


國立政治大學國際貿易研究所碩士論文

指導教授：楊光華 博士

文化多樣性公約對於 GATS  
視聽服務之影響



研究生：賴志倫 撰

中華民國九十五年十月

## 謝 辭

「寫文章這種作業，是在對無法改變的自己與包圍自己的事物間之距離，進行某種確認。必要的不是感性，而是一把尺。」

*Derek Heartfield (1963)*

寫作這篇論文是一趟難忘的旅程，路途上的果實甜過蜜糖，苦澀亦勝於巧克力。文化與藝術向來是我心所屬，但藉由這篇研究，我對於自己的世界有了新的體悟，也領略到學術的深廣。更重要的是，我正慢慢地學會如何將自己所學奉獻於社會。

感謝楊光華老師引領我進行智識上的試驗，並為我開創了工作上的視野，我銘感在心。感謝政大國貿所國貿法組的同學和學長姐們，兩年的相互砥礪使我在學習路上不覺孤獨。感謝工作上的同事們對我的愛護，一年三個月的日子裡我覺得自己更加茁壯。感謝朋友們對我的關懷，友情的支持讓我在生活裡可以時時感到自在。感謝我的爸媽、兩位姊姊和家人，因為有家人的信任和無條件的愛，我覺得自己是完整的。最後我要感謝我自己——在寫作過程中遇到瓶頸時，我常在電腦前發呆一整天，或在入睡前冥想電影和小說的情節來放鬆自己，不管我如何想盡辦法逃離現實，最後我總能抑制自己心裡的惡魔，甚或是孤寂，再回到現實裡，而所為的即是完成這篇我對世界的小小「宣言」。

我想再也沒有一件事比戰勝自己又能完成創作更令人值得高興了！該為此舉杯慶祝一番！

## 摘要

聯合國教科文組織於二〇〇五年十月二十日通過文化多樣性公約。從談判歷史觀之，「文化多樣性」似乎是歐盟會員國於烏拉圭回合時在 GATS 下倡議「文化例外」之延續，也因此公約通過後，主張貿易自由化之一方擔心公約將限制貿易，而與 GATS 產生衝突；另一方面，主張文化保護之一方則認為公約可助其在 GATS 下續行推動「文化例外」，亦即將視聽服務排除 GATS 之適用。

本文研究之目的係在探討文化多樣性公約對於 GATS 視聽服務之影響。首先，本文就文化多樣性公約下的重要規定進行研析，並以視聽服務為論述核心，探討公約與 GATS 間的可能衝突。在綜合考量規範衝突及談判現況後，本文最後試評估公約對於 GATS 視聽服務之影響，並提出對未來視聽服務談判之展望。

公約下的義務，由於締約國在履行上多保有裁量權，解釋上尚難構成貿易限制或具歧視性；另一方面由於 GATS 規範極具彈性，WTO 會員國本不負絕對的特定承諾義務。依此，公約與 GATS 發生衝突發生之可能性並不大。至於公約的權利規定，或有違反 GATS 義務之虞，惟由於締約國可選擇不行使公約權利而履行 GATS 義務，因此公約權利與 GATS 義務的衝突得以事先避免。

由於公約對 GATS 之衝擊有限，再加上公約將可提供一個文化議題協商之平台，公約或可紓解 WTO 會員國對於文化保護之關切，進而摒除彼等國家在 GATS 下基於文化保護而不願開放之疑慮。依此，本文研判公約對於 GATS 視聽服務自由化將是助力，有助於視聽服務談判之進行。鑒於 GATS 下並無文化一般例外以調和兩套規範，本文建議未來在 WTO 下可透過增訂「部長決議」，要求 WTO 會員國於解釋並適用 GATS 規定時應將公約之相關規定列入考量，俾達成公約與 GATS 間相互支持之目標。

**關鍵字：**文化多樣性公約、服務貿易總協定、規範衝突、文化多樣性、  
文化例外、視聽服務

# **The Impact of Convention on Cultural Diversity on the Audiovisual Services under the GATS**

## **Abstract**

On 20 October 2005, the UNESCO General Conference approved the “Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions.” Judging by the negotiating history, “cultural diversity” appears to be the continuation of “cultural exception” invoked by the European Communities under the GATS negotiations during the Uruguay Round. Therefore, after the Convention is approved, free trade supporters worry that the convention might restrict trade and conflict with the GATS rules. On the other hand, cultural protectionists argue that the Convention has merits in moving forward “cultural exception,” i.e. to prohibit the application of the GATS rules on the audiovisual services.

The objective of the thesis is to analyze the impact of the Convention on the audiovisual services under the GATS. The thesis first studies the rules under the Convention and discusses potential conflicts between the Convention and the GATS in terms of audiovisual services. Considering both the conflicts of norms and current negotiations, the thesis attempts to assess the impact of the Convention on the audiovisual services and forecast the future of negotiations on the audiovisual services under the GATS.

The obligations of the Convention may not be easy to be interpreted as trade restrictions or discriminations because States Parties can mostly reserve their rights to perform. On the other hand, GATS rules is so flexible that WTO Members need not make specific commitments under the GATS. Accordingly, the possibility of conflicts is not high. Though the rights of the Convention might be contradictory to the obligations of the GATS, States Parties can choose to perform their obligations of the GATS rather than exercise their rights of the Convention in order to preclude the existence of the conflicts.

The Convention only has limited impact on the GATS. In addition, the Convention provides a forum of negotiations on cultural issues so that it might smooth over WTO Member’s concern with cultural protection and remove their doubts of liberalization on the basis of cultural protection. Judging from this, the Convention can give a boost to the liberalization of audiovisual services

and facilitate the negotiations. In light of the fact that there is no general exception clauses of cultural protection under the GATS to harmonize the two international instruments, this thesis suggests that “Ministerial Decision” be adopted to request WTO Members to take relevant rules of the Convention into consideration when interpreting and applying the GATS rules in order to achieve the goal of mutual supportiveness between the Convention and the GATS.

**Keywords:** Convention on cultural diversity, General Agreement on Trade in Services, conflicts of norms, cultural diversity, cultural exception, audiovisual services

# 目次

壹、前言.....	8
一、研究背景與動機.....	8
二、研究方法與架構.....	9
貳、文化多樣性公約.....	10
一、架構與適用範圍.....	10
二、基本規範.....	11
(一) 締約國的權利.....	11
1. 制訂文化政策.....	12
2. 保護文化表現.....	13
(二) 締約國的義務.....	15
1. 境內的義務.....	18
(1) 促進文化表現.....	18
(2) 資訊共享與透明化.....	20
(3) 教育和提升公眾認知.....	20
(4) 鼓勵公民社會參與.....	21
2. 境外的義務.....	22
(1) 締約國「應致力於」或「應鼓勵」特定事項者.....	23
(2) 提供開發中國家優惠待遇.....	24
(3) 提供援助.....	25
三、爭端解決程序.....	25
(一) 公約的爭端解決程序.....	26
(二) 公約是否與國際法院發生管轄權衝突？.....	27
(三) 個人或團體在爭端下的權利.....	28
四、公約與其他協定之關係.....	29
參、文化多樣性公約與GATS之關係.....	30
一、公約與GATS之可能衝突.....	30
(一) GATS義務規範具有彈性.....	30
(二) 公約義務與GATS義務之衝突.....	31
1. 違反GATS國民待遇.....	31
2. 違反GATS最惠國待遇.....	32
(三) 公約權利與GATS義務之衝突.....	33
二、公約之衝突法則.....	34
三、在GATS下處理文化貿易衝突.....	37
(一) 在GATS下主張公約適用之可能情況.....	38
(二) 參考GATT/WTO環保貿易爭端之案例發展.....	38
(三) GATS一般例外不包括文化保護.....	39

四、小結.....	40
肆、GATS視聽服務談判未來之展望.....	41
一、視聽服務之範圍及談判背景爭議.....	41
(一) 視聽服務之範圍.....	41
1. 電影及錄影帶製作及配銷服務.....	41
2. 電影放映服務.....	42
3. 廣播及電視服務.....	42
4. 廣播及電視傳送服務.....	42
5. 錄音.....	42
6. 其他.....	43
(二) 視聽服務談判之背景爭議.....	43
二、視聽服務談判之重要倡議.....	43
(一) 視聽服務重新分類.....	44
1. 視聽服務重新分類與文化保護之關連.....	44
2. 視聽服務重新分類無助於進一步自由化.....	45
(二) 視聽服務應排除GATS之適用.....	45
1. 排除視聽服務之正當性.....	46
2. 視聽服務不宜排除之理由.....	46
3. GATS發展文化例外的可行性.....	47
(1) 視聽服務不可能完全排除.....	47
(2) 訂立視聽服務附件欠缺共識.....	47
(3) 發展文化一般例外條款欠缺誘因.....	48
(三) 制訂文化多樣性防衛條款.....	49
1. 會員國之提案.....	50
2. 制訂文化多樣性防衛條款的可行性.....	50
(1) 文化多樣性防衛條款之要件有待商榷.....	51
(2) 暫時性措施難以達成文化保護之目的.....	52
(四) 制訂服務補貼規範.....	52
1. 會員國之提案.....	52
2. 是否有必要制訂服務補貼規範？.....	53
3. 制訂補貼規範對於視聽服務談判的影響.....	53
(五) 不同倡議間之相互關連.....	54
三、公約為視聽服務談判之困境另啓一扇窗.....	56
(一) 文化保護與貿易自由化無必然衝突.....	56
(二) 公約提供文化議題協商之平台.....	56
(三) 公約與GATS之相互支持.....	57
伍、結論.....	59
參考文獻.....	60

# 壹、前言

## 一、研究背景與動機

聯合國教科文組織 (United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, 以下簡稱UNESCO) 於二〇〇五年十月二十日通過「保護和促進文化表現多樣性公約」(Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 以下簡稱文化多樣性公約或公約)。公約將於第三十個締約國的批准書交存(deposit)至UNESCO之日起的三個月後正式生效<sup>1</sup>。自公約通過後至二〇〇六年十月前, 共計有十三個國家將批准書交存至UNESCO<sup>2</sup>。

儘管美國極力反對, 以加拿大和法國為首的會員國仍以壓倒性的多數通過該公約。贊成與反對之票數差距懸殊, 一百五十四個參與投票的國家中, 共有一百四十八個會員國表示贊成, 僅美國與以色列反對。另有四個國家棄權, 分別為澳洲、尼加拉瓜、宏都拉斯及賴比瑞亞<sup>3</sup>。支持該公約的會員國認為公約可助其抵禦美國文化霸權的侵略, 俾其將文化相關部門排除國際貿易規範之適用<sup>4</sup>。反對該公約的美國則批評公約內容「有嚴重的瑕疵、模稜兩可且相互矛盾。」美國主張, 該公約不但限制貿易, 甚至有可能為締約國所濫用而侵害人權與言論自由<sup>5</sup>。

美、法兩方在公約表決上的不同立場, 及兩國政府後續在國際上之發言, 某種程度上似乎隱含著文化與貿易之爭執與對立。文化保護與貿易自由化之間, 是否存在衝突? 國際貿易規範是否對文化發展構成威脅? 文化多樣性公約又是否對自由貿易形成限制? 本文研究之動機即在釐清上述之問題。

然而, 以公約為主軸探討文化與貿易之爭, 在研究的主題上宜進行篩檢, 原因在於與文化多樣性公約相關之國際貿易規範相當多, 像是WTO下

---

<sup>1</sup> 公約, 第二十九條第一項。

<sup>2</sup> 這十三個國家依交存批准書日之順序, 分別為: 加拿大、模里西斯、墨西哥、羅馬尼亞、摩納哥、玻利維亞、吉布地、克羅埃西亞、多哥、白俄羅斯、馬達加斯加、布吉那法索、摩爾多瓦共和國。 <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha> > (last visited 10/16/2006)

<sup>3</sup> Tania Voon, *UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures*, 55(3) International and Comparative Law Quarterly 635 (2006) <<http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf>> (last visited 10/16/2006)

<sup>4</sup> Frances Williams, *US Isolated over Cultural Diversity*, <<http://www.ft.com/cms/s/09155628-40c9-11da-b3f9-00000e2511c8.html> > (last visited 10/16/2006)

<sup>5</sup> United States Mission to UNESCO, *UNESCO Convention Could Limit Freedom of Cultural Expressions and Trade*, <<http://usmission.ch/Press2005/2010Oliver.htm>> (last visited 10/16/2006)



的GATT、GATS或TRIPS皆可能因為涉及文化貨品或服務而與公約規範間產生競合之處。本文所欲探討之主題僅限於公約對於GATS視聽服務之影響，蓋自文化多樣性公約制訂之背景可知，公約與WTO下GATS視聽服務談判之歷史有極大之關連。有論者認為，文化多樣性公約可被視為是歐盟和加拿大等會員國在GATS下倡議「文化例外」失敗後，於UNESCO下另闢戰場所贏得之勝利<sup>6</sup>。所謂「文化例外」，指的其實是烏拉圭回合時GATT會員國在視聽服務談判上之主張。當時在針對GATS談判之過程中，以歐盟為首之會員國主張「文化例外」，也就是視聽服務不應受GATS規範，其理由為視聽服務扮演保存與發揚固有語言、國家歷史及文化傳統之角色，所涉及為文化問題，而非貿易問題；另一方面，以美國為首之會員國則主張視聽服務無異於其他服務，自應受GATS規範，尚且GATS規定具有極大的彈性，會員國並無承諾視聽服務之絕對義務<sup>7</sup>。

鑒於視聽服務的自由化至今仍有其困難，自WTO成立以來僅有少數的會員國在GATS下對視聽服務提出特定承諾<sup>8</sup>，未來文化多樣性公約對於此部門之進一步自由化究係阻力或助力，即值得本文加以探究。

## 二、研究方法與架構

本文係採法實證之研究。首先透過法律解釋以研析公約之基本規範，若對於規範意旨有不明之處，則採立法解釋。其次，本文將以法律競合之角度探討公約與GATS間之關係，並以視聽服務為論述核心。最後，本文在綜合考量規範衝突及國際現實後，將就公約對GATS視聽服務談判之影響進行評估。

在本文的研究架構方面，除第壹章前言之外，第貳章將先就文化多樣性公約下的重要規定進行研析。第參章則根據第貳章公約基本規範之論述為基礎，以視聽服務為核心，探討公約與GATS間的可能衝突。第肆章則將介紹GATS視聽服務談判之現況，並在綜合考量衝突分析及談判現實後，評估文化多樣性公約對於GATS視聽服務之影響，並試提出對未來視聽服務談判之展望。

---

<sup>6</sup> Julio Godoy, *UNESCO Adopts Convention to Protect Diversity* <[http://www.choike.org/nuevo\\_eng/informes/3506.html](http://www.choike.org/nuevo_eng/informes/3506.html)> (last visited 10/16/2006).

<sup>7</sup> 張新平，視聽服務有關問題之探討，「世界貿易組織下之服務貿易」，元照出版社，頁354-358，1996年。

<sup>8</sup> 依秘書處文件JOB(05)/192，至今僅有二十六個會員國在GATS下對視聽部門提出特定承諾。*Audiovisual Services: Information Note by the Secretariat*, WTO Doc. JOB(05)/192 (19 September 2005)。

## 貳、文化多樣性公約

本文所關切的主題為文化多樣性公約對於 GATS 視聽服務之影響，在研析其影響之前，有必要先對公約之內容有所瞭解。以下本章將先介紹公約的架構與適用範圍，而締約國的權利義務規定，由於可能與 GATS 基本規範產生競合之處，故為本章論述之重點。針對締約國未履行義務或是濫用權利之問題，可透過公約的爭端解決程序尋求解決，因此公約的爭端解決程序亦有說明之必要。本章最後將討論公約與其他國際協定之關係，說明公約的衝突處理法則。

### 一、架構與適用範圍

文化多樣性公約包括前言、本文和附件三大部分。本文由七個章節組成，分別為目標與指導原則、適用範圍、定義、締約國的權利義務、公約與其他文件的關係、公約的組織及最終條款，共計三十五條。附件為調解程序之規定。

公約的第一章為目標與原則（第一、二條），其目的係解釋公約制訂的理由，並說明其宗旨。第二章規定公約的適用範圍（第三條）。第三章則定義條文中的特定名詞（第四條）。第四章為締約國的權利與義務（第五條至第十九條），是公約重要的實體規範。第五章規範公約與其他文件之關係（第二十條和第二十一條），為公約與其他協定間發生實體規範衝突時，提供處理之準則。第六、七章主要為程序性規範，包括公約的組織、加入和退出公約、條文修正和爭端解決等規定。附件則規範調解程序，當爭端當事國要求進行調解時，應遵循附件之規定。

公約適用於「締約國所採取有關保護和促進文化表現多樣性的政策與措施<sup>9</sup>」，像是電影放映配額、獎勵投資國產電影的稅賦減免措施、保存國家古蹟的法令、國家典藏的數位化計畫<sup>10</sup>、地方政府舉辦的文化觀光季活動等措施，皆屬於公約適用的範圍。

上述有公約適用之政策與措施，若產生影響貿易之效果，即可能與 WTO 協定產生關連，例如：GATT 第四條電影片特別條款、GATT 第三條第十項內地數量規章於電影片放映之國民待遇例外、GATT 第二十條 f 款為保護有藝術、歷史、或考古價值之國家寶物(national treasures)之一般例外、GATS 第二條最惠國待遇、GATS 第十六條市場開放、GATS 第十七條國民待遇等條文，皆涉及文化貨品和服務而可能與公約產生規範競合之處。

---

<sup>9</sup> 公約，第三條。

<sup>10</sup> 像是將故宮博物院典藏的翠玉白菜，運用電腦動畫技術建立 3D 模型，俾藝術教育課程使用。

事實上，GATT 的起草者對於文化與貿易之潛在衝突早有體認。由於好萊塢自一九二〇年代起即在全球的電影工業佔有領導地位，歐洲各國為保護本國的電影工業，主張應允許 GATT 締約國對已沖印之電影片設立放映配額，以限制外國影片進口，GATT 第四條電影片特殊條款即是當時時空背景下之產物。在烏拉圭回合談判時，美國與歐盟兩大陣營對於視聽服務應否排除 GATS 適用而採對立之立場，最後視聽服務雖被納入 GATS 之架構，但長久以來，以歐盟為首之會員國以文化保護為由，不願對視聽服務自由化。在這樣的歷史背景下，視聽服務自由化成為 GATS 談判中一個棘手的問題。

本文將專探討公約與 GATS 之關係，並以視聽服務為論述核心，此主要係考量到自烏拉圭回合起，視聽服務貿易之自由化即存有極大之爭議。鑒於視聽服務已被納入 GATS 服務貿易自由化之框架中，WTO 會員國雖無承諾視聽服務之絕對義務，充其量只是無立即自由化之壓力，基於談判之妥協和漸進式自由化之原則（GATS 第十九條第一項），會員國可能終究需對視聽服務自由化<sup>11</sup>。爰此，UNESCO 文化多樣性公約將對於未來視聽服務貿易之談判產生如何的影響，即成為本文關切之問題。在就相關影響進行研析之前，吾人應先瞭解公約的基本規範。

## 二、基本規範

公約第四章為基本規範，列有締約國權利義務的一般性規定和個別規定，一般性規定應適用於個別規定。

根據權利義務的一般性規定，在遵守聯合國憲章、國際法原則以及普世認可的人權文件的前提下，締約國為了保護並促進文化表現的多樣性，並強化國際合作，享有採取文化政策和措施的主權。締約國為保護並促進文化表現多樣性所採取之各項文化政策與措施，應符合公約之規定<sup>12</sup>。

