

## 个人信息对价化交易的定性和法律适用

杨 芳\*

---

**内容提要：**个人信息主体以同意个人信息处理换取特定服务，可称为个人信息对价化交易。当事人可自由选择将这一交易类型构造为双务合同，将同意构造为对待给付，法律上并无任何理由限缩其意思自治的空间并挫败这种交易安排，民法上的人格权益优先和人身债务不得强制执行、个人信息保护法上的任意撤回权和捆绑禁止规则均不构成制度障碍。个人信息对价化交易在法律性质上可归入个人信息许可使用合同。应当引入《民法典》格式条款内容控制制度，突破核心给付义务不受审查的原则，依据是否违反个人信息保护法基本原则与是否不当限制信息主体合同核心权利、加重合同核心义务两项标准，审查作为同意之原因行为的合同条款，以防止个人信息保护法知情同意规则被架空以及合同履行之必需场景被不当扩充。应当以双务合同中的交换关系为核心，同时兼顾个人信息保护法价值取向，配置特殊的履行障碍规则以平衡两造当事人之利益关系：个人信息主体违反同意之义务的，合同相对人并无履行请求权、同时履行抗辩权、损害赔偿请求权和违约金请求权，享有基于对待给付牵连性的合同解除权；信息处理者违反服务提供义务的，信息主体并无减价权，解除权发生条件可放宽至非根本违约情形。

**关键词：**个人信息对价化交易 对待给付 捆绑禁止 格式条款内容控制 解除权

---

### 一、提出问题

个人信息主体以同意或者允诺未来同意处理其个人信息，换取本应付费的服务或者产品，是数字经济时代下极为常见的全球通行的商业样态。许多服务看似免费或者打折——只要用户在订立合同时同意个人信息处理，在经济学层面上，个人信息在此处于类似金钱的“对价”的地位。

\* 杨芳，海南大学法学院教授。

本文为国家社会科学基金一般项目“企业间数据竞争法律问题研究”（20BFX121）的研究成果。

然而，法律上如何认识这种交易之本质、承载着特殊规范目的的个人信息保护法规对于交易性质之识别有何种实质影响、个人信息主体和提供服务之信息处理者之间属于何种法律关系、这种关系应当适用何种具体法律规则，上述问题在实证法上皆未臻明确，学说仍有争议。而交易规则不仅攸关交易之稳定性，关系到多方参与的数字经济的顺利展开，更直接影响个人信息权益之保护，兹事体大，不可轻忽。

在“个人信息概念泛化”与“万物皆可电子化”的时代，许多商业模式都和个人信息相关，都不同程度上依赖于对个人信息的处理。服务提供商有时是根据《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）第13条第1款第2项之“订立或履行合同之必需”这一合法事由，为了信息主体之合同利益而处理其个人信息，亦即，个人信息处理是信息处理者合同中特定给付得以提出和完成之技术上的必要条件，信息处理者处理个人信息之目的仅在于辅助己方之主给付或者从给付义务。例如在线交易中的地址信息和账户信息、导航服务中的位置信息。而本文所称的个人信息对价化与此完全不同。首先，处理目的和处理者所负担之给付义务无关，信息处理并非给付义务之技术前提，并非为了信息主体的合同履行利益之实现。在此，个人信息处理者收集个人信息正是为了自身利益而利用信息本身独立的价值。比如，为了优化搜索引擎搜索结果的相关性、〔1〕精确导航结果、〔2〕精准广告投放、〔3〕改善产品性能、〔4〕创设训练模型和算法系统、〔5〕校准算法模型〔6〕等。其次，个人信息对价化交易中的信息处理合法事由只能是《个保法》第13条第1款第1项之信息主体同意（下文详述）。最后，同意个人信息处理之允诺往往对应了特定的服务，构成对特定服务的“支付”或者“购买”手段。而用户数据远比作为价款的金钱重要，前者具有远超出当前服务对应价格的潜在价值，信息的个人关联性越强，越能揭示个人偏好，可利用的可能性则越多。因此，尤其在价款数额较小的交易场景中，服务提供者往往倾向于“放弃索要”金钱，选择获得处理个人信息的机会。

个人信息处理之同意在法律性质上属于处分行为，〔7〕处分行为需标的明确特定，并无针对尚未产生之标的的处分行为，同理，若个人信息并未生成，个人信息处理之同意则无法事先作出，在概念上并不存在针对未来个人信息的一揽子处理同意，持续产生之个人信息需配套持续的同意。从而，在合同关系存续期间，个人信息主体往往需要持续作出同意。合同关系据此始终笼罩在《个保法》中同意特殊生效要件等严格规则的影响之下。《个保法》的价值判断和特别规范

〔1〕 参见《百度隐私政策》第1条第3项，载 <https://privacy.baidu.com/policy>，最后访问时间：2024年3月17日。

〔2〕 参见高德开放平台发布的《Android地图SDK》，在《开发指南—出行路线规划》部分“第三步，设置搜索参数”要求用户设置搜索条件，其中包括路径的起点终点、出发时间、规划的时间间隔等数据，才能够使用“未来出行规划服务”，载 <https://lbs.amap.com/api/android-sdk/guide/route-plan/etd>，最后访问时间：2024年3月17日。

〔3〕 参见《淘宝网隐私政策》第2条第2项3款，载 [https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit\\_bu1\\_taobao/suit\\_bu1\\_taobao201703241622\\_61002.html](https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/suit_bu1_taobao/suit_bu1_taobao201703241622_61002.html)，最后访问时间：2024年3月17日。

〔4〕 参见《百度隐私政策总则》第1条第5、6项，载 <https://privacy.baidu.com/policy>，最后访问时间：2024年3月17日。

〔5〕 参见IT之家：《谷歌更新隐私政策规定，可使用互联网上的公开信息训练AI模型》，载 <https://www.ithome.com/0/703/713.htm>，最后访问时间：2024年3月17日；中国支付清算协会金融大数据应用研究组：《大数据在金融领域的典型应用研究》，载 <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/ztbg/201804/P020180327605403296958.pdf>，最后访问时间：2024年3月17日。

〔6〕 参见《北京协和医院患者版隐私政策》第二部分第1条第（三）项，载 <https://xhknowledgebase.oss-cn-beijing.aliyuncs.com/173/privacyPolicy.html>，最后访问时间：2024年3月17日。

〔7〕 具体论证详见杨芳：《合同关系中个人信息处理同意撤回权的限制与展开》，载《法学》2023年第12期。

得以渗入合同关系。个人信息对价化交易的定性和法律适用问题争议遂生。

德国学说在这一问题上的主要争议焦点是，这种交换关系下的个人信息处理之同意能否被构造为双务合同的对待给付，是否存在债法和个人信息保护法层面上不可逾越的障碍。否定说理由如下：同意乃专属性人身债务，和人格尊严密切相关，不可强制执行；〔8〕同意需在完全排除所有类型的强制之下自愿作出才有效，方可正当化信息处理行为，若个人信息主体为了履行合同之义务“不得已”地作出同意，这一同意则属于非自愿；〔9〕个人信息主体得随时不问理由地毫无消极后果地撤回其同意，同意之允诺对于信息主体自始不具有拘束力。〔10〕肯定说认为上述的桎梏不足以否定同意得以构成对待给付。〔11〕国内学说上对于个人信息对价化的定性和合同法规则适用研究较少。在法律关系定性上，最具代表性的是有偿、单务劳务合同关系说〔12〕和双务合同说。〔13〕主要分歧仍在于如何理解任意撤回权和同意的不可强制性对于合同关系的影响。

实证法的模糊立场无法终结理论争议。欧盟地区对于个人信息对价化交易早有立法。欧盟2015年提出的《关于提供数字内容合同若干方面的指令（建议稿）》〔以下简称《数字内容指令（建议稿）》〕〔14〕第3条第1款曾把这种交换关系下的个人信息置于和金钱同一法律地位，且称为“对价”（Gegenleistung）。这一描述引起了欧洲数据保护委员会的严重关切和不满，认为应不惜一切代价避免使用“对价”一词，因为个人信息权益属于基本权，不当被视为商品。该批评意见甚至将个人信息对价化和器官交易相提并论：如同器官买卖那样，虽然总是有人愿意付钱，但是立法者不应使这种需求和做法合法化。〔15〕2019年最终出台的《数字内容指令》部分接受了上述批评，第3条第1款修改措辞放弃了“对价”的提法，且在立法理由书第24条第3句明确澄清个人信息不应被视为商品。但是，需特别指出的是，措辞修改仅仅是为了避免触及监管者在个人信息保护上的敏感神经的象征性举措，并非法律构造上的实质性转变。〔16〕《数字内容指令》并未明确将个人信息对价化交易排除出双务合同范畴，其中的具体规范和双务合同的构造也并无明显冲突。2022年1月1日生效的《德国民法典》第327条至第327u条将《数字内容指令》转化为国内法，回答了个人信息权利对于合同关系的影响以及履行障碍规则等一系列核心问题，一定程度上消解了规则模糊对于交易稳定性的不利影响，但也遗留了许多未尽事宜。〔17〕值得注意的是，德国立法者遵照《数字内容指令》的立场，并未将交换服务之个人信息的法律地位描述为

〔8〕 Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld-und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (76).

