完善个人信息出境法律制度体系

张继红

为保障个人信息跨境安全、自由流动, 2月24日国家网信办正式公布《个人信息 出境标准合同办法》(以下简称"《办 法》"),标准合同范本为《办法》附件。 《办法》不仅为个人信息处理者的境外信息 提供活动提供了清晰的行为指引,还对个人 信息权益进行了倾斜性保护,进一步完善了 我国个人信息出境相关法律制度体系。

细化个人信息出境标准合同路径

2021年11月1日生效的《个人信息保护法》第三章"个人信息跨境提供的规则"中明确提出个人信息处理者"因业务需要"应当通过"国家网信部门组织的安全评估""个人信息保护认证"或者"按照国家网信部门制定的标准合同与法境外接收方订立合同"三种路径之一向境外提供个人信息。结合2022年6月《数据出境安全评估办法》,2022年11月《个人信息保护认证实施规则》《个人信息跨境处理活动安全认证规范》(TC260-PG-20222A)及本《办法》,自此出境安全评估、标准合同及认证这三大信息出境路径已全部落地,分别适用于不同情形,实现了个人信息出境场景的全覆盖。

出境安全评估是高风险出境场景的强制 性要求,适用情形包括重要数据出境、关键 信息基础设施运营者和处理 100 万人以上个 "自上年1月1日起累计向境外提 人信息、 供 10 万人个人信息或者 1 万人敏感个人信 息"等。若不属于上述出境安全评估的法定 情形,企业则可结合实际情况选择"标准合 同""安全认证"出境路径。就标准合同而 《办法》第4条新增一款,禁止个人信 息处理者采取数量拆分等手段,将应通过出 境安全评估的个人信息以订立标准合同的方 式向境外提供。此举旨在实现标准合同与数 据出境安全评估的有效衔接, 避免实践中企 业采用拆分等手段规避出境安全评估义务。 就安全认证来说,相较于《个人信息跨境处 理活动安全认证规范》, 2022年 12 月发布 的《个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0》删除了适用情形的限制,即不再局限 于跨国公司、集团内部的数据传输或《个人 信息保护法》第三条第二款适用的个人信息

- □ 2月24日国家网信办正式公布《个人信息出境标准合同办法》,自此出境安全评估、标准合同及认证这三大信息出境路径已全部落地,分别适用于不同情形,实现了个人信息出境场景的全覆盖。
- □ 《办法》引入了"第三方受益人"机制,即个人信息主体即便不是合同缔约方,也可以据此直接向合同任何一方当事人或双方主张权利或提起民事诉讼,从而实现了本国个人信息境外保护的目的。
- □ 虽然"标准合同范本"明确了出境信息再转移的五要件,即确有业务需要、向个人信息主体履行告知义务、取得单独同意、与境外第三方达成书面协议、应个人信息主体要求向其提供书面协议副本,但仍存在一些操作困境。

处理活动,将安全认证的范围扩大至所有个 人信息处理者开展个人信息跨境处理活动。

《办法》引入"第三方受益人"机制

《办法》第5条细化了《个人信息保护法》第56条个人信息影响评估制度,明确个人信息出境场景下六个方面的重点评估内容,即个人信息处理的合法正当必要性,出境可能对个人信息处理的合法正当必要性,出境可能对个人信息以益带来的风险、境外接收方履行义务的能力能否保障出境个人信息安全、个人信息出境后的风险以及境外接收方所在国家或地区的个人信息保护政策和法律对标准合同履行的影响等。在个人信息保护法》规定的个人信息主体权利以及个人信息中法》规定的个人信息主体权利以及个人信息应遵循"最小必要"原则,仅限于实现处理目的所需的最小范围,履行告知义务并取得个人信息主体的单独同意,尽合理努力确保境外接收方采取加密、匿名化等技术和管理措施。

《办法》还借鉴了欧盟标准合同条款中"Third-Party Beneficiary"制度,引入了"第三方受益人"机制,突破了我国民事立法中的合同相对性原则。也就是说,个人信息主体即便不是合同缔约方,也可以据此直接向合同任何一方当事人或双方主张权利或提起民事诉讼,从而实现了本国个人信息境外保护的目的。为落实"第三方受益人"机制,个人信息处理者需要向个人信息主体告

