



深圳律师



民事诉讼法律资讯

2022年11月号 总第10期

深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会编制

目 录

民事诉讼司法动态	1
《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》	1
《最高人民法院关于规范合议庭运行机制的意见》	2
江苏省高级人民法院《关于诉前调解案件诉讼辅助事项办理工作指南（试行）》的通知	5
湖南省高级人民法院印发《湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》的通知	7
民事诉讼资讯研究	13
1. 最高法：发布反垄断和反不正当竞争司法有关情况	13
2. 最高法：关于反垄断和反不正当竞争典型10件案例发布解答	15
3. 粤港澳大湾区调解工作委员会召开第二次会议	17
4. 广州仲裁委打造元宇宙仲裁院，受理虚拟世界财产纠纷仲裁首案	19
民事诉讼法律案例研究	21
1. 最高法：谈话在公共场所进行，录音在该公共场所录制，未侵犯任何人的合法权益，可以作为认定案件事实的依据。	21
2. 最高法：开发商在交房前破产，已付全款买受人所购房产非破产财产	23
3. 最高法：当事人伪造公司印章在保证书上加盖的，该公司是否应承担担保责任	24
4. 最高院：在当事人对违约金和利息有明确约定的情况下，不宜将违约金等同或混同于利息	27
专业委员会简介	31

司法动态

《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》已于2022年8月16日由最高人民法院审判委员会第1872次会议通过，现予公布，自2023年1月1日起施行。

最高人民法院
2022年11月14日

(2022年8月16日最高人民法院审判委员会第1872次会议通过，自2023年1月1日起施行)

为依法保护中外当事人合法权益，便利当事人诉讼，进一步提升涉外民商事审判质效，根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条 基层人民法院管辖第一审涉外民商事案件，法律、司法解释另有规定的除外。

第二条 中级人民法院管辖下列第一审涉外民商事案件：

(一) 争议标的额大的涉外民商事案件。

北京、天津、上海、江苏、浙江、福建、山东、广东、重庆辖区中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币4000万元以上（包含本数）的涉外民商事案件；

河北、山西、内蒙古、辽宁、吉林、黑龙江、安徽、江西、河南、湖北、湖南、广西、海南、四川、贵州、云南、西藏、陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆辖区中级人民法院，解放军各战区、总直属军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院所辖各中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币2000万元以上（包含本数）的涉外民商事案件。

(二) 案情复杂或者一方当事人人数众多的涉外民商事案件。

(三) 其他在本辖区有重大影响的涉外民商事案件。

法律、司法解释对中级人民法院管辖第一审涉外民商事案件另有规定的，依照相关规定办理。

第三条 高级人民法院管辖诉讼标的额人民币50亿元以上（包含本数）或者其他在本辖区有重大影响的第一审涉外民商事案件。

第四条 高级人民法院根据本辖区的实际情况，认为确有必要的，经报最高人民法院批准，可以指定一个或数个基层人民法院、中级人民法院分别对本规定第一条、第二条规定的第一审涉外民商事案件实行跨区域集中管辖。

依据前款规定实行跨区域集中管辖的，高级人民法院应及时向社会公布该基层人民法院、中级人民法院相应的管辖区域。

第五条 涉外民商事案件由专门的审判庭或合议庭审理。

第六条 涉外海事海商纠纷案件、涉外知识产权纠纷案件、涉外生态环境损害赔偿纠纷案件以及涉外环境民事公益诉讼案件，不适用本规定。

第七条 涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民商事案件参照适用本规定。

第八条 本规定自2023年1月1日起施行。本规定施行后受理的案件适用本规定。

第九条 本院以前发布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

《最高人民法院关于规范合议庭运行机制的意见》

最高人民法院
2022年10月26日

为了全面准确落实司法责任制，规范合议庭运行机制，明确合议庭职责，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国法官法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》等有关法律和司法解释规定，结合人民法院工作实际，制定本意见。

一、合议庭是人民法院的基本审判组织。合议庭全体成员平等参与案件的阅卷、庭审、评议、裁判等审判活动，对案件的证据采信、事实认定、法律适用、诉讼程序、裁判结果等问题独立发表意见并对此承担相应责任。

二、合议庭可以通过指定或者随机方式产生。因专业化审判或者案件繁简分流工作需要，合议庭成员相对固定的，应当定期轮换交流。属于“四类案件”或者参照“四类案件”监督管理的，院庭长可以按照其职权指定合议庭成员。以指定方式产生合议庭的，应当在办案平台全程留痕，或者形成书面记录入卷备查。

合议庭的审判长由院庭长指定。院庭长参加合议庭的，由院庭长担任审判长。

合议庭成员确定后，因回避、工作调动、身体健康、廉政风险等事由，确需调整成员的，由院庭长按照职权决定，调整结果应当及时通知当事人，并在办案平台标注原因，或者形成书面记录入卷备查。

法律、司法解释规定“另行组成合议庭”的案件，原合议庭成员及审判辅助人员均不得参与办理。

三、合议庭审理案件时，审判长除承担由合议庭成员共同承担的职责外，还应当履行以下职责：

（一）确定案件审理方案、庭审提纲，协调合议庭成员庭审分工，指导合议庭成员或者审判辅助人员做好其他必要的庭审准备工作；

（二）主持、指挥庭审活动；

（三）主持合议庭评议；

（四）建议将合议庭处理意见分歧较大的案件，依照有关规定和程序提交专业法官会议讨论或者审判委员会讨论决定；

（五）依法行使其他审判权力。

审判长承办案件时，应当同时履行承办法官的职责。

四、合议庭审理案件时，承办法官履行以下职责：

（一）主持或者指导审判辅助人员做好庭前会议、庭前调解、证据交换等庭前准备工作及其他审判辅助工作；

（二）就当事人提出的管辖权异议及保全、司法鉴定、证人出庭、非法证据排除申请等提请合议庭评议；

（三）全面审核涉案证据，提出审查意见；

（四）拟定案件审理方案、庭审提纲，根据案件审理需要制作阅卷笔录；

（五）协助审判长开展庭审活动；

（六）参与案件评议，并先行提出处理意见；

（七）根据案件审理需要，制作或者指导审判辅助人员起草审理报告、类案检索报告等；

（八）根据合议庭评议意见或者审判委员会决定，制作裁判文书等；

（九）依法行使其他审判权力。

五、合议庭审理案件时，合议庭其他成员应当共同参与阅卷、庭审、评议等审判活动，根据审判长安排完成相应审判工作。

六、合议庭应当在庭审结束后及时评议。合议庭成员确有客观原因难以实现线下同场评议的，可以通过人民法院办案平台采取在线方式评议，但不得以提交书面意见的方式参加评议或者委托他人参加评议。合议庭评议过程不向未直接参加案件审理工作的人员公开。

合议庭评议案件时，先由承办法官对案件事实认定、证据采信以及适用法律等发表意见，其他合议庭成员依次发表意见。审判长应当根据评议情况总结合议庭评议的结论性意见。

审判长主持评议时，与合议庭其他成员权利平等。合议庭成员评议时，应当充分陈述意见，独立行使表决权，不得拒绝陈述意见；同意他人意见的，应当提供事实和法律依据并论证理由。

合议庭成员对评议结果的表决以口头形式进行。评议过程应当以书面形式完整记入笔录，评议笔录由审判辅助人员制作，由参加合议庭的人员和制作人签名。评议笔录属于审判秘密，非经法定程序和条件，不得对外公开。

七、合议庭评议时，如果意见存在分歧，应当按照多数意见作出决定，但是少数意见应当记入笔录。

合议庭可以根据案情或者院庭长提出的监督意见复议。合议庭无法形成多数意见时，审判长应当按照有关规定和程序建议院庭长将案件提交专业法官会议讨论，或者由院长将案件提交审判委员会讨论决定。专业法官会议讨论形成的意见，供合议庭复议时参考；审判委员会的决定，合议庭应当执行。

八、合议庭发现审理的案件属于“四类案件”或者有必要参照“四类案件”监督管理的，应当按照有关规定及时向院庭长报告。

对于“四类案件”或者参照“四类案件”监督管理的案件，院庭长可以按照职权要求合议庭报告案件审理进展和评议结果，就案件审理涉及的相关问题提出意见，视情建议合议庭复议。院庭长对审理过程或者评议、复议结果有异议的，可以决定将案件提交专业法官会议讨论，或者按照程序提交审判委员会讨论决定，但不得直接改变合议庭意见。院庭长监督管理的情况应当在办案平台全程留痕，或者形成书面记录入卷备查。

