

【国际经济法】

文化例外：从谈判原则到缔约实践

谢 瑾

【摘要】文化例外是欧共体、加拿大长期奉行的一种思想理念、谈判原则，它深刻影响了国际贸易规则的制定。由于美国极力反对，世界贸易组织(WTO)协定中没有“文化例外”的明文规则，但视听产品的特殊待遇事实上在世贸组织规则中得到部分实现。进入21世纪后，法国、加拿大推动联合国教科文组织(UNESCO)建立《文化多样性公约》，为“文化例外”提供国际法支撑。欧共体、加拿大还在其区域贸易协定中根据“文化例外”原则，明确将视听业或文化产业排除在贸易协定范围之外；美国则在其双边自贸协定中推进电子商务规则制定，把数字化视听产品纳入规制范围。中国在参与制定相关国际贸易和投资规则时，应立足本国国情，借鉴“文化例外”的成功经验，在此基础上提出中国方案。

【关键词】文化例外；世界贸易组织；服务贸易总协定；区域贸易协定；文化多样性

【作者简介】谢瑾，清华大学法学院国际经济法专业2014级博士研究生，商务部世界贸易组织司处长。

【原文出处】《国际经济法》(厦门),2018.3.29~48

在经济全球化时代，贸易和文化之间的相互影响、相互冲突已伴随贸易跨越国界，成为许多国家共同面临的问题。“全球化和国际经济治理促进了各国之间文化交流，但也给文化多样性造成危害。须知文化产品的贸易导致文化同质甚至文化霸权”^①。随着美国电影、电视产品在全球市场的不断扩张，“文化同质”的问题日益凸现，成为人们对于经济全球化的一个普遍关切。

与电影、电视产业有关的视听服务(audiovisual services)是文化服务贸易的核心内容。根据WTO对国际服务贸易的分类，视听服务包括电影和录像的制作和发行服务、电影放映服务、广播和电视服务、广播和电视传播服务、录音服务及其他服务。^②美国视听业十分发达，以好莱坞电影为龙头的电影业为美国赢得巨大的贸易顺差。这种商业竞争上的优势，使美国在《关贸总协定》(GATT)

多边贸易谈判中处于攻势，要求欧共体^③、加拿大等主要贸易方开放视听业市场。欧共体在法国的推动下，支持对视听业采取进口数量限制、补贴等保护措施，在与美国的谈判中长期处于守势。加拿大出于维护国家文化安全，旗帜鲜明地支持“文化例外”。法国、欧共体和加拿大在多边、双边和区域贸易谈判中坚持“文化例外”原则，它们与美国的斗争持续近三十年，横跨多个国际组织，从中折射出经济利益之争、文化价值观之争、国际规则制定话语权之争，对国际贸易体系产生了重要影响。

我国是贸易大国、文化大国，在参与全球经济治理过程中，需妥善处理促进贸易和投资自由化与弘扬民族文化、维护国家文化安全的关系。研究“文化例外”理念对国际贸易法体系产生的影响，以及欧共体、加拿大在这方面的缔约实践，对于我国处理好上述关系进而参与制定国际经贸规

则有重要的借鉴意义。

一、多边贸易谈判中的“文化例外”原则

“文化例外”是欧共体在乌拉圭回合谈判中的重要谈判原则。因为坚持该原则,欧共体在多边谈判中有效维护了成员国在视听部门的经济和文化利益,并取得与美国抗衡的话语权。

(一)“文化例外”的起源

“文化例外”理念最早出现在20世纪60年代的法国,当时法国笼罩在与美国冲突的阴影中。在密特朗总统执政期间,“文化例外”作为法国一项重要政策得以实施。此后,法国逐渐在国际场合推行这一理念。“国家对本国文化特性予以保护的理念由来已久,可追溯至国家主权之起源;但现代意义上的文化例外原则,是在创建多边贸易体制时开始形成的”^④。

1993年,欧共体国家在法国推动下就“文化例外”达成一致立场,之后在GATT乌拉圭回合谈判中正式提出。“文化例外”的英文表达是cultural exception,法文表达是exception culturelle,其基本含义是指:文化货物和文化服务——尤其是电影、电视——不同于其他商品,它们是文化价值观的载体,不应完全由贸易自由化规则支配。^⑤当时法国和欧共体所主张的“文化例外”范围明确,即专指视听服务。

“文化例外”原则的逻辑起点是,文化货物和服务具有经济、文化双重属性。经济属性表明其具有可交易性,文化属性则表明其产生和传播社会价值观,故不同于其他商品。鉴于此,政府在制定国内贸易政策和对外商谈国际贸易协定时,应充分考虑文化货物和服务的双重属性并予以特殊照顾。这种理念一方面承认文化的经济属性,另一方面主张应尊重和保护的文化的伦理、政治和社会属性。^⑥

在法国提出“文化例外”之前,欧洲国家就已采取文化保护措施,以应对美国视听产品对欧洲市场的冲击。例如,法国基于“文化例外”理念,对

本国文化部门采取一系列保护和扶持措施:(1)对广播服务中法语歌曲的比重作出规定;(2)为视听媒体的制作提供补贴;(3)对本国出版社提供直接和间接补贴。^⑦又如,1989年欧共体“无国界电视指令”规定,成员国必须确保50%的时间播放欧洲本地制作的节目,主要为故事情节类节目,不包括新闻、时事和体育节目。^⑧

加拿大毗邻美国,与美国的双边贸易关系较为稳固,但就其国民心态而言,一直对美国有所防范。“加拿大绝大多数人口居住在距离美—加边境的200英里以内,在这种情况下,要维持加拿大文化特性已经很难,更不要说为它下定义”。^⑨加拿大前文化遗产部部长杜布曾表示:“必须把文化放到社会关注的最前沿。文化无论对我们的民族特性、自尊心,还是对国家统一以及加拿大在国际社会中的独立性,都至关重要。”^⑩这种主流认知使加拿大在贸易谈判中把“文化”作为主要问题来慎重对待。它和欧共体基于共同利益,在“文化例外”问题上结成联盟对抗美国。

(二)“文化例外”的成因

“文化例外”理念是“二战”以后国际经济竞争、文化竞争的产物,它最先在法国产生,有特定的经济、外交和社会背景。

从国际经济竞争格局看,“二战”以后西方国家的通信和文化产业各部门出现了许多大公司,其规模和影响都不断扩大,导致国际间文化竞争日趋激烈。这些大公司在销售、产品制作和组织方面日益实现跨国运作。时代华纳公司、环球公司、迪士尼公司等跨国企业实施国际化运营,主导了视听内容在世界各地的制作、发行和展示。这种垄断结构不仅影响了视听媒体市场的运作,还造成文化内容趋于同质化。^⑪

在乌拉圭回合谈判时期(1986—1994年),西方跨国公司主宰国际文化贸易的格局基本形成,美国视听产业的全球竞争力达到巅峰,全球电影和电视市场被美国公司牢牢掌控。^⑫美国视听业跨

国公司在世界范围迅猛扩张,直接冲击法国等西方国家文化产业发展。法国认为电影、电视节目是民族特性的基本构成部分,其社会舆论普遍支持对美国的“文化帝国主义”进行抵制。受法国影响,欧共体一方面强调视听产业对于欧洲特性和欧洲团结的重要意义,另一方面强调美国娱乐产业的危害效应。^⑮

从外交政策角度看,“二战”以后法国的政治实力和军事实力大为削弱,国际影响力大幅下降,法国政府试图通过维护本国文化优势、输出文化理念、发挥“软实力”来增强其国际地位。文化外交在法国对外政策中的重要性不是下降而是上升了。自1993年法国在多边贸易谈判中提出“文化例外”问题以后,支持“文化例外”一直是法国文化外交非常重要的准则。^⑯

从社会基础看,“文化例外”理念在法国和欧盟国家都有强大的支持势力,这与文化产业日益重要的经济意义和社会影响有关。欧委会发布的《2014年视听和其他媒体内容报告》显示,视听产业当年为欧盟公民提供的就业机会超过100万。包括视听部门和其他媒体提供商在内的内容产业不仅对文化多样性非常重要,还对欧盟经济具有极其重要的作用。^⑰

(三)“文化例外”怎样影响WTO《服务贸易总协定》制定?

