

# 文物行政执法案例选编与评析

## (第二辑)

---

国家文物局 主编



文物出版社



# 文物行政执法案例选编与评析

(第二辑)

国家文物局 主编

文物出版社

封面设计：周小玮

责任印制：张道奇

责任编辑：张晓曦

### 图书在版编目（CIP）数据

文物行政执法案例选编与评析．第二辑／国家文物局主编．

—北京：文物出版社，2013.1

ISBN 978 - 7 - 5010 - 3581 - 6

I. ①文… II. ①国… III. ①文物保护—行政执法—案例—中国

IV. ①D922.165

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 237726 号

## 文物行政执法案例选编与评析

（第二辑）

国家文物局 主编

\*

文物出版社出版发行

（北京东直门内北小街2号楼）

[http: //www. wenwu. com](http://www.wenwu.com)

E-mail: web@wenwu.com

北京京都六环印刷厂

新华书店经销

787 × 1092 1/16 印张：19

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5010 - 3581 - 6 定价：120.00 元

---

---

## 序

为提升文物行政执法水平，保障文物事业健康发展，国家文物局自 2006 年以来连续举办全国文物行政处罚执法案卷评比活动，并通过对文物行政处罚案卷的研究，总结我国文物行政执法的经验，发现和分析文物行政执法中存在的问题及其成因，促进我国文物行政执法规范化水平的提高。

本书以参加国家文物局 2006 ~ 2008 年全国文物行政处罚案卷评比的 66 个案卷为分析依据，具体内容分为上、下两篇。上篇为文物行政执法的一般理论及对参评案卷的整体评析，共分五章。第一章《文物行政执法的一般理论》，从分析行政执法的核心要求及其意义入手，重点介绍了文物行政执法的基本要求，以及提升文物行政执法水平的具体途径；第二章《文物行政执法的程序》，在介绍行政程序及行政程序法治化的基本原则和基本制度的基础上，对文物行政执法程序的具体规则和主要内容进行了分析和研究；第三章《文物行政执法证据》，着重从司法审查的高度，对文物行政执法中证据的收集、提交等进行了讨论；第四章《文物行政处罚决定书的形式研究》和第五章《文物行政处罚决定书的内容研究》，分别从行政处罚决定书的名称、文号、格式、当事人、处罚机关的表述等形式，以及法律责任、法条援用等内容方面，对参评案卷进行了归纳、分析和总结，并就如何进一步完善文物行政处罚决定书的形式和内容提出了建议。下篇为案卷分析，共六章，具体从行政处罚的基本原则、证据、程序、实施、法律规范适用以及行政处罚决定书的规范化等六个方面，对参评案卷进行了有针对性的分析和点评。

本书在编写过程中，始终坚持理论与实际相结合的原则，并以案例研究为主线。本书的出版不仅可以为文物行政执法人员学习、培训提供有益参考，而且对于提升我国文物行政执法规范化水平、促进文物保护工作的发展，具有十分重要的理论和实践意义。

---

---

# 目 录

|         |       |
|---------|-------|
| 序 ..... | ( 1 ) |
|---------|-------|

## 上 篇

|                                 |               |
|---------------------------------|---------------|
| <b>第一章 文物行政执法的一般理论 .....</b>    | <b>( 3 )</b>  |
| 一 文物行政执法的一般理论 .....             | ( 3 )         |
| 二 文物行政执法的基本要求 .....             | ( 14 )        |
| 三 提升文物行政执法水平的途径 .....           | ( 27 )        |
| <b>第二章 文物行政执法的程序 .....</b>      | <b>( 33 )</b> |
| 一 行政执法程序 .....                  | ( 33 )        |
| 二 文物行政执法程序的基本要求 .....           | ( 43 )        |
| 三 文物行政执法程序的具体内容 .....           | ( 51 )        |
| <b>第三章 文物行政执法证据 .....</b>       | <b>( 59 )</b> |
| 一 行政执法证据概述 .....                | ( 59 )        |
| 二 行政执法证据的基本要求 .....             | ( 66 )        |
| 三 文物行政执法中证据的收集 .....            | ( 79 )        |
| <b>第四章 文物行政处罚决定书的形式研究 .....</b> | <b>( 86 )</b> |
| 一 名称 .....                      | ( 86 )        |
| 二 文号 .....                      | ( 89 )        |
| 三 格式 .....                      | ( 95 )        |
| 四 当事人 .....                     | ( 103 )       |
| 五 处罚机关的表述 .....                 | ( 110 )       |

