



联合国国际贸易法委员会
第四工作组（电子商务）
第五十五届会议
2017 年 4 月 24 日至 28 日，纽约

云计算所涉合同问题

秘书处的说明

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 准备工作成果.....	4
A. 秘书处所采取步骤概要.....	4
B. 政策问题.....	4
1. 工作形式.....	4
2. 工作范围和起草方法.....	5
C. 未来案文可能的内容和结构.....	6
三. 供工作组审议的问题.....	8
附件	
关于云计算所涉合同问题的可能指导意见案文章节样本，由秘书处编写.....	11



一. 导言

1. 委员会 2014 年第四十七届会议收到了加拿大政府题为“今后可能在电子商务领域开展的工作——影响云计算的法律问题”的建议（[A/CN.9/823](#)）。该建议解释了云计算概念，以及贸易法委员会就影响云计算安排各方的法律问题展开工作为何是有益的。为此提议编写一份文件，概述云计算合同关系以及这方面所产生的法律问题（[A/CN.9/823](#)，第 5 段）。该建议列明这方面可能处理的一些法律问题，明确将知识产权和隐私问题排除在拟议工作范围之外（[A/CN.9/823](#)，第 5-11 段）。作为该文件可能采取形式的选项，提到了供云使用者考虑的核对表或更详细清单，并且特别提到贸易法委员会其他领域的文件，例如，《关于安排仲裁程序的说明》（1996 年）、¹《认识和预防商业欺诈：商业欺诈的标志》（2013 年），²以及《国际补偿贸易交易法律指南》（1992 年）³（[A/CN.9/823](#)，第 5 段）。该建议提出了委员会可能就该建议采取的步骤，特别提出由委员会请求秘书处收集关于云计算的信息，并编写一份文件概述现行做法，“然后，工作组可以利用这一文件来确定需要就哪些问题制定实际可行的立法办法或其他解决办法，并讨论今后可能开展的工作”（[A/CN.9/823](#)，第 12 段）。

2. 在该届会议上，委员会普遍支持这一建议，认识到云计算特别给中小型企业带来的影响。但指出应当谨慎处理，不要涉及数据保护、隐私和知识产权等问题，这些问题可能不易加以协调统一，还有可能引起关于这些问题是否属于委员会任务授权范围的疑义。还强调指出，应当考虑到其他国际组织已经在这方面开展的工作，以避免工作重叠和重复。还指出，现阶段汇编最佳做法可能时机尚不成熟。在需要考虑到这些评论意见的前提下，会议普遍认为，给予秘书处的授权应当足够广泛，使其能够尽可能搜集更多的信息，以便委员会在今后一届会议上将云计算作为一个可能的议题加以审议。会上指出，关于任何未来工作的范围，任何情况下都必须由委员会在以后阶段决定。经过讨论，委员会请秘书处汇编关于云计算的信息，包括在现有资源范围内举办、共同举办或参加学术讨论会、讲习班和其他会议，并在委员会今后一届会议上提出报告。⁴

3. 委员会 2015 年第四十八届会议委员会收到了加拿大的一项提议，标题是“在提供云计算服务方面涉及到的合同问题”（[A/CN.9/856](#)）。其中提供的信息旨在推进对提供云计算服务所涉法律问题的审议，以便工作组可以利用这一准备工作制定建议（[A/CN.9/856](#)，附件之前最后一段）。该提议展开论述 [A/CN.9/823](#) 号文件中确定的问题（见上文第 1 段），特别是云计算概念及其各种现有模式、特点、效益和风险（经济、安全和法律方面）（[A/CN.9/856](#)，第 4-47 段）。除 [A/CN.9/823](#) 号文件中列出的问题外，还确定了一些法律问题（[A/CN.9/856](#)，第 48-75 段）。该建议附件提供关于已在其工作中涉足云计算相关问题的国际组织的情况。作为委员会可采取的一个步骤，建议委员会可授权一个工作组审议云计算所产生的法律问题，并在必要时根据无法律追索权的证据、所察觉的云计算参与方权利与义务之

¹ 查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2016Notes_proceedings.html。

² 查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments.html。

³ 联合国出版物，出售品编号：E93.V.7（A/CN.9/SER.B/3），查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html。

⁴ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 17 号》（A/69/17），第 146、147、150 段。

间的不平衡或者其他证据，提出最佳做法建议。还进一步建议，为了协助工作组，秘书处不妨对提供云计算服务时出现的合同问题进行调研，探索其中一些或所有问题的可能解决办法，以期增进国际贸易。也可利用专家会议和协商，搜集更多信息。（[A/CN.9/856](#)，附件之前最后一段）。

4. 在委员会该届会议上对于开展云计算领域的工作表示了广泛共识。建议这项工作可以采取指导意见材料的形式或其他合适的形式，并应纳入所涉各方——即服务提供商、用户和相关第三方——的观点。还进一步建议，可能的话应与海牙国际私法会议合作，讨论国际私法方面的问题。经过讨论，委员会指示秘书处就云计算进行准备工作，包括举办学术讨论会和专家会议，以便今后在工作组一级进行讨论。委员会还请秘书处向第四工作组呈报这一准备工作的成果，以期征求关于准确范围、可能方法和优先事项的建议，供委员会审议。⁵

