



中国书籍文库  
China Books Library

汇集优秀原创学术论著  
推动科研成果转化交流

# 行政法视野下 非物质文化遗产保护研究

Research on intangible cultural heritage protection from  
the perspective of administrative law

魏磊 著



中国书籍出版社  
China Book Press

# 行政法视野下 非物质文化遗产保护研究

Research on intangible cultural heritage protection from  
the perspective of administrative law

魏 磊 著

## 图书在版编目(CIP)数据

行政法视野下非物质文化遗产保护研究/魏磊著. —北京:  
中国书籍出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5068 - 3123 - 9

I. ①行… II. ①魏… III. ①文化遗产—保护—  
行政法—研究 IV. ①D912. 14

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 210272 号

责任编辑/ 李立云

责任印制/ 孙马飞 张智勇

封面设计/ 中联学林

出版发行/ 中国书籍出版社

地 址: 北京市丰台区三路居路 97 号(邮编:100073)

电 话: (010)52257143(总编室) (010)52257153(发行部)

电子邮箱: chinabp@vip.sina.com

经 销/ 全国新华书店

印 刷/ 三河市华东印刷有限公司

开 本/ 710 毫米×1000 毫米 1/16

印 张/ 16.5

字 数/ 297 千字

版 次/ 2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

书 号/ ISBN 978 - 7 - 5068 - 3123 - 9

定 价/ 48.00 元

版权所有 翻印必究

本书是新疆生产建设兵团社会科学基金项目《环塔里木  
文化遗产与族群融会的演进轨迹》（编号10BTYB20）的阶  
段性成果。

## 出版说明

本书是新疆生产建设兵团社会科学基金项目《环塔里木文化遗产与族群融会的演进轨迹》（编号 10BTYB20）的阶段性成果。

2003 年联合国教科文组织大会第 32 届会议通过了《保护非物质文化遗产公约》，该公约定义“非物质文化遗产”（英译：Intangible Cultural Heritage），为“被各群体、团体、有时为个人视为其文化遗产的各种实践、表演、表现形式、知识和技能及其有关的工具、实物、工艺品和文化场所”。《保护非物质文化遗产公约》是一项关于非物质文化遗产保护的重要的国际公约，也为各成员国制定相关国内法提供了国际法依据。

《中华人民共和国非物质文化遗产法》已于 2011 年 2 月 25 日由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过，自 2011 年 6 月 1 日起施行。这部法律的颁布也是我国履行国际公约义务的重大举措。

《中华人民共和国非物质文化遗产法》是一部行政法。其在非物质文化遗产保护乃至中华优秀文明保护和传承方面具有里程碑的意义。但其仍存在有待完善的地方，如该立法对于知识产权保护和文物保护并未直接介入而是作了适当衔接性规定，且为了立法语言的简洁，对于例如行政合同、行政指导、行政许可、行政强制、行政处罚等行政法律制度也规定较略。因此，有必要对于非物质文化遗产的行政法保护，作进一步的理论探究。

本书以行政法基础理论为研究基点，充分参考使用国外现代行政程序理论等先进行政法理论对于我国国内非物质文化遗产保护提供借鉴，对行政法视野下的我国非物质文化遗产保护理论进行深入研究和探索完善。也期待本书能为同行的进一步深入研究起到抛砖引玉的作用。

本书以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论和三个代表重要思想为指导，全面贯彻落实科学发展观，按照理论联系实际的原则，对行政法视野下我国非物质文化遗产保护进行新的理论研究和探索，既注意吸收本领域理论研究的新观点，又着重对理论研讨中的重要问题作出评析。努力使本书具有深刻的理论性和较强的实用性。

限于作者水平，缺点与错误在所难免，敬请全国读者多多批评指正。

作者

# 目 录

## CONTENTS

|                           |      |
|---------------------------|------|
| 上编 行政法基本理论 .....          | 1    |
| 第一章 行政与行政权 .....          | / 3  |
| 一、行政法基本范畴——行政 .....       | / 3  |
| 二、行政法核心内容——行政权 .....      | / 10 |
| 第二章 行政法的现象 .....          | / 23 |
| 一、行政法的概念 .....            | / 23 |
| 二、行政法的特点 .....            | / 24 |
| 三、行政法的分类 .....            | / 32 |
| 四、行政法的调整对象——行政关系 .....    | / 34 |
| 五、行政法的性质 .....            | / 41 |
| 六、行政法在法律体系中的地位和作用 .....   | / 45 |
| 七、行政法的历史发展 .....          | / 51 |
| 第三章 行政法解释与适用 .....        | / 61 |
| 一、行政法解释 .....             | / 61 |
| 二、行政法适用 .....             | / 65 |
| 第四章 行政法关系 .....           | / 69 |
| 一、行政法关系的含义 .....          | / 69 |
| 二、行政法关系之一——行政法律关系 .....   | / 70 |
| 三、行政法关系之二——监督行政法律关系 ..... | / 92 |

