

由新近判例趨勢論法國公法上的 「政府行爲」概念

陳淳文

法國巴黎第二大學公法研究所博士班研究生

政府行爲乃指源出於行政機關卻享有司法豁免特權的行政行爲。該行爲之存在令人不得不質疑依法行政之理念；蓋該理念意味著所有源出於行政權之行爲皆該接受法院之審查。

本文便是針對法國公法上的這類行爲，析究其行爲本質；並探討這類行爲之《司法可裁性》的問題。文中的第一部份將介紹法國學界關於政府行爲概念的主要理論論爭；而行政法院對此概念在判例上的實踐則論述於本文的第二部份。最後再以幾點省思盼能提作日後深究之參考。

關鍵詞：政府行爲、政府權說、統治行爲(國家行爲)、政治問題、司法審查、司法可裁性、司法自制(法官自限)原則、折離行爲理論

前 言

1995年6月13日法國新任總統希拉克宣布法國將重新進行核子試爆，以期在96年秋天禁止核試爆之國際談判前，取得應有的模擬技術，進而簽署全面禁止核試爆的國際公約。¹ 該決定經媒體披露之後，立即引起世界各國

收稿日期：八十六年四月十六日；接受刊登日期：八十六年十月二十三日

1 該約英文為 Comprehensive Test Ban Treaty，簡稱 C.T.B.T.。法國前任已故總統密特朗於92年4月率先宣布暫時中止核試爆，儘管法國尚未取得不需核試爆的模擬技術。93年7月1日美蘇二國同時宣布中止核試爆，善意回應密特朗的裁核政策。由於核大國的中止試爆，才使全面禁止核試爆公約有談判基礎。

之關切，或甚至是批評。法國國內反核團體亦發起各種示威、遊行等抗議活動，以期改變政府立場。在這熱鬧紛擾的國內外反對聲浪外，綠色和平組織法國分會（Green-Peace France）默默地向法國中央行政法院提起行政訴訟，要求該院一方面暫緩該決定之執行，² 另一方面以越權為由，要求撤銷該決定。³

法院於同年 9 月 29 日的判決理由中指出：「暫時中止核爆乃為支持法國廢核武的外交政策措施，……，因該繫爭處分為法國在國際關係之作為上不可拆離的一部分，故免除所有法院之審查。基此，行政法院無權審查法國綠色和平組織針對此決定，所提起的越權撤銷之訴。」⁴

該判決給了因內外壓力而不斷萎縮的「政府行為」概念一個喘息的機會，但也重新激起學界對此古老問題的熱烈討論。然則「政府行為」並非專屬於法國法制上的問題，儘管指稱不盡相同；此問題卻普見於各國法制。故在我國釋字 328、342、387、419 號等近年案例之解釋文或不同意見書上，也可看到「政府行為」的影子。尤其近年憲政問題日益頻繁且複雜，對於外國法制之瞭解與參照，不僅可以滿足理論上的求知欲求，同時亦在實務上具有若干實用價值。借此間對該問題的論戰內容，也許可以激發一點國內法上相關問題的省思。

在進入討論之前，有必要先界定「政府行為」之概念，並瞭解此概念定

2 法國法制與我國相當，行政訴訟於一般情形下，並不能阻斷處分之執行力。但可對繫爭處分聲請暫緩執行（如我國訴願法第 23 條，行政訴訟法第 12 條）。反之，在德國法上，無論是提起異議或行政訴訟，均以停止執行為原則。請參見，吳庚，《行政法之理論與實用》，82 年增訂版，頁 302-303。

3 要求撤銷該決定的最主要理由是：依據憲法第 21 條的規定，「內閣總理指揮政府活動，負責國防事務。」故核試爆之決定權應屬於總理。總統不得以三軍統帥之身分（憲法第 15 條）決定國防事務。

4 該判決由法國中央行政法院「全院大會」所裁判，故極具重要性。Conseil d'Etat, Assemblée, 29, Septembre, 1995, Association Green-Peace France. 對該判例之主要評論：S. BRACONNIER "Reprise des essais nucléaires et acte de gouvernement," Dalloz, 1996, pp.205-209; J. MOREAU, Note de jurisprudence, J.C.P. 1996, II, 22582; J.H. STAHL, D. CHAUVAUX, "Acte de gouvernement" A.J.D.A. 1995, pp.684-688. 除法國之判決外，國際法庭也對由紐西蘭所提起，針對法國核試爆決定之爭訟，於同年 9 月 22 日做出不予受理的決定。

義之來源。

A. 「政府行爲」(acte de gouvernement)之概念

依據法國法上之通說：凡是涉及與國會之關係，或是涉及政府與其他國家或國際組織之關係，而源出於行政權但卻不受司法審查的法律行爲，謂之「政府行爲」。

詳言之，該定義包含以下四要點。第一，它是源出於行政權的行爲。基於三權分立之原則，法國公法上將「國家的法律行爲」區分爲「立法行爲」、「司法行爲」及「行政行爲」⁵ 三大類。「政府行爲」是「行政行爲」內的一類。第二，它是法律行爲而非事實行爲。因此，因軍事行動或戰爭行爲所引起的訴訟，法院有審判權。⁶ 第三，它是不受法院審查的行政行爲。根據依法行政之原則，所有行政行爲皆當接受法院之審查。司法豁免是「政府行爲」與一般「行政行爲」的區分判準。第四，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。最典型的例子就是行政權首長解散國會的決定。對外而言，它是涉及外交、國際關係等領域的政府作爲。例如對他國進行經濟制裁或禁運，或在公海上暫時劃定軍事演習活動區等。

B. 「政府行爲」概念之界定

上述「政府行爲」之概念產生，並非依據現行法上某特定法規以概括或甚至是列舉的方式規範而來。它完全是分析法院所拒絕審查之案例特性，整理歸納所得。正因為它是法官所一手創造的，所以一方面有不少學者拒絕承認它是現行法上的一個法律概念；另一方面它會隨著判例之變更而演進。

但它是那種法官的作品呢？在公私法分離的二元司法體系中，首先可以

5 源出於行政權的法律行爲，即法國法上的「行政行爲」(acte administratif)。與我國法制相比較，除了包含我國法上「行政處分」及「行政契約」之外，還包括「命令權」。這是因法國行政機關具有「法規制定權」之緣故。有關「法規制定權」，請參照吳庚，前揭書，頁 42。

6 C.E. 22, Nov. 1957, Myrtoon Steamship et Cie, Sirey, 1958, p.255, concl. HEUMANN. 至於啓發或終止戰爭行爲的宣戰，媾和等法律行爲，現今一般憲法皆將其交由國會審查，而非行政權之單獨行使，故亦非「政府行爲」。

肯定「政府行爲」是隸屬「公法訴訟」的範疇之內。但在「憲法訴訟」與「行政訴訟」二種公法訴訟中，是由行政法院法官，還是憲法法官⁷來界定「政府行爲」？這便牽涉各國司法體制的問題。

就法國體制而言，「政府行爲」之概念在 19 世紀初便已誕生；但一直到第五共和憲法（1958）才有憲法法官的存在。換言之，「政府行爲」主要是由法國中央行政法院法官所界定的。因此「政府行爲」是法國行政訴訟法上的重要課題，歷來的討論也錄於主要的行政法著作之中。⁸

法國長久將「政府行爲」歸於「行政訴訟」之中，一方面固因「憲法訴訟」⁹起步甚晚；另一方面更因「政府行爲」皆是源出於行政權之行爲。即使否認它是行政法上的行政行爲，它仍是憲法上或國際法上行政權之作爲。而在存在行政法院的國家中，審查行政權之行爲最自然、最邏輯的法官，當然是行政法院之法官。¹⁰

第五共和憲法設置憲法委員會之後，「政府行爲」之界定不再專屬於中央行政法院。但因憲法委員會法定職權之限制，¹¹其介入行政權行爲之審查的機會十分有限。所以有關「政府行爲」之研究，仍以行政法院之判決爲主要依據。¹²以下就學理上之討論，及實務上的演變趨勢分二大部分介紹；並將

7 此處所指之“憲法法官”，乃指以解決憲法爭議爲主要工作內容的法官。依各國法制之不同，其任用方式，職掌及名稱皆有所差異；但仍可以其主要工作的同質性，統稱之爲憲法法官。

8 國內學者論及「政府行爲」（更常用的用語是源於德文 *Regierungsakt*，日人翻譯的「統治行爲」）時，或認爲「全屬於憲法的問題」（陳新民，《行政法學總論》，83 年修訂四版，頁 5），或認爲「不屬於行政法研討之範圍」（翁岳生，〈論行政處分之概念〉，收錄於《行政法與現代法治國家》，1990 年 11 版，頁 24。）

