

2020

10

总第 796 期

上海律师

SHANGHAI LAWYER

影视微解说类短视频 存在哪些法律问题与侵权风险



上海市律师协会主办

京沪两地深化律师行业交流学习

上海律师志愿团参加2020中国国际服务贸易交易会



上海市连续性内部资料准印证 (K 第 272 号)
内部资料, 免费交流



上海律师



编辑部地址:

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话: 021-64030000

传 真: 021-64185837

投稿邮箱: tougao@lawyers.org.cn

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址(东方律师网):

www.lawyers.org.cn

发送对象: 上海市律师协会会员

印刷单位: 上海天地海设计印刷有限公司

印刷日期: 2021年1月22日

印数: 7000本

主 管

上海市司法局

主 办

上海市律师协会

编 辑

《上海律师》编辑部

编辑委员会主任

季 诺

副 主 任

张鹏峰 朱林海 陈 峰 邹甫文 潘书鸿

林东品 杨 波 曹志龙 徐培龙 陈 东

编 委 会

李 强 卫 新 马 朗 周知明 谭 芳 汪智豪

连晏杰 田庭峰 葛 蔓 袁肖铭 翁冠星 闫 艳

洪 流 徐巧月 叶 萍 葛珊南 杨颖琦 顾跃进

马永健 黄培明 应朝阳 王凌俊 严 嫣 周 忆

施克强 方正宇 叶 芳 屠 磊 邓海虹 岳雪飞

主 编

曹志龙

副 主 编

周 波 潘 瑜 曹 频

责任编辑

王凤梅

摄影记者

曹申星

美术编辑

高春光

编 务

许 倩

A

2020 中国国际服务贸易交易会于 9 月 4 日在北京开幕。上海市为唯一受邀主宾市，由许昆林副市长带领上海交易分团赴北京参会。9 月 5 日，以“卓越服务 链接全球”为主题的上海主题日活动在国家会议中心举办。上海市司法局高度重视，汲取并总结上海律师连续两届为中国国际进口博览会提供法律服务的成功经验，专门部署并组建了由 6 位涉外、金融律师组成的上海律师志愿团。在 9 月 4 日—9 月 9 日会期，上海律师志愿团全程为上海企业提供法律志愿服务，为上海交易团保驾护航。

——《为上海企业保驾护航
上海律师志愿团参加 2020 中国国际服务贸易交易会》

B

2020 年 10 月 16 日，“1+1”中国法律援助志愿者行动 2019 年度工作总结暨 2020 年度启动仪式在北京人民大会堂举行。来自全国的 128 名律师志愿者和 114 名大学生志愿者（或基层法律服务工作者）欢聚一堂。上海代表团由市司法局律师工作处副处长张铭带队，上海喜睦律师事务所律师黄维青、上海申浩律师事务所律师余庆芳、上海华尊律师事务所律师张斌慧、北京安博（上海）律师事务所律师潘耐荣 4 名律师志愿者等参加会议。

——《2020 年度“1+1”中国法律援助志愿者行动启动
4 名上海律师参加》

C

上海无疑是中国法律服务市场中的标杆城市。北京大成（上海）律师事务所在这座大都市的法律服务市场具有相当突出的地位和极大的影响力。这不只是因为它已进入年收入 10 亿元的律师事务所行列，更在于它汇聚了一批法理学识精湛、专业特长高超、职业操守卓越的律师精英，使得上海大成名列沪上律师界前茅。陈峰律师便是其中的标志性人物。

本期“律师素描”，看东方大律师陈峰如何实现人生的“华丽转身”，如何坚持专业化发展和专家型律师的理念，探索出一条法理和实务相结合的道路。

——《陈峰：专业精深 实绩卓然》

D

随着网络技术特别是 5G 技术的普及，短视频已经成为每个人手机上的必备应用，成为我们生活娱乐的一个部分。其中有一类短视频特别引起很多人的关注，就是影视解说类视频，它不仅给平台带来巨大流量，而且给制作者带来可观经济效益。

本期“法律咖吧”，四位嘉宾聚焦影视类解说短视频，共同探讨此类视频涉及的法律问题。

——《影视微解说类短视频
存在哪些法律问题与侵权风险？》

04 / 本期关注

- 4 为上海企业保驾护航
上海律师志愿团参加 2020 中国国际服务贸易交易会 / 吕轩
- 6 开放共享谋发展 危中寻机开新局
京沪两地深化律师行业交流学习 / 吕轩

08 / 行业风采

- 8 2020 年度“1+1”中国法律援助志愿者行动启动
4 名上海律师参加 / 上海律协业务部
- 9 上海律协举办 2020 年度网络桥牌比赛个人赛 / 上海律协会员部

10 / 区区大事

- 10 汇聚她力 赋能法治
徐汇区女律师联谊会成立仪式顺利举行 / 廖潇歌
- 12 寻找中秋 联情联谊
嘉定区女律师联金秋亲子活动暨市女律师联席会议圆满举办 / 上海市女律师联
- 14 顺“潮流生活” 谋“合力创新”
首届“静安律师电子竞技体育交流赛”火热举行 / 静安律师工作委员会

15 / 律师素描

- 15 陈峰: 专业精深 实绩卓然 / 沈栖
- 19 上海律师行业公益之星:
公益之路是我最好的选择 / 罗一静

22 / 获奖征文

- 22 加快中国律师“走出去”的步伐 / 杨雷

24 / 法律咖吧

- 24 影视微解说类短视频存在哪些法律问题与侵权风险? / 文字整理 许倩



CONTENTS

29

新锐手记

29 跳出执业舒适区

一名新律师的执业初体验 / 李盛缘

30

实习周记

30 进入你追我赶的闪耀日子里

一个实习人员的真实生活写照 / 吕晔

31

律师实务

31 继承、创新与影响

《个人信息保护法(草案)》详细解读 / 黄春林

34 数据权利边界之廓清 / 夏海波

36 从IPTV电视回看案谈广播权与信息网络传播权的界限 / 庄毅雄

40 浅析我国个人信息定义与欧盟个人数据定义的不同 / 胡智俊

42 对《金融消费者权益保护实施办法》的思考

金融消费者保护新规为何不覆盖证券投资? / 马晨光 江翔宇

45 个人投资私募股权投资基金的法律实务 / 庄帆

49 私募基金管理人、GP及执行事务合伙人三者的关系 / 刘冰

52 私募基金在我国的发展和监管变化 / 张洁

55

仲裁精研

55 中国法下仲裁协议效力准据法确定制度的完善

/ 上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)商事仲裁研究中心

59

岁月回眸

59 从创建“经济法律事务部”到创办个人所

傅玄杰律师访谈摘要 / 李海歌 刘小禾

63

闲笔趣谈

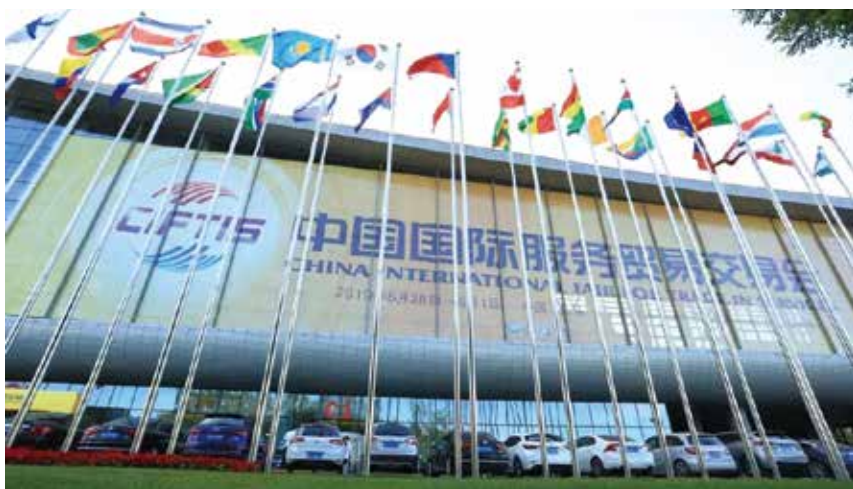
63 花开花落的情怀 / 裘索

为上海企业保驾护航

上海律师志愿团参加2020中国国际服务贸易交易会

文 | 吕轩

2020 中国国际服务贸易交易会(以下简称“服贸会”)于9月4日在北京开幕。上海市为唯一受邀主宾市,由许昆林副市长带领上海交易分团赴北京参会。9月5日,以“卓越服务 链接全球”为主题的上海主题日活动在国家会议中心举办。



上海市司法局高度重视,汲取并总结上海律师连续两届为中国国际进口博览会提供法律服务的成功经验,专门部署并组建了由6位涉外、金融律师组成的上海律师志愿团。

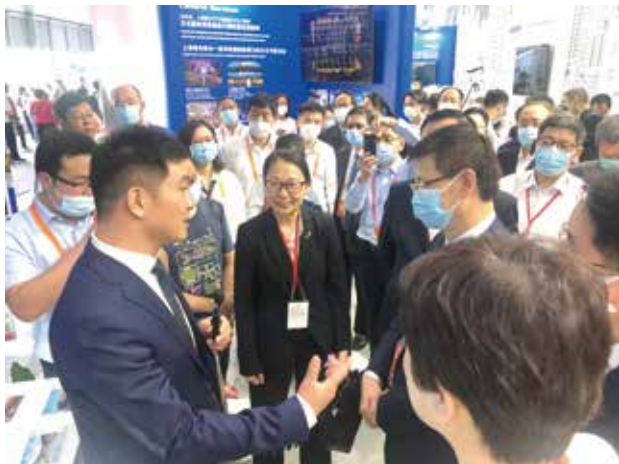
9月4日,市司法局党委副书记、

一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍带队赴京。上海律师志愿团在9月4日—9月9日会期,全程为上海企业提供法律志愿服务,为上海交易团保驾护航。

9月5日,许昆林副市长巡视上海主宾市展区,刘卫萍和上海市

律师协会副会长曹志龙汇报了上海律师行业及上海律师志愿团的相关情况,上海律师的专业法律服务能力得到了市领导的充分肯定。

上海主题日活动展示了含法律服务业在内的上海服务贸易30年来的创新发展成就,以及技术





服务、金融服务、运输服务、文化服务、境外消费、中医药服务等领域的发展特点、重点区域、重要平台和重大项目，数字贸易和在线新经济的服务新模式、新业态等，并举办了报告发布、新品发布、企业合作协议签约、项目签约等活动。

上海律师志愿团参加了上海数字贸易创新发展论坛，感受了全球服务贸易领域最先进、最前沿的发展趋势和经营理念，收获颇多，受益匪浅。

上海律师志愿团主动上前送服务，逐一走访了上海主宾市展区的每一家企业，提供合同签约、知识

产权、金融证券、外商投资等方面法律服务。

结束了一天连续八小时的服务，曹志龙律师表示：“上海作为唯一受邀主宾市，展区规模比较大，参展企业都是代表上海服贸领域的浓缩经典。上海律师能够来到一线为上海企业提供法律服务，机会难得，更是义不容辞。我们会把在本届服贸会上学到的‘全球服务，互惠共享’理念带回来，更好地运用在专业领域中，运用到律师行业的开放发展中。”

此外，上海共有 15 家律师事务所受邀通过现场或线上参展。在上海主宾市展区的文化服务、法律服

务展区，展示着记载上海律师行业发展的多幅海报。

上海律师志愿团由上海律协副会长、上海市联合律师事务所主任曹志龙，上海律协理事、外事委员会主任、国浩律师（上海）事务所合伙人黄宁宁，环太律协主席、上海金茂凯德律师事务所合伙人李志强，上海律协信息化工作委员会副主任、上海虹桥正瀚律师事务所主任倪伟，上海市女律师联谊会副会长、上海律协调解业务研究委员会主任、北京市中伦（上海）律师事务所合伙人孙彬彬，上海金茂凯德律师事务所合伙人欧龙等组成。

开放共享谋发展 危中寻机开新局

京沪两地深化律师行业交流学习

文 | 吕轩

9月9日，上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍，上海市律师协会会长季诺带队赴北京学习考察律师工作，分别走访了北京市律师协会、中央电视台及上海市方达（北京）律师事务所。



左：上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记 刘卫萍



右：北京市司法局二级巡视员、市律师行业党委书记 王群

为何选择此时赴京交流？

当前，世界正经历百年未有之大变局，全球疫情冲击对我国经济的影响尚未完全显现，律师行业发展面临巨大的不确定性和前所未有的挑战。本届理事会提出要在变局中寻找和把握新的机遇，科学研判、积极应对，进一步推动“职业化、专业化、市场化、国际化”建设，推动上海律师业持续健康发展。合作共赢才是人间正道，这不仅需要学习借鉴成功的实践经验和先进的发展理念，更需要加深与各方合作，相互借力，资源共享，协同发展。

为此，本次交流活动由上海市司法局律师工作处、上海市律师协会共同参与，参加人员包括上海市

司法局律师工作处处长叶斌、副处长唐洁、主任科员李琳，上海市律师协会副会长曹志龙、徐培龙，副秘书长潘瑜等。

共享资源 协同发展

上午，代表团一行来到北京市律师协会，与北京市司法局二级巡视员、市律师行业党委书记王群，北京市司法局律师工作处处长、市律师行业党委副书记赵跃，副处长周凯，北京市律师协会会长高子程，副秘书长（主持工作）徐志锋，副会长韩映辉，副秘书长梁文辉等相关负责同志进行交流座谈。

高子程会长简要介绍了协会基本情况，希望京沪两地律师能够多交流、多沟通，进一步加强往来、增进了解、深化合作、共同发展。

王群书记代表北京市司法局对上海代表团一行到访表示欢迎，他





左：上海市律师协会会长 季诺
右：北京市律师协会会长 高子程



希望今后可以充分发挥各自优势，强强联合，加强京沪两地互动，促进合作交流，为推动中国律师行业健康发展发挥积极作用。

季诺会长谈到，京沪两地集聚了大量的法律人才，疫情期间，两地律师行业通过彼此及时分享经验，争取到多项行业扶持政策，帮助两地律师一定程度上缓解了因疫情带来的不利影响。季诺会长提议两地律协进一步共享资源，在行业管理、事务所发展、党建、涉外等方面组建联合课题组，共同研究行业未来发展。

刘卫萍书记表示，京沪两地律师可以在党建、涉外、纪律惩戒等方面特别是律师规范执业、服务大局方面加强交流，设立联席会议机制，定期就两地律师在党建引领、服务大局、规范执业、矛盾化解等交流、协作，在更高起点、更高水平上推动两地律师行业健康发展，发挥好两地律师在服务中心、服务大局中的作用，努力为经济、社会、文化发展和法治进步作出更大

的贡献。

与会人员围绕进一步做实、做深、做细律师行业党建工作，不断推动涉外法律服务工作全方位、跨越式、高质量发展，促进京沪两地律师往来合作等展开深入交流。

深度合作 打响品牌

下午，代表团一行走访中央广播电视总台社教节目中心，与《法律讲堂》栏目组制片人苏大为、执行主编刘念等进行了深入沟通与

交流。座谈中，双方就进一步加强与《法律讲堂》《律师来了》等节目的多元化、深层次的合作进行探讨，通过入驻“央视频”等形式，打造有规模、有深度、有特点的系列宣传项目，进一步推动上海律师品牌建设，扩大上海律师行业的影响力。

上海律协与《法律讲堂》等法制类栏目一直保持着良好的合作关系，合作十六年间，一批又一批优秀的上海律师登上央视舞台，参与节目录制，收获了较高的收视率和观众满意度，充分彰显了上海律师专业严谨、热心公益的社会形象。2020年8月，上海律协与《法律讲堂》联合举办栏目主讲人上海选拔大赛，取得圆满成功。

深耕细作 担当头雁

代表团最后一站来到上海市方达（北京）律师事务所。代表团对事务所的发展状况及面临的困难进行了解，并对涉外法律服务的现状及未来发展进行了探讨。刘卫萍书记希望北京分所能够发挥更大作用，为同行贡献宝贵发展经验。



2020年度“1+1” 中国法律援助志愿者行动启动

4名上海律师参加

文 | 上海律协业务部

2020年10月16日，“1+1”中国法律援助志愿者行动2019年度工作总结暨2020年度启动仪式在北京人民大会堂举行。来自全国的128名律师志愿者和114名大学生志愿者（或基层法律服务工作者）欢聚一堂。

第十届全国人大常委会副委员长顾秀莲出席会议并讲话，司法部部长唐一军向志愿者代表授法律援助志愿者旗帜，司法部副部长熊选国就进一步深化实施“1+1”志愿者行动提出工作要求。司法部原副部长、中国法律援助基金会理事长张彦珍主持会议。上海代表团由市司法局律师工作处副处长张铭带队，上海喜睦律师事务所律师黄维青、上海申浩律师事务所律师余庆芳、上海华尊律师事务所律师张斌慧、北京安博（上海）律师事务所律师潘耐荣4名律师志愿者等参加会议。

自2009年启动以来，“1+1”志愿者行动共向19个中西部省（区、市）400多个县（区）派出1800余人次“1+1”志愿者，办理法律援助案件8万余件，调处矛盾纠纷1万多起，开展普法宣传2.3万余场次，为200多个县（区）人民政府提供法律咨询服务，帮带培养法律人才



500多名，帮助受援群众挽回经济损失45亿余元，取得了良好的政治效果、法律效果和社会效果。

启动仪式结束后，黄维青律师、余庆芳律师、张斌慧律师、潘耐荣律师将分别赶赴青海达日县、贵州

道真县、新疆新源县和内蒙古赤峰市，他们将在当地开展为期一年的基层法律援助服务工作。其中，潘耐荣律师和黄维青律师分别是第四次和第五次参与“1+1”中国法律援助志愿者行动。

上海律师参加2020年度“1+1”中国法律援助志愿者行动名单		
黄维青	男	青海达日县
余庆芳	男	贵州道真县
张斌慧	男	新疆新源县
潘耐荣	女	内蒙古赤峰市

上海律协举办2020年度网络桥牌比赛个人赛

文 | 上海律协会员部



朱黎庭、朱理亮、翟建为律师个人赛前三名获奖选手颁奖

2020年9月12日至18日，上海律协文体与福利委员会举办了“2020年度上海律协网络桥牌比赛个人赛”。受疫情影响，本次比赛个人赛移师新睿网络桥牌平台APP进行，共有44位上海律协个人会员、律所行政人员和上海律协桥牌社特邀人员报名参加。经过七天七轮共84副牌的激烈比拼，2020年度上海市律师协会网络桥牌比赛个人赛圆满结束。

2020年9月26日下午，本届网络桥牌比赛闭幕仪式在上海律协35楼第一会议室举行，上海律协文体与福利委员会主任朱黎庭、副主任朱理亮，上海市桥牌协会副会长、北京大成（上海）律师事务所合伙人翟建出席。闭幕仪式由上海律协桥牌社负责人刘祖康主持。

闭幕仪式上，仲裁委员会委员周史侃宣布本次个人赛比赛成绩，朱黎庭、朱理亮、翟建分别为个人赛前八名、律师个人赛前八名获奖选手颁发证书。

来自上海市白玉兰律师事务所的宋濂溥律师荣获本次个人赛及律师个人赛冠军，特邀嘉宾蒋海平、范若愚分列个人赛第二、三名；律师李诗怡、江维龙分列律师个人赛第二、三名。

朱黎庭在闭幕式上表示，桥牌是上海律协传统体育项目，上海律协桥牌社在全国律师界具有一定影响力，本届比赛进一步丰富和活跃了律师文化体育生活。希望桥牌社能进一步扩大在律师群体中的影响力，吸引更多新鲜血液加入桥牌活动中，并加强与社会各界的交流，促进律师体育活动的健康、活跃发展。

翟建分析了桥牌与律师执业能力的关联，他说，桥牌不仅能锻炼人的逻辑思维和判断能力，还能培养团队协作能力，律师界可以举办更多的桥牌比赛。

2020年度上海市律师协会网络桥牌比赛 个人赛前八名		
名次	姓名	所在单位名称
第一名	宋濂溥	上海市白玉兰律师事务所
第二名	蒋海平	上海用友软件公司
第三名	范若愚	上海路诚数据服务有限公司
第四名	李诗怡	北京大成（上海）律师事务所
第五名	江维龙	上海邦信阳中建中汇律师事务所
第六名	郭志敏	上海市万隆众信律师事务所
第七名	刘祖康	上海市捷华律师事务所
第八名	胡沛君	上海谷欣资产管理有限公司

2020年度上海市律师协会网络桥牌比赛 律师个人赛前八名		
名次	姓名	所在单位名称
第一名	宋濂溥	上海市白玉兰律师事务所
第二名	李诗怡	北京大成（上海）律师事务所
第三名	江维龙	上海邦信阳中建中汇律师事务所
第四名	郭志敏	上海市万隆众信律师事务所
第五名	刘祖康	上海市捷华律师事务所
第六名	肖东进	上海市商惠律师事务所
第七名	潘良峰	上海众华律师事务所
第八名	钱来红	上海东方环发律师事务所

汇聚她力 赋能法治

徐汇区女律师联谊会成立仪式顺利举行

文 | 廖潇歌



徐汇律工委主任
廖明涛和女律师联
首届领导班子

9月15日，徐汇区女律师联谊会成立仪式隆重举行。上海市律师协会副会长、上海市女律师联谊会会长邹甫文，上海市律师协会副会长杨波，徐汇区妇联主席陈华，区司法局党委书记、局长左静鸣，区司法局副局长、律师行业党委书记朱志忠等出席成立仪式。

成立仪式由徐汇区女律师联谊会副会长黄琮主持，徐汇区女律师联谊会会长温陈静向与会嘉宾作了徐汇区女律师联谊会的筹建报告。

温陈静会长首先向到会的领导

和嘉宾表达了感谢。她介绍徐汇区内现有律师3315人，其中女律师有1469人，占徐汇区全体律师的比例高达44%。她就徐汇区女律师联的筹建过程、建会理念、会徽公布、品牌活动等方面进行了详细说明。她说，徐汇女律师联是一个关注彼此成长、相互成就的地方，相信通过徐汇区女律师联谊会这个大家庭，将会有更多的女律师展示才华。

徐汇律师工作委员会主任廖明涛介绍，经区司法局及各律所推荐，由徐汇区律师行业党委最终确定，

徐汇区女律联理事共45名，其中温陈静担任会长，黄琮、奚敏洁、廖潇歌担任副会长；王婷婷担任秘书长，杨莉、张释文、蔡逸奇担任副秘书长。

出席活动的嘉宾对徐汇区女律师联的成立表示祝贺并寄予厚望。徐汇区妇联副主席、律师界妇联主席谭芳希望徐汇区律师界妇联和徐汇区女律师联谊会两支队伍将共同树立徐汇女律师技能专业、致力公益的形象。

上海市律师协会副会长、上海



上海市律师协会副会长、上海市女律师协会会长邹甫文，徐汇区司法局党委书记、局长左静鸣，徐汇区妇联主席陈华为徐汇区女律师联谊会揭牌

市女律师联谊会会长邹甫文表示，徐汇女律师人才济济，在全市女律师工作队伍中表现卓越，能取得这样的成绩，离不开徐汇区司法局领导、妇联、律工委等的大力支持。希望徐汇女律师的工作在徐汇区女律联的平台上发挥得更好，联情联谊，大放异彩，为经济、民生建设特别是妇女儿童的维权贡献力量，承担责任，展示大爱。

徐汇区司法局党委书记、局长左静鸣指出，女律师是职业女性中的精英，是律师行业一道亮丽的风景线。希望徐汇区女律师积极“汇聚她力、赋能法治”，通过女律师的自信、智慧为社会发展奉献力量；向社会传递法律职业女性的内外兼修的独特魅力；通过各类活动吸引更多的优秀女性参与到徐汇区各项工作和事业中来，为徐汇区律师行业、乃至上海市律师业的整体发展作出更大的贡献。

仪式上，徐汇区女律联还与上

海海蕴女性创业就业服务中心签约协作共建，并成立了“汇律师太极社”。

伴随着悠扬的音乐四重奏，下半场“成长系列微沙龙”活动缓缓拉开了序幕。

上海证监局原局长、上海证券交易所原监事长张宁作“女性如何自我成长”的主题分享。她表示，

作为女性、女性律师、女性领导，在自我成长的过程中可以从三个方面去进行思考。一是树立大目标，从小事做起；二是善于学习，勤于思考；三是提升作为领导的影响力。该分享干货满满，引起了与会嘉宾的共鸣。

徐汇区女律联副会长奚敏洁主持“成长系列微沙龙”之《律师她力量：如何发现、发展和发挥法律行业中的女性优势》。上海市律师协会副会长杨波、上海市总工会劳动关系工作部二级调研员黄琦、北京市隆安律师事务所上海分所合伙人罗洁、史丹利百得公司亚洲区总法律顾问樊翠华从各自不同的视角分享了心得体会，深受现场嘉宾喜爱。

女律师作为职业女性的典型代表，她们所展现出来的干练、严谨、专业，和她们与生俱来的柔情、感性、热爱生活相得益彰。若有诗书藏于心，岁月从不败美人！愿徐汇区女律师姐妹们走向更加丰富多彩的未来。



女律师合影留念

寻找中秋 联情联谊

嘉定区女律联金秋亲子活动暨市女律师联席会议圆满举办

文 | 上海市女律联



从左至右：嘉定区司法局副局长、嘉定区律师行业党委书记、区妇联兼职副主席陈静；上海市女律师联谊会常务副会长韩璐；嘉定区女律师联谊会会长戴璐蓉

9月20日下午，由上海市女律师联合会和嘉定区女律师联谊会共同主办的“追本溯源 寻找中秋 联情联谊 不忘初心”——嘉定区女律联金秋亲子活动暨市女律师联席会议”主题活动，在嘉定区汉未央学宫顺利举行。

上海市女律师联谊会常务副会长韩璐，市女律联副会长孙彬彬、时军莉，嘉定区司法局副局长、嘉定区律师行业党委书记、区妇联兼职副主席陈静，嘉定区司法局律公科副科长高碧瑜，市女律联秘书长张秀华，市女律联副秘书长陶丽萍、沈奇艳，嘉定区女律师联谊会会长戴璐蓉，各区女律师联谊会代表以及来自嘉定区的女律师代表30余人参与了本次活动。市女律联副秘书长沈奇艳担任本次活动主持人。

领导致辞

会议伊始，由嘉定区司法局副

局长、嘉定区律师行业党委书记、区妇联兼职副主席陈静致欢迎词。在欢迎市女律联的代表们来嘉定开展联席会议后，介绍了嘉定的地理、人文、历史发展概况，从司法局层面以及妇联群团组织角度就嘉定律师行业发展、女律师执业情况等做了分享，随后，陈静书记提前为女律师们送上节日祝福。

