分之一的产权份额，并未支持赵某提出的二分之一份额的主张。

法院的核心裁判逻辑在于：

放弃继承行为有效。杨某在继承开始后、遗产分割前，以书面形式向法庭作出放弃继承的意思表示，符合法律规定，具有法律效力，放弃继承不能被撤销或代位继承。继承权兼具身份与财产性质，放弃继承是

人格自由的体现，是一种“拒绝获取利益”的行为，而非“无偿处分自身财产”。因此，债权人不能主张撤销该行为，也不能通过代位析产来主张债务人已放弃的应继份额。这一判决划定了债权人代位析产诉讼的边界：它适用于债务人“怠于”分割共有财产，而非债务人已“明确放弃”继承利益的情形。【（2025）沪 0112 民初 686 号】案，其他继承人放弃继承，但债务人本人并未放弃，法院支持了债权人代位析产的请求，确认债务人享有 50% 产权份额。【（2025）沪 0112 民初 23357 号】案，法院在债务人未放弃继承的情况下，通过代位析产之诉，析出债务人继承的遗产份额（10.83%），为执行扫清了障碍。

#### 四、当“代位析产”受阻，债权人如何破局？

本案的结果，部分实现了债权人的目标，但也揭示了代位析产之诉的局限性。那么，当债务人“放弃继承”，债权人下一步该怎么走？是否可以提起债权人撤销权或确认无效之诉？

根据《中华人民共和国民法典》第 538 条，债务人以放弃其债权、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，影响债权人的

债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。根据该规定，债权人起诉撤销债务人放弃继承行为的法律依据

是“债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益”。其中，债务人放弃继承的行为是否构成“无偿处分财产权益”是核心。最高人民法院民一庭《民法典继承编司法解释（一）理解与适用》中认为，放弃继承权虽可能导致继承人责任财产未增加，但并不属于《民法典》第538条规定的债权人享有撤销权的情形。

本案中，法官认为撤销权目的在于保全债务人原有的债务清偿能力，防止因债务人财产的不当减少造成债权的不能实现，保护交易安全，而非增加债务人的清偿能力。享有继承权的后果为增加债务人的偿债能力，放弃该权利也不会削弱债务人原有偿债能力。继承权系基于身份享有的权利，不仅具有财产性，更具有人身专属性。债权人与继承人之间的债务关系是以债务关系发生之当时的继承人的财产为责任财产，作为债务人的继承人未来可继承之遗产并不在其责任财产的范围之内。因此，尽管作为债务人的继承人若继

承遗产会有利于清偿其债务，但其放弃继承也不能成为损害债权人利益的原因，因为该可期待的继承利益也并非债权人预期的利益，故债务人放弃继承的行为并未导致其责任财产发生减损，债权人无权撤销债务人放弃继承的行为。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》第32条规定：“继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。”这里的法定义务，主要指夫妻间扶养义务、子女对父母的赡养义务、父母对未成年子女的抚养义务，以及被继承人为继承人个人事务形成的债务，如支付被继承人的丧葬费等义务，不应扩大至合同义务，以及生效裁判、仲裁确定的给付义务。这是因为债权人取得债权时，并没有考虑遗产作为债务人的责任财产，放弃继承行为只是阻止继承人将来责任财产的增加，即放弃增加责任财产的机会，而不是放弃继承人现有自身之责任财产，故放弃继承的行为不能成为继承人的债权人撤销权之标的。

## 五、实操指引

首先，如果债务人未放弃继承，但怠于分割共有财产，直接提起债权人代位析产之诉，确定债务人在共有财产中的具体份额。

其次，如果债务人已明确放弃继承，且无其他财产可供执行，果断提起债权人撤销权之诉，撤销债务人放弃继承的行为，使遗产回归到可被继承的状态。此路径存在一定司法争议，需充分论证债务人放弃行为的“财产处分”属性及其对债权的损

害。同时，可备位提起确认放弃继承行为无效之诉。

综上，面对债务人的逃债手段，法律并非无计可施。关键在于精准识别法律关系的性质，选择正确的诉讼路径。代位析产与撤销权，如同两把利剑，一把主攻“怠于行使”，一把主攻“恶意放弃”。债权人只有用好组合拳，才能在执行困局中拨云见日，最终实现胜诉权益。



### 吕连连 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方股权业务部 副主任

业务方向：民商事争议解决、公司法

联系方式：135 6435 0327

## “请托型”诈骗的司法认定和控告实务分析

作者：张佰乐

当亲朋突遭被抓，当孩子升学无门，当资质屡申不批，不少人会陷入绝望，转而轻信他人“有内部关系”“能摆平事情”的承诺，后支付高额“打点费”或“活动经费”。然而，事未成、人失联或钱不退的结局屡见不鲜。此时，请托人最核心的困惑是：我付的钱还能要回来吗？对方的行为算不算诈骗？

这一问题的答案，并非简单的“能”或“不能”，而是取决于两个关键维度：一是请托事项本身的合法性；二是受托人是否从一开始就具有非法占有目的。本文将根据法律法规，结合典型案例，厘清“请托型”诈骗的司法认定标准，并为请托人提供切实可行的维权路径。

### 一、法律规定及解读

《中华人民共和国民法典》 第八条 民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。第一百二十二条 因他人没有法律根据，取得不当利益，受损的人有权请求其返还不当利益。

第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。

第一百五十七条 民事法律行为无效、

被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

《中华人民共和国刑法》 第六十四条 犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。



2026年5月1日施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第十七条进一步明确：“以非法占有为目的，虚构与国家工作人员关系密切的事实，骗取请托人财物的，以诈骗罪定罪处罚。”

根据以上规定可知，我国对“请托型”财物纠纷的处理，确立了以财产权益合法性与给付目的正当性为核心的裁判原则。根据《民法典》第八条及第一百五十三条，民事主体不得从事违反法律或违背公序良俗的行为，此类行为无效；第一百五十七条规定，无效行为原则上应返还财产，但该规则并非绝对适用。尤其当给付系基于非法或严重违背公序良俗之目的（如干预司法、违规“捞人”）时，法院通常援引“不法原因给付不得请求返还”的法理，排除返还请求权。尽管《民法典》第一百二十二条规定，“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益”，表面看似乎支持被害人主张退款，但司法实践普遍认为，若给付人自身给付行为具有违法性或违背公序良

俗，则其丧失“受法律保护的正当利益”，不符合不当得利制度所保护的“合法受损”要件，故不构成法律意义上的“不当得利”。同时，《刑法》第六十四条强调，仅“被害人的合法财产”应当返还，违法所得应予追缴或没收。另外，2026年5月1日施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第十七条第四款虽明确：以非法占有为目的，虚构与国家工作人员关系密切的事实骗取请托财物的，以诈骗罪定罪处罚——尽管解决了刑事入罪问题，但并未改变赃款处置中对“财产合法性”的实质审查标准。综上，司法机关在处理此类纠纷时，不仅审查款项来源，更着重考察其用途与给付目的。若资金用于严重破坏社会秩序的行为（尤其是干预司法公正），即使来源合法、受托人确属诈骗，该款项亦因用途非法而被认定为不具备“合法财产”属性，依法不予返还，甚至予以没收。此立场体现了法律对不法请托行为的否定评价，皆在维护法治秩序与公序良俗。

## 二、典型案例及解读



案例一：江西省高级人民法院“再审申请人刘某因与被申请人高某宝委托合同纠纷案”，案号：（2023）赣民申1036号裁判要点：高某宝给刘某6.7万元钱的目的是让其帮忙找关系，通过非正规途径使儿子高某能够进三中本部读书，故二审法院认定双方之间形成的委托合同因损害社会公共利益而无效，并在查明刘某已退回0.6万元的基础上，判决刘某返还高某宝6.1万元，并无不当。案例二、福建省高级人民法院“再审申请人林某彬因与被申请人张某不当得利纠纷案”，案号：（2023）闽民申3354号裁判要点：林某彬

诉请张某返还126000元系用于通过张某的请托打点以达到帮助其子女及朋友子女在不符入学条件的情况下入学的目的。林某彬向张某给付的126000元属于不法原因给付，不属于合法的民事权益，不受民事法律保护。对此，一、二审已予以明确指出并裁定驳回起诉，并无不当。裁定驳回林某彬的再审申请。案例三：民事起诉被驳回：不法原因给付不受保护湖南永顺县蔡某的丈夫因涉嫌犯罪被刑拘，她通过亲属找到单某，支付3万元“捞人费”。事未成且拒退后，蔡某以不当得利为由提起民事诉讼。法院判决驳回其全部请求，裁判要点：委托“捞人”试图干预司法办案，属违法行为，不受法律保护。法院还向公安机关发出司法建议函，提示核查是否存在其他违纪行为。案例四：刑事立案但赃款被没收：违法请托难获返还。

2023年，湖北随州法院审理了一起典型案例。王某娟为“捞出”被刑拘的弟弟并避免自身牵连，支付80万元给吕某。吕某谎称可疏通关系，实则将钱藏匿家中。案发后，吕某构成诈骗罪，判处有期徒刑

