

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

2022年 第4期 | 总第082期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH  
ZHH & Robin



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】

金融机构垫付破产企业  
工资按职工债权清偿刍议

竞业限制协议  
实务分享

办案札记 | 性侵犯罪  
被害人诉讼代理人工作实录

虚拟主播的声音使用及  
权利保护相关法律问题分析

### 【法理天地】

浅议破产程序中  
管理人解除以房抵债合同

## 中豪再次荣膺 Legal 500 2023年度亚太推荐律所

2022年11月24日，国际权威法律评级机构 Legal 500 发布了 2023 年度亚太地区领先律师事务所和律师的评选名单。中豪凭借卓越的专业能力、优质的法律服务及良好的业界声誉，再次荣获“中国地区榜单：成都及重庆”推荐律师事务所。董事局主席袁小彬再次荣膺榜单“名人堂（Hall of Fame）”称号。合伙人、香港办公室主任杨青再次入选“明日之星（Next Generation partner）”推荐榜单。

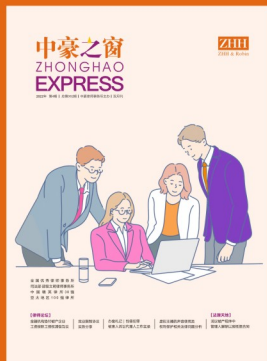


## 创始合伙人袁小彬出席中国-东盟法治论坛并作主旨演讲



2022年12月17日，由西南政法大学、重庆市对外文化交流协会主办的第四届中国-东盟法治论坛在重庆传媒中心线上线下同步举行，本次论坛的主题为“法治合作推动共建‘一带一路’高质量发展”，共设主旨演讲和5个研讨专题，来自中国和东盟各国共计126名法律法学界人士受邀参与本次论坛。董事局主席袁小彬在主论坛演讲《律师在中国-东盟企业投资与经贸合作中的机遇与作用》，合伙人杨青在中国-东盟法治论坛上作《做实法律尽职调查，助力企业东盟投资行稳致远》英文演讲。





# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

总第082期 2022年 第4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	张晓卿
卜海军	陈伟	范珈铭
涂小琴	李东方	夏烈
俞理伟	朱剑	吴红遐
汪飞	郑毅	郑继华
崔冽	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	程地昌
李永	王必伟	柴佳
刘文治	青苗	伍伟
周鹏	肖东	黎莎莎
谢敏	郑鹏	宋琴
赵晨	高伟	吕睿鑫
任远	曹一川	赵寅皓
张龙	高红刚	文奕
王瑞勇	王冠男	杨敏
蒋官宝	刘卉灵	袁珂

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

金融机构垫付破产企业工资按职工债权清偿刍议 ..... 梁勇 黄昊 2

竞业限制协议实务分享 ..... 宋琴 13

办案札记 | 性侵犯被害人诉讼代理人工作实录 ..... 汤伟佳 17

虚拟主播的声音使用及权利保护相关法律问题分析 ..... 陈明杰 29

### 法理天地 THEORY

浅议破产程序中管理人解除以房抵债合同 ..... 宋涛 33

2022年12月1日，为满足国有企业全方面的服务需求，汤伟佳律师为重庆航空举办了“国有企业职务犯罪预防”线上专题培训，重庆航空1340余人全程参与，培训内容丰富多彩，深受客户好评。

立冬初始，疫情之下的重庆略显安静，但重庆人的团结可以温暖这个初冬。为企业在疫情期间可能遇到的典型经营风险提供专业建议，中豪及时举办一系列线上公益法律讲座，为企业排忧解难，助力企业克服当下危机。2022年11月28日下午，合伙人俞理伟为重庆市青年企业家协会和重庆市青年商会举办“疫情防控形势下企业经营法律风险防范”腾讯线上专题培训，诸多青年企业家及企业管理者参与本次培训并给予好评。

2022年11月14日-17日，渝北区开展全员核酸检测。党员律师李云瑶积极报名参加抗疫志愿者，在做好自身防疫的同时，主动加入志愿者行列，连续多天参与战“疫”一线的疫情防控志愿服务。2022年11月14日，南岸区天文街道玉马路社区招募抗击疫情志愿者。党委副书记宋琴律师积极响应号召，加入核酸检测队伍大军，维持核酸检测队伍秩序，录入核酸检测信息，发挥党员的先锋模范作用，危难时刻更进一步，为人民群众贡献一份爱心。

2022年9月28日，成渝金融法院正式揭牌。该法院按照直辖市中级人民法院设置，分别在重庆市渝中区、四川省成都市设立办公区。鉴于此，2022年10月26日，合伙人黎莎莎在中豪大讲堂举办了“成渝金融法院设立背景及机遇”专题讲座，本所全体授薪合伙人、顾问律师、律师和助理参加培训。

# 中豪新闻



盛世金秋，恭逢盛会。2022年10月16日上午10时，中国共产党第二十次全国代表大会在北京人民大会堂隆重开幕。中豪党委组织全体党员观看了党的二十大开幕会，认真聆听学习了习近平总书记向大会所作的报告。

2022年10月，重庆市涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会第一次联席会会议在市工商联召开。市委统战部副部长、市工商联党组书记张洪斌，市检察院党组成员、副检察长陆军，市国资委副主任李星强等领导出席会议并讲话。会议公布了市级第三方机制专业人员库首批人员名单，并为专业人员代表颁发聘书。凭借在企业合规、刑事法律服务领域的丰富经验及业绩，合伙人傅达庆、张磊受聘成为第三方机制专业人员库首批入库人员。

为进一步提升金融机构反洗钱工作水平，提高金融从业人员的反洗钱意识，2022年9月28日，合伙人黎莎莎受邀赴安诚财产保险股份有限公司举办“保险公司反洗钱风控与合规实务解析”专题讲座。

2022年9月14日，第十届全国律协专门委员会、专业委员会调整，合伙人、香港办公室主任杨青当选第十届全国律协涉外法律服务专业委员会副主任。本次当选体现了杨青律师在涉外法律服务领域的杰出专业技能和丰富实务经验，亦是对中豪在涉外业务领域的卓越业绩和行业地位的充分认可和肯定。

2016年10月10日，国务院发布《关于积极稳妥降低企业杠杆率的意见》（以下简称国务院《意见》）明确提出，对于扭亏无望、已失去生存发展前景的“僵尸企业”，要破除障碍，依司法程序进行破产清算，全面清查破产企业财产，清偿破产企业债务并注销破产企业法人资格，妥善安置人员。对符合破产条件但仍有发展前景的企业，支持债权人和企业按照法院破产重整程序或自主协商对企业进行债务重组。在此之后，运用企业破产法所确定的法律手段解决企业出清或者盘活企业资产、引导社会资源等问题成为广泛共识。随之而来的是企业破产案件数量激增，以重庆地区为例，自2017年起，近5年案件数量增长率均超过30%，近两年更是分别达到了56.49%、45.49%。随着新冠疫情的反复和持续，国家在宏观经济层面一直以稳经济、稳增长作为政策主线，但在疫情等不确定因素带来的负面影响及社会资源整合的大背景下，仍存在大量企业无法支持而陷入破产重整或者破产清算境地。

# 金融机构垫付破产企业工资 按职工债权清偿刍议

◎ 文 / 梁勇 黄昊 / 重庆办公室







梁勇 | 合伙人

专业领域：银行与金融  
手机：+86 139 0837 7991  
邮箱：liangyong@zhhlaw.com



黄昊 | 合伙人

专业领域：银行与金融  
手机：+86 139 0835 3257  
邮箱：jason.zhao@zhhlaw.com

以破产企业自身的参与主体划分，实际上存在企业和企业职工双重观察视角。国务院《意见》中，聚焦在企业职工这一视角下，破产程序需要承担“妥善安置人员”的社会责任。因此，在承接破产企业法规定的基础上，最高法院通过《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》（以下简称《破产意见》）、《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称《破产会议纪要》）确立了鼓励第三方垫款优先解决破产企业职工的安置问题、垫付工资按照职工债权性质清偿两大原则。但是上述原则性的规定在实践中使得各地存在适用上的巨大差异，这种适用上的差异体现在垫款主体、垫款成本及回收方式是否能够得到认可的不确定性，从而有可能为实现国务院《意见》妥善安置人员的基本目标带来负面影响。因此，希望本文能抛砖引玉，引起更多专业人士对该部分规定的条件明确化、适用统一化的关注和研讨。

## 案件背景

受国家宏观政策和国内外经济下行影响，加之历史包袱沉重、转型发展推进滞后及疫情等诸多因素，某市市属国有企业出现流动性风险和债务风险，陷入债务经营困境且日趋严重。在此期间，为保障企业的政策持续经营和社会稳定，某市建立组织协调机制，组建工作专班推进该企业债务重组工作。该企业部分金融债权人组成的金融债委会达成《会议纪要》，按照某市政府的要求坚持不抽贷、不压贷、不断贷，在不增加用信条件的情况下采取展期、续贷等方式支持企业。遵循上述政策的要求，某银行陆续应企业申请，以贷款

形式向该企业出借资金，资金实际用途均为支付职工工资、支付该企业关联公司关停后的职工安置补偿费用。在贷款到期后，根据某市政府不断贷的要求，通过发放专项贷款方式对到期贷款进行了点对点续接。

年初，根据该企业的申请，某市中级人民法院出具通知书，对该企业及数家关联公司预重整。该银行在债权申报中就上述用途为支付职工工资、安置补偿费用的贷款进行了申报，并注明应当依法按照职工债权性质清偿，该项申报内容与预重整辅助机构存在重大分歧。该类债权金额较大，能够按照垫付的职工债权在破产案件中得到清偿成为某银行重点关心、关注的问题，因此多次就这一事项与预重整辅助机构交换意见。

在地方重点实体经济企业陷入经营危机的情况下，往往会出现类似的情形，即在做好“六稳”工作、落实“六保”任务等重要要求下，金融机构需要通过持续提供信贷支持。上述信贷款项从企业经营视角来看，是用作运营周转资金；从企业员工视角来看，是作为日常劳动报酬发放的资金。由于企业此时尚未进入破产程序，往往又无法提供足值甚至无法提供任何有价值的担保，导致这部分出借资金在破产受理后很可能仅能够作为普通债权获得受偿。

## 最高法院对于清偿仅有原则性规定

《企业破产法》第113条规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，





依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。”最高院《破产意见》第5条指出：“……有条件的地方，可通过政府设立的维稳基金或鼓励第三方垫款等方式，优先解决破产企业职工的安置问题，政府或第三方就劳动债权的垫款，可以在破产程序中按照职工债权的受偿顺序优先获得清偿。”《破产会议纪要》第27条规定：“……破产程序中要依法妥善处理劳动关系,推动完善职工欠薪保障机制,依法保护职工生存权。由第三方

垫付的职工债权，原则上按照垫付的职工债权性质进行清偿……”

上述规定明确由第三方垫付的破产企业欠付的职工工资、医疗、伤残补助、抚恤费用等，均可以按照职工债权的性质优先于社保、税款债权及普通债权，在破产费用及共益债务清偿完毕后予以清偿。但是上述规定为原则性规定，在可适用主体、垫付方式、资金成本等具体事项上没有限缩性解释，也没有明确参照适用范围，例如：作为“第三方”的主体是否具有限定性，破产企业的母公司、关联公司或金融机构、财务公司是否可以作为“第三人”；“垫付”是否只能限定为受托支付或直接向职工个体进行支付，“垫付”的形式是否包含贷款、支用备用金等；“垫付”发

