

英国脱欧与英欧数据保护关系的新构建

石贤泽

内容提要:英国脱欧的强政治化动力使得英欧未来总体关系发展为保留成员国资格、加入共同市场的挪威模式或特殊双边关系的瑞士模式的可能性较小,相对可能的理想博弈均衡点是“自贸区+模式”。在这一总体模式下,英欧新数据保护关系的内容之一是英国通过新《数据保护法》持续执行《一般数据保护条例》和《执法指令》等欧盟核心数据保护规范;内容之二是在跨境数据流动方面,英国获得“充分性决定+”的定制模式,包括《一般数据保护条例》和《执法指令》下的双重充分性决定、英国对于欧盟数据保护制度的适度参与。但这两个方面还面临诸多不确定性。英欧新数据保护关系将呈现出欧盟的外部差异一体化特点:欧盟成员国身份的强政治化、英欧数据保护关系的强相互依赖以及数据保护政策的弱政治化,意味着英国即便脱欧,在数据保护上仍将参与欧洲一体化。

关键词:英国脱欧 欧盟 数据保护 《一般数据保护条例》 外部差异一体化

引言

2016年,欧盟新数据保护规范《一般数据保护条例》(GDPR)获得通过、英国公投脱欧;2018年,GDPR完全施行、英国脱欧谈判进入最后关键阶段,这些不谋而合的事件及其发展引发了一系列重大问题:“英国脱欧是否意味着GDPR的终结”,^①并导致“数据保护硬脱欧”?未来英欧跨境数据流动机制如何构建?尤其是,脱欧国家与欧盟之间新数据保护关系的构建还是一个未曾出现过的新问题,这也使得欧盟针对第三国^②数据转移

^① Melissa Hendrie, “Brexit: Is This the End for the General Data Protection Regulation?” *Business Law Review*, Vol. 37, No.5, 2016, pp.173-174.

^② 根据欧盟法律规定,欧盟成员国和欧洲经济区成员国之外的国家在法律地位上都是“第三国”(the third country)。

的“充分性决定”(adequacy decision)机制成为新焦点。据此,新关系、新问题和新焦点使得后脱欧时代的英欧新数据保护关系成为一个需要重点关注的现实问题。

在学术界,关于英国脱欧原因、模式及其影响,以及欧盟 GDPR 内容与影响的研究都已相当丰富。^①但将两个热点问题结合起来专门讨论脱欧对英欧数据保护关系影响的研究相对较少。国外学术界虽然在英欧数据保护关系的分析上著述颇丰,但对新数据保护关系的理论解释不足,而国内对此的整体研究更是欠缺。^②

鉴于此,本研究主要基于可能出现的英国脱欧模式分析英欧数据保护关系再构建的可能方式,并对之进行理论解释,其基本结构为:第一部分梳理英国脱欧模式,因为英欧总体关系模式将在结构上框定数据保护关系;第二部分分析脱欧模式下英国数据保护的发展,主要讨论欧盟数据保护框架在英国的存续与挑战;第三部分分析脱欧模式下英欧跨境数据流动的定制模式;第四部分基于外部差异一体化理论来解释英欧新数据保护关系模式,这是现有国外研究缺失的知识性内容。

一 英国脱欧的总体模式与可行选择:“自贸区+”还是无协议脱欧?

虽然爱尔兰硬边界是目前英欧关系的难点,但英国脱欧与英欧未来关系的核心议题仍是贸易问题,与之相关的脱欧总体模式主要有三个选项:第一个是挪威模式/欧洲经济区(EEA)模式,即英国继续留在欧洲经济区和欧盟单一市场的“软脱欧”;第二个是加拿大模式,即英国离开欧盟单一市场,签署一个类似于欧盟与加拿大之间的自由贸易协定的“硬脱欧”;第三个是世界贸易组织(WTO)模式,即英国与欧盟在 WTO 框架下进行贸易的无协议脱欧。这三种基本模式会衍生出其他变体,其中的典型模式是瑞士模式(“EFTA+”一系列双边协定)。因此,综合来看,英国脱欧的总体模式选择主

^① 关于英国脱欧研究的若干代表性成果有:Matthew J. Goodwin and Oliver Heath,“The 2016 Referendum, Brexit and the Left Behind: An Aggregate-Level Analysis of the Result,” *The Political Quarterly*, Vol.87, No.3, 2016, pp.323-332;金玲:《英国脱欧:原因、影响及走向》,载《国际问题研究》,2016年第4期,第24-36页;王展鹏:《英国脱欧公投与“多速欧洲”的前景》,载《欧洲研究》,2016年第4期,第35-42页等。关于欧盟 GDPR 的若干代表性研究有:Paul de Hert and Vagelis Papakonstantinou,“The New General Data Protection Regulation: Still a Sound System for the Protection of Individuals?” *Computer Law & Security Review*, Vol.32, No.2, 2016, pp.179-194; Colin J. Bennett,“The European General Data Protection Regulation: An Instrument for the Globalization of Privacy Standards?” *Information Polity*, Vol.23, No.2, 2018, pp.239-246;金晶:《欧盟〈一般数据保护条例〉:演进、要点与疑义》,载《欧洲研究》,2018年第4期,第1-26页。

^② 国外相关代表性研究成果有:Aysem Diker Vanberg and Maelya Maunick,“Data Protection in the UK Post-Brexit: The only Certainty is Uncertainty,” *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol.32, No.1, 2018, pp.190-206; Andrew D. Murray,“Data Transfers between the EU and UK post Brexit?” *International Data Privacy Law*, Vol.7, No.3, 2017, pp.149-164。国内涉及此问题的研究极少,参见沈玲:《英国脱欧对数据保护立法的影响》,载《中国电信业》,2016年第7期,第52-53页;何波:《英国个人数据保护立法改革进展及分析》,载《通信管理与技术》,2018年第2期,第14-15页。

要包括挪威模式、瑞士模式、加拿大模式、WTO 模式,^①当然也不排除可能的其他模式。

每一种模式对英国来说都会产生不同的成本与收益。挪威模式的核心内容是四大经济要素自由(商品、资本、人员、服务的自由流动)以及相关欧盟法律成果的适用。有学者认为:“挪威方案即成为欧洲自由贸易联盟成员国,再加入欧洲经济区。这对英国而言是最为可能的方案”。^②但实际上,英国脱欧公投对人员自由流动、对欧盟法管辖的核心关注与拒绝使得欧洲经济区模式基本不可行,英国政府脱欧文件也明确拒绝了该模式。

在瑞士模式中,瑞士通过与欧盟的多个双边协定进入欧盟市场,在与欧盟合作中实施一种双重战略:一方面,通过国际条约选择性地、部门性地进入欧盟超国家合作机制;另一方面,对欧盟法的自主调适。^③这一双重战略使瑞士在实现期望目标的同时又不丧失重大主权和制度的独立性。效仿瑞士模式的英国可以退出欧盟、加入欧洲自由贸易联盟但不加入欧洲经济区、有限进入欧盟内部市场;通过多个双边协定来管理双方关系,灵活选择加入和退出欧盟倡议。但瑞士模式必须接受申根法律,允许人员自由流动,欧盟也不可能同意不完全的单一市场准入,这使得瑞士模式对英国而言也失去了吸引力。

在加拿大模式中,加拿大与欧盟之间的《全面经济与贸易协定》(耗时七年才完成协定谈判)可以说是一种“定制协定”,加拿大可以进入欧盟内部市场,且不用对欧盟预算做出财政贡献,也不需要接受人员的自由流动,但该模式并不全面涉及服务贸易。因此,加拿大模式对英国来说最具吸引力。在 2017 年公布的脱欧白皮书中,英国政府表示:它“并不试图获得单一市场成员资格,而是一种包含一个与欧盟的全面自由贸易协定、一个新关税协定的新型战略伙伴关系”。^④这种定制贸易关系的谈判耗时较长,而且服务贸易中的金融服务和数字服务是英国经济的关键组成部分,^⑤所以加拿大模式对英国而言又是不充分的。

^① Aysem Diker Vanberg and Maelya Maunick, “Data Protection in the UK Post-Brexit: The only Certainty Is Uncertainty,” p.195.

^② Christoph Schewe and Davids Lipsens, “From EFTA to EC/EU and Back to EFTA? The European Economic Area (EEA) as a Possible Scenario for the UK-EU Relations after Brexit,” in David Ramiro Troitino, et al. eds., *Brexit: History, Reasoning and Perspectives*, Springer, 2018, p.215.

^③ Frank Meyer, “The ‘Swiss Model’ as an Option for the Future UK-EU Relationship,” *Criminal Law Forum*, Vol.28, No.2, 2017, pp.280-281.

^④ HM Government, *The United Kingdom’s Exit from and New Partnership with the European Union*, February 2017, p.35.

^⑤ Karen McCullagh, “Brexit: Potential Trade and Data Implications for Digital and ‘Fintech’ Industries,” *International Data Privacy Law*, Vol.7, No.1, 2017, p.3.

