

论个人信息处理“合同所必需”的二元构造与要素确定*

孙志煜 李 蕤

[摘 要]“合同所必需”是《个人信息保护法》第13条确立的个人信息合法处理事由，其实际指涉的是个人信息处理行为是否符合“合同所必需”之要求，目前的理论学说和司法实践对该问题的认识存在诸多分歧。“合同所必需”个人信息处理行为作为一种准法律行为，具有主客观二元构造特征。主观构造中，主观意志是主观构造的第一要素，行为意思与表示行为构成主观意志的第二要素；客观构造中，公平原则、公序良俗原则、必要原则是客观构造的第一要素，事实必要、利益必要、价值必要则构成上述三原则的第二要素。在司法实践中确定“合同所必需”的主观构造要素，需要明确不同阶段信息主体和信息处理者的主观意志以及行为意思与表示行为的内在联系；确定“合同所必需”的客观构造要素，则要确立以必要原则要素为主，公平原则要素与公序良俗原则要素为辅的体系定位，并合理运用事实必要、利益必要以及价值必要三要素对订立、履行合同个人信息处理行为与合同目的之间是否存在必要关系进行判断。

[关键词]“合同所必需” 个人信息 二元构造 主观构造要素 客观构造要素

[中图分类号] D923.1 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1000-114X (2024) 02-0239-12

引 言

“合同所必需”是《个人信息保护法》第13条确立的个人信息合法处理事由，与法定职责或义务、公共利益合法处理事由的本质相同，系信息自由价值制约信息安全价值的产物，发挥着推动信息自由流通的功能。但与作为法定处理事由的法定职责或义务、公共利益直接依据法律规定

* 本文系贵州省2021年度哲学社会科学规划一般课题“跨境数据流通例外条款研究”（项目号21GZYB27）的阶段性成果。

作者简介：孙志煜，贵州大学法学院教授、博士生导师；李 蕤，贵州大学法学院博士研究生。贵阳 550000

授权处理行为不同,“合同所必需”先通过合同授权个人信息处理行为,再依据法律规定审查、限定合同个人信息处理行为的授权范围,呈现出意定与法定的双重属性。因此,当出现法定职责或义务因法律规定的具体化难以扩大个人信息处理范围,公共利益因法律规定的抽象化过度扩大个人信息处理范围情况时,“合同所必需”所承载的意定属性和法定属性如能适度调试,则可为个人信息处理范围释放更大空间。也正因如此,不同法院在司法实践中形成了三种迥异观点。^①

合同约定合法说是司法实践中的主流观点。^②法院以处理行为符合合同约定为基础,进而分别结合授权性法律规定^③、义务性法律规定^④、禁止性法律规定^⑤判断合同约定是否符合个人信息处理合法原则。其次是合同服务相关说。^⑥法院不再通过个人信息处理合法原则阐明处理行为的必要性,转从必要性的文义角度进行解读,要求处理行为与合同具备必要关系。法院依据《个人信息保护法》第5条、第6条规定的必要原则及《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围的规定》中的具体规定,进一步要求处理行为应与合同基本功能服务在事实上直接相关,处理行为的缺位将使合同基本功能服务无法实现。最后是合同利益比例说。^⑦法院对《个人信息保护法》的必要原则进行扩大解释,将必要关系解读为具备利益比例性的有利于关系,处理行为应有有助于合同利益的实现,且处理行为促进合同实现所得利益与处理行为所损利益之间应合乎比例。^⑧

上述三种观点主要将“合同所必需”处理事由置于个人信息保护法律体系中进行阐释。合同

① 本文通过威科先行数据库,以“合同、必要原则、合法原则、合同所必需、《个人信息保护法》第十三条、《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围的规定》”等为关键词交叉搜索,统计出自《个人信息保护法》生效至今,有关“合同所必需”处理事由的案件共计74件,直接涉及“合同所必需”的案件42件。

② 在直接涉及“合同所必需”的42个案件中,26个案件采用合同约定合法说,占比高达62%,多在借款合同及借款人征信信息纠纷中呈现。可参见杭州互联网法院(2021)浙0192民初5426号民事判决书,辽宁省大连市中级人民法院(2022)辽02民终3501号民事判决书等。前者为杭州互联网法院2021年度个人信息保护十大典型案例之一,以下简称征信案。

③ 湖南省郴州市苏仙区人民法院(2021)湘1003民初2943号民事判决书。

④ 杭州互联网法院(2021)浙0192民初5426号民事判决书。

⑤ 辽宁省大连市中级人民法院(2022)辽02民终3501号民事判决书。

⑥ 腾讯案、唯品会案、携程案均采合同服务相关说,具体可参见广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03民终9583号民事判决书,广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终3937号民事判决书,浙江省绍兴市中级人民法院(2021)浙06民终3129号民事判决书。其中唯品会案是广东省2022年度全省法院十大典型案例之一。

⑦ 杭州互联网法院在(2021)浙0192民初8058号民事判决书中首次尝试采用合同利益比例说,认为公交公司委托信用服务公司以事先信誉评估的方式使用乘客信用信息,能较少地减损乘客个人信息利益,解决电子公交卡先享后付服务的垫资损失问题,维护电子公交卡的良性运行。该案中,使用乘客信用信息行为所增加的公共利益显著高于乘客个人信息利益的减损,故法院认定使用信用信息在电子公交卡先享后付功能下具有必要性,为公交公司履行合同所必需。本案是杭州互联网法院2021年度个人信息保护十大典型案例之一,以下简称公交案。