九、合议庭审理案件形成的裁判文书，由合议庭成员签署并共同负责。合议庭其他成员签署前，可以对裁判文书提出修改意见，并反馈承办法官。

十、由法官组成合议庭审理案件的，适用本意见。依法由法官和人民陪审员组成合议庭的运行机制另行规定。执行案件办理过程中需要组成合议庭评议或者审核的事项，参照适用本意见。

十一、本意见自2022年11月1日起施行。之前有关规定与本意见不一致的，按照本意见执行。

各设区市中级人民法院、司法局，南京海事法院、徐州铁路运输法院、各基层人民法院，各县（市、区）司法局：

为进一步深化诉讼与非诉讼对接机制建设，提升诉前调解工作效能，提高矛盾纠纷化解质效，省法院、省司法厅共同研究制定了《诉前调解案件诉讼辅助事项办理工作指南（试行）》。现予以印发，请认真遵照执行。执行中遇到问题，请及时向省法院、省司法厅报告。

江苏省高级人民法院 江苏省司法厅
2022年10月28日

诉前调解案件诉讼辅助事项办理工作指南（试行）

为进一步深化诉讼与非诉讼对接机制建设，提升诉前调解工作效能，根据最高人民法院《关于进一步完善委派调解机制的指导意见》《关于建设一站式多元解纷机制一站式诉讼服务中心的意见》《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》和《江苏省高级人民法院 江苏省司法厅关于开展调解程序前置试点的工作规则》等规定，结合工作实际，经省法院、省司法厅共同研究，制定本指南。

一、对于来院起诉的当事人，除依法不宜调解的，诉讼服务中心分流员应当通过诉讼风险智能评估系统等方式，让当事人了解诉讼风险，同时向其释明诉前调解等非诉解纷方式的程序特点、优势、诉调对接关系等，引导其自愿选择诉前调解等非诉方式化解纠纷。

二、对于诉前调解案件，调解员应当在人民法院指导下全面审核当事人提交的证据材料，在充分听取当事人陈述、客观分析案件事实、厘清争议焦点后积极开展调解工作；必要时，可以邀请具有专门知识、特定经验的人员参与调解，听取意见建议。

三、诉前调解过程中，调解员应根据调解工作进展情况对调解成功可能性作出判断，以决定是否继续开展调解。调解员应在人民法院指导下规范做好无争议事实记载、争议焦点固定、诉前司法鉴定、调解不成原因提示、送达地址确认等诉讼辅助工作，相关情况以书面形式记载并归入调解卷宗，为后续速裁快审等案件审理工作提供辅助参考。

对符合合意适用小额诉讼程序的案件，可积极释明相关法律规定，引导当事人自愿约定适用小额诉讼程序。

对属于类型化纠纷要素式审理的案件，可积极引导当事人举证、质证，全面、准确填写要素表。

四、当事人未达成调解协议的，调解员在征得各方当事人同意后，应当用书面形式记载调解过程中双方没有争议的事实，并由当事人签字确认。在后续的诉讼程序中，经当事人确认，无需对调解过程中已确认的无争议事实举证，但涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的除外。

五、当事人未达成调解协议的，调解员应当根据案件事实和各方当事人陈述辩解，归纳争议焦点并用书面形式记载，经当事人签字确认后归入调解卷宗。

六、当事人未达成调解协议的，调解员应当将调解不成的原因、案件存在的风险隐患和重大敏感因素、下一步工作建议等情况，以书面反馈表等方式告知人民法院，为后续案件审理执行工作提供参考。

七、当事人达成调解协议的，调解员应当鼓励和引导、督促当事人及时履行协议，尽可能实现案结事了。

八、诉前调解案件确需委托鉴定才能查清事实的，调解员可在人民法院指导下组织当事人开展诉前司法鉴定工作。在鉴定结论经当事人认可后，积极促进当事人形成合理诉讼预期，尽可能在诉前实质性化解纠纷。

九、调解员应协助人民法院做好当事人送达地址确认、填写工作，并告知当事人签字确认的送达地址效力在诉讼阶段均有效力，如提供的地址不准确或未及时告知变更地址导致诉讼文书无法送达或未及时送达的，当事人自行承担由此产生的法律后果。

送达地址应当包括邮政编码、详细地址以及受送达人的联系电话等。当事人同意电子送达的，应当填写接收诉讼文书的传真号、电子信箱、微信号等电子送达地址。

十、在诉前调解过程中，调解员发现当事人可能存在虚假诉讼、虚假调解情形的，应当中止调解，并向人民法院报告。人民法院接到报告后，应当及时审查，并依据相关规定作出处理。

十一、案件调解完毕，调解员应当填写《诉前调解案件情况反馈表》（参考样式附后），连同调解卷宗一并移送人民法院诉讼服务中心。诉讼服务中心负责扫描、归档、流转立案。

《诉前调解案件情况反馈表》记载当事人交换证据情况、无争议事实、争议焦点、诉前司法鉴定情况、调解不成原因、可能存在的风险隐患、工作建议、送达地址确认等情况。

十二、各级法院、司法行政部门应当建立调解员诉前调解工作考核激励机制，根据调解员参与和完成的辅助工作情况，给予适当补贴和表扬奖励。

十三、本指南与法律法规及上位文件规定不一致时，以法律法规及上位文件为准。

十四、本指南自印发之日起执行。

湖南省高级人民法院印发 《湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干 问题的解答》的通知

湖南省高级人民法院
2022年11月17日

一、建设工程施工合同纠纷案件专属管辖的范围应如何理解？

下列案件，由建设工程所在地人民法院管辖：

（一）建设工程施工合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程监理合同纠纷、农村建房施工合同纠纷，建设工程分包合同纠纷及建设工程劳务分包合同纠纷；

（二）建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。

（三）工程款债权转让，债务人与受让人因债务履行发生的纠纷。

（四）建设工程总承包合同纠纷。

二、建设工程施工合同中仲裁条款涉及管辖等相关问题应如何认定？

发包人与承包人在建设工程施工合同中约定仲裁条款的，除非实际施工人表示认可或表示受发包人与承包人之间的仲裁条款约束，否则仲裁条款仅对合同双方具有约束力。实际施工人、合法分包人起诉承包人或直接起诉发包人的，人民法院应当审理。如果本案诉讼需要以发包人与承包人之间的仲裁结果作为依据的，可中止审理，待仲裁程序结束后再恢复审理。人民法院对已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实应根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条之规定予以认定。

实际施工人、合法分包人与承包人约定了仲裁条款，又以发包人为被告提起诉讼的，不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。实际施工人、合法分包人与承包人之间的仲裁已终结后，又起诉发包人的（包含发包人与承包人在建设工程施工合同中亦约定了仲裁条款情形），人民法院应当审理。

三、未经招投标签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《中华人民共和国招标投标法》第三条规定及国家发展和改革委员会2018年6月1日施行的《必须招标的工程项目规定》（中华人民共和国国家发展和改革委员会令 第16号）、2018年 6月 6日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843号）的相关规定必须招标的项目外，不予支持。

四、签订中标通知书后未正式签订建设工程施工合同时合同是否成立？

招投标过程中承包人与发包人签订中标通知书，承包人或发包人拒绝与对方签订正式建设工程施工合同文本的，此时应视为双方之间建设工程施工合同本约合同成立。

五、发包人未取得建设工程规划许可证及建设工程施工许可证时如何认定合同效力？

存在多次诉讼，发包人在本次起诉前取得建设工程规划许可证等审批手续的，可以认定建设工程施工合同有效。

六、发包人与承包人之间的承包合同无效是否必然导致分包合同也无效？

发包人与承包人之间的建设工程施工合同无效，不必然导致分包合同无效。若承包人将部分工程分包给有资质的施工方，则分包合同有效，除非案涉工程本身存

在违法性，如未取得建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证、案涉工程被认定为违法建筑等情形。

