

美国 FTA 文化产业负面清单研究： 基于中国对应清单的视角

钱晓萍

(西安文理学院马克思主义学院, 陕西 西安 710065)

摘要: 美国与其 FTA 缔约国将文化产业列入负面清单, 通过保留国民待遇和最惠国待遇等条约义务, 平衡全面市场开放与具体产业保护之间的矛盾, 为解决文化全球化与民族化之间的矛盾提供新的路径。文化产业对中国全球战略意义重大, 且与美国相比不具备竞争优势。因此在中美 BIT 谈判中, 中国应借鉴美国缔约经验, 将文化产业恰当地列入中国清单, 为国内产业发展赢得空间。

关键词: 文化产业; 美国 FTA; 负面清单; 产业保护; 中国立场

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 02-0078-08

文化的民族性与地域性使各国在发展文化产业时, 除追求经济利益之外, 还有加强历史传承和民族认同的目的。在全球经济自由化威胁文化多样性的背景下, 不少国家通过在国际条约中加入文化例外条款, 或缔结保护文化多样性的国际条约的方式, 保护本国文化独有性, 捍卫文化主权, 但因共识有限, 效果不佳。^①

相较于在多边框架下对文化例外的抵触, 美国在双边及区域自由贸易协定 (FTA)^② 的缔约实践中, 允许缔约伙伴以负面清单的形式对文化产业实施特殊保护。研究美国与其他国家晚近缔结的 FTA (简称“美国 FTA”) 中有关文化产业负面清单的文本, 可以为中方在中美双边投资条约 (BIT) 谈判时分析美方负面清单的脉络, 将文化产业恰当地列入中方清单, 以制度优势保障产业发展空间提供借鉴和启示。

一、美国 FTA 负面清单概述

美国 FTA 负面清单是各缔约方不适用于条约义务 (或条约义务保留) 的例外措施的总称。这些例外措施按固定格式集结, 由“例外措施条款 + 负面清单附件 + 各缔约方具体产业条目”3 层构成完整体系, 其法律地位是协定的一部分。其中“例外

作者简介: 钱晓萍, 西安文理学院马克思主义学院副教授, 研究方向: 全球治理与国际投资法。

基金项目: 国家社会科学基金项目“‘一带一路’战略中国际投资市场准入法律制度研究”(项目编号: 16XFX028)。

① 在 WTO 法律体系中, 除了第 20 条等相关条款提供极为有限的空间外, 争取国家文化政策空间与文化利益诉求和抗争的收效甚微。虽然 2005 年《保护和促进文化表现形式多样性公约》的最初目的是建立一个实质上起到文化例外条款作用, 且与 WTO 自由贸易框架相抗衡的国家文化政策空间的保护规则, 但其存在的缺陷, 如对缔约国缺乏约束性义务、实体内容不完善等, 使该公约法律效力大打折扣, 难负众望。

② 迄今为止, 美国共与 20 个国家签订 FTA。英文文本来自 US. Department of State. Existing U.S. Free Trade Agreements[EB/OL]. <http://www.state.gov/e/eb/tpp/bta/fta/fta/index.htm>. (2017-01-15)。

措施”条款是对保留条约义务的一般性说明,规定保留范围、表现方式、适用和修改条件。

负面清单附件含3个部分,附件1是现存例外措施清单,对该附件中例外措施的延续或修改,应减少不适用条约义务的范围和程度;附件2是未来例外措施清单,对该附件中例外措施的延续或修改,可以扩大不适用条约义务的范围和程度;附件3是金融服务例外措施清单。形象地讲,附件1是减码清单,附件2是加码清单,附件3仅涉及银行和保险业服务,包括现存和未来例外措施两种形式。