9 這裏所謂的「憲法訴訟」，乃指針對立法權之行爲是否合憲而言。關於行政權之行爲是否合憲，行政法院有審查權。如法國行政機關依其「法規制定權」所頒布的命令是否合憲，由行政法院審查。基此而言，法國行政法院法官扮演部分憲法法官的角色。

10 同理，審查立法權之行爲最自然的法官乃是憲法法官。

11 有關法國第五共和之憲法委員會，請參閱拙著〈論法國之憲法委員會〉，《法律評論》，第 59 卷，第 1、2 期合刊，民國 82 年，頁 16 以下；及譯作〈論憲法委員會之合憲審查權〉，《憲政時代》，第 18 卷，第 3 期，民國 82 年，頁 59 以下。

12 除了中央行政法院之外，法國的「爭議法院」（*Tribunal des Conflits*）在裁判行政法院與一般法院之權限衝突時，亦有機會界定「政府行爲」。而在極少的機會下，一般法院會介入「政府行爲」之界定。

雖不窮盡，但卻具代表性的「政府行爲」清單列於結語之後，以結束本文。

壹、關於「政府行爲」的學理論爭

「政府行爲」出現於 19 世紀初期，早在 1816 年行政法院的判決中，對於企圖沒收拿破崙家族財產的爭訟，行政法院便認為這是該由政府裁決的政治問題，法院無權審查。¹³ 這種以政治問題爲由拒絕審查的態度，學者稱其爲「政治動機說」¹⁴。但該說於 1875 年「拿破崙王子案」¹⁵ 中爲法院所揚棄。著名的政府委員 DAVID 在該案的報告中指出：「一個源於政府或其代表的行爲，不論其是否爲內閣會議之議決，或基於政治利益而制定；並不足以賦予該行爲有超乎法院審查的特殊性格……如果該行爲本質上是行政機關的行爲，政治考量不足以剝除其行政行爲之本質。」

判例的變更，將學者的研究導向於「政府行爲」的「行爲本質」上。承認有「政府行爲」的學者認爲在行政權的運作中，有一類行爲具有特殊性質。正是此「特質」使其有別於一般行政行爲，也正是具有此特質，才能解釋其司法豁免的特權。否定「政府行爲」概念的學者，自然否定了行政權的行爲中，有一類特殊且不受法院審查的行爲，進而尋找其他理由解釋某些行爲的司法豁免現象。

A. 肯定說

肯定「政府行爲」概念的學者可分爲前後兩個時期。早期學者停留在理性的思考上，仍從政治性或政策性的角度去看待此問題。晚期學者則著力於

13 C.E. 20 jan 1916, Allut. 1, mai 1822, Laffite, p.376.

14 但「政治動機說」(La théorie du mobile politique) 早爲學者批判爲「使所有濫權行爲合法化」。MICHOU, Des actes de gouvernement, Ann. enseign. supé. Grenoble, Tome I, 1889, p.2.

15 C.E. 19, févr. 1875, Prince NAPOLÉON, Rec. 155. Concl. DAVID. 該案內容如下：在 1853 年拿破崙三世任命其親戚 Napoléon-Joseph Bonaparte 爲將軍。帝國崩潰之後重新刊印的將軍名冊中，拿氏被除名。拿氏先向戰爭部部長請求更正被拒後，遂向中央行政法院提起撤銷訴訟。

法律層面，試圖由具體的法規中找到「政府行爲」的存在基礎。

a. 政治性或政策性解釋

最主要的代表有 Hauriou 及 Duez 二人。前者以國家利益爲理由，後者則建構在法官的判例政策上。

1. 國家利益說

Hauriou 由純理性思考及法國法制之演進過程來解釋「政府行爲」存在的理由。就前者而言，他認爲行政權之運作一定要存在某些自由的空間。「不論是透過何種方法，政府一定要有一部分保留的領域。今天我們將這些領域列舉稱爲『政府行爲』。但承認『政府行爲』的存在，並非承認行政權之專擅。反之，是透過排除『政府行爲』之後，我們要審查所有的行政行爲。因此我們是自願放棄一點點審查權，以免完全失去對行政行爲的全面控制。」¹⁶ 而事實上所謂的「政府行爲」，它是基於國家公益之迫切需要，行政權不得不爲之行爲。若否，則將威脅國家之存在。這就是爲什麼它不得提起訴訟之理由。¹⁷

其次，他由行政訴訟演變的過程來解釋「政府行爲」。在行政權與行政訴訟合一的時代，內閣成員對繫爭案件有提審權，換言之，政府可以主動提審案件，直接排除行政法院的審查權。但在行政權與行政訴訟分離之後，¹⁸ 行

16 HAURIU 是法國行政法「公權學派」的創始人，與 DUGUIT 所領導的「公務學派」共爲法國行政法上的二大主流學派。Hauriou (Maurice) (1856~1929) 一直任教於吐魯斯大學 (Toulouse)，除了出版憲法、行政法等公法專著外，他最重要的貢獻是於近 40 年的時間對 370 個行政法判例做評論。該引文即是其判例評論。C.E. 30, juin, 1893, Gugel, S. 1895, II, 42, note, Hauriou.

17 這種基於國家之迫切需要而爲之行爲的論調，在 1868 年第一部對「政府行爲」做系統分析的著作中已可見：「凡是爲了保衛社會，對抗其現在或未來，潛在或明示的內外敵人，就是所謂的『政府行爲』。國家元首在此領域所採之措施，既不需諮詢，亦無需受審查。他的力量來自於主權者之權威，他可一人主導一切。而政府的威信則是他權力的界限。人民僅能於憲法中求得保障。」DUFOUR, *Traité de droit administratif appliqué*, Paris, Delamotte, 1868, t.V, p.128.

18 一直到 1872 年之前，中央行政法院的判決都得經過法王（行政權首長）認可後才生效。此時期的行政司法權稱爲「保留的司法」(Justice retenue)。1872 年 5 月 24 日的法律賦予行政法院完全獨立的司法權，換言之，行政首長無權介入其判決。法人稱之爲「委任的司法」(Justice déléguée)。

政權不能再提審這些與其保留領域相關的案子；法院自然得排除這些領域之審查，而遂有「政府行爲」概念之產生。

總結 Hauriou 的想法，他仍是由政治面切入問題。但不同於前述「政治動機說」的地方，是他以國家利益及實質需要爲出發點。¹⁹ 一方面指出「政府行爲」存在的必要性，另一方面也限縮「政府行爲」之範疇。而這些行爲因有「不得不爲」的特性，故而排除司法審查。

2. 判例政策說

Duez 則由法官的角度出發，認爲「政府行爲」的存在只是法官的「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。²⁰

事實上對他而言，「政府行爲」只是「行政裁量權」內的一種。只不過它是涉及兩個特定領域而可自成一個次類。然則在一般的行政裁量權裏，法院仍然接受審查。換言之，並沒有存在一類「裁量性的行政行爲」，可以逃避法院的審查。只是在受審查的行政行爲中，有一些「裁量性要素」被法官萃取出來將其排除於法官的審查之列。反之，面對「政府行爲」，法院未經萃取便逕行將其排除於審查之列，這是「政府行爲」與一般行政裁量行爲的差異之處。

在承認並解釋「政府行爲」之後，Duez 進一步批判法院在此方面的政策失當。他認爲法院應該如同面對一般裁量權一樣，審查「政府行爲」。但它僅萃取其中不宜審查的部分，將其排除於外。而就如同一般行政行爲之審查一樣，法院的審查並不致造成行政權完全受制，失去應有的自由空間。換言之，只要法院修改其政策態度，「政府行爲」概念最終將融入「行政裁量權」之概念內，而喪失自成一類，獨立存在的理由。²¹

19 換言之，政客或黨派間的恩怨利益鬥爭，固然涉及政治圈；但不是政治問題，更非國家利益。

20 P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935, p.191.

21 除了 DUEZ 之外，GROS 亦持此論調：「我們不認爲『政府行爲』概念有存在的理由。因爲裁量權的概念已足以涵蓋。該概念一方面可以給行政權合理要求的自由空間，另一方面也顧慮到依法行政之原則。這就是我們所期待的：自由地但却又合法地行政。」Gros, *Survivance de la raison d'Etat*, Paris, Dalloz, 1932, p.362.

b. 法律性解釋：政府權說

爲了肯定「政府行爲」之特殊性及其司法豁免之理由，此派學者將焦點集中在區分「一般行政權」及「特別行政權」（即政府權）之差異。進而由政府權之運作，導出「政府行爲」之存在及其豁免特權。這些學者一脈相傳，理論日益精細。他們的中心思想就是：憲法上承認政府權的存在。