乌拉圭回合谈判首次把服务贸易自由化纳入多边贸易谈判议程,各方利益协调难度较大。视听服务贸易自由化谈判对整个多边贸易谈判具有决定性意义,各方对该部门的分歧不仅威胁到整个乌拉圭回合谈判,还威胁到WTO《服务贸易总协定》(GATS)的创建。^⑱

1.“文化例外”谈判方案

在服务贸易谈判中,各方对视听服务的辩论最为激烈。视听业是美国当时第一大出口产业,这决定了它在谈判中采取进攻姿态。美国参议院议员致函克林顿总统,呼吁在乌拉圭回合谈判中

不能接受“文化例外”,强调单是电影、电视产业的出口,每年就给美国带来400亿美元贸易顺差。^⑲克林顿政府采纳了上述建议。美国1990年参加GATT“视听服务工作组”谈判时提出:视听服务是国际服务贸易极其重要的部分,未来的服务贸易框架协议应当同样适用于视听服务,强烈反对任何形式的文化例外。^⑳法国对此针锋相对,不仅自身坚持“文化例外”,还推动欧共体采取同一立场。

欧共体和加拿大在谈判中分别提出“文化例外”两种方案。^㉑欧共体提议在GATS框架下单独制定一个《视听、广播、音像和出版服务附件》,规定:(1)缔约方在双边和诸边协定中,为实现文化政策目标而制定的涉及视听、广播等服务的措施,不适用最惠国待遇原则;(2)按照GATS对上述部门进行具体承诺的谈判时,应尊重它们的文化特性。欧共体以外的多数谈判方均反对这一方案。

加拿大则提议在GATS“一般例外”条款中列入“文化价值”例外情形。这种思路认为保护“文化价值”是与保护“国家安全”“公共道德和秩序”“可持续发展和环境”可以相提并论的例外类型。印度、埃及支持这个方案,欧盟和美国予以反对。^㉒

在法国推动之下,欧共体在1993年谈判中又提出视听服务应当完全豁免于GATS各项规则。同时,还提议在GATS中规定“视听服务具有特殊性质”,加拿大、巴西以及许多欧洲国家表示支持,但美国、日本、印度强烈反对。^㉓

2.谈判结果评析

美国拒绝承认视听服务的文化特性,欧共体也拒绝承诺开放视听服务市场。直至马拉喀什会议召开前夕,美、欧也没有对“文化例外”案文达成任何协议,只是承认双方在文化问题上意见不一。^㉔可见,“文化例外”没有成为WTO协定的明文规则,不能把它与GATT或GATS的“一般例外”和“安全例外”条款相提并论。

GATS第19条最终规定,对于服务业开放应按照“渐进自由化”的原则进行谈判,每个成员都

不能预先排除任何部门,视听服务也在其中。笔者认为:从法律上看,视听服务和其他服务部门一样都在多边谈判范围之内,但是视听产品的特殊待遇事实上(de facto)在世贸组织规则中得到部分实现,欧共体部分地实现了它保护成员国视听部门的目标,理由如下:

第一,根据GATS,成员可以自主决定是否对视听服务的市场准入和国民待遇作开放承诺。欧共体在其服务贸易减让表中,对视听服务的国民待遇和市场准入均不作任何承诺。“欧共体通过不对视听服务作任何具体承诺,不给予美国视听服务提供者国民待遇、市场准入,其后果是,在事实上将视听部门从GATS体制中排除”。^②

第二,根据GATS第2条,欧共体把关于电影、电视节目的一系列政策措施列入最惠国待遇(MFN)豁免清单,以保证它在双边协议中的有关开放举措不适用最惠国待遇原则。^③欧共体总共列出10项与视听服务有关的MFN豁免。例如在“电影作品和电视节目的制作和发行”方面,它与阿尔及利亚、澳大利亚、加拿大、埃及、印度等国已经签署或正在谈判文化合作协议。在列入MFN豁免清单后,这些措施可以不适用MFN原则。欧共体称,实行上述豁免的理由是为了加强它与这些国家的文化联系。^④

第三,1994年GATT第4条确立了“有关电影片的特殊规定”,它涉及电影放映限额的四条规则,例如允许国产影片在全部放映时间内占一定的特定最低比例;如果要限制、放宽或取消电影片的放映限额,必须进行谈判;等等。欧共体在电影进口方面既有的限制措施没有因为GATS的实施而受到直接影响。^⑤

第四,欧共体在电信服务的承诺表中明确排除了与“提供(视听)内容”有关的服务,从而保留了对视听内容进行监管的权利。^⑥

在理解“文化例外”原则时,还需把握其两个特征:(1)它是法国、欧共体针对美国提出的谈判策

略;(2)它要排除的不是整个文化部门,而是以电影、电视为代表的视听服务部门,其中又以电影部门最为重要。^⑦英国、德国等国在乌拉圭回合谈判中已对“娱乐、文化和体育服务”作出开放承诺,不同意把该部门排除在贸易自由化之外。

(四)多哈回合谈判中各方对视听服务的立场

2001年,WTO成员启动多哈回合谈判。多哈回合谈判是“一揽子”谈判,谈判议题包括农业、非农产品市场准入、服务贸易、规则、知识产权、发展、环境、电子商务等。视听服务谈判在服务贸易谈判机制下进行,各方立场如下:

1. 以美国、日本为主的成员推进视听服务自由化

(1)2000年美国谈判提案。美国认为:2000年以后的视听部门与乌拉圭回合期间的视听部门相比不可同日而语。乌拉圭回合谈判聚焦在电影制作、发行,以及视听货物和服务的“地面传播”。现在视听部门是由内容制作商和节目销售商构成的一个国际化系列,他们使用电缆、直通家庭的卫星和数字网络等新媒体来发行本地化内容、国际化内容。特别是在数字环境中,视听内容的展示机会呈现量子级增长,数字技术的应用不仅提升文化特性,还使视听服务贸易更透明、更开放。^⑧美国建议以崭新的眼光看待视听部门的各种活动形态,在分类问题上秉持技术中立原则,希望既考虑该部门的特殊敏感性,又通过谈判建立贸易规则。

这份提案标志着美国推进视听服务自由化的重心转向数字环境下的贸易规则。进入21世纪,“美国不再像过去那样试图说服欧共体对视听服务作出国民待遇承诺,而是试图对电子商务的贸易自由化达成协议,并且把新通信媒体提供的节目也归入其中;事实上,现在许多文化服务、文化货物是通过互联网传输方式来实现进出口的。”^⑨

(2)2005年美国、日本、墨西哥、中国香港、中国台北关于视听服务谈判的联合声明。该声明指出,开放视听服务市场有利于引进国外新技术,使国内产业受益,并带动大量新型服务发展。新技

术将拓展人们对网络的使用,有利于营造良好的数字网络投资环境。开放视听服务还会对旅游、教育等其他服务部门产生外溢效应。该声明对有些关键成员把视听服务预先排除在谈判之外表达强烈关注。^③

这份联合声明表明:(1)在WTO中推动视听服务自由化的成员只占少数,如美国、日本和墨西哥。(2)上述成员不点名地对欧共体、加拿大奉行“文化例外”表达关注,说明它们的分歧依然很大。

2. 欧共体、加拿大要求给予视听服务特殊待遇

为协调成员国内部对视听服务自由化的不同经济利益,欧共体在多哈回合谈判中选择了“文化多样性”理念而不是“文化例外”。^④2001年,欧共体在WTO会议上声明:“(1)认同在WTO服务贸易谈判中不得预先排除任何部门这一规则;(2)欧共体在视听部门的谈判目标是:确保成员国为了保护文化多样性而拥有捍卫、实施其文化政策的能力。”^⑤2002年,欧共体又在WTO会议上强调:“视听部门对其许多成员国而言非常敏感,欧方对于保护文化多样性的关注是真实的,没有任何保护主义意图作为动机。外国电影在欧洲市场占有率已经达到80%。”^⑥从后续谈判情况看,欧共体还要求其视听服务部门的最惠国待遇豁免措施在10年之后继续生效(GATS规定原则上不超过10年)。

2001年,加拿大也在WTO会议上指出,它不会对“实现自身文化政策目标的能力”进行自我限制,除非建立一个新的国际协定以专门保障各国在促进和保护其文化特性方面的权利。^⑦加拿大当时提议的“新的国际协定”就是联合国教科文组织(UNESCO)后来制定的《文化多样性公约》。

