



中豪党委荣获全国律师行业先进党组织称号

2018年7月1日，第九届全国律师代表大会第二次会议在北京隆重召开，司法部部长傅政华、副部长熊选国、全国律师协会会长王俊峰等领导出席会议。中豪党委坚持抓班子、带队伍、促工作，凭借突出的党建工作表现，获得了中华全国律师协会的认可，被授予全国律师行业先进党组织称号，合伙人张涌作为全国律协的理事和中豪党委书记出席本次会议并领取奖牌。



合伙人张涌当选市破产管理人协会副会长兼秘书长



2018年6月27日，重庆市破产管理人协会第一次会员大会在市律师协会会议室隆重召开，市司法局副局长陈治元，市民政局副局长余东海，市高级人民法院民二庭副庭长李季宁等领导到会指导。合伙人张涌当选协会副会长并被聘为秘书长。会上，张涌受协会筹备组所托，作了关于《重庆市破产管理人协会章程（草案）》的说明。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS

总第057期 2018年 第3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
宋 涛 王 辉
卜海军 陈 伟
涂小琴 李东方
俞理伟 朱 剑
祝 磊 郑 毅
孙万平 陈心美
汪 飞 张德胜
陈雪剑 刘 军
崔 冽 李 燕
傅达庆 梁 勇
周庭发 周 尽
文 建 李 静
何 静 邹树彬
柯海彬 王必伟
马海生 郝红颖
赵明举 青 苗
李 永 肖 东
刘文治 郑 鹏
周 鹏 柴 佳
陈任重 绍兴全
高玉林 黎莎莎
谢 敏 吴红遐
赵 晨 夏 烈
文 奕 李 爽
曹 阳 郑继华
伍 伟 郭凌嘉
张晓脚 宋 琴

责任编辑：钟冬蕾

美 编：王先

主 办：中豪律师集团

Web:www.zhhlaw.com

Twitter:@zhhlawfirm

Weibo:weibo.com/zhhlawfirm

Wechat:@zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

复利相关问题研究 朱剑 沈兆飞 2

房地产企业融资过程中常见的刑事法律风险 傅达庆 蔡慧楠 8

消费者知情权的界限 江小舟 18

一波三折的工伤认定 宋涛 22

法理天地 THEORY

“名为房屋买卖实为借贷”合同相关问题研究 宋琴 26

2018年5月9日，合伙人杨青受中国工商银行重庆分行邀请，举办《企业投资法律风险及其防范》的培训讲座。本次培训旨在帮助私人银行财富顾问了解有关企业投资、管理等方面的法律知识、主要法律风险和防范措施。

2018年5月10日，企业“走出去”系列培训之投资东盟国家培训班在山东德州市委党校召开。中豪北京办公室章朝晖律师受中国贸促会邀请，在本次会议上作《投资东盟国家的法律风险防范》主题演讲。

2018年5月17日、18日，中国欧盟商会分别在重庆、成都两地举办《外资企业法律风险及其防范》研讨会。中豪合伙人杨青受邀担任两场研讨会主讲人。

2018年5月23日，合伙人柯海彬举办《时间管理三板斧》培训讲座，将自身从事律师多年所积累的时间管理经验跟同事们分享。本次讲座希望帮助年轻律师针对自身优缺点，调整思路，提高效率。

2018年5月24日，合伙人汪飞律师受四川省政府国有资产监督管理委员会邀请，就《严控政府债务背景下的公共投资模式及法律风险分析》主题，在第六期主任办公会进行专题讲解和汇报。

2018年5月26日，中国欧盟商会西南分会举办了“2018年欧洲日庆典：欧洲戏剧生活”活动，杨青、文建、肖东、刘文治4位合伙人代表共同出席。

2018年6月6日，合伙人宋涛举办培训讲座，分析LX公司与HD公司球队冠名权纠纷案中的法律要义，与各位律师同行们分享了这一案件包含的法律精髓。

2018年6月7日，2018年新提任领导干部第二场旁听庭审在市高法院成功举行，中豪律师任远担任庭审上诉人的委托代理人，与被上诉人进行了精彩的庭审辩论。

中豪新闻



2018年6月13日，合伙人青苗举办《解码资管新规》讲座，为律师同仁们讲解资产管理新规标准下的运用法则，全面解读资管新规的核心内容。本次讲座旨在帮助大家更好地理解资管新规。

2018年6月14日，合伙人肖东举办专题讲座，为前来参会的各大房地产企业的股东、高管及法务负责人讲解楼市大热情况下隐藏的房屋买卖纠纷及其防范措施。

2018年6月14日，宜宾市司法局党委委员、副局长古兴富，宜宾市律师协会秘书长唐勇，成都市律师协会副秘书长万莉莉等一行，莅临中豪成都办公室调研、考察。合伙人高玉林、李永等热情接待，并进行了座谈交流。

2018年6月17日，中豪律师集团在第21届上海国际电影节上成功主办了《私募影视投资基金法律实务操作指引》新书发布会，受到了广泛关注与好评。本书是中豪律师集团合伙人、中央电视台《法律讲堂》主讲人郝红颖律师的最新力作。

2018年6月20日，合伙人郭凌嘉举办《民办教育法律实务》讲座。通过民办教育市场现状、民办教育法律法规、中外合作办学等内容，向与会同仁梳理了民办教育市场中的法律要点。

2018年6月26日，成都召开四川省律师行业先进党组织和优秀共产党员表彰大会，对中豪合伙人汪飞在内的50名优秀共产党员予以集中表彰。

2018年6月27日，中豪合伙人邵兴全博士举办了《股权激励操作实务》讲座，分析了股权激励的现状，对企业如何正确地运用股权激励来激励和管理人才进行了专业的讲解和指导。

2018年6月28日，中豪举办《公司股权收购法律实务——以内资非上市公司为例》专题讲座，合伙人俞理伟担任主讲人。

复利相关问题研究

问题的提出：民间借贷或金融借贷中经常会涉及到复利的问题，但是关于复利的计算，无论在学术理论还是在司法实践中，都存在很大的分歧，如复利计算的标准是什么，利息复利与罚息复利有什么不同，是否可以同时计算等等。本文将对复利相关的常见争议问题进行阐述分析。

◎ 文 / 朱剑 沈兆飞 / 上海办公室





朱剑 | 合伙人
 专业领域：银行金融、公司
 手机：+86 137 0197 2606
 邮箱：owenlawyer@zhhlaw.com



沈兆飞 | 律师助理
 专业领域：银行金融、公司
 手机：+86 135 0189 9286
 邮箱：shenzhaofei@zhhlaw.com

复利的概述

(一) 复利的定义

复利是与单利相对应的经济概念。单利的计算不用把利息计入本金；而复利恰恰相反，它的利息要并入本金中重复计息。具体是将整个借贷期限分割为若干段，前一段按本金计算出的利息要加入到本金中，形成增大了的本金，作为下一段计算利息的本金基数，直到每一段的利息都计算出来，加总之后，就得出整个借贷期内的利息，简单来说就是俗称的利滚利。

(二) 复利的种类

复利可分为：贷款期内复利与贷款逾期复利。

贷款期内复利：对贷款期内不能按期支付的利息，按合同利率按季计收复利。

贷款逾期复利：贷款逾期后，改按罚息利率计收复利。

(三) 复利计算标准（下图）

贷款种类	结息方式	计收频次	贷款期内复利计算标准	贷款逾期复利计算标准
短期贷款	按季结息	按季计收	期内利率	罚息利率
	按月结息	按月计收		
中长期贷款	按季结息	按季计收	期内利率	罚息利率
住房贷款	一年以内一次结清	到期一次还本付息	罚息利率	罚息利率
	一年以上按月结息	等额本息/等额本金	罚息利率	罚息利率

注：

- 短期贷款，系指贷款期限在1年以内(含1年)的贷款。
- 中期贷款，系指贷款期限在1年以上(不含1年)5年以下(含5年)的贷款。
- 长期贷款，系指贷款期限在5年(不含5年)以上的贷款。
- 住房贷款，贷款期限在1年（含）以内的，实行到期一次还本付息，利随本清；贷款期限在1年以上的，实行按月等额本息还款法或者等额本金还款法偿还贷款本息。

金融借款关于复利的规定

根据《人民币利率管理规定》（以下简称《人行规定》），对贷款期内不能按期支付的利息，按合同利率按季或者按月计收复利；贷款逾期后，改按罚息利率计收复利。

另，第二十五条，逾期贷款或挤占挪用贷款，从逾期或挤占挪用之日起，按罚息利率计收罚息，直到清偿本息为止，遇罚息利率调整分段计息。对贷款逾期或挪用期间不能按期支付的利息，按罚息利率按季（短期贷款也可按月）计收复利。如同一笔贷款既逾期又挤占挪用，应择其重，不能并处。第二十七条个人住房贷款利率及其计结息办法按《个人住房贷款管理办法》有关规定执行，贷款逾期按本规定第二十五条办理。

按照上述中国人民银行的规定，金融借款中，明确规定了对不能按期支付的利息计收复利，计算标准根据贷款的长短按月或者



按季。但是对于其中不能按期支付的利息，如何理解，是仅仅包含狭义上的利息还是也包含罚息，在理论与实践之间存在很大的差异，下文将作展开论述。

民间借贷中关于复利的规定

根据2015年6月发布的《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》第二十八条规定，借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率24%，当事人主张

超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持。

按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。

民间借贷属于双方平等当事人签订的借款合同，并未涉及第三人的利益，所以对于是否可以约定复利，并没有像金融借款一样，有专门的部门规章予以规定，但是人民法院在审理民间借贷纠纷时，对复利并非一概反对，只要最后计算的本息和未超过初期本金年利率24%，就予以认可。

理论与实践对罚息复利计收的观点

借款合同并未对罚息计收复利明确约定，仅约定对未还利息计收复利或者仅约定参照人民银行关于利率管理的规定计收复利，是否可以请求借款人支付罚息复利，在理论观点与司法实践中争议颇大。