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| <b>第五章 文物行政处罚决定书的内容研究</b> ..... | (116) |
| 一 法律责任 .....                    | (116) |
| 二 法条援引 .....                    | (131) |

## 下 篇

|                                                |       |
|------------------------------------------------|-------|
| <b>第六章 文物行政处罚的基本原则</b> .....                   | (143) |
| 一 文物行政执法部门能否凭借自己组织法上的授权酌定<br>处罚种类 .....        | (143) |
| 二 文物行政处罚的执法主体 .....                            | (147) |
| 三 行政机关是否为文物行政处罚适格的相对人 .....                    | (149) |
| 四 罚教结合原则与减轻、从轻处罚的适用 .....                      | (153) |
| 五 公正性原则与文物处罚的目的 .....                          | (156) |
| 六 文物行政执法部门应对涉及建设工程项目的文物违法案件高度<br>重视并审慎处理 ..... | (159) |
| <b>第七章 文物行政处罚的证据</b> .....                     | (163) |
| 一 文物行政执法中的鉴定结论 .....                           | (163) |
| 二 文物行政执法中的现场检查笔录 .....                         | (167) |
| 三 相对人的自认与文物执法机关的取证义务 .....                     | (171) |
| 四 文物行政处罚前的行政调查 .....                           | (173) |
| 五 文物执法证据调查应客观全面 .....                          | (179) |
| 六 文物行政执法中认定违法事实的主要证据应充分 .....                  | (182) |
| <b>第八章 文物行政处罚的程序</b> .....                     | (187) |
| 一 文物行政处罚中听证程序及适用 .....                         | (187) |
| 二 文物行政处罚程序中的告知 .....                           | (190) |
| 三 文物行政执法文书送达 .....                             | (195) |
| 四 文物行政处罚中的代理 .....                             | (198) |

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| <b>第九章 文物行政处罚的实施</b>      | (202) |
| 一 重建项目是否需要文物主管部门批准同意      | (202) |
| 二 发现文物隐匿不报案违法主体、性质和情节的认定  | (206) |
| 三 文物违法行为连续性如何认定           | (208) |
| 四 文物行政处罚中罚款数额如何确定         | (211) |
| 五 加处罚款的计算是否包括行政诉讼期间       | (214) |
| 六 文物行政处罚的强制执行             | (220) |
| 七 处罚及时性原则在文物行政执法中适用       | (227) |
| 八 应追究文物行政执法部门的责任          | (229) |
| 九 文物保护中的国家褒奖制度            | (234) |
| 十 文物行政执法中应保护开发建设企业的合法权益   | (236) |
| <b>第十章 文物行政处罚法律规范的适用</b>  | (239) |
| 一 文物行政处罚中的责令改正            | (239) |
| 二 应正确处理好责令改正、警告与罚款并处的关系   | (243) |
| 三 罚款与没收是否应并用              | (247) |
| 四 民事合同义务主体与行政违法主体关联性辨析    | (250) |
| 五 地方立法与《文物保护法》的衔接         | (252) |
| 六 《文物保护法》与地方法规的竞合及适用      | (256) |
| 七 《文物保护法》第六十六条第一款的适用      | (259) |
| 八 非法买卖文物的行政责任与刑事责任        | (262) |
| 九 城市文物保护中的法律机制问题          | (266) |
| <b>第十一章 文物行政处罚决定书的规范化</b> | (271) |
| 一 规范的行政处罚决定是依法行政水平的重要载体   | (271) |
| 二 规范制作行政处罚决定, 努力提高文物执法质量  | (276) |
| 三 文物行政处罚决定书如何正确援用法律规范     | (283) |
| 四 行政处罚决定书的制作应规范(一)        | (289) |
| 五 行政处罚决定书的制作应规范(二)        | (292) |