事實上洛克 Locke 早已提出政府權的想法。而法國行政訴訟法先驅 Laferrière 在其大著「行政法院與行政訴訟論」中便指出：「行政 (Administrier), 是確保法律的日常踐行, 是監督人民與地方或中央行政機關之關係, 或是監督行政機關彼此間之關係。而統治 (Gouverner) 則是完全屬於政治領域的權力。它是監督憲法之遵守, 監督重大公權力之正常運作, 國家與其他國家之關係, 以及國家內外之安全。」²² 基此基礎, 後進學者發展並補充該理論。

1. Carré de Malberg 首先在 1852 年 3 月 25 日的法令中找到法律根據。該有關行政分權的法令指出：「由於可以遠距統治, 但卻只能就近管理行政; 所以將統治作爲集權至中央, 和將單純行政事務分權於地方是一樣重要的事。」²³ 基此, 氏區分「行政機關之作爲」與「政府之作爲」二種行政權之行爲。而所謂「行政機關之作爲」便是一般所謂的「行政行爲」。其特色是「必須臣屬於法律」。

反之, 「政府之作爲」的特色是它不需要立法授權, 它是獨立於立法權以外的行政權之運作。它的權力泉源來自於更高的法規範, 而此規範便是憲法。換言之, 「政府行爲」之理論與一般法律與憲法法之區別有密切的關連。

氏更在 1791 年憲法第三章中找到憲法依據。該章指出法王具有雙重身

22 Edouard LAFERRIÈRE (1841~1901) 是法國行政法上劃時代的人物, 就如同 E. FORSTHOFF 區分德國行政法以 Otto MAYER 爲分界點一般。自他以後, 開展法國的現代行政法。他自 29 歲進入中央行政法院, 45 歲被任命爲該院副院長 (院長是虛位), 並任該職長達 12 年。他上下二冊「行政法院與行政訴訟論」是近代最重要的行政法著作。Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault, 1896, t.II, p.32.

23 CARRÉ de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Sirey, 1920, réimpr. C.N.R.S. 1962 t.I, p.524.

分。首先他是行政首長，基此身分他必須臣屬於立法權。但他又同時是政府首長，基此身分，並以國家利益為歸依，他具有自由且不受質疑的權力。但即使「政府行爲」獨立於法律之外，而不受行政法院的合法性審查；它卻受制於憲法。然則憲法是由立法機關制定並修改的。換言之，「政府行爲」之存在並不威脅法治國之理念。因為行政權最終仍是受制於操控憲法的立法權手中。

2. Chapus²⁴ 及Capitant²⁵ 是二次大戰後，在學界一片討伐並否認「政府行爲」概念的風潮下，仍對此概念持肯定說的少數學者。基本上，他們否認在行政、立法、司法三權分立之外，還有一個第四權——「政府權」的存在。可是他們堅持在行政權內，有一部分特殊領域至少可稱為「政府活動」(activité gouvernementale)。²⁶ 而「政府行爲」概念存在的理由，就是因為有「行政活動」(activité administrative) 及「政府活動」之區別。

Chapus 認為可以由「行爲主體」及「行爲所介入的領域」二項指標來區別上述行政權內的二種活動。而事實上，現行法（判例）已對此兩種行爲做明確的劃分。透過判例的整理，我們可以給「政府行爲」完整的概念內容。他們主要包括以下三種行爲：(1)由政府所為但牽涉國會的行爲。(2)外交行爲。(3)元首的特赦權；儘管判例已將其排除於「政府行爲」之外，²⁷ 其本質仍值得再探討。

24 René CHAPUS, *L'acte de gouvernement, monstre ou victime*, Dalloz, 1958, chr. p.5.

25 René CAPITANT, *De la nature des actes de gouvernement*, in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p.99.

26 如果認為國家權力可以分為四種權力，不僅只是四種不同「機關」去行使此四權；最重要的是此四種權力的本質內容彼此互相排斥，沒有共同交集的部分。因此，若比照行政、立法、司法三權而使用「政府權」一詞，支持四權分立；則必須證明該權與其他三權互相排斥。但是在事實上，「政府行爲」的運作內容，仍不外是行政、立法、司法三權之運作。所以他們避免使用「政府權」一詞，而用其他的指稱替代。

27 中央行政法院在 1947 年的一個判例中指出：「元首之特赦權與法院所宣告罪刑之執行息息相關，不得視為源出於行政主體的行爲。」換言之，特赦令並非「政府行爲」。儘管其本質為何仍有所爭議。但論者皆認為行政法院視特赦權為「司法權之行爲」。C.E. 28 mars 1947 Gombert, Sirey, 1947, III, p.89; R.D.P., 1947, p.95, note Waline. 其次，與我國不同者，法國總統並沒有大赦權（我憲法第 40 條）。大赦與特赦之差別在於前者有消滅罪刑之效力，而後者僅能免除罪刑之執行。前者有回溯的效果，後者只能對未來發生效力。

Capitant 繼續 Chapus 的想法，由消極及積極兩個層面來分析「政府行爲」。消極而言，這些行爲並不是真正的行政行爲。根據依法行政之原則，行政行爲必須臣屬於法律，因爲行政行爲之主要目的乃在執行法律。然則，例如政府向國會提交法案的行爲，該行爲之目在於創設未來法律或修改現行法律，當然不是在「執行法律」。基此，行政法院無從審查該行爲。再就積極面而言，涉及國會或外交領域的行爲如果不是行政行爲，那只能是立法行爲或司法行爲（因爲四權分立無法成立）。仔細審視之後，我們會發現上述二種行爲是「政府參加立法權之運作的行爲」。甚至我們還可以說「特赦令」是一種「個別性法律」。²⁸ 歸納這三類「政府行爲」，我們可以發現事實上這些行爲的同質性甚高，可以形成一個完整的概念。所以我們可以說所謂「政府行爲」乃指：「所有政府參與立法權之運作的行爲。如果這些行爲具有司法豁免權，那是因爲它們本質上就是一種準立法行爲，故而不在此合法性審查之列。」²⁹

氏最後指出：在法秩序內的規範位階，就如同 Kelsen 所言，是依據每一種法規範的「價值」(valeur) 與「力度」(force) 來區分其上下位階的。同樣地，如果可以區分「行政機關之行爲」與「政府行爲」，那正是因爲這兩種行爲的「價值」與「力度」不同，故而有不同的法律效果。

總結上述學者的看法，可以有以下三要點。第一，不論名稱爲何（政府權或是政府活動、政府領域），在行政權之運作中有一類特殊的行爲。第二，這類行爲本質上仍不外是傳統行政、立法、司法三權之運作，只不過它們並不是單純的行政權之運作。第三，基於非單純行政權運作之特質，致使行政法院無權審查其合法性。

然則，行政法院無權審查，並不表示排除其他所有法院之審查權。持否定說立場之學者便致力尋找有裁判權之法院，進而否定在法治國中，有司法豁免之行政行爲存在的可能。

28 所謂「個別性法律」乃專指對特定人而制定之法律。學者以「卸任總統禮遇條例」爲國內「個別性法律」之示例。參照吳庚，前揭書，頁 38-39。

29 CAPITANT, op. cit. p.115.

B. 否定說

持否定說的學者基本上皆認爲「政府行爲」概念之存在是法治國的一大恥辱。他們首先指出「行政行爲」與「政府權」之區別在現行法上並不存在。設若這種分類有法律依據，爲何法院不據以引用，而只是指出法院無權審查？其次，就算承認有「政府權」之存在，並不能導出該權具有司法豁免特權的結論。如果在現行法上，的確存有某些行爲可以逃避法院之審查，並非基於「政府行爲」之概念，而是基於其他原因。整理其較重要的部分，可以成爲「混合行爲說」、「法院權限說」及「法官自限說」三種理論。而三種理論可以相互補充。

a. 混合行爲說 (La théorie de l'acte mixte)

該說由 Michoud 立下基礎，而由 Célier 成其大成。

1. Michoud³⁰ 認爲所有行政權之行爲皆該受法院審查。如果有行政權之行爲不受法院審查，那並不是因爲有政府權之存在，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。如果行政權首長必然可以是行政法院裏的訴訟當事人，則國會兩院或其代表則不具行政法院訴訟當事人之資格。換言之，行政法院設立之目的並不在於解決行政、立法二權之爭議。再者，國會自有其政治手段解決二權之爭議，這使得行政訴訟在此不具實質意義。³¹

