

我国公共文化法律有效实施的思考

——以《公共文化服务保障法》《公共图书馆法》为中心*

林 华 楚天舒

摘 要 在包括《公共文化服务保障法》《公共图书馆法》在内的公共文化法律体系中,法律义务主体分为行政机关、公共文化设施管理单位(包括公共图书馆、博物馆等)、其他组织和个人。不同的义务主体,其法律义务的性质也不尽相同,其他组织和个人承担的是消极不作为义务,公共文化设施管理单位承担的是具体给付义务,行政机关承担的则是抽象给付义务。传统的文化法律实施机制(即文化执法模式)建立在威慑理论上,适用于文化市场监管领域的私权利主体。公共文化法律体系中的行政机关、公共文化设施管理单位都是承担公共服务、履行公共职能的公权力部门,传统针对私权利主体的文化执法模式不能适用或不宜适用,公共文化法律体系中的其他组织和个人也不能直接适用针对文化市场监管的文化执法模式。基于公共文化法律体系中法律义务主体和义务内容的性质,宜对承担公权力职能的行政机关和公共文化设施管理单位适用公共文化法律实施的软法机制,对属于私权利主体的其他组织和个人扩展适用公共文化法律的文化执法机制,进而构造出一种软法机制和传统机制交融的公共文化法律实施模式。图1。表1。参考文献39。

关键词 公共文化 公共图书馆 法律实施 文化执法 公共文化服务保障法 公共图书馆法

分类号 G259.2

The Reflection on the Enforcement of Public Culture Law in China: Centered on *the Security Legislation of Public Cultural Service and the Public Library Law*

LIN Hua & CHU Tianshu

ABSTRACT

The implementation of public cultural law is an important part of promoting rule of law in the field of culture and promoting the development and prosperity of public culture. In order to reveal the current situation and problems of the implementation of the public cultural law in China and to promote the future improvement of the implementation of the public cultural law, this paper makes a preliminary study and reflection on the implementation of the public cultural law in China by using text analysis, empirical research analysis, historical analysis and other methods. The study reveals that in the legal system of public culture including the Law on the *Security Legislation of Public Cultural Service* and the *Public Library Law*, the subjects of legal obligations are divided into agencies, public cultural facilities management units (including public

* 本文系文化和旅游部委托项目“公共文化法律法规实施机制研究”的研究成果之一。(This article is an outcome of the project “Study on the Enforcement of Public Culture Law” supported by the Ministry of Culture and Tourism of The People’s Republic of China.)

通信作者:林华,Email: linhua0604@163.com, ORCID: 0000-0001-6269-5969 (Correspondence should be addressed to LIN Hua, Email: linhua0604@163.com, ORCID: 0000-0001-6269-5969)

libraries, museums, etc.), and other organizations and individuals. Different legal entities have different legal obligations. Other organizations and individuals bear negative obligations. Public cultural facilities management units are responsible for specific payment obligations, while agencies are responsible for abstract payment obligations.

The traditional cultural law implementation approach (the cultural law enforcement model) is based on the deterrence theory and applies to the private subjects in the field of cultural market. From the perspective of its generation and structure, this model has strong normativeness, pertinence and limitations. The implementation of cultural market law with legal autonomy as the basic concept cannot fully match the characteristics of public culture law, so it needs to reflect the implementation of public culture law. The agencies and public cultural facilities management units in the public cultural legal system are all public power departments that undertake public services and have public functions. The traditional cultural law enforcement mode for private subjects cannot be applied or not applicable. Other organizations and individuals in public cultural legal systems cannot directly apply cultural enforcement models for cultural market. Therefore, on the one hand, agencies and public cultural facilities management units in the field of public cultural law still lack effective legal enforcement mechanisms, and there is no effective means of governance for their illegal activities; on the other hand, the illegal behavior of other organizations and individuals in the field of public cultural law can not be applied to the traditional cultural law enforcement model, and they also face the dilemma of lack of legal implementation.

Based on the nature of the legal obligation subject and the content of the obligation in the public cultural legal system, it is reasonable to apply the soft law mechanism for the implementation of public cultural law to the agencies and public cultural facilities management units that undertake the functions of public power, to comprehensively apply interviews, supervision, evaluation to realize the legal obligations of public institutions, to play the role of the comprehensive coordination mechanism of public cultural services, to formulate relevant management measures and implementation rules for public cultural services, to extend the cultural enforcement mechanism applicable to public cultural laws to other organizations and individuals that are subjects of private rights. So there is a public cultural law implementation model that combines the soft approach with the traditional approach. First, to build an “enforcement pyramid” and to adopt a regulatory strategy that combines incentives and deterrence. Secondly, the combination of meta-regulation and self-regulation is an important legal implementation path for implementing public cultural legal obligations. Finally, internal oversight is combined with external oversight. 1 fig. 1 tab. 39 refs.

KEY WORDS

Public culture. Public libraries. Law enforcement. Cultural law enforcement. The Security Legislation of Public Cultural Service. The Public Library Law.

0 问题的提出

历经 30 多年市场取向的文化体制改革,我国文化产业体系日渐成熟,极大满足了人民群

众不断增长的精神文化需求。但是,近年来公共文化领域出现的“故宫员工摔碎宋代瓷器”^[1]、“大学图书馆珍贵图书被盗”^[2]、“图书馆馆长掉包亿元字画”^[3]等颇具社会影响力的事件,也暴露出公共文化法律实施机制的阙如。

在功能主义法学视角下,市场体系法律(market-system law)旨在保护私权利主体自由追逐其经济目标,只对其进行基本限制,并以私法为主要调整工具;而与之相对应的社群体系法律(collective-system law)则作为国家政制的组成部分,在面对市场失灵时着力发挥法律的规制和便利功能,指导和鼓励国家干预经济活动以实现集体或公共利益^[4]。过去,以《电影产业促进法》《营业性演出管理条例》等为代表的市场体系法律在文化产业发展中发挥重要作用,极大推动了我国文化的大发展、大繁荣。随着我国市场取向的文化产业和公益取向的文化事业双层结构的加速构建^[5],《中华人民共和国公共文化服务保障法》(以下简称“《保障法》”)《中华人民共和国公共图书馆法》(以下简称“《公共图书馆法》”)等公共文化法律先后颁布,独立于文化市场法律,具有典型社群体系法律特征的公共文化法律体系逐步建立^①。遗憾的是,尽管近年来有众多公共文化领域法律的出台,但罕有触发法律制裁机制的司法案件进入公众视野,反而“图书馆禁止儿童入内”^②等新闻依然彰显着公共文化领域主体自治性与合法性之间的巨大张力,这些争议最终都指向公共文化法律的实施问题。一方面,公共文化法律领域内的行政机关和公共文化设施管理单位还缺乏有效的法律实施机制,对它们的违法行为并没有有效的治理手段;另一方面,公共文化法律领域内其他组织和个人的违法行为也无法直接套用传统的文化执法模式,同样也面临法律实施缺失的困境。

法律的生命在于实践,哈贝马斯指出“国家之所以作为制裁权威、组织权威和执行权威是

必要的,是因为法律必须被实施”^[6],法律规范如果不能与它的实际执行情况相吻合,容易导致“法律流产”^[7]。从现状来看,目前公共文化法律大多还处于休眠状态,一方面是由于该领域的法律条款多为鼓励、倡导、促进性的保障条款,另一方面更为重要的是文化市场法律的实施机制对公共文化法律的实施形成了一定的路径依赖,而两者之间存在巨大的性质差异而不能直接贯通,导致公共文化法律还不能真正长出“牙齿”。作为一种社群体系法律,公共文化法律显著区别于以往的文化市场法律:首先它包含着由更高主体(国家)控制和指导的理念;其次国家及其代理机构主要运用公法作为调整工具;最后国家在法律的形和实施中扮演最基本角色^[8]。以2017年颁布的《公共图书馆法》为例,该法中设定的法律义务主体主要是各级行政机关和公共文化设施管理单位,它们都是承担公共服务、履行公共职能的公权力部门,传统上针对市场主体的文化市场法律实施机制(文化执法)并不能直接适用,而当前学术界对于公共文化法律的实施机制又疏于研究,因而重新建构一种既契合我国国情又彰显公共文化法律内涵的法律实施机制是推动我国公共文化事业进一步发展和繁荣的关键。公共文化法律中不同主体的法律义务呈现怎样的分布?传统文化执法机制如何运行?公共文化法律体系与软法机制有怎样的内在亲和性?软法机制和传统机制在公共文化法律体系中如何协调?本文以《公共文化服务保障法》《公共图书馆法》为研究视角,对上述问题进行回应:首先梳理公共文化法律中的义务与责任条款,展现不同主体的

