

数据跨境新规下企业数据出境的合规要点简析

随着数据成为一种新的生产要素，跨境流动愈加频繁，如何有效防范数据出境产生的安全风险成为全球很多国家数字治理方面的重要议题之一。2024年3月22日，国家互联网信息办公室（“网信办”）在承继我国现行《数据安全法》、《个人信息保护法》（“个保法”）、《网络安全法》、《数据出境安全评估办法》（“评估办法”）、《个人信息出境标准合同办法》（“标准合同办法”）、《个人信息保护认证实施规则》等规则所确立的数据跨境监管框架的基础上，在对相关草案公开征求意见近半年之后，正式发布了《促进和规范数据跨境流动规定》（“数据跨境流动规定”），并于同日发布了《数据出境安全评估申报指南（第二版）》（“第二版评估指南”）和《个人信息出境标准合同备案指南（第二版）》（“第二版标准合同指南”，以上新发布的规定，统称“数据跨境新规”；之前发布的规定与数据跨境新规规定不一致的原则上以新规的规定为准）。

数据跨境新规在现行监管制度确立的数据出境安全评估、个人信息出境标准合同、个人信息保护认证机制三大监管流程（合称“数据出境合规程序”）基础上，通过设置毋需履行数据出境合规程序的豁免情形、提高触发履行数据出境合规程序的个人信息数量门槛、新增自贸区负面清单制度等方式，适度放宽了数据跨境流动的条件，以进一步促进和规范数据的跨境流动，降低企业的数据合规负担。

为协助相关数据出境企业了解数据跨境新规对于其数据出境行为的影响，我们通过对数据跨境新规的简要梳理，引出了企业数据出境时应重点关注的六个常见问题，以便企业参考并依法开展数据出境活动。

1. 哪些行为属于数据出境？

根据个保法和数据跨境新规，以下行为属于数据出境，从而可能需要履行数据出境合规程序：

- (1) 将在境内运营中收集和产生的数据传输至境外；
- (2) 数据存储于境内，但是境外的机构、组织或者个人可以查询、调取、下载、导出；
- (3) 在境外处理境内自然人个人信息以向境内自然人提供产品或者服务为目的或分析、评估境内自然人的行为。

上述第一、二类场景涉及境内主体将储存在境内的数据直接或间接向境外主体提供，属于较为常规的数据出境情形，在现行的监管制度中已经明确包含；而第三类场景则为境外主体直接收集信息的情形（如境内个人通过境外平台订购酒店机票、或者在境外海淘网站购物等，虽然在个保法中有规定，但在此前的办法和指南中均未提及。本次数据跨境新规与个保法保持了一致，明确了第三类场景也是

数据出境的一种形式，消除了过去实务中企业对于该场景是否属于数据出境行为的疑虑。

建议企业根据上述规定，结合自身的业务场景具体判断相关行为是否属于数据出境行为。

2. 哪些情形需要履行数据出境合规程序？

根据数据跨境新规，除另有规定外（详见本备忘录问题 3 的分析），根据不同的适用主体，相关数据出境活动需要履行如下数据出境合规程序：

| 主体类型 | 数据出境安全评估 | 个人信息出境标准合同或个人信息保护认证机制（二选一） |
|---------------------------------------|--|--|
| 关键信息基础设施 ¹ 运营者 （“CIIO”） | <ul style="list-style-type: none"> ➤ 向境外提供重要数据；² ➤ 向境外提供个人信息³（但符合问题 4 介绍的豁免场景的情形除外） | 不适用 |
| CIIO 之外的其他数据处理者 | <ul style="list-style-type: none"> ➤ 向境外提供重要数据； ➤ 自当年 1 月 1 日起累计向境外提供 100 万人以上个人信息（不含敏感个人信息）；或 ➤ 自当年 1 月 1 日起累计向境外提供 1 万人以上敏感个人信息⁴ | <ul style="list-style-type: none"> ➤ 自当年 1 月 1 日起累计向境外提供个人信息 10 万人以上、不满 100 万人不含敏感个人信息）；或 ➤ 自当年 1 月 1 日起累计向境外提供敏感个人信息不满 1 万人 |

与现有的监管框架相比，数据跨境新规主要在以下方面提高了触发履行数据出境合规程序的门槛：(i)删除了处理 100 万人以上个人信息的数据处理者进行任何个人信息出境均需要履行数据出境安全评估的情形；(ii)将不涉及个人敏感信息的个人

¹ 《关键信息基础设施安全保护条例》第 2 条：本条例所称关键信息基础设施，是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。

² 《数据出境安全评估办法》第 19 条：本办法所称重要数据，是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的的数据。

³ 《个人信息保护法》第 4 条：个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

⁴ 《个人信息保护法》第 28 条：敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。

信息出境触发数据出境安全评估程序的数量门槛从 10 万人提高至 100 万人；以及 (iii) 将不涉及个人敏感信息的个人信息出境数量在 10 万人以下需履行个人信息出境标准合同或个人信息保护认证机制（二选一）的要求调整为免于履行任何数据出境合规程序。

