

数字化时代国际贸易协定中的文化条款

时业伟^{*}

内容提要 文化多样性深刻影响了国际贸易协定的缔结,文化条款在自由贸易规则中的作用和影响力一直存在争议。《保护和促进文化表现形式多样性公约》对文化条款和自由贸易规则在 WTO 框架下的冲突进行了有限的整合,同时在数字化背景下的区域贸易协定中发挥了促进作用。文化条款在 WTO 中的适用和解释需要回归到促进贸易自由这一目的,但文化产品的双重属性导致文化条款需要在数字化背景下的贸易协定中调整其发挥作用的方法。欧盟通过对文化多样性的坚持形成了内部的共同利益和价值观,但在数字经济影响下,欧盟签署的区域贸易协定也存在散乱、滞后和不明确的问题。为了应对数字化的挑战及其带来的机遇,在适用和落实文化条款时,我国需要在国内层面尽快建立在数字环境下可持续发展的文化治理体系,并在国际层面格外关注发展中国家和不发达国家文化产业数字化流通的集体利益,以赢得相应的国际话语权。

关键词 数字经济 国际贸易协定 文化多样性 文化条款

目 次

- 一、国际贸易中的文化多样性:从对立到整合
- 二、数字化时代文化条款的功能、定位与挑战
- 三、数字化时代欧盟 FTA 中的文化条款
- 四、我国应对数字化时代文化条款的策略
- 五、结语

^{*} 北京师范大学法学院讲师,法学博士。本文系 2019 年度司法部国家法治与法学理论研究项目“中国参与跨境数据流动规则制定的研究与应对”(项目批准号:19SFB3046)的阶段性成果。

在国际贸易协定缔约国保护其独特的文化特征、支持当地文化产业和文化产品的背景下,文化条款应运而生。理想状况下,文化条款有助于平衡贸易协定的经济目标和保持文化多样性的价值目标,但现实中,文化条款的实施与适用却面临挑战与质疑。随着信息革命带来的总体性制度升级和范式变迁,特别在数字化时代,数字技术推动数据跨境流动的便利程度不断加强,文化条款也迎来了重塑的契机。文化条款重塑之际,即是我国在国际贸易治理过程中发挥独特作用之机。目前,对于该问题的学术研究大多聚焦于传统文化贸易,对数字化时代下文化条款的新特点和新挑战关注不充分。鉴于此,本文拟从文化多样性在自由贸易规则中的整合作用入手,剖析文化条款在数字化时代下的功能、定位与挑战,分析欧盟在新近 FTA 中对待文化条款的立场与方法,并对我国的应对策略和措施提出若干己见。

一、国际贸易中的文化多样性:从对立到整合

随着全球化进程的加快,贸易对象也呈现出多元化的状态。其中,文化贸易所占份额不容小觑,大量的文化产品和服务正在打破时间和空间的藩篱,交流互鉴,深入发展。文化贸易既包括有形产品,如音像制品、纸质出版物等,也包括无形服务,如设计服务、广告服务等。^①数据显示,在全球范围内,2020年,文化和创意产品占全球生产总值的3.1%,占全球所有就业的6.2%;2019年,文化产品和服务的出口额达到3891亿美元。^②文化经济也是世界上最年轻、增长最快的经济部门之一。但这种发展极为不平衡,发达国家和发展中国家之间的差距很大,发达国家在文化产品和服务贸易中处于领先地位,占文化服务出口总额的95%。^③我国于2013年取代美国成为文化贸易的最大出口国,^④2021年,我国对外文化贸易总额为2000.3亿美元,其中文化产品进出口额1558.1亿美元,文化服务进出口额442.2亿美元^⑤。特别是最近十年来,随着数字技术的蓬勃发展和广泛运用,我国文化产业发生了巨大的结构变迁,步入了以数字文化产业为主要特征的新时代。^⑥

文化产品和文化服务既是文化的具体表现形式,也是文化贸易的对象或者标的,同

① 参见《2009年联合国教科文组织文化统计框架》,载联合国教科文组织网, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000191061_chi, 2023年8月22日访问。

② See UNESCO, *The UNESCO-Bangladesh Bangabandhu Sheikh Mujibur Rahman International Prize for the Creative Economy*, at <https://www.unesco.org/en/prizes/bangladesh-creative-economy> (Last visited on Aug. 22, 2023).

③ 参见《重塑创意政策:将文化作为全球公共产品》,载联合国教科文组织网, <https://www.unesco.org/reports/reshaping-creativity/2022/en>, 2023年8月22日访问。

④ 参见《全球文化产品贸易受到数字化冲击》,载联合国教科文组织网, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/zh/2016/03/cultural-goods-remain-economic-driver-in-digital-age-unesco-report/>, 2023年10月1日访问。

⑤ 参见罗珊珊:《推动文化贸易高质量发展》,载人民网, <http://opinion.people.com.cn/n1/2022/0725/c1003-32484900.html>, 2023年10月1日访问。

⑥ 参见《我国文化数字化与数字产业化按下“加速键”》,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2022-06/18/content_5696617.htm, 2023年10月1日访问。

时还是文化多样性 (culture diversity) 的载体。^⑦从国际法的角度看,国际条约对“文化多样性”也进行了确认:1982年,于墨西哥城召开的第一届联合国教科文组织世界文化政策会议通过的《墨西哥城文化政策宣言》的序言把文化定义为“文化是一个社会或社会群体特有的精神、物质、智力和情感特征的整体综合体。它不仅包括艺术和文学,还包括生活方式、人的基本权利、价值体系、传统和信仰”^⑧;在2001年11月通过的联合国教科文组织《世界文化多样性宣言》中,“文化多样性”被确认为“人类的一项基本特性”,并被视为“人类的共同遗产”,而对文化多样性的捍卫则是人类伦理方面的迫切需要,“与人的尊严是密不可分的”^⑨。在这一前提下,所有文化都平等拥有利用各种传播手段进行表达的机会,这些传播手段的充分使用也使文化多样性能够得到根本上的保证;更具有标志性的是在2005年的联合国《保护和促进文化表现形式多样性公约》^⑩(以下简称《多样性公约》)中,各缔约国承认文化活动、产品与服务具有传递文化特征、价值观和意义的特殊性,也重申各国拥有在其领土上维持、采取和实施他们认为合适的保护和促进文化表现形式多样性的政策和措施的主权。

文化产品和文化服务都同时具有商品性和艺术性——这是文化贸易的双重属性。当巨量的文化贸易和国际贸易规则交织在一起时,就会出现比一般的商品贸易和服务贸易更复杂的问题。从国际公法和国际贸易法的角度看,这些问题包括国家主权问题、相关条约的效力及援引问题、特殊待遇问题、发展中国家的优惠问题、贸易协定中电子商务章节的适用问题等。^⑪如何梳理和解决这些问题,并找到合适的切入点,则成为研究者需要考虑的首要问题,而保护和促进“文化多样性”也成为研究上述问题的前提。因此,对文化多样性与自由贸易关系的争论进行简要梳理则十分必要。

(一) 文化多样性和自由贸易关系的争论

事实上,国际法中关于文化多样性和自由贸易关系的争论由来已久,在很长一段时间内,贸易与文化之间的关系被描述为“对贸易制度的理解提出严重的实际和理论挑战”^⑫的新问题之一,与文化产品和服务有关的贸易冲突实际上并不是一种新现象。

二者的冲突可以追溯到20世纪20年代。第一次世界大战后,面对大量涌入的美国

⑦ 根据《保护和促进文化表现形式多样性公约》的定义,“文化多样性”指各群体和社会借以表现其文化的多种不同形式;“文化表现形式”指个人、群体和社会创造的具有文化内容的表现形式;“文化活动、产品与服务”指从其具有的特殊属性、用途或目的考虑时,体现或传达文化表现形式的活动、产品与服务,无论它们是否具有商业价值。文化活动可能以自身为目的,也可能是为文化产品与服务的生产提供帮助。

⑧ 欧文·拉兹洛:《多种文化的星球——联合国教科文组织国际专家小组的报告》,社会科学文献出版社2001年版,第153页。

⑨ 《世界文化多样性宣言》第4条。

⑩ 该公约和《保护非物质文化遗产公约》《保护世界文化和自然遗产公约》共同构成了保护物质和非物质文化遗产、保护世界文化多样性的国际法体系,中国已批准了这三个公约。

⑪ 参见吴汉东:《文化多样性的主权、人权与私权分析》,载《法学研究》2007年第6期,第3-17页;何其生、张喆:《国际自由贸易中的“文化例外”原则》,载《公民与法(法学版)》2012年第5期,第2-6页;石静霞:《区域贸易协定中的文化条款研究:基于自由贸易与文化多样性角度》,载《经贸法律评论》2018年第1期,第78-96页。

⑫ Jeffrey L. Dunoff, *The Death of the Trade Regime*, European Journal of International Law, Vol.10:733, p.733 (1998).

