

文化法若干基本范畴探讨

On Some Basic Concepts of Cultural Law

郑毅

ZHENG Yi

【摘要】 在一系列顶层设计的引导下,文化法的研究已成为法学研究的新趋势,然而目前对前提性的一系列重要基础概念的探讨却如雾里看花。在传统的“文化”概念界定困难的情况下,应摒弃直接界定的传统逻辑,转而在成文法的语境中间接定位法制层面“文化”的一般内涵。以此为基础,进一步甄别法制文化与文化法制直接的耦合与界分。由此产生的作为“法制文化”下位概念的“文化法制文化”,其中前后两个“文化”的内涵又显然具有本质差别。在经过一系列复杂的主观加工之后,促成了“文化法制观念”的产生,其与“文化法制文化”虽然处于不同的维度,但却具有逻辑上的承接关系。“文化法制”的动态实施是形成“文化法治”的前提,而文化法制观念在这一形成过程中扮演重要角色。总之,除了文化法规范的良好建构,文化法制观念的发生、发育和发展也将在我国文化法治建设过程中发挥关键作用。

【关键词】 文化 法制文化 文化法制 文化法制文化 文化法制观念 文化法治

【中图分类号】 DF02 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2018)01-0062-16

Abstract: According to series of top-level design, cultural law has become new trend of the science of law in China. But research on some relevant concepts are still ambiguous. Because of the difficulty to define the “culture” via traditional logic directly, it is wise for us to get the definition just base on the legislation indirectly. Then, we should pay attention to the relationship between the “culture of legality” and the “cultural legality”. As the sub-concept of the “culture of legality”, there are two different cultural elements in statement of the “culture of cultural legality”. Base on complex subjective process, it produced the “concept of cultural legality”, which is in different location to “the culture of cultural legality” but sharing the interlinked logic. The appearance of the “rule of cultural law” is the result of implementation of the “cultural legality”. Besides of the cultural legislation, the occurrence, growth and development of the “concept of cultural legality” are playing key roles in the process of building the “rule of cultural law”.

Key words: Culture Culture of legality Cultural legality Culture of cultural legality
Concept of cultural legality Rule of cultural law

【收稿日期】 2017-11-03

【作者简介】 郑毅,男,1983年4月生,中央民族大学法学院副教授,研究方向为宪法学、行政法学。

【基金项目】 国家社科基金重大项目“文化法治体系建设研究”(项目编号:14ZDC024);2017年度北京市优秀人才培养资助青年骨干个人项目。

钱穆先生曾言：“一切问题，由文化问题产生；一切问题，由文化问题解决。”〔1〕纵观古今中外，可能没有一个学术概念能够在上千年的历史长河中令无数学者为其内涵的明晰而着迷、执拗、纠结乃至失落——除了文化。“文化概念简直像一座学术迷宫，进去后却出不来。”〔2〕恰如钱钟书先生所说：“文化这个东西，你不问嘛，我倒还清楚；你这一问，我倒糊涂起来了。”〔3〕而在民主法制蓬勃发展的今天，当依旧笼着朦胧面纱的“文化”遇上同样魅力无限的“法制”，又将会激荡出怎样一幅绮丽而迷人的图景？

一、走近“文化”

“文化”的内涵几乎成了绝大多数人文社会科学学科的学者们的共同追求，“不仅社会学、人类学、民族学、考古学、社会心理学把文化作为重要的范畴，而且哲学、历史学、政治学、经济学、伦理学、教育学、法学、神学以及文学、艺术等也都在某种意义上使用文化的概念”〔4〕。来自不同学科背景的关注无疑有助于人们多角度、全方位地领略“文化”的魅力，然而也不可避免地由于学科话语体系的差异而产生不同的结论。根据1952年美国人类学家克罗伯（A. L. Kroeber）和科拉克洪（C. Kluckhohn）在《文化：关于概念和定义的检讨》一书中的统计，仅仅在1871—1951年的80年间就涌现出了164种关于文化的定义。〔5〕而日本学者名和太郎在一项未明确统计区间的成果中则将文化定义的数量定格为260种。〔6〕我国则有学者认为：“文化作为一个科学术语，1920年以前只有六个不同的定义，而在1952年便已增加到一百六十多个。”〔7〕的确，想要从这样卷帙浩繁的文献中析出“放诸四海而皆准”的“文化”概念，几近是“不可能完成的任务”（mission impossible）。

不妨先来看看“文化”内涵在西方的发展历程。在西方，“文化”一词源于拉丁文的“cultura”，意为“耕作、栽培”，与自然存在的事物区别存在，〔8〕并被绝大多数人视为神的创造。〔9〕在古希腊和古罗马时期，文化与公民参加社会生活和政治生活的能力紧密相连。这种观点延续至中世纪并被发扬光大，圣·奥古斯丁在《上帝之城》（The City of God）中就强调“上帝创造了人类的文化”。而阿奎那在《神学概要》、《神学大全》等著作中也对此加以肯定。17世纪的西方开始对近代意义上的文化概念展开

〔1〕 葛洪义：《法理学导论》，法律出版社1996年版，第347页。

〔2〕 刘作翔：“从文化概念到法律文化概念——法律文化：一个新文化概念的取得及其合法性”，《法律科学》1998年第2期，第14页。

〔3〕 庞朴：“文化结构与近代中国”，载《东西文化与中国现代化讲演集》，浙江人民出版社1986年版，第8页。

〔4〕 司马云杰：《文化社会学》，山西教育出版社2011年版，第2页。

〔5〕 同上注。

〔6〕 参见〔日〕名和太郎：《经济与文化》，高增杰等译，中国经济出版社1987年版，第41页。

〔7〕 庄锡昌等：《多维视野中的文化理论》，浙江人民出版社1987年版，第1页。

〔8〕 参见吉海荣：“透视作为文化现象的法”，《经济与社会发展》2004年第7期，第125页。

〔9〕 柏拉图即认为世界万物都是神和造物主的创造。参见《柏拉图文艺对话集》，人民文学出版社1983年版，第7页。当然，也并非所有人都是“文化神创论”的“忠实拥趸”，如亚里士多德就认为文化是人靠习惯、经验模仿许多事物创造的。参见前注〔4〕，司马云杰书，第100页。

探讨,法国学者维克多·埃尔甚至断言:“关于文化概念的探讨是在17世纪和18世纪以来随着政治思想一起发展起来的。”^[10]到了18世纪启蒙运动时期,“文化”与“教养”的关系日益密切。19世纪以来,相对完整的文化定义开始出现。如英国文化人类学家爱德华·泰勒在1871年出版的《原始文化》一书中即指出:“文化是一种复合体,包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗以及其余从社会上学得的能力与习惯。”后来,以奥格本(W. F. Ogburn)、亨根斯(F. H. Hankins)、威利(M. M. Willey)等人为代表的美国学者将“实物”补充进了泰勒的定义中。根据维克多·埃尔的理解,“文化”一词恰恰是在此时完成了“专门术语化”。1959年英国作家斯诺(C. P. Snow)在剑桥大学所作题为《两种文化与科学革命》演讲中提出文学文化和科学文化的“文化二分”论,在学术界引发了一场轩然大波。总之,虽然文化的内涵变得愈发丰满,但时至今日,在西方仍然没有形成共识。^[11]

