

文化市场监管模式研究*

——以德国为考察中心

喻文光

内容提要:如何利用法治推动文化的繁荣与发展,如何有效监管文化市场,是目前学界关注的重要课题。在文化法治建设中,国家保护文化的自主、开放和多元性,保障公民文化基本权利。国家为文化服务并有义务促进文化的发展,但也通过给付行政的方式来行使国家的文化形成权。德国在文化法治背景下形成了文化市场监管的四种模式:自我规制、受规制的自我规制、共同规制和政府规制。这四种模式各有优劣,且可以相互补充、共同发挥作用,以实现促进文化发展,保障公民文化基本权利的目标。我国在进行文化体制改革和文化法治建设时,可以借鉴与学习德国的经验,合理建构文化与国家的关系、文化与法治的关系、公民文化基本权利与政府责任之间的关系,以给付行政的方式促进文化的发展,并建立以行业的自我规制为主,以受规制的自我规制、共同规制、政府规制为辅的多元监管体系。

关键词:文化法治 文化与国家之关系 公民文化基本权利 文化市场监管模式

喻文光,中国人民大学法学院助理教授。

文化是制度之母。^{〔1〕} 文化对各国的经济发展和政治制度具有非常重大的影响,同时文化也是社会最重要的粘合剂,是民族认同感和国民精神的根基。我国在经济建设取得巨大成就之后,如何进行文化建设成为改革新时期的重要任务。2011年10月中共十七届六中全会作出了《关于深化文化体制改革推动社会主义文化大发展大繁荣若干问题的决定》。在国家积极推动文化发展的过程中,核心的问题是:国家应该扮演什么样的角色,发挥何种作用,承担哪些责任,如何做到既积极推动文化事业的发展繁荣,又不损害文化的自主性、独立性和多元性;既对快速发展的文化市场进行适当的监管,又不束缚或妨碍文化市场的自由健康发展。解决这些问题的前提在于处理好文化法治中的三对基本关系,即文化与国家的关系、文化与法治的关系以及文化基本权利与政府责任的关系。不同的历史时期、宪政背景

* 本文受到教育部人文社科青年项目(11YJC820157)的资助。

〔1〕 [美]塞缪尔·亨廷顿、劳伦斯·哈里森主编:《文化的重要作用——价值观如何影响人类进步》,程克雄译,新华出版社2010年版,第120页。

和文化传统会形成文化与国家的不同关系模式。不同的关系模式又直接导致国家对文化以及文化基本权利的不同态度,从而使国家对文化市场采取不同的监管模式。本文以德国为考察对象,探讨在法治国家如何构建这三对关系、如何在文化法治背景下对文化市场进行适当的监管,以期为解决中国问题提供思路和借鉴。

一 文化法治的三对基本关系

(一) 文化与国家的关系

“文化”这一概念的内涵非常丰富,而且在不同的学科体系中涵义也各不相同。概括欧陆和英美学者对文化的定义,对法律研究有重要意义的主要有以下两种定义方式:^[2]第一种是从文化与社会的关系角度,对文化作广义的理解。例如,被广泛引用的英国著名文化人类学家爱德华·泰勒的定义是:“文化是指包含了知识、信仰、艺术、道德、法律、习俗和所有作为一个社会成员所获得的能力以及习惯在内的复杂整体。”^[3]德国学者也有类似的表述,例如施泰纳教授认为,“文化是指一个社会中的典型的生活方式、价值观和行为方式的整体。”^[4]第二个角度是从文化与国家的关系方面,对文化作狭义的定义,认为文化作为一个上位概念和集合概念,是指与国家处于特殊关系的精神创造领域,包括教育、科学、艺术和宗教等。^[5]下文讨论的文化正是从文化与国家的这种特殊关系切入的。

具体而言,文化和国家的关系问题是在18世纪中叶以后文化与政治和宗教脱离后才出现的。在此之前,因为政治和经济的原因,文化艺术长期依附于教会和宫廷,具有自身特征和目的的文化体系不允许独立存在。在市民阶级兴起和封建制度逐渐弱化之后,艺术首先具有了自治的可能。宗教革命后,宗教逐渐与政权分离,宗教对于大学所具有的监督与审查权限逐渐削弱,教育和科学才获得独立和自由发展的空间。十八世纪欧洲大陆的主流思想是国家与社会二元区分的思想,即在国家的政治秩序之外,存在一个独立的社会生活领域,国家不得干预,人民享有完全的自治。文化作为社会领域的重要组成部分,具有自主性,国家应与文化保持距离。^[6]例如,最早提出“文化国家”概念的哲学家费希特认为,文化作为通向自由的途径,虽然有助于人类实现自由这个终极目标,但“没有人被教化,每个人都应当自我教化”。所以,国家对文化的唯一的贡献就是对每一种文化活动都保持克制态度,^[7]这种文化与国家相分离的理论主张通过美国1776年的《独立宣言》和法国1789年的《人权宣言》在实践中得到了体现和确认。虽然都强调文化的自主性,主张文化与国家分离,但分离的程度在美国和欧洲大陆却有所不同。在早期的美国,国家不仅不资助文艺,也不设立公立学校或公共艺术机构。^[8]然而在欧洲,对文化与国家的关系并没有采取截然二分的方

[2] 陈淑芳:《文化宪法》,载苏永钦主编:《部门宪法》,元照出版公司2006年版,第608页。

[3] Edward. B. Tylor, “The Origins of Culture”, *Part I-Primitive Culture*, 1 (1958).

[4] Steiner, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, VVDStRL 42, S. 8.

[5] Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, VVDStRL 42, 1984, S. 6, 81.

[6] Maihofer, *Kulturelle Aufgaben des modernen Staates*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 1994, § 25, Rn. 29 ff.; 另可参见许育典:《文化宪法与文化国》,元照出版公司2006年版,第28页。

[7] J. G. Fichte, *Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die französische Revolution 1793*, in: *Sämtliche Werke* (Hrsg. I. H. Fichte), Bd. VI. S. 80, 转引自, Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, VVDStRL 42, S. 53.

[8] Grimm, *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*, VVDStRL 42, 1984, S. 53

式。这一方面是出于对放任文化自由发展后果的反思和保护人类共同文化遗产的需要；另一方面，是因为二十世纪初兴起的法律和国家学思想认为，国家的任务除了维护社会秩序和公共安全以外，还包括照顾人民的物质生活和精神生活。对物质生活的照顾理论发展成为社会国思想，对人民精神生活的关照则发展为文化国的思想。^{〔9〕} 不过，在纳粹德国时期，文化与国家的关系走向了另一个极端，国家对文化的干预、控制和审查达到了非常严重的地步，对文化造成了极大的破坏。