有關締約國權利義務的個別規定，以下將分成「締約國的權利」與「締約國的義務」二個部分論述。

### （一）締約國的權利

公約下締約國的權利包括制訂文化政策（第六條）和保護文化表現（第八條）。彼等規定皆屬於境內的權利，締約國可自行選擇是否採取各規定下的相關措施。

---

<sup>11</sup> 彭心儀，視聽服務貿易自由化下之文化政策爭議，台大法學論叢第三十三卷第四期，頁 56，2004 年 7 月。

<sup>12</sup> 公約，第五條。

## 1. 制訂文化政策

公約第六條係締約國個別權利義務的核心規定。締約國在公約所定義的文化政策和措施範圍內，得在其境內採取措施以保護並促進文化表現多樣性<sup>13</sup>。由於各國的文化發展情況相異，締約國於考量其自身的情況與需求後，可自行決定措施的內容，不限於公約所例示者。

依照公約之規定，締約國採取的措施可包括：(a)為保護並促進文化表現多樣性的管制性措施；(b)在本國境內以適當方式為本國的文化活動、貨品和服務提供創作、生產、散播、經銷和欣賞的機會所採取的措施，包括語言使用的相關規定；(c)為國內的獨立文化產業與非正式部門活動提供有效獲取文化活動、貨品和服務的生產、散播和經銷方法所採取的措施；(d)提供公共財政補助的措施；(e)鼓勵非營利組織、公共和私人機構、藝術家和其他文化專業人士發展和促進思想、文化表現、文化活動、貨品和服務的自由交流和流通，並在這些活動中激勵創新和企業精神；(f)建立並適當支持公共機構的措施；(g)培育並支持藝術家和其他參與文化表現創作人士的措施；(h)加強媒體多樣性的措施，包括透過公共廣播服務<sup>14</sup>。

公約第六條第二項所例示之措施，解釋上不必然構成限制或具歧視性。舉例而言，該條項 a 款允許締約國採取「為保護並促進文化表現多樣性的管制性措施」，可能的情況像是設立配額、或進行視聽內容的道德管制，前者將限制市場開放，後者則可能僅涉及一國的國內規章。另外，同條項 d 款允許締約國採取「提供公共財政補助之措施」，也就是透過補貼扶助文化創作，此不必然即為歧視性補貼。爰此，公約第六條時不必然與自由化原則相違，而毋寧是對各國在文化主權上的肯認。各國基於主權，本有權利制訂各項文化政策。

然而，經濟學家對文化政策進行經濟分析時，則注意到某些情況下彼等政策可能對一國的整體福利帶來負面影響。有論者提出一國政府在國內文化產業發生市場失靈時，可能會採取干預性的手段為本國的文化發展提供保護。市場失靈的原因可能是：廠商獨佔、消費者與廠商間對於文化商品的資訊不對稱、消費者與廠商未考量文化商品的外部性等因素造成，其中尤以文化商品的外部性受到最多討論<sup>15</sup>。主張政府有權進行干預者，多強調文化商品屬於族群的遺產，具有提升國家認同和社會參與之功能，對社會而言具有正面的外部性，應被視為整體福利(collective benefit)，惟市場上需求的一方若是未能將該外部性列入考量，而僅考量個人福利(private benefit)時，將造成文化商品的供需未達最適平衡，而可能發生市場失靈的情況。於此情況下，政府透過干預（像是補貼）可矯正市場失靈。另一方

---

<sup>13</sup> 公約，第六條第一項。

<sup>14</sup> 公約，第六條第二項。

<sup>15</sup> James Heilbrun & Charles M. Gray, *THE ECONOMICS OF ART AND CULTURE* 222-230 (2001).

面，反對政府採行干預政策者，則主張由於文化商品的外部性不易衡量，因此一旦政府干預的程度超出最適範圍（像是超額補貼），反而會減低社會福利。

綜上所述，當文化產業發生市場失靈的情況時，政府可能會面臨到一個兩難的局面：採取文化政策雖有助於凝聚國族的集體意識與價值觀，另一方面彼等政策若是為境內不具競爭力的文化產業提供貿易保護，其結果將造成社會福利降低<sup>16</sup>。以視聽服務為例，締約國為振興本國電影文化，可能對國內業者進行補貼（第六條第二項d款），像是採取對電影票或DVD課稅、要求電視台經營者提撥一定比例的投資淨利等措施，將所得資金挹注於本國青年導演培訓或國片製作，這些財政補助雖有助於推廣文化交流和培育藝術創作者，卻可能改變市場上服務提供的競爭條件，甚或具有貿易扭曲之效果。

此外，政府在採行文化政策時，由於涉及資源之分配，國內各個不同文化的團體或個人皆可能競逐資源。於此情況下，政府在受到各界遊說之壓力下，可能會傾向將利益分配給國內較為強勢的文化團體或個人，而未能將資源進行最有效率的分配。

綜上，雖然公約第六條考量到各國的文化發展情形不盡相同，故允許締約國自行制訂文化政策，但一旦締約國濫用此權利進行市場干預，在特定情況下，文化政策可能淪為產業保護之工具而減低社會福利。而一國政府在遊說壓力下，該國的文化資源亦可能產生分配不均之結果。

## 2. 保護文化表現

依照公約，締約國在境內文化面臨「受失傳危險、嚴重威脅或其他需要緊急防衛的特殊情況」（“at risk of extinction, under serious threat, or otherwise in need of urgent safeguarding”，以下簡稱緊急情況），得採取保護文化表現之措施。締約國可自行認定緊急情況，且在符合公約規定的前提下得採取任何適當的措施以保護和保存文化表現，惟締約國應向政府間委員會報告其採取之緊急措施，委員會並得對締約國提出適當的建議<sup>17</sup>。

首先，關於緊急情況應如何解釋，公約並未定義，故締約國可自行認定何者屬於得採取文化保護措施之情況。公約之所以採如是規定，可能是因為所謂「失傳危險」、「嚴重威脅」等用語皆屬於不確定法律概念，似難建立一套客觀化的標準以資遵循。再者，一國文化表現受威脅的情況各不相同，可能是種族內戰、環境破壞、殖民化的歷史過程等各種因素所造成，故宜由各締約國依具體情況自行認定之。有關緊急情況下之定義，未來締約國若在解釋和適用上產生疑問時，或可參考UNESCO下其他現行公約之

---

<sup>16</sup> David Throsby, *ECONOMICS AND CULTURE* 139-141 (2001).

<sup>17</sup> 公約，第八條。

規定，像是保護世界文化和自然遺產公約(Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage，以下簡稱世界遺產公約)。依照世界遺產公約第十一條第四項之規定，應列入世界瀕危遺產名單(List of World Heritage in Danger)之文化和自然遺產，其「受嚴重和特定危險所威脅」(threatened by serious and specific danger)的情況包括：加速破壞、大規模公共或私人工程計畫和迅速的城市或旅遊發展計畫所造成的滅絕、土地的使用或所有權變動所造成的破壞、未知原因造成的重大變化等情況<sup>18</sup>。此規定應可作為未來締約國認定第八條緊急情況之參考。

其次，對於境內文化發生緊急情況，締約國依規定得採取任何適當的措施。具體的文化保護措施像是修復和保存古蹟、為逐漸凋零的文化建立口述歷史、教育少數民族學習失傳的母語等。惟彼等措施亦屬於一國的文化政策，依照公約第六條，締約國「為保護並促進文化表現多樣性」，本有制訂文化政策之權利。因此，在公約已訂有第六條規定的情況下，第八條是否仍有規範之必要？更明確的來說，公約既已於第六條允許締約國考量其自身的情況與需求後，得自行制訂文化政策，為何還需要另訂第八條以肯認締約國採取文化保護措施之權利？針對此問題，唯一可能的解釋是，第八條中締約國為因應緊急情況所採取的「文化保護措施」，並不為第六條「締約國得採取之措施」所涵蓋，然此一解釋並不合理，蓋第六條係例示規定，解釋上締約國本可自行決定措施之內容，並不限於該條所例示者。依此，在公約已訂有第六條的情況下，第八條有關文化保護措施之權利規定似顯多餘。

上述有關重複規定之疑問，或許可從公約第八條的制訂過程中獲得解答。依照「保護文化內容和藝術表現公約之初步草稿」(“Preliminary Draft of the Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions”，以下簡稱公約初稿)第八條，締約國原負有保護文化表現之「義務」<sup>19</sup>，而非如現行公約係屬於締約國之「權利」。惟在會員國就公約初稿協商的過程中，各國對於保護文化表現是否應列為締約國之義

<sup>18</sup> 世界遺產公約第十一條第四項：

Article 11.4:

“...The list may include only such property forming part of the cultural and natural heritage as is threatened by serious and specific dangers, such as the threat of disappearance caused by accelerated deterioration, large-scale public or private projects or rapid urban or tourist development projects; destruction caused by changes in the use or ownership of the land; major alterations due to unknown causes; abandonment for any reason whatsoever; the outbreak or the threat of an armed conflict; calamities and cataclysms; serious fires, earthquakes, landslides; volcanic eruptions; changes in water level, floods and tidal waves....”

<sup>19</sup> 公約初稿第八條：

*Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions* [hereafter *Preliminary Draft*], UNESCO Doc. CLT/CPD/2004/CONF-201/2 (July 2004)

Article 8 - Obligation to protect vulnerable forms of cultural expression

“ If some cultural expressions are deemed to be vulnerable to or threatened by the possibility of extinction or serious curtailment (hereafter referred to as “situations”), States Parties shall take appropriate measures to protect the diversity of cultural expressions within their territory...”

務存有歧見。雖有會員國肯認制訂第八條的必要性，但亦有會員國擔心，若課予締約國保護文化之義務，可能會對締約國在第六條下制訂文化政策的權利造成限制<sup>20</sup>。此外，公約第八條的「緊急情況」係採取文化保護措施的前提要件，攸關締約國是否負有保護文化表現之義務，但在協商過程中，針對「緊急情況」應如何定義、由何者定義、如何量化及適用等問題，會員國遲未能達成共識。爰此，最後在各會員國的妥協與讓步下，公約第八條採折衷的方式規定，即公約雖將保護文化表現列入規範事項，卻不課予締約國相關之義務。

然而，公約第八條在去義務化後，是否仍能有效達成其規範之目的似有疑問。蓋一國境內特定族群的文化之所以面臨失傳危險或嚴重威脅，可能是政府的文化政策不彰所致，像是阿富汗的塔利班政府坐視民兵摧毀佛教古蹟，或是盧安達的胡圖族政府對境內弱勢的圖契族進行屠殺導致部落方言失傳等情形，皆為政府刻意忽略維繫境內文化多樣性所造成的問題。試問：當一國政府不重視境內文化表現，甚或政府才是破壞文化的元兇時，如何期待締約國於文化受失傳危險或嚴重威脅時，依公約第八條規定主動採取文化保護措施？針對此一問題，未來公約或可透過修法，賦予其他締約國向公約組織提報之權利，由公約主動介入以保護受失傳危險或嚴重威脅的文化表現。

## （二）締約國的義務

公約下締約國所負之義務可分為「境內的義務」和「境外的義務」，以下本文將依此分類就個別義務規定進行論述。惟在論述個別義務規定之前，宜先行說明的是：公約中要求締約國「應致力於」(shall endeavour to)特定事項者，是否應歸類為締約國之義務？與締約國「應致力於」之規定相關者包括：肯認藝術工作者的重要貢獻（第七條）；加強雙邊、區域和國際合作（第十二條）；將文化納入其各級發展政策，以創造有利於永續發展的條件（第十三條）等條文。

關於「應致力於」特定事項之規定應如何解釋，公約既未定義，亦無國際習慣法或一般國際法原則之適用。參考學者之見解，有論者認為彼等規定是否應被視為法律上的義務仍有待商榷，其主張彼等義務履行之程度與方式既保留由各締約國自行決定，可推知締約國於締結條約時並無意圖(intention)使彼等義務發生法律上之效力。該論者更以一假想情況來強化其論點，其指出凡法律義務之履行皆可經由司法審查(determinable judicially)。然而，針對「應致力於」特定事項之規定，由於締約國可自行決定何時履行及履行至何種程度，一旦締約國與國際法院間對於彼等規定

---

<sup>20</sup> *First Session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions Annex III*, UNESCO Doc. CLT-2004/CONF.201/9 (November 2004).

履行發生認定不一致的情況時，締約國即可主張系爭事項屬於得裁量之範圍，進而爭執法院的審判權，甚或逕行拒絕法院裁決之適用。依此，締約國於締約時既無意圖使彼等規定發生國際法之效力，且彼等規定在適用上可能排除司法審查，由此可知「應致力於」特定事項之規定不應被視為義務，而毋寧是締約國對特定政策所作之聲明(declaration)、或是對特定協議表示善意(goodwill)<sup>21</sup>。

另一方面，有論者認為彼等規定本質上屬於義務，惟締約國對於義務履行的程度與方式保留裁量權，其主張為：締約國既簽署特定的條約，即應受條約下的規定所拘束。彼等規定要求締約國「應致力於」特定事項，雖削弱(dilute)義務的程度，但不表示締約國對條約所要求之事項完全不負有義務，也就是說「義務是否存在」和「義務履行之程度」應作區別，締約國得裁量者為後者，而非前者<sup>22</sup>。

除學理上的討論外，觀察實務上國際爭端案例之發展，國際法院未曾就「應致力於」特定事項之規定進行解釋。惟值得注意的是，澳洲高等法院過去的一項判決，其承審法官曾於協同意見書中對彼等規定是否應被視為國際法之義務作出認定。內國法院的判決本不具有國際法源之效力，故該協同意見不具任何國際法之地位。但在該協同意見中，承審法官對彼等規定應否視為義務提出法理上的解釋，其對於研析相關條約規定時具有一定的參考價值。以下將就此進行說明。

澳洲高等法院(High Court of Australia)的法官曾在*Commonwealth v. Tasmania*<sup>23</sup>一案中認定：國際條約中「應致力於」特定事項之規定，雖允許締約國對履行之程度與方式有裁量權，但仍應視為義務。本案背景源於澳洲的塔斯馬尼亞(Tasmania)省為實行水力發電計畫，於1982年由省議會立法通過由省屬水力發電委員會於其境內的高登河(Gordon River)水域建築水壩。同年，澳洲聯邦政府依其已簽署之「世界遺產公約」，將高登河所屬之西塔斯馬尼亞野外國家公園(Western Tasmania Wilderness National Parks)列為世界的文化和自然遺產(cultural and natural heritage)，並於次年由聯邦議會立法通過1983年世界遺產保存法(World Heritage Properties Conservation Act 1983)，禁止塔斯馬尼亞省於高登河水域從事營造與開鑿等工作。塔斯馬尼亞省辯稱，依照澳洲憲法聯邦議會並無制訂該法律之權限。聯邦政府與塔斯馬尼亞省分於1983年5月和6月向澳洲高等法院提起訴訟，由於系爭者屬同一事項，高等法院採併案審理。

本案之主要爭點為：澳洲聯邦議會所制訂之1983年世界遺產保存法，

---

<sup>21</sup> J. E. S. Fawcett, *The Legal Character of International Agreements*, 30 *British Yearbook of International Law* 381, 390-392 (1953).

<sup>22</sup> Marc McC. Denhez, *Pacta Sunt Servanda: Reinterpreting the World Heritage Convention*, in *Old Cultures in New Worlds* (8th General Assembly and International Symposium, International Council on Monuments and Sites, Symposium Papers Vol. II) 869, 870 (Oct. 10-15, 1987) <<http://www.international.icomos.org/publications/wash115.pdf>> (last visited 10/16/2006).

<sup>23</sup> *Commonwealth v. Tasmania*, 46 *Australian Law Reports* [Austl. L.R.] 625 (1983).



是否因違背憲法授與之立法權而無效？聯邦政府主張，依照澳洲憲法第五十一條二十九款之規定，聯邦議會對於涉外事務具有制訂法律之權限<sup>24</sup>。塔斯馬尼亞省則主張，聯邦議會此舉已侵犯地方政府的立法權，超出憲法所授與之權限。於判定聯邦議會立法是否違憲之前，可能涉及一個先決問題有待釐清：聯邦議會之立法行為，是否應被視為係履行世界遺產公約第五條「應致力於」特定事項之義務？若高等法院認定聯邦議會立法係履行世界遺產公約義務而有憲法上涉外事務規定之適用，則該立法即不構成違憲。

關於此一先決問題，聯邦政府和塔斯馬尼亞省分別有不同的主張。依照世界遺產公約第五條，締約國為確保採取積極有效的措施以保護、保存和展示境內的文化和自然遺產，「應致力於」特定事項<sup>25</sup>。澳洲聯邦政府主張：立法禁止興建水壩之措施，屬於上述特定事項，因彼等事項包括「為鑑定、保護、保存、展示和修復遺產而採取...適當的法律措施」（世界遺產公約第五條d款）；塔斯馬尼亞省則抗辯該條款並非真正的義務，充其量只是具有政治意涵的聲明，不具有國際法的效力。

由於上述世界遺產公約的義務判定非本案的主要爭點，因此本案的判決並未就此事項作出認定。惟承審本案的其中一位梅森法官(Justice Mason)，於協同意見書中認定世界遺產公約第五條「應致力於」特定事項者應被視為義務。其表示：世界遺產公約第五條不應僅被解釋為「意向的聲明」(statement of intention)，蓋該條文以命令的形式(in the form of command)要求締約國「應致力於」各條款所規定之事項，毋寧是公約所加

---

<sup>24</sup> 澳洲憲法第五十一條第二十九款規定：

Article 51

“The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

...

(xxix.) External Affairs.”

<sup>25</sup> 世界遺產公約第五條規定：

Article 5

“To ensure that effective and active measures are taken for the protection, conservation and presentation of the cultural and natural heritage situated on its territory, each State Party to this Convention shall endeavor, in so far as possible, and as appropriate for each country:

(a) to adopt a general policy which aims to give the cultural and natural heritage a function in the life of the community and to integrate the protection of that heritage into comprehensive planning programmes;

(b) to set up within its territories, where such services do not exist, one or more services for the protection, conservation and presentation of the cultural and natural heritage with an appropriate staff and possessing the means to discharge their functions;

(c) to develop scientific and technical studies and research and to work out such operating methods as will make the State capable of counteracting the dangers that threaten its cultural or natural heritage;

(d) to take the appropriate legal, scientific, technical, administrative and financial measures necessary for the identification, protection, conservation, presentation and rehabilitation of this heritage; and

(e) to foster the establishment or development of national or regional centres for training in the protection, conservation and presentation of the cultural and natural heritage and to encourage scientific research in this field.”