三年，并退缴全部赃款。然而，法院判决将 80 万元予以没收，上缴国库。裁判要点：被害人请托事项系干预司法，严重违背公序良俗。若将赃款返还，等于变相认可违法请托的正当性，易滋生更多类似行为。因此，将违法请托的钱款予以没收。基于上述四个案例可知，当前司法实践对“请托型”纠纷的处理，并非简单以“是否构成诈骗”或“是否返还不当得利”为单一标准，而是构建了一套以请托事项性质为核心、区分民事与刑事路径、兼顾行为效力与财产处置的复合裁判体系。具体可归纳为以下三个层次：第一，按请托事项的违法程度分层处理。若请托仅涉及违反行政管理秩序（如违规入学但未伪造材料、未实质破坏公平），法院可能认定委托合同无效，但仍判令受托人返还财产（如江西高院(2023)赣民申 1036 号案）。此案在否定行为效力的同时，基于公平原则和受托人无合法占有依据，允许财产返还。但若请托目的直接指向干预司法、逃避刑责等严重破坏法治秩序的行为（如“捞人”），则无论通过民事还是刑事程

序，均倾向于否定被害人的返还请求权。福建高院(2023)闽民申 3354 号案与湖南永顺县案例均明确：此类给付属于“不法原因给付”，不受《民法典》第一百二十二条不当得利制度保护；湖北随州刑事案件更进一步，在刑事追赃程序中直接将退缴款项予以没收。第二，民事路径存在明显局限性。尽管《民法典》第一百五十七条规定无效合同应返还财产，第一百二十二条规定不当得利应予返还，但法院普遍认为，当给付人自身行为具有违法性或违背公序良俗时，其丧失受法律保护的正当利益基础。因此，对于严重违法请托，法院不仅驳回诉讼请求（湖南案），甚至直接裁定驳回起诉（福建案），从根本上否定诉权。第三，刑事程序亦不必然保障返赃。即便受托人被认定构成诈骗罪（如湖北随州案），司法机关仍会审查赃款的合法性。若请托事项严重违法，法院可依据《刑法》第六十四条，将该款项视为“用于非法目的的财物”而非“被害人的合法财产”，依法判决没收上缴国库。这表明，刑事立案虽有助于惩治诈骗行为，但并不

自动等同于被害人能拿回钱款。综上，司法机关通过“行为效力否定—返还请求权限制—赃款合法性审查”三重机制，系统性地否定了严重违法请托的法律救济空间。其核心价值导向在于：不能让法律成为不法交易的“保险箱”。任何试图通过金钱绕过法律、政策或公共秩序的行为，不仅难以实现目的，还可能面临财产权益不受保护、甚至被追究其他责任的风险。这一裁判立场，既体现了对诈骗犯罪的打击，也彰显了对公序良俗和法治权威的坚决维护。

### 三、“请托型”诈骗的司法认定及刑事控告实务指引

需再次特别强调的是，并非所有“收钱未办事”的行为均构成诈骗罪。司法机关在认定“请托型”诈骗时，会严格区分民事违约与刑事诈骗的界限，核心在于判断行为人是否自始具有非法占有目的。结合《刑法》第二百六十六条及2026年“两高”司法解释第十七条第四款的规定，构成“请托型”诈骗罪的关键要素应包括：

(1) 虚构与国家工作人员存在“密切关系”

等根本性事实；(2) 无任何实际履约行为或完全不具备办事能力；(3) 将所收款项用于个人消费、挥霍或隐匿，而非用于请托事项；(4) 事败后编造借口拖延、失联或明确拒绝退款。若符合上述特征，即便请托事项本身违法（如“捞人”），受托人也可能构成诈骗罪——但需注意，刑事定罪不等于赃款必然返还（参见湖北随州案），因此，被害人应在专业律师指导下，审慎评估案件性质，果断启动刑事控告程序，具体步骤如下：第一步：精准识别诈骗本质，排除“真办事未果”情形。重点核查对方是否从一开始就虚构身份（如谎称系某领导亲属、办案人员同学）、是否具备任何履职可能性、收款后是否采取过实质性行动（如联系相关人员、提交材料等）。若其从未尝试办事，仅以“正在运作”“领导已答应”等话术搪塞，则高度符合诈骗特征。第二步：系统固定完整证据链。(1) 资金交付证据：银行或微信/支付宝转账记录（尽可能备注“办事费用”“打点费”等用途）；(2) 意思表示证据：完整保存微信、短信、录音等沟通记录，

重点提取对方承诺“有关系”“包办成”“绝对没问题”等关键话语；（3）履约异常证据：催款记录、对方失联或推诿的证明；（4）资金去向线索：如知悉对方将款项用于购房、购车、赌博等个人用途，应尽力搜集相关线索。第三步：规范提交刑事控告材料。建议委托专业刑事律师撰写《刑事控告书》，内容应聚焦诈骗构成要件，避免主动强调自身请托行为的违法性。文书需清晰列明时间线、虚构事实的具体表现、非法占有目的的客观证据，同步附证据目录及复印件等。第四步：依法应对不予立案，善用检察监督。实践中，公安机关常以“系民事纠纷”“请托事项违法”为由拒绝受理。此时，被害人应在收到《不予立案通知书》后向同级人民检察院提交《立案监督申请书》，阐明案件符合诈骗罪构成要件，强调行为人“自始无履约意愿+非法占有目的”的核心事实。检察监督

#### 四、警示教育与结语

法律不保护“走捷径”的侥幸，但必须严惩“卖捷径”的欺骗。在此提醒公众：

第一，凡声称“认识领导”“保证办



是突破程序障碍、推动刑事立案的关键救济途径。第五步：理性推进退赔协商，争取实质挽损。即便案件进入审查起诉或审判阶段，亦应积极通过辩护律师与检法机关或者诈骗人沟通退赔事宜，努力在宣判前拿到退赔协议，最大化挽回损失。综上，“请托型”诈骗案件的维权，既需准确把握刑事入罪标准，也需清醒认识财产返还的法律边界。唯有在专业法律支持下，精准取证、规范控告、灵活协商，方能在打击犯罪的同时，最大限度实现权益救济。

成”的，多为骗局。第二，遇事务必走合法途径。亲属涉案，请立即委托正规律师依法辩护；升学落户，请关注政策与正规渠道。第三，建立“留痕”意识。如确需

委托代办，应签订书面协议、银行转账、保留全程沟通记录。第四，被骗后切勿拖延。发现异常，应立即收集证据、咨询专业律师、启动刑事控告。“请托型”诈骗，既利用了人情社会的“托人办事”心理，又侵蚀了法治公信力。司法机关对此类犯

罪的打击日趋严厉，但对不法请托行为亦持否定态度。唯有全社会共同摒弃“找关系”的不良风气，坚定“有事找法”的信念，才能从根本上铲除此类诈骗的滋生土壤。



张佰乐 律师

上海七方律师事务所高级合伙人、  
管委会委员  
上海市律协

刑诉法与刑事辩护专业委员会 委员  
徐汇区青年律师联谊会理事  
同济大学法学院实务导师

业务方向：刑事辩护与刑事控告、刑  
民交叉法律争议解决、企业法律顾问

联系方式：13681605614、  
18253167422(微信)

## 《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》

### 第八条解析

作者：童一峰

#### 【前言】

《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》（以下简称“《贪污解释（二）》”）于近日发布，其中第八条统一了“国家工作人员”和“非国家工作人员”所涉贪腐类犯罪的量刑数额，实现了贪腐犯罪的“统一”处罚。可以看到，自2022年党的二十大报告正式提出“保护民营企业、优化营商环境”，我国刑法对涉侵害民营企业行为的介入力度在不断提高。诚然，法律应当对治国理政之策有所回应，这是法律作为上层建筑应当发挥的作用之一。但回归到法律，或者说司法解释本身层面，《贪污解释（二）》第八条仍然有一些问题值得思考。本文首先就《贪污解释（二）》第八条进行整理，以明确其基本内容，随后对本条提出一些个人的观点，与各位读者探讨。

#### 【条文引入】

《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第八条：刑法第一百六十三条规定的非国家工作人员受贿罪、第一百六十四条规定的对非国家工作人员行贿罪、第二百七十一条规定的职务侵占罪、第二百七十二规定的挪用资金罪定罪量刑标准分别参照受贿罪、行贿罪（单位行贿罪）、贪污罪、挪用公款罪定罪量刑标准执行。在决定是否追究刑事责任和量刑时，应综合考虑犯罪的性质和情节，准确评估社会危害性，确保罪责刑相适应。

#### 一、新旧规范中的数额对比

依据《贪污解释（二）》第八条所列的四项罪名，新司法解释出台前后其入罪、量刑数额变化情况如下所示：

（一）非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪方面

非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪		
	原规定	新规定
数额较大	6万元以上	3万元以上
数额巨大	100万元以上	20万元以上
数额特别巨大	无具体规定	300万元以上

（二）对非国家工作人员行贿罪方面

对非国家工作人员行贿罪		
	原规定	新规定
数额较大	6万元以上	3万元以上
数额巨大	200万元以上	100万元以上

（三）挪用资金罪方面

挪用资金罪		
行为方式一：归个人使用，进行非法活动		
	原规定	新规定
数额较大	6万元以上	3万元以上
数额巨大	600万元以上	300万元以上
数额特别巨大	无具体规定	无具体规定
行为方式二：归个人使用，进行营利活动或者超过三个月未还		
	原规定	新规定
数额较大	10万元以上	5万元以上
数额巨大	1000万元以上	500万元以上
数额特别巨大	无具体规定	无具体规定