电影,欧洲国家视之为对欧洲文化表达的威胁。为保护自身的电影产业,欧洲国家开始诉诸银幕配额。作为回应,美国电影业与美国政府建立了更密切的关系。第二次世界大战后,通过政府间安排,如1946年的布鲁姆—拜恩斯协定(Blum Byrnes Agreement)作为解决法国战争债务的一部分,给予了美国电影“慷慨”的进口配额,由美国电影出口协会与各国政府直接谈判电影进口事宜的安排。1947年,随着《关税与贸易总协定》(以下简称“GATT”)第4条的纳入,各国似乎达成了一个妥协的解决方案。该条承认了文化产品的特殊性——至少在电影方面是如此,但并没有将其从协定的纪律中剔除。然而,在20世纪60年代初,当美国要求GATT调查包括加拿大在内的多个国家对其电视节目施加的限制时,争端重新开始,随后GATT成立了一个特别小组来调查此事,但最终未能达成协定。^⑬

20世纪70年代初,美国再次在东京回合非关税壁垒目录谈判中抱怨至少20个国家为保护本国电影和电视产业提供补贴。^⑭到20世纪80年代末,美国和欧洲之间就“电视无国界”指令出现了新的冲突,该指令第4条规定,“(欧共体)成员国应在可行的情况下,通过适当的方法,确保广播公司为欧洲作品保留大部分传输时间……”^⑮。在乌拉圭回合谈判期间,法国主张对音像商品施行“文化例外”,而美国则希望将音像商品列入GATT,以保证音像商品的自由贸易。由于无法就音像商品的待遇达成一致,为了挽救GATT的其余部分,双方在这个问题上“同意保留不同意见”——这是漫长谈判的结果。此后,欧盟认为美国电视节目的广泛普及对欧洲文化认同构成了威胁,为了扭转压倒性的美国文化统治潮流,欧盟于1989年通过了“无国界电视指令”,旨在鼓励欧洲电视行业的发展,向观众展示更多的欧洲特色文化。而自由贸易的支持者则认为所谓的“文化例外”只不过是用来掩饰设立贸易壁垒的行为的借口。^⑯此事后来被搁置,成为乌拉圭回合服务谈判背景下更广泛辩论的一部分。^⑰

1990年,在服务贸易谈判的背景下,GATT成立了一个工作组,以审议是否设置关于视听服务的具体附件。^⑱讨论中有两种相互冲突的观点,一种是美国和其他一些国家完全反对视听服务的任何例外情况;另一种是欧共体表示只有在加入了文化豁免条款的情况下,才愿意在这一领域作出承诺。在几次会议之后,由于对拟议附件的内容缺乏一致意见,工作组停止了活动。直到1993年,来自欧洲各地的艺术家参与到讨论之中,并

^⑬ See GATT, Doc. L/1741(1962).

^⑭ See GATT, Doc. MTN/3B/W/1(1974).

^⑮ Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities, Official Journal L 298, 17/10/1989, 0023-0030.

^⑯ 参见黄晓燕:《文化多样性国际法保护的困境及解决的新思路》,载《法学评论》2013年第5期,第28页。

^⑰ See Jon Filipek, *Culture Quotas: The Trade Controversy over the European Community's Broadcasting Directive*, Stanford Journal of International Law, Vol.28:323, p.341 (1991).

^⑱ See GATT, Focus, No. 73 (1990), p.10-11.

于当年9月29日在欧洲五家著名的报纸上同时发表了一份支持文化例外的声明,^{①⑨}视听服务问题才出现了新的转变。时任GATT总干事彼得·萨瑟兰(Peter Sutherland)感到有义务公开回应,他认为,在本质上,即使在谈判中考虑了文化例外并予以拒绝,服务协定中也没有任何内容要求放松对任何服务部门的监管或阻止政府资助视听项目。^{②⑩}实际上,直到乌拉圭回合谈判结束时,这个问题也悬而未决,并最终被搁置。

1995年,世界贸易组织正式成立后,这场辩论又迅速达到了更加激烈的程度。然而,此时辩论已经转向了一个新的方向:从严格讨论贸易协定中文化产品和服务的待遇问题,转向讨论贸易自由化对文化特性和文化多样性的影响问题。一方面,在WTO内部的谈判中,越来越多成员方在讨论文化认同和文化多样性问题时实质上恢复了乌拉圭回合的“文化例外”的辩论观点,各方至少已就此问题表达了若干种不同的立场。^{②⑪}WTO前总干事雷纳托·鲁杰罗(Renato Ruggiero)认为,这些问题的解决方案“不能仅依靠贸易体系”^{②⑫}。事实也是如此,WTO在评估确保文化特性和文化多样性所需的条件方面能力不足:文化根本不是WTO的主管领域之一。另一方面,WTO作为一个贸易组织,它仍然有权从贸易角度决定给予文化产品和服务的待遇,实际上这也是文化贸易的双重属性之缘故。总体上看,WTO规则是比较早地支持“文化例外”的国际法律文件,GATT和《服务贸易总协定》(以下简称“GATS”)都有相关的“文化例外”规定,但“文化例外”并没有作为独立条款写进WTO法律中。正是在这两个问题的交汇点上,出现了文化多样性和自由贸易始终未解的问题。

从以上的简短回顾中可以看出,在WTO框架下,文化贸易和文化多样性并未被给予特殊待遇,甚至在某种程度上呈现出与“自由贸易”对立的态势。事实上,这和文化贸易兼具商业属性和文化属性的特点有关,这种双重属性意味着,在国际贸易中,不同的利益相关者所关心的经济利益和文化利益错综复杂地交织在一起,这种现状使WTO规则中关于文化贸易的法律地位、法律性质以及相关待遇的内容呈现出复杂的利益性。

(二)《多样性公约》在国际贸易规则中的有限整合作用

如前所述,尽管文化多样性和自由贸易的交互情况复杂,但总有利益相关者试图整合与平衡各方的利益和矛盾。一个各方达成的共识是,贸易协议与文化政策的对立,并不一定意味着各国文化政策与文化交流的矛盾。^{②⑬}而且,文化交流本身就“需要一种综合的多样性,这种多样性在人类统一性和多样性中都是自相矛盾的,如果没有不同的背

^{①⑨} 这份由大量作家、演员和制片人签署的声明发表于1993年9月29日的《世界报》(Le Monde)、《独立报》(The Independent)、《法兰克福汇报》(Die Frankfurter Allgemeine Zeitung)、《国家报》(EL País)和《晚报》(Le Soir)。

^{②⑩} See Peter Sutherland Responds to Debate on Audiovisual Sector, News of the Uruguay Round, October 14, 1993, at A2.

^{②⑪} See WTO Council on Trade in Services, Doc. S/CSS/W/46, Doc. S/CSS/W/74, Doc. S/CSS/W/99, Doc. S/CSS/W/21.

^{②⑫} Address by the Director-General Mr. Renato Ruggiero, at https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/miniv_e/dg_e.htm (Last visited on Oct. 1, 2023).

^{②⑬} See Lilian Richieri Hanania, *Trade, Culture and the European Union Cultural Exception*, International Journal of Cultural Policy, Vol.25:568, p.568-581 (2019).