5. 委员会 2016 年第四十九届会议获悉，关于云计算合同方面的工作已经在 [A/CN.9/856](#) 号文件所提建议的基础上在专家一级启动。委员会还获知委员会分配给工作组的其他主题（身份管理和信任服务）的准备工作。建议在已经进行的准备工作的基础上启动关于云计算所涉法律问题的工作。但还有意见认为，有必要作进一步准备工作，其着眼点应当是汇集相关信息。有的意见倾向于启动关于身份管理和信任服务的工作。经过讨论，普遍认为身份管理和信任服务以及云计算都应放在工作议程上保留，确定这些主题的优先顺序尚不成熟。委员会确认了下述决定，即工作组可在完成《电子可转让记录示范法》的工作之后着手进行关于这些主题的工作。委员会请秘书处在现有资源范围内，同时也请工作组继续增补并进行关于这两个主题的准备工作，包括这两个主题的工作以灵活方式并行展开的可行性，并向委员会提出报告，使委员会能够在今后一届会议上就包括确定每个主题优先顺序在内的问题作出知情决定。在这方面提到，应当根据实际需要确定优先顺序，而不是根据某个主题如何令人感兴趣或者根据工作可行性来决定优先顺序。⁶

6. 在第五十四届会议上（2016 年 10 月 31 日至 11 月 4 日，维也纳），工作组就未来可能在云计算方面开展的工作初步交换了意见。虽未作出决定，会上指出，编写一份说明性文件，列出在审查云计算服务合同时所涉及的种种问题，可能对于协助中小型企业特别有用。补充说，此种文件应当反映合同惯例以及能够查到的法规，并应当提及相关的技术标准，但不应具有立法性质，且不能影响委员会今后的审议和决定（[A/CN.9/897](#)，第 126 段）。

7. 按照委员会的请求（见上文第 4 段），秘书处在本说明中向工作组呈报迄今在云计算方面完成的准备工作成果。预计秘书处还将就这些方面向委员提出报告（见上文第 5 段）。

⁵ 同上，《第七十届会议，补编第 17 号》（A/70/17），第 354、356、358 段。

⁶ 同上，《第七十一届会议，补编第 17 号》（A/71/17），第 229-235 段。

二. 准备工作成果

A. 秘书处所采取步骤概述

8. 秘书处采用加拿大的提议（[A/CN.9/823](#)、[A/CN.9/856](#)；见上文第 1、3 段）作为准备工作的基础。

9. 除审查有关报告、准则和出版物外，秘书处还与专家举行了非正式磋商。非正式专家协商寻求尽可能广泛的参与，以确保代表所有区域、世界主要经济和法律体系以及发达国家和发展中国家的观点得到反映。

10. 秘书处首先就贸易法委员会或其秘书处将要拟订的云计算领域案文所要处理的问题拟议纲要寻求专家意见。所收到的反馈意见从结构和内容上为以云计算服务所涉法律问题法律指南草案形式最终分发征求专家意见的案文提供了指导。

11. 法律指南草案征集了许多意见，下文各节作了概述。在许多技术性质问题上都有共识，有些问题上有分歧，大都是政策性问题，例如，就云计算所涉合同问题拟订一部类似于贸易法委员会现有法律指南的详细法律指南的可取性和可行性。⁷下文 B 节概述的政策问题需要在秘书处进一步展开云计算领域的任何准备工作之前加以解决。本说明附件载有秘书处编拟的章节样本，现提交工作组以便利这些问题的讨论。

B. 政策问题

1. 工作形式

12. 协商显示出倾向于拟订非立文案文，对云计算所涉合同问题及其可能解决办法进行分析。鉴于云计算提出的敏感政策问题，如个人数据保护和管辖权方面的问题，拟订立文案文（如示范法或立法指南）被认为不可行、不可取。

13. 关于可能拟订的非立文案文的形式，表达了不同意见。所提出的问题是，云计算合同关系所产生的法律问题是否与其他类型合同（如信息技术外包、出租、服务和发放许可证合同）有如此大的区别，以至于有必要拟订一部类似于贸易法委员会现有法律指南的详细法律指南。⁸此外，还表示了这样的关切，即详细的法律指南可能很快就会随着云计算合同做法的迅速演变而过时。

14. 此外，在一些法域，云计算可能必须服从公共事业所适用的原则（例如，在无不当歧视的情况下向所有服务申请人提供价格公平、合理的安全和适足服务），这将大大限制云服务提供商的合同自由。在这种情况下，一部合同性法律指南的价值将令人怀疑。

⁷ 见《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》（1987 年），联合国出版物，出售品编号：E.87.V.10（A/CN.9/SER.B/2），查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1988Guide.html，以及本说明第 1 段中提及的《贸易法委员会国际补偿贸易交易法律指南》（1992 年）。

⁸ 同上。

15. 于是提议编写一部简短的指导意见案文，这种案文将更易于达成一致，也更方便用户使用。然而也指出，指导意见案文的篇幅应是次要考虑，因为案文需足够详细才能为订约各方提供有益指导。

16. 又提出，指导意见案文的主要受益者将是处于弱势议价地位的云计算服务用户。因此，建议在编写指导意见案文时谨记这类订约方。

2. 工作范围和起草方法

17. 基于下述理解，即为了保持相关性，指导意见案文应当避开有时限的术语和概念，对于指导意见案文是否仍应提及云计算服务的现有类型（如基础设施即服务（IaaS）、平台即服务（PaaS）等）及其部署模式（公共、私人，等等）提出了问题。一致看法是，不同类型服务和不同部署模式提出不同法律问题，可能需要采取不同的合同起草方法。因此，在指导意见案文中对现有云计算服务类型及其部署模式加以描述，将是不可避免的。有的意见提出，指导意见案文应当在不分所涉服务类型及其部署模式的情况下将任何云计算合同共有的法律问题与某一合同类型所特有的法律问题区分开来。

18. 另一个问题是，对于所有可能的（现有或未来）云计算服务类型及其不同部署模式以及运作云计算合同的各种各样情形所产生的所有法律问题，期望能够在—部指导意见案中详尽无遗地加以处理是否合理。如果不合理，就需在选择所要涵盖的问题以及指导意见案文分析这些问题的广度和深度时有所节制，项目执行起来才行得通。例如，案文可只侧重于数据可移植性、互操作性、数据泄露、多租风险以及云计算关系订约方最关切的其他问题。

