



强制执行权在国家权力体系中的定位： 一个跨部门法的视角

王学辉 刘海宇

摘要:以往关于强制执行权在国家权力体系中定位问题的研究存在严重的部门法化倾向,此种视野局限导致无法追本溯源地对作为一种权力类型的强制执行权作出准确定位。从跨部门法的视角出发,强制执行权的定位需抽象至整体的国家强制执行权并回溯至分权理论中去。在现代国家,立法权、行政权与司法权的概念,分别在权力形态和权力体系两个层面使用,分权理论是在权力体系层面的分权。强制执行权相对于其他权力类型而言,在权力形态层面具有相对独立性,而在权力体系层面则既可从属于行政权,亦可从属于司法权。另外,强制执行权的性质对其在实然层面的配置影响非常有限。我国对各部门法中强制执行权的配置,主要的考量因素是其功能的有效实现以及内部实施权与裁决权的相互制约。

关键词:强制执行权;国家权力;行政权;司法权

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2022.05.007

收稿日期:2022-03-16

基金项目:本文系国家社科基金项目“行政法秩序下的行政批示研究”(18BFX054)、西南政法大学行政法学院科研创新计划课题的阶段性成果。

作者简介:王学辉,男,四川南充人,西南政法大学教授、博士生导师,西南政法大学“全面建成法治政府若干问题创新研究团队”首席专家,主要研究方向为行政法学与行政诉讼法学,E-mail: xhzf123@aliyun.com;

刘海宇,男,云南曲靖人,西南政法大学行政法学院博士研究生,地方法制研究中心兼职研究员,西南政法大学“全面建成法治政府若干问题创新研究团队”成员。

强制执行权在各种类别的权力中似乎是一个“异类”,其定位问题长期困扰着学界。无论是在理论还是实践层面,也不管是在民法、刑法抑或行政法领域,各种观点长期争锋,无法形成共识。以往关于强制执行权的研究,基本局限在各部门法视野之内。部门法化的研究,或许有利于深化对各部门法中具体问题的认识,但也难免陷入“只见树木,不见森林”的视野局限。强制执行权的定位,本质上是一个超越部门法边界的问题,如若不能以跨部门法的视角厘清其定位,各部门法领域也无法取得共识,即便只是寻求最低程度的共识。

强制执行权在国家权力体系中的定位问题,以其归属于国家为前提。在现代社会,国家合法垄断暴力,因而禁止私人以暴力方式实现自身权利,而仅仅赋予其请求权,强制执行权的主体只能是国家而不能是私人。这一问题在我国已经形成共识,因此本文不再专门讨论,而是直接将其作为理论前提,换言之,本文所研究的强制执行权,指的即是国家强制执行权。因此,本文所探讨的是,强制执行权在国家各类权力类型中应当如何定位的问题,即强制执行权是行政权、司法权,抑或是行政权和司法权之外具有独立性的一类权力吗?需要说明的是,对强制执行权的定位,既是由强制执行权的性质所决定的,又是由强制执行权的性质所反映^①。强制执行权的性质和定位问题虽有区别,但是将其置于分权理论中进行讨论时,基本可以视为同一问

^①谭秋桂《民事执行权配置、制约与监督的法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2012年版,第75页。

题的不同面向。

本文将首先针对以往理论研究中的部门法化倾向进行考察,指出其中的弊端,进而提出应当以跨部门法的视角来研究这一问题。跨部门法的视角要求将这一问题整体地回溯至分权理论。本文将对行政权与司法权概念的不同层次进行分析(附带论及立法权),并进一步分析分权理论的相对性,在行政权与司法权不同层次的框架下,对强制执行权进行准确定位,并对我国各个部门法领域中强制执行权在实然层面的配置提出自己的观点。

一 新视角的提出:部门法化视角的反思与跨部门法视角的必要性

就国家强制执行权而言,有民事强制执行权、刑事强制执行权、行政诉讼强制执行权和行政强制执行权等种类。前三者的执行根据均为司法机关的裁判,也可以将其视为“诉讼强制执行”,而后者的执行根据则是行政机关在个案中针对特定公民或组织作出的行政决定。多种强制执行权的集合体,才构成完整的国家强制执行权。各部门法各言其说,便只能得出对各部门法领域有意义的结论,且必然导致每一部门法领域都有自己的结论的情况。因此,有必要以跨部门法的视角,将不同部门法中的强制执行权上升到整体的国家强制执行权的高度进行研究。

(一)强制执行权定位问题研究的部门法化及其缺陷

长期以来,学界有关强制执行权定位问题的研究呈现出部门法化的特点。具体而言,刑事訴訟法学,集中于刑事强制执行权定位的研究;民事訴訟法学,则只关注民事强制执行权定位的问题;而行政强制执行权定位问题的研究同样限制在行政法学内部。相互之间虽然并非人为地设置学科壁垒,但就笔者所见的文献所及,跨部门法进行整体性研究的文献尚未出现。通过梳理各部门法领域对强制执行权定位问题的研究文献发现,各部门法对强制执行权的认识表现出高度的同质性:实践层面权力行使方式相似,理论层面对权能的认识相近,在学术观点的类型和争议上都高度近似。下面针对各部门法学有关强制执行权定位的理论观点进行罗列和比较。