# 上 篇





---

---

# 第一章 文物行政执法的一般理论

## 一 文物行政执法的一般理论

### （一）行政执法与文物行政执法

对于行政执法的内涵，目前我国法学界与实务界认识存在不同认识。有的将之等同于行政行为，即行政执法乃行政行为的全部，有的将之作为行政行为的一部分以区别于行政行为概念。而对于行政执法作为行政行为一部分之大小，又有不同说法，有的仅指行政行为中的行政处罚，有的指行政监督检查加行政处罚，有的指行政监督检查加行政处罚加行政强制执行，还有的认为行政许可亦为行政执法的范畴。

行政执法是指行政机关基于法定职权和法定职责对社会进行管理、依法作出影响相对人权利义务的行为，即我们通常所讲的具体行政行为。除了具体行政行为以外，广义的行政执法还包括行政机关制定规范的行为即抽象行政行为。从我国行政执法的实践及其关注的重点来看，行政执法主要关注的是具体的执法活动。我们通常所讲的依法行政，主要地就是针对狭义的行政执法活动而言的。这是因为，狭义的行政执法具有非常重要的现实意义：行政执法是使静态的法律条文转化为人们现实的行为规范的根本途径，是使公民权利从“应然”变成“实然”的基本方式之一，也是社会秩序从静态设计

转化为动态建构的重要途径<sup>①</sup>。

依法行政是现代法治的主要内容，也是人类文明进步的一个重要成果。依法行政要求行政机关坚持法律至上的原则，在宪法和法律范围内行使行政权力和承担责任，以实现管理国家的职能，保护公民的合法权益。法律是行政机关活动的依据，也是人们评价政府行为的标准。

根据我国依法行政的实践和最新研究动态，依法行政的基本内涵主要包括以下几方面：（1）行政主体必须依法设立并具有相应资格，即依法享有行政职权，能够以自己的名义对外行使该项权力并对行为后果承担法律责任；（2）行政活动必须依据法律，权责统一。一方面，行政机关的职权及其范围，法律必须明确规定，即法无授权不得行；另一方面，行政机关的权力是一种职权，它不同于既可行使又可放弃的公民个人权利，它只能履行，不能不作为，即法有授权必须行；（3）行政行为必须符合法定程序，即行政行为必须在法律规定的时间和空间范围内按照法定程序实施。行政行为的方式要做到公开化和民主化，行政行为的步骤要有程序性，行政行为的时间要有明确的期限等等；（4）违法行政行为必须承担相应的法律责任。行政行为没有法定依据、或者超越法定职权范围、或者违反法定程序而侵犯相对人合法权益的违法行政行为，必须依法承担相应的法律责任。

文物行政执法是指各级文物行政执法机关依照国家文物管理法律规定，在法定职责权限范围内依法对文物保护、文物管理、文物使用以及对各种文物违法行为依法进行处理的活动总称。我国文物行政执法的主要依据是《中华人民共和国文物保护法》（以下简称《文物保护法》）<sup>②</sup>、《中华人民共和国

---

<sup>①</sup> 姜明安主编：《行政执法研究》，北京大学出版社2004年版，第15页。

<sup>②</sup> 1982年11月19日第五届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过。根据1991年6月29日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议、2002年10月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议、2007年12月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议修正。

文物保护法实施条例》<sup>①</sup>、《文物行政处罚程序暂行规定》<sup>②</sup>。此外，部分省、自治区、直辖市人民政府颁布了文物保护法实施办法，如《山西省实施〈中华人民共和国文物保护法〉办法》、《四川省实施〈中华人民共和国文物保护法〉办法》，还有些地方主管部门出台了文物执法相关的规范性文件，这对于推动文物行政执法的规范化，提升文物行政执法依法行政水平具有十分重要的意义。

