

行政行為還是政治行為？

——澳門特區終審法院“第61/2017號案”述評

王榮國

[摘要] “政治行為不審查”是一項司法原則，但何為“政治行為”是一項充滿未知數的問題。澳門特區終審法院“第61/2017號案”是檢視政治行為如何區別於行政行為的一則案件，亦是檢視“政治行為不審查”司法原則應如何適用的一則案件。案件以所涉行為屬政治行為而不審查以告終，但在行為的定性方面值得商榷。該行為的定性應取決於某些行為不能通過司法解決或不適合司法解決，而非法院無權審查。如果法院無權審查，結論即為無權審查，至於行為可能是政治行為或其他行為無關重要。儘管無權審查與政治行為不審查在程序法上均表現為無管轄權，但在發生機理上並不相同。實際上，先行探討“無權審查”問題，然後將政治行為限定在法院“不能審查”而與“無權審查”相區隔的論證模式，有助於最大程度地對所涉具體規範進行全面充分的解讀，將問題納入具體的法律制度框架中，以避免單純依賴“政治行為”這一含義模糊的概念而陷入可能的政治理論紛爭或抽象原則辯論之中。

[關鍵詞] 行政行為 政治行為 行政長官 行政確認

“政治行為不審查”是一項司法原則，但何為“政治行為”則是一項充滿未知數甚至帶有偶然性的問題。澳門特區終審法院“第61/2017號案”即為一例。對於在任行政長官不許可前任行政長官在一訴訟中作證的行為，中級法院、終審法院以及駐兩級法院的檢察官分別給出了不同的回答。^① 儘管案件以終審法院定性為“政治行為”而予了結，但並非沒有遺留下待解的問題。其一，為何中級法院以及檢察官的意見未被採用？其二，終審法院之“政治行為”的定性是否有值得商榷的地方？就該案件的分析，不僅意在回答這兩個問題，而且意在對法院如何更為嚴謹地適用“政治行為不審查”這一司法原則作出嘗試性探討。

作者簡介：王榮國，澳門大學法學院博士研究生。

^① 澳門特別行政區政府第9/1999號法律《司法組織綱要法》第56條規定檢察院的職責為在法庭上代表澳門特別行政區，實行刑事訴訟、維護合法性及法律所規定的利益。就維護合法性的職責而言，按照《行政訴訟法典》第17條的規定，表現為中級法院與終審法院在作出行政判決前，須聽取駐法院的檢察官的意見，並將之載入判決書中。

一、案情簡介

澳門特別行政區行政法院2015年在審理一則行政訴訟案件時，一方當事人將首任行政長官和首任經濟財政司司長列為證人，申請就其在職時發生的事實作證。但是，按照澳門特區第22/2009號法律《對行政長官和政府主要官員離任的限制規定》第4條的規定，離任行政長官及主要官員對在職時獲悉的機密或非公開的事實，除非經行政長官許可，在機密或事實未被公開之前須予保密。^①行政法院按此規定向在任行政長官發出公函，詢問其是否許可上述二人在案件中以證人身份作證。行政長官作出不許可作證的批示，並解釋到法院擬查明的事實具有機密性或非公開性，而且是他們在職時獲悉的。^②

當事人將行政長官的批示起訴至中級法院，中級法院2017年判決認為當事人提起的訴訟程序出現錯誤而駁回起訴。當事人上訴至終審法院，終審法院認為行政長官的批示屬於政治行為而不可審查，亦駁回上訴。^③案件之所以受人關注，不僅在於被請求作證者涉及到首任行政長官，以及不許可作證者為時任行政長官，更在於中級法院、終審法院以及分別駐兩級法院的檢察官的意見迥異。總結而言，爭議焦點是澳門特區行政長官不許可前任行政長官作證的批示是何種性質的行為，所涉意見有“行政確認為說”、“行政行為說”與“政治行為說”。

二、行政確認為說

“行政確認為說”，顧名思義，指的是將行政長官的批示視為行政確認為，更準確地說，是將之視為拒絕作出行政確認的行政行為。這一看法首先由駐中級法院的檢察官所持，儘管檢察官沒有明確使用“行政確認為”一詞，但通過其類比列舉的其他行為能得出此結論。為說明行政長官批示的性質，檢察官列舉的行為包括登記局局長拒絕作出登記的行為，公證員拒絕發出證明或公證的行為，以及經濟司司長拒絕賦予智慧財產權的行為。^④針對這些行為，澳門的《行政程序法典》專門規定一項訴訟形式作為救濟手段，即提供信息、查閱卷宗或發出證明之訴。該訴訟形式與其他如“命令作出依法應作之行政行為之訴”、“確認權利或受法律保護之利益之訴”，組成澳門行政訴訟法上的“訴”。^⑤與“訴”這一訴訟類型相並列的有“司法上訴”、“對規範提出爭議”等訴訟類型。其中，司法上訴指的是向法院請求撤銷有關的行政行為，或請求宣告其無效或不存在，而本案當事人針對行政長官的批示提起的訴訟類型正是此司法上訴。

