

# 論特別行政區基本法中的國家行爲

王 鐸\*

《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》第 19 條第 3 款規定，特別行政區法院對國防、外交等國家行爲無管轄權。特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交等國家行爲的事實問題，應取得行政長官就該等問題發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出證明文件前，須取得中央人民政府的證明書。那麼，特別行政區基本法中的國家行爲是何內涵？包括哪些內容？胡錦光教授曾在其大作《中國憲法問題研究》中對這一問題首次進行了探討<sup>1</sup>，筆者不揣淺陋，嘗試在借鑒國外法理的基礎上，對這一問題作一初步分析。

## 一、國家行爲的概念

國家行爲的概念首次出現於中國《行政訴訟法》第 12 條第 1 項，該項規定，人民法院不受理公民、法人或者其他組織對下列事項提起的訴訟：國防、外交等國家行爲。2000 年《最高人民法院關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》(以下簡稱《若干解釋》)第 2 條對其作出解釋，行政訴訟法第 12 條第 1 項規定的國家行爲，是指國務院、中央軍事委員會、國防部、外交部等根據憲法和法律的授權，以國家的名義實施的有關國防和外交事務的行爲，以及經憲法和法律授權的國家機關宣佈緊急狀態、實施戒嚴和總動員等行爲。但是，這一解釋不僅未起到澄清國家行爲內涵的作用，反而使該問題進一步複雜化。首先，中央軍委是否屬於行政機關？在中國，行政機關主要是指政府和政府的工作部門，按照憲法的規定，中央軍委是最高軍事機關。其次，“經憲法和法律授權的國家機關”到底是誰？在中國，宣佈緊急狀態主要是由國家主席來進行<sup>2</sup>；實施戒嚴的機關，根

據《戒嚴法》第 9 條是國務院和省級政府；發佈動員令是由國家主席進行，實施動員根據《國防法》第 47 條，是由國務院和中央軍委共同組織，然而，國家主席、中央軍委是否屬於行政機關呢？當然，這裏並不是說國家行爲只能由行政機關作出。但是既然在《行政訴訟法》裏面作出了這樣的規定，難免給人一種印象，國家行爲是行政機關作出的，否則《行政訴訟法》還有甚麼必要排除呢？再次，《若干解釋》第 2 條的重心並沒有放在“國防、外交行爲”的具體內涵上，而是去解釋《行政訴訟法》第 12 條第 1 項中的“等”的含義，即認爲在國防和外交行爲之外，國家行爲還包括宣佈緊急狀態、實施戒嚴和總動員等行爲。<sup>3</sup>但是，很可惜，《若干解釋》第 2 條中又用了一個“等”字，也就是說，在國防、外交、宣佈緊急狀態、實施戒嚴和總動員之外還可能存在其他的國家行爲，那麼，這些行爲到底是甚麼？

國家行爲，德國稱之爲統治行爲(Regierungsakte)，法國稱之爲政府行爲(acte de gouvernement)。一般認爲，德國的統治行爲系源自於法國的政府行爲。<sup>4</sup>依據法國法上的通說，政府行爲是指凡涉及與國會的關係，或是涉及政府與其他國家或國際組織的關係，而源出於行政權卻不受司法審查的法律行爲。<sup>5</sup>政府行爲具有以下特徵：①它是源自行政權的行爲；②它是法律行爲而非事實行爲；③它是不受法院審查的行政行爲；④它是僅局限於兩項特定領域內的行政行爲。對內而言，它是與國會相關的行政行爲，對外而言，它是涉及外交、國際關係等領域的政府作爲。<sup>6</sup>當前，法國的政府行爲主要包括：①國內效果的政府行爲。比如總統諮請國會召開特別會的開會與閉會命令、總統的解散國會命令、總統公佈法律或要求國會復議法律的命令、總統和總理將法案提交憲法委員會審查的決定、政府的法案提案權的行使、總統將法案提交公

\* 北京航空航天大學法學院副教授

民投票的決定、總統的緊急命令權、有關內閣的組成與總辭的總統令、總統、總理和內閣成員的官方演說及文告，以及內閣成員在國會內的舉止行爲。②國際效果的政府行爲。比如條約談判期間政府的態度和手段、政府對條約的簽署、批准或認可的決定、國際承諾的履行或不履行、條約的中止與解除、對外國電台的電波干擾、在國際水域裏劃定安全區以利於核子試爆、外交保護權的運作、政府與國際組織的關係。<sup>7</sup>