〔9〕 Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB Vorbemerkung Vor § 327, Rn. 16.

〔10〕 Vgl. Stefan Korch, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, ZEuP 2021, 792 (801).

〔11〕 Vgl. Marcel Lerch / Lukas Tuschhoff, Zahlungsmittel Daten Der Datenvertrag im allgemein (er) en Schuldrecht, RDJ 2023, 11 (13).

〔12〕 参见武腾：《个人信息积极利用的类型区分与合同构造》，载《法学》2023年第6期。

〔13〕 参见郑观：《个人信息对价化及其基本制度构建》，载《中外法学》2019年第2期。

〔14〕 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9. 12. 2015, COM (2015) 634 final.

〔15〕 Vgl. European Data Protection Supervisor, Stellungnahme 4/2017 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 14. 3. 2017, Rn. 14.

〔16〕 Vgl. Dirk Staudenmayer, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht-Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497.

〔17〕 MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB Vorbemerkung Vor § 327, Rn. 1-2.

“对待给付”（Gegenleistung）。其立法理由书也特别说明：“交出个人信息或者交出个人信息的允诺在债法上如何定位，是否涉及对待给付或者存在对待牵连法律关系，这都不重要。”<sup>〔18〕</sup> 这种说法显然有回避问题之嫌。概念和性质是思考和推演的起点，也是判断规则正当与否的重要依据，放弃对概念和定性的追问无异于否定法学的科学性，使法学理论沦为在不求甚解中提供片段化解决方案的权宜之计。双务合同和单务合同性质迥异，合同当事人利益平衡状态大有不同，个人信息对价化交易是否属于双务合同，同意是否可被构造为对待给付，关涉具体规则的配置，是极为重要的理论问题。或许正因如此，《德国民法典》上述条款出台后，德国理论界对于个人信息对价化的定性仍争论不休，对既有规则仍存在不同的解释。

数字经济的核心正是多方参与、多种方式、多重步骤和多元场景下的个人信息处理。个人信息对价化交易恰属于最前端的信息收集阶段，最前端的规则配置必然攸关数字经济之整体。本文旨在为个人信息对价化交易提供科学合理的法律规则，聚焦如下三个问题，以期推进当前理论研究，助力数字经济底层规则设计。第一，个人信息对价化交易类型在法律上可否构造为双务合同？属于何种类型之合同？个人信息处理之同意能否归入双务合同对待给付之范畴？如何理解并破除债法和《个保法》层面上所谓的制度障碍？当前尚无针对上述问题的体系化研究。第二，个人信息对价化交易在私法自治上是否存在边界，边界何在？法律上应配套何种制度予以应对？格式条款内容控制制度如何具体展开？当前研究并未触及这些问题。第三，在履行障碍规则设计上，个人信息换取服务和金钱换取服务交易有何实质性差异？个人信息保护法的规则对于合同关系存在何种影响？当前研究多着墨于比较法立场，较少涉及《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）具体规则的适用问题；且未见以个人信息和金钱两种“支付工具”之实质差异为逻辑起点构建履行障碍规则的研究成果。

## 二、个人信息处理之同意：双务合同之对待给付

在市民社会中，私人得享有自治之自由，若行为不害他人，不违背私法自治之最低限度，自损或增益，法律毫无置喙之理由。在个人信息对价化交易中，个人信息主体向私主体信息处理者作出允诺，以己之个人信息换取他人的有偿服务，本就属于个人信息主体私法自治和自我约束之范畴，从允许处理个人信息中获利和阻止他人未经同意处理其个人信息皆是个人信息自决权之体现。亦即，个人信息主体具有在合同关系中负担同意他人处理其个人信息的合同自由，这在法律上本来毫无疑义。

然而，个人信息这一交易客体不同于金钱，且自个人信息保护规则演变为全球立法标配以来，个人信息被形塑成位阶极高的和人格尊严密切相关的保护对象，任何个人信息，包括隐私信息、敏感信息和琐碎的一般信息，都承载着个人信息权益这一人格利益，个人信息主体被赋予了极为强大的个人信息控制权以对抗在法律上具有原罪的、非具法定合法事由即违法的信息处理行为。而控制权之核心即在于知情同意规则。各国的个人信息保护法皆以此为基础为个人信息主体

〔18〕 RegE BT-Drs. 19/27653, 39. 44.

提供了贯穿信息处理行为全流程的保护，设计了一系列规则以确保知情同意规则有效运行。在这一观念和立法政策影响之下，信息主体在个人信息对价化交易中负担同意信息处理之合同义务，为了履行合同义务需“不得已”地交出与其人格密切相关的个人信息，容忍他人的信息处理行为，这似乎存在不可摆脱的道德困境和不可逾越的制度障碍。学说上也据此否定个人信息处理同意得构成双务合同对待给付义务的可能性，转求其他解释方案：要么将其视为合同之停止条件，<sup>[19]</sup> 要么归入不真正义务之范畴，<sup>[20]</sup> 要么定位为附义务之赠与中的义务，<sup>[21]</sup> 另有观点从不当得利法角度解释个人信息对价化中的合同关系，认为既然合同关系中无法导出同意之义务，那么约定未来作出同意的合同在法教义学上最重要的功能即在于为同意创设一种不当得利法上的合理基础，以及为接下来对个人信息处理的容忍提供正当化基础。<sup>[22]</sup> 在私法领域中，以保护之名而限缩私主体自治之空间的制度安排极为罕见，那么为了保护信息主体，是否真的需要排除其承担双务合同中同意个人信息处理这一对待给付义务的可能性，所谓的价值和制度上的障碍是否仅是毫无必要的幻象，下文甄别。

#### （一）同意：个人信息对价化中信息处理之合法事由

个人信息保护规范体系对于个人信息处理事由皆采取封闭列举的立法模式。欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR）第6条第1款列举了包括同意和合同履行之必要等6项合法事由，我国《个保法》在第13条第1款明确规定了7项法定处理事由。首先需要明晰的是，个人信息对价化交易中个人信息处理合法事由是同意，抑或履行合同之必要？若是后者，则个人信息处理无需仰赖于信息主体之明确同意，信息主体无需在订立合同之外另行作出《个保法》上之同意以正当化合同相对人之信息处理，自然无需讨论同意是否属于双务合同之对待给付义务。

同意和履行合同之必要得以成为个人信息处理合法事由，其正当性皆源自信息主体之意愿和自决。前者是明示之意思表示（《个保法》第14条第1款）；后者是默示或者可推断之意思表示，信息主体以自愿加入合同关系之行为表明允许合同相对人出于履行合同之目的而处理其个人信息，只有当若非处理个人信息，信息处理者之给付义务将遭遇困难与障碍时，系争个人信息处理行为才因服务于信息主体所追求之履行利益，合乎信息主体之意愿。因此，应当依据上述规范目的严格解释合同履行之必要情形，将和信息主体可推知的合同利益无关之情形排除在外。此外，《个保法》就同意规定了一系列的严格的特殊条款，若对合同履行之必要采宽泛解释立场，把所有合同载明的情形都纳入其中，那么信息处理者就会将处理行为之合法事由建立在其单方决定的合同依据之上，同意这一合法事由及其特殊规制就会被架空。<sup>[23]</sup>

[19] Vgl. Klink-Straub, Do ut des data-Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht, NJW 2021, 3217 (3219).

[20] Vgl. Stefan Korch, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, ZEuP 2021, 792 (801).

[21] Vgl. Tabea Bauermeister, Die „Bezahlung“ mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte, AcP 222 (2022), 372 (392).

[22] Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld- und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (70).

[23] Vgl. Wendehorst/Graf v. Westphalen, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745 (3746).

个人信息处理和合同目的之间必须具有一种直接的本质的联系，个人信息处理才可能属于合同履行之必要，且该合同目的必须被限制在极为核心的范围内。<sup>[24]</sup>从合同给付义务的角度而言，直接的本质的联系或许可以逻辑周延地划分为个人信息处理本身即是信息处理者的合同主给付义务，以及个人信息处理本身构成信息处理者合同主给付义务之辅助两种类型。前者通常发生在根据原始个人信息生成衍生数据的场景，例如信用信息之于资信报告之生成、身份信息之于尽调报告之生成、历年考试成绩之于未来考试排名之预测。后者例如密码和用户名之于系统登录、被保险人健康状况之于保险费之测算、用户通常通话时长之于移动通信套餐之推荐、IP地址之于付费数据库之登录。亦即，信息处理要么和处理者合同义务合一，要么是处理者合同义务之技术辅助，否则个人信息处理并非履行合同之必要。

个人信息对价化交易中，主动交出或者被动容忍信息处理以换取之服务往往和系争个人信息处理无关，信息处理既非服务本身，也非特定服务之辅助，个人信息在此不过扮演了类似于价款支付的交换地位。在此，信息处理和处理器负担之合同义务之关系不属于上述任何一种类型，个人信息处理合法事由并非履行合同之必要，只能是同意。合同相对人若要依据合同之约定获得处理个人信息的机会，并确保自己从事的并不是“亏本的买卖”，首先必须在法律上将己之服务允诺和信息主体之同意构造为双务合同下的牵连关系，亦即，同意必须能够被约定为个人信息对价化交易中的对待给付义务。