（一）理论观点

一种观点认为，不应支持对罚息计收复利。理由是罚息已经是对借款人的惩罚了，如果再对罚息计收复利，就是“双倍惩罚”，有违公平补偿责任。并且借款合同作为合同法规定的一种有名合同，罚息相当于违约金，对罚息再次计收复利相当于一个违约行为同时适用两个违约金，有违合同法违约金的基本原理。

另一种观点则认为，对罚息计收复利是从《人行规定》的体系中得出的，根据该规定的第二十条、第二十一条规定，已经明确规定了对利息计收复利，第二十五条对逾期利息规定后再次规定计收复利，明显是对逾期利息即罚息计收的复利，如果仅仅指对利息计收复利就没有必要重复规定。因此，《人行规定》对罚息计收复利是明确认可的。

（二）司法实践观点

法院对狭义上的利息计收复利争议不大，通常都予以支持。但对罚息计收复利，法院渐渐由支持转变为不支持，并且在大多数支持案例中，多

以当事人对罚息计收复利约定很明确，或以债务人并未提出异议。

笔者通过检索大量相关案例，对罚息计收复利的司法观点主要集中于如下几种情形：

1.明确约定计收罚息复利，但未约定按月还是按季度计收罚息复利，按照有利于借款人的解释计收。例如在(2014)沪高民五(商)终字第35号中，人民法院认为，对复利部分，涉案押汇申请书明确约定，对不能按期支付的利息以及罚息，中行浦东分行有权按照约定的罚息利率计收复利。虽然双方并未进一步约定是按月还是按季度计收，但因该选项仅涉及复利的结算周期问题，故双方对此未作明确约定并不导致中行浦东分行丧失主张复利的权利。但鉴于中行浦东分行系上述条款的提供方，在无法确定究竟应该按月还是按季计收复利的情况下，应采用有利于海博鑫惠公司的结算周期。

2.虽未明确约定，但通过合同约定适用人民银行的规定，解读得出不支持罚息复利。例如在(2015)民二终字第110号中，最高院认为，按照中国人民银行《人民币利率管理规定》及中国人民银行《关于人民币贷款利率有关问题的通知》的相关规定，复利的计算基数应仅为正常利息即合同期内的应付利息，不包括逾期罚息。

3.未明确约定，但经过对合同条款、法条条款解释分析论证，不予支



持。例如在(2016)最高法民终340号中，最高院分别从双方合同争议条款的文义、《人行规定》等相关规定、格式条款的解释、逾期利息的计算方法等四个方面论述，不支持罚息计收复利。

笔者的观点

笔者认为，关于是否应当计收罚息复利，不能一概而论，可以分两个层面进行阐述：一个是合同明确约定对罚息计收复利；另一个是合同中仅约定对未还利息计收复利或者参照《人行规定》计收复利。

首先，对于第一个层面，根据民事法律关系中的平等自愿原则，贷款合同是双方当事人共同自愿签订的，没有一方欺诈、胁迫的行为，双方当事人应该受贷款合同中的权利义务约束。因此，一旦借款方未按时还款，就应该按照合同中的违约事项承担相应的违约责任，即合同如果明确约定对罚息也应该计收复利，就应尊重当事人的意思自治，应予以支持计收复利。当然，如果计收的复利加上利息、罚息超过了年化24%，则按24%确定。

其次，对于第二个层面未界定利息是否包含罚息计收复利问题。笔者认为，如果通过贷款合同条款的解释，可以推断出（比如在贷款合同中的术语都是明确的，利息、逾期利息、罚息都有唯一的指代，然后得出计收复利应该包含罚息），那么对罚息计收复利也应该予以支持。因为这是通过正常符合逻辑的判断，并没有超出借贷双方正常的理

解。但如果通过合同条款解释仍无法得出对于罚息计收复利结论的，或者仅仅约定参照《人行规定》计收复利，笔者认为，此种情况应该按照有利于借款人的一方解释，不应该对罚息计收复利。

《人行规定》之所以引起理论以及实务中较大的争议，主要就是规定本身的模糊性。既然支持一方与反对一方的论据都有一定的道理，就应该解释为有利于格式条款的相对方。所以针对这一点，笔者赞同不予支持罚息复利。

最后，笔者从违约金的性质上进行阐释是否支持罚息复利，以及支持多少。借贷合同受制于合同法的约束，罚息、复利亦都可以看作是违约金的一种。根据《合同法》第一百一十四条规定“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”该条款中并没有限制对约定违约责任未按时履行时，不再对于违约责任未履行加以违约惩罚。所以，上述反对观点中所论证的“双倍惩罚”笔者不予认同。但是，根据第二款规定“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务”可以看出，如果合同中约定出现两种或者两种以上违约金的情形时，应考虑当事人损失的大小。当一种违约金足以赔偿损失时，则按一种计算；如一种不足以赔偿时，则可以增加。而不能盲目、机械地



以全算或择一的方法来计算违约金。

建议

通过上述理论及司法实践的研究分析，关于贷款合同约定复利事宜，笔者对金融机构提出一点个人建议：

（一）定义合同相关术语，并在贷款合同规范引用，保持一致。在(2016)最高法民终340号中，最高院从双方合同争议条款及相关条款的文义角度分析，得出借款合同中约定的对未还利息计收复利中的利息仅仅包含正常利息，而不应包括逾期利息。如果能在合同主文部分，对利息、罚息，以及逾期利息明确予以定义，就可避免出现约定不明的情形。

（二）贷款合同中对罚息计收复

利进行明确约定。笔者检索大量的案例中，人民法院以贷款合同对复利未约定或者未明确约定，依法驳回复利诉讼请求的案例不在少数，如（2017）陕08民初185号、（2016）鲁0681民初797号、（2015）松民二（商）初字第2686号、（2016）粤0115民初3229号。

（三）诉讼时及时提供准确的计算方法。法院诉讼时，当法官要求提供具体金额的计算方式时，希望银行不是仅提供一个银行系统的欠款截屏，作为金融机构对欠款金额涉及到的计算方式、依据应当清晰明确，并能准备在开庭之时提供给法院。在（2016）陕民终353号中，人民法院认为复利数额由原告自行计算得出，且未向本院提供具体的计算方法，导致无法对原告的复利数额进行审查，故

对原告要求被告支付复利的请求依法不予支持。

（四）提前宣布到期后，应立即向相对方送达通知，并保留相关证据。切忌宣布提前到期，账务中心仍按原还款计划向借款人邮寄还款通知等。因为大多金融机构放贷后，都会按月向借款人邮寄账单，但是邮寄账单又分属于不同部门，此时容易出现一边已经开始向法院起诉还款，另一边依旧按原分期还款方式和金额通知还款，不必要地导致诉讼时的尴尬与被动。

综上，笔者通过对复利概述、法律对复利的规定、理论与实践对复利的态度等进行分析，希望对借贷纠纷中复利的实际操作有所帮助。文中疏漏、不严谨之处，欢迎批评指正。

房地产作为一个资金密集型行业，往往具有资金需求量大、资金占用周期长的特点。因此，绝大多数房地产企业在项目开发过程中，需要通过融资的方式来解决企业资金短缺或者缓解企业资金压力的问题。然而，近年来银监会、证监会、保监会等多部门密集发布多份政策文件，使房地产融资难度不断加大。因此，许多房地产企业为了解决自有资金不足、突破融资难的困境，不惜铤而走险，最终走上刑事犯罪的道路。为促进房地产企业管理者树立风险防范意识，本文拟通过对房地产企业融资过程中的刑事法律风险进行分析，并提供刑事法律风险防范的相应策略，以供企业管理者参考借鉴。

房地产企业融资过程中常见的刑事法律风险

◎ 文 / 傅达庆 蔡慧楠 / 重庆办公室





傅达庆 | 合伙人

专业领域：商业及职务犯罪辩护、诉讼
手机：+86 139 8373 7715
邮箱：fdqlawyer@zhhlaw.com



蔡慧楠 | 律师助理

专业领域：商业及职务犯罪辩护、诉讼
手机：+86 139 8335 6006
邮箱：carina@zhhlaw.com

房地产企业融资的特点和类型

(一) 房地产企业融资的特点

由于房地产业属于资金密集型产业，其产品价值高，建设周期和投资回报周期较长，且产品性质属于不动产，具有较强的地域性和区位性。正是由于房地产业具有上述特征，也造成了房地产企业将融资作为其资本运作中最重要的一环。因此，房地产企业融资也相对呈现出特有的几点特征：

1. 开发资金需求庞大，内源性融资较为贫乏，外源性融资依赖性强。2017年，全国房地产开发投资109799亿元，一般企业的内源性融资方式不足以支撑房地产企业的需求，外源性融资成为最主要的资金支持方式。

2. 政府的政策对房地产企业融资具有非常直接、重大的影响。在我国，房地产业发展具有鲜明的中国特色，即政策调控。政府通过对金融工具、金融政策等方面的调控，形成对房地产企业融资行为的影响。2018年，国家各部委积极部署房地产调控工作会议，加快促进房地产市场平稳运行的长效机制构建。住建部、银监会、央行、国家发改委均作出进一步强调，严格管控房地产企业融资渠道，切实防范化解金融风险，继续遏制房地产泡沫化，严肃查处各类违规房地产融资行为。

3. 融资的主要抵押品为土地与房产。目前，房地产企业融资中的银行贷款、投资信托贷款都将抵押物集中在土地和房产上，以房地产企业的土地使用权、在建工程等作为抵押物，向金融机构融通资金，以防止和降

低借贷风险。

4. 财务杠杆过高，财务风险大。由于房地产企业大量采用外源性融资渠道，使得房地产企业的财务杠杆过高，甚至有些超过了基本的财务杠杆警戒线。因此，对于宏观经济周期关联性较强的房地产行业来说，任何波动都可能导致企业的财务风险加大，甚至崩溃。

