



中豪律师事务所  
ZHH LAW FIRM

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

2023年 第5期 | 总第087期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所  
司法部 部级文明律师事务所  
中国精英律所30强  
亚太地区100强律所

### 【律师论坛】

“内卷时代”下  
青年律师的突围之路

破产程序中  
债务人应补缴的税款不应由  
管理人向税务机关申报纳税

论行政处罚  
决定公开的边界

保证人追偿权  
行使的效力范围

### 【法理天地】

浅论实际施工人  
向明知挂靠事实的发包人  
主张工程款的裁判规则

## 司法部副部长赵昌华 市司法局局长种及灵一行莅临中豪视察调研

2023年12月27日，司法部副部长赵昌华、重庆市司法局局长种及灵一行8人莅临中豪调研。管委会主席袁小彬、主任张涌、副主任郑毅等热情接待，并进行汇报交流。赵部长表示，非常高兴能和袁小彬主席结成党内和党外政协委员结对子，对中豪在涉外法治领域做出更好贡献给予殷切希望，嘱托中豪要向内生根，推动乡村振兴；强调持续加强律师行业基层党组织建设，希望中豪继续在行业党建工作中积极作为。



## 傅达庆等 4 名合伙人 荣获重庆市律协 2019-2022 年度表彰



2023年12月18-19日，重庆市律师协会第八次律师代表大会顺利召开。大会举行了“2019-2022年度重庆市十佳律师、十佳女律师、十佳青年律师和行业突出贡献律师”颁奖仪式。合伙人杨青荣获“重庆市十佳律师”，合伙人青苗荣获“重庆市十佳女律师”，合伙人范珈铭荣获“重庆市十佳青年律师”，合伙人傅达庆荣获“重庆市律师行业突出贡献律师”大奖。





# 中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第087期 2023年 第5期 双月刊  
(内部资料 仅供交流)

## 《中豪之窗》编委会

主编：袁小彬

执行主编：杨青

编委：

张涌	陈晴	邵兴全
宋涛	王辉	范珈铭
卜海军	陈伟	夏烈
涂小琴	李东方	吴红遐
俞理伟	郑毅	郑继华
汪飞	张德胜	邓辉
傅达庆	刘军	宁思燕
文建	李燕	杨敏
柯海彬	梁勇	邓舒丹
赵明举	周尽	柴佳
李永	王必伟	伍伟
刘文治	青苗	宋琴
周鹏	肖东	吕睿鑫
谢敏	郑鹏	赵寅皓
赵晨	高伟	杨敏
任远	曹一川	袁珂
张龙	高红刚	黎莎莎
王瑞勇	王冠男	张晓卿
蒋官宝	刘卉灵	文奕

责任编辑：李雯

美编：王先

主办：中豪律师事务所

Web:www.zhhlaw.com

Twitter:@zhhlawfirm

Weibo:weibo.com/zhhlawfirm

Wechat:@zhhlawfirm

# CONTENTS

## 目录

### 律师论坛 FORUM

“内卷时代”下青年律师的突围之路 ..... 喻沛 2

破产程序中债务人应补缴的税款不应由管理人向  
税务机关申报纳税 ..... 宋涛 9

论行政处罚决定公开的边界 ..... 江小舟 符史源 17

保证人追偿权行使的效力范围 ..... 涂小琴 25

### 法理天地 THEORY

浅论实际施工人向明知挂靠事实的发包人主张  
工程款的裁判规则 ..... 邓辉 伍伟 31

12月21日，重庆市青年联合会在人民大礼堂召开第六届委员会全体会议。合伙人文奕当选市青联第六届委员会法律界别工作委员会委员。

12月16日至17日，由中共重庆市委、重庆市人民政府、中国侨联、欧美同学会共同主办的2023重庆国际人才交流大会在重庆悦来国际会议中心成功举办。事务所与优秀人才徐文韬博士签署人才引进协议。

12月17日，由西南政法大学、重庆市法学会破产法学研究会主办的第七届西部破产论坛暨重庆市法学会破产法学研究会2023年年会在西南政法大学召开。资深合伙人张涌、律师李全振受邀出席。

12月10日，由川渝两地律师协会主办的“川渝知识产权保护实务研讨会”在峨眉山举行。合伙人郑鹏、王冠男受邀参加并和与会嘉宾、同行等进行了深入交流。

12月7日，正值西北政法大学86岁华诞，合伙人杨青受邀通过腾讯会议作“企业境外投资与并购法律实务解析及案例分享”主题授课。

12月6日，合伙人张磊应重庆安保集团有限责任公司邀请，举办了“国企合规及国企工作人员廉政风险防范”专题讲座。

12月初，重庆两江新区司法局向社会公开选聘律师组建“两江新区2023年法律服务团”，两江办公室主任及党支部书记陈序律师成功入选。

12月1日，在昆明成功举办“南亚东南亚投资与贸易合规管理及法律风险防范论坛”。在分论坛环节，合伙人杨青作“香港在内地企业东南亚投资与经贸合作中的价值和作用”主题分享。

11月27日上午，中国翻译协会常务副会长、法律翻译委员会主任王刚毅一行4人莅临中豪调研座谈。管委会副主席郑毅、国际业务部主任柯海彬、副主任文奕等热情接待。

11月23日，合伙人张磊为龙兴建投作“国企工作人员违纪违法与职务犯罪风险防范”专题讲座。

11月22-23日，“2023年重庆市对外投资合作业务培训班”在新光九洲酒店成功举办。合伙人杨青应邀为培训班作“企业境外投资法律实务及合规风险防范”主题分享。

11月23日，渝中区人大两路口代表组开展专题学习暨走访代表单位活动，走进渝中区人大代表张涌所在单位中豪律师事务所。区人大常委会副主任戴启常参加。

11月22日下午，合伙人苟静作“人身保险法律实务”专题分享，围绕人身保险合同纠纷案件中的主要常见争议进行详细梳理与总结，为律师同仁办理同类型案件提供重要参考。

11月21日，中豪与思睿集团（GROW Investment Group）联合举办“展望2024、洞见市场、把握机遇”主题沙龙活动。中豪合伙人黎莎莎与思睿集团首席投资官William Ma，思睿集团合伙人、首席经济学家洪颢，思睿集团QDLP总经理陈振炯进行了深度交流。

11月20日，中国共产党四川省第十二届委员会第四次全体会议在成都举行。成都办公室副主任、合伙人柴佳受邀列席会议。

11月17日上午，荷兰头部律所浩达（Buren）合伙人Steven Van Der Waal一行拜访中豪，副主任杨青热情接待。

11月，高级合伙人傅达庆应重庆市北碚区卫生健康委员会的邀请，以“医疗卫生领域预防职务犯罪”为题，在北碚区医疗卫生单位作了多场系列讲座。

11月15日，高级合伙人青苗律师在事务所分享“新监管体系下私募基金合规运营”，对私募基金的新监管体系进行了详细解析。

# 中豪新闻



**【摘要】** 青年律师的发展一直以来受到整个律师行业的高度关注，在如今国内经济下行、传统法律服务市场竞争加剧的大环境下，青年律师的生存压力与日俱增。如何顺应市场和经济的发展，在不同细分行业产业中脱颖而出成为每个青年律师必须思考的问题。而数字经济时代的来临，为全社会带来了崭新的发展契机。作为一名青年律师，必须将个人发展和时代趋势紧密连接在一起，积极探索数字经济时代可能出现的新型法律服务市场，从而在“内卷时代”实现自我突破。

**【关键词】** 青年律师 行业内卷 个人发展 数字经济

# “内卷时代”下 青年律师的突围之路

◎ 文 / 喻沛 / 重庆办公室





喻沛 | 律师  
专业领域：建设工程、金融  
公司法律事务  
手机：+86 176 1277 0513  
邮箱：Michael.Yu@zhhlaw.com

## 引言

在律师行业快速发展的今天，随着我国律师人数总量的不断增加，竞争格局出现愈发白热化的趋势。在此背景下，青年律师的生存现状成为越来越多业内人士讨论的话题，尤其是三年疫情过后，受国内外经济环境影响，国内消费出现降级，进出口贸易疲软，社会公众对于法律服务的需求减少，致使法律服务市场的价格战愈演愈烈，律师行业愈发“内卷”。<sup>①</sup>同时，一批法律科技公司的出现，导致律师的传统法律服务市场被抢占，使得律师行业原有的业务流失严重，进一步加剧了同行之间的内卷。再者，人工智能的快速发展，将逐渐取代重复的、低价值的“替代性法律服务”，使得青年律师的生存状况进一步恶化。因此，本文基于对青年律师的现状分析，顺应我国大力建设数字经济、发展数字经济的新时代背景，试图为青年律师在数字经济时代的发展提供思路，从而更好地服务社会进步和经济发展。

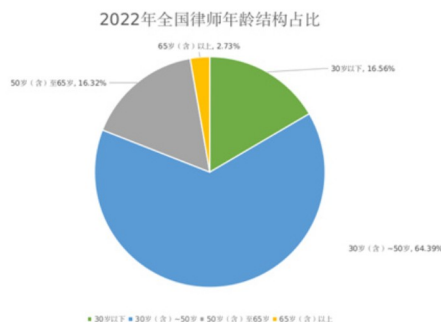
## “内卷时代”下青年律师的生存现状

### （一）我国律师行业发展概览

中国律师行业经过40年的快速发展，整体从业人数已经有了显著增长。根据司法部于2023年6月14日公布的《2022年度律师、基层法律服务工作统计分析》显示，截至2022年底，全国共有执业律师65.16万多人。从年龄结构看，30岁以下的律师10.79万多人，占16.56%；30岁（含）至50岁的律师41.95万多人，占64.39%；50岁（含）至

65岁的律师10.63万多人，占16.32%；65岁（含）以上的律师1.77万多人，占2.73%。

[1]



图片来源：司法部

可以看出，目前我国律师行业，中青年律师占绝大多数，是律师行业的主力军。同时，由于律师业务的数量往往与所在地区的经济发展程度成正比，因此我国律师执业主要集中在大城市，尤其是东部沿海城市和内陆省会城市，至少从城市来看，律师行业人数已经趋于饱和，这必然导致行业内竞争白热化，大量律师为了争取存量业务开始“内卷”。

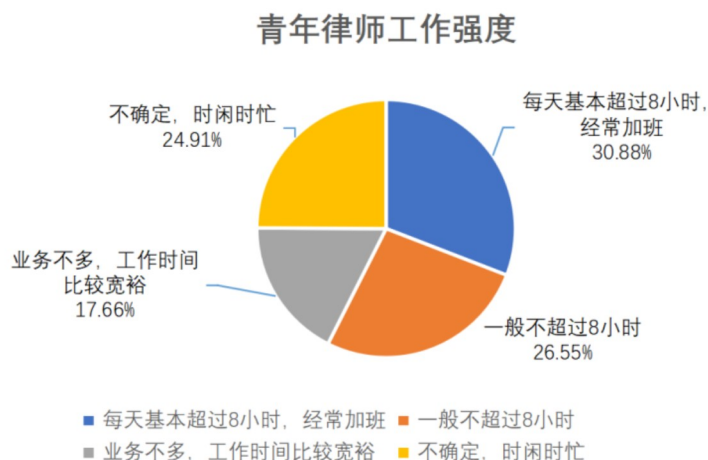
### （二）重庆青年律师生存现状

基于对重庆市内35周岁以下、执业5年以内并在律所执业的律师及实习律师的调查，重庆市律师协会于2023年2月6日发布《重庆青年律师生存与发展调研报告》显示，在参与调研的青年律师中，工作强度出现两级分化，每天工作超过8小时、经常加班的占30.88%，尤其授薪律师工作强度较大。同时，制约青年律师执业发展的主要因素，认为社会资源不足的占50.09%，认为专业基础不扎实的占19.66%，认为难以接触到