七、如何确定“黑白合同”中作为结算依据的合同？

中标合同有效，以中标合同作为结算依据。

中标合同与其他合同均无效的，以实际履行的合同作为结算依据。无法区分实际履行的合同的，以后签订的合同作为结算依据。

招标人与中标人另行签订的建设工程施工合同约定的实质性内容与中标合同不一致的，应以中标合同作为结算依据。但因客观情况发生了招投标时难以预见的变化而另订施工合同的除外。

八、当事人已达成结算协议后又以合同无效反悔应如何处理？

当事人就建设工程价款自行达成结算协议后，又以建设工程施工合同无效为由，否定结算协议确定的工程价款的，不予支持。

九、发包人可否参照无效合同约定要求支付工程款？

建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格，发包人参照合同约定请求对承包人进行折价补偿。

十、建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可否参照合同约定计算损失？

建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可参照合同约定关于质量、工期、进度款支付等索赔条款的约定计算损失。

十一、建设工程施工合同无效，当事人之间约定的管理费如何处理？

建设工程施工合同无效，合同约定的管理费原则上不予支持。当事人主张的，法院可以根据合同系借用资质或转包、违法分包等不同类型，结合出借资质人、转包人、违法分包人是否履行管理职责因素予以适当支持，一般不宜超过总工程款的3%。

十二、合同均无效情形中总包合同与转包、违法分包合同关于工程款的差额应如何处理。

建设工程施工合同均无效情形中，承包合同高于转包、违法分包合同的工程款差额性质属非法利益，转包、违法分包人与实际施工人按转包、违法分包合同结算后又以承包合同向发包人主张支付工程款，发包人对超出部分的工程款提出不予支付抗辩的，人民法院应综合合同履行情况、施工工程内容及行业惯例等情形予以

调整，一般不宜超过差额部分工程款的8%（包含税金、管理费在内）。但发包人明知且认可的，该抗辩不能成立。

十三、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据，一方以审计、财政评审结论不真实、客观要求重新鉴定如何处理？审计部门明确表示无法审计或拖延审计如何处理？

当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按约定处理。当事人有证据证明审计结论不真实、客观，法院可以准许当事人补充鉴定、重新鉴定或者补充质证等方法对争议事实做出认定。

行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人就工程价款结算无法达成一致申请司法审计鉴定的，应予准许。

十四、借款预支工程款应如何处理？

建设工程施工合同履行过程中，当事人出具借条预支工程进度款，发包人或承包人在结算工程价款过程中主张抵扣借款本金及利息的，应当一并处理。

十五、以房抵债协议在结算中应如何处理？

工程款结算中，发包人与承包人约定以承包人建设的房屋抵冲工程价款的，在案件结算中应一并予以处理。除非承包人能够证明存在发包人拒绝履行以房抵债义务或其他履行障碍情形。

十六、发包方以承包方未开具发票拒绝支付工程款应如何处理？

发包人以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款的，人民法院不予支持。当事人另有明确约定的除外。

承包人起诉要求发包人支付工程款，发包人以要求承包人开具发票为由提起反诉的，人民法院可以一并审理。

十七、建设工程施工合同无效，欠付工程款的逾期利息应如何认定？

建设工程施工合同无效，因欠付工程款产生的损失一般应认定为资金占用损失，资金占用费应以全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率为计算依据，但当事人能够证明其资金占用损失高于全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的，可以结合过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素予以适当调整。

十八、发包人认为建设工程主体结构质量不合格，要求司法鉴定的，应达到何种证明程度？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》第十四条明确了针对建筑地基基础工程和主体结构质量承包人应承担更重的瑕疵担保责任，故在诉讼中，承包人向发包人主张工程款，发包人以地基基础或主体结构存在严重质量问题抗辩不支付工程款，并要求进行质量鉴定的，发包人应提供初步证据予以证明。

十九、如何理解《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》第三十七条装饰装修工程承包人主张优先权应具备的折价或者拍卖条件？

装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权应具备折价或者拍卖条件，应理解为装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权的同时应举证证明案涉装饰装修工程可单独评估且与其他工程一并拍卖。

二十、建设工程价款债权转让，建设工程价款优先受偿权是否随之转让？

建设工程价款优先受偿权所设立的立法本意系解决拖欠工程款问题，以推动承包人价款债权的实现，具有从属性，不具有人身属性，故承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。二十一、行使优先受偿权的方式应如何认定？

承包人有证据证明以发函、与发包人协议折价或申请参与对建设工程变价分配等方式行使建设工程价款优先受偿权的，应予认可。

二十二、建设工程价款优先受偿权可否通过调解确认？

以调解方式确认建设工程价款优先受偿权的，符合法律规定的，法院可以确认，但为了防止虚假诉讼、损害案外人利益等情况，法院应当进行实体审查，重点审查建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使期限、行使方式、工程款债权的范围等实质性事项是否符合法律规定，尤其要审查是否存在当事人虚增工程款数额、伪造竣工记录、伪造付款期限、伪造行使时间等情形。未经实体审查或者经审查不符合建设工程价款优先受偿权行使条件的，不予出具调解书。

二十三、挂靠人直接起诉发包人应如何处理？

借用资质的实际施工人起诉发包人要求支付工程款的，人民法院可在查明事实的基础上按以下两种情形处理：

(一) 发包人明知实际施工人借用资质而未提出异议的，根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第四百九十条规定处理，实际施工人可直接向发包人主张权利。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

(二) 发包人对借用资质不知情的，出借资质方怠于向发包人主张权利，实际施工人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同的司法解释（一）》第十四条规定行使代位权。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

二十四、层层转包中转包人、违法分包人的责任如何认定？

实际施工人向层层转包人或层层分包人主张给付工程价款，转包人或者违法分包人能够证明已经付清工程价款的，其前手转包人或违法分包人一般不再承担给付责任。

二十五、发包人应否承担工伤赔偿责任？

发包人将建设工程承包给符合资质的承包人，发包人不承担责任，但对合法承包人的转包、违法分包、挂靠行为予以明确认可的，应承担责任。

发包人将建设工程承包给无资质的承包人，发包人应承担责任。

发包人在对外垫付赔偿款后，有权向无资质的承包人、实际用工人或将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人进行追偿。

将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人对工伤赔偿应承担责任，且有权向实际用工人进行追偿。

二十六、合法分包的情况下，完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可否直接起诉发包人？

合法分包的情况下，实际完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》第四十三条之规定起诉发包人。

二十七、约定的罚款条款的性质应如何认定？

建设工程施工合同约定发包人对承包人的违约行为处以罚款的，应定性为违约金条款，当事人申请调整的，根据民法典第五百八十五条规定予以处理。

二十八、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》出台后措辞方面有何需要注意的问题？

不再使用“非法转包”、“肢解分包”措辞，改为“转包”、“支解分包”。

《民事诉讼法律资讯》2022 年11月 号—总第10期

本期编委：李娅莉、王飞谭、郭继军、李侠、徐明乾、梁海峰

责任编辑：梁海峰

二十九、本解答仅供湖南省内各级法院审理建设工程施工合同纠纷案件作为参考，在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用理由时可根据本解答的相关意见进行说理，但不能作为裁判依据进行援引。

资讯研究

1、最高法：发布反垄断和反不正当竞争司法有关情况

11月17日，最高人民法院举行新闻发布会，发布人民法院加强反垄断和反不正当竞争司法有关情况和典型案例，并回答记者提问。最高人民法院民三庭庭长林海、最高人民法院知识产权法庭副庭长郗中林、最高人民法院民三庭副庭长李剑、最高人民法院知识产权法庭副庭长朱理出席发布会并回答记者提问，发布会由最高人民法院新闻发言人李广宇主持。

党的二十大报告提出要“加强反垄断和反不正当竞争，依法规范和引导资本健康发展”。党的十八大以来，人民法院坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想，在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，从加快构建新发展格局、推动高质量发展的要求出发，深入贯彻落实新修改的反垄断法和反不正当竞争法，全面加强反垄断和反不正当竞争审判工作，有效维护市场公平竞争秩序。2013年至2022年6月，全国法院审结垄断一审民事案件916件，审结不正当竞争一审民事案件32075件，为营造公平竞争的法治环境提供了有力司法保障。主要情况介绍如下。