在我国,“文化”的内涵走过了一条同样漫长而曲折的演变之路。“文化”的表述在我国最早可追溯至《易经》中的“观乎人文,以化天下”^[12],至汉代又有“文化不改,然后加诛”^[13]的说法。由于我国传统上一直未能形成占统治地位的神学,因此文化的起源被理解为祖先的功德。^[14]这种理解在其后漫长的封建时代几乎一直作为主流学说而存在。而真正关于文化概念的争鸣源于“五四”新文化运动之后,一大批名家大儒都参与到文化概念的讨论中来。如,梁漱溟认为:“文化乃是人类生活的样法”^[15],并进一步指出:“我今说文化就是吾人生活所依靠之一切,意在指示人们,文化是极其实有的东西。文化之本意,应在经济、政治,乃至一切无所不包”^[16];蔡元培认为文化是人生发展的状况,包括衣食住行、医疗卫生、政治、经济、道德、教育、科学等内容^[17];梁启超指出:“文化者,人类心能所开释出来之有价值的共业也”^[18]。后来,有学者意识到文化的概念正在被解释成一种无所不包的“大杂烩”,于是提出了相应的冷思考。如胡适强调应当区分“文化”与“文明”这两个近似的概念,并提出文化是一种文明所

[10] [法] 维克多·埃尔:《文化概念》,康新文等译,上海人民出版社1988年版,第18页。

[11] 如德国学者克林伯格认为:“文化是社会环境所决定的社会生活的整体。”(覃光广等编:《文化学词典》,中央民族学院出版社1988年版,第109页。)美国学者克鲁柯亨和凯利认为:“文化是历史上所创造的生存式样的系统。”(转引自前注[7],庄锡昌等书,第119页。)加拿大学者金里卡认为:“文化的本性是社会文化,基于特定地域和语言基础的群体中的成员提供设计整个人类活动范围的有意义的生活方式,包括公共领域和个人领域中的社会、教育、宗教、娱乐和经济生活。”([加] 威尔·金里卡:《多元文化的公民身份》,马莉、张昌耀译,中央民族大学出版社2009年版,第111页。)瑞士学者雅各布·布克哈特则颇有些无奈地指出:“任何一个文化的轮廓,在不同的人眼里看来可能是一幅不同的图景。”([瑞士] 雅各布·布克哈特:《意大利文艺复兴时期的文化》,何新译,商务印书馆1979年版,第1页。)凡此种种,不一而足。

[12] 《周易·彖上传》。

[13] 《刘向·说苑·指武篇》。

[14] 《周易》、《周礼》、《山海经》中关于伏羲、神农、黄帝、尧、舜等圣人“造物”的记载可为依据。

[15] 梁漱溟:《东西文化及其哲学》,上海商务印书馆1929年版,第53页。

[16] 梁漱溟:《中国文化要义》,学林出版社1987年版,第1页。

[17] 参见蔡元培:《蔡元培美学文选》,北京大学出版社1963年版,第113页。

[18] 梁启超:“什么是文化”,载《学灯》1922年12月9日。

形成的生活方式^{〔19〕}；陈独秀更是一针见血地指出：“有一班人把政治、实业、交通都拉到文化里面了，我不知道他们因何种心理看到文化如此广泛，以至于无所不包？”并进而指出文化是“文学、美术、音乐、哲学、科学之类”。^{〔20〕}

后来，费孝通先生对“文化”的理解成为一时经典：“位育^{〔21〕}是手段，生活是目的，文化是位育的设备和工具。”^{〔22〕}故“文化”可解释为“一个团体为了位育处境所制下的一套生活方式”。文化的基础则在于“个人生活”。^{〔23〕}但是费先生的解释依然未能摆脱抽象概括性有余而具体问题指导价值不足的弊端。^{〔24〕}时至今日，我国学者依旧未能就文化的概念形成完全的共识——一个初步的共识在于，许多学者承认文化的概念在内涵与外延的范畴上存在差异。如李林教授指出：“‘文化’内涵，一是广义上的，即文化是人类创造的一切，主要包括精神文化、制度文化和物质文化；二是中义上的，即文化是指社会的意识形态以及与之相适应的制度和组织机构；三是狭义上的，即文化仅指社会的意识形态或社会的观念形态——精神文化。”^{〔25〕}李德顺教授认为：“文化有广义、狭义之分。广义的文化，即从哲学层面上界定的文化，是相对于自然、天然、原初的状态而言，指人类改造世界使之符合人的本性和尺度的全部方式、过程及成果的总和。……狭义的文化，则是相对于经济、政治等而言，特指精神生活领域的文化，即社会精神生产和精神生活的方式、过程及其成果，例如哲学社会科学研究、文学艺术创作、科学、教育、新闻出版、大众传播、文博事业、文体活动、休闲娱乐等。简言之，狭义的文化即是指人的文字、语言、符号、精神化的生活样式。”^{〔26〕}当然，也有学者执拗地认为文化的定义引入广义狭义将使问题的探讨走向无谓的复杂化。如有学者认为：“文化乃是人类创造的不同形态的特质所构成的复合体”^{〔27〕}；也有学者认为：“文化是人类生存和进化的特殊过程、方式及其结果”^{〔28〕}。还有学者将文化的内涵分为三个层次：“一是表层文化（又称为物质文化）；二是中层文化（又称为制度文化），包括风俗、礼仪、制度、法律、宗教、艺术等；三是底层文化（又称为哲学文化），就是人们个体和群体

〔19〕 参见胡适：《我们对于西洋近代文明的态度》，《现代评论》1926年第3期。

〔20〕 参见前注〔4〕，司马云杰书，第4页。

〔21〕 所谓“位育”，潘光旦先生将儒家中心思想的概念“中和位育”（《中庸》首章有云：“致中和，天地位焉，万物育焉”）加以提炼，并翻译为“adaptation”，即“适应”，意指人和自然相互迁就以达到生活的目的。

〔22〕 费孝通：“中国社会变迁中的文化结症”，载刘豪兴主编：《乡土中国》，上海人民出版社2007年版，第242页。

〔23〕 费先生在《生育制度》一书中的原话是：“从个人生活之外去找文化的根源，我们是不愿意接受的。”参见费孝通：“种族绵续的保障”，载刘豪兴编：《乡土中国》，上海人民出版社2007年版，第423页。

〔24〕 严格说来也不能算“弊端”，因为费先生的这一定义在创建之初本无明确的问题或具体学科的指向，即对“文化”概念的探讨并非前述研究的核心问题。

〔25〕 李林：“我国社会主义法治文化建设的若干问题”，《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2012年第5期，第1页。

〔26〕 李德顺：“法治文化论纲”，《中国政法大学学报》2007年第1期，第6~7页。

〔27〕 前注〔4〕，司马云杰书，第7页。

〔28〕 刘进田、李少伟：《法律文化与法制现代化》，陕西人民出版社1998年版，第3页。

的伦理观、人生观、世界观、审美观。”^{〔29〕}可见，当前我国学界对于文化概念争论的焦点主要集中于（但不限于）如下方面：定义文化应采用何种进路？抽象概括还是对其构成要素进行列举描述？若抽象概括，如何避免过于抽象所导致的虚化和无用性？若列举描述，如何确保外延范畴的准确乃至精确？如何应对“广义”、“狭义”之分所带来的选择适用标准不明确的次生问题？

