

# 澳門“逐步”拋棄特別權力關係的過程分析

張駿\*

## 一、問題的提出及其意義

起源於普魯士的特別權力關係理論(Besonderes Gewaltverhältnis)，其奠定關鍵在於行政主體擁有權力和行政相對人自願加入，二者構成特別權力關係的基本要素和基本特徵。<sup>1</sup> 雖不一定正式採用“特別權力關係”這一說法<sup>2</sup>，但特別權力關係廣泛存在於很多國家和地區，尤其在軍隊、公務員、乃至學校系統中。戰後各國普遍反思特別權力關係應當適用的範圍和程度，其改革的總趨勢是不斷加以細分和限縮。時至今日，多數法律制度較為完善的國家和地區適用特別權力關係的領域已相當有限。<sup>3</sup> 這個過程依各地歷史發展而呈現不同態樣，比如，德國、日本在重新制憲的歷史契機下為消解特別權力關係直接確立了憲法依據，從而使得後續的改革“一蹴而就”；而台灣地區則在其民主化的過程中藉由“‘大法官’以應急式的個案累積”<sup>4</sup>實現了“剝洋蔥”式的修正。

然而對於廣大大陸法系國家和地區普遍經歷的改革到底在澳門如何發生，以及經歷該過程後澳門現今的法律系統中特別權力關係是否仍在某種範圍和程度上適用等問題，研究寥寥可數。澳門大學蔣朝陽副教授在其《略論澳門公職法律制度的改進》一文中引述了葡萄牙法學家 José António Pinheiro Torres 的觀點，澳門“由於公職法律制度受葡國憲法所確立的行政當局的工作人員與私有領域的勞動者一視同仁這一平等原則的影響，逐步拋棄‘特別權力關係’理

論”。<sup>5</sup> 這一簡單的闡述恐怕是迄今有關澳門特別權力關係改革議題惟一的觀點，相應地，可能也是最權威的觀點。但是，“受影響而逐步拋棄”只是一個梗概的說法。此說並未着意辨析“拋棄(特別權力關係理論)與否”的法理標準，也未對“逐步拋棄”與“(可能存在的)非逐步拋棄”的不同態樣進行區分。因此，有必要深入探討“受葡國影響而逐步拋棄”特別權力關係理論的過程，兼與德國、日本等國家，以及台灣地區的經驗進行比較，從而較為精確地呈現澳門行政法(乃至基本法)改革特別權力關係的過程，為澳門地區將來的其他法律改革提供參考。

另外，國內一些學者在是否應當拋棄特別權力關係的結論上刻意留有餘地，一方面着力論述二戰後西方憲政、人權、法治國等觀念的發展如何挑戰和消解了特別權力關係理論，另一方面又以與西方特別權力關係理論的修正過程相吻合為由，論證在西方國家、日本和中國台灣地區原則上已經拋棄的特別權力關係理論的背景下，該理論在當今法制不盡完善的中國內地仍有某種生存空間。<sup>6</sup> 首先，內地只應享受“低人權配置”的這種定勢思維並未被普遍認同，其次，考慮到內地學界就特別權力關係與內地行政立法的關係尚存爭議<sup>7</sup>，這種“雙重標準”的表態無疑使得相關討論失焦。所以，通過研究澳門的經驗，如果能夠就特別權力關係明確存廢標準，區分改革類型，辨析某些容易出現的誤讀，則至少在學理討論層面上對內地提供一定的借鑒。

\* 華南理工大學公共政策研究院研究助理

## 二、存廢標準的辨析及對澳門改革的定性

上文提到關於特別權力關係在澳門的改革有一個出發點，即葡萄牙法學家 Torres 的“澳門在承襲葡萄牙法律體制的基礎上逐步拋棄特別權力關係”的觀點。然而，這一論述極為簡單，尚存進一步推敲的需要。暫不考慮翻譯過程中可能出現的不完全對等的瑕疵問題，在一般的文意理解上，該表述引起了一種合理期待，即葡萄牙業已拋棄特別權力關係理論。但若細究起來，Torres 並未對此直接確認，只是指出《葡萄牙憲法》確立了“對行政當局的工作人員與私有領域的勞動者一視同仁”這一平等原則。那麼，《葡萄牙憲法》所確立的這一原則是否應當被視為拋棄特別權力義務的理論基礎？