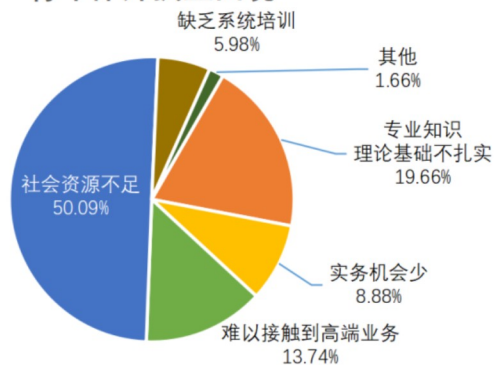
<sup>①</sup> 内卷，原指一类文化模式达到了某种最终的形态以后，既没有办法稳定下来，也没有办法转变为新的形态，而只能不断地在内部变得更加复杂的现象。现指同行间竞相付出更多努力以争夺有限资源，从而导致个体“收益努力比”下降的现象。



高端业务的占13.74%。[2]



### 青年律师执业困境



图片来源：重庆市律师协会

因此，我们可以得出结论，在大城市律师执业人数已经趋于饱和的大背景下，青年律师受制于自身社会资源的不足，在律师行业传统的业务领域，比如房地产、公司金融、婚姻家庭事等领域难以获取新客户，以至于只能在现有的存量市场不断抢夺资源，整个行业已经进入“内卷时代”。因此，青年律师要想实现突破，就必须发挥自身优势，寻找新的业务领域，这样才能实现“弯道超车”。

## “内卷时代”下青年律师的突围之路

### （一）寻找新的“蓝海市场”

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》（以下简称《十四五规划》）指出：“迎接数字时代，激活数据要素潜能，推进网络强国建设，加快建设数字经济、数字社会、数字政府，以数字化转型整体驱动生

产方式、生活方式和治理方式变革。”[3]所谓的数字经济，是指以数字技术作为基础，通过信息化、网络化、智能化等科技手段与农业、工业及服务业深度有机融合后的新经济形态。发展数字经济是提高生产率、促进创新、优化资源配置的重要抓手，特别是在智能制造、智慧城市、数字金融等领域，数字经济的应用将推动经济转型升级。[4]根据国家互联网信息办公室于2023年5月23日发布的《数字中国发展报告（2022年）》统计数据显示，2022年我国数字经济规模达50.2万亿元，总量稳居世界第二，同比名义增长10.3%，占国内生产总值比重提升至41.5%。[5]由此可见，数字经济业已成为拉动我国经济增长的全新动力。伴随数字经济的不断发展，传统的商业交易模式将迎来革命性的改变和颠覆，这其中也蕴藏着巨大的法律服务需求。对于青年律师来说，抓住数字经济时代的新时代红利，顺应市场和经济的发展，才能在新兴领域中的竞争中脱颖而出。

### （二）数字经济时代青年律师的新机遇

在数字经济时代，数据将成为最重要的资产。2020年4月，中共中央国务院发布《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》（以下简称《意见》），《意见》指出要加快培育数据要素市场，加强数据资源整合和安全保护。可以说，数据已经成为继土

地、劳动力、资本、技术四大生产要素之后新的生产要素，具有极高的使用和交易价值。

### 1. 数据产权保护

使用数据进行交易和流通，首先必须解决数据确权问题，一个产权不清晰的数据是没办法通过交易市场流通的。所谓数据确权，是通过数据处理者等赋权，使其对数据享有相应的法律控制手段，从而在一定程度或范围内针对数据具有排除他人侵害的效力。[6]目前，我国对于数据的具体权利归属尚无明确的法律规定，我国民法典也只是在第127条中对于数据和网络虚拟财产的保护进行了原则性的规定。②在未来，随着数字经济的不断发展，数据可以为人们带来巨大的经济收益，届时社会公众对于数据产权保护的法律服务需求将逐渐显现。

### 2. 数据信息安全与隐私保护

随着数字经济的发展，人们在使用数据的同时，海量的数据信息被在线采集、存储和使用。无论个人、企业还是政府部门，都将面临数据信息安全与隐私保护的问题，这对数据的采集者和使用者提出了更高的要求。《中华人民共和国数据安全法》对于数据的采集和处理规定了应当采取必要的安全措施，保障数据安全。③在我国大力构建

数字政府和数字社会的过程中，无论政府还是企业必然大量搜集和使用数据，对于数据信息安全也需要律师提供法律服务。同时，由于数据的搜集和使用必然涉及隐私保护，当被搜集者的隐私受到侵害时，也需要寻求相应的法律服务。

### 3. 数据交易

在数字经济时代，数据作为“最有价值的资产”，针对数据的交易行为也将成为未来商业社会重要的组成部分。根据交易模式的不同，我们可以将数据交易分为直接交易模式与间接交易模式。直接交易模式指由数据交易主体自行寻找交易对象，然后对涉及的数据资产进行直接交易的商业模式。在这种交易模式下，数据交易通常具有较高的交易风险，比如市场准入、交易纠纷、侵犯隐私、数据滥用等环节“无人管理”现象频频发生，并且极容易滋生非法收集、买卖、使用个人信息等灰色及不法数据交易产业。另一种交易模式为间接交易模式，也称第三方交易模式，是指数据供求双方通过数据交易所或者大数据交易中心等第三方数据交易平台进行交易，数据交易平台以第三方的身份间接为数据提供方和数据需求方提供数据交易撮合服务。这种交易模式是目前比较可行的方式，也有利于监管机构对于数据交易的监管。2015年4月，全国第一家

大数据交易所——贵阳大数据交易所批准成立，开启了国内数据交易的历史。在之后的几年中，上海、深圳等地的大数据交易所或交易中心如雨后春笋般纷纷冒了出来。2021年12月17日，西部数据交易中心在重庆正式挂牌成立；2022年7月15日，西部数据交易中心正式建成投用，是重庆市目前唯一的数据要素流通交易场所。根据《数字中国发展报告（2022年）》的统计数据，截至2022年年底，我国已成立48家数据交易机构。虽然我国的数据交易产业目前还处在起步阶段，但鉴于我国数据资源拥有巨大潜力，再加之国家政策扶持，我国大数据交易行业正在迎头攀升，与之相关的法律服务也将迎来飞速发展的黄金机遇期。

### 4. 数据伦理问题

我们在关注数字经济发展的同时，也不能忽略由此可能引发的数据伦理问题。数字技术本身是客观中立的，但是由于数据算法是由人来制定的，基于人为主观因素的考虑，不同数据处理器对于数据的最终处理则可能出现非中立的结果，这是未来数字经济时代人们需要警惕的。其中，数据算法歧视等伦理问题在自媒体快速发展的今天已经出现了，例如社交软件通过个性化算法向不同主体推荐不同的内容，以及电商平台可以根据消费者的交

② 《中华人民共和国民法典》第127条，法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。

③ 《中华人民共和国数据安全法》第27条，开展数据处理活动应当依照法律、法规的规定，建立健全全流程数据安全管理制度，组织开展数据安全教育培训，采取相应的技术措施和其他必要措施，保障数据安全。利用互联网等信息网络开展数据处理活动，应当在网络安全等级保护制度的基础上，履行上述数据安全保护义务。



易信息更为精准地投放商业广告。从本质上看，算法设计是具有目的性和价值观的，它体现的是设计者的意图和选择。因此，算法基于对个体的贫富差距、性别差异、年龄健康状况等信息的全面掌握，可以个性化、差异性地推荐相关产品或

服务，同时也会导致不同群体之间在信息掌握层面的不公平，甚至出现“信息茧房”“大数据杀熟”等算法歧视现象。这会成为未来数字经济时代重点监管的领域，也会催生出相应的法律服务需求。

### （三）数字经济时代青年律师的应对策略

1. 树立数字化意识，获取先行者红利

我国律师行业一直以来采用的都是松散式的合作模式，这将成为我国律师行业数字化转型的最大障







碍。在数字化时代，律师必须摒弃各自为政的单兵作战思维，建立一体化协同作业的共生共享工作模式。面对数字化浪潮，律师行业的变革是大势所趋，这不仅是因为来自科技驱动的替代性法律服务的挑战，也是来自数字经济时代客户的需求所导致，先行者必将获得新的竞争优势，后动者恐将被时代所抛弃。作为善于接受新思想新技术的青年律师，应当尽早形成数字战略意识，积极适应全新的法律服务商业模式，既要学习传统的工作方法、案件流程和办案经验，更要在数字经济时代尽快树立协同、共享、创新的新意识。

#### 2.关注法律科技的创新和变革，依靠外部赋能实现快速发展

青年律师要在数字经济时代取得长足发展，必须具备数字化能力，包括数据获取能力、数据结构化能力、数据分析能力和数据产品化能力等。在这方面，我国律师行业的数字化进程目前基本处于蛮荒时期，青年律师如果没有外部力量的加持，仅仅靠自身能力的积累构建数字化能力将是非常漫长的过程。因此，青年律师应当积极关注法律科技的发展，不断学习新技术、新技能，通过法律科技手段为自己赋能，实现自身的跨越式发展。

#### 3.重视个人品牌影响力，打造数字化个人形象

数字经济时代，数字技术的快

速渗透，将重塑整个法律服务行业，大量重复性、低端性、流程化的业务将逐渐被人工智能替代，律师依靠数字化辅助技术为客户提供法律服务将成为新常态。众多新技术的快速发展，比如与区块链融合的智能合约将前所未有地改变我们的商业交易模式，律师个人的专业性、品牌化更显重要。因此，青年律师应当重视个人数字资产建设，未来的客户选择服务方式时不再局限于交际圈介绍，而更多依赖工具和平台上的律师画像，律师的个人经历、品牌业绩数据、过往口碑都将成为客户选择律师的考虑因素。

#### 4.创新数字化法律服务产品，探索“数字技术+法律”的新服务模式

在传统法律服务领域，律师提供的法律服务具有很强的人身依附性和个性化色彩，导致法律服务产品难以标准化、规模化复制推广。在未来社会，通过数字化技术，尤其是人工智能辅助技术，或许可以将部分法律服务标准化和智能化。比如，以常年法律顾问服务为例，现在的律师每天需要投入大量的时间和精力来应对日常法律咨询和合同审查服务，效率并不算高。而这类法律服务通常具备数字化法律服务的基础，可以将律师的专业服务经验转化成结构化的数据进行算法训练，并将传统的常年法律顾问服务搭载人工智能辅助技术服务平台作为一体化的服务产品提供给客户。一方面，这样的新型法律服务模式

可以极大提高法律服务的质量和效率，帮助客户降低成本；另一方面，可以将律师从繁琐的工作中解脱出来，实现法律服务产品的标准化和规模化复制，提高律师的工作效率。

## 结语

在我国律师行业快速发展的今天，许多传统的法律服务市场已经趋于饱和，律师行业进入“内卷时代”。律师之间的竞争不断加剧，不少律师面临生存压力，尤其是刚进入这个行业不久的青年律师，社会资源匮乏、工作强度大已经成为青年律师的真实写照。为了实现突围，青年律师必须在数字经济时代寻找新的业务增长机会，充分发挥自身学习能力强、善于接受新事物的优势，不断深耕数字经济这片“蓝海市场”，以期在未来找到属于自己的发展之路。