1. 民事强制执行权

(1)行政权说。认为行政权具有主动性、强制性等特点,司法权是裁判权,具有中立性、交涉性等特点,执行行为是行政行为,执行权是一种行政权^①。(2)司法权说。认为权力分立具有相对性,司法权的范畴已经扩大,审判权和执行权都是司法权的组成部分^②。(3)双重属性说。认为将执行权中的执行实施权认定为行政权,执行裁判权认定为司法权,执行权既包含司法权性质的执行裁决权,也包含行政性质的执行实施权,具有双重属性^③。(4)相对独立权力说。认为民事执行权是一项相对独立的,处于司法权和行政权交叉地带的边缘性公权力^④。(5)依附说。认为执行工作中体现的国家权力不能独立存在,它是依附于执行依据作出时所体现的国家权力性质^⑤。(6)司法行政权说。认为民事强制执行是一种具有行政性和司法性双重特征,以保证法院完成审判职能为基本任务的司法行政行为^⑥。

2. 刑事强制执行权

①持此种观点的主要有:金川主编《法院执行原理与实务》,中国政法大学出版社2006年版,第6页;石时态《民事执行权配置研究》,法律出版社2011年版,第41页;等等。

②持此种观点的主要有:牟道媛《民事执行权的性质》,《华东政法学院学报》2005年第3期,第69—75页;王启江《司法权的强制性与强制执行权》,《山东社会科学》2009年第7期,第128—132页;肖建国《民事审判权与执行权的分离研究》,《法制与社会发展》2016年第2期,第39—49页;等等。

③持此种观点的主要有:张根大《强制执行权研究》,沈德咏主编《强制执行法起草与论证》(第一册),中国法制出版社2002年版,第264页;严仁群《民事执行权论》,法律出版社2007年版,第34页;李卫国、曾一珉《从执行权的性质看我国民事执行权配置改革》,《哈尔滨学院学报》2017年第9期,第39—42页;等等。

④持此种观点的主要有:唐力《民事强制执行权:属性、构造及其正当性论证》,《甘肃社会科学》2011年第3期,第100页;谭秋桂《民事执行权配置、制约与监督的法律制度研究》,中国人民公安大学出版社2012年版,第70页;宋宗宇、黎蜀宁《民事执行行为性质论略》,《政法论丛》2005年第1期,第85—88页;等等。

⑤张根大《强制执行权研究》,沈德咏主编《强制执行法起草与论证》(第一册),第263页。但是,这并非该作者的观点,据作者介绍,该观点是作者与法学界同志讨论时被部分同志主张的观点,在公开发表的文章和著作中还没有此说。

⑥蒋惠岭《论法院司法行政体制改革》,《人民司法》1998年第8期,第30页。

(1)行政权说。认为行政权具有主动性、强制性等特点;狭义的司法权仅仅指裁判权,具有中立性、交涉性等特点,刑事执行活动具有执行管理属性,刑事执行由行政机关负责执行,是一种行政权^①。(2)司法权说。认为刑事执行行为由法院发动,刑事执行行为是司法行为,刑事强制执行权属于国家司法职能的一部分,执行权属司法权^②。(3)双重属性说。认为“执行权既有司法权的部分属性,又有行政权的部分属性”,“构成了复合的、相对独立的、完整的强制执行权”^③。(4)相对独立权力说。认为由司法权和行政权两种权力整合而成的一体性权力,具有相对独立的品格,不隶属于行政权或司法权而存在,但是,并不是跳出传统“三权”的新权力^④。(5)综合权说。认为刑事执行行为包括单纯的执行行为和执行救济行为,前者奉行行政权机理,后者奉行司法权机理,刑事执行权是汇聚司法权和行政权的综合性权力^⑤。(6)司法行政权说。认为行刑权既不是司法权,也不是纯粹的行政权,更不能简单理解为司法权与行政权的简单混合,而是一种相对独立的国家权力——司法行政权^⑥。

3. 行政强制执行权

(1)行政权说。认为行政权和司法权均含有强制权,前者为行政强制权,后者为司法强制权,各自为不同的目的服务^⑦,行政强制权是行政权行使的自然延伸,本质上是行政权的一项权能^⑧。(2)行政处理执行力。认为行政处理具有实现行为内容的潜在效力,内在地包含强制性的执行力^⑨。(3)司法权说。认为大多数行政强制执行情形都需要向人民法院提出申请并由人民法院执行,因此属于司法权^⑩。(4)综合权力说。认为由行政机关自行执行时,属于行政权,由行政机关申请司法机关执行时则属于司法权^⑪。

4. 行政诉讼强制执行权

由于我国行政诉讼法理论发展尚不够深入,实践中也阻力重重,所以行政法学界还未对行政诉讼执行权的权力性质进行细致化分析,主要集中于解决行政诉讼“执行难”问题的研究。

通过对各部门法的理论论争的观察可以发现,对于强制执行权的研究呈现出显著的部门法化特征,这种部门法化研究的缺陷在于:其一,缺乏对于国家强制执行权这一本源性权力的整体研究,无论是民事强制执行权、刑事强制执行权抑或行政强制执行权,本源上都是国家强制执行权,如果对于国家强制执行权没有一个整体性的定位,那么各部门法学的研究难免会觉得乏力;其二,各部门法之间“各说各话”,无法得出普遍适用的结论,无论是民事诉讼法学、刑事诉讼法学还是行政法学中的研究,其所能观察到的现象限于各部门法领域,学理依据、论证理由也完全限于自身所处的部门法。这种研究无法跨越部门法的樊篱,针对整体的国家强制执行权只能得出一个针对各部门法具有普遍适用性的结论。