3. 巴西、瑞士的中间道路主张

2001年瑞士提案认为:视听部门既是重要的经济活动领域,又是带有文化特性的媒介,贸易政策应当以平衡的方式调和两种对立观点,兼顾双方的敏感性。WTO成员应当把公共服务在视听部门中的作用作为中心问题来讨论。主张对

“文化多样性保障措施”、视听部门补贴等议题展开辩论。^⑧

2001年巴西提案认为:在推动视听部门渐进式贸易自由化时,应确保政府保护和促进文化特性、文化多样性的自主权利。“文化例外”在GATS纪律中没有任何基础,但视听服务在传播文化价值观方面确有其重要意义。WTO成员应考虑如何在渐进式推进视听部门贸易自由化、为发展中国家在该部门出口创造有效的市场准入机会同时,不影响政府在落实其文化政策目标方面的灵活性。建议探讨视听部门的贸易保护机制(如特定的反倾销纪律)。^⑨

以上2份提案在坚持“文化多样性”的前提下,试图协调美、欧之间的不同立场。瑞士提出的“文化多样性保障措施”和巴西提出的视听部门“贸易保护机制”有共同之处,即着眼于从法律规则层面解决视听业开放与保护文化多样性的问题。但是在多哈回合谈判中,由于受整个谈判进程影响,这些建议都没有得到深入讨论。

二、联合国教科文组织的缔约实践

文化和贸易的关系问题是乌拉圭回合谈判的未决问题。法国、加拿大认为既然不能在贸易谈判场合解决其文化关注,就应当另辟蹊径。^⑩从1995年至1998年,经济合作与发展组织(OECD)成员国开展了《多边投资协定》谈判,美国、法国、加拿大针对“文化例外”问题又一次展开较量。^⑪希腊、意大利等欧洲国家支持法国和加拿大,要求把视听业排除在《多边投资协定》之外。它们在“文化例外”问题上分歧严重,导致谈判无果而终。

此后,法国、加拿大意识到在多边谈判中一味地防守是不明智的。面对美国在双边、多边贸易谈判中的攻势,它们谋划制定新的国际协定来维护本国文化产业的利益。法国、加拿大争取“文化例外”的行动由此拓展到另一个国际组织,它们要制定一份有利于文化保护的新的国际协定,以实现“文化例外”的政策目标。

(一)国际公约中的“文化多样性”

1999年,欧委会发布《WTO千年回合的欧盟路径》文件,首次在官方立场中提出“文化多样性”的理念。同年11月,加拿大的民间文化业协会在蒙特利尔组建“加拿大文化多样性联盟”,开始在全球范围推进文化多样性运动。

1. 谈判进展

2001年,法国推动UNESCO制定了《世界文化多样性宣言》及其行动计划。^⑩该宣言指出:“文化多样性是交流、革新和创作的源泉,对人类来讲就像生物多样性对维持生物平衡那样必不可少。从这个意义上讲,文化多样性是人类共同遗产,应当从当代人和子孙后代的利益考虑予以承认和肯定”;文化产品和文化服务“不应被作为一般的商品或消费品”,因为“它们体现的是特性、价值观和观念”。宣言为UNESCO在2003年启动《保护和促进文化表现形式多样性公约》(简称《文化多样性公约》,以下简称《公约》)谈判奠定了基础。

2003年,美国在离开19年之后重返UNESCO,目标是要参加联合国框架下国际文化规则的制定,参与全球文化治理。现在看来,美国重返UNESCO实际上是获得了国际规则制定的话语权和参与塑造国际文化规则的机会。

在谈判中,法国与美国就《公约》核心内容进行反复辩论、交锋。法国这次转守为攻,而美国转向防守,是最主要的反对方。它们争辩的焦点问题是:(1)“文化产品”和“文化服务”的定义与范围;(2)成员国保护文化多样性的权利;(3)《公约》与国际贸易协定之间的法律关系。^⑪其中,第三个问题直接影响到《公约》在国际法体系中的地位,影响到既有WTO协定的实施,是谈判的重中之重。

法国和欧共体主张,《公约》与其他国际协定之间的关系应当互为补充,二者间没有从属关系。美国要求《公约》不得影响缔约国遵守在其他国际协定下的义务,以保证WTO协定的效力不因《公约》而削弱,且WTO成员不能凭借《公约》规避

其国际贸易协定下的义务。日本、澳大利亚、以色列支持美国立场。经加拿大协调,各方最终同意在《公约》第20条规定本《公约》和其他条约之间应互不隶属和相互支持,但同时也规定,“本《公约》任何内容不得解释为更改缔约国作为其他任何条约的成员方在那些条约下的权利和义务。”

2. 谈判成果及《公约》的意义

本文把《公约》谈判的成果归纳为四个方面。第一,“序言”开宗明义规定:“文化货物和文化服务具有经济和文化双重性质,它们包含特定的性质、价值观和意义,不应被视为一般商品或消费品”。文化货物和文化服务的“双重属性”表明,国际贸易必须尊重人类精神文化的价值,对它们不能简单地套用市场法则和贸易自由化的逻辑。第二,《公约》第4条对文化多样性作出明确界定:文化多样性是指各群体和社会借以表现其文化的多种不同形式。这些表现形式在他们内部及其间传承。文化多样性不仅体现在人类文化遗产通过丰富多彩的文化表现形式和多种方式来表达、弘扬和传承,也体现在借助多种方式和技术来进行艺术创造、生产、传播、销售和消费。在此基础上,《公约》允许缔约国建立旨在保护和促进“文化多样性”的各种措施。第三,《公约》提出构建文化多样性国际合作机制。第四,在处理与其他国际协定的关系方面,第21条规定:“缔约方承诺在其他国际场合倡导本《公约》的宗旨和原则。为此,缔约方在需要时应进行相互磋商,并牢记这些目标与原则。”这意味着如果缔约方愿意,它们可以把文化货物、文化服务排除在今后的国际贸易谈判之外。

我们可从三个方面认识《公约》的重要意义:

第一,就文化与贸易的关系而言,《公约》的重要价值是从全球文化治理的维度为自由贸易划出一道法定界限,确认文化货物、文化服务(即“文化产品”)在国际贸易体系中享有特殊待遇,使维护文化多样性的目标在国际法中庄严确立。《公约》

于2007年3月正式生效,从此为所有缔约国在今后的国际条约谈判中主张“文化例外”提供了国际法依据。它有利于主权国家维护和促进本国文化发展,有利于各国在未来的国际贸易谈判中更好地维护本国文化安全。截至2018年3月,《公约》的缔约国达到145个^④,这充分说明文化多样性理念已得到国际社会广泛认同。

第二,根据《公约》第20条,本《公约》对“既有的”国际贸易协定几乎没有任何影响;但是根据第21条,缔约方在其他国际场合应当倡导《公约》的宗旨和原则,这为缔约方今后参加多边、双边、区域贸易协定谈判时主张“文化例外”提供了法律依据。根据UNESCO的评估,《公约》在实践中确切地对2005年以后部分国家参与制定国际贸易协定产生了实质性影响,特别是一些缔约国在相关的贸易协定中采取了排除文化货物、文化服务的“文化例外”措施,这类做法有不断增长的趋势。^⑤

第三,《公约》为欧共体、加拿大等曾经主张“文化例外”的成员提供了新的国际法依据和谈判筹码,使美国、日本在WTO推动视听服务自由化受挫。《公约》还对WTO电信服务谈判、电子商务谈判产生了一定影响。^⑥《公约》的制定进一步加剧美、欧之间的以下分歧:欧共体主张所有的数字媒体都属于视听服务范畴,从而可以享受它在GATS框架下的灵活性;而美国则主张对数字产品实行最高程度的贸易自由化。

3. 从WTO“中国出版物和视听产品案”看《公约》的适用

保护和促进文化多样性被写入联合国公约,缔约国采取措施保护本国文化的做法有了一定的法律依据。但是,从WTO专家组和上诉机构在“中国出版物和视听产品案”的裁决结果看,《公约》难以为缔约国违反既有WTO协定的义务和承诺提供法律依据。