這一問題的提出，實質上是要求明確一個法域內特別權力關係存廢的辨析標準，這無疑成為研究特別權力關係理論問題所必須關注的基本點。筆者對前人有關特別權力關係理論的研究分析與總結得出，特別權利關係發揮作用的關鍵無非是(在適用特別權力關係的領域內)排除了相關司法救濟。因此，應當再度聚焦於當年德國法學界關於特別權力關係內部的處分是否都能按照行政訴訟程序進行救濟的討論<sup>8</sup>，並以此作為特別權力關係在一法域內存廢的標準。對此，只要結合德國和日本的改革歷程，就可以有相當明確的判斷。

1949年制定的《德意志聯邦共和國基本法》(以下簡稱《德國基本法》)的歷史背景較為特殊，其法學價值集中表現為《德國基本法》對於二戰後德國興起的“法治國(Rechtsstaat)”理論的貫徹<sup>9</sup>，即主張法院對行政行為擁有完全的審查權，以保障人權不被再次蹂躪。具體來說，《德國基本法》強烈要求國家在各個方面貫徹法治與人權原則，其中多項條文直接與傳統的“特別權力關係”理論相衝突，最為核心的當屬第19條：“1.凡基本權利依本基本法規定得以法律限制者，該法律應具有一般性，且不得僅適用於特定事件，除此該法律並應具體列舉其條文指出其所限制之基本權利；2.基本權利之實質內容絕不能受侵害；3.基本權利亦適用於國內法人，但以依其性質得適用者為限；4.任何人之權利受公共權力侵害時，得提起

訴訟；如別無其他管轄機關時，得向普通法院起訴，但第十條第二項後段之規定不因此而受影響。”

這些規定明確了德國公民的基本權利在沒有法律依據下不得限制，並不需要區分是在特別權力關係之內或之外。<sup>10</sup> 特別是第4款以十分確切的文字將公民尋求司法救濟的權利列為憲法保留條款，這意味着特別權力關係在德國已不存在任何具有絕對管轄權的領域，從而使得行政機關失去了訴諸特別權力關係的根本動機。至此，特別權力關係實質上已在德國法律體系內消亡。

日本的改革路徑與德國非常類似。1946年頒佈的“和平憲法”同樣是戰後特殊歷史背景下的產物，與《德國基本法》相比，“美國強行植入”的色彩更濃。然而，這部憲法還是積極地回應了戰後興起的法治國理念，其中訂立的多個條文都為日後限縮特別權力關係的適用提供了憲法依據。日本法學界持“一般性及形式性的否定說”的學者以《日本國憲法》第41條(明確的國會之最高權力機關和惟一立法機關地位)和第97條(強調的基本人權的本質)為最終依據，認為所有公權力都需要有法律依據並適用司法救濟，“特別權力關係”不得例外。<sup>11</sup> 如果認為該說仍有牽強之嫌，毫無爭議的則是第76條第2款明文規定“行政機關不得為終審裁決”。該條否決了以往所採取的列舉主義，承認法院對違法行政行為的審查權，主張司法權得對特別權力關係作適當的干預。<sup>12</sup> 就立法層面上的改革而言，對比德國的經驗，可以認為日本已經拋棄特別權力關係。實務層面上，至於何種干預才是“適當”，則關乎到審查密度(強度)的問題，本文第四節會專門討論。這裏要指出的是司法權進行“適當”干預的尺度，歸根結底還是由司法機關自己進行裁量，行政機關無緣置喙。也就是說行政機關真正有意假特別權力關係之名而無視公民基本權利的那部分“行政行為”恰恰是由司法機關終局裁判的，因此再訴諸特別權力關係已無實質意義，故可以認定特別權力關係在日本同樣已經被拋棄。

澳門情況有一定的特殊性，在分析“在承襲葡萄牙法律體制的基礎上逐步拋棄的特別權力關係”的判斷時，有需要先了解葡萄牙的相關改革歷程。上文確立了“對特別權力關係內部的處分是否都能按照

行政訴訟程序進行救濟”這一標準，以此檢視葡萄牙是否已拋棄特別權力關係理論，結論是明顯的。《葡萄牙憲法》(1976)在有關“特別權力關係”的救濟機制的問題上採取了與《德國基本法》非常相似的處理手法。《葡萄牙憲法》第 20 條(訴訟法律和向法院申訴的權利)規定：“1.任何人都有依法提起法律訴訟並受到法律保護的權利；2.任何人為保衛自身權利而向法院起訴的權利受到保障；司法機關不得因起訴人財力不足而予以拒絕。”對照《德國基本法》第 19 條第 4 款的規定，兩者都已以十分確切的文字將公民尋求司法救濟的權利列為憲法保留條款，而並不因行政處分的內、外部之分而差別對待。故可認為葡萄牙已經拋棄了特別權力關係理論。