① 我国公共文化领域相关的法律有《公共文化服务保障法》《公共图书馆法》《文物保护法》《非物质文化遗产法》等;行政法规有《博物馆条例》《公共文化体育设施条例》《历史文化名城名镇名村保护条例》《广播电视设施保护条例》等;部门规章有《乡镇综合文化站管理办法》《博物馆管理办法》等;以及国务院办公厅、原文化部、财政部、国家文物局、原新闻出版广电总局(版权局)颁布的其他规范性文件。

② 据报道,深圳市某图书馆主要服务于教学科研,并未配置少儿读物,且因少儿入馆跑动喧闹,招致投诉意见急剧增加,因此出台规定,14岁以下儿童谢绝入馆。但根据我国《公共图书馆法》第34条规定,政府设立的公共图书馆应该设置少年儿童阅览区域。此事件引发了社会各界的广泛争议。参见:陈熊海.深圳大学城图书馆禁止儿童入内惹争议[N].南方日报,2018-08-07(SC04)。

法律义务性质及其与法律实施机制的关联;其次分析传统文化执法的机制原理和适用界限;接着阐释软法机制与公共文化法律的契合性及其适用空间;最后,从不同性质的法律义务主体出发,对公共文化法律实施机制进行类型化区分,尝试构建传统机制与软法机制相交融的公共文化法律实施模式。

1 法律义务条款的类型与分布

在公共文化法律实施过程中,最基本的要求就是将实体法规定的权利义务转化为现实中的权利义务,从而塑造理想的公共文化法律秩序。法律通过规范的逻辑结构形塑出不同的义务主体和义务内容,例如在《公共图书馆法》中,法律义务和责任由行政机关、公共图书馆、其他组织和个人等多元主体承担,整体义务构造呈现出“倒金字塔”形态。首先对法律义务条款进行归纳分析,有助于把握不同主体的法律义务性质及整体上公共文化法律的秩序体系,从而为构建公共文化法律实施的未来模式提供类型化区分的基础。

1.1 行政机关的法律义务^①

公共文化法律课以行政机关最广泛、最主

要的法律义务和责任,从行政样态上看,这是现代给付行政发展的结果^②。由于文化资源公有制是国家治理的重要手段^③,现代国家普遍奉行这样的行政观念——提供公共文化服务是福利国家的逻辑外延,政府应成为文化服务的首要供给者,并最大程度保障文化产品的可获得性(accessibility)^④。正因如此,我国公共文化法律将主要法律义务课予行政机关,其义务内容主要体现公益性、指令性和层级性特征。

首先,行政机关承担公益性义务。社群体系法律通常以公共利益为理论基石,例如在公共文化法律中,行政机关肩负着提供公共文化服务的整体性义务,在提供公共文化服务时要以“公益性、基本性、均等性、便利性”为总体标准(《保障法》第四条),既要满足全体公民的基本文化需求(《保障法》第二条),又要兼顾弱势群体和区际协调(《保障法》第八、九条)。由于公共利益本身模糊而范围不特定,并且可能会伴随时间、空间和特定社会所追求的具体价值而不断改变^⑤,因此公益性义务是概括抽象的^⑥,同时以全体公民而非单个个体作为义务对象。公益性义务的规范基础是追求公共福祉的客观法秩序,即使行政机关违反该义务,对私人权利与自由的干涉性也有限,法律并未赋予公

① 严格意义上讲,从《公共文化服务保障法》《公共图书馆法》的相关规定来看,涉及政府层面的义务除了行政机关以外,还有国家的义务,但国家是抽象的主体,在国内法语境下并不实际享有权利、承担义务,为了叙述的方便,文章统一将涉及国家公权力主体的称为行政机关的法律义务。

② 给付行政是与传统的负担行政相对的行政手段,主要采取救助、资助而非命令的方式为公民提供给付或其他利益,德国法学家福斯特霍夫(ForsthoFF)最早提出,国家对公民负有生存照顾义务(Daseinsvorsorge),国家应采取各种行政措施来改善公民的生存环境及生活条件,如社会保险、社会救济、生活必需品供给等,其中公共文化服务也被视为必要的行政措施和供给。参见:吴庚.行政法之理论与实用[M].台北:三民书局,2017:18-19.

③ 博物馆、图书馆等公共文化服务机构本质上是一种文化资源公有制的形式,它们的出现是为了打破传统社会精英阶层对文化资源的垄断,在公有制基础上构建面向整体公民的公共文化空间。文化学者本尼特(Bennett)认为,文化资源公有制能够产生“效用增值”(the multiplication of utility)和“愉快普及”(the vulgarization pleasures)的经济学效果;同时按照福柯的规训学说,博物馆、图书馆作为特殊文化场所,以其封闭空间和教化意味能够形成特殊的场域机制以培养公民、驯化社会,这显然与现代国家治理的理念非常契合。参见:Bennett T. The multiplication of culture's utility[J]. Critical Inquiry, 1995, 21(4): 861-862.

④ 这种概括抽象性主要体现在行政机关极大的自由裁量权上,例如,《公共图书馆法》第十四条规定:“县级以上人民政府应当设立公共图书馆。”但是对于公共图书馆的数量、规模、结构和分布等,第十三条又允许地方人民政府“因地制宜”。

民个人要求政府履行特定义务的主观权利^①,因此法律保留原则的适用空间被压缩,这导致法律形式主义的控制力减弱。

其次,行政机关承担指令性义务。一方面,公共文化法律中大量使用“国家鼓励和支持”等规范表述体现法律的意图和目标^②,法律通过指令性口号将自身内化成为国家文化政制组成部分,以进化式变迁实现能动型国家(positive state)的目标^{[8]186}。另一方面,《公共图书馆法》又具体规定“国务院文化主管部门负责全国公共图书馆的管理工作”“县级以上地方人民政府文化主管部门负责本行政区域内公共图书馆的管理工作”,《博物馆条例》对文物主管部门职责也做出类似规定,此时这些行政机关是以行政法上的“管理者”角色出现,并不具体负责公共文化服务的运行,而是采取工具主义的社会政策路径发布指令,“以高效实现行政目标和任务为目的,以政策形成、规则制定、制度设计为导向”^[11],这体现在法律不仅要求行政机关将公共文化服务纳入国民经济和社会发展规划,在整体施政方案中予以贯彻(《保障法》第四条);要求构建公共文化服务综合协调机制、落实公共文化服务考评监督机制(《保障法》第六、五十六条);此外,还要求行政机关依据公民基本文化需求、经济社会发展水平、地方文化特色等因素,制定并动态调整公共文化服务标准等(《保障法》第五条)。

最后,行政机关承担层级性义务。一方面,行政机关的法律义务建构在以国家作为最高控制主体的秩序理念上,另一方面,行政机关的法

律义务又体现内部层级性,由内而外组成“同心圆”式的治理结构^③。《保障法》和《公共图书馆法》在设计行政机关的法律义务时都没有以“国家”或“人民政府”作为单一主语统摄,而是区分“国家”“国务院”“各级人民政府”“文化主管部门”等不同主体的法律义务,最大程度地保证公共文化法律的整体目标能够通过内部层级性义务有效传递和具体落实,使各级人民政府及其主管部门成为履行提供公共文化服务义务的最直接责任主体,因此从这个角度看,公共文化法律体系中行政机关的法律义务具有很深的组织法烙印。

1.2 公共文化设施管理单位的法律义务

公共文化设施管理单位是公共文化法律体系中功能和地位仅次于行政机关的义务主体,随着给付行政的扩张,如果国家同时充当公共服务的提供者和调度者,将产生巨大的科层制管理成本,为了提高行政活力和服务效率,同时适应给付行政对专业性和独立性的要求,国家一般通过设立公法上的营造物法人或允许私人提供公共服务^[12]。《公共图书馆法》第二十三条即规定:“国家推动公共图书馆建立健全法人治理结构,吸收有关方面代表、专业人士和社会公众参与管理。”公共文化设施管理单位因此成为行政机关之外最重要的法律义务主体。

一方面,公共文化设施管理单位负有外部性义务。相对于行政机关对公民负有的间接给付义务,公共文化设施管理单位是公共文化服

① 马克斯·韦伯曾形象地将公法描述为“规章制度”(reglements)的总和,他指出“这些规范仅仅对国家官员说明了他们职责,但不同于所谓的‘权利主张规范’,它们并没有确立任何个人‘权利’”,在这种情形下,法律形式几乎都被纳入“行政”(administration)范畴,成为“统治”(government)的组成部分。公共文化法律的公法特性恰当地印证了韦伯的观点。参见:韦伯 M. 经济与社会(第二卷)[M]. 阎克文,译. 上海:上海人民出版社,2010:782-785.