由此可见，文化与国家的关系是一个两难的问题。一方面，文化的自主性要求文化作为自治领域不应受到国家的干预，另一方面，文化与国家截然二分也不实际，因为无法否认国家必须具有维护文化事务的一些必要权限。但一旦国家介入文化领域太多、太深，又会造成文化专制，阻碍文化的发展。历史上，围绕这一难题，形成了文化与国家关系的四种基本模式：^{〔10〕}（1）国家与文化分立，可称为二元模式，如早前的美国；（2）国家为了文化目的以外的其它利益关照文化，如启蒙时期的专制主义或自由主义，此类可称为功利主义模式；（3）国家为了文化本身的目的关照文化，可称之为文化国模式，如普鲁士王国的改革时期；（4）国家依据政治标准来操纵文化，可称之为操控模式，如纳粹主义。^{〔11〕} 在这四种模式中，第三种即文化国模式，是学者最为推崇的，也成为现代民主宪政国家选择的模式，因为近代宪法所具有的民主制度与法治国理念，使得文化国模式成为最可能合宪的状态。首先，从民主制度的角度来看，民主是以多元主义作为基本立场的，不同的政治、宗教及社会团体主张均受到宪法的保护，文化的多元性特征在民主制度下得以延续和发展。其次，从法治国角度来看，法治国对公民基本权利的保障使得国家不得任意侵入属于公民非政治生活的社会领域，这为文化的自主发展留下了必要的独立空间，使其不受公权力的干扰和影响。^{〔12〕}

文化国模式成为现代民主宪政法治国家的必然选择，那么，文化国这一概念如何理解，在文化国模式下文化与国家间的关系具体应该如何建构呢？文化国不是一个空洞的口号或宣言，其具有五层环环相扣、层层递进的涵义，而且这五层涵义也揭示了文化与国家之间的辩证关系。^{〔13〕}

（1）文化独立于国家自主发展。文化的自主性至关重要，国家把文化的成长发展都交给文化领域自身、交给社会去负责，国家不能限制或控制文化，其他社会组织、机构或力量也不能操纵或危害文化的自由发展。

（2）国家要为文化服务。文化的独立自由并不仅仅意味着国家尊重文化的自主性，还意味着国家要保护文化的自由发展，也就是说，国家并非完全不能介入文化事务，为了文化的自由发展，国家应该提供保护、照顾、传承和资助方面的服务。具体而言，作为文化国家，国家要保护文化免受私人或社会力量的侵犯，要通过颁布法律和建立公共机构来防止文化衰落、毁损、遗散和忘却，要通过各种教育机构和形式来传承、传播文化，并且要资助文化的发展。

〔9〕 陈淑芳：《文化宪法》，载苏永钦主编：《部门宪法》，元照出版公司 2006 年版，第 599 页。

〔10〕 Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, Berlin und New York 1984, S. 58, 80.

〔11〕 Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, Berlin und New York 1984, S. 58.

〔12〕 Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994, § 25, Rn. 21.

〔13〕 Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, in: Häberle (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 125 ff.

(3) 国家具有形成文化的权力。国家不仅要服务文化,还有权去形成文化。文化的自主性和国家的文化形成权看似矛盾,实则不然。原因在于:首先,国家在维护、传承文化之前,必须作出判断,哪些是文化的,哪些是非文化的。不论国家是通过立法、司法和行政机关还是授权独立的社会机构或专家去作出这样的判断,在判断时,国家都直接或间接地通过文化高权影响了判断。这就是文化形成权的一种体现。其次,在决定什么是值得保护、传承和资助的文化以及保护的优先和紧急顺序时,国家也行使了文化形成权。最后,即使文化事务的管辖权归属于各州,也不能改变国家在教育等领域的广泛的深刻的形成权,例如,确定什么样的教育目标以及教育理念就是国家行使文化形成权的一种体现。在一个文化国家,这样重要的基本决定只能由国家、由国家的公民、由人民产生的国家机构运用国家权威和决断力来作出。

(4) 文化具有塑造国家的力量。在国家形成文化的同时,文化也在塑造国家,例如,历史上辉煌的文化也造就了伟大的国家。文化与国家之间具有一种辩证的互为“主仆”的关系。当国家为文化服务时,国家是仆人,文化是主人,但当文化国与文化同一时,国家就取得了支配文化的地位。反之亦然。也就是说,文化国是国家与文化相互支配的国家。现代宪政国家、法治国家、社会国家等都是文化思想影响下的产物,且这些文化思想都是在社会体内自主形成的。

(5) 国家作为文化的产物。只强调国家的文化形成权,就会使文化成为国家权力的客体,损害文化的固有特性;只强调文化对国家的塑造作用,就会使国家成为文化的客体或工具,损害国家的固有特性。所以,这二者辩证统一在一起的国家才是文化国家,也就是说,国家本身就是文化的产物与文化的实现,其政治存在的形式是受文化支配的国家。达到尽善尽美阶段的文化国家不仅是为文化服务,不仅是在支配文化,不仅是文化的产物,而且它本身就是文化。此种意义的文化国家正如黑格尔所说是一种“道德理念的实现”。^[14]

文化国家的这五层涵义是辩证统一,相辅相成的。文化通过国家重获自由,国家通过文化强调高权。^[15] 它们既是文化国家的不同表现形式,也是文化国家的五个方面;既是构建文化和国家关系的根本指导方针,又是国家介入文化事务以及对文化市场进行监管所必须遵循的基本原则;既是德国文化法治国家建设的重要经验,也是我国进行文化体制改革、文化法治建设值得借鉴的理论基础。

(二) 文化与法治的关系

文化与国家的矛盾关系通过文化国这一概念获得了辩证统一。事实上,文化国模式虽然是在探讨国家与文化间的关系,但是在实质内容上,却是将文化整合进入当代宪法之中的一种尝试。也就是说,尝试使文化国与宪政的基本原则协调起来。但文化国的概念在德国基本法中没有规定,是否应当先在宪法条文中加入文化国家条款呢?文化国与宪法确立的法治原则到底如何调和,如何将文化纳入法治的轨道呢?

关于是否应当在宪法文本中加入文化国家条款的问题,曾在1984年德国国家法教师大会上经过激烈的讨论,达成的基本共识是无需在基本法中增加文化国家条款。例如,格林教授认为,宪法的最高价值目标是人的尊严,与此相关的民主统治只有在一定的文化条件下才

[14] 参见陈淑芳:《文化宪法》,载苏永钦主编:《部门宪法》,元照出版公司2006年版,第604页。

[15] Huber, Zur Problematik des Kulturstaats, in: Häberle (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 145 ff.