不得不承認，作為一部制定時間相對較晚的憲法，1976 年頒佈的《葡萄牙憲法》就克服特別權力關係理論可能產生的弊端又有了更加針對性的設計。該憲法第 50 條(謀求公職權)第 2 款規定：“任何人不得因行使政治權利或擔任公職而在其有權從事的勞動、職業、專業活動或有權享受的社會福利等方面受到歧視。”對於該條文的解釋顯然可以連繫到 Torres 所指出的“葡國憲法所確立的行政當局的工作人員與私有領域的勞動者一視同仁”這一平等原則。將該“平等原則”與上文中的“訴訟權之憲法保留原則”作關聯理解，可知《葡萄牙憲法》在此處為全體公民構建了以司法救濟保障平等權利的完整邏輯。至此，特別權力關係理論僅以行政相對人自願加入為由而對其施行區別於其他公民的差別待遇的目的已無法實現。

1976 年葡萄牙頒佈新憲法後於同年制定了《澳門組織章程》。在澳門回歸前實施的法律中，《澳門組織章程》規定澳門政權機關的權力劃分及政權機關與葡萄牙國家機關的關係等內容，是憲法性法律。《澳門組織章程》賦予澳門總督和立法會立法權，這是一種雙重立法體制。<sup>13</sup>自此，澳門總督、立法會在《葡萄牙憲法》和《澳門組織章程》規定的範圍內制定了包括澳門公職人員章程——《澳門公共行政工作人員通則》在內的多部本地法律。1989 年澳門頒佈實施的公職人員章程在界定公職人員基本權利方面具有絕對權威性和完整性。該章程第 342 條(司法上訴)規定：

“就總督作出或政務司行使獲授予之權限而作出之處罰裁定，得根據一般規定提起司法上訴。”而回歸前夕(1999 年 10 月 11 日)頒佈的《澳門行政程序法典》第 14 條進一步就“訴諸司法機關原則”作出規定：“保障私人得訴諸具有行政審判權之法院，藉此在依據規範行政上之司法爭訟之法例下，得到對行政當局之行為之司法監察，以及維護私人之權利或受法律保護之利益。”據此，澳門滿足本文總結的“對特別權力關係內部處分能按照行政訴訟程序進行救濟”的標準，可以說其早在回歸前就已經拋棄了特別權力關係。

《澳門基本法》第 36 條明確規定：“澳門居民有權訴諸法律，向法院提起訴訟，得到律師的幫助以保護自己的合法權益，以及獲得司法補救。澳門居民有權對行政部門和行政人員的行為向法院提起訴訟。”這與德國、葡萄牙的改革結果一致，以十分確切的文字將公民尋求司法救濟的權利列為憲法(級別)保留條款，並不因行政處分的內、外部之分而差別對待。另外，全國人大常委會《關於根據〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉第一百四十五條處理澳門原有法律的決定》(1999)保證了公職人員章程、《行政程序法典》內的有關條款繼續有效，並未因為權力交接而受到影響。基於以上理由，可以認定澳門業已拋棄特別權力關係理論。

### 三、澳門改革過程中的“逐步”問題

如果確認葡萄牙業已拋棄特別權力關係理論，下一個問題是應該如何理解澳門“逐步”承襲葡萄牙法律體制而拋棄特別權力關係。如果將此論述置於一個橫向比較的環境中，需要辨析的問題是就一個國家或地區的法律體系而言，有關特別權力關係的改革到底是否存在“逐步”和“非逐步”的區別。

世界範圍內涉及特別權力關係及其改革問題的國家和地區中，德國既是理論的發源地，又是率先對該理論在國家法律體系中的角色步進行實質性改革的國家；師承德國的日本和中國台灣地區在該議題上也是貢獻頗豐。內地有關德、日等國，以及台灣地區

的特別權力關係改革的研究自然不在少數，但是，鮮有文章明確指出鑒於立法層面的基礎不同(即司法實踐之前是否在已經存在相關憲法文本)，德國、日本，以及台灣地區在改革的步驟上應當被區分為兩種不同態樣：其一是德國、日本“一蹴而就”地揚棄了特別權力關係理論；其二是台灣藉由“大法官”以應急式的個案累積而實現了對特別權力關係適用範圍的“剝洋蔥”式的修正。兩者相較，台灣的態樣更應被視作為對特別權力關係的“逐步”拋棄。