19. 特别问及的一个问题是，如果一般合同法问题不涉及云计算方面的任何具体考虑，这些问题是否有必要讨论。强调了介入现有合同法框架并因此而限制合同当事人自由的风险。还对触及潜在监管性问题表示关切：尽管指导意见案文并非意在为政策制定者考虑通过直接或间接涉及云计算服务的监管或立法规定提供指导，但一部贸易法委员会案文仍会被视为反映了云计算服务方面合同交易实践的最低限国际公认标准，因此也可作为良好做法参照。

20. 另一种意见是采取比较全面的方针，依循贸易法委员会现有法律指南的例子处理合同起草问题。⁹特别强调了一部较全面指导意见案文对处于弱势议价地位用户的价值。

21. 只侧重于企业对企业（B2B）情形下云计算特有的问题，而将企业对消费者（B2C）、政府对企业（G2B）以及企业对政府（B2G）的情形排除在外，对这种方针是否可取提出疑问。协商中没有明确的一点是，如果将 B2G 包括在内，¹⁰指导意见案文是否应当就诸如为云计算服务采购选择一种方法或工具以及授标标准之类的招标前问题提供任何建议。（见本说明附件，载有述及公共云服务合同所产生具体法律问题的可能指导意见案文章节样本。）

⁹ 同上。

¹⁰ A/CN.9/823号文件第11段中提出一个相关问题：“云计算及相关的法律问题在涉及政府时和涉及企业时有何不同以及是否应适用不同标准？”

22. 关于指导意见案文是否只应涉及云服务提供商与云服务客户之间的合同，还是也应涵盖涉及中间人（如云服务经纪人或集成人）的合同，也存在意见分歧。分包问题的覆盖范围也不明确。对于指导意见案文是否应当处理特定部门（如保健或金融服务）的云服务合同，也表达了不同意见。不论是可能侵犯第三方权利所引起的法律问题（即隐私和个人数据保护问题，消费者保护法律），还是由于云计算服务用户而非云服务客户（如客户的雇员）的行为引起的法律问题，关于这些问题的讨论范围都没有共识。¹¹

23. 在订立有约束力承诺之前认真评估使用云计算服务带来的风险，这一点被认为特别重要。这种评估不仅应涵盖合同执行，还应涵盖订约后的问题。然而，鉴于多种因素影响订约前的考虑，对于贸易法委员会就订约前尽职调查提供详细法律指导是否是可行或可取，意见有分歧。据认为，指导意见案文可以着重说明订约前的基本方面，例如，订约前风险评估、审计、服务性能测试，以及核实（次级）许可地位。订约后问题需要结合相关合同条款详细讨论，例如，数据可移植性和输出、订约后服务、知识产权，以及订约后审计。

C. 未来案文可能的内容和结构

24. 除以上提出的问题和所附章节样本中列出的问题之外，按可能处理顺序列出的以下问题也可在可能的指导意见案文涉及合同起草方面的章节中加以处理：

(a) 合同自由和适用的法律框架：与云计算具体有关的法律选择方面的考虑，特别是在当事人没有选择法律的情况下国际私法如何确定管辖法律；¹²

(b) 合同的订立和形式：云服务合同订立的具体特点；云服务各方和用户身份识别和认证办法（与身份管理和信任服务关联）；¹³

(c) 服务及运行参数说明：核心、辅助和选择性服务说明；明示和隐性保证；与服务运行有关的同意和权利；诸如可提供服务、响应时间、维护和升级等服务运行参数；技术标准的适用和遵守；服务运行监测和审计；¹⁴

¹¹ A/CN.9/823号文件第8段中提出的类似问题：“第三方以及与第三方相关的信息如何因云计算协议而受到影响？”

¹² [A/CN.9/823](#)号文件第10段中提出的类似问题：“如果服务商和服务申请人之间选定的适用法律和管辖权指向A国，是否有效地取代用户所在B国国内法院的管辖权？”；[A/CN.9/856](#)号文件第56段中提出的类似问题：“在虚拟环境中合同是在何处谈判和签署的？预期合同将在何处加以执行？云计算服务提供商的所在地在何处？”预期合同将在何处执行？云计算服务提供商的所在地在何处？”；同上，第57段：“对于当事人意外或故意不选择管辖法律的情况，是否应当有一些指导意见？管辖法律的选择是否应当有一定限度？”。

¹³ A/CN.9/823号文件第7段中提出的类似问题：“到底有没有可被接受的合同框架，还是说应当确立最佳做法[以使身份管理确保对云数据的安全访问]？……各国的国内立法如何适用于被接受的身份管理规程？哪些做法是法院接受的合理做法，哪些做法是法院认为的过失做法？”

¹⁴ A/CN.9/856号文件第65段中提出的类似问题：“在服务合同无任何条款的情况下，通过订立合同完成工作和供应材料的人保证材料或服务将达到充分质量并合理地适于签约目的，除非合同情况如此致使排除任何此类保证。云合同关系中是否有隐性条款？例如，云服务提供商是否保证其将遵守数据可能所在地的任何可适用的当地法律？如果各方约定数据应当在特定的地理地点托管，那么云服务提供商是否保证其将照此办理，而且用于存储或计算目的的服务器将完全处在所指定的法域内？”。

(d) 风险分配：说明一般风险以及如何在云服务安排（如数据安全、数据保护和数据泄露风险）中实现分险最佳分配。这方面可能会产生不同法律后果，取决于云数据的性质、合同类型及其他情形。需要讨论对处理安全和数据泄露的任何最低限要求；¹⁵

