doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.03.008

“软实力”视角下的外商投资文化审查进路探析 ——以加拿大法律实践为切入^{*}

赵海乐

(吉林大学法学院, 吉林 长春 130012)

摘要:文化是软实力的三种基本资源之一。维护国家文化安全是维护国家安全的重要范畴。作为国际上“文化安全”的重要倡导者,加拿大强调外商投资能够给本国文化产业带来“净利益”,并愿意以投资准入换取投资者承诺促进本地文化发展与国际化。对于本土文化的强调有利于扶持加拿大本国文化产业,并以此增加社会凝聚力。但这些举措仍然无法从根本上消除外来文化的威胁。对我国而言,在效法加拿大更加精细地设计外资审查门槛、审查标准的同时,还需谨慎订立国际条约,避免与现行国际法产生冲突。

关键词:软实力;文化安全;外资审查;净利益;文化例外

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2020)03-0090-12

一、“软实力”视角下的文化安全

“软实力”一词由美国学者约瑟夫·奈首先提出,意指与军事实力、国民生产总值等能够直接产生胁迫力的“硬实力”直接相对,以“规劝和吸引”为主要手段的国家实力。^①在当今以“和平与发展”为主流价值观的国际社会,随着军事力量的地位不断下降,软实力对国家而言的作用日益突出。而作为软实力三种基本资源之一的文化,它与政治价值观和对外政策一道,共同成为了国家权力的重要来源。^②因此,从主权国家的角度,如何防范他国文化的入侵、同时保证本国文化对于他国的吸引力,其重要意义并不次于保障边疆国防的稳定。“文化安全”一词也因而具有了现实意义。

不过,也正是由于硬实力与软实力的实现手段不同,对于文化安全的维护,也与诸如军事安全等传统意义上的安全问题存在相当大的差异。首先,文化安全并不完全依赖国家的绝对力量。软实力能否产生效果,很大程度是由权力作用对象而非权力拥有者决定的。因此,只有开放的文化观念才能带来文化软实力,抱残守缺的文化保护主义只会使他国敬而远之。其次,软实力更多的是一种“同化式权力”,即通过影响对方的偏好而达到目的。因此,维护本国文化安全,在增强本国吸引力的同时,还需防范他国文化对本国公众的影响与渗透。第三,软实力的拥有者不仅包括政府,企

^{*} 基金项目:本文受2017年教育部人文社会科学研究青年基金项目“海外投资利益保护视角下的我国国家安全制度构建研究”(项目编号:17YJC820068)、2018年教育部人文社会科学研究基金项目“经济全球化升级与WTO法改革的中国方案研究规划基金项目”(项目编号:18YJA820002)的资助。

① [美]约瑟夫·奈.软实力:权力,从硬实力到软实力[M].马娟娟,译.中信出版社,2013:8.

② [美]约瑟夫·奈.论权力[M].王吉美,译.中信出版社,2015:101.

业、非政府组织乃至个人均可拥有软实力。尤其在文化领域，诸如歌德学院、法语联盟等政府主导下的文化传播机构的影响力远远低于好莱坞、新海诚等传媒巨头。因此，文化安全的维护更离不开对于外资的正确对待。

以上三方面原因共同决定了从文化安全角度对于外商投资进行审查，其方式方法必然与一般性的外资国家安全审查存在差异。由于文化安全风险无形，文化资源掌控者多为跨国企业，且文化领域必须开放多元，因此，制度化的文化安全审查如何设计，对主权国家而言必然是值得研究的问题。对于我国而言，问题也同样如此。我国2015年通过并实施的《国家安全法》第3条就规定，“国家安全工作应当坚持总体国家安全观，以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，以经济安全为基础，以军事、文化、社会安全为保障”。这也是文化安全首次出现在我国法律当中。但是，其中并未明示文化安全如何得到维护。2015年《国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法的通知》第1条“审查范围”增加了外商投资我国重要文化产业和重要信息技术产品和服务领域，这正式宣告，至少在自贸区内，对于外商投资国家安全审查应当考虑文化安全因素。但该《通知》不仅位阶较低，而且内容过于概括，对于文化安全审查的具体标准也未进行具体描述。因此，对此完全有必要进行完善。尤其是“十八大”以来，习近平总书记多次论及“文化安全”与“文化软实力”，文化安全审查的制度构建也因而势在必行。

当然，文化安全未必在每一个国家都需要独立审查。^①例如，美国的国家安全审查程序中会将文化因素作为考量因素之一，^②但其国家安全审查机构当中甚至并不包括文化部门。^③不过，此种状况的产生，却是与美国自由主义文化政策紧密相关的。美国文化产业发展向来秉持市场主导模式，政府中甚至没有设置独立的文化部。由于国情差异，美国对文化安全的态度显然并非我国学习的对象。真正能够为我国提供参照的是法国与加拿大两国。与我国国情十分类似，法国与加拿大的文化发展均秉持着政府主导模式，两国更是世界范围内对“文化主权”的积极倡导者，且在各贸易谈判当中积极推行“文化豁免”与“文化例外”，要求承认文化产品的特殊性。在加拿大的外资并购国家利益审查当中，还特别设计了文化产业投资审查程序，由加拿大文化遗产部而非商务部门全权负责。这一特别程序，正是本文将要研究的对象。本文将以“软实力”理论为视角，在对加拿大文化产业外资审查制度进行研究的基础上，分析其制度设计的内在原因，并最终为我国未来构建文化安全法律体系提供参照。^④

① 林乐、胡婷. 从FIRMA看美国外资安全审查的新趋势[J]. 国际经济合作, 2018(8):12-15.