⑧ 合同服务相关说与合同利益比例说,除要求处理行为与合同具有必要关系外,还要求处理行为自身具有必要性。但因个人信息处理活动都需满足处理行为自身必要,即使不适用“合同所必需”处理事由,也需满足这一要求,是以无需在“合同所必需”处理事由对其进行特别讨论。此外,处理行为必要性判断已在立法制度与司法实践上相对完善,目前也不存在实践及理论问题,故不将其置于本文探讨范围。本文主要研究的是与合同目的是否具有必要关系的个人信息处理行为。

约定合法说围绕个人信息处理合法原则展开,误把合法性作为必要性的内涵,依据制定法中的具体规定来约束合同个人信息处理行为,趋同于“法定义务与职责”处理事由,僵化认识“合同所必需”个人信息处理行为的范围。合同服务相关说严格遵守个人信息处理必要原则,将处理行为置于合同基本功能服务中审视,严格依据特定合同类型对应的特定合同事实来评判处理行为是否与合同直接相关,收缩合同范畴的同时过分强调合同个人信息处理行为之于合同的确定性,窄化“合同所必需”个人信息处理行为内容,使“合同所必需”解释空间趋向封闭。合同利益比例说力图对个人信息处理必要原则进行扩大解释,把处理行为置于合同利益中考察,依据合同个人信息处理行为产生的损益比来判断处理行为之于合同的必要性,泛化合同范畴的同时过度弱化合同个人信息处理行为之于合同的相关性,过度放宽“合同所必需”个人信息处理行为内容,使“合同所必需”解释空间过于开放。上述观点均忽视合同主体自身意志对处理行为的约束力及评价功能,未把双方当事人在合同中所作有效之约定以及由此产生的权利义务作为首要考量因素,强调“合同所必需”法定属性而忽视对其意定属性的考察。

与实务界有所不同,学界对“合同所必需”处理事由大致体现出如下认知梯度:第一,从不关注到逐渐关注;^①第二,从注重意定属性的主观必需说^②到关注法定属性的客观必需说;^③第三,在不同规范体系中同时关注“合同所必需”的意定属性与法定属性。^④上述认知演进虽对理解“合同所必需”处理事由具有积极意义,但仍无法诠释“合同所必需”处理事由在合同法体系和个人信息保护法体系中的互动关联,亦无法调适司法实践中呈现的适用差异。为此,重新审视“合同所必需”的双重内涵,系统考量“合同所必需”在合同法体系与个人信息保护法体系之间的可能变化,确定“合同所必需”的适用要素,以期为司法实践提供具有一定解释力的学理参考乃是本文的行文初衷。

一、“合同所必需”的二元构造

对“合同所必需”的理解应从其处理事由和处理行为之间的联系入手。从《民法典》第1035条到《个人信息保护法》第13条,“合同所必需”处理事由在个人信息立法过程中逐步确立,被表述为“个人信息处理者为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需,或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需时方可处理个人信息”。由上可知,“合同所必需”处理事由包含两种一般立法情形与一种特殊立法情形,前者是指“订立合同所必

① 学界目前重在深挖法定职责或义务、公共利益处理事由在信息自由流通中的重要功能及实现方式,较少关注“合同所必需”处理事由,仅有的研究参见申卫星、杨旭:《论订立合同作为个人信息处理合法性基础的限缩适用》,《南京社会科学》2022年第4期,第76—86页;陈騫:《论个人信息处理的“合同所必需”规则》,《行政法学研究》2023年第6期,第134—145页;彭飞荣:《〈个人信息保护法〉第13条第1款第2项(合同中个人信息处理)评注》,《法治研究》2023年第3期,第132—147页;杨旭:《个人信息处理中履行合同必需规则的限制适用》,《法学》2023年第6期,第85—98页;杨旭:《〈个人信息保护法〉第13条第1款(个人信息处理的合法性基础)评注》,《中国应用法学》2023年第6期,第202—216页。

② Vgl. Philipp Hacker, *Datenprivatrecht: Neue Technologien im Spannungsfeld von Datenschutzrecht und BGB*, Tübingen Mohr Siebeck Press, 2020, SS.196–202.

③ 陈騫:《论个人信息处理的“合同所必需”规则》,第134—145页。

④ 杨旭:《个人信息处理中履行合同必需规则的限制适用》,第92—95页。

需”与“履行合同所必需”，后者是指“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”。无论何种事由，“合同所必需”均需通过处理行为得以实现。为此，“合同所必需”真正关切的应当是在不同事由背后的处理行为。从本质上看，个人信息处理行为是指个人信息处理者在满足特定条件下处理个人信息的行为，这一行为使附之在上的法律关系产生变化，信息主体与信息处理者亦随之产生相应的权利义务，是以“合同所必需”的个人信息处理行为实为一种法律事实。又因该行为与人的意志相关，且依据法律规定产生法律效果，故“合同所必需”个人信息处理行为属于法律事实中的行为，且是一种准法律行为。依学者观点，准法律行为存在两类构造：一部分是人的意志，衍生出行为上的主观构造；另一部分是法律规定，衍生出行为上的客观构造。^①由此来看，“合同所必需”也应当包涵主观构造与客观构造。其主观构造指涉的是个人信息处理行为中合同主体的意志，其客观构造指涉的是法律规定对“合同所必需”设置的具体要求。合同主体的意志若想引发个人信息上法律关系的变动，还需满足客观构造所调整的法律规定下“合同所必需”的要求，方可产生相应的法律效果。