在 WTO 模式下,英欧没有达成任何替代性的贸易安排,双方之间的贸易将通过《关贸总协定》和《服务贸易总协定》展开。WTO 框架下的英欧双方都不能给彼此提供一个更好的市场准入,将带来最为剧烈的、断裂性的双边贸易关系变化。最惠国待遇原则使得英国商品出口到欧盟的成本相较于欧盟成员国来说会上升。^①在《服务贸易总协定》下,WTO 成员国在市场准入和外国机构的公平待遇上达成不同的互惠承诺,欧盟并不存在一个服务业上的一致对外贸易政策,因此,无法为英国提供一个类似于成员国的欧盟市场的金融服务准入。对英欧而言,WTO 模式将是最差的贸易模式。这是双方都不愿看到但又都不愿在某些重大问题上妥协所能达成的均衡点,就如英国首相特雷莎·梅(Theresa May)所说的“无协议胜过坏协议”。

通过英国脱欧选项的经济与政治收益的分析,有学者得出英欧贸易关系模式上的大致博弈模型(见图 1)。

图 1 英欧贸易关系博弈模式

		欧盟	
		妥协	强硬
英国	妥协	3 欧洲经济区 - (挪威模式 -) 3=	4 欧洲经济区 (挪威模式) 1
	强硬	1 自贸区 + (加拿大模式 +) 3=	2 基本自贸区 (加拿大模式) 2

资料来源:Simon Hix,“Brexit: Where Is the EU-UK Relationship Heading?” *Journal of Common Market Studies*, Vol.56, Annual Review, 2018, p.22。

注:“挪威模式-”是欧洲经济区减去人员流动;“加拿大模式+”是自贸区加上若干部门性合作;数字代表英欧双方的等级偏好排序。

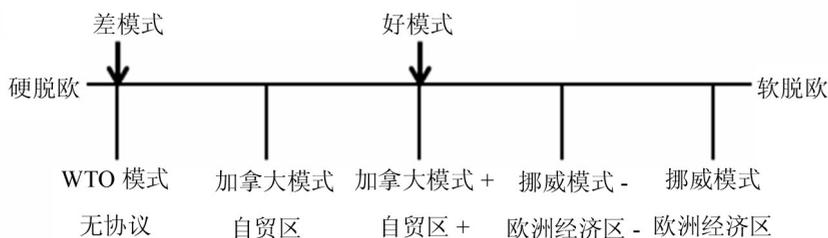
^① Gianmarco Ottaviano, et al.,“Brexit of Fixit? The Trade and Welfare Effects of Leaving the European Union,” Centre for Economic Performance Policy Analysis, 2014, <http://cep.lse.ac.uk/pubs/download/pa016.pdf>, last accessed on 24 August 2018.

图 1 显示, 缩减版的欧洲经济区模式、加拿大模式、无协议的 WTO 模式都是博弈的均衡点, 都是可行模式。英欧之间的“最为可能的结果或者说这场议价博弈的唯一平衡点是基本的自由贸易协定”,^①即加拿大模式。但是, 脱欧谈判实际进程中的英欧双方博弈与妥协, 将使得“自贸区+/加拿大模式+”和“WTO 模式”成为最为可能的好模式与差模式。

2018 年 11 月达成的《脱欧协定》及《政治宣言》强调未来英欧经济伙伴关系是“自由贸易区加上深度监管与关税合作”,^②其中《政治宣言》第 122 条规定:“总体制度框架可采用一种联系协定的形式”。^③联系协定类似于升级型的多边主义或双边主义: 非欧盟成员国与欧盟的一体化,^④与一般贸易协定存在市场一体化与贸易自由化范式之间的基本区别。^⑤其内容主要包括三个维度: 经济一体化、政治合作以及不同程度的部门性合作。这种合作关系实际上就是“加拿大模式+”, 在基本的自贸协定基础上加上安全合作、数据共享和防务合作等部门性合作。然而, 2019 年 1 月 15 日、3 月 12 日、3 月 29 日, 英国下院连续三次否决《脱欧协议》, 脱欧进程困难重重。

因此, 如果英国脱欧进程顺利的话, 英欧未来总体关系的好模式将是针对英国定制的“自贸区+模式”, 差模式则是“WTO 模式”。当然, 现实情境发展不排除其他模式的可能, 总的来看, 英欧未来关系可能模式如图 2 所示。

图 2 英欧未来关系可能模式



注: 图由作者自制。

① Simon Hix, “Brexit: Where Is the EU-UK Relationship Heading?” p.11.

② European Commission, “Outline of the Political Declaration Setting Out the Framework for the Future Relationship between the EU and the UK,” TF50(2018) 56 - Commission to EU27, 14 November 2018.

③ Council of the European Union, “Political Declaration Setting Out the Framework for the Future Relationship between the European Union and the United Kingdom,” XT 21095/18, Brussels, November 22, 2018.

④ Adam Lazowski, “Enhanced Multilateralism and Enhanced Bilateralism: Integration without Membership in the European Union,” *Common Market Law Review*, Vol.45, No.5, 2008, pp.1433-1458.

⑤ Piet Eeckhout, “Future Trade Relations between the EU and the UK: Options after Brexit,” EP Policy Department for External Relations, March 2018.

二 脱欧与欧盟数据保护^①框架在英国:存续与挑战

无论是定制式的“自贸区+模式”还是“WTO模式”,英国都确定无疑地脱离欧盟,也不会加入欧洲经济区,欧盟法律在英国将不再直接适用,这是否意味着包括 GDPR 在内的欧盟数据保护法律在英国的终结呢?从短期甚至中期来看,欧盟数据保护框架的基本内容在英国将会得到延续;但长期来看,这种延续性面临诸多不确定性。延续性和不确定性取决于英欧各自的数据保护框架当前的重合度与未来的制度张力。

欧盟数据保护法律既包含总体性的立法文本,也包括部门性的特定规则。总体性的立法文本主要是关于个人数据处理的 GDPR、关于警察机构处理个人数据的《警务与刑事司法指令》(Police and Criminal Justice Directive,简称《执法指令》)。作为法律形式上的条例,GDPR 直接在所有成员国适用,当然它所包含的克减条款也允许成员国立法转化。作为法律形式上的指令,取代 2008 年欧盟理事会《框架决定》(2008/977/JHA)的《执法指令》要求成员国予以国内法律转化。部门性的特定规则包含的内容很多,如正在修改以更好匹配 GDPR 的用于监管欧盟机构对个人数据处理的条例(Regulation [EC] No 45/2001)、正处于立法修改进程中的新《电子隐私条例》(e-Privacy Regulation)等。欧盟数据保护法律还包括欧盟法院在隐私权和数据保护权上的关键裁决所形成的判例法。^② GDPR 和《执法指令》已于 2018 年 5 月正式生效实施,若干部门性规定已经在适用或修改中。那么,在脱欧进程之中及其之后,欧盟数据保护法律会继续在英国实质同等适用吗?

目前来看,英国脱欧不会阻止 GDPR 和《执法指令》在英国的适用,因为 GDPR 的施行时间为 2018 年 5 月 25 日,而英国正式终止欧盟成员国的可能时间为 2019 年 10 月 31 日(如果进程顺利)。在正式退出之前,英国仍然是欧盟的完全成员国,权利和义务继续适用于英国。欧盟委员会的相关立场文件^③对英国正式脱欧前的数据保护规定,生效的欧盟数据保护框架的总体原则继续适用于英国。

那么,在英国正式脱欧后,欧盟数据保护框架是否或者如何继续在英国适用呢?答案是 2018 年 5 月生效的英国国内法律——新《数据保护法》(Data Protection Act)将

^① 本文所讨论的数据保护主要是指个人数据保护,非个人数据保护不在讨论范围内。同时,欧盟在非个人数据保护上的立法还未成熟。

^② 典型判例如数据权爱尔兰案的裁决宣告数据留存指令无效、Max Schrems 案的裁决宣告美欧之间数据转移的安全港协议无效、西班牙谷歌案确立了数据主体的“被遗忘权”等。

^③ European Commission, “Position Paper Transmitted to EU 27 on the Use of Data and Protection of Information Obtained or Processed before the Withdrawal Date,” 6 September 2017.