② 典型案例参见: Eric Schwartzel & Siobhan Hughes, China's Dalian Wanda Group Faces Renewed U.S. Regulatory Scrutiny. Wall Street Journal[2020-04-02]. <https://www.wsj.com/articles/chinas-wanda-group-faces-renewed-scrutiny-1480568582>.

③ CFIUS Overview. US Treasury[2020-04-02]. <https://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Pages/cfius-members.aspx>.

④ 需说明的是，法国与加拿大同样是世界上最为积极的主张“文化例外”、反对经济与文化相挂钩的国家。但此处选择加拿大而非法国为研究对象，是由于法国以国内文化政策见长，如强制国内电视节目使用法语、宣扬法国文化遗产等。其对外贸易与外商投资政策由于同时需遵守欧盟法关于资本流动自由的强制约束，因此国别特色并不浓厚。法国外商投资法律当中甚至并不包括专门针对文化产业的外商投资审查规则。法国外资审查法律当中要求进行特别考量的“敏感行业”仅仅包含关键基础设施与国防产业，并不包括文化产业。除此之外，法国外资审查是“国家安全审查”而非“净利益”审查，因而并不会要求外资企业有助于本国文化产业发展（参见：Foreign direct investment reviews 2019: A global perspective. [2020-04-02]. <https://www.whitecase.com/publications/insight/foreign-direct-investment-reviews-2019-france>）。

二、加拿大外资文化审查综述

(一) 文化产业外资审查的特殊性

严格来讲,加拿大并没有名为“外资并购国家安全审查”的程序。其外资审查的官方名称为“净利益”(net benefit)审查,即外商投资是否能够为加拿大带来净利益。加拿大对文化产业的外资审查,理论上仍需符合“净利益”标准,但在制度具体安排上存在相当大的特异性。

一方面,其负责部门与普通的净利益审查不同。净利益审查由加拿大创新、科学与经济发展部(原加拿大工业部)负责,在涉及国家安全问题时由公共安全和紧急情况准备部与其共同决策,但最终命令仍以创新、科学与经济发展部名义作出。^①然而,文化产业外资审查早在1999年就已由工业部移转至文化遗产部全权负责。^②

另一方面,需提交审查的外商投资金额下限更低、范围更广。根据《加拿大投资法》,凡是在文化产业直接投资金额超过500万加元或间接投资金额超过5000万加元的外国投资均需由文化遗产部进行审查,得到批准后方可进行投资。此种审查在加拿大法律中被称为“交割前审查”(review on a pre-closing basis)。^③低于上述数额的投资理论上只需提交通知(notification),无需得到批准即可继续进行投资,但文化遗产部同样有权在收到通知的21天内决定对此进行审查,此种审查也被称为交割后审查(review on a post-closing basis)。^④与之相对比,普通的外商投资只需在直接投资金额超过10亿加元时才有义务提交“净利益”审查,间接投资则不论金额多少一律免于审查。此外,非文化产业外资审查一律进行交割前审查,只有涉及国家安全问题时才可进行交割后审查。^⑤

(二) 文化产业外资审查的法律标准

1. 总体标准

根据《加拿大投资法》第14.1(6)条,文化产业共包含如下领域:书籍、杂志、期刊、报纸的出版、发行、销售;电影和视频的生产、销售、发行或展播;音乐的生产、销售、发行或展播,以及面向大众的广播与电视产业。此种划分仅仅是根据行业的划分,而非对于传输媒介的划分。因此,理论上讲,通过书店、报亭、电影院等传统方式经营的上述产业,与通过电子商务方式经营的上述产业均应受到文化产业

① Guidelines on the National Security Review of Investments. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk81190.html>.

② Cultural Sector Investment Review. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/cultural-sector-investment-review.html>. 需说明的是,如果某一外商投资行为同时涉及文化与非文化产业,则投资者需同时符合上述两部门对于外资并购的要求、且可能同时受到两部门的审查。相关信息参见: Dual Filing Requirements-Guidelines. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk00053.html>.

③ Investment Canada Act, Article 14(3)-(4).

④ Investment Canada Act, Article 15.

⑤ 加拿大政府对此数额不断进行调整。上述标准为加拿大政府2017年6月22日起实施的最新规定。参见: Thresholds. 加拿大政府网[2020-04-02]. https://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/h_lk00050.html.