生在破产程序前的时间范围、条件范围怎么判断；“垫付”款项能否计收利息，资金成本是否也可以一定程度得到清偿保障；“按照垫付的职工债权性质进行清偿”是否需要申报，“第三方”申报的垫付债权性质（表决分组）是否属于职工债权，还是说依据《破产会议纪要》原本表述“按职工债权性质进行清偿”仅仅是肯定其清偿顺序的特殊提前，但债权性质仍然为普通债权等问题，均没有予以明确。具体到案件中，某银行一部分债权形成是以贷款方式划转的资金并未直接支付至职工个体银行账户，而是根据某企业按月报送的职工花名册和工资清单向某企业账户划转对应总额的款项；另一部分以贷款方式划转至某地方区县政府开设的维稳



专项资金账户。上述资金的划转之前，某银行与某企业签订贷款合同约定了上述每笔款项的还款方式、期限和利率。

法律规定的原则性，在债权审核中为债权人和预重整辅助机构都留下了较大的理解空间。因此，某银行认为，无论从款项划转目的、用途，还是最终结果，与《破产意见》《破产会议纪要》确立的鼓励第三方垫款优先解决破产企业职工的安置问题、垫付工资按照职工债权性质清偿两大原则一致，就应当可以适用该原则，要求按照职工债权性质清偿。但辅助机构接受债权申报后，在与某银行的沟通回复中提出：首先，某银行不属于“垫付职工债权”的适格主体，银行发放贷款是一般经营行为，这种经营行为不能够归属于一般意义上的垫付行为；其次，从双方签订的贷款合同中并没有体现出某银行与企业就垫付达成明确合意；再次，款项到达某企业账户或维稳账户后与其他资金混同，具体资金使用属于某企业或某地方区政府自行处分行为，某银行也暂时没有办法取得更为充分的证据确认资金的实际使用的情况；最后，因按照《会议纪要》的不抽贷、不压贷、不断贷的要求，某银行对上述出借款项在到期的情况下通过发放新的专项贷款方式进行了点对点续接，由于该续接贷款实际为借新还旧、债务更新，该行为在法律上已经导致原债权消灭。因此，预重整辅助机构坚持认为某银行的上述债权不符合按照《破产会议纪要》原则进行清偿的前提条

件。

## 尚不存在涉及金融机构债权人将贷款申报作职工债权的案件

各地法院在具体个案的实际适用上存在着较大差异。基于检索基准日为2022年4月25日的检索结果，在裁判观点中引用《破产会议纪要》第27条为裁判依据的案件文书共91份，其中与破产案件相关的共80份。经过对上述裁判文书的研判、归类和整理，我们发现：

（一）截至目前，尚无将用途为支付职工工资的金融机构债权按照职工债权清偿的破产债权确认纠纷案件。

（二）在检索到的裁判文书中，有14份文书涉及的案件债权人采取“借款”“借支”等方式完成资金出借。

（三）上述14份文书涉及的情形中，有12份被法院认定为系基于民间借贷法律关系的出借，2份是类似政府工作组维稳款项借支。

（四）上述14份文书均在审理过程中严格审查审核了资金借用的背景、实际支付情况、是否与其他资金混同出借或者使用等，部分法院在审核时还综合出借方与破产企业的关联关系、出借时间等因素来最终确认债

权性质。其中的9笔债权被确认为职工债权进行清偿，有2笔因为财务凭证存在重新装订而真实性存疑而未被认可，有3笔因未能举证资金流向、款项性质不明而未被认可。

综上所述，在涉及以出借款项的方式垫付职工工资等，在严格审查审核了资金借用的背景、实际支付情况后，法院可能援引《破产会议纪要》第27条认可该债权按照职工债权清偿（肯定其职工债权性质）。但是截至目前，没有找到金融机构为出借主体而将特定用途贷款确认为职工债权的类案。

## 法院对垫付款项按照职工债权性质进行确认并无明确标准

结合案例检索结果和办理破产案件的实践，我们归纳总结了法院将垫付款项认定为职工债权的关注要点，具体如下：

### （一）垫款“第三方”是否具有特定身份（是否是职工）与破产企业的关联性

现有法律对于垫付职工债权的“第三方”未作出明确限制，从《破产意见》到《破产会议纪要》的表述上看，也是在放宽和扩大第三方的范围。就检索到的案例而言，被认可的第三方包括政府部门或欠薪保障基金管理机构，无关联关系的第三方机构或个人也可以成



为垫付主体。例如，四川省雅安市中级人民法院审理的雅安市国有资产经营有限责任公司与雅安三九中药贸易有限公司职工破产债权确认纠纷案【（2020）川18民初73号】垫款主体为市委财经领导小组下属企业部门，广东省广州市中级人民法院（以下简称广州中院）审理的广东粤安实业有限公司与民营经济报社、羊城晚报社普通破产债权确认纠纷案【（2021）粤01民终21292号】，山东省高级人民法院审理的青岛电器总厂与青岛市二轻总公司破产债权确认纠纷案【（2021）鲁民终1844号】，垫款主体均为债务人关联企业；江苏省如皋市人民法院审理的刘伟锋诉展志电子科技（南通）有限公司破产债权确认纠纷案【（2018）苏0682民初7897号】，江苏省江阴市人民法院审理的陈建明与被告江阴胡氏机械有限公司、江阴胡氏机械科技有限公司、江阴梦工房制衣有限公司职工破产债权确认纠纷案【（2019）苏0281民初15762号】，垫款主体均为自然人。但是，上述主体中均未包含金融机构。

## （二）垫款行为发生的时间

《破产会议纪要》第27条规定“破产程序中要依法妥善处理劳动关系……”，但对第三方垫款的时间并未作出明确限制。有部分案例在否定相关出借款项的职工债权性质时，认为只能在破产程序中的出借、垫付才能够认定为职工债权。但我们查到的大部分分类案认为《破

产会议纪要》第27条并未限定垫付时间，垫款行为发生在破产受理前后均不应该构成影响债权性质认定的因素，但破产受理后再行支付职工工资，本应当依法纳入共益债务进行清偿。我们认为，破产受理前，企业是否已经陷入困境，才应当是认定中需要考察的重点。

## （三）就垫付、借支、出借款项的用途有明确合意且具有确定性

主流观点认为，若双方无法就“垫付款项用以支付职工债权”达成明确合意，或者双方已明确约定该款项为借款，则第三方支付的款项可能无法被认定为职工债权。但是也有部分法院认为，是否确认的关键需要结合整个款项支付的实际结果。例如，前述广州中院审理的广东粤安实业有限公司与民营经济报社、羊城晚报社普通破产债权确认纠纷案【（2021）粤01民终21292号】，法院认为：“民营经济报社向集团内部借款的行为虽在法律性质上属于民间借贷的一种情形，但民营经济报社管理人审查确认本案债权金额及部分债权的性质，符合《全国法院破产审判工作会议纪要》第27条‘企业破产与职工权益保护。破产程序中要依法妥善处理劳动关系，推动完善职工欠薪保障机制，依法保护职工生存权。由第三方垫付的职工债权，原则上按照垫付的职工债权性质进行清偿’的精神，一审法院予以认同并无不妥。”

## （四）款项是否在支付、出借时与其他款项混同

第三方支付相关款项时，如是基于履行与破产企业签订的其他合同或基于其他法律关系，则在破产程序中法院可能不会被认定为职工债权。但是在个案中，案涉款项虽为履行买卖合同项下支付的货款，但部分款项在政府的协调下直接支付进破产企业社保账户，最终法院也认可货款中支付进社保账户的部分按照职工债权进行清偿。例如，广东省高级人民法院（以下简称广东高院）审理的余香银、蔡杰文、林文活、张沛浴与深圳市众力模具科技有限公司破产债权确认纠纷案【（2019）粤民终519号】，广东高院认为：“本案与一般的买卖合同关系不同。从合同签订看，余香银、蔡杰文、林文活、张沛浴并未与众力模具公司磋商购买机器设备，也未与众力模具公司签订买卖合同，而是在劳动管理部门的主持下达成垫付相关费用后取得相关机器设备的口头约定。从合同履行看，余香银、蔡杰文、林文活、张沛浴是将垫付款交给劳动管理部门，由劳动管理部门发放给众力模具公司的工人，而非支付给众力模具公司。因此，本案符合劳动管理部门在企业经营困难、处理企业欠薪过程中，由劳动管理部门与当事人协商以企业机器设备折抵垫付工人工资等款项的情形。参照《全国法院破产审判工作会议纪要》（法【2018】53号）第27条‘破产程序中要依法妥善处理劳动关系，推动



完善职工欠薪保障机制，依法保护职工生存权。由第三方垫付的职工债权，原则上按照垫付的职工债权性质进行清偿。由欠薪保障基金垫付的，应按照企业破产法第一百一十三条第一款第二项的顺序清偿。债务人欠缴的住房公积金，按照债务人拖欠的职工工资性质清偿’的规定，本案垫付的工人工资742247元，应作为职工工资债权进行清偿。”

### （五）破产企业是否需要就相关出借款项支付利息

部分判决中，破产企业向垫款的第三方支付利息，则一般可能被认定为借款而非垫付职工债权。但也有部分判决没有将该利息支付因素作为判断债权性质的否定性条

件。例如，湖南省常德市中级人民法院审理的常德市恒威汽车销售服务有限公司与黎文舫破产债权确认纠纷案【（2019）湘07民终1373号】，不仅没有将用于支付职工工资款项的借条中载明支付利息作为否定性判断因素，更是在最终债权确认中将利息一并确认为按照职工工资债权进行清偿。前述广州中院审理的广东粤安实业有限公司与民营经济报社、羊城晚报社普通破产债权确认纠纷案【（2021）粤01民终21292号】，广州中院肯定了企业间借款本金作为职工债权清偿，但是对于其相应利息仅确认为了普通债权。

### （六）垫付款项的合理性

第三方垫付的款项必须是合理

的职工债权，对于超出合理范围的职工债权，即使第三方已经垫付也难以被确认为职工债权。个案中，有法院因垫付款项为支付破产企业不应发放的绩效工资而将该部分绩效工资调整为普通债权。

### （七）垫付款项后，相关款项的支用过程证据是否充分

法院会综合款项支用内容等证据进行判断，同时，还会结合第三方支付款项所带来的效果予以认定。例如，前述广东高院审理的余香银、蔡杰文、林文活、张沛浴与深圳市众力模具科技有限公司破产债权确认纠纷案【（2019）粤民终519号】，法院除查明款项到达破产企业、政府专班机构的情况，也一定程度审查了劳动管理部门发放



给破产企业公司工人的相关证据。

## 金融机构贷款按照职工 债权性质确认的可能性 分析

根据上述案例检索与法律分析，如果金融机构发放贷款产生的债权与支付职工工资、社会保险、公积金或安置补偿款有关，我们认

为在符合一定条件下参照《破产会议纪要》认定和清偿存在如下探讨空间：

**（一）从关注破产案件中的人（企业职工）的视角，肯定垫付行为实质是基于保障企业职工生存权、维护广泛意义上的社会稳定的目的，对于破产法一般清偿规定以外的特殊制度安排**

破产法以债权人平等受偿为根本原则，但通过第113条从制度上直

接规定了职工债权的法定优先，是依法保障职工获得劳动报酬，优于一般债权人的平均受偿权利，其根源在于职工债权实质为职工人权。这种打破平等受偿的制度安排在实践中包括了受偿顺位和受偿时限的双重优先性。受偿顺位的优先性能够依据破产法第113条规定予以保障，但是漫长的清偿过程客观上往往容易导致出现远水解不了近渴的无奈。受偿时限的优先性则需要通





过特殊的制度安排和实践操作，真正达到职工人权的保障要求，而《破产会议纪要》第27条就为实现受偿时限的优先性提供了可能性、可行性。在企业经营陷入危机的情况下，通过其他主体融资进行职工工资垫付时间长、成本高，相反从制度和实践中肯定金融机构在这一时期直接提供该等款项垫付，能够在相对低成本的情况下最大程度上实现受偿时限的优先性。