根据上述表格，明显可以看出在《贪污解释（二）》出台后，上述非国家工作人员贪腐犯罪以及关联犯罪的入罪、量刑的数额标准均大幅下降，分别与相应的贪污罪、受贿罪、行贿罪、挪用公款罪等公职人员贪腐类犯罪保持一致，呈现出从严打击的特征。

## 二、对尚未处理或正在处理的犯罪的适用

上述数额标准的修改，给实务带来的

一个最直接的问题就是，对于尚未处理以及正在处理的相关犯罪（也即未决案）如何处理？对于发生在《贪污解释（二）》生效之前的相关犯罪行为，应当用旧司法解释处理，还是应当适用新的司法解释？

对此问题，《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》（以下简称：《司法解释效力规定》）中已有规定，具体内容如下：

1. 司法解释是……具有法律效力的解释，自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间；

2. 对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理；

3. 对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。

依据上述规定，对于《贪污解释（二）》出台后对下列未决案的裁判应当遵循以

下规则：

未决案所涉罪名	量刑标准	司法解释适用
非国家工作人员受贿罪、 职务侵占罪	数额较大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额巨大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额特别巨大	新司法解释。
对非国家工作人员行贿罪	数额较大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额巨大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
挪用资金罪 归个人使用进行非法活动	数额较大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额巨大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额特别巨大	新旧司法解释均无规定
挪用资金罪 进行营利活动或者超过 三个月未还	数额较大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额巨大	旧司法解释（除非新司法解释更有利于犯嫌被告）。
	数额特别巨大	新旧司法解释均无规定

对于上述表格，尤其是需要注意的是：对于目前涉非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪两项罪名的未决案，依据《贪污解释（二）》第八条的规定，如果犯罪数额在 300 万元以上的，应当适用新的司法解释，以“数额特别巨大”进行认定。因此，根据目前的有关司法解释溯及力的规定，对于符合这一情况的犯罪嫌疑人、被告人，本次司法解释的出台可能意味着将要面临更为严厉的处罚。

当然，在 2023 年的一起入库案例“鲍某、郑某污染环境案”中，法院的裁判观点对司法解释溯及力问题进行了进一步深化。法院认为，对于“行为时没有相关

司法解释”的理解应当分为宏观和微观层面，宏观层面指的是“犯罪行为发生时无相关专门针对该行为的司法解释”，微观层面指的是“无该行为可能涉及定性、量刑的相关司法解释”。

因此，对于本次“数额特别巨大”的适用，如果按照宏观层面来理解，则属于行为时有司法解释，应当按照从旧兼从轻的原则适用旧司法解释（除非新司法解释处罚更轻）；如果按照微观层面来理解，也属于行为时有司法解释，对此也应当按照从旧兼从轻的原则来适用旧司法解释。

### 三、问题思考-“同等打击”的正当性存在疑问

《贪污解释（二）》第八条条文本身并不复杂，上文也对本条的基本内容、适用情况进行了完整的解读。笔者更想讨论的是一些条文之外的内容。

《中华人民共和国刑法》第五条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”

我国刑法对一项犯罪行为的打击力度，与该项行为的社会危害程度是紧密相

连的，这是上述“罪责刑相适应”基本原则的基本要求。例如对于故意杀人罪，刑法为其所配置的基础法定刑就是“死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”，而对于危害性明显更轻的故意伤害罪，刑法为其配置的基础法定刑是“三年以下有期徒刑”。

根据前文的阐述，《贪污解释（二）》第八条将民营企业工作人员所涉贪腐类犯罪行为将与公职人员的贪腐类犯罪行为的处罚直接相挂钩，这种做法免不了对一个问题进行审视：民营企业工作人员所实施的贪腐行为，其行为危害性是否与公职人员所实施的贪腐类行为具有同等性？笔者认为显然不是。

首先，从法理角度考察，非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪两项罪名所侵害的社会关系是“公司、企业的管理秩序”，职务侵占罪、挪用资金罪侵害的则是“私有财产权”；而对应的受贿罪、行贿罪、贪污罪、挪用公款罪不仅侵害了相关的“国有公司、企业的管理秩序、国有财产权”，其背后更是对“国家

公职人员职务行为的廉洁性、国家公权力的正当性”造成了破坏，两类行为的危害性孰轻孰重，不言而喻。

其次，从社会实践角度考察，实践中大量民营企业的设立、运行实际上都依赖于社会关系，用通俗的话来说就是“人情”。例如在江浙一带（实际上也不仅限于江浙一带），有大量依赖以近亲属为企业主要成员、工作人员而建立并运行的所谓“家族企业”，或是依赖于“好友”“亲属”等关系发生业务往来的不同企业，对于其中所发生的“行受贿”“职务侵占”“挪用资金”等行为，往往带有浓厚的“内部人情往来”或“利益分配模糊”的色彩，其社会危害性通常局限于特定企业或小范围利益相关方，这与公职人员利用国家公权力谋取私利、损害公共利益、侵蚀公众对国家公权力信任的行为存在本质差异。

因此，笔者认为，两者行为在危害性程度上终究存在差异，将两类犯罪作同等打击，在一定程度上有违“罪责刑相适应原则”。

#### 四、结语—对民营企业领域刑事介入加深的反思

首先必须承认的是，“优化营商环境”“保障民营经济发展”是当下继续促进我国经济建设发展的重要政策导向，在法治层面增设新规进行保驾护航也是理所当然。然而，刑法与其他法律法规不同，往往是作为干预某一社会关系的“最后手段”而存在，因而要求其具备“谦抑性”。但是，从近年刑事规范的变动来看，目前刑法在调整涉民营企业关系方面，完全可以说是“大刀阔斧”。笔者认为，民营企业作为市场主体，其内部治理问题属于私法自治范畴，即便出现违规乃至违法行为，也应更多通过完善公司治理结构、强化民事责任、行政监管等手段予以规制。

笔者所担忧的是，依照当前的政策理念和刑事规范修改动向，会不会使实务部门形成一种“对涉企犯罪要狠抓狠打”的理念，进而对涉民营企业关系矫枉过正？常言道，水至清则无鱼，目前我国的民营企业经营实际上还存在大量“灰色地带”“潜规则”情况，这些情况虽然不尽合规，但是否真的适合以“零容忍”的刑事高压姿态进行规制？是否可能误伤正常经营自主权，以至于加剧企业家的“刑事风险焦虑”，进而抑制投资意愿与创新活力，最终与“经济发展”的目标背道而驰？以上问题，都值得进一步思考。

篇幅所限，文尽于此。观点浅薄，还望海涵



童一峰 律师

上海七方律师事务所 律师

业务方向：刑事辩护、民商事诉讼

联系方式：021-56782789



## 大股东阻却小股东回购股权之解散决议效力探析

作者：王娜

在公司治理实践中，股权回购是小股东维护自身合法权益、实现退出诉求的重要法定途径，而大股东凭借其持股优势和表决权主导地位，往往通过各种方式阻却小股东行使该权利，其中以作出解散公司决议为手段的情形尤为常见。此类决议表面上符合公司自治的形式要求，实则可能隐藏滥用股东权利、损害小股东及公司利益的实质违法性，其效力认定成为司法实践中的重点与难点。

本文结合新《公司法》及相关司法解释规定，从法律依据、效力判断标准、实务困境及救济路径四个维度，对大股东为阻却小股东回购股权而作出的解散公司决议效力问题展开深入探析。

## 一、核心法律依据：股权回购与公司决议解散的条件

### （一）发生股权回购的法律情形

根据新《公司法》第八十九条、第一百六十一条规定，小股东行使股权回购请求权的法定情形包括三类：一是公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利且符合法定分配条件；二是公司转让主要财产；三是公司章程规定的营业期限届满或其他解散事由出现，股东会决议

修改章程使公司存续。

此外，新《公司法》新增重要条款，明确控股股东滥用股东权利，严重损害公司或其他股东利益的，其他股东亦有权请求公司按照合理价格回购其股权。值得注意的是，股份有限公司不享有该项回购请求权。

### （二）公司决议解散的生效条件

有限责任公司股东会作出解散决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过；股份有限公司股东会作出解散决

议，需经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。这是解散决议生效的形式要件。

## 二、效力判断标准：形式合法与实质正当的双重考量

公司决议的效力认定遵循“形式合法+实质正当”的双重标准，具体可从以下两个层面展开判断。

### （一）形式要件：审查决议程序的合法性

形式合法性是公司决议生效的前提，主要审查股东会的召集程序、表决方式是否符合《公司法》及公司章程的规定。

其次，表决方式需严格遵循“资本多数决”原则。

首先，股东会的召集需履行法定通知义务，包括通知的时间、方式、内容等；

若大股东通过隐瞒会议信息、限制小股东参会等方式规避表决程序，该解散决议因程序瑕疵可能被撤销。

## (二) 实质要件：审查决议目的的正当性与内容的合法性

首先，实质正当性是判断决议效力的核心。重点审查解散决议的作出是否具有合理的商业理由，是否存在滥用股东权利、损害小股东或公司利益的情形。大股东为阻却小股东回购股权而作出解散决议，其核心问题在于决议目的的不正当性——解散公司并非为了维护公司利益或全体股东的共同利益，而是为了剥夺小股东的法定回购权利，属于典型的权利滥用行为。

其次，审查决议内容的合法性还需关注解散决议是否违反法律、行政法规的强制性规定。例如，公司解散后必须依法成立清算组，清理公司财产、清缴税款、清偿债务，若大股东作出解散决议后未履行清算义务，甚至通过解散公司逃避债务、损害债权人利益，该决议的合法性将受到否定，可能因内容违法而无效。