各缔约方具体产业条目又由“产业部门/子部门+保留条约义务+执行的政府层级+现存措施+描述”5个部分组成(如表1所示),其中“部门+保留条约义务+描述”为必选项。

表1 负面清单具体条目的构成与内容

构成	内容
部门	例外措施涵盖的产业部门或经济活动
保留条约义务	不适用于条约义务的范围,通常全部或部分包括当地成分、国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高层管理和董事会
适应的政府层级	采取该例外措施的政府级别与区划(联邦、州;中央、地方)
现存措施	适用该例外措施所对应的本国法律法规或政策
描述	该条目针对的经济活动形式(跨境服务与投资、跨境服务、投资)及有约束力的说明

由于各缔约方可依据具体产业的国际竞争力和基于国别差别的比较优势,通过保留特定义务,巧妙地平衡市场开放与产业保护,极大地提升条约例外的辨识度和透明度,负面清单模式被越来越多的国家和地区接受。

二、美国晚近 FTA 文化产业负面清单范例分析

文化产业作为一种提供精神产品生产和服务的新兴经济活动,不属于传统意义上独立的产业门类,在不同产业分类体系中没有被直接命名为“文化产业”门类或大类,在各国产业分类标准中具有很大差异。

美国晚近 FTA 的产业分类参照《北美行业分类体系(NAICS)》,涉及的文化产业主要由信息产业中的部分相关子部门(包括出版、电影音像、广播等)和艺术、娱乐、休闲业(包括艺术表演、体育博彩、文博观览等)组成。^①各缔约国根据自身国情与产业相对比较优势,将文化产业及其子部门列入清单附件。

(一) 美国清单

尽管本国文化产业具备全球领先竞争力,美国仍在 FTA 有限的负面清单容量中,保留对“无线电广播”投资的国民待遇义务、“卫星直播电视和数字音频服务(DTH&DBS)”投资和跨境服务的最惠国待遇义务(如表2和表3所示),且文本

① 由于篇幅所限,本文仅列举具有代表性的 FTA 和其中具有特色的具体产业条目,并作缩略处理。

一致，表明美国自身 FTA 负面清单的一致性和延续性。

表 2 美国—巴拿马 2012FTA 美国清单附件 1

部门	通讯 / 无线电
保留条约义务	国民待遇
政府层级	中央
现存措施	《美国法典》第 47 编第 310 节 外方参与行政令，1997 年联邦通讯委员会第 23891 号记录
描述	投资 根据上述法规和监管规定，美国有权限制电台许可证的获取。无线电通信…… 包括无线电广播

表 2 按照负面清单具体条目的构成含义解释：美国在通讯 / 无线电业保留条约所载国民待遇义务，联邦政府根据《美国法典》第 47 编第 310 节等相关国内法规，有权限制外国人在本国拥有运营电台的执照。在附件 1 中保留，意味着对该例外措施的延续或修改，应减少背离条约义务的范围和程度。

表 3 美国—巴拿马 2012FTA 美国清单附件 2

部门	信息业
保留条约义务	最惠国待遇
描述	投资与跨境服务 美国有权采取或维持任何措施，根据互惠措施或国际协议，……直播卫星电视和数字音频服务，差别对待缔约国国民

根据表 3，在美国从事信息业（限定为直播卫星电视和数字音频服务，即 DTH&DBS）投资与跨境服务的外国人，不享有最惠国待遇。美国有权基于互惠措施等依据，采取或维持针对不同国家国民的措施。在附件 2 中保留，意味着未来可以在增加背离条约义务的范围和程度的基础上对该例外措施延续或修改。

（二）韩国清单

韩国清单在附件 1 保留“出版物分销服务、演艺服务、新闻机构服务、期刊出版（不包括报纸）、广播服务、电影放映服务”；附件 2 保留“直播卫星电视和数字音频服务（与美国对等出价且文本相同）、广播服务、数字视听服务、报纸出版、电影推广宣传和后期制作、博物馆和其他文化服务”，表现出该国对文化产业保护的高度重视，出版业和娱乐业是构成该国文化产业清单的核心部分。表 4~表 6 显示：