② 例如《公共图书馆法》共有17个条文涉及“鼓励”“支持”“指导”“推动”“扶持”等词语,充分体现了公共文化法律激励性、保障性、促进性的目标追求和价值取向。

③ “同心圆”结构具体体现在各层级行政机关具有不同的法律地位,承担不同密度的法律义务,最外围的圆(国家)覆盖范围最大,但实际上义务内容最宏观,最内核的圆(文化主管部门)覆盖范围最小,但义务内容最具象。虽然公共文化法律的义务呈现层级性分布,但由于最外围的圆(国家)是总括性、统领性的,因此整体的公共文化治理结构依然是集中化(centralized)而非分散化的。

务直接的提供者,实施的是一种直接的、积极的给付,直接影响公民文化权利与自由的实现,因此其法律义务具有外部性。例如《公共图书馆法》规定公共图书馆负有尊重知识产权义务(第十条)、信息公开义务(第二十七条)、提供免费服务义务(第三十三条)、接受监督义务(第四十二条)、保护读者隐私义务(第四十三条)等,都直接赋予公民在法律上的主观权利,其不仅可通过请求行政机关监督来达致,也可诉诸相关诉讼来实现。

另一方面,公共文化设施管理单位也承担内部性义务。随着现代社团主义和新公共管理运动的兴起,自我规制(self-regulation)成为克服公务膨胀和国家干预超负荷的重要途径,自我规制指“某一组织对其成员的行为标准予以规范”,与其他规制手段最主要的区分标准在于规制者与被规制对象的同一性^[13],公共文化设施管理单位依法承担了部分行政职能,在履行法律义务时实际上也在行使一种类似国家公权力的社会性权力,在某种程度上也成为一种自我规制机构。如《保障法》规定公共文化服务设施管理单位有义务建立自身健全的管理制度、安全制度和服务规范(第二十一、二十二条),《公共图书馆法》规定公共图书馆有义务实施行业自律(第十一条)和保障运营(第二十八、二十九条)等,这些法律义务的目的是减少国家监管和执行成本,使公共文化设施管理单位自身成为效率更高、成本更低的规则制定者和执行者^[14]。与此同时,这又是一种权力与义务交融的混合形态,实质上赋予了公共文化设施管理单位设定内部体系和细节的自由裁量权,与法律自治原则存在一定的紧张关系。而且在实践中,外部性义务和内部性义务的界限并非总是十分清晰,当两种义务交织时,公共文化设施管理单位的行为是否违反法律保留原则、是否适用正当法律程序以及能否进行司法审查等问题都会转向模糊,进而隐含了权力主体可能

逃避公法义务的潜在风险。

1.3 其他组织和个人的法律义务

其他组织和个人是公共文化法律体系中义务较轻但数量广泛的一类主体,它们包括行政机关、公共文化服务设施管理单位以外的其他公益性文化单位、新闻媒体、社会组织、企事业单位等,也包括公共文化服务设施管理单位中的工作人员(如图书馆馆长、图书管理人员)、读者、一般社会公众等。这类主体的法律义务是公共文化法律中规范结构最完整、实施路径最清晰的义务。首先,这类主体事实上是具体实施公共文化服务的辅助人和接受者,而不是提供公共文化服务的责任者,因此法律并不过分干预他们的行为自由,只是基于一般法秩序安定的需要禁止其从事违法之事^①。再者,由于此类义务是对行为入最低限度的要求,因此必须以国家强制力为实施保障,它的规范逻辑以威慑理论(deterrence theory)为基础^[15],即根据主体不同违法程度施加相应的威慑,以刑罚作为最终的惩罚手段,该义务是一种典型的“命令—控制”式的执法模式。

1.4 小结

通过对法律义务条款的梳理与体察,公共文化法律义务呈现多元性、层级性和差序性的图景。首先,义务主体是多元化、结构化、系统化的,包括国家和行政机关、公共文化设施管理单位、其他组织和个人三大类,行政机关又涉及国务院(含文化主管部门)、省、自治区、直辖市人民政府、县级以上人民政府(含文化主管部门)、县级以下人民政府等具体的差异化主体;其次,义务内容构造是不均等的,底端是其他组织和个人的消极不作为义务,中端是设施管理单位的具体公共文化给付义务,顶端是行政机

^① 例如《保障法》第十九条规定:“任何单位和个人不得擅自拆除公共文化设施,不得擅自改变公共文化设施的功能、用途或者妨碍其正常运行,不得侵占、挪用公共文化设施,不得将公共文化设施用于与公共文化服务无关的商业经营活动。”这是对其他组织和个人施加的普遍性、消极性的义务,是最低限度的义务,并未过分干预其他层面的权利与自由。

关/国家的抽象公共文化给付义务;最后,义务范围由下向上趋于几何递增,由其他组织和个人到公共文化设施管理单位到行政机关呈现

“倒金字塔”式的法律义务结构。以《公共图书馆法》作为观察视角,我们可以具体揭示出公共文化领域法律义务的类型与分布特点(见表1)。

表1 《公共图书馆法》中法律义务的类型与分布

义务主体		主要义务和责任	规范来源
国家		鼓励;支持;促进等	《公共图书馆法》第4、6-9、12、13、23、45、46、48条
行政机关	国务院(含文化主管部门)	全国管理;制定国标;综合协调;监督检查;考核评价;信息公开等	《公共图书馆法》第5条
	省、自治区、直辖市人民政府	制定地准;公示信息等	《公共图书馆法》第18条
	县级以上人民政府(含文化主管部门)	整体负责;纳入规划;统筹协调;公众参与;设立建设;配备人员;政策扶持;资金拨付;资金监督等义务	《公共图书馆法》第4、5、13、14、31条
	县级以下人民政府	统筹协调;配备人员	《保障法》第6、9、18、34、36、51条
公共图书馆		配置;管理;公示;改进等	《公共图书馆法》第4-5、10、15-17、19-22、24、25、27-30、32条
其他组织和个人		不违法	《公共图书馆法》第49-54条

2 文化法律实施的传统机制

传统上,文化法律实施主要指的是文化市场法律的实施,而文化市场法律的实施又通过文化执法来实现。文化执法是行政执法的一种形式,根据现代法治与国家权力理论,行政执法是法律实施的主要方式,相较于司法机关消极被动地适用法律,行政机关却以多种形式和手段积极主动地实施法律,奥托·迈耶曾形象地将行政行为描述为“行政机关在具体个案中对个人宣告什么是法(das Recht)”^[16]。文化执法是指适格的执法主体(行政机关和法律法规授权的组织)以文化市场法律法规为依据,以市场主体为执法对象,所进行的行政监督检查、实施行政处理和科处行政处罚,从而将法的文本转化为实际行为规范的活动,该执法模式具有面向私主体、以“命令—控制”为核心的法律形式主义传统。

2.1 文化执法模式的缘起

改革开放以来,在“双轨制”“以文补文”等改革措施的推动下,我国文化市场逐渐发展繁荣,文化产业属性凸显,文化的生产和服务活动更多都归结于文化市场的经营活动,因此我国在文化行政管理上一直强调“政府调控市场、市场引导企业”的宏观管理模式^[17]。伴随由《文物保护法》《广播电视管理条例》《营业性演出管理条例》《音像制品管理条例》等法律法规组成的文化市场法制体系臻于完善,文化行政管理活动开始生成了以文化市场法制体系为基本框架,以文化行政执法为核心的文化法律实施路径。