继续执行 GDPR 和《执法指令》。在此之前,2017 年 6 月的女王演说确认英国将把 GDPR 和《执法指令》包含进新《数据保护法》。^①上院分别于 2017 年 9 月 13 日、10 月 10 日和 2018 年 1 月 17 日对《数据保护法》进行一读、二读和三读。下院则分别于 2018 年 1 月 18 日、3 月 5 日和 5 月 9 日进行一读、二读和三读。5 月 23 日,女王御批《数据保护法》,英国新《数据保护法》正式生效执行。^②

2018 年的《数据保护法》有三个主要目的:第一,将 GDPR 和《执法指令》纳入英国法律,以英国国内法执行欧盟数据保护的总体性立法;第二,废除作为英国主要数据保护立法的 1998 年《数据保护法》,用一个全面的、现代化的数据保护框架来取代它;第三,确保英国和欧盟数据保护机制在脱欧后继续保持一致,允许英国继续与欧盟自由地交换个人数据。为此,《数据保护法》的基本内容结构设计为:(1)执行 GDPR(法令第二部分),包含了 GDPR 的一般定义和它所规定的的数据保护原则的克减、数据保护执行机构英国信息委员办公室(ICO)的独立性等;(2)包含 GDPR 不涉及的内容:一是关于执法情境中的数据处理(法令第三部分),该部分是对欧盟《执法指令》的转化;二是情报机构进行的数据处理(法令第四部分),该部分内容是对 2016 年《调查权法令》(Investigatory Powers Act)等与情报机构相关的立法补充。所以,《数据保护法》主要是将 GDPR 与《执法指令》复合,并加以补充的一项英国国内立法,从而使得英国《数据保护法》与 GDPR、《执法指令》所构建的欧盟数据保护框架基本一致。

由此可见,2018 年《数据保护法》确实是在英国国内确保 GDPR 和《执法指令》的继续沿用。另外,在总的法律适用问题上,2018 年 6 月通过的《脱欧法令》延长了“源于欧盟的国内立法”(EU-derived domestic legislation)(如对《执法指令》的国内转化)和“直接欧盟立法”(direct EU legislation)(如 GDPR)的法律有效性,使得若干部门性规则在英国也继续得到沿用。但上述努力并不能解决欧盟数据保护框架从长远来看所面临的挑战,尤其是在数据保护的人权法律基础与欧盟法院的司法管辖权问题上。脱欧后,英欧在数据保护总体相似的前提下,会发生宪政上、制度上以及具体法律实践上的差异乃至冲突,具体而言,有三个方面。

在宪政方面,《欧盟基本权利宪章》(简称《宪章》)具有等同于欧盟条约的宪政地位,是欧盟数据保护的基础支柱之一,也是确保国家数据保护监管等效性的一个关键法律文书。英国政府明确表明,《宪章》自脱欧之日起就不再是国内法律的一部分,无

^① Prime Minister's Office, "The Queen's Speech and Associated Background Briefing," On the Occasion of the Opening of Parliament on Wednesday 21 June 2017, p.46.

^② 相关立法进程的具体内容参见 UK Parliament, "Bill stages - Data Protection Act 2018," <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/dataprotection/stages.html>, last accessed on 5 September 2018.

意将《宪章》第8条数据保护权吸纳进英国法律,强调公民个体权利在英国法律或其他国际协定中已经存在,所以退出《宪章》基本没有影响。但是,“《欧盟基本权利宪章》第8条所载明的数据保护基本权利与提供框架来承认和执行数据保护基本权利的 GDPR 条款之间存在区别”。^①《宪章》第8条所规定的的数据保护权具有公民基本权利的宪政地位,而 GDPR 只是基于欧盟条约和《宪章》的次级立法。显然,《宪章》第8条优先于 GDPR 条例,对 GDPR 条例等的国家法律纳入并不能取代对《宪章》本身的转化,下位法不能取代上位法。目前脱欧文件显示,英国退出欧盟不会改变英国对《欧洲人权公约》的参与,英国也没有计划退出《欧洲人权公约》。但实际上,在数据保护的公民个体权利问题上,英国在蓄谋另一场“脱欧”:废除 1998 年《人权法案》,甚至脱离《欧洲人权公约》,^②而《人权法案》和《欧洲人权公约》第8条包含私人 and 家庭生活权,是数据保护的人权法条。卡梅伦在 2015 年竞选时就表示保守党政府将取消《人权法案》,引入新的《英国权利法案》。^③ 2016 年脱欧公投打断了这一进程,但继任的梅首相同样是《人权法案》的铁杆废除派。这些使得英欧在数据保护的宪政基础上可能会产生重大冲突。

在制度方面,如果脱欧,英欧原有的深度整合的数据保护制度与决策进程就将彼此分离为两个独立的制度体系,可能会造成双方数据保护的潜在冲突:第一,欧盟机构如欧盟委员会和欧盟法院不再具有对英国的直接权威,英国也不参与共同体方式中的立法修改进程。欧盟法院优先基于《宪章》第8条的重要判决不再对英国具有法律约束力,英欧法律秩序在 GDPR 等后续适用上会产生司法冲突;第二,脱欧后的英国将不再是欧洲数据保护局(EDPB)的成员,但 EDPB 具有负责创立指导方针、行为守则、裁决 GDPR 争端,以及承担指导与监管的双重任务,行使准司法功能,^④并且给欧盟委员会提供关于第三国数据保护水平的充分性决定评估意见。EDPB 拥有欧盟数据保护的实质决策权力和影响充分性决定,但英国在 EDPB 又没有代表权和参与权,使其立场为不愿接受 EDPB 的影响,^⑤所以,即使 GDPR 等内容继续在英国适用,欧盟层面的数据保护制度的相关决定也将不具有约束力,GDPR 适用上的一致性会大打折扣。

在法律实践方面,虽然英国政府建议将意义重大的欧盟法院判例法编入国内法

^① Andrew D. Murray, "Data Transfers between the EU and UK Post Brexit?" Vol.7, No.3, 2017, p.151.

^② 傅乾:《另一场“脱欧”——英国废除〈人权法案〉运动及其“反人权”传统》,载《学术界》,2017年第4期,第145页。

^③ The Conservative Party Manifesto 2015, 2015, p.60, <http://ucrel.lancs.ac.uk/wmatrix/ukmanifestos2015/localpdf/Conservatives.pdf>, last accessed on 5 September 2018.

^④ Article 65 of GDPR.

^⑤ Aysem Diker Vanberg and Maelya Maunick, "Data Protection in the UK Post-Brexit: The only Certainty Is Uncertainty," p.194.

律,赋予它们具有约束力的法律地位,但《退欧法令》明确英国保留修改任何源于欧盟的国内立法或保留法律的权利,欧盟法院的判例法不适用于脱欧后的英国,并且英国法院具有通过国内判例法推翻欧盟判例法的权利。这意味着欧盟法院司法管辖权在英国的终结,英国法院有权背离欧盟法院的判例法,而且,脱欧之后,欧盟法院裁决和法律解释将不对英国法院具有正式强制力。另外,英国立法倾向于允许出于国家安全和公共安全利益意图的广泛数据分享和监控权利的存在,如2014年通过的《数据保存和调查权法令》(DRIPA)。欧盟法院则通过 *Tele2 and Watson* 案就其与《欧盟基本权利宪章》的相容性问题裁定 DRIPA 是过度的。^① DRIPA 在2016年被新的《调查权法令》(IPA)取代,但 IPA 基本上复制了 DRIPA 的争议条款,并且引入了更具争议的数据处理条款,如出于预防或侦查犯罪或预防骚乱的通信数据保存。IPA 规定的广泛监控权利与欧盟数据保护规范不一致,尤其是英国情报机构拦截通信数据的能力与欧盟法院关于 *Tele2 and Watson* 案的判例法相冲突。

如果未来英欧总体关系模式是无协议的 WTO 模式,这些法律与制度潜在的冲突会对欧盟数据保护框架在英国的长期延续造成挑战,但鉴于2018年《数据保护法》已经对欧盟数据保护规范的绝大部分内容进行了国内转化,至少从短期来看,即使是在无协议的 WTO 模式下,英国还是会保持现有欧盟数据保护的整体水平。如果英欧总体关系模式达到较为理想的“自贸区+模式”,在自贸区基础上加上数据保护合作,在法律与制度上进行数据保护的协调,那么,欧盟数据保护框架在英国仍会继续得到更好的保障。

所以,总体来看,不管英欧总体关系模式是“自贸区+模式”还是“WTO 模式”,最新英国《数据保护法》与欧盟 GDPR、《执法指令》等内容的基本一致,确保了至少短期来看欧盟数据保护框架的延续,但英国对《欧盟基本权利宪章》、欧盟法院判例法的拒绝,以及国内《调查权法令》的争议性条款使得欧盟数据保护规范的基础和实体在中长期内都将面临持续的重大挑战。

三 脱欧与英欧数据流动机制的构建:定制式的“充分性决定+”

欧盟数据保护具有双重目标:保护自然人的基本权利与自由,尤其是隐私权;确保个人数据在成员国之间的自由流动。^②对英欧来说,欧盟数据保护框架在英国得到实

^① Judgement of the Court (Grand Chamber), Joined Cases C-203/15 and C-698/15, 21 December 2016, ECLI: EU: C: 2016: 970, para. 112.

^② Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015, Chapter 3.