（1）韩国拥有一整套完善的文化产业法律规制体系。以表 4 和表 5 为例，通过条约负面清单的形式，贯通国内法与国际法，依据国内法执行国际条约，明确范围和方式，提升例外措施实现的透明度与可行性，非常值得借鉴。

（2）该国对文化产业领域实施更严格的条约例外。以表 6 为例，通过该条目，该国能全面禁止和限制外国资本和服务进入“博物馆和其他文化服务”领域，从而控制本国文化遗产的保护和修复活动。

（三）哥伦比亚清单

哥伦比亚全面保留本国文化产业,除表 7 和表 8 所示之外,该国还在清单附件 1 中保留“新闻,无线广播服务,免费及付费电视服务、视听服务,有线电视业,电影业”;附件 2 中保留“图书馆、档案馆和博物馆服务,体育和其他娱乐服务,视听服务和广告,传统表演,交互式视听服务”投资与跨境服务的相关条约义务。

表 4 美国—韩国 2012FTA 韩国清单附件 1

部门	出版物分销服务
保留条约义务	国民待遇
现存措施	《出版和印刷促进法》第 12 条 …… 《关于〈出版和印刷促进法〉执行规定》第 7 条
描述	<u>跨境服务</u> 个人进口以下类型的外国出版物用于国内分销必须获得文化和旅游部长的审批:(1)由反政府的颠覆性实体或组织发行的出版物;或(2)小说、漫画、相册、图片系列和杂志。国内出版物经销商应接受不定期审查

表 5 美国—韩国 2012FTA 韩国清单附件 1

部门	演艺服务
保留条约义务	国民待遇
现存措施	《公开演出法案》第 6 条和第 7 条 …… 司法部第 609 号法令, 2007 年 3 月 5 日
描述	<u>跨境服务</u> 外国人在韩国进行公开演出,……必须获得韩国传媒分级委员会的审批

表 6 美国—韩国 2012FTA 韩国清单附件 2

部门	娱乐、文化和体育服务/博物馆和其他文化服务
保留条约义务	国民待遇、业绩要求限制、高层管理和董事会、本地成分
描述	<u>跨境服务和投资</u> 韩国有权对文化遗产的保护和修复,包括开挖、评估,或文化遗产和所有权处理采取或维持任何措施

表 7 美国—哥伦比亚 2012FTA 哥伦比亚清单附件 2

部门	文化产业及相关活动
排除条约义务	国民待遇、最惠国待遇
描述	<u>投资和跨境服务</u> 为实现该条目的目的,“文化产业及相关活动”术语是指: (1)出版、发行或出售书籍、杂志、期刊出版物,或印刷电子报纸,但不包括任何上述物品的印刷和排版 …… (8)面向公众的无线广播、广播和电视以及有关有线电视的活动;卫星节目服务;广播网络 根据本国与他国包含涉及文化合作和文化产业及相关活动合作协议的具体承诺,哥伦比亚有权采取或维持任何措施,给予该国国民优惠待遇。为明确起见,10.3 国民待遇、10.4 最惠国待遇和本条约第十一章不适用于“政府资助” [*] 的文化产业和活动的推广

* 根据该条的目的,“政府资助”是指税收优惠、减少法定缴款、政府拨款、政府支持的贷款,或由政府提供担保、信托和保险,不论该私有实体是否全部或部分受政府支持。

哥伦比亚清单的最大特点是将文化产业整体保留,明确划定文化产业的 8 类范围,并将“政府资助”的文化产业和文化活动推广单独说明(如表 7 所示),重点保护。

该国还将保留条约义务相同、描述部分（特殊管理措施）具有一致性的文化产业部门集合在一页清单上，展示出娴熟的缔约技巧，大大压缩负面清单的“容积”（如表 8 所示），值得借鉴。

