

## 行政诉讼对刑事执行进行监督的法理

曾文远\*

---

**内容提要：**我国多元化的刑事执行体制蕴含着对行刑权的非独立性考量。刑事执行权被天然地视为刑事司法权，由此建立的刑事执行监督是一种诉讼监督，体现为一种刑事诉讼内部权力制约机制，即检察机关的一元化监督。这一制度设计不合法理，亦与现代法治发展相悖，其在现实运行中问题丛生。统一刑罚执行体制建设不仅要求刑事执行机关的统一，更呼吁刑事执行权的独立性。在法理上，包括行刑权在内的刑罚权不能作刑事司法权的理解，否则不符现代国家权力分权制衡原则。行刑权的行政权本质决定着刑事执行的行政行为的性质，行政诉讼由此介入刑事执行监督具有正当性。刑事执行监督体制改革的一个方向，就是恢复被执行人在刑事执行中应有的行政法律关系主体地位，对此，破除特别权力关系的消极思想势在必行。行政诉讼是对刑罚权中刑事执行权行使合法性的审查机制，刑事诉讼是对刑罚权中刑事公诉权行使合法性的审查机制，从某种意义上讲，行政诉讼和刑事诉讼都是刑罚权行使合法性的证成机制。

**关键词：**刑事执行 刑事司法权 刑罚权 行刑权 行政诉讼

---

### 一、问题的提出

对行为人科以刑罚之刑事制裁是刑罚权行使的直接目的所在，刑事审判作出了对刑事追诉行为合法有效的判断，也就意味着被告罪行成立，刑罚权切实施于其身；换言之，刑事追诉行为的合法性和正当性得以确立之时，严格的刑事诉讼也就伴随着刑事审判的结束而结束。法院裁判须得以执行，这对于法治是不言而喻的，刑事裁判亦不例外，经有罪裁判宣告后对其内容之执行就是刑事执行，它亦是刑罚权行使行为。刑事执行是法院所认证之国家刑罚权的真正落实，其以实现刑罚等刑事制裁为目的，刑罚则以犯罪人的自由、财产甚至生命的剥夺为内容；刑事执行因刑罚内容具有法院裁判之确定性，故其理应在法院确定的范围内不打折扣地完成，如在执行内容上

\* 曾文远，中国人民公安大学侦查学院讲师。

有所变更则须经法院之再次认证。未依法院确定之内容而进行的刑事执行，或表现为执行懈怠，如应当执行之内容而不予执行、迟延履行、减轻执行等，或表现为执行逾越，典型者如加重执行。刑事执行是作为刑罚权的行刑权的体现，而行刑权是追诉权之后的刑罚权，刑事审判在于对刑事追诉权行使的合法性予以审查，对行刑权行使的合法性审查非刑事审判之要旨，这时对刑事执行中懈怠行为和逾越行为理应通过其他方式进行监督。

但是，从我国的刑事执行现状来看，受行刑权是刑事司法权的通说所囿，我国确立起的刑事执行监督体制主要是通过检察机关的法律监督予以实现。根据权威学者的观点，检察机关的“法律监督权在本质上是具有司法监督性质的国家权力”，检察机关必然是“以诉讼为基点和依托”，“控制和约束刑事司法权并保障其正当运行的制度性措施”〔1〕。换言之，行刑权是刑事司法权的具体表现，刑事执行就是刑事司法活动。〔2〕以此理论出发，我国构建起的现有刑事执行监督体制必然是一种内部监督体制，刑事执行监督的效能高低主要取决于检察机关的能力大小和积极与否。受检察机关监督的刑事执行是司法的，但检察监督行为本身则是非司法的，从体制运行的现实来看，刑事执行的检察监督基本上处于封闭状态，除非检察机关主动公开抑或偶尔由当事人爆料，社会公众是绝难窥视其中一二的。即使我们姑且认为检察机关永远公正无私，但其具有的制度资源也是难以胜任对刑事执行的全面监督之责的。之所以如此，恐怕和学界的研究忽视有关。相较于刑罚权体系其他权力样态来说，行刑权问题一直是学界研究的薄弱点。传统诉讼法学主要是研究刑事审判如何将国家刑罚权行使行为合法化和正当化这一过程，至于宣判后如何刑事执行则成为了相应执行机关的“自留地”，其具体运作形似密不透风的“黑箱”，对其规范和监督往往流于形式，更罔论基本法治要素的具备，现实中屡屡报道的虐囚事件便是对此鲜明的写照，这不仅是对法院裁判的莫大挑战，也是对基本人权的悍然侵犯。因此，本文拟从我国刑事执行的现状入手，特别是在指出现有监督体制存在问题的基础上，反思这一监督体制得以确立的“行刑权具有刑事司法权属性”的正当性，进而探索一条更符合刑事执行运行规律的监督之路，从而在根本上保障被执行人在已遭受必要之刑事制裁痛苦时仍保有起码尊严和其他未依法院裁判被宣告剥夺的权利。

## 二、我国刑事执行及其监督现状

刑事执行，也称行刑，是国家特定的行刑权机关将为法院司法判断权所肯定之刑罚内容予以实现之公权力行为；换言之，刑事执行就是刑罚执行。〔3〕我国刑罚的种类较多，依不同标准，

〔1〕 樊崇义：《检察机关深化法律监督发展的四个面向》，载《中国法律评论》2017年第5期，第38页。

〔2〕 参见邱兴隆、许章润：《刑罚学》，中国政法大学出版社1999年版，第311页。

〔3〕 刑罚执行说，亦称广义说，这是我国学界主流的观点。与此相对的，我国还有狭义说和最广义说的不同观点。狭义说认为刑事执行仅指国家狱政机关对自由刑（包括死缓）的执行。参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第471页。最广义说认为刑事执行不仅包括刑罚的执行，也包括非刑罚处罚的执行和保安措施。参见邵名正：《我国刑事执行法的立法构想》，载《中国监狱学刊》1999年第6期。因为犯罪是社会危害性和应受刑罚惩罚性的统一，如果丧失了刑罚惩罚性，刑罚权对犯罪之追究也就没有意义。刑罚权的目的是通过刑罚追究对社会秩序具有一定破坏性和危害性的犯罪人及其活动的刑事责任；行刑权是刑罚权之前权力形态的自然延伸，在刑罚内容上具有一致性，这就决定了不存在脱离刑罚内容的刑事执行。因此，狭义说将刑事执行限定在自由刑，且只是狱政机关所执行的自由刑，显然大大缩小了刑罚的内容，也存在着刑罚权体系在运行中的断裂现象。最广义说生硬地将强制隔离戒毒、对精神病人的强制医疗等纳入刑事执行范畴，使得行刑权概念产生不周延性，迫使整个刑罚权权力体系出现断裂，因为这些非刑罚内容的执行往往并不依赖于国家刑罚权的作用而发生，有的甚至无需法院审查。

有不同划分,如可分为主刑和附加刑、自由刑和财产刑、监禁刑和非监禁刑等。不同种类的刑罚,其内容也有所不同,这决定了其执行方式的不同。不同种类的刑罚是否需要不同国家机关予以执行,构成了不同的刑罚执行体制。将不同种类的刑罚交由不同国家机关予以执行,实际上就是刑罚执行权的多元化配置,由此产生的是多元化刑事执行体制;将不同种类的刑罚交由同一国家机关予以执行,由此产生的是一元化刑事执行体制。<sup>〔4〕</sup>我国现有的刑事执行属于前者,是多元刑罚执行体制,但是我国刑事执行监督体制始终是一元的,即由检察机关行使刑事执行监督权。