投资审查的规制。

在审查标准上，加拿大文化产业投资审查仍然属于“净利益”审查。加拿大政府网站要求，企业应当证明其满足如下要求：“（1）推进加拿大文化产品的创作、生产、传播、销售和保存；（2）培育加拿大本土文化人才、雇佣不同背景的加拿大员工、保证加拿大企业的行政自主权、为员工提供学习机会、与加拿大公司展开合作、通过科技、电子商务、培训、实习等方式帮助加拿大提升整体水平；针对加拿大文化市场定制有别于国际版本的专属内容；（3）为文化培训机构提供帮助，以丰富加拿大人民的文化生活；（4）为加拿大文化产品的分销和市场推广提供帮助”。^①

上述规定是对文化产业“净利益”的总体概括。此外，针对一些重点领域，加拿大政府还公布了其外商投资审查细则，其关注重心也主要体现在外资控股限制和外资经营限制两个方面。

2. 图书出版领域

在图书出版和分销领域，外资控股首先受到了严格限制。外资如进行绿地投资，只能以合资的方式进行，且合资企业必须是“加拿大控制企业”，即加拿大人拥有多数投票权的企业或加拿大人拥有实际控制权的企业。^②其次，外资不得并购“加拿大控制企业”。只有在被并购企业本身面临财政危机、且给予了加拿大人公平购买机会的前提下，加拿大政府才可以特别批准对它的并购。最后，外商在图书领域的间接投资同样需接受审查。审查内容包括该投资能否为加拿大作者提供帮助（如向国外推广其作品）；能否开拓图书分销渠道（如与加拿大企业分享其营销途径）；能否为出版行业的研究工作提供财政与专业支持，等等。^③

3. 杂志领域

在杂志出版领域，加拿大政府对持股比例的要求略微放松，仅仅禁止外资并购“加拿大控制企业”，但允许外资新设企业以及并购其他外资企业。但对于杂志内容，加拿大政府却有严格的要求：杂志需与加拿大的生活和文化相关，能够反映加拿大视角。具体来讲，“净利益”考量之下，外国投资者需承诺，在加拿大市场当中销售的杂志主要内容需为加拿大原创，即内容的作者是加拿大人或者该内容从未出现在国外刊物当中。此外，“净利益”标准还要求杂志的编辑、印刷需在加拿大境内进行且雇佣加拿大居民。

加拿大政府特别要求，上述承诺将在投资存续期内永久适用，且投资者需每季度进行情况汇报。政府将每年进行一次审查。^④

^① Net benefit undertakings and Canadian cultural policy. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/cultural-sector-investment-review/net-benefit.html>.

^② 《加拿大投资法》第26.1(a)条。

^③ Revised Foreign Investment Policy in Book Publishing and Distribution. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/cultural-sector-investment-review/foreign-investment.html>.

^④ Canadian Content in Magazines. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/cultural-sector-investment-review/magazines.html>.

4. 影视分销领域

在影视分销领域，加拿大政府同样不允许外资对加拿大人拥有或控制的企业进行并购。虽允许外资进行绿地投资，但将其业务范围限制在进口、分销外资拥有国际知识产权或作为主要投资人的影视制品。此外，投资者可以并购加拿大境内的外资影视企业。但不论直接并购还是间接并购，投资者均需承诺，将所获利润的一部分进行“符合加拿大国家文化政策”的再投资。这就意味着，此种“再投资”虽未必在影视领域，但必须在文化产业当中，且符合上述标准。^①

（三）文化产业外资审查实践分析

尽管加拿大政府对于“净利益”审查进行严格保密，但对于影响较大的外商投资，加拿大文化遗产部会主动进行新闻发布，披露允许外资进入文化产业的前提条件。对这些案例进行分析能够发现，外资企业与加拿大政府的协商谈判，通常会围绕投资规模、促进当地就业、促进本地文化发展与国际化等三方面进行。

举例来讲，2010年，亚马逊公司在加拿大设立了全资仓储中心，以取代先前将图书从美国邮寄至加拿大的经营方式。此投资属于图书分销服务，原本仅允许以合资的方式进行。为获得特别许可，亚马逊公司做出了三方面承诺：第一，投资金额将高于2000万加元，且其中150万加元将用于设立文化活动、文化奖项，以及将加拿大作者的著作推向国外；第二，为本地居民提供就业岗位；第三，在亚马逊（加拿大）网站上增加本土著作与法语著作、并在其kindle商店增加本土内容。^②

又如，2010年年底，加拿大政府批准了苹果公司在加拿大的子公司设立“加拿大电子书商店”（iBookstore Canada）。此前，苹果公司的“电子书商店”当中，仅面向加拿大开放少数美国书籍和已过版权保护期的书籍进行下载。为获得经营许可，苹果加拿大公司在如下方面进行了承诺：第一，为加拿大人提供更多工作岗位；第二，为加拿大出版社和作者、尤其是原住民作者和原住民出版社提供更多合作机会；协助加拿大出版社优化电子书生产流程；第三，在加拿大电子书商店和其他国家的电子书商店宣传加拿大作者的著作，为加拿大读者定制专属“电子书商店”。

2017年，加拿大政府批准Netflix公司的投资，也具有类似的条件。Netflix公司是一家在线影片租赁企业。其投资准入阶段同样做出了类似承诺：第一，在加拿大设立永久性的影视生产企业，且在5年内投资5亿加元用于发展本土文化产品，同时投资2500万加元用于影视推广活动；第二，在其平台上增加法语内容。^③

对于非以文化产业作为主营业务的外商投资，需同时接受两个部门的外商投资审查，且需符合文化产业和非文化产业外商投资的净利益审查要求。例如，2012年，加

① Investment Canada policy on foreign investment in the Canadian film distribution sector.加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/film-video-policies/investment-canadian-film-distribution.html>.