表 8 美国—哥伦比亚 2012FTA 哥伦比亚清单附件 2

部门	珠宝设计、表演艺术、音乐、视觉艺术、出版业
排除条约义务	国民待遇、业绩要求
描述	投资和跨境服务 (1) 哥伦比亚有权采取或维持任何措施，为珠宝设计、表演艺术、音乐、视觉艺术和出版业的发展和生产、以国内原创成分达到既定的水平或比例为条件，给予或持续给予政府资助 (2) 为明确起见，该条不适用于广告业，业绩要求在所有情况下都应符合《WTO 协定》对与贸易有关的投资措施

（四）小结

尽管以上各国文化产业负面清单各具特色，但仍有规律可循。

（1）保留方式分为两种：一是混合型，在界定文化产业外延的基础上，将该产业外国投资和跨境服务享有的国民待遇和最惠国待遇整体保留，同时单独列出本国重点文化产业部门（如哥伦比亚、秘鲁和智利等）；二是单一型，仅对本国具有重要利益的文化产业部门单独保留（如美国、韩国和巴拿马等）。

（2）从保留的文化产业部门来看，各国无一例外地保留全部或部分大众传媒业（新闻、出版、电视、电影和广播）；不少国家重视保护本国的特色文化产业，如巴拿马的博彩业、哥伦比亚的传统表演、萨尔瓦多的马戏团表演、洪都拉斯的足球锦标赛等；文化服务产业和创意产业成为各国清单的热点，前者如娱乐服务、博物馆和其他文化服务、体育和休闲娱乐，后者如视听艺术（数字）、珠宝设计等。

（3）保留条款均属待遇义务条款。待遇条款通过对缔约方施加义务、明确纪律，要求缔约方按照一定标准对待缔约他方的国民，通常分为一般待遇条款和具体待遇条款。前者属于全方面标准，如国民待遇、最惠国待遇、公平与公正待遇等；后者则是针对具体事项标准，如业绩要求等。因此保留待遇义务能实现设置规则壁垒、限制外国资本和服务、保护本国相关产业的目的。

国民待遇和最惠国待遇旨在避免以国籍为基础的歧视，前者要求本国国民与外国国民之间“内外一致”，后者要求外国国民之间“外外一致”。国民待遇保留以排他性和歧视性授权为标志，如“唯本国政府可在巴拿马从事博彩业或其他赌博活动”、“哥伦比亚有权采取或维持任何措施，……以支持和发展非物质文化遗产申报相关的传统表演”。对最惠国待遇保留，一般要求根据双方已签署的协议，给予对方相应的待遇，而非无条件最惠国待遇，如“秘鲁保留根据本国与外国文化产业合作或生产现有或未来双边或多边国际协定的具体承诺，维持对他国国民给予优惠待遇的权利……”。

业绩要求主要包括允许保留当地成分要求，股权要求、配额限制、高层管理

和董事会成员国籍要求等，如“从 5:00 至 24:00，每周免费电视节目总数平均至少 30% 必须由秘鲁制作”、“在商业电视广播机构中，所有外国人所有权不能超过 20%，外国人占董事会成员的比例不能超过 20%”、“如外国电影与哥伦比亚短片一起发行放映，该发行商的费用减少到 2.25%”，从而有效干预市场，影响公平竞争。

值得注意的是，由于业绩要求被认为是干预市场自由竞争，降低资源配置效率，因此越来越多的国际条约中出现了业绩要求禁止或限制规则。在美国 FTA 实践中，尽管允许保留业绩要求，但一般有限定标准，如“业绩要求在所有情况下都应符合《WTO 协定》对与贸易有关的投资措施”、“依照前款规定采取的任何措施，……应基于客观标准，不再增加贸易限制或不必要的负担”（参见表 8 和表 9）。

三、中美 BIT 文化产业负面清单的构想

一国负面清单产业容量有限，取舍需要综合研判经济与非经济双重因素。就文化产业自身而言，是连接历史与未来的朝阳产业和绿色产业，将带动庞大的文化产业群，更因其关乎民族文化遗产和国家“软实力”的发展，战略意义远超经济意义。