(二) 常见的房地产企业融资类型

房地产融资是指房地产企业根据企业自身的生产经营状况、资金拥有的状况，以及房地产项目开发、建设、销售的需求，通过科学的预测和决策，采用一定的方式，通过向企业投资人、金融机构、资本市场等渠道筹集资金的行为与过程。具体分析，房地产企业的融资类型主要有以下几类：

1. 银行贷款融资

银行贷款是房地产企业最传统，也是最主要的融资渠道。它是指银行根据国家政策，以一定的利率将资金贷放给资金需求者，并约定一定期限还本付息的一种经济行为。银行贷款的模式主要有信用贷款和担保抵押贷款，而常见的开发贷款模式有短期透支贷款、存款抵押贷款和房地产抵押贷款。但近几年，部分房地产企业的信用资质恶化，同时银行信贷额度收紧，银行业对于房地产企业贷款风控要求也有所提高，因此部分商业银行对此也作出了相应的风控部署，一方面为了减少对房地产企业的贷款发放，一方面也减少自身对房地产企业房贷所产生的风险。例如工行提出要加强房地产行业风险管理，审慎把握库存消化周期较长的三四线城市新增住宅开发融资，从严控制商品房开发融资；农行则提出要严格落实房地产调



控政策及各项监管要求，坚持“一城一策”的差异化策略，从严控制高库存城市的住房项目及地价过高的低成本项目。

2.民间融资

民间融资是相对于国家依法批准设立的金融机构融资而言的，是指出

资人与受贷人之间，在国家法定金融机构之外，以取得高额利息与取得资金使用权并支付约定利息为目的，而采用民间借贷、民间票据融资、民间有价证券融资和社会集资等形式，暂时改变资金使用权的金融行为。民间融资虽然没有像金融机构融资那样重重限制，但也是所有融资类型中刑事

风险最大的，因为它往往与“非法集资”产生千丝万缕的关系。例如：2011年，湖南三馆房地产开发集团有限公司总裁曾成杰，因犯集资诈骗罪被判处死刑；2014年，河北省邯郸市集中查处32家房地产企业涉嫌非法集资和非法吸收公众存款，涉案金额高达93亿元；2017年，浙江富园房地产

开发有限公司因非法吸收公众存款3.5亿余元被判处有期徒刑；2017年，重庆晋愉地产（集团）股份有限公司因非法吸收公众存款29.8亿余元，被判处有期徒刑2000万元，其法定代表人柯敬陶被判处有期徒刑8年，并处罚金40万元。

3. 投资信托融资

所谓房地产投资信托，是指信托公司遵循信托的基本原则，通过资金信托方式将委托人合法拥有的资金，按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，以不动产或其经营企业为主要运用标的，对房地产信托资金进行管理、运用和处分的行为。根据委托人数量的不同，分为单一信托（仅有一个委托人）与集合资金信托计划（有两个及其以上的委托人）。基于融资过程中形成产权关系及现实的运用，房地产信托融资主要有贷款型信托、股权型信托、混合型信托、财产受益型信托四种模式。房地产信托利率相对于其他的融资方式而言显然更高，但强调“高周转”的房企在市场“钱紧”的情况下，会毫不犹豫选择信托融资。根据用益信托数据显示，2017年所有信托公司合计发行信托产品金额为27180.43亿元，而今年受资管新规的影响，上半年发行产品金额仅为9436.57亿元，占到去年同期数据（11682.44亿元）的80.78%。尽管如此，房地产信托在行业寒潮下却呈现出逆势坚挺的状态。截至2018年6月30日，今年发行的房地产信托产品金额为3740.68亿元，超出去年同期约1500亿元。由此可见，房地产信托融

资在目前更受各大房企的青睐。

4. 股权融资

公司上市、股票融资已成为实力雄厚的大型房地产企业的重要融资渠道。商业地产的开发要求资金规模大、投资期限长，而上市、资产证券化能够为房地产企业提供稳定的资金流，以保证开发期间的资金需求。公司上市的方式一般分为直接上市和借

壳上市：直接上市需要通过证监会和住建部的资格审核，通过首次发行股票进行融资；借壳上市是指未上市的房地产企业，通过获得已上市公司的控制权进行资产重组，以增发股票的形式融资。虽然定向增发是房地产上市公司为数不多的股权融投资方式之一，其融资成本比较低，而且能够有效补充项目资金。不过由于2015年下半年开始，全国一二线热点城市房价



快速上涨，并逐渐传导至三四线城市，监管层为了防止市场过热，对于房企上市公司定增的监管和审核明显趋严，成为众多调控方式中的重要组成部分。2016年7月，证监会发行部明确规定，不允许房地产企业通过再融资对流动资金进行补充，募集资金只能用于房地产建设，而不能用于拿地和偿还银行贷款。

5. 债券融资

债券融资和股票融资是企业直接融资的两种方式，是指企业给予购买者偿本付息的凭证并保证在约定时间还本付息的融资方式。房地产企业的债券融资属于信用债范畴，分为企业债、公司债、中票、短融和非公开定向融资工具等。其中，公司债是房地产债券融资最主要的方式，但政府对于公司债的发行又有严格限制。

2007年8月发布的《公司债券发行试点办法》中明确规定，资产规模在10亿元以上的大型上市公司才有资格发行公司债。然而，地产企业债券发行规模已自2017年开始收缩，一方面来自政府监管力度的加大，另一方面是因为发行债券成本的增加。据Wind数据显示，2017年地产企业债券发行数量433只，仅为2016年的45.62%；融资总金额3610.79亿元，是2016年的35.11%。而2018年5月以来，已有多家地产公司陆续中止了公司债的发行，其中包括合生创展、龙湖地产、富力地产、碧桂园、花样年、新城控股、美凯龙等在内的11家公司，合计中止金额高达近620亿元。

6. 海外融资

房地产企业海外融资是指从境外（包括港澳台）融入资金（包括设备、材料、技术等），具体包括对外借款、外商直接投资和外商其他投资，但不包括我国自有外汇资金。对外借款主要包括外国政府贷款、国际金融组织贷款、出口信贷、外国银行商业贷款和对外发行股票和债券；外商直接投资是指外国投资者在我国通过设立外商投资企业、合伙企业、设立外国公司分支机构等方式进行投资，以控制经营管理权为核心。据统计，2018年上半年，我国内地房地产企业海外资本市场融资规模达到了321亿美元，其中4月单月金额达到88亿美元，已创下历史新高。伴随着海外债大规模的增长，也带来了海外债券违约的风险，因此，2018年5月11日，国家发改委发布《关于完善市



场约束机制严格防范外债风险和地方债务风险的通知》要求：房地产企业境外发债主要用于偿还到期债务，避免产生债务违约，限制房地产企业外债资金投资境内外房地产项目、补充运营资金等，并要求企业提交资金用途承诺。

房地产企业融资常见的刑事法律风险

（一）银行贷款融资过程中的刑事法律风险

向金融机构贷款仍然是目前房地产企业融资的主要模式,但因为部分房地产企业存在信用低、财务管理混乱、固定资产少等问题，导致金融机构对该部分企业提高了贷款门槛，大大增加了贷款难度。但仍有部分企业为了获取贷款资金仍不惜铤而走险，采用提供各种虚假证明的方式骗取贷款或者高利转贷，并由此产生刑事法律风险。

1. 骗取贷款罪

骗取贷款罪是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。具体而言，房地产企业可能涉及骗取贷款罪的具体行为表现为：（1）采用虚假的交易项目、证明文件、物权证明等方式向银行或者其他金融机构申请贷款；（2）未按照贷款合同约定的资金用途使用贷款资金，而是将贷款资金用于违法犯罪活动；（3）通过欺骗手段获得贷款100万元以上,或者给银行或其他



金融机构造成直接经济损失数额在20万元以上，或虽未达到上述数额标准，但多次采用欺骗手段骗取贷款。房地产企业如果构成骗取贷款罪将被判处有期徒刑，而企业直接负责的主管人员和其他直接责任人员将被处以相应的刑罚。

2. 高利转贷罪

高利转贷罪，是指违反国家规定，以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。也就是说，如果房地产企业通过正常程序依法向银行等金融机构获取信贷资金，又以转贷牟利为目的，将贷款高利转贷给他人，