在德國，改革特別權力關係始於1949年《德國基本法》的頒佈。當然在改革的過程中還有許多重要的節點，如烏勒(Carl Hermann Ule)1956年在德意志公法學者年會上提出“基礎關係(Grundverhältnis)”與“管理關係(Betriebsverhältnis)”理論以及其後的“重要性理論(Wesentlichkeitstheorie)”，作為其理論的替代<sup>14</sup>；1960年德國《行政法院法》對行政訴訟的受案範圍作出的概括性規定<sup>15</sup>；1972年德國聯邦憲法院通過著名的“監獄服刑案”判決對於服刑人員的(憲法所規定的)基本權利的確認等等。<sup>16</sup>然而，以今天的後見之明來說，實際上《德國基本法》第19條對司法機關對特別權力關係有權干預的明確規定，日後特別權力關係的適用不斷被限縮乃至實質上被拋棄的結局就已被註定。

在日本，雖然在審查密度的拿捏上並非無可挑剔，但其改革還是具有重要意義，《日本國憲法》第76條第2項明文規定行政機關不得為終審裁決，承認法院對於違法行政行為的審查權，主張司法權得對特別權力關係作適當的干預。<sup>17</sup>與德國學理一樣，必須要強調日本改革的根本前提是憲法條文在涉及特別權力關係的領域中已明確作出相關規定，而司法實踐只是在該前提下落實憲法精神，後者的存在和意義首先有賴於前者的訂立。在這種情況下，改革固然非一日之功，但路徑和目的是相當明確的，啟動之初就不會存在太多懸念，良善的結果終究可以期待。

反倒是台灣地區的經驗予人警示，在憲法依據不那麼直接的情況下，不排除會出現“逐步”改革的艱辛。內地有學者認為特別權力關係理論源自德國，然後傳入日本，民國時期再由日本傳入中國，對台灣行政法學說及實務界產生深遠而牢固的影響。<sup>18</sup>但其實

台灣在特別權力關係在法律體系總的改革方面與德日兩國有着根本的不同。雖然同樣深受法治國理念的影響，但遺憾的是，在種種機緣巧合下1946年頒佈實施的《中華民國憲法》中並未有任何條款直接與特別權力關係理論發生衝突。統覽整部“憲法”，在人民基本權利的內容中，除了保障人民人身自由權利的第8條外，再無憲法保留的條款。修改憲法談何容易，但是，《中華民國憲法》的條款抽象性反倒可由司法機關通過憲法解釋權來具體化，使得相關改革的“逐步”推進更為倚重司法介入而非確立法律保留制度。自1984年起，傳統的特別權力關係理論開始受到“大法官釋字”的不斷修正。自1984年的第187號解釋始，陸續通過了第201、243、266、295、298、312、323、338、378、382、396、430、443、459、462、466、474、483、491、583、614、653、654、658、684號等解釋持續推進，最近一次修正是2012年底的第707號解釋。<sup>19</sup>這期間有相當部分的司法解釋已經成為該領域頗具標誌性解釋。如第一個解釋是1984年5月18日的“釋字第187號解釋”，它首次將公務員申請退休金納入訴願與訴訟軌道。隨後的第201、243、266、298、312、323、338號解釋對公務員公法上的財產權、身份決定等行為作了同樣的處理。與此同時，司法解釋涉及到學校與學生關係的領域，釋字第350號、382號確立了教育主管部門不得依據行政命令統一規定大學生的共同必修課目，並將學校對學生的身份方面的處分(如退學)納入法律救濟軌道。<sup>20</sup>可見，台灣地區“司法院”主導的改革路徑是通過司法解釋不斷修正，逐漸建立起行政相對人尋求司法救濟的意識，並借此不斷縮減適用特別權力關係的事項。最終，“剝洋蔥”的結果是特別權力關係理論在台灣地區法律體系中已形同廢除。最後的一塊兒，就是服刑人員與監獄之間的關係，這一方面與華人社會的文化傳統有關，另一方面涉及到審查密度問題，下文將作討論。

從絕對意義上講，任何改革都不會“一蹴而就”，德國和日本有關特別權力關係的改革經驗無疑飽含大量的法學辯論和法律實踐，而且必然經歷前後好幾十年的時間跨度。但從相對意義上講，德、日的經驗未免不失為一種“一蹴而就”的順遂。德國和日