（一）美国立场

如前文所述，根据美国的缔约实践，在中美 BIT 谈判中可以预见，美方仍将在附件 1 中保留对“无线电广播”投资的国民待遇义务，在附件 2 中保留“卫星直播电视和数字音频服务（DTH&DBS）”投资和跨境服务的最惠国待遇义务（如表 2 和表 3 所示）。

（二）中国立场

对比美国负面清单模式，中国在以往的缔约实践中，条约文本通常规定市场准入“依据东道国法律”，保留产业对外开放的自由裁量权；或以正面清单的方式，列出本国对外开放的产业部门。在“依据东道国法律”模式下，中国外资行政管理部门可以自主适用国内法，或参照《外商投资产业指导目录（2017 年修订）》，审核外国投资者和服务提供商。在正面清单模式下，则需要考量哪些文化产业部门可以纳入正面清单对外开放，从正面清单到负面清单是从特定部门的开放到原则性开放下的部分例外的发展过程。

2013 年 7 月中美就双边投资适用“准入前国民待遇和负面清单”达成一致。在中美 BIT 谈判中，中国面临的是如何将中央指导性“内部”意见或国内法转化为国际谈判成果，即“限制外商投资产业目录”中涉及的十余项文化产业部门，^①是否全部纳入中方负面清单并被美方接受的问题。

1. 中美两国文化产业优势不同

① 中华人民共和国国家发展和改革委员会. 外商投资产业指导目录（2017 年修订）[EB/OL]. http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbl/201706/t20170628_852857.html. (2018-10-02).

中国近年来文化产业的对外直接投资（FDI）发展迅猛，但仍旧依赖于人口红利所产生的低廉制造成本，竞争力体现在劳动密集型和中低技术含量的文化产品出口方面。与之相比，美国文化产业“抗危机性”极好，特别是在图书出版、文化与娱乐业方面有极强的全球竞争力，且优势进一步增大。

2. 文化产业对中国国际战略意义重大

从全球文化产业竞争的角度看，尽管以美国为首的发达国家拥有成熟完善的市场，但“一带一路”沿线区域则是发展迅速、空间巨大的新兴市场。因此，中国文化产业应抓住机遇，着力培育本国文化产业并积极拓展新兴市场、向发达国家学习文化产业发展的经验、防止以文化产业投资和服务为通道的强势外来文化入侵，维护民族文化特有性和独立性，巩固中国文化安全乃至国家安全，因此“文化产业”应纳入中方负面清单。

表 9 中国清单附件 2 第 X 页

部门	文化产业
保留条约义务	国民待遇、最惠国待遇
描述	投资 (1) 为实现该清单目的，“文化产业”与中国国家统计局“文化产业”标准一致^① (2) 根据中国与他国包含涉及文化合作和文化产业及相关活动合作协议的具体承诺，中国有权采取或维持任何措施，给予该国人相应的优惠待遇 (3) 为明确起见，政府资助的文化产业和文化活动推广不受本条约义务限制 (4) 为实现该条目的目的，“政府资助”是指不论所涉实体的性质如何，因其从事文化产业活动获得的税收减免、减少法定缴款、政府拨款、政府支持的贷款，或由政府提供担保、信托和保险

（三）对中方文化产业负面清单的建议

中美 BIT 涵盖的经济活动范围限于投资。在参考已有国家缔约实践的基础上：

（1）中方应效仿哥伦比亚、秘鲁等国，在界定“文化产业”外延的基础上整体保留；同时单独列出本国重点文化产业部门，将“文化产业”纳入清单附件 2，为应对新情况、采取新措施留有余地。

（2）中美双方首先应就文化产业涵盖的产业部门达成共识。中国《国民经济行业分类与代码（2011）》中的“文化、体育和娱乐业”^②与美国“文化产业”的范围比较契合，易被美方接受。作为建议选项，中国国家统计局对“文化产业”的界定全面、细致、合理，符合文化产业未来发展的需要；当然双方也可以考虑参考联合国《国际标准产业分类（ISIC Rev.4）》。

（3）文化产业具体部门是否纳入中方负面清单，将取决于该产业对中美经济现在和未来的影响力、中美相关产业的政策倾向、中方负面清单总容量等因素。鉴于

① 国家统计局. 文化及相关产业分类2012 [EB/R]. http://culture.gmw.cn/2013-08/28/content_8725459_2.htm. (2017-05-15).

