

作为个人信息跨境传输监管工具的标准合同条款

金 晶^{*}

内容提要：个人信息保护法第38条第1款第3项规定的“标准合同”，是个人信息跨境传输的监管工具。标准合同条款既拘束进出口双方，亦具有第三人保护功能，形式上是合同条款，内容上由国家预先决定并强制纳入，兼具个别规范和国家法规范的双重属性。进出口方的个人信息保护义务是个人信息跨境传输合同的主给付义务，是法定义务的合同化，包括个人信息安全义务，个人信息安全事件的通知、补救、减损义务，告知义务，目的限制义务，合规审计义务等。基于受益第三人条款，个人信息主体享有更正、删除等权利和违约损害赔偿请求权。国家网信部门制定标准合同条款构成对个人信息保护法的具体化适用，应限于授权范围，遵循比例原则，合理确定条款的强制使用机制和内容强制程度。

关键词：个人信息 跨境传输 标准合同条款 利益第三人合同 比例原则

引言

个人信息保护法第38条第1款第3项引入了“标准合同”规则，规定个人信息处理者因业务等需要，确需向境外提供个人信息的，应当“按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务”。2022年6月30日，国家互联网信息办公室以个人信息保护法第38条第1款第3项为授权基础，公布《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”）及其附件《个人信息出境标准合同》（以下简称“标准合同草案”），我国个人信息出境标准合同的具体内容初露端倪。标准合同构成与安全评估、个人信息保护认证相并列的第三种个人信息出境监管机制。

标准合同并非我国原创，而系全球商事实践的产物。数据跨境传输中，合同机制由来已久。1980年代末，合同已广泛应用于法国的数据传输，至1990年代初，渐成欧洲跨境传输主

^{*} 中国政法大学民商经济法学院副教授。

本文系司法部法治建设与法学理论研究青年课题“数据交易的民法规制”（21SFB3017）、中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目的阶段性成果。

流形式。及至1998年德铁与花旗银行的“铁路卡(BahnCard)案”，合同的影响力愈盛，从商业协会和国际组织的软法，逐步“升格”为法定形式。1992年《欧洲理事会示范合同》(Council of Europe Model Contract)深远影响了我国香港地区《个人资料传输至香港之外：常见问题和示范合同》、国际商会《涉及跨境数据流动的合同使用的示范条款》和加拿大商会《将个人信息传输至数据处理者的示范合同条款》。1995年，欧盟《数据保护指令》第26条首次将标准合同条款确定为法定传输形式，至《通用数据保护条例》(GDPR)时代，标准合同条款渐成全球通行形式。^[1]标准合同条款的典型范本，当属《欧盟向第三国传输个人数据的标准合同条款》(SCCs)、《东盟跨境数据流动示范合同条款》(MCCs)和《英国国际数据跨境传输协议》(IDTA)。^[2]

我国个人信息出境标准合同的立法模式和法条用语，尚有不明确之处。立法模式上，个人信息保护法草案和一审稿均为“合同模式”，二审稿转采“标准合同模式”并贯彻至最终稿。《数据出境安全评估办法》第9条和《网络安全标准实践指南——个人信息跨境处理活动安全认证规范》(以下简称“实践指南”)第5.2条分别规定了“数据安全保护责任义务”与“个人信息处理者和境外接收方的责任义务”。但“合同模式”与“标准合同模式”有何不同，“责任义务”与标准合同有何内容关联，无从查知。法条用语上，个人信息保护法第38条的三处概念亦值商榷。其一，标准合同宜限缩理解为标准合同条款。“征求意见稿”第2条第1款似乎将标准合同视为独立合同。然而，标准合同与个人信息出境的商事合同以同一出境活动为规制对象，若将标准合同独立于商事合同，无异于强行造成合同林立，反易引发条款解释和合同效力的争议。^[3]本质而言，国家网信部门制定的标准合同条款，仅构成个人信息跨境传输合同的一部分。定位为合同条款，更便于当事人自由组合。^[4]其二，跨境“提供”宜转换

[1] See AG Kassel, 03.11.1998 - 424 C 1260/98; European Commission, Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, Working Document: Preliminary views on the use of contractual provisions in the context of transfers of personal data to third countries, DG XV D/5005/98, WP 9, 22.04.1998, p. 2; Model Contract to Ensure Equivalent Data Protection in the Context of Transborder Data Flows with Explanatory Memorandum, Study made jointly by the Council of Europe, the Commission of the European Communities and the International Chamber of Commerce, Strasbourg, 02.11.1992; ICC, Model Clause for Use in Contracts Involving Transborder Data Flows, 1998; The Canadian Chamber of Commerce, Model Contractual Clauses for Transfer of Personal Information to a Data Processor, 2002; PCPD, Transfer of Personal Data Outside Hong Kong: Some Common Questions, Model Contract, 1997.

[2] See Commission Implementing Decision (EU) 2021/914 of 4 June 2021 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, OJ L 199, 07.06.2021, pp. 31 - 61; ADGMIN, ASEAN Model Contractual Clauses for Cross Border Data Flows, 22.01.2021; ICO, International Data Transfer Agreement, Version A1.0, 21.03.2022.

[3] 国家网信部门似乎采取“标准合同优先适用”的立法思路，表面上解决了标准合同与个别约定的冲突问题，但实质上仍未明确此类合同条款的强制性属性。“征求意见稿”第2条第2款与“标准合同草案”第9条第1项分别规定“个人信息处理者与境外接收方签订与个人信息出境活动相关的其他合同，不得与标准合同相冲突”，“如果发生冲突，本合同的条款优先适用”。问题在于，其一，优先适用仅限于条款冲突情形，但实践中，个别协议与标准合同条款的不一致，并非全为条款冲突；其二，强制性意味着法定适用与不可替代，这与优先适用有本质差别。“标准合同草案”未明确条款强制性或不可更改(禁止变更)的属性，是为不足。改进方案可新增规则：“标准合同条款禁止变更……当事人在签订条款之时或之后所订立之合同，与标准合同条款不一致或冲突的，以标准合同条款为准”。

[4] 我国香港个人资料私隐专员公署2022年公布的《跨境资料转移指引：建议合约条文范本》，就采取标准化条款的立法思路，其“引言”明确，“建议条文范本是可自由组合的独立性条文，也可被纳入资料转移者与资料接收者之间的一般性商业协议中”。See PCPD, Guidance on Recommended Model Contractual Clauses for Cross-border Transfer of Personal Data, 2022.

表达为“传输”。个人信息保护法第38条使用“提供”概念，似是延续民法典区分个人信息和数据的立法思路，强调内容意义上的个人信息出境。但个人信息保护法第4条第2款已将“传输”和“提供”并列为“处理”的下位概念，两者并无包含关系，第38条为何使用“提供”而非“传输”，理由不明。^[5]“征求意见稿”及“标准合同草案”未遵循个人信息保护法第4条第2款的概念体系，未使用“提供”或“传输”概念，并在未定义“出境”的语境下，径以“个人信息出境”的活动描述作为法律概念来界定合同名称。“出境”概念不仅指代不明，更未遵循上位法的用语，非但未能澄清“提供”与“传输”的关系，反致用语更为混乱。回到个人信息保护法第4条第2款所确立的概念关系，将“提供”与“传输”概念两相对比，后者技术中立，指向更明确，更符合国际通行表达。其三，个人信息处理者和境外接收方，宜简化为出口方和进口方。个人信息保护法第38条第1款及“标准合同草案”对前述主体的概念区分，标准不统一，代之以出口方和进口方，简明直观。

除立法模式和法条用语外，我国的标准合同条款还面临立法、学理和方法的三重挑战。(1) 在公法的立场上，国家网信部门基于个人信息保护法第38条第1款第3项创制标准合同，系由国家预先决定内容并强制纳入，此时规范制定依循何种逻辑，与上位法如何联动，有待明晰。(2) 从传统私法的角度，个人信息跨境传输合同可谓数据交易新型合同之一，但民法典之典型合同规则并无可直接援引的任意性规范。该类合同的特征性给付为何，交易结构有何特殊，殊值探讨。^[6](3) 标准合同条款涉及不同的价值导向，交织着意思自治、个人信息保护、国家安全等多元的价值判断。作为个人信息跨境传输的监管工具，标准合同条款应如何体现私法自治与国家强制之间的辩证关系，标准合同条款之具体制定应基于何种方法论立场，以便尽可能地实现公、私法的规范与价值融通，值得追问。