需要注意的是，企业在计算个人信息出境数量时，(i) 不应计算数据跨境新规所规定的无需履行数据出境合规程序情形下的个人信息数量；(ii) 计算时应以自然人为单位去重，即相同自然人的不同数据出境算一人；以及 (iii) 计算期间是从当年 1 月 1 日起累计计算，何时满足数量标准何时需履行相关数据出境合规程序。

3. 哪些数据出境不需要履行数据出境合规程序？

在新规下，并非所有的数据出境都需要履行数据出境合规程序，具体而言，以下数据类型和数据出境情形毋需履行数据出境合规程序：

(1) 不涉及“重要数据”和“个人信息”

评估办法曾规定其仅适用于重要数据和个人信息的出境，标准合同办法也明确其仅适用于个人信息出境的场景。数据跨境新规进一步明确，国际贸易、跨境运输、学术合作、跨国生产制造和市场营销等活动中收集和产生的数据向境外提供，不包含个人信息或者重要数据的，免于履行数据出境合规程序。

基于上述，不是所有类型的数据出境都需适用数据跨境新规，原则上只要企业出境的数据不涉及个人信息或重要数据的，毋需履行数据出境合规程序。

至于企业如何判定出境数据是否为“重要数据”，数据跨境新规对此进行了明确——只要未被相关部门或地区告知数据为重要数据，且相关部门或地区也未公开发布将该数据归类为重要数据的，就不属于重要数据，这在客观上降低了企业识别重要数据的难度和合规成本。

(2) 不适用数据跨境新规的数据出境其他情形

- A. 数据过境行为。根据数据跨境新规，在境外收集和产生的境外个人信息传输至境内处理后向境外提供，处理过程中没有引入境内个人信息或者重要数据的，毋需履行数据出境合规程序。
- B. 属于数据跨境新规下的三大豁免场景（详见问题 4）。
- C. 非 CIIO 向境外提供的个人信息（不含敏感个人信息）未达数据跨境新规规定的数量标准（详见问题 2）。
- D. 适用自贸区负面清单制度的部分数据的出境（详见问题 5）。

4. 数据跨境新规下的三大豁免场景是什么？

数据跨境新规第五条设置了免于履行数据出境合规程序的三类豁免场景，分别为“履行合同所必需”、“跨境人力资源管理”和“紧急情况”。需要注意的是，该等豁免场景仅适用于个人信息出境，不适用于重要数据出境。

(1) 履行合同所必需

根据数据跨境新规，为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，如跨境购物、跨境寄递、跨境汇款、跨境支付、跨境开户、机票酒店预订、签证办理、考试服务等，确需向境外提供个人信息的，可免于履行数据出境合规程序。

但是，如何界定和判断向境外提供个人信息是“订立、履行合同所必需”、“确需”目前尚无明确的规定。

我们注意到，该等豁免履行数据出境合规程序的场景与个保法所规定的可免于取得个人同意即可处理（包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等）个人信息的场景描述一致（即“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需”）。参考《个人信息处理中告知和同意的实施指南》（“指南”），在所述情形下，个人信息处理者应仅处理“必要”的个人信息（例如，按照电子商务合同约定配送货物而处理个人的收货地址、联系方式），其中“必要”是指该等个人信息应为实现产品或服务的基本业务功能所必需，且该实现方式对个人权益影响最小（如最少类型、最少数量、最低精度、最低频率等）；并且处理个人信息的目的、方式和范围不应当超出合同的约定。鉴于两个场景相同，在数据出境情形下，在理解“订立、履行合同所必需”时也可结合参考指南下的相关解释。

基于以上，如数据出境企业希望适用本豁免场景，建议(i)首先确认拟出境个人信息的信息主体是否直接和本企业存在合同关系，若不存在的，应当建立合同关系；如已签合同，应确认作为豁免前提的合同是否合法有效；(ii)参考个保法和指南，综合判断拟出境个人信息是否符合“订立、履行合同所必需”；(iii)确认合同是否对个人信息出境的目的、方式和范围进行了约定，且拟出境行为是否会超出合同约定。鉴于目前的监管实践中监管部门对“订立、履行合同所必需”的理解采取较为谨慎的态度，企业的出境数据场景若非数据跨境新规明确列举的，能否豁免适用数据出境合规程序，建议企业根据其自身情况考虑提前与所在地网信办沟通咨询。

(2) 跨境人力资源管理

根据数据跨境新规，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跨境人力资源管理，确需向境外提供员工个人信息的，可免于履行数据出境合规程序。

企业在拟适用该等豁免情形时，以下几点尚有待在日后的实践中由主管部门予以明确：

- A. 企业制定的劳动规章制度是否经过了适当程序，企业是否依法签订了集体合同，该两项条件是否需要同时满足；

根据《劳动合同法》《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》等有关规定，劳动规章制度的制订应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。集体合同约定的内容应当与员工平等协商，提交职工代表大会或者全体职工讨论通过，并报送劳动行政部门履行备案生效手续。