其次就涉及外交領域的行爲而言，法國中央行政法院對外國政府無審判權更是不言自明之理。這類問題應由國際法庭解決。

2. Célier 承續上述之解釋，並進一步指出「政府行爲」是一種錯誤的指稱。事實上這些不受法院審查的行爲，應稱其爲「混合行爲」。蓋因該行爲有二個行爲主體；法國政府是其中之一，另一個則是不受行政法院審查的行爲主體。此主體可以是法國國會，或是外國政府。外國政府，基於主權原則，

30 參見註 13。

31 BREMOND 則站在原告適格之觀點上，解釋法院之拒絕審查。Des actes de gouvernement, R.D.P. 1896, p.22.

不受法國行政法院審查。而法國國會，基於民主政治之常理，亦不受行政法院審查。所以一般所謂的「政府行爲」，事實上是建構在一個基本原則上：「如果行政法院審查所有行政權之行爲，行政法院卻也僅審查行政權之行爲。當爭訟案件涉及國會或外國政府時，法院必須放棄其審查權。蓋這是基於行政法院法官與法國法院法官之立場，法院所應有的審查界限。」³²

b. 法院權限說

由「混合行爲說」進而發展的「法院權限說」主要由 Virally³³ 及 Eisenmann³⁴ 爲代表。他們認爲如果法院拒絕審查，那只是單純地因爲法院的法定權限所致。簡言之，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應當是憲法法院。而涉及他國政府之爭議，自當由國際法庭裁決之。所以 Eisenmann 指出，如果法國法內有不受審查的行政權之行爲存在，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之限制，另一方面又缺乏真正有權的法官——憲法法官。³⁵ 而 Virally 則言：「基於政治上的理由而免除法院審查的『政府行爲』在法國法上是不存在的。」³⁶

該說的最大特色是替中央行政法院洗清罪嫌。蓋設若有法院拒絕審查的行爲，並非因法官沒有勇氣擔當，而只是單純地因爲受到其法定權限所限制。但對於是否有政府權之存在的問題，該說並沒有正面去回應。論者以爲，有「混合行爲」之存在，不就是說明了行政權中有一種特殊的領域，有別於一般行政機關之行爲？而在第五共和憲法運作之後，既已存在憲法法官，爲何仍有「政府行爲」之判例存在呢？尤其這些判例不僅出於行政法官或權限爭議法官之手，亦出於憲法法官之手。

32 CE. 28 mars 1947, Gombert, Sirey, 1947, III, 49, concl. Céliér.

33 M. VIRALLY, L'introuvable acte de gouvernement, R.D.P. 1952, p.317.

34 Ch. EISENMANN, Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1953, p.1.

35 J. AUVRET-FINCK, Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin? R.D.P. 1995, p.135.

36 VIRALLY, op. cit. p.335.

c. 法官自限說

當代大部分學者皆認為如果有法院拒絕審查之行政權行爲，最主要的原因是法官自我限權。換言之，他們並不認為行政權中有某些行爲，在本質上不具有「司法可裁性」(Justiciabilité)。行政權之行爲如果可以規避一般法律，也不能不在憲法架構下運作。因此並不存在所謂的「政府行爲」概念。

法官自限的理由爲何？基本上不外二個原因。首先基於民主政治之傳統，政治性機關之行爲由人民審查。Duguit 很早就指出政府（內閣）同時爲「行政性機關」與「政治性機關」的雙重特性。³⁷ 而「政治性機關」之裁決，以人民爲其最終審查者。其次，法官必須考量其審查後的「裁判力」，若其裁判結果不被尊重，最終只是打擊摧毀自己的威信而已。在國際上，主權國家或國際組織不可能臣服於國內法官之裁判。即使在國內，立法權或是修憲權都可透過立法或修憲的途徑來改變法官的決定。基於上述理由，法官沒有必要冒著打擊自我威信的危險，去審查一些最終可能不具審查實效的行爲。³⁸

由於是法官自限的結果，事實上所謂的「政府行爲」概念，只不過是行政裁量權的一種。裁量的概念即足以將其涵蓋，而無自成一類的理由。如果不揚棄「政府行爲」概念，而任其殘存；至少還有以下二缺點。第一，由於「政府行爲」概念有惡名昭彰的歷史包袱，它的殘存只會令人聯想到「拒絕正義」，令人懷疑法治國原則。第二，繼續使用該概念，會讓人誤以爲只有該概念所涵蓋的行爲才有法官自限的情形。然則，法官自我限權的情況並不是僅存於此類行爲。³⁹ 事實上所有行政裁量權，從另一個角度來看，也僅是行政法院法官基於政策考量，自我設限的結果。

縱觀法國學理上之論爭，「否定說」最後導出「法官自限」的平凡結論，而不能正面反擊「肯定說」，否定「政府權」之存在固屬可惜。但透過行爲主體與法院權限之分析，釐清並強化了行政權中有特殊領域的論調。然則「法官自限說」得到大多數學者的支持，並非沒有道理。一方面它維護法治國原

37 DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^eéd. p.246 et s.

38 G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, P.U.F. 1992, tome I, pp.515-516.

39 J.M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J. 1984. Tome I, p. 168.

則的理論架構，另一方面它也對未來保留開放的空間。因為法官可以依據訴訟的時空環境，改變其政策。至於「肯定說」，則引導出「何謂行政行為」這個行政法上的基本問題。導出政府權的存在及其司法豁免，自然是破壞了法治國原則，給予行政權專擅的成長空間。故而僅有少數學者敢於挺身支持。但是他們的論點仍有省思的價值。由前述有關核子試爆的例子來看兩派之論爭，似乎沒有一派真正佔上風。

儘管學理上的論爭未息，沒有具體的結論。中央行政法院判例的發展，卻有長足的進步。唯有透過判例，才能對「政府行為」有較完整的認識。

貳、由新近判例看「政府行為」的演變趨勢

既然法國的「政府行為」包含與國會相關之行為與涉外之行為兩部分。以下可分「國際效果」及「國內效果」之「政府行為」來討論。就演變趨勢而言，「國內效果之政府行為」儘管有進步，但近年持穩定狀態。反之，「國際效果之政府行為」則大幅萎縮，有逐漸消失的傾向。

A. 國際效果之「政府行為」

該領域「政府行為」之萎縮與行政法院本身判例之突破息息相關。但判例之突破，不僅是法院內部自發性之行為，有一大部分是來自外在的壓力（如歐盟之成長）。「政府行為」之萎縮，一方面源於行政法院所建構的「拆離理論」，另一方面則受「行政法國際化」之影響。

a. 拆離行為理論(La théorie de l'acte détachable)

該理論於 1905 年 MARTIN 案發展而來，是法國行政契約法上的重要理論。但該理論很快就被運用到有關國際效果的「政府行為」上，⁴⁰ 進而成為該領域的重要理論。

40 最早案件可推至 1924 年。C.E. 27, juin 1924 Goldschmitt, Rec. 607; C.E. 5 fév. 1926, Caraco, Rec. 125, Dalloz, 1937, III, I. note DEVAUX.

1. 理論說明

在傳統行政撤銷訴訟的觀念裏，該訴訟主要是針對單方行政行爲而言。法院不得接受契約當事人以外之第三人的要求，撤銷行政契約。換言之，第三人對行政契約所提起的撤銷訴訟，行政法院不予受理。

這樣的觀念會導致一個嚴重缺失，那就是一旦行政機關以契約做爲其行爲方式，便可逃離人民對其行爲之監督，因爲法院拒絕受理針對契約的撤銷訴訟。其次，在法國法上，公共服務事業（如水、電、瓦斯、大眾運輸事業等），都是業者與行政機關簽訂行政契約之後，才取得經營權。一旦人民不能針對這些與其日常生活息息相關的行政契約提起撤銷訴訟，不僅只是法制上的缺失，亦非人民所能接受。

故而在 1905 年有關公共運輸（電車）的爭訟中，法院便認爲市議會同意簽署該約的議決是可拆離於契約之外的行爲。針對此「可拆離行爲」之形式或實質瑕疵，法院可接受第三人所提起的撤銷訴訟。⁴¹ 自此以降，撤銷訴訟不再只是針對單方行政行爲。而契約本身之外所有可拆離的行爲，如簽約前的準備行爲：諸如招標程序，皆可成爲撤銷訴訟之標的。

2. 在「政府行爲」領域內之運用

在有關「政府行爲」之訴訟裏，法院亦萃取行爲中不直接涉及國際關係的部分，稱爲「可拆離行爲」（*acte détachable*）。這些行爲既然可拆離於國際關係；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。透過拆解之後，「政府行爲」中真正能逃避法官審查的部分日益萎縮。現舉四個判例說明。

首先在 *Vo Thanh Nghia*⁴² 案中，越南民主共和國政府計劃在巴黎市區建其大使館，向主管當局申請建築執照。但在執照核發之後，因與都市規劃法規不符而由鄰人提起撤銷訴訟。越南當局及法國外交部提出二點理由認爲法院無權審查該案。第一，建照的核發涉及越法兩國的外交關係，不宜由法

41 C.E. 4, août, 1905, MARTIN, Rec. 749. concl. Romieu, Sirey, 1906, III, 49, note Hauriou, R.D.P., 1906, p.249, note Jèze.