### (一) 多元化的刑事执行体制

中国的刑事执行体制源自新民主主义革命实践的司法实践探索,后伴随着新中国的发展而不断完善,历经了由单一的人民法院执行到人民法院和公安机关共同执行,再到人民法院、公安机关和司法行政机关共同执行的体制转变。<sup>〔5〕</sup>从我国《刑法》《刑事诉讼法》《社区矫正法》和《监狱法》等有关法律规定来看,我国的刑事执行体制呈现出主体多元化、权力分散化、职能碎片化等典型特点,也就是说,人民法院、刑事侦查机关和司法行政机关(具体为监狱、社区行刑机关)均享有一定的刑事执行权,对特定的刑罚种类予以执行。<sup>〔6〕</sup>根据《刑事诉讼法》第262条、第271条和第272条的规定,法院享有对死刑、罚金和没收财产三种刑罚的刑事执行权,其中对死刑和罚金的执行为法院专属,对没收财产的执行为法院与公安机关共享。根据《刑事诉讼法》第264条第2款、第270条,《刑法》第35条、第43条以及《监狱法》第15条第2款等规定,公安机关享有对拘役、剥夺政治权利、驱逐出境、有期徒刑、没收财产的刑事执行权。其中,对拘役、剥夺政治权利和驱逐出境的执行为公安机关专属;有期徒刑由公安机关补充监狱执行,仅限于行刑发生时犯罪人仅剩不到3个月刑期;对没收财产的执行为公安机关与法院共享,公安机关主要发挥其协助作用。根据《刑事诉讼法》第264条的规定,监狱享有对死刑缓期二年执行、无期徒刑和有期徒刑的执行权,除公安机关看守所代行行刑时不足3个月刑期的有期徒刑外,对这些刑罚的执行均为监狱专属。根据《刑事诉讼法》第269条和《社区矫正法》第2条的规定,社区行刑机关享有对管制、宣告缓刑、假释以及暂予监外执行的刑事执行权。

相比较刑事侦查权和刑事公诉权而言,刑事执行权由各种主体行使。其中有些主体甚至并非专门的刑事执行机关,这与刑事执行要求的专业性不符合,导致的结果就是其将刑事执行工作视为自己的附属工作,“有力抓则抓,无力抓则放”的情形经常发生,这些主体很显然并没有将刑事执行视为本职工作来履行相应职责。刑事执行机关的分散化往往导致不同主体的“各自为战”,缺乏协同意识,“不利于各种执行方式之间的协调配合、统筹兼顾,无法实现执行权行使效益的最

---

〔4〕 一元化刑事执行体制又称分散式刑事执行体制,俄罗斯为此典型立法例国家,多元化刑事执行体制又称统一式刑事执行体制,世界绝大多数国家均采此立法例。可详见王平:《刑罚执行现代化:观念、制度与技术》,北京大学出版社2017年版,第323-335页。

〔5〕 参见周勇主编:《统一刑罚执行体制研究》,法律出版社2018年版,第51-58页。

〔6〕 也有人认为:“根据《刑事诉讼法》第4条的规定,国家安全机关在办理危害国家安全的刑事案件时,行使与公安机关相同的职权,成为法定刑罚执行机关之一,负责因实施危害国家安全行为而被判处有期徒刑(剩余刑期在3个月以下)、拘役、剥夺政治权利、驱逐出境的罪犯的刑罚执行工作。”前引〔5〕,周勇主编书,第61页。

大化，也不利于执行方式的创新和发展，更难以达到国家对刑事执行所赋予的目的和要求”〔7〕。

更为重要的是，这种多元化体制必然会损害刑事执行的公正性。裁执相分离是现代法治主义的一项基本原则，法院享有刑事执行权将极大地侵蚀这一原则。法院的意义在于居中裁判和决断，具有消极性，行刑权作为一种国家公权力，具有主动性，行刑权不是也不能是一种司法权。行刑权是刑罚权的重要内容，司法权与之发生关系，更多的是一种监督与被监督关系，即法院通过司法权判断刑罚权行使行为的合法性，法院本身不能参与到刑罚权的行使中来。法院享有刑事执行权，意味着法院既是刑罚权行使主体，又是刑罚权行使是否合法的判断主体，这显然有悖法治要求。司法权威源于自身公正与高效，审判权与执行权集于一身极大地蕴含着不公正的因素。另外，我国现有司法资源严重不足，法院审判事务繁重异常，再使之承担大量刑事执行任务，无疑雪上加霜，影响法院本职工作的开展，繁重的执行任务使得法院不可能将全部精力专注于审判，也就不可能高效，这样司法权威必将受到严重削弱。特别是通过财产刑的科处，大量的金钱和财物都由法官经手，且我国亦没有关于罚金和财物上缴国库程序的明确规定，许多地方政府财政紧张，给予法院的财政划拨捉襟见肘，法院就将执行财产刑获得的金钱和财物用作自己的财政经费，甚至有些地方明确将此作为业绩考核的标准，法院不可避免发生“以罚代刑”现象。〔8〕公安机关享有刑事执行权与法院一样面临着效率和公正的拷问。公安机关在履行大量治安行政任务和刑事立案侦查任务的同时，再承担拘役、剩余刑为3个月以下有期徒刑和协助法院没收财产的刑事执行任务，这会令公安机关负担过重。另外，刑事侦查权和刑事执行权重合，违背权力分工和制约要求，看守所是羁押犯罪嫌疑人的场所，公安机关在实践中不乏将施予短期自由刑的犯罪人监禁于此的情形，这实际上将犯罪嫌疑人与犯罪人地位相提并论，这不符合对犯罪嫌疑人无罪推定之保护。〔9〕

## （二）一元化的刑事执行监督体制

相比较刑事执行体制的多元化而言，我国刑事执行监督体制总体上却是一元的。也就是说，除各刑事执行机关基于层级管理的内部监督以外，检察机关承担着对我国刑事执行机关所有行刑行为的外部监督职责，这也是为我国《刑事诉讼法》第276条所明确规定的。〔10〕当然，检察机关获得这一完全监督权并不是一蹴而就的，而是经历了劳改监督、监所监督再到刑事执行监督这一过程。

我国检察机关是法律监督机关，从《刑事诉讼法》第276条、《监狱法》第6条和《社区矫正法》第8条等法律条款的规定来看，检察机关对刑事执行的法律监督是一种合法性审查活动。现代刑罚不仅具有报应目的，更具有教育和恢复的目的，这就使得为达到“社会修复”之目的的

〔7〕 谭世贵、郭林林：《我国刑事执行权配置：现状、问题与优化》，载《浙江工商大学学报》2014年第1期，第68页。

〔8〕 “法院往往以被告人能否缴纳以及缴纳多少罚金作为量刑的情节，导致出现‘有能力缴纳罚金就少判、不能缴纳罚金就多判’的情况。”陈卫东主编：《刑事诉讼法实施问题对策研究》，中国方正出版社2002年版，第352页。

〔9〕 因为在我国大部分地区，公安机关基于资源整合考虑，并不单独设置执行拘役和3个月以下有期徒刑的场所，而是将拘役所与看守所二者合一，甚至与拘留所二者合一。详见杨永明：《对我国刑事执行权配置模式的探讨》，载《福建政法管理干部学院学报》2005年第1期。

〔10〕 该条规定：“人民检察院对执行机关执行刑罚的活动是否合法实行监督。……”《监狱法》第6条、《社区矫正法》第8条第2款和《看守所条例》第41条等规定在不同的刑事执行领域再次明确检察机关的监督权。

刑事执行,不再只具有附随于刑事审判的程序意义,更具有明显社会形成性的实体效应,必然是漫长且复杂的独立执法行为。因而,从时间跨度来看,检察机关对刑事执行的监督是一种全过程监督,即无论是法院刑事执行,还是监狱刑事执行,抑或社区行刑,它们从执行交付开始,到执行中的管理,再到执行完毕,均由检察机关监督和审查。检察机关对刑事执行的监督方式主要有纠正意见和检察建议两种,但二者适用刑事执行的种类有所差异,如对看守所对剩余刑期在3个月以下的有期徒刑的违法执行,检察机关似只能采用提出纠正意见的监督方式,<sup>[11]</sup>但对社区行刑机关对管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行等的违法执行,检察机关可以通过提出纠正意见和检察建议两种方式予以监督。<sup>[12]</sup>检察机关提出纠正意见和检察建议,是对刑事执行违法性经审查后所作的判断,但这种违法性判断不具有对行刑机关的拘束力,行刑机关对其只有回复义务,并没有当然接受采纳的义务。

我国现行的刑事执行及其监督体制决定了检察机关对不同机关刑事执行的监督必然呈现出一种“小牛拉大车”的样态。一方面,检察机关根据法律规定享有的法律监督权太广泛,包括侦查权、批捕权、公诉权、公益诉讼权、抗诉权、刑事执行监督权,等等,从这些职权来看,刑事执行监督权显然并非检察机关职权之重心,刑事执行监督亦非检察机关之能事。另一方面,从现实来看,尽管最高人民法院数次出台文件,要求“优化刑事执行检察队伍结构,重点配强刑事执行检察官”,但基于我国检察资源并非充裕的现实,各地检察机关刑事执行检察部门都或多或少地存在边缘化倾向,人员配置较少,如有些基层检察院压根儿就未设置刑事执行监督部门,这种人多事少的紧张关系使得检察机关对刑事执行监督不免是“心有余而力不足”,刑事执行监督难以落在实处。