景和其中发生的相互作用,就无法理解这种多样性”^{②4}。因此,旨在追求文化多样性的战略需要超越简单化和两极化,二者必须建立在互相有所冲突但又彼此需要的关系之上,以找到创新的解决方案。《多样性公约》便是国际社会朝此方向努力的结果,它承认文化产品和服务的特殊双重属性,并且明确了一个前提:没有文化交流就无法实现文化多样性。这样的前提设置促使国际贸易政策不得不从整体原则和具体规则上考量贸易与文化交流的密切相关性。事实证明,《多样性公约》在国际贸易规则中对维护文化多样性作出了巨大贡献,虽然其在WTO规则当中发挥的作用非常有限,但在数字化背景下的FTA领域却起到了独特的作用。

1.《多样性公约》与WTO规则的关系模糊

尽管《多样性公约》作为一份有约束力的国际法文件有种种规范性的表述,并对缔约方产生义务,但其实际效力却无法在国际社会达成一致。法国等国家认为,《多样性公约》是WTO的法律补救措施,有助于WTO的经济目标和非经济目标同时对文化多样性的促进。而且,“文化多样性”这一表述比WTO目前所谓的“文化例外”更具包容性。因此,法国和加拿大等在电影和电视产业方面拥有悠久的补贴和配额历史的国家认为,该公约在联合国教科文组织的框架内为解决文化和贸易关系的问题提供了一种可以替代WTO争端解决程序的方案。更直白地说,美国的大型跨国公司基本上主导了视听内容在全球的制作、发行和放映,造成文化内容向着美国文化趋同。^{②5}所以,法国等国家认为,这项公约是限制美国流行文化涌入和保护其文化主权的基石,因而率先在该公约上签字。《多样性公约》第8条允许缔约国在国内文化表达方式(电影、音乐、杂志和其他产业)面临灭绝危险、严重威胁或其他情况下可以采取“所有适当的措施”来保护和保存文化表达形式,美国认为这样的表述违背了市场准入和开放原则,因此拒绝签署该公约。不仅如此,美国还认为,该公约将限制美国视听产品的出口——这本是美国一个处于竞争优势地位的行业。^{②6}因此,目前《多样性公约》在促进文化多样性的路径上面临的最大问题是,其与WTO规则究竟是怎样的关系。

《多样性公约》第20条规定了其与其他条约的关系为相互支持、互为补充和不隶属。^{②7}然而第20条第2款却在很大程度上“削弱”了其自身的权威性和优先性。按照该款规定,成员在加入《多样性公约》之前加入的任何其他条约,例如WTO协定,都具有优先地位。诚然,这一规定符合《维也纳条约法公约》的精神,要求尽可能避免各国

^{②4} Marengi, P., M. Hernández Prieto & Á. Badillo, *Diversity of the Audiovisual Industry in the Digital Age: The Challenges Entailed in Its Measurement*, Teseopress, 2016, p.183-207.

^{②5} 参见谢理:《文化例外:从谈判原则到缔约实践》,载《国际经济法学刊》2018年第3期,第31页。

^{②6} See Scully Kevin, *The Most Dangerous Game: US Opposition to the Cultural Exception*, Brooklyn Journal of International Law, Vol.36:1183, p.1183-1190 (2011).

^{②7} 《多样性公约》第20条规定:一、缔约方承认,他们应善意履行其在本公约及其为缔约方的其他所有条约中的义务。因此,在本公约不隶属于其他条约的情况下:(一)缔约方应促使本公约与其为缔约方的其他条约相互支持;(二)缔约方解释和实施其为缔约方的其他条约或承担其他国际义务时应考虑到本公约的相关规定。二、本公约的任何规定不得解释为变更缔约方在其为缔约方的其他条约中的权利和义务。

承担相互矛盾的条约义务。但是,由于第 20 条第 2 款的规定,《多样性公约》就没有了执行其原则的“牙齿”。^{②⑧} 确实如此,由于大多数《多样性公约》的缔约方都是 WTO 成员,绝大多数 WTO 案例都表明文化产品与其他产品的待遇相同,并无特殊性,而且, WTO 本来就对扩大 WTO 于贸易以外的作用非常谨慎,以至于迄今为止,《多样性公约》尚未被援引作为 WTO 争端解决的辩护理由。可见,第 20 条第 2 款阻碍了《多样性公约》之“各国拥有在其领土上维持、采取和实施他们认为合适的保护和促进文化表现形式多样性的政策和措施的主权”的意旨。从《哈瓦那宪章》到 GATT1947,再到世贸组织制度的演变,凸显了世贸组织与联合国机构合作处理非贸易问题的必要性。现实表明,文化问题应该在更广泛的背景下解决, WTO 并不是解决这一问题的孤立组织。因此,成员方如果寄希望于《多样性公约》在 WTO 规则中发挥实质作用,就不应过分强调该条款对现有 WTO 成员方义务的改变,因为《多样性公约》在效力和约束力上的自我减损无法被忽视。更具有现实意义的做法是,在各种国际贸易场合下, WTO 成员方应着重强调《多样性公约》在论述自身立场时的加强意义,从基础原则和一般宗旨的角度进行论述,这样才有可能使《多样性公约》成为 WTO 可采纳的解释依据,进而成为协调文化与贸易关系的有效机制。

2. 《多样性公约》对 FTA 的影响逐渐走强

《多样性公约》是唯一完全致力于文化多样性的多边条约,它的影响力从弱到强,逐步成为双边、多边 FTA 需要考虑的一部分。如前所述,根据《多样性公约》第 20 条第 2 款,该公约的任何规定不得解释为变更缔约方在其为缔约方的其他条约中的权利和义务。而《多样性公约》第 21 条则要求缔约方在其他国际场合倡导公约的宗旨和原则,在需要时进行相互磋商,并牢记这些目标与原则。此外,《多样性公约》的其他条款也强调了缔约方在明示或暗示提及文化产品和服务的特定性质,或同时涉及文化和商业方面优惠待遇的国际场合上促进公约目标和原则的重要性。

正是由于其国际法特别是条约法的特点,再加上数字技术对文化表现形式的改变,《多样性公约》对承认或限制在数字环境中保护和促进多样性权利的规则产生了影响。这就有必要在各种 FTA 中对促进公约目标和原则实现的方法进行调整,特别是在数字化时代,这种改变所产生的后果和作用的范围需要变得更宽泛和普遍,进而影响缔约方在文化贸易上的政策和行动。

第一,数据跨境流动问题日渐成为需要处理的重点问题。在数字化时代,文化表现形式、文化产品和文化服务均被描述为数字产品或数字内容,与数据流动的承诺产生紧密联系。数据及其承载的内容和产品在数据驱动经济发展的过程中发挥着至关重要的作用,各种贸易协定的缔约方在维护协定的目标和原则时必须考虑到这一点。其中的一个关键问题是,对数据自由流动的承诺可能会限制缔约方采取和实施某些旨在保护和促

^{②⑧} See Alan Riding, *Entr'acte: Next Lone U.S. Dissent: Cultural Diversity Pact*, The New York Times, at http://www.nytimes.com/2005/10/12/world/americas/entracte-nextlone-us-dissent-cultural-diversity-pact.html?_r=0 (Last visited on Oct. 1, 2023).

进文化表现形式多样性的措施的权利。正如《关于在数字环境中执行多样性公约的操作指南草案》(以下简称《操作指南草案》)所述,“文化活动、产品与服务具有的传递文化特征、价值观和意义的特殊性不会改变”。因此,承认文化产品和服务的双重性(文化性和经济性)同样适用于数字环境中的文化表现形式或以数字工具生产的文化表现形式。所以,在贸易协定中,讨论或谈判的重点已经从文化产品或服务(甚至更多地从文化或文化多样性)转移到数据(数据流通、保护、本地化)或人工智能系统等依赖数据使用的系统。当产生这种转变时,缔约方或谈判方在考虑数据跨境流动本身的技术问题、常规问题(如个人信息保护、隐私权问题等)之外,还需要考虑文化表现形式多样性在未来是否可能受到威胁。

第二,贸易协定中的豁免、例外或保留的文化条款得到了进一步的细化和加强。《多样性公约》的主要目标之一是“承认文化活动、产品与服务具有传递文化特征、价值观和意义的特殊性”。缔约方也正是因为认识到这种特殊性,为了维护其采取措施保护和促进文化表现形式多样性的权利,长期以来一直在这些协定中列入诸如豁免、例外或保留等文化条款。这些条款可以限制缔约方在文化部门的承诺,并为他们执行某些文化政策(如支持国家和地方文化表现形式或文化产业的政策)提供空间。而一些缔约方在制定这些文化条款时确实考虑到了数字环境,特别是此类条款已被列入贸易协定的电子商务章节。这一做法与《操作指南草案》第19.4段相呼应,该段指出,“根据第21条的义务,鼓励缔约方推动考虑在国际双边、地区或多边协定中引入文化条款,……特别注意电子商务的状况”。更进一步的是,在某些谈判议程中还可以看到各缔约方在其贸易协定中列入“在必要时设计新公共政策的能力”的条款,这样的表述呼应了《操作指南草案》中关于缔约方可以持续获得数字技术、专门技能和多样的文化产品和服务的内容,并且也给了各利益攸关方尊重各国具体目标的政策空间。