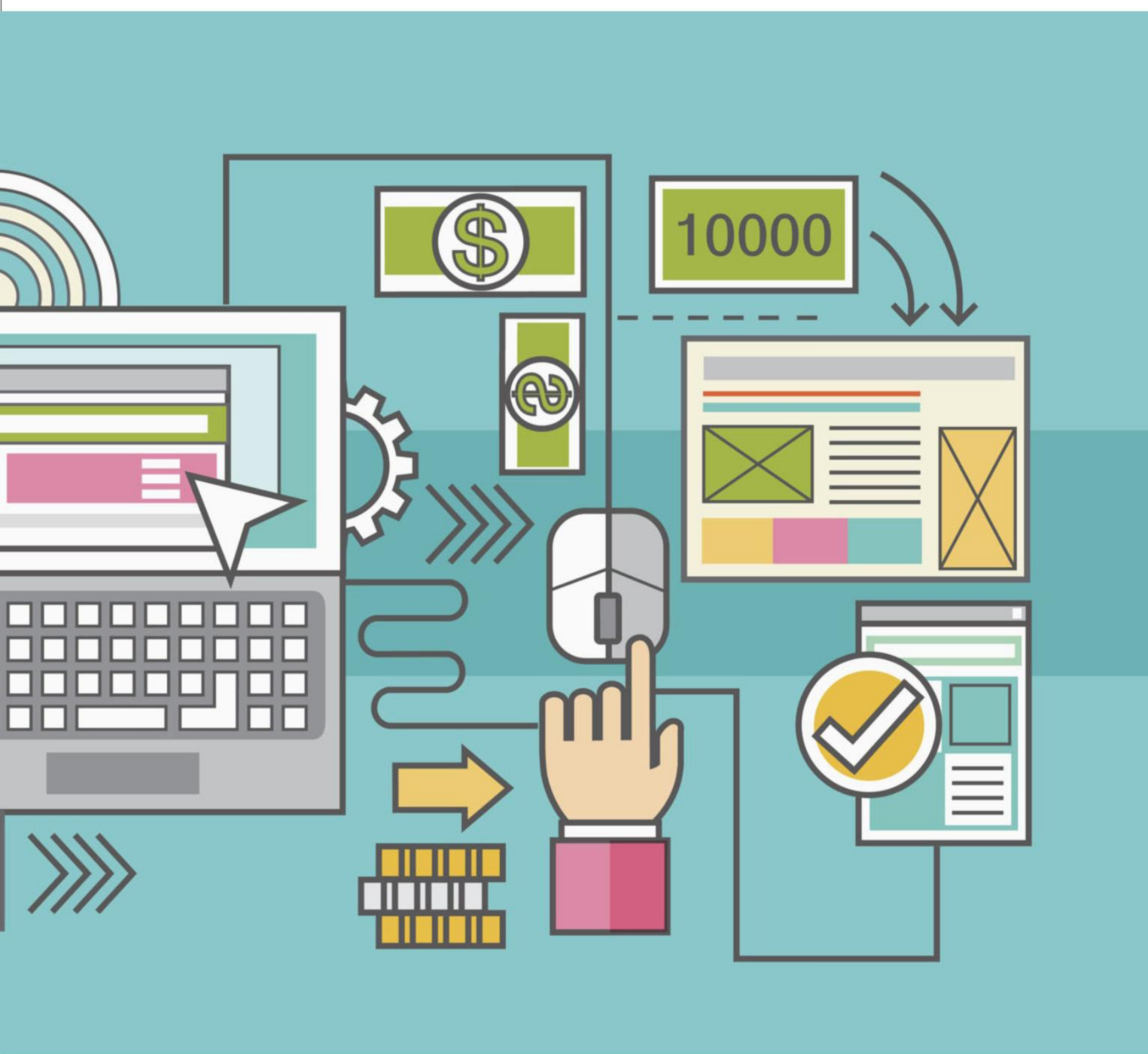
违法所得数额在十万元以上，或虽未达到上述数额标准，但两年内因高利转贷受过行政处罚二次以上，又高利转贷的，其行为构成高利转贷罪。

（二）民间融资过程中的刑事法律风险

民间融资是房地产企业所有融资类型中风险最大的一类，也是至今为止引发刑事风险最多的一类融资方式。分析民间融资所涉及到的罪名主要有两类，一类是集资诈骗罪，另一类则是非法吸收公众存款罪。

1. 集资诈骗罪

集资诈骗罪，是指以非法占有为



目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。根据2010年12月13日最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第四条的规定，使用诈骗方法非法集资，具有下列情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”：（1）集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；（2）肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；（3）携带集资款逃匿的；（4）将集资款用于违法犯罪活动的；（5）抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；（6）隐匿、销毁账目，或者搞假破

产、假倒闭，逃避返还资金的；（7）拒不交代资金去向，逃避返还资金的；（8）其他可以认定为非法占有目的的情形。

2.非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪，是指违反国家金融管理法规非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。根据《解释》第一条之规定，“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”需同时具备以下四个条件：（1）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；（2）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；（3）承

诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；

（4）向社会公众，即社会不特定对象吸收资金。同时，《解释》第二条第（一）项明确规定了房地产企业构成非法吸收公众存款罪的具体表现形式——“不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的。”

其中，返本销售是指房地产企业以定期向购房人返还购房款的方式销售商品房的行为，其实质是房地产企业以购房款利息来换取买房人借给其货币，即房屋价款在一定年限内的使用权；售后包租是指房地产企业将商品房出售给购房人，但是购房人并不用于自住，而是将所购房屋交给房地产企业或者房地产企业委托的代理机构用于经营，并定期向购房人支付租金的一种销售方式。由此看出，不管是返本销售还是售后包租，都是承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报，所以其属于典型的非法吸收公众存款的行为。

（三）股票、债券融资过程中的刑事法律风险

股票、债券融资已成为房地产上市企业和大型房地产企业重要融资模式，但我国对于股票、债券融资的监管又十分严苛，如房地产企业在股票发行、公司、企业债券发行过程中违背交易规则，违反交易程序，违规操

纵交易价格，必然会导致企业产生如下刑事法律风险。

1.擅自发行股票、公司、企业债券罪

擅自发行股票、公司、企业债券罪，是指未经国家有关主管部门批准，向社会不特定对象发行、以股权转让等方式变相发行股票或者公司、企业债券，或者向特定对象发行、变相发行股票或者公司、企业债券累计超过200人的行为。

2.欺诈发行股票、债券罪

欺诈发行股票、债券罪，是指在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。客观行为表现为：（1）发行数额在五百万元以上的；（2）伪造、变造国家公文、有效证明文件或相关凭证、单据的；（3）利用募集的资金进行违法活动的；（4）转移或者隐瞒所募集资金的；（5）其他后果严重或有其他严重情节的情形。

3.违规披露、不披露重要信息罪

违规披露、不披露重要信息罪，指依法负有信息披露义务的公司和企业，向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露，严重损害股东或者其他人的利益的行为。客观行为表现为：（1）造成股东、债权人或者其他人的直

接经济损失数额累计在五十万元以上的；（2）虚增或者虚减资产达到当期披露的资产总额百分之三十以上的；

（3）虚增或者虚减利润达到当期披露的利润总额百分之三十以上的；

（4）未按照规定披露的重大诉讼、仲裁、担保、关联交易或者其他重大事项所涉及的数额或者连续十二个月的累计数额占净资产百分之五十以上的；（5）致使公司发行的股票、公司债券或者国务院依法认定的其他证券被终止上市交易或者多次被暂停上市交易的；（6）致使不符合发行条件的公司、企业骗取发行核准并且上市交易的；（7）在公司财务会计报告中将亏损披露为盈利，或者将盈利披露为亏损的；（8）多次提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告，或者多次对依法应当披露的其他重要信息不按照规定披露的；（9）其他严重损害股东、债权人或者其他人的利益，或者有其他严重情节的情形。

4.操纵证券交易价格罪

操纵证券交易价格罪，是指以获取不当利益或转嫁风险为目的，利用其资金、信息等优势或者滥用职权操纵市场，影响证券交易价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下作出证券投资决定，扰乱证券市场秩序的行为。其客观表现形式为：（1）单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势，或者利用信息优势，联合或者连续买卖，操纵证券交易价格的；（2）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，或者相互



买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量的；（3）以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量的；（4）以其他方法操纵证券交易价格的。



房地产企业融资的刑事法律风险防范

自2016年四季度以来，房地产企业融资渠道开始持续收紧，尤其是2018年4月27日资管新规落地，表外理

财借道非银通道（非标）流向地产行业受到彻底约束。面对当前如此严苛的融资环境，房地产企业如何合法融资，如何正确树立刑事法律风险防范意识，应作为房地产企业长远发展的重要问题。