## （二）《破产会议纪要》第27条制度安排确认及肯定的垫付行为很大程度上是一个不获益的行为，或者说甚至是一种自担风险的行为

《破产会议纪要》第27条将垫付职工薪酬按照职工债权清偿的规定，仅仅使得垫付主体在获得清偿时享受到受偿顺序的优先性，而在清偿时限上需要根据破产案件办理的进度，通过执行财产分配方案或者重整计划中的偿债安排获得最终清偿，在时间上均是随其他债权的清偿程序一并清偿。在这种情况下，未约定利息或约定非常低的利息并未获得额外利益，甚至连一般资金的时间利益都不得保障，相反均是由出资垫付的第三方自行承担在此期间资金成本。同时，由于职工债权清偿具有不确定性，最终清偿比例需要基于破产重整案件中偿债计划或者破产清算案件中破产财产处置情况及破产分配方案的实际情况，特别是清算案件中，虽获确认但最终未获全额清偿甚至无从清偿的情况比比皆是。因此，垫付行为不仅是不获益行为，更是存在风险的行为。金融机构相对于其他资金提供方而言，有着更强的抵抗风险的能力，在执行操作层面能够通过资金监管、专款专户等资金管理手段实际更好控制风险。

## （三）无法律规定对垫款“第三方”主体类型及与破产企业的关联性进行限缩、限制

首先，就检索到的案例而言，被认可的第三方包括政府部门或欠

薪保障基金管理机构，无关联关系的第三方机构或个人也可以成为垫付主体，金融机构被排除在垫付主体之外没有法律依据。其次，出于保障职工人权而鼓励从事不获益的风险行为，更不应以第三人身份进行限定。虽然法律通过提高清偿顺位对于垫付职工薪酬的行为予以肯定和鼓励，但是垫付存在不获益性（甚至纯不利性）及风险性，导致实质上除《破产意见》中所称政府维稳基金或政府平台公司外，真正理想中的、与破产债务人无利益关联或管理关系的第三方没有任何为垫付行为之合理动机。恰恰相反，只有类似背景案件中某银行为代表的金融机构出于政策因素和维稳目的进行垫付。而与其施加压力，不如在依法合规落实风险控制手段的条件下，引导包括金融机构在内的第三方主动参与纾困。最后，如单纯以第三方主体的经营性质来排除垫付职工薪酬在清偿顺位上的优先性，只会导致最有可能有条件垫付的主体不再垫付，职工薪酬获得受偿继续迟滞、陷入不确定性，甚至社会不稳定因素进一步加剧，让《破产会议纪要》第27条变成空中楼阁。

## （四）考虑到金融机构在金融法律法规的监管合规性要求，垫付的合意可能需要更多结合企业与金融机构就垫付进行融资中形成的申请、审批文件、会议纪要及款项支付情况，综合考虑是否适用《破产会议纪要》第27条

垫付主体与企业双方就垫付、借支、出借款项支付职工工资、个人社保的用途是否具有明确合意，且款项支付流程是否具有确定性，需要综合全过程考虑。金融机构由于营业、展业的要求，并不会为垫付款项增加某一个特定的业务类别，从形式上看，往往仅在双方签订的贷款合同中约定款项性质为借款（流动资金贷款）。但是单从业务类别即否定其垫款合意是有待商榷的。同理，由于金融监管规定的授信审查要求，在是否收取利息、是否采取借新还旧延续垫款期限的问题上，出于破产领域的特殊、复杂情况，亦需要在一般性规则的基础上重新考量。

#### **（五）金融机构在垫付款项过程中如已经采取受托支付、专款专户、代发代扣等必要措施，保障款项的支付用途，则可以排除在支付、出借时与其他款项混同**

考虑到在部分破产案件中，垫付款项支付可能由政府专班机构统一收取、发放，则还需要结合款项数目、发放时间及政府专班机构提供的款项支付情况进行综合判断、适用。金融机构如对款项支付至政府专班机构的后续款项向职工支付的情况无证据予以佐证，则可能比较难以认定为垫付职工债权款项。

#### **（六）金融机构可能能够为偿债方案提供更多选择性**

如果企业陷入经营困境的时间较长，职工人数多，职工债权及时

偿付的社会压力会随之增大。在破产案件中，职工债权的清偿方式大多为现金清偿。在这种情况下，垫付职工债权金额持续累积扩大，现金清偿、短期直接清偿的可能性低。如该等职工债权由金融机构进行垫付，则可能不排除就该笔债权做特殊性的清偿处理，采取包括但不限于分期支付、现金+其他形式清偿、留债等清偿、处理方式作为备用可选的清偿计划，兼顾债权性质认定及保证债权清偿率的统一。

## 结语

企业经营中的现金流是企业运转的根本保障，这里的企业运转自然包括企业自身的生产原材料购置所需的流动资金，也包括维持企业人员劳动报酬的流动资金。企业在现金缺乏的情况下，通常都会通过各种方式进行融资以渡过危机。在这样的危机中，金融机构通过贷款方式直接、间接支付职工工资在实践中并不少见。这种融资项下的垫付行为成本相对低，如肯定类似工资支付用途的贷款按照职工债权性质清偿，事实上又对金融机构客观上提供了类担保性质的增信措施，一定程度实现了与授信合规要求协调，也与破产法保障破产案件审理的基本目标一致。通过这样方式获得薪酬的员工往往是留守、核心员工，起到维持企业正常程度运营或保障企业基本完整的基本作用，而维护了企业财产的安全，保障了破

产财务、档案资料移交，有力推动破产清算、重整案件的审理，也客观上保障了全体债权人的利益。但明确肯定金融机构以这样的方式参与破产前的纾困工作、保障金融机构也能按照职工债权获得清偿，仍期待着有更具体和有创造性的判例或法律规定以定纷止争。





**【摘要】** 实务中，有些用人单位不知晓竞业限制相关的法律规定，未与劳动者签订竞业限制协议保护单位的合法权益。有些用人单位随意扩大竞业限制协议的约束范围，导致协议约定的内容对劳动者无法律约束力。本文作者将实务中遇到的竞业限制协议的相关问题进行了总结，以期为大家合法处理竞业限制相关问题提供参考。

**【关键词】** 竞业限制协议 竞业限制补偿金 竞业限制违约金

# 竞业限制协议实务分享

◎ 文 / 宋琴 / 重庆办公室



竞业限制协议，指用人单位与劳动者签订协议，约定劳动合同终止或者解除后，劳动者不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位工作，劳动者自己也不得开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。我国《劳动合同法》及相关的司法解释对竞业限制协议的签订、履行及解除有相关的规定。但在实务中，竞业限制协议一般由用人单位提出签订，版本由用人单位提供，因用人单位在劳动合同关系中一般处于强势地位，劳动者在签订协议时一般不会提出异议，在劳动合同解除后，双方才会就竞业限制协议的效力、补偿金、违约金等问题发生纠纷。

## 竞业限制协议的签约劳动者主体要求

《劳动合同法》第24条规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。高级管理人员的范围，《公司法》有明确的概念界定：指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。高级技术人员指职业资格水平为高级职称的人员。但是其他负有保密义务的人员，就没有规定的概念和范围。

对于其他具有保密义务的人员，每个单位的情况不同。发生纠纷时，相关人员是否真的接触到用人单位的商业秘密，或者竞业限制协议中约定的保密信息是否真的属于保密信息，则需要用人单位举证。如A医院与非管理岗位的医生签订了竞业限制协议，医生离职后前往B医院工作，

A医院则起诉医生违反了竞业限制协议。人民法院则认为医生的看诊方式、药方并非医院的商业秘密，普通医生并不属于受竞业限制的人员，认为该竞业限制协议无效。在有的案例中，竞业限制协议约定劳动者的近亲属也有竞业限制的义务，劳动者的近亲属并非该用人单位的员工，该约定对劳动者的近亲属并无约束力。

综上，对于非高级管理人员、非高级技术人员和并不负有保密义务的人员与用人单位签订的竞业限制协议，将被人民法院认定为无效，对劳动者无法律约束力。

## 竞业限制协议的签订时间及签订形式

有些用人单位与劳动者签订劳动合同的同时，另行与劳动者签订竞业限制协议；有些直接将竞业限制的内容写进劳动合同作为合同条款；有些在与劳动者解除劳动合同的时候，与其签订竞业限制协议。无论竞业限制协议在劳动合同签订时、履行期间、解除后签订，单独签订还是在其他协议中约定，只要竞业限制协议的内容不违反法律、法规的规定，签约劳动者不超过《劳动合同法》第24条的人员范围，均被认定为有效。

## 用人单位应向劳动者支付的竞业限制补偿的标准

竞业限制协议中可以直接约定竞业限制的补偿，很多情况是并未明确约定竞业限制的补偿。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称劳动争议司法解释



宋琴 | 合伙人

专业领域：公司破产重整与清算、  
并购、重组、房地产  
手机：+86 151 0231 5918  
邮箱：song@zhhlaw.com



(一)》(以下简称劳动争议司法解释一)第36条的规定,若双方未约定竞业限制补偿的标准,用人单位将按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿。若30%低于最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准补偿。前12个月的平均工资,以劳动者的应得工资为基数,而非实得工资,即在税费、社会保险费用等费用扣除前的工资。

## 劳动者违反竞业限制协议应向用人单位支付的违约金

《劳动合同法》第23条规定:劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。第90条规定:劳动者违反竞业限制,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任。实务中,因竞业限制协议版本由用人单位提供,往往给劳动者约定了较高的违约金。若劳动者违反竞业限制协议,双方一般难以就违约金的支付达成一致意见,用人单位需要诉诸法院,劳动者将提出违约金过高需要调整的主张。法律并没有规定竞业限制违约金的标准,该违约金兼具补偿性及惩罚性,不以用人单位遭受实际损失为前提。实务中,法院将按照公平和诚实信用原则,对于过高的违约金按照违约行为持续时间、劳动者主观过错程度、劳动者的工资水平、用人单位的实际损失等情况综合裁量,因此并无固定的标准。

## 劳动者支付了竞业限制违约金,仍应履行竞业限制义务

实务中,有劳动者认为,其违反了竞业限制义务后向用人单位支付了违约金,其竞业限制义务即免除。但是,根据《劳动争议司法解释一》第40条的规定,只要竞业限制协议未解除,劳动者支付完毕竞业限制违约金后,仍应履行竞业限制义务。另外,劳动者履行了竞业限制义务,用人单位应支付其履行义务期间的补偿金。

实务中,存在一个比较现实的问题,劳动者违反竞业限制协议与新用人单位签订的劳动合同,并不会因其违反竞业限制协议而无效。法院支持劳动者继续履行竞业限制义务,但无法强制新用人单位与劳动者解除劳动合同,或者认定其劳动合同无效。因此,若劳动者被认定为违反了竞业限制协议并被判令向原用人单位支付违约金,但不与新用人单位解除劳动合同,则原用人单位只能再次起诉劳动者支付违约金。

## 竞业限制协议的解除

用人单位与劳动者可以协商一致解除竞业限制协议,且互不支付违约金或者补偿金。根据《劳动争议司法解释一》第38条的规定,因用人单位的原因3个月未支付竞业限制补偿金,则劳动者有权解除竞业限制协议。根据该司法解释第39条的规定,用人单位在竞业限制期限内,可以随

时提出解除竞业限制协议,但是劳动者有权要求用人单位支付3个月的竞业限制经济补偿。

## 关于竞业限制协议对劳动者及用人单位的建议

### (一) 给劳动者的建议

1.与用人单位签订了竞业限制协议后,劳动合同的解除并非当然意味着竞业限制协议的解除。在跳槽时,不能忘记该协议的存在,以免向原用人单位支付违约金。

2.履行了竞业限制义务超过3个月,用人单位未支付竞业限制补偿金,可以依法(先申请劳动人事仲裁,仲裁机构将作出不属于其受案范围的不予受理通知书,再向人民法院起诉)要求解除竞业限制协议,并要求用人单位支付履行了竞业限制义务期间的补偿金。