② The Government of Canada Announces Results of Investment Canada Act Review of Amazon.加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/news/archive/2010/04/government-canada-announces-results-investment-canada-act-review-amazon.html>.

③ What Netflix's half a billion CAD investment in Canada is really about. Netflix官方网站[2020-04-02]. <https://media.netflix.com/en/company-blog/what-netflixs-half-a-billion-cad-investment-in-canada-is-really-about>.

拿大政府允许美国连锁超市Target在加拿大并购120余家Zellers超市门店，且在其中销售图书、杂志、DVD等文化产品。而Target做出的承诺包括，于2015年前在加拿大创设2万个以上的工作岗位，并允许加拿大人参与企业经营管理。同时，在其门店中销售足量的加拿大本土文化产品，并支持加拿大文化活动。^①

对于外资并购加拿大本土文化产业，加拿大文化遗产部还可能考虑到民族品牌的保留。例如，在2011年，加拿大政府批准了德国贝塔斯曼集团下属的兰登书屋并购加拿大麦克利兰·斯图尔特出版社。兰登书屋需承诺，保持麦克利兰·斯图尔特出版社的独立法人人格；继续该出版社的诗歌扶持计划；在多伦多大学举办麦克利兰·斯图尔特年度学术会议。^②

上述案例当中不难看出，加拿大文化遗产部遵循了上文所列举的规则，同时在实践当中对外资审查也处理得更加细腻：

首先，上文列举的加拿大文化产业投资政策本身并非硬性规定。投资者可以通过承诺换取政府的特别批准。最典型的例子，就是亚马逊公司以承诺换取了外资控股的权利。加拿大文化遗产部更倾向于与投资者展开谈判，以获得最有利于本国文化产业发展的承诺，而非简单将外资归结为对本国文化的威胁并拒绝其进入。

其次，文化领域的“净利益”，实际包括加拿大政府与投资者进行的利益交换。加拿大政府以投资准入作为对价，交换投资者掌握的各种资源。这些资源可能是投资者在加拿大境内掌握的推广渠道（如Target门店），还可能是投资者在别国的推广渠道（如亚马逊公司的国际销售渠道），且，要求投资者提供的资源，可能会服务于加拿大文化产业的整体发展，但严格来讲与本次并购毫无关联。例如，苹果公司承诺在其电子书商店当中增加加拿大作者的著作。这些作者本身很可能与苹果公司毫无交集，仅仅是因为加拿大政府为苹果公司颁发经营许可而顺利地搭上了国际化的便车。

这种带有交换性质的外资审查，在国际实践当中极其罕见。东道国政府即便对外资有所不满，也至多约束该外资企业未来的经营方式，而不会借机要求其为国内其他企业或相关产品的出口提供便利。举例来讲，双汇并购美国史密斯菲尔德公司案中，为缓解美方对于食品安全的考量，双汇公司主动承诺帮助史密斯菲尔德公司开拓中国市场。但美国政府并未强行要求双汇公司向中国推广其他企业生产的农副产品。又如，罗尔斯公司并购美国风电项目，美国进行的国家安全审查也自始至终没有分析此项目是否会促进当地风电产业。当然，此种情形或许是因为，美国国家安全审查秉持的标准毕竟是“无害”而非“有利”。^③但是，即便是在与加拿大“净利益”审查极为相似的澳大利亚外商投资“国家利益”审查当中，澳大利亚政府也至多要求投资者对本公司未来经营方式进行承诺，如企业应当遵守劳动法、继续履行与原住民签订

^① Target gets go-ahead to replace Zellers stores. CTVNEWS网站[2020-04-02]. <https://www.ctvnews.ca/canada/target-gets-go-ahead-to-replace-zellers-stores-1.868714>.

^② Bertelsmann takes full control of McClelland & Stewart.《环球邮报》网站[2020-04-02]. <https://www.theglobeandmail.com/arts/books-and-media/bertelsmann-takes-full-control-of-mcclelland-stewart/article1355844/>.

^③ 蒲红霞,葛顺奇.美国的外资安全审查制度与我国企业跨国并购的对策[J].国际贸易,2018(3):51-55.