諸締約國之義務。梅森法官進一步指出，締約國對於「履行義務方式」(manner of performance)行使裁量權，和對於「履行義務與否」(performance or non-performance)行使裁量權有所不同，解釋上二者應加以區辨<sup>26</sup>。

總結上述學者見解和內國法院判決，本文認為「應致力於」特定事項之規定宜解釋為義務，理由是彼等規定之目的係在要求締約國採取特定措施，即盡其最大努力完成條約所規定之事項。雖然締約國就履行之程度與方式保留裁量權，但此不表示締約國可選擇完全不履行義務，換句話說，「盡力為之」和「決定為與不為」應屬於不同的層次而有所區別，前者係義務但允許某種程度的悖離，後者則單純的是權利。至於有論者以締約國於締約時無意圖發生法律效力為由，說明「應致力於」特定事項之規定不屬於義務。本文認為依該論者之主張，一國即可逕行對其締結條約下的特定規定主張無效之意圖，此似有違維也納條約法公約(Vienna Convention on the Law of Treaties)中有關善意履行條約之原則，蓋一國既締結條約，條約之各項規定即應對該國產生拘束力，其不應以締約時不具有發生法律上效力之意圖為由，而任意不履行條約下的特定規定。

綜上，文化多樣性公約中「應致力於」特定事項之規定，雖允許締約國於履行時得為某種程度的主觀認定，而與一般的義務或有不同，但二者皆屬於公約下之義務，其差別之處僅在於締約國負擔義務程度之高低，故本文於研析公約個別義務規定時將一併論述之。

在釐清「應致力於」特定事項的規範性質後，以下本文將說明締約國的個別義務規定。公約的個別義務大致上可分為二類：「境內的義務」和「境外的義務」。前者包括：促進文化表現（第七條）、資訊共享與透明化（第九條和第十九條）、教育和提升公眾認知（第十條）和鼓勵公民社會參與（第十一條）；後者則皆係國際互助合作相關之規定（第十二條至第十八條）。

## 1. 境內的義務

### （1）促進文化表現

公約第七條係關於促進文化表現之規定。依該規定，締約國「應致力於」其境內創造環境以鼓勵個人和社會團體：(a)創作、生產、散播、經銷和接觸其自身的文化表現，並同時對婦女及不同社會團體（包括少數和原住民團體）的特殊情況與需求給予應有的重視；(b)接觸來自於本國境內和世界其他國家的多元文化表現<sup>27</sup>。此外，締約國亦「應致力於」肯認藝術家、參與創作的人士、文化團體和相關組織的重要貢獻，與其在培育文化

<sup>26</sup> *Commonwealth v. Tasmania*, 46 Austl. L.R. 625, 698 (1983).

<sup>27</sup> 公約，第七條第一項a、b款。

表現多樣性方面的核心作用<sup>28</sup>。

公約第七條第一項要求締約國「應致力於」創造一個多元文化的環境，俾境內所有的個人和團體得以表現其自身的文化，並同時接觸到境內其他族群和外國的文化，此符合公約第四條所謂「文化多樣性」的意涵，亦即讓「各團體和社群藉由各種方式表現其文化，像是透過藝術創作、製造、散播、經銷和消費等多元的形式」。為促進多元文化表現，一國境內各族群對於創作、生產、經銷等表現自身文化的方式，自應享有平等使用(equitable access)的機會，惟鑒於政府的資源有限，為免發生資源分配不均之情況，該條文特別要求締約國「應致力於」對於婦女和弱勢（少數和原住民團體等）文化給予應有之重視。

關於婦女和弱勢團體所創作之文化商品，像是女性主義文學、同性戀電影、原住民語的電視節目等，相較於國內的主流文化商品，其消費的族群可能僅限於少數，在市場上較難獲取製作所需資金或是商品行銷的管道，故公約第要求締約國應對婦女和弱勢團體之文化發展「給予應有的重視」(paying due attention)。惟就何謂「給予應有的重視」，公約未予其定義，故解釋上締約國可自行決定義務履行之內容，相關的措施包括：對製作原住民電視節目授予補助、或是制訂法律以保障女性創作者的工作權等。

此外，公約第七條第二項要求締約國「應致力於」肯認文化創作者對於文化表現多樣性的貢獻。關於該條文所規定的「肯認」(recognize)，由於公約未予其定義，故解釋上締約國可自行決定義務履行的內容。具體而言，市場機制若未能提供創作者足夠的產銷機會，締約國可藉由政策制訂以鼓勵創作者發展文化，像是提供國片輔導金、設立電影學校等視聽培訓機構。

綜上，公約第七條規範之目的係在要求締約國應創造多元文化的環境，並特別考量婦女、弱勢團體和文化創作者的權益。首先，就創造多元文化環境而言，在各國所具備的資源和能力皆不相同的情況下，似乎很難要求締約國應履行相同程度之義務。其次，因為該條文可能涉及敏感的國內政策議題，像是關於弱勢族群的權利保障、開放外國文化商品、或對外國創作者在本國就業和居留權的管制<sup>29</sup>等，故在課予締約國義務時宜保留其制訂相關政策的彈性。依此，公約第七條僅要求締約國「應致力於」上述事項，允許各國在履行義務的程度與方式上保有裁量權。

上述論點可自公約第七條之制訂過程中獲得佐證。公約初稿第七條<sup>30</sup>

<sup>28</sup> 公約，第七條第二項。

<sup>29</sup> *Second Meeting of Experts (Category VI) on the Preliminary Draft of an International Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions, Section III.3.2.*, UNESCO Doc. CLT/CPT/2004/602/6 (May 2004)

<sup>30</sup> 公約初稿第七條：

*Preliminary Draft Article 7 – Obligations to promote the diversity of cultural expressions*

“ 1. State Parties shall provide all individuals in their territory with opportunities:

未如現行公約第七條將「致力於...」(endeavour to...)等文字列入條文中，故締約國並不具有裁量權，解釋上其負擔之義務較現行公約規定更為嚴格。然而，在協商公約的過程中，會員國們咸認公約初稿第七條義務標準過高，並質疑各國是否皆有足夠的資源和能力為不同社會團體和個人提供發展文化表現之機會<sup>31</sup>。爰此，為減輕所加諸締約國義務之程度，現行公約第七條乃規定締約國僅需「致力」為之，由各締約國視國內情況決定履行義務的程度與方式。

## (2) 資訊共享與透明化

締約國負有資訊共享與透明化之義務。根據公約第九條，締約國每四年應向UNESCO通報其在境內和境外為保護和促進文化表現多樣性所採取之措施，並指定聯絡點俾推動資訊共享<sup>32</sup>。關於資訊收集之事項，公約第十九條應作為公約第九條之補充規定<sup>33</sup>。根據公約第十九條，締約國同意就以下事項的資訊收集和統計數據進行交流與分享：(1)文化表現多樣性；(2)保護和促進文化表現多樣性的成功經驗<sup>34</sup>。

針對各締約國所分享的資訊和相關經驗，UNESCO應協助加以彙整。依公約規定，UNESCO應利用秘書處內現有機制，協助收集、分析和傳播相關的資訊、統計數據和成功經驗<sup>35</sup>；針對文化表現領域內的各類部門和政府組織、私人組織及非營利組織建立資料庫，並更新其內容<sup>36</sup>。

## (3) 教育和提升公眾認知

公約第十條係有關教育和提升公眾認知之規定。依照公約規定，締約國應鼓勵並促進對保護和促進文化表現多樣性的重要性的認識，特別是透

---

(a) to create, produce, disseminate, distribute, and have access to their own cultural expressions, goods and services, paying due attention to the special circumstances and needs of the various social groups, in particular, minorities and indigenous peoples;

(b) to have access to the cultural expressions, goods and services representing cultural diversity in other countries of the world.

2. State Parties shall also ensure:

(a) that the legal and social status of artists and creators is fully recognized, in conformity with international existing instruments, so that their central role in nurturing the diversity of cultural expressions is enhanced;

(b) that intellectual property rights are fully respected and enforced according to existing international instruments, particularly through the development or strengthening of measures against piracy.”

<sup>31</sup> *First Session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions Annex III, supra note 20.*

<sup>32</sup> 公約，第九條。

<sup>33</sup> 公約，第十九條第五項。

<sup>34</sup> 公約，第十九條第一項。

<sup>35</sup> 公約，第十九條第二項。

<sup>36</sup> 公約，第十九條第三項。

過教育和提升公眾認知的計畫<sup>37</sup>。此義務的目的是在增進民眾對於文化表現多樣性的瞭解，一般而言可透過學校教育和公眾教育兩種方式，前者像是在學校開設包括官方語言和地方語言的雙語課程，對於以地方語言為母語且文化屬相對弱勢的族群而言，此有助於其母語文化之傳承；後者像是舉辦傳統文物展覽，以提升民眾對於傳統藝術的鑑賞力。

從經濟學的角度來看，教育和提升公眾認知的計畫有利於消費者獲取文化商品的資訊，例如：一般消費者可能因為不瞭解原住民工藝品的藝術價值，而不願意購買該等商品，此可能造成原住民工藝品的生產者漸為市場所淘汰，不利於原住民發展其文化表現。透過教育的方式，消費者因為對於該等工藝品的藝術價值有所認識，故可提高其對該等商品的主觀效用 (utility) 而促進需求。

此外，公約規定締約國藉由制訂在文化產業方面的教育、訓練、和交流計畫，「應致力於」鼓勵創作和提高產能，但所採取之措施不應對傳統生產方式造成負面影響<sup>38</sup>。相較於上述教育和提升公眾認知的計畫考量的是市場的需求面，此義務係與供給面相關的措施，也就是透過鼓勵創作和提高產能以增加文化商品的供給，前者像是政府設立教學中心以培訓傳統文化的創作人才，後者像是輔導廠商技術創新以增加產能。惟締約國在執行相關計畫的同時，需注意不應對以傳統方式生產的文化創作者造成負面影響。舉例來說：泰雅族的苧麻織布是我國原住民文化的傳統工藝品之一，其特色在於從種植苧麻、染色紡紗乃至手工織布的過程相當繁複。近幾年來，地方政府將融合現代特色的原住民工藝品為訴求吸引觀光客，乃制訂教育計畫以教導年輕的泰雅族原住民學習織布的創作，惟其所採用者多為成本較便宜且可簡化織布製程的棉線，故市場上棉線織布反而取代苧麻織布，對於以傳統方式生產的苧麻織布者造成負面的影響<sup>39</sup>。

關於教育、訓練和交流計畫，由於各國投入的資源和國內文化產業的情況有所不同，針對締約國是否已履行該義務，似難建立一客觀化之標準。依此，公約要求締約國「應致力於」完成上述事項，解釋上各國政府可自行決定履行義務之程度與方式。

#### (4) 鼓勵公民社會參與

依公約規定，締約國咸認公民社會在保護和促進文化表現多樣性所扮演的重要角色。締約國應鼓勵公民社會積極參與以實現公約之目標<sup>40</sup>。公約未定義何為公民社會，一般來說所有的個人和非政府組織皆屬於公民社

<sup>37</sup> 公約，第十條第a款。

<sup>38</sup> 公約，第十條第c款。

<sup>39</sup> 「美麗的彩虹－泰雅族的紡織」 <[http://www.hometown.org.tw/community/pages/02\\_achievements\\_book.php?CommID=1371&ID=6](http://www.hometown.org.tw/community/pages/02_achievements_book.php?CommID=1371&ID=6)> (last visited 10/16/2006).

<sup>40</sup> 公約，第十一條。

會<sup>41</sup>，其範圍相當廣泛，包括企業家、創作人組成的協會、閱聽人組成的社團、私人企業成立的基金會等。

從文化的角度來看，公民社會在保護和促進文化表現多樣性所扮演的角色究竟為何？公民社會可視為是介於政府與民眾間的中介者，其能協助締約國政府獲取關於不同文化社群的資訊，特別是來自於基層社群 (grassroots community) 的需求，以作為政府制訂政策與法律之參考。另一方面，公民社會亦可替代政府功能之行使，協助政府落實文化政策之執行<sup>42</sup>，例如：民間基金會為文化創作者舉辦教育訓練之活動、或是為藝術創作提供補助等。

然而，現行公約第十一條僅要求締約國「應鼓勵」公民社會參與，針對締約國應如何鼓勵、公民社會得參與的事務範圍等事項，該條文皆未規定。依此，各國對於此項義務的履行方式似乎有很大的裁量空間，也就是說締約國政府的意願與能力，將是影響非政府部門參與文化多樣性事務之因素。其次，一國公民社會發展之程度，與該國的民主化發展或是非政府部門的資源和能力有關，一般而言已開發國家的非政府部門擁有較豐富的資源和完善的經驗，所以能透過政治遊說和輿論形成之方式向締約國施壓，但非政府部門發展相對較落後的國家，公民社會所能發揮的功效即可能相當有限。

綜上，有關鼓勵公民社會參與事項，雖被列為締約國之義務，但由於各國履行義務的能力不同，再加上各國非政府部門的發展程度不一，這些因素都將影響各國公民社會參與文化多樣性事務之成效。除上述因素外，有論者認為其他的公約義務亦可能影響一國公民社會參與之成效，其主張為締約國若能確實履行透明化（第九條）和教育公眾（第十條）之義務，將有助於公民社會瞭解締約國所採取保護和促進文化表現多樣性的政策，進而達到政策監督之效<sup>43</sup>。依該論者之主張，可知公約義務間應是相輔相成的。換言之，當公民社會所獲取的政策資訊越充足，其越能善盡監督締約國政府之責任，進而增進其對文化多樣性事務之參與。

## 2. 境外的義務

締約國於境外的義務皆係與國際互助合作相關之規定，包括第十二條至第十八條。彼等規定之目的係在藉由締約國間的互助合作，以加強開發中國家在創造文化表現上的能力建構，並促進文化的永續發展。

---

<sup>41</sup> Ivan Bernier, *Implementing the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of cultural Expressions* <<http://www.mcc.gouv.qc.ca/diversite-culturelle/eng/pdf/UNESCO-anglais.pdf>> (last visited 10/16/2006).

<sup>42</sup> Catherine A. Murray, *The Third Sector Cultural Diversity and Civil Society*, *Canadian Journal of Communication*, Vol. 27, No. 2 (2002).

<<http://www.cjc-online.ca/viewarticle.php?id=728&layout=html>> (last visited 10/16/2006).

<sup>43</sup> Bernier, *supra* note 41.

## (1) 締約國「應致力於」或「應鼓勵」特定事項者

公約第十二條係國際互助合作的核心規定。依該規定，締約國「應致力於」加強雙邊、區域和國際合作以創造有利於促進文化表現多樣性之條件，其合作之目的係為了促進締約國間在文化政策上的對話、透過國際文化交流和經驗分享增進公部門的管理能力、強化私部門之間的伙伴關係(partnerships)、鼓勵締結共同製作和共同配銷之協議等<sup>44</sup>。由此規定可知，公約規定下的國際合作，可能存在公部門或私部門之間，前者像是兩國締結共同製作和共同配銷協議，後者像是不同國家非政府組織之聯盟。

透過國際互助合作，締約國不但可增進其發展文化表現之能力，亦有助於延續該國文化。依公約規定，締約國「應致力於」將文化納入其各級發展政策，以創造有利於永續發展的條件<sup>45</sup>。公約將「永續發展」之概念納入國際互助合作規定中，應是考量到文化屬於人類的共同遺產，需透過世代交替而延續下去，因此一國在進行發展的同時，亦應將未來的文化發展列入考量。而該規定中所謂「各級」發展政策，解釋上包括國際和國內兩個層級：前者像是由已開發國家對低度開發國家的文化遺產保存提供技術援助；後者像是一國在其國民義務教育課程中安排保護文化遺產的課程，增進國民對於文化多樣性的認識。

從上述與「發展」相關的說明可知，公約國際互助合作規定中的「發展」，解釋上並不侷限於發展本國文化，尚包含發展其他國家的文化。依此，公約鼓勵締約國之間為發展而進行合作關係，特別應考量到開發中國家的需求，相關規定如下：「應致力於」支持為永續發展和減少貧窮所展開之合作，尤其應關注開發中國家的特殊需求，透過加強開發中國家的文化產業、能力建構、技術移轉或財政援助等方式來推動形成富有活力的文化部門<sup>46</sup>；「應鼓勵」在公共、私人部門和非營利組織之間及其內部發展伙伴關係，以便與開發中國家合作，增強其在保護和促進文化表現多樣性的能力。此類伙伴關係應根據開發中國家的特殊需求，重視基礎建設和人力資源等發展問題<sup>47</sup>。

為保護和促進各國文化表現之多樣性，除透過締約國間主動發展合作關係之外，亦可藉由公約下的機制直接給予締約國援助。爰此，公約設有文化多樣性國際基金對締約國提供財政援助。依公約之規定，各締約國「應致力於」定期提供自願性的捐款。有關文化多樣性國際基金之運用，係由政府間委員會依據締約國大會訂定之指導方針所決定，其資金來源包括締約國的自願捐款、UNESCO大會所劃撥的資金、其他國際組織之捐款等，

---

<sup>44</sup> 公約，第十二條。

<sup>45</sup> 公約，第十三條。

<sup>46</sup> 公約，第十四條。

<sup>47</sup> 公約，第十五條。

惟所有的捐贈不應附帶與公約目標不相符的政治、經濟或其他條件<sup>48</sup>。

綜上，公約於上述規定要求締約國「應致力於」或是「應鼓勵」特定事項，故解釋上締約國可自行決定義務履行之措施及其履行之程度。公約之所以於彼等規定課予締約國較寬鬆之義務，可能是考量到各國在履行義務之能力上存有差異，舉例來說，並非所有的國家皆有足夠的資源為開發中國家提供技術移轉或是財政援助。其次，上述有關建立合作關係之規定，像是共同製作和共同配銷之協議，若欲達成公約所要求之事項，需藉由締約國間協力完成。就執行層面而論，彼等義務之履行有賴雙邊或多邊之協議，並非締約國單方面遵守義務即可達成，故公約允許締約國就義務履行享有裁量權係基於合理的考量。第三，國際互助合作屬於締約國在境外的義務，多涉及外國業者之利益，可能較境內的義務更容易為其他國家所質疑，特別是有關開發中國家的特殊規定。若要求締約國必須嚴格恪遵義務而未予其裁量的彈性，未來公約生效後恐會衍生爭端。依照現行之規定，由於締約國可自行決定義務履行之方式及程度，故其他締約國若欲就他國未履行義務而提出控告，實非易事。從訴訟的角度來看，此可減少訟爭之發生；而從國際政治的角度來看，此可提高未來已開發國家簽署公約之意願。

## （2）提供開發中國家優惠待遇

公約中關於國際互助與合作之義務規定，除前述「應致力於」或是「應鼓勵」特定事項者外，尚包括提供開發中國家優惠待遇（第十六條）及提供協助（第十七條）。後述的兩項規定，其條文中未具有「應致力於」或「應鼓勵」等文字，解釋上締約國似負有較高程度之義務。以下將分就此兩項規定進行說明。

依照公約規定，締約國應透過適當的機構性和法律架構，為來自於開發中國家的藝術家、文化專業人士和從業人員以及文化貨品和服務提供優惠待遇，促進與開發中國家的文化交流<sup>49</sup>。此規定並無「應致力於」等文字，乍看之下似乎課予締約國極高之義務，惟由於此規定僅要求透過「適當的機構性和法律架構」(appropriate institutional and legal frameworks)提供優惠待遇，故解釋上各締約國對於義務履行之方式仍享有裁量之權限。具體的情況包括透過教育與合作協議為開發中國家之人民提供教育訓練、或與開發中國家締結優惠性貿易協定。

公約要求締約國應提供開發中國家優惠待遇，某種程度而言也反映國際的現況。各國可能透過簽署區域經濟整合協定（像是 NAFTA）、或是涵蓋特定文化部門的國際合作協議（像是電影合製協議）等方式，提供來自

---

<sup>48</sup> 公約，第十八條。

<sup>49</sup> 公約，第十六條。



開發中國家的文化貨品和服務優惠待遇。此類提供開發中國家優惠待遇之協議，大抵係建立在互惠的基礎上。換句話說，簽署彼等協議的國家，雖負有義務為締約他方的開發中國家提供文化貨品和服務的優惠待遇，但可能同時獲得相當的經濟利益作為對價，例如：開發中國家在區域經濟整合協定所包括的其他非文化部門提供關稅減讓、或是依照電影合製協議提供有關國產電影之補貼等。