一、强化公平竞争司法审判，维护市场竞争法治秩序

一是加强反垄断审判工作，营造公平竞争法治环境。人民法院充分发挥司法裁判的示范引领作用，准确把握竞争政策，保护竞争活力。围绕民生消费，依法审理生物医药、培训服务、文化消费等民生领域垄断案件，破除市场封锁，维护广大消费者利益。回应社会关切，妥善审理公用企业垄断案件，制止排除、限制竞争行为，恢复市场竞争活力。紧扣实践需求，发布《关于第一审知识产权民事、行政案件管辖的若干规定》，进一步明确并优化垄断案件集中管辖。发挥最高人民法院知识产权法庭职能作用，实现垄断民事和行政上诉案件在国家层面的集中统一审理。

二是坚决制止不正当竞争行为，推动构建全国统一大市场。强化公平竞争司法导向，依法规制仿冒混淆、虚假宣传、诋毁商誉等不正当竞争行为。先后审结奇虎与百度不正当竞争纠纷案、吉利与威马侵害商业秘密纠纷案等一批诉讼标的额高、社会影响大的不正当竞争案件，有力维护公平健康的市场竞争秩序。积极适用临时措施，提高司法救济及时性。对紧急危害经营者正常运营或者严重影响经营者商业信誉、商品声誉等不正当竞争行为，通过采取及时有效的行为保全措施，有力保护

当事人的合法权益。强化商业秘密司法保护，切实加大侵权惩治力度。以尊重知识产权、鼓励创新为导向，努力实现侵权损害赔偿与市场价值相协调，在“香兰素”技术秘密侵权纠纷案中判赔1.59亿元。积极适用惩罚性赔偿，严厉打击恶意侵权行为，在“卡波”技术秘密侵权纠纷案中判令惩罚性赔偿3000余万元。

二、加强公平竞争案件审判指导，完善法律适用规则

一是不断细化完善竞争领域法律适用规则，出台保障公平竞争的司法解释16件。制定涉商业秘密民事司法解释和刑事司法解释，加大侵权违法成本，惩治侵犯商业秘密违法犯罪行为，增强司法保护整体效能。制定反不正当竞争法司法解释，细化侵权认定规则，统一裁判标准。目前正在研究制定新的反垄断民事诉讼司法解释，适时向社会公开征求意见。

二是深入推进公平竞争政策实施，配套出台维护公平竞争的司法政策文件10余项。先后制定发布《关于全面加强知识产权司法保护的意見》《人民法院知识产权司法保护规划（2021-2025年）》等司法政策文件，全面贯彻公平竞争政策，深化司法体制机制改革，服务和保障国家战略实施，推动构建高水平社会主义市场经济体制。

三是加强公平竞争法治宣传，积极营造市场化法治化国际化的营商环境。积极开展知识产权宣传周活动，发布知识产权司法保护状况白皮书、知识产权案件年度报告，服务知识产权强国建设。集中发布反垄断、反不正当竞争、互联网等典型案例，以案释法，增强全社会尊重和保护公平竞争的法治意识，服务保障加快构建新发展格局和推动高质量发展。

三、坚持规范和发展并重，推动数字经济等新兴领域高质量发展

一是规范数字经济竞争规则，规制资本无序扩张。妥善审理涉数字经济等新兴领域案件，明确司法规则、规范市场竞争秩序。研究完善涉互联网平台垄断行为认定标准，规制垄断协议和滥用市场支配地位等互联网领域垄断行为，依法规范和引导资本健康发展。出台涉电子商务平台知识产权民事案件指导意见，妥善审理“App唤醒策略”“刷单炒信”等不正当竞争案件，依法保护互联网领域各方主体的合法权益。

二是积极探索新兴领域保护规则，推动新兴产业健康发展。积极探索大数据竞争保护司法规则，审理群控软件数据权益不正当竞争等案件，合理划分数据权益权属及边界，维护用户数据权益和隐私权，推动营造开放、健康、安全的数字生态。

公正审理证券金融信息不正当竞争纠纷等新类型案件，明晰保护规则，明确权利边界，引导新技术新业态新模式在法治轨道上健康有序发展。

四、强化公平竞争司法协同，着力形成监管工作合力

一是依法支持和监督反垄断行政执法，促进行政执法标准和司法裁判标准统一。有效发挥司法监督职能，支持反垄断行政执法机构依法履职，强化反垄断执法司法。在“茂名混凝土企业横向垄断协议”行政处罚案中，既依法支持行政机关行使行政裁量权，也对行政处罚的裁量标准等给予指引，有效规范行政执法行为。

二是健全司法审判与行政执法衔接机制，构建大保护工作格局。会同市场监管、金融监管、互联网监管等主管部门，完善协同配合机制，推进业务交流、数据交换和信息共享，共同推动形成公平竞争保护合力。指导各级法院与行政执法机关建立跨地域跨部门合作机制，助推区域高质量发展。

在全面建设社会主义现代化国家新征程上，人民法院将继续深入贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，深入践行习近平法治思想，深入贯彻党的二十大精神，主动融入和服务国家战略，紧扣构建新发展格局、推动高质量发展主题，强化竞争政策基础地位，全面推进公平竞争审判事业高质量发展，加快建设高效规范、公平竞争、充分开放的全国统一大市场，为全面推进中国式现代化提供有力司法服务和保障。

2、最高法：关于反垄断和反不正当竞争典型10件案例发布解答

为充分发挥典型案例的示范和引领作用，加强反垄断和反不正当竞争司法，最高人民法院在去年9月27日发布10件人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例的基础上，今天发布人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例各10件。下面对这两类典型案例作一简要概括介绍：

一、今天发布的10件反垄断典型案例主要体现了以下4个特点：

第一，严厉制裁垄断行为，努力消除和降低垄断行为风险。在“驾校联营”横向垄断协议纠纷案中，明确了认定涉横向垄断协议的民事行为无效的基本原则；在“茂名混凝土企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案中，明确了垄断协议中“其他协同行为”的认定方法；在“延安混凝土企业”合同纠纷及横向垄断协议纠纷案和

“威海水务集团”滥用市场支配地位纠纷案中，分别明确了横向垄断协议的损害赔偿计算标准和实施限定交易行为造成损失的认定标准。这些案件对于指导人民法院积极发挥司法职能作用，依法制裁垄断行为、维护公平竞争秩序，具有示范意义。

第二，规范权利行使行为，明确知识产权滥用的反垄断司法审查规则。在“涉沙格列汀片剂药品专利反向支付协议”发明专利侵权纠纷案中，强调了在非垄断案由案件中对于所谓“药品专利反向支付协议”予以反垄断审查的必要性，并明确了审查的路径及其限度。在“无励磁开关专利侵权和解协议”横向垄断协议纠纷案中，明确了涉及专利权行使的横向垄断协议的分析判断标准。在“涉中超联赛图片”滥用市场支配地位纠纷案中，明确了体育赛事商业权利独家授权中的反垄断司法审查标准。这些案件对于厘清专利权等排他性民事权利行使的合法边界，规范权利人合法行使权利、促进企业守法经营，具有指引价值。

第三，聚焦民生热点，切实保障人民群众从公平竞争中获得实益。在“幼儿园”横向垄断协议纠纷案、“惠州市机动车检测行业协会”反垄断行政处罚案和“威海水务集团”滥用市场支配地位纠纷案中，针对幼儿教育、机动车检测领域经营者达成价格同盟和行业协会组织达成并实施垄断协议、公用企业滥用市场支配地位行为等人民群众高度关注的市场竞争行为，给予积极回应，依法制止排除、限制竞争行为，恢复、促进市场竞争活力，保证人民群众获得市场竞争带来的利益。这些案件彰显了反垄断司法在促进全国统一大市场建设、服务保障民生方面的重要作用。

第四，依法支持和监督反垄断执法，促进行政执法标准与司法标准协调统一。在“茂名混凝土企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案和“海南消防检测企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案中，分别明确了对违反反垄断法处以罚款的计罚基数“上一年度销售额”中的“上一年度”和“销售额”的原则性的理解与适用。在“延安混凝土企业”合同纠纷及横向垄断协议纠纷案中，对于反垄断行政执法机关作出处罚的垄断行为人依法判处承担民事赔偿责任，实现反垄断行政执法与司法的有效衔接。这些案件充分表明，人民法院通过支持和监督反垄断执法机构依法履职，促进了反垄断行政执法标准与司法标准协调统一，提升了反垄断执法司法合力。