质延续的核心目标是要实现双方之间不可或缺的数据流动。早在2017年2月,英国政府就声明“一旦离开欧盟,英国将寻求维持欧盟成员国与英国之间数据转移的稳定”,^①数据流动一直都是英欧未来关系的一个核心议题。

而英欧数据流动机制受制于双方的总体关系模式。“自贸区+”或“WTO模式”作为英欧可能的总体关系模式,排除了欧洲经济区模式下的数据流动自动实现的可能,需要双方重新构建数据流动机制。在“自贸区+”或“WTO模式”下,英欧数据流动机制有多种备选项,主要有充分性决定和其他替代选择,例如标准合同条款、强制企业规则、核准的行为守则以及核准的认证机制等。在GDPR和《执法指令》之前,充分性决定只涉及出于商业意图的个人数据转移。改革后的欧盟数据保护规范(GDPR第45条和《执法指令》第36条)的一个创新在于,欧盟委员会可以通过执法领域的“充分性决定”,由此,新欧盟数据保护框架使得欧盟委员会可通过针对第三国在商业个人数据流动与执法个人数据流动上的双重充分性决定。总体而言,英欧数据流动机制的可能选项如图3所示。

图3 英欧数据流动机制的可能选项

欧盟针对第三国的 个人数据转移机制	商业意图	充分性决定
		替代机制:标准合同条款、强制企业规则、认证机制、克减
	执法意图	充分性决定
		替代机制:双边协定、克减

注:图由作者自制。

标准合同条款、强制企业规则等替代机制要么缺乏灵活性,要么在规模上执行成本大、负担重,要么向监管者提供的透明性不足。因此,英国政府明确指出:“这些替代方式中没有一个是如充分性决定或一致达成的新关系一样范围广泛”,^②英国希望与欧盟达成一个基于相互充分性和提升型合作原则的定制式数据流动协定。^③2018年11月的《政治宣言》就数据保护进行了强调:“英欧双方致力于确保高水平的个人数据保护以促进双方之间的个人数据流动……英欧还应该安排双方数据保护监管机构之间的适当合作”。^④可见,提升型合作是基于充分性决定上的更高层次的数据保护合

^① HM Government, *The United Kingdom's Exit from and New Partnership with the European Union*, p.45.

^② HM Government, *The Exchange and Protection of Personal Data: A Future Partnership Paper*.

^③ Ibid..

^④ Council of the European Union, “Political Declaration Setting Out the Framework for the Future Relationship between the European Union and the United Kingdom,” XT 21095/18, Brussels, 22 November 2018.

作,充分性决定是英欧数据流动新关系构建的机制基础,将是一个不同于传统充分性决定的新机制。

具体而言,充分性决定是欧盟委员会根据欧盟数据保护立法,针对第三国个人数据保护的充分水平而通过的执行性法令(implementing act),是欧盟的一个正式的、立法性的决定,由欧盟委员会“基于与欧盟数据保护机制的‘实质等同’的严格标准进行评估”。^①在 Schrems 案裁决结果之后,“充分性”概念的发展使得充分性评估成为一个高要求的立法进程,不仅评估一国的数据保护与隐私法律,而且还要审查该国的整体法律,如国家安全法、与个人数据处理相关的国际承诺、数据保护监管机构的独立性、法律的执行等。充分性评估中的“实质等同”并不要求同样的法律,而是法律提供了内容上同等水平的数据保护。

欧盟委员会 2017 年的一份通告指明与第三国展开充分性对话的标准:与欧盟的商业关系程度、欧盟个人数据流出的水平、第三国在隐私与数据保护领域的开创性作用、与欧盟的总体政治关系。^②依此标准来看,英国显然是欧盟展开充分性对话的超级优先伙伴。

基于英国已经实施的《数据保护法》对 GDPR 和《执法指令》的执行与转化、英国 ICO 的独立性地位,充分性决定对英国来说是目前最可行的数据流动机制选择。具体而言,其原因包括:(1)欧盟 GDPR、《执法指令》和欧盟法院判例法在英国正式脱欧前都是适用的,并且英国通过《数据保护法》基本上执行和移植了欧盟数据保护规范,达到“英国与欧盟数据保护机制的史无前例的一致程度”。^③不仅是法律机制一致,而且英欧在共享价值与国际目标上也一致,即确保高水平数据保护标准、推动国际数据保护。双方之间也拥有相当类似的数据保护法律框架;(2)出于对《调查权法令》的担忧与若干可能改进的考虑。《调查权法令》无论从短期还是长期来看,都对充分性决定具有负面影响。^④英国政府承认:“《调查权法令》第四部分的一些方面与欧盟法不一致”,^⑤对修改 IPA 进行咨询,明确认可为了确保 IPA 与欧盟法的相容性,对其进行修

^① Christopher Kuner, et al., “Editorial: The Global Data Protection Implications of ‘Brexit’,” *International Data Privacy Law*, Vol.6, No.3, 2016, p.168.

^② European Commission, “Communication on Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World,” COM(2017) 7 final, Brussels, 10 January 2017.

^③ Department for Digital, Culture, Media & Sport, “Guidance: Data Protection If There’s No Brexit Deal,” 13 September 2018.

^④ Andrew D. Murray, “Data Transfers between the EU and UK Post Brexit?” p.156.

^⑤ Home Office, “Investigatory Powers Act 2016: Consultation on the Government’s Proposed Response to the Ruling the Court of Justice of the European Union on 21 December 2016 Regarding the Retention of Communication Data,” November 2017, p.6, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/663668/November_2017_IPA_Consultation_-_consultation_document.pdf, last accessed on 5 October 2018.

改是必要的,如通过调查权委员、ICO、调查权法庭的各自作用提供个人救济机制;(3)英国数据保护管理机构ICO已具有执行欧盟数据保护法律的良好历史纪录,这是充分性的一个关键标准。ICO在发展数据保护政策和最佳实践做法上的贡献,使得英国相较于欧盟目前已通过充分性决定的其他第三国,处于更有利的位置。实际上,欧盟委员会曾就英国适用GDPR与充分性决定之间的联系,声明“具有同样的数据保护规则将使欧盟—英国的充分性决定容易得多”。^①

但这并不意味着英国就会自动或轻易地获得欧盟委员会的充分性决定,因为脱欧前的英国数据保护法律和机制虽然与欧盟一致,但欧盟在决定英国数据保护框架是否达到充分水平问题上,会采用整体性的方式——GDPR只是其中一个标准,英国在国内数据保存、监控法律与做法上明显面临困难。^②如前文所述,脱欧后,英欧之间数据保护上的宪政和制度的安排变化、英国国内法律没有与《宪章》第8条等同的法律内容、2016年《调查权法令》关于数据保存的若干争议内容、与欧盟法院若干判例法的可能冲突,都会危及英国对充分性决定的获得及持续。

虽然存在这些挑战,但英欧对相互充分性决定总体上还是认为可行的,欧洲理事会于2018年3月通过的脱欧指导方针中建议英欧未来数据共享框架“应该基于欧盟关于充分性的规则来进行管理”,^③但英国代表团认为,基于充分性标准的数据保护基础“将不能反映英欧关系在广度和深度上的全面性”,^④充分性决定并非英欧数据保护新关系构建的全部,而是要基于充分性决定增加新内容即提升型合作(“充分性决定+”)。这些新内容的增加也是要部分解决危及充分性决定可持续性的重大问题,如前述的宪政的、制度的和法律实践的问题。

因此,英国希望通过一个范围更广的定制协议来授权英欧继续全面的数据交换。英国在关于未来英欧数据共享关系文件^⑤中主张,相互充分性决定是优先选项,英欧数据保护关系应该再造为一种新型的、定制式的双边协定,尤其是英国政府主张维持英国ICO在欧洲层面的突出作用,继续双方之间的紧密监管合作,在监管技能、思想领导和监管创新等方面的交流对数据保护标准在欧洲经济区与英国的一致适用必不

^① Statement by Commissioner Vera Jourova at a Press Conference following the Publication of the “Commission guidance on the direct application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018” on 24 January 2018.

^② Kurt Wimmer and Joseph Jones, “Brexit and Implications for Privacy,” *Fordham International Law Journal*, Vol.40, No.5, 2017, p.1559.

^③ European Council, “Guidelines—23 March 2018,” Brussels, 23 March 2018.

^④ Daniel Boffey, “UK calls for special EU deal on data-sharing laws after Brexit,” *The Guardian*, 23 May 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/may/23/uk-calls-for-eu-deal-data-sharing-laws-brexit>, last accessed on 3 September 2018.

^⑤ UK Government, “The Exchange and Protection of Personal Data: A Future Partnership Paper,” 24 August 2017.