能实现,所以,即使基本法没有明确规定文化国家条款,但也赋予了国家文化任务。因此,若在基本法中增加文化国家条款,没有什么建设意义,只有宣示作用。^[16] 另外,德国联邦宪法法院在较早的判决中就肯认了文化国的存在。例如,联邦宪法法院认为:“基本法第 5 条第 3 款确认了:现代国家,在国家目标的意义上也应被理解为文化国,同时负有这方面的职责……”^[17] 所以,即使宪法中没有规定文化国家的目标条款,但文化国的概念已经被理论和实践所接受,已内含于宪法之中。因此,需要解决的更为重要的问题是如何使文化国与宪法已有的法治原则相协调。在这方面,二战后“社会国”概念的演变扮演了重要角色。也就是说,法治国从自由法治国发展到社会法治国,就意味着国家对社会的态度,从自由放任(自由法治国)转变到照顾负责(社会法治国)。社会法治国要求国家照顾人民生活,其中文化国涉及的是精神生活的照顾。因此,在一个实行自由民主宪政主义的文化国家,一方面国家要维持传统的自由法治国,采取比较放任自由的文化政策,即国家对文化的自由发展保持距离,持中立态度;另一方面国家要落实社会法治国所蕴含的文化国要求,应该积极创造使文化自由发展的多元文化空间,在各个生活领域建立一种友善对待并照顾文化的法秩序。^[18] 换而言之,文化国要与法治原则一起发挥作用,形成文化法治国。国家在文化国家的要求之下,虽然可以介入公民(社会)的文化事务,但必须在自由民主法治的基础之上去实现文化国家的理想。^[19]

由上观之,“文化国”的概念通过“社会国”的中介作用与“法治国”取得了和谐统一,但这一概念却忽略了宪法所彰显的基本权利保障、权力分立的理念。文化国以国家作为规范的对象,过于强调国家在文化领域负有的义务,忽略了作为文化主体的人民在文化自治领域的重要地位。进而言之,与其从客观方面来讨论如何使国家与文化保持距离,不如从主观权利角度来探讨人民作为文化的主体如何针对国家来主张其文化基本权。因此,以保障文化基本权为核心的文化宪法的概念应运而生。这一概念与文化国相比,更能够将宪法原本具有的基本权保障、社会国、法治国、权力分立的观念,嵌入人民、文化与国家的关系之中。^[20] 也就是说,文化宪法在文化与国家的二元关系中加入了人民这一维度,更符合现代民主宪政的基本精神,也使得关于文化的讨论更加立体、全面。关于文化宪法的内容,主流观点认为应该包括与文化相关的主观基本权利、客观的宪法委托、国家的机构、权限、程序等规范以及联邦国家体制等宪法条文。^[21] 文化宪法最终将文化整合进入了宪法的范畴,将文化纳入了法治的轨道,同时也为文化的法治化确立了最高的规范准则。而完成文化的法治化还需要具体化的文化宪法——文化行政法的襄助。文化法治国的实现需要文化宪法和文化行政法共同发挥作用。文化行政法作为部门行政法的特征在于,在承认文化的自治和特有规律的基础上,主要通过给付行政和自治行政的方式来实现文化行政任务。文化行政法主要包括由国家针对教育、科学和艺术等领域制定的具有约束力的法律规范。但在某些领

[16] Grimm, VVDStRL 42 (1984), S. 81.

[17] BVerfGE 35, 79 (114), BVerfGE 36, 321 (331); Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999, S. 359 ff.

[18] 许育典:《文化宪法与文化国》,元照出版公司 2006 年版,第 29 页以下。

[19] 陈淑芳:《文化宪法》,载苏永钦主编:《部门宪法》,元照出版公司 2006 年版,第 602 页。

[20] Häberle, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassung, in ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 37.

[21] Häberle, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassung, in ders. (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 52 - 53.

域则不需要法律的全面调整,而是用一些特殊的机制,如自我规制来规范。^[22] 详见本文第二部分的论述。

(三) 公民文化基本权利与政府责任

如前所述,文化宪法和文化法治的核心是保障公民文化基本权利。在德国基本法中,公民文化基本权利被规定在基本法第5条。该条有三个条款,构成三个层次:第一层是人际间交流自由的保障,主要包括言论表达和传播自由、信息权、新闻自由、广播、电视、电影的报道自由。第二层是授权立法机关对基本权进行干预和限制,例如为了保护青少年和个人名誉普通法律可以对基本权进行限制,以及禁止内容审查,这是对基本权利限制的限定。第三层次,即第3款规定了对个人和高校机构的艺术、科学、研究和教学自由的保障。^[23] 基本法第5条第3款保障的基本权利被认为是狭义的文化基本权利,它们既是主观公权利,也具有客观法秩序的保障功能。换言之,这几项自由权利不仅是主观防御权,也是对自主进行艺术、科学、研究和教学等领域的客观法律保障,有时甚至是相关机构的组织原则。同时,该条款还是一个具有价值判断功能的基本规范。^[24]

因为文化是人类的精神活动与精神追求,是人类生存与发展不可或缺的要素,所以对于公民文化基本权利的保障,应不同于对其他基本权利的保障,应采取绝对保障。^[25] 也就是说,出于文化的特殊性与重要性,对于文化基本权利一般不应当限制,而是要给与绝对的保障。因而通说认为,出于保护青少年和个人名誉权目的,通过立法对基本权进行限制的条款(即基本法第5条第2款第1句)不适用于艺术、科学、研究和教学自由。与个体享有的文化基本权相对应的是国家保护和照顾艺术、科学、研究和教学的义务。但这种国家义务并不对应分享权,即权利主体不能据此来主张文化资助请求权,因为基本法第5条第3款规定的个体权利不是社会权,而是自由主义意义上的自由权利。但在个别情况下,个人可以结合社会国家原则、平等权或者机构权利基本原则来行使资助请求权。^[26]

国家和政府除了对个体享有的文化基本权负有保障责任,不得采取任何行政措施加以侵犯以外,对于文化领域的客观法秩序也负有保障责任。具体而言,国家有责任保障和保护文化的自由、自主和多元性;国家有责任保持文化政策的中立和宽容;国家有权也有责任采取积极措施,例如通过给付行政的方式,促进文化的进步和发展,比如,资助高校、科研机构、剧院、博物馆、交响乐团、图书馆等的维护和建立。关于政府如何以补贴、奖励等给付行政的方式来促进文化发展,将另撰文研究,在此不作详述。需要指出的是,政府在促进文化发展时,不能借资助之名对文化政策进行独裁或搞大一统,或为艺术和科学确定内容上的方针。政府只能为了资助或促进文化的目的对什么事物是文化的、什么不是文化的(以及什么是科学的、什么是非科学的)进行价值判断,但不能自行定义,否则就违反了艺术自由中的“禁止定义”的规定。^[27] 这既是文化的自主性、开放性与多元性的要求,也是宪法平等原则要求不得歧视不同文化以及公平分配文化资源的体现。

[22] Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 13, 17.

[23] Maunz/Dürig, GG, 2012, Art. 5, Abs. 1, 2, Rn. 1.

[24] Maunz/Dürig, GG, 2012, Art. 5, Abs. 3, Rn. 1.

[25] Häberle, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: Häberle (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S. 27; 陈淑芳,《文化宪法》,载苏永钦主编:《部门宪法》,元照出版公司2006年版,第605页。

[26] Maunz/Dürig, GG, 2012, Art. 5, Abs. 3, Rn. 8.

[27] Maunz/Dürig, GG, 2012, Art. 5, Abs. 3, Rn. 8.