前文呈现出了古今中外学者对于“文化”概念的痴恋与迷茫，而造成这一现象的原因则是多方面的。首先，不同学科基于不同的话语体系在其中扮演了推波助澜的角色。^{〔30〕}其次，不同学派基于不同的视角也会在理解文化内涵的层面产生差异。^{〔31〕}再次，不同民族语言不同的表达方式在学术交流过程深化了文化概念的不确定色彩。^{〔32〕}最后，我们不能忽略一个事实——随着人类社会的发展，文化的概念本身也处于一个不断发展的动态过程之中。因此，一方面，我们不能指望从古代先贤的著作中获取过多的启示，也不能指望抛却历史背景随便拿出一个能够保证在当前和未来都适用的文化定义。

总之，若以实践指导价值为核心追求，则对于文化进行定义离不开对两个辅助性因素的准确认知，一个是领域，一个是时代。^{〔33〕}从这个意义上说，在当前历史条件下，希冀得出一个内涵明确、外延完整、能够被各学科所普遍接受并确实能够发挥实践指导功能的文化概念，是不切实际的。

二、法制背景下“文化”的内涵

德国思想家萨维尼曾言：“任何法律制度都是其共同文化不可分割的一部分，它同样对共同文化的历史产生作用。”^{〔34〕}美国法理学家德沃金认为，文化不仅涉及共享的记忆或价值，还涉及共同的制度和实践，即“一种文化的成员有一套共享的传统和约定好的词汇表”^{〔35〕}。英国学者罗杰·科特威尔同样指出：“一切有关法律制度和法律概念的特征的问题都需要与产生法律的社会条件相联系来加以领会，在这种意义上，法律确是文化的一种表现形式。”^{〔36〕}可见，文化与法制本身就存在天然的、紧密的、内在的关联，这恰恰为我们从“领域”的视角解析文化提供了坚实的基础——即文化在法制领域

〔29〕 这是著名文化学者许嘉璐的观点，参见陈国裕：“清醒地认识文化建设问题——十届全国人大常委会副委员长许嘉璐答本报记者问”，载《学习时报》2008年11月17日，第1版。

〔30〕 显然，社会学、人类学、民族学、考古学、社会心理学、哲学、历史学、政治学、经济学、伦理学、教育学、法学、神学以及文学、艺术等对于文化的理解不可能完全一致。

〔31〕 如历史学派、心理学派、结构功能主义、发生论者对于文化内涵的理解都不一样。对此可参见前注〔4〕，司马云杰书，第2页。

〔32〕 如德语和法语中关于文化与文明的理解即出入较大。参见前注〔4〕，司马云杰书，第4页。而东方与西方之间价值理念和传统之间的差异明显比德语和法语之间的鸿沟更为巨大。

〔33〕 实际上，文化本身就是个“领域”色彩颇浓的概念，丹尼尔·贝尔即指出：“文化领域是意义上的领域（realm of meanings），它通过艺术与仪式，以想象的表现方法诠释世界意义，尤其是展示那些从生存困中产生的，人人都无法回避的所谓‘不可理喻性问题’。”丹尼尔·贝尔：《资本主义文化矛盾》，赵一凡等译，三联书店1989年版，第30页。

〔34〕 张宏生：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第208页。

〔35〕 Dworkin, A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985, p. 231.

〔36〕 〔英〕罗杰·科特威尔：《法律社会学》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第27页。

的内涵。

“法制”一词的表述在我国有着相当久远的历史，最早可追溯至秦汉时期。《礼记》中就有“命有司，修法制，缮图圉”之说。^[37] 古代汉语中的“法制”一般仅指“律”和“刑”，^[38] 这一理解在新中国成立之后被极大改变。今天的“法制”一般在如下两种层面上使用。一是静态意义上的法制，即“法律制度”的简称。即一国内的各级各类规范性文件法律文件所共同构成的社会关系调节机制的总和，一般以国家立法权的形式和作用为依据。二是动态意义上的法制，即一国法律规范的运行全过程，一般认为包括立法、执法、司法和守法四个环节——前三项分别对应国家的三种权力类型，即立法权、行政权和司法权；而守法则一般对应公民个人权利义务关系的处理。^[39] 当然，后来又在某种意义上衍生出“监督”的概念，不仅重构了传统国家三权关系的解释模型，也使得公民和国家之间的关系进一步深化。本文所指的“法制”，应当是前述静态和动态两个层面理解的综合。

显然，即使把语境限定在“法制”的范畴之内，各国对于文化内涵的理解依然不尽相同。在美国，由于联邦宪法并未直接提及“文化”，故难以直接得出其法制体系中文化的内涵。倘直接依据第一修正案认为宗教、言论、出版甚至是集会和示威属典型的美国法意义上的文化，无疑较为明确，然而基于第九修正案“不得因本宪法只列举某种权利而认为人民所保留的其他权利可以被取消或轻忽”的规定——某种意义上是一种“钟表效应”^[40]——似乎对美国法上文化的理解应当更为宽泛。美国刑法上的“文化辩护”对此提供了佐证。在“人民诉木村”案（*People v. Kimura*）、“人民诉穆阿”案（*People v. Moua*）、“人民诉陈”案（*People v. Chen*）以及“缅因州诉卡噶依”案（*State of Maine v. Kargar*）四个诉讼中，上诉法院裁判的核心依据在于被告能否构成“文化辩护”，即其行为在其本族群文化中是否被允许。^[41] 这里的“文化”显然与多元文化主义中的“文化”具有类似的背景，依据金里卡社会文化的理解，至少应当“包括公共领域和个人领域中的社会、教育、宗教、娱乐和经济生活”。^[42] 在德国，《联邦基本法》全篇仅在第29条出现了“文化”一词，但却是旨在说明国家领土的“文化因素”。根据学者的一般理解，德国法上的文化主要包括教育、学术、艺术和宗教。^[43] 我国亦有学者持此见解。^[44] 在日本，《宪法》中的“文化”被视为生存权之一项被提出，即第25条规定：“全体国民都享有健康和文化的最低限度的生活的权利”。至于“文化”的内涵究竟指哪

[37] 《礼记·月令》。

[38] 林咏荣：《中国法制史》，台湾“大中国”图书公司1976年版，第1页。

[39] 有观点认为除了静态和动态两种理解之外，法制还包含“依法办事原则”的内涵（参见沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社2009年版，第138~139页）。我们认为，“依法办事原则”在某种程度上更加接近于“法治”的内涵，因此前面“过于宏观”的理解可能反而会模糊“法制”概念本身的确定性，应谨慎对待。

[40] 所谓“钟表效应”是指，当只有一个钟表的时候，我们能够知道确定的时间；当有两个显示不同时间的钟表的时候，我们却无法确定时间了。

[41] 参见陈磊：“美国刑法中的文化辩护研究”，《刑事司法杂志》2009年第9期，第118页。

[42] 参见〔加〕威尔·金里卡：《多元文化的公民身份》，马莉、张昌耀译，中央民族大学出版社2009年版，第111页。

[43] 参见许育典：《文化宪法与文化国》，台湾元照出版公司2006年版，第16页。

[44] 参见王锴：“论文化宪法”，《首都师范大学学报（社会科学版）》2013年第2期，第40页。

些,亦无明确的立法回应。根据芦部信喜的阐述,至少应当涉及精神自由权(思想、宗教信仰、学问、表达等)和部分社会权(受教育权)。^[45]