第三,贸易协定中的数字交易安排成为促进和扩大文化产业的突破口。2017年至2022年期间,在贸易协定中出现了两个引人注目的趋势。一是大多数新的贸易协定都包含电子商务或数字贸易条款;二是出现了专门针对电子商务的新一代协定。这些条款和协定几乎都在原则上表明旨在促进缔约方之间的合作,以促进、扩大和保护数字交易,便利数据自由流动,并确保这种流动是在适当的监管环境之下进行。可以看出,这些条款对于建立消费者信心和促进文化交易非常重要。还有一些条款则更进一步规定了禁止某些贸易壁垒(如关税壁垒)的约束性义务。这些承诺和约束可以显著改善数字环境中的文化交流现状,缩小发达国家和发展中国家之间的数字鸿沟。正如在《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称“CPTPP”)谈判中,至少有8个谈判方是《多样性公约》的缔约国,从这个意义上说,这些国家的谈判受到了《多样性公约》原则的启发,尤其是发展中国家和发达国家经济和文化方面的互补性得到了加强。正如智利在CPTPP谈判期间所主张的那样,此类承诺可以提高音乐家、电影制作人、作家和艺术家的

出口潜力,并促进他们的作品在网上传播。^{②⑨}

因此,在当今数字化时代的贸易协定中,由于《多样性公约》的约束和启示,缔约方关于文化条款的设计一方面可以保护文化政策主权权利,另一方面使缔约方能够从各种贸易承诺中获得收益——特别在电子商务领域。而且,这些贸易协定对文化和创意部门通过达成合作来履行承诺的安排,不仅符合《多样性公约》关于主权的指导原则,而且也有助于根据《多样性公约》第21条在其他国际场合促进落实《多样性公约》的目标和原则。整体来看,《多样性公约》在贸易、文化、可持续发展和国际合作等方面表达了不同的利益立场,它可以作为一种工具,改善文化和贸易领域之间的一致性和协调性。缔约方的文化政策只要符合《多样性公约》的原则和目标,就在国际贸易协定中拥有政策空间并且可以得到政治支持。因此,无论采用何种数字技术手段来传达文化表现形式,《多样性公约》仍应是世界范围内有利于文化多样性行动的重要法律框架。

二、数字化时代文化条款的功能、定位与挑战

在动态、变化的数字环境中,国际社会对文化贸易与国际贸易的制度设计产生了更高的要求。显然,《多样性公约》虽然在宗旨和一般原则上起到了奠基性的作用,但没有办法彻底解决冲突中的具体实践问题。无论是政府,还是文化从业者,都更希望有一种制度安排能够在解决不确定性、不稳定性和随机现象的同时不断发展文化贸易,并能够充分利用《多样性公约》非约束性条款提供的政治支持。当这种对灵活性要求极高的需求投射在国际贸易规则中时,便产生了文化产品和服务在国际贸易协定中的待遇和适用问题。法国早期提出的“文化例外”经过一系列更早期的国际性法律文件和多边条约的实践,已相对较为成熟。具体来说,“文化例外”是指在国际自由贸易体制下,基于文化产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。^{③⑩}由此而来的文化条款,其功能和定位已展现出了与生俱来的复杂性。一方面,在WTO规则中,文化条款始终没有获得明确的承认;另一方面,文化条款的极大灵活性和政策弹性,又导致其在数字化时代的各种区域和双边贸易协定中屡被提及。

(一) 文化条款在WTO框架中的功能困境

严格意义上讲,在GATT和WTO框架下的各种协定中,均没有明确提及“文化条款”,WTO本身对文化产品的文化属性关注较少,不存在单独调整文化产品的贸易规范。^{③⑪}

文化贸易以两种不同的形式被划分到货物贸易和服务贸易当中。具体来说,在GATT当中,GATT第4条是唯一一条对文化产品(如电影、CD、书籍、绘画等)的待

^{②⑨} See Ministry of Culture, Arts and Heritage (Chile), *Establishment of Cultural Reserves within the Process of Negotiation of The CPTPP*, at <https://en.unesco.org/creativity/policy-monitoring-platform/establishment-cultural-reserves> (Last visited on Oct. 2, 2023).

^{③⑩} 参见前注^{①①},何其生、张喆文,第2页。

^{③⑪} 参见张华:《文化产品国际贸易法律问题研究》,厦门大学出版社2013年版,第26页。

遇内容进行肯定和明确的条款,该条还规定了电影放映配额的国民待遇和最惠国待遇的某些例外情况。此外,GATT唯一提及文化的是关于“一般例外”的第20条,该条允许成员国采取某些措施保护“公共道德”(第20条a款)和“具有艺术、历史或考古价值的国宝”(第21条f款)。美国谈判代表曾建议,GATT第20条是“考虑视听产品特殊文化性质”的一种方式。^{③②}但是,另外一些国家意识到,需要通过限制美国电影的进口数量来维持本国的文化独立性。最终,与农产品、纺织品和服装不同,除了GATT第4条之外,文化产品在WTO框架下没有自己单独的法律分类和规则。GATT也没有对“艺术价值”或“公共道德”进行定义。因此,在争端解决机制中,解释工作被交给了专家组和上诉机构在个案中进行处理。在乌拉圭回合谈判期间,美国和欧共体以及加拿大之间的贸易和文化辩论转变为一场围绕“文化认同”和“电视节目与电影贸易”的彻底冲突,以至于在GATT框架下,“文化”一词很大程度上成为“视听”一词的同义词,GATT最终也没有对可以采取国内措施的具有艺术价值的文化(有形)产品作出明确的界定。

而GATS涵盖了文化产品的服务部分,这些文化服务是无形的,如“电影和录像带制作和发行服务”或“电影放映服务”等。与GATT的一般适用方法不同,GATS的国民待遇和市场准入义务仅适用于具体承诺表(服务清单)中规定的WTO成员承诺的范围。最惠国待遇义务一般适用,但须遵守世贸组织成员明确列出的豁免条款。也就是说,WTO成员可以有选择地接受文化服务贸易的自由化义务。^{③③}在条款方面,与GATT第20条类似,GATS第14条只将“公共道德”作为一般例外,没有提及“艺术价值”,也就是说,“艺术”无法构成GATS框架下的“一般例外”。这就意味着,“文化例外”很难作为法律概念在GATS框架下得到证明和辩护。与GATT第20条同样相似的是,GATS第14条也把最终的解释权留给了专家组和上诉机构进行个案处理。因此,尽管争端解决机制作出的解释在某些个案中具有相当程度的约束力,但成员方在使用“文化例外”概念进行抗辩时,毫无疑问存在极大的不确定性。更何况,GATS的市场准入和国民待遇义务只限于作出具体承诺的部门,如果成员方对某些文化产品尚未作出市场准入和国民待遇的具体承诺,那么这两项WTO准则在该特定的文化贸易领域就是不适用的。

上述分析表明,在贸易目标和价值目标的权衡和博弈中,WTO争端解决机制中的专家组和上诉机构的立场是站在贸易导向一边的,这和上文的分析结果一致。一方面,由于WTO规则偏向对贸易的纯粹关注,许多国家感到自己的文化身份没有得到WTO的充分保护,^{③④}WTO协定也没有为各成员国如何规范本国文化市场规定肯定性的义务,

^{③②} See Communication from the United States, *Audiovisual and Related Services*, WTO Doc. S/CSS/W/21 (Dec. 18, 2000).

^{③③} See Zhao Siqi, *Culture and Trade: Chinese Practices and Perspectives*, *International Journal of Cultural Policy*, Vol.29:135, p.135-145 (2022).

^{③④} See Christopher M. Bruner, *Culture, Sovereignty, and Hollywood: UNESCO and the Future of Trade on Cultural Products*, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.40:351, p.351-396 (2008).