另，司法实践中，判断解散决议是否具有正当理由，主要参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干



问题的规定（二）》第一条规定的情形，包括公司持续两年以上无法召开股东会、股东表决无法达到法定比例、董事长期冲

突无法解决等，若存在上述情形，说明公司经营管理已陷入严重困难，解散决议具有实质正当性，应依法认定有效。

### 三、实务困境：认定难点与裁判倾向

在司法实践中，认定大股东为阻却小股东回购股权而作出的解散决议效力，存在诸多难点，主要集中在以下两个方面，同时形成了主流的裁判倾向。

其一，主观目的的认定难度较大。大股东作出解散决议的目的具有隐蔽性，往往以“公司经营困难”“优化资源配置”等正当理由为由，掩盖其阻却小股东回购股权的真实目的。小股东要举证证明大股东的主观恶意，需提供充分的证据，如大股东的书面沟通记录、股东会会议纪要、公司经营数据等，而小股东通常处于信息不对称的弱势地位，举证难度较大。司法实践中，法院通常结合案件具体情况，通过客观行为推定主观目的。例如，公司在作出解散决议前，小股东已明确提出股权回购请求，且公司经营状况良好、

无明显解散必要，此时可推定大股东作出解散决议的目的具有不正当性。

其二，权利滥用与资本多数决的边界难以界定。资本多数决是公司治理的基本原则，大股东凭借其持股优势行使表决权，本身具有合法性，但当表决权的行使超出合理范围，损害小股东合法权益时，即构成权利滥用。实践中，如何区分“正当行使表决权”与“滥用表决权”，缺乏明确的量化标准，往往需要法院结合个案情况综合判断。例如，大股东在小股东提出股权回购请求后，短期内突然召集股东会作出解散决议，且未提供充分的解散理由，应认定为滥用表决权；若大股东在作出解散决议前，已充分征求小股东意见，且公司确实存在无法继续经营的情形，则应认定为正当行使表决权。

从裁判倾向来看，法院在审理此类案件时，坚持“实质正义优先于形式正义”的原则，注重保护小股东的合法权益，严厉禁止股东滥用权利。若查明大股东作出解散决议的主要目的是阻却小股东行使

股权回购请求权，且无正当的商业理由，即便决议满足形式要件，也可能判决决议无效或撤销；若解散决议具有正当理由，且程序合法，则会依法维持决议效力。

#### 四、救济路径：小股东的权利保障与应对策略

当大股东作出解散公司决议以阻却小股东回购股权时，小股东可考虑通过以下法律途径维护自身合法权益，寻求相应的救济。

##### （一）请求法院撤销或确认解散决议无效

《公司法》第二十五条：“公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”；第二十六条：“公司股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，可以请求人民法院撤销。但是，股东会、董事会的会议召集程

序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外”。

小股东若认为解散决议存在程序瑕疵、内容违法或大股东滥用权利，可在法定期限内提起诉讼，请求法院撤销决议或确认决议无效。诉讼中，小股东需重点举证证明大股东的主观恶意、决议的不正当性，以及自身权益受到的损害。

##### （二）继续主张股权回购请求权

若解散决议被撤销或认定为无效，小股东可继续依据《公司法》第八十九条、第一百六十一条规定，行使股权回购请求权。小股东可先与公司协商回购价格，自

股东会决议作出之日起六十日内若协商不成的，可自股东会决议作出之日起九十日内，向人民法院提起诉讼，请求公司按照合理价格收购其股权。

### （三）追究大股东的赔偿责任

根据《公司法》第二十一条规定，公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。若大股东滥用表决权作出解散决议，导致小股东的股权回购请求权无法行使，或给小股东造成其他损失（如股权贬值、投资

收益损失等），小股东可另行提起诉讼，要求大股东承担赔偿责任。此外，若大股东通过解散公司逃避债务，损害债权人利益，债权人也可要求大股东承担相应的民事责任。



#### 王娜 律师

上海七方律师事务所 专职律师

业务方向：保险合同、民商事争议解决、劳动  
纠纷、婚姻家庭与私人财富管理

联系方式：17621306506

## 未实缴出资股东责任追究路径之变： 从“执行追加”到“另行诉讼”的实务转向与策略选择

在债权人通过诉讼取得对公司的胜诉判决后，最现实的困境莫过于执行阶段公司无财产可供清偿。此时，将未履行或未全面履行出资义务的股东追加为被执行人，曾是债权人实现债权的一把利器。然而，近期笔者发现代理的案件中，都遭遇了执行法院对追加申请裁定驳回，并明确指引“应另行提起诉讼”的情况。这一变化并非偶然，其背后是法律法规的修订、司法裁判理念的更新以及诉讼程序规则的刚性重构所共同驱动的结果。本文旨在结合最新法律动态与司法实践，系统梳理追究未实缴出资股东责任的路径演变，为债权人追责未实缴出资股东提供实务操作指引。

作者：王樱霖

### 一、法律环境的变迁：从“可以追加”到“严格法定”的司法收紧

长期以来，债权人依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（下称《变更追加规定》）第十七条，在执行程序中直接申请追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东为被执行人，是一条高效便捷的路径。该路径依托原执行案件，无需预交诉讼费，程序衔接相对顺畅。然而，这条路径的适用正面临日益严格的限制。

核心的转变始于对“未缴纳或未足额缴纳出资”这一法定追加情形的解释收紧。在注册资本认缴制下，股东依法享有出资的期限利益。最高人民法院通过多个裁判案例（如（2023）最高法民申2920号）及在法答网等平台的解答中反复明确：《变更追加规定》第十七条所指的“未缴纳或未足额缴纳出资”，应限缩解释为“出资期限已届满但仍未履行”的情形。

对于认缴出资期限尚未届至的股东，其未缴纳出资的行为并不直接构成“未履行出资义务”，因此不属于该条文明确规定的法定追加情形。

这一“严格法定主义”原则，在2023年修订的《中华人民共和国公司法》（下称“新《公司法》”）施行后变得更为清晰。新《公司法》第五十四条虽然确立了“公司不能清偿到期债务”时股东的出资加速到期制度，但该制度创设的是一种新的实体请求权。执行程序作为实现生效

文书的程序，其追加被执行人必须基于既有法律、司法解释的明文规定。在新《公司法》施行后，最高人民法院在相关意见中亦指出，即便符合出资加速到期的条件，因《变更追加规定》尚未相应修改，直接追加缺乏明确的程序法依据，债权人应通过诉讼方式主张权利。

因此，当前司法实践的主流趋势是：对于出资期限未届至的股东，执行法院倾向于以“不符合法定追加情形”或“涉及实体争议，宜通过诉讼解决”为由，裁



定驳回债权人的追加申请。笔者近期追加碰壁，并非个例，而是司法裁判标准统一化、严格化的体现，意味着“直接追加”

这条路的门槛已大幅提高，尤其在涉及出资期限未届满的股东时，通过执行程序直接追加的成功率已显著降低。

## 二、案由变革的深层逻辑：管辖规则的重塑与“程序选择”的暗示

另外值得关注，2025年12月最高人民法院发布、2026年1月1日正式施行的《关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法〔2025〕227号，以下简称新《案由规定》），对「与公司有关的纠纷」案由体系进行了系统刚性重构。

相关纠纷的案由从“股东损害公司债权人利益责任纠纷”转变为“股东出资纠纷”（特别是其项下的“股东出资加速到期纠纷”）。这一变化并非简单的名称调整，而是最高人民法院修订《民事案件案由规定》所带来的变化背后蕴含着对管辖规则的重塑，并间接印证了执行追加路径的式微。

旧有案由体系下，“股东损害公司债权人利益责任纠纷”因其名称带有“损害”“侵权”色彩，常被债权人用以在自身住所地法院提起诉讼，从而规避了《民

事诉讼法》第二十七条规定的公司住所地管辖。这导致了大量公司类纠纷管辖混乱，违背了公司组织法纠纷应由公司中心所在地法院审理以查清事实、统一裁判的立法本意。

新《案由规定》对此进行了刚性矫正：

1. 精细化拆分：将笼统的“股东出资纠纷”拆分为“股东未全面履行出资义务纠纷”、“股东抽逃出资纠纷”、“股东出资加速到期纠纷”等具体四级案由。

2. 严格限缩：将“损害公司债权人利益责任纠纷”的适用范围，限定在依据《公司法》第二十三条提起的公司法人人格否认诉讼，即股东滥用法人独立地位严重损害债权人利益的场合。

3. 管辖绑定：明确前述所有“股东出资纠纷”项下的案由，均适用公司住所地人民法院专属管辖。

这一变革的实务影响：债权人追究股东未实缴出资的补充赔偿责任，应当以“股东出资加速到期纠纷”等具体案由，向公司住所地人民法院提起诉讼。这意味着：

“随意选择管辖法院”的时代结束：债权人不能再通过选择侵权案由在本地起诉，必须向公司所在地法院诉讼。

“另行诉讼”或成为法定标配：案由的强制适用与管辖的刚性锁定，在程序上已明确将此类纠纷导向一个独立的、在公司住所地进行的民事诉讼，而非附着于原执行程序的追加审查。这从另一个角度解释了为何执行法院越来越倾向于驳回追加申请，因为实体审理的职责和管辖均已明确归属公司住所地法院。