(e) 政府获取数据：需要澄清指导意见案文应在多大程度上处理订约各方在国内或跨境情况下与政府当局的关系（例如，根据数据保护法律对国家机构的报告要求、披露令，以及在刑事调查和其他情况下保全和出具证据）；¹⁶

(f) 知识产权问题：专利许可相对于开放标准的问题；限制内容复制和对公众通信；对客户开发并部署于云中的应用程序的权利；更改客户数据所产生的知识产权问题；云处理数据（如元数据）上的所有权；对通过客户建议所作改进的权利；其他共享知识产权的情形；知识产权开发与保管义务之间的交叉。¹⁷对于指导意见案文讨论任何知识产权问题的程度，需要加以澄清。一些专家响应已表达的看法，即应将知识产权问题排除在外（见上文第 1 和 2 段）。其他专家则建议在指导意见案文中强调通过云计算安排利用知识产权谋利的风险；

(g) 价格和付款：价格计算和价格调整机制；衡量服务的方法；

(h) 赔责：可能的免责或限责情形；救济；损害赔偿金；责任保险；¹⁸

¹⁵ A/CN.9/823号文件第6段中提出的类似问题：“服务商对保全数据完整性负有哪些义务？数据完整性一旦受损有哪些补救办法？对于因服务不到位而造成的业务损失，服务商负什么责任？”；A/CN.9/856号文件第63段中提出的类似问题：“云计算协议各方的义务是什么？其中是否包括有义务保全数据和数据冗余？各方是否以云协议中具体提及的义务为限？云服务提供商是否有义务按公认的商业惯例履行合同？如果是，这些惯例的内容是什么？”；同上，第66段：“要求云服务提供商保护对数据的控制是否是合同的一项隐性条款？”。

¹⁶ A/CN.9/823文件第10和11段中提出的类似问题：“托管人是否应受披露要求的约束，即使托管人与下达披露令的管辖区只有非常有限的关联？如果准许特定国家当局在行使特别调查权时享有数据访问权，是否应要求服务商披露这一情况？”A/CN.9/856号文件第61段中提出的类似问题：“这显然带来了加密信息是否服从于另一国法律管辖的问题，如果是，那么这将产生什么样的实际后果。”这种做法提出了问题，即数据所在法域的法院是否可以要求披露密钥。”。同上，第62段：“在民事和商事事项中，法院可以颁布一道命令，要求出具在争议一方实际占有和控制下的文件。是否应当要求云服务提供商出具在其控制下的电子文件？否则，国内立法是否在这方面提供了明确指导？这种情形是否在跨境情况下更严重？”

¹⁷ A/CN.9号文件第8段中提出的类似问题：“根据这些协议，谁应是数据所有人？”A/CN.9/856号文件第69段中提出的类似问题：“在许多法律制度中，公开及和平占有个人财产等同于对所有权的推定。这一推定是否在云计算世界中造成困难？云服务提供商是否占有其客户的数据？如果云协议各方没有明确确立对数据或软件的所有权权利，特别是在提供基础设施即服务的情况下，那么会出现什么结果？”；同上，第70段：“既然客户对云服务提供商所保管的数据享有所有权权利，那么是否应当要求云服务提供商根据要求将数据交给其合法拥有人？这一义务是否也将包括删除或以其他方式清除任何备份数据的义务？”。

¹⁸ A/CN.9/823号文件第11段中提出的类似问题：“服务商应采取哪些实际、有效的措施限制风险？举例来说，是否应鼓励服务商提供享有不同访问权限的多层级访问权（即：关于某一实体的个人信息并非全部对所有用户开放）？无论设置或不设置此种保障措施和多层级访问功能，是否应要求服务商告知潜在客户？服务商是否应订立责任保险合同以及谁应负责为某一风险投保？保护个人信息法规的存在以及服务商遵守这一法规，是否足以免除服务商的责任？”；A/CN.9/856号文件第67段中提出的类似问题：“对数据丢失或损坏的责任限制是否可以强制执行，亦或这些责任限制是否因为违背合同目的而被认为是不合理或无法强制执行的？”。

(i) 期限、延长和终止：固定期限或无限期期限；延长机制；终止原因；部分或全部终止；终止时客户数据的处理。¹⁹需要澄清指导案文应在多大程度上涉及云服务提供商或客户破产对云服务合同的影响；

(j) 合同条款的修正：何以构成修正，以及需要澄清例行维护和升级有何结果；以及

(k) 争议解决：非诉讼争议解决机制、商事仲裁，以及云计算环境下对管辖权的特定考虑。²⁰需要澄清关于预防性禁令、网上争议解决问题以及群体诉讼和集体诉讼的讨论范围。

25. 需要澄清指导意见案文在多大程度上依赖于并反映云计算标准，如国际标准化组织（标准化组织）的标准。²¹例如，与其他国际组织合作阐明的云计算方面的标准化组织标准不是仅仅界定云计算条款并提供这方面的技术标准。这些标准往往包含关于应当以及如何处理云服务关系中的哪些问题的指导意见。

三. 供工作组审议的问题

26. 预计工作组将就云计算方面工作的可行性和实际需要、此项工作的确切范围、可能采用的方法以及给予此项工作的优先程度拟订供委员会审议的建议（见上文第 4、5 段）。为此，工作组宜特别处理以下方面的问题：

(a) 关于云计算的工作成果将采取的形式，即：拟订一部对云服务合同起草作出解释的法律指南，还是拟订另一种案文。在审议这方面的问题时，工作组宜回顾贸易法委员会所通过法规的不同门类，可大致分为：(一)立文案文（公约、示范法、立法指南和建议，以及示范立法条文）；²²(二)统一合约条款和规则（如

¹⁹ A/CN.9/823 号文件第 6 段中提出的类似问题：“云协议按什么条款终结？合同终止后数据怎么办？”