## 参考文献

- [1] 2022年度律师、基层法律服务工作统计分析[EB/OL]. [2023年6月14日]. [http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgknr/fdzgknrjxx/202306/t20230614\\_480740.html](http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwxgk/fdzgknr/fdzgknrjxx/202306/t20230614_480740.html).
- [2] 重庆律师协会.重庆青年律师生存与发展调研报告[R].重庆:重庆律师协会,2023.
- [3] 中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要[N].人民日报,2021-03-13
- [4] 成渝地区数字经济发展现状及驱动策略探究[J].投资与创业.34(13):34-36.
- [5] 国家互联网信息办公室.数字中国发展报告[R].北京:国家互联网信息办公室,2023.
- [6] 王利明.数据何以确权[J/OL].[2023年8月3日].[https://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MzA3OTEzMjMwNg==&mid=2651959260&idx=1&sn=597b4d93d9b2253679dcfe5613232e69&chksm=845d2c21b32aa5370784bea39f262b8376818f6ceb0296ab13485ba18b7019989bf4b7e31125&scene=27](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3OTEzMjMwNg==&mid=2651959260&idx=1&sn=597b4d93d9b2253679dcfe5613232e69&chksm=845d2c21b32aa5370784bea39f262b8376818f6ceb0296ab13485ba18b7019989bf4b7e31125&scene=27)

**【摘要】** 破产申请受理前，债务人的非正常户期间产生的罚款及应补缴的税款，由主管税务机关向管理人申报债权。破产申请受理后，债务人应当缴纳的新生税费由管理人向主管税务机关申报纳税。针对上述问题处理，企业破产法、国家相关部委意见及部分省市法院与税务机关联合发文中均有规定。但在个案处理中，主管税务机关与管理人对此仍有分歧。理清该问题处理思路，不仅关系到管理人尽职履责，还涉及到管理人执业风险的防范。本文拟结合一起具体案件相关税费处理发表一管之见。

**【关键词】** 破产程序 税务机关申报债权 管理人申报纳税

# 破产程序中 债务人应补缴的税款不应由 管理人向税务机关申报纳税

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室



以物抵债的处理规则散见于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）、《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（以下简称《九民纪要》）以及强制执行程序的司法解释，而《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《破产法》）及其司法解释未明确规定管理人对债务人的以物抵债协议及债权人相关请求的处理办法。鉴于此，本文拟结合实践经验，探讨管理人办理在破产清算案件中，处理债权人的以物抵债请求时，首当其冲的以物抵债效力研判问题。

通常情况下，债务人与债权人签订以物抵债协议前，至少存在一份产生基础债权的协议（以下简称基础债权协议），常见的是民间借贷合同、建设工程施工合同（以下统称施工合同）。此外，为了具体落实以物抵债行为，债务人与债权人可能还会签订抵债的买卖合同，最常见的是商品房买卖合同。因此，管理人审查以物抵债的效力时，不应当仅着眼于以物抵债协议本身，更要进一步审查相关配套协议，特别是基础债权协议；而对以物抵债协议本身的审查可以从两个层面展开，一是依据民法理论，研判以物抵债协议是否有效设立；二是按照破产法公平清偿的原则，研判以物抵债协议是否应予撤销；以下分述之。

## 案件基本情况

**（一）2020年5月27日，L公司破产清算案被法院受理。2020年6月29日，Z律师事务所被法院指定担任L公司管理人（以下简称管理人）**

2020年7月30日，管理人在报纸上刊登了一份《声明》。其中载明：“因L公司已被吊销营业执照，且通过到L公司住所地现场走访、向债权人了解、到法院查询等多种方式均无法联系上L公司相关人员，故管理人未能接管到该公司公章、财务专用章、合同专用章、法定代表人私人名章等相关印章，以及营业执照、组织机构代码证、税务登记证、开户许可证等相关证照正副本。根据管理人团队核查情况，现声明如下：上述印章及证照全部作废。”

## （二）“RD小区”项目由L公司与R公司联建，并于2013年5月27日竣工

2008年8月13日，重庆市建设委员会做出《重庆市建设委员会关于确认RD小区为经济适用住房项目的通知》。其中载明：“L公司、R公司：根据经济适用住房项目建设的有关规定，经市经济适用住房建设成员评审，同意确认RD小区为2008年重庆市经济适用住房项目。项目名称RD小区，占地面积10087平方米，建设规模50435平方米。”

建设工程规划许可证中载明：“建设单位L公司、R公司，建设项目名称RD小区，建设规模56261平方米；建设工程施工许可证中载明，建设单位L公司、R公司，工程名称RD小区（1-3号楼及车库），建设规模56261平方米。”

建设工程竣工验收意见书（一）中载明：“工程名称RD小区1#、2#、3#楼，实际开工日期均为2009年10月18日，实际竣工日期均为2013年5月27日。”

建设工程竣工验收意见书（二）中载



宋涛 | 合伙人

专业领域：房地产、公司、劳动争议  
手机：+86 139 8383 1899  
邮箱：jerold@zhhlaw.com



明：“本工程经建设、设计、监理、施工共同检查验收并共同商定验收结论认为：该工程质量符合要求，通过验收。”

2013年5月21日，重庆市规划局做出《建设工程竣工规划核实确认书》。其中载明：“L公司、R公司：你单位申请的RD小区工程的竣工规划核实，经依据建设工程规划许可证及附图所确定的内容研究，该工程竣工规划核实意见如下：建设工程名称RD小区；总建筑面积56124.54平方米，其中地上建筑面积50272.82平方米、地下建筑面积5851.72平方米。”

### （三）2016年12月15日，L公司被市场监管部门吊销营业执照

### （四）管理人依法拍卖“RD小区”项目三套非住宅

L公司名下“RD小区”项目三套非住宅经依法拍卖，于2022年8月16日以75.51万元成交。2022年8月23日，管理人给税务机关提交了一份《工作联系函》。其中载明：“（1）现需贵局协助解决L公司税务非正常户问题；（2）管理人拟对该拍卖成交房产权变更所需缴纳税费进行申报、核算、缴纳等，望贵局给予指导、协助；（3）除上述3套拍卖成交房屋过户L公司应缴纳的税款外，如贵局对L公司还有其他债权，请及时向管理人申报债权。”2022年9月19日，该税务机关向管理人申报债权。管理人审核确认并给债权人公

示后，依法报法院裁定认可。

### （五）税务事项通知及管理人的回复

2022年10月20日，税务机关做出《税务事项通知书》。其中载明：

“L公司，你单位“RD小区”房地产项目已达土地增值税清算条件，现通知你单位办理土地增值税清算手续，并提供以下资料：（1）《土地增值税纳税申报表（二）》。（2）委托税务中介机构审核鉴证的清算项目，报送中介机构出具的《土地增值税清算税款鉴证报告》。（3）享受土地增值税优惠的项目，提供减免土地增值税证明材料原件及复印件。

（4）其他资料：①房地产开发项目清算说明；②项目竣工决算报表、取得土地使用权所支付的地价款凭证、国有土地使用权出让合同、银行贷款利息结算通知单、项目工程合同结算单、商品房购销合同统计表、销售明细表、预售许可证等与转让房地产的收入、成本和费用有关的证明资料；③主管税务机关需要相应项目记账凭证的，应提供记账凭证复印件。”

2022年10月25日，管理人给该税务机关提交了一份《情况说明》。其中载明：“（1）管理人没有接管到L公司财务账簿等材料，且L公司也早已没有工作人员。现L公司已无法向贵单位申报办理“RD小区”项目土地增值税清算申报手续及提交相应资料。（2）按照《中华人民共和国企业破产法》第四十四条及《重庆市高级人民法院国家税务总局重庆市税

务局关于企业破产程序涉税问题处理的实施意见》（渝高法〔2020〕24号）第一条之规定，如L公司针对“RD小区”土地增值税需要补缴税款，贵单位可以依法向管理人申报债权。”

针对管理人与税务机关的上述不同意见，管理人及时给法院汇报。2023年8月4日，管理人再次给税务机关提交了一份《情况说明》。其中载明：“第一，管理人接受指定后，未能接管到L公司证照、印章及所有材料，因此，管理人无法进一步提供L公司相关材料。管理人向法院申请律师调查令后多次前往重庆市及相关区县规划与自然资源管理局、不动产登记中心、城建档案馆等部门查询。管理人已将能查询到的相关材料提供给贵单位。第二，L公司已停止经营多年，无员工、无经营场所，确已无法提交贵单位所需相关资料。管理人确无法进一步提供L公司相关材料以协助贵单位清税。”

若L公司在“RD小区”项目土地增值税汇算清缴后需补缴税费，应当由管理人向税务机关申报纳税，还是应当由税务机关向管理人申报债权？对此，管理人与税务机关存在不同认识





### （一）税务机关要求管理人就“RD小区”项目土地增值税汇算清缴申报纳税

税务机关提出：L公司系“RD小区”清算项目的责任主体，应提交相应的清算材料（包括项目成本、收入的原始凭证、土地增值税的清算报告），再由税务机关审核，如审核后确定L公司需要补缴土地增值税的，税务机关再作税款债权或破产费用进行申报。目前，管理人需确定项目收入、项目成本并制作清算报告，再提交给税务机关审核。如果管理人无法制作清算报告可委托中介机构制作。另外，虽然法律规定税务机关可以核定征收税款，但税务机关不主动核定，需要由当事人申请。L公司现已进入破产程序，应由管理人完成RD小区清算工作。

虽经多次交流，税务机关仍坚持要求管理人就“RD小区”项目土地增值税汇算清缴向税务机关申报纳税，并陈述了如下理由：第一，之前税务机关联系不上债务人，管理人进场后，税务机关自然要找管理人；第二，管理人不代表债务人申报纳税，税务机关怎么知道债务人欠税情况？第三，其他管理人都是按照税务机关上述要求办理。

### （二）管理人提出：若L公司在“RD小区”项目土地增值税汇算清缴后需补缴税费，应当由税务机关向管理人申报债权

管理人回复税务机关：管理人没有接管到L公司的合同、财务账簿等

资料，故无法向税务机关提供通知书中要求的清算材料。与税务机关当面交流后，管理人安排专人到住房与城乡建设管理部门及规划与自然资源管理部门查询、打印“RD小区”项目建设审批手续等材料，并已及时提交给税务机关。此外，“RD小区”项目在本案由法院受理前就已达到土地增值税清算条件，L公司应及时完成清算工作并申报纳税。根据税收征管的相关规定，税务机关也可依职权核定。本案由法院受理后，若L公司需要补缴土地增值税，该税款也属于L公司破产前的欠税，税务机关可向管理人申报债权，管理人将依法审核。另，在破产程序中，不能把债务人应承担的责任等同于管理人应承担的责任。

针对上述主张，管理人提出如下理由：第一，破产程序中因债务人继续营业、持有财产、处置债务人财产产生的新生税费，由管理人代表债务人向税务机关申报纳税，上述新生税费作为破产费用或者共益债务处理。第二，债务人进入破产程序前的欠税，由税务机关向管理人申报债权，由管理人审核后报法院裁定。之后，按照法院裁定认可的破产财产分配方案统一清偿债务人负债。

### 管理人为什么不能同意税务机关就“RD小区”项目土地增值税汇算清缴申报纳税主张

#### （一）L公司于2016年就被吊销

营业执照，“RD小区”项目在此之前就已修建完成。管理人接受法院指定后，该项目仅剩三套门面及物管用房尚登记在债务人名下，其余房产早已办理转移登记。故不论从应进行土地增值税清算的条件看，还是从可要求纳税人进行土地增值税清算的条件看，“RD小区”项目土地增值税清算条件在债务人进入破产程序之前就早已具备

