

个人信息作为企业资产

——企业并购中的个人信息保护与经营者权益平衡

余佳楠

内容提要:企业并购是厘定个人信息权利与经营者权益边界的重要场景之一。在单纯的股权收购、企业的合并、分立与形式变更等情形下,原则上不产生个人信息保护的问题。在资产收购的情形下,则涉及个人数据的转让,但此时应考虑收购双方及目标公司债权人的合理利益。在美国法与欧盟法上,对于资产收购均存在数据传输无需用户同意的例外处理机制。这些机制的核心是数据主体与企业之间的利益衡量,一方面从数据主体的利益出发,考虑在资产收购后数据原本的使用目的是否能够实现;另一方面则从企业的利益出发,考虑其对于数据交易是否具有合理利益。在并购双方对于用户数据转让存在合理利益的基础上,应允许企业在并购中转移个人数据,但应给予用户事先或事后作出相反选择的权利。

关键词:个人信息 同意原则 股权收购 资产收购

余佳楠,北京大学法学院博士后研究人员。

一 问题的提出

在讨论经营者对于用户个人信息保护方面的义务时,往往存在一种预设的景象,即持有用户个人信息的企业是作为法律主体出现的,而其所控制的个人信息则是一种对象,二者之间存在“主体—客体”的清晰界分。在企业的日常经营中,这一景象或许符合一般感受,但是,在相关的企业作为客体、作为一组财产或者作为一种动态的经营过程出现时,企业与其用户的信息就相互交织而难以截然剥离。尤其是在企业清算或重整以及资产收购的场景下,企业——包括企业控制下的个人信息——成为交易标的。此时,企业和相关用户对于个人信息的权利与利益,就处于高度的紧张关系中——企业究竟是否以及在何种程度上,有权在并购中处理此类资产?不久前“人人网”收购案所引发的广

泛关注,^[1]其核心问题即在于此。

事实上,用户数据属于个人信息,承载着用户的权利与利益,包括隐私或者个人信息自决权等权益。个人信息的收集、使用、处理与转让应取得被收集者的同意,是个人信息保护的出发点与基本原则。同时,企业所掌握的用户信息也是构成企业价值的重要组成部分。尤其是对于购物型、社交型互联网企业而言,牢固的用户群和基于用户画像的个性化推荐,^[2]是企业价值的基础与源泉,要将个人信息在企业并购交易中完全剔除出去是不可想象的。在企业并购时,尤其是在直接对企业资产进行变价的资产收购的场景下,出现的问题是:投资者是否有权出售企业的全部资产,包括用户信息在内?用户如何阻止自己的个人信息流向他人?对于这些问题,我国在立法上还未涉及。本文将从前述问题出发,介绍美国与欧盟的相关规则与法律实践,讨论这一场景下复杂的利益衡量机制,并试图为我国法律规则和实践提供参考。在本文中,笔者不试图统一类似的概念,而将采用相关术语在各自法域下的直接含义。^[3]文中对“个人信息”与“个人数据”将不作实质性区分,前者偏向于在信息与内容的含义上使用,后者则偏向于在持有与转让的含义上使用。

二 股权收购中的个人信息保护

(一) 数据传输与用户同意原则

用户同意是对个人信息进行收集、使用、披露等操作的一般前提。^[4]我国目前除了《民法总则》第 111 条的框架性规定外,主要是在《网络安全法》中对此进行规定,集中在第 40 条以下。目前《民法典·人格权编(草案)》^[5]第 1034 - 1038 条,也包含了前述规则。用户的同意,是向某一特定主体、针对某一特定目的所进行的表示(《网络安全法》第 41 条第 1 款、《民法典·人格权编(草案)》第 1035 条)。因而如若持有个人数据的主体发生变动,就具有两方面的意涵:第一,用户此前对于相关主体收集与使用自己个人数据的同意不再适用;第二,两个不同的法律主体间发生了数据的传输或披露。我国在立法上尚未尝试对数据的“传输”进行定义,但可以明确的是,法律意义上的数据传输,不应采取物理上的或技术上的标准。一方面,除数据跨境流动的特殊规定外,法律主体内部的数据传输并不具有重要的法律意义,例如将用户信息从 A 地的分支机构传输到 B 地的企业总部;另一方面,具有法律效果的数据传输,也无需以数据存储的物理变化为基础,例如将存

[1] 参见《南方都市报》对此的报道:“人人网被卖,我的青春数据去哪了?收购方多牛传媒:将妥善保管”,<http://www.infzm.com/content/141824>,最近访问时间[2019-08-01]。

[2] 参见丁晓东:《用户画像、个性化推荐与个人信息保护》,《环球法律评论》2019 年第 5 期。

[3] 例如,持有个人数据的企业,本文中存在以下几种术语:网络运营者(我国)、控制人/责任人(欧盟法)、企业/目标公司(美国法);个人信息所指向的自然人,本文中存在以下几种术语:被收集者(我国)、相关人/数据主体(欧盟法)、用户/客户(美国法);对数据进行的操作,本文中存在以下几种术语:收集/使用(我国)、处理/转让/使用(欧盟法)、出售(美国法)。

[4] “知情同意”模式在学界受到颇多批评,但我国和欧盟立法上均采用知情同意模式,美国法实践也均以知情同意模式为核心。

[5] 本文所使用的《中华人民共和国民法典(草案)》,为中国人网 2019 年 12 月 28 日公布的草案文本,www.npc.gov.cn,最近访问时间[2019-12-29]。