如何评价“合同所必需”的主观构造和客观构造，依据民法学最新理论发展来看，可从“要素-效果”范式出发，在法原则或法原理中归纳、提炼相应要素，以此确定和阐释“合同所必需”个人信息处理行为的主客观构造。^②

（一）“合同所必需”的主观构造

一般来看，准法律行为的主观构造调整的是行为人对外表示的内心状态。^③作为一种准法律行为，“合同所必需”个人信息处理行为的主观构造调整的是信息主体与信息处理者对外在个人信息处理上表示的主观意志。这一主观意志因不同实现方式又可分归合同法和个人信息保护法所调整。合同法意在平衡合同主体双方的自由意志，个人信息保护法则侧重保护信息主体的自由意志，两个部门法对不同主体主观意志的法律评价有所差异。因此，提炼能够融贯两个部门法的主观构造要素殊为重要。

1. 作为第一要素的主观意志。尊重与保护行为人的主观意志根植于合同自由原则与信息自决原则。一方面，从合同法角度来看，合同自由原则保障合同主体对处理行为的自由选择及自我约束，尊重合同主体在处理行为上的主观意志。因合同阶段的不同，合同主体的主观意志在订立合同阶段表现为未达到意思表示的主观意志与在履行合同阶段表现为已达到意思表示的主观意志。另一方面，从个人信息保护角度来看，信息自决原则尊重信息主体对个人信息处理行为的期待，维护信息主体的内心感受。^④在此存在意思表示、期待、主观意志三个概念。相比期待主要关注信息主体的内心感受，意思表示与主观意志涵盖了信息主体、信息处理者以及双方共同的内心感受，更为全面地揭示了“合同所必需”个人信息处理行为过程中主体间的主观状态，更适合作为诠释

^① 常鹏翱：《对准法律行为的体系化解读》，《环球法律评论》2014年第2期，第47—64页。

^② 在我国民法学领域，对法律事实的评价经历了从“要件-效果”到“要素-效果”的范式转换。“要素-效果”关注要素本身，要素根植于法原则或法原理，形成了不同层次、不同位阶的要素群。最新论著可参见王利明：《民法典人格权编中动态系统论的采纳与运用》，《法学家》2020年第4期，第1—12页；叶金强：《〈民法典〉第1165条第1款的展开路径》，《法学》2020年第9期，第21—36页；王磊：《动态体系论：迈向规范形态的“中间道路”》，《法制与社会发展》2021年第4期，第159—176页。

^③ 王立争：《论准民事法律行为》，《甘肃政法学院学报》2004年第5期，第94—99页。

^④ Helen Nissenbaum, “Privacy as Contextual Integrity”, *Washington Law Review*, Vol.79, 2004, pp.119-157.

主观构造的要素。进一步对比意思表示与主观意志，合同主体对个人信息上的处理行为先形成主观意志后生成意思表示。在履行合同阶段，信息主体与信息处理者双方围绕个人信息处理行为已形成了意思表示。在订立合同阶段，信息主体与信息处理者虽具备主观意志，但可能仍未形成意思表示，是以直接将意思表示作为主观构造的要素，不具周延性。为此，将主观意志作为“合同所必需”的主观构造要素较为妥当。

2.作为第二要素的行为意思和表示行为。第二要素解决的是第一要素的构成问题。“合同所必需”个人信息处理行为作为一种准法律行为，尤其是作为准法律行为中的意思通知，其基本适用意思表示理论。在意思表示主流理论框架下，意思表示由行为意思、效果意思、表示行为构成。^①但是，其中的效果意思无法成为“合同所必需”个人信息处理行为主观意志的要素。具言之，在订立合同阶段，信息处理者与信息主体可能对处理行为即将发生的法律效果尚未呈现具体表达，因此未形成效果意思。在履行合同阶段，信息主体与信息处理者对处理行为即将发生的法律效果虽已作表达，并形成效果意思，但无法依据效果意思产生法律拘束力。从反面来看，由“订立合同所必需”被解释为“订立合同中信息处理者应信息主体要求采取措施而必需处理个人信息的行为”可知，订立合同阶段的主观意志包含信息主体的行为意思与表示行为。行为意思是信息主体自觉、有意地采取措施，行为受自由意志的控制，若缺少行为意思，信息主体仅是一个工具，则不存在主观意志，如在绝对强制、反射动作等情形下，信息主体所采取的措施就不具备主观意志。此阶段的表示行为是指信息主体所为的外部表示行为，分为明示、默示两种。明示即以口头、书面等作为的方式将内在主观意志明确示于外部。默示是从信息主体的某种作为推断出来的主观意志，单纯的沉默及不作为一般不构成主观意志。两要素各自发挥作用的同时，也可通过相互协作与配合，共同解释主观意志的具体内容。行为意思与表示行为之间产生冲突时，需在二者间作出权衡。当不需保护相对人合理信赖时，信息主体的行为意思优于表示行为，以行为意思为主；相反，当需保护相对人合理信赖时，信息主体的表示行为优于行为意思，以表示行为为主。

（二）“合同所必需”的客观构造

作为准法律行为，“合同所必需”客观构造调整的是法律规定对“合同所必需”的具体要求。“合同所必需”的法律规定主要源自合同法与个人信息保护法，二者对信息主体与信息处理者的主观意志均进行了差异化干预。合同法强调以维护信息流通为主、信息安全为辅；个人信息保护法则以保障信息安全为主、信息流通为辅，故归纳能够融贯两个部门法的客观构造要素亦为关键。