政府在保障个体的文化基本权、以给付行政的方式促进整体文化事业发展之外,对于文化市场则负有监管的职责。鉴于文化的自主性以及特有规律,政府在对文化市场进行监管时,分为秩序行政的监管和文化行政的监管。所谓秩序行政的监管,就是文化市场中涉及到税务、工商、治安、市场竞争秩序的维护等,这与一般的市场监管相比,并无二致,分别由专门的法律进行调整,而且文化市场特别要受到著作权法、专利法、商标法等知识产权法的规范,即受到广义文化法的调整。^[28] 监管手段也是一般的秩序行政的方式,如处罚、许可、命令、强制等。但政府在监管文化市场时,如果涉及到文化基本权利,例如,新闻自由、言论自由以及艺术、教育、科研自由,或者涉及到青少年保护时,可以称之为文化行政的监管,则要采取迥异于其他市场的监管方式。在此,政府对市场的干预要保持克制与内敛,要注重行业的自我监管,并根据监管目标采取适当的模式。下文将针对这方面的文化市场监管模式进行详细探讨。

二 文化市场监管的模式^[29]

在德国,各种不同的文化市场构成了文化产业。政府对文化产业主要是通过给付行政的方式,例如通过资助、补贴和奖励等来行使国家的文化形成权,促进其发展。德国的文化产业因此获得了迅猛发展,成为一个重要的新兴产业部门。^[30] 对于具体的文化市场的监管,尤其是涉及到文化基本权利的市场监管,德国在文化法治国理念的指引下,形成了不同于一般商品和服务市场的监管模式。笔者总结德国文化市场监管的实践,将其概括为四种模式:自我规制、受规制的自我规制、共同规制以及政府规制。

(一) 自我规制 (Selbstregulierung)

现代国家已经进入了“规制国家”时代。^[31] 规制无处不在,对于文化市场也不例外。但文化市场中流通的是精神产品、艺术产品、文化产品以及相关的文化服务,不同于一般的商品,且涉及到言论自由、新闻自由、科学、教育、艺术等基本自由权利。此外,文化的自主性也排斥国家的过度干预。在此,国家既不能完全退居幕后,又不能损害文化的自治精神。传统的规制手段如事前许可和事后处罚等都无法适应文化市场监管的特殊要求。因此,自我规制成为文化领域最常用的监管模式之一。在德国,这种模式最典型的代表是新闻委员会和广告委员会的自我监管。

1. 德国新闻委员会

德国新闻委员会 (Presserat) 成立于 1956 年 11 月 20 日,是一个完全独立于国家机构之外的、不受国家监督的、由新闻工作者和出版业者自愿组成的行业自我监督组织。其有两大

[28] Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 12.

[29] 本文中的“监管”与“规制”可以通用,在英文中均为 regulation, 德语则为 Regulierung。考虑到大多数文献和实践中的用语习惯,提到市场时,一般使用“监管”一词,在介绍监管的具体模式时,则按照该术语的翻译惯例,称为规制,如自我规制 (self-regulation)、受规制的自我规制 (regulated self-regulation)、共同规制 (co-regulation)、政府规制 (governmental regulation)。

[30] 根据德国经济和技术部 2010 年的一份统计数据,整个文化产业在 2009 年创造了 630 亿欧元的产值、1320 亿欧元的销售额,共有 100 万从业人员,其中,28% 是自由职业者。可见,文化产业不仅已经成为一个重要的经济部门,而且还创造了可观的就业机会。Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Hrsg.), Monitoring zu ausgewählten wirtschaftlichen Eckdaten der Kultur und Kreativwirtschaft in Deutschland 2009, Forschungsbericht Nr. 589, Berlin 2010.

[31] See G. Majone, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, 17 West European Politics 77, 77 - 101 (1994).

任务:一,维护新闻自由;^[32]二,通过接受和处理读者投诉来监督报刊杂志,使其不滥用新闻自由或逾越新闻自由的界限。第二大任务主要是通过自我规制来实现的。新闻委员会对新闻业进行自我规制的方式是:为新闻工作者制定《新闻职业守则》(Pressekodex)^[33]并负责监督该守则的执行。该《新闻职业守则》为新闻的报道、发表和编辑工作制定了一套规范性要求和基本原则,例如,要求记者必须注意事实真相,尊重和维护人的尊严,在报道前作彻底、公正的调查,并尊重个人生活和隐私,避免不当的煽动性报道,而且清晰划定新闻编辑与广告之间的界限,不作隐性广告等。目前,全德国95%的出版者都发布了一个自我约束声明,表态在新闻工作中遵守《新闻职业准则》,并且自愿接受新闻委员会的监督以及自愿执行新闻委员会对投诉的处理决定。新闻委员会下设一个投诉委员会,负责受理和处理读者的投诉。个人和机构都可以针对纸质媒体发表的文章以及这些媒体在网络上刊载的文章进行投诉。投诉程序简单,在网上有标准的投诉表格,填写后提交即可。投诉委员会受理的投诉案件逐年增多,例如,2011年受理的投诉案件为1323件。^[34]投诉的两个最主要原因是新闻报道不实或侵犯了人格权(例如侵犯了个人隐私权或名誉权等)。投诉委员会接到投诉后,根据新闻委员会制定的《投诉程序规则》,先审查投诉是否符合形式要求,理由是否成立。如果确认理由成立,受理后,则要求涉案报刊总编提交声明意见。然后根据《新闻职业准则》审查并做出决定。对于违反准则的行为,新闻委员会可以做出以下三种制裁措施:

(1)对于轻微违反《新闻职业守则》的行为,新闻委员会将给与报刊编辑部一个警示(Hinweis),指明其错误,并要求日后避免同样错误。(2)对于较为严重违法《新闻职业守则》的行为,则会做出一个“不赞成”(Missbilligung)决定,以较为严厉的语气批评编辑部报道或行事的方式方法。(3)最为严重的惩戒措施是针对严重违反守则的行为做出的申诫,包括公开申诫和不公开申诫。若是公开的申诫,报刊必须在下期刊物中公开刊登;出于保护受害者不再次受到伤害的目的,也可以对媒体做出不公开申诫。但由于新闻委员会是行业自我监督组织,其做出的制裁措施没有法律约束力,全靠新闻媒体自愿执行,所以,有些八卦报刊会对新闻委员会的决定视而不见,置之不理,继续侵犯公民或组织的人格权。另外,读者投诉程序虽然简单,但整个过程却旷日持久。所以,有人批评新闻委员会的这种自我监督制度是只“病猫”。^[35]因此,如何扩大新闻委员会的监督范围,从纸质媒体扩大到网络媒体,如何加强制裁措施的效力,也成为新闻委员会改革的重要议题之一。由此可见,自我规制虽然作为监管的“首道屏障”具有专业性强、成本低、最接近最了解被规制者的优点,但自我规制机构对于违反行业自律规则行为作出的制裁措施没有强制执行力,也在一定程度上影响了规制的效果。

[32] 新闻委员会的产生即是新闻界对抗国家干预的结果。1956年德国联邦总理阿登纳计划制定一部新闻法,通过严格的监督,来增加政府对报刊杂志的影响。新闻界非常反对这一计划,十家出版商与总编辑决定以英国的新闻委员会(Press Council)为模本,建立德国的新闻委员会,实行行业自我监督和自我审查。该委员会成立后,在捍卫新闻自由方面发挥了积极而又重要的作用。例如,曾在1958年成功抵制了在刑法中引入“波斯皇后索拉亚条款”。根据该条款,报道其它国家元首的私生活,造成德国与该国关系恶化的新闻将可能会承担刑事责任。又如,在1962年明镜周刊事件中,明镜周刊的记者被以叛国罪逮捕,编辑部也被搜查。德国新闻委员会挺身而出,坚决反对这种做法,并且组织各种活动,最终迫使立法者在法律中明确界定“叛国”的含义,从而不会使新闻工作者因言获罪。新闻委员会也因此新闻界获得较高声望和威信。

[33] 该守则全文可在新闻委员会网站下载:<http://www.presserat.info/inhalt/der-pressekodex/pressekodex.html>,访问时间:2013年3月30日。

[34] <http://www.presserat.info/inhalt/beschwerde/statistik.html>,访问时间:2013年3月30日。

[35] Stefan Niggemeier, *Zur Sache, Kätzchen*. faz.net, 22. Januar 2006.