有数据的硬盘转让给第三方。^[6] 因此,原则上说,只有持有个人数据的主体发生变动,才构成个人信息保护相关法律的适用情形。

(二)单纯的股权收购场景

围绕本文关心的问题,可以企业资产转移的两种基本形式为讨论的出发点,即股权收购和资产收购。^[7] 在股权收购的模式下,收购方取得目标公司的全部或部分股权,而目标公司的法律人格不受影响;而在资产收购的模式下,收购方购买的则是目标企业的资产而非股权,收购之后,来自目标公司的资产可能完全混入收购方的资产,也可能继续保持独立运营,但不再具有独立的法律人格。在实践中,从交易便捷、风险防范等角度考虑,企业并购通常会采取股权收购的方式进行,而资产收购则往往在企业清算或重整时采用。

对于个人信息保护问题而言,股权收购与资产收购的区分具有显著的法律意义。股权收购只导致持股的变化,而并不影响相关目标企业在法律上的身份,其法律人格和独立性均得以保留。这具有两方面的含义:一方面,这意味着用户对于该企业作出的数据收集与使用许可,或者法律上对该企业适用的许可,原则上可以继续适用;另一方面,这也意味着,目标公司的法律地位在并购后并不自动地扩展至其母公司或企业集团中的其他成员。如果目标公司将数据与母公司或其他关联公司共享,则很可能发生个人信息保护法上的问题。^[8]

根据欧盟法,在股权收购模式下,用户与企业之间的合同、用户对企业作出的数据处理许可以及企业处理数据的法定许可,都保持不变。^[9] 质言之,股权收购的场合本身并不存在个人信息保护法特别关注的理由,因为无论是在股权收购前还是收购后,无论目标企业是与关联企业还是与任意第三方分享用户的个人数据,只要未经用户许可,原则上均属违法。即使用户对于收购方的隐私政策和数据保护实践相当不信任,股权收购本身也并不触发个人信息保护法的干预,当然,用户可以直接向企业撤回许可,企业应当立即删除相关个人数据。

在美国法上,股权收购有着类似的效果,除非被收购的目标公司在收购时声明改变隐私政策,否则也同样继续保持当前的隐私政策与承诺;并购后,被收购的目标公司也不得在未取得用户同意的情况下,将个人数据与其母公司或其他第三方分享。例如,在 2014

[6] 德国现行的《联邦数据保护法》对数据的“传输”(übermitteln)进行了定义,包括两种方式:将数据交给第三方,或者允许第三方查看或访问数据(§ 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG)。

[7] 参见施天涛著:《公司法论》(第3版),法律出版社2014年版,第494页;李建伟著:《公司法学》(第3版),中国人民大学出版社2014年版,第117页。

[8] 但在不同法域,这种做法的是否能达到预想效果,是存疑的。例如在欧盟法上,用户的同意须针对一个或多个具体的目的作出[Art. 6. 1. (a) GDPR],这种概括性的许可是否足够具体是成问题的;在美国法上,虽然原则上以公司各自的隐私政策为准,但联邦贸易委员会也开始重视用户的“合理期待”,而不仅是依据隐私政策的实际内容进行处理,参见 Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, *The FTC and the New Common Law of Privacy*, 114 *Colum. L. Rev.* 583 (2014), pp. 667 - 668。

[9] 德国学界的一致观点是,股权收购一般不产生个人信息保护法上的问题,参见 Ernst, *Kundendaten und der „Asset Deal“*, *DuD* 2016, 792, 793; Uwer/Jungkind, in: Meyer-Spärenberg/Jäckle, *Beck'sches M&A HdB.*, 2017, § 77 Rn. 27 m. w. N.。拜仁州数据保护监管局(Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht)曾明确表达过这一立场,参见该局 2015 年 7 月 30 日的新闻发布稿:“Kundendaten beim Unternehmensverkauf-ein Datenschutzproblem”, https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf, 最近访问时间[2019-08-01]。

年, Facebook 宣布收购 WhatsApp 后, 两个公司均向消费者承诺, WhatsApp 在收购后也将保持独立经营, 对用户而言不会发生任何改变;^[10] 联邦贸易委员会 (Federal Trade Commission) 就此致信双方, 督促双方遵守承诺, 保持 WhatsApp 的隐私政策, 并提示违反上述承诺将构成违反《联邦贸易委员会法案》(Federal Trade Commission Act) 第 5 条的行为。^[11] 然而, 并购完成的两年后, WhatsApp 改变了其隐私政策; 新的隐私政策将允许 Facebook 分享用户的个人数据, 包括收购前取得的数据, 除非用户在 30 天内对这一政策选择退出。这引起了用户的不满, 消费者隐私保护组织向联邦贸易委员会提起了正式的投诉, 认为两个公司的行为违反了《联邦贸易委员会法案》第 5 条, 目前联邦贸易委员会尚在调查中。^[12] 欧盟委员会则已经针对误导性陈述, 向 Facebook 开出了 1.1 亿欧元的罚单。^[13]

(三) 企业合并、分立、形式变更的场景

除了单纯地形成控股关系外, 股权收购还是公司合并或分立时的操作步骤。此时问题就更为复杂, 从形式上看, 持有用户数据的主体发生了变化, 因而似乎构成了用户数据的传输或披露。存在类似问题的还有企业的形式变更, 此时企业的主体身份也发生了变化。不过, 仍然应当将此类情形与个人信息保护法意义上的“向他人传输”或者“向他人披露”进行区分。主要考虑以下两方面问题: 第一, 公司合并、分立、形式变更时, 法律主体间存在人格和财产上的连续性, 因而变动后的公司并非通常意义上的“他人”; 第二, 合并、分立时, 基于法律规定而发生全部或部分财产和债务的整体承继, 此时发生的只是公司组织结构的变化, 而并不存在积极的数据传输行为。^[14] 企业形式变更则更不涉及财产的变动问题。因此一般认为, 在公司合并、分立、形式变更的场景下, 原则上无需就个人信息传输问题征得用户同意。^[15] 但此时主体身份发生变动的相关企业, 应当负有对用户进行通知的义务。