各国有权选择不同的规制模式,^⑤再加上WTO体制的谈判机能日益衰退和争端解决机制的停摆,使得传统贸易国家在强调WTO改革的同时,也开始寻找新的解决方案。另一方面,在其他多边和双边贸易协定中,谈判议题和谈判程序的相对开放、灵活,使文化贸易问题可以得到针对性更强的解决。特别是在数字化时代,数字文化产品的多样性可以很大程度呼应各国对自身文化利益的追求与保障,而数据的跨境传输总体上愈加便利,使得谈判各方无论在宏观理念还是在细节技术上都存在达成一致的空间与可能。因此,这两方面的原因致使文化条款得以在WTO制度以外的贸易协定中得到进一步发展。

(二) FTA 对文化条款的尝试性适应

数字经济的一个重要特点是商业模式的互联网平台化。平台经济是由数据驱动、平台支撑、互联网协同的经济活动,平台经济的基础就是数字技术。与文化相关的平台商业模式就是基于与消费者偏好相关的信息,来创造和推荐能够满足消费者需求且创造收益的文化内容。相比于传统的服务贸易,文化产品的数字服务可以实现储存复制、线上交付。伴随着数字技术日益融入经济社会发展各领域的全过程,传统服务贸易中衍生出大量数字服务活动,已经塑造出了一个全球性数据流动和文化服务贸易的网络。在数字化时代,创造、传播和获取文化表达的环境几乎正在甚至已经被数字转型所颠覆,人工智能、区块链和扩展现实(XR,包括增强现实、虚拟现实和混合现实等)等技术的快速进步,正在彻底改变文化产业的传统商业模式。数字技术的发展为文化产业提供了前所未有的机遇。在国际贸易协定中,原本针对传统的纸质品、音像制品的文化条款,也在日新月异的数字技术创新中得到了再构建。

目前,正在谈判和已经缔结的含有电子商务章节的贸易协定,例如智利—巴西自由贸易协定、CPTPP、韩国—中美洲共和国自由贸易协定、秘鲁—澳大利亚自由贸易协定,均没有保护缔约方在数字环境中支持本地内容、文化产业、艺术家或其他文化专业人员权利的文化条款,这不失为一种更加开放和自由的态度。当然,改变也并不彻底,在CPTPP服务和投资章节的附件中,缔约方还是制定了适用于数字环境的文化保留条款。而《美墨加贸易协定》(以下简称“CUSMA”)除了没有保护条款外,更承诺对数字产品不歧视,但是CUSMA的缔约方对非歧视承诺有不同的理解,加拿大对非歧视的理解限定为“技术中立”,因为它“适用于物理和数字环境”,而墨西哥强调了这一承诺授权缔约方采取“某些措施来保护或追求合法目标”^⑥。从争端解决的角度来看,CUSMA的这种非歧视承诺可于维护缔约方在数字环境中保护和促进文化表现形式多样性的权利方面发挥关键作用。但是,CUSMA还规定,如果缔约一方依靠这种承诺来维持与本协定不一致的措施,则另一方在WTO争端解决机制的框架内可以暂停义务,并采取反制措施。当然,由于目前还没有真实案例发生,可以预测的仅仅是这种报复权可能会对适用于数字环境的文化政策起到威慑作用。

^⑤ 参见彭岳:《贸易与道德:中美文化产品争端的法律分析》,载《中国社会科学》2009年第2期,第148页。

^⑥ WTO Doc. WT/TPR/M/389/Add.1.

《数字经济伙伴关系协定》(以下简称“DEPA”)提到文化产业的目的是,一部分是刺激和支持数字经济,另一部分是确保各方有权采取各种措施对文化产品和服务进行规范。DEPA序言中明确提到各缔约方“促进……文化认同和多样性的重要性,……以及维护其为公共利益进行监管的权利的重要性”,缔约方还认识到“跨境数据流动和数据共享能够促进数据驱动的创新”^{③7},并且“可信数据共享框架和开放许可协定等数据共享机制有助于数据共享并促进其在数字环境中的使用,以:(a)促进创新和创造力;(b)促进信息、知识、技术、文化和艺术的传播;(c)促进竞争和开放有效的市场”^{③8}。DEPA还包含了一个一般例外,允许缔约方采取必要的措施来支持创意艺术,前提是“该措施的实施方式不得在类似情况下构成缔约方之间的任意或不合理歧视,或变相的贸易限制”^{③9}。根据DEPA,“创意艺术”包括“表演艺术(包括戏剧、舞蹈和音乐)、视觉艺术和工艺、文学、电影和视频、语言艺术、创意在线内容、本土传统实践和当代文化表达,以及数字互动媒体和混合艺术作品,包括那些使用新技术超越离散艺术形式划分的艺术作品”。^{④0}这个术语包括那些涉及艺术的展示、执行和解释的活动,以及这些艺术形式和活动的研究和技术发展。作为专门针对电子商务的新一代贸易协定,DEPA的一个突出特点是具有科技前瞻性,在数字身份、新兴趋势、技术创新和数字经济等新议题上留下了空间和接口,以适应未来的数字贸易发展。

(三)文化条款面临的数字化挑战

基于技术中立原则,不管出现何种新技术和新设备,《多样性公约》的目标仍然有效,并且会继续在贸易协定中发挥作用。正如《操作指南草案》所述,技术变革也导致新的参与者和新的逻辑的出现,并将在促进文化表现形式多样性尤其是相关公共政策设计方面继续带来新的挑战,具体而言,这些挑战包括以下几方面:

首先,在不同的自由贸易协定中,特别是在数字贸易部分,文化条款的内容和约束力差异极大。在欧盟及其成员国、美国、加拿大、中国、韩国、东南亚国家订立的自由贸易协定中,有三个层级的承诺:一是并无约束力的条款,这些条款的主要目的是促成缔约方之间就与电子商务有关的问题进行意向性合作;二是对以电子方式交货的文化产品不征收关税的规定;三是对文化产品适用国民待遇和最惠国待遇的规定。这种内容和约束力的差异导致《多样性公约》对数字文化产品的影响很难得到准确评估与预判。

其次,互联网相对不发达国家和国家集团(如秘鲁、哥伦比亚、摩尔多瓦、乌克兰、加勒比论坛国家、中美洲国家等)在订立的贸易协定中,试图通过承诺清单确保他们自身对文化产品承诺的巨大灵活性。在这些协定中,无论是对于视听服务还是文化服务,这些国家和国家集团都偏向保护自身的文化独特性,而不作进一步的具体承诺,从而对抗或抵消互联网发达国家的文化影响力,以达到能够自由博弈的效果。

^{③7} DEPA, Article 9.4.1.

^{③8} DEPA, Article 9.4.2.

^{③9} DEPA, Article 15.1.4.

^{④0} See DEPA, Note 21.

最后,《多样性公约》第21条较难适用于数字化文化产品的获取及流转环节。《多样性公约》缔约方在各自国内对文化产品和文化服务的管理涉及文化政策、贸易政策、国家安全政策、互联网管理政策乃至移民就业政策(如艺术家的自由流动)等,这意味着这些缔约方需要在各自国内进行跨部门的协调和管理,特别是国内不同部门之间的数据收集与整理,才有可能实现对《多样性公约》第21条的遵守,这在实际落实过程中是难度极大的,且无法判断最终结果的准确性。或许解决方案是建立一个由各相关部委工作人员组成的跨部委工作组,但这一定是一个缓慢的进程。

三、数字化时代欧盟 FTA 中的文化条款

欧盟在保护文化多样性方面有着独特的逻辑与方式,在增强竞争优势方面值得我国借鉴。欧盟的主要方式是在一体化的过程中保持单个成员国的文化特点,同时协调各成员方应对来自外部的美国文化挑战。当然,文化因素在欧洲一体化进程中始终扮演着复杂甚至前后不一致的角色。一体化进程开始时,文化因素作为一股促进的力量起到了积极的作用,但是,随着欧洲国家之间的融合越来越紧密,直到欧洲一体化的提倡者试图用“欧洲认同”取代“国家认同”时,单个国家开始认为他们各自的文化受到威胁的风险也在增加,因此必须保持各自国家的文化多样性,防止日益高涨的民族主义通过欧洲融合而导致其文化独特性遭到破坏。^⑪最明显的例子就是电影产业。电影承载着浓厚的象征信息,由于其强烈的文化内涵,电影部门很难顺应欧盟经济一体化进程中固有的趋同趋势。因此,内部的文化多样性成为欧盟所坚持的共同价值观和共同利益诉求,并在几十年来的对外贸易交往中通过不遗余力的努力对此加以巩固,以应对来自外部的文化威胁。欧盟委员会的一系列文件也都强调,文化对欧盟的对外政策至关重要。欧盟委员会和外交与安全政策联盟高级代表通过的《2016年国际文化关系战略》是欧盟在《多样性公约》后的重要实践,具有标志性意义。^⑫