2. 德国广告委员会

自我规制的另一个典型代表是广告行业的自律组织——广告委员会(Werberat)。广告委员会由德国广告业总协会于 1972 年成立,40 个成员来自制作广告的公司、播放广告的媒体以及广告从业人员。广告委员会制定了广告业的行为准则,尤其是对涉及歧视、青少年保护、食品安全、酒精饮料、博彩等方面的广告制定了一般自律性行为规范。广告委员会的管辖范围非常广泛,涉及各种媒体上的各种形式的商业广告,如电视、报刊杂志以及网络上的文字、图片或音像广告。每个人、机构或组织都可以向广告委员会投诉。广告委员会根据一般法律、广告法、竞争法、广告业委员会制定的行为准则以及社会道德和价值准则对被投诉广告进行审查,如果确认违反了行为准则,则发出指责意见,要求广告企业收回或改变广告内容;若其执意不肯,则会威胁做出公开申诫;若其仍不改变,则执行公开申诫,即:要求各媒体停播该广告并在媒体上公布对其的申诫内容。投诉人或被处理的当事人对广告委员会的制裁决定不服,可以提出一次复议,广告委员会再次审查后做出终局决定。广告委员会如果审查后发现广告行为已经违反了法律,则会配合相关部门追究其法律责任。

对广告业的监管,除了法律监督之外再建立一个行业自我监督机制的原因在于:法律虽然保证了广告自由以及明确禁止误导和危害青少年的广告,以力求既保障竞争自由又保护消费者权益,但法律不能在所有生活领域都进行有效的规范,也不能对消费者的所有权益提供有效率的保护;另外有些广告虽然不违法,但却可能违反了公序良俗或道德准则,使消费者或社会无法接受,从而产生冲突,因此需要有一个解决此类争议的机制;再次,广告业的发展也需要社会的认可和接受,因此广告公司、媒体等应当在法律规制之外,积极承担起自我规制的责任,制定并遵守行业自律的行为规范。由于广告委员会的代表性很强,覆盖面很广,其做出的制裁决定得到了当事人非常好的自觉执行,执行率远远高于被称为“病猫”的新闻委员会,高达 93%。^[36]

(二) 受规制的自我规制(regulierte Selbstregulierung)

受规制的自我规制是由 2004 年颁布的《青少年媒体保护国家合约》(Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, JMStV)确立的一种新的监管模式。根据该法,电台、电视台、纸质媒体和网络媒体都必须建立青少年保护自我审查机构,少于 50 个雇员或年点击访问量不足 1000 万的媒体可以把监督职责委托给协会成立的自我监督组织。所谓受规制的自我规制是指,首先由自我审查机构对节目提供者进行监督,审查其是否违反了相关的青少年保护法规和行业自律规范,监督方式主要为:监控、抽查、有目的地调查违规行为以及接受投诉。然后再由青少年媒体保护委员会(KJM)对自我审查机构进行审查。青少年媒体保护委员会是州媒体局下设的一个履行青少年媒体保护职责的机构。只要自我审查机构在作出决定时没有逾越其判断余地,青少年媒体保护委员会就会尊重该决定,不会再对节目提供者采取措施。也就是说,只有当自我规制失灵的情况下,青少年媒体保护委员会才会介入进行规制。因此,受规制的自我规制模式是由两个阶段、两个层次的规制组成的一种监管机制。对节目提供者而言,首先受到的是自我审查机构的监管,然后才是青少年媒体保护委员会的次位阶监管。但对自我监管机构而言,青少年媒体保护委员会可以随时对其决定进行审查。^[37]

[36] <http://www.werberat.de/content/Durchsetzungsquote.php>,访问时间:2013年3月30日。

[37] Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Auflage 2012, JMStV § 19, Rn 1-2,45.

对自我监管,立法者可以运用多种手段来进行监管,比如,对自我监管机构的认可就是一种非常有用的方式。《青少年媒体保护法》规定了对自我监管机构的认可制度。根据该法,如果自我监督机构满足了人员组成、适当的装备、审查的标准和程序规则以及听证和说明理由等方面的所有具体要求,则可申请成为被青少年媒体保护委员会认可的自我监督机构,例如,多媒体自愿自我监督机构(FSM)即为被青少年媒体保护委员会认可的自我监督机构。得到认可的自我监督机构有权监督节目提供者是否遵守了《青少年媒体保护法》、自我规制机构的章程以及方针并做出处理决定,该决定只要没有逾越其裁量权,就会得到青少年媒体保护委员会的尊重和承认。而且,被认可的自我监管机构可以对影像制品和电玩游戏分级,但定级贴标的权力仍由青少年局行使。虽然自我监管机构的分级一般会被接受,但青少年局有最终的决定权。根据通说,自我监管机构不属于行政法上的被授权机构,因为自我监管机构没有履行国家任务,也没有使用监督法上的国家监管手段,而且其决定对节目提供者没有必然的约束力。这种审查不属于国家审查,而是一种社会性质的审查,因此没有违反《基本法》第5条第1款第2句有关禁止审查的规定。^[38]

受规制的自我规制这种监管模式的优点在于:首先,通过自我规制可以促进青少年媒体保护以及人格尊严保护中的全面的专业判断,而且能够替青少年媒体保护委员会减负。^[39]其次,被规制者的利益不会被忽视。在自我规制中信息比较容易收集,因为自我规制的主体熟悉该领域,可以及时获得一手信息,而这是之后行政机关进行规制的主要信息来源。再次,不像传统规制那样去直接影响、干预某个已自成系统的社会领域,而是创造一个有利于该社会领域改变自身内部结构的外部环境,例如通过激励机制使其有动力进行革新。最后,这种监管模式注重规制的程序,从而避免了传统规制手段的不足。^[40]总而言之,《青少年媒体保护法》所确定的规制的自我规制模式使青少年媒体保护的责任绝大部分转移到了自我规制机构,却没有动用行政法上的对公共任务授权的制度。但这种监管制度发挥作用的基础是自我监管机构能够切实依照《青少年媒体保护法》、章程以及指针确定的标准进行监管。为了对自我监管机构进行组织上和程序上的事前监管,有必要对其建立认可制度,这也可以促进自我规制的有效性、持续性、透明性。^[41]

(三) 共同规制(Ko-Regulierung)

共同规制是文化领域内监管模式的未来发展方向之一,典型的代表是电影业自愿自我监督机构。电影业自愿自我监督机构(FSK)是德国电影业领导组织(SPIO)下设的一个机构。电影业自愿自我监督机构的主要任务是对所有即将在德国公开放映或出版发行的电影、DVD、VCD以及网络影像制品进行审查并将其分为五级(适合所有年龄段观众的0级,以及分别适合6岁、12岁、16岁以及18岁以上年龄段的电影)。虽然电影行业没有法定义务接受电影业自愿自我监督机构的审查,但德国电影业领导组织使其成员都负有义务只发行和放映经过电影业自愿自我监督机构审查的影像制品。电影业自愿自我监督机构审查的依据是《青少年保护法》第14条第2款以及第6款、电影业自愿自我监督机构基本原则委员

[38] Hopf, Jugendschutz im Rundfunk und das verfassungsrechtliche Zensurverbot des Art. Artikel 5 Abs. Satz 3 GG, ZUM 2000, 744 - 745.