② 国民经济行业分类与代码(GB/T4754-2011) [EB/S]. <http://www.stats.gov.cn/tjsj/tjbz/hyflbz/>. (2017-02-06).

双方负面清单的对价关系，中方负面清单无法象韩国负面清单一样，容纳十余项文化部门产业；如有必要，可将若干核心部门产业集结在一项清单上。

(4) 文化产业近年来发展迅猛，而美国有效的相关缔约实践止步于2012年美国—巴拿马FTA和2012年美国—卢旺达BIT。在《跨太平洋伙伴关系协定》框架下，几乎所有国家都在文化产业领域提出例外措施。例如，加拿大在文化产业领域针对国民待遇、最惠国待遇等义务提出多项部门产业例外；澳大利亚提出，在广播及视听、广告、现场演出领域内跨境服务和投资有采取或维持任何措施的权利；马来西亚提出，有权对书籍、期刊或报纸、艺术作品、电影、电视节目许可等产品在本国国内市场的进口和发行进行审查，以保证符合本国的公共道德标准。在借鉴他国经验的同时，中方应充分考虑到中美文化产业的差异性，必须明确未来产业引入新的不符措施的必要性，为未来产业的投资监管提供更大的灵活性。

(5) 随着中国向世界进一步开放市场，文化产业负面清单将从整体保护走向如美韩模式的特定部门保留，下一步应梳理现存的文化产业法律法规体系，并进行适当修改，以适应负面清单管理模式的需要。

参考文献：

- [1] 龚柏华. 中国(上海)自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析[J]. 世界贸易组织动态与研究, 2013,20(6).
- [2] 花建. “一带一路”战略与提升中国文化产业国际竞争力研究[J]. 同济大学学报(社会科学版), 2016, (5).
- [3] 黄晓燕. 美国FTA战略下视听服务领域内的文化例外条款研究[J]. 首都师范大学学报(社会科学版), 2016, (6).
- [4] 李康化. “一带一路”战略与中国文化产业发展[J]. 青海社会科学, 2016, (5).
- [5] 刘志华, 孙丽君. 中美文化产业行业分类标准及发展优势比较[J]. 经济社会体制比较, 2010, (1).
- [6] 钱晓萍. 国际投资市场准入“国民待遇与负面清单”研究[J]. 上海对外经贸大学学报, 2015,(4).
- [7] 钱晓萍. “少数民族事务”市场准入国际条约“负面清单”规则研究[J]. 中央民族大学学报(哲学社会科学版), 2015,42(1).
- [8] 王景云. 战后美国文化产业政策维护国家安全的实践及启示[J]. 国外社会科学, 2016,(2).
- [9] 张彬, 杜晓燕. 美国文化产业国际竞争力现状及影响因素分析[J]. 国际商务, 2012,(4).

Negative List for the Cultural Industry Protection in US FTA: From the Perspective of China' Offer

QIAN Xiaoping

Abstract: The United States and its FTA contracting states include the cultural industry in their negative lists, to exclude treaty obligations, to set up institutional barriers and restrict the market opening. It is a new path to solve the contradiction between cultural globalization and nationalization to achieve cultural independence and diversity. Cultural industry is of great significance to its global strategy. Meanwhile its does not have a competitive advantage compared with that of the United States. Therefore, it should be properly included in the negative list of China in the Sino-US BIT for promoting its development and enhancing its international competitiveness.

Keywords: cultural industry; US FTA; negative list; industry protection; China's position

(责任编辑: 金孝柏)