1.作为第一要素的公平原则、公序良俗原则和必要原则。在合同法领域，从现代私法“父爱

^① 关于意思表示的构成要素，学界存在二要素说、三要素说、四要素说、五要素说，由行为意思、效果意思和表示行为构成的三要素说吸收了表示意思之不必要说与目的意思之不独立说的观点，较具代表性，本文故采此说。具体可参见冉克平：《民法典总则意思表示瑕疵的体系构造——兼评〈民法总则〉相关规定》，《当代法学》2017年第5期，第83—84页。[二要素说参见金立琪等：《民法教程》，上海：百家出版社，1989年，第75—87页。三要素说参见马俊驹、余延满：《民法原论》（第四版），北京：法律出版社，2010年，第189—190页；梁慧星：《民法总论》（第四版），北京：法律出版社，2011年，第172—173页。四要素说参见王泽鉴：《民法总则》（重排版），北京：北京大学出版社，2022年，第338—341页；五要素说参见王利明：《民法总则研究》（第二版），北京：中国人民大学出版社，2012年，第548页。]

主义”的兴起^①到合同法中国化的转化，^②公平原则、公序良俗原则成为干预合同自由原则的有力武器。尤其是在合同主体间实力差距显著的情形下，公平原则、公序良俗原则分别从合同正义、社会秩序与道德伦理方面对信息处理者的主观意志设定了最低要求，避免合同自由原则成为其损害信息主体合法权益的藉口。在个人信息保护法领域，从立法设计到司法实践，必要原则是限制信息自决原则的重要支点。必要原则要求信息主体在订立、履行合同过程中授权个人信息处理行为应是合同的必要条件，即没有相关处理行为则无法订立、履行合同；同时也要求信息处理者在处理个人信息时需遵守必要原则，这无疑也限制了信息处理者的主观意志，使其无法滥用信息自决原则。两大部门法的相关法原则共同干预了“合同所必需”个人信息处理行为相关主体的主观意志，合同法注重规制个人信息的合同行为，个人信息保护法侧重保护合同中的个人信息，二者各有意义，且不存在冲突。

2. 作为第二要素的事实必要、利益必要和价值必要。第一要素较为宽泛，不易把握，仍需寻求第二要素的支撑。理论界与实务界对公平原则、公序良俗原则的第二要素已形成基本认识，分别衍生出程序公平要素、实质公平要素与公共秩序要素、善良风俗要素。相比之下，必要原则的支撑要素仍有待廓清。目前来看，我国已从司法实践中提炼形成了处理行为与合同事实上相关、利益上成比例等有益经验。暂且不论通过相关性、比例性来解释必要性是否妥当（后文将予以专门论述），但将事实必要、利益必要作为阐释必要原则的要素，在理论与实践均有一定可采性。就美国相关经验而言，远起美国联邦法院在Katz案中首提的合理隐私期待，^③其主张个人隐私期待应符合社会评价，近至Nissenbaum聚焦个人信息上的合理隐私期待，其指出信息主体的隐私期待受特定场景下的信息规范所限，^④美国的实践与理论均表明隐私期待受制于客观评价的限制。客观评价在场景理论中具体表现为信息主体的隐私期待在技术运行事实上应具有合理性、在商业及行业利益上应具有合理性、在社会领域及其价值规范中应具有合理性。^⑤美国以合理性限制个人信息隐私期待的做法虽与我国以必要性限制个人信息处理行为的做法有所差异，但其从事实上合理、利益上合理、价值上合理解明客观评价的方法可资借鉴。综合而言，事实必要、利益必要作为必要原则要素符合本土实践与国外经验的双重视角。另外，考虑到价值要素的普遍适用，可将价值必要作为必要原则的要素之一。

公平原则、公序良俗原则、必要原则的各个要素因部门法交织不免出现重叠现象，需将二级要素整合成一个逻辑相对周延的要素体系，更有利于各要素的确定与适用。基于事实必要、利益必要、价值必要可从不同维度更好诠释程序公平要素、实质公平要素与公共秩序要素、善良风俗要素，据此，我们认为把必要原则的三要素作为分析框架，将其融入公平原则、公序良俗原则相关要素的分析过程中较为妥当。就程序公平要素而言，在事实上需保障合同当事人有表达主观意志的客观路径、在利益上需保护合同当事人积极参与的程序利益、在价值上需维护合同当事人在

① Anthony T.Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts”, *Yale Law Journal*, Vol.92, 1983, pp.778-784.

② 孙笑侠、郭春镇：《法律父爱主义在中国的适用》，《中国社会科学》2006年第1期，第47—58页；黄文艺：《作为一种法律干预模式的家长主义》，《法学研究》2010年第5期，第3—17页。

③ *Katz v. United States*, 389U.S.347, 361 (1967) (Harlan, J., concurring) .

④ Helen Nissenbaum, “Privacy as Contextual Integrity”, pp.119-157.

⑤ Helen Nissenbaum, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, p.133.