(一) 欧盟 FTA 中的文化多样性原则

《欧盟运作条约》(TFEU)强调在确立具体内部政策时,要尊重成员国的习俗以及有关文化和宗教习俗的法律和行政框架。^⑬欧盟签署多边贸易条约均遵循一个基本原则:在一般原则中,文化多样性在合法的公共政策目标下被明确提及,这些公共政策目标会指导各方规范经济活动。其他与文化多样性相关的目标,特别是在数字化时代的多边条约中,文化多样性则纷纷落脚于公共道德、消费者保护、隐私和数据保护这些层面。欧盟历来重视的视听文化产业则不包括在有关投资自由化、跨境贸易和电子商务的规定之

^⑪ See Nathan Horst, *Creating an Ever Closer Union: The European Court of Justice and the Threat to Cultural Diversity*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47:165, p.170-171 (2008).

^⑫ See European Commission, *Towards an EU Strategy for International Cultural Relations*, JOIN (2016) 29 FINAL.

^⑬ See Psychogiopoulou, *The Horizontal Clauses of Arts 8-13 TFEU through the Lens of the Court of Justice*, European Papers-A Journal on Law and Integration, Vol.7:1357, p.1361 (2022).

中。而且,欧盟在与韩国、加勒比论坛国家以及中美洲国家签订的三个协定中,还有非常独特的《文化合作议定书》(Protocol on Cultural Cooperation,以下简称“PCC”)。PCC作为协定附件,一方面在形式上对《多样性公约》进行了直接援引,比如明确附件的相关概念与《多样性公约》具有相同含义、确认“以《多样性公约》的原则为基础,并根据其规定采取行动”^{④④}等;另一方面在宗旨上和《多样性公约》保持一致,强调对缔约方文化产业能力的加强、对独立性的保障以及重视各方文化合作,并且特别考虑到缔约各方当前文化产业的发展程度、文化交流水平和结构上的不平衡,计划采取措施促进各地方、区域的文化内容。总体来看,欧盟目前的对外协定以及相关附件表明了其执行《多样性公约》以及根据公约原则和规定在相关实施框架内进行文化合作的明确意愿。^{④⑤}

(二) 欧盟 FTA 中的文化多样性表现

根据统计,欧盟在 2000 年至 2022 年签订的 360 多份 FTA 和 PTA 中,有 203 份包含与数字贸易相关的条款,95 份包含专门的电子商务章节。^{④⑥} 尽管这些规则在范围、承诺水平和约束性方面各不相同,但显然具有更多数量、更详细内容和更具有约束力的数字贸易条款已成为趋势。近年来,欧盟有意图考虑加入 CPTPP、DEPA、《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP) 和《国际服务贸易协定》(TISA),这些协定都包含一系列具有深远意义的数字贸易条款。在这些条款当中,文化贸易主要受到以下规则的约束:(1) 专门的电子商务或数字贸易章节;(2) 关于跨境服务供应的章节(特别是电信、计算机和相关视听、金融服务部门);(3) 关于知识产权保护的章节。在上述协定当中,欧盟一再强调自身文化产品属性的独立性,特别是通过互联网载体的文化产品的例外原则,并敦促其自由贸易协定伙伴承诺遵守国际标准。^{④⑦}

1. 《日本与欧盟经济伙伴关系协定》中的文化多样性

《日本与欧盟经济伙伴关系协定》(Japan-EU Economic Partnership Agreement,以下简称“EPA”)是日本与欧盟的自由贸易协定,协定影响全球 6 亿人口,于 2019 年 2 月 1 日正式生效。在 EPA 中,除了第 8 章“服务贸易、投资自由化和电子商务”中的“文化例外”之外,第 18 章“良好监管实践和监管保护”也提到,“本节中的任何内容均不得影响缔约方为追求或促进其在文化多样性等领域的公共政策目标而定义或管理其自身保护水平的权利”。此外,关于“货物贸易”的第 2 章第 2.10 条规定,每一缔约方“应给予下列货物暂时免税入境”,包括“专业设备,包括新闻或声音或电视广播设备、电影设备……”,以及“广告影片和录音”。另一方面,“日本保留采取或维持任何与广播行业投资或服务供应相关的措施的权利”。尽管存在“文化例外”和文化保留,但本协定中并无明确提及促进文化合作的规定。事实上,日本的立场不仅在视听行业的贸易自由化

^{④④} EU Doc, Protocol on Cultural Cooperation, L 127/1418.

^{④⑤} 参见前注^{①①},石静霞文,第 82 页。

^{④⑥} See Mira Burri, *A Dataset on Digital Trade Provisions*, at <https://www.unilu.ch/en/faculties/faculty-of-law/professorships/burri-mira/research/taped/> (Last visited on Oct. 2, 2023).

^{④⑦} See EU-South Korea FTA, Article 7.48.

方面与美国保持一致,而且更重要的是在数字问题上保持一致,这一点体现在美日之间的数字贸易协定中。

2.《欧盟与越南自由贸易协定》中的文化多样性

《欧盟与越南自由贸易协定》(EU-Vietnam Free Trade Agreement,以下简称“EVFTA”)于2020年8月1日正式生效。为了满足越南的发展需求,EVFTA给予了越南不对称待遇,即更长的消除关税期限和国民待遇豁免清单。EVFTA较为模糊地将文化与数字问题进行联系,仅仅在第16条声称“努力采取适当措施促进文化交流”,并把这种“交流”落实在关于文化的第38条和随后的科学技术合作(第39条)以及电信技术合作(第40条)方面。依据EVFTA的附件,越南方面确认的豁免清单中包括媒体和文化产品,并特别指出其中包括视听行业。此外,越南还保留了在娱乐和游戏服务子行业采取措施的权利,而欧盟的保留则包括新闻和出版、图书馆和博物馆以及体育行业。这就意味着原本现实可行的数字文化贸易都成了“例外”,因此协定生效后,数字文化内容的缺席成为了EVFTA引人注目的焦点。

3. 欧盟与新西兰、澳大利亚贸易协定中的文化多样性

《欧盟与新西兰贸易协定》(EU-New Zealand Trade Agreement)在酝酿与谈判了14年后,于2022年6月30日完成谈判。《欧盟与澳大利亚贸易协定》(EU-Australia Trade Agreement)虽经历了13轮谈判,但目前仍处于胶着状态。总体来看,欧盟在这两份自由贸易协定中关于数字文化的内容的基本立场是一致的。首先,这两份协定都将可持续发展作为未来协定的“首要目标”,但该目标仅限于社会和环境问题,在文化内容上则没有宗旨性的体现,这就意味着文化多样性的问题在这两份协定当中无法与可持续发展产生有益的联系;其次,在“服务贸易、外国直接投资和数字贸易”部分,欧盟依照一贯做法提出了视听服务的文化例外,虽然在文本上回顾了有利于合法公共政策目标的监管权,包括促进和保护文化多样性,但与此同时,也明确声明“除视听服务外,协定不应先验排除在其范围之外”;最后,考虑到数字环境也应成为协定的关注对象,规定缔约方有义务确保数据流动以促进数字经济中的贸易、保护个人数据和隐私,因此,双方有义务确保通过电子手段、电子签名和其他电子认证服务签订的合同的有效性,加强双方在数字贸易相关监管问题上的合作。当然,两份协定也有所不同,在欧盟与新西兰的贸易协定中,双方都同意将解决传统知识和民间传说问题纳入争端解决框架之中,强调联络沟通和先行磋商,以降低诉讼发生的概率,减少对贸易的影响。