## （二）行政执法的核心是规范行政权力

目前我国法学界和实务界对于行政执法内涵的认识还不完全统一，即有广义和狭义之别，但是无论持何种学术观点，规范和控制政府权力是行政执法的核心已经成为共识。

### 1. 政府权力的演变

政府的权力即行政权是一个含义不稳定的概念，现代行政权与资本主义初期的行政权有很大的不同。具体地说，行政权发展大体经历了限权、授权、控权和分权等阶段。

限权。在资本主义发展初期即自由资本主义时代，自由经济与个人主义备受推崇，它要求政府是管理最少的政府，是“守夜人”式的政府，因而对行政权采取严格限制的态度。因此，在西方资产阶级建国初期，行政权力的行使范围一般仅限于秩序、外交、军事、税收等狭小领域，例如，如今管理着巨量行政事务并拥有庞大职能机构和工作人员的美国政府，在建国初期只有四个部门——国务院、财政部、陆军部和司法部，而将绝大部分社会公共事务交由公民自己去管理和解决。这是属于限权阶段。美国总统亚当斯曾经

---

① 2003年5月13日国务院第八次常务会议通过，自2003年7月1日起施行。

② 2004年12月16日文化部部务会议审议通过，自发布之日起施行。

这样形象地表达这一阶段政府的权力，给我一张办公桌，桌子每隔抽屉里放着各部门的文件，全部的行政工作就是这些。

授权。19 世纪末期，资本主义国家开始进入垄断资本主义时期，随着福利国家的形成，特别是资本主义国家日益严重的经济与社会问题及危机的出现，促使政府开始在更大范围内、更深的程度上加强了对社会与经济的干预。一方面，伴随工业化而来的人口剧增与都市化趋势加速了公众生活需求的扩张，各种复杂的基础性设施、道路的修建、污水的处理、城市规划、教育投资、环境污染的防治等与公众生存利害相关的事务不可能由单个的市场主体来完成，这就需要政府出面来帮助解决。另一方面，自由市场的发展，使得有产阶级占据了社会、经济上的统治地位，促成了有产阶层和无产阶级的形成和对立。这种阶层的不平等直接导致了大量社会矛盾的激发。可以说是社会的共同需求和阶层的不平等这两个因素，导致了将国家（政府）直接推到了解决社会急需、协调利益冲突的第一线。这时，行政权力大幅度扩张，旧的限制行政权力范围的主题不再适应社会发展的需要。大多数资本主义国家进入授权阶段，许多原来不属政府管理范围的事务越来越多地纳入到政府权力范围之内，同时赋予政府的自由裁量权也日益扩大。根据我国学者的归纳，渗入社会领域的行政权可以分为五类。一是行政权直接控制和干预经济活动，以弥补市场自然垄断、过度竞争等缺陷（2010 年 5 月七部委的房产新政，抑制虚高的房价）。二是对自由市场所带来的不良影响进行抑制和监控。比如工业化产生的环境生态问题、贫富悬殊等问题，无法通过私人交易的方式解决，而需要一个以社会共识为基础、具有公众权威机构对此进行监督、控制和惩处。通过公共费用，政府担当此任。三是将原属于家庭领域的事务纳入了政府的统一计划之中，比如对婴儿的出生（母婴保健、人口与计划生育）、养育子女（义务教育、政府担当起教育提供的责任、禁止雇佣童工）、赡养父母等。四是对传统的公共服务领域进行了改革，扩大了公共服务的范围，增加了许多新的服务项目（除了传统的修桥铺路、安装照明设备等外，公用运动休闲场所的兴建、廉租房的兴建、疾病的防控等）。五是

行政机关越来越干预了许多原本属于社会团体和自治组织的领域，如设立相应的机构制定相应的法律来保护消费者、提供职业安全和职业标准等（如产品质量认证、企业等级论证、许可；市场准入问题）。正因为如此，托马斯·戴伊在其《谁掌管美国》一书中宣告：“如果说，政府的权力曾一度受到限制的话，那个时刻早已过去。”