二、今天发布的10件反不正当竞争典型案例主要体现了以下3个特点：

一是加大司法保护力度，维护市场公平竞争。随着市场经济发展和市场主体间竞争日益激烈，各类不正当竞争行为不断增多并向线上延伸，对公平竞争市场秩序带来新的冲击。人民法院积极回应时代需求和市场竞争变化，坚持“规范与发展并

重”，不断完善新型不正当竞争行为的认定标准。本次公布的不正当竞争典型案例广泛涉及线上线下多个领域，涵盖市场混淆、商业诋毁、互联网不正当竞争等多种案件类型，充分体现了人民法院积极服务经济社会高质量发展、助推法治化营商环境建设的坚定决心。

二是回应社会关切，维护消费者合法权益。虽然反不正当竞争案件体量不大，但经济社会发展过程中的一些热点问题，往往最先反映在反不正当竞争领域，案件审理结果直接影响消费者利益、行业布局甚至产业政策调整，社会关注度普遍较高。本次公布的微信抽奖不正当竞争案、主播“陪伴式”直播奥运赛事节目等不正当竞争案，与广大消费者的利益息息相关。人民法院通过及时妥善处理上述不正当竞争案件，及时回应社会关切，在充分保护权利人合法权益的同时也有效维护消费者合法权益，以司法裁判助力形成诚实信用、公平有序的市场环境。

三是强化商业秘密司法保护，统一法律适用标准。商业秘密特别是技术秘密的保护一直受到社会广泛关注。近年来，人民法院正确实施反不正当竞争法，及时发布商业秘密司法解释，针对商业秘密纠纷案件存在的举证难、保密难等问题，合理确定当事人的举证责任，有效遏制侵害商业秘密行为。本次公布的“胍基乙酸”侵害技术秘密纠纷案，明确了即使合同约定的保密期限届满交易相对人仍负有法定的保密义务，对于倡导诚实信用原则、加大商业秘密保护力度具有典型意义。“芯片量产测试系统”侵害技术秘密行为保全措施案，则是人民法院首次在案件发回重审的同时裁定采取行为保全措施，体现了人民法院切实加强知识产权司法保护的积极探索。

3、粤港澳大湾区调解工作委员会召开第二次会议

11月18日下午，粤港澳大湾区调解工作委员会以视频方式召开第二次会议，会议由工作委员会轮值主席香港特区政府律政司邓颖茹署理高级助理民事法律专员主持。省司法厅党委委员、副厅长林楚明，香港特区政府律政司邓颖茹署理高级助理民事法律专员，澳门特区法务局刘德学局长以及粤港澳大湾区调解工作委员会的其他委员出席会议。香港特区政府律政司李照庭署理副民事法律专员受邀专程列席会议。

会上，粤港澳三方围绕粤港澳大湾区跨境争议调解规则、大湾区调解员资格资

历评审等问题进行了深入的讨论与交流，并达成一致共识。会议决定对粤港澳大湾区跨境争议调解规则作进一步修改完善后，提交粤港澳大湾区法律部门第四次联席会议审议。林楚明在会上指出，要深入学习贯彻党的二十大精神，增强做好大湾区调解工作的信心决心。法治建设是大湾区建设的重要组成部分，高质量推进粤港澳大湾区建设，要充分发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用。调解是诉讼、仲裁之外重要的纠纷解决机制，是中华优秀传统文化文化的重要制度，具有低成本、高效率、尊重当事人自由意志等优势，越来越受各方的重视。调解作为目前大湾区法治建设领域机制对接最灵活、沟通衔接最密切、市场反应最具活力的板块之一，在大湾区法治建设中占有重要地位。当前，要深入学习领会党的二十大精神，牢牢把握以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴的使命任务，不断增强做好粤港澳大湾区调解工作的信心和决心，奋力推动粤港澳大湾区调解工作取得新的成绩。

林楚明表示，近一年来，广东时刻牢记习近平总书记的殷切嘱托，粤港澳大湾区调解工作取得丰硕成果。研究起草了粤港澳大湾区跨境争议调解规则的征求意见稿，加快出台我省贯彻落实《粤港澳大湾区调解员资格资历评审标准》实施细则。向司法部推荐深圳市蓝海法律查明和商事调解中心、广州国际商贸商事调解中心成为全国涉外法律服务示范机构。联合省法院积极推动港澳调解组织纳入特邀调解组织名册，为粤港澳大湾区调解工作注入新动能。深圳出台《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例》，明确司法行政部门为商事调解组织的主管部门，解决了长期以来商事调解组织规范发展的问题。珠海、横琴粤澳深度合作区8家单位共同发起成立国内首家跨区域大调解协会——珠海市调解协会，探索对港澳籍调解员备案管理。成立国内第一家工程争议国际商事调解组织——横琴粤澳深度合作区粤港澳工程争议国际调解中心，为推动大湾区多元纠纷解决机制创新实现新突破。

林楚明提出，要形成共识，加快推进大湾区调解制度建设。出台各方认可的《粤港澳大湾区跨境争议调解示范规则》是粤港澳大湾区调解平台建设的重要内容，接下来粤港澳三方要加快对粤港澳大湾区跨境争议调解示范规则的修改完善。

本次会议对推进粤港澳大湾区调解规则衔接，统一粤港澳三地对大湾区调解员资格资历评审的具体要求及标准，促进大湾区调解事业发展具有重要意义

【来源】广东省司法厅

【时间】2022年11月21日

4、广州仲裁委打造元宇宙仲裁院，受理虚拟世界财产纠纷仲裁首案

近年来，元宇宙概念持续升温。元宇宙，是人类运用数字技术构建的，由现实世界映射或超越现实世界，可与现实世界交互的虚拟世界，是具备新型社会体系的数字生活空间。

如今，数字化艺术藏品、网络游戏皮肤、虚拟社区土地交易……越来越多基于区块链技术的非同质化数字资产（NFT，其所有权被记录在区块链上），以其不可分割、不可代替、独一无二等基本特征，在元宇宙虚拟场景实现交易。

新兴市场蓬勃发展，但是交易过程中发生争议如何解决？广州仲裁委员会给出的答案是：在元宇宙场景产生的交易，发生纠纷后回归到元宇宙场景进行审理。近日，《法治日报》记者从广州仲裁委员会获悉，其创设的元宇宙仲裁院裁决了一宗发生在元宇宙的财产纠纷案件，该案也是虚拟世界的仲裁第一案。

【数字藏品线下商用侵权】今年7月，一家从事数字藏品投资、发行的港资互联网投资公司（以下简称港资公司），通过在元宇宙的营销，将一款机械战甲形象的数字头像出售给了广州一位经营酒吧的元宇宙潮玩买家。8月底，港资公司发现该款数字头像被打印在了买家酒吧的文化衫上，用作推广宣传。根据双方的协议约定，该数字头像不能用于真实世界的商业行为。港资公司认为买家侵权，遂要求赔偿损失。

这种缘起于元宇宙社区的虚拟财产纠纷在司法审判中并无先例，又兼有技术性、隐私性等属性，给传统解纷机制带来了新的挑战。

港资公司得知广州仲裁委员会设立了元宇宙仲裁院，专门提供虚拟仲裁法律服务，于是来到广州仲裁委员会下属分支机构——南沙国际仲裁中心咨询。后经双方当事人同意达成仲裁条款，决定通过网上元宇宙立案，将纠纷交由元宇宙仲裁院解决。

“数字经济时代，交易双方都受到流量思维的影响。短时间内基于供给和需求产生的大额资金占用和金融获利，让此类纠纷往往具有紧迫性，若不及时得到解决，会让经济损失数倍乃至数十倍增长。”该案仲裁员、数字纠纷领域专家黄民欣告诉记者。

黄民欣说，本案一方当事人在取得数字化形象后，将其应用于线下服装印制并计划发售，背后反映的是数字化藏品和虚拟形象在转入线下时的版权收益问题，此

类纠纷因缺少新型法律指导而频发、易发。

近日，在元宇宙仲裁院的线上庭审场景中，仲裁员、双方当事人在专设的虚拟庭室里展示电子证据、进行诉辩交锋。最后基于商业化利益的共同需要，在仲裁员的见证下，港资公司给予数字化形象持有者和使用者新授权，使用者适当向港资公司分享收益。这宗元宇宙虚拟财产纠纷案，从受理到调解结案，仅用时5天。