最早我国文化市场管理机构是文化、广播电视和新闻出版领域的行政部门,但同时工商、税务、公安、海关等部门也负有部分文化管理职能。为解决职权交叉、多头执法、管理缺位的混乱局面,一些地方开始探索建立专门的文化市场管理机构和文化稽查队。1983年,深圳市最

早尝试建立文化市场管理处和文化稽查队,以解决多头管理造成的执法重复和执法空档现象。到90年代初,全国有10余个省市初步建立了文化执法队伍^[18]。1999年,上海市最先发布《上海市文化领域行政执法权综合行使暂行规定》(以下简称“上海市《暂行规定》”),成立上海市文化稽查总队,整合原属文化、广播电视、新闻出版等五局委的演出娱乐、图书报刊、音像制品、电子出版物等10大类部门执法职权,依法综合行使全市文化领域的行政执法权,随后各区、县也相继建立了文化稽查队,逐步形成市、区(县)两级综合执法体制。2004年,涉及文化领域的中央七部门联合下发《关于在文化体制改革综合性试点地区建立文化市场综合执法机构的意见》,提出文化市场综合执法改革的基本思路,随后在北京、上海、浙江等地先后开展文化市场综合执法试点并推广至全国。截至2011年底,我国文化市场综合执法改革基本完成,全国99%的地级市和92%的县(区)组建了文化市场综合执法机构,大部分地方合并了相关文化管理部门,组建综合文化行政主体,由综合执法机构统一行使文化文物、广播影视、新闻出版等领域的执法职能,理顺并健全文化市场行政管理体制^[19]。

2.2 文化执法模式的适用

在执法主体上,根据文化部2011年出台的《文化市场综合行政执法管理办法》(以下简称“《管理办法》”)规定,文化市场综合执法机构有两种类型,第一类是经法律、法规授权实施文化市场综合行政执法的执法机构,第二类是接受有关行政部门委托实施文化市场综合行政执法的执法机构。《管理办法》承认委托执法模式的同等合法性,是为适应文化市场监管范围不断扩大、监管领域不断拓宽、专业性与职业化不断增强的趋势,也为文化执法模式的拓展适用提供一定的制度空间。而在执法对象上,《管理办

法》强调监督检查的对象是“公民、法人或者其他组织的文化经营活动”,就执法实践而言,主要针对影视市场、演出市场、娱乐市场、音像市场、出版市场、文物市场及互联网上网服务场所等经营主体,都属于私主体(包括私人 and 私人组织)。

在适用方式上,传统上文化执法的适用方式比较狭窄,例如前述上海市《暂行规定》中明确规定稽查总队的职责是对文化领域经营及其相关活动中的违法行为“实施行政处罚”“采取行政强制措施”以及“行使与行政处罚权行政强制权相关的监督检查权”,这是以行政制裁为核心、明确列举文化执法适用的狭义式规定^[20]。伴随着行政任务的不断膨胀,文化执法的适用方式亟待扩大,于是原文化部《管理办法》第二条规定,文化市场综合行政执法是指“对公民、法人或者其他组织的文化经营活动进行监督检查,并对违法行为进行处理的具体行政行为”。因此,目前文化执法适用方式不仅包括享有行政执法权的主体在履行职责过程中实施的行政检查、强制、处罚,还可能包括行政命令、行政裁决等其他具体行政行为,但不包括行政立法、行政规划、行政决策等抽象行政行为。

在适用程序上,《管理办法》第一条特别强调“根据《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国行政强制法》等国家有关法律、法规,制定本办法”,同时该办法又结合文化市场执法特点,对执法基本原则、执法人员条件、执法工作程序等进行更加细致的规定。因此,文化执法模式不仅受《管理办法》的调整,还受《行政处罚法》《行政强制法》等更高位阶的行政行为法的限制^①。文化执法模式主要适用于针对违法行为的羁束行政,对行政相对人权利自由的干预性较强,因此更加需要严格的程序控制。

在适用救济上,文化执法是以强制性的检查处理活动介入私人自由和权利领域的行为形式,在此过程中私人与行政主体之间可能产生

① 例如《管理办法》第二十八条规定了拟作出责令停业整顿、吊销许可证、较大数额罚款等行政处罚决定的听证会程序,但并没有规定听证程序的相关期限,因此,仍要适用《行政处罚法》第四十二条的听证期限规定。

纠纷,除允许私人在行政过程内部寻求权利救济外,也允许私人通过审判权的发动来实现,争议焦点即执法行为的适法性,在此意义上,文化执法也受到依法律行政原则的约束。此外,文化行政执法还受到行政系统的内部监督,《管理办法》明确规定:“上级综合执法机构对下级综合执法机构及执法人员的执法行为实行执法监督。综合执法机构接受同级人民政府及有关行政管理部门的执法监督。”又详细规定执法监督的内容和方式^①,以实现文化行政执法机构及执法人员的检查、指导和督促,能够防止和纠正法规实施不当和滥用的现象;更重要的是,《管理办法》规定了应当追究责任的情形及责任追究形式,实现了对下级综合执法机构及执法人员的监察覆盖,因此同样属于文化执法的救济形式。

多年来,文化执法模式经历了从分散执法到综合执法的发展过程,伴随行政行为法和文化市场法的不断充实,执法模式也正在历经从“管理型”到“执法型”、由“人治型”到“法治型”的转变^[21]。目前,文化执法模式主要以文化行政执法机构为主体,以文化市场法律为依据,以广播影视、娱乐、出版、音像、文物、网络服务等领域的市场经营主体为对象,以对相对人进行检查、强制、处罚等为方式,推进文化市场法律的实施。

3 公共文化法律实施的软法机制

从法律义务的布局看,公共文化法律的实施面临义务主体多元、裁量空间大、规范性不足等问题;但从传统文化执法模式的生成与构造看,该模式具有很强的规范性、针对性和局限性,以法律自治为基本理念的文化市场法律实施路径并不能与公共文化法律的特征完全吻合,因此需要在文化执法的基础上反思公共文

化法律的实施模式。

3.1 文化执法模式的困境

总体而言,传统文化法律实施机制(即文化执法模式)以文化市场监管为核心,不涉及公共文化领域,尤其在适用主体、适用方式、适用程序和适用救济等方面,文化执法模式的制度设计完全以市场主体为中心,以“命令—控制”为规制原理,若将其完全照搬到公共文化法律的实施中,会产生各种“水土不服”。

第一,执法理念不协调。传统文化执法模式建立在威慑理论(deterrence theory)的基础上,该理论在法律逻辑上建构出对抗性的主体关系,以实现强制性秩序为导向,注重作为公权力主体的行政机关对私权利主体的执法对象的艰难性和制裁性,它假定足够频率的执法检查必然能够及时发现并严惩执法对象的违法活动,相关潜在违法者也会受到震慑而不再违法。但事实上,威慑和守法的关系并不是简单和线性的对称,威慑理论的生效要件包括:①法律必须明确规定;②违法行为容易被发现;③执法对象能够认知法律风险;④制裁足够确定和严厉等等^[22]。公共文化法律体系中包含不同的法律义务主体,并不统一具备威慑理论要求的规范明确性、制裁严厉性等特征,公共机构不能直接采用威慑和惩罚,同时某些义务主体的违法性也很难直观判断,譬如公共图书馆,法律在课予其义务的同时赋予其一定程度的社会行政与自我规制的自由,它在自身业务范围内享有内部制度和细节裁量权,足以对抗以确定性、严厉性和惩戒性为特征的行政执法,主体自治与执法监督之间存在张力,现实中执法主体没有能力、也不可能事无巨细地对它实施监督执法。此外,承担执法和监督职责的行政机关与具体承担公

