厘清个人信息出境的权利义务

张继红

2019年6月13日,国家互联网信息办公室发布《个人信息出境安全评估办法(紅水意见稿)》(下称《办法》),旨在降低我国公民个人信息出境带来的安全风险,综合运用法治手段,既注重公民个人信息权益的保护,又兼顾信息的合理合法利用,实现公民利益、企业利益和国家利益的平衡。然而《办法》中相关条款所涉概念和权利义务安排仍存在待商榷之处,相关表述亟待厘清。

利益相关方的异议权

第一,建议增加利益相关方针对出境安全评估结论的异议权。依据《办法》第7条,省级网信部门应当将个人信息出境安全评估情况报国家网信部门,并且赋予网络运营者对安全评估结论的异议申诉权。安全评估结论决定了网络运营者收集个人信息并出境的商业模式是否合法,通过事先评估的正实现了国家监管权力的扩张。为了要公权的过度扩张而损害市场发展活力,势必需要通过异议申诉权等方式予以制约。然而,安全评估结论所涉及的,远不止网络运营者的利益,该条第二款偏重保障网络运营商的利益,却没有给个人信息主体利益、社会利益、国家利益留下救济空间。

因此,建议增加利益相关方的异议权,主要包括两类主体。第一类是个人信息出境所涉信息主体,以公民个人身份提起异议,该条款的设置将充分彰显《办法》对公民权利的尊重,并调动社会和市场的力量对安全评估过程予以监督。第二类是相关公共部门,如国家市场监管总局反垄断局等公共行政部门,防止相关市场主体利用行政程序疏漏,对外传输个人信息损害国家利益;以及行业自律组织等社会公益组织,使得安全评估异议成为社会监督、行业自律的一项重要手段。

完善条款用语

第二,建议进一步完善《办法》条款用语,使之更加体系化、科学化。第11条规定了暂停或终止向境外提供个人信息的情形。其中,第二款"个人信息主体不能或者难以维护个人合法权益"具体指哪些情形,语焉不详,还会引发不必要的误解,建议删

□ 安全评估结论决定了网络运营者收集个人信息并出境的商业模式是否合法,为了平衡公权的过度扩张而损害市场发展活力,势必需要通过异议申诉权等方式予以制约。

- □ 目前,欧盟已经形成了三套标准合同范本,分别适用于"数据控制者到数据控制者之间的转移"、"数据控制者到数据处理者之间的转移"。我国仅靠《办法》在三个条款中零散分布的只言片语显然难以实现该项立法目的,建议通过附件合同范本的形式予以细化。
- □ 为了增加个人信息主体维权的合理预期,建议进一步细化"先行赔付"的赔偿义务规则,如直接损失的计算依据,以及是否包括间接损失、精神损害赔偿等。

去。同时,《办法》第 21 条还界定了个人信息和个人敏感信息,建议应直接采用 2018年 5 月 1 日生效的《信息安全技术个人信息安全规范》(以下简称《个人信息安全规范》)国家标准中的"术语和定义"。从内容上看,《个人信息安全规范》对"个人信息"、"个人敏感信息"更加规范、全面,似乎并无在《办法》中重新加以定义的必要。

《办法》定义上述两类信息的初衷,可能旨在践行"差别监管"理论,然而这一点亦未在相关条款中得到体现。个人敏感信息仅在《办法》第16条第三款出现,但该条款目的是豁免接收者不得将个人信息传输给第三方的义务。虽然结合第一款来看,个人敏感信息得到了区别于"通知义务"的"同意规则"的特别保护,但该条款规定过于模糊,并未明确到底是明示同意抑或默示同意,执行过程中可能引发争议。建议《办法》增设并细化个人敏感信息特别保护规则,进一步贯彻差别监管的思路。

形成体系化合同范本

第三,建议细化网络运营者的合同条款内容要求。依据《办法》第13条至15条,网络运营者与个人信息接收者签订的合同或者其他有法律效力的文件(统称合同)应当满足一定的内容要求,并明确网络运营者、接收者承担的责任和义务。这些条款吸收借鉴了欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)在充分保护措施中的"标准合同文本(Standard Clauses Contract)"机制。通过对市场主体之间的协议约定进行约束,将行

政监管压力通过市场约束机制予以释放,顺应了市场活动的规律,实现行政监管和市场约束的有机融合。然而,欧盟的立法先例基于具体的业务场景,采取了更为细致的条款设计。截至目前,欧盟已经形成了三套标准合同范本,分别适用于"数据控制者到数据控制者之间的转移"、"数据控制者到数据处理者之间的转移"。我国仅靠《办法》在三个条款中零散分布的只言片语显然难以实现该项立法目的,建议通过附件合同范本的形式予以细化。合同用语的解释往往难以断章取义,需要结合合同上下文、合同订立背景予以认定。因此,体系化的合同范本不仅有利于立法目的在实践中真正得以贯彻,还可有效防止未来可能发生条款解释不同引发纠纷的情形。