【科技手段拓展纠纷渠道】今年7月，顺应元宇宙发展的潮流，广州仲裁委员会设立了全球首个元宇宙仲裁院——Meta City元邦仲裁院，开创元宇宙仲裁规治的先河。并在元宇宙城市Meta City元邦市政厅（Meta City Hall）主体建筑建构天秤浮岛内进驻，成为全球首个元宇宙仲裁院。

在元宇宙场景产生的交易，发生纠纷后回归到元宇宙专门仲裁院审理。据了解，广州仲裁委员会设立元宇宙仲裁院虚拟仲裁庭，为元宇宙开辟了解决纠纷的新通道，突破了三维世界的限制，将庭审内容和参与者数字化多维完美重现，实现了现实世界纠纷解决机制在虚拟世界的拓展。

调解结案后，双方当事人对参与元宇宙仲裁的新奇经历赞叹不已，大家在虚拟场景展示的都是经过区块链认证的虚拟形象，少了针尖对麦芒的火气，多了一丝对科技改变生活的感慨和好奇。元宇宙仲裁院的庭审机制更加注重隐私保护，只有仲裁员和当事人知道房间的加密密码，确保了庭审过程不会意外被打断并且高度保密。

广州仲裁委员会理论研究室研究员陈晨告诉记者：“我们将全息、虚拟介质等前沿技术嵌入元宇宙仲裁院，未来我们将继续探索推出类似NPC（非玩家角色）的虚拟仲裁秘书辅助服务，将案件智能受理、证据区块链识别、观点陈述录入等程序性工作交给人工智能，赋能元宇宙仲裁。”

在开创元宇宙仲裁院的同时，广州仲裁委员会还配套推出智能新产品——“云小仲”机器人。“云小仲”机器人具有科技含量高、不间断服务、操作界面简明、行动灵活便捷等优势，自今年8月上线以来，已接受逾千人次咨询。

在本次元宇宙案件审理中，“云小仲”还升级上线了“虚拟仲裁员”功能。审理案件的仲裁员通过语音、打字等即时交互手段，可以快捷从“虚拟仲裁员”这个得力助手处获取有关法律条文和司法解释，检索司法数据库的相关判例，针对性地对案例相似程度、不同裁判者的裁量、裁判依据的异同进行图表式的清晰对比，最终的判断仍然由仲裁员作出，大大减轻了仲裁员的工作量，并能够快速地对庭审中遇到的新焦点、新问题，给出有依据的科学参考。

【完善虚拟世界法律服务】“广州仲裁委员会设立全球首家元宇宙仲裁院并由首例案件开启虚拟世界仲裁解纷，实现‘互联网+法律’的深度融合，确保虚拟世界法律不缺位。”广州仲裁委员会相关负责人说。

据该负责人介绍，为助力我国数字经济不断做大做强，广州仲裁委员会率先推出互联网仲裁推荐标准，开发全球首个亚太经合组织在线纠纷解决（APEC-ODR）平台。凭借互联网仲裁远程庭审的领先优势，今年前7个月，广州仲裁委员会受理互联网仲裁案件5800多件，同比增长超过30%，标的同比增长近90%。

据广州仲裁委员会相关负责人透露，未来，广州仲裁委员会将继续探索和完善元邦仲裁院的“虚拟仲裁员”机制，并将其同步运用到现实世界的仲裁案件审理中，提供一条可以复制推广的新途径，引领多元纠纷解决机制在元宇宙时代的持续创新发展。

“广州仲裁委员会将技术优势结合到仲裁机制的发展中，打造元宇宙仲裁的解纷平台，切实解决了元宇宙当事人之间的虚拟财产纠纷，填补了相关领域的空白，提升了中国仲裁的国际形象和国际影响力，相信广州仲裁委未来会继续开拓、继续完善元宇宙仲裁机制，贡献更多的亮点和惊喜。”中国社会科学院社会学所经济与科技社会学研究室主任、中国社会科学院大学数字中国研究院执行院长吕鹏说。

【来源】广东司法行政微信公众号

【时间】2022年11月18日

案例研究

1. 最高法：谈话在公共场所进行，录音在该公共场所录制，未侵犯任何人的合法权益，可以作为认定案件事实的依据。

【裁判概述】“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为”应当理解为系对涉及对方当事人的隐私场所进行的偷录并侵犯对方当事人或其他人合法权益的行为。

【裁判文书】最高人民法院(2015)民提字第212号

【法院认为】首先，张某武提交的该份录音证据虽然形成于原审庭审结束之前，但张某武在本案的一审诉讼及另案1500万元标的诉讼的一、二审均为胜诉，该证据对于张某武在本案原审及另案1500万元标的案的一、二审的诉讼过程中并无提交的必要性，亦即张某武在主观上并无逾期提交证据的故意。其次，该份录音证据是张某武与陈某雄就《合作协议》相关款项的支付产生争议后双方沟通谈话的真实记录，其取得并未侵害陈某雄或其他人的合法权益，也未有违反法律禁止性规定或违背公序良俗的情形。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事诉讼证据规定》）第六十八条的规定：“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”（注：因2015年修正的《民诉法解释》第一百零六条规定：“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”该条款在《民事诉讼证据规定》2019修正版中被删除。）张某武提交的录音证据并非以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得，故该录音证据可以作为认定本案相关事实的依据。再次，该录音证据系张某武与陈某雄就《合作协议》产生争议后双方协商的谈话过程，能够客观反映双方合作的相关事宜，与本案的基本事实密切相关，应当采纳。广东省高级人民法院再审审查时认为，该录音证据是在未取得陈某雄同意的情况下单方录制，该院根据《最高人民法院关于未经对方当事人同意私自录音取得的资料能否作为证据使用问题的批复》（法复[1995]2号）关于“证据的取得首先要合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案的根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用”的规定，认定该录音证据不具有证明力。本院

认为，根据2002年4月1日实施的《民事诉讼证据规定》第六十八条关于“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”的规定，法复[1995]2号批复所指的“未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为”应当理解为系对涉及对方的隐私场所进行的偷录并侵犯对方当事人或其他人合法权益的行为。《民诉法解释》第一百零六条关于“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”（该条被2022年修正的《民诉法解释》第一百零六条保留）的规定明确了该司法精神。本案中，张某武与陈某雄的谈话系在宾馆大厅的公共场所进行，录音系在该公共场所录制，除张某武的女儿外也未有其他人在场，并未侵犯任何人的合法权益，故对该录音证据应予采纳，并作为认定本案相关事实的依据。广东省高级人民法院对该证据未予认定，属于适用法律错误，本院予以纠正。关于梁某及原夏某军的证人证言，因两位证人的证人证言在张某武向广东省高级人民法院申请再审时已经提交，因当时梁某、夏某军两人均未出庭作证，故广东省高级人民法院认定两人的证人证言不具有证明力，本院对此予以确认。

2. 最高法：开发商在交房前破产，已付全款买受人所购房产非破产财产

【裁判概述】买受人购买房地产开发商所开发的多套案涉房屋，并支付完毕全部价款，但房地产开发商在约定交房日期前进入破产清算程序的，在案涉商品房的楼层、房号、面积均具体明确，能够与与其他房屋相区别情况下，应当认定案涉商品房不应列入房地产开发商的破产财产。