（一）提高房地产企业自身的法律意识

房地产企业的投资者以及管理者均应具备与本行业相关的基本法律知识，加强企业内部培训，提高企业内部管理人员的刑事法律意识。完善企业相关的法律制度，建立严格的内控

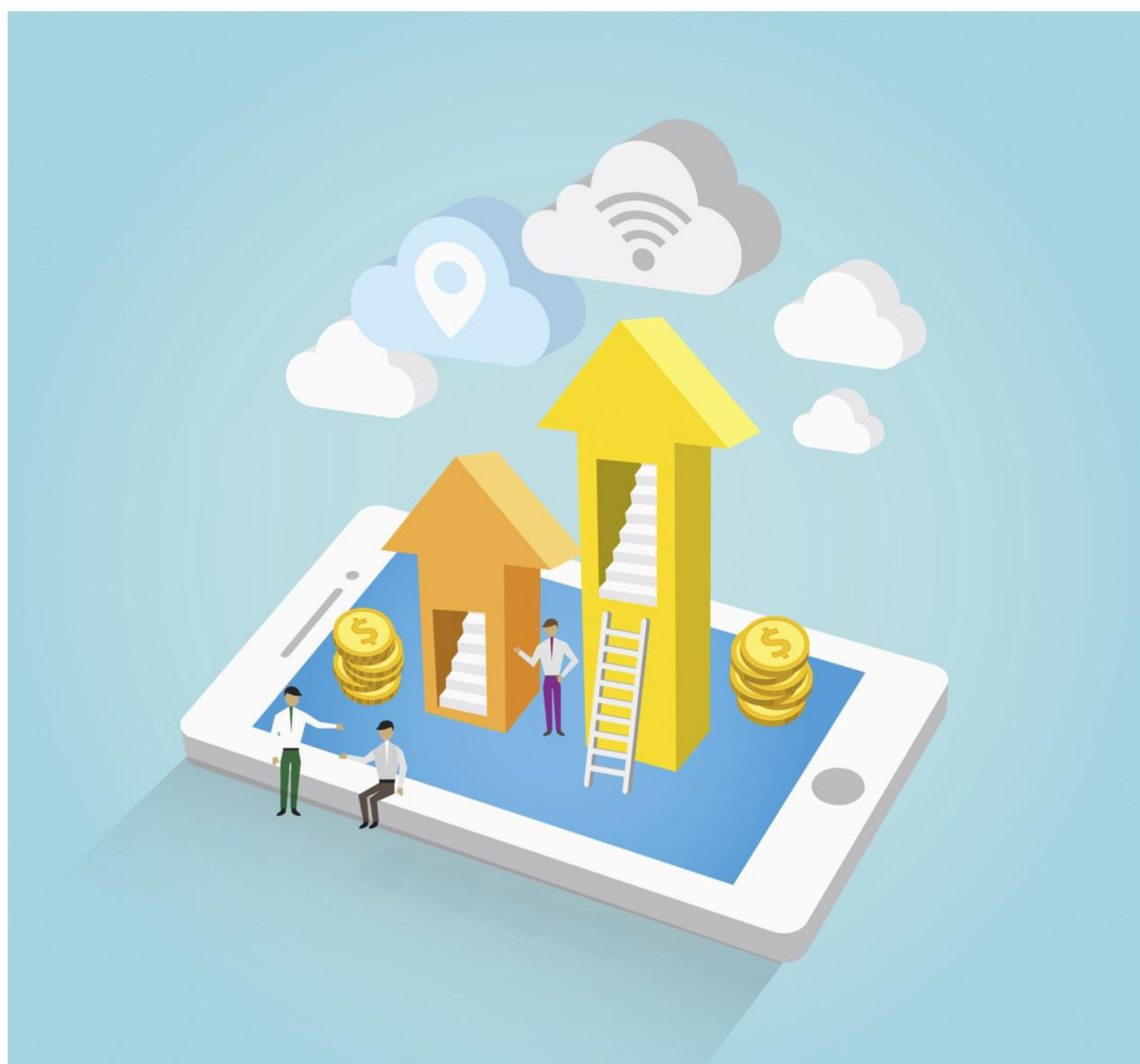
机制，做到依法融资。

（二）建立房地产企业融资的合规审查制度

房地产企业应通过企业自身的法务人员或者外聘律师对贷款融资建立合规审查制度。首先，对项目融资规模、融资数额、融资贷款利率、融资回报率等问题进行全方位梳理，以选择最佳的融资模式；其次，根据不同的融资模式制定具体的融资方案，前期的融资方案应尽量避免刑事法律风险的产生。如采用民间融资模式，应尽量缩小融资对象范围，限制融资的宣传面，据实承诺融资回报率；如采用银行贷款融资模式，应根据企业融资的实际需求提供合适的抵押物，据实提供贷款所需的全部证明材料；如采用股票、债券融资模式，应依照法律法规以及相关政策规定，依法进行审批申请，最大限度保证程序合法。最后，应对融资所需的全部材料进行合规审查，对融资协议等文件进行法律审核与分析，以确保企业提供融资所需的全部材料的真实性和合法性。

（三）针对具体的融资项目制定完备的风险防控方案

根据房地产企业项目开发建设的情况，应提前对融资项目销售回款、经营收入等进行提前预判，对投资项目失败的可能性进行提前预判，对融资项目的刑事法律风险进行提前预判，并根据预判结果制定完备的风险防控预案。例如，风险防控预案应提前假设当企业出现项目投资亏损、资金链断裂，导致银行贷款、民间融



资等融资资金无法偿还等问题时，企业有哪些可以备选的融资资金偿还方案，以及如不偿还融资资金，企业将面临何种刑事法律后果。

（四）建立对融资资金的监管制度

房地产企业应加强对融资资金的监督和管理，严格管控融资资金的使用范围，按照融资合同约定或对外承诺的资金用途使用融资资金，不得将融资资金进行高利转贷、归个人挥霍或者用于其他违法犯罪活动。但在房地产企业融资实践中，存在以真实的资金用途可能无法获得融资的情况，因此，有部分房地产企业在获得融资资金后并未按照融资合同约定或对外承诺的资金用途使用融资资金。在此情况下，只要企业能够保证融资资金系用于企业正常经营活动，即便最终

可能因经营不善导致亏损而无法兑现还本付息或盈利分红的承诺，也不会因资金使用不当而被推断出具有“非法占有的目的”，使企业陷入刑事风险的境地。因此，融资资金的管理使用是刑事风险防控的重中之重。

【摘要】 消费者知情权已经不是一个热门的研究话题，但是从相关的案件来看，还有很多问题是需要我们去深究的，这个权利还有很多值得我们去探讨的地方。本文关于消费者知情权界限的研究，主要立足于现实的案例，通过时间维度、内容广度、特殊内容的知情权几个方面进行了研究和阐述。

【关键词】 消费者知情权 权利的界限 经营者

消费者知情权的界限

◎ 文 / 江小舟 / 江北办公室





江小舟 | 合伙人

专业领域：金融、证券和公司治理
手机：+86 137 0839 6956
邮箱：jxz@zhhlaw.com

消费者知情权概述

消费者知情权，也可称作消费者知悉权，是消费者基本权利的一种。消费者知情权要求经营者在消费者选购商品时告知消费者其所应当知晓的信息，同时还要求在产品外包装上附上商品的基本信息。在近代的自由贸易过程中，消费者知情权的内容发展得更加完善，大多数国家都已经出台法律规定了经营者需告知消费者的必要信息，并且对信息的发布方式也有相应的规定，如对外包装上的字体大小进行限制等。而后，商品经济的发展，致使消费者相对于经营者而言愈加处于弱势，对消费者知情权的保护则更为完善。消费者知情权是消费者行使选择权的前提，在不能完整知晓商品信息的情况下，消费者在选择商品时，很难直接作出适合自己的判断。

消费者知情权的时间维度

在“李全英与广州长隆集团有限公司、广州长隆集团有限公司香江野生动物世界分公司侵害消费者权益纠纷案”中，长隆野生动物园未在消费者购票时告知不能携带食物进入园内，而是在消费者购票之后才告知，导致消费者不得不以不经济的方式处理掉自己的食物。这是否是对消费者权益的侵害？法院认为封闭式游乐园有权利制定自己的规则，消费者购票结束后即默认同意了该游乐园自行制定的规则。但我们是否应当考虑，在消费者购票之前，如果消费者知晓园内规定，有可能做出两种不同的决定：一是消费者不会在园外购买食物；二是消费者不会购票进入园内。这里经营者向消费者提供信息的时间点不同，会对双方利益产生不同的影响。有关于消费者作出购买决定的信息都应

当在消费者购买前提供给消费者；如果因为经营者的疏忽，导致消费者作出错误的购买决定的，消费者可向该经营者进行索赔。

在“孙爱凤与绍兴滨江镜湖置业有限公司房屋买卖合同纠纷”一案中，当事人在购房后才发现小区的后期规划与所签订的房产合同不符。就相关法律法规而言，类似的规划变更无需再向有关部门进行登记，因此房产商并未将此更改告知消费者。法院认为，是否履行必要的审批手续或规划是否具有公益性，并不影响消费者的知情权，房产商在作出此类涉及消费者权益的变更后，仍旧应当以恰当的方式告知消费者。法院的观点说明，消费者的知情权不但可以向前追溯，类似于房屋这类无法及时取得的商品，消费者的知情权也能一直延伸到消费者实际取得该商品为止。这里的“取得”不能适用民法上关于物权变动的规定，以房屋举例，虽然在正式过户后，房屋的产权已经归属于消费者，但是大多数情况下，消费者还没有实际取得房屋，有些情况下房屋甚至仍在建造过程中，这里的“取得”应当按照商品的本身性质对不同商品作出不相同的解释。也就是说，在商品正式“取得”之前，消费者基于购买商品、接受服务所享有的知情权是一直存在的，消费者有权在这期间内要求经营者提供需要的信息。

在“谷义磊与中国移动通信集团河北有限公司安国分公司电信服务合同纠纷”一案中，移动通信公司在消费者未明示的情况下为消费者订立手机业务，移动公司认为消费者在电话中回复“嗯”应当视为明示，但是在这种情况下移动公司在通过电话方式征询消费者意见时，应尽到对消费者的提示和注意义务，应当在消费者明确表示同意的情况



下，再为消费者办理相关业务。对于一些含糊不清的回答，应当视为消费者的拒绝，因为考虑到大多数消费者可能不会认真听取电话客服的电话。经营者在向消费者提供信息时，不能想当然的假设，应当站在消费者的角度去思考、推定问题。

消费者知情权的内容广度

在“杨占通与郑州丹尼斯百货有限公司买卖合同纠纷案”中，消费者无法从百货公司所售出的商品外包装上获知食品添加剂的准确含量。我们在上述已经提到过，经营者向消费者所提供的信息应当具有准确性，百货公司在此案中并没有尽到应有的进货检验义务，消费者有权进行追偿。

在“北京东宝金龙经贸发展有限公司上诉王虹买卖合同纠纷”一案中，消费者在取车后发现车辆在出售前经过一系列维修，而相关车辆是被车辆销售商当作新车售卖的。经营者辩称对车辆的维修只是该公司内部在车辆出售前对车辆进行的正常检修并处理一些车辆瑕疵问题，并没有同原告所称将问题车辆翻新当作新车售卖的行为。且不论该车辆在经过检修后是否能够称作新车，经营者是否应当将内部对于出厂货品的检验报告提供给消费者，法院在经过审判后认为，该公司应当在车辆经过修整后，在消费者购车时，将车辆的检修情况告知消费者。因为就本案情况而言，该车辆的检修可能严重影响到消费者的购买意向，该公司的行为侵犯了消费者

的知情权，获得了不正当利益，法院认为其行为构成了诈骗。根据法院的观点，在很大程度上考虑到了该信息对于消费者购买意向的影响，那么是不是说明，消费者的知情权在某些情况下能够延伸到经营者的内部系统中，在有可能影响到消费者购买意向的情况下，经营者是否应当主动向消费者提供相关信息。

在“丁承亮与苏宁易购（沈阳）电子商务有限公司买卖合同纠纷”案中，消费者发现，在苏宁易购（沈阳）电子商务有限公司所购买的手机耗电量与该商家宣传的不符。而经过法院的认证，商家对于该手机电池待机时间、耗电量的测试均符合国家规定，因此商家的宣传并没有不实的情况，消费者所说的耗电量与其宣传的差异可能是与消费者本身的使用情况有关系。我们在这里不讨论电子商务的问题，就这个案件而言，经营者是否有责任在宣传其待机时间的同时向消费者说明其检测手段，以便消费者能够更准确地接收到商品的信息。消费者对于商品性能的了解大多都是通过经营者所发布的信息。因此，在消费者知情权的保护上，应当对经营者作出更为严格的限制。