### （一）政府行爲與統治行爲

誠如前述，德國的統治行爲雖然源自於法國的政府行爲。但是，後來的發展導致兩者的內容並不一致。德國最早研究統治行爲的是學者Smend，他從統治與行政的區分入手，認爲統治所掌理的範圍是屬於政治的領域，具有領導國家及確立國家大計方針的功能，反之，行政所從事的只是個別性或技術性的問題。<sup>8</sup> 同時，德國學者對統治行爲的認定並不如法國限於行政權的行使，也有將國會行爲或總統行爲納入統治行爲範疇。例如聯邦眾議院對聯邦總理行使同意權、預算案的確認、聯邦總統對於法律的簽署與公佈、聯邦眾議院對戰爭狀態的確認等。除此之外，尚有一些事實行爲，例如聯邦總統或總理的賀電或新年接待來賓、接受訪問等。<sup>9</sup> 學者Schneider列出了一個統治行爲的清單，包括：①國會的決定；②外交高權行爲，例如外交豁免權的決定、外國或政府的承認、外交保護的給予等；③統帥行爲，例如警察或軍隊採取行動的決定；④政府行爲，例如總理對施政方針的確定、政府有關財政上的決定；⑤總統行爲，例如赦免行爲、授予榮典或勳章。<sup>10</sup> 由此可見，德國對統治行爲的界定不僅在行爲主體上與法國不同，且在內容上也與法國的政府行爲有別。這其中最明顯的就是赦免行爲。因爲自1947年的Gombert判決之後，法國學者已經將赦免行爲從政府行爲的清單中刪除。

### （二）政府行爲與政治問題

政治問題是美國法上的概念，那麼，政治問題與政府行爲能否劃等號？政治問題最早出現在1803年的Marbury v. Madison案，該案中，Marshall大法官闡述了政治性事務非法院所能審查的論點後，政治問題被界定爲：行政裁量權免受司法審查。<sup>11</sup> 其後，1849年的Luther v. Borden案，Taney大法官明確指出共和政府體制的判定系屬政治問題。<sup>12</sup> 此後，美國聯邦最高法院經常以此原則拒絕對系爭案件作實體判決，但其範圍一直沒有定論。直到1962年的Baker v. Carr案，

Brennan大法官提出六項判斷政治問題的標準：①憲法明文將該問題委諸於其他同等政治部門予以處理；②欠缺解決該問題所需的司法上可創獲或可操作的標準；③需要明顯非屬司法裁量的先決政策決定，始足以做出司法判斷；④法院如爲獨立的解釋，勢必構成對其他同等政府部門的不尊重；⑤確有特殊需要，須毫不猶豫地遵循已經做成的政治決定；⑥因不同政府部門之間就同一問題發表不同意見，而可能發生尷尬局面。<sup>13</sup> 從當前來看，被美國聯邦最高法院認定爲屬於政治問題的案件包括：①共和政體；②修憲程序；③國會議事自律與立法程序；④選舉區劃分；⑤軍事或戰爭；⑥外交或國際問題；⑦國會行使彈劾權。<sup>14</sup> 美國的政治問題與法國的政府行爲相比，顯然前者的範圍要大，因爲其行爲主體並不限於行政機關。在某種程度上，美國的政治問題的內涵可以比肩德國的統治行爲。但是與德國的統治行爲不同的是，美國學者是站在憲法學的角度來談論政治問題，而德國學者多是站在行政法學的角度來談論統治行爲。也就是說，美國學者主要討論聯邦最高法院應不受理政治問題，而德國學者主要討論聯邦行政法院應不受理統治行爲。但是，德國學者對統治行爲的研究在1960年發生了重大轉向。由於1960年德國頒佈的《行政法院法》將行政法院的受案範圍規定爲非憲法性質的公法爭議，從而將統治行爲劃入憲法爭議的範圍，學者的討論也就從行政法院能不能受理統治行爲轉向憲法法院能不能受理統治行爲。

### （三）國家行爲：一個具有國別特色的概念

從以上法國、德國、美國的國家行爲理論來看，各個國家不僅用詞不統一，在內涵上也差異極大，很難總結出一個具有普適性的國家行爲的內涵。但是，從中我們也可以發現兩個探討國家行爲的線索：第一，憲法學和行政法學對國家行爲的界定並不相同，憲法學上研究的國家行爲的範圍要比行政法學研究的國家行爲的範圍大。第二，各個國家的國家行爲理論裏面都包含了一個因素，就是認爲國家行爲具有政治性。但是，這種政治性到底是甚麼？卻是極其難於界定的，即使是美國的Brennan大法官的六項標準也飽受學者的批評。大家更願意描述這種政治性行爲的結果，即不能接受法院的審查。但是，這又和第一個問題聯繫起來。因爲這裏的“不能接受法院的審查”，到底是不能接受行政法院的審查，還是不能接受憲法法院的審查？因爲行政法院不能審查並不代表憲法法院不能審查，所以，有必要區分行政法上的國家行爲