檢察官通過類比列舉的論證認為行政長官的批示屬於行政確認為，儘管是在拒絕作出確認的意義上，故在其看來，應通過發出提供信息、查閱卷宗或發出證明之訴尋求救濟，也即當事人

① 澳門特別行政區政府第22/2009號法律《對行政長官和政府主要官員離任的限制規定》，https://bo.io.gov.mo/bo/i/2009/50/lei22_cn.asp。

② 澳門特別行政區政府中級法院2017年5月18日第982/2016號司法上訴案判決，第2頁。

③ 澳門特別行政區政府中級法院2017年5月18日第982/2016號司法上訴案判決與終審法院2020年3月4日第61/2017號司法裁判的上訴案判決。

④ 澳門特別行政區政府中級法院2017年5月18日第982/2016號司法上訴案判決，第3頁。

⑤ 澳門特別行政區政府《行政程序法典》第五章。

提起的訴訟類型——司法上訴——是不正確的。暫且不論其他問題，檢察官所持的這一看法本身值得商榷，而商榷之處在於行政長官的批示是否與登記局局長、公證員以及經濟司司長的類似行為而同屬於行政確認行為？結論或許為否。

行政確認行為是以行為的內容為標準而對行政行為所作劃分的概念產物。在不同的國家地區，可能其名稱或準確的含義不完全相同，但在本質上是相同的，即將行政行為分為命令性、形成性和確認性的行政行為。其中確認性的行政行為，也稱為行政確認行為，是根據客觀法律規定，對某個人的請求權或者法律特徵（特別是法律地位）、物或者事實作出具有法律約束力的確認的行政行為。^①行政確認行為是對法律狀態具有約束力的確認，具有處理性，特別是在行政機關享有裁量空間的情況下，這種效果會明顯強化。^②該行為的具體表現形式多樣，包括確定、認定、證明、登記、鑑證等。確定如頒發房屋產權證書，認定如對交通事故責任的認定，證明如刑事記錄或學歷記錄證明，登記如工商業企業的登記，鑑證如對文化製品是否合法的確認等。^③

將行政長官的批示與行政確認行為進行涵攝，不難發現前者難以滿足後者的構成要件。最明顯的論據是行政長官的批示並不對當事人的法律地位或狀態產生有法律約束力的效果。換言之，批示沒有確認任何法律地位或狀態，沒有肯定或否定任何法律地位或狀態，沒有使當事人取得或喪失任何法律效果。當然，有人可能會說行政長官的批示導致一方當事人的證明力量減弱，在行政訴訟中處於不利地位，甚至面臨敗訴風險。但是，這些影響完全不能納入法律地位、狀態或效果的範圍。後面三項概念的範圍其最核心的特徵是具有法律約束力，也即受到一定法律的約束。如前所述，行政確認行為中的確定如頒發房屋產權證書，使當事人處於享有或不享有某房屋產權的法律約束中；認定如對交通事故責任的認定，使當事人處於承擔或不承擔責任的法律約束中；證明如刑事記錄或學歷記錄證明，使當事人處於有無刑事經歷或就學經歷的法律約束中；等等。反觀行政長官的批示，其會使當事人處於何種法律約束？沒有任何法律約束，批示並無確認當事人處於任何法律約束中。或許是考慮到這一點，駐終審法院的檢察官在終審時轉而提出“行政行為說”。

三、行政行為說

駐終審法院的檢察官沒有延續“行政確認行為說”，而是籠統認為行政長官的行為是一項行政行為，“具備行政行為的全部實質要件和要素”。^④在檢察官看來，該行為導致當事人無法從證人的證言中得到幫助，明顯具有潛在的危害性，故當事人提起的司法上訴並無不當。與檢察官的觀點完全相反，終審法院判決認為行政長官的批示不是行政行為，不論是狹義上的行政行為還是行政事宜上的行為，原因在於“它並不是在進行一項（典型的）公共管理的（行政）活動的過程中被作出的”。^⑤

① 參見[德]漢斯·丁·沃爾夫（Hans J. Wolff）、奧托·巴霍夫（Otto Bachof）、羅爾夫·施托貝爾（Rolf Stober）：《行政法》，高家偉譯，北京：商務印書館，2002年，第346頁。