【裁判文书】（2017）最高法民申1429号

【基本案情】

1. 沃凯宏与东来公司签订《商品房买卖合同》，购买东来公司所开发的多套案涉商品房，并支付完毕了全部购房款，也在房地产管理中心办理了登记备案。

2. 在双方约定的房屋交付日之前，法院受理了东来公司的破产重整申请，但由于重整失败，法院宣告东来公司破产。

3. 沃凯宏诉至法院，要求确认上述《商品房买卖合同》项下的商品房不属于东来公司的破产财产，一审法院支持其诉讼请求。二审法院维持原判。

4. 住宅公司以其享有的建设工程优先权遭受损害为由，诉至法院要求撤销上述生效判决，一审法院驳回其诉讼请求。二审法院维持原判。住宅公司提出再审。

【争议焦点】案涉商品房是否应列入破产财产

【法院认为】（一）关于原判决是否存在适用法律错误的问题。住宅公司主张，因《中华人民共和国企业破产法（试行）》已被新的《中华人民共和国企业破产法》取代，以《中华人民共和国企业破产法（试行）》为制定依据的《审理破产案件规定》失去了适用前提和基础，且对比《破产法司法解释二》的相关内容，《审理破产案件规定》第七十一条第五、六项已被删除，原审适用法律错误。本院认为，《中华人民共和国企业破产法》实施后，《审理破产案件规定》未被最高人民法院废止，且《破产法司法解释二》第二条规定的情形并未否定《审理破产案件规定》第七十一条第五、六项的适用，原审判决适用《审理破产案件规定》第七十一条第五项的规定并无不当。另外，对于住宅公司“就算能够适用旧司法解释，也应适用相关条款的第六项，认定涉案商品房属于破产财产”的主张，根据原审查明的事实，涉案商品房并未向沃凯宏交付，本案不符合《审理破产案件规定》第七十一条第六项规定的情形。因此，住宅公司关于原判决适用法律错误的再审申请理由不能成立。

（二）关于讼争商品房是否应列入破产财产的问题。住宅公司主张涉案商品房尚未建成，因此不是标的物，客观上也无法转移占有，即涉案商品房并非特定物且不符合《审理破产案件规定》第七十一条第五项规定的情形。本院认为，沃凯宏与东来公司签订的《商品房买卖合同》合法有效，且沃凯宏已支付全部购房款。沃凯宏所购商品房的楼层、房号、面积均具体明确，与其他房屋相区别，系特定物。《审理破产案件规定》第七十一条第五项规定的“尚未转移占有”，不仅包括可以转移占有但尚未转移的情形，也应包括客观上不符合交付条件，尚无法转移占有的情形。故原审法院依据该规定认定涉案商品房不属于破产财产并无不当。

【裁判结果】驳回宁波住宅建设集团股份有限公司的再审申请。

3. 最高法：当事人伪造公司印章在保证书上加盖的，该公司是否应承担担保责任

【裁判概述】被告自然人出具《还款保证书》时，并非被告公司法定代表人，且仅持有该公司少数股权，也无公司相应授权，且公司对其行为不予认可，故其当时并不具有代表或代理该公司对外提供担保、签订担保合同的权限。但生效的刑事

判决已认定被告自然人为被告公司实际经营人、实际控制人。因此，其以公司名义对外提供担保的行为应认定构成表见代理，被告公司依法应对被告自然人的行为承担保证责任。

【裁判文书】（2022）最高法民再115号

【基本案情】再审申请人九江香炉峰宾馆有限公司（简称香炉峰公司）因与被申请人蔡家松、潘艳南、吴美华、九江市圣庐担保有限责任公司（简称圣庐公司）民间借贷纠纷一案，不服江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第81号民事判决，向本院申请再审。本院于2021年12月13日作出（2021）最高法民申7353号民事裁定提审本案。香炉峰公司申请再审理由：依法撤销江西省九江市中级人民法院（2014）九中民三初字第122号民事判决、江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第81号民事判决，依法改判香炉峰公司不承担责任。主要事实和理由为：（一）潘艳南出具给蔡家松的《还款保证书》上加盖的香炉峰公司印章已被生效刑事判决认定为伪造，二审判决关于无证据证明该印章系他人伪造的认定错误。生效的江西省九江市中级人民法院（2019）赣04刑终578号刑事判决已经认定潘艳南伪造香炉峰公司印章向蔡家松出具虚假的《还款保证书》的犯罪事实。该刑事案件调查结果足以证明该印章系被他人私刻、伪造、冒用，不代表香炉峰公司真实意思表示。（二）假印章使用两次或多次不应等同于香炉峰公司真实意思表示，且假印章不存在“曾使用”的情况，二审判决以《放弃租赁优先权承诺书》中的印章与《还款保证书》中的印章一致为由认定案涉担保属香炉峰公司意思表示错误。《放弃租赁优先权承诺书》上虽未写明日期，但该承诺书系针对编号为101300000000127571的抵押合同而出具，该抵押合同是为签订于2013年9月13日的《授信协议》提供抵押，因此《放弃租赁优先权承诺书》上的假印章加盖时间应在2013年9月13日之后，而《还款保证书》落款时间为2013年9月2日，不能认定假印章“曾使用”的事实。（三）潘艳南不是香炉峰公司的实际经营人，生效刑事判决中关于潘艳南系香炉峰公司实际经营人的认定不应作为本案认定事实的依据。潘艳南在香炉峰公司的股权最多时仅占28%，2013年4月8日之后潘艳南仅占股5%，潘艳南也从未在香炉峰公司担任职务。2014年6月7日，香炉峰公司时任法定代表人何妹在报纸上声明潘艳南不能代表香炉峰公司。香炉峰公司及其股东未参与潘艳南伪造公司印章罪一案的审理，未就潘艳南是其公司实际经营人的事实进行抗辩，不应在该刑事案件中认定潘艳南是其公司的实际经营人。

蔡家松辩称：（一）香炉峰公司向蔡家松出具的《还款保证书》上加盖的印章多次在其他场合中使用，足以认定加盖印章提供担保的行为是香炉峰公司的真实意思表示，香炉峰公司应当承担不利后果。1. 根据江西省九江市庐山区人民法院作出的（2015）庐民二初字第333号民事判决的认定，香炉峰公司为九江天欣物资有限公司（简称天欣公司）向银行贷款提供抵押担保并出具《放弃租赁优先权承诺书》，说明其公司认可该承诺书上印章的真实性，而承诺书上加盖的印章与《还款保证书》上加盖的印章为同一枚印章，据此足以认定香炉峰公司多次使用该印章；2. 根据《贷款通则》第二十五至二十九条之规定，贷款的程序依次为：贷款申请、对借款人的信用等级评估、贷款调查、贷款审批、签订借款合同。《放弃租赁优先权承诺书》属于贷款调查的范围，该承诺书出具的时间不可能早于抵押合同的签订时间，即2013年9月13日。（二）潘艳南作为香炉峰公司的实际经营人、控制人，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第19条的规定，即使《还款保证书》上的印章系潘艳南伪造，蔡家松作为善意相对人也无需审查香炉峰公司的股东会决议，香炉峰公司应当对蔡家松承担责任。1. （2019）赣04刑终578号刑事判决已认定潘艳南系香炉峰公司的实际经营人，其持有香炉峰公司印章具有合理性，即使蔡家松未审查股东会决议，香炉峰公司也应承担责任；2. 香炉峰公司为潘艳南持股98%的天欣公司提供抵押担保，实际上是为潘艳南提供担保，说明香炉峰公司与潘艳南有巨大的利益往来，由此，香炉峰公司为潘艳南对蔡家松的债务提供担保，具有合理性；3. 即使《还款保证书》上的印章为假印章，蔡家松对该印章是否真实并不清楚，不具有主观恶意，是善意相对人，蔡家松的合法债权也应当得到法律保护。

潘艳南辩称：（一）潘艳南与蔡家松并不认识，案涉借款实际为吴美华所借，潘艳南仅是名义借款人，案涉借款中仅有部分款项为潘艳南使用，且潘艳南已偿还该部分款项的本息。（二）生效刑事判决已认定潘艳南伪造了香炉峰公司的印章，应依此来认定《还款保证书》的效力。（三）潘艳南购买香炉峰宾馆的主要目的是经营，为避免重新办理证照，故与香炉峰公司原股东协商一致以股权变更登记的方式将香炉峰公司股权无偿转让给潘艳南。潘艳南已支付大部分购房款，剩余小部分购房款潘艳南已与香炉峰公司原股东签订借款合同。香炉峰公司的房屋已移交给潘艳南，仅未办理过户手续，潘艳南对该房屋享有所有权、处置权、抵押权等，潘艳南行使上述权利不影响香炉峰公司及其原股东权益。（四）潘艳南因向万美珍借款，