控权。政府职能的扩张一方面满足了自由市场发展到一定阶段而产生的社会共同需求，即解决了那些单凭社会个体力量无力控制、需要集合起来共同面对的问题，另一方面也缓和了市民社会自身无法调和的矛盾，消除了一些阶层之间存在的极度不平等的现象，尽可能地达至社会公平。但权力增长的同时也使权力的滥用日益猖獗。因此，为了保证政府拥有足够权力进行行政管理的同时，又能控制庞大的行政权不至被滥用而侵犯到公民合法权益，各资本主义国家都加强了对司法审查和行政程序的研究与立法，期望通过司法权力及程序约束来控制行政权的合法行使。这是以程序为手段的控权阶段（授权与控权阶段在时间上相差不大，即在授权的同时就认识到控权的必要性，因而在许多国家的法律规范中，一方面授予行政机关越来越多的管理权力，另一方面又通过程序来限制其权力的行使）。1889年西班牙制定了世界上第一部行政程序法，1925年奥地利制定《一般行政程序法》，掀起了制定行政程序法的第一次高潮，这次高潮以规范行政权力、提高行政效率为主要目的；1946年美国制定《联邦行政程序法》，掀起第二次高潮，其主旨在于如何保障公民在行政权力运行中的权利成为立法的中心；20世纪90年代产生了行政程序立法的第三次高潮，主要在亚洲尤其是东亚，这次高潮的主题是保障行政公开、透明，保护公民在行政程序中的权利。我国1996年的《行政处罚法》、2003年的《行政许可法》、2011年的《行政强制法》等，都将程序作为立法的重要内容。

分权。20世纪中期以后，现代行政的民主化要求在行政管理过程中加强政府与社会的合作，充分利用各种社会主体资源，进行民主行政。在这种席卷全球的政府机构改革过程中，各国都逐步进行了减政放权，把行政权越来越



越多地以各种方式（如授权、委托等）下放给非政府的社会组织来行使，而将有限的政府资源用于从事最根本、最基础的宏观管理。这样，既提高了政府的工作实效，同时也充分发挥了社会各公共组织的真正作用。这表明行政权开始进入其发展的第四个阶段——分权阶段。我国《行政许可法》第十三条规定，凡是公民、法人或者其他组织能够自主决定的，市场竞争机制能够有效调节的，行业组织或者中介机构能够自律管理的，行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的，可以不设行政许可。该规定充分体现了市场优先、自治优先、自律优先、事后优先等观念，可以说是对近年来我国立法经验的一次科学总结和提升，第一次鲜明地体现了有限政府的观念，它不但对于以后的行政许可设定具有规范意义，而且对于我国整个立法工作和政府管理工作的科学化也具有重要的指导意义。如在2004年颁布的国务院《全面推进依法行政实施纲要》中得到了进一步明确的表述。《纲要》明确规定，“凡是公民、法人和其他组织能够自主解决的，市场竞争机制能够调节的，行业组织或者中介机构通过自律能够解决的事项，除法律另有规定的外，行政机关不要通过行政管理去解决”。这种观念变化对于两千多年来习惯了当“父母官”的政府机关而言，无疑是一场深刻的革命，它对政府与公众的长远影响会在实践中逐步得以体现。

## 2. 规范和控制行政权力的必要性

权力是一种中性的，或潜藏着若干可能性的影响力或支配力。它既可为善，亦可作恶。“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才终止。”从这个意义上讲，所有的权力都应加以控制。但是，相比较而言，控制政府的权力更为必要，也更有意义。这主要是由政府权力所具有的执行性、裁量性等特点所决定的。