和憲法上的國家行爲。

## 二、行政訴訟不審查國家行爲的理由

從法國學者的論述來看，行政訴訟不審查國家行爲的理由包括：①國家利益說，認為國家行爲是基於國家公益的迫切需要，行政權不得不爲的行爲，否則將會威脅國家的存在。②判例政策說，認為國家行爲只是法官的政治藝術，透過此政策性技巧，法官可以避免與國會直接對抗，或捲入國際事務，增加政府在國際上活動的困擾。③政府權說，認為國家行爲是特別行政權(政府權)的行使，一般行政權行使的結果是行政行爲，其特點是要服從法律，而國家行爲的特點就是它不需要立法授權，它的權力源泉是憲法。<sup>15</sup>

但是從近來法國法院的判決趨勢來看，行政訴訟不審查國家行爲正在鬆動。首先，對於具有國際效果的國家行爲，行政法院正通過一系列的理論使得不受行政訴訟審查的國家行爲降到最小。①拆離行爲理論。所謂拆離行爲，就是指國家行爲中不直接涉及國際關係的部分，換言之，其所涉及的乃是單純國內法的問題，法院當然有審查權。比如，在Gisit & Mrap案中，法國教育部基於海灣戰爭爆發，命令各大學拒絕伊拉克學生的入學申請，並撤銷已經核發的入學許可資格書。該措施引起移民團體和反種族歧視團體的不滿，向中央行政法院提起撤銷訴訟。該案中學者認為，如果中止法伊雙方科教文合作的行爲，屬於國家行爲。但禁止伊拉克學生入學申請的措施則是法院可審查的可拆離行爲。因為法國大學的入學申請程序、資格等，是純粹國內法的問題。再比如，在歐洲原子能加速器案中，法院認為是否加入原子能加速器建造計劃，是國家行爲，但是關於原子能加速器建造地點的選擇，則非國家行爲。因為這涉及到國內相關法令(如國土規劃法)為準據，是可拆離的行爲。②行政法的國際化。由於法國自第四共和以降，採國際法優於國內法的原則。因此，法官往往依據條約或協定作為審查基礎，自然縮減了國家行爲的領域。比如，在1993年的一個案例中，一法籍奧裔女士與其奧地利籍的兄弟因遺產問題發生訴訟，該女士以有關民事訴訟的海牙公約為依據，一方面要求法國外交部向奧政府請求司法協助，另一方面要求法駐奧領事館代其出庭，在遭到拒絕後，向行政法院提起撤銷訴訟。法院並沒有因國家行爲而拒絕受理，反而直接引用相關國際條約審查此案。學者認為由於很多國際條約對個人進行保

護，而這些公約也都經法國簽署並公佈，在此情形下，法院要拒絕受理此類案件十分困難。更有甚者，根據《歐洲人權公約》第9號議定書，個人可以向歐洲人權法院提起訴訟。那麼，如果國內法院放棄管轄權，等於是將管轄權拱手讓給國際法院。所以，國內法院不得不介入傳統國家行爲的領域。<sup>16</sup>其次，對於具有國內效果的國家行爲，隨着憲法委員會的建立，該會在兩個重要判決中，肯定行政法院的憲法地位，並確保其應有的審查權限，從而使行政法院的權力得到加強。雖然行政法院並不能大幅削減國家行爲，也不能審查國家行爲，但這並不意味着該行爲可任由行政機關恣意而為，行政法院仍然要求該行爲必須滿足法定的合法性要件。<sup>17</sup>

在德國，國家行爲雖然為學界所承認，但此類行爲並非完全免於行政法院的審查。根據《德國基本法》第19條第4款的規定，國家行爲如有侵害人民權利的情形，仍應由行政法院予以審查。換言之，國家行爲不受司法審查，乃因其未直接侵害人民的權利，而非單純基於其行爲的政治性。例如修正與鄰國的邊界，而對人民土地權利有所影響；或與外國簽訂貿易或貨物協定，而對於國內相關業者的權利發生影響，或政府官員在國會中答覆議員質詢時的發言，侵害人民的名譽權等，均可作為行政訴訟的標的。<sup>18</sup>

由此可見，國家行爲不受行政訴訟審查的範圍正在急劇縮小，這一方面是因為一些國家行爲並非行政行爲，本來就不能進入行政訴訟，另一方面在於以行爲的政治性來作為拒絕行政訴訟審查的理由正在被削弱，面對人民的訴訟請求權，只會給人造成拒絕正義的印象。

## 三、國家行爲是否應接受憲法訴訟的審查？

### (一) 美國

美國學者對於政治問題能否司法審查並非人人表示贊同，一方面是因為政治問題的內涵不夠確定，另一方面也是擔心政治問題將減損司法審查的意義。但是也有一部分學者對政治問題表示贊同，提出了諸如“司法自製”、“權力分立”、“法規欠缺”等諸多學說。學者M. Finkelstein認為，法官之所以不審查政治問題，是因為法院缺乏處理技能及主觀認定難度過高，或因法院恐此項判決將造成如激怒大眾等重大影響。這時法官應秉承追求良善的本能，將判斷責任移轉至其他適合的政府部門。因此，政治問題乃是法院