检察机关是法律正义的守护者,其行使法律监督权更多地是以启动审查程序的方式开展,如其自行对违法行为予以审查判断,将侵蚀其他国家机关的权能。以我国监禁刑的监督为例,我国检察机关主要是通过派驻检察、巡回检察、专项检察和巡视检察四种形式进行监督,其中派驻检察是最主要形式。“截至2018年4月底,全国检察机关共设置667个派驻监狱检察室承担监狱检察任务,对全国监狱派驻检察的比例达到了97%以上。”<sup>[13]</sup>但这种派驻检察监督效果甚不理想,派驻检察官“重配合轻监督,重统计轻分析,重纠正轻查处的现象”<sup>[14]</sup>普遍存在,其实际上与刑事执行机关基本变成了同事关系,即检察内部化问题严重,这就不可能存在实质性的监督与被监督关系。行刑机关的刑事执法违法行为,其实质是一种公法争议和纠纷,检察机关作为国家和公共利益的代表,本身不具有对纷争的裁判权,其主要是通过提起诉讼来维护公共利益的。检察内部化的现实和检察机关的性质决定着检察机关审查刑事执行行为的合法性,不合法理。

[11] 《看守所条例》第42条规定:“看守所对人民检察院提出的违法情况的纠正意见,应当认真研究,及时处理,并将处理结果告知人民检察院。”

[12] 《社区矫正法》第62条规定:“人民检察院发现社区矫正工作违反法律规定的,应当依法提出纠正意见、检察建议。……”

[13] 徐盈雁:《改“派驻”为“巡回”,监狱检察方式迎来重大改革》,载《检察日报》2018年6月1日,第1版。

[14] 卢言海、张贵才:《试论刑事诉讼法修改后刑罚执行监督面临的挑战与解决路径》,载《中国检察官》2012年第10期,第42页。

### 三、对行刑权作为刑事司法权的批判

我国刑事执行体制视行刑为刑事侦查、刑事审判程序的自然延续，未突出行刑的独立实体意义，因此，刑事执行权也就不是独立的权力，其天然地附属于侦查权和审判权，即刑事执行权是刑事司法权，这一观念是我国多元刑事执行体制产生的根本思想因素。从暴露出的问题来看，行刑权这一性质界定越来越不符合刑罚现代化的发展，我国刑事执行体制也越来越与现代法治精神相悖。从世界刑事执行体制的历史演变和发展态势来看，我国刑事执行主体过多以及法院和公安机关享有刑事执行权等问题必然会伴随着执行机构的单一化而予以解决，但机构调整只有工具意义，但更重要的是刑事执行权力的独立。行刑权的性质决定着刑事执行监督体制的构建，检察机关对刑事执行的法律监督是一种诉讼监督，也就是对刑事司法权的监督，本质上是行刑权侵害被执行人的情形视为司法争议，当然排除司法救济。由此可见，我们若要从根本上改变我国刑事执行监督乏力的状况，必须对其构建之基础即“行刑权是刑事司法权”这一观点予以反思和批判。另外，刑事执行是对法院裁断后认为合法的刑罚权内容的执行，其实实在在地与犯罪人发生关系，而作为刑罚权内容的刑事侦查权、刑事起诉权不过是“纸上谈兵式地使刑罚与犯罪人联系”<sup>〔15〕</sup>。近代刑罚理念经历了从报复论到预防论再到改造论和防卫论的发展，刑罚目的的多元化已是业内共识，相比较其他刑罚权的行使来说，经由刑事执行将行刑权内容落实到位，更能直观地体现着刑罚权的本质，故对行刑权的重新合理界说必须从刑罚权的本质说起。

#### （一）刑罚权不是司法权

行刑权是刑罚权的表现形式，欲探明行刑权，必先明确刑罚权。关于刑罚权，学界通行观点并不直面其本质，而是从内容入手，将其视为“国家运用刑罚惩治犯罪的权力”，认为其包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权四个方面。<sup>〔16〕</sup>这种把国家权力中所有涉及刑罚和犯罪的要素笼统纳入刑罚权这一概念之中的做法，显然无益于刑罚权内涵的准确把握。因为这种概念方式使得刑罚权贯穿于所有国家权力的运行之中，依此逻辑，所有涉及行政事务的国家权力都可以命名为“行政权”，那行政权不可避免地被分割为行政创制权、行政决定权、行政审判权和行政执行权等，由此将得出“行政权是一切国家权力”的结论。很显然，这是不符合近代法治发展以来的国家权力分工要求的。而且，更加诡异的是，主流的刑罚权观点又理所当然地将刑罚权视为一种司法权，<sup>〔17〕</sup>或者说是一种刑事司法权；即使我们抛却具有明显立法权特征的制刑权<sup>〔18〕</sup>不言，将求刑权、量刑权和行刑权一概纳入到司法权的范畴予以考虑也是有失妥当的。

司法权不是一个不证自明的概念，特别是在我国，作为法律概念的“司法”在不同的法律中

〔15〕 邱兴隆、许章润：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第312页。

〔16〕 参见邱兴隆、许章润：《犯罪学》，群众出版社1988年版，第61页；陈兴良：《论刑罚权及其限制》，载《中外法学》1994年第1期。

〔17〕 “作为公权力的刑罚权，属于司法权的范畴。”时延安：《刑罚权的边界：犯罪的定义与被定义的犯罪——对新一轮犯罪定义争鸣的基本态度》，载《法学论坛》2009年第2期，第11页。

〔18〕 立法权较之行政权和司法权而言，是最易辨明者。根据国家权力法定原则，只有法律予以授权，方产生刑罚权。故刑罚权一定不是立法权，所谓的制刑权是先于刑罚权而存在的，不是刑罚权本身的内容。

有着不同的理解。历经司法权“四权力说”<sup>[19]</sup>和“三权力说”<sup>[20]</sup>的论争，我国学者对司法权的研究逐渐从组织机构维度转向职能作用维度，即对司法权予以一种本质化界定，将司法机构与司法权主体予以区分。马克斯·韦伯曾言：司法权获得独立形态的标准有四个，即一套法律组织体系、法院组织机构独立性、审判程序和专门从事裁判案件的人员。<sup>[21]</sup>后来学界基本上是从韦伯四个标准的不同侧面予以不同论述，由此产生关于司法权本质的裁判权说、独立权力说、案件权力说、判断权说，等等。笔者认为裁判权说最能精确概括司法权的本质，故采此说。质言之，具有独立权力形态的司法权只有在将一般法律规则适用于具体案件时才有意义，这种法规则之适用过程，实质上是法官对案件法律问题和事实问题的判断，因此司法权是一种判断权，其体现为法院的审判权，包括审理权和裁判权两部分内容，审理权是判断权实现的基础和前提，裁判权则是判断权的体现和结果。唯有中立，才能有着公正的可能，才能具有判断终局性的地位，中立意味着法官与判断结果无任何利害关系。司法权的判断终局性特别来源于其与其他国家权力保持距离，不参与行使其他国家权力。犯罪是严厉破坏既有法秩序的行为，而且现代行政犯罪的增多使得越来越多的犯罪不存在着直接受害者，这时为了保障有效社会秩序，必须赋予特定机关以刑事侦查和公诉权（即求刑权），以主动、积极姿态发现这些犯罪人及其活动，并对其予以相应的法律制裁，因此，求刑权是一种主动性很强的权力，享有刑罚权的机关需要“密切注意公民的安全”，“以（国家的）名义对各种犯罪提起公诉”<sup>[22]</sup>，并在法院对犯罪人定罪量刑之后予以执行。很显然，求刑权行使的逻辑和司法权完全不同：求刑权带有非常强烈之追究犯罪的目的，其行为往往是主动实施；司法权则是在中立者角度奉行“不告不理”原则，对求刑权行使行为之合法性（即被告是否有罪和罪责大小）予以判断。这种司法权与求刑权的区别是建立在对专制主义下纠问式刑事诉讼的深刻反思之上。纠问式诉讼注重对犯罪的打击，法官不但行使求刑权，且其自我判断求刑权的适当性，被告人成为完全的诉讼客体，这就使得统治者能随意动用求刑权将异己者之自由甚至生命予以剥夺。对专断的否定、对权利和自由的讴歌是近代法律思想发展的基本精神，刑罚权直接关系到公民自由、财产甚至生命，对其必须予以限制。刑事诉讼的现代化就是首先抛弃纠问式模式，将求刑权与司法权彻底分离，体现为控审职能分别由不同机关行使，并且使得刑事司法权的最核心意义在于判断公诉机关刑罚权行使行为的合法性。