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 四、特别权力关系               | / 98  |
| 第五章 行政法的基本原则           | / 100 |
| 一、行政法基本理念的含义           | / 100 |
| 二、行政合法原则               | / 102 |
| 三、行政合理原则               | / 104 |
| 四、行政应急原则               | / 105 |
| 五、法律优越原则               | / 106 |
| 六、法律保留原则               | / 109 |
| 七、信赖保护原则               | / 113 |
| 八、比例原则                 | / 124 |
| 下编 非物质文化遗产的行政法保护 ..... | 137   |
| 第六章 非物质文化遗产的行政法保护概论    | / 139 |
| 一、非物质文化遗产定义及缘起         | / 139 |
| 二、非物质文化遗产的行政法保护        | / 141 |
| 三、非物质文化遗产的项目名录制度       | / 144 |
| 第七章 非遗保护行政关系中的行政相对人    | / 147 |
| 一、行政相对人的概念             | / 147 |
| 二、行政相对人的分类             | / 149 |
| 三、行政相对人的法律地位           | / 153 |
| 四、行政相对人的权利与义务          | / 156 |
| 第八章 非遗行政保护中的具体行政行为     | / 159 |
| 一、具体行政行为概述             | / 159 |
| 二、行政确认                 | / 160 |
| 三、行政检查                 | / 168 |
| 四、行政给付                 | / 177 |
| 五、行政奖励                 | / 180 |
| 六、行政裁决                 | / 183 |
| 七、行政命令                 | / 188 |



|                      |       |
|----------------------|-------|
| 第九章 非遗保护行政中的行政许可     | / 193 |
| 一、行政许可的概念及特征         | / 194 |
| 二、行政许可的性质            | / 194 |
| 三、行政许可的分类            | / 196 |
| 四、行政许可的原则            | / 200 |
| 五、行政许可的设定范围          | / 202 |
| 六、行政许可的设定            | / 204 |
| 七、行政许可机关及管辖          | / 206 |
| 八、行政许可的程序            | / 208 |
| 第十章 非遗保护行政中的行政合同     | / 215 |
| 一、行政合同的概念和特征         | / 215 |
| 二、行政合同与私法合同的概念界分     | / 218 |
| 三、行政合同的种类和表现形式       | / 219 |
| 四、国外行政合同制度           | / 225 |
| 五、行政合同的实施            | / 228 |
| 六、行政合同双方的权利和义务       | / 233 |
| 七、行政合同的法律救济          | / 236 |
| 附录:保护非物质文化遗产公约 ..... | 238   |

# 上 编 01

## | 行政法基本理论 |



## 第一章

# 行政与行政权

### 一、行政法基本范畴——行政

#### (一) 行政的含义

“行政”一词的英文是 administration，源于古希腊文 administrare，原意为“事务的执行”。两千多年前古希腊著名学者亚里士多德就曾使用过“行政”这一术语。“行政”在中国古代指执掌政务。《史记·周公》中说“召公、周二相行政”。《左传》也有“行政政事”、“行其政令”的说法。

“行政”一词在日常生活中涵义较多，一般是指“执行事务”、“政务的组织和管理”等。在此意义上，行政又可分别表示国家与公共事务的行政和社会组织、企业的行政两种。行政法领域的行政是指国家与公共事务的行政，相对社会组织、企业的“私人行政”而言，通称为“公共行政”。

根据我国对“公共行政”意义上的行政概念适用的实际情况，行政可指两个彼此相关的事物：一是指国家与公共事务的决策、组织、管理和调控；一是指承担国家公共事务的决策、组织、管理和调控这一类职能的行政机关。

近代意义上的行政是国家权力分立的产物，而现代国家权力又出现交叉和混同的状况，因此要确定行政的涵义十分困难，国内外学者至今从未

形成统一的见解，而是各有各的说法。几种主要观点如下。

### 1. 国家意志执行说

这个观点源于美国行政学家古德诺的政治行政二分说。古德诺认为，任何政府体制都具有国家意志的表达功能和国家意志的执行功能这两种基本功能，而政治就是国家意志的表达，行政则是国家意志的执行。制定政策是政治，执行政策是行政，政治与行政应分立。<sup>①</sup> 这种观点在议会主权国家盛行“管理最少的政府是最好的政府”的时代，有一定的理论和规范价值。因为，相对于“至上”的议会来说，行政是国家意志的执行，能反映现实关系并有利于控制行政。但在现代，不同等级行政机关都有决策活动，只是决策的层次、范围、效力的等级不同罢了。行政在其活动的范围内，可以说既是国家意志的表达，又是国家意志的执行。强调行政是国家意志的执行已与实际不相吻合，也不利于促进行政积极、有效地实现和保障公共利益。