其实,何止不同国家对法制背景下的文化的概念在理解上有出入,即使是在特定国家内部,这种理解也随着历史的变迁而呈现差异。于是这里就需要引进第二个定义文化的“领域”——时代。以我国为例。在1949年的《共同纲领》中,第五章专门规定了“文化教育政策”,此时的文化大致包含新民主主义意识、全民公德、(自然)科学、艺术、教育等。根据1954年《宪法》第59条,此时的文化主要包括“科学、教育、文学、艺术和其他”。而主打“文化牌”^[46]的1975年《宪法》中,第12条将文化内涵定位于“文化教育、文学艺术、体育卫生、科学研究”,范畴上似乎变化不大,但这里的“文化”已经悄然蒙上了“无产阶级文化大革命”的色彩,具有历史的倒退性。1978年《宪法》第52条对文化的内涵有所扩充,认为主要包括“科学、教育、文学、艺术、新闻、出版、卫生、体育”等方面。而在现行《宪法》的文本中,“文化”一词大量涌现,对其内涵最直接的表述见于第22条:“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。国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”而第47条又进行了进一步的补充:“国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助。”^[47]可见,现行《宪法》不仅将文化的内涵扩充到了一个前所未有的状态,而且呈现初步的结构性特征:一是基于权力的视角,在第22~24条强调国家多文化事业发展的主导地位和义务;^[48]二是基于权利的视角,在第47条明确了公民所享有的文化权利。而我国在顶层制度层面对文化内涵理解的深入却一直延续。2002年,党的十六大报告“把文化法制建设的重点放在文化企业和文化事业单位内部的改革上,也就是小文化上。文化的涵义具有很大的可伸缩性,有大文化、中文化和小文化之分:大文化是指人类创造的所有产物,是与自然相对应的,也叫第二自然。这是从大宇宙上来对文化进行定位。中文化是指精神文明,与物质文明和政治文明相对应。这是从整个人类社会来对文化进行定位。小文化是指文化事业与文化产业,如:广播影视、新闻出版、文学艺术、体育卫生、计算机网络等。”^[49]2011年10月,中国共产党在十七届六中全会通过的《中共中央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重大问题的决定》(下称《决

[45] 参见〔日〕芦部信喜:《宪法》,高桥和之增订,林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第八、九、十三章的相关内容。

[46] 当然这里的“文化”是在“无产阶级文化大革命”的基础上提出的,某种意义上具有历史的倒退性。

[47] 彭真在1982年11月26日《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中指出:“关于社会主义精神文明建设中的文化建设这个方面,这次《宪法》修改草案的《总纲》,根据全民讨论中提出的意见,将教育、科学、卫生体育、文化各自单列一条。这比原来草案中合为一条,加重了分量,也充实了内容。”参见《彭真文选》(1941—1990年),人民出版社1991年版,第448~449页。这段表述至少说明两个问题:一是将科教文卫体并列表述并非出于结构并列的认知安排,而是为了“加重分量”、“充实内容”;二是现行《宪法》中的文化建设隶属于“精神文明建设”之下。

[48] 这一点在2000年提出“三个代表”思想后被进一步强化。参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第219页。

[49] 林爽:“文化法制建设浅析”,《政法论丛》2003年第5期,第75页。

定》)中,虽然未对“文化”本身的内涵做明显改变,但却将焦点从传统的文化事业转到同市场经济更为契合的文化产业,并发展了1982年《宪法》关于文化“权力—权利”的二分结构。2012年11月党的十八大报告对此再次进行了明确。

因此,本文所采的文化概念,是建立在当代法制发展现状及趋势背景的基础之上的,它既包括实然的文化制度,也包括应然的文化理念;既包括文化权力,也包括文化权利;既包括文化事业也包括文化产业;既包括新闻广播电视、出版发行、图书馆博物馆文化馆、名胜古迹、珍贵文物,也包括教育、科学、技术、文学、艺术。

三、法制文化、文化法制与文化法制文化

当前学界对法制文化的探究方兴未艾,一个理解法制与文化耦合关系的新视角即应运而生。2011年10月,《决定》的发布即为文化和法制的全新耦合模式——文化法制面纱的揭开吹响了号角。需要做前提性说明的是,文化法制与法制文化之间绝非简单的演进替代关系,而是一种更高层面的拓展(或曰“渗透”)。文化法制的提出并不以法制文化的终结为前提——恰恰相反——文化法制的出现正是法制文化不断深化与发展的必然产物。那么,应当如何解析从法制文化到文化法制的嬗变过程呢?

首先,从法制文化拓展到文化法制是时代的呼唤。第一,法制与文化宽泛的内涵和极强的包容性决定了两者的耦合方式必然呈现多元化特征。“法制”不仅蕴含着法律体系的建立和运行,更要求将法的手段作为调整现代国家各类社会关系的核心路径;而与法制相关联的文化,则不仅体现出对法产生以来持续的制度作用过程中析出的文化现象进行关注与思考,还蕴含着将前述的法制作为一种文化方式融入中国特色社会主义建设事业的各个环节之中,即将相应的法制文化作为伴随并引导我国法制建设的重要资源。^[50]因此,法制与文化在内涵上的宽泛性和包容性就决定了它们在特定的历史转型期必将在全方位、多元化的灵活模式实现不同层次、不同角度、不同侧重的耦合。第二,随着时代的发展,文化对于法制的观照迫切需要从哲学层面进入具体的制度层面。长期以来,文化对于法制的观照一直停留在宏观的哲学层面,这反映到学术研究中,即体现为法理学和法史学对于“法制文化”命题的格外垂青,^[51]而相关应用性的部门法学科却回应不足。随着法制进程的不断深化,文化对于法制事业的关注势必要经历由抽象理论向具体制度的维度转换过程。政治法制、经济法制、文化法制、社会法制等一系列重要领域的法制文化都亟待发展和深化。其中,无疑以文化法制的建设问题最为突出。因为文化生产作为一种特别形式的社会生产,其发展离不开法制保障,而法制本身在促进文化发展的同时也会得到文化的滋养,并构成文化体系的重要内容。第三,就当前而言,我国的文化法制建设事业已存在一定的基础,需要向文化法治的终极目标继续迈进。遵循社会主义法治建设的一般规律,文化领域的法制建设始终以文化法治的实现为目标,且已经取得了一定的成就。虽然目前适用于文化领域的法律以法规、条例为主,设定管理处罚权限的较多,明确管理者与管理相对人权利义务的较少;由国务院主管部门或地方人大制定的法规较多,由人大常委会制定的法律较少;针对秩序进行管理

[50] 参见缪蒂生:“论中国特色社会主义法治文化”,《中共中央党校学报》2009年第4期,第71页。

[51] 当然,根据前文的理解,法史学可能更关注“法律文化”。

的治标性内容较多,面向国际化潮流进行准入资格审验的办法较少。^[52]但毕竟已经初步具备了进一步推动文化事业向法治现代化迈进的法制基础。而在迈进的过程中,来自法制文化的积极作用亦是不容低估的。