消费者知情权的 特殊内容

消费者知情权，除了和时间维度和内容广度上需要我们关注外，还有经营者在信息提供的形式和内容上的特殊性也是需要关注的。这一部

分的内容很容易被我们所忽视，我们关注了经营者信息的提供，如果经营者所提供的信息无法被消费者所理解呢，当经营者向消费者提供的是专业性的数据时，一些普通的消费者往往无法理解，也就更没办法根据经营者提供的信息对商品进行甄别。用手机的销售来举例，如果经营者向消费者提供的只是各种专业性参数，却未对此类参数进行解释，消费者只能从其宣传文件上得知商品的特征。虽然经营者实际上也向消费者提供了真实的产品信息，但是该产品信息并没有对消费者在产品的选购上产生任何帮助，我们是否能够认定该经营者并没有履行其信息告知的义务，并认为其侵犯了消费者的知情权？答案应当是肯定的。对于消费者知情权的规定是为了保障消费者的选择权，如果法律的保障仅仅止步于信息的告知，那么根本没有实际缓解到消费者在实际消费过程中的弱势地位。

在“张保军、沈阳兴隆大天地购物中心有限公司买卖合同纠纷”案中，消费者在购买沈阳兴隆大天地所售卖的红酒后，发现红酒的外标签上并未标注红酒的贮藏条件。本案中，消费者认为经营者的行为侵犯了其权益，并向法院提出了十倍赔偿的要求。在本案中，就红酒本身而言的信息，经营者都已据实提供，但是对于红酒这类需要特殊手段存放的商品，经营者有义务将贮藏的条件都详细地告知消费者。关于原告十倍赔偿的要求，法院给予了肯定的答复：“酒类产品的国家标准或行业标准中规定允

许使用食品添加剂时，甜味剂、防腐剂、着色剂应标示具体名称，本案所涉葡萄酒并非不符合包装上注明的商品标准的情形，而是产品包装上对添加防腐剂二氧化硫情况没有加以标注或说明，故案涉食品的预包装标识存在某种程度上的瑕疵，由于二氧化硫作为葡萄酒添加剂的标配，案涉商品预包装上存在的此种瑕疵并不必然导致食品安全问题或产生误导消费者的行为，且此种瑕疵并非经销商兴隆大天地故意存在侵害上诉人作为消费者知情权等合法权益的行为，案涉葡萄酒预包装未标注二氧化硫的瑕疵不应适用惩罚性赔偿的标准。而对于兴隆大天地上诉主张的白银庄精选赤霞珠葡萄酒、阿玛迪庄园隆河干红葡萄酒均未标注贮藏条件并不会对食品安全产生影响问题，本院认为未标注贮藏条件此种标注瑕疵可能导致贮存不当，轻微的影响葡萄酒口感，重则导致葡萄酒变质，该瑕疵足以影响食品的安全，因此上述产品应认定为不符合食品安全标准的商品，应给予惩罚性赔偿。”因此，如果经营者所提供信息的缺失的确影响到了食品安全，那么消费者可以要求经营者支付十倍的赔偿。

一波三折的工伤认定

——代理中国DX集团重庆市DX公司（以下简称重庆DX）不服重庆市长寿区劳动和社会保障局（以下简称长寿区劳动局）工伤性质认定一、二审诉讼案【该案例被选入重庆市高级人民法院编辑、法律出版社出版的《重庆审判案例精选（第一集）》】

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室

【问题提示】

如何认定承揽合同中存在的劳动用工关系？

【要点提示】

工商登记是企业或其他经济组织依法设立和消亡的法定要件，企业或其他经济组织消亡必须以其工商登记被注销或撤销为条件。

【审理法院】

一审：重庆市长寿区人民法院；
二审：重庆市第一中级人民法院。

【裁判法律依据】

《中华人民共和国行政诉讼法》（1989年4月4日，第七届全国人民代表大会第二次会议通过；1989年4月4日，中华人民共和国主席令第16号公布；1990年10月1日起施行）第六十一条第（二）项、第五十四条第（二）项第1、2目及最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（1999年11月24日，最高人民法院审判委员会第1088次

会议通过；2000年3月8日，最高人民法院文件法释[2000]8号公布；自2000年3月10日起施行）第七十条之规定。

本案事实

1989年7月24日，重庆市电业局长寿分局（以下简称长寿供电局）根据川电（89）33号文和长寿古佛乡政府的申请，批准在长寿古佛乡成立长寿古佛乡电管站，袁XX担任该站副站长，负责全站的管理工作。1993年2月，长寿古佛乡电管站向长寿供电局申请开办古佛电管站经营部。同月15日，长寿供电局以渝电长用字（1993）2号批复，同意长寿古佛乡电管站开设经营部，该经营部的性质为集体，经营范围是：五金交电、电器、建材、日杂。同年3月12日，长寿县古佛乡电管站及袁XX委托袁小波为该经营部的负责人。同月13日，长寿县古佛乡电管站向长寿县工商行政管理局申请营业登记注册，长寿县工商行政管理局委托长寿审计事务所对该经营部进行了验资。该经营部注册资金共计5万元，其中，流动资金2万元、固定资



宋涛 | 合伙人

专业领域：房地产、劳动争议、公司

手机：+86 139 8383 1899
邮箱：jerold@zhhlaw.com

金（房屋170平方米）3万元，均系长寿古佛乡电管站提供的。2000年8月24日，长寿供电局以长电劳（2000）34号文件撤销了长寿古佛乡等九个电管站。同年9月15日，长寿供电局以长电农（2000）9号文件解除了袁XX等21位同志的劳动关系。

长寿供电局当时未到工商部门注销经营部。

2001年9月6日，袁XX以长寿古佛电管站经营部为乙方与重庆WB局签订了拆除詹微线协议。协议的主要内容是：重庆WB局委托长寿古佛电

管站经营部拆除詹微线旧高压线路。经营部在拆除高压线路过程中，若发生人身安全事故，WB局概不负责。如发生青苗赔偿费和民工费等，WB局用拆除的高压线和高压电缆的所有附件作为补偿，WB局不再付给经营部其他费用等。协议签订后，袁



XX将原长寿古佛电管站经营部的财务专用章中的“财务专用章”一行字迹遮盖处理变造后加盖在协议上。

2001年9月14日，袁XX通知夏赶年找一人到长风村拆除詹微线，第三人彭X即应夏赶年通知到达施工地点。在拆线中，因电杆断裂，第三人彭X从12米高的电杆上掉到地上，摔成重伤。经重庆市长寿区人民医院（原长寿县人民医院）诊断为左髌关节骨折、右肘关节严重开放性粉碎性骨折等，后转至第三军医大学新桥医院治疗，并进行了两次手术后出院。此期间的医疗费系袁XX支付的。2002年4月，经复查发现彭X左股骨头缺血性坏死。2003年1月12日，彭X再次到第三军医大学新桥医院作了全髌关节置换手术。

2003年5月7日，彭X向重庆市长寿区劳动局（以下简称长寿区劳动局）申请受伤性质的认定。长寿区劳动局于2003年5月21日以长劳社发（2003）32号文对彭X受伤性质作出了认定，认定彭X与长寿供电局、重庆WB局均存在劳动关系。

长寿供电局提起诉讼

2003年7月25日，长寿供电局向重庆市长寿区人民法院（以下简称长寿区法院）提起行政诉讼后，长寿区劳动局撤销了对彭X工伤性质的认定，长寿供电局也撤回了起诉。

重庆DX提起诉讼

2003年10月9日，彭X再次向长寿区劳动局申请受伤性质的认定。2003年11月5日，长寿区劳动局认定

彭X与重庆DX存在劳动关系。重庆DX不服便向重庆市劳动和社会保障局（以下简称重庆市劳动局）申请复议。重庆市劳动局维持了长寿区劳动局作出对彭X受伤性质的认定。委托拆除旧线路类业务，是重庆DX经营会遇到的问题。因此，如果本案工伤认定不能被撤销，会给重庆DX经营管理造成严重不利影响。2004年3月29日，重庆DX向长寿区法院提起行政诉讼。

一审法院的裁判结果及其理由

长寿区法院审理后认为，长寿古佛电管站经营部系长寿县古佛乡电管站申请，长寿供电局同意成立的，但在2000年8月24日长寿供电局撤销了长寿古佛电管站，并在同年9月15日解除了其与袁XX（长寿古佛电管站副站长）的劳动关系。此后，2001年9月6日，袁XX将该经营部的财务专用章变造后以经营部的名义与原告下属的重庆WB局签订了拆除詹微线的协议，应认定为袁XX的个人行为，有重庆刑事科学技术研究所的鉴定为据。

袁XX在签订协议后，派彭X去完成协议书中约定的义务，且袁XX不具有用人主体资格。在彭X受伤后向长寿区劳动局申请工伤认定，长寿区劳动局根据相关事实适用的重庆市劳动和社会保障局《关于实行劳动合同制度若干问题的处理问题的补充意见》第二条“用人单位在实行承包经营生产时，凡发包给不具有用人主体资格的其他单位或自然人的，其他单位或自然人使用的人员与发包单位存在劳动关系”和劳动部发布的《企业

职工工伤保险试行办法》第八条第（四）项之规定是正确的，故本院予以支持。对重庆DX提出长寿供电局应对彭X承担工伤赔偿责任和长寿区劳动局作出的具体行政行为缺乏相应法律依据的理由不充分。长寿区法院不予主张。据此，该院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（一）项之规定，判决维持长寿区劳动局2003年11月5日作出的长劳社发（2003）108号即关于对彭X受伤性质的认定。