上海市女律师联谊会常务副会长韩璐为本次活动致辞。她介绍了上海市女律联规划发展、基层联络、公益服务等七个部门设置，对于嘉定区女律师联谊会的活动形式表示了积极的肯定。韩璐表示，疫情后上海市女律联推出了民法典百人宣讲团、上海市女律师联谊会公众号，创新普法形式，进一步增强了各区之间的交流。韩璐提出女律师要有理想有高度，同时关注年轻女律师在职业初期的工作环境成长方向，最后还鼓励女律师要在工作中添一

份“野心”，增一点“霸气”，在机遇面前勇敢跨前一步。

嘉定区女律师联谊会会长戴璐蓉介绍了嘉定区女律联的发展情况。嘉定区女律联成立于2017年2月，当时只有4名理事和1名秘书长。经过近三年的活动实践，女律师的活动开展仍存在着以下难点：经费少，组织活动难度大，参加活动女律师人数少。为进一步增强女律联的工作能力，从去年年底开始酝酿筹备增补理事，在全面分析嘉定区女律师的数据后，决定依靠占比78%的40岁以下年轻女律师，取得女主任、女合伙人的支持，从中遴选理事。在与区局领导、各律所主任作充分沟通后，根据推荐、结合个人意愿，充分考虑补选理事个人在律所担任的职务、社会兼职、原从业经历和个人影响力等，从原先四名理事增补到现有11名理事，增补后理事40岁以下6人，占到



与会人员合影

54%，正副秘书长从1名增加到3名。组织梯队化建设完成，现在的理事会人数和年龄更为合理，号召力更强，组织能力在各方面得到提升。戴璐蓉会长表示：新班子将始终不忘初心，围绕市女律联章程规定的宗旨开展活动，联情联谊，努力提高本区女律师的社会地位和社会形象。

互动讨论

上海市女律师联谊会副会长孙彬彬希望大家积极参与女律联的各项活动与工作，鼓励与会的各位女律师姐妹集思广益，为2020年年底的活动及各区联动活动多提宝贵意见。

上海市律师协会秘书长助理、办公室主任、上海市女律师联谊会副秘书长陶丽萍在交流中特别指出：女律师要坚持传统与创新、变与不变相结合，在传承中创新适应，在联情联谊中共同成长是女律师联谊会始终不变的初心。

上海市女律师联谊会副会长时军莉指出：女律师市、区两级的行业工作要站在党建引领促进整体行业规划与发展的高度开展，并且要注重人才的培养和梯队的建设。

长宁区女律师联谊会会长张伟华分享了长宁女律联工作的八字方针“凝聚、提升、关爱、奉献”。徐汇区女律联会长温陈静提出了要加强各区联动，助力女律师成长，提升女律师社会地位。宝山区女律联会长杨颖琦认为嘉定女律师联在工

作中遇到的难点是女律师工作中共性，嘉定宝山比邻而居，区与区之间要加强交流沟通，多多互动联谊。

与会律师就女律师的个人发展、执业理想、区域联动等各方面发表了自己的体会与建议，现场气氛热烈。

本次活动，嘉定区女律联创新活动形式，鼓励女律师平衡家庭与工作，同时与会的女律师的子女们体验了传统月饼制作，会后大家一起参与了汉未央特色的汉服活动，并参观游园，度过了愉悦而充实的时光。



顺“潮流生活” 谋“合力创新”

首届“静安律师电子竞技体育交流赛”火热举行

文 | 静安律师工作委员会



比赛现场气氛如火如荼，各队角逐激烈

9月20日，首届“静安律师电子竞技体育交流赛”暨“律师 & 电竞”行业交流活动在静安区珠江创意中心 NICE 电竞馆隆重举行。本次活动由上海市律师协会静安律师工作委员会主办，上海瀛东律师事务所协办，并得到了静安区司法局、静安区商务委以及上海市电竞协会的大力支持。

静安区 20 家律所、25 支战队、150 名律师及实习人员积极参赛、热情高涨。

两天的线上预赛，一天的线下决赛，详尽的专业解说，清晰的 LED 大屏直播。或正面交锋激烈对战，或潜伏隐蔽狙击敌人，或隐匿在树林草丛之中，或驰骋于各段兵线之间。选手全神贯注，观众热情高涨。气氛如火如荼，各队角逐激烈。来自盈科、德恒、京师、正策 4 家律师事务所的战队挺进四强，决赛时盈科与德恒两队向冠军

发起猛烈冲击，最终盈科荣耀 Pro 战队夺得桂冠。

赛后冠军队伍与 eStar 职业战队进行了表演赛，职业队熟练的操作、精密的配合，给在场的观众带来紧张激烈的比赛之外的享受与乐趣。从线上的语音合作到线下的即时交流，将游戏与专业结合为不同行业的沟通连接纽带，构建桥梁。

在本次比赛的行业交流环节，静安区商务委员会都市产业科科长温威、上海恒业律师事务所合伙人施扬、上海瀛东律师事务所合伙人张楠、上海市电子竞技运动协会副秘书长陶俊赢、上海游聚文化发展有限公司总经理郑龙祥、eStar 战队领队杨泽丞参与交流。

交流中，静安区商务委详细介绍了静安电竞行业现状、产业政策等情况，律师与电竞协会等“电竞人”就电竞领域中的法律问题圆桌论道，用头脑风暴碰撞思维火花，

畅谈行业协同发展的广阔空间；活动后，参赛的青年律师纷纷表示，通过比赛和交流，既收获情谊、增强凝聚，亦拓宽思路提升专业。

主办方表示，举办本次电竞交流活动，一是顺应“潮流生活”，丰富青年律师的文化和娱乐生活，构建工作与生活间的平衡关系。其次寻求“互联互通”，搭建律师与电竞行业交流沟通平台，探索战略合作纽带关系。最后也是为了共谋“合力创新”，为进一步推动静安区电竞产业蓬勃发展尽一份绵薄之力。



从2020年第2期开始,上海律协邀请《上海法治报》记者沈栖,对十位第四届“东方大律师”进行专访,文章将陆续刊登在《上海律师》和《上海法治报》上。



陈峰:专业精深 实绩卓然

文 | 沈栖



陈峰

北京大成(上海)律师事务所合伙人。上海市律师协会副会长、上海市第十五届人民代表大会代表、中共上海市第十一次代表大会代表、上海市法学会“一带一路”法律研究会副会长、上海市法学会案例法学研究会副会长、中共上海市委统战部法律顾问上海市人大代表法律专家库成员、上海市第二中级人民法院特约监督员。曾获2012年“五一劳动奖章”、2013年上海市司法行政个人三等功、2011—2015年度“上海市优秀律师”、2011—2014年度“全国优秀律师”、2016—2018年《商法》杰出交易奖、2018年ALB“中国十五佳诉讼律师”、Chambers、The legal 500、IFLR1000“上榜律师”。2019年被评为第四届东方大律师。

上海无疑是中国法律服务市场中的标杆城市。北京大成(上海)律师事务所(以下简称“上海大成”)在这座大都市的法律服务市场具有相当突出的地位和极大的影响力。这不仅是因为它已进入年收入10亿元的律师事务所行列,更在于它汇聚了一批法理学识精湛、专业特长高超、职业操守卓越的律师精英,使得上海大成名列沪上律师界前茅。陈峰律师便是其中的标志性人物。

陈峰的经历似乎有些特异:少年时期曾经有过律师梦,高考填报志愿也选择了法律专业。1994年毕业于安徽大学法律系后,陈峰却没有直接涉足法律领域,而是在空军上海企业局干了整整七年。但他不以为这是耽误了人生。因为这段经历对他严守纪律、追求信仰、树立“三观”打下了扎实基础。这段期间,陈峰并没有停止他对律师职业的追求,在业余时间继续学习,他考取了律师执业资格。2001年,在部队不得经商的大背景下,陈峰离开部队,进入律师行业,实现了从军队企业到律师的“华丽转身”。

2010年陈峰加盟上海大成。他的法律功底、从业精神、人格魅力旋即得到同仁的认可,2012年,当选所内常委会成员分管文化建设;2014年当选执行主任;2016、2018

年连任两届上海大成主任,兼任党委书记,其间还兼任了大成全球董事局董事、中国区董事局副主席。在2019年第十一届上海律师代表大会上当选上海市律师协会副会长后,陈峰尽心竭力为推进行业发展出谋划策。如关于律师事务所规范与发展委员会工作思路——“以打造律所管理系列品牌活动为纽带促进发展,努力提升律师参政议政的广度、深度和亮度”,为拓展上海律师法律服务市场打开了巨大空间,获得业界广泛关注和赞许。

“在自己选定的田里深耕细作”

百艺通不如一艺精。从2003年开始,陈峰律师就擅于从事建设工程与基础设施法律服务,从BOT、BT、TOT做到现在的PPP,自云:“其他项目不是不能做,只是我宁愿在自己选定的田里深耕细作,无暇顾及他处肥田。”自律师执业以来,陈峰坚持专业化发展和专家型律师的理念,以扎实的法学理论功底和兢兢业业的工作态度探索出一条法理和实务相结合的道路。

2003年的上海市金山区一水厂项目是陈峰办理的第一个基础设施项目。该项目设计日供水量为40万立方米。项目综合运用了BOT、BT、O&M、EPC等多种模式。其

中自来水厂取水头部和厂区部分采用 BOT+EPC 模式。出厂水输水管网部分则采用 BT 模式，由项目公司负责投资建设，建成后移交给金山区水务局。金山区水务局通过 O&M 模式将出厂水输水管网委托上海金山自来水有限公司运营。面对全新的挑战，陈峰带领团队夜以继日地投入到工作与学习中：项目管理、工程术语、自来水行业惯例、BOT 结构、合同文本……需要学习的东西太多太多。在将近一年的时间里，仅《特许经营权合同》和《供水合同》就先后经历了 17 次谈判，厚达数百页的合同文本易稿 23 次。在项目竣工和通水仪式上，当项目负责人宣布正式开始供水的那一瞬间，陈峰想起将近三年的艰辛工作，想到金山区人民今后喝上的洁净自来水中也有自己的付出，刹那间百感交集。

上海市首个正式落地的青浦区重固镇新型城镇化 PPP 项目，是陈峰牵头团队办理的又一重大 PPP 项目。作为政府法律顾问，陈峰为这一项目提供了从意向接触、竞争性磋商到签约项目合作合同期间的法律服务。该项目的创新亮点在于：一，由社会资本负责筹措项目所需的建设资金，有效解决了城镇化建设的资金问题，减轻了政府财政投资压力。二，农村集体资产参与，如占股 10%，今后将获得稳定收益；拿出 5 万平方米商业面积让渡给镇集体经济组织，不仅让当地农民分享了城镇化成果，也减轻了项目动拆迁的难度。该项目采用 PPP 模式，按照政府主导、市场化运作的思路，总体打包，一次授权，统一规划设计，

分期分阶段实施，在确保政府与投资入利益的同时，还妥善兼顾和保障了村民在农村城镇化改造进程中的利益，使村民能够通过相关项目机制安排长期稳定地享受城镇化改造的红利。这一总投资约 120 亿元、合作周期为 10 年的项目是目前本市入选国家发改委 PPP 项目库唯一重点推荐范本，获 2016 年度《商法》最佳交易奖。

陈峰不仅在实务方面为 10 多个基础设施建设项目不同阶段提供法律服务，还在理论方面有所建树。他在《社会科学》《上海投资》等刊物上发表了《试述 BOT 融资方式及其在我国推行的法律对策》《城市基础设施建设中的 TOT 融资方式》《BOT 项目中的政府保证问题》《国企“走出去”战略中关于国际工程项目承包的相关法律问题析》等 10 多篇学术论文。

汽车行业的法律服务方面，陈峰处于国内领先水平。十多年来，他熟悉汽车行业的并购、汽车产品召回、主机厂和汽车零部件企业的销售、采购、产品质量问题等方面法律业务，并代理了大量涉及汽车行业的诉讼和非诉讼案件。陈峰还在《上海国资》等刊物上发表了《缺陷汽车召回制度的立法缺陷》《无人驾驶汽车的法律责任研究》《自动泊车商业化应用的法律困境及建议对策》《〈智能网联汽车道路测试管理规定〉评析》等论文，为进一步完善这一行业法治体系、提升内部管理与控制水平建言献策，《汽车产业法律法规大全》一书的出版更是填补了汽车行业这方面的空白。

为“一带一路”项目提供优质法律服务

陈峰为多家世界 500 强和中国 500 强企业提供优质法律服务，如负责及参与过淮矿现代物流有限责任公司破产重整项目、高远系债务重组项目等，这些重大项目的涉案金额均在百亿元以上。近两年来，作为上海市法学会“一带一路”法律研究会副会长的陈峰，业务重心主要在海外并购上，得益于国家“一带一路”倡议，由他组织的 DENTONS 跨境法律服务团队为国内企业“走出去”的多个项目提供了跨境专业法律服务，也和汇丰银行、安永等全球顶级投行、专业咨询机构和律所合作，以专业团队的形式提供服务。“一带一路”的海外项目，遍及德国、英国、意大利、西班牙、埃及、孟加拉国等等。陈峰深知基础设施项目不仅投资巨大，而且利益牵涉面广，因此在项目办理过程中特别注重项目各方主体利益的平衡，致力于促进和实现各方共赢发展。

这里，不妨列举一则典型案例：西班牙 Zero-E 集团下属共计 7,138 兆瓦的光伏及风力发电站股权并购项目。这是陈峰又一个获得 2018 年度《商法》最佳交易奖的海外项目。

该项目卖方 Cobra 集团是西班牙最大的上市公司之一 ACS 集团用于规划其境内外可再生能源的控股集团，买方是国内某大型发电企业。本项目涉及交易金额超 31 亿欧元（约合人民币 235 亿元），采用股权并购模式，并购标的包括西班牙 Zero-E Sustainable Assets 旗下位于西班牙境内的 60 个拟投产光伏电站（装机容量 1636MW）。该项

目难点在于项目同时包含已投产的光伏项目、即将投产的光伏项目以及在未来几年将陆续投产的新光伏项目等多种项目类型，因此在项目设计交易结构、辨析许可、牌照持有人，确认收购主体等方面对律师均提出了极高要求。并且，该项目项下的光伏发电厂遍布西班牙 Zaragoza、Burgos、Toledo、Caceres 等多个自治区，每一个自治区对项目相关规定都不尽相同，为律师完成法律尽职调查，作出法律风险提示、提供法律解决措施增加了挑战性。不仅如此，由于项目周期横跨西班牙固定补贴电价（Feed-in Tariff）以及固定费用投资激励政策（Specific Remuneration Regime）两个不同的电价阶段，还需要律师对该项目拟投运资产能否按期合规投产，及时向客户传达、分析、讲解最新政策是否会对本项目补贴政策造成影响等做出准确及时的判断和响应，以为客户作出收购及报价决策提供有力参考。陈峰带领的 DENTONS 上海和马德里律师团队克服了各种问题和难关，顺利完成了该项目法律服务。

除了建设工程及基础设施法律服务领域以外，陈峰还擅长于重大疑难商事争议解决；公司与并购、公司重组与破产、银行和金融等专业领域。安联保险集团获批筹建我国首家外商独资保险控股公司项目，是陈峰办理的又一重大项目。该项目获得了 2018 年度《商法》最佳交易奖。在该项目之前，中国金融保险业从未对外国保险公司开放在华设立保险控股公司，大量法律及行政审批事项均无先例可循。陈峰带领律

师团队参考内资保险控股公司的筹建设立要求，对于申报工作中不适用外资的部分，大成的律师团队又从立法意图，监管导向等方面进行分析、研究并通过了与中国银保监会的深入沟通，协助安联保险集团完成相关申报工作，最终助其摘得首张外资保险控股公司牌照。德国安联保险集团拟投资人民币 100 亿元，采用新设方式，在中国上海设立我国首家外商独资保险控股公司。这是中国金融保险业进一步对外开放的积极举措，具有重要的典范意义，这一成功案例写入了 2020 年年初上海“两会”的政府工作报告中。

民主决策 协同管理

自身 700 人规模的大体量管理，上海大成是在民主制度和文化氛围中形成相互影响、相互促进、美美与共的业态。陈峰认为：“民主制度已经深入大成每个人的内心。民主虽然不是非常高效的决策方式，但可以降低犯大错误的概率，将更多人的智慧运用到事务所的运营管理发展中，这是我们最大的优势。”在上海大成，管理最重要的不是管控而是协同，给大家赋予能量、能力、平台、机会，让更多律师有不懈的战斗力和持续的创造力。2019 年，上海市律师协会专业委员会换届，数十名上海大成律师当选多个专业委员会的主任、副主任或委员，这佐证了业界对这个品牌律所的肯定。

陈峰就“如何打造一流品牌律所”谈论该所行之有效的管理方式——2017 年出台《大成上海律师执业专业化管理办法》，对于经费、立案、宣传、专业组牵头人选拔、业

务部门划分及公共资源分配等作出制度性安排。从业务培养的角度，定期举办内部培训和讲座，事务所设立专门的经费支持专业化建设。以专业化建设强化内部单体作战能力，对律师进行“一主三辅”的强制专业分工，提升在既定领域的服务质量，着力增加人均创收，实现律所最大化收益；

合伙人晋升制度改革。除了学历和从业时间要求外，还规定了业务能力、专业特长及合伙人精神等标准。

上海大成除了有一支 30 多人的执行机构团队以支撑高效运转外，还相继制定 90 多项规章制度，涉及人事、财务、专业化、市场推广、客户服务、风险防范等，在机制设置、人员配置和成本投入上，着力打造业务支持和行政服务两大系统的建设。

文化建设。2016 年 11 月，该所成立的“归国华侨联合会、归国留学人员联合会”，系国内律师界第一个侨团组织。微信公众号成为了该所市场品牌建设的重要举措。该所还组建了足球队（曾由陈峰带队参加第十六届、十七届律师世界杯）、合唱团、公益律师志愿团、女律师联席会、羽毛球对、篮球队、游泳队、高尔夫球队等近 20 个文化社团。

以党建为航标，充分发挥党组织政治核心的作用，这是上海大成发展的强大内驱力。该所于 2011 年 6 月成立中共北京大成（上海）律师事务委员会，这是沪上律师界第一家基层党委，下辖 13 个党支部，事务所党员人数从 83 名发展到 228 名。作为两届党委书记，陈峰注重发

挥党委一班人和各党支部作用，将律师党建工作定位于政治导向和价值引领。党委成立以来，配备专职党务工作者，专司所内党建事务和企业文化建设事务；把对党员政治思想教育放在首位，以党课、参观、民主会、交流会等形式开展“不忘初心，牢记使命”主题教育活动；所内重大事项的决策，都先进行党委内部通报，共同探讨，并充分听取党内外群众意见，达成共识；党委重视发展新党员工作，党员关心青年律师

培养，“青年之家”成为了支持和帮助新生代律师成长、成才的知名品牌；每位党员的工作间或办公室都有印刻着党徽的铭牌，促使其平时工作中严格要求自己；党员形成公益律师志愿团的骨干力量；党委班子成员和党员通过民主选举进入事务所核心管理层，充分证明党组织有着厚实的群众基础。上海大成党委继 2018 年入选“全国律师行业先进党组织”后，2019 年再度被评为“上海市律师行业先进党组织”；该所还

获得了“上海市司法行政工作标兵集体”荣誉称号，这是当年度上海律师界唯一获此殊荣的律师事务所；2019 年 3 月，又入选“2015-2018 年上海十佳律师事务所”。

陈峰为该所“规范化、规模化、专业化、品牌化、国际化”建设出谋划策，身体力行，受到了合伙人及广大律师的赞誉，也赢得了社会各界的尊重，他被推选为上海市第十五届人大代表、中共上海市第十一次代表大会代表。



2019年9月，上海律协开展“不忘初心 牢记使命”首届上海律师行业履行社会责任主题宣传活动，经评审，最终产生10位“上海律师行业公益之星”，并于2020年1月2日举行的“纪念律师制度恢复重建40周年大会”上对获奖个人进行表彰。从本期起，《上海律师》将陆续刊登公益之星的个人事迹，展现上海律师的大爱无疆。



上海律师行业公益之星 公益之路是我最好的选择

文 | 罗一静

2012年年底，我告别了在巴西年深日久的工作与生活，回到了中国。原本我的计划是与朋友一起开一个小咖啡馆，慵懒舒适地开始享受我的退休生活，是上海市捷华律师事务所这个大家庭，点燃了我重新做一名执业律师的信念。根据律所主任的提议，让我发挥多年海外生活的优势以及出国前在上海市工商业联合会及浦东新区商会工作的有利条件，为所里拓展一些涉外法律业务。于是我开始成了跑企业、拜访客户的生活。正当业务渐入佳境，一个偶然的的机会，我从东方律师网上看到了司法部法律援助中心、全国律师协会和中国法律援助基金会等单位共同倡导的“1+1”中国法律援助志愿者行动的消息，我的心被触动了，当即就报名参加了此项行动。尽管我的年龄已经超过报名要求，但由于我的坚持，最终获取了组织上的批准，成为了一名光荣的法律援助志愿者。2014年盛夏，我离开了熟悉而温暖的上海，踏上了法律援助的征途——来到了广西北海市银海区，一个20多年前从小渔村发展起来的新城区。

自上世纪90年代初，我开始从事律师工作以来，就在上海主要从事涉外业务，曾先后为上海纺织品进出口公司、上海文教用品进出口公司等10余家进出口公司和企业担任常年法律顾问，并受理了百余起债权债务，涉外经济，租赁，房产等各种类型的经济纠纷。出国到巴西后，开始从事进出口贸易。随着中巴贸易的发展，我于2002年又回到了律师行业，在巴西诺劳亚律师事务所工作，帮助巴西诺劳亚律师事务所所在上海设立了办事处，并任巴西诺劳亚律师事务所上海办事处主任，受理了多起反倾销案子及其他经济案件。

我虽有十多年的涉外法律工作经验，却几乎没有接触过刑、民事案件。到了北海，我忽然发现自己练就了的一身功夫却全无用武之地，找上门来的全是小案子——农民工被欠薪、下岗工人的利益得不到保护、土地承包纠纷，房屋拆迁、改建纠纷、人身损害赔偿……但这些小案子，却是影响着当地社会稳定的主要问题。群众的需要，就是我们法律援助律师义不容辞的责



罗一静

上海市捷华律师事务所律师。2015和2016年被中国法律援助基金会、中华全国律师协会等单位评为优秀法律援助律师；2016年被司法部评为第五届全国法律援助工作先进个人；2017年她获得2014—2016年度上海市对口支援与合作交流工作先进个人；2019年获得首届上海律师行业公益之星的荣誉。

任。于是我边学边干：一起邻里纠纷引起的人身损害赔偿案，在法院和我的努力主持下得到了调解，当事人送来了“精通法律，维护正义”的锦旗；一起外地农民工的人身伤亡道路交通事故在我的斡旋下顺利地与肇事司机达成了协议，并通过法院向保险公司获得了赔偿，两位年迈的受害者父母委托其儿子送来了“法律援助解忧困，尽心尽责一心为民”的锦旗。很快，一年的法律援助任职期很快就到期了，我在当地政府、机关以及同事、居民的

热情挽留下又延续了一年。

两年后，我怀揣着在北海结下的浓厚情感与不舍重返上海。回到上海后，我利用休整期重新学习了证券业务方面的知识，并通过了基金从业人员资格考试，打算加入事务所的基金团队，但静安区法律援助中心的召唤又让我回归到了法律援助队伍——加入了市妇联巾帼律师志愿团和静安区法律援助志愿团。自此，先后为上海市法律援助中心、市妇联、静安区法律援助中心以及我居住地所属的瑞金二路街道的法

律咨询窗口提供免费法律咨询服务约 500 余人次，并坚持每年办理 10 余起法律援助案件。“道虽通不行不至，事虽小不为不成”。通过从事援助工作我深深地体会到：正是这些小案子，才是老百姓亟需维权的大事。做好这些小案子犹如雪中送炭，表达党和政府对弱势群体的关爱和关注，体现援助律师回馈社会的心愿和价值。

这几年，我将大部分的时间和精力投入到法律援助的社会公益活动中，我的体会是：



法律援助工作, 把我从一个商业律师变成了社会律师

在做援助律师之前, 我的服务对象主要是企业, 奔走于各种类型的企业中间, 而对社会上各种群体性矛盾以及弱势群体的热门话题并不关注。当我从事法律援助工作后, 我的服务对象发生了变化, 我开始更多地关心下岗失业工人的利益保护、劳动纠纷、房屋拆迁纠纷等社会群体性事件, 开始把眼光投向那些影响社会稳定的突出问题。通过多年的基层法律援助工作, 我深深地体会到要解决这些问题, 法律手段是最重要、最理性、最有效的方式之一。而作为法律手段之一的法律援助制度, 在维护社会稳定中发挥着“调节器”和“减压阀”的重要作用, 它使社会成员中的贫弱群体在遇到矛盾和纠纷的时候, 能够通过理性制度化的方式表达自己的诉求, 使上述矛盾在法律框架内得到解决。避免社会冲突与动荡, 达到和谐社会“安定有序”之要求, 最大限度地减少不和谐因素, 实现社会和谐稳定。法律援助工作的实践也充分证明, 法律援助工作者通过参与和处理涉法涉诉的信访案件, 侵害弱势群体利益的群体性案件, 能够及时解决纠纷, 有效地化解矛盾。因此, 法律援助的实施是民主工程, 更是一项稳定措施。

法律援助工作, 把我从一个经济律师变成了公益律师

在做援助律师之前, 我更多关心的是房产市场的导向, 经济政策

的趋势, 注重各种经济类型的法律法规以及与其相关的各种类型的案件, 而对于《中华人民共和国宪法》所指的“公民在法律面前一律平等原则”“法律面前人人平等”等法治基本原则, 我认为它只是一个理论, 一个概念和精神。从事法律援助工作后, 使我真正有机会参加到“法律面前人人平等”的实践活动中去。“公民在法律面前一律平等原则”是指一个国家的所有公民, 无论其是否存在社会地位高低, 财产多寡, 种族不同, 智力强弱, 年龄大小等差别, 一律平等地受到既定法律的保护, 实现法律所认可和赋予的权利。严格地说“法律面前人人平等”其实还只是一种秩序平等的权利, 它本身并不能保证实体法律权利的平等。如果因为经济困难请不起律师, 享受不了法律服务, “法律面前人人平等”就成了一句空话。然而, 法律援助制度的实施从根本上解决了这一系列的问题。法律援助对于我们法援律师而言, 它不仅在于维护了“公民在法律面前人人平等”的原则, 更重要的是, 它通过法援公益律师的努力, 将这个宪法原则变成了现实。

法律援助的任务十分艰巨, 前景十分广阔

法律援助切实保障了诉讼当事人依法享有的权利。法律援助旨在保障人权。人权是人的自由和平等的权利, 也称“公民权利”。“公民权利”一方面体现了实体法上的权利, 是靠自身从事法律行为而获得; 一方面

也是程序法上的权利, 体现在诉讼中。特别是在刑事案件中, 被告人处于特殊地位, 往往由于法律知识匮乏和人身自由受到限制不能很好的维护自身的合法权益。因而, 需要具有法律知识和专业诉讼技能的律师提供法律援助。在刑事案件中, 某些经济困难的被告人如果请不起律师担任辩护人, 就有可能出现无法从法律角度阐述自己无罪, 罪轻或从轻, 减轻处罚的情节。请不起律师, 对于刑事案件被告人来说, 也许损失的是应该享有的合法权益; 但对于国家来说, 受到损害的却是司法公正的原则和形象。建立法律援助制度, 对于经济上确有困难的当事人减免聘请律师的费用, 正好弥补了这一缺陷。法律援助工作大有可为, 前景广阔。大力弘扬司法良知, 开展人性化司法, 注重保护弱势群体的合法权益, 对农民工、下岗职工、孤寡老人、残疾人等经济确有困难的当事人, 积极开展司法救助工作, 采取缓、减、免律师费、诉讼费等的司法救助措施, 让“有理无钱的人打得起官司”, 这才是我们律师应尽的社会责任。

公益是一种润物无声、水滴石穿的力量, 热心投入公益活动, 可以从中获得成长、历练和充实。我从事法律援助工作已六年有余, 我的生活变得更加充实, 我的心态变得更加平和。我热爱公益工作, 通过公益工作, 增强了自己的使命感和社会责任感。我将继续努力, 努力使自己无愧于“公益律师”这一称谓!