(二)以跨部门法视角研究强制执行权的必要性

部门法化的研究无法从根源上解决强制执行权的定位问题,那么,以跨部门法的视角追溯至整体的国家强制执行权进行研究,就是一条必须的且可行的道路。通过对前述各部门法关于强制执行权定位问题的理论争议的比较可以发现,各部门法的观点之间具有高度同质性。这种同质性,既以其共通性表达了跨部门法

① 持此种观点的主要有:谭世贵、郭林林《我国刑事执行权配置:现状、问题与优化》,《浙江工商大学学报》2014年第1期,第67页;徐然《刑事执行权的行政权定位及其影响》,《山东警察学院学报》2014年第3期,第63—68页;冯殿美、侯艳芳《刑事执行权及其制约》,《河南社会科学》2005年第1期,第81—82页;等等。

② 金鉴主编《监狱学总论》,法律出版社1997年版,第201页。

③ 俞静尧《刑事执行权机制研究》,群众出版社2005年版,第79页。

④ 谭世贵等《刑事执行制度的原理与改革》,清华大学出版社2018年版,第46—49页。

⑤ 柳忠卫《论刑事执行权的性质》,《刑法论丛》2007年第2期,第270—274页。

⑥ 高贞、张婧、闫佳《刑罚执行权理论及相关改革问题研究》,《犯罪与改造研究》2017年第12期,第4—5页。

⑦ 胡建森主编《行政强制》,法律出版社2002年版,第159—160页。

⑧ 持此种观点的主要有:郭延军《行政强制执行权分配首先要解决好合宪问题——〈行政强制法(草案)〉相关条文评析》,《政治与法律》2009年第11期,第118—119页;张婧飞《行政强制权正当性的法哲学追问:尤其以行政强制权规范体系的建构为视角》,法律出版社2009年版,第10—15页;乔晓阳主编《中华人民共和国行政强制法解读》,中国法制出版社2011年版,第8页;等等。

⑨ 宋功德《行政处理效力的构造和形态》,姜明安、余凌云主编《行政法》,科学出版社2010年版,第235页。

⑩ 张慧颖《我国行政强制执行权配置研究》,中国海洋大学2014年硕士学位论文,第12页。

⑪ 马怀德《我国行政强制执行制度及立法构想》,《国家行政学院学报》2000年第2期,第56—57页。

视角的必要,也从侧面反映了跨部门法视角的可能。

这种高度同质性表现在如下几个方面。一是民事诉讼法学和刑事诉讼法学在理论观点和论证逻辑上高度近似。如双重属性说都侧重于从民事执行和刑事执行中既具有行政权的内容又具有司法权的内容上进行论证。即使如民事诉讼法学中的依附说和刑事诉讼法学中的综合权说,虽然在名称上有着区别,但是内容基本一致。二是民事诉讼法学与刑事诉讼法学中各学说的观点均与强制执行权行使过程中的权力行使方式和我国的制度实践紧密关联。如行政权说均强调执行行为的方式,同时将司法权理解为裁判权或判断权。而司法权说则着眼于我国民事执行由法院进行并对司法权做广义的理解,刑事执行因为由司法权发动也是一种司法权。三是行政强制执行由于行政法学中有着自身独特的行政行为效力理论,大部分学者均认为行政强制执行权是行政权,但是,仍然有学者基于我国“以行政机关向司法机关申请执行为原则”而将其视为司法权,主要论争还是在行政权与司法权之间。同时,依然有着学者主张由什么机关执行就是什么性质的权力,本质上就是双重属性的观点。四是民事诉讼法学、刑事诉讼法学和行政法学中,均有学者基于强制执行权是任何一种国家权力都具有的权能,主张应当根据执行所依据的权力判断执行权的性质。

各部门法学何以在观点上会如此同质化?一方面,无论执行主体是行政机关还是司法机关,都是由某一国家机关执行,而法律将强制执行权具体赋予哪一个国家机关,并不完全取决于其理论上的性质,而是取决于权力行使的效率和公正效果,以及制度的历史发展等因素。另外,在执行根据上,无论是行政机关作出的行政决定,还是司法机关作出的司法裁判,区别仅在于作出的主体、方式、程序以及救济的不同,但是本质上均是国家机关依据法律表达出来的一种国家意志,且这种国家意志必须依靠强制力才能最终实现。而且,在执行过程中,无论是民事强制执行、刑事强制执行抑或行政强制执行,都是行政性和司法性交叉进行、互相配合,没有哪一种强制执行自始至终完全是司法性的或者完全是行政性的。整体层面的国家强制执行权,是各部门法领域强制执行权的源头,对强制执行权的定位以跨部门法视角进行研究,便成为各部门法领域对强制执行权进行准确定位所必不可少的前提。

(三)跨部门法视角下强制执行权的概念界定

由于各部门法对强制执行权的概念存在不同的理解,因此有必要在展开分析之前,先在跨部门法视角下确定本文所主张的强制执行权概念。此前有民事诉讼法学领域的学者将强制执行做广义和狭义的区别,认为广义的强制执行包括民事强制执行、刑事强制执行以及行政强制执行,而“狭义的强制执行,仅指民事强制执行”^①。应当说,这种广义和狭义之分主要是民事诉讼法学者为了自身研究而简单划定的一个范围,并没有充分的依据,也欠缺必要的逻辑,更不可能得到普遍认可。