## （二）民法上之制度障碍及其破除

在民法既有制度框架下，同意作为对待给付义务可能具有两个障碍：一是价值层面上的个人信息权益优先论；二是债法具体规则层面上的同意不可强制执行论。

### 1. 个人信息权益优先论之破除：个人信息许可使用合同

有观点认为，信息主体在其个人信息之上所享有的个人信息权益具有人格属性，信息处理之同意与否恰是颇具人格权意义的自我决定，而相较于处理器之经济利益，人格属性优先，个人信息主体因此在法律上不承担作出同意之义务。<sup>[25]</sup>然而，这一似是而非的论断不过是仅具口号性质的观念言说罢了，不具法律推理功能。

在个人信息对价化交易中，个人信息主体需持续性或者一时性地就信息处理作出同意以换取相对人持续性或者一时性的服务。这一过程中，个人信息主体并未让渡任何权利，并未“出卖”个人信息，也并没有为服务商创设一种具有排他性的法律地位，允许他人处理其个人信息和买卖合同中移转特定价款的所有权完全不同。信息主体不过是赋予处理器一种在其个人信息这一无体物之上的有期限的使用权，在合同类型上属于许可使用合同。<sup>[26]</sup>而包括姓名和肖像等人格标志的许可使用合同已被《民法典》第993条、第1012条、第1018条所肯认，姓名和肖像与人格尊严关系之密切程度显然大于个人信息对价化交易中的琐碎信息，举重以明轻，其他个人信息之上

[24] Vgl. Benedikt Buchner/Thomas Petri/Jürgen Kühling, Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar, 3. Aufl., 2020, § 6 Rn. 39 - 40.

[25] Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld-und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (60).

[26] Vgl. Axel Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817 (837).

当然可成立个人信息许可使用合同关系。而正如肖像权人在肖像许可使用合同这一双务合同中负担同意并容忍他人依约使用其肖像的对待给付义务一样，个人信息对价化交易中信息主体也应负担同意信息处理之义务，二者在法律构造上不应存在差异。

## 2. 同意不可强制执行论之破除：债务存在和债务可执行性之二分

有观点认为同意具有高度的人格属性，不可被强制执行，从而不可能被归入合同义务。<sup>[27]</sup>这一主张显然混淆了债务之存在和债务强制执行之可能性两个完全不同层面的问题。第一，义务之存在和义务之履行分属不同领域，前者属于负担行为，后者可能属于处分行为。负担同意义务之合同属于负担行为，同意则属于现实地将信息处理行为正当化的处分行为，不可由处分行为不可被强制执行倒推出负担行为之不存在，否则就犯了倒因为果的逻辑错误。第二，义务存在之意义并不在于必然能够被现实地强制执行。单务合同之义务体现了对于加利允诺的自我约束，双务合同之义务则体现了双方给付义务之交换关系，即便该义务因具有高度人身属性而不可被强制执行，双务合同对造当事人仍有其他如解除合同、损害赔偿请求权、同时履行抗辩权等纠正交换关系之失衡的救济手段。亦即，在履行障碍规则上，债务陷入履行不能的，债权人履行请求权消灭，其他救济权发生。第三，个人信息处理之同意义务在法律性质上属于行为债务，民法体系中从未否定行为债务之存在，自然也无理由否定同意得作为双务合同之对待给付义务。同意之义务在法律构造上和其他行为债务不应存在差异。

### （三）《个保法》上之制度障碍及其破除

同意能否构造为双务合同之对待给付义务，法律上最大的障碍实际上来自《个保法》的两项特殊规则：任意撤回权和禁止捆绑原则。

#### 1. 任意撤回权：潜在或行使皆无碍同意之义务

《个保法》第15条第1款规定：“基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意。个人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式。”GDPR第7条第3款也有任意撤回权的类似规定。至少在当前的规范框架内，任意撤回权不得被放弃。<sup>[28]</sup>正如上述，在个人信息对价化交易中，个人信息处理合法事由只能是信息主体之同意，不可能是履行合同之必要或者其他，而该同意始终隐含着“潜在”的撤回之可能，受到任意撤回权之威胁，且已经作出之同意可随时被无条件地撤回，从而信息处理合法依据可被抽离。有观点据此主张，如此不稳定的同意之允诺不可能具有债法的拘束力。<sup>[29]</sup>

实际上，任意撤回权制度并不妨碍同意可被构造为合同义务。这里需要在概念上明确区分负担同意之义务的合同和作为合同履行行为的同意，前者是后者法律上的原因。第一，潜在的撤回可能性不影响同意义务之发生。撤回权行使之前，信息主体始终负担作出同意之义务。<sup>[30]</sup>《民法

[27] Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld-und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (76).

[28] Vgl. Benedikt Buchner/Jürgen Kühling, Datenschutz-Grundverordnung BDSG Kommentar, 3. Aufl., 2020, § 7 Rn. 35.

[29] Vgl. Stefan Korch, Vertragsrecht in der Datenökonomie Datenprivatrecht zwischen europäischem Datenschutz und technischer Realität, ZEuP 2021, 792 (802).

[30] Vgl. Andreas Scheibenpflug, Personenbezogene Daten als Gegenleistung, 2022, S. 254.

典》中也有类似的单方即可终止合同的“不稳定的合同关系”，例如第658条第1款赠与合同中赠与人之任意撤销权、第787条承揽合同之定作人任意解除权、第829条货运合同托运人之任意解除权、第899条保管合同寄存人之任意解除权、第933条委托合同双方当事人之任意解除权以及第946条物业服务合同业主之任意解除权。上述潜在的直接触及合同效力的任意解除权尚且无法否定合同义务之存在，仅仅针对合同履行层面之同意的撤回权自然也无法否定信息主体依据合同负担同意义务之可能性。第二，向后发生效力之撤回权不影响同意在撤回权行使之前的效力。撤回权并非拒绝同意的自由，而是就已经作出的同意，重新作出一个效果意思旨在中断之前同意的新的意思表示。同意之效力止于撤回权之行使，在后之撤回权不影响同意的在先效力，罔论对合同关系及其合同关系下的同意义务有任何实质影响。第三，撤回权指向的对象是同意，而非个人信息对价化关系中的合同。撤回权之行使影响同意义务之成立，这一观点的逻辑前提在于将撤回权效果意思范围由同意扩及合同，这显然是对信息主体意思表示法效意识和撤回权制度价值的曲解。

## 2. 捆绑禁止原则：仅是同意自愿性非终局判断标准之一

《个保法》第16条规定：“信息处理者不得以个人不同意处理其个人信息或者撤回同意为由，拒绝提供产品或者服务；处理个人信息属于提供产品或者服务所必需的除外。”GDPR第7条第4款也有类似规定，只不过从立法措辞上看，其适用范围仅限于禁止捆绑合同之履行和同意，<sup>[31]</sup>而《个保法》第16条似乎适用于合同缔结与合同履行两个阶段。这一制度被称为“捆绑禁止”（Koppelungsverbot）。双务合同的意义在于以己之允诺交换对方之允诺：若对方不允诺，则吾不交出允诺；若对方不依允诺履行，则吾也不履行。因此，若同意之允诺被构造成双务合同之对待给付义务，则意味着若非个人信息主体允诺作出同意并实际作出同意，作为合同相对人则可不允诺提供服务且不实际提供服务。在合同履行层面，同意和服务互为交换关系，同意是服务提供的“前提”。而这似乎正是捆绑禁止制度所禁止的做法。有学者据此主张，捆绑禁止原则是同意允诺作为对待给付义务的天然的不可逾越的障碍。<sup>[32]</sup>

需从正确把握捆绑禁止原则的制度价值入手，澄清并破除捆绑禁止原则对于同意之对待给付可能性的影响。一种可能的解释路径是扩张解释“处理个人信息属于提供产品或者服务所必需”的情形，按照作为信息处理者的合同相对人的主观意愿，将个人信息对价化交易中的交换关系纳入“必需情形”，从而排除捆绑禁止原则的适用，亦即，既然在个人信息对价化交易中同意个人信息处理之允诺的目的在于购买特定的服务，那么同意对于服务就是必要的。这种解释方案存在如下两个逻辑漏洞：一是如此解释下的“必要情形”范围显然大于作为个人信息处理合法事由之一的“合同履行之必要”中的“必要”，而恰恰没有任何理由足以支撑对于两项规范中的“必要”采取不同的解释路径；二是这无异于对“捆绑禁止”制度釜底抽薪，使其完全失去了适用的可能性。

[31] 有观点认为，本款并非如文意般仅限于合同履行阶段，大多数适用场景也扩及合同缔结阶段。Vgl. ÖOGH Urt. v. 31. 8. 2018-6 Ob 140/18h, BeckRS 2018, 30960 Rn. 4. 2. 2.

[32] Vgl. Barbara Schmitz/Ellen Buschew, (Be-) Zahlen mit Daten Im Spannungsverhältnis zwischen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und Privatautonomie, MMR 2022, 171 (173).