^① 《管理办法》第三十五条规定:“执法监督的内容包括:(一)执法主体;(二)执法程序;(三)法律、法规、规章的适用;(四)履行法定职责的情况;(五)罚没财物的处理;(六)其他需要监督的内容。”第三十六条规定:“执法监督的方式:(一)受理对违法违规执法行为的申诉、控告和检举,并直接处理或者责成有关部门处理;(二)对执法工作进行检查;(三)调阅执法案卷和其他资料;(四)在职权范围内采取的其他方式。”

公共文化服务职责的公共图书馆都属于承担公共职能的公共机构,两者之间属于实质上的内部行政关系,即使发现相关违法行为,执法主体也习惯于适用非正式的沟通或告诫程序,而不愿对公共图书馆实施以威慑理论为支撑的法律惩戒。上下级行政机关也是内部行政关系,这些主体之间严格追究法律责任、进而适用法律制裁的空间也几乎不存在。

第二,执法对象不合格。公共文化法律中义务主体的多元性必然导致执法对象分散化,文化执法机构在理论上能够以公共文化设施管理单位、其他单位和个人为执法对象,却不可能以各级行政机关为执法对象,因为他们本身之间存在领导与被领导、监督与被监督的关系,而且分散化的执法对象对执法机构的执法能力本身提出更严峻的挑战。此外,在实践中执法主体也不愿对包括公共图书馆在内的公共文化设施管理单位进行执法惩戒,而更愿意采取非正式的软约束措施。

第三,执法方式不妥当。威慑执法的逻辑起点是市场理性,它通常假定执法对象是“不计道德的逐利者”(amoral calculator),只有施加足够高昂的违法成本,才能阻却市场主体的违法逐利行为,因此威慑执法通常采取经济性制裁为主的行政处罚或强制手段。但是,这些执法手段对于行政机关、公共文化设施管理单位来说不尽合适,它们都建立在公共利益理论和国库行政的基础上,与追求经济利益最大化的市场主体之间具有明显区别,不能完全以经济理性作为规制设计出发点。

根据以上分析,以惩罚、强制为核心的“命令—控制”型范式可能与公共文化法律的柔性因素产生局部冲突,传统文化执法模式在公共文化法律实施中面临一定的适用困境,有必要跳出单一文化市场执法模式的桎梏,从其他公

共领域治理经验中汲取有益的经验。

3.2 相关公共领域的法律实施

20世纪70年代以来,新公共管理运动及公共治理模式的兴起消解了以国家强制力作为公共行政核心驱动的传统范式,强调多元治理主体与治理方式多样化^[23]。“在政府职能转变、行政方式不断创新的背景下,政府实现管理职能的方式并不限于以国家强制为特征的行政执法,而是包含和发展了很多新方式”^[24],以我国环保、教育等公共领域为例,多元的、柔性的执法手段与传统的执法机制一道正在强化该领域法律规范的有效实施。

在环境保护领域,一方面,按日计罚、行政拘留等重罚的传统执法措施强化环境法律责任,增加违法成本,解决了过去法律“缺乏刚性”的制度性困境;另一方面,环境保护督察和环境保护约谈等柔性软法机制成为环境法律实施的重要手段,例如中央环境保护督察将地方党委纳入监督对象,强调环境责任“党政同责”“一岗双责”,以实现督察实效性^[25],而环保部展开的环境保护约谈,以地方政府主要负责人为约谈对象,虽然对其没有直接的强制约束力,但通过“合作型”沟通机制能够起到很好的警示作用^[26],此外,全国人大多年来对环境法律法规的实施进行多次执法检查^①,从外部监督机制上推动了环境法律的实施。

在教育领域,多元主体在法律实施中承担不同的角色,共同推进了教育法治的进步,包括教育行政机关实施的教育督导(外部监督)、高等教育机构实施的教学督导(内部监督)以及专业机构实施的教育评估(独立的第三方监督)^[27],既有外部监督机制,也有内部自查机制,既有多元化与客观化的监督手段,也有柔性

^① 例如2003—2006年第十届全国人大常委会先后多次检查了《固体废物污染环境防治法》《水污染防治法》等单行环境法律的实施情况;2007年全国人大环境与资源保护委员会又跟踪检查了淮河、辽河流域水污染防治情况;2008年第十一届全国人大常委会检查了《环境影响评价法》的实施情况;2010年又对《清洁生产促进法》《节约能源法》的实施情况进行检查,等等。

与刚性相结合的治理措施,推动了我国教育管理水平和教学品质的提升。

伴随着公共行政由管理向治理的范式转型,环境、教育等领域中作为制度依据的法律规范不约而同地呈现出多样化的发展态势,同时法律实施也在走向多元化、柔性硬性融合的道路,通过建立主体间的查访、约谈、回应、协商、交流等柔性协调机制实现“良法善治”,而强制性传统执法手段更像是悬在头顶的“达摩克利斯之剑”,作为法律实施的后盾与保障。

3.3 公共文化法律的软法实施

从传统执法模式困境和其他公共领域治理经验来看,法律实施的根本目的不是单纯的惩罚或压制,而是为社会生活提供指引性的规范安排^[28],因此公共文化法律体系也必须从其自身规范特点出发,构建公共文化领域法律实施的模式。前已述及,以私主体为对象、以惩罚强制为核心的“命令—控制”式文化执法模式存在执法理念不协调、执法对象不适格、执法方式不妥当的困境。在包括《公共图书馆法》在内的公共文化法律体系中,行政机关和公共文化设施管理单位是主要的法律义务主体,但它们作为承担公共职能的公共机构,无法用传统执法机制实行硬约束,就此来说,对这些义务主体而言,软法机制是未来公共文化法律实施的理想路径,主要由以下两方面原因决定。

第一,公共文化法律的义务条款具有组织法(organization law)特征。组织法以规定行政机关的设定及其职权为核心,同时也规定行政机关间的相互关系(如监督关系、咨询关系等)。从法律义务的类型可以看出,公共文化法律中有关行政机关的义务规范大部分属于组织规范,即“单行法律中关于行政权与行政组织的规定”^[29]。一方面,行政组织法传统上一直被视为“内部法”,仅具有法律外观而不具有真正的法律效力^①,当纠纷仅发生在行政机关之间时,原则上应被作为内部性纠纷来处理,“行政组织法以法律(或者)条例的形式来规定,并不直接意味着关于行政组织内部关系的法解释上的疑义及纠纷,当然地应该接受司法审查”^[30],与《行政处罚法》等行政行为法相比,组织规范仅在与个人权利与自由密切相关时才会有有限地发挥裁判规范的作用;另一方面,行政组织法通常只是“权限规范”^②,从规范结构上看,缺乏直接对应的制裁手段,逻辑结构不够完整,无法通过国家强制力来实施^③。

第二,公共文化法律具有允许法(permissive law)特征,即允许法律关系参加者自己在法定范围内确定相互权利义务的具体内容^④。这种规范形态通常用于构建以主体平等、意思自治、契约自由为内核的私法关系,对于具有鲜明公法特征的公共文化法律,“允许法”是其区别于传统“命令—控制”型公法范式的主要特点。我国

① 有学者甚至认为,行政权的设定是事实而非规范问题,只是以法律形式呈现,并无特别的规范内涵。参见:张尚鷟.走出低谷的中国行政法学[M].北京:中国政法大学出版社,1991:80.

② 魏得士(Rüthers)认为“法律规范的命令特征并不必然地体现在事实构成与法律后果的明确连接方面”,某些法律规定的是“权限”的特定形式和范围,因此被称为“权限规范”(Kompetenznormen)或者授权性规范。参见:魏得士.法理学[M].丁晓春,等,译.北京:法律出版社,2013:62-63.

③ 法律责任的规定在《公共图书馆法》中非常笼统,例如第五十二条对文化主管部门或者其他行政机关及其工作人员违法行为进行处分的情形限于“在公共图书馆管理工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊”,并未涵盖行政机关的所有义务不履行或履行不到位的情形,在具体适用中存在很大的解释空间。

④ 世界上很多国家的公共文化法律都具有“允许法”特征,但有细微的差别。例如,在较早进行公共图书馆立法的美国,图书馆的建立、图书馆员资格认证等法律规定都是“允许性的”,即法律允许做但并不强制,即使不做法律也不会惩罚;而我国“允许法”规定很多只是给予义务主体法定范围内的选择空间,整体上义务主体仍须积极履行该义务,不履行或消极履行是构成违法的。参见:李国新,段明莲.国外公共图书馆法研究[M].北京:国家图书馆出版社,2013:47.