42 C.E. 22, déc 1978, *Vo Thanh Nghia*, Rec. 523 A.J.D.A. 1979, p.37. concl. Genevois.

院管轄。第二，根據 1961 年 4 月 18 日的維也納外交公約第 21 條第 1 項及第 42 條第 2 項的規定，一方面地主國必須便利相對國在該國建館、設館之需，另一方面，兩國之往來須以彼此外交部門為往來對象。因此，建照之核發只是條約之執行；而只有外交部（而非法院）才是兩國相互對話的正常機關。

中央行政法院認為建照之核發純屬國內法上單純的行政處分，法院自當有審查權。法院之審查，一方面並沒有限制政府在外交上的活動空間，另一方面也沒有違背條約之執行。換言之，這是一個可拆離於政府外交上作為之行為。對此「可拆離行為」，法院有審查權。

其次，GISTI & MRAP⁴³ 案發生於 91 年中東海灣戰爭期間。伊拉克於 90 年 8 月 2 日入侵科威特，該行為立即引起各國之批判。除了聯合國 660 號決議案，歐洲共同體亦對伊採取禁運、中止雙邊各項合作，凍結其海外資產等各項措施。伊於 91 年 8 月 18 日宣布以在科、伊兩國的敵國僑民為人質，作為報復措施。在此背景下，法國教育部於 91 年 9 月 24 日對各大學發布訓令，要求各大學拒絕伊拉克學生的入學申請，並撤銷已核發的「入學許可資格書」。該措施立即引起移民團體及反種族歧視團體的不滿，向中央行政法院提起撤銷訴訟。

雖然法院最終沒有撤銷該指令，⁴⁴ 但該案對「可拆離行為」有示範的效果。該案中的政府委員⁴⁵ Kessler 在其報告中便指出，如果中止法伊雙方的科教文合作之行為，是一個不折不扣的「政府行為」；禁止伊籍學生入學申請的措施則是法院可審查之「可拆離行為」。蓋法國大學之入學申請程序、資格等，是純粹國內法的問題，他更進一步指出，如果依法令教育部長有此處分

43 C.E. 23 sep 1992, G.I.S.T.I. et M.R.A.P., Rec. 346 A.J.D.A. 1992. p.752. concl. kessler; R.F.D.A. 1993, p.352. chron. Ruzié.

44 不少學者認為法院不撤銷該指令，是因為在裁判時，撤銷該指令已不具實質意義。伊拉克學生最終是依常態入學。

45 政府委員 (Le commissaire du gouvernement) 乃法國行政訴訟之特有設置。其角色主要在於針對案件，以中立之立場，提出建議裁判，於庭上宣讀此建議裁判之法律見解，或為庭上所接受，進而主導判決之方向；或不為庭上所接受，但成為研究該案之重要文獻，可能於日後影響判例之變更。中文簡介可參閱蔡志方，法國行政救濟制度（下），憲政時代，八卷四期，頁 69。

權，該指令當然合法。但縱觀所有相關法令，部長沒有針對某特定類別學生禁止其入學之權，故而該指令因非法而必須予以撤銷。該見解得到大部分學者的支持。

最後，在有關歐洲原子加速器的判決中，⁴⁶ 法院認為是否加入原子加速器之建造計劃的決定，可能會是「政府行爲」。但是關於原子加速器建造地點之選擇，則非「政府行爲」。該案係因建造地點由原定的史特拉斯堡（Strasbourg）改為格瑞諾勃（Grenoble），引起原預定地相關人士之不滿而提起訴訟。換言之，國內地點之選定，須以國內相關法令（如國土規劃計劃）為準據，是可拆離於外交關係的行爲。另外，在 1988 年一個有關出口禁止的案件中，⁴⁷ 因為巴基斯坦政府不向法國保證不發展核武，法遂禁止核技術出口該國。Robatel 公司因禁令而不能履行契約，遭受損失，要求國家賠償。法院也認為出口禁令雖是源出於外交關係，但仍只是對國內發生效果的「可拆離行爲」，法院有權審查其合法性。

由上述幾個示例，我們可以看到「拆離理論」在減縮「政府行爲」領域上所發揮的效果。事實上，透過該理論，法院不斷擴大自己的審查空間，一步步地蠶食「政府行爲」概念。然則該理論之發展與運用，是法院自發性的努力，故而需要較長的演進時間。反之，隨著今日社會之國際化，尤其是歐洲共同體之建造與成長，是一股外在的促進力，促使法官擴大自己的審查權。

b. 行政法國際化

行政法國際化對國際效果之「政府行爲」的影響可由行政法法源國際化及法官之調適二個層面來看。

1. 行政法之法源國際化

法國自第四共和以降，對國際法與國內法之關係採國際法優於國內法之原則。現行憲法第 55 條規定：「國際條約或協定經正式批准或認可而公布

46 C.E. 8, jan. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c. La Communauté urbain de Strasbourg*. Rec. 3.

47 C.E. 19 fév 1988, *Société Robatel*, Rec. 75, A.J.D.A. 1988, p.354, Concl. Massot.

者，若此條約或協定已由簽約對方國予以適用時，其效力在國內法之上。」換言之，在國內合法公布的條約或協定具有國內法的效力，其效力甚且優於國內法。然則這些條約或協定的適用，常常會涉及傳統「政府行爲」之領域，因爲是涉及對外關係。法官以條約或協定爲審查基礎，自然縮減了「政府行爲」的領域。現舉一例來說明此現象。

在傳統判例上，駐外單位的「外交保護權」及「領事保護權」的行使乃屬於「政府行爲」，法院不予審查。⁴⁸ 在 93 年一案例中，一法籍奧裔女士與其奧地利籍的兄弟因遺產問題而爭訟。該女士以 1954 年 4 月 23 日有關民事訴訟之海牙公約爲依據，一方面要法國外交部向奧政府請求司法協助，另一方面要求法駐奧 Innsbruck 領事館代其出庭。要求被拒之後，她向行政法院提起撤銷訴訟。⁴⁹ 法院並未因該案涉及傳統「政府行爲」領域而拒絕受理。反而推翻過去判例，直接引用相關國際條約而審查該案。論者皆以爲由於國際相關條約對個人的保護，日後有關外交保護權之運作，可能不會再被法院視爲是「政府行爲」而拒絕審查。⁵⁰

事實上，人民有訴訟的權利不僅在現行憲法上有所宣示，更有諸多國際條約或公約保護此權。⁵¹ 而這些公約也都經法國簽署並公布，直接具有國內法之效力。在此情形下，法院要拒絕受理訴訟案件的確十分困難。更有甚者，根據歐洲人權公約第 9 號議定書規定，個人可以向歐洲法院提起訴訟。而該議定書自 1994 年 10 月 1 日生效。⁵² 如果國內法院自願放棄管轄，最後仍會有國際法院管轄的可能。所以國內法院不得不修改過去判例，日漸介入傳統

48 根據國際法之慣例，以及 1963 年之維也納公約，領事基本上是負責「行政性」業務，而非真正涉及「外交」。但判例上仍視「領事保護權」爲「政府行爲」。例如 C.E. 12 jan 1877 Dupuy; C.E. 1 juin 1943 Corbier, Rec. 140. 至於外交保護之案例，如 C.E. 25 mars 1988, Société Sapvin, R.F.D.A. 1988, p.572, obs. Ruzić.

49 C.E. 29 jan 1993, Mme Bouillez, A.J.D.A. 1993, p.365, note G. Burdeau.

50 Ibid; J. AUVRET-FINCK, op. cit., p.158.

51 諸如 1948 年 12 月 10 日的聯合國人權公約第 8 條，1966 年 12 月 16 日的政治及公民權利公約第 2 條，1951 年 11 月 4 日的歐洲人權公約第 6 及 13 條等。

52 J.P. FLAUSS, Le droit de recours individuel devant la Cour européenne. Le protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme, A.F.D.I. 1990, p.507.