2007年4月,美国在WTO就中国出版物和视听产品的贸易权和分销服务措施提起诉讼。本案

涉及四类文化产品:读物(图书、期刊、报纸)、家庭视听娱乐产品、录音制品和供影院放映的电影。美国认为中国的三类措施违反了WTO规则:(1)将贸易权限于中国国有企业,从而不公正地限制了在华企业以及外国企业和个人向中国进口以上四类产品的权利的措施。(2)影响读物分销、家庭视听娱乐产品分销服务和录音制品分销服务的措施,如禁止外资企业从事音像制品的电子分销。(3)对于进口读物、用于电子分销的音像制品和供影院放映的电影,没有提供国民待遇,例如对于进口的供影院放映的电影,分销仅限于两家国有企业,而类似的国内产品可以由任何在中国经营的分销商从事分销。^⑦

根据《中国加入WTO议定书》,中国允许所有在中国的企业及外国企业和个人,包括其他WTO成员的独资经营者,在中国全部关税领土内进口所有货物。专家组对照了中国在议定书附件中保留的、由国有贸易企业进口和出口的产品清单,发现涉案产品不在其中,于是裁定上述第(1)类措施违反了中国的承诺。中国认可对图书、报纸、期刊和视听产品作出了贸易权承诺,但主张可以援引1947年GATT第20条中的“公共道德例外”条款来证明其正当性。中国在抗辩中以《世界文化多样性公约》和《文化多样性宣言》来论证涉案措施在维护公共道德方面的重要性。对此,美国主张它不是《公约》缔约国,因此《公约》对其不能适用。专家组和上诉机构并未就《公约》在WTO争端中是否适用、如何适用的问题给出明确意见,最终否定了中国援引“公共道德例外”条款的主张。^⑧对此,笔者有三点评论:

第一,既有的WTO体制下没有“文化例外”的明文条款,中国要为涉案措施寻找例外依据,只有从公共道德例外方面进行解释才最为有利;第二,根据《公约》第20条第2款规定,《公约》在适用中不能造成变更缔约方在其他国际协定中的权利和义务之后果,这表明在WTO争端解决中要适用

《公约》有关条款的基本前提是二者之间不发生冲突,如发生冲突,则WTO协定优先;第三,美国不是《公约》缔约方,《公约》的任何条款对其都没有法律约束力,故专家组和上诉机构难以在本案中援引《公约》条款进行法律解释。

进而言之,只有WTO成员今后在WTO协定中增加保护文化多样性的内容,或者建立起WTO协定和《公约》之间的联系机制,文化货物、文化服务的文化属性才能得到充分尊重和保障。今后新加入WTO的成员在加入谈判时须清醒地认识到文化货物、文化服务的特殊属性,以及现有WTO协定“重自由贸易轻文化保护”的先天缺陷,从而慎重作出开放承诺。

(二)“文化多样性”与“文化例外”的关系

《公约》没有提及“文化例外”,那应当如何理解“文化例外”与“文化多样性”的关系呢?笔者认为它们有共同的思想内核,即捍卫本国文化在全球化进程中的独特地位。不同的是,“文化多样性”是在“文化例外”基础上提出的新理念,可以认为它是后者的扩大和延伸。^④具体关系如下:

第一,“文化例外”是法国、欧共体、加拿大奉行的贸易谈判原则,它突出对本国文化市场的保护与对本国相关企业的扶持,排斥外来文化,带有明显的防御特征和限制色彩。“文化多样性”更多偏向于文化促进而不是文化保护,体现了开放包容的价值观,是国际社会共识,在世界范围产生影响。它摒弃了“文化例外”理念中反对“美国化”的消极成分,去除了限制色彩,更具积极主动的含义。^⑤文化多样性提倡多种文化的共同生存、发展,顺应了人类在21世纪共同发展、合作共赢的需要,有利于推动世界多极化发展。从国际法层面看,以联合国公约形式就保护和促进文化多样性制定国际规则,是各国在全球文化治理领域取得的重要进步。历史将证明,尊重文化多样性是保障世界和平与安全的最好方式之一。^⑥

第二,“文化例外”一直都有强烈的针对性,即针对美国这个超级大国;而保护和促进“文化多样性”不针对特定国家。欧共体正是由于在国际公约谈判中提出“文化多样性”主张,才在国际谈判中得到许多发展中国家的支持,从而更有效地推行其对外文化政策,也因此在对美国的谈判中占据法律和道义优势,从防守转为积极主动。

第三,“文化例外”是保护和促进“文化多样性”的手段。法国前文化部长陶德曼认为,“文化多样性”是“文化例外”这一手段所要实现的目标,它表达了在“文化同质”的威胁下维护世界上所有文化的决心,而不是独善其身,仅仅维护法国文化。^⑦加拿大“文化多样性联盟”认为《公约》是UNESCO制定的国际法律协定,它为许多国家减轻国际贸易协定带来的压力提供了手段。^⑧

纵观《公约》的制定过程,我们发现它逐渐得到了许多发展中国家的重视。在20世纪80年代,美国、欧共体、加拿大和日本是最具影响力的GATT缔约方,被称为“四方集团”(Quad)。“文化例外”之争最初是这些发达国家内部的矛盾,但随着时间推移,一些发展中国家介入到视听服务自由化的辩论中来。欧共体在GATT和UNESCO这两个国际场合,用了近十年的时间与美国进行博弈,在此过程中得到印度、埃及、中国等许多发展中国家的支持。法国在《文化多样性公约》谈判中重视与加拿大和中国的联合与合作,最终对美国形成压倒性优势。法国、欧共体在“文化例外”问题上与美国的斗争体现出坚韧性、长期性和灵活性。它们在国际规则制定中创造性地提出“文化多样性”的理念,赢得了规则制定的话语权。善于在不同国际机制之间进行转换,主动设置谈判议程,由被动转为主动,捍卫自身利益的举动,给许多发展中国家以深刻启示。

由于美国不是缔约国,《公约》对它没有任何约束力。2017年10月,美国宣布退出UNESCO,客观上为《公约》的缔约国进一步制定和完善《公

约》的实施细则创造了有利条件。法国、加拿大等国今后在《公约》框架下推动建立“文化例外”的相关规则并非没有可能,后文提及的UNESCO《数字环境中实施文化多样性公约的操作指南》或许就是一个征兆。

三、区域贸易协定中的缔约实践

从理论上说,实行“文化例外”有多种方式:(1)把文化直接从国际协议中排除;(2)在国际协议中针对文化规定不同的特殊待遇;(3)专门制定保护文化的例外条款。^②结合加拿大、欧共体的缔约实践来看,20世纪90年代以来,它们在WTO之外的区域贸易协定(含自贸协定)中均采取了把视听服务和文化产业直接排除在协定之外的法律模式。^③与美国在同时期自贸协定中建立的视听服务贸易规则和电子商务规则相比,形成分庭抗礼的局面。

(一)加拿大的缔约实践

加拿大在其签署的自贸协定中一般都纳入“文化例外”条款,本文就其中三个协定进行分析。

1.《美加自贸协定》

美国、加拿大于1988年签署《美加自贸协定》。该协定第2005条规定:除了特殊情况之外,文化产业不受本协定条款约束。《美加自贸协定》第2012条对“文化产业”作出了定义,并规定文化产业被排除在本协定各条款之外。这是“文化产业”概念首次出现在国际贸易协定中。协定第2012条对“文化产业”的定义规定如下:(1)图书、杂志、期刊或报纸的出版、分销或销售;(2)电影或视频录像的制作、发行、销售或展示;(3)视听音乐制品的制作、发行、销售或展示;(4)对印刷形式的音乐或机读方式的音乐的出版、发行或销售;(5)面向社会公众的无线电通信,以及所有的无线电、电视和有线广播,所有的卫星节目和广播网络服务。^④值得注意的是,美国在协定中保留了对限制措施作出对等报复的权利,以制衡加拿大可能采取的“文化例外”措施。

2.《北美自贸协定》(NAFTA)

《北美自贸协定》(NAFTA)于1994年1月正式生效,缔约方包括美国、加拿大和墨西哥。该协定第2107条对“文化产业”的定义作出规定,其内容与《美加自贸协定》中“文化产业”的定义一致;还规定文化产业被排除在NAFTA各条款之外。加拿大在NAFTA中建立“文化例外”规则,目的是维护本国的文化特性和文化安全,防范本国文化市场被美国的文化货物、文化服务侵占。

3.《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)