仍需参度比较法上合理的解释方案，深入剖析捆绑禁止原则的规范目的。GDPR 第 7 条第 4 款对于捆绑禁止原则的规定较为清晰，“在判断同意是否自愿作出时，应当最大限度地考虑合同的履行，包括提供服务是否取决于对于合同履行并非必要的个人信息处理的同意”。德国学者大多认为，对于判断同意自愿与否的捆绑禁止原则的解释不能绝对化，仍需在个案中考虑双方关系是否存在足以影响自愿的不均衡性。<sup>[33]</sup> 欧洲议会也持相同主张。<sup>[34]</sup> 本文认为，无论是 GDPR 还是《个保法》中的捆绑禁止原则都没有创设任何强制缔约义务，其意图也不在于在自由竞争的市场上筛选交易类型、挫败个人信息对价化合同关系，<sup>[35]</sup> 而是旨在为判断同意之自愿性提供一种观察路径：第一，若个人信息处理是特定服务技术上之必要前提，则个人信息处理者可依据合同履行之必要这一合法事由处理个人信息；个人信息处理者当然也可以处理非合同必需之个人信息，只要个人信息主体明确同意，信息处理合法事由转而建立在同意之上，否则同意这一合法事由岂非毫无使用空间；第二，相较于居市场支配地位的信息处理者而言，在明显不平衡的个人信息处理关系中处于弱势地位的信息主体在缺乏替代方案的情形下作出的个人信息处理同意，因违反自愿原则而无效；<sup>[36]</sup> 第三，除非有竞争法或者其他法律领域特别价值的介入，除非特定场景下的信息处理者处于排除合同自由的特殊地位，信息处理者具有将服务提供和允许信息处理构造成交换关系的合同自由；第四，信息主体为了履行合同义务而作出的同意，并不会因违反捆绑禁止原则而无效；<sup>[37]</sup> 特别是，在消费者存在着自由决策的可能性，得以自主判定交出个人信息来换取这种服务是否划算，<sup>[38]</sup> 且信息主体已经足够了解“处分”的范围的场景下，实在无法否认同意的自愿性，法律上也就不存在强制保护信息主体的必要。既然为了换取服务而实际作出的同意并不因违反捆绑禁止原则而无效，那么在债法上为了换取服务而负担同意之义务，这种义务更不会因此而无效，亦即，捆绑禁止原则也不足以阻碍同意可被构造为双务合同之对待给付义务。

#### （四）结论

在制度构造上，处理个人信息之同意可以被当事人选择成为双务合同之对待给付义务，民法的既有规则和《个保法》的特殊规范对此并无任何障碍。在个人信息对价化交易中，个人信息之使用关系可构造成为许可使用合同这一双务合同类型，个人信息处理之同意可构成许可使用合同中的对待给付义务。法律上并无理由限缩信息主体和信息处理者私法自治的范围。

当然，并非所有的个人信息在经济层面都具有交换价值和商业价值，并非任何广义的个人信

[33] Vgl. Peter Gola/Dirk Heckmann/Sebastian Schulz, Datenschutz-Grundverordnung-Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2022, § 7 Rn. 23.

[34] Vgl. Ulrich Dammann, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung-Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, ZD 2016, 307 (311).

[35] 欧盟《数字内容指令》出台后，欧盟数据保护委员会（EDSA）仍强烈反对个人信息对价化的商业模式。Vgl. Leitlinien 05/2020 v. 4. 5. 2020, Rn. 26.

[36] Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327q Rn. 5.

[37] Vgl. Maximilian Becker, Eine Materialisierung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots, CR 2021, 230 (231) ; Alexander Bijok, Kommerzialisierung personenbezogener Daten-Das Datenschutzrecht als Maßstab für die rechtliche Anerkennung von Daten als Wirtschaftsgüter, ZfDR 2021, 74 (82 ff. ).

[38] Vgl. OLG Frankfurt a. M., 27. 6. 2019-6 U 6/19, ZD 2019, 507.

息对价化交易中都存在双务合同关系，并非所有的处于“交换”地位的个人信息处理同意都属于双务合同中的对待给付，这首先是意思表示解释和合同解释的问题，是探究当事人是否有受到拘束的意愿的问题。和传统意思表示解释的差异仅仅在于，个人信息对价化往往发生在电子产品交易中，而电子产品交易中双方当事人通常没有私人一对一的接触，因此，解释方法必须标准化经典化，必须合乎交易惯例、符合当事人可推知的意愿和有助于平衡合同两造当事人利益状态。

有时并不存在双务合同关系。商业实践中较为常见的同意 cookie 安装或者其他追踪技术以换取特定的服务就无法解释为双务合同关系。cookie 是一个安装到用户硬盘上的小数据，从而记录用户的浏览行为，画出用户画像，精准推送广告。不允许安装就不能浏览网页是极为常见的现象。如果把这描述为双方之间缔结了合同，那么用户同意被动地提供个人信息就是交换访问网页的对待给付。欧盟《数字内容指令》政府草案采取的是“亲合同立场”，尽可能将个人信息交换服务交易模式解释为合同关系，<sup>[39]</sup> 也曾经为了尽可能全面地保护消费者将上述 cookie 商业模式纳入合同关系中。<sup>[40]</sup> 且不论这种解释方案是否符合消费者和服务提供商可推知的意愿，双方是否真的存在受合同关系拘束的意旨，<sup>[41]</sup> 就法律效果而言，服务提供商将依据合同负担“提供服务的义务”和“系统更新义务”，例如确保用户特定浏览器的兼容性和任何技术变化下都能顺利访问网站。这恐怕远超出网站运营商的预期和成本。如果承认存在合同关系，那么企业经济上的计算就会变化，就会衡量比较个性化广告可能带来的收益和潜在履行请求权和损害赔偿可能带来的威胁。如果风险过大，cookie 可能对企业失去吸引力，这种商业模式也可能逐渐消失。以保护消费者之名将有利于消费者的商业模式涤除出自由市场，岂非善因结出恶果？或许正因如此，最终出台的《数字内容指令》立法理由书第 25 条第 3 句直接将 cookie 这种商业模式排除出了该法的适用范围，从而否认存在双务合同关系。

如下的表达就明显地展现出了个人信息处理同意和服务之间的交换关系。例如，Facebook 的隐私协议：“为了替代付费而使用我们提供的 Facebook 以及其他产品和服务，您通过使用 Facebook 产品承诺同意如下的使用条款：我们被允许向您展示付费广告……我们使用您的个人信息，比如你的活动信息和兴趣信息，以便向你展示和你更为相关的广告。”<sup>[42]</sup> Facebook 在多个隐私文件中强调了其对于用户个人信息的利益：“为了使您的体验个性化……向您和其他人提出建议，例如，加入群组、参与活动、订阅页面或向页面发送信息、观看页面、观看节目以及向您推荐您所希望成为好友的人……这还包括分析我们所掌握的用户数据，了解用户如何使用我们的产品。例如，我们使用您在 Facebook 上与之互动的人的数据，使您在 Instagram 或 Messenger 上更容易与他们联系”。<sup>[43]</sup>

承认个人信息对价化交易中可能存在双务合同关系，并不意味着当前的双务合同规范得以完

[39] Vgl. RegE BT-Drs. 19/27653, 44.

[40] Vgl. Malte Kramme, Vertragsrecht für digitale Produkte-Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Schuldrecht AT, RD 2021, 20, Rn. 12.

[41] 当然，如果双方当事人作出明确表示将 cookie 这种商业模式纳入法律关系以及合同关系之中，那么双方之间即存在合同关系。

[42] 《facebook 服务条款》，载 <https://www.facebook.com/terms.php>，最后访问时间：2024年3月17日。

[43] 《facebook 服务条款》，载 <https://www.facebook.com/terms.php>，最后访问时间：2024年3月17日。

全无条件地适用，在具体的法律规则适用上，仍需根据个人信息这一交易客体的特殊性质和《个保法》的特殊价值定位作出相应的调整。双务合同关系的定性仅在于表达了同意和服务提供之间存在一种法律上的交换关系和牵连关系，履行障碍规则必须以此为前提展开，框定意思自治边界的格式条款内容控制制度也需因审查对象属于主合同义务而必须有所调整。

### 三、个人信息对价化交易中的格式条款规制：内容控制

个人信息对价化的交易条件通常体现为格式条款，作为消费者的个人信息主体对于交易条件往往没有谈判机会和谈判能力，只得“被动接受”。“空有自治之外壳，无自治之实质”，这是个人信息处理领域的共同问题，《个保法》与诸多配套规范性文件、国家标准也旨在纠正这一不均衡状态，以增强个人信息主体之自治能力。确保个人信息主体免于他治是《个保法》和格式条款规制制度的共同目标。为避免流于泛泛而谈，本文仅研究个人信息对价化交易中格式条款规制制度的特殊问题，不赘述《个保法》特殊规则已经涵盖的一般问题，也不涉及格式条款在个人信息交易中全方位的一般性适用。具体可分为：第一，格式条款规制制度之于《个保法》规则的独立价值；第二，格式条款内容控制的对象；第三，格式条款内容控制的具体标准。