应进行土地增值税清算的条件包括：（一）房地产开发项目全部竣工、完成销售的；（二）整体转让未竣工决算房地产开发项目的；（三）直接转让土地使用权的。

可要求纳税人进行土地增值税清算的条件包括：（一）已竣工验收的房地产开发项目，已转让的房地产建筑面积占整个项目可售建筑面积的比例在85%以上，或该比例虽未超过85%，但剩余的可售建筑面积已经出租或自用的；（二）取得销售（预售）许可证满三年仍未销售完毕的；（三）纳税人申请注销税务登记但未办理土地增值税清算手续的；（四）省（自治区、直辖市、计划单列市）税务机关规定的其他情况。对前款所列第（三）项情形，应在办理注销登记前进行土地增值税清算。

（二）破产程序中，债务人应补缴的税费由税务机关向管理人申报债权，债务人因履行合同、处置财产或继续营业等原因产生的新生税费由管理人向税务机关申报纳税。对此，有下列政策法律依据或者可资

### 参考的指导意见：

按照《中华人民共和国企业破产法》第四十四条及第四十八条之规定，人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依照本法规定的程序行使权利。债权人应当在人民法院确定的债权申报期限内向管理人申报债权。

按照《国家发展改革委、最高人民法院、财政部、人力资源社会保障部、自然资源部、住房和城乡建设部、人民银行、国资委、海关总署、税务总局、市场监管总局、银保监会、证监会关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》（发改财金规〔2021〕274号）第五条之规定，破产企业因履行合同、处置财产或继续营业等原

因在破产程序中确需使用发票的，管理人可以以纳税人名义到税务部门申领、开具发票。税务部门在督促纳税人就新产生的纳税义务足额纳税的同时，按照有关规定满足其合理发票领用需要，不得以破产企业存在欠税情形为由拒绝。

按照《国家税务总局关于税收征管若干事项的公告》（2019年第48号公告）第四条之规定，破产程序中如发生应税情形，应按规定申报纳税。企业所欠税款、滞纳金、因特别纳税调整产生的利息，税务机关按照企业破产法相关规定进行申报。

按照《重庆市高级人民法院 国家税务总局重庆市税务局关于印发〈关于建立企业破产处置协作机制的

指导意见〉的通知》（渝高法〔2022〕62号）第一条及第六条之规定，主管税务机关应当就企业所欠税款(含附加费)及滞纳金、罚款以及因特别纳税调整产生的利息等税收债权、社会保险费及滞纳金、税务机关征收的非税收入等进行申报。破产申请受理后，终结破产清算程序、终止重整程序或和解程序前，管理人经人民法院许可，为债权人利益继续营业，或者在使用、处置债务人财产过程中产生的应当由债务人缴纳的税费（以下统称新生税费），分别属于《企业破产法》第四十一条、第四十二条规定的破产费用或共益债务的，由管理人以破产企业名义进行申报。

按照《重庆市高级人民法院 国





国家税务总局重庆市税务局关于企业破产程序涉税问题处理的实施意见》

（渝高法〔2020〕24号）第一条及第七条之规定，主管税务机关应当就企业所欠税款（含附加费）及滞纳金、罚款以及因特别纳税调整产生的利息等税收债权、社会保险费及滞纳金、税务机关征收的非税收入等进行申报。管理人经人民法院许可，为债权人利益继续营业，或者在使用、处置债务人财产过程中产生的应当由债务人缴纳的税（费），属于《中华人民共和国企业破产法》第四十一条破产费用中的“管理、变价和分配债务人财产的费用”，由管理人按期进行纳税申报，并依法由债务人的财产随时清偿。

按照《上海市高级人民法院国家税务总局上海市税务局印发〈关于优化企业破产程序中涉税事项办理的实施意见〉的通知》（沪高法〔2020〕222号）第一条之规定，人民法院裁定受理破产申请前，企业发生税收违法行为应当给予行政处理、处罚的，主管税务机关依法作出行政处理、处罚决定，并将企业应补缴税（费）及罚款按照法律规定进行债权申报，依法受偿。人民法院裁定受理破产申请后，经人民法院许可或债权人会议决议，企业因继续营业或者因破产财产的使用、拍卖、变现所产生的应当由企业缴纳的税（费），管理人以企业名义按规定申报纳税。相关税（费）依法按照共益债务或者破产费用，由破产财产随时清偿，主管税务机关无需另行申报债权，由管理人代为申报

缴纳。

按照《国家税务总局天津市税务局天津市高级人民法院关于印发〈关于优化企业破产程序中涉税事项办理的实施意见〉的通知》（津税发〔2022〕48号）第一条之规定，人民法院裁定受理破产申请前，破产企业发生税收违法行为应当给予行政处理、处罚的，主管税务机关依法作出行政处理、处罚决定，并将破产企业应补缴税（费）款、滞纳金、罚款、加处罚款按照法律规定向管理人申报债权，依法受偿。

破产程序中，经人民法院许可或债权人会议决议，因继续履行合同、生产经营或者处置破产企业财产等新产生的税（费）款，管理人以破产企业名义按规定申报纳税。相关税（费）款依法按照共益债务或者破产费用，由破产财产随时清偿，主管税务机关无需另行申报债权，由管理人直接申报缴纳。

按照《浙江省高级人民法院国家税务总局浙江省税务局关于优化企业破产涉税事项办理的纪要》第一条及第二条之规定，税务机关应在人民法院确定的债权申报期限内，向管理人申报债务人所欠税费。对于债务人在破产程序中发生应税情形新产生的应纳税费，由管理人按照税法及其他相关规定代为申报缴纳，税务机关对此无需进行税收债权申报。

### （三）若履职中发现债务人在破产

### 申请受理前有纳税义务，管理人的责任是向税务机关说明或者报告，而不是向税务机关申报纳税

按照《重庆市高级人民法院国家税务总局重庆市税务局关于企业破产程序涉税问题处理的实施意见》（渝高法〔2020〕24号）第二条之规定，已全面接管债务人印章和账簿、文书的，管理人应当代表债务人就破产申请受理前的非正常户期间的纳税义务向税务机关说明。未全面接管债务人印章和账簿、文书的，在破产程序中管理人发现债务人在破产申请受理前的非正常户期间有纳税义务的，应当及时向税务机关报告。

### （四）若管理人同意税务机关就“RD小区”项目土地增值税汇算清缴申报纳税主张，则一旦税务机关要求上述税费作为破产费用或共益债务处理，不但会影响相关各方与管理人的关系，还可能会导致管理人执业风险

按照《重庆市高级人民法院国家税务总局重庆市税务局关于印发〈关于建立企业破产处置协作机制的指导意见〉的通知》（渝高法〔2022〕62号）第六条之规定，破产申请受理后，终结破产清算程序、终止重整程序或和解程序前，管理人经人民法院许可，为债权人利益继续营业，或者在使用、处置债务人财产过程中产生的应当由债务人缴纳的税费（以下统称新生税费），分别属于《企业破产法》第四十一条、第四十二条规定的破产费用或共益债务的，由管理人以破产企业





名义进行申报。

因此，若同意税务机关就“RD小区”项目土地增值税清算清缴由管理人申报纳税主张，则一旦税务机关要求将上述税费作为破产费用或共益债务处理，管理人将会陷入非常被动的境地：不支持税务机关的该主张则与上述规定冲突，支持税务机关的该主张则与其他政策法律规定冲突。

**（五）不同意税务机关就“RD小区”项目土地增值税清算清缴由管理人申报纳税主张，并不影响税务机关履职。税务机关可以参考下列方式确定“RD小区”项目土地增值税清算所涉税费：**

**【江苏做法】**清算期间土地增值税处理。因破产企业土地成本历史资料缺失，无法确定成本扣除项目金额的，由管理人出具相关情况说明，税务机关可对破产企业土地增值税采用核定征收的方法，核定征收率不低于5%[详见《江苏省高级人民法院国家税务总局江苏省税务局关于做好企业破产处置涉税事项办理优化营商环境的实施意见》（苏高法〔2020〕224号）]。

**【广州做法】**因破产企业土地成本、建筑安装工程费资料缺失等原因，无法确定扣除项目金额的，税务机关可以对破产企业采用土地增值税核定征收方式确定土地增值税清算税

款[详见《广州市中级人民法院国家税务总局广州市税务局关于进一步解决破产程序中涉税问题的若干意见（试行）》]。

**【湖州做法】**关于企业土地增值税。针对账册不齐的破产房地产开发企业，在综合考虑该企业职工债权和普通债权人利益的基础上，由税务机关根据土地增值税清算有关规定，按不低于5%核定征收率限度内，对未清算项目进行核定[详见《国家税务总局湖州市税务局关于市政协九届一次会议第215号提案答复意见的函》]。

**【摘要】** 随着政府信息公开与互联网技术的发展，行政处罚决定公开已然偏离其监督行政执法的主要目的，转化为新型行政权力以及新型惩戒措施——声誉制裁。行政处罚决定公开的内容涉及公共利益与个人利益之间的平衡、自然人个人信息及隐私保护等内容，应当遵循《行政处罚法》确立的“以不公开为原则，以公开为例外”的基本立场，严格区分不同的行政处罚决定公开的主体类型，结合公开目的、公开获益等因素进行综合考量，严格限定行政处罚决定公开的边界。

**【关键词】** 行政处罚决定公开 行政处罚 声誉制裁 隐私保护

# 论行政处罚 决定公开的边界

◎ 文 / 江小舟 符史源 / 重庆办公室



## 问题的提出

2023年5月16日，浙江省公安厅在浙江政务服务网中公布“吴某参与聚众淫乱案”的行政处罚决定书引发了社会的广泛争议。该行政处罚决定书不仅包含被处罚人的真实姓名，还包括被处罚人的性取向、违法行为等敏感信息。<sup>①</sup>关于浙江省公安厅的行为，存在两种截然相反的观点。赞成者认为浙江省公安厅的行为有助于达到威慑和预防的目的，而反对者则认为浙江省公安厅的行为侵犯了被处罚人的个人隐私。<sup>②</sup>本文认为，浙江省公安厅公布行政处罚决定书的行为，使得行政处罚决定公开的边界问题再次进入公众视野，其行为的合法性、合理性及必要性值得深入探讨。

## 行政处罚决定公开的异化

随着透明政府建设的深入以及互联网信息技术的发展，行政处罚决定公开已然偏离其最初的立法目的，具体表现为两个方面：一是从作为行政机关“义务”的被迫公开到作为行政机关“权力”的主动公开；二是行政处罚决定的公开范围不断扩大，从以不公开为原则到以公开为原则，甚至将行政处罚决定公开作为惩戒措施。

### （一）作为权力的行政处罚决定公开

《行政处罚法》第五条要求行政机关作出行政处罚时应当遵循公正、公开原则，其最初的立法目的是强化社会公众对

行政执法行为的监督，保障公民的知情权与监督权，以防公权力不当侵害私权利。

有学者认为，行政处罚决定公开的主要目的是加强对行政执法活动的监督，保障公民行使监督权等权利，具有权利的属性。

<sup>③</sup>但也有学者认为，以往将行政处罚决定公开视为公民行使监督权等权利的观点值得商榷。尽管行政处罚决定公开夹杂着行政机关自我监督的初衷，但不能简单地理解为行政处罚决定公开是公民监督依法行政的一种“权利”。相反，当下的行政处罚决定公开更多表现为对被处罚人的二次制裁，属于行政机关享有的“权力”范畴。

