

国家行为的实证考察与界定研究

——以行政法学为视角

陈 秀

(浙江大学 光华法学院, 杭州 310008)

摘 要:国家行为的适格要素包括:国家行为的主体、对象、内容以及程序;国家行为判定的建构则是逻辑、经验和政策选择的产物。国家行为的适格标准大体可以分为适格、有权、合理、有效,与主体、适用条件、行为特征等要素相联系。判断一个行为是否国家行为,需要首先从适格要素着手,判断是否具备国家行为的具体要素,再判断该行为是否符合国家行为的标准。

关键词:国家行为;受案范围;不可诉性;国家根本利益

中图分类号:D922.1

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2015)02-0027-10

一、问题的提出

国家行为是国内学者较为熟知和常用的一个名词,它具有行政不可诉性。然而,在行政法学领域,对其研究却并不深入。首先,对国家行为的含义认识尚不全面,导致国家行为不可诉的事项不清。目前,行政法学界缺乏对国家行为含义的统一认识,我们对国家行为的理论研究还是相当肤浅的。《中华人民共和国行政诉讼法》第12条第1款规定:“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:(一)国防、外交等国家行为……”。国家行为概念的不确定导致司法实务的重重困难,虽然最高人民法院通过司法解释等对其进行了解释,但是实际效果却并不理想。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年03月10日)第2条指出了国家行为的概念:“行政诉讼法第十二条第一项规定的国家行为,是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。”《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释释义》指出:“所谓国家行为,是指涉及国家根本制度的保护和国家主权的运用,由国家承担后果的政治行为,它的内涵和范围是可以不断变化的。”^[1]概念内涵的模糊与抽象直接导致了概念外延的变幻莫测,最后一句“它的内容和范围是可以不断变化的”就反应了这种不确定性。法律文本及其司法解释对国家行为的相关规定,为立法政策保留了形成空间,要求我们运用解释学的基本操作方案来解决个案问题。国内主流的行政法教材对国家行为的定义也是众说纷纭,不同的教材对国家行为的含义的解释是不一致的,例如“有关国防、外交等方面的国家行为,即指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家名义实施的有关国防和外交的行为,以及经法律法规授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员的行为。”^[2]当你打开另一本时,你有可能又会发现一个不同的国家行为概念。这说明,在司法界和学术界

都存在对国家行为理解不一的情况,关于国家行为的概念还未形成通说。国家行为内容和范围的变化规律是什么?我们如何在千变万化的世界里准确把握国家行为的本质含义?

其次,对国家行为的标准存在模糊认识,国家行为的范围尚未厘清。明确国家行为的标准,对国家行为的概念进行清晰的界定,是明确国家行为不可诉范围的前提。国家行为的判断标准是什么,哪些机关有判断权,判断时应该考量哪些因素,现在行政法学界还没有达成共识。比如,国家行为与国家主权行为,国家行为与国家机关行为等问题还存在认识上的模糊。目前,学术界对国家行为的认定标准的研究还是相当肤浅的。关于我国国家行为的范围,行政诉讼法、香港基本法、澳门基本法三部法律均规定为“国防、外交等国家行为”。但是对这个“等”究竟是“等内等”,还是“等外等”,具体范围是什么,却并没有达成学界共识。

综上所述,目前我们亟需对国家行为在行政法学视域中进行研究,以促进国家行为的理论与实践发展。对国家行为实证考察及其界定的研究的价值在于,有利于人们对行政诉讼法第 12 条第 1 款的理解与适用,明确行政诉讼法的受案范围,对侵犯当事人的合法权益的行为进行及时有效的救济。

二、国家行为的实证考察

通过上文对国家行为存在的问题的揭示,我们首先重点梳理和分析现行法规、案例和理论现状,揭示问题产生的原因,为理论创新和制度创新打下基础。我们要在规范和个案互动的过程中,发现相关的原理,推动相关理论学说的发展。

(一)国家行为的规范考察

对法律的研究,离不开对规范的研究。法律规范是实现法律形式价值的重要方面,对国家行为的研究要先从规范着手,以便于从形式价值到实质价值研究思路的逐步推进。目前,已经有多部法律对国家行为进行了规定,充分体现了国家行为在实践中的重要地位。法律规范把国家行为置于不受行政诉讼、行政复议管辖之地位,赋予人民法院和行政机关据此拒绝受理涉及国家行为纠纷的案件的权力。经过多年的行政法理论研究和法治实践的发展,国家行为具有怎样的规范内涵?学界是如何理解的?司法实践又是如何运用的?下面将通过分析第一手资料,对国家行为进行多维度的考察。