此外,《办法》第13条的本质是通过行政监管对合同条款施加内容要求,其中第五款"合同的终止不能免除合同中涉及个人信息主体合法权益有关条款规定的网络运营者和接收者的责任和义务,除非接收者已经销毁了接收到的个人信息或作了匿名化处理"。这里,并未考虑到匿名化处理同样可能通过大数据画像、多种途径多种数据的叠加方式关联并识别出特定的个人,因此建议对匿名化处理进行进一步限制,即不得存在可能识别出个人的情形。第六款"双方约定的其他内容"本质是合同意思自治的兜底性规定,显然并不适合行政监管的语境,建议改为"国家有关部门要求的其他内容"。

细化"先行赔付"规定

第四,建议进一步厘清并细化"先行赔付"规定。《办法》第13条第三款"个人信

息主体合法权益受到损害时,可以自行或者委托代理人向网络运营者或者接收者或者双方索赔,网络运营者或者接收者应当予以赔偿,除非证明没有责任",第14条第三款"应请求向接收者转达个人信息主体诉求,包括向接收者索赔;个人信息主体不能从接收者获得赔偿时,先行赔付",第16条第四款"因向第三方传输个人信息对个人信息主体合法权益带来损害时,网络运营者同意先行承担赔付责任"规定了一旦个人信息主体权益受损,网络运营商的"推定过错+先行赔付"制度。

之所以要求网络运营商"先行赔付", 其 主要原因在于个人信息接收者大都位于境外, 责任追究比较困难且耗时耗力;而"过错推定 责任"的确立,又大大减轻了个人信息主体的 举证和索赔难度, 切实保障了个人信息主体的 合法权益。立法出发点固然是好的, 但事实上 却难以执行。我国适用推定过错责任的法定情 形规定在《侵权责任法》中,《办法》作为部 门规章能否设定"推定过错责任", 值得商榷。 与此同时,在个人信息保护法尚未出台、司法 实践对公民个人信息保护认识不一, 民事赔偿 依据的请求权规范基础依然阙如的情况下,网 络运营商的赔偿义务的计算依据如何确定,将 直接关系到该条款的实际适用效果。应该说, 《办法》所确立的"推定过错+先行赔付"制 度,其宣示意义大于实质意义。为了增加个人 信息主体维权的合理预期,建议进一步细化 "先行赔付"的赔偿义务规则,如直接损失的 计算依据, 以及是否包括间接损失、精神损害

此外,《办法》仅规定了网络运营商和接收者的信息保护义务和责任,而未明确其免责事由。虽然关注了个人信息主体的信息权益保护,但未给予网络运营商相应的责任豁免,权责安排略显失衡,有损企业信息使用的积极性,建议进一步补充。

总体而言,《办法》充分考察和吸收了域外先进的立法经验,并尊重我国本土的商业和监管环境,既对现阶段个人信息保护理论研究成果有所体现,又具备实践中的可操作性。相信在广泛征求意见的基础上,完善后的《办法》将有助于平衡及协调个人信息保护和个人信息利用之间的冲突,进一步提升新形势下具有中国特色的个人信息法制的保护实效。

(作者系上海对外经贸大学法学院教授)

捕诉一体格局下的检察官证据审核意识

型曹

地方各级检察机关内设机构改革已逐步落地,传统的刑事检察部门得以科学的整合与重塑,捕诉一体的全新办案模式对检察官的思维模式、工作能力、执法方法等提出了新的改革要求,唯有求变、求新、求进方能不断适应刑事检察改革的新格局。检察官全程参与审查逮捕与审查起诉,承担的刑事诉讼监督职能由单一演变为复合,须立足以刑事审判为中心的刑事诉讼制度改革的基点,从五个方面体现检察办案的主导意识。

一是对侦查阶段涉案事实整体塑形的评 **估与预测意识**。刑事侦查是在法定期限内通 过持续收集、固定证据来反复印证犯罪事 实, 还原案件本真的一个诉讼过程。侦查机 关是侦查活动的主体, 检察机关作为法律监 督机关,通过法定的侦查监督和审查起诉活 动与侦查机关形成互相配合与制约的关系 实行捕诉一体后, 检察官固然是继续通过履 行审查逮捕职能监督制约刑事侦查活动,更 重要的是要在履行侦查监督职能时,通过有 效渠道积极介入刑事侦查引导对涉案事实的 法律评价, 预测侦查方向可能伴随的法律认 知风险。刑事侦查不是一蹴而就的过程,从 立案到报捕以及捕后侦查, 侦查的方向都可 能进行调整,对犯罪事实的认识发生变化其 至是根本性的重塑,实践中均有可能。例 如,根据初始线索,以非国家工作人员受贿 作为侦查的切入点,通过抽丝剥茧逐步发现