#### （一）格式条款规制制度之独立价值

第一，格式条款规制关注合同内容，补充《个保法》规范之缺失。《个保法》中并无涉及合同的任何规范。《个保法》中几乎没有合同法因素，没有为合同缔结、效力和履行创设任何特殊制度，个人信息处理领域的合同法问题从来不在《个保法》规范射程范围。然而，在法律上或者经济上，个人信息处理终究不是无因行为，信息主体总是出于某种目的明确同意或者被动接受信息处理，这一原因往往正是债权债务合同，这一目的也往往是债法合同所载明的某种服务。以知情同意制度为核心的《个保法》规范体系之规范重点在于信息主体是否享有信息自决权以及是否得以控制信息处理行为，例如，同意是否自愿、个人信息处理重要步骤或者变化是否被告知、信息处理者是否自我审查等，并未关注处于前段的或许更为重要的原因行为——合同。合同条款对于个人信息处理合法事由之影响甚巨，可架空《个保法》精心设计的同意这一合法事由及其严格规范，使得信息主体“总是会同意”；也可扩充“合同履行之必要”这一合法事由，使得信息处理“总是出于履行合同之必要”。具体如下：

一方面，《个保法》的逻辑起点在于个人信息处理非透明性和个人信息主体有能力有资格自主决定个人信息之流向。在具体规则上，《个保法》针对同意规定了相较于一般的意思表示更为严格的生效规则和信息处理者的诸多义务，以确保信息主体能够在充分评估个人信息处理之风险和收益的前提下，理性且不受丝毫强制地决定个人信息处理全流程，但是，若信息主体的判断能力被合同相对人单方提供的模糊或者不公平条款所遮蔽，被看似划算的交换所引诱，极其自愿地作出了个人信息处理之同意，这种同意在《个保法》上虽然有效，但恐怕和《个保法》将个人信息处理之话语权交由信息主体之初衷相悖，《个保法》对此并无纠正机制。而这种信息主体因缺乏理性而囿于他人单方面确定交易条件的困境，也不可能经由市场自由竞争而化解。在个人信息处理和个人信息对价化交易领域存在着极为明显的市场失灵（下文详述）。法律对于“同意之原

因”之介入因此极为必要。市场失灵正是格式条款规制制度的正当化基础。<sup>[44]</sup> 依据且修正当前的格式条款体系化的规制制度在一定程度上控制作为“同意之原因”的“公平性”，正是格式条款规制制度在个人信息对价化交易领域的价值所在。

另一方面，“合同履行之必要”可被合同条款中信息处理者义务或者信息主体权利之“无益增加”所釜底抽薪。合同相对人可以在具体的格式条款中隐藏或者明示自己众多微不足道的义务，也可“慷慨”地赋予信息主体众多看似华丽实质并无效用的权利，这些义务和权利并未现实地增加信息主体的利益，不过是为了扩充合同关系的范围，扩充“合同履行之必要”这一合法事由，合同相对人从而得以在更大范围内处理更多的个人信息。如此结果显然并非《个保法》所预设，也非《个保法》所能应对，仍需仰赖格式条款规制制度。

第二，在适用范围上，格式条款规制仍包括作为单方处分行为的个人信息主体之同意。从而，格式条款规制和《个保法》在同意的审查上构成了规范竞合。格式条款系单方预先拟定且提出的未经个别协商的拟重复使用的合同条款（《民法典》第496条）。最为核心的足以正当化格式条款规制制度的判定标准只有“未经个别协商”。<sup>[45]</sup> 因此，格式条款规制之对象不仅包括符合上述标准的作为负担行为的债法上的允诺，还包括格式条款相对人作出的单方行为，只要该行为和系争合同关系或者其特殊法律地位具有极为密切的关系。<sup>[46]</sup> 在个人信息对价化交易中，个人信息主体往往通过一键勾选信息处理者单方提出的“同意声明”来作出同意，这一同意旨在履行同意之允诺，以换取格式条款所载明的服务；《个保法》上的同意合法化了信息处理者后续的个人信息处理行为，因此，同意也应当被纳入格式条款之规范范围。<sup>[47]</sup> 此外，就个人信息权益保护而言，个人信息处理或者个人信息对价化交易往往发生在信息主体日常生活领域，信息主体通常不会花费大量成本“全网比价”，且个人信息的“价格”并不具有明确的市场指引信号，即便穷尽调查，也无从判断同意之作出是否划算，不仅如此，信息主体对信息处理的方式、深度和风险始终无从了解无法评估，从而往往轻易作出同意，因此，该同意即便符合《个保法》严格的生效条件，也难以确保必然不产生个人信息权益侵害风险。格式条款的规制对于同意的生效，增加了有利于信息主体的判断路径，以确保《个保法》的价值得以实现。正如GDPR立法理由书第42条第3句明确规定：“根据理事会第93/13/EWG号指令（编者注：以下简称《不当条款指令》），<sup>[48]</sup> 由控制者预先制定的同意声明……不应包含不公平的条款。”德国司法实践

[44] Vgl. MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB Vorbemerkung § 305 Rn. 6.

[45] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第129页。“为了重复使用”从来并非格式条款的核心要件，仅仅是格式条款事实层面的通常样态，并不具有概念区分价值。并非为了重复使用也实际上并未重复使用的合同条款，只要符合未经个别协商要件，也可以归入格式条款。《德国民法典》第305条第1款关于格式条款的定义中也有“旨在重复使用”要件，但是“旨在单次使用”并非必然不属于格式条款。Vgl. MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 310 Rn. 98. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第9条第2款正确地区分了“旨在”和“实际”重复使用，试图纠正学说和司法实践中把“实际重复使用”作为格式条款判断标准的错误做法。但是，或许出于司法解释只能解释立法的功能限制，该款未能彻底将“旨在重复使用”要求排除出格式合同判断标准之外。参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第128页。

[46] Vgl. MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, BGB § 305 Rn. 9.

[47] Vgl. BGH GRUR 2020, 891 Rn. 43.

[48] 该指令的全称为《欧盟理事会1993年4月5日关于消费者合同不当条款的93/13/EWG号指令》。

也曾判定同意因违反格式条款内容控制而无效。<sup>[49]</sup>

因此，在个人信息权益保护上，从合法处理事由和个人信息处理风险防范角度规制个人信息处理行为的《个保法》，与关注作为原因行为的不公平合同内容以及不公平同意的格式条款规制制度，构成了协同作业的关系，任何一种规范手段的缺乏都会将个人信息主体置于他治的境地。我国目前关于个人信息保护隐私政策具体制定方式和标准的各项规范性文件均只是《个保法》的细化，并未涉及以格式条款方式所呈现的债法义务，因此，依据《民法典》格式条款规制制度全面保护个人信息权益极为必要。

## （二）格式条款内容控制对象

自逻辑而言，格式条款规制可分为订入控制和内容控制：前者解决是否存在合意的问题，后者回答形式合意达成的合同条款是否有效的问题。我国《民法典》虽并未如《德国民法典》第305条以下的诸条款那般结构清晰地区分订入控制和内容控制，但理论上应当作此解释。

《民法典》第496条、第497条和第498条三个条款共同组成了格式条款规制体系。第496条第2款第一句前半句规定了“依照公平原则确定权利义务之义务”，该规范非属完全规范，构成要件不清晰，法律效果未提及，且混淆了是否纳入合同范围的订入控制和即便纳入合同范围后是否有效的内容控制这两个完全不同层面的问题，因此法律适用价值有限。第496条第2款其他部分结合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，以下简称《合同编通则解释》）共同确立了“未就异常条款尽提示和说明义务者，该条款不构成合同内容”这一纯正的订入控制制度。亦即，我国的格式条款订入控制包含提示和说明，这一规范模式和《个保法》第14条、第17条和第24条等众多涉及告知说明义务的规则极为类似，且后者更为详尽严格。因此，关于订入控制之“同意的说明和提示义务”，优先适用《个保法》。

就体系定位而言，第498条的“有利于相对人和非格式条款优先”特殊解释规则应当归入广义的订入控制，意思表示解释是判断合意与否之前置程序：<sup>[50]</sup>若非确定表意内涵，无法确定是否就此作出合意。《个保法》对于同意并无特殊的解释规则，因此，在订入控制之“意思表示解释”层面上，《民法典》第498条构成同意的特殊解释规则。

《民法典》第497条涉及的是内容控制。第1项并非格式条款的特殊问题，个别协商的合同条款有此情形的，仍为无效，因此在制度功能上充其量仅具重复强调的非实质功效；第2项和第3项在法律适用上极具价值，“不合理”“主要权利”等概念仍有解释空间，实际上赋予了裁判者依据合同性质和相关法律规范自由裁量的权力。因此，和个人信息对价化交易中格式条款内容控制直接相关的规范依据是第497条第2项的“不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”以及第3项的“排除对方主要权利”。《个保法》并无相关内容，因此，在内容控制上，单独适用格式条款相关规则以判定同意声明和其他合同条件之公平性。订入控制并非个

[49] Vgl. BGHZ 95, 362=NJW 1986, 46 (47) sub I 5a; OLG Naumburg VuR 1995, 42 (47).