²⁰ A/CN.9/823号文件第10段中提出的类似问题：“如果服务商和服务申请人之间选定的适用法律和管辖权指向A国，是否有效地取代用户所在B国国内法院的管辖权？”；A/CN.9/856号文件第56段中提出的类似问题：“在虚拟环境中合同是在何处谈判和签署的？预期合同将在何处执行？云计算服务提供商的所在地在何处？”；同上，第74段：“法院受理云计算协议产生的合同侵权时，什么构成与其既定管辖权的充分关联？应当在什么程度上承认并强制执行对管辖权的排他选择？”；同上，第75段：“如果没有关于管辖权的条款，合同各方可在何处提出诉讼或寻求临时保全措施？如此行使管辖权的依据是什么？”。

²¹ A/CN.9/856号文件第33段中提出的类似问题：“这些年来，出现了由商业协会和非政府成员组织提出的‘国际标准’，促进了解决和限制‘云’所随带的法律风险。这些标准以提及方式被纳入云服务提供商与客户之间的合同，是对不少云计算风险的一种现成的解决方法。”；同上，第68段：“出现商业协会和非政府成员组织所提出的‘国际标准’可能有助于处理和限制‘云’特别是对中小型企业所带来的风险，这些企业可能并非总是拥有资源或专业知识审议与云相关的所有可能问题。贸易法委员会是否应当考虑将这些标准纳入最佳做法？云服务提供商与客户合同中提及的这些标准是否在各种不同的法律制度中具有效力和约束力？”。

²² 这种公约和示范法之类的贸易法委员会立文案文通常附带贸易法委员会或其秘书处为协助使用这些案文而编写的解释性材料（颁布指南（和解释）或解释性说明）。解释性材料依据的是贸易法委员会相关立法过程的记录。它们可能是由委员会通过的（例如，见《公共采购示范法颁布指南》（《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 17 号》（A/67/17），第 46 段。《指南》案文可查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2012Guide.html），也可能作为秘书处的工作成果印发（例如，见贸易法委员会秘书处关于 2006 年修正的 1985 年《国际商事仲裁示范法》的解释性说明（联合国出版物，出售品编号：E.08.V.4）。查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html）。

《贸易法委员会仲裁规则》²³); (三)解释性案文(如法律指南、信息说明和建议);

(b) 如果拟订法律指南,在详细程度、体例以及起草方法上,是否类似于贸易法委员会现有法律指南,²⁴还是需要依循不同格式;

(c) 工作范围,特别是,所拟订的案文是否声明将涉及所有可能的云计算合同,还是只涉及其中某一特定类别或云计算的特定问题。上文第 17-23 段提出了与工作范围以及工作组似宜处理的起草方针有关的其他重要考虑;

(d) 云计算领域工作的时间安排,即:应当在委员会分配给工作组的其他主题(身份管理和信任服务)的工作之前或之后展开此项工作,还是与之平行展开此项工作;以及

(e) 工作方法,与前一点密切相关。工作组似宜就此项工作应当在工作组或委员会全体会议上进行还是由秘书处有专家参与的情况下处理向委员会提出一项建议。如果是后一种情况,需要澄清委员会和工作组的作用。应当考虑到就工作方法作出的决定对各国派出专家代表以及对秘书处提供实质性和会议管理服务所需要资源的不同影响。

27. 在审议最适当的工作方法时,工作组似宜回顾,所有立法案文和大多数非立法案文都是由贸易法委员会在工作组中或者在贸易法委员会年度届会上拟订的。这些案文在通过之前都须征求各国政府和有关国际组织的意见。一些非立法案文也属于这种情况,例如,《贸易法委员会关于起草建造工厂国际合同的法律指南》,²⁵由致力于此项工作的国际经济新秩序工作组于 1981 年至 1987 年拟订;以及《贸易法委员会关于国际补偿贸易交易的法律指南》,²⁶其各章草案由秘书处拟订,并于 1990 年至 1992 年在委员会和一个工作组中对其进行了讨论。一些非立法案文虽然由贸易法委员会秘书处拟订,但仍须贸易法委员会审查和核准,经其授权后作为秘书处工作成果出版。²⁷

28. 非立法案文不但主题完全不同,而且在目的、结构和呈现风格上也迥然不同。它们可处理贸易法委员会其他任何案文²⁸未涉及的问题,也可与贸易法委员会

²³ 查阅网址: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html。

²⁴ 见上文脚注 7。

²⁵ 同上。

²⁶ 见上文脚注 3。

²⁷ 例如,见《贸易法委员会电子处理资金划拨法律》(1987 年)(联合国出版物,出售品编号: E.87.V.9 (A/CN.9/SER.B/1)), 查阅网址: www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/transfers/LG_E-fundstransfer-e.pdf; 《增进对电子商务的信心: 国际使用电子认证和签名方法的法律问题》(2007 年)(联合国出版物,出售品编号: E.09.V.4, 查阅网址: www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/08-55698_Ebook.pdf); 《贸易法委员会跨国界破产合作实践指南》(2009 年)(联合国出版物,出售品编号: E.10.V.6, 查阅网址: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2009PracticeGuide.html); 以及《认识和预防商业欺诈: 商业欺诈的标志》(2013 年)(见上文脚注 2)。

²⁸ 例如,《贸易法委员会关于国际补偿贸易交易的法律指南》(见上文脚注 3)是关于这一主题的唯一贸易法委员会案文。《认识和预防商业欺诈: 商业欺诈的标志》(2013 年)(见上文脚注 2)也是如此。