加快中国律师“走出去”的步伐

文 | 杨雷

彭俊律师是首位在 WTO 案件中出庭辩论的中国籍律师，代表中国政府参与了十多起 WTO 争端解决案件。2015 年，彭俊律师出庭代理了“日本和欧盟诉中国高性能不锈钢无缝钢管反倾销措施案”，在接受采访时道出了中国涉外律师的现状，“第一次接触 WTO 的案子时，就是从 2004 年美国诉墨西哥牛肉大米案这一第三方案件开始的”“一直到 2007 年，才在美国诉中国出版物案中第一次接触当事方的案子，但是还是没有机会出庭辩论”“我参加了三次上诉庭，2005 年作为不说话的第三方，2010 年作为不说话的当事方，2015 年才作为说话的当事方。10 年才有了机会说话”。2013 年，菲律宾单方面就中菲在南海的有关争议提起仲裁，根据《联合国海洋法公约》成立了 5 人中菲南海争议仲裁庭，无中国籍仲裁员。虽然我国对该案不接受也不参与，但即使参与，我国能够出庭的国际海洋法律师或仲裁员也很缺乏。不单单是这些以国家为主体的反倾销、领土海洋争端、国际投资争端案件，也包括那些涉及个人、企业在海外被诉的民商事纠纷，中国律师的“声音”还比较弱小，能够参与出庭辩论的律师仍然屈指可数。

2016 年 12 月，司法部等联合印发《关于发展涉外法律服务业的意见》后，各地纷纷响应加快涉外法律服务业走出去步伐的号召，陆续出台地方实施意见。上海作为我国对外开放的排头兵，在发展涉外法律服务业上拥有得天独厚的经贸优势与区

位优势，发布《上海市发展涉外法律服务业实施意见》的同时做出了不少新动作，比如“在沪涉外律师培训班或研修班”“律师赴美、赴英培训项目”“环太平洋律师协会 2020 上海年会”“上海涉外法律服务人才和机构库”“上海涉外法律服务案例库”等等，不断为培养上海涉外律师人才“铺路子”“搭梯子”。

时任上海市律师协会会长俞卫锋律师曾总结，随着自贸区、“一带一路”战略的发展，上海涉外法律服务业发生了五方面的变化：一是队伍的变化。上海各律师事务所开始主动吸纳有国际背景的律师充实队伍，拥有两国资格甚至多国资格的律师的数量逐渐增加。二是能力的变化。随着涉外业务量的增长和经验的积累，上海律师拓展自身国际法律的服务能力和市场竞争力，逐渐具备充分获取客户信任、独立主办涉外案件的能力。三是地位的变化。过去国内律师在国际案件中多处于从属关系，仅仅发挥辅助作用，现在国内律师的国际地位得到显著提高，由中国律师牵头的项目越来越多。四是视野的变化。国内律师有机会接触到外国的法律服务，眼界从国内扩展到国外，极大推动了律师们国际化视野的培养。五是版图的变化。自从国内律所得到了大量与外国建立合作的机会，进一步拓展了法律服务合作领域的国际布局。

取得成绩的同时，我们也将不断思考如何走好未来的路。2019 年是新中国成立 70 周年，在中国共产



杨雷

北京市中伦（上海）律师事务所律师
业务方向：涉外争议解决、民商事诉讼及仲裁、企业合规调查

党的领导下，我国法治建设取得重大发展，中国特色社会主义法治体系初步建成。一个坚定致力于对内推进法治的中国，同时也必然是国际法治的坚定维护者和积极建设者。中国需要在国际法治舞台上有自己的律师，而且这类律师需要精通相关领域业务和国际规则、具有全球视野、具有丰富执业经验和跨语言、跨文化运用能力，要懂法律、懂经济、懂外语。

发展涉外律师业是中国“走出去”的必然选择。人才是根本，是关键。培养涉外律师领军人才，仍然是一个新话题、新任务，有挑战性、探索性。下面我将结合自己曾参与过的涉外律师培训活动，做一些探讨和展望。

首先，在国际立法层面应当有

所作为。随着国际地位不断提升,中国逐渐在国际“游戏规则”的制定中有了一些话语权。但是,由于我国国际法理论研究仍有诸多不足,尚不能和西方国家相比。在过去较长的一段时间里,由于种种原因,我国在国际法规则制定过程中发挥的作用比较有限,在国际法律体系变革中是“后来者”“参与者”的角色,在有关国际法发展中的议题设置、话语建构和规则制定等方面仍然相对滞后,还不能充分地为自己“发声”,以至于现在的国际“游戏规则”依然是一套西方的话语体系。我们应当加强对国际法基本理论问题的研究,比如国际法的理念、国际法的法律性质、国际法的效力根据、国际法与国内法的关系、国际法的历史、国际法的渊源、一般法律原则、国际法的方法论、国际法的价值论、国际法的认识论以及国际法各分支的一些理论问题等,让一批高素质的国际法律研究人才包括律师为未来国际“游戏规则”的制定贡献中国智慧、中国方案。

其次,律师海外培训项目可以更深入一些。目前的律师海外培训项目的日程一般包括:邀请当地知名法学院教授、律所合伙人等专家学者,开设当地司法体系、诉讼技巧、律师行业情况等全英文课程;参观当地知名律所,学习国外律所管理、文化建设、专业发展;参观当地司法机关、律师协会、国会大厦等机构;旁听当地法院开庭等,确实使受训学员了解了境外司法体系的运行机制和基本的司法文化,是涉外律师人才队伍建设的试金石,达到了一定的效果。但是,这还远远不够。比之过去,好处在于:更多的中国律师看到了国际法治舞台规则的运用机制,更深入地认识了不同法律体系中司法实践的

不同之处。展望未来,不足还有:如何起草国际法庭、仲裁庭的各类法律文件;如何熟练运用各类国际规则、仲裁规则;如何研判使用国际法的各项争议点;如何获得国际律师同行的认可和尊重;如何在法庭上开口询问等等,仅仅是初见端倪,依然任重道远。近几年,有一个数据经常被引用,“据司法部统计,目前30万中国律师中,真正能够熟练从事国际法律服务业务的,全国约3000人,占整个律师队伍的1%”。恐怕即便是今日,情况也未见实质性改观。未来的律师海外培训项目可以尝试:鼓励长期的境外律所实习(至少三个月以上),让中国律师真正参与到具体案件的办理中;尝试与境外知名法学院、知名律所合作办学,开设专门针对中国律师的实务类课程,鼓励并扶持中国律师通过境外司法资格考试;收集、整理并推广一批优秀的外文法律类书籍,主要涵盖知识产权、收购兼并、监管合规、证券与资本市场、反垄断、劳动与就业、银行与税务、争议解决等诉讼和非诉讼业务。

再者,继续推广国际模拟法庭赛事,储备国际争端解决人才库。模拟实战是练兵效果的试金石,目前知名的国际模拟法庭赛事有:(1)国际公法领域有Jessup国际法模拟法庭辩论赛;(2)WTO争端解决机制方面有中国“WTO模拟法庭竞赛”; (3)商事仲裁领域有“国际商事仲裁模拟仲裁庭辩论赛”,“贸仲杯”是该赛在中国区的选拔赛,此外还有MootShanghai、香港国际仲裁中心举办的国际仲裁中文赛;(4)国际刑事方面有国际刑事法院模拟法庭竞赛;(5)其他领域的有国际航空法模拟法庭竞赛、全国高校海洋法模拟法庭、国际人道法模拟比赛。

最后,进一步推进国内法治建设,

加快建设“一带一路”沿线国际争端解决机制。“一带一路”区域中有11个东南亚国家,7个南亚国家,11个中亚和西亚国家,15个中东和非洲国家以及20个中欧和东欧国家。大多数“一带一路”倡议国是发展中国家,没有特有的争端解决机制。因此,如何解决这些国家间的争端以及争端解决机制的适用性,已成为实施“一带一路”倡议最重要的问题之一。最为常用的仲裁与调解,依然是以境外机构、境外仲裁员和调解员为主导。应当以“一带一路”发展为契机,首先营造国内稳定、公平、透明的法治化环境,以赢得沿线国家对中国法、中国争议解决机制的信心与信赖,进而让一批国内仲裁机构、律师事务所、涉外律师在以中国为主导“一带一路”争端解决的国际舞台上增加“中国面孔”。一方面,中国律师“走出去”,勇于在以外国为主导的法庭上亮相、发声;另一方面,增强中国法律的国际化,让外国律师也愿意“走进来”,走到以中国为主导的法庭上。2018年6月29日,中国国际商事法庭(CICC)成立,包括分别位于深圳和西安的最高人民法院第一和第二国际商事法庭,同时设立国际商事专家委员会,选任的31位专家委员包括中国及“一带一路”沿线国家等国内外的专家学者,来自不同法系、不同国家、不同地区,在司法和仲裁实务界具有公认的影响力。这便是一次有益的尝试。

彭俊律师在接受《法人》记者采访时说过,“我不是海龟,是土鳖,没有出国留过学,能有这样的机遇,我一直觉得是自己运气好”“出庭不是去吵架,而是去讲一个中国好故事”“我们在历史中,我们也在创造历史”,这应该就是中国涉外律师的未来之路和历史使命吧。

影视微解说类短视频 存在哪些法律问题与侵权风险？

主持人： 詹德强 上海律协文化传媒业务研究委员会副主任、上海天尚律师事务所合伙人

嘉宾： 祁 筠 上海律协文化传媒业务研究委员会委员、君合律师事务所上海分所律师

杨小青 上海律协文化传媒业务研究委员会委员、上海市汇业律师事务所律师

吴向东 上海博和汉商律师事务所律师

文字整理： 许 倩

詹德强：大家下午好！欢迎来到法律咖吧。随着网络技术特别是 5G 技术的普及，短视频已经成为每个手机上的必备应用，成为我们生活娱乐的一个部分。其中有一类短视频特别引起关注，就是影视解说类视频，它不仅给平台带来巨大流量，而且给制作者带来可观经济效益。我们本期讨论的主题就是影视解说类短视频的有关法律问题。今天请到的嘉宾是祁筠律师、杨小青律师、吴向东律师。刚才讲到了影视解说类视频引起很多人关注，能否请杨律师介绍一下目前影视类解说短视频的现状通常会涉及哪些法律问题？

杨小青：影视解说类短视频其实是短视频的一种，本质上是一种影视评论，用户借助专业的技术手段，对现在市面上的影视作品进行剪辑、挑选、组合并配上旁白，对这部影视作品进行介绍、评论、解说或深度的剖析。时长一般是 3 到 5 分钟，通常用的标题，比如“3 分钟带你看电影”“某某爆笑解说电影”之类的。总体上来说，影视作品在短视频中是一个辅助工具，他们的



旁白或解说贯穿于整个视频，是视频的核心。影视解说类短视频核心要义有两个，一个就是短，时长 3 到 5 分钟，一般在 10 分钟之内；另外一个就是解说，所谓的解说可以是介绍、评论或者是滑稽模仿。这就是影视解说类短视频的概念。影视解说类短视频最重要的特点就是方便，一方面是制作方便。我们知道现在手机终端很普遍，视频制作方通过手机终端剪辑工具，再加录音合成工具就可以形成一部作品，制作成本低，门槛低。另一方面是观看方

便。大家知道看一部传统影视作品，大概需要一个多小时到两个小时，而且中间最好不要受到打扰，否则观感不是特别好。短视频时间比较短，大概 3 到 5 分钟，我们平时上下班途中，或者工作休息时间，就可以迅速看一部电影，大概了解一下这部电影的主要故事梗概，还有这部电影的亮点和槽点，因此深受大家欢迎。

影视解说类视频根据制作主体不同可以分为三种类型。第一类就是 UGC，普通用户生成的视频。这里普通用户是指非专业内容提供者，

常见于抖音、火山、快手等视频平台。第二类是 PGC，由专业团队制作的视频内容，技术水平高，专业性强，常见于西瓜视频等平台。第三类就是我们比较常见的比较关注的几个影视解说类发布方，就是 PUGC。因为制作方本身是某一领域的专家或者粉丝较多的网络红人，自带流量，市场潜力很大，商业价值也大，所以在市场上的竞争力比较大，目前主要是这三种类型。

詹德强：谢谢杨律师的详细介绍。各位平时也通过手机观看此类短视频，通过这类视频确实能比较快速地了解一部电影。但作为我们法律人来讲，首先就会考虑到，这类视频的制作和发布等会不会构成对作品权利人的侵犯？

吴向东：现在这种短视频能够存在，实际上是四方面促成的：一，作品权利人，希望短视频的传播能引起观众对原作品的关注；二，平台，希望短视频给平台带来流量；三，观众，想通过短视频概略了解原作；四，视频制作者，希望获得粉丝。但四方面都有所顾虑：原作者担心观众只看短视频不看原作；平台担心短视频损害平台和原作者之间的合作；视频制作者担心侵权；观众担心短视频没有真实反映原作。既然大家都有担心，就要从法律的角度去对短视频进行评估，分清不同的人的行为边界。通常来讲，边界就是不要侵权。短视频是不是侵犯著作权，基本的判断标准是接触加相似。如果 A 作品在先，后面一个解说类的视频发布到网上，解说类视频的作者无疑接触过原作品。接下来看

解说类的视频跟原作品是不是相似。如果相似，侵权的可能性就很大。但如果解说类视频构成著作权法上的合理使用，就不侵权。合理使用可能会考虑以下因素：一，必要性，当用解说视频去解说电影时，所引用的图片或小段的视频是不是必要；二，适当性，如果大量引用，肯定是不适当的，短到什么程度才是适当的，这个后面可以进一步讨论。

詹德强：很多这种解说类短视频大量引用了原影视作品的里面的图片，或大量引用里面的视频片段，剪辑出一个视频。类似的视频，除了吴律师刚才讲的是否构成侵权时会考虑到引用量的问题。另外一个，是很多制作者肯定关心一点：我这个作品是否构成侵权？什么情况下是构成合理使用？这一点也是很多制作者特别关心的。祁律师能否帮我们分享一下合理使用在法律上是如何规定的？

祁筠：通常情况下一个短视频如果被诉侵权，被告都会提出合理使用的抗辩。合理使用是我国《著作权法》项下的一项制度，《著作权法》第 22 条规定了 12 种合理使用的情形。就影视类短视频而言，被告通常会抗辩涉案短视频是为介绍、评论某一部作品或者是说明某一个问题的目的，属于合理使用。司法部门对于是否构成合理使用的判决，也有一个发展的过程。早期的时候，法院基本上都是按照这 12 种法定情形来框定，没有什么突破。近几年来，法院引入了转换性使用的概念，实际上在一定程度上是突破了这 12 种情形的限制。比如，在《80 后独



詹德强

立宣言》海报案中，法院就认为涉案动画形象在电影海报中的使用属于转换性使用，即对原作品的使用不是单纯地再现原作品本身的文学、艺术价值，而是通过在新作品中的使用使原作品在被使用过程中具有了新的价值、功能或性质，从而改变了其原先的功能或目的。判断是否构成合理使用有几个重点考量因素。第一点，引用的作品本身一定要是已经发表的作品，假设是还没有在影院上映的作品，你提前做了披露，这不光是著作侵权的问题，还可能涉及商业秘密。第二点，使用的目的必须发生了变化，即构成转换性使用，比如为了说明某个问题，或者去评论某部作品而使用一些影视片段。第三点，前面吴律师也重点提到了，就是所谓适当引用，在这一点上首先就是必要性问题。也就是说，引用的内容必须是介绍、评论、说明的主要对象，而不能是次要对象或者仅具有其他作用。在同一部作品的不同部分对原作品的使用，可能有的部分构成合理使用；有的部分则构成侵权。比如，在《张爱玲



吴向东

画话》一书侵权纠纷案件中，在该书第一部分中，法院认为对原作品的使用只是个引子，主要是引出下文和装饰美化作用，引用不具有必要性；而该书的第二部分中，法院则认为正文主要内容是对原作的介绍和评论，符合创作必要性的条件。另一个点就是要考虑引用的量和质的问题，引用的数量、次数等是否已超过了为介绍、评论、说明所需的必要限度，是不是披露了影视剧的重要情节、关键内容，从而造成对原权利人利益的损害。例如，一部侦探片，短视频直接将最后的案件真相披露出来，即使引用的量少，也可能不构成合理使用。

吴向东：还有个需要考虑的因素：当在后的B作品传播时，是否构成了对在先A作品的实质性替代。如果观众看了5分钟短视频后，对原作的情节和高潮点都知道了，就可能构成对原作的实质性替代。当存在实质性替代时，就会对权利人造成损害。权利人本来是期望观众到电影院买票看，结果观众在网上手机上看了短视频就不看原作了，

这就对权利人造成了损害。

詹德强：其实很多制作者做短视频，有专业团队支持，他们以获取相应经济效益为目的，这些人非常关心如何以合理使用来避免侵权。从律师实务角度来讲，祁律师能否对短视频制作者怎么避免侵权或怎么以合理使用为抗辩，给一些建议？

祁筠：从降低风险的角度而言，我们建议：第一，制作短视频所引用的原作品应该是已经发表的，不能把还没有上映的作品提前剧透披露出来。第二，引用原作品的目的，从形式上应尽量符合评论、介绍等转换性使用的目的。当然我们也看到，网上有一些直接剪辑影视剧片段的短视频，它本身并不会去做一些评论、解说等旁白，这种情况下最关键的就是看剪辑的量和质，是不是已经足够替代了原来的作品，是不是披露了主要和关键情节，使观众都没有意愿再去影院继续观看电影。第三，对于评论类的短视频，从正面进行宣传介绍一般不会引起原作品版权人反感。对于“滑稽模仿”类短视频，则必须要有一个度。十几年前有个“滑稽模仿”类短视频《一个馒头引发的血案》引起了热议。当时有学者认为，如果对原作的引用在整体上是与对原作的讽刺和批评相适应的，而且也不会潜在地影响原作者版权人对“改编作品”市场的开发，就应当属于合理使用。另外，“滑稽模仿”类短视频在内容层面也有一些合规性要求。2018年3月广电总局曾发过一个通知，要求不得制作、恶搞、歪曲经典文艺作品的

节目，不得传播编辑后篡改原意产生歧义的作品节目片段。这个通知在一定程度上可能会对滑稽模仿的创作形式有一些限制。所以，这种滑稽模仿类、评价类的短视频应该相应有一定的度，否则，一是容易引起片方的反感，涉诉的可能性就会更大一点，二是也可能踩到主管部门的监管红线。

吴向东：这种视频可以细分成三类：第一类是评论类。评论类视频的主线是视频创作者的观点和意见，视频中的原作片段或图片用于创作者的观点。第二类是解说类。解说类视频长度常为3到5分钟。解说类视频有两个特点，第一个特点，它将原作主要的故事情节复原了，复原原作的起承转合，观众看完视频基本上知道了原作情节；第二个特点，它将原作的高光的片段拿过来了，原作本来靠着这几个高光片段去吸引观众，结果观众在解说类视频里看到这些片段，原作就有可能流失市场。解说类视频侵权的危险性比较大一点。第三类是戏仿类，争论比较大。戏仿类视频是对原作的滑稽模仿，通常有一个再创作过程，展现的是在后作者的思想，但在表达的时候，借助了在先作品的某些片段。到底怎么样是合理使用？就这三类视频而言，评论类视频法律上相对安全，但引用过多也可能侵权；解说类视频侵权可能性较大；戏仿类视频争论比较大，法律上暂时没有具体的结论，要看未来司法实践如何处理。

詹德强：这类短视频能不能在《著作权法》角度上作为一个独立的

作品存在？如果构成作品，法律给予它哪些权利上的保护？

杨小青：像这种影视解说类的短视频，如果符合《著作权法》中关于作品的认定条件，是可以作为一个独立作品存在的。根据我国《著作权法》第二条的规定，《著作权法》所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。关于作品的定义，《著作权法修正案（草案三次审议稿）》进行了一些修改，我们上海律协文化传媒业务研究委员会也对修改草案提出了一些建议。我国现行的《著作权法》是把作品限定在文学、科学、艺术三个领域，并能以某种有形形式复制的智力成果，而且作品类型是法定、封闭的。《著作权法》修正草案三做了一些改动，突破了文化、科学、艺术三个领域的限制，并把“能以某种有形形式复制”更改为“并能以一定形式表现”，并且把作品类型由法定改为开放，“符合作品特征的其他智力成果”都构成作品。对此我们是持有异议的。我们认为，作品还是限定在文学、科学、艺术这三个领域比较好，否则会把一些纯技术类或体育动作也纳入到《著作权法》保护范围，这样会导致司法保护比较混乱。此外，我们还是希望作品类型法定，因为我国法官水平参差不齐，可能存在一些偏差，对同一个案件认定是否构成作品会有不同的判决，这样会导致同案不同判。当然对于作品定义中的“能以某种有形形式复制”更改为“并能以一定形式表现”我们是赞同的，这样的表述更为准确。

根据《著作权法》关于作品的规定，影视解说类短视频要构成作

品就要具备独创性。关于独创性具体是什么样的标准，目前法律没有明确的规定，但是在司法实践中，比如在抖音小视频诉伙拍小视频这个案件中，法院对于独创性的界定有一个明确的定义。简单介绍一下案：2018年5月12日，抖音用户黑脸V在抖音平台上发布的《5·12，我想对你说》短视频（以下简称《我想对你说》短视频），该短视频是在13秒的时长内，通过设计、编排、剪辑、表演等手法综合形成的作品，充分表达了对汶川地震十周年的缅怀。作品一经发布就受到了网民的广泛赞誉，点赞量达到280多万次。伙拍小视频手机软件上传播了《我想对你说》短视频，该短视频播放页面上未显示有抖音和用户ID号水印。抖音平台认为《我想对你说》短视频构成以类似摄制电影的方法创作的作品，伙拍小视频上述传播和消除水印的行为侵犯了其享有的信息网络传播权，遂提起诉讼。

该案的审理涉及作品独创性的认定。我们可以单从字面上来看，独创，首先要解释一下独是什么含义，创是什么含义。具体到案件中，法院认为作品具有独创性，应当具备两个要件：第一，是否由作者独立完成；第二，是否具备“创作性”。所谓独立完成，是指作者上传之前虽然有相关图片、视频等素材的存在，但是涉案视频与上述素材有客观可识别的差异。且没有证据证明该短视频在抖音平台上发布前，存在相同或近似的短视频内容，故法院认定《我想对你说》短视频由制作者独立创作完成。关于创作性，法院认为，基于短视频的创作和传播有助于公众的多元化表达和文化的繁荣，故对于短视频是否符合创



祁筠

作性要求进行判断之时，对于创作高度不宜苛求，只要能体现出制作者的个性化表达即可认定其有创作性。视频的创作性与视频长短无关。《我想对你说》短视频以公众乐于接受的形式传递出一份重生的安慰、一种温情的祝福、一股向前的力量，回应了公众心中对于汶川地震的缅怀之情，对于灾区人们的致敬之意，对于美好生活的向往之念。该短视频带给观众的精神享受亦是该短视频具有创作性的具体体现。抖音平台上其他用户对《我想对你说》短视频的分享行为，亦可作为该视频具有创作性的佐证。故法院认定《我想对你说》短视频符合创作性的要求。

通过这个比较典型的案例，短视频要认定为作品，就是有独创性。所谓的“独”是指独立完成，并与所用素材或者类似视频之间存在可识别的差异；所谓“创”是指存在个性化表达。独创性，跟视频的时长、视频素材没有必然关系，关键是要有个性化表达。目前司法实践就是这样认定的。如果短视频想获得《著作权法》的保护，那就要独立完成

且加入自己的个性化表达。

构成作品的短视频，法律赋予作者署名权、修改权、信息网络传播权等权利。未经作者许可，其他人不得非法使用。

詹德强：现在 5G 技术出来了，很多人喜欢看视频，一方面符合用户的需求，另一方面很多平台要依靠流量，靠流量平台就需要拥有大量的短视频内容。这类短视频，从于平台方角度来讲，也会涉及一些法律上的注意点，请吴律师给我们分享一下。

吴向东：平台方要从三个层面考虑：一，平台性质；二，法律规定；三，平台方与创作者的合同。平台按性质分成两类，第一类叫内容提供者，网络内容提供平台；第二类叫网络空间提供平台，存储空间提供平台。存储空间平台上的作品是用户上传的，平台自身不提供内容，只是提供空间供用户上传、存储内容。内容提供平台的内容是你平台自己制作并上传到平台上的，内容存在侵权情形，平台就要承担侵权责任。与网络空间提供者相关的法律规定里比较重要的两个点，一个是避风港原则，一个是红旗原则。避风港原则是指，网络空间平台发现或被权利人通知存在侵权情形时，应当删除侵权内容；如果内容被删除后，用户声称其上传内容是获得过授权的，应当给平台反通知；平台接到反通知后，可以恢复内容。平台作为网络空间提供方，遵循的规则是通知、删除、反通知和恢复。通知通常包括这些要素：权利人、证明权利人享有权利的初步证据、联系方式、要求删除的内容

链接。收到这样的通知之后，平台只要删除相应内容，就不用承担责任了。对平台来讲，这就是避风港。上传视频的人，接到通知后，可以提交反通知，表明其系通过合法渠道获得这个视频，可以上传这个视频，要求平台将删除的视频恢复。和避风港原则相对应的是红旗原则。如果一部电影获得了奥斯卡奖，可是并没有在中国上映，这时候中国这边有人上传短视频到平台上，平台就应该知道这个视频是侵权的。这个短视频就像海里面的一个鲨鱼，鲨鱼头上竖了一面红旗，平台就应该看到这个红旗，将其删除，这就是“红旗原则”。当有一个显著的可识别的标志，使得平台知道这个视频侵权时，就应该删掉这个视频。