其次,法制文化与文化法制的内在关联。第一,从静态的角度来说,两者都注重深入挖掘法制与文化各自的深邃内涵。就法制而言,是指法律制度及其实施,属于制度的范畴,是一种实际存在的东西,注重法的工具性功能,将法视为治国的一种工具和手段,其所奉行的原则是有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。^[53]就文化而言,它首先是一种领域,即丹尼尔·贝尔所谓的“通过艺术与仪式,以想象的表现方法诠释世界意义,尤其是展示那些从生存困境中产生的,人人都无法回避的所谓‘不可理喻性问题’”^[54]。宏观层面的文化囊括了人类所创造的物质的和精神的所有成果,^[55]是一种以群体信仰方式客观存在的精神特质与传统,而微观层面的文化则倾向于有形文化和无形文化的界分。而无论是法制文化还是文化法制,都是建立在对文化和法制两大基础概念的深入发掘的基础上的。第二,从动态的角度来说,两者都注重在法制与文化之间搭建逻辑上的互动桥梁。《决定》明确将文化作为我国各方面发展“软实力”的集中体现,而作为“民主社会优良治理模式”^[56]的法制亦同样是当今人类社会不断进步的核心软实力之一。正是基于这种契合,法制文化与文化法制概念的产生都蕴含着在这两种重要“软实力”之间构建理论桥梁并力图将这种理论建构付诸实践的制度愿景。第三,文化法制是法制文化建设的重要面向,法制文化理念则是文化法制实现的重要思想资源。文化法制作为法制建设的具体类型之一,在上层建筑维度深受法制文化的熏陶及引导,这种熏陶和引导就直接体现为法制文化成为文化法制实现的思想渊源。

最后,法制文化与文化法制的界分。第一,对法制的理解相同而对文化的理解不同。在民主共和的历史地位被正式确立以来,法制几乎是裹挟着其“放诸四海而皆准”的核心认知一路发展至今,在法制文化与文化法制的分野中,对于“法制”本身的理解依然具有相当的一致性。两者的差异主要体现在对文化内涵的理解上:法制文化注重宏观层面的内涵,将文化贴上了“信仰”、“特质”与“传统”的标签;而文化法制则注重微观层面的内涵,通过“物质”和“非物质”两大核心概念的支撑使文化转变为一种社会领域的划分方式,从而更接近于所谓的“文化系统”的表述。^[57]第二,在关注的对象上具有不同的侧重。法制文化的作用域基于我国当代意义上“法制”的全部范畴,即在制度创建和路径选择的层面对我国法制现象进行文化视角的解读与剖析。而文化法制的作用范畴则仅仅集中在普遍法制项下的“文化”这一隅,在具体制度的建构与运行的层面对文化领域的“法律之治”给予理论关怀。可见,法制文化和文化法制关注的对象存在意识与实践、理念与制度的明晰分野。第三,两者不是同一个层面的概念。由于关

[52] 参见汤啸天:“试论 WTO 背景下的上海文化法治建设”,《上海大学学报(社会科学版)》2003年第6期,第63页。

[53] 参见刘斌:“法治文化三题”,《中国政法大学学报》2011年第3期,第25页。

[54] 前注〔33〕,丹尼尔·贝尔书,第30页。

[55] 文化学者许嘉璐曾把文化分为三个层级:一是表层文化(又称为物质文化);二是中层文化(又称为制度文化),包括风俗、礼仪、制度、法律、宗教、艺术等;三是底层文化(又称为哲学文化),就是人们个体和群体的伦理观、人生观、世界观、审美观。参见前注〔29〕,陈国裕文。

[56] 刘斌:“中国当代法治文化的研究范畴”,《中国政法大学学报》2009年第6期,第6页。

[57] 参见王锡铤:“文化的法治与法治的文化”,载《光明日报》2011年11月3日,第15版。

注的对象不同,法制文化和文化法制也就分处于不同的层面。申言之,法制文化基于其普遍性与宏观性而立足于更高的层面,对包括文化法制在内的诸法制领域给予一体的制度提纯和理论抽象——具体到文化法制领域中,法制文化被进一步具象为“文化法制的文化”或“文化的文化”。

至此,我们涉及了一个新概念,即“文化法制文化”。根据前文的论述,一个显而易见的判断是,文化法制文化其实就是法制文化在文化领域的具体化表达。因此,剖析文化法制文化的概念应当关注如下两点。

第一,“文化法制文化”中的两个“文化”具有不同的含义和适用语境。就前一个“文化”而言,指的是前文所探讨的最宽泛意义上的现代国家的文化概念,即现行《宪法》第22条和第47条共同指向的作为一种领域的“文化存在”,与我们通常意义上所谓的政治、经济、社会等处于同一层面的概念;^[58]就后一个“文化”而言,它更倾向于一种在特定群体内部形成并被普遍接受的“共同心理状态”,即相关主体对文化领域的法制的认知与思考——如何定义、如何定位、如何评价、如何同自身的行为相结合,以及在此基础上形成的对文化法制的信仰。可见,两个“文化”并非简单的表述意义上的重复,而是具有截然不同的属性。

第二,文化法建设在文化法制文化建设过程中占据核心地位。文化法制建设促进文化体制改革的深入进行,而文化体制改革正是新时期文化法制文化进一步深化与发展的必由之路。有学者指出:“深化文化体制改革是我党站在历史高度上,深刻分析我国当今的基本国情和未来国家发展战略的基础上作出的关系我国未来发展全局的重大战略决策。”^[59]而对于文化体制改革全局来说不可或缺的重要元素有二。其一,兼具载体和目标双重功能的文化法制:一方面,既有的、初步形成的文化法制结构是当前文化体制改革的主要对象,即文化体制的改革主要聚焦于文化法制的改革;另一方面,一套先进的、科学的、紧扣时代脉搏的文化法制同样也是文化体制改革的重要阶段性目标。^[60]其二,在形而上层面作为指导思想存在的改革方针——文化法制文化。一套优良的文化法制文化既包括国家主体在文化领域依法行政的理念,也包括其他社会组织与个人主体在文化领域依法行为的意识,甚至还包括对整个文化领域中存在的“权利—义务”、“权利—权力”、“权力—权力”都以法律的方式加以认知乃至调节的信仰。^[61]显然,这种“文化”既能够因发现当前文化法制的不足而成为推动文化体制改革的动力,又能够因其自身具备的先进性而成为文化体制改革循序推进的指引。

四、从文化法制文化到文化法制观念

“观念”是人们在实践当中形成的各种认识的集合体。人们会根据自身形成的观念进行各种活动。利用观念系统对事物进行决策、计划、实践、总结等活动,从而不断丰

[58] 党的十六大报告将其简化为文化事业与文化产业的集合。

[59] 刘军舰:“当代中国文化建设及文化法建设”,《艺海》2009年第7期,第147页。

[60] 所谓“目标”,是指由当前的文化法制向更完善的文化法制发展的过程;所谓“阶段性”,是指即使是完善的文化法制,其本身也只是作为终极目标的“文化法治”的基础。