<sup>④</sup>行政处罚决定公开的权力属性主要表现在三方面：一是行政机关对是否公开行政处罚决定享有自由裁量权。《行政处罚法》第四十八条第一款规定，行政机关应当依法公开具有一定社会影响的行政处罚决定。但该条中“具有一定社会影响”的认定尚无明确标准，其实质是赋予行政机关公开行政处罚决定的自由裁量权，属于行政机关享有自由裁量的权力之一。二是行政处罚决定公开具有二次制裁的功能。现行法律未明确规定行政处罚决定公开必须进行匿名化处理，实践中个别地区的行政处罚决定公开未有效关注被处罚人的个人信息及个人隐私保护，其行政处罚决定公开的内容涵盖被处罚人的真实姓名及隐私信息，将行政处罚决定公开作为对被处罚人二次制裁的手段。三是行政处罚决定公开缺乏有效的救济措施。虽然《行政处罚法》第四十八条第二款规定，行政处罚决定公开有误的，行政机关应当在三



江小舟 | 合伙人

专业领域：证券及公司法律事务  
金融

手机：+86 137 0839 6956  
邮箱：jxz@zhhlaw.com



符思源 | 律师助理

专业领域：证券及公司法律事务  
金融

手机：+86 177 2969 7793  
邮箱：oliver.fu@zhhlaw.com

<sup>①</sup> 浙江政务服务网，<https://www.zjzfwf.gov.cn/zjsservice/matter/punishment/index.do?webId=1>，2023年6月15日访问。

<sup>②</sup> 赵宏：“聚众淫乱者的个人信息和违法细节应该公开吗？”，[https://m.thepaper.cn/baijiahao\\_23178340](https://m.thepaper.cn/baijiahao_23178340)，2023年6月15日访问。

<sup>③</sup> 孔祥稳：《行政处罚决定公开的功能与界限》，《中外法学》2021年第6期，第1619-1637页。

<sup>④</sup> 熊梅林：《论作为“权力”的行政处罚决定公开》，《政治与法律》2023年第2期，第41-159页。



日内撤回并公开说明理由。但该规定并未明确行政机关公开行政处罚决定有误的法律责任，未能有效约束行政机关公开行政处罚决定的行为。

如上文所言，行政处罚决定公开的权力属性，决定其应当受到行政法律体系的制度性约束，以限缩其权力边界。但个别行政机关未能有效辨析行政处罚决定公开的权利属性或权力属性，不当扩大行政处罚决定公开的范围，将原则与例外相互置换，如《国家统计局行政处罚信息公示办法》第三条规定，行政处罚信息应当坚持“公开为常态、不公开为例外”的原则。当今世界属于信息大爆炸时代，任何通过互联网发布的信息，顷刻间可遍布世界各地。同时，现有技术手段难以完全消除错误的互联网信息。在缺乏权利救济的背景下，广泛公开未匿名化处理的行政处罚决定的行为，可对被处罚人造成持续性的打击和伤害。

## （二）作为惩戒的行政处罚决定公开

当前行政机关实施的行政处罚决定公开，已然偏离该制度构建初衷监督行政执法的功能，其借助互联网及时、迅速、广泛传播的特性，逐渐演变为对被处罚人二次惩戒的措施。根据《行政处罚法》第二条关于行政处罚的概念定义，行政处罚的成立需要同时具备三个要件：一是行为主

体，即行政机关；二是处罚对象，即违法行为人；三是违法后果，即减损权益或增加义务。其中，实现行政处罚的惩戒目的是行政处罚成立的必然结果。实践中的行政处罚决定公开是行政机关针对被处罚对象作出的或者客观上能够给被处罚人的声誉造成一定影响并产生心理压力的行政行为，符合行政处罚行为主体、处罚对象、违法后果的构成要件，应被定性为行政处罚行为。<sup>⑤</sup>至于行政处罚决定公开涉及的行政处罚类型，有学者认为其属于声誉制裁中的声誉罚。<sup>⑥</sup>声誉制裁是指公权力机关通过公布被处罚人的违法行为，降低被处罚人的社会信用评价，达到制裁被处罚人目的的行为。声誉制裁通常包括通报批评、纳入失信被执行人名单、违法行为公布等内容，具有人格羞辱或道德谴责的特征。<sup>⑦</sup>当下的声誉制裁存在明显不足：一是声誉制裁存在定位不明。实践中的声誉制裁往往与政府信息公开相结合，形式上符合政府信息公开的条件，但实质上包含对违法行为人的处罚内容。二是声誉制裁存在滥用之嫌。实践中的声誉制裁借助政府信息公开的途径，未严格区分违法行为的严重程度，简单地采取一律公开的方式，处罚范围未免过于宽泛。三是未能关注声誉制裁的有效救济。声誉制裁不仅对被处罚人产生心理上的强制，更能导致被处罚人社会信用的降低，即所谓的“社死”。而且声誉制裁信息一经网络发布则难

以控制，即使事后采取删帖、发公告等方式澄清，仍难以将被处罚人的声誉恢复如初。

如上文所言，行政处罚决定公开符合行政处罚的构成要件，属于声誉制裁中的声誉罚。理论界虽有关于严格限制声誉制裁适用的学说，但实践中普遍存在公权力机关借助政府信息公开的途径，实现对被处罚人声誉制裁的效果。换言之，实名化的行政处罚决定公开，属于事实上创设的新的行政处罚，应当予以限制。

## 行政处罚决定公开的限 制

行政处罚决定公开不仅涉及公共利益与个人利益的平衡，还涉及行政处罚决定公开的法律依据及定位问题。实践中的行政处罚决定公开可能造成对被处罚人的二次制裁，违反一事不再罚的原则。且行政处罚决定公开被处罚人的个人信息，可能涉及被处罚人的隐私保护问题，与当前法治环境下加强个人信息及隐私保护的形势不符。同时，对被处罚人的个人信息进行匿名化处理，并不影响行政处罚决定公开对被处罚人以及被处罚人以外第三人的警示教育作用。

<sup>⑤</sup> 许娟、黎浩田：《论网络声誉罚的程序保障——以行政机关公布平台企业违法事实行为的规制为切入》，《学海》2022年第6期，第184-193页。

<sup>⑥</sup> 黄铭：《行政执法中声誉制裁的法律性质与规范形态》，《学术月刊》2022年第5期，第95-106页。

<sup>⑦</sup> 王瑞雪：《声誉制裁的当代图景与法治建构》，《中外法学》2021年第2期，第446-464页。

## （一）行政处罚决定公开涉及公私利益的平衡

行政处罚决定公开与刑事制裁公开类似，均涉及公共利益与个人利益之间的平衡，但二者又存在明显区别。首先，刑事制裁公开是维护犯罪分子权利的需要。刑罚属于最严厉的处罚措施，涉及财产刑、自由刑，甚至是生命刑，必须予以严格限制。刑事制裁公开能够有效制约公权力的行使，防止司法独断造成的冤假错案，维护社会公共利益。刑事制裁公开可能侵犯的个人利益，如个人信息、隐私等，相较于公共利益与人权保障，显然居于次要地位。而行政处罚决定公开更多涉及公众的知情权与监督权，其属于贬损性的行政行为，并非为了保护违法行为人的权利。一般情况下，行政处罚的违法情节较轻，影响范围较小，社会公众对行政处罚的知情权与监督权的需求不高。相较之下，行政处罚决定公开的作用明显低于刑事制裁公开，显然没有全面公开的必要。其次，行政处罚公开违反一事不再罚原则。《行政处罚法》第二十九条规定，行政机关不得对同一违法行为给予两次以上罚款的行政处罚。基于举重以明轻的原则，既然行政机关不得对同一违法行为给予重复罚款，那么行政机关同样不得对同一违法行为给予两次以上的重复处罚。行政处罚决定公开是行政机关对被处罚人作出行政处罚后，向社会公开的

行政处罚决定。<sup>⑧</sup>换言之，行政处罚决定公开时，被处罚人正在履行或已经履行完毕前述行政处罚义务。而未匿名化处理的行政处罚决定公开属于行政处罚中的声誉制裁，当行政处罚相对人因某一违法行为已被行政处罚，再次对其实施声誉制裁，显然违反一事不再罚原则。最后，《行政处罚法》第五条第二款、《刑法》第五条，分别对对应行政处罚的过罚相当原则与刑事处罚的罪责刑相适应原则。前述两项原则要求行政机关、人民法院对被处罚人作出行政处罚或刑事判决时，应当充分考虑被处罚人的违法情节、违法性质、社会危害等，适用与违法行为相当的处罚措施。任何处罚措施并非为了处罚而处罚，其最终目的在于帮助违法行为人认识、改正错误，重新回归社会。行政机关处罚违法行为所适用的处罚措施一般较轻，罚款数额不大或最高15日的拘留。但行政处罚决定公开所减损的被处罚人权益，显然明显高于行政机关依法对被处罚人作出的行政处罚，其对被处罚人声誉的减损，几乎伴随被处罚人终身。可能造成被处罚人已经完全履行了《行政处罚法》所规定的义务并改正错误，但对被处罚人行政处罚措施并未完全终结。

## （二）行政处罚决定可能侵犯个人隐私

《民法典》第一千零三十二条

规定，自然人的隐私是指不愿被他人知晓的私密空间、活动、信息。隐私作为自然人享有的一项权利，是个人尊严和自由的体现，任何组织或者个人不得侵害他人隐私。关于违法行为人的个人信息是否属于隐私的问题，有的观点认为，尽管违法行为信息属于公共信息，但违法行为人对违法行为信息中的个人信息仍享有隐私权，不能因违法行为人的个人信息置身于公共信息中，就弱化违法行为人应享有的隐私权。<sup>⑨</sup>本文认为，违法行为人对违法行为信息中的个人信息不享有隐私权，如姓名、性别、年龄等。<sup>⑩</sup>但当个人信息与违法事实中的敏感信息，如性取向、性生活相结合时，才可能形成具有隐蔽性、对应性、可识别性的个人隐私。《行政处罚法》第五十条规定，行政机关及其工作人员对实施行政处罚过程中知悉的个人隐私负有保密义务。同时，《中华人民共和国宪法》第三十八条规定，我国宪法保护公民的人格尊严。当隐私权遭受侵犯时，其直接表现为公民的人格尊严遭受损害，对隐私权保护的目的是维护公民的人格尊严。<sup>⑪</sup>因行政处罚决定公开的内容可能包含被处罚人的个人隐私，贬损公民的人格尊严，行政机关在公开行政处罚决定的过程中，应当保持谨慎的态度，密切关注对被处罚人隐私的保护。

<sup>⑧</sup> 孙丽岩：《论行政处罚决定公开的利益权衡——从与刑事制裁公开的对比角度》，《政法论坛》2021年第6期，第70-83页。

<sup>⑨</sup> 许莲丽：《论违法行为信息公开中的隐私权保护——重庆高考“加分门”事件引发的思考》，《行政法学研究》2010年第1期，第139-144页。

<sup>⑩</sup> 王军：《行政处罚信息公开与隐私权保护》，《北京行政学院学报》2011年第1期，第103-106页。

<sup>⑪</sup> 黄明涛、王冕蓉：《涉隐私行政处罚决定公开的宪法约束》，《华南理工大学学报（社会科学版）》2023年第1期，第127-136页。





实践中存在行政单位公布行政处罚决定书时，未对行政相对人的身份信息进行隐匿化处理，检察院以行政公益诉讼立案调查的情形。<sup>⑫</sup>

### （三）匿名化处理不影响行政处罚效能

《行政处罚法》第六条规定，行政机关实施行政处罚行为的目的在于纠正被处罚人的违法行为，教育被处罚人以外的第三人自觉守法，因而行政处罚包含对内、对外两种效能。一是对内的效能。行政处罚一般包含减损被处罚人财产或限制被处罚人自由的内容，即包含对被处罚人违法行为的否定性评价。该否定性评价原则上足以起到对违法情节轻微，尚未构成刑事犯罪的被处罚人的警示教育作用。二是对外效能。行政处罚不仅包含对被处罚人的警示教育作用，还包含对被处罚人以外的第三人的警示教育作用。实践中行政机关一般通过公开行政处罚决定的方式，表明行政机关对某一违法行为的否定性评价以及实施某一违法行为可能带来的法律责任，达到社会治理的效果。但行政处罚决定公开的首要目的是强化对行政机关执法行为的监督，而行政处罚决定公开的风险警示作用属于附带功能。同时，声誉制裁并非行政处罚决定公开的法定目的，不能将声誉制裁与失信惩戒措施相混同。<sup>⑬</sup>