1. 域外法律文本的解读

通过对境外行政法规库进行检索,并且把检索结果进行细致的梳理,我们发现有下列国家通过相关立法对国家行为进行了规定。在成文法传统的大陆法系国家,我们发现有的国家已经通过立法把国家行为排除在受案范围之外。

1982 年 7 月 22 日,法国议会通过并颁布了《检察和审判危害国家安全的军事犯罪法案》,该法案作为修正案被列入《军事刑法典》,于 1983 年 1 月 1 日开始实行。该法案坚持内外有别、平战分割的思想,为正确处理公正价值和国家安全之间的矛盾,提供了立法规范。^[3]该法进一步表明,军事行为是由军事系统专门管辖的,而不受普通行政诉讼的约束。

《荷兰行政法通则》第 4 条规定了不得为行政起诉的情形。其中第 3 款“依据为保护国防或者盟国法律而发布的命令”和第 9 款“依义务兵法规定而与体检、征集、服役、休假或者免服兵役有关的命令,……。”就是以例举的方式划定了国家行为免于起诉的范围。可见在荷兰,对于国防命令、与兵役法有关的命令是不可以行政诉讼的,这有些类似于我国行政诉讼法的相关规定。《瑞士联邦司法法》第 100 条规定:“对下列决定提起的行政上诉不得受理:1. 关于国家内部或者外部安全、中立、外交保护、发展援助、人道主义援助、和与外部关系有关的其他问题所作出的决定;2. 与移民管制有关的拒绝、限制或者禁止的决定,给予或者是拒绝庇护的决定;给予或者是拒绝联邦法律所没有规定的授权所作出的决定;临时接受外国

人的决定。3. 与瑞士国籍有关的,给予或者拒绝普通归化身份的决定;4. 与国防、军事或者民事以及非军事服务有关的征兵与民防问题有关的非金钱性质的决定;由根据1968年12月20日关于行政程序的联邦法律第46条第3款所规定的评估机构所采取的决定;有关在受到监视的大坝上保护军事设施和措施的决定;关于非军事服务的决定……”可见在该条文中,国防行为、外交行为、对移民管制的拒绝、限制或者禁止入境的决定等国家行为都被《瑞士联邦司法法》排除在行政诉讼的受案范围之外。

日本1962年颁布了《行政不服审查法》,其中第4条第1款规定:“对行政厅的处分(依据本法律施行的处分除外)不服的,可以依照下一条即第6条的规定提起审查请求或者异议申请。但是以下各项所列处分是其他法律中规定的不得提起审查起诉的除外:(1)根据国会两院或者一院及地方议会的决议实施的处分;(2)根据法院的法官的裁判及为执行裁判实施的行为;(3)经过国会两院或者一院及地方议会决议或取得同意,批准后实行的处分……”在这里,我们很明显地发现该款第1目、第3目等明显是包含了部分国家行为行政不可诉的规定,其中很大一部分国家行为是国会两院或议会作出的(类似于我国的国务院和全国人大)。仔细观察,我们会发现日本通过立法把这几个机构的所有处分都排除在司法审查的范围之外,其实也就相当于把由这些机构作出的大部分国家行为也都排除在了审查范围之外。日本行政诉讼中把行为称为“处分”,其实和我们国家的行为理论是很相似的。日本的《行政不服审查法》,与我国的《行政诉讼法》和《行政复议法》很相似,我们可以进行对比观察。

此外,美国和英国等判例法国家也有很多有关国家行为的规定,在此不一一赘述。通过对外国的立法及判例学说的比较研究,我们可以发现与我们不同的规范模式及共同的法律观念,为我国立法及法律适用提供参考。我们在研究国家行为时,要以“古今中外案法理”为研究方法,充分借鉴不同国家的经验。但是,通过对域外法律文本的解读,我们发现各国关于国家行为的概念界定也是含混不清的,没有形成统一的做法,这就使得我们不得不以“敢为天下先”的勇气,去主动探寻国家行为的实质命题。