缔约过程中的程序性权利；就实质公平要素而言，在客观事实上保障合同当事人间的给付均衡、在主体利益上平衡合同当事人间的给付状态、在价值上避免任意一方合同当事人的权益受损。就公共秩序要素与善良风俗要素而言，二者本就存在于客观事实层面、社会利益层面与社会主义核心价值观层面，且需具有必要性方可纳入法律层面进行调整。

二、主观构造要素的确定

依上所述，主观意志为“合同所必需”主观构造的要素，行为意思与表示行为作为主观意志的要素。不同层次与位阶要素的归纳，使“合同所必需”得以在主观构造要素体系下释放出充足空间，然不同阶段的主观构造要素如何确定以及不同层级的主观构造要素在确定后如何适用，则是主观构造要素得以证成的必要。

（一）主观意志要素的确定

作为主观构造的要素，主观意志揭示合同主体在订立、履行合同过程中的内心状态。在订立合同阶段与履行合同阶段，合同主体的内心状态存在差异，衍生出主观意志的不同形态，进而在落地时形成内容有别的确定标准。

1. 信息主体的主观意志是订立合同阶段主观意志要素的确定标准。在订立合同阶段，由于合同尚未成立，信息主体与信息处理者尚处于动态的接触与洽商中，二者之间存在先合同关系，我国《民法典》第500条虽已规定缔约过失责任，但对订立合同的探讨并不深入。因此可参鉴作为缔约过失责任与先合同关系、先合同义务溯源地德国的相关规定。依据德国《民法典》第311条，除去超出先合同关系范围的类似法律行为性接触，订立合同包含合同准备与合同磋商两个前后相继的阶段。在合同准备阶段，信息主体与信息处理者为促成法律行为性接触而开启交往。^①在合同磋商阶段，信息主体与信息处理者开始进行各种形式的法律行为性接触。^②就此来看，订立合同阶段，合同主体的内心状态变动不居，其主观意志的形态呈现诸多变化。在此阶段，如何确定主观意志要素？我们认为，应将订立合同阶段的主观意志限定为信息主体的主观意志。从欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）对第6条第1款（b）项的解释^③到我国全国人大常委会法制工作人员关于《个人信息保护法》释义书中对第13条第1款第2项的解释^④再到我国学者之观点，^⑤“信息主体要求采取措施”已成为对主观意志进行限制的普遍解释。基于此，有且仅有信息主体的主观意志可成为订立合同阶段的主观判断标准。比如，为决定是否发放贷款或者办理其他业务对用户进行的信用审查，需由用户主动发起，才可以订立借款合同为由处理顾客的信贷记录等信息。

2. 信息主体与信息处理者双方共同的主观意志是履行合同阶段主观意志要素的确定标准。在

^① Vgl. MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB§311 Rn. 43—44, 46—47.

^② Vgl. MüKoBGB/Emmerich, 8. Aufl. 2019, BGB§311 Rn. 43.

^③ EDPB, Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6 (1) (b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Version 2.0, 2019, p. 13.

^④ 杨合庆主编：《中华人民共和国个人信息保护法释义》，北京：法律出版社，2022年，第46页。

^⑤ 申卫星、杨旭：《论订立合同作为个人信息处理合法性基础的限缩适用》，第81页；彭飞荣：《〈个人信息保护法〉第13条第1款第2项（合同中个人信息处理）评注》，第137页；杨旭：《〈个人信息保护法〉第13条第1款（个人信息处理的合法性基础）评注》，第212页。

履行合同阶段，合同成立且生效，信息主体与信息处理者已达成合意。二者共同的主观意志成为履行合同阶段的确定标准。合同约定及其条款作为双方主观意志的载体理应成为法院解释“合同所必需”个人信息处理行为主观意志的依据。如在征信案中，法院依据《借款合同》相关条款，认定银行在债务人违约时向征信机构提供债务人不良信息记录的行为符合合同当事人的主观意志。但问题是，银行等信息处理者常利用晦涩繁冗的合同格式条款过度获取处理个人信息的授权，用户等信息主体处于弱势地位，用户行为有可能并不能代表其真实、自由的主观意志。为此，有学者认为应将合同条款限制解释为有关合同主给付义务的合同条款，用以疏解信息处理者利用合同格式条款不当扩大双方合意的困局。^①然即便是限制解释后的合同条款也无法摆脱来自信息处理者单方预先拟定的格式条款，不能完全消除信息处理者通过合同设计“操控”合法处理事由的可能性，亦难以充分保障信息主体的主观意志。为此，除了要对主观意志要素进行确定，还需进一步对构成主观意志要素的行为意思要素、表示行为要素进行确定。

（二）行为意思要素与表示行为要素的确定

依上文所述，由于效果意思无法成为“合同所必需”个人信息处理行为主观意志的要素，只有行为意思、表示行为自始构成主观意志的要素，故下文仅分析行为意思要素与表示行为要素。

1. 行为意思要素的确定。行为意思是指信息主体、信息处理者自觉欲为表示动作，而非自由意志受影响下的机械动作。双方当事人尤其是信息主体在订立、履行合同过程中自由意志易受干预的情形具体分为两种：一种是自由意志阙如。参照意思表示理论，信息主体在不可抗拒的强制情形下作出的表意为不构成准法律行为。^②如受害人在传销组织非法暴力强制下允许其处理个人信息的行为因欠缺行为意思而不得认定受害人已作出准法律行为。^③一种是自由意志受限。信息主体在受到信息处理者及第三人不正当影响下作出的表意为可构成受胁迫的瑕疵准法律行为。依据意思表示理论及《民法典》第150条，信息主体有权请求法院撤销受胁迫的准法律行为。如信息处理者以拒绝提供合同基本业务服务来胁迫信息主体对合同中非基本业务服务条款作出承诺，信息主体有权请求法院予以撤销。^④