基于行政处罚决定公开的定位，

本文认为行政机关在公开行政处罚决定时，应对被处罚人的个人信息进行匿名化处理。首先，社会公众关注的是违法行为事实与法律责任之间的关联性，行政机关在公布行政处罚决定时，只需要描述违法行为事实及其法律后果，即可达到对被处罚人以外第三人的风险警示作用，无需公布被处罚人的个人信息。其次，行政处罚决定公开的目的是监督行政行为，并非为了加重被处罚人的处罚，即实施声誉制裁。虽然行政处罚决定公开被处罚人的个人信息，可以在一定程度上加大行政处罚的警示教育作用，但行政机关客观上对被处罚人实施的声誉制裁行为的合法性尚存争议，可能导致行政机关成为被诉对象。最后，未匿名化处理的行政处罚决定公开，可能引发舆情风险。在强化个人信息、隐私权保护的时代，行政机关更应注重对个人信息、隐私的保护，形成尊重个人信息、保护个人隐私的良好社会氛围。在信息大爆炸的时代，行政处罚决定公开中存在的问题都可能成为舆论的焦点，影响行政机关的公信力。

## 行政处罚决定公开的考量

行政处罚决定公开涉及个人信息、隐私保护、程序正义、公共利益等问题，应坚持“以不公开为原则，

以公开为例外”的基本立场。同时，在确需公开的例外情形中，仍需从行政处罚决定公开的目的、被处罚对象的类型以及公开获益等方面进行综合考量。

### （一）合法性：以不公开为原则

公开、公正是法治政府的应有之义，执法公开是树立政府权威和公信力的重要途径。<sup>⑭</sup>但执法公开的同时，也应坚持法无授权不可为的基本原则。行政机关能否可以公开行政处罚决定以及如何公开等问题都需要有法律的明确授权。当下的行政处罚决定公开的合法性存疑，容易引发争议。一是行政处罚决定公开的既有规定存在冲突。以浙江省公安厅公开吴某聚众淫乱案的行政处罚决定为例，根据《浙江省行政处罚结果信息网上公开暂行办法》第六条、第七条规定，被处罚人姓名或者名称、法定代表人姓名不属于行政处罚决定公开应当隐去的内容，故浙江省公安厅公开行政处罚决定的行为符合省级政府规章的相关规定。但根据《公安机关执法公开规定》第十四条、第十五条第二款第（三）项规定，公安机关向社会公开法律文书，应当对自然人姓名作匿名化处理，仅保留自然人的姓氏，且应当删除涉及公民个人隐私的信息，则浙江省公安厅公开行政处罚决定书的行为违反了国务院部门规章关于保护公民个人

<sup>⑫</sup> 中华人民共和国最高人民法院，[https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202111/t20211107\\_534694.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202111/t20211107_534694.shtml)，2021年11月7日发布，2023年6月16日访问。

<sup>⑬</sup> 同上注3。

<sup>⑭</sup> 汤莹：《过程论视角下公开行政处罚决定的法律控制》，《法学》2023年第3期，第37-50页。

信息及个人隐私的相关规定。虽然根据最高人民法院关于《审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要（四）》的规定，国务院部门规章与省级政府规章对相同事项规定不一致的，应当优先适用省级政府规章对本行政区域内具体行政管理事项的规定。但行政处罚决定公开有其特殊性，既涉及政府信息公开，又涉及对被处罚人的二次惩戒。当行政处罚决定公开属于后者时，很难将其归入具体行政管理事项的范畴。且省级政府规章与部门规章对相同事项的相反规定，极大削弱了行政处罚决定公开的合法性。二是行政处罚决定以不公开为原则。2020年公布的《行政处罚法（修订一审稿）》第四十五条第一款，表明了此时行政机关“以公开为原则，以不公开为例外”的立法态度。同年公布的《行政处罚法（修订二审稿）》第四十六条，适当限缩了一审稿中行政处罚决定公开的范围，要求行政机关遵守政府信息公开的有关规定。2021年公布的《行政处罚法》第四十八条，再次限定行政处罚决定公开的范围，仅要求行政机关公开具有一定社会影响的行政处罚决定。由此可见，立法者最终采纳行政处罚决定“以不公开为原则，以公开为例外”的基本立场，应当严格限制行政处罚决定的公开。然而实践中的行政处罚决定公开，并未遵循《行政处罚法》确立的“以不公开为原则，以公开为例外”的基本立场，明显有

违立法本意。

## （二）必要性：以公开为例外

行政处罚决定公开具有特殊性，只能作为例外情形予以考量。只有履行严格的法定程序并具备依法公开的条件时，才能予以公开。《行政处罚法》第四十八条将应当公开的行政处罚决定限定为“具有一定社会影响”的案件，但该法并未规定社会影响的判断标准。本文认为，可以从以下三个方面判断某一案件是否具有社会影响以及是否应予公开。

1. 公开目的考量。互联网时代的背景下，行政机关公开的行政处罚决定会在短时间内快速传播，很可能给被处罚对象带来影响程度较深的二次伤害。若行政机关公开行政处罚决定的目的是保障公众的知情权、监督权，则无需过多公开被处罚人的个人信息，或者公开通过匿名化处理过的行政处罚决定。若公开的目的是对被处罚对象再次实施“声誉罚”，则仅公开行政处罚决定书的摘要和姓名，并不能直接将被处罚对象与违法实施相关联，也无法实现惩戒的目的。现阶段的行政处罚决定公开完全处于匿名化处理与全面公开的模糊地带，既无法实现对个人隐私权的保护，也无法实现对被处罚对象的声誉处罚。因此，应当严格区分行政处罚决定公开的目的。<sup>⑮</sup>对于监督行政执法行为的行政处罚决定公开，可以采用匿名化

的方式公开；对于实施声誉罚的行政处罚决定公开，则可采用完全公开的方式。但后者的采用，应以严格的程序正义为前提，将声誉罚作为新型的行政处罚措施，严格限制声誉罚的适用。

2. 主体类型考量。行政处罚决定公开针对不同的被处罚对象，会产生不同的法律效果与社会效果。因此，需要对被处罚对象的主体类型进行划分，以确定针对性的标准，发挥行政处罚决定公开的最大效能。本文针对不同主体的特性，将被处罚对象划分为自然人和企业两个大类，自然人类别下再细分为公众人物和非公众人物两个类型。一是可以明显降低企业行政处罚决定公开的限制。企业的经营活动与社会公众联系紧密，其违法行为影响广泛，具有很强的公共属性。一旦出现行政违法行为会对公共利益产生不利影响，且公开其行政处罚决定的警示教育作用明显，故对于企业的行政处罚决定应遵循“以公开为原则，以不公开为例外”。<sup>⑯</sup>二是可以适当降低公众人物的行政处罚决定公开限制，但应严格限制普通民众的行政处罚决定公开。以嫖娼案为例，普通民众嫖娼和公众人物嫖娼的行政处罚决定的公开范围并不一致。公众人物在享受自身高曝光率带来红利的同时，也需承担更高的注意义务。公开公众人物的

<sup>⑮</sup> 邓璇：《目的检视下〈行政处罚法〉第48条制度探析》，《云南警官学院学报》第2023年第1期，第118-123页。

<sup>⑯</sup> 卢荣婕：《“具有一定社会影响”的行政处罚决定公开之认定》，《财经法学》2022年第4期，第180-192页。

行政处罚决定，可以严格规范娱乐圈的乱象，发挥公众人物的社会引领作用。相比之下，普通民众的社会关注度不高、社会影响力较小，公开其行政处罚决定，并不能取得良好的社会效果。

### 3. 公开获益考量。行政机关公开

行政处罚决定书需要在个人隐私保护和社会公共利益之间进行平衡，公开目的和主体类型的考量，主要是通过限制公开来维护被处罚对象的权益，而公开获益考量则是从公开能够带来的正面效应进行衡量，在公开作为例外的前提条件下，只有公开能够带来较大的社会公共利益，才能触发行政

机关对外公开行政处罚决定的机制。行政机关公开被处罚对象的信息并不是没有任何成本的工具，而是需要衡量公开带来的收益能否超过带来的潜在风险。





**【摘要】** 随保证人得以追偿的基础在于保证人与主债务人之间的委托合同或无因管理关系。追偿权的行使条件不仅包括保证人承担保证责任，也包括保证人因其过错致使保证合同无效而承担缔约过失的赔偿责任。保证人追偿的效力范围包括保证人实际承担的保证责任的范围、保证人为承担保证责任而支付的必要费用、资金占用费、担保费用等。保证人的追偿权与清偿承受权存在密切的联系，两者都是为了充分保障保证人的权利。但也存在不同之处，保证人的追偿权与清偿承受权各自的基础法律关系不同，诉讼时效起算点的计算也不同。两者是请求权竞合，保证人可以择一行使权利。

**【关键词】** 追偿权 保证责任 清偿承受权

# 保证人追偿权 行使的效力范围

◎ 文 / 涂小琴 / 重庆办公室



## 追偿权概念

保证人的追偿权，是指保证人履行保证债务后，可向主债务人请求返还的权利。保证人得以追偿的基础在于保证人与债务人的内部关系。按照发生原因的不同，内部关系又可分为约定或法定两种类型。前者多表现为债务人与保证人之间订立的委托合同。后者通常是保证人对债务人事务的无因管理。在委托合同构造下，作为受托人的保证人，一方面对债务人享有必要费用偿还请求权，此项权利构成委托合同下保证人向债务人追偿的依据。《民法典》第九百二十一条规定：“委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用并支付利息。”若保证人和债务人之间缺少委托或类似合同关系，二者的内部关系或将以无因管理的形式出现。在保证人向债权人承担责任后，可以《民法典》第九百七十九条第一款为据，向债务人主张必要费用偿还请求权，此项权利构成无因管理关系下保证人向债务人追偿的依据。

## 追偿权成立条件

### （一）保证人已承担保证责任

根据《民法典》第七百条规定，保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。从该规定可以得知保证人的追偿权只有在保证人已承担保证责任后才会产生，保证人承担保证

责任的方式并不限于保证债务的清偿，依据《民法典》第五百五十七条规定的债权消灭情形，在解释上，以物抵债、提存、抵销等方式都可以，但须以有偿方式承担保证责任，在后果上表现为保证人自身财产的减少或负债的增加。<sup>①</sup>

需要注意的是：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称司法解释）还规定追偿权的行使条件包括担保人承担了赔偿责任。该解释第十八条规定，承担了担保责任或者赔偿责任的担保人，在其承担责任的范围内向债务人追偿的，人民法院应予支持。此处的赔偿责任应该指担保合同无效时，担保人因过错承担的赔偿责任，即一种缔约过失责任。有观点认为，过错责任是当事人因其原因而承担的责任，责任应当由其本人承担，无权向他人追偿，承认过错责任可以追偿不符合过错责任的法理。另一种观点认为，基于担保的从属性，担保人承担的责任是原属于债务人的责任，债务人是最终的责任人。即使在担保合同无效的情形下，仍应当允许担保人在承担民事责任后向债务人追偿。从公平价值的考量出发，规定追偿权的行使条件包括担保人承担的赔偿责任比较合理。

### （二）主债务人对债务人的责任因保证人承担保证责任而部分或全部被免除

主债务人对债权人的责任因保证人承担保证责任而部分或全部免除。保证人的实际履行、代位清偿、抵销，甚至保证人的财产被强制执行，如果使主债务部分或



涂小琴 | 合伙人

专业领域：金融、建筑及房地产  
手机：+86 139 8365 5126  
邮箱：lilian@zhhlaw.com

<sup>①</sup> 高圣平. 论保证人追偿权的发生与行使——基于裁判分歧的展开和分析[J]. 东方法学, 2023(01): 156-172.