「政府行爲」之領域內。

最後，由於歐盟之建構，使得許多原本是單純國內行政行爲的事項，變成涉外事項。換一個角度說，所有歐盟談判、議決的事項，雖是涉外事項，事實上大部分是涉及傳統國內的行政行爲。如果法院不擴大其審查範圍，將使「政府行爲」概念因歐盟之建構而驟然大增。這當然不爲時代所接受。⁵³故法院只能接受涉外事項之審查，進而逐日蠶食國際效果之「政府行爲」。歐盟之建構，使得會員國之國家權力「地方化」；使得國內行政行爲「國際化」。法官不得不改變傳統角色，突破國內法法官的格局。而正是法官角色的調適與變更，才使得法源國際化之趨勢，得以在國內落實生根。

2. 法官之調適

過去行政法院法官面對涉外爭訟時，常以國內法法官自居。進而以此角色自我限權，拒絕審查相關案件。除了「政府行爲」領域之外，法官還常以兩種理由面對涉外案件。

首先，在行政行爲（命令或處分）符合國內法律但卻違背在國內已生效的國際條約時，法官並不依憲法第 55 條之規定，直接適用條約。法官認爲法律是否符合條約之審查非行政法院之職權，行政法院只能適用法律而不能審查法律。一旦行政行爲以這類法律爲基礎，法院無權因該行爲違背條約而將其撤銷。這是法國行政法上所謂的「法律屏障論」（La théorie de l'écran législatif）⁵⁴。其次，對條約之適用有疑義時，法官皆放棄自己的解釋權，而提請外交部解釋。⁵⁵這兩種態度使得行政法院法官維持單純國內法法官的角色，不直接適用國際法；引起國內外的批評。

這個情況在兩個近年極重要的判例變更之後，完全改觀。首先在 89 年的

53 舉例而言，日前歐盟因英國瘋牛肉事件所採取對病牛之處理，牛肉價格之穩定措施及對業者之補助等，皆直接涉及國內業者及消費者之利益。設若有相關之行政訴訟，法院豈能因其涉及國際談判而拒絕受理？

54 E. NÉGRIER, *Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel*, R.D.P. 1990, p.267.

55 基於憲法第 55 條之規定，要簽約對方國亦履行條約的情況下，條約才具國內法之效力。對於對方國是否尊重相互原則，履行條約，法院認爲這是外交部之職權。條約之解釋，亦以相互原則爲由，認爲是外交部之職權。

Nicolo 案⁵⁶ 中，法院確立直接適用條約原則，不再顧慮國內法律與條約之間的關係。甚至國內法律生效在條約之後的情況下，仍以條約為審查依據。換言之，不論行政行為是否有國內法律為依據，亦不論其依據之國內法律生效日在條約之前或之後，只要違反條約規定，法院便視其為違法行政行為而予以撤銷。其次，在 GISTI 案⁵⁷ 中，法院確立自己對條約有解釋權之原則，今後不再受外交部之拘束。法官態度之改變，使得行政法院法官擺脫國內法法官的傳統角色，進一步成為國際法法官。該立論可以以下 93 年這個重要判決為佐證。

一個馬來西亞銀行在香港分行的職員，利用其職權非法貸款巨額給一個空頭公司，而後潛逃在法。香港總督及英政府基於 1876 年 8 月 14 日之英法引渡條約第 16 條及 1957 年 12 月 13 日歐洲引渡公約第 27、28 條之規定要求引渡該員。該要求於 92 年 3 月 20 日被拒後，英政府向法國司法部長提起訴願。法司法部長對該案逾 4 月不為決定，英方遂於 92 年 11 月 12 日向法中央行政法院提訴訟。⁵⁸

有關引渡與否的決定，傳統視為「政府行為」而不受法院審查。但隨著法治之進步，該情形漸有改變。首先在 1937 年，中央行政法院對同意引渡之行政處分進行審查。⁵⁹ 不過此後 40 年間，行政法院僅進行形式審查。一直要到 1977 年的判例，⁶⁰ 法院才對同意引渡之行政處分進行形式（即程序）及實質（即法律問題）雙重審查。換言之，同意引渡之行政處分已不再是「政府

56 C.E. 20 oct. 1987, NICOLO, Rec. 190. Concl. Frydman. 由於這是近年最重要的判例之一，相關之評論甚多。以下僅例舉一二。A.J.D.A. 1989, p.788, note Simon, R.D.P. 1990, p.801. note Touchard, RFDA, 1989, p.824, note Genevois, p.993, note FAVOREU.

57 C.E. 29 juin 1990, GISTI, Rec. 171, R.D.P. 1990, p.1579, note Sabiani, A.J.D.A. 1990, p. 621. concl. Abraharm, note Teboul.

58 C.E. 15 oct, 1993, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et gouverneur de la colonie royale de Hong Kong. RFDA, 1993, p.1179, concl. Vigouroux, AJDA, 1993, p.848, chr. Maugué et Touvet; O. CAYLA, Le contrôle des mesures d'exécution des Traités: réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement, RFDA, 1994, p.1.

59 C.E. 28 mai 1937, Decerf, Rec. 537.

60 C.E. 24 juin, 1977, Astudillo Calleja, Rec. 290.

行爲」。但拒絕他國要求引渡的處分一直視爲是「政府行爲」。

事實上同意引渡之行政處分與拒絕引渡之行政處分二者的確有所不同。蓋前者牽涉到個人（要求被引渡人）的權益，而後者則直接涉及國與國之間的雙邊關係。故而後者一直被視爲國家的外交手段之一，是國家主權行爲之展現。然則在晚近簽署的引渡條約中，同意引渡往往被視爲是原則，而以拒絕引渡爲例外。如在前述 1957 年的歐洲引渡公約中的第 1 條，便指出在例外規定之外，同意引渡爲國家之義務。近年各種打擊國際犯罪，恐怖主義活動等雙邊或多邊條約或協定中，亦常視同意引渡爲國家之義務。

在這樣的背景下，法國中央行政法院終於在該案中推翻過去判例。不僅接受英方之訴狀，並直接適用相關之國際條約或協定，撤銷法政府拒絕引渡的行政處分。

原本被視爲是「政府行爲」領域中的核心事項——拒絕引渡之行政處分，在本案被推翻之後，論者皆認爲國際效果的「政府行爲」概念，在行政法國際化的情況下，有嚴重萎縮的傾向。⁶¹ 更有學者認爲所謂「國際效果的政府行爲」概念是一個垂死的概念。⁶²

幸而，適時來臨有關核試爆之判決，給國際效果的「政府行爲」一個喘息的機會。該判決不正是因法國核試爆與全面禁止核爆的國際談判有不可拆離的關係，而視其爲國際效果之「政府行爲」？

總之，法源國際化，配合法官的角色調適，大幅縮減國際效果的「政府行爲」概念，至今只餘少數核心領域殘存。至於國內效果的「政府行爲」，雖然沒有大幅縮減，但也因國內法制之變更而有所進步。

B. 國內效果之「政府行爲」

國內效果之「政府行爲」主要是指涉及國會的行政權之行爲。但透過前述「拆離理論」之運用，過去視爲涉外之事項經拆離之後，也可轉變成單純

61 J. MOREAU, *Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement*, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Dalloz-Sirey, 1994, p. 299.

62 O. CAYLA, *op. cit.*, p.3; J. AUVRET-FINCK, *op. cit.*, p.142.

國內效果之行爲。在此領域內，憲法委員會之創設，對概念內容有相當程度的影響。

a. 憲法法院之存在強化對「政府行爲」之審查權

第五共和憲法創設憲法委員會之後，使法國真正具備合憲審查制度。憲法法官的存在一方面可以確保憲法受尊重，依憲法來解決行政、立法二權之可能爭議，另一方面也可確保法院之獨立，強化法院的審查權。

1. 憲法委員會之審查權

過去因介入行政、立法二權之運作而被視爲「政府行爲」的事項，自 1958 年後有所變更。首先，有關總統及國會議員之選舉事項之爭議，過去視爲「政府行爲」；現由憲法委員會依憲法第 58、59 條之規定，負責裁決。其次，有關總統的法律公布權及要求國會重新審議法律的覆議權（憲法第 10 條），亦由「政府行爲」成爲憲法委員會可審查的行爲。⁶³

但是由於憲法委員會本身法定權限之束縛，以及相關事項缺乏法律明訂；憲法委員會對於總統解散國會之決定，⁶⁴ 以及將法案提交公民投票的決定，⁶⁵ 仍然拒絕審查。事實上，就解散國會而言，除憲法第 12 條規定總統須先諮詢總理及兩院議長後得解散國會，並無其他法令規範該決定。換言之，如果憲法委員會接受審查，也只能就諮詢與否做程序上審查。而這裏的「諮詢」（在無其他法令規定下）形同「知會」。即使有程序瑕疵，總統可重新「知會」補正，對原決定不造成實質上的影響。故使審查不具意義。