应万美珍要求将香炉峰公司70%的股权转让给万美珍作为抵押。潘艳南偿还借款后，万美珍应将该70%股权返还给潘艳南。

【法院认为】案涉《还款保证书》上加盖的香炉峰公司印章已被生效的（2019）赣04刑终578号刑事判决认定为潘艳南伪造，本案审理的重点是潘艳南在案涉《还款保证书》上签字并加盖伪造的香炉峰公司印章，以香炉峰公司名义对外提供担保的行为应否认定为香炉峰公司的行为。潘艳南向蔡家松出具《还款保证书》时，并非香炉峰公司法定代表人，且仅持有香炉峰公司5%的股权，也无香炉峰公司相应授权，且香炉峰公司对潘艳南的行为不予认可，故潘艳南当时并不具有代表或代理香炉峰公司对外提供担保、签订担保合同的权限。但生效的（2019）赣04刑终578号刑事判决已认定潘艳南为香炉峰公司实际经营人，且在再审过程中，潘艳南提交了其与香炉峰公司法定代表人万美珍之间的《还款协议》、香炉峰公司前法定代表人何妹签字的《股权占股情况的说明》、其与香炉峰公司原股东签订的《存量房买卖合同》、关于香炉峰宾馆移交的《协议书》、香炉峰宾馆的房产证等新的证据材料，以证明其实际享有香炉峰公司75%的股权，系香炉峰公司的实际控制人。

因此，本案应当在查明潘艳南上述主张是否属实的基础上，进一步审查潘艳南以香炉峰公司名义对外提供担保的行为是否构成表见代理、香炉峰公司依法应否对潘艳南的行为承担责任及承担何种责任。鉴于上述基本事实原审法院均未予审理，故根据《最高人民法院关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第四条“人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现原判决认定基本事实不清的，一般应当通过庭审认定事实后依法作出判决。但原审人民法院未对基本事实进行过审理的，可以裁定撤销原判决，发回重审”的规定，本案应发回原审法院重新审理。

【裁判结果】

一、撤销江西省九江市中级人民法院（2014）九中民三初字第122号民事判决、江西省高级人民法院（2015）赣民一终字第81号民事判决；

二、本案发回江西省九江市中级人民法院重审。

4. 最高院：在当事人对违约金和利息有明确约定的情况下，不宜将违约金等同或混同于利息

【裁判概述】违约金与利息的内涵、性质并不相同，在当事人对违约金和利息有明确约定的情况下，不宜将违约金等同或混同于利息。二者的区别主要体现在：违约金是依照约定或者法律规定，一方当事人违约时应向另一方支付的金钱或相应财产；违约金具有担保债务履行的功效，又具有补偿守约方损失及惩罚违约方的效果，往往作为违反合同义务的一种责任承担方式；而利息作为本金的孳息，是指资金所有者因出借资金而取得的报酬，在经济学上系指生产者使用该笔资金发挥营运职能而形成的利润的一部分，是货币资金向实体经济注入并回流时所带来的增值额。由此，违约金与利息的内涵、性质并不相同，具有不同的制度功能、目标定位。鉴于民商事交易的意思自治原则，法律允许当事人在法律规定的范围内自主约定违约金、利息的有无以及相应的具体标准。

【裁判文书】（2022）最高法民申706号

【争议焦点】一、二审判决认定已归还博森企业的91617021.62元先抵充违约金，适用法律是否有误。

【法院认为】原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十一条规定：“债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：（一）实现债权的有关费用；（二）利息；（三）主债务。”就本案而言，各方当事人确认博森企业已收取91617021.62元，且对该部分款项的清偿顺序没有特别约定，依法应遵循实现债权的费用、利息、本金的清偿顺序进行抵充，而违约金并不在优先抵充的顺序之列。一、二审判决将乔普公司已支付的91617021.62元款项先抵充违约金，与上述司法解释规定明显相悖，适用法律有误。具体分析如下：

首先，违约金不等同于利息。违约金与利息的内涵、性质并不相同，在当事人对违约金和利息有明确约定的情况下，不宜将违约金等同或混同于利息。二者的区别主要体现在：违约金是依照约定或者法律规定，一方当事人违约时应向另一方支付的金钱或相应财产；违约金具有担保债务履行的功效，又具有补偿守约方损失及惩罚违约方的效果，往往作为违反合同义务的一种责任承担方式；而利息作为本金的孳息，是指资金所有者因出借资金而取得的报酬，在经济学上系指生产者使用该笔资金发挥营运职能而形成的利润的一部分，是货币资金向实体经济注入并回流时所带来的增值额。由此，违约金与利息的内涵、性质并不相同，具有不同的制度功

能、目标定位。鉴于民商事交易的意思自治原则，法律允许当事人在法律规定的范围内自主约定违约金、利息的有无以及相应的具体标准。就本案而言，《收购协议》中约定的目标权益收购溢价款实则为年利率12%的借款利息，逾期还款，则按照日万分之五的标准支付违约金。就上述约定而言，双方就利息和违约金的约定均是明确的，不存在因约定不明而将违约金视为利息的情形。

其次，违约金、利息合计在一定范围内可以同时支持，但不意味着可以同时先行抵充。《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》（2015年施行）第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。”该规定是对逾期利息、违约金及其他费用合计最高限额的规定，当事人在总计不超过年利率24%的范围内一并主张，人民法院应予以支持。实际上，在不存在先付款项以及抵充顺序的情形下，违约金、利息并不一定需要进一步区分，但若存在先付款项以及抵充顺序的情形，就有必要进行区分。就本案而言，博森企业已收到91617021.62元，应先行抵充借款本金157000000元依约产生的利息（按年利率12%计算），若有余款再抵充本金；因余款已不足抵充本金，故不存在再抵充违约金的问题。当然，案涉逾期付款违约金可依约正常核算，并作为乔普公司应付款项的一部分依法给予认定，但不能优先抵充。

最后，二审判决认为借款期限内按年利率12%计算的利息加上逾期日万分之五违约金，合计并未超过总借款金额按年利率24%计算的利息总和，系理解错误，二者合计实为30%，显然已经超过当时生效司法解释所保护的24%最高年利率上限。

基于上述审查分析，一、二审判决认定已付款项91617021.62元应先行抵充违约金，然后再抵充借款本息，适用法律有误，进而导致最后认定的尚欠借款本息存在较大错误，需要重新核查认定相关具体事实。二审法院再审本案过程中，应严格依据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十一条的规定，遵循先息后本的抵充顺序重新核算尚欠借款本金、利息、违约金等，依法确定应支持的金额。

【裁判结果】

- 一、指令广东省高级人民法院再审本案；
- 二、再审期间，中止原判决的执行。

专业委员会简介

第十一届深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会

律协各专业委员会是律协理事会根据律师业务的发展情况设置的负责组织会员进行学习和交流，指导律师开展业务活动的机构。其宗旨是发动会员积极学习专业知识，提高律师业务素质和服务水平，拓展律师业务领域，促进律师专业化分工，增强深圳律师的整体实力。

民事诉讼法律专业委员会致力于提高律师民事诉讼理论研究和法律服务水平，关注民事诉讼理论研究前沿，撰写有关民事诉讼法律专业论文，制定民事诉讼律师业务指引，积极参与人大、政府的民事诉讼法律领域重要法律法规和司法解释的征求意见工作。

组成成员

主任：李娅莉（诚公龙华所）

副主任：郭继军（华途所）、王飞谭（鹏科所）、王庆社（华商所）

秘书长：徐晶（商达所）

副秘书长：胡梦甜（际唐所）、徐明乾（诚公龙华所）、杨朗（盈科所）

委员：齐风敏（晟典所）、楚姣（卓建所）、韩冰（普罗米修所）、李侠（盈科所）、梁海峰（深展所）、肖洋（炜衡所）、魏秀菊（心怡所）、郭生华（段和段所）、树宏玲（圣马所）、周涛（锦天城所）、黄汉鸿（盈科所）、濮庆（融关所）、周琼（高建瓴所）、李照（言朋所）、任虹（观韬中茂所）、敖翔（生龙所）、黄志妙（法广所）、刘占磊（知恒所）、李文督（金地所）、卢秋莹（中伦所）、岳云鹏（泰和泰所）、段超凡（华商所）

干事：牛悦（诚公龙华所）、李婉欣（盈科所）

《民事诉讼法律资讯》2022 年11月 号—总第10期

本期编委：李娅莉、王飞谭、郭继军、李侠、徐明乾、梁海峰

责任编辑：梁海峰

——本资讯由深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会搜集整理（相关著作权归原权利人所有）。本资讯可在深圳市律师协会网站下载。