2018年3月,加拿大、日本、澳大利亚等11个国家在智利签署了《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)。在加拿大坚持下,该协定第28.9条规定了关于文化产业的例外规则,即补贴(第7章)、投资(第8章)、跨境服务贸易(第9章)、国内规制(第12章)和政府采购(第19章)均不适用于加拿大的文化产业。上述规定与加拿大此前签署的《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》中的“文化例外”规定一致。美国于2017年1月宣布退出《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)谈判,加拿大利用美国退出谈判这一时机,把“文化例外”确立为CPTPP的明文规则,为保护其文化产业设置了安全阀。

(二)欧共体的缔约实践

欧共体在缔结区域贸易协定时,均把视听服务排除在协定的相关章节之外^⑤,且一部分贸易协定还包含了文化合作议定书。以下对欧共体两个有代表性的区域贸易协定进行分析。

1.《欧共体与加勒比论坛国经济合作伙伴协定》

2008年10月,欧共体与加勒比论坛15个成员签署了《经济合作伙伴协定》。缔约方在该协定第75条关于服务贸易第一模式和第二模式^⑥的“跨境服务提供”章节中,明确排除了视听服务;在第66条关于“商业存在”的章节中也排除了视听服务。

协定还包含了专门的文化合作议定书,其中

多处强调议定书与协定的一致性。协定书在文化交流与对话、从业人员跨境流动、联合制作影视片方面创建了一系列合作制度。有评论认为,这份议定书以创新方式把协定及其国际合作条款付诸于实践。^⑤

2. 欧盟—加拿大《全面经济贸易协定》(CETA)

2016年10月,欧盟和加拿大签署了《全面经济贸易协定》(CETA)。作为长期坚持“文化例外”的两个发达经济体,欧盟、加拿大在这份区域贸易协定中如何处理“文化例外”,自然会引发世人关注。CETA法律文本中多处出现“文化例外”的条款,以下逐一列举。

CETA“序言”重申,双方有权利制定和实施各自的文化政策,还有权利为了加强文化多样性而支持各自的文化产业,采取规制措施和财政支持以保护各自的文化特性。

CETA第7章(补贴)第7条规定:对欧盟给予视听服务的补贴或政府支持,以及对加拿大给予文化产业的补贴或政府支持,本协定概不适用。^⑥根据第1章“定义”条款,协定所指的“文化产业”包括5个方面。^⑦经对照可以发现,其内容与NAFTA第2107条“文化产业”的定义相同。

第8章(投资)A部分第2条规定:对欧盟一方,协定的B部分(建立投资)和C部分(非歧视待遇)不适用于与视听服务有关的措施;对加拿大一方,上述两部分不适用于有关文化产业的措施。^⑧

第9章(跨境服务贸易)第2条规定:本章不适用于那些“影响到”(affecting)以下服务的措施:以政府名义提供的服务、视听服务(对于欧盟)、文化服务(对于加拿大)等。^⑨

第12章(国内规制)第2条规定:本章不适用于加拿大文化产业的许可要求、许可程序、资格要求、资格程序;不适用于欧盟视听服务的许可要求、许可程序、资格要求、资格程序。^⑩

通过上述条款,欧盟和加拿大有选择地把“视听服务”和“文化产业、文化服务”从相关章节中作

出排除。与NAFTA不同,CETA的“文化例外”规则只针对该协定的部分章节,这种选择性的例外模式可能对欧盟、加拿大今后的自贸协定谈判产生示范影响。

(三)超大型区域贸易协定谈判

目前,由美国主导的两个超大型区域贸易协定谈判——《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(TTIP)谈判和《服务贸易协定》(TiSA)谈判^⑪,都在WTO框架之外进行。在法国大力推动下,欧盟已在TTIP谈判中正式提出“文化例外”,即要求把视听服务排除在谈判议题之外。欧盟在参加TiSA谈判时也对视听服务作出排除。欧盟于2015年声明:在TiSA谈判中“将保证欧盟和成员国维持并发展各自在制定、实施文化和视听政策方面的能力,以维护文化多样性”,同时还表示欧盟不会对视听服务作出承诺。^⑫

回顾多边、双边、区域贸易协定的谈判过程可以发现,“文化例外”作为欧共体、加拿大在与美国谈判时提出的基本原则,不仅影响了当时的乌拉圭回合谈判结果,也对其在WTO体制之外的优惠贸易协定产生影响。从欧共体、加拿大各自缔结的优惠贸易协定来看,国际贸易法上已形成“文化例外”缔约实践。《文化多样性公约》是联合国框架内与“文化例外”相关的缔约实践,其立法宗旨在于保护和促进世界文化的多样性。笔者结合自身参与国际经贸谈判的实践,对欧共体、加拿大和美国过去三十多年来在国际协定谈判中的相关立场梳理如下页表1。

四、数字经济时代“文化例外”面临挑战

(一)商业模式变迁及服务融合带来的挑战

随着信息和通信技术的快速发展以及互联网在经济领域的广泛应用,人类社会正进入“数字经济”时代。从国际经济法角度看,传统的“文化例外”政策框架已不足以应对数字化革命带来的变化,它只有对“数字经济”环境的各种影响因素进行分析并作出调整,才能进一步完善。

表 1

序号	国际协定谈判	欧共体	加拿大	美国
1	乌拉圭回合谈判 (1986-1994)	坚持“文化例外”,对视听服务不作承诺,有 MFN 豁免	坚持“文化例外”,对视听服务不作承诺,有 MFN 豁免	视听服务和其他商业服务一样都是商品,反对任何形式的“文化例外”
2	多边投资协定谈判 (1995-1998)	坚持“文化例外”	坚持“文化例外”	反对“文化例外”
3	多哈回合谈判(2001-)	维护文化多样性,不提“文化例外”	维护文化多样性,不提“文化例外”	认同“文化多样性”,推动视听服务贸易自由化
4	《文化多样性公约》谈判 (2003-2005)	保护和促进文化多样性	保护和促进文化多样性	公约不能减损缔约国在国际贸易协定中的权利
5	区域贸易协定谈判	对视听服务不作开放承诺;在 2005 年以后的自贸协定中,规定维护“文化多样性”;在 TTIP 谈判中重提“文化例外”	在自贸协定中排除文化产业;在 2005 年以后的自贸协定中,规定维护“文化多样性”;在 CPTPP 谈判中重提“文化例外”并有选择地实行例外	2000 年以后的 12 个双边自贸协定中,均以专章形式制定电子商务规则 ^⑥ 。允许协定涉及的贸易伙伴把视听服务和其他文化服务方面的限制措施列入服务贸易负面清单

WTO 研究报告指出,“视听服务在技术进步的驱动下正经历着脱胎换骨的变化”。传统的视听服务因技术进步实现“升级”,将成为“数字经济”的一部分。在此背景下,政府要对外国视听服务所传播的内容采取限制措施,难度加大。传统的视听服务商业模式是一种“推送模式”,即服务提供者通过数量有限的传播渠道如电视频道,把视听节目的内容推送给所有消费者;在这种模式下,消费者的选择机会有限,政府也易于实施监管。但在数字技术环境下,按需支付的视听服务是非线性服务,难以沿用既有的政策手段来监管。这种商业模式的特征是:消费者自己决定想看什么、想听什么以及自己决定在什么时候去看、去听,可以称之为“拉动模式”。在这种模式下,监管部门对视听节目的内容采取限制措施将面临一系列技术难题。在信息和通信技术以及互联网技术的带动下,越来越多的服务可以通过互联网跨境提供,其中涉及文化内容的信息,可能与社会公德、公共利益有关,给消费者所在国的监管部

门带来挑战。

技术创新导致的服务融合也给跨国监管带来挑战。在广播、电视和互联网技术相互融合的时代,许多新型服务不断出现,各种服务之间的界限日益模糊。相关国家政府的规制措施须相应作出调整,强化国际协调将是未来的努力方向。例如,通过互联网提供的新兴服务——如电子书、游戏软件等数字产品,以及搜索引擎、门户网站、社交网站、数据库查询、云计算服务等——在多大程度上可以归入“内容产业”或文化产业?如果承认互联网服务中有文化属性的产品也属于“文化产业”,那么包括内容审查在内的监管措施是否可以作为实行“文化例外”的举措,不受贸易自由化规则的约束?这些问题是数字经济时代的新问题,也是主张“文化例外”的国家不能回避的问题。