2. 表示行为要素的确定。表示行为是指信息处理者与信息主体通过明示行为与默示推定行为将内在意志表示于外部。在订立、履行合同过程中，信息处理者可通过书面、口头方式明确表达或可通过采取先合同措施、合同措施等行为来推定表达自身意志。信息主体也可通过书面、口头方式明确表达或可通过主动给付个人信息等行为来推定表达自身意志。也就是说，合同双方达成的协议条款以及各方采取的相关行为均可被视为表示行为。但需注意的是，单纯沉默并不构成信息处理者与信息主体的表示行为。单纯沉默虽在法律规定、当事人约定以及符合当事人间交易习惯时，可被视为默示表示行为，但在个人信息领域，由于不存在视单纯沉默为表意行为的法律规定和交易习惯，且《个人信息保护法》第14条、《个人信息处理中告知和同意的实施指南》第6条及相关司法实践^⑤均已认定当事人把单纯沉默作为有效表示行为的约定不具有合同拘束力。

^① Vgl. Philipp Hacker, *Datenprivatrecht: Neue Technologien im Spannungsfeld von Datenschutzrecht und BGB*, SS.196–202.

^② 冉克平：《民法典总则意思表示瑕疵的体系构造——兼评〈民法总则〉相关规定》，第83页。

^③ 陕西省宝鸡市中级人民法院（2020）陕03刑终299号刑事裁定书。

^④ 北京互联网法院（2021）京0491民初5094号民事判决书。

^⑤ 北京市海淀区人民法院（2018）京0108民初25154号民事判决书。

在确定主观意志要素、行为意思要素和表示行为要素之后,需进一步厘清行为意思要素和表示行为要素如何与主观意志要素产生关联,以为司法实践提供路径指引。首先,应确定信息主体与信息处理者是否具备行为意思要素。当完全不具备行为意思要素时,信息主体或信息处理者主观意志要素的缺位导致准法律行为不成立;当具备部分行为意思要素时,信息主体或信息处理者主观意志要素的受限使准法律行为存在瑕疵,表现为受胁迫的准法律行为。其次,当完全具备行为意思要素时,则必须确定信息主体或信息处理者是否具备表示行为要素。在以单纯沉默方式表意时,信息主体或信息处理者不被视为具备表示行为要素,准法律行为不成立;在以明示、默示方式表意时,信息主体或信息处理者被视为具备表示行为要素,则可进入行为意思要素与表示行为要素是否一致的确阶段。最后,对行为意思要素与表示行为要素是否一致进行确定。表示行为要素与行为意思要素一致则准法律行为具有效力,反之,则可能构成受欺诈的准法律行为。实践中,信息处理者往往是欺诈方,信息主体是受欺诈方。^①由于信息处理者的欺诈是导致信息主体行为意思要素与表示行为要素不一致的原因,信息处理者没有合理信赖保护之需求,信息主体的行为意思要素应优先受到保护。同时,信息主体也可直接依据《民法典》第148条请求法院撤销受欺诈的准法律行为。

三、客观构造要素的确定

如上所述,公平原则、公序良俗原则和必要原则为“合同所必需”客观构造的要素,事实必要、利益必要、价值必要作为必要原则的第二要素,从不同层次、不同角度对公平原则要素与公序良俗要素进行诠释,从而形成“合同所必需”客观构造的要素体系。

(一) 公平原则要素、公序良俗原则要素与必要原则要素的确定

与“合同所必需”主观构造旨在调整信息主体与信息处理者对外在个人信息处理上表示的主观意志不同,“合同所必需”客观构造旨在确定上述要素对主观构造的规范与限制。学界目前对公平原则要素、公序良俗原则要素的内涵与外延大致已形成统一观点,故必要原则要素对主观构造要素的规范与限制当成为分析重点。

1. 应在合同目的中嵌入个人信息处理行为的必要原则要素。在既有司法实践中,合同一方面被解释为合同基本功能服务,^②另一方面被解释为合同利益^③。前者忽略合同的辅助功能服务,从而限缩合同的功能范畴;后者由于合同主体所求之利益并不当然构成合同客体,合同利益存在过度扩大解释合同的问题。相比之下,通过目的解释合同更为妥适。一方面,合同目的在理论上有所支撑。合同目的使作为外在规范的客观事实、利益需求、社会价值判断,经由合同目的这一接口,得以引入合同内部,^④并通过法律规范的形式规制合同主体的主观意志及其个人信息处理行为。另一方面,合同目的在制度上已形成配套。与欧盟在《关于在向数据主体提供在线服务时依据GDPR第6(1)(b)条规定处理个人数据》解释指南中明确规定以合同目的规制合同中的个人

^① 丁利、任厚朴:《数字经济视角下个人数据使用的风险问题》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2023年第9期,第83—93页。

^② 广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终3937号民事判决书。

^③ 杭州互联网法院(2021)浙0192民初8058号民事判决书。

^④ 单锋:《论“合同目的”的规范效应》,《南京师大学报(社会科学版)》2017年第4期,第53—60页。

信息处理行为不同,^①我国个人信息保护立法虽未明确规定“合同所必需”个人信息处理行为必须符合合同目的,但合同目的已在我国民事司法中发挥着重要的解释作用。《民法典》第142条、第511条也明确规定了合同目的在合同解释中的规范作用,这为通过合同目的规制信息主体、信息处理者在订立、履行合同过程中的准法律行为提供了制度支撑。