重庆DX的上诉及长寿区劳动局的答辩

（一）重庆DX不服一审判决，向重庆市第一中级人民法院（以下简称一中院）提起上诉，请求撤销一审判决及被上诉人长寿县劳动和社会保障局作出的长劳社发（2003）108号《关于对彭X受伤性质的认定》，并由被上诉人承担上诉费上诉来院。

（二）重庆DX上诉理由：1.被上诉人长寿县劳动和社会保障局及一审法院认定彭X与上诉人之间存在劳动关系错误；2.一审法院对证据的分析认定错误；3.经营部是经工商核准登记的组织，具有用人主体资格；4.WB局与经营部签订的协议书属承揽合同，袁XX的行为已构成表见代理，其相应的法律后果应由该经营部承担；5.一审法院适用重庆市劳动和社会保障局印发的《关于实行劳动合同制度若干问题的处理问题的补充意见的通知》错误。

（三）被上诉人长寿区劳动局答辩称，我局所作的长劳社发（2003）

108号关于彭X受伤性质的认定事实清楚，证据充分，适用法律准确，程序合法，一审判决维持该认定正确。请求维持一审判决及我局对彭X所作的工伤性质认定。

二审法院裁判结果及其理由

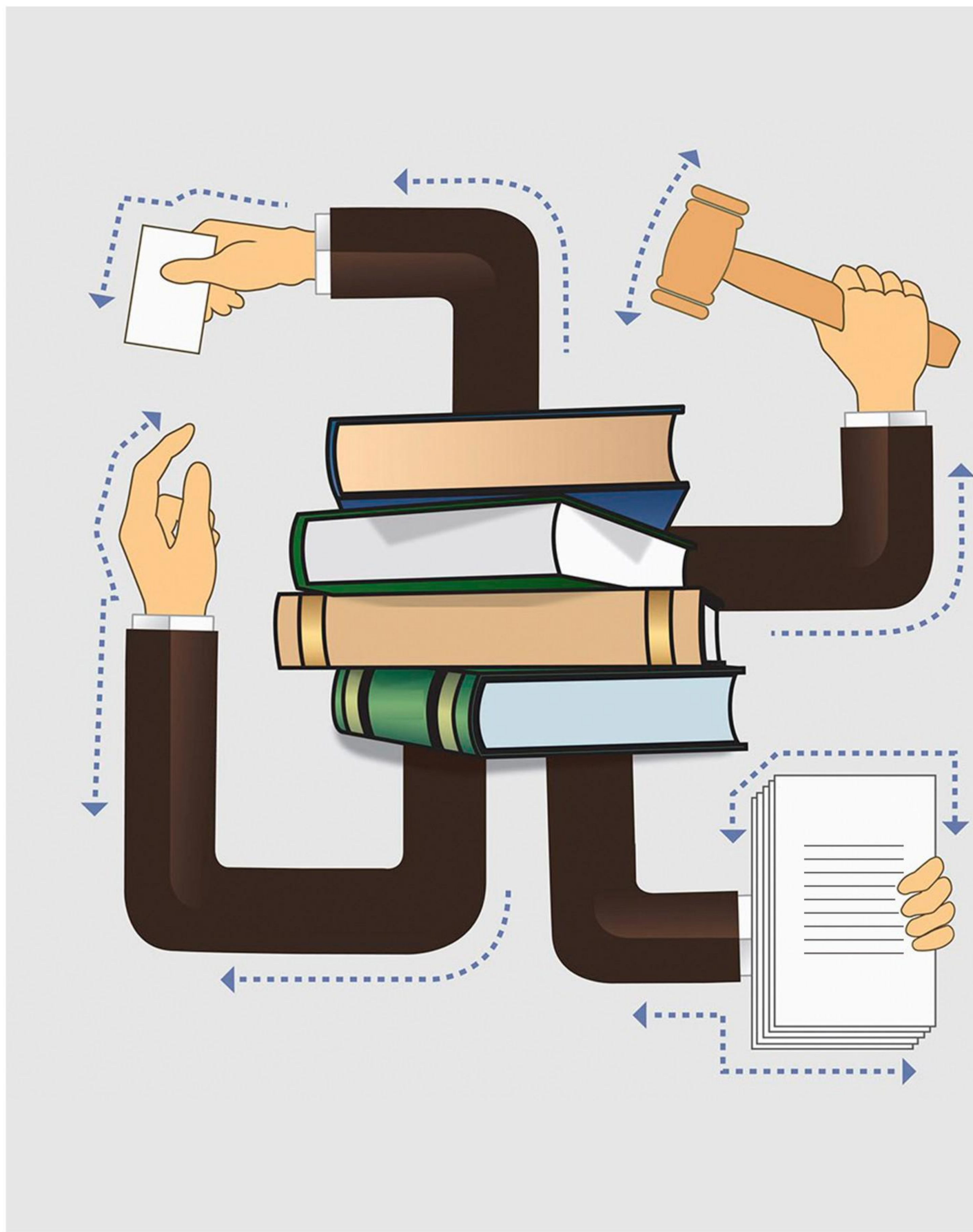
(一) 重庆市第一中级人民法院审理后认为，工商登记是企业或其他经济组织依法设立和消亡的法定要件。长寿古佛电管站经营部是经工商行政管理部门批准设立的经济组织，其消亡必须以其工商登记被注销或撤销为条件。在与重庆WB局签订拆除詹微线时，该经营部并未经工商行政管理部门撤销或注销，仍然具有合法的营业资格及用人主体资格。其主管部门长寿供电局内部行文决定撤销古佛电管站，不具有法律效力。与重庆WB局签订拆除詹微线协议书上加盖的该经营部的公章是真实的，经营部负责人袁XX变造公章的行为，不影响该公章的对外效力，该协议的法律后果仍应当由经营部承担，不能认定为袁XX的个人行为。彭X受该经营部的安排拆除詹微线，与上诉人DX公司之间没有形成劳动关系。

(二) 上诉人DX公司将拆除詹微线工程发包给具有用人主体资格的经营部，彭X在为经营部工作过程中受伤的工伤责任，不应由上诉人DX公司承担。被上诉人长寿区劳动局适用重庆市劳动和社会保障局《关于实行劳动合同制度若干问题的处理意见的补充意见》第二条之规定，认定彭X与DX公司形成了劳动关系，其受伤性质为工伤属适用法律、法规错

误。一审法院判决维持该工伤认定不当。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第(二)项、第五十四条第(二)项第1、2目及最高人民法院《关于贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第七十条之规定，判决撤销长寿区法院(2004)长行初字第17号行政判决、撤销被上诉人长寿区劳动局2003年11月5日作出的长劳社发(2003)108号即关于彭X受伤性质的认定。

本案代理律师的工作获得重庆DX的好评

彭X是否与重庆DX之间构成劳动用工关系，是本案处理的关键问题，也是确定本案当事人责任的基础和前提条件。在该问题的认定上，一、二审法院存在截然相反的认识。通过律师的代理工作，有效维护了委托人的合法权益，代理律师的工作获得重庆DX的好评。



【摘要】在为地产公司提供法律服务的过程中，常见地产公司与债权人签订了房屋买卖合同，并办理了合同备案登记，但双方的真实意思表示是债权人给地产公司提供融资借款，房屋买卖合同仅是偿还借款的担保。在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中，债权人与地产公司签订合同的模式一般分为两种：一种是签订借款合同的同时签订《商品房买卖合同》，在借款合同中约定资金回报及《商品房买卖合同》备案注销的条件；一种是没有签订借款合同，签订《商品房买卖合同》及其补充协议，通过约定房屋回购条件或者逾期交房违约金等方式约定资金回报。《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》）第24条第1款规定：当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。该条规定明确了“名为房屋买卖实为借贷”合同的法律关系性质，为人民法院处理类似纠纷指明了裁判方向。但是，在司法实践中，运用该条规定进行裁判却是一个复杂的问题。

“名为房屋买卖实为借贷” 合同相关问题研究

◎ 文 / 宋琴 / 重庆办公室





宋琴 | 合伙人

专业领域：公司法、建筑及房地产、
企业破产与重组
手机：+86 151 0231 5918
邮箱：song@zhhlaw.com

“名为房屋买卖实为借贷” 合同的基本特点

（一）主观目的

在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中，债权人与地产公司签订《商品房买卖合同》的真实意思表示系债权人为地产公司提供借款并获得较好的资金回报，双方签订《商品房买卖合同》的目的系为地产公司归还借款提供担保，债权人无意获得房屋所有权，地产公司也无意转让房屋所有权。

（二）客观表现

1. 签订借款合同的同时或者之后签订《商品房买卖合同》

有些债权人在与地产公司签订借款合同的同时或者之后签订《商品房买卖合同》，并明确约定《商品房买卖合同》的签订系为借款提供担保，当出现地产公司未按期归还借款的情形时，债权人有权依据《商品房买卖合同》要求地产公司办理房屋产权登记并交付房屋。

2. 合同约定的房屋交易单价较低

在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中，《商品房买卖合同》中约定的房屋价格往往低于同时期正常销售房屋的价格，实践中还出现过低于房屋的建造成本的销售价格。从债权人的角度来讲，双方约定较低的单价，才能保障其借款的本息安全。从债务人的角度来讲，只要归还借款，则不存在吃亏。

3. 约定交房时间远远超前预计竣工时间

在一些案例中，债权人与地产公司通过不动产登记中心的网站签订预售商品房的《商品房买卖合同》，不签订借款合同。但

双方另行有书面约定，将地产公司的交房时间大大提前，一般为《商品房买卖合同》签订后1至3个月，并约定逾期交房违约金。根据项目的预计建设进度，在双方约定的交房时间内，地产公司根本不可能交房，则债权人可主张逾期交房违约金。该逾期交房违约金即为债权人希望获得的借款利息。