的文化协议、产品定价以国际价格为参照，等等。^①

最后，不论是投资者的承诺还是双方的利益交换，都服务于一个共同的目的：对加拿大文化和文化产业的共同扶持。事实上，此种对文化和文化产业的并重，从加拿大外资审查的名称上也能得到提示：加拿大文化领域的外资审查，全称是“文化产业（cultural sector）投资审查”，而非“投资的文化审查”。

（四）文化产业安全审查的国际合法化推进

文化产业安全审查固然属于加拿大政府主权范围内的事项，但安全审查本身毕竟涉及投资者待遇问题，因此，加拿大政府仍然需为其政策寻求国际合法性，在避免投资者对其提出质疑的同时，尽可能争取他国政府接受文化安全审查的正当性。因此，加拿大政府不遗余力地在国际政治经济谈判当中主张“文化例外”和“文化豁免”，极力将本国与文化相关的种种国内措施排除出贸易与投资承诺的覆盖范围。只不过，这一努力在多边层面进展不大。自GATT谈判以来，文化产品与文化产业本身就一直未能在自由贸易规则项下得到特殊待遇。GATT当中仅仅包含了相对有限的“公共道德”例外。加拿大也因此“在加拿大一期案”中败诉。^②除此之外，加拿大曾与法国一道，积极推进联合国教科文组织在2005年通过《保护和促进文化表现形式多样性公约》。该公约第2条当中明确提出“文化主权”问题，即，“各国拥有在其境内采取保护和促进文化表现形式多样性措施和政策的主权”。此公约遭致了秉持自由主义市场主导文化政策的美国的激烈反对，并且直接导致美国宣告退出联合国教科文组织。

不过，在多边层面“设置议程”失败后，加拿大政府在双边和区域层面却取得了成功。在对外签订的全部区域与双边协定当中，加拿大均坚持写入GATT当中所不具备的“文化例外”条款，甚至是不对称的文化例外条款。例如，《欧盟—加拿大综合经济与贸易协定》(CETA)中仅为加拿大而非欧盟保留了更广泛的文化例外。第十章“投资”第5.1条规定，关于投资设立和非歧视待遇的规定不适用于欧盟音像服务业与加拿大文化产业。类似的规定还包括第九章“补贴”、第十一章“跨境服务贸易”、第十四章“国内管制”与第二十一章“政府采购”。这就意味着，不论是在投资者准入审查、还是准入后待遇问题上，加拿大文化安全审查都不大可能受到来自于欧盟投资者的质疑。又如，在NAFTA项下，加拿大坚持将全部文化产业都排除出条约规制范围，尽管援引该例外的代价将是允许美国对其进行报复。^③在“NAFTA 2.0”版的USMCA当中，最终的“文化例外”条款虽然有所缩减，由此前的一揽子例外改变为仅适用于特定产业的例外，然而，由于加拿大彻底排除了基于USMCA的投资争议仲裁，且同时排除了美国基于“文化例外”相关问题在WTO提起诉讼的可能，^④因此，可以肯定的是，加拿大已排除了其文化安全审查最大的合法性障碍——

① 此类案例共包括：2008年中铝并购力拓；2008年中钢并购Murchison Metals Ltd；2009年中国五矿收购澳大利亚OZ矿业；2009年湖南华菱钢铁收购澳大利亚Fortescue Metals Group；2009年鞍山钢铁收购Gindalbie Metals Ltd；2009年兖州煤业收购Felix资源。

② Canada—Certain Measures Concerning Periodicals, DS31.

③ Canada—US Free Trade Agreement, Article 2105.

④ USMCA, Art.32.6.

来自美国的挑战。

三、外资文化安全审查对于国家软实力的推进与局限

（一）外资文化审查对于软实力推进的积极意义

一国文化软实力的维护，不仅包含对于外国文化影响力的抵制，也包含了对于本国文化产业的推进。加拿大政府进行的外资文化安全审查足已达成以上两个目标。

首先，加拿大政府在外资审查过程当中，着重强化了“本国内容”在外资企业未来经营当中的重要地位。其对外资安全审查的最基本要求之一，就是外资企业需针对加拿大市场投放有别于国际市场的本土内容。在杂志出版领域，也特别要求杂志内容需与加拿大文化生活直接相关，或内容作者为加拿大人。在外资审查实践当中，亚马逊公司和Target连锁超市也曾主动承诺，分别在其电子书商店和超市柜面增加加拿大本土书籍的数量。考虑到知识产权本身的无限重复性，此种对于本土内容的强调显然不利于商业效率的提升。然而，正是由于加拿大与美国在语言文化上的高度相似，加拿大政府更加警觉于美国式生活方式借由文化产品对加拿大公众的“侵蚀”，因为这无疑会增强美国的“同化式权力”，扩大美国在加拿大的软实力。

对于本土内容的强调，一方面可以防范加拿大较弱势的文化产业被直接推向市场竞争，进而被跨国公司成本更低、受众更广的文化产品所击败；另一方面，也有助于增强加拿大公众的社会凝聚力。巴里·布赞曾指出，与“国家—民族”模式的典型代表美国相比，加拿大作为一个并不存在主体民族的多民族国家，其国家观念的形成很难依赖于民族情感，因而社会—政治凝聚力显然更弱。这无疑代表着一国软实力的先天不足。因此，只有通过“他者”和“自我”进行文化区分，才有助于加拿大增强本国软实力。