### 2. 排除说

这种观点认为，“行政是指国家立法、司法以外的一类国家的职能”<sup>②</sup>。或者说是除立法作用、司法作用以外的所有国家作用。这是对行政的一种消极定义，这种观点建立在三权分立的基础上，以行使国家职能的机关作为划分国家职能的标准，人们通常称为“排除说”、“蒸馏说”。虽然该学说并未说明行政本身是什么，但对于行政的范围作了形式上的界定。这种定义有一定价值。由于现代行政的发展，出现了职权的交叉、混合，同样一个行政机关，可能同时具有行政职能、准立法职能和准司法职能。所以，用“严排除说”来表述行政的含义不够恰当、准确了。

### 3. 形式意义说

这种观点是根据行使国家职能的机关来区别国家职能并确定公共行政范围，即立法机关从事立法职能，审判机关与检察机关从事司法职能活动，行政机关从事行政职能。按照这种观点，行政机关的职务活动大部分是形式意义上的行政，如行政许可、行政处罚等。而实际上，行政立法、

---

① 参见〔美〕古德诺著：《政治与行政》，华夏出版社1987年版。

② 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学大学出版社1996年版。

行政司法的广泛运用，已突破了行政机关单一形式意义的行政形式。

这种以形式意义来界定什么是行政行为；忽视了其他国家机关也可以有执行实质的行政行为的可能性。例如负责立法的各级人民代表大会，在推动工作时也不可避免的必须有管理的权限。负责司法的各级法院也像行政机关一样，应该拥有管理所属人员、接受人民诉讼的许多管理权限，这是典型的司法行政行为。即使国家行政机关所执行的行为，也不是当然都属于行政行为。例如：行政机关所为的民事行为（买卖物品、租用房屋）都不能属于行政行为。甚至某些行政行为，行政机关不自己执行，却委托公民或其他组织（私法人）来执行时，这种“委托行政”也不妨碍可以属于行政行为。所以只以行政机关的行为作为认定行政的概念，并不妥当。<sup>①</sup>

#### 4. 实质意义说

“实质意义的行政概念，乃就功能而来取舍。凡是所有国家行为中，含有行政性质者，皆谓之行政行为。这是采取实事求是的态度，也是用归纳法的方式来认定。”<sup>②</sup>

这种观点是以职能活动的权力内容和特点来确定公共行政的范围。即制定普遍性行为规则的职能活动就是立法活动；运用法律规范解决法律纠纷和争议的职能性活动就是司法活动；运用组织管理手段处理国家以及社会事务的职能性活动就是行政活动，如行政立法、行政复议、行政裁决。除此之外，实质意义上的行政还包括行政机关以外的其他社会组织依授权或委托所从事的某些行政活动，并不以行政机关为限。这种观点也是建立在国家职能的分工、国家作用的分类的基础上，但它以国家职能的实质内容和目的作为区分标准。

这种观点对于理解行政及立法、司法活动的特征有较大意义，但由于其所描述的行政除主要指向行政机关的管理活动外，还包括立法机关、司法机关内部的行政管理，而又不能涵盖行政机关行使准立法职能、准司法职能的活动，故这种观点也存在着较大不足。

① 陈新民著：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版。

② 陈新民著：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版。

## 5. 国家组织说

马克思认为：“行政是国家的组织活动。”马克思的这个论断分为三层意思：行政首先是一种活动，然后是国家的活动，最后是国家的组织活动。它揭示了“行政”的两个特征：其一，行政的主体是国家，而不是私人团体和其他社会组织；其二，行政的方式是组织活动，而不是立法活动和司法活动。马克思在这里将“行政”从各种纷繁的社会现象、不同的国家职能中区分开来。<sup>①</sup>

## 6. 管理说

这种观点认为：行政即管理，就是行政管理活动。这个观点流行于我国，其优点是简明扼要，通俗易懂。但是，“行政”与“管理”在一定意义上是同等概念，用管理来确定行政并没有充分表述行政的涵义，需要作补充和解释，例如美国《社会科学辞典》解释说：行政为国家事务的管理。萨弗里兹编的《公共行政辞典》中解释：行政是政府事务的管理和指导。<sup>②</sup>