2. 本国法律文本的解读

作为成文法国家,我国一直以来都非常重视法的稳定性和可预期性,法律规范对于法官的价值判断和人们的社会生活有着极其重要的影响,在我国法定规则不能被轻易放弃或者否定。目前,我国已有多部法律涉及到了国家行为,并对其进行了相关规定。《中华人民共和国行政诉讼法》第12条第1款将其明确排除在行政诉讼的受案范围之外,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第2条对“国家行为”作了一些概念和具体适用情形的具体介绍。1990年4月4日由全国人大通过的《香港特别行政区基本法》第19条第3款规定:“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书”。1993年3月31日由全国人大通过的《澳门特别行政区基本法》第19条第3款做了与香港特别行政区基本法第19条第3款完全相同的规定。《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(法发〔1997〕10号)第6条:“公民、法人或者其他组织以国防、外交等国家行为或者行政机关制定发布行政法规、规章或者具有普遍约束力的决定、命令侵犯其合法权益造成损害为由,向人民法院提起行政赔偿诉讼的,人民法院不予受理。”综上,我们看出,在本国法律文本中,很多法律把“国家行为”当成一个不证自明的概念来使用,殊不知,这也为司法和实践的混乱埋下了伏笔。

(二) 案例考察

法律规范的作用是有限的,要想对一事物有更加深刻的认识和研究,还必须到实践中去观察它、分析它,在规范与案例的互动中去发现事物的原理,去发展相关的学说。对国家行为的研究,法律人不能止步于规范研究,接下来需要通过案例对其进行更深入细致的观察和探讨。以国家行为的案例作为关注对象,有利于让学术研究“接地气”,从司法实践中吸收营养,获得生命力。

1. 域外国家案例的简要分析

在美国,针对国家行为中的国防行为是不可以起诉的,这在很多情况已经明确。例如,美国联邦法院布伦南法官在 1962 年的“贝克诉卡尔案”里认为“政治问题不可以由法院审理”。此外,美国最高法院在 1990 年的“科克帕特里柯公司诉环境铸造公司一案”,在判决理由中指出现代国家行为原则的核心问题是维护政府中司法机关和政治机关,特别是处理对外关系的行政机关之间的分权。

据人民网报道,在英国,2011 年 10 月 9 日媒体公布一段英国国防大臣利亚姆·福克斯与斯里兰卡总统马欣达的会话视频,该视频涉及国家行为对英国国家利益的损害。该报道指出应当给予国防部充分时间展开内部调查,以确认福克斯的行为是否危害国家安全、违反国家利益。^[4]从“内部调查”一词,我们可以充分看出其对于国防行为和外交行为并不是通过行政诉讼来解决的,而是通过一些“内部调查”对领导人追责等方式来实现的。

此外,在法国和德国的行政法院也都拒绝对国防、外交等国家行为进行司法审查,在此不一一例举。

2. 本土司法实践的多维考察

通过北京大学“法宝”搜索,发现有很多案例在裁判理由中提到了国家行为,但是只是在引用行政诉讼法第 12 条的时候顺便携带的,真正以国家行为作为排除受案范围理由的很少见。在寥若晨星的涉及“国家行为”的案例里面,我们仅举出以下几个典型案例作为参考:

《昌江棋子湾琼昌旅游开发有限公司诉昌江黎族自治县人民政府单方与海军榆林基地签订军事演习赔偿协议的行为及行政赔偿纠纷上诉案》[(2005)琼行终字第 32 号]中,一审法院认为当事人因军事活动需要而签订的协议,并且协议涉及的经济损失是由于部队军事演习造成的,所以该行为系国防行为。琼昌公司诉请判令确认上述协议行为无效并赔偿损失,不属行政诉讼受案范围。一审法院的做法,没有把原因行为和结果行为相区分(由军事演习这种国家行为引起的赔偿,针对赔偿行为是可以诉讼的)。上下两级法院对国家行为的认识是存在重大争议的,海南高级人民法院撤消了一审判决,发回重审,体现了高院与中院对国家行为的不同理解。

《马洪兴不服南通市公安局出入境管理行政处罚案》[(1999)通行终字第 30 号]中,马洪兴于 1991 年 12 月申请去香港探亲,经批准于 1992 年 3 月 21 日领取了中华人民共和国往来港澳通行证。在香港探亲期间,马洪兴通过其姐在多米尼加驻香港总领事馆购买了多米尼加护照,并持该护照多次出入境。南通市公安局于 1994 年 12 月 26 日对马洪兴持有的多米尼加护照扣留审查,并在其所持多米尼加护照的我国有关部门原签证页上做不承认标记,于 1997 年 6 月 16 日退还马洪兴。1997 年 7 月,马洪兴诉至通州市人民法院,要求判令撤销通州市公安局扣押护照及在护照上打叉注销的行为。1997 年 9 月 9 日在马洪兴同意变更被告为南通市公安局后,本案移送至崇川区人民法院审理。本案经过一审二审等程序后,江苏省南通市中级人民法院指出:“国家行为的理解存在着两个认识上的误区。误区之一,认为国家行为即是以国家名义实施的国防行为和外交行为。这一看法实有偏颇。仅从条文表述来看,国防、外交行为只是国家行为的两个种类,而国家行为并不仅指国防外交等国家行为……”裁判理由扩大了行政诉讼法对国家行为的规定,把其他相关行为也列入国家行为的范畴。