[61] 按照更为精确的划分,“信仰”部分其实应当归入“文化法制观念”更为合适,对此下文将进行论证。

富生活和提高生产实践水平。而法制观念，简言之即对法制的意识层面表达——作为客观存在的法制体系和结构为相关主体所了解、认知、评价乃至接受，并促使相关主体按照文化法制的规定和要求为或不为一定行为的思想的总和。卢梭曾言：“一切法律之中最重要的法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的心里。”〔62〕萨维尼也指出：“法律深深地根植于一个民族的历史之中，而且其真正的源泉乃是民族的普遍的信念、习惯和共同意识。”〔63〕可见，仅有优良的法制而缺乏公民的接受与认同，最终依然难以达致法治的目标，而法制观念对于法治的实现无疑发挥了举足轻重的作用。

可见，所谓文化法制观念，实际上就是法制观念在文化领域的特殊表达，是法制观念的类型之一，包括但不限于本位观、法权观和权利义务观。〔64〕这里可以引入“结构”的范畴加以论述。所谓结构，是表征事物内部各要素的组合方式、结合方式的范畴。皮亚杰即指出结构有三个特征，即整体性、转换性和自身调整性，〔65〕“而结构理论的着思方向是对象内部诸因素的内在关联性，即内在深层结构”〔66〕。一般而言，法制观念从结构上可分为两个层面进行解读：一是特定主体对所处的国家法制体系的总体性认知和评价，是指引、规范相关主体日常行为的核心意识，更接近于抽象的哲学层面；二是特定主体对于特定领域的法制所形成的具体化的认知和评价，是其在该领域为或不为一定行为的直接意识表达，而这些领域习惯上遵照政治、经济、文化、社会、民族等类型加以划分。〔67〕基于此，一个传统上的认识误区应当引起警惕，即“法制观念=政治法制观念+经济法制观念+文化法制观念+……+其他领域法制观念”。而法制观念的真实结构（或曰“文化法制观念在法制观念谱系中的理论定位”）应如图1所示：

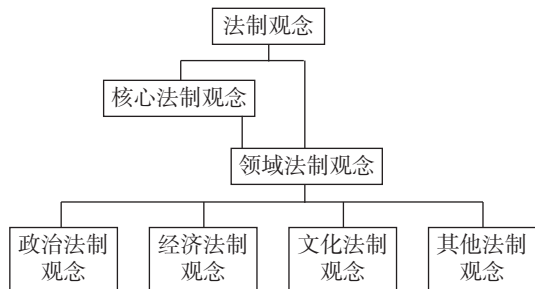


图1 法制观念结构图

那么，文化法制观念又具有哪些特质呢？笔者认为包括但可能不限于如下三点。

首先，消极性与积极性兼备。积极和消极是哲学上的一般性表述，具体到文化法制观念的特定论域中来，主要在如下两个方面进行诠释。第一，“文化法制观念”本身属

〔62〕〔法〕卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆2002年版，第73页。

〔63〕〔美〕E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第88页。

〔64〕参见前注〔56〕，刘斌文，第7页。

〔65〕参见〔瑞士〕皮亚杰：《结构主义》，倪连生、王琳译，商务印书馆1986年版，第3~11页。

〔66〕前注〔28〕，刘进田、李少伟书，第26页。

〔67〕这种分类法更多地出于一种习惯性思维，鲜有学者追溯其真正规范依据。笔者认为，现行《宪法》第70条关于全国人大下属各专门委员会的划分可以为参照性的规范依据。

中性的表述,无涉价值判断。也就是说,文化法制观念仅仅是对特定文化法制现象的主观反映,至于这种反映是否客观、是否准确、是否符合文化法制的精神和一般发展趋势,都并非文化法制观念这一概念本身所能够或应当进行评价的。因此,文化法制观念也就有了区分积极观念和消极观念的可能。积极的文化法制观念是指那些客观、准确地反映了文化法制现象,并能够促使相关主体依照文化法制发展的一般趋势和要求为或不为特定行为的良性的文化法制观念。反之,即属消极的文化法制观念。这种区分的价值在于避免基于对文化法制观念单一化甚至想当然的认识而对其给予贸然的正向评价。第二,就文化法制观念与文化法制的关系而言,前者兼具被动和能动的双重属性。所谓被动属性,是指文化法制观念的产生、发展、变化的基础在于其所根植的文化法制本身,它是文化法制产生、发展、变化的主观反映。从这个意义上说,文化法制观念具有消极的属性。而所谓能动属性,是指文化法制观念不仅源自于客观存在的文化法制现象,而且经过相关主体的思维运行过程能够对文化法制产生积极的反作用,这种反作用一般体现为反馈、引导以及塑造。因此,积极性与消极性兼备是文化法制观念的重要特征之一。

其次,发展性与保守性共享。所谓发展性,是指文化法制观念作为对文化法制现实的主观反映,必然随着文化法制的发展而产生相应的变化。这种发展是时代特征、地域特征和社会特征的集合体。我国文化法制的发展大致分为四个时期。一是新中国成立初期到20世纪50年代末期,文化法制工作主要是围绕如何为建设新中国的人民文艺而进行,总计制定有法规性文件150多件,不仅涉及面广,而且很讲究原则性和灵活性的统一。二是从60年代初到“文革”前,文化法制工作较之前有很大进展,开始深入到文化管理工作的内部,制定的法规趋于完整。三是从“文革”开始到粉碎“四人帮”的十年。该阶段“文化”的概念被完全曲解,酿成了重大的社会动荡。四是从粉碎“四人帮”至今,即文化法制工作的重要历史转折和发展时期。通过总结经验教训反思社会文化生活及其管理,在立法工作上表现为开始纠正和克服简单化和片面性,制定了一批新的文化法规、规章和法规性文件。^{〔68〕}文化法制建设开始进入全面发展时期。^{〔69〕}可见,从现代文化法制观念的初步建立,到文化法制建设走上快速发展之路,到由于文化法制观念的歪曲导致文化法制乃至整个社会主义法制的极大破坏,再到总结历史教训重新构建适于时代及发展趋势的文化法制观念,最后到今天的社会主义文化大发展、大繁荣全新观念的提出,文化法制观念的发展性淋漓尽致地呈现了出来。但是,现代化进程并不必然意味着传统的遗弃。^{〔70〕}在文化法制观念中,有一些根深蒂固、根植骨髓的元素相对于时代的变化却呈现出相当的“惰性”,它们沉积在国家、民族和传统文化的最深处,极难发生变异。正如台湾学者指出的:“文化是各民族国家发展的凭借,借由对历史文化的

〔68〕 文化法制发展阶段的划分参见康式昭:“谈谈加强文化法制建设”,《文艺理论与批评》1992年第3期,第43~44页。

〔69〕 参见黄桂英:“关于加强社会主义文化法制建设的若干思考”,《上海大学学报(社会科学版)》2002年第5期,第88页。

〔70〕 一般认为,文化现代化是指文化诸因素、门类的国际现代发展水平或最新、最高发展水平,是在继承、弘扬民族的、全人类的优秀传统文化的基础上创造、发展,不断向现代文化转型的特殊变迁过程。其主要内容应包括文化设施现代化、文化信息化、文化产业化、文化消费经常化、文化交流国际化、文化科技化、文化人口高比例化、文化人才高档化、文化管理法制化等。参见陈依元、王益澄:“宁波文化现代化指标体系的制定及评价”,《宁波大学学报(人文科学版)》2001年第4期,第13页。