学界将刑罚权归为司法权的另一观点是：法官通过定罪量刑实施刑罚权，这也被称为刑罚权中的量刑权。如果从字面上来看，定罪量刑确实是行使有关犯罪和刑罚的权力，但其果真是刑罚权吗？笔者对此持否定态度。首先我们从定罪问题说起，受起诉形式原则制约，法院只能就被告之被指控行为予以审理，且法院也只能在公诉机关所指控的罪名内予以裁判，<sup>[23]</sup>其不能将“对

[19] 参见胡夏冰：《司法权：性质与构成的分析》，人民法院出版社2003年版，第235-266页。

[20] 参见章武生、左卫民：《中国司法制度导论》，法律出版社1994年版，第2-4页。

[21] 参见信春鹰、李林主编：《依法治国与司法改革》，中国法制出版社1999年版，第130-137页。

[22] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1978年版，第82页。

[23] 现实中亦会发生起诉指控罪名与法院审判认定之罪名不符合的情形，我国司法解释曾作出支持法院改变指控罪名作出裁判的规定，但笔者认为，这种变更应该采取司法建议方式，告知检察院以变更之罪名重新起诉，而不宜采取法院直接变更方式，否则有法院“自己做自己案件法官”之嫌。相反的观点，可详见蒋石平：《论法官拥有变更指控罪名权》，载《现代法学》2000年第3期。

该所审理之案件范围……扩及他人或扩及同一行为人之其他法律上独立之犯罪行为”〔24〕，也不能径行变更指控罪名。法院对罪之“定”仍然是对公诉机关指控犯罪行为合法有效与否的判断，宣判有罪是对公诉机关刑罚权行为的肯定，宣判无罪则是对其的否定，司法权本身并不是对犯罪嫌疑人施以刑罚。其次我们再看量刑问题，一定的罪名对应一定的刑罚，这是罪行相适应原则的要求。从理论上而言，对特定人定罪后，相应的刑罚也应当予以确定，法官在定罪后应作出相应的刑罚宣告。尽管法官在刑之“量”上具有一定的裁量权，裁量意味着法官的独立判断或者在判断时的自主性，但这种裁量更多的是在实质合理性方面来阐释判断，而且现在许多国家都已经通过量刑听证会方式对犯罪人宣告刑罚，只要最终听证笔录中双方达成的量刑事项无“计算、技术上的错误或其他明显错误”，法官即可予以宣告犯罪人刑罚。因此，所谓的“量刑权”仍可将之归为司法判断权范畴，即法官判断公诉机关行使刑罚权合法有效与否的权力；将“量刑权”与刑罚权保持距离并予以之反向制约刑罚权，是符合刑事诉讼现代化的。

## （二）行刑权不是（刑事）司法权

刑罚权以国家刑罚制裁权为核心，但其并不一定总以刑罚方式得以实现。法院经严格审查，肯定国家追诉权行使行为的合法有效性，对刑事被告作出符合指控之罪名判断的基础上，既可作出刑罚之量刑判断，又可作出非刑罚其他刑事制裁方式之量刑判断。但无论如何，作出刑事裁判之后，刑事司法权的运作也就结束，对刑罚和其他刑事制裁方式的执行问题与法院无关。将所谓的“行刑权”或刑事执行权归为司法权的观点，〔25〕实是无视判断与执行的本质区别。我国《刑事诉讼法》确实赋予了法院死刑立即执行、罚金和没收财产等的刑事执行权，对此学界有两种不同的解读：一是肯定观点，认为“执行行为……在沿革上是作为诉讼的一部分，其程序构造亦是法院就对立双方当事人的参与而设置”〔26〕；二是否定观点，认为赋予法院执行权“客观上容易在社会大众的心理层面上形成法院‘血腥’、‘暴力’的‘刀把子’印象，从而破坏法院中立的审判者形象”〔27〕，这很明显是不符合司法权本质的，易破坏司法之中立和独立地位，降低司法权威性。正如上文所述，笔者自然赞同否定观点，主张将行刑权彻底从法院权限中剥离出去，以减轻实践中法院不堪重负的执行任务，切实将法院的职责定位在司法审判上，从而防止潜在的司法腐败发生，进而有利于提高法院的公正性和权威性。法院裁判结束后刑罚权存在着两种可能，一是法院对刑事追诉权行使正当性与合法性作出否定性判断而导致刑罚权之终止，二是法院对刑事追诉权行使正当性与合法性作出肯定性判断而使得刑罚权以行刑权样态呈现，且行刑权之内容也已由法院判断确定。行刑权不过是对经由法院裁判予以合法化的国家追诉之刑罚意志的一种执行而已，本身不再牵涉判断问题。如因情势变更需对行刑权内容予以变更，则必须再行通过法院裁判，且这种变更一定是在确定内容范围内的刑罚减弱而非加强，因为刑罚加强意味着国家追诉权的再次发生。

〔24〕〔德〕克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第99页。

〔25〕参见俞静尧：《刑事执行权机制研究》，群众出版社2005年版，第79页。

〔26〕江伟、赵登举：《论执行行为的性质与机构》，载中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会编：《人大法律评论》2000年第1辑，中国人民大学出版社2000年版，第124页。

〔27〕万毅：《刑事执行制度之检讨与改造》，载《甘肃政法学院学报》2005年第6期，第22页。



#### 四、作为行政行为的刑事执行

我们从消极方面厘清行刑权不是（刑事）司法权之后，还应当从积极方面回答行刑权是什么以及刑事执行是什么性质的问题。

##### （一）刑罚权多呈行政权样态

现代法治是随着民族国家的兴起而发展的，法律的国家化是法治进程的一个普遍现象。“刑罚的本质是对犯罪的惩罚性，亦即刑罚是对犯罪的惩罚。”<sup>〔28〕</sup>罪刑法定原则要求犯罪和刑罚具体内容必须由国家法予以明确规定，这种对私刑禁止的国家法原则使得运用刑罚应对犯罪的权力和资格始终掌握在国家手中，毫无疑问，刑罚权是国家权力，即“不论犯罪侵害了什么法益，也不论犯罪侵害的对象是公民个人、社会大众还是国家，国家都享有刑罚权来制裁犯罪人”<sup>〔29〕</sup>。根据传统国家权力类型划分，自亚里士多德的《政治学》问世以来立法、行政、司法三分就成为了经典理论，近代民主宪政兴起，各国建制也无不以此三种权力的分立（分工）为假设，但刑罚权作为国家权力中最具强制性者，其本质为何物，却鲜有人予以正面回答。尽管坊间关于刑罚权著述颇多，但大抵均是将刑罚权当然直接归为司法权而论之，这种主流观点可以表达为：刑罚权是法院代表国家依法对犯罪分子予以制裁的刑事司法权。<sup>〔30〕</sup>其证成方式为：国家治权有立法权、行政权和司法权，其中司法权又有刑事司法权或刑事管辖权，刑事司法权又以刑罚权为核心，所以刑罚权是司法权。如前所述，司法权的本质在于判断，刑罚权不具有判断性，不是司法权。无论何种国家权力，其均来自于作为政治权力的国家统治权（主权），政治权力的实在法（宪法和法律）化才产生我们通常所言的三权。在笔者看来，刑罚的本质决定着刑罚权是国家统治权的最后保留权，动用暴力镇压不是统治权的内容，而是统治权丧失的表现。经历了对专制人治统治的近代否定，国家“是由法律所形成的功能构造”<sup>〔31〕</sup>被认为是具有正当性统治的基础，法治是现代国家实现统治权的基本模式；换言之，国家统治秩序就是通过有效法规范所规制的共同体秩序。犯罪是最严重的破坏共同体秩序的行为，刑罚权则是法律实证化的作为国家捍卫秩序的最后一种权力。确实，刑罚权的最终是否实现，其关键在于经法院审判后的定罪量刑，不过不能由此就将刑罚权当然视为法院司法权。