[39] Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Auflage 2012, JMStV § 19, Rn. 1 - 2.

[40] Schulz/Held, Regulated Self-Regulation, S. 15

[41] Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Auflage 2012, JMStV § 19, Rn. 60 - 65.

会制定的电影业自愿自我监督机构工作基本原则。电影业自愿自我监督机构基本原则委员会由来自电影和音像行业、政府机构以及公法电台的 20 位代表组成。电影业自愿自我监督机构有 190 多位兼职荣誉审查员,他们来自不同职业和社会阶层,但不能是电影行业的从业人员,分别由电影和音像行业以及政府机构选任,任期三年。电影业自愿自我监督机构由工作委员会、上诉委员会和青年保护申诉委员会组成。

电影业自愿自我监督机构最早是德国二战后盟军占领区新生的电影业根据美国电影审查的模式于 1949 年建立的电影行业自我监督机构,由其来负责审查电影,国家不再监管。随着历史的发展,该机构成为一个由电影业、国家和青少年保护机构的代表组成的审查机构,自 1985 年起,因为 80 年代各种暴力和色情录像盛行,对青少年保护造成了不良影响,州青少年保护局也派员参与电影业自愿自我监督机构的工作。自此,电影业的审查就不再单独由电影业自愿自我监督机构负责,而是由审查者以及被审查者组成的兼顾各方利益的机构来共同进行。电影业自愿自我监督机构也就成为电影业共同规制的一个代表模式。电影业自愿自我监督机构的决定具有法律效力,不能被其他机构撤销。在实践中该机构的决定受到各方认可度较高,虽然州以及电影业可以对电影业自愿自我监督机构的决定提出申诉,要求重审,但这种情况很少发生。^[42]值得指出的是,电影业自愿自我监督机构进行的事前审查并不违反宪法的禁止审查规定。因为:第一,对于具体的直接的危害青少年的作品,出于青少年保护的危殆防御目的,可以采取防范措施,这符合基本法第 5 条第 2 款的规定,即对文化基本权利出于保护青少年的目的可以进行限制;第二,这种事前的审查是建立在被审查人自愿的基础上的。^[43]

(四) 政府规制 (Staatliche Regulierung)

如果文化产品的内容或文化企业的行为直接违背了民主国家的基本原则与核心价值,如人的尊严、平等原则与公平原则,则监管机关应当基于其维护公共利益的职责,立即采取有效措施予以取缔。例如,依据欧盟《视听媒体服务指令》第 3.2 条规定,成员国应确保视听媒体服务提供者的服务不得带有基于种族、性别、宗教或国籍的仇恨言论。此外,根据《公民政治、经济和社会文化国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》的规定,任何鼓吹民族、种族或宗族仇恨的主张,构成煽动歧视、敌视或强暴者,应以法律加以禁止。因此,监管机关对于基于种族、性别、宗教或国籍的仇恨言论,应该直接加以制止或取缔。在上述这些方面,政府可以采取直接的监管措施,如处罚或强制等。

三 四种监管模式的比较分析与适用标准

文化的自主性和特有规律决定了政府不可能再用单一的传统规制手段来监管文化市场,而必须在明确监管目标的情况下,选择最适合达到该目标的方式来实施监管。而以上四种监管模式各自的特点也很明显。自我规制是文化领域最经常使用的监管模式,受到法治发达国家的青睐。其优势在于可以充分利用文化产业自我规制的专业性、高效性,弥补行政

[42] Büttner/von Gottberg (Hrsg.), Staatliche Kontrolle und selbstregulative Steuerung, Demokratische Willensbildung am Beispiel des Jugendmedienschutzes, 2002, S. 170.

[43] Hopf, Jugendschutz im Rundfunk und das verfassungsrechtliche Zensurverbot des Art. Artikel 5 Abs. Satz 3 GG, ZUM 2000, 748.

机关的信息、人力等各种资源不足的问题,与当前世界各国通行的规制缓和的思路极为契合。更有学者断言未来就是一个“自我规制”的社会,也即法律对社会行为的规制应由直接规制转为间接规制,通过社会、行业、企业等自身的自律性和自我运作来解决由此产生的经济与社会问题,而法律体系的功能仅局限于组织、程序、管理许可权再分配等领域。^[44]但是,由于自我规制机构与被规制对象有着非常密切的联系,可能会产生二者相互妥协或者其他不公正的现象。最为重要的是,自我规制措施缺乏监督机制以及强制执行力,只能依赖被规制者的自觉履行,这常会导致规制目标无法实现。

而受规制的自我规制是一种具有两个阶段、两个层次的监管模式,能够在一定程度上克服自我规制以及政府规制的缺陷,具有独特的制度优势。具体而言,这种模式首先充分发挥自我规制机构具有的专业优势,让其收集一手信息,作出专业判断并采取自我规制的措施。当自我规制失灵时,具有执行力的后备的政府监管措施再启动,来实现监管目标。与传统的政府监管相比,这种监管模式重视被规制者的利益,不去直接影响、干预某个已自成系统的社会领域,而是通过认可自我规制机构等机制去间接影响自治领域,或通过其他激励机制来促使自我规制发挥作用。而且,这种监管模式注重规制程序的公开、透明、公正,从而避免了传统政府规制手段重效率轻程序的弊端。最后,这种监管模式将某个领域的政府监管责任大部分转移到了自我规制机构,这一方面减轻了政府监管的压力;另一方面,因为没有运用行政法上的行政授权制度,自我规制机构没有使用国家监管手段,这种监管因而不属于国家审查,是一种社会性质的公共审查,从而可以避免国家直接插手文化领域、通过内容审查来侵犯文化基本权利或侵犯言论以及新闻自由等。受规制的自我规制虽然可以克服自我规制的不足,政府规制在自我规制失灵的情况下可以发挥后备监管作用,但前提是具有专业、独立和权威的自我规制机构发挥“首道屏障”的功能。而且,如何对自我规制机构从组织、程序等方面进行监督,也是各国运用这种监管模式时面临的一个难题。例如,英国在媒体监管方面一向特别强调自我规制,但因为对媒体监管不力而丑闻迭发。最近政府迫于各方压力和批评强化了对自我规制的监督,成立了一个具有皇室特许状的新闻媒体监管机构。但值得注意的是,该机构仍然坚持以自我规制为主。新机构的设立结束了英国媒体普遍松散自我规制格局,建立了受规制的自我规制模式,目的是改善媒体业的行业秩序,同时为保护公民隐私权等权益提供制度保障。^[45]