《宪法》第二十二条规定了国家的文化发展义务:“国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业,开展群众性的文化活动。”作为落实公民文化自由权的宪制安排,公共文化法律必须赋予国家及其代理机构履行提供公共文化服务义务的开放性和选择性,因为公民文化自由权兼具积极自由与消极自由的双重面向^[31],法律做单一的、僵化的制度安排只会客观上侵害文化自由的实现,因此,《公共图书馆》等公共文化法律以鼓励“社会力量参与”、允许“采购、接受交存或者捐赠”等具有制度弹性的规范,给予义务主体法定范围内的选择空间,而不强调单一模式和同质化履行。

自英国的奥斯丁将法律定义为“主权者的命令”以来,“义务”和“制裁”成为法的基本要素,强制性和命令性成为法的基本特征^{[30][119]},但是公共文化法律在很多方面却并不符合强制性和命令性的特征。哈特指出,法律体系中存在着多样性的法律,有些成文法“并非要求人们去做某事,而是授予权力给他们……为法律之权利义务的自由创设提供便利条件”^[32]。我国也有学者指出,“社会生活和公域之治的复杂性,要求一套完整的法律体系,应当是多种类型的创制主体、遵循严格程度不等的创制程序、为了规范和调整不同的社会关系、存在着法律位阶差异、具有不同调整功能的法律规范所构成的有机体系。”^[33]因此,法律实施与国家强制力之间存在或然性,法律的实施机制不可能是完全依赖国家强制实现的单一模式,更可能是由公共强制与自律机制组成的混合模式。在公共文化法律的实施中,不仅要依靠国家强制力构建公共文化秩序,基于其内在的“软法”基因,还需要借助多元协商机制、内部约束程序、激励性机制等柔性手段实现法规范的价值目的,也就是构建公共文化法律实施的软法机制。

4 传统机制与软法机制的交融

基于我国公共文化法律软法与硬法交织的

特性,未来公共文化法律的实施应该针对不同的主体类型和法律义务内容,选择一种实用主义的二元路径,既要发挥传统机制的规范主义优势,又要凸显软法机制的功能主义优势,遵循目标与手段相匹配的准则,形成硬法、软法交融治理的法治合力,迈向传统机制与软法机制交融的公共文化法律实施之道。

4.1 传统机制的适用构造

传统机制仍然可以在公共文化法律的实施中发挥作用,这主要依赖于文化综合执法模式的拓展与延伸。例如《公共图书馆法》等法律赋予了文化主管部门、出版主管部门、价格主管部门及治安管理部门等主体的行政执法职权,这说明传统机制仍有适用的制度空间。文化市场领域以《行政处罚法》《行政许可法》等行政行为法为依托,已逐渐形成较为成熟的文化执法模式,应当考虑将公共文化法律中除行政机关、公共文化设施管理单位以外的其他组织和个人法律义务的实施纳入到传统的文化执法模式中,以集约行政执法资源、提高法律实施效果。

在公共文化服务领域,行政执法主体可以沿用文化市场综合行政执法机构,也可以重新组建单独的公共文化服务综合执法机构;行政执法对象主要是行政机关、公共文化设施管理单位以外的其他组织和个人,也包括公共文化设施的工作人员以及普通用户、读者等个人;行政执法手段以《保障法》《公共图书馆法》等规定的罚款、没收违法所得、责令改正、责令停业整顿、关闭等行政处罚手段为主,但也需要辅以行政指导、行政奖励、行政调解、行政信息服务等非强制性权力手段,以适应公共文化服务监管的现代需要。可以看出,传统机制的实施仍以强制性行政手段为主,因此公共文化执法必须遵循主体法定、职权专属、程序正当的现代行政法精神,必须尽快建立健全相应的执法程序规范,保障执法对象的权利救济途径,落实执法监督和责任追究,构建符合法治国家目标的实施路径^{[25][144]}。

4.2 软法机制的适用构造

由于公共文化法律中义务主体的类型化区分,传统机制在公共文化法律的实施中只能针对部分主体发挥局部作用,而软法机制能够在公共文化治理中进一步发挥传统机制所不能、又为法治不可或缺的独特规制功能,尤其是针对行政机关和公共文化设施管理单位法律义务的落实。

第一,综合运用约谈、督察、评估等行政手段落实公共机构的法律义务。行政机关首先是法律的遵守者,然后才是法律的实施者。在法律宽泛性授权时,外部控制对行政机关的监督实效将受到很大限制,主要依赖行政体系内部以分层的、持续的、切实的监督实现自我规训。在福柯看来,规训权力主要依赖层级监视(hierarchical observation)、规范化裁决(normalizing judgment)和检查(examination),通过“定性、分类与惩罚”实现规范化的目的^[34]。我国公共领域治理实践中发展出的巡视组督察、行政约谈、挂牌督办、通报、一票否决制、评估等多元法律实施手段^①正符合现代规训权力的基本特征,以多元化、去中心化的制度手段推动行政义务的科层形式履行。但法律的最终控制仍然是最低限度的必要,这些软法手段的运用要避免运动型执法的特质,以常态化、制度化、法治化的途径实施,满足实质合法性与程序合法性的基本要求,才能避免逃逸法治框架的约束。

第二,发挥公共文化服务综合协调机制的作用。根据《保障法》规定,国务院应建立公共文化服务综合协调机制,地方各级人民政府也应加强公共文化服务的统筹协调,这既是行政机关的法律义务所在,也是法律实施的路径指向。未来综合协调机制应在以下方面发挥作用:首先,建立与综合执法机构的协作机制,定期向其提出工作建议,落实执法监督和执法责

任制,同时实时掌握法律实施现状,为公共文化政策、决策的出台提供依据支撑;其次,落实行政问责制度,《公共图书馆法》规定:“文化主管部门或者其他有关部门及其工作人员在公共图书馆管理工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”对于行政机关及其工作人员自身的责任追究,很难通过传统行政执法予以落实,伴随《国家监察法》的出台,公共文化服务综合协调机制为其提供了更广阔的制度可能;最后,落实考核评价制度,例如山西省在公共文化服务体系建设中,以责任倒查、动态监测和绩效总评为考核方式,以通报批评、约谈、表扬、奖励为执法手段,建立起全省公共文化服务考核评价机制和以奖代补机制,这是一种有益的尝试。约束性规制和激励性规制的叠加适用是未来公共文化法律实施的重要标签。

第三,制定公共文化服务相关管理办法、实施细则。接受多元治理模式的规制体系都会将“立法后的柔性规则制定”(soft post-legislative rulemaking)作为法律实施的重要工具^[35],《公共图书馆法》第四十七条也规定:“国务院文化主管部门和省、自治区、直辖市人民政府文化主管部门应当制定公共图书馆服务规范,对公共图书馆的服务质量和水平进行考核。”公共文化服务涉及领域和主体的复杂性决定,无论是《保障法》还是《公共图书馆法》都不可能穷尽所有细节规定,因此制定相配套的行政法规、地方性法规规章,乃至各种指南、标准、规划、裁量基准等,才能让各项法律制度落地生根,为法律有效实施提供保障;同时要按照《立法法》的规定做好相关法律法规规章的备案审查,维护国家法制统一。只有形成多方位、多层次的公共文化服务法律制度体系,公共文化法律的实施才能真正落实。

^① 例如《公共图书馆法》规定“公共图书馆应当配备防火、防盗等设施”,《博物馆条例》也规定“博物馆应当加强对藏品的安全管理”。近期,消防、文化和文物部门对全国7.13万家博物馆、文物建筑单位进行了消防安全检查,共发现火灾隐患10.1万余处。国务院安委会办公室对其中33家博物馆和文物建筑重大火灾隐患单位实施“挂牌督办”,这是行政机关在公共文化服务管理中自觉运用软法手段的尝试。