可少。欧盟委员会尚未对英国的立场文件做出回应,仅对英国脱欧前的数据保护与使用问题提出欧盟立场文件,没有涉及未来关系的任何方面,^①《脱欧协定》也未谈及英欧数据保护的未來关系问题。

英国主张的充分性决定之上的内容增加其实是一种新型的“充分性决定”,是跨国数据转移的新型英国模式,与英国作为未来第三国的复杂身份、欧盟新数据保护法律体系这一双重特殊情境相关,具体表现为三个方面。

首先,2018年5月新实行的欧盟数据保护核心法律——GDPR和《执法指令》——提供了全面的双重充分性决定机制选项。英欧数据流动机制将是一种新的、包含商业意图与执法意图的双重充分性决定,由欧盟委员会的统一程序通过。这不同于美欧数据流动机制、加欧数据流动机制,也不同于最新的日欧数据流动机制。

欧盟给予美国和加拿大的数据转移决定是“部分的”充分性决定。加欧之间的“充分性决定”只适用于《加拿大个人信息保护和电子文档法》(Canadian Personal Information Protection and Electronic Documents Act)范围内的私营实体,并不涉及执法意图的个人数据转移。美欧之间数据转移的双边协议包含了商业上的《隐私盾协议》与执法上的《安全伞协议》双重数据流动安排,但它们之间是不平衡的。美欧《隐私盾协议》是部分的“充分性决定”,“欧盟从未认为美国数据隐私法律具有充分的保护水平,认为美国信息隐私法律的缺点在于其拼凑性和缺乏充分救济”。^②在美国缺乏整体性数据保护法的情况下,只有那些承诺遵守强制性隐私盾原则的企业才可以从便捷的数据转移中受益,因此,隐私盾协议相对充分性决定来说是一种部门性安排。^③2016年12月达成的美欧《保护伞协议》为双方执法合作推出了一个全面的高水平数据保护框架。该协议包含所有个人数据交换,构成第一个包含与欧盟规则一致的全面型的数据保护权利和义务的双边国际协定。日欧之间的“充分性决定”于2019年1月23日通过,虽是最新的,但仍是基于GDPR第45条,并非基于《执法指令》的数据转移,是日本公共机构出于刑事执行和国家安全意图的欧盟数据转移利用,不是全面性的。欧盟针对其他国家如阿根廷、瑞士和以色列等的“充分性决定”是在1995年《数据保护指令》法律框架下进行的,都未包含《执法指令》所监管的数据交换。可见,欧盟现有的“充分性决定”没有应用先例。

^① European Commission, “Position Paper transmitted to EU27 on the Use of Data and Protection of Information Obtained or Processed before the Withdrawal Date,” 6 September 2017.

^② Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, “Transatlantic Data Privacy Law,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 106, No.1, 2017, p.118.

^③ Svetlana Yakovleva and Kristina Irion, “The Best of Both Worlds? Free Trade in Services and EU Law on Privacy and Data Protection,” *European Data Protection Law Review*, Vol.2, No.2, 2016, p.203.

脱欧进程中,英国反复强调它期望继续与欧盟在国家安全和执法事务上进行合作,主要适用的是《执法指令》第36条所规定的充分性决定。因此,在英欧数据流动上,英国要获得的是GDPR和《执法指令》下的双重充分性决定,是新型的充分性决定,来实现英欧之间的全面数据流动;而不仅是出于商业意图的私营部门之间的个人数据转移,还包括出于国家安全与执法意图的、公共部门间的个人数据转移。

其次,作为欧盟成员国的英国从三个方面对欧盟数据保护做出了持久贡献:作为成员国参与欧盟核心决策机构影响数据保护立法的修改与制定、ICO对欧盟数据保护法律的监管执行,以及作为欧洲数据保护局成员影响GDPR的适用与解释和数据争端的解决。如果脱欧,英国将失去成员国才能享有的以上权利,但英欧数据保护关系使得英国不满足于普通第三国的身份,目前为止也没有一个非欧盟成员国拥有英国对欧盟数据保护做出的贡献及享有的地位,即使受欧盟法院裁决和欧洲数据保护局决定约束的欧洲经济区国家也未具备这样的地位,当前欧美之间的监管协调与之相比也更为有限。同时,英国对GDPR和《执法指令》的完全执行也是史无前例的。所有这些都使得英国在欧洲数据保护体系中具有独特地位,也给英国寻求不同的机制安排提供了实践上的优势来源,使其能够寻求一种特殊的“第三国”身份,从而形成一个英欧数据保护关系的双边定制协议。

最后,英国在数据保护议题的谈判立场是接受欧盟针对英国数据保护的充分性评估的相关必要条件,但要求这一充分性评估是基于双向协议而不是欧盟委员会的单向决定。^①欧盟委员会的“充分性决定”是欧盟的单边评估,而具有法律约束力的协议/条约应反映双方的观点。因此,英国希望在双方数据流动机制上加入本国的特殊诉求,在双重充分性决定基础上加入提升型合作要素。

据此,历史和现实的特殊情境以及英国自身的意愿使得针对英国的“充分性决定”将是开创性的独特模式,是一种数据流动上的特殊定制模式。在这一模式中,“英国相信欧盟的充分性框架给英欧所应达成的数据保护安排提供了合适的起点,但英国希望在两个关键方面超越充分性框架:稳定性与透明度、监管合作”。^②

第一,在稳定性与透明度方面,英欧之间要建立一个清晰的、透明的框架来推动对话,将数据流动中断的风险最小化、支持英欧在个人数据保护上的稳定关系。在双重充分性决定的稳定性与持续性方面,英国方面的持久性受到欧盟GDPR后续修改以及

^① House of Commons Exiting the European Union Committee, “The Progress of the UK’s Negotiations on EU Withdrawal: Data,” 3 July 2018, p.3.

^② HM Government, *The Future Relationship between the United Kingdom and the European Union*, 12 July 2018, p.74.

欧盟法院判例法管辖问题的潜在干扰,欧盟委员会可能暂时中止、修改或者撤销其充分性决定。英欧尤其需要建立司法合作程序来解决欧盟法院判例法对充分性决定的负面影响。英国或者在数据保护方面直接接受欧盟相关判例法,但考虑到脱欧立场,这种超国家主权很难为英国接受;或者建立英欧之间的联合委员会(Joint Committee)来寻求法律冲突问题的解决方案。个人和英国法院有义务将数据保护问题提交给联合委员会所确立的独立仲裁小组,并且该小组要参考欧盟法院判例法所确定的原则,这样一种“桥梁”通道似乎是一种更加可行的方案。在透明度方面,欧盟现有的“充分性决定”体现的是欧盟数据保护法律的域外管辖效应,其基本逻辑是欧盟内部制度所确定的规则向外扩展,但这里隐含着冲突与矛盾:第三国接受欧盟规则的同时也在间接接受欧盟制度的决策权威,但第三国又不能参与制度决策进程,似乎蒙上了不民主的“等级制阴影”,具有“软帝国主义”特点。^①因此,从英欧数据保护关系的欧盟决策民主与政策执行效果提升上而言,欧盟在数据保护上的功能性政策可以提升透明度,让英国有限进入欧盟数据保护决策进程,或者至少是英欧之间就规范与价值的内容进行真正对话。例如,让ICO继续成为欧洲数据保护局的成员,或者至少是给予观察员身份或联系会员国,可以允许英国对欧洲数据保护局的立场形成尤其是在关于英国充分性决定的评估报告方面做出贡献,促进欧盟数据保护决策的发展。

第二,在监管合作方面,对于进行数据保护立法的政治性的欧盟核心决策机构,脱欧后的英国是无法继续参与的。但就功能性的数据保护执行机制而言,英国确实希望确保ICO与欧盟成员国数据保护管理机构、欧洲数据保护局之间继续合作。英国《数据保护法》关于信息委员的国际作用的规定也预期ICO将承担积极主动的、国际性的角色。这种监管合作主要体现为两个方面:一是让ICO继续成为欧洲数据保护局的成员,或者至少给予观察员身份或联系会员国;二是英国ICO继续成为“一站式服务”机制的一部分,避免在数据保护争端解决上的两个平行进程:一方面是英国国内的由ICO领导的争端解决进程,另一方面是欧盟内的一站式服务的争端解决进程,避免不必要的额外成本,甚至是监管冲突。

这样一种监管合作是行政管理层次上有差别的再融合。^②在欧盟内,GDPR通过三个相互补充的机制来保证其条款的一致执行:一站式服务机制、国家数据保护管理机构之间的合作和一致性机制。在跨境数据处理事件中,数据控制者/处理者的主要

^① Bjorn Hettne and Fredrik Soderbaum, “Civilian Power or Soft Imperialism? The EU as a Global Actor and the Role of Interregionalism,” *European Foreign Affairs Review*, Vol.10, No.4, 2005, p.539.

^② Benjamin Leruth and Christopher Lord, “Differentiated Integration in the European Union: A Concept, a Process, a System or a Theory?” *Journal of European Public Policy*, Vol.22, No.6, 2015, p.758.