### 三、路径比较与实务策略选择：何时“坚持追加”？何时“果断另诉”？

面对上述变化，债权人应如何决策？两条路径——“执行追加（及后续可能的执行异议之诉）”与“直接另行起诉”——并非完全互斥，但应有策略地选择适用。

#### （一）路径一：执行程序中申请追加股东

适用最佳情形：股东出资期限已明确届满且未缴付。此时完全符合《变更追加规定》第十七条的文义，成功追加的可能性最高。此外，对于抽逃出资（依据《变更追加规定》第十八条）或未履行出资义务即转让股权的原股东（依据《变更追加规定》第十九条），如事实清晰、证据确凿，仍可尝试追加。

优势与风险：优势在于程序启动快、成本低。主要风险在于，若股东提出出资期限未届至等实体抗辩，执行法院极大可能以存在实体争议为由驳回申请，债权人将不得不转入执行异议之诉，而该诉同样由执行法院管辖，且面临与另行起诉类似的审理周期。如执行异议之诉最终未得到支持，仍需另诉则会大大拉长周期。

#### （二）路径二：另行提起民事诉讼

适用主要情形：股东出资期限未届满，但符合出资加速到期条件。这是当前最主要的适用场景。依据新《公司法》第五十四条，只要“公司不能清偿到期债务”，债权人即有权要求未届出资期限的股东提前缴纳出资。债权人可向公司住所地人民法院提起“股东出资纠纷”诉讼

（在具体项下可明确为“股东出资加速到期纠纷”等）。

优势与风险：优势在于审理全面、一揽子解决实体争议、裁判确定性强，并可在此程序中申请财产保全，直接查封股东个人财产。劣势在于需要预交案件受理费，且需要重新组织证据，进行完整的诉讼流程。

### （三）核心策略建议

1. 首要审查出资期限：立即核查目标股东的出资认缴期限是否已届满。这是选择路径的“分水岭”。

确定案由：准确适用“股东出资纠纷”或项下的具体案由如“股东出资加速到期纠纷”。

2. 期限已届满，优先尝试追加：若期限已过，可首先向执行法院提交追加申请，准备股东出资信息、公司章程等证据，力求高效解决。

组织证据：系统准备生效债权文书、终结本次执行程序裁定（用以证明“公司不能清偿到期债务”）、公司工商内档（证明股东认缴情况）、财产查控结果等核心证据。

3. 期限未届满，果断准备另诉：若期限未至，不应再对执行追加抱有过高期望。可在与执行法官沟通后，将维权重心转向：

4. 关注特殊情形：对于股权多次转让、未届期转让等复杂情况，由于涉及原股东与受让股东的责任划分等实体判断，执行程序更难以处理，建议直接通过另行诉讼解决。

确定管辖：向公司住所地人民法院立案。

### 结语

综合而言，债权人追究未实缴出资股东责任的实务格局已发生转变。在“严格法定追加”原则与新《案由规定》刚性管辖规则的双重作用下，“直接在执行程序中追加未届出资期限的股东”这一路径已变得异常狭窄。“在公司住所地法院另行提起股东出资纠纷诉讼”恐已成为当前及未来主流且确定的维权路径。

这一转变要求债权人及律师从依赖

执行程序的便捷性，转向注重实体诉讼的规范性与证据的完备性。虽然另行诉讼看似增加了前期成本与程序步骤，但其带来的裁判确定性、责任落实的彻底性以及通过财产保全有效控制风险的能力，从最终实现债权的角度看，往往是更优选择。面对法律实践的演进，唯有精准把握规则变化，主动调整诉讼策略，方能最大程度维护债权人的合法权益。



王樱霖 律师

上海七方律师事务所 合伙人

业务方向：公司股权、企业法律顾问、  
民商事争议解决

联系方式：18301766398



## 债权人“刺破公司面纱”追偿债务法律分析

作者：张春球

在复杂的商事纠纷中，债权人常常面临这样的困境：债务人公司（以下简称“丙公司”）无力偿还债务，而其背后的母公司（以下简称“乙公司”）甚至“祖母公司”（以下简称“甲公司”）却拥有雄厚资产。传统公司法框架下的有限责任原则，往往成为这些关联公司逃避债务的“护身符”。现行《公司法》（以下简称“新《公司法》”）的实施，系统性完善了法人人格否认制度，为债权人提供了更为清晰、有力且具有穿透力的法律武器，可以递进式地追究从直接股东到最终控制人的法律责任。本文结合新法变化、司法实践及笔者办案体会，系统阐述债权人如何通过刺破公司“层层面纱”机制，构建从丙公司→乙公司→甲公司的递进式追责体系。

### 一、“刺破公司面纱”的递进式逻辑：从横向到纵向地穿透

公司法人人格否认制度的核心在于突破有限责任原则，其适用呈现出明显的递进性特征：

**第一层：横向否认——追究直接母公司责任**

当债务人公司（丙公司）与其母公司（乙公司）在财产、人员、业务等方面高度混同，丧失独立人格时，债权人可以直接追究乙公司的连带责任。这是最基础、最常见的“刺破”层面。

**第二层：纵向否认——穿透至最终控制人**

当母公司（乙公司）本身也丧失独立性，成为更上层控制人（甲公司）的“工具”时，债权人可以进一步“穿透”，直接追究最终控制人（甲公司）的责任。这种对“祖母公司”层面的追责，体现了法人人格否认制度的深度适用。

## 二、新《公司法》构建的递进式追责体系

新《公司法》通过多个条款协同，构建了从直接股东到实际控制人的完整追责链条：

### 1、第二十三条：横向否认的基础

“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”此条款为追究母公司（乙公司）责任提供了直接依据。

### 2、第二十一条：纵向穿透的桥梁

“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。”该条款将责任主体从“股东”扩展至“实际控制人”，为追究“祖母公司”（甲公司）责任提供了法律接口。

### 3、第六十三条：一人公司举证责任倒置

一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于自身财产的，应承担连带责任。举证责任倒置，降低债权人证明难度。

### 4、第一百九十二条：“影子董事”责任

新创设的“影子董事”制度规定，控股股东、实际控制人指使董事、高级管理人员从事损害公司利益行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。这为证明甲公司通过乙公司控制丙公司提供了新的证据路径。

## 三、递进式追责的司法路径与典型案例

### 第一阶：证明母子公司人格混同

核心证据：财务混同的实质性证据

- 银行账户共用或混用记录；
- 资金无合理商业理由频繁划转；
- 财务账簿、凭证无法区分；
- 资产权属登记混乱。

典型案例指引：最高人民法院（2019）最高法民终109号案中，法院正是基于母子公司在财务、业务、人员上的高度混同，判令母公司对子公司债务承担连带责任。该案确立了财务混同是判断人格混同的决定性标准的裁判规则。

## 第二阶段：证明“祖母公司”的过度控制

进阶证据：控制链条的完整证据

典型案例指引：在江苏省高级人民法

- 甲公司对乙公司的控制指令文件；
- 甲公司直接参与丙公司经营决策的记录；
- 甲、乙、丙三公司统一的财务管理制度；
- 集团内部利益输送完整链条证据。

院（2020）苏民终 347 号案中，法院成功实现了“纵向穿透”，判令最终控股股东“祖母公司”对“孙公司”债务承担连带责任。关键证据在于证明了控股股东通过中间公司对孙公司实施全面控制，并指令其进行损害自身利益的关联交易。

## 第三阶：证明系统性、整体性的人格混同

最终证据：集团整体人格混同的证据

典型案例指引：最高法指导案例 163

- 甲、乙、丙三公司“一套人马、多块牌子”的组织架构；
- 集团内部资金池的统一管理和调配；
- 三公司业务、客户、供应商的高度重叠；
- 对外以统一集团名义开展经营。

号中，六家公司高管全员交叉任职，无独立组织架构；财务、法务、行政共用一套团队；集团统一资金池，资金集中管控、任意调拨；无独立财务核算，账册混同、资产负债无法区分；六家公司业务高度重叠，客户、供应商完全共享；经营决策集团统一制定；对外统称“江苏纺织集团”，共用品牌、渠道、办公系统。

## 四、诉讼中须同时证明的法定要件（缺一不可）

1、行为要件：存在“滥用”公司法人独立地位和股东有限责任的行为（如财产混同、过度支配、利益输送）；

2、结果要件：该滥用行为导致“逃避债务”，并已造成“严重损害公司债权人利益”的后果；

3、因果关系：债权人的损害与滥用行为之间存在直接、必然的因果联系。

特别提示：法院对“严重损害”采取

实质性审查标准——短期资金占用但已归还、偶发性关联交易等，通常不构成

“严重损害”。

## 五、“四步法”构建递进式诉讼体系

### 第一步：全面调查，绘制控制关系图

在起诉前，债权人应通过工商查询、涉诉信息检索、商业往来记录等途径，梳理甲、乙、丙股权结构、董监高交叉任职

情况，绘制出完整的股权控制链条图，明确甲、乙、丙三公司的关联关系。

### 第二步：分层举证，构建证据体系

按照“丙公司—乙公司—甲公司”的层级，分别收集各层级之间以及跨层级的人格混同证据。特别注意收集能够证明

甲公司越过乙公司直接控制丙公司的证据，如搜集反映甲公司统一调度人财物、乙公司干预丙公司经营的相关材料。

### 第三步：梯次起诉，灵活调整策略

基础诉讼：起诉丙公司要求偿还债务；

- 第一层追加：将乙公司列为共同被告，主张人格混同；

- 第二层穿透：将甲公司列为共同被告，主张实际控制人责任；

- 备选方案：同时主张股东出资责任、清算责任等。

### 第四步：庭审聚焦，递进式论证

在法庭审理中，按照以下逻辑层次进行论证：

- 证明乙公司与丙公司人格混同；
- 证明甲公司通过乙公司控制丙公司；

- 证明甲公司滥用控制权损害债权人利益；
- 论证三公司已形成整体性人格混同。

## 六、结语：从“有限责任”到“有责必究”的转变

新《公司法》的实施，标志着我国公司法律制度从单纯保护股东有限责任，向平衡保护债权人利益的重要转变。通过递进式地“刺破公司面纱”，债权人可以沿着“丙公司→乙公司→甲公司”的控制链条，层层深入，最终实现债权。