德国行政法学家毛雷尔教授将行政描述为四个特征<sup>③</sup>：

- (1) 行政为一种社会形式，以社会大众共同生活为对象；
- (2) 行政以公益为导向，同时必须兼顾私益；
- (3) 行政为一种主动的、以未来为导向的形式，并使抽象的法律及法律目的在具体个案中实现；
- (4) 行政是使个案或特定计划实践的具体措施。

我认为，确定行政的含义离不开对现代行政特点的认识。现代行政已从单一的行政管理模式发展到多维形式、从管理行政发展到服务行政，乃至福利行政。它是形式意义行政与实质意义行政、积极行政与消极行政、规制行政与给付行政、强制行政与非强制行政的有机结合。

因此，本书作者认为，行政的含义是行政机关及法律法规授权的组织、委托的组织及个人依法对国家与公共事务的决策、组织、管理、调

---

① 熊文钊著：《行政法学原理》，法律出版社2000年版。

② 萨弗里兹编：《公共行政辞典》，1985年英文版。

③ 陈新民著：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版。

控、服务、提供福利等活动的综合。这个定义包含以下几层意思：

1. 行政活动的主体主要是行政机关，同时还包括法律法规授权的组织、委托的组织及个人；

2. 行政活动的范围逐步扩大，现代行政已不限于管理国家事务，而是越来越广泛地管理公共事务；

3. 行政活动的目的是对国家事务和公共事务的组织、管理、服务或提供福利，即实现一种行政秩序；

4. 行政活动的方法和手段是多种多样的，包括决策、组织、管理、调控、服务等；

5. 行政的本质在于行政是执行法律的活动，相对于立法而言，处于从属地位。

正是这些方面，使行政与立法、司法、检察存在着原则性的区别。

## （二）行政的分类

为了更加深入地理解行政的本意，有必要通过初步分类了解行政的不同表现形式，把握其固有的规律，从而达到准确规范的目的。

### 1. 积极行政与消极行政

这是根据行政的目的和表现方式不同所作的分类。

（1）所谓积极行政，是指行政机关积极主动地实施行政行为，对相对方的权利义务不产生直接影响的活动。如行政规划、行政指导、行政咨询、行政建议等。

（2）所谓消极行政是指行政机关不得已而实施的行政行为，对相对方的权利义务产生直接影响的活动，如行政命令、行政处罚、行政强制措施等。

两者区分的意义在于，对积极行政重点应控制其作为性违法，防止越权行为发生；而对消极行政应重点防范其行政不作为。

### 2. 规制行政与给付行政

这是根据行政的性质不同所作的分类。

（1）所谓规制行政是指以限制规范公民和组织的权利、自由的方式达到行政目的的行政行为。如食品药品规制、交通规制、建筑业规制就属于



这一类。

(2) 所谓给付行政是指行政机关通过给予公民、组织利益和便利等方式实现行政目的的行政行为。如政府提供社会福利、社会保障、建设道路和桥梁、修建游乐园等。

两者区分的意义在于, 规制行政与给付行政是近十年来的西方国家行政职能的形象总结,<sup>①</sup> 有利于分析不同领域行政的特征。然而这种划分不是绝对的, 如对于税务行政而言, 从征收税金的方式角度来看, 它属于规制行政, 从税金的使用目的来看, 它又属于给付行政。

### 3. 强制行政与非强制行政

这是根据行政方式的不同所作的分类。

(1) 所谓强制行政是指通过强制性的支配力量达到行政目的的行政行为。传统行政大多数属于强制行政, 如行政处罚、行政强制措施等。

(2) 所谓非强制行政是指通过非强制方式, 诸如劝告、建议、指导、合同等方式实现行政目的的行政行为。

两者划分的意义在于, 承认行政的非强制性, 有利于对行政的全面认识, 是行政内容与形式多样化的必然, 也有利于行政执法者改变单一的行为方式, 更有利于改善政府与群众的关系。这种划分与规制行政和给付行政有某种相对应的关系。但是, 并非所有的规制行政都采用强制方式, 如交通规制中常采用指导、劝告等非强制方式。给付行政有时也采用强制方式, 如行政机关颁发许可证就是强制行政, 有人将这种分类称为权力行政与非权力行政,<sup>②</sup> 我认为不十分准确。

### 4. 内部行政与外部行政

这是根据行政的领域不同所作的分类。

(1) 所谓内部行政是指行政机关为履行其对国家、社会事务的行政职能, 而对自身进行组织、管理的活动。如行政机关对公务员的奖惩、任免等, 其特点在于行为主体与对象都属于国家行政系统。

(2) 所谓外部行政是指行政机关对不隶属于自身的人员、组织所实施

① 参见马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》, 中国法制出版社 2000 年版。

② 参见应松年主编:《行政法学新论》, 中国方正出版社 1998 年版。