其次，加拿大政府的外资文化审查极少存在“一票否决”的交易，更多的是在于外资进行“准入交易”的同时强化本国文化产业。这一方面体现为要求外资为加拿大本土文化产业发展提供支持，如承诺将利润进行再投资、积极开展文化活动、与加拿大出版机构增强合作等；另一方面，也体现为要求投资者利用其跨国渠道，为加拿大本国文化产品实现国际推广。提供跨国渠道当然不会自动为加拿大文化增加吸引力，但至少能够为吸引力的产生提供平台。此种做法的另一个优势在于，“准入交易”是投资者自愿承诺，因而相对不易引发投资者母国的意见，也不易引发“准入后待遇”问题之争。与之直接相对的，是法国2010年起的“文化税”（culture tax）之争：向跨境电子产品与互联网巨头征税以补贴文化产业。但此政策由于争议过大至今仍未有效实施。

最后，加拿大政府的外资文化审查体现的是政府与跨国企业之间的软实力争夺。传统意义上的国际关系理论仅承认“国家中心主义”（Statism）的权力理念，即权力的拥有者只可能为政府。但是，当“权力”从“硬权力”扩展至“软权力”，权力掌控主体也就顺理成章地扩展至企业、非政府机构乃至个人。当然，在绝大多数情况下，诸如Netflix等跨国企业本身未必具有利用其软实力的故意，更无意于直接对东

道国的文化展开挑战。其行为逻辑更多的是一种“利益最大化”的商业逻辑。而将强势文化不加改动地予以全球推广无疑是最符合商业逻辑的。然而，正如约瑟夫·奈在其《论权力》一书中论及的，“与美国为邻就像睡在大象身边”，“意图并不重要，只要大象一翻身，他们就会受到伤害。”^①不论投资者的意图如何，其造成的影响是显而易见的。但也正是由于投资者尊奉的是商业逻辑而非政治逻辑，因此，在不过分阻碍投资者能够获得利润的前提下，加拿大政府完全可以做出对本国文化发展有利的安排。这一领域完全可以达成正和而非零和游戏。

（二）文化投资审查的局限性

加拿大政府进行的文化投资审查有助于规制和引导投资者行为。与国内文化、传媒领域的法律相结合后，也的确有助于扶助本土文化的发展，从而增进国家软实力。然而，软实力毕竟是一种综合实力。加拿大强调“文化安全”是基于其社会—政治凝聚力需求，但这也侧面反映了其文化软实力的相对弱势地位。具体来讲，文化投资审查只能减小外来文化对本土文化的冲击，但无法根除外来文化影响力的源头。美国的文化软实力不等于其流行文化，更不等于制造软实力的文化资源（如好莱坞等传媒巨头）。美国文化之所以能够产生吸引力，原因并不在于其歌曲、电影的艺术价值高于莫扎特、莎士比亚的传世经典，而在于其向观众展示了一种近乎理想化的美国生活方式。而此种生活方式之所以能够吸引观众，背后又存在着美国经济实力、综合国力乃至军事实力的支撑，为其提供了可信度。因此，是“流行文化中的美国”而非“流行文化”本身支持了软实力的产生。对加拿大而言，其或许能够通过“看得见的手”调控市场这一“看不见的手”，但是在思想的市场上，其全然无法抵挡美式价值理念作为“看不见的手”侵入本土文化、为本国公众塑造偏好。对此最为典型的范例，是美国“超级碗”棒球比赛在加拿大播放时的“同步替代”政策：强制要求其中的广告替换为加拿大本土内容。此政策于2016年被撤销，原因在于加拿大观众反而主动要求观看美国广告，加拿大广播及电讯管理委员会因而以“公共利益”为由颁布了“同步替代”豁免令。其中明确表示，“‘超级碗’是一个特殊活动，其中大量广告构成节目的一部分。因此，应当采取规制措施保证加拿大人民不会错过他们喜爱观赏的节目的重要部分”。^②

综上，加拿大外资并购文化安全审查足以保护本国文化产品在市场竞争中获得一席之地，但总体上仍然属于“供给侧改革”而非“消费侧改革”。提高本土文化产品的供给量，未必能够有效塑造本国人民的消费偏好，更无助于消减美国文化在加拿大的影响力。与加拿大相比较，中国与美国存在显著的语言文化差异，中美之间也并不接壤。不过，外商对中国文化产业的投資却能够有效跨越中美地理距离。因此，我国如何完善外

① [美]约瑟夫·奈. 论权力[M]. 王吉美, 译. 中信出版社, 2015:8-9.