然而，这一过程绝非易事。它要求债权人具备系统的证据收集能力、精准的法律适用能力和灵活的诉讼策略能力。在复

杂的公司集团结构中，“刺破面纱”不仅是一场法律战，更是一场证据战、策略战。

未来，随着新《公司法》配套司法解释的出台和相关裁判规则的完善，债权人通过法人人格否认制度维护自身权益的路径将更加清晰。但无论如何变化，夯实证据基础、厘清控制关系、精准法律适用，都将是成功“刺破层层公司面纱”的不二法门。



### 张春球 律师

上海七方律师事务所 合伙人

中国中小企业协会调解中心 调解员

业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：15800560008

## 劳动合同解除纠纷案件，诉讼阶段变更请求实务分析

作者：李华平

### 一、引言

2025年4月14日，某公司单方面解除了钱某的劳动合同。钱某提起劳动仲裁，要求公司支付其违法解除劳动合同的赔偿金8万余元以及支付加班费、应休年休假等仲裁请求。劳动仲裁委员会作出请求后，对仲裁裁决不服，向一审法院提起起诉。在法院庭审中，钱某变更诉讼请求，将诉请“公司支付违法解除劳动合同赔偿金8万余元”变更为“要求恢复劳动关系，并要求公司支付安排每月13000元的标准支付自2025年4月15日起至其恢复劳动关系之日期间工资”。那么，钱某能否在法院阶段变更诉讼请求，由主张赔偿金变更为恢复劳动关系？

### 二、实务评析

用人单位单方面解除劳动合同引发争议的，劳动者往往认为用人单位解除劳动合同违法，在提起仲裁请求时候需要对请求事项作相应的选择。根据《劳动合同法》第四十八条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。在仲裁诉讼中，实践中涉及变更请求事项的，会出现以下几种可能情形：

（一）劳动者在劳动仲裁期间主张恢复劳动关系，在诉讼期间改为主张赔偿金。

劳动者认为用人单位解除劳动合同违法，劳动者既可以主张恢复劳动关系，也主张违法解除劳动合同的赔偿金。但必须作出选择，要么选择恢复劳动关系，要么选择赔偿金，而不能同时主张。

当劳动者选择恢复劳动关系之诉时，用人单位应当就解除劳动合同的合法性、

劳动关系无法继续履行等进行充分举证。如果用人单位无法举证解除劳动合同行为合法，且劳动合同有继续履行的可能性，则仲裁机构会裁决用人单位恢复与劳动者的劳动关系。

在诉讼阶段，如果劳动者不要求恢复劳动关系，能否改为主张赔偿金呢？这种情形完全可以。因为法院在审理案件中，本身就需要对“劳动合同继续履行的可能性”进行审理，即使劳动者不变更诉讼请求，当法院认定用人单位解除劳动合同违法且劳动合同确已无法继续履行时，法院可以直接向劳动者示明后改为判决用人单位支付赔偿金。当然，如果经法院示明后，劳动者仍然坚持要求恢复劳动关系的，则法院会驳回劳动者要求恢复劳动关系的诉求。因此，劳动仲裁阶段劳动者主张恢复劳动关系，而在诉讼阶段变更为主张赔偿金，是可以的。

（二）劳动者在劳动仲裁期间主张赔偿金，在诉讼期间改为主张经济补偿金。

以劳动者不能胜任工作未为由引发的解除劳动合同纠纷案件为例，用人单位认为“劳动者不能胜任工作，经培训或

调整岗位后仍不能胜任工作”的，用人单位需要承担三层举证责任。劳动者认为用人单位解除劳动合同违法，提起劳动仲裁主张赔偿金，如劳动仲裁委员会经审理后认定用人单位系解除违法，则会裁决用人单位支付违法解除劳动合同的赔偿金。

当用人单位对仲裁裁决不服向法院提起诉讼后，法院在审理过程中认为用人单位其实是合法解除劳动合同的，此时法院同样会向劳动者进行示明，告知劳动者“如法院认为单位解除劳动合同合法，是否同意改为主张经济补偿金”，当劳动者同意的，则法院可以改为判决用人单位支付经济补偿金，无需让劳动者另行提起劳动仲裁来主张权利。当然，当劳动者仍坚持主张赔偿金的，则法院会判决用人单位无需支付赔偿金，告知劳动者可以另行主张经济补偿的权利。

（三）劳动者在劳动仲裁期间主张经济补偿金，在诉讼期间改为主张赔偿金。

还是以劳动者不能胜任工作为由引发的解除劳动合同纠纷案件为例，用人单位将劳动者劳动合同解除后，劳动者在劳动仲裁阶段主张经济补偿金，双方均对仲

裁裁决不服起诉至法院。如劳动者在诉讼期间聘请了律师，律师认为应该是向用人单位主张赔偿金而不是经济补偿金的，可以在诉讼阶段将诉求由支付经济补偿金变更为赔偿金。

法院经过审理认为用人单位解除劳动合同确实是违法的，可以判决用人单位向劳动者支付赔偿金。也就是说，如果劳动者基于同一事实人民法院一审辩论终结前将诉讼请求由要求用人单位支付经济补偿变更为支付赔偿金的，是会得到法院支持的。

（四）劳动者在劳动仲裁期间主张赔偿金，在诉讼期间改为主张恢复劳动关系。

如本文所引案例，劳动者在劳动仲裁阶段主张赔偿金，意味着劳动者是不要求恢复劳动关系的。此种情形下，无论用人单位解除该劳动者的劳动合同是否违法，基于劳动者作出不要求恢复劳动关系的選擇，用人单位完全另行招用其他劳动者替代从事该岗位均具有合法正当性。

在劳动仲裁阶段，因为劳动者选择主张赔偿金，用人单位只需要对解除劳动合同的合法性、以及劳动者的工作年限、离

职前12个月的月平均工资标准进行举证，而无需要对劳动合同是否可以继续履行进行证明。

当案件进入诉讼阶段，劳动者提出要求恢复劳动关系，显然是与之前提出主张赔偿金是相互矛盾的，客观上是一个新的诉讼请求，“支付赔偿金”与“继续履行劳动合同”系反对关系，两者不可兼存，不具有依附性，两者属于独立的劳动争议请求。而对于新的不可分之诉的劳动争议请求，是需要经过仲裁前置程序，不能直接在诉讼阶段进行变更。此种情形，法院应当向劳动者进行释明，不能变更诉讼请求，劳动者坚持变更诉请的，可以裁定驳回请求。

本文所引案例就属于这种情形，钱某在诉讼阶段要求变更为主张恢复劳动关系的诉求，经法院释明后仍坚持变更诉求，最后法院裁定驳回钱某起诉，钱某不服上诉至二审法院，二审法院裁定维持原审裁定。

简言之，基于劳动争议案件存在“仲裁前置”的情况，当遇到劳动合同解除纠纷时，当新增的诉讼请求与原仲裁时的请

求是因同一法律事实而引发的，且诉讼请求与原仲裁时的请求之间不能具有矛盾、反对、并列的等关系的，如变更的诉求仅仅涉及“金钱给付之诉”的，司法实践中为了及时化解矛盾纠纷、节省仲裁诉讼资源，维护和谐稳定劳动关系，在诉讼阶段作出相应的请求事项变更，法院一般都是予以支持的；而如主张赔偿金改为主张恢复劳动关系，则完全是相互矛盾的，用人单位因为劳动者在仲裁期间选择主张赔

偿金而另行招用人员具有合法正当性，客观上也符合劳动合同无法继续履行的情形，因此无论从程序上还是实体上都难以得到法院的支持。

特别需要提醒是，当法院就请求事项向劳动者进行释明时，劳动者不要一味坚持己见，否则容易造成对劳动者的请求不予支持，劳动者需要另行重新主张权利，费时费力，甚至还可能因此超过时效等原因丧失相关权利，得不偿失。

### 三、法条链接

劳动者请求用人单位支付违法解除或者终止劳动合同赔偿金，劳动人事争议仲裁委员会、人民法院经审查认为用人单位系合法解除劳动合同应当支付经济补偿的，可以依法裁决或者判决用人单位支付经济补偿。

劳动者基于同一事实在仲裁辩论终结前或者人民法院一审辩论终结前将仲裁请求、诉讼请求由要求用人单位支付经济补偿变更为支付赔偿金的，劳动人事争议仲裁委员会、人民法院应予准许。

——《人力资源社会保障部最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接

有关问题的意见(一)》(人社部发〔2022〕9号)

第十四条 人民法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性，应当合并审理；如属独立的劳动争议，应当告知当事人向劳动争议仲裁机构申请仲裁。