诚恳与尊重,凸显一个国家或民族的特色,进而了解该民族或国家赖以生存发展的根本”〔71〕——既然是“根本”,当然不会轻易发生改变。因此,从这个层面上来说,文化法制观念也会反映出一定的保守性特征,这同“文化法律文化”概念在某种程度上具有一定的共通性。〔72〕

最后,实然性与应然性并存。如前文所述,文化法制观念是对于特定国家、特定社会、特定历史时期的文化法制现象的主观反映,因此,它在很大程度上必定具有实然性特征,即在一定程度上通过文化法制观念反观现实中的文化法制现象的逻辑路径或可能性。它与实在的文化法制紧密相关。但是,正如文化法制观念具有反馈、引导及塑成性作用一样,经过人类能动的思维思考和创造,文化法制观念并不仅仅满足于对客观文化法制的呈现,而且还追求更深层次的主观评价:目前文化法制的现状怎样、成就几何、问题何在、发展的目标何在、完善的进路又何在?这一系列的思维意识所形成的观念,其实是对应然的文化法制的设计与预期,并对如何接近或实现这一目标蓝图而设计实现的路径。可见,从这个“认知”的角度来说,文化法制观念可大致分为三个部分:实然的认知、应然的认知以及对从实然向应然转化的策略的认知。其中,前者对应文化法制观念的实然性,而后两者则对应文化法制观念的应然性。

总的来说,文化法制文化和文化法制观念存在于两个不同的维度:前者强调的是一种客观状态,即特定国家或特定社会中法制文化氛围的基本形成,且这种氛围的相当一部分存在于文化的领域之中;后者则更倾向于强调一种主观的态度,即该特定国家或特定社会中的相关主体对于这样一种文化法制文化普遍予以接受,并在一定程度上上升至信仰的层面。可见,虽然两者存在本质不同,但也具有紧密的内在关联。文化法制文化是文化法制观念的客观前提——文化法制的文化化、氛围化是形成文化法制观念的必经步骤;而文化法制观念则是文化法制文化深入人心之后的主观呈现——是文化法制文化最高的发展目标。

综上,文化法制、法制文化、文化法制文化以及文化法制观念之间的逻辑关系如图2所示。

五、从文化法制观念到文化法治

法治即“法的治理”(rule of law),是现代社会发展必备的要素。〔73〕至于文化法治,简言之即“文化的法治”,“对文化事业的法律调整,是文化事业在其自身的建设发

〔71〕 尹章义、尹章中、叶家宏:《文化法制概论》,文笙书局2010年版,第1页。

〔72〕 所谓“法律文化”,是指法律在起源、制定、实施、演变、沿革过程中所具有的文化内涵和所体现的精神风貌,法治文化是法治社会呈现出来的一种文化状态和精神风貌。参见前注〔53〕,刘斌文,第24页。

〔73〕 有学者认为,法治的实质要件可以用制度构建的四个原则予以说明。第一原则是一切公共权力都来源于法律,并且最终都受制于法律,没有法律授权的公共权力不得行使。第二原则是国家责任的不可逃避。第三原则是国家尊重和保障人权。第四原则是公民义务的法定化。这也被称作“公民法外无义务”。就是说,公民只履行法律以内的义务,对公民施加的任何法律以外的义务,公民都有权拒绝。上述四个基本制度原则,前两个是约束公权,后两个就是保障私权,这就是法治国家的实体制度要件。参见黄基泉:“试论法治之法的实质要件与形式要件”,《四川师范大学学报》2000年第4期,第56页。囿于篇幅和旨趣,对于“法治”的概念这里不再展开。

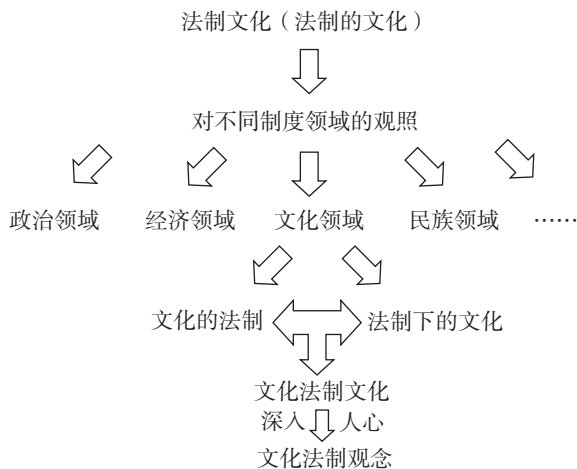


图2 文化法制、法制文化、文化法制文化和文化法制观念的逻辑关系图

展过程中所作出的选择，随着文化事业的进一步发展，客观上需求更多的法律调整。在法治状态下，对文化事业的调整将主要依靠法律进行，并构成文化事业对法治的依赖。”^[74] 根据学者的理解，这种文化的法治包括如下内容：社会主体文化权利与自由的法律保障；文化事业行政管理体制的法律规制；文化领域的思想道德建设的法律保障；文化建设的多元发展趋势的法律平衡。^[75] 从远期来看，文化法治是文化法制建设的目标，是文化法制发展的高级阶段；就当下而言，文化法治强调一种“将文化建设纳入法治建设轨道”的先进理念。一方面，“我国现代化过程，一切文化建设本质上都要有利于现代法律文化，从而有利于法治建设”；另一方面，纳入法治建设的文化建设在有序性、规范性、可预见性乃至制度理性等方面都具有巨大的优越性。^[76]

文化法治具有坚实的法律和政策基础。

一方面，文化法治具有来自《宪法》文本的坚实支撑。作为一国的根本法，《宪法》对于文化法治问题的支撑与回应同样至关重要。它直接关系到文化法治的实施与实现。现行《宪法》的文本对于文化法治的支撑主要集中在两个条款上。一是第14条第3款规定：“国家合理安排积累和消费，兼顾国家、集体和个人的利益，在发展生产的基础上，逐步改善人民的物质生活和文化生活。”二是第22条第1款规定：“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。”对于这两个条款，长期以来主流宪法学界的关注并不充分。^[77] 然而这一现象在近年来有所改观，即“文化宪法”概念的提出。继苏永钦教授在2006年在《部门宪法》一书中，提出将教育宪法、科技

[74] 哇鸿明：“论法治文化”，载南师大法制现代化研究中心编：《法制现代化研究》（第6卷），南京师范大学出版社2000年版，第87页。

[75] 同上，第87~93页。

[76] 参见蒋德海：“论法律文化对其他文化的主导作用”，《政治与法律》2006年第5期，第146页。

[77] 如宪法注释经典著作《宪法精解》中，对于第14条第三款直接忽略，对于第22条第一款则以“国家对发展文化事业的主导作用，强调文化事业的社会主义性质和为人民服务的方向”一带而过。参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年版，第206~207、219页。