从作为强制执行权行使依据的法律文书来看,包括发生法律效力并有执行内容的国家机关决定或者经法律授权的特定组织作出的具有执行内容的法律决定。具体而言,包括人民法院的判决书、裁定书、调解书、支付令和决定书等,仲裁组织作出的仲裁裁决和调解书,公证机构作出的被赋予强制执行力的债权文书,人民调解组织作出的经人民法院依法确认有效的调解书,以及行政机关在个案中针对特定公民或组织作出的行政决定等。以往的研究往往局限于某一部门法领域,未能看到强制执行权其实是一个内涵极其丰富的统一体。从强制措施的实施主体来看,主要是国家机关,既包括司法机关,也包括行政机关。强制执行最主要的特征在于执行措施的强制性,执行措施的强制性也是强制执行的最终和最重要保障。没有强制措施,就没有强制执行。另外,国家机关也可以依法委托具有一定资质的主体进行强制执行,然而,委托机关必须对执行行为负最终的法律责任,从这个角度来看,受委托主体本身并不拥有强制执行权。

因此,跨越部门法领域的视野局限,强制执行指的应当是强制执行机关依据有关国家机关或法律授权的组织作出的已经生效且具有执行内容的法律文书,通过强制措施或依法委托他人以强制措施实现法律文书内容的行为。与此相应,强制执行权指的是强制执行机关通过采取强制措施或依法委托他人以强制措施实现生效法律文书内容的权力,包括民事强制执行权、刑事强制执行权、行政强制执行权、行政诉讼强制执行权等所有类型的强制执行权。

^①张根大《强制执行权研究》,沈德咏主编《强制执行法起草与论证》(第一册),第258页。

二 理论前提的确立:权力区分标准的不同层次与分权理论的相对性

强制执行权的定位,一定是在国家权力类型中进行的,因此,也必须抽象到各类型的国家权力层面进行。进而言之,必须回溯到分权理论,厘清相关概念和问题,强制执行权的准确定位方能进行。之所以各部门法对这一问题产生较大的争议,根本的原因在于对分权理论有着不同的认识,不同的论者甚至不在共同的前提、相同的层面进行观点上的争锋,不仅各部门法、甚至同一部门法中,都存在严重的“各说各话”现象。因此,需要首先对作为强制执行权定位理论前提的分权理论进行简要的梳理和阐释。

(一)立法权、行政权与司法权区分的不同层次

强制执行权不属于立法权,这是毫无疑问的。对于强制执行权,争议之处在于,其究竟属于行政权还是司法权,抑或是一种独立于行政权和司法权而存在的一种权力。倘若是一种独立的权力,那么是相对于何种权力的独立,亦即是相对于立法权、行政权、司法权之外的第四权,还是在别的意义上存在的一种具有独立性的权力?要回答这一问题,必须首先明确,什么样的权力应当归属于行政权的范畴,什么样的权力又应当归属于司法权的范畴。这涉及到对各种权力类型的理解,为了保持对“传统三权”分析的完整性,本文将立法权也置于下述分析框架中。

分权理论有形式的(Formal)分权学说与实质的(Material)分权学说两种,“根据前一种学说,因为职能由法官行使,所以该职能应该是‘司法的’;根据后一种学说,因为职能属于‘司法的’,所以该职能应由法官行使”^①。在各部门法领域关于强制执行权定位问题的争论中,这种形式分权与实质分权的观点始终存在。笔者认为,在此必须区分如下范畴,才能对行政权与司法权有一个更为明晰的认识:一是作为行为方式的行政、作为权力形态的行政权以及作为权力体系的行政权;二是作为行为方式的司法、作为权力形态的司法权以及作为权力体系的司法权;三是作为行为方式的立法、作为权力形态的立法权以及作为权力体系的立法权。

1. 作为行为方式的立法、行政与司法

方式指“说话做事所采取的方法和形式”^②。行为方式,亦即主体在作出一定行为时所采取的方法和形式。在此意义上:(1)立法是指创制法律规范的行为,所有国家机关创建法律规范的行为都可以称之为立法;(2)行政则指的是执行事务的行为,范围涉及一切控制、指挥、执行和管理行为^③,具体到国家权力,则指所有执行和管理行为,不论国家机关性质,也不论属于内部还是外部,均可称之为行政;(3)司法,则是指居中裁判的行为,行政复议、仲裁等非司法机关的行为也可以归入司法的范畴。因此,作为行为方式的立法、行政以及司法,仅仅是主体在为特定行为时的一种方式 and 形式。