### (3) 提供援助

依照公約規定，當締約國的文化面臨嚴重威脅時，應相互合作以提供援助，特別是援助開發中國家<sup>50</sup>。締約國於境內發生第八條下的緊急情況時，若無能力和資源採取相應之措施，其他締約國基於保護人類的共同文化遺產應給予援助，像是協助古蹟修復、或為失傳文化之部落建立口述歷史等。從永續發展之角度來看，此將有助於一國文化表現之延續。

由於開發中國家在保護文化多樣性的事務上，相較於已開發國家而言，其能力與資源皆較為不足，透過國際間文化保護的經驗分享和發展援助，有助於開發中國家建構相關的能力與經驗。

## 三、爭端解決程序

從上一節基本規範的論述可知，締約國在公約下負有促進文化表現(第七條)、資訊共享與透明化(第九條和第十九條)和國際互助與合作(第十二條至第十八條)等義務。其中某些義務在認定上可能會有爭議，特別是公約中締約國「應致力於」特定事項之規定，由於締約國對於履行彼等義務之方式與程度有裁量權，若是締約國間對於義務之履行有認定不一致的情況，則可能會產生爭端。例如：其他締約國能否主張締約國未「致力於」其境內創造環境以鼓勵個人和社會團體接觸外國文化，控告其未履行促進文化表現之義務？

此外，不但公約義務在認定上會衍生爭議，締約國在公約權利的行使上，亦可能形成問題。像是第六條下締約國為保護並促進文化多樣性所採取的「管制性措施」、或是第八條下締約國於緊急情況所採取的「文化保護措施」，由於公約授權締約國自行決定措施之內容，因此若締約國採取之措施過於武斷，可能會對其他締約國構成不合理的限制。例如：一締約國認定短時間內外國電影大量進口係屬第八條「其他需要緊急防衛的特殊情況」，逕行採取限制進口的措施，於此情況下受影響之締約國得否主張

---

<sup>50</sup> 公約，第十七條。

此構成權利濫用而違反公約規範的意旨？

綜上所述，當締約國對於公約的解釋和適用發生爭端時，即需仰賴爭端解決之規定，藉由公正第三者的裁決以釐清規範內容之疑義，進而提高公約的有效性和可預測性。以下本文將先說明公約爭端解決程序之規定，並就公約爭端相關之問題進行研析。

## （一）公約的爭端解決程序

當締約國在公約的解釋和適用上發生爭端時，應先透過「協商」尋求解決。若協商無法解決，締約國可共同尋求第三方「斡旋」，或要求第三方進行「調停」。若未能進行斡旋或調停，或者協商、斡旋或調停皆未能解決爭端時，當事國一方可依據附件規定要求進行「調解」<sup>51</sup>。調解委員會由五名成員組成，當事國各指定其中二名，受指定的成員再共同選定一名主席。若在提出成立調解委員會的兩個月內當事國未指定成員，UNESCO秘書長可在提出調解要求之一方當事國請求下，於未來的兩個月內做出任命。調解委員會的決議係採多數決，爭端當事國應善意考慮委員會提出的建議<sup>52</sup>。

調解委員會係公約下爭端解決的最終場域。首先，相較於國際法院之裁決，調解之特色在於其具有一定的妥協性。爭端當事國在調解委員會的介入下可進行意見的交換，並瞭解雙方之立場為何。由於調解之結果多半係在兩造相互讓步下達成，故未若法院裁決之勝負鮮明，就外交現實而論，當事國可因此保有其國際顏面。然而，也因為調解委員會之功能係在弭平爭端，所著重者係在整理事實爭點以建立共識，再加上其成員未必皆是法律專業人士，故實難冀其如國際法院法官能有效的解釋和適用系爭的公約條文。依此，未來公約是否能藉由調解程序來建立判例以補充解釋條文，似乎將成為問題。

次者，公約允許締約國在批准或加入公約時，可聲明不受爭端解決中的調解程序所拘束，並可隨時撤回該聲明。有關允許締約國「選擇退出」(opt-out)調解程序之機制，係因在制訂公約的過程中，UNESCO會員國對於啟動調解程序須由一方或雙方當事國提出，無法達成共識。最後印度和歐盟提議一個折衷的方式：爭端於一方當事國的要求下即可進行調解程序，但公約允許締約國在批准或加入時，有權利選擇是否受公約的調解程序所拘束<sup>53</sup>。此折衷規定雖簡化提起調解程序之要件，卻也同時削弱調解程序對於締約國的拘束力。

<sup>51</sup> 公約，第二十五條。

<sup>52</sup> 公約，附件第五條。

<sup>53</sup> *Preliminary Report By the Director-General Setting Out the Situation to be Regulated and the Possible Scope of the Regulation Action Proposed, Accompanied by the Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, para. 65, UNESCO Doc. 33C/23 (August 2005).

第三，縱使爭端當事國未曾聲明不受調解程序所拘束，但對於調解委員會所提出之建議，公約僅要求當事國應善意考慮。對於未能執行建議的當事國，調解委員會既無監督之職責，亦無制裁之權利。關於爭端解決程序是否應訂立制裁之規定，起草公約的專家學者曾就此進行討論。贊成的專家們認為設立制裁機制有助於公約之有效執行，反對者則認為執行制裁不應屬於UNESCO的權限。最後公約起草者達成共識，決定以正面勸誡和支持性措施取代制裁作為監督締約國履行公約之方式<sup>54</sup>。

總結上述公約的調解規定可知：(1)調解之特色在於其具有一定的妥協性，未若法院裁決之勝負鮮明；(2)締約國可事先聲明不受調解拘束；(3)若締約國未履行委員會建議，公約並無權利對其採取制裁。綜上，雖然調解程序有助於爭端當事國達成共識，不像訴訟進行時需負較高之風險，惟鑒於調解委員會之建議不像法院裁決具有拘束力，且公約亦欠缺制裁之規定，未來在實際運作時，締約國執行建議的相關問題仍值得關注。

針對公約之爭端解決程序，仍有幾個問題值得探究。首先，由於締結公約之國家亦為聯合國之會員，故國際法院(International Court of Justice)就公約下之爭端是否有主動的管轄權，也就是說公約爭端解決程序與國際法院之間，是否會發生管轄權衝突之問題？第二、個人或團體在公約爭端下之權利為何？舉例來說，文化衛道人士或是非政府團體能否以締約國未履行公約義務為由，在公約爭端機制下向締約國提起訴訟？以下本文將就這兩個問題進行研析。

## (二) 公約是否與國際法院發生管轄權衝突？

現行公約有關爭端解決程序之規定，與公約初稿之草案有所不同，後者尚允許締約國將案件「提交仲裁」或「訴諸國際法院」<sup>55</sup>。UNESCO會員國於制訂公約時之所以將提交仲裁和訴諸國際法院排除，可能是為了減輕爭端機構裁決所課予當事國之義務。依公約初稿附件三（仲裁程序）第三條第四項前段規定：「裁決應拘束爭端當事國。」此外，依國際法院規約(Statute of International Court of Justice)第五十九條規定：「法院之裁決對於當事國及本案外，無拘束力。」依此，無論是仲裁庭或是國際法院之裁

<sup>54</sup> *First Meeting of Experts (Category VI) on the First Draft of an International Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions, Section 3.5, UNESCO Doc. CLT/CPT/2003-608/01 (Feb. 2004).*

<sup>55</sup> 公約初稿第二十四條第三項：

### *Preliminary Draft Article 24.3*

“ If good offices or mediation are not undertaken or if there is no settlement by negotiation, good offices or mediation, the parties concerned may have recourse to one of the following means of dispute settlement:

- (a) arbitration, at their joint request, in accordance with the procedures laid down in Annex III to this Convention; the arbitral award shall be binding. Parties shall implement the award in good faith;
- (b) submission, at their joint request, of the dispute to the International Court of Justice.”

決，爭端當事國皆需受其拘束。相較於前述二者，現行公約下的調解程序顯然課予締約國較低程度之義務。現行公約僅要求當事國應善意考慮調解委員會之建議。

雖然公約制訂者將訴諸國際法院排除於爭端解決程序，但仍有一問題有待釐清：由於締結公約之國家亦為聯合國之會員，故國際法院就公約下之爭端是否有主動的管轄權，也就是說公約爭端解決程序與國際法院之間，是否會發生管轄權衝突之問題？關於此一問題，可參考國際法院規約之規定。

根據國際法院規約第三十六條之規定，國際法院得管轄之案件包括下列三種：(1)當事國提交之一切案件：法院於審理案件時需獲得當事國兩造之同意，常見的情況為當事國兩造基於臨時特別協定(special agreements)，同意將爭端訴諸法院；(2)現行條約所特定之一切事件：現行條約中訂有管轄權條款(jurisdiction clause)，允許當事國將爭端訴諸法院解決；(3)當事國聲明接受法院強制管轄：當事國片面發表聲明(declaration)，於遇有法律爭端時接受法院的強制管轄，惟當事國得就特定事項為保留以排除法院之管轄，像是以其他和平方式解決之爭端、或有國內法院管轄權適用之爭端等。所有曾經發表聲明的國家，若彼此間產生法律爭端且系爭者不屬於當事國保留之事項，一方當事國得未徵求他方同意，片面向國際法院起訴請求判決

上述第一種狀況應屬於個案，即公約之爭端需在締約國雙方另行締結特別協定之情況下，方可移送國際法院裁決。關於第二種情況，由於公約未授權締約國將爭端訴諸法院，故此情況可不需考慮。至於第三種情況，目前已發表該類聲明之國家共有六十六個<sup>56</sup>，由於各國所保留之事項皆不相同，似難評估此類情況對於公約爭端之影響。惟值得注意的是，該六十六個國家中並不包括長期就視聽服務自由化採對峙立場之美國和法國，因此即使未來美、法兩國就公約之解釋適用有所齟齬，除兩造締結特別協定外，國際法院對該爭端應無主動的管轄權，此可避免公約爭端解決程序與國際法院間的管轄權衝突問題。

### (三) 個人或團體在爭端下的權利

關於個人或團體在公約下是否有起訴之權利，根據公約爭端解決程序之規定(第二十五條)，只有締約國有權利提起協商、斡旋、調停和調解，故個人或團體並無法在公約下主張權利。至於公約以外其他可能的爭端解決場域，像是 WTO 的爭端解決機制、或國際法院，也都規定只有國家才

---

<sup>56</sup> International Court of Justice, *Declaration Recognizing as Compulsory the Jurisdiction of the Court* <<http://www.icj-cij.org/icjwww/basicdocuments/basictext/basicdeclarations.htm>> (last visited 10/16/2006)

有權利提起訴訟。WTO 爭端解決瞭解書第三條第七項規定：「會員國提起訴訟前，應先自行判斷依本程序所提之案件能否獲致有效解決。」此外，國際法院規約第三十四條第一項規定：「在法院得為訴訟當事國者，限於國家。」

個人或團體未來若欲參與公約下的爭端解決程序，其中一個可能的方式是透過「法庭之友法律書面意見」(*Amicus Curie Briefs*)，即公約的調解委員會於審理爭端時接受非政府團體所提出之書面意見。關於此一問題，鑒於公約本身未賦予個人或團體相關的權利，故個人或團體若欲參與公約爭端程序，唯一可能的方式是透過程序規則。惟公約未正式生效，調解委員會因尚未運作而未訂有程序規則<sup>57</sup>，因此未來能否在公約下建立類似法庭之友之模式仍有待觀察。

## 四、公約與其他協定之關係

締約國為保護並促進文化表現多樣性所採取之各項措施，若與締約國在其他協定下的權利義務有所抵觸時，則需透過衝突法則以尋求解決。此涉及公約與其他協定之關係。

公約第二十條（公約與其他的關係）為衝突法則，其目的是在為公約與其他協定發生實體規範衝突時，提供處理之準則。該規定可謂是公約制訂過程中最受爭議的條文，在歷經各國專家學者與政府代表為時兩年多（二〇〇三至二〇〇五年）的折衝樽俎下，公約最終採取較為妥協的方式來處理規範衝突，強調各協定間「相互尊重而不從屬」的原則，而不論優先效力之問題。關於公約衝突法則制訂之過程及其適用之相關問題，本文將於下一章「文化多樣性公約與 GATS 之關係」為更詳盡的論述。

---

<sup>57</sup> 公約，附件第五條。

## 叁、文化多樣性公約與 GATS 之關係

本章係以第貳章第二節公約基本規範之論述為基礎，從視聽服務的角度，探討公約與 GATS 間的可能衝突。由於 GATS 規範相當具有彈性，故公約只有在未構成 GATS 的限制或豁免情況時，才可能違反 GATS 之義務。針對公約與 GATS 間可能產生的文化貿易衝突，本章將分別研析在公約和在 GATS 下解決衝突的可能方式。

### 一、公約與 GATS 之可能衝突

本節將分就「公約義務與 GATS 義務」和「公約權利與 GATS 義務」兩種情況，討論公約與 GATS 的可能衝突。惟由於 GATS 義務規範具有彈性，故公約與 GATS 不必然會發生衝突。

#### (一) GATS 義務規範具有彈性

由於 GATS 的義務規範採彈性設計，故 WTO 會員國不負有絕對的自由化義務。對開放視聽服務存有疑慮之會員國而言，此規範方式提供各國暫不遵循義務之彈性，並保留其發展視聽政策之空間。

GATS 的義務可分為一般義務和特定承諾。就「最惠國待遇」而言，其屬於 GATS 的一般義務，惟依照「第二條豁免附件」(Annex on Article II Exemptions)之規定，會員國於加入 GATS 時得列出無法遵循「最惠國待遇」之項目，並於一定期間內採行不符合「最惠國待遇」之措施。

「市場開放」和「國民待遇」為 GATS 的特定承諾。GATS 特定承諾表採「正面表列」或所謂「由下而上」(bottom-up)的規範方式，即由個別部門之自由化累積至所有部門之自由化，會員國僅對提出特定承諾之部門負有自由化義務，惟會員國在提出特定承諾後，得以負面表列之方式，於承諾表上載明有關「市場開放」和「國民待遇」之限制。換言之，會員國在 GATS 下並無義務對視聽服務作出特定承諾，即使已提出承諾，會員國亦得透過載明限制之方式採取違反「市場開放」與「國民待遇」之措施。

如上所述，WTO 會員國在 GATS 規範下不負有絕對的自由化義務，故公約與 GATS 的可能衝突，係以會員國在 GATS 下負有義務且未為豁免或限制為前提。以下將分從「公約義務與 GATS 義務」和「公約權利與 GATS 義務」兩種情況進行論述。

## （二）公約義務與 GATS 義務之衝突

締約國在公約下的義務包括：促進文化表現、資訊共享與透明化、教育和提升公眾認知、鼓勵公民社會參與以及國際互助合作。以下本文將討論公約義務違反 GATS「國民待遇」或「最惠國待遇」的可能情況。

### 1. 違反 GATS 國民待遇

依照公約第七條第一項a款，締約國「應致力於」其境內創造環境以鼓勵個人和社會團體創作、生產、散播、經銷和接觸其自身的文化表現，並同時對婦女及不同社會團體（包括少數和原住民團體）的特殊情況與需求給予應有的重視。該規定係在促進境內多元文化的表現，並特別考量婦女和弱勢團體發展文化的情況。從條文來看，該公約規定並未要求締約國需採行限制或歧視性措施，故非必然違反GATS之規定，但若是締約國為鼓勵文化表現所制訂的政策僅優惠國內的文化團體或個人時，則該政策可能會因歧視外國服務提供者而不符合GATS國民待遇原則。以美國於GATS「電影及錄影帶製作及配銷服務」所提出之特定承諾為例，其於國民待遇欄載明「國家藝術基金會僅補助具美國公民或永久居民身份之個人及非營利公司」，該措施因屬於歧視性補貼而違反GATS國民待遇。雖然美國具有強大的電影產業俾其境內人民發展文化表現，但仍在GATS下保留採行歧視性補貼之作法，原因在於該措施可提供國內的非主流團體發展文化表現之機會，特別是藝術紀錄片之創作，而有助於國內的文化認同<sup>58</sup>。

此外，依照公約第十條第c款之規定，締約國藉由制訂在文化產業方面的教育、訓練、和交流計畫，「應致力於」鼓勵創作和提高產能。此條文雖要求締約國鼓勵創作，但解釋上締約國可自行決定履行此義務之程度與方式，故非必然違反GATS之規定。然而，若是締約國的鼓勵性措施僅優惠境內的服務和服務提供者，則此公約義務可能有違反GATS國民待遇之虞。舉例來說，各國常透過制訂補貼政策以支持境內的視聽產業，像是歐盟的媒體計畫(Media Programme)。該計畫包括三種支持性措施：視聽計畫發展、視聽節目行銷和專業人才訓練<sup>59</sup>。彼等措施因為給予歐盟會員國內的服務提供者較優惠待遇，故有違反GATS國民待遇之虞。

然而，對於公約締約國履行第七條或第十條之義務而違反 GATS 國民待遇的情況，在現實中似乎很難想像。首先，彼等公約的規定並非當然歧視外國服務和服務提供者，再加上締約國在履行義務時具有裁量權，故是

---

<sup>58</sup> Divina Frau-Meigs, "Cultural Exception", *National Policies and Globalization: Imperatives in Democratization and Promotion of Contemporary Culture* <<http://www.audiovisualcat.net/publicationsing/Q14france.pdf>> (last visited 10/16/2006).

<sup>59</sup> Christoph Beat Graber, *Audiovisual Media and the Law of the WTO in FREE TRADE VERSUS CULTURAL DIVERSITY: WTO NEGOTIATIONS IN THE FIELD OF AUDIOVISUAL SERVICES* 27( Christoph Beat Graber et al. eds., 2004).