### (二) 给用人单位的建议

1.按照《劳动合同法》的规定,仅与法律认可的人员签订竞业限制协议,以免该协议被认定为无效。

2.在与劳动者解除劳动合同时,对于无需履行竞业限制义务的员工,协商一致解除竞业限制协议,以免今后被起诉承担竞业限制补偿金。

3.对于需要履行竞业限制义务的员工,解除劳动合同后依法支付竞业限制补偿金,以免其起诉解除竞业限制协议,给单位造成损失。





## 总结

竞业限制协议的签订从保护用人单位的商业秘密为出发点，但用人单

位不能滥用该协议扩大劳动者的适用范围，否则容易导致协议签订后无法达到用人单位的目的，还可能导致其支付不必要的竞业限制补偿金。劳动

者既要及时维权，也需要诚信履行竞业限制协议，以免向用人单位承担高额的违约金。

**【摘要】** 2021年，我担任了多起公诉案件被害人诉讼代理人，其中发生于西南地区某县城的强奸案办案过程颇为波折。本案被害人为15岁的未成年人，被告人为两名中年男性。对于相对闭塞的县城而言，此案属于引起当地司法机关重视的恶性案件。案件结果虽已确定，但办案过程的诸多细节值得关注与反思。笔者将以性侵案件被害人诉讼代理人的视角还原案件办理过程，通过本案可窥探中国县城刑事司法环境的真实样态，有利于认识刑事诉讼办案主体的差异性和多样性，从而打破戏剧化和脸谱化的固有认识。

**【关键词】** 性侵犯罪 未成年人 诉讼代理人 谅解赔偿 刑事庭审

# 办案札记 | 性侵犯罪 被害人诉讼代理人工作实录

◎ 文 / 汤伟佳 / 重庆办公室



## 愤怒的母亲与哭泣的父亲

当事人家属经同事介绍联系到我，先电话沟通了解案件基本情况。被害人文文（化名）的母亲在电话里表达了两点内容：一是案件管辖地不在重庆，担心对方通过社会关系影响案件结果；二是想了解被害人委托律师可以发挥哪些作用？个别被告人家属对于委托律师所起的作用尚持怀疑态度，何况参与感更弱的被害人家属。我向她解释被害人的诉讼代理人除监督办案机关依法办案外，可以同被告人的辩护人一样阅卷、出庭，基于被害人立场发表意见。她可能听不懂术语，我补充到作为被害人的律师我们无法在法律之外增加被告人刑期，但会尽力避免被告人逃脱应有的惩罚。她听懂我表达的意思，问我可否当面沟通，我们约定周一上午10点在律所见面。周一上午9点，我到律所后预约11楼角落的会议室。文文和母亲到会议室后安排她们坐下，文文的父亲在停车场，我又安排同事接他上楼。考虑到文文仅有15岁，为避免造成二次伤害，在他们来律所前，我给文文母亲出具了一份案情问题清单，由她来跟文文核实案发细节，见面时向我转述即可。

根据文文母亲转述：文文初中辍学后，在当地KTV陪酒，遇到几位做二手车生意的客人过来喝酒；相互熟识后，与其中的董某发展为恋人关系，董某邀请文文到自己家乡游玩；文文答应后，便与董某、梁某开车前往。到达目的地后，董某邀请当地朋友一起喝酒，几人轮流向文文灌酒。凌晨2点左右，文文喝醉被人搀扶进到酒店房间，进入房间内共有7人，其中3人陆续离开，房间内剩下文文、董某、梁

某、薛某。董某跟文文在酒店发生关系后去浴室洗澡，梁某趁机压在文文身上发生关系，结束后也前往浴室洗澡，薛某刚脱掉裤子扑向文文时，董某出来对其进行制止。案发后，梁某跪在地上求文文不要报警，并威胁文文如果她报警便跳楼。文文给同事发微信说自己现在非常害怕，并拨打110报警，警察到现场后将董某、梁某、薛某拘留。文文在接受询问时表示董某是自己男朋友，自愿与董某发生关系，公安遂将董某释放。

文文母亲在转述过程中情绪逐渐激动，声音越来越大，我提醒她声音可以小些，避免给文文造成压力。文文的父亲进会议室时眼睛便是红的，一直回避与我眼神接触。文文母亲转述案情时，他也把头转向另一侧，听到女儿被伤害的事情，对他而言便是沉重而痛苦的。作为父亲，谁也难以接受自己的女儿有如此遭遇。办完委托手续后，我邀请他们到律所楼下吃饭，他们以工作为由推辞，文文母亲说此事就全权拜托我处理，还叮嘱发票和合同寄过去时要注意保密，避免周围邻居看到后议论。我提醒他们如果被告人家属或律师联系他们，可以把我的联系方式提供给对方，告知对方直接与我沟通。如果公安再次通知询问，请提前跟我联系，我们要进行询问辅导，固定案件细节。将文文一家送出律所后，脑海里始终萦绕着文文母亲和父亲的画面。对于一个普通家庭而言，一旦参与刑事诉讼，无论是作为被告人还是被害人，均是一种不幸。刑事案件的当事人总是在人生最困难的时刻与我们相遇。回到律所后，根据文文提供的情况重新梳理案情，接下来要陪他们走完这段刑事诉讼的历程。



汤伟佳 | 律师

专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护  
手机：+86 158 2331 5949  
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



## 未能达成的赔偿谅解

接受委托后第二天，接到一个号码归属地为文文家乡的电话，对方自称是两被告人和文文单位领导的朋友，刚开始语气比较强硬，但表达啰嗦，词不达意，仿佛醉酒，他讲几句，我总结下，他便说“对对，是这个意思”，说到后面好像酒醒了，态度开始客气。他表达的核心意思是文文是在KTV陪酒，跟客户发生关系是正常现象，希望从中调和，大事化小，不追究对方的责任。为避免对文文家人造成不必要麻烦，我礼貌地表示理解对方意见，案件并非发生在单位内部，与文文的单位无关。目前正处于侦查阶段，掌握情况也十分有限，我们对于案件处理并无决定权，想要了解处理情况可以联系公安，如果有其他问题，也可随时跟我联系。对方听完说了句“谢谢你，汤律师”，之后便没有给我打过电话，也未骚扰过文文和她的家人。

多数人会基于职业歧视形成偏见，认为文文之前在KTV陪酒，有发生性行为的经历，据此认为她是自愿与梁某、薛某发生性关系，梁某或薛某不构成强奸。法律人需警惕基于偏见作出轻率、笼统的判断，刑事诉讼中的“品格证据规则”已对此作出指引，行为人以往表现或过往经历原则上不能作为定案根据。理由相当朴素，如果你曾经实施过盗窃行为，不能有人丢东西就认为偷东西的是你。性侵案件中被害人的职业当然会对案件定性产生影响，但需要结合地点、

时间、交易记录等进行判断。结合全案证据认定案件时存在交易行为，自然会降低强奸的可能性。文文在前往董某家乡游玩是基于情侣关系，双方没有转账记录，与梁某、薛某是初次见面，也无财物往来，不存在金钱交易。案发时，文文已被人灌醉，认识和判断能力有所下降，其与梁某、薛某并不熟悉，更何况在恋人董某面前怎么可能同意与梁某、薛某发生关系。案发后，文文又及时报警。基于上述情况，我们初步判断本案中梁某、薛某的行为构成强奸罪。

梁某的父亲也给我打过电话，通过梁某父亲得知，梁某是两个孩子的父亲，大儿子6岁，小儿子2岁，平时开滴滴为业，梁某是家里的唯一收入来源。梁某的父亲表示愿意对文文进行赔偿，但家里收入有限，如能接受4万块赔偿，就尽快把梁某的车卖掉。我刚开始觉得赔偿金额过低，后来前往当地检察院阅卷时看到当地人为了几块钱车费争吵时才理解对方所提金额可以理解。那里不是北京、上海，也不是成都、重庆，动辄百万、千万的赔偿款通常存在于经济发达地区或娱乐新闻，几万块可能就是西南地区小县城普通家庭一年的收入。从心里讲，我是希望双方达成和解的，获得赔偿后可以支付文文转到外地读书的费用。在办案过程中，我也一直跟文文的母亲沟通此事。我把对方的赔偿方案告知文文家属后，文文父亲表示这不是钱的问题，只希望法院对梁某和薛某能够严惩，不想接受对方的任何赔偿。两位父亲，一位在

为自己的儿子争取从宽处理的结果，一位希望为自己的女儿讨回公道，他们都没有错。刑事诉讼，从来没有赢家。

一周之后，又接到梁某家属委托律师的电话，对方表达的意思是可以把赔偿金额提高到6万，并希望我们尽快出具谅解协议书。他也联系了薛某的家属，薛某家属表示已对薛某彻底失望，任凭办案机关处理，不想再管此事。经过多次沟通，梁某方表示可以赔偿8万。梁某的律师说自己是梁某的亲属，如果接受赔偿，赔偿费用需要自掏腰包。不管对方陈述是否属实，提高赔偿金额终归对文文有利。我将赔偿方案转告文文父母。从策略上讲，辩方当然希望越早拿到被害人谅解协议书越好，便于帮助嫌疑人取保候审，在量刑建议上也能有所体现。而被害人一方如愿意接受赔偿，从博弈策略上来看，可以适当拖延，增加对方的紧迫性和焦虑感。我也向文文的父母解释，如不接受对方赔偿，我们可以提起附带民事诉讼，但附带民事诉讼只赔偿犯罪行为造成的直接物质损失，本案中基本没有直接物质损失，我们难以获得法院支持。但文文父母态度坚决，不接受赔偿，更不会出具谅解协议书。对方律师得知上述信息后也调整策略，作出妥协，表示只向文文赔偿，不需要出具谅解书。根据量刑指导意见，只赔偿不谅解也可酌情从轻处罚。文文的父母还是拒绝赔偿，直到案件判决确