——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)



### 李华平 律师

上海七方律师事务所 主任、首席合伙人

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会

副主任

全国律协劳动与社会保障法专业委员会

委员

上海市总工会法律顾问团成员

华东政法大学文伯书院校外导师

上海社科院法学所硕士生实务导师

业务方向：劳动法、企业法律顾问

联系方式：13917749521

## 试用期解除劳动合同的合规分析

作者：马怡坤

试用期是用人单位与劳动者相互考察、双向选择的重要阶段。法律赋予用人单位在试用期内相对灵活的用工管理空间，但这种灵活性并非无边界——解除劳动合同仍须严格遵循法定条件与程序。近年来，因试用期解除操作不规范引发的劳动争议持续高发，其中不乏用人单位因未设定明确录用条件、解除时机不当或举证不足而被认定为违法解除的案例。

本文结合最新司法实践，系统梳理试用期解除劳动合同的合规要点，旨在为企业 提供清晰、可行的风险防控指引。

### 一、试用期解除的时间要求

用人单位解除劳动合同的行为必须在试用期届满前完成，部分用人单位出于“再给员工一次机会”的善意，试图通过延长试用期来观察员工表现。《劳动合同法》明确规定：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。”司法实践中，多地法院对用人单位延长试用期的做法持否定态度，通常认定该延长行为无效。故此类操作极易被认定为变相规避法律规定，不仅无法实现管理目的，反而增加用工风险。由此可能引发“违法约定试用

期”及“违法解除劳动合同”的双重法律风险，企业应高度警惕。

此外，若用人单位已设定试用期考核机制，则必须确保在试用期结束前完成评估，并将结论正式送达劳动者。值得注意的是，若考核周期与试用期完全重合，往往导致考核结果无法在法定期限内形成并通知员工，进而影响解除行为的合法性。反向操作亦存在风险。例如，在（2025）沪 02 民终 11911 号案件中，法院指出：“用人单位在设定的业绩考核周期尚未

届满前，即以劳动者未完成销售目标、不符合录用条件为由解除劳动合同，缺乏充分依据。”

由此可见，试用期解除的“时间点”不仅有程序性要求，更是判断解除行为是

否合法的关键要素。除了对用人单位试用期考核周期的设定有逻辑要求，还对单位解除时间有着严格限定。

### 二、试用期解除的法律依据

试用期内，用人单位并不享有任意解除劳动合同的权利。《劳动合同法》第二十一条明确规定：“在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。”该条款明确排除了《劳动合

同法》第四十条第三项（“客观情况发生重大变化”）及第四十一条（经济性裁员）的适用。

实践中，鉴于操作便利性与举证可行性，用人单位多以“在试用期间被证明不符合录用条件”作为解除依据。



## 三、录用条件的设定

用人单位对“不符合录用条件”负有完全举证责任。因此，录用条件的设定至关重要，应满足以下四项基本要求：

**明确性：**录用条件应具体、清晰，避免使用“工作态度良好”“团队协作能力强”等主观模糊表述。针对不同岗位，应设定可衡量的指标。如：销售岗位：客户拜访次数、签约金额、回款率；服务岗位：客户投诉率、响应时效、满意度评分；技术岗位：产品合格率、项目交付准时率、代码审查通过率等；

**合理性：**设定的标准应符合岗位实际需求，且在正常劳动者能力范围内。例如，

在（2025）沪02民终8393号案中，法院认为：案涉门店整体月销售额仅4万余元，却要求新入职销售人员首月完成8万元业绩，明显超出合理预期；

**有效送达：**录用条件应通过书面形式，由劳动者签字确认，确保其知悉。

此外，用人单位还应在制度中明确“不符合录用条件”的判定标准。例如，可规定“任一核心指标未达标即视为不符合录用条件”，或设定综合评分阈值。避免出现“部分未达标但整体尚可”的模糊地带，降低争议风险。

## 四、未设定录用条件的应对策略与合规建议

不少用人单位未专门制定试用期录用条件，或将“招聘启事中的岗位要求”或“绩效考核标准”直接等同于录用条件，此做法存在重大法律误区：

岗位招聘要求属于用人单位单方发布的筛选信息，内容通常笼统，不具备法律约束力，不能直接作为解除依据；

绩效考核标准主要适用于转正后的员工管理，其通常对应的解雇路径是“不能胜任工作”，需履行“培训或调岗→仍不能胜任→支付经济补偿后解除”的法定程序，成本高、周期长。

相比之下，“不符合录用条件”一旦成立，用人单位可以立即解除合同且无需

支付经济补偿，二者法律后果截然不同。

若企业确未设定明确录用条件，建议采取以下替代路径：

核查是否存在其他法定解除事由：如劳动者存在严重违纪（如旷工、泄露商业秘密、打架斗殴等），裁审机构一般也会认可单位解除理由；

如劳动者行为尚未达到违纪解除程度，则建议回归岗位基本履职要求：即便无量化指标，也可从岗位基本职责出发，判断劳动者是否具备履职能力或职业素

养。例如，在（2025）沪01民终14564号案中，劳动者担任“培训客户顾问”，法院认定其与客户沟通过程中的争执行为不符合该岗位对沟通能力与服务意识的基本要求，且违反员工手册规定，单位解除行为合法。

建议企业建立健全试用期管理制度，提前书面明确录用条件，规范考核流程，保留完整证据链，方能在保障用工自主权的同时，有效防范劳动争议风险。



### 马怡坤 律师

上海七方律师事务所 合伙人

上海市普陀区总工会“朱雪芹职工法援工作室”

值班律师

上海市普陀区总工会“八五”普法讲师团成员

上海市优创中小企业人才服务中心特聘讲师

业务方向：劳动法、企业合规管理、教育法

联系方式：182 0216 2796

## 上海地区外籍就业人员劳动权益保护实务分析

作者：朱伟锋

上海作为中国大陆国际化市场程度最高的城市之一，各行各业都不乏外籍人士的身影，但由于其外国国籍的身份较为特殊，我国虽有外国人劳动保护的相关规定，但由于相关条款散见于部门规章和司法解释缺乏统一的规范性文件，使得现阶段各地对外籍就业人员的司法保护口径存在差异，比如解除劳动合同经济补偿金、违法解除赔偿金争议，在部分地区法院是直接引用《劳动合同法》的，但在上海则是不同的结果。作为涉外用工最集中、涉外劳动争议最多的地区之一，上海对外籍就业人员的劳动权益保障形成了有别于国内普通劳动者的兼具基本权益保障与约定意思自治双重特征的差异化保护模式。现笔者根据相关法律法规及上海地区司法审判口径，系统梳理外籍就业人员维权要点，希望为外籍就业人员依法维权、企业合规用工提供实务帮助。

### 一、外籍就业人员≠外籍劳动者，外籍人士实行工作许可制度

笔者在执业过程中发现大部分外籍人士缺乏对国内劳动法律的足够了解，在入职新的用人单位时想当然地认为自己与该单位自动建立了法律意义上的劳动关系，实则不然。我国对外籍人士在中国大陆工作实行许可制度，根据《出境入境管理法》《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)、(二)》和《外国人在中国就业管理规定》等，外籍人士必须取得《外国人工作许可证》(含原外国专家许可证)、或中国永久居留权(绿卡)，才具备《劳动合同法》规制的

劳动者主体资格；无合法就业证件、证件过期、证件登记单位与实际用工单位不一致、超范围就业的情形下，即使用人单位实际用工、发放工资、实施管理，形成事实上的用工关系，也不构成法律意义上的劳动关系，仅按民事合同关系处理。

法律依据：

《中华人民共和国出境管理法》第四十一条：外国人在中国境内工作，应当按照规定取得工作许可和工作类居留证件。任何单位和个人不得聘用未取得工作许可和工作类居留证件的外国人。

《中华人民共和国出境管理法》第四十三条：外国人有下列行为之一的，属于非法就业：（一）未按照规定取得工作许可和工作类居留证件在中国境内工作的；（二）超出工作许可限定范围在中国境内工作的；（三）外国留学生违反勤工助学管理规定，超出规定的岗位范围或者时限在中国境内工作的。

《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）》第三十三条：外国人、无国籍人未依法取得就业

证件即与境内用人单位签订劳动合同，当事人请求确认劳动关系的，人民法院不予支持；持有合法有效外国人就业证件、取得中国永久居留资格的外国人，依法成立劳动关系。

《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）》第四条：

外国人与中华人民共和国境内的用人单位建立用工关系，有下列情形之一，外国人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院依法予以支持：（一）已取得永久居留资格的；（二）已取得工作许可且在中国境内合法停留居留的；（三）按照国家有关规定办理相关手续的。

《外国人在中国就业管理规定》第八条：在中国就业的外国人应持Z字签证入境（有互免签证协议的，按协议办理），入境后取得《外国人就业证》（以下简称就业证）和外国人居留证件，方可在中国境内就业。

未取得居留证件的外国人（即持F、L、C、G字签证者）、在中国留学、实习的外国人及持Z字签证外国人的随行家属不得

在中国就业。特殊情况，应由用人单位按本规定规定的审批程序申领许可证书，被聘用的外国人凭许可证书到公安机关改变身份，办理就业证、居留证后方可就业。

外国驻中国使、领馆和联合国系统、其他国际组织驻中国代表机构人员的配偶在中国就业，应按《中华人民共和国外交部关于外国驻中国使领馆和联合国系统组织驻中国代表机构人员的配偶在中国任职的规定》执行，并按本条第二款规定的审批程序办理有关手续。