否違反 GATS 國民待遇需採個案認定。再者，因為 GATS 國民待遇屬於特定承諾，締約國若基於發展國內文化表現之考量，自可選擇不對視聽服務提出特定承諾（像是歐盟），或提出特定承諾但保留國民待遇限制（像是美國）。綜上，締約國在公約第七條或第十條下所採取的歧視性補貼，唯有在該國提出 GATS 特定承諾且未為保留時，公約與 GATS 間才可能發生衝突。

## 2. 違反 GATS 最惠國待遇

依照公約第十六條之規定，締約國應透過適當的機構性和法律架構，為來自於開發中國家的藝術家、文化專業人士和從業人員以及文化貨品和服務提供優惠待遇，促進與開發中國家的文化交流。首先，此義務旨在提供開發中國家優惠待遇，似違反 GATS 最惠國待遇的原則，但因為該條文僅要求締約國透過「適當的機構性和法律架構」提供優惠待遇，解釋上締約國對該義務之履行方式具有裁量權，其是否違背 GATS 義務需視具體情況而定。

另一方面，GATS 針對最惠國待遇設有豁免或例外情況，故公約締約國在 GATS 下非當然負有最惠國待遇之義務。舉例來說：已開發國家與開發中國家簽署電影共同製作與行銷協議，開發中國家的合製影片業者，依協議可能享有已開發國家所提供之稅捐減免、影片技術、人員暫時入境條件簡化等優惠待遇。此雖違反 GATS 最惠國待遇，但若是已開發國家於 GATS 入會時已就上述事項提出豁免者，公約與 GATS 之間即不存在義務衝突。又例如已開發國家與開發中國家簽訂自由貿易協定，縱使視聽服務被納入協定涵蓋範圍而有優惠待遇之適用，但若符合 GATS 第五條有關區域經濟整合之規定，則無違背 GATS 最惠國待遇之虞。

綜上，公約第十六條只有在不符合 GATS 最惠國待遇的豁免或例外情況時，兩者間才會發生義務衝突。事實上，公約締約國在 GATS 下除可透過上述的規定以提供開發中國家優惠待遇外，GATS 對開發中國家亦設有其他的特別規定。依照 GATS 第四條第一項：「增進開發中國家參與之方式，應由不同之國家依照本協定第三與第四部分之規定，透過談判特定承諾而達成。相關方式包括：(a) 強化開發中國家國內服務的產能及其效率與競爭力，特別是在商業基礎上取得技術；(b) 改善開發中國家對行銷管道和資訊網絡之利用；(c) 在開發中國家具備出口利益之服務部門和服務提供模式提供市場開放。」惟應注意的是，GATS 第四條雖考量到開發中國家的特別情況，有助其提升國內服務的競爭力，但因為該規定需透過會員國間的談判而達成，故在執行上有其困難<sup>60</sup>。

---

<sup>60</sup> 羅昌發，國際貿易法，元照出版社，頁 551-552，2002 年。



### （三）公約權利與 GATS 義務之衝突

締約國在公約下的權利包括制訂文化政策和保護文化表現。依照公約第六條第一項，締約國有權利採取措施以保護並促進文化表現的多樣性，同條第二項並例示可能的措施。公約第六條第二項的措施，解釋上不必然構成市場開放限制或具歧視性。舉例而言，該條項 a 款允許締約國採取「為保護並促進文化表現多樣性的管制性措施」，具體情況像是對視聽內容進行道德管制，此可能涉及一國的國內規章。另外，同條項 d 款允許締約國採取「提供公共財政補助之措施」，亦不必然即是歧視性補貼。爰此，公約第六條之權利不必然與 GATS 規範相違。惟在特定情況下，締約國所採行之文化政策，還是有可能違反 GATS 市場開放或國民待遇之虞，此需依個案認定。例如：締約國所採行的進口電影配額（第六條第二項 a 款）、或是電視節目配音執照之限制（第六條第二項 b 款）等措施，將構成 GATS 市場開放之限制。此外，締約國若採取歧視性補貼（第六條第二項 d 款），則違反 GATS 國民待遇。

公約第八條為保護文化表現之權利。依該規定，締約國於境內文化表現面臨緊急情況時，得採取任何適當的措施以保護和保存文化表現。在現實生活中，這種緊急情況下所採取的文化保護措施，不必然會與貿易發生關連，像是為逐漸凋零的文化建立口述歷史、或教育少數民族學習失傳的母語等，這些國內的文化政策似乎不涉及貿易的面向。但由於公約第八條授權締約國自行決定緊急情況，且可採取「任何適當的措施」，因此難免有權利濫用之虞，似難排除締約國以此規定為由採行貿易限制措施的情況。例如：一國已在 GATS 下對電視服務提出承諾且未為保留，惟開放後該國的自製電視節目比例卻銳減。該國能否以國內文化需緊急防衛為由，採行自製率要求之限制而不履行 GATS 特定承諾？換句話說，該國能否以其在公約下的權利，作為其不履行 GATS 義務之理由？

從傳統國際法中對於規範衝突之定義，可知所謂「衝突」，指的是「義務與義務」之衝突，即一國同時負有兩協定下之義務，且彼等義務相互排斥，於此情況下才有必要討論衝突解決的方式<sup>61</sup>。依此定義，「權利與義務」之間雖可能存在衝突，但因可事先避免，故衝突並非當然存在。在上述的假設情況，由於締約國可選擇不行使其在公約之權利，進而履行其在 GATS 之義務，因此不會有衝突發生。換言之，公約權利與 GATS 義務間縱有不相容的情況，因為締約國可透過履行 GATS 義務而事先避免衝突，自須以履行 GATS 義務為優先選擇。

惟有論者認為上述「衝突」之定義過於狹隘，提出「權利與義務之衝突」亦應被視為規範衝突的一種情況<sup>62</sup>。若採此較為廣義之解釋，則上述

<sup>61</sup> Wilfred Jenks, *Conflict of Law-Making Treaties*, 30 *British Yearbook of International Law* 401, 406 (1953).

<sup>62</sup> Joost Pauwelyn, *CONFLICT OF NORMS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 184-186 (2003).

的假設情況即構成「衝突」，故有衝突解決之必要。在此情況下，解決之方式可透過公約下的衝突法則，有關衝突法則之適用請見下節之討論。

## 二、公約之衝突法則

由本章前述的分析可知，公約的義務規定未要求締約國採取貿易限制或歧視性措施，故不必然與 GATS 義務相衝突。部分義務下的措施雖可能形成貿易限制或具歧視性，但由於公約允許締約國對履行義務的內容保有裁量權，故需視實際情況採個案認定。另一方面，GATS 的規定則相當具有彈性，締約國在公約下的義務，只有當該國同時在 GATS 下負有相反義務且未為豁免或限制時，兩者間才可能發生衝突。舉例來說，一國依照公約第七條促進文化表現之規定，對本國業者提供較外國業者更為優惠之待遇，例如：授與電影產銷的補貼。若是該國在 GATS 已對電影產銷服務為特定承諾且未為國民待遇之保留，其能否在公約下主張公約規定應優先 GATS 而適用，而選擇不遵循其在 GATS 之義務？

針對上述可能的規範衝突情況，公約第二十條訂有一套處理之準則。理論上，公約的衝突法則可採用下列三種模式予以規範：(一) 公約的效力應優於其他的協定；(二) 其他協定的效力應優於公約；(三) 締約國應不歧視地遵守其所簽署的公約和其他協定，兩者間並無優先效力的問題。

在起草公約衝突法則時，學者專家們草擬下列兩種選案<sup>63</sup>供 UNESCO 會員國協商：

### 選案 A：

1. 本公約不得被解釋為影響締約國所簽署有關智慧財產權的現行國際文件下的權利與義務。
2. 本公約的規定不應影響締約國在其他現行國際文件中所衍生的權利與

---

<sup>63</sup> 公約初稿第十九條：

*Preliminary Draft Article 19 – Relationship to other instruments*

#### Option A

1. Nothing in this Convention may be interpreted as affecting the rights and obligations of the States Parties under any existing international instrument relating to intellectual property rights to which they are parties.
2. The provisions of this Convention shall not affect the rights and obligations of any other State Party deriving from any existing international instruments, except where the exercise of those rights and obligations would cause serious damage or threat to the diversity of cultural expressions.

#### Option B

Nothing in this Convention shall affect the rights and obligations of the State Party under any other existing international instruments.”

義務，除非行使該等權利與義務將嚴重損害或威脅文化表現之多樣性。

### 選案B：

本公約不應影響締約國在其他國際文件下的權利與義務。

當公約與其他協定發生規範衝突時，依照選案A，在特定情況下公約效力將優於其他協定，此較接近上述第二種規範模式；依照選案B，其他協定則優先公約而適用，此較接近上述第一種規範模式。在UNESCO會員國協商條文的過程中，選案A獲得大多數會員國（以歐盟為首）的支持。將選案A第一、二段之規定合併解釋，可知原則上公約不得影響締約國在其他現行國際協定下的權利與義務，但若是發生「嚴重損害或威脅文化多樣性」的例外情況時，公約則可優先於其他現行國際協定而適用。惟在適用例外規定時，解釋上不包括公約與智慧財產權協定發生衝突的情況，換言之，即使智慧財產權協定下的權利義務將「嚴重損害或威脅文化多樣性」時，締約國亦不得主張公約應優先智慧財產權協定而適用。擬定公約初稿的學者專家之所以將智慧財產權協定排除於例外情況，最主要是基於對智慧財產權保護的重視<sup>64</sup>。此外，彼等認為公約與智慧財產權協定間，似乎不大可能產生衝突的情況<sup>65</sup>。

在協商衝突法則的過程中，一開始多數會員國雖對選案A表示支持，但針對該選案第二項所謂「嚴重損害或威脅文化多樣性」的例外情況，鑒於公約未明確定義而存有很大的解釋空間，故有不少會員國對此提出不同版本的修正意見<sup>66</sup>。另一方面，支持選案B的會員國亦不願讓步，彼等主張公約不應影響其他國際協定的效力。在會員國未能達成共識的情況下，有部分會員國提議，衝突法則應改採上述第三種規範模式，即強調公約與其他協定間應「相互支持」，不論優先效力的問題<sup>67</sup>。此較為妥協的方案，最後在協商過程中獲得多數會員國的支持。現行公約的第二十條規定，即著重公約與其他協定應相互支持，建立互補而非從屬的關係。該規定如下：

**1. 締約國承認其應善意履行本公約與所締結其他所有條約下的義務。因此，在本公約不從屬於其他條約的情況下，**

<sup>64</sup> *Second Meeting of Experts (Category VI) on the Preliminary Draft of an International Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions, Section III.3.3,*

UNESCO Doc. CLT/CPT/2004/602/6 (May 2004).

<sup>65</sup> *First Meeting of Experts (Category VI) on the First Draft of an International Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions, supra note 54, Section 3.3.*

<sup>66</sup> *Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions – Text Revised by the Drafting Committee 87-88, UNESCO Doc. CLT/CPT/2004/CONF.607/6 (December 2004).*

<sup>67</sup> *Preliminary Report By the Director-General Setting Out the Situation to be Regulated and the Possible Scope of the Regulation Action Proposed, Accompanied by the Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expression, supra note 53, para. 42.*

(a) 締約國應鼓勵本公約與所締結其他條約間的相互支持；且

(b) 締約國在解釋和適用所締結其他條約，或承擔其他國際義務時，應考慮到本公約的相關規定。

## 2. 本公約不應被解釋為變更締約國於所締結其他條約下的權利與義務<sup>68</sup>。

首先，公約第二十條第一項前言有關善意履行條約義務之規定，應可視為係重申維也納條約法公約第二十六條之規範意旨，即「凡有效之條約對其各當事國有拘束力，必須由各該國善意履行。」

公約第二十條第一項 a 款規定公約與其他條約間應「相互支持」。此款可被視為同條項前言「本公約不從屬於其他條約」的進一步闡述。蓋既謂「相互支持」，表示公約與其他條約間，並不存在孰當然優先適用的情況。因此，當發生規範衝突情況時，公約即非必然從屬於其他條約。

依照公約第二十條第一項 b 款，當解釋其他條約時或承擔新的國際義務時，締約國「應考量到本公約的相關規定。」此符合維也納條約法公約第三十一條第三項 c 款之解釋規則，即關於條約之解釋須將「系爭方之間適用之所有相關國際法規則」納入考量。具體言之，當公約與其他條約間發生規範衝突時，締約國於解釋其他條約時，應透過條約解釋規則將公約相關規定列入考量，以調和兩者間的衝突，而非逕行排除公約規定之適用。

公約第二十條第二項規定：「本公約不應被解釋為變更締約國在其他條約下的權利與義務」。或有論者主張此條項與同條第一項 b 款之間，在適用上可能存在相斥的問題。換句話說，當公約與其他條約發生義務衝突之情況下，如何在解釋並適用締約國所締結之其他條約時，既能考慮公約下的相關規定，又不變更締約國在其他條約下之權利與義務呢？這樣的疑問應是擴充解釋第二十條第一款 b 項的結果。依照維也納條約法公約第三十一條第一項：「條約應依其用語按其上下文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，善意解釋之」。依此，當吾人解釋第二十條第一款 b 項時，應一併考慮同條第一項前言和同條第二項之規定。換句話說，締約國唯有在善意履行其他條約下的義務，且不變更其他條約權利義務的前提下，方可在解釋其他條約時將公約規定納入考量。若採此解釋方式，即可限縮第二十條第一項 b 款之適用，使其不至於和同條第二項間發生相斥的情形。

此外，依照維也納條約法公約第三十條第二項之規定：「當一條約明訂其從屬於，或不應被解釋為不相容於其前、後條約時，其他條約之條文應優先適用。」公約既於第二十條第二項規定「本公約不應被解釋為變更締約國於所締結其他條約下的權利與義務」，可知公約的制訂者對於公約與其他條約所產生的可能衝突，係採「衝突避免」的退讓立場，故有維也納條約法公約第三十條第二項後段「當一條約明訂其...不應被解釋為不相容

<sup>68</sup> 公約，第二十一條。

於其前、後條約」之適用。依此，當公約與其他條約間可能發生衝突，且將變更締約國在其他條約下的權利與義務時，其他條約應優先於公約規定而適用。

依照上述分析，或有論者會主張：既然公約與其他條約發生可能衝突時，其他條約應優先適用，那麼公約的衝突法則是否仍符合「相互支持而互不從屬」的規範意旨？換言之，公約規定其「不應被解釋為不相容於其他條約」，與公約若是直接規定「當發生規範衝突時，其他條約應優先適用」，這兩種情況究有何不同？

從法理的角度分析，上述兩種是全然不同的情況。在第一種情況，公約事先排除衝突的存在，可被視為是衝突的避免；在第二種情況，公約肯認衝突的存在，但以特定的方式解決該衝突。雖然兩者的結果皆為其他條約優先公約而適用，但法律適用的過程是不同的<sup>69</sup>。在前者，公約的調解委員會不需對公約與其他條約間的衝突進行法律認定，但在後者，調解委員會需先透過條約解釋認定公約與其他條約間存在國際法上的衝突，確認衝突存在後再判定其他條約應優先適用。鑒於公約的調解程序特色在於具有一定的妥協性，而不同於國際法院訴訟，前者的規定方式似更適合於公約的爭端解決程序。

綜上，將公約第二十條衝突法則適用於上述假設的情況，可知當一國在 GATS 下已承諾開放電影產銷服務且未為國民待遇之保留，自應善意遵守 GATS 之義務，而無法主張公約第七條而採取歧視性補貼，變更其在 GATS 下的義務。同理，透過衝突法則之適用，可知一國亦不得主張公約的權利，作為其變更 GATS 義務之理由。

簡言之，WTO 會員國在簽署文化多樣性公約後，其公約下的權利或義務縱可能與 GATS 的義務發生衝突，仍須恪遵 GATS 之義務。

### 三、在 GATS 下處理文化貿易衝突

上節所述係透過公約第二十條之適用，在公約下解決公約與 GATS 的可能衝突。本節主要在分析彼等衝突在 GATS 下的可能處理情況。參考 GATT/WTO 環保貿易爭端的案例，吾人或可援用 GATT 一般例外的模式以解決公約與 GATS 間的可能衝突。惟由於文化保護非 GATS 一般例外，故未來 GATS 若處理文化貿易爭端時，似難將公約規定列入一般例外之考量。

---

<sup>69</sup> Pauwelyn, *supra* note 62, at 334.

## （一）在 GATS 下主張公約適用之可能情況

首先，由於GATS規範採彈性設計，一國若未提出特定承諾，或提出特定承諾但保留限制，即無必要在GATS下主張公約之適用。爰此，公約與GATS間的規範衝突，其前提須為締約國在GATS下已為特定承諾而未保留相關限制。以紐西蘭為例，其在GATS入會前即對廣播和電視服務提出特定承諾而未保留市場開放之限制。惟在 2001 年，紐西蘭基於該國自製廣播電視節目比例有逐年遞減的情況為由，試圖採行有關本國自製比率的新限制措施。此舉受到美國政府的強烈抨擊，指責紐西蘭的措施違反其在GATS的特定承諾<sup>70</sup>。

在未來公約正式生效後，上述紐西蘭的情況有可能成為 GATS 下的文化貿易衝突問題。舉例來說，紐西蘭能否主張「本國自製率要求」係公約第六條第二項 a 款「為保護並促進文化表現多樣性的管制性措施」，屬於第六條下締約國制訂文化政策的權利，以公約權利與 GATS 義務相違背為由，選擇不履行其 GATS 特定承諾？

此外，假設一國在 GATS 已對電影產銷服務提出特定承諾而未為保留，該國能否採行僅授與本國人民的電影補貼，以該補貼之目的係在鼓勵本國人民創作、生產、行銷其自身的文化表現為由，主張其係在履行公約第七條第一項的促進文化表現義務？

針對公約與 GATS 間的可能衝突問題，以下本文將試以 GATT/WTO 下環保貿易爭端案例中解釋 GATT 一般例外之模式，討論在 GATS 下解決文化貿易衝突的可能性。

## （二）參考 GATT/WTO 環保貿易爭端之案例發展

針對上述文化貿易衝突之可能情況，未來在GATS下應如何解決，GATT/WTO下環保貿易爭端之案例或可提供一個思考的方向。上訴機構於WTO成立後首件關於環保貿易措施的*Gasoline*案<sup>71</sup>中確立WTO法不應「自外於」(clinical isolation)其他國際公法。該案的上訴機構指出維也納條約法公約第三十一條中有關「條約解釋的基本規則」(general rule of interpretation)，係一般國際法下之習慣法，故根據DSU第三條第二項中有關「國際公法中關於解釋之習慣法」(customary rules of interpretation of public international law)規定，上訴機構可採用該條約解釋規則（維也納條

<sup>70</sup> Michael Hahn, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and the International Trade Law*, *Journal of International Economic Law* 9(3) 515, 542 (2006).

<sup>71</sup> *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WTO Doc. WT/DS2/AB/R (20 May 1996).

約法公約第三十一條)以澄清WTO含括協定之規定。

*Gasoline*案一出後，上訴機構在*US-Shrimp*<sup>72</sup>一案中，將該案相關的國際環保協定適用於GATT第二十條(一般例外)g款「可耗竭自然資源」(exhaustible natural resources)之解釋。有學者由此主張，根據維也納條約法公約第三十一條第三項c款，關於條約之解釋必須將於「系爭方之間適用之所有相關國際法規則」納入考量。因此，WTO在審理環保貿易爭端時，依照維也納條約法公約第三十一條第三項c款之解釋規則，即應於解釋GATT一般例外時將系爭的國際環保協定列入考量<sup>73</sup>。

上述環保貿易爭端中解釋GATT一般例外之方式，或可套用於GATS下的文化貿易爭端，以調和公約和GATS之可能衝突。GATS下的文化貿易爭端，若採用GATT下處理環保貿易爭端之方式，首先需先在GATS下找到與文化相關的一般例外條款，再由WTO的小組或上訴機構透過條約解釋規則，在針對該例外條款進行解釋時將相關的公約規定納入考量。

### (三) GATS 一般例外不包括文化保護

如上所述，藉由在GATS下援引文化保護例外，可調和公約和GATS的可能衝突。參考*Gambling*案<sup>74</sup>中小組審理GATS一般例外之方式，可知在文化貿易爭端中，當事國若欲在GATS下援引文化保護的一般例外，其系爭措施應符合GATS第十四條下的例外條款，以及前言中所規定的不歧視要件<sup>75</sup>。

檢視GATS第十四條下的例外條款，或有論者認為該條文a款中的「為保護公共道德所需要」，可作為當事國援引「文化保護」例外之基礎<sup>76</sup>。分析該款之要件，可知系爭措施除需符合「公共道德」外，尚須具備「必要性」。

關於何謂「公共道德」，小組在*Gambling*案中將其定義為「保存公共政策與法律所呈現的社會基本利益」<sup>77</sup>。小組並指出，彼等基本利益特別與法律、安全和道德標準相關<sup>78</sup>。依此定義，一國為保護文化所採取的貿易限制措施，若欲被正當化，必係以保存社會基本利益為目的。觀諸目前會

<sup>72</sup> *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (6 November 1998).

<sup>73</sup> Gabrielle Marceau, *A Call for Coherence in International Law: Praise for the Prohibition against "Clinical Isolation" in WTO Dispute Settlement*, 33:6 *Journal of World Trade* 87, 128-133 (1999).

<sup>74</sup> *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc. WT/DS258/R (10 November 2004).

<sup>75</sup> *Id.* para 6.449.

<sup>76</sup> Hahn, *supra* note 70, 547-548.

<sup>77</sup> *supra* note 74, para. 6.467.