定判决结果后，我才真正理解他们拒绝赔偿的原因。

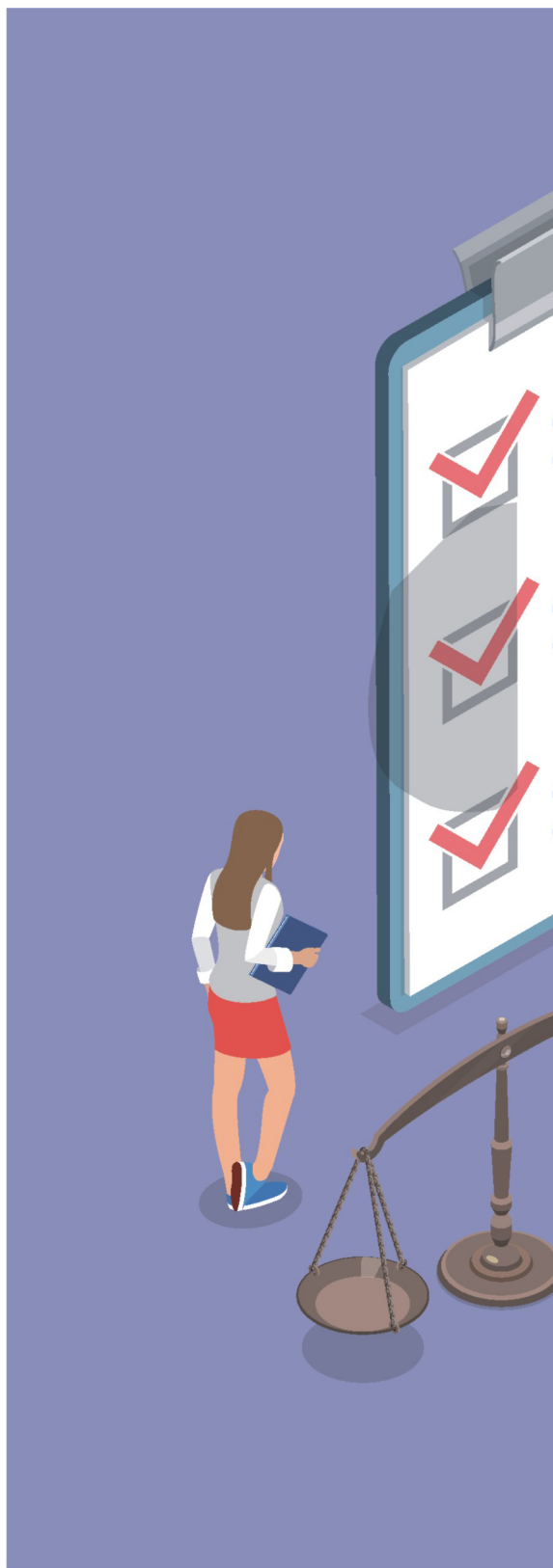
## 前来围观询问的警察

公安对未成年人进行询问时需有合适成年人在场，通常是未成年人被害人的监护人。据文文母亲描述，公安询问重点是文文和董某、梁某、薛某的关系，对于案件的细节询问得并不详细。根据以往办理性侵案件的经验，被害人在案发前与被告人的关系、案发时的具体经过、案发后的态度表现等会对案件定性产生影响。如果公安第一次询问时不够细致，通常会进行多次询问。一周之后，文文的母亲接到通知，要求他们前往案发地接受第二次询问。文文母亲对于询问既恐惧又排斥，征求我的意见是否要去，她觉得公安第一次询问时对文文的态度粗暴。另外，从她所居住的县城到案发地的县城开车大概需要4个小时，往返8个小时车程，路途遥远，比较辛苦。我向文文的母亲说明其中利害关系，为了更好地固定证据，帮助办案人员查明真相，避免梁某、薛某逃避惩罚，最好还是配合公安的侦查活动，文文母亲最终同意前往案发地配合调查。

经过一段时间的熟悉，文文与我之间也建立了信任。对于这些过早进入社会的孩子，时常为他们感到无奈和惋惜，他们没有机会体会大学生活的美好时光，过早承受社

会的冷酷与残忍。为了能把案件细节固定下来，我们对文文进行心理和询问辅导，首先要构建文文的心理防线和基本认知，明白犯罪的是对方，不是自己，不要过于责怪自己，更不要因为此事而否定自己。同时，我们也让文文明白，不管女孩子之前做的是何种工作，有过怎样的经历，发生关系时女孩子不同意，对方是犯罪，这是基本的法律和生活常识。我们又把案件经过拆解成不同环节，便于文文向公安陈述。对于第一次询问时没有固定的文文向同事求助的微信记录和报警通话记录截图拍照，提交给公安。最后我们提醒文文，诚实是接受询问的基本原则，需按照案发时的实际情况陈述，如果记不清就直接跟警察说记不清，并非所有问题都有答案。

原计划周四陪文文和她母亲一起前往案发地，公安用三个不同的电话号码给文文的母亲打电话，要求周三之前务必接受询问，我当时在吉林省长春市担任另一起案件的被害人诉讼代理人，联系公安想把询问时间改到周四，这样我可以直接从长春出发前往案发地陪同文文询问。对方答复说“被害人委托什么律师”，直接把电话挂断，看来文文母亲说对方粗暴并非空穴来风。文文父亲开车，他们一行三人再次驱车4小时到达案发地公安局。根据文文母亲转述的询问内容来看，基本与第一次相同，文文把相关证据主动提交给侦查人员，还把







案发时进入宾馆时的细节和进入房间内躺在床上的具体位置再予以补充。我问文文母亲这次询问公安态度如何，她说态度还可以，可能是屋内人员较多，所以收敛了脾气。公安询问通常情况是两人，为什么会人员较多呢？文文母亲说询问时是在大会议室，两个人询问，还有六个人在旁边围观。我又询问询问人员是女警察还是男警察，她说询问和围观的都是男警察。听完我顿时心里有些后悔，应该陪文文他们过去，即使不能参与询问过程，看到明显不当的行为也可及时制止。

根据《关于依法惩治侵害未成年人犯罪的意见》第6条及第14条规定，办理性侵未成年人犯罪案件，询问未成年人被害人的应当坚持不伤害原则，选择未成年人住所或者其他让未成年人心理上感到安全的场所进行。未成年被害人系女性的，应当有女性工作人员参与。对与性侵害犯罪有关的事实应当进行全面询问，以一次询问为原则。很多人觉得警察、检察官、法官、律师是法律工作者，对法律规范相当熟悉，这其实是一种错觉。办案人员可能熟悉一些常用法律规定，但对于细节性规定并不了解。对于公安在询问文文过程中体现的不专业，一方面可能是对办理未成年人案件的相关规定并不熟悉，另一方面可能是以往办案过程中也相对粗糙。对于基于猎奇猎艳的心理前来围观的警察，这不仅是不专业，而是粗鄙且令人厌恶。

半个月后，公安又通知文文前去接受询问。我联系公安把询问中忽视被害人感受、询问人员、地点不当等问题及法律依据告知对方，希望对方遵守程序规定，体现人性化的要求。一想到文文父母在初次见面时的状态，以及在办案过程中遭遇的种种，心中积攒的不平之气倾泻而出。对方听完沉默了一会儿，答复说他们会进行考虑。两天后，公安联系文文母亲问可否到家中询问，文文母亲担心周围邻居看到后产生不良影响，便再次前往案发地配合调查。刑事案件对证人进行多次询问本是常态，目的是通过多次笔录是否一致判断陈述真实

性，但询问需遵守基本的程序要求。公安和被害人及诉讼代理人的目标和方向一致的，查清案件事实，打击犯罪。诉讼代理人本意是协助被害人配合公安的侦查工作，但办案过程中始终感觉氛围微妙，这种微妙可能来源于公安对于律师天然的警惕或者敌意。在封闭侦查模式下，律师介入可能会打破封闭属性，给公安造成不安全感。但如果完全封闭，不允许律师介入，当事人的安全感又如何保证呢？

## 令人费解的取保候审

审查逮捕阶段，检察院将强奸未遂的薛某批捕，将强奸既遂的梁某取保候审。行为更重的反而释放，这算什么道理？我是从梁某的律师处得知梁某被取保候审的消息。他告诉我人已经释放，如不接受赔偿，以后便不再谈，言语中透露着轻松。至此，让我对这个县城司法环境的感受跌到谷底。对于审查逮捕阶段作出的取保候审决定，被害人和诉讼代理人并无改变结果

自



的权利。我联系检察官问她为何将梁某取保候审，对方答复说：她亲自到案发酒店勘查，发现酒店的房间很小，如果被害人和梁某发生关系时呼救，在浴室中洗澡的董某应该可以听到，董某说当时没有听到呼救声，说明被害人在与梁某发生关系时没有呼救，从这一细节判断，文文并不反对与梁某发生关系，因此将梁某取保候审。由于当时无法阅卷，即使对于检察官的意见并不赞同，与其争论对改变结果意义不大。我问多久可以阅卷，他说案卷预计下周可以移送到检察院。对于梁某被取保候审的原因，可能是被梁某及律师误导。通过与检察官的接触，感觉她并非没有底

线的法律工作者，可能是迫于单位领导压力而作出决定，想改变取保候审的结果需要说服她背后的实际决定人。

周三下午4点左右，我接到检察院案管的通知，案卷已经移送到检察院。带着提前准备的阅卷手续，我到重庆江北机场的汽车站坐了6个小时大巴前往案发地。大巴司机在晚上11点左右让我在一个没有路灯的桥上下车，打开导航步行15分钟找到预定的宾馆，洗漱完匆匆睡去。第二天早上7点先到案发现场勘查房间情况，8点到检察院门口吃了碗当地的云吞面，等到9点到案管办理阅卷手续，拿到案卷光盘后，坐上上午10点的大巴返回重庆。一路颠簸，疲惫不堪。回到重庆后，立刻开展阅卷工作。通过阅卷发现文文

进入房间后和董某躺在靠窗的床上，梁某靠过去也和文文及董某躺在同一张床上，董某和文文发生关系进入浴室洗澡后，梁某便把床单蒙到文文头上与文文发生关系。检察官说文文当时并未呼救并不意味着同意与梁某发生关系，而是文文酒后认知能力下降，视线又被床单遮住，误以为与其发生关系的是董某，文文在笔录中也有相应的陈述。通宵加班完成法律意见书，第二天到律所后寄给检察官，并电话联系说明了意见，希望她结合法律意见书中的证据分析及及时向领导汇报尽快作出逮捕梁某的决定。在度过一个无比煎熬的周末后，终于在周一下午接到检察官电话，检察院领导讨论后决定逮捕梁某，梁某已经羁押在看守所。通过对梁某取保候审释放出的信号，案件比我和文文家属预期的更为复杂，如果被害人一方没有积极参与案件，对梁某的处理结果可能难以预测。

## 异常艰难的庭前沟通

根据刑法规定，如认为梁某和薛某构成轮奸，起点刑在10年以上。如不构成轮奸，按照量刑指导意见的规定，梁某的刑期在3-5年，薛某由于犯罪未遂可以从轻或减轻处罚。文文母亲在与我接触时认为梁某和薛某构成轮奸，实际是从嫌疑人的数量出发作出的朴素判断。如果想要认定为轮奸，需要找到薛某和梁某共同强奸的证据。薛





某和梁某虽然均是董某的朋友，但在案发前并不认识。案卷中亦无薛某和梁某在邀请文文喝酒前商议过强奸文文的证据。在案发过程中，薛某和梁某未向对方提供帮助，无法认定行为中产生共谋。薛某是在梁某之后与文文发生性行为，薛某在讯问笔录中供述他看到梁某与文文发生关系后产生犯罪意图。虽然文文在接受询问中明确表示其自愿与董某发生关系，无法认定董某违背文文的意愿，但如果董某在召集薛某、梁某等人喝酒时便向他们表示过轮奸意图，那么董某可能构成薛某、梁某等人强奸罪的帮助犯。基于上述分析，我联系检察官提出补侦董某、薛某、梁某及与其他证人之间的微信聊天记录，但是直到案件移送至法院，对于上述证据的调取情况也未予答复。审查起诉阶段认定薛某和梁某轮奸的证据并不充分，只能按照单独强奸确定量刑建议。经过与检察官沟通，确定梁某的量刑建议为4至5年，对于薛某的量刑建议为2年半至3年。量刑建议原则上应当是确定刑，检察官提出幅度量刑建议可能是考虑到本案的谅解问题尚未落实，如在审判阶段达成谅解，可给法院留出裁量空间。

案件起诉到法院后由少年庭的李法官承办，对方拿到案件后先给文文的母亲打了电话，要求文文母亲撤回附带民事诉讼。文文母亲征询我的意见是否撤回，她说法官说话的语气很凶。我告诉她提起附带

民事诉讼是当事人的法定权利，可能获得赔偿的金额不多，但双方尚未达成和解，还是尽可能争取赔偿。法官之所以要求当事人撤诉或另行起诉，一方面是审理附带民事诉讼程序较为繁琐，容易导致案件拖延，不利于结案考核；另一方面是想把案件交给民事审判庭处理，减少工作负担。当然，不排除法官是基于善意提醒当事人撤诉的可能。但一味让当事人撤诉容易导致被害人家属产生法院不愿维护权利的感受，从而怀疑司法公正，还可能增加当事人的诉累。如另行提起附带民事诉讼，当事人不仅要承担诉讼费，案件审理期限也将更长。我在附带民事诉讼部分尝试着主张精神损害赔偿，主要依据是新刑事诉讼法解释修改后为附带民事诉讼中支持精神损害赔偿预留空间，上海法院也作出过在附带民事诉讼中支持精神损害的判例。但看到法官对于基础性的附带民事诉讼尚且如此排斥，对于相对前沿的精神损害赔偿的审查认定自然更无兴趣。因此，我也提前跟文文的母亲沟通，降低对附带民事诉讼的预期，重新考虑谅解赔偿问题。