平台现在也比较注意避免侵权。平台的注意点有两个方向，一个是面向著作权人。平台往往要求著作权人允许平台用户对原作进行一些适当剪辑，做成短视频，吸引观众。比如，20 集的电视剧，将每集剪出 15 秒，剪辑组成一个几分钟的短视频，平台往往会向著作权人要求这么一个权利。第二个方向，面向用户。平台常常会要求用户，不得侵犯著作人的权利，不得违法。

詹德强：对于制作者来说，一个比较直接的建议就是热门的视频，正在上映的视频，即使是以我们今天讨论到的解说类视频，也最好是不要去做，以避免侵权。事实上，我们看到很多有点年限的，或者一些较早的经典影视，做评说或解说的比较多。另一方面，对于正在上映的热门影视作品，平台方一旦发现可能涉及“红旗原则”，它通常会主



杨小青

动删除，刚才吴律师也讲到了平台方的义务。我们也看到新的民法典关于侵权责任又做了一些改进，确立了新的“反通知规则”，实际上就对现有“避风港的原则”在民法典里面实际上做了优化和完善。

虽然流量是比较好，比较“热”，但是也有“烫手”的流量。对平台来讲，肯定要关注这一块，不能只顾了流量而不关注法律风险，不关注平台的社会责任。

我们今天讨论这些，无论是对侵权问题，还是独立作品问题的观点分享，最主要目的都是希望短视频这样一种内容能得到广泛的发展，给普通用户带来便利。我们同时也提醒，不管是平台方还是作为制作者，一定要时刻具备守法意识，遵守《著作权法》的底线。只有这样，影视作品的解说类视频才能得到发展，才能大力地促进整个行业的发展。这是我们今天讨论的重点，也特别感谢三位嘉宾参加本期活动。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点）

（整理时间：2020 年 10 月 30 日）

跳出执业舒适区

一名新律师的执业初体验

文 | 李盛缘

青年律师的执业日记簿自然没有那些执业十五年、二十年的资深律师的厚。但相应地，我们的进修规划簿上应有更充实的内容。勇于挑战疑难案件、在合法境界内大胆尝试与拥抱高效能的工作方式，是跳出舒适区实现自我提升的选修课。

一、勇于挑战疑难案件

律师应该把绝对的高胜诉率作为执业追求吗？有的律师一味挑选最简单、最有把握的打法，稍有困难就劝当事人退而求其次。如此一来，律师的执业胜诉率上去了，但纠纷化解的成效就下来了。我的看法是：宁肯被采纳的比例低一点，但提出观点数量还是要多一点。宁愿把案件打难，也不要把代理做简单。在我协助上海刘春雷律师事务所主任刘春雷办理某实业公司巨额贸易合同纠纷案的代理过程中，我们在全盘分析、全面调查取证的基础上，最终为客户拟定了对主债务人、债务人股东、债务人的责任董事、债务人实际控制人、垫资公司（涉及抽逃出资）全面起诉维权的代理策略，最大限度地为客户挽回损失和节约维权成本。把案件做难的过程，同时也是跳出固化思维定式、精益求精的过程。

二、在合法范围内大胆尝试

有个“在违法边缘小心试探”的图文表情十分逗趣。该表情配图是一只鹭鸶站在浅滩上，小心翼翼地把脚往水里探，就像第一次下水生怕弄湿了裤脚管似的。在执业过

程中，我们也往往面对种种疑惑。也许是对实务部门具体业务办理流程的陌生，也许是当需要对某条规范不同理解进行取舍时的纠结，更多地是在没有明确的实务操作指引时的空虚。但对律师事务而言，在合法的前提下，没有什么是不可以大胆尝试的。在计划赶不上变化的时代里，能脱颖而出就是在办理新型案件时有着这样自信基因的律所。刘春雷所在为某大型国企代理债务人破产清算案中，当面对法律规范层面尚未有明确操作指引的情况时，没有丝毫生怕“弄湿了裤脚管”。颇费周折后，以管理人财产追回职权与公司法人人格理论为根基，适时向法院论述阐明应对债务人关联企业合并破产的观点，获得了客户和管理人的良好评价。观未观之观、合无法之法，是律师在舒适区外有效耕耘的荣誉勋章。

三、拥抱高效能的工作习惯

信息处理效率是律师的核心能力之一。如何保持高效能的信息处理能力，是我们需要时刻思考的。我们不但要和同行比，还要和后来者比。我上小学时只能一板一眼地坐在教室里听老师讲课，一节课的时间是45分钟。前两年标准课时逐步减为35分钟。近日听闻，全国小学生在疫情期间居家电视教学每节课的时间已经减少至20分钟。课时减少当然也有为学生减负等其他因素，但也不难发现，我们的信息处理能力正在进步。对现在的小朋友们来说，

也许20分钟所能接收的信息量已和我们的40分钟无差。我们这一批律师朋友们，大都起源于没有计算机的环境，是从那个网速还是以KB/S为单位的年代逐步过渡来的信息移民，而现在的小朋友可以说是含着光纤长大的信息时代的原住民。也许我们现在都处于青壮年时期，不免有时候会把精力当作能力，但十几年、几十年后如何保障信息处理效率不显乏力呢？自去年律所花重金打造Alpha智能办案系统后，我对这个问题的思索有了新的方向。Alpha系统是一套实现项目管理、智能证据编排、客户维护等综合功能律师辅助系统，通过Alpha系统，律所成员间实现了高效、有序的协同办案。妥善利用好新一代的信息化工具，拥抱高效能的工作方式，是现代律师在案件管理方面跳出舒适圈提升工作效率的指南。



李盛缘

上海刘春雷律师事务所律师
业务方向：合同法、公司法、破产法

进入你追我赶的闪耀日子里

一个实习人员的真实生活写照

文 | 吕晔

时光总是不等人。一晃，我成为实习人员已经两百多天了。

当初选择法学这个专业的时候，我就决心要做一个助强扶弱的好律师。好朋友们经常不约而同地问我一个问题：你是从什么时候希望做一个律师的？我也曾认真思考过问题的答案。或许是童年时受TVB律政剧的熏陶和影响而心血来潮，或许在更早的一段时光里，维护公平正义的种子就已悄悄在我的心间生根发芽。

我更愿意相信是后者。

实习人员的一年多生活是辛苦的，也是充满挑战的。两百多个日日夜夜里，休息的时间很少。努力一些、再努力一些是我经常用来激励自己的话语。文书写作等等基本功的练习自然是少不了的，与法官及当事人的沟通也是需要学习和锻炼的。最重要的是，拿到一个法律问题时的研究工作是我想一直提高的部分。我一直觉得，除了品德和素养，专业能力是一个律师应该具有的最过硬的技能。

以下几个片段是我实习生活中的真实写照：

（一）去房地产交易中心的询问依旧没有结束，应客户的要求，我再一次前往房地产交易中心，从一楼问到二楼，从窗口工作人员问到领导，只求得到最具权威的答案。来来回回地询问持续了一两个小时，最终问到了确切的答案，我很开心，及时将结果反馈给了客户。

（二）我们团队律师是所里知识产权委员会主任，每月我们都会做一个知识产权资讯快报。我们检索与知识产权相关的时事新闻、新规政

策、案例以及热点资讯等。

（三）顾问单位的合同审核工作也是不能落下的，我需要指出合同中存在的风险点，提示业务部门注意。我也参加过顾问单位关于合同内容的商讨研究会。这种类型的正式会议与谈判很相似了，几方正襟危坐，在言语间展开各方利益的博弈，看似平静实则非常激烈。

（四）“经济补偿协议的起草以及劳动法相关问题的法律意见书”今天给我，客户明天早上要来律所面谈。”

我先对拿到的这一个事件进行剖析，问自己其中涉及哪些法律关系，有哪些相关的法律法规可以运用。有了初步的理解后，我马上开始进行相关资料的查找，并进行筛选和整合，重要部分加粗标亮。接着，我想查找有没有类似的案例可以作为参考和学习，无奈并没有找到关联度比较高的案例。时间已经很晚了，但法律意见书还没有撰写，要抓紧了。思考了一下，还是无从下笔。虽然查找到一些资料，但是对于如何清晰地理清脉络进行书写，并运用相关的法律法规加以印证，我还没有十分掌握。但无论如何，要按照自己的思路把它写出来，于是我慢慢梳理思路，并将自己的想法一字一字地敲打下来。渐渐地，一份法律意见书初见雏形。

（五）进入律所之后才知道执行法官原来这么忙。打电话是永远联系不上的，在法官接待日到法院与法官面谈，得到的答复大多也是：案子太多实在太忙，有结果再通知。

于是，我草拟了一封询问函，期待能回个电话或是回函。涉及执行，当事

人往往心急如焚。写完之后，我拿给律师看，律师觉得我写得不够生活化且太正式，并没有突出对方当事人恶意阻挠执行等行为，无法体现我方当事人申请执行的急迫心情。听了律师的意见之后，我茅塞顿开，感觉收获了很多，于是又进行了修改和完善。至此一封寄给执行法官的执行询问函完成了，希望能够早日迎来法官的回复。

有趣的片段自然还有许多，限于篇幅无法一一呈现。在追逐梦想的热血生活里，有甜酸、有苦辣。我很高兴自己能够跳出舒适圈，选择进入这争分夺秒你追我赶的闪耀日子里。在最近的一次线上论坛中，云艳老师说的“走心、用心、专心”给了我很大的启迪，在接下来的实习时光里，这三份心意是我鞭策自己的又一财富。

是很累的，那就来一顿香喷喷的冒着热气的美味晚餐吧！

太阳出来了，又是新的一天啊，然后继续加油吧！



吕晔

上海汉盛律师事务所实习人员

继承、创新与影响

《个人信息保护法(草案)》详细解读

文 | 黄春林

2020年10月13日，十三届全国人大常委会第二十二次会议第一次审议了《个人信息保护法(一审草案)》(下称《一审草案》)。

结合近年来中国网络安全、数据与个人信息保护立法、政策及标准制定实践，汇业律师事务所网络与数据法律团队从条文继承与创新等角度，详细解读《一审草案》的主要内容及对行业的影响，供业内参考。

一、个人信息保护法制定历程及主要内容

早在2000年初，中国就提出制定一部法典化的个人信息保护法，当年还出了多个版本的专家建议稿。但考虑到立法的谦抑性，因网络及数据行业发展相对比较年轻，故而停止。

随着互联网及电信行业的快速发展，至2009年左右，社会已经出现大量侵犯公民个人信息的案件，受到媒体及立法者的广泛关注。为了解决紧迫问题，立法者采取了先刑后民的立法策略。此后几年，通过在《刑法修正案(七)》《刑法修正案(九)》司法解释中加入、扩张、解释侵犯公民个人信息罪等条款，以及新增、完善拒不履行信息网络安全管理义务罪、帮助信息网络犯罪活动罪等条款，加强个人信息保护。

自2012年开始，作为应急性立法，全国人大通过了《关于加强网络信息保护的决定》，是我国个人信息保护最早的专门性立法。此后，工信部也发布了配套的专门性行政法规《电信和互联网用户个人信息保护规定》，《消费者权益保护法》《广告法》《电子商务法》等也从不同角度加强了个人信息保护有关的规定。

2016发布的《网络安全法》奠定了我国网络个人信息保护行政监管的基本制度。随后几年，立法机构及标准制定部门发布了一系列配套的法律及标准文件，例如《儿童个人信息保护规定》《个人信息出境安全评估办法(意见稿)》《数据安全管理办法(意见稿)》《个人信息安全规范》等等。此外，2017年发布的《民法总则》，首次明确了个人信息的民事权利地位；2020年发布的《民法典》设立专章，详细规定了个人信息民事保护的基本制度。

2020年7月，全国人大发布了《数据安全法(草案)》，确立了数据与个人信息分别监管的立法策略。

自2018年开始，十三届全国人大常委会已将制定个人信息保护法列入了立法规划，直至本次《一审草案》，终于掀开了个人信息保护法的神秘面纱。

《一审草案》共计八章70条，内容总体上是继承、借鉴、吸收了国内外立法经验，在生命周期合规方面借鉴了单行立法及《个人信息安全规范》一些比较好的实践，在个人信息主体权利方面也吸收了《网安法》《电商法》等相关内容，在个人信息处理

者合规义务方面继承了《网安法》《数安法》等有关内容。当然，《一审草案》的很多内容还是极具开拓性，超出业界普遍预期，对未来立法及行业发展影响较大。

二、个人信息生命周期的一般性规定

《一审草案》参照《个人信息安全规范》等相关内容，从个人信息生命周期角度详细规定了个人信息保护的一般原则，同时还规定了个人敏感信息及国家机关处理个人信息的特别规定。具体的内容包括但不限于如表一。

上述内容的主要影响在于，《一审草案》从立法层面强化了共同控制者的连带责任，扩大了单独同意的合规要求，首次增加了视频采集及识别的用途限定，限定了公开个人信息抓取、使用的用途限定，对行业影响巨大。

三、个人信息主体的权利

《一审草案》在个人信息主体权利方面，在继承《网络安全法》《电子商务法》及《个人信息安全规范》等内容基础上，也有部分创新性规定

(表二)。

此外,《一审草案》还强化了与数据质量有关的规定,明确规定“所处理的个人信息应当准确,并及时更新”。

四、个人信息处理者的主要合规义务

《一审草案》在借鉴《网络安全法》《数据安全法(草案)》的基础上,详细规定了个人信息处理者的微观合规义务,具体包括但不限于表三。

五、个人信息存储本地化及跨境传输

《一审草案》最大的看点是细化了个人信息本地化及跨境传输的有关要求,部分内容突破了《网络安全法》37条规定及2019版《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》有关内容,或许这也是为什么《个人信息出境安全评估办法》征求意见后迟迟没有发布的原因之一。

1. 在个人信息本地化要求方面,《一审草案》明确规定,如下情形应当以境内存储个人信息为原则:

(1) 国家机关处理的个人信息;

(2) 关键信息基础设施运营者在境内收集和产生的个人信息;

(3) 在境内收集和产生的个人信息数量达到一定数量的主体。关于具体数量,目前有两个可对标规定:一个是2017版本的《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》的50万人和1000G;另一个是《关键信息基础设施识别指南》的100万人。

2. 在个人信息跨境传输规则方面,《一审草案》采取了更加开明的态度,明确了个人信息可出境的法定路径包括但不限于:

(1) 前述原则应当本地化存储的情况,经安全评估;

(2) 不属于(1)情况的(例如少量的员工个人信息出境),经专业机

构进行个人信息保护认证的,或者与境外接收方订立合同,约定双方的权利和义务,并监督其个人信息处理活动达到本法规定的个人信息保护标

表一

生命周期	合规要点
收集、使用	告知+法定情形(同意,合同必须,法定职责,公共卫生,或新闻报道等等);告知强制性(包括国家机关处理);且必须满足形式和内容合规;个人敏感信息必须告知必要性及对个人的影响;一般同意必须满足自主同意、意愿表达要求;儿童个人信息及个人敏感信息必须满足特殊同意规则。
保存	期限最小化+法律规定;国家机关必须境内存储
共同控制	协议明确内部责任+对外承担连带责任
委托处理	协议明确内部责任;监督管理;限定目的
对外提供	告知+单独同意(包括国家机关对外提供);限定目的
自动化决策	规则透明度;结果公平性;自主参与
视频采集及识别	仅能基于公共安全目的;显著标识+单独同意
公开	单独同意方可公开;处理公开的个人信息应当限定用途重大影响告知+同意

表二

权利	合规要点	对标规定
核心权能	知情权、决定权	——
查询、复制权	有法律、行政法规规定应当保密或者不需要告知的情形除外	《民法典》 《电子商务法》 《个人信息安全规范》
更正、补充权	前提:个人信息不准确或者不完整的; 处理:核实+及时处理	《网络安全法》 《民法典》 《电子商务法》 《个人信息安全规范》
删除权	请求删除+主动删除; 理由:过期或目的实现;停止服务;撤回同意 停止处理的替代	《网络安全法》 《民法典》 《电子商务法》 《个人信息安全规范》
解释权	对个人信息处理规则进行解释说明	——

表三

义务	合规要点	对标规定
管理制度和操作规程	内容包括网络安全、数据及个人信息等	《网络安全法》 《数据安全法(草案)》 关保及等保条例
个人信息保护负责人	设立门槛: 规定数量(暂时可以参考《个人信息安全规范》11.1 c); 境外组织应在境内设立专门机构或者指定代表; 应公布并向官方备案负责人信息	《数据安全法(草案)》 《个人信息安全规范》
合规审计	定期审计; 外部专业机构审计	——
事前风险评估	适用情形: 个人敏感信息; 自动化决策; 委托处理、对外提供及公开; 跨境传输; 等 报告内容限定, 保存不少于三年。	《数据安全法(草案)》
个人信息分级分类	根据行业特征, 参照行业实践及标准文件	《数据安全法(草案)》
安全技术措施	加密、备份、去标识化、指定产品等	《密码法》 关保及等保条例
权限及内控机制	结合分级分类推进合规落地	《个人信息安全规范》 关保及等保条例
教育培训	对个人信息处理规则进行解释说明	《网络安全法》 《个人信息安全规范》
事件处理	补救措施 + 报告并通知(以及通知的豁免)	《网络安全法》 《个人信息安全规范》
请求、投诉处理机制	通常应在 15 日内响应; 不处理的说明理由。	工信部 24 号令 《个人信息安全规范》

准的;

(3) 参照数安法规定, 因履行国际司法协助或者行政执法协助义务的, 经主管部门批准。

但是, 无论采取哪种路径, 均应当告知个人信息主体并经其单独同意, 开展个人信息安全影响评估, 且接收方未被列入限制或者禁止个人

信息提供清单。

六、法律责任

除以上内容外,《一审草案》还明确了我国个人信息保护的监管机制, 进一步强化了侵犯个人信息的民事、行政等法律责任。尤其是在民事责任方面,《一审草案》明确规定,

违反本法规定处理个人信息, 或者处理个人信息未按照规定采取必要的安全保护措施, 情节严重的, 由履行个人信息保护职责的部门责令改正, 没收违法所得, 并处五十万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款, 并可以责令暂停相关业务、停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照; 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。

此外,《一审草案》还规定了公益诉讼机制, 即个人信息处理者违反本法规定处理个人信息,

侵害众多个人的权益的, 人民检察院、履行个人信息保护职责的部门和国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起公益诉讼。



黄春林

上海市汇业律师事务所合伙人, 全国律协信息网络与高新技术法律专业委员会委员, 上海律协互联网与信息业务研究委员会副主任, 上海交通大学网络空间治理研究中心研究员
业务方向: 网络与数据合规、新兴技术与娱乐文化领域综合法律服务

数据权利边界之廓清

文 | 夏海波

廓清数据权利边界是有效保护数据权利主体的前提。对宽泛不加甄别分类的数据“统一保护”并不可取。数据按照其生长周期可分为四个阶段，分别是采集、储存、处理、使用。本文通过对前三个阶段数据权属法理分析，并对数据使用者侵权“使用”数据的行为方式进行探讨，以期厘定数据权利边界助益。

关键词：数据 权利边界 侵权

在大数据时代下，数据具有巨大的经济价值，是企业的无形资产。然而，当数据被侵权情况发生时，法院往往因为数据权属不确定而苦恼，主要有：(1) 个人数据、海量数据、大数据概念混淆；(2) 数据易储存、复制及再生的特点，致使难以认定侵权行为发生时数据权利的归属；(3) 数据的容量大、来源类型多、经手人员过多等特点为数据保护增添了难度。故务实的态度应是：企业或单位应在日常管理中尽可能廓清数据的权利边界，并将其贯彻到保护策略中去，以期在纠纷发生时取得主动。

一、内部基点：“三阶段”数据权属确定的法理基础

一般而言，数据的生长周期可分为四个阶段：采集、储存、处理、使用。然而，实践中数据持有人往往忽略了数据所处阶段且不进行充分研究，本着用户已经“同意授权”的观念，将所有数据放任使用，难免对数据的保护不佳。因此，要廓清数据权利的边界，前“三阶段”数据权属的确定是首要任务。

(一) 数据采集阶段——个人数据权属确定的法理基础

数据采集阶段是指从特定数据生产环境或不同的数据源中获得的原始数据。这一阶段获得的原始数据多为姓名、性别、民族等“强数据”以及运动轨迹、购物记录、行车路线等个人偏好或行动方面的“弱数据”。故此，该阶段的数据权利关联主体为自然人。

目前各国法律对个体数据的保护主要基于人格权的思路，存在两种保护方式：一是基于传统的隐私权保护的美国模式，其客体是数据背后的人格权益，其基础在于保护公民的人格尊严；二是基于自由的个人数据自决的德国模式，其客体也是数据背后的人格权益，其基础在于保护公民的人格尊严和人格发展的自由。前者更注重事后救济，后者更主张事前预防。

目前，大陆法系的隐私权已被承认为一项具体人格权，个人数据不同于个人隐私。因此，我国应该立足于既有的法制环境土壤，选择一般人格权作为个人数据保护立法的权利基础。因为，一般人格权利不仅对具体人格权有概括作用，同时也是一项独立的民事权利。一方面，一般人格权可以决定与派生各种具体人格权；另一方面，其可以成为人身权中最具

抽象意义和典型性的基本人格权。

(二) 数据储存阶段——海量数据权属确定的法理基础

数据储存阶段是指对海量数据的储存和管理，而这些数据的储存和管理者一般为政府或企业（下称“数据控制者”）因数据控制者在海量数据收集过程中，投入了大量技术和管理成本，该阶段的数据权利关联主体为数据控制者。

在实践中，海量数据根据不同情况可受到多项权利的保护。在我国现有的法律体系中，对于海量数据保护类似于《著作权法》第十四条中对数据库保护。数据控制者对海量数据汇编储存后形成具有独创性的汇编数据可获得著作权法保护；反之，则无法获得财产规则下著作权模式的保护，但可以根据《反不正当竞争法》第十条规定，满足秘密性、保密性、实用性的技术信息和经营信息可以作为商业秘密保护。此外，在不满足版权法对独创性要求且不符合商业秘密的海量数据纠纷案件中，禁止不正当竞争往往是原告和法院的标准选项，即法院在裁判时从数据保护和商业利用两者平衡角度出发，对无法达到前述条件的数据予以前期肯定，以保障其海量数据商业利用的



市场秩序。

（三）数据处理阶段——大数据权属确定的法理基础

数据处理阶段是指企业或政府（下称“数据生产者”）利用分析方法或工具对数据进行检索、变换和建模并从中提取价值，即在海量数据的基础上对其进行“云计算”，由此得到大数据（衍生产品）。此时，由于海量的个人数据已被企业或政府清洗，大数据财产性价值突显，故该阶段数据权利关联主体为数据生产者。

在传统普通法里，捕获规则是伴随着野生动物资源、石油资源以及相应法律制度发展过程中的一项重要产权制度。著名的皮尔逊诉波斯特案中，审判法院确立了野生动物只能通过占有的方式取得其所有权。无独有偶，在佩德罗石油公司与阿普兰德资源有限公司一案中，审判法院指出捕获规则是相邻土地所有权人获取属于他人地下可移动矿产资源情形下的无责任规则。因此，捕获规则奖励的是先占成功者而不是努力者。

捕获规则同样适用于大数据。数据生产者对海量数据进行加工、清洗、处理而得的衍生数据产品，享有所有权。首先，数据信息如野生动物、水流、石油一般，是一种可流动的资源。其次，衍生数据产品是数据生产者的劳动成果，劳动者可将

这些数据“私有化”。最后，捕获规则给予数据生产者积极有效的激励，提升了数据的开放度和可得性，从而增进数据的自由流通。

二、外部关键点：侵权“使用”数据行为的判断与证明——数据使用阶段

实践中，各国司法部门从企业或单位外部入手，以规制数据使用者对数据侵权“使用”行为。因此，下文将以数据使用阶段为视角，探析数据使用者侵权“使用”数据的行为方式，以期厘定数据权利边界助益。

侵权“使用”数据行为可分为直接侵权“使用”数据行为与间接侵权“使用”数据行为。前者是指完整地、原封不动地使用挖掘或采集而得的个人数据，后者则主要表现为利用个人数据的二次开发及不当使用而获得的竞争优势或造成原始数据主体的损害。

直接侵权“使用”数据行为考察要点主要包括：（1）直接出卖或交易个人数据信息；（2）数据收集者将海量数据用于单位内部研发、数据商业化或其他超越限制领域；（3）只要能降低研发、收集成本就可能成立直接侵权“使用”；（4）利用个人数据引诱数据主体的行为可认定为直接侵权“使用”；（5）数据收集者超期使用

个人数据也可构成直接侵权“使用”。

间接侵权“使用”数据行为的判断则复杂许多，考察要点主要包括：（1）个人数据在数据生产者“生产”的衍生数据产品中的贡献度；（2）既有衍生数据产品的公开标准；（3）数据主体对其个人数据保密措施的严密度；（4）是否使用数据主体“消极的个人数据”即数据主体多余的和不起作用的数据信息。

三、结论

本文根据数据的生长周期把数据分为四个阶段：采集、储存、处理、使用，前三个阶段是廓清数据权利的内部基点。而在数据使用阶段，数据控制者侵权“使用”数据行为是数据权利边界的外部关键点。希望本文提出的数据权属厘清方式，能为这一问题做出有益的探索。



夏海波

上海格联律师事务所合伙人，全国律协信息网络与高新技术法律专业委员会委员，上海律协互联网与信息技术业务研究委员会副主任，上海政法学院法律学院客座教授

业务方向：区块链与大数据、知识产权、电信与互联网

从IPTV电视回看案谈广播权与信息网络传播权的界限

文 | 庄毅雄

伴随科技发展而来的不仅是生活方式的改变，还有法律上的困惑。在三网融合的背景下，IPTV 电视回看深入人们的日常，与此同时，对于 IPTV 电视回看侵权行为性质的判定也成为法律上的难题，学界基本在广播权与信息网络传播权之间产生争议，目前司法判决也存在两极分化，即有认为构成广播权侵权的也有认为侵犯信息网络传播权的。这是由于我国著作权法立法的滞后性和缺乏系统性造成的。要从根源上解决 IPTV 电视回看侵权行为性质的定性问题，应当积极推进著作权法的修改，以此实现权利的全面保护。

关键词： IPTV 电视回看；伯尔尼公约；世界知识产权组织版权条约；广播权；信息网络传播权

一、引言

随着科学技术的发展，公众对于生活质量的追求越来越高，对于娱乐服务的要求也更为多样。过去当工作与电视节目发生冲突时，往往只得无可奈何地放弃电视节目。但是在信息时代的大背景下，不断发展的三网融合技术在一定程度上解决了这样的难题。