### 二、外籍劳动者≠完全劳动保护，外籍劳动者仅就基本劳动权益享受强制性法律保护

外籍人士取得《外国人工作许可证》虽已具备劳动者的法律身份，但这并不意味着其直接享有《劳动合同法》赋予国内劳动者的全方位保护。事实上，根据《外国人在中国就业管理规定》等规定，外籍劳动者仅就最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生等基础权益，享受法律强制性保护。上海地区司法机构也据此对外籍劳动者给予有限强制保护，该规则与最近刚刚发布的《超龄劳动者基本权益保

《外国人在中国就业管理规定》第二十二條：外国人在中国就业的用人单位必须与其就业证所注明的单位相一致。外国人在发证机关规定的区域内变更用人单位但仍从事原职业的，须经原发证机关批准，并办理就业证变更手续。外国人离开发证机关规定区域就业或在规定区域内变更用人单位且从事不同职业的，须重新办理就业许可手续。

障暂行规定》立法精神高度统一，即对特殊用工群体，优先保障生存权、健康权等基本劳动权益，而带薪年假、解约补偿、违约金等衍生权益并不在强制保护之列。

法律依据：

《外国人在中国就业管理规定》第二十一条：用人单位支付所聘用外国人的工资不得低于当地最低工资标准。

《外国人在中国就业管理规定》第二十二條：在中国就业的外国人的工作时间、

休息、休假劳动安全卫生以及社会保险按照国家有关规定执行。

《外国人在中国就业管理规定》第二十五条：用人单位与被聘用的外国人发生

劳动争议，应依照《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》处理。（注：这里排除对《劳动合同法》的直接适用）

### 三、外籍劳动者是否能获得经济补偿金、违法解除赔偿金以书面约定为前提

如前所述，外籍劳动者享有最低工资、竞业限制补偿、未签合同双倍工资等保护规则。前述权益的适用，必须以双方劳动合同或书面协议明确约定为前提，无约定不支持。需要特别指出的是，该种尊重意思自治的原则并不意味对外籍劳动者保护的削弱，相反，在双方自由约定的情况下，关于经济补偿金或赔偿金标准的约定可突破《劳动合同法》关于三倍封顶的限制，以此类推，对于其他实体权益，双方也可约定超过国内法律标准履行。

《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》（沪高法民一〔2006〕17号）的口径，当事人在最低工资、工时、休息休假、劳动安全卫生等劳动标准之外约定或履行的其他劳动权利义务，劳动争议处理机构可按当事人的书面劳动合同、单项协议、其他协议形式以及实际履行的内容予以确定。该口径虽然早于《劳动合同法》出台时间，但一直沿用至今，由此可以看出，外籍劳动者并不自动适用《劳动合同法》关于经济补偿金、违法解除赔偿金、代通知金、带薪休假、

竞业限制补偿、未签合同双倍工资等保护规则。前述权益的适用，必须以双方劳动合同或书面协议明确约定为前提，无约定不支持。需要特别指出的是，该种尊重意思自治的原则并不意味对外籍劳动者保护的削弱，相反，在双方自由约定的情况下，关于经济补偿金或赔偿金标准的约定可突破《劳动合同法》关于三倍封顶的限制，以此类推，对于其他实体权益，双方也可约定超过国内法律标准履行。

法律依据：

上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（沪高法民一〔2006〕17号）二：在国内就业的外国人适用中国劳动标准的问题

（一）原劳动部、公安部、外交部、原对外贸易经济合作部等四部门颁布的

外国人在中国就业管理规定（劳部发（1996）29号）第二十二条、第二十三条规定的最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、社会保险等方面的劳动标准，当事人要求适用的，劳动争议处理机构可予支持。

（二）当事人之间在上述规定之外约定或履行的其他劳动权利义务，劳动争议

处理机构可按当事人的书面劳动合同、单项协议、其他协议形式以及实际履行的内容予以确定。

（三）当事人在上述（一）、（二）所列的依据之外，提出适用有关劳动标准和劳动待遇要求的，劳动争议处理机构不予支持。

#### 四、外籍劳动者与用人单位可否约定不缴纳社保？须强制缴纳

实践中，无论是用人单位还是外籍劳动者对于是否需要缴纳社保往往都存在一个误区，即认为法律并不要求用人单位必须为外籍劳动者缴纳社保。其实按照《社会保险法》《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》等规定，国内依法注册或登记的企事业单位和其他组织依法招用的外国人，应当依法参加职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险，由用人单位和本人按照规定缴纳社会保险费。也就是说，外籍劳动者的社会保险是法律强制要求缴纳，无自愿选择、协商免缴空间。仅

与中国签订社保双边互免协议的国家公民，凭合法备案的境外参保证明，可按协议豁免对应险种，除此之外无任何例外情形。

法律依据：

《中华人民共和国社会保险法》第十七条：外国人在中国境内就业的，参照本法规定参加社会保险。

《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》（2024 修订）第三条、第四条：境内用人单位招用的外国人，应当依法参加养老、医疗、失业、工伤、生育保险；用人单位需在办理就业证件，30

日内完成社保登记，足额缴费。

根据《外国人在中国就业管理规定》

第二十二條：在中國就業的外國人的社會保險按國家有關規定執行。

### 五、律師建議

（一）立法層面建議：出台全國規范性文件，統一各地司法裁判尺度

當前我國外籍勞動者勞動權益保護存在全國口徑碎片化、地域裁判標準不統一的問題，形成同案不同判的情況，一定程度影響涉外用工秩序與司法權威。同為特殊用工群體，2026年7月1日即將施行的《超齡勞動者基本權益保障暫行規定》提供了良好借鑒，建議國家職能部門可參照超齡勞動者專項保障模式，出台一部針對外籍勞動者的全國規范性法律文件，確立經濟補償、工傷保障、休假待遇等全國適用標準，讓外籍用工規范與權益保護有全國統一、明確可依的專項法律依據。同時建議對未取得《外國人工作許可證》的外籍就業人員在工作期間因公受傷的，也能給予工傷保險待遇，以彰顯公平和保障人權。

（二）企業規范建議：審核工作許可

文件，杜絕非法用工風險

合法有效的《外國人工作許可證》，是目前外籍勞動者享受一切勞動權益的前置法定條件，也是區分勞動關係與民事僱傭關係的核心標準。企業務必堅守先辦證、後入職、無證不用工的規范原則，嚴禁無證用工、證件過期用工、證件登記單位與實際用工單位不一致、掛靠證件用工等違規情形。若企業未依法辦理工作許可，外籍人員因工受傷無法享受工傷待遇，按人身損害等民事法律糾紛引發訴訟後用人單位極有可能被判決支付相應的賠償金，而該筆款項最終由企業自己買單。同時企業還將面臨行政處罰、整改追責等多重法律風險。因此企業需全程保障外籍員工證件有效、居留合法，從源頭規避非法用工導致的權益失效與規范風險。

（三）合同簽約風控建議：書面細化全部權益，杜絕信息差侵權

外籍劳动者普遍存在不熟悉国内劳动法律、信息不对称、维权意识薄弱的天然短板，部分用人单位利用该漏洞，通过空白合同、口头承诺、格式条款，刻意规避经济补偿、赔偿金、带薪年假、离职待遇等，弱化外籍劳动者权益。结合上海“无约定不适用”的实操规则，双方可在书面劳动合同或专项补充协议中逐条明确约定：一是明确经济补偿金、违法解除赔偿金、代通知金是否适用《劳动合同法》及对应的计算标准；二是细化带薪年假、婚假等各类休假待遇、加班核算规则；三是明确违约金适用、竞业限制补偿、特殊解约条款、绩效规则等衍生权益。通过细化合同条款，用人单位可灵活利用自治空间优化用工体系，实现用工自主管控。对外籍劳动者而言，可自主约定突破三倍工资封顶的补偿标准、特殊用工福利等条款，以书面约定固化权利义务，杜绝用人单位利用法律信息差隐性侵权。

（四）员工维权实操建议：区分权益类型，主动依法维权

外籍劳动者需清晰区分法定强制权  
外籍劳动者需清晰区分法定强制权益与约定自治权益，权益受损时精准选择维权路径、主动维权。一旦出现拖欠薪资、超时加班、不付加班费、不缴社保、工伤拒赔、劳动安全卫生保护缺失等违法行为，可直接向人社局行政执法大队、社保经办机构投诉举报，要求企业整改、补缴、赔付。针对经济补偿、赔偿金、特殊休假待遇等约定类权益，若书面协议有明确约定，企业拒不履行的，可依法申请劳动仲裁、提起诉讼，追索约定待遇。外籍劳动者亦应注重证据留存，全程保留劳动合同、工作证件、考勤记录、薪资流水、沟通记录等全套证据，在权益受损时敢于维权、精准维权，充分借助行政执法与司法途径保障自身合法权益。



## 朱伟锋 律师

上海七方律师事务所 合伙人

徐汇区总工会职工法律志愿律师团成员

闵行区劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员

业务方向：劳动法、征收动迁、房地产与建设工程、民商事争议解决

联系方式：136 4173 0760



# 医者仁心 律者思方



---

主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、芩玉姣、刘永琴、张灿烂

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：[www.7-dimension.com](http://www.7-dimension.com)

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼A、C、D座