机构或唯一机构所在成员国的监管机构作为“主导数据保护管理机构”(lead DPA),代表所有涉及的国家监管机构与数据处理者/控制者互动,由主导机构来做出针对它的具有法律强制力的决定,即一站式服务机制。一站式服务机制还匹配国家监管机构之间的合作机制以及一致性机制。为了给主导机构提供实际支持,国家数据保护管理机构建立了以下合作机制:互助方式的合作,或者实施联合调查与联合行动的合作。当国家监管机构之间的合作机制不能达成共识、主导机构很难通过实质性决定时,欧洲数据保护局负责的一致性机制将是数据保护决定的最后争端解决手段。欧洲数据保护局通过发表意见和强制性的决定来解决相关国家监管机构之间的分歧,因此,欧洲数据保护局成为一致性机制的核心行为体。可以说,国家数据保护管理机构之间的合作与主导、欧洲数据保护局的最终争端解决成为确保欧盟数据保护规范一致适用的机制构成。在英欧数据保护法律基本一致、相互给予充分性决定实现数据自由流动的情境下,英国在三个机制上的缺席将导致一套法律体系具有两个争端解决进程,这对于英欧行政管理机构和相关企业来说都是资源重复与浪费,而且还可能造成法律适用冲突。因此,从英欧数据保护规范的确保一致运用和法律确定性、减少行政负担角度来说,英欧都需要通过特殊的制度设计,让英国 ICO 与欧盟成员国数据保护管理机构、欧洲数据保护局之间的制度性合作得以延续。

英国定制模式的特殊与复杂,以及欧盟的可能强硬态度,将使得英欧在新数据保护关系定制模式上的谈判难度变大、周期拉长,但英欧数据保护强相互依赖又使得数据流动机制缺失的消极影响加大。因此,英国需要一个从脱欧到新机制达成之前的临时机制安排:首先,与过渡阶段安排同时进行相互充分性决定的协定谈判,充分性评估需要在 GDPR 和《执法指令》下、英国脱欧后即刻启动,而不是在 2020 年 12 月 31 日(也可能是 2022 年底)的过渡期结束后进行;其次,如果过渡期内未达成数据转移协定,则需要额外设立一个临时性的静止期,允许数据流动继续进行。充分性决定进程从历史记录来看一般需要花费 3-5 年时间,最快也要 18 个月(阿根廷),因此,英欧数据流动的静止期至少需要 18 个月,留存合理时间让英欧获得相互充分性决定。

总体来看,无论是“自贸区+模式”,还是“WTO 模式”,英欧数据流动机制都将是基于双重充分性决定增加若干内容的定制双边协定。双重充分性决定是英欧在 GDPR 和《执法指令》下相互给予的充分性决定,将实现英欧在商业市场上的数据流动、安全与执法倡议上的数据流动。这是英欧新数据保护关系的基础与核心支柱。定制的新增内容则是确保英国最大程度继续参与和影响欧盟数据保护规则设计和执行,将英欧双方持续的和强劲的监管合作嵌入未来关系。定制的新增内容一方面是减少危及充分性决定持续性的消极内容,如对欧洲数据保护局的立场形成做出贡献、确保数

据保护方面的欧盟判例法的统一适用(包括英国);另一方面是允许英国继续参与欧盟数据保护执行与决策的发展,如参与一站式服务机制等。

四 英欧数据保护定制关系的理论解释:外部差异一体化视角

英国通过《数据保护法》的形式使 GDPR 和《执法指令》等在本国获得直接或转化适用,并且在脱欧后继续沿用,意味着欧盟数据保护框架的内部规则的对外扩展。同时,英国在充分性决定上增加的定制内容又旨在继续参与欧盟数据保护机制,意味着欧盟数据保护框架的内部制度的对外扩展。由此,规则与制度的双重扩展形成欧盟针对英国的“外部治理”,^①英欧之间的数据保护关系也形成了一种英国参与欧盟数据保护的“外部差异一体化”模式。^②

现有的外部差异一体化研究已形成相对成熟的理论成果,但没有被运用于分析最新的可能出现的英欧数据保护关系,同时,关于脱欧对英欧数据保护关系的影响研究也基本缺乏理论解释。因此,本部分尝试运用外部差异一体化理论解释英欧数据保护关系上的定制模式。

自《马斯特里赫特条约》生效以来,差异一体化(differentiated integration)已经成为欧盟发展进程的新常态。根据政策的中心化程度和国家参与程度两个维度,差异一体化被区分为垂直差异化与水平差异化。水平差异化主要是空间上的国家对于欧盟政策参与的进入与退出的区别,它又区分为内部水平差异化与外部水平差异化,外部水平差异化又称外部差异一体化,是非欧盟成员国参与欧盟一体化的政策领域。^③

差异一体化的产生是相互依赖与政治化这两个变量之间互动的结果。^④相互依赖被视为一体化的推动力量,而政治化则被视为一体化的阻止力量,不同程度的相互依赖和政治化的结合生成了差异一体化。“世界政治中的相互依赖指的是不同国家之间的以互惠效应为特征的情境”,^⑤这些互惠效应来自于国际交往,包括经济交往和数据流动,尤其是在数字经济时代,数据流动与国际贸易密不可分。相互依赖通常被视为创造一体化需求并推动一体化的变量。新功能主义认为,一体化是政府应对相互依

^① Sandra Lavenex, “EU External Governance in ‘Wider Europe’,” *Journal of European Public Policy*, Vol.11, No.4, 2004, pp.680-700.

^② Sandra Lavenex, “The External Face of Differentiated Integration: Third Country Participation in EU Sectoral Bodies,” *Journal of European Public Policy*, Vol.22, No.6, 2015, pp.836-853.

^③ Frank Schimmelfennig, et al., “The European Union as a System of Differentiated Integration: Interdependence, Politicization and Differentiation,” *Journal of European Public Policy*, Vol.22, No.6, 2015, p.767.

^④ Ibid., p.772.

^⑤ Robert O. Keohane and Joseph S. Nye, Jr., *Power and Interdependence* (Fourth Edition), Longman, 2012, p.7.

赖状况所设计的制度化的程序。^①自由政府间主义认为,国家对于国际性政策的偏好可以视为对国际经济相互依赖类型生成的经济激励的反映。^②可见,无论是自由政府间主义还是新功能主义或超国家主义,都将相互依赖视为一体化的主要推动力量。

欧洲一体化的政治化被定义为“在意见、利益或价值上的两极分化以及它们被公开运用于推进欧盟内的政策制定进程的程度”,^③可分为三个维度:欧盟机构的政治化、欧盟决策进程的政治化,以及与欧洲一体化相关的议题的政治化。^④大众政治参与的公投、政党政治参与的欧洲议会选举和国家选举是政治化的重要表现形式。^⑤政治化因政策领域和国家而呈现差异性:就前者而言,与国家主权密切相连的军队、货币或公共管理等政策议题的政治化程度更高;就后者而言,在强调独特国家身份上具有较高比例公民的国家政治化程度更高。

在相互依赖与政治化互动上,相互依赖创造了对一体化的需求,国家政治精英尽力实现一体化的供给,但国家精英的政策供给受到大众政治和政党政治的制约;政治化成为限制政府将一体化需求转化成一体化结果的变量,也就是相互依赖与一体化之间关系的干预力量。因此,相互依赖与政治化的互动生成不同类型的一体化:强相互依赖与无/弱政治化的结合生成的是一致一体化,强相互依赖与强政治化的结合生成的是一体化的失败,或者是低水平的或差异化的一体化。

外部差异一体化源于欧盟与第三国之间的一系列因素:总体欧洲一体化高度政治化,以至于欧盟成员国身份在国内并不具有可行性,但是政策相互依赖高、该政策上的政治化程度低,以至于第三国寻求一种非成员国的政策融入。简而言之,因为欧盟成员国资格的高度政治化而不能加入欧盟的国家选择加入强相互依赖但弱政治化的政策领域。^⑥

脱欧后的英欧数据保护新关系有可能是一种典型的外部差异一体化模式。其产生是英国成员国资格的高度政治化、英欧数据保护关系的强相互依赖、数据保护议题的弱政治化三个因素共同作用的结果。在公投脱欧结果确定的情况下,欧盟成员国资

^① Ernst B. Haas, "Turbulent Fields and the Theory of Regional Integration," *International Organization*, Vol.30, No.2, 1976, p.210.

^② Andrew Moravcsik, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Cornell University Press, 1998, p.6.

^③ Pieter De Wilde, "No Polity for Old Politics? A Framework for Analyzing the Politicization of European Integration," *Journal of European Integration*, Vol.33, No.5, 2011, pp.566-567.

^④ *Ibid.*, p.560.

^⑤ Liesbet Hooghe and Garry Marks, "A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus," *British Journal of Political Science*, Vol.39, No.1, 2009, pp.1-23.

^⑥ Frank Schimmelfennig, et al., "The European Union as a System of Differentiated Integration: Interdependence, Politicization and Differentiation," p.765.