② 对此的叙述参见: CRTC continues to set the course for the future of television with Let's Talk TV decision. 加拿大政府网[2020-04-02]. <https://www.canada.ca/en/news/archive/2015/01/crtc-continues-set-course-future-television-let-talk-tv-decisions.html>. 需说明的是, 虽然此政策于2019年底被加拿大最高法院推翻, 但原因并不在于对“公共利益”的重新认定, 而是在于法院认定加拿大广播及电讯管理委员会越权。

资并购文化安全审查，将直接关系到我国如何在全球化进程中保持与提升软实力。

四、我国外资并购文化安全审查制度构建与软实力的提升

（一）文化安全审查范围需进一步明确

上文对我国的文化安全审查制度进行分析时曾经论及，我国目前的文化安全审查，仅仅适用于自贸区内的外资企业。不过，建立全国范围内的文化安全审查制度，并不等同于自贸区现行制度的简单扩张，而是需要在法律层面，对法规、部门规章加以整合，明确文化安全审查的范围。这也是在吸引外资的同时提升我国软实力的前提条件。

我国现行法律，对文化安全审查的范围进行了如下规定：我国《国家安全法》第59条规定，“国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资……进行国家安全审查”。此处并未区分外商投资属于直接还是间接投资。2011年《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》第1条第1款对审查范围的规定，仅限于“外国投资者并购”境内企业的行为，不包括绿地投资。而2015年《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》第1条第1款对审查范围的规制则是：“外国投资者在自贸试验区内投资军工、军工配套和其他关系国防安全的领域”的行为，以及，“外国投资者在自贸试验区内投资……重要文化”领域，且取得所投资企业的实际控制权的为行为。

上述规定的冲突之处是显而易见的，文化安全审查的范围也因而需要进一步明确。尤其是对需审查的外商投资种类应当进一步澄清。

首先，关于间接投资是否需提交文化安全审查，根据加拿大的经验，间接投资如果规模足够巨大同样会触动文化领域外资审查。我国如出于立法严谨性考虑，同样可以效仿这一制度。不过，如果顾及我国文化产业融资本身不易，也可将间接投资的审查门槛金额进行较高的划定。

其次，绿地投资同样应当接受文化安全审查。上文分析表明，文化安全风险更多来源于外资对我国本土文化的影响。在某些领域，外资审查仅针对外资并购进行，是因为并购带来的安全风险在于外资掌控了位于我国的资产或技术；然而，在文化产业，风险却恰恰来自外资本身掌控下的知识产权。因此，即便外资没有并购我国文化企业、而是以新设企业的方式推进其文化产品，此种安全风险也只会增无减。尤其在我国采用了准入前国民待遇加负面清单的外资准入制度的背景下，降低准入门槛的同时必须通过外资审查制度进行配合。在加拿大的法律实践当中，甚至在某些文化领域禁止成立外商独资企业，只允许其设立合资企业。我国即便不作此安排，也不应将绿地投资排除出文化安全审查的范畴。

最后，有必要为文化安全审查划定门槛金额，并要求高于此金额的投资人主动进行申报。考虑到文化产业本身并非资本密集型产业，因此，此门槛金额可以低于一般

性国家安全审查的门槛金额。当然,考虑到文化产业的不同领域可能带来的安全风险并不相同,此处的门槛金额甚至可以分行业划定。对于可能涉及意识形态领域的高度敏感行业也可不设门槛。同时,审查机关还应在特定情况下保有事后审查的权利,以及审查投资者承诺是否履行的权利。

(二) 需注重文化产业安全的保护

上文分析表明,文化安全的维护,离不开对文化产业安全的保障。一国软实力的维护,很大程度上是在与跨国企业而非外国政府争夺软权力。此种争夺未必体现为政府间对抗,但一定体现为企业间的吸引力对抗。加拿大的经验充分证明,文化安全审查不应仅仅是一个拒绝外资准入的过程,^①更多的应当是引导外资流向、鼓励外资主动作出承诺。我国《国家安全法》第23条明确指出,“国家坚持社会主义先进文化前进方向,继承和弘扬中华优秀传统文化,培育和践行社会主义核心价值观,防范和抵制不良文化的影响,掌握意识形态领域主导权,增强文化整体实力和竞争力”。这首先意味着,文化安全不仅包括意识形态安全、中华民族优秀传统文化安全,还意味着文化作为一项产业的健康发展,具有国际竞争力。我国《国家安全法》对于文化安全的定义,实际上承认了文化与文化产业的双重安全。因此,我国的文化安全审查,也同样应当对双重安全同等重视。^②

一方面,在制定文化安全审查细则时,应当将法律标准界定为“净利益”标准,即外商投资文化产业应当有利于本国文化发展与文化产业的发展,而非安全审查通常采用的“无害”标准——即外资不对本国文化安全造成损害即可。此种“净利益”,可以体现为民族文化保护、发掘本土文化人才、宣传濒危文化,也可以体现为外资与本土文化产业的协同发展,如中外合作设立电影制片公司过程中,外方提供先进电影特效技术等等。然而,无论如何,吸引外资,最终目的在于促进我国本土文化产业发展。因此,即便各级政府有意吸引外资共同开发当地文化,鼓励的方式也不应有损本土企业,尤其不应通过给予外资“超国民待遇”的方式吸引外资。^③

另一方面,法律标准本身应当足够细致,甚至可以效仿加拿大,以列举的方式明示国家期待投资者进行的承诺。只要某一产业分类并未禁止外商投资,我国理论上讲就需要该领域的外资进入。因此,在准入审批阶段,尤其应当明示准入条件与政策取向,^④甚至可以将较典型案例的投资者承诺以新闻发布会的形式对外公开,以达到指

① 祁述裕,陆筱璐.论放宽文化市场准入——扩大文化市场开放的若干思考[J].山东大学学报(哲学社会科学版),2018(3):1-8.