《洪泽天鹅湖宾馆诉中电洪泽热电有限公司供用热力合同纠纷案》[(2012)泽商初字第 0143 号]在案由中指出:“政府行为分为广义和狭义政府行为。广义上的政府行为(或称‘国家行为’)是指由立法机关颁布制定法的行为,也包括由行政机构或司法机构发布命令的行为;狭义上的政府行为仅指行政机关的……”^①把国家行为视为政府行为的一种,混淆了有关国家行为的概念。

① 《洪泽天鹅湖宾馆诉中电洪泽热电有限公司供用热力合同纠纷案》(2012)泽商初字第 0143 号,北大法宝(http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx?menu_item=case&EncodingName=&key_word),2012 年 9 月 1 日访问。

在“法宝”里面,以国家行为、国防、外交、紧急状态、戒严和总动员为关键词搜索出来的案例,其实大多数都和我们行政法学上的国家行为没有关系。通过案例分析,我们可以发现在我国涉及国家行为不可诉性的案例很少,实践中几乎查找不到以国家行为为理由排除受案范围的案例,能查找到的大多是在裁判理由里面提到的国家行为,并且与行政诉讼并不相关。例如上文提到的第三个案例其实与行政诉讼无关,只是在对政府行为的解释中提到而已。

上文第一个案例和第二个案例属于为数不多的有关国家行为行政不可诉的案例,其中在第一个案例中法官运用了《行政诉讼法》12条第1款进行了裁定,一审裁定认为的“本案所涉之《海军‘神圣—2002’活动给昌江县造成的损失赔偿协议》是昌江政府与中国人民解放军榆林基地因军事活动需要而签订的协议,协议涉及的经济损失是由于部队军事演习造成的,系国防行为。因此,琼昌公司诉请判令确认上述协议行为无效并赔偿损失,不属行政审判受案范围。但是,后来这个裁定以对国家行为的理解有误为由,被海南省高级人民法院予以撤销,发回一审法院重审。这说明,我国法院系统内部,不同级别的法院之间对国家行为的理解和认识也是不一致的。以国家行为作为不予进行行政诉讼的受案理由,存在巨大的风险。

3. 症结之所在

通过上述案例的梳理,我们发现国家行为的判断要素和判断标准都不够明确,是由多种复杂的因素造成的。我们发现实践中对国家行为的理解和运用还存在大量的问题。在我国,当事人、行政机关和法院对国家行为的理解不一致,并缺乏通说对其进行的权威诠释。这是因为在司法实践中,由于立法概括使得法院对国家行为的概念把握不准,所以当案件涉及到多个排除诉讼的事由时,法官更愿意使用自己有把握的概念,以降低错误率。目前,我国司法系统实行错案追究制,如果发生了错案,将严重影响法官的考核成绩,这也进一步让法官在使用国家行为作为行政诉讼的排除事由时心有疑虑。

从问题入手的导向方法,可以找到问题产生的原因,有针对性地发现解决问题的路径。问题在方法论上有三个层面的含义:第一层次的问题是一种浅层次的疑问;第二层次的问题是制度中存在的缺陷和不足;第三层面的问题是一种理论上难以解释的问题,不善于将一个个制度化的问题转化为理论问题,是中国法学不成熟的表现。”^[5]所以,我们亟需把国家行为行政不可诉在现实中存在的相关问题,转变为理论化的问题,提高理论对现实的关注程度,通过法学理论的发展,来推动实践问题的解决。科学正确的理论必然会决定正确的司法方向,对国家行为行政不可诉的研究,今后应当更多地通过理论来深化认识,通过实践的形式予以落实,直至厘清现实的混乱局面,走向法治的统一。

三、国家行为的基本范畴

国家行为的运作肩负有引导及维持合乎公意的政治秩序,形成符合社会正义的治理框架的意义。本部分主要关注国家行为的基本范畴,并通过一系列的法学方法来研究国家行为在现有法律框架之内的运用问题。行政诉讼法第12条第1款“国防、外交等国家行为”的规定,给我们留下了很多灵活的空间。为什么会存在法律上的灵活空间,变化规律如何?“等”字的范围有哪些?判断标准是什么?这些问题值得我们去深入思考。