<sup>78</sup> *Id.*

員國所採行與GATS規定相違之措施，像是歧視性補貼、電影配額、廣播電視節目自製率要求等，或有論者主張彼等措施係用以捍衛文化認同，攸關國家社會之福祉，然若是以此而謂其係基於保存社會基本利益之用，亦是過於牽強。爰此，公約締約國若欲透過GATS第十四條a款來主張「文化保護」之例外，似乎並不可行。

此外，參考 GATS 第十四條的相關立法文件，可知「文化保護」曾被列入 GATS 主席版草案第十四條 a 款。惟在協商過程中，GATT 會員國對於保護「文化價值」(cultural values) 之意涵未能達成共識，故最終將其於一般例外條款中刪除。由此可知，當初立法者已有意將「文化保護」排除 GATS 一般例外之適用，在未進行修法之前，自不宜許會員國在 GATS 下復主張文化例外。

由於 GATS 第十四條一般例外並未包括文化保護，故在 GATS 下的文化貿易衝突，即無法透過條約解釋將公約規定納入考量。依此，WTO 會員國在 GATS 下即不得主張公約下的權利義務規定，而不履行其 GATS 的特定承諾義務。

## 四、小結

從本章前述的分析可知，公約的義務規定未要求締約國採取貿易限制或歧視性措施，而部分義務下的措施雖可能形成限制或具歧視性，但由於公約允許締約國保有履行義務的裁量權，因此公約義務與 GATS 義務非必然發生衝突，而需採個案認定之。至於公約的權利規定，雖有違反 GATS 義務之虞，惟由於締約國可選擇不行使公約權利而履行 GATS 義務，因此公約權利與 GATS 義務的衝突得以事先避免。

針對公約與 GATS 的可能衝突，在公約下可透過第二十條衝突法則予以解決，在 GATS 下因為文化保護非一般例外，故文化貿易衝突目前似暫無解決之道。惟鑒於公約與 GATS 發生衝突的可能性並不大，因此未來此類文化貿易衝突對 GATS 帶來的衝擊將相當有限。

觀察過去 GATS 視聽服務的自由化進展，不難發現視聽服務的談判長期陷入困境，原因在於始終有會員國認為若對視聽服務提出特定承諾將損及國內的文化認同，因而不願進一步自由化。從公約的談判背景可知，彼等會員國對於文化保護之強烈關切，實係推動 UNESCO 制訂公約之主要原因。爰此，公約未來將如何影響 GATS 視聽服務之談判，即是本文下一章所要論述之主題。



# 肆、GATS 視聽服務談判未來之展望

本章將先說明 GATS 視聽服務之範圍及談判背景爭議。對此等議題有基本認識後，本章將續就視聽服務談判的重要倡議進行說明，並研析彼等倡議的可能進展。公約在未來生效後，對 GATS 視聽服務談判雖然是個變數，但從第參章公約與 GATS 關係之分析可知，公約與 GATS 間的衝突可能性不大。在衝擊相當有限之情況下，再加上公約將可提供一個文化議題協商之平台，公約或可舒緩 WTO 會員國在 GATS 下基於文化保護而不願開放之疑慮。因此，本文研判公約對於未來 GATS 視聽服務談判將是助力。

## 一、視聽服務之範圍及談判背景爭議

在研析視聽服務自由化的相關問題前，吾人應先瞭解視聽服務之範疇，以及烏拉圭回合時視聽服務談判的背景爭議。

### （一）視聽服務之範圍

依照 GATT 秘書處所編製之「服務部門分類表」(Services Sectoral Classification List)<sup>79</sup>，並參酌聯合國於一九九一年所出版之「中央產品暫行分類標準表」(Provisional Central Product Classification)，可知視聽服務共包括下列六個項目：「電影及錄影帶製作及配銷服務」、「電影放映服務」、「廣播及電視服務」、「廣播及電視傳送服務」、「錄音」以及「其他」。

#### 1. 電影及錄影帶製作及配銷服務

「電影及錄影帶製作及配銷服務」(CPC prov. 9611)包括：「促銷及廣告服務」(CPC prov. 96111)、「電影及錄影帶製作服務」(CPC prov. 96112)<sup>80</sup>、「電影及錄影帶配銷服務」(CPC prov. 96113)<sup>81</sup>以及「其他與電影及錄影帶製作及配銷相關之服務」(CPC prov. 96114)<sup>82</sup>。

<sup>79</sup> *Services Sectoral Classification List*, GATT Doc. MTN/GNS/W/120 (10 July 1991).

<sup>80</sup> CPC prov. 96112 定義為：「製作在戲院和非戲院上映之電影片，包括影片或錄影帶於戲院直接放映、於電視上播映、或買賣或租賃予他人。此類影片可為長片或短片，其目的為提供公眾娛樂、廣告、教育、訓練、新聞資訊、宗教及動畫卡通等之播映。此類服務不包括靜止照片和幻燈片製作服務（應屬於照片服務）。」

<sup>81</sup> CPC prov. 96113 定義為：「為公眾娛樂、電視播映、買賣或租賃他人所用之目的，將影片及錄影帶買賣或租賃予其他產業。」

<sup>82</sup> CPC prov. 96114 定義為：「電影及錄影帶製作及配銷之輔助性服務，其未歸類於其他服務且係基於費用或契約所產生者，像是影片配音、影片字幕打印、編輯、剪接等。此類服務不包括將相關器材（例如：服裝、銀幕、放映機等）租賃給娛樂事業（應屬於未附操作員之租賃服務）、代理演出者之經紀服務（應屬於其他商業服務）、影片及錄影帶複製服務（應屬於出版及印刷服

## 2. 電影放映服務

「電影放映服務」(CPC prov. 9612)包括「電影放映服務」(CPC prov. 96121)<sup>83</sup>和「錄影帶放映服務」(CPC prov. 96122)<sup>84</sup>。

## 3. 廣播及電視服務

「廣播及電視服務」(CPC prov. 9613)包括「廣播服務」(CPC prov. 96131)<sup>85</sup>、「電視服務」(CPC prov. 96132)<sup>86</sup>和「綜合節目製作及播送服務」(CPC prov. 96133)<sup>87</sup>。

## 4. 廣播及電視傳送服務

「廣播及電視傳送服務」(CPC prov. 7524)包括「電視傳送服務」(CPC prov. 75241)<sup>88</sup>和「廣播傳送服務」(CPC prov. 75242)<sup>89</sup>。

## 5. 錄音

「錄音」在「中央產品暫行分類標準表」並無相應的編號，故其範圍有待釐清，惟參考聯合國於二〇〇二年所修訂的「中央產品分類標準表 1.1 版」(Central Product Classification Version 1.1)，「錄音」已有明確的定義<sup>90</sup>。

---

務)、演員分派和訂位服務(應屬於其他娛樂服務)。」

<sup>83</sup> CPC prov. 96121 定義為：「在電影院、露天電影院、私人放映室或利用其他放映設施之影片放映服務。」

<sup>84</sup> CPC prov. 96122 定義為：「在電影院、露天電影院、私人放映室或利用其他放映設施之錄影帶放映服務。」

<sup>85</sup> CPC prov. 96131 定義為：「現場、錄音或其他方式之廣播節目製作服務，其目的為提供公眾娛樂、促銷、教育、訓練、新聞傳播，包括通常在錄音室製作之廣播劇、運動報導、氣象預報、人物專訪等之製作。惟此類服務不包括廣播節目之傳送服務(應屬於節目傳送服務)。」

<sup>86</sup> CPC prov. 96132 定義為：「現場、錄影或其他方式之電視節目製作服務，其目的為提供公眾娛樂、行銷、教育、訓練、新聞傳播，包括通常在攝影棚製作之電視劇、運動報導、氣象預報、人物專訪等之製作。惟此類服務不包括電視節目之傳送服務(應屬於節目傳送服務)。」

<sup>87</sup> CPC prov. 96133 定義為：「綜合廣播電視節目的製作及行銷服務。」

<sup>88</sup> CPC prov. 75241 定義為：「傳送電視信號之電視網服務，其使用何種技術傳送，則非所問。此類服務應排除衛星傳送至有線電視之服務(服務提供者將電視信號透過衛星賣給有線電視公司)，以及直接傳送至家中之衛星服務(服務提供者將電視節目以包裹方式直接賣給位於偏遠地區之家庭)。」

<sup>89</sup> CPC prov. 75242 定義為：「傳送聲音信號之廣播網服務，像是廣播播送、有線音樂及擴音器服務。」

<sup>90</sup> 「錄音」在CPC Ver.1.1的編號為96111，共包括三個項目：「音效工程」，其定義為：「為戲劇、電影、廣播使用之目的，所為之聲音採集、編錄、及將其儲存於資料庫」、「錄音室錄音服務」和「行動電話錄音服務」。

## 6. 其他

GATT 秘書處所編製的「服務部門分類表」未指明「其他」所包括之種類，解釋上應為視聽部門下前述五項以外的服務。

### (二) 視聽服務談判之背景爭議

在烏拉圭回合時，視聽服務的自由化即為服務貿易談判的主要爭議之一。在當時回合談判的初期，歐盟與美國即對於視聽商品是否應有GATT規範之適用而有所齟齬，爭議之關鍵為歐盟於一九八九年十月所頒佈的「電視無疆界指令」(Television Without Frontiers Directive)。該指令之宗旨乃規範歐盟內部電視節目之跨國播送、鼓勵歐洲電視工業之發展、以及整合歐洲之媒體工業，其主要目的係在藉由補貼和配額等方式，抵制美國電視節目在歐洲之市場優勢<sup>91</sup>。美國認為該指令中有關自製率之要求違反GATT最惠國待遇(第一條)、國民待遇(第三條)和數量限制之規定(第十一條)，進而向歐盟提起雙邊諮商。另一方面，歐盟則抗辯電視播映屬於服務之範疇，故無GATT之適用。再者，歐盟主張即使電視播映有GATT之適用，根據GATT電影片特別條款(第四條)和一般例外(第十四條)等規定，可知GATT允許「文化例外」之情況，即締約國為保護文化價值和傳統得以暫不履行其在GATT下之義務<sup>92</sup>。

歐美雙方最後未就此爭端訴請成立小組，亦未以其他方式和解，美國選擇在「服務談判小組」(Group of Negotiations on Services)內與歐盟續就相關問題進行協商，視聽服務自由化的爭議也因此自GATT延燒至GATS<sup>93</sup>。惟在進行服務貿易規範的談判過程中，歐盟與美國依舊採取相對立之立場，其中GATS應否適用於視聽服務即是爭議之核心。

## 二、視聽服務談判之重要倡議

WTO秘書處於2005年九月編製一份視聽服務的談判文件，該文件摘述視聽服務談判的問題及重要倡議，其目的係協助會員國就相關議題進行

---

<sup>91</sup> 彭心儀，同前註11，頁53。

<sup>92</sup> John David Donaldson, "Television Without Frontiers": The Continuing Tension Between Liberal Free Trade and European Cultural Integrity, 20 Fordham International Law Journal 90, 110-111 (1996)

<sup>93</sup> Lisa L. Garrett, *Commerce versus Culture: The Battle Between the United States and the European Union Over Audiovisual Trade Policies*, 19 North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation 553, 561 (1994)

研析並依此展開談判(JOB(05)/192)<sup>94</sup>。由於該文件彙整自 2000 年以來會員國的視聽服務提案及服務貿易理事會特別會議的相關紀錄，因此對於瞭解視聽服務談判之現況極具參考價值。

依照該秘書處文件，視聽服務談判的重要倡議包括：「視聽服務的重新分類」、「對視聽服務提出特定承諾」、「將視聽服務排除 GATS 規範」、「制訂文化多樣性防衛條款」、「制訂補貼規範」和「最惠國待遇豁免措施檢討」。其中，「對視聽服務提出特定承諾」、「將視聽服務排除 GATS 規範」以及「最惠國待遇豁免措施檢討」三項倡議，可被視為是一體的多面，蓋彼等議題都與「視聽服務應否排除 GATS 之適用」的核心命題有關，如果答案為肯定，那麼未來無須鼓勵會員國對視聽服務提出特定承諾，亦無須檢討視聽服務下的最惠國待遇豁免措施；如果答案為否定，則此二項倡議將可成為未來促進視聽服務自由化的主張。

以下本文將分別介紹視聽服務談判的重要倡議，並研析彼等倡議對於視聽服務自由化之影響。

## （一）視聽服務重新分類

本節將說明視聽服務重新分類與文化保護之關連，並評估此倡議對於視聽服務談判之影響。

### 1. 視聽服務重新分類與文化保護之關連

首先，關於視聽服務重新分類之倡議，主要係考量到在數位科技匯流的趨勢下，會員國有必要檢驗視聽服務下不同的服務態樣，以重新建立清楚、正確和廣泛的分類<sup>95</sup>。依此倡議，會員國對於相同視聽內容的服務提供，不應因為傳輸技術之不同，而有不同之對待，此即所謂的「技術中立原則」。此議題與本文所探討的文化保護未有必然之關連，惟有論者指出，此議題涉及管制界線的模糊化，即會員國為遂行其文化保護主張，對於數位匯流下所產生的新興服務，將盡可能納入視聽服務之範疇，以適用嚴格的內容管制規範，而非納入電信服務以適用較為寬鬆之規定<sup>96</sup>。這樣的論點似乎是假設一國電信服務的自由化程度必定遠高於視聽服務，但假設一國兩類服務的自由化程度相當（電信服務和視聽服務都非常自由化），或者恰好發生相反情況（視聽服務的自由化程度高過於電信服務）時，視聽服務分類的問題恐怕就未必與文化保護有所關連。

<sup>94</sup> *Audiovisual Services: Information Note by the Secretariat*, WTO Doc. JOB(05)/192 (19 September 2005)

<sup>95</sup> *Communication from the United States-Audiovisual and Related Services*, WTO Doc. S/CSS/W/21 (18 Dec. 2000).

<sup>96</sup> 彭心儀，同前註 11，頁 76。

## 2. 視聽服務重新分類無助於進一步自由化

事實上，新興視聽服務的內管制，追根究柢其問題之關鍵，仍在於一國對於開放視聽服務的態度，也就是傾向「自由化」或是「文化保護」。如果一國傾向「自由化」，那麼視聽服務重新分類的倡議，所涉及的單純只是如何在不影響既有承諾的情況下，修改對視聽服務特定承諾之填寫；如果一國傾向「文化保護」，此表示其在入會時極可能不願意對視聽服務提出特定承諾，同樣地在不影響既有承諾的前提下，該國因為完全未提承諾，所以不可能也不應該因為視聽服務重新分類而更自由化。從前述兩種情況的分析中可知，因應數位科技匯流所倡議的視聽服務重新分類，對於解決目前的視聽服務自由化談判的困境，似乎是起不了作用的。

也因此，有論者主張，以資訊科技的角度檢視GATS視聽服務自由化的問題時，可試採用「手段/目的」之方式檢驗會員國的視聽政策，以此區別「可被正當之文化保護措施」及「不合理之經濟保護措施」<sup>97</sup>。這種透過「合目的性」與「比例性」的檢驗，其用意還是在點破文化保護國家對於GATS視聽服務開放的迷思，即對視聽服務貿易保護不該被「正當化」為對文化保護的理由，而既然對文化保護無法被「正當化」，就表示彼等國家似應考慮對視聽服務自由化。

綜上，視聽服務重新分類之倡議，似不足以作為會員國進一步自由化之誘因。而前述的視聽內容管制問題，充其量只是再度反映出會員國對於數位科技下的新興視聽服務，所展現應否「自由化」或是「文化保護」的猶疑立場，而這樣的猶疑擺盪，其關鍵即在於會員國始終對於「視聽服務應否排除GATS之適用」抱持懷疑之態度。

### （二）視聽服務應排除 GATS 之適用

在烏拉圭回合的服務貿易談判中，歐盟和加拿大等國以文化保存為由而主張視聽服務應排除GATS規範之適用，此即所謂的「文化例外」。當時歐盟認為有必要在GATS下特別處理視聽服務的自由化問題，故曾提議下列三種方式：將視聽完全排除於GATS服務、訂立GATS視聽服務附件、在GATS下制定文化一般例外條款<sup>98</sup>。針對視聽服務是否應排除GATS之適用，以下本節將說明該訴求之正當性以及反對者認為不宜排除之理由，最後並檢視歐盟三項提議在未來談判中的可行性。

<sup>97</sup> 同上，頁 76。

<sup>98</sup> Sandrine Cahn and Daniel Schimmel, *The Cultural Exception: Does It Exist in GATT and GATS Frameworks? How Does It Affect or Is It Affected By the Agreement on TRIPs?*, 15 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 281, 293-297 (1997).

## 1. 排除視聽服務之正當性

主張視聽服務應排除 GATS 適用者，像是歐盟、加拿大、印度等會員國，大致上係基於下列三種理由：(1)視聽服務對於保護固有語言和發揚歷史文化係屬必要，其涉及一國的文化認同和價值而有其特殊性，故在 GATS 下不應與其他服務為相同處理；(2)視聽政策之制訂屬於文化主權，一國為延續文化傳統自應保有制訂視聽政策之權利，若將視聽服務納入 GATS 之範疇，恐將對一國的文化主權形成限制；(3)鑒於美國在視聽服務向來具有極大的比較利益，若將 GATS 適用於視聽服務，此有助於美國出口其視聽商品，但對其他國家而言，其終將因被迫開放市場致國內的視聽文化凋敝。如此一來，美國將可強化其世界文化霸權之地位，進而對其他文化的發展構成威脅。

## 2. 視聽服務不宜排除之理由

反對視聽服務應排除 GATS 適用者，基本上係以美國為首，其反駁之理由如下：(1)美國雖肯認視聽服務有助於保存和促進文化價值與認同，另一方面亦表示視聽服務的特殊性不應係其排除 GATS 適用之原因。對於文化衛道人士而言，美國的主張或被視為是兩面手法，但若深入探究，可知美方之主要訴求在於貿易規範有助於文化的認同，兩者間並無必然之衝突。換言之，透過建立一套規範清楚且具預測性的貿易規則，不僅可創造一國業者提供視聽服務之機會，亦對其創作和發展文化表現有所助益<sup>99</sup>；(2)關於文化主權可能受限之問題，美國認為會員國其實無須有此疑慮，蓋 GATS 規範本身業已提供會員國足夠彈性以制訂國內的文化政策。依照 GATS 前言，會員國為達成國家政策目標，本具有權利「對其境內服務之提供予以管制並採用新法規」。再者，透過特定承諾和豁免等機制，會員國在 GATS 下並無提出視聽服務承諾之絕對義務，亦得於一定期間採行不符合最惠國待遇之措施。依此，前述規定足以確保會員國在 GATS 下制定文化政策的主權；(3)開放視聽服務將造成美國文化霸權入侵之論點，恐係視聽服務應排除 GATS 適用的主張中最令人匪夷所思的理由。原因在於提出這些主張之會員國，像是法國、印度和埃及，本身不僅是電影產業發展較為蓬勃之國家，亦是電影的出口國，故殊難想像這些國家的文化會因開放視聽服務而有受威脅之可能，無怪乎美國認為此主張係彼等國家進行貿易保護之幌子，其目的實係在維持或增加國內視聽產業的比較利益。

---

<sup>99</sup> *Communication from the United States-Audiovisual and Related Services*, supra note 95, para 1 and 6.