(四) 尽职调查中的个人信息保护

需要注意的是, 从流程上观察, 个人信息保护问题在并购前期就会发生。可能的场景有双方初期的接触与情况介绍, 最主要的是收购方所进行的尽职调查。因为收购方要对目标公司的资产进行检查和审核, 所以可能会涉及到个人信息的披露。如果在这一阶段

[10] 见 WhatsApp 于 2014 年 2 月 19 日发布的博文, <https://blog.whatsapp.com/499/Facebook>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[11] 见时任联邦贸易委员会消费者保护司司长里奇 (Jessica L. Rich) 致两公司相关负责人的信, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatapltr.pdf, 最近访问时间[2019-08-01]。

[12] 参见美国电子隐私信息中心对此的报道, <https://epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp/>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[13] 不过这一处罚的法律基础并非个人信息保护法, 而是因为 Facebook 违反了程序性义务。在该案中, Facebook 提供了错误与误导性的信息, 至少是出于过失, 因而违反了程序义务。参见欧盟委员会 2017 年 5 月 18 日发布的新闻, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm, 最近访问时间[2019-08-01]。

[14] Vgl. Lüttge, Unternehmensumwandlungen und Datenschutz, *NJW* 2000, 2463 ff.; Marsch-Barner/Mackenthun, Das Schicksal gespeicherter Daten bei Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen, *ZHR* 165 (2001), 426 (434 f.); Uwer/Jungkind, in: Meyer-Spahrenberg/Jäckle, Beck'sches M&A HdB., 2017, § 77 Rn. 33 m. w. N.

[15] 此为德国学界的主流观点, 也得到了各州数据保护监管局的支持。为防范个人信息保护方面的风险, 实践中常常采用转立 (Ausgliederung/spin off) + 股权收购的方式。具体参见 Uwer/Jungkind, in: Meyer-Spahrenberg/Jäckle, Beck'sches M&A HdB., 2017, § 77 Rn. 30, 35。

就数据的使用和披露征求用户同意,就很可能产生大量无必要的开销,因此可以考虑的处理方式主要有两种:在公开的隐私政策中表明个人信息将用于尽职调查,或者对个人信息进行去识别化处理。^[16]

三 资产收购中的利益衡量

与公司合并与分立的情形不同,在资产收购的场景下,相关资产的转让并非基于法定的整体承继,而是基于法律行为的转让。如果转让的资产中包含用户个人信息,则根据不同法域的术语,构成个人信息的披露、传输或处理。原则上,这一行为应征得用户的同意,或者应符合公司的隐私政策。否则,在美国法上,这意味着企业违反了其隐私政策与隐私承诺,构成《联邦贸易委员会法案》第5条上的欺骗行为;^[17]在欧盟法上,如果不具有其他的合法化事由,则违反了用户同意的基本原则。我国《网络安全法》第42条第1款,也禁止了这种行为。但在美国法与欧盟法上,用户的事先同意并非转让的唯一路径,而是均存在一定条件下的例外。在美国法上,如果并购双方符合一定条件,则可以直接或在事后征得用户同意的前提下转让用户个人数据;欧盟法则允许在履行合同必要的限度内使用个人信息,或者基于利益衡量允许企业出售包含个人信息在内的资产。以下将对相关制度进行介绍与讨论。

(一) 美国法的实践

美国并不存在统一的隐私立法。联邦层面的立法只存在于医疗健康、儿童保护、金融等特殊领域,个人数据与隐私保护在实践中大多是在联邦贸易委员会、各州立法以及行业协会的推动下,通过行业标准、企业隐私政策等软法的形式进行,遵循“提示与同意”(notice and consent)的基本模式。^[18]因而在实践中,企业的隐私政策是衡量其行为合法与否的最重要标准。在美国法上,在资产收购中引发隐私问题的案件构成往往是,公司在隐私政策中作出了不向他人披露用户数据的承诺,但却将数据单独或与其他资产一起转让给了收购方,或者至少试图从事上述交易。在联邦贸易委员会与法院的法律实践中,与本文论题相关的主要有三个案例,以下简称之。

1. 联邦贸易委员会的“Toysmart 方案”: Toysmart 案

资产收购中的个人信息保护问题,始于2000年的Toysmart案。该案中Toysmart公司与联邦贸易委员会达成的和解协议(被称为“Toysmart 方案”),在此后的类似案件中多次被联邦贸易委员会援引。Toysmart是一家在线玩具零售商,曾在其隐私声明中承诺绝不与第三方分享用户的个人信息。但该公司于2000年宣布停止营业、进入破产程序后,试

[16] Baranowski/Glaßl, M&A im Internet: Transaktionen von Daten und Content, *BB* 2017, 199, 201.

[17] See Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, The FTC and the New Common Law of Privacy, 114 *Colum. L. Rev.* 583 (2014), pp. 628 - 629.