(一) 国家行为的基本要素

国家行为的基本要素是指国家行为的主要组成部分,也是构成国家行为的重要元素。明确国家行为的基本要素,对于准确把握国家行为不可诉的各项要素具有重要意义。

1. 国家行为的主体

要掌握国家行为的涵义,首先必须清晰理解国家行为主体有哪些。对国家行为主体的准确把握,要从以下判断原则入手:第一,行为是否是代表了国家?只有行为主体代表国家进行治理,并且有法律的明确授予,

目的是维护国家治理秩序、保护公民合法权益时,才是国家行为主体。反之,如果行为不具有合法性根据和权力来源,无论其怎样声称属于国家行为,其行为也只能是个人行为,不构成国家行为主体。第二,行为是否是职务行为?国家行为主体的行为,必须具有职权性质,体现出非私自行为的特征,并且具有行使国家治理权力的意思表示。

国家行为的主体又分为行为的决定主体、行为的发布主体和行为的实施主体。在我国,国家行为的发布主体和行为决定主体有时是不同的。例如《中华人民共和国戒严法》第 3 条规定:“全国或者个别省、自治区、直辖市的戒严,由国务院提请全国人民代表大会常务委员会决定;中华人民共和国主席根据全国人民代表大会常务委员会的决定,发布戒严令。省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严,由国务院决定,国务院总理发布戒严令。”

国家行为的决定主体主要是有权行使国家行为决定权的主体;国家行为发布主体,主要是指对外公布国家行为,让大众知悉国家行为存在的主体;国家行为实施主体,是指有权实施国家行为的主体。在我国,国家行为的决定主体和发布主体可能是两个不同的机关,国家行为的决定主体和实施主体有时是同一个主体,有时是分开的几个主体。比如,国务院宣布某一地区进入紧急状态,然后由具体的地方政府去组织实施紧急状态决定,这就是一个典型的二者相分开的情形。

2. 国家行为的对象

国家行为的对象,是指国家行为所指向的客体。因为国家行为可以分为对内和对外两个方面,所以我们可以从这两个方面对国家行为的对象进行分类。

第一,对外国家行为。国家作为国际法上的重要主体,经常要以独立的身份去参与各种类型的国际事务。对外国家行为的对象主要包括是另一方的国家、国际组织和国际团体等,涉及的是直接的国际关系事项。

第二,对内国家行为。对内国家行为是指经过宪法和法律授权的有关机关,在对全局性、重大性国家事务中,代表整个国家实施的统治行为。这种国家行为是以国家作为法律实体,处理国家与公民、法人、其他组织之间重大关系的行为。在我国,对内国家行为主要包括实行戒严、宣布进入紧急状态、进行国内军事演习、修建军事设施等,所以对内国家行为的对象主要是对内国家行为所针对的公民、法人、其他组织等。

3. 国家行为的内容

按照通说,国家行为的内容一般主要包括国防、外交两大类。国防是为了保卫国家安全、领土的完整和全民族整体利益与全局利益而抵御外来侵略、颠覆所进行的所有活动的总称。比如国家进行军事演习、调集或者派遣军队、实施有关战争的动员令、对外宣战等。外交是为实现国家的对外利益和各项对外政策与外国或者国际组织、国际团体进行的国家间的交往活动。例如国家之间建立外交关系、断绝外交关系、宣战、媾合、签订国际条约和协定、加入国际组织、进行国际合作、参加联合国事务等。

国家行为具有全局性、危急性等特点,处理的大多数是直接关系国家的全局、国家和民族整体利益,涉及国家统一、主权和领土完整、国家政权存亡、国家基本政局稳定的一些问题。其中,对内国家行为的内容具体包括国防军备设施的日常维护、国家出现紧急情况采取的紧急行动、戒严、宣布进入紧急状态、地区动员等。对外国家行为的内容比较广泛,主要包括对外宣战、与外国建立外交关系、断绝外交关系、加入国际组织、对外实行国家援助和国际救援等等。

4. 国家行为的程序

程序主要指完成一项活动的方式、步骤、顺序、期限等。国家行为的程序是典型的国家机关的自我决定程序,它一般不会要求公民参与,并且即使涉及重大公共利益,也不会举行听证会,要求利害关系人进行申辩。但是,国家行为也要遵守相关的程序规定,只有这样,才能使国家行为在法治化和规范化的道路上行使。《中华人民共和国戒严法》规定:“实行戒严的紧急状态消除后,应当及时解除戒严。解除戒严的程序与决定

戒严的程序相同。”虽然，国家行为的程序主要是内部决定程序，但是我们也要按照自然公正和民主法治的要求，使国家行为按照正当程序行使。目前，虽然学界已经意识到了这个问题，但是对国家行为的程序规制，依旧任重而道远。