三网融合是指电信网、广播电视网、互联网在向宽带通信网、数字电视网、下一代互联网演进过程中，三大网络通过技术改造，其技术功能趋于一致，业务范围趋于相同，网络互联互通、资源共享，能为用户提供语音、数据和广播电视等多种服务。在这样的基础上，IPTV 电视回看服务融合了电信和广电，安全、可靠地传输大量的多媒体内容，用户可以通过电视机、手机、装有机顶盒的移动电视或者类似的装置来接收服务内容。IPTV 中电视回看服务就是在目前三网融合的基础上形成的服务新模式，用户在一

定时间内可以不受限制地观看已经转播过的电视节目，实现休闲娱乐内容的多样化和便捷化。

新技术的应用势必会引起一些新的法律问题，IPTV 电视回看服务在满足人们生活休闲需求的同时不可避免地也带来了一些著作权纠纷。

二、IPTV 电视回看乐视诉电信案

2018 年 6 月，西藏乐视网信息技术有限公司（以下简称“乐视网”）在杭州互联网法院对中国电信股份有限公司杭州分公司（以下简称“杭州电信”）提起诉讼，称杭州电信未经许可，在其运营的“杭州 IPTV”中的回看板块中，提供贵州卫视当时所播放《芈月传》的 72 小时电视台节目回看服务。乐视网认为杭州电信通过信息网络向公众提供了涉案电视剧作品《芈月传》在线点播服务，侵犯了其对《芈月传》享有的独家信息网络传播权。

对此，杭州电信认为，被控侵权行为的法律性质属于广播权项下，而非信息网络传播权项下的行为，

“杭州 IPTV”内容传播途径、受众范围均没有超出原直播的范围，节目只能在已安装 IP 网络、电视的终端获取，直播信号流只在服务器上存储备份 72 小时，观众不能在其选定的时间和地点获得涉案作品，因此被控侵权行为是广播行为。

2019 年 10 月，杭州互联网法院在进行审理后作出一审判决，认定“杭州 IPTV”中的“IPTV 电视回看”模式不侵犯乐视网对《芈月传》享有的信息网络传播权。在法律层面上，法院认为，“IPTV 电视回看”模式既有时间限制，又有地点选择限定，并不符合严格意义上的信息网络传播的“选定”特点。其仅限于 IPTV 专网的用户，播放的信号仅限于相应电视台限定时间内播放的信号，特定用户仅能在限定回放时间内，在特定环境下通过特定入口按需求观看电视节目。而“IPTV 电视回看”模式并没有对著作权人作品的信息网络传播方式、传播范围和传播条件等进行破坏或改变，两者不会构成实质性的替代竞争关系，

难说对原告诉称的信息网络传播的市场用户以及经济利益构成实质性损害。因此,“IPTV 电视回看”模式不会改变广播组织提供广播的单向性和观众的被动性,在来源、传播途径、受众、获得方式上均区别于典型意义上的信息网络传播行为。杭州电信作为信号分发方实际上只是对电视节目内容的重播提供了回看的技术手段。杭州电信属于信号分发方,对信号发出方的版权内容是无法审查的,也无权干涉;“IPTV 电视回看”服务通过专网专送提供的信号束实现,同传统的广播权的二次利用之间没有本质区别。杭州互联网法院最终认定涉案“IPTV 电视回看”模式不属于典型意义上信息网络传播行为,因此驳回了原告乐视网的诉讼请求。

判决之后,版权界、法律界均一片哗然,有人赞同杭州互联网法院的判决,也有人反对上述判决,认为 IPTV 电视回看仍然属于信息网络传播权而不是广播权,而且广东、天津等地的法院也有认定为信息网络传播权的案例。

广东省深圳市中级人民法院在判决书中认定:“IPTV 客户在机顶盒接入互联网后,通过遥控操作,可在线以点播的方式收看电视剧《男人帮》,该行为属于信息网络传播权控制的范围。”天津市滨海区人民法院在判决书中认定:“南广影视公司、大象公司、河南移动公司及南方传媒科技公司未经许可,以分工合作的方式,通过‘魔百和’业务的播放平台,向公众提供涉案节目的在线播放,侵害了原告的信息网络传播权,构成共同侵权,应依法承担连带责任。”

三、广播权与信息网络传播权的立法现状

(一) 广播权的立法

《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》,简称《伯尔尼公约》,是关于著作权保护的国际条约,1886 年 9 月 9 日制定于瑞士伯尔尼。制定之初并没有广播权。

1920 年,美国第一个也是世界上第一个取得营业执照的商业广播电台匹兹堡 KDKD 广播电台开始播音。1928 年,在《伯尔尼公约》修订时,首次确立了广播权,“文学艺术作品的作者享有授权以无线电传送的方法向公众传播其作品的独占权利”。

1936 年 11 月 2 日,英国广播公司在伦敦以北的亚历山大宫建成了英国第一座公共电视台正式播放电视节目,是世界上第一座电视台的广播。上世纪 40 年代,为了减少城市高楼对于无线电广播和电视信号的影响,美国宾夕法尼亚州的曼哈尼山城首次建立了共同天线系统,即早期的有线电视系统。为此,1948 年,在《伯尔尼公约》修订时,将广播权从无线电声音广播扩大到无线电传播“信号、声音和图像”,即包含了广播电视,同时进一步把第三者通过有线或者无线方式向公众传播无线电广播的作品以及用扩音器等向公众传播无线电广播的作品纳入了广播权的范围。至此,《伯尔尼公约》确定了广播权制度,且沿用至今未做任何修订。

《伯尔尼公约》第十一条之二规定了“广播权”:“一、文学和艺术作品的作者享有下述专有权:1. 许可以无线电广播其作品或以任何其他无线播送符号、声音或图象方法向

公众发表其作品;2. 许可由原广播机构以外的另一机构通过有线广播或无线广播向公众发表作品;3. 许可通过扩音器或其他任何传送符号、声音或图象的类似工具向公众传送广播作品。”

根据上述第 1 项的规定广播权是指以无线方式传播作品的权利,而这里的无线方式应仅限于无线电广播和无线电视,即通过广播电视塔无线电波方式传输广播节目或电视节目,这种传统的广播传送方式不仅实时而且单向。而上述第 2、3 项所涉及的是广播组织通过其他机构转播的权利以及通过扩音器等工具向公众传播的权利,这种向公众传播的权利应是广播权所衔接的相关权利,不得超越广播权本身,即上述权利应仅限于对无线电广播和无线电视所正在播放中的声音或影音所进行的转播,因此也应当为实时且单向的。若其他机构或扩音器等工具对于原有广播进行修改的话,那就超越原本作品的广播权范畴了。而对于上述第 2 项中,“通过有线广播或无线广播”如何正确理解呢?鉴于《伯尔尼公约》修订时,只存在模拟信号的有线电缆传输以及无线电信号传输,对于上述“通过有线广播或无线广播”应仅局限于传统的模拟信号且单向的有线转播或无线转播,而对于通过信息网络传播,《伯尔尼公约》并未涉及。

可见,《伯尔尼公约》对于广播权的规定存在一定局限性。首先,广播权只限定于无线广播,对于有线电视台、网络直播节目等通过有线方式传播的并不属于广播权范畴。其次,其他机构转播广播的方式,也仅限于非数字化且单向的方

式,而并不包括信息网络转播。最后,《伯尔尼公约》并没有涉及信息网络技术,并未涉及互联网领域的著作权权利。

(二) 信息网络传播权的立法

1990年12月25日,蒂姆·伯纳斯·李与罗伯特·卡里奥一起成功通过Internet实现了HTTP代理与服务器的第一次通讯,正式开启了互联网时代。为适应互联网技术的发展,在《伯尔尼公约》基础上,世界知识产权组织(WIPO)于1996年主持通过“互联网条约”即《世界知识产权组织版权条约》(WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT),从而把著作权保护延伸至互联网空间。

《版权条约》首次提出了“向公众传播权”：“在不损害《伯尔尼公约》第11(1)(ii)条、第11之二(1)(i)与(ii)条、第11之三(1)(ii)条、第14(1)(ii)条和第14之二(1)条规定之情形下,文学和艺术作品的作者应当享有专有权,以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众成员可以在其个人选定的地点和时间获得这些作品。”

基于信息网络技术,使公众成员能够在个人选定的地点和时间获得作品,而实现这种方式是传统模拟网络无法实现的,必须建立在信息网络基础之上。因此,“以有线或无线方式向公众传播”应当理解为通过信息网络,且数字化的、双向性向公众传播。

虽然,《版权条约》属于互联网著作权领域的国际宪章性立法,但是也存在一定局限性。首先,《版权条约》仅仅是针对互联网领域对于

著作权人的保护,并没有完美衔接《伯尔尼公约》,导致著作权权利体系并不完整亦不系统。其次,《版权条约》虽然规定了“向公众传播权”,但是并不包含广播权,这使得广播权无法衍生到通过信息网络方式向公众转播。最后,信息网络技术飞速发展,而《版权条约》已无法适应新媒体时代的巨大变化。

(三) 我国对于广播权与信息网络传播权的立法

1990年我国首部《著作权法》出台时,只泛泛地规定了“使用权和获得报酬权”。一直到2001年《著作权法》第一次修订时,才首次提出“广播权”和“信息网络传播权”。根据《著作权法》第十条规定:“(十一)广播权,即以无线方式公开广播或者传播作品,以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品,以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利;(十二)信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。”

可见,我国《著作权法》对于广播权与信息网络传播权的规定基本照搬《伯尔尼公约》与《版权条约》中关于广播权与向公众传播权的条款。因此,我国《著作权法》中,对于广播权与信息网络传播权也同样存在局限性。为此,通过有线电视或者互联网对作品进行有线电视台播放或者进行网络直播,只能适用著作权法“应当由著作权人享有的其他权利”;而对于广播权中“有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”的转播权利,并不包括

通过信息网络转播。

四、结合我国立法背景看IPTV电视回看案

(一) IPTV属于网络传输,广播组织的转播权利并不适用网络环境

IPTV是指利用IP技术及电信运营商线路,通过物理网络、设备以及独立账号认证实现完全封闭传输IPTV节目信号的专网,其实质还是信息网络。因此,杭州互联网法院认为“IPTV回看模式实质上是利用电信运营商的通讯网络,以专网方式定向传输广播节目,开展的有线电视业务。”而认定属于广播权,显然有悖于现行的《著作权法》。

(二) IPTV电视回看功能,已超越广播组织的转播权利范畴

对于广播组织的转播权利,《著作权法》规定“以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”,《伯尔尼公约》规定“许可由原广播机构以外的另一机构通过有线广播或无线广播向公众发表作品”,其实质均为转播广播电视台的实时内容,转播机构并无权对转播内容进行修改。而IPTV电视回看的功能,并不是电视台直接提供的,而是转播机构,如本案中的杭州电信,利用其技术优势,对于电视台的节目进行了存储,并且根据用户在机顶盒上的请求指令提供回看服务。可见,IPTV电视回看不仅对电视台节目进行了存储,改变了实时转播的方式,而且还赋予用户选择电视节目的权利,改变了广播权的单向传输的属性。结合IPTV实质还是信息网络且IPTV电视回看的双向互动性,IPTV电视回看更符合信息网络传播权。

(三) IPTV回看的时间限制和地

点限制并不影响其法律定性

虽然，IPTV 属于专网，只有安装 IPTV 的用户才能享有电视回看的服务，但是并不影响其信息网络传播权的属性。《最高人民法院关于做好涉及网吧著作权纠纷案件审判工作的通知》规定：“网吧经营者未经许可，通过网吧自行提供他人享有著作权的影视作品，侵犯他人信息网络传播权等权利的，应当根据原告的诉讼请求判决其停止侵权和赔偿损失。”可见，类似网吧这一限定地点，并不影响信息网络传播权的构成要件。而且，在本案中，IPTV 电视保存在电信服务器上长达 72 小时，显然已经超过合理的时间限制。

综上，在现行的《著作权法》体系下，若赋予广播组织回看权利的话，势必使广播权无线扩大到信息网络传播权的领域，且使两者界限更为模糊。例如，电视台在获得作品广播权后，完全可以通过类似 IPTV 的平台将电视台播放的作品存储在服务器上，通过电视回看来实现用户限时点播功能，美其名曰为转播。这样，电视台、转播机构可以轻易突破作品作者所赋予电视台的广播权，而广播权原来就是实时且单向的。就例如本案中，杭州互联网法院并没有审查杭州电信的广播权的权利来源。作品著作权人是否授予贵州卫视广播权且该广播权是否包括 72 小时回看、浙江广电新媒体有限公司是否获得贵州卫视回看的授权、浙江广电新媒体有限公司在向杭州电信提供贵州卫视信号的同时是否有权授权其提供回看？若电信方作为信号分发方并没有作品著作权人电视回看授权的话，那肯定已经超越了其授权范围，其所谓的

二次利用、无法审查、无法干涉等技术中立原则也就缺乏权利基础。

五、未来著作权法律体系的展望

IPTV 电视回看到底属于广播权还是信息网络传播权，导致不同观点是因为现有著作权法立法滞后性且体系缺乏系统性造成的。世界知识产权组织以及我国立法机构均已意识到了这些问题的存在。

2004 年，世界知识产权组织在日内瓦召开会议，就《版权条约》后如何有效保护广播组织权利问题，编拟了《关于保护广播组织的条约合并案文》。案文第 6 条规定了广播组织的转播权，规定了对转播所享有的这一权利可提供保护，制止一切方式的所有转播，其中包括以有线、电缆方式或通过计算机网络进行的转播。转播的概念在国际上仅限于同时转播。而录制后的滞后播放应单独对待，因为实际上这已属于新的播送行为。可见，世界知识产权组织对于《伯尔尼公约》中广播组织的转播权进行定义，限定为实时转播范围，且将转播方式拟扩大至网络范畴。

2014 年，国务院法制办公室将《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》公开征求意见。送审稿第 13 条第 3 款第 6 项对著作权人享有的广播权做了修订，将其名称改为播放权，使得有线电视台以及网络直播均纳入播放权规制范围，“播放权，即以无线或者有线方式公开播放作品或者转播该作品的播放，以及通过技术设备向公众传播该作品的播放的权利。”而送审稿第 42 条又赋予广播组织信息网络转播的权利以及录制广播电视节目、复

制广播电视节目的权利，“广播电台、电视台对其播放的广播电视节目享有下列权利：（一）许可他人以无线或者有线方式转播其广播电视节目；（二）许可他人录制其广播电视节目；（三）许可他人复制其广播电视节目的录制品。”当然，对于广播组织录制或复制广播电视节目是否需要作品作者的实现授权，是否会与作品作者的其他权利，例如复制权以及信息网络传播权等权利存在冲突，这需要对送审稿进一步讨论与完善。

由于立法的滞后性和我国目前著作权法体系存在问题，各个权利之间的衔接有着一定的局限，导致了在司法实践中法院也很难给出准确的判断，同时使得权利的保护出现漏洞。我国应当积极推进《著作权法》的修改，适应信息化时代，实现权利的全面保护。



庄毅雄

上海市恒业律师事务所合伙人，上海律师协互联网与信息技术业务研究委员会副主任

业务方向：互联网争议解决

浅析我国个人信息定义与欧盟个人数据定义的不同

文 | 胡智俊

信息时代，如何在保障个人信息安全的前提下，利用信息技术带来的流转便捷、分析精准的优势大幅提高生产力，不仅关系到每个人的切身利益和安全，也关系到一国未来的竞争力。为此，各国一方面在加快制定大数据发展战略，另一方面也在寻求强化对个人信息的保护，力求在个人信息安全与发展生产力之间寻求新的平衡。作为互联网大国，我国的个人信息保护近年来也愈发得到重视，本届人大已将个人信息保护法列入立法规划。

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有精确界定的专门概念，我们便不能清楚地而理性地思考法律问题，也无法将我们对法律的思考转变为语言，同时也无法以一种可理解的方式将这些思想传递给他人”。就法律名称使用的概念而言，当前世界各国和地区，主要有“个人数据”“个人资料”“个人信息”和“隐私”四种称谓。欧盟成员国多使用个人数据。美国、加拿大则使用隐私。日本、韩国、俄罗斯等国使用个人信息。中国港澳台地区均使用“个人资料”。随着《民法典》中个人信息定义的出台，中国大陆地区已确定使用“个人信息”这一法律概念。

2017年施行的《网络安全法》第76条首次对个人信息作出了法律

上的定义：个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。该定义采取了概括列举式加识别型定义方法，对指向个人的信息采取了识别型的单一路径。识别的客体“自然人个人身份”依据其后列举的范围来看，是一种仅包含核心身份信息，而不包含广义社会特征的狭义身份概念。《民法典》第1034条中关于个人信息的定义基本延续了《网安法》中的定义方法，仅是列举的范围有所增加。

《信息安全技术——个人信息安全规范》（以下简称《安全规范》）中个人信息的定义方法与《网安法》相同，但列举的范围更广。其以资料性附录的形式给出了个人信息、个人敏感信息的范围和类型，并将网络身份标识信息、个人上网记录、个人常用设备等信息均纳入个人信息范围，可谓我国现阶段最为全面的个人信息标准。

欧盟地区将个人信息称为个人数据（personal data）。在《通用数据保护条例》（以下简称GDPR）中，“个人数据”是指与一个已识别或者可识别的自然人相关联的任何信息。可识别的自然人指借助标识

符，例如姓名、识别号码、位置数据、网上标识符，或借助与该个人生理、心理、基因、精神、经济、文化或社会特征相关的一个或多个因素，可被直接或间接识别出的自然人。其范围包括：（1）姓名；（2）家庭地址；（3）电子邮件地址；（4）各种身份识别号码；（5）位置信息；（6）IP地址；（7）cookie ID；（8）移动电话的广告应用标识符；（9）特定场景下可以识别个人的标识符等。

该定义延续了欧盟95指令中关于个人数据的定义。欧盟第29条工作组曾对95指令中的个人数据定义发布过一份解释（Opinion 4/2007 on the concept of personal data），也可看作对于GDPR中个人数据定义的补充。与我国《网安法》中的个人信息相比，欧盟关于个人数据的定义有三个不同：

（一）识别客体的路径不同

GDPR中指向个人数据的路径有两种，一是识别，二是关联。个人数据既包括已识别和可识别的数据，也包括关联到已识别和可识别的数据。但不论在哪种路径下，数据是否属于个人数据，并非仅是一个客观事实，而是须结合数据处理者是否有识别的目的而定，对于可识别数据与关联路径数据尤为如此。这些数据更多地是一种主客观

交织的法律事实，并非仅是客观存在的数据。描述客观物体的、与数据主体无关的数据，如因某种语境、某个目的或某种结果与数据主体发生了关联，即可被视为个人数据。如房屋价格，当被用作统计地方房屋均价时不属于个人数据，但当被用作财产税的计税依据时即是纳税人的个人数据。因此 GDPR 指向个人数据的识别 / 关联两种路径均采用了一种主客观交织的认定方法。相较之下，我国《网安法》和《安全规范》中的识别仅采用客观主义标准，即客观存在的信息是否可能通过技术手段聚合识别特定自然人，并未似欧盟以数据处理者是否具有识别目的的主观主义标准来认定个人信范围息。

（二）识别的客体不同

GDPR 中的 social identity 一般译为社会身份，澳门地区个人资料定义中将其译为社会特征。从该句句式看，social identity 与 physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural 等并列，此时译为社会特征更为妥当。由此可见，GDPR 中识别的客体，是特定自然人广泛意义上的社会特征，包括生理、心理、基因、精神、经济、文化等各领域。《网安法》中虽未阐释个人身份包含哪些维度的信息，但在我国司法实务中，个人身份“主要是指那些经过国家认证的‘核心身份’，例如姓名、身份证号码、护照号码等等”，香港地区即将识别的客体主要限定在香港身份证号及其他可以唯一确定个人的编号。因此《网安法》中的个人身份概念所包含的特征范围比 GDPR 中的自然人所包含的特征范围要小，

如心理、精神、文化方面的特征均未在《网安法》列举范围内。由此进一步导致可识别到《网安法》中“个人身份”的信息范围相较识别到 GDPR 中特定自然人的信息范围要小。此外，GDPR 中指向个人信息的路径还包括关联，使得 GDPR 项下已识别的客体范围、可识别到已识别的客体的范围、可关联到已识别的客体的范围均大于《网安法》。

（三）识别的主体不同

因为 GDPR 是为欧盟地区各成员国的政府与非政府组织在各种应用场景下对个人数据的收集、使用制定规则，所以需考虑各种不同情况下，自然人被识别的可能。第 29 条工作组据此提出 95 指令中个人数据的识别主体为“either by the controller or by any other person”。《网安法》中涉及个人信息部分的调整主体主要是网络运营者、网络产品或者服务的提供者，因此识别主体也仅限于前述主体。《安全规范》中则是针对主要业务涉及个人信息处理，且规模大于 200 人的企业而制定的标准，因此识别主体仅限大于 200 人且主业涉及个人信息的企业。因此 GDPR 中的识别主体远较《网安法》和《安全规范》中的识别主体宽泛。

欧盟成员国注重保护个人数据与隐私，并将其视为一种个人尊严，任何人都有享有在罗尔斯的“无知之幕”后被平等对待的权利。但这并非意味着欧盟地区只重视个人数据保护，不顾对其开发与利用。实务中，借助于各种豁免情形以及数据主体的同意，欧洲公司收集和处理的个人数据实则并不比世界其他地方的竞争者少。

现阶段我国个人信息的外延小于欧盟成员国。个人信息保护事关国家的经济发展潜力和信息安全。我国的保护水准如落后于他国，将影响我国的国际竞争力和国际地位，也不利于大数据产业的发展。

因此笔者建议：首先，尽快出台《个人信息保护法》，对个人信息保护机制进行顶层设计。其次，鉴于《个人信息保护法》可能仍较为原则，如无法指引各利益相关方实务操作，可通过修订《安全规范》以扩展个人信息涵盖的范围，同时在条件成熟时将《安全规范》上升为国家强制性标准，使其具有在实务中规范各利益相关方的强制效力。最后，在《个人信息保护法》出台后制定与其配套的实施条例或细则，同时加快制定金融、医疗等特定行业的保护个人信息的单行法律法规。



胡智俊

上海申蕴和律师事务所律师，上海律师协互联网与信息技术业务研究委员会委员

业务方向：竞争法、信息法、保险法

对《金融消费者权益保护实施办法》的思考

金融消费者保护新规 为何不覆盖证券投资？

文 | 马晨光 江翔宇

2020年9月15日，中国人民银行发布《金融消费者权益保护实施办法》，将2016年的政府规范性文件《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》修改并上升到政府部门规章层面的立法层级，引起了金融机构和社会各界的广泛关注。

金融消费者权益保护具有非常重要而现实的意义。首先金融消费者权益保护在金融领域具有对主动防范化解系统性金融风险发挥“减震器”和“舒压阀”的基础性作用；二是当前金融领域产品和服务创新多、复杂性高，而我国金融消费者整体金融知识素养仍有待提升，抗金融风险能力较差，因此金融消费者合法权益易被侵害从而遭受重大损失；三是金融消费者权益保护领域在最近几年金融乱象中出现的一些热点案例和社会舆论表明金融消费者权益保护出现了新的问题，缺乏有针对性的罚则和保护措施。因此国家层面近年来先后出台了资管新规、九民纪要等监管规定或者司法文件加以规制。

此次《金融消费者权益保护实施办法》的出台进一步加强了金融消费者权益的保护。根据最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》，刑法中的“国家规定”是指，全国人大及人大常委会制定的法律和国务院制定的行政法规；根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》，“国家有关规定”是指，违反法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定。从现有的规范来看，刑法语境下的“国家规定”包括法律和行政法规，“国家有关规定”包括法律、行政法规、和规章，在任何情形下均不包括规范性文件，也即规范性文件无法成为刑事犯罪定罪量刑的依据。此次实施办法将立法层级由规范性文件上升为规章，违反该办法有触犯刑法的风险。现就该办法从两个角度提出一些思考。

一、个人金融信息保护问题越来越突出

传统理念上，保护金融消费者利益主要强调的是客户的资金安全，但是在互联网大数据时代，以个人隐私为重点的个人信息保护之重要性越来越高。如何在大数据时代加强个人隐私保护同时促进金融数据共享和合理使用亦面临难题，金融消费者保护迫切需要融入大数据和人工智能时代下的数据保护理念。近年来互联网金融领域如P2P问题和金融机构风控外包问题上，金

融机构以外的数据公司或者所谓金融科技通过非法数据爬虫等手段收集使用大量个人金融数据，在缺乏合法性的情况下帮助金融机构或者P2P公司实现贷款风控或者债务催收等目的，造成了负面的社会后果，2019年已经有一大批此类公司被公安机关调查。所以必须看到金融数据控制者已经从通常认为的传统金融持牌机构包括银行、证券公司、保险演变到也包括脱胎于互联网企业的新型持牌金融机构甚至非金融机构等，都对金融消费者

的个人金融信息保护带来重大挑战。

2017年《网络安全法》出台后，尤其是2019年国家网信办和金融监管部门起草制定了大量的个人信息保护相关的监管规定，例如《数据安全管理办法》《网络安全审查办法》《个人信息出境管理办法》等，中国人民银行亦将《个人金融信息（数据）保护试行办法（初稿）》征求意见。2020年金标委还发布了《个人金融信息保护技术规范》（JR/T 0171—2020），尤其值得指出的是：专门性法律《个人信息保护法》和《数

据安全法》已被列入了十三届全国人大常委会立法规划,《数据安全法》2020 年已经向社会公布征求意见稿。同时 2019 年至今,国家网信办等部门不断加大 APP 治理,很多头部金融机构包括一些大型商业银行都被爆出违法违规收集个人信息的问题被要求整改。

在此次中国人民银行发布的《金融消费者权益保护实施办法》中,针对 2016 年的《实施办法》对金融信息的收集和使用的规定,新规增加了间接收集个人信息渠道“合法”要求,间接获取了以非法方式收集的个人信息是不能使用的;明确遵循合法、正当、必要原则下告知信息收集的目的、范围、方式后,收集金融信息需要获得明示同意;更加严格限制“用于营销、用户体验改进或者市场调查”之目的收集个人信息;不能超出法定或者约定范围使用消费者金融信息;增加金融机构确认发生信息安全事件后告知消费者。这些方面均有所进步,有助于保护金融消费者权益。不难预见这些监管规定在出台后将对金融消费者的个人信息保护产生重大的影响,金融机构将面临前所未有的责任义务来保护金融消费者的个人信息。

但是相比较之前的征求意见稿,从金融消费者个人信息保护来看,正式稿将之前征求意见稿中的几项重要增加内容均删除,包括(1)增加消费者有权要求停止使用、更正不准确信息和要求删除的权利,金融机构仅在“法律”和“行政法规”另有规定的情形下,才可以拒绝更正和删除;(2)在中国境内收集的消费者金融信息的存储、处理和分