知其"第三方受益人"身份,辅以个人对该身份 30 天的拒绝期,即如果个人信息主体未在30 日内明确拒绝,则享有第三方受益人权利。

减轻境外接收方基本合同义务

《办法》为符合要求的个人信息处理者提 供了标准合同范本,确立了个人信息出境合同 的最低标准,强调"个人信息处理者可以与境 外接收方约定其他条款, 但不得与标准合同向 冲突",将我国个人信息保护的法律规定转化 为具体的合同责任,通过合同约束力将境内管 辖权"延伸"至境外,一定程度上实现了"境 内法的域外适用"效果,有效保障了我国个人 信息主体的合法权益。与出境安全评估的事前 审查方式不同,标准合同采取了"自主缔约+ 事后备案"方式,即自标准合同生效之日起 10个工作日内向所在地省级网信部门备案, 提交标准合同以及个人信息保护影响评估报 告。如果出境情况发生变更,如向境外提供个 人信息的目的、范围、种类、敏感程度、方 式、保存地点或用途等发生变化,需要重新开 展个人信息保护影响评估,补充或重新缔约, 并更新备案信息。如果网信部门发现个人信息 出境活动存在较大风险或者发生个人信息安全 事件,可以依法约谈个人信息处理者,要求其

与此同时,《办法》在设定境外接收方基本合同义务的同时做了适当减轻。相比征求意见稿,对于受个人信息处理者委托处理个人信

息的,《办法》不再要求境外接收方提供审计报告,仅需提交书面说明即可,大大减轻了境外企业的合规成本。而且,在违约责任方面,《办法》也不再细化违约方的责任范围以及承担责任的具体方式,而交由双方当事人自行约定,弱化了个人信息处理者与境外接收方连带责任的约定,即仅在法定情形下境外接收方方需要向个人信息主体承担连带责任。此外,"标准合同范本"还增加了"上海国际仲裁中心"(上海国际经济贸易仲裁委员会)这一仲裁机构的选项,更加便利当事人通过仲裁方式解决个人信息出境合同纠纷。

2023 年 4 月 12 日 星期三

出境个人信息再转移存在操作困境

《办法》也遗留了一些未解问题。出境个人信息二次转移条款,是实务中的难点问题。 跨国集团往往涉及多个海外分支机构和关联公司,存在出境个人信息再转移的实际需要。虽然"标准合同范本"明确了出境信息再转移的 五要件,即确有业务需要、向个人信息主体履行告知义务、取得单独同意、与境外第三方达成书面协议、应个人信息主体要求向其提供书面协议副本,但仍存在一些操作困境。

我国《个人信息保护法》并未如欧盟《通用数据保护条例》(GDPR)那样引入"数据控制者"(Controller)与"数据处理者"(Processor)概念,而仅以"信息处理者"表述。欧盟则根据出境主体不同设计了四种标准合同条款,即控制者到控制者(C-C)、控制者到处理者(C-P)、处理者到处理者(P-P)、处理者到控制者(P-C),在条款表述上兼顾了不同场景下合同双方当事人的义务区别。这里的出境个人信息"再转移"是否类似于欧盟数据控制权的再转移(C-C-C),还是不涉及数据控制权转移的"转委托"(C-P-P)?对于后者而言,是否就无需再遵循上述五要件的规定?这些问题《办法》都未加以明确,可能会引发实务操作上的理解分歧。

总体而言,《办法》立足于我国个人信息 处理实践,增强了企业通过标准合同方式向境 外提供个人信息的可操作性,进一步夯实了我 国个人信息跨境流动治理的制度基础,为个人 信息权益提供了有力保障。

(作者系上海政法学院教授)

量刑与减刑一体化研究有待加强

曾娇艳

对于大部分罪犯而言,其实际的刑罚量由量刑与减刑共同决定。然而实践中量刑与减刑各自为阵,不仅使得一些刑事诉讼制度的运行面临难以突破的现实瓶颈,亦导致一些实践问题的司法应对难以兼顾公正与效率。以下笔者拟从三个方面的具体问题来阐述开展量刑与减刑一体化研究的必要性。

1.认罪认罚从宽制度中被告人是否"真 心悔罪"需要刑罚执行阶段的一贯表现支撑

当前的认罪认罚从宽制度缺乏刑罚执行制度的变革与支撑,局限于侦查、起诉与审判端口的链接,在认罪认罚的真实性上不可避免地蕴藏着巨大风险。认罪认罚从宽制度的正当根据之一是"对某项罪行真正悔过的犯罪人将比在不真心悔过的情况下犯下类似罪行的可能性较小",从而使刑罚惩罚的必要性减少。对认罪认罚的犯罪人给予量刑减让的承诺,既是优化诉讼资源的需要,也意在鼓励犯罪人认罪悔罪,及早回归社会。但对犯罪人人身危险性的考量需要一个过程,仅凭量刑减让所鼓励的认罪未必是真诚的认罪悔罪。因此有必要对认罪认罚获得从宽处罚的犯罪人设置一定的考验期,以确保"悔罪"效果。