[18] 参见联邦贸易委员会于2000年提出的“信息公平实践原则”(Fair Information Practice Principles, FIPP),相关内容参见 <https://www.ftc.gov/reports/privacy-online-fair-information-practices-electronic-marketplace-federal-trade-commission>,最近访问时间[2019-08-01]。

图出售其用户数据库中的内容,包括详细的用户名单及其他相关信息。联邦贸易委员会认为该行为违反了《联邦贸易委员会法案》第 5 条,向法院起诉。之后双方达成了和解协议,Toysmart 公司被允许出售客户数据,但必须符合以下要求:(1)用户信息必须作为资产的一部分出售,而不能单独出售;(2)相关信息只能出售给主营家庭商业市场的收购者(即收购者必须来自相同行业),收购者的确定须经法院同意;(3)收购者必须明确同意 Toysmart 公司此前的隐私声明,包括绝不与第三方分享用户个人信息、遵照原隐私声明承诺的目的和使用用户信息等;如果隐私声明发生实质性改变,收购者应事先通知用户。新的隐私政策应当仅适用于政策改变后收集的信息,除非用户肯定地同意对原先存在的数据也适用新的隐私政策。^[19] 在此需要提示的是,以上和解协议并未要求 Toysmart 公司就数据的转让征得相关用户同意。也即在满足和解协议要求的前提下,数据的转让不需用户同意,用户的选择权只是针对未来可能发生的、隐私政策发生实质性改变的情况。

2. 破产法院的“退出权方案”:Borders 案与 RadioShack 案

除上述 Toysmart 方案外,在破产实践中,还存在“退出权方案”,这一处理方式主要成型于 Borders 案和 RadioShack 案。Borders 集团公司曾是美国最大的书籍和音乐零售商之一,持有大量用户数据。2011 年 Borders 公司进入破产程序,其竞争对手 Barnes & Noble 公司(B&N 公司)收购了部分资产,包括用户的个人信息。破产法院许可了这一交易,并对交易相关事宜作了如下规定:(1)收购方即 B&N 公司应采取与出让方 Borders 公司实质上相同的隐私政策;自交割之日起,B&N 公司应遵循该政策。如果该隐私政策在个人信息方面发生任何实质性变动,B&N 公司应通知相关权利人,其有选择退出相关变动的权利。(2)所有的个人信息都会在交割时转让给买方;在交割当天或之后的一个工作日内,买方即 B&N 公司应向原 Borders 的用户发送邮件,邮件中必须清晰明确地披露以下内容:a. 说明用户的个人信息已转让,告知其在 15 日内行使退出权,并应当包含 B&N 公司隐私政策的链接;在退出权行使期间,B&N 公司不得使用相关个人信息;b. 告知相关数据自转让之日起,将受 B&N 公司的隐私政策的约束;c. 邮件中可包含折扣等广告内容,买方可自行决定。对于电子邮箱地址不活跃的用户,应以网站公告的方式通知,给予其 30 日的期间行使退出权。(3)B&N 公司应采取合理的信息安全保护措施,受数据保护行业标准和相关法律法规的约束。^[20]

此后,RadioShack 案也适用了这一退出权方案。电子产品零售巨头 RadioShack 公司(RS 公司)在破产程序中,试图将其部分资产和部分客户数据出售给 General Wireless Operations 公司(GWO 公司)。RS 公司在其长期的经营过程中,通过不同的来源收集了大量客户信息。在提出破产申请当日,公司的数据库包含了大约 1.17 亿条、170 个类别的客户记录;但这些记录中不包括敏感信息,例如社保号等个人独有的身份识别号。RS 公司与 GWO 公司交易涉及的数据是其中的一部分,约 6700 万条姓名和邮寄地址的完整记录,其中约 830 万条也包含电子邮箱地址。此外,RS 公司还计划出售约 20 万条电子邮箱

[19] In re Toysmart, com, LLC, No. 00 - 13995 (CJK) (Bankr. D. Mass.); 参见联邦贸易委员会对此案发布的报道, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/07/ftc-announces-settlement-bankrupt-website-toysmartcom-regarding>, 最近访问时间[2019-08-01]。

[20] In re Borders Group, Inc., et al., No. 11 - 10614 MG (Bankr. S. D. N. Y. Sept. 27, 2011).

地址信息。待出售的数据的类别为以下一种或几种:姓名、邮寄地址、电子邮箱地址、电话号码以及 21 类交易数据。多个州的州检察长对这一交易提出了异议。经过调解,各方达成和解协议,并为破产法院接受。协议要求:(1)RS 公司和 GWO 公司交易的数据限于此前商定的范围,但对电子邮箱地址、交易数据等作出限制。信用卡号、客户的电话号码以及其余 14 类交易数据等不属于上述范围的数据,不再包括在交易中。(2)收购方即 GWO 公司在交割后 60 日内,向相关用户发送电子邮件或寄送信件,向其说明并购事宜,并为其提供在给定时间内选择退出的机会。如果收件人选择退出,则其数据不会转移给 GWO 公司;此外 GWO 公司还应提供网络、电话等其他行使退出选择的方式。(3)对于交易所涉及的个人信 息,收购方即 GWO 公司应继续执行 RS 公司现行的隐私政策,并确认不再将相关信息出售或转移给第三方。此后这一隐私政策的实质性修改,仅适用于那些肯定同意的用户。^[21]

3. 小结:两种方案及其他重要细节

综合上述案例,除事先征得用户同意外,允许目标企业在资产收购中出售用户数据的合法化路径主要有以下两种:(1)Toysmart 方案,即 Toysmart 案中和解协议所规定的方案。根据该协议的内容,在特定条件下,企业可以转让用户信息,而不需经其同意。其前提是:a. 收购方与目标公司来自同一行业;b. 用户数据不能单独转让;c. 收购方必须采取与目标公司实质相同的隐私政策。(2)退出权方案,即在并购交割后一定期限内,允许用户选择“退出交易”。如果用户选择退出,则收购方应删除其个人信息;如果用户在期限内没有行使该权利或者表示同意,则交易正式完成,收购方可以合法使用相关个人信息。其前提是:a. 收购方必须采取与目标公司实质相同的隐私政策(与 Toysmart 方案第 c 点相同);b. 充分地提示用户行使退出权。

当然,无论哪种方案,都只能约束并购时收购方采取的隐私政策,而不能规定其隐私政策在未来不发生变动。如果隐私政策在未来发生实质性变动,则就那些在原隐私政策下收集的个人信息而言,必须征得用户的同意。上述案件中,Toysmart 案和 RadioShack 案要求就新隐私政策取得用户的肯定同意,而 Borders 案仅要求用户不反对即可,即未行使退出权。

就目前的法律实践来看,联邦贸易委员会、破产法院和州行政部门对于并购中的个人数据交易持略微不同的立场。除了 Toysmart 方案外,联邦贸易委员会认可的方案还有:在数据转让前,取得用户的肯定同意。^[22] 而州检察长(在 RadioShack 案中)和两个破产法院(在 Borders 案、RadioShack 案中)则没有遵循 Toysmart 方案,^[23] 而是采取了退出权方

[21] In re RadioShack Corporation, et al., No. 15 - 10197 (BLS) (Bankr. D. Del.)