其他案文相关联。²⁹此处提到非立法案文，不包括可能随附贸易法委员会立法案文的解释性材料。³⁰

²⁹ 例如，见《贸易法委员会跨国界破产示范法》：司法角度的审视（2011年）（查阅网址：www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html）；或者，关于协助仲裁机构和其他有关机构根据《贸易法委员会仲裁规则》（2010年修订本）进行仲裁的建议（2012年）（《大会正式记录，第六十七届会议，补编第17号》（A/67/17），附件一）。

³⁰ 见上文脚注 22。

附件

关于云计算所涉合同问题的可能指导意见案文章节样本，由秘书处编写³¹

导言

起源和目的

1. 指导意见案文涵盖一方（云服务提供商）通过云计算，以一种或几种能力的形式，向另一方（客户）提供云服务的云服务合同。可以提供各种不同能力，包括提供和使用简单连结和基本计算服务（如存储、电子邮件、办公室应用程序），直至提供和使用所需要的全套实体和虚拟资源，用以建立自己的信息技术平台或者部署、管理和运行由客户创建或者由客户获取的应用程序或软件。

2. 云计算可一般定义为通过开放式或封闭式网络供应和使用计算服务（如数据托管或数据处理）。因此，云服务合同是提供服务合同的一种变式。视云计算所涉数据而定，云服务合同可能由多种法律制度管辖，其中包括隐私保护、银行法和反洗钱条例方面的制度。此类合同普遍涉及国际或跨境层面，但法律或实践也可能将云计算局限于单一法域。

3. 委员会认识到云计算解决办法对于促进经济增长，特别是对于中小企业的巨大潜力，决定开展云计算领域的工作。[拟借鉴贸易法委员会今后记录详述]

.....

4. 指南意见案文不打算表达贸易法委员会对于订立云服务合同的可取性的立场。指南意见案文只是想协助云服务合同潜在各方确定其在订立云服务合同之前以及在谈判和起草云服务合同期间应予考虑的问题。就指导意见案文所讨论问题提出的各种解决办法将不会管辖各方之间的关系，除非各方明确同意这种解决办法，或者除非解决办法产生于适用的法律。

5. 指导意见案文着眼于不论个人法律背景的使用。不过强调一点，不应认为指导意见案文可取代从主管专业顾问获取的法律和技术咨询和服务。指导意见案文也不是用来解释云服务合同的。

6. 指导意见案文不干扰强制性国内规则，也不打算为云计算专门法规提供一种模式，或者鼓励通过这种法规。除相关的地方、国家和国际法律规则以及合同规定之外，还可能有地方、国家和国际标准或执业守则，指导意见案文无意取代这些标准或准则。

指导意见案文的范围

7. 指导意见案文着重说明订立云服务合同所涉及的主要考虑，而不论服务类型及其部署模式。同时，指导意见案文认识到，云服务合同可能采取各种形式，表

³¹ 章节样本不反映贸易法委员会或其工作组的意见。它们是秘书处调研以及与专家协商的结果，并借鉴了 A/CN.9/823 和 A/CN.9/856 号文件。这些章节以草案形式提交给工作组审议。

现出不同特征，皆取决于交易的具体情形。指导意见案文着重说明特定类型云服务及其部署模式所产生的有共性的问题[待定]。

8. [指导意见案文触及由于云服务伙伴可能参与支持或辅助云服务提供商或客户的活动或两者的活动而产生的问题。云服务伙伴的例子包括云审计师和云服务经纪人。指导意见案文结合可被考虑纳入云服务提供商与客户之间的云服务合同的可能条款，在一定限度内论及为非客户的云服务用户（如客户的客户、员工等）提供的权利和救济。[需澄清指导意见案文对第三方所涉方面（分包、经纪人、审计师、数据主体的权利、消费者、云服务其他用户等）的覆盖范围。]]

9. 指导意见案文可能不适用于云服务提供商与消费者之间的云服务使用安排，前提是这些安排将受强制性消费者保护法律和条例的管辖。[需讨论其他排除在范围之外的情形，例如，G2B、B2G、特定部门等。]

10. 云计算和云服务可能涉及跨境操作，也可能被限制于特定区域或国家。本指导意见案文可供各方使用，而不考虑跨境因素。对于大多数标准化简单云服务，这一因素无关紧要；在某些情况下，跨境问题会给本指导意见案文的讨论增加一层复杂性。

11. 指导意见案文不涉及许可和外包安排方面的问题，不过云服务的某些方面可能类似于这些关系。

指导意见案文的体例

12. 指导意见案文分为几个部分。第一部分向读者介绍指导意见案文所涵盖的合同以及云计算的益处和风险。第二部分涉及在拟定合同之前产生的某些事项，并说明根据订约方所选择的类型和部署模式为构建云服务合同而可能采用的订约方法。这些主题的讨论有两个目的：引导各方注意在开始谈判并草拟云服务合同之前应当考虑的重要事项，并为讨论合同所涉法律问题设定背景。

13. 第三部分讨论各方会使用的各类可能的合同条款。指导意见案文中的讨论限于云计算服务所特有的那类条款或者对其特别重要的那类条款。在指导意见案文所描述的条款中，有些条款对于订立云服务合同至关重要。指导意见案文中所讨论的其他条款可能在某些商业情况下有用，特别是鉴于服务类型及其部署模式。指导意见案文通篇的讨论都酌情指出，订约做法不同，可以适用不同的解决办法。鉴于订立云服务合同的情形大相径庭，指导意见案文并不对各方应商定的条款类型作一般性说明。指导意见案文所审议的问题在多大程度上与其合同相关，应由每项合同的各方来判断。

14. [最后一部分涉及在 B2G 和 G2B 情况下以及在受特别监管的部门（如保健和金融服务）中云服务合同提出的具体法律问题。][待定]