析应当在中国境内进行。因业务确需跨境传输的必须满足接收方必须是金融机构的关联机构,且需满足一定条件,就可以跨境传输;(3)对分包商/委托处理方的管理义务规定中,金融机构必须审查评估外包服务商能力、签订协议明确权利义务、采取审查监督措施、并且最终对外包服务商的行为负责,合作关系终止后,金融机构应当监督外包服务供应商及时销毁从金融机构获取的消费者金融信息;(4)数据主体有权获取自己的数据并传输给指定第三方,鼓励金融机构在技术可行的前提下,基于金融消费者的请求,将其金融信息转移至金融消费者指定的其他金融机构。

这几项规定均是目前个人信息保护领域的重要问题或者热点问题,尤其是可删除权、数据跨境、数据共享、数据迁移等。中国人民银行在答记者问中称:“在延续原有的金融信息保护专章的基础上,以实现保护金融消费者信息安全权为目的,从信息收集、披露和告知、使用、管理、存储与保密等方面进行了优化。”因此或许可以推断数据安全是此次实施办法的重点,金融消费者对个人信息控制权的诉求并非重点。

此外笔者认为,正式稿相对于征求意见稿的几项个人信息保护规定内容的删除可能是因为个人信息保护法尚未制定出台,甚至连征求意见稿都尚未公开发布,在顶层的一些法律设计尚未确定的情况下不宜在人民银行的规定中突破上位法,做出过于激进的规定。未来可以在数据安全法、个人信息保护法正式出台后再加以修订加入,或者在未来央行的《个人金融信息(数据)保

护试行办法》(已经在征求意见)中对此做出具体规定。

二、金融消费者概念和范围尚需统一认识

2016 年《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》则仅规定:“在中华人民共和国境内依法设立的为金融消费者提供金融产品和服务的银行业金融机构,提供跨市场、跨行业交叉性金融产品和服务的其他金融机构以及非银行支付机构(本办法统称金融机构)适用本办法。”而在此次《金融消费者权益保护实施办法》中,将适用机构规定为在中华人民共和国境内依法设立的为金融消费者提供金融产品或服务的银行业金融机构、非银行支付机构,商业银行理财子公司、金融资产管理公司、信托公司、汽车金融公司、消费金融公司以及征信机构、个人本外币兑换特许业务经营机构参照适用本办法。法律、行政法规另有规定的,从其规定。这种规定明确将证券公司、保险公司排除,而 2016 年的实施办法某种程度上还有一定弹性。

形成这一问题的原因即是各方对金融消费者范围认识不一,尤其对于证券领域的投资者,是否应纳入金融消费者范围争议依然较大,不少观点认为证券领域的投资者与银行、保险领域的金融消费者在法律关系等各方面都有差异,且长期使用投资者保护的概念,使用金融消费者的概念不利于培养理性投资者。但是在 2019 年最高人民法院的《九民纪要》列举的金融消费者案件包括银行理财产品、保险投资产品、信托理财产品、券商集合理财计划、杠杆

基金份额、期权及其他场外衍生品等高风险等级金融产品，以及为金融消费者参与融资融券、新三板、创业板、科创板、期货等高风险等级投资活动提供服务等，实际上是将证券领域的很多投资产品和服务囊括其中。

对此笔者认为，人民银行的办法对金融消费者范围的规定虽然有意见不统一、部门协调难度较大等原因，但是从客观上看会造成金融监管和金融司法的不同结果，这对于金融机构认真落实金融消费者保护、金融消费者争议的有效解决以及行政执法、司法都带来一定的负面影响。在国内金融消费者的理论体系尚不成熟，尚未达成共识的情况下，目前制定法律、行政法规层次的金融消费者权益保护立法时机不成熟。但是人民银行的规章可以对金融消费者的范围做出综合性的界定，至少可以将金融消费者概念作为一个理念性的顶层概念，在倾斜性保护原则的基础上，把一些最为基础、原则的规定放进去。而对于金融消费者具体权利义务的规定，因为不同金融产品和金融业务场景的较大差异，仍由各不同金融领域的立法和监管规定来规范。这样的安排实现了金融机构和金融消费者之间的相对平衡保护，也符合中国央行在金融监管领域的地位不断提升以及金融统一监管的趋势。

而从境外的金融消费者保护情况来看，金融监管体制亦和金融消费者的范围有较大相关性，例如英国《金融服务与市场法》确立的大一统金融综合监管体制将 FSA 作为单一金融监管者，该法中的消费者范围也几乎囊括了各类金融领域；

美国的《金融服务现代化法》虽然确定混业经营、混业监管的原则，但是基于美国投资者保护已经是一套成熟、相对独立的系统化制度，并没有像英国一样建立大一统的金融消费者概念，《多德弗兰克法案》的金融消费者亦指银行业消费者，与 SEC 的投资者保护平行。从我国的金融监管体制来看，当前实质上也是从严格的金融分业监管逐步走向金融混业监管，从金稳会成立并将办公室设在人民银行到人民银行的三定方案即可以看出。在这个背景下，将金融消费者设计为一个理念化的顶层概念，保留现在的证券领域投资者概念，不失为一个各方可以接受的安排。

但是需要注意一点，金融消费者是否包括所有投资者类型？从金融消费者的理念来看，是要对此类人群给与类似于消费者的倾斜性保护，那么到底对什么样的人群需要给与倾斜性保护？笔者认为投资者可以分为个人投资者和机构投资者，也可以分为普通投资者和专业投资者。对于证券基金期货领域的专业投资者，无论其是个人还是机构，都不宜划在金融消费者范围内，而如果在证监会相关适当性管理办法认定的专业投资者范围之外的投资者，无论个人还是机构都应当纳入金融消费者的范畴加以倾斜性保护。

综上，建议如果不能在短期内出台专门针对金融消费者的法律，可以考虑将金融消费者概念视为一种理念性的概念，超越于不同监管部门法下的各种购买产品 / 接受服务的人群概念，人民银行的实施办法可以侧重于提出一些金融消费者权益保护原则性、普遍适用、倡导

性的规定，而在具体的保护措施上仍然根据产品和服务类型适用部门法律和监管规定。



马晨光

上海市协力律师事务所主任，上海律协基金业务研究委员会主任，上海市法学会金融法研究会基金法专委会主任
业务方向：金融资管、公司并购、商事争议解决



江翔宇

上海市协力律师事务所律师，上海市法学会金融法研究会理事
业务方向：金融资管、证券期货、数据保护

个人投资私募股权投资基金的法律实务

文 | 庄帆

经济学家陈志武教授曾说过，“中国的俗语‘无商不富’，应该改成‘无股权不富’，至少是无股权难以‘大富’。”过去的二十年，中国企业在国内外资本市场上接连上演的造富神话，也部分印证了陈教授的观点。

说起中国股权投资经典的案例，首推日本软银对阿里巴巴的投资和南非 MIH 对腾讯的投资，这是典型的专业机构投资案例。还有一类是个人天使投资，比如，徐小平对聚美优品的投资，王刚对滴滴的投资。如果我们把股权投资限定在风险投资这个范围（下文所述股权投资，如无相反意思表示，特指风险投资），那么一次成功的投资能够让投资人获得几倍乃至几千倍的回报。然而，风险投资的失败率亦高到触目惊心。有投资圈的朋友曾跟我说，虽然天使投资机构投资项目时几乎是百里挑一，但其被投资项目 IPO 比例达到 3% 就已经非常优秀。如果专业的投资机构的风险投资都看起来像赌博，那么个人投资者直接进行风险投资的风险就不言而喻了。当然，也不排除某些个人天使投资者因其个人的特殊背景而在某个领域斩获颇丰。个人投资者与专业机构相比，最大的优势是决策的灵活便捷，更容易与创业者之间建立亲密的关系。与专业投资机构相比，个人投资者进行风险投资最大的劣势在于缺乏专业的团

队，其对行业的研究深度和广度的欠缺导致所投资项目质量的稳定性和持续性难以得到保证；从投资决策角度而言，个人投资者很容易受情绪和个人偏好的影响，风控的缺失，带来了潜在的风险；从拥有的资源来说，机构投资者整体上是优于个人投资者。因此，很多个人投资者除了进行直接风险投资，也会选择投资私募股权投资基金（为避免歧义，本文所称私募股权投资基金，如无相反意思表示，均含创业投资基金）。专业投资人选择私募股权投资基金，毫无疑问对私募基金行业的发展起到了非常重要的作用。然而，投资私募基金的并非都是“合格投资者”，投资人的风险识别能力和风险承担能力参差不齐，在目前私募基金行业“洗牌”过程中，一些投资人的利益经常受损。

接下来，我将以私募基金从业律师的视角介绍个人投资者（本文以下如无相反表述，则将个人投资者统称为“投资人”）在投资私募股权投资基金时所了解的基本概念和应当注意的实务要点。

问题一：什么是私募基金？

答：私募基金以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金，通过集合投资的方式，实现“风险共担、收益共享”。私募基金的投资标的包括股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的

其他投资标的。

问题二：什么样的个人可以投资私募基金？

答：只有合格投资者才可以投资私募基金。对个人投资者来说，应当具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只私募基金的金额不低于 100 万元且金融资产不低于 300 万元或者最近三年个人年均收入不低于 50 万元。

问题三：私募基金可以保本付息吗？

答：根据监管要求，私募基金管理人、私募基金销售机构不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。

问题四：私募股权投资基金属于什么风险级别？

答：如果参照银行理财的风险评级标准，私募股权投资基金因其极差的流通性，属于 R5 级风险，即高风险产品。投资人在投资私募基金的时候，要做好亏损本金的准备。

问题五：投资人购买私募基金时，募集机构需要履行什么程序？

答：（一）特定对象确定；（二）投资者适当性匹配；（三）基金风险揭示；（四）合格投资者确认；（五）投资冷静期；（六）回访确认。

问题六：募集机构及其从业人员推介私募基金时，有哪些禁止行为？

答：（一）公开推介或者变相公

开推介；(二)推介材料虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；(三)以任何方式承诺投资者资金不受损失，或者以任何方式承诺投资者最低收益，包括宣传“预期收益”“预计收益”“预测投资业绩”等相关内容；(四)夸大或者片面推介基金，违规使用“安全”“保证”“承诺”“保险”“避险”“有保障”“高收益”“无风险”等可能误导投资人进行风险判断的措辞；(五)使用“欲购从速”“申购良机”等片面强调集中营销时间限制的措辞；(六)推介或片面节选少于6个月的过往整体业绩或过往基金产品业绩；(七)登载个人、法人或者其他组织的祝贺性、恭维性或推荐性的文字；(八)采用不具有可比性、公平性、准确性、权威性的数据来源和方法进行业绩

比较，任意使用“业绩最佳”“规模最大”等相关措辞；(九)恶意贬低同行；(十)允许非本机构雇佣的人员进行私募基金推介；(十一)推介非本机构设立或负责募集的私募基金等。

问题七：私募基金管理人在基金业协会进行了登记备案，是否意味着该机构就得到了官方背书？

答：基金业协会对私募基金登记备案信息不做实质性事前审查。公示信息不构成对私募基金管理人投资管理能力、持续合规情况的认可，不作为基金资产安全的保证。投资者进行私募基金投资时须谨慎判断和识别风险。

问题八：私募基金主要采用哪些组织形式？

答：私募基金的组织形式主要

包括公司型、合伙型和契约型。

一般而言，公司型常见于政策性基金、引导基金。契约型基金常见于证券投资基金。由于契约型基金无法像合伙型基金和公司型基金以自身名义在工商部门进行登记，如果其进行股权投资，只能以管理公司的名义进行登记。契约型基金发生法律纠纷，若管理人不愿意作为应诉主体，则全体投资人将被列为被告。契约型基金作为三类股东，在被投资企业上市中也会存在一定的障碍，故而，契约型基金并不是私募股权投资基金的理想组织形式。目前，私募股权投资基金主要采用有限合伙型组织形式。在有限合伙型基金中，投资人作为有限合伙人以其认缴出资承担有限责任；有限合伙企业可以进行工商登记，独立



承担法律责任；有限合伙企业不是所得税的纳税义务人，只需要帮个人投资者代扣代缴个人所得税。

问题九：签署私募股权投资基金的合同需要关注的要点是什么？

答：很多投资人反映，私募基金的合同太长、专业性强，看不懂。其实基金合同虽长，但是核心条款就是那么十几条。以有限合伙型基金合同为例，应当优先关注以下方面：

（1）合伙企业的经营期限及延长次数、时间和延长需要的表决程序。

（2）合伙企业的投资范围、投资运作方式、投资限制、投资决策程序、关联方认定标准及关联方投资的回避制度，以及投资后对被投资企业的持续监控、投资风险防范、投资退出、所投资标的担保措施、举债及担保限制。

（3）有限合伙人与普通合伙人的基本权利和义务。

（4）执行事务合伙人应具备的条件及选择程序、执行事务合伙人的权限及违约处理办法、执行事务合伙人的除名条件和更换程序，执行事务合伙人执行事务的报酬（包括绩效分成）及报酬提取方式、利益冲突及关联交易等。

（5）合伙人会议的召开条件、程序及表决方式等内容。

（6）基金的管理人及管理方式，管理费的计算和支付方式。

（7）基金是否有托管。

（8）合伙人入伙、退伙、合伙权益转让的条件、程序及相关责任，及有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

（9）合伙企业的利润分配及亏损分担方式有关的事项。



（10）合伙企业终止、解散与清算有关的事项。

问题十：在有限合伙型基金中，管理人和普通合伙人之间是什么关系？

答：在有限合伙型基金中，只能有一个管理人。普通合伙人可以担任基金管理人。如果基金委托第三方管理，则受托管理的第三方（“管理人”）和普通合伙人应当有关联关系。

问题十一：私募基金管理人应当恪守的信义义务指什么？

答：信义义务包括忠实义务和注意义务。忠实义务，要求受托人忠于受托目的和受益人的利益；注意义务，强调受托人为实现受托目的和提升受益人利益的能力与努力。基金管理人应恪守信义义务，将投资者的利益置于首位，始终将投资者的利益最大化作为基金活动的行为准则。

问题十二：私募基金管理人的主要收入是什么？

答：私募基金管理人的收入主要是两大类，第一类是管理费，第二类是超额收益。

以私募股权投资基金为例，通常而言，管理费在投资期按认缴规

模的 2% 收取，在退出期则按在管规模的 1% 收取，延长期不收取。比如，某管理人发行了一只 5 亿元人民币的私募产品，管理人在投资期每年可以收取 1000 万元管理费。假设这只基金里面有 2 亿元是通过第三方募集的资金，则管理人需要以咨询费的名义向第三方支付佣金，假设佣金比例为第三方募集金额对应管理费的一半，则管理人可以获得的管理费为 800 万元。所以，一只基金里面通过第三方募集的资金越多，管理人实际获得的管理费越少。对于管理规模小的基金管理人而言，管理费只能维持基本的开支。

超额收益是管理人主要收入来源。一般来说，私募股权投资基金的管理人按照如下方式收取超额收益：归还全体投资人本金及门槛收益率后，与投资人按照 2：8 的比例分配基金收益。

问题十三：管理人的基本开销包括什么，具体是什么水平？

答：管理人的基本开销包括：（1）办公场地的租赁费用；（2）员工的工资；（3）差旅费用；（4）中介机构（律所、会计师事务所等）的服务费；（5）公共关系的维护费用；

(6) 其他各类杂费等。

问题十四：如何判断管理人的综合水平？

答：判断管理人的综合水平需要通过详尽的尽调，如收集各类数据、现场抽查、与管理人团队访谈、与被投项目进行访谈、进行行业调研等多种方式才能进行判断。如果投资人无法进行详细的尽调，至少应当关注以下的一些基本内容：

(1) 在管基金的基本情况。投资人应当重点核查在管基金是否备案和托管、基金规模、基金投资人、IRR（内部收益率）、DPI（投入资本收益率）等。对于投资人而言，切记不能只看 IRR，因为 IRR 可以进行“修饰”，要关注 DPI，DPI 是评估管理人赚钱能力的重要指标。

(2) 在管基金项目投资情况。投资人要关注基金的项目投资额区间、所获股份和轮次，从而评估管理人投资阶段的稳定性。投资人要重点关注关联交易，如是否存在多只基金投资同一个项目的情况，要防止管理人做“估值”。投资人在抽查项目文件的时候，要兼顾明星项目、一般项目、失败项目，要关注投资文件（项目立项文件、投资决策文件、投资协议等）的完整性。

(3) 在管基金项目退出情况。投资人要重点核查项目的退出文件及收款凭证，关注退出方式（IPO，兼并、回购等）。

(4) 在管基金已投资项目的后续融资情况。投资人应关注续轮率、本基金参与后续投资的程度、续轮投资总额等。

(5) 管理人的团队情况。投资人应关注管理人的人员构成，高管人员的简历和历史投资业绩等。

问题十五：投资人在投资私募股权基金后如何维护自身的合法权益？

答：在实务中，基金中出资较大的投资人拥有更多的权利，比如可以拥有投资咨询委员会等席位（根据基金合同的约定对诸如关联交易等事项进行表决），有权列席投资决策委员会，有权要求对基金进行专项审计，派出专员来管理人办公场所现场核查材料等等。然而，个人投资者因其出资占基金份额比例低，拥有的话语权非常小。

通常情况下，个人投资者只能通过季度报告、年度报告、基金年度会议才能了解基金运作的基本情况，而对于底层资产的真实情况缺乏了解。对个人投资者来说，很多风险就来自于对于基金信息缺乏了解。比如，基金账面收益突然出现巨大波动。某些明星项目账面回报非常高，而且持续了多年，然而，明星项目可能突然就被 write off（管理人内部核销），然后基金的账面回报率下降很多。像这种操作，有时候是为了均衡税负，在某些项目有一笔巨额回款的情况下用亏损去抵冲收益；有时候管理人为了维持较好的账面回报率（为了后续融资，稳定投资人等）而故意不披露相关风险。再如，有些基金的重仓项目，实际已经触发了回购条件，但是管理人一直不去行使回购权。当这类情况发生时，如果管理人不予配合，则个人投资者维权存在一定的障碍。

投资人在发生权益被侵害的情形时，应当积极维护自己的合法权益。对于投资人而言，首先应当了解自己享有的基本权益：(1) 知情权。如果管理人拒绝配合，则投资

人可以提起知情权相关的诉讼，通过获取的信息去论证管理人是否存在故意或者重大过失；(2) 代表基金起诉的权利。在管理人怠于行使权利从而损害基金利益时，投资人可以自己的名义代表基金提起诉讼；(3) 将普通合伙人除名，更换管理人；(4) 提前对基金进行清算解散的权利；(5) 基金合同赋予投资人的其他权利。

结语

关于私募股权投资基金值得探讨的内容非常多，本文囿于篇幅限制无法详细叙述。最后，我想把下面这段话送给广大的投资人作为结语，“无论您进行何种投资，不管它的收益率和前景听起来多么诱人，您都不应抱有不着实际的幻想。私募股权投资基金和其他理财产品一样，仅是资产配置的一种方式而已。”



庄帆

上海市新闵律师事务所合伙人，上海律协基金业务研究委员会委员
业务方向：私募基金、投资并购、公司法

私募基金管理人、GP 及执行事务合伙人三者的关系

文 | 刘冰

2019 年 12 月 23 日，中国证券投资基金业协会发布 2019 版《私募投资基金备案须知》（以下简称“《2019 版备案须知》”），为了防止多个私募基金管理人情况下对于基金管理责任的互相推脱，《2019 版备案须知》对于管理人的数量明确加以限制，规定管理人不得超过一家，正式取消了之前存在的私募基金双管理人或多管理人的模式。实践中，采取委托管理模式的有限合伙型私募基金，其管理人与普通合伙人（General Partner，以下简称“GP”）、执行事务合伙人在主体上相分离，三者概念容易混淆，有必要对三者关系加以辨析和厘清。

一、私募基金管理人

追溯法律规定的源头，《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）和《私募投资基金监督管理暂行办法》（以下简称《私募基金暂行办法》）均直接使用了“基金管理人”的概念，但均未对“基金管理人”进行明确定义。

《证券投资基金法》第一百五十三条规定：“公开或者非公开募集资金，以进行证券投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其证券投资活动适用本法。”

《私募基金暂行办法》第二条规定：“本办法所称私募投资基金，是指在中华人民共和国境内，以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金。”

私募基金财产的投资包括买卖股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。

非公开募集资金，以进行投资活动为目的设立的公司或者合伙企业，资产由基金管理人或者普通合伙人管理的，其登记备案、资金募集和投资运作适用本办法。”

《私募基金暂行办法》第四条规定，“私募基金管理人和托管人管理、运用私募基金财产，私募基金销售机构及其他私募服务机构从事私募基金服务活动，应当恪尽职守，履行诚实信用、谨慎勤勉的义务。”

从上述条款内容可知，私募基金管理人的身份是对于私募基金财产进行管理、运用的专业机构。在管理人与 GP 主体分离的情况下，由专业管理人对基金产品进行管理，可以弥补 GP 投研能力及管理团队不强、缺乏相关资质等弱点。私募基金管理人的核心业务一般如下：

1. 融资

融资是管理人开展投资业务的前提，需要制定和实施关于投资领域、投资区域、项目发展阶段、投

资规模等方面的策略定位。

2. 投资

基金产品募集完成后，管理人的主要职能是寻找投资目标、评估投资目标、进行投资谈判以及完成投资。

3. 投后管理

管理人通过持有股权份额、获得董事会席位、帮助被投资企业建立商业战略、提供行业资源、帮助被投资企业与供应商、客户构建关系等方式，并辅以一系列激励与控制安排，对被投资企业进行一定程度的管理和控制。

可见，私募基金管理人可以通过提供增值和管理服务的方式，为被投资企业提供更多人力资本、关键资源和社会资本，从而为基金产品和被投资企业创造更多的价值。

二、GP 和执行事务合伙人

GP 和执行事务合伙人与私募基金管理人相比，因其在采用合伙

(包括普通合伙、特殊的普通合伙、有限合伙)组织形式的企业中都会涉及,其概念相对更直观易理解。

《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)第二条第三款规定:“有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。”

《合伙企业法》第六十一条第二款规定:“有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。”

《合伙企业法》第二十六条规定:“合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定,可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业,执行合伙事务。作为合伙人

的法人、其他组织执行合伙事务的,由其委派的代表执行。”

《合伙企业法》第六十七条规定:“有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。”

不难看出,有限合伙型私募基金中,至少应存在一个GP。所以,一般情况下有限合伙型私募基金只设一个GP,又因为只能由GP执行合伙事务,此时的执行事务合伙人也只能由该唯一的GP担任了。

但也可以存在两个或两个以上的GP,此时的有限合伙企业可以有两个或两个以上的执行事务合伙人。因为理论上经全体合伙人决议,可以指定两个或两个以上的GP为执行事务合伙人。但是实践中,很

少有工商部门能够接受有限合伙企业的营业执照中登记一名以上的执行事务合伙人。

《私募投资基金合同指引3号(合伙协议必备条款指引)》(以下简称“《合伙协议必备条款》”)第五条第(四)项规定:“【执行事务合伙人】合伙协议应约定由普通合伙人担任执行事务合伙人,执行事务合伙人有权对合伙企业的财产进行投资、管理、运用和处置,并接受其他普通合伙人和有限合伙人的监督……同时可以对执行事务合伙人执行事务的报酬(包括绩效分成)及报酬提取方式、利益冲突及关联交易等事项做出约定。”

《合伙协议必备条款》第五条第(七)项规定:“【管理方式】合伙型基金的管理人可以是合伙企业执行

事务合伙人，也可以委托给其他私募基金管理机构。合伙协议中应明确管理人和管理方式，并列明管理人的权限及管理费的计算和支付方式。”

可见，合伙型私募基金的执行事务合伙人与私募基金管理人可以不是同一人。执行事务合伙人执行合伙事务的权限源自于全体合伙人的委托，该委托法律关系应受到合同法的约束。基金管理人事务其实是合伙事务中的一部分，经全体合伙人决议，可以将基金管理人事务的全部或部分剥离出来，另行委托私募基金管理机构进行管理。

三、管理人与GP分离的原因

一般来说，LP 通常更倾向于投资管理人和 GP 一体的私募基金，但实践中管理人和 GP 相分离的情况也很常见，主要有以下几种原因：

1. 分散风险，破产隔离

较为大型、专业的私募基金投资管理机构旗下往往同时管理着不止一支的基金产品。在有限合伙型私募基金中，因 GP 对合伙企业的债务承担无限连带责任，如由管理人同时担任 GP，则当管理人管理的某支基金发生纠纷时，就会影响到管理人的整体资产及运营。此时管理人和 GP 相分离，能够将产生纠纷的基金产品风险隔离在 GP 层面，保证基金管理机构的正常运营。

2. 规避资格限制

《合伙企业法》第三条规定：“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。”为了规避这一限制，国有企业和上市公司往往会选择管理人与 GP 相分离的模式，

另行设置一个控股主体担任 GP。

3. 灵活核算分配

对于管理人和 GP 相分离的模式，基金管理费及业绩报酬可进行分割，由管理人和 GP 分别收取，这将方便管理多支基金的管理人对其管理的各支基金的收益情况进行独立合算，也可以根据管理人和 GP 所担任角色贡献的大小，对基金管理费和业绩报酬进行差异化分配。

4. 应对行业监管

因基金业协会要求私募基金管理人履行登记备案手续，大大提高了基金管理人的时间成本和经济成本。为同时满足监管要求和商业成本，更多基金管理机构另行设立无需登记为基金管理人的 GP 设立基金，省去 GP 登记成本。

5. 满足募资要求

一些机构投资者对于基金管理人的成立年限、投资业绩、管理团队、管理资产规模、商业信誉等有一定的门槛要求。为满足这些特定投资者的募资要求，选择由拥有相对持续管理记录的基金管理机构而非 GP 担任基金管理人。

6. 享受优惠政策

为吸引资金，一些地方政府通过设置优惠政策，鼓励投资机构入驻。基金管理机构为了能够获得上述优惠政策，在当地设立 GP 发起成立基金。

四、总结

私募基金管理人是《证券投资基金法》《私募投资基金监督管理暂行办法》语境下金融产品投资运作管理者的概念，GP 和执行事务合伙人是对于有限合伙型私募基金而

言，在《合伙企业法》语境下合伙事务执行者和无限责任承担者的概念，三者是完全不同的概念。对于契约型和公司型私募基金而言，不存在 GP，仅存在管理人。

一个私募基金仅有一个管理人，但对于有限合伙型私募基金，可以有多个 GP 或执行事务合伙人，执行事务合伙人一定是 GP，GP 不一定是执行事务合伙人。

有限合伙型私募基金的管理人、GP 和执行事务合伙人可以三者合一，但委托管理模式下的有限合伙型私募基金，由具有管理人资质的第三方机构担任管理人，管理人与 GP、执行事务合伙人相分离。