在行政国家中的一道亮丽法律风景，就是行政刑法的勃兴，尽管行政权主要是执行法律和维护既有法秩序，但行政具有的社会形成性使得行政参与到法秩序的塑造中来，甚至整个国家法秩序渐趋演变成行政形塑之秩序；大量的行政犯罪被视为对该秩序的严重破坏，刑罚权理所当然地必须予以回应。行政犯罪的一个比较明显的特点就是传统的直接被害人缺位，而且越来越呈隐蔽化和智能化，这种情形下，刑罚权必须主动出击，如现实中通过诱惑侦查、控制下交付等措施达

〔28〕 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社2000年版，第39页。

〔29〕 王志亮：《刑罚学研究》，中国法制出版社2012年版，第109页。

〔30〕 参见前引〔16〕，陈兴良文；前引〔28〕，马克昌主编书，第39页；前引〔3〕，张明楷书，第393页以下；前引〔29〕，王志亮书，第107页以下。

〔31〕 〔德〕齐佩里乌斯：《德国国家学》，赵宏译，法律出版社2011年版，第64页。

到人赃并获，这种刑罚权运行方式显然已经远远背离了司法权的判断性，再将其称为司法权显然是自欺欺人之举。一切治权均来自国家统治权，刑罚权亦不例外。从政治权力意义而言，刑罚权与立法权、行政权和司法权不同，立法权、行政权和司法权是国家统治权的常态治权，以此实现国家刑罚权是国家统治权中最后保留的权力，是在法秩序依赖于其他三权无法得以维持时迫不得已而发动的权力，故是一种非常态治权。但在权力运行上，刑罚权又不得不借助常态治权的权力样态出现，鉴于其运行中所体现的主动性（程序启动）、效率性（价值目标）、命令性（组织体制）等特征，笔者认为它在实际中多呈现为行政权样态而运作。

换言之，行刑权具有行政权的执行性本质特征，刑事执行是一种社会形成性的执法活动，任务在于通过执行经法院刑事裁判所确定的刑罚内容而实现对已被破坏的社会秩序的恢复性管理。效率原则成为行刑权运行的最根本价值追求，尽管行刑机关在保障权力运行结果的相宜性时，会有不止一种行动方案予以取舍和选择，这种选择不是非此即彼式的选择，而是亦此亦彼的权衡性选择，因此必须对不同方案之利弊进行综合进而形成更合理的最后行动方案，行刑机关在这一过程中所进行的不是判断，而是为追求最大灵活性和最佳效果的协调与折中，判断所具有的非此即彼性思维方式不能满足行政执行性要求。<sup>〔32〕</sup>行政权的本质决定了效率是刑事执行的基本目标，这就使得行刑权在组织构成（官僚性、多元性）、运行规则（主动性、单方性）、行为效果（强制性、非终局性）等各方面具有自己独特的面貌。

## （二）刑事执行是行政行为

行刑权就是这样一种典型的行政权，体现了鲜明的执行性特征。行刑权的本质决定了刑事执行行为的性质。刑事执行是作为公权力之刑罚权行为的重要内容，毋庸置疑的是，刑事执行是对法院刑事裁判所认证的刑罚予以执行的活动，而法院司法裁判本质为对系争事项的审查判断，刑事执行不可能是司法活动。刑事执行中权利义务法律关系均已明确，不存在着纠纷，尽管关于刑事执行的法规范主要见于《刑事诉讼法》，但并不能由此认为刑事执行是（刑事）司法行为。尽管在我国，依据现有法律，法院在特定刑罚内容上也承担者刑事执行任务，但这种活动不是法院司法权的体现，而是一种管理和执行权的反映；法院行为并不仅仅是司法审判行为，不能因法院成为刑事执行的主体就将刑事执行认为是司法行为，根据“裁执分离”的权力分工原则，法院能否成为刑事执行主体都不无商榷之处。无论如何，刑事执行当然属于典型的行政行为，即它亦是行政主体基于行政职权针对特定人和特定事项所为的影响相对人权利义务的处理行为。从主体来看，刑事执行机关为行政主体，包括行政机关和社会公权力组织，在我国如公安机关、狱政机关和社区矫正机关。从执行内容来看，刑事执行主要涉及对犯罪人生命、财产、资格的褫夺或者剥夺社会一般性行动自由，将其限定在特定场所进行管制、教育、改造，可以说，刑事执行是特定

〔32〕 行政国家下行政权也发生着重构和解构的剧烈变革，行政机关在享有本质为执行权的行政权的同时，亦因法律授权获得了部分立法权与司法权。“行政机关的活动范围打破了以前民事纠纷最终由法院裁断且只能由法院裁断、行政机关只行使行政权而不裁决处理民事纠纷的传统，获得了对民事纠纷的裁决权。”姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第254页。有学者认为这种裁决权也属于行政权，不过因其“在整个行政权体系中并不具有典型意义。从这个角度看，行政权也不具有判断权性质”。参见孙万胜：《司法权的法理之维》，法律出版社2002年版，第20页。笔者认为，不能将行政机关所拥有的司法权纳入行政权体系中来，否则会导致行政权本质既是执行权又是判断权的结论，必然产生概念上的不纯洁和逻辑上的混乱。

公权力主体依其职权对犯罪人实施的管理行为，具有一般行政权的执行性、主动性和单向性特征。从法律效果而言，刑事执行涉及的公权力行为的合法性与被执行入权利保障性问题，执行行为不能自行予以擅断，这时其须接受司法机关的最终性审查。也有学者将刑事执行行为划分为单纯刑事执行行为和刑事执行变更行为两种，将单纯刑事执行行为视为行政行为没有问题，刑事执行变更主要有罪犯又犯罪和罪犯申诉处理、死缓执行、减刑、假释、监外执行等活动，对其认识存有争议。笔者认为，罪犯又犯罪的处理是刑事追诉机关对正予执行罪犯新的犯罪活动的启动刑罚权行为，其涉及刑事立案、刑事侦查、刑事公诉等行为，不再是简单刑事执行行为，或者说是刑事执行中发生其他刑罚权行使行为。罪犯申诉是被执行入认为其被科以的刑罚与自己行为不符而提起的救济，对其的处理往往是通过检察机关的审判监督程序而发动法院再审，这也不是刑事执行行为。死缓执行、<sup>〔33〕</sup>减刑、假释、监外执行等，面临的最大问题是法院对此有着决定作用，但法院在其中也并不行使其审判职能，而是管理职能，而且将死缓执行、减刑、假释、监外执行决定权限赋予法院也是存在着较大问题。法院拥有对刑事案件的审查判断权，但这种审查判断权与此类问题的决定权在运行机制上完全不同，这些原本就是属于行政事务，应当还权于相应行政主体行使。当然，死缓执行、减刑、假释、监外执行的决定机关可以是刑事执行机关，亦可以是其他的行政主体（如独立的委员会）。

对于一般行政行为，其成立一般都有主体、接受方、内容和程序等要件；刑事执行是行政行为，其亦具备执行主体、执行对象、执行内容和执行程序等要件，由此确立起刑事执行行政法律关系。

刑事执行主体是指依法享有行刑权，将刑事裁判所确定之刑罚执行落实的公权力组织。刑罚不会自行落实兑现，必须有刑事执行机关执行。不同的国家，刑事执行机关不同。刑罚最常见的形式是自由刑，它是对犯罪人自由的限制与剥夺，故监狱“是国家以来世界范围内的人类对付犯罪人的带有普遍性意义的措施称谓”<sup>〔34〕</sup>，在刑事执行机关中具有主导地位，监狱在我国承担着“被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑”<sup>〔35〕</sup>等大量刑事执行任务。监狱在法律上是一种具有独立主体地位的公法设施（oeffentliche Anstalt），即“由人与物作为手段之存在体，持续性地对特定公共行政目的服务”<sup>〔36〕</sup>，它因“执行特定行政任务需要特别的专业知识和特别的物质手段”<sup>〔37〕</sup>，是特别行政机关。随着刑罚目的的多元化，刑事执行的主体亦开始多元化，刑罚之目

---

〔33〕 关于死刑缓期执行的性质，有人认为既有司法性质，又有行政性质。如对于死缓犯在缓期执行期间是否故意犯罪的认定是一个纯司法的问题，而对死缓犯是否有悔改表现、是否有重大立功表现的判断则属于纯行政问题，因此在司法行为与行政行为交织的情形下应当秉承司法优先的原则，将其归属于司法权的范畴。同时，他指出对死刑缓期二年执行罪犯的处理虽然属于司法权的范畴，但我国目前法律规定的解决方式却不符合司法权的基本特征，有违程序正义的基本要求。如对于死缓犯在缓期执行期间是否故意犯罪的判断及死刑的执行，一般都是由下级法院直接上报上级法院，上级法院则经常以书面方式直接作核准死刑的裁定，而不是按照现行《刑事诉讼法》的规定，在经过必要的侦查、起诉、审判等正当程序之后再进行处理。可详见陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民大学出版社2003年版，第37-38页。笔者认为，该学者混淆了死刑缓期执行与在执行期间内又故意犯罪之处理，把问题复杂化，对前者还是应秉持行政行为说，后者则属于刑事诉讼刑罚权行使行为和审判行为的混合体，亦不能一概曰司法行为。

〔34〕 前引〔29〕，王志亮书，第248页。

〔35〕 参见我国《监狱法》第2条第2款。

〔36〕 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 3. Aufl., S. 268.