本都因為戰敗的原因而迅速重新制憲，並藉由該契機而直接將“法治國”的理念體現在“人民基本權利”、“終審裁決權力”等具體條款中，這些條文直接在最高上位法的層次上極大地限制特別權力關係理論在諸多領域的適用。所以，德、日的改革關鍵在於先有憲法相關條文的訂立，再有法律實務的跟進，是通過司法實踐逐步落實立法精神的改革，而台灣那種因為無法直接自憲法條文中獲得相關依據而只能依賴“應急式個案”累積的改革態樣，其改革過程的可控性和改革結果的可預期性相比起德、日更具有憲法基礎的改革為低。

關於葡萄牙的改革經驗，其在為公民尋求司法救濟的權利設立憲法保留的問題上，《葡萄牙憲法》第 20 條可與《德國基本法》第 19 條比肩，而《葡萄牙憲法》更在其第 50 條確立了“行政當局的工作人員與私有領域的勞動者一視同仁”的平等原則，克服了特別權力關係理論可能產生的弊端，形成了極具針對性的制度保障。從這個角度講，葡萄牙的改革甚至比德國更為到位。

只要將澳門拋棄特別權力關係理論的過程置於其在由殖民地到特別行政區的獨特地位轉換的特殊歷史背景下，可發現其獨特性。回歸前，澳門完全嵌入葡萄牙憲法體制，葡萄牙的改革結果在澳門自然同步生效。澳葡時代在立法上也有操作細膩的一面，依照保障公民訴權的憲法精神，在公職人員章程和《行政程序法典》中的對應條款進一步在澳門部門法的位階上鞏固了葡萄牙改革的結果。回歸後，《澳門基本法》第 36 條的規定起到了與《葡萄牙憲法》第 20 條和《德國基本法》第 19 條同等的訴權保障效果，同樣是一次到位地拋棄了特別權力關係理論。再者，《澳門基本法》的總體精神延續了公職人員章程和《行政程序法典》中相應條款的效力，從而“毫不折騰”地延續了部門法位階上對特別權力關係的改革。

從以上分析可見，筆者對葡萄牙法學家 Torres 指出的澳門“由於公職法律制度受葡國憲法所確立的行政當局的工作人員與私有領域的勞動者一視同仁這一平等原則的影響，逐步拋棄‘特別權力關係’理論”作出了更加細膩的理解，“逐步”應當是指改革的過程在時間上客觀存在一定區間的延續，而非某種

法理評價。畢竟，澳門不存在台灣地區那種在司法實踐中通過“法官釋憲”的方式而來為特別權力關係劃定界限的經歷。

#### 四、內地借鑒外部經驗時應當避免的誤讀

合乎邏輯地說，要討論包括澳門在內的任何國家和地區改革特別權力關係的經驗是否對內地有借鑒意義，前提是內地現行法律體制中存在對特別權力關係的適用。這幾乎是無需加以論證的。因為雖不一定正式採用特別權力關係這一說法，但在某些立法和司法實務上與特別權力關係理論“不謀而合”的例子在世界範圍內絕不鮮見。<sup>21</sup> 即便僅以內地的情況來看，也未見學者敢於聲稱公法上的特別勤務關係、特別管束關係、特別監督關係和特別組合關係在內地概不存在<sup>22</sup>，更何況，內地近年來也確實出現了類似特別權力關係的案件。

但是從現實角度講，由於內地畢竟沒有正式採用特別權力關係這一說法，目前內地學界基本上有兩種學說，即“否定說”和“肯定說”，兩種學說都有法學界權威人物背書<sup>23</sup>，結果使得眾多資歷尚淺的學者在同一篇文章中對兩說莫衷一是。就內地行政立法中“疑似受到特別權力關係影響”的領域而言，如果能夠暫且擱置有關理論淵源的爭議，則不難看出無論是持“否定說”還是“肯定說”的學者對二戰前，德、日肆意適用特別權力關係而大範圍侵害公民基本權利的做法都是持批判態度的。儘管持“否定說”的學者在結論上批判特別權力關係理論本身的落後性，而持“肯定說”的學者直面特別權力關係，但都有助於更好地理解 and 批判特別權力關係，然而，此兩種學說還未顯現真正意義上的觀點對峙。