[22] 见联邦贸易委员会在 RadioShack 案中向消费者隐私保护官的致函,https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/protection-personal-customer-information-held-borders-group/110914bordersletter.pdf (Borders 案); https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/643291/150518radioshackletter.pdf (RadioShack 案),最近访问时间[2019-08-01]。

[23] 后两案中,联邦贸易委员会均推荐过 Toysmart 方案,https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/protection-personal-customer-information-held-borders-group/110914bordersletter.pdf (Borders 案); https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/643291/150518radioshackletter.pdf (RadioShack 案),最近访问时间[2019-08-01]。

案。但观察上述案件的具体案情, Borders 案与 RadioShack 案实际上都满足 Toysmart 方案中对于收购方和对于交易方式的要求, 即收购方与目标公司来自同一行业、经法院同意、用户数据不能单独转让。因而到目前为止, 两种方案在具体案件中的实质不同只有退出权方案要求收购方向用户提供行使退出权的机会, 而 Toysmart 方案则没有这一要求。准此, 在目前的判例中, 退出权方案比 Toysmart 方案更为严格, 因为前者在后者的基础上, 还要求取得用户的事后同意。

(二) 欧盟法的规则与实践

在欧盟法上, 《欧盟一般数据保护条例》(下称“《条例》”)规定了数据处理的 6 类合法事由(译文有所简化):(1)就数据处理的一个或多个特定目的, 征得数据主体的同意;(2)数据主体为合同一方, 数据处理为履行该合同所必需, 或为执行合同前措施所必需;(3)控制人为履行法定义务所必需;(4)为保护数据主体生命攸关的利益所必需;(5)控制人为完成公共利益相关的任务, 或者为行使公共权力所必需;(6)为实现控制人或者第三人的合理利益所必需, 除非数据主体的利益或基本权利和基本自由比该合理利益更重要, 尤其当数据主体为儿童的情况下。该条脱胎于《欧盟个人数据保护指令》(Directive 95/46/EC)(下称“《指令》”)第 7 条, 各成员国现行法上均存在转化《指令》而产生的相关国内法规则。根据《条例》第 6 条第 1 款的上述规定, 数据主体的同意是数据处理最基本的合法化事由。除此之外, 在并购的场景下, 其他的合法事由主要涉及两类, 即为履行合同所必需(第 2 类)和为实现控制人或第三人的合理利益所必需(第 6 类), 以下分述之。

1. 为履行合同所必需

在企业转让资产的交易中, 尤其是在破产程序中, 往往存在一些未履行完毕的合同, 通常情况下, 资产整体转让时也会包括这些合同。如果相关用户同意由收购方承继合同, 那么在用户与收购方之间成立合同, 收购方在履行合同所必要的限度内, 可以处理用户的个人数据。为履行合同需要而处理相关数据是法定事由, 不需就此事先征得相关权利人同意。而且合同的转让本身就需要用户的同意与配合, 所以一般认为不需要就数据使用问题特别提示用户; 只要合同转让本身有效, 则相关权利人就不能阻止合同受让人处理其数据。^[24]

2. 收购双方具有合理利益

对于资产收购具有普遍意义的合法事由是数据控制人或第三人的合理利益。这一条文给予司法机关和数据保护执法机关广阔的裁量空间, 因为条文的表述几乎不包含任何具体的判断标准: 如果数据相关人的权利和利益不比数据控制人或第三人的合理利益更重要, 则保护控制人或第三人的合理利益。

根据《条例》的《立法说明》(“Recitals”),^[25] 在衡量双方利益时, 应当考虑相关人的合理期待, 合理期待基于其与控制人之间的关系产生。特别是当相关人在其个人数据被处理的特定环境中, 无法合理地预见到自己的个人数据将以其他方式进一步处理时, 可以

[24] Plath, in: ders., *BDSG*, 2013, § 28, Rn. 68; Baranowski/Glabl, *BB* 2017, 199, 202.

[25] 该《立法说明》参见 <https://gdpr-info.eu/recitals>, 最近访问时间[2019-08-01]。

认为相关人的利益和基本权利高于控制人的利益(《立法说明》第47条)。不过,在具体的衡量标准上,《立法说明》仍然语焉不详。对此,德国法的实践和学界的讨论可以提供一些参考。德国现行《联邦数据保护法》主要在第28条第1、2款中转化了《指令》第7条中的“合理利益”条款,也即在内容上与《条例》的第6条第6项相同。虽然《联邦数据保护法》第28条第1、2款同样没有给出利益衡量的具体标准,但在长期的法律施行中,学界和执法机关对于利益衡量形成了一些共识。

德国学界的通行观点认为,利益衡量中的一方是数据控制人的利益,另一方则是相关人的利益、基本权利和基本自由。这里相关人的权益,主要是信息自决权。具体到资产收购的场景下,主要是相关人希望原则上应当由自己来决定是否向他人透露、允许他人使用自己的个人数据,防止自己的个人数据被随意地交给第三方。^[26] 例如有德国学者认为,姓名、电子邮箱地址以及手机号码的保密要求就相对较低,因而在利益衡量中可以稍作让步。^[27] 偏向于收购双方合理利益的具体考虑主要有以下两点:

第一,从资产收购双方的角度来说,资产收购往往是经营业务的整体转让,包括数据在内的各种资源构成经营的有机整体。在绝大多数情况下,收购方在收购资产后,会在此基础上继续经营。用户数据对于保持经营结构和工作岗位有重大意义。这一考虑对于处于破产程序中或者濒临破产的企业尤为重要,因为此时必须考虑的还有债权人的利益。破产管理人的职责即在于尽可能将企业财产变价以使债权人获得清偿,将数据拆解出破产财产可能导致资产无法变卖,对企业债权人造成重大不利。^[28]

第二,从用户的角度来说,在企业资产整体转让、继续经营的情况下,用户的利益不会受到太大影响。这里考虑的主要有:(1)用户在知情的情况下将数据交给了目标企业,并且原则上希望得到相应的产品或服务;^[29] (2)数据的使用目的没有改变,数据被滥用的风险也不会增加;^[30] (3)在很多情况下,经营业务的整体转让意味着收购方将留用原企业的员工,也即用户所联系与接触的人员不会改变。此时法律主体的变动,对于用户的商业往来也不会发生太大的影响。^[31]

3. 合理利益下的异议方案

因为法条的表述在利益衡量方面存在很大的解释空间,所以在实务中,数据保护监管局也存在不同的处理方式。例如在2015年,拜仁州数据保护监管局(BayLDA)否决了一起资产收购案,并对相关企业作出了数万欧元的处罚。在该案中,出售资产的企业处于破产程序中,破产管理人与收购方达成了资产收购协议,将包括客户电子邮件地址在内的企

[26] Härting, Kundendaten beim Unternehmenskauf nach DSGVO-Die Notwendigkeit einer Einwilligung des Kunden bei Asset Deals, *CR* 2017, 724, 725 f.; Beyer/Beyer, Verkauf von Kundendaten in der Insolvenz-Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen? *NZI* 2016, 241, 244.

[27] Beyer/Beyer, *NZI* 2016, 241, 244.

[28] Beyer/Beyer, *NZI* 2016, 241, 243 f.; Härting, *CR* 2017, 724, 726.

[29] Beyer/Beyer, *NZI* 2016, 241, 244.

[30] Nebel, Die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Kundenstammdaten zum Vollzug eines Asset Deals, *CR* 2016, 417, 424; Härting, *CR* 2017, 724, 725 f.; Wehmeyer, Datenschutz-Grundverordnung und Unternehmenstransaktionen-Was gilt zukünftig für den Umgang mit Kundendaten? *PinG* 2016, 215, 216 m. w. N.

[31] Beyer/Beyer, *NZI* 2016, 241, 243.

业资产转让给了后者。拜仁州数据保护监管局认为,“客户的个人数据不应被当作任意的商品来处理”,相关信息的转让应当经用户的事先同意,或者至少是事先提示客户行使反对权,而客户未行使时,才能出售用户的个人信息。^[32]

根据欧盟《条例》的规定,“同意”是指数据主体针对具体的使用目的作出的清晰的、不可能发生误解的指示。根据这一定义,通知用户在一定期间内行使退出权,否则视为同意数据转让的处理方式,不能构成同意。因此,拜仁州数据保护监管局推行的“异议方案”,实质上是认为在并购双方对于数据转让具有合理利益时,可以弱化法律对于用户同意的要求,即允许以沉默拟制同意。根据该局局长在其他场合所作的发言,数据传输前必须就所计划的数据传输通知每一个客户,并给客户足够长的反对权行使期间。这一期间通常不得短于三周,但具体取决于个案情况。不过,这一处理方式的合理性仍然受到了部分学者的质疑,也没有得到其他数据保护监管局的赞同。^[33] 质疑的理由主要有以下三方面:第一,“异议方案”的处理方式,架空了法条原本应当具有灵活性的利益衡量机制,在理论上也难以与利益衡量机制互相衔接;^[34] 第二,尤其考虑到《条例》已经规定了一般性的反对权和同意撤回权,二者均可随时行使,已为数据相关人提供了充分的保护;^[35] 第三,“异议方案”在具体操作上持续时间过长,尤其在破产程序中将导致企业变卖和财产变价相当程度的拖延,增加新的债务,个别情况下相关交易甚至会因为拖延而失败。^[36]

(三)小结:基于利益衡量的几种方案

根据以上介绍可见,用户同意与利益衡量是美、欧两法域个人信息交易合法化的两种基本路径。两法域虽然形成了不同的具体标准,但都落脚于用户所允许的数据使用目的与并购双方合理利益之间的权衡。几种方案的区别可参见以下简表。

表 个人信息交易处理方案

用户同意 合理利益	事先同意		事后同意—明确同意 或沉默拟制同意	不考虑同意与否
	明确同意	明确同意或沉默 拟制同意		
具备合理利益	同意原则	拜仁州数据保护监管局 “异议方案”; 合同转让场合	美国破产法院 “退出权方案”	欧盟“合理利益”条款; Toysmart 方案
不考虑合理利益	同意原则	/	/	/

[32] 拜仁州数据保护监管局曾明确表达过这一立场,参见该局 2015 年 7 月 30 日的新闻发布稿:“Kundendaten beim Unternehmensverkauf-ein Datenschutzproblem”,https://www.lida.bayern.de/media/pm2015_10.pdf,最近访问时间[2019-08-01]。

[33] 参见拜仁州数据保护监管局局长克莱宁(Thomas Kranig)的相关发言:“Datenschutz und Unternehmensverkauf”,<https://www.vid.de/wp-content/uploads/2016/09/kranig-vid-mitgliedertagung-regensburg-2016.pdf>,最近访问时间[2019-08-01]。

[34] Beyer/Beyer, NZI 2016, 241, 244 f.