尊重憲法上其他政治部門的一項司法的自我拘束(judicial self-limitation)。<sup>19</sup> 學者Weston強調司法性問題和政治問題的差異，認為憲法的三權分立來自於主權者的委任，主權者委任法院判斷的是司法性問題，而政治問題則另託付政治部門(行政、立法)決斷行使。所以，政治問題是法院解釋憲法所提出的管轄權決定的結果。<sup>20</sup> 學者Field則認為政治問題是因為法院缺乏可資適用的法規，在沒有準則存在的情況下，法院自應回避判斷。比如外交事務因帶有重要政策考慮，大多缺乏精細的規範法則，且不易受到有限的法則束縛，此類案件法院乃不願對達成國家重要目的的政府部門作為加以司法責難。<sup>21</sup>

到了19世紀50-60年代，美國學者開始對政治問題進行理論歸納。學者Wechler認為，政治問題源自於法官中立的原則，即憲法沒有規定該問題由誰決定時，法官應採取中立的立場，想像並比較未來可能發生的案件，考量本案中的各個爭點理由，採取中立和持續一貫的判決原則，如果依此中立原則尚不足以用來推翻其他政府部門的價值選擇時，法院即應有所保留而避讓。<sup>22</sup> 學者Bickel認為，政治問題乃是法院避免從事法律上判斷的一種回避技巧。Bickel將政治問題總結為：①系爭案件很難找到解決的處理準則；②問題的極端嚴重性，司法很難達成平衡的判決；③在擔憂做出本項司法判決，將被漠視而不遵行的顧慮；④基於成熟的民主國家中，司法在制度上並不承擔民選責任，因而缺乏有效的參與手段，所展現出避免遭受譏評的顧慮和自製。<sup>23</sup> 學者Scharpf與Bickel類似，提出政治問題僅是法院對訴訟爭點的反應方式而已。法院在面對不適合的特殊性任務，可能擴張本身的手段或將自身任務加以限縮，政治問題就是這種程序限制之一。<sup>24</sup> 他將政治問題歸納為三類：①影響判決的資料無法取得；②有必要對政治部門的先行政治決定作一致性的宣示；③對政治部門廣泛責任的適切尊重。<sup>25</sup>

1960年以後，美國學者中出現了否定政治問題的聲音。比如學者Henkin認為，聯邦最高法院並未曾適用政治問題去從事任何免除審查的義務。法院所認定的政治問題只是對政治部門的一般性尊重，並非一種特殊回避。所以，他認為，法院在案件具備訴訟要件的情況下，即無回避審查判斷的必要。<sup>26</sup> 學者Redish也對政治問題展開了猛烈的抨擊：①政治問題本身缺乏客觀的標準，也無法在憲法上找到依據。憲法固然沒有明文規定對其他政治部門的決定要加以司法審查，但也不能推出憲法要求免除審查。②政治問題對於司法審查制度而言，沒有任何實際的價值。他認為

政治問題的最大缺失就是使憲法作為最高國家組織規範所應控制政治部門的機制功能喪失。<sup>27</sup> 他懷疑一旦放棄對政治部門行為的審查，其損失利益將大大高於法院因判決而將遭受政治部門冷漠對待的結果。<sup>28</sup> 學者McCormack也不贊同法院採用政治問題，認為它是一個虛假和引導錯誤實踐的理論。假如法院因缺乏解決爭議的準則便放棄司法審查，這將扭曲違憲審查制度。如果是基於司法的非民主本質而採取司法的謙恭退讓，這觀點並未提供我們政治問題和所有其他憲法上爭議的判別基礎。如果害怕司法權威會因受到政治部門對其決定的抗拒而逐漸侵蝕，則就美國憲政史來看，政府各部門甚少有完全漠視司法宣告的情形。<sup>29</sup>

雖然受到激烈批判，但是美國聯邦最高法院並未完全放棄政治問題，只是態度上更加謹慎而已。這一方面是因為法院實際上不可能審查所有的爭議，另一方面也是為了權力分立，因為憲法解釋權並非由司法機關獨享，而是由司法機關與其他政治機關共享。所以，有學者指出，在美國，政治問題並非不受“審查”，只是不受“司法機關的審查”。<sup>30</sup>