矛盾產生於持“否定說”的學者中較“激進”者(如胡建淼教授)生怕一旦“引入”特別權力關係來對內地行政立法進行解釋，或者“承認”特別關係理論與內地行政立法的關係，就會造成“開歷史倒車”的局面；但持“肯定說”的學者中較“激進”者(如楊海坤、章志遠教授)就堅持適度地“引入”特別權力關係非但不是行政法學研究的倒退反而應當是一

種進步。<sup>24</sup> 矛盾的雙方可能都是因為忽略了審查密度(intensity intensiveness of judicial review, 又譯作“審查強度”)而出現了誤讀,即絕對地認為只要沒有百分之百革除在任何場合下行政主體對行政相對人所具有的排除司法救濟的處分權,就不算是拋棄了特別權力關係理論。

澳門法律實踐中涉及特別權力關係的判決很少,依據筆者目前掌握的文獻,最為代表性的可能也是惟一的判決,就是米萬英檢察官、何偉寧法官在有關澳門行政法的權威著作中着重介紹的兩個案例,即謝子猷訴“澳門政府船塢”代廠長案(第197/02-ADM號案)和“澳門政府船塢”代廠長上訴案(澳門中級法院第224/2005號案)。<sup>25</sup> 案件因確認了公職人員上級對下級的紀律處分和工作評核可以成為訴訟客體而在受案範圍上限縮、乃至廢止了特別權力關係的適用;而後案中,中級法院宣告前案判決的“過當宣示部分”無效之餘仍然維持了原審判決,某種程度上還是鞏固了“只審查程序瑕疵或明顯事實認定錯誤”的慣例。那麼是不是要謹慎地認為不排除公職人員與單位間仍然在一定程度上存在特殊權利關係?若結合“審查密度”的概念理解,就會瞭解這種考慮儘管透露着嚴謹的美德,卻並不必要。

理論上,在法治國理念的基石上不斷演進的一系列相關學說,如“基礎關係”與“管理關係”、“重要性理論”和“比例原則”到底無不力求法院在涉及可能侵害公民基本權利的重要事務上有權決定是否介入,同時也強調須確保法院的介入不至於超出必要的限度。這種思想所滲透着的學理觀念,即為審查密度。通常情況下,為尊重行政機關的專業判斷以及維護分權體制,各國都會對司法審查的密度做適當限定,以避免法院借行政訴訟逾距。因此,各個國家和地區的行政機關客觀上必然享有一定的裁量空間。很顯然,儘管詳盡立法會構成對行政恣意的有效約束,但囿於社會生活的複雜與立法認識的有限,法律規則總會或多或少地賦予行政機關基於自身的技術專長與實踐經驗而進行斟酌裁量的權限。故對於現代行政而言,裁量不僅無法避免而且相當必要。<sup>26</sup>

但是認同改革特別權力關係的觀點認為尊重行政裁量不等於絕對排斥司法審查的可能性。以特別權

力關係建立的存廢標準(即對特別權力關係內部的處分是否都要能按照行政訴訟程序進行救濟)檢視,德國拋棄特別權力關係的基本立場並未因審查密度方面的考量而動搖。《德國聯邦行政法院法》第114條(對裁量決定的審查)規定:“對行政機關有權依其裁量作出的行為,行政法院也有權對行政行為、拒絕作出行政行為或對行政行為的不作為是否違法進行審查,審查行政機關是否超越法定裁量界限,是否以不符合裁量授權目的方式使用裁量”。

從實務上講,不同國家和地區也確實基於各自實際情況而在特別權力關係的改革歷程中執行了不同的審查密度。台灣地區通過一系列的“大法官釋字”將特別權力關係理論在其法律體系中已廢除得所剩無幾,但惟獨在監獄服刑人員的問題上則選擇了沉默,而沒有像1972年德國聯邦憲法法院著名的“監獄服刑案”判決那樣對於服刑人員的(憲法所規定的)基本權利予以確認。當然,監獄的問題比較特殊,不排除“大法官”這種選擇背後的政治考量乃至文化情結都可能是比審查密度等法律理由更為根本的因素。但是即便僅就涉及公務員的改革而言,依然能看到審查密度理論的影響。比如,在有關公務員(含現役軍人)所受行政處分若足以改變公務員身份或對公務員有重大影響者時,“大法官”拿捏的尺度是“皆”得向司法機關請求救濟;而在公務員公法上財產請求權遭受侵害時,“大法官”拿捏的尺度是“仍”得依訴願或行政訴訟程序請求救濟。<sup>27</sup> 然而,未見任何台灣地區的學者因為這些在細節上的基於審查密度的原因而主張特別權力理論在台灣地區“仍有某種生存的空間”。