基于个人信息保护法第38条的授权规范属性，本文将国家网信部门制定标准合同条款的行为，理解为兼具法的创制(Rechtsetzung)和法的适用(Rechtsanwendung)的双重属性。^[7]国家网信部门制定本层级规范(标准合同条款)，同时构成对上位法规范(个人信息保护法)的具体化适用，因此必须在上位法的基础上进行，且其制定的标准合同条款亦必须纳入上位法所构造的框架内加以理解。此外，若将标准合同条款整体视为一种国家规制工具，则国家对个人信息出境的监管将体现于国家对相关合同主体所附加的两方面义务。一是依据个人信息保护法，进出口方负有使用标准合同条款的法定义务。二是基于标准合同条款，进出口方负有保护个人信息的合同义务。于此，创制标准合同条款的国家网信部门应如何通过合同的内容强制，将法定义务转化为合同义务，以便实现切实有效又合乎比例的监管，将成为本文审视的核心问题。

一、标准合同条款的监管功能

标准合同条款的特殊之处在于，其形式上是合同条款，但内容上由国家预先决定并强制纳

[5] 国家标准也混用“传输”和“提供”概念，例如《信息安全技术 个人信息安全规范》(GB/T35273-2020)第9.8条。

[6] 关于数据传输合同的初始研究，例如赵精武：《数据跨境传输中标准化合同的构建基础与监管转型》，《法律科学》2022年第2期，第148页以下。

[7] 法秩序阶层构造论(Stufenbaulehre der Rechtsordnung)在相对意义上区分法的创制和法的适用，认为中间层级的规则同时呈现出法律创设和法律适用的面向。参见雷磊：《适于法治的法律体系模式》，《法学研究》2015年第5期，第10页。

入,兼具个别规范和国家法规范的双重属性。依据个人信息保护法第38条第1款,个人信息出境的法定形式分为四类:(1)安全评估;(2)个人信息保护认证;(3)按照标准合同订立合同;(4)其他。其中,安全评估、认证均须审批,仅合同机制原则上无须审批,但前提是进出口方订立合同时必须使用国家网信部门制定的标准合同条款。简言之,标准合同条款被强制纳入个人信息跨境传输合同,是标准合同条款发挥监管功能之前提。

(一) 规范目的

个人信息跨境传输的特殊风险与特别法益,是个人信息保护法引入标准合同条款的原因所在。所谓特殊风险,是个人信息安全事件一旦发生,则损害不可逆,危及国家安全、公共利益。境内传输虽亦有此风险,但监管机构尚能在主权范围内控制处置,个人信息一旦出境,风险更难防控。虽然个人信息保护法第42条授权国家网信部门将境外组织、个人列入限制或禁止个人信息提供清单,但限制或禁止交易不足以救济已发生之损害,更难预防未发生之风险。所谓特别法益,是跨境传输涉及出口方、进口方和个人信息主体三方权益。个人信息主体虽非合同当事人,却最易受侵害。若进口方存在违法处理行为,或在境外发生个人信息安全事件,个人信息主体寻求救济或借助行政命令、司法裁判介入,均有难度。但进出口方并无动力在合同中主动约定第三人保护事项,需由国家介入施以预防性保护。^[8]问题在于,“标准合同草案”开篇明言“为了确保境外接收方处理个人信息的活动达到中华人民共和国相关法律法规规定的个人信息保护标准……”,这一目标定位有失偏颇。标准合同条款规制之对象并不限于进口方,而应当也涵盖出口方,规制之行为亦不限于进口方的处理活动,而是涵盖包括整个传输过程在内的个人信息跨境流动“全生命周期”。标准合同条款的规范目标,一是防止进出口方利用合同机制规避、减损个人信息出境的法定要求和标准,二是防止进口方后续滥用个人信息。

各国或地域关于标准合同条款的立法设计,既有功能共识,也有制度分歧。以中欧为例,标准合同条款均为信息/数据的法定出境形式,分歧在于,我国的标准合同旨在确保跨境传输符合本国法律和标准,SCCs则旨在补强域外数据保护水平之不足。^[9]申言之,在欧盟,充分性认定是数据出境的首要机制,SCCs为替代性机制。当进口方所在国未获得充分性认定时,经由SCCs在合同条款中纳入所欠缺的数据保护基本要素,从而弥补进口国数据保护水平之不足。但我国并无充分性认定或类似的一揽子认定制度,毋宁采取个案判断模式。个人信息保护法第38条第3款要求出口方采取必要措施,保障进口方的处理活动达到我国的个人信息保护标准,表明我国的跨境传输监管不直接认可境外的保护标准,而是“以我为准”,要求各类出境形式满足“同等保护水平”。^[10]笔者认为,为确保采取标准合同条款形式的个人信息出境满足“同等保护水平”,可借鉴欧盟在“施雷姆斯第二案(Schrems II)”中的“实质等同”解释思路,^[11]将个人信息保护标准作为标准合同条款的解释规则。但“标准合同草案”第9条

[8] 关于个人信息之国家保护,参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,《中国法学》2021年第1期,第145页以下。

[9] 参见金晶:《个人数据跨境传输的欧盟标准——规则建构、司法推动与范式扩张》,《欧洲研究》2021年第4期,第97页。

[10] 亦有观点认为,个人信息保护法第38条第3款间接实现了个人信息保护法的域外效力。参见周汉华主编:《个人信息保护法条文精解与适用指引》,法律出版社2022年版,第257页。

[11] C-311/18 Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems, CJEU Judgment of 16.07.2020, paras. 94, 105.

第6项的合同解释条款，仅涉及解释方式，即不得以与法定权利义务相抵触的方式解释合同，而未设置解释标准，未预留与我国个人信息保护标准相一致的“实质等同”解释接口。未来可考虑在合同解释条款或其他条款中规定，“基于标准合同条款传输到境外的个人信息，应得到实质上符合我国法标准的保护”。^[12]

（二）适用范围

标准合同条款的适用范围，是监管“射程”的规范表达。对人，标准合同条款既拘束境内出口方，也拘束境外进口方。^[13]对事，标准合同条款仅适用于个人信息跨境传输行为，以同类重复和关联性传输为典型场景，以传输模块为结构特色。

1. 跨境传输行为

在我国，标准合同条款仅适用于个人信息跨境传输，境内传输能否适用，法无明文。理论上，境内传输与跨境传输均可使用标准合同条款，域外实践不乏其例。^[14]两者均以处理为传输目的，均涉及个人信息的实际控制方和处理方，但境内传输合同侧重分配处理者（尤其是实际控制方）和分包处理者之风险，跨境传输合同之重心则在于特殊风险之规制与特别法益之保护。

就个人信息跨境传输而言，鉴于《数据出境安全评估办法》第4条明列数据出境安全评估的四类情形，结合“征求意见稿”第4条之规定，标准合同条款并非普适性的出境工具，而仅限于非重要、小规模传输场景，出口方应同时满足四项前提：（1）非关键信息基础设施运营者；（2）处理个人信息不满100万人；（3）自上年1月1日起累计向境外提供未达到10万人个人信息；（4）自上年1月1日起累计向境外提供未达到1万人敏感个人信息。由此，标准合同条款与数据出境安全评估“整体联动”，非属于需要安全评估的跨境传输场景，方有经由标准合同条款实现个人信息出境之空间。但仅就前述数量阈值而言，标准合同条款更适于中小型企业或临时性跨境传输，适用空间有限，若欲发挥此种基础制度之功能，日后尚有动态调整数量阈值之必要。

2. 典型场景：同类重复传输与关联性传输

标准合同条款不天然契合所有传输场景，而常见于同类重复传输和关联性传输。识别典型场景之目的，在于确定典型风险，进而公平分配权利义务。其一，同类重复传输，多见于人力资源、金融信息、客户信息等跨国运营的大型商业组织，该领域有大量性质类似的重复传输需求，所涉行业中的大型运营商数量相对较少且广受公众监督。^[15]此类场景中，标准合同条款是进出口方、监管机构的双赢方案：进出口方能反复使用条款，可以降成本提效率，监管机构

[12] 个人信息保护法第38条第3款仅为个人信息处理者（出口方）设定义务，通过本条解释规则，可以将境外接收方（进口方）纳入规制范畴。

[13] 唯应注意，标准合同条款拘束进口方，不等于个人信息保护法直接适用于进口方。仅当进口方对境内个人信息的处理构成个人信息保护法第3条第2款的三类情形时，个人信息保护法才适用于境外的进口方。

[14] 欧盟通过《位于欧盟/欧洲经济区的控制者和处理者的标准合同条款的委员会执行决定》和《向第三国传输个人数据的标准合同条款的委员会执行决定》，分设两套条款。参见 Commission Implementing Decision (EU) 2021/915 of 4 June 2021 on standard contractual clauses between controllers and processors under Article 28 (7) of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council and Article 29 (7) of Regulation (EU) 2018/1725 of the European Parliament and of the Council, OJ L 199, 07.06.2021；前引〔2〕，欧盟委员会第2021/914号执行决定。

[15] See European Commission, Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive, DG XV D/5025/98, WP 12, 24.07.1998, pp. 22 - 23.