## (二) 德國

早期的德國學者普遍認同有所謂排除違憲審查的統治行為領域，一方面可能系受到帝國時代國家法人說的影響，以為國家的權力系惟一旦且不可分者，各國家機關，包括憲法制定權與行政、立法、司法，均只是一種功能的權限分配，這種理論使憲法未能凸顯其優越地位。另一方面當時帝國最高機關之間爭議，帝國與各邦國以及邦國之間的各種公法爭議，均未由帝國法院判決，而採以調解方式解決。早期的學者如Otto Mayer、Rudolf Smend都是延續W. Jellinek等人提出的統治與行政的分野，藉此來說明統治行為不受行政法院管轄。但德國1960年的《行政法院法》將行政訴訟的受案範圍定位為非憲法爭議的公法爭議後，學者開始從司法權的本質、作用方面探究統治行為是否應受憲法法院的審查。學者Kaufmann認為憲法法院可以決定任何純屬憲法爭議的問題，而所謂政治問題是指該問題的處理並無法律規範，因此憲法爭議應不問其政治特性的高低，毋寧是決定法律規範是否足以適用。學者Schneider的觀點與之近似，他認為所謂免於法院審查並非是一般說法的不受法拘束，而是行為雖受到法的拘束，但仍不受審查，因為欠缺法規範。<sup>31</sup> 學者Bolewski認為，統治行為與行政並沒有本質上的差異，必須如行政般遵守合法性原則，故並不存在不受法拘束的領域，也沒有免於法院審查的可能。同時，

統治行爲在基本法和法治國家理念下，必須遵守憲法秩序形成的基本原則界限，如共和、民主、社會國家、聯邦國家、權力分立等。學者Wolff則將統治行爲分爲事實意義上的統治行爲和法律意義上的統治行爲，認爲法律意義上的統治行爲，如條約修正、國會解散、總理選任以及國際法上的行爲等，應受法院審查。<sup>32</sup>

從德國學者的討論來看，雖然一些學者支持國家行爲不受憲法訴訟審查<sup>33</sup>，但大部分學者主張，國家行爲所具有的政治性質，尙不足以導出免受司法審查的結論。同時，從歷年聯邦憲法法院的判決中，不僅未見國家行爲、政治問題等用詞的使用，而且聯邦憲法法院在處理具有政治性的憲法爭議時，多未拒絕予以審理。<sup>34</sup> 相反，德國聯邦憲法法院通過發展不同的審查基準，對國家行爲採取強弱有異的司法審查模式。①明顯性審查。除非政治部門的行爲或決定，有明顯的，可以說任何人一望即知的違反憲法的情形，否則法院便不能加以違憲的指責。常見於國防、外交政策上行爲以及僅輕微影響企業基本權利的高變動性經濟政策。這是因爲在上述問題上，宜由功能更易正確達成的政府部門，掌握關係錯綜複雜且訊息變化頻仍的情況，因此應尊重政治部門特殊的預測空間。比如在兩德基本關係條約案中，聯邦憲法法院乃做出合憲性解釋而非依統治行爲加以回避，憲法法院認爲如何趨近國家統一的目標，司法無法批評政府與國會多數黨的方法，也不宜就政策成功的可能程度表示見解。但就統一的目標，憲法禁止放棄此一促進實現的法律名義，此時法院擁有最低的合憲與否的認定標準。本文中，條約的訂定由於實現統一與自決的法律名義並無滅失之虞，僅系政治上暫不使用，而非擯除放棄該法律名義。可見，聯邦憲法法院對如此帶有高度政治、外交特性者，並未完全放棄審查，而是恪守最低的審查原則。②可支持性審查。就政治部門的決策內容作實質審查，評析其預測空間是否合理並可加以支持，亦即必須是憲法法院可得理解的判斷。一般對於涉及經濟上的人民基本權利的經濟政策，聯邦憲法法院採此項標準。③強烈內容控制。憲法法院從實質正確性的角度出發，對政治部門決定的內容進行具體細微的深入探究，並由法院本身決定其對錯。此時政治部門須承擔舉證責任，證明其措施不違憲。對於政治部門對生命、人身自由或其他基本權利的重大侵害，聯邦憲法法院對之進行強烈內容控制的審查。<sup>35</sup>

### (三) 美、德的比較

由於美國的一元法院體制，所以其司法審查兼具

行政訴訟和憲法訴訟的雙重性質。通過比較美國、德國對待國家行爲(政治問題)能否接受憲法訴訟的態度，可以看出，美國的態度較德國要消極。當然，美國這種消極的態度與美、德不同的政府體制有關。美國實行三權分立，因此，政治問題凸顯的是憲法解釋權的共享而非獨佔。而德國實行責任內閣制，行政與立法主要源自同一多數黨，這種行政與立法相結合的體制導致司法作爲外在監控的功能顯得更加重要。從而政治問題在德國仍然成爲司法可以介入的領域，只不過在審查時僅做低密度、明顯瑕疵的指責。然而，同時不能不注意的，美國的這種消極態度正在變得謹慎，對國家行爲(政治問題)的憲法審查正在加強。這其中原因在於，首先，國家行爲無論其政治性的強弱，仍然逃不出國家權力的範疇，所以，凡屬國家權力的界限，均可構成國家行爲的界限。其次，國家行爲多爲國家機關直接履行憲法所賦予的任務，無需以法律作爲中介，那麼，既然國家行爲以憲法爲依據，那麼對其進行憲法審查(合憲性審查)自是應然之理。再次，法院在“不審查”政治問題之前，必須先要判斷是否屬於政治問題。所以，法院並非完全不審查政治問題，而是預審後發覺屬於政治問題而拒絕宣告進一步判斷。