我联系法官时，对方也是先对附带民事诉讼的问题发难，让我尽快撤诉；我说文文的母亲还是希望提起附带民事诉讼，我需要尊重当事人的意见。此外，对于被害人诉讼代理人可否参加庭审的问题，我与法官之间也有不同认识，法官说被害人诉讼代理人出庭没有法律依

据。而我当时刚在长春市中院以被害人诉讼代理人的身份参加完一起故意伤害案的庭审，怎么在其他法院就无法出庭呢？我告诉她，《刑事诉讼法》第46条明确规定被害人有权委托诉讼代理人，《刑事诉讼法》第191条规定被害人的诉讼代理人经审判长许可后可以向被告人发问。如果诉讼代理人不能出庭，如何向被告发问呢？刑事诉讼法解释对于被害人诉讼代理人在法庭上的权利有更为详细的规定。对方听完说，她再回去查查法条，看我所讲内容是否属实。三天后，对方又打电话过来说，虽然有法律依据，但是院长担任审判长，不想庭审时间过长，诉讼代理人最好不要出庭。我说既然有法律依据，当然可以出庭，跟谁做主审法官无关，庭审发言精炼是基本的工作要求，自然不会耽误庭审。对方见我执意出庭，也就不再阻拦。被害人诉讼代理人出庭是刑事诉讼法明确规定的权利，在如此基础的问题上遇到障碍，确实是我未曾预料到的。

## 控辩双方的庭审交锋

开庭时间确定之前，我已准备好发问提纲、质证意见、辩论意见等材料，并提前一天入住到法院附近酒店。文文家属为避免被告人家属纠缠未到庭审现场。庭审时间安排在下午2点，合议庭成员包括法院院长、刑庭庭长、少年庭庭长。法官、书记员、检察官、辩护人到齐

后，还进行了一次入庭排练，不知是以往便注重庭审仪式，还是对本案格外重视。审判长宣布开庭后，核实梁某、薛某的身份信息；公诉人宣读起诉书后，对梁某和薛某发问。梁某辩解被害人系自愿与其发生性关系，薛某辩解其并不具有强奸意图。公诉人问梁某、薛某是否签署了认罪认罚具结书，提醒薛某当庭翻供的法律后果。公诉人发问后，法官询问辩护人是否发问。我举手示意审判长请求发言，审判长说等辩护人发言后再让我发言。我提示审判长按照《刑诉法解释》第242条的规定，公诉人发问后，应当由诉讼代理人就公诉人讯问的犯罪事实补充发问，诉讼代理人发问后，才能由辩护人发问。审判长听完虽面露不悦，但还是允许了我发问。案发时，薛某脱掉裤子意图扑向文文，被刚洗完澡的董某制止，明显属于犯罪未遂，他却辩解自己不具有犯罪意图。我问薛某：“你为何在屋内脱掉裤子呢？”薛某给出了一个出乎意料的答案：“因为我热。”法庭上原本氛围比较紧张，听完薛某荒唐的辩解，众人忍俊不禁。我问薛某：“如果觉得热应该脱上衣或者开空调，你是有什么特殊癖好或生理疾病吗？”薛某见我调侃他，便支支吾吾不再回答。被告人在法庭上毫无理据的辩解，本质是辩护律师庭前辅导工作未做到位。

对于梁某的无罪辩解，发问阶段主要固定梁某、董某、文文进入

房间的顺序，梁某、董某、文文在酒店内的位置，案发后文文是否报警，梁某是否向文文下跪道歉等细节，等到辩论阶段结合梁某辩护人的意见一并回应。此外，我计划通过从董某、梁某、薛某的关系以及交往经历等边缘性事实出发，以庭审发问的方式，挖掘出梁某和薛某在案发前是否有犯意联络的线索。但刚问出第一个问题，便被李法官打断。她直接问薛某：“你们在案发前是否商量过强奸被害人？”如此简单直接的问题，被告人出于自我保护的本能，当然会说没有，就像非法证据排除程序中直接问警察，是否对当事人刑讯逼供，警察自然不会承认。我在庭前申请过证人董某出庭作证，目的是通过法庭发问的方式，验证董某是否构成梁某、薛某的涉嫌强奸罪的帮助犯，通过被告人和证人庭上发言矛盾之处寻找蛛丝马迹；但法院以董某没必要出庭为由拒绝了我的申请。我无意恶意揣测法官如此操作的目的，可能确实是提升庭审效率，刑事审判中允许证人出庭作证本就是例外；但无论从技术上还是规定上，她都没有必要打断我的发问。

法庭辩论阶段，梁某的辩护人提出未违反女方意志、女方醉酒未对女方采用强迫手段、被害人有过错、认罪认罚等辩护意见，建议对梁某减轻处罚。薛某的辩护人提出薛某构成犯罪未遂，可以从轻处罚。公诉人结合案件事实逐一进行辩驳，对于案件也是做了相应准

备。公诉人回应后，我表示赞同公诉人的意见，并做如下补充：对于梁某是否违反妇女意志的问题。案发前，梁某与被害人并不认识，双方属于初次见面的陌生人，缺乏自愿发生性关系的情感基础。梁某在与被害人吃饭过程中多次向被害人劝酒，董某已经帮梁某预定其他酒店，但梁某执意跟随董某和被害人进入他们预定的房间，董某和被害人进入房间后在靠窗的床上躺下，梁某随后紧靠在被害人身边躺下；案发中，梁某趁被害人与董某发生关系后故意把床单蒙在被害人脸上，遮挡被害人视线后与其发生性关系。对于梁某辩解被害人并未呼救，实际上是被害人喝酒及发生性关系的双重作用导致认识能力下降，视线被遮挡后误认为梁某是董某。从生活经验上来看，被害人与董某属于情侣关系，又岂会在情侣面前自愿与他人发生性关系。案发后，被害人发现被梁某性侵后立即报警，梁某也跪在地上道歉，并愿意给被害人1万元作为赔偿，说明梁某主观上明知与被害人发生性关系违背了其意志。综合来看，梁某故意遮挡被害人视线，利用其醉酒状态与其发生性关系，明显违背妇女意志，构成强奸罪。梁某通过一系列行为主动向被害人贴靠，体现其积极主动实施犯罪行为，并非被害人存在过错，辩护人提出的被害人过错的意见与事实不符。对于辩护人提出的未采用暴力胁迫手段，可以从轻处罚的意见，我们认为迷奸也属于强奸的一种类型，法律上对



于迷奸较之于一般强奸从轻处罚并无法律规定，辩护人的意见不能成立。我从刚入行做律师起，庭审发言基本脱稿，脱稿较之持稿发言，易于与法官进行眼神沟通，便于更好地传达信息，另外也是向法官表示对案件做了充分准备，希望他们能够重视律师发表的意见。庭审发言是提示法官重点，书面意见是详细展示法律、证据依据，双管齐下往往能取得更好效果。

除反驳辩护人的意见外，我提出三条对被告人从重处罚的意见。一是本案中被害人系15岁的未成年人，根据《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第2条规定，对于性侵害未成年人犯罪，应当依法从严惩治。二是本案中即使不认定为轮奸，但梁某对被害人实施强奸行为后，薛某又意图强奸，上述情节较之于一般的强奸案件更为恶劣，主观恶性更大，建议法院对两被告人酌情从重处罚。三是两被告人均在法庭上翻供，认罪悔罪态度较差，不宜适用认罪认罚从宽制度，应当变更量刑建议。第二轮辩论时，梁某的辩护人又提出，在庭审前愿意向被害人家属表示赔偿，但被害人家属并不同意，建议对梁某从轻处罚。我在法庭上的回应是：对方提出的赔偿金额为8万元，被害人家属不予接受，对方表示赔偿，但被害方未接受赔偿并无从轻处罚的法律依据。梁某的辩护人虽然辩点乏力，但在案件辩护空间有限的情况下也算做了积极准备，但

薛某的辩护律师在发问及辩论环节的沉默则体现出责任心上的不足。最后陈述环节，两被告人表示认罪认罚并向被害人道歉。

庭审结束后，审判长面带微笑走过来跟我说，希望我联系被害人家属尽量促成双方和解。他提醒附带民事诉讼可能无法得到支持，我说我已经提前跟家属沟通了不接受赔偿的后果，他们对附带民事诉讼的结果也有合理预期，核心诉求是被告人能够得到应有惩罚。他又跟梁某的辩护人讲：“这个案子怎么可以辩被害人有过错呢？这种辩点明显不成立。”梁某的辩护人尴尬地笑了笑。我说：“他也是为了履行自己的辩护职责。”梁某的辩护人说：“老汤，你这下手有些狠啊。”我说：“这也是我的工作职责。”另一位审判员说：“你对这个案子确实比较熟悉，发表的意见较为中肯，能不能交份书面意见给我？”我说：“开庭前，我已把书面意见寄给李法官；结合今天庭审情况完善意见后，再寄给你们。”回到酒店房间后，我联系文文母亲向她汇报了庭审情况。晚上，找了当地的一家海鲜大排档，喝了两瓶啤酒。案件开完庭后仍需跟法官保持沟通，但庭审结束也算是告一段落，心里的担子能够松一松。第二天上午返回重庆后，完善书面意见从律所寄出。下午，前往看守所会见涉嫌职务犯罪的当事人，由诉讼代理人角色又切换为辩护人角色。

## 判决后的余波和反思

文文父母是普通工人，除文文外，还要抚养两个孩子，家里的经济压力不小，但自始至终不肯接受梁某赔偿。有天晚上看到文文母亲在微信上转发一条关于孩子教育问题的文章，并配文说“教育孩子真难”，我才有些理解他们不接受赔偿的原因。文文是家里的长女，第二个孩子又是女儿，第三个孩子是儿子，文文父母的时间和精力主要投入到照顾老二和老三上面，忽视了对于文文的教育，导致文文初中未毕业便辍学工作。如果当初文文能在学校继续读书，可能就不会遭遇后面的事情。文文父母坚决不接受梁某的赔偿，甚至愿意为文文委托诉讼代理人，可能是基于对于文文缺少关心和教育的弥补，希望能为孩子讨回一个公道，从而减少自身的愧疚感。

法院判决结果在庭审过后一个月左右确定，梁某构成强奸罪，判处有期徒刑五年；薛某构成强奸罪未遂，判处有期徒刑三年。如不能认定为轮奸，上述判决基本符合量刑指导意见的规定。我把判决结果转告了文文母亲，向她说明了量刑计算过程，文文母亲表示能够接受判决结果，但她仍觉得承办法官语气太凶，让她心里难以接受。李法官希望我从中协调，让她和文文母亲见上一面，把判决书送到文文母亲手里，但文文母亲拒绝见面，表示不想与法官沟通。我与李法官约



在咖啡厅见面，这次见面比较客气，拿到判决后签了送达回证。我向她解释了文文母亲不接受赔偿的原因，她跟我聊的主要是审判工作繁重，周末加班是常态，言下之意，工作压力大难免影响情绪，偶尔说话语气不当。同为法律人，自然能够理解彼此的难处。喝杯菊花茶，聊了十分钟，我便回律所把判决书寄给文文母亲。给文文母亲打电话提醒她查收，并建议文文母亲尽快落实文文读书的问题，如果需要帮助随时跟我联系。文文母亲拿到判决书后表示不再申请抗诉，梁某、薛某也并未上诉，法院判决生效，梁某、薛某移送监狱执行。