4.3 迈向一种交融的公共文化法律实施模式

以上分别从传统机制和软法机制探讨了公共文化法律实施的具体措施与适用空间,然而仅依靠单一、孤立、单向度的举措仍无法满足现代公共文化治理的全部需要,无论是传统机制还是软法机制都有其自身适用的局限,因此迈向一种交融的混合法规制模式才是未来公共文化法律实施的根本方向。混合法规制模式至少包括以下三个方面内容。

第一,构建“执法金字塔”(enforcement pyramid)。在法律实施领域,以威慑理论为基础的对抗性执法已被证明存在诸多缺陷,伴随着“回应性规制”(responsive regulation)理论的出现,法律实施观念由制裁违法行为转向实现整体立法目的为核心,法律实施者在实施法律时被鼓励更多地采取建议与劝服、谈判与协商、合作而非对抗、调解而非强制措施^[36]。过去文化市场执法以打击违法经营行为、维护市场秩序为执法目的,执法手段也以行政强制、行政处罚乃至刑事追究为主;但在公共文化法律实施中,主要法律实施对象是行政机关和公共文化设施管理单位,它们是实现公共福祉和保障文化权益的重要载体,对法律赋予它们的自治空间与治理权力应予以尊重,不能完全以违法制裁为价值导向,而应采取激励与威慑相结合的规制策略。针对这类法律实施对象,“执法金字塔”是较为理想的应用模型,它要求法律实施者在实施法律时首先采取建议和说服性措施,其次采取较为缓和的行政约束措施,最后必要时再采取惩罚性制裁措施^[37]。依据金字塔体系,法律实施者应该自觉地自下而上逐步采取干预性更强的措施,例如首先是警告或约谈,其次是责令改正的命令,然后是罚款等行政处罚或对工作人员的行政处分,最后是追究刑事责任等惩罚措施。“执法金字塔”理论通过引入协商民主来消解规范进路带来执法僵化,通过法律实施者与实施对象相对非正式的互动,能够更好地适应公共文化领域治理分散化的需求。但是,“执法金字塔”的现实效果建立在整合性基础上,需要独立的法律实施部门基于工具性目的

连贯地、持续地实施法律,因此综合执法体制对其来说不可或缺;另外,由于“执法金字塔”要求采取大量非正式性的协商机制来实施法律,“选择性执法”或“规制俘获”都会成为影响执法效果的不良因素,最终还要依赖于法律实施者与相关机构建立协作机制来实现执法权力的监督,落实执法责任制,防止公共文化法律实施出现偏离化、碎片化的特征。

第二,元规制与自我规制相结合。上文已经提及,公共文化设施管理单位在法定范围内承担了大量自我规制的义务,但自我规制并不代表它们拥有不受监督的绝对裁量权力。在自我规制的自治性与合法性张力之间,“元规制”(meta-regulation)理论试图寻求自由与控制的平衡,根据该理论,行政机关在履行对公共文化服务的管理、考核义务时应该保持“规制距离”,不直接具体检查法律实施对象的行为合法性,而是鼓励法律实施对象自行设置内部控制与管理体制,建立自身的运营与监督机制,行政机关转而对这些风险管理体系进行监督^[38]。元规制与自我规制手段的结合是落实公共文化法律义务的重要法律实施途径,一方面它与法律课予行政机关、公共文化设施管理单位的具体法律义务相吻合,符合法律鼓励的多元化公共治理的精神;另一方面它能减少国家直接执行的成本,同时保证公共文化服务的自主发展性。因此行政机关在根据《公共文化服务保障法》《公共图书馆法》等规定要求对公共文化服务设施管理单位进行监督管理时,应主要对法律规定的公共文化服务指导规范的执行情况、行业自律规范的实施情况、管理单位自身运营保障体系的建立情况等进行考核,并非仅监督“纸面上的体系”,而要管理单位证明该体系的实际运转,以判断管理单位在“领导力、员工、体系和程序”等方面能否真正符合公共文化法律的立法目的。

第三,内部监督与外部监督相结合。虽然公共文化法律实施中主体自治性与自律性被重点强调,但是仅仅依靠内部监督依然难以保障法律义务的真正落实,来自立法和司法机关的

外部监督仍然非常必要,并且治理合法性的最终来源依然是公众的良序参与。首先,软法实施固有紊乱性、非系统化等缺陷,极有可能成为消极法治精神、延续人治传统的渠道,“治理性理论的核心特征在于权力的行使方式以及为实现治理而进行的权力分配”^[39],强调正当性与合法基础的传统政府权力实现方式不会因为公共治理的出现而就此退场,它们仍然需要在适当的位置发挥权力型治理的作用,无论是立法机关还是司法机关都应该在公共文化法律的实施中扮演重要的角色,前者主要通过立法完善、权威解释、执法检查等途径推进法律实施,后者主要依赖诉讼实践的有效开展实现外部监督,最终形成公共文化治理合力。其次,软法实施

主要依赖科层形式实现“毛细血管”式的基层化治理,但同时可能成为官僚违法的保护伞,因为层级化内部治理并不天然享有合意的正当基础,合法性缺失是制衡其发挥作用的掣肘,需要依靠公民的有序参与进行弥补。《公共图书馆法》中始终强调义务主体的信息公开责任,并且强调“坚持政府主导,鼓励社会参与”“考核应当吸收社会公众参与”,公共文化服务是面向全体公众的服务,它的实施效果应该由公众予以评价。因此,落实义务主体信息公开责任,完善民主参与公共文化服务体系建设的机制,保障外部监督的渠道通畅,是公共文化法律良好实施的必要途径。公共文化法律体系中的法律义务及其实施模式见图1。

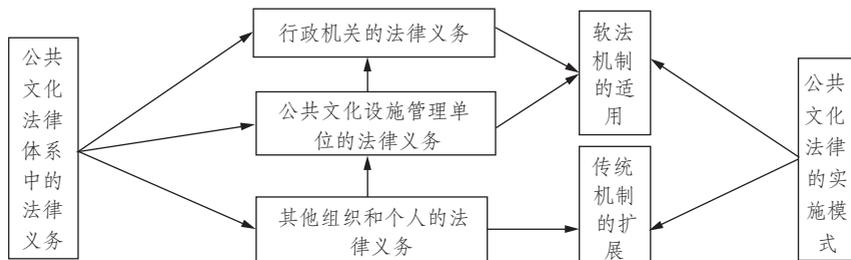


图1 公共文化法律体系中的法律义务及其实施模式

5 结语

现代社会的治理与控制不再集中于法律与国家,在公共文化领域,法律实施必须面对社会权力扩散化与治理规则多样化的需求,区分法律义务主体的差异性,充分调动公、私二元主体的主动性与自律性,在传统实施机制的基础上落实法律的规范性与权威性,在协商民主与公

共参与的基础上满足多元主体的利益诉求,正如学者所指出的,“伴随公共治理的崛起,一种软硬并举的混合法结构日益发展成为现代法的一种主导性模式”^{[35]404}。对承担公权力职能的行政机关和公共文化设施管理单位适用法律实施的软法机制,对属于私权利主体的其他组织和个人适用公共文化法律的文化执法机制。传统机制与软法机制交融的法律实施模式是现代法治的现实要求,也是公共文化法律实施的内生逻辑。

参考文献

- [1] 张然.故宫员工被指摔碎国家一级宋代瓷器[N].京华时报,2011-07-31(2).(Zhang Ran.Employees of the Imperial Palace were accused of smashing the national first-class Song dynasty porcelain [N]. Beijing Times, 2011-07-31(2).)
- [2] 王伟,李后祥.安大图书馆被盗案上午开庭[N].合肥晚报,2015-03-25(3).(Wang Wei, Li Houxiang.