[50] Vgl. BeckOK BGB/H. Schmidt, 68. Ed. 1. 11. 2023, BGB § 305c Rn. 43. 有学者将这一特殊解释规则独立于订入控制，置于订入控制和内容控制之间。参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，载《法学家》2018年第6期。

人信息对价化交易领域特殊问题，下文仅关注内容控制。

必须根据个人信息处理之同意在换取服务中的“对价比例”将个人信息对价化服务划分为如下两种：个人信息处理同意构成部分价格（部分对价型）<sup>[51]</sup>和个人信息处理同意构成全部价格（完全对价型）。<sup>[52]</sup>前者往往发生在同意个人信息处理折抵部分价金的“折扣”场合。而这种“价格调整条款”无论是在欧盟<sup>[53]</sup>还是德国<sup>[54]</sup>的司法实践中向来属于内容控制的范围，主要理由在于消费者往往并不会注意到这种价格调整条款，而且对其复杂性也知之甚少，<sup>[55]</sup>部分对价型个人信息处理合同条款也因此应纳入内容审查，<sup>[56]</sup>且判断标准并无特殊之处。此处不赘述。后者发生在个人信息处理同意完全替代价金支付的场合，在经济上，这种情形下的同意允诺构成了完全的真正的对待给付。“主给付义务不受内容审查”是格式条款规制制度的基本原理，由此，同意之允诺和服务之允诺这一对主给付义务是否受到内容审查，<sup>[57]</sup>值得探究。

一方面，主给付义务不受内容控制之核心正当性在于对市场竞争的信任和尊重。《德国民法典》第307条第3款第1句规定内容控制只针对“偏离或者补充任意性规范的格式条款”。欧盟《不当条款指令》第4条第2款明确指出，对于格式条款不公平性的审查既不涉及合同主给付义务也不涉及价格、报酬与商品、服务之间的合理关系。实证法层面上，一般情形下并没有针对如何确定主给付义务的任意性规范，无从判断系争主给付义务合同条款是否偏离或者补充了任意规范，因此，《德国民法典》的上述规定也应作和指令相同的解释。相较于实证法层面上的理由，主给付义务不受内容审查的核心理由在于：第一，在法律上，主给付义务是最低的合意要求，若无对于主给付义务的一致同意，无从形成合同关系，自然也无进一步的效力判断问题；第二，既然主给付义务是合意的最低要求，合同相对人往往会注意且谨慎决定；第三，更为重要的是，在经济上，主给付义务包括价格及其和服务之间的关系往往由市场竞争形成，不应受到法律的监管，<sup>[58]</sup>尤其是支撑格式条款内容控制的市场失灵预设不会发生在主给付义务上。<sup>[59]</sup>上述三点依据属于不受实证法立场影响的基本原理，我国《民法典》虽并无“格式条款主给付义务不受内

[51] 例如，成为航空公司会员可以享受里程兑换、升舱。参见《中国国际航空凤凰知音常旅客会员手册》，第2页，载 [https://ffp.airchina.com.cn/cms/handbook?type=ORDINARY\\_MEMBER&-language=cn](https://ffp.airchina.com.cn/cms/handbook?type=ORDINARY_MEMBER&-language=cn)，最后访问时间：2023年3月17日。

[52] 例如，大学生交出姓名、电话、电子邮箱和专业等个人信息换取“免费”咖啡。See *No Cash Needed At This Cafe. Students Pay The Tab With Their Personal Data*, available at <https://www.npr.org/sections/thesalt/2018/09/29/643386327/no-cash-needed4-at-this-cafe-students-pay-the-tab-with-their-personal-data>, last visited on Mar. 17, 2024. 再例如，身份证号等敏感信息兑换享受更多服务的大会员资格。参见新浪财经：《让用户卖隐私换会员还共享给第三方？B站道歉：已下线》，载 <http://finance.sina.com.cn/jjxw/2022-03-14/doc-imewiwss5980586.shtml>，最后访问时间：2023年3月17日。

[53] Vgl. EuGH, Urt. v. 30. 4. 2014-Rs. C-26/13 (Kásler) -Rn. 56; Urt. v. 21. 3. 2013-Rs. C-92/11 (RWE) -Rn. 47.

[54] Vgl. BGH NJW 2003, 507 (508); BGH NJW 2009, 2662 Rn. 18.

[55] Vgl. Christoph Brömmelmeyer, Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung? Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife, *Recht und Schaden*, 2017, 225 (231).

[56] 有观点明确认可将部分对价型纳入内容控制范围。Vgl. Axel Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, *AcP* 216 (2016), 817 (841).

[57] 有观点将这种情形下表现为“个人信息价格”的同意之义务和服务之义务排除出内容审查的范围。Vgl. Andreas Sattler, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand-Die Einwilligung als Wegbereiter des Datenschuldrechts, *JZ* 2018, 769 (770).

[58] Vgl. MüKoBGB/Würmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 18.

[59] Vgl. MüKoBGB/Würmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 1.

容审查”的明确规定，也应据此解释内容控制的适用范围。<sup>〔60〕</sup>

另一方面，在完全对价型个人信息对价化交易中，上述三点排除主给付义务内容审查可能性的正当化理由均不存在。首先，个人信息主体往往不会意识到自己是在用个人信息处理同意交换服务，并不会注意到同意处于对待给付的地位；其次，在所有的个人信息处理场景中，个人信息主体难以完全阅读冗长的分散于多个文件的“隐私政策”，难以理解其中专业晦涩的表达，更无从评估系争个人信息处理对于个人信息权益的影响程度，因此谈不上对同意换取服务有真正的合意；第三，个人信息价格信号模糊不明确不公开，且并非由市场充分竞争形成，不足以反映供需。个人信息对价化交易类型中存在极为显著的市场失灵。且个人信息处理场景纷繁复杂，同一类型的个人信息在不同的场景下具有的商业价值本就不同，本就难以比较。虽然有人尝试通过计量经济学的方法计算出个人信息的价格，<sup>〔61〕</sup>但这仅仅是粗略计算，无法影响个人信息主体的决策。用个人信息处理同意为服务和商品付费的消费者无法据此有效地选择“最便宜”的供应商，市场决定主给付义务的正当性的预设完全型个人信息对价化交易这里并不存在。因此，应当目的性限缩“主给付义务不受内容审查”的原则，将个人信息对价化交易之完全替代价格型交易模式中，作为主合同义务的同意之义务和服务之义务纳入格式条款内容控制的范围内。

综上，由于个人信息对价化交易中存在明显的市场失灵，为了确保个人信息权益免遭侵害，如下两大类型三种意思表示均应当纳入格式条款内容控制之范畴：作为处分行为的个人信息主体单方之同意、作为合同对待给付义务的同意义务之允诺与服务义务之允诺。

### （三）格式条款内容控制标准

个人信息对价化交易中的格式条款内容控制制度终极目标在于确保《个保法》保护个人信息权益的立法目的得以全面实现，具体标准应当据此展开。《民法典》第496条就格式条款效力问题提供如下判断标准：提供格式条款一方是否不合理地免除或者减轻自己的责任，是否不合理地加重了合同相对人的责任，是否不合理限制了合同相对人的主要权利，是否排除了合同相对人的主要权利。有学者敏锐地指出，免除、减轻、加重、限制仅具事实描述功能，并非切中格式条款内容规制实质的判断标准，因为大多数的“单方立法”的格式条款中都存在程度不同的有利于格式条款提供人的权利义务责任的调整和变更，调整和变更是格式条款的常态，无法正当化法律之介入，应当参考《德国民法典》第307条引入“不合理的利益减损”规则，根据“有名合同是否违背任意法规范中包含的体现公平和对等性法律基本思想”“无名合同中是否存在对合同目的和合同利益实现至关重要的权利、义务和责任的调整”两项标准判定格式条款有效性。<sup>〔62〕</sup>这一观点值得赞同。下文依据“不合理的利益减损”标准审查个人信息对价化交易中对待给付义务条款之效力。“不合理的利益减损”标准并非泛道德化的评价，仍需根据实证法既有规则进一步细化。

〔60〕 有学者直接参考比较法立场，正确地将“核心给付义务”直接排除出《中华人民共和国合同法》第40条后段格式条款内容控制的适用范围，殊值赞同。参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，载《法学家》2018年第6期。

〔61〕 See OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, 2013.