起草方法

15. 鉴于指导意见案文的目的是帮助订约方确定云服务合同谈判或执行方面的陷阱、限制和其他困难，其中提出的建议旨在就如何解决云服务合同的某些问题提出建议。采用了三个层级的建议。最高层级以各方“应当”采取某一特定行动方

针这样的声明加以表示。指导意见案文极少使用这一用词，只是在某一特定行动方针是逻辑上或法律上所必需时才使用之。如果各方采取某一特定行动方针是“适当的”或“可取的”，但并非逻辑上或法律上所必需的，则使用中间层级。对于最低层级的建议，以诸如“订约方似可考虑”或“订约方不妨提供”，或者各方达成的协议“似宜”包含某一解决办法这样的措辞加以表示。出于起草上的原因，对某一具体建议所使用的措辞可能与上文刚列明的措辞略有不同；然而，从措辞中，应能清楚地看出所提建议的层级。

16. 由于活跃于云计算领域的各种国际和区域机构——包括国际标准化组织（标准化组织）——已经形成一套通用术语，指导意见案文使用了既定术语，以确保一致性、统一性和法律明确性。

第一部分：云服务合同

云服务合同的显著特征³²

17. 所有云服务合同共有的显著特征均来自籍以提供云服务的云计算的以下典型特点：

(a) **广泛的网络接入**，指可从任何提供网络的地点，使用各种装置（如移动电话、平板电脑和膝上型计算机等），在网络上（如通过互联网）利用各种能力；

(b) **计量化服务**，指云服务可计量交付，如同公用事业部门（气、电等），允许监测资源使用情况并按用量收费（随用随付制）；

(c) **多租户安排**，指实体资源和虚拟资源分配给多个用户，用户数据彼此隔绝，互不相通；

(d) **按需自助服务**，指客户根据需要使用服务，为自动服务，或与云服务提供商有最低程度互动；

(e) **迅速顺应性和伸缩性**，指迅速增减根据客户需要提供的连接或服务的能力；

(f) **资源集合**，指云服务提供商能够在客户不控制或不了解所涉过程的情况下为服务一个或多个客户而集聚实体资源或虚拟资源。

18. 基于对实体资源或虚拟资源的控制和共享（部署模式），云计算有多种组织方式，包括：

(a) **社区云**，云服务专门向某一群体有关联、有共同要求的云服务客户提供支持，资源至少由该群体一名成员控制；

(b) **私人云**，专供单一个云服务客户使用的云服务，资源由该云服务客户控制；

(c) **公共云**，云服务有可能提供给任何云服务客户，资源由云服务提供商控制；

³² 本节的起草使用了ISO/IEC 17788: 2014，以及A/CN.9/856号文件。

(d) 混合云，使用至少两种不同云部署模式。

19. 客户对云服务合同下所提供资源进行管理和控制的程度，取决于提供给客户的能力的类型以及部署模式。在有些情况下，客户并不管理或控制基础实体资源和虚拟资源，而是对使用实体资源和虚拟资源的操作系统、存储和部署的应用程序进行控制。云服务客户也可能享有控制某些网络部件（如主防火墙）的有限能力。还有些情况是，除连接客户和网络的装置外，客户对资源没有任何控制。

益处和风险³³

20. 使用云计算带来的经济效益是通过实现规模经济产生的：将一个云服务提供商控制范围内的计算资源集中起来，然后由其按折扣价格提供给多个用户。微观经济一级的经济效益可在宏观经济一级的对企业和国际贸易产生积极影响。

21. 所列举的云计算尤其对初创企业和中小企业具有吸引力之处，包括减少对信息技术基础设施的资本投资需要，节省与信息技术治理相关的营运费用，等等。另一个重要考虑是，信息技术安全加强、人员专业化、数据存储能力提高、数据保存改善，以及其他一些最先进的计算服务特征。比起传统的信息技术服务，云计算可能也更方便用户，允许有更多灵活性、生产效率和创新。

22. 同时，云计算并不是没有风险的。它涉及外包及相关风险。如果对业务需要、云计算风险以及成本节约可能性的评估不完全或不准确，就有可能造成经济损失。声誉受损致使业务中断或收入亏损，也可能造成经济损失。

23. 云计算的具体风险尤以下述几个方面为甚：

(a) **失控。**客户决定将全部或部分活动和数据迁入云计算，导致丧失对其专属控制权。失控程度取决于云服务的类型。尤其可能受到影响的是，客户部署必要措施以保障数据完整性和保密性或者核实数据处理和保留是否得到适当处理的能力。

(b) **云计算的固有特征。**云服务提供商的安全措施不完备将升高对客户的风险。以下方面可能与此有关：竖井式结构、资源隔绝以及数据分离不完备，身份管理程序不足分，以及防止攻击云计算基础设施的特别防范措施缺失。多租户安排和虚拟化这样一些云计算固有的特征可能会加剧安全风险。

(c) **服务的远程访问**为网络攻击提供了机会，例如，截取通信（包括密码）、网钓、诈骗，以及利用软件弱点。

(d) **跨境数据流动。**在共享型以及政府可能进入的基础设施中，对个人数据和其他敏感数据的保护以及对隐私权的尊重都特别困难。缺乏关于数据位置以及参与提供云计算服务利益相关方数目的信息，会加重数据泄露风险。

(e) **云计算服务访问证书丢失或受损，**是数据丢失或数据披露给未经授权者的常见原因之一。

³³ 本节的起草使用了 A/CN.9/856 号文件。

(f) **作用和责任共享模糊不清。**云服务模式有多个利益相关方参与：云服务提供商、客户，以及其信息由客户持有的第三方，等等。在界定与数据所有权、访问控制以及基础设施维护等有关的作用和责任时如有任何模糊，都可能造成安全隐患及其他风险。在使用第三方信息技术资源的情况下，不明确划分职责将产生更大影响。

[第二部分、订约前各方面]

[澄清在指导意见案文中讨论任何相关问题的范围]

.....