[35] Härting, CR 2017, 724.

[36] Beyer/Beyer, NZI 2016, 241, 244 f.

四 资产收购中的用户数据转让

我国现行个人信息保护法律规范中,没有为资产收购场合下企业合理利益的考量留下法律空间。根据《网络安全法》第42条(以及《民法典·人格权编(草案)》第1035条第1款、第1038条第1款)的规定,如果要出售包含用户信息在内的公司资产,必须事先征得用户的同意。虽然同意原则是个人信息收集与使用的基本原则,如果不考虑例外情况则失之僵硬,应当在一定情况下考虑企业在并购场合下的合理利益。

(一) 作为标的的个人信息

无论是从规则逻辑还是从实务操作的角度出发,个人信息的定义都是基础性问题。考察比较法上的实践,资产收购中个人信息范围的把握,应注意如下两点。

第一,敏感信息的处理。对于敏感信息,我国现行法上尚无特别规定。在欧盟法上,种族与民族出身、政治观点、宗教信仰与世界观、工会会员身份、基因与生物数据、健康信息、性生活与性取向等个人信息属于“敏感信息”,原则上禁止任何处理。美国法上没有一般性的规定,但在具体的案件中也会有所区别,至少是作为一种“最优实践”的形态存在。

第二,交易涉及信息的范围。在美国法上,就目前的案例来看,允许在并购中交易的个人信息在个案中并不相同。仍然以RadioShack案为例,RS公司原本计划出售的数据包括姓名、邮寄地址、电子邮箱地址、电话号码(均属于典型的个人信息)以及21类交易数据。但在达成的和解协议中,信用卡号与客户的电话号码被排除,交易的个人信息仅有姓名、邮寄地址及电子邮箱地址。^[37] 本文认为,这种在个案中进一步区分允许转让的个人信息类别的做法值得借鉴,而不仅仅是判断是否符合相关要件,进而决定个人信息是否可以转让的“全由全无”式处理。

(二) 同意原则及其实现方式

基于用户的同意而转让其个人数据,是个人数据转让获得许可的基本途径,这在各法域均得到认可。欧盟《条例》明确规定了数据主体的事先同意作为数据处理的合法化事由;美国联邦贸易委员会也在前述RadioShack案中向消费者隐私保护官的致函中推荐过事先取得用户同意的处理方式。我国《网络安全法》《民法典·人格权编(草案)》也包含了这一规则。

在此需要注意的是“同意”的具体实现方式。在意思表示理论中,存在默示与沉默的区分。默示即为推知的意思表示,其效果与明示作出的意思表示并无二致。而单纯的沉默在通常情况下,则不能被认为是意思表示,除非双方合意约定负有积极作出反对表示的义务(而不是仅通过单方告知),或者法律通过特别规定,将其拟制为意思表示。^[38] 欧盟《条例》也遵循这一理论,将“同意”界定为针对具体的使用目的作出的清晰的、不可能发

[37] In re RadioShack Corporation, et al., No. 15 - 10197 (BLS) (Bankr. D. Del.).

[38] 参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第189-191页。

生误解的指示。据此,同意可以是书面的或者口头的声明,也可以体现为非语言的行为,例如点击“同意”的选项框。但是,预先勾选好的选项框不能构成同意;沉默也不能构成同意。^[39] 此外,在履行合同必要的范围内允许使用或转让合同相对方的个人信息,同样可以归为事先同意的转让的子类型。将履行合同单独类型化的意义在于,数据主体在这一场合下本身就是合同一方,在签订合同或者同意合同转让时,可以合理获知自己的个人信息在必要限度内将用于合同的履行。

(三) 利益衡量与合理利益的构成

比较法上,用户同意原则的缓和或者例外处理方式,均以利益衡量及合理利益的存在为前提。对此,美国法实践中要求收购方来自同行业、必须采取与目标公司实质相同的隐私政策、用户数据不能单独转让。而德国学界在为“合理利益”提供判断标准时,也是立足于资产收购时数据与资产一同转让的场合,从数据作为经营有机体构成要素的角度论述数据的价值与并购双方的合理利益,同时从用户期待、数据使用目的和商业来往方面论述用户利益不会受到太大影响。

美欧两法域采取的标准或者论述理由虽然有所不同,但实际上是同一枚硬币的两面,连接二者的是数据使用目的。对数据使用目的的尊重,是同意原则的延伸,体现的是用户利益的保护。数据使用目的对收购方和买卖的标的进行了约束,即收购方应来自同行业,数据必须作为资产的一部分转让,以保证即使在数据使用的主体发生改变的情况下,用户数据也仍然被用于其最初许可的目的。反过来,这一约束也正是界定并购双方是否具有合理利益的标准,如果并购双方只是试图单纯地买卖个人信息,则不认为二者对该交易具有合理利益。

(四) 合理利益规则的具体方案

在认为并购双方对于用户数据的转让存在合理利益的基础上,比较法上存在多种不同的处理方案,即异议方案(沉默拟制同意)、退出权方案(事后同意)、Toysmart 方案和合理利益条款(无需用户同意)。我国相关规则的构建,是否可以参考其中的一种或几种?要对这一问题作出回答,应进行体系性的考察。在此需要注意的是,在欧盟法上,数据主体拥有一般性的反对权和同意撤回权,可以随时行使——这也是德国学者批评拜仁州数据保护监管局“异议方案”并无必要的理由之一。而美国法虽然并未一般性地认可类似的权利,但在数据和隐私保护问题上,企业的行为受到消费者组织、联邦贸易委员会以及司法部等其他执法机关的严密监督,进入破产程序的案件还会受到法院的实质干预。