受管辖权、企业垄断、关联公司等掣肘，行政监管存在难度，合同监管更为简便高效。其二，关联性传输，多见于跨国公司，以关联或隶属关系为特征。进出口方是跨国公司、关联公司或者隶属于同一经济实体时，双方联系较为紧密，应重点构造进出口方的责任承担条款。

3. 结构特色：传输模块

传输模块是配置进出口方义务的基本单元。进出口方可依据处理角色，选择不同模块，以调整合同义务。传输模块之设计，受到进出口方之间关系与性质、传输角色、预期处理性质、传输目的等因素影响。在域外，传输模块的区分标准和细分程度各异。SCCs 细分“控制者—控制者”“控制者—处理者”“处理者—处理者”“处理者—控制者”四类模块，MCCs 区分“控制者—处理者”“控制者—控制者”两类模块。在我国，立法难点在于细分传输主体。我国仅规定个人信息处理者，个人信息保护法第 73 条第 1 项的个人信息处理者概念，实质上吸收了域外的控制者概念，涵盖 SCCs 和 MCCs 的控制者和处理者。^[16] 个人信息保护法第 38 条仅区分个人信息处理者和境外接收方，进出口方既可以是实际控制信息的处理者，也可以是仅处理、但不实际控制信息的处理者，此种概念错位导致我国无法直接套用域外通行的传输模块。这或许是“标准合同草案”在结构上未区分传输模块的原因所在，但并不代表没有区分模块的必要，因为实践中区分进出口方实际角色的现实需求仍客观存在。笔者以为，单独制定委托处理的标准合同条款，在回避概念错位的前提下，回应区分进出口方角色（实际控制方和处理方）的现实需求，或为应对之策。

据上所述，标准合同条款是一种大规模、预防性的监管工具。借助合同的“毛细血管”作用，国家网信部门将法定监管要求转化为具体的合同条款，渗透到合同这一交易最小单元。只要以合同机制实现个人信息出境，进出口方就负有使用标准合同条款的法定义务。唯标准合同条款监管功能之实现，端赖于进出口方义务、个人信息主体权利等具体内容之展开。

二、进出口方的个人信息保护义务：基本监管路径

对进出口方课以合同义务，是标准合同条款的基本监管路径。进出口方的个人信息保护义务，^[17] 既是标准合同条款最重要的义务内容，也是个人信息跨境传输合同最典型的义务群。这一义务的特殊之处在于，效果上，个人信息保护义务拘束合同双方，进出口方相对于彼此且相对于合同外第三人（个人信息主体）负有义务；来源上，进出口方的义务是将个人信息保护法上的义务转化为标准化的合同义务，是法定义务的意定化。

关于个人信息保护义务之性质，迄今未见讨论，其能否构成个人信息传输合同的主给付义务，有待解释。

第一，个人信息保护义务是否属于瑕疵担保？在域外，数据保护义务亦称数据保护的保证或

[16] 参见姚佳：《论个人信息处理者的民事责任》，《清华法学》2021年第3期，第41页以下。

[17] 义务名称上，本文称为个人信息保护义务，而非数据安全保护责任义务、数据安全保护义务、数据保护义务，理由有三：其一，数据安全保护责任义务，出自《数据出境安全评估办法》第9条，“数据安全保护责任义务”必须包含第5项“违反数据安全保护义务的违约责任”。如此一来，“数据安全保护责任义务”一语双关，涵盖违约责任与安全保护义务。但逻辑上，数据安全保护责任应是违反数据安全保护义务所生之责任，不属于义务范畴。“征求意见稿”及“标准合同草案”仍混用责任与义务，如“征求意见稿”第5条第3项、第12条第2项，“标准合同草案”第2条第7项。其二，数据安全保护义务，出自数据安全法第四章，与该法“保障数据安全”的立法目标相符。但个人信息保护法的首要目标是保护个人信息权益，于此，“安全”二字在概念上有超越立法目标之嫌。其三，数据保护义务对应个人数据，为域外通行概念，我国则仅设个人信息概念。

担保, SCCs 和 MCCs 即称为“数据保护担保”(Datenschutzgarantien)或“数据保护保证”(data protection warranties)。^[18] 但这是英美法的“保证”概念, 保证(warranty)与条件(condition)均指合同承诺, 保证指能主张损害赔偿的合同承诺, 与能径行主张解除的条件相区别。^[19] 这一“保证”概念与大陆法的瑕疵担保或狭义保证并不对应,^[20] 后者指债务人交付无瑕疵标的物的主给付义务。个人信息保护义务看似接近瑕疵担保, 可理解为出口方对个人信息质量和安全的保证, 例如出口方保证信息的准确性, 但与瑕疵担保义务不同, 个人信息保护义务还包括通知、目的限制等义务, 义务主体还包括进口方, 难以将之解释为瑕疵担保。

第二, 个人信息保护义务能否构成从给付义务或附随义务? 从给付义务与附随义务之区分, 以能否独立诉请履行、是否改变财产状态为标准, 从给付义务仍为给付义务, 多引发财产状态改变, 附随义务则多维持财产现状。^[21] 个人信息保护义务旨在维持跨境传输中个人信息的安全状态, 而非积极改变状态, 其所维持的也非进出口方现状, 而是个人信息现状。此种义务由国家强制纳入, 这与从给付义务不决定合同基本类型甚至可约定排除之特征, 存在差异。附随义务虽有维护对方人身财产利益的保护功能, 但个人信息保护义务保护的是第三人(个人信息主体)的权益, 将之解释为具有保护功能的附随义务, 亦有障碍。

第三, 将个人信息保护义务解释为主给付义务, 理由有三。一是义务产生方式。个人信息保护义务是法定义务的合同化, 进出口方使用标准合同条款的前提, 是合意以合同机制实现信息出境。据此, 个人信息保护义务既可理解为基于个人信息保护法产生的从给付义务, 也可理解为经约定“提升”为主给付义务。二是类比货运合同。货运合同以运输行为为标的, 以保障货物安全为主给付义务。个人信息传输合同以传输无形的个人信息为标的, 保护个人信息权益与保障货物安全异曲同工。此外, 若标准合同条款设置受益第三人条款, 进出口方负有的针对第三人的个人信息保护义务无疑是主给付义务。三是反思合同类型的界定标准。主给付义务旨在确定合同性质, 若将个人信息传输合同的特征性给付理解为进出口方以约定价格传输信息, 个人信息保护义务显然不属于特征性给付, 因为单凭个人信息保护义务, 无法决定个人信息传输合同之性质, 个人信息的委托处理或保管合同中亦有此义务。但单以某种义务来界定合同类型, 这一判断标准本就值得怀疑。买卖合同中, 单以买受人的付款义务并不能界定合同类型, 租赁等有偿合同亦有付款义务, 但付款显然是买受人的主给付义务。换言之, 终局性移转所有权与支付价款相结合, 方能界定买卖的类型特征, 个人信息跨境传输合同亦然。个人信息跨境传输与个人信息保护义务相结合, 方为合同类型特征。

在将个人信息保护义务界定为主给付义务的基础上, 应检讨的是, 国家网信部门如何依据上位法提取义务、建构内容。

[18] 例如 MCCs 模块一和模块二第 2-3 条, 模块一和模块二“个人救济的附加条款”(Additional Terms for Individual Remedies)第 1.1 条。SCCs 第 8 条在官方英文与德文版中分别使用了数据出口方保证(the data exporter warrants)和数据保护担保(Datenschutzgarantien)的表达。

[19] 英国判例常以保证和条件两个概念区分合同义务何时是重要的。任何合同承诺都是一种保证, 仅在未被遵守的承诺同时构成条件时, 守约方才能解除合同。Vgl. Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2015, S. 324, 369; Edwin Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 14th ed., Sweet & Maxwell, 2015, p. 979.

[20] “标准合同草案”第 2 条和第 3 条将个人信息处理者和境外接收方的义务, 表述为“个人信息处理者/境外接收方在此陈述、保证、承诺如下: ……”。此种用语, 恐为立法者直译 SCCs 或 MCCs 而来, 而未顾及承诺、保证在民法典上的特定含义, “陈述、保证、承诺”更是外延内涵不明。

[21] Vgl. Dirk Looschelders/Dirk Olzen/Schiemann Gottfried, *Staudingers Kommentar BGB* § § 241-243, § 241, De Gruyter, 2019, Rn. 144-145, 156, 161.