此外，实务中签订集体合同的企业并不常见，“制定劳动规章制度”和“签订集体合同”两个条件是否需要同时满足实践中尚存在争议，建议企业在适用本豁免场景时提前与当地主管网信部门沟通确认。

- B. “员工”范围是否包括其他用工模式下的人员；

实务中，企业的用工模式除了与相关人员建立劳动关系外，可能还包括其他用工模式（如劳务派遣、劳务外包等形式）下的用工，该种用工模式下的聘用人员是否属于“员工”从而适用数据跨境新规下的豁免场景，并不明确。

- C. 向境外提供员工个人信息是否为“确需”

如何理解“确需”向境外提供员工个人信息，目前并无明确的法律法规或标准做出进一步解释。此前实践中，企业以“OA系统服务器处于境外”、“总部需对人力资源进行统一调度”等理由通常难以为监管部门所接受。

本次数据跨境新规的实施是否会改变监管部门对于“确需”的解释口径尚不明确。若企业计划适用该豁免情形，我们建议企业积极准备有关员工个人信息出境必要性的依据，做好相关论证的留痕工作，并与监管部门积极沟通。

(3) 紧急情况

根据数据跨境新规，紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全，确需向境外提供个人信息的，可免于履行数据出境合规程序。

需要注意的是，“紧急情况”仅限保护自然人的生命健康和财产安全，若相关紧急情况仅涉及企业的财产安全，则不符合该豁免场景。

5. 自贸区数据出境负面清单对数据出境企业有什么影响？

根据数据跨境新规，自由贸易试验区（“自贸区”）可在国家数据分类分级制度框架下自行制定需要履行数据出境合规程序的数据清单（即负面清单），自贸区内数据处理者向境外提供负面清单之外的数据的，可免于履行数据出境合规程序。

我们注意到，个别自贸区管委会已经颁布了数据分类分级管理试行办法，例如上海临港自贸区 2024 年 2 月 8 日发布了《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区数据跨境流动分类分级管理办法（试行）》（“临港数据跨境办法”），将跨境数据分为核心数据、重要数据、一般数据 3 个级别进行管理，其中核心数据禁止跨境，重要数据可通过临港自贸区数据跨境服务中心进行申报材料初验后，向市委网信办申报数据出境安全评估，而一般数据在满足相关管理要求后自由流动。根据相关公开信息，临港自贸区将加快跨境数据的一般数据清单和重要数据目录的编制，目前已基本编制完成智能网联汽车车辆远程诊断、公募基金市场投研信息、跨国公司集团管理、生物医药临床试验和研发等 20 个场景的跨境流动分级分类的首批清单目录，在完成论证后将近期对外发布。

截止目前，尚无自贸区颁布具体的负面数据清单，我们建议有需求的企业密切关注各地自贸区的动态，特别是相关监管规则的适用范围（例如临港数据跨境办法不仅适用于注册于临港自贸区的企业，也适用于在临港自贸区进行数据出境活动的企业），以灵活安排企业注册地和服务器部署地。

6. 企业在数据出境活动中还需履行哪些合规义务？

根据相关规定，企业只要开展数据出境活动的，无论是否豁免履行数据出境合规程序，均需履行个保法、《数据安全法》、《网络安全法》等法律规定下的数据合规义务，其中主要包括：

- (1) 数据出境前，企业应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法数据跨境新规权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意（如适用）；
- (2) 数据出境前，企业应当进行个人信息保护影响评估；
- (3) 企业需根据个保法的要求，与境外合作方签署相关数据处理协议；以及
- (4) 履行其他一般性数据合规义务，包括履行数据分类分级和重要数据识别义务、建立健全数据相关管理制度、组织开展数据安全教育培训、采取安全技术措施及其他必要措施确保数据安全、加强风险监测等。

综上，由于数据跨境新规新设了毋庸履行数据出境合规程序的豁免情形，提高了触发履行数据出境合规程序的门槛，新增了自贸区负面清单制度等，该新规的发布对于需要履行数据出境合规义务的企业而言更具有可操作性、减轻了合规负担、整体属于利好消息。然而，我们也注意到，数据跨境新规在解答了一部分过去实务中遇到的困惑或难题的同时，也遗留了一些问题尚未解决或引入了一些新的问题，有待监管实

进一步明确。

面对新规的实施，我们建议数据跨境企业根据新规的要求，视需要调整和优化当前的合规实践，以确保个人信息和重要数据的合法合规出境。我们亦会持续关注数据出境合规方面的监管动态，并及时与感兴趣的读者分享我们在相关领域的实操经验、观察及思考。如读者对于本文中提到的任何事项或新规实施对其企业的影响有任何问题，欢迎与我们联系！

© 2024 年 4 月 瀚一律师事务所