- Morning hearing of the theft case of the Anhui University Library [N]. Hefei Evening News, 2015-03-25(3.)
- [3] 董柳.广州美术学院图书馆原馆长病亡涉掉包过亿名画案[EB/OL]. [2019-01-08]. <http://news.sohu.com/20170324/n484489573.shtml>. (Dong Liu. Former curator of The Guangzhou Academy of Fine Arts Library deaths involved replace name picture [EB/OL]. [2019-01-08]. <http://news.sohu.com/20170324/n484489573.shtml>.)
- [4] 洛克林 M.公法与政治理论[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2013:85.(Rocklin M. Public law and political theory [M]. Zheng Ge,trans. Beijing: Commercial Press, 2013:85.)
- [5] 李景源,陈威.中国公共文化服务发展报告(2007)[R].北京:社会科学文献出版社,2007:3.(Li Jingyuan, Chen Wei. Report on the development of public cultural services in China (2007) [R]. Beijing: Social Sciences Academic Press, 2007:3.)
- [6] 哈贝马斯.在事实与规范之间[M].童世骏,译.北京:生活·读书·新知三联书店,2003:167.(Habermas. Between fact and norm [M]. Tong Shijun,trans. Beijing: SDX Joint Publishing Company, 2003:167.)
- [7] 富勒.法律的道德性[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2005:46-47.(Fuller. The morality of law [M]. Zheng Ge, trans. Beijing: Commercial Press, 2005:46-47.)
- [8] 奥格斯 A.规制:法律形式与经济学理论[M].骆梅英,译.北京:中国人民大学出版社,2009:2.(Augus A. Regulation: legal form and economic theory [M]. Luo Meiying, trans. Beijing: China Renmin University Press, 2009:2.)
- [9] Mangset P. Risks and benefits of decentralisation: the development of local cultural administration in Norway[J]. International Journal of Cultural Policy, 1995, 2(1): 67-68.
- [10] Feintuck M. 'The public interest' in regulation[M]. New York: Oxford University Press, 2004: 22-25.
- [11] 沈岿.监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基础问题[J].中国法学,2016(1):105.(Shen Kui. Whether the monitor and the administrator can be united: the basic problem of the transformation of administrative law system [J]. China Legal Science, 2016(1):105.)
- [12] 李洪雷.行政法释义学:行政法学的更新[M].北京:中国人民大学出版社,2014:170-171.(Li Honglei. New paths for administrative law: a doctrine study [M]. Beijing: China Renmin University Press, 2014: 170-171.)
- [13] 哈洛 K,罗林斯 L.法律与行政[M].杨伟东,等,译.北京:商务印书馆,2004:639.(Harlow K, Rollins L. Law and administration [M]. Yang Weidong, et al, trans. Beijing: Commercial Press, 2004:639.)
- [14] Cane P. Self regulation and judicial review[J]. Civil Justice Quarterly, 1987, 6: 328-333.
- [15] Hawkins K, Thomas J. Enforcing regulation[M]. Boston: Kluwer-Nijhoff, 1984: 24.
- [16] 迈耶 O.德国行政法[M].刘飞,译.北京:商务印书馆,2013:99-100.(Mayer O. German administrative law [M].Liu Fei, trans. Beijing: Commercial Press, 2013:99-100.)
- [17] 林国良,周克平.当代文化行政学[M].上海:上海大学出版社,2002:307.(Lin Guoliang, Zhou Keping. Contemporary cultural administration [M]. Shanghai: Shanghai University Press, 2002:307.)
- [18] 曹普.20世纪70年代末以来的中国文化体制改革[J].当代中国史研究,2007(5):102.(Cao Pu. Reform of Chinese cultural system since the late 1970s [J]. Research on Contemporary Chinese History, 2007(5):102.)
- [19] 湛强.文化市场管理执法体制初步形成[N].光明日报,2012-02-13(7).(Chen Qiang. Preliminary formation of law enforcement system of cultural market management [N]. Guangming Daily, 2012-02-13(7).)
- [20] 周继东.深化行政执法体制改革的几点思考[J].行政法学研究,2014(1):11.(Zhou Jidong. Thoughts on deepening the reform of administrative law enforcement system [J]. Research on Administrative Law, 2014(1):11.)
- [21] 姜明安.行政执法研究[M].北京:北京大学出版社,2004:4-5.(Jiang Ming'an. Research on administrative law enforcement [M]. Beijing: Peking University Press, 2004:4-5.)
- [22] Stigler G J. The theory of economic regulation [J]. Bell Journal of Economics and Management, 1971, 2(1): 3-21.
- [23] 滕世华.公共治理理论及其引发的变革[J].国家行政学院学报,2013(1):44-45.(Teng Shihua. The theory of

- public governance and the changes brought about by it [J]. *Journal of National School of Administration*, 2013 (1):44-45.)
- [24] 马怀德. 法律的实施与保障 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 126. (Ma Huaide. *Implementation and protection of law* [M]. Beijing: Peking University Press, 2007: 126.)
- [25] 常纪文, 王鑫. 由督企、督政到督地方党委: 环境监督模式转变的历史逻辑 [J]. *环境保护*, 2016 (7): 18. (Chang Jiwen, Wang Xin. From supervision of enterprises and government to supervision of local party committees: the historical logic of the transformation of environmental supervision mode [J]. *Environmental protection*, 2016(7): 18.)
- [26] 朱志梅. 柔性执法与社会组织监管机制的创新 [J]. *河北法学*, 2014 (2): 122-123. (Zhu Zhimei. Innovation of flexible law enforcement and social organization supervision mechanism [J]. *Hebei Law Science*, 2014 (2): 122-123.)
- [27] 周叶中, 周佑勇. 高等教育行政执法问题研究 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2007: 172-178. (Zhou Yezhong, Zhou Youyong. *Research on administrative law enforcement in higher education* [M]. Wuhan: Wuhan University Press, 2007: 172-178.)
- [28] 博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 345-346. (Bodenheimer. *Jurisprudence: legal philosophy and legal method* [M]. Deng Zhenglai, trans. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1999: 345-346.)
- [29] 应松年, 薛刚凌. 行政组织法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002: 78. (Ying Songnian, Xue Gangling. *Research on administrative organization law* [M]. Beijing: Law Press, 2002: 78.)
- [30] 盐野宏. 行政组织法 [M]. 杨建顺, 译. 北京: 北京大学出版社, 2008: 12. (Sionohirosi. *Administrative organization law* [M]. Yang Jianshun, trans. Beijing: Peking University Press, 2008: 12.)
- [31] 周艳敏, 宋慧献. 文化法学导论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2017: 58-59. (Zhou Yanmin, Song Huixian. *Introduction to cultural law* [M]. Beijing: Peking University Press, 2017: 58-59.)
- [32] 哈特. 法律的概念 [M]. 徐家馨, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 47. (Hart. *The concept of law* [M]. Xu Jiaxin, et al, trans. Beijing: Law Press, 2006: 47.)
- [33] 罗豪才, 宋功德. 软法亦法: 公共治理呼吁软法之治 [M]. 北京: 法律出版社, 2009: 405. (Luo Haocai, Song Gongde. *Soft law and law: public governance calls for the rule of soft law* [M]. Beijing: Law Press, 2009: 405.)
- [34] 福柯. 规训与惩罚 [M]. 刘北成, 等, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2012: 193-194. (Foucault. *Discipline and punishment* [M]. Liu Beicheng, et al, trans. Beijing: SDX Joint Publishing Company, 2012: 193-194.)
- [35] Senden L. Soft post-legislative rulemaking: a time for more stringent control [J]. *European Law Journal*, 2013, 19 (1): 57-59.
- [36] Hawkins K. *Environment and enforcement* [M]. New York: Oxford University Press, 1984: 4-5.
- [37] Ayres I, Braithwait J. Responsive regulation: transcending the deregulation debate [M]. New York: Oxford University Press, 1992: 158-162.
- [38] 鲍德温 R, 凯夫 M, 洛奇 M. 牛津规制手册 [M]. 宋华琳, 等, 译. 上海: 上海三联书店, 2017: 150-151. (Baldwin R, Cave M, Lodge M. *Oxford regulation manual* [M]. Song Hualin, et al, trans. Shanghai: Shanghai SDX Joint Publishing Company, 2017: 150-151.)
- [39] 斯科特 K. 规制、治理与法律前沿问题研究 [M]. 安永康, 译. 北京: 清华大学出版社, 2018: 123. (Scott K. *Research on frontier issues of regulation, governance and law* [M]. An Yongkang, trans. Beijing: Tsinghua University Press, 2018: 123.)

林 华 中国政法大学法治政府研究院副教授, 北京市法治政府研究基地研究员。北京 100088。

楚天舒 中国政法大学法学院硕士研究生。北京 100088。

(收稿日期: 2019-05-16; 修回日期: 2019-06-11)