（一）个人信息保护义务的上位法依据

作为中间层级规范，标准合同条款中个人信息保护义务之制定，是国家网信部门对个人信息保护法的具体化适用，应在上位法给定的框架内进行。合同条款的内容来源，区分为多元模式和单一模式，二者区分之实益在于条款的强制性程度。国际商会《涉及跨境数据流动的合同使用的示范条款》是推荐性条款，故采多元模式，内容源于经合组织隐私指南原则、行为守则、行业标准和国家标准。^[22] SCCs 是欧盟数据跨境的法定形式，是强制性条款，采单一模式，内容源于 GDPR。在我国，标准合同条款是个人信息出境的法定形式，个人信息保护义务以上位法之法定义务作为合同义务的内容来源，亦为单一模式。

个人信息保护义务遵循“个人信息保护原则—个人信息处理者义务/个人信息主体权利—标准合同义务”的具体化过程。个人信息保护法的基本原则，是合同义务内容的一般来源，处理者的法定义务和个人的法定权利，则为合同义务内容的直接来源。其一，依据个人信息保护法第 4 条第 2 款，传输构成个人信息的处理，跨境传输个人信息应遵守个人信息处理的基本原则（个人信息保护法第 5—9 条）。但基本原则内容抽象，难以满足合同义务的明确特定要求，故为合同义务的一般来源。其二，个人信息主体的权利和个人信息处理者的义务（个人信息保护法第 44—59 条）是基本原则的具体化，是合同义务的直接来源。例如，准确度义务（个人信息保护法第 46 条）是质量原则的具体化，进出口方应在传输中确保个人信息质量，出口方义务侧重对传输信息的源头控制，进口方义务侧重对接收信息的过程控制。

（二）个人信息保护义务的具体类型

进出口方的传输角色、利益格局、风险能力不尽相同，其应承担的个人信息保护义务既有交叉、又不相同，既有双方义务、也有单方义务。个人信息保护义务的具体类型，以个人信息安全义务，个人信息安全事件的通知、补救、减损义务，告知义务，合规审计义务和目的限制义务为典型。

1. 个人信息安全义务

个人信息安全义务，原则上是进出口方均应负担的主给付义务。基于个人信息处理者的安全义务和信息安全原则，进出口方应确保个人信息安全，根据处理的性质、目的、范围、方式、技术水平等因素，采取适当的技术、运营措施，确保处理的安全性，防止泄露、篡改、丢失等安全风险。

进出口方所负的个人信息安全义务，侧重不同。出口方应确保个人信息在传输至进口方的过程中的安全性。^[23] 进口方应就收到的个人信息承担额外的安全义务，例如应定期检查，确保传输的技术和组织措施持续具备安全水准，确保授权人员对处理行为予以保密。^[24] 进口方在个人信息保护法第 3 条第 2 款的范围内处理个人信息时，亦为个人信息处理者，依据个人信息保护法第 51 条第 4 项，进口方应制定内部管理制度和操作流程，持续保障个人信息安全，

[22] See *Transborder Data Flow Contracts in the Wider Framework of Mechanisms for Privacy Protection on Global Networks*, OECD Digital Economy Papers No. 66, 21.09.2000, OECD Publishing, Paris, pp. 9–10.

[23] 在传输期间，个人数据的安全义务既可以是进出口方的共同义务，也可仅作为出口方义务。例如，SCCs 模块一第 8.5 条第 a 项、模块二和模块三第 8.6 条第 a 项和模块四第 8.2 条第 a 项，都设置为进出口方的共同义务，构造为“处理安全性义务”的一项子义务。MCCs 模块一第 2.3 条规定为出口方义务，模块二第 4.1 条规定为进出口方的双方义务。

[24] 进口方的数据安全义务，例如 SCCs 模块一第 8.5 条第 b 项和第 c 项，模块二和模块三第 8.6 条第 b 项；MCCs 模块二第 3.2 条。

确保信息处理操作权限的安全性，进口方应仅限于执行、管理和监督合同履行所需的必要范围内授权相关人员访问个人信息，并确保被授权人员履行保密义务。^[25]

2. 个人信息安全事件的通知义务

个人信息安全事件的通知义务是典型的进口方义务，^[26]是个人信息安全义务之延伸，为真正义务。基于个人信息保护法第57条，在发生或可能发生个人信息安全事件时，处理者应通知履行个人信息保护职责的部门和个人。数据安全法第29条后段亦规定了数据安全事件的通知义务。文义上，个人信息保护法和数据安全法仅规定处理者的一般通知义务，通知主体不限于任何一方。但跨境传输中，进口方更能实际了解安全事件的发生风险和现实危险，故在出口方的通知义务之外，应重点构造进口方的通知义务。性质上，通知义务是真正义务，理由在于，虽然个人信息保护法第57条未规定违反通知义务之法律效果，但第66条将“未履行个人信息保护义务”概括列为法律责任的构成要件，对于违反通知义务是否免于损害赔偿，第69条亦无例外规定。

就通知事由，个人信息保护法第57条仅列举个人信息泄露、篡改、丢失三类情形。《数据出境安全评估办法》第9条第6项亦以“出境数据遭到篡改、破坏、泄露、丢失等风险”模糊列举带过。个人信息保护法第51条第5项和第64条第1款中的“个人信息安全事件”，亦缺乏界定，但第51条的个人信息安全事件除信息泄露、篡改、丢失之外，还包括未经授权的访问。实践中，风险源随技术发展而变化，个人信息安全风险不限于泄露、篡改或丢失。笔者主张对个人信息保护法第57条进行目的性扩张，通知事由应涵盖所有可能危及个人信息安全的风险，包括但不限于泄露、篡改、丢失。^[27]个人安全事件通知义务的构造方案为：在知悉个人信息安全事件的发生风险或现实危险时，进口方和出口方应立即通知履行个人信息保护职责的部门和个人信息主体，通知内容包括对个人信息安全事件的性质描述、可能危害、已采取的补救措施、可采取的减轻危害措施等。

3. 个人信息安全事件的补救、减损义务

个人信息安全事件的补救、减损义务，是典型的进口方义务，^[28]构成个人信息安全义务

[25] 就个人信息安全义务，“标准合同草案”在出口方义务上存在疏漏。其第3条第5项实际上是将个人信息保护法第51条第4项的法定要求，纳入进口方的个人信息安全义务，要求境外接收方“采取有效的技术和管理措施，确保个人信息的安全……定期检查，以确保这些措施持续维持适当的安全水平……确保授权处理个人信息的人员履行保密义务……使前述人员只能访问职责所需的最小必要的个人信息”。但就出口方的个人信息安全义务，“标准合同草案”第2条第4项仅要求出口方承担确保进口方合规的“安全义务”，要求个人信息处理者“已尽合理的努力确保境外接收方……采取如下技术和管理措施……”，出口方的此种义务，实操性存疑。关键在于，跨境传输可能是短时间、一次性的，更可能是持续性、高频次的，以继续性合同为典型。如何确保个人信息在传输至进口方的整个传输期间的安全性，恰应是出口方个人信息安全义务的核心内容。“标准合同草案”第2条对出口方应负安全义务的关键内容即在整个传输过程中的义务并无规定，是为漏洞。于此，可考虑在“标准合同草案”第2条第4项增设规则，要求个人信息处理者“实施适当的技术和管理措施，确保个人信息跨境传输期间的安全性”。

[26] 在域外，数据安全事件的通知义务原则上由进口方承担，知悉数据泄露事件后，进口方应立即通知出口方。SCCs将之构造为“处理安全性义务”的一项子义务，IDTA第15条单独规定了个人数据泄露时的进口方义务，其中包括通知义务。参见SCCs模块一第8.5条第e项，模块二和模块三第8.6条第c项，模块四第8.2条第b项；MCCs模块一第3.10条，模块二第3.4条；IDAT第15.2.1条。

[27] 就通知事由，“标准合同草案”第3条第6项虽然规定了进口方的通知义务，但仅限于第3条第5项的“数据泄露”情形，即个人信息遭到意外或非法破坏、丢失、篡改、未经授权提供或访问。对“数据泄露”情形的封闭式列举，无法涵盖所有可能发生的个人信息安全事件，通知事由范围过窄，将难以因应信息技术发展。

[28] 进口方对数据安全事件的补救、减损义务，主要针对进口方处理的个人数据发生泄露的情形。参见SCCs模块一第8.5条第d项，模块二和模块三第8.6条第c项；IDTA第15.1.1条。