(二)美国在双边自贸协定中塑造电子商务规则

过去十多年来,美国加快了自贸区战略布局。就视听部门而言,美国意识到通过双边自贸协定可以更快实现本国视听服务的出口利益。^⑥

从2000年至今,美国已签署12个双边自贸协定,涉及的贸易伙伴包括约旦、智利、新加坡、澳大利亚、摩洛哥、巴林、阿曼、秘鲁、哥伦比亚、巴拿马、韩国等。在美国主导下,这些自贸协定都专门设立了“电子商务”章节,在数字产品的市场准入、国内规制、透明度、消费者保护、数据保护方面建立新规。上述“美国版”电子商务规则的共同特点是:为数字产品的国际贸易建立高标准规则,消除对数字产品的贸易壁垒,最大程度实现美国数字产品的出口利益。

“美国版”电子商务规则涵盖了视听服务、图书销售、娱乐服务等文化产业领域。《美国—韩国自由贸易协定》第15章(电子商务)对数字产品作出以下定义:数字产品,是指通过数字进行编码和生产的、用于商业销售或分销的计算机程序、文本、录像、图像、录音制品(Sound Recordings)和其他产品,无论它们是否被安装在一个传输媒介中或通过电子方式传输。可见,“美国版”电子商务规则与传统的文化货物、文化服务无关,但是它所针对的数字产品贸易,涵盖了数字经济时代交易量越来越大的文化产品,囊括了电影和电视节目、音乐、娱乐软件、数字图书等,实际上是数字经济环境下文化产业和信息技术产业的贸易规则。美国通过制定双边层面的游戏规则,抢占数字经济时代全球视听产品贸易的先机。它在推动制定国际电子商务规则的过程中,要求其他国家允许美国的视听产品通过互联网进入对方市场。

(三) 欧盟的回应

从欧洲商界的利益诉求看,“文化例外”要保护的企业已不限于传统的视听服务业,而是扩大延伸到互联网企业。2013年7月,“欧洲电影导演联盟”发表声明支持“文化例外”,声称对欧盟在TTIP谈判中保护在线视听作品有关注,呼吁欧盟帮助其成员国的视听产业跨越式进入数字经济时代。声明还特别对美国谷歌、亚马逊、苹果公司等互联网企业完全支配“在线市场”表达强烈不满,

呼吁欧盟加强对本土互联网企业的保护。

2013年,法国文化部长菲利普蒂带领欧盟其他13个国家的文化部长,共同签名致信欧盟当值主席国爱尔兰文化部长,要求欧盟维护“文化例外”立场,并把例外范围从传统文化领域扩展到数字领域。^⑥之后,欧盟响应法国的主张,在TTIP第二轮谈判中对美国进一步提出“文化例外”要价,要求把数字领域和新媒体连同视听服务一起排除在贸易谈判之外。

(四) UNESCO 的回应

UNESCO于2017年出台了《数字环境中实施文化多样性公约的操作指南》(以下简称《指南》)^⑦,从而为缔约国在数字经济环境下保护和促进文化多样性提供了新规范。以下简要评析其中重要条款。

根据《指南》第1条,所谓“数字环境”是指文化货物和文化服务以电子方式创造、生产、分销、传播、消费和储存。文化货物和文化服务以计算机程序、网络、文本、录像、图像或录音制品(audio-recording)的方式传播文化表达,它们通过不断演进的数字编码平台来分销。

第2条规定,文化活动、文化货物、文化服务的本质特征是“作为个性、价值观和意义的载体”,该特征在数字环境下没有改变。文化产品和文化服务的双重属性论断一样适用于数字环境中的文化表达,或者通过数字化途径形成的文化表达。

第19条鼓励缔约方“考虑在国际双边、区域或多边协定中纳入文化条款”,即反映文化货物和文化服务双重属性的条款(包括优惠待遇条款);要特别关注“电子商务应当承认文化货物和文化服务具有特殊性”的情况。^⑧鼓励缔约方在贸易和投资协定中直接援引《文化多样性公约》和涉及数字环境的指南规定,以及有利于它们实施的条款,包括“保留在必要情况下制定新公共政策的能力”。

显然,UNESCO制定上述《指南》的目的是要使《文化多样性公约》在数字经济时代得到有效实

施。《指南》明确把文化货物、文化服务的范围扩大到通过数字技术和电子商务实现的文化货物、文化服务,弥补了《文化多样性公约》在规制电子商务方面存在的“规则真空”。从国际贸易规制角度看,它的重要意义在于:第一,规定以数字技术进行交易的文化产品、文化服务也具有文化和经济的双重属性,均受《文化多样性公约》管辖,从而澄清了《文化多样性公约》的法律管辖范围。第二,以操作指南形式,对《文化多样性公约》在数字环境下如何实施的问题作出系列规定,包括对缔约方今后参与国际贸易和投资谈判提出建议,以便使《文化多样性公约》在数字经济时代更有效地发挥作用。

联系到美国在双边自贸协定谈判中推动数字产品贸易自由化的策略,笔者认为《指南》第19条强调电子商务应当承认文化和服务的双重属性,毫无疑问为相关国家在电子商务规则谈判中主张“文化例外”提供了法律支持。同时,《指南》也可视为 UNESCO 针对美国双边自贸协定中的数字贸易规则作出的一种正面回应和规则制衡,为缔约国今后参与电子商务规则谈判提供了重要建议。

五、“文化例外”对中国的启示

2016年 UNESCO 发布统计报告认为,发达国家高度主导了全球文化服务贸易。^⑩从我国实际情况看,文化服务业(包括影视、音乐、游戏、出版业)的出口规模与美国等发达国家的差距还比较大。不过,我国文化货物的出口规模远超文化服务,具有更强的国际竞争力。我国海关总署的数据显示,2017年我国文化产品出口881.9亿美元,同比增长12.4%;进口89.3亿美元,同比减少7.6%,贸易顺差792.5亿美元。^⑪

UNESCO 的统计报告还指出,2004–2013年期间以中国为首的一些发展中国的文化货物出口不断增长,而印度、马来西亚、土耳其作为后起之秀,在视觉艺术和工艺品全球市场上占据了关键地位。^⑫我国的文化货物、文化服务出口快速增长,

加上互联网技术在跨境电子商务中的运用,今后的发展前景会更加广阔。

(一)对文化领域开放的基本看法

我国正处于从贸易大国向贸易强国转变的阶段,在文化服务方面的逆势,需要通过深化改革、加快发展来扭转;采取贸易保护主义的做法可能在短期内有效,但不符合我国文化产业的长远发展利益。中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出构建开放型经济新体制,其中就包括放宽投资准入,推进文化等服务业领域有序开放。^⑬

“文化例外”是法国、加拿大拒绝开放视听服务和文化产业的理由,从长远看是不可持续的政策选择。我国在加入 WTO 时已对视听服务作出实质性的开放承诺,开放水平明显高于没有作出任何承诺的法国、加拿大。2011年以后,我国又修订了《出版物管理条例》《音像制品管理条例》,公布了《出版物市场管理规定》,允许外资企业从事一些文化货物和文化服务交易,包括音像制品发行业务;图书、报纸、期刊、电子出版物发行业务;出版物进口业务等。

我国在加入 WTO 时,对文化领域的开放设置了相关保护机制,主要包括:一是对于给予视听服务部门中的国内服务提供者的所有现有补贴,不承诺给予外资“国民待遇”;二是在电影市场开放方面,规定“在不损害与中国关于电影管理法规的一致性的情况下,自加入时起,中国将允许以分账形式进口电影用于影院放映,此类进口的数量应为每年20部”;三是规定“自加入时起,在不损害中国审查视听产品内容的权利的情况下,允许外国服务提供者与中国合资伙伴设立合作企业,从事除电影外的视听产品的分销”^⑭。可见,依我国视听服务的开放现状,我们不必对“文化例外”采取完全的拿来主义,否则不仅与我国文化产业的开放现状不符,还可能导致我国文化产业在保护之下失去竞争意识和创新活力。

今后,应推动我国文化产业进一步开拓国际市场,这对于扩大我国对外投资,传播中华传统文明和当代中国文化、提高国家软实力具有重大现实意义。我国应积极参与国际贸易和文化规则的制定,着眼于维护文化多样性、构建人类命运共同体的目标,提出解决贸易和文化问题的中国方案。在此过程中须注意的问题是:

(1)统筹国际国内两个市场,在开放我国文化市场的同时,加强我国文化产品、文化价值观的海外输出。积极倡导《文化多样性公约》的基本原则,以开放的国际视野推动我国和世界各国的文化交流、文化合作。