在日本,長野地院昭和三、九、六、二判決等案例對學校和教師之特別關係的認定,雖然允許任命方在無具體法律依據的情況下基於“概括的支配權”而對其公務人員發佈必要之命令;又如昭和三十八年十一月二十日法院認為採取保守教育方針的私立學校以校規限制學生政治活動或對採取學生參加以政治活動為目的之校外團體為許可制,不得一概認為對學生自由的不合理限制。<sup>28</sup> 這些判決顯然體現了審查密度的法理觀念對法律實務的指導,但這也不影響日本已經拋棄特別權力關係一般性結論,因為這些判決

最終維護了一個底綫，即“行政一體化原則”，法律制度的設計並不必然排斥行政上級或管理方的“命令”，只是強調為行政相對人保留訴訟的權利。而行政上級或管理方的行政處分到底是否妥當，法院具有最終的裁判權。因此，這又回到了對於公民訴訟權的憲法保留問題，即上文在分析德國和日本改革經驗時所指出的，行政機關真正有意假特別權力關係之名而無視公民基本權利的那部分“行政行為”恰恰不能迴避司法機關的終局裁判，客觀上使得行政機關失去了訴諸特別權力關係的根本動機。

## 五、結語

無論特別權力關係理論創立之初有何初衷和功用，這種理論過於偏重特別權力主體一方的權力，對相對人的權利重視不夠，且反對相對人尋求法律救濟的權利，天然地帶有枉顧人權的缺陷。戰後德國、日本等國家，以及台灣地區用現代法治觀念對此學說進行改造以致最終拋棄，實為當代民主法治觀念發展的必然結果。澳門的情況因為自身法律地位的轉變而較為特殊，且幾乎不為過往的研究所覆蓋。本文在比較研究的基礎上認為澳門業已拋棄特別權力關係，而且相關改革無論回歸前和回歸後均建立在明確且充分的立法基礎之上，總體來說可謂順遂，並未呈現出

灣地區在法律實務中逐步探索改革邊界的情況。

本文始於對澳門法律改革經驗的關注，在研究中著意總結了若干具有公共價值的要點，以期對內地提供一定的借鑒。筆者在研究澳門特別權力關係改革的過程中梳理了德、日等國和台灣地區的改革經驗，認為特別權力關係在一個法域內的存廢以“對特別權力關係內部的處分是否都能按照行政訴訟程序進行救濟”為標準。因為一旦落實該種訴權保障，則意味着特別權力關係失去絕對管轄權的領域，也就瓦解了行政機關訴諸特別權力關係的根本動機。其次，台灣地區的改革經驗與德、日等國的改革經歷有所不同，說明了立法層面差異可能造就或“逐步”、或“直接”的不同改革類型。最後，對於特別權力關係改革的研究應當避免出現誤讀，即絕對地認為只要沒有百分之百革除在任何場合下行政主體對行政相對人所具有的排除司法救濟的處分權，就不算是拋棄了特別權力關係理論。以此標準審查，不僅僅是澳門，而是凡曾經接受過特別權力關係理論的國家和地區，無論進行了多少改革，終究可能因為存在“仍有未盡之處”而不能在特別權力關係存廢的問題上有一個明確的結果。對於內地而言，包括澳門在內的域外特別權力關係改革經驗都可能具有的借鑒意義，但同時應將審查密度的概念帶入到這個議題的思考中來，從而避免因為部分“仍有未盡之處”的瑕疵而在是不是要拋棄特別權力關係的問題上失去立場。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 胡建淼：《“特別權力關係”理論與中國的行政立法——以〈行政訴訟法〉、〈國家公務員法〉為例》，載於《中國法學》，2005年第5期。
- <sup>2</sup> 英美雖然沒有特別權力關係的提法，但在歷史上，英國存在與法治和人權思想相悖的“英王特權”（the prerogatives of the Crown），見孫首燦：《論特別權力關係在中國之體現及破除》，載於《雲南行政學院學報》，2016年第1期。
- <sup>3</sup> 孫首燦：《論特別權力關係在中國之體現及破除》，載於《雲南行政學院學報》，2016年第1期。
- <sup>4</sup> 李學永：《我國台灣地區特別權力關係理論的變遷——以“大法官”解釋為視角》，載於《行政法學研究》，2013年第4期。
- <sup>5</sup> 蔣朝陽：《略論澳門公職法律制度的改進》，載於《國家檢察官學院學報》，2015年第3期。
- <sup>6</sup> 周春華：《特別權力關係向一般權力關係演進的法治化路徑》，載於《燕山大學學報(哲學社會科學版)》，2007年第3期。