（二）国家行为的效力

功能和法律效果是法学研究的重要命题，我们对国家行为的研究不可以忽略对其法律效果的研究。我们对国家行为进行研究，要重视对其效力的研究。国家行为包括国防、外交等行为，但是每一种国家行为的效力又是不一样的。国防权本质上是保障公民权的一种国家权力，在美国宪法中，规定总统掌握军权，作为国家机器的重要组成部分，主要是对外保障和防范外国的侵略，其对公民权的保障主要在于主权和领土完整。外交行为也具有保障公民权的效力，它可以为人们在全世界范围内其最基本的生命、自由和财产、尊严等权利需要提供基本的保障。当今世界是一个多元的世界，在全球化的背景下不同国家之间存在着利益和矛盾冲突，中央国家机关负有通过外交途径保障公民权利和自由的义务。^[6]虽然每一种国家行为的效力不同，但是他们作为国家行为，又有同质之处。

国家行为的成立和生效存在区别，国家行为的成立要件和生效要件所具备的条件也不一致，国家行为的成立时间和生效时间可以分离。限于篇幅限制，本文不再赘述，国家行为的效力方面的问题还有待进一步探讨。

四、国家行为的适格

国家行为判定的建构是逻辑、经验和政策选择的产物，即通过借鉴经验认识事物，然后运用逻辑进行条分缕析，并加以对不同的利害关系加以政策上的考量。下面我们从判定要素和判定标准两个方面来对国家行为进行考量。

（一）国家行为适格要素与适格标准的区分

在逻辑上，国家行为包含多个要件，每一个要件又涉及该要件包含哪几方面、具体要求等问题。当我们讲“国家行为主体适格”，它包含两个层面的问题：首先涉及的是国家行为的主体问题，其次是主体的适格的检验方法。一个国家行为所涉及的主体、权限、效力等方面的问题，我们称之为适格要素，而对该方面是否符合国家行为要求的检验方法，我们称为判定标准。

（二）国家行为的适格要素和适格标准

从判定一个行为是否是国家行为的角度而言，国家行为的适格要素主要有：（1）国家主体，包括国家主体的资格及其行为权限；（2）适用条件，即国家行为主体对某个特定事项作出处理的前提条件；（3）行为特征，即国家行为所具有的一些独特的特征，是国家行为区别于其他行为的重要标志，比如有高度政治性、主权性、涉及国家的整体利益的性质等。

以上3个要素的划分主要采取逻辑分析的方法，并且适度结合了经验的考量，理论上可以避免国家行为适格要素不周延或者互相交叉重复的问题。它们之间在逻辑上是并列的，但在实际判断过程中，3个要件仍然是可以有经验上的先后顺序的。例如，国家行为主体适格是判断一个行为是否是国家行为所需要首先考虑的。如果不具有国家主体资格或者主体权限，则不必继续审查其它要件。

根据各个国家的实践，国家行为的适格标准大体可以分为适格、有权、合理、有效等几个标准，分别与主体、适用条件、行为特征等要素相联系：第一，主体适格。根据我国宪法和相关法律的规定，在我国有权实施国家行为的机关主要有国务院、中央军委、全国人大及其常委会、外交部、国防部、省级人民政府等。第二，权限适格。也即国家行为的适用条件及其限制。国家行为一般会在外交场合、军事场合或者国家进入到紧急状态的情况下适用。同时，每个主体行使国家行为的权限不一样，比如，外交部有采取国家行为的权限，但是

其采取的大都是外交行为,并没有权力采取军事演习、维护军事设施等国防方面的国家行为。第三,合理性。因为国家行为是具有高度的主权性、全局性、政治性的行为,所以采取国家行为一般要涉及到国家的整体利益和全局利益时才采用,并且要具体情况具体分析,采取合理的国家行为。第四,行为有效。国家行为的成立和生效是两个不同的概念。有的国家行为已经成立,但是可能会发生附条件生效或者到达某一时点才生效。比如,我国和其他国家签订国际协议,规定明年生效。那么明年之前的这段时间,这个签约的国家行为是成立了,但是还未生效。此外,比如国家决定在某一时间点采取国防行动,此时国家行为成立后,要到这一时点到达时才生效。

国家行为的适格要素和适格标准在逻辑上是递进关系,运用要素分析法和分层判断理论判断一个行为是否是国家行为,需先从适格要素着手,判断是否具备国家行为的具体要素,然后再判断该行为是否符合国家行为的标准。