〔62〕 参见贺栩栩：《〈合同法〉第40条后段（格式条款效力审查）评注》，载《法学家》2018年第6期。

值得注意的是，在法律效果上，若系争的格式条款无效，作为履行对待给付义务已经作出的同意也相应无效。亦即，在个人信息对价化合同中，格式条款内容控制超越了合同效力，直接影响同意之效力，这种法律效果上的“要因主义”是个人信息对价化交易格式条款内容控制在法律效果上的独特之处，也唯有如此，内容控制制度才得以确保个人信息权益不受侵害。

标准一是违反《个保法》中个人信息处理基本原则的无效。其一，无论是格式条款还是个别协商的非格式条款，违反强制性规范的均无效，自不待言。这里的强制性规范系指法律规则。然而，《个保法》和其他部门法迄今均未涉及个人信息对价化合同的强制性规范，个人信息对价化格式条款因此并无违法无效的可能性。其二，任意性规范往往承载着立法者坚持的实质的法律思想，这一法律思想足以确保合同双方当事人利益均衡，偏离任意性规范且对于相对人无其他利益填补的格式条款因悖于该法律思想而无效。然而，个人信息对价化合同或者其性质所属的许可使用合同均并非法律明文规定的有名合同，并无相应任意性规范，个人信息对价化格式条款因此也无背离任意性规范而无效的可能性。其三，《个保法》总则一章中规定的个人信息处理原则承载着“保护个人信息权益，规范个人信息处理活动”的法律思想，可作为判定个人信息对价化格式条款效力的依据。处理原则表述模糊，并不精确，仍需依据个案具体情形解释之。例如，就和个人信息对价化交易关系密切的信息最小化原则而言：经个人信息主体之同意为了精准推送广告的目的而处理个人信息就没有违反信息最小化原则；而将个人敏感信息传递给第三方，信息主体无法评估第三方处理对其个人信息权益的影响程度，这种传递就构成了违反信息最小化原则的过度处理；然而，在上述必然不违反和必然违反之间存在着广阔的模糊区域，若非个案审查无从判定。

因此，在判定系争的格式条款是否违反信息处理原则并对个人信息权益构成危险时，必须充分考虑到个人信息对价化交易领域相较于其他格式条款使用领域所具有的更为严重、更为显著的市场失灵，裁判尺度应当适度收紧，就存疑的“边缘情形”可判定无效。最为典型者是格式条款提供者描述了宽泛的履约义务，而该描述和服务商的主合同义务并无相关，且并未实质地增加信息主体的利益，疑似以合同约定的个人信息处理情形架空同意规则，则可直接判定为无效。

标准二是限制信息主体的合同核心权利或者加重核心义务的格式条款无效。《德国民法典》第307条第2款第2项规定：“如果某项条款限制了合同性质所产生的基本权利或义务，从而危及合同目的的实现，如有疑问，则应认定为不合理的不利条件。”该项针对的是并无任意性条款可供适用的无名合同。<sup>[63]</sup> 个人信息对价化交易合同恰属于无名合同，需根据具体交易合同的目的进行个案判定。较为典型的例子是那些目的正是为了保护个人信息的合同。例如，在加密软件使用合同中约定同意将个人信息传递给第三方，而这种传递并不是实现合同目的的必要技术手段，这种约定就因限制了信息主体的核心权利而无效。

需要特别说明的是，《德国民法典》格式条款内容控制中除了上述两项标准还有第307条第1款第1句的“违反诚实信用的不合理的不利益”条款无效情形，这是一种更需要细化以防止不恰

[63] Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 307 Rn. 78.

当地开启合同条款司法审查之门的的标准。本文认为，个人信息对价化交易中无法适用这一判断标准。理由如下：第一，欧盟法院<sup>[64]</sup>和德国司法立场<sup>[65]</sup>往往通过比较假定的个别磋商机制和系争格式条款来确定该不利益是否因违反诚信而不合理。这种判断方法假定了个别磋商时的合同相对人谈判地位和判断能力明显优于格式合同场合。第二，这一假定在个人信息对价化领域并不准确。在个人信息处理领域，市场失灵和个人信息主体的“非理性”在个别协商场合和使用格式条款场合中并无任何差别。即便在个别协商场合，个人信息的价格信号依旧是不明确的，个人信息在特定关系中具有替代价金的交换功能依旧是不透明的，个人信息主体对于并非立竿见影的信息处理风险依旧是毫无所知的，个人信息主体的同意依旧是轻率的。第三，每个个体的个人信息保护偏好是极为不同的，有极为珍视绝不出售者，也有放任无所谓者，还有急于变现者，在个人信息对价化交易中寻找恰当的假定的比较对象是不可能的。第四，虽然个人信息对价化交易领域存在明显的市场失灵，但是并未完全排除私法自治的空间，并非所有以格式条款形式呈现的交换关系都必然由司法审查是否均衡是否合理。对于主给付义务的过度干涉无异于侵害信息主体之可能存在的自治。对于个人信息权益保护而言，最佳的保护标准和手段就是《个保法》和个人信息主体表现在特定合同关系下的可推知的意愿，上述两项标准足矣，无需引入并无增益且模糊的“诚信标准”。

综上，应当根据“是否违反《个保法》基本原则”“是否限制合同核心权利或加重合同核心义务”两项标准，审查个人信息对价化交易领域的格式条款效力，从而，格式条款内容控制制度实际上通过合同法的手段再现并强化了《个保法》中可能被架空的保护措施。

#### 四、个人信息对价化交易合同履行障碍问题

法典之功能在于记载习惯和解决纠纷。合同法之目的在于为合同当事人不履约或者履约不恰当提供救济手段，履行障碍法是合同法之核心。履行障碍法必须回答如下问题：对方不履行时能否请求履行、能否拒绝作出对待给付、能否相应缩减对待给付（例如减价）、能否主张损害赔偿与能否解除合同。个人信息对价化交易可被构造为双务合同，信息处理之同意和信息处理者之服务可被构造为双务合同之对待给付义务，上已有述。个人信息对价化双务合同并非法律明文规定的典型合同，法律适用上只能适用合同编通则之一般规定，以及依据其许可使用合同之特性类推适用性质上最为近似的典型合同规则。更为重要的是，个人信息对价化交易中作为对待给付的信息处理之同意属于《个保法》规范范围，承载着个人信息权益保护之功能，如何在合同关系中兼容《个保法》的立法目的和具体规则，是个人信息对价化合同履行障碍规则的重点，也是其特殊之处。下文仅就特殊之处展开。

##### （一）个人信息主体违反同意义务之履行障碍规则

个人信息主体在合同中负担同意个人信息处理之义务，这一义务的法律效力和拘束力与其

[64] Vgl. EuGH, Urt. v. 14. 3. 2013-Rs. C-415/11 (Aziz) -Rn. 69.

[65] Vgl. BGH GRUR 2012, 1031 Rn. 19; BGH NJW 2017, 2762 Rn. 19.

他双务合同之合同义务不应有任何差别。同意的高度人身专属性和《个保法》对于个人信息主体的特别保护都无法推导出信息主体享有不同意的“违约自由”。因为在合同关系中作出允诺以约束自己，正是为自身创设律令且遵守之，这正是人之所为人之所在，也正是哲学和法律上主体之所以为主体的根本原因，而受到《个保法》特别保护的信息主体也首先是法律意义上的人和主体。

信息主体同意义务之违反可分为如下两种类型：行使《个保法》之任意撤回权；并未行使任意撤回权的“无理由”拒绝同意。二者均属于《民法典》第577条之“不履行合同义务”型违约样态。区别仅在于前者系因行使法律明文赋予之权利而不具有可归责性。<sup>[66]</sup>可归责性是违约损害赔偿等次给付义务的构成要件，若无可归责性，则无损害赔偿请求权。因此，自原理上而言，上述两种类型的同意义务违反之法律效果仅在能否主张损害赔偿上存在区别。本文认为毋宁径直将二者等同视之，构造完全相同的履行障碍规则。具体如下：

第一，就履行请求权而言，无论是撤回权之行使抑或无理由之拒绝同意，二者均构成《民法典》第580条第1款第2项“债务的标的不适于强制履行”之情形，合同相对人因此均无“请求作出同意”之履行请求权。第二，约定违约金构成对撤回权行使的不当障碍，构成同意自愿性之干扰，因此无论何种类型的同意义务之违反，违约金约定均无效。第三，就违约损害赔偿请求权而言，“无理由”拒绝同意型违约情形下也无损害赔偿请求权。因为在损害赔偿请求权之压力之下作出的同意也因非自愿而无效。GDPR立法理由书第42条第4句明确指出，只有信息主体具有不受消极影响地拒绝同意或者撤回同意的能力，才属于真正的自愿。而违约损害赔偿正是典型的“消极影响”。另外，即便在损害赔偿请求权上区分撤回权行使型违约和无理由型违约，无理由违约之信息主体也可旋即转而行使撤回权以规避损害赔偿请求权，区分并无实益。第四，二者均无《民法典》第525条的同时履行抗辩权。因为同时履行抗辩权教义学上的功能在于在经济上迫使对方作出给付，而这种经济上的强迫和同意的自愿性相悖。第五，就合同解除权而言，二者均构成《民法典》第563条第1款第3项之“迟延履行主要债务”型根本违约，合同相对人得主张解除合同。这是双务合同对待给付对待性和牵连性的当然之意：只要拒绝作出同意或者撤回同意就会失去那些用同意换来的好处，比如失去了对方承诺的对待给付，GDPR立法理由书第42条第4句中“消极影响”不应被解释为所有的不利益。<sup>[67]</sup>唯一的差别在于撤回权行使型违约之下，合同相对人无需催告可得直接解除合同；在无理由型不同意之情形下，合同相对人解除权之发生仍以催告未果为前提。因为解除权发生条件是对方根本违约，催告的功能仅在于降低守约方证明对方根本违约之难度：经催告仍未履行的构成根本违约。<sup>[68]</sup>信息主体行使撤回权意味着采取法律赋予之手段明确拒绝作出同意，当然构成根本违约，催告之目的已经实现，无需催告。需要特别说明的是，在个人信息处理同意完全替代了价金支付的完全对价型交易中，同意义务之违反才当然发生合同相对人之解除权，在个人信息处理同意构成了部分价格的部分对价型交易中，

[66] 参见杨芳：《合同关系中个人信息处理同意撤回权的限制与展开》，载《法学》2023年第12期。

[67] Vgl. Thomas Riehm, Daten als Gegenleistung? -Datengetriebene Geschäftsmodelle im Schuld-und Leistungsstörungenrecht, FS Taeger, 2020, 55 (66).