而刑罚执行既是惩罚犯罪人,实现刑罚 报应功能的过程,亦是考量犯罪人人身危险 性的消减变化,实现刑罚特殊预防的过程。 认罪认罚的犯罪人在刑罚执行阶段能否认真遵守监规,接受教育改造正是其是否"真心悔改"的具体表现。事实上,刑罚执行从来都是刑事诉讼的一部分,开展量刑与减刑一体化研究,不仅有利于在认罪认罚从宽制度与减刑制度之间找到合理的衔接点,构建起以减刑激励或减刑撤销为导向的反向制约机制,以确保认罪认罚的犯罪人能在刑罚执行阶段保持良好表现,而且能增强认罪认罚从宽制度助力犯罪人真心悔改、及早回归社会的功能效应。

2. "同案不同判"与"同案不同减"需要协调解决

根据《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第2条的要求,罪犯减刑幅度的确定是在罪犯交付执行后一贯表现的基础上,根据罪犯的犯罪性质、情节等因素判断罪犯人身危险性的大小后综合考量的结果。易言之,积分只是确定罪犯减刑幅度的重要依据,除此之外,还要综合考虑犯罪的具体情节、原判刑罚情况、财产刑执行情况、附带民事裁判履行情况、财产刑执行情况、附带民事裁判履行情况、罪犯退赃退赔等情况。由此,对于一个根据积分可减刑9个月的罪犯,如果该犯有一次犯罪前科,是扣减减刑幅度半个月合理,还是扣减一个月合理?如果有三次犯罪前科,是扣减三个月合理,还是六个月合理?诸如

此类,均是司法自由裁量的空间,不仅各地法院做法迥异,即便是同法院的各个审判员之间也可能因为理解不同而作出不同的扣减结果。

如果说前期刑事审判由于存在同案不同判问题,最终在 2009 年推动了最高人民法院量刑指导意见的出台,那么减刑幅度的规范化也同样迫在眉睫。然而,在《量刑指导意见》的基础上再出台《减刑指导意见》会是一件工作量浩大且未必效果良好的工程。如果我们能在量刑与减刑一体化研究的基础上,规范量刑与减刑的尺度,或许是协调解决"同案不同判"与"同案不同减"的不二法门。

3.量刑阶段的立功评价与减刑阶段的立功 评价需要统筹兼顾

《刑法》第68条规定:犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。最高法《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第6条规定,侦查机关如果出具材料表明在三个月内还不能查证并抓获被检举揭发的人,或者不能查实的,人民法院审理案件可不再等待查证结果。实践中,对于刑事案件审理期间被告人提供的立功线索,如果这些立功线索在审理期间三个月内无法查实,判决生效后却被查证属实,司法机关是通过审判监督程序还是通过减刑程序兑现刑法第

68条对犯罪分子从轻、减轻或免除处罚的承

诺,目前面临难以兼顾公正与效率的窘境。 方面,如果通过减刑程序解决,则犯罪 人只能接受更小的量刑减让幅度。根据最高法 《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的补 充规定》第2条第二款的规定:确有悔改表现 或者有立功表现的,一次减刑不超过六个月有 期徒刑; 确有悔改表现并有立功表现的, 一次 减刑不超过九个月有期徒刑; 有重大立功表现 的,一次减刑不超过一年有期徒刑。而根据最 高法、最高检联合印发的《关于常见犯罪的量 刑指导意见(试行)》的规定:一般立功,可 以减少基准刑的20%以下;重大立功,可以减 少基准刑的 20%至 50%; 犯罪较轻的, 减少基 准刑的50%以上或者依法免除处罚。可见,同 样的立功表现,作为量刑情节相比作为减刑情 节,犯罪人能获得更大的从宽幅度。另一方 面,如果启动审判监督程序,将该立功表现评 价为量刑情节,则不仅于法无据,亦有徒耗司 法资源之嫌。 出现上述两难选择的根本原因在于当前量

刑与减刑各自为阵,无论是理论研究、制度设计还是实务操作,均局限在各自的领域自说自话。事实上,如果我们能打破量刑与减刑的藩篱,关注执行阶段立功与量刑阶段立功评价的有效衔接,上述问题同样可迎刃而解。

(作者单位:宁波市中级人民法院)