之延伸,为真正义务。基于个人信息保护法第57条第1款第2项和第2款,在发生或可能发生个人信息安全事件时,处理者应履行补救、减损义务。数据安全法第29条前段亦规定了发生数据安全缺陷、漏洞等风险时处理者的补救义务。实践中,进口方更能有效实施补救、减损行为。进口方的补救、减损义务可构造为:(1)发生或可能发生泄露、篡改等个人信息安全事件时,进口方应立即采取补救措施,包括采取措施以减轻可能的危害。(2)合同履行中,进口方有理由认为己方因无法遵守合同而可能造成安全风险时,应通知出口方,出口方收到通知或以其他方式意识到进口方无法遵守合同时,应采取适当措施予以补救并通知有关部门。(3)补救措施应包括出口方和/或进口方采取补充性保护措施,例如确保安全和保密的技术或组织措施等。^[29]

疑点在于,出口方是否负有暂停传输义务?个人信息保护法第57条和数据安全法第29条并未规定暂停传输规则。暂停传输,旨在对个人信息安全事件进行补救、减损,属于个人信息保护法第57条第1款第2项“补救措施”和“减轻危害的措施”的概念范畴,也属于数据安全法第29条前段“补救措施”的概念射程。^[30]因此,广义的补救、减损义务可涵盖暂停传输,暂停传输可以构成补救措施的具体类型。问题在于,暂停传输究竟是义务还是抗辩权?若是义务,是否单独规定为出口方义务?^[31]“实践指南”第5.2条第d项将“中止跨境处理个人信息”界定为“个人信息处理者和境外接收方的责任义务”,但暂停传输的义务内容,实质上更接近于不安抗辩权。面对进口方的传输要求,出口方提出暂停时,实际上是行使不安抗辩权。若出口方享有不安抗辩权而不行使,仍决定对外传输,个人信息主体有权依据受益第三人条款直接提出请求。换言之,相对于进口方,暂停传输是出口方的抗辩权,相对于第三人,暂停传输是出口方的义务。因此,进口方和出口方均得为暂停传输的义务主体。暂停传输义务可构造为:(1)进口方违反合同义务或法定义务的,出口方应暂停传输,直至违约行为得到纠正或合同终止,进口方应依出口方之选择,返还或销毁个人信息。(2)出口方认为己方无法确保采取个人信息保护措施或得到履行个人信息保护职责的部门指示时,应暂停传输。

4. 告知义务

告知义务是典型的出口方义务,又称透明度要求。基于个人信息保护法的公开透明原则和告知规则,个人信息处理者负有主动告知和经问询告知的双重义务。前者为一般的信息公开义务(主动告知义务),处理者应主动向个人信息主体告知处理事项、传输主体经营变动事项(个人信息保护法第17条、第18条、第22条、第23条、第39条)。后者为经问询的告知义务,处理者须就个人提出的查阅、复制个人信息等问询予以回应(个人信息保护法第45条、第48条)。告知通常可明示为之,例如提供条款副本,或在涉及商业秘密等保密事项时,共享特定范围内的部分副本,或在个人信息主体无法理解副本内容时,提供可理解的摘要。但是,告知义务绝非单纯的出口方义务,特定情形下,进口方亦负有告知义务。

[29] 与通知事由类似,“标准合同草案”第3条第6项的补救、减损措施,仅限于第3条第5项的“数据泄露”情形,亦难涵盖所有个人信息安全事件,进口方的补救、减损义务范围亦过窄。

[30] “标准合同草案”第7条将个人信息处理者的暂停传输列为“合同解除”事项之一,此种归类是否妥当,殊值怀疑。

[31] 出口方的暂停传输义务,在域外较为常见。例如,SCCs“鉴于条款”第17项规定,进出口方应能证明其遵守了标准合同条款。当进口方违反或无法遵守条款时,出口方应暂停传输,特别严重情况下,出口方有权终止合同。在合同终止前已经传输的个人数据及其任何副本,应由出口方选择返还至出口方或全部销毁。MCCs模块一“商用部分”第5.1条亦规定,当进口方违反约定或法定义务时,出口方可以暂停传输,直至违约得到纠正或合同项下的处理终止。

告知义务之分配，在于实际处理信息的主体是否承担告知义务，判断标准包括传输模块的交易特征、进出口方的告知能力，而告知能力又取决于进出口方对个人信息的控制、访问、获取的能力和可能性。在域外，告知主体因传输模块而异：（1）在“控制者—控制者”模块，进出口方共同承担一般告知义务，进口方为实际告知主体，出口方辅助进口方履行告知义务。^[32]（2）在“控制者—处理者”“处理者—处理者”模块，出口方是主要的告知主体，进口方辅助出口方履行告知义务。^[33]在我国，若在个人信息处理者概念下细分实际处理方（处理方）和实际控制方（控制方），则处理方通常不直接与控制方或个人信息主体互动，传输合同也可能禁止处理方（代表控制方）查看存储在控制方服务器上或通过其服务器处理的个人信息。由是观之，相较于代表控制方为处理行为的处理方，控制方更有能力向个人信息主体提供相关政策和实践讯息，更宜承担告知义务。不同传输模块中，进出口方都可能是实际控制方。当进出口方均为控制方时，其均有能力向个人信息主体提供条款副本或回复问询，均可成为告知主体。当进口方是实际处理方时，出口方才是真正控制个人信息的一方，由出口方承担告知义务更为合理。基于个人信息保护法第39条和第53条，应由出口方承担一般告知义务，进口方为辅助方，相应地，其告知义务条款可构造为：进口方应通过出口方通知个人信息主体，或由进口方向出口方和个人信息主体提供联系人信息，授权其代表进口方回复问询。^[34]

5. 目的限制义务

目的限制义务是典型的进口方义务。依据个人信息保护法第6条第1款，目的限制是个人信息处理的最基本原则，在收集阶段，处理者应有明确目的，使用信息不得违背约定目的，在处理阶段，应限于特定目的处理。^[35]跨境传输显然属于后者，进出口方应限于特定目的处理个人信息。原则上，进出口方均为处理者，均负有目的限制义务。实践中，出口方将个人信息传输至进口方后，主要由进口方实施处理，进口方承担目的限制义务更为合理。^[36]

目的限制义务之构造，可区分为一般规则和豁免规则。其一，一般规则。进口方应限于约定目的处理个人信息。委托传输中，进口方（受托人）应仅限于约定目的并根据委托人的指示处理个人信息（个人信息保护法第21条第1、2款）。其二，豁免规则。首先，个人信息主体的同意是处理之前提（个人信息保护法第13条第1款第1项、第14条第2款、第23条），超出特定目的之处理须事先同意。据此可确立相对豁免规则，即在超出目的处理时，若嗣后补足同意要件，则不违反目的限制义务。其次，就为履行法定义务或法定职责所必需等无需同意即可处理的绝对豁免情形（个人信息保护法第13条第1款第2-7项和第2款），可设置绝对豁免规则，即属于前述情形的超出特定目的处理，不违反目的限制义务。

6. 合规审计义务

合规审计义务是典型的出口方义务，指出口方应对进口方是否遵守个人信息保护法和标准

[32] 进出口方的告知义务，多规定为双方均有义务应个人之要求，向其提供条款副本，或就各自管辖范围内的个人问询予以回复。参见 SCCs 模块一第 8.2 条第 c 项；MCCs 模块二第 4.3 条；IDTA 第 18 条。

[33] 例如，SCCs 模块二和模块三第 8.3 条规定，出口方须应数据主体之要求，向其提供条款副本。

[34] 就告知义务，“标准合同草案”在第 2 条和第 3 条分别规定个人信息处理者和境外接收方的告知义务，第 2 条合理区分正文所述的两种类型，其第 2 项与第 3 项为主动告知的义务内容，第 8 项是经问询的告知义务。就境外接收方的告知义务，第 3 条第 2 项仅设置了经问询的告知义务。

[35] 参见程啸：《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社 2021 年版，第 85 页。

[36] 在域外，目的限制多体现为进口方义务，进口方应仅限于传输的特定目的处理个人数据。参见 SCCs 模块一第 8.1 条，模块二和模块三第 8.2 条；MCCs 模块一和模块二第 3.1 条；IDTA 第 12.1.1 条。