[68] 参见赵文杰：《〈合同法〉第94条（法定解除）评注》，载《法学家》2019年第4期。

解除权是否发生，仍需结合合同剩余期限之长短、个人信息已使用之范围等因素以判断信息处理者履行利益是否受到严重剥夺。<sup>[69]</sup>

总之，在个人信息对价化合同中，无论是撤回权行使型同意义务之违反还是无理由型同意义务之违反，在履行障碍规则上，合同相对人均无履行请求权、损害赔偿请求权、违约金请求权与同时履行抗辩权；合同相对人在纠正因信息主体根本违约导致的利益失衡上，仅有合同解除权。这是以个人信息为合同标的的合同关系始终必须在《个保法》特殊规范目的和严格规则下展开的必然结论。

## （二）信息处理者违反服务提供义务之履行障碍规则

个人信息对价化交易合同中作为合同相对人的信息处理者未依约提供服务的，个人信息主体可以依据《民法典》第 577 条以下条款主张继续履行、损害赔偿、减价等违约责任，也可行使第 563 条法定解除权终止合同之效力。特殊之处在于减价权之排除和解除权发生要件之放松。

完全对价型合同中的个人信息主体并无第 582 条的减价权。《德国民法典》第 327 条 n 排除了消费者“使用个人信息来完全替代金钱支付”的场景下的减价权；<sup>[70]</sup> 但是如果消费者为了换取特定服务，在同意个人信息处理之外仍然支付了一定的价金，减价权不排除。<sup>[71]</sup> 主要的理由是，减价权的前提在于给付的可分，<sup>[72]</sup> 而个人信息或者个人信息处理之同意在性质上恰恰不可分，无法和对待给付在价值上构成一一对应关系。实际上，减价权以给付可分为前提这一观点大有商榷空间，有学者正确地指出非金钱行使的给付只要价值可以被客观评估，无论是否可分，都可以适用减价权。<sup>[73]</sup> 因此，排除个人信息主体减价权真正的正当化依据应当是个人信息金钱价值的不可评估性：个人信息使用场景多样，同一类型的个人信息在不同场景下可能具有的商业价值完全不同；个人信息主体隐私保护偏好之差异极大，个人信息对价化交易的市场失灵几乎是不可纠正不可逆的。这一点和肖像或者姓名等人格标志的商业化场景完全不同，肖像和姓名商业化市场存在自由竞争，肖像和姓名的价格大致可以由市场决定和评估。

完全对价型合同中的个人信息主体主张第 563 条的解除权时，合同相对人的瑕疵给付或者拒绝给付无需达到第 3 项和第 4 项之根本违约的严重程度。根本违约系指违反合同义务且严重危害债权人之履行利益，合同义务之违反首先指向的是双务合同对待给付义务，也包括足以影响合同目的实现的从给付义务和附随义务。<sup>[74]</sup> 若义务之违反并未达到严重影响债权人履行利益之程度，债权人可寻求例如损害赔偿、减价等救济手段以避免损失。而完全对价型个人信息对价化交易中的个人信息主体已经被排除了减价权，得以针对非根本违约采取的救济措施不足，因此，莫如放松合同解除权发生之构成要件，扩及非根本违约之义务违反，亦即，无论信息处理者是否根本违

[69] Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327q Rn. 8.

[70] Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327n Rn. 4.

[71] 这一立法立场是对《数字内容指令》立法理由书第 62 条第 3 句和第 4 句的贯彻。Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327n Rn. 4.

[72] Vgl. BeckOK BGB/Faust, 68. Ed. 1. 11. 2023, BGB § 441 Rn. 25.

[73] Vgl. MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 441 Rn. 11.

[74] 参见赵文杰：《〈合同法〉第 94 条（法定解除）评注》，载《法学家》2019 年第 4 期。

约，只要违反合同义务，信息主体皆有合同解除权。<sup>[75]</sup>

## 五、结 论

私法政策的目的从来不是监管或者挫败私人交易，任何私人交易都是私法主体人格的全面展开。私法政策始终应当建立在如下两个面向之上：尊重私法自治以及在私法自治无效或者外部利益优先的场合，提供合乎公平正义的强制性规范或者契合事物本质的任意性规范。个人信息对价化交易场合，规则也应当如此。个人信息主体进入合同关系中，以同意或者允诺未来同意个人信息处理，换取其心仪的服务或者产品，这是无碍他人的行为自由，并非出卖人格，更不会损及其所谓的个人信息权益，反而可使其更便捷地获得精准反映其偏好的个性化的服务和产品，而作为合同对造当事人的经营者据此得以处理他人个人信息，得以从处理中获取利益，这在商业、法律和道德之上也无丝毫可苛责之处。其实，允许个人信息主体以个人信息交换唾手可及的服务，会使其逐渐意识到其个人信息的金钱价值，从而在决定同意他人处理其个人信息时更加理性，而非轻率，这种和个人利益密切相关的审慎或许可以在一定程度上挽救知情同意机制流于形式之无奈命运，使个人信息被处理与否真正地取决于信息主体之意愿和自决。

因此，为个人信息对价化交易设计法律规则，首先应当在价值层面上摒弃“个人信息权益无所不在”“个人信息权益在价值序列中居首位”的虚妄前提，抛弃对于个人信息主体过度的家父式的呵护，排除错误理解与宽泛解释《个保法》相关规则引发的“交易桎梏”，聚焦于市场失灵以及谈判能力过于悬殊背景下两造当事人利益之平衡，以及《个保法》特殊规范目的之恰如其分的实现。在合同性质上，依据双方当事人之合意，个人信息对价型交易可构成双务合同，同意个人信息处理和提供服务二者构成了具有牵连关系的对待给付，在合同类型上属于对于个人信息的有期限的许可使用合同。在格式条款的规制上，不仅需关注个人信息处理等特殊条款的透明度，而且仍需将“个人信息作为主给付义务”条款纳入内容控制之范围，因为个人信息和其他商品不同，其价格信号并不具有精确性，且并非由充分市场竞争形成，“主给付义务条款在格式条款内容审查之外”这一原则在此并不适用。在履行障碍法的构造上，交换服务之个人信息处理同意和买卖合同中之金钱二者截然不同，二者不能适用同样的规范构造。差异之处在于同意个人信息处理之义务不具有可执行性，个人信息主体拒绝同意个人信息处理或者撤回同意构成了合同义务之违反，信息处理者可终止合同；对待给付瑕疵的，个人信息主体无减价权，可主张全部或者部分解除权。

实际上，当前世界各国通行的、始于对抗公权机构对个人信息无序且过度处理之危险的个人信息保护规则仅仅是个人信息权益的单方展开，私法关系尤其是合同关系中双方当事人的利益平衡问题，从来不在《个保法》规则的射程范围内。私主体个人信息处理行为和公权力信息处理行为本应遵循强度不同的规则，具体规则的解释角度、宽松程度和规范目的均应当据此有所调整。在私人信息处理合同关系中直面问题，目光往返于《个保法》规则的规范目的和私法自治之间，

[75] Vgl. MüKoBGB/Metzger, 9. Aufl. 2022, BGB § 327m Rn. 9.

大幅度克减超出个人信息处理风险防范目的的严格的《个保法》规则的不当影响，使私法自治和成熟的合同规则重归个人信息保护和个人信息交易领域，或许是《个保法》在日益丰富的数据应用场景下仍旧保有其正当性的必由之路。

---

---

**Abstract:** When a subject of personal information agrees to the processing of personal information in exchange for specific services, this can be called quid pro quo transactions of personal information. The parties are free to choose to structure this type of transaction as a bilateral contract and consent as a consideration and there is no reason in law to limit their autonomy and frustrate this type of transaction arrangement, and the priority of personality interests and unenforceability of personal debts in civil law as well as the right of withdrawal of consent and the rule of bundling prohibition in Personal Information Protection Law do not constitute institutional obstacles. Quid pro quo transactions of personal information can be categorized as the personal information licensing contract in the legal nature. The system of control of the content of standard terms in the Civil Code should be introduced to break through the principle of not reviewing the core obligation to payment, and in order to prevent the hollowing out of the rules of informed consent under the Personal Information Protection Law and unduly expanding of scenarios necessary for contract performance, the contractual clauses that are the cause of consent shall be reviewed based on the criteria of whether they violate the basic principles of the Personal Information Protection Law and whether they unduly restrict the core contractual rights of information subjects or increase the core obligations of contracts. In order to balance the interests of the two parties, the irregularities of performance should be set up with the exchange relationship in a bilateral contract as the core, while taking into account the value orientation of the Personal Information Protection Law. If the subject of personal information violates the obligation of consent, the counterparty of the contract does not have the right to claim for performance, defense of simultaneous performance, claim for damages and claim for liquidated damages, but enjoys the right to terminate the contract on the basis of the implication of treating the payment; if the information processor violates the obligation to provide services, the information subject does not have the right to reduce the price, and the conditions for the occurrence of the right to terminate the contract may be relaxed to non-fundamental breach of contract.

**Key Words:** quid pro quo transactions of personal information, consideration, the rule of bundling prohibition, control of the content of standard terms, contractual termination right

---

---

(责任编辑：殷秋实)