論者皆以爲在未來發展中，只要有足夠的法令堪爲審查依據，憲法委員會會日漸擴大其審查範圍，「政府行爲」概念尚有萎縮的空間。不過，對於憲法本身賦予元首的裁量權，或是裁量空間，法官不能也不會介入。

63 C.C. 23 août 1985, Rec. 70. A.J.D.A. 1985. p.607. note Hamon; Dalloz, 1986, p.45, note Luchaire.

64 C.C. 4 juin, 1988, Minvielle, Rec. 79. Dalloz, 1988, p.445, note Luchaire, RFDA, 1988, p. 702. note Generois.

65 C.C. 25 oct 1988, Diémert et Bannel, Rec. 183, RFDA, 1988, p.908, note Genevois.

2. 行政法院地位之強化

儘管行政法院之獨立爲時已久，但因缺乏違憲審查制度，使得法院對行政權有諸多顧忌。舉例而言，對於政府違憲的行政行爲（如行政命令），法院當然可以將其撤銷。但政府可透過國會，將被撤銷的命令改以法律的姿態出現。面對此情形，法院根本無可奈何。更有甚者，行政權更可透過立法的方式削減行政法院的審查權限，以爲報復，法院則無以爲抗。

這些情形在憲法委員會設立之後，全部改觀。除了違憲法律有遭憲法委員會審查的可能之外，該會更於先後兩個重要判例中，先肯定行政法院之憲法地位，⁶⁶ 並確保其應有的審查權限。⁶⁷ 行政法院獲得憲法之保障與強化之後，雖沒有大幅削減「政府行爲」，但至少大幅減少行政權的恣意專擅之空間。法院不僅界定「政府行爲」之存在，並進而審查其是否有瑕疵。

b. 行政法院之審查示例

以下再就兩個有關「政府行爲」之案例，來看強化後的行政法院對國內外效果之「政府行爲」的審查情形。

1. 因阿爾及利亞的法駐軍叛變，戴高樂總統依憲法第 16 條之規定，發動總統的緊急命令權。針對此命令所提起的撤銷訴訟，⁶⁸ 法院認爲發動緊急命令權的決定，固屬於「政府行爲」，法院無權審查。不過，對於總統在緊急命令時期所爲的其他行政行爲，並非「政府行爲」，法院有完全的審查權力。換言之，只有宣告國家進入緊急狀態的原始命令爲「政府行爲」。其餘所有行爲皆爲一般行政行爲。

2. 法國和摩洛哥 (Maroc) 於 1983 年 11 月 10 日簽署協定，法國對於摩洛哥人入法停留期間不超過三個月者，給予免簽證待遇。然因 1986 年在法發

66 C.C. 22 juillet 1980, Rec. 46, R.D.P. 1980, p.1658, note Favoreu, Dalloz, 1981, p.65, note Hamon.

67 C.C. 23 jan 1987. Rec. 8, AJDA, 1987, p.315. note Chevallier; R.D.P. 1987, p.1341, Gaudemet.

68 C.E. 2 mars 1962, Rubin de Servens, Rec. 143, R.D.P. 1962, p.288, note Berlia Dalloz, 1962, p.109, Chr. Morange.

生的一連串恐怖主義活動，法外交部於 1986 年 10 月 18 日片面宣布暫時中止免簽證措施。一摩洛哥人因無簽證被裁定遣送回國而提起撤銷訴訟。法院首先指出條約之暫時中止權，依國際法有以下幾項情形：(1)條約本身有規定該權之行使條件，(2)締約國雙方合意暫時中止，(3)締約國單方因他方違背條約或因情勢變遷 (clause rebus sic stantibus) 而中止。而一連串的恐怖爆炸活動，自屬情勢變遷，法國當局依國際法之規定，有權採取中止措施。至於法國當局是否採取中止措施，則屬「政府行爲」，法院無權管轄。換言之，即便法院承認片面中止條約之履行為「政府行爲」，法院仍審查該行爲是否符合國際法。⁶⁹

其次，法院更進一步審查該中止條約之處分的合法性。法院審查該處分是否透過法定程序 (於內閣會議討論)，並由有管轄權之官署簽署。法院亦審查該處分是否存在，亦即該處分是否公布於政府公報，外交部公報等。由法院這些詳細的審查看來，即便該處分之作成與否屬於「政府行爲」，原則上不受法院管轄，但並不意謂該處分可任由行政機關恣意而為；行政法院仍然要求該處分必須滿足法定的合法要件。

儘管憲法委員會之設立，沒有因而消除國內效果的「政府行爲」。但經該會與中央行政法院的共同努力，國內效果的「政府行爲」亦日漸為法院所審查。法治國的理念仍隨判例的動態發展而日有所進。至於憲法委員會與中央行政法院有關「政府行爲」的權限分配問題，論者皆以為前者在必要時候固當發揮其應有功能，⁷⁰ 但原則上仍應以行政法院為行政權之行爲的自然管轄法院。只有在例外情況，有重大憲法問題時，才有憲法委員會介入的必要。⁷¹

69 C.E. 18 déc 1992, Préfet de la Gironde C.M. Mhamedi AJDA, 1993, p.82. chr. Maugué et Schwartz.

70 L. FAVOREU, L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable, RFDA 1987, p.544.

71 J. AUVRET-FINCK, op. cit., p.173.

結 語

在看完有關「政府行爲」的理論與實務之後，我們重回核子試爆的起點。法院認定決定試爆的處分與國際關係密不可分，故屬國際效果之「政府行爲」。根據該案政府委員 Sanson 之報告，可有三種途徑支持這個結論。

首先，就核子武器本身的特性而言，它是政府在國際戰略關係上利用的工具。所以有關核武的決定，本質上就具涉外性質。其次，就該案的發生背景而言，因為它涉及國際談判及相關條約之簽署，故而不可拆離為單純的國內處分。最後，密特朗總統正是在國際談判期間，決定暫時中止試爆，以期為國際社會之表率，並待他國之善意回應。所以中止試爆之決定必屬國際效果之「政府行爲」。如果中止試爆是「政府行爲」，那麼其相反行爲——重新試爆，必也是「政府行爲」。

然則這三種途徑都有被批駁的餘地。第一，所有的武器基本上都是對外的。如果依第一種論調，是不是所有涉及國防戰備的決定皆為「政府行爲」？第二，事實上該案所涉及的，並非國際談判本身。真正的問題是：「法國要在談判之前取得模擬技術」。更直接地說，是「法國要不要具有模擬技術」。所以是單純的國內問題。第三，既然國際效果之「政府行爲」的界定，以國際背景為依據。背景不同，界定便不同。所以原「政府行爲」之相反行爲，並不必然自動地成為「政府行爲」⁷²。對於這些批駁，有的學者更甚至直接指出，即使核爆純屬國內問題，依憲法第 5 條：「總統……保障國家之生存。總統維護國家之獨立、領土之完整……」等規定，該決定仍屬「政府行爲」⁷³。

由上述論爭可以看出，國內效果與國際效果之「政府行爲」的劃分，已日漸失其價值。很多行爲都同時具國內與國際之效果。如果視該案為單純的國內問題，是否仍可視為「政府行爲」？就法院的立場而言，一旦揚棄傳統國內效果「政府行爲」之定義，使概念範圍超出原始有關國會之行政權行爲的

72 J.-H. STAHL, D. Chauvaux, Acte de gouvernement, AJDA, 1995, pp.686-687.

73 J. MOREAU, J.C.P. 1996, op. cit., p.73.

界定；那無疑是法治上的退步。因為不僅沒有限縮「政府行爲」概念之範圍，反而予以擴充膨脹，故非法院可採之立場。

事實上，就算法院接受審查該案，也找不到有力的法律依據來否決總統的決定。至多僅能以程序瑕疵爲由，延緩決定之執行而已。即使離開合法性的考量，純就正當性的立場來看，席哈克總統方於5月就任新總統，擁有最新的民意基礎，其所領導黨派又爲國會多數。儘管在競選政見中他沒有明確表明當選後便進行試爆，至少在政見中他提及會「慎重考慮」此問題。站在民主政治即民意政治之立場來看，法官似乎也很難推翻總統的決定。換言之，由該案的合法性及正當性兩個層面來看，行政權中似乎存在一特殊領域，法官難以介入。故而有「政府行爲」之概念存在？關於這個問題，我們願以下三點來結束本文。