(2)在认识论上坚持文化产业具有经济和文化双重属性的立场,统筹对外开放和依法监管的关系,加强对外国影视产品和外资“准入后”的监管,维护社会公共道德、公共利益。

(3)统筹商业服务和公共服务的关系。广播、新闻(包括互联网新闻媒体)、出版业是我国在加入WTO时没有开放的部门,与视听业相比,它们更多地具有公共服务属性,并且可能涉及国家安全,必须与其他商业部门区别对待。

(二)参与制定相关国际规则的建议

第一,增强文化自信,对文化部门坚持“以开放促改革”的方针。习近平主席指出:文化是一个国家、一个民族的灵魂,坚定文化自信,是事关国运兴衰、事关文化安全、事关民族精神独立性的重大问题。^⑤根据我国改革开放四十年的经验,只有积极地参与国际经济合作与竞争,同时趋利避害,才能充分发挥自身的优势,实现经济的健康、稳步发展。我国文化产业有广阔的发展空间和“走出去”的潜力,且视听业的开放程度比一些发达国家还高,在今后的谈判中不必完全排除视听服务或文化产业,而是结合我国国情,有选择地排除那些敏感度较高、公共服务属性较强的服务部门。

第二,主动参与全球文化贸易竞争,进一步推动我国文化产业“走出去”。在数字经济时代,要

推进我国文化产业与互联网的融合,增强数字文化产品的竞争力。在参与制定国际文化贸易规则方面,我国应推动构建国际合作机制。习近平主席在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲中指出:面向未来,我们要兼容并蓄、和而不同,加强双边和多边框架内文化等领域合作,要推动文明互鉴,使文明交流互鉴成为增进各国人民友谊的桥梁、推动社会进步的动力、维护地区和世界和平的纽带。^⑥推动构建文化领域的国际合作机制,相对于商业市场准入而言,更有利于各方实现可持续发展。在此过程中要尊重各国的文化主权和政策空间,注重文化交流和互鉴。我国要特别加强与“一带一路”沿线国家的文化交流和合作,通过联合制作影视节目增进人民之间的相互了解,实现互利共赢。

第三,把汉语教育和培训纳入文化贸易政策范畴。语言是十分重要的文化合作与交流的载体,随着我国综合国力不断增强,国际社会对学习汉语将有更大需求。我国应重点加强对“一带一路”沿线国家的汉语教育和培训服务供给,扩大孔子学院和中国文化中心在这些国家的汉语教学规模,加大对这些国家的学生在学习汉语方面的资金、人才和技术援助;加强我国官方和非官方机构的对外汉语教育,促进中国高校和语言培训机构在更多国家设立汉语教育和培训机构;通过互联网远程教育向更多的境外学员提供汉语教育和培训服务;推广我国制定的汉语水平考试标准和认证标准,为相关国际标准打上“中国烙印”。

第四,在我国参与的多边和区域贸易协定谈判中,从贸易和文化相互影响的角度综合考量数字经济和电子商务议题,在此基础上提出中方提案。如果说20世纪的“文化例外”之争限于传统媒体的话,那么21世纪的“文化例外”之争已延伸到数字媒体。美国在其双边自贸协定中推行的电子商务规则有利于美国数字产品的跨国流动,将给其他国家实施“文化例外”政策措施带来挑战。

我们应未雨绸缪,准确识别我国在数字经济和电子商务领域需要借助“文化例外”来争取的利益,在此基础上利用《文化多样性公约》操作指南中的有利因素,参与国际电子商务规则制定。

六、结语

“文化例外”是欧共体、加拿大长期奉行的一种思想理念和贸易谈判原则。由于美国极力反对,WTO协定中没有“文化例外”的明文规则,但视听产品的特殊待遇事实上在世贸组织规则中得到部分实现。《文化多样性公约》是联合国框架下多边层面的缔约实践,它为保护和促进世界文化多样性建立了国际法律机制,也为缔约国在今后的国际贸易协定中主张“文化例外”提供了国际法支持(既有的国际贸易协定不受影响)。更重要的是,欧共体、加拿大在WTO之外的区域贸易协定中,依据“文化例外”原则,明确地把视听业或文化产业排除在贸易协定范围之外,这可以视为区域贸易协定层面的缔约实践。

世界范围的技术创新将不可避免地推动国际经济关系的调整和法律机制调整。在国际互联网和数字技术创新的推动下,基于互联网的电子商务和数字经济已成为国际贸易的新增长点。从长远看,美国等发达国家将继续凭借其技术优势和产业优势,不断通过互联网来扩大其视听服务、娱乐服务、出版服务、新闻服务等文化内容的输出。进入21世纪后,美国大力推动数字视听产品贸易自由化,在其双边自贸协定中建立了促进数字化产品(包括视听产品)出口的电子商务规则,对国际文化市场的争夺已从传统的视听服务延伸到基于互联网的数字化视听服务。由此可预见,贸易和文化的问题在今后较长时期内仍然是相关国家参与全球经济治理过程中必须面对的重要议题,“文化例外”原则不仅没有过时,还将更凸现其重要性。

如何在新一代国际经贸规则制定中,针对文化货物、文化服务构建更加公平、合理的法律秩

序,尤其是针对数字环境下的“文化例外”建立与《文化多样性公约》相适应的规则,需要各国在平等协商的基础上探索解决方案。当前,我国正在WTO、《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)、中日韩自贸协定、中欧投资协定谈判等多个方面参与国际贸易和投资规则的制定,在涉及文化货物和文化服务的领域,需要坚持《文化多样性公约》的基本目标和精神,并对通过互联网传输的文化服务以特殊关注。应当在逐步扩大我国文化市场对外开放的同时,对特定的文化服务部门实行“有限例外”,相对于在贸易协定中完全排除视听服务和文化服务的做法,这更加符合我国国情和发展利益。

文中所述仅为个人观点,不代表所在单位官方立场。

注释:

①Valentina Vadi and Bruno de Witte, *Introducing Culture and International Economic Law*, in Valentina Vadi and Bruno de Witte(ed.), *Culture and International Economic Law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2015, p. 1.

②WTO Secretariat, *Services Sectoral Classification List*, MTN. GNS/W/120, July 10, 1991.

③欧共体是欧盟的前身,欧盟于1995年1月1日成为WTO成员。但是欧盟在WTO中的称谓长期是欧共体,直到2009年11月30日改为欧盟。本文以此时间节点为准,相应使用欧共体和欧盟两种称谓。

④Frederick Scott Galt, *the Life, Death, and Rebirth of the “Cultural Exception” in the Multilateral Trading System: An Evolutionary Analysis of Cultural Protection and Intervention in the Face of American Pop Culture’s Hegemony*, *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 3, January 2004, p. 911.

⑤我国学者对“文化例外”有不同的解释和表述。例如“文化例外”是指在国际自由贸易体制下,基于文化商品和服务的双重属性,而将其排除在贸易自由化的谈判之外,不适用有关的自由贸易法律规则。参见何其生:《国际自由贸易中的“文化例外”原则》,载《公民与法》2012年第5期,第2页。

⑥Marlen Bartsch, *the Return of the Cultural Exception and Its Impact on International Agreements*, *Global Media Journal*, Vol. 4, No. 1, Spring/Summer 2014, p. 2.

⑦Id., p. 3.

⑧周文华:《世界文化多样性相关理论分析》,载《中国政

法大学学报》2014年第4期,第66页。

⑨ Lehmann, Amy E, the Canadian Cultural Exemption Clause and the Fight to Maintain an Identity, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Spring 1997, p. 188.

⑩ Id., p. 187.

⑪ Christoph Beat Graber, Audio-visual policy: the stumbling block of trade liberalisation? in Damien Geradin and David Luff(ed.), *The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge University Press, 2004, p. 211.

⑫ David Held and Anthony McGrew, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Stanford University Press, 1999, p. 349.

⑬ Mira Burri, the Trade versus Culture Discourse—Tracing its Evolution in Global Law, *Culture International Law*, October 2014, p. 107.

⑭ K. V. Mulcahy, *Exporting Civilization: French Cultural Diplomacy, Public Culture, Cultural Identity, Cultural Policy Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan US, 2017, p. 53.

⑮ European Commission(2014), *Audiovisual and Other Media Content*, Retrieved from <http://ec.europa.eu/digitalagenda/en/audiovisual-and-other-media-content>, May 14, 2018.