### 3. GATS 發展文化例外的可行性

如前所述，歐盟有關「文化例外」之提議包括：(1)將視聽完全排除於GATS服務；(2)訂立GATS視聽服務附件；(3)在GATS下制定文化一般例外條款。以下將分析上述提議在未來談判中的可行性。

#### (1) 視聽服務不可能完全排除

針對第一種提議，應是未來在談判過程最不可能達成的目標。蓋依據GATS第十九條第一項有關漸進化自由化之規定：「為達成本協定之目標，會員國應自世界貿易組織生效日起五年內開始定期連續數回合之談判，以達到漸進式更高程度之自由化。」雖然至今有為數不少的會員國對於開放視聽服務仍存疑慮，但鑒於談判現實之考量，未來彼等國家似難排除需對視聽服務提出承諾之可能，以作為獲取其他部門利益之交換條件。此外，為促進第十九條之談判，服務貿易理事會於二〇〇年三月採認「服務貿易談判準則與程序」。關於談判之範圍，該文件即指出：「無任何服務部門或供給形式應被預先排除<sup>100</sup>。」綜上所述，將視聽服務完全排除GATS適用之主張早已是明日黃花，即使頑強如歐盟，亦不得不肯認此一事實<sup>101</sup>。

#### (2) 訂立視聽服務附件欠缺共識

與第一種相反之方式，係有關制訂視聽服務附件之提議。前者係將視聽服務完全排除於GATS，後者則是將視聽服務納入GATS架構，但訂立特別規範。回顧過去的談判歷史，歐盟於烏拉圭回合談判時即曾提出視聽服務附件之草案<sup>102</sup>，但當時會員國未對此達成共識，原因在於該草案在歐盟內部即受到部分國家反對，像是法國認為此舉終將導致視聽部門之全面自由化，迫使會員國需提出特定承諾<sup>103</sup>。此外，關於該附件之涵蓋範圍、對一般義務和特定承諾所容許之背離等事項，會員國亦存在意見上的分歧<sup>104</sup>。

重新檢視歐盟所提出之視聽服務附件草案，可知第二種方式在歐盟的諸多「文化例外」提議中應是最為退讓的，難怪連歐洲內部主張排除視聽服務的法國都表示無法接受。根據該附件草案第五條：「締約國對於具文

---

<sup>100</sup> *Guidelines and Procedures For the Negotiations on Trade in Services*, WTO Doc. S/L/93, para. 5 (29 March 2001).

<sup>101</sup> *Report of the Meeting Held on 9 to 12 July 2001*, WTO Doc. S/CSS/M/10, para. 209 (21 September 2001)

<sup>102</sup> *Communication From the European Communities Draft Sectoral Annex on Audiovisual Services*, GATT Doc. MTN.GNS/AUD/W/2 (4 October 1990)

<sup>103</sup> Sandrine Cahn and Daniel Schimmel, *supra* note 98 at 295.

<sup>104</sup> *Working Group on Audiovisual Services Note on the Meeting of 5 and 18 October 1990*, GATT Doc. MTN.GNS/AUD/2, para. 10 (20 December 1990)

化內容且有助於文化政策目標的視聽服務，應保有不給予其他締約國的服務和服務提供者市場開放之權利。」此規定基本上符合當時GATS草案第三章有關特定承諾之規定<sup>105</sup>，似難被視為是特定承諾的例外。另外，第六條規定：「依照本附件所採取措施之適用方式，不應對同類情況的國家間形成恣意或不正當的歧視，或對服務貿易構成隱藏性之限制。」此條文的目的是在減低會員國措施所造成的貿易限制效果，與歐盟另行提議的文化一般例外條款前言文字相同。歐盟之所以會在附件草案中列入關於不歧視原則的規定，主要原因可能是為摒除所謂「文化保護將限制貿易」的疑慮。而另觀察歐盟在「文化例外」數種立場上的游移擺盪，可知除「將視聽服務完全排除」的主張外，歐盟的其他兩項提議彼此間並非全然相斥。

鑒於視聽服務的漸進式自由化已不可避免，未來在GATS談判中發展視聽服務的附件並非完全不可行，因為制訂附件的前提是將視聽服務納入GATS規範，此符合漸進式自由化的原則。惟目前主張文化例外和視聽服務自由化的兩大陣營之間似乎仍存歧見，而訂立附件可能涉及到適用範圍、基本規範等多項議題而亟需會員國間的妥協，在欠缺共識的情況下，可行性恐怕不高。

### (3) 發展文化一般例外條款欠缺誘因

歐盟曾於烏拉圭回合時提議在GATS中制訂文化一般例外條款。根據一九九〇年七月的GATS主席版草案第十四條第一項a款規定：「本架構不得禁止會員國為下列目的之所需，而採取或執行之措施；惟此等措施之適用方式，不應對同類條件的國家間形成恣意或不正當的歧視，或對服務貿易構成隱藏性之限制：(a)為保護公共道德和秩序、安全、健康、『文化價值』或環境。」

烏拉圭回合時會員國協商GATS的過程中，文化一般例外之提議未獲得支持，原因在於「文化價值」的定義不明確，當時有會員國擔心若允許文化例外，則GATS下與文化相關的服務都有引用一般例外的可能<sup>106</sup>。亦有會員國主張鑒於多國合製的電影和電視節目在視聽產業漸為普遍，因此何謂「文化價值」恐將難以判定<sup>107</sup>。

有論者主張未來GATS下文化貿易相關的爭端或可透過發展文化一般例外條款以尋求解決，此有助於調和文化多樣性公約與GATS的可能規範衝突<sup>108</sup>。這樣的論點應係參考GATT下環保貿易爭端的處理模式，即小組

<sup>105</sup> *Draft Multilateral Framework For Trade in Services*, GATT Doc. MTN.GNS/35, Art. XVI (23 July 1990).

<sup>106</sup> *Working Group on Audiovisual Services Note on the Meeting of 5 and 18 October 1990*, *supra* note 104, para 10.

<sup>107</sup> *Negotiations Intensify As Groups Get Down to Detailed Drafting*, GATT Doc. NUR 041 (9 October 1990).

<sup>108</sup> Christoph Beat Graber, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to*



和上訴機構透過對一般例外條款的解釋，將WTO以外的國際環保協定納入考量。目前文化多樣性公約已制訂完成，透過適用公約中有關文化保護的規定（例如公約第八條）或未來公約下的案例，或許有助於解釋GATS的文化一般例外條款，此可解決烏拉圭回合談判時會員國所擔心「文化價值」定義過於籠統之問題，進而減少例外援引之濫用。

但發展 GATS 文化一般例外條款，是否就能解決長久以來視聽服務自由化的困境呢？這恐怕是個值得深思的問題。

首先，對於一直不願對視聽服務提出承諾的會員國而言，文化一般例外似乎不是最佳解。欲援引一般例外的會員國，其用意應是希望背離其既有的一般義務或特定承諾，但目前對開放視聽服務持保留立場之會員國，在入會時多已提出最惠國待遇豁免且未提承諾，雖然依照 GATS 第十九條會員國只是沒有立即自由化的壓力，但在「保持現狀不提承諾」以及「展開談判以解決一個非立即的問題」之間，吾人似乎很難期待彼等會員國選擇後者。此外，一般例外的要件相當嚴格，觀察 WTO 下相關爭端之發展，會員國若欲成功援引恐非易事，故對於主張文化保護重於貿易自由化的會員國而言，其可能因此望之卻步而放棄談判。

另一方面，對於目前已提出承諾的會員國，像是紐西蘭，發展文化一般例外條款是否能滌除其對於視聽服務自由化的疑慮呢？首先，彼等會員國應是擔心開放視聽服務後反而造成國內的文化發展受到威脅。惟鑒於 GATS 特定承諾非一般義務，會員國若對開放有疑慮本可在入會時選擇不提出承諾，因此吾人應可推知紐西蘭所擔心的文化受威脅問題，理論上應係其在入會時所無法合理預見的，否則僅可能被認為是該國在提出承諾後欲重行貿易保護的藉口，難以說服他人其援引文化一般例外有其必要性。從談判現實的角度而言，欲主張背離視聽服務承諾的會員國，在對手國的施壓下，恐怕不會選擇發展文化一般例外條款來予以解決，更合適的處理方式應是修改承諾表（GATS 第二十一條），或是在未來尋求發展文化防衛條款以正當化其背離特定承諾之理由。

綜上所述，對於目前尚未對視聽服務提出承諾、或已提出承諾但存有疑慮的會員國而言，欲說服彼等國家在未來投注談判的時間與心力以發展文化一般例外條款，似乎是欠缺誘因的。

### （三）制訂文化多樣性防衛條款

針對會員國不願對視聽服務進一步自由化之問題，曾有會員國提議應在 GATS 下制訂文化多樣性防衛條款，俾會員國在市場開放後能保護其文化的多樣性，並減緩國內文化保護者的壓力。以下將說明會員國之提案，

---

*the WTO?*, Journal of International Economic Law 9(3) 553, 574 (2006).

並對未來發展該防衛條款之可行性進行評估。

## 1. 會員國之提案

瑞士曾於視聽服務提案中倡議建立文化多樣性防衛機制(cultural diversity safeguard)，其主張GATS有必要制訂一般性授權條款(general enabling clause)俾會員國保存文化多樣性。瑞士並於其提案中強調會員國應明確定義「文化多樣性」之概念，並建立適當的防衛機制以避免會員國濫用該條款<sup>109</sup>。

服務貿易理事會特別會議曾對上述瑞士提案進行討論。由於該提案並未明確提出文化多樣性防衛條款之內容，因此部分會員國(歐盟、挪威和紐西蘭)即針對該條款之規範目的及發展的可能性表示疑問。

支持提案的會員國皆表示唯有在文化多樣性獲得保護的前提下，彼等才願意對視聽服務提出承諾。然而，某些會員國(加拿大)雖肯認文化防衛之重要性，但似乎傾向在其他的國際場域下發展此類規範。

另一方面，持反對立場的會員國，則分別以不同的理由認為GATS下不宜發展文化多樣性防衛條款。舉例而言，阿根廷認為GATS的規範對於會員國制訂文化政策的空間已展現足夠的彈性並提供保障，實無必要發展其他機制以保護文化；香港則表示，會員國不宜以保存文化多樣性為由行貿易保護之實，並指出視聽服務下有關文化多樣性之問題應透過發展補貼規範而解決<sup>110</sup>。

於是次特別會議的討論中，會員國對於是否有必要在既有GATS規範下發展文化多樣性防衛機制未建立共識，再加上後續的視聽服務提案或會議中亦未見相關議題的討論，因此瑞士提案並未獲會員國的關注。

## 2. 制訂文化多樣性防衛條款的可行性

瑞士的提案雖然胎死腹中，但對於化解目前視聽服務自由化的困境，似亦提供一個思考的方向。鑒於該提案未對文化多樣性防衛條款的目的和實質內容提出說明，因此未來會員國若欲制訂該條款，或可參考GATS第十條下建制緊急防衛措施規範之發展。以下本節將就GATS發展文化多樣性防衛條款之可行性進行研析。

---

<sup>109</sup> *Communication from the Switzerland – GATS 2000: Audiovisual Services*, WTO Doc. S/CSS/W/74, para. 11 (4 May 2001).

<sup>110</sup> *Report of the Meeting Held on 9 to 12 July 2001*, *supra* note 101, para. 209-212.

## (1) 文化多樣性防衛條款之要件有待商榷

欲研析文化多樣性防衛條款之可行性，首先應問的是防衛機制對於解決目前視聽服務自由化的困境是否可能有助益？依照東協國家對於緊急防衛機制之提案，防衛機制可被視為是貿易協定下的「安全網」(safety net)，其認為有了防衛機制將可舒緩國內產業對於市場開放之壓力。換言之，一國若已提出特定承諾，但錯估了市場開放對國內產業帶來的衝擊，透過採行暫時性的防衛措施可減低國內的損害<sup>111</sup>。爰此，在「安全網」的概念下發展文化多樣性防衛條款，對於向來主張若對視聽服務提出承諾將威脅國內文化發展的會員國來說，似可說服彼等在未來進一步支持市場開放。

然而，若欲進一步探討文化多樣性防衛措施的具體要件，首先即面臨到如何把文化保護概念納入防衛機制的難題。雖然至今服務貿易規則工作小組對於提起防衛措施之要件尚未建立共識，但一般認為，欲採行緊急防衛措施的會員國，在進行調查程序時應證明：(1)服務大量的增加；(2)國內產業受有損害或有損害之虞；(3)前述兩者有因果關係。此三項要素是一國得以正當化緊急防衛措施之要件，惟彼等皆為經濟上的指標，因此應如何於採行防衛措施時將文化多樣性列為考量的標準，似乎有很大的困難。

或有論者參考會員國在服務貿易規則工作小組之提案，進而主張一國在採行文化防衛調查程序時可將「公共利益」列入考量，即在調查前進行諮商程序，讓所有利害關係人得以表達意見。此或可彌補上述經濟指標之不足，並增進程序之透明化，但另一方面，由於讓所有利害關係人皆參與政策制訂之討論，其中或許涉及利益和價值之衝突，政府在衡諸政治現實下，可能反而選擇不採行文化保護的防衛措施。具體的例子像是一國考量電影映演服務業者的利益，選擇不採行對國片保護的措施<sup>112</sup>。

另外一個值得探究的問題是，會員國應如何證明進口的視聽服務和國內視聽產業凋敝有所關連？這一方面涉及到防衛機制中有關「同類服務」和「直接競爭服務」的判定問題，但更深層的問題恐怕會是，一國國內的電影工業一蹶不振，甚或是文化傳統面臨凋零的情況，是否可逕行歸因於大量消費外國的商業類型電影？而一國若欲解決前述的問題，採行緊急防衛措施是否又是最佳的靈藥？

---

<sup>111</sup> *Communication from Brunei Darussalim, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines and Thailand Further Thoughts on an Emergency Safeguard Mechanisms*, WTO Doc. JOB(04)/4, para 7-9 (24 February 2004).

<sup>112</sup> 楊光華，「服務貿易緊急防衛措施規範之發展及我國應有立場之芻議」，貿易調查專刊 第七期，頁 75-77，2002 年。

## (2) 暫時性措施難以達成文化保護之目的

如前所述，一國視聽產業的衰敝，往往涉及到產業結構的調整，恐怕不是緊急防衛措施所能解決的問題。而語言文化失傳的問題，更難仰賴三年五載的暫時性措施以獲得重生。依此，以經濟上的緊急措施，來矯治一國文化產業振興或是文化認同的長期性問題，從現實的角度來看，似乎是個不可能的任務。無怪乎服務貿易理事會特別會議於討論瑞士提案時，有會員國即表示視聽服務的自由化問題應透過制訂補貼規範予以解決。這樣的提議似乎反映出視聽產業一個普遍的現象，即許多國家藉由各類的扶助措施以發展國內的視聽產業而不願意自由化。在緊急防衛措施無法解決視聽文化的長期問題下，在 GATS 下發展補貼規範似乎成為一個可行的方式。

### (四) 制訂服務補貼規範

補貼常是許多國家用以培植國內視聽產業的政策手段，對於主張文化保護的國家而言，其認為補貼有助於國內文化商品之創作，俾其免除市場競爭之壓力。以下將先說明會員國所提出有關視聽服務補貼之倡議，並研析服務補貼規範制訂之必要性。最後本節將論述該倡議對於視聽服務談判之影響。

#### 1. 會員國之提案

服務貿易理事會中會員國提出的四項視聽服務提案，其中即有三項提及視聽服務的補貼問題。美國於其提案中強調，未來會員國於發展補貼規範時，應尊重會員國在促進文化認同方面的需求，俾各國培植本地的文化，惟有關補貼可能造成的貿易扭曲效果應列入考量<sup>113</sup>。瑞士於視聽服務提案中指出，多數WTO會員國以不同的程度對國內視聽商品的生產與行銷進行補貼，特別是電影產業的補貼。依此，會員國除針對一般性的補貼規範進行協商外，亦應討論視聽服務補貼措施及其在規範中之地位，以求解決當前視聽服務的自由化問題<sup>114</sup>。巴西則於其提案中表示，鑒於視聽部門的敏感性，似有必要就視聽服務補貼進行討論，俾會員國達成文化政策的目標<sup>115</sup>。

此外，亦有學者指出發展補貼規範係GATS「文化例外」的最後一道防線，其主張未來服務補貼談判中，應確保會員國在視聽服務補貼上能有文

<sup>113</sup> *Communication from the United States - Audiovisual and Related Services*, supra note 95, para. 10.

<sup>114</sup> *Communication from the Switzerland - GATS 2000: Audiovisual Services*, supra note 109, para. 12.

<sup>115</sup> *Communication from Brazil - Audiovisual Services*, WTO Doc. S/CSS/W/99, para. 9 (9 July 2001).

化面向的特殊考量，也就是說允許會員國透過補貼措施來推動文化政策  
116。

綜上所述，透過制訂服務補貼規範並考量視聽補貼之特殊地位，似乎有助於達成會員國關切的文化政策目的，進而促進視聽服務的自由化。然而，在現行 GATS 規範下是否有必要另增服務補貼規範？未來在發展此規範時，在談判上又可能遭遇到什麼樣的問題？

## 2. 是否有必要制訂服務補貼規範？

依照 GATS 第十五條，會員國並未被禁止對服務補貼，惟需注意補貼對服務貿易可能產生的扭曲效果，而為了避免此類貿易扭曲之效果，會員國應展開談判以發展必要之多邊規範。然針對是否有必要制訂服務補貼規範，有論者主張 GATS 既有的規定已可對補貼帶來的貿易扭曲現象提供救濟，故無須再發展補貼規範，相關規定包括：第二條「最惠國待遇」規定可防止在不同會員國間為歧視的補貼待遇；第八條「獨占及排他性服務業者」規定可避免獨占及排他性服務業者在不同活動或部門間進行交叉補貼；第十七條「國民待遇」規定，會員國所授與本國服務和服務提供者之補貼，依此規定亦應授與其境內同類的外國服務和服務提供者等<sup>117</sup>。

觀察上述會員國的提案，不免令人好奇彼等會員國提議之真正用意究竟為何。換句話說，彼等提議之目的究係在解決視聽補貼可能帶來之貿易扭曲問題，抑或係冀能在補貼規範中給予視聽補貼特殊地位呢？

若會員國提議之目的係基於前者，即透過補貼規範以矯正視聽服務補貼所產生的扭曲效果，則依上述論者之主張，可知制訂補貼規範是否有其必要則有待商榷。若係基於後者，彼等可能認為會員國基於文化考量的補貼下所製造或行銷的視聽商品，礙於其消費的對象多非針對普羅大眾，甚或是非以商業為考量，因此從貿易的角度來看，其扭曲效果應該是微乎其微的。於此情況下，如何在發展一般的服務補貼規範時，能同時考量各國的文化認同及文化政策目標，即是會員國在談判服務補貼規範時所應費心思量的。

## 3. 制訂補貼規範對於視聽服務談判的影響

美國曾於服務貿易理事會特別會議中指出，未來有關規範電影補貼之議題，或可先從提出特定承諾一事來展開討論，其表示 GATS 既允許會員

<sup>116</sup> 彭心儀，*supra* note 11，頁 92。

<sup>117</sup> 楊光華，「服務補貼規範發展必要性之初探」，第四屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，頁 147，2004 年。

國在特定承諾表上保留歧視性補貼之記載，可知提出特定承諾並不會影響會員國追求各自文化表現之目標<sup>118</sup>。美國之所以為如是發言，應是希望藉由對視聽服務提出特定承諾及保留限制，各國得以檢視究有哪些既有的補貼措施不符合GATS特定承諾之規定，而彼等補貼若具有特別的文化考量（像是美國國家藝術基金會之補貼），未來會員國可再考慮應否對這些特定的補貼在補貼規範中賦予特殊地位。因此，美國提議之用意其實是良善的，因為透過提出特定承諾，主張文化保護的會員國得藉此檢視國內的視聽補貼政策，有助彼等釐清哪些是基於文化考量的補貼措施，而哪些則是提供貿易保護而可能有扭曲效果的補貼措施，前者可考慮在服務補貼規範下以特殊的方式處理，後者則應符合補貼規範並隨著漸進式自由化的進程逐步刪減。

如上所述，會員國所提出制訂服務補貼規範之倡議，其背後的用意應是鼓勵其他會員國對視聽服務提出特定承諾。換句話說，透過制訂服務補貼規範並考量視聽補貼之特殊地位，會員國可能得以維持其具有文化考量的補貼措施，免除彼等對開放視聽服務後將無法繼續扶植國內文化創作的疑慮。但這樣的補貼規範可能是個「兩面刃」，原因在於目前打著文化保護旗幟而大量補貼的會員國（像是法國），其所謂「為保存文化」而採取的補貼措施，若被認為具有貿易扭曲的可能性，必定會在談判時受到挑戰，如此一來彼等會員國對於制訂補貼規範的倡議可能就會心存保留而意興闌珊，遑論還要以此作為鼓勵其提出特定承諾之誘因。

綜上，制訂服務補貼規範不但欠缺必要性，對於主張以補貼來扶植國內文化產業的會員國而言，該倡議亦難以獲得彼等支持。因此，若欲以此倡議作為視聽服務進一步自由化的誘因，顯然是失敗的。

## （五）不同倡議間之相互關連

依秘書處文件JOB(05)/192，僅有二十六個會員國在GATS對此視聽部門提出特定承諾<sup>119</sup>。長久以來，視聽服務談判之困境在於會員國不願對該部門進一步自由化，而其不願自由化之動機，在於彼等對於能否在GATS下達成文化政策目的係有疑慮的。觀察前述之倡議，大致上可發現除「視聽服務應排除GATS適用」外，其他提案之用意皆是在化解會員國之疑慮，或提供彼等進一步自由化之誘因。

關於「視聽服務重新分類」，美國於二〇〇四年提出之回應修正清單（Revised Offer, TN/S/O/USA/Rev.1），將「廣播及電視傳送服務」改置於

<sup>118</sup> Report of the Meeting Held on 9 to 12 July 2001, *supra* note 101, para. 218.