## 四、特別行政區基本法中的國家行爲

### (一) 特別行政區基本法中的國家行爲

要界定國家行爲是甚麼？

首先，國家行爲的主體。從《若干解釋》來看，似乎國家行爲的主體是一切國家機關。對此，胡錦光教授認爲要區別對待。對於內地的行政訴訟而言，國家行爲的主體主要是最高行政機關(國務院)，因爲最高權力機關的一切行爲都不可能成爲內地法院的審查對象；對於特別行政區法院而言，國家行爲的主體不限於最高行政機關(國務院)，還包括最高權力機關(全國人大及其常委會)和中央軍委。因爲特別行政區法院有權裁決一切法律糾紛，包括對作爲解決該法律糾紛法律依據的法律及其規範性文件是否符合基本法有權作出判斷。<sup>36</sup> 對此，筆者也認爲，對於國家行爲的主體應區分行政訴訟和憲法訴訟的不同。內地法院由於只能進行行政訴訟，不能進行憲法訴訟。所以，內地國家行爲的主體主要是行政機關。而香港實行普通法制度，其法院兼具行政訴訟和憲法訴訟雙重性質，其國家行爲的主體應包括一切國家機關，尤其是在

香港代表中央執行職務的機關。<sup>37</sup> 根據王禹教授的研究，除了國務院、外交部、國防部之外，還包括全國人大及其常委會、中央軍委、國家主席、副主席，特別行政區駐軍、外交部特派員公署等。<sup>38</sup>

其次，國家行爲的內容。誠如前述，從國家行爲的主體來界定國家行爲的範疇是失敗的，這一方面是特別行政區基本法上的國家行爲實施主體是廣泛的，另一方面，這些主體實施的行爲並非都屬於國家行爲。比如胡錦光教授認爲，行政機關徵集兵員、組織民兵軍事訓練、發放外交護照、批准出國考察、訪問、旅遊等不屬於國家行爲。<sup>39</sup> 王禹教授也認爲特別行政區駐軍的非執行職務的行爲不屬於國家行爲。<sup>40</sup> 過去對於特別行政區基本法上國家行爲內容的爭議主要集中在《基本法》第19條第3款的“國防、外交等國家行爲”到底是“等內等”還是“等外等”，從內地法律來看，傾向於“等外等”，但從普通法的傳統和特別行政區法院的判例來看，傾向於“等內等”。對此，筆者認爲，“等外等”的觀點較恰當。這無論是從國外的理論和實務來看，還是從特別行政區的實踐來看，比如中央任命特別行政區長官，既不屬於國防事務也不屬於外交事務，但特別行政區法院能否審查呢？當然，如果國家行爲的本質來看，其內容應是政治性的行爲。但是何謂政治性？定義難度極大。<sup>41</sup> 因此，筆者認爲，與其從國家行爲的政治性上入手，不如將重點放在國家行爲的“可由法院審查”上，亦即從特別行政區法院審查權的界限入手來分析國家行爲的範圍。根據《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》第19條第2款的規定，特別行政區法院除繼續保持原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對特別行政區所有的案件均有審判權。而特別行政區法院之所以享有如此廣泛的管轄權是與《香港特別行政區基本法》第158條第2、3款和《澳門特別行政區基本法》第143條第2、3款分不開的。這兩款規定，全國人民代表大會常務委員會授權特別行政區法院在審理案件時對本法關於香港特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。由此可見，正因為特別行政區法院對基本法享有廣泛的解釋權而導致特別行政區法院的廣泛的司法權。但是《香港特別行政區基本法》第158條第3款和《澳門特別行政區基本法》第143條第3款對特別行政區法院的解釋權進行了限制，即特別行政區法院無權對基本法中關於中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款作出具有最終法律效力的解釋。由此也就是說，特