五、揭开国家行为的面纱——国家行为在当代中国语境中的实质命题

谈论一个事物的概念,是不能脱离具体的时空环境的。因为世界是运动变化和发展的,整个世界就是一个相互联系并且不断运动变化的有机整体。国家行为的概念,也会是一个历史的发展的过程。在本文研究中,笔者不愿意通过一种固定僵化的模式来对国家行为进行概念限定,而是从本质和规律上对其进行深入分析。只有我们把握住了国家行为在当代中国语境下的实质命题,我们才有可能深入理解并把握其不可诉性的真正原因。如果没有对国家行为的本质命题的准确把握,那么对其进行的其他分析将是无本之木、无源之水。法学是回应现实的学科,在中国对国家行为的研究不可能脱离当代中国的真实语境。

(一) 国家行为的实质命题

我们通过上述研究,对国家行为的主体、对象、内容、程序、效力等国家行为的基本要素进行分析之后,对国家行为的主要元素就有了一个全面立体的把握。通过对国家行为适格要素和适格标准的分析,我们可以发现在我国国家行为的概念应该作如下界定:国家行为是指根据宪法和法律规定,由国务院、中央军委、全国人大及其常委会、外交部、国防部及国防动员委员会、省级人民政府根据一定的权限和程序做出的,具有高度政治性、主权性、涉及国家根本利益性的以国家名义做出的具有行政不可诉性的行为。

(二) 国家行为的情形

目前,我国《行政诉讼法》第 12 条规定了国防和外交两种国家行为,《行政诉讼法若干解释》第 2 条增加了宣布紧急状态、实施戒严和总动员三种国家行为。也就是说,在中国现行的权威的法律及其司法解释里面,只有五种行为是明确属于国家行为而不可诉的。

第一,国防行为的范围。国防行为的范围包括宣战、媾和、国防军事设施的建设、军事基地建设、战略武器的试验、战争动员的准备、保证军事演习的进行、兵役的征集、军用物质的运输、应战、发布战争动员令、发布戒严令、宣布战争状态、调动军队、设立军事禁区、战时征用征收等。

第二,外交行为的范围。比如与外国建交、断交,签订国际条约、公约、协定,承认外国政府,领土的合并、割让,对外贸易的重大决策等都属于外交行为。

第三,宣布紧急状态。国家主席根据全国人大常委会的决定,宣布全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态;国务院决定并宣布省、自治区、直辖市范围内部分地区进入紧急状态。此外,还包括宣布军队进入某级战斗警戒级别、宣布紧急动员令等。例如,阿罗约总统通过电视讲话,发布 1017 号令,宣布从 2006 年 2 月 24 日起,菲律宾全国进入紧急状态,并授权军方和警方采取强制措施,逮捕兵变组织参与者,驱散示威群众,这一行为应该属于国家行为。^[7]

第四,实施戒严。实施戒严包括发布戒严令和实施戒严。根据 1996 年 3 月颁布的《中华人民共和国戒

刑法》，在发生严重危及国家的统一、安全或者社会公共安全的动乱、暴乱或者严重骚乱，不采取非常措施不足以维护社会秩序、保护人民的生命和财产安全的紧急状态时，国家可以决定实行戒严。具体做法就是发布戒严令和实施戒严。根据该法规定，全国或者个别省、自治区、直辖市的戒严，由国务院提请全国人民代表大会常务委员会决定，由中华人民共和国主席发布戒严令。省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严，由国务院决定并发布戒严令。

第五，总动员。总动员包括全国总动员或者局部动员。总动员是指国家把全部武装力量由和平状态转入战时状态，并把所有的人、财、物动员起来以备战时需要的措施和为了完成某项重要任务而动员全部力量的行为。总动员在英美等国家由政府决定并发布，在我国则由最高国家权力机关决定并发布。例如，《中华人民共和国国防动员法》规定，在国家的主权、统一、领土完整和安全遭受威胁时，全国人民代表大会常务委员会依照宪法和有关法律的规定，决定全国总动员或者局部动员。国家主席根据全国人民代表大会常务委员会的决定，发布动员令。

第六，其他。通过对国家行为的案例考察，我们会发现实践中国家行为绝不仅限于以上五大类情形。在我们研究国家行为这一概念时，要想对国家行为进行准确的理解，就必须对这一问题进行深入研究，以期能够把握这一概念的本质属性。