格成为高政治化议题。无论英欧之间的相互依赖程度如何,“自贸区+模式”或“无协议模式”都使得英国总体上只能是一个正式的既非欧盟成员国也非欧洲经济区成员国的“外部”第三国。

英欧数据保护关系的强相互依赖首先是英欧之间高强度的跨国数据交换、以数据为基础的规模经济与范围经济效应形成的经济交往与数据流动的相互依赖。欧盟是英国的最大贸易伙伴,脱欧后的英国将成为欧盟第三大贸易伙伴。英国作为脱欧后极为重要的非欧盟成员国,极大地依赖与欧盟的数字贸易和数据流动。2017年,英国对欧盟出口达到2740亿英镑,占英国总出口的44%,从欧盟进口达到3410亿英镑,占英国总进口的53%;在总体贸易逆差下,服务贸易顺差280亿英镑;服务贸易占据英国对欧出口的40%,其中,金融服务和其他商业服务出口又占据英国对欧服务出口的52%。^①2017年,金融服务业对英国经济贡献为1190亿英镑,占英国经济总量的6.5%;^②金融服务业得到金融科技产业的支持,而金融科技产业又占据英国服务业的10%。^③英国作为全球金融科技业的中心,其数字技术企业和金融服务行业都基于并且依赖于巨量的个人数据,个人数据常常被视为“网络世界的新润滑剂和数字世界的新货币”,^④是贸易与商业必不可少的部分。在数字经济时代,“大约43%的欧盟技术公司的总部位于英国,英国数据转移的75%是与欧盟成员国进行的”。^⑤2018年第三季度,伦敦数据中心市场成为欧洲第一大市场,^⑥英国数据中心行业也成为许多依赖于数据的全球公司进入欧洲的入口点。可见,英国若要维持其在金融服务业的大本营、数字产业技术企业的欧洲基地的地位,都离不开英欧跨境数据流动。因此,英欧之间全面深入的经济联系、以数字为基础的经济形态与数字贸易发展使双方在数据保护尤其是数据流动上形成了强相互依赖关系。

同时,英欧之间的强相互依赖还是历史形成的制度深度重叠造成的监管相互依赖。经济相互依赖水平的升高产生了政策外部性,并创造了对监管和国际政策协调的

^① Matthew Ward, “Statistics on UK-EU Trade,” House of Commons Library Briefing Paper, No.7851, 31 July 2018, p.3.

^② Chris Rhodes, “Financial Services: Contribution to the UK Economy,” House of Commons Library Briefing Paper, No.6193, 25 April 2018, p.3.

^③ Karen McCullagh, “Brexit: Potential Trade and Data Implications for Digital and ‘Fintech’ Industries,” *International Data Privacy Law*, Vol.7, No.1, 2017, p.4.

^④ Meglena Kuneva, “Keynote Speech Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling,” Brussels, 31 March 2009, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm, last accessed on 5 October 2018.

^⑤ Lord Stevenson of Balmacara, “Data Protection Bill House of Lords Second Reading,” 10 October 2017, <https://hansard.parliament.uk/lords/2017-10-10/debates/22188EC1-6BAB-4F06-BE64-5831ABAF78E2/Debate>, last accessed on 25 August 2018.

^⑥ See CBRE, Europe Data Centres Marketview, Q3 2018, <https://www.techuk.org/insights/news/item/14435-cbre-european-data-centre-marketview-q3-2018>, last accessed on 27 March 2019.

需求。“在经过几十年的相互交流和深度协作后,英国与欧盟的数据保护潜移默化地具有内在联系”,^①从1995年的《数据保护指令》到2016年的GDPR,英国都是欧盟数据保护法律及其执行机制的全面参与者,英欧在数据保护机制上已经形成监管相互依赖的协作模式而非竞争模式。^②可以说,英国是欧盟数据保护治理的贡献国,并且在数据保护方面已经全面欧洲化,历史层面的路径依赖使得英国在脱欧后的数据保护政策选择方式——断裂性的瓦解、渐进的路径依赖性的渐进调适、彻底改革与重新定位^③——上只能选择渐进调适路径。由此,正如相互依赖通过扩散、跨政府协调、域外适用等进程改变国家内部政治制度一样,^④欧盟数据保护法律的域外适用与监管的跨政府协调使得英国在数据保护法律与机制上仍然与欧盟联系在一起,英国形式上的脱欧不能带来数据保护实质内容与执行机制上的脱钩。

议题的强相互依赖不一定带来政策及其执行机制的一体化合作,而是取决于该议题领域及其执行机制的政治化程度,取决于政府决策以及该决策是否受到政党政治和大众政治的限制性分歧的制约。^⑤“相互依赖的增长可能导致非常不同的规范与社会价值体系之间的冲突”,^⑥在数据保护上,英欧的价值取向和总体路径上基本一致或比较接近。在价值取向上,双方之间没有重大价值冲突。欧盟作为一种宪政性的法律秩序,^⑦其确立的数据保护权经由《欧盟基本权利宪章》宪法化,成为人格权的一部分。英国《数据保护法》对GDPR和《执法指令》的具体转化执行、《人权法案》中的公民个体权利保护、《欧洲人权公约》缔约国地位,使得英国在数据保护权的权属上倾向于人格权而非财产权,在价值排序中与欧盟接近。同时,英欧在数据保护上都秉持“商业友好”的理念,推动数据流动和数字经济发展。在数据保护路径上,英欧都倾向于总体性立法和国家监管的主导作用,在数据保护监管机构的独立性上也观念一致。英欧政府、政党与大众对其具有基本共识,数据保护议题并未成为大众或政党的政治分化

① Paul de Hert and Vagelis Papanikolaou, “The Rich UK Contribution to the Field of EU Data Protection: Let’s not Go for ‘Third Country’ Status after Brexit,” *Computer Law & Security Review*, Vol.33, No.3, 2017, p.360.

② David Lazer, “Regulatory Interdependence and International Governance,” *Journal of European Public Policy*, Vol.8, No.3, 2001.

③ Thomas Henokl, “How Brexit Affects EU External Action: The UK’s Legacy in European International Cooperation,” *Futures*, Vol.97, 2018, p.64.

④ Henry Farrell and Abraham L. Newman, “Domestic Institutions beyond the Nation-State: Charting the New Interdependence Approach,” *World Politics*, Vol.66, No.2, 2014, p.332.

⑤ Liesbet Hooghe and Gary Marks, “A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus,” pp.1-23.

⑥ Henry Farrell, “Constructing the International Foundations of E-Commerce - The EU-U.S. Sage Harbor Arrangement,” *International Organization*, Vol.57, No.2, 2003, p.280.

⑦ Ramses A. Wessel, “The Dynamics of the European Union Legal Order: An Increasingly Coherent Framework of Action and Interpretation,” *European Constitutional Law Review*, Vol.5, No.1, 2009.

与博弈的工具。

数据保护议题的政治化程度还与数据保护在欧盟的权能划分相关。在欧盟内部,数据保护权能属性取决于具体政策领域:单一市场中的数据保护属于欧盟独享权能,而司法内务领域的数据保护属于欧盟与成员国的共享权能,共同外交与安全政策中的数据保护属于成员国权能,欧盟仅发挥辅助作用。单一市场的特征是高相互依赖与低政治化。^①因此,在单一市场内的数据流动基本上是一个低政治化的议题。所谓低政治化,并非指议题的低政治性,而是大众或政党对于该议题的政治利用程度较低,能够对政治性高的议题达成一致和共识,那么,该议题就是低政治化/去政治化的议题。数据保护是现代社会中具有特殊重要性的议题,但无论是欧盟机构、英国政府、英国国会和大众都对其具有基本共识,这种共识相当程度上体现在数据保护立法的基本一致。英国女王在两院的演说中强调:一项新法律将确保英国维持其世界一流的机制来保护个人数据,该机制将包括国内数据处理和跨境个人数据转移;^②英国政府在《英欧未来关系白皮书》中强调“未来英欧协定规定英欧之间个人数据的继续交换”;^③英国议会脱欧专门委员会关于数据流动与数据保护的报告强调,数据流动意义重大以及英国政府要尽可能快地获得欧盟委员会的数据充分性决定。^④可见,在英国国内,女王、政府和议会政党都在英欧之间的数据流动上达成共识。这不是一个政治争论的议题,它体现的是弱政治化的特征。

在司法内务领域内的数据流动则是中度政治化,英欧之间在执法意图上的数据流动需要英国对国内安全立法进行必要修改;共同外交与安全政策中的数据流动是高度政治化,并未纳入英欧数据流动整体机制中。因此,英欧之间的数据流动主要是出于单一市场的商业意图、司法内务的执法合作意图,并不涉及外交与安全政策上的数据流动,因而未达到高政治化程度。

所以,英欧总体经济关系以及数据流动上的强相互依赖加上数据保护议题的弱政治化使得欧盟数据保护框架向英国扩展,并呈现为外部差异一体化模式。欧盟外部治理一般是在缺失平行的制度边界扩展情形下发生欧盟规则的法律边界的扩展,^⑤如欧洲经济区模式、加拿大模式等。典型的外部差异化并没有解决针对第三国的某种程度

① Frank Schimmelfennig, et al., “The European Union as a System of Differentiated Integration: Interdependence, Politicization and Differentiation,” p.774.