刘冰

北京市隆安律师事务所上海分所合伙人，上海律协基金业务研究委员会委员
业务方向：私募股权与投资基金、破产重整与清算、商事争议解决

私募基金在我国的发展和监管变化

文 | 张洁

一、私募基金的概念和起源

根据《私募投资基金监督管理暂行办法》，私募基金指在中国境内，以非公开方式向投资者募集资金设立的投资基金，分为私募证券投资、私募股权（含创投）投资及其他私募投资3大类别以及对应的8类基金。其投资范围包括买卖股票、股权、债券、期货、期权、基金份额及投资合同约定的其他投资标的。

私募基金严格来说是个舶来品。它起源于1976年的美国，著名的华尔街投资银行贝尔斯登的三名银行家合伙成立了一家投资机构KKR，专门从事并购业务，这就是最早的私募股权投资公司。20世纪80-90年代，低通胀导致固定收益证券收益率较低，大量金融机构的投资进入了高收益的私募股权基金领域，私募股权基金发展到一个高峰。到了2000年，美国网络科技股泡沫破灭，创投行业深受影响，美联储降低利率，为私募股权基金大开贷款方便之门，壮大了私募基金集团的实力。到2007年黑石集团上市的时候，私募股权基金经过30多年的发展，已成为仅次于银行贷款和IPO的重要手段。

二、私募基金在我国的发展及现状

私募基金在中国的发展过程，同时受到外资派和本土派两股力量的推动。

在这个过程中，外资派先是以VC探路，比如上世纪90年代初的黑石等风险资本，以及1995年《设

立境外中国产业投资基金管理办法》通过，伴随这一时期国外IT热的转移，大批外资VC来到中国。1995-2004年这个阶段，是外资PE进入中国的初步时期，红杉资本选择建立中国的投资基金，一些大型外资科技、金融机构的直投部门也开始孵化出专门对中国的投资基金，并从公司中独立出来，比如赛富就是脱胎于软银亚洲。2005年后，PE投资成为主流。

政府力量的推动为本土派私募股权基金的起步贡献了重要作用。本土派私募股权基金的雏形是以政府为主导的面向高科技企业融资的创业或风险投资基金。1986年-1996年是个起步阶段，政府相继成立一些风险投资公司，比如中国新技术创业投资公司经国务院批准成立，这是我国大陆地区第一家专营风险投资业务的机构。1997年-2000年是发展阶段，出现了相关的规章政策。比如1999年，国务院办公厅发布《关于建立我国风险投资机制的若干意见》，2000年，《深圳市创业资本投资高新技术产业暂行规定》颁布，这是我国第一部地方性创业投资规章。在这一时期，北京出现了第一家真正意义上的民营创业投资机构，也就是北京中关村科技风险投资有限公司。进入2000年后，由于互联网泡沫的破灭，我国风险投资业进入低谷，一直到2005年《创业投资企业暂行管理办法》出台后，风险投资发展进入高潮阶段。随着《合伙企业法》的颁布，合伙制度正式以法律形

式确定，首家有限合伙深圳市南海成长创业投资合伙企业2007年成立。2007年-2008年间，私募股权基金进入了一个国内外、大中小、外资、国资、民营全面共同发展阶段。2012年由于IPO暂停，私募股权基金因严重依赖IPO退出，所以经历了一个洗牌阶段，一直到2013年底，随着IPO开闸和新三板扩容，私募股权基金才又迎来一个发展春天。之后，中国证券投资基金业协会（简称“中基协”）在私募基金行业的监管开启了一个新篇章。

三、私募基金的监管发展路径

私募基金的行业监管严格上来说是从2016年2月5日中基协发布《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》（以下称二五公告）开始规范的。笔者恰好从二五公告后开始接触私募基金管理人登记和产品本案的法律意见书服务至今，对这期间的监管变化比较熟悉。根据这一期间承办私募基金登记和备案业务比较明显的阶段性感受和在中基协不断发布的规范文件，笔者粗浅地将这一期间进行四个阶段划分（仅出于个人感受和便于本文的讨论分析）。

第一阶段——萌芽阶段：2016年二五公告前

我们都知道私募基金业务的监管部门是中基协。中基协经国务院批准成立于2012年6月6日，是证券投资基金行业的自律性组织，接受中国证监会和国家民政部的业务指导

和监督管理。

而我国的《证券投资基金法》是到了2013年6月颁布的，也就是晚于中基协成立的时间。根据《证券投资基金法》，基金管理人、基金托管人应当加入协会，基金服务机构可以加入协会。可以说，《证券投资基金法》明确将基金管理人、托管人和服务机构等划入中基协的管理范围。

2016年2月5日，中基协发布关于《进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》，即二五公告，开始行业大整顿。不夸张地说，这是私募基金行业内的里程碑事件，之后不断严格的监管都是在二五公告的基础上一脉相承。并设了5月1日、8月1日两个时间节点，分别是登记满一年未备案首只基金产品的管理人，和登记未满一年未备案首只基金产品的管理人。如果到了这个时间节点，仍然没有备案首只基金产品，就要被注销管理人登记。对于新登记的管理人，如果登记后6个月内没有备案首只基金产品，也要被注销登记。

那么对于《证券投资基金法》颁布后到二五公告之间的这个阶段，当然中基协对私募基金也是有监管的，只不过这个阶段的监管比较粗放，也没有很多的具有实操性的依据。好在笔者服务的不少管理人客户恰好是在这个期间完成登记的，经笔者了解，此阶段的管理人登记主要依据2014年1月颁布的《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》。一般由拟登记公司主动申请，在协会系统填报一些基础公司信息后即可获得通过，这些信息的填报要求比较低，填报不完整、不准确，或者没有进一步的佐证依据等影响都不大。在这个阶段，登记通过的管理人，还会获得一张登记证明文件。

第二阶段——登记整改阶段： 二五公告后至2016年8月

从笔者的亲身经历看，这个阶段刚开始还是比较吃力和谨慎的。笔者刚好有一个客户属于第一批被整顿，需要在5月1日前补充提交法律意见书。接受委托的时候，刚好是二五公告后几天，第一次做这个业务，基本上是参照协会发布的指引和以往非诉的经验，摸着石头过河，总算提交后，反馈阶段也是比较煎熬，几乎每天早上上班第一件事就是看邮箱，十之八九中基协会有反馈意见。那会协会还会留审核老师的电话，可以电话沟通，整个过程就是感觉无论是承办律师还是中基协都是第一次在做这个业务，都没有丰富的经验，经常是商量着有什么问题，有什么方式处理比较好，到后来笔者都快放弃了，结果中基协审核通过了。这个案子印象特别深刻，因为是律所第一个通过审核的案子，过程中的煎熬也成了独特的宝贵经验。

第三阶段——蓬勃发展阶段： 2016年8月至解答十四发布

这个案子后，业务上就有了一个基本的框架，对中基协的要求也更加清楚了。整个从2016年8月整改完成后，基本进入新设立管理人蓬勃而出的一个时期，大概一直到2017年9月份，都属于要求相对较松，反馈比较少，审核比较快的阶段，只要严格遵守协会发布的《按律意见书指引》《私募基金登记备案相关问题解答（一～十三）》，基本通过审核是没有问题的。笔者记得有一个星期三份法律意见书递交上去全部一周后零反馈通过。

第四阶段——合规整顿阶段： 解答十四后至2018年新版登记须知 到了2017年底，情况发生了比

较大的变化，因为发生了一件大事，协会发布了《私募基金登记备案相关问题解答（十四）》，加重了承办这类业务的律所和律师的责任，抬高了业务收费标准的同时，协会和律所对管理人的审核标准也更加严格了。协会开始从一些基础指标，比如资金、场地、经营范围、制度等，更加强调对管理人软实力的关注；比如人员的从业经验、胜任能力、高管的兼职和管理人的展业计划。特别是2018年6月爆出私募第一案阜兴系实控人朱一栋失联，相关私募产品开始大面积出现兑付逾期这一事件后，协会又关注了管理人股东的出资能力。所以这段时期的协会审核反馈以高管的从业经验、员工的职业操守和胜任能力、股东的持续出资能力等为主。

时间转眼到2018年。这一年可以说是私募投资领域的“合规”元年。1月份中基协发布《私募投资基金备案须知》，明确表示私募基金产品备案不是一备了之；随后3月份又发布《关于进一步加强私募基金行业自律管理的决定》并附《关于私募基金管理人在异常经营情形下提交专项法律意见书的公告》，明确规定在特定异常经营情形下私募管理人须提交专项法律意见书；年中中基协向部分私募基金管理人下发《关于限期提交自查报告的通知》，全面开启管理人自律检查；同时，中基协通过窗口指导持续强化管理人的合规管理。例如要求管理人股东证明出资能力、严格要求基金托管机构履行受托人职责、严格限制双GP基金备案、严打炒壳行为等。到年底12月份，中基协重磅发布新版《私募基金管理人登记须知》（以下简称“《登记须知》”），总结了一年以来管理人

登记以及合规自律的若干实务细节。可以看出,清退不合规管理人、严控市场规模、重构合规体系是接下来监管的重中之重。

第五阶段——强监管后时代： 2018 年底新版登记须知后

2018 年度一系列合规重拳组合出击后,笔者在业务上明显的感觉就是,反馈越来越细致,要求越来越明确,通过审核越来越难,管理人的软实力权重越来越大。结果就是通过登记的管理人数量增长明显放缓,大量不合规的、失联的已登记管理人被清扫出局,倒卖壳资源现象也大大得到了遏制。

四、中基协监管平台的不断完善

说到协会的监管变迁,有三个重要的系统不能忽略。分别是资产管理业务综合管理平台系统(ambers 系统)、信息披露备份系统、从业人员管理系统。

现有的 ambers 系统是在 2016 年 9 月 6 日起才开始第一阶段的上线运行。在此之前,私募基金管理人登记和备案的平台叫私募基金登记备案系统,也就是我们说的老系统。ambers 系统上线后,老系统的数据会迁移至新系统中,这一阶段,新老系统一直在并行使用,是一个过渡阶段。因为新老系统的区别,习惯了老系统的管理人在数据迁移到 ambers 系统后,初期会有些手忙脚乱。2017 年 4 月 4 日,ambers 第二阶段上线运行,协会全面启用“ambers 系统”办理私募基金登记备案、协会会员及从业人员相关事宜,原登记备案系统停止使用。

自 2017 年 4 月 5 日起,所有已登记私募基金管理人可使用“从业人员管理平台”为对私募基金从业

人员基本情况、资格取得、从业经历、诚信记录、投资业绩、后续培训等信息实现全口径管理。这个从业人员管理平台采用的是申请+审核的两端操作模式,一端是个人,一端是代表机构的资格管理员。基本操作是:从业人员应通过所任职私募机构申请个人账号,然后发起资格注册、信息更改、离职备案等流程。然后由资格管理员,对个人发起的申请进行审核与维护。有些客户搞不清楚,资格管理员会遇到无法操作的情况,那一般就是从业人员个人操作的步骤出了问题。还有的客户误以为审核是协会的权限,在从业人员发起申请后没有及时处理。

根据《私募投资基金信息披露管理办法》第五条规定:“私募基金管理人应当按照规定通过中国基金业协会指定的私募基金信息披露备份平台报送信息。”因此协会在 2016 年 6 月 1 日上线试运行了私募基金信息披露备份系统。但这次试运行信息披露备份对象针对的是已在中国证券投资基金业协会备案的私募证券投资基金,暂不面向私募股权基金、创业投资基金及其他私募基金开放信息披露备份功能。一直到 2017 年 1 月 1 日起,协会发布《私募投资基金信息披露内容与格式指引 2 号——适用于私募股权(含创业)投资基金》,要求私募股权基金也要通过信息披露备份系统进行信息披露文件备份,向投资者披露私募股权(含创业)投资基金信息。到 2020 年 2 月 14 日,为更好保护投资者利益,协会在信息披露备份系统正式上线定向披露功能模块,投资者可以登录进行信息查询。

简单总结一下:ambers 系统负责的是管理人登记、基金产品备案

和信息更新、管理人年度更新、年度财报提交、重大事项变更等。从业人员系统负责的是人员的注册、信息更新、离职备案等。而信息披露备份系统负责的是季度报告、年度报告的披露,以及重大事项变更的临时报告等。

回顾私募基金行业在我国的起步和发展,全面认识协会自成立以来在监管重点和监管风格的变化以及为信息化建设所做的种种努力,可以说,中基协在私募行业正本清源、扫除乱象、加强合规监管等方面这些年成绩斐然,整个行业的规范度和效率得到极大提升,在与客户接触的过程中,笔者能明显地感受到管理人的合规意识、人员素质在不断提高。而且中基协一直在持续对系统功能及操作流程进行优化和迭代升级,相信未来私募基金管理人工作的信息化便利度和管理效率都会不断提高。



张洁

上海申浩律师事务所合伙人,上海律协基金业务研究委员会委员,专利代理人业务方向:私募基金、知识产权、企业法律顾问

中国法下仲裁协议效力准据法确定制度的完善

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）商事仲裁研究中心

编者按：

对仲裁协议效力准据法确定问题，我国《仲裁法》未作规定。因仲裁与司法审查之需，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（法释〔2006〕7号，以下称《仲裁法解释》）对此作出了规定。2011年施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下称《民事诉讼法》）以法律的形式规定了仲裁协议效力准据法的确定制度，此后最高人民法院在2017年发布的《关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》（法释〔2017〕22号，以下称《若干规定》）对此进行了进一步完善，但司法实践中对于仲裁协议准据法的确定仍然存在进一步修改的空间。本文将结合仲裁工作实践，对此问题进行分析讨论，以飨读者。

一、仲裁协议效力准据法确定制度概述

（一）仲裁协议效力准据法的概念

仲裁协议效力准据法，就是指确定仲裁协议效力所应适用的法律。具体而言，就是根据冲突规范的指引来确定适用哪项法律来确定仲裁协议效力。由于国际商事仲裁涉及超越一国边界的商事交往，因此仲裁协议所约定的仲裁事项至少会与一个外国的法律体系有联系。如果当事人对该仲裁协议的效力产生争议，应适用哪项法律认定仲裁协议的效力，这是国际商事仲裁中不可回避或逾越的一个法律问题。

需要说明的是，在国际商事仲裁理论与实践，仲裁协议效力受诸多方面因素的影响，如当事人缔约能力、仲裁协议要件、仲裁协议约定事项的可仲裁性等。这些因素所适用的法律可以是不同的。而仲裁协议效力准据法并不涵盖上述所

有因素。以《纽约公约》为例，其将当事人行为能力的准据法、争议事项可仲裁性的准据法与仲裁协议效力的准据法作了区分，当事人行为能力的准据法留给各国国内的冲突法规范来决定（根据国际私法的冲突规范原则，当事人的行为能力一般适用属人法，即自然人居住地法或公司注册地法），争议事项可仲裁性的准据法确定为被申请人承认及执行国国家的法律，另外专门规定了确认仲裁协议效力的准据法的冲突规范。因此本文讨论的仲裁协议效力的准据法也不包含当事人行为能力的准据法与争议事项可仲裁性的准据法，而仅指认定仲裁协议效力的准据法。

（二）确定仲裁协议效力准据法的重要性

由于各国法律对仲裁协议效力的问题存在不同的规定，故对于同一项仲裁协议，适用某一国家的法律可能有效，但适用另一国家的法

律可能会出现完全相反的结果。该问题的重要性在我国尤为明显，因为我国《仲裁法》对仲裁协议要件的规定在国际中是“少见的严厉”，特别是要求仲裁协议必须有“选定的仲裁委员会”以及无涉外因素不得选择境外仲裁机构。这就导致同一项仲裁协议，适用我国法律与适用其它域外法律可能导致完全相反的结果。比如“Arbitration, if any, in HONG KONG”这样的在租赁合同中常见的仲裁条款，若适用我国大陆法律时会因未约定仲裁机构而无效。但根据我国香港特区的仲裁法，这是一个完全有效的仲裁条款。又比如“凡因执行本合约或与本合约有关的发生的一切争议应由合约双方友好协商解决。如果不能协商解决，应提交新加坡国际贸易仲裁委员会按照美国的仲裁规则进行仲裁，仲裁裁决的是终决的，对双方都有约束力”这样的仲裁条款，如果适用我国法律则很有可能以

未能选定仲裁机构为由被认定为无效,但根据新加坡法律,则同样是一个合法有效的仲裁条款。

(三) 确定仲裁协议效力准据法的一般规则

从国际公约和多数国家的规定来看,仲裁协议效力准据法的确定遵循一些普遍的规则,一般是:(1)优先适用当事人在仲裁协议中明示或默示选择的、针对协议自身的准据法;(2)当第1项选择不存在时,适用仲裁地的法律。

优先适用当事人约定的准据法是国际普遍承认的原则,因为它体现了当事人的意思自治,而在当事人未能约定仲裁协议效力的准据法的情况下适用仲裁地法,是因为根据国际私法关于国际合同普遍适用的“最密切联系原则”,在仲裁这一法律关系所涉及的当事人国籍、争议标的物所在地、仲裁地点、仲裁所适用的语言等各种连接因素中,仲裁地点与仲裁有着最为密切的联系。需要说明的是,世界各国普遍确认的当事人约定准据法规则,是指当事人专门针对仲裁协议自身约定准据法,而非主合同中约定的合同准据法。由于仲裁协议多以主合同中的仲裁条款形式出现,当事人往往在主合同中已经约定了合同所适用的法律,如果当事人未就仲裁协议自身的准据法作出约定,对于主合同的准据法是否就是仲裁协议的准据法,世界各国并未达成共识。

二、我国确定仲裁协议效力准据法的实践及存在的问题

(一) 我国的实践

我国《仲裁法》1995年实施以来,对于仲裁协议的法律适用这一

重要问题没作出规定,这导致人民法院在《仲裁法》颁布实施之初的很长一段时间里缺乏相关的法律依据。在当事人基本不对仲裁协议的准据法作特别约定的情况下,法院内部对适用仲裁地法律还是法院地法律的问题,产生了分歧,集中体现在当事人约定在境外仲裁的仲裁协议是否有效的问题上。主张适用法院地法的观点认为,如果适用裁决地法不仅放弃了我国对约定的外国仲裁案件的实体权利的监督,也放弃了程序上的监督。经过多年探索并通过数个请示案件的答复后,最高人民法院于2006年颁布了《仲裁法解释》。该解释第16条明确规定:“对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。”这一规定将准据法的确定划分为三个层次:当事人意思自治、仲裁地法律、法院地法律。可以说,这一规定除了将法院地法律作为第三层次的选择外,与《纽约公约》中有关仲裁协议法律适用规定是一致的。

我国于2011年4月1日起施行的《涉外民事关系法律适用法》,通过立法的形式确立了仲裁协议准据法的确定原则,该法对《仲裁法解释》的相关规定进行了调整。该法第18条规定:“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”该规定增加了仲裁机构所在地法律的适用,但取消了法院地法律适用的余地。2013年

1月7日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(法释[2012]24号)第14条又补充规定:“当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律,也没有约定仲裁机构或者仲裁地,或者约定不明的,人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。”然而,《涉外民事关系法律适用法》及其司法解释的施行并不意味着《仲裁法解释》第16条再无适用的余地。人民法院适用哪一条冲突规范确定仲裁协议效力的准据法,取决于仲裁协议签订的时间。如果协议签订在《涉外民事关系法律适用法》施行之后,由于该法的法律效力高于《仲裁法司法解释》,则应当适用《涉外民事关系法律适



用法》。如果协议签订在《涉外民事关系法律适用法》施行之前，则仍应适用《仲裁法解释》。

2017年起施行的《若干规定》第十四条规定：“人民法院根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条的规定，确定确认涉外仲裁协议效力适用的法律时，当事人没有选择适用的法律，适用仲裁机构所在地的法律与适用仲裁地的法律将对仲裁协议的效力作出不同认定的，人民法院应当适用确认仲裁协议有效的法律”，因此，我国目前实际上形成了“当事人选定法律”“仲裁地法律”和“仲裁机构所在地”“法院地法律”三个不同的法律规范适用层次。与此同时，《若干规定》第十三条还规定“当事人协议选择确认涉外仲裁协议效力适

用的法律，应当作出明确的意思表示，仅约定合同适用的法律，不能作为确认合同中仲裁条款效力适用的法律”，即我国明确排除合同适用法律作为仲裁协议准据法的可能性。

（二）存在的问题

从上述司法实践探索的进程中不难发现，我国司法实践在认定仲裁协议效力的准据法问题上呈现了不断向国际靠拢的趋势；在当事人未约定仲裁协议效力的准据法时，人民法院从一律适用法院地法到适用仲裁地法是一大进步，也符合国际通行的做法。它反映了人民法院对仲裁态度经历了从严格控制到支持与适度监督结合的转变。《涉外民事关系法律适用法》将最高人民法院制定的司法解释条款上升为国家法律，在立法上首次明确规定了

“仲裁地”概念，体现了立法的进步。但与此同时，不能忽视的是，我国若干仲裁司法审查案件的实践所反映出有冲突规范的不足：

首先，仲裁协议属于一类特殊的合同，尽管各国仲裁立法对仲裁协议成立和效力往往有特别规定，但对仲裁协议内容的解释、确定仲裁协议效力的真实含义、仲裁协议对当事人的约束力等，原则上仍应受一般合同法律规范的规制，需要运用合同解释的方法来对上述问题作出认定，这也是仲裁协议效力认定的基础。而在涉外仲裁协议效力的准据法确定方面，法院在根据冲突规则寻找判断系争仲裁协议效力的法律之前，应当先查明当事人仲裁协议约定的内容，究竟是否约定了仲裁机构及 / 或仲裁地，然后再



根据冲突规范确定准据法。

其次，我国法院上述规定的立法初衷无疑是强调当事人缔约时的真实意思表示，即从仲裁协议独立性原则出发，以当事人明确的仲裁协议准据法或明确的仲裁地这一与仲裁法律关系最密切联系之地点的法律，视为当事人对于仲裁协议法律适用的真实意思表示，但其无法回避三个现实的问题：第一，仲裁协议的独立性原则本身仅反映了当事方的预期意图，即各方商定的争议解决程序应在主合同无效的情况下仍然有效，其目的是使该意图具有法律效力，而不是为了使仲裁协议与主合同隔离，使其成为完全独立的合同；第二，要求当事人在已对主合同准据法进行约定的情况下，再单独对合同中的仲裁条款约定一个与主合同不一致的法律，这一做法是否符合商业交易谈判的惯常逻辑仍值得讨论；第三，当出现债权让与、代理、公司集团等仲裁协议效力扩张情形时，仲裁协议对当事人的约束力问题往往与交易的实体法相交织，此时很难将其完全排除在当事人，特别是“加入”合同这一方当事人的真实意思表示之外。

其三，目前我国仲裁司法审查实践已经确立了确定仲裁协议可适用的冲突规范，并确立了选择性的冲突规范以尽量使仲裁协议有效，但冲突规范的解释仍可能会涉及国际私法上识别、连结点的界定等特殊问题，需要运用合理规范的法律解释方法。从我国仲裁法律制度的建构角度出发，法官在进行仲裁司法审查时，仍应当遵循上述事实查明和法律适用的规范并以此得出相应的裁判结论，而不应仅从司法政策的倾向性结论出发，反过来寻找

论证该等结论的依据。

三、完善我国仲裁协议效力准据法确定制度的建议

本文建议，将我国有关确定仲裁协议效力准据法的冲突规范修改为：对仲裁协议效力的审查，适用当事人选择的法律；当事人没有选择法律的，适用仲裁地法律；根据当事人的约定无法确定仲裁地的，适用争议事项特别主合同约定适用的法律，但当事人明确排除适用的除外。

首先，明确该准据法适用的范围仅是确定仲裁协议效力的法律，不包括确定争议事项可仲裁性及确定当事人行为能力的法律。其次，沿用“层级”标准，将当事人约定的准据法与仲裁地法作为前两个层级，这样规定能与《纽约公约》的规定相协调，也符合仲裁的规律。第三，将争议事项所适用的法律、特别是主合同的准据法作为第三层级。

在实践中，有些仲裁协议既无当事人约定的准据法，又无法确定仲裁地，故设立第三层级的准据法还是有必要的。相比而言，将主合同的准据法作为第三层级比法院地法更为科学合理。理由是：

第一，意思自治是仲裁的灵魂，主合同的准据法也是当事人意思表示的体现，国际商务实践中当事人对合同中的仲裁条款单独约定法律适用的情形极为罕见，此时推定仲裁协议适用的法律与基础合同适用的法律一致，是合乎逻辑与法理的，在英国国内，以《戴雪和莫里斯论冲突法》为代表的英国国际私法主流学说认为，如果对仲裁协议有明确的法律选择，则该选择将是有效的，而不用去考虑整个合同适用的

法律；如果对整个合同有明确的法律选择，作为合同条款之一的仲裁条款通常也应受该法律的管辖，而不论仲裁地点是否有约定，也不论该地点实际在哪里。因此，无论是依据仲裁协议的理论还是外国的实践，主合同的实体法律都是不容忽视的法律，除非当事人对仲裁协议的准据法有专门的约定，否则适用主合同准据法作为仲裁协议的准据法是合理的。

第二，适用主合同的准据法认定仲裁协议的效力与仲裁协议独立性理论并不冲突。仲裁条款独立性是随着国际商事交往的不断发展及各国立法普遍承认仲裁裁决的法律效力，以及国家确认通过仲裁解决商事争议的鼓励政策的发展而逐步确立与发展起来的，该理论明显具有尽量使仲裁条款有效的政策性功能，该理论通过将仲裁条款从主合同中分离出来以防止主合同的瑕疵殃及仲裁条款的效力认定，从而使其被认定无效的概率远远低于主合同无效的概率。

最后，就如何区分“当事人约定的准据法”与“主合同准据法”，因为前者是第一层级的依据，后者是第三层级的依据，如果界限不清，就会造成第一、第三层级间的混淆和混乱。本文认为，可以结合以下两个标准进行区分：一是文字内容，如果当事人在合同中对仲裁条款的准据法作出了明确的、一目了然的约定，则该法律就是专门针对仲裁协议约定的法律；二是出现的位置，如果当事人关于准据法的约定出现在合同的仲裁条款中，则是仲裁协议的准据法，如果出现在合同的其他部分，则是主合同的准据法。

采访时间：2017年11月29日

受访人：傅玄杰

采访人：李海歌 刘小禾

从创建“经济法律事务部”到创办个人所 傅玄杰律师访谈摘要

文 | 李海歌 刘小禾

采访人：傅玄杰老师是上世纪八十年代初以来上海律师发展历程的见证者、参与者，是除了老一代的韩学章、李树棠等第一批八位一级律师外，1989年上海第二次评定的唯一的一级律师。2012年，在纪念上海律师公会100周年大型纪念活动中，傅老师是光荣获颁“上海市律师行业杰出贡献奖”的5位律师之一。