共同规制与受规制的自我规制一样,都是为了克服自我规制以及政府规制的不足而产生的新的规制形式。与受规制的自我规制不同,共同规制强调各方利益关系人共同参与规制,如前述提及的德国电影业监督机构。在规制的组织结构和程序运行方面,规制者、受规制者以及公共利益的代表都参与进来,维护自身利益。因而,这种模式在制度设计和实施中的难点也在于如何兼顾和协调各方的冲突利益,来共同实现规制目标。而这是共同规制能够发挥作用的前提条件。与以上三种规制模式不同,政府规制是最传统最直接的一种监管模式,只有在民主国家的基本原则与核心价值受到影响时,政府才可以采取处罚、强制等措施进行规制。这种模式的优点是直接、高效,但若措施采取不当,极易干涉自主性很强的文化领域,也较易侵犯文化基本权利。所以,在以尊重文化自主性、保障文化基本权利为核心原

[44] 参见詹镇荣:《德国法中“社会自我管制”机制初探》,《政法法学评论》第78期(2004年4月); Robert Baldwin & Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, (Oxford University Press, 1999), p. 58.

[45] 参见张翔:“何为‘英国史上最严厉’的媒体监管”,<http://opinion.caixin.com/2013-03-21/100504252.html>, 访问时间:2013年3月30日。

则的文化依法治国中,对文化市场监管的总的原则应该是:国家必须高度自我节制,先让行业主动发挥自我规制功能,再辅助以受规制的自我规制或共同规制,最后的措施才是政府直接规制,这样才能最适当地实现监管目的。

从规制的一般理论研究和实践发展的趋势来看,在上述四种监管模式中,自我规制、受规制的自我规制以及共同规制的地位越来越重要。在文化市场的多元化监管中,强调优先选择自我规制、受规制的规制以及共同规制也契合了这种发展趋势。但值得指出的是,对于自我规制的运用,并不意味着完全排斥政府规制,政府规制作为最后的备用手段对于保护公共利益是非常必要的;而为了克服自我规制的不足,也必须对自我规制进行适当的改革。在共同规制中,国家的任务和目的不在于控制被规制者,而在于利用个人和社会的力量来共同实现规制目标。总而言之,前述四种监管模式各有优劣,可以互相补充,共同发挥作用,以达到有效规制文化市场,保障文化基本权利的目的。此外,需要强调指出的是,现代法律更加关注程序,以过程为取向,所以,在规制法律中不再作出很多实质性的规定,而是注重关于规制的程序和组织结构方面的规定。因此,不论选择哪种监管模式,都需要注意监管的程序和组织规则设计,以保证监管的公开、透明性和公正性。^[46]

在具体选择哪一种监管模式时,应当首先明确监管目标,然后综合考量以下几方面的利益:公共利益、公民及消费者的利益、文化产业的利益、被监管文化企业的利益。这几种利益在文化市场监管过程中常常会相互冲突。此时,需要进行利益衡量。而在进行利益衡量时应该优先考虑公共利益和公民以及消费者的利益,但要符合比例原则的适当性以及必要性要求,在能够达到监管目的的情况下,采取的监管模式和手段应当是侵害最小的,也就是说,不能过度侵害文化企业或文化产业的利益。^[47]而对某一文化市场是否优先采取自我规制或共同规制的监管模式,则需要根据以下标准进行综合评判:(1)在监管中是否能够明确各方责任;(2)公众是否容易得知监管信息;(3)监管机构是否具有适当的经费与工作人员;(4)整个文化产业是否能够普遍参与监管;(5)对违法违规的行为是否设定了有效且有公信力的制裁机制;(6)对制裁结果不服,可否通过独立的申诉机制来解决争议;(7)监管是否能够做到透明、公正、可问责,等等。^[48]只有符合了上述标准,才适合采用自我规制、共同规制或受规制的自我规制的监管模式。在这种情况下,就应当优先采用这些模式,而不是政府直接监管的模式。在符合前述标准的前提下,优先选择政府规制以外的监管模式,具有下述两方面的重大制度意义:第一,能够解决政府直接规制所普遍存在的规制能力不足的问题,因为政府一般不具备监管所需的专业知识和技术人才。第二,可以有助于建构参与型的社会治理模式,通过公民和社会的积极参与,能够加强规制的民主性和正当性,有利于构筑民主和谐的社会。

四 德国经验对我国的启示

综观德国在文化依法治国背景下对文化市场进行监管的经验,笔者认为,以下几方面值得我国在进行文化体制改革和文化法治建设时思考和借鉴。

[46] See Gunther Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, 17 *Law and Soc'y Rev.* 239, 257-59 (1983).

[47] 刘孔中、王红霞:《通讯传播法新论》,法律出版社2012年版,第21页及第101以下。

[48] 刘孔中、王红霞:《通讯传播法新论》,法律出版社2012年版,第21页及第101以下。

第一,制定文化市场监管政策和法律时,应尊重文化的自主性并充分保障文化基本权利。

尊重文化的自治和自主发展、处理好三对基本关系,即文化与国家的关系、文化与法治的关系、文化基本权利与政府责任的关系,是国家推动文化事业发展以及对文化市场进行监管的前提和基础。随着社会功能的分化,不同的社会领域,包括文化领域都按照自己特殊的理性标准形成了自己的体系,国家不再是全能的、全方位的领导者。在社会分化和转型过程中,国家和文化的关系也必须重构。国家要尊重文化的自主性、开放性、多元性的特征和固有规律,不是去操纵或主导文化,而是要为文化服务,要保障文化的自由发展,避免文化受到社会力量或他人的侵犯;国家不是通过审查或控制手段,而是通过资助、奖励等方式来行使文化形成权,促进并引导文化事业的发展。

在我国进行文化体制改革的过程中,国家对文化事务的介入应当建立在法治国家原则的基础之上,也就是说,要以充分保障文化基本权为核心原则,以保障文化自主性为基本原则,把文化纳入法治国的范围内,突出文化宪法的作用,构建文化法治国。我国宪法虽然规定了公民从事文化活动的自由(《宪法》第47条)、文化参与权(《宪法》第2条第3款)以及妇女的文化平等权(《宪法》第48条),也规定了国家的若干文化任务或文化目标,^[49]但还存在以下问题:首先,我国尚未构建起文化基本权体系,宪法文本中的文化基本权规定得不充分,不完整,而且没有进行类型化的划分;其次,宪法总纲中规定的国家的文化任务或文化目标能否理解成为国家对公民文化基本权利的保障义务,公民可否据此享有并行行使文化方面的主观公权利,都是没有明确答案的问题;再次,宪法中规定的文化基本权在法律层面没有得到保障和落实,现行的文化管理法规多为行政法规或规章,层次较低,出发点多为对文化市场秩序的监督管理,较少考虑保障公民的文化基本权,且政府职能没有转变,对文化事务大包大揽,对文化市场管得过宽、过死,在一定程度上限制或妨碍了文化的发展以及文化基本权的行使。