2.应在订立、履行合同中确定个人信息处理行为与合同目的的必要关系。在既有司法实践中,必要原则要素主要以必要关系呈现。正如上文所述,必要关系先是被解读为“订立、履行合同中个人信息处理行为与合同基本功能服务直接相关”,^②后是被解读为“订立、履行合同中个人信息处理行为有利于合同利益的实现”,^③面对司法实践的适用困局,学理上先后从合理相关说、^④兼容性说、^⑤间接相关说^⑥等角度对如何确定处理行为与合同目的之间的必要关系展开论述。相比之下,合理相关说仅注重对个人信息处理行为的评判,兼容性说未考虑兼容于合同的个人信息处理行为不一定与合同目的相关,间接相关说认为在相关性范畴内可将必要关系从直接相关扩张至间接相关,除了直接相关外,借助中间媒介与合同目的产生关联的合同个人信息处理行为也具有必要性,其学说具有合理性。依据此说,在确定必要原则要素时,应考虑中间媒介与合同目的的必要关系。

当然,由于中间媒介的广泛性与多样性,可能促使大量订立、履行合同个人信息处理行为与合同目的产生关联,存在过度扩大解释必要关系的风险。为此,公平原则要素和公序良俗原则要素有必要介入。一是应当确定与合同目的间接相关的订立、履行合同个人信息处理行为符合公平原则,保障作为合同主体双方的信息主体与信息处理者具有畅通的认知与表达路径,也同时保障双方之间的给付不失衡。二是应当确定与合同目的间接相关的订立、履行合同个人信息处理行为符合公序良俗原则,不损害第三人利益、社会公共利益和一般道德观念。

(二) 事实必要要素、利益必要要素与价值必要要素的确定

在“合同所必需”客观构造要素体系中,必要原则要素居于主位,公平原则要素和公序良俗原则要素居于次位。前者释明处理行为与合同目的的直接相关与间接相关,后者对处理行为与合同目的的间接相关进行合理限制。如何根据必要原则要素确定处理行为与合同目的之间的必要关系,仍需细化。

1.事实必要要素的确定。事实必要具体表现为事实相关,主要关注订立、履行合同个人信息处理行为与合同目的是否直接相关。此项要素要求订立、履行合同个人信息处理行为是合同目的的必要条件。若订立、履行合同个人信息处理行为的缺位使得合同在事实上不能履行,信息处理者无法提供合同给付,以致合同目的无法实现,则该订立、履行合同个人信息处理行为与合同目的的直接相关。上述事实必要要素的确定多与信息处理类型、方式相关。从处理类型上看,以导航

① EDPB, Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6 (1) (b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Version 2.0, 2019, p.13.

② 广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终3937号民事判决书。

③ 杭州互联网法院(2021)浙0192民初8058号民事判决书。

④ 张新宝、葛鑫:《个人信息保护法(专家建议稿)及立法理由书》,北京:中国人民大学出版社,2021年,第38页。

⑤ 谢琳:《大数据时代个人信息使用的合法利益豁免》,《政法论坛》2019年第1期,第74—84页。

⑥ 蔡培如、王锡锌:《论个人信息保护中的人格保护与经济激励机制》,《比较法研究》2020年第1期,第106—119页。

服务合同为例，若不处理用户的位置信息，导航类APP则无法提供导航服务，致使APP依托的服务合同在事实上无法履行，无法实现自身合同目的，由此位置信息与导航服务合同目的直接相关。^①从处理方式上看，以酒店服务合同为例，若携程网等同类企业不收集、使用用户姓名、手机及身份信息则无法为用户办理酒店预订服务，酒店服务合同陷入事实履行不能，无法实现自身合同目的。故而，在此情形下收集、使用用户信息的行为与酒店服务合同目的直接相关。^②但上述司法经验尚未上升为一般性的规则指引，有待相关司法解释予以吸收。

2. 利益必要要素的确定。利益必要具体表现为利益比例，当确定订立、履行合同个人信息处理行为与合同目的间接相关时，需进一步根据合同主体间的利益比例判断二者的间接相关是否具有合理性。如上文所述，在确定间接相关的合理性时，公平原则要素和公序良俗原则要素有必要介入。在公平原则要素领域，程序公平要素要求订立、履行合同个人信息处理行为不能侵害合同当事人积极参与缔约过程的程序利益，并可依据《民法典》第496条获得救济；实质公平要素要求订立、履行合同个人信息处理行为不能使合同当事人给付显失公平，双方的给付与对待给付应具等值性，并在《民法典》第151条、第533条规定了相应救济途径。在公序良俗原则要素领域，公共秩序要素与善良风俗要素均要求订立、履行合同个人信息处理行为不得损害第三人及社会公众的合法利益，也在《民法典》第8条、第153条规定了相应的救济方式。

此外，由于利益必要要素主要涉及信息主体利益、合同主体利益、第三人及社会公众利益，不同利益之间难免存在冲突，为有序化解冲突，需按照利益位阶、数量、损益比依次进行具体评估，以便于司法实践中利益衡量机制的建立。首先，当信息处理者、第三人、社会公众利益位阶高于信息主体利益位阶时，应优先保护信息处理者、第三人、社会公众的利益，赋予与合同目的间接相关的订立、履行合同个人信息处理行为合理性。其次，当信息主体、信息处理者、第三人之间利益位阶相同时，^③则在信息处理者、第三人利益数量多于信息主体利益个数时，侧重保障信息处理者以及第三人的利益，赋予与合同目的间接相关的订立、履行合同个人信息处理行为合理性。最后，当信息主体、信息处理者、第三人的利益位阶、数量皆相同时，则在信息处理者、第三人追求的利益大于其对信息主体产生的损害时，应初步赋予与合同目的间接相关的订立、履行合同个人信息处理行为一定合理性。