傅玄杰：今年9月份，我过了88岁生日，现在已经89岁了。上世纪五十年代，我就读于上海法政学院。在学校的最后一年正赶上抗美援朝，我热血沸腾地报名参军，学校说我还有半年才毕业，要把学业完成再去。当时实际上是考试阶段，整个学习阶段都已经过了，我也不在乎这次考试了。所以，我就参加了空军，离开上海，先在南京大教场经过半年训练，然后去了中朝边境。在航校的训练中，发现我作为一个航空兵还有些缺陷，就转到军事法庭。后来，我还参加了位于浙江台州大成岛边上的一江山岛战役，实际上相当于准备解放台湾的第一战，去年我曾旧地重访。

我在军事法庭做了十来年的审判工作，得到很大的收获。在北方的时候叫中朝联合空军军事法庭，后来归到中国空军第三师军事法庭。解放一江山岛后，就归到中国空军第五军的军事法庭。军事法庭主要

是审理一些军事管制地区内涉及违反军事行为的刑事犯罪。法庭及工作人员名称与地方上的法院略有不同，五十年代的时候叫军法处，以后就称为军事法院。人员最早叫干事，如宣传干事、军事干事等，后来称为助理，我担任的是军事助理，在开庭的时候就担任审判员。那时军事法庭多是独任制，也有一些案件需配置从部队里面挑选出来的陪审员。后来，军队缩编，我便转业回家，先后在上海轻工业系统的食品厂、化工厂工作。

1979年，徐汇区总工会举办了当时上海第一次对公众开放的法律咨询活动，我所在的上海洗涤剂厂位于徐汇区，我去参加活动，工作人员知道我的经历后动员我参加，我利用业余时间接待咨询时，认识了上海律协的李树棠副会长，他做工作一再动员我回来当律师。在这期间，我还见到了韩学章会长，韩会长也是法政学院毕业的。（司法

部史良部长是上海法政学院第一届的，我是最后一届的，上世纪五十年代初大学院系归并时，东吴、同济、复旦等各个大学所有的法律系全部归并到华东政法学院。因我已在上海法政学院完成了全部课程，我的学历没有因入伍受到影响，毕业证书是华政补发的。）

由于文革，我对法制有点灰心，且当时我对工业也蛮感兴趣，我在上海洗涤剂厂最后的工作岗位是从事基本建设，就是建造厂房、安装反应塔等有关的设备工程等，红红火火的，当亲眼看到一个车间或者反应塔平地而起时，心中充满了成就感，因此对归队一时下不了决心。经过反复考虑，我相信中国的法律一定会走上正轨。最后，我选择了继续从事法律工作，于1980年初到上海律协正式报到。

当时正值上海律协恢复重建初期，我调入律协时仅十来个人，各方面条件都非常艰苦，上班没有固

定办公室，需要拎着包到处跑，开会就到外面借地方。律协下有两块牌子：上海市第一法律顾问处和第二法律顾问处，我被分配在第一法律顾问处，戴汉民和张中来得比我早一些。还没接触具体律师业务时，我的第一项工作就是根据律协安排，按照中央文件精神动员有法律教育背景的人加入律师队伍。我拿着名单，到各有关单位去找那些五十年代大学法律专业的毕业生，劝说归队。后来有好几位归队到一所，有的年龄都快接近退休的也被动员回来。第二项工作是帮助上海高院对历史老案进行复查，由于经常在高院一起办公，我们与法院的同志都很熟。当时我还与一批律师一起在警备区第三招待所（现在的虹桥迎宾馆）参加了上海市小“四人帮”案件的审理。这个任务完成以后，我们就全力投入第一法律顾问处的工作。当时律师工作很单一，主要是办刑事案子，社会上一些邻里民事纠纷等都是由居委会等机构出面，按照惯例调停而解决的，几乎没有财产纠纷和民事案子。

之后，我们一所的律师逐渐多起来，已有二十来人，需要去找办公房。我们先后通过房管局找公房，租襄阳路、中山南二路等处办公，后来又延安饭店借房子，和市三所的前身“涉外组”并在一起办公等。一所最早是戴汉民、张中担任正副主任。1983年底左右，随着律师人数的不断增加，一所、二所已初具规模，领导决定将一所的涉外组划出去另设立三所，戴主任到三所当主任了，我开始担任一所主任。我觉得涉外业务从一所分出去非常可惜，就在一所重新组建了一个涉外组。回顾这段历史，我很怀念张中律师，他做了很多工作。

随着整个社会法制进程的恢复，民事活动开始活跃，纠纷亦随之产生。我由此考虑到，以前都是国家全民体制，工厂有问题找上级公司，公司有问题找局，基本都能得到解决。随着法制建设的发展，我们要赶上世界先进行列，必须发展经济，将来社会的主要活动一定是经济活动，律师业务将来的重点一定是放在经济层面，律师工作的主要阵地和舞台就是社会的经济活动。虽然现在在我们主要工作还是刑事方面，但如果经济社会发展后我们再跟上去就滞后了。所以我决定组建一个经济法律事务部。我一直坚持“虽然我们现在接触到的还很少，但是将来一定是会多起来的”的观点。后来回头看，确实具有相当的前瞻性。

没有场地，我们就向位于南京东路金华路正在初建阶段的永安公司借了一间房子，我和张中、郑学诚等人到那里办公，挂上“上海市第一法律顾问处经济法律事务部”的牌子。一些老律师还不大习惯与企业打交道，大部分不愿意到我们经济法律事务部来。律师的工作从争取担任企业的法律顾问开始，业务慢慢地多起来了，我就做思想工作，不断地从刑事组调律师过来。但人手还是不够。

为了满足工作需要，我们做了几个决策，一是聘请从法院退休的有丰富经验的老同志担任特邀律师；二是录用高考恢复后的首届法学专业毕业生，抓紧培养；三是在上海律协、市司法局的支持下，报请司法部同意，举办面向社会的律师培训班，学员需有大学学历，并有兴趣从事法律工作。我所律师都去兼课，此项工作由张中具体负责。这些学员利用晚上时间学习，不影响原有工作。通过两年的系统学习，

律师队伍得到了充实，有的留在了所，有的去了其他事务所；有的成为专职律师，还有的当上了兼职律师，不少人后来成了知名律师。

当时上海律协的何后副会长对我们一所开展企业法律顾问的这一工作非常关心，经常前来指导，我和他也很谈得来。经过积极开拓、登报宣传等一系列工作，整个社会看到了工作的实效，对我们予以肯定。法律顾问业务的发展呈星火燎原之势。遇到问题用原来的行政手段解决不了时，越来越多的企事业单位就主动地来找律师。

后来的事实证明了我们之前的业务转型是很有必要且非常及时的。我所刑事组相对缩小，民事部不断增大，但发展最快的还是经济法律事务部。一所律师人数发展至近400人，成为全市最大且以开展企事业单位法律顾问业务著称的律师事务所。1986年，我们担任法律顾问的企事业单位达到100多家，涵盖上海一些主要单位。1983年开始，我担任上海电视台、解放日报和新民晚报等本市主要媒体，以及缝纫机厂、自行车厂等老百姓较熟悉的轻工业主要企业，以及机器厂、造船厂等重工业及位于闵行的几个著名的大型国企等的法律顾问。我的顾问单位可随时找我，紧急的时候会半夜找到我家。

有次华东医院出了一个事故，母子两人都在医疗过程中死亡。这个事情闹得很大，医院负责人半夜3点钟到我家里，我披起衣服就前往协助处理。顾问单位对我们越来越信任，有事情就找我们征求意见。律师对待工作是全身心投入，每天能有四五个小时的睡眠已经是很满足了。我们经历过文革，知道一个国家不能没有法制，所以很珍惜这

个来之不易的机会。

创业初期，律师执业条件相当艰苦，刑事律师跑监所，经济律师跑企业，民事律师去取证等等，风里来雨里去，顾不上吃饭休息，整天在外边拿着公文包、面包、水，走街串巷到处跑，律师们都自嘲“面包律师”。虽然律师的工作积极性未受影响，但事务所总是想方设法改善。好在后来我们事务所举办的律师培训班有了一点收入，我未经请示汇报，就动用了一点培训收入，给律师略微增加了一点补贴费，因此“违规”，我也没少挨批评。

1985年，我担任了全国第一家引进的外国饮料可口可乐公司的法律顾问，在项目谈判过程中发生的几件事让我印象特别深。美国可口可乐公司的律师团第一次来上海正值夏日的雨天，他们住在西郊宾馆。我临时接到通知，律协和司法局配给我所的一辆旧吉普车不巧发生故障，因怕迟到，便提前两小时坐54路公共汽车去西郊宾馆，司法局外办翻译随行。我当时的装束与大部分律师一样，穿一件白色T恤衫，一条短裤，一个包，一把伞。下公交车从宾馆门口走进进去还有一、二里地，大雨过后，太阳很晒，我浑身大汗找到会议室，却发现会议室里面冷得够呛。不一会儿进来了7位美国律师，全是西装、领带，颇有绅士风度。我坐在一边，他们坐在另一边，强烈的反差使场面有些尴尬，我有一种经济状态的差异带来的羞辱感。好在那些美国律师略知中国国情，没有在乎，大家言谈甚欢。后来我冷得实在撑不住了，从宾馆医务室借来件白大褂披上。交谈中，我们约定下个星期美国律师拜访我们律师事务所。

回来后，我心事重重，几天晚

上都没睡好。我们一所上方花园的场地蛮不错的，门口有一个小花园，里边的办公室也很有气派，就是没有空调。那个时候上海的办公室大多还没有空调，购买要申请，用电也要供电局审批。我深知如果每一个环节都按部就班地进行，那就什么事情都做不了，于是就要求事务所办公室先买空调机，与审批同步进行，有问题我来担。我们安装完空调的第二天，美国律师就如约而至。这次，在适宜温度的空调房间里，我穿了律师协会刚给我们定制的咖啡色西服，主客均着正装。整整一个下午，双方尽情交流。事后，我们去补办相关的手续时，领导认为，这个事情做得太出格了，应当进行批评。我拿着在西郊宾馆谈判的照片，一张是穿着短裤的时候拍的，还有一张是披了白大褂的，向领导说明违规安装空调并非为了个人享受，而是为了顾及国家的体面，否则将有助于我们中国律师的颜面，也影响工作。即便如此，还是与当时计划经济色彩浓重的规定相冲突。回到事务所，我把遥控器收了起来，还专门作了规定：空调就用这一次，除了外事接待均不得使用。约莫半年以后，使用规定就放开了。

伴随着律师业务的不断发展，我们注重工作条件的改善，用历年来创收的集体积累部分去买办公用房，在王文正会长等领导的支持下，先后在淮海中路上方花园、襄阳路、衡山路、浦东等地购置办公室。1994年我离开的时候，一所历年来的创收已达1200多万。大部分律师因属于困难户分过两次房，我自认为条件还可以，就一次也没参与分房。

我是最早担任上海电视台法律顾问的律师，开始的主要工作是参加电视台新闻部记者的周会，虽说

非常辛苦忙碌，但沉入具体业务里去，在过程中能及时发现问题，解决问题，在需要的时候就能发表有针对性的意见。后来我组织了一个由17名律师参加的律师团，工作面涵盖整个广播事务局下面的各电台、电视台等。

中国要对外开放，走到国际上去，首先要逐步开放，进行文化交流。当时中央决定，上海、天津、厦门、福州等城市率先试点引进国外影视。于是就有了上海电视台的“海外影视”栏目选择、引进美国、日本的影片。我参加了引进合同的谈判。单价原本是两万美金，对方的要价却是国际市场价的10倍，理由是影片进了上海就等于进了中国，如被盗版，则会流入其他城市，现在收10倍价算是便宜的。他们还说，如发生盗版，美国是要把责任人员绳之以法的。经商量，我们决定把“单价两万美金，如发现盗版我们将以10倍进行赔偿”的内容写进合同，同时追偿赔偿的损失。当时人们没有树立“盗版就是侵权、必须赔偿经济损失”的意识，电视台老台长认为律师的名气响，要求我出面发表个声明，于是就有了著名的“上海电视台法律顾问、上海市第一律师事务所傅玄杰律师授权声明”，明确指出版权是上海电视台所有，任何地区、个人不得擅自播放，否则将追究法律责任。最早引进的美国的《神探亨特》、日本的《姿三四郎》等片子，开始是一周放映一次，后来一周两次、三次，一次次地增加，放映时可用万人空巷来形容。而每一次播放前的片头都插播上述律师声明，既加大了版权保护的力度，也大大地宣传了律师的作用，给人们留下非常深刻的印象。

以上举措对盗版行为确实有遏制

作用，但有关案件还是很多。最严重的一次盗版纠纷发生在扬州，是美国人首先发现的。我们一行人带上照相机、摄像机前去做处理。我们在扬州住下的当晚，当地电视台正在放映《鹰冠庄园》，我的律师声明也在片头播放。我们又到宾馆拿了一份当地的电视周报，写明此时间段就是放映海外影视剧，毫不规避。于是我们带着自己所摄录像等证据到法院去立案，接待的人报告庭长，庭长来翻看了证据后又去报告院长。后来，副院长出来回复，说要研究一下，让我们先休息。结果第二天没有动静，我马上意识到他一定是到上海去告我的状了，好在我在来扬州之前已有预案，向有关领导作了汇报。果然不出我所料，他们不是依法办事，而是走起了上层路线，到上海找领导告状，理由非常奇怪，他说，不是强调要让老百姓8小时之外能够欢欢乐乐地娱乐吗？为什么海外影视片只有上海人可以看，而扬州人不能看呢？结果上海有关领导拿出中央文件和有关合同，告之按照规定，开放是要逐步进行的。就这样，在把我们晾了几天后，院长亲自到宾馆来见我，还把扬州电视台台长请过来，我把来龙去脉跟他们谈了，他们才恍然大悟，说“怪不得你们要每一个片头都设置一个声明，我们还以为这好像是例行公事说说而已，能受到老百姓的欢迎，播出效果很好就行了”。我提议双方可以和解，马上停播并登报声明。他们同意马上停播。我们事后了解到，该台有一个上海籍职工，退休前单位送了一台录像机，给他的任务就是晚上在上海自己边看边录，隔天跑一次扬州，于是，在上海播放的第二天，扬州台就播放了。

为处理此类版权纠纷，我去过很多城市，有周边也有很远的省份，非常辛苦。那时律师培训班的商标专利课等都是我去上的。

1988年，在本市恢复律师制度以后第一次通过全社会大规模地评选上海市优秀法律顾问的活动中，我被评为十佳法律顾问之一。

1990年，我满60周岁时向司法局申请退休，同时申请新办一个律师事务所。虽然我对一所很有感情，但领导一个大所的工作加上从事律师业务很累，我想歇一歇。王文正副局长以一所领导班子还没带好为由，让我再干两年。满两年后，司法局让我继续，我提出必须把副的扶正，我当顾问。于是，吴宝琛律师就任第一律师事务所主任，我和他衔接得非常好，一所的各方面工作都做好了移交。我向局里保证，不从一所带走律师、办公用房和法律顾问单位，不影响一所的业务。1994年年中离开一所时，我已经64岁了，一所还是国办所，我是拿工资加津贴。

我凭自己力量重新开始，在朋友的帮助下创办了“傅玄杰律师事务所”，虽然是以自己的名字命名，但并非个人所，而是合作制律师事务所，之后又改制为合伙制。那时，市司法局刚开始实行属地化管理，我的新事务所办公室在淮海路路上，于是我就向所在地徐汇区司法局申请设立登记。那时我想再干个10年就74岁了，谁曾想到现在竟然又做了将近25年的律师！

一所里我的有些学生进步很快，后来去了锦天城等大所发展。新事务所成立之初，我就到华政去挑选学生，有的青年律师从实习到大学毕业，一直在我所由我直接带教，在各方面予以扶持，加上其通过自身的努力，现

在已成长为较有名气的律师了。

2012年12月，在上海律师公会成立百年纪念大会上，代表老、中、青三代律师发言的三个人分别是我、朱洪超及黄荣楠。这两位都与我有缘，都在我这里工作过，朱洪超是文革后政法院系第一届毕业生，在市第一律师事务所报到，并分在刑事组；黄荣楠则是傅玄杰律师事务所引进培养的年轻律师，如此传承，真的是很有意义！

采访人：上世纪八十年代初，我们在上海律协副会长何后庵下工作时，经常跟着领导调研方兴未艾的法律顾问业务，经手材料大多是傅老师领衔的市一所的研讨文章、经验总结等。那个年代的电视观众对傅老师的授权声明印象深刻，但没有想到其背后有这么曲折的过程、这么多的工作量。

上世纪九十年代傅老师创办以个人名字命名的事务所，且逢适市司法局下放事权，事务所登记向所在区司法局申请，当时徐汇区对傅老师的事务所落户徐汇非常高兴，因为傅老师在业内及社会上的影响是非常大的。

面对过往，回忆如泉涌，精神矍铄的傅老师意犹未尽，我们听了也还觉得很不过瘾。傅老师见证、参与了律师业务及事务所管理等太多的事情，以其出色的成绩、丰富的经验，把一所带成了一个本市有名、全国著名的律师事务所。

上海在改革浪潮中诞生了3家以著名律师名字命名的律师事务所，与“李国机律师事务所”“郑传本律师事务所”齐名的“傅玄杰律师事务所”，是现今命名入仍然领衔、亲力亲为的唯一一家。在傅老师的带领下，事务所在培养律师、发展业务方面很有特色，越办越好，这是非常难能可贵的。

（录音记录：施小玲）

花开花落的情怀

文 | 裘索

金秋十月，第二届东方插花生活美学展在水泥森林密集的陆家嘴最高水泥树的上海中心大厦，这座拥有最高空中花园吉尼斯世界纪录的亚洲第一高楼中拉开了帷幕。

在双节长假后密集的工作日程中调剂出时间，往复于同一楼宇的事务所与展会间。会展中除了中日两国主流花道流派的固定花作的展示外，参展的各个流派还演示了各自精到的花艺，讲解各自花道的精神内核，并伴有点茶焚香、抚琴低吟。香事、茶道、古琴这些传统文化的生活美学艺术，在搭建的宋式茶亭中被演绎得惟妙惟肖，观展者犹如穿越时空抵达邃古，浸淫于晋风宋韵的氛围中。古人的赏花雅兴可谓逸趣盎然，对花吟诗为诗赏，观花举杯为酒赏，伴花焚香为香赏，临花歌咏为乐赏，面花谭论为谭赏，这样的五官合一的花赏，实为赏花的至高境界，我们的先贤就是这样神仙般地恬适于四时花草带来的悠然佳兴。

在日本花道协会 400 多花道流派中，具有代表性的三大流派池

坊、小原流、草月流在本次花展中展出了各自具有流派特征符号的大型花作，三大流派分别拥有 500 多年和近 200 年、100 年的创派历史。枝叶花草演绎出新的美感，外化于形，内化于心，见素抱朴。日本花道的落点在知礼修行，其组织体系为家元制，由匠师收徒传艺，世代薪火相传。而本次参展的中国具有代表性花道流派的曹洞派、无花道、日月派、易花道、江南文人调等则仅有十年前后的创派历史。有些流派是在研习日本某一花道流派基础上融合改良后创派的，较之日本花道的创派历史，还稚嫩得如同蹒跚学步的孩子。然而追本溯源、折花入器的东方插花艺术肇端于中国，如同日本茶道始源于中国一样。1500 年前北魏时期的龙门石窟佛像中便有花卉，唐宋两朝更是盛行“佛前供花”，视草木与人一样具有灵性和品格。日本遣唐使将该礼仪风俗带回日本遍传东瀛进而演变为花道，成为最具代表性的日本文化之一。二十世纪后随着日本经济的腾飞、国际化进程的加速，日

本花道茶道也随之延伸辐射到国际社会，将人与自然、物我相知进而物我两忘的东方美学和哲思传递释放给西方世界。

当一个国家强盛起来、被国际社会关注的时候，这个国家的文化受到关注，而这些被关注的文化又会进一步影响到世界。

随着中国经济的发展、传统文化的复兴和民族自信的创导，近十年来，插花艺术回归，这也不能不提日本花道对中国花艺的反哺作用，日本插花来源于中国隋唐的佛前供花，天、地、人三位一体的中国儒家文化对其影响深远，经过数百年的发展、可谓流派纷呈，并尊为花道。日本花道尊崇形式静美、意境幽远，本次参展的无论大型还是小型花作，都彰显了日本大和民族特有的精致唯美。在参展的中国花道的花作中，也不难看出中式插花艺术在形式之外更多了一份自由洒脱的写意。

“我不想成为和他一样的人，但这并不妨碍我欣赏他的学问和知识”“好不好是一回事、喜欢不喜

欢是另一回事，刻意去喜欢，折损的是自己的尊严”“合羹之美在于合异”……在流派林立的日本花道世界，偶会耳闻该类的心声辩说，更何况在个性上、在艺术主张上更强调自我的国人。多元化和不同见解的共存是事物该有的状态，我们本当抱着对传统的尊重、对创新的激励、对多元的包容的态度去面对纷呈，更何况不同时代不同环境和思想下产生的新的审美视角呢。当以和而不同、责任系统、公论衡平的姿态面对花道世界。

回望十年前上海的花店，实乃名副其实的花店，除了花还是花，而放眼当下的上海花店，除了花，还有叶、枝、果等。四季交错、自然有道，落花静水皆文章，每一个季节派生的每一个状态都会拥有其独特的美丽内涵。何时能见枯枝残叶株蔓老藤于花店？假以时日吧！思想不是钱能够砸出来的，美学又岂能速成快餐。

一个人的美影响不到社会，但当一个人对美的概念影响到社会中的每一个人，我们的国家我们的社会就会美起来。不拘泥流派而忠实于花道的原点，不难预见，在接下来的十年二十载，中国将会呈现出更多的花道流派。

有些东西也许不属于自己，然而有些东西一旦获得却难以失去。

毕竟坐于花前寂静可听香，更何况花外有书、草木关情，人不仅生活在现实中、也生活在理想中。

在花道的有限时空里感受无限自然的空灵，想到在草木的芳华里收获的那一份喜悦，记忆的拷贝不由回放到上个世纪的九十年代。清风拂花动，正当烂漫时，我跨出

早稻田校门供职日本律师事务所，入住的律所寮舍位于东京绿化覆盖率最高的世田谷野泽，周末徜徉街巷小径，惊叹家家户户门旁庭前的盆盆罐罐花草草安放得有形有致别有风情，倾羨女主人的有方打理，萌生“我也要那样”的执念，自此亲近植物侍弄花草。生活艺术化、艺术生活化，日本女子在为人妻前的待字闺中时期，一般都会去料理教室、花道教室学习生活技能、文化艺术的女红基础课程，家境优渥学养丰厚的还会去茶道教室研习宗教哲学综合美学。深信一个家庭女主人的修为左右着一个家庭的品质尤其是孩子的品性，母亲的远见里藏着孩子的未来。

数年后，我搬离所寮迁至表参道的青山，统辖日本国内148个支部和海外56个支部的小原流总部就坐落在表参道的骨董路的小原流会馆里，承担着花道的教学任务并行行使着管理职能。就在那栋步行可至、漂亮的小原流会馆里，在周末、在节假日、在或许能够准时下班的平日夜晚里，我弥漫在花草中，一个单位一个单位地获取，一个段位一个段位地晋级，最终获得了教授资质的门标。小原流本部汇集了一流的技艺精湛的花道教师，常有闻昨晚NHK新闻主播画面背景的花作是某某老师的。法取乎上、得乎其中，法取其中、得乎其下，感恩在花道修习的道路上一路得到了一线老师的耳提面命，理解最高的技艺即无技艺的法术、不着痕迹中透露“素”之花的极致之凜，在一花一枝一叶中感悟“佗寂”、感悟“割舍离”对生命的意义。翻阅十多年前《上海律师》杂志在整版封页刊

载的花作，回想十年前在上海世博千人会场的舞台上的插花演示，那份感恩是由衷的。花道于我而言，仅是澄怀观道和娱情乐意，纵有三千烦恼，不如拈花一笑。教授花道的牌匾门标仅权作曾经拥有的在扶桑国里漫步花道的履历而已，从未曾有一丝的挂牌招花徒之念想。

金秋十月、花落之前，一介在亚洲最高水泥森林中忙碌苦逼的职场人，邂逅了水泥森林中旷古曼妙的花草世界，在自然中得以瞬间的放空。匆匆一人生、当下自喜悦，与世间平分一场秋色真好。

唐宋晋魏，那世界甚是遥远却很很喜欢。期待来秋第三届的花约。等风起之时、花落之前再看花。

庚子秋月
于沪上 索闲居



裘索

上海市锦天城律师事务所合伙人，上海市第十三届政协委员、社法委副主任
业务方向：跨境投资、企业融资、知识产权保护及争议解决



上海国际经济贸易仲裁委员会
Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission
上海国际仲裁中心
Shanghai International Arbitration Center

上海国际仲裁中心成立于 1988 年，是国内最早开展涉外仲裁业务的仲裁机构。目前下设中国（上海）自由贸易试验区仲裁院、上海国际航空仲裁院、金砖国家争议解决（上海）中心和中非联合仲裁上海中心等专业平台。

案件当事人遍及全球 80 余个国家和地区。除当事人主动履行外，仲裁裁决已在 70 余个国家和地区得到承认和执行。《仲裁员名册》共有仲裁员 965 名，分别来自 74 个国家和地区，其中“一带一路”沿线国家 36 个，中国内地仲裁员 604 名，占 62.59%；外籍及港澳台地区仲裁员 361 名，占 37.41%。

2016 年，上海国际仲裁中心获评第 6 届《环球仲裁评论》（Global Arbitration Review）“年度最受关注仲裁机构”大奖，是迄今为止唯一获此殊荣的中国内地仲裁机构。2018 年，经最高人民法院遴选，上海国际仲裁中心成为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的 5 家国内商事仲裁机构之一。

示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交
上海国际经济贸易仲裁委员会/上海国际仲裁中心进行仲裁。”

www.shiac.org

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）
电话：86-21-63875588 传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



上海仲裁委员会
Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定，由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式，独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律规定，当事人选择以仲裁方式解决争议，应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构，请在订立合同时采用如下仲裁协议条款：

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.

地址：上海市威海路755号文新大厦23楼
电话：（8621）52920022
传真：（8621）22313917
邮政编码：200041
网址：www.accsh.org

Address: 23/F No. 755 Weihai Road Shanghai P.R.C.
Tel: 86 21 52920022
Fax: 86 21 22313917
Zipcode: 200041
Website: www.accsh.org



夕阳映孤帆 流水现温情
上海市联合律师事务所 江宪