⑯ Martin Roy, *Audiovisual Services in the Doha Round “Dialogue de Sourds, The Sequel”?* *The Journal of World Investment & Trade*, December 2005, p. 923.

⑰ Terence P. Stewart(ed.), *the GATT Uruguay Round—A Negotiating History(1986–1994)*, Volume IV: the End Game, Part I, Kluwer Law International, 1999, p. 820.

⑱ 乌拉圭回合谈判“视听服务工作组”谈判纪要。MTN.GNS/AUD/2, December 1990, p.2.

⑲ 乌拉圭回合谈判期间《服务贸易总协定》谈判文本英文草案(1990年12月)。

⑳ Martin Roy, supra note⑯, p. 926.

㉑ John Croome, *Reshaping the World Trading System, A History of the Uruguay Round*, WTO, Switzerland, 1995, p. 372.

㉒ Mira Burri, the Trade versus Culture Discourse—Tracing its Evolution in Global Law, *Culture International Law*, October 2014, p. 108.

㉓ Bruno de Witte, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EU Constitutional Values*, in Grainne de Burca and Joanne Scott(ed.), *the EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001, p. 244.

㉔ 欧盟在WTO中的服务贸易减让表, WTO, GATS/SC/13(1994年4月15日)。

㉕ EU, *Conditional Revised Offer*, TN/S/O/EEC/Rev. 1, June

29, 2005.

㉖ Bruno de Witte, supra note㉓.

㉗ Pierre Larouche, “Dealing with Convergence at the International Level”, in Damien Geradin and David Luff(ed.), *the WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services*, Cambridge University Press, 2004, p. 417.

㉘ Bregt Natens, *Chronicle of a Death Foretold? The Cultural Exception for Audio-Visual Services in EU Trade Negotiations*, *Legal Issues of Economic Integration*, No. 4, 2014, p. 373.

㉙ Communication from the United States, *Audiovisual and Related Services*, S/CSS/W/21, Council for Trade in Services, Special Session, December 18, 2000.

㉚ Bruno de Witte, *Trade in Culture: International Legal Regimes and EU Constitutional Values*, in Grainne de Burca and Joanne Scott(ed.), *the EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2001, p. 245.

㉛ Joint Statement on the Negotiations on Audiovisual Services, Communication from Hong Kong China, Japan, Mexico, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsuo, and United States, TN/S/W/49, Council for Trade in Services, Special Session, June 30, 2005.

㉜ Lucia Bellucci, the Notion of ‘Cultural Diversity’ in the EU Trade Agreement and Negotiations: New Challenges and Perspectives, *the Italian Law Journal*, Vol. 2, p. 437.

㉝ WTO, S/CSS/M/10, p. 51.

㉞ WTO, S/CSS/M/13, p. 42.

㉟ WTO, S/CSS/M/10, pp. 54–55.

㊱ Communication from Switzerland, *GATS 2000: Audio-Visual Services*, Council for Trade in Services Special Session, S/CSS/W/74, May, 4, 2001.

㊲ Communication from Brazil, *Audiovisual Services*, Council for Trade in Services Special Session, S/CSS/W/99, July 9, 2001.

㊳ Mira Burri, the Trade versus Culture Discourse—Tracing its Evolution in Global Law, *Culture International Law*, October 2014, p. 109.

㊴ 法国在谈判中坚持“文化例外”,主张该协定中的任何内容都不应被解释为限制缔约国为了维护“文化多样性”的政策而对外国公司的投资和经营方式进行规制。美国提出反对,认为文化产业不应全面免除该协定的制约。

㊵ 该行动计划授权UNESCO研究是否制定一份关于文化多样性的国际法律文件。

㊶ 谢理:《〈保护和促进文化表现形式多样性公约〉对我国文化发展及WTO新一轮谈判的影响》,载章建刚主编:《2006年中国文化产业报告》,中国社会科学文献出版社2006

年版,第86页。

④除了主权国家之外,欧盟也以“区域经济一体化组织”身份,于2006年12月加入《文化多样性公约》。

⑤Veronique Guevremont, Promoting the Convention in International Forums, Reshaping Cultural Policies—A Decade Promoting the Diversity of Cultural Expressions for Development, 2015 Convention Global Report, UNESCO, p. 135.

⑥Mira Burri, Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects, Diversity, Vol. 2, 2010, p. 1070.

⑦杨国华:《WTO中国案例评析》,知识产权出版社2015年版,第146-147页。

⑧陈卫东、石静霞:《WTO体制下文化政策措施的困境与出路——基于“中美出版物和视听产品案”的思考》,载《法商研究》2010年第4期,第59页。

⑨Gilbert Gagne, Free Trade and Cultural Policies: Evidence from Three US Agreements, Journal of World Trade, No. 6, 2011, p. 1268.

⑩Mira Burri, the Trade versus Culture Discourse—Tracing its Evolution in Global Law, Culture International Law, October 2014, p. 109.

⑪Valentina Vadi, Crossed Destinies: International Economic Courts and the Protection of Cultural Heritage, Journal of International Economic Law, 2015, p. 52.

⑫K. V. Mulcahy, supra note⑭.

⑬Coalition for Cultural Diversity, the Campaign for Cultural Diversity: Why It Matters to You, Retrieved from <http://www.doc88.com/P-9763182852806.html>, Aug. 24, 2018.

⑭Bregt Natens, supra note⑮, p. 369.

⑮根据WTO的定义,区域贸易协定是指两个及以上的贸易伙伴之间任何形式的互惠贸易协定,此类协定的参与方并非必须属于同一区域。参见WTO官方网站 https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/scope_rta_e.htm, 2018年7月30日访问。

⑯Canada-United States Free Trade Agreement, 2012.

⑰Bregt Natens, supra note⑮, p. 370.

⑱根据GATS的规定,国际服务贸易包括四种模式。其中,第一模式(跨境交付)是指“自一成员领土向任何其他成员领土提供服务”,第二模式(境外消费)是指“在一成员领土内向任何其他成员的服务消费者提供服务”。

⑲Lilian Richieri Hanania, Cultural Diversity and Regional Trade Agreements—the European Union Experience with Cultural Cooperation Frameworks, Asian Journal of WTO and Interna-

tional Law and Policy, 2012, p. 441.

⑳Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 7.7.

㉑Id., Article 1.1.

㉒Id., Article 8.2.

㉓Id., Article 9.2.

㉔Id., Article 12.2.

㉕2013年3月,美国主导并联合澳大利亚、欧盟、日本等22个WTO“服务挚友”成员,根据GATS第5条,在WTO之外正式启动TiSA谈判。自从2016年12月之后,美国对TiSA谈判的立场发生逆转,谈判陷入停顿,今后前景尚不明确。

㉖Council of the European Union, Draft Directives for the Negotiation of a Plurilateral Agreement on Trade in Services, 6891/13ADD 1, Brussels, March 10, 2015.

㉗这12个双边自贸协定涵盖了美国的12个贸易伙伴:约旦、智利、新加坡、澳大利亚、摩洛哥、中美洲自贸协定成员、巴哈林、阿曼、秘鲁、哥伦比亚、巴拿马、韩国。

㉘Martin Roy, Audiovisual Services in the Doha Round “Dialogue de Sourds, The Sequel”? The Journal of World Investment & Trade, December 2005, p. 1.

㉙周文华,同注⑧引文,第67页。

㉚UNESCO, Operational Guidelines on the Implementation of the Convention in the Digital Environment, DCE/17/6. CP/Res., pp. 6-13.

㉛Operational Guidelines on the Implementation of the Convention in the Digital Environment, 19.4.

㉜UNESCO Institute for Statistics, the Globalization of Cultural Trade: a Shift in Consumption—International Flows of Cultural Goods and Services(2004-2013), 2016, p. 89.

㉝文化产品包括:出版物、工艺美术品及收藏品、文化用品、文化专用设备。

㉞UNESCO Institute for Statistics, supra note⑳, p. 89.

㉟中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,人民出版社2013年版,第26页。

㊱“中国服务贸易具体承诺减让表”,见《中国加入世界贸易组织法律文件》(中英文对照),商务部世界贸易组织司翻译,2010年2月。

㊲参见习近平:《要有高度的文化自信》,载《习近平谈治国理政》(第二卷),外文出版社2017年版,第349页。

㊳参见习近平:《开放共创繁荣创新引领未来——在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲》,2018年4月10日。