合同条款展开审计,其名为义务,实为审计权限。就文义解释而言,依据个人信息保护法第54条,处理者应定期对其处理行为是否遵守法律、行政法规进行审计,此为自律性对己义务,不涉及对传输合同的合规审计。但该条未界定具体审计对象和审计主体,《信息安全技术个人信息安全规范》第11.7条仅规定,由个人信息控制者进行安全审计,审计对象为个人信息保护政策、相关规程和安全措施的有效性。在目的解释上,若进出口方欠缺安全适当的处理场所、设施或组织措施,无法依约履行,个人信息保护法第54条的个人信息保护目标就无从实现。相较之下,域外的合规审计主要是合同合规审计,而非法律合规审计,由出口方对进口方是否遵守合同条款予以审计。^[37]笔者认为,若对个人信息保护法第54条作目的性扩张,除法律合规外,合规审计义务的具体内容还应包括是否遵守标准合同条款的合同合规审计。合规审计条款之设计,应重点构造出口方对进口方是否遵守标准合同条款的合同合规审计事项。^[38]

关于合规审计义务,真正的难点在于,应否赋予出口方审计权限,由出口方直接审计进口方?尽管SCCs和MCCs均规定,出口方有权访问数据处理设施,但向出口方开放访问权限,可能会破坏处理者(进口方)采取的隐私安全措施。实践中,出口方常同时代表多个控制者,随时可能以(多个控制者的)代理人身份处理个人信息。若因审计原因向出口方开放访问权限,可能存在信息泄露、未经授权访问等风险。更佳方案,是由进出口方约定专业第三方或独立审计方,由其向出口方提交报告,证明进口方遵守了合同义务。

三、标准合同条款的第三人保护功能:扩展监管通道

将合同关系的保护效力扩张适用于第三人,此系标准合同条款的扩展监管通道。实践中,个人信息外包处理渐成常态,处理链冗长复杂,处理者商业关系更迭频繁,处理者与个人之间存在值得法律介入的特殊关系,有扩大合同对第三人保护效力之必要,将个人信息主体纳入标准合同条款的保护范围。标准合同条款的典型涉他条款,当属受益第三人条款、委托处理条款和禁止再传输条款。

(一) 受益第三人条款

受益第三人条款,是标准合同条款中最具特色的涉他条款。^[39]跨境传输中,个人信息主体易受损害,一旦违约,多难以确定过错方,受害人难以直接向出口方主张救济。引入受益第三人条款,能够突破合同仅拘束进出口方的结构性限制,为第三人直接提供请求权。“标准合同草案”第5条明确引入“第三方受益人”概念,赋予个人信息主体以“第三方受益人”身份,意味着立法者对标准合同条款第三人保护功能之肯认,个人信息跨境传输合同也由此具有真正利益第三人合同之性质。受益第三人条款常规定为“个人信息主体作为受益第三人执行

[37] 例如,SCCs“文件和合规条款”(Documentation and Compliance)规定,各方应证明其遵守了合同义务。参见SCCs模块一、模块二、模块三第8.9条,模块四第8.3条。MCCs模块一第3.6条也规定,进口方应根据出口方的合理要求,提供对其数据处理设施、数据文件和资料的访问,以用于审计目的,核实是否符合合同义务。

[38] 就合规审计义务,“标准合同草案”第3条第10项仅涉及合同合规审计,仅要求境外接收方“用以证明遵守本合同中规定的义务,允许个人信息处理者……对本合同涵盖的处理活动进行审计”,并未纳入法律合规审计义务。但法律合规与合同合规各有侧重,缺一不可,或可考虑将前述条款改为“用以证明遵守个人信息保护法等法律、行政法规以及本合同中规定的义务……”。

[39] 例如,SCCs第3条规定,数据主体得以受益第三人身份,向进口方和/或出口方援引并执行合同条款。

合同条款”，多赋予第三人两类直接请求权：一是访问、查询、更正、删除等权利，^[40]二是违约损害赔偿请求权。^[41]

1. 个人信息主体的查询、更正、删除等权利

个人信息主体向进出口方直接主张查询权、复制权、要求解释和说明权、可携带权、更正权、补充权和删除权，是个人信息保护法第44-50条法定权利的合同化，是个人信息权消极权能之体现。^[42]例如，出口方对个人信息主体负有主要的告知义务，进口方为辅助方，但出现个人信息保护法第22条的合并、宣告破产等经营变动时，出口方恐无法履行告知义务，有必要赋权个人信息主体，规定“个人信息主体有权以受益第三人身份对进口方执行第×条合同条款”，“标准合同草案”第5条即采此思路。

2. 个人信息主体的违约损害赔偿请求权

个人信息主体的违约损害赔偿请求权，是受益第三人条款的意义所在。在我国合同法就违约责任采无过错归责原则的前提下，进出口方之间采连带还是按份责任，乃违约损害赔偿之关键，衡量因素包括违约救济效率、风险分配的公平性和条款使用率。连带责任的优点是消除了损害赔偿的不确定性，但缺陷有二：一是进出口方恐因较重法律责任而不愿使用标准合同条款；二是连带责任并非风险公平分配的最佳方案。若由出口方就进口方造成的损害承担责任，由于出口方将信息传至境外，创造了新的风险源，出口方承担责任尚属公平；若由进口方对出口方造成的损害担责，极端情况下，尚未传输的信息仍处于出口方控制下，此时要求进口方对未收到的信息负责，有失公平。^[43]笔者认为，标准合同条款设置第三人违约损害赔偿请求权之初衷，是为个人提供简便有效的损害赔偿路径，于此，连带责任似为更佳选择。但连带责任致使责任人负担较重，其发生应以法定或约定为前提，否则系违反法律规定创设连带责任。^[44]个人信息保护法第20条第2款和第69条仅规定个人信息共同处理者应承担连带责任，个人信息侵权赔偿适用过错推定责任。国家网信部门在标准合同条款中针对共同处理者设置连带责任，是对法定连带责任的具体解释，未逾越权限，但若将连带责任泛化到跨境传输的一般情形，由进出口方对个人信息主体承担连带责任，则超越了法定的连带责任范畴。^[45]

[40] MCCs 模块一“个人救济的附加条款”第1.2-1.3条规定，数据主体可以作为受益第三人，对进口方/出口方行使访问、更正权。SCCs 第10条区分四类传输模块规定数据主体权利。IDTA 第20.4-20.5条规定了数据主体的复制、更正、删除与反对权。

[41] 欧盟旧的三套条款皆设数据主体的违约损害赔偿请求权。其中2001年《标准合同条款的决定》第6条第2款采连带责任，2004年《替代性标准合同条款的决定》第3条第1款采过错责任，进出口方就各自的义务违反向数据主体承担责任。2010年《针对第三国处理者的标准合同条款的决定》第6条采无过错的多级担保责任，数据主体应先向出口方、再向进口方、最后向分包处理者主张赔偿。现行 SCCs 采连带责任。典型的违约损害赔偿条款，例如 SCCs 第12条，MCCs 模块一“个人救济的附加条款”第1.5条，MCCs 模块二“个人救济的附加条款”第1.4条，IDTA 第33条。

[42] 参见申卫星：《论个人信息权的构建及其体系化》，《比较法研究》2021年第5期，第1页以下。

[43] Vgl. Philipp C. Räther/Nicolai Seitz, Ausnahmen bei Datentransfer in Drittstaaten - Die beiden Ausnahmen nach § 4c Abs. 2 BDSG: Vertragslösung und Code of Conduct, MMR 2002, 520 (525).

[44] 参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第851页以下。

[45] 应注意的是，“标准合同草案”第8条第4项规定：“个人信息处理者和境外接收方对因违反本合同而共同对个人信息主体造成的任何物质或非物质损害负责的，个人信息处理者和境外接收方应对个人信息主体承担连带责任。”问题在于，“共同对造成的损害负责”与个人信息保护法第20条第2款“个人信息处理者共同处理个人信息”，并不相同。“标准合同草案”第8条第4项连带责任之规定，有超越授权范围之嫌，可考虑将前述规定改为“个人信息处理者和境外接收方共同处理个人信息，因违反本合同而对个人信息主体造成任何物质或非物质损害的，应承担连带责任”。

3. 受益第三人条款的规范要点

第一，限定受益人权利范围。受益第三人条款之核心，是确定个人信息主体（受益人）的权利范围。范围过窄，个人信息主体的权利恐难全面保护；范围过宽，进出口方的责任风险更高，由合同相对性原则和侵权规则所构成的责任限制恐被打破。若受益人对进出口任意一方可主张的权利过多，亦会增加该方当事人的责任风险。欧洲信息与通信技术产业协会（EICTA）和国际商会就曾提出，进口方担责的条款设置既不实用也不公平。遭经济界批评后，现行 SCCs 有利于进口方，SCCs 第 3 条第 a 款明列受益人权利的除外范围，限制了委托处理时受益人的权利范围，数据主体原则上只能向出口方主张合同权利，仅在出口方实际解散或不再合法存续时，才能向进口方主张赔偿。^[46] 笔者认为，限定受益人权利范围时，应特别关注境外处理对个人信息主体权利的可能影响。例如，出口方主要负责信息处理，其可向进口方作出指示以确保进口方依约处理，进口方则负有一定程度的次要责任，因此，有必要限制个人信息主体向进口方主张权利的范围。“实践指南”第 5.1 条第 a 项关于“个人信息主体是个人信息处理者和境外接收方签订法律文件中涉及个人信息权益相关条款的受益人”的规定，仅简略提及受益人概念，“相关条款”的范围过于宽泛，缺乏实操价值，“标准合同草案”第 5 条第 6 项则明确限定了受益人的权利范围。