2. 作为权力形态的立法权、行政权和司法权

所谓形态,指的是“事物的形状或表现”^④。权力形态,即权力行使的表现。在此意义上:(1)立法权,指的是国家机关创建法律规范的权力,也就是所谓的广义立法权,即“有关国家机关依法制定、认可、修改、补充、废止、解释各种规范性法律文件的权力”^⑤,在我国,则存在最高国家权力机关立法权、行政立法权以及地方立法权等多种形态;(2)行政权,即国家机关对有关公共事务进行管理的权力,立法机关和司法机关的内部管理,司法机关的案件管理,行政机关对内政外交等事务的管理,行政机关上下级之间的管理等权力在权力形态上均属行政权范畴;(3)司法权,即国家机关或法律授权的组织居中裁判的权力,司法机关审判案件的权力当然属于司法权,而行政机关的行政复议权、行政裁决权,以及作为最高行政机关的国务院和作为国家权力机关的全国人民代表大会常务委员会对相互冲突的法律、法规进行裁决的权力等,同样可以归属于司法权的范畴。可见,各种具有立法权、行政权和司法权的权力形态的权力,分散于各国家机关之中,并没有稳定的规律和体系。

3. 作为权力体系的立法权、行政权与司法权

① W·Ivor·詹宁斯《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第243页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,商务印书馆2012年第6版,第366页。

③ 王学辉主编《行政法与行政诉讼法学》,法律出版社2015年第2版,第8页。

④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,第1459页。

⑤ 张永和主编《立法学》,法律出版社2009年版,第50页。

“体系是事物之间相互联系、相互制约而形成的一个整体。体系总是由构成体系的各个部分组成,各组成部分之间呈现相互联系和相互制约的状态”^①。权力体系指的是由各种权力构成的一个有机联系的权力整体。国家权力是一个权力系统,从国家意志角度看,包括形成国家意志的权力、执行国家意志的权力;从各种国家机关行使的权力来看,包括立法权、行政权、司法权等权力。在现代国家,任何一个权力体系都不可能是纯粹的,无论是立法权、行政权,还是司法权,均是以权力形态意义上的立法权、行政权和司法权为主体性权力,同时结合其他权力形态的权力所共同构成的权力体系。虽然各国一般都会将前述权力体系意义上的权力赋予不同的国家机关行使,但是,由于各国在政治制度与历史上的差异,在具体的权力分配上有所不同,尤其是在相互关系上差异巨大,不过,在权力体系的主体部分依然是高度近似的。

(二)分权理论的相对性

国家权力是一个由各种权力组合而成的统一体,分权理论主要源自西方,认为为了实现自由的目的,国家职能主要有立法、行政以及司法,进而将国家权力分为立法权、行政权和司法权并将其赋予不同的国家机关,使其在互相独立的基础上相互制约。我国的权力结构与西方存在着根本的区别,我国的根本政治制度是人民代表大会制度,其他国家机关由作为权力机关的人民代表大会产生并受其监督。但是,如果从权力功能视角观察,我国也存在着功能性分权^②,立法权、行政权和司法权分属人民代表大会、行政机关和司法机关。与西方不同的是,我国并不强调各种权力之间的相互制衡,而是强调各种权力在党的领导下正确行使。不过,无论是在西方的权力理论与制度实践中,还是在我国的功能性分权视角下的权力分工理论与实践,分权理论均具有明显的相对性。

从西方的分权理论来看,分权理论的萌芽可以追溯到古希腊著名思想家亚里士多德的《政治学》,亚里士多德认为,一切政体都有议事机能、行政机能和审判机能三要素^③。而“近代分权论,最早是由洛克提出的,然后由孟德斯鸠最终建立起完整的理论体系。美国独立战争领袖们在此基础上又进一步丰富和发展了这种学说,把近代分权论推向一个新的发展阶段”^④。“这一理论的具体形式乃是以这样一种主张为依凭的,即一切政治职能都必然可以被分为立法、行政和司法三类”^⑤。然而,这无论在理论上还是在实践上都是不可能的。或许人们可以对立法权、行政权和司法权作出一个具有广泛共识的定义,但是仍然不可能期待立法权、行政权和司法权能够涵盖所有国家权力且界限分明。何况,对这三种权力下一个具有共识性的定义、划定其范围和界限本身就是难以完成的工作。

实践中的权力运行更是对严格的分权理论形成无法弥合的挑战,这一点无论是在西方国家还是在我国,莫不如此。权力的“跨域”行使,最为明显和突出的是行政机关。“20世纪以后,行政权的扩张成为行政法领域中最引人注目的法律现象,行政机关不仅获得了大量的自由裁量权,而且拥有了行政立法权和行政司法权,即它可以如立法机关一样制定具有普遍约束力的规则,而且还可以像法院那样裁决纠纷”^⑥。如在美国,许多官员都行使着多种职能——有的是司法权,有的是立法权,而有的则是行政权,更有一些是难以定性的权力。由于行政权的扩张,行政机关作出大多数重大的政策决定,制定绝大多数的规则,裁决绝大多数的纠纷,各种职能经常混合在一家行政机关,这导致美国现有政府结构与权力分立原则其实并不一致^⑦。

在美国近代的政治生活中,“立法机关所制定的普遍性规则数量已经不多,国家机关所使用的成文的普遍性规则,绝大部分是由立法机关授权行政机关制定”^⑧。“在我国,行政立法的数量同样超过人民代表机关立法的数量,行政法规和规章的数量数倍甚至十数倍于法律和地方性法规”^⑨。同样,司法机关也制定诸多