② 叶雪.文化产业安全的法律思考——以文化产业对外开放为视角[J].出版科学,2015(2):21-25.

③ 举例来讲,《黑龙江省人民政府关于进一步加强吸引外资工作的若干意见(黑政规〔2018〕4号)》当中,鼓励外商投资文化产业项目的方式就包括:“对在黑龙江省行政区域内注册,具有独立法人资格,具有良好纳税记录的外商投资文化产业项目……享受相关优惠政策。一是贷款贴息。对项目建设期内近三年新发生的银行贷款进行贴息。贴息额度不超过当年发生的利息,且原则上不低于200万元。二是股权投资。由省政府出资成立的股权投资机构通过直接投资、注入资本金或参与定向增发等方式对企业进行股权投资。股权投资额度原则上不低于500万元。三是融资奖励。对实现首发上市或通过其他方式实现权益性中长期股权融资的省内文化企业给予融资奖励,奖励资金原则上不低于300万元。四是项目补贴。对省政府确定的具有引导示范、特色优势项目,以上三种方式都无法支持的,视项目投资情况给予一定额度的项目补贴。补贴额度原则上不低于300万元。对特殊项目支持,由省政府一事一议决定。”

④ 孔庆江.《中华人民共和国外商投资法》与相关法律的衔接与协调[J].上海对外经贸大学学报,2019(3):5-13.

引作用。缺乏透明度的审批流程只会让外资心生疑虑而裹足不前。

（三）避免文化政策引发国际纠纷

上文分析表明，加拿大采取外资审查的方式换取投资者的承诺，是在国际法无法为其文化政策提供合法性依据的背景下不得已而为之。此种状况的根源，很大程度上在于美国倡导市场主导的自由主义文化政策，美国主导下的国际法制体系因而同样拒绝承认“文化例外”的合法性。对中国而言，文化政策同样面临着国际法的挑战。诉至WTO的中美音像制品争端就是一例。与加拿大类似，我国同样试图援引“公共道德例外”作为辩护但依然败诉。^①因此，维护我国文化安全，也同样需要考虑如何避免引发贸易与投资纠纷。^②

首先，从国际投资法的角度讲，加拿大的双边缔约实践效果虽然有限，但在双边条约当中加入了“文化例外”，至少可以排除投资者对东道国的起诉。出于避免引发投资争议仲裁的考量，我国也同样可以在缔约实践当中加入“文化例外”条款。目前，我国已在与加拿大、法国的投资保护协定、以及与新西兰的自由贸易协定当中加入了“文化例外”条款，但例外范围各有差异。与加拿大的条约当中，直接将文化产业整体剔除出了双边投资协定的规制范围。^③与法国的双边投资协定当中，仅仅排除了“任一缔约方……为保护和促进文化和语言的多样性”而“规范外国公司的投资和活动”的措施；缔约方普遍适用于文化产业的国内措施理论上仍然需受到投资协定的约束。^④而与新西兰的双边条约例外范围最为狭窄，仅仅包括保护文化遗产和具有国家价值的创造性艺术，^⑤诸如图书出版、电视剧制作等文化产业并不包含在例外范围之内。条款之间的差异，很大程度上是由于中国通常会接受对方提出的“文化例外”范本。此种状况固然能够说明，我国并不反感将文化产业排除出投资规则，但同时也就意味着，我国对于文化产业应当享有何种程度的豁免，其实还没有形成总体的考量。这在未来仍有待我国文化与旅游部与商务部门汇通协商、通盘考量。

其次，从国际贸易法的角度讲，我国需考虑如何通过国家安全审查，以获取投资者主动承诺的方式，避免违反我国的入世承诺。我国在入世之初，曾在音像产品销售、影院建设与经营等诸多方面做出了外资准入承诺。^⑥违反承诺将很可能导致诸如“中国—音像制品案”的争议产生。当然，准入承诺之所以存在，必然是由于我国入世之初并不介意与外资共同发展文化产业。因此，即便确立了国家安全审查制度，文化安全审查的目的也并不在于为外资准入设置事实上的障碍，更多应当在个案当中考量该投资可能对我国造成的影响，并以投资者承诺的方式将影响降低。

（下转第111页）

① 参见：WT/DS363.China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products.

② 刘跃进. 文化安全的三种思维方式与政策导向[J]. 国际安全研究, 2015, 33(3):3-21.

③ 《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第33条。

④ 《中国政府和法兰西共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》第4条。

⑤ 《中华人民共和国政府和新西兰政府自由贸易协定》第200条。

⑥ 郭玉军, 王卿. 我国文化产业利用外资的法律思考[J]. 河南财经政法大学学报, 2011, 26(4):71-76.