第二，识别违约损害赔偿范围。在侵权损害赔偿的法定责任外，经由受益第三人条款另设违约损害赔偿路径，价值或在于救济效果。个人信息安全事件中，除人格权益损害，还可能出现因第三人介入行为造成的个人信息侵权的“下游损害”。^[47] 个人信息保护法第 69 条第 2 款规定了确定侵权损害赔偿额的三种方法（损失、违法收益和酌定），侵权损害赔偿范围包括获益返还，较违约损害赔偿更具优势。但是，侵权责任存在内国法的域外效力问题，而仲裁和域外法院原则上承认合同效力，违约救济更为顺畅。

关于违约损害赔偿的范围，此种赔偿与进出口方之间义务违反的违约损害赔偿不同。进出口方之间的履行利益是跨境传输之完成，可得利益是履约后进出口方可获得的利益，若有义务违反，违约损害赔偿以完全赔偿为原则，包括守约方的所受损失和所失利益，且实际损失限于履行利益，守约方可以且仅能在违约造成的全部损失范围内要求违约方承担赔偿责任。^[48] 受益第三人条款下，个人信息主体所受损害多为个人信息泄露等安全事件所引发的财产或精神损害，多表现为个人信息主体的固有利益受损。应注意者，典型利他合同中，第三人通常基于合同享有针对主给付义务之债权，债务人向第三人承担的义务与向债权人承担的义务相同。标准合同条款中，第三人的查询、更正等权利和违约损害赔偿请求权，皆难解释为针对主给付义务之债权，受益第三人条款之构造更接近德国法上附保护第三人作用的合同，与典型利他合同并不相同。就违约损害赔偿的规范模式，个人本就享有较为概括的法定权利并对接侵权责任，受益第三人条款赋予个人更精细化的合同权利，究竟应以受益人同意为前提，采取合意模式，还

[46] Vgl. Axel Freiherr von dem Bussche, in Flemming Moos (Hrsg.), *Datenschutz- und Datennutzung*, 3. Aufl., 2021, Rz. 28. 46; Philipp C. Räther/Nicolai Seitz, *Ausnahmen bei Datentransfer in Drittstaaten - Die beiden Ausnahmen nach § 4c Abs. 2 BDSG; Vertragslösung und Code of Conduct*, MMR 2002, 520 (525).

[47] 关于个人信息侵权的“下游损害”，参见谢鸿飞：《个人信息泄露侵权责任构成中的“损害”——兼论风险社会中损害的观念化》，《国家检察官学院学报》2021年第5期，第21页以下；谢鸿飞：《个人信息处理者对信息侵权下游损害的侵权责任》，《法律适用》2022年第1期，第31页。

[48] 参见姚明斌：《〈合同法〉第113条第1款（违约损害的赔偿范围）评注》，《法学家》2020年第3期，第177页。

是设置受益人的拒绝权，采取修正的单方行为模式，^[49]有待论证。“标准合同草案”第2条第3项为个人信息主体设置拒绝权，似乎是采取“修正的单方行为模式”。

第三，明确准据法。我国法上，利益第三人合同并无障碍，民法典第522条亦有明文。但此类合同在两大法系的制度结构不同，若进口方所在国法律不承认利益第三人合同或构造不同，可能给进口方带来合同效力和履行上的不确定性。故可考虑在标准合同条款中设置“个人信息主体作为受益第三人向进出口方提起诉讼或仲裁的，应以中国法为准据法”等类似规则，以弥合利益第三人合同在不同法系/国家的制度差异。

（二）委托处理条款

委托处理条款应处理外包而生。个人信息保护法第21条是委托处理的法定规则，但该法意义上的委托，应作广义解释，除了民法典上的委托合同，还涵盖服务、承揽等类型。全球处理链下，处理日益外部化，支持或数据中心管理等人员密集型服务中，境内公司可能出于集中处理设施、分包廉价处理服务等不同原因而使用境外处理服务。

依指示处理，系委托处理条款之核心。委托人不免责，是民法上履行辅助人原理的体现，委托人不得通过选任受托人规避个人信息保护义务。委托处理关系中，委托人指示受托人处理个人数据，受托人为处理者，一定程度上是委托人的延伸，受委托人指示约束。受托人就个人信息之使用，并无独立决策权，即便受托人实际处理数据，委托人仍须对委托处理的信息负责，尤其是对外包信息处理过程的合法性负责。^[50]问题在于，处理外包链的合同关系复杂，委托方和单个受托方之间的个别型委托处理条款已滞后于实践进展，委托处理的交易原型应以复杂处理链和合同链为准。^[51]

（三）禁止再传输条款

禁止再传输条款颇具争议。^[52]再传输，指向第三方披露个人信息，禁止再传输之核心，是限制进口方自主处理信息的权限空间，即限制进口方处理个人信息的目的、方式和条件，同时让出口方对境外处理行为可能引发的损害负责。对进口方的合同限制越多，出口方越能保留对个人信息的决策控制权，合同限制越少，进口方对处理目的、方式和条件的选择自由越大。

禁止再传输条款的构造要点，是规定进口方仅依出口方指示行事，进口方对收到的个人信息及其再处理，无独立决策权，出口方对已传至境外的个人信息仍享有决策控制权。即便在允

[49] 参见葛云松：《意思自治原则的理论限度——评〈论利他法律行为涉他效力的制度建构〉》，《北大法律评论》2011年第12卷第2辑，第620页以下。

[50] 例如，SCCs模块一第8.8条为“进口方的授权处理条款”，进口方应确保任何在其授权下行事的人员仅根据进口方的指示处理数据。

[51] 就委托处理和转委托，“标准合同草案”并未单列委托处理条款，仅在第3条第8项“境外接收方的义务”之下，规定“受个人信息处理者委托处理个人信息，转委托第三方处理时，事先征得个人信息处理者同意；确保转委托的第三方不超出本合同附录一‘个人信息出境说明’中约定的处理目的、处理方式等处理个人信息……”。问题在于，委托处理条款之设计，本应聚焦于“受托人仅依委托人之指示处理个人信息”，但前述条款对此全无规定，是为缺憾。更吊诡的是，“标准合同草案”第3条第8项明确提及转委托，间接表明了立法者对此持允许立场。可一旦允许转委托，当事人就能轻易规避标准合同的备案要求，更变相实现了个人信息的再传输，这与“标准合同草案”第3条第7项禁止再传输的态度相矛盾。于此，可考虑删除第3条第8项的“转委托”，坚持禁止转委托的立场。

[52] 再传输条款，在MCCs、SCCs和IDTA中皆有规定。SCCs模块一第8.7条、模块二和模块三第8.8条规定，禁止进口方向欧盟外的第三方披露个人数据，仅在特定要件下允许再传输。MCCs模块一第3.2条规定，进口方不得向第三方、执法机关或法律实体披露或传输其从出口方处获得的个人数据，除非其已书面通知出口方并为其提供合理反对机会。IDTA第16.1条限定了允许进口方再传输的几种情形。

许再传输的例外情形，仍应确保个人信息主体和出口方能获得充分信息，对再传输有权提出反对或撤回同意，为个人信息主体提供保护。鉴于个人信息保护法并未设置再处理规则，加之再处理的利益相关方较多、条款构造复杂，现阶段可暂不设置再传输条款，或仅简单规定原则性条款，例如确立禁止再传输原则。^[53]但是，信息唯有流动，方能实现价值，禁止性条款虽凸显安全价值，却人为限制交易机会，有违处理外包之实践。在禁止再传输的基本原则下，如何落实个人信息再传输的合同限制，平衡个人信息跨境流动的安全与效率价值，仍有待观察。

四、标准合同条款的合比例性审查

标准合同条款的合比例性，是比例原则拘束立法之体现，分为两层：一是标准合同条款这一监管工具本身是否合比例；二是条款具体内容是否合比例。前者是个人信息保护法的立法衡量，后者涉及国家网信部门的规范制定。合比例性审查之前提，是确定目的和手段，若欲用公权力限制私权利，须审查行使公权力之目的与手段之间是否合比例。标准合同条款之目的，是在跨境传输中保护个人信息，兼而防范对国家安全、公共利益之风险，其规制手段包括条款的强制使用机制和内容强制，是公权力对进出口方合同自由乃至经营自由之限制，故应审查公权力对私权利之干预是否逾越必要限度。