② [德]哈特穆特·毛雷爾（Hartmut Maurer）：《行政法學總論》，高家偉譯，北京：法律出版社，2000年，第207—208頁。

③ 姜明安主編：《行政法與行政訴訟法》，北京：北京大學出版社，2011年，第250—251頁。

④ 澳門特別行政區政府終審法院2020年3月4日第61/2017號司法裁判的上訴案判決，第10頁。

⑤ 澳門特別行政區政府終審法院2020年3月4日第61/2017號司法裁判的上訴案判決，第21頁。

可以看到，兩者的分歧在於批示是否為行政行為，而行政行為在澳門《行政程序法典》有明確的規定：“為着本法的效力，行政行為指的是行政機關在一具體與特定的情況下，按公法規範作出具有法律效果的決定。”^①按此規定，行政長官在本案所涉具體情況下，按《對行政長官和政府主要官員離任的限制規定》作出不許可被請求作證者作證的批示，造成了當事人敗訴的效果，是否屬於行政行為所要求的“法律效果”？如上所示，駐終審法院的檢察官意見為“是”，而終審法院意見為“否”。

在終審法院看來，行政長官的批示不具有“法律效果”，因為不是在一項行政管理活動中作出的。這一表述的解讀有二，一是批示的主體不是行政機關，二是批示的作出不是行政權的行使。就前者而言，行政長官在一些情形下的確不是以行政機關的身份而作出行為。這不難理解，如《澳門基本法》第45條與62條規定，行政長官不僅是政府的首長，同樣是特區的首長，代表特區。諸如依法頒受特區獎章和榮譽稱號，任免法官檢察官等行為皆為行政長官以特區首長而非行政機關的首長作出的。^②就後者而言，如果行政長官有特區首長的身份，則以該身份作出的行為就不是行政權的行使，如前述的頒受獎章等行為。

但是，上述解讀並非無可質疑之處，因為即便批示的主體不是行政機關，以及批示的作出不是行政權的行使，亦不妨礙可能屬於行政行為。具體而言，在澳門法律體系下，行政行為的主體並非總是行政機關，法條中的“行政機關”一般作廣義理解，也即行政機關以外的主體也可能作出行政行為，也即“實質為行政性的決定”（*decisões materialmente administrativa*）。所謂的“實質為行政性的決定”在澳門法中表述為“行政事宜的行為”（*actos em matéria administrativa*），其與“行政事實行為”尚不相同，因為行政事實行為屬於本義上的行政行為，而行政事宜的行為強調的是非屬行政機關的公權力機關所作的帶有行政性質的行為。實際上，對於可能作出具有可訴性的行政行為或行政事宜的行為，第9/1999號法律《司法組織綱要法》所規定的行為主體幾乎囊括了所有的公權力機關或公務員，例如行政長官、立法會主席及終審法院院長；立法會執行委員會；推薦法官的獨立委員會及其主席、法官委員會及其主席、中級法院院長、第一審法院院長；等等。^③澳門特區的這一規定與葡語系國家地區的規定有共通之處，例如葡萄牙或莫桑比克的行政訴訟法均規定到諸如總統、立法會等主權機關所作出的行政行為或行政事宜的行為均可被起訴到行政法院。^④

四、政治行為說

終審法院認為行政長官的批示不是行政行為而是“政治行為”，而按照《司法組織綱要法》第19條不受司法審查。^⑤在論證上，其認為批示“以追求和維護整個集體的利益為宗旨”，在

① 澳門特別行政區政府《行政程序法典》第110條。

② 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，北京：社會科學文獻出版社，2012年，第244頁。

③ 澳門特別行政區政府第9/1999號法律《司法組織綱要法》第36條第8項。

④ https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/mocambique_lota.pdf。

⑤ 澳門特別行政區政府終審法院2020年3月4日第61/2017號司法裁判的上訴案判決，第25頁。澳門特別行政區第9/1999號法律《司法組織綱要法》第19條第1款規定：“涉及下列事項的問題不屬行政、稅務及海關上的司法爭訟範圍：（一）不論以作為或不作為的方式行使政治職能時作出的行為，以及對行使該職能時產生的損害的責任。”

“擬採取的最佳政策及解決方案上”具有“極大的自由裁量空間”，行政長官作為特區的最高代表，“只有他才擁有行使該權力的正當性”。^①在論證上，終審法院尚援引《澳門基本法》規定行政長官職權的第50條，其中該條第15項的內容與本案所涉的《對行政長官和政府主要官員離任的限制規定》第4條有類似之處。第15項規定“澳門特區行政長官行使下列職權：……（十五）根據國家和澳門特別行政區的安全或重大公共利益的需要，決定政府官員或其他負責政府公務的人員是否向立法會或其所屬的委員會作證和提供證據”。