更多的商业犯罪嫌疑,将侦查的重点转为职务侵占、挪用资金等罪名。检察官肩负捕诉两大职责,有必要发挥有效的引导作用,将刑事起诉乃至刑事审判对事实、证据、情节和程序的要求及时导入前端,充分发挥评估、警示和预测的作用,切实提高刑事检察工作质效。

二是对关键重要证据提取固定的提前感 知与提示意识。证据是刑事诉讼的基石与核 心, 刑事证明的过程就是收集、固定、分析 和运用证据的过程。证据的质量直接决定了 刑事案件的走向,罪与非罪、此罪与彼罪、 罪重与罪轻,都需要相应的充足证据予以佐 证。捕诉一体格局要求检察官将证据意识提 升到更高的层次,具体分述之:要具备案件 整体证明的证据意识,即使案件符合批捕的 证据要求而予以批准逮捕, 也要同步提示侦 查机关继续收集哪些证据, 以尽快符合起诉 的证据要求;要具备抓取重点证据的意识, 证据体系是系统复杂的, 尤其要重视犯罪构 成重要要件的证据,重点证据一旦缺失就会 动摇整个案件的证明基础: 要具备预测取证 方向的敏锐感知意识, 对刑事证明的薄弱环 节和易引起争议的事实要素,要提醒侦查人 员取证时着重关注。

三是对侦查报送罪名与相似罪名的判明 意识。侦查机关报送检察机关审查逮捕的案 件应是基于一定的事实和证据,能够证明涉 嫌犯罪的行为触犯相应的罪名,但是报捕案件的证明标准相较于审查起诉的证明标准客观上可能存在不小差距。因此,是否批准逮捕仅仅是阶段性的程序性强制措施,侦查机关后续还需进一步廓清案件事实,构架较为完善的证据体系,办案检察官要在其中发挥应有的主导作用。对案件事实复杂,可能存在多罪名的情况,检察官应立足现有事实基础和报捕罪名,大胆求证,以必要的突破性思维指引挖掘、发现新罪名;对事实性质尚未完全查清,案件定性存在争议但符合逮捕条件的,检察官在批准逮捕的同时,要详尽说明相似争议罪名的不同证明条件,科学指引刑事追诉的方向。

四是对瑕疵证据与非罪事实的前端剔除意识。捕诉职能整合不是简单地将批捕和起诉职能的合并,而是刑事检察诉讼职能的重塑,其关键是强化证据证明意识,既要重视引导取证,也要重视对证据合法性的检验。对有非法取证嫌疑的,要依法予以排除;对取证程序不规范不合理的,要及时提出改正意见和建议;对犯罪嫌疑人、被告人、辩护人提出非法证据排除要求的,要予以客观、认真的核实,对无法确定证据是否有非法情形的,但是取证程序、方法、手段确实存在不合理、不严谨之处,且与其他证据无法印证的,可以要求侦查机关撤回该证据,或者在庭前会议时或开庭前向合议庭提出撤回或者不使用该证据;对部分存疑事实的认定依据明显不充分,且无继续取

证、补证可能的,应适时建议侦查机关不予认

定,以提高刑事公诉的精准度。 五是对庭审活动的预先准备与服务意识。 以审判为中心的刑事诉讼制度改革的重点是庭 审,而关键是要将以审判为中心对程序与证据 的要求贯彻于刑事诉讼的各个主要阶段,包括 侦查、批捕与起诉、庭审。办案检察官行使捕 诉合一职能,要形成以审判为中心的刑事认定 思维, 在检察环节切实落实庭审实质化对案件 事实、证据、情节、罪名等方面的要求,并且 将这些要求着力向前推进至侦查环节。例如, 对重点证人证言的制作,不但要求笔录的内容 须揭示待证事实的核心要点, 而且要在已经制 作出多份笔录目证言基本稳定的基础上,提示 侦查机关预先制作作证视频,或者在审查起诉 时制作, 供庭前会议以及正式庭审时使用, 强 化指控证明的力度。对供述不稳定或者前后矛 盾的,要求重新提取证据,对证据的矛盾点疑 问点确实难以排除的,要提前予以合理舍弃, 对鉴定意见等专门性证据的制作规范、证明要 求、表述方式等,要按照庭审举证、质证的要 求,及时向有关单位反馈审查意见。对法定、 酌定情节的证据认定,如果情节认定有遗漏 的,要求予以全面评价,补充相关工作情况说 明,及时固定各种情节证据,依法积极促使犯 罪嫌疑人、被告人认罪、悔罪,减少不必要的

(作者单位:上海市静安区人民检察院)