4.《欧盟—南方共同市场贸易协定》中的文化多样性

《欧盟—南方共同市场贸易协定》(EU-Mercosur Trade Agreement)历经21年谈判,于2019年6月28日宣布达成原则性文本。该协定中包含的文化例外情况和欧盟之前签署的协定中的情况类似。在“服务贸易和机构”一章中,关于电子商务的第6小节第42条规定,电子商务应“适用于影响电子贸易的措施”,“双方承认电子商务中的技术中立原则”,但又明确说明电子商务不适用于“广播服务和视听服务”。在关于“知识产权”的章节中,第10.14条规定,“每一缔约方均应规定,如果为商业目的出版的录音制品或

该录音制品的复制品被用于无线广播或向公众进行任何传播,则用户应向表演者和录音制品制作者支付报酬”。此外,关于“权利集体管理合作”的第10.17条在涉及促进集体管理组织的合作、透明度和非歧视时明确提到了数字环境。

(三) 欧盟 FTA 中的文化多样性不足与发展

必须指出的是,在这些国际贸易协定中,欧盟的文化政策仍然支离破碎,原因在于没有充分考虑到数字化引发的快速变革。一方面,欧盟虽然在法律设计上具有创新性,但实质上缩减了其文化合作方式,特别是在欧洲市场的准入方面尚未产生实际成果;另一方面,欧盟在所有贸易谈判中将视听产品排除在外,还特别强调在数字环境条件下明确排除视听产品。^{④⑧}从保护欧盟文化政策的角度来看,这种安排或许有保护的价值,但也会错过在数字化时代发展和促进文化多样性以及参与设计新一代文化政策工具的机会。从这个意义上讲,欧盟似乎一直在努力“找到一种在国际合作和市场准入等领域作出有意义承诺的方式,且同时不疏远成员国和欧洲文化游说团体”^{④⑨},尤其是因为文化产品在很大程度上仍然存在于成员国的主权范围之内。总体来看,欧盟在尊重文化多样性方面团结一致,但没有充分的能力来驾驭复杂的、技术上和地缘政治上多变的环境。

目前,欧盟在与贸易伙伴的谈判中,会更强调数字经济与文化的紧密结合,试图更好地利用该领域的现有指导原则,例如《实施教科文组织数字环境公约业务指南》、联合国教科文组织《人工智能伦理建议》和关于文化内容可发现性的不同研究成果。此外,欧盟更加关注媒体环境的深刻变化以及文化内容创建、传播、消费和使用的动态变化。而且,《联合国教科文组织公约》的义务条款只要求缔约方采取一定的行动,而没有规定相应的法律结果,这意味着所施加的义务是手段义务,而不是结果义务。^{⑤⑩}无论如何,尽管诸如 DEPA 等数字经济协定为加强数字社会问题上的监管合作提供了一个宝贵的平台,但就条款的实质而言,迄今为止,文化问题还没有得到妥善的解决。此外,欧盟还试图将其国内监管在线平台的举措,通过法律特别是《数字服务法》和《数字市场法》转化为其贸易政策,并将其与文化多样性问题联系起来。值得注意的是,美国在与日本新近达成的《美日数字贸易协定》(UJDTA)中加入了关于“交互式计算机服务”的条款,以确保《美国通信正当性法案》第230节的适用,该节将平台与责任隔离——这是欧盟坚决反对的立场。^{⑤⑪}总的来说,欧盟目前对外数字贸易协定中的文化产品问题在总体立场上是一致且坚定的,但仍存在一些差异和解释的空间,也有许多途径可以进行完善和改进。

^{④⑧} See M. Chochorelou, *The European Identity Rationale in the EU Free Trade Agreements: Economic rather than Cultural Objectives?*, Cuadernos Europeos de Deusto, Vol.2:227, p.231 (2019).

^{④⑨} B. Garner, *Towards a European Strategy on Culture and Development: Learning from the CARIFORUM-EU Economic Partnership Agreement*, L'Harmattan, Vol.2:146, p.147 (2017).

^{⑤⑩} See Vineet Hegde & Jan Wouters, *Special and Differential Treatment Under the World Trade Organization: A Legal Typology*, Journal of International Economic Law, Vol.24:551, p.562 (2021).

^{⑤⑪} See Mira Burri, *Fake News in Times of Pandemic and Beyond: Exploring of the Rationales for Regulating Information Platforms*, Law and Economics of the Coronavirus Crisis, Springer International Publishing, 2022, p.43.

四、我国应对数字化时代文化条款的策略

进入数字化时代,以互联网的社会渗透为代表的数字网络环境的变革是多方面的,文化产品概念的内涵与外延、文化多样性的体现、数字贸易规则的更迭都发生了深刻的变化,数字技术在文化产业链各个环节得到了普遍应用,大力促进了传统文化行业转型,线上业务内容不断调整,文化服务贸易标的多以数据形式实现跨境流动,数字技术创新为数字文化贸易带来更多可能性……这些发展给消费者提供了更多选择。与此同时,相互竞争的平台和公司的商业模式也在发生革命性的演变。不仅如此,不断发展的数字技术以及全球平台企业的崛起,几乎在所有监管领域都引发了挑战,并在法律制度设计、数字经济、社会和文化发展道路之间产生了更复杂的互动关系。

我国除了已经与 26 个国家和地区签署的 19 个自由贸易协定外,还在积极展开加入 CPTPP 和 DEPA 的谈判、推进多个自贸协定的谈判以及中国—东盟自贸区 3.0 版等升级进程。与此同时,作为《多样性公约》的缔约国,我国正在由文化大国向文化强国迈进。从 2020 年提出“推动数字文化产业高质量发展”,到 2021 年将“实施文化产业数字化战略”写入“十四五规划”,再到 2022 年中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于推进实施国家文化数字化战略的意见》,我国对于数字文化产业重要性的认识不断深入。厘清和解决这些多边贸易协定中与文化贸易相关的问题,有助于在积极参与国际贸易治理的过程中维护我国的贸易利益和文化利益,利用现有国际贸易协定中的文化条款,最大化实现我国的文化贸易目标,特别是最大可能“发挥数字文化贸易的竞争新优势”。^②因此,笔者认为,为了更好地履行国际义务、完善国内治理,在保证自身国家安全和国家利益的前提下,我国应该在国际和国内两个层面采取更多措施,更好地实施业已批准的《多样性公约》。

(一) 在国际层面关注缺乏互联网接入国家的国家利益

全球范围内文化产品的数字化转型,改变了文化产业(包括文化产品和文化服务的创作、生产、发行和获取形式)的运营环境及其商业模式。新兴形式的国际和区域合作也在支持数字环境下的文化表现形式多样性。《操作指南草案》以及联合国教科文组织《人工智能伦理问题建议书》都证明了这一点,各种形式的贸易协定则是这种国际合作的重要产物之一。然而,当信息通信技术成为发展中国家在数字化时代获取和谋求更大程度文化多样性的重要途径时,国际社会也必须注意到,目前“仍无法上网的 27 亿人中,96% 生活在发展中国家”^③。一方面,这些“互联网洼地”的国民缺少必要的互联网基础设施,缺乏数字设备,互联网联通性低或毫无联通性,也不具备基本的互联网基础知

^② 参见国务院下发的《国务院关于加强发展对外文化贸易的意见》(国发〔2014〕13号)和商务部等 27 部门下发的《商务部等 27 部门关于推进对外文化贸易高质量发展的意见》(商服贸发〔2022〕102号)等文件。

^③ International Telecommunication Union, *Measuring Digital Development Facts and Figures 2022*, at https://www.itu.int/hub/publication/d-ind-ict_mdd-2022/ (Last visited on Oct. 1, 2023).