然而，“政治行為”的準確界定是不容易的。終審法院在判決中列出近十三項與“政治行為”有關的葡萄牙學術文獻以供讀者閱讀，囿於手頭材料有限，筆者僅以尋得的Queiroz的專著*Os Actos Políticos no Estado de Direito – O Problema do Controle Jurídico do Poder*（《法治國下的政治行為——權力的法律控制問題》）為例來說明葡萄牙學者是如何界定政治行為的。Queiroz將政治行為定性為統治行為（*actos de governo*），體現為憲法分別為各主權機關如總統、國會等規定各自的權力。^②這一界定在非葡萄牙語學界亦是常見的。例如，美國學界韋斯頓（Weston）在界定政治問題時論到政治問題的本質在於憲法將權力授予了不同部門，法院以政治問題為由來否決自己的管轄權，只不過是描述該項權力在事實上已授予其他政治部門。^③再如沃爾夫（Wolfe）認為，允許政治分支去行動而無須接受司法審查，法官承認暗含在憲法中的司法審查權不是推翻違憲的立法或行政行為的一般權力，而僅僅是在司法案件中的一種決定憲法問題（沒有被憲法安排給其他分支的憲法問題）的權力，通過這樣，法院尊重分權原則，該原則蘊含了同級審查和承認來自該原則的對司法審查的限制。^④儘管政治行為與政治問題在名稱上不完全相同，但在含義上完全是一致的，政治問題無非是政治行為產生的問題而已。

但是，這種對“政治行為”的界定並非沒有問題，最大的問題是操作性很差，如芬克爾斯坦（Finkelstein）所言，三權分立的模糊性使得此種界定，即從認識權力分立理論的真實本質出發，把政治行為作出明確的劃分，然後分別歸在三個互不牽連的部門裏，是不可能的。^⑤特別是在司法審查的情況下，一部門的行為是否屬政治行為而不受審查，幾乎難以清晰確定。這一點在澳門特區終審法院第61/2018號案有清楚的體現。

終審法院第61/2018號案的起因是一議員因涉罪而被立法會全體議員表決中止職務，表決依據是第1/1999號決議《澳門特別行政區立法會議事規則》。所涉議員不服，向澳門中級法院提出訴訟，中級法院認為立法會全會的議決行為不論從主觀角度還是客觀角度來看都是政治行為。主觀角度，是因為該行為來自一個具有立法職能的國家最高機關；客觀角度，是因為有關議決的內在或隱含性宗旨便是實現社會的終極目標，是追求集體的普遍利益，因為大部分議員在作出行為時

① 澳門特別行政區政府終審法院2020年3月4日第61/2017號司法裁判的上訴案判決，第22—24頁。

② Cristina M. M. Queiroz, *Os Actos Políticos no Estado de Direito - o Problema do Controle Jurídico do Poder*, Livraria Almedina Coimbra, 1990, pp. 54, 114, 146, 151.

③ [美]梅爾維爾·富勒·韋斯頓（Melville Fuller Weston）：《政治問題》，[美]查里斯·比爾德（Charles A. Beard）等：《偉大的篡權：美國19、20世紀之交關於司法審查的討論》，李松鋒譯，上海：上海三聯書店，2009年，第267頁。

④ Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review*, New York: Basic Books, Inc., 1986, pp. 107-108.

⑤ [美]莫里斯·芬克爾斯坦（Maurice Finkelstein）：《有關司法節制的進一步說明》，[美]查里斯·比爾德（Charles A. Beard）等：《偉大的篡權：美國19、20世紀之交關於司法審查的討論》，李松鋒譯，上海：上海三聯書店，2009年，第286頁。

都是直接或間接地代表選民，又或者代表委任他的政府。也就是說，動機是政治性的，作出議決的背景是政治性的，而所涉及的事宜和性質也是政治性的。^①

但是，當案件上訴至終審法院，法院沒有理會這一問題，認為“在此不必就中止議員職務的行為的性質發表意見”，基於所涉爭議的立法會行為藉議員恢復職務而不再存在，且行為不存在侵害當事人權利的情况，判決訴訟就沒有繼續進行的意義，也即以訴訟嗣後無用為由而宣告訴訟程序消滅。^② 需要注意的是，終審法院實際上對立法會行為進行了審查。因為法院基於中止職務的行為未侵犯到議員的財產權利與參與會議討論的權利，基於議員未能投票不具有決定性而或有的立法瑕疵視為獲補正，而認為出現訴訟嗣後無用，訴訟程序消滅。^③ 這只不過是確認了所涉行為合法而已，換句話說，在滿足一定的條件下，如侵害了當事人的權利，或者在行為程序又或實體上存在瑕疵，終審法院完全可能會對立法會的行為作出不確認為合法的審查。^④ 在本文澳門特區終審法院“第61/2017號案”中，如駐終審法院的檢察官所述，當事人畢竟因批示而受到了“潛在的危害”，即行政訴訟敗訴的結局，那麼如按第61/2018號案中終審法院的分析思路，完全可能會進行司法審查。