② Prime Minister’s Office, “Her Majesty’s Most Gracious Speech to Both Houses of Parliament,” 21 June 2017.

③ HM Government, *The Future Relationship between the United Kingdom and the European Union*, p.73.

④ House of Commons Exiting the European Union Committee, “The Progress of the UK’s Negotiations on EU Withdrawal: Data,” 3 July 2018.

⑤ Sandra Lavenex, “EU External Governance in ‘Wider Europe’,” p.683.

的制度开放性,政治性的欧盟核心决策机构的参与只针对完全的欧盟成员国,^①排除了第三国的参与;正式的、独立性的专门监管机构也排除第三国的参与。这种在某种程度上缺乏第三国制度参与的欧盟法律输出的最大问题是民主赤字:英国必须接受欧盟数据保护规则但又没有投票权、缺乏真正的制度参与的共同决策权。因此,英国希望基于其独特的历史身份和现实情境给欧盟外部差异一体化增加新的内容,参与欧盟数据保护的监管机制,实现欧盟规则边界和制度边界的同时对外扩展。

实际上,英国对欧盟数据保护监管机制如欧洲数据保护局的参与是可能的,这主要是因为外部差异一体化的两种不同逻辑:欧盟监管扩展的外交政策逻辑与功能主义逻辑。^②外交政策逻辑是政治性的,服务于欧盟整体利益,将第三国包含进特定监管机构是欧盟的一个对外政策工具,是为入盟做准备的;功能主义逻辑的政策扩散进程则是因为特定政策部门的功能相互依赖,由跨政府机构指导欧盟与第三国监管机构之间的合作。部门性的跨政府监管机构的独立性使得自身与欧盟外交政策优先利益只有松散的联结,由功能主义逻辑占据主导地位,欧盟内部“特定部门的监管机构对纳入第三国监管者持更加开放的态度,由此开启新途径以实现灵活的组织一体化”,^③允许监管机构发展自己的外部关系网络,让第三国监管者加入进来,达到欧盟监管边界和组织边界的同时扩展。

欧盟的跨政府网络是复杂的“合并式跨政府网络”(incorporated transgovernmental network),是由国家监管机构组成的跨政府网络正式合并到超国家的规则发展与执行中。^④在数据保护领域,跨政府网络由国家数据保护监管机构组成,但又深嵌于欧盟超国家数据保护政策制定进程,被赋予辅助规则发展与执行的权威。因此,欧洲数据保护局是在欧盟数据保护框架之内,具有独立地位,不接受核心欧盟机构的政治命令,发挥独特的功能,如给欧盟委员会提供充分性决定建议、协调数据保护执行的一站式服务机制、推动信息交流、在数据监管争端问题上发布有约束力的决定等。合并式跨政府网络的形成也是欧盟采用的一种去政治化战略。^⑤因此,欧洲数据保护局对具有强数据保护相互依赖和一致行政能力水平的第三国监管者可以持开放的接纳态度。行政能力既包括官僚资源如人员、预算和专长,还包括合作的第三国监管机构被赋予的

① Sandra Lavenex, "The External Face of Differentiated Integration: Third Country Participation in EU Sectoral Bodies," pp.836-837.

② Ibid., p.837.

③ Ibid., p.838.

④ Burkard Eberlein and Abraham L. Newman, "Escaping the International Governance Dilemma? Incorporated Transgovernmental Networks in the European Union," *Governance*, Vol.21, No.1, 2008, pp.30-31.

⑤ Ibid., p.35.

特定决策权威和组织独立性。英国 ICO 在英国数据保护监管上具有独立性和决策权威,拥有欧盟内最大的官僚资源,与欧洲数据保护局和欧盟国家数据保护管理机构处于结构性合作中。

因此,英国 ICO 可以参与欧盟数据保护监管的欧洲数据保护局、一站式服务机制,但前提是需要欧盟成员国同意给予英国这一特殊的机制安排,这也是英国在数据保护关系谈判中要克服的最大难题之一,主要阻碍是英国对欧盟法院的司法管辖权接受问题。脱欧议题的高政治化使得英国整体上拒绝欧盟法院及其判例法的司法管辖,同时,数据保护上的强相互依赖又使得欧盟判例法在英国的适用问题成为重大问题,也是欧盟成员国的共同利益关切所在。因此,英国对欧盟数据保护规则与机制的参与需要英欧在欧盟法的后续适用及其法律冲突的解决上建立一个“桥梁”机制。

所以,在数据保护关系上,英国作为欧盟成员国身份的高度政治化、部门政策领域的强相互依赖与低政治化三者相结合,形成英欧数据保护关系上的外部差异一体化模式。欧盟数据保护规则扩展至英国的同时,英国也有限参与欧盟数据保护机制,实现较为匹配的欧盟数据保护规则与制度的双重外部扩展。

结 语

未来英欧新数据保护关系的核心内容将是:在欧盟数据保护标准在英国同等实质性延续的情境下,双方之间的数据自由流动,同时英国信息委员办公室在欧洲层次的作用至少得以部分维持。这一部门性的新关系构建离不开总体性的英欧关系模式。

英欧总体关系模式是原欧盟成员国与欧盟之间新交往关系的构建,它的重构离不开英国脱欧公投的总体民意表达,其基本逻辑是脱离后的深度联系重构。所以,它不是完全的瓦解,而是保持自主性下的联系选择。英国脱欧体现和释放出的强政治化动力使得英欧未来总体关系上排除了英国保留成员国资格和加入共同市场的可能,英国将成为外部第三国;同时,英欧之间的经济交往和制度合作的强相互依赖又使得二者要建立一种“自贸区+”的总体关系模式。在这一模式下,英欧新数据保护关系需要通过安全可靠的法律机制进行维持:一方面,英国通过新《数据保护法》继续并在脱欧后仍然执行欧盟核心数据保护法律如 GDPR 和《执法指令》;另一方面,在英欧跨境数据流动上,英欧要相互给予出于商业意图和执法意图的双重充分性决定。但双方之间数据保护在宪政上和制度上的安排变化、英国对《欧盟基本权利宪章》及其欧盟法院判例法的拒绝使得数据保护上的同等性和充分性决定面临相当的不确定性。

英欧数据保护上的强相互依赖与弱政治化特征使得英国在充分性决定基础上试

图增加某些定制内容:开创性获得《执法指令》下的基于国家安全意图的跨境数据流动的充分性决定;在让欧盟数据保护规则扩展至英国的同时,也让欧盟数据保护制度扩展至英国,至少是让英国参与欧洲数据保护局和一站式服务机制。这一新型数据流动机制安排实际上是基于“自贸区+”的“充分性决定+”,其核心是双重充分性决定、加上欧盟数据保护规则与制度的双重扩展。因此,英欧新数据保护关系的构建确实将欧盟充分性决定置于新的聚焦点,使其可能朝着双支柱、双重扩展的内容方向发展。

英欧新数据保护关系也会给欧盟发展的外部差异一体化带来新的内容和挑战。外部治理通常面临三重挑战:监管分歧、低效的监管趋同和责任制。^①在英欧数据保护关系中,欧盟数据保护规则的输出基本可以克服低效监管问题,但还可通过英国加入一站式服务机制提高善治的高效性要求。欧盟数据保护制度的外部排斥则确实会带来基于责任制的合法性赤字的困扰,让英国 ICO 加入欧洲数据保护局则可实现欧盟数据保护规则扩展与制度扩展的统一,最终达到善治的民主性要求。这将是欧盟外部差异一体化前所未有的新发展,对欧盟而言是一个制度创新,也会面临挑战。就此而言,英国未来对欧盟数据机制的参与程度将成为双边谈判中的核心问题,也会是一个比较棘手的议题。

新英欧数据保护关系是总体不对称关系下的互动关系,“在脱欧谈判中,欧盟在物质上和制度上都具有占据优势的讨价还价权力”。^②脱欧进程并没有带来英国对欧盟数据保护法律的脱钩。它仍然在相当程度上复制和移植欧盟数据保护法律,但也确实在对欧盟数据保护立法与决策的制度参与上被脱钩,逐渐丧失基于制度通道的影响力。由此,英国与欧盟之间的数据保护关系成为一种“既在外又在内”的特殊联系形式。脱欧使得英国在数据保护上处于两难困境,而走出困境的方式可能是欧盟适度妥协后的英国适度制度参与,或者最终的唯一方式也许是英国重新加入欧盟,实现规则与制度的统一回归。

(作者简介:石贤泽,对外经济贸易大学国际关系学院副教授;责任编辑:齐天骄)

^① David Lazer, “Regulatory Interdependence and International Governance,” p.490.

^② Frank Schimmelfennig, “Liberal Intergovernmentalism and the Crises of the European Union,” *Journal of Common Market Studies*, Vol.56, No.7, 2018, p.1590.