案件结果虽然确定，但未能及时制止侦查人员的不当行为，梁

某、薛某、董某的沟通记录未予调取，申请董某出庭作证未被允许，对梁某、薛某的梯度式发问未能落实等均是遗憾。通常认为刑事诉讼的目的是追求真相，但实际上可能并非如此。我们当然是在追求真相的方向上努力，但追求真相所需要的司法资源有限并且分布不均，这种不均匀既体现于不同地区，也体现于不同案件类型。或许文文的案件发生在上海，抑或文文是经济犯罪案件的被害人，案件办理过程和结果可能会有不同。我们看到的往往是在司法资源先天不足的前提下得出的真相，换句话说可能是有限的真相。

除案件处理结果外，当事人的诉讼体验受办案人员的素养、性

格、工作状态等因素影响。我无意指责在案件办理过程中的警察、检察官、法官，在刑事诉讼流水线作业的模式下，我们都是生产线上的“工人”，都有作为人的局限性或者说多样性。制度设计者需要更多关注刑事诉讼运行过程中具体的人，从而提升制度良性运转的可能性。社会公众需更多关注刑事诉讼运行过程中具体的人，而非以脸谱化或戏剧化的方式认识司法人员和律师。对于刑事案件当事人及家属而言，需要充分认识到刑事案件的不确定性，即使在案件基础事实、证据、法律规定等确定的前提下，你所遇到的不同诉讼相对方、警察、检察官、法官、律师等，可能也会将案件引向不同结果。



**【摘要】** 虚拟主播在日常直播过程中，除了展示的2D或3D形象以外，另一元素便是主播的声音。无论是御姐音、萝莉音、奇妙动物音等，均是虚拟主播展现其特点及吸引观众的重要因素，不少主播更是以其独特声线成功出圈，作为吸引新观众的重要原因。

**【关键词】** 虚拟主播 声音权 人格权 IP保护 商标

# 虚拟主播的声音使用及权利保护相关法律问题分析

◎ 文 / 陈明杰 / 重庆办公室



如《简析虚拟主播“人格权”的保护路径》一文中所言，虚拟主播所享有的“肖像权”可参照美术作品的形式进行保护。与此同时，也应当重视对主播声音特殊性的重视及保护，由主播或企划通过法律赋予的权利对主播特有的声线及声音进行保护。

## 保护声音权利的规定

### （一）《民法典》的相关规定

2021年1月1日起施行的《民法典》在第1023条第2款设立了关于声音权利的保护规则，规定“对自然人声音的保护，参照适用肖像权保护的有关规定”。

需要注意的是，目前《民法典》在相关条款中并未明确设立“声音权”这一概念或将其列入到“人格权”的范围内，仅仅设定了声音权利可以参照肖像权进行保护的规则。可以说目前来看，声音权利的保护层级相较人格权相关权利而言仍然较

低，在司法实践中也将遇到较多问题。

### （二）声音权利的主体

从《民法典》可以看出，与皮套作为美术作品能够将著作权约定归属于企划不一样的是，享有声音权利的主体只能是自然人，即在皮套背后扮演的中之人。中之人有权将声音权利的使用权授予企划，但其权利无法转让，中之人对声音权利享有“最终权利”。

另一需要讨论的问题<sup>①</sup>，则是如初音未来或洛天依等声音由电脑合成的声音是否也拥有声音权利呢？此类虚拟偶像并未由中之人扮演，因此其声音并非由真人发出，自然就缺乏了享受声音权利的主体，不存在声音权利；其声音及由此衍生的相关权利，更多应从背后的合成技术及算法角度进行保护。但另一方面，如洛天依的声源来源于山新（王宥霁），若洛天依的部分声音片段可以被识别为声源本人的声音，则相关权利被侵犯时，可以尝试通过主张声音权利予以保护。



陈明杰 | 顾问律师

专业领域：商事诉讼、动漫及游戏、娱乐法

手机：+86 136 0836 9163

邮箱：louis@zhhlaw.com

#### V5

2020年12月31日，洛天依登场Bilibili2021跨年晚会，以V5 Nature声线翻唱了《我的三体之章北海传》的片尾曲《夜航星》。

2021年2月11日，洛天依登场中央广播电视总台2021年春节联欢晚会，以V5 Nature声线与王源、月亮姐姐合唱少儿歌舞《听我说》。

2021年7月12日，洛天依2021官方生日贺曲《夏虫》使用了V5音源。同时Vsinger官方微博发文，正式宣布洛天依V5声库进入测试阶段，并公开V5初版形象。

2022年5月11日，正式公开洛天依V5新形象。



<sup>①</sup> 《民法典中声音权的理解与适用》



### （三）声音权利的客体

《民法典》中并未对声音权利进行定义，也即并未对保护客体进行明确规定。参照第1018条第2款关于肖像权的定义，即“肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象”，我们可以推导出声音权利应当是“能够通过录制或制作等方式，在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的声音”。

从此处可以看出，声音权利应具备以下几种属性<sup>②</sup>：

1. 声音权利应具备可识别性  
 与肖像权一致，声音若作为权利主张时，应当具备一定的可识别性，即观众听到该声音时，能够联想到对应的人物或是个人的特征。
2. 声音权利应具备财产权性  
 声音权与其他知识产权一样，应具备一定经济价值，可以在使用过程中为权利人提供收益，如各大地图APP厂商采集明星声音制作语言包的过程中，将支付给明星一定的报酬，将声音权利转化为经济收益。
3. 声音权利应具备可复制或可复现性  
 如肖像权中的定义所述，声音权利也应可以在一定载体上反映，

并通过不同的方式在不同的场景下复现传播，实现其所应有的价值。

成或混响等方式，编辑他人声音并制作的行为。



### （四）侵犯声音权的行为类型

参照《民法典》第1019条列举的侵犯肖像权的行为类型，对于侵犯声音权的行为也可归类列举如下：

1. 丑化、污损他人声音的行为，如在不恰当的鬼畜、二创或直播内容中模仿他人声音，使观众将不良内容与被模仿者的整体形象挂钩，导致被模仿者社会评价降低的。
2. 利用信息技术手段伪造等方式侵害他人声音权利的行为，如通过电子合成技术伪造他人声音，用于商业场景或不恰当场景的。
3. 未经许可制作他人声音的行为，此处的制作应指通过剪辑、合

4. 未经他人许可使用他人声音的行为，如未经授权在视听作品中加入他人声音的行为。

5. 未经他人许可公开他人声音的行为，如私自将私人场景中的谈话或通话语音发布在互联网平台，甚至配以恶搞内容的。

### 声音商标问题

在《民法典》设立声音权利前，《商标法》在2014年修订后即将声音列为可申请商标的要素范围。将声音申请作为商标，无疑能更好地保护权利人利益，但同时申请声音商标的难度也较大，需要同时满足显著性及非功能性的条件，国内目前仅有不到30件声音商标注册成功。

<sup>②</sup> 《民法典的“声音权”：恶搞他人声音是否侵权？霍金的“电脑声音”受法律保护吗？》

国外较为知名的声音商标有摩托罗拉的“Hello MOTO”、米高梅电影公司的“狮子吼”，还有诺基亚的经典铃声“Nokia Tune”等<sup>③</sup>。而从国内来看，首件核准注册的声音商标为2016年通过的中国国际广播电台广播节目开始曲，而大家熟悉的腾讯QQ“滴滴滴滴滴滴”消息提示音则是经历了商标局初审驳回到法院最终判决支持的艰难申请流程最终核准注册。

最近讨论热度较高的声音商标注册案例，则是某著名带货主播旗下上海妆佳电子商务有限公司，拟就“*Oh my god, 买它买它!*”的声音注册商标。虽然经商标局的审核最终驳回了该商标的注册申请，但其申请的描述内容可供后续注册时参考：“该声音商标具体描述为本件声音商标以知名网络主播李××人声，念出“*Oh my god, 买它买它!*”。语速较快，奔放有力，极具情绪调动性，声音具有极强的个人风格和识别度。”

## 对虚拟主播的建议及应注意的问题

### （一）审慎模仿他人声音或语句

在直播过程中，很多主播会出于吸引观众的目的进行“整活”，通过模仿他人声音或部分知名语录的形式填充直播内容。主播在模仿

他人声音时，应注意使用场景，避免模仿他人语音时说不恰当的语句或在不当的语句中加入他人语录。

### （二）合理使用他人声音

若在直播或剪辑视频过程中需要用到他人声音的，除应注意使用场景以外，还应注意使用的限度。从实践角度看，低频次、小范围、小篇幅地使用他人语音或声音能够最大程度地避免侵犯他人声音权利。同时，亦可参照《民法典》中关于肖像权合理使用的场景，尽可能地在法律规定的合理范围内使用他人声音，包括：

1. 为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究，在必要范围内使用声音权利人已经公开的声音；
2. 为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开声音权利人的声音；
3. 为依法履行职责，国家机关在必要范围内制作、使用、公开声音权利人的声音；
4. 为展示特定公共环境，不可避免地制作、使用、公开声音权利人的肖像；
5. 为维护公共利益或者肖像权

人合法权益，制作、使用、公开声音权利人的声音的其他行为。

### （三）注意区分对音乐和声音的使用

目前直播使用版权音乐付费的制度已在逐步推广，在直播间播放或演唱音乐应按使用期限支付相应费用（虽然目前B站的付费通道尚未开启）。而在低频次模仿他人声音或播放语音的情境下，若构成合理使用的，则暂无需考虑付费等问题。

### （四）虚拟主播也可考虑注册声音商标

目前较多虚拟主播均在运营过程中，前瞻性地提前就其标志或虚拟形象注册了商标，以便提前做好“防御性”保护。除形象以外，不少主播均有辨识度较高的宣传语或口头禅，如永雏塔菲的“关注永雏塔菲喵，关注永雏塔菲谢谢喵”、嘉然的“关注嘉然顿顿解馋”以及七海Nanami的“YBB”等，相关语音或语句能够作为推广或宣传的重要标志，具备商标注册所需的显著性及非功能性。虽然部分语句可能存在一定的争议，可能无法完成商标注册，但对虚拟主播而言，仍可以尝试通过注册声音商标的方式维护自身权利。

<sup>③</sup> 《李佳琦申请注册“OMG买它”声音商标被驳回案件》

**【主要观点】**按照最高人民法院指导性案例72号意见，以房抵债合同为诺成合同，在不存在《合同法》第五十二条规定情形的情况下该合同有效。但债务人进入破产程序后，债权人无权要求以房抵债合同继续履行。如果以房抵债合同依据的基础债权为普通债权，则管理人有权依据《企业破产法》第十六条，《合同法》第九十四条、第一百一十条之规定/《民法典》第五百六十三条、第五百八十条之规定解除以房抵债合同，为保证破产工作进行顺利，法院应当认可管理人解除合同通知的效力。

# 浅议破产程序中 管理人解除以房抵债合同

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室





最高人民法院指导性案例72号[《汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案》(最高人民法院审判委员会讨论通过2016年12月28日发布)]认为,借款合同双方当事人经协商一致,终止借款合同关系,建立商品房买卖合同关系,将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的,在不存在《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第五十二条规定情形的情况下,该商品房买卖合同具有法律效力。

该案例中的债务人尚未进入破产程序,故以房抵债合同涉及的当事人仅为债务人与合同相对方,并不涉及其他债权人。如果债务人进入破产程序,以房抵债合同继续履行可能符合合同相对方的期待,但是否会构成个别清偿并损害其他债权人的利益?如果以房抵债合同不能继续履行,该合同是否应当解除?如果合同不解除,是否会影响破产程序顺利进行?为此,本文拟讨论的问题是:债务人进入破产程序后,以房抵债合同是否应当继续履行及管理人的是否有权解除以房抵债合同?