〔37〕 〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第577页。

的不仅在于“阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙”〔38〕，而且在于矫正犯罪人，使之重返社会，刑事执行亦需将犯罪人重返社会作为行政目标，以社区行刑代替监禁就成为了可行性措施，这也是公共行政社会化的体现。这样，刑事执行主体虽笼统说是司法行政机关，但具体来说最重要者大抵有两类，一类是监狱，另一类是社区行刑机关。监狱是在封闭的环境内对服刑人执行刑罚，刑场就是监狱，社区行刑机关是在开放的社会环境内对服刑人执行刑罚，刑场就是社区。刑事侦查权、刑事公诉权、刑事执行权是刑罚权的不同部分，鉴于刑罚权的强大国家强制性及其对公民权益侵害的巨大性，必须将不同刑罚权交由不同主体行使，刑事侦查机关原则上不能行使刑事执行权，相反亦然，除非其基于特别法的授权被赋予了原不属于自身的刑罚权内容。刑事司法权（审判权）是对刑罚权行使合法性进行判断的权力，其不是刑罚权，法院亦不能行使刑事执行权。在我国，法院和刑事侦查机关也是刑事执行机关，这违背了权力分立和裁执分离原则，是不可取的。另外，我们必须将刑事执行主体与刑事执行领导机关区分开来，后者如司法行政机关不是真正意义的刑事执行主体，其并不负责具体的刑事执行事务。

与行政主体相对的一方是行政相对人，有刑事执行主体就必然有刑事执行的承受者，刑事执行对象就构成了与刑事执行主体相对的范畴，其亦可称为被执行人或刑事执行相对人。〔39〕刑事执行对象最主要者就是在监狱和社区里服刑的犯罪人，是自然人，当然刑事执行对象也包括被判处罚金、没收财产、资格刑和驱逐出境的犯罪人，可以是自然人，也可以是法人和其他组织。

刑事执行的内容就是刑罚，如各种自由刑、生命刑、财产刑和资格刑等。刑罚的具体内容决定了刑事执行权的边界，尽管被执行人因法院所认证的刑罚权被施予诸多权利的限制和剥夺，这样其“法律地位绝对不等同于守法公民的法律地位，……处于受惩罚、被改造、受保护的法律地位”〔40〕，但其被限制和被剥夺者也仅仅是刑罚所剥夺的权利，对于其他权利如健康权和人格权等，其仍享有之。在监禁刑的执行中，囚犯被剥夺了行动自由，但并不意味着他沦为“国家和监狱的奴隶”，失去了所有权利，完全成为刑事执行的客体，德国联邦宪法法院 1972 年的判决〔41〕和美国最高法院 20 世纪 70 年代的一系列案件判决彻底打破了刑事执行的自留地，对原本作为奴隶的囚犯进行了权利性的解放，掀起了囚犯权利运动序幕，就是典型例证。

## 五、刑事执行监督的行政诉讼之路

刑事执行主体的过多，集中体现为刑事司法机关和刑事侦查机关亦是刑事执行机关。同时，刑事执行监督的检察化体现的是一种权力制约关系。把这些问题归结到一点，就是我国现行的刑

〔38〕〔意〕切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社 2008 年版，第 29 页。

〔39〕有人认为刑事执行相对人是刑事执行对象的上位概念，“刑事执行相对人是指参与刑事执行法律关系、对刑事执行机关享有权利和履行义务的法人、组织和个人，它既包括刑事执行机关的行为直接引起的对象，如正在服刑的罪犯和被采取刑事强制措施犯罪嫌疑人等，也包括与刑事行政行为结果有权利义务利害关系的其他法人、组织和个人，如前者的近亲属和受前者委托行使会见权的律师等”。耿光明：《论刑事执行相对人的权利构成——以囚犯的权利为范例》，载《法学评论》2011 年第 3 期，第 60 页。

〔40〕前引〔29〕，王志亮书，第 252 页。

〔41〕BVerfGE 33, 1.

事执行体制主要是试图通过行刑权的分工以及权力的制约来确保刑罚目的的实现。很显然，这种体制是将被执行人的刑事执行的客体，或者说视为“国家或监狱的奴隶”，即将其彻底剥夺法律地位于刑事执行之外，这也就形成不了刑事执行中执行主体和被执行人之间的法律关系。“秦失其鹿，天下共逐之。”<sup>〔42〕</sup> 刑事执行也就演变成各种国家机关争夺刑罚权（行刑权）的场所。通过上文的论证，笔者认为，解决上述问题的关键，就是将行刑权作行政权的解释，将刑事执行回归到行政行为的基本性质定位，恢复被执行人在刑事执行法律关系中应有的主体地位，变现有的以权力制约权力为核心的传统刑事执行体制为以权利制约权力为核心的刑事执行体制。

值得注意的是，尽管行刑权是行政权，刑事执行是行政行为，其属于行政法所调控的范畴，但大陆法系行政法学说长期以来并未当然地视被执行人为这种法律关系的主体，而是以特别权力关系理论为基础对被执行人的“奴隶”地位予以辩护。英美普通法系国家虽然没有类似特别权力关系的理论，但亦在较长的时期内“对监狱放任自由、推崇酷刑的所作所为，作为国家法律裁判机关的法院，在贯彻理性主义国家职能上则表现为不干预主义”<sup>〔43〕</sup>。显然，肯定刑事执行的性质并不必然就意味着被执行人享有针对执行机关的主观公权利。我国是成文法国家，和大陆法系国家许多法律传统相似，在刑事执行领域，亦有不少人开始将其视为一种行政特别领域，在此领域内刑事执行主体和被执行人形成不同于一般的行政法律关系，即被执行人不享有一般公民的基本权利，刑事执行主体对其权利的侵害被视为当然的管理权限，这种观念实则是特别权力关系理论阴魂不散的写照。因此，欲构建以被执行人权利保障和救济为核心的刑事执行体制，必须首先阐述特别权力关系理论的时代局限性和破除必要性。

特别权力关系为传统德国行政法学对行政法律关系所作的类型化归类，其相对于一般行政法律关系而言。特别权力关系理论为拉班德首创，而为奥托·迈耶作系统之阐述。特别权力关系理论认为，特别权力关系意指“国家得于一定范围内，要求相对人强制履行无定量之义务”<sup>〔44〕</sup>，换言之，即指国家或公共团体等行政高权一方基于特别之法律原因而对相对一方享有概括之命令强制权，而相对一方处于更加附属之地位，负有特别服从之义务。基于该理论，法律保留原则和司法救济遭到排斥，即在特别权力关系中行政主体虽无法律规定或者法律授权亦能作出各种命令，而相对方必须绝对服从。刑事执行领域是该理论运用最显著者，因为刑罚报应主义和功利主义均将犯罪人彻底丧失公民权视为正当的，至于其刑事执行中遭受多大的痛苦和摧残均是罪有应得的。我们不能说刑事执行关系属于特别权力关系是对法治的背弃，因为至少在自由法治国家时期，法律保留原则是针对政府与一般公民关系的，而很少涉及其内部行为（刑事执行实则将被执行人纳入行政内部予以管理）；对于侵害行政来说此时的法律保留原则是全面保留，而对于特别权力关系而言则甚至为零保留。特别权力关系理论的存在在这种背景下是具有其自身合理性的，它弥补着法律保留原则（或法治主义）之漏洞，与其并行不悖。只有到了社会法治国家之后，法律保留原则不仅关注政府对于公民财产与自由之侵害，而且关注政府为公民之生存与发展之给付，即法律保留原则涵及侵害行政与给付行政。同时，依照实质法治国家的原则，行政法律关系