別行政區法院對於中央政府管理的事務和中央與特別行政區之間關係的事務沒有管轄權，而這就可以被視爲國家行爲的內容。

## (二) 特別行政區法院對待國家行爲的態度

特別行政區法院對待國家行爲的態度如何？根據《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》第19條第3款的規定，如果原告直接對國家行爲提起訴訟，特別行政區法院應不予受理。如果原告並非直接針對國家行爲提起訴訟，而是針對其他法院可以受理的爭議提起訴訟，但該爭議的解決需要涉及到國家行爲是否存在的事實認定。比如在一起交通肇事案件中，一方聲稱自己是外交部人員在執行外交任務。那麼，此案的解決就需要認定“外交行爲是否存在”這個事實問題。此時，特別行政區法院仍然沒有管轄權，特別行政區法院需要取得行政長官就該等問題發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出證明文件前，須取得中央人民政府的證明書。這一做法與德國學者Ipsen提出的觀點具有近似性。他認爲，法院在認定統治行爲(國家行爲)時，如系全體，則案件全部不受審查；如系部分認定，則問題爭點由有認定權者予以決定，法院應遵從而做出判決。<sup>42</sup>

但是，中央人民政府是否對國家行爲享有認定權？筆者認爲，根據《香港特別行政區基本法》第158條第3款和《澳門特別行政區基本法》第143條第3款的規定，涉及基本法中關於中央人民政府管理的事務或中央和特別行政區關係的條款，只有全國人大常委會享有最終解釋權。因此，該國家行爲的事實是否存在，最終仍要由全國人大常委會來決定。所以，國務院(中央人民政府)在發出證明書之前，應當按照《立法法》第43條，向全國人大常委會提出解釋要求。

那麼，這是否意味着，對於國家行爲的全部認定由特別行政區法院進行，對國家行爲的部分認定，由全國人大常委會進行？對此，筆者並不贊同。因爲即使是直接涉及國家行爲的案件，特別行政區法院不予受理，並不代表就是最終生效的認定。一方面，如果本不屬於國家行爲而特別行政區法院拒絕受理，則當事人可以上訴。另一方面，如果本來屬於國家行爲而特別行政區法院進行了受理並審查，可能會被全國人大常委會所推翻。當然，全國人大常委會推翻的並非特別行政區法院已經生效的判決<sup>43</sup>，而是重建“法院未來針對類似行爲的態度”。因此，特別行政區法院對於國家行爲的認定最多只有個案效力。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 胡錦光：《中國憲法問題研究》，北京：新華出版社，1998年，第319-341頁。
- <sup>2</sup> 這是針對全國人大常委會決定的緊急狀態，至於國務院決定的緊急狀態由誰來宣佈，未見規定。
- <sup>3</sup> 當然，宣佈緊急狀態、實施戒嚴和總動員是否屬於國防、外交行爲？或者說《行政訴訟法》第12條第1項中的“等”是“等內等”還是“等外等”？緊急狀態和實施戒嚴並不屬於國防、外交行爲，但對於總動員，從《國防法》第八章的規定來看，顯然屬於國防行爲。所以，這裏既非完全的“等內等”，也非完全的“等外等”。但如果從數量上看，“等外等”的可能性較大。
- <sup>4</sup> 李建良：《憲法理論與實踐》（一），台北：學林文化事業有限公司，2003年，第325頁。
- <sup>5</sup> 陳淳文：《由新近判例趨勢論法國公法上的“政府行爲”概念》，載於《人文及社會科學集刊》，第9卷，第4期，1997年。
- <sup>6</sup> 同上註。
- <sup>7</sup> 同上註。
- <sup>8</sup> 同註4，第347頁。
- <sup>9</sup> 同上註，第363頁。
- <sup>10</sup> 同上註，第369頁。
- <sup>11</sup> 5 U.S. 137 (1803).
- <sup>12</sup> 48 U. S. (7 Howard) 42-44 (1849).
- <sup>13</sup> 369 U. S. 217 (1962). 當然，這六項標準到底是單獨適用還是聯合適用？1993年的Nixon v. U.S.案指出，Brennan提出的六項標準並非具有單獨成因，其中第一項標準“憲法明文交付其他政治部門決定”是前提，其餘五項標準是作為對第一項標準的補充理由。506 U.S. 224 (1993).
- <sup>14</sup> 同註4。
- <sup>15</sup> 同註5。
- <sup>16</sup> 同上註。
- <sup>17</sup> 在法國，甚至出現了否定國家行爲的學說，主要有：①混合行爲說。認為如果有行政權的行爲不受法院審查，那並不是因為有政府權存在，而是有其他理由。首先，就牽涉國會的行政行爲而言，其爭訟的兩造必然是行政權首長與國會兩院之一，如果行政權首長可以是行政法院裏的訴訟當事人，但國會兩院或其代表並不具備行政法院訴訟當事人的資格。其次，就牽涉外國政府的行政行爲，外國政府，基於主權原則，不受法國行政法院審查。②法院權限說。認為行政法院的權限只在於審查行政行爲，牽涉行政、立法二權爭議的法院是憲法法院，而涉及他國政府的爭議，當由國際法庭裁決。所以，Eisenmann指出，如果法國法內有不受審查的行政權的行爲存在，那是源於法國司法體制本質上的缺陷：一方面一般法官有法定權限的限制，另一方面又缺乏真正有權的法官——憲法法官。③法官自限說。所謂國家行爲不過是行政裁量權的一種，行政裁量的概念足以將其涵蓋，而無自成一類的理由。
- <sup>18</sup> 同註4。
- <sup>19</sup> Finkelstein, M. (1923). Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*. Vol. 37. 338-340, 344-345.
- <sup>20</sup> Weston, M. F. (1924). Political Questions. *Harvard Law Review*. Vol. 38. 296-302.
- <sup>21</sup> Field, O. P. (1924). The Doctrine of Political Question in the Federal Court. *Minnesota Law Review*. Vol. 8. 486-510.
- <sup>22</sup> Wechsler, H. (1959). Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review*. Vol. 73. 6.
- <sup>23</sup> Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill. 184.
- <sup>24</sup> Scharpf 之所以政治問題是法院限縮自身任務的程序限制之一，是因為他認為除了政治問題回避之外，法院還可採取其他程序或管轄權上的方法達成，比如縮小爭點以規避是否合法、延遲判決以緩衝爭議、認定錯誤駁回請求等。
- <sup>25</sup> Scharpf, F. W. (1966). Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis. *The Yale Law Journal*. Vol. 75. 517-520.
- <sup>26</sup> Henkin, L. (1976). Is There a Political Question Doctrine? *The Yale Law Journal*. Vol. 85. 600.
- <sup>27</sup> Redish, M. H. (1991). *The Federal Courts in the Political Order: Judicial Jurisdiction and American Political Theory*. Durham:

Carolina Academic Press. 134-139

- <sup>28</sup> Redish, M. H. (1985). Judicial Review and the Political Question. *Northwest University Law Review*. Vol. 79. 1033.
- <sup>29</sup> McCormack, W. (1987). The Justifiability Myth and the Concept of Law. *Hastings Constitution Law Quarterly*. Vol. 14. 626-633.
- <sup>30</sup> 廖元豪：《從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性》，載於《政大法律評論》，第71期，2002年。
- <sup>31</sup> 同註4。
- <sup>32</sup> 鄒建中：《我國憲法解釋中“政治回避”的法理研究》，台北：台灣師範大學博士學位論文，2003年，第90-91頁。
- <sup>33</sup> 比如學者 Forsthoff 從司法權的本質出發，認為法治國家固然應有必要的司法控制，但並不意味着司法的萬能，對國家存在與秩序從事冒險的政治決定，司法作為秩序的一部分實非其適合的職責角色，一方面容易導致自身陷入危困境地，另一方面也混淆了司法獨立，是以不負政治責任而區別於民選政府部門。參見上註，第89-90頁。
- <sup>34</sup> 《德國聯邦憲法法院裁判選輯》(二)，台北：司法院，1991年，第116-149頁。
- <sup>35</sup> 羅名威：《德國違憲審查權對立法權的控制界限》，載於《憲政時代》，第24卷，第2期，1991年。
- <sup>36</sup> 參見註1，第325-326頁。同時，胡錦光教授認為國務院的工作部門不能成為國家行為的主體，但這一方面與《若干解釋》第2條的規定不符，因為《若干解釋》將外交部、國防部也列為國家行為的主體，另一方面也與實際情況不符。因為有些國家行為的具體實施就是由國務院工作部門來完成。比如《兵役法》第10條規定，全國的兵役工作，在國務院、中央軍事委員會領導下，由國防部負責。
- <sup>37</sup> 澳門由於實行大陸法制度，其行政訴訟由專門的行政法院審理，普通法院傳統上只能審理民事、刑事案件，但由於《澳門特別行政區基本法》第143條賦予澳門特別行政區法院對基本法的解釋權，而基本法在特別行政區屬於憲法性法律，所以，澳門特別行政區行政法院和普通法院也分別具備了行政訴訟和憲法訴訟的屬性。
- <sup>38</sup> 王禹：《“一國兩制”憲法精神研究》，廣州：廣東人民出版社，2008年，第148-154頁。
- <sup>39</sup> 同註1。
- <sup>40</sup> 同註38，第151頁。
- <sup>41</sup> 台灣學者陳愛娥對政治給出了四個定義，但是她認為，無論怎麼定義，最終都不能否定憲法法院對政治問題的審查權。陳愛娥：《大法官憲法解釋權之界限——由功能法的觀點出發》，載於《大法官釋憲五十週年學術研討會記錄》，台北：司法院，1999年，第320-321頁。
- <sup>42</sup> 同註32。
- <sup>43</sup> 因為根據《香港特別行政區基本法》和《澳門特別行政區基本法》第17條第3款的規定，全國人大常委會的認定一般不具有溯及力。