五、政治行為新說

終審法院的“政治行為說”一方面面臨在政治行為的定性上有上述不確定性的可能，實際上，還面臨一項未決的問題，即起訴者的適格性或訴訟資格問題。該問題涉及到整個訴訟的正當性，因為如果起訴者不適格或不具有訴訟資格，則訴訟程序根本不應進行。這個問題被中級法院發現了，其之所以駁回起訴，理由正是在於認為“批示是司法程序中行政長官給予行政法院的一個公函答覆，只能在相關的司法程序中發揮作用”，並不指向任何行政相對人。在中級法院看來，受此批示影響的當事人尋求救濟的方式應該是：行政法院對行政長官的批示會表達意見，而當事人針對行政法院的意見提起或不提起上訴。^⑤ 這一問題在終審法院判決中被“遮蔽”了，默認了當事人的訴訟資格。但是，我們接下來會看到，這個問題是有必要探討的，因為關涉到“政治行為不審查”這一結論的推理過程應該是怎樣的。

按照本案所准用的澳門《民事訴訟法典》與《刑事訴訟法典》的規定，任何人不論其是否為案件之當事人，均有義務協助發現事實真相，包括作為證人回答問題，提交被要求提交之物等，如不配合，則判處繳納罰款，且不影響依法採取強制措施。但是，就本案而言，可獲豁免的一種情況是被請求作證的人以職業秘密、公務員保密、本地區機密為由推辭作證。當然，推辭者推辭的正當性會由處理該附隨事項的法院進行調查，但調查的範圍與程度不同。針對律師、醫生、新聞工作者、信用機構的成員、宗教司祭等人提出屬職業秘密的情況，司法當局如有理由懷疑推辭的正當性，須進行必要的調查，如在調查後認為該推辭屬不正當，則須命令其作證言。公務員保密的情況基本相同，不得向公務員詢問其在執行職務時知悉且構成秘密之事實，如公務員以之為

① 澳門特別行政區政府中級法院2018年2月1日第20/2018號案合議庭裁判，第22—24頁。

② 澳門特別行政區政府終審法院2018年3月8日第61/2018號案合議庭裁判，第10頁。

③ 澳門特別行政區政府終審法院2018年3月8日第61/2018號案合議庭裁判，第10頁。

④ 王榮國：《政治問題不審查：“澳門議員職務中止案”》，《行政法論叢》（北京）2020年總第26卷第2期，待刊。

⑤ 澳門特別行政區政府中級法院2017年5月18日第982/2016號司法上訴案判決，第8頁。

由推辭作證，司法當局亦會調查，並根據是否正當而命令其作出或不作證言。^①

然而，對涉及本地區機密的情況尚有單獨的規定，即證人提出後，由有權限的當局進行確認：“如證人提出有關事實屬澳門特區機密，則此機密應在三十日內通過有許可權的當局確認；如經過三十日而未獲確認，則應作證。”^②這裏沒有規定司法當局有權像針對職業秘密或公務員保密般進行調查。換言之，與職業秘密、公務員保密的推辭理由不同，司法當局對本地區機密的推辭理由的調查範圍是很有限的，甚至說沒有調查的空間，僅限於確認有權限的當局對之是否進行了確認，不確認則應作證，確認則不應作證。司法當局是否有權調查有權限當局之確認行為的正當性？回答顯然為否，這一點在法律針對上述三種不同情況的規定中可予推斷出。

在這三種情況之外，本案所涉法律《對行政長官和政府主要官員離任的限制規定》第4條尚規定了第四種情況，即離任行政長官及主要官員對在職時獲悉的機密或非公開的事實，除非經行政長官許可，在機密或事實未被公開之前須予保密。相比較，第四種情況的特殊之處有三，一是專門針對離任的行政長官及主要官員，他們的身份顯然與本地區機密更為密切。二是許可主體特定，不是泛泛的“有權限當局”，而是在任的行政長官。三是保密事項更廣，不僅有機密，而且涵蓋所有非公開的事實。沿着上述三種情況的排列順序，試問司法當局是否有權調查行政長官許可或不許可行為的正當性？如果類型多樣的“有權限當局”確認類型多樣的“被請求作證者”所涉事實屬本地區機密，而該確認行為的正當性尚不受司法當局的調查，特區的首長“行政長官”確認“離任首長與主要官員”涉及機密或非公開的事實而不許可作證，該確認行為的正當性應該是更不受司法當局的調查。