第三部分、合同的起草

.....

[关于本章的可能内容，见本说明主要部分第 24 段]

[第四部分、.....[确定任何领域]云服务合同的具体法律问题]

[以下是秘书处编写的节样本，用以示明可能以何种办法拟订关于非 B2B 情况下以及置于专门监管下部门（如保健和金融服务）云服务合同所产生法律问题的章节。示例使用了 B2G 情形。

如果指导意见案文打算涵盖 B2G 交易，下文列出的问题清单需由工作组审议。此外，还需决定是否就订约前问题——如确定规格或性能要求以及选择适当采购方法或工具——提供任何指导。]

公共云服务合同

24. 在服务性能水平、数据安全、保护和隐私方面，订立云服务合同的公共实体面临的问题与企业对企业（B2B）合同情况下所讨论的问题相似。而由于云服务客户的公共性质以及公共实体在执行公共采购职能以及本国社会经济政策方面的作用，将会产生更多复杂问题或独特问题。

25. 公共实体通常须遵守不同层面的法律，而这些法律并不适用于私营实体，如关于信息自由、国家记录和国家档案、公众查询、调查等方面的法律。这些法律将由于云服务提供商与合同实体的合同关系而对其适用。尽管如此，对于公共实体及其雇员未能适当行使赋予其的公共职责，其中包括，滥用或错误地披露置于云中的包含受保护信息（如机密信息、个人身份识别信息、商业敏感信息等）的公共数据，公共实体及其雇员仍将承担刑事、民事和行政责任。因此，政府信誉和公众信任将与云服务的质量紧密相关。

26. 尤其是以下方面将由适用于公共实体的法定要求来决定：

(a) 可与谁订立云服务公共合同（云服务提供商可能需由国家机构核证，或者可能限制与外国实体订立合同）；

(b) 哪些数据可以迁移到云平台（可能禁止将敏感性质数据迁移到云中）；

(c) 按照什么条款、根据什么标准使用云服务（法律可能要求对安全性、隐私、保密性、可访性、认证、服务连续性、互操作性和可移植性、数据泄露通知义务、对移动数据和闲置数据地理位置的限制以及数据中心、服务器和冗余服务器规定更高标准，）；

(d) 关于分包的特别规则。任何未在招标文件中公布的分包合同可能都必须事先取得采购实体的同意。对分包合同的总括性同意是不可接受的，因为这可能会干扰良好治理和竞争原则（无制约的分包安排可能导致串通）。因此，可对分包商进行强制性核查，并规定有义务在存在强制性理由时取代现有分包商。此外，通常要求分包商必须遵守对主要承包商规定的同样采购条款。因此，要求云服务提供商在任何现有或未来分包安排中反映这些条款；

(e) 云服务提供商需提供保证、足够资本或保险范围；

(f) 对云服务提供商处理敏感信息的人员进行强制性培训；

(g) 国家记录管理规则，特别是允许电子发现和证据保全的功能特征；以某种形式保留公共数据及相关元数据的义务，包括合同结束后的保留；根据国家核准的记录时间表处置记录；以及按规定形式将永久记录转入国家档案；

(h) 其他进一步功能，例如，执行本国社会政策的功能（如允许残疾人访问公共数据），以及与个人和法律实体互动的功能（如遵守法定的诉讼期限）。

27. 公共实体也可能在其补偿云服务提供商、商定某些争议解决条款（例如，关于外国仲裁或外国管辖权）以及接受点击通过安排的能力方面面临重大限制。公共实体还可能被要求纳入不予披露规定并对通常在企业对企业（B2B）和企业对客户（B2C）环境下载于标准云服务合同中的标准条款作出修正，这些条款涉及诸如广泛停机或者云服务提供商的其他权利、云服务提供商对服务故障赔偿责任的缺失，以及在此种情况下无赔偿客户义务等。还可能要求公共实体确保合同条款禁止云服务提供商为自身的任何目的（如广告或其他商业活动）而使用数据。对于代表公共实体存储的任何数据，公共实体也不能就此种数据的任何知识产权向服务提供商转让达成约定。

28. 在企业对政府（B2G）情况下，政府终止合同的理由可能也更广泛，包括为方便而终止合同。法律也可能要求公共实体以腐败、欺诈和法律规定的其他理由终止合同，并对这种情形规定云服务提供商的无限赔偿责任。

29. 采购实体必须了解对所涉云服务合同适用的任何法定要求。这些要求可能因所提供服务的类型和部署模式而不同。较之于固定价格采购，对按需服务采购的具体要求还需参照国家预算编制程序加以考虑。所有这些问题都将决定对拟定资格、资质、审查和评审标准采取的办法，并将决定对选择最合适方法或工具采购所需云计算服务采取的办法。因此，这些问题都需要在采购规划阶段加以考虑。

30. 在采购规划阶段就认真考虑到所有这些问题，对于公共采购实体来说特别重要，因为公共采购实体不同于私营实体，无论是在合同订立阶段谈判合同条款，还是在合同执行阶段针对问题重新谈判合同条款，公共实体都没有太多自由。公共采购合同必须纳入采购开始时在招标文件中写明的采购条款和条件，而且采购

条款和条件必须是中标标书中载明的条款和条件。在订立合同时或者在合同执行期间对这些条款和条件的任何重大修改，都将违反公共采购至关重要的透明度、竞争和客观性原则。凡是会影响合同性质、采购程序潜在参与人池或者甄选结果的修改，都将被视为重大修改。因此，企业对企业（B2B）和企业对消费者（B2C）环境下通常被纳入标准云服务合同的云服务提供商单方面修改合同条款的权利，即使不被完全排除，也需作出重大修改。]