全部消灭，即可行使追偿权。

此处需强调的是：主债务人责任的免除并非指主债权债务关系及从属的担保关系因保证人的清偿而归于消灭。实践中，也存在这样的误解。有法院认为，保证人清偿保证债务的后果是借款担保法律关系中主债权得以消灭，基于担保的从属性，担保关系也得以消灭，其他担保人免除担保责任。<sup>②</sup>但是基于清偿承受权的理论构造，保证人清偿保证债务后，主债权并未消灭，而是法定移转给保证人，保证人取得主债权，也包括对其他担保人在内的从权利。关于清偿承受权的论述后文有简要介绍。

### （三）保证人履行保证债务无过错

保证人在承担保证责任上有过错的，保证人丧失求偿权。例如，保证人在债权人请求其承担保证责任时，应行使主债务人的抗辩权而未行使，致使承担了不应承担的责任的，在此范围内，保证人丧失向主债务人追偿的权利。又如，保证人在履行清偿或其他免责行为后，应当及时通知主债务人，以免造成主债务人的重复履行。如保证人在履行保证债务后怠于通知主债务人，致使主债务人善意地再为履行时，保证人也丧失追偿权。

## 追偿权的效力范围

《民法典》第七百条将保证人追偿的范围限定于“承担保证责任的范围”，并允许“当事人另有约定”。追偿权是对保证人因履行保证债务的一种补偿，这种补偿的范围包括：其一，保证人实际承担的保证责任的范围；其二，自承担保证责任之日起，保证人为债务人免除债务而给付的金额的法定利息；其三，保证人为承担保证责任而支付的必要费用；其四，保证人在承担保证责任过程中因不可归责于自己的事由而受到的损失。常见的追偿范围有以下几类：

### （一）保证人实际承担的保证责任的范围

根据《民法典》第六百九十二条，保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。法定的保证范围除主债权外，还包括利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。

需注意的是：主债权即主合同债权人请求债务人特定行为的权利，是保证责任范围的基本内容。但是《民法典》担保规制体系中使用的“主债权”有两种不同的含义：一是指与具有从属性的担保债权相对的主债权，比如《民法典》第六百八十二条规定“保证合同是主债权债务合同的从合同……”此处的“主债权”包括其利息违约

金、损害赔偿金和实现债权的费用；二是在债权债务关系内部使用，如上述《民法典》第六百九十二条中所称的“主债权”，其与利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用等从债权相对。

### （二）保证人为承担保证责任而支付的必要费用

必要费用应根据保证人与债务人之间的基础合同关系判断。常见的是保证人与债务人之间存在委托合同关系，保证人为承担保证责任而支付的必要费用属于《民法典》第九百二十一条规定的“受托人为处理委托事务垫付的必要费用”。如若保证人和债务人存在无因管理关系，应依无因管理的规则来确定必要费用的范围。《民法典》第九百七十九条第一款规定：“管理人没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失而管理他人事务的，可以请求受益人偿还因管理事务而支出的必要费用；管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人给予适当补偿。”

一般而言，必要费用包括履行保证的费用、诉讼费用等。实践中，存在的问题是律师费是否应纳入必要费用范围内。有法院认为，保证人追偿权是对保证人因履行保证义务的一种补偿，补偿的范围包括实际承担的保证责任的范围，自承担保证责任之日起保证人为债务

<sup>②</sup> 参见重庆市第二中级人民法院（2020）渝02民终3060号民事判决书





人免除债务而给付的利息及保证人为承担保证责任而支付的必要费用。“现原告主张的律师费用4000元是其为追偿代被告偿还的款项而支出的费用，不属追偿权的范围，不予支持。”<sup>③</sup>还有法院认为，必要支出限于保证人为履行保证责任的支出，并非保证人行使追偿权的支出。“甘肃金控公司未向本院举证证明其有上述支出及损失，对甘肃金控公司要求定西玉湖公司支付律师费42000元的诉讼请求本院不予支持。”<sup>④</sup>一般认为，律师费用“并非其实现债权或诉讼的必要费用”，在委托担保合同未作特别约定的情形之下，不应纳入保证人的追偿范围。

### （三）资金占用费

保证人主张的资金占用费，实为保证人因代偿主债务而丧失以该资金获取其他收益的补偿，性质上属于代偿金额的利息。当事人有合同约定从其约定；如当事人之间就此未作约定，则应以代偿金额为基数，按中国人民银行同期贷款利率、全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR），从代偿之日起计算至主债务人清偿之日止。如当事人就主债务人返还保证人代偿金额约定了资金占用费、逾期利息、违约金，应当在尊重合同约定的基础上，对过分高于实际损失的违约金约定适用《民法典》第五百八十五条第二款予以适当调

整。对于保证人是非金融机构的市场主体，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷司法解释》）亦有参考价值。有法院在保证人与债务人在保证合同中对保证债务未有相关约定时，根据《民间借贷司法解释》第二十八条以此认定资金占有损失。《民间借贷司法解释》第二十八条规定，借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限。未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起参照当时一年期贷款市场报价利率标准计算的利息承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持；（二）约定了借期内利率但是未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

### （四）担保费用

主债务人和保证人之间构成有偿委托关系的，作为受托人的保证人有权依据《民法典》第九百二十八条向作为委托人的主债务人主张报酬给付请求权，但此项报酬是保证人完成委托担保事务的对价，而不是向债权人履行保证债务所支出的费用，因而不属于保证人追偿权

的范围，保证人应另行向主债务人主张报酬给付请求权。不过，基于诉讼经济的考虑，即使保证人提起担保人追偿权纠纷诉讼，亦应允许其同时主张报酬（担保费）给付请求权。

## 追偿权与清偿承受权

《民法典》第七百条同时规定了保证人的追偿权以及清偿承受权，该条是在《担保法》第三十一条的基础上修改而成。《担保法》第三十一条认可保证人对债务人的追偿权，规定保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。比较《担保法》第三十一条，《民法典》第七百条对保证人的追偿权有了更细致的规定。总的来说有以下几点变化：第一，限定了保证人追偿的范围。保证只能在承担的保证责任范围内向债务人追偿。第二，规定了保证人清偿承受的法律效果。在清偿保证债务之后，主债权债务关系并未就此消灭，保证人将承受债权人对债务人的权利，保证人行使的权利属于法定的债权移转。第三，明确提出了债权人利益优先原则。根据《民法典》第七百条但书的规定，保证人的权利行使须受到限制，即以不损害债权人的利益为前提。

具体来说，保证人的清偿承受权是指保证人承担保证责任后，在

<sup>③</sup> (2021)粤1881民初2444号

<sup>④</sup> (2019)甘0191民初3311号





其承担保证责任范围内承受债权人对于主债务人的债权，而对主债务人行使原债权人之权利的权利。也就是说，在保证人向债权人承担责任之后，保证债务因清偿而消灭；债务人虽无须向债权人给付，但主债权却并不会因此消灭，而是法定移转于保证人。<sup>⑤</sup>

首先，保证人的追偿权与清偿承受权存在密切的联系。之所以要在追偿权外另行承认清偿承受权，主要目的就是要确保追偿权的实现。若保证人对债务人的追偿权无法实现时，则保证人在其代为清偿的范围内可以主张债权人地位的代位承受，从而要求其他的担保人承担其担保责任。二者的联系体现在：一方面，没有追偿权也就没有

代位权（清偿承受权），担保人只能在行使追偿权的限度之内代位行使债权人的权利，因此清偿承受权的行使以追偿权的存在为前提；另一方面，缺乏代位权清偿承受权的追偿权，其效力是不完整的，因为担保人不通过清偿承受权即无法取得原债权人的从属性权利如担保物权、损害赔偿请求权、债权人的撤销权等。<sup>⑥</sup>

其次，也应看到两者的不同。第一，追偿权和清偿承受权存在的法律关系不同。保证人追偿权产生的基础在于保证人与债务人的法律关系，可能是委托合同关系、无因管理关系甚或赠与关系等；而清偿承受权产生的基础是基于第三人代位清偿造成的债权法定移转。第

二，两者的诉讼时效计算不同。担保人的追偿权是担保人在债权人实现担保权后享有的请求主债务人予以偿还的权利，是一种新产生的权利，故追偿权的诉讼时效应当重新起算。一般保证的诉讼时效从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起（终结执行裁定之日）开始计算，连带责任保证的诉讼时效从债权人请求保证人承担保证责任之日起开始计算；而清偿承受权受让于原债权人，诉讼时效不会重新计算。

在承担保证责任后，保证人同时享有追偿权和清偿承受权，二者为请求权竞合，保证人可择一行使权利。

<sup>⑤</sup> 参见王蒙：《论保证人对债务人追偿的双重结构》，载《华东政法大学学报》2023年第26期，第134-149页。

<sup>⑥</sup> 程啸：《混合共同担保中担保人的追偿权与代位权——对〈物权法〉第176条的理解》，载《政治与法律》，2014年第4期，第85页。



**【摘要】** 实际施工人挂靠施工关系中，通常存在两类情况：一类为发包人明知实际施工人挂靠承包人而与承包人签订施工合同；一类为发包人不明知实际施工人挂靠承包人而与承包人签订施工合同。根据最高院民一庭专业法官会议纪要确定的裁判规则，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人形成事实上的建设工程施工合同关系，在工程验收合格的情况下，实际施工人可以请求发包人参照合同约定折价补偿。但在司法实践中，当实际施工人、承包人均向发包人主张工程价款权利的，人民法院在确认实际施工人与发包人之间的事实合同关系的同时，也存在基于显名权利人利益、维护交易秩序等角度考虑，认为发包人应向被挂靠的承包人支付工程价款，实际施工人仅可依据挂靠关系另行向承包人主张权利的案例。

**【关键词】** 建设工程施工合同 挂靠 事实合同关系

# 浅论实际施工人向明知挂靠事实的发包人主张工程款的裁判规则

◎ 文 / 邓辉 伍伟 / 成都办公室



## 前言

近期，我所邓辉律师、伍伟律师代理的建设工程施工合同纠纷一案中，承包人某建筑公司依据与发包人某房开公司签订的建设工程施工合同向发包人主张支付工程价款。该案审理过程中，挂靠建筑公司的李某以其实际施工人为由，以有独立请求权第三人身份加入诉讼，向房开公司主张支付工程价款。该案涉及承包人与实际施工人关系认定、发包人与实际施工人的关系认定、发包人应向承包人还是实际施工人支付工程价款等问题。法院就实体权利的裁判思路有别于最高院民一庭法官会议纪要，对于挂靠关系下实际施工人的权利确定提供了进一步思考的空间。

## 基本案情

2009年至2016年期间，某建筑公司与李某就数十个项目分别签订《项目管理目标责任书》，其内容大致相同，即建筑公司任命李某为项目经理，李某就该项目独立核算、自负盈亏、资金自筹，并按建筑公司相关规定交纳综合风险保证金，建筑公司按经建设单位审定的工程结算总造价扣除一定比例的总包管理费。