第 41 頁；楊臨宏：《特別權力關係理論研究》，載於《法學論壇》，2001 年第 4 期。

7 “目前大陸學界基本上有兩種學說，即“否定說”和“肯定說”。持“否定說”的學者以胡建森教授為代表，他認為中國已無必要引進這一“過時”的理論，見註 1。持“肯定說”的學者以楊海坤、章志遠等為代表，他們認為“特別權力關係並非甚麼神秘莫測的理論，它只是對現實生活中某類行政法律關係的一種理論解釋而已……其合乎當代法治精神的合理性一面不容懷疑……對其適度引入非但不是行政法學研究的倒退反而應當是一種進步。”，見楊海坤、章志遠：《中國行政法基本理論研究》，北京：北京大學出版社，2004 年，第 173、175 頁；周春華：《特別權力關係向一般權力關係演進的法治化路徑》，載於《燕山大學學報(哲學社會科學版)》，2007 年第 3 期，第 40 頁。

8 黃學賢、周春華：《特別權力關係法治化研究》，載於《江南社會學院學報》，2007 年第 1 期，第 70 頁。

9 “又一說為法治國理論並非是二戰後興起，而是在從魏瑪共和到納粹德國，再到聯邦德國的歷史變遷中演繹了‘萌芽—制度初創—中途遭挫—終成正果的圖景’”，見劉爭志、林恩偉：《德國法治國概念源流考略及新探》，載於《上海政法學院學報》，2010 年第 6 期；劉剛：《德國“法治國”的歷史由來》，載於《交大法學》，2014 年第 4 期。

10 同註 1。

11 同上註。

12 吳萬得：《德日兩國特別權力關係理論之探討》，載於《政法論壇》，2001 年第 5 期。

13 胡錦光、朱世海：《〈澳門基本法〉解釋問題研究》，載於《“一國兩制”研究》，2009 年第 1 期。

14 同註 1，第 61 頁。

15 如第 40 條規定：“一切非憲法性質的公法上爭議，如根據聯邦法律，該爭議沒有明確分配給其他法院處理時，應當適用行政法律程序。”

16 同註 12，第 131 頁。

17 同上註。

18 同上註。

19 同註 4。

20 同註 1；翁岳生主編：《行政法》(上下冊)，北京：中國法制出版社，2002 年，第 271-277 頁；楊海坤、章志遠：《中國行政法基本理論研究》，北京：北京大學出版社，2004 年，第 171-172 頁。

21 同註 3。

22 在中國，特別權力關係一般發生在以下領域：(1)公法上特別勤務關係，如國家與公務員之間的關係、軍隊與軍人之間的關係等；(2)公法上特別管束關係，如公立學校與在籍學生之間的關係、監獄與在押犯人之間的關係、勞教單位與被勞教人員之間的關係、強制戒毒機構與戒毒者之間的關係、強制隔離時醫療機構與傳染病人之間的關係等；(3)公法上特別監督關係，如國家與公共團體、特許企業、行政事務受讓人之間的監督關係等；(4)公法上特別組合關係，如政黨與黨員之間的關係、律師協會與律師事務所及律師之間的關係、足球協會與足球俱樂部及球員之間的關係等。

23 周春華：《特別權力關係向一般權力關係演進的法治化路徑》，載於《燕山大學學報(哲學社會科學版)》，2007 年第 3 期，第 40 頁。

24 同上註，第 44 頁。

25 米萬英、何偉寧：《澳門地區行政訴訟：制度、立法與案例》，載於應松年主編：《中國大陸、台灣、香港、澳門訴訟：制度、立法與案例叢書》，杭州：浙江大學出版社，2009 年，第 272-284 頁。

26 趙宏：《訴訟權能與審查密度——德國行政訴訟制度的整體關聯性》，載於《環球法律評論》，2012 年第 6 期，第 121 頁。

27 楊臨宏：《特別權力關係理論研究》，載於《法學論壇》，2001 年第 4 期，第 57-66 頁。

28 同註 12，第 131-137 頁。