〔42〕《史记·淮阴侯列传》。

〔43〕前引〔29〕，王志亮书，第254页。

〔44〕翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2008年版，第299页。

没有一般关系和特别权力关系之分，其仅仅就是一般的行政法律关系，因而基本权利尤其是人权的高扬使法律保留原则调整范围超出了政府以往的外部活动，更将触角伸入到特别权力关系这片新的领地，这种情况下原有的特别权力关系理论的正当性就开始动摇了。在德国，法律保留原则在特别权力关系领域的扩展是首先通过司法实践实现的。其中最为重要的判例是1972年3月14日联邦宪法法院作出的一个有关刑罚执行的判决。<sup>〔45〕</sup>在此判决中，联邦宪法法院抛弃了以往的立场以及高等法院之见解，明确地指出，基本权利可以适用于刑罚执行，在刑罚执行关系中行政主体一方须通过或者根据正式法律方能对相对方之自由权利加以限制。此判例具有极大的辐射力，其直接对之后与特别权力关系相关之判决产生巨大影响力，对于刑事执行的意义就是：只要刑事执行主体对被执行人采取之措施涉及其基本权利以致足以影响个人地位，即可纳入司法审查范围之列。因而联邦宪法法院认为，凡是这些涉及公民基本权利以致足以影响个人地位的事项都是法律保留的内容，不容许行政主体擅自为之，这就是德国行政法（也含国家法）上对特别权力关系理论重大打击的重要性理论。<sup>〔46〕</sup>

另外，行政属于国家权力中除立法、司法之外的国家作用，属于保留性国家权力，只要属公法争议而在既有公法救济渠道无法救济者，均可纳入行政诉讼中，行政诉讼也是公法诉讼的保留性、补充性诉讼。<sup>〔47〕</sup>因此，在明了其行政行为性质后将刑事执行纳入司法审查固无疑问，即使存在性质之争亦不影响其行政可诉性。视被执行人是刑事执行的客体，实际上是威慑刑时期重刑主义的延续，即“其用意不在于刑罚的对象而在于重刑所产生的社会影响效果”<sup>〔48〕</sup>。现代刑事诉讼发展的一个普遍规律就是刑罚权相对人在整个刑事诉讼中主体地位的确立，对其在刑事立案和刑事侦查中遭受到的不法侵害可以寻求司法救济是犯罪嫌疑人主体地位确立的标志，控辩审三角结构是刑事被告在审判中主体地位确立的标志，被执行人在刑事执行过程中也应当确立主体地位，其标志就是被执行人也是“人”，也享有尊严和基本权利，在受到执行行为侵害时并不仅限于行政内部救济，更应当可以通过司法途径寻求救济。被科以自由刑的被执行人，人身自由遭到限制和剥夺，但其他人身自由权并不意味着受到剥夺，2001年的浙江郑雪梨案引发了法学界对“囚犯生育权”的热烈讨论。<sup>〔49〕</sup>再如思想和通信自由亦未属于所科以之刑罚内容，1972年德国联邦宪法法院的判决强调，即使是服刑人员，其基本权利亦需受到保护，不能为刑事执行任意侵

〔45〕 该判决涉及的案情为：一个服刑人员给监狱外的某人写信，该信件在例行的检查中因含有对监狱长等刑事执行人员和监狱内部的“侮辱性的和轻蔑性叙述”被扣押。检查和扣押信件根据的是监狱的管理条例，该条例具有内部行政规则特征。该服刑人员以通信自由遭受侵害为由向法院起诉，而法院认为：“对被关押人的基本权利可以像以前那样在设施目的需要的范围内予以限制；法律依据是没有必要的，这符合特别权力关系的传统理论。”联邦宪法法院受理服刑人员的宪法诉愿，并宣称：“基本权利可以适用于刑罚执行，只能通过或者根据正式法律加以限制。”参见前引〔37〕哈特穆特·毛雷尔书，第114-115页。笔者认为，法律保留原则必须通过司法审查才能得以保障，这也就意味着刑事执行关系同一般行政管理关系并无二致，被执行人一样也享有侵害防御权和给付受益权。

〔46〕 关于特别权力关系理论这部分内容，参见曾文远：《论特别权力关系理论的否定——以德国法学家乌勒二分理论为视角》，载《广东广播电视大学学报》2012年第4期。

〔47〕 德国《基本法》第19条第4款确立了一切公法争议均能寻求司法救济的原则，这在德国《行政法院法》第40条第1款中进一步明确，即所有的非宪法性公法争议都是行政法院之审查范围。

〔48〕 前引〔29〕，王志亮书，第323页。

〔49〕 相关报道可详见《死囚妻子申请人工授精 请求可能再被驳回》，载<http://news.sina.com.cn/s/2001-12-03/411462.html>，最后访问时间：2019年3月12日；《杀人犯罗锋昨被绑赴现场 死囚“生育权”终成泡影》，载<http://news.sohu.com/08/71/news147697108.shtml>，最后访问时间：2019年3月12日。

害之。无独有偶，美国最高法院在1974年的普罗库尼尔诉马丁内斯一案的判决中也指出通信自由是囚犯和“监狱大墙之外”的非囚犯公民的权利，对其限制必须是处于公共利益和社会安全的需要，也就是必须基于宪法第一修正案和第十四修正案方能予以限制。除了对刑事执行侵害享有消极防御请求权外，被执行人也享有一定的受益权，如生活和发展所必需的物质保障、就医权等。我国政府于1998年签署了《公民权利与政治权利国际公约》，该国际公约和其他一系列国际公约都规定，被执行人有寻求司法审查的权利。刑事执行，无论是强制性较浓的监狱行刑，还是协商性较强的社区行刑（行政协议行为），都不是“国家行为”，对其提起行政诉讼没有任何理论障碍，有的只是观念和制度的障碍。因此，从观念上破除特别权力关系理论的阴魅，从制度上还以被执行人主体地位，畅通其权利遭受行刑权侵害时寻求救济的渠道，这是构建以权利制约权力为核心的刑事执行监督体制的基础内容。

## 六、余论：指向刑罚权

行政诉讼是近代自由主义思想发展下人们基于对行政权有意识的反思而建立的权力控制和权利保障机制，其从产生以来矛头就直指行政权。刑事诉讼的目的是追诉严重法秩序违反行为以保障既有统治的稳定性和连续性，从其发生学意义而言，刑事诉讼更多的是国家对抗个人的制度设计。近代宪政主义对国家权力有着整体性的恐惧，特别是对含有主动性和具体性的权力更是如此。刑罚权的运用是迫害政治异己、实施独裁统治的有力手段，对刑罚权的反思就使得传统刑事诉讼实现价值取向的转型，即从针对个人走向针对刑罚权本身，刑事诉讼也就成为了对刑罚权进行控制和对犯罪嫌疑人的权利进行保障的机制。现代语境下的行政诉讼与刑事诉讼都是控（限）权法，<sup>[50]</sup>即通过司法审判以判断行政权和刑罚权行使行为的合法性与有效性；二者也都是保权法，是通过司法审查制度保障公民合法权益不遭受行政权和刑罚权违法行使的侵害。传统刑事诉讼以刑事审判为核心，以审查公诉权行为正当性为己任，但刑罚权的扩张越来越使得传统刑事诉讼面临着大量刑罚权实际运行的非公诉权样态，这又在无形中为新的国家专制制造了制度漏洞。刑事诉讼是刑罚权的实施程序法，但刑罚权往往会在实际运行中表现出鲜明的亲行政权特征，这时行政诉讼可以介入。

通过本文的论证，我们可以得出这样一个基本结论：行政诉讼可以对刑罚权中刑事执行权行使行为合法性进行审查，<sup>[51]</sup>将行政诉讼引入刑事执行的监督机制中去，具有法理的正当性，也符合法治发展的要求。当然，这并不意味着行政诉讼是刑事执行监督的唯一渠道。从这个意义上