第一，我們以爲行政權之行爲中，並不存在某類特殊行爲，其在本質上不具「司法可裁性」(Justiciabilité)，也就是說因其本質而不受司法審查。反之，人民因公民投票，或立法者依修憲程序所表達的意志，則在本質上不具「司法可裁性」。換言之，不是因爲這些行爲(政府行爲)本質上具有司法豁免的特質，所以法院不予審查。而是因爲法院考量各種理由不予審查，這些行爲才能獲致司法豁免的結果。所以司法豁免是結果，而非原因。如果不是憲法列舉規定某些行政權之行爲享有司法豁免特權，那麼在設有合憲審查制度的憲法架構下，行政權之行爲不可能在憲法之外，或甚至在憲法之上而運作。

第二，由於憲法多做原則或程序上之規定，而少有具體且詳盡的實質規定。所以不可否認的，某些行政權之運作具有較大的自由性空間。但在現代法治的基本觀念裏，「自由」絕不等於「恣意」。而傳統「政府行爲」概念向來與恣意專擅結合在一起，令人有「拒絕正義」的感覺。事實上，它只是憲法上的行政權之裁量空間。而由於憲法規定不若一般法令詳盡細密，故其裁量空間大於一般行政權之運作所擁有的裁量空間。⁷⁴ 所以「政府行爲」與一般行政權，只有裁量空間大小之差異，而無本質上的不同。因此，「政府行爲」

74 P.-H. CHALVIDAN, *Doctrine et acte de gouvernement*, AJDA, 1982, p.19.

概念除了在教學上有歷史性解釋價值外，在理性上並沒有獨立存在的理由。

第三，論者常以法院審查不具實質效果，而認為沒有法院介入的必要。殊不知，僅管只是形式審查，只能延緩決定之執行，而不能推翻決定本身，這些審查都具有象徵意義，並可逐步推動法治之進步。以下可以一例來看法院審查的法治意義。

1978年美國卡特總統宣布與我斷交，未經國會同意即片面廢棄中美共同協防條約。我友人參議員高華德據此向聯邦法院提起訴訟（Goldwater v. Carter）⁷⁵。聯邦最高法院未召開辯論庭，即以「政治問題」為由，廢棄原審判決，發回地院更審，並提示地院將此案駁回不受理。美憲法第2條第2項授權總統得經參議院之建議與同意後締結條約。但對終止條約方面則無明文規定。這是行政部門未與國會諮商的理由。然則在前述法國片面中止與摩洛哥簽訂的免簽證條約案中，固然也是「政府行爲」，但法院則詳審其中止處分之程序。根據法國行政法上的「平行原則」，廢棄原處分之程序必須與原處分之制定程序相同。該法摩條約原經總統簽署而刊於政府公報，但中止處分卻由外交部長簽署而刊登，險因此點而遭法院撤銷。法院經過詳細分析「暫時中止條約」與「廢棄條約」二者之不同，認為唯有後者才是原處分之相反處分，才有「平行原則」的適用，該案才免遭撤銷之命運。而此「平行原則」在法國法上有「一般法律原則」之地位，不待法律明文規定即具效力。

僅管法國法院在削減「政府行爲」上有其努力與成效，但在核爆案中我們仍看到法律與現實的矛盾現象。一個既合法又正當的行政權之行爲，事實上是與民意相背的。在所有相關的民意調查中，反核意見一直是多數，更遑論其他具體的反核活動。民主政治不是民意政治嗎？在少數政治菁英所制定的遊戲規則下，民意往往被他們以國家利益為藉口的既「合法」而又「正當」的菁英意志所取代。

如果「政府行爲」概念的殘存，是法官的恥辱，那麼概念的根除，則是法官不可懈怠的責任。

75 蔡懷卿，〈美國聯邦最高法院之裁量選案審查制度〉，《憲政時代》，第21卷，第4期，頁76。

附錄：「政府行爲」之代表性清單

壹、國內效果之「政府行爲」

1. 總統咨請國會召開特別會的開會與閉會命令（憲法第 30 條），C.E. 20 fév 1989, Allain, Rec. 60
2. 總統的解散國會令（憲法第 12 條），C.C. 4 Juin, 1988, Rec. 79
3. 總統公布法律或要求國會覆議法律之命令（憲法第 11 條），C.E. 3 Nov 1933, Desreumeaux, Rec. 993
4. 總統及總理將法案提交憲法委員會審查之決定（憲法第 61 條）
5. 政府的法案提案權之行使（憲法第 39 條），C.E. 29 Nov 1968, Tallaqrand, Rec. 667
6. 總統將法案提交公民投票的決定（憲法第 11 條）C.E. 29 avril, 1970. Comité des chômeurs de la marne, Rec. 279
7. 總統的緊急命令權（憲法第 16 條），C.E. 2 mars, 1962, Rubin de Servens, Rec. 143
8. 有關內閣之組成與總辭的總統令（憲法第 8 條）
9. 總統、總理及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。

貳、國際效果之「政府行爲」

- A. 與國際條約之談判、簽署與執行相關的政府作爲
1. 條約談判期間政府的態度與手段 C.E. 13 juillet, 1979, Coparex, Rec. 319
 2. 政府對條約之簽署、批准或認可之決定 C.E. 5 fév 1926, Dme Caraco, Rec. 125
 3. 國際承諾之履行或不履行（如政府不依承諾分攤資金）C.E. 29 Nov 1974, Canino, Rec. 597
 4. 條約之中止與解除 C.E 18 déc 1992, Mhamedi, Rec. 446

B. 政府的外交措施

1. 對外國電臺的電波干擾 T.C. 2 fév 1950, Société Radio-Andorre, Rec. 652
2. 在國際水域裏劃定安全區以利核子試爆 C.E. 11 juillet, 1975, Paris de Bollardière, Rec. 423
3. 外交保護權之運作 C.E. 2 mars, 1966, Dame Cramencel, Rec. 1
4. 法政府與國際組織之關係 (如拒絕將案件移送國際法庭) C.E. 9 jan, 1952, Gény, Rec. 19

參考資料

- Auby, J. M.; Drago, R.
1984 *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J, Tome I.
- Auvret-Finck, J.
1995 "Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrain?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger (R.D.P.)*, 131-174.
- Braconnier, S.
1996 "Reprise des essais nucléaires et acte de gouvernement", *Dalloz*, 205-209.
- Carre de Malberg, R.
1920 *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey.
- Capitant, R.
1964 "De la nature des actes de gouvernement", in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 94-106.
- Cayla, O.
1994 "Le contrôle des mesures d'exécution des traités: réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement" *Revue Française de Droit Administratif (R.F.D.A.)*, 1-20.
- Chapus, R.
1958 "L'acte de gouvernement, monstre ou victime", *Dalloz*, chr.-5.
- Chalvidan, P. H.
1982 "Doctrine et acte de gouvernement" *Actualité Juridique Droit Administratif (A.J.D.A.)*, 19-26.
- Chauvaux, D.; Stahl, J. H.
1995 "Acte de gouvernement", *A.J.D.A.*, 686-689.
- Favoreu, L.
1987 "L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable" *R.F.D.A.*, 544-558.
- Labayle, H.
1994 "Le juge et le droit administratif de l'extradition face aux logiques de l'entraide répressive internationale", *R.F.D.A.*, 21-34.
- Laferrière, E.
1896 *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault.
- Michoud, L.
1889 "Des actes de gouvernement", *Annales des enseignements supérieurs*, Tome I-2.
- Moreau, J.
1994 "Internationalisation du droit administratif français et délin de l'acte de gouvernement", in *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz-Sirey, 299-307.

- 1996 “Note de jurisprudence”, *La semaine juridique (J.C.P.)*, II-22582.
Virally, M.
- 1952 “L'introuvable acte de gouvernement”, *R.D.P.* 314-336.

The Concept of <Acte de Gouvernement> in French Public Law: An Analysis Based on Recent Cases

Chwen-wen Chen
University of Paris II

ABSTRACT

The <act de gouvernement> is a type of decision made by the administrative authority which benefits judiciary immunity. The existence of such an act casts doubt on the ideal of the <rule of law>, which holds that all administrative decisions first and foremost controlled by the courts.

This study aims to analyze the nature of some decisions made by the administrative authority and the problem of justiciability in French public law. The major theories of in mainstream discussions will be introduced in the first part of the paper. The practices which result from the decisions of the administrative court will then be examined in the second part. Finally, this paper will attempt to offer several ideas about directions for further research.

Key Words: Acte de gouvernement, The government's power theory, Acts of state, Political question doctrine, Judicial review, Justifiability, Doctrine of judicial self-restraint, The detachable act theory