宪法、宗教宪法与文化宪法相并列的观点后，^[78] 学界开始对文化宪法有所关注。然而在对作为部门宪法的“文化宪法”的理解上，则存在争论。有学者主张采取形式宪法规范说，认为只有在宪法典中的规范才能归类为部门宪法的规范。如苏永钦先生就认为，“实质宪法的承认则势将破坏特别修宪机关与程序所要严格区分的法律位阶，这正是实质宪法说的致命缺陷。……未来探讨部门宪法，应该就以形式意义的宪法规范为其法源，避免实质意义的提法。”^[79] 有学者则主张采取实质宪法说，认为只要在文化领域发挥宪法效力的规范都可以纳入到文化宪法中，“部门宪法规范并不局限于‘形式宪法’之范围……需扩展至本部门领域内已经‘生活化’、‘具体化’的一切实质性宪法规范”^[80]。笔者认为，形式宪法说仅限于宪法文本的理解未免过于狭隘——我国现行《宪法》区区两个条款如何能构成一门独立的文化宪法？而实质宪法的理解未免又失于泛泛，“一切实质性宪法规范”确有破坏严格意义上的法律位阶之嫌，不利于维护宪法的权威性。但不论是何种认知，至少都体现出了宪法对于文化法治问题的制度关怀。

另一方面，文化法治是我国面向未来的顶层政策设计。虽然整体文化领域的法治建设进入顶层政策设计发生在晚近，但就文化方面的法治建设来说，进入顶层政策设计的时间则可追溯到2001年，其时国家在“十五”规划中第一次正式提出文化产业的概念，并将发展文化事业与文化产业放到非常重要的位置。2003年，党的十六大又把发展文化产业作为战略目标，文化产业的发展成为社会主义文化建设的一项重要任务。^[81] 2011年10月中国共产党第十七届中央委员会第六次全体会议通过了《中共中央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重大问题的决定》。这是国家在顶层政策设计中首次就国家文化体制改革和发展繁荣问题进行全面的指导，其重要历史意义在于在普遍意义上将文化与法进行了初步的结合，但主要局限在“法制”的层面上，对“文化法治”涉及不多，这与我国现阶段文化发展的现状有关。2012年2月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《国家“十二五”时期文化改革发展规划纲要》。从渊源关系上来看，《纲要》主要是对《决定》的承继与发展。所谓承继，是指《纲要》中对于“加强文化法治建设”、“加强法制宣传教育”、“营造公平参与市场竞争、同等受到法律保护的体制和法制环境”等问题的强调在角度和深度与《决定》几无二致。所谓发展，主要是指《纲要》在《决定》的基础上，集中笔墨对文化建设的法制保障问题进行了阐述。2012年11月党的十八大上胡锦涛总书记所做的《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进，为全面建成小康社会而奋斗》的报告，作为一个总揽全局性质的执政党报告，对于文化问题也给予了充分的关注。2013年11月党的十八届三中全会通过的《中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》除了将“紧紧围绕建设社会主义核心价值体系、社会主义文化强国深化文化体制改革，加快完善文化管理体制和文化生产经营机制，建立健全现代公共文化服务体系、现代文化市场体系，推动社会主义文化大发展大繁荣”作为全面深化改革指导思想中的重要一环，而且用了较长的篇幅从完善文化管理体制、建立健全现代文化市场体系、构建现代公共文化服务体系、提高文化开放水平

[78] 参见苏永钦：《部门宪法》，台湾元照出版有限公司2006年版，第1页。

[79] 苏永钦：“部门宪法——宪法释义学的新路径？”，载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编：《当代公法新论——翁岳生七秩诞辰祝寿文集》，台湾元照出版社2002年版，第757~759页。

[80] 周刚志：“部门宪法释义学刍议”，《法学评论》2010年第3期，第7页。

[81] 参见前注[59]，刘军舰文，第146页。

等方面详细论述了推进文化体制机制创新问题,从而确立了文化法治作为未来一段时期我国体制改革的重要着力点和创新点的地位与价值。^[82] 2017年2月正式发布的《文化部“十三五”时期文化发展改革规划》则在《国家“十三五”时期文化发展改革规划纲要》的指引下充分兼顾十三五时期文化事业和文化产业发展的新机遇、新挑战、新环境和新追求,从更为体系化的视角将前述文化法治基本范畴更加清晰、全面地呈现与落实。高屋建瓴的十九大报告虽然没有直接针对文化法治问题进行阐释,但却多角度、全方位地对思想文化建设、优秀传统文化、公共文化服务、文化事业和文化产业、文化软实力和影响力等构成要素进行了详细说明,最终提出中国特色社会主义文化及文化自信的核心愿景,为新时代文化法治的发展提供了宝贵的顶层设计指引。

可见,从文化法制到文化法治转变的实现,实际上是一个观念层面的“第二次飞跃”。其关键性因素就在于一套良好的文化法制观念的形成以及这套观念对文化法制的能动性塑造。文化法制观念涵括的在文化领域的法治的基本理念、基本关系和基本理论、法律制度文化、法律组织文化、法治设施文化、法治行为文化、法律语言与文本文化等都同文化法治具有不可分割的关联。^[83] 可以说,一方面,文化法制观念是文化法制向文化法治蜕变的逻辑节点;另一方面,文化法治本身就是文化法制观念的重要组成部分以及预设的发展目标所在。因此,从某种程度上说,文化法制观念对于文化法治的认知、结构、诠释乃至最终实现发挥了决定性的作用。

参考文献

- [1] 葛洪义.法理学导论[M].北京:法律出版社,1996.
- [2] 刘作翔.从文化概念到法律文化概念——法律文化:一个新文化概念的取得及其合法性[J].法律科学,1998(2).
- [3] [日]名和太郎.经济与文化[M].高增杰,等译.北京:中国经济出版社,1987.
- [4] 吉海荣.透视作为文化现象的法[J].经济与社会发展,2004(7).
- [5] 柏拉图文艺对话集[M].北京:人民文学出版社,1983.
- [6] [法]维克多·埃尔.文化概念[M].康新文,等译.上海:上海人民出版社,1988.
- [7] 文化学词典[M].北京:中央民族学院出版社,1988.
- [8] 梁漱溟.东西文化及其哲学[M].上海:上海商务印书馆,1929.
- [9] 蔡元培.蔡元培美学文选[M].北京:北京大学出版社,1963.
- [10] 胡适.我们对于西洋近代文明的态度[J].现代评论,1926(3).
- [11] 李林.我国社会主义法治文化建设的若干问题[J].哈尔滨工业大学学报:社会科学版,2012(5).
- [12] 李德顺.法治文化论纲[J].中国政法大学学报,2007(1).
- [13] 陈国裕.清醒地认识文化建设问题——十届全国人大常委会副委员长许嘉璐答本报记者问[N].学习时报,2008-11-17.
- [14] 张宏生.西方法律思想史[M].北京:北京大学出版社,1983.
- [15] 沈宗灵.法理学[M].北京:北京大学出版社,2009.

(责任编辑:赵真 赵建蕊)

[82] 当然,《决定》在这段并未涉及“文化”的全部内涵,诸如教育等其他“大文化”项下的重要内容则散布于其他位置,笔者以为这更多是出于《决定》整体框架布局便宜性的考量,并不必然意味着《决定》对前文“法制文化”内涵探讨基本立场的否定。

[83] 参见前注[53],刘斌文,第23页。