执行性。大家知道政府的权力是一种执行性的权力，即把普遍性（法律）适用于行政关系上的特殊性事物。因此，政府权力能否合法行使，直接

关系我国法治建设的成败。相比较而言，立法权高高在上，与老百姓距离较远，并且不直接产生影响，另一方面其制定有一套严格规则，如2000年全国人大通过的《立法法》、2001年国务院发布的《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》，这些法律法规规定，国家立法应当通过座谈会、论证会、听证会等多种形式听取各方面的意见，重要的法律案要组织全民讨论；政府起草法规规章要深入调查研究，征求专家或全社会的意见等等；司法权虽然与公众的联系较直接，但是因其所具有的被动性，不会主动损害公民合法权益。

裁量性。行政事务的繁杂性和紧迫性，要求行政机关必须强调办事速度，强调行政效率，并给予行政机关在行使职权时以较大的自由裁量权，即法律法规规章只是对行政权的行使条件、方式作原则规定，或者有一定的幅度，行政主体在具体运用时可以在法定的原则或幅度内，按自己的意志作出处理决定，加上行政权具有鲜明的层级性，这就使得政府权力具有一种自我膨胀的特性：行政权力在运作过程中总是呈现出自上而下的放射状结构，每经过一层级，这种放射状态总会有所扩大。加之权力本身能够直接给其拥有者带来物质上或精神上的利益，因而权力主体常常又会自发产生扩大权力的本能冲动，使行政权具有一种无限延伸的动力。

因此，对行政权的控制成了法学家和政治学家共同关注的一个课题。通过对行政权的控制，使行政权在设定的空间里合法高效地运行，维护相对人的合法权益，促进社会公益的发达。否则，行政法治将成为一句空话。正因为如此，党的十六大报告进一步明确提出，要全面建设小康社会就必须“加强对执法活动的监督，推进依法行政”。

### （三）规范行政权力的意义

规范行政权力即依法行政是法治政府建设的基本内容，也是建设社会主义政治文明内在要求。2011年3月28日，中共中央政治局就推进依法行政

和弘扬社会主义法治精神进行了第二十七次集体学习，中共中央总书记胡锦涛在主持学习时强调，全面推进依法行政、弘扬社会主义法治精神，是坚持立党为公、执政为民的必然要求，是推动科学发展、促进社会和谐的必然要求。我们必须增强全面推进依法行政、弘扬社会主义法治精神的自觉性和主动性，加快建设社会主义法治国家<sup>①</sup>。可见，依法行政与依法治国的关系非常密切。依法治国由依法立法、依法行政、依法司法和依法监督等内容组成。在这些内容中，依法行政是依法治国的核心和重点。这是因为一个国家的整个管理活动，不是靠立法机关、司法机关和军事机关，而主要是靠各级人民政府进行的。只有各级行政机关都能依法行使职权，依法进行管理，依法治国才会有基本保证。依法行政在依法治国中的这种特殊地位和作用集中体现在这样几个方面：

第一，依法行政是社会主义法治原则的题中之意。法治是和人治相对立的。自亚里士多德提出法治的定义以来<sup>②</sup>，其内涵不断扩充和深化，但其两个基本要素是不可缺少的：普遍地服从法律和良好的法律。1959年在印度德里召开的“国际法学家会议”通过的《德里宣言》，提出了法治的三大要件（或称三大原则）：立法机关制定良法（维护人权）、行政法治（防止行政权滥用且使政府有效地维护法律秩序）、司法独立和律师自由<sup>③</sup>。就各国的法治实践来看，虽然提法有别但其基本内容或要素则是共同的。其中，制定良法是法治的基础，司法独立和律师自由是法治的保障，依法行政才是法治的关键。就我国现阶段法治建设的具体情况而言，以宪法为核心的社会主义法律体系的框架已基本形成，强化严格执法，努力做到有法必依，执法必严，违法必究，应当成为比立法更为迫切和艰巨的任务。要树立法律的权威，使法

---

① 参见《人民日报》2011年3月29日。

② 亚里士多德认为，“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。引自亚里多德：《政治学》（中译本），商务印书馆1983年版，第199页。

③ 参见王人博等：《法治论》，山东人民出版社1989年版，第131页。