---

[50] 行政诉讼是控权法，目的在于公民权益的有效保护，这是与行政法的控权品质一致的，这种观念基本上已经在学界达成共识。德国法学家何意志教授对此明确指出：“行政法从根本上而言是由议会立法、行政活动和法院审查构成的‘控权法’制度。”〔德〕奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，代中文版序，第8页。刑事诉讼是控权法，目的在于被追诉人权益的有效保护，这一观念并非为学界所普遍接受，但随着“人权保障”写入《刑事诉讼法》，越来越多学者开始对刑事诉讼目的重新反思。笔者坚持“刑事诉讼（法）的所有制度、规则，均在于防止政府恣意地干预、剥夺公民的基本权利，防止政府恣意侵入公民的个人隐私”的观点，并认为仅依赖于刑事诉讼既有制度和规则，仍不能防止国家刑罚权有滥用之虞，故须将刑罚权予以有效解构，通过公益诉讼最后补充手段之行政诉讼的介入，弥补刑事诉讼既有体系力有不逮的不足。

[51] 同理，行政诉讼当然亦可对刑罚权中其他权力行使行为的合法性予以审查，如行政相对人对刑事侦查行为提起行政诉讼，这从法理上是成立的。对此，笔者将另行撰文论述。

来讲，行政诉讼是对刑罚权中的行刑权行使行为合法性的审查活动，刑事诉讼又是对刑罚权中的刑事公权力行使行为合法性的审查。在这里，我们不难发现，行政诉讼和刑事诉讼存在着一种对刑罚权行使行为合法性审查的分工关系，二者同时是刑罚权行使行为合法化审查机制，形成一种诉讼协作关系。笔者认为，行政诉讼与刑事诉讼之间能够形成这些关系内容，是由统一的公法诉讼本质决定的。传统诉讼法学主要是“从差异性和特殊性角度来看，不同诉讼领域内的司法权主体在功能定位、职责范围、权力大小、行为方式和运行机制等方面，都有着极大的区别”<sup>[52]</sup>。毫无疑问，这种分门别类式研究不可能也无需追求什么是公法诉讼，因为其对于实体法之公法亦无自觉的本质认识。鉴于此种情形，一种对现实“公权力和公权利关系”严重不均衡状态的整体性、反思性理论得以产生，这就是以罗豪才教授为首提出的平衡论（及其发展之统一公法学理论）。该理论立足于行政国家下社会法治时代背景，直面现代国家两种“面相”（消极国家和积极国家），强调公权力主体和公民之间权利义务的总体平衡，以此构建的公法制度必然“围绕规范公共权力、保障公民权利来彼此呼应、协调一致并形成合力”，即“不同公权力的行使应当通过相互交织、相互借鉴和相互配合来共同解决公法争议”<sup>[53]</sup>。平衡论在话语上将公权力作为元概念，它只是在公法层面上方有意义。虽然平衡论最初是作为行政法基础理论而提出，<sup>[54]</sup>但现代行政权的两面性无非是现代国家和公民自由两面性的最直接反映，该理论努力的方向是“调动（行政权和公民权）两者的积极因素，最大可能地抑制其各自的消极因素”<sup>[55]</sup>。笔者认为，平衡论这种理论格调已然超脱了行政法范畴，可以上升为公法学的一般性指导理论，更能为公法诉讼的整体认识所用，行政诉讼与刑事诉讼关系亦是权力与权力的制约和平衡中实现权力与权利的平衡。

平衡论强调的“平衡”是一种动态平衡，<sup>[56]</sup>它讲求权力和权利之间的良性互动，公权力主体和公权利主体都是受到尊重的价值主体，他们之间没有绝对的支配和附属关系。行政诉讼与刑事诉讼关系的特定语境是社会法治，在这种法治范式中，行政相对人和刑罚权相对人（刑事嫌疑人、刑事被告、被执行人）都获得了诉讼法中的主体性。从形式上来看，公法诉讼是对因公权力行使而发生的纠纷的化解，但纠纷化解的背后则是不同主体利益的协调和均衡，其目的在于实现一种“自由和秩序并存”的理性和谐状态。<sup>[57]</sup>行政国家下的刑罚权行使，越来越呈现为对行政犯罪的刑事追究，这种无传统被害人的秩序犯罪只能借公共利益之名追惩之。经由行政诉讼和刑事诉讼，仅仅是实现了纠纷化解，但公权力主体和公权利主体双方（或一方）如仍存有利益失

[52] 袁曙宏等：《现代公法制度的统一性》，北京大学出版社2009年版，第30页。

[53] 前引[52]，袁曙宏等书，第14页。

[54] 参见罗豪才、袁曙宏、李文栋：《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》，载《中国法学》1993年第1期。

[55] 罗豪才、沈岷：《平衡论：对现代行政法的一种本质思考——再谈现代行政法的理论基础》，载《中外法学》1996年第4期。

[56] “程序上的非对等性与实体上的非对等性是‘倒置’的，并且存在于不同的侧面，不同的过程中，因此，在总体上，就形成相互牵制、相互抗衡的作用……平衡与不平等都不是绝对的，两者总是相互交织在一起，我们讲的平衡，是一种动态的平衡。”罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1999年版，第22页。“努力维护两者的平衡应当是刑事诉讼改革和程序设计的指导思想。当然，刑事诉讼价值的平衡是动态的平衡，而非静态的平衡。也就是说，像在平衡木上左右摇摆的平衡，是不断调整着的平衡。”陈光中、郑旭：《追求刑事诉讼价值的平衡——英俄今年刑事司法改革述评》，载《中国刑事法杂志》2003年第1期。

[57] 参见袁曙宏、宋功德：《统一公法学原论——公法学总论的一种模式》（上），中国人民大学出版社2005年版，第39-42页。



衡,这样只会徒增彼此间的隔阂和猜忌,而双方在现代行政国家下总是不可避免地发生着关系,很显然,单纯的争议解决只是行政诉讼与刑事诉讼关系的附带形式结果,<sup>[58]</sup>并非其本质所在。公共利益和私人利益的相对性,使得刑罚权行使行为并非具有天然的正当性,行政诉讼和刑事诉讼由此成为一种由法院主持的权威性利益分配机制,其不仅进行现有纷争的事后解决,而且也面向未来促进刑罚权主体和刑罚权相对人长期之平衡状态的实现,这也是现代恢复性刑罚的要旨所在。进一步说,平衡论正视公权力相对于公权利的现实优越性,对公权力的规范和制约始终是平衡论的主要方面,这在行政诉讼与刑事诉讼关系中的体现就是二者共同在赋予刑罚权相对人诉讼主体地位前提下发挥着对刑罚权行使行为合法性证成机制的功能。

---

**Abstract:** The diversified criminal execution system in China contains non-independence consideration of the power of criminal execution. The power of criminal execution is naturally regarded as criminal jurisdiction. The criminal execution supervision thus established is a kind of litigation supervision, which is embodied as a mechanism of internal power control of criminal procedure, that is, the unified supervision of the procuratorial organ. The design of this system is not in line with legal theory and contradicts the development of modern rule of law, and its problems arise in the actual operation. The construction of a unified criminal execution system not only requires the unification of criminal execution organs, but also calls for the independence of criminal execution power. The power of punishment, including the power of criminal execution, cannot be understood as the power of criminal jurisdiction, otherwise it does not conform to the principle of modern state power separation and balance. The nature of the executive power of the criminal execution power determines the nature of the criminal administrative act, so it is justified that the administrative litigation is involved in the supervision of criminal execution. One direction of the reform of the criminal execution supervision system is to restore the subject status of the administrative law relationship that the executed person should have in criminal execution. In this regard, it is imperative to break the negative thinking of the special power relationship. Administrative litigation is a review mechanism for the legality of criminal execution power in the power of punishment, and criminal procedure is a review mechanism for the legality of criminal public prosecution power in the power of punishment. In a sense, administrative litigation and criminal procedure are both justification mechanisms for the legality of the exercise of criminal power.

**Key Words:** criminal execution, criminal jurisdiction, power of punishment, power of criminal execution, administrative litigation

---

(责任编辑:于文豪 赵建蕊)

---

[58] 没有各自利益平衡和裁判结果共识的公法诉讼,尽管其能定纷止争,但诉讼结束后实质的对峙仍将存在,甚至变本加厉。