3. 价值必要要素的确定。价值必要具体表现为价值正当，当确定与合同目的间接相关的订立、履行合同个人信息处理行为是否具有合理性时，还需考量该处理行为是否契合公平原则、公序良俗原则在价值层面的要素要求，以免为追求信息红利而忽视信息实践中最基本的公平正义。一是要符合公平原则要素领域的程序公平要素和实质公平要素。程序公平要素维护合同当事人在缔约过程中充分表达主观意志的程序性权利。按照《民法典》第496条规定，若信息处理者未履行提示或说明义务，致使信息主体没有注意或理解与其有重大利害关系的条款时，信息主体可主张该合同个人信息处理行为不应成为合同的内容。实质公平要素意在避免合同当事人间的权利义务显

① “关于侵害用户权益行为的APP（SDK）通报”（2024年第1批，总36批），第6项，高德地图APP，中国工业和信息化部，2024年1月22日，https://www.miit.gov.cn/xwdt/gxdt/sjdt/2024/art_b3afc980652648b966954af57f80b4a4.html，最后访问时间，2024年1月24日。

② 浙江省绍兴市中级人民法院（2021）浙06民终3129号民事判决书。

③ 当与合同目的间接相关的合同个人信息处理行为涉及社会公共利益时，其利益位阶总是高于信息主体、信息处理者、第三人的利益位阶，可优先受到保护，无需再进入下一步的利益数量判断。

著不平等。按照《民法典》第151条、第533条规定,若存在前述情形,且构成显失公平、情势变更的情形,经合同当事人请求,法院可变更或者解除合同。二是要符合公序良俗原则要素领域的公共秩序要素和善良风俗要素。公共秩序要素要求该行为不扰乱社会一般经济秩序,不过度加重作为消费者、劳动者等弱势群体的信息给付义务。善良风俗要素要求该行为不违反人们在日常生活中形成的道德要求。此外,按照《民法典》第8条、第153条规定,订立、履行合同个人信息处理行为不得背离社会主义核心价值观,其意也在于保护社会公平正义。

无论是公平原则要素、公序良俗原则要素与必要原则要素的确定,还是事实必要要素、利益必要要素与价值必要要素的确定,均存在适用位阶,仅在前要素无法衡量时方能顺位进入下一要素,以此确保法院在判断订立、履行合同个人信息处理行为与合同目的之间是否存在必要关系时,能够优先适用法律已有明文规定、解释空间较小、自由裁量权较弱的要素,再援引解释空间更大、自由裁量权较强的要素,而不能自始就援用后者。

余 论

“合同所必需”所指涉的个人信息处理行为作为一种准法律行为,内含主客观二元构造,“要素-效果”的新型评价范式为“合同所必需”主客观二元构造提供了可行的分析框架。在此框架下,“合同所必需”的主观构造要素可由主观意志、行为意思和表示行为构成,其中主观意志作为第一要素,由行为意思和表示行为这两个第二要素构成;“合同所必需”的客观构造要素可由公平原则、公序良俗原则以及必要原则构成,其中,必要原则是确定其客观构造要素的主位要素,公平原则、公序良俗原则为次位要素。为进一步确定个人信息处理行为与合同目的之间是否存在必要关系,引入了事实必要要素、利益必要要素以及价值必要要素对其加以衡量。正因主客观二元构造及其要素分析框架的提出,“合同所必需”规则的解釋空间被适度扩大,不因限缩解释而导致“合同所必需”个人信息处理行为的窄化,也不因扩大解释而导致“合同所必需”个人信息处理行为的泛化,在保守主义与激进主义间开示出一条中间道路。

但是,我们也意识到上述分析框架仍存一定局限,特殊情形下“合同所必需”个人信息处理行为有可能会改变或突破原有分析框架,从而生成“合同所必需”的特殊规则。例如,针对劳动领域“合同所必需”个人信息处理行为时,我国《个人信息保护法》将“集体合同实施人力资源管理所必需”^①规定为一类特殊“合同所必需”规则,将其单独置于一般“合同所必需”规则之后。可以预见,随着信息技术及实践的不断发 展,其他特殊“合同所必需”规则也将随之而出。为此,《个人信息保护法》应在“集体合同实施人力资源管理所必需”后添置“等”,从完全列举转变为不完全列举“合同所必需”的特殊情形,从而为信息技术发展提供上升空间,使“中国式”的本土性、内生性与“时代化”的变动性、持久性得以在“合同所必需”规则建构中交汇,焕发出“合同所必需”处理事由的强大生命力。

[责任编辑 周联合]

① 《个人信息保护法》第13条第1款第2项规定:“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”。其中,“按照依法制定的劳动规章制度”本质为直接依据法律规定赋权个人信息处理行为,并非是合同自治与公法干预的结合,不应归属“合同所必需”处理事由调整,而应归属《个人信息保护法》第13条第1款第3项“法定职责、法定义务”调整,且构成“法定职责、法定义务”的一种特殊情形。因此,本文对其不予探讨。