第二,在文化行政层面,应主要以给付行政的方式促进文化的发展。

如前所述,国家与文化的关系是辩证的,国家不仅要服务文化,还有权去形成文化。但这种文化形成权不是通过强制、命令、审查的方式,而多是通过给付行政的方式,即对文化进行资助、补贴、奖励来引导和促进文化的发展。但我国对文化事务仍以行政监督管理为主,鲜有文化促进方面的立法。文化领域的立法多为维护市场秩序的管理规范,例如,在音像制品、电影、出版、营业性演出、广播电视、娱乐场所等方面都有相关的管理条例,另外,还有文化市场综合行政执法方面的管理办法,等等。这些规范中规定的监管措施集中于秩序行政领域,如工商、税务、治安、市场竞争秩序的维护等,且监管手段集中于许可、处罚、强制等传统行政行为,忽视了文化的自主性和特有规律,忽略了文化产品和服务不同于其它商品的思想性、精神性,将文化产业、文化市场等同于一般的规范对象进行监管,生搬硬套传统的规制手段和模式,这不利于文化的自由发展与繁荣。即使在秩序行政领域,如对许可手段的运用,也应首先考虑哪些文化领域需要用许可制度来进行规制,哪些不需要设限,可以自由准入。在设定文化行政许可时应该遵守《行政许可法》第13条规定的两个“凡是”的精神,即:“凡公民、法人或者其他组织能够自主决定,市场竞争机制能够有效调节,行业组织或者中介机构能够自律管理的事项,政府都要退出。凡可以采用事后监管和间接管理方式的事项,

[49] 例如:国家发展文化事业、开展文化活动、保护文化遗产(《宪法》第22条);国家逐步改善人民的文化生活(《宪法》第14条第3款);国家发展教育事业,提高全国人民的科学文化水平(《宪法》第19条)。

一律不设前置审批。”^[50]而我国目前文化领域的许可审批范围广泛,名目繁多,已妨碍了文化市场的发展,限制了公民行使文化基本权,亟需清理整顿。国务院 2012 年 10 月公布的《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》中即取消了一些文化许可和审批项目,包括取消广播电视新闻采编人员资格认定、期刊出版增刊审批以及专门从事名片印刷的企业审批等。^[51]另外,在传统的秩序行政领域,即警察法领域,尤其是青少年保护方面,也不是只有处罚和许可两种监管方式,还可以有强调行业自律的自我规制、规制的自我规制、共同规制等多种方式。因此,我国在文化市场监管方面,要区分秩序行政和给付行政的不同规制手段,灵活运用。文化产业属于科技含量高、附加值高、资源消耗少、环境污染小的新兴产业,是新的经济增长点,国家应予以积极扶持和推动,并积极培育文化市场,为文化市场服务。因此,应更多运用补助、补贴、资助等给付行政的方式。考察世界各国近年来的文化立法,可以发现,制定统一的或某些行业的文化促进法是一种趋势。^[52]

第三,以行业的自我规制为主,以受规制的自我规制、共同规制、政府规制为辅建构多元监管体系。

在选择具体的监管模式和手段方面,应该特别强调行业的自律和自我监管。国家应该对介入文化事务保持高度的克制和内敛,只有在涉及到核心价值观、基本原则和重大公共利益时才进行直接的政府监管。否则,应该在明确监管目标的情况下,选择最适合达到该目标的方式来实施监管。就规制模式的选择顺序而言,首先应充分发挥行业的自我规制功能,然后积极运用代表规制改革方向的受规制的自我规制或共同规制模式,最后才考虑政府直接规制模式,以期最有效率地实现监管目的,同时克服直接规制的政府能力不足问题,并加强规制的民主性和公众参与性。

以广告业为例,我国现行的是以“政府监管为主、行业自律为辅”的“政府主导型”广告监管体制。然而这种监管体制存在诸多弊端,例如:对广告业的多头管理导致政府监管的缺位或越位,条块分割的监管导致执法困难。整体上而言,政府监管的社会成本非常高,但监管效率却很低下。尤其是在网络广告盛行的今天,这种传统的“泛行政化”的监管体制面临日益复杂、多元的广告市场的巨大挑战。反观世界上广告业发达国家,例如,英、美、德等国,其普遍采用的监管体制是以“行业自律为主,政府管理为辅”,因为行业自律具有自发性和自觉性的道德约束,控制成本低廉;行业自律作为监管的“首道屏障”,可以从源头上过滤违法与虚假广告,微观上监管日常广告行为,具有政府监管不可替代的优势。同时,广告界也可以通过自我监管来维护自身权益,避免因为行业混乱而引发政府过多的干预和介入。^[53]我国也应借鉴其他国家广告监管的成功经验,更加主动地发挥行业自律监管的作用。但是,我国广告业协会等行业自律组织存在着对政府依附性强、官办色彩浓、行业代表性不够、社

[50] 国务院 2012 年 10 月 10 日发布《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》,对《行政许可法》第 13 条的规定作了进一步的强调表述。

[51] 国务院 2012 年 10 月 10 日发布《国务院关于第六批取消和调整行政审批项目的决定》(国发[2012]52 号)。

[52] 例如,奥地利 2004 年制定了《新闻出版促进法》、俄罗斯 1996 年颁行了《电影业国家扶持法》,意大利 1996 年起实行《国家资助、扶持文化机构的新规则》;文化促进的统一立法则有《保加利亚文化保护与发展法》(1999 年)、《罗马尼亚文化促进法》(2003 年)、《瑞士文化振兴法》(2009 年)、《希腊文化赞助法》(2000 年)、《西班牙促进教育和文化和平法》(2005 年),等等。相关立法资料请参见,国家图书馆立法决策服务部编制:《各国文化立法资料》,2012 年 7 月。

[53] 刘晓丹:《重组与改革:探寻自律型的广告行业发展路径》,《改革与开放》2009 年第 8 期;刘晓丹:《论我国广告监管体制改革新》,《现代商贸工业》2009 年第 15 期。

会公信力不够等问题。这都严重制约了行业协会在市场监管中发挥其应有的作用。因此,必须首先从组织结构、运作机制等方面对行业协会自身进行改革,使其真正成立独立的、专业的、权威的自律监管机构。在此基础上,构建以行业自律为主,共同监管、政府监管为辅的多元监管体系。

[**Abstract**] How to apply the principle of rule of law to promote the prosperity and development of the culture and how to regulate the culture market effectively, are the important topics in the current academia. In the legal construction process of culture, the autonomy, openness and pluralism of the culture as well as the cultural fundamental rights of citizens are protected. The state services the culture and is also obligated to promote the development of culture, whereas the state forms the culture through the welfare administration. Under the background of legal construction of culture, Germany has developed four modes for the cultural market regulation: self-regulation, regulatory self-regulation, co-regulation and governmental regulation. These four models have advantages and disadvantages respectively, and they could complement each other and function together in order to achieve the goal of promoting cultural development and protecting the cultural fundamental rights of citizens. While reforming the cultural systems and setting up the rule of law in the cultural areas in China, we can learn from Germany's experience. We should establish reasonable relationships between culture and state, culture and the rule of law, the cultural fundamental rights of citizens and the governmental responsibilities. The state should promote the cultural development through the welfare administration and establish a diverse regulatory system for cultural market, which is based mainly on the self-regulation and supplemented by regulatory self-regulation, co-regulation and government regulation.

(责任编辑:田 夫)