标准合同条款是实现个人信息保护目的可供参考的手段之一，可通过预备阶段的目的正当性检验，进而应逐一审查条款是否符合适当性、必要性和均衡性三项子原则。

第一，适当性检验。标准合同条款之内容，涉及进出口方义务和个人信息主体权利，以在跨境传输的全周期设定行为要求，保障个人信息安全。作为手段，条款既为保障个人信息安全，亦能为个人主张权利提供合同依据，有助于目的实现，能够通过合目的性检验。

第二，必要性检验。标准合同条款是否为最温和的干预手段，应首先追问，是否存在能够实现同一保护目的的其他手段？个人信息保护法第38条规定了四类出境形式，但立法过程中是否考虑了其他形式，无从查知。基于合同的手段特征，本文仅检验三种假想的替代手段。其一，是进出口方自由选择使用标准合同条款，其亦有不使用条款之自由。但单凭意思自治，难以保障个人信息安全，难谓“对目的实现相同有效”之手段，手段不适格。其二，是效仿欧盟的有拘束力公司规则，监管机构认可跨国公司的个人信息保护政策，形成公司内部“安全港”。但此手段不适用于非跨国公司，单为跨国公司增加出境渠道，有违平等原则。其三，是逐一监管，即赋予进出口方合同自由，相关部门对合同作个案审查，若符合法定要求，则核准出境，反之则否。作为个案审查，逐一监管在本质上与安全评估和认证并无二致。问题在于，逐一监管不代表降低监管标准，但其至多是在输出之际阻止个人信息输出，一旦核准，监管部门再难对进口方施加影响，保护目的恐难达成。再者，逐一核准既不现实、也不可能，既占用行政资源，亦影响交易效率，徒增不确定性。综上，标准合同条款可以通过必要性检验。

第三，均衡性检验。标准合同条款由国家预先制定并强制纳入合同，限制了进出口方的内容形成自由。对内容自由之限制，是对合同自由原则的最重要限制。标准合同条款对合同自由之干预，端赖于条款的强制使用与内容强制，故须审查此种干预与目的实现之间是否合理、适度。

[53] “标准合同草案”第3条第7项规定境外接收方“不得将个人信息提供给位于中华人民共和国境外的第三方”，明确了禁止再传输的基本立场。

1. 强制使用之衡量

标准合同条款的使用机制，可分为不强制、完全强制和部分强制三种模式。不强制无法通过必要性检验，已如上述。均衡性检验仅涉及完全强制和部分强制模式。

其一，完全强制，指标准合同条款以全有全无方式适用，进出口方仅能概括接受条款，无法通过约定减损、偏离条款。欧盟采此模式，SCCs 第 2 条规定禁止更改条款，仅允许进出口方增加与之不抵触的其他条款或额外保护措施。该模式能否通过均衡性检验，应视条款内容而定。例如，若设置争议解决条款，恐不合理限制诉讼、仲裁的自治空间，此类条款在手段和目的的关系上超越限度。完全强制模式能否通过均衡性检验，取决于条款内容。

其二，部分强制，指标准合同条款区分必备条款（强制使用）和选用条款（选择使用）。MCCs 采此模式，在数据保护义务条款中区分基准条款和选用条款，前者是数据保护义务的最低要求，后者供当事人自由选择使用，模块一还设置不专门针对数据保护义务的商用部分条款。我国若采此模式，可考虑在标准合同条款中区分必备条款和选用条款。必备条款之内容，应仅限于个人信息保护目的，例如个人信息安全义务、目的限制义务、个人信息安全事件的通知义务；选用条款则可为一般商事条款，仅为补充必备条款或仅限于提供个人信息保护的额外保障，例如合同解除条款、违约金条款、技术保障条款。部分强制模式能否通过均衡性检验，仍取决于强制使用的必备条款之内容。

2. 内容强制之衡量

超过必要限度的内容强制，往往体现为保护过度，典型者如义务类型过多、强度过高，第三人权利范围过大，增设无关条款等。若前述条款为选用条款，并无疑义，但若是强制使用的必备条款，则不仅与均衡性原则相悖，亦可能超出个人信息保护法第 38 条的授权范围。内容强制违反均衡性的具体形态，不一而足。鉴于国家网信部门尚未最终出台标准合同条款，具体审查对象尚未出现，本文仅列举违反均衡性要求的“负面条款”，包括但不限于如下五类：

其一，义务类型过多，即超出授权范围增加义务类型。例如，增设域外法查明义务或域外个人信息保护水平报告义务，要求进口方提供所在国个人信息保护政策法规及网络安全环境对出境信息安全的影响报告，要求进口方提供所在国个人信息保护水平是否达到我国法律、行政法规规定和国家强制性标准的评估报告。“标准合同草案”第 4 条“当地个人信息保护政策法规对遵守本合同条款的影响”即是一例。又如，将网络安全法或数据安全法中与个人信息保护无关的法定义务设置为进出口方的义务等。

其二，义务强度过高，超出合理限度。例如，设置不合理的义务履行期限，要求进出口方在极短期限内予以更正，要求进出口方在发生个人信息安全事件的极短时限内予以告知等。

其三，不合理地施加单方义务、创设单方权利或加重责任。例如，为扩大个人信息保护法的域外适用范围，对进口方施加过多义务。又如，“标准合同草案”第 8 条第 4 项的连带责任规则，超越了个人信息保护法第 20 条第 2 款的法定连带责任范畴，加重了进出口方的责任。再如，“标准合同草案”第 7 条第 2 项的个人信息处理者和境外接收方的单方解除权，第 3 项的任意解除权，将合同解除这项最核心的合同权利固定为标准条款，构成对当事人利益之重大干预。

其四，第三人权利范围过大。例如，个人信息主体有权随时查阅包括商业秘密在内的个人信息存储的技术条件，或有权向进出口方主张赔偿因个人信息泄露所引发的全部下游损害。

其五，增设与个人信息保护无关的商业条款，如付款条件。

结 论

自治与管制，构成原则与例外的关系，国家设定管制乃创设例外。^[54] 国家网信部门创制标准合同条款，形为合同，实为强制。这既可理解为自由市场机制在个人信息保护领域存在失灵之处，需由国家事前管制合同内容，也可理解为公权力压缩自治空间，将合同变成公共政策的工具。不同于传统的管制手段，标准合同条款并非消极介入，而是积极控制，不体现为对法律行为的效力评价，而直接为第三人提供救济通道，保护个人信息主体，是为私主体利益而进行的管制。任何对合同自由之限制，皆为对自由市场之管制，应以必要为限。标准合同条款旨在保护个人信息，防范跨境传输对国家安全、公共利益的特殊风险，目的正当，其以强制使用和内容强制为手段，实质是法定义务和法定责任的合同化。国家创制标准合同条款，应限于授权范围，合理确定条款的强制使用机制和内容强制程度，以适当平衡自治与管制。

Abstract: The “standard contract” in Article 38 Paragraph 1 Subparagraph 3 of the Personal Information Protection Law is a regulatory tool for the cross-border transmission of personal information. Standard contract clauses bind both the importer and the exporter and also have the function of third-party protection. They are contract clauses in form, but their contents are pre-determined and mandatorily incorporated by the state, thus having the dual nature of individual norms and state law norms. The personal information protection obligations of the importer and the exporter are the main payment obligations in a contract on cross-border transmission of personal information. They are the contractualization of statutory obligations, including the obligations to ensure personal information security, the obligation to notify, make remedy and mitigate loss and damage, the obligation of purpose restriction, the obligation of compliance audit, *etc.* Based on the third-party beneficiary clauses, subjects of personal information enjoy the rights to correction, deletion, *etc.*, and the right to compensation for damages resulting from the breach of contract. In the adoption of standard contract clauses, which constitutes the concretized application of the Personal Information Protection Law, the Cyberspace Administration of China should limit its activities within the authorized scope, follow the principle of proportionality, and reasonably determine the mandatory application mechanism of the clauses and the degree of mandatoriness of their contents.

Key Words: personal information, cross-border transfer, standard contractual clauses, third-party beneficiary contracts, the principle of proportionality

[54] 参见苏永钦：《私法自治中的国家强制》，中国法制出版社2005年版，第1页以下；许德风：《合同自由与分配正义》，《中外法学》2020年第4期，第990页。