需要注意的是，這裏行政長官的行為之所以不受司法審查，在論證上與其像終審法院一樣基於行為屬政治行為的論證、然後訴諸“政治行為不審查”這一含義模糊、容易產生歧義的司法原則，不如基於上面含義明確、邏輯清晰的具體法律規定。這一理念對“政治行為”的定性以及該語詞在司法上的適用會起到反思作用。“政治行為”的定性不是看法院無權審查，如果法院無權審查，結論即為無權審查。換言之，在這種情況下，不是因某行為屬政治行為才不受法院審查，僅因法院對該行為無權審查才不能審查，至於行為可能是政治行為或特定法院才有權審理的行為無關重要。“政治行為”的定性看的是某些行為不能通過司法解決或不適合司法解決。^③如台灣地區學者兼司法院大法官許宗力所言，政治行為之所以不受法院審查，“因為政治部門常須面對變動不已的政治局勢作機動反應，此顯然絕非法律專家組成的法院所能強烈干預者”。^④又或者美國學者芬克爾斯坦（Finkelstein）所言，政治行為之所以不受法院審查，因為“法院感到沒有能力處理”，不能承擔處理的結果。^⑤

法院的“無權審查”與“不能審查”是不同層面的內容。前者是應然層面的，即法院在這些問題上是“不應”審查；後者是實然層面的，即法院在這些問題上是“不能”審查。前者是規範性的分析，講的是“鄙人本應如何”，後者是經驗性的分析，講的是“鄙人做不到”。將“政治

① 澳門特別行政區政府《行政訴訟法典》第1、67條，《民事訴訟法典》第442條，《刑事訴訟法典》第122—124條。

② 澳門特別行政區政府《刑事訴訟法典》第124條。

③ 龐凌：《司法如何介入政治》，《法學》（上海）2002年第11期，第5頁。

④ [台]許宗力：《憲法與法治國行政》，台北：元照出版公司，2007年，第49頁。

⑤ [美]莫里斯·芬克爾斯坦（Maurice Finkelstein）：《司法節制》，[美]查理斯·比爾德（Charles A. Beard）等：《偉大的篡權：美國19、20世紀之交關於司法審查的討論》，李松鋒譯，上海：上海三聯書店，2009年，第211頁。

行為”的判定限於“不能審查”而與“無權審查”相區分，或許有助於司法實踐者更嚴謹地適用“政治行為”一詞。這暫且稱之為“政治行為新說”。以終審法院判決中所述的《澳門基本法》第50條第15項規定“根據安全和重大公共利益的考慮，行政長官決定政府官員或其他負責政府公務的人員是否向立法會或其所屬的委員會作證和提供證據”為例，終審法院認為在這種情況下行政長官的決定行為屬政治行為而不受審查。^①這一結論當然正確，但如有意識區分上述兩個層面的內容，其論證可能會更加嚴謹。首先，法院是否有權審查此行為？如果回顧該條文的立法史，可以發現在《基本法》起草過程中，的確存在不同的提議，其一是行政長官只可就有關國防、外交範圍的事務作出決定，其二是決定權應僅屬立法機關，其三是行政長官或三分之二立法會議成員皆有此決定權，其四是由司法機關就是否為“公眾利益”作出決定。^②《基本法》起草委員會最後採取的方案為何？決定權完全屬於行政長官。因此，假設行政長官的決定被訴訟至法院，法院的首先判斷為無權審查，至於決定是政治行為或法律行為無關重要。在囿於立法材料等解釋媒介的缺乏而無法論證無權審查時，法院才宜基於政治行為不予審查。

六、“政治行為新說”的內地參照

實際上，在適用“政治行為不審查”的司法原則上，上述將“無權審查”與“不能審查”予以區分的所謂“政治行為新說”在我國內地法院亦有參照意義。並且，內地法院已積累的案例在一定程度上亦能說明此思路的意義。例如，在“何永坤訴鄭州市管城回族區人民政府案對其房屋補償申請未回覆裁定書案”中，爭議問題是政府對原告要求補償其1968年之前被拆除老宅的申請未作回覆的行為是否屬於人民法院行政訴訟的受案範圍。所涉事實的發生時間是影響法院判決的關鍵因素。按照本案所述事實，1968年原告房產被政府拆除，歷經數次上訪、政府安置等錯綜複雜的歷史，在四十六年之後的2014年原告向區政府提出補償要求，作為具體負責部門的區政府徵收補償辦“疲於纏累”而轉交信訪局處理，信訪局作出不予受理原告申請的答覆。原告不滿，起訴區政府不答覆、不作為，而政府辯稱已由其信訪局作答覆，不存在不作為、不回覆。面對這一“棘手”的局面，不難想像法院的窘迫，法院的如下判決也就不足為奇：拆除行為以及由此引發的補償問題“發生在我國行政訴訟法頒行之前，不宜適用我國行政訴訟法及行政訴訟制度來解決；且原告申請事項本身屬於歷史遺留的政治問題，而非法律問題，被告是否回覆、如何回覆，均不屬人民法院行政訴訟的受案範圍”。^③