然而,我国现行《网络安全法》没有规定撤回权或者反对权等允许数据主体随时撤回其对于数据处理的许可、阻止对其数据进行处理的权利,审议中的《民法典·人格权编(草案)》也没有纳入类似的权利。在实务中,对于个人信息的保护也尚未建立较为有效的监管制度。本文认为,完全无需用户同意的处理方式,在目前并非一个合理的选择。相比之下,拜仁州数据保护监管局的“异议方案”和美国破产法院的退出权方案则更为温和。二者的实质差别在于,同意或拟制的同意,发生在收购交割完成前还是完成后。这带

[39] 该《立法说明》参见 <https://gdpr-info.eu/recitals>, 最近访问时间[2019-08-01]。

来两方面的不同效果:第一,在退出权方案中,收购方已经获得了用户的数据,并且需要联系用户以通知其行使退出权。因此,收购方有机会直接与用户联系,争取用户、推广自己及产品和服务。^[40] 第二,因为可以在事后取得同意,所以退出权方案可以使收购较为快捷地完成。

综上所述,合理利益规则的具体方案,应根据破产情形与一般情形作区分处理。破产程序中的资产收购,应适用退出权方案,即允许收购方在事后通知用户选择是否退出。在实践中,资本收购多发生于破产的场合,不过并不排除一般情形下的资产收购也可能符合合理利益的要件。此时应适用异议方案,即在收购执行前由目标公司通知用户作出选择,并允许以沉默拟制同意。

五 结 论

企业并购中的个人信息保护问题,视不同情形而定。在公司合并、分立、形式变更时,因为法律后果为法定的整体承继,所以原则上不构成个人信息传输或披露;在股权收购的其他情形下需要注意的问题主要是,股权收购并不改变双方作为独立法律主体的地位,虽然原则上无需用户同意,但目标公司与其母公司或企业集团中的其他成员分享用户信息,同样构成向他人提供用户信息的行为。

资产收购则涉及用户个人数据转让的问题。同时,资产收购的双方对此往往具有值得保护的合理利益。比较法上,对这一情形存在多种例外的处理方式。考虑到我国的立法和数据保护实践,本文认为在资产收购中,个人数据的转让应遵循如下规则。

第一,如果收购双方就数据的转让取得了用户同意,则可以转让相关数据。在合同转让的场景下,无需就个人信息将用于合同履行作出特别同意,该同意可从对合同转让的同意中推知。

第二,收购双方对于数据的转让具有合理利益的,一般情况下,应当由目标公司事先通知用户行使反对权,并设置一定期间;期间届满而未行使权利的,视为同意。企业处于破产程序中时,可以在交割完成后,由收购方通知用户行使退出权,并设定一定期间;期间届满而未行使权利的,视为同意。

第三,收购双方对于数据的转让是否具有合理利益,应通过利益衡量确定。具体的参考标准包括但不限于:(1)资产收购是否过度地改变了数据使用目的,而使用户不再具有其最初许可目标公司收集或使用数据时的利益;(2)数据是否与企业其他资产一并整体转让;(3)收购方与目标公司是否处于同一行业,收购方在收购相关资产后是否计划继续

[40] 从美国法的实践来看,在个案中,法院可能会命令收购方在取得同意或者期间届满前不得实质性地使用用户数据,但是前述行为是被允许的。例如在 RS 案中,法官就明确表示收购方可以在通知的电子邮件或信件中加入广告,广告内容可由收购方自行决定。此外,基于法院的要求或收购方的自行安排,收购方可以或者应当在其网络主页上设置退出权行使的程序,并将相关链接插入邮件,引导用户访问主页。参见 *In re Borders Group, Inc., et al.*, No. 11 - 10614 MG (Bankr. S. D. N. Y. Sept. 27, 2011), *In re RadioShack Corporation, et al.*, No. 15 - 10197 (BLS) (Bankr. D. Del.)。

经营。

第四,在收购中,可以根据使用目的与合理利益的判断,对涉及交易的数据类别进行限定。

在当下信息社会,涉及个人信息的保护问题时,典型的义务人为企业。而企业会发生并购、破产等变动,这构成厘定个人信息权利与经营者权益边界的重要场景。本文认为,在讨论个人信息这一新兴的法益时,应当以务实的态度考察具体的权利和利益状态,也才能采取公平合理的处理方式。对于他人合理利益的重视以及对于个人信息使用目的的实质把握,不仅为资产收购情形下的用户数据转让问题提供了解答,也为个人信息保护的问题提供了一种思考与分析路径。

[本文为作者主持的 2019 年度国家法治与法学理论研究中青年课题“互联网治理的私法路径”(19SFB3039)的研究成果。]

[**Abstract**] Merger and acquisition is one of the important situations in which the right to personal data and the interests of business owners are defined. In principle, the personal information protection issue would not arise in cases of share acquisition and the merger, division, or the change of organizational form of enterprises. Cases of asset deal, however, involve the transfer of personal data. Yet the legitimate interests of both sides of the purchase and the creditor of the target company should also be taken into consideration in such cases. Both US law and EU law have established exceptional mechanisms for asset deal that allow the transfer of personal data without the consent of data subjects. The core of these mechanisms is the balance between the interests of data subjects and those of the company. On the one hand, from the benefit of the data subject, it is necessary to examine whether the original purpose of the use of the data can still be realized after the purchase. On the other hand, from the benefit of company, it is necessary to consider whether the purchasing parties have legitimate interests in the transaction. If both parties to the merger have reasonable legal interests in the transfer of the personal data, the company should be allowed to transfer the personal data, on condition that the users be provided with the right to opt in or out before or after the merger.

(责任编辑:姚 佳)