① 付子堂主编《法理学初阶》,法律出版社2015年第5版,第52页。

② 陈国权、皇甫鑫《功能性分权:中国特色的权力分立体系》,《江海学刊》2020年第4期,第128—136页。

③ 亚里士多德《政治学》,吴寿彭等译,商务印书馆1965年版,第218页。

④ 刘富起《分权与制衡论评》,吉林大学出版社1990年版,“序言”第2页。

⑤ 乔治·萨拜因《政治学说史:民族国家(第四版)》,邓正来译,上海人民出版社2015年版,第314页。

⑥ 章剑生《行政监督研究》,人民出版社2001年版,第2页。

⑦ 理查德·J.皮尔斯《行政法》(第五版),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第41—43页。

⑧ 王名扬《美国行政法》,北京大学出版社2016年版,第3—4页。

⑨ 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2015年第6版,第55页。

具有普遍效力的法律规范。如美国国会 1934 年授权最高法院制定适用于地区法院的诉讼程序规则,最高法院于 1938 年制定了低级法院的诉讼程序规则。1940 年代,美国又依同样的方式制定了刑事诉讼程序规则。直到目前,美国诉讼程序的制定和修改都由最高法院负责。我国法院制定的具有普遍适用性的司法解释以及其他与审判有关的规定更是数不胜数。

从这个角度来看,无论是西方还是我国,分权所指的均是前述权力体系意义上的分权,而非在权力形态意义上进行分权。正如卡尔·施米特所指出的那样:“‘分权’系统绝不是一种在任何地方都从一切细节上得到了实施的带有历史具体性的组织形式,它不过是一个理论模式,建构这一模式的目的是为了说明组织原则。”^①这种组织原则在西方表现为权力的分立与制衡,在我国则更多地表现为权力分工与民主集中制下的功能主义权力配置。

三 双层定位:权力形态层面的相对独立性与权力体系层面的从属性

在对行政权和司法权不同层面的概念进行明晰且明了分权是在权力体系层面展开的之后,作为一个整体的强制执行权是否以及在何种层面上可以完整地归入行政权抑或司法权?笔者认为,在权力类别意义上,强制执行权在权力形态层面具有相对独立性,而在权力体系层面则从属于行政权或司法权。因为在权力形态层面,强制执行权整合了行政与司法的行为方式,是由具有行政权形态的实施权与具有司法权形态的裁决权的有机组成,因而具有相对独立性。而在权力体系层面,由于强制执行权无论在行政权体系中,抑或在司法权体系中,不仅在实践中拥有强制执行权,理论上亦能涵括这一权力形态,因而从属于行政权或司法权。

(一)权力形态层面的相对独立性

强制执行权所具有的独特“强制”性,对行政和司法的行为方式以及对权力形态的司法权和行政权的整合,使得强制执行权具有了不同于其他权力形态的特性,并因此具有了独立性。

1. 强制执行权具有独特的“强制”性

任何一种社会规范,都有一定的强制性,都依赖于某种社会力量保障其实施。法律的强制作用是指法律能够运用国家强制力对违法者施以强制措施,保障法律被顺利实现。强制执行权中的“强制”要素,是这种权力在所有国家权力中所特有的。任何国家机关根据法律针对具体事务作出的决定都具有强制性,但是这种强制性是一种隐含的强制——根本上说是一种“权威”,这种强制依赖于被执行人意志中的尊重、配合或对制裁的畏惧。而强制执行最重要的特征是被执行人意志的“退场”以及强制执行措施的“出场”,这使得强制执行权中的“强制”与法律隐含的强制存在根本的区别。

从享有主体来看,所有在最广泛意义上执行法律的国家机关在针对具体公民或组织作出决定时,都包含着法律本身隐含的强制性。但是,强制执行权中的强制,只有法律明确赋予强制执行权的国家机关才享有,法律没有赋予强制执行权的国家机关绝对不能行使这种意义上的强制执行权。另外,强制执行权绝对不包括法律所隐含的强制性,只有在法律所隐含的强制性无法实现法律的效果时,显性的强制性才会“登场”。而从强制方式来看,法律隐含的强制除了国家机关以及法律本身所具有的权威外,其自身不具有任何独立的措施可供实施,反而必须依靠强制执行权来实现。强制执行权中的强制是由一系列具体而明确的强制措施所保障实施的,如查封、扣押、划拨等。因此,强制执行权中的“强制”性是所有国家权力中特有乃至独有的强制,具有显性存在、强制措施保障、特定国家机关享有等特点。

2. 强制执行权整合了行政与司法的行为方式

从主动性、被动性与终局性的角度来看,行政权具有主动性,司法权具有被动性,强制执行权则兼而有之。从各类强制执行权的情况来看,刑事强制执行权与由行政机关自主执行的行政强制执行权具有主动性,而民事强制执行权和行政强制执行权中由行政机关申请司法机关强制执行中的强制执行权则具有被动性。从强制执行权的权能来看,执行实施权在被启动以后,便具有了主动性,但是,执行裁决权却始终具有被动性。而在是否具有终局性问题上,强制执行权同样区别于行政权与司法权。由行政权作出的生效法律文书,不具有终局性,行政相对人可以针对行政机关的强制执行行为进行诉讼;而由司法权作出的生效法律文书,

^①卡尔·施米特《宪法学说(修订译本)》,刘锋译,上海人民出版社 2016 年版,第 249 页。

由于司法权本身在行使程序的严谨以及在法律问题上的专业,加之国家对司法权“最终裁决”的定位,使得这种效力具有终局性,强制执行原则上也具有终局性,不可针对其提起诉讼。