4. 约定地产公司回购房屋条款

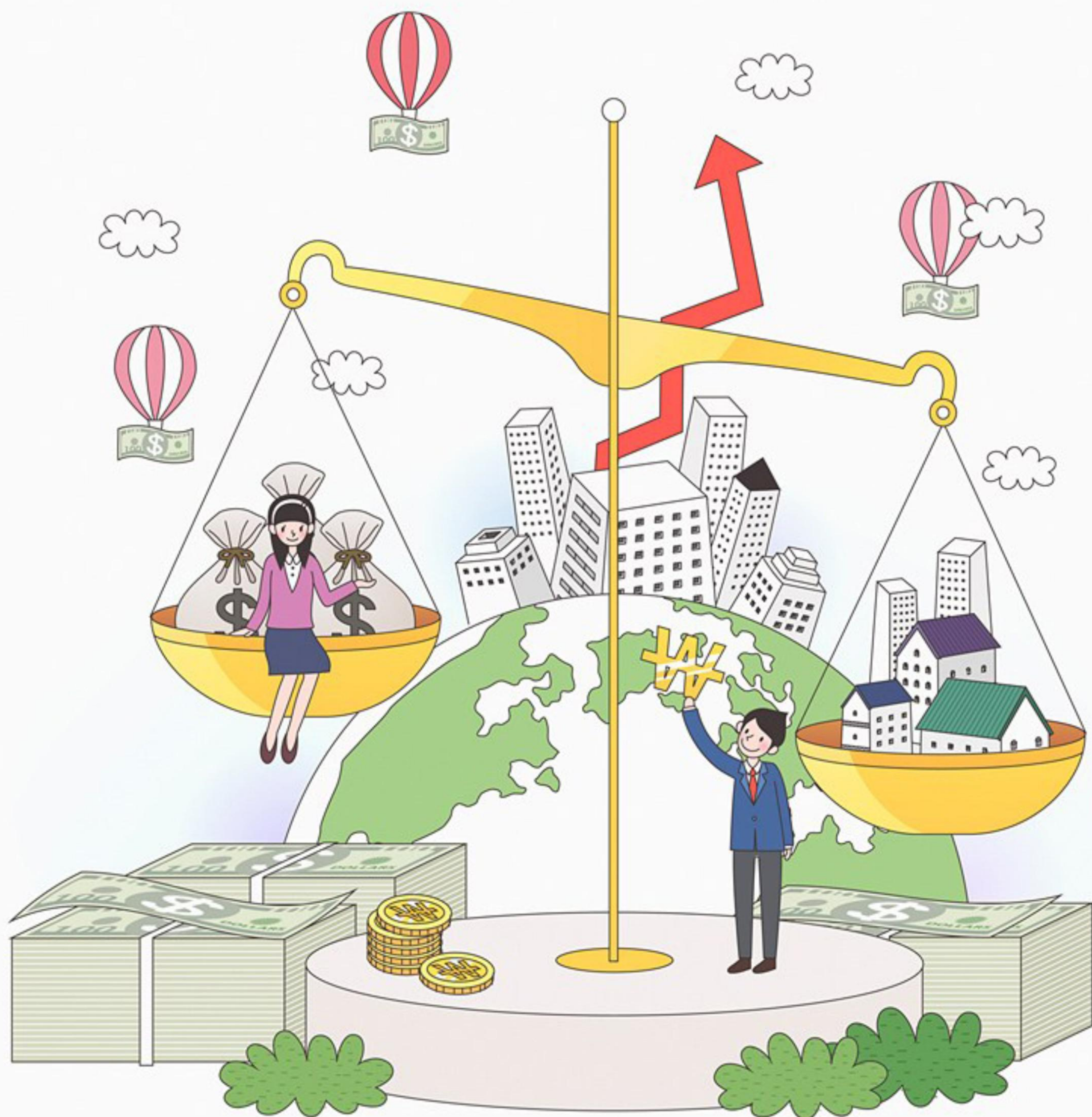
在未签订借款合同的案例中，债权人与地产公司在签订《商品房买卖合同》的同时或者很短的时间内，便签订了回购协议，约定在一定期限内，地产公司可以一定的价格回购出售予债权人的房屋，地产公司支付回购款项后，双方注销网签合同。约定的回购价即为购房本金及利息的总额，回购期则为借款的期限。

总之，在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中，债权人与地产公司签订的相关协议，要么有明确的借款担保的意思表示，要么不符合常规的商品房买卖的交易惯例，从相关协议能够推测双方签订《商品房买卖合同》的目的系提供借款及借款担保，债权人意在获得资金回报，无意获得房屋所有权，地产公司也无意转让房屋所有权。

“名为房屋买卖实为借贷” 合同中担保关系的效力及法律效果

（一）担保效力

“名为房屋买卖实为借贷”合同中的担保关系，在学术上被称为买卖型担保或者非典型担保。该种担保方式的效力，实践中有担保有效及担保无效两种观点。主张担保无效的学术观点主要有违反物权法定原则说、



虚伪意思掩盖流质契约之非法目的说。主张担保有效的学术观点主要有让与担保说、后让与担保说、抵押权说、代物清偿预约说等具体观点。在实践中，很多学者主张该种担保方式不违反法律、法规的强制性规定，认定其效力有利于债务人融资、维护信用，国际上也有很多国家将该种担保方式作为典型担保方式，呼吁认定该担保方式有效。笔者认为，从目前的法律规定来看，该种担保方式不属于我国《物权法》规定的担保物权中的任何一种，也不属于我国《担保法》规定的担保方式中的任何一种，属于无效担保。

（二）法律效果

《民间借贷司法解释》第24条第2款规定：“按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。”但是，该条规定并未明确借款人对买卖合同标的物拍卖价款是否享有优先受偿权，导致实践中也存在两种不同的观点。笔者认为，在无法律或者司法解释明确规定债权人对买卖合同标的物享有优先受偿权的情况下，债权人对于买卖合同标的物无优先受偿权。

主张“名为房屋买卖实为借贷”合同关系的举证责任

在最高人民法院作出的(2015)民申字第2299号案件中已明确，谁主张房屋买卖合同实质为借款担保合同，则相关的举证





责任由谁承担，否则将承担举证不能的法律后果。

债权人如何在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中维护自身合法权益

基于实践中针对借款人对房屋是否享有优先受偿权的意见不一致，为了最大程度保障借款债权人的合法权益，建议债权人在发生债务人违约时，及时起诉要求确认房屋买卖合同有效，并要求地产公司支付逾期交房违约金等。

若地产公司未抗辩实质关系为借贷关系，则人民法院可判决确定房屋买卖合同的合法有效性。

若地产公司抗辩实质关系为借贷关系并得到人民法院的支持，则及时

按照借款关系变更诉讼请求，争取案件早日进入执行程序，通过对房屋的处置价款偿还债务。

若房屋为预售房，尚未竣工验收，短时间内房屋无法司法处置，则建议债权人积极寻找真实购房人购买房屋，债权通过指定购房款的收款账户的方式清偿，或者通过应收账款质押的方式，保障借款债权人对购房款享有优先受偿权。地产公司与真实购房户在不动产登记中心网站上签订房屋买卖合同。

地产公司如何在“名为房屋买卖实为借贷”合同中维护自身合法权益

在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中，若地产公司发生逾期归还借款人借款，导致借款人主张房屋买卖合同合法有效的情形时，地产公司

需要评估按照借款合同处理公司需承担的债务重，还是按照房屋买卖合同关系处理公司需承担的债务重。若按照借款合同处理公司需承担的债务重，则建议地产公司认可双方的房屋买卖合同的有效性，并向借款债权人交付房屋。若按照房屋买卖合同处理公司需承担的债务重，则积极主张双方的真实意思表示为借款而非房屋买卖，并组织相关的证据材料。地产公司的主张是否成立，与双方的书面约定情况及履行情况相关。

综上，在“名为房屋买卖实为借贷”合同关系中，人民法院的裁判可能会与双方的书面约定不一致，对双方都具有一定的法律风险。建议双方在签订相关的协议时，对对方及自身的违约风险进行充分的评估。

对于借款人而言，可要求地产公司办理房屋抵押登记，以防在地产公司发生资不抵债的情形时，可主张对房屋享有抵押优先权。债权人也可直接以较实惠的价格购买房屋，并办理预告登记；当发生地产公司资不抵债的情形时，债权人可主张对房屋享有准物权。

对地产公司而言，建议遵守契约精神，及时归还借款。若发生不能逾期归还借款且债权人违反双方约定主张过高的权利时，积极提供证据应诉，降低债权金额。



杭州律师协会到访中豪江北办公室

2018年5月18日，杭州律师协会副会长刘恩、江干区联络处负责人章又南、副秘书长余素珍等一行12位成员到访了位于江北嘴金融城T2栋的中豪江北办公室。中豪合伙人文建、肖东、黎莎莎与来宾进行了热情、友好的沟通和交流。杭州律师协会的成员们认为，中豪目前洞悉国际发展趋势，致力于公司化和现代化的转型，实为业界翘楚，对中豪未来的发展充满了期待。



宜宾市司法局副局长古兴富一行 莅临成都办公室调研、考察



2018年6月14日，宜宾市司法局党委委员、副局长古兴富，宜宾市律师协会秘书长唐勇，成都市律师协会副秘书长万莉莉等一行，莅临中豪成都办公室调研、考察。合伙人高玉林、李永等热情接待，并进行了座谈交流。在高玉林、李永的陪同下，古局长一行参观了成都办公室，中豪律师团队活力、朝气、专业化的精神面貌及雅致、国际化的办公环境获得了高度赞扬。



中豪律师集团

重庆

重庆市渝中区邹容路68号大都会广场22层 邮编: 400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808 Email: cq@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 Email: bj@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 Email: HK@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

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 Email: sh@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号楼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 Email: cd@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 Email: gy@zhhlaw.com

江北

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 Email: jb@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com