世界是丰富多彩的，世界中的万物都是运动变化发展的，我们无法穷尽对国家行为情形的例举。如果要进行这个工作，那将是一项浩大的工程，并且也是不切合实际的，甚至是徒劳的。因此，我们试图运用一种巧妙的方法来解决这个问题，这种方法就是上文中提到的国家行为的判定标准。通过对国家行为适格要素和适格标准这种带有本质性和规律性的问题进行把握，我们可以在纷繁复杂的世界中，透过现象看本质，具体地灵活地去判断有国家行为的详细情形。

（三）国家行为的判定

我们按照本文研究的框架，对国家行为的基本要素进行分析，通过对适格要素和适格标准的准确判定，可以回答实践中诸多的有关是否属于国家行为的疑问。

例如，征兵行为是实践中经常发生的，也是最容易导致人们混淆的行为概念。有学者认为征兵是国家行为，有学者却对此予以否定。假如有人拒绝服兵役，被军事机关予以处罚了，那么针对这种处罚行为可以诉讼吗？对此，我们应该如何进行分析呢？首先，国家行为的适格要素主要有：（1）国家主体，包括国家主体的资格及其行为权限；（2）适用条件，即国家行为主体对某个特定事项作出处理的前提条件；（3）国家行为的特征，即国家行为所具有的一些独特的特征，是国家行为区别于其他行为的重要标志。在这里，主体是国家军事机关，适用条件是违反依法服兵役的义务，行为的特征是为了国防利益这种整体性、全局性利益的考虑；军事机关针对违反服兵役的行为进行处罚是符合“适格要素”的；军事机关针对不履行服兵役的义务的行为进行处罚，在主体适格、有权、合理、有效等几个标准上也是符合的。因此，军事机关对征兵过程中违反依法服兵役的义务而进行的处罚，属于国家行为，是行政不可诉的。

但是，同样是征兵过程中，如果有人违反了依法服兵役的义务，当地政府的武装部门，对其进行了处罚，这种处罚是否可诉呢？就国家行为的判断标准中的适格要素里面的主体要素而言，我们发现地方政府的武装部门不是国家行为主体，而主体适格是判断一个行为是否国家行为需要首先考虑的。如果不具有国家主体资格或者主体权限，则不必继续考察其他要件。因此，地方政府武装部门针对违反征兵义务的处罚不是国家行为，是可诉的。

通过对上述有关国家行为基本范畴的研究和分析，我们对于行政诉讼法第12条第1款有关国家行为行政不可诉的研究更深一步。法律解释和法律推理等方法，有利于我们在现有法律框架范围内更好地理解 and 适用法律条款，解决法律的灵活性和原则性相统一的矛盾。对国家行为基本范畴的规范架构，可以使我们树立一种有关国家行为牢固的概念，并把它内化为一种行为意识和逻辑，在遇到国家行为不可诉问题时，能够

帮助我们透过现象看本质,把握国家行为的内涵、外延和变化规律,准确理解和适用法律。以上研究,可以促进我们进一步完善行政法学的理论问题,为各项研究做好认识论上的铺垫。

参考文献:

- [1]最高人民法院行政审判庭. 关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释释义[M]. 北京:中国城市出版社, 2000:5-6.
- [2]罗豪才,湛中乐. 行政法学[M]. 北京:北京大学出版社,2005:503.
- [3]田友方. 战时军事司法立法的三个理论前提[J]. 中国刑事法杂志,2001(5):25-31.
- [4]英国国防大臣涉嫌说谎[EB/OL]. (2011-10-11)[2012-03-15]. www. world. people. com. cn.
- [5]陈瑞华. 论法学研究方法——法学研究的第三条道路[M]. 北京:北京大学出版社,2009:194.
- [6]陈雄. 国家权力与公民权利的规范理论[M]. 北京:法律出版社,2012:143-150.
- [7]王传军. 阿罗约宣布国家进入紧急状态[EB/OL]. [2013-11-12]. http://www.gmw.cn/01gmrb/2006-02/25/content_379676.htm.

Empirical Research and definition study about state action from the Perspective of Administrative Law

Chen Xiu

(Guanghua law Zhejiang University school, hangzhou 310008)

Abstract: State action is an impotent theoretical issue on administrative law, and cannot be litigated by people. So far, many issues of state actions are still controversial. For example, there is no explicit concept in theory and no unified approach in practice. Through actual investigation, and combined with the study of its basic knowledge, the paper uses the factor analysis and the judgment stratification theory, in order to construct the basic theoretical framework and make clear what state action really is and the range of accepting cases of administrative law. Further more, we hope it can be useful to the development of administrative law both in theory and practice.

Key words: State action; accepting case range; Non-litigious Nature; the national fundamental interests

(责任编辑:董兴佩)