从权力行使活动的行政性和司法性特征来看,强制执行权兼具行政性与司法性。一般而言,行政活动是由管理者与被管理者双方构成的,行政机构在作出行政决定时通常采取一种单方面运作的模式,而裁判活动要在争议各方同时参与的情况下进行^①。对于强制执行活动而言,刑事强制执行的参与主体为国家执行机关与犯罪人,具有行政活动的特征。但是,对于这一过程中产生的减刑、假释等问题,一方面需要执行机关以行政的方式提出申请,另一方面法院的审查与裁决又与严格的司法审判存在区别。这是刑事强制执行权与行政权和司法权不同的主要原因。对于民事强制执行而言,则有直接移送执行和由债权人申请执行两种情形,但其权力行使方式均与行政权类似。而在此过程中,依然存在各种各样的执行裁决,执行裁决权与司法权类似。而对于行政强制执行来说,在行政机关自己执行的情况下,与行政权的行使更为接近;而由行政机关申请人民法院强制执行的情况,司法机关需要针对行政机关的申请经过审查作出裁决,则明显带有司法权的意味。

因而,在强制执行权行使过程中,行政和司法的方式穿梭其间,难以划出其间的“楚河汉界”,强制执行整合了作为行为方式的行政与司法,具有行政与司法的双重特性。

3. 权力形态层面强制执行权由司法权与行政权有机组成

从强制执行权所包含的权力形态来看,虽然对强制执行权的内在构造存在一定争议^②,但是各大部门法领域均认为,强制执行权由具有行政权性质的执行实施权与具有司法权性质的执行裁决权有机组成。在民事法领域,通说认为强制执行权可以分为执行实施权和执行裁决权^③。无论对民事强制执行权的性质持何种观点,对民事强制执行权的内容并没有太大争议。无独有偶,在刑事法领域,刑事强制执行权内含单纯的刑事执行权和刑事执行救济权的认识同样没有多大争议^④。我国在行政强制执行领域奉行“申请人民法院强制执行为原则,行政机关自行执行为例外”的规则,人民法院对行政机关申请的裁决,具有司法权形态;而行政机关自行执行以及人民法院准予执行后的执行实施,则具有典型的行政权形态。另外,虽然行政诉讼强制执行领域相关讨论不多,但是从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零一条的规定来看,裁定适用于诉讼期间停止行政行为的执行或者驳回停止执行的申请与中止或者终结执行等情形,行政权与司法权形态同样穿梭其间。可见,强制执行权是一个有机的整体,执行裁判权和执行实施权是强制执行权下面的一项权能,隶属于强制执行权且有机联系在一起。

在此基础上,强制执行权形成了自身独立的国家职能指向。在权力形态意义上,行政权的基本职能是执行立法机关的意志、维护社会经济文化秩序、增进社会福利、管理社会公共事务和外交事务。而司法权的使命在于对具体案件进行裁判,并通过将一般的法律规则适用到个案之中,解决业已发生的利益争端,其功能在于裁判案件^⑤。强制执行权的基本职能乃是通过强制措施实现国家行政机关或司法机关针对具体案件作出的决定或裁判的权利义务内容。司法权主要在于“确认”权利义务,且是以司法的手段确认权利义务,而强制执行权主要在于“实现”业已被确认的权利义务,且确认权利义务的国家机关不限于司法机关。后一方面对于行政强制执行尤为明显,行政机关作出的行政决定经过法定争讼期后,公民、组织的权利义务得以确认,此时便可由行政机关或申请法院予以执行。在国家职能体系中,强制执行权有其不同于行政权和司法权的独特的职能,即通过强制执行“实现国家机关代表国家作出的具体法律决定”。

正是由于强制执行权由行政权形态的实施权与司法权形态的裁决权有机组成,且形成了自身独立的国家职能指向,使得行政权和司法权均无法完整涵括强制执行权。因此,强制执行权在权力形态层面具有相对

① 陈瑞华《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,《法学研究》2000年第5期,第42页。

② 关于强制执行权的构造,主要有“二分论”、“三分论”、“四分论”与“五分论”等观点,“二分论”为通说。参见:徐振华、俞荣根《论法院执行权力的分解》,《法学杂志》2012年第1期,第119页。

③ 童兆洪《民事执行的法理思辨》,人民法院出版社2006年版,第48页。

④ 柳忠卫《论刑事执行权的性质》,《刑法论丛》2007年第2期,第270—274页。

⑤ 陈瑞华《司法体制改革导论》,法律出版社2018年版,第5—6页。

独立性。

(二)权力体系层面行政权与司法权均能涵括强制执行权

在权力体系层面,行政权与司法权均是以权力形态层面的行政权与司法权为主体性权力,结合其他权力形态的权力共同构成的。此时,强制执行权作为一种“以强制措施实现生效法律文书内容的权力”,既可以从属于行政权体系,也可以从属于司法权体系。