法院的論述看似武斷，但實為無奈之舉，“陳穀子爛麻子”、“半個世紀前的事情”誰能說清？“隋再明訴青島市公安局國家賠償不予受理案”更是這樣一起案件。原告的父親在1963年3月被戴上反革命帽子，繼而被交群眾監督改造。原告認為這些行為均是錯誤的，給原告身心造成極大的傷害，對家庭造成不可挽回的損失，於2014年提出行政賠償的申請。相比前一案，從初級、中級到高級法院皆對此案“退避三舍”：“……父親被戴上反革命帽子並交群眾監督改造的行為係歷史遺留問題，由此產生的行政爭議不屬於人民法院行政訴訟的受案範圍”。^④這類案件往往

① 澳門特別行政區政府終審法院2020年3月4日第61/2017號司法裁判的上訴案判決，第22頁。

② 香港基本法諮詢委員會：《中華人民共和國香港特區基本法（草案）徵求意見稿諮詢報告第五冊——條文總報告》，1988年，第219—229頁。

③ 河南省鄭州市中級人民法院行政裁定書(2015)鄭行初字第101號。

④ 山東省青島市中級人民法院行政裁定書(2015)青行終字第286號；山東省高級人民法院行政裁定書(2017)魯行申80號。

均以“寥寥數語”作出判決，但這種情形是適用“政治行為不審查”司法原則的典型情形，因為法院在“無法”、“無力”或“不能”審查的情況面前本就沒有發揮的空間。

相較以上兩案，其他一些案件模糊性較大而產生究竟屬行政行為或政治行為的爭議。例如，隨着2005年我國《信訪條例》的頒佈實施，人民法院遇到一項問題，即當事人因不服信訪部門作出的處理意見或者不再受理決定而提起的行政訴訟，人民法院是否受理。對之，有的法院如湖北省高級法院內部就有兩種意見。“否定論”認為不予受理，理由包括“信訪部門的主體資格比較特殊，難於分辨其行為是行政行為還是非行政行為”、“法院對此類案件進行實體審理時難度大”等。“肯定論”認為應予受理，理由包括《信訪條例》是一部行政法規，“信訪機構是國家行政管理部門，通過處理信訪活動，與行政相對人——信訪人之間發生行政法律關係”等。^①如果單純看《信訪條例》，無疑“肯定論”更能站得住腳。因為該條例第2條明文規定“信訪，是指公民、法人或者其他組織採用書信、電子郵件、傳真、電話、走訪等形式，向各級人民政府、縣級以上人民政府工作部門反映情況，提出建議、意見或者投訴請求，依法由有關行政機關處理的活動”。可以看到，信訪部門被定性為“行政機關”。第四章甚至規定了信訪受理與處理工作的相關流程，例如規定有關行政機關收到信訪事項後，能夠當場答覆是否受理的，應當當場書面答覆；不能當場答覆的，應當自收到信訪事項之日起15日內書面告知信訪人，等等。^②

然而，當此問題被提交至最高人民法院時，該法院的覆函意見非常明確，即“不予受理”。法院在很大程度上沿循了“不能審查”的論證思路。例如，法院論述到，“要實現法治國家，必須設法消除老百姓‘信訪不信法’的錯誤心理，堅決扭轉一些群眾‘大鬧大解決、小鬧小解決、不鬧不解決’的博弈心態。信訪途徑只是解決社會矛盾比較突出時的治標之策、權宜之計，終非治本之策、長久之計”；“如果允許信訪人起訴信訪部門不作為，將信訪職責納入司法審查範圍，必然導致信訪途徑最終變成了正常的、法定的途徑……在信訪無須繳納訴訟費的約束，無繁瑣的程序，辦結期限比審限更短，執行起來更有保障，且有較之法院的二審終審更高級別的三級終結制的審級優勢下，信訪或會成為社會糾紛解決的主流途徑，因而最終是人治興、法治衰，逆人類社會發展進步之潮流”；“將這類糾紛都納入司法審查範圍，如果無法有效、圓滿解決，反而進一步損害了司法權威和司法公信力，使本來就脆弱的司法公信力雪上加霜”；等等。^③這一論證思路乃至話語顯然是“不能審查式”的論證。其傳遞的信息實則非常簡單，用大白話說，就是“這個事兒咱管不了，大家都躲遠點，免得吃不了兜着走”。其與前面兩案以“歷史遺留問題”為由不予審查的判決思路亦是完全一致的。