识;另一方面,当国际社会对他们进行某种关注时,反而更凸显出技术发达国家和极端落后国家之间的巨大差距,而且,正在形成中的贸易协定对数字环境中不发达国家文化产业的影响也需要冗长的时间和复杂的方法进行评估。此外,贸易协定各谈判方缺乏具体数据来确定数字技术和平台是否确实使每个人能够以更容易的形式、更快捷的方式和更低廉的价格进行文化贸易。因此,这种令人瞠目的数字鸿沟将“直接影响到各国的发展和实现联合国可持续发展目标的能力”^{⑤4}。

技术上的不平等必然产生严重的社会和文化后果,大数据算法推荐的产品和服务难以反映特定人群——特别是少数民族、科技经济水平落后地区的道德、文化价值观与信仰。所以,在进行国际贸易协定谈判时,作为文化大国、数字大国,我国有能力、有义务支持和帮助其他发展中国家和不发达国家,特别是极度缺乏互联网接入的国家。例如,根据 DEPA 规定,“为了确保所有人和企业都从数字经济中受益”^{⑤5},各缔约方必须努力消除障碍,以扩大和促进数字经济机会,包括“加强文化和人民之间的联系,包括土著人民之间的联系”^{⑤6}。我国可以积极主张利用诸如此类的条款,给予发展中国家或不发达国家某些优惠待遇,例如,优惠出口通信硬件设施、增强数字文化产品流通、减免电子传输产品关税和提高线上服务便利性等,从而达到保护和促进文化多样性的目标。我国在参与国际贸易协定谈判时,在与现有的规则进行竞争和妥协的同时,还要关注数字经济和互联网硬件设施暂时落后的国家。我国所提出的方案不仅要与当下欧美主导的规则有所兼容,还要考虑到我国方案的可持续发展和实施情况,努力将我国方案惠及那些有潜力、有能力但暂时落后的发展中国家,在积极履行我国承担的国际法义务的同时,彰显我国在文化多样性方面的独特贡献。

(二) 在国内层面发展数字环境下可持续的文化治理体系

自 2001 年加入 WTO 以来,我国在文化领域的自由化承诺呈现出复杂的局面。一方面,在内部和外部市场开放力量的推动下,我国开放了曾受严格监管的文化市场,这具有巨大的经济、政治及文化意义;另一方面,我国保留了较多限制措施。因此,我国有足够的法律空间来监管文化市场。文化产品承载着一个国家的民族文化,因此,其管理必须在内容上有一定的特殊性。^{⑤7} 欧盟的经验表明,一个国家的数字战略往往无法独立满足文化部门的具体关切和需求,而需要建立更多的跨部门治理模式,参与方包括文化部门、通信部门、贸易部门和工业部门,以及文化产业的重要参与者——私营企业、民间社会和其他相关机构。因此,构建一个可持续发展的文化治理体系则尤为重要。数字化时代的文化治理体系至少应该覆盖以下几个方面:

第一,如前文所述,欧盟的经验表明,由于文化条款的存在,欧洲国家得以有理有据

^{⑤4} U.N. Secretary General, *Roadmap for Digital Cooperation: Resolution on Information and Communications Technologies for Sustainable Development* (June 2020), A/RES/76/189.

^{⑤5} DEPA, Article 11.1.1.

^{⑤6} DEPA, Article 11.1.2.

^{⑤7} 参见张丽英:《论文化安全与 WTO 框架下的文化产品贸易自由化问题》,载《法学杂志》2011 年第 7 期,第 23 页。

地对文化作品实施补贴,特别是对民族文化不可或缺的作品和品牌给予资金支持、对文化捐赠给予税收优惠等,此种措施极大地突出了欧洲地区的文化特色。这些成就很大程度上归功于欧盟内部对文化问题的体系化治理,值得我国借鉴。在强调“讲好中国故事”的同时,如何避免程式化的文化作品,绕开泛标准化的文化服务,体现出中国文化的特色,并使其受到国际法和国内法的双重法律保护,是我国文化产业应对数字化挑战的一个重要议题。

第二,从我国目前签署的贸易协定文本来看,往往限于“一般例外”和“安全例外”等部分,仅在和新西兰的自由贸易协定中涵盖了文化例外。事实上,一方面,我国文化产业有着极大的发展空间和“走出去”的潜力,且视听业的开放程度比一些发达国家还高;另一方面,我国在互联网数字领域有着独特的技术专长和经验成果,在今后的谈判中不必完全排除视听服务或文化产业,而是可以结合我国国情,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和领域。

第三,要有合规高效的数据要素流通和交易制度,解决数据确权、流转、安全等基础制度的设计问题,借助数据产权制度体系,把数字化的文化产品融入高质量发展水平体系,在数据采集加工、交易分发、传输存储及数据治理等环节,制定文化数据安全标准,完善文化资源数据和文化数字内容的产权保护措施,从基础制度层面筑牢文化产业的发展根基,“顺应数字产业化和产业数字化发展趋势,加快发展新型文化业态,改造提升传统文化业态,提高质量效益和核心竞争力”^{⑤8},更高质量地“实施国家文化数字化战略”^{⑤9}。

五、结 语

基于前文分析,可以得出以下几点结论:

第一,《多样性公约》所秉持的目的始终没有发生变化。全球化的文化贸易使大国的文化产品覆盖了绝大部分市场,造成了国际社会的“单向依赖”。而文化产品承载着各个社会群体的价值观,如生物多样性对于自然界至关重要一样,文化多样性的差异也应该在人类社会予以尊重和保存。因此,现在有关国家和地区运用政策工具对承载文化多样性的文化产品予以扶持,使其能在竞争力不足的情况下仍享有必要的发展空间。在这个意义上,《多样性公约》所说的“文化例外”仍然是市场内的“例外”,即文化是一种特殊的商品,并非说文化不是商品。文化产品必须借助良好的市场表现才可以持续发展,一个国家的文化产业必须有足够的原创文化表现形式才可能振兴。换言之,只有在表达方式中不断创新、同时在数字化时代的市场中努力发展的文化才是有希望的。这应当成为我国文化产业参与数字化时代贸易和竞争的基本准则。

^{⑤8} 习近平:《在教育文化卫生体育领域专家代表座谈会上的讲话》(2020年9月22日),载《人民日报》2020年9月23日,第2版。

^{⑤9} 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜,为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》(2022年10月16日),载《习近平著作选读》(第1卷),人民出版社2023年版,第37页。

第二,从文化产业的角度来看,数字化是文化内容更容易被全球更多消费者触及到的有效举措之一。事实上,数字化为开拓文化产品、服务和知识产权的传统和非传统市场提供了巨大潜力。在数字化时代的贸易协定中,针对文化条款,我国需要主动适应数字技术的变革,积极参与并在全世界范围内促进建立更具包容性的文化治理体系,并确保其能够有效应对数字转型带来的挑战。作为一个文化大国和数字大国,我国应当积极倡导发达国家有义务确保发展中国家在全球文化产品和服务贸易中享有更加实质平等的地位,包括为发展中国家提供特殊和差别待遇,并支持其文化产业和创意经济出口战略。反过来,这些红利将通过支持创业、刺激创新、增强包括妇女等在内的人们的经济社会权益等方式来保护和促进文化多样性,并推动国际社会整体实现可持续发展目标。

第三,从制度设计的角度来看,应该在国内和国际层面设计和修订监管框架与文化政策,以尽可能最大程度的知情与参与的方式保证文化多样性对数字化环境的适应。在国内制度中,通过支持数字企业和市场的政策与措施,来确保数字生态系统的多样性,使文化专业人员能够在数字环境中开展艺术创作和尝试。在国际协定中,促进文化产品和服务的均衡流通,缩小不同社会经济状况人群之间的数字鸿沟,促进国家间在数字环境中的平等地位。通过这样的制度框架,不断提升文化技能和增强数字知识,在数字环境中促进文化产业的繁荣发展。

Abstract: Cultural diversity has profoundly affected the conclusion of international trade agreements, and the role and influence of cultural clauses in free trade rules have always been controversial. The *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* has limited integration of the conflicts between the two in WTO rules, and has played an increasingly prominent role in regional trade agreements in the context of digitization. The application and interpretation of cultural clauses in WTO rules need to return to the roots, but the dual attributes of cultural products shall be further coordinated in trade agreements in the context of the digital economy. The EU has developed internal common interests and values through its adherence to cultural diversity, but the regional trade agreements signed by the EU also face the issues of fragmentation, delay and ambiguity. In order to address the challenges of digitalization and the opportunities it brings, cultural clauses should actively adapt to the changes brought about by digital technology. Meanwhile, China needs to establish a cultural governance system that can sustainably develop in the digital environment at the domestic level as soon as possible, and pays extra attention to the collective interests of the digital circulation of cultural industries in developing countries and underdeveloped countries at the international level, so as to win corresponding international discourse power.

(责任编辑:陈贻健)