权力体系层面的行政权与司法权都能涵括强制执行权,尤其是行政权体系能够涵括强制执行权中的执行裁决权,司法权体系亦能将强制执行权中的执行实施权“收入囊中”。前面已经提到过,在现代国家,行政权体系扩张而行使立法权与司法权形态的权力已是不争的事实。这里以在我国与行政机关关系更远的民事强制执行权为例,即使将民事强制执行权完整地配置于行政权体系之中,也不会产生理论上的困难。原因在于,不仅其中的执行实施权本身便具有行政权形态,即便是其中的执行裁决权,行政权体系也可以毫无障碍地行使,然后在强制执行权内部进行分权。反过来,对于司法权体系而言,同样不仅仅行使着纯粹的司法权,而是行使着以纯粹司法权为核心和主体的多种形态的权力,此点在我国尤为明显。以在我国与司法机关关系更远的刑事强制执行权为例,虽然减刑、假释等裁决权已为司法机关行使,但是,即便将刑事强制执行权中的纯粹执行权也交由司法机关行使,甚至将整个监狱管理系统纳入司法权体系,也并不会存在理论上的障碍。正如民事裁判需要以强制的方式实现一样,刑事裁判依然需要以强制的方式实现,司法机关不过是自主实现自身的裁判而已,即使在监狱系统由司法行政机关管理的体制下,执行死刑(立即执行)、罚金刑和没收财产刑等刑事执行权依然由法院行使。

那么,应当如何解释我国对于各类强制执行权的配置呢?笔者认为,对于我国各类强制执行权的配置,学者们给予了强制执行权性质在决定其配置时不该有的地位。甚至有学者纯粹根据理论推演主张把刑事、民事与行政裁判的强制执行权全部交给司法行政机关^①,这种观点透露着对理论推演出来的司法权与行政权概念,以及在权力形态层面严格分权便能带来良好效果的盲目。应当认识到,对于各类强制执行权的配置而言,权力性质只是因素之一,且完全不具备决定性地位。在我国,对各类强制执行权的配置,主要的考量因素是其功能的有效实现,以及更好地实现强制执行权内部的实施权与裁决权之间的相互制约。对于实现有期徒刑、无期徒刑等刑罚的刑事执行权,由于需要进行日常性、高强度、高密度管理,行政机关或许更能发挥其优点,然而为了实现权力制约,则必须将其中的裁决权配置给司法机关。而对于死刑(立即执行)、罚金刑以及没收财产等刑罚,由于具有一性特征,将执行前述刑罚的权力交给司法机关则更为高效。对于实现民事权利的民事执行权而言,由于民事执行并不需要如刑事执行那般的高强度、高密度管理,其中的实施权与裁决权的交叉程度也远高于刑事执行,更重要的是,在民事执行问题上,司法机关相比行政机关而言有着更为浓厚的热情和更为切身的利害,因此,将民事执行权配置给司法机关更能有效实现民事执行权的功能,同时在司法机关内部将实施权与裁决权分开以实现权力制约的目的。行政强制执行权“以行政机关申请人民法院执行为原则”的配置模式同样非常明显地体现了功能有效实现与权力相互制约的双重考量。

四 结语

当前针对强制执行权定位或性质问题产生的各种理论争议,根本原因是对于行政权与司法权概念的不同层次没有清晰的认识,同时对分权理论机械地予以理解。认为强制执行权是为司法权或行政权的观点,要么是只看到了强制执行权行使过程中的主动性、强制性、命令性等行政性特征,要么是仅着眼于民事强制执行领域或刑事强制执行领域,实践中分别主要由司法机关或行政机关行使的现实,这两种认识都无法完整适用于所有强制执行权,亦无法得出有说服力的结论。依附说的观点则是只观察到强制执行权需要依赖于行政权或司法权作出的决定作为执行依据,但是未能看到强制执行权自身所具有的独立存在性。而认为强制执行权具有双重属性,或是具有相对独立性的观点,则观察到了强制执行权对行政权形态与司法权形态的整合并具有了相对独立性,但未注意到其在权力体系层面的从属性。在认识到行政权与司法权分别具有权力形态与权力体系两个层面的意义后,前述窘境便能迎刃而解。在权力形态层面,强制执行权具有相对独立

^①陈瑞华《司法行政机关的职能定位》,《东方法学》2018年第1期,第163—166页。

性;而在权力体系层面,则可从属于行政权与司法权。我国应当在前述定位的基础上,将强制执行权分为行政强制执行权、刑事强制执行权、民事强制执行权、行政诉讼强制执行权与行政非诉强制执行权等类型。在此基础上,结合我国国家机关权力分工的实际情况,以强制执行权功能的有效发挥和强制执行权内部各种权力相互制约为目的,合理配置各种强制执行权,助力强制执行领域治理体系和治理能力的现代化。

Positioning of Enforcement Power in the State Power System: From the Inter-Departmental Law Perspective

Wang Xuehui, Liu Haiyu

(Administrative Law School, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Previous studies on the positioning of enforcement power in state power system have a great tendency to departmental law. Such a limited perspective makes it impossible to accurately define enforcement power as a type of power in a retroactive way. From the perspective of inter-departmental law, the positioning of enforcement power should be abstracted to the national enforcement power and then relocated to decentralization theory. In a modern country, the concepts of legislative power, executive power and judicial power are used respectively at two levels of power form and power system, and the power in decentralization theory is at the level of power system. Compared to other power type, enforcement power is relatively independent at the level of power form while subject to executive power and judicial power at the level of power system. In addition, the nature of enforcement power has limited influence on the power distribution at descriptive level. The main consideration for enforcement power distribution in different departmental laws in China are the real effect of its function and the constraint between internal executive power and judicial power.

Key words: enforcement power; state power; executive power; judicial power

[责任编辑:苏雪梅]