破产程序的目的在于集中公平清理破产企业的债权债务关系,债务人进入破产程序后,除法律规定或者管理人根据《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)第十八条规定决定继续履行合同之外,债权人对债务人根据合同享有的履行请求权,应当统一转化为金钱债权,由债权人通过申报债权并根据法定顺位获得清偿。故债务人进入

## 破产程序后,债权人无权要求继续履行以房抵债合同

### (一) 管理人审查以房抵债合同是否继续履行参考的政策法律依据

首先,管理人会考虑合同继续履行是否违反《企业破产法》第十六条关于禁止个别清偿的规定。其次,管理人还会考虑要求继续履行合同是否符合《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(2002年6月11日最高人民法院审判委员会第1225次会议通过)第二条及《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(2014年12月29日最高人民法院审判委员会第1638次会议通过)第二十九条关于消费者购房的特别保护规定。再次,管理人亦会考虑继续履行合同是否符合《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第四条、第九条关于类案处理之规定。

### (二) 管理人审查以房抵债合同是否应当继续履行可参考的裁判案例

1.《张志浩、威海广信房地产开发有限公司破产债权确认纠纷再审案》[(2020)最高法民申2187号]中最高人民法院裁判观点:

本案中,涉案购房款的支付大部分系融资顶账,与基于正常支付全部或大部分房款而产生的物权期待权具有本质的区别。综合张志浩与案外人赵玉景之间的亲属关系,其利用赵玉景的借款本息抵顶购房款具体情况,以及通过抵销实现金钱债权的客观效果,应当认定张志浩不属于上述规定所保护的普通住房消费者。因此,即便认定本案中抵销成立,张志浩履行完



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

了支付购房款的义务，也不应支持其继续履行商品房买卖合同并办理过户登记的诉讼请求。原审驳回张志浩的相关诉讼请求，并无不当。

2.《孙淑丽与威海广信房地产开发有限责任公司、柳港辉破产债权确认纠纷再审案》[(2020)最高法民申2681号]中最高人民法院裁判观点：

本案中孙淑丽与广信公司的原法律关系为借款合同关系，随后通过签订《商品房买卖合同（预售）》以实现以物抵债的交易目的。孙淑丽基于广信公司的以房抵债行为而形成购房事实，其购房目的在于实现债权，并非为生活、居住需要。孙淑丽不属于消费者购房人，不能据此取得涉案房产的所有权或者优于其他债权人的优先权利。

本案中，广信公司进入破产程序后，孙淑丽起诉请求交付涉案房产并办理过户登记，系通过诉讼方式提出清偿债务的权利主张，其诉讼请求的本质是个别清偿，不符合破产程序公平清偿的宗旨，也违背了《企业破产法》第十六条的规定。因此，原审法院驳回其关于广信公司继续交付涉案房产并办理过户登记的诉讼请求，并无不当。

3.《邵仁忠、威海广信房地产开发有限责任公司破产债权确认纠纷再审案》[(2020)最高法民申

3576号]中最高人民法院裁判观点：

综合本案事实，广信公司与宋灵恩之间的借款行为，以房抵债行为，邵仁忠与广信公司之间的房屋买卖行为，相互关联、密不可分，其实质是实现以物抵债的交易目的。原审法院据此认定邵仁忠不属于商品房消费者，驳回其要求办理不动产过户登记的诉讼请求，并无不当。

本案所涉房屋虽已办理预告登记，但广信公司进入破产重整程序之时，案涉房屋尚未竣工验收，也不符合实际交付并办理产权过户手续的条件，并无证据证明案涉经预告登记的房屋已具备转为本登记的条件。且如果允许交付案涉房产将对整个破产重整计划的实施产生重大不利影响，……原审法院对邵仁忠要求交付房屋并办理产权登记的请求未予支持，认为邵仁忠作为债权人可以向广信公司管理人申报相应的债权，并按《企业破产法》的相关规定实现权利，亦无不当。

**债务人进入破产程序后，除了《企业破产法》第十六条之外，还可以适用《合同法》等其他法律规定解除以房抵债合同**

**（一）审查以房抵债合同是否应当解除，除了《企业破产法》第十六条规定外，管理人通常还会考虑下列规定**

1.《企业破产法》第五十三条规定，管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。

2.《合同法》第九十四条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。

3.《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第五百六十三条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。





## （二）适用合同法规定解除以房抵债合同，管理人可以参考下列裁判案例

1.《西部天成商贸有限公司与陕西中登投资有限公司普通破产债权确认纠纷再审案》[(2021)最高法民申1966号]中最高人民法院裁判观点：

中登投资公司已进入破产程序，案涉房屋目前为在建工程，无论是从法律上还是事实上，中登投资公司已不能继续履行合同。原判

决以合同目的不能实现为由，适用《合同法》第九十四条的规定确认《商品房买卖合同》已经解除，并未适用《企业破产法》第十八条的规定，天成公司以其已经履行合同义务，本案不适用该第十八条规定的再审申请事由不能成立，本院不予支持。

2.《周大发与重庆雅塑置业有限公司商品房预售合同纠纷再审案》[(2020)渝民再205号]中重庆高院裁判观点：

在法院已经受理涉案破产申请的情况下，作为抵债物的房屋既未交付，也未办理产权变更手续，仍属于破产财产。若不解除以物抵债协议，将造成破产财产的减损，损害全体债权人合法权益。《合同法》第九十四条第五项规定，在法律规定的其他情形下，也可赋予当事人合同解除权。一方面，若继续履行案涉《商品房买卖合同》，将有违《企业破产法》第十六条“人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效”之规



定；另一方面，案涉房屋未经竣工验收，也未交付使用属于在建工程，在破产的情况下，案涉房屋不具备交付条件，不能继续履行。

## 债务人进入破产清算程序后，管理人有权解除以房抵债合同

**（一）审查管理人是否有权解除以房抵债合同，除了上述规定外，在《民法典》颁布前，还应考虑《合同法》第一百一十条之规定；在《民法典》颁布后，还应考虑《民法典》第五百八十条之规定**

《合同法》第一百一十条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未要求履行。

《民法典》第五百八十条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或仲裁机构可以根据

当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

**（二）支持违约方解除合同的观点（详见《最高人民法院第一巡回法庭精选案例裁判思路解析（一）》第180页至181页）**

一是，既然合同被确定不能继续履行的，其逻辑结果必然是解除。故此种情况下，由违约方还是守约方行使解除权，并无实质差别，承认违约方有解除权，并不会对违约方造成实质损害。对于存在履行障碍、陷入履行不能的合同，对双方均无再继续受其约束的实质意义，相当于合同约定的权利义务已无拘束力，此时任何一方通过行使解除权，都可以使双方从已经僵死的合同中解脱出来。自然通过诉请法院判决解除合同，应当是可行的。对于这种合同，守约方要求继续履行已经确定不能得到支持，违约方要求解除合同，此时，即使不说违约方享有解除权，但确实也是基于违约方的要求，而作出解除合同的裁判。

由于法院处理案件有法定期限限制，因此在审查过程中往往不能搜索穷尽所有的法律文献。笔者后来发现，对此类情形，崔建远教授在其新著中提到：“强制履行与合同解除，制度目的相悖，因而两种救济方法是相互排斥的。……《合同法》第一百一十条与合同解除制度暂时没有挂钩。但是，鉴于合同已经不能履行或债务的标的不适于





强制履行或履行费用过高，合同继续存在意味着束缚当事人，不利于轻装上阵，从事新的交易，从公平合理的立场出发，应当允许债务人在适当的时间点主张解除合同。……《合同法》第一百一十条本身是针对强制履行的，并不直接是合同解除制度的范畴，但它与合同解除制度相联系时，便作为合同解除的特别原因（见崔建远：《合同法学》，法律出版社2015年版，第275页）。”

二是，不能实际履行时，由违约方行使解除权，对双方当事人都是一种解脱，是一种优化市场资源的及时处理方式，也符合合同法设立解除制度的追求效率之目的。合同及合同法是有效的利用资源、实现资源优化配置的调整手段。合同成立后，由于主客观情势的变化，有可能遇到使合同当事人主观或客观遇到履行障碍，合同的继续履行有可能变得不可能或不必要，或合同当事人订立合同的目的不能实现。合同解除是由于合同的经济目的已经丧失，即实际履行利益已经不能实现。履行利益是指合同当事人在履行合同后获得的收益。合同的利益结构分为成本与收益，一方当事人履行合同付出成本，意在获得对方的履行，增加己方收益，这是合同履行的经济动因。但是履行利益丧失时，其经济动因已不复存在，履行合同也就失去了实际意义，当事人解除合同的条件也已完成。此时如果坚持合同继续履行，

或者只有守约方才能解除合同，无论是对合同当事人还是整个社会资源的有效配置，都会有害无益。故对于这种不能履行的合同，通过变通的途径解决，赋予违约方解除权及授权法院予以解除，是有必要的。

### （三）支持管理人有权解除以房抵债合同的裁判案例

1. 赵淑玉与唐山市金凤桐房地产开发有限公司破产有关的纠纷再审查[（2019）最高法民申3989号]中最高人民法院裁判观点：

因以房抵债而签订的协议及商品房买卖合同，实质上仍然属于以房抵债协议，在人民法院受理破产后，作为抵债物的房屋既未交付，也未办理产权变更登记手续，则仍属于破产财产。如不解除以物抵债协议，继续履行将会使得一般债权人取得房屋所有权，对其他债权人不公。就此而言，解除合同符合破产法公平清偿债务、避免个别清偿的精神，在结果上并无不当。以房抵债协议解除后，对于确实享有债权的，可根据原来的债权债务关系向管理人申报债权。

2. 《周大发与重庆雅塑置业有限公司商品房预售合同纠纷再审查》[(2020)渝民再205号]中重庆高院裁判观点（同上）。

### （四）如果法院不认可管理人解除以房抵债合同通知的效力，可能会

### 给破产案件处理造成不利影响

债务人与相对方签订以房抵债合同已达到清偿债务的目的，这在房地产开发中是非常普遍的现象。以房抵债合同项下的房屋尚未办理完成房产过户手续，其仍然属于破产财产。如果以房抵债合同均需经过诉讼程序解除，在当前法院案多人少的情况下，这显然会浪费宝贵的司法资源。故不论是破产清算、破产重整还是破产和解中，如果法院不认可管理人解除以房抵债合同通知的效力，则该合同项下的房屋将无法办理新的网签手续（即以房抵债合同项下房屋无法再次处置），由此将会影响破产财产的变现或者复工续建工程款的筹集和支付，这显然会损害众多债权人的合法权益，并可能会给破产案件处理造成不利影响。



## 合伙人杨青、吕睿鑫代理博赛集团投资 马来西亚 175 亿元“焦电-铝”循环经济项目 入选法律服务中国-东盟自贸区建设典型案例

2022年12月17日，由西南政法大学、重庆市对外文化交流协会主办的以“法治合作推动共建‘一带一路’高质量发展”为主题的第四届中国-东盟法治论坛成功举行。论坛上发布了“法律服务中国-东盟自贸区建设典型案例”入选名单，11家中国律所和8家境外律所的案例入选。其中，本所合伙人杨青、吕睿鑫及律师李慕乔承办的“博赛矿业马来西亚马中关丹产业园投资175亿元‘焦电-铝’循环经济项目”成功入选中国律所典型案例。



## 成都办公室 4 名律师 入选成都市法学会首席法律咨询专家



2022年12月，为深入贯彻落实党中央全面依法治国的战略部署，充分发挥驻蓉专家团队在参与党委政府等重大决策论证、重大风险防控、重大矛盾纠纷调处、重大信访积案化解等工作中的“智囊库”作用，成都市法学会对首批遴选入库的首席法律咨询专家名单予以公示，中豪成都办公室汪飞、邓辉、邵兴全、张利国 4 名律师成功入选。



ZHH & Robin



中豪律師

#### 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/00299a61111111111111)



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



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