2010年至2021年10月期间，建筑公司持续为李某缴纳社保，但未签订劳动合同，也无工资发放记录。

2016年后，材料设备供应商、劳务分包队伍在多宗案件中起诉李某和建筑公司，建筑公司在多起案件中均称李某非其员工，法院最终仍判决建筑公司承担支付义务。

2021年，建筑公司起诉某房开公司，要求房开公司支付项目剩余工程价款。在案件审理期间，李某以有独立请求权的第三人身份申请加入诉讼，称该项目由其挂靠建筑公司施工，建筑公司已足额收取总包管理费，故剩余工程款应归其所有。房开公司认可是与李某先行磋商工程合作，与李某谈妥合作条件后，房开公司再与李某挂靠的建筑公司签订施工合同，在工程施工期间，房开公司均与李某直接接洽。

## 核心争议焦点

本案争议焦点归纳为：建筑公司与李某之间系何种法律关系？李某与房开公司之间系何种法律关系？谁是案涉工程价款的实际权利人，房开公司应当向某建筑公司还是李某支付剩余工程价款？

## 建筑公司意见

### （一）李某是建筑公司员工，双方存在管理与被管理的行政隶属关系，李某与建筑公司之间系内部承包

建筑公司持续为李某购买社会保险，虽建筑公司与李某之间无书面劳动合同，但基于工作调任、奖惩等事实可证明二者之间具备管理与被管理的行政隶属关系，与挂靠关系下被挂靠人仅关注挂靠管理费收取和工程款转付、挂靠人之间“互不干涉”的模式不符。就工资发放问题，建筑公司和李某一致同意待工程项目“最终成本结算”后，以项目收支具体情况决定最终兑现工资激励机制或惩罚机制。建筑公司与房开公司签订《施工合同》时间在前，与李某签署《项目管理目标责任书》时间在后，亦可证明房开公司将工程发包



邓辉 | 合伙人

专业领域：基础设施和房地产  
国有企业法律服务

手机：+86 135 4102 3135  
邮箱：sophie.deng@zhhlaw.com



伍伟 | 合伙人

专业领域：基础设施与建设工程  
房地产及商业资管  
公司与并购

手机：+86 158 8224 7125  
邮箱：steven@zhhlaw.com





给建筑公司后，建筑公司才交由李某内部承包。除了房开公司的口头自认外，李某无证据证明案涉工程施工前期事宜由李某以其个人名义自行组织人力、物力完成，而项目前期系建筑公司组织人力、物力参与投标，投标保证金、履约保证金、民工工资保证金均由建筑公司缴纳。

## （二）建筑公司系剩余工程价款的实体权利义务人

案涉工程施工过程中，建筑公司组织资金、技术、设备、人力等，实质性实施了工程建设。生效判决已确认由建筑公司向案涉项目的劳务队伍及材料设备供应商支付款项，且案涉项目还有较多对外负债，如果法院认定房开公司向李某支付剩余工程款，将导致建筑公司不享有权利而只承担义务，明显有失公允。

## 房开公司意见

李某与建筑公司系挂靠关系，李某与房开公司商定具体合作方式后，李某再借用建筑公司的名义来投标并签订施工合同，施工合同履行过程中，房开公司均与李某直接对接联系，故李某是工程价款的实际权利人，房开公司应向李某支付工程款。

## 李某意见

### （一）建筑公司不是真实的权利主

### 体，无权向房开公司主张工程款

李某长期挂靠建筑公司承建工程，案涉工程是李某借用建筑公司资质向房开公司承包，全部合同都是李某借用建筑公司的名义签订，真实的合同相对方是房开公司和李某，建筑公司没有与房开公司建立承包合同关系的真实意思表示，更没有亲自实施工程的签约洽谈、施工履行以及竣工结算。建筑公司作为出借资质的一方，不是真实的权利主体，无权根据与房开公司之间形成的形式上的施工合同以及结算文件所主张的工程款。

### （二）李某才是真正的施工承包人，应实际享有工程款的实体权利

根据《建工司法解释》的规定，李某借用建筑公司资质承包工程，以建筑公司名义与房开公司所签订的施工合同应属无效合同。房开公司明知李某系其合同相对方，也是一直在与李某实际履行施工合同，李某与房开公司之间已成立事实施工合同关系，李某系案涉工程款的实体权利人，依法有权主张相应工程款。房开公司基于客观事实，认可李某的施工合同相对方身份，且也确认是由李某在实际履行，房开公司也同意向事实合同相对方李某进行相应的履行。

## 法院观点

（一）关于李某的身份问题，虽然李某以建筑公司员工的名义缴纳社会保险，但建筑公司不能提供

与李某签订的劳动合同以及工资支付关系的证据。建筑公司对李某所在项目部进行表彰奖励、项目职务任免，均不能得出双方之间形成了事实上的劳动合同关系的结论。虽然建筑公司提供的案涉工程项目部其他组成人员均与建筑公司存在劳动合同关系和社保缴纳关系，但由于李某不是建筑公司在册的项目经理或者聘用的项目经理，李某与建筑公司之间不具备合法的劳动合同关系，不符合内部承包的主体资格，故李某主张与建筑公司之间构成挂靠(借用资质)关系的理由成立。

（二）在借用资质的情形下，实际存在两层法律关系：一是发包人与承包人建立的建设工程施工合同关系；二是实际施工人与承包人建立的挂靠经营合同关系。两层法律关系不是并列的，发包人与承包人之间的承发包关系应为外部关系，承包人与实际施工人之间的挂靠关系为内部关系。本案中，不管建筑公司还是李某向发包人房开公司主张权利，实际都是基于外部的施工承包关系，即根据建筑公司与房开公司签订的建设工程施工合同来主张权利，发包人只负有向一个权利主体支付工程款的义务。审判实践中，如果被挂靠人怠于向发包人主张权利，导致实际施工人利益得不到保护的情况下，人民法院允许挂靠的实际施工人揭开挂靠的“面纱”，以实际权利人的身份向发包人主张权利。但是，如果被挂

靠人已经向发包人主张权利的情况下，从维护交易秩序和保护“显名”合同方的角度出发，实际施工人不应再基于外部关系提出相应的权利主张。理由如下：1.本案所涉建设工程合同都是以建筑公司的名义与发包人房开公司之间签订，且工程款的收、付也是通过建筑公司对公账户。建筑公司是“显名”的合同权利人，李某并非合同的相对方，只是“隐名”的权利人。让“显名”的权利人优先主张权利，实际保护的是正常的交易秩序。2.本案所涉工程施工过程中，李某虽然参与了建筑材料采购合同、建筑设备租赁合同、劳务分包和专业分包合同的签订，但绝大多数都是以建筑公司的名义对外签订。施工过程中，对外形成的材料费、人工费或者租赁费、税费等债务几乎都记在建筑公司名下，而非李某名下。在承包人和实际施工人均向发包人主张权利的情况下，如果判决发包人向实际施工人支付工程欠款，有可能使实际施工人获得价款后反而不承担施工中形成的债务，而名义承包人不仅不能得到工程价款，反而要对外承担施工过程中形成的债务。这样不符合“权利义务相一致”的原则，且可能导致名义承包人因无财产可供执行而使债权人的利益落空。该做法既不利于对债权人权利的保护，也不利于社会的和谐稳定。3.虽然李某陈述已经与建筑公司就案涉项目不存在债权债务关系，但其不能提供双方已经进行内部结算的相关证据，且建筑

公司对此不予认可。因建筑公司与李某尚未就案涉工程进行最终结算，建筑公司通过诉讼方式主张剩余工程款后，李某可以依据双方签订的《项目管理目标责任书》进行内部结算，该处理方式不会导致各方的利益受损。基于上述原因，虽然法院认定李某系案涉工程挂靠的实际施工人，但在“显名”的合同相对方建筑公司已经就同一工程的价款主张权利的情况下，房开公司应当优先向建筑公司承担工程价款的支付责任。

## 案例评析

建设工程施工合同纠纷中，对于承包人与实际施工人之间的关系认定、发包人向谁支付工程价款关乎实际施工人的切身利益。一般而言，挂靠关系下的实际施工人，并无越过承包人直接向发包人主张权利的请求权基础。然而，在发包人明知实际施工人挂靠承包人的情形下，最高院民一庭法官会议纪要认为发包人已与实际施工人建立了事实层面的施工合同关系，实际施工人有权越过承包人直接向发包人主张支付工程价款。

而回归到本案中，法院对事实施工合同关系项下工程价款支付问题给出了不同的结论。法院先予认定建筑公司与李某之间并非内部承包关系而系挂靠关系，且法院也已经查明，房开公司与建筑公司签订

施工合同前，建筑公司已委托李某代为办理房开公司项目相关事宜，房开公司也表示项目招投标前便知晓并认可李某挂靠建筑公司。此种情况下，法院认为，从维护“显名”权利人利益、维护交易秩序角度出发，被挂靠人建筑公司已经向发包人房开公司主张权利的情况下，实际施工人李某不应再向依据外部关系向发包人房开公司主张权利。对外大部分合同也是以建筑公司名义签订，在房开公司向建筑公司支付工程价款后，李某有权依据《项目管理目标责任书》与建筑公司进行结算，建筑公司对外签订合同的合同相对方的债权也能得到保障，据此认为房开公司应当向建筑公司支付工程价款。法院的裁判思路与最高院民一庭法官会议纪要观点并不一致，但基于本案情况、充分保障各方权利角度出发，该裁判结果也合乎情理。因此，最高院民一庭对于挂靠的实际施工人与发包人建立事实合同关系的裁判规则虽较为明确，但具体到个案，可能也会有不同的判决结果。



## 12名合伙人受聘担任 重庆仲裁委员会仲裁员或专家咨询委员

2023年12月8日，重庆仲裁委员会第六届委员会成立大会顺利召开。合伙人袁小彬、张涌、梁勇、涂小琴、陈伟、王必伟、杨青、文建、周鹏、文奕，成都办公室合伙人柴佳及贵阳办公室合伙人张德胜12人受聘担任重庆仲裁委员会第六届仲裁员。重庆仲裁委员会从全国范围内聘请了20名仲裁领域专家担任专家咨询委员，管委会主席袁小彬因在金融证券领域的专业造诣受聘其中。



## 资深合伙人张涌、合伙人肖东 分别当选重庆市律协第八届副会长与理事



2023年12月18-19日，重庆市律师协会第八次律师代表大会在金科大酒店顺利召开。市律协第七届会长袁小彬致开幕词，市政府副市长胡明朗发表重要讲话，市委常委、政法委书记陆克华出席新一届市律师协会领导班子座谈会。资深合伙人张涌凭借多年杰出工作业绩和良好行业口碑当选市律协新一届副会长，合伙人肖东当选理事。





#### 重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023  
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC  
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388 E-mail: cq@zhhlaw.com

#### 上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120  
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC  
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

#### 贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 邮编: 550002  
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC  
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

#### 纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022  
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA  
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

#### 北京

北京市朝阳区光华路远洋光华国际 AB 座 7 层 邮编: 100020  
7/F, Tower AB, Yuanyang Guanghua International, Guanghua Road, Chaoyang District, Beijing 100020, PRC  
Tel: +86 10 2173 7325 Fax: +86 2173 7325 E-mail: bj@zhhlaw.com

#### 成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021  
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC  
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com

#### 香港

香港金钟道 95 号统一中心 32 层  
32/F, United Centre, 95 Queensway, Admiralty, Hong Kong  
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com



[weibo.com/zhhlawfirm](http://weibo.com/zhhlawfirm)



[@zhhlawfirm](https://www.whatsapp.com/channel/00299a00000000000000000000000000)



[@zhhlawfirm](https://twitter.com/zhhlawfirm)



[www.zhhlaw.com](http://www.zhhlaw.com)