<sup>119</sup> Audiovisual Services: Information Note by the Secretariat, *supra* note 94, para 10.

「電信服務」項下，其一方面係因應新通訊科技對舊有分類之衝擊，另一方面也藉由將該服務拉出「視聽服務」的範疇，呼籲會員國對不涉及視聽內容之服務進一步自由化。「制訂文化多樣性防衛條款」之倡議，其目的係透過建立文化防衛機制，以舒緩會員國國內產業對於開放視聽服務之壓力。至於「制訂服務補貼規範」，依美國之主張，制訂該規範時應特別考量會員國基於文化考量所授與之補貼，免除彼等對於開放視聽服務後將無法繼續扶持國內文化創作之疑慮。依此，會員國提出特定承諾並不影響其採行補貼。

上述三項倡議共同之處皆在鼓吹會員國「應對視聽服務提出特定承諾」。另一方面，「視聽服務應排除GATS適用」之倡議，似乎反映出不願提出特定承諾的會員國的基本立場。表面上，這兩大主張之間好像是相衝突的，即對視聽服務提出特定承諾，就不可能將其排除GATS規範。但從前述歐盟三項「文化例外」提議之分析中可知，所謂的「排除」，似乎又有程度之分，邏輯上僅有「視聽服務應完全排除於GATS服務」之主張，與視聽服務自由化是完全相違背的，因為該主張是終極的將視聽服務脫離GATS之範疇，但目前連歐盟都已不在該立場上堅持<sup>120</sup>。至於「訂立視聽服務附件」和「制訂文化一般例外條款」，則不必然與自由化的主張衝突，甚至可能有某種關連，因為「文化多樣性防衛條款」和「視聽服務補貼」，皆可被納入「視聽服務附件」的架構下發展，而「文化一般例外」與「文化多樣性防衛」在概念上亦是相容的，兩者皆係處理會員國背離視聽服務特定承諾之情況。

前述秘書處文件於描述視聽服務的談判概況時指出：「鑒於僅有少數會員國對此部門提出承諾，且多數提出最惠國待遇豁免，故未來談判時有必要投注新的思維，並揚棄舊有的『全有全無』模式<sup>121</sup>。」所謂「全有全無」(all or nothing)，指的即是將視聽服務完全排除於GATS，抑或對該部門承諾完全自由化的簡單二分法。

從視聽服務不同倡議間的相互關連，吾人更能理解秘書處對此部門的談判之展望。簡言之，只要「貿易自由化」和「文化保護」兩大陣營不堅持己見，視聽服務自由化的問題不是沒有解決的可能。目前視聽服務談判之所以陷入困境，其所欠缺的即是一個談判的「轉機」。而在未深究文化多樣性公約前，公約看似會對GATS帶來衝擊，但其或許可扮演「轉機」的角色。白話一點來說，危機即是轉機，皆視未來會員國如何在談判時化險為夷。

<sup>120</sup> Report of the Meeting Held on 9 to 12 July 2001, *supra* note 101, para 209.

<sup>121</sup> Audiovisual Services: Information Note by the Secretariat, *supra* note 94, para. 1.

### 三、公約為視聽服務談判之困境另啓一扇窗

本節將先對長久以來有關文化貿易之衝突辯證提出看法。在釐清兩者間之關係後，本節將以第參章的衝突分析為論述基礎，並考量視聽服務談判之倡議，評估公約對於 GATS 視聽服務之影響，並對未來之談判提出展望。

#### (一) 文化保護與貿易自由化無必然衝突

從上節論述可知，GATS 視聽服務談判陷入困境，似乎始終存在一個基本態度的問題，也就是「文化保護」與「貿易自由化」之間究竟是否必然存在衝突？隨著數位科技的創新，將愈益突顯此問題，因為視聽內容透過數位科技的傳輸，將可觸及到更多的閱聽大眾，如此一來，歐盟所認定的美國文化霸權或好萊塢電影所帶來的文化同質性問題將更加嚴重，也就是透過貿易活動來進行文化入侵。

喜好主張文化入侵的國家，像是法國和加拿大，常以保存國內文化為由，對視聽服務自由化提出抨擊。從多元文化的觀點而論，彼等國家的文化相對於世界上其他正在凋零的文化，仍屬於強勢的文化，根本無所謂保存之問題，而真正應該保存的文化，其衰敝與凋零之問題，往往不是貿易自由化所造成的，其原因可能是種族內戰、環境破壞、殖民化的歷史過程等，而這樣的文化失傳問題亦不是僅透過貿易活動就可解決的，更有效的方式可能是國內文化政策之制訂，像是古蹟修復、母語教育等。

貿易自由化不但非一國文化受威脅之原因，反而可促進一國文化之發展，這也是為何法國和加拿大儘管反對視聽服務自由化，彼等還是盡可能制訂各種鼓勵性措施來出口視聽商品，因為彼等深知貿易有助於彼等國族文化之發揚。以此觀之，更可知文化保護和貿易自由化並無必然之衝突，兩者間反而可以是相輔相成的。

#### (二) 公約提供文化議題協商之平台

釐清文化保護與貿易自由化間無必然之衝突後後，更有助於吾人重新檢視公約與 GATS 間之關係。依本文第參章第一節之分析，可知公約與 GATS 義務相互衝突的可能性並不大，故從規範衝突的觀點來觀察公約對 GATS 的衝擊，其實是相當有限的。

惟應注意的是，締約國在公約下有關制訂文化政策和保護文化表現的權利，若與其在 GATS 之義務相違，從國際法的角度來看，基於衝突避免，



締約國本應以履行 GATS 義務為優先考量。舉例來說，締約國在公約下有權利採取自製率比例要求（第六條第二項 a 款）、電視節目配音執照之限制（第六條第二項 b 款）或歧視性補貼（第六條第二項 d 款）等措施，但因為彼等措施可能構成 GATS 的市場開放限制或違反國民待遇，因此締約國若在 GATS 下對視聽服務提出特定承諾，勢必意味著彼等需放棄行使在公約之權利。依此，或有論者會主張，公約正式生效後，彼等會員國為繼續保有在公約下的權利，將更不願意在 GATS 下對視聽服務進一步自由化。

上述的問題，其實也是長期以來視聽服務談判陷入困境之原因，即會員國基於文化保護之關切，始終不願在 GATS 下對視聽服務提出特定承諾，甚至主張視聽服務應排除 GATS 之適用，因為彼等認為若對視聽服務進一步自由化，就意味著在文化主權上之讓步。為化解會員國對視聽服務自由化的疑慮，某些會員國提議在 GATS 下制訂視聽服務補貼、或文化多樣性防衛條款，惟由前述分析可知，彼等倡議皆不可行而無助於視聽服務之談判。

行文至此，吾人似乎很容易導出一個結論，即公約正式生效後，主張文化保護的會員國將更堅定其不對 GATS 視聽服務自由化之主張，而視聽服務談判之困境亦將一直持續下去。

這樣的結論，說穿了就是 GATS 視聽服務談判之困境將繼續維持現況。惟此論點似乎忽略了公約在未來所可能扮演的角色，因為公約正提供了一個平台俾締約國進行文化議題的討論，而這樣的文化議題，過去以來可能無法在 GATS 這樣以自由貿易為主的協定下進行討論，而也因為 WTO 會員國對文化保護之關切始終無法獲得紓解，導致 GATS 視聽服務談判長久陷入僵局。

公約正式生效後，締約國將能在公約的場域下就其所關切之文化議題進行協商。某些在 GATS 下無法繼續發展之議題，像是基於文化考量的補貼、或是文化的防衛措施，都有可能在公約的場域下獲得解決，如此一來，即有助於化解 WTO 會員國對 GATS 視聽服務開放之疑慮，進而促進視聽服務之談判。

### （三）公約與 GATS 之相互支持

由於公約提供一個文化議題協商之平台，因此 WTO 場域下與文化貿易相關之事項，未來在公約下皆可獲得充分之討論。依此，目前 GATS 視聽服務談判中無解的視聽服務補貼或文化防衛議題，未來在公約下即可能發展出新的規範，進而對 GATS 造成影響。

從本文前述之分析可知，GATS 一般例外不包括文化保護，因此未來 GATS 下若發生文化貿易衝突，將無法仿照 GATT/WTO 下環保貿易爭端之模式，將公約之規定於解釋一般例外時列入考量。雖然 WTO 會員國在未來仍可就制訂文化一般例外條款進行協商，但由於「文化保護」定義不明確，且一般例外之要件嚴苛，故未來似暫無發展之可能。更重要的是，文化一般例外似乎預設公約與 GATS 衝突之發生，從文化保護與貿易自由化無必然衝突之觀點而論，在 GATS 下發展此類規定亦欠缺正當性。

有鑑於此，為促進公約與 GATS 之相互支持，本文建議未來在 WTO 下可透過增訂「部長決議」(Ministerial Decision)之程序性規則，要求 WTO 會員國於解釋並適用 GATS 規定時應將公約之相關規定列入考量。這樣的決議，從短期來看有助於化解 WTO 會員國基於文化保護而不願開放之疑慮，提高彼等進行視聽服務談判之意願；長期來看，則有助於達成視聽服務自由化之目標。

## 伍、結論

文化多樣性公約由聯合國教科文組織於二〇〇五年十月二十日通過，該公約之目的係在「保護並促進文化多樣性」。從歷史背景觀之，「文化多樣性」似乎是歐盟會員國在 GATS 下「文化例外」主張之延續，也因此公約通過後，主張「貿易自由化」之一方擔心公約將限制貿易，而與 GATS 產生衝突；另一方面，主張「文化保護」之一方則主張此公約可助其在 GATS 下續行發展「文化例外」，亦即將視聽服務排除 GATS 之適用。

本文之研究主題係在探討公約與 GATS 視聽服務之關係。以視聽服務為論述核心，係考量到自烏拉圭回合起，該部門之談判始終因文化保護與貿易自由化兩大談判立場之對立，而無法進一步自由化。鑒於公約將於未來正式生效，本文透過對公約之研析，並檢視視聽服務談判之現況及重要倡議，試評估公約對視聽服務談判之影響，冀以此提出對未來視聽服務談判之展望。

研析公約下的重要規定，可知公約之義務多採軟性規定且締約國保有裁量權，解釋上尚難構成貿易限制或具歧視性；另一方面由於 GATS 規範極具彈性，WTO 會員國本不負絕對的特定承諾義務。依此，公約與 GATS 發生衝突發生之可能性並不大。

由於公約對 GATS 之衝擊相當有限，再加上公約將可提供一個文化議題協商之平台，公約或可舒緩 WTO 會員國在 GATS 下基於文化保護而不願開放之疑慮。因此，本文研判公約對於 GATS 視聽服務自由化將是助力，有助於未來視聽服務談判之進行。

# 參考文獻

## 一、中文文獻：

1. 張新平，視聽服務有關問題之探討，世界貿易組織下之服務貿易，元照出版社，頁 354-358，1996 年。
2. 羅昌發，國際貿易法，元照出版社，頁 551-552，2002 年
3. 楊光華，服務貿易緊急防衛措施規範之發展及我國應有立場之芻議，貿易調查專刊第七期，頁 75-77，2002 年。
4. 楊光華，服務補貼規範發展必要性之初探，第四屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，頁 147，2004 年。
5. 彭心儀，視聽服務貿易自由化下之文化政策爭議，台大法學論叢第三十三卷第四期，頁 37-100，2004 年 7 月。

## 二、英文文獻：

### (一) 英文專書與論文：

1. Bernier, Ivan, *Implementing the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of cultural Expressions* (<http://www.mcc.gouv.qc.ca/diversite-culturelle/eng/pdf/UNESCO-anglais.pdf>)
2. Cahn, Sandrine and Daniel Schimmel, *The Cultural Exception: Does It Exist in GATT and GATS Frameworks? How Does It Affect or Is It Affected*

*By the Agreement on TRIPs?*, 15 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 293-297 (1997)

3. Denhez, Marc McC., *Pacta Sunt Servanda: Reinterpreting the World Heritage Convention*, in *Old Cultures In New Worlds* (8th General Assembly and International Symposium, International Council on Monuments and Sites, Symposium Papers Vol. II) 870 (Oct. 10-15, 1987)  
<<http://www.international.icomos.org/publications/wash115.pdf>>
4. Donaldson, John David, “*Television Without Frontiers*”: *The Continuing Tension Between Liberal Free Trade and European Cultural Integrity*, 20 *Fordham International Law Journal* 110-111 (1996)
5. Fawcett, J. E. S., *The Legal Character of International Agreements*, 30 *British Yearbook of International Law* 390-392 (1953)
6. Frau-Meigs, Divina, “*Cultural Exception*”, *National Policies and Globalization: Imperatives in Democratization and Promotion of Contemporary Culture* <<http://www.audiovisualcat.net/publicationsing/Q14france.pdf>>
7. Garrett, Lisa L., *Commerce versus Culture: The Battle Between the United States and the European Union Over Audiovisual Trade Policies*, 19 *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* 561 (1994)
8. Graber, Christoph Beat, *Audiovisual Media and the Law of the WTO* in

FREE TRADE VERSUS CULTURAL DIVERSITY: WTO NEGOTIATIONS IN THE FIELD OF AUDIOVISUAL SERVICES 27 (Christoph Beat Graber et al. eds., 2004)

9. Graber, Christoph Beat, *The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?*, *Journal of International Economic Law* 9(3) 574 (2006)
10. Hahn, Michael, *A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and the International Trade Law*, *Journal of International Economic Law* 9(3) 542 (2006)
11. Heilbrun, James and Charles M. Gray, *THE ECONOMICS OF ART AND CULTURE* 222-230 (2001)
12. Jenks, Wilfred, *Conflict of Law-Making Treaties*, 30 *British Yearbook of International Law* 406 (1953)
13. Marceau, Gabrielle, *A Call for Coherence in International law: Praise for the prohibition against “clinical isolation” in WTO dispute Settlement*, 33:6 *Journal of World Trade* 128-133 (1999)
14. Murray, Catherine A., *The Third Sector Cultural Diversity and Civil Society*, *Canadian Journal of Communication*, Vol. 27, No. 2 (2002)  
<<http://www.cjc-online.ca/viewarticle.php?id=728&layout=html>>
15. Pauwelyn, Joost, *CONFLICT OF NORMS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 334

(2003)

16. Throsby, David, *ECONOMICS AND CULTURE* 139-141(2001)
17. Voon, Tania, *UNESCO and the WTO: A Clash of Cultures*, 55(3)  
*International and Comparative Law Quarterly* 635 (2006)  
<<http://www.worldtradelaw.net/articles/voonunesco.pdf>>

(二) **GATT/WTO** 文件：

1. *Draft Multilateral Framework For Trade in Services*, GATT Doc. MTN.GNS/35 (23 July 1990)
2. *Communication From the European Communities Draft Sectoral Annex on Audiovisual Services*, GATT Doc. MTN.GNS/AUD/W/2 (4 October 1990)
3. *Negotiating Intensity As Groups Get Down to Detailed Drafting*, GATT Doc. NUR 041 (9 October 1990)
4. *Working Group on Audiovisual Services Note on the Meeting of 5 and 18 October 1990*, GATT Doc. MTN.GNS/AUD/2 (20 December 1990)
5. *Services Sectoral Classification List*, GATT Doc. MTN/GNS/W/120 (10 July 1991)
6. *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WTO Doc. WT/DS2/AB/R (20 May 1996).

7. *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (6 November 1998)
8. *Communication from the United States - Audiovisual and Related Services*, WTO Doc. S/CSS/W/21 (18 December 2000)
9. *Guidelines and Procedures For the Negotiations on Trade in Services*, WTO Doc. S/L/93 (29 March 2001)
10. *Communication from the Switzerland – GATS 2000: Audiovisual Services*, WTO Doc. S/CSS/W/74 (4 May 2001)
11. *Communication from Brazil - Audiovisual Services*, WTO Doc. S/CSS/W/99 (9 July 2001)
12. *Report of the Meeting Held on 9 to 12 July 2001*, WTO Doc. S/CSS/M/10 (21 September 2001)
13. *Communication from Brunei Darussalim, Indonesia, Malaysia, Myanmar, the Philippines and Thailand Further Thoughts on an Emergency Safeguard Mechanisms*, WTO Doc. JOB(04)/4 (24 February 2004)
14. *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc. WT/DS258/R (10 November 2004)
15. *Audiovisual Services: Information Note by the Secretariat*, WTO Doc. JOB(05)/192 (19 September 2005)



(三) UNESCO 文件：

1. *First Meeting of Experts (Category VI) on the First Draft of an International Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, UNESCO Doc. CLT/CPD/2003-608/01 (February 2004)
2. *Second Meeting of Experts (Category VI) on the Preliminary Draft of an International Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, UNESCO Doc. CLT/CPT/2004/602/6 (May 2004)
3. *Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, UNESCO Doc. CLT/CPD/2004/CONF-201/2 (July 2004)
4. *First Session of the Intergovernmental Meeting of Experts on the Preliminary Draft of a Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions*, UNESCO Doc. CLT-2004/CONF.201/9 (November 2004)
5. *Preliminary Draft Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions – Text Revised by the Drafting Committee*, UNESCO Doc. CLT/CPT/2004/CONF.607/6 (December 2004)
6. *Preliminary Report By the Director-General Setting Out the Situation to be*

*Regulated and the Possible Scope of the Regulation Action Proposed,  
Accompanied by the Preliminary Draft Convention on the Protection of the  
Diversity of Cultural Contents and Artistic Expressions, UNESCO Doc.  
33C/23 (August 2005)*