除此之外，儘管最高人民法院尚有“無權審查式”的論證內容，但是在根本上其實仍是“不能審查式”的表述。例如，論到信訪部門的受理與處理行為“對信訪人不具有強制力，對信訪人的實體權利義務不產生實際影響，不屬於行政訴訟法所規定的具體行政行為”，等等。^④暫且不

① 最高人民法院[2005]行立他字第4號，《最高人民法院關於不服信訪工作機構依據〈信訪條例〉處理信訪事項的行為提起行政訴訟人民法院是否受理的覆函》。

② 國務院令431號《信訪條例》第四章。

③ 最高人民法院[2005]行立他字第4號，《最高人民法院關於不服信訪工作機構依據〈信訪條例〉處理信訪事項的行為提起行政訴訟人民法院是否受理的覆函》。

④ 最高人民法院[2005]行立他字第4號，《最高人民法院關於不服信訪工作機構依據〈信訪條例〉處理信訪事項的行為提起行政訴訟人民法院是否受理的覆函》。

論這些表述是否完全站得住，因為“春江水暖鴨先知”，在判斷信訪部門的行為對信訪人是否有實際影響的問題上，顯然是信訪人本人有最實際的判斷，這也是為甚麼澳門特區終審法院“第61/2017號案”中當事人堅持讓前任行政長官作證的原因所在。此處僅提一個問題即足以質疑最高人民法院這方面的論證：假設《信訪條例》明確規定，如對信訪部門的行為不服可訴至法院，那麼法院是否有權審查？顯然有權審查，如此而來，在當前情況下，法院之所以無權審查，原因不是所謂行為“無實際影響”或者說行為本身的問題，而是法律規範的問題。換言之，法律規範限制了對這些行為的審查。“潘軍華訴鷹潭市衛生和計劃生育委員會案”中對此有相應的表述，“其（信訪部門的答覆行為）與行政行為直接劃等號必須取決於制定法（行政法）的轉換，如果行政法未將憲政行為轉換為行政行為，那麼，答覆行為就不屬於行政行為”。^①這樣而來，最高人民法院“無權審查式”的論證其實是不徹底的，“無權審查”的原因其實是法律規範未授此權限，為何未授此權限，上述“不能審查式”的論證能提供最終與真正的原因。

七、結語

澳門特區終審法院“第61/2017號案”是檢視行政行為與政治行為之區別的典型案件，亦是檢視“政治行為不審查”司法原則如何適用的難得案件。駐兩級法院的檢察官分別提出的“行政確認為說”與“行政行為說”，難以回應缺乏法律約束力或法律效果之行政行為構成要件的質疑。終審法院提出的“政治行為說”以行為非屬行政管理活動而屬政治選擇為論據，難以回應中級法院提出的行為僅限於公權力機關之間而不針對案件當事人的意見。沿循中級法院意見的思路，法院之所以不應審查行政長官不許可作證的行為，原因可表述為按照訴訟法及《對行政長官和政府主要官員離任的限制規定》的具體規定，法院對行政長官的行為本來就不具有調查是否具有正當性的權力，至於行政長官的行為是政治行為還是非政治行為，不是需要回答的問題。

中級法院的意見亦是剖析“政治行為說”之瑕疵的突破口。“政治行為說”體現的是“政治行為不審查”司法原則在終審法院的適用方式，即將法院“無權”或“不能”審查的行為定性為政治行為而排除於司法管轄範圍。但是，“政治行為新說”看到，“政治行為”的定性不是看法院無權審查，如果法院無權審查，結論即為無權審查，至於行為可能是政治行為或特定法院才有權審理的行為無關重要。儘管無權審查與政治行為不審查在程序法上均表現為無管轄權，但在發生機理上並不相同。“政治行為”的定性看的應是某些行為不能通過司法或不適合司法解決。實際上，先行探討“無權審查”，將政治行為限定在法院“不能審查”，而與“無權審查”相區隔的論證模式，有助於最大程度地對所涉具體規範進行全面充分的解讀，將問題納入具體的法律制度框架中，以避免單純依賴“政治行為”這一含義模糊的概念而陷入可能的政治理論紛爭或抽象原則辯論之中。^②這無論對社群多元性強、政治理念不乏差異的澳門特區，還是對法官承受重重壓力的內地地區，其意義自不待言。

[責任編輯 陳超敏]

^① 江西省鷹潭市月湖區人民法院行政判決書（2015）月行初字第034號。

^② 王榮國：《論澳門行政法規的司法審